

〔論
説〕

刑法総論覚書(5)のI

——「故意の同時犯」の法理——

伊
藤
司

刑法総論覚書(5)のI

一 はじめに

二 「故意の同時犯」の法理

(1) 「教唆犯と間接正犯などの比較検討」

① ～ ③ (以上、本号)

④ ・ ⑤ (以下、次号)

(2) 「間接正犯事例における私見の展開」

(ア)

(イ・ウ) (以下、次々号)

三 おわりに

一 はじめに

「刑法覚書」シリーズ八回目の今回は、「刑法総論」のテーマの五回目について執筆することにした^①。本稿においては、「故意の同時犯」という概念の存在を確認するとともに、その必要性・有用性について検証することができればと思う。

すなわち、「故意の同時犯」概念の存在については、既に別稿において検討したことがあった^②。もっとも、そこでは特に「因果関係」の観点から検討を加えたものであり、「故意の同時犯」概念の「発見」は、いわば副産物のようなものであった。その後も、過失犯の検討に際し、「相まって論」の事例を紹介することができた^③。そこで、本稿においては、このような従来の研究成果を前提に、教唆犯・間接正犯・（共謀）共同正犯・帮助犯などにおける相互の違いに留意しつつ、「故意の同時犯」概念の存在、及びその必要性・有用性について検討を進めることにより、「故意の同時犯」の法理を提示できればと思う。

(1) 「刑法覚書」シリーズ八回目とは成蹊大学に着任後の回数であるが、一回目は「成蹊法学」68・69合併号（平成二〇年）四三―九頁、二回目は同72号（平成二二年）一一五―二四頁、三回目は同76号（平成二四年）七七―八八頁、四回目は同84号（平成二八年）八一―〇九頁、五回目は同88号（平成三〇年）六九―九五頁、六回目は同90号（令和一年）三七―四〇二頁、七回目は同91号（同年）三〇八―三三二頁である。もっとも、七回目は六回目の続きであるので、「刑法総論」のテーマとしては五回目になる。

(2) 拙稿「刑法総論覚書(2)―「共犯」及び「同時犯」と「因果関係」―」成蹊法学84号（平成二八年）八一頁以下の、特に九〇―九六、一〇〇頁参照。

(3) 拙稿「刑法総論覚書(4)のI—過失犯の体系と特に自動車運転上の過失—」成蹊法学90号(令和一年)二九〇頁注(11)参照。

二 「故意の同時犯」の法理

(1) 「教唆犯と間接正犯などの比較検討」

① 教唆犯と間接正犯との関係については、「医師が看護師に対し、患者に毒物を注射しよう唆し、唆された看護師が故意をもって患者に毒物を注射して死亡させた事例においては、看護師による毒物注射行為が殺人の実行行為であり、医師の看護師に対する働き掛けは殺人の教唆行為(正犯行為ではなく、共犯行為)であるにすぎない。これに対し、医師が毒物であることを秘して看護師に薬剤の注射を指示し、毒性のあることを知らない看護師がそれを患者に注射して、その結果患者が死亡した事例においては、医師の看護師に対する指示が殺人の実行行為(正犯行為)であると理解することができる」というのが、その関係についての「一般的理解」とも言えよう。¹⁾

日本の現行刑法典六一条一項の存在を前提とする限り、医師と看護師といういわば身分上の上下関係により看護師が自発的な意思で行為をしたと認定できるか疑問の余地のある場合もあるが、看護師が自発的に「決意」して行ったものであり、かつ「(共謀)共同正犯」とも認定できないという前提であれば、この条文を適用せざるを得ないことになろう。山口判事(現)も、「多数の見解は、物理的・心理的に強制されたといった特段の事情のない限り、看護師に故意があるか否かによって、医師の行為の正犯性(実行為性)の有無を決している。すなわち、殺意があれば看護師の行為についての答責性の程度は高く、医師の行為に正犯性(実行為性)は否定されるが、看護師に殺意

がない場合には、その答責性の程度は低く、医師の行為に正犯性（実行行為性）が肯定されるというのであり、「このような結果惹起についての故意の有無を基準とすることが妥当である」とされるのである。⁵⁾

② この点、旧刑法典一〇四条、一〇五条から現行刑法典六〇条、六一条へと改正された際の立法理由によると、「本（第六十一―伊藤注）条は現行法第百四条の規定と同一にして、唯文字を修正したるに止まる。現行法は現、なる文字を以て実行正犯の意義を明にしたけれども、其意義多少狭きに失する嫌なきにあらざるを以て、之を修正して共同してなる文字を用いたり。」とあり、また「本（第六十一―伊藤注）条第一項は現行法第百五条と同一の規定にして、所謂実行正犯を教唆したる場合の規定とす。現行法は前条と同じく、文字稍不明なる虞あるを以て、之を修正せり。現行法は又教唆者を正犯と為すと規定されども、改正案は正犯に準ずと改めたり。是教唆者は実行正犯に非ざるも、其責任に於ては正犯と同一なることを明にするものなり。」とあり（傍点は本来のもの。現代用語化、加點・加丸）、現行刑法典六〇条・六一条へと改正する際には、やはり「実行正犯」と「教唆犯」の違いが意識されたことが窺え、「共謀共同正犯」は明規されていないところからも、さしあたり「実行正犯」と「教唆犯」という二大別により理解されたことにはなるう。⁷⁾ 看護師が「実行正犯」だとすると、医師は「教唆犯」になるとするのは、刑法六一条一項の示すところであることにはなるう。特にいわゆる共犯從属性説の立場からは、「実行正犯」と「教唆犯」という理論的区別をしなければならぬということになるうが、⁹⁾ 「実行正犯」であれ「教唆犯」であれ実質的には犯情にさほど違いはないというのも、立法理由から窺えるところであろう。従つて、看護師が過失に止まる場合は、犯罪現向に向けての自由な意思決定（自律的決定）があるとまでは言えないこともあり、医師は間接正犯と解するのが妥当である¹⁰⁾ ともに、看護師が医師の教唆により殺意を持つに至ったからといって、殺意を持たせた医師の犯情が軽くなるという

訳ではなく、刑法典上の名称は「教唆」であつても「正犯」に優るとも劣らない場合と解するのが妥当であらう。⁽¹¹⁾

とはいえ、現行刑法典では六一条一項の表現が改められたように、やはり「実行正犯」の犯情が最も重いというのが、原則的な基本型という位置付けではあるのである。⁽¹²⁾

③ 上述のように、看護師がせいぜい業務上過失致死罪に問われ得るに過ぎない場合、医師は正犯なканずく間接正犯としての故意の殺人罪と解するのが、一般的な理解とも言えようが、⁽¹³⁾「間接正犯」概念も日本刑法典には明規されていないので、理論上業務上過失致死罪と殺人罪の「同時正犯」と解することもできようし、この理解を推し進めると、看護師が途中で医師の意図を察知して看護師も殺意を持つに至り、かつ医師との「共謀 共同正犯」と解されない場合、看護師と医師の故意殺人罪の「同時正犯」と解することもできるのではないかとということである。⁽¹⁴⁾

