

博士学位申請論文

正犯概念の体系的再構成

—— 共謀共同正犯と故意ある幫助道具の機能的分析を通じて ——

田川 靖紘

【目次】

序章

- 第1節 目的
- 第2節 構成
- 第3節 本論文の議論対象と射程

第1章 法解釈の方法論に関する一考察

- 第1節 はじめに
- 第2節 法解釈学の科学性の基準
 - 1 絶対的な価値と科学性
 - 2 事実認識と価値判断
 - (1) 事実認識と価値判断の分離
 - (2) 間主観性による科学性
 - (3) 事実認識重視型機能主義
 - (4) ペッター・アスプによる反論
 - (5) 方法論小括
- 第3節 ヴァリッド・ローの記述方法
 - 1 判例の意義
 - 2 ヴァリッド・ローと政策的提言について
 - 3 実務と理論を架橋する行為は政策的提言か
- 第4節 ヴァリッド・ローを記述する資料
 - 1 判例理論について
 - (1) 判例理論としての主観説
 - (2) 裁判例の検討
 - 2 実務家による分析
 - (1) 共謀共同正犯における多様な要素
 - (2) 量刑事情としての多様な要素
 - (3) 自己の犯罪説
- 第5節 ヴァリッド・ローの記述
 - 1 松澤の記述するヴァリッド・ロー
- 第6節 新たなリサーチ・スペース
 - 1 ヴァリッド・ローの客観性に関する問題
 - 2 価値判断に基づく疑問
 - (1) 統一的正犯体系の採用
 - (2) 量刑論上の差と犯罪論体系上の差
 - 3 ヴァリッド・ローを読み解くパラダイム

第7節 小括

第2章 故意ある幫助道具論と「客観的要件」

第1節 はじめに

第2節 故意ある幫助道具の裁判例

- 1 関与者間の関係に上下関係がある裁判例
- 2 関与者間に上下関係がない裁判例
- 3 小括

第3節 学説の状況

- 1 消極説
- 2 積極説
 - (1) 主観説
 - (2) 犯罪類型によって積極的に解する見解
 - (3) 精神関係説
 - (4) 亀井源太郎の重要な役割という基準
 - (5) 自己の犯罪説

第4節 ドイツにおける議論の状況

- 1 ドイツにおける裁判例
- 2 ドイツにおける学説
 - (1) 消極説
 - (2) 積極説
 - (i) 公法上組織された権力機構における違法命令の正当化
 - (ii) 従犯の背後の正犯

第5節 検討

- 1 総説
- 2 判例の分析
- 3 故意ある幫助道具論と正犯と狭義の共犯の区別論
 - (1) 故意ある幫助道具について
 - (2) 正犯と狭義の共犯の区別基準
 - (i) 基本的な区別基準
 - (ii) 自己の犯罪説
 - (iii) 利益の帰属
 - (iv) 関与者間の関係
 - (v) ヴァリッド・ローとしての多元論

第6節 小括

第3章 「客観的な要件」の犯罪論体系上の位置づけ

第1節 はじめに

第2節 犯罪論体系的思考について

第3節 意思の連絡・共謀概念について

1 はじめに

2 裁判例について

3 裁判例の分析

4 学説の状況

(1) 客観的謀議説と主観的謀議説

(2) 共謀の双方向性

(3) 共謀の意思内容

(i) 単なる意思の連絡

(ii) 主体的・積極的な意思の連絡

5 検討

(1) 共謀の基本的構造

(2) 共謀の双方向性

(3) 共謀における意思内容

6 小括

第4節 実行行為とその他の加担行為

1 はじめに

2 因果性の強弱と違法性の大小

3 因果性の強弱という問題

4 小括

第5節 主観面と利益について

1 はじめに

2 裁判例における利益の位置づけ

3 学説の状況

4 検討

5 小括

第6節 関与者間の関係

1 はじめに

2 関与者間の関係と規範違反の程度

(1) 関与者間の関係

(2) 規範違反の程度

(3) 「自由」と「不自由」の区別

3 期待可能性的思考

(1) 期待可能性論

(2) 期待可能性論と従犯

(3) 期待可能性の標準

4 小括

第7節 多様な要素の体系的構成

第4章 体系的思考を通じた政策的提言

第1節 はじめに

第2節 正犯性の問題に関する一考察

1 わが国における共謀共同正犯論

(1) 共謀共同正犯論の展開

- (i) 初期の判例と共同意思主体説
- (ii) 練馬事件と間接正犯類似説
- (iii) 現代的裁判例と多様な要素

(2) 個人責任の原則と正犯性の議論

- (i) 間接正犯類似説
- (ii) 人的行為支配説
- (iii) わが国の機能的行為支配説
- (iv) 包括的正犯説

2 わが国の共謀共同正犯論の展開

3 正犯概念と正犯性について

- (1) 共謀共同正犯の正犯性の本質論
- (2) 各学説の同質性の検討
- (3) 同質性の内容

4 ドイツにおける正犯性の議論

- (1) 答責性原理を貫徹する見解
- (2) 答責性原理の例外を認める見解①：ランゲ
- (3) 答責性原理の例外を認める見解②：ロクシン
- (4) シューネマンの見解
- (5) 間接正犯としての背後者

5 小括と提言

第3節 狭義の共犯としての教唆犯の意義

1 はじめに

2 従犯の背後の教唆犯

3 教唆犯の本質論

- (1) 狭義の共犯としての教唆犯
- (2) 共謀共同正犯説

4 検討

- (1) 総説
- (2) 正犯としての教唆犯
- (3) 教唆犯の犯罪形式

- 5 間接正犯に解消された教唆犯
- 6 間接正犯と共謀共同正犯
- 7 小括

結 語

序章

第1節 目的

わが国の共犯論の現状として、松宮孝明は「共犯現象を何でも共同正犯に流し込むというのがあまりにも多く……、逆に教唆・幫助に絡む特殊な問題というのがなかなか意識されにくくなってきている」ことを指摘した¹。

松宮の指摘する共犯処罰の偏りは、統計の数字上明らかである。統計上、関与者が複数であったケースにおいて、被告人が正犯として関与した場合の割合が、約 97.9%であり、狭義の共犯とされた場合というのは、教唆犯が約 0.2%、幫助犯が約 1.9%と、非常に少ないことがわかる²。もっとも、被告人が正犯として関与した場合の割合であるから、それが共同正犯なのか、間接正犯なのかは明らかではない。しかし、間接正犯というのは、直接正犯との同質性を要求されるかなり限定的なものである³、その数が多いということは考えにくい。そうだとすれば、その大半が、共同正犯と考えることができる。

わが国の実務は、共謀共同正犯論を用いて、関与者が複数人いる場合、実際に犯罪を行う者の背後に存在する黒幕を処罰してきた。そこで、学説においてもこれを肯定しようとする動きがあり、共謀共同正犯をいかに基礎付けるかについて激しく議論されたのである。そのため、背後に存在する黒幕、すなわち、実行行為を行っていない者の正犯性をいかに基礎付けるかが議論の中心となった。そうした中、実行行為を行っている（重要な役割を果たしている）者でも従犯となる者について、「なかなか意識され」ず、その議論も少なかったのである。

本論文が取り扱うのは、共犯論における正犯と狭義の共犯の区別論である。上述のように、正犯と狭義の共犯の区別論は、共謀共同正犯論を基礎として、多くの大変優れた業績が現れることとなった。しかし、その議論は、共謀共同正犯を議論の中心とするもので、故意ある幫助道具の理論を捨象したものが少なからず存在したのである。故意ある幫助道具も、共謀共同正犯と同じく、裁判例において肯定されている概念であるが、その数の少なさから、無視してよいものという認識をされてしまった可能性は否定できない。実際、有力な見解からも、故意ある幫助道具は否定されているのである。

そこで、本論文においては、実務において用いられる裁判官の思考を認識することから始める。具体的には、まず、共謀共同正犯を中心とした議論の中で生成された判例理論、あるいは、ヴァリッド・ローを概観する。その上で、故意ある幫助道具に目を移して、ヴァリッド・ローも含め検討する。そして、その区別基準が、犯罪論体系上において、どのような意味を有するのかを明らかにする。

本論文の目的は、実務と理論の架橋を行うことにある。実務と理論の乖離が指摘されて久しいが、正犯と狭義の共犯の区別論においては、考慮されている規範や要素が、犯罪論

¹ 松宮孝明＝川端博「対談 共犯論の再構築をめざして」現代刑事法 53号（2003年）30頁。

² 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005年）6-7頁参照。

³ 亀井源太郎「実務における正犯概念—最（一小）決平成13年10月25日を契機に」判例タイムズ1104号（2002年）23頁以下参照。

体系上でいかなる意味を持つのか議論されてこなかった。実際、このような未整理を問題視する見解も存在する⁴。そこで、本論文は、実務における正犯と狭義の共犯の区別基準を意識しながら、犯罪論体系上の理論に引き付けることで、正犯と狭義の共犯の区別論を提示することを目的とするのである。

第2節 構成

本論文は、本章を除けば全4章からなる。

第1章においては、方法論の検討を行う。共犯の論文であるはずなのに、方法論の検討が最初に来ることについては、奇異に感じることであろう。しかし、実務と理論の乖離が進んだのには、従来の法解釈学にも問題があった点を見過ごすことはできない。共謀共同正犯論に基づき、正犯と狭義の共犯の区別論に関する先行研究は、いずれも論理一貫した敬意を表すべきものである。ただし、それらの議論がなされる過程で、自己の価値判断を全面に押し出した議論が行われたことが、実務と理論の乖離を招くこととなった。本論文は実務と理論の架橋を目指すものであるから、まずは、実務の理論を明らかにしなければならない。その上で、裁判官に働きかけるなら、どのように働きかけるべきかを考える必要がある。そのためには、基礎理論からの演繹ではなく、判例の分析からはじめるという、かなり異質な方法を用いることとなる。そのような方法を用いる、理論的なよりどころを自覚的に明らかにする必要がある、第1章で論じることにした。

第2章では、第1章において論じた方法論に基づいて、故意ある幫助道具における正犯と狭義の共犯の区別基準を明らかにする。冒頭の松宮の指摘からもわかるように、正犯と共犯の区別基準の議論は、共謀共同正犯を中心に発展した。それゆえ、教唆犯、従犯についての議論が、あまり意識されてこなかったともいえる。そこで、本論文では、重要な役割を果たすという正犯性の一要素を充足しながら、なお従犯として処罰される故意ある幫助道具に着目した。共謀共同正犯の裁判例のみに着目していた場合には、あまり問題とならない要素を考慮することで、全体を通した正犯と狭義の共犯の区別基準について検討する。

第3章は、第2章において抽出された正犯と狭義の共犯の区別基準（あるいは、裁判官の考えている区別基準も含んでいる。）をもとに、その基準の犯罪論体系における位置づけについて検討する。このような議論は、裁判官の思考に存在しない、無意識の問題である。ただし、無意識であるがゆえに、ありうる可能性が複数存在した場合、そこには価値判断に基づく決断が要求されるであろう。その意味で、第3章における議論は、科学的な議論ではなく、価値判断に基づく政策的な議論が全面に押し出される部分である。しかし、実務と理論が架橋されるには、最も必要な部分である。

第4章は、第3章までの議論で明らかとなった正犯概念をもとに、それを共謀共同正犯論、教唆犯論に持ち込んで、政策的提言を行う。まず、議論の出発点であった共謀共同正犯における背後者の正犯性について検討する。わが国の共謀共同正犯論においては、多く

⁴ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）138頁以下参照。

の優れた見解が示されたが、それらの見解は互いに批判を繰り返してきた。その議論は、間主観性の獲得という意味で必要なことであったが、裁判官の思考からすれば、非常にわかりにくいものではなかったか、という観点から共謀共同正犯論に提言を行う。つぎに、教唆犯の正犯性について論じる。教唆行為により、被教唆者が犯罪を実行した場合、その教唆行為は、いかなる性質を帯びるであろうか。重要な役割を基準とすれば、正犯となりはしないか、という問題である。教唆犯の狭義の共犯性について、政策的提言を行うこととしたい。

第3節 本論文の議論対象と射程

このように本論文は、故意ある幫助道具を対象としながら、正犯と狭義の共犯の区別論を示すことで、実務と理論の架橋を目指そうとするものであるが、ここまでに、「故意ある幫助道具」や「実務」と「理論」の意味を明らかにしないまま論じてきた。そこで、まず、これらの内容を整理しておく。

まず、故意ある幫助道具は、実行行為を行う従犯とも呼ばれている。ここでいう実行行為とは、形式的な実行行為を意味する。すなわち、殺人罪であれば人を殺す行為、窃盗罪であれば窃取行為そのものをさす。ただし、現在は実行行為概念と正犯性が結びついていない。そのため、重要な役割を果たす従犯と言い換えることも可能であるが、本論文では故意ある幫助道具で統一する。

つぎに、「実務」と「理論」についてであるが、ここでいう実務とは、裁判官の思考、本論文に即していえば裁判官の考えている正犯と狭義の共犯の区別基準を意味する。そして、理論とは、犯罪論体系を指す。また、これまでの区別基準に犯罪論体系的思考を与えることで、裁判官の思考を理論に結合し、同じ土俵で議論できるようにすることを「架橋」と呼んでいる。

さいごに、本論文の射程について論じる。本論文は、故意犯のみを対象としている。過失犯の共犯は対象としていない。また、本論文の対象は作為犯のみである。不作為の共犯については対象としていない。さらに、本論文が対象とする故意ある幫助道具のほかにも「正犯性」を否定する要素があるが、それらは対象としない。たとえば、処罰規定の存在しない必要的共犯の処罰の問題である。それから、故意ある幫助道具の適用可能な犯罪類型の範囲に関する議論については、ひとまずこれをおいて、基礎的な基準を明らかにするにとどめざるを得ない。その意味で、本論文は不十分であり、その取り扱う問題もごく狭い範囲の議論であることをお断りせねばならない。

しかしながら、正犯と狭義の共犯の区別基準に犯罪論体系的思考を結合させるという試みは、かねてより問題となっていたにもかかわらず置き去りにされた問題であり、本論文がその先駆けとなる点で、無意味ではないように思われる。

第1章 法解釈の方法論に関する一考察

第1節 はじめに

「わが国の刑法学は、刑法解釈学の基礎を何に求めるべきかという方法論的自覚が不十分である」という指摘が、松澤伸によってなされた¹。しかしながら、現状として、この問題を自覚する者、あるいは、あえてこの問題に正面から取り組む者がどれほどいるのかは、明らかではない。本章は、松澤の指摘を踏まえ、方法論について検討しながら、自己の刑法解釈学の基礎を明らかにしていく。

まず、法解釈学、刑法解釈学の科学性について検討する。法学が社会科学であるなら、法解釈学に科学性が要求されることについて、異論はない。しかし、何ををもって科学性とするか、これまでなされてきた法解釈学の議論は科学的な議論ではなかったのかという問題を、どうするべきか考えなければならない。

つぎに、その検討をふまえて、ヴァリッド・ローをいかに記述するかが問題となる。裁判官の思考にまで踏み込んで記述するのがヴァリッド・ローであるなら、その裁判官の思考にまで踏み込むためにいかなる資料を用いるのか、先行する研究の成果を採り入れながら考える必要がある。また、事実認識であるヴァリッド・ローと価値判断である政策的提言の区別、ヴァリッド・ローと判例理論との違いについても検討する。

そして、わが国の裁判例もふまえつつ、重要な役割というパラダイムに着目して判例理論の検討を行う。重要な役割を問題とする裁判例は多く、そのことから、正犯と狭義の共犯を区別する基準として、重要な役割を問題とする学説も多い。そこで、重要な役割というパラダイムから見た判例理論を記述する。

その上で、ヴァリッド・ローを記述する先行研究を分析、検討し、そのヴァリッド・ロー自体が持つ問題点と、それに対して、いかなる概念を提示するか検討する（第5節、第6節）。

第2節 法解釈学の科学性の基準

1 絶対的な価値と科学性

法解釈学の科学性に関する問題は、ユリウス・フォン・キルヒマンの「法律学の科学としての無価値性」という講演によってすでに示されていた。キルヒマンは、この講演の中で法律学の対象の特異性として次の3点を示した。

まず、地球が太陽の周囲を自転していることは過去から現在まで等しく真理であるのに対して、法学は、長い年月をかけて真の概念が発見されたとしても、対象はすでに変化しているということである。そのため、法学は「法の進歩に対して好んで敵対的な態度をと

¹ 松澤伸「機能的刑法解釈方法論再論」早稲田法学 82 卷 3 号（2007 年）140 頁。

ること」となってしまう²。

つぎに、法律学の対象が、「たんに知識のなかだけでなく、感情のなかにも存在すること」である。他の諸科学の対象は、感情から解放されている。たとえば、光はエーテルの波動なのか、細かな微粒子の直線運動なのかという問題について、感情が前面に出ることがない。しかし、法学の場合、真理の探究の中に、憤怒や激情さえ混入するという³。

そして、あらゆる科学において、真実の法則のほかに偽りの法則が存在するが、法則の持つ虚偽性が、その対象に影響を及ぼすことはない。これに対して法律学は、「真偽のいかんにかかわらず、対象に対して自己を押しつける」ものであり、そのために、存在（対象）は、知識が誤ったもの、欠陥のあるものであっても、征服されてしまうことである⁴。

キルヒマンは、数学や自然科学といった他の諸科学と法律学を比べて、法律学は、対象が変化しやすいこと、解釈者の主観が入りこむこと、誤った知識が対象に影響することをあげ、法学の科学性について、疑問を呈したのである。そのため、キルヒマンは法律学における真偽判定を、いつの時代も等しく真理である「自然的法」によって行うものとしている⁵。

(1) **自然法論** われわれが価値判断を行う際の価値には序列があり、低次の価値は、より高次の価値に従う。そして、価値の序列が高まると、最終的に究極価値に行きつく。この究極価値に客観性が認められるのであれば、究極価値に基づいてなされる法解釈も客観的なものであると認められ、科学性が認められるという⁶。

自然法論は、誰でも発見することのできる道徳的真理が確かに存在すると想定している。そして、その道徳的真理は、物事の善悪を客観的に判断できる物差しであるから、自然法は究極価値であると考えられている。それゆえ、自然法に適う解釈は科学性を有する解釈ということになるのである。

しかし、自然法論のいう、法は人間の制定行為とは無関係に存在するという考えは、法実証主義者に批判され、また、物事の善悪を客観的に判断できるという考えは、倫理学における非認知主義の考えによって、疑問視されることとなった⁷。さらに、自然法論において何を絶対的価値とするかは、時代や学者によって異なっており、自然法論者のいう客観的価値は、その存在を科学的に検証することが困難である⁸。それゆえ、自然法論は究極価値として採用しえない。

(2) **マルクス主義** 一方、マルクス・エンゲルスの発展段階説に従い、客観的価値を科学的に検証できると主張するマルクス主義は、独占資本主義から社会主義への発展法

² ユリウス・フォン・キルヒマン（田村五郎訳）「法律学無価値論」『概念法学への挑戦』（有信堂、1958年）16頁以下参照。

³ キルヒマン・前掲注2「法律学無価値論」20頁以下参照。

⁴ キルヒマン・前掲注2「法律学無価値論」23頁以下参照。

⁵ キルヒマン・前掲注2「法律学無価値論」24頁以下参照。

⁶ 五十嵐清『法学入門 第3版』（悠々社、2005年）168頁参照。

⁷ レイモンド・ワックス（中山竜一ほか訳）『法哲学』（岩波書店、2011年）21-22頁参照。

⁸ 五十嵐・前掲注6『法学入門』169頁参照。

則が客観的に存在するので、法の解釈も歴史の発展法則に基づいてなされる必要があり、それによって、法解釈の客観性、科学性も実現するという⁹。

しかし、社会主義法が資本主義法よりも高次の段階にあるかについて明らかになる前に、社会主義体制が崩壊していることから、究極価値であることの証明がなされていないと言わざるを得ず、マルクス主義も究極価値として採用することはできない¹⁰。

このように、絶対的な価値に基づいて法の解釈を行うことに科学性を見出そうとする見解は、その絶対的・客観的価値の存在について科学的な検証をすることができない。それにもかかわらず、それが究極価値であり、それにもとづく法解釈は科学性を有するというのは、妥当とはいえないであろう。

それゆえ、究極的価値を問題とせず、個人の世界観や信仰の問題であるという価値相対主義がより妥当であるといえる。もっとも、そうだとすれば、様々な価値判断が存在する以上、法の解釈は解釈者の主観に依存し、法解釈学は科学性を持ちえないという問題に戻ってしまうのではないか。

2 事実認識と価値判断

(1) 事実認識と価値判断の分離 この問題について、マックス・ウェーバーは、科学と価値判断とを明確に分離することを主張した。ウェーバーは、何かを具体的に意欲する人間は、「かれみずからの良心と彼一個人の世界観とにしたがって問題となるいろいろな価値の秤にかけ、そのなかからある価値をえらびだす」としており、価値相対主義を採用している¹¹。

そして、多様な価値判断がありうることを前提に、次のことを指摘する。ウェーバーは、「法律を批評するときとはとくに—社会科学……とならんで、社会政策……もまた、あらわれるにちがいないことであろう。けれどもわれわれは、そのような議論を『科学』だというつもりはないし、それを科学と混同し、とり違えをしないように、力をつくして警戒するであろう。そのような議論においては、宣告しているのは、もはや科学ではないのである」とする¹²。

また、科学的研究のためには、「思考する研究者が発言をやめて、意欲する人間が発言しはじめているのだ、ということ、およびいつからそうかわったのかということ、すなわち、議論はどこでは悟性にうったえており、どこでは感情にうったえているのかということをつねにはっきりさせ」る必要があることを述べ、「事実の科学的な論述と価値判断を行う推理とがたえず混同されることが、われわれの専門的な研究のなかで、いまだにもっともありふれた、だがまたもっとも有害な特色の一つである」と問題視するのである¹³。ウェーバ

⁹ 五十嵐・前掲注6『法学入門』169頁参照。

¹⁰ 五十嵐・前掲注6『法学入門』169頁参照。

¹¹ マックス・ウェーバー（出口勇蔵訳）「社会科学および社会政策の認識の『客観性』」阿部行蔵訳者代表『世界の思想23 ウェーバー 政治・社会論集』（河出書房新社、1965年）55頁。

¹² ウェーバー・前掲注11「社会科学および社会政策の認識の『客観性』」61頁。

¹³ ウェーバー・前掲注11「社会科学および社会政策の認識の『客観性』」61頁。

一は、社会科学一般について、事実認識と価値判断を明確に分離する必要性を説いた。

このような思考は、わが国で、この問題の口火を切った来栖三郎の見解にも見出すことができる。来栖は、法解釈の方法について、「現実の社会関係の観察・分析によってその中から汲みとるべきである」とする¹⁴。しかし、法解釈にあたっては、自己の価値判断に基づく法規範を作り出す意欲が加わっていることは否定できないのであり、したがって、法的判断を行う場合、解釈には複数の可能性があること、法律家の行う解釈はそのうちのひとつの選択にすぎないこと、選択可能な解釈上の争いは、解釈者の主観的価値判断に影響されることから、法解釈の争いは、一種の政治的争いであり、解釈の結果に対して、政治的責任を持つべきことを認める必要があるとするのである¹⁵。

(2) 間主観性による科学性 碧海純一も、ウェーバー、来栖と同じく、事実認識と価値判断を分離し、事実認識に客観性を求めた。碧海は、社会科学における客観性について、「特定の内容を持つ価値判断の『正しさ』乃至『真理性』を『科学的に証明する』ことが果たして可能であるかは疑わしい」とし、このような証明の可能性を認める立場を批判した¹⁶。

また、「社会科学と自然科学を連続視する……考え方は、かならずしも単なる希望的観測ではなく、現代諸科学の発展の実情とも符合する」とし¹⁷、社会科学においても、間主観的に真理を求めることで、自然科学と同じ客観性を付与することは可能であるとした¹⁸。

このように、碧海は、法解釈学は価値判断が入り込むものとしつつ、事実認識と価値判断を峻別するウェーバーの要請を正しいものと評価するが、「法解釈学の分野においては、このような峻別にもとづいた、両者の自覚的結合がなされなければならない。この意味で、法解釈学という学問は、理論的な認識の成果を実践的な目的の実現のために自覚的に応用する活動であり、一言にしていえば応用化学としての性格を持つものである」としたのである¹⁹。

そして、碧海は、法解釈学の特殊性として、「法解釈学における価値判断の導入は……本質的ともいふべきもの」であること²⁰、理論的認識によって与えられた「枠」の中に含まれる複数の可能性の中からひとつを選択することが要求されるが、この選択は理論的認識ではなく、決断の問題であることを挙げる²¹。

アルトゥール・カウフマンも、事実認識と価値判断の両者が一体となっていることを指摘しながら、間主観性による真偽判定を肯定している。

カウフマンは、「法学はいかに科学的であるか」という講演のなかで、「自然科学の『客

¹⁴ 来栖三郎「法の解釈と法律家」同著『来栖三郎著作集』（信山社、2004年）82頁。

¹⁵ 来栖・前掲注14「法の解釈と法律家」83頁参照。

¹⁶ 碧海純一「現代法解釈学の方法」同編『現代法 15 現代法学の方法』（岩波書店、1966年）8頁。

¹⁷ 碧海・前掲注16「現代法解釈学の方法」9頁。

¹⁸ 碧海・前掲注16「現代法解釈学の方法」9頁。

¹⁹ 碧海・前掲注16「現代法解釈学の方法」13頁。

²⁰ 碧海・前掲注16「現代法解釈学の方法」11頁。

²¹ 碧海・前掲注16「現代法解釈学の方法」12頁。

観性』、すなわち、自我を完全に抹消し、すべてを対象の中へ埋没させることは、……法学にとって可能な理想ではない。実に、自然科学においてすら、探求の主体と客体の分離可能性のテーゼは、今日もはや広範囲にわたって妥当しない。例えば、電子について考えてみると、それは実に探求の取りかかり方にしたがって、粒子としても、あるいは波としても現れるのである。」とする²²。

そして、法学の分野でもそのテーゼは支持できないものとする。その理由は、「制定法規範及び事件は……、裁判官が主観から自由な『純粋性』をもって認識し相互に関係づけることができるような『客体』ではなくて、そこから法が生成するためになお加工を必要とする、いわば原材料にすぎない」からである。裁判官は、「抽象的規範を事件に向けて開くこと、規範に照らして事件を構成することが必要である。すなわち、規範は事実合うように、事件は規範に合うように構成されなければならない」のである²³。

そのような場合、純粋な客観性は存在しえない。なぜなら、裁判官も自身の人格から何かを持ち込むからである。しかし、だからといって裁判官の主観主義に味方するものでもないという²⁴。カウフマンもまた、間主観性による意見の一致を作り出すことで、真偽判定ができると考えており²⁵、法学は科学であるかという問いに対しては、法学において「理性的に論議される程度において、それは科学である」と論じたのである²⁶。

このような来栖や碧海の考え方を刑法解釈学の領域に持ち込んで発展させたのは平野龍一であった。平野によれば、法律学の役割は判例を明らかにし、判決を予測することであると。もっとも、法律学の内容はこれにとどまらないとも述べ、法律学は、「判例を変更し、あるいはこれを維持し、あるいは新しく一定の判決をさせようとする実践的な努力を含んでいる」と論じているのである²⁷。

類まれなるドグマティカーとして把握される平野であるが、その機能主義刑法学者としての一面を再評価したのは、松澤伸であった。松澤によると、平野の考える法律学の役割のうち、判例の認識と判決の予測に関わる部分は、予見法学であって、法律学はひとつの科学といえると評価する。そして、平野の指摘する法律学の役割は、碧海のいう「事実認識」に関わる部分だと評価する。一方、法律学の実践的な努力については、碧海のいう「評価＝価値判断」であると評価したのである²⁸。

平野は、法律学の役割として実践的な努力も含めている。この点については、価値判断が含まれるものの、これも法解釈学であるとしてそこに科学性を要求するのであれば、間主観性によってその科学性が担保されることとなろう。

²² アルトゥール・カウフマン「法学はいかに科学的であるか」宮澤浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』（成文堂、1986年）89頁。

²³ カウフマン・前掲注 22「法学はいかに科学的であるか」89頁。

²⁴ カウフマン・前掲注 22「法学はいかに科学的であるか」89-90頁参照。

²⁵ カウフマン・前掲注 22「法学はいかに科学的であるか」90-91頁参照。

²⁶ カウフマン・前掲注 22「法学はいかに科学的であるか」93頁。

²⁷ 平野龍一「法学における理論の役割」碧海純一編『現代法 15 現代法学の方法』（岩波書店、1966年）79頁。

²⁸ 松澤伸『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001年）225頁。なお、碧海、平野の見解については、同『機能主義刑法学の理論』223頁以下に詳しい。

(3) **事実認識重視型機能主義** もともと、松澤は、法解釈学の科学性をさらに前進させる。松澤は、デンマークの法哲学者であるアルフ・ロスの法解釈学の方法論を採用する。この考え方は、法解釈学から価値判断を完全に排除することを目指す。まずは、ロスの考え方を見てみよう。

ロスの理論の出発点は、法律学は客観的に存在するものについての事実に記述でなければならないという点にある。この事実に記述の内容は、結局、現に効力を有する法の記述であるという。

そして、現に効力を有する法の内容は、ロスによれば、判決を通じて現れる裁判官のイデオロギーであるという。よって、法解釈学の任務は、何が現実の裁判の場で拘束力を持つ法であるかを記述し、さらには判決を予測することである。これは、すべて事実に関するものであり、この限度で、法律学は科学性を有することとなる。

ただし、ロスは、法政策的言明も法的言明に含むことは否定しない。この言明には、裁判官に対する提言と立法者に対する提言とが存在するが、注意しなければならないのは、いずれも、論者の政治的活動として位置付けられ、事実認識たる法解釈学には含まないとされるのである²⁹。

松澤は、「ロスの方法論も我が国の機能主義も、事実認識と価値判断を分離する点では変わらないのであるが、事実認識と価値判断の両方の活動をひっくるめて『法解釈学』と呼ぶと、それらが混同される危険がある……。それゆえ、ロスにしたがい、それぞれ分離して別個の名前で呼ぶ(『法解釈学』と『法政策』) ことには、一定の意義がある」とする³⁰。なお、本論文においては、以下、上記の意味での「法解釈学」という用語は用いず、「ヴァリッド・ロー」とする。

その上で、松澤は、ロスに由来するヴァリッド・ロー重視型機能主義を採用するか、平野らの法政策重視型機能主義を採用するか、という問題について、ヴァリッド・ロー重視型機能主義がより妥当であると結論づける。

その理由として、第一に、松澤は、わが国の刑法学は事実認識が不十分であることを挙げる。事実認識に基づく根拠よりも、論理演繹的な議論が中心であり、判例が採用することができないような学説も主張されているという問題を指摘するのである。第二に、松澤は、平野の方法論が、法政策的提言を積極的に認めていたために、現在の刑法学の議論が規制機能の議論に再び陥ってしまったという点を軽視できないことを指摘する。第三に、松澤は、学者による裁判官への提言が自由主義的であることは認めつつも、学者に対する民主的統制が及んでいないことからすれば、これを肯定的にとらえることに対するためらいがあることを挙げる³¹。

(4) **ペッター・アスプによる反論** わが国では、松澤によって、刑法における法解釈学の科学性についての問題が再認識された。しかし、スウェーデンのペッター・アスプ

²⁹ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』247-8 頁参照。

³⁰ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』267 頁。

³¹ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』268-9 頁参照。

は、「法解釈学が科学と呼ぶに値するののかということについては、私は重要ではないと考えている」としている³²。

アспは、法解釈学とは何かという問いに対し、『この世界において、法体系や法源に対するこのような理解を前提とすれば、こうすべきである』という規範的な答えを提供すること³³。松澤の考えるヴァリッド・ロー重視型機能主義は、『私は裁判官として何をすべきか』という問題に対して、『あなたはこうするでしょう』という予測の形で答える³⁴のものである、として批判する³⁴。

事実認識よりも価値判断が重視されたがゆえに、わが国では実務と理論が乖離することとなったという評価は可能であるが、アспによれば、「裁判官としてどうすべきか」を問うているのだから、判決予測を示すよりも、「こうすべきである」という回答をすることで、実務と理論との間がつながることを主張する³⁵。

また、そのようになされた法解釈であっても、間主観性が認められれば科学性が付与されるのであれば、事実認識に限定した法解釈のみが科学的であるということもないとはいえる。

(5) 方法論小括 松澤とアспの違いは、自己の価値判断に基づく法の解釈を法政策と呼ぶか、自己の価値判断が含まれていても、来栖や碧海のような従来の考え方に基いて、なお法解釈学と呼ぶかの違いである。

ヴァリッド・ロー重視型機能主義によれば、裁判官によって解釈された法を発見する作業が法解釈学の任務であるとする。他方、アспの考え方によれば、自己の価値判断に基づくとしても、法律、立法者意思、判例などを分析し、体系化することで、一貫した規範的体系を創造することが法解釈学の任務だとするのである。

このように比較すると、両者には大きな隔たりがあるようにも見えるが、ヴァリッド・ロー重視型機能主義も、自己の価値判断に基づく法の解釈を禁じているわけではなく、その活動に対して、「政策的提言」という名前を与えているだけである。

他方、自己の価値判断に基づいて法を解釈する場合でも、判例という法的資料を分析する必要性を否定するものではなく、少なくともアспは、学者と実務家との間の協力があることを指摘していることから³⁶、実務において採用できる範囲で法解釈を行うべきであろうことは想像に難くないのである。

このことから、本論文の方法論については、ヴァリッド・ローを明らかにしつつ、「あるべき解釈」をも記述する。その意味では、平野による機能主義刑法の立場に与するということになる。ただし、平野も指摘しているように、事実認識と価値判断は明確に区別されるべきであり、ヴァリッド・ローの記述においては価値判断をできる限り排除する。

³² ペッター・アсп「科学としての法解釈学」現行刑事法研究会報告集3号（2014年）28頁参照。

³³ アсп・前掲注32「科学としての法解釈学」30頁。

³⁴ アсп・前掲注32「科学としての法解釈学」30頁。

³⁵ アсп・前掲注32「科学としての法解釈学」30頁参照。

³⁶ アсп・前掲注32「科学としての法解釈学」30頁参照。

第3節 ヴァリッド・ローの記述方法

1 判例の意義

では、具体的にヴァリッド・ローはいかにして記述されるのであろうか。まず、ロスが問題とした「裁判官のイデオロギー」をいかにして汲み取るかであるが、判決の結論命題たる判例、判決自体から推察される裁判官の思考等は、裁判官のイデオロギーの一部を示すにすぎないものだと松澤は指摘する³⁷。もっとも、ヴァリッド・ローの内容をいかに調べるかについては、「個々の判決が極めて有力な資料であることは疑いない」のだともいう³⁸。

そこで、ヴァリッド・ローを明らかにするには、判例の研究が重要となるのだが、そもそも「判例」とはなにかということが問題となる。

松澤は、中野次雄の見解をもとに、いわゆるレイシオ・デシデンダイ（判決の理由）の部分が「判例」にあたることに争いはなく、オピター・ディクタム（それ以外の判断の部分。傍論。）の部分は判例ではないとする。いいかえれば、当該事件の法律上の論点について裁判所が与えた判断だけが、「判例」となりうるのである。そして、この「法律上の論点についての判断」は、2つに分類することができ、そのひとつが結論部分であり、もうひとつが結論の理由づけ部分であるとする³⁹。

この2つのうち、結論部分が判例であることに争いはないが、理由づけ部分が判例であるかについては争いがある。この問題について、中野は、理由づけのために引用される一般的な法命題は判例ではないとする。その理由は2つ挙げられている。第一に、一般的法命題を判例と解することは、判例の拘束力を考えると、「この条文はこのように解釈すべきである」という一般的指示をしたことと等しいこととなってしまう、憲法および法律のみに拘束されるとされる裁判官の法解釈の権限を侵害し、裁判官の独立を害するからという理由である⁴⁰。

第二に、理由づけの部分は、その結論の正しい所以を説得するために書かれるもので、結論命題ほどの権威を持ちえないのは当然であり、また、裁判官の心理としては、その事件における法的判断の結論をいかにして論証するかが関心ごとなのであって、それが他の場合にも妥当するものであるとはいえないからという理由である⁴¹。

松澤は、理由の第一については、中野自身の規範的価値判断が含まれている部分であるとして保留する。他方、理由の第二については、裁判官の判断過程という事実をふまえた理由であることに着目し、「事実として『理由づけ命題』が裁判官にとって『判例』として意識されておらず、また、裁判官の思考を必ずしも反映するものでない、という点は、裁判官の内省によるものであるだけに非常に示唆的であり、本書の方法論の基礎付けに応用

³⁷ これは、ロスの考えを刑法解釈学に応用した、クヌド・ヴォーベンの議論によるものだという。松澤・前掲注28『機能主義刑法学の理論』287頁参照。

³⁸ 松澤・前掲注28『機能主義刑法学の理論』287頁。

³⁹ 松澤・前掲注28『機能主義刑法学の理論』276頁参照。

⁴⁰ 中野次雄『判例とその読み方 三訂版』（有斐閣、2009年）57頁。

⁴¹ 中野・前掲注40『判例とその読み方』63-4頁。

する場合にも、重要な情報を提供する」とするのである⁴²。つまり、裁判官自身が内省の結果「判例」と認識していないものを「判例」とするのは、事実認識としておかしいのであり、「判例」と呼べるのは、結論命題のみだということである。

そして、このような「判例」の理解を前提として、いかにヴァリッド・ローを発見するかについて、松澤は、結論部分がヴァリッド・ローの重要な構成部分となることを承認する。それは、『結論命題』は、判例の拘束力を背景に裁判官の判断を縛るものであり、将来の判決もその命題の範囲内で行われることがほぼ明らかだからである」とする⁴³。

もっとも、その結論命題も、ヴァリッド・ローを構成する一要素でしかない。「ヴァリッド・ローの最も重要な部分は、裁判官の行動（判決書き）の側面ではなく、裁判官の心理的側面（判決の動機付け）にある」からである⁴⁴。一方で、理由づけ部分についても、ヴァリッド・ローを発見する際の資料となることについて否定はしない。理由づけ部分も、裁判官の思考を表している可能性がある以上、ヴァリッド・ローになりうる可能性を持つものと認めているのである⁴⁵。

以上のように、ヴァリッド・ローを発見し、記述するためには、「判例」などを基礎としつつ、裁判官の心理的な側面に踏み込んで検討する必要があることが確認された。その方法は、裁判に直接聞く、裁判官の記した著作を読む、そういった過程の中で見出されることもある。

法解釈学のひとつの役割は、裁判官の判断が示されている判例を「観察」することによって、そこに現れている、あるいは、隠されている裁判官の心理的な側面を事実として認識することである。ヴァリッド・ローの記述は、裁判官が意識していない部分にまで踏み込んで、言語化する必要がある。裁判官が無意識的に行っている部分については、裁判官自身記述することは困難であろう。それを補うことができる点にも、ヴァリッド・ロー研究の意味があるといえよう。

2 ヴァリッド・ローと政策的提言について

事実認識であるヴァリッド・ローと政策的提言は、明確に区別できるはずである。しかし、実際には両者が交錯する場面というものがあろうことが指摘されている。第一に、法解釈論として示された内容を読んだ裁判官が、それに影響を受けて判決を書いた場合、その内容は法政策とならないのか、第二に、法政策のつもりで記述した内容であったが、それを読んでいない裁判官が同様の判決を書き、実務に定着していった場合、その内容は法解釈論とならないのか、という問題である。

松澤は、第一の問題については法解釈論であり、第二の問題については法政策であると結論づける。それは、判断の基礎となった資料、および結論を導いた分析手法によって区別すると考えられるからである。判断の基礎となった資料が経験科学的な事実で、結論を導いた手法が経験的事実の分析であれば法解釈論であり、それ以外の方法で導きだしたも

⁴² 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』277頁。

⁴³ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』277頁。

⁴⁴ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』279頁。

⁴⁵ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』278頁。

のは法政策となるのである⁴⁶。

このことを前提に、無意識のヴァリッド・ローについて考えてみたい。無意識のヴァリッド・ローというのは、裁判官が意識できていないだけで、判例の中や判決書きといった、ヴァリッド・ローを明らかにするための資料の中に事実として表れているのである。だからこそ、それは事実の認識として記述可能なのである。

もっとも、裁判官の思考が、すべて資料に現れるわけではないのは当然である。たとえば、「犯罪とは、構成要件に該当する、違法かつ有責な行為である」という定義は多くの教科書に見られる記述であるが、このような犯罪論体系の問題が、実際の事件を判断した裁判例において、記述されるわけではない。

