

〔論
説〕

刑法総論覚書(5)のⅢ

——「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、前々号)

④ ・ ⑤

(2) 「間接正犯事例における私見の展開」

(ア)

(以上、前号)

(イ ・ ウ)

三 おわりに

(以上、本号)

二 「故意の同時犯」の法理

(2) 「間接正犯事例における私見の展開」

(イ) 最一小決平成九年一〇月三〇日集五一卷九号八一六頁

① 「国際宅配貨物」についての、いわゆる（ライブ）コントロールド・デリバリーの事例である。本件は、もと「間接正犯」を意図した事例であろうが、途中で発覚したにもかかわらず、この制度によりいわゆる泳がせ捜査がなされたものである。⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 関税法違反のほか大麻取締法違反も成立しているが、後者は航空機からのいわゆる取りおろしにより「既遂」になっているので、前者において意図的にいわゆる関税線を突破させたことが「既遂」を根拠付けるかが争われたものである。⁵⁶⁾⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 発覚しなければ単純な「間接正犯」ということであろうが、発覚した本件のような場合はどのように解されるであろうか。被告人らの行為は一貫して「故意の間接正犯」として「既遂」だとすると、配達業者らの行為についても、構成要件上は関税法違反の行為の既遂の継続行為としての、前掲(ア)に即して捉えると、「故意の同時帮助犯」ということになろうか（その他に、大麻不法所持罪〔大麻取締法二四条の二第二項〕も観念し得ることになろう）。

② それでは、「既遂」という理解を前提とした、このような立論は妥当であろうか。本件は、「配送業者が、捜査当局から右（航空―伊藤注）貨物に大麻が隠匿されていることを知らされ、コントロールド・デリバリーによる捜査への協力要請を受けてこれを承諾し、捜査当局の監視下において右貨物を保税地域から本邦に引き取った上、捜査当

局との間で配達の日時を打ち合わせ、被告人が貨物を受領すれば捜査当局において直ちに大麻所持の現行犯人として逮捕する態勢が整った後、右貨物を被告人に配達した」(最高八一九頁) 事例であるからである。この局面を見ると、コントロール・デリバリーの一環として、「配送業者」は「捜査当局」の捜査協力要請への「承諾」により、独自に行動したと言えなくもなく、構成要件的にはむしろ「故意の同時正犯」という位置付けができるようにも思われるのである。⁽⁶⁾

この点を強調すると、裁判官遠藤光男の意見ということになろう。すなわち、「配送業者は、既に委託者である被告人の道具としての地位を喪失したとみるのが相当である。けだし、配送業者の引取り行為は、委託者のため行われたものではなく、専ら捜査手続に協力することを目的として行われたものにすぎないからである。」(最高八二〇頁)と。⁽⁶⁾

しかし他方、形の上では被告人らが本来意図した通りの経過・結果が生じたことも否定できない。この観点からすると、三名の法廷意見ということになろう。すなわち、「配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される。」(最高八一九頁)と。

「配送業者」が「道具」としての地位を保っていたか否かとなると、「間接正犯」において一般的に言われる「道具」という場合の「道具」は、事情を知らないような場合を指すとすれば、事情を知るに至った本件においては、「間接

「正犯」の通常の「道具」ではなくなったと見るのが妥当であろう。⁽⁶²⁾しかし、前掲(A)で検討したように、「故意ある幫助的道具」という用語もあり、知情に至っても「道具」という名称が使用される場合もないではない。この場合の「道具」というのは、知情に至ったにもかかわらず、なお被告人の意を体してそのまま行動する者を意味することになる。本件の場合、コントロール・デリバリーという制度の一環としてそのまま配達するに至ったことである。このような観点からは、知情に至ったか否かにかかわらず、被告人の意図した通りに配達しさえすれば、被告人の「道具」的に働いたことになることを意味することになる。⁽⁶³⁾このような状況で、配達業者が捜査当局から捜査への協力要請を受けた場合、承諾・協力する業者も多きことかと思われるが、通常の状態であれば、大麻が隠匿されていることを知った場合、むしろ捜査当局に届け出る方が多いかもしれない。もっとも、場合によっては、そのまま配達してしまうかもしれない。しかし、だからといって、そのような配達行為が「異常」とまで言えないとする、配達行為によって「因果関係」が「相当」でなくなるとまでは言えない。⁽⁶⁴⁾これはあくまでも事実的な状態を前提とするものであり、法的に配達義務があるか否かとは、必ずしもかかわらないものと言えよう。事情を認識した業者がなお配達して、その行為が犯罪に問われるか否かは、また別論であろう。

③ 以上の検討から、この制度の場合、業者が捜査当局から要請を受けて独自に行動した側面と、被告人らとの配達契約に即しつつ配達したという二側面があることが看取されよう。しかし、いずれにしても、業者はもとも配達の仕事であり、この側面では自己の仕事の履行ということにもなるが、依頼者の依頼に応じて配達するのであるという意味では、配達の主体はやはり被告人らであり、業者はその手助けをしたという位置付けになるとすれば、「故意の同時幫助犯」が構成要件上の前提ということになる。捜査当局からの要請という側面を強調すると、捜査当局

が勝手に独自に行つたものとして、配達の主体は捜査当局ではないかということにもなるが、大麻の隠匿を認識したからといって、必ずしも常にその段階で止めなければならぬという訳でもないとする⁽⁶⁵⁾は、配達の主体はやはり被告人らということにならう。かくして、私見からは、被告人らの「故意の同時正犯」と業者の「故意の同時幫助犯」が「相まつて」、禁制品輸入罪の「既遂」となったという理解になる。

(53) この制度は、「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」四条によるものである。「四条 税関長は、関税法（昭和二十九年法律第六十一号）第六十七条（同法第七十五条において準用する場合を含む。以下この項において同じ。）の規定による貨物の検査により、当該検査に係る貨物に規制薬物が隠匿されていることが判明した場合において、薬物犯罪の捜査に関し、当該規制薬物が外国に向けて送り出され、又は本邦に引き取られることが必要である旨の検察官又は司法警察職員からの要請があり、かつ、当該規制薬物の散逸を防止するための十分な監視体制が確保されていると認めるときは、当該要請に応ずるために次に掲げる措置をとることができる。ただし、当該措置をとることが関税法規の目的に照らし相当でない」と認められるときは、この限りでない。一 当該貨物（当該貨物に隠匿されている規制薬物を除く。）について関税法第六十七条の規定により申告されたところに従つて同条の許可を行うこと。二 その他当該要請に応ずるために必要な措置 2 前項（第一号を除く。）の規定は、関税法第七十六条第一項ただし書の規定による郵便物中にある信書以外の物の検査により、当該信書以外の物に規制薬物が隠匿されていることが判明した場合について準用する。この場合において、当該規制薬物については、同法第七十四条の規定は、適用しない。」（最高八一七頁）。

(54) しかし、「麻薬特例法は、従来、関係法令上、規制薬物の通関等を許可することができなかつた点を捜査上の特例として改めたにすぎず、特別な捜査の方法それ自体を創設したものではない。C Dの際に行われる犯人に対する監視措置の根拠規定は特例法にはなく、泳がせるとか、尾行するなどというような従来からの捜査方法と質的に特に変わりがなく、刑法法によって認められるものであつて、特例法により初めて法律上可能になつたものではない。」（三好幹夫「判批」財団法人法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇平成九年度」（平成二二年）二五五頁（注一八）参照）とあり、いわゆる任意捜査の原則（犯罪捜査規範九九条、刑法一九七条一項）の枠内での対応ということにもなる（寺崎嘉博「刑事訴訟法^{解説}」（平成二五年）六四以下、

七九頁以下、白取祐司「刑事訴訟法〔第10版〕」（令和三年）一二九頁参照）が、麻薬特例法は捜査手法を創設したものでないといえ、このような法律が制定された場合は、その後の進展を当然予想させるものであるところから、刑罰法の一般的な任意捜査を前提に、この法律の趣旨に即した一般民間人の協力も捜査の一環として捉え得るものと言えよう。

- (55) コントロールド・デリバリーという捜査技術の必要性は、かねてから唱えられていたところである（米澤慶治「国際的な薬物事犯防止対策としての『没収』等」判例タイムズ五二三号（昭和五九年）四八頁以下、瀧賢太郎「おとり捜査の必要性をめぐって」警察研究五七巻五号（昭和六一年）二四頁以下参照）が、コントロールド・デリバリーの制度は、日本国が平成四年六月二日に批准書を寄託した「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」第一条定義(g)「監視付移転」、第三条犯罪及び制裁第一項等に根拠を有している（条約・条文はインターネットによる）。コントロールド・デリバリー制度導入の経緯については、厚生省薬務局麻薬課（稲荷恭三ほか）「序論―麻薬及び向精神薬取締法の沿革、古田佑紀「前注」古田ほか編著「大コンメ」薬物五法（平成六年）（麻薬及び向精神薬取締法）一〇以下、一六頁以下、（麻薬特例法）一頁以下、河上和雄「河村博」第一章捜査（第189条―第246条 前注）Ⅷ特殊な捜査 3 コントロールド・デリバリー」河上ほか編著「大コンメ」刑法^版第4巻（平成二四年）三四頁以下参照。

