

# 共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（一）

関  
哲  
夫

## 一 序——本稿の課題——

- 1 組織犯罪と刑法第六〇条
- 2 検討の視点
- 3 検討の課題
- 4 学説の分類

## 二 共犯性説

- 1 はじめに
- 2 共同意思主体説
- (1) はしがき
- (2) 内 容
  - A 草野豹一郎氏の見解
  - B 齊藤金作氏の見解
  - C 下村康正氏の見解
  - D 岡野光雄氏の見解
- (3) 特 徴

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（一）（関 哲夫）

## (4) 論者の相違点

(以上、本号)

## 一 序——本稿の課題——

## 1 組織犯罪と刑法第六〇条

組織犯罪・集団犯罪と刑法第六〇条との関係について、学説においては、大きく二つの傾向が存在しているように思われる。第一の傾向は、組織犯罪・集団犯罪の問題を共謀共同正犯の理論に引きつけるとともに、刑法第六〇条の規定を梃子に、本条の射程内の問題として意識的に検討しようとするものである。例えば、松村格氏は、いわゆるシステム論的共謀共同正犯理論を提唱して、次のように論述している。

「システムもその構成員も共通の目標をもち、その目標を意識し、構成員が相互に交換作用とコミュニケーションを通して目標を共同して達成しようとするとき、システムと構成員との関係は『道具性』(Instrumentarität)の関係にあつて、構成員個人の行為は、システム全体の行為と同視できる。このように機構化されたグループや集団は、システムもその要素(構成員)も目標を意識しており、その目標がシステム全体にも構成員にも共通のものであることに特色がある。構成員の役割機能に主と従の差異はない。まさに共同正犯の場合である。」<sup>(1)</sup>「犯罪主体は、二人以上の複数人の場合もある。『人間—人間システム』である。共同正犯や集団強盗は、グループないし集団・組織というシステムが犯罪主体である。今日の法の主体は、むしろ『グループ主体』もしくは『組織主体』であつて、共同正犯はまさに作業分担的な集団的行為支配、つまり一人の『集団人』の行為が問題なので

ある。」「システム論的な理解をすることによって初めて共謀共同正犯のような集団主体の犯罪行為の本質を矛盾なく説明することができる。」<sup>(3)</sup>その点で、「共同意思主体説が共同正犯を二人以上の者による協働現象として捉えようとした点は正しい。」<sup>(3)</sup>

これを受けるように、高橋則夫氏は、次のように論述して、組織犯罪・経済犯罪の規制において「集合体の行為の存在」を肯定する共同意思主体説の視点が重要性を増してくることを指摘している。

「共謀によって相互的行為帰属が行われた場合には、共謀によって共同意思主体が形成されたといつてよいように思われる。ハードな犯罪共同説という意味での共同意思主体説は採用し得ないが、集合体の行為の存在を肯定するという意味での共同意思主体説はなお維持されなければならない。組織犯罪や経済犯罪などにおいては、刑法上の個人帰責の枠内で処理し得るかという困難な問題がある。これらの犯罪の場合、個人が実行行為を直接的に支配するのではなく、システムそれ自体を支配しており、そのシステム自体が不法性を帯びているというのが実態である。これらの処理には、集団自体に対する帰責という集団帰責の視点も必要であり、その点に、共同意思主体説的な要素が重要な役割を演じるように思われる。今後、刑法六〇条の共同正犯の規定を基礎としつつも、それを超える新たな法規制の整備が行われる際、共同意思主体説的な考え方が重要な視点を提供するように思われる。」<sup>(4)</sup>

これに対し、第二の傾向は、組織犯罪・集団犯罪の問題を共謀共同正犯の理論とは一応区別するとともに、刑法第六〇条の規定と切り離して検討しようとするものである。近時、学説において、この「六〇条離れ」ともいうべき傾向が顕著になっている。従来も、学説においては、共謀共同正犯を否定する見解が有力であったこともあって、組織犯罪・集団犯罪の問題は、第六〇条を中心とする刑法総則の共犯規定の射程範囲外の問題として検討されることが多

かった。例えば、共謀共同正犯を否定するある論者は、組織犯罪・集団犯罪を第六〇条の解釈でまかなうことには無理があるとして、次のような提言をしていたのである。

「まず、集団的方法による犯行が統計的に数多く発生し……、社会的に危険が大であるとおもわれる犯罪について、集団的方法による犯行につき加重構成要件を創設する。しかも、こうした集団的方法による犯罪形態においては、行為者を共同正犯・教唆犯・幫助犯に分解しては、その実態にそぐわない。そこで、総則において、犯罪を實行するために多数人による集団を組織した者、その集団による犯罪計画に主導的な役割を演じた者は、その集団の犯罪計画にもとづいて犯罪が實行されたばあいには、正犯の刑にしたがって処罰することとし、他方、犯罪の實行を担当した者であっても、集団内における地位、犯罪計画實現における役割等を考慮して、情状が軽いとみとめられるときは刑を減輕しうると規定すべきであろう。」<sup>(5)</sup>

しかし、近時、この「六〇条離れ」が共謀共同正犯を肯定する論者から主張されている点に注目しなければならぬ。例えば、共謀共同正犯を肯定するある論者は、次の論述に見られるように、刑法第六〇条を基礎にして組織犯罪・集団犯罪を規制することに疑問を提起しているのである。

「刑法六〇条は、集団犯罪、組織犯罪をフォローする規定としては単純に過ぎる。集団犯罪、組織犯罪への対処は、騒擾罪や多衆不解散罪等について、各条項に定めるところからも明らかなように、基本的に個別立法によるべきであって、総則の六〇条一箇条で処理することにはそもそも無理がある。」<sup>(6)</sup>

そして、最近、法務省が、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律を改正して、実際に犯罪の實行行為が行われなくともその謀議に関与することを処罰する「共謀罪」の規定を新設する方針を固めたことが報じられている。<sup>(7)</sup>

## 2 検討の視点

本稿は、組織犯罪・集団犯罪の問題を意識しながら、共謀共同正犯をめぐる最近の議論状況を踏まえ、あらためて共謀共同正犯の理論を整理し考察しようとするものである。それは、「やや複雑な様相を呈している共謀共同正犯に関する議論」<sup>(8)</sup>、「今日、なお、多彩に主張されている共謀共同正犯肯定説・否定説」<sup>(9)</sup>を私見なりに整理し、今後の共謀共同正犯を含めた共同正犯の議論、及び組織犯罪・集団犯罪の議論に方向を与えたいと考えるからである。<sup>(10)</sup>

検討するに際しては、「共謀共同正犯は肯定されるべきか否か」という視点ではなく、「共謀共同正犯をめぐる議論において、論者の理論的帰結を方向づけているものは何か」という視点を基本に据えて、議論状況を整理していきたい。

私見によれば、共謀共同正犯をめぐる議論において、論者の理論的帰結を方向づけている具体的な論点には、次のようなものがあるように思われる。

① 共謀共同正犯の正犯性・共犯性　まず第一は、共謀共同正犯の正犯性・共犯性をめぐる論点である。具体的には、共謀共同正犯は正犯であるのか、共犯であるのか、あるいは、共犯であるとともに正犯でもあるのかという問題である。