そうだとすると、この定義も、そのような行為を犯罪として処罰すべきであるという政策判断の表明であると考えるのであれば、ヴァリッド・ローにはなりえない⁴⁷。しかし、ヴァリッド・ローの記述に際し、事実の認識の対象となるのは、判例だけにとどまらず、裁判官の思考そのものである。そのように考えるなら、裁判官の思考の中に共通認識として存在する、構成要件、違法、責任といった犯罪論体系における諸概念もまた、裁判官の思考を経由してヴァリッド・ローとなりうることは否定できない⁴⁸。

さらに、ヴァリッド・ローを記述するうえで難しいのが、これまでになかった、新しい問題に対応する場面である。ヴァリッド・ロー重視型機能主義の母国、デンマークにおいては、最近おこなわれた刑事立法を解釈する場面で議論となった。

デンマークにおいて、若者たちがナイフで刺された事件を契機に、「公的な場でナイフを所持することは自由刑に処する。」という新しい法律が制定された。この法律が制定された数か月後に、仕事でナイフを用いる必要のあった男性が、車にナイフを乗せたまま友人を迎えに行くために車を運転していて、警察にそのことが発覚した、という事件が起きたのである。

そこで、この男性が7日間の自由刑に処されるべきかが問題となったのである。地裁、高裁の段階では7日間の自由刑に処せられるべきだと判断されたが、いずれの段階においても政治家たちは「この法律はこうした事案に適用することを意図して作ったわけではない」と反論したのである。この事案はついに最高裁判所に送られ、罰金刑に処するという判決を下すこととなった。この段階ではじめて、この事案は罰金刑に処すべき事案だというコモン・センスが明らかとなったのである⁴⁹。

このデンマークでの問題は、次のような示唆をわれわれに与える。まだ、議論の深まっていない、そして、それに対する政策的提言も存在しないような新しい問題については、判決予測のためのヴァリッド・ローを記述するだけのコモン・センスを見出すことができない場合がある、ということである。

⁴⁶ 松澤伸「刑法解釈学の意義と方法」現行刑事法研究会研究報告集第3号（2014年）15頁参照。

⁴⁷ 刑法理論研究会著『現代刑法学原論〔総論〕第3版』（三省堂、1996年）4頁参照。

⁴⁸ 松澤・前掲注28『機能主義刑法学の理論』321頁参照。

⁴⁹ トーマス・エルホルム（松澤伸訳）「法哲学と刑事法」現行刑事法研究会研究報告集第3号（2014年）23-4頁参照。

3 実務と理論を架橋する行為は政策的提言か

そこで問題となるのが、本論文の課題のひとつである、正犯と狭義の共犯の区別論が犯罪体系論上のどこで行われるかという議論である。判例はこのことについて特に言及していない。条文が違うのだから、構成要件が違うという説明は可能かもしれないが、たとえば構成要件が違法類型だとすれば、違法性の差によって区別されると考えることも可能である。しかし、コモン・センスは存在しないともいえる。

そうすると、犯罪論体系としての、構成要件、違法、責任という概念は、裁判官の思考の中に存在しているとしても、正犯と狭義の共犯の区別が犯罪論体系上のどこで行われているかを記述することは、こうではないかという予測はできても、判例において示されるような性質のものではないので、いつまでたっても真偽判定のできない問題となってしまう。

このような問題を設定するのは、実務の思考を理論にあてはめることにより、実務と理論の架橋をおこなって、正犯と狭義の共犯の区別基準が実務的にも理論的にもより妥当になることを期待してのことである。そのような目的を有して、判例による真偽判定が不可能な問題について言及し、かつ、その問題に対してのコモン・センスが存在しない議論をおこなうのであれば、それは政策的提言と判断されることとなろう。

4 判例理論とヴァリッド・ローについて

ところで、わが国においても、実務と理論が乖離したとはいえ、判例をまったく研究の対象としないわけではない。実際、わが国では判例研究が数多くなされ、「判例理論」も提示されているはずである。ここで、ヴァリッド・ローと判例理論の差異はどこにあるのかを示しておこう。

松澤は、両者の差異について、『判例理論』が、判例の文言に現れたもの、また、判例相互の整合性だけを頼りにして構成されるのに対して、ヴァリッド・ローは裁判官の思考をその検討の対象とするため、判例は裁判官の思考を徴表する一つの資料に過ぎず、ヴァリッド・ローは判決文にあらわれるのよりもずっと広く、また隠された基礎を持つ、ということである⁵⁰。

つまり、ヴァリッド・ロー重視型機能主義の特徴は、裁判官の思考にまで踏み込んで事実を認識しようとするものであるから、裁判例の文言等から、抽象的な法命題（法規範）を提示する判例理論と異なるということとなる。

第4節 ヴァリッド・ローを記述する資料

1 判例理論について

(1) 判例理論としての主観説

判例は、自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に加担する意思かによって共謀共同正犯

⁵⁰ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』275－6頁。

か否かを区別しているという指摘がなされている⁵¹。そして、このような区別は、一種の主観説だといってよいと評価されている。たしかに、共謀の意義に関するリーディング・ケースとされる練馬事件において⁵²、「各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」に参加した者は、「他人をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味で」共同正犯であるとしている。各自の意思というのは、共犯者それぞれが持つ自己の犯罪意思ということで、それによって共謀概念を限定しようとしているのであれば、なるほど主観説という評価も可能である⁵³

判例がこのような主観的事情を考慮するのは、①実行行為という要件を不要とする共謀共同正犯においては、自己の犯罪意思という共同意思を有していることが正犯と狭義の共犯を区別する本質的要素だと考えられており、②主観面も加えて全体的に評価して、罪責の軽い者は、正犯と狭義の共犯を区別する段階で従犯とすべきであるからと分析されている。

そして、その正犯者意思を問題とする場合には、「動機、実現意欲、積極性、利益の帰属といった心情的（責任）要素を考慮して、共同正犯と従犯を区別している」と指摘されている⁵⁴。このことは、最近、共同正犯と狭義の共犯の区別が問題となった事案においても示されている。

横浜地判平成 25 年 9 月 30 日 LEX/DB25446020

この事件は、本件犯行当時、証券会社の執行役員の地位にあった被告人が、職務上知り得たインサイダー情報を、友人 B に伝達するなどして、同人をしてインサイダー取引を行わせた事案である。そして、被告人が共同正犯なのか教唆（あるいは従犯）なのかについて、次のような理由によって判断する。

横浜地裁は、共謀の有無に関し、「一般に、2 名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと（意思の連絡）に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たすこと（正犯性）が必要である」と、共同正犯が成立するための一般論を示した。

その上で、当該事案につき、意思の連絡があったことは明らかとしつつ、正犯性については、「被告人から B への本件 3 銘柄のインサイダー取引の情報は、重要事実の伝達としては、方法においても、内容においても、甚だ不十分なものであった」ことから、「被告人は、本件 3 銘柄のインサイダー取引について、B に重要事実を伝達したものの、自己の犯罪を犯したといえる程度に、重要な役割を果たしたとはいえない。」としている。

また、このインサイダー取引による損益は「すべて B に帰属している」こと、B が取引によって得た利益が「1 円も被告人に分配されていないこと」、「主たる動機が融資の焦げ付き案件等に関する B の責任追及から逃れることにあったこと」なども認めらうえて、共同正犯の成立を否定している。

そして、「B は、本件 3 銘柄について被告人から重要事実を伝達される前は、せいぜいイ

⁵¹ 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）54 頁参照。

⁵² 最判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁。

⁵³ 西田・前掲注 51『共犯理論の展開』54 頁参照。

⁵⁴ 西田・前掲注 51『共犯理論の展開』58-9 頁。

ンサイダー取引を行う一般的傾向を有していたにすぎず、具体的な犯行を決意しなかったものであり、被告人から重要事実の伝達を受けて初めて、当該銘柄のインサイダー取引を実行する具体的な決意を固めたものと認められる。(原文改行)したがって、被告人による本件3銘柄の重要事実の伝達は、・・・教唆に該当するというべきである」として、被告人に教唆犯の成立を認めた。

(2) 裁判例の検討 横浜地裁は、共謀の認定について「一般に、2名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと(意思の連絡)に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たすこと(正犯性)が必要である」としている。

重要な役割は、正犯性を基礎づける要素と位置づけられており、意思の連絡に加えて、重要な役割が認められるのであれば、共謀を認めることができる、という理論的な構造を有している。

そのため、まず「重要な役割」の判断が問題となるが、横浜地裁の認めた事実によれば、被告人の行為は、買い付け行為ではなく、情報の伝達行為である。また、被告人の情報の中には、「取引をすれば確実に損をするものが含まれていた」ため、Bは自分の判断によって情報を選別しなければならなかったのだから、被告人の果たした役割は大きなものであったとはいえない、と結論づけることもできよう。

しかし、横浜地裁は次のようにも示している。すなわち、「Bは、本件3銘柄について、被告人から重要事実を伝達されなければ、およそインサイダー取引を行うことは不可能であったと認められる」というのである。

被告人の行為がBの犯行にとって不可欠の行為だとしたら、被告人による情報伝達行為は「重要な役割」なのではないか、という疑問が出てくる。つまり、被告人の行為がなければ、本件インサイダー取引の結果が発生しないということになり、その行為の結果に対する因果性は相当大きい、「重要な役割」と言わざるを得ないのではないだろうか。

この疑問について、横浜地裁は、「金商法が、公開買付者等関係者による当該公開買付け等に係る株券等の買付け等(167条1項)及び公開買付者等関係者からの第一次情報受領者によるその買付け等(同条3項)等を禁止しながら、公開買付者が第三者に対して重要事実を伝達した場合に、一律に、公開買付者等関係者を第一次情報受領者とのインサイダー取引の共同正犯として処罰することは、法の予定しないところであるといわざるを得ない」としている。

そうすると、「単に重要事実を提供するにとどまらず、実質的に第一次情報受領者と共同して買付けを行ったといえるほどに、重要な役割を果たすことが必要であり、この点について、被告人の情報伝達行為が「インサイダー取引を行う上で、必要不可欠のものであったことは否定し得ないものの、これを超えて、被告人が重要な役割を果たしたとはいえない」としている。

もっとも、横浜地裁は、このインサイダー取引による損益は「すべてBに帰属している」こと、Bが取引によって得た利益が「1円も被告人に分配されていないこと」、「主たる動機が融資の焦げ付き案件等に関するBの責任追及から逃れることにあったこと」なども認められており、その正犯性を判断するにあたって、利益の帰属がないこと、インサイダー取引を

行う直接的動機がないこともふまえて判断している。これは、判例理論に示された「心情的要素」であり、現在も裁判例においては、果たした役割の重要性に加えて、この要素が問題となっているのである。

2 実務家による分析

(1) **共謀共同正犯における多様な要素** 正犯と狭義の共犯を区別するとき、実務で多様な要素を考慮することは、別の資料においても明らかにされている。石井一正＝片岡博による、共謀共同正犯の事実認定に係る研究は、共謀共同正犯の認定に際してどのような事情が考慮されているのかを分析したものである⁵⁵。

実務においては、「被告人と実行行為者の関係」⁵⁶、「被告人の犯行の動機」⁵⁷、「意思疎通行為」⁵⁸、「実行行為以外の加担行為（役割分担あるいは犯行への寄与）」⁵⁹、「犯行前後の徴憑行為」⁶⁰といった事情の総合判断によって、共謀共同正犯が認められているとする。

そして、これらの事情は、「個別に判断の対象になっているのではなく、各事由が互に関連し合い総合的に判断されている」とされ、それゆえ「各事由の補完性にも留意する必要があると思われる」というのである⁶¹。

この資料は、大量に裁判例を分析した結果として析出された要素であり、裁判官の思考を記述する上で、非常に重要なものであると評価できよう。

(2) **量刑事情としての多様な要素** また、裁判例においては、重要な役割などの要素が、量刑判断の場面で多く登場するという事実もある⁶²。このように、実務では共犯の量刑の際にさまざまな要素が考慮されることも明らかにされている。木山によると、共犯の量刑、とりわけ、被告人個人の量刑にあたっては、共犯者間の地位・役割等を総合的に評価するという⁶³。

そして、その地位・役割等を判断する場合の基礎事情としては、石井＝片岡が指摘する要素と同じく、共犯者間の人的関係や、犯行に至る経緯、共謀の形成過程、そして、犯行の準備段階、実行段階、犯行後の状況などをあげ、また、被告人の主観的事情も考慮する

⁵⁵ 石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）341頁以下。

⁵⁶ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」349頁。

⁵⁷ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」354頁。

⁵⁸ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」368頁。

⁵⁹ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」379頁。

⁶⁰ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」385頁。

⁶¹ 石井＝片岡・前掲注55「共謀共同正犯」349頁。

⁶² 最近の裁判例を分析したところ、「重要な役割」という文言が最も多く登場するのは、実は、量刑判断の場面である。例えば、さいたま地判平成25年6月10日LEX/DB25501546、大阪地判平成25年10月8日LEX/DB25502259、名古屋地判平成25年10月11日LEX/DB25503138、京都地判平成25年12月20日LEX/DB25502733などがある。

⁶³ 木山暢郎「共犯事件と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務体系1・量刑総論』（判例タイムズ社、2011年）321頁参照。

としている⁶⁴

(3) **自己の犯罪説** 松本時夫は、元裁判官の視点から、正犯と狭義の共犯の区別に、「自己の犯罪」を行ったか、「他人の犯罪」に加担したか、という基準を用いていることを表明した⁶⁵。犯罪において、2人以上の者が関与し、そのうちのある者が実行行為を分担していない場合、「実務上……これを共謀共同正犯と認めるか、あるいは教唆犯、幫助犯その他というべきか」という判断の基準は、……端的に言って、実行行為を分担しなかった者にとって当該犯罪が『自己の犯罪』か『他人の犯罪』かであるという⁶⁶。自身の経験に基づく松本の意識下の規範である点は、大いに参考となるところである。

ただし、松本が強調して主張しているのは、2人以上の者が犯罪に関与したとき、「その犯罪に関与した者らの加巧の態様は千差万別であり、また、犯罪の成否ないし目標達成についてもそれぞれの者の係わり方に差異があり、しかも、その係わり方は必ずしも加巧の態様とは直接には結びつかず、更には犯行の結果得た利益の分配も多種多様である」という⁶⁷。

そのうえで、「自己の犯罪」といえるかどうかは、「犯行と結果との関わり合いの事情」（犯罪の成否にどれだけ関心を持っていたか、犯行の結果としての経済的利害にどれだけ関心を持っていたか、という事情。）のほか、「実行に関与した者としなかった者との人的関係（上下、主従、対等など）、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無など」を考慮して判断するというのである⁶⁸。

「自己の犯罪」・「他人の犯罪」という区別基準がヴァリッド・ローである、とみることは難しい。というのも、この区別基準自体が松本の価値判断を含んだものだからである。ただし、事実として、さまざま要素の総合判断、果たした役割という客観的な要素から動機や意欲といった主観的な要素まで含めた総合的な判断によって正犯性を基礎づけているということが認識できる。論者は「少なくとも現在においては」と前置きしているが⁶⁹、その判断基準は、20年以上経過した今なお、実務において有効な判断基準となっている。

第5節 ヴァリッド・ローの記述

1 松澤の記述するヴァリッド・ロー

松澤は、上記のような判例理論等を踏まえ、ヴァリッド・ロー重視型機能主義の立場から、正犯と狭義の共犯の区別論についてヴァリッド・ローを記述している。

その見解の特徴は、統一的正犯体系を柱とする点にある。松澤は、判例を分析したうえ

⁶⁴ 木山・前掲注 63「共犯事件と量刑」343頁。

⁶⁵ 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 卷 3 号（1990 年）318 頁。

⁶⁶ 松本・前掲注 65「共謀共同正犯と判例・実務」318 頁。

⁶⁷ 松本・前掲注 65「共謀共同正犯と判例・実務」314 頁。

⁶⁸ 松本・前掲注 65「共謀共同正犯と判例・実務」324 頁。

⁶⁹ 松本・前掲注 65「共謀共同正犯と判例・実務」318 頁。

で、裁判官の思考を「統一的正犯体系への無意識的な進行」と読み取っている。そして、この「統一的正犯体系への進行」という表現は、「複数人が関与した犯罪現象においては、関与者は、その関与形態・程度に関わらず、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰される方向に進んでいる、という意味」であるとする⁷⁰。

このことは、法文上では「狭義の共犯と正犯の区別が、犯罪論のレベルで行われるように見えるが、実際には、狭義の共犯と正犯の法的性質は全く同じであり、狭義の共犯と正犯の区別は、量刑のレベルにおける区別を定めているに過ぎない」ことを意味する⁷¹。つまり、違法性の差などの犯罪論体系の定義による区別ではなく、量刑の問題と位置づけてしまおうというのである。

実際、正犯と共犯の区別を行う際に用いられる多様な要素は、「共犯の量刑の際に考慮される事情とほぼ同一である」と言える⁷²。このことは、先に挙げた最近の裁判例の多くの事例において、量刑判断の中に「重要な役割」という言葉が入っていることから理解可能である。そのうえで、正犯と共犯の定義を、「重く処罰されるべき者が正犯、それ以外が共犯」だとするのである⁷³。

もっとも、松澤も指摘しているところであるが、統一的正犯体系に進行したら、すべて共同正犯になる、というわけではない。犯罪関与者が、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰されるだけで、正犯（重く処罰されるべき者）と共犯（従犯＝軽く処罰されるべき者）の区別が失われるわけではないのである。

なお、松澤は、従来の議論であれば狭義の共犯に分類される教唆犯を共謀共同正犯に解消するとしている⁷⁴。それは、教唆行為が因果的に見て重要な役割である以上、正犯性を基礎づけるからであり、実務において教唆犯が少ないのは、そのほとんどが共謀共同正犯に解消されているからだとする。

本論文は、松澤によって示された、ヴァリッド・ローを出発点として、議論を進めていく。松澤によってヴァリッド・ローが示されたことで、新たなリサーチ・スペースも生まれた。つぎは、そのリサーチ・スペースについて検討したい。

第6節 新たなリサーチ・スペース

1 ヴァリッド・ローの客観性に関する問題

松澤によると、ヴァリッド・ローは、統一的正犯体系へ進行しており、正犯と狭義の共犯の区別は、違法性でも責任でもなく、量刑においてなされていると記述される。たしかに、わが国で複数人が犯罪に関与した場合の90%以上を共同正犯が占めているという事実

⁷⁰ 松澤伸「共犯と正犯の区別について」『曾根武彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2014年）822-3頁。

⁷¹ 松澤・前掲注70「共犯と正犯の区別について」823頁。

⁷² 松澤・前掲注70「共犯と正犯の区別について」825頁。

⁷³ 松澤・前掲注70「共犯と正犯の区別について」826頁。

⁷⁴ 松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law&Practice4号（2010年）95頁以下、同「裁判官の思考と共犯理論」現行刑事法研究会研究報告集1号（2013年）5頁参照。

から、統一的正犯体系への進行は見て取れる。また、裁判例においては、量刑の場面で重要な役割が問題とされていることが多いことからしても、正犯と狭義の共犯の区別が量刑段階でなされているという認識は可能である。

では、このように記述されたヴァリッド・ローの真偽判定は客観的に可能なのか。たしかに、判決予測がなされた後に、同様の問題について判決が出されれば、その時点で真偽の判定は可能である。問題は、判定の基準である。1回でも同じ判決が出ればよいのか、数回続けばよいのか、その予測において問題とした判決が一向に出ない場合は、審議判定不能のまま放置されるのかは、必ずしも明らかではない⁷⁵。

この点について、松澤は、ストア＝ラウリッセンの問題意識を正当と評価している。ラウリッセンは、「真実と一致した言明は、複数可能であって、究極的には研究者の間の議論・批判を経て、最終的に同意が得られるかどうかによってそれが真実とみなされるかどうかが決まる」という⁷⁶。

これは、科学における間主観性の議論を刑法解釈学に取り込むもので、ひとつの妥当な方向性を示していると考えることができる。もっとも、ここでいう「同意」は、単に大方の同意が得られたとか、国民の大多数の理解が得られたというのではなく、「健全で合理的に組織化されている専門家集団による検証」が必要であるという⁷⁷。本論文では、**第2章**においてその検証を行うこととする。

2 価値判断に基づく疑問

(1) **統一的正犯体系の採用** 松澤は、ヴァリッド・ローが統一的正犯体系に進行していると記述する。もちろん、実務における共同正犯処罰が多いことを見れば、そのような記述にも納得できる部分がある。

しかし、上述のとおり、(特殊な事案だったとはいえ)裁判例は教唆犯を認めているし、本論文が取り扱う故意ある幫助道具の場面においては、共謀などが否定され、従犯が肯定されているのである。そうだとすると、ヴァリッド・ローも、なお共犯体系を維持しながら解釈を行っているのではないかと、という疑問がある。

この点について、松澤は、教唆犯は「重要な役割」を行っている以上、ましてや、インサイダー取引事件については「必要不可欠な」行為とされている以上、共謀共同正犯とするべきであったとするか、そもそも処罰規定がない以上無罪とするべきとの結論に至るかもしれない。

また、統一的正犯体系への進行の意義は同一の処罰根拠によって共犯が処罰されることを意味するだけであり、二元的統一的正犯概念を採用するので、正犯と従犯の区別は依然として残っているということかもしれない。

そうであるなら、あえて統一的正犯体系に進行しなくとも、共犯体系を維持してヴァリッド・ローを記述できるのではないかと、という疑問がある。

⁷⁵ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』147頁参照。

⁷⁶ 松澤・前掲注 28『機能主義刑法学の理論』147頁参照。

⁷⁷ 松澤・前掲注 46「刑法解釈論の意義と方法」14頁。

(2) 量刑論上の差と犯罪論体系上の差 また、松澤は、正犯と狭義の共犯の区別は、刑法体系においては、量刑の段階で区別されるものとした。この点も、量刑判断の場面で重要な役割が考慮されることから明らかなように、ひとつの事実認識である。

もっとも、量刑の問題とすればすべて解決するかという点は、なお考慮する余地があるように思う。「量刑がもつばら裁判所の裁量に委ねられることは、量刑に不均衡が生じ、平等原則に反する危険も招来しかねない。」との指摘があるように⁷⁸、何らかの量刑基準を採求する必要があるし⁷⁹、この量刑的な差異はどこから生じるのかという問題も残されたままということになる。そして、その量刑的差異が、違法性や責任と関連付けられるのであれば⁸⁰、あえて量刑論上の問題とする必要もなくなるのではないかという疑問がある。

また、裁判例の中には、量刑判断において、正犯性を否定する可能性のある事情（共犯者間の地位について触れ、背後者の指示を拒むのが困難であったという事情）を挙げているものもあるが⁸¹、当該事案の被告人は、実行行為を行っていることを理由に正犯であるとされている（量刑上考慮されても、正犯と共犯の区別においては考慮されていない）。

多様な要素は、従来の裁判例においても問題となっているように、正犯と狭義の共犯の区別の際に考慮すべきものだったはずである。上述のように、量刑判断の場面で考慮される要素の中には、正犯性を否定する方向に働く要素も含まれている。そうすると、そのような要素を正犯性の判断に際して考慮しないことは、恣意的な判断、いいかえるなら、本来であれば従犯として処罰する可能性のある場合であっても、正犯として処罰してしまうということをお認めることとなりかねない。

以上のように、松澤の記述したヴァリッド・ローは、事実一致する記述である。そして、その記述は、ありうる記述のひとつであるように思われる。裁判官の思考の中に踏み込んで、かなり柔軟に多様な要素を考慮する態度を、統一的正犯概念という刑法上の理論的枠組みを用いて記述した点に松澤の記述したヴァリッド・ローの特徴がある。

3 ヴァリッド・ローを読み解くパラダイム

正犯と狭義の共犯の区別を行う際に用いられる多様な要素は、量刑において考慮される要素と同じであるという事実は、裁判例に現れている文言からも認識できる。それゆえ、松澤の記述するヴァリッド・ローには、一定程度以上の重みがある。

しかし、すでに指摘したとおり、量刑判断の場面においては、たとえば「自己の犯罪」を問題とする立場からは正犯性を否定する方向に働きうる要素（背後者の指示を拒むのが

⁷⁸ 高橋則夫『刑法総論 第2版』（成文堂、2013年）532頁。

⁷⁹ 松澤も、「今後は、・・・『多様な要素』をそのまま区別基準として検討する、という方向へ研究を進めていくことができる」とする（松澤・前掲注70「共犯と正犯の区別について」828頁。）。

⁸⁰ 松本時夫「量刑の実務と今後の課題」現代刑事法21号（2001年）14頁は、応報の概念をもとに責任の度合いを定めるとしている。

⁸¹ 名古屋地判平成25年10月11日LEX/DB25503138参照。

困難であったという事情など)が存在した場合であっても、正犯性を否定する方向には働いていない。

また、量刑判断としてよいのだとすると、量刑上考慮されるような、被告人の生い立ち、過去の犯歴などを理由に、裁判官が重く処罰したいと思えば正犯性を肯定する方向に働く要素を判断に持ち込むことさえ可能となる。つまり、裁判官による恣意的な判断が行われることを許してしまいかねない。これを防ぐには、裁判官の思考を何らかのパラダイムによって読み解いていき、正犯性において考慮してよい要素を一定の範囲に限定する必要があるだろう。

もっとも、そのパラダイムの選択は、論者ごとに異なることとなろう。その意味で、パラダイムの選択には価値判断が入らざるを得ない。しかし、科学の領域において、全く価値判断の入り込むすきが存在しないということはない。たとえば、電子が探求の取りかかり方にしたがって、粒子としても、あるいは波としても現れるのを見れば⁸²、そのことが理解できるであろう。観察された対象をどう見るか、という判断に、価値判断は紛れ込んでいるのである。

このような場合、科学の領域で、間主観性という概念を用いるのは、すでに示した通りである。実際、ストア＝ラウリッセンの指摘する「同意説」は、間主観性を問題とし、間主観性が認められる場合、客観性が肯定されるのである。他方、何らかのパラダイムを選択する行為が、自己のよって立つ哲学や宗教的背景などによって自由になされている場合、それは主観性（自己の価値判断）に基づく法解釈である。

そこで、本論文においては、間主観性よりも主観的であるが、純粋な価値判断よりも客観的な中間領域について考えることとしたい。そのパラダイムの選択にあっては、極端な例でいえば、形式的実行行為論を基礎に分析することも可能ではあるが、本論文では、かなり多くの裁判例が採用する「自己の犯罪」という理論を用いた検討を行う。これは、単に論者自身が、自由な価値判断のもとに選択するのではなく、実際に裁判例において現れる「自己の犯罪」というパラダイムを基礎として、解釈論を展開することを意図しているからである。

そのため、だれもが納得する客観性を有するわけではないが、純粋に主観的な判断によるものでもないといえよう。裁判官は、少なくとも裁判例の理由づけとして自己の犯罪というパラダイムを用いており、それをもとに理論を構成することについては、自分たちが裁判例において用いている理由づけである以上、一定程度の同意が得られるものと思われるし、そのようなパラダイムに基づいてなされる提言は、受け入れやすいと考えられるからである。

さらに、松本によって指摘された「自己の犯罪」という考え方は、裁判官が自身の感覚を記述したものである以上、ヴァリッド・ローの記述にとっては重要なものであると考えられるのである。すでに見たように、最近の裁判例においては、「自己の犯罪」を問題とするものも多い。ならば、この基準を選択すること自体は価値判断に過ぎないが、少なくとも客観的に認識できるかたちで提示されているこの基準をもとに、ヴァリッド・ローを検

⁸² カウフマン・前掲注 22「法学はいかに科学的であるか」宮澤浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』（成文堂、1986年）89頁。

討する試みは、なされてもよいのではないだろうか。

第7節 小括

以上のような議論をふまえ、解釈方法論について、自己の態度を決定しなければならない。松澤によって指摘された、ヴァリッド・ロー重視型機能主義は、社会科学である法解釈学の科学性、客観性を担保する刑法解釈の方法論である。そして、社会科学である以上、法解釈学は科学的である「べき」ことから、この方法論に従って議論することとしよう。その特徴は、裁判官の思考にまで沈潜して現に効力を有する法の記述を行い、判例を予測することを法解釈とし、価値判断に基づく法的言明は政策的提言として、法解釈ではないとする点にある。

ただし、本論文では、松澤の記述するヴァリッド・ローがひとつのヴァリッド・ローであるということ認識したうえで、別の視点からの検討を試みる。それは、すなわち、自己の犯罪というパラダイムから出発するものであり、この基準をもとに裁判官の思考を読み解くという方法によって議論を進めたい。

パラダイムの選択にあたって、価値判断が入り込む以上、それは自己の価値判断に基づく法的言明だということもできる。ただし、自己の犯罪というパラダイムは、純粹に主観的に決定されたものではない。実務家の（価値判断に基づくとはいえ）感覚から導かれた基準であり、実際の実務においても用いられている基準である。その意味で、かなり主観的ではあるが、なおも客観性を維持しているのである。

また、政策的提言（自己の価値判断に基づく法的言明）を行うにあたっては、裁判官がその理論を採用できるような、あるいは、裁判官が理解可能な形で行われる必要がある。自己の犯罪概念は、裁判官が実際に裁判において用いている言葉であり、共通した感覚である。それゆえ、そのパラダイムは自己の価値判断が介在しているとしても、裁判官にとっては身近なパラダイムであり、裁判官の同意を得やすいであろう。実務と理論は、絶え間ない交流を行うことで、架橋されるのである。

第2章 故意ある幫助道具論と「客観的要件」

第1節 はじめに

わが国の正犯と狭義の共犯の区別論は、共謀共同正犯論を中心に発展してきた。しかし、共謀共同正犯だけですべてをうまく解決できるわけではない。共犯者間において上下関係があった場合、たとえば企業内で上司が部下に対して指示・命令を行い、部下がそれに従って犯罪を実行するという場合を考えてみよう。この場合、企業内における上司と部下の関係から、逆らうことのできない状況が生じる場合があるのではないだろうか。なるほど、企業という組織内の上下関係であれば、部下が、上司に逆らって犯罪を行わないことも期待できないわけではない¹。だが、ある者は機械的に犯罪を行うかもしれないし、またある者は葛藤し、苦悩した挙句、手を下すということになるかもしれない。このような部下を無罪であるとするわけにはいかない。しかし、正犯として処罰する必要があるのかは、ひとつの問題である。

この問題について、わが国では、かねてより故意ある幫助道具という概念が用いられ、議論されてきた。故意ある幫助道具というのは、実行行為を行った（あるいは、重要な役割を果たした）にもかかわらず、正犯ではなく、従犯として処罰する考え方である。上述のような上司に指示・命令されて犯罪を実行した部下（つまり、実行行為を行った者）についても、この概念を用いれば、正犯ではなく従犯として処罰することが可能となる。共犯者間の「正犯と共犯の区別」を考えるにあたって、故意ある幫助道具という概念は、重要な示唆を与えるものである。

もともと、現在、正犯と共犯の区別論は、大変複雑化しており、それに伴って故意ある幫助道具の議論も、少なからずその影響を受けている。仮に、故意ある幫助道具を積極的に解するとして、その場合の正犯と狭義の共犯の区別基準はいかなるものかという問いに対する回答は、論者によってさまざまなのである。

本章は、正犯と狭義の共犯の区別について、故意ある幫助道具という問題を切り口として、この概念に関するわが国の裁判例の状況、学説の状況を概観し、さらにドイツにおける議論の状況も概観したうえで、「正犯と狭義の共犯の区別」基準を明らかにするべく、検討を加える。

第2節 故意ある幫助道具の裁判例

わが国において、故意ある幫助道具の裁判例は多くない。それは、故意ある幫助道具が、

¹ 事実、ロクシンは、「組織的権力機構による間接正犯」の理論の、企業犯罪への適用可能性について慎重な立場をとる。部下は上司の要求を拒絶できる、という点にその理由を求めるのである。(Roxin, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts-100 Entscheidungen für Studium und Referendariat mit Fragen und Antworten*, 1998, S.124.)

正犯性を基礎づけるような、重要な役割を果たしていると評価できるにもかかわらず従犯として処罰される、かなり特殊なケースだからである。故意ある幫助道具は、その特殊性ゆえ、正犯と狭義の共犯を区別する基準を考えるにあたって、再検討されることとなった²。

本論文では、故意ある幫助道具を認めたとされる裁判例のうち、関与者間に上下関係がある事案と、関与者間に上下関係があるとはいえない事案を取り上げ、概観する。

1 関与者間の関係に上下関係がある裁判例

① 名古屋高判昭和 27 年 12 月 10 日高等裁判所刑事判決特報 30 号 21 頁

この事案は、食糧管理法違反事件につき、麦の闇売買の際に運転手をつとめた被告人が、共同正犯であるのか、幫助犯であるのかが争われ、幫助犯であるとした裁判例である。

被告人は、原審相被告人 N が社長をしていた会社に自動車運転手として雇われていた者である。昭和 25 年 7 月頃、N は、当時統制品であった麦のいわゆる闇売買により利益を挙げようと企て、原審相被告人 K 方へ、生産者からの麦の買入れ斡旋依頼に赴いた。

その際、被告人は、N の言葉に従って事情を知りながら N と同行し、その談合に立会い、K が手数料名義で 1 俵につき 100 円の報酬を受ける約束の下にこれを引き受け、その後 K 自身が直接もしくは情を明かして原審相被告人 I に転嘱した後も、I と協力もしくは同人を介して生産者との間に買入れの和合をすすめた上、N に報告した。

被告人は、N に命じられて同人より買受代金と手数料を託された後、生産者方へ赴き、前記 K や I の指示案内のもとに直接、もしくは同人らを介して生産者にその代金を支払い、これと引き換えに買入れ麦類を受け取り、被告人の運転する自動車に積み込み、この麦類を N の指定した場所に運搬した。

この事案について、名古屋高裁は、被告人が買入れに関与したことを認めた上で、次のように判示した。すなわち、「各売買につき被告人の演じた役割は、相被告人 N の企図実現上相当重要ではあるが、・・・被告人が此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ないから、此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人 N の指示命令の儘に為されたものと見るの外なく、従って此の分の売買につき、被告人は勿論所謂闇買の幫助者としての責任は免れないところにあるが、結局、被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証明はないものといわねばなら」ないとして、原審がこれを共同正犯としたのは、事実誤認であり、原判決は破棄を免れないという判断をしたのである³。

なお、この事案の被告人は、上記買入れに関与した罪と、その後、K や I を使って買受けをした罪も認められており、名古屋高裁は、このうちの買入れに関与した部分を従犯で処罰するとしたものであると思われる。

② 東京高判昭和 50 年 2 月 4 日・東京高等裁判所判決時報（刑事）26 巻 2 号刑 19 頁

この事案は、収賄罪の共謀共同正犯の訴因につき、幫助犯が認定された事例である。

² 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005 年）114 頁以下参照。

³ 傍点は原文ママ。ただし、読みやすくするために句点を加えた。

被告人 O は、昭和 46 年 10 月 1 日から国鉄鉄道管理局の営業部旅客課課長補佐として、旅客課長を補佐していたが、着任して間もなく、課として支払うべき飲食代金等の未払い分が 70 万円ほどに達していることを知り、同年 12 月ごろ、そのことを課長 T に話したところ、翌 47 年 1 月ごろ、T から、「Y に金のことを頼んであるから、Y が金を持ってきたら受取っておいてくれ。」との指示を受けた。ここにおいて、被告人 O は T が広告取扱業者である株式会社 A の営業課長 Y から現金の供与を受けるものであることを知りながら、その指示を了承した。

被告人 O は、同年 2 月 10 日ごろ、Y が旅客課事務室において、旅客課宣伝係長 M に対し、T 課長に渡してくれとあって現金 25 万円を交付し、42 万円を額面とする領収証の作成交付を求めた際、M から領収証作成の当否について相談を受けるや、その 25 万円は、T が Y から、広告の発注等に関し種々の便宜を受けたことの謝礼および今後も同様の便宜を受けたい趣旨で供与を受けるものであることを知りながら、「課長が承知しているのなら良いだろう」と答えて領収証の作成を承認し、M をして Y の要求する領収証を作成交付し、これと引き換えに 25 万円を受領した。

このような事案の被告人 O が当該贈収賄についてどのように関与しているかについて、東京高裁は、T から被告人 O に指示があり、被告人 O がこれを了承したことも認められるが、これによって「両者間に共謀が成立したとみることは・・・当を得ない」とする。

それは、「O が支払に苦慮していた飲食代金等のほとんどは、O が着任する前に T 課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのものであって、T がその支払について最も責任を負うべき立場にあ」ったこと、T は自己自身のために Y に金策の要請をし、自分が単独で Y から金員を収受するつもりであったとみるのが相当で、T は「O を自己の手足のよう利用する意思はあったとしても、O との間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体になって賄賂収受を実行しようとしたものであるとは」認めがたく、O としても、事情を推知したものと見えるが、「T と共に Y から賄賂を収受しようという意思を生じ、T とその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは」考えられないこと、O が領収証作成を了承して M に現金を受領させた行為も、「承認によって、T の収賄を容易ならしめたということではできるが、収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない」ことなどを理由として挙げている。

そして、東京高裁は、被告人 O に関する部分を破棄自判し、収賄の共謀共同正犯ではなく、従犯であるとした。

③ 福岡地裁判所昭和 59 年 8 月 30 日判時 1152 号 182 頁

この事案は、強盗殺人未遂事件の共謀共同正犯が問われた事案につき、被告人が、従犯であるとされた事例である。

被告人は、犯行に使用するホテルを予約し、覚せい剤売買の取次役を装って買い手に検分させるといふ名目で覚せい剤を同部屋から持ち出し、被告人以外の者が被害者にけん銃で重傷を負わせた頃、この覚せい剤をもってホテルを脱出したので、実行行為の一部を行っていることが見ることができる事案である。

この事案について、福岡地裁は、「当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪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ことの一事の

みで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当ではない」とし、「特段の事情の存する場合においては、形式上実行行為の一部に該当する行為を行った場合であっても・・・幫助犯の成立を認めるのが相当」であるとした。

そして、その「特段の事情」を認めるにあたっては、(一) 被告人は、暴力団員ではなく、暴力団員 0 の知り合い程度であり、0 に博多に行こうと誘われた際も、日帰り旅行だと思っていたこと、(二) 被告人は、このような話を聞いてしまった以上、他の共犯者は元暴力団員であり、しかも凶器も持参していることから、帰らせて欲しいなどと言おうものなら、逆に口封じのため、まず自分が殺されることになりはしないかと考え、とても脱けさせて欲しいなどとは言い出せず、仕方なく 0 らに付き従っていくことにしたこと、(三) 謀議の際、被告人は全く口をはさまず終始黙したままであったし、0 ら 4 名の者も被告人の役割については全く話題にしなかったこと、(四) 謀議の結果、強取した覚せい剤は、すべて 0 のものとする旨決せられたが、被告人と 0 との間では、0 が被告人に対し、強取した覚せい剤の一部を分け前として与えるとか、0 やその他の共犯者がその他の利益を報酬として与えるとかの話は、全くなされなかったし、現に、0 が被告人に対し何等かの報酬を与えたこともなかったこと、(五) 被告人は、ホテルの確保を命じられ、ひとり車から降ろされ、したがって、この機会に、0 らから逃げようと思えば逃げられたし、被告人自身も、一度は、そのまま逃げてしまおうかとも考えはしたが、当時の所持金の少なさ等から名古屋への帰着に手間取ることになれば、その間、0 らが被告人の内妻に危害を加えるおそれがあるなどと考え、逃走を断念したこと、(六) 被告人は、たとえば、「なんでも、はい、はいって言っとけよ。」という 0 の指示があれば、そのとおりに行動するなど、0 の指示に従って行動していることが挙げられている。

そして、このような被告人には、正犯者意思が認められないので、従犯であるとするのである。

2 関与者間に上下関係がない裁判例

④ 横浜地川崎支判昭和 51 年 11 月 25 日判時 842 号 127 頁

この事案は、覚せい剤譲渡の事案につき、S が覚せい剤を相手方に引き渡そうとしたが、取引相手が顔を合わせたくない M であることを知り、被告人に覚せい剤の引き渡しを依頼し、被告人もこれに応じて、代金の引き渡しについては S の指示を受けて交渉し、当該覚せい剤を M に引き渡し、M からその代金を受け取って、S に引き渡した事案である。

この事案につき、横浜地裁川崎支部は、(一) 被告人は、M からの連絡を受け、その言い値の通り S と取引をしていて、M と S の仲介役でしかなかったこと、(二) 代金の支払いで取引の相手方との交渉の際、S に連絡のうえ、その意に従って行動していること、(三) M は車代として被告人に 5 万円渡したが、S からは 1 円も受け取ってはいないことを認めている。