しかして、(単独) 正犯性の積極的根拠は、「結果に対する直接的支配」にあるとすると、⁽¹⁵⁾ さもなければ「教唆犯」ということにもなるが、過失犯の場合は過失の競合とされるにもかかわらず、⁽¹⁶⁾ 故意犯の場合は「正犯」が「教唆犯」に転化するという必然性はないのではあるまいか。教唆犯の方が被告人にとって有利な扱いであるとしても、「正犯」に相当する者は「正犯」として取り扱ってしかるべきではあるまいか。このような前提からすると、「教唆犯」に該当する場合は「教唆犯」として取り扱うとしても、「故意犯」の場合も「同時犯」ということがあり得るのではないかと、⁽¹⁷⁾ どの理論的帰結も考慮に値することにならう。すなわち、「間接正犯」と認定するためには、「支配性」ないし「他行為選択可能性のなさ」が決め手とされるところも、⁽¹⁸⁾ 必ずしもそのような場合に止まらず、「因果関係」があれば背後者も「正犯」と捉え得る場合があるのではないかとということである。⁽¹⁹⁾ 刑法六一条一項の存在からすると、「正犯」に当たる者が出現した場合背後者は「教唆」と解するのが順当であるようでもあり、また看護師は医師の意図を察知し

た以上、毒物注射を思い止まるのが規範意識のある人間の有り様とも言えようが、医師の意を体したりあるいは患者を普段から嫌っていたなどの理由により、そのまま注射してしまうこともないとは言えず、そのような因果の流れが、犯罪の意思を抱くに至った者については「異常」とまでは言えないのではあるまいか。また、医師にとっても本来自己の意図した通りになったに過ぎないから、「正犯」とされることにつき取り立てて異議を述べる必要もないのではあるまいか。看護師も自発的に決意して行為を行うに至ったからといって、医師の「正犯」としての行為の効果が物理的にも心理的にも消滅する訳でもなからうからである。ここには、あたかも「共犯からの離脱」の場合と同様な関係が看取されるものとも言えよう。しかし他方、被教唆者が「決意を新たに遂にこれを敢行したものである」場合は、因果関係が認められない可能性があるということではあろう。⁽²¹⁾

この点、大塚博士も、「被教唆者によって事後的に、犯罪的結果を避けて中絶させられる可能性を含む教唆行為」という表現により、「間接正犯」との相違を指摘されていたところであり、刑法六一条一項はこのような理解を法定法化したものとも言えようが、「間接正犯」についても同様な場合があり得るところであり、そうなると、「正犯」に当たるとは決め手であるということにもなってくるので、いずれも「正犯」という理解もあり得るところと言えよう。

(4) 山口厚「実行為と責任主義」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集「上巻」』（平成一九年）二〇四頁参照。Noch vgl. OLG FRANKFURT a.M., Urteil v.12.8.47, SJZ1947.S.630.

これに対し、島田聡一郎「実行為」という概念について「刑法雑誌四五巻二号（平成一八年）六一頁は、「五歳児に窃盗を命じると、プロのスリに窃盗を依頼するのでは、一般に、後者の方が背後者の意思が実現する可能性は高い。それにもかかわらず、多数説は、前者は間接正犯、後者は共犯としている。」という例を挙げられており（同『正犯・共犯論の基礎理論』（平

成一四年初版、平成二二年二刷)六三頁、成瀬幸典「意思の抑圧」と間接正犯」広渡清吾ほか編著「小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻刑法・民主主義と法」(平成一七年)一七九頁、杉本一敏「第7講複数行為の競合 I 週及禁止と間接正犯」高橋則夫ほか編「理論刑法学入門刑法理論の味わい方」(平成二六年)一九五頁、伊藤嘉亮「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(三・完)——正犯性拡張機能について——」早稲田大学法研論集一五六号(平成二七年)三六頁も参照)、発生の確実度が必ずしも「正犯」か「共犯」かに直結する訳ではない一例とも言えよう。この点、中・後掲注(13)総論との関係での言及のほか、市川啓「判批」立命館法学三七二二号(平成二九年)一八八頁も参照。

しかして、翻って、「正犯(行為)者」とはいかなる者かとなると、「制限的正犯者概念」の観点から「既遂」の「単独正犯」をそれ自体として捉えた場合、「犯罪構成要件の全てのメルクマールを実現する者」「全ての犯罪構成要件を自らにより充足した者」という理解が、原則的な理念型ということになろう(外木央見「第一章 ドイツ刑法学における共犯の基礎理論をめぐる学説の概況」同「共犯の基礎理論」(平成三〇年)二頁参照。 Auch vgl.H.-H.JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 4. Aufl. (1988) SS:582 I.1.2, 586 III. 1.; Franz v. Liszt, besorgt von Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. (1927) SS:289, 315; Herausgegeben von Bernd von Heimtschel-Heinegg, Strafrechtbuch Kommentar, (2010) S243 Rn.18 (Hans Kudlich)なお、今日のドイツ刑法二五条一項は、「犯罪行為(Strafat)を自ら又は他人を通じて行う者は、正犯(Täter)として処罰される。」(bearbeitet von Albin Eser u.a. Schönke/Schröder Strafrechtbuch Kommentar, 30. Aufl. (2019) S517)と規定する。もっとも、いわゆる結合犯などの場合、多数の行為の一部しか実行していないからといって、「直接正犯」性が否定される訳ではな。 vgl.Herausgegeben von Burkhard Jähnke u.a. StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl., 81. Lieferung (1993) §825-27, S.33Rn.52 (Claus Roxin)。

このような理解は基本的に「直接正犯」を念頭に置いたものと言えようから、「間接正犯」に対することにもなるが、いわゆる目的的行為支配説の立場から、医師を端的に「正犯」と捉える理解も示されている(齊藤信幸「共犯の従属性と独立性」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編「三原憲三先生古稀祝賀論文集」(平成一四年)四七四頁以下参照。市川啓「間接正犯論の歴史的考察(一)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学三六六号(平成二八年)九二頁も参照)ところ、そのような見方もできるとしても、「間接的」に行われたことには違いはなく(この点、香川達夫「刑法講義(総論)第三版」(平成七年)三五八頁注(8)参照)、要するに、直接の「実行行為」でなくとも「正犯」と言える場合があるのではないか、とする点に、妥当な問題提起があるものと言えよう(この点、井田良「特集刑法総論の新論点 11 正犯概念」法学教室一三七号(平成四年)二八頁二一三、四段は、「正犯とは第一次的に犯罪事実を帰属されるべき責問の対象なのであって、「犯

