

共犯論

齊藤 信 宰

一 はじめに

「共犯とは何か」を考えると、多面的な検討がなされなければならない。本稿では、①犯罪共同説と行為共同説、②片面的共同正犯、③刑法六五条一項と二項の関係、④共同正犯からの離脱、⑤共犯従属性説と共犯独立性説の五項目について検討する。

二 犯罪共同説と行為共同説

「共犯」と「正犯」は、きわめて密接な関係にあるから、共犯を論ずるにあたっては「正犯とは何か」ということの理解をしておく必要がある。「正犯」についての解釈は刑法六〇条がその拠り所とされている。六〇条は、「二人以

上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と規定している。この規定から正犯とは、「犯罪を実行した者」ということが理解できる。このように、共同正犯の場合には、「二人以上共同して犯罪を実行した者」ということになるから、「共同して犯罪を実行した者」とは、いかなることをする者に対していうことができるのかが問われなければならない。この解釈について、学説には犯罪共同説と行為共同説という二つの考え方がある。

犯罪共同説とは、「二人以上共同して犯罪を実行した者」という文言の解釈として、二人以上の者が一定の「犯罪」を共同して「実行する」⁽¹⁾ことが共同正犯の要件であるとする。そこで、たとえば、甲乙が意思の連絡のもとに「殺人」と「傷害」というように、構成要件的に重なり合いが認められるときは、その重なり合う限度で共同正犯が成立するものである。つまり、犯罪共同説が主張する「共同正犯」とは、一定の基本的構成要件に該当する行為を共同して行うことであるとする。この考えは、犯罪を共同して行うには、特定の犯罪に限定しないと「共同」ということはできないという理論で、共同正犯の成立範囲を限定していることが理解できるが、錯誤論という「法定的符合説」と軌を一にするものといえよう。しかし、厳密に考えるならば、「殺人の意思」と「傷害の意思」は本質的に異なるのであって、両者に重なり合いを認めその範囲で「共同正犯」を認めるというのは無理がある。

共同正犯においては、何を共同にしたのかということが重視されるべきであって、結果的に共通する部分があるので、そこを捉えて「共同正犯」とすることは適当ではない。そもそも犯罪には、理論的にいえば「重なり合い」などということは存在しないのであって、そのために刑法各則においては詳しく条文が規定されていると考えるべきであろう。もつとも、犯罪共同説によれば、「結果に対する意思のないうところに、その共同ないし共同実行ということはあり得ない」⁽²⁾ということになる。したがって、当然のことながら過失犯の共同正犯ということも否定される。

すでに述べたように、犯罪共同説によれば、共同正犯における「二人以上共同して犯罪を実行した者」ということの意味は、二つあり、一つは同一の犯罪に対する行為を共同して行うことであり、他の一つは傷害と殺人というように「法定的に符合する」部分のある犯罪を共同して行う場合ということになる。このことから理解できるように、犯罪共同説においては、共同正犯の成立する範囲が後述する行為共同説よりも制限されることになる。

行為共同説によれば、二人以上の者が行為を共同にするという意思があれば、共同正犯は成立するという理論である。つまり、犯罪共同説が主張するような考えではなく、刑法六〇条にいう「二人以上共同して犯罪を実行した」という規定の解釈として、二人以上の者が共同の実行行為によって各自の企図する犯罪を遂行することであるということになる。この理論によれば、「二人以上共同して犯罪を実行」とは、共同にかかる事実ということを予定し、これに基づいて犯罪の成立を論ずることになる。したがって、共同という事実は、犯罪事実の法律上の構成を離れて考えるべきであり、「共同」ということに重点を置くことによって、故意行為の共同、故意行為と過失行為の共同、過失行為の共同、延いては行為者の一方だけの片面的行為の共同ということもあり得ることになる。犯罪共同説によれば、共同正犯とは、二人以上の者が一定（特定）の犯罪を共同して「実行する」ことであるとしているので、故意の共同が要件とされ、同一の故意犯を共同して行うことになる。これに対して、行為共同説は、「共犯は数人が共同の行為に因ってその犯罪を遂行するものと解することが論理的なことであるとする。この考え方に従うときは、まず、共同にかかる事実ということを予定し、これに基づいて犯罪の成立を論ずべきことになるのである。共同という事実は犯罪事実の法律上の構造を離れて考えるべき^③とする。この見解に対して団藤博士は、「行為共同説によれば、前構成要件的——あるいは前法律的・自然的——な行為を共同に行えば、共同正犯になるものとされる。したがって、

異なる構成要件についての共同正犯もみとめられることになる。⁽⁴⁾との反論は、共同正犯は一定の「犯罪」の「共同実行」であるとの考えからすれば、正鵠を射ている。これに関しての山中教授の見解は、「行為共同説によれば、行為ないし因果過程を共同にすることを前提に、それぞれの犯罪の『実行行為』を共同にする必要があることはいうまでもない。したがって、そもそも『実行行為以外の行為』の共同が問題となるのではなく、実行行為の種類が異なってもよいというだけのことである。それぞれの行為が『実行行為』でなければならぬことは、共同正犯は、他人と共同して自己の犯罪を実現するものであり、自己の犯罪にとって他人の犯罪の利用がもつ意味により自己の犯罪に対する責任を問題にするのが行為共同説であることを考えるならば、疑念を容れる余地はないであろう。……行為共同説にとつては、共同正犯の効果とは、共同正犯が肯定されるかぎり、他方行為者の行為の結果とみられうる結果も、当該行為者の惹起した結果とみなされるということにすぎない。⁽⁵⁾」とされ、行為共同説を的確に説明されている。

