

植田教授の共犯論

中 義 勝

『共犯獨立性説と從屬性説』を前にして、いよいよ右の感懷を深くし、新にせざるを得ないのである。

所で、教授の共犯論は、その骨子において『共犯理論を「共犯の共犯性」、「共犯の實行性」及び「共犯の可罰性」の三つの問題に區別し、共犯論上の諸基本問題を、それぞれこの三者に分析、歸屬せしめることによつて、その體系的認識を獲得しよう³⁾と企圖』されるものであり、聞き慣れぬ右の術語からも窺知される如く、いはば平池に波瀾を捲き起すが如き問題を提出されたものと言ひ得るのであるが、我々としては、この構想は既に早く『共犯論への一考察』⁴⁾において公にされてゐたことに注意せねばならない。してみると、右の如き構想は、少くとも一〇數年來教授の念頭を去來し、温められ、その間障得ある毎にこれを克服し、或ひは、共犯論上の微少ではあるが命取りのな

一

一 『最後に犯罪の態様論は、これこそ最も教授本來の面目躍如たる理論域であり、その深き思索と明快なる論理にふれては何人も讀書半ばにして長歎を禁じ得まい。小稿を草するに先立ち、私は、寧ろこの部分のみを摘示して本書の學界に占むる意義を紹介しようかと考へた。それが却つて、見る如き體裁のものとなつたが、苟かにこれを他日に期したからに過ぎぬ。従つて茲では餘りにも語る事多きが故に餘りにも語る所少い事情を酌まれたい』これは私が嘗て植田教授の原著『刑法要説(總論)』の紹介文の中で、特に未遂及び共犯論に對して捧げたいっはりなき感懷であつた。¹⁾今また我々は、教授のたぐひ稀な獨創的新著『共犯の基本問題』及び刑事法講座に寄せられた論稿

問題をもこの構想に照して素直な適用と解決が得られるかを問はれた上、今や思想の熟するを俟つて廣く江湖にその眞價を問はれた慎重な勞作と稱し得るもので、決して一日にして成つたものでも、況んや一朝の思ひつきでもないことが知られるのである。その次第は、何よりも教授の周到詳細な著書自身がよく物語るであらう。(この他、教授の共犯論に關する勞作には『犯罪共同説と事實共同説』入關西大學法學論集、第二卷第一號、六八頁以下Vがあるが、これは前記『基本問題』第一章第一節『犯罪共同説と事實共同説』入一一〇頁以下Vに殆んどそのままの形で收められてゐる)。

(1) 關西大學法學論集第一卷第一號一一一頁。

(2) 第三卷四三九頁以下。

(3) 『基本問題』序文。

(4) 關西大學研究論集第一一號七五頁以下。

(5) 教授は自らも『かかる試みは、固より必らずしも從來の學說に従うものではないが、さりとて徒らにそれを無視して無稽のものを敢て論じた積りはない』とされてゐる(刑事法講座四五六頁)。

二 さて、我々が共犯論をひもとくに當つて第一に當面する難題は、所謂共犯の從屬性における『從屬性』の多義性であるとせねばならぬ。そしてこの多義性は、從來も、所謂『量的從

屬性』と『質的從屬性』といふ限度においてはおほむね自覺され承認されてゐたといつてよろしいのであるが、量的從屬性が承認される以上、直ちに質的從屬性(例へば極端從屬形式か制限從屬形式か)が問題とされねばならぬとか、犯罪共同説か事實共同説かの問題は、元來、獨立犯(量的獨立犯)たる共同正犯に固有の問題であつて、從屬犯(量的及び質的從屬犯)たる狭義の共犯の問題ではないとか、等の見解において示されてゐる如く、これらの從屬性が共犯理論上占める體系的意義の自覺において未だ充分ならざることによ來する紛糾と混亂の存することも亦認めねばならぬであらう。この他、共犯論には、限縮的正犯論か擴張的正犯論か、刑罰擴張原因説か刑罰縮小原因説か等の對立的見解が存し、誠に應接に邊なきほどの各種の理論が、錯綜し交又して、夫々他を排して自己の採用を求めてゐる。この間において、教授は、恐らくは他の誰よりも共犯論におけるこの對立的見解と從屬性の多義性に惱まれ、然るが故にまた他の誰よりも一入深刻にこの問題に取り組まれ、夫々の對立的見解と從屬性の意義を明かに把握されると共に、その共犯論上の體系的意義に深く想ひを致されたものと考へられる。かくして教授は、犯罪共同説か事實共同説かの問題は『共犯の共犯性』に、固有の共犯從屬犯説か共犯獨立犯説か(量的從屬性)の問

題は『共犯の實行性』に、刑罰擴張原因か刑罰縮小原因かの問題は『共犯の可罰性』に夫々歸屬すべきものとされ、これと表裏をなして、所謂從屬性には『實行性の意味に於ける從屬性』と『犯罪性の意味に於ける從屬性』及び『可罰性の意味に於ける從屬性』の存することを明かにされ、かくして、エム・エ・マイヤーが質的從屬性に關して區分した四形態の從屬性に含まれる如き卑利な論理を、全共犯論上に展開され、この意味では教授の業績は、マイヤーの右の功績にも比肩し得べきものといつてはばからないのである。

(1) 例へば、平場助教は『共犯の從屬性の問題は二段に分けて考察しなければならぬ。第一段は共犯が成立するには正犯がその行爲に出たことを要するか、の問題であり、第二段は第一段の問題が肯定せられた場合更に共犯が成立するには正犯の行爲は如何なる法的性質を有しなければならぬか、の問題である』とされ(『刑法理論學』二二四頁)、佐伯博士もその『刑法總論』において同趣旨の説明を與へられてある(弘文堂版、三一八頁以下、有信堂版一七八頁以下)。ここに量的從屬性 quantitative Akzessorietät と云ふのは前者の、質的從屬性 qualitative Akzessorietät と云ふのは後者の從屬性を指しつゝいたものであり、前者は又別で Abhängigkeit von Ob' 後者は Abhängigkeit von Wie' である。

