

〔論
説〕

刑法総論覚書(5)のII

——「故意の同時犯」の法理——

伊
藤
司

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、前号)

④ ⑤ (以下、本号)

(2) 「間接正犯事例における私見の展開」

(ア)

(イ・ウ) (以下、次号)

三 おわりに

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」

④ 他方、判例の中には、刑事責任年齢に達していない者に対し窃盜の教唆をした場合、「窃盜の間接正犯の概念をもって律すべきであるが刑法第三十八条第二項により被告人は結局犯情の軽いと認める窃盜教唆罪の刑をもって処断すべきが相当であると」判示したものもあるが、これは刑法三八条二項の適用事例に止まり、今日的には例えは正犯が一二、三歳といった場合、直ちに「間接正犯」と捉えるとも限らないところである。⁽²⁵⁾ 従って、「実行正犯」に当たれる者がいるからといって、背後者は「間接正犯」ないし「教唆犯」になるとも限らないことになってこよう。事情によってはいずれに該当するかを検討しなければならず、理論的な可能性としては、「故意の同時犯」という場合もあり得るのではないかと⁽²⁷⁾ いうことである。

⑤ このような理解からすると、それぞれの行為者が刑法典「第二編 罪」の条文・構成要件に該当する形になる⁽²⁸⁾。「構成要件に該当する行為を自ら (Self) 行う者のみが、正犯である」との「限縮的正犯概念」⁽²⁹⁾ によるとしても、決め手はこの「正犯」概念に該当するか否かにあることになり、⁽³⁰⁾ 「自ら」の意義を規範的に捉えるならば、論理的には、いわゆる「正犯の背後の正犯」も認め得ることになるからである。⁽³¹⁾⁽³²⁾ このように解しても、「正犯」に当たれる実質を有する限り、「限縮的正犯概念」に反するものではなからうからである。⁽³³⁾⁽³⁴⁾

(24) 仙台高判昭和二十七年二月二九日判特三三二一〇六頁以下。さらに、大一刑判大正八年六月二〇日録二五輯七八六(七八八以下)頁も参照。

(25) 例えば、第一小決昭和五八年九月二一日集三七卷七号一〇七〇頁―一二歳の養女を利用した・窃盗罪の間接正犯の成立を認めた事例であるが、教唆犯になり得る可能性を示唆したもの。もつとも、この事例自体、養女が「正犯」たり得るとすると、行為者が「正犯」で、背後者が「間接正犯」の事例ということにもなる(内田文昭「判批」(昭和五九年)同「犯罪の実質とその現象形態」(平成五年)二七五頁、同・前掲注(13)概要四五七頁、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(昭和六三年)八三頁以下参照。これに対し、園田寿「判批」平野龍一ほか編「別冊ジュリスト山刑法判例百選I総論(第三版)」(平成三年)一五三頁四段は、「本決定が正犯に責任能力が認められる場合にも広く間接正犯を認めようとする趣旨であるとは思われない」と論評される。確かに「正犯の背後の正犯」としての「間接正犯」まで一般的に認める趣旨とまでは解されないとしても、その後の後掲最決平一三年が「(共謀)共同正犯」を認めたところから、合同的な「正犯」という観点は示されたことにはなる。なお、大塚仁「第11講 共同正犯における共同実行の観念」同「犯罪論の基本問題」(昭和五七年)三四〇頁の「準間接正犯」という観点から背後者に「実行行為」を認められる見解も、限定的ではあるが、「正犯の背後の正犯」を結論的に容認するものと言えよう(この点、中山研一「第11講 共同正犯における共同実行の観念」同「大塚刑法学の検討」(昭和六〇年)三三八頁も参照。さらに、後掲注(45)も参照)。第一小決平成一三年一月二五日集五五卷六号五一九頁―一二歳一〇か月の息子と実母との強盗罪の共謀共同正犯を認めた事例参照。この点、小野清一郎「新訂刑法講義総論」(昭和三三年初版、昭和三〇年一三版)一〇六頁は、「三、四歳位の幼児を利用して窃取するのは間接正犯であるが、十二、三歳の少年で、既に是非の弁別ある者に窃盗を行わせるのは寧ろ教唆犯と見るべきである。」(現代用語化)と述べられた。同旨、団藤・前掲注(13)総論一五七頁、大沼・前掲注(13)判例刑法研究一一五以下、一五一頁、松澤・前掲注(7)Law&Practice九八頁、大塚「第12講 従属的共犯の性格」同・前掲犯罪論の基本問題三五三頁(これに対し、中山「第12講 従属的共犯の性格」同・前掲大塚刑法学の検討三五四頁参照)、福田平ほか「特別企画《対談》最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)」現代刑事法六四号(平成一六年)六頁(大塚仁)参照。Auch vgl. Hans Wezel, Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung. II. Aufl. (1969) S. 103 b.)なお、後者の事例自体に「つて、母親には教唆犯が成立するというのが自然である」との見解として、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―、齊藤ほか編・前掲注(15)神山古稀三九九頁参照(同旨、浅田・前掲注(10)総論四四六頁)。母親自身が「強盗の故意」を持ちかつ息子にやらせたが、息子は刑事未成年者ではあるものの「間接正犯」とは言えないので、「共謀共同正犯」との擬律になったものと言えよう(長瀬敬昭「25 教唆犯と共同正犯」

池田修ほか編『新実例刑法〔総論〕』（平成二六年）三二六頁以下、前田雅英¹⁴「教唆犯の実相」岩瀬徹ほか編集代表『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』（同年）二九五頁、内藤・前掲注（13）総論一三三八頁参照。もつとも、橋本正博『法学叢書12 刑法総論』（平成二七年）二四三頁では、これらと同旨になっているようである。この点、宇都宮地判平成二九年三月二四日判例秘書107230188九頁、東京高判平成三〇年四月二六日同07230184五頁も、間接正犯は共謀共同正犯を越えた場合として位置付けられる。これを要するに、「第三者を利用して犯罪を実現する類型については、まず間接正犯の成否を検討し、間接正犯が成立しない場合に共同正犯、さらに狭義の共犯（教唆犯）の成否が検討されることになる。」（橋爪隆「第2章 実行行為の意義について」Ⅲ 間接正犯の成立範囲」同『刑法総論の悩みどころ』（令和二年）四九頁）ということにもなるが、基本的な視座としては、「利用者の「正犯性」の有無と要素従属性は本来別個の問題」（前田雅英「基本編」第18講 間接正犯」同『刑法演習講座』（平成三年）一二二頁）ということになる。

(26) 高橋則夫「判批」法学教室増刊判例セレクト88〜90（平成一四年）四八五頁三段も、大阪高判平成七年一月九日判時一五六九号一四五頁の評釈中において、「極端従属性説を一貫させれば、刑事未成年者の利用はつねに間接正犯となる。しかし、このような画一的処理は妥当でなく、また共犯の不成立から正犯の成立を認めることは方法論的にも問題がある。」とされる。同旨、酒井安行「Ⅱ総論 65是非の弁別能力のある刑事未成年者を利用する間接正犯は成立するか」藤木英雄ほか編著「ジュリスト増刊刑法の争点（新版）」（昭和六二年）一三〇頁四段、野口六郎「判批」研修五八五号（平成九年）七八頁。もつとも、これに対し、「制限従属性説を徹底させれば、心身喪失者の利用も教唆犯となるが、教唆犯の本質からみてそのような結論の妥当ではないことは多言を要しない。」（岡野光雄「刑事未成年者の利用と共謀共同正犯」研修六六一号（平成一五年）四頁、八頁も参照。同旨、前田雅英「形式的共同正犯論の終焉」法曹時報五四卷一一号（平成一四年）七頁）との指摘もあり、一般的にはそのように理解されるようにも思われる（例えば、通常の意味能力のない被害者に縊首の方法を教えて縊首させた所為に対し、刑法二〇二条ではなく一九九条を適用した事例として、最一小決昭和二七年二月二日集六卷二号二七五頁参照。学説としては、竹田直平「共犯における犯罪概念要素―間接正犯者の罪責の根拠―」植松正ほか編著『現代の共犯理論 齊藤金作博士還暦祝賀』（昭和三九年一刷、平成一年三刷）一四頁参照。これに対し、平場安治『刑法総論講義』（昭和三六年一刷、昭和四五年二刷）一五二頁(4)は、「責任無能力者も目的支配の能力を持つことがあり、これを利用した者は共犯である。」とされており（同旨、林幹人「正犯の内容―正犯と狭義の共犯の区別」研修六〇一号（平成一〇年）六頁）、確かに「共犯」に該当する場合はそのように扱うことにもなるが、「黒幕」が「正犯」に該当する場合は、そのように扱うべきではあるまいか）が、明らかに教唆・補助に当たる場合はともかく、やはり基本的には「正犯」に値するか否かを、個々の事例ごとに検討しなければ