- 罪実現について第一次的な責任を問われるべきは、みずからの意思にもとづいて構成要件を実現した個人のみなのであるとする(井田「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」同「犯罪論の現在と目的的行為論」(平成七年)一九二頁では、「発
生結果を故意的に実現した者として、結果を第一次的に帰属されるべき主体は誰であるのか、という規範的な観点」が強調さ
れる(一九三頁も参照)。この点、伊藤嘉亮「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(一)——正犯性拡張機能につ
いて」早稲田大学法研論集一五四号(平成二七年)一六頁のほか、拙稿・後掲二(2)(7)(7)も参照)ものの、「第一次的な問責の
対象」は一人でなければならぬという訳でもないともされる(犯罪論の現在一九六頁注(64))。
- (5) 山口・前掲注(4) 鈴木古稀二〇五・二〇六頁。Auch vgl. Hans WEIßZEL, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ1947, S.650.
- (6) 倉富勇三郎ほか監修、高橋治俊ほか編、松尾浩也増補解題「明治四十年政府提出刑法改正案理由書」『増補刑法沿革総覧』(平
成二年)二二五—二五頁参照。なお、旧刑法一〇四条は、「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト為シ各自ニ其刑ヲ科ス」と
あり、一〇五条は、「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト為ス」とある(常用漢字化)。同書一六頁参照。
- (7) もつとも、このような改正により「共謀共同正犯」の場合も包含しやすくなったことも、否めないところであろう(黄士軒「共
謀共同正犯に関する基礎的研究(二)」法学協会雑誌一三四卷三号(平成二九年)一五一頁参照。山火正則・吉井蒼生夫「第一
部刑法改正審査委員会・法典調査会の作業経過と資料解題(明治二五年—三三年) 第二章審査委員会・法典調査会諸案の特
徴第一節刑法改正審査委員会決議録 第三章資料解題」第二部刑法(明治四〇年)立法資料(明治二五年—三三年)——司法省
刑法改正審査委員会・法典調査会関係資料——(1)司法省刑法改正審査委員会の立案・審査(資料2)刑法改正審査委員会決
議録第一回—第七六回(明治二五年一月二三日—同二七年一月一九日)(第四十九回 明治廿六年十一月六日 第七章共犯)「
内田文昭ほか編著『日本立法資料全集21 刑法(明治四〇年)』(2)(平成五年)一三頁、二四頁、九四頁も参照。これに対し、
松澤伸「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」Law & Practice 四号(平
成二二年)一〇二—一三頁は、「教唆犯は、・・・運用の中で、共謀共同正犯へと解消されていったとは思われる(旧刑法時代の
されるが、理論的に区別し得るし、また犯罪類型として存在することも否定はできないであろうとは思われる(旧刑法時代の
学説として、岡田朝太郎『本刑法論 訂正増補再版』(明治二八年)一〇三八頁以下参照)。なお、後掲注(12)(20)(22)(34)
(80)も参照。
- (8) 大一新決昭和二年一月二日集六卷三九二頁は、「原判決の理由を査閲するに、被告人は判示の日時場所に於て妊娠中の情
婦N某を教唆し、同人をして医師Y某より墮胎手術を受けしめ、因て墮胎を遂げしめたりとの事実を認定し、被告人を墮胎教

唆罪に問擬したるも、其の所謂墮胎手術なるものは如何なるものなりしや、毫も之を判示せざるを以て、果して其の手術なるものが墮胎を惹起するに足るものなりしや否やを知るに由なし。而して、教唆犯は被教唆者が其の教唆に係る犯罪を実行したるに依りて成立するものなれば、実行正犯の構成事実に付明確なる判示を欠く以上、教唆犯の構成事実に付ても亦明確を欠くものと謂わざるべからざるを以て、原判決は理由不備の違法あるを免れず。論旨は理由あり。」(三九五頁。現代用語化、加點・加丸)と判示しており、教唆犯の認定上も、基本的には正犯の犯罪行為・態様を明確にしなければならぬことが示されている。

他方、逆に、東京高判昭和三年一月二一日高集九卷一七二頁のように、「本件被告人Fに關する場合は、通常の場合の如く、教唆犯の犯罪行為は、正犯の犯罪行為を条件として刑責を負うに過ぎないものであり、この場合には、同一性を認識し得る程度に明示されておれば、それをもって刑事訴訟法第二百五十六條第三項の要求するところは充たされているものと解しなればならない。・・・起訴状において本犯である右K等の二個の犯罪行為については具体的に日時場所方法等により罪となるべき事実が特定されているのみならず、本件において右(1)(2)の各犯罪別にそれぞれ数個の教唆犯が成立するという起訴ではなく数回に亘つてなされた被告人Fの訴因を包括的に構成するとしての起訴であることが明らかであるから、このような場合その被告人Fの一々の言動について日時場所方法をそれぞれ具体的に明示しなければ右法條の要求するところに違反するものと解することは前に述べたところに照し到底認容することができない。」(一七八―一九頁)との判示にもなる訳である。このほか、教唆犯成立の場所・罪数などの認定との関連ではあるが、大一刑判大正四年一〇月二九日録二二輯一七五一頁は、「教唆に因る正犯の実行行為は単に教唆罪の結果なりと謂うべからずして、實に教唆罪成立の一要件を成し、同罪は之に因りて始めて完成を告ぐるものなれば、教唆罪成立の場所は即ち正犯実行の場所なりと謂うべき。」(一七五六頁。現代用語化、加點・加丸)と判示している。さらに、大二刑判明治四三年九月二六日録一六輯一五四六頁、大一刑判明治四四年一月一〇日録一七輯一八六五(一八六六)頁(もつとも、現在は同時に二個の教唆が行われた場合、觀念的競合となる。最一小決昭和五七年二月一七日集三三卷二二〇六頁参照)、大三刑判大正三年二月四日法律新聞九二三号二七頁四段、大三刑判大正六年五月二三日録二三輯四九四(四九六)頁、大一刑判大正一年九月八日集一卷四二七(四三二)頁、大二刑判大正一二年七月一二日集二卷七七八(七一九)頁、大四刑判昭和一年一月六日法律新聞四〇八四号四(二七頁一―二段、四段以下)頁、西村克彦「第七章 共犯立法の系譜―教唆犯を中心として―」同「共犯理論と共犯立法(新版)」(平成四年)二一九頁も参照。

(9) 現行刑法典の共犯の区別に批判的な観点からのものであるが、瀧川幸辰「共犯ノ從屬的性質ニ就テ」(大正六年) 団藤重光

ほか編「瀧川幸辰刑法著作集 第四卷」(昭和五六年)三五四以下、三六三、三六五頁参照。牧野英一「著手と間接正犯」(昭和一年)同「刑法研究 第八卷」(昭和一年)二四三頁は、草野判事の所説を敷衍しつつ、「犯罪の故意なき者を利用する場合には、動物を利用する場合とおなじく、その利用せんとする行為がそれ自体に就いて未遂罪の成立を見るべく、国家は直ちに行動することを得るのであるが、故意ある者を利用する場合には、利用行為だけでは国家は何とすることもできない。被用者が、すなわち、正犯が、行為を為すまでは国家は拱手していなければならぬ。」(現代用語化)と説明されており、間接正犯と共犯従属性説についての対比的な説明としては、さしあたりこのような説明もあり得るところではある(同「實行の著手」(昭和一年)同二一八頁も参照)。さらに、西村克彦「終章 学派対立の止揚」同・前掲注(8)共犯理論二六七頁も参照。このほか、教唆犯と正犯との関係については、教唆犯は正犯の犯罪的造意を支配し得るのみで、それを以て完了するといった捉え方(主観的正犯概念)も見られた(中武靖夫「共犯従属性に関する一試論」阪大法学二号(昭和二十七年)八五頁以下参照)ところ、「教唆」の意義を端的に捉えるところのような理解もあり得るところであろうが、やはりその「教唆」の「効果」が「正犯」の「特別構成要件」に反映されるからこそ、結局「犯罪結果」の責任も問われ得るところである。Noch vgl. ARNO KOCH u.a. Grundfälle zur Anstiftung, Jus 3/2010 S.203 (links).