呼ばれし (R. Maurach, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1948, S. 142)。

(2) 『一考察』七五頁、『要説』二三一頁、『基本問題』一～二頁、『刑事法講座』四三九～四〇頁参照。

(3) 『一考察』七五頁、『共犯の共犯性』はここでは極端從屬形式か制限從屬形式かの對立がこれに歸すべき問題として取扱はれ、この對立的思想は實は事實共同説か犯罪共同説かの問題の狹義の共犯における適用であり、從つて後者の對立的思想がより包括的な意味における『共犯の共犯性』に關するものであるとの明言はない。かやうな構想は『要説』以後の諸著作に俟たねばならなかつた。『要説』二二二頁以下、三三九頁以下、二四八頁以下、『基本問題』一一〇頁以下、一五七頁以下、二〇〇頁以下、二五三頁、『刑事法講座』四四一頁以下。

三 かくして、植田教授の共犯論は、この説に與するものと否とにかかはらず、いやしくも世の刑法學を研究するの徒にとつて、到底無視することを得ない重大な問題を隠蔽するものであり、貴重な示唆に富むものであることは言ふを俟たぬ所であると思はれるが、これに對する我が刑法學界の批判は、どうしたものであつたその本格的なものに接することを得ないのである。固より、散發的にはこれに對する批判の存することを看過

するわけではなく、例へば草野教授の前記『要説』に對する紹介⁴⁾や、井上教授の『學界回顧』中に若干これに言及し、且つ何ほどかの批判的見解を展べられてゐることは、それとしてその關心の深きことを證するものではあるが、兩家の取扱はれた問題が直接『共犯論』乃至『植田教授の共犯論』そのもののみに限定されてゐなかつたため、當然のことながら、本格的批判とは言ひ得ず、且つその批判的見解も、紙幅の都合上、讀む者をして納得せしめ得るほどに詳細なものでなく、いはば超越的な外在的批判であることを免れなかつた、といつてよろしいのである。のみならず、中には教授の説を誤解してゐるとしか思へぬやうな紹介批判の存することは洵に遺憾に耐へない。例へば大塚郷二氏は、教授の『基本問題』を紹介するの勞をとられ、『著者は「共犯の共犯性」として犯罪共同説に對する事實共同説を説き、「共犯の實行性」を論じては、實行に關する主觀説から進んで從屬犯説に對する獨立犯説に及ばれるのであるが、更に一轉して、「共犯の可罰性」を論ぜられるや、可罰的には從屬的共犯性のものであるとせられるのである。著者は共犯の實體については牧野博士の事實共同説と獨立性説とに追隨せられるものように見受けられるが、ただ、現行刑法の解釋として、可罰性については從屬的のものであるとせられるのである。』

植田教授の共犯論

とされる。大塚氏のこの書に對する理解は、私見によれば、該らざること甚だしいものとせねばならぬ。教授は共犯の共犯性においては事實共同説によるべきものとされるが、共犯の實行性については、牧野博士と反對に、實行從屬性を認むべきものとされ、又共犯の可罰性については可罰獨立性に從はれることは、寸分の疑ひを挿む餘地もなく明瞭に主張説明されてゐるからである。⁴⁾

更に、牧野博士も教授の共犯論を批判されてゐるが、根本において、博士が教授の所説を如何様に理解されてゐるかは頗る判讀に苦しむ。即ち、一見、博士は、植田教授の、共犯の責任は自己の行爲において成立するとの主張（共犯固有犯説、教授の言葉によれば可罰獨立性）を、直ちに實行獨立性を認められたものと考へられ、教授が右の『自己の行爲の内部において、更に、實行行爲と加擔行爲を區分して、共犯の實行從屬犯たることを主張される點を無視され、この意味で共犯從屬犯説を説かれる教授の眞意を曲げて、これを可罰從屬犯を説かれるものと解される、といふ重大な誤解を犯されてゐるもの如く考へられる。例へば『植田教授は、共犯における實行性の從屬性と可罰性の從屬性とはこれを區別して考えねばならぬものとせられるのである。すなわち、實行の從屬性ということは、實行と

いうことの性質上、理論的には承認することができないが（誤解の第一點）、これに對し、可罰性の從屬性は「現行法の解釋から批判探求されねばならぬ」ものとせられるのである』とされる點に右の誤解の一端を窺ひ得るのであるが、更に、可罰性の從屬性に關し、植田教授がこれを否定されてゐるにもかかはらず、これを肯定されてゐるかの如く誤解されてゐるものとして（誤解の第二點）、植田教授は『共犯が「他人の行爲に因る責任」ではないことと共犯の可罰性が從屬的なものであることは、「理論上別個の問題である」とせられるのである。處罰の從屬性という點については、その立場は、全く文理的な一應の解釋という立場から一步を出でるところがないので、規範的な方法に依られるところがないのである』、『すなわち、わたくしは、不幸にして、共犯の可罰性が、しかく從屬的なものであるということとを、事實の實體に就き、合理性の問題としては教えられるところがないように考えるのである。そこには、法規の規定の形式が「平明素直に考察」せられてゐるだけで、批判的な價值論的な何ものも示されるところがないのである』とせられてゐる。然し、視點を變へて右の批判を讀むと、或ひは『文理的な一應の解釋という立場から一步を出でるところがない』とされ、或ひは『法規の規定の形式が「平明素直に考察」せられてゐる