② 一部実行全部責任の法理　第二は、一部実行全部責任の法理をめぐる論点である。具体的には、一部実行全部責任の法理は、どのような内容なのか、どのような根拠により正統化されるのか、また、この法理は正犯性に関わる法理であるのかという問題である。

③ 共謀　第三は、共謀の意義・機能をめぐる論点である。具体的には、共謀共同正犯における共謀は、いか

なる内容の、いかなる性質を有する概念なのか、また、共謀は共謀共同正犯においてどのような機能を果たしているのかという問題である。

④ 因果性 第四は、共謀共同正犯における因果性をめぐる論点である。具体的には、共謀共同正犯が成立するには、共謀者にはいかなる因果性（物理的因果性・心理的因果性）が必要であり、またその因果性はどの程度要求されるのかという問題である。

⑤ 第六〇条との関連 第五は、共謀共同正犯の理論と刑法第六〇条との関係をめぐる論点である。具体的には、第六〇条は、共謀共同正犯との関係でどのように解釈されるべきかという問題である。

⑥ 狭義の共犯との区別 第六は、共謀共同正犯と狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）との区別をめぐる論点である。具体的には、共謀共同正犯と狭義の共犯とはどのように区別されるべきかという問題である。

以上の論点が相互に有機的に関連していることは、言うまでもない。その意味で、右の論点の摘示順序にはとられて重要な意味はない。

### 3 検討の課題

本稿では、共謀共同正犯の正犯性・共犯性という論点を軸に据えて、学説における議論状況を整理してみたい。このような課題を設定したのは、次のような意図にもとづく。

まず第一に、共謀共同正犯の肯定説と否定説とを分かつ基点となっているのは、共謀共同正犯の正犯性・共犯性の論点であるのは疑いない。その意味で、「肯定説と否定説との最も基本的な相違は、その正犯概念にある<sup>(1)</sup>」ことは明らかである。すなわち、共謀共同正犯を検討する場合、共謀共同正犯は正犯であるのか共犯であるのかを解明する必

要があるのである。

しかし、第二に、共謀共同正犯の正犯性・共犯性の論点は、近時、必ずしも共謀共同正犯の肯否を分かつものとなつていないのも事実である。それは、正犯性の概念を規定する実行行為概念が実質化・規範化したことに起因する。しかし、それによってこの正犯性・共犯性の論点が無意味になったということではない。むしろ、この論点は、依然として共謀共同正犯を検討する際の「出発点」となっているのであり、その先には、正犯概念及び実行行為概念の問題が横たわっていると考えるべきであろう。したがって、共謀共同正犯の正犯性・共犯性に関する論者の見解を考察する際には、同時に、論者の正犯概念及び実行行為概念をも併せて念頭におく必要がある。そして、論者が規定する正犯概念及び実行行為概念が、同時に、今度は逆照射的に、共謀共同正犯の正犯性・共犯性を規定することにもなっているのである。すなわち、「共謀共同正犯の正犯性・共犯性」を考究するには、「正犯・共犯」概念、とりわけ「正犯」概念を検討しなければならないが、それは、「正犯とは何か」・「実行行為とは何か」という論点との間で論理思考上の往復運動を続け、双方の論点を睨みながら考究していかなければならないことを意味する。つまり、これらの二つの論点は、相互循環的に規定しあっているのである。その意味で、共謀共同正犯の正犯性・共犯性の論点は、共謀共同正犯を検討する際の「出発点」であると同時に「終着点」でもあるのである。

#### 4 学説の分類

「共謀共同正犯の正犯性・共犯性」の論点に関し、理論的には、以下のような三つの見解を想定することができよう。

- ① 共犯性説 この説は、共謀共同正犯は狭義の共犯と同様の意味において「共犯」であるとする立場である。
- ② 正犯性説 この説は、共謀共同正犯は単独正犯と同様の意味において「正犯」であるとする立場である。

③ 共犯性・正犯性説 この説は、共謀共同正犯は「共犯」であるとともに「正犯」でもあるとする立場である。ただし、この説においても、「共犯性」に重点おくのか、それとも「正犯性」に重点をおくのかに相違がありえよう。以下、この学説分類に従って、主要な論者の見解を見ていくことにしたい。

- (1) 松村格・刑法学方法論の研究——存在論からシステム論へ——（一九九一年）一四二頁（初出は、松村格「刑法と刑事政策の理論——主としてサイバネティックス的システム論に基づく素描——」駒沢大学・法学論集二二号（一九八一年）。
- (2) 松村格「共謀共同正犯」阿部純一ほか編・刑法基本講座四卷（一九九二年）二〇一頁、二〇二頁。
- (3) 松村格・注2文献・一九八頁。
- (4) 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」西原春夫先生古稀祝賀論文集二卷（一九九八年）三六〇頁。
- (5) 福田平・刑法解釈学の基本問題（一九七五年）一三二―一三四頁（初出は、福田平「現代刑法における責任主義と集团的犯罪行動」岩波現代法講座11・現代法と刑罰（一九六五年））。なお、福田平・大塚仁・刑法総論Ⅰ（一九七九年）三六五頁以下「福田平」も参照。
- (6) 鈴木裕文「共謀共同正犯理論の展開——『共謀共同正犯の解消』のための一試論——」日本大学・日本法学五七巻一号（一九九一年）一〇二―一〇三頁。鈴木裕文氏は、続けて次のようにも論述している。「もっとも、犯罪の性質や実行の態様によっては、直接的行為と異なるものが、犯罪の実現について直接的行為と同等又はそれ以上の原因力を有する場合があることも全く否定はできない。例えば麻薬・覚せい剤の密輸入や会社組織を利用しての詐欺・横領等の経済犯罪、あるいは、綿密に計画、役割分担された強盗行為などでは、確かに直接実行者は指揮・計画者の手足に過ぎず、犯罪を実現するか否かは指揮・計画者如何にかかっているというケースがありうる。こうした場合は、計画立案、集団形成・指揮・命令行為が、共同正犯の要件である『共同実行』に該るとして、共同正犯としての罪責を問うことが可能となりうる。」
- (7) 二〇〇二年八月二四日朝日新聞朝刊参照。
- (8) 岡野光雄「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論——その批判的考察——」西原春夫先生古稀祝賀論文集二巻（一九九八年）二八六頁参照。



(9) 立石二六『共謀共同正犯』論の現在」現代刑事法二八号(二〇〇一年)五九頁参照。

(10) 同様の問題意識から、日本・中国における組織犯罪を比較刑法理論的に検討したものととして、張凌・日中比較組織犯罪論(二〇〇四年)が最近刊行された。詳細については、後に検討する予定である。

(11) 立石二六・注9文献・五九頁参照。

## 二 共犯性説

### 1 はじめに

この共犯性説は、共謀共同正犯を含め共同正犯は狭義の共犯と同様の意味において「共犯」であるとするものである。これには、共同意思主体説と「共同意思関係説」がある。共同意思主体説の主な論者としては、周知のように、創唱者である草野豹一郎氏、草野氏の見解を支持・継承した齊藤金作氏、本説を精緻化した下村康正氏、本説をさらに展開した岡野光雄氏をあげることができる。他方、共同意思関係説の主な論者としては、共同意思主体説から出発しつつ個人責任の原理との調和を探索した西原春夫氏をあげることができる。