(10) 曾根威彦「第四章刑法における因果的帰属と規範的帰属 第一節遡及禁止論と結果帰属」同「刑法における結果帰属の理論」(平成二四年)一八三頁参照。このほか、萩原滋「間接正犯における実行の着手」白山法学一号(平成二七年)九一頁以下は、医師と看護師それぞれが直面する「規範の問題」の異なる所以につき、具体的に論じられる(高橋則夫「第10章 間接正犯の構造」(平成二五年)同「規範論と刑法解釈論」(平成一九年)一四二頁も参照)。これに対し、浅田和茂「刑法総論論」(平成三一年)四四六頁は、「看護師に規範的障害が認められる以上、教唆犯とすべき」とされる。

(11) なお、この点、小野清一郎「犯罪構成要件の理論 七構成要件と共犯の諸問題」同「犯罪構成要件の理論」(昭和二八年一刷、昭和五六年一六刷)一〇四、一〇六頁、同「唐律に於ける刑法総則的規定」(昭和一三年)「日本刑法の歴史的發展」一つの概観」(昭和二六年)「旧刑法とポアソナードの刑法学」(昭和一七年)同「刑罰の本質について・その他」(昭和三〇年一刷、昭和四四年二刷)三三五頁、三九四頁以下、四五八頁以下(常用漢字化)参照。後者の第一・第三論文及び石塚英夫「徳川幕府刑法における共犯」(一)(二)(三)・完」九州大学法政研究、二六卷一号(昭和三四年)二三頁、二六卷二号(同年)四七頁、二七卷一号(昭和三五年)一五頁を前提に、考察を加えた論稿として、西村克彦「第六章 唐律および徳川刑法における「準正犯」」第七章「共犯立法の系譜」教唆犯を中心として」同・前掲注(8)共犯理論一八九頁以下、二〇五頁以下を参照されたいが、このほか、代田清嗣「第二部集団と個人の責任」共犯の諸問題 おわりに「共犯処罰に映る刑事責任」第三部問わ

れる被害者 おわりに「被害者という身分」同『徳川日本の刑法と秩序』（令和二年）一三六以下、三二〇、三二一頁も参照。さらに、前田雅英『刑法総論講義「第7版」』（平成三二年）三二五頁以下。

「假刑律」「新律綱領」「刑法新律草稿」そして「旧刑法典」に至るまで、「造意（主謀）」が重視されていたことは明らかであり、旧刑法典一〇五条までは「教唆」と「正犯」を同一視（場合によっては、前者の方が重いと）していた訳である。倉富ほか監修・前掲注（6）沿革綜覧一六、二二二八、二二九三頁、高鹽博「新出の『刑法新律草稿』について——「假刑律」修正の刑法典——同書増補解題部分七七頁、「附 刑法新律草稿 寫真版」同三二頁、早稲田大学鶴田文書研究会（杉山晴康ほか）「刑法審査修正関係諸案」（昭和五九年）一八、三六、六一―一四二、二二一頁参照。いわゆるポアンナード草案においても、「教唆犯（provocateurs）」を「精神的な」知的正犯（auteurs moraux ou intellectuels）」と解されたようである（GUSTAVE BOISSONNADE, PROJET RÉVISÉ DE CODE PÉNAL POUR L'EMPIRE DU JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE, (1886) p.375（仏文・刑法草案註釈（復刻版）（ポアンナード文献双書⑦）、昭和六三年）、ポアンナード（森順正訳）『翻譯刑法草案註釋 上巻』（出版年不明）五〇五頁、福永俊輔「IV 教唆犯規定の意義に関する一考察」森尾亮ほか編著『人間回復の刑事法学』（平成二二年）八七頁以下参照。判例上も、教唆犯の方が正犯よりも重く処断される場合もあることが、示されている（大一一刑判明治四三年一二月九日録一六輯二二三九（二二四〇、二二四五）頁参照。もつとも、旧刑法一〇五条は、旧刑法典にも一〇六条・一一〇条という規定があったものの、現行刑法典六五条二項の機能を果たすこともあったようである（なお、旧刑法一〇六条・一一〇条についても、当時ベルナー教授が論評されていたようである。山火正則・吉井蒼生夫「第一部明治一三年刑法改正作業の開始・経過と資料解題 第三章元老院改正議・刑法改正意見・西欧刑法学者論評 第四章資料解題」『第二部立法資料（5）西欧刑法学者の論評（資料25）ヘルネル氏「日本刑法二関スル意見書」（明治一九年、宮島鈴吉訳）」内田文昭ほか編著『日本立法資料全集20 刑法（明治四〇年）（1）I』（平成二二年）二五頁以下、四二頁、四八二頁以下参照。例えば、大一一刑判明治三一年六月七日録四輯六巻一頁においては（本件につき、西村・前掲「第七章 共犯立法の系譜」二二三頁以下参照）、官吏が非官吏を教唆して山林盗伐をさせた場合、非官吏には旧刑法三七三条・森林法三八八条が適用されるが、官吏には監守盗の旧刑法一〇五条・二八九条一項が適用されるとの原判決が、大審院によって支持されているからである。すなわち、「凡そ教唆者なるものは、教唆者自身正犯の犯したる罪を実行したると同一の刑を受くべきものにして、例せば他人を教唆して自己の親を殺さしめたる者は自身手を下したる如く、殺親罪の一刑を受くると其理一なり。故に、本件被告が相被告人K等を教唆し、自己が監守する官林の立木を盗伐せしめたるは、則自己が之を実行したると同一に帰すれば、其被教唆者たる相被告等は普通盗伐罪の刑を受くるも、被告は前例に倣い監守盗の刑を免る、を得ず。故に、原院が被告の所為に對し刑法

第百五条第二百八十九条第一項を適用したるは相当にして、本論旨は其理由なし。」(二五一六頁。現代用語化、加・加丸と「監守盜」が現行刑法典では「業務上横領罪」に解消された経緯につき、芥川正洋「窃盜罪における占有」早稲田法学会誌六九卷二号(平成三二年)七以下、四四頁注(14)参照。もつとも、後年出された大一刑判大正二二年三月三日集二卷二五四頁においても、父親の殺害を教唆した息子に対し端的に刑法六一条一項・二〇〇条の適用に止めているようであり(二五六二五九頁参照)、これは刑法六一条一項で「正犯ニ準ス」と規定されるに至ったが、大一刑判大正四年二月一六日録二一輯一〇七頁(後掲注(12)参照)からも窺えるように、実質的には旧刑法一〇五条と同様な趣旨を包蔵していることが、示されているものとも言えよう。

特に「間接正犯」については、大塚仁『間接正犯の研究』(昭和三三年)四四頁以下注(七)も参照。養老律における間接正犯については、佐伯千仞「1 刑法講義(総論)四訂版」(昭和五七年)中川祐夫監修、浅田和茂ほか編「刑法の理論と体系 佐伯千仞著作選集第一卷」(平成二六年)本文一五頁参照。

(12) この点、瀧川幸辰「一〇 共犯」同「犯罪論序説」(昭和二年初版、昭和二四年三版)二二二頁、西原春夫「教唆と間接正犯」日本刑法学会(代表者団藤重光)編「刑法講座4 未遂・共犯・罪数」(昭和三八年一刷、昭和五三年一七刷)一三七頁以下参照。なお、刑法六一条一項は平成七年のいわゆる現代用語化の際に、「正犯ニ準ス」から「正犯の刑を科する。」に改められたが、これは最小小判昭和二五年一月一九日集四卷二二五八六頁において、「刑法六一条のいわゆる教唆は正犯に準ず」というのは、教唆犯は正犯の法定刑によって処罰するという意味である」と判示している(前掲注(11)大一刑判明治四三年二月九日録一六輯二二二九(二二四〇、二二四五)頁も参照。Auch vgl. Peter Hünemfeld, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminallrecht der Bundesrepublik Deutschland*, ZStW99 (1987) Heft2S.228 (250) など)に従ったものであるが、「準ス」の趣旨を端的・明確に表現したことになる。もつとも、前掲注(11)大一刑判大正四年二月二六日録二一輯一〇七頁は、「教唆罪は実行正犯に準じ、同法第六十五条第二項の場合を除くの外、常に実行正犯と同一なる罰条の適用を受くべきものとす。」(一〇九頁。現代用語化、加・加丸)と判示しており、「実行正犯と同一なる罰条の適用を受くべきもの」(すなわち、「其實に於ては正犯と同一なること」(前掲注(6)刑法改正案理由書)というのが、文理解上の意味ではあったのである。同旨、大一刑判大正五年六月三〇日録二二輯二二二〇(二二二二)頁。学説上は、大場茂馬『刑法総論 下巻』(大正六年)一〇二六頁以下が、「凡そ故意なき行為は之を罰せざるを原則と爲し、故意ある場合には現に存する故意の範囲内に限り行為者をして其責に任せしむるものなれども、二個の故意にして外観上よりすれば相齟齬する所あるも、其法律上の価値同一なるときは二者の間に重要な差なきものとして、現に有する故意に従い処断するを以て妥当と爲す。」との観点から、「間接正犯たる故意と教