- (56) この点、一審八三八頁参照の・最一小判昭和五八年九月二九日集三七巻七号二一〇（二一三）頁、最一小決昭和五八年一月二二日集三七巻一〇号一八七八（一八八〇）頁参照。さらに、二審八五一頁。なお、一審参照の最高裁の判決及び決定はいずれも覚せい剤ないし大麻取締法違反と関税法違反とが観念的競合関係にある旨判示した事例であるが、本件のように「航空貨物」として国内の共謀者宛てに送る手法のほか、船舶を使いたいわゆる瀬取りにより覚せい剤の営利目的輸入及び輸入禁制品たる覚せい剤の輸入をしたり、けん銃及び美包を船舶の港接岸後日本滞在者へ引渡しを試みたりするなどの手法もあり、「実行の着手」時期が問題となっている（最一小判平成二〇年三月四日集六二巻三号一二三頁、神戸地判昭和五九年七月三〇日判月一六巻七〇八号五四頁参照）。

- (57) 「罰条」は、大麻取締法二四條二項・一項、関税法一〇九條一項、関稅定率法二二條一項とある（一審八四一頁）。

- (58) 一審八四〇頁は、「大麻の所持が大麻の輸入に必然的に伴うものに過ぎないと見得る場合は、大麻所持罪が大麻輸入罪と別個に成立するものではない」というべきところ、本件のように国際宅配貨物の方法によってなされる輸入行為は、外国において我が国内のいずれかの場所に宛て発送し、これが国際宅配業者等によって荷受け人に配達されることによってなされるものであるから、荷受け人が受領するまでが輸入行為と見ることができるのであり、したがって、荷受け人において宅配貨物を受領した段階における所持は、輸入行為に必然的に伴うものと見ざるを得ない。」と判示しており、「大麻取締法違反」において、「犯

罪の既遂時期は犯罪類型としての輸入行為の完了時期と必ずしも一致するとは限らない」ことが示されている。これに対し、「国際航空郵便物」につき、東京地判平成一三年九月二八日判時一七六四号一五一頁（北川佳世子「判批」判例評論五三六（判時一八二八）号（平成一五年）五二頁上「中段」、東京地判平成一五年一月六日判時一八五八号一六〇頁、「併合罪」の事例につき、最小決昭和三十一年一月二日集一〇卷一四三頁、東京高判昭和三八年七月二七日高集一六卷六号四四六頁、東京高判昭和四九年六月一八日東時二五卷六号五三頁、東京高判昭和四四年五月二八日高集三二卷二号一三八（一四三以下）頁、東京高判平成一年一月二四日判時二二一〇号一五三頁参照。

(59) 二審八五二頁は、「コントロールドデリバリーが実施されると、捜査当局の監視の下、隠匿された規制薬物が関税線を突破することとなるが、これは捜査当局等が法律により許された行動をとった結果であるから、犯罪又は既遂の成否に影響を及ぼすことはなく、また、本件のように配達業者が情を知ったことによつて犯人の道具である地位を失うこともないというべきである。」と判示するが、「法律により許された行動をとった結果であるから、」といつて、なぜ「犯罪又は既遂の成否に影響を及ぼすことはな」いのか、必ずしも明らかではないとも言えようが、恐らく後掲注(63)で示した私見と同様な理解なのであろう。

(60) 形式論理的には、捜査当局は配達業者に対し禁制品輸入罪及び大麻不法所持罪の構成要件の行為を「教唆」したことになる。配達の主体は捜査当局に移り、業者はその手助けをしたに過ぎないという見方もできない訳ではなからうが、任意の協力に止まる限り(三好・前掲注(54)、最判解二五五頁(注19)参照)、業者の独自性が強くなるとも言えよう。

(61) 平野龍一「刑法 総論Ⅱ」(昭和五〇年一刷、昭和五三年七刷)三九〇頁も、「間接正犯の意思で教唆を行なったときは、教唆の既遂のほかに、場合によつては間接正犯の未遂が認められ、法条競合で前者だけが認められる。後の場合、間接正犯の既遂を認める見解もあるが、妥当でないであろう。たしかに、実行の着手はあり、かつその実行行為と結果との間の条件関係はある。しかし、被利用者は、道具として行動しているのではないから、正犯行為が既遂に達したとすることはできない。」と述べられた。同旨、植田重正「第六章 共犯と錯誤」(昭和三十三年)同・前掲注(13)共犯論上の諸問題一六二頁以下、大塚・前掲注(13)総論三四五頁、同・総判一三三頁以下、同「第一九話 錯誤論をめぐる諸問題(2)」福田平ほか「対談刑法総論(中)」(昭和六一年)一四八頁以下、同「第三章構成要件の錯誤(その二)―異なった構成要件間の錯誤―Ⅱ間接正犯と教唆犯との錯誤」同「刑法の焦点 I P A R T ① 錯誤」(昭和五九年)六三頁以下、内藤・前掲注(13)総論三四一頁以下、内田・前掲注(17)総論二二二頁。なお、島田聡一郎「判批」ジュリスト一六三三号(平成一一年)一五六頁二段以下、一五八頁一段も参照。この点、新倉修「判批」國學院法學三六卷三三三号(平成一〇年)三三三頁下段も、「捜査当局のコントロールに服してなされた」と見るのが当然」とされるが、配達業者の配達行為も自己の仕事としてなされた、従つて、被告人の本来意図した通りの経過・結

果となったという側面も否定できないであろうと思われる。しかしして、一般論的に言うると、この場合、いわゆる抽象的事実の錯誤であるとの観点から、両罪の「重なり合う限度で」、現実には発生した軽い罪の方を認めておけば足りるというのが、通常の刑法理論的帰結とも言えようし、確かに子細な事情・状況としては「教唆」を行ったような形になるとしても、背後者としては「間接正犯」を行うつもりで結果的・客観的にはその実を挙げ得たとと言える訳であり、背後者の思う通りになったとすれば、つまり、背後者の「故意」が実現され得たとすれば、実行為者の意識状態いかんにかかわらず、背後者も「正犯」としておくのが妥当ということではあるまいか。この意味では、背後者にとつて「錯誤」はなかったということになる。「条件関係」はもとより、そのまま配送する場合もあるであろうという意味において、「相当因果関係」を否定する程の事例とは言えないのはあるまいか（前掲注(20)も参照）。

(62) この点、北村篤「判批」研修五八四号（平成九年）三七頁は、「間接正犯は、他人を利用して犯罪を実現する場合であつて、利用者が自ら手を下したのと同視し得るような場合をとらえようとするものであり、その成否は、日常用語としての道具や支配の意味するところによつて考察しなければならぬものではない。」と論じられるが、「道具」「支配」という用語は、「間接正犯」概念を厳しく限定的に捉える思考の現れと言えよう。なお、この点、佐伯仁志「第4章 コメント②」山口厚ほか「理論刑法学の最前線」平成一三年一刷、平成一九年四刷）一六五頁、成瀬・前掲注(4)小田中古稀一七七頁、橋本・前掲注(25)総論二四〇頁も参照。前掲注(34)松山地判平成二四年二月九日判タ一三七八号二五一頁も、「甲野は自ら規範の障害に直面している」といふべきであるから、もはや被告人が「情を知らない」甲野を道具として使用したと評価することはできない。(二五四頁右)という刑法的評価を、あえて「教唆犯」に変更する必要もないのではあるまいか。いずれも「正犯」に値するということであろうからである。本件では甲野自身は「知情」であつたとの認定のようであるが(二五四頁右)、被告人自身が甲野の「知情」を「認識」していたこと、すなわち、「被告人が甲野に正犯意思があつたことを認識してい」たことは「確定」できないという点であるので(二五五頁左、「疑わしきは被告人の利益に」の観点から「共謀共同正犯」を認めることはできず(この点、甘利・前掲注(39)速報一五〇頁左―右も参照)、伝統的な理解による「教唆犯」に止めたものであろう)。

(63) この点、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学五五号（平成二二年）七〇頁は、「コントロールド・デリバリー」の違法性阻却の前提要件である法益の対立状況、つまり当該犯罪ないしはそれと関連する犯罪の捜査の必要性、を作り出したのは被告人であるから、既遂結果は被告人にとつては違法なものと「解」されており(島田・前掲注(61)ジュリスト一五七頁四段も参照)、確かに、本法はそのような視点からのものであるが、刑法解釈論としては、被告人らは本来「間接正犯」を行