従来、西原春夫氏の見解は共同意思主体説に分類されるのが一般的であった。<sup>(1)</sup>しかし、西原氏の見解は、「団体責任の原理」を正面から容認する本来の共同意思主体説ではなく、「修正された個人責任の原理」を志向する見解であり、共同意思主体説に分類するのは正確さを欠く<sup>(2)</sup>と考える。本稿では、西原氏の見解を「共同意思関係説」と名づけ、共同意思主体説と区別することにした。

### 2 共同意思主体説

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察(一)(関 哲夫)

## (1) はしがき

共同意思主体説の主な論者である草野豹一郎氏<sup>(3)</sup>、齊藤金作氏<sup>(4)</sup>、下村康正氏<sup>(5)</sup>及び岡野光雄氏<sup>(6)</sup>の論述するところを、以下の諸点に分けて紹介していきたい。

① 共犯現象の特殊性 この点は、共謀共同正犯を含めた共犯現象全般に関する論者の前提認識を問うものであり、論者が、単独犯現象との比較において共犯現象・共同現象をどのように特徴づけているかを確認するものである。

② 共同正犯の共犯性 この点は、共謀共同正犯の正犯性・共犯性という法的性格に関する論者の基礎認識を問うものであり、論者が、共謀共同正犯の共犯性をどのように解しているのかを確認するものである。

③ 共同意思主体 この点は、共謀共同正犯の実体に関する論者の本質認識を問うものであり、論者が、共同意思主体の実体をどのように解しているのかを確認するものである。

④ 実行行為と共同正犯 この点は、共謀共同正犯の成否における実行行為の意味に関する論者の基本認識を問うものであり、論者が、共謀共同正犯の成否において実行行為の分担・実行をどのように位置づけているのかを確認するものである。

⑤ 共同正犯の従属性 この点は、共謀共同正犯の成否における従属性・独立性に関する論者の基本認識を問うものであり、論者が、共謀共同正犯の成立上の従属性をどのように解しているのかを確認するものである。

⑥ 共同正犯における責任帰属 この点は、共謀共同正犯における共同者の処罰に関する論者の基本認識を問うものであり、論者が、共同意思主体の一体性を前提としつつ、責任の帰属をどのように理論構成しているのかを確認するものである。

⑦ 共犯と共同意思主体 この点は、狭義の共犯（教唆犯・従犯）を含めた共犯と共同意思主体との関係に関す

る論者の基本認識を問うものであり、論者が、共同意思主体の観念を狭義の共犯（教唆犯・従犯）を含めた共犯全般に共通する観念としてゐるかを確認するものである。

⑧ その他 これは、以上の諸点以外で、論者の論述において注目すべき点を紹介し、確認するものである。

以下、草野豹一郎氏、齊藤金作氏、下村康正氏及び岡野光雄氏の論述するところを、一人称の形で紹介していくことにする。<sup>(7)</sup>

## (2) 内容

### A 草野豹一郎氏の見解

① 共犯現象の特殊性 「凡そ社会現象は、個人の单独なる行為に因って生ずるばかりでなく、又数人の共同なる行為に因っても生ずるものである。此の共同現象は経済学に於ては分業又は合同の關係として研究せられ、民法商法に於ては法人又は組合の制度として規定せられて居る。而して此の現象を刑法上より觀察するときは、共犯なる觀念が生ずるのである。蓋し、二人以上の者が共同目的に向つて合一する所に特殊の社会的心理的現象を生ずるからである。例へば、一人にては深夜廁に行き得ない臆病な少年でも、二人とならば之を敢行し得るが如きは之を証して余あるものである。されば二人以上共同して罪を犯す場合は、単独で犯す場合に比して危険性が多大で、怖るべきものがあると謂はねばならぬ。」<sup>(8)</sup>「今、之を現行刑法に付て觀察せんか、単独で行へば二年以下の懲役にしか該らない暴行罪（第二〇八条）でも、数人共同して行へば三年以下の懲役に該ることとなり（暴力行為等処罰ニ関スル法律第一条）、又多衆聚合して之を行へば、騷擾罪（第一〇六条）として、其の首魁は一年以上十年以下の懲役に該り、指揮又は率先助勢者は六月以上七年以下の懲役に該り、附和随行者は五十円以下の罰金に該ることとなるが如きは、此の特殊な社会的心理的現象を酌んで立法したものと解することによってのみ理解することが出来る。」<sup>(9)</sup>

② 共同正犯の共犯性 「共犯は個人本位を以て理解すべきでなく、団体本位を以て理解すべきものと確信する者である。」<sup>(10)</sup>「共犯を一種の団体活動と解することが誤りないとするならば、二人以上の者の間に、一定の犯罪を行ふに付ての意思の合致を見るに至ったとき、始めて其処に犯罪団体が成立することになるのである。而して此の意思の合致は或は二人以上の通謀又は共謀に因ることがあり、或は一人を煽動又は教唆し、他が之を承諾するに因ることがある。されば、通謀乃至教唆は、此の意思の合致、換言すれば、団体成立に至るまでの対内的の行為に過ぎぬのである。断じて対外的な行為ではないのである。」<sup>(11)</sup>

③ 共同意思主体 「惟ふに、二人以上共同して罪を犯したりと云はんには、先づ一定の犯罪を実現せんとする共同目的が存在し、而して其の目的の下に二人以上が同心一体と為りたる上（共同意思主体）、少くとも其の中の一人在が犯罪の実行に著手したことを要する。何となれば、共同目的の存せざる所に共同と云ふことは存し得ないのみならず、共同目的の下に一体となった丈では、未だ以て共同意思主体の活動があったと云ふことを得ないからである。」<sup>(12)</sup>「共犯現象其のものを共同意思主体の活動として観察せんとするは、二人以上の者が共同目的に向つて合一するときには、そこに特殊の社会的心理現象を生じ、其の目的に向つての個人の行動は、之を単なる個人の行動として解すべからざるものがあるからである。」<sup>(13)</sup>この「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を実現するが為、同心一体となるの点に在ると云はねばならぬ。併し、此の共同意思の主体と云ふことは、決して自然的に発生するのではなく、必ずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付て協議することから成立するものである。而して此の協議を為すことを通謀又は陰謀と云ふのである。之を譬ふれば、法人又は組合の設立行為に比すべきであらう。」<sup>(14)</sup>