唆たる故意との齟齬あるも、凡そ教唆と正犯とは法律上同一に処断すべきものなれば(刑六)、此二個の故意は法律上同一の価値を有するものなり。従て、以上二個の場合(「精神病者なりと信じ之を教唆して犯罪を決意実行せしめたるに、其者が能力者なりし場合、及び之と正反対の場合」(一〇二六―七頁)―伊藤注)に於ては、行為者の現に有せる故意に適する行為ありたる場合と同様に処罰すべきものとす。〔現代用語化、加点は「教唆犯」が成立することにならう。これに対し、川端博「間接正犯の故意」によつた場合は「間接正犯」が、「教唆犯の故意」によつた場合は「教唆犯」が成立することにならう。これに対し、川端博「間接正犯の錯誤と刑法三八条」内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編「内田文昭先生古稀祝賀論文集」(平成一四年)二五四頁は、現代用語化された「正犯の刑を科する」という文言を引き合いに出しつゝ、「正犯」と「教唆犯」の「罪質」の違いを強調されるが、現代用語化前の大場博士の時代においては、成り立ち得る一個の見解であつたのであろう。すなわち、「実行正犯」と「教唆犯」は現行刑法典上も実質的には同程度の重さの犯罪行為と言ひ得るとしても、法文上の文言が現代用語化に際しより限定的に規定された以上、それぞれの特徴に依じて理論上区別しなければならぬであらうと。〕「教唆犯」は「教唆の意思(唆して犯罪を行わせる意思)を持つ者」であつて、「正犯の故意(犯罪を行う意思)を持つ者」ではないと言わざるを得ないのであらう(なお、この点、西村克彦「第一章 共犯論序説」(増補)〔平成三年〕五頁以下も参照)。

(13) 大塚仁「刑法概説(総論)」(第四版)〔平成二〇年〕一六一頁、同「間接正犯」佐伯千仞ほか編「総合判例研究叢書刑法」(昭和三八年)二〇頁、同「過失行為の利用と間接正犯」青木清相ほか編「過失犯」(1) 日沖憲郎博士還暦祝賀(昭和四一年)二二九頁、竹田直平「間接正犯」(三)立命館学叢五卷二号(昭和八年)九〇頁以下、泉二新熊「日本刑法論上巻(総論)」(明治四一年初版、昭和八年四三版)六六〇頁、団藤重光「刑法綱要総論 第三版」(平成二年)一五八頁、西原春夫「刑法総論 改訂準備版(下巻)」(平成五年一刷、平成一〇年五刷)三六〇頁、大沼邦弘「4 間接正犯」西原春夫ほか編「判例刑法研究 4 未遂・共犯・罪数」(昭和五六年)一三二頁以下参照。Auch vgl. Herausgegeben von Klaus Tiedemann u.a. Straßengesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar 12. Aufl. Erster Band. (2007) S.189ff. Rn.83 [Bernrd Schiemann]. Urs Kindhäuser & Betrug als vertypische mittelbare Täterschaft; derselbe, Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, (2018) S.143 & 144 の通説につき、行為支配の意味における操縦(Steuerung)乃至誘導可能性(Lenkbarkeit)の観点から、過失行為者は背後者の道具たり得る者(potentielles Werkzeug)と解しつゝる旨、述べられる。但し、キントホイザー教授自身は「共同正犯(Mittäterschaft)」説に好意的な立場である(この場合「組織」の所屬(die Zugehörigkeit zu der Organisation))によつて「共同の行為決意(Der gemeinsame Tatenschluß)」を根拠付ける仕方があらうか。vgl. Georg Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA1998, S.524. 逆して「間接正犯」の根拠付けとしては、実行行為者が「匿名的な役割(anonyme Figur)」

であり、交換可能な一つの『齒車 (Radchen im Getriebe)』に過ぎない点が、指摘される。もともと、交換可能ないし代替可能性の高さというのは、必ずしも「道具」性とイコールでもなからうから、やはり背後者の行為寄与の客観的重大さが決め手ということにちなう (vgl. Uwe Schulz Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft-eine notwendige Rechtsfortbildung? BGH NJW 1994, 2703; JuS 1997, Heft 2, S. 111 (Rechts)). キューバー教授も結局、「共同正犯」説に好意的であるようでもある (S. 325)。この「共同の行為決意」を「意識 (Bewusstsein)」面に着目して表現すると、行為が指令部の指令に相応する形で行われるべきとの指令部及び実行者の意識、と行うことにならうか (vgl. U. Schulz a. O., S. 110 (links))。ものの、「共同正犯」と捉えるのは困難だとすると、「同時正犯」ということにもならう。これに対し、高橋則夫『刑法総論』(平成三〇年) 四三八頁は、「過失行為者には規範的障害があり、道具性が欠如するが、背後者に故意がある結果、被利用者を上回る優越性を肯定することができ、そこには優越的支配というべき犯罪事実支配が認められる」との観点から、「間接正犯」の成立を肯定されており、このような立論は確かに「優越的行為支配説」を根拠付けられそうにも見えるが、結局、背後者は自己の「故意」を通用させ得たということを意味しているに止まるのではあるまいか (なお、板倉宏「刑法総論」補訂版) (平成一九年) 二九一頁は、「主観的要素に重点をおくか客観的要素に重点をおくかによって、目的的行為支配なる概念はかなり違ったものになる」旨を指摘される)。

これに対し、佐伯・前掲注 (11) 総論三四六頁は、「教唆により惹起された決意は、必ずしも厳格な意味での故意であることを要しない。他人を錯誤に陥らせて行為させるような場合には、過失犯または無過失行為に対する教唆ということも考えられるのである。たとえば、上級職にある者が、行為の違法性を認識しない部下に命じて、ある違法行為を行なわしめ、あるいは、医師が全く事情を知らない看護婦に、患者に毒薬を与えさせ、これを毒殺させるような場合 (故意による過失行為または無過失行為の教唆)、もしくは、料理番が不注意で腐敗した食事を女中をしてお客に勧めさせ、お客を病気にかからせたような場合 (過失による過失行為または無過失行為の教唆) は、これである。」と述べられており、確かに一定の違法行為を「決意」させたのであれば、その部分との関係では「教唆」があったと捉えることも可能ともなう (例えば、東京高判昭和二六年一月七日判特二五号三一頁においては、理論上、有毒飲食物等取締令四条一項後段・一条一項 (最二小判昭和二八年一月二三日集七卷一三〇頁以下参照) の「販売」に対する「教唆」を觀念し得るようにも思われるが、販売者には過失による有毒飲食物等取締令違反罪を認めたものの、販売依頼者にはその教唆の責任を認めなかった) が、例えば毒薬の注射といった場合、医療行為としての「注射行為」自体は通常殊更「構成要件的行為」と見る必要もないであろうから、全体的に「過失犯」と捉え得る場合には、それに対する「間接正犯」と捉える方が妥当であろう。