だけ』だとされる點や、特に右の批判は『爆發物取締罰則』や『暴力行爲等處罰ニ關スル法律』以下の最近の諸法規をめぐつてする共犯從屬犯説（實行從屬犯説）に對して向けられたものである點などを考へ併せると、右に博士が『可罰性の從屬性』とされる所は『實行性の從屬性』と翻譯理解することの方がむしろ妥當であるかとも考へられる。然し、それにしても重大な用語の誤用があり、讀者をして不要の混亂に陥れるものである。そして、博士の批判が、教授の實行從屬性に向けられてゐるものと解しても、それは『法規の形式に對する單に「平明」にして「素直」なものの上に安易に低迷することなく、當に、賢明に且つ勇氣を以つて、事物の進化に對應する事理の進歩を明かにせねばならぬものであり』、『それは、わたくしの自由法論とするところでなければならぬ。法規の形式に依りつつも、それから自由に解放せられて、批判的に、價值的に、事物の合理性を究るものでなければならぬ』ものである。所詮は、外在的・超越的批判であるといふ他はない。

かやうに、植田共犯論に對する本格的批判が未だ存せず、而もこれを無視して共犯論を説くことは、徒にこれに眼を蔽ふ態度であると考へられる以上、虚心に教授の説かれる所を聞き、仔細にその主張される所を検討して、これに對する批判を試みる

ことこそ、むしろ自己の學にも忠實であり、又却つて教授の慎重にして果斷な見解に對する最大の感謝を捧げる所以でもあらうかと考へる。以下の小稿は、かやうな意圖と念願から書かれたものではあるが、ことによれば、致命的な誤解を犯してゐるかも知れない。この點はひたすらに教授に深謝せねばならぬが、萬一にも、この小稿が機縁となつて、植田共犯論と正面から取り組む風潮を刷致し得れば望外の喜びだと思つて筆をとつた次第である。讀者は前記教授の諸勞作、特に『基本問題』について直接理解を全うされんことを望む。

(1) 草野『植田重正「刑法要説(總論)」(刑法雜誌、第一卷第三・四號)一一五―六頁。

(2) 井上、法律時報第二四卷第一二號八―九頁。

(3) 大塚『共犯の從屬性』(季刊刑政、新第一卷第三號)三六〇頁。

(4) 例へば『基本問題』二五四頁『以上の考察によれば、この内「共犯の共犯性」については事實共同説が、「共犯の實行性」については從屬犯説が、「共犯の可罰性」については刑罰縮小原因説が、それぞれ妥當な見解として採擇せられたのである』。右の刑罰縮小原因説が、自己の中に、共犯を自己固有の罪によつて罰せられるものであるといふ見解、即ち『共犯借受犯説』に對する『固

有犯説』を含むものであること、從つて可罰從屬性に對する可罰獨立性を説くものであること、については『刑法講座』四四八―五二頁。

(5) 牧野『法律の錯誤及び教唆の從屬性』(季刊刑政、新第二卷第一號)五三頁。

(6) 牧野『法律の錯誤及び教唆の從屬性』五五頁。

(7) 牧野『法律の錯誤及び教唆の從屬性』五七頁。

二

一 犯罪共同か事實共同かの對立の見解中、植田教授は後者を以て共同正犯(延いては共犯一般)をして共同正犯(從つて又共犯)たらしめる要因であるとされるが、所謂事實共同説の内容を今少しく詳細に検討することが、片面的(乃至一方的)共同正犯や過失共同正犯の成立を是認するこの説の主張を理解する上に必要であると考へる。即ち、事實共同説を、單に自他の行爲(因果關係)が共同作用して一定の結果を發生せしめるならば、各自はその責任(故意、過失)に應じて夫々の罪の共同正犯になると解する時には、かかる説明は様々の理解を許し得る不安定なものであるとされねばならぬ。何故なら、自他の起動した因果力が共同作用して結果を惹起することは、この説によつてもその共同正犯性を否定されてゐる所謂同時犯にも妥當

するからである。教授が『同時犯と共同正犯との區別は犯罪共同説の見地からは比較的簡明であるが、事實共同説の立場からはある程度問題がある』とされてゐるのも、事實共同説の内容が、時には右の如く理解され得るやうな餘地を自己に含んでゐるものであることを、必ずしも否定されてゐない證左であるといつてよろしいかと思ふ。事實の共同をかやうに理解する時は、更に、片面的共同正犯における被共同者の行爲も、客觀的には他者の行爲と共同作用して所定の結果を實現したのであるから、もはや單獨正犯たり得ず、等しく共同正犯たらねばならぬ、といふやうな問題も生じて來るであらう。かくいへば、或ひは、右は殊更に事實の共同を曲解し、然る上で、不要の問題を提起するものであるとの非難も存し得るであらう。然しながら、學界の多數説が、今以て事實共同説に賛成することをためらつてゐる理由は、この説を以てしては、同時犯や、片面的共同正犯における被共同者の行爲も、共同正犯のそれと同じく事實共同の點について區別なく、従つて前二者を後者から除外することが困難である、との顧慮に基づくものでないかと考へる。それ故、一見不要に見える右の如き問題を念頭に浮べながら所謂事實共同説の内容を問ふことは、むしろ必要な用意であるかと思ふ。

この點に關し、教授をはじめ事實共同説を採る學者の多數は、例へば『二人以上の者の行爲が、夫々含み含まれる關係にあつて、結果に對し共同的に因果關係をもつ限り、共犯は成立する』などと説くことにより、因果力の共同作用そのものに、特有の色彩を施されてゐる。但し、ここに自他の行爲が『夫々含み含まれる關係にあつて』といつても、元來、因果關係なるものは純事實的・自然的に觀察する時は、無始無窮の偶然の連鎖である以上、又一方、含み含まれるものは無限定な始終なきものであり得ない以上、右に説かれてゐる事實の共同も裸のままの自然的觀察においてかくいはれてゐるのでないことはいふまでもなく、これに何ほどの制約の存することは言を俟たぬ。この制約をなすものこそ行爲者本人の主觀（故意）若しくは我々の經驗的な共同主觀（過失）であつて、これを共同正犯の事例にあてはめて考へるならば、自他の行爲は夫々、自己の行爲が他人の犯行を補充し、又他人の行爲を自己の犯行の實現のために利用せんとの意思が在せねばならぬ、といふこととなる。固よりこれは、單に行爲者の主觀においてかく考へられてゐさへすれば足るといつたわけのものでなく、また客觀的にもまさに左様な機能を果すものでなくてはならぬこともいふまでもない。教授が『二人以上の者の行爲が、夫々含み含まれる關