ばならないということになる。内田・前掲注(13)概要五七三頁注(17)も、「医師A……の支配力の強さいかんによつては、「正犯の背後の正犯」を肯定しうる」とされる。

(27) 団藤・前掲注(13) 総論四二九頁が同旨であったであろうか。

いずれにせよ、このように実行正犯者の年齢などによつて背後者の罪責が異なり得るというのは、やはり「人」が介在した場合には他の場合と同じに論ずることができない場合もあるということの現れとも言えよう。この点、平井彦三郎「刑法論綱論」(昭和五年初版、昭和九年四版)五七四頁以下は、「有責者が共犯不成立者を機械的に利用したること、単独犯の場合に機械を使用したる関係と異なる処なく、唯だ被利用者が人たるの故を以て、特に機械使用の場合と区別し間接正犯と名づけたるに過ぎざるものとす、然れども機械を使用する場合と全然同一と称するを得ず、被利用者をして其の力又は身分を利用するものなれば、間接正犯の行為は其の被利用者の行為と云わざる可らざればなり」(現代用語化)と述べられており、機械と人の違いを示唆するものがあるものと言えよう。なお、藤木英雄「刑法講義 総論」(昭和五〇年一刷、昭和五二年五刷)二七九頁、森本益之「特集刑法解釈の基礎「犯罪行為論」 共犯における正犯行為」法学セミナー三六号(昭和五九年)五一頁二段、拙稿「刑法を学ぶ際の基本認識」について―「刑法」とはいかなる学問か?―九州大学法政研究六四巻四号(平成一〇年)二一九頁以下も参照。

(28) Vgl. Helmut Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, (1967) S.148. 西原春夫「第三章 拡張的正犯論と間接正犯―メツガーを中心として―」同「間接正犯の理論」(昭和三七年)八八頁、中義勝「判批」法学セミナー一九八〇年十一月号別冊付録判例ハンドブック「刑法総論」(昭和五五年)九〇頁中段、同「刑法総論の現代的課題 四共犯の因果性」The LAW SCCHOOL 四二号(昭和五七年)二八頁中段、同「一四、いわゆる共犯の要素従属性について」(昭和五九年)同「刑法上の諸問題」(平成三年)四三八頁以下、吉川・前掲注(14)法学研究年誌四二頁、園田寿「間接正犯と教唆犯」現代刑事法二二号(平成二一年)二九頁、島田・前掲注(4)基礎理論九三頁、同・前掲注(15)神山古稀四四七頁、高橋・前掲注(10)規範論一三七頁参照。

なお、橋本正博「ワークショップ7 正犯性―間接正犯と共同正犯の間―」刑法雑誌四三巻三三三(平成一六年)一六六頁上段(島田聡一郎)に、「直接正犯・間接正犯・共同正犯のいずれも各則に該当する正犯と位置づけ、処罰拡張事由である狭義の共犯とは異なるとする立場(日本の伝統的多数説)、直接正犯・間接正犯はいずれも各則の構成要件に該当する一方、共同正犯は処罰拡張事由であつて間接正犯とは成立要件が異なると考ええる見解(判例の基本的態度)」という対立図式が見られる(なお、井田・前掲注(15)総論四七六以下、四八六注28)、四八八頁以下、川端・後掲注(34)鼎談二八頁左参照)。

(29) Vgl. H.-H. JESCHKE, a. a. O. (Anm. 4) Lehrbuch S. 586 III. 1.; H. Weizel, a. O. (Anm. 25) Strafrecht S.102. 橋本正博「行

為支配論」と正犯理論」(平成二二年)一頁以下、前田雅英編集代表「条解刑法(第3版)」(平成二五年)第61条1)ア、植田博「第6講 間接正犯」阿部純二ほか編「刑法基本講座第4巻 未遂/共犯」(平成四年)八〇頁、園田寿「判批」松尾浩也ほか編著「別冊ジュリストNo.115 刑法判例百選I 総論」(平成九年)一四八頁三段以下参照。

(30) 大塚・前掲注(13) 総論一六〇頁、前田編集代表・前掲注(29) 条解二二八頁、酒井・前掲注(26) 刑法の争点一三〇頁四段参照。

(31) 内田文昭「改訂刑法I(総論)(補正版)」(平成九年)二八九頁、同・前掲注(25) 判批二七二、二七四頁、同・前掲注(13) 概要五七三頁、橋本・前掲注(29) 行為支配論九二、一七五頁参照。Auch vgl. Baumann, a.O. (Anm. 14) STRAFRECHT S. 521 f. a. この点、相内信「故意ある補助的道具の問題」金沢法学二二卷一・二号(昭和五六年)二二二頁は、「逆に、直接手を下す者が正犯と評価されない場合」として、「故意ある補助的道具」の問題を捉えられる。しかして、平場・前掲注(26) 総論一五〇以下、一五五頁の、「自己の手による実行」に換えるに「構成要件該当の行為支配」をもって「する説によると、「元来正犯とは自己の手により実行行為をなす必要は必ずしもないことになろう(この点との関連で、中・前掲注(13) 間接正犯一二九頁以下も参照)。これに対し、中山研一「概説刑法I」(第2版)」(平成二二年)二七六頁は、「みずからの手による実行行為を正犯性の中心にすえ」るべきとの批判的観点からではあるが、「共謀共同正犯」を肯定すると、「共同正犯では実行担当者が正犯であるにもかかわらず、背後者も正犯であるとの関係になる。」旨、指摘される。野村稔「第18講 共謀共同正犯(上)」法学セミナー四一四号(平成一年)八二頁三段も参照。

(32) ドイツの判例においても、原則論としては、(1)何人かが錯誤なくかつ限定のない責任能力を有する状態で行為した場合、その者の背後者は通常間接正犯ではない。このことは特に、直接行為が法的にばかりではなく、とりわけ事実的にも事象を包括的に支配しかつまた支配しようとしているケースについて、当てはまる。その場合、背後者は通常行為支配を有しない。としつつも、(2)限定のない責任能力を有して行為する行為媒介者(Tammitter)にもかかわらず、背後者の寄与(Betrag)が殆ど自動的にこの背後者によって志向された構成要件実現につながる・ケース・グループがある。それは、背後者が組織構造を通じて、その者の行為が寄与が規則的な(Feghaft)経過をもたらすところの・特定の大枠諸条件(Rahmenbedingungen)を利用する場合に、存し得る。規則的な経過を伴うそのような大枠諸条件は、国家的・企業的もしくは会社類似的な組織構造において及び命令ヒエラルヒーにおいて、問題となる。そのようなケースにおいて、背後者がこの事情を知りつつ行為し、その者が特に、構成要件を実現する直接行為者の無条件の準備(Bereitschaft)をも利用し、かつ背後者がその結果をその者自身の行為の結果として意欲する場合、その者は間接正犯の形で正犯である。とあり(Vgl. BGH, 5 Stratsenat. Urt. vom 26. Juli 1994,

BGHSt. 40, BAND, S. 218 (236). 本判決につき、鈴木彰雄「組織的権力機構による間接正犯―ドイツ連邦通常裁判所一九九四年七月二六日判決の検討―」関東学園大学法学紀要一〇号(平成七年)八七頁以下、同「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」同二三号(平成一三年)一一五頁以下、トーマス・ヴァイゲント(高橋則夫訳)「講演 ドイツ刑法における間接正犯の新しい形態」早稲田大学比較法学三二巻一〇号(平成九年)一三七頁以下、川口浩一「旧東独の『政府犯罪』の処罰と時効に関する最近の判例と立法―ドイツにおける第二の『過去の克服』問題と刑法―」奈良法学会雑誌七巻一〇号(平成六年)一頁以下、同「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」姫路法学二七・二八合併号(平成一年)七三頁以下、佐久間修「12 共同正犯における集団犯罪の法理―共謀共同正犯と『正犯の背後の正犯』を中心として―」渥美東洋ほか編著『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』(平成一五年)三〇六頁以下、照沼亮介「第2章間接正犯の正犯性 V 組織的権力機構を利用する場合」同『体系的共犯論と刑事不法論』(平成一七年)一〇七頁以下、田川靖紘「企業・組織内犯罪における正犯と共犯の区別(一)」早稲田大学大学院法研論集一三三二号(平成二一年)一五三頁以下、水島朝穂「ベールの壁―もう一つの過去―」の象徴「地理三七巻八号(平成四年)六五頁、設楽裕文「正犯・共犯と企業犯罪」日本法学七六巻二号(平成二二年)三九三頁以下、内田文昭「間接正犯と自手犯」神奈川法学四四巻二・三合併号(平成二三年)一八二頁以下、後藤啓介「間接正犯論の新展開―ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの」慶應法学二四号(平成二四年)一七四頁以下、黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究(五)」法学協会雑誌一三四巻六号(平成二九年)一九頁以下参照。auch vgl. Strafsenat-Urt. vom 8. November 1999, BGHSt. 45, BAND, S. 270 (296); 5. Strafsenat-Urt. vom 6. November 2002, BGHSt. 48, BAND, S. 77 (91). 例外的であるにせよ、「正犯の背後の正犯」を認め得る場合が示されている。実行行為者も「正犯」であり背後者も「正犯」であるが、「直接」行為に出る訳ではないので「間接正犯」とされるものとすれば、「共謀共同正犯」以外の、「同時犯」としての「正犯」の競合ということにもなる(もともと、ドイツ刑法における「同時犯」説に対しては、「両者の行為を独立した因果の流れ」として捉えるのは、「権力機構によって組織的に行われる犯罪の実態を見誤るもの」との批判がある)ようである(鈴木・前掲関東学園大学法学紀要一三三三号一四四頁。vgl. herausg.v.B. Jahnke u.a.a.O. (Anm. 4) LK-StGB §25Rn. 132 (C.Roxn))。が、日本の過失犯の判例を見る限りでは(前掲注(16)参照)「この事象につき『因果関係』を競合的に捉えることは可能と言えよう。noch vgl. Uwe Murmann, Die Nebenäterschaft im Strafrecht: Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre. (1993) S.279.」の事例自体は、ドイツが東西に分断されていた時代に、いわゆる東ドイツの国防評議会の構成員(Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats)として、東ドイツの防備された国境から逃走を企てた者を射殺する命令を出したことが、ベルリン・ラント裁判所では故殺の教唆・幫助に問われたものであり(SS. 219, 230, ドイツ