これまで述べてきたことからいえることは、行為共同説によれば、「共同」とは、各人の「実行行為」が「共同」という形態を取っていればよいのであつて、そうであるかぎり共同正犯は成立するのである。わたくしは、行為共同説をこのように解している。したがって、「AとBとが共に放火をしようと共謀し、その際、Aのみがその家屋の中で病臥している家人の在室を知りつつ殺人の故意で放火したような事例では、Aの放火行為は殺人の実行行為でもあるというように、放火の実行行為と殺人の実行行為とは重なり合い、死の結果に対してともに因果力をもちうるから実行行為の共同・因果関係の共同はありうる……共同正犯とされるためには、自らの行為が、もう一方の者の犯罪に因果的に影響を与えているだけでなく、相手方の犯罪の実行行為の一部を事実上実行している必要がある⁽⁶⁾」ということである。つまり、犯罪共同説が主張するように、「同一の故意犯の実行行為を共同にする場合すなわち故意の共

同のある場合に共同正犯が成立する」のではなく、行為共同説は、「故意の共同は必要ではなく、構成要件の外部・客観的要素を実現する限度における実行行為の共同があれば共同正犯が成立する」⁽⁷⁾のである。たしかに、共同正犯は「二人以上共同して犯罪を実行した者」であるから、「共同して犯罪を実行する」という文言の解釈が重要となるのであるが、その「犯罪」は「同一の故意犯」に限る必要はないが、どこまでを「共同」の範囲とすることができ、それを考える必要はある。それを行為共同説は、「構成要件の外部的・客観的事実を実現する限度における実行行為の共同」としたのである。そこで、重要なことは、その意味をどう理解するのかということである。私見によれば、どこまでが行為として共同できるかということが検討されなければならない。それによつて、自ずから「共同して実行する」範囲というものが明らかになってくるのではないかと思う。換言するならば、犯罪共同説では、同一の故意犯しか共同して実行することができないのではないかということであるが、行為共同説からは故意犯と過失犯、過失犯の共同正犯というものも考えられるのである。

このように、「共同して犯罪を実行する」という文言の意味は、「犯罪」を同一の故意犯に限定することは共同正犯の成立にとつての要件ではなく、「犯罪となる行為を共同して実行する」と解することが適當ということになる。これらのことからいえることは、共同正犯とは、故意行為であれ過失行為であれ犯罪「行為」を共同にすることであり、それぞれの犯罪「行為」を共同にすることであるということからすれば、各人それぞれが犯罪の正犯ということとなる。つまり、共同正犯とは、二人以上の者（正犯者）が共同して犯罪を実行することであるから（正犯の共同）、一歩進めて「何を共同にするのか」ということについて考えなければならない。そこで、Aは殺人の意思で、Bは傷害の意思でCを襲ったという事例について考えてみよう。いうまでもなく、殺人としての行為、傷害としての行為に

ついでいえば、本来、両者は独立の行為であるから、厳格にいうならば、別個・独立の犯罪行為である。したがって、両者の間には、それぞれの犯罪についての共同関係は存在しないのである。ただ、共同正犯においては「二人以上の者が共同して犯罪を実行した者」ということが要件となっているので、「共同」ということを何に求めるかであって、このことが「共同正犯とは何か」を考えるうえで意味をもつのである。つまり、本来は独立犯である二つの犯罪であつても、それぞれの犯罪に共通する「行為」が共同になされる場合を想定しているのが、六〇条の「二人以上共同して犯罪を実行した者」の文言の意味ではないかと思う。すなわち、六〇条にいう「共同正犯」は概念的には正犯の一形態であるから、狭義の「共犯」とは本質的に異なるものということを理解しなければならぬ⁽⁸⁾。このように、これまで理解されてきた「共同正犯」を理解しようとすれば、行為共同説に帰着せざるを得ないであろう。なぜなら、たとえば、「共犯の過剰」の場合を考えてみると、複数の者が同一目的で共同して犯罪を実行した場合、行為の途中からそのうちの一人が当初の同一目的から外れた過剰な行為に出て結果を発生させた場合、犯罪共同説からは「共同正犯」を論ずることは困難ではないだろうか。もっとも、「共犯の過剰」では、過剰の部分について当初の計画以外の結果が生じた場合は、それを生じさせた者が責任を負うということになるとすれば、その結論について犯罪共同説からはどのような説明がなされるのであろうか。仮に、それぞれが行った共通結果に「共犯」の根拠を見出すということになるのであれば、それは特定の「犯罪」を共同にするということではなく、各自の「犯罪」に共通する「行為」を共同にするということではないかと思う。もちろん、二人以上の者が同一犯罪を行う場合が共同正犯であるということはいうまでもない。しかし、各自が別々の行為をしたとしても、「行為」に共同性を見出すことができる場合も考えられる。行為共同説は、この点を重視した理論である。問題は、どの範囲までに正犯としての「共同」を見出す

ことができるかということである。山中教授は、「行為共同説は、それぞれの関与者からみてそれぞれの犯罪を共同にすることが共犯の本質であるとみるものであるから、関与者それぞれにとっての違法な構成要件該当行為を共同することがありうると考えるものであつて……狭義の共犯自体はもちろん、違法で共犯構成要件該当の行為であることは必要とするのであり、また、共同正犯においては、すべての加担者に構成要件該当行為を要求するものである。」⁽⁹⁾とされる。したがって、過失の共同正犯や故意犯と過失犯との共同正犯も認められることになる。つまり、「犯罪は行為である」とする命題からは、共同することができるのは「犯罪」ではなく「行為」なのである。このことから、共同正犯については、行為共同説が妥当である。