④ 実行行為と共同正犯 「二人以上の者が、共同して犯罪の構成要件を分担実行した場合に於て、それが共同

正犯であることに付ては疑義を挟むものはない。」問題は、「通謀はしたが、其の実行に關与しなかったと云ふ場合である。」<sup>(15)</sup>「共同正犯としての責任の生ずるには、必ずや通謀者の中の何人かが其の犯罪の実行に出でたことを要するのである。」<sup>(16)</sup>「ここに謂ふ犯罪を実行すると云ふは、必ずしも共同者の全部が実行行為を分担することを要するとの意味ではない。共同者の中の何人かが実行に出づることを要するとの意味なのである（共同正犯に於ける從屬性）。固より実行行為を分担するは犯罪の遂行に大に与つて力あるものであるから、正犯たるは勿論であるが、縱し実行行為を分担しなくても謀議に参与する者の如きは、実行行為分担者に勝るとも劣らざる重大な役目を演ずるものと云はねばなるまい。……共犯を二人以上よりなる共同意思主体の活動現象と解するに於ては、必然的に右の如く解さなければならぬ。」<sup>(17)</sup>「如何にも少人数の共犯關係に於ては、実行行為其のものを分担することは犯罪の成立上重要な役割を演ずることに違ないが、然し実行行為其のものを分担しなくても、犯罪の成立に重要な役割を演じた場合が、共同正犯となり又教唆犯となる」<sup>(18)</sup>のである。

⑤ 共同正犯の從屬性 「私の見る所を以てするならば、此共同意思主体説こそ、共犯の從屬性を解決する為に残された唯一の途ではなからうかとさへ考へられる。」<sup>(19)</sup>「此くの如く解するときは、從來、加担犯たる教唆犯及從犯が正犯の成立を疎ちて成立すると云はれた共犯の從屬性といふことは、大に意味あることであり、更に進んでは之を通謀に因る共同正犯の如きに付ても認めねばならぬことにならう。」<sup>(20)</sup>すなわち、「通謀が通謀に止る間は、共同意思主体の活動はないわけである。しかし、通謀が整つて、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に着手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、随て犯罪の実行に着手せざる通謀者も、自ら実行に着手したるものと看做さるることになる。」<sup>(21)</sup>すなわち、「通謀者中の何人かが実行に着手することによって、共同正犯の成立があると云ふ意味に於て、共犯成立上の從屬性が、独り教唆從犯に限らず、広く共同正犯にも認めらるべき」<sup>(22)</sup>なのである。

ある。

⑥ 共同正犯における責任帰属 「責任の帰属を共同意思主体に付て論ずるといふことも一理ない訳ではないが、元来共犯に於ける共同意思主体たるや犯罪を目的とする違法的・一時的存在のものであるから、かかる者に責任を認むると云ふ訳にはいかない。故に共犯に於ける責任は、結局、之を共同意思主体を構成する個人即ち共同者個人に付て論ずる外はないことになる。而して共犯現象を共同意思主体の活動と見ることと、責任の帰属を共同者個人に付て論ずることが毫も矛盾するものでないことは、民法組合の理論から推して考へる事が出来よう。況んや現行刑法の刑罰は自然人を予定して居るに於てをやである。」そして、「其の責任は共同加功の程度に因つて自ら大小軽重の別を生ずるものと解せなければならぬと同時に、共同者の或者の一身に存する刑罰加重減免等の原由は他の共同者に何等の影響を及ぼさないものと解せなければならぬこととなる。」<sup>(23)</sup>

⑦ 共犯と共同意思主体 「共同正犯とは、二人以上共同して犯罪事実を実現した者で、重要な役割を演じたものを云ふのである。」「二人以上共同するとは、二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体と為ることを云ふのである。而して意思の連絡ありと為すには、共同犯行の認識ありて互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せんとする意思あることを要する」<sup>(24)</sup>のである。これに対して、「教唆行為は、共同正犯に於ける通謀と同じく、教唆者及被教唆者の二人から成立せらるべき共同意思主体の設立行為である。故に之を教唆者の犯罪実行行為と解すべからざることは、通謀が実行行為たらざると同じである。通謀が相互的であるのに対して、教唆は一方的である。しかし、被教唆者に於て教唆に應ずるに於ては亦相互的となる。ただ教唆に在っては、被教唆者が、専ら犯罪実行の任に当ることを約するの点に於て共同正犯との別が存するのみである。」<sup>(25)</sup>「被教唆者に於て犯罪を決意せざる場合は勿論、犯罪を決意しても未だ実行に出でざる場合は教唆犯は、成立しない。何となれば、教唆は教唆者と被教唆者とよ

り成る共同意思主体成立上の過程行為であって、被教唆者の教唆を応諾することに因りて共同意思主体が成立し、而して被教唆者が実行行為に出づることに因りて始めて共同意思主体の活動があることになるからである。」「問題となるのは、正犯と従犯との間に意思の連絡即ち共同の認識あることを要するや否やの点である。……共犯論に共同意思主体説を採る以上、相互認識を要するものと解さねばならぬ。」<sup>(26)</sup>

## B 齊藤金作氏の見解

① 共犯現象の特殊性 「共同意思主体説においては、共犯というものを特殊な社会的心理的現象として理解する。すなわち、社会現象は、個人の単独の行為によって生ずるばかりでなく、数人の共同の行為によっても生ずるものである。この共同現象は、経済学においては分業又は合同の關係として研究せられ、民法商法においては法人又は組合の制度として規定せられている。そして、この現象を刑法上から觀察するときは、共犯という觀念が生ずるのである。」「刑法上共犯規定の存在を必要とする所以は、二人以上の者が共同目的に向って合一するところに、個人心理を離れた特殊の団体心理を生じ、よって個人意思では企図しえないようなことをも敢て行うものであるからである。例えば、一人では深夜に公園を横切りえない臆病な少年でも、二人ならば敢て行いうるようなのはこれを証して余りあるものである。」<sup>(27)</sup>すなわち、「二人以上共同して罪を犯す場合は、単独で犯す場合に比して危険性が多大で、怖るべきものであると謂はねばならない。」<sup>(28)</sup>しかし、「その共同者一同を一律に重く処罰しなければならないということはない。いな、場合によっては、共同で犯したという理由で、単独で犯した場合よりも、軽く処罰しなければならない場合があるし、重く処罰しなければならない場合がある。いま、これを現行刑法について考察するならば、単独で行えば一年以下の懲役にしかあたらない暴行罪（二〇八条）でも数人が共同で行えば三年以下の懲役にあたることになり（暴力行為等処罰ニ関スル法律第一条）、また、多衆が聚合してこれを行えば、騒擾罪（一〇六条）としてそ

の首魁は一年以上十年以下の懲役にあたり、指揮又は率先助勢した者は六月以上七年以下の懲役にあたり、附和隨行者は五十円以下の罰金に該ることになるようなのは、右の特殊な社会的心理的現象を酌んで立法したものと解することによってのみ良くこれを理解することができるのである。<sup>(29)</sup>

② 共同正犯の共犯性 「共犯を論ずるに当っては、私も、共同意思主体説に拠るべきものであり、共同正犯・教唆犯・従犯は、これを統一的に理解すべきものであり、共同正犯の共犯性も、この説よりして肯定すべきものである、と考える。」したがって、「学者のいわゆる『他の共同正犯者の缺くる部分を補充』する必要のないとき、すなわち、甲・乙両者が通謀の上、共に同時に構成要件を充足したような場合、例えば、A・B両者が通謀の上、各自、同時に効力を生ずる致死量の毒薬を施用したような場合や、X・Y両者が通謀の上、各自携行したピストルを同時に発射し、共に致死傷を与えこれを殺害したような場合でも、全共犯者につき当該犯罪が一体として成立する、と考えるのである、このような場合でも、共同正犯の共犯性を肯定するのである。<sup>(30)</sup>」