刑法典二二二条一項)、かなり特殊なものではある。連邦通常裁判所では、被告人らは故殺の間接正犯との判断に改められた訳である (SS.230, 237, ドイツ刑法典二二二条(一項)、二二五条。auch vgl. 5. Strafsenat Urt. vom 4. März 1996 BGHSt. 42, Band 5, 65ff.; Strafsenat, Beschl. vom 7. August 2001 BGHSt. 47, BAND 5, 100ff.) の問題をめぐる議論の状況につき、ハンス・ルートヴィッヒ・シュライバー(石塚伸一訳)「旧東西ドイツ国境における銃器使用の刑法的責任」北九州大学法政論集二二巻三三三号(平成五年)二七九頁以下、平良木登規男「共謀共同正犯事例等におけるドイツ判例実務」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員編「西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻」(平成一〇年)三三〇頁以下、広渡清吾「ホネッカー裁判」不法な体制」と法治国家」時の法令一四三三五号(平成四年)三七頁以下、川口浩一「ドイツ統一後の旧東ドイツ犯罪の処罰問題」いわゆる「壁の射手」第一判決とホネッカーの裁判について」刑法雑誌三三巻三三三号(平成六年)二一九頁以下、高橋則夫「第13章 共同正犯の帰属原理」同・前掲注(10)規範論一八五頁以下参照。特に平良木三三三頁は東京地判平成八年六月二六日判タ九二一〇九三頁の事例につき、「M被告については、端的に正犯を利用した間接正犯としての責任を問うべきではないかと」の疑問を示されるが、裁判所の従来の理解からすると、「共謀共謀正犯」として捉え得るということなのであろう)。

このほか、善意の代理店を通じた組織的な詐欺事犯につき、「間接正犯」とされたものとして、5. Strafsenat Beschl. vom 26. Augst 2003 BGHSt. 48, BAND 5, 331 [342] がある。

また、4. Strafsenat Urt. vom 15. September 1988 BGHSt. 35, BAND 5, 347 では、「間接正犯」のメルクマールとして、「正犯意思によって支えられた客観的な行為支配の標識」が強調され、間接正犯が共犯(教唆)かの区別は、個別ケースにおける錯誤の性質や射程、及び背後者の影響の強弱にかかわるとされる (SS.333, 354)。

(33) 莊子邦雄「現代法律学全集25 刑法総論(第三版)」(平成八年)四五八頁は、「自分の手で実行行為を行なう者は正犯である」という見解を維持しながら、違法性および責任の点において共犯の類型により処理し得ないという場合を「正犯」と解し、例外として、間接正犯の領域を残すべきである。」と述べられており、趣旨は必ずしも明らかではないが、小野博士の所説を「妥当」とされており(四六〇頁注(4))、小野博士は、「間接正犯であるか教唆犯であるかが疑問となる場合には、……何処に違法性及び道義的責任の重点があるかを検討しなければならぬ。殊に道義的責任の所在が重要である。しかし、結局は各本条の構成要件の解釈適用の問題である。自ら「火を放った」者であるか、自ら「人を殺した」者であるかの問題である。」(小野清一郎「刑法概論」(昭和二七年)九一頁、常用漢字化)と述べられており(小野清一郎「犯罪構成要件の理論 四構成要件と行為論」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)六三頁も参照)、違法性の側面における法益侵害・危殆化という点では直接の間接的かの違いはあれ同様とも言えようから (Vgl. AKOCH u.a.a.O. (Anm.9,21) JuS) 責任な

し構成要件の側面において当該犯罪の「故意」を持って行われたかが、客観的側面を勘案しつつ、決め手とされることにもなる。

中義勝「六、実行行為をめぐる若干の問題」(昭和六〇年)同・前掲注(28)刑法上の諸問題一七九頁は、「正犯はみずから手による限縮的正犯概念を原則とするが、たとえ他人の手を介してする場合にも、実質上限縮的正犯概念と同視しうべき実体をそなえる場合にかぎってこれを間接正犯と称することが許されると」され(同「一四、いわゆる共犯の要素従属性について」同四三九頁も参照)、例外的な場合を厳格に解するところから、「間接正犯」が限定されることになるのであるが、しかし、実質的・規範的に「正犯」に相当する者については、「教唆・幫助」に当たらない限り、また「共謀共同正犯」の範疇に入れられないとしても、「正犯」という評価を加えることができる場合もあるのではあるまいか。

堀内捷三「刑法総論論」(平成一六年)二八三頁以下も、「間接正犯の例が示すように、……、正犯というためには必ずしもみずから実行行為を行った者に限定されるわけではない。したがって、共謀者もなお共同「正犯」であるというためには、共謀者の行為が実行者の行為との関係で、価値的・規範的に実行行為者と実行行為を共同したと評価しうる場合でなければならぬ。」との観点から、「主観的には実行行為者の意思に強い影響を及ぼしていることが、客観的には実行行為者の行為遂行に大きな役割を果たしていることが必要である。」とまとめられており、これは「共謀共同正犯」についての理解であるが、「間接正犯」における背後者の「正犯性」についても、もともと「正犯」としてつまり「犯罪の故意」をもって行動したのであるし、たとえ媒介者が気付いた場合であっても、背後者が意図した通りの「結果」を発生させられた以上、「正犯」という線が妥当なのではあるまいか(前掲注(20)参照)。

(34)判例上、共謀共同正犯と教唆犯の区別につき明らかにした仙台高秋田支判昭和三五年四月六日集一四卷一三三号一八一四頁は、「共謀」共同正犯の場合、「共同犯行の認識」「主観的な相互依存の関係(双方による心理的補充の関係)」が決め手とされるのに対し、「教唆犯」の場合は「一方的な心理的補充の関係」に止まる旨判示する(一八一五頁以下。このほか、大刑判明治四四年一〇年六日録一七輯一六一八(二六二二)頁、大刑判大正一一年四月一八日集一卷二三三(二三五以下)頁(これに対し、大三刑判大正七年四月一七日録二四輯三三九(三三二二)頁、岩田誠「判批」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十三年度』(昭和四三年)四〇七頁も参照。なお、松澤・前掲注(7)。)しかし、刑法六〇条が「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。」と規定する場合、このような意思連絡をもって実行行為の一部と見うる行為を行った者は、「正犯」とするということであり(なお、藤木英雄「共謀共同正犯」同『可罰的違法性の理論』(昭和四二年一刷、昭和四五年九刷)三六六頁以下は、「共謀」概念を「共同正犯」全般の共通概念として捉えられた、従って、当該犯罪の「故意」