そして、「被告人が覚せい剤 50 グラムを M に手渡した客観的事実は動かしえないものである」が、本件における被告人は、「覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、S の M に対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具」と認められ、「これを正犯に間擬することはできない」とした。また、「被告人が覚せい剤を M に手渡す前、M の告白により同人の K に

対する転買意図を認知したことは、被告人の S にかかる右譲渡犯行の幫助行為を被告人の M に対する譲渡犯行にまで飛躍させる原由となるものでは決してなく、又被告人が事後 M から五万円を車賃等名下で受けたことは右幫助行為以後の事象であって、判示認定に些かの消長を来すものではない。」ともしている。

⑤ 東京地判昭和 57 年 7 月 28 日判時 1073 号 159 頁

けん銃の密輸入の事案につき、被告人は、A から依頼を受けた N から、けん銃の調達を依頼され、永住権の取得申請に悪影響があると思いいったんは断ったが、N から「アメリカではピストルを買うのは違法ではない」「迷惑はかけない」「お礼をするから」などと言われ、丁度入手先の心当たりもあったためにこれを承諾し、かつてけん銃が必要な時には電話するようと言われていた B と称する男に連絡して交渉し、話をつけたところ、N から呼び出されたので約束通りに赴いた際、日本から到着した A が N と 2 人で話し合っているのを見て同人がけん銃を日本に持ち込むために買い付けに来たことを知ったが、B との交渉を続け、代金やけん銃の受け渡しに関わり、その報酬として 2,000 ドルを受け取った事案である。

この事案について、検察は、「このような被告人の所為がなければ、そもそも本件密輸入の各犯行は成り立たなかったものであるが、被告人が身の危険をも顧みずに積極的にこのような行為に出たのはまさに A 及び N と一致協力して本件犯行を実現させ、自己の利益を図ろうとしたものであり（現に被告人は報酬として 2,000 ドルを取得している。）、換言するならば、被告人は A 及び N と意思を相通じ、本件けん銃等の密輸行為につき同人らと一心同体となり、A の行為を利用して自己の右犯意を実現したものである」と主張した。

しかし、東京地裁は、「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、よって犯罪を実行した事実が認められなければならないものと解される」としたうえで、(一) 被告人は、本件けん銃等の調達方を依頼された当初、アメリカ合衆国における永住権の取得を考えていたため、右依頼を承諾してけん銃を調達した場合に犯罪等に巻き込まれることを懸念し、けん銃を調達することについてむしろ消極的な態度をとっていたのであり、N からアメリカ国内ではけん銃を買うことは違法ではないし、被告人には迷惑をかけない旨説得されてこれを承諾し、B と交渉を開始してからも、合法の範囲内にあるけん銃等の売買に尽力する限度でこれに協力する態度をとり続け、本件けん銃等の最終的な売渡し先については何らの関心を示さなかったこと、(二) 空港で A に会ってからは、被告人の調達するけん銃等が A によって本邦内に密輸入されるものであることを認識したものの、その後も A においていかなる手段、方法を用いて右けん銃等を本邦内に密輸入し、どのように処分するのかについても同人に尋ねることすらせず、この点については何らの関与もしていないこと、(三) 被告人がこの取引によって取得した現金 2,000 ドルは究極的には本件けん銃等の密輸入による利益の中から支払われるべきものであるが、被告人としては将来反覆してこのようなけん銃等の調達に協力するつもりはなく、右の 2,000 ドルもけん銃等を調達した報酬という意味合いで既に B に支払うべき代金に上乗せして A から取得していたため、A による密輸入の成功、不成功及び帰国後の密売による利益の多寡等には経済的な利害や関心を全く有していなかったこと、(四) そもそも被告人

はアメリカ合衆国に居住しており、日本からけん銃等の買付けに来た A とは従前全く面識がなく、本件取引に関する限りの接触であり、また、N とも知り合ってから日も浅く個人的に特に親密な交際をしていたものではないのであって、被告人とこれらの共犯者との間には、けん銃等を調達して報酬を得るといった経済的な関係を離れて被告人において積極的に A の本件密輸入の各犯行を成就させようとするほどの緊密な人的関係は認められないこと、(五) 被告人としては、カリフォルニア州においてけん銃等の売買が違法とはされていないところから、A が買い付けた本件けん銃等をどのように処分するのかは A 自身の問題であり、被告人には関係のないこととして安易に本件けん銃等の調達方を引き受けてしまった面があること、を認め、「これらの事情を総合考察するならば、被告人において本件けん銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人と A らとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、被告人において A の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものとまで認定することには疑問があり、結局被告人のけん銃等の密輸入に対する加功の程度は、右けん銃等の調達行為によって正犯者 A の各犯行を容易ならしめたにとどまるものとみるべきであり、幫助犯の成立を認定するのが相当である。」とした。

⑥ 東京地判昭和 63 年 7 月 27 日判時 1300 号 153 頁

同じく、けん銃密輸入の事案につき、被告人は、実兄らがフィリピンから日本国内へ、テーブルの中に隠匿したけん銃等を密輸入しようと企てた際、「イタリア製の大理石のテーブルだ」とのみ告げられて発送を依頼され、右手続き中に、テーブルの中には何か違法なものが隠されているかもしれない、日本に密輸して売り捌くつもりかもしれないと考えたが、そのまま発送手続を済ませた。

この事案について、東京地裁は、(一) 被告人が、けん銃等の隠匿を未必的に認識した後発送手続終了までの間、C、A の両名はその場におらず、また E 社に同行した A が、この僅かな時間内に被告人の右未必的認識を察知して、けん銃等の密輸行為につき被告人と互いに意思を相通じたと認めるに足りる証拠はなく、被告人の片面的、未必的認識の限度に止まること、(二) 被告人が本件密輸入において果たした役割をみると、被告人がけん銃等の調達、隠匿等の実質的行為に関与したという証拠はなく、単に、貨物輸出入運送業者での本件テーブルの発送手続にかかわったのみであり、右発送手続自体も B 名義で行われているのであって、被告人の本件への関与は、重要な部分に関するものではあるが、特に被告人でなくともなし得る形式的・機械的行為を行ったにすぎないこと、(三) 被告人が、発送手続後、来日の報酬として告げられた額も 500 ドルで、けん銃等の代金総額 375 万円と比較するとごく一部にすぎないことを併せ考えると、本件けん銃・実包の密輸入行為に際し、「被告人が C らと共謀していたと認めるには未だ証明十分とはいえず、むしろ、被告人は、C や A らに利用され、本件テーブルの形式的な発送手続を行おうとしたが、右手続中 C らの密輸入行為につき未必的な認識を持つに至ったものの、実兄からの依頼ということもあって、これを幫助する意思のもとに、そのまま右発送手続を完了させたものと認められる。したがって、被告人には、判示のとおり、検察官が予備的訴因として主張する幫助犯を認めるのが相当である。」とした。

3 小括

わが国の故意ある幫助道具の裁判例は、共謀がないという理由、あるいは、共謀の前提となる正犯者意思が欠けるという理由によって、前面者を従犯としている。もっとも、その共謀の認定、あるいは、正犯者意思の認定に際して、各裁判所は、さまざまな事情を取り上げて事実認定をしている。各裁判例において認められた事情を、まとめてみると以下のようなになる。

(i) 前面者(被告人)が、背後者の指示命令のままに行動していたという事実を認めた裁判例は、裁判例①、②(背後者が被告人を道具として利用する意思があったとしている)、③、④、⑤がある。(ii) 犯行の動機について検討している裁判例は、②、③がある。(iii) 前面者(被告人)の果たした役割が、実行行為ではないとする、あるいは、軽微である、形式的・機械的なものであるとする裁判例には、裁判例②、⑥がある。(iv) 前面者(被告人)に、利益が帰属していない、あるいは利益が少ないことを認めている裁判例には、①、②、③、④、⑤(密輸入の利益によって支払われたものではなかったとしている)、⑥がある。このような事情を、事案ごとに検討したうえで、最終的に、共謀や正犯者意思を否定することで、前面者を従犯としているのである。

第3節 学説の状況

故意ある幫助道具の問題について、わが国では共謀共同正犯論が発展したために、それほど問題とならなかったことはすでに述べた。しかしながら、あらゆる事案が共謀共同正犯で処理されるべきとは思われないところ、「第2節 故意ある幫助道具の裁判例」で述べたとおり、裁判例は、故意ある幫助道具を肯定してきた。共謀共同正犯が、実行行為を行わない正犯であると考えれば、それを反対から見、故意ある幫助道具もまた認められるといえよう。

わが国の場合、故意ある幫助道具という術語ではなく、最近では実行行為を行う従犯と呼ばれ、議論されるようになってきた。故意ある幫助道具という場合、道具理論、すなわち背後者の間接正犯性が問題となるが、その議論の焦点が、前面者に移ってきたのである。もっとも、現在の議論によれば、重要な役割を果たすことでも正犯性を獲得するので、本論文では、故意ある幫助道具と呼ぶこととする。

共謀共同正犯の問題意識が、「なぜ、実行行為の一部分担もないにもかかわらず正犯として処罰されるのか」という点にあったところ、故意ある幫助道具の問題意識は、「なぜ、実行行為を行なっているにもかかわらず従犯としての処罰にとどまるのか」であり、正犯と共犯の区別における、正犯とは何かという問題を裏から見ているのである。

では、わが国の学説を概観しよう。

1 消極説

わが国の判例の立場とは異なり、学説においては、故意ある幫助道具を消極的に解する見解も有力に主張されている。

消極的に解する根拠としては、故意ある幫助道具について、「構成要件的故意をもって、

構成要件該当の行為を行なっているものであるから、その正犯性を否定できないように思われる⁴というように、被利用者が「完全に正犯としての特質」⁵を有するために、幫助犯とはなしえない、というシンプルな理由があげられる⁶。

たとえば、利用者（背後者）が「犯罪の結果についてより大きな利害ないし関心を持っているからといって、被利用者が客観的に構成要件に該当する行為をしているにもかかわらず、これを幫助とし、利用者を正犯とするのは妥当でない」とする見解がある⁷。

また、正犯の特質として「重要な役割」を演じた者が正犯であるという理解から、故意ある幫助道具に関して、「共犯団体における地位ないし役割の大小に着目する方向については賛意を表すが、責任能力者が故意をもって実行行為に関与した場合には、やはり正犯とすべきである」とする見解がある⁸。

あるいは、正犯が成り立つためには、主観的に、犯罪を実現しようとする意思の他に、それを自分のためにしようとする意思、すなわち正犯者意思が必要であるとする積極説の見解に対し、正犯が成り立つためには、主観的には、犯罪を実現しようとする意思があれば足り、正犯者意思が必要であるとする理解は「主観説への準拠を前提としてはじめて出てくる」という理解⁹や、「故意ある者を一方的に利用することは不可能であり、正犯と共犯の区別に関する主観説に立たない限り」故意ある幫助道具は認められないとする見解¹⁰も同様であり、被利用者が「完全に正犯としての特質」を備えるので、故意ある幫助道具を消極的に解する見解だといえよう¹¹。

このほかに、最近の判例は、正犯と共犯の区別にあたって「主観化の傾向が顕著である」ことを指摘する見解¹²がある。最近の判例の「正犯性判断におけるこのような主観化の傾向が何に由来し、どの範囲にまで及ぶかは明らかではない。しかし、・・・正犯意思の有無が

4 福田平『全訂 刑法総論〔第4版〕』（有斐閣、2004年）263頁注（二）。

5 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するという事』115頁。

6 また、斉藤誠二「いわゆる『故意のある幫助的道具』」受験新報1994年2月号（1994年）33頁も、「主観的には、構成要件を実現する意思で、客観的にも、構成要件を実現するものである。それで、これは正犯そのものである。」ということを経由の1つとして、実行行為を行う幫助犯を否定する。なお、島田は、構成要件該当事実を自ら実現するものは単独正犯であり、いかなる場合に背後者も正犯とできるかについて検討する（島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）229頁参照。）。

7 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）362頁。

8 西原春夫『犯罪実行行為論』（成文堂、1998年）283頁。なお、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）59頁以下も、正犯と共犯の区別につき、重要な役割を演じたか否かを考慮するが、単純な故意ある道具について、被利用者の行為を重要な役割と捉えており、共謀共同正犯であるとする。

9 香川達夫「故意ある幫助的道具を認めた事例」ジュリスト臨時増刊昭和52年度重要判例解説（1978年）157頁。

10 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕第2版』（成文堂、2005年）295頁。

11 このほか、中義勝「間接正犯」藤木編『判例と学説7刑法I〔総論〕』（1977年、日本評論社）279頁、斉藤・前掲注6「いわゆる『故意のある幫助的道具』」33頁、中山研一（中山＝浅田＝松宮）『レヴィジオン刑法①共犯論』（成文堂、1997年）103頁、島田・前掲注6『正犯・共犯論の基礎理論』229頁参照。

12 中森喜彦「故意ある幫助的道具」判例タイムズ560号（1985年）71頁。

最終的な判断基準とされることには危惧があるというべきであろう。正犯意思については、何よりもまず、その内容・それ自体の判定基準が明らかでないという欠陥がある」とする見解¹³、「判例上、正犯と共犯とが、一種行為者の主観によって区別されていることが間接正犯の成立如何においても現れているが¹⁴、「正犯・共犯の区別」は「体系上構成要件該当性の問題であり、客観的・類型的な判断がなされるべきであ」って、「主観的基準が正犯・共犯の区別を明確にするものとは思われない」とする見解¹⁵、「心情刑法であるという批判を免れ」ず、「客観的な行為の意味に関係しない主観的意思内容に、罪責の軽重を左右する効果を与えるのは不当である」とする見解¹⁶がこれにあたる。

あるいは、犯罪実現に対して実行行為が有する因果的寄与度の重大性を考慮せず、故意ある幫助道具を認める判例は、正犯性の判断において、「犯罪実現に対する因果的寄与度を軽視ないし度外視する考えの徹底された姿」であるとする見解もまた¹⁷、判例の立場を批判し、故意ある幫助道具を否定する見解といえるであろう。

さらに、判例が故意ある幫助道具を認めようとする根底には、「刑事政策的に、また量刑の観点から、全体的に評価して罪責の軽い者は、既に共犯形式の段階で従犯とすべきだ」という考慮もあるように思われ、「共犯処罰においては、共犯として可罰的かが決定的であり、共同正犯か従犯かという区別は単なる量刑問題にすぎないという側面をもっていることは事実である」が、「共同正犯と従犯の区別が単なる量刑事情ではなく犯罪事実であるとするれば、……犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断にとどまるべきであり、主観的心情的要素は酌量減輕や情状判断の資料として考慮すれば足り」とする見解¹⁸も、故意ある幫助道具を消極的に解する根拠を提供する¹⁹。

2 積極説

わが国では故意ある幫助道具を積極的に解する見解も有力に主張されている。また、近年、亀井は、故意ある幫助道具論を、正犯と共犯の区別論の試金石と位置づけ論じ、それは大変説得力のあるものである。ここでは、故意ある幫助道具を積極的に解する見解について概観する。

(1) **主観説** 主観説は、結果と因果関係のある行為はすべて等価値であるから、客観面からは正犯と共犯を区別できず、行為者の純粋な主観面のみが正犯と共犯の区別基準であるとする見解である。そのため、主観面が幫助にとどまる以上は、実行行為を行っていたとしても幫助犯として処罰されるにとどまることになり、故意ある幫助道具を積極的に解することになるのである。

¹³ 中森・前掲注 12「故意ある幫助的道具」71頁。

¹⁴ 橋本正博「正犯と共犯——共謀共同正犯・間接正犯」法学教室 202号(1997年)44頁。

¹⁵ 橋本・前掲注 14「正犯と共犯」43頁。

¹⁶ 白木豊「正犯概念と共謀共同正犯(一)」上智法学論集 32巻1号(1989年)101頁以下。

¹⁷ 山口厚「覚せい剤事犯と共犯論」刑法雑誌 27巻2号(1986年)424頁。

¹⁸ 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣、1990年)382-3頁。

¹⁹ 小西秀宣「故意のある幫助的道具」研修 371号(1979年)436頁も同旨。

「いわゆる故意のある幫助的道具が、客観説の主張するように、正犯行為にあたるべき客観的行為を行なったとしても、その主観面があきらかに幫助的意思にとどまるかぎり、これを正犯と目することは失当であろう」とする見解²⁰や、「行為の主観的側面を無視することは適当ではないから、被利用者が正犯にあたる行為を行なったとしても、その主観面が幫助の意思にとどまるかぎり、これを正犯と考えることは妥当でな」とする見解²¹も、幫助の意思を徹底する考え方だとすれば、純粹な主観説と変わらないといえる²²。

しかし、本節「1 消極説」で述べたとおり、わが国において主観説は、批判の対象という形で存在している。そして、わが国の判例は、主観説を採用しているといわれることも多い。この点については、後に述べる。

(2) 犯罪類型によって積極的に解する見解 この見解は、論者の考える一定の犯罪類型によって、実行行為概念を「日常用語」に従わせ、犯罪実現において直接手を下した者も幫助犯とするものである。そのため、厳密には「実行行為」を行う従犯ということとはできないかもしれないが、故意ある幫助道具と同様の結論に至るので、積極説に含めることとした。

この見解によると、「正犯であるかどうかは実質的な犯罪遂行について日常用語に従った常識的な解釈をしてゆけばおのずから合理的な基準が得られるはずである」とし、「このような観点からすると、殺人、放火、強窃盗などの罪については、犯人みずから被害惹起の原因行為に手を染めることが実行行為だとすることは妥当であるが、しかし、経済行為的性格が強く、犯罪の成立について、その行為に基づく経済的利益の帰属が重視される罪については、実行の概念は、直接手を下したのものとは別の観点から考慮されねばならない」としている²³。

それゆえ、闇米運搬事件の場合も、運搬によって実質的利益の帰属する社長が正犯²⁴であり、運ぶのを手伝ったにすぎない運転手は、幫助犯ということになるのである。実質的な利益の帰属という「社会生活概念上の概念」によって正犯と共犯を区別しようとする見解である。

また、犯罪類型ごとの規範的障害の強弱に焦点を当てた見解も存在する。この見解は、故意ある幫助道具を積極的に解するが、「この観念をすべての犯罪類型に適用することは困難である」とする。そして、「殺人、傷害、放火、強姦というような犯罪については、自ら犯行に手を染めながら、これを他人の犯罪に加担する意思でなかったというだけの理由で

²⁰ 大塚仁(団藤重光編)『注釈刑法(2)－Ⅱ総則(3)』(有斐閣、1969年)692-3頁。

²¹ 高窪貞人(大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編)『大コンメンタール刑法 第二版 第5巻〔第60条～第72条〕』(青林書院、1999年)69、70頁。

²² しかし、いずれの見解も、「行為者の主観面のみを偏重する主観説によることは失当である」(大塚・前掲注20『注釈刑法(2)』692頁。)、あるいは、「実行行為を中心に事を決しようとする客観説の立場が基本的には正しい」(高窪・前掲注21 69頁。)とし、あくまで客観面も考慮する見解であることを主張している。なお、莊子邦雄『刑法総論(第3版)』(青林書院、1996年)142頁も参照。

²³ 藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修343号(1977年)15-6頁。

²⁴ 藤木・前掲注23「幫助利用の間接正犯」15頁によると、この場合の社長は、「間接正犯というまでもなく、実行正犯そのものだと解釈することのできる」とする。

正犯でないというのは困難である。それは、それらの自然犯的犯罪については、自ら手を汚した者には当然強い規範的障害があるはずであるからである。これに対し、その種の犯罪以外の犯罪については、情を知って違法行為に加担する場合でも、規範的障害の弱いこともあ」るので、故意のある幫助道具を認めることは有益であると結論づける²⁵。

この見解は、犯罪類型ごとに規範的障害の強弱に着目する点が特徴的であり、この概念を適用するのに適した犯罪類型の場合、実行行為を行う者が背後者に利用されていたにすぎない者であったなら、幫助犯が成立するというので、正犯と共犯を区別するにおいては、利用者、被利用者の関係が重要であるといえよう。

さらに、論者は、この概念によれば、「部下が上司の命令でそれと知りながら偽造文書を作成」する場合は、実行者は幫助犯であり、その背後にある者は間接正犯であるとして、企業内犯罪への適用可能性も示唆している²⁶

(3) **精神関係説** 精神関係説もまた、故意ある幫助道具を積極的に解する見解である。林幹人は、「正犯と共犯の区別は、・・・犯罪性として重大なものとそうでないものを区別するものであるとすれば、その区別は、犯行に関与した二人以上の人間の意思の関係を基準としてなされるべきだと思われる」が、「意思を重視するというと、純粋な主観説のように誤解されるおそれがあるし、支配という概念は……対等な立場で犯行に関与した場合にはあてはまらないので、本稿においては、結局、犯行に関与した二人以上の人間の精神関係を基準として、対等以上の立場にあった者を正犯とし、そうでない、正犯者に対して精神的に劣った、従属的な立場にあった者を共犯とする」のである²⁷。

そして、「このような立場からは、実行行為を行なっていない場合でも正犯たりうるのとは反対に、実行行為を行なっている場合でも、共犯にしかならない場合がありうる」として、上記の名古屋高裁昭和 27 年判決を例に挙げている²⁸。

林自身、「構成要件に該当する実行行為を行なった者が正犯であるということは、たしかに、通常は正しい」としており、「共犯の場合にも、構成要件に該当する行為を行なった以上正犯だというのは、理解しやすい論理である」としながら、このような考えに対し、「単独犯の場合、構成要件に該当する実行行為を行なった者が正犯とされるのは、彼が構成要件に該当する行為を行なったから」ではなく、「彼が誰からも影響を受けず、まして支配されもしないで、その意味で精神的に自由独立に行為したからではないだろうか」という疑問を投げかけるのである²⁹。

精神関係説は、精神関係という、ある意味で主観的な要素を用いて正犯と共犯を区別する見解ではあるが、自己の犯罪説で言うところの「人的関係（上下、主従、対等）」に着目して、犯罪に関与した者のうち、誰が支配者で、誰が従属する者なのか、誰が自由に振舞い、誰が精神的に支配されているのかを問題とする見解であるので、上記主観説とは、明らかに異なるものである。

²⁵ 土本武司「判批」判例時報 1315 号（1988 年）234 頁。

²⁶ 土本・前掲注 25「判批」234 頁。

²⁷ 林幹人「正犯の内容——正犯と狭義の共犯の区別」研修 601 号（1998 年）8 - 9 頁。

²⁸ 林・前掲注 27「正犯の内容」9 頁。

²⁹ 林・前掲注 27「正犯の内容」9 - 10 頁。

精神関係説のいう、人的支配関係と、自由という概念は、故意ある幫助道具を検討するに当たって、重要な要素であるといえる。この点については、後に論じる。

(4) 亀井源太郎の重要な役割という基準 亀井は、故意ある幫助道具の問題を、正犯と共犯の区別において、「因果的区別モデル」と「役割分担モデル」のどちらを採用するのかを考える上での試金石と位置づけており、被利用者の役割が軽微であることが、正犯性を否定する理由であるとする。また、故意ある幫助道具が、あらゆる犯罪において同様に認められるのではなく、認められやすい類型、認められにくい類型があるとする見解について、そのような差異に合理的な根拠があることを明らかにしている点に特徴がある。

亀井は、「実行行為を行う従犯の問題は正犯概念と切り離して論ずることはできない。…従来、この問題は間接正犯との関係で議論されるに止まってきた。しかし、被利用者の正犯性に焦点を当てた場合、実行行為を行ったにもかかわらず、犯罪実行に果たした役割が軽微であることを理由に正犯性を否定するものであるから、共謀共同正犯と表裏一体の問題であることを意識して論ずるべきである」とする³⁰。

そして、消極説による積極説への批判を、「根拠がない」として反批判する。故意ある幫助道具を認めることは、主観説につながるということが消極説からいわれるが、判例も、故意ある幫助道具を積極的に解する学説も、単に主観面のみで判断しているわけではないとする。また、この議論が共謀共同正犯と表裏一体の関係にあることを念頭に置けば、共謀共同正犯が客観的に認められるとするのであれば、その裏面である、故意ある幫助道具も客観的に認められるとし、消極説の批判は当たらないとする³¹。

そして、正犯と共犯を区別する基準を役割の重要性に求め、それは「当該犯罪の計画から実現までのプロセスに対して、その者が為した寄与の重要性を勘案」して判断されることになり³²、その役割が重要でないとは判断することができれば、実行行為を行っていた者も幫助犯となりうると考えるのである。

ただし、殺人罪や傷害罪のような犯罪類型では、故意ある幫助道具が常に認められるわけではないことも指摘する。亀井は、ゲールズによって示された 3 つの基準 (①行為実行への寄与の程度、②行為もしくはその結果に対する利益、③行為に対する関与者相互の関係) が、わが国の積極説が考慮する要素とも重なり合うものであり、ゲールズが犯罪類型ごとに扱いを異にする点も共通しているとする³³。

より具体的には、①の要素は、当該構成要件にとって自手的な犯罪遂行がどの程度の意義を有するかにより、その重みが増減するとし、たとえば、殺人罪における方が、財産犯における場合よりもこの要素がもつ意味は大きいとする。②の要素は、利益を重視するような犯罪類型の場合に重視されるとする。そして、これら 2 つの要素は、当該構成要件が自手性を重視する類型なのか、利益の帰属を重視するのかを問題とするもので、犯罪の実質的主体を正犯の要素とする立場が、当該構成要件が経済行為的性格が強いのか否かを要素とすることと重なり合うとする。③の要素は、精神関係や規範的障害の強弱に着目する積

³⁰ 亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別するという事』133 頁。

³¹ 亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別するという事』133 頁参照。

³² 亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別するという事』112 頁、また、182 頁以下参照。

³³ 亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別するという事』134 頁参照。

極説と重なり合うとする³⁴。

このような3つの要素から、「殺人のような犯罪類型では自手性が重視され、自手的に犯罪を実行した者は、経済的利益の欠如や（比較的軽度の）従属関係を理由に従犯に止まるとはされないが、財産犯の場合にはその限りではないこととなる」のであるとする³⁵。

このように、亀井の見解は、消極説を批判し、積極説が妥当であることを示した上で、正犯と共犯の区別基準を、共犯関与者の果たした役割の軽重に置き、その果たした役割が重要でなかった者は、たとえ実行行為を行っていても、従犯にとどまるとする。さらに、故意ある幫助道具が認められやすい犯罪とそうでない犯罪があることに着目する点で、本節「2の(2) 犯罪類型によって積極的に解する見解」と同様である。

(5) 自己の犯罪説 この見解は、共謀共同正犯実務を分析した結果、「少なくとも現在においては、実務上、二人以上の者が一の犯罪に加功し、そのうちのある者が実行行為を分担していないという場合に、これを共謀共同正犯と認めるべきか、あるいは教唆犯、幫助犯その他というべきかという判断の基準は、……端的に言って、実行行為を分担しなかった者にとって当該犯罪が、『自己の犯罪』か『他人の犯罪』かということである」とする³⁶。

そして、『自己の犯罪』か『他人の犯罪』かという区別は、……まずもって当該犯罪に関与した者らの主観的な面に関係している。……しかし、犯罪行為も、適法な他の多くの社会的行為の場合と同様に、これを行なおうとする者の主観のみでその行為の性質が定まるものではない。行為者の主観も大きな要因であるが、社会的に見て客観的な要件を備えていなければならない。すなわち、ある犯罪がこれに関与した者にとって『自己の犯罪』であるか『他人の犯罪』であるかについても、『自己』と『他人』とを区別する客観的な要件が存在するはずである」と述べている³⁷。

この具体的な要件を検討するにあたり、松本は、正犯とされた事例として最高裁昭和57年決定³⁸を、幫助犯とされた事例として東京地裁昭和57年判決³⁹を対比して、次のような差異を指摘する。すなわち、最高裁決定の事案において、被告人は、犯罪の成功不成功、犯罪の結果得られた利益の処分に、「経済的な利害も含めて具体的かつ重大な関心を抱いていたものとみられる」のに対し、東京地裁の事例において、被告人は、犯罪の成否についても関心がないばかりか、犯罪の結果得られた利益をいかに処分するかということについても関わりをもたず、「経済的な利害という面からも関心を抱く必要もないし、実際にも被告人には全く関心がなかったものと認められる」というのである⁴⁰。

このことから、「犯行の結果との関わり合いの事情が『自己の犯罪』と『他人の犯罪』とを区分けする大きな要因であり、そのほか、「実行に関与した者としなかった者との人的

³⁴ 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別すること』134-5頁参照。

³⁵ 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別すること』135頁。

³⁶ 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号(1990年)318頁。

³⁷ 松本・前掲注36「共謀共同正犯と判例・実務」320-21頁。

³⁸ 最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁。

³⁹ 本章裁判例⑤。東京地判昭和57年7月28日判例時報1073号159頁。

⁴⁰ 松本・前掲注36「共謀共同正犯と判例・実務」324頁。

関係（上下、主従、対等など）、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無などの状況も合わせて、社会一般の常識に照らし、当該犯行が客観的にもその者の行為とみられるときは、まさにその者の『自己の犯行』なのである」とする⁴¹。

以上の通り、自己の犯罪説は、主観面を重要な要素としつつ、客観面を考慮する見解である。そのため、実行行為を行なっていたとしても、「犯行の結果との関わり合いの事情」いかんで、正犯として処理される場合もあれば、幫助犯として処理されることもあるということを、実務家としてのこれまでの経験から論じている点が重要である。

第4節 ドイツにおける議論の状況

1 ドイツにおける裁判例

ドイツにおける議論の状況を概観するに先立ち、まず、ドイツの裁判例から見ることにしよう。ドイツのかつての判例は、純粋な主観説を採用していた。

① バスタブ事件⁴²

バスタブ事件の概要は次のようなものであった。

被告人は、自分の妹であり、かつ、被害者である嬰兒の母親であった X から、嬰兒の殺害を依頼され、これに応じて嬰兒を浴槽に沈めて殺害した。

この事案について、ライヒ裁判所は、本件の被告人には正犯者意思がないことを理由に従犯としたのである。

② スタシンスキー事件⁴³

スタシンスキー事件の概要は次のようなものであった。

被告人であるスタシンスキーは、旧ソ連の KGB（国家保安委員会）の命令を受け、特殊な銃を用いて旧ソ連から亡命した被害者 2 名を殺害した。このような事案について、連邦通常裁判所第三刑事部は、被告人の行った被害者 2 名の暗殺について謀殺罪の成立を認め、その上で、被告人に暗殺を命令した KGB の指導者たちこそが正犯者意思を有した間接正犯者であり、被告人自身は従犯にとどまるとした。

この判決の理由づけは、次のようなものである。

つまり、従犯は、他人の犯罪に道具または援助者として参加するにすぎない場合であり、犯罪に対する内面的態度（innere Haltung zur Tat）は、その基準となるものである。これは、ライヒ裁判所において確立した判例であり、この基準によれば、他人を通じて完全に犯罪を実行させた者も正犯となりうるし、それとは反対に、すべての構成要件要素を自ら充足した者も従犯となりうるのである。

⁴¹ 松本・前掲注 36「共謀共同正犯と判例・実務」324 頁。

⁴² RG, Urteil v. 19.2.1940. RGSt. 74, 84.

⁴³ BGH, Urteil v. 19.10.1962. BGHSt. 18, 87.

スタシンスキー事件判決が示す正犯と共犯の区別基準は、行為者の純粋な主観であると言えよう。バスタブ事件において、ライヒ裁判所が、正犯と共犯を区別する基準として示した純粋な主観説を、連邦通常裁判所も引き継いだのである。そして、この判決は、直接行為者が実行行為を行っていても、従犯であることを認めたのである。

浴槽事件判決、ならびに、スタシンスキー事件判決のように純粋な主観説を採用すれば、故意ある幫助道具を肯定することができる。ところが、そのような純粋な主観説には批判が集中した。そして、壁の射手事件判決において、直接行為者は、自手実行を行なった者として当然に正犯とされ、むしろ、背後者に焦点が当てられて、背後者の正犯性をいかに基礎付けるか、という議論が行われるようになった⁴⁴。

2 ドイツにおける学説

(1) **消極説** ドイツにおける支配的な見解は、「自手的に構成要件を実現する者は常に正犯である」とする⁴⁵。すなわち、故意ある幫助道具は否定されることになる。過去の純粋な主観説を採用した判例を見れば、その具体的な処理の妥当性という点から、現在否定説が支配的な見解であることも納得できる。

(2) **積極説** 現在のドイツでは、主観説やゲールズのような見解に加え⁴⁶、公法上組織された権力機構における正当化論や、従犯の背後の正犯論が提示されている。

(i) **公法上組織された権力機構における違法命令の正当化** ホイヤーは、階級組織において指示権限が認められる場合に、特殊な法的諸問題が現れるとする。そして、指示服従者自身の刑事責任について、服従した者の態度は、上司・上官の指示によって正当化されるのか、それとも指示服従性によって免責されるのかを問題とする⁴⁷。

ホイヤーは、階級組織を、公法上組織された権力機構と、私法上組織された権力機構のふたつに分類して議論する。このような「相違した領域にその都度同一の法的問題が現れるとしても、このことは、すべての領域において同一の法的な解決を見出さなければならぬ」というわけではない。公法上組織された権力機構と、私法上組織された権力機構とは、全く異なった目的を追求し、異なった規定に従う」のであるから、その組織内の「上司・上官と部下の刑事責任範囲の異なった限界づけも結果として生じうる」とする⁴⁸。

⁴⁴ BGH, Urteil v. 26.7.1994. BGHSt. 40, 218.

⁴⁵ Roxin, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11., neu bearbeitete Auflage 2003, § 25 Rdn.47ff, S.30ff.

⁴⁶ それらの見解については、亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するという事』131-3頁参照。

⁴⁷ Vgl. Hoyer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen : Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, Knut Amelung(Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 1. Auflage 2000, S.183. なお、引用部分は山中敬一監訳『組織内犯罪と個人の刑事責任』(成文堂、2002年)218頁以下も参照した。

⁴⁸ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.184.

ホイヤーは、公法上組織された権力機構の場合、私法上組織された権力機構よりも高次の規制内容を持つため、まず、公法上組織された権力機構から議論を始める⁴⁹。そこでは、軍人法に基づく服従義務が問題とされる。軍人の場合、拘束力のある命令を遵守しないことは、その命令が反復されたにもかかわらず遵守しなかったことについて、犯罪行為を意味するという（ドイツ軍刑法 20 条 1 項 2 号）。

しかし、その命令が、一般的な刑法の領域において犯罪行為とされている命令であった場合は、命令を受けた部下は、「上官による命令を支持するか、それとも、犯罪行為を行わないということを支持するのか、という二者択一のみが残るのである」⁵⁰。もっとも、このとき、部下が上司の命令を遵守してはいけなないのであれば、一般的な刑法との衝突はなく、また、その組織内部の関係では遂行が許されているが、少なくとも命令されていないのであれば、やはり一般的な刑法との衝突はない⁵¹。

問題となるのは、拘束力のある違法な命令の場合である。この場合、「服従する部下は、遵守された命令の拘束力により、少なくとも自身の所属長に対しては不法を行わないことには変わりはない。そして、拘束力のある命令を根拠として、命令なく行為した場合よりも、かなり緩和された条件のもとで責任非難が放棄されうる」⁵²というのである。

もっとも、このような理解は、公法上組織された権力機構にあてはまるものであって、個人的な利潤を追求する私法上組織された権力機構にはあてはまらないという⁵³。私法上組織された権力機構は、利潤の最大化を目指すものであり、その指示権限も、利潤最大化の能力があると思われるものに割り当てられる。この指示権限者は、最大限の法的知識という判定基準に沿うこともないし、法遵守意思がその他のものを排除する目標とされることもない。その結果、その組織内で、指示の適法性を推定し、その推定を根拠にした指示に拘束力を与えることはできない。

「それゆえに、違法な指示は、私法上の組織と指示に服従する者との内部関係において、常に拘束力のないものであり、外部関係において、服従者にとって常に正当化作用はないとされるのである⁵⁴。

(ii) **従犯の背後の正犯** ドイツにおいては、完全に答責的な行為媒介者は正犯であるという理解が支配的となり、故意ある幫助道具という問題よりも、完全に答責的な行為媒介者の背後の正犯、つまり正犯の背後の正犯をいかに認めるかが争われるようになった。

もっとも、ドイツの学説上、組織化された権力機構の枠内で行為した行為者については、広く一致が見られる。直接行為者が無制限に構成要件該当的に行為したにもかかわらず、背後者で、かつ、このヒエラルヒーの枠内において独立の命令権力をもって命令を与えたすべての者は、間接正犯であるとされる⁵⁵。それは、行為媒介者の代替性から、デスク犯（黒幕犯人）に行為支配が認められるからである。

⁴⁹ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.184 ff.

⁵⁰ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.189.

⁵¹ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.189.

⁵² Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.190.

⁵³ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.194.

⁵⁴ Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn.47), S.196.

⁵⁵ Roxin, a.a.O. (Fn.45), Rdn.133, S.63.

だが、ロクシンは、「組織権力機構による間接正犯の理論」の企業犯罪への適用について慎重な立場をとる。「企業が全体として犯罪的基礎を持って活動している場合、……組織権力機構による間接正犯の理論が妥当する。これに対して、原則的に『遵法的』組織である通常の場合には、官庁や私企業において上位者が部下に対して犯罪行為を要求した場合、その部下も他のすべての補充的に要求を受けた者も拒絶することが予期される。ここでは、随意の交換可能性は認められないし、『背後者の寄与がほとんど自動的に……目指された構成要件実現へ導く』ということもできない」というのである⁵⁶

ドイツの支配的な見解が、故意ある幫助道具を否定し、組織権力機構における間接正犯や正犯の背後の正犯を認めようとする中、近年それらの見解と異なる興味深い見解が主張された。シュレッサーによる「従犯の背後の正犯」である⁵⁷。

シュレッサーは次の2点を問題とする。まず、①デスク犯（黒幕犯人）が、実行組織の刑法的な答責性にもかかわらず、正犯として説明されうるか、そして、②刑法的に答責的な実行組織が常に正犯であるか、それとも従犯も基礎づけうるか、という点である。

シュレッサーによれば、上述した従来議論では、正犯である行為媒介者の背後に正犯が存在するのは、遡及禁止の考え方とは矛盾することとなる。そこで、シュレッサーは自由概念に修正を加え、個人主義的な自由概念(individualistische Freiheitsverständnis)ではなく、社会関係的に(sozial bezogenen)自由を理解し、ある社会関係において自由にふるまう者がいたら、それ以外の人々は、自由にふるまう人の自由構想の中に取り入れられることになるとする。

そして、社会的に自由にふるまう者が正犯ということになる。この考え方によれば、階級組織における上司と部下の権威関係のような場合、権威関係は社会的関係であり、これに基づいて上司が命令するような場合については、その上司は社会的に自由にふるまう者として正犯となるのである。なぜなら、この場合の上司は、部下の自律性を喪失させ、それを通じて犯罪事実の支配に関与したからである。

一方、命令を受けた部下は、上司の自由構想の中に取り入れられることとなり、部下の行為は上司によって社会的に支配を受けたものとなる。そのため、部下の行為は相対的に不自由なものとなり、正犯を肯定するだけの支配分量(Beherrschung Umfang)を下回ることとなり、正犯としての答責性は排除され、その役割が幫助行為とみられる場合についてのみ、従犯としての責任を負うことになるのである。

第5節 検討

1 総説

これまで見てきたように、故意ある幫助道具という問題は、消極的に解する議論が根強く主張されている一方、これを積極的に解する議論も深化してきている。とりわけ、亀井

⁵⁶ 川口浩一「組織支配による間接正犯の理論の企業・環境犯罪への適用可能性」姫路法学27=28合併号(1999年)82頁註(1)参照。

⁵⁷ Schrösser, Der Täter hinter dem Gehilfen, JR 2006, S.102ff.