三 片面的共同正犯

片面的共同正犯とは、客観的（形式的）には発生した結果について二人以上の者の間に共同実行の事実が認められるけれども、実際には、二人以上の者の間には「実行行為を共同にする」という意思がない場合をいう。つまり、一方だけが片面的に共同加功の意思をもっている場合をいう。片面的共同正犯は、相手方に共同の意思がないという点で通常の共同正犯とは異なる。学説においては、肯定説と否定説に分かれているが、この問題についても行為共同説と犯罪共同説が深く関わっているといえよう。⁽¹⁰⁾否定説の根拠は、共犯に必要な「意思の連絡」が欠けているというのである。もつとも、意思の連絡がなくとも、物理的因果性が相互に影響している場合には、共同正犯を認める余地があるのではないかという説もある。⁽¹¹⁾

片面的共同正犯についても学説の分岐点は、共同正犯の成立にとって重視されるべきは「意思の連絡」か「行為の

共同」かという点にあるといつてよいであろう。片面的共同正犯と他の共同正犯との違いは、相互に実行行為を共同にするという意味の存否にあるといつてよい。すなわち、片面的共同正犯の場合には、他の共犯者とされる者には共同の意思がないという点で他の共同正犯とは異なっている。そうすると、片面的共同正犯を認めるか否かという事で重要なことは、「共同実行の意思」をどのように捉えるのかという点にあるといつてよい。私見によれば、片面的共同正犯を認める。そこで、「共同実行の意思」についてどのように解するのかということからこの問題の検討をする。そもそも共同正犯が成立するためには、互いに意思の疎通が必要なかということである。共同正犯の成立要件は「二人以上共同して犯罪を実行した者」である。この文言をそのまま解すれば、「二人以上が共同して犯罪を実行する」ことであるから、「共同して犯罪を実行する」ことが共同正犯にとって重要なのである。これを論拠にして片面的共同正犯を考えてみると、共同正犯の一方だけが(片面的に)他の者と共同して犯罪を実現する意思を有していれば足り、共同実行という点を重視するならば、必ずしも関与者の側に共同行為をするという意思がなくても、他の者にその行為を利用する、あるいは協力する⁽¹²⁾という意思があれば、利用(協力)する意思をもった者は共同正犯になるというのである。つまり、「行為」を共同する⁽¹²⁾というのは、必ずしも双方が「共同する」という意思の疎通は要件とはならないということである。

これまで述べてきたように、片面的共同正犯の問題は「共同」正犯というものをいかに捉えるかということである。これについて、「犯罪を共同にする」という文言の中に共犯者の「意思」を重視する「犯罪共同説」と行為者の一方が「行為を共同する」という意思を持てば、共同した者には共同正犯の成立が考えられるという「行為共同説」からの立場があることはこれまで述べてきた。たしかに、「二人以上共同して犯罪を実行した」という文言の解釈として、

共同者間には意思の連絡が必要というのは誤りではない。しかし、「犯罪は行為である」から、「共同」というのは「行為」を共同にすることと解すべきであつて、仮に、一方に「行為の共同」の意思が認められるかぎり、片面的共同正犯を認めることができるのと解するのが妥当であろう。つまり、「犯罪は行為である」という命題からすれば、犯罪に対する共同行為は、物理的因果性のみによる場合においても成立しうるので、たとえ片面的であつても共同正犯は成立すると考える。すなわち、片面的共同正犯は、「単に他人の犯罪行為を脇から援助したにとどまらず、自ら主体的に」犯罪を実行したといえるような場合には、「刑が減軽される『幫助』ではなく、『正犯』という評価が相応しい……」。通常、共同正犯が成立するためには、共同者間に相互の意思連絡が必要となるが、例外的には片面的共同正犯の成立を認める余地がある¹³⁾」のではなからうか。

四 刑法六五条一項と二項の関係

わが刑法六五条一項と二項の解釈をめぐつて、通説は一項が真正身分犯と共犯の関係、二項が不真正身分犯と共犯の関係についての規定であると解している。これに對して、一項は真正身分犯・不真正身分犯を通じての共犯の成立の問題を規定したものであり、二項は不真正身分犯についての科刑の問題を規定したものであるとする有力説や判例もある¹⁴⁾。さらに、六五条一項は真正身分犯に対する非身分者の加功に関する科刑を規定したものであり、二項は正犯・共犯関係にある者の間において、身分により刑の輕重・減軽の相違がある場合に関する科刑を規定したものであるから、両者は個別・独立の規定であるとの説もある¹⁵⁾。

それでは、六五条一項と二項の関係はどのように解すべきであらうか。一項は「犯人の身分によつて構成すべき犯

罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定している。この文言の解釈について、私見によれば、一項で重要なことは、身分のあることによつて構成される犯罪に、身分のない者が加功することは十分にあり得ることであるが、身分犯においては「身分」が必須の要件であるがゆえに身分なき者はその犯罪について「身分犯」ではないのである。つまり、身分なき者にとつては、通常の（身分のない者が行う）犯罪にすぎないのである。したがつて、身分犯とされる犯罪においては、身分なき者は「単独正犯」となることはできないのである。しかし、身分なき者が身分ある者の犯罪に「加功」することは可能であるし、それは身分なき者にとつては、通常の犯罪の「加功」ということになる。そして、「加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定しているのであるから、「加功」は「正犯」ではないことが明らかである。そもそも身分犯は犯人に身分が備わっていることが要件となつて成立する犯罪であるから、身分のない者を正犯とすることはできないし、また正犯として罰することはできないのである。しかし、「加功」は可能である。したがつて、「加功」とは、正犯以外の共犯すなわち「教唆犯」「幫助犯」と解するのが適當であるから、六五条一項の「犯罪行為に加功した」ということの意味は、「教唆犯」「幫助犯」と解するのが適當であり、六五条一項の「共犯」の中には、「共同正犯」は含まれないとすべきである。このように解すれば、六五条一項の規定は、共犯従属性とは直接には関係のないことが理解できる。つまり、身分のない者は、身分ある者と「正犯」になるということはないのであつて、せいぜい「加功」しかできないということである。すなわち、六五条一項の規定は、身分のあることを要件とする犯罪には、身分のない者は当然のことながら「正犯」にはなり得ないのであるから、極めて当然の規定であり、「共犯従属性説」の考えとも関係はないのである。このように、六五条一項は身分の連帶的作用を定めた規定というよりも、身分犯においては、身分のない者には正犯と