をもつて「共働的な行為」を行った者を、結果として「共同正犯」と呼称する趣旨であろうから、はじめから「正犯者意思」などといったものを設定する(例えば、下村康正「共同正犯と犯罪の実行」鴨良弼ほか編著『刑法と科学法律編 植松博士還暦祝賀』(昭和四六年)三七六、三七九、三八〇以下、三八二以下、三八五頁参照。なお、一八七一年ドイツ刑法典四七条、そしてその後の一九七五年改正法二五二条二項の「共同正犯」概念は、日本刑法六〇条とほぼ同旨と見て差し支えなからう。Vgl. Herausgegeben von Karl Panmer: *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. (1927) SS.9, 21; bearbeitet von A. Eser u.a.a.O. (Ann. 4) Kommentar SS. 484Rn. 2, 517, 533Rn. 7 [Günter Heine/Betina Weißer]; René Bloy, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändigen Tausführung*, GA1996, S.435, Rn. 7 (プロイ(京藤哲久(訳))「他人が所為をなした場合の正犯性の限界」明治学院論叢法學研究六一号(平成八年)一五四、一五八、一六五、一七五頁注(41)、島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(平成二二年)四三頁。これに対し、松村格「第七章 共同正犯の共犯性と正犯性のシステム論的解明」同『刑法学方法論の研究—存在論からシステム論へ—』(平成三年)三三二頁注(2)。松山地判平成二四年二月九日判タ一三七八号一五一頁も、利用者が被利用者の「正犯意思」を「認識」していれば、「黙示の共謀(共同実行の意思)」を認定することができる、という形で、この意思を活用する(二五五頁左)。このほか、内藤・前掲注(13)総論一三六九頁も、大一・二・三・四刑連判昭和二年五月二八日集一五卷七一五頁につき、「自己の犯意の実現という意味での正犯意思の実現を」読み取られる。この点、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報六三卷七号(平成二三年)四頁も参照。また、正田満三郎「第三 犯罪の実行と正犯意思—犯罪における因果関係とその目的的整序—」同『刑法における犯罪論の批判的考察』(昭和三年)四八頁も、「正犯意思」ということで、「正犯における故意を正犯行為を組成する主観的違法要素並びに責任要素一般として扱えたもの」とされる(同「第八 違法性と正犯意思—行為による違法と事態としての違法—」同「一八八頁も参照。この点、後掲二(2)⑦②も参照。結局、「基本的構成要件の故意」を意味することにもなろう(この点、大三刑判昭和九年一二月二二日集一三卷一七九七(一八〇二)頁は、「数人共謀して他人に暴行を加えんことを企図し、之が実行ありたる場合に於ては、自ら暴行行為を為さざる者と雖も、之を為したる他の共謀者と等しく暴行の罪責を負わざるべからず。蓋、其の犯意は実行したる共謀者に依り遂行せられたるものにして、刑法第六十条に所謂二人以上共同して犯罪を實行したるに外ならざればなり。」(現代用語化、加點・加丸。傍點、伊藤)と判示する。本判決などにつき、大場史朗「共謀共同正犯論再考」石塚伸一ほか編著『近代刑法の現代的論点 足立昌勝先生古稀記念論文集』(平成二六年)一七三、一七五、一七八、一七九頁以下参照)のは、論理が逆ではないかとも思われる。そのように「共同正犯」と評価された者の持つ意思を、「正犯者意思」と称しているのではあるまいか。しかし他方、「意思の連絡」を「意思への影響を通じて間接に結果に対し因果関係をもつ」に過ぎないとの側面から

のみ理解するのも(植田重正「片面的共犯」植松ほか編著・前掲注(26)齊藤還暦二四六頁)、「共同正犯」と「同時犯」の混交につながるかねまいから、いわゆる「共同正犯」や「間接正犯」などに包含し得ない場合は、「同時犯」の側面から捉えるのが、妥当ではあるまいか(判例としては、例えば、大三刑判大正一年二月二十五日集一卷七九頁参照。学説として、植松正「片面的共犯否定への道標」前掲齊藤古稀二五八以下、二六六、二六七頁注(二)、大塚仁「二 片面的共犯の成否」同『刑法論集(2) 一 犯罪類型と解釈学』(昭和五年)二二頁注(七)、夏目文雄「共犯の存在構造」福田雅章ほか編著『刑事法学会の総合的検討(下)大塚仁博士古稀祝賀』(平成五年)四四〇頁以下も参照)。「共同正犯」の場合、「意思の連絡」があることによつて「因果関係」を共通にするのであつて、単に他者の意思への影響を通じた結果への寄与を問題とするものではないからである(この点、「刑法上結果に対する責任は理論上常に因果関係に依りて生じ、又理論上因果関係のみを以て足れりとす。従て、共同正犯成立の契機も亦、因果関係を外にして他に求むべからず。」との一般論を展開した宮本博士も、「所謂因果関係も価値的なる事実相互間の論理関係にして自然的因果関係にあらず。即ち此場合には、一方に共同者の違法なる行為と他方に被共同者の行為其他の事実を併せたる全体として違法なる事実との間に、法律的因果関係が成立するなり。」と注記される。宮本英脩『刑法学粹』(昭和四年)三九六、三九八頁以下註(一)(現代用語化。加點。従つて、「片面的共同正犯」については、いずれかという「単独正犯」として理解しておけば足りよう(なお、植田・前掲二三三頁)。「共同正犯」という評価を下すためには、やはり意思の面においても相応の実態を要求すべきであるからである。しかして、刑法六〇条は「第十一章 共犯」中に規定されているように、個々人が「犯罪」として完全な行為をする場合も、個々人の行為を合せてはじめて「犯罪」として完成する場合もあろう(もつとも、前者においても、「共同正犯者」の行為を合せてものが「共同正犯」とされる点で、違ひはなからう(川端博ほか『鼎談』共同正犯論の課題と展望 現代刑事法二八号(平成一三年)二六頁中(西田典之)、西田(橋爪補訂)・前掲注(13)総論三四九頁以下、高橋・前掲注(10)規範論二七四頁。これは「正犯性拡張機能」と称される。伊藤・前掲注(4)法研論集一五六号三二、四六頁、同「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——」同一五四号(平成二七年)一一頁参照)が、いずれにせよ、「共同正犯者」の行為を合せてものが「共同正犯」となるといふ意味においては、「広義の共犯」なからず「共同」(橋本正博「正犯理論の實質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」前掲注(28)現代刑事法二二左、二四頁左参照)から「正犯」へという論理的順序で考える方が妥当であらう(西原春夫「第三部共犯に関する若干の考察 共同正犯における犯罪の實行」同『刑事法研究第二卷』(昭和四二年)一六〇頁以下参照。山中敬一「第一七章 共同正犯の諸問題」芝原邦爾ほか編著『刑法理論の現代的展開 総論II』(平成二年)一九六頁は「多數人が犯罪に関与する形態であるから、広い意味での共犯であることには疑いがない。」と説明される。もつとも、川端・前掲鼎談二八頁左

〔川端博〕は、「共同正犯と教唆犯・従犯とは違うと思います。つまり、単なる加担犯ではないという意味で、自分みずから共同実行していることによって、正犯性を帯びてくるのです。」と述べられており（なお、橋本・前掲注（28）刑法雑誌も参照）、これは「共同正犯者」は「いづれも」「一身の特性」として「正犯」としてふさわしい意識状態を有する者、つまり、「共同の行為為決意の共同の荷手（Mitträger des gemeinsamen Tatentschlusses）」（vgl.H.Welzela.O. (Anm.25) Strafrecht SS107 IV, 110c）でなければならぬということの意味するに止まるであろう。また、瀧川・前掲注（12）犯罪論序説二二八頁が、「刑法第六十条は、正犯として罰せられるは、ただ実行行為、即ち自己の動作によって構成要件を充す行為のみであることを明かにした規定である。」（常用漢字化）と述べられるのも、「共同正犯」として評価され得る「行為」でなければならぬことを意味するに止まることになろう。従って、「共同正犯」は常に不完全なものであるという意味では、「一部実行の全部責任」の原則というよりも、「一部行為の全部責任」の原則という呼び方が妥当とも言えよう（川端ほか・前掲鼎談二六頁右以下（日高義博）のほか、山口・前掲注（15）総論三〇七以下、三二七頁以下も参照。もともと、川端博「刑法総論講義第3版」（平成二五年）五二四頁以下も、「行為共同説が妥当」とされるところ（同「第九章共犯における事実の錯誤 第二節同一共犯形式内の錯誤 第一款共同正犯の錯誤」同「事実の錯誤の理論」（平成一九年）二二三頁も参照）、「一部実行の全部責任」の原則という場合、後述のように、単なる「裸の行為」ではないという趣旨を表現できることにはなろう）。いわゆる部分的犯罪共同説（本説については、内田文昭「部分的共同正犯について」（二・完）警察研究六二巻八号（平成三年）四頁以下も参照）にかかわる事例においても、社会的な実態としては、「罪となるべき事実」における一つの「行為」を「共働」した形になっているのであるまいか（例えば、最一小決昭和五四年四月一三日集三三巻三三〇一七九頁「刑法的評価としては「殺人」であり「傷害致死」である「行為」の「共働」、最一小決平成一七年七月四日集五九巻六号四〇三頁「刑法的評価としては「不作為の殺人」であり「保護責任者遺棄致死」である「行為」の「共働」）。このような事態も念頭に置くときには、「意思連絡」の下で、「罪となるべき事実」における社会的な実態としての一つの「行為」を「共働」したかが、「共同正犯」の決め手ということにもなろう（実体刑法的には、「犯罪行為共同説」と称することもできよう。内田・前掲警研六、一五頁、同・前掲注（13）概要四三四以下、四九一頁以下参照。なお、この点、井上正治「一五、犯罪共同説において共同加功の意思はどんな役割を果たすか」同「刑法の論点 上巻」（昭和三四年初版、昭和四二年九版）三八頁もつとに、「共同正犯における共同加功の意思は、行為共同説がいうように、裸の行為を共同にしようというのではなく、一つの犯罪を実現するための行為を共同にしようという諒解でなくてはなりません。」と述べられたところである）。