は、この問題を共謀共同正犯の裏面ととらえ、正犯と狭義の共犯をいかに区別するかという問題について、因果性の大小、あるいは強弱により正犯と狭義の共犯を区別する因果論モデルか、その役割の重要さに応じて正犯と狭義の共犯を区別する役割分担モデルかを考える上での試金石であると位置づけて論じた⁵⁸。故意ある幫助道具は、正犯と共犯を区別する議論に密接に関わる問題なのである。

そのため、故意ある幫助道具を消極的に解するか、積極的に解するかにより、正犯と共犯の区別基準も変わってくるのである。そこで、裁判例について分析した上で、従来の学説をふまえつつ、故意ある幫助道具の問題と正犯と狭義の共犯の区別について検討する。ここでは、判例の理論を明らかにすること、故意ある幫助道具を消極的に解するか、積極的に解するか²の点から、正犯と狭義の共犯を区別するという問題にアプローチし、その結論をふまえて、新たな問題についての検討に及ぶことにしたい。

まず、裁判例の分析から始める。具体的には、裁判例がどのような基準を用いて故意ある幫助道具を認めているのかを検討する。後に述べるように、裁判例は「共謀がない」ことを従犯とする理由に挙げるが、それは共謀共同正犯で処罰していない以上当然とも言える。つまり、共謀がないという理由は、正犯と共犯を区別する上での一要素にすぎないのではないかと、他に何が考慮されているのかについて検討する。

次に、故意ある幫助道具の議論を行う過程で、正犯と狭義の共犯を区別する基準について検討する。まず検討すべきなのは、故意ある幫助道具を消極的に解するか、積極的に解するかである。消極説は、積極説、特に実務に対して、行為者の主観面にウェイトを置きすぎであるなどと批判する。これら批判が、はたして妥当であるのか、検討する必要があるだろう。

続いて、裁判例が正犯と狭義の共犯を区別するにあたり考慮する要素をふまえた上で、正犯と狭義の共犯を区別するにあたっては、どのような基準を採用するのが妥当なのかについて検討する必要がある。この点について、これまでさまざまな基準が主張されてきた。例えば、形式的な実行行為を行なった者が正犯であるという基準、重要な役割を行なった者が正犯であるという基準などである。しかし、そこで示される抽象的な基準では具体的な問題を解決することはできないのである。ここでは、正犯と狭義の共犯とを区別する際、実際に考慮される要素についても検討を加えることとしたい。

さらに、故意ある幫助道具が認められる領域の限定をいかに行うのかを検討する。学説には、殺人や強盗など、自手実行が正犯を基礎付ける犯罪類型と、財産犯など、自手実行を行っていても従犯となりうる犯罪類型がある、として分類する見解もあるが、これは妥当なのであろうか。

2 判例の分析

(1) 本論文で取り上げた裁判例は、上下関係が存在する場合に故意ある幫助道具を認めた事例と上下関係が存在しない場合に故意ある幫助道具を認めた事例である。そして、共犯者間に上下関係がある場合、ない場合のいずれについても、従犯が認められている。

⁵⁸ 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するということ』114頁。

裁判例は、その結論として、今後も故意ある幫助道具を認めていくと予想される。現に妥当する法は、故意ある幫助道具を肯定しているのである。そして、その論拠は、各裁判例によって少しずつ異なるが、昭和 27 年の名古屋高裁判決が示すとおり、共謀がない、あるいは、共謀の前提となる正犯者意思がないという点に集約される⁵⁹。

すなわち、名古屋高判昭和 27 年 12 月 10 日（裁判例①）において、名古屋高裁は、「各売買につき被告人の演じた役割は、相被告人 N の企図実現上相当重要ではあるが、・・・被告人が此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ないから、此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人 N の指示命令の儘に為されたものと見るの外なく、従って此の分の売買につき、被告人は勿論所謂闇買の幫助者としての責任は免れないところにあるが、結局、被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証明はないものといわねばならぬ」として、被告人が果たした役割の重要性を認めながら、従犯としたのである。

（2） 本稿で取り上げた裁判例において、共通するのは、どの事案にも「共謀がない（その前提たる正犯者意思がない）」という点である。それでは、ここでいう正犯者の意思とは何であろうか。これは結局、自己の犯罪を行う意思に他ならないように思う。もっとも、そこで考慮される意思というのは、純粋な「自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に関与する意思か」というものだけにとどまっているわけではない。

たとえば、昭和 27 年名古屋高裁判決（裁判例①）において、名古屋高裁は、被告人が従来受けていた給料のほか、特に報酬を得た形跡がないことを理由に、「結局、被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証拠はない」として被告人を従犯として処罰している。

また、昭和 50 年東京高裁判決（裁判例②）において、東京高裁は、本件 T が自己自身のために Y に金策の要請をし、自分が単独で Y から金員を収受するつもりであったとみるのが相当であり、T は「O との間に共同意思を形成し、同人と一体となって賄賂收受を実行しようとしたものであるとは」認められず、共謀がないこと、O には「T とその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは」考えられないことなどを理由に、被告人 O を従犯としている。

このように、裁判例は、犯罪を行う必要性や動機、そして利益の帰属などを考慮しているのであるから、「誰の犯罪に関与する意思か」のみを問題とする純粋な主観説とは一線を画する。

ただし、利益という要素のみを正犯と狭義の共犯を区別する基準としてしまうと、犯罪に関与した者については、あらゆる事案で関与者に「何らかの」利益が帰属しているということもできそうである。もしそうであるなら、犯罪に関与した者は、すべからず利益が帰属し、みな正犯となるという極端な結論になりかねない。そこで、利益という要素が持

⁵⁹ ここでいう「共謀」概念は、次章において論じるが、単なる意思の連絡+α（正犯性）である。

つ意味を限定し、さらに、その他の要素の考慮が必要となってくるのである。

実際、昭和 59 年福岡地裁判決（裁判例③）では、背後者の指示があれば、（背後者に対して恐怖感があるため）被告人はその通りに行動するなどの事実が挙げられているし、昭和 63 年東京地裁判決（裁判例⑥）では、被告人の行為が、誰でもなしうる機械的行為であったことなどを認めている。すなわち、利益という要素だけで正犯と狭義の共犯を区別しているわけではないことが明らかである。

3 故意ある幫助道具論と正犯と狭義の共犯の区別論

（1） 故意ある幫助道具について

（i） 故意ある幫助道具を、消極的に解するか、積極的に解するかの議論は、後の正犯と狭義の共犯を区別する基準を考えるにあたって影響を与える。たとえば、故意ある幫助道具を積極的に解する場合、形式的な実行行為を行なった者が正犯であるという基準を採ることはできない。それはもちろん、故意ある幫助道具という考え方が、形式的な実行行為を行なった者でも従犯とするからである。

（ii） この故意ある幫助道具については、ドイツと同様、わが国でも消極説と積極説が対立している。消極説は、積極説、特に裁判例を「主観説に傾斜している」として批判する⁶⁰。たしかに、自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に関与する意思か、という主観面のみによって正犯と狭義の共犯を区別しようとする純粋な主観説だとすれば妥当ではない。

純粋な主観説は、バスタブ事件やスタシンスキー事件において採用された見解である。純粋な主観説をとれば、故意ある幫助道具も積極的に解することができる。しかし、自ら殺人の実行行為を行いながら、なお他人の犯罪に関与する意思であったので従犯となるという結論は、あまりにも形式的に主観面を考慮した結論であるといえるであろう。

だが、裁判例や故意ある幫助道具を積極的に解する見解が、はたしてそのような純粋な主観説であるといえるのであろうか⁶¹。たしかに、上記裁判例の理由付けを見ても、誰の犯罪なのかが主たる問題とされている⁶²。また、先に述べたとおり、学説においては正犯と狭義の共犯の区別について、自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に関与する意思かを問題とする学説も存在する⁶³。このことから、消極説が裁判例や積極説に対し、「主観説に傾斜

⁶⁰ たとえば、中森・前掲注 12「故意ある幫助的道具」71 頁、また、曾根・前掲注 10『刑法の重要問題 [総論]』295 頁ほか参照。

⁶¹ 純粋な主観説の背景には、犯罪に関与した者の行為は因果的に等価であるという考え方があり。しかし、わが国では必ずしもそのように考えられているわけではなく、因果的共犯論の下、因果的寄与度の大小、強弱を問題とする学説は多い（例えば、山口厚『刑法総論 [第 2 版]』（2008 年、有斐閣）324 頁、前田雅英『刑法総論講義 [第 4 版]』（2006 年、東京大学出版会）440 頁。なお、第 5 版に該当記述なし。）。実際、因果性には大小、あるいは強弱があるように思う。もっとも、その因果性の大小、強弱のみが正犯と狭義の共犯を区別する基準となるかについては疑問があるのである。

⁶² また、主観説を採用したと思われる裁判例は、最判昭和 24 年 10 月 1 日刑集 3 卷 10 号 1629 頁、東京高判昭和 25 年 5 月 23 日高刑判特報 9 号 12 頁、などがある。

⁶³ 松本・前掲注 36「共謀共同正犯と判例・実務」320 頁。

している」との批判を加えることも理解できないではない。

しかし、本論文で取り上げた裁判例が示すように、裁判例は単に直接行為者の、誰の犯罪を行う意思かという主観だけを見て正犯・共犯の区別を行なっているわけではない。そのような犯罪を行う必要性はあるのか、動機はあるのか、その犯罪を行うことによって利益を享受したのか、あるいは、犯罪を実行するにあたっての共犯者との関係なども考慮したうえで、実行行為者を従犯としているのである。

学説もこの点について、単に主観面のみで故意ある幫助道具を肯定しているわけではない。先に見た重要な役割説は、当該関与者の果たした行為の重要性を問題とし、精神関係説は、当該関与者間の精神関係を問題とするなど、単に行為者の主観面のみで判断しているわけではない。そのため、消極説の批判は妥当しないように思うのである⁶⁴。

(iii) また、消極説には、故意ある幫助道具の場合は量刑事情として考慮すれば足りるとする見解もある⁶⁵。だが、果たして量刑事情として考慮するだけで足りるのだろうか。この点につき、論者は、関与者の正犯性を拡張する共謀共同正犯の場合は、「事實的寄与度」を問題とするのに対し、正犯性を制限する故意ある幫助道具の議論では考慮しないことになるのは、妥当ではないといえるであろう⁶⁶。

本論文が問題とするような事例の場合であっても、当該関与者が軽く処罰されるのは、単に量刑事情に差があるからではない。正犯と狭義の共犯の区別において、当該関与者が従犯と認められる理由を有しているからである⁶⁷。共謀共同正犯論においては、背後者を一次的責任者として「正犯」とするのと同様、故意ある幫助道具においては、「正犯」と異なり、「従犯」であることを宣言することが必要なのである。

(2) 正犯と狭義の共犯の区別基準

(i) 基本的な区別基準

以上のように、故意ある幫助道具を積極的に解する方が妥当であると考えられる。次に問題となるのは、どのような基準によって正犯と狭義の共犯を区別すれば、故意ある幫助道具を積極的に解することと矛盾しないのかという問題である。

故意ある幫助道具を積極的に解することで、正犯と狭義の共犯の区別論に対し、次のよ

⁶⁴ なお、純粹な主観説は支持することができないが、正犯と狭義の共犯の区別にあたって、主観面がかなり大きなウェイトを占めるということも否定できない。というのも、仮に、必要性も動機も有しないにもかかわらず、利益が帰属する主体が存在した場合、その主体を正犯であるとすることはできないのである。利益の帰属という要素は、誰の犯罪なのかを示す重要な要素であり、正犯者を決める上での出発点ではあるが、正犯とするためには、その利益に向けられた意思というものが必要なのである。その意味で、実務が主観面の考慮を全面的に否定しないことも理解できないわけではない（江藤孝「正犯と共犯の区別—故意のある幫助的道具及び承継的共犯を中心に—」志学館法学3号（2002年）9頁も、「主観説の主張には、傾聴すべきものがある」とする。）。

⁶⁵ 西田・前掲注18「共謀共同正犯について」383頁参照。

⁶⁶ 相内信「故意ある幫助的道具の問題」金沢法学23巻1・2合併号（1981年）220頁以下、亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するという事』118頁以下参照。

⁶⁷ 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するという事』119頁。

うな影響がある。すでに述べたように、形式的な実行行為を行った者が正犯であるとする基準は採用できない。また、重要な役割を行なった者が正犯であるとする基準も原則的に採用できない⁶⁸。なぜなら、この見解の論者は、実行行為を行なった者の役割が、重要な役割ではなかったということとはできない、とするためである⁶⁹。これと同様に、因果性の大小、あるいは強弱を問題とし、大きな因果性を及ぼした者が正犯であるとする基準も採用できない。実行行為を行う者の行為の結果に対する因果性は大きく、これを従犯とすることができなくなってしまうためである⁷⁰。

では、どのような基準を用いて、正犯と狭義の共犯を区別するのが妥当であろうか。純粹な主観説からは故意ある幫助道具を積極的に解することができるが、その見解が妥当でないことはすでに述べた。また、実行行為概念を実質的に捉える見解も、結論としては故意ある幫助道具を積極的に解する見解と同様の結論に至るが、実行行為概念に実質的な判断を持ち込むことにより、実行行為概念が不明確になるおそれがあるので妥当ではない。ここでは、その他の積極説の見解もふまえながら検討することにしよう。

(ii) 自己の犯罪説

本論文では、裁判官の思考を分析するために、自己の犯罪説というパラダイムを選択した。「客観的な要件」をもとに正犯と狭義の共犯とを区別しようとする裁判例の思考は、自己の犯罪説においても見られるものであり、基本的に妥当な方向性を示していると思われる。実行行為を行っていても従犯である者の存在、あるいは、実行行為を行わないが正犯である者の存在は、行為（重要な役割、因果性の強弱）のみによって正犯と共犯の区別ができないことを示している。そのため、当該犯罪が誰の犯罪であるかを中心に、自己の犯罪を行っている者は正犯、他人の犯罪に関与している者は従犯として区別することになるのである。

誰の犯罪であるかを基準として、正犯と狭義の共犯を区別する場合、「まずもって当該犯罪に関与した者らの主観的な面に関係」する⁷¹。しかし、松本が指摘するように、主観面のみでなく、「『自己』と『他人』とを区別する客観的な要件」を要求することにより⁷²、純粹な主観説との違いが生まれる。それゆえ、その「客観的な要件」をいかに判断するかが重要である。この点について、松本は、「犯罪と結果との関わり合いの事情が『自己の犯罪』と『他人の犯罪』とを区別する大きな要因」であるとする。そのほか、「人的関係」、「実行に関与するかどうかを決定した事情」、「財産犯の場合は利得の分配」などが考慮され、「社会一般の常識に照らし、当該行為が客観的にもその者の行為と認められるときは、まさに

⁶⁸ この点について、亀井は故意ある幫助道具を積極的に解しつつ、正犯と共犯の区別基準について「重要な役割」を基準とする。この見解は、特殊なモデルを想定している。

⁶⁹ 西原・前掲注8『犯罪実行行為論』283頁、西田・前掲注8『共犯理論の展開』59頁参照。

⁷⁰ それゆえ、ドイツにおいては支配的な見解である、機能的行為支配説も採用できないことになる。ロクシンは、犯罪の実現にとって本質的な機能を果たすことで共同正犯とするが、実行行為はまさに、これにあてはまる行為だからである。

⁷¹ 松本・前掲注36「共謀共同正犯と判例・実務」320頁。

⁷² 松本・前掲注36「共謀共同正犯と判例・実務」321頁。

その者の『自己の犯罪』だという⁷³。

では、この「客観的な要件」は、どの場面で、どのように考慮されるのであろうか。この問題はこれまで積極的に論じられてこなかった。本論文の問題意識は、まさにこの点と関わる。故意ある幫助道具は、正犯と狭義の共犯を区別する一場面であり、どの場面で、どの要素を考慮するか、という問題と密接に関連する。実務は、総合判断であり、どのような考慮がなされているか不明確であるという批判もあるが、この点を少しでも明確にする努力をしなければならないであろう。

(iii) 利益の帰属

自己の犯罪であることを示す「客観的な要件」としては、利益の帰属が挙げられる。というのも、その犯罪が誰のものかということは外見上わからなくても、利益が誰に帰属したかは客観的にわかるからである。

問題は、その利益概念であろう。利益概念について、犯罪により得られた直接の利益のみならず、間接的に得られる利益も、その利益に含むものとするなら、それは次のような問題がある。本稿で取り上げた裁判例①や②の事例であれば、彼らは上司らに逆らうというリスクを回避し、自らの地位を確保するという間接的な利益を得ているといえる。また、通常の給料しか受けとっていない場合であっても、それを仕事として行い、それによって給料を得ている以上は、やはり利益を得ているといえることができるのである。

しかし、このように利益概念を広く解するなら、利益を問題として従犯を認める余地がなくなる。ほとんどの場合で、犯罪に関与する者には何らかの利益があることになり、利益という要素を考慮する意味がなくなってしまう。せいぜい、何の利益も帰属しない者を正犯としない程度の意味しかないことになってしまうであろう。

本稿で取り上げた裁判例を見ても、実行行為を行った者に利益はないとされる場合が多い。実行行為者は、その犯罪を行うことによって得られる（た）直接の利益が帰属していないのである⁷⁴。

(iv) 関与者間の関係

裁判例は、犯罪を行う必要性や直接の動機をも考慮している。しかし、このような要素は主観的要素であろう。そこで、別の視点から考えてみたい。つまり、故意ある幫助道具において、前面者はどうして必要性も直接の動機もないにもかかわらず、犯罪に（しかも、重要な役割を果たすというかたちで）関与したのかという点から考えてみる。この場合、前面者は、他の関与者との関係によって、行為せざるを得ない状況になっていたのではなか、ということである。それを端的に表現すると、関与者間の関係（人的関係）ということになる。自己の犯罪説も、「客観的な要件」として、「人的関係」を問題としている。

林は、上記の「人的関係」について、犯罪関与者間の精神関係の優劣を考慮し、「犯行に

⁷³ 松本・前掲注 36「共謀共同正犯と判例・実務」324頁。

⁷⁴ 例えば、闇麦の運搬に対する特別手当や、収賄によって得た金銭そのものを、実行行為者は得ていないのである。もっとも、これは利益の範囲をどのようにとらえるのかによって、その結論が異なってくる。

関与した二人以上の人間の精神関係を基準」に正犯と狭義の共犯を区別する⁷⁵。なるほど、この見解であれば、実行行為を行っていたとしても、精神关系的に劣ることを理由に、従犯とすることができる。

シュレッサーの見解も、基本的には同じ方向を目指している。関与者間に上下関係がある場合について、上司から犯罪の指示・命令を受けた部下は、理想として、犯罪を拒むことが期待されるかもしれない⁷⁶。しかし、上司に逆らってまで、自らの地位を危険にさらしてまで、その行為を拒むことができるであろうか。おそらく困難であろう。シュレッサーが指摘する通り、この場合の部下は、背後者と比較して「相対的に不自由」なのであり⁷⁷、そこで犯罪を行ってしまったことについて、「正犯としての答責性は有しない」のである⁷⁸。そのため、上司の命令に従って実行行為を行った部下については、何らかの利益を有していたとしても、人的関係という要素を考慮した結果⁷⁹、自由ではなかったとして従犯となるのである。

ホイヤーの見解も、上司の違法な命令に対して、それに服従する部下の答責性を問題としているが、その理論の妥当する範囲は、公法上組織された権力機構のみという限定的なものであり、わが国の裁判例が認める範囲とはかなり異なる。その意味で、わが国の問題に対応するのであれば、シュレッサーの見解は広く応用可能である。

なお、この人的関係が考慮される範囲というのは、限定的であろう。たとえば、暴力団犯罪の場面で親分が子分に命令して犯罪を実行させた共謀共同正犯の事例を考えてみよう。この場合、精神関係や自由概念を基準としたこれらの見解は、はたして共謀共同正犯という結論を導くことができるのだろうか。つまり、暴力団という組織の中で、親分と子分の関係を見た場合、子分の精神関係は親分と比較して明らかに劣っているのではないか、典型的な支配型共謀共同正犯を認める余地がなくなりはないか、という疑問である。

しかし、企業・組織犯罪における正犯と共犯を区別する場面で、上司に命令されて実行行為を行った部下が従犯とされるのは、その企業や組織をやめることになるリスクを冒してまで犯罪行為を行うことを拒否する、という選択肢を法が強要するのは酷だからである。このことは、すべての組織にあてはまるわけではない。例えば暴力団などは、犯罪行為を行うことを法が許容しないのはもちろんのこと、その組織に所属しつづけるという態度も、法が期待する態度ではないのである。

つまり、適法な企業・組織体の内部で⁸⁰、上司と部下の関係をを用いて犯罪が行われた場合、実行行為者を従犯とする可能性を残す必要があるのである。もっとも、従犯となるのは精

⁷⁵ 林・前掲注 27「正犯の内容」8頁。

⁷⁶ Roxin, Anmerkung, JZ, 1995, S.51.

⁷⁷ Schrösler, a.a.O. (Fn.57) S.108.

⁷⁸ Schrösler, a.a.O. (Fn.57) S.108.

⁷⁹ 多様な要素における各要素は、すべて対等の関係にあるわけではない。まずもって誰の犯罪なのかを端的に示す、利益の要素が問題とされることに問題はないが、その後、他の要素が考慮される可能性が出てくるのである。そして、この場面では、人的要素も問題となるのである。

⁸⁰ 適法な組織と違法な組織を区別するのは非常に困難な作業である。しかし、経済的性格の強い犯罪や、規範的障害の弱い犯罪という分類にも、同様の困難さがあるのではないか。

神關係的に劣る場合、相対的に不自由な場合だけであって、上下関係があったからといって、積極的に参加する者についてまで、減軽の恩恵を与える必要がないのは言うまでもないことである。

この点につき、犯罪を殺人罪や強盗罪などの類型と、経済行為的性格が強い犯罪の類型にわけ、経済行為的性格の強い犯罪の場合で、自手実行した者に経済的利益が帰属しない場合のみ、故意ある幫助道具を認める見解⁸¹、また、規範的障害の強弱に焦点を当てて、規範的障害の強い犯罪類型と規範的障害の弱い犯罪類型にわけ、規範的障害の弱い犯罪類型の場合に故意ある幫助道具を肯定する見解⁸²の分類は、基本的に妥当な分類を示している。殺人や強盗を行う組織など、もはや適法な組織であるということとはできないのである。

(v) ヴァリッド・ローとしての多元論

自己の犯罪説は、以上のような要素を総合的に判断して正犯と狭義の共犯を区別するという。同様に、亀井源太郎は、重要な役割を行った者が正犯であるとし、「役割の重要性は、……当該犯罪の計画から実現までのプロセスに対して、その者が為した寄与の重要性を勘案し、当該関与者が、そのプロセスに対して重大な寄与を為したと評価できるような場合に、その存在を認めうる」とする⁸³。そして、役割の重要性を判断するには、「多様な要素」を勘案するのである⁸⁴。

また、上下関係がない場合の正犯と狭義の共犯の区別もふまえると、亀井のように、因果的な観点から正犯と狭義の共犯を区別するという考え方ではなく、その犯罪の中で、どういう役割を果たしたかを問題とすることになる。

昭和 62 年東京地裁判決（裁判例⑥）が指摘するように、被告人が果たした役割というのは、「重要な部分に関するものではあるが、特に被告人でなくともなし得る形式的・機械的行為」であったことを指摘している。つまり、因果的に重要な役割を果たしたかどうかという基準では、正犯として処罰され得るように見えるが、亀井のような考え方であれば、誰でもできる重要でない役割と認められ、従犯とすることができるのである。

この亀井の考え方に、刑法学上の理論的枠組みを付与したのは、松澤伸であった。このように、さまざまな要素を組み合わせる正犯と狭義の共犯を区別する裁判官の思考は、統一的正犯概念に無意識的に進行していることを意味すると分析したのである。そして、正犯と狭義の共犯の区別は量刑の段階で行われることとなり、裁判官の思考の中に存在するさまざまな要素は、さまざまな組み合わせによって正犯と狭義の共犯を区別するとしたのである⁸⁵。

亀井、松澤によるこの見解は、裁判例中に現れる正犯と狭義の共犯を自由に組み合わせで議論できるという点で、非常に使いやすい基準といえる。裁判官の思考も、まさしくそうなっているからこそ、果たした役割の重要性や利益の帰属、人的関係を問題とすること

⁸¹ 藤木・前掲注 23「幫助利用の間接正犯」15-6 頁参照。

⁸² 土本・前掲注 25「判批」234 頁。

⁸³ 亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別すること』112 頁。

⁸⁴ 具体的には亀井・前掲注 2『正犯と共犯を区別すること』136 頁参照。

⁸⁵ 松澤伸「共犯と正犯の区別について」『曾根武彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2014 年）822-3 頁参照。

ができるのである。以上のことから、事実認識の結果として、松澤の記述したヴァリッド・ローに同意できると考える。

もっとも、亀井自身が指摘するとおり、これを漫然と羅列して「ごった煮」にすることは、正犯と共犯の区別基準を曖昧にすることになる⁸⁶。しかしながら、現状として、この多様な要素は「ごった煮」になってしまっているようにみえる。この問題は、それら要素が何を意味しているのか、明らかではないということから来ているのである。

第6節 小括

本章では、故意ある幫助道具が認められた裁判例に着目し、故意ある幫助道具について、消極説の積極説に対する批判は理由がないとして積極説が妥当であることを論じた。

積極説の中でも、「誰の犯罪か」を問題とする自己の犯罪説は、裁判官の思考を分析する上でも、重要な分析視点である。裁判例においては、正犯意思といった主観的要素が要求されるとされるが、純粹に主観面のみを問題とすればそれは主観説に帰着することとなる。そこで、自己の犯罪説は、そういった主観面を示す、客観的な事実が重要であるとし、裁判例にも、それら「客観的な要件」が見出されるのである。

裁判例が考慮する利益という要素は、直接的な利益に限定されている。それは、間接的な利益も含め、あらゆる利益を考慮すれば、利益という基準を用いる意味がなくなるからである。もっとも、そのような直接的な利益が帰属していない場合は従犯とされている。

また、関与者間の人的関係が問題となる場合、つまり、上司が部下に指示・命令して、部下が犯罪を行う場合、部下は、実行行為を行っているものの、その行為を行うか否かにつき自由ではない。この場面では、利益という要素のみならず人的関係という要素が考慮されることになり、正犯としての答責性が欠けることから、正犯ではなく従犯となるのである。

ヴァリッド・ローは、このような要素を総合的に判断することを認めるが、ヴァリッド・ローの問題点はまさにそこにある。どの要素が何を意味しているのかが、全く分からず、その要素が、理論的にどのような役割を果たしているのか、明らかでないのである。

松澤の認識によれば、従来の正犯と狭義の共犯の区別は、量刑の段階で行われるという⁸⁷。たしかに、ある要素が正犯と狭義の共犯を区別する基準となっているのであれば、いかなる事案であっても必ず考慮されていなければならないが、そのような要素は存在しない。事案ごとに、考慮される要素とそうでない要素が存在する。そうだとすれば、多様な要素の総合判断というのは、まさに量刑判断と同様の扱いを受け、事案ごとに現れる要素をつなぎ合わせて処理するということになる。

しかし、仮に量刑事情であるとしても、その判断が何の根拠もなく論じられるのは問題である。重く処罰される者はどうして重く処罰されなければならないのか、あるいは、軽く処罰される者はどうして軽く処罰されるのか、ということが明らかにならない以上、そ

⁸⁶ 亀井・前掲注2『正犯と共犯を区別するという事』189頁。

⁸⁷ 松澤・前掲注85「共犯と正犯の区別について」822-3頁参照。

これは裁判官の恣意的判断であるという批判は免れえないであろう。

新たな問題は、まさにこの点にある。正犯と狭義の共犯の区別が量刑段階でなされるとしても、量刑の差をもたらす基礎的な部分が明らかにされなければならない。そして、この問題は、結局、犯罪論体系に舞い戻らざるを得ない。違法性の差が量刑の差を生み出す、あるいは、責任非難の差が量刑の差を生み出す、どの様な説明であれ、この点を問題とせざるをえない。

ただし、裁判官にとって、この問題は全く考慮されていないか、もしくは、考えても意味のないものと認識されているかもしれない。しかし、実務と理論の架橋がいかに行われるべきかが問題となっている昨今、実務は理論的な問題に関心を寄せるべきであるし、理論は実務に理論的な根拠を示すべきなのである。これは、まさに価値判断の問題であり、**第2章**において論じた要素の体系的位置づけは、政策的提言と位置づけられるべき問題なのである。

第3章 「客観的な要件」の犯罪論体系上の位置づけ

第1節 はじめに

ヴァリッド・ローが統一的正犯概念を採用し、その問題を犯罪体系論から量刑論の領域に移動したとしても、犯罪論体系から完全に脱却することは許されるのであろうか。量刑上重く処罰するべき場合と軽く処罰するべき場合が存在するとしても、その軽重の根拠が、違法性の差や責任の差に見出されるのであれば、犯罪体系論からの脱却は許されないこととなる。

わが国において、そもそも量刑論が積極的に論じられているとはいえないが、量刑上の差が、裁判官の恣意的判断であってはならないであろう。では、量刑上の差は、いかにして生ずるのであろうか。この問題は、刑罰の目的論と関わるとされる¹。すなわち、応報刑論であれば、違法性や責任の差によって量刑の差が導かれるし、一般予防論であれば、犯罪の社会的影響の大小によって、特別予防論であれば、行為者の危険性によって量刑の差が導かれることになる²。

しかし、社会的影響の大小によって区別する、とする場合、その社会的影響とはいかなるものであろうか。たとえば、重大事件であればあるほど、社会的影響が大きいということであれば、極端な例としては、殺人事件であれば、どんなに軽微な役割であっても、あるいは、背後者の指示命令のままに行為していたとしても、正犯となってしまうかねない。正犯と狭義の共犯の区別は、あくまで、問題となっている行為者の事情によって区別されるのであり、犯した犯罪の種類によって区別されるわけではない。

また、行為者の危険性によって区別する、とする場合、どんなに些細な関与であっても、行為者に危険性があり、教育が必要だと認める場合や、背後者の指示命令通り行動してしまう者には、厳しい教育が必要だと認める場合において、常に正犯となってしまう。行為者の危険性が問題となるのであれば、行為者の行為やそのほかの事情は考慮されないこととなってしまう。

そのように考えると、仮に、正犯と狭義の共犯の区別が量刑論上の問題であるとしても、犯罪論体系から離れてその区別を論じることはできないこととなる。だとすれば、あえて量刑上の問題とする必要もないように思われる。

本章は、学説において示される、正犯と狭義の共犯の、犯罪体系論上の区別論を基礎に、最終的には、実務と理論の架橋を目指して、政策的提言を行おうとするものである。

¹ 高橋則夫『刑法総論 第2版』（成文堂、2013年）513頁参照。

² 林幹人は、「正犯と共犯の区別について、違法性の大小とも責任の大小とも無関係であると論じるが、たとえば、予防目的を中心に量刑判断を行うという考え方もあり得る。林幹人『刑法総論 第2版』（東京大学出版会、2008年）398-9頁参照。

第2節 犯罪論体系的思考について

裁判例は、正犯と狭義の共犯の区別にあたって、重要な役割を果たしたとか、正犯者意思を有していた、などの理由を示して正犯を基礎づけているが、それが犯罪論体系において何を示しているのかを論じてこなかった。実務の考え方に対して、学説が抽象的な単一の基準を論じるのは、犯罪体系論を意識しているからに他ならない。だからこそ、多様な要素を総合判断する見解に対しては、それぞれの要素が何を示しているのか全く分からない、という批判がなされるのである³。

学説においては、正犯と狭義の共犯の差を、共犯の処罰根拠と関連づけて論じてきた。すなわち、責任共犯論と違法共犯論においては、違法性の本質的差によって、因果的共犯論においては、違法性の量的な差によって、正犯と狭義の共犯の差を見出そうとしてきたのである⁴。

たとえば、曾根は、正犯と狭義の共犯の差について、直接的に法益を侵害するか、間接的に法益を侵害するかという理解を前提として、共犯の処罰根拠を法益侵害との関係で理解する因果的共犯論が、自己の「違法観ともっともよく調和するもの」であるとした⁵。そして、正犯と共犯の間には、因果的な法益侵害という点では本質的な違いはないものの、違法性に量的な差を見出したのである⁶。

それゆえ、正犯と狭義の共犯とを区別するに当たっては、少なくとも違法性の差を視野に入れた議論がなされるべきであったといえるが、これを自覚的に論じるのは、結果無価値論に立ち、因果的共犯論を採用する論者がほとんどであった⁷。

もっとも、正犯と狭義の共犯の区別は、違法性の差によってのみ見出されるものであるかは、議論の余地があるところである。すなわち、責任の差によっても、その差は見出しうるのではないか、とうことである。現にホイヤーは公法上組織された権力機構において「服従する部下は、遵守された命令の拘束力により、少なくとも自身の所属長に対しては不法を行わないことには変わりはない。そして、拘束力のある命令を根拠として、命令なく行為した場合よりも、かなり緩和された条件のもとで責任非難が放棄されうる」として責任の阻却（減少）を問題としている⁸。

本章は、正犯と狭義の共犯との区別を、違法性、あるいは、責任といった、犯罪論体系上の差を求めることを前提としつつ、裁判例において用いられる多様な要素の犯罪論体系

³ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）138頁以下参照。

⁴ 曾根威彦『刑法の重要問題【総論】第2版』（成文堂、2005年）298頁参照。

⁵ 曾根・前掲注4『刑法の重要問題【総論】』300頁。

⁶ 曾根・前掲注4『刑法の重要問題【総論】』300頁参照。

⁷ 照沼・前掲注3『体系的共犯論と刑事不法論』18頁参照。

⁸ Vgl. Hoyer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen : Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, Knut Amelung(Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 1. Auflage 2000, S.190. なお、引用部分は山中敬一監訳『組織内犯罪と個人の刑事責任』（成文堂、2002年）218頁以下を参照した。

上の位置づけを考え、その要素が、正犯と狭義の共犯を区別する基準となりうるのかについて検討していきたい。まず、故意ある幫助道具の事案では、共謀がないことが理由となっていたので、共謀という概念について検討する。次に、因果性の強弱、そして、自己の犯罪説において問題となる、利益と人的関係について検討を進める。

第3節 意思の連絡・共謀概念について

1 はじめに

わが国の裁判例は、故意ある幫助道具の成立に際し、共謀がないことをひとつの理由としている。もちろん、共謀があるなら共謀共同正犯になるのだから、従犯の成立を認める故意ある幫助道具において、共謀が認められることはない。では、共謀概念とはいかなるものであろうか。本論文において、共謀共同正犯論は直接の問題ではないものの、正犯と狭義の共犯を区別するひとつの要素として、論じておく必要がある。

仮に「共謀」を「意思の連絡」に基づく「共同遂行の合意」と定義したところで⁹、問題が解決するわけではない。なぜなら、共同遂行の合意を形成する行為そのものが重要であるのか、合意しているという状態が重要であるのかが、なお明らかではないからである。

「実務には、『共謀』という概念自体を重視する傾向がないではないが、概念をいくら詮索しても、(共謀の理論的内容・構造はどのようなものかという)問題は解決しない」との指摘は妥当である¹⁰。本稿の問題意識は、より正確に言うと、共謀の構造・内容とはいかなるものか、ということになる。

共謀の構造という問題は、共謀が客観的な合意形成「行為」なのか、主観的な合意「状態」なのかという議論である。共謀の内容という問題は、2つの議論を含んでいる。まず、共謀は「意思の連絡」によってなされるが、「意思の連絡」における「連絡」は「双方向」になされるものかという議論、そして、そこにいう「意思内容」はいかなるものかという議論である¹¹。

⁹ 共同遂行の合意といっても、「何を共同遂行するのか」、という問題がある。これを「特定の犯罪」と見ることも可能であるし、「何らかの行為」と見ることも可能である。この問題は、共犯は犯罪を共同するのか、行為を共同するのかという問題などに影響を及ぼすので、ここで検討することはできないが、本稿では、「特定の犯罪」としておく。なお、内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について(一)」*亜細亜法学* 39巻2号(2004年)93頁以下では、「他の共同者の行為に関わる認識内容」の「様々なレベル」が示されている。この点につき、阿部力也「共同正犯の主観的成立要件について」*法律論叢* 70巻1号(1997年)123頁は、意思の連絡の内容を「相互的に利用しあう意思」とした上で、「特定の犯罪に対する相互利用の意思は必要ではなく、『構成要件に該当する・・・犯罪的行為を共同する意思』で足りる」とする。

¹⁰ 林幹人「共謀共同正犯と『謀議』」*判例時報* 1886号(2005年)3頁。ただし、()内は筆者。なお、「実務には」とあるが、実務だけがそのような傾向を示しているかについては疑問がある。

¹¹ 共謀の「双方向性」という問題意識はこれまで意識的に論じられることはなかったが、

では、なぜ、このような問題意識が必要なのであろうか。それは、共謀の構造・内容を明らかにすることで、共謀の意義を明らかにし、その共謀が犯罪論体系上どのような役割を果たすのかを明らかにするためである。

2 裁判例について

共謀共同正犯の裁判例は数多く存在するが、本論文においては、共謀の意義が問題となった以下の3件の判例を概観しよう。まず、共謀概念のリーディングケースとされる最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁（以下、「練馬事件」という。）、次いで、近年話題となった2つの判例、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（以下、「スワット事件」という。）、最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁（以下、「ドラム缶事件」という。）を取り上げる。

スワット事件決定とドラム缶事件決定は、客観的な共謀（合意形成行為）が認められた事案ではない¹²。しかし、両事件は共謀共同正犯として処理されており、共謀の存在が認められているのである。

① 練馬事件判決

共謀共同正犯の要件、とりわけ共謀について、正面から扱った判例は、最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁である。

練馬事件は、被告人等が労働組合の争議の過程で反感を抱いたK巡査に対し暴行することを企て、A～J10名が共謀の上、C～Jの8名と他数名がK巡査を誘い出した上で丸棒や鉄管等で殴りつけ、K巡査を現場において死亡させた事件である。この事件では、現場に赴かなかったA・Bを含む10名が共謀共同正犯として処罰された。

この判決において、最高裁は、共謀共同正犯における共謀の意義について、「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行なうため、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、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがっ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。」

「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一の場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものではなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者すべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする。」と判示した。

松澤が「発信→受信」で足りるとしたことを受け、論じることとする。松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Low&Practice4号（2010年）113頁参照。

¹² ドラム缶事件では、ドラム缶の処理に関する合意形成行為は存在するが、不法投棄に関する直接の合意形成行為は認められていない。

この判決は、松川事件判決¹³にも引き継がれ、共謀共同正犯が成立する要件を示した判例として理解されてきた。

② スワット事件決定

スワット事件決定は、共謀共同正犯を肯定するという点ではこれまでどおりの判決であるが、黙示の意思連絡でも共謀が成立することを再確認した判例である¹⁴。

スワット事件は、スワットと呼ばれる暴力団組長を警護する組織がけん銃等を携帯して組長の警護に当たっていたことについて、組長である被告人 X とスワットらとの間に共謀が認められ、被告人 X がけん銃等の不法所持につき共謀共同正犯とされた事件である。

最高裁は、(i)「Xは、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に X を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた。」

(ii)「前記の事実関係によれば、X とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。」

(iii)「そして、スワットらは X の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始 X の近辺にいて X と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する X の地位と彼らによって警護を受けるという X の立場を併せ考えれば、実質的には、正に X がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評しうる」、と判示した。

この事件において認められたのは、練馬事件におけるような「謀議」ではなく、「黙示的」な「意思の連絡」であった点が特徴である。

③ ドラム缶事件決定

共謀について正面からは論じていないが、未必の故意であっても共謀共同正犯が成立するとした事例として、最決平成 19 年 11 月 14 日刑集 61 卷 8 号 757 頁（以下、「ドラム缶事件」とする。）があるので、これも見ておくことにしたい。特に、控訴審において共謀の意義が問題となっており、興味深い。

ドラム缶事件は、硫酸ピッチ入りドラム缶の処理に困った被告人らが、その処理を申し入れてきた W が不法投棄に及ぶであろうことを確定的ではないものの認識し、やむを得ないと考えてドラム缶を委託した結果、転々と人手に渡った後に北海道の土地において不法投棄された事件である。

本件控訴審では、故意の有無と、「未必の故意による共謀共同正犯の成否」が争われたが、札幌高裁は、被告人らに未必の故意を認めた上で、「被告人らと W との共謀が認められるかについて検討するに、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

¹³ 最判昭和 32 年 9 月 12 日刑集 17 卷 7 号 661 頁。この事案では、共謀共同正犯における共謀につき、十分な証明がないことを理由に、被告人全員が無罪とされた事件であった。

¹⁴ スワット事件以前から、共謀共同正犯における共謀は、黙示のもので足りるとする判例・裁判例は存在していた。最判昭和 24 年 11 月 10 日最高裁判所裁判集刑事 14 号 503 頁においては、すでに「暗黙」の「打合せ」による共謀が認められている。