しての犯罪は成立しないという規定なのである。しかし、正犯になり得ないとしても、傍から「加功」することはできるのである。このことは、六一条の「教唆」、六二条の「幫助」の規定からも十分に理解することができる。「加功」の意味は、あくまでも「加功」であって正犯にはなり得ないのである。そうだとすれば、六〇条の「共同正犯」にいう「二人以上共同して」という文言の意味と「犯人の身分によつて構成すべき犯罪に加功したとき」という文言の意味は違うということが理解できる。仮に、「犯罪に加功した」という文言の意味が「共同正犯」をも含むということになるとすれば——換言するならば、身分のある者も身分のない者も六五条一項の「共犯」に「共同正犯」も含まれるという意味に解すると——少なくとも六五条一項は六〇条で補うことができるのであつて——六五条一項の規定は不要ということになるであろう。しかし、六五条一項は、やはり意味のある規定といわなければならない。なぜなら、六〇条の「共同正犯」における意味内容と六五条一項の「加功」「共犯」における意味内容とは、単なる文言の違いだけではないのである。すなわち、六〇条には、六五条一項では補えないものがあるからである。六〇条は「二人以上共同して犯罪を実行した者」を「共同」正犯とする規定である。この規定でわたくしが注視するのは、「犯罪を実行した者」という文言である。この文言の意味は、犯罪を実行した者同志が等しく責任を負うということではないかと思う。つまり、責任を負う条件が同じであるということである。これに対して、六五条一項の文言は、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功したとき」である。六〇条の「共同して犯罪を実行した者」という文言の意味としては、共同者の立場としては対等であるが、「加功した」という文言の意味¹⁶としては、共同者間の関係に差異があると考えるのが自然である。そうすると、六五条一項にいう主たる者は身分を持った者であり、従たる者は身分を持たない者になるということではないかと思う。そもそも身分犯というのは、身分を有する者しか犯すことの

できない(正犯になり得ない)犯罪である。このように考えるならば、身分犯においては、身分のない者は共同して(対等な立場に立つて)共同正犯として犯罪を行うことはできないのである。ところが、非身分者といえども、身分のある者に対して犯罪を唆したり幫助(加功)したりすることは可能なのである。このように、六五条一項の「身分犯の共犯」で規定されている「加功」とは、右に述べたことを規定しているものと解するのが適當であろう。もつとも、身分を持たない者に対する規定があるときは、身分のない者には通常の刑を科することができるのである。このように解することによって、六五条一項と二項は六〇条と矛盾するものでもなく、六五条一項は六〇条で身分を持たないがゆえに正犯とはなり得ない者の「加功」を規定し、二項は、たとえば単純横領罪と業務上横領罪のように、「身分」の存否だけが別で犯罪内容は同じ者の正犯の科刑についての規定であるということが理解できるであろう。すなわち、共犯全般についていえば、六〇条が正犯の共同(共同正犯)の規定であり、六五条一項が身分犯に関する正犯・共犯の規定、二項が身分の有無による者の共同正犯の科刑の規定であると解する。

共犯に関しては、刑法六〇条に共同正犯の規定があり、六一条に教唆犯、六二条に幫助犯が規定されている。これらの条文についての解釈は殆ど隔たりはない。問題は、六〇条と六五条一項、二項の関係であるから、この点について更に検討する。六〇条は、「共同して犯罪を実行した者」を共同正犯にするという規定であるから、ここに共同正犯者における身分の問題は生じない。以下においては、六〇条の「正犯」と六五条一項の「共犯」の意味について検討する。六〇条は、「共同して犯罪を実行した者」を共同正犯にするという規定であるから、ここに共同正犯者における身分の問題は生じない。この規定の特殊な場合を想定したのが六五条一項である。私見によれば、六五条一項の「共犯」の意味は、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したとき」の共犯であって、わざわざ「犯人の身

分によつて構成すべき犯罪行為に加功したとき」と共犯者を限定している。つまり、この場合には、「犯人の身分によつて構成すべき」犯罪者（正犯）が存在するのである。その正犯に「加功」したときは、身分のない者は「正犯」ではなく「共犯」としているのである。六〇条では「正犯」としているのであるから、六五条一項にいう「共犯」の意味は、狭義の共犯すなわち「教唆」「幫助」のいずれかを指すと解すべきではなからうか（「加功」ということから厳密な意味では幫助というべきであろう）。

刑法六〇条は「共同正犯」の規定であるが、これは共同正犯の大原則である。そして、六一条、六二条が六〇条とは別の（狭義の）共犯規定である。これまで述べてきたように、共同正犯とは「正犯」の共同であるが、現行刑法典の中には「正犯」の定義は規定されていない。そのうえで、「共同正犯」という正犯の共同を「共同正犯」といい、「教唆犯」「幫助犯」という三分類をしている（広義の共犯）。「共同正犯」の内容としては、「二人以上共同して犯罪を實行した者」と規定しているのである。この規定は、身分に関係のない共同正犯の規定である。これらのことから理解できるように、「共同正犯」と「教唆犯」「幫助犯」とは、誤解をおそれずにいうならば「異質」の概念ということができる。つまり、一般的に「共犯」という定義の中に「共同正犯」と「教唆犯」「幫助犯」の三形態を総称して「共犯」としているが、正確にいえば「教唆」と「幫助」が本来の「共犯」といえるのではないかと思う。断つておくが、一般的には「共同正犯」「教唆犯」「幫助犯」を総称して「共犯」と呼ぶことを誤りだといっているわけではない。ただ、「共同正犯」を正犯の共同という面から捉えるということも意味があるということである。