係にあつて、結果に對し共同的に因果關係をもつ限り」とされる眞義は、かやうな主客相即のものであり、然る限り又、自他の行爲が具有するかかる相互的利用・補充關係は、これを客觀的關係と稱して差し支へないものと考へる。

事實の共同を右の如く解する時には、共同者の一人にとつて他の者の行爲は、夫々、自己の行爲の延長若しくは一環としてこれに含まれ、従つて、發生した全結果は各自の所爲としてこれを彼に客觀的に歸屬することが出来る。所謂『部分行爲の全體責任』の法理も、因果關係なき所に殊更にこれを擬制し、若しくは他の何がしかの理由を借り來つて基礎するものではなく、自己の惹き起した結果に對して自己が責任をもつまでのことで、

他の犯行形式における責任の法理と毫も異なるものではないのである。しかも、結果を各自の所爲としてこれに客觀的に歸屬せしめ得るといつても、特にこれを共同『正犯』として歸屬せしめ得る所以は、各自が相互に實行行爲を通じ合つて、かかる因果の共同形式によつて結果を實現したからであつて、この點が教唆及び從犯と異なる所である。又上述の利用・補充の意思も、相互的であることは必要でなく、一方のみがかかる意思をもち、又客觀的にかかる機能を果す行爲事實さへ存するならば、この者にのみ片面的に全結果を客觀的に歸屬することに何等の

妨げなく、この意味で片面的共同正犯を認めて少しも差し支へないわけである。³⁾同時犯には、相互の行爲に含み含まれる關係において、結果を共同實現したといふ事實が認められないから、固より共同正犯ではない。かくみれば、事實共同説の立場からは、片面的共同正犯を認め、或ひは同時犯を共同正犯から區別しつつ、而もこれらは既にその事實共同の客觀的構造において相互に異なるものであることが了解出来る。

(1) 『基本問題』一二五頁註(1)。

(2) 『要説』二三九頁。

(3) 『基本問題』一二六頁以下、特に一二八頁、『要説』

二六一頁。

二 教授の説かれる事實共同の意義は、私見にして幸に誤りなければ、右の如きものと解される。且つ、然る限り、私も教授の見解に左祖するものである。ただ、この見解に對して可能な疑問を提出すれば、共同加功の意思を以て同時發砲した甲乙が共同正犯となる理由の説明が困難でないかといふ點に關する。即ち、甲乙は相互に他者の行爲に對して、共同加功の意思を媒介として、相互に教唆又は無形的補助たるの關係に立ち、従つて他者の行爲の結果をも自己の行爲の延長又は一環として客觀的に自己に歸屬し得るが、この意味では他者の行爲による

結果は、自己の加擔行爲と他者の實行行爲の共同によつて惹起せしめられたものとはいひ得るが、右は、未だ、甲乙兩者の實行行爲そのものが互に含み含まれる關係に立つて共同して結果を實現したとはいはず、従つて兩者を共同正犯とすることには疑問があるのではないか、といふことである。若し、右の事例において、甲の彈丸が外れ、結果は乙の彈丸の命中によつて導來されたとしたら、この疑念は一入深まることであらう。即ち、甲もこの結果に對して因果的に無關係でないことはいふまでもないが、この關係は、相互の實行間には、何等共同の事實がないものとするれば、教唆又は幫助といふ形式を通しての因果關係の共同であり、この點に關する限り教唆又は無形的幫助といふ限りの共犯關係に立つても、未だ共同『正犯』と解し得ず、一方、自己の行爲は未遂に終つたのであるから、何れにしても殺人既遂の結果に對する共同正犯は認められない、といふことにならう。若し、右の如く、乙による結果發生が甲乙兩者の實行行爲といふ因果の共同によるものでないとすれば、かかる疑問はたしかに致命的であると思ふ。にもかかはらず、右の事例の甲に共同正犯を認めぬといふことは、我々の法感情に照して如何であらうか。だから、この場合の甲にも、教授の立場から、殺人既遂の共同正犯を認むべきものとするれば、如何なる説明が

なされるであらうか。或ひは、右の事例はその實行行爲(發砲)が瞬間的な出來事であるから説明に困難であるが、これを少しく延長して、甲乙が共に數本の矢を以て實行行爲に出で、同じ結果に到達した場合に移し考へることによつて妥當な理解に達し得るとの見解も存し得るであらう。即ち、乙の實行行爲は皆に甲の教唆又は無形の幫助のみに影響されてゐるばかりでなく、實に甲の實行行爲そのものにより、或ひは目標が甲の矢を避けんとして乙の矢面に現れ、或ひは乙の狙ひが共同實行者甲の存在により沈着正確なものとなる、といつた有形無形の形で現れる、との説明がこれである。然し果して、右の同時發砲がその瞬間的實行の裡に右の同時發矢におけると同様の實行を通じ合つての因果の共同といふ事實的構造を具備するものと考へ得るであらうか。發砲が同時であつても、甲乙の位置から着弾距離が相違し、甲の外れ彈が被害者の身邊をかすめたので、被害者が乙の彈道の矢面に姿勢を變へたといふ場合ならともかく、且つ、甲乙が相互に右のやうな事情をも計算に入れた上發砲した場合なら別論であるが、然らざる限りはかかる有形の因果の連鎖は考へ得ず、又乙の狙ひが沈着正確たり得ることは同時發砲の場合にも認めて差し支へないが、これは無形的幫助といふ限りの機能を果すにすぎぬものではあるまいか。然しながら、これに對して教授は恐らくは次の如く答へられるものと考へ