とを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」とした。そして、その「謀議」については、「実行共同正犯におけるような意思の連絡では足りないが、当該犯罪についての客観的・具体的な謀議がある場合に限らず、その犯罪を共同して遂行することの合意があれば足りる。」とし、この共同遂行の合意を認めるにあたっては、「被告人の地位、立場、共犯者との関係、犯罪遂行過程における役割、犯行の動機等を総合的に勘案し、他人の行為を利用して自己の犯罪を行ったといえるような場合であること」が必要であるとした。

その上で、札幌高裁は、本件事実から「被告人らには W らとの共謀が認められる」としたが、被告人らは判例違反などを理由に上告した。

最高裁は、「被告人 5 名は、W や実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えて W に処理を委託したというのである。そうすると被告人 5 名は、その後 W を介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。」と判示した。

この事件において、最高裁としては共謀の意義を述べたわけではない。しかし、控訴審では共謀の意義が示され、それに対して上告がなされたが、結論として、最高裁は共謀共同正犯を維持したのである。つまり、この事案においても共謀が認められたのである。

3 裁判例の分析

(1) ここで挙げた判例に共通する点は、直接実行行為を行わない者も共謀共同正犯として正犯になるという点である。しかし、共謀共同正犯は旧刑法の時代から肯定されていたのであり、現在にあってはこれを否定する判例はない。

そのような中で、練馬事件判決は、共謀の意義を示した点で意義のある判例であったといえよう。しかし、そこで示された共謀の概念は必ずしも明らかではなかった。練馬事件においては「謀議をなす」必要があるとされたが、そもそも「謀議」とは何であろうか。その言葉のイメージからすると、客観的な合意を形成する行為を要求しているようにも読める。

しかしながら、スワット事件決定においては、「謀議」という文言を用いずに「黙示的な意思の連絡」を認めている。この事案においては、けん銃等の所持について直接の指示・命令はないのであるから、犯罪についての（会議や話し合いのような）合意形成行為は行われていないのである。

また、ドラム缶事件も同様、不法投棄についての相談は行われていない。そして、ドラム缶事件の控訴審においては、「謀議」は「共同遂行の合意」とされ、共謀は客観的・具体的な謀議（合意形成行為）がある場合に限らないとされた。

共謀は、スワット事件で示されたように、たとえ黙示の「意思の連絡」であっても共謀であるとされる。しかし、問題は、「意思の連絡」という合意形成行為が必要なのか、「意思の連絡」によって、共同遂行の合意がなされたことなのかである。判例は、練馬事件判決において、「謀議」という合意形成行為をイメージさせる言葉を用いている。練馬事件の場合、犯罪意思が直接連絡されたことが認められる事案であったが、スワット事件はそのような事案ではなかった。

この点について、練馬事件は「事前共謀型」の事案であり、スワット事件は「現場共謀型」の事案であるとの分析が可能であるが、同じ共謀共同正犯における「共謀」である以上、何らかの統一的な理解ができる、とも言えそうである¹⁵。

(2) では、共謀が認められるには「意思の連絡」が必要であるとして、そこで言う「連絡」と何であろうか。練馬事件では、直接連絡行為が認められる事案であったし、ドラム缶事件にも、ドラム缶の処理についての「委託と承諾」は認められる。ところが、スワット事件においては、黙示的に意思の連絡がなされたとされ、そこにどのような連絡があったのかは不明である。結果として、相互に共同遂行の意思があり、実際にもスワットらがけん銃等を携帯していたのであるから、何らかの意思の連絡はあったのかもしれないが、それがどこにあったのかは明らかではない。

仮に、スワット事件の被告人が、東京へ行くことを伝えたのが連絡であったとして、スワットらからの連絡はいかにしてなされたのであろうか。共同遂行の合意は内心状態の問題であり、連絡行為は必要ないとも言えるが、何らの行為もないところに共同遂行の合意は生じ得ないはずである。しかし、スワットらからの連絡は特にないまま、黙示的な意思の連絡が認められているのである。

この点について、判例は、双方向的な意思の連絡が認められない事案についても、「黙示的」には意思の連絡があったものとして扱ってきたといえる。スワット事件が問題とされたのも、そのような判例の態度に、共謀としての希薄さが見てとれるからであろう。

(3) また、「意思の連絡」における意思の内容、練馬事件判決にいう「各自の意思」とは何であろうか。練馬事件判決においては「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」共謀が要求されている。

スワット事件決定においても、被告人は「スワットらが自発的に X を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」ことから「黙示的」な「意思の連絡」を認めている。この判文からは、「確定的に認識」していたことが重要であるとも読むことができる。しかし、被告人けん銃等の携帯を「受け入れて認容していた」と、「そのことをスワットらも承知していた」とする点では、各自の意思の合意が重要であるとも読むことができる。

ドラム缶事件決定においては、共謀について、「確定的ではないものの・・・強く認識」しながらドラム缶の処理を委託したことを認めている。そのような認識を有しながら、ドラム缶の処理を依頼・了承する行為は、各自の意思の合意を認めることができそうである¹⁶。

¹⁵ 町野は、「謀議によってではなく、他の要素によって認められる共同正犯が存在」し、これを『現場共謀』などとして・・・『共謀』によって説明しようとしたところに混乱の原因があった」ことを指摘する(町野朔「共謀共同正犯(2)―スワット事件」別冊ジュリスト 186号刑法判例百選 I 総論[第6版](2008年)155頁。)

¹⁶ ただし、Wの意思の認定は問題となってくる。当事者間で「共同して」犯罪を実行するのであるから、Wとしては、被告人らと共同して犯罪を実行する意思が必要である。ところが、Wとしては、被告人らが不法投棄の意思を有しているかはわからないのである。W

しかし、ドラム缶事件の控訴審では、「犯罪を共同して遂行することの合意があれば足りる。」とした上で、この共同遂行の合意を認めるにあたり、「被告人の地位、立場、共犯者との関係犯罪遂行過程における役割、犯行の動機等を総合的に勘案し、他人の行為を利用して自己の犯罪を行ったといえるような場合であること」が必要であると示された。

判例を分析する上で考えなければならないのは、「共同遂行の合意」であるはずの共謀を認めるにあたり、ドラム缶事件の控訴審が示す「他人の行為を利用して自己の犯罪を行ったといえるような場合」であることがどのように関係するのかという点である。

「自己の犯罪を行ったといえるような場合」であるか否かは、本来、正犯と狭義の共犯を区別する基準である。この点、練馬事件判決、スワット事件決定、ドラム缶事件決定は、共謀の認定にあたってそのような事情を直接の問題としてはいないのである¹⁷。

(4) 以上の分析から、本稿は、判例のいう共謀概念について次の3点を問題とする。すなわち、①共謀とは客観的な合意形成行為をいうのか、主観的な合意の状態をいうのかという問題、②共謀に双方向的な意思の連絡は必要なのかという問題、③共謀において必要な意思内容は何かという問題の3点である。以下、この点について学説の状況を概観した後、検討を加えることにしよう。

4 学説の状況

(1) 客観的謀議説と主観的謀議説

(i) 共謀についての学説は、大きく2つに分類できる。客観的な連絡行為を必要とする客観的謀議説と、共同遂行の合意などの主観的な状態であるとする主観的謀議説である。この点、実務は主観的謀議説を採用しているとされることが多い¹⁸。

(ii) 練馬事件判決が、「謀議」をなす必要があるとしたことから、客観的謀議説は現在でも有力に主張されている。練馬事件の判例解説も、「謀議」は、「意思の連絡」や「共同犯行の認識」といった主観的要件にとどまるものではなく、「実行共同正犯における客観的要件である『二人以上の者の実行行為の分担』にも比すべきもので、共謀共同正犯の客観的要件でもある」として、客観的な行為を必要とする¹⁹。

が被告人らのそのような意思を知りえた事情は示されても良かったといえよう。なお、拙稿「判評」早稲田法学84巻4号(2009年)107頁以下参照。

¹⁷ 判例の正犯と狭義の共犯の区別基準は必ずしも明らかではないが、ここでは、区別基準と位置づけておく。なお、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号(1990年)318頁以下参照。また、第1章で見たように、練馬事件の共謀概念に正犯意思という主観的要素を見出す見解もある(西田典之『共犯理論の展開』(成文堂、2010年)58頁参照。)

¹⁸ 上野智「共謀の認定」判例タイムズ254号(年)14頁、小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、1989年)31頁、石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社、1992年)343頁、出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ社、2006年)200、201頁など参照。

¹⁹ 岩田誠「いわゆる共謀共同正犯の成立要件ほか」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年

客観的謀議説のいう「謀議」は、「実行行為による寄与の欠如を補うもの」であり、「単なる意思連絡に含まれる心理的因果性よりも強度の因果性を示すもの」であるからこそ共同正犯を基礎付けるという理解からも、共謀は客観的な行為であるべきという結論が導かれることになろう²⁰。

また、行為主義の観点からも、共謀共同正犯は「実行行為という形での行為寄与を不要とするだけであって、あらゆる行為寄与を不要とするものではなく、実行行為を行わない者が「共同意思の形成または実現に対して自らの行為によって因果的に寄与していることが必要」であるという指摘もなされる²¹。

客観的謀議説は、因果的共犯論の立場から、実行行為の一部分担のような物理的因果性はないものの、共謀「行為」による強い心理的因果性を要求するのであり、練馬事件判決の判示をストレートに理解できる見解である。

その一方で、客観的謀議説は、スワット事件決定について、「組員がけん銃等を所持していることの『認識・認容』と組員を指揮監督する権限のある『地位』、警護を受ける『立場』といった事情のみによって共謀共同正犯を認めるものであって、『意思処罰』ないし『状態処罰』の疑念を払拭しえていない」²²とし、行為寄与が存在しないことを問題とするのである²³。

(iii) これに対して主観的謀議説は、共謀共同正犯における共謀を謀議「行為」としてではなく、実行時点における、共同遂行の合意、共同実行の合意などと理解する見解である。スワット事件決定は、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示の意思の連絡があったとして共謀共同正犯の成立を認めている。謀議「行為」が存在していなくても共謀共同正犯が認められうる事例がある以上、共謀共同正犯における共謀は、共同遂行の合意であると理解されるのである。

共謀を「合意形成行為」としないのは、共謀共同正犯の処罰が、「共謀それ自体を処罰するのではなく、共謀に基づく実行行為を処罰するもの」だからである²⁴。実際の事案で共謀を認めるにあたっては、共謀の内容となる合意が徐々に形成され、特定の日時、場所における合意形成行為として把握できない場合、犯罪実行前後の状況などから、合意に基づく犯行であることは明らかであるが、証拠上その合意形成の経過は明らかではない場合がある²⁵。そのような場合に、合意形成行為がないことを理由として共謀共同正犯の成立を否定

度』(法曹会、1959年)405頁以下。このほか、本田稔「判解」法学セミナー584号(2003年)118頁、大塚仁＝福田平「対談」現代刑事法6巻8号(2004年)16頁参照。

²⁰ 松原芳博「判批」刑事法ジャーナル14号(2009年)118頁。

²¹ 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2007年)527頁。

²² 松原・前掲注21「共謀共同正犯と行為主義」540頁。

²³ なお、松原は、ドラム缶事件は、ドラム缶の委託・承諾が行為であることから、客観的謀議説の立場からも共謀が肯定できる事案であることを指摘する(松原・前掲注20「判批」119頁。)

²⁴ 出田・前掲注18「共謀共同正犯の意義と認定」201頁。

²⁵ 小林・前掲注18「共謀と訴因」31頁

するのが合理的ではないとするのである²⁶。

(2) 共謀の双方向性

(i) 共謀共同正犯における共謀は、意思の連絡であるという点は、一般的に承認されていると見てよい²⁷。しかし、これまで「意思」内容を検討する論文は存在するものの、「連絡」について検討がなされることは稀であった²⁸。

いわゆる合意形成行為を想定すればわかるように、共謀には次のようなプロセスが想定できる。例えば、XとYの2名が合意形成行為を行う場合、①Xが自らの意思をYに対して発信する。②YはXの意思を受信する。③YはXの意思を了承し、Xに対して自らの意思を発信する。④XがYの意思を受信する。この「X→Y」への連絡と「Y→X」への連絡の相互間の連絡を、共謀の双方向性と呼ぶことにする。

共謀の双方向性の問題は、これまでに意識して論じられることがなかった問題である。そのため、学説の状況といっても、この問題を論じているものはわずかである。

(ii) 共謀における「意思の伝達方法は、言語に限らず、合図や身振りであっても良く、黙示の意思連絡であっても「相互に意思を表明し伝達する行為を意味するとすれば、・・・最低限の行為主義の要請は充たしている」とする見解²⁹は、客観的謀議説の立場から、意思の「連絡」は、どのような行為であれ「相互に」連絡行為が必要であることを指摘している³⁰。

また、「犯罪の共同遂行に関し二人以上の者の間に合意が存在するためには、各人がそれぞれ他の共同者と協力し、特定の犯罪を共同遂行する意思を有し、且つその点につき相互の間に意思の連絡が存在することが必要である」とする見解³¹も、主観的謀議説の立場から共謀の双方向性を要求する見解だということができる。

(iii) 上記のような従来の議論について、「意思の連絡必要説は、双方向での意思の連絡を想定し、意思の連絡不要説は、意思の受信さえない状態を想定してきたように思われる」とした上で、「実際には、その中間の状態もあり得る」との新しい見地からの指摘がなされた³²。

この見解によれば、「意思の連絡は、“片面的＝発信”だけでは足りないが、“発信→受信”で足り、“双方向”でなくて良いと考えられる」とする。より具体的には、「親分がメール

²⁶ 出田・前掲注18「共謀共同正犯の意義と認定」201頁。

²⁷ 客観的謀議説はこれを「連絡行為」ととらえ、主観的謀議説はこれによって「共同遂行の合意」が成立するととらえている。

²⁸ 松澤・前掲注11「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」112頁参照。

²⁹ 松原・前掲注21「共謀共同正犯と行為主義」540頁。

³⁰ 山中敬一「判評」関西大学法学論集53巻3号(2003年)204頁も、「犯罪は・・・『行為』を処罰するもの」とした上で、「意思の相互連絡」を要求する。そして、スワット事件決定においては、この「意思の相互連絡」の立証がないことを指摘する(同205頁。)

³¹ 藤木英雄「共謀共同正犯」同著『可罰的違法性の理論』(有信堂、1967年)344頁。

³² 松澤・前掲注11「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」112頁。

で殺害を指示し、自分が即時に殺害を実行したような場合、自分が返信していなくても、意思の連絡はあったと考えてよい」というのである³³。

これまで、共謀とは、相互の意思連絡を必要とするという考え方が、特に意識されているわけではないものの、当然のごとく認められてきた感があるのは否めないところである。この見解は、そのような前提に捉われない新しい指摘であろう。

(3) 共謀の意思内容

上記のとおり、客観的謀議説は、「意思の連絡」における「連絡」行為を重視する見解であり、主観的謀議説は、意思の連絡によって形成された「合意そのもの」を重視する見解であるといえよう。

では、そこで連絡される「意思」の内容はいかなるものであろうか。この点について、客観的謀議説は、合意形成行為を重視する立場であるから、その意思内容について積極的に論じてはいない。

もっとも、客観的謀議説の立場からは、ドラム缶事件における共謀について、次のような主張がなされている。ドラム缶事件における共謀は、不法投棄についての「言語による合意形成」ではないが、「不法投棄する意図が言語化されていなかったにすぎない。それゆえ、被告人らと B との間にドラム缶の『処理』の方法が不法投棄である（かもしれない）との共通認識があるかぎり、『処理の委託』が『不法投棄の依頼』をも含意しているものとして、共謀の成立を認めることができ」とする³⁴。

ここでいう各自の意思とは、被告人らとしては「不法投棄であるかもしれない」という認識、W にとっては「不法投棄である」という認識であり、このような共通認識を有した状態で、合意形成行為をなすことが共謀であるとするのである。

一方、主観的謀議説は、この意思内容について、かねてから争いがある。意思の連絡は、「単なる意思の連絡」でよいのか、それともそれを超えた、「積極的な意思」も必要なのか、という争いである。

(i) 単なる意思の連絡

単なる意思の連絡とする見解は、意思連絡に特別な意味を認めない。共謀者の行動等の客観的な事情は、意思の連絡とは別要素にとらえ、共謀共同正犯における正犯性を基礎付けるための事実であるとする。

「共謀には、順次共謀、現場共謀もあり得るし、また、黙示の共謀もあり得る。この場合の共謀は、単なる意思の連絡にすぎないこともあろう。その場合でも、その他の関与行為を総合して重要な役割を果たしたと評価しうるのであれば、(共謀)共同正犯を肯定してよい」とする見解³⁵がこれにあたる。共謀の意思連絡としては単なる意思の連絡で足りるが、

³³ 松澤・前掲注 11 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 113 頁。

³⁴ 松原・前掲注 20 「判批」 119 頁。ここで言う「B」を、本稿では「W」としている。

³⁵ 西田典之『刑法総論 第2版』(弘文堂、2010年) 351頁。

共同正犯性を認めるには、重要な役割をはたす必要があるとするのである。

また、「共謀共同正犯における共謀は、実行共同正犯におけるそれと比し意思連絡の内容、程度において緊密でなければならないとする見解もあるが、・・・この点につき、両者の間に差はなく、・・・通常これを問題にする余地はないと解するのが正当」であるとする見解も、同様である³⁶。ただし、この見解の特徴は、「共謀共同正犯における共謀は、要するに、犯行の時点までに形成された内心の意思状態にほかならないのであり、犯意と同一ではないにしてもこれと同性格のものである」とする点にある³⁷。

(ii) 主体的・積極的な意思の連絡

単なる意思の連絡を超えた、主体的・積極的な意思を要求する見解という主体的・積極的な意思とは、練馬事件判決で示されたような、「『共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移す』意思」だという³⁸。この見解は、このような主体的・積極的な意思の連絡を要求し、共謀者の行動等の事情を、そのような主体的・積極的な意思の連絡を認定するための間接事実と位置づけるのである³⁹。

この見解は、実務家を中心に主張される見解である。例えば、「共謀とは単なる意思の連絡ではないし、他人（実行者）の犯行の認識・認容では足りない。これらを前提とはするが、共謀というためには、これに加え更に積極的な意思を必要とするであろう。これを共謀者について一言でいえば、『自己の犯罪』の意識ということになるだろうか。」とする見解がある⁴⁰。

また、「犯人らの意志（ママ）連絡の過程で、それぞれが『自己の犯罪』であるという意識をもち、その各自の意思が相互に認識しているときは、」共謀共同正犯の要件を一定範囲で備えたことになるとする見解も、「自己の犯罪」であるという意識を要求している点で同様の見解である⁴¹。もっとも、この見解は、上記見解より進んで、「自己の犯罪」意思が「相互に認識」されている必要があるとする点に特徴がある。

そして、「共謀とは、二人以上の間に、特定の犯罪を一体となつて互に他人の行為を利用して共同して遂行すべき確定的な意思の合致である」とする見解⁴²も、「確定的な意思」を要求する点において、単なる意思の連絡とは異なつた共謀の理解をしている見解であるといえよう⁴³。

³⁶ 小林・前掲注 18「共謀と訴因」31 頁。

³⁷ 小林・前掲注 18「共謀と訴因」31 頁。

³⁸ 出田・前掲注 18「共謀共同正犯の意義と認定」204 頁。

³⁹ 出田・前掲注 18「共謀共同正犯の意義と認定」204 頁。

⁴⁰ 石井＝片岡・前掲注 18「共謀共同正犯」343 頁。なお、裁判所職員総合研究所監修『刑法総論講義案』（司法協会、三訂補訂版、2008 年）319 頁も参照。

⁴¹ 松本・前掲注 17「共謀共同正犯と判例・実務」320 頁。

⁴² 上野・前掲注 18「事実認定の実証的研究」14 頁。

⁴³ 下村も、共謀は「相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となつて行おうという行為者間の対等関係における意思連絡をいう」とされ、共謀に正犯者意思を含ませる見解といえよう（下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（学陽書房、増補版、1983 年）139 頁。なお、傍点筆者。）。また、板倉も、共謀は「たんなる『意思の連絡』・・・では足りず、緊密性のあるものでなければならない」とする。（板倉宏「共謀共同正犯」日本大学法科大学院法務研

5 検討

以上見てきたように、共謀は、共謀共同正犯の要件であるにもかかわらず、明らかでない部分が多い概念である。本稿では、すでに述べたように、次の3点からアプローチすることとしたい。

まず、共謀は合意形成行為であるのか、共同遂行の合意であるのかという問題から検討する。実務は主観的謀議説を採用しているとの指摘がなされているが、練馬事件判決の判示、つまり、客観的な謀議行為を要求していると読むことができる判示との関係を考える必要がある。

次いで、共謀の双方向性について検討を加えたい。この問題はこれまで意識的に論じられてこなかった問題であるが、共謀の双方向性を不要としている学説が存在することは大変興味深い。これまで論じられてこなかった問題だけに、検討する価値がある。

最後に、共謀の内容について検討を加える。客観的謀議説にせよ、主観的謀議説にせよ、「意思」の連絡は必要である。では、その意思内容とはいかなるものであろうか。この意思内容についても、学説は様々な意思を問題としており、議論が混乱しているのである。

(1) 共謀の基本的構造

まず、共謀の基本的構造、つまり、共謀は客観的な合意形成行為であるのか、主観的な合意状態であるのかについて検討する。これは、要するに、練馬事件判決における判示をいかに解するかという問題でもある。

客観的謀議説は、前掲の練馬事件判決の調査官解説にみられるように、実行共同正犯における実行行為に比する、何らかの行為寄与が必要であると主張する⁴⁴。すなわち、練馬事件判決が、「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行なうため、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す必要がある」というのは、そのような内容の客観的な合意形成行為を要求していると解するのである。

この見解は、一見すると練馬事件判決の判示と整合的であり、説得的であるように見えるが、決定的なものとは言えない。すでに見たように、主観的謀議説も有力に主張されており、実務は主観的謀議説であるとの指摘もなされている。

そして、重要なのは、客観的謀議説は、スワット事件決定のような「黙示の意思の連絡」を認めることはできなくなるという点である⁴⁵。この点につき、主観的謀議説は、共謀を共

究1号(2005年)66頁。)

⁴⁴ 岩田・前掲注19「判解」405頁、松原・前掲注20「判批」118頁など。

⁴⁵ ここで注意すべきなのは、客観的謀議説であっても、「黙示の意思の連絡」それ自体を否定するわけではないということである。ただし、この見解のいう「黙示の意思の連絡」は、犯罪事実が言語化されていない意思の連絡を言うのであって(松原・前掲注20「判批」119頁)、スワット事件決定で示されたような、どこで具体的な合意形成行為がなされたのか明らかではない「黙示の意思の連絡」は認められないのである。従来から、「黙示の意思連絡」は一般的に認められてきたと言われるが(出田・前掲注18「共謀共同正犯の意義と認定」201頁参照。)、そこで言われてきた「黙示の意思連絡」の定義は必ずしも同一のもの

同遂行の合意などの合意状態と捉えるので、共同遂行の合意が存在する以上、合意形成行為を問題とする必要はなく、スワット事件のような「黙示の意思の連絡」も共謀として認めることができる。

ここで問題となるのは、練馬事件判決の判示との整合性である。練馬事件判決にいう「謀議」という文言からは、客観的な合意形成行為が想定される⁴⁶。しかし、練馬事件は「謀議」が存在した事案なので「謀議」という文言を使ったにすぎない、ということもできよう。つまり、「謀議」をなした結果として生じるのは、共同遂行の合意なのであり、共謀にとつてより本質的なのは「合意」状態であるということもできるのである。

結局、練馬事件判決における判示は、客観的謀議説、主観的謀議説のどちらにも読めるのであって、その判示の文言だけで決まるわけではない。しかし、スワット事件にも「共謀」は存在するというのが判例の立場である以上、スワット事件決定も含めて統一的に理解することのできる共謀概念、つまり、主観的謀議説が判例の採用する見解ということになろう⁴⁷。

それでもなお、客観的謀議説が合意形成行為を要求するのは、次のような理由がある。共謀共同正犯にも、実行共同正犯における一部実行に比する行為寄与が必要であり、そのことは行為主義にも合致するというのである⁴⁸。

この点につき、主観的謀議説がそのような行為を必要としないのは、先に述べたように、具体的な行為が特定できないという実際上の問題だけではない。共犯性を肯定する因果性は何も強い心理的因果性に限られるわけではない⁴⁹。単なる意思の連絡に含まれる心理的因果性で十分なはずである⁵⁰。

そして、行為主義からの要請についても、次のようなことが言えるであろう。つまり、およそ何もないところから合意は生じ得ないのであって、その意味では何らかの行為は存在するということである。場合によっては、「目配せ」や「犯罪事実とは関係のない言動」などによって、意思が通じることがあり得る。その意味では、スワット事件においても、組長が「東京へ行く」などと告げた時点に連絡行為は見出せるのである⁵¹。

ではない。

⁴⁶ それゆえ、「事前共謀型」、「現場共謀型」の2類型に分類する見解も存在するのであるが、同じ「共謀」であるにもかかわらず、別個に扱うことは、議論を混乱させることになるだけであろう。なお、芹澤政治「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』（法曹会、2006年）300頁、310頁（注16）参照。

⁴⁷ この結論について、政策的提言は必要ないと考えている。なお、松澤伸「機能的刑法解釈方法論再考」早稲田法学82巻3号145頁以下参照。

⁴⁸ 松原・前掲注21「共謀共同正犯と行為主義」540頁。

⁴⁹ 強い心理的因果性を要求する見解としては、松原・前掲注20「判批」118頁のほか、前田雅英「共謀共同正犯」法学教室147号（1992年）43頁、清水真「判例研究」法学新報111巻5・6号（2005年）351頁など参照。

⁵⁰ 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1990年）367頁参照。

⁵¹ ただし、スワットら側からの合意形成行為は見出せないなのであって、客観的謀議説からは、やはり共謀が否定されることになる。実行行為を行ったことが共同遂行の意思を端的に現す連絡行為と見ることもできるが、「実行行為の時点までに」形成された合意と考えるのが一般的ではなかろうか。

客観的謀議説は、合意形成行為が行われ、その行為が重要な役割であったような場合に共謀共同正犯を成立させる。つまり、共謀「行為」それ自体を処罰する見解であるといえよう。しかし、共謀共同正犯は、共謀の結果なされた実行行為を処罰するものである。その実行行為の結果を関与者間でどう振り分けるか、つまり、正犯と狭義の共犯をいかに区別するかは、共謀の問題ではないのである。

(2) 共謀の双方向性

共謀は、双方向性を有するものである。このような理解は、当然の前提であったように思われるが、実は自明のものではない。しかし、共謀の双方向性の欠如は、共同遂行の合意の欠如を導くものではない。

客観的謀議説がいう「相互意思連絡」が相互意思連絡“行為”であるならば、“発信→受信”のみでは足りないであろう。背後者が発信した後、受信者も了承の後にその旨を発信することで合意形成行為となるからである。その意味で、客観的謀議説は、共謀の双方向性を堅持する見解ということもできる。

これに対し、主観的謀議説は、何らかの連絡行為の後の合意形成状態を問題とするのであるから、必ずしも共謀の双方向性を要求するものではない。共犯者間において、共同遂行意思が各自に存在すれば良いのである。先に参考とした事例、すなわち、「親分が子分にメールで殺害の依頼をし、子分が即座に実行した場合」、親分は、子分に対して“お前（子分のこと）を使って犯罪を行う”という意思を連絡しており、子分は、“親分の指示通り（親分と共に）犯罪を行う”と考えて実行行為を行っているのだから、そこに「共同遂行の合意」は存在するのである。

スワット事件は、まさにこのような事案であったといえる。被告人の連絡（「東京へ行く」旨を幹部に伝えることは、“スワットらを使ってけん銃等を所持する”という共同遂行意思を含んでいる。）の後、スワットらは合意形成行為をしたわけではないが、「親分的意思を酌んで」「親分をけん銃等で警護する」という意思を有していたのだから、共同遂行意思は認められる。結局、双方に共同遂行意思が存在するので、共同遂行の合意は成立している。共謀は、“発信→受信”のみで足りるのである。

(3) 共謀における意思内容

客観的謀議説であっても、主観的謀議説であっても、そこにいう意思内容は、結局のところ共同遂行意思であり、それが意思の連絡を介して共同遂行の合意となる。客観的謀議説において要求される意思は、犯罪事実の認識（・認容）、つまり、故意と重なっているようにも思えるが、犯罪事実を認識（・認容）した状態で合意形成行為をすれば、そこに共同遂行意思を見て取ることができる。主観的謀議説においては、共同遂行意思を各自が有しているような場合に、共同遂行の合意が認められるのである。この点については、客観的謀議説も主観的謀議説も大差はない⁵²。

⁵² 島伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開」法律時報 78 卷 3 号（年）65 頁は、「共同実行の認識」は「犯罪を共同に行うということについて」の「意思の連絡」と「故意」であるとし、故意が独立した存在であることを指摘している。

問題は、そのような共同遂行の意思を超えて、積極的な意思を要求する必要があるのか、という点である。学説には、すでに見たように、これを肯定する見解も多い⁵³。ここで言う「積極的な意思」というのは、「自己の犯罪を行う意思」であるという。

この問題について、共謀は、単なる意思の連絡であり、その他行為等の事情は、共同正犯性を基礎づける事情であるとする見解と、共謀に積極的な意思を読み込む見解とでは、その結論に大きな差はなく、実務においてはどちらが採用されているのか定かではないとの指摘がある⁵⁴。しかし、共謀を単なる意思の連絡とするか、共謀に正犯者意思を盛り込むかは大きな違いではなかろうか。

この問題を検討するにあたっては、共同正犯の本質論からアプローチする必要がある。これは、共同正犯は正犯かそれとも共犯かという問題である。共同正犯は、複数人が関与する犯罪という意味では共犯であり、しかしながら「すべて正犯とする」のであるから、正犯としての側面もあることを否定できない。つまり、共同正犯の共犯性を基礎づける部分については意思の連絡による心理的因果性が問題となり⁵⁵、正犯性を基礎づける部分については、意思の連絡とは別の判断がなされるべきであろう。それが「自己の犯罪意思」を含む、「自己の犯罪か否か」という判断なのである⁵⁶。

「共同遂行の合意」という文言からしても、「共犯者と犯罪を行う」という意思があればよいのであって、それが「自己の犯罪であるという意思」までは必要としていないはずである。ましてや、一部の学説が主張するように⁵⁷、そのような自己の犯罪意思を連絡する必要はないのである⁵⁸。

ドラム缶事件の控訴審判決においては、「自己の犯罪を行った場合」に共同遂行の意思を認めると判示されている。では、最高裁も同様の思考を有しているのかという点については、なお検討を要するであろう。なぜなら、最高裁は共謀の内容、特に意思内容については特に言及していないからである。あくまで高裁段階の判示であり、この一事をもって判例の見解は、積極的な意思を要する、とするのは早計であろう。

もし、判例が共謀について、単なる意思の連絡を超えた、積極的な意思の連絡を要求しているのだとすれば、次のような問題がある。正犯と狭義の共犯を区別するにあたって、純粋な主観説は否定されている。しかし、共謀が主観的なものであるからといって、そこに「自己の犯罪意思」を盛り込み、それが認められれば共謀共同正犯が成立するのであるとすれば、結局、それは純粋な主観説に帰するという問題である⁵⁹。

⁵³ 出田・前掲注 18「共謀共同正犯の意義と認定」204頁、石井＝片岡・前掲注 18「共謀共同正犯」343頁ほか参照。

⁵⁴ 出田・前掲注 18「共謀共同正犯の意義と認定」205頁、村瀬均「共謀（1）—支配型共謀」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選（上）』（立花書房、2005年）203頁参照。なお、大久保隆志「判解」ジュリスト 1269号（2004年）161頁も同旨。

⁵⁵ 島田聡一郎「判評」ジュリスト 1288号（2005年）157頁参照。

⁵⁶ 松本・前掲注 17「共謀共同正犯と判例・実務」318頁参照。

⁵⁷ 松本・前掲注 17「共謀共同正犯と判例・実務」320頁。

⁵⁸ 佐伯仁志「共犯（2）」法学教室 306号（2006年）50頁参照。

⁵⁹ 菊地則明「共謀（2）—対等型共謀」小林充＝植村立郎・前掲注 54『刑事事実認定重要判決 50 選（上）』214頁においては、正犯者意思を、共謀とは別個の要件としている。ただし、同書 215頁では、『共謀』と不可分一体の要件・・・として把握されて必ずしも独

共謀共同正犯における共謀は、共同正犯の共犯性から導かれるものであり、「外側の限界」を画するものである。「内側の限界」は別の判断が必要で⁶⁰、それは、自己の犯罪説であれば「自己の犯罪か否か」という正犯性の要素で判断すべきである⁶¹。

6 小括

判例における共謀は、主観的な「共同遂行の合意」である。これは、練馬事件判決から変わることのない概念である⁶²。そして、そのような合意状態があればよいのであるから、相互の連絡行為は必要ではなく、“発信→受信”でも足りるということになる⁶³。

では、共謀が“発信→受信”で足りるとすると、次のような事例の場合はどうなるのであろうか。「親分が子分にメールで殺害の依頼をし、幹部にも同様の内容をメールした。そして、子分が即座に実行した。」という場合である。子分については同様の結論に至るが、幹部についてはどうであろうか。

単純に受信した事実のみを問題とすれば、幹部にも共同遂行の合意が認められそうである。しかし、この幹部に心理的因果性は認められるのであろうか。心理的因果性が全くないのだとすれば、どれほど当該犯罪に賛成し、自己の犯罪意思を有していても処罰しえないであろう⁶⁴。

また、共謀の内容は、「単なる意思＝共同遂行意思」で足りるのか、「単なる意思を超えた、主体的・積極的意思」まで必要としているのかという問題について、単なる意思の連絡で足りると結論付けた。この点について、若干の補足をしたい。

先に述べたように、共謀とは“共同遂行”の合意である。つまり、故意を前提とした相互の共同遂行意思が重要なのである。「単なる意思の連絡」における「意思」は、共同遂行意思のことである。そして、自己の犯罪意思は、主観的なものであるという点で共同遂行の意思と同様であるが、共同遂行の意思とはその内容が全く違うのである。

共謀によって交わされる意思の内容が「単なる意思の連絡」であれば、それは狭義の共犯にも存在するはずである。横浜地裁が、共謀の認定について「一般に、2名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと（意思の連絡）に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果た

立の要件として扱われていない場合もある」と指摘されている。

⁶⁰ 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するという事』(弘文堂、2005年)136頁参照。

⁶¹ 渡部尚「共謀共同正犯における共謀」研修521号(1991年)33頁によると、判例は、「重要な役割の有無を共謀ないし謀議を認定するにあたっての一要素として判断するという手法が採られている」とするが、「重要な役割」も正犯性を判断する一要素であり、共謀の問題とするのは妥当ではなからう。

⁶² 練馬事件判決においては、「謀議」という言葉が用いられたため、スワット事件決定の共謀を見れば、共謀概念が広がったようにも見える。しかし、共謀は、練馬事件判決においても主観的な「共同遂行の合意」であるから、特にその概念が拡大したわけではない。

⁶³ 松澤・前掲注11「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」113頁。もっとも、松澤は、今後の判例は片面的共同正犯を認める方向へと向かっていくと予測しており、意思の連絡は不要になるとする(松澤・前掲注11「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」114頁、115頁参照。)

⁶⁴ この問題は、心理的因果性とは何かという問題とも関連する。この点については、今後の課題とする。

すこと（正犯性）が必要である」と述べたことは、共謀が「単なる意思の連絡」であるということから理解できる⁶⁵。

以上のことから、共謀という概念によって、正犯と狭義の共犯を区別することはできないし、犯罪論体系上に、何らかの差を見出すこともできないと考える。共謀に、主体的・積極的な意思も含めた場合、正犯性と狭義の共犯を区別し得るが、そのような意思を認めるための「客観的な要件」が利益の帰属であり、この点はのちに検討する。

第4節 実行行為とその他の加担行為

1 はじめに

ここまで、特に断りなく重要な役割という概念を用いてきたが、わが国では、実行に準じる重要な役割を果たしたこと⁶⁶、重大な因果的寄与をなしたこと⁶⁷、といった、結果と結びついた因果性の強弱によって正犯と狭義の共犯を区別する見解が有力となった。

このような見解は、犯罪論体系の思考とも合致する。つまり、因果的な意味で重要な役割を果たしたということは、正犯性を付与される可能性のある事情であり、学説においても、重要な役割を正犯と狭義の共犯の区別基準とするものは多い。

たとえば、西田は、共謀共同正犯の正犯性を説明するために、「重要な役割」という概念を用いている。西田によれば、支配型の場合については、「共謀者が実行者に強い心理的支配力を及ぼすことにより実行に準ずるような重要な役割を果たした場合に共謀者の共同正犯性を肯定」し、分担型の場合については、共謀者が、犯罪の共謀や準備・実行段階において、実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、または、これに準じるような重要な役割を果たしたと認められる場合にも共同正犯性を肯定すべきであるとする⁶⁸。

このように考える場合、形式的実行共同正犯論（共同正犯を認めるためには、少なくとも実行行為の一部を分担する必要があるという考え方）と比較して、正犯と共犯の区別基準が不明確になるとの指摘があるが、「①暴力団その他の組織的犯罪の場合には共謀者と実行者の主従関係、②犯罪計画の立案、実行方法や役割分担の指示、謀議の主宰や指導等共謀者が謀議において果たした役割……等の下位基準によって……具体的な類型化」が可能であると反論している⁶⁹。

そして、「共同正犯か従犯かという区別は単なる量刑事情ではなく、まさしく『罪となるべき事実』なのであるから、共謀共同正犯を基礎づける要件としての実行に準ずる重要な役割を果たした事実は、起訴状および判決書に明示され判示されることが必要だ」とする⁷⁰。

⁶⁵ 横浜地判平成 25 年 9 月 30 日 LEX/DB25446020 参照。

⁶⁶ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』48 以下頁参照。

⁶⁷ 橋本正博「正犯理論の実質的基礎—共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法 2 号(1999 年) 24 頁以下参照。

⁶⁸ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』51 頁参照。

⁶⁹ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』51 頁。

⁷⁰ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』52 頁。

もつとも、西田は、「共同正犯と従犯の区別が単なる量刑事情ではなく犯罪事実であるとするれば、それは犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断にとどまるべき」であるとし、実行行為を行った者については、その寄与度が大きいのであるから、重要な役割を演じたというべきであり、正犯であると結論付ける⁷¹。

2 因果性の強弱と違法性の大小

西田の見解は、正犯と狭義の共犯の区別が、犯罪論体系上のどこで行われるかという理論上の問題に対するひとつの考え方を提示している。

西田の見解は、構成要件実現に対して、行為者の果たした役割を基準に正犯と狭義の共犯区別し、重要な役割を果たした者を正犯とするという考え方であるが⁷²、重要な役割を果たしたか否かの判断基準は、「実行に準ずるような」重要な役割としており⁷³、それは「犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断」によって行われる。この判断においては、判例理論において用いられるような動機、利益の帰属、実現意欲の積極性などの主観面、あるいは正犯意思は考慮しない⁷⁴。

さて、西田は、構成要件的惹起説（混合惹起説）を採用するが⁷⁵、惹起説によれば、正犯の違法性と共犯の違法性に質的な違いはなく、量的な違いがあるとされている⁷⁶。つまり、正犯の違法性は共犯の違法性より大きく、共犯の違法性は正犯と比してより小さいと考えることができるのである。だからこそ、狭義の共犯は違法性が減少するために、「正犯の刑の減輕」が導かれるのである。

このことを前提に、西田の見解を検討してみると、西田の見解は、「事実的寄与度」という言葉を用いているので、因果性の強度に段階的な区別を求め、これに基づいて正犯と共犯を区別する考え方といえる⁷⁷。このように考えるなら、事実的寄与度が大きい場合、犯罪結果に対し実行行為と同視できるほどに因果性が大きいということとなり、当該行為も正犯としての違法性を有することになる。一方、事実的寄与度が小さいのであれば、それは犯罪結果に対する因果性が小さいということになり、正犯よりも違法性の減少した、狭義の共犯となるのである。

以上のことから、西田の見解は、正犯と狭義の共犯の区別を犯罪論体系上、違法性の段階で行っている、と説明できる。なお、西田の見解によれば、結論命題である故意ある幫助道具の成立する余地がない。なぜなら、実行行為は、客観的に見て「重要な役割」と判断することができるため、故意ある幫助道具とされるような行為媒介者は、みな正犯となってしまうからである。実務において考慮される「主観的心情的要素は酌量減輕や情状判

⁷¹ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』59頁。

⁷² 実質的客観説は、2つのモデルに分類されるという（亀井・前掲注 60『正犯と共犯を区別するという事』94頁参照。）。西田博士の見解は、その基準だけを見ると「役割分担モデル」である。