「共犯と身分」における「身分」について若干詳しく考察してみよう。六五条一項には、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であつても、共犯とする。」と規定されている。これを収賄罪を例

に検討する。「公務員」という身分がなければ、収賄罪に問われることはない。問題は、非公務員が関与した場合の取り扱いである。六五条一項では、身分犯に加功したときは、非身分者であつても共犯とする規定になっている。これは、単独で行つた場合には処罰されないが、共犯としてなら処罰されるという連帶的作用を意味し、六五条二項では、関与者の身分に応じて刑を科すという個別的作用を規定している。問題は、「身分のない者であつても、共犯とする。」というのは如何なる罪についての共犯かということである（このことは、共同正犯についても問題となる）。収賄罪についていえば、収賄罪についての共犯（たとえば、幫助犯）が成立することになる。たしかに、身分犯は犯罪の成立に「身分」を必要とする。しかし、これは「正犯」にとつての要件である。教唆犯、幫助犯については、この身分は不要であると考ええる。なぜなら、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功した」場合、「加功する者」は「正犯」にはなり得ないから「加功」する者にとつて「身分」は必要要素にはならないからである。つまり、六五条一項で敢えて「加功」としたのは、幫助犯に限定しているものと理解する。仮に、「教唆犯」まで含むとすると、教唆犯には「正犯の刑を科する。」と規定されているので、身分のない者が身分のある者を教唆した場合、正犯である身分犯の刑を科することになるからである。再三述べてきたように、身分犯は犯罪の成立に身分のあることを要件とする犯罪である。教唆者には正犯と同様の身分がないのに「正犯の刑を科する。」ということになつてしまうと、非身分者に身分犯としての刑を科すことになり、そうなると「身分犯とは何か」の説明に窮してしまふであろう。このように、六五条一項の「加功」とは、教唆を含まないことを明確にする「加担」すなわち「加功」という文言を用いたと理解するのである。

次に、「教唆犯」について検討してみよう。教唆犯についていえば、これは直接、犯罪行為に加わっていない。「幫

助犯」は、「正犯を幫助した者」であるから、正犯の犯罪遂行に対する有形・無形の便宜的行為を与える者である。しかし、直接的に犯罪に加わるというよりは、正犯の犯罪行為に物心面で「加功する」行為であるといえる。通説によれば、一項では単独で行えば処罰されない（犯罪を構しない）が、共犯としてなら処罰されるという意味での連体的作用を明示し、二項ではそれぞれの関与者の身分に応じた刑を科すという個別的作用を認めたものという形式的區別説を採用している。¹⁷⁾

これまで述べてきたように、六五条一項、二項の解釈は錯綜している。前田教授は、「共同正犯は少なくとも実行行為の一部を行えばよいはずで、それは身分がなくても十分可能である。」¹⁸⁾とされる。たしかに、共同正犯は実行行為の一部を行えばよいはずである。問題は、六五条一項の「加功」という文言の意味と、二項の規定である。仮に、六五条一項は実行行為の一部を行えばよいということになると六〇条との関連はどうなるのであろうか。もちろん、六〇条は身分ある者同志、身分なき者同志の共同正犯の規定としては適当である。ところが、六五条一項は身分ある者と身分のない者との共犯の規定であると理解することができる。しかし、一項の規定にいう「共犯」は「加功」をその内容とするものであるから、狭義の共犯（幫助）を意味する当然の規定であると解すべきである。また、二項については、「不真正不作為犯」にいう「身分」を指すのであるが、その内容は身分のある者と身分のない者が共同して罪を犯し、しかも身分のある者と身分のない者の量刑に違いのある場合の規定である。したがって、六五条一項に該当するときの非身分者は狭義の「共犯」として処罰されることになるが、六五条二項に該当するときは、身分のある者と身分のない者は別々に処罰されるのであるから、両者の関係は六〇条の規定を補うものであって、原則・例外というような関係にあるものではなく、独立したものとして捉えるべきである。このように、六〇条にいう正犯は、

各犯罪としての正犯を意味するものとすれば、この結論は「共犯独立性説」に行きつくのではなからうか。これに關しては、後述する。

五 共同正犯からの離脱

共同正犯からの離脱とは、共同正犯関係にある者の一人が翻意して犯罪遂行の途中で離脱したが、他の共同正犯者は犯罪を遂行して結果を発生させた場合、離脱した者の刑事責任はどのように扱われるのか。これが共同正犯からの離脱の問題である。この離脱についての問題は、場合を分けて論ずる必要がある。たとえば、^(a)共謀の段階での離脱の場合のように、「実行の着手前の離脱」と、^(b)「実行の着手後の離脱」とに分けて考えなければならない。

共謀の段階での離脱は、共謀共同正犯を認める立場から問題とされよう。判例によれば、共謀の段階での離脱は、⁽ⁱ⁾離脱者が離脱の意思を他の共謀者に表明し、⁽ⁱⁱ⁾他の共謀者がこれを了承するという二つを要件としている。⁽¹⁹⁾ それでは、実行の着手後の共同正犯の離脱についてはどのように考えることができるであろうか。つまり、「離脱理論」の場合、離脱後の結果発生について離脱者はどのように扱われるのかということである。「離脱」といえるためには、どのような要件が必要なのかということを判例で検討してみよう。⁽²⁰⁾ 事実によれば、被告人は犯行前夜、共犯者数名との間で住居侵入・強盜の共謀をしたところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した。見張り役の共犯者が、既に住居侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がよい。先に帰る」などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく、待機していた現場から見張り役らと共に離脱した後、残された共犯者らはそのまま強盜を実行したというものである。本件事案につき最高裁は、「被告人が離脱したのは強盜