他方、「間接正犯」と「教唆犯」の違いについては、「他者を自分のために（für sich）行為させることによって、ある所為を

実行する者が、間接正犯である。・・・そして、S嬢自身が彼女によって行われた注射行為のために刑法上責任を負うことよって、間接正犯の承認は妨げられない。「故意ある道具」の法形象は、判例でも学説でも認められている。・・・間接正犯と教唆犯の違いは、間接正犯は、たとえ他人の手によるにせよ、自己の所為 (eine eigene Tat) を意欲するものである」(Vgl. OLG-FRANKFURT a.O. (Anm.4) SJZ S630 [rechts])。この判示が見られるが、「故意ある道具」と「間接正犯」というのは相容れ難いとすれば、「共謀 共同正犯」とするか(なお、小野上真也「ペルント・シューネマン」「正犯の背後の正犯」という法形象と行為支配の段階付けの原理」早稲田法学八二巻四号(平成一九年)一一〇頁注(15)は、「正犯の背後の正犯」は、実質的には支配型の共謀共同正犯のみを射程としているとも考え得る。」とされる。水落伸介「背後者の正犯性について」『正犯の背後の正犯』は認められないか?」中央大学大学院研究年報四〇号法学研究科篇(平成二三年)二一九頁左、後藤・前掲注(32)慶應法学二二二頁も参照)、さもなければ「故意の同時正犯」ということになってこよう。すなわち、ナチスの医師として子供の殺害に関与した者が、看護師長に毒の注射を打つよう指示した場合、その殺害を看護師長の所為として意欲した訳ではなからうと。もつとも、日本刑法の特に学説においては、従来、このような場合も「教唆犯」として捉える見解が一般的であったとも言えよう(なお、山口・前掲注(4)も参照)。

(2)「間接正犯事例における私見の展開」

(ア) 最一小判昭和二五年七月六日集四卷七号一一七八頁

① 本件は一般に「故意ある補助的道具」の事例と解されているものとも言えよう⁽³⁵⁾。そうだとすると、「故意の同時犯概念」を検討する私見からは、「故意の同時正犯」に対する「故意の同時補助犯」の事例ということになる。

高裁の認定によると、被告人の判示所為は、昭和二二年法律第三四七号附則第二条による改正前の食糧管理法第三条・第九条、同年勅令第一九一号による改正前の食糧管理法施行規則第二三条の七、⁽³⁶⁾刑法第六条に該当するとされ
ており(一一八七頁)、高裁認定の犯罪事実は、「被告人はN県西K郡A村大字SIに本店を有し運送業を営むN電鉄

通運株式会社の代表取締役であるが、右会社の業務に関しWと共謀の上、昭和二十一年十二月中旬頃何等法定の除外事由なくして米五十二石余を同郡D村大字Uから同郡T村所在N交通線T駅前に至る迄の間前記会社使用者S Aの運転する貨物自動車により運搬して不法に之を輸送したものである。」(一一八五頁)とある。

「食糧管理法の予定する構成要件的行為とはなにか」という観点から、「Bのおこなったのは運搬であつて輸送ではない。輸送でないのなら、Bが輸送罪の実行正犯者として処断されるいわれもなく、その意味ではBの実行正犯性を容易に否定しうる⁽³⁷⁾」との形式的・文理解釈的な理解も見られるが、最高裁の判示としては、「原判決の認定事實は、判示会社の代表取締役である被告人がWと共謀の上被告人の娘Kを介して会社の使用者S Aに命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であつて、S Aを教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。そして、かく認めることは、挙示の証拠に照し社会通念上適正妥当である。従つて、S A等がその情を知ると否にか、わらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはないのである。」(一一八〇頁)とあり、確かにこのような判示は「輸送」概念への当てはめとして、被告人は「実行正犯」であると判示したものに過ぎないとも言えよう⁽³⁸⁾が、弁護人が上告趣意中で、本件において被告人に本件不法輸送の罪責を負わせるには、共謀共同正犯説、教唆犯説、間接正犯説の三個の場合の外にはあり得ないところ、S Aが本件の事情を知悉していたこと(同人に対する検事聴取書中の「右箱の中が全部米であつたことはその重量や米粒がこぼれたこと等から判り云々」の記載によつて認められる)から、間接正犯の場合にあらず、また共同正犯・教唆犯についての判示もないところから、原判決は罪となるべき事實を確定せざる理由不備の違法があるとした主張(一一八一―二頁)を退けたものであり、弁護人は刑法理論上の可能性の観点から主張したのに対し、最高裁は端的に結論を示した形になるうが、教唆犯・共謀共同正犯に

ついでには明確に否定しているのに対し、「間接正犯」については必ずしも明確に否定している訳ではなく、「同人を自己の手足として」という用語を用いているところから、「間接正犯」については親和的な側面を有するものと言えよう。この点、小野博士は、「間接正犯という概念は用いてないが、娘を介し、使用人に命じて「自ら運搬輸送した」実行正犯ということは理論的にいえば間接正犯ということに他ならない。しかも、被用者がその情を知ると否とにかかわらず実行正犯であるというのであるから、ドイツ刑法学者のいわゆる「犯意ある道具」(doloses Werkzeug)を利用する間接正犯(で)もあるということになるであろう。」と述べられており、このような理解が通説的見解となったのであろう。

戦後間もないという時代背景もあろうが、S Aが何罪に問われるべきかについてはともかく、被告人が「正犯」とされるべきであるというのは、概ね意見の一致を見ているところではないかとも思われる。⁽⁴¹⁾ 竹田博士は、一般論的に、「被利用者が有責であり、したがって彼の側に独立の行為支配の自由が存した場合にも、この種の行為者を利用支配するに適当な方法を講じて自己の犯罪目的実現に役立てた者の側の行為支配の自由を排除するわけではないであろう。」⁽⁴²⁾と述べられたが、「完全支配」とまでいかなくとも、その置かれた立場や状況などにより、「従った形」になるのが無理からぬ場合もあるであろうから、そのような場合、「実行行為者」に当たる者の罪責はともかく、背後者については、「当該犯罪の故意」をもって「当該犯罪」を実現し得たということにもなる。このような場合、背後者は厳密には「間接正犯」と言いかねるし、また「共謀共同正犯」ではないし、「教唆犯」と評価するのも問題があるとするれば、「故意の同時犯」類型と解することにもなるであろう、ということである。

というのも、前掲仙台台高判昭和二十七年は、⁽⁴³⁾ 刑法理論上の当てはめとしては妥当と言えるところでも、今日一四歳未満

だからといって一律に「間接正犯」になるとは解されていないので、そもそも基本的な前提の一部が崩れていることになる。同時に、「間接正犯」として行われたにもかかわらず途中で媒介者が気付いたからといって、教唆犯の方が犯情が軽いことを理由に、その段階で背後者も「間接正犯」から「教唆犯」に転化するというのも、いささか不自然で技巧的な解決法ではないかということである。「正犯」は一貫して「正犯」として取り扱うのが、妥当なのではあるまいか。

② それでは、SAの罪責はいかに解されるであろうか。前田教授は、「最高裁は……「実行行為を行う幫助（故意ある幫助的道具）」を認めていた。その意味で、当初から、実行行為を正犯性の絶対基準とはしてこなかったのである。」と評されており、「故意ある幫助的道具」というよりも、「実行行為を行う幫助」という表現の方がわかりやすいとも言えよう。確かに、「間接正犯」という観点からは、「道具」ないし「手足」という用語を残したところであろうが、「実行行為」を行ったように見えても「幫助」という刑法的評価を受ける場合もあることを示すという観点からは、「実行行為を行う幫助」という表現にもなるからである。⁴⁶ 単独正犯の場合のほか、広義の共犯の場合においても、原則的には「実行行為」を行った者が「正犯」と見て差し支えないとしても、常にそうとも限らないということである。

例えば、⁴⁷ 大阪高判平成八年九月一七日判タ九四〇号二七二頁は、「喝取金の交付を受ける行為は、それが恐喝の犯意のある者によって行われた場合にのみ恐喝の実行行為にあたり」と判示しており（二七四頁二段）、ここでは、「恐喝の故意」の有無に還元することによって、「恐喝の実行行為」⁴⁷として「恐喝の正犯」か「恐喝の幫助犯」かを、区別しているものと言えよう。「正犯者の意思」といった主観的な意識ではなく、恐喝罪成立の必須の主観的要素に

区別のメルクマールを求めている点に、妥当な核心があるものと言えよう。このような観点からすると、件の判例においても、S Aに「運搬の故意」があることは明らかであるから、大局的に「輸送の故意」を有するのは被告人であるとしても構成しなければならないことになろう。