⁷³ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』51頁以下参照。

⁷⁴ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』59頁。

⁷⁵ 西田典之『刑法総論 第2版』（弘文堂、2011年）338頁参照。

⁷⁶ 曾根・前掲注 4『刑法の重要問題』298頁。

⁷⁷ このような分類は、亀井教授による分類とは異なるものである。亀井・前掲注 60『正犯と共犯を区別するという事』94頁参照。

断の資料として考慮すれば足り」るとする点は⁷⁸、西田の理論からすれば故意ある幫助道具は従犯ではなく正犯である、という価値判断に基づくのであって、後述の松澤の見解のように、正犯と狭義の共犯を量刑段階で行おうとする理解とは真逆の理解である。

いずれにせよ、因果的共犯論を採用するのであれば、結果に対する因果性の強弱は、そのまま違法性の大小に結び付き、正犯は違法性が大きく、狭義の共犯は違法性が小さいといえることができるのである。因果性の強弱による正犯と狭義の共犯の区別論が、現在、有力に主張されている背景には、共謀共同正犯を説明できるという理由に加え、犯罪論体系からも、違法性の大小に基づく説明が可能だという理由もある。

しかし、因果性というのは、その有無を論じることはできても、因果性の強弱という区別は可能なのかという指摘がなされている⁷⁹。本章では、この問題についても考えてみたい。

3 因果性の強弱という問題

因果性の強弱による正犯と狭義の共犯の区別を放棄することは必ずしも必要ではない。たしかに、因果性の問題はあるかないかであって、その強弱については、存在するののかについて疑問が提起されることも理解できる。

もっとも、相当因果関係における議論を見ればわかるように、条件説は、すでに過去のものとなり、相当因果関係説においては条件関係のあるものの中から、「相当な」ものを選び出しているのである。

近年有力に主張される、客観的帰属論についても、同様のことが言えるであろう。客観的帰属論を共犯論に応用した豊田は、中立的幫助の事例では、「正犯行為（正犯の構成要件該当性、違法性）の存在が前提になっている。したがって、ここでは、正犯が創出した危険は『許されない』危険であるが、中立的な行為については、創出した危険は『許された』ものであるという事態が生じる」ということを指摘する⁸⁰。たしかに、許される・許されないは、あるか・ないかの問題であるようにも思えるが、危険があることを認めたとえて、その危険を許される・許されないという程度問題として把握しているのである。

そのような意味で、因果性の強弱を問題とする意味はまだあると思われる。しかし、具体的な問題で、どれほどの行為であれば因果性が大きく、どの程度であれば小さいといえるのかは、認定の問題ということになる。

4 小括

因果的共犯論を採用するのであれば、正犯と狭義の共犯は違法性の量的差によって区別されることとなる。その量的差を示すのが、因果性の強弱、事後的寄与度の大小である。重要な役割を果たす者は、その因果性が強く、そのため、違法性も大きい（正犯としての違法性を獲得する）のである。

そして、そのような因果性の強弱は、現在の相当因果関係論や客観的帰属論の議論において「相当なもの」とそうでないもの、「許された危険と許されない危険」といった振り分

⁷⁸ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』59頁。

⁷⁹ 照沼・前掲注 3『体系的共犯論と刑事不法論』141頁注 138 参照。

⁸⁰ 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）172-3頁。

けが行われているのを見ればわかるように、強弱や大小を見出すことができる。そうであるなら、因果性の強弱を用いた正犯と狭義の共犯も、可能であると考えることができる。

故意ある幫助道具を認める以上、正犯と狭義の共犯の区別において、因果性の強弱だけで区別することができないことが明らかである。重要な役割のみを正犯と狭義の共犯の区別基準とした場合、重要な役割を果たした者は、その因果性の強さゆえに、正犯としての違法性を獲得することとなり、故意ある幫助道具は存在しないことになるからである。そうであるなら、因果性の強弱に基づく理由づけ以外の理由づけが必要である。

第5節 主観面と利益について

1 はじめに

共謀がないことと並んで、故意ある幫助道具の裁判例においてその従犯性を基礎づけているのが、正犯者意思がないという理由である。第1節において述べたが、正犯者意思は、共謀の内容として位置づけることもできる⁸¹。もっとも、本論文においては、共謀にそのような主観面は不要であると結論づけた。

では、正犯者意思、いいかえるなら、自己の犯罪を行う意思や積極的な意思は、正犯と狭義の共犯を区別する基準となりうるのかが問題となる。これを純粋な主観面として問題とするのであれば、それは主観説に立ち戻ることとなり、妥当ではないことを第2章で述べた。

自己の犯罪説は、正犯者意思の認定について、「関わり合いの度合い」を問題とする⁸²。すでに見た裁判例においても、利益の帰属が問題となっている場合が多いのである。本節においては、利益の帰属が、違法性や責任の量的な差を見出しうるのかについて検討したい。

2 裁判例における利益の位置づけ

本論文の第2章に挙げた故意ある幫助道具の裁判例において、被告人の動機や利益がどのように扱われていたかを再度確認してみよう。

裁判例①は、被告人には「運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ない」こと、社長である「Nの指示命令の儘に」行動していたものであることから、「自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証明はない」と結論づけている⁸³。

裁判例②は、被告人Oが「支払いに苦慮していた飲食代金等のほとんどは、Oが着任する前にT課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのもの」であるから、「Tと共にYから賄賂を収受しようという意思を生じ」たものとは考えられないとしている⁸⁴。

⁸¹ 出田・前掲注18「共謀共同正犯の意義と認定」204頁、石井＝片岡・前掲注18「共謀共同正犯」343頁ほか参照。

⁸² 松本・前掲注17「共謀共同正犯と実務」325頁。

⁸³ 名古屋高判昭和27年12月10日高等裁判所刑事判決特報30号21頁。

⁸⁴ 東京高判昭和50年2月4日東京高等裁判所判決時報（刑事）26巻2号刑19頁。

裁判例③は、被告人の動機について、直接問題とはしていないものの、なぜ当該犯罪に関与したかについて、帰りたいと言え、口封じのため、まず自分が殺されることになりはしないか」と考えたためであるとし、本件に関与することについて、全く積極的でなかったことを認め、また、謀議の中で報酬が与えられるという話はなかったし、実際に報酬を与えられたこともなかったことも認め、正犯者意思を否定している⁸⁵。

裁判例④は、覚せい剤を譲渡しようとした S からは 1 円も受け取ってはいないことを認め、本件における被告人に対し、「覚せい剤譲渡の正犯意思を」欠くものと判断している⁸⁶。

裁判例⑤は、検察が被告人の積極的な犯意を主張したのに対し、被告人がもともとは消極的な態度をとっていたこと、N からの説得によって、アメリカ合衆国では合法の範囲内で関与し続けたことを認め、また、利益についても、けん銃の代金に上乗せして A から受け取ったのであって、けん銃の密輸入による利益から支払われたものではないことも認めて、最終的には、共謀がない、自己の犯罪意思を実現したものと認められないと判断している⁸⁷。

裁判例⑥は、共謀の成立を否定する理由のひとつとして、被告人が得た 500 ドルの報酬は、けん銃等の代金総額 375 万円と比較すると、ごく一部にすぎないという事実を挙げており、利益が少なかったことを理由としてあげている⁸⁸。

このように、裁判例においては、共謀、あるいは、正犯者意思を認めるにあたって、直接行為者（前面者）の得た利益が問題とされており、利益がない、あるいは、与えられた報酬がごくわずかな直接行為者の場合に、共謀、あるいは、正犯者意思を否定し、従犯の成立を認める理由のひとつとしているのである。

以上のことより、これら裁判例においては、利益の帰属という要素は、正犯者意思の有無を判断する下位基準として用いられているということが出来る。

3 学説の状況

自己の犯罪説は、自己の犯罪を行っているかどうかの判断について、利益という要素が重要なものであることを指摘する。

この具体的な要件を検討するにあたり、松本は、正犯とされた事例として最高裁昭和 57 年決定⁸⁹を、幫助犯とされた事例として東京地裁昭和 57 年判決⁹⁰を対比して、次のような差異を指摘する。すなわち、最高裁決定の事案において、被告人は、犯罪の成功不成功、犯罪の結果得られた利益の処分に、「経済的な利害も含めて具体的かつ重大な関心を抱いていたものとみられる」のに対し、東京地裁の事例において、被告人は、犯罪の成否についても関心がないばかりか、犯罪の結果得られた利益をいかに処分するかということについても関わりをもたず、「経済的な利害という面からも関心を抱く必要もないし、実際にも被告

⁸⁵ 福岡地判昭和 59 年 8 月 30 日判時 1152 号 182 頁。

⁸⁶ 横浜地川崎支判昭和 51 年 11 月 25 日判時 842 号 127 頁。

⁸⁷ 東京地判昭和 57 年 7 月 28 日判時 1073 号 159 頁。

⁸⁸ 東京地判昭和 63 年 7 月 27 日判時 1300 号 153 頁。

⁸⁹ 最決昭和 57 年 7 月 16 日・刑集 36 卷 6 号 695 頁。

⁹⁰ 本章第 2 節の 1 裁判例②。東京地判昭和 57 年 7 月 28 日・判例時報 1073 号 159 頁。

人には全く関心がなかったものと認められる」というのである⁹¹。

このことから、「犯行の結果との関わり合いの事情が『自己の犯罪』と『他人の犯罪』とを区分けする大きな要因であり、そのほか、「実行に関与した者としなかった者との人的関係（上下、主従、対等など）、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無などの状況も合わせて、社会一般の常識に照らし、当該犯行が客観的にもその者の行為とみられるときは、まさにその者の『自己の犯行』なのである」とする⁹²。

4 検討

裁判例が正犯と狭義の共犯を区別する基準として用いる、利益の帰属の有無は、松本の指摘する通り「犯罪に対するかかわり方の度合い」を示す要素として位置づけることができる。そして、積極的にかかわっているのであれば、それを正犯意思と呼び、あるいは、その意思を有しながら意思の連絡を行うことで、「自己の犯罪を実行に移す謀議をな」したと判断され、共謀が認められるという関係性は、理解できる。

問題は、そのような正犯者意思が、正犯と狭義の共犯を区別しうるのか、ということであろう。すでに多くの指摘がなされているが、動機や報酬の約束があったということは、「そもそも行為不法とは無関係な心情要素に過ぎない」との指摘は正当な指摘である⁹³。たしかに、動機があれば正犯として処罰しうる、報酬の約束がなされたのだから正犯として処罰しうる、とするのは乱暴すぎるのである。

犯罪による利益が帰属したということは、どのような意味を持つのであろうか。かつて主張された主観説には、犯罪結果に対する利益の有無を重視する利益説が存在した。そして、利益説が主張された背景には、等価説の存在があり、等価説は、すべての関与者は犯罪の完成にとって全く同等の因果性を有するので、正犯と狭義の共犯を客観的に区別することはできないとしたのである⁹⁴。

そうであるなら、利益の帰属は少なくとも因果性の問題とすることはできない。犯罪の結果何らかの利益を得ていたとしても、それは、結果に対する因果性において何も意味しない。利益を得るのは、犯罪が終了した後であり、行為に対して何の影響も及ぼしていないのである。

5 小括

裁判例が、利益が帰属しているか、帰属していないかを見るのは、その犯罪が誰の犯罪であったのかを端的に示すことができるからである。通常、多くの利益が帰属しているのであれば、関与者間の関係において地位が高い者か、あるいは、重要な役割を果たした者であると考えることができる。その犯罪は、利益が多く帰属した者の犯罪であり、そのよ

⁹¹ 松本・前掲注 17「共謀共同正犯と判例・実務」324 頁。

⁹² 松本・前掲注 17「共謀共同正犯と判例・実務」324 頁。もっとも、このような主観的な判断は、その認定がかなり困難で、かえって不安定なのではないかという指摘がなされている（西田・前掲注 17『共犯理論の展開』58-9 頁参照。）。

⁹³ 照沼・前掲注 3『体系的共犯論と刑事不法論』139 頁。

⁹⁴ 西田・前掲注 17『共犯理論の展開』78-9 頁参照。

うな犯罪の主体こそ正犯になるべきという考え方である。

しかしながら、利益の帰属という「客観的な要件」は、行為の後に発生する事情であり、その意味で、行為の違法性にも、責任非難にも影響を及ぼす要素ではなく、犯罪論体系上、違法性や責任の量に差を生じさせるような意味のある要素というわけではない。せいぜい、利益が帰属している場合に、事前に共謀があったのではないかということ推認できるといふ程度の意味しかないのである。

第6節 関与者間の関係

1 はじめに

すでに述べたように、裁判例においては、犯罪を行う必要性や直接の動機が問題とされているが、これを「客観的な要件」になおせば、なぜ、必要も動機もないのに犯罪に関与したのかが問題となり、それは、「関与者間の関係（人的関係）」が影響しているからであるとした。

たとえば、関与者間に上下関係がある場合、下位者は、上位者の指示・命令のまま動くことがあり得る。その場合、下位者には、その犯罪を行う必要性も、直接の動機もない場合がある。そのことは、裁判例②を見れば明らかである。

裁判例②は、被告人Oが「支払いに苦慮していた飲食代金等のほとんどは、Oが着任する前にT課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのもので」あるから、「Tと共にYから賄賂を収受しようという意思を生じ」たものとは考えられないとしている⁹⁵。つまり、被告人Oにとって、この飲食代金の処理をすることは、本来その必要性も直接の動機もないのである。

では、このような関与者間の関係は、犯罪論体系上いかなる意味を持ちうるのであろうか。以下、検討してみたい。

2 関与者間の関係と規範違反の程度

(1) 関与者間の関係

精神関係説は、正犯と狭義の共犯の区別において、関与者間の関係を問題とする。たとえば、関与者間の関係において上位に立つ背後者は「自由」に犯罪を行う者、実行行為者は、背後者との関係で「不自由」に犯罪を行う者ということが出来る。この場合、背後者はだれに支配されることもなく「自由」に犯罪を行うことができる。しかし、実行行為者は「逆らえば自己の不利益となる（たとえば、クビになる、生命・身体を脅かされる）かもしれない」と考え、「自由」に犯罪に関与することができず、「不自由」に犯罪を行うことになるのである⁹⁶。

⁹⁵ 東京高判昭和50年2月4日東京高等裁判所判決時報（刑事）26巻2号刑19頁。

⁹⁶ 林は、この自由（支配的もしくは対等的な立場）と不自由（従属的な立場）を、正犯と共犯の区別に直接用いるのであるが（林『刑法総論』（第2版、東京大学出版会、2008年）397頁参照。）、ここでは、これを違法性の量的な差に関連付けたうえで、正犯と共犯の区別

本稿においては、関与者間の関係から導き出される「自由あるいは不自由」概念を違法性の量的な差に反映することを試みたい。「自由」概念を違法性の量的な差に反映するためには、「自由」概念を「規範違反」に反映させ、「規範違反の程度」を違法性の量的な差に反映させると考える必要があるだろう。つまり、「自由」であるということは、規範に強く拘束されることを意味する。そのような強い拘束があるにもかかわらず、規範に違反した場合、その規範違反の程度は単独正犯のそれと異なることはないので、違法性に量的な差は存在しない（つまり、正犯となりうる。）」

一方、「不自由」である場合、例えば背後者に命令されて、やむなく犯罪を実行した場合などは、向けられている規範は同じであっても、背後者による支配を受けているため規範違反の程度が小さいといえる。すなわち違法性の量的な差が存在することとなり、不可罰、場合によっては共犯（従犯）となるのである。

（２） 規範違反の程度

規範違反による違法性の量的な差を見出そうと考える場合、規範違反にも程度の問題が存在することとなるが、それは妥当であろうか。

間接正犯の事例に、情を知らない者を「道具」として利用する場合がある。この場合の被利用者は、規範に直面していないので反対動機を形成することは不可能であるから、当該被利用者に規範違反は認められない⁹⁷。そして、そのような行為を、違法とすることができないと考えることができる⁹⁸。

では、意思の抑圧がなされていた場合はどうであろうか。お遍路窃盗事件における被告人は、当時 12 歳の養女 A をつれて四国八十八か所の札所及び霊場巡りの旅に出たが、宿泊費用等に窮するようになり、A を利用して巡礼先から金員を窃取しようと企て、被告人に逆らうそぶりを見せるときは A の顔にタバコの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりして自己の意のままに従わせ、現金等を窃取させた者である。

この事案につき、最高裁は、「被告人は、・・・暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行かせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日ごろの言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。」と判示した⁹⁹。

最高裁は、A に、是非善悪の判断能力があったとしても、被告人に間接正犯が成立するとしている。このことから考えると、被利用者が、規範に直面したものの、利用者による暴行等によって反対動機を形成することができなかつた場合には、情を知らない者を「道具」として利用する間接正犯と同様に、規範違反がなかったものと同視できるということになる¹⁰⁰。

基準とするのである。

⁹⁷ 西原春夫『刑法総論下巻 [改定準備版]』（成文堂、1993年）359頁参照。

⁹⁸ 高橋・前掲注1『刑法総論』242頁以下参照。

⁹⁹ 最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁

¹⁰⁰ 意思抑圧型の間接正犯の事例として、最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁もあ

意思を抑圧されて行為に出た被利用者の規範違反性が減少するのであれば、意思を抑圧されないまでも、関与者間の関係に基づいて「不自由」に行為する者については、その「不自由」の程度に応じて規範違反性が減少すると考えることができる。

そして、規範違反を違法性の要素と位置づけるなら、規範違反の程度に応じて違法性の程度も変わりうると考えることができる。「自由」にふるまう者は、規範に強く拘束され、それに違反する場合は規範違反の程度が大きい、つまり違法性の程度も大きいこととなり、反対に、「不自由」にふるまう者は、その分だけ規範違反の程度も小さい、つまり違法性の程度も小さいことになり、ここに違法性の量的な差を見出すことができるのである。

(3) 「自由」と「不自由」の区別

正犯と狭義の共犯の区別基準に、「自由」概念を用いることの意義は、客観的な行為のみならず、当該行為者の置かれた状況も考慮に入れるためであり、これが実際に機能するのは、故意ある幫助道具の場面である。

わが国の裁判例は、故意ある幫助道具を肯定している¹⁰¹。故意ある幫助道具の事案の場合、形式的な実行行為がなされている以上、事実的寄与度などを問題とする立場からは、これを正犯として処罰することになる¹⁰²。しかしながら、実行行為を行う者が、常に「自由」に実行行為を行っているとは限らないのである。

故意ある幫助道具を認める裁判例においては、「共謀の有無」や「誰に利益が帰属したのか」などを総合的に判断した上で、「他人の犯罪」に関与したと判断している。しかし、ここで重要なのは、なぜ「他人の犯罪」であるにもかかわらず、実行行為者は犯罪を実行したのかという点である。結局、実行行為者（被利用者）は、背後者（利用者）との関係でやむなく犯罪を実行したのであり、その意味で「自由」に犯罪を行ったわけではないと言えるのである。

ただし、客観的に上下関係があるというだけで、上位者は「自由」であり、下位者は「不自由」と考えるわけではない。もしそのように考えるなら、支配型と呼ばれる共謀共同正犯がすべて認められないこととなりかねないからである¹⁰³。

この点について、精神関係説は、「正犯と共犯の区別は、・・・犯罪性として重大なものとそうでないものを区別するものであるとすれば、その区別は、犯行に関与した二人以上の人間の意思の関係を基準としてなされるべきだと思われる。・・・犯行に関与した二人以上の人間の精神関係を基準として、対等以上の立場にあった者を正犯とし、そうでない、正犯者に対して精神的に劣った、従属的な立場にあった者を共犯とするとしておきたい。」とし、「オウム真理教の教祖が、実行行為、あるいは、それに準じる『客観的』な寄与をしているとは思われないのに、彼が正犯とされるべきなのは、彼と実行行為担当した者の精

る。

¹⁰¹ たとえば、名古屋高判昭和 27 年 12 月 10 日高等裁判所刑事判決特報 30 号 21 頁、東京高判昭和 50 年 2 月 4 日東京高等裁判所判決時報（刑事）26 卷 2 号 刑 19 頁などがある。

¹⁰² 山口厚『刑法総論 第 2 版』（有斐閣、2007 年）324 頁など参照。

¹⁰³ 共謀共同正犯を、支配型、対等型に分類する見解として、伊藤武是「共謀共同正犯の共謀認定—裁判例の検討を通して」石松武雄ほか編『小野慶二判事退官記念論文集・刑事裁判の現代的展開』（勁草書房、1988 年）135 頁以下参照。

神関係を考慮して、実行行為者と対等どころか、むしろ優越的・支配的な立場にあり、実行行為者に重大な精神的影響を及ぼしたからである。」とする¹⁰⁴。

しかし、このように考えると、犯行に関与した二人以上の者の関係がダイレクトに反映してしまうのではなかろうか。オウム真理教の教祖が、対等どころではない、優越的・支配的立場にあったとすれば、実行行為者は常に従属的な立場にあった者となってしまう、結局、支配型の共謀共同正犯はすべて認められないという結論に至ってしまうのではなかろうか。

では、「自由」、「不自由」の具体的判断はどのように考えるべきであろうか。この点につき、客観的に上位に位置する者については、基本的に「自由」だと考えてよい。問題となるのは、客観的に下位に位置する者である。すでに述べたように、客観的に上下関係があるだけでは、下位者を「不自由」と判断することはできないのである。

ここでは、「自由」概念を最終的に違法性の量的な差に結び付けるものであるから、この問題についても規範論の思考を参考にするべきであると考ええる。この点については、「規範は人間すべてに向けられたものであるから、一般の人間というものを予定し、一方において一般人の能力の範囲内で義務を課す」という考えが示されている¹⁰⁵。そして、このように考えるのであれば、「一般人が当該具体的状況におかれた場合」に、「規範を遵守」できるか、「規範に違反」するのかが、「自由」と「不自由」の分かれ目になろう。

たとえば、上司によって犯罪の指示がなされた場合について考えてみよう。このとき、断った場合の不利益等を考えると、一般人であれば「上司に逆らうことができない（規範に違反する）」と考えて犯罪を実行するかもしれないが、そうであれば、それは「不自由」になされた行為ということになる。反対に、一般人であれば「上司に従わない（規範を遵守できる）」と考えるのであれば、それでも犯罪を実行した場合、それは「自由」になされた行為なのである。

3 期待可能性論的思考

関与者間の関係において、上下関係がある場合、上記の考え方とは異なる考え方も可能である。

(1) 期待可能性論

ドイツの判例に、暴れ馬事件という事件がある¹⁰⁶。これは、手綱に尻尾をからめてその制御を邪魔する癖を持った馬を馬車につないで走行していた御者が、この馬を交換してほしいと願っていたにもかかわらず、雇い主がその申し出に応じなかったため、あるとき通行人にけがを負わせてしまった事案である。危険な馬であることがわかっているのだから、営業しなければよいともいえるのだが、御者は、職を失うのをおそれて雇い主の命令に従っていた、という事情があった。ライヒ裁判所は、この事案について、この御者には、他

¹⁰⁴ 林幹人「正犯の内容——正犯と狭義の共犯の区別」研修 601号（1998年）8 - 9頁。

¹⁰⁵ 西原・前掲注 98『刑法総論上巻 [改訂版]』130頁、また、高橋・前掲注 1『刑法総論』10頁など参照。

¹⁰⁶ RG, Urteil v. 23.3.1897. RGSt. 30, 25.

の適法行為に出ることを期待することができなかつたとして無罪とした。これを契機に、ドイツにおいて発展したのが期待可能性の議論である。

さて、暴れ馬事件の御者がそうであったように、上司に指示・命令されて実行行為を行う前面者にも、職を失うことを恐れて（あるいは不利益を被るのをおそれて）実行行為に出してしまうこともありうるのではないか、ということが考えられる。つまり、故意ある表所道具の場合においても、期待可能性の思考がありうるということである。

期待可能性論は、「構成要件に該当する違法行為を犯したものに刑事責任を科す場合、責任論において、責任能力、故意・過失が存在するだけでは足りず、これに加えて、適法行為にでることが期待可能でなければならぬ」という要件が必要である」とする考え方である¹⁰⁷。規範的責任論からは、責任能力、故意・過失に加え、期待可能性が必要であると解されている¹⁰⁸。

この、期待可能性論を、共同正犯と従犯の区別に引き付けて考える場合、次のような点が問題になるであろう。1つは、期待可能性論は無罪を導くための理論であって、従犯を認めるための理論ではないという点である。そしてもう1つは、本人が「職を失いたくない」と思えば常に期待可能性の不存在が認められるのか、あるいは、関与者間に上下関係があれば、ただちに期待可能性の不存在が認められるのか、という点である。

（２） 期待可能性論と従犯

期待可能性論は、犯罪論体系上の地位について争いはあるものの、学説上、超法規的責任阻却事由として位置づけるのが一般的である¹⁰⁹。ということは、期待可能性が不存在の場合、超法規的とはいえ責任が阻却され、当該行為者は無罪となるはずである。もしこれを貫徹すれば、期待可能性論は無罪を導くための議論である以上、従犯を基礎づけるための理論としては応用しえないのではないか、という疑問が出てくる。

そこで、大審院時代のものであるが、次の事件について見てみることにしよう。第五柏島丸事件は、次のような事案であった。被告人は、航運業者 K に雇われて K 所有の発動機機船博愛丸の船長として旅客の運搬をしていたが、博愛丸修理のために代用船である第五柏島丸の船長として継続して旅客運搬に従事していた。この第五柏島丸の乗客定員は 24 名であるところ、これを超過して乗船させれば吃水が深くなるので沈没する恐れがあることを知悉し、船長としてはあらかじめ事故の発生を防止するため十分な注意をすべきであったにも関わらず、あるとき、定員の 5 倍余りの 127 名を乗船させて港を出発したところ、途中、第五柏島丸の右横を追い越して行った船の追い波による飛沫を避けようとした乗客が、右から左に移動したため、定員を超過した船は、吃水がますます深くなり、とうとう船尾から海水が浸入したため、その場で沈没し、27 名が溺死、7 名が傷害を負った事案である。

船長には、原審において禁固 6 か月の判決が下されたが、大審院はこれを破棄し、300 円の罰金刑を言い渡した。その理由は、「被告ノ當公廷ニ於ケル供述及本院ノ取調べタル證

¹⁰⁷ 立石二六「期待可能性」刑法判例百選 I 総論[第 6 版]別ジュリ 189 号(2008 年) 124 頁。

¹⁰⁸ 立石・前掲注 107「期待可能性」124 頁参照。

¹⁰⁹ 立石・前掲注 107「期待可能性」125 頁参照。

據ニ徴スレハ、本件發生當時、判示音戸町及其ノ附近村落ヨリ呉市海軍工廠ニ通勤スル職工夥シク多數ナルニ反シ、交通機關タル船舶少ク、職工ハ孰レモ出勤時刻ニ遅ルルヲ厭ヒ、先ヲ爭ヒテ乗船シ、船員ノ制止ヲ肯セサルハ勿論、之カ取締ノ任ニアル警官亦出航時刻ノ勵行ノミニ專念シ、定員ニ對スル乗客數ノ取締ハ、職工通勤ノ關係上、寛ニ失セサルヲ得サリシ事情アリタルニ加ヘ、第五柏島丸ノ運航經費ハ、定員ニ數倍スル乗客ノ賃金ヲ以テシテ漸ク其ノ收支ヲ償フノ實情ナリシカ故ニ、船主タル木村常藏ハ、船長タル被告ノ再三ノ注意モ更ニ之ヲ用ユルトコロナク、多數ノ乗客ヲ搭載セシメタル事實ヲ認め得ヘク、從テ定員ニ數倍スル乗客搭載ノ爲本件慘事ヲ惹起シタルハ、被告ニ責任アルコト固ヨリ言ヲ俟タスト雖、一面又被告ノミノ責任ナリトシテ之ニ嚴罰ヲ加フルニ付テハ、大ニ考慮ノ餘地アリ・・・」とした¹¹⁰。

大審院は、当時の交通機関の事情が定員超過という事態を招いたことと、船長の再三の注意にもかかわらず、それを聞き入れなかったという事実を認め、被告人に責任はあるけれども、被告人のみの責任とすることには考慮の余地があるとしたのである。この判決においては、期待可能性ということに言及されていないが、実質的には期待可能性の思想によって責任の減輕を認めたものと解されている¹¹¹。

ということは、期待可能性の不存在は、責任を阻却するのが一般的であるが、場合によっては責任減少も認めうる理論だということができる。これを、故意ある幫助道具について見ると、実行行為を行った者は、違法性の段階まで正犯と同様であるが、しかし、責任の段階で、期待可能性の思考方法を用いることで正犯としての責任が減少し、正犯としての答責性は欠ける、と考えることもできるのである。

(3) 期待可能性の標準

では、どのような場合に期待可能性の不存在は認められるのであろうか。この問題は、かねてより議論のある、期待可能性の標準の問題である。

これには、当該行為事情の下において、国家が何を期待しているかを標準とすべきとする国家標準説¹¹²、当該行為事情の下で一般人であればこれに対して適法行為を期待しうるかを標準とすべきとする平均人標準説¹¹³、当該行為事情の下で、当該行為者個人の通常的能力に照らして適法行為を期待しうるかを標準とする行為者標準説¹¹⁴がある。

本稿においてこれらを詳細に分析することは控えるが、責任非難は、行為者に対する個別的な非難である以上、行為者にとって可能なことを限度とするべきであるという主張は妥当な面を含んでいる¹¹⁵。支配型共謀共同正犯と呼ばれる類型については、上下関係が存

¹¹⁰ 大判昭和8年11月21日刑集12巻2072頁。なお、句点筆者。

¹¹¹ 立石・前掲注107「期待可能性」125頁。

¹¹² 佐伯千仞『期待可能性の思想【増補版】復刻版』（有斐閣、1985年）327頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1976年）278頁参照。

¹¹³ 西原・前掲注97『刑法総論 改定準備版【下巻】』（成文堂、2003年）481頁、前田雅英『刑法総論講義 第5版』（東京大学出版社、2011年）412頁以下参照。

¹¹⁴ 団藤重光『刑法綱要総論 第3版』（創文社、1990年）329頁、西田・前掲注35『刑法総論』294-5頁、曾根威彦『刑法総論 第4版』（弘文堂、2008年）161頁以下、野村稔『刑法総論 補訂版』（成文堂、1998年）314頁参照。

¹¹⁵ 高橋・前掲注1『刑法総論』370頁参照。

在していたとしても共同「正犯」なのであるが、共謀共同正犯における前面者は、当該行為者の通常的能力に照らせば、適法行為を期待できるのであり、逆に、故意ある幫助道具における前面者は、当該行為者の通常的能力に照らして適法行為を期待できない者なのである¹¹⁶。しかし、行為者のすべてを理解することは、すべてを許すことにつながりかねないという批判はもつともであり¹¹⁷、「職を失うわけにはいかない」ので犯罪を実行した場合、すべて期待可能性が不存在となるという結論は妥当ではないだろう。

標準は、行為者本人ではなく、平均人が、当該環境に置かれたならば適法行為に出ることを期待できるかを問題とする、平均人標準説が妥当であろう。

ただし、適法行為を期待するのは、行為者本人でも、一般人でもなく、国家である。その意味では、国家が何を期待しているかを標準とする、国家標準説にも妥当な面がある¹¹⁸。現実には、期待可能性は超法規的な責任阻却事由であるが、刑罰法規によって法定化されているものも存在する。たとえば、本人による証拠隠滅や犯人蔵匿、それらに関する親族間の特例、過剰防衛や過剰避難もこれに当たる¹¹⁹。

このように考えると、63条において「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する」と規定するのであるから、国家が、従犯の場合についても、期待可能性的な思考を通じて、責任を減少することは考えることができよう。とりわけ、故意ある幫助道具が認められた事例のうち、上記のごとく上下関係が存在する場合、「職を失いたくない」という思いから犯罪を実行してしまった前面者についても、正犯ではなく、従犯として処罰するべき道を残すことができるのである。

4 小括

以上のように、関与者間の関係を故意ある幫助道具の場面に適用すると、違法性を減少させる可能性と、責任を減少させる可能性が存在することが明らかとなった。では、どちらがより妥当であろうか。

ホイヤーは、責任を減少させるとするが、ホイヤーは軍隊や公務員のみに限定して問題としているし、内部法と外部法との衝突があるからこそ、避難的な考慮を可能とするのである。わが国の裁判例は、一般的な組織にも故意ある幫助道具を認めており、ホイヤーの見解がそのまま妥当するわけではない。

また、期待可能性論的な理論構成も、理論的にはあり得ても、政策的提言として可能かは非常に難しい。なぜなら、ホイヤーが問題としているように、法律同士の衝突のような場面が起こりうるならまだしも、組織内に上下関係がある場合の事案において衝突しているのは、自らの職を失わない利益と被害者の法益である。

もちろん、自身が生命、身体に被害を受けるかもしれないという場合については、期待可能性論を持ち出すこともできないではないが、その場合は、ホイヤーのように避難行為を問題とすればよい、ということもできよう。

¹¹⁶ 共同正犯になる場合と、従犯になる場合とで、具体的にどのような違いがあるのか、という問題については、判例分析を通じて別に検討する必要がある。

¹¹⁷ 前田・前掲注 113 『刑法総論講義』 415 頁参照。

¹¹⁸ 前田・前掲注 113 『刑法総論講義』 416 頁参照。

¹¹⁹ 高橋・前掲注 1 『刑法総論』 357 頁参照。

さらにいえば、判例は期待可能性論を採用していないとされ、今後も変更する可能性は少ない。だとすれば、期待可能性論「的」であるとしても、政策的提言としては採用しえないといえよう。

一方、規範違反の程度を問題とする見解は、規範に直面しながら、それを乗り越えたのであるから、規範違反性が存在するという間に間違いはない。しかし、背後者にコントロールされて、不自由であるという状態は、規範違反の程度も小さいことを意味する。規範違反性を違法性の要素と位置付けるなら、規範違反の程度の小ささは、違法性の程度の小ささにつながり、ここに違法性の量的差を見出すことができるのである。

第7節 多様な要素の体系的構成

ヴァリッド・ローに示されたさまざまな要素は、それらの要素を自由に考慮することができるために、まさに「ごった煮」を招くこととなってしまった¹²⁰。間接事実として扱う以上、多様な要素が何を示しているのかさえ明らかにしておけばよいという考え方は、それら要素を組み合わせて好きなように結論を調整できてしまうのである。

そこで、本論文においては、それらの要素の再定位を試みた。まず、共謀の内容は、単なる意思の連絡で足りる。そうであるなら、狭義の共犯にもそのような意思の連絡は存在するが、共謀が認められるには、正犯性を有する者同士の意思の連絡が必要だということである。共謀の概念を確定して、それがあれば共謀共同正犯とするのではなく、正犯者が意思の連絡をした場合、その意思の連絡を共謀と呼んでいるにすぎないのである。

では、その正犯性はいかにして獲得されるのか。重要な役割という要素は、わが国において有力に主張されるが、因果性の強弱は、違法性の大小と結びついて、正犯と狭義の共犯を区別するための理論的基礎を与えるのである。

また、犯罪に積極的にかかわろうとする意思を有しているかという要素はどうであろうか。この積極的な意思を言い換えれば、正犯者意思、自己の犯罪意思ということになる。ただし、それら主観面を問題として正犯と狭義の共犯を区別するのであれば、それは主観説となら変わらないということであり問題である。これは、自己の犯罪説によれば、利益の帰属といった「客観的な要件」によって基礎づけられるのである。しかし、そこで問題となる利益の帰属という要素は、犯罪論体系に解消することのできないものであった。

さいごに、犯罪に関与した者の関係は、規範違反性の減少に基づく違法減少と、期待可能性論的思考による責任減少とが考えられるが、政策的提言として期待可能性論的思考が採用しにくい状況にあるなどの理由から、規範違反性の減少が採用されるべきであると結論づけた。

以上のような位置づけは、犯罪体系論上の議論と結びつけることで、実務と理論の架橋に一石を投じるものである。もっとも、ここで示した通り、多様な要素のうち、意思の連絡や利益の帰属は、違法性や責任に解消することはできないものと結論づけた。そうすると、本論文における正犯と狭義の共犯の区別は、次のような思考によって行われることと

¹²⁰ 亀井・前掲注 60『正犯と共犯を区別するという事』187-8頁参照。

なる。すなわち、まず、重要な役割を果たしているかという点を検討して、因果性の強弱を問題とする。そのうえで、関与者間に上下関係があり、自由にふるまうことができていない前面者については、違法性が減少することで、従犯となるのである。

犯罪論体系を通じて検討した結果、考慮されるさまざまな要素のうち、犯罪論体系上で意味のある要素は、上記の 2 つに限定されることから、政策的提言としては、この 2 つの要素に基づく正犯と狭義の共犯の区別を提案することとする。

第4章 体系的思考を通じた政策的提言

第1節 はじめに

第3章までに論じた、自己の犯罪性を媒介とする裁判例の記述は、わが国の議論にいかなる影響を及ぼすであろうか。

まず、第3章までの議論で獲得した正犯概念をもとに、共謀共同正犯論との関係で政策的提言を行う。共謀共同正犯論は、わが国で発展してきた議論であるが、その発展に伴い、その正犯性の理論にも変化が生じている。初期のころは、共同意思主体説を中心に、共謀がなされれば共謀共同正犯の成立が認められてきたが、個人責任の原則に基づく理論が開発されるようになり、現在では、個人責任の原則が徹底されている。

もっとも、それゆえに、前面者が実行行為を行ったから正犯であるとすることはできないのではないかと、という点から政策的提言を行う。

ついで、教唆犯の存在意義についても検討を加える。松澤により記述されたヴァリッド・ローから見た教唆犯論は、これを共謀共同正犯に解消する。この説明はもちろん妥当なのであるが、故意ある幫助道具を認める立場からは、これを間接正犯にも解消するのである。

第2節 正犯性の問題に関する一考察

1 わが国における共謀共同正犯論

(1) 共謀共同正犯論の展開

共謀共同正犯の理論は、判例上、明治29年に初めて採用されたといわれる¹。裁判所は、その理由づけに関しては変遷があるものの、その理論を受け継いで現在に至っている。これまでに、共謀共同正犯については、その成否をめぐってさまざまな議論がなされ、学説も多く登場した²。本章では、その変遷を概観し、現在の到達点の議論を問題とする。

(i) 初期の判例と共同意思主体説

初期の判例は、共謀共同正犯を認めるにあたり、現在のような細かな理由づけをしていなかった。

たとえば、共産党地下組織の幹部であった被告人が、当該組織を運営するための資金調達目的で銀行襲撃を計画、指示し、部下たちが実行した事案につき、大審院は、「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。……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

¹ 大判明治29年3月3日刑録二輯10頁。

² 論争点の整理について、中山研一「共謀共同正犯」中山研一ほか編『現代刑法講座 第3巻』(成文堂 1979年)195頁、最近のものとして、立石ニ六『共謀共同正犯』論の現在」現代刑事法28号(2001年)53頁参照。

意ヲ実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。」と判示して、共同正犯の成立を認めた³。

あるいは、強盗・窃盗をする際の被告人らの加功行為につき、どのような加功行為があったのかという点が証拠上明らかになっていない事案につき、最高裁判所は、「凡そ共同正犯者が共同正犯者として処罰せられる所以のものは、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実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すれば、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。」と判示して、共同正犯の成立を認めた⁴。

このような初期の判例を支えた唯一の学説が、共同意思主体説であった。共同意思主体説のわが国における創始者は、草野豹一郎である⁵。草野は、「惟ふに、二人以上共同して罪を犯したりと云はんには、先づ一定の犯罪を実現せんとする共同目的が存在し、而してそ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実行に着手したことを要する。……更に進んでは之を通謀に因る共同正犯の如きに付ても認めねばならぬことにならう」として共同意思主体説による共謀共同正犯を認めた⁶。そして、責任の帰属については、「共犯現象を共同意思主体の活動と見ることと、責任の帰属を共同者個人に付て論ずることが毫も矛盾するものでないことは、民法組合の理論から推して考へる事が出来よう。」とし⁷、共同意思主体の責任は、民法の組合理論によって各個人に分配されるとした。しかし、このような草野の試みは、団体責任を認めるものであると激しく非難されることとなった。

(ii) 練馬事件と間接正犯類似説

共同意思主体説が批判される中、判例は転換期を迎える。すでに第3章において引用しているが、ふたたび練馬事件を引用する。

製紙会社で発生した争議の際に、組合相互間の対立が激化し、紛争処理に当たっていたI巡査にも暴行を加えることが計画された。被告人Aらは、順次共謀の上、被告人Cほか数名が、I巡査に対して暴行し、I巡査は死亡した。いわゆる練馬事件である。

この事案につき、最高裁判所は、「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

³ 大(連)判昭和11年5月28日大審院刑集15巻715頁。なお、句読点は筆者によるものである。以下、同様とする。

⁴ 最判昭和23年1月15日刑集2巻1号4頁。

⁵ ドイツでは、かつてBernerによって共同意思主体説が唱えられていた。「共謀者の責任は、全員が、共同意思(Gesamtwille)の分担者として結合するところに」とあるとされていた(藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂1975年)288-9頁参照。)。なお、ドイツでは、共同意思主体説的な理論が、なおも主張されている。ハインリヒは、共同正犯では、各人が共同の決意をすることによって、「架空の人(法人のような主体)」(imaginare Person)が形成され、これに帰責されるとする。(Heinrich, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S.285ff.)