行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」とした。このように、共同正犯からの離脱の場合、離脱したといえるためには、共犯関係の解消といえるような状況にすることが必要であるが、そのためには、共同正犯の場合においては、共同正犯者が共同行為に着手する前の状態にもどす必要がある。なぜなら、共犯とくに共同正犯においては、単独犯と違って精神的な面において互いに依存することが多いといえるからである。したがって、共同正犯を解消するために重要なことは、相互の依存関係が断たれたという状況を作り出すことである。そうすると、離脱の問題においても、このことが重視されなければならないということになるであろう。²¹⁾

また、離脱の問題は、離脱したにも拘わらず結果が発生した場合、発生した結果との関連での取扱いが問題となる。共同正犯における中止未遂は、実行の着手後においては中止を決意した者が真摯な努力をして他の共犯者による結果発生を防止することである。実行の着手前の共同正犯における離脱の場合には、離脱をする際に他の共犯者に離脱の了承を得ることが重要なのである。もっとも、離脱の了承と発生した結果との関係は、具体的に考察されなければならない。つまり、「共犯」とはいっても、共犯には広義の共犯と狭義の共犯がある。広狭二分類できる共犯は、当然、内容を異にしているから、それぞれに付随する未遂あるいは離脱についても個別に検討されなければならない。そのためには、共犯における離脱・中止について重要なことは、共犯関係の解消をすることによって共犯前の状況にもどすことである。換言するならば、共犯者における「共同関係」をどこまでもどすことが必要かということである。また、共犯者間との関係でいえば、他の共犯者に中止を働きかけたが、了承を得られなかった場合や結果発生を防止

するために真摯な努力をしたけれども、結果の発生が防止されなければ中止未遂は成立しない。つまり、共同正犯においての離脱の要件は、結果発生防止のために離脱の意思表示とそれに伴う離脱行為だけでは足りず、それによって生じる未遂という結果発生が要件となる。すなわち、共犯と中止犯の問題は、結果発生防止のために対共犯者に対する真摯な努力による場合と離脱理論による「離脱」が任意になされ、かつ共犯者において「了承」されることが要件である。この両者は区別して論じられなければならない。離脱理論による共同正犯からの離脱は、共犯者の中にいるある者が犯罪に着手する前に共同実行の意思を放棄し、その旨を共犯者に伝えることによって了承され、それ以降の共同（正犯）関係を解消・離脱することによって成立する。これに対して、着手後の離脱は、他の共犯者の了解を得るだけでは不十分で、結果を防止するための積極的な行為によって結果発生を防止することが要件となるのである。結果発生防止のために真摯な努力をしても、結果が発生した場合には中止未遂は認められない。このように、共同正犯からの離脱は、共同正犯における中止未遂とは区別して論じられなければならない。共同正犯における中止未遂とは、単独犯における未遂と同じく中止行為の任意性と結果の不発生という要件が充たされる場合に適用される。すなわち、共同正犯における中止未遂が認められるのは、共犯者の一人が中止の意図をもって他の共犯者を説得し、他の共犯者も任意に実行行為を中止するか、または結果の発生を阻止したときに共同正犯の中止犯が成立することになる。この場合、共犯者の一部の者の中止行為によって結果の発生が阻止されたのであれば、その者のみ中止犯の効果が認められ、他の共犯者においては同様の中止行為が認められなければそれらの者には中止犯は認められず、障害未遂が認められるにすぎない。共同正犯における「中止犯」が認められる要件も、あくまで共同正犯者たる各自による「自己」の意思により犯罪を中止したとき」ということが要件となる。それでは、共犯者の一部の者が中止行為をした

ことによって全体として犯罪は未遂に終わったという場合、中止未遂の認められる者と認められない者とに分かれる理由は何であろうか。私見によれば、共同正犯とは何を「共同にする」のかということに帰着するのではないかと思う。つまり、「犯罪共同説」「行為共同説」の問題と深い関わり合いをもつということである。共同正犯においても、各共犯者間の責任は、あくまでも行為を共同にするという点を重視するべきではないかということである。共同正犯においても、最終的な責任は個々の責任に帰するということではないかということである。換言するならば、共犯といえども、最終的には各人の責任はそれぞれの行為に対して負うということが前提であつて、共同正犯の場合は、行為を共同にするというところにその特徴を見出すことができるのである。

六 共犯従属性説と共犯独立性説

共犯従属性説とは、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）が成立するためには正犯者が一定の行為をしたことが必要であるとする。すなわち、共犯それ自体において独立のものではなく非独立的なものであり、共犯の処罰も正犯の犯罪行為に従属して成立すると解する説をいう。このように解することの背景には、教唆犯・幫助犯は、あくまでも犯罪そのものを直接に実行するものではないということ、つまり、共犯の内容となる教唆や幫助自体は、正犯に対する間接的あるいは軽微な関係を有するにすぎないのであつて、あくまでも直接的な犯罪の実行行為ではなく正犯の犯罪行為に従属してのみ成立するというのである。このように、共犯従属性説は、教唆犯・幫助犯という狭義の共犯が正犯に従属しているということが要件となり、そのためには正犯の犯罪と可罰性が現実存在していることが前提とされるのである。そうすると、正犯の犯罪が未遂に終わった場合、たとえば犯罪を教唆した者の教唆行為それ自体は終了し、正