③ 共同意思主体 「共同意思主体説の特色は、かくして、二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため、同心一体となるという点にこれを求めることができる。すなわち、二人以上が共同して罪を犯したというためには、まず、一定の犯罪を実現しようとする共同目的が存在し、次に、その目的の下に二人以上が同心一体となり（共同意思主体の成立）、そして、その中の一人が犯罪の実行に著手することを要するのである（共同意思主体の活動）。何故なら、共同目的の存しない所に共同ということは存しえないばかりでなく、共同目的の下に一体となっただけでは、未だ共同意思主体の活動があったということはできないと同時に、共犯者の一人が共同意思の下にその一員として実行に出ずることによって、その行為は共同意思主体全一の行為として認識せられることになるからである。」<sup>(31)</sup>



④ 実行行為と共同正犯 「犯罪を実行する」とは、各本条に規定する特別構成要件に該当する事実を実現することを謂ふ。必ずしも共同者の全部が実行行為を分担することを要しない。実行行為を分担する者が共同正犯者たることは勿論であるが、実行行為を分担せず単に謀議に参与するに止る者も共同正犯者と解すべきものである。<sup>(32)</sup>

⑤ 共同正犯の従属性 「ここに問題となるは、共同正犯の従属性といふことを認むべきや否やである、従来は、共犯の従属性と称するときは、加担犯（教唆犯、従犯）の従属性の意味に解せられていたのであるが、共犯理論に於て共同意思主体説を採用すべしとする限り、共同正犯に於ける従属性といふことも亦是認せらるべきものと考へる。<sup>(33)</sup>

⑥ 共同正犯における責任帰属 「責任の帰属を共同意思主体について論ずるということも一理ないわけではないが、元来、共犯における共同意思主体は犯罪を目的とする違法的一時的存在のものであるから、これに責任を認むるといふわけにいかない。それ故に、共犯における責任は、結局、これを共同意思主体を構成する個人、すなわち、共同者個人について論ずる外はないことになる。そして、共犯現象を共同意思主体の活動と見ることと、責任の帰属を共同者個人について論ずることが毫も矛盾するものでないことは、民法組合の理論から推して考えることができるであろう。いわんや、現行刑法の刑罰は自然人を予定しているにおいておやである、ということになる。<sup>(34)</sup>」ただし、「共犯成立上の問題と、共犯処罰上の問題とはこれを区別して理解すべきものである、と考える。けだし、『共犯を以て共同現象と認識するはその犯罪現象の成立に付ての認識であって、刑罰を同一にすべしとの意味ではない。刑罰は個人的責任の理念に従ひ、個別化さるべきである』からであり、『共犯が成立するとしても、その責任の範囲は主観的な意思によって限定されるのが当然である』からである。それ故、私は、従来、一般に使用せられていた共犯処罰上の独立性という語にかえて『共犯処罰上の個別性』という語を使用したい、と考える。<sup>(35)</sup>」「かくして、私は、共犯の成立については一体性、共犯の処罰については個別性ということを提唱するものである。<sup>(36)</sup>」

⑦ 共犯と共同意思主体

「教唆は、教唆者と被教唆者により成る共同意思主体成立上の過程行為であって、被教唆者の教唆を応諾することに因りて共同意思主体が成立し、而して被教唆者が実行為に出づることに因りて始めて共同意思主体の活動があることとなる。従って、被教唆者が教唆に応じて犯罪を決意せざる場合は勿論、犯罪を決意しても未だ実行に出でざる場合は教唆犯は成立しない」し、また、「従犯の特色が、異心別体たる幫助者と被幫助者とが一定の犯罪を犯すといふ共同目的を実現するが為め同心一体となるの点にあるとする限り、相互的な意思連絡を必要とする<sup>(37)</sup>と考へる。」そして、共同意思主体説における「従犯と教唆犯との區別は、前述の客観説におけるそれと同様に、ある精神的加功が正犯者に新らしい犯意を生ぜしめた場合には教唆犯、正犯者の既成の犯意を強化し若しくはその犯意の実現を容易ならしめた場合には従犯となるという点に求められる<sup>(38)</sup>。」

C 下村康正氏の見解

① 共犯現象の特殊性 「多衆が共に考え、共に感じ、共に行動するときには、団体の各員の精神作用と行動とは、各員が孤立的な一個人としてそうした境遇に置かれた場合になすべき筈のこととは著しく異りがちなものであつて……、犯罪についていえば、そこに、犯罪の危険性と重大性の大小を決定する要因があるのである<sup>(39)</sup>。」「共犯現象は単独犯現象とは異なる場において把握されなければならない。それは一体的な共犯心理を除外して正確に把握することのできるものではない。共犯理論の特殊性は、広義においては、内乱罪、騒擾罪におけるような団体犯心理と同じく、個人心理を超越した心理現象を基礎として説明される点にあるといわなければならない<sup>(40)</sup>。」「要するに、二人以上の者が共同目的に向つて合一するところには、個人心理とは区別される特殊の団体心理が発生し、個人の意思では企図し得ないようなことをも敢行するものである、という点に共犯規定の必要な所以を見出すのである<sup>(41)</sup>。」「そもそも、刑法典上に共犯規定がなぜ設けられているかにつき考えてみるのに、それは、一個人が単独で犯罪を犯す場合に適用

される犯罪論原理（単独犯原理）では、共犯の場合を取り扱うことはできないからであって、それは共犯現象の特殊性ということに由来する。もとより共犯現象は個々人の集合態において見出されるが、それは単なる自然的個人の集まりではなく、犯罪を犯すという一つの目的の下で意思を共同乃至一体化した、個人とは別個の行為主体によるものと理解さるべきものである。<sup>(42)</sup>すなわち、「二人以上の者が共同の目的をもって行動する場合には、単独犯の場合におけるのとは異なった犯罪構造というものが存在し、それは、したがって、共同者の各自を単独犯の原理で割り切り、その総和と目するのでは解決できないものであって、これを一体として考察し、犯罪実行の概念もそうした犯罪構造の特殊性を把えた上で理解しなければならぬとするものであり、まさに、……刑法第六〇条共同正犯の規定を、『犯罪ヲ実行シタル』という部分よりも、『二人以上共同シテ』というところに強調点を置いて理解することの必然的結果なのである。<sup>(43)</sup>」現に、現行刑法典中にも、単純逃走罪（第九七条）に対する通謀逃走罪（第九八条）、暴行罪（第二〇八条）に対する集団的暴行罪（暴力行為等処罰ニ関スル法律第一条）、さらに、多衆集合して行う騒乱罪（第一〇六条）における関与形態による処断の区別は、「団体心理（group mind）、群衆心理（mob mind）<sup>(44)</sup>」というような特殊な社会的心理的現象を考慮に入れて立法したものと考えなければ理解出来ないであろう。」