① 大津地判昭和五三年一月二六日判時九二四号一四五頁は、「被告人は、Iにおいて自ら覚せい剤の水溶液を注射しようとする途中で、同人に頼まれるまゝ、その手で同人に注射をしてやったというもので、結局、同人の身体に注射したのは被告人自身であるけれども、しかし右所為における被告人は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、Iの覚せい剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、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るべく、これを正犯に問擬することはできない」と判示した(一四六頁三―四段)。「積極的意図」という理解・表現が適当かどうかはともかく、確かに物理的には「注射行為」を行う意思がない訳ではないものの、「自分に注射するないし他人に注射する意思」とまでは言えない・「他人が注射するのを手伝う意思」に止まるので、「幫助犯」とされたものであろう。

② 東京地判昭和五七年七月二八日判時一〇七三号一五九頁は、「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。」(一六一頁三段)と判示しており、「法

令の適用」は、「けん銃の輸入を幫助した点はそれぞれ刑法六二条一項、銃砲刀剣類所持等取締法三二条一項、三条の二に、けん銃用実包の輸入を幫助した点はそれぞれ刑法六二条一項、火薬類取締法五八条四号、二四条一項に各該当する」(一六一頁三段)とあり(現在は、銃刀法三二条の二第一項・三条の四、火薬類取締法五八条四号・二四条一項)、(こ)でも、けん銃等の輸入の「手助けをする意思」に止まるということであろう⁽⁴⁹⁾。

⑤ 福岡地判昭和五九年八月三〇日判時一一五二号一八二頁も、「特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行なった場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である。」(一八四頁一段)と判示しつつ、「特段の事情」との関係で、「被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、〇ら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。」(一八五頁四段)と結論付けており、同じ「見張り」であっても「共同正犯」とされる場合も「幫助犯」とされる場合もあるように、⁽⁵⁰⁾もつとも、本件では「見張り」程度に止まっておらず一定の「役割」を演じてはいるが、本件の特殊事情下での行動に過ぎず、「共同実行の意思」とまでは認めることはできないということであろう⁽⁵¹⁾。つまり、「強盗殺人行為」を行う意思はもとよりなく、言われるがままに客観的にその一部を為す行為を行ったに過ぎず、またそれに直接にかかわる行為とまでは言えず(分析的には窃盗ないし詐欺行為に過ぎない)、「実行行為」の一部と言っても「助力的な行為」に過ぎないということであろう⁽⁵²⁾。従って、全体的には「強盗殺人未遂罪」に加担したことは否定できないものの、「幫助」に止まるということになろう。そうなると、集団内での位置付けも、考慮要素の一つであるということになろう。

③ 以上の検討から、S Aは「故意の同時幫助犯」と見るのが妥当ということになろう。S Aは運搬を業務として

いたので、自己の通常の業務とは言えるものの、あくまでも被告人の命に応じて運搬したことであり、大局的には被告人の「輸送」行為を「手助けする意思」に止まるであろうからである。他方、被告人については、娘KやS Aが米であることを知る知らないにかかわらず、運搬・輸送させようとしたというのが実態なのではあるまいか。このような場合、はじめは「間接正犯」であるが、特にS Aが情を知るに至ったからといって、突如「教唆犯」に転化するというのも、いかにも不自然で技巧的に過ぎるであろうから、被告人は「正犯」として「故意の同時正犯」ということではあるまいか。そうなると、私見からは、被告人の「故意の同時正犯」とS Aの「故意の同時幫助犯」が「相まつて」、食糧管理法九条・三一条、食糧管理法施行規則二三条の七本文に違反したということになる。

(35) 前田編集代表・前掲注(29) 条解二一九頁、藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修三四三三三(昭和五二年)一四頁以下、大塚仁「第11章共犯 前注 II 間接正犯」団藤重光編『注釈刑法(2)のII総則(3)』(昭和四四年一刷、昭和四八年六刷)六九三頁、植田・前掲注(29)基本講座八一頁、橋本正博「12 正犯と共犯―共謀共同正犯・間接正犯」法学教室二〇二号(平成九年)四四頁三一四段、田川・前掲注(32)法研論集一六三頁以下、同「ドイツにおける正犯概念の一断面―組織化された権力機構における正犯の背後の正犯を中心に―」同一三六号(平成二二年)一三三頁、市川・前掲注(4)立命館法学三七二号一八九頁注27参照。

(36) 「食糧管理法九条(昭和二二年法律第三四七号による改正前のもの) 政府ハ特ニ必要アリト認ムルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ主要食糧ノ配給、加工、製造、讓渡其ノ他ノ処分、使用、消費、保管及移動ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得 同法第三一条 第九條又ハ第十條ノ規定ニ依ル命令ニ違反シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五万円以下ノ罰金ニ処ス 食糧管理法施行令(昭和二二年勅令第一九一号による改正前のもの) 第一一条の四 農林大臣又ハ地方長官必要アリト認ムルトキハ食糧管理法第九條ノ規定ニ基キ其ノ定ムル所ニ依リ主要食糧ノ移動ヲ制限スルコトヲ得 食糧管理法施行規則(昭和二二年農林省令第一〇三号による改正前のもの) 第二三条の七 米麦等ハ左ニ掲グル場合ヲ除クノ外之ヲ輸送シ又ハ之ニ付輸送ノ委託ヲ為シ若ハ輸送ノ委託ヲ受クルコトヲ得ズ 一 生産者、地主、市町村農業会、其ノ他ノ者ガ法令ニ依ル義務ニ基キ米麦等ヲ輸送シ又

ハ之ニ付輸送ノ委託ヲ為ストキ 二 政府若ハ地方食糧管団ヨリ米麦等ノ完渡若ハ販売ノ委託ヲ受ケタル者ガ当該米麦等ヲ輸送シ又ハ之ニ付輸送ノ委託ヲ為ストキ 三 旅行者、転居者、其ノ他地方長官ノ指定スル者ガ地方長官ノ定ムル数量ノ範囲内ノ米麦等ヲ輸送シ又ハ之ニ付輸送ノ委託ヲ為ストキ 四 前各号ノ一二該当スル場合ニ於テ当該各号ニ掲グル者又ハ第五号ノ規定ニ依リ地方長官ノ許可ヲ受ケタル者ヨリ当該米麦等ニ付輸送ノ委託ヲ受ケタルトキ又ハ輸送ノ委託ヲ受ケケ之ヲ輸送スルトキ 五 特別ノ事情ニ依リ米麦等ノ輸送又ハ其ノ委託ニ付地方長官ノ許可ヲ受ケタル場合」(一一七九頁。常用漢字化)。

(37) 香川達夫「第一章 故意ある補助的道具」同「立法叢書 刑法解釈学の基本問題」(昭和五七年)一七五頁以下参照。さらに、大塚・前掲注(13) 総判四六頁以下は、「輸送」と「輸送の委託」の概念の比較から、結論を導き出され、井上正治「(五) 間接正犯」平野龍一ほか編著『判例演習 刑法総論(増補版)』(昭和四四年増補初版、昭和四八年増補再版一刷、昭和五六年同一二刷)三四頁は、判例が「社会通念上適正妥当」と結論付けているところから、「この見解は、「国民的道義観念」あるいは「社会生活上の通念」を標準として、間接正犯を理由づける立場に近い」とされており、判例の基本的理念はそのようなものである。

(38) この点では、植田・前掲注(29) 基本講座八五頁が、「本判決の要点は、食糧管理法という「輸送」が、「輸送の委託」との対比の上で、本件のような使用人に「輸送させる行為」を含みうるか否かという解釈問題にある。」と結論付けられる。同頁、小西秀宣「判批」研修三七一号(昭和五四年)七二頁、竹内正「判批」判例評論三三二(判時一一六七)号(昭和六〇年)四三頁中段参照。これに対し、市川・前掲注(4) 立命館法学三七二号一八九頁は、「運搬輸送」という構成要件該当行為の解釈に際して取引の主体(つまり、誰にとつての取引なのかということ)に着目し、背後者を直接正犯と解すべきであった。」とされるが、「直接正犯」「間接正犯」という一般的な区別とは異なることになろう(なお、市川・前掲注(4) 立命館法学三六六号九二頁、同「判批」同三五六号(平成二六年)三九五頁参照)。もともと、「正犯」であるという趣旨においては、その通りということになるから(前田・前掲注(11) 総論九三頁も参照)、いずれかという「実行正犯」の方が妥当ではあるまいか。この点、松宮・後掲注(41) 先端刑法も参照。

(39) 小野清一郎「問題(三) 原因において自由な行為および間接正犯」日本刑法学会(代表者団藤重光 編『刑法演習(総論)』(昭和三〇年一刷、昭和四九年三四刷)三〇頁(常用漢字化) 参照。この点、甘利航司「判批」新・判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊 vol.12 新・判例解説 Watch [2013年4月]』(平成二五年)一四九頁左も、「介在者に故意があるとしても、機械的ななたちであり消極的な関与にすぎないならば、背後者は間接正犯といえるという趣旨で理解することができる。」とされており、本件についてはそのように解することもできよう。