うことを共謀し、途中で「泳がせ捜査」という適法な行為が介入したとしても、自分達の本来予定していた「既遂」結果を遂げたということではあるまいか。自由な意思を有する第三者が介入することにより、因果の流れがそれ以上進むか否かは「不確実」であるとしても、そのことにより「因果関係」が「中断」ないし「断絶」される訳ではないということであろう(なお、大越・前掲注(13) 共犯の処罰根拠五六以下、七七頁も参照)。その第三者を「教唆」する形になるとともに、因果の流れを予定通りに進めた場合は、その背後者が予定した通りの「結果」が実現されたと言わざるを得ないであろうからである(前掲注(19)(20)(21)(61)も参照)。この点、bearbeitet von Richard Lange/Kohrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen 43. Aufl. (1961) S.161B. Mitteilbare Täterschaft-1. Ihr Wesen. も「自分のために行動する発起者(Vermittler)にとつて、被利用者が正犯として責任を負うか否かにかかわらず、自分の利用する者は自分の道具である。」とつて、「正犯の背後の正犯」法理を提示したところである。 auch vgl. HELMUTH v. WEBER, Teilnahme an Mord und Totschlag, MDR5/1952, S. 266ff. FuBn. 20. 前田巖「3 間接正犯の限界」池田ほか編・前掲注(25) 新実例刑法四四頁以下も参照。これに対し、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「2021年版予備試験論文合格 答案集」スタンダード100 3刑法)(令和三年)三六〇頁以下)参照。

(64) なお、この点、若原克幸「判批」法学新報一〇五卷八〇九号(平成二二年)二八四頁以下参照。しかして、「相当因果関係」が否定し得ないとすると、媒介者の知情いかんによって、被告人らが「間接正犯」となったり「教唆犯」となったりするといふのも、むしろ恣意的・便宜的な結果論的解釈ではあるまいか。はじめから「教唆」するつもりだった訳ではないからである。

(65) 「コントロール・デリバリーを実施するか否か、実施するとしてライブで行うかクリンで行うか等」平野龍一ほか編「新実例刑事訴訟法」[I] 案ごとの判断になる。」とされる(井上宏「3 コントロール・デリバリーの可否」平野龍一ほか編「新実例刑事訴訟法」[I] (平成一〇年一刷、平成一五年七刷) 四〇頁以下のほか、一審八三九頁参照。なお、クリン・コントロール・デリバリーについても、麻薬特例法八条に罰則規定がある。事例として、東京地判平成一五年一〇月六日判時一八五一号一五八頁、最一小決平成二五年四月一六日集六七卷四号五四九(五五二)頁(楡井英夫「判批」一般財団法人法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇平成二五年年度」(平成二八年) 一五九頁(注2)参照。後者は、覚せい剤輸入の「故意」だけでなく「共謀」をも認定するのが相当、とされた事例である。

なお、詐欺罪の事例においても、「だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず、被告人は、…詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解」したものがあり(最一小決平成二九年二月一日集七一巻一〇号五三五(五三三八)頁参照、犯罪覚後)の捜査にもかかわらず実体刑法上の刑事責任が肯定された判例として、本件との類似性が看取されるものと言えよう。後掲

注(86)も参照。

(ウ) 最二小判昭和三三年一月二一日集二二卷一五号三五一九頁

① 最高裁は、弁護人の上告趣意を退けつつ、高裁は被告人の所為は刑法二〇二条の「嘱託・承諾殺人罪」ではなく「殺人罪」の事例と解したものととして、その前提で判示しているようである。「自殺教唆・幫助罪」ではなく「嘱託・承諾殺人罪」の方に該当し得るかが検討事項であるとする、犯罪類型的には「殺人罪」ベースで捉え得ることもなろうから、あえて「間接正犯」という構成による必要もないことにもなろう。「青化ソーダ」を与えてK女が自発的に「青化ソーダ」を嚥下したことも否定し得ず、そのような「自発性」を念頭に置くと「殺人」の「直接正犯」との構成に疑問が感じられるところでもある。このような問題を念頭に、少し広い観点から検討を加えることにしたい。

② 一審認定の犯罪事實は、「被告人は、第一、昭和、三十年五月二十三日頃同(K―伊藤注)女に対し別れ話を持ち掛けたが、同女は之に応ぜず心中を申出でた為困り果て同女の熱意に釣られて渋々心中の相談に乗ったものの、同月二十六日頃には最早被告人の気が変わり心中する気持がなくなっていたに拘らず、同日午後三時頃同女を伴ってW県西MU郡MI村大字T番地不詳通称Y谷山中のH滝附近に赴いたが、同女が自己を熱愛し追死してくれるものと信じているのを奇貨とし、同女のみを毒殺しようと企て、真実は追死する意思がないのに追死するもの如く装い、同女をして其旨誤信せしめ、予め買求め携帯してきた青化ソーダ致死量を同女に与えて之を嚥下させ、よって同女をして即時同所に於て右青化ソーダの中毒により死亡せしめて殺害の目的を遂げ、たものである。」(三五二

六―七頁。加点」とある。このように、一審がそもそも「殺人罪」との前提であるから、「毒殺しよう」と企て、・・・殺害の目的を遂げ」との判示になっているのであろう。

これに対し、二審は、「同女の心中の意思は最初同女自ら発議したものであるが、これは同女が被告人と別れる位なら寧ろ死を選ぶというのであり且これを被告人と共にすると云ふことを前提とした、いはば不確定なものでその後被告人が心中を承諾し追死するものと誤信したから、愈々自殺を決意実行に移したものである」といべく、しからば最初に同女より心中を申し出た事実があつても、同女の自殺実行の決意は、被告人の欺罔の結果であることに差異はない。」(三五三〇頁)と判示しており、刑法二〇二条の「人を教唆し・・・て自殺させ」という条文の方に当てはめてみた場合、いまだ不確定であつたK女の「自殺意思」は被告人が「心中」を承諾したことによって「確定」させられ、K女は自殺を「決意」するに至つた訳であり、ここに、正犯としての意思を確定させる形での「教唆」の形態が看取できるとも思われるのである。⁽⁶⁾

二審は一審が認定した事実関係を前提に、「同女の心中の決意実行は正常な自由意思によるものではなく、全く被告人の欺罔に基くものであり、被告人は同女の命を断つ手段としてかかる方法をとつたに過ぎないものであつて、その結果所期の目的を達した被告人の所為は殺人罪を以て論ずべきであつて、単に自殺関与罪に過ぎないもの」ということはできない。(三五二九頁)として、弁護人の控訴を退けているが、ここでの論理としては、「正常な自由意思によるものではない」ということであり、従つて、その「自由意思」は「正常」ではないということになり、「自由意思」には違ひないとしても「欺罔」に基くものだから、「自殺意思」として認め難いということにならう。予定通り「心中」して被告人の方がたまたま助かつたとすれば、被告人は「自殺関与罪」に止まるであらうが、本件の場合、「自殺関

与罪」を認めるのは相当ではないから、「殺人罪」の方を検討すべきであるとの立論になろう。

これに対し、最高裁は、高裁が三五二九頁で参照した三つの判例、つまり、仙台高判昭和二七年九月一五日高集五卷一十一号一八二〇頁、大ニ刑判昭和八年四月一九日集一二卷四七一頁及び大三刑判昭和九年八月二七日集一三卷一〇八六頁につき、「被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては、それが被害者の能力に関するものであると、はたまた犯人の欺罔による錯誤に基くものであるとを問わず、要するに被害者の自由な真意に基かない場合は刑法二〇二条にいう被殺者の囑託承諾としては認め得られないとの見解の下に、本件被告人の所為を殺人罪に問擬するに当り如上判例を参照として掲記したものといたうべく、そしてこの点に関する原判断は正当である(三五二〇―一頁)と判示し、また、「本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思である」(三五二一頁)とも判示しており、最高裁は、結局、K女の自殺意思は「真意」ではなかったと結論付けているようでもある。すなわち、「心中」を自ら積極的に働き掛けているK女については、「自由意思」を持って自殺するか否かを決定することができたという意味では「自由」はあったとも言え、しかし、その「自殺」は「真意」に添うものではなかったという趣旨とも言えよう。

③ しかし、最高裁が、「被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」(三五二二頁)と判示したことに對しては、「自殺教唆・幫助の形態をとつたときは、それが殺人罪に該当するといえるためには行為者が自殺者を道具として利用し殺人の間接正犯者として行爲したといえることが必要である……。教唆・幫助にとどまり殺人罪の正犯となしえないときには、自殺者に殺人罪が成立していない以上殺人の教唆・幫助として処罰することもできず不可罰とするしかないことになる。」「瑕疵あ