る。即ち、乙の狙ひが沈着正確たり得たのは甲による無形的幫助の結果であるといふことを承認する以上、論者は意識せずして、甲の共同正犯たることを是認するものといはねばならぬ。

蓋し、右の如き無形的幫助は同一目標へ狙ひを定めるといふ甲の實行行爲そのものの乙の實行行爲へ及ぼす心理的影響に他ならないのであり、等しく實行を通じ合つての共同といひ得るのであるから、甲が自己と同様に狙ひを定めてゐることを、乙がそれと感じて意を強くし、以て自己の狙ひを沈着正確たらしめ得たのであれば、兩者の實行間に充分因果の連絡が認められるわけであり、かくして兩者を共同正犯とするに何等の妨げあるものではないからである。かく考へる時は、右のやうな難問に對しても教授の理論は充分に耐へ得るものとせねばならないのである。

三 共同正犯にあつては自他の實行行爲は、夫々、相手方の行爲を含み又これに含まれるといふ意義をもたねばならず、且つ、これが可能なるためには、自他の行爲を利用し補充せんとする主觀的意に着色されることを必要とする所以は右に見た通りである。植田教授も、この間の事情を『先づ主觀的要件として、共同正犯には、共同加功の意思がなければならぬ。共同加功の意思とは、自己の行爲が他者の行爲と因果的に含み含まれ

る關係に立つて、犯罪を惹起するといふ事實の豫見（故意）又は豫見可能性（過失）をいふ』と述べられてゐる。然しながら、共同加功の意思の可能性（豫見可能性）が存するといふことは、裏面からいつて、かかる意思（豫見）の不存在を證明するものに他ならぬ。従つて、この場合の事實上の因果の競合は、過失者によつて利用され補充されるといふ意義をもち能ふものでなく、延いては過失共同正犯を是認することが出来ない、との異論も存し得ることと思ふ。教授はかかる可能的な異論に對して直接答へられてゐないが、これに對しては以下の如く考へることが出来ると思ふ。

成程、この場合における因果の競合關係は現實主觀的に自他の行爲を利用し補充せんとする意思に着色されたものでないことは率直にこれを認めねばならぬ。この意味では、同時犯における因果の競合と選ぶ所がないといつてもよろしいであらう。然しながら、かやうな因果の競合が本人にとつて全く偶然ではなく、通常の注意を用ひたならば、自他の行爲が相合して一定の結果を發生するかも知れぬとの豫見が可能である限り、單なる客觀的な因果の競合そのものも、常に無色のものではなく、特有の色彩を可能的に内含するものと解せられる。比喩的にいへば、故意的共同における因果の共同は、共同者における自他の

行爲の利用、補充意思により着色され、且つかかる現實の機能を嘗み、従つて主客相即のものであるに對し、諸他の共同（過失的共同及び同時的競合）にはかかる特別の彩色が存せず、この意味では無色の客觀的競合であるにすぎないが、この内、過失的共同は表面無色でありながら、恰も水に漬けたら固有の色彩が浮び出る紙の如く、内に色彩を含んだ表面の無色であり、共同者の主觀的利用の可能性をたたへた客觀的共同なのである。別言すれば、過失者に期待可能な通常の注意が用ひられたならば、自己の行爲が他者の行爲と相合して一定の結果を發生するであらうとの豫見が可能であり、且つこれに基づいて行爲に及ぶことを止め、以て他者と共同發生せんとした結果を回避し得たらうにもかかはらず、事實はこの注意を怠つたため結果を惹起したのであるから、自他の行爲は、夫々、相手方の行爲を、自己の過失行爲の延長又は一環として内含するの意義を帯びることとなり、かく相互の過失行爲が相手方の過失行爲を夫夫含み又含まれる關係に立ちながら、共同して結果を惹起したのであるから、これを過失共同正犯とすることに何ら妨げはないのである。

(1) 『要説』二六〇頁。

四次に、教授が、共同正犯も教唆犯及び従犯も、共に形式

上も理論上も共犯たるべきものとすれば、内部において夫々獨立犯（共同正犯）と從屬犯（教唆及び従犯）との形態上の差異は存するものの、等しく共犯（廣義）たる以上、三者をかく共犯たらしむる包括的な上位概念、即ち『共犯の共犯性』が如何なるメルクマールによつて付與されるかの考察が必要であるとされ、且つ、犯罪共同説か事實共同説かの對立的見解がこの問題に關するものであると説かれ、特に從來の極端從屬性及び實行從屬性は從屬犯たる共犯への犯罪共同説と事實共同説の適用にすぎぬ、とされる點は、素直にこれを肯定して差し支へないものと思ふ。²⁾但し、最後の實行從屬性も事實共同説の從屬的共犯への一適用の理論に他ならぬとされる點については、私は左の如く理解する。即ち、共犯はすべて、自他の行爲を利用補充しつつ夫々の犯罪を遂げるもの、かやうな因果の共同の點においてその共犯性を見出だすものに他ならないが、この内部において、獨立的共犯は實行（一部の）を遂じ合ふことによつて因果を補充し、從屬的共犯は他人の實行を誘發又は援助することによつて、即ち他人の實行を自己の加擔的犯行に利用し、或ひは他人の實行に自己の加擔的行爲を補充することによつて、かかる仕方における因果の共同を通じて夫々自己の犯罪を遂げるものである點において『共同正犯と教唆及び幫助犯との