(40) 高田義文「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 昭和二十五年度』(昭和二十九年一刷、昭和四五年五刷)一三四頁は、「Sに運搬を命じた被告人は会社の代表取締役であり、被利用者Sはその会社と継続的雇傭関係に立つ使用人であつて、その中でも特に地位の低い貨物自動車運転手にすぎない。」との認識を披瀝されていたし(内田・前掲注(17)総論二二二頁も参照)また、大野平吉「(38)間接正犯」福田平ほか編著『演習刑法総論(新演習法律学講座15)』(昭和五八年)二七一頁以下は、「被利用者は、責任能力者であり、かつ、米を輸送するものであるという情を知りつつ、これを自己の運転するトラックで運搬したのであつて、従来の判例の一般的立場によるときは、このように、情を知つた責任能力者を介して犯罪を実現するばあいは教唆犯がみとめられるべきだからであり、これを手足として利用した間接正犯と解するためには、使用人が、取締役に命ぜられ、本意ながらこれにしたがった点に着目して、補助的道具とみるのほかない。」(大塚・前掲注(35)注釈刑法六九三頁)との判例理解との関連で、「それが、わが国の社会学的(事実的)意味での「社会通念」であるとはおもうが、しかし、それが「近代の倫理的人間像」を背景とする共犯従属性の理論と矛盾しないかの点に疑いをもっている」としつつも、大野「第一章共犯の従属性と間接正犯―従属性の程度の問題― 第三節極端従属性説批判」同「共犯の従属性と独立性」(昭和三九年)八一頁以下においては、「人は自由意思によつて行動する。人に教唆されたからといつて直ちにこれに応ずるものではない。そこに実行者と教唆者とが区別される理由がある」ということになるのであるが、このような「近代の倫理的人間像」は、それが重要な文化史的意義と役割をもつたものなることを決して否定するものではないが、果してそれが現実の具体的な犯罪者とその行為を理解し評価するについて、十分妥当なものなりや否やは問題であろう。」とあり、両論文において若干力点を異にしてゐるようにも思われないでもないが、理念的にはいわゆる旧派と新派の前提とする人間像の違いということにもなる(この点、木村亀二「刑法に於ける人間」同『刑法解釈の諸問題 第一巻』(昭和一四年)一六頁以下参照。常用漢字化)ところ、一応日本国刑法においても広義の共犯として三種の区別を設けているところからして、理念的にはこれらを区別し得るとの前提に立っていると言わざるを得ないであろうが、いずれにも当たらず、本来の「正犯」ないしその一種たる「間接正犯」であるとの理解もあり得ないではなからうとは思われる。なお、大二刑判明治四二年一月五日録一五八〇(一五八二)頁も、「人をして有効の乗車券なくして乗車せしめたる場合に於て、乗車したる者にして其情を知らざるときは、乗車せしめたる者に於て乗車したる行為に付直接責任を負うべきものにして、鉄道営業法第二九条第一項第一号に所謂「有効の乗車券なくして乗車したるとき」とあるに該当すること論を俟たず。」(一五八二頁。現代用語化、加点・加丸)と判示したことがあり、被告人本人が乗車した訳ではないから、日常用語的にはおかしな理解ということにもなるが、直接責任を負うべき者は誰かという規範的観点から、「(実行)正犯」という結論を導き出したのであろう。なお、大二刑判明治三七年一月一日録一〇輯二二〇

三頁、大一刑判明治三十七年二月二〇日録一〇輯二四一五頁。

- (41) 本田正義「共謀共同正犯の立法化」植松ほか編著・前掲注(26) 齊藤還暦二〇五頁以下は、「実行行為自体はさしたる意味がなく、これを計画し、実行に移させた者が社会通念上全責任を問われなければならないような極端な場合には、間接正犯としていわゆる「故意ある道具」を使って犯罪を自ら実行した正犯と解せられることもある。」「実行行為を担当した者の責任が社会通念上軽微であつて、その後にある命令者の行為こそが特に重大で、実行正犯と同視すべきような地位にあるものと認められたもの」と評され、大野平吉「九 正犯と共犯」中山研一ほか編著「現代刑法講座 第三卷 過失から罪数まで」(昭和五四年)一六五頁、同「II総論 58 共犯と正犯の区別」藤木ほか編著・前掲注(26) 刑法の争点一七頁四段は、正犯と共犯の区別の基礎を行為者の意思に求める「主観説」から、本判例を説明するに至っている。また、藤木・前掲注(35) 研修一六頁は、「経済行為の性格が強く、犯罪の成立について、その行為に基づく経済的利害の帰属が重視される罪については、実行の概念は、直接手を下したものと別個の観点から考慮されねばならない。」との見解を披瀝された(橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与―共同正犯の成立範囲に関する覚書―」一橋大学研究年報法学研究三二(平成一年)二二六頁も参照)。近時、松宮孝明「第10章 共同正犯」同「先端刑法総論―現代刑法の理論と実務―(令和一年)一八四頁以下も、「構成要件に売買などといった法律行為ないし取引行為を含む犯罪(便宜上「取引犯罪」と呼ぶ)では、自ら手を下した人物が正犯とならないことがある。」としつつ、本件の場合、「米の運搬輸送という構成要件該当行為が、まさに輸送契約の取引の主体を把握することができるものであったためであり、ゆえに本判決は、被告人に対して、間接正犯ではなく直接正犯を認めたものと解され」ており、かつて藤木博士が「現代型犯罪と刑法」という副題のもとで「刑法各論」を論じられたように(藤木英雄「刑法各論―現代型犯罪と刑法」(昭和四十七年一刷、昭和五一年三刷)、社会の実態に合った理解とも言えようが、「例外」的な「特徴」に着目するものである)、いささか「一般論」としての普遍性に欠ける嫌がある(もつとも、市川・前掲注(38) 立命館法学三五六号三九五頁注13参照)。

(42) これに対し、山口・前掲注(15) 総論七二頁は、「このような形態の間接正犯を認めることには疑問がある。」とされる。

(43) 竹田直平「共犯における犯罪概念要素―間接行為者の罪責の根拠―」植松ほか編著・前掲注(26) 齊藤還暦一七頁参照。

(44) 前掲注(25) 参照。このほか、前田雅英「V 共犯論の問題点 第22講 共犯の処罰根拠と要素従属性」同「刑法の基礎 総論」(平成五年)三二五頁以下、田山聡美「14 正犯と共犯」曾根威彦ほか編著「重点課題刑法総論」(平成二〇年)二一九頁も参照。もつとも、これに対し、香川達夫「第一章 刑事未成年者の利用 第一節 判例理論の動向」同「自手犯と共同正犯」(平成二四年)

一六頁は、「是非の分別を欠くから機械となるのではなく、責任能力を欠くから機械となしうるにすぎない」とした自説の基
本線を「再確認される。確かに、立法者意思を尊重しつつ物事を刑法規範的に捉える時には、法文上の年齢を墨守する方が妥
当で簡明ということにもなる。しかし、「被害者」の保護という観点からは、刑法一七六条・一七七条などの法定年齢は墨守
されていると思われるが、刑法二二四条の「未成年者」の意義や、刑法四一条の刑事「被告人」年齢となると、法定年齢をそ
のまま当てはめるのが妥当かは疑念がもたれるところであろう（前者につき、例えば、平川宗信「刑法各論」(平成七年)一七
九頁以下参照)。「未成年者」の「自己決定権」の視点が有り、また不処罰には違いはないとしても、事実に「犯罪」を行う
だけの「弁識能力」がある点を等閑視し、そのまま形式的に当てはめることが疑問視されるからである。

(45) 前田・前掲注(26) 法曹時報三頁注(1) 参照。

(46) 中森喜彦「実行為を行う従犯」判例タイムズ五六〇号(昭和六〇年)六七頁、田川・前掲注(32) 法研論集一五四以下、
一六三以下、一七一頁以下、同・前掲注(35) 同一三六号一三三、一四二以下、一四六、一四八頁、同「企業・組織内犯罪に
おける正犯と共犯の区別(二・完)」同一三四号(平成二二年)一二六以下、一二九頁以下、佐伯仁志「第21章共犯論(2) III実
行為を行う従犯」同「刑法総論の考え方・楽しみ方」(平成二五年)四〇八頁、島田・前掲注(34) 理論刑法学四六頁注5)も
参照。これに対し、市川・前掲注(4) 立命館法学三七二号一八九頁注2)は、そもそも「故意ある補助的道具」という表現は、
形容矛盾なのである」旨指摘されており(市川・前掲注(4) 立命館法学三六六号八八頁も参照)、確かに、従来の理解からす
るとおかしなことだということにもなる。なお、上司の指示により収賄罪の補助を行ったものと認定された事例として、東
京高判昭和五〇年二月四日東時二六卷二号一九頁がある。中・前掲注(13) 総論二二四頁以下(3)との関連での大塚説のほか、
団藤・前掲注(13) 総論一五九頁も参照。