るにせよ、自殺意思が存在する以上、自殺者が道具のように利用されたということは困難である。そうすると、自殺意思にこの程度の瑕疵があったとしても偽装心中は自殺関与罪の構成要件をみたしていると解さざるをえない⁶⁸との批判がある。

前述のように、「自殺教唆」的なやり取りがあったことを指摘したところであるが、自殺の直接的な方法は「青化ソーダ」を嚥下させたものであるので、すでに自殺を決意したKに「青化ソーダ」を与えた段階では、「自殺の幫助」とも言えることになろう。しかし、鹿児島地判昭和六二年二月一〇日判タ六三七号二三四頁においては、「花子が農薬による自殺を決意した時に、既に同女の生命に対する具体的現実的危険が発生したと認められるから、これと接着するところの花子に最終的な自殺を決意せしめた判示罪となるべき事実冒頭に記載した被告人の言動をもって実行の着手と見るのが相当である。」(二四九頁二段)と判示しており、「罪となるべき事実」には、「被告人は、第一 同日(昭和六〇年六月一五日) 午後三時ころ、甲野花子(当時六六歳)を被告人の運転する普通乗用自動車に同乗させて前記T町の〇に至ったが、同所には同女が言うような小屋が見当たらなかったため、これを奇貨として、同所において、同女に対し、「おばさん、小屋もなかし、あとはいけんすつとな。・・・」などと、同女にはもはや行き場のないことを強く申し向け、・・・「おばさん、もう決めんな。それともこの山の中で一人で暮らしていきやつですか。」などと強く自殺を迫ったところ、同女から、「この小屋がなかことなっていればもういけんもできんなあ。どっかで農薬を買えるところはなかですか。それを飲んで死ぬるものなら。皆さんに迷惑をかけたのだから。」と農薬自殺の決意を知らされたため、遂に同女が思惑どおり自殺を決意したと安堵し、・・・(二三九頁三四段)とあり、かなり早い段階で「実行の着手」が認められているようであり、他方、本件においては、H滝附近に赴いた辺りで「実

「行の着手」と見ても良いことになろうか。そうすると、すでに「自殺」の決意をしていたK女との関係で、前述のように、「青化ソーダ」を渡した段階で「幫助」ということにもなる。 「教唆」と見得る段階以降、事情は変わらないと思ひ込んでいたK女を欺したまま死に至らせたものであるとはいえ、「教唆」の段階で「実行の着手」と見るのはいかにも早過ぎるであろうからである。従つて、「自殺の幫助」を装つて「他殺」を遂げたということになり、「青化ソーダ」を与えてK女をして嘔下させるといふ、「被害者の行為」を利用した「間接正犯」ということになろう。事実認定の問題にもなるもの、一人で死ぬ気はなかつたという認定による限り、結局「死ぬ意思」はなかつたといふことにならうからである。⁽⁶⁹⁾

もつとも、錯誤論において「法定的符合説」に立つ判例の立場からすると、それ程具体的に「被害者の意思」を考慮に入れなければならぬことになるのか、という理論的な観点からの疑問が湧かないでもなからうが、「法定的符合説」における刑法の条文への当てはめの範囲内か否かの問題と、刑法一九九条か二〇二条のいずれの条文に該当するかの問題の違いがあるし、また「行為者・被告人」の認識の問題と、「被害者」をどの程度保護すべきかの問題の違いがあるので、同日には論じられないということであろうが、「被害者の意思」について厳しく捉える見解も散見される。⁽⁷¹⁾しかし、高齢化社会が急速に進行しつつある現代日本において、また個々人が必ずしも適切に判断できるとも限らないとすれば、殊更「欺罔」によつて「生命」を騙取するような行為は、理論的な整合性を持つ限り、「殺人罪」という方向性で考える方が妥当ではあるまいか。⁽⁷²⁾

④ 確かに、「自殺」自体は結論的に「不可罰」と捉えられるであろうが、刑法二〇二条の「教唆・幫助」は「独立教唆・幫助」であるという理解による限り、このような行為自体「正犯」に当たると解することもできようし、こ

の意味では、通常の共犯従属性の場合と同様に論じる必要はないことになる。もつとも、いわゆる「道具」理論からすると、「間接正犯」と解するのには抵抗があるとする⁽⁷⁵⁾と、自殺者の自殺行為（＝実行行為）と背後者の教唆・補助行為（＝正犯行為）とが「相まって」、自殺＝殺害結果を発生させた⁽⁷⁶⁾と解することもできよう。客観的には法益侵害であり、また背後者にとつては「他人の」生命であることは疑いないことからすると、理念型的には「故意の同時正犯」と「故意の同時正犯」の競合ということにもなる。

(66) 同様に捉えられない具体面での違いもあろうが、最高裁においてもこのような論理構造の「教唆犯」の事例が見られるに至った。最三小決平成一八年一月二二日集六〇巻九号七七〇頁参照。なお、高橋幹男「判批」財団法人法曹会編・前掲注(34)最判解七二三頁によると、本件弁護人の控訴趣意は「被告人の所為は自殺幫助罪に問擬すべき事案である旨主張した。」とのことである。

(67) これに対し、所一彦「判批」平野龍一ほか編「別冊ジュリスト83 刑法判例百選Ⅱ各論(第二版)」(昭和五九年)一〇頁四段は、「真意ではあったかもしれないが、自由でなかったわけである」と述べられており(同旨、斉藤信宰「判批」西原春夫編『法七ミ BOOKS 6判例ハンドブック【刑法各論】⁽⁷⁷⁾(平成七年)一一二頁下段、最高裁の論理の運び・表現とは逆な理解になっているようでもあるが、自殺するというのは「真意」ではあったが、「欺罔」によって「自由」に判断したものではないとも言えよう(高良阮二「殺人罪と自殺関与罪の区別」大塚仁ほか編著「セミナー」法学全集16刑法Ⅱ各論(昭和五〇年)一八七頁三段も、「欺罔によって意思決定の自由が、本質的な点において侵害されていると考えられる」とされる。同旨、宮野彬「殺人―偽装心中と殺人罪」西原春夫ほか編『判例刑法研究 5個人法益に対する罪Ⅰ』(昭和五五年)一一、一二頁。これに対し、平川宗信「1 承諾殺人罪」西原春夫ほか編著『刑法学4《各論の重要問題Ⅰ》』(昭和五二年)七頁以下は、「人間の判断が外的条件によって左右されるのは自然のことである。」ので、「他人の言説によって意思決定が左右されても、意思決定が自由でなかったとはいえない。」との観点から、「承諾」は有効であると解されるようであるが、「判断能力を欠いている」場合については別異に解する余地を認めており、結局、後述のように、「死ぬ意思」はなかったということになるのではないかと思う)。このような理解はむしろ二審の判示に近いのかもされない(広島高判昭和二九年六月三〇日高集七卷六号九四四頁も、一般論

として、「自殺者の自由意思」を、自殺か他殺かの区別のメルクマールとしていた(九四九頁)。なお、大阪高判平成一〇年七月一日判時一六四七号一五六頁、井上祐司「第三五 殺人罪・自殺関与罪―両罪の区別―」(昭和五八年)同「刑事判例の研究 その二」(平成一五年)四七〇頁も参照)。しかして、REINHART MAURACH, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil EN LEHRBUCH 3. Aufl. (1965) S. 537-2も、「間接正犯の重点は不自由な人間の悪用 (Missbrauch) にあるのに対し、教唆は自由な人間の墮落 (Korruption) であることが明らかである。」と述べられており、「間接正犯」と「教唆」の違いを図式的に明確にしてくれるものと言えようが、ここではさしあたり「自殺の意思」に「重大な瑕疵」があったかが問われているので、最高裁のような力点の置き方もあり得るところであろう。つまり、結局「死ぬ意思」はなかったという結論になり得るのではないかということである(なお、この点、鈴木享子「判批」我妻榮編集代表「別冊ジュリスト No. 3 続判例百選(第二版)」(昭和四〇年)一七一頁二・四段参照)。

(68) 町野朔「第1編個人的法益に対する罪 第1章生命・身体に対する罪 II 殺人の罪」小暮得雄ほか編著『刑法講義各論―現代型犯罪の体系的な位置づけ(有斐閣大学双書)』(昭和六三年)二八頁。中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば一二巻二号(昭和四四年)一四頁四段、一六頁三段以下も参照。