間には、因果關係の共同の形態上の點に於ては差異はあるが、しかし因果關係の共同そのものとして何ら區別があるわけではない³⁾。それ故、この點に關しても疑義は存しないのである。

(1) 『要説』二二三―四頁、『基本問題』二二九―四〇頁。

『刑事法講座』四四六頁。

(2) 『要説』二三八―九頁、『基本問題』一四〇―四二頁、

『刑事法講座』四四五頁。

教授は『要説』においては、『右に所謂極端從屬形式か制限從屬形式かの問題は、謂はば教唆及び幫助犯における犯罪共同説か事實共同説かの問題とも解し得るのであつて、畢竟理論的には同一のものを、形を變へて表現したものに過ぎないのである』とされてゐるが、私見によれば、制限從屬形式は形式的犯罪に從屬することを共犯の要件とする意味において、事實共同説に屬するといふよりは、むしろ犯罪共同説の亞型と見ることの方が適切であると考へる。尤も、『刑事法講座』で説かれてゐる如く、極端從屬形式を一應犯罪從屬性を説くものと考へられ(四四四頁)、これ以下の從屬性を犯罪獨立性とされた上、この兩者の對立を狹義の共犯における犯罪共同説と事實共同説との對立の適用だと解されるならば(四四五―六頁)、この犯罪獨立性の中には制限從屬形式も含まれるのであるから用語の嚴密性を缺く憾みはあるが、尙ほ是認してよろしいであらう。だから、正確には

『基本問題』で説かれてゐる如く、『極端從屬形式の見解は……從屬犯たる教唆及び幫助犯に於て犯罪共同説を採るものと解し得』、『實行從屬性はつまり教唆犯及び幫助犯に於て、事實共同の思想を表明するものに外ならなうといふことができる』とすべきであらう。

(3) 『基本問題』一四五頁。同題旨、木村『新刑法讀本』二七〇―七一頁。『共犯獨立性の理論を採ると共犯の諸種の區別が不可能になると解する者もある。これは、すべての共犯行爲が結果に對して因果關係に立つといふ點において區別がないといふ意味では正しい。しかし、それは、因果關係によつて結果を成立せしめる仕方において區別がないとはいひ得ないといふ意味では誤つてゐる』。

三

一 固有の共犯從屬性か獨立性かの問題は、所謂量的從屬性、即ち『實行性の意義に於ける從屬性か獨立性か』の問題に關するものであり、且つ、植田教授が通説と共に實行從屬性を認められる點は、一般に異論なく了承されることと思ふ⁴⁾。然し教授が加擔行爲(教唆又は幫助行爲)の結果に對する因果關係の成立を相當性の見地からは認されると共に⁵⁾、他方において、同じ加擔行爲の結果實現力に關して、等しく相當性の見地か

ら、この間に規範的障碍の存することを強調される點⁴⁾については、或ひは疑問も存し得るかと思ふ。即ち、教授は、牧野博士の『教唆者も補助者も共に犯罪の完成に對して認識を有つてゐたのであり、さうして、その教唆も補助も共に犯罪の完成に對して關係を具有してゐるのである。さうして見ると、その認識は要するに犯意を構成するものに非ずして何ものであらう。……さうして、その關係は、刑法上法律的に觀念せられる因果關係に非ずして何ものであらうか。條件主義に依るにおいてはいふまでもなし。相當因果關係論の立場から考へても、教唆に因つて正犯が決意を爲し實行に出ることは、經驗上一般な事例といはねばならぬのである』との見解を是認され、一方加擔行爲には結果實現に對して規範的障碍が介在するから、これを以て直ちに實行行爲とはなし得ないとせられる。してみると、教授においては、加擔行爲(教唆)により他人に犯意を生ぜしめ、この犯意に基づく實行によつて結果を生ぜしめる過程は、經驗上一般に相當なものとせられつつ、他方、かかる加擔行爲(犯意の誘發)も、その向けられた他人によつて拒絶せられ、所期の結果實現への因果的過程を遮斷されることがあるといふ事實も亦、經驗上一般に相當なものとする結果になり(規範的障碍の存在)、かくして、この相反する方向に働く相當性の判斷を同時に

認めることは矛盾を犯すものではないか、との疑問も或ひは生じ得るかと考へるのである。

(1) 『要説』二四四、二四八頁、『基本問題』一七五、一九八頁、『刑事法講座』四五二、四五五頁。

(2) 『要説』二四六頁、『基本問題』一八一頁、『刑事法講座』四五二頁。

(3) 『基本問題』八〇〜一〇五頁。

(4) 牧野『刑法總論』三六二頁。

二 惟ふに、或る結果實現の手段として獨立の規範的主體を介在せしめることは、その規範的主體たる點において、臨機に出處進退を決し得る最も精巧な機械を利用するやうなもので、結果達成の方法として相當なものでありつつ、又この被介在者が同じく規範的主體であるといふ點において、果して彼が利用者の意思通りに犯意を懷き、以て實行に出るか否かは固より利用者の支配し得ざる所であり、この意味では、利用者にとつて、結果の實現は、自ら實行に出で又は他の物理的道具を利用するやうな場合と比べて、その確實性乃至完成力において大いに遜色があるものと考へねばならぬ。所で、相當因果關係論における相當性の判斷は、結果發生の事後において、即ち、或る行爲の結果に對する條件關係の成立を認めた後、更めて事前に