(47) 旧刑法時代における「恐喝罪」の「共謀」の事例として、大一新判明治二九年三月三日録二輯三卷一〇(一一)頁があった。
このほか、賭博場開帳凶利罪の「共同正犯」としての「実行為」に該当するとされた事例として、大一新判昭和二七年二月
二日法律新聞四七六号七(八頁一段)頁 同「共謀共同正犯」の事例として、大一新判昭和六年一月九日集一〇卷六五
五(六五七以下)頁参照(これに対し、東京高判昭和七年二月二日判時一〇八五号一五〇(一五三頁一段)頁)。なお、
この場合、「犯罪の故意(例えば、謀殺の故意)」というは通常「自ら犯罪行為(例えば、謀殺行為)を行う意思」を意味す
るものであって、それが自分のためか他人のためか、自分の利益になるか他人の利益になるかは、同義という訳ではないこ
とに留意した。(Vgl. OLG FRANKFURT a. O. (Anm. 34) SJZ S. 630 [rechts] 東京高判昭和四年二月二日判特一六号二
一(一三)頁、東京高判昭和五年五月二三日判特九号一(一三)頁、名古屋高判昭和九年九月二九日裁特一卷九号三九

五頁以下参照。さらに、「正犯意思」を問題としている名古屋地判平成二十七年四月二十七日LEX/DB33510401も、他人のために預金を引き出してやった窃盗行為につき、正当にも「正犯」と認定している(一三頁)ほか、樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修八四四号(平成三〇年)六頁は、詐欺罪については幫助に止めた点につき、「本判决は被告人に自己の犯罪を行う意思がなかったとの表現を使用している。」が、「実行犯bと被告人との間の合意の欠如が問題とされている、とみてよい」と解説される。このほか、林幹人「正犯の内容―正犯と狭義の共犯の区別」研修六〇一号(平成一〇年)五頁も参照。さらに、前掲注(34)も参照。しかして、「正犯意思については、「正犯として取り扱われることを受容して犯罪を行う意思」などといった表現の方が、適切」との説明も見られる(植村立郎「実務現代刑事法(その2)―創造的判例の検討を中心として(その1)判例タイムズ一二七三号(平成二〇年)八五頁右。なお、山口・前掲注(15)総論七〇頁も参照)が、「正犯意思」とはどのような趣旨のものかについての説明としてはともかく、「犯罪の故意」を越えた形での「正犯としての責任を負う意思」(同八五頁左)といったものが、犯罪体系論上は過度な主観的な要件となるのではないかとの疑いがある。これはあたかも、行為者が自己が「故意」を有していることを自覚している必要はないのと、同様のことではあるまいか(なお、橋本・前掲注(25)総論二三五頁も参照)。この点、ドイツ刑法においても、「比較的最近の判例には、正犯者意思(animulus auctoris)よりも実行行為ないしその計画を支配する意思を重視する傾向が見られるという指摘」が紹介されている(鈴木彰雄「共謀共同正犯における「共謀の射程」について」川端博ほか編著「立石二六先生古稀祝賀論文集」(平成二二年)五一三頁。herausg.v.W.Joekes u. a.a.a.O. (Ann.21) Kommentar § 25Rn.203 [Joekes])のほか、鈴木・同五一七頁、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別―実務的観点から―」法曹時報五一巻八号(平成二一年)一三頁、伊東・前掲注(15)総論三八三頁、橋本・前掲総論二二六頁注5も参照。日本の判例においては、いわゆるスワット事件に関する最一小決平成一五年五月一日集五七巻五号五〇七頁の「裁判官深澤武久の補足意見」が「正犯意思」という用語を使用している(五一五頁。二審六一七頁も参照)。この事例は、親子・子分関係を前提とした特殊なものであるので、スワットらと親分との「共謀」という立論になっているのである。法廷意見が、「実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得る」と判示している(五一四頁)のが、恐らく「正犯意思」を意味しているのであろう(この点、荻澤政治「判批」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説刑事事篇平成十五年度』(平成一八年)三〇五頁、村瀬均「17 共謀(1)―支配型共謀―最決平成15・5・1刑集57・5・507」小林充ほか編『刑事事実認定重要判決50選上(靴)』(平成二五年)二七一頁も参照。なお、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報六一巻八号(平成二二年)四八頁は、「被告人が拳銃の所持という犯罪構成要件の実現に不可欠の役割を果たしていることは明白であって、共同正犯が成立することが率直に理解できる」とされる)。

- (48) 小西・前掲注(38) 研修七三頁は、「使用」という事実的な概念について、本件判決のような場合には、少なくとも理論上はこれを否定することはできず、被告人の関与形態を情状として考慮することと定めるべきではなかったかと思われる。」とされる。同旨、香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編「注解特別刑法5 医事・薬事編IV」(昭和五八年) 三一頁。
- (49) これに対し、営利目的けん銃密輸入幫助等の成立を認めた事例として、東京地判昭和六三年七月二七日判時一三〇〇号一五三頁がある。
- (50) 「見張り行為の位置づけの問題の核心は、共同実行の意思連絡とともに、とくに構成要件的実行行為性の確定にある。」との論評が見られる(鈴木亨子「6 教唆犯と幫助犯」西原ほか編・前掲注(13) 判例刑法研究二一八頁参照。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― 齊藤ほか編・前掲注(15) 神山古稀三九八頁も、「共同正犯は、自らの寄与をもって直接的に犯罪事実を形成する点にその実質を有するというべきなのであり、主観的関与のみで正犯性を肯定することはできない。」とされる)。しかし、「犯罪実行についての合意」(樋口・前掲注(47) 研修八頁)があることにより、「共同正犯」としての窃盗罪なり強盗罪なりの「故意」を有することとなり、それにより「見張り」をしたことにより、「実行行為」を行ったとの刑法的評価となろう(最一小判昭和三年七月二二日集二卷九号九九五(九九六以下) 頁参照。なお、後掲注(76)。これに対し、曾根威彦「第二部総論 9 共謀共同正犯 二見張り行為の法的性格」(昭和五四年) 同「刑法における実行・危険・錯誤」(平成三年) 一六四頁以下、下村康正「第4章 犯罪の見張り」同「共謀共同正犯と共犯理論」(昭和五〇年初版、昭和五五年四刷) 一一二頁以下も参照。従って、本件⑤においては、そもそも前者の意思が欠けているということであろう。なお、この点、倉富ほか監修・前掲注(6) 沿革総覧九二―一三、九二七頁(政府委員(石渡敏一君)、木村亀二「刑法総論 法律学全集40」(昭和三四年) 四一〇頁、同「第三編未遂犯と共犯 第三章共犯 第五節正犯の諸形態 二共同正犯」同「犯罪論の新構造下」(昭和四三年) 一五五頁も参照。他方、偽造株券の印刷に関与しただけの者につき、有価証券偽造罪の「共同正犯」とした事例として、大二刑判大正一五年二月三日集五卷五八四(五八六) 頁がある。
- (51) 本件の実行正犯については、最一小決昭和六年一月一日八日集四〇巻七号五二三頁、共謀共同正犯については、福岡高判昭和六年七月一日判タ六一八号一七六頁、をそれぞれ参照。また、強盗殺人幫助を認めた事例として、神戸地判昭和三六年四月八日下集三卷三〓四号二九五(三二三) 頁、強盗幫助を認めた事例として、千葉地松戸支判昭和五五年一月二〇日判時一〇一五号一四三(一四四頁三三四段) 頁がある。これに対し、「故意のある幫助的道具」という用語を明示的に使いつつ、覚せい剤「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」た事例として、横浜地川崎支判昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七(一二九頁二段) 頁があり、これは覚せい剤のいわば「斡旋型」に該当するところであろう(香城・前

掲注(48) 覚せい剤取締法一九三頁参照)、このような類型であっても、「讓渡」「讓受」に当たると見れば「正犯」ということにもなり得ようが(札幌高判昭和二七年九月四日高集五卷一〇号一六三九頁参照)、「讓渡」「讓受」概念を嚴格に捉えれば、さしあたり主體的にそのような立場に立った者を「正犯」としておけば足りるとの判断もないではなからう。

(52) 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」小林充先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編「佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻」(平成一八年一刷、平成一九年四刷)二二一頁も、「実行者とは立場が違い、互いに利用し、依存する関係にはなく、単に実行者の犯罪実行を容易にしたにすぎないと認めたからだと思われる。」とされる。この点、犯罪の「認識・認容」があれば「故意」があると言えなくもなからうが(例えば、東京高判平成二五年五月二八日判タ一四一八号一六五(二七一頁右)頁参照)、それは直ちに「正犯の故意」を意味する訳ではなからう。