② 共同正犯の共犯性 「共同正犯は、果して、正犯なりや共犯なりや。この問題は規定の上からみる限り解決されている。なぜなら、刑法は第一編第一章共犯の題下、その冒頭の第六〇条で共同正犯を規定しているのであるから、それが、まず、形式上共犯であることは疑を容れない。もし、これが正犯であるならば、それは単独犯が二つ以上併行するにすぎない場合ということになるから、……共同正犯に関する規定はいらないことになるからである。したがって、この限りにおいて、共同正犯は共犯であるということは動かしがたい事実である。そうだとすれば、共同正犯は共犯の原理、すなわち、団体犯原理によって理解しなければならぬこと、これまた当然のことといわな

ればならない。<sup>(45)</sup>」「共謀共同正犯を認めることは、正犯をもって犯罪の現実的実行者のみとする思想を、それはもっぱら犯罪の基本的形態である単独犯の法理にすぎず、共犯においてこれを維持しようとすることは、すでに思考の出発点において共犯の実体を見誤っているものであり、共同正犯の把握にあたつては、それはあくまでも共犯の一種であつて、共犯原理ないしはその基礎をなす団体法理をもつてすべきである、と主張することになる。そして、そこにおいて重要視されるのが、共犯の一体的把握ということであることは、いうまでもない。<sup>(46)</sup>」

③ 共同意思主体 共同意思主体説は、「共犯というのは、数人の者が一体となった特殊の社会的心理的現象である共同意思の活動である<sup>(47)</sup>」とする学説をいう。すなわち、「共同意思主体説は、二人以上の者が共同目的に向つて合一する場合には、個人心理を離れて特殊の団体心理が生ずる、という社会的心理現象を把らえて共犯理論を構成するものであり、従つて、共同意思主体説にいう共同意思は、個人意思の上に成り立つ共同の意味でもなければ、個人意思の総和でもない一体的意思である。これを相互的な意思の連絡と称するのであるが、共同意思主体説に於てはこうした共同意思が共同正犯、教唆犯、従犯の三種の共犯につき論ぜられるのである<sup>(48)</sup>」。

④ 実行行為と共同正犯 「たまたま刑法第六〇条に『犯罪ヲ実行シタル』という言葉がでてくるところから、共同正犯者各自に単独正犯における犯罪の実行を要求するということは、犯罪の単独実行をすでに論理的前提としてある点において、社会的事実としての共同犯行の実体を見失っているものといわなければならない。共同犯行者各自は、それぞれ自分自身の考えで、バラバラに犯罪を実行しているのではなくて、自分以外に他人のいることを認識し合いかつそれと一体となつてやっているという、いわば、一体的認識の下で意を強め行動しているのである。もし、かりに、共同犯行者をバラバラにして考察することが正しいとするならば、はじめから共同正犯の規定などいらなはずであること、まさに、行為共同説の立場と共通でなければならない。なぜなら、共同犯行者のそれぞれを、各自

単独正犯として、刑法各本条の規定によって処理すればよいのであって、格別に共同正犯の規定など必要としない、と解する方が論理的だからである。(原文改行) そこで、犯罪共同説の従来派の理論はいう、いや、たとえばA・Bが強盗を共謀し、Aが暴行を、Bが財物奪取をというように、それぞれが犯罪実行の部分行為を行った場合、両者は互いに相補って強盗罪の共同正犯となるべきであるから、そのためこの規定は必要である、と。しかし、その場合には、すでに、共犯の場合の犯罪実行は部分実行で足りるという意味で、実行概念の拡張が、個人的共犯論、単独犯原理の原則上、問題とされなければならないころうし、それよりも、むしろ、何故二人以上で犯罪を行う時にそうせざるを得ないかと問えば、それはまさに、『二人以上共同シテ』犯罪を実行した、つまり、共同して行ったという事実にかのばらざるを得ないであろう。すなわち、共同して犯罪を実行したがゆえに、一体として考察されなければならないことになるのであり、それは、Aが甲の部分、Bが乙の部分を実行したというのではなく、A・Bが二人して一体となって甲、乙の全体を実現したと解すべきことなのではないであろうか。第六〇条が末尾に『皆正犯トス』として、『皆』といっているのは、一人一人がどうだというのではなくて、皆が一体となって正犯となるという意味をよくあらわしているものと解してよいであろう。<sup>(49)</sup>

⑤ 共同正犯の従属性 「従来、共犯の従属性ということについては、二種のものが区別されてきた。」すなわち、その第一は共犯成立上の従属性であって、これは「教唆犯または従犯が犯罪として成立するためには、少なくとも正犯が犯罪の実行に着手したことを必要とするという意味」である。その第二は共犯処罰上の従属性であって、これは「教唆犯または従犯が処罰されるためには、正犯が処罰されることを必要とし、正犯が処罰される以上は教唆犯または従犯も処罰されなければならないという意味である。」そして、「一般に共犯の従属性というときは、教唆犯および従犯（これを狭義の共犯ということはずでに紹介したが、これらは正犯に加担して成立するものであるとの意味で加

担犯ともいわれる)の従属性のことを意味するのであるが、共犯理論で共同意思主体説をとる限り、共同正犯についてもそれが共犯である本質上これを認めるべきであるということになる。」ただ、これらの従属性について、「共同意思主体説が共犯成立上の連帯性ないし一体性を主張するところから、それならば処罰の点でもその共同意思主体説に一個の刑罰を想定すべきではないか、つまり、処罰上の連帯性ないし一体性をも認めるべきではないか、との指摘がなされるのであるが、この点につき、共同意思主体説の立場からはもちろん、一時的違法団体としての共同意思主体そのものの処罰ということは、個人責任という近代刑法の鉄則からして意味をなさないものと反論されている。<sup>(50)</sup>」

⑥ 共同正犯における責任帰属 「処罰上の連帯性」ということの主張は、共同意思主体説にいうところの成立上の連帯性ないし一体性と同意味において把握さるべき問題ではなく、共同意思主体説の特色は、あくまで、成立上の連帯性ないし一体性の主張にこれを求めるべきであって、処罰上の連帯性については、責任の個別化ということを基礎にした上で、処罰上の公平さ、責任追及の正しい在り方を考慮しての一つの帰結と解すべきであろう。<sup>(51)</sup>」すなわち、「共同意思主体説は、犯罪の成立上の一体性を主張するにとどまり、個人的責任が近代刑法の基礎たる限り、処罰上は各別に考察せらるべきことを当然とするものである」。<sup>(52)</sup>「民法上の組合の理論や商法上の会社の理論は、ただ、団体現象に対する特殊の取り扱いの例を挙げるために引用されるに過ぎず、また、処罰の点については、共犯問題以前に、現行刑法が個人的責任の原理に立つ以上、個別的にこれを論ずるのは当たり前のことである。<sup>(53)</sup>」「本来、刑法における責任論は、団体責任(連坐、縁坐など)から個人責任への道程を辿って発展して来たものであり、刑法の責任の本質が原則的に道義的・倫理的なものである限り、刑法学上のすべての理論は、この意味での責任、すなわち個人的責任を指向しているものである。そして、共同意思主体説が主張する共犯成立上の一体性として、この枠をこえるものではない。むしろ、正しく個人責任を追及しようとするのなら、この学説によらざるを得ないのではないか、すなわち、