(69) 但木敬一「囑託・承諾殺人の成否」The LAW SCHOOL 四二号(昭和五七年)八八頁下段は、「生命を放棄したいとする意思は、およそ正常人の場合必ず何らかの重大な理由があり、その理由を離れて抽象的に存在するものではなく、その理由が消滅すれば生命を放棄する意思も消滅する関係にある以上、その理由は生命放棄の意思内容の重要な一部をなしているといふべきであり、そこに錯誤があつて重大な瑕疵が存する場合は、単なる動機ないし縁由に関する錯誤にとどまるものではなく、決定された真意そのものに瑕疵があると言わねばならないであろう。」と述べられ、高橋・前掲注(66)最判解七二六頁も、「意思の決定的な瑕疵を生ずる錯誤はすなわち意思内容の錯誤であり、その意思を無効ならしめるものと解したい。」とされる。その後の同種判例として、福岡高判平成一五年八月二九日高検速報一四三七号一五三頁がある(本件については、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪(刑法199条)成否の判断―法益関係の錯誤説とは何だったのか?」山口厚ほか編著『西田典之先生献呈論文集』(平成二三年)九三注5)、一三三頁以下注79)も参照)。また、ノイマン教授も、「パートナーの自殺」という要素を重視されるようである(Vgl. Ulfried Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeihilfung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers, JA1987, Heft 5 S. 254 (links). 塩谷毅「第一部被害者の承諾 第三章自殺関与・同意殺人」同「被害者の承諾と自己答責性」(平成一六年)一一二頁も参照)。これに対し、「欺罔により自由な自己決定が実質的に妨げられている場合」刑法二〇二条の成立は否定されることなるうもの、刑法一九九条が常に成立するとは限らず、「殺人の間接正犯が認められるのは、行為者が自

殺者の行為を支配・コントロールしていたといえる場合」でなければならぬとされる見解として、平川・前掲注(44)各論四九頁があるが(この点、内田文昭『刑法各論(第3版)』(平成八年)二〇頁注(1)も参照)、「支配」(ないし「道具」とまで言えない場合でも、「間接正犯」と見得る場合もあるとすると(この点、前掲注(18)(19)も参照)、本件もそのような場合の一例ということになる。すなわち、「強制」「欺罔」の程度が強い場合はもとより、状況上いかにも有り勝ちな程度の「欺罔」でも「自殺に見せ掛けて人を殺す意思」をもって、「人の生命」を剥奪できれば足りる場合もあることにならう(豊田兼彦「被害者を利用した間接正犯」刑法雑誌五七巻二号(平成三〇年)一四六頁も、「被害者を利用する場合の方が間接正犯の成立範囲が広い」との理解を示され、樋口亮介「実行行為概念について」前掲西田献呈三一頁も、「被告人が心中に応じることが被害者の有した自殺に対する心理的障壁の除去に決定的であったといえる限りで199条が適用可能と」されており、二〇二条を成立させるためには、被告人としてはすでに自殺の意思を放棄している旨を伝えるべきであり、それでも被害者は自殺したか、が問われよう)。

(70) 例えば、曲田統「生命・身体に対する罪における「被侵害者の錯誤と同意」」札幌学院法学二四巻一号(平成一九年)四〇頁は、「心中の話がBから持ち出されていたことからすれば、もともとBにおいて生きるという選択肢が放棄されていた面が認められる」と解されており、「被害者の自殺意思」を比較的一般的に捉える傾向が示されているものとも言えよう(この点、曾根威彦「判批」法学セミナー四三〇号(平成二年)一一七頁四段も、「偽装心中の場合、正常な判断能力があり、かつ自殺の何たるかをわきまえている者にとつて、追死が自殺の本質的要素となりうるかは疑問であり、行為者は被害者の死の結果を直接に支配しているとはいえない」とされたが、その後、同「法律学講義シリーズ 刑法各論(第5版)』(平成二四年)一三頁以下も同旨となっている)。他方、近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学四〇巻一号(平成九年)二七三頁は、「AがXの追死意思を誤認したのは、Aの落ち度であったと考えられるので、同意は有効とすべき」との立論に出られるが、刑法の一般的な立場として、「過失相殺」という形での理解がなされる訳ではなく、結論的には「有罪か無罪か」ということにならうし、Aには「落ち度」があったが、前掲鹿兒島地判昭和六二年二月一日の被害者には「落ち度」がなかったとの理解(近藤二八九頁注(58)(59)も、後者の事例はかなり欺罔・威圧度が高いという点でわからなくもないが)もつとも、林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編著『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』(平成六年)四七頁は、曾根・前掲法セミの結論部分に対し、「本件では、欺罔の内容が真実であったとしても、取調べと公判の後、三、四ヵ月刑務所に入るだけである。」等として、他殺説に否定的である。菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」早稲田法学会誌六七巻一号(平成二八年)一九五頁も参照、本件においても被告人は「青化ソーダ」を用意の上、「心中」の現場まで一緒に赴いてもおり、被殺者が相

手方の誠意を疑うのはどうかと考えることもあろうとの見方もあり（中義勝『刑法各論』（昭和五〇年一刷、昭和五一年二刷）二七頁参照）、また判決文からは最後のやり取りの詳細は窺えないこともあり（もつとも、「検察官に対する供述調書」（二審三五二八頁）参照）、同意の有効・無効を被害者の「落ち度」にかからしめるのは、判断が微妙で恣意的になりはしないであろうか。（71）平野龍一「三二 追死の意思がないの七にあるように装って自殺させた場合の適条」（昭和三六年）同「犯罪論の諸問題（下）各論 刑事法研究第2巻Ⅱ」（昭和五七年）二九七頁は、「生きるか死ぬかは、他の条件にかけることはできない性質のものだと考えれば、死ということ自体にほんとうに同意した以上、その動機・条件は問題にならない、ということになるだろう。」と述べられた（同旨、木村靜子「第2講 殺人罪と自殺関与罪の限界」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻 各論の諸問題』（平成五年）二八頁）。しかし、このような理解によると、「最も重要な価値をもつ生命は、それが何にも替えられない重要性をもつがゆえに、欺罔・強制に対して最も抵抗力のない法益になってしまふ」（佐藤陽子「第4章錯誤・強制に基づく承諾 第3節同意 1. 殺人罪」同「被害者の承諾―各論的考察による再構成―」（平成二三年）二〇八頁参照）との批判が、妥当することにもなるうと思われるが、このような批判に対しても、生命法益処分についての「合理的な動機」でなければ、刑法上重要なものとは言えないとの反論がある（森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』（平成二三年）一四八頁参照）。確かに、「心中」などというのは「不合理な動機」かもしれないが、問題の重点はむしろ「心中」を實行すると思わせた「欺罔行為」、そしてそれによる「生命剥奪」にあるのであろう（中村 勉『刑法各論要義 Ⅰ』（平成一〇年）六九頁も、「重要なものは、不知を利用して同女をいかに被告人がその意思を支配しえたかにある。」とされる）。すなわち、人の生命・身体は財産とは性質の異なる法益であり、後者はもともと幅広く処分・交換が前提とされているものであろう（山口厚「15 欺罔に基づく「被害者」の同意」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集上巻』（平成一三年一刷、平成一七年二刷）三二二頁以下参照）が、前者においても「生き方」ないし「死に方」という形でその「生命」の「有り様」が保護されている面があると云わなければなるまい（なお、この点、東京高判昭和五八年八月一〇日判時二一〇四号一四七（二五〇頁一段）頁、佐伯仁志「判批」ジュリスト平成一〇年度重要判例解説 一一五七号（一九九九年六月一〇日臨時増刊号）一五三頁四段、奥田純一郎「死における自己決定―自由論の再検討のために―」本邦法政紀要五号（平成八年）一一〇頁左参照）。それは「自己決定」の侵害の有無にかかわるものであるもので、特に刑法二〇二条については、「生命についての自己決定」の側面も保護されているということになるう。もつとも、個々具体的に検討すべき問題でもあり、一般的な前提としては「法益関係の錯誤」説から出発すべきとの立論もわからなくもないが、一般的な前提としても狭過ぎる面もあろう（なお、この点、例えば、武藤眞朗「法益関係の錯誤説と法益の要保護性」高橋則夫ほか編著『野村稔先生古稀祝賀論文集』（平成二七年）四七頁参照）。

(72) いかなる事情で「自殺」するか否かは、それぞれの人の思想・信条や置かれた境遇などによって同日に論じられない面もあるとすると、「法定的符合説」が問題となる場合よりも、より「被害者の意思」が具体的に検討されなければならないとも言える。そのような意味では、嘱託・承諾殺人ないし自殺教唆・幫助の場合か、殺人の間接正犯の場合かは、具体的な事情に応じて段階的に捉え得るものとも言えよう。本件は「殺人罪を認めるべき境界的事例」と解される見解として、内田文昭「第二三講 刑法第二〇二条」下村康正ほか編『法学演習 講座』⑨刑法各論（昭和四六年）二〇〇頁参照。このほか、島田・前掲注（4）基礎理論二五五頁、園田寿「批判」山口厚ほか編著「別冊 Jurist 刑法判例百選 I 総論」第7版 No. 220 August 2014 一四九頁左も参照。