中義勝『刑法総論』（昭和四六年）二二二以下、二二四頁は、「(1)背後者とは別個の故意行為を利用する場合」として、「甲が致死量の毒薬を堕胎薬だといつわって乙に手交し、丙の堕胎を教唆したので、乙はさらにこれを「つわり」どめの薬だといつわって丙に服用させ、そのため丙が死亡した場合」と、「甲が単純に乙を教唆して丙に対して堕胎手段を講じさせたような場合」のいずれも、「教唆罪に当る」と解されるが、確かに表面的な「堕胎の教唆」という形においては同様に捉え得るであろうが、前者においては甲の「心中に秘められた殺意」は乙には認識されていないので、「殺人」との関係ではやはり「間接正犯」と言わざるを得ないのであるまいか。この関係は、あたかも他人に「ついで」を射撃するように命じたところ（器物損壊罪の教唆、背後に人がいて教唆者はその人に当たることを意図していた場合と、同様とも言えよう（殺人罪の間接正犯。団藤・前掲注（13）総論一五九頁注（14）参照。この点、山口厚「共犯の従属性をめぐって」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（平成二四年）二八五頁は、「Cを傷害する故意があるAに有毒物質の調達を依頼されて、致死的效果があることを秘して有毒物質aをAに渡したBに殺意がある場合、被害者Cが死亡すれば、Aには傷害致死罪が成立し、Bには殺人罪の幫助が成立する」との例を挙げられるが、この例においてもBが「殺意」を持つに至った以上、AのCに対する傷害行為という機会を利用した「殺人」の「間接正犯」と捉え得るのではあるまいか。このように捉え得るとすれば、Aの「故意の傷害致死罪」とBの「故意の（間接正犯としての）殺人罪」の「同時正犯」ということにもなる。中・同二四頁以下においては、「(2)他人の過失行為を利用する場合」として、『医師甲はかねてからうらみをふくむ患者丙を亡きものにしてしようと図り、数種の薬剤を調査すべきカルテを病院内の薬局に送った。カルテの内容は実は致死量の毒薬であったが、薬剤士乙はうっかりこれに気づかず、そのまま調剤して丙に手交したので、これを服用した丙は間もなく死亡した」という例につき、「本例における甲の行為は、甲がみずから毒薬をつくって丙に手交・服用させるのと同等の確実性をもって丙の死につながるものではなく、このような行為は実行となすに足らない。」と述べられており、確かに丙が服毒する確実性には違いがあるが（もつとも、確実性の程度が必ずしも「正犯」か「共犯」かを分けるものでもない点につき、島田・前掲注（4）刑法雑誌などを参照。これに対し、大越義久「刑法総論（第5版）」（平成二四年）一一一頁も、「利用行為、共謀行為に法益侵害の確実性・自動性が存在する場合にのみ、間接正犯、共謀共同正犯の正犯性は肯定される」と述べられており（一八六頁も同旨）、そのような場合に「正犯性」は肯定されやすいということであろうが、「犯罪の故意」を持って同様な実つまり「結果」を発生させられれば「正犯性」を否定する必要もないのであるまいか。確かに、いわゆる「間接正犯」を行うつもりで「教唆犯」を行ったような形になった場合、いわゆる抽象的事実の錯誤であるとして「間接正犯の故意」は阻却され、両事実が重なり合う範囲内で「教唆犯」の成立を認めることが妥当なようにも見えるが（なお、大越・前掲二一八頁以下）、背後者は当該「犯罪の故意」を実現しようとしたものであり、媒介者の知

情の有無は背後者の「故意」にとつて必ずしも重要なことではなく、「犯罪の故意」実現の態様の違いに過ぎないとも言えようから、当該「結果」を発生させ(ないしその「危険」を発生させ)た以上、当該「犯罪の故意」の「成立」を認める方が妥当ではあるまいか、乙が過失でそのまま丙に手交したものである以上、乙の業務上過失致死罪とともに、カルテを送った甲の「殺人罪」の成立も否定する理由はないのではあるまいか。中・同二二四頁以下においては、「(3) いわゆる故意ある道具 (tools) (Mittelzeug) を利用する場合」として、「公務員甲が非公務員乙に自己の窮状をうったえて、業者丙の所へ職務に関して賄賂を要求すべき使者をたてた」という例につき、「この場合にも、甲の計画は、みずから賄賂を要求すると同等の確実性をもって達せられるとはいえず、したがってその行為を実行であるとなすことはできない。」と述べられており(この点、身分犯の正犯は一定の身分者に限られるとの観点からの立論として、大塚・前掲注(11) 間接正犯二一八頁以下参照)公務員間接正犯、非公務員幫助犯説。これに対し、内田文昭「過失と共犯」佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書刑法(26)』(昭和四〇年)二二一頁―公務員教唆犯、非公務員幫助犯説(同『刑法概要中巻(犯罪論(2))』(平成一年)四六三頁以下も参照)。その他の見解も含め、植田重正「第三章 共犯と身分」(昭和三二年)同『共犯論上の諸問題』(昭和六〇年)六八頁以下も参照。このほか、白井皓喜「共犯についての一考察」武藤春光ほか編『二十周年記念論文論文集第三巻(刑事編) 司法研修所』(昭和四二年)一一六頁は、「公務員が自己の妻をして賄賂を受受させた場合、妻は道具として利用されたのではなく、金品を受受することが禁止されていることを知りながら受け取ったのであるから、妻に行為支配が認められる。」「右の場合に、背後の公務員を教唆犯ではなく、間接正犯とする学説もあるけれども、行為支配を有しない者が、どうして間接正犯となるのであろうか。」とされるが、公務員とその妻との関係も、一樣ではないであろう。これに対し、市川・前掲注(4) 立命館法学三六六号九二頁はいわゆる「義務犯論」の観点から身分者を「直接正犯」と捉えられるようであるが、「直接正犯」「間接正犯」という従来の用語法からすると紛らわしいことにもなり(市川・前掲注(4) 立命館法学三七二号一八八頁も参照)、また非公務員も「共同正犯」と捉えるのは相応の実態があるためと言わざるを得ないであろう。例えば、最三小決平成二六年一月八日集五八巻八号九〇五頁参照。この点では、島田・前掲注(4) 基礎理論二六六頁以下、西原・前掲注(13) 総論三六二頁以下、立石二六『刑法総論』(第4版) (平成二七年)三三六頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論第三版 法律学講座双書』(平成三二年)三五四頁、曲田統一第6章 従犯の処罰根拠と、教唆犯の処罰根拠 同『共犯の本質と可罰性』(令和一年)一一九頁参照、この場合も甲が直接丙に掛け合った方が確実かもしれないが、非公務員である乙の方が丙にとつても対応しやすい面はないではなからうから、刑法六五条一項の適用により場合によっては取賄罪の「共同正犯」と捉えることもできるのではないかと思われる(二一部行為の全部責任の原則。大三刑判大正三年六月二四日録二〇輯一三二九頁、大三刑判昭和七年五月一日集一卷六一四