⁶ 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣1956年)117頁以下。

⁷ 草野・前掲注6『刑法要論』119頁。

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。」と判示した⁸。

本判決は、共謀の意義を明確にしたことでも意味のある裁判例であるが⁹、これまでの共同意思主体説による説明から、個人責任の原則にシフトした裁判例であるとの評価もある¹⁰。従前の判例において、本判決のような間接正犯類似の理由付けがなされたものは存在していたが¹¹、本判決ではそれをより明確に展開している。この「他人の行為を利用し」て犯罪を実行するという点に着目し、「個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけようとしているところに、新しい志向を読みとることができる」のである¹²。

(iii) 現代的裁判例と多様な要素

現代的な裁判例は、共謀に重きを置くというよりも、様々な事実を認定して、そこから共謀ないしは正犯性を導いている。

ふたたび、スワット事件を見てみたい。被告人は、暴力団の若頭補佐の地位にあり、被告人専属のボディガードである「スワット」が、その身の警護にあたっていた。被告人が上京した際、東京都内の遊興先から宿泊先のホテルへ向かう途中に隊列を組んでいた各車両の搜索をうけ、スワット3名が乗車する車中からけん銃3丁、実包21発を発見・押収されると共に、先乗り車に乗車していたスワットが搜索を察知して投棄したけん銃2丁、実包13発もまもなく発見・押収された。被告人は、これらけん銃5丁、実包所持の共謀共同正犯として起訴された。

この事案につき、最高裁は、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していたこと」など「前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらにけん銃等を所持させていたと評しうるのである。したがって・・・共謀共同正犯が成立する」と判示した¹³。

⁸ 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

⁹ 岩田誠「練馬事件」最高裁判所調査官室編『昭和33年度 最高裁判所判例解説 刑事篇』406頁。

¹⁰ 川端博「共謀共同正犯の意義」別ジュリ判例百選I第5版(2003年)149頁など参照。

¹¹ たとえば、最判昭和25年4月20日刑集4巻4号602頁。

¹² 小暮得雄「共謀共同正犯の意義」別ジュリ判例百選I第4版(1997年)151頁。

¹³ 最決平成15年5月1日刑集57巻5号501頁。

このように、最高裁は、(黙示の)意思の連絡に加え、被告人の地位、立場などを考慮して、共謀共同正犯を認めているのである。

(2) 個人責任の原則と正犯性の議論

共同意思主体説が、団体責任を認めるものであるとの批判を受けて、共謀共同正犯論においては、個人責任の見地からその正犯性が語られることとなった。

たとえば、下村康正は、共同意思主体説を採るが、「共同意思主体説の特色は、あくまで成立上の連帯性ないし一体性の主張にこれを求めるべきであって、処罰上の連帯性については、責任の個別化ということを基礎にした上で、処罰上の公平さ、責任追及の正しい在り方を考慮して一つの帰結と解すべきであろう。」とし¹⁴、「共同意思主体説は、犯罪成立上の一体性を主張するにとどまり、個人責任が近代刑法の基礎たる限り、処罰は各別に考察せらるべきことを当然とするものである」とした¹⁵。

また、高橋則夫も、共同正犯は正犯性と共犯性の両方の性質を有するものであるとし、正犯性を基礎づけるものとして、機能的行為支配説を、共犯性を基礎づけるものとして、共同意思主体説と共犯の因果性論を考慮する¹⁶。

このように、共謀共同正犯論においては、個人の正犯性をいかに基礎づけるかが問題となり、さまざまな正犯性を基礎づける概念が提示されたのである。

(i) 間接正犯類似説

この見解は、藤木英雄によって主張された。藤木は、練馬事件判決について「個人責任的色彩を強めたように解される」とし¹⁷、練馬事件の「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」という点に対し¹⁸、「他人の行為を利用して云々という理由付けは、共謀共同正犯について共同意思主体説とは別個の、いわば間接正犯類似の犯罪遂行の態様として共謀共同正犯を根拠づけようという意図がうかがわれるものとして、今後の共謀共同正犯理論の発展の上で画期的な意味をもち、今後の判例を指導するものと考えられる。」と述べた¹⁹。

藤木は、団体的責任を否定はしないが、共同意思主体説について「共同正犯の正犯性の論証よりは、共犯の従属性の本質的性格を論証しようとすることに本来の狙いをもつ」ものとし²⁰、共謀共同正犯の正犯性を論証するための十分な説明ができていないとして、その正犯性については「間接正犯のアナロジー」からの説明を試みた。

つまり、共謀者の利用行為が、間接正犯が単独正犯と認められるのと平行した趣旨で、自ら手を下したものと価値的に同一と評価できるのであれば、共謀者を他人と合意の上で

¹⁴ 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論 増補版』(学陽書房、1983年) 47頁。

¹⁵ 下村康正「共謀共同正犯(練馬事件)」我妻栄編『刑法の判例第二版』(有斐閣 1973年) 124頁。

¹⁶ 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988年) 303-4頁。

¹⁷ 藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』(有信堂 1967年) 318頁。

¹⁸ 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

¹⁹ 藤木・前掲注17「共謀共同正犯」319頁。

²⁰ 藤木・前掲注17「共謀共同正犯」323頁。

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、共同実行をしたものと認められるとするのである。

ここにいう合意とは、「単なる犯罪遂行の下相談」ではなく、「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り、「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」ず、「実行担当者はその意味で、他の共犯者の道具としての役割を果たす」とした²¹。

しかし、このような理解によると、実行担当者は共謀者に支配された道具として、一方的に利用されているのではないかと指摘がなされる²²。これに対して、藤木は「実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行えないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にする支援をうけているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだに相互の利用、補充関係が認められる」のであり、背後者の一方的な利用ではないという²³。

これに対して、心理的に鼓舞されることは、教唆犯や従犯でも起こりうることで、そう考えると実行者の受ける支援は希薄なもので足りることになってしまうという見方もあるが²⁴、この点について藤木は、実行行為を分担しなかった共謀者は、「実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、みずから手を下すことがなくても実行担当者とともに共同して実行行為をしたものであるといえる」とする²⁵。

しかし、実行担当者の規範的障害を抑圧し、共謀者の手足として行動させたというのであれば、それは単独正犯たる間接正犯が成立することになるはずである²⁶。この点について、間接正犯論は、間接正犯類似説も共同正犯を単独正犯と全く同じ意味で正犯とするのではなく、60条によって修正・緩和された「行為支配」を指標として正犯性を基礎づけるとされている²⁷。

²¹ 藤木・前掲注 17「共謀共同正犯」336-7頁。なお、川端博『刑法総論講義 第3版』（成文堂 2013年）556-7頁も同旨。これを共謀共同正犯の理論ではなく、正犯の背後の正犯（間接正犯）であるものとして、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 16巻1=2号（1966年）175頁。

²² 板倉宏「共謀共同正犯」日本大学法科大学院法務研究創刊号（2005年）63頁。

²³ 藤木英雄『刑法講義 総論』（弘文堂 1975年）284-5頁。

²⁴ 設楽裕文「共同正犯における『共同』について」日本法学 96巻4号199頁。

²⁵ 藤木・前掲注 23『刑法講義 総論』284頁。

²⁶ 最決昭 59年9月21日刑集 37巻7号1070頁は、意思の抑圧に基づいて養女に窃盗をさせた事案で窃盗の間接正犯を認め、最決平 13年10月25日刑集 55巻6号頁は、指示命令が意思を抑圧する程度のもではなかったことを理由に、強盗の間接正犯ではなく、共謀共同正犯が成立するとしている。判例の立場は、被利用者の意思を抑圧して犯罪を行わせた場合、利用者に間接正犯の成立を認めている。

²⁷ 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報 63巻7号（2011年）9-10頁参照。

(ii) 人的行為支配説

団藤重光は、もとは共謀共同正犯否定論者であったが、後に改説し、共謀共同正犯を肯定するに至った。団藤は、「・・・おもうに、正犯とは、基本的構成要件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、単独正犯の場合には、みずから実行行為（基本的構成要件に該当し当の構成要件的特徴を示す行為）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、共同正犯のばあいには、そうで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ばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて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ったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるも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。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもった者—つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者—が正犯である』としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347—348頁参照）、この趣旨にほかならない」という意見を述べた²⁸。

また、大塚仁も「実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に比べて圧倒的に優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合には共同正犯を認めることができるとおもう」として²⁹、「優越支配共同正犯」を認める³⁰。

(iii) わが国の機能的行為支配説

上記の人的行為支配説とは考え方を異にする行為支配説も提唱されている。橋本正博は、「正犯が、犯罪を実現したと評価される者、いいかえれば少なくとも共犯として当罰性を有する者のうちで、その中心人物のことであるとする思考が、おおよそ正しい方向を向いているとするならば、これは、ドイツ刑法学において有力に主張されている『行為支配論』の思考と軌を一にする」とし³¹、このような「行為支配論は、構成要件該当事実に対する『支配』の観念をもってその実質的な実現者を確定し、これを正犯として評価する」とされる³²。

²⁸ 最決昭和 57 年 7 月 16 日刑集 36 卷 6 号 695 頁、団藤裁判官意見参照（697 頁以下）。

²⁹ 大塚仁『刑法概説総論 第 4 版』（有斐閣 2008 年）307 頁。

³⁰ 論者は自説を共謀共同正犯とは異なるものとするが、実質は人的行為支配説の一類型だといえよう。また、機能的行為支配説に立つ、橋本も、「行為支配論は、共同正犯を『実行行為』の分担によるものに限定することはしないが、とくに『共謀に基づく』共同正犯を肯定する論ではない」（橋本正博『『共謀共同正犯』概念再考』齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯・不作為犯・共犯論』（成文堂、2006 年）390 頁）としている。

³¹ 正犯性の基準として、このような行為支配説を支持するものとして、臼木豊「正犯概念と共謀共同正犯（一）」上智法学論集 32 卷 1 号（1989 年）91 頁、「同（二・完）」同 34 卷 1 号（1991 年）110 頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂 2005 年）138 頁以下、成瀬幸典「正犯・共犯」法学教室 280 号（2004 年）79 頁以下、橋本正博『『共謀共同正犯』概念再考—行為支配説に基づく制約論—』齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂 2006 年）389 頁以下、同「正犯と共犯—共謀共同正犯・間接正犯」法学教室 202 号（1997 年）42 頁がある。

³² 橋本正博「正犯理論の実質的基礎—共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法 2 号（1999 年）24 頁。

そして、「行為支配論においては、行為遂行ではなく、重要な事實的寄与 (Tatbeitrag) による犯罪事実を実現するに際しての『支配』を根拠とする。したがって、その事實的寄与は形式的意味の実行行為遂行に限られない。最終的に実現される事実＝構成要件該当事実が重要であって、そこに至るための寄与は、形式的実行行為 (の一部) に限定される必要はない」³³。しかし、行為支配を認めるためには、単なる精神的・心理的寄与では足りず、「事實的寄与が客觀的に存在すること」が要求されるという³⁴。

この見解は、人的・心理的主従関係を「事実」の次元で包摂することもありえるという³⁵。事実形成を実質的に左右することができるのであれば、間接正犯類似説のいう相互の心理拘束によって、行為支配が認められることになる。

(iv) 包括的正犯説

包括的正犯説の特徴は、「実行なき正犯」の存在を認め、実行行為を行っていない共謀共同正犯も、正犯の一種である共同正犯となりうる点にある。この見解によれば、正犯者は、正犯としての重い処罰に値する行為をすれば足り、必ずしも実行行為を行う必要がない。同様に、共同正犯も、正犯としての重い処罰に値する行為をすれば足り、実行の分担を絶対的な要件とすることはない³⁶。

西田は、共同正犯は、明らかに単独正犯と異なる「共犯」の一形式であり、その処罰根拠を犯罪結果との物理的因果性、心理的因果性に求めることを提唱する。西田は、その因果性につき次のように述べる。「たとえば、甲、乙が殺人を共謀して同時に丙に発砲したが、甲の弾丸のみが命中して丙が死亡した場合でも、乙を殺人既遂の共同正犯とすることに異論はないであろう。しかし、それはなぜであろうか。共同正犯を単独正犯の単なる複合体にすぎないと見るのであれば、乙は殺人未遂の罪責しか負わないはずである。たしかに、乙は、この場合殺人の実行行為も行っているが、そのことは殺人未遂の罪責を基礎づけても、甲の行為から生じた殺人既遂の結果について罪責を負うことを正当化するものではないのである。これに対する答えは、乙が甲と共謀することにより甲の殺意を強化し、その殺害行為を促進して、丙の死亡という結果と心理的因果性を持った点に求めるしかないと思われる」³⁷。

さらに、「共同正犯の要件として実行の一部分担を必要とするか、それとも、共謀共同正犯を肯定するかという対立も、犯罪関与者が、少なくとも「共犯」としては可罰的であることを確認した後に、この関与者をどのように処罰するかという問題に過ぎないとも言い得る」とし、「共同正犯がなにゆえ「共犯」として全部責任を負うかという処罰根拠の問題ではなく、なにゆえ共同「正犯」として処罰されるのかという共同正犯性の基準の問題でしかないとする。

³³ 橋本・前掲注 32「正犯理論の実質的基礎」25頁。

³⁴ 橋本・前掲注 32「正犯理論の実質的基礎」27頁。

³⁵ 橋本・前掲注 32「正犯理論の実質的基礎」26頁。

³⁶ 曾根威彦『刑法総論 第4版』(成文堂、2008年) 254頁以下参照。

³⁷ 西田典之『刑法総論 第2版』(弘文堂 2010年) 345頁。なお、同様の見解として、佐伯仁「共犯論(1)」法学教室 305号(2006年) 51頁以下。

そして、共犯処罰の具体的妥当性という見地から、共謀者と実行分担者の間の支配関係、役割分担関係から判断し、犯罪実現に対する事実的寄与において実行に準ずる重要な役割を果たした共謀者にまで共同正犯の範囲を拡張することを主張し、単に共謀に参加したという事実のみをもって共同正犯とすることは、共謀という共犯原理を直ちに正犯原理とするものとして不当であって、その共同正犯性を基礎づけるには、実行に準ずる重要な役割を果たしたことが必要と説いた³⁸。

2 わが国の共謀共同正犯論の展開

以上のように、わが国の共謀共同正犯論の展開を概観したが、初期のころは、共同意思主体説による説明しかなく、共謀によって共同意思主体が形成されることで、各人はその共同意思主体に取り込まれ、正犯性を付与されると考えられてきた。

しかしながら、練馬事件以降はその議論にも変化が生じ、間接正犯のアナロジーによって説明されるようになった。すなわち、「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」ず、「実行担当者はその意味で、他の共犯者の道具としての役割を果たす」とされた³⁹。

さらに「実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行えないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にする支援をうけているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだに相互の利用、補充関係が認められる」のであり、背後者の一方的な利用ではないという⁴⁰。

そして、現在においては、背後者は、合意の拘束力による意思支配によって、正犯性が基礎づけられ、前面者は、自らの行為を通じた犯罪事実の支配によって、正犯性が基礎づけられているのである⁴¹。このように、個人責任の原則は、時代とともに、徹底されるようになっていった。

3 正犯概念と正犯性について

(1) 共謀共同正犯の正犯性の本質論

わが国の共謀共同正犯論は、その理論的基礎付けをめぐる、さまざまな見解が主張された。たしかに、これら各学説の「理論的な」対立は、本来無視できるものではない。共謀共同正犯論において、実質的実行共同正犯説と包括的正犯説との対立は、実行行為と正犯性との関係をいかに理解するかという重要な理論的問題である。

³⁸ 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古希祝賀論文集上巻』（有斐閣 1990年）366 - 7頁。佐伯仁「共犯論（2）」法学教室 306号（2006年）48 - 9頁、山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣、2007年）324頁も同旨。

³⁹ 藤木・前掲注 17「共謀共同正犯」336 - 7頁。

⁴⁰ 藤木・前掲注 23『刑法講義 総論』284 - 5頁。

⁴¹ 松原・前掲注 27「共謀共同正犯論の現在」12頁参照。

実質的実行共同正犯論は、共同正犯とは実行行為の一部分担者である、という形式説の前提を維持しつつも、実行行為概念を規範化、実質化して共謀共同正犯を基礎づけ、その成立範囲に限定をかけようとする見解である⁴²。このカテゴリーには、間接正犯類似説、行為支配説などがあてはまるといえよう。

一方、包括的正犯説は、「実行なき正犯」の存在を認め、実行行為を行っていない共謀共同正犯も正犯の一種である共同正犯となりうる、とする。この見解によれば、正犯者は、正犯としての重い処罰に値する行為をすれば足り、必ずしも実行行為を行う必要がないので、共同正犯も、正犯としての重い処罰に値する行為をすれば足り、実行の分担を絶対的な要件とすることはないのである⁴³。

この理論的な対立にもかかわらず、本論文では、次のような視点から共謀共同正犯論を観察する。すなわち、それぞれの共謀共同正犯論において、何が問題となっているのかを極端な形であるかもしれないが抽出しようという試みである。

(2) 各学説の同質性の検討

松原芳博による以下の指摘は非常に重要な示唆をもたらす。松原は、共謀共同正犯を個人主義的見地から正犯として分類したのが行為支配説、間接正犯類似説であり、個人主義的見地に立ちつつ共犯として正当化したのが重要な役割説であるとする。この点を見れば、両者はその同質性を否定されるようにもみえる。しかし、「広義の共謀共同正犯には、合意の拘束力による意思支配に基づく『狭義の共謀共同正犯』と、機能的行為支配に基づく『準実行共同正犯』が含まれ」、「行為支配説や間接正犯類似説は前者を、重要な役割説は後者を念頭に置いたものといえるが、両者は、単独正犯の行為支配を60条によって修正・緩和した『共同支配』の内容をなすものとして、統一的に理解できる」ことを指摘する⁴⁴。

また、機能的行為支配説は、人的・心理的主従関係を「事実」の次元で包摂することもありえるとしており⁴⁵、事実形成を実質的に左右することができるのであれば、間接正犯類似説のいう相互の心理拘束によって、行為支配が認められることになるとして、機能的行為支配説と間接正犯類似説の同質性を指摘できる。

さらに、「正犯とは、構成要件に定められている結果の実現に重要な役割を果たした者」であるとしつつ、「重要な役割については、自己の犯罪を実現している、といいかえてもよいし、行為や結果等の成り行きを支配しているといいかえてもよい」とする見解も存在することからわかるように⁴⁶、これらの各見解はその内部に同質性を有しているのである。

(3) 同質性の内容

各学説には、「共同支配（あるいは行為支配）」という点で、そこに理論的同質性がみとれる。では、その同質性の内容はいかなるものであろうか。

間接正犯類似説が問題とするのは、合意に基づく心理的拘束であるが、これは言い換え

⁴² 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）48頁参照。

⁴³ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣 1981年）132頁以下。

⁴⁴ 松原・前掲注27「共謀共同正犯論の現在」9-13頁参照。

⁴⁵ 橋本・前掲注32「正犯理論の実質的基礎」26頁。

⁴⁶ 松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law&Practice4号（2010年）109頁。

るのであれば、他者に対する強い心理的な影響である。

一方、重要な役割説においては、共謀共同正犯を問題とする限り、結果に対して物理的な因果性は持ちえず、心理的な因果性が問題となり⁴⁷、重要な役割を果たしたという事実は、強い心理的因果性を及ぼしたこととなる。

そして、機能的行為支配は、人的・心理的主従関係を「事実」に包摂することができるから⁴⁸、表向きは事実を支配したことになっているが、その実際のところは、心理的な影響力に基づいていることがいえるのである。

すなわち、理論上は別の学説として分類される各共謀共同正犯論を、このような観点から分析していくと、「因果性」という同質性にたどり着くのである。あるいは、正犯者意思を要求したとしても、それを重要な役割と連動させてしまう見解であれば、異質なものは認められない。共謀共同正犯と教唆犯の区別における文脈であるが、正犯意思を要求するとしても、「犯罪を教唆するような行為は、当該共犯現象において重要な役割を果たしている行為といえるのであって、そこでは、重要な役割を果たしているという認識、すなわち、正犯意思は常に付随する」というのであれば、事実上重要な役割を問題とする見解と何ら異なるところはないからである⁴⁹。

そして、このような議論は近年のドイツにおいても見ることができる。その一例を、以下見てみよう。

4 ドイツにおける正犯性の議論

ドイツにおいては、背後にひかえる黒幕を処罰するためには、答責性原理（遡及禁止の原則）を破って、背後者の正犯性を認める必要がある。完全に答責的に行為する前面者がいた場合、背後者が正犯になるとすれば共同正犯であるか、正犯性を否定して教唆犯とするしかない⁵⁰。ドイツにおいては、この答責性原理をいかに扱うかによって、見解の対立が存在する。

(1) 答責性原理を貫徹する見解

⁴⁷ 松原・前掲注 27「共謀共同正犯論の現在」10頁参照。

⁴⁸ 橋本・前掲注 32「正犯論の実質的基礎」26頁参照。

⁴⁹ 松澤伸「裁判官の思考と共犯理論」現行刑事法研究会報告集1号（2013年）5頁。

⁵⁰ たとえば、ヤコブスは、答責原理を貫徹し、「いったい誰が、一定の法益侵害について優先的な管轄を有するか」というように正犯原理を公式化する。そのような考え方からは、「関与者の一方のみが管轄を有し、それゆえ正犯として評価されるべきである」という結論になる。つまり、前面者と背後者のどちらか一方が正犯であり、正犯の背後の正犯は認められないのである。ヤコブスは、正犯の背後の正犯が妥当する事例としてロクシンが挙げた事例のうち、「組織化された権力機構」の場合に、背後者をどのように扱うのかについて、共同正犯として処罰する場合と、教唆犯として処罰する場合があるとする。共同正犯であれば、どちらが優先的な管轄を有するともいえないのであり、前面者が正犯であるなら、背後者は教唆犯にとどまるのである（Vgl. Jacobs, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., S.649.）。

答責性原理は、原理である以上これを貫徹・維持するという見解が存在する。答責原理を貫徹する場合、正犯の背後の正犯を認めることはできない。

しかしながら、答責原理を貫徹しつつ、背後者の正犯性を基礎付けようとする見解として、シュレッサーの見解がある⁵¹。この見解の特徴は、答責原理を貫徹する点と、「社会的行為支配」に基づいて正犯と〔狭義の〕共犯を区別する点にあるといえよう。

シュレッサーは、答責原理によれば、「デスク犯（黒幕犯人）」は正犯として記述されえないとする。それは、行為媒介者の答責性と、古典的解釈学に従った本来の「行為事象」から排除されるためである。それにもかかわらず、「デスク犯」は「本来的正犯 (eigentliche Täter)」と評価されうる。判例と通説は、組織化された関係にあつて、階級的弱者に違法な命令を下す者に正犯を基礎付ける努力をしていることを指摘する⁵²。

シュレッサーは、ロクシンによって示された「組織化された権力機構に基づく間接正犯」は、重要な手がかりを析出するという。なぜ、新しい結論を考え出すために、古典的な帰責構造 (klassische Zurechnungsstrukturen) をさっさと棚上げしようとするのか、という疑問が生じるというのである⁵³。

ただし、シュレッサーは、「デスク犯」が〔間接〕正犯となることは承認しつつも、正犯の背後の正犯について、「典型的な欠陥のある解釈論 (klassischen Defektdogmatik)」⁵⁴であるとして否定する。シュレッサーが、正犯の背後の正犯論を否定するのは、正犯の背後の正犯が問題となる場面で、答責原理の例外を導入しなければならない理由についての基礎付けがなされていないからである⁵⁵。

そこで、シュレッサーは、答責原理の例外を認めるのではなく、社会関係的自由理解 (sozialbezogenen Freiheitsverständnis) を用いて、背後者の正犯性を説明する⁵⁶。シュレッサーによれば、組織化された権力機構の場合、実行組織に比べて指揮組織は、犯罪の実行についてより自由に決定しうる。そして、このような実行組織は「相対的に不自由」な状態であるとする⁵⁷。

そのため、より自由な背後者は、前面者を自らの「自由構想 (Freiheitsentwurf)」⁵⁸の中に取り入れ、犯罪事実を支配するのであり、その点に、正犯性を認めることができるのである。一方、前面者は「相対的に不自由」な状態となり、背後者の「自由構想」の中に取り込まれ、正犯としての答責性を有することなく、従犯として処罰できる場合のみ、従犯となるのである⁵⁹。

このようにして、シュレッサーは、ドイツ刑法 25 条 1 項との関係で常に正犯とされてきた前面者を、自由概念を修正することで従犯とし、背後者を正犯と位置づけたのである⁶⁰。

⁵¹ Jan Schlösser, Täter hinter dem Gehilfen, JR, 2006, S.102ff.

⁵² Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.103.

⁵³ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.103f.

⁵⁴ Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.104.

⁵⁵ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.104.

⁵⁶ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.104.

⁵⁷ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.106.

⁵⁸ Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.104.

⁵⁹ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), S.108f.

⁶⁰ ドイツ刑法 25 条 1 項は「自己または他人を通じて犯罪を実行する者は、正犯として処罰

正犯の背後の正犯では、答責原理を貫徹することができないところ、従犯の背後の正犯とすることで、答責原理を貫徹することを試みたのである。

(2) 答責性原理の例外を認める見解①：ランゲ

正犯の背後の正犯の提唱者であるランゲは、正犯の背後にいて、その正犯に「自分（背後者）のために」犯罪を引き起こさせた者を、正犯の背後の正犯と考えた。

ランゲは、犯罪の背後にいる者が正犯となるかどうかということは、その背後にいる者が客観的にその犯罪にどうかかわりをもったかということからではなく、その背後にいる者の立場から、内心でどういう目標を持っていたかということから判断されなければならないとした。

そして、「他人に自分の犯罪 (eigener Sache) を引き起こさせた者」にとっては、その利用される他人が正犯と評価されようとそうでなかろうと、ともかく「道具 (Werkzeug)」であるとした。そのうえで、その利用される者が正犯とされない場合には、自分のためにそれを利用する者は、単純な間接正犯であり、その利用される者が正犯とされる場合には、その背後にいてそれを自分のために利用する者は、「正犯の背後の正犯」として、正犯とされるとしたのである⁶¹。

(3) 答責性原理の例外を認める見解②：ロクシン

しかし、「自分の犯罪 (eigener Sache)」を実行したとしても、それだけでは「支配」を有したとはいえない、との指摘がなされている⁶²。すでに述べたように、ロクシンは、行為支配説を基礎に正犯の背後の正犯を認める。

とりわけ、「組織化された権力機構」の場合においては、「行為媒介者の代替性」を行為支配の基準としている。「組織化された権力機構」において上位にある者が、指示・命令をすれば、ほとんど自動的に犯罪が実行されることを意味する。つまり、行為媒介者が変更されようと、組織の何者かによって犯罪が実行されることに変わりはないのである。

背後者が正犯性を有するのは、この「組織化された権力機構」特有のシステム（「行為媒介者の代替性」）を利用し、行為を支配するからである⁶³。

(4) シューネマンの見解

ドイツでは、近年、正犯の背後の正犯に関する新たな展開が見られる。シューネマンによる「行為支配の段階付けの原理 (das Prinzip der Tatherrschaftsstufen)」である⁶⁴。シューネマンは、間接正犯の答責性原理による伝統的な理由付けが、現在の展開においては

される」と規定する。

⁶¹ Kohlrausch-Lange, StGB, 39-40. Aufl., 1950, Vorb. I. B. 1 vor § 47, S. 95.

⁶² Roxin, Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter": Festschrift für Lange, 1976, S. 175.

⁶³ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 245.

⁶⁴ Schünemann, Die Rechtsfigur des "Täter hinter dem Täter" und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, Festschrift für F.C. Schroeder, 2006, S. 401ff. なお、訳すに当たり小野上真也『『正犯の背後の正犯』という法現象と行為支配の段階付けの原理』早稲田法学 82 卷 4 号 (2007 年) 101 頁以下を参考にした。

崩壊していることを論じる。

ドイツにおいては、間接正犯が明文で規定されているものの、どのような場合に正犯性を獲得するのかの基準については規定されていなかった。この点について、他者を「道具」として利用したか否かが間接正犯の基準として用いられ、ライヒ裁判所においてこの基準が1880年に用いられて以降、「道具」理論が間接正犯を基礎付けるものとなった⁶⁵。

このような基本思想は、ドイツ刑法学においては、いわゆる「答責性原理」（あるいは自律性原理）として体系化された。この原理によれば、前面者は客観的構成要件や主観的構成要件を充足しないか、違法・有責に行為していないので背後者の道具であり、前面者は当該行為について刑法上答責的であるとは言えず、前面者に欠ける答責性は背後者に負わされる、という結論を導く。そのため、答責原理によれば、答責的な直接正犯の背後者をも正犯とする「正犯の背後の正犯」は認められないとする⁶⁶。

もっとも、ロクシンによれば、答責原理が妥当するのは、背後者による「強制による意思支配 (Willensherrschaft kraft Nötigung)」の場合のみであるとされる。しかし、シュエネマンは、具体的な事例で答責原理が認められたり放棄されたりする状況から、答責原理に疑問を持っているのである⁶⁷。

そこで、シュエネマンは判例の法理に着目する。組織化された権力機構を利用する場合において、判例は、背後者の間接正犯性について「規則的な経過 (regelhaften Abläufe)」という公式を用いて、原則として代替性に着目し、背後者の間接正犯性を認めている⁶⁸。また、回避可能な禁止の錯誤を利用する場合⁶⁹、前面者の刑法的な答責性を完全に否定することはできないものの、背後者による、より高度な事象コントロール (höherstufige Geschehenssteuerung) を理由に、背後者に間接正犯を認めている⁷⁰。

このことから、判例は、答責性原理を放棄し、相対的に高度な事象コントロールによって正犯性を認め、背後者が事象を何らかの点で前面者よりも把握しており、より高度に事象をコントロールしたというだけで正犯の背後の正犯を認める「行為支配の段階付けの原理」を採用している、と分析するのである⁷¹。

そして、シュエネマンは、一般予防によって法益保護を実現するという刑法の基本理念から、法益の完全性について重要な地位にある限りにおいて、異なった正犯形式 (verschiedener Täterschaftsformen) が同時に出現することの可能性を肯定すれば、各個人の答責性は、法益に関するそれぞれの地位によって決定され、他者の答責性が完全に否定されるかどうかには必ずしも左右されないとする。前面者が答責的ではあるものの、事象コントロールが減少し、それゆえ責任も減少している場合には、最上の法益保護を求める刑法は、前面者のこのような欠損 (Defizit) を支配する背後者を、等しく答責的であると説明しなければならず、他方で、この場合の背後者について、単に教唆犯の成立を認め

⁶⁵ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.402.

⁶⁶ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.402f.

⁶⁷ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.403.

⁶⁸ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.407.

⁶⁹ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.407. なお、本文中では「猫の王事件」となっているが、わかりやすくするために書き換えた。

⁷⁰ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.407.

⁷¹ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.407.

るだけでは足りないとする⁷²。

そして、正犯性は、段階付け可能な複数のメルクマールをともなう概念であるとする。そこでは、さまざまな段階付け可能な複数のメルクマールが、それぞれの強度を代表しており、それゆえ、あるメルクマールの強度が弱くとも、他のメルクマールの強度が強ければ、具体的事例では、正犯性が補われうるのである。そこでは、全正犯形式の基本類型 (der Grundtypus aller Täterschaftsformen) が、刑法の法益保護任務から「結果の原因の支配」という形で導き出される。そのことから、正犯の背後の正犯において、前面者の行為と同様に、背後者によってコントロールされた条件もまた、「結果の原因」として評価されることになるのである⁷³。

(5) 間接正犯としての背後者

ドイツにおいて、正犯の背後の正犯という場合には、共同して犯罪を実行するというよりもむしろ⁷⁴、背後者によるコントロールを受けながら、直接行為者が行為すると考えられている。そのため、背後にいる者の行為支配が直接行為者のそれとは別に認められ、それゆえ背後者は間接正犯となると考えられているのである。

この問題について、ドイツでは答責性原理が存在するのだから、前面者が答責的であれば、背後者の正犯性はすべて否定されるはずである。しかしながら、上記のドイツの議論を見ればわかるように、答責性原理の扱い（貫徹するか、例外を設けるか）についての違いこそあれ、すべての見解が行為支配論を基礎とした理論構築を行っているという点は注目に値する。そして、これに対するシューネマンの評価は実に興味深く、また、わが国の共謀共同正犯における議論にとっても、示唆に富むものである。

シューネマンは、全正犯形式の基本類型を、刑法の法益保護という観点から「結果の原因の支配」というかたちで示す。そして、その正犯性は、段階付け可能な複数のメルクマールをともなう概念であるとする。さらに、このメルクマールは総合的に判断することが可能なメルクマールであり、あるメルクマールの強度が弱くとも、他のメルクマールの強度が強ければ、具体的事例では、正犯性が補われうることも述べているのである⁷⁵。

ここでシューネマンが問題としているメルクマールが、具体的にどのようなものであるか必ずしも明らかではないが（一例として、組織化された権力機構における正犯の背後の正犯の場合、ドイツの判例は、背後者の間接正犯性について「規則的な経過」という公式を用いて、原則として代替性に着目し、また、回避可能な禁止の錯誤を利用する正犯の背後の正犯の場合、背後者によるより高度な事象コントロールに着目しているという。）、この考え方はまさに、わが国において裁判所が用いている考え方とも一致するところである

⁷² Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.410.

⁷³ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.410f.

⁷⁴ 共同正犯とする見解として、Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3 Aufl., 1978, S.546., Samson, SK, Bd. 1, 3. Aufl, 1981, Rdnr.36 zu § 25. しかし、共同正犯であると考える立場に対しては、次のような批判がなされている。まず、背後者は実行のすべてを道具にゆだねているという事実が、分業的行為という特徴を有する共同正犯に反する。そして、共同正犯を決定する共同の行為決意もこの場合には認められないというものである (Vgl. Roxin, LK, 11. Aufl., § 25, Rdn.131.(S.63).)。

⁷⁵ Vgl. Schünemann, a.a.O.(Fn.64), S.410f.