犯者が犯罪の実行に着手したけれども、それが未遂に終った場合の教唆者の扱いをどのように考えるのかという問題が生じよう。

共犯独立性説は、共犯すなわち教唆犯・幫助犯の犯罪性と可罰性が正犯のそれとは独立のものであるとする。つまり、教唆犯も幫助犯も独立した犯罪であつて、正犯の犯罪を前提とするような「条件付」の犯罪ではないといふのである。共犯独立性説によれば、共犯である教唆犯・幫助犯の犯罪性と可罰性は、共犯従属性説の主張する共犯の犯罪性と可罰性は正犯のそれに従属するといふのではなく、正犯行為の犯罪性と可罰性に対して独立して論じられるべきであるとする理論である。すなわち、教唆も幫助も独立した犯罪となるのであつて、正犯の実行を前提とするような犯罪ではない。たしかに、教唆犯も幫助犯も正犯に対して付随・従属的な行為であるが、そのことと正犯の犯罪とは別々に論ずるべきではないかと思う。なぜかという、厳密にいうならば、正犯とは異質の行為によつて成り立っているからである。形の上では正犯と教唆・幫助は必然の関係にあるわけではない。その根拠条文となる六一条一項の「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。」という規定の解釈について私見を述べておこう。

六一条一項の規定の意味について、教唆・幫助行為そのものの開始が共犯における実行行為の開始と解せられるから、教唆行為が失敗に終つたとしても教唆犯の未遂が考えられる。ところが、通説である共犯従属性説によれば、正犯が未遂に終つたならば教唆（犯）も未遂であるとする。しかし、教唆の未遂というのは、文字通りに解すれば教唆することに失敗したことであるとするのが六一条一項の意味に適うのではないかと思う。このような考えに異論が唱えられることは承知している。しかし、少なくとも六一条一項の「教唆」の意味は、被教唆者が犯罪の実行に着手すれば教唆犯としては既遂といえるのであり、そこから教唆犯としての未遂とは教唆そのものに失敗したときであると

解するのが条文解釈に忠実のように思われる。「実行をさせた」というのは既遂を意味するものではなく、正犯の実行の着手と考えるべきであろう。もつとも、そうすると、被教唆者の行為が未遂に終わっても教唆犯としては既遂となるが、それは共犯従属性説の立場からは、正犯を処罰することができなくても共犯（教唆犯）の未遂として教唆者を処罰することが可能となる。つまり、共犯独立性説と結論が一致することになり、共犯従属性説のいう「正犯の実行の着手があつた時点で共犯者の未遂が成立するとし、それ以前の段階（教唆の未遂）を不可罰とする。」⁽²²⁾というのである。この点に関して、従属性説からの説明によれば、「共犯独自の実行行為を認めたとしても、共犯処罰を基礎づける結果発生 of 具体的危険を生ぜしめる必要がある（「殺してこい」と言っただけで相手が全く黙殺しても処罰するのは行きすぎであると解されている）」⁽²³⁾とされる。しかし、独立性説からしても、「故意の教唆にあつては、教唆者の意思は、被教唆者たる他人すなわち正犯者をして一定の犯罪の実行の決意をさせる意思と、正犯者をしてその犯罪の決意にもとづいて実行行為すなわち構成要件実現行為に出させる意思を包含することはいうまでもない。しかし、そのほかに、教唆者には自己が教唆しようとする犯罪行為の認識すなわち構成要件の故意を必要とする。」⁽²⁴⁾のである。また、前田教授は、「予備罪を実行させる教唆も、六一条の『教唆して犯罪を実行させた者』に該当すると解すべきである。予備は実行行為ではないから教唆はできないというような形式論は、説得性を持ち得ない。」⁽²⁵⁾とされている。予備罪についても、それが独立に規定されている場合には、それについても教唆・幫助は考えられる。わたくしが、特に教唆犯で重視するのは、六一条に規定されている「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。」という文言である。つまり、被教唆者が犯罪の実行に着手した段階において、教唆行為は既遂になるので、正犯（被教唆者）の行為とは独立して教唆の既遂を論ずべきである。

それでは、正犯の行為が未遂で不可罰の場合は、どのように解するのが適当であろうか。科刑についていえば、教唆犯の場合は、「正犯の刑を科する。」（六一条一項）と規定されている。判例は、正犯に適用される法定刑を適用するという立場を採っている。⁽²⁶⁾「正犯の刑を科する。」という文言の解釈について、「正犯」とは現実の正犯を指すものではなく、「教唆者が正犯者であつたならば適用せられる法定刑によつて処断することを意味する。」⁽²⁷⁾と解するのが適当である。教唆者は正犯者よりも軽く処罰されるのが通例であるが、法律上、そのような制約があるわけではない。それゆえに、殺人を教唆したけれども被教唆者である正犯の行為が未遂に終つた場合、教唆者には「殺人」の教唆犯としての刑を科することになる。したがつて、教唆者に正犯よりも重い刑を量定することも可能である。このように、「教唆犯は、正犯者の処罰と独立して処罰されるのであつて、刑の量定が、正犯者の宣告刑と独立になされることはもちろん、正犯者が処罰されることも、教唆犯処罰の前提ではない。」⁽²⁸⁾のである。問題は、正犯者の行為が未遂に終り、その未遂が不可罰であるという場合を如何に解すべきかということである。すでに述べたように、正犯者の行為が未遂に終り、それが不可罰であつたとしても、「正犯者が処罰されることも、教唆犯処罰の前提ではない。」から、教唆者には未遂になつた正犯の行為の既遂を前提にした教唆犯が成立することになる。このような結論になるのは、共犯独立性説からは当然といえる。

七 おわりに

共犯論に関しては多くの問題があり、学説は錯綜している。これらの問題について、わたくしは五項目に絞つて論じてきたが、その根底に流れるものは「共犯独立性」の理論である。共犯とはいえ、個人の行為をどのように評価す