頁参照。なお、この点、拙稿「第2講 身分犯の意義と根拠」阿部純二ほか編『刑法基本講座第2巻 構成要件論（錯誤・過失）」（平成六年）三二、三四頁参照。中・同二二四、二二六頁においては、「(4)誘発にかかる正当行為を利用する場合」として、「甲は内心乙を亡きものにしようと思っていたが、表面上は普通のつきあいをしていた。たまたま、乙が丙と不仲であり、かつ丙がピストルの名手でいつも護身用にこれを携帯しているという事情を知っていたので、乙をけしかけて丙を攻撃するようにすすめ、そのため短刀を与えた。乙と丙の勝負はまったく問題にならないのだが、血気にはやる乙は丙を攻撃し、丙の正当防衛により射殺された」という例につき、「このような……経路の展望をたのみにする甲の殺意は、甲自身が直接乙を殺害するほどの確実性をもって遂げられるものではない。したがって、ここでも、甲の、丙の正当防衛を利用してする乙の殺害は、いまだ実行行為であることができず、と述べられており、確かにこのようにうまくゆくかは疑問の余地もあるが、設例のような状況下において現実には乙を殺害し得たのであれば、甲の「間接正犯」の成立を否定する必要もないのではあるまいか。甲は乙に対して殺人ないし傷害の教唆をしている訳であるが、丙は射撃の名手ということであるから、確率的・反射的に乙を死に致すことができるであろうからである。この場合、「道具」については直接自己の手中にある者に止まらず、犯罪に係り得る者であれば足りる、と解することになろう。この点、中義勝「間接正犯」（昭和三八年）五二頁以下、大越義久「共犯の処罰根拠」（昭和五六年）二四二頁以下も参照。

このほか、内藤謙「刑法講義総論(下II)」（平成一四年）一三四〇頁は、看護師は注意をすれば（結果の予見可能性があれば）、その過失行為（たとえば毒入りの薬を患者に投与する行為）を思いとどまらずであり、結果回避可能性があったから、医師を間接正犯とすることは疑問があり、医師を故意による殺人教唆、看護師を業務上過失致死とするのが妥当とされるが（この点、中山研一「第二章未遂犯論 第一節間接正犯の実行の着手—中教授の批判に関連して—」（昭和六一年）同『刑法の論争問題 刑事法研究第四巻』（平成三年）八四、八七頁も、過失行為利用による間接正犯事例につき、教唆犯と間接正犯の区別の困難さを指摘されていた。つとに、このような場合、間接正犯が不可能である所以を強調されたのが、植田重正「緒言 第三節所謂間接正犯と実行行為」同「共犯の基本問題」（昭和二七年）九四頁以下、同「第一章 共犯独立性説と従属性説」（昭和二七年）同・前掲共犯論上の諸問題七頁であった、不注意であったにせよ、現実には死に至った以上、看護師の刑事責任はともかく（「過失」の認定も微妙なこともある）、医師の「正犯」性を否定する理由もないのではあるまいか（この点、過失による過失犯に対する間接正犯を認めたとされる事例として、拙稿「刑法総論覚書(4)のII—過失犯の体系と特に自動車運転上の過失—」成蹊法学91号（令和一年）三二二頁注（55）最三小決平成五年一〇月二二日集四七卷八号四八頁参照）。

(14) 拙稿・前掲注(2) 参照。なお、正犯でも共犯でもないものを、（間接）正犯として処罰することは、罪刑法定主義の原則上

無理があるとされる見解として、佐伯・前掲注(11)総論三三四頁以下、吉川真理「間接正犯の正犯性に関する一考察」昭和五八年九月二一日の最高裁決定を中心として、東北学院大学大学院法学研究年誌四号(昭和六二年)四二以下、四七頁参照。これに対し、二五条一項に「間接正犯」も明規しているドイツ刑法典については、「正犯の性質(Täterqualität)」は「道具の行為」によるものではなく、「その者の行為(sein Handeln)」によるものであるとの説明が見られる(Vgl. Jürgen Baumann, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, 7. Aufl. (1975) S.561 4a). xivに、内藤・前掲注(13)総論一三三五頁も参照)。

(15) 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』(平成二八年)四四八頁。山口厚「刑法総論」(平成二八年)六八頁以下も参照。しかして、確かに構成要件の結果惹起の原因を「支配」したと言ひ得る程度であれば「正犯」と言つて差し支えないのであろう(山口六八頁)が、「過失犯」の場合「故意のない被害者の行為は結果惹起に利用できる」(山口六九頁)ことが理由とされているように、「支配」と「利用」という違う概念が同視されている側面があるのではあるまいか。「道具のように」利用し「得たとしても」(山口七一頁)、その概念は厳密には「支配」という概念と別物ではあるまいか(この点、伊東研祐「刑法講義 総論」(平成二二年)三八四頁以下、井田良「講義刑法学・総論」(平成三〇年)四八〇、四八八頁も参照。Noch vgl. Thomas Rotsch, 'Fatherschaft kraft Organisationsherrschaft? ZStW 112(2000) Heft 3, S.530。「支配」という上位概念の下で、概念を類推的に使用している嫌いがありはしないであろうか。また、介在者が「答責性・自律性」つまり「責任を負う」ことになるからといって、背後者にも「正犯」としての責任を負わせてはいけないということにもならないのではあるまいか。

(16) 例えば、大四判昭和一〇年二月二二日集一四卷一六六頁、最三小判昭和二八年二月二二日集七卷一三三〇二六〇八頁(この関係では、新司法試験平成二二年度刑事系第一問(早稲田経営出版編集部編『2020年版司法試験・予備試験論文合格答案集』100 3刑法(令和一年)一二頁以下)参照。本問は、「故意犯」と「過失犯」の「同時正犯」の事例とも言えよう)、最二小決昭和三五年四月一五日集一四卷五号五九一頁(本件の「因果関係」についての異説として、宗岡嗣郎「客観的未遂論の基本構造」(平成二年)二八八頁以下があるが、必ずしも「下ミノ式」に「因果関係」が連結する場合には限らず、「相まって」連結される場合も、つまり直線的に「結果」へとつながる場合のみならず、それぞれの「過失」が複合的に作用することによつて「結果」が発生する場合も、あり得るものと言えよう)、最一小決平成一七年一月一五日集五九卷九号一五五八頁、最二小決平成一九年三月二六日集六一卷二号一三一頁、などを参照。このような捉え方は拡張的正犯概念ないし統一的正犯概念によるものと解した方が説明しやすいとしても、管理・監督過失の場合も背後者に正犯性を肯定することが可能な例として挙げられるように(川口浩一「ワークシヨップ3 正犯概念」刑法雑誌四一巻二号(平成一四年)一六二頁上段(安達光治会員)参照)、

背後者も「正犯」と見うることの一例とも言えるのではあるまいか(もつとも、北川佳世子「ホテル・デパート火災事件における実務の動向と管理・監督者の刑事過失論(二)」早稲田大学法研論集六五号(平成五年)六四頁以下参照)。

(17) 私見によれば、旧司法試験平成二二年度第一問(早稲田経営出版編集部編・前掲注(16)2020年版司法試験六頁以下)は、「不真正不作為犯」の問題ではあるが、「故意の同時正犯」の事例と解することができるのではないかと思う。このほか、内田幸隆「第8章 共犯」杉本一敏ほか「有斐閣ストウディア 刑法総論」(令和一年)二二〇頁にも「同時犯」の事例が挙げられており、Yの爆弾設置行為と、XがAをその広場に行かせた行為が「相まって」、Aの死亡を惹起したということになる。

他方、間接正犯と教唆犯との関係についても、香川達夫「間接正犯と錯誤」(昭和四九年)同「刑法解釈学の諸問題」(昭和五六年)一〇五頁が、背後者「は依然として間接正犯の故意を維持している事実にならんの変更もない」旨を、指摘されているところである。この点、大越・前掲注(13)共犯の処罰根拠三四頁も参照。