(73) 「自殺」が「自損行為 (Selbstverletzung)」として「不可罰」との理解からは、この「自己処分」の範囲内に止まる限り、他人を教唆しつその手により「自殺」に至った場合も、「自殺者」は「不可罰」ということとなる（Vgl. bearbeitet v. A. Esser u. a. a. O. (Amn. 4) Schönke/Schröder S. 491 Rn. 42 [G. Heine/B. Weiser]. なお、大塚・前掲注（13）総論四一七頁、須之内克彦「3 刑法における自己決定—生命・身体処分との関連—」（昭和五二年）5 被害者の瑕疵ある意思に基づく行為の取扱」（平成一二年）同「刑法における被害者の同意」（平成一六年）六二以下、一〇六頁以下、吉田敏雄「第2章 自律性原理と被害者の承諾」同「刑法理論の基礎 VI 被害者の承諾」（平成三〇年）二三頁以下も参照。

(74) 青柳文雄『刑法通論 II 各論』（昭和三八年一刷、昭和五二年三刷）三〇一頁、平野龍一『刑法概説』（昭和五二年初版、昭和五七年六刷）一五八頁、齊藤誠二『刑法講義各論 I（新訂版）』（昭和五四年発行、昭和五七年六版）一〇〇頁以下、岡野光雄「第1講 自殺関与罪の諸問題」同『刑法各論 25講』（平成七年）二、四頁、伊東研祐「五 自殺関与罪」同『現代社会と刑法各論 第二版』（平成一四年）六九頁、大谷實『刑法講義各論』新版第4版補訂版（平成二七年）一七頁、内田文昭「17 受託殺人・自殺関与の可罰性—「正犯なき共犯」肯定論序説」岩瀬ほか編集代表・前掲注（25）町野古稀三七三、三七五頁、山中敬一「32 ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法二〇二条処罰根拠の再考」井田良ほか編著『新時代の刑事法学下巻—椎橋隆幸先生古稀記念—』（平成二八年）一三七頁以下。これに対し、中山研一『刑法各論』（昭和五九年）三四頁以下注（一）参照。

この点、旧刑法三二二条に関する大審院判例も、「自殺は法律上之を罪とせざるを以て、教唆者以外に実行正犯あることなく、却て自殺者を以て犯罪の目的物と為し、教唆の行為を犯罪構成の要素とし、其行為の結果、被教唆者が自殺を遂行するに因て犯罪成就するものとす。」（大二刑判明治三七年二月一日録一〇輯二六九（二七二）頁。現代用語化、加点・加丸）と判示した（本判決については、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」中山研一先生古稀祝賀論文編集委員会編『中山研一先生古稀

祝賀論文集 第一巻生命と刑法』(平成九年)二四二頁以下参照)。この判例の理解によると、「自殺者」は「行為の客体」ということにもなり、そのような理解は妥当な面を有するであろうが、「自殺者」の「自発性」も否定し得ないところであろう。いずれにせよ、刑法二〇二条が「自殺関与」と「同意殺人」を同列に規定している点に着目すると、本条は「統一的正犯規定」と解することもできることになろう。

なお、「独立教唆犯」などについては、安廣文夫『中谷雄二郎』第61条(教唆)Ⅶ独立犯としての教唆等』大塚仁ほか編著『大コンメンタール刑法』第5巻(第60条〜第72条)『令和一年』六三六頁以下、佐伯仁志『第15講 教唆の未遂』阿部ほか編・前掲注(29)基本講座二二頁以下、嶋矢貴之『第61条(教唆)Ⅲ教唆犯処罰の限界(3)独立共犯(独立教唆・せん動ほか・共謀罪)』西田典之ほか編著『注釈刑法第1巻総論』§§1〜72(平成二二年)九一三頁以下、瀧川春雄『政治的言論集会の自由に関する犯罪』日本刑法学会(代表者団藤重光)編『刑法講座5各論の諸問題』(昭和三九年一刷、昭和五一年一四刷)三一頁以下、熊谷丞佑『一二 共謀罪―そのかし・あおり―』中山研一ほか編著『現代刑法講座 第三巻過失から罪数まで』(昭和五四年)二二五頁以下、設楽裕文『組織犯罪と破壊活動防止法―予備、陰謀、教唆、せん動について―』日本大学法学紀要三七巻(平成八年)二〇二頁以下、拙稿『64 教唆と幫助』内田文昭編著『争点ノート刑法I(総論)』(改訂版)』(平成九年)二一六頁参照。

もっとも、刑法二〇二条は「独立教唆」であるとは言っても、「被教唆者」の「自殺行為」へと、その効果が反映していなければならぬことは勿論であろう(なお、この点、AKOCH u.a.a.O. (Anm.921) JUSのほか、内田文昭『第二編未遂・共犯・罪数の諸問題 第四章正犯論・共犯論の基礎 2 共犯の独立性と従属性 3 共犯従属性における「正犯行為」の法的意味』(昭和五三年)同・前掲注(25) 犯罪の実質二四二頁以下も参照)。

(75) もっとも、「心中」するつもりであるから、易々と「青化ソーダ」を嚥下するに至ったという認定であろうから、そこに「道具性」を看取することもできるのではあるまいか。この点、井上正治『二四』嘱託殺人』平野龍一ほか編著『判例演習 刑法各論(増補版)』(昭和四四年一刷、昭和五三年一二刷)一三三頁「総括」中・前掲注(70)各論二七頁参照。

「自殺関与罪」が存在しないドイツ刑法二一六条についての判例においても、欺罔による錯誤を利用した場合、「道具」と言えることを認めている(vgl. BGH, Strafsenat Urt.vom 5.Juli 1983, BGHSt 32.Bd.S.41ff.; auch vgl. 4. Strafsenat Urt.vom 15. September 1988, BGHSt 35.Bd.S.354)。「その者によって意識的に惹起された錯誤の助けにより、事象を意欲的に呼び起こしかつ操縦する(steuert)者」が、「殺人もしくは殺人未遂罪の間接正犯」であるとみる。これに対し、ロクシン教授は、被欺罔者は自殺意思を有していなかったのだからならぬと論評されており(vgl. Claus Roxin, Anmerkung, NZSt 1984, Hft 2, S.

[2] (Fests.) 本評釈については、松生光正「西ドイツ」新刑法雑誌」の紹介(三二)「警察研究五六卷三号(昭和六〇年)九四頁下段以下がある)、このような論評は「自殺関与罪」の存在しないドイツ刑法二二六条に即した限定解釈とも言えようが(もつとも、その後、二〇一五年二月一日施行のドイツ刑法典二二七条として、「業としての自殺促進罪」の処罰規定が設けられたようである(渡辺富久子「立法情報【ドイツ】業としての自殺補助の禁止」外国の立法二六六一号(平成二八年)一六頁以下、神馬幸一「ドイツ刑法における「自殺の業務的促進罪」に関して」獨協法学一〇〇号(同年)一一七頁以下、甲斐克則「終末期の意思決定と自殺補助」各国の動向分析」、アルビン・エーザー(嘉門優訳)「自殺関与の不処罰性」ドイツにおける新たな制限」、只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法」ドイツおよびスイスの現状」、井田良ほか編「浅田和茂先生古稀祝賀論文集「上巻」」(同年)五六五以下、五八二以下、五九九以下、六五四以下、六六二頁、注49、飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除」ドイツ刑法27条の新設を契機とした一考察」、井田良ほか編「山中敬一先生古稀祝賀論文集「下巻」」(平成二九年)五九頁以下参照。このほか、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学三二号(平成二七年)三四七頁、樋口・前掲注(69)、西田献呈二三頁以下も参照)が、二〇二〇年二月二六日付ドイツ連邦憲法裁判所の判決により、違憲無効とされたようであり(神馬幸一「患者の自殺に際して医師の救助義務を否定した事例」判例時報二四三八号(令和二年)一一八頁、同「業としての自殺援助罪(ドイツ刑法第二七条)の違憲性」同二四五六号(同年)一四〇頁、九州大学ドイツ刑法判例研究会(富川雅満ほか)訳「ドイツ刑法判例研究・ドイツ刑法典第二一七条の合憲性について」ドイツ連邦憲法裁判所二〇二〇年二月二六日判決の翻訳)、九州大学法政研究八七巻四号(令和三年)一七〇頁以下参照)、今後の動向が注目される)、「自殺関与罪」が存在しても、「道具」として死に至らしめられたという刑法的評価ができる限り、結論に違いは出ないのではあるまいか(この点、神山敏雄「自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界」西ドイツの判例・学説を中心に」、岡山大学法学会雑誌三九巻四号(昭和四五年)二三頁、橋本・前掲注(29) 行為支配論七四、一五三頁参照。やむに、BGH5.Strafsenat.Urt.vom 3.12.1985.G1986 S.508ff.、神山・同「三三頁以下)。