遡つて（事後豫測）、行爲當時に存し又は本人の特に知つてゐた事情を基として（折衷説）、一般的經驗的にこの行爲から結果の發生が豫見し得たかどうかを問ひ、これが肯定された時には結果に對する相當因果關係が存するとするものであり、これに反し、或る行爲が實行行爲と考へ得るか否かの判断は、同じく事前において、行爲の因果力のそのままの進行に委ねる時には、偶然的事實的障礙が存せざる限り、通常支障なく結果を發生せしめ得るか否かを問ひ、一般的經驗の見地からこれが肯定されれば實行行爲ありと考へるものである。今、これを、加擔行爲、例へば故意的教唆行爲にあてはめて考へる時には、規範的主體を利用してする自己の行爲が、結果を實現し得るとの蓋然的豫見に基づいてなされたことはいふまでもなく、且つかかる本人の蓋然的豫見が、特に經驗の見地から容認されないもの（迷信犯の如き場合）でない以上、發生した結果との間に相當因果關係を認めて毫も差し支へなく、又、この蓋然的豫見は、いふまでもなく、凡ゆる事實的及び規範的障礙による結果不發生の可能性を寸分も容れないものでなく、ただかかる障礙が壓倒的意義をもたざる限り、かやうな兩個の障礙をも内在せしめつつ存立するものであると考へねばならぬ。若しかく解し得るとすれば、等しく結果に對して相當因果關係を設定する行爲の内、そ

の間に規範的障礙を介在せしめる行爲と、然らざる行爲とを分つことは充分可能であり、且つこの點をめぐつて法的評價を異にするにも理由があるといはねばならぬ。そして、規範的障礙があるか否かの判断も、經驗的な相當性の見地からされる判断ではあるが、右の如く考へる時には、名は同じく相當性の判断であつても、これと相當因果關係におけるそれとは、既に次元を異にする場面で行はれるものであり、第一次的に、行爲と結果との間に因果關係を認めることが經驗上相當か否かが問はれた上、第二次的に、かかる行爲と結果との間には規範的障礙が存するか否かにつき經驗的な相當性の判断が用ひられるのである。この點の明察にして缺ける所がなければ、兩者は決して矛盾することなく、むしろ、加擔行爲の因果的性質とこれに付與される法的評價が、共に經驗上一般に妥當な所以が知られるわけである。植田教授が『然るに、若しかく正犯と同じく結果に對し因果關係を認める限りは、教唆及び幫助自體もまた正犯と同様實行と解すべきである。』と主張するとすれば、この主張こそ、因果的に同價值であるが故に可罰的に同價值たることを肯定するものといふべきであつて、謬見といはねばならぬ¹⁾』とされてゐるのも、この意味を説かれてゐるものといつてよろしいと考へる²⁾。

(1) 『要説』二四六頁。

(2) 構成要件の結果に對して、等しく相當因果關係を具有する行爲中、この結果との間に規範的障碍を介在せしめるか否かにより、實行行爲と加擔行爲とを分たうとする見解は、植田教授の獨創の見解として高く評價されてよい。私見によれば、かつての因果關係中斷論には、加擔行爲と結果との間に存するかかる規範的障碍の顧慮が何ほどか含まれてゐたとも解し得るものであるが、この障碍を直ちに因果關係そのものの中斷に導いた點に救ひ難き缺陷が存したもののやうに思ふ。

四

一 共犯獨立性説の見地からは別論であるが、共犯從屬性説(實行從屬性説)の見地に立ちつつ、共犯の可罰性を合理的に底礎した學説は、私見によれば、植田教授の學説を措いて他にこれを見出だすことが出来ない。従來、共犯獨立性説の陣營から從屬性説に對して向けられた非難が、一重に『わたくしは、ドイツの學説に對しても、又わが國の學説に對しても、何故に教唆及び幫助がしかく處罰せられねばならぬかの理由を明かにして欲しいとおもふのである。……諸家は、ただ、教唆と幫助とが何故に從屬的のみ處罰されるかといふ點に議論を集中さ

れてゐるので、從屬的であるにしても兎にかく處罰されねばならぬのであるといふ點についての態度においては甚だ明白でないのである』といふことに關したものであつたのも、洵に理由なきことではない。教授が『共犯の可罰性』と名づけられる理論は、獨立性説による超法的な『共犯の實行性』に陥ることを避けつつ、從屬性説の立場からこの問題に答へられたものであつて、貴重な寄與といはねばならぬ。所で、本稿におけるこれまでの敘述も、教授の理説を内面的に理解した上、尙ほ可能的に考へ得る問題につき、何がしかの私見を挿入したものではありませんが、『共犯の可罰性』に關する教授の所説には、讀む者をして不要の疑問を懷かしめる餘地なきほど、教授自らが可能的な問題を提出され、且つこれに答へられてゐるといつてよろしいのである。それ故、以下においては、教授の指摘される重要な問題點と、同じくこれに對する教授自身の見解を簡單に要約するにとどめたいと思ふ。

(1) 牧野『刑法總論』三六一頁。

二 所謂刑罰擴張原因及び構成要件修正形式の思想は、根本において、犯罪は正犯の既遂行爲によつてのみ成立する、といふ立場を前提とするものであるが、これに對して教授は、刑法上現實に犯罪とせられる未遂及び共犯を、何故に當初から除外して、

單に正犯の既遂のみを固有の犯罪として犯罪理論を構成するのであるかを問題とされ、『未遂も共犯も、既に現行法上犯罪とされてゐる限り、論理的には特にこれを排除することなく、當初からこれらを含する犯罪一般について理論を構成することが當然要求さるべきであり、裏面からいふと、かかる未遂や既遂及び共犯や正犯に一樣に妥當し得る犯罪理論にして、始めて體系上眞に理論性を見へるといはねばならぬ』と説かれる。更に教授は『かく言つても、未遂類型は畢竟既遂類型(構成要件)の不完全な實現であるから、所詮構成要件を基準として論ずるより外はあり得ない、との反論があるかも知れない』として可能的な反論を豫定された上、『固より、未遂類型は既遂類型の不完全な實現として解されるが、しかしこの事實は既遂との比較に於て謂はれるに過ぎないのであつて、可罰類型そのものとして不完全なるわけではない。……共犯に在つても事理は同様であつて、人を教唆又は幫助して罪を犯したといふ點に可罰類型の充足があり、而して自ら實行したか或は人を利用したか、といふ相違は、可罰類型そのものの問題でなく、單にその内面に於てのみ問題とせられるに過ぎない』と答へられる。かくして、教授によれば、例へば、人を教唆して他人を殺さしめた者も殺人の構成要件を實現することとなるが、さうすると、『若し人