(18) 成瀬幸典「判批」東北大学法学六九卷二号(平成一七年)一〇二頁以下、平本正洋「判批」財団法人法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇 平成十三年度」(平成一六年)一五四頁、井上宏「判批」警察学論集五七卷一号(同年)一八五頁参照。これに対し、吉川真理「被害者を利用した間接正犯について」東北学院法学六四号(平成一九年)三〇四頁は、最三小決平成一六年一月二〇日集五八卷一号一頁との関連において、「被害者が間接正犯の道具と看做される最大の理由は、被害者に意思決定の自由が欠けているからである。他行為可能性は意思決定の自由があったことを推察する一つの資料に過ぎない。」と述べつつ、「意思決定の自由」と「他行為可能性」とを区別して論じられる(もつとも、二九〇頁では、最高裁は「被害者に他行為可能性があったかどうかを検討する以前に意思の自由があったかどうかを検討する必要がある」とする。その後、最三小決平一六年と同旨の事例として、神戸地判平成二七年一月一日判時二三三七号九七(一〇一頁三四段)頁がある(大阪高判平成二九年三月一七日LEX/DB25448635―控訴棄却、最二小決平成三〇年三月六日LEX/DB25560448―上告棄却)。確かに、論理的には両概念は別物として捉え得るとも言えようが、事案の検討において、他行為可能性が一般社会通念上常識的に見てかなり減弱していると評価できれば、それは刑法的には大枠として他行為可能性はなかったと評価し得るし、かつそれは意思決定の自由を侵害したと評価してかまわないということではあるまいか(なお、この点、伊東研祐「判批」ジュリスト平成16年度重要判例解説2005・6・10臨時増刊号No.1291(平成一七年)一五六頁右、亀井源太郎「判批」判例評論五七〇(判時一九三二)号(平成一八年)三八頁中段以下も参照)。

(19) 拙稿・前掲注(2)成蹊法学八二以下、八七以下、八九以下、九六、九九以下、一〇七頁以下参照。一般論的には、鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造―犯罪論の機能的考察」学習院大学法学会雑誌三八卷一号(平成一四年)二七二頁が、

「正犯性は、あくまでも全介在事情を考慮に入れたうえで、問題の行為の「結果に対する寄与度（影響力の大きさ）」によって判断されなければならない。」と述べられるのが、注目される。前掲注(13) We 論文も参照。

(20) 松宮孝明『刑法総論講義^{〔脚〕}」(平成二九年)三二六頁はこの点を強調されるが(高橋・前掲注(10)規範論一四八頁も参照)、そうなると、そもそもはじめの「犯罪の意思」を持った人間自体が「異常」であり、「因果関係の相当性が否定され」とみるべきことになりはしないであろうか。規範意識の強い人間であれば、その段階で抑止するであろうが(被告人が他人から借用していた懐中時計の入質を依頼された者が、従う振りをして本人に返還した事例につき、被告人は委託物費消罪の準備行為に止まるとしたものとして、大一刑判明治三六年七月六日録一輯七二一(七一三)頁がある)、そうでない人間はそのまま実行することもあるということではあるまいか。つまり、「異常」というのは刑法三九条に該当するような場合に問題となることであり、さなければ「異常」と思われる行動をしたところで、「正常」な神経の持ち主であるとの観点から、刑法上非難されざるを得ないであろう。これに対し、むしろ第一行為者の適法行為に対する信頼を、第二行為者が引き合いに出すことは可能であろう(島田・前掲注(4)基礎理論三三七頁以下参照)。

結局、「犯罪を行う意思」を持って他者に働き掛け、結果的にその犯罪を実現し得た以上、「正犯」の類型の範囲内であるということではあるまいか。この意味で、「唆して犯罪を行わせる意思」に止まる「教唆犯」とは、異なることになろう(この点、横浜地判平成二五年九月三〇日判タ一四一八号三七四(三八九左)頁も参照)。しかして、「教唆犯」の場合もそのような言動は「異常」と思われたとしても、教唆者と被教唆者との間の「相当因果関係」が否定される訳ではなく、背後者による間接的な関与形態の一種との位置付けであろう(フォイエルバハ教授の「知的惹起者」概念につき、森川恭剛「因果的共犯論の課題——教唆の未遂の否定と正犯と共犯の区別——」九大法学六八号(平成六年)三一頁注(2)参照)。

なお、新司法試験平成二五年度刑事系第一問(早稲田経営出版編集部編・前掲注(16)2020年版司法試験一〇四頁以下)も参照。

(21) 直接には「共犯と錯誤」の事例ではあるが、最三小判昭和二五年七月一日集四卷七号一二六一(一二六四以下)頁、大一刑判大正九年三月一六日録二六輯一八五(一九〇)頁、大四刑判昭和七年二月二六日集一卷一二六(一二三五)頁、大四刑判昭和九年一月一八日集一三卷一七四七(一七五二以下)頁、最二小判昭和三年一月二三日集二卷一〇一三(一〇一三)頁、八九頁参照。もつとも、この場合、「甲の教唆の結果であれば、それで足りる」との理解が原則論ではあろう(前掲最判昭和二五年七月一日一二六三頁、團藤重光「問題(一一)教唆犯」日本刑法学会(代表団藤重光)編著『刑法演習(総論)』(昭和三年一刷、昭和四九年三四刷)一一二頁参照。同旨、大野真義「判批」平野龍一ほか編著『別冊ジュリスト82刑法判例百

選 I 総論(第二版)(昭和五九年)一七五頁一段。この点 AKOCH u.a.a.O. (Anm.9), JuS S.203 (Unks) も、教唆犯にも行為支配がないにもかかわらず、正犯と同じ刑に処せられる理由として、教唆者の関与 (Zutun) なしには保護法益の危殆化に至らなかつたであろう、)とを理由として挙げられる (auch vgl. Herausg. v. Wolfgang Joecks u.a. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band1 §§1-51 StGB. (2003) §26 Rn.5,9 [Joecks])。牧野博士のところに「自由意思に基く正犯の行為が介入する」からといって、「教唆」についての「因果関係」が「中断」されるものではない旨を、論じられていたところでもある(牧野英一「第二 共犯の従属性の文理的基礎」(大正七年。常用漢字化) 同『刑法研究 第一卷』(大正八年初版、昭和十三年一〇版)七五頁以下参照。もつとも、これは教唆・補助独立性論の脈絡で論じられたものではあるが。同『刑法総論下巻』(昭和二三年初版、昭和三四年一五版(全訂版)、昭和四一年一六版。常用漢字化)六九二頁以下も参照)。さらに、林陽一『刑法における因果関係理論』(平成二二年)九三頁以下も参照。

このほか、新司法試験平成二八年度刑事系第一問(早稲田経営出版編集部編・前掲注(16) 2020年版司法試験七四六頁以下)も参照。

(22) 大塚・前掲注(11) 間接正犯二二一頁参照。なお、判例上は、「脅迫」に当たる程度の場合であっても、偽証「教唆」とされている事例もある(例えば、大一新判昭和二年二月二五日集六卷三三三頁参照)。刑法二六九条の文言上、背後者は「行為の主体」になりにくいためもあるうか。

(23) 刑法六一一条二項についても、教唆者によって教唆された者の自発性が問題とされている(大三刑判大正三年一月七日録二〇輯二〇四六(二〇四九以下)頁、本判決弁護人上告趣意書二〇四六頁で参照されている泉二・前掲注(13) 総論六八八頁以下は、間接教唆についての積極説のようである、大三刑判大正一一年三月一日集一卷九九(一〇一以下)頁、本判決弁護人上告趣意書一〇〇頁で参照されている山岡萬之助『刑法原理 全』(大正二年発行、大正四年改版増補第五版)一三四頁は、間接教唆についての消極説のようである、大三刑判昭和二年三月一〇日集一六卷二九九(三二二以下)頁参照)。