三 おわりに

① 本稿においては、「故意の同時犯」の法理という視座から、「間接正犯」及び「広義の共犯」などに検討を加え

てみた。これらの分野においてはかなり研究業績の累積が見られるので、それらを検討することにより、補足的に私見を展開するに止まった。

新味があるとすれば、「因果関係」における「相まって論」の応用として、従来判例上は有力であった・「間接正犯」から始まった犯罪は「間接正犯」として取り扱うという傾向を、媒介者が認識した後は「間接正犯」と「媒介者」の行為が「相まって」、「結果」が発生したと捉え得るのではないか、との観点から、理論付け得る点にあるであろう。「間接正犯」の行為も単に「媒介者」によつて受け継がれるというに止まらず、最終「結果」にまで反映されているものと見なければなるまい。すなわち、刑法六一条一項は、被教唆者が「正犯」となった場合の規定であり、背後者は「教唆犯」ということになるのに対し、そうでない場合は、背後者が「正犯」に相当する場合は、行為者も背後者も「正犯」として取り扱い得るといふ結論にならう。つまり、私見によれば、「故意犯」における「正犯」とは、自己の「構成要件の故意」を実現し得た者を意味することになる⁽⁷⁶⁾。

② 「教唆犯」と「正犯」との関係について、「教唆犯」には「規範的障害たりうる」「正犯」が存在する点が強調される⁽⁷⁷⁾ことがあるが、「教唆犯」か「正犯」かの決め手はその点よりも、「人を唆して犯罪を実行させる意思」としての「教唆の意思」⁽⁷⁸⁾しかない点⁽⁷⁹⁾が、むしろ重要と言わなければなるまい。すなわち、現行刑法上は六一条という規定がある以上、「教唆犯」↓「正犯」という形で捉えるのが原則とも言えようが、これは特に意図的に「唆す」行為に着目して、被教唆者が「正犯」としての「故意」を持つに至つて行動した場合の・いわば定型的・典型的な規定ということであろう。そのようないわゆる「規範的障害」の場合と「偶然的障害」とを比較した場合、前者は被教唆者が教唆者の「犯罪意思」を受け継ぐ形で、両者の意図する犯罪を実行するものであるのに対し、後者の例としての「未遂」

については、「結果」が発生しないことからその程度の評価しか受けないのであるところ、特に「結果」の発生の有無が重要である点では両者間に違いはなく、つまり、特に「結果」との関係での「障害」が問題となるという点では違いはなく、従って、「障害」という点で本質的な違いがあるものでもなからうからである。⁽⁸¹⁾ また、「道具」も常に自分の思い通りになるとも限るまいが、だからといって背後の「正犯性」が否定される訳でもないのではあるまいか。気付いた「道具」が「正犯」になり得るとともに、背後者も「正犯」としてあり続け得るのではあるまいか。

以上要するに、刑法六〇条、六一條、六二條に規定された形に該当する場合はそれによっても、刑法典の場合「第2編 罪」中に規定された条文・構成要件に該当する限り、単独犯ないし同時犯として取り扱われる可能性はあるという帰結にならう。「同時正犯」という場合、「正犯」と「正犯」それぞれの行為が「相まって」、当該「結果」が発生したとの刑法的評価にもなる。現実に「実行」した者が最も刑事責任が重いというのが原則型ではあるが、常にそうとも限らないという例外的場合も念頭に置いておかなければならないということにならう。

③ これまでの検討から、「故意の共同正犯」「過失の共同正犯」そして「過失の同時正犯」とともに、「故意の同時(正)犯」という場合もあり得ることが、看取できたのではあるまいか。すなわち、従来「間接正犯」が成立するか否かが争いとなった事例についても、背後者の「間接(的)正犯行為」と媒介者の「正犯ないし幫助行為」とが「相まって」、「正犯結果」を惹起したものと捉え得ることにならう。このような帰結は、「拡張的正犯概念」ないし「統一的正犯概念」には立たないとしても(もつとも、刑法二〇二条については、前掲注(74)参照)、正犯(単独正犯・間接正犯・共同正犯(この場合は、結論的・結果的に「正犯」という位置付けにならう)・教唆犯・幫助犯という三分類による「限縮的正犯概念」)によっては「共犯的类型」を過不足なく捉え切れないことを示唆するものであり、刑

法六五条についての判例上の理解のほか、「共謀共（同正）犯」概念も一般的になりつつあるように、「同時犯」概念も適宜活用してゆくべきものと言えよう。⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾

このような前提に立つためには、「正犯（Täterschaft）」概念を「行為支配（Täterschaft）」によって根拠付けたブルンス博士の捉え方⁽⁸⁴⁾では狭いことにもなるから、原点に立ち返って、刑法典の場合「第2編 罪」の条文・構成要件を「故意」行為によって実現した者が「故意犯」の「正犯」である、としておけば足りるのではあるまいか。⁽⁸⁵⁾「行為支配説」や「道具理論」などは、「正犯性」を認めるための有力な基準という位置付けになろう。確かに、「落雷」はさしあたり人間が「支配」し得るものではなく、従って、「行為支配説」的な理解が妥当であるようにも見えようが、「落雷」しそうな場所に「被害者」を行かせることは「危険性」を高めていることは否定し得ないものの、「落雷」というのは一般的には「偶然性」が強過ぎるとすると、「犯罪行為」と見ることが疑問視されよう。しかし他方、「犯罪行為」の既遂・未遂も多分に「偶然」的な要素に左右されることも、否定し得ないであろうからである。「偶然性」に左右されることがあるからといって、「正犯性」を否定する訳にもいかないであろう。⁽⁸⁶⁾

(76) この点、井上博士がつとに、「共同正犯」における「共同加功の意思」につき、「共同加功の意思とは故意ということであるとし、なぜならば、「それは「なに」を共同にするかという意思であって、「なにか」を共同にしようという意思では」ないからとされていたところであり、すなわち、例えば、「殺人」を共同にするという意思つまり「殺意」を共同にすることが「殺人」の「共同加功の意思」となる旨論じられたように、また「間接正犯」についても、「全く事情を知らない看護婦を意の如くに操縦をしたその主観的な意思を重視することによって、医師こそ正犯者と呼んでおります。自から手を下さないのになぜ正犯者でありえまじょうか。手を下さない代りに彼の主観的な意思は強く犯罪の経過を支配しているではありませんか。」と論じられたように（井上正治「第一講 一三、目的行為論と共犯論」同「刑法の論点下巻」（昭和三九年増訂版、昭和四一年六版）四二

以下、四四頁参照)、そのような「故意」を持つて実行することが「正犯」を根拠付けるものと言えよう(なお、外木・前掲注(4)共犯、前掲注(34)、(2)(ア)⑦も参照。「共謀共同正犯」に関する判例においても、「各自の犯意を共同的に実現し」(大一・二・三・四刑連判昭和一年五月二八日集一五卷七一五(七三四)頁。現代用語化)ないし「自己の犯罪敢行の意思を実現した」(最大判昭和二三年五月二八日集二二卷八号一七一八(二七三二)頁、最一小判昭和四三年三月二一日集二二卷三三九五(九八)頁)とある所以である(なお、大阪地判昭和四六年三月一日判タ二六一号二九四(二九八頁三段)頁、長崎地佐世保支判昭和六〇年一月六日判タ六二三号二二二(二二七頁二段以下)頁。このほか、夏目文雄「組織論的共犯論―共犯論の本質と構造についての再論―」愛知大学法経論集法律篇一三三号(昭和六二年)九七頁以下、畢英達「共謀共同正犯」に関する試論(五一)日中両国の共犯理論に即して―北大法學論集四七卷一(平成八年)三三四頁、関哲夫「第31講共同正犯論 1 意義・要件(2)成立要件○主観要件―共同実行の意思」同「講義刑法総論」(平成三〇年)四〇〇、四〇一頁、最一小判昭和四二年二月八日集三卷二号一一三頁も参照。

以上の検討から、「正犯……とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件に該当する事実を実現する者である。」と定義付けられた団藤博士の見解(団藤・前掲注(13)総論三七二、三三三頁)が、一般論としては基本的な妥当ということになる(なお、この点、中野次雄「判批」刑事判例研究会編「刑事判例評釈集」第四十四・四十五卷昭和五十七年度(平成九年)一〇一頁も参照)。