るのかということが重要であり、その基礎となっているのは「犯罪は行為である」という命題に尽きるといってよい。つまり、共同正犯は、「それぞれの犯罪を共同にすることが共犯の本質であるとみるものであるから、関与者それぞれにとつての違法な構成要件該当行為を共同することがありうると考えるものであつて、何か前構成要件的・自然的な行為を共同するものといっているわけではない……共同正犯においては、すべての加担者に構成要件該当行為を要求するものである。⁽²⁹⁾」ということが出来る。

「片面的共同正犯」についていえば、それは共犯者の一方だけが片面的に共同加功の意思をもっている場合である。つまり、共同実行の意思をどのように捉えるかということである。共同実行（行為）という点を重視するならば、「行為」を共同にするというのは、双方が「共同する」という意思の一致は必ずしも共同正犯の要件とはならないということである。なぜなら、一方に行為を共同するという意思があれば、その者については片面的に行為を共同にするということは十分に考えられることであるから、「片面的共同正犯」は認められることになる。

六五条一項、二項の解釈については、刑法六〇条の解釈と関連づけながらまとめてみることにする。六五条一項は、身分犯に身分なき者が加功しても共同正犯とはなり得ず、あくまでも「加功」という形で共犯行為をすることができるという意味である。しかし、二項に該当する場合には、同じ正犯であつても別個・独立に刑罰が科されるということである。仮に、六五条一項に身分のない正犯も含まれるとすれば、六〇条と六五条一項の区別（関係）はどのようなのであろうか。わたくしは、六〇条は通常の共同正犯、六五条一項は身分犯の正犯に身分なき者が加功した場合の共犯規定、六五条二項は身分なき者が身分ある者と共同正犯になった場合の規定であると解するのである。

共（同正）犯からの離脱にしても、着手前に共犯者からの意思表示があり離脱が認められれば、その者はその時点

で共犯関係の責任を免れることができるのである。しかも、その離脱の影響は、離脱者のみに及ぶのである。

共犯の離脱を認める以上、共犯独立性説に近づいていかざるを得ないのではなからうか。従属性説からは、従犯はあくまでも正犯に従属するということになるが、独立性説からは従犯として独立に評価されることになる。たとえば、共犯の錯誤で論じられているように、共犯の過剰の場合、共犯といえども過剰になった犯罪に対しては、その者だけが責任を負うとされている。このことから理解できるように、共犯といえども犯罪内容については、独立して評価されているのである。

- (1) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇年）三八九頁。
- (2) 小野清一郎・刑事判例評釈集（第一五巻・一九六〇年）五頁。
- (3) 牧野英一・刑法総論下巻（全訂版・一九五九年）六七八頁。
- (4) 団藤・前掲注(1)三九〇頁。
- (5) 山中敬一・刑法総論（第三版・二〇一五年）八八七～八八八頁。
- (6) 山中・「共同正犯論の現在」現代刑事法二八号（二〇〇一年）五〇頁。
- (7) 木村亀二・犯罪論の新構造（下）（一九六八年）二四九頁。
- (8) 木村・前掲注(7)二四八頁。
- (9) 山中・前掲注(5)八四九頁。
- (10) 木村博士は、行為共同説を採られるが、片面的共同正犯は否定される（木村・前掲注(7)二五三頁）。一方、犯罪共同説からは否定される（団藤・前掲注(1)三九二頁）、大塚仁・刑法概説（総論・第四版・二〇〇八年）二九二頁、福田平・全訂刑法総論（第五版・二〇一一年）二七〇頁。前田雅英・刑法総論講義（第六版・二〇一五年）三四三頁。

- (11) 島田聡一郎・「共犯」注釈刑法第一卷(二〇一〇年) 八五三頁。
- (12) 牧野博士は、「連絡が単に一方的にのみ成立するということも、これを想定することが困難ではない。……協力の関係があるにおいては、協力する相互意思なき場合においても、共犯の成立を認めるべき」(牧野・前掲注(3)七三八頁)とされる。
- 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年) 三九一頁、松宮孝明・刑法総論講義(第四版) 二六七～二六八頁参照。
- (13) 山口厚・刑法総論(第三版・二〇一六年) 三六八頁。
- (14) 団藤・前掲注(1)四一八頁、福田・前掲注(10)二九二頁、最判昭二五・九・一九刑集四・九・一六六四頁、最判昭三一・五・二四刑集一〇・五・七三四頁。
- (15) 木村・前掲注(7)三七六頁。
- (16) 「加功」の意味について参考までに挙げておくと、「加担すること。犯罪を手伝う行為。共犯」(広辞苑・第六版・二〇〇八年)。「助力すること。法律では、犯罪に加担することをいう」(大辞泉・第二版・二〇一二年)。
- (17) 前田・前掲注(10)三三四頁以下。
- (18) 前田・前掲注(10)三三八頁。
- (19) 東京高判昭四一・六・二四高刑集一九・四・三七五頁、大阪地判平二・四・二四判夕七六四・二六四頁。
- (20) 最決平二一・六・三〇刑集六三・五・四七五頁。
- (21) 山中教授は、離脱の意思を他の共犯者に伝えていること、残りの共犯者も離脱を知ったうえで実行に着手していること、離脱者の役割は主導的なものでないこと等を勘案すれば、共謀共同正犯とすることはできないとされる(山中・前掲注(5)一〇二三頁)。
- (22) 前田・前掲注(10)三二七頁。
- (23) 前田・前掲注(10)三二八頁。
- (24) 木村・前掲注(7)三三四頁。
- (25) 前田・前掲注(10)三二八頁。

- (26) 最判昭二五・一二・一九刑集四・一二・二五八六頁。
- (27) 木村・前掲注(7)三四六頁、前田ほか編・条解刑法第三版（二〇一三年）二三四頁。
- (28) 福田・前掲注(10)二八八頁。
- (29) 山中・前掲注(5)八四九頁。