共同意思主体説は共犯成立上の一体性を認めることによって、むしろ、共犯者各自に実質的に正当な個人責任を認めようとするものである、といってもよい。なぜなら、社会的事実としての共犯現象を、共同実行の認識のある共謀者においてとらえるとき、右共謀と教唆の項で紹介したような、ニュアンスにおいてにせよ低く、軽い教唆者として論ずることは、共謀者の実体を正確に把握するものとはいえないであろう。<sup>(54)</sup>「共同意思主体説においては、共犯者全員を一体として取り扱い、従って、共犯者中の何人かが犯罪の実行に着手しさえすれば、共犯者全員につき、犯罪の成立を認め、その中で、正犯者、教唆者、従犯者を共犯団体内で担当した役割に応じて区別することになるのである。……共犯の一人一人につき犯罪の成立を論ぜず、共犯者の一人でもが犯罪の実行に着手すれば共犯者全員につき犯罪の成立を論ずるとする点で、共同意思主体説は団体的共犯論と称するのである。」<sup>(55)</sup>

⑦ 共犯と共同意思主体 共謀とは、『共同犯（実）行の認識』、すなわち、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となつて行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡をいうのであって、単なる相互の存在認識ではないのである。<sup>(56)</sup>「広く意思の連絡というとき、それは、共同正犯、教唆犯、従犯の諸場合をふくめてすべての共犯関係成立の主観的要件であつて共同正犯に固有のものではないが、これらの中で共謀共同正犯の成立要件となる意思連絡というのは共同犯行の認識乃至共同実行の認識のことで、共犯者が相互に共同犯行乃至共同実行の認識をもつことを指すのである。この点において、等しく意思の連絡といっても教唆・被教唆の関係におけるものや、実行・補助の関係におけるものとは異なるのである……。まさに、共同実行とは、共犯者各員が主・客、主・従の区別のない立場において一体となつて犯罪を実行することであり、このようなことの認識を共謀というのであって、いわばそれは一体的正犯者意思ということにはかならないのである。」<sup>(57)</sup>

⑧ 重要な役割 「共同意思主体説によれば、犯罪事実の実現に重要な役割を演じた者を正犯とし、重要でない

役割を演じた者を従犯とする。『犯罪の実行』をなしたか否かは、正犯、従犯区別の標準として必ずしも重要ではないのであって、むしろ、共犯団体（共同意思主体）内において共犯者各自の分担した役割の重要さこそ、必要な標準なのである。そして、こうした立場からすれば、共謀者というのは、単に従犯に相当するような重要でない役割を分担するものではなく、正犯にあたる重要な役割を演ずるものとされるのであって、さればこそ、共謀者は現実に犯罪の実行に著手しないでも、正犯として論ぜられることになるのである。<sup>(58)</sup>換言すれば、「共同意思主体説においては、共犯者全員を一体として取り扱い、従って、共犯者中の何人かが犯罪の実行に着手しさえすれば、共犯者全員につき、犯罪の成立をみとめ、その中で、正犯者、教唆者、従犯者を共犯団体内で担当した役割に応じて区別することになるのである。共犯の一人一人につき各自に犯罪の実行と称するものがあつたか否かを問う点で、犯罪共同説を個人的共犯論とし、共犯の一人一人につき犯罪の成立を論ぜず、共犯者の一人でも犯罪の実行に着手すれば共犯者全員につき犯罪の成立を論ずるとする点で、共同意思主体説を団体的共犯論と称するのである。<sup>(59)</sup>」要するに、正犯と従犯の区別は、犯罪の実現に重要な役割を演じたか否かによって決定すべきであり、共謀に加わるということはまさしく重要な役割を演じたことであるし、犯罪の見張りも、共謀があればそれだけで当然、共謀がなくても見張り自体が重要な役割を演ずることになる場合は共同正犯になる<sup>(60)</sup>」。

#### D 岡野光雄氏の見解

① 共犯現象の特殊性 共同意思主体説の「特徴は、共犯現象を共同意思主体という個人を超えた社会的・心理的存在の活動として把握するところにある。すなわち、共犯現象としては、共同意思主体を構成した各個人の行為を個別化して把握せず、全体としての共同意思主体の活動としてとらえるのである。<sup>(61)</sup>」すなわち、「共犯、とくに共同正犯は共同現象・団体现象であるから、その性質上必然的に団体法理が働くのであり、単独正犯の原理である個人責任



の原則では律しえないものがあるといわなければならない。<sup>(62)</sup>

② 共同正犯の共犯性 「共同意思主体説とひと口にいても、その主張者によって必ずしもその内容は一致していない」が、草野豹一郎氏、齊藤金作氏及び下村康正氏の「立場に共通した点は、共同正犯の共犯性を強調していることである。そこには、単独正犯の原理、すなわち、個人責任の原則をもつては共同正犯の実体を的確に把握しえないとする共通の認識があるといえよう。」<sup>(63)</sup>「本書は、共同正犯も共犯の一種であると解する。」<sup>(64)</sup>

③ 共同意思主体 「異心別体である二人以上の者が特定の犯罪を実現するという共同目的のもとで同心一体となり、その活動が共犯現象である」<sup>(65)</sup>。「共同意思主体説・共謀共同正犯論はもともと実務の強い要請から考案された理論構成であり、また、その根底には共犯を共同現象・団体現象として把握する思考があるのであるから、個人責任の原則を貫こうとする立場との間には、おのずから相容れないもののあることを認めなければならないであろう。共同意思主体説・共謀共同正犯論は、自らは実行行為を分担しない黒幕・中心人物を実行行為担当者と同等に処罰するための『説明原理・理論』として評価すべきものと考える。」<sup>(66)</sup>

④ 実行行為と共同正犯 「共同意思主体説によると、共同意思主体を形成した者のうちの一部の者が実行行為に出れば、これを全体としての共同意思主体の実行行為（活動）と解するのであるから、実行行為を分担しなかった者も共同正犯としての責任を問うことが可能となる。この場合、共同意思主体の実行行為をもって構成員各自の実行行為と解すべきではない。もし構成員各自の実行行為と解するなら、行為支配説や間接正犯類似説と実質的な差異はないことになる。各構成員が実行行為を分担していないところに共謀共同正犯の本質がある。」<sup>(67)</sup>「共謀共同正犯論は、もともと、共謀には参加したが実行行為を分担しなかった者を実行担当者と同等に処罰しようとする理論であって、実行共同正犯の場合には共謀は必要でないと考える。」「実行共同正犯の場合には、共同者相互の間で各人がそれぞれ

実行行為を分担するという内容の意思連絡あるいは共同意思があればたりるものと解する。<sup>(68)</sup>」

⑤ 共同正犯の従属性

「共同意思主体説は共謀共同正犯の場合に共同正犯の従属性を肯定してきた。共謀が共謀にとどまっているときは共謀共同正犯は成立せず、共謀者中のある者が実行行為に出たときにはじめて他の共謀者も共謀共同正犯となるからである。すなわち、共謀共同正犯の成立は実行行為者の実行行為に従属することになる。<sup>(69)</sup>」