が、すべて行為支配論の理論的枠内で説明できる要素である点に違いがある。

5 小括と提言

シュエネマンによって指摘されたことは、同じ正犯概念によるとしても、その規範に合致する正犯メルクマールは複数存在して、それぞれのメルクマールがお互いに補い合って正犯性を根拠づけているということであった。

このような状況は、わが国の議論にも見て取ることができ、シュエネマンが「結果の原因の支配」という正犯概念を提示したように、松原は「共同支配」という概念を提示し、松澤は「重要な役割」という概念を提示したのである。

そのような観点からわが国の共謀共同正犯を見たとき、それぞれの学説はさまざまな理論を展開して、共謀共同正犯の理論的根拠づけの努力をしてきた。このこと自体は妥当なことであったと思う。ただし、裁判官にとっては、それぞれの見解の何が違うのか、どういう理由づけであれば理論的に納得してもらえるのかという点において、理解に非常に労力をかけざるを得ない状況であったのではなかろうか。

事実、実務家から、「法律概念が難解な要因としては、その概念の定義や要件が理解し難い」との指摘がなされている⁷⁶。また、共謀共同正犯についていえば、「何に重点を置いてどう判断して認定するのか」が困難であるという指摘もなされているところである⁷⁷。このような要請に応えるには、各学説が真に意味するものは何か、それを認めるには、何を問題とすればよいかを明らかにする必要があるといえる。

わが国の議論における「正犯性の本質」は、行為支配を媒介とした「因果性」を問題としている。言いかえるなら、重要な役割ということになる。しかしながら、その正犯概念は多元的であり、さまざまなメルクマールを有している。

たとえば、支配型共謀共同正犯と呼ばれる類型においては、背後者はその地位に基づく心理的因果性によって正犯性を基礎づけられる。一方で、前面者は、すでに述べたように、実行行為を行うという犯罪の成否を支配したことで（あるいは重要な役割を果たしたことで）正犯性が基礎づけられる。また、対等型共謀共同正犯であれば、たとえば、謀議の中で重要な役割を果たしたなどということになれば、他者に強い心理的因果性を及ぼした、あるいは、合意によって他者を拘束したといえるのである。

もっとも、個人責任の原則が徹底され、各個人がそれぞれ正犯性を問題とされる場合、提言しなければならないのは、背後者によって強い心理的因果性が及ぼされた場合の問題である。

そのような強い心理的因果性が及んだのであれば、上下関係がある場合において、前面者は背後者に支配されてしまうのではないか、ということである。そのような場合については、第3章で示した通り、上下関係に基づいて、違法性が減少する可能性がある。すなわち、たしかに実行行為によって、行為支配性、重要な役割性を果たしたかもしれないが、なお従犯として処罰される余地があるということである。

わが国の実務は、複数人が犯罪に関与する場合、そのほとんどを共同正犯としてきた。

⁷⁶ 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）1頁参照。

⁷⁷ 司法研修所・前掲注76『難解な法律概念と裁判員裁判』2頁。

しかしながら、関与者間の関係を考慮することで、その状況も変わり得るのである。実行行為を行っているのだから、重要な役割を果たしたとして正犯とする前に、関与者間の関係も考慮に入れる必要があることを、提言しておく。

第3節 狭義の共犯としての教唆犯の意義

1 はじめに

教唆犯の本質論に関して、最近、非常に興味深い論文が発表された。松澤伸の「教唆犯と共謀共同正犯の一考察—いわゆる「間接正犯と教唆犯の錯誤」を切り口として—」である⁷⁸。“教唆犯は共謀共同正犯に解消された”とするこの見解は、結論から述べれば、教唆犯の本質を見抜いた妥当な方向性を示すものであると評価することができる。

現在の実務において、教唆犯はどれほどの効力を持っているのであろうか⁷⁹。教唆犯の判例・裁判例というのは、共犯全体で見ても、ごくわずかしかな存在しない。戦後の統計を見ても、一貫して0.5パーセント以下であり⁸⁰、共犯関係別割合の報告があった最後の年である平成10年の統計によると、0.22パーセントという極めて低い割合である⁸¹。そして、その判例・裁判例の過半数は、犯人蔵匿・証拠隠滅罪の教唆犯なのである⁸²。

このような教唆犯実務の現状を見てわかるとおり、教唆犯という犯罪形式は、もはや無いに等しい存在であるといっても過言ではない。では、なぜそのような現状を導いてしまったのか。そこには、形式的な実行行為に捉われない、共謀共同正犯理論と密接に結びついた、正犯と共犯の区別についての議論が影響しているのである。

この正犯と共犯の区別についての議論において、純粋な主観説や、形式的な客観説を採用せず、行為者が重要な役割を演じたか、自己の犯罪を行なっているかといった、実質的な正犯概念を採用するのであれば、これまで“狭義の共犯”と位置づけられていた教唆犯も、正犯であるといわざるを得ない。

⁷⁸ 松澤・前掲注46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」95頁以下。

⁷⁹ 本稿は、方法論として、“現に効力を有する法”（ヴァリッド・ロー）を重視する機能主義に則って検討を加えることとする。松澤伸『機能主義刑法学の理論—デンマーク刑法学の思想—』（信山社、2001年）219頁以下参照。それゆえ、“教唆犯がほとんど存在しない”という事実認識は、刑法を解釈するにあたって重要な意味を持つ。それと同時に、“共謀共同正犯、あるいは、実行行為を行なう従犯という法形象を認める”という事実認識も、同様の意味を持つことになる。

⁸⁰ 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005年）8頁注21）。

⁸¹ 亀井・前掲注80『正犯と共犯を区別するということ』6頁、前田雅英『刑法総論講義 第5版』（東京大学出版会、2011年）451頁。

⁸² 近年、「教唆の意義」として注目された判例も、証拠隠滅の教唆犯であった（最高裁平成18年11月21日第三小法廷決定刑集60巻9号770頁）。本件被告人は、法人税法違反の罪のほか、証拠偽造を依頼した行為が証拠隠滅教唆罪に当たるとして起訴され、1審、2審とも有罪となった。これに対して弁護人は上告したが、最高裁は上告を棄却した上で、「・・・被告人の行為は、人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせたものとして、教唆に当たるといふべきである。」と判示した。

問題は、それが独立した正犯としての犯罪形式なのか（つまり“教唆正犯”とでもいうべき、個別の正犯としての犯罪形式なのか）⁸³、それとも、これまで議論されてきた犯罪形式に吸収されたのかという問題である。

松澤は、教唆犯が共謀共同正犯に解消されたことを指摘した⁸⁴。しかし、共謀共同正犯のみに解消されるかどうかは1つの問題である。これは、これまでに論じられることはなかったことであるが、教唆犯は、間接正犯にも解消されていると見ることもできるのではなかろうか⁸⁵。

2 従犯の背後の教唆犯

次の事案を見てみよう。まず、①名古屋高判昭和27年12月10日高等裁判所刑判決事特報30号21頁である。この事案は、食糧管理法違反事件につき、麦の闇売買の際に運転手をつとめた被告人が、共同正犯であるのか、従犯であるのかが争われ、従犯であるとされた裁判例である。

この事案について、名古屋高裁は、被告人が買入れに関与したことを認めた上で、次のように判示した。すなわち、「各売買につき被告人の演じた役割は、相被告人Nの企図実現上相当重要ではあるが、・・・此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人Nの指示命令の儘に為されたものと見るの外なく、従って此の分の売買につき、被告人は勿論所謂闇買の補助者としての責任は免れないところにあるが、結局、被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があつたとの証明はないものといわねばなら」ないというのである⁸⁶。

次に、②東京高判昭和50年2月4日東京高等裁判所判決時報（刑事）26巻2号刑19頁を見てみよう。この事案は、公務員である上司（課長T）から指示されて、公務員である部下（被告人O）が、（係長Mを介して）賄賂を受け取ったというものである。この事案も、収賄罪の共謀共同正犯の訴因につき、従犯が認定された事例である

東京高裁は、被告人Oが当該贈収賄にどのように関与しているかについて、Tから被告人Oに指示があり、被告人Oがこれを了承したことも認められるが、これによって「両者間に共謀が成立したとみることは・・・当を得ない」とする。

⁸³ 正犯概念は、正犯を基礎付ける単一の概念であるが、正犯としての犯罪形式は、直接正犯、間接正犯、共同正犯がある。この正犯としての犯罪形式に、教唆犯が入るかどうかはひとつの問題である。

⁸⁴ 松澤・前掲注46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」102頁。

⁸⁵ 教唆犯が間接正犯にも解消され、教唆犯として独立の意味を持たなくなるという理解は、これまでに論じられることがなかったものである。かねてより、教唆犯について、その「概念とその守備範囲が相対的に不分明になる傾向」があることが指摘されていた（中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジオン刑法①共犯論』（成文堂、1997年）95頁。）。教唆犯の形態であっても、「被利用者が意思の自由を欠く場合には、・・・通常の教唆犯から区別され、・・・『正犯』に組み入れられるべき」という考えは古くから存在し、これが間接正犯として、判例・学説にあらわれたというのである（中山ほか著『レヴィジオン刑法①共犯論』95頁。）。

⁸⁶ 傍点は原文ママ。ただし、読みやすくするために句点を加えた。

それは、「O が支払に苦慮していた飲食代金等のほとんどは、O が着任する前に T 課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのものであって、T がその支払について最も責任を負うべき立場にあ」ったこと、T は自己自身のために Y に金策の要請をし、自分が単独で Y から金員を収受するつもりであったとみるのが相当で、T は「O を自己の手足のよう利用する意思はあったとしても、O との間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体になって賄賂収受を実行しようとしたものであるとは」認めがたく、O としても、事情を推知したものと見えるが、「T と共に Y から賄賂を収受しようという意思を生じ、T とその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは」考えられないこと、O が領収証作成を了承して M に現金を受領させた行為も、「承認によって、T の収賄を容易ならしめたということとはできるが、収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない」こと等を理由として挙げている。

そして、東京高裁は、被告人 O に関する部分を破棄自判し、収賄の共謀共同正犯ではなく、従犯であるとした。

これらは、いわゆる“故意ある幫助道具”の裁判例である。しかし、本稿で注目するのは、背後者と形式的な実行行為を行う者（以下、前面者とする）との間でなされた行為であり、また、共同正犯のうち、前面者の正犯性が欠けた場合、背後者は何正犯になるのか、という点である。

背後者と前面者の間でなされた行為は、ほとんど教唆行為と変わりはないのではないか。そして、裁判所の判示に照らせば、従犯となった前面者の背後者は、間接正犯なのではないか。本稿では、このような問題意識の下で、検討を進めていくこととしたい。

3 教唆犯の本質論

(1) 狭義の共犯としての教唆犯

教唆犯の本質論とは、つまり、教唆犯が正犯であるか、共犯であるかという問題である。すでに述べたように、学説の多くは、教唆犯を“狭義の共犯”であると位置づけてきた。ここでは、まず、教唆犯を狭義の共犯とする見解について概観し、続いて、教唆犯を正犯とする、あるいは、共謀共同正犯に解消されたとする見解について見てみることにしよう。

狭義の共犯は、正犯とは異なる類型であると理解されている。そして、これまで、ほとんどの学説が教唆犯を「狭義の共犯」と位置づけていた⁸⁷。

刑法 64 条には、教唆や幫助の場合に罰しない旨が規定されているので、共同「正犯」よりも「軽い」類型であると考えられる⁸⁸、あるいは、前面者（正犯者）を教唆しているので、犯罪に加担したとは言えるが、それ以上のことはしていないので、狭義の共犯である⁸⁹、と

⁸⁷ たとえば、団藤重光『刑法綱要総論 第3版』（創文社、1990年）370頁、大塚仁・河上和雄、佐藤文哉、古田佑紀編『大コンメンタール刑法第5巻 第2版』（青林書院、1999年）443頁、西原春夫『刑法総論 改定準備版』373頁、前田・前掲注81『刑法総論講義』450頁、山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣、2007年）292頁など、学説のほとんどは、教唆犯を“狭義の共犯”とする。

⁸⁸ 林幹人『刑法総論 第2版』（東京大学出版会、2008年）373頁

⁸⁹ 曾根・前掲注36『刑法総論』259頁など参照。

いうことから、教唆犯は狭義の共犯に位置づけられる。

なお、嶋矢貴之の見解は、新しい観点から、共同「正犯」と教唆犯とが違うことの理由付けを試みているということが出来る⁹⁰。嶋矢は、「共同性」という観点を以て共同正犯と教唆犯の区別を行う。共同正犯には、「双方向的な因果的影響力」が必要であるとする点に、この見解の特色がある。この見解からすれば、教唆犯は、教唆者から被教唆者への一方的な因果的影響力しかない、ということになる。

以上のように、教唆犯は“狭義の共犯”であるということが、当然の前提となっていたようにも思われるが、必ずしもそうではないのではないか。教唆犯が狭義の共犯でなければならない理由はどこにあるのだろうか。実際、以下のように、教唆犯は正犯である、あるいは、共謀共同正犯に解消されたとする見解も存在するのである⁹¹。

(2) 共謀共同正犯説

野村稔は、教唆犯は正犯であるという見解を、長きにわたり一人で支えてきた⁹²。この見解は、正犯概念につき「自己の犯罪を行う者」とすることを前提に、教唆犯が「自己の犯罪を実現する」犯罪であることから、教唆犯は正犯であるという結論を導く。

この見解は、正犯であるとするためには自己の犯罪を行うという主観面と、自己の犯罪を行っているという客観面を要求する。そのため、主観説にいわゆる自己の犯罪を行うという意思のみで正犯を認めるわけではない。

ここでいう“教唆正犯”がどのような正犯であるのかについては、独立の正犯としての犯罪形式であると位置づけている⁹³。なお、野村は、共謀共同正犯とされうる事例について、「正犯の一態様としての教唆犯である」と結論づける⁹⁴。

最近になって、松澤伸も、教唆犯の本質は正犯のそれと同様であると結論づけた⁹⁵。もともと、松澤の見解は、野村とは異なり、教唆犯を共謀共同正犯に解消するという結論に至った点に特徴がある。

松澤の問題の出発点は、間接正犯と教唆犯の錯誤の問題である。この問題の結論は、間接正犯説と教唆犯説の2つに分かれるが、間接正犯説は少数説であり、教唆犯説が圧倒的通説である⁹⁶。しかし、間接正犯と教唆犯の錯誤の事例の解決として、教唆犯の既遂という処理が、現在、妥当性を保っていないのではないかと指摘する。

その理由として、わが国の判例の現状では、教唆犯がほとんど認められていないという

⁹⁰ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）」法学協会雑誌 121 卷 10 号（2004 年）1696 頁以下参照。

⁹¹ 教唆犯が共犯であるということは否定しない。複数人関与という限度では、当然に共犯なのである。ただし、従犯と同じ“狭義の共犯”であることに疑問を持っているのである。

⁹² 野村稔『刑法総論 補訂版』（成文堂、1998 年）384 頁。

⁹³ 野村・前掲注 92『刑法総論』384 頁。

⁹⁴ 野村・前掲注 92『刑法総論』404 頁。なお、野村は、共謀共同正犯否定説を採用するが、共謀共同正犯を認めない代わりに、正犯としての教唆犯を肯定するので、正犯であるという結論においては肯定説と変わらない。

⁹⁵ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」102 頁。

⁹⁶ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」96 頁。

点と、最高裁平成 13 年決定⁹⁷が、完全に支配されていない者を利用して犯罪を実行した場合に、教唆犯ではなく共謀共同正犯とした点を挙げる。

そして、教唆犯がほとんど現れることのない共犯類型であることを指摘した上で⁹⁸、教唆犯の本質について、従来の正犯と共犯の区別についての議論から、判例が教唆犯をすべて共謀共同正犯に組み入れてしまった理由について述べている。つまり、自己の犯罪説を採用しよう⁹⁹、重要な役割説を採用しよう¹⁰⁰、正犯と共犯の区別についての議論に実質的な基準を持ち込めば、従来教唆犯であるとされてきた事例は、正犯として評価されてしまうのである¹⁰¹。

なお、松澤は、野村のように教唆犯を独立した正犯類型と位置づけないことの理由について、判例の現状を説明することができないことと、教唆形式以外の重要な心理的関与を従犯としてしか処罰できない点に問題があることを指摘している¹⁰²。

教唆犯の本質論をめぐっては、教唆犯は狭義の共犯であるとする理解が圧倒的多数である。しかしながら、正犯と共犯の区別において実質的な基準を設けるのであれば、教唆犯の本質は正犯と同様であるとの指摘は非常に興味深い。

4 検討

(1) 総説

本稿は、次の点を明らかにする。つまり、教唆犯の本質は正犯である。そのため、教唆行為の中には共謀共同正犯に解消されるものもある。さらに、そのような類型にとどまらず、間接正犯に解消される類型もあるということである。

まず、教唆犯を、条文の側面と正犯と共犯の区別についての議論の側面から検討し、教唆犯の本質について論じる。そして、正犯であるとすれば独立した犯罪形式なのか、共謀共同正犯に解消されているのかについて検討を加える。それを踏まえた上で、間接正犯に解消される類型についての検討を行う。最後に、その他若干の検討を行うことにしたい。

(2) 正犯としての教唆犯

⁹⁷ 最決平成 13 年 10 月 25 日刑集 55 卷 6 号 519 頁。この事案は、スナックのホステスである被告人 X が、スナックの女性経営者から金品を強取しようとして企て、当時 12 歳 10 月の長男 Y に指示・命令して強盗を実行させた事案である。これにつき、最高裁は、「Y は是非弁別能力があり、被告人の指示命令は Y の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Y は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである」ことを理由に、X について、「本件強盗の間接正犯が成立するものとは認められない」とした。

⁹⁸ 松澤・前掲注 46 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 98 頁。

⁹⁹ 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 卷 3 号 (1990 年) 318 頁。

¹⁰⁰ 西田・前掲注 37 『刑法総論』 350 頁。なお、亀井・前掲注 80 『正犯と共犯を区別すること』 136 頁においても、「役割の重要性」が正犯の基準とされている。

¹⁰¹ 松澤・前掲注 46 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 100-1 頁。

¹⁰² 松澤・前掲注 46 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 103 頁。

(i) まず、教唆犯について、条文の側面から見てみる。刑法 61 条は、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。」と規定されている。60 条のように「正犯とする」ではなく、「正犯の刑を科する」としていることから、教唆犯は“正犯ではない”けれども、この条文によって「正犯の刑を科す」ことができると理解することができる¹⁰³。

しかし、本質的に正犯でない者に、条文が存在することのみを理由として「正犯の刑を科す」ことは可能か、ということが問われなければならない。「正犯の刑を科す」ことができるのは、教唆犯の本質が正犯であるからと読むことも可能である¹⁰⁴。

あるいは、刑法 64 条が、教唆及び従犯の処罰の制限を規定していることから、教唆犯は共同“正犯”よりも軽い類型であり、従犯と同列に扱われていることから、狭義の共犯の一類型なのだと考えることもできるかもしれない¹⁰⁵。

一方で、64 条の教唆犯処罰が制限される罪に当てはまるのは、刑法典においては侮辱罪ということになる。だが、実務において教唆犯の大半を占めるのは、犯人蔵匿、証拠隠滅の教唆である。つまり、この 64 条の規定の“教唆犯の部分”については、存在しているが、すでに無いものと同じ状態になっている。そのような条文を根拠に、教唆犯が共同“正犯”よりも軽いとはたして言えるのであろうか。

このように、教唆犯を条文の側面から見ると、狭義の共犯に分類すると読むこともできるが、絶対に狭義の共犯に分類しなければならないと読むことはできない。どちらにも読むことが可能である以上、正犯と狭義の共犯の区別論という側面から検討せざるを得ないであろう。

(ii) それでは、正犯と共犯の区別という側面から見る。まず、教唆犯の本質を、狭義の共犯と位置づける見解について検討することにしよう。正犯と狭義の共犯の区別についての議論において、純粋な主観説、形式的客観説、折衷説（自己の犯罪説）を採る場合には、教唆犯を狭義の共犯と位置づけることができる。

純粋な主観説は、犯罪者の意思を重視し、正犯者意思を有して犯罪に関与していれば正犯、そうでなければ共犯として処罰される。それゆえ、共犯の意思で犯罪に関与する者は、その行為がどれだけ重要な役割であろうと、また、客観的には自己の犯罪であると言ようと、共犯としての処罰しかできないということになる¹⁰⁶。

しかし、純粋な主観説の問題点は、ドイツにおける浴槽事件¹⁰⁷に代表されるように、“正犯なき共犯”を認めるという点にある。浴槽事件において、姉が妹の私生児を浴槽に沈めて殺したのは、“妹のために”行ったものであるとされた。それゆえ、正犯者意思は認められず、姉は殺人の実行行為を行っているにもかかわらず、従犯として処罰されたのである。

¹⁰³ ほとんどの見解は、教唆犯を狭義の共犯とするのであるから、このような理解となるであろう。

¹⁰⁴ 野村・前掲注 92『刑法総論』414 頁。

¹⁰⁵ 林・前掲注 88『刑法総論』373 頁。

¹⁰⁶ 佐伯千仞『四訂刑法講義総論』（有斐閣、1981 年）358 頁参照。「自分のこととして意欲している」場合は正犯であるが、「まったく他人のため」にする場合は、「加担的地位に立つにすぎ」ず、教唆犯であるとする。

¹⁰⁷ RG, Urteil v. 19.2.1940. RGSt. 74, 84.

以上のように、“正犯なき共犯”を認める点に純粋な主観説の問題点があり、この見解を貫徹することは「遠い昔に斥けられ」たのである¹⁰⁸。

また、形式的客観説によっても、教唆犯を狭義の共犯と説明することになる¹⁰⁹。なぜなら、形式的客観説は、形式的な実行行為を行った者が正犯であると考えためである。61条の条文に従えば、「犯罪を実行させた」教唆犯は、形式的な実行行為を行っていない以上、正犯として評価することはできず、あくまで狭義の共犯としての評価にとどまるのである。

しかし、形式的客観説を採用する場合、共謀共同正犯は認められないという結論に至る。共謀共同正犯は、形式的な実行行為を行わない者についても、正犯として処罰する理論だからである。

形式的客観説を採用する場合、実務において共謀共同正犯とされる事例について、教唆行為がなされれば教唆犯として「正犯の刑を科す」ことができるのであるから、問題はないと考えるのかもしれないが、教唆形式以外の心理的関与について、いかに重要な役割を果たしていても、せいぜい従犯として処罰されるにとどまることとなってしまう。これは、具体的な結論の妥当性からも疑問であり、また、共謀共同正犯を肯定するという判例の態度とも相容れない¹¹⁰。

では、折衷説はどうであろうか。折衷説は、自己の犯罪を行う意思と自己犯罪を行っている事実、いいかえるなら、正犯者意思（積極的な意思）と重要な役割によって成り立つ。その場合、教唆をしたうえで相手が犯罪を実行してしまったら、その心理的因果性はまさに重要な役割と評価されてしまう。しかし、教唆犯の特徴は、また別のところにも存在し、被教唆者に行為をゆだねている点にもある¹¹¹。これは、自分にとって利益のあることならぜひやってほしいが、自分にとってどうでもよいことであればやってもやらなくてもどちらでもよいということを反対側から見たものである。すなわち、折衷説を採用すれば、自己の犯罪意思が欠落する状況がありえ、そうすると狭義の共犯に位置づけられることとなる。

(iii) 以上のように、条文の側面を理由として教唆犯を狭義の共犯と位置付けることに必然性は見受けられないことから、正犯と狭義の共犯の区別についての議論の側面から検討してみた。しかし、教唆犯を狭義の共犯と評価しうる、純粋な主観説と形式的客観説には、区別する基準にそもそもの問題があるということが言える。

正犯と狭義の共犯の区別についての議論は、いかに共謀共同正犯を肯定しつつ、妥当な結論を導くか、という点に注意が払われてきた。そのため、形式的な実行行為を行ってなくても、“実質的には”正犯と同視できる者を正犯とする、実質的な正犯概念が理論化されることとなった¹¹²。

実質的な正犯概念を採用した場合、教唆犯が正犯となることは、すでに松澤によって示

108 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」101頁。

109 たとえば、曾根・前掲注 36『刑法総論』233頁。

110 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」101頁参照。

111 松原・前掲注 27「共謀共同正犯論の現在」11頁参照。それゆえ、松原はこの点について、自己の一存で犯意を放棄できるから、意思支配が及んでいないとする。

112 すでに述べたように、重要な役割を果たした者が正犯であるとする見解、自己の犯罪を行なった者が正犯であるという見解などである。

された点であるので¹¹³、改めて検討することは控える。たとえば、重要な役割説を採用しても、行為支配説を採用しても、いずれの場合も結論として教唆犯は正犯である、と位置付けられることになろう。

仮に、自由に行為している者が正犯、相対的に不自由に行為している者が共犯であるという基準を採用しても¹¹⁴、教唆犯という存在は自由に行為している者であるから正犯であるといえよう。というのも、教唆犯は“造意”者なのであって、まさに自由に犯罪を作り出そうとしているからである¹¹⁵。

このように、正犯と共犯の区別について実質的な基準を持ち込んだ場合、判例において肯定される共謀共同正犯をうまく説明することには成功したものの、それと裏腹をなす共犯、とりわけ教唆犯の位置づけに窮するような結論を招くことになったのである¹¹⁶。しかし、現に効力を有する法を記述するのであれば、共謀共同正犯が肯定されるという現実から見て、実質的な正犯概念は妥当であるといえよう。それゆえ、正犯と共犯の区別についての議論も、その影響をうけて解釈がなされるべきである。つまり、教唆犯の本質は、正犯なのである。

(3) 教唆犯の犯罪形式

(i) 教唆犯が正犯と評価されうるものかどうかという点を前提にすると、次に問題となるのは、教唆犯は個別の正犯としての犯罪形式であるのか、それとも何らかの正犯に解消されているのか、という問題である。これを教唆犯の犯罪形式の問題と呼ぶこととしよう。

(ii) この点につき、野村は教唆犯を個別の正犯としての犯罪形式として論じていると思われるが、松澤はこの点について次のように指摘する。つまり、“現に妥当する法”は、共謀共同正犯を肯定する立場を採用しているのであり、“正犯である”という結論が同じであるからといって、教唆犯とはしていないのである¹¹⁷。

また、共謀共同正犯とされるものには、教唆形式以外にも関与の仕方があると考えられるが、その関与による心理的因果性がどれほど強力であろうとも、そのような関与を共謀共同正犯として処罰できないことになるのである¹¹⁸。

(iii) それゆえ、松澤は、“現に妥当する法”は、教唆犯をすべて共謀共同正犯に解消す

¹¹³ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」100頁参照。

¹¹⁴ Vgl. Schlösser, a.a.O.(Fn.51), Täter hinter dem Gehilfen, S.102ff. なお、林・前掲注 88『刑法総論』397頁以下も参照。

¹¹⁵ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」102頁。

¹¹⁶ これは、正犯と共犯の区別論といった場合に、共同正犯と従犯をいかに区別するか、という観点にのみ焦点が当たってしまい、教唆犯については、蚊帳の外に追い出されてしまったためである。そのため、教唆犯の多くは、共同正犯、間接正犯として説明されるという指摘がなされているにも関わらず(前田・前掲注 81『刑法総論講義』476頁注1)参照)、それでも教唆犯は狭義の共犯である、とされたのであろう。しかし、そのことが実務上ほとんど意味をなさないのは、すでに述べたとおりである。

¹¹⁷ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」103頁。

¹¹⁸ 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」103頁。

る道を選んだと結論づけた。つまり、教唆犯は本質的に正犯であるが、その内実は意思の連絡に基づく共謀共同正犯と同様であるとするのである。

しかし、嶋矢は、共同正犯と教唆犯とは「共同性」という観点から区別されるものであり、共同正犯と教唆犯は別体であることを主張した。松澤は、この点について、「背後者の指示がシンプルで強力であればあるほど、因果的影響力は一方的なものとなり、双方向的な因果的影響力は及んでいない」ことを指摘する¹¹⁹。嶋矢は、この場合に、「被教唆者からフィードバックされた影響力（了解）は、何らその後、機能していないのであるから、共同性は認められない」とするのであるが¹²⁰、いわゆる“支配型の共謀共同正犯”において、前面者は、了承（了解）しかしない場合も考えられる¹²¹。この見解では、実務の要請に応えることができないのである¹²²。

(iv) 共謀共同正犯を否定するのであれば、教唆犯の条文において「正犯の刑を科する」と規定しているのであるから、共謀共同正犯を認める必要はないとも言える。ところが、そこでいう教唆犯は、あくまで狭義の共犯の一類型であり、共同「正犯」とは一線を隔てた存在でしかなかったのである。

しかし、共謀共同正犯論と密接に関連する、重要な役割論から考えれば、教唆犯の本質は正犯とするより他はない。もっとも、教唆犯を独立の正犯としての犯罪形式とすることには上述のような問題がある。共謀共同正犯を肯定し、正犯と共犯の区別について実質的な基準をとるのであれば、教唆犯はそのほとんどの場合が、共謀共同正犯に解消されていると見るのが妥当である。

5 間接正犯に解消された教唆犯

(i) 教唆犯は、共謀共同正犯に解消されたといえる。もっとも、教唆犯のすべてを共謀共同正犯のみに解消して良いのであろうか。これは、いわゆる“故意ある幫助道具”と関連して問題となる。

なぜ、故意ある幫助道具が問題となるのか。これは、故意ある幫助道具の事案を見ればわかるであろう。たとえば、冒頭に挙げた、①名古屋高判昭和 27 年 12 月 10 日において、「被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人 N の指示命令の儘に為されたもの」と判示されている点、あるいは、②東京高判昭和 50 年 2 月 4 日において、「被告人 O が当該贈収賄にどのように関与しているかについて、T から被告人 O に指示があり、被告人 O がこれを了承したことも認められるが、これによって「両者間に共謀が成立したとみることは・・・当を得」ず、T は自己自身のために Y に金策の要請をし、自分が単独で Y から金員を収受するつもりであったとみるのが相当で、T は「O を自己の手足のように利用する意思はあった」と認められている点に、その理由を見出すことができる。

119 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」102 頁。

120 嶋矢・前掲注 90「過失犯の共同正犯論（2・完）」1697 頁。

121 なお、そのような「了承（了解）」の発信は必ずしも必要なものではない。松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」113 頁、拙稿「共謀共同正犯における共謀について」法研論集 135 号（2010 年）189 頁参照。

122 松澤・前掲注 46「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」102 頁。

つまり、故意ある幫助道具における背後者の行為を観察すれば、前面者に対する犯罪の指示であり、「人を唆して犯罪を実行させる」という、教唆犯における教唆行為そのものである¹²³。

(ii) 故意ある幫助道具は、これまでの裁判例において肯定されてきた¹²⁴。そして、今後も肯定され続けるものと予測することができる。

本論文は、現時点において、従犯は“狭義の共犯”であることを前提とする。これは、63条によって減軽される“正犯とは異なった”類型と考えるためである。

さて、従犯がそのように位置づけられるとすると、教唆行為を共謀共同正犯に解消するだけで足りるのであろうか。故意ある幫助道具の事案においても、背後者によってなされる行為は、教唆行為と同様の行為である。もし、教唆犯を共謀共同正犯に解消するというのであれば、それは、実行行為を行っている者も正犯でなければならないということになる。しかしながら、従犯は狭義の共犯の一類型であって、その本質は正犯ではない。

もし、教唆犯が共謀共同正犯に解消されることを前提に、実行行為を行う“従犯”を肯定しようとするのであれば、“従犯”もまた“正犯である”としなければ、共謀共同正犯であるという結論を維持することができないであろう。従犯をも正犯であるとする考え方は、いわゆる統一的正犯概念であるが、現時点では立法論として可能ではあるとしても、解釈論としては難しい結論であるといわざるを得ない。

以上のことから、教唆犯の本質を正犯であるとしても、その犯罪形式は、個別の正犯としての犯罪形式ではないし、共謀共同正犯に解消されたとするのみでは足りないのである。では、故意ある幫助道具の教唆行為は、一体どのような犯罪形式であるのか。それは、間接正犯である¹²⁵。つまり、教唆犯の一部は、間接正犯に解消されているのである。

(iii) もっとも、教唆犯の本質を正犯と位置づけた上で、故意ある幫助道具の場面でのみ、“教唆正犯”が成立するというように、教唆犯に特別な意味を持たせることは可能ではないか。あえて間接正犯に解消する必要はないのではないか。このような疑問が予想される。

この点については、故意ある幫助道具の“背後者の正犯性”についての検討が不可欠で

¹²³ すでに述べたように、教唆犯の形態であっても、「被利用者が意思の自由を欠く場合には、・・・通常の教唆犯から区別され、・・・『正犯』に組み入れられるべき」という考えは古くから存在し、これが間接正犯とされた（中山ほか著『レヴィジョン刑法①共犯論』95頁。）。実行行為を行う従犯（故意ある幫助的道具）の場合も、前面者の自由の度合いは異なるが、基本的構造は同様なのである。

¹²⁴ すでに述べた①名古屋高判昭和27年12月10日、②東京高判昭和50年2月4日のほか、福岡高判昭和30年5月28日裁判2巻12号577頁、横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁などがある。故意ある幫助道具のリーディングケースとされる判例は、最判昭和25年12月26日刑集4巻7号1178頁であるが、この事案においては、背後者の正犯性が認められたにとどまり、実行行為者の処罰については何ら問題とされていない。

¹²⁵ 大塚仁『注釈刑法 増補第2版』（青林書院、1977年）377頁。

ある。故意ある幫助道具における前面者は、いわゆる“道具”¹²⁶ではない。確かに、前面者は、背後者との社会的な関係によって自由な行為ができないとはいへ¹²⁷、犯罪事実を全く知らずに行為しているわけでも、絶対的強制下に置かれて行為しているわけでもない。このような（部分的に）答責的な前面者を介して、背後者に正犯性を基礎付けることが可能であろうか。

ドイツでは、「正犯の背後の正犯」論においてこのような議論が行われた。完全に答責的な前面者の背後にいる者も正犯となりうるか、というこの問題は、たとえば、組織的な権力機構を利用する場合などの限定的な場合に限ってではあるものの、肯定的に解されているということができる¹²⁸。

そして、“正犯の背後の正犯”における背後者が、どのような犯罪形式となるかという点については、間接正犯であるとする見解が有力であるといつてよい¹²⁹。共同正犯か間接正犯かという争いはあるものの、正犯の背後の正犯には、共同正犯の特長ともいえる「共同の行為決意」と、「共同実行」の2つが欠けるとされる¹³⁰。そのため、正犯の背後の正犯における背後者は、間接正犯とされるのである。

ドイツにおけるこの問題を、わが国に引き直せば、（部分的に）答責的な前面者の背後に正犯が存在することは、完全に答責的な前面者の背後に正犯の存在を認めることからすれば、可能であろう。そして、それが共同正犯か、間接正犯かという問題についても、背後者と従犯である前面者との間で、“共同”正犯が成立し得ないことからすれば、故意ある幫助道具における背後者、言いかえるなら「従犯の背後の正犯」は、間接正犯といふことができよう¹³¹。

それゆえ、「従犯の背後の正犯」は教唆行為を行なっているにも関わらず、（理論的には）間接正犯に解消されてしまっているのである。

(iv) では、なぜ“従犯の背後の正犯”を“教唆正犯”とすることはできないのであろうか。それは、教唆行為そのものは、間接正犯を基礎付けるに値しないものも含んでしまっているからである。

故意ある幫助道具は、上述の裁判例のように、組織内において上下関係が存在し、前面者が自由であったとは言えないような場合（など）、ごく限定的な事案において認められるものである¹³²。そのため、教唆行為そのものは、故意ある幫助道具が認められる事案のような関係がない場合が多いといえよう。

¹²⁶ ここでいう「道具」とは、完全な道具のことを意味している。

¹²⁷ 例えば、組織内における上司と部下のような関係の場合、部下は上司に比べて、相対的に不自由になることがある。なお、Vgl. Schlösser, a.a.O. (Fn.51), Täter hinter dem Gehilfen, S.104.

¹²⁸ Roxin, a.a.O.(Fn.74), LK, § 25, Rdn. 128ff.(S.61)

¹²⁹ Roxin, GA1963, S.194ff.; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S.166ff.

¹³⁰ Roxin, a.a.O. (Fn.74), LK, § 25, Rdn.131.(S.61)

¹³¹ 共同正犯は、あくまで“共同”の正犯なのである。正犯ではない従犯と背後者は、共同正犯とはなりえないであろう。

¹³² すでに述べた、①名古屋高判昭和 27 年 12 月 10 日、②東京高判昭和 50 年 2 月 4 日のような事例については認めることができる。

仮に、そのような関係にある場合を、“教唆犯”と呼ぶことは不可能ではない。しかし、「人を唆して犯罪を実行させた」とする規定から、そのような関係にある場合だけが教唆犯であるということは読み取ることができないのである¹³³。

教唆行為は、共謀共同正犯そのものというには狭すぎる行為であり、間接正犯そのものというには広すぎる行為である。それゆえ、教唆行為のうち、多くは共謀共同正犯に、ごく限られたものは、間接正犯に解消されたということができるのである。そして、ごくわずかに残された教唆行為が、いわゆる教唆犯として位置付けられるのである。

6 間接正犯と共謀共同正犯

以上のように、教唆犯は、特別な類型を残して共謀共同正犯、間接正犯に解消されることを明らかにした。ここでは、視点を移して共謀共同正犯と間接正犯について、さらに検討してみよう。

従来、共謀共同正犯と間接正犯とは、全く性質の異なるものとされてきた感がある。もともと、それは当然といえば当然の結論といえよう。なぜなら、共謀共同正犯は広義の共犯であるのに対して、間接正犯はいわゆる“道具”を用いた単独正犯とされてきたからである。

しかし、教唆犯といわれていたものが、共謀共同正犯と間接正犯に分類されるということは、共謀共同正犯と間接正犯は、“正犯である”という共通の基盤の上にある、接点を有する概念ということができるのである。問題は、両者を区別する境界線をどこに引くかである。

従犯の背後に間接正犯が存在すると考えることができる以上、もはや、前面者がいわゆる“道具”となれば間接正犯であり、そうでなければ共謀共同正犯であるという区別基準は機能していない。両者の線引きは、背後者による“支配の強さ”という基準にかかっているということができよう。

つまり、その境界領域においては、背後者が前面者を支配する事案（これが故意ある幫助道具となる。つまり、背後者はこの時点から間接正犯となる。）と、背後者と前面者が共同する事案（これが共謀共同正犯となる。）が、“支配の強さ”を基準に、隣り合せて存在しているのである。背後者の支配の度合いが強まり、前面者が相対的に不自由になれば、故意ある幫助道具となり¹³⁴、さらに支配が強くなれば、いわゆる“道具”を利用した間接正犯となる。逆に、支配がなくなれば、共謀共同正犯となるのである。

なお、形式的に上下関係があるからといって、常に背後者によって前面者が支配されるわけではない。わが国の共謀共同正犯には、支配型共謀共同正犯があり（むしろ共謀共同正犯の原型は支配型であるとも言える）、これを無視して間接正犯であるとすることはできない。それゆえ、“支配の強さ”という基準は、その意味で曖昧な基準であるといえる。

基準が曖昧であることは、本来であれば好ましくないことである。ただし、間接正犯と共謀共同正犯を区別する場合、背後者に関して言えば、どちらも正犯であるということから、間接正犯か、共謀共同正犯かという問題は、量刑の問題ともいえるのであり、その基

¹³³ このことは、教唆犯が共謀共同正犯に解消されることから明らかであろう。

¹³⁴ Schlösser, a.a.O.(Fn.51),Täter hinter dem Gehilfen, S.108f.

準の曖昧さは、結論の妥当性に委ねることも可能といえる。

ただし、前面者については、“支配の強さ”という基準によって、従犯となる場合と、共謀共同正犯となる場合が区別されるわけではない。支配の強さという基準は、正犯内での区別基準であって、正犯と共犯の区別についての基準は別の基準が必要なのである。

7 小括と提言

教唆犯の本質は正犯である。ただし、教唆行為も犯罪の指示・命令も客観面で変わるところはない。客観面のみを問題としたなら、教唆行為は、重要な役割を果たした者といえるであろう。教唆犯が正犯であるという結論にも首肯できるところがある。

もっとも、これがどのような犯罪形式かはひとつの問題であったが、ヴァリッド・ローの立場からは、これを共謀共同正犯に解消されることが明らかとなった。あるいは、全面者によっては、間接正犯に解消するという結論が導かれることとなろう。教唆行為それ自体に独自の意味を認めず、間接正犯に解消されるという結論は、これまでにない理解であるが、現に効力を有する法として、故意ある幫助道具を認め、従犯が正犯とは異なった類型であることを認めるのであれば、教唆行為を行っており、かつ、前面者を支配して、相対的に不自由にした背後者は、これを共謀共同正犯に解消することはできず、間接正犯として処罰されることになる。つまり、教唆行為を行っている背後者が、間接正犯として処罰されることとなるのである。ここに、教唆犯は間接正犯にも解消されたということが示されているのである。

となれば、刑法 61 条それ自体に、存在意義はほとんどないとみることも可能ではある。犯人蔵匿や証拠隠滅において教唆犯が用いられる現状も、処罰の間隙を埋める意味しかないのである¹³⁵。そうであるなら、もはやこれを 61 条として定めるより、独立教唆罪として立法するほうが望ましいとさえいえる¹³⁶。

それでも、裁判例は教唆犯を肯定するであろう。それは、自己の犯罪という概念を用いる以上、わずかながら残された可能性を 0 にするわけにはいかないといえるからである。主観面の部分を強調していけば、教唆犯は、正犯者意思、積極的な意思が欠けるかもしれない。しかしながら、それらは、犯罪論体系上の意味を持ちえないのである。

それゆえ、教唆犯についても、裁判例は狭義の共犯と位置付けているが、それは、共謀共同正犯か間接正犯として処理していくべきなのである。

¹³⁵ 松澤・前掲注 46 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 103 頁。

¹³⁶ 松澤・前掲注 46 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」 106 頁。

結 語

本論文の結論をまとめる。

第 1 章においては、法解釈学の方法論をめぐる議論を概観し、法解釈学には科学性が必要であるという立場から、事実認識と価値判断を明確に分けるべきであることを論じた。このような方法論を採用するのは、実務と理論を架橋するためには、まず事実認識が重要であること、そして、それに基づく体系的思考を通じた分析を行うことが必要であると考えたからである。そして、自己の犯罪説というパラダイムを用いて、わが国の故意ある幫助道具を分析することとした。

第 2 章においては、故意ある幫助道具を認めた裁判例、故意ある幫助道具に関する学説を概観し、自己の犯罪というパラダイムからこの問題を検討した。主観説は、すでに過去のものとなっており、現在では支持がない。それにもかかわらず、裁判例は故意ある幫助道具を認めるにあたり、自己の犯罪意思や、正犯者意思を問題としてきた。このような態度は、自己の犯罪説によると、すべて「客観的な要件」に還元されるという。そこで、そのような「客観的な要件」について検討を加え、それは、利益の帰属と関与者間の関係（人的関係）であると結論づけた。そのうえで、記述されたヴァリッド・ローに検討を加えた。

第 3 章においては、裁判例が故意ある幫助道具を認める際に「共謀がなかったこと」を理由とするため、「共謀」の概念の検討を行い、共謀が正犯と狭義の共犯を区別するものではないことを明らかにした。また、重要な役割概念についても検討し、違法性の量的差に影響すると結論づけた。同様に、第 2 章で明らかとなった、利益の帰属と関与者間の関係について検討したが、利益の帰属は犯罪論体系上において意味を持つものではないこと、人的関係については、違法性を減少させる、あるいは、責任を減少させるいずれの考え方もあり得ることを指摘し、違法性が減少するものと結論づけた。

第 4 章においては、第 3 章までに明らかとなった、重要な役割を果たすことで正犯の要件は満たすが、その場合でも、関与者間の関係に基づいて相対的に不自由に行為している場合は従犯となるという正犯概念からすると、支配型共謀共同正犯のうち、強力に心理的因果性を及ぼす者がいる場合、前面者は故意ある幫助道具となりうる場合がありうるのではないかと、という視点で政策的提言を行った。また、本論文の正犯概念からは、教唆犯は正犯に解消され、共謀共同正犯に解消されるほか、間接正犯にも解消されることを論じた。

本論文は、故意ある幫助道具という、ごく限られた特殊な従犯形態を切り口として、正犯と狭義の共犯の区別基準を論じた。しかし、その切り口の狭さにもかかわらず、故意ある幫助道具をめぐる、正犯と狭義の共犯を区別する基準の複雑さは、まさしく“ごった煮”であった。

ヴァリッド・ローを記述するのであれば、亀井源太郎による重要な役割説、あるいは、松澤伸の記述によるヴァリッド・ローが妥当しているといえよう。というのも、何をどこでどう考慮するのか、という点で、まったく統一された基準がない。そうであるなら、犯罪論体系をひとまずおいて、量刑判断としてフレキシブルにさまざまな事情を考慮する、あるいは、因果性から切り離して、とにかくさまざまな要素から分析するということにならざるを得ない。

このような事態を招いたのは、その判断基準に、犯罪論体系的思考が反映されていないか

ったことによるものが大きい。そこで、体系的思考を通じて、自己の犯罪説が問題とする要素を検討したところ、最終的に、正犯とは、重要な役割を果たした者を基本とし、関与者間の関係を考慮した結果、従犯となる場合があるという結論となったのである。

今後、さらに検討すべき課題は、このような理論の源流はどこかという問題である。本論文は、その方法論の特殊性から、基礎理論からの演繹ではなく、裁判例からの認識から始めた。そのため、このような結論に至ったのであれば、基本的な理論はこの理論であろうか、という通常とは逆の形で探究することとなる。まず、検討すべきは、ドイツにおける主観説の歴史的検討であると考えている。すでに終わった議論であるようにも思えるが、主観説のうち、故意説の検討は十分でない。

また、自由と不自由という概念が、実務で使いやすいものかどうか、という判断を捨て去ってはいけない。むしろ、実務において使いやすかった「自己の犯罪」意思を捨てるよう提言したのであるから、自由・不自由概念はよりクリアにして提示されなければならない問題である。昨今、実務と理論を架橋するのであれば、事実認定論も視野に入れて研究がなされる必要が出てきていることを考えると、その基準が真に意味するところを分かりやすく提示する義務は我々にあるといえる。そのことを今後の課題としながら、さらに研究を進める必要がある。