(77) 例えば、浅田・前掲注(10)総論、中・前掲注(13)総論一八六頁、西原・前掲注(13)総論三五八頁以下、同「第三部共犯と間接正犯 2 教唆と間接正犯」(昭和三八年)同「犯罪実行行為論」(平成一〇年)二六四頁以下、野村稔「第三章未遂犯の違法性 第一節行為自体の違法性的内容 第二款実行の着手 四各種犯罪類型と実行の着手時期 (四)間接正犯における実行の着手時期」同「未遂犯の研究」(昭和五九年)三七頁、曾根威彦「第二部総論 8 間接正犯の未遂」中・中山論争に寄せて―「10 共犯従属性説の理論上の根拠」(昭和六一年)「第三部各論 11 自殺教唆の未遂」(昭和六三年)同・前掲注(50)実行・危険・錯誤一三五、一七二、一七七、一七九、一八一、一八三頁、山中敬一「刑法総論」(第3版)(平成二七年)八六六頁参照。なお、山口・前掲注(15)、松宮・前掲注(20)、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(昭和六〇年)六八頁。これに対し、島田・前掲注(4)基礎理論二二七頁。

判例も、刑法一〇五条の旧条文の解釈との関連で、「間接正犯の観念は、責任無能力者若は犯意なき者又は意思の自由を抑圧せられたる者の行為を利用して、或犯罪の特別構成要件たる事実を実現せしむる場合に存すべきもの」(大一刑判昭和九年一月二六日集一三卷一五九八(二六〇五)頁。現代用語化)と判示した。

(78) 長瀬・前掲注(25) 新実例刑法三三三頁参照。

しかして、旧刑法一〇五条(前掲注(6))については、「教唆者は体力上の働きを為さずと雖も、智力上の働きを為したる者にして、此智力と被教唆者の体力と合同一致して犯罪を為すに至りたる者なり。既に教唆者を以て犯罪の原因となし智力上の働きを為したる者とするときは、教唆は実に犯罪を構成するに必要欠くべからざる所為なれば、之を正犯と為すの理由を知ることが得べし。」(宮城浩蔵「刑法正義上巻」(明治二六年)七二九—三〇頁。現代用語化、加點・加丸)との説明も見られ、これはいわゆる混合惹起説的な説明とも言え、また原因・結果関係を強調される見解でもあり、いわば「共同正犯」的な関係を見ていたようでもあり、「教唆犯」の「正犯」に勝るとも劣らない不可欠性を強調するところであったが、確かに「教唆犯」は「間接的法益侵害」として「結果」に対してかなりの影響を与えるものではあるものの、現行刑法六一条との関係では「正犯」と同一ではないことが自覚されねばなるまい。従つて、今日的には、「共同正犯」型教唆のみならず、いわゆる「片面的教唆」も認め易くなったものと言えよう。

(79) 「教唆行為」については、「被教唆者に基本的構成要件についての実行の決意をさせる行為」と定義付けるのが一般的とも言えよう(団藤・前掲注(13) 総論三七三頁参照)が、刑法総論上の一般的な意味での「教唆の意思」としては、「決意」をさせる意思では足りないものと言えよう。「正犯」が少なくとも「実行行為」をすることも、意識内容に含まれていなければならぬであろう。しかし、他方、いわゆるアジャン・プロヴォカトゥールとの関係では、「正犯」の「犯罪の実行」とは言つても、「正犯」が「犯罪」たり得る行為、例えば、「未遂犯・予備罪」の場合も包含し得るものと言えよう(前田・前掲注(11) 総論三七七頁以下参照。なお、拙稿「65 教唆の未遂と未遂の教唆」内田編著・前掲注(74) 争点ノート二二九頁以下も参照)。

(80) もつとも、いわゆる身分犯については、「身分」がなければ「単独正犯」の場合「未遂」にもならないと解する方が、妥当であろう(この点、拙稿・前掲注(13) 基本講座三二頁以下、内田・前掲注(31) 総論一五四頁参照)が、「教唆犯」については、「正犯」ではなごとの理解による限り、「身分」がなくとも可能であるということにならう(Vgl. R.G.J. Strfsenat Urtv. & November 1929 R.G.St. 63 Band 5, 313 [318], 大ニ刑判大正六年七月九日録二三輯八四八(八四九以下)頁)。

(81) もつとも、このような理解は、「実行の着手」における「被利用者の規範的障害の有無」と、「未遂の処罰時期」における「結果発生の切迫性」という区別(曾根・前掲注(50) 実行・危険・錯誤一四一頁参照)を否定するものではない(曾根威彦「法学講義シリーズ 刑法総論」[第四版二](平成二〇年一刷、平成二四年五刷)二二四、二二八頁も参照)。さらに、加藤敏幸「中「未遂論」の検討—間接正犯の着手時期をめぐって—」中山研一ほか編集代表「刑法理論の探究 中義勝先生古稀祝賀」(平成四年)二四三頁、森井暉「間接正犯」同三〇一頁も参照。

- (82) 前田・前掲注(25) 町野古稀三〇五頁は、「学説と判例の共犯論の「違い」につき、「直接に実行する者が存在する以上、その者が正犯で、それに働き帰る(掛ける)の誤植か」行為は、教唆・幫助である」という枠組みと、「間接的ではあっても、実質的に犯罪の中心となったのが、正犯・共同正犯である」という考え方の対立なのである。」という形で、図式的に説明される。
- なお、刑法六二条一項「従犯」の意義につき、最二小判昭和四四年一月一日集三卷一〇号一六二九(一六三二)頁、最三小決平成二三年二月一九日集六五卷九号一三八〇(一三三五)頁(「幫助犯の故意」を否定した事例)、最三小決平成二五年四月一五日集六七卷四号四三七(四三九九)頁、などを参照。
- (83) 従つて、拙稿「刑法総論覚書(5)のI—故意の同時犯—の法理—」成蹊法学92号(令和二年)四四一注(16)、四四〇注(17)、四三九頁注(20)で参照した司法試験問題において(前掲注(63)の2021年版では、それぞれ一二頁以下、六頁以下、一〇二頁以下参照)、「同時正犯」という理解を必ず書かなければならない訳ではないとしても、書いた場合は「加點」すべき事由であると(う)にならう。
- (84) Vgl. Hermann Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand Preisschrift der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 1931, (1932) SS. 72f. 79. なお、ホルンス博士の所説も含め、本間一也(紹介) Friedrich-Christian Schroeder Der Britz als Mordinstrument Eine Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, 2009 謀殺の手段としての落雷 150年間にわたる刑法学の外観(付録:客観的帰属論の創世記)「法政理論四七卷二号(平成二六年)二〇四以下、二二二頁参照。
- (85) 山中・前掲注(77) 総論八三二頁参照。
- なお、具体例として、内田博士は、「Aは、Bを精神病者と誤認し、Bを「道具」として「利用」しようとしたところ、Bは通常人であり、かつ、自己の主体的意思で犯罪を実行したというような場合」と「医師Aが、看護婦Bを「道具」として利用し、患者Xを殺害しようとしたところ、途中でBがAの意図を知ったが、Aの指示通りに毒薬を注射したというような場合」とを区別して論じられ(内田・前掲注(13) 概要五七〇、五七三頁注(17) 参照)、特に前者については、「意思」だけで「正犯性」を肯定することができないのは当然であり、「道具」に「働きかけた」だけで「未遂」を肯定することも困難」としつつ、近時の通説と思われる「教唆犯」の成立を認める「説を支持する(同五七一頁)。もっとも、Aの「意思(=故意)」はBを通じて「結果」へと実現されるに至ったのであるから、たとえBが「主体的意思で犯罪を実行した」としても、Aの「正犯性」を認めても差し支えないのではあるまいか。
- (86) 本稿のように、「故意の同時(正)犯」を認める立場からすると、同一的な犯罪にたまたま故意に関与した場合でも「同時(正)犯」ということになり得るので、同一的な犯罪に後から先行行為者と意思を通じて故意に関与する「承継的共(同正)犯」の

場合、当該犯罪がいまだ終了していない限り、同一的犯罪の「共（同正）犯」の成立自体を認めることはある意味では当然という結論になる（「恐喝罪」の「承継的従犯」を認めた事例として、横浜地判昭和五六年七月一七日判時一〇一一号一四二（一四四頁二段、四段以下）頁、「強盗傷人罪」の「承継的共同正犯」を認めた事例として、東京高判昭和五七年七月一三日判時一〇八二号一四一（一四二頁四段）頁参照。学説については、和田俊憲「承継的共犯」刑法雑誌六〇巻一〇二一―一〇三三号（令和三年）五五頁のほか、十河太朗「騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯」同志社法学七〇巻二号（平成三〇年）四頁以下も参照）。