植田教授の共犯論

を教唆して他人を殺さしめる行爲が「人ヲ殺シタル」ものであるならば、其は當然第一九九條により殺人の罪に問はるべきもので、敢て第六一條に依り「正犯ニ準ス」る必要はない筈である¹⁾との反論が當然期待されるであらう。これに對して教授は『博士の言はれる如く、人を教唆して他人を殺さしめた者が、若し果して「人を殺した者」でないとするならば、逆説的であるが、一體何故にその教唆者は刑法第六一條に依つて「正犯に準ず」るものとされるのであらうか。固より、教唆者は「自ら實行して」人を殺した者ではないであらう。従つて博士が人を教唆して他人を殺さしめた者は自ら人を殺した者でないとされる點は、この「自ら」を「自ら實行して」の意味に解する限り、正當であるといはねばならぬ。しかし若し教唆者が「自らの行爲に於て」——即ち自己固有の行爲に於て人を殺した者でないとすれば、しかく「正犯に準」じて處罰されるの理由は、一體如何に考ふべきであらうか』と逆に問ひかけられるのである。そして、以上の如き教授の見解²⁾には、共犯も正犯も共に構成要件實現性においては何等缺ける所のあるものでなく、ただこの内部において、その實現の過程的態様において差異あるにすぎぬとする考察が宿されてゐるのであつて、引きつづきかやうな見解の概要を窺ふこととする。

- (1) 小野『新訂刑法講義』(總論)二〇七頁。
 (2) 『要説』一九四～五頁、『基本問題』二四〇、二四二頁、『刑事法講座』四五一～五二頁。

三 教授によれば、共犯も正犯と共に、構成要件の結果に對して相當因果關係を設定するもので、この意味では構成要件を實現するものといつて支障なく、この點に關する限り、構成要件實現の過程的態様の差は無視してよろしいのである。所謂擴張的正犯論はこの間の事情を説くものとして高く評價されてよろしいのであるが、然し、この説が、構成要件を實現したものはすべて正犯であるといふ理論上の無制限正犯論を唱へたことは、因果的に同一なものを直ちに法的評價における同一性に誤導したものだといふべきであつて適當でない。だから、教授が、構成要件を『結果類型』として把握され、『態様類型』とは考へられないといつても、固より構成要件の結果そのものが一定の態様の過程を内含してゐることを否定されてゐるわけではなく、『例へば公務執行妨害罪に於ける結果は、公務員が職務を執行するに當り、これに「暴行脅迫を加へて」その職務執行を妨害することそのことが結果であつて、妨害行為一般―例へば「欺罔を用ひて」妨害することもが、結果たるわけでは勿論ない。かやうな行為の結果概念……は、當初から既に法規を離れ

た結果概念を恣意的に前提とした獨斷であつて妥當でない』と説かれる。それ故、教授における『態様類型か結果類型か』の對立は、構成要件の實現とはかかる結果を自らの實行行為において達成した場合にのみ存し得るか、それとも他者を教唆、幫助して實現した場合をも併せ含むと解するか、の對立であつて、他に意味はないのである。そして、教授が、この對立の内、後者を採られ、然るが故に又、これを以て共犯の可罰的根據とされるのであるが、しかも、因果的には等しく構成要件の實現たる正犯行為と共犯行為を、その内部において、實現の過程的態様により正犯と共犯に分たれる所以はこれを『共犯の實行性』の問題において私の理解した如く解されるものであらう。

- (1) 『一考察』九一～四頁、『要説』二五二～五三頁、二五五～五六頁、『基本問題』二三四～五頁、『刑事法講座』四五一頁。

五

以上によつて、不充分ながら、所謂植田共犯論の大綱につき、これを理解してゆくみちすがらにおいて、或ひは障礙になるかも知れぬと思はれる問題點を指摘し、且つ、これに未熟な

私見をも交へつつ、以て私なりの理解の一端を示した次第である。固より、理解の行きとどかぬ點や、その眞意を曲解した上に立つての要らざる問題提起も存したかと思ふが、この點は教授並に讀者の御寛容を乞ふより他はない。ただ一言附記しておきたいと思ふことは、以上の私の理解は、幸に私が日頃から教授の教へを親しく受けてゐるものであるから、その共犯論の受け取り方も嚴正に批判的ではあり得ないのではないか、との危惧の念を懷かれる人もあるかと考へるが、固よりこの點に關する戒心を怠つてゐたわけではない、といふことである。もしこの點の戒心にしていたらざるものがあり、ただに恩師の學説であるといふことそのために無批判にこれを信奉するとなれば、獨り自己を冒瀆するにとどまらず、延いては恩師の學説をも傷つけるものとなるであらう。だから、私は、とかく陥り易いこの種の安易性を極度に警戒しつつ、しかも、理解する所は右に示した如きものとならざるを得なかつたのである。

尙ほ、教授の共犯論における容易ならぬ見解として『正犯なき共犯』を認めるといふ歸結が示されてゐるが、これをめぐつても、將來、種々の立場から批判があり得るものと期待される。固より、この點を看過するわけでも、又これを未梢的な問題だと考へてゐるわけでもないが、この問題については、近

あらためて取り上げてみたいとも思つてゐるから、ここでは上述の如く、植田共犯論における大綱的見解につきその批判的理

解を試みた次第である。(昭和二八・一〇・八)