⑥ 共同正犯における責任帰属

「厳密な意味での個人責任の原則は、人は自己の行った行為・結果についてののみ責任を負わされ、自己以外の他人の行ったそれについては責任を負わされることはない、という意味で理解されている。したがって、共同意思主体説・共謀共同正犯論は団体責任論であるというとき、そこでいう団体責任とは、行為主体と責任主体との乖離を指していることになる。すなわち、共謀者は、自己以外の存在、つまり、共同意思主体の行った実行行為・結果について責任を負わせられることになるからである。しかし、この点については、西原教授も主張されているように、『一部行為の全部責任の法理』それ自体が団体責任的性格を有するものであることを看過してはならないであろう。個人責任の原則を貫くならば、『一部行為の全部責任の法理』の否定にまで行きつかなければならない。共犯は共同現象・団体现象であり、共同正犯も共犯の一種であると解する立場からすれば、共同正犯と単独正犯とは性格を異にする以上、単独正犯の原理である個人責任の原則のみではこれを十分に律しえないものといわなければならない。<sup>(70)</sup>」通説は、共同者は相互に利用・補充の關係にあるため、これを全体として刑法的評価の対象にしうるとして「一部行為の全部責任の法理」を根拠づけるが、「相互の利用・補充は、とりもなおさず、単独犯の原理・個人責任の原則では律しえない共同・団体现象を認めることにはかならない。換言すれば、団体法理を離れてあるいは個人責任の原則を修正しないで、『一部行為の全部責任』を根拠づけることは困難であるといわなければならないのである。<sup>(71)</sup>」他方、「団体責任を認めるものと批判されてきた共同意思主体説・共謀共同正犯論も連座責任

や縁座責任を認めるものではないことは明らかである。実行行為を分担しない共謀者も犯罪の実現に関与しているであり、その事実が共謀者の責任を基礎づけているのであって、犯罪の実現に全く関与していない者に対し責任を問うものではないからである。<sup>(72)</sup>

⑦ 共犯と共同意思主体 「共同意思主体説は、本来、共同正犯に関して展開された学説であるが、教唆犯・従犯にも妥当するかが問題となろう。異心別体が同心一体となって共同意思主体を形成し、その活動を共犯現象と解するとき、それはまさに共同正犯の場合に当てはまる。」<sup>(73)</sup>しかし、本説の基本的思考は教唆犯・従犯に対しても種々の影響を及ぼすものであるから、とくに共同正犯に限定する必要はない。」また、「共同意思主体説は、個人的共犯論に立脚するものでない点で、犯罪共同説とは区別されるものである。本書は、共同意思主体説を犯罪共同説、行為共同説と並ぶ第三の学説として位置づける。」<sup>(73)</sup>

⑧ 共謀と共謀共同正犯 「たしかに、共謀に参加しなくとも、犯罪の実現に重要な役割を演ずる者もありうるであろうし、このような者を実行行為担当者と同等に評価したとしても必ずしも不当とはいえないであろう。しかし、このように解すると、共謀にしほりをかけることによって共謀共同正犯の成立範囲を限定しようとする『共謀』概念の機能が損なわれることになろう。現実には共謀に参加しない見張りは少ないにせよ、この立場では、見張りのすべてが共同正犯として把握されるおそれが生じ、往時の判例のように共謀共同正犯論の適用がルーズになるといえるからである。やはり、共謀共同正犯は『共謀』を前提として論ずべきもの<sup>(74)</sup>と考える。」「この共謀とは、実行共同正犯の場合とは異なり、単なる相互の意思連絡ではなく、これによってより強固な共同意思主体が形成されるものと解すべきである。」<sup>(75)</sup>

⑨ 「一部行為の全部責任」の法理 「古くから現在にいたるまで、共同意思主体説・共謀共同正犯論は団体責任

を認めるもの批判されてきたが、その趣旨・結論自体は必ずしも否定されていない。そこに、個人的共犯論・『共謀』共同正犯論の展開をうながすことになったのであるが、結論においては共同意思主体説との差異はほとんどないといえる。個人的共犯論が個人責任の原則に立脚して共同正犯を論じようとするその趣旨自体には異論はないであろう。しかし、共同正犯に特有の『一部行為の全部責任』の法理は、個人責任の原則では十分にこれを根拠づけないといえるのである。個人責任の原則を貫徹すれば『一部行為の全部責任』を否定しなくてはならなくなるであろう。共同正犯は共同現象・団体現象であるから、その性質上必然的に団体法理が働くのであり、単独正犯の原理である個人責任の原理では律しえないものがあるといわなければならない。<sup>(7)</sup>」

### (3) 特徴

以上、共同意思主体説の主な論者の論述内容をやや詳細に紹介してきた。これらの論述を踏まえ、以下では、共同意思主体説の特徴を指摘してみたい。

#### ① 単独正犯と共同正犯の異質性

まず、共同意思主体説の論者は共犯現象と単独犯現象とが全く異質であることを前提認識としている点を指摘しなければならない。この点は、「共同して犯すがゆえにこそ、行為の把握に変更を生じ、共同して犯すがゆえにこそ、共同行為ないし集団行為の違法性ないし危険性に増減を生じ、共同して犯すがゆえにこそ、単独では責任を負わされない者が責任を負わされることになる、という結論が生み出されるのであって、それらの結論は、単独犯で適用される行為・違法・責任の原理の共犯におけるむしろ正当な展開といわなければならないのである。」<sup>(7)</sup>という論述に端的に表現されて居る。ここでは、共犯現象と単独犯現象とは、そもそも行為・構成要件該当性・違法性・有責任性の各犯罪要素において異なることが示唆されているともいえる。

#### ② 共犯現象の特殊性

次に、共同意思主体説の論者が共犯現象と単独犯現象との異質性を前提認識としている

ことの必然的な帰結として、共犯現象の特殊性が強調されている点を指摘しなければならない。すなわち、本説の論者はいずれも、共犯現象が単独犯現象とは異なる特殊な社会的・心理的現象であることを強調しているのである。この点は、「二人以上の者が共同目的に向って合一する所に特殊の社会的心理的現象を生ずる」という論述<sup>(78)</sup>、「二人以上の者が共同目的に向って合一するところに、個人心理を離れた特殊の団体心理を生じ、よって個人意思では企図しえないようなことをも敢て行うものである」という論述<sup>(79)</sup>、あるいは、「二人以上の者が共同目的に向って合一するところには、個人心理とは区別される特殊の団体心理が発生し、個人の意思では企図し得ないようなことをも敢行するものである<sup>(80)</sup>」という論述に端的に表現されている。

この「特殊な社会的・心理的現象」という表現には二つの意味が含まれていることに注意を要する。まず第一は、共犯現象は「社会的現象」であるという意味である。本説の論者によれば、二人以上の者が共同目的を実現するため相互に了解して各人が直接・間接に何らかの寄与をなすことは「社会生活上の共同現象」であり、経済学においては分業・合同として、民法・商法においては法人・組合の制度として研究せられており、刑法においてはこれを共犯現象として観念することができるとされているのである。次に第二は、共犯現象は「心理的現象」であるという意味である。本説の論者によれば、廁の例や深夜の公園の例によって明らかにされているように、この共犯現象は個人心理を超越した「特殊の団体心理」として性格づけられており、しかも、共犯現象は、単独犯現象に比べ犯罪としての危険性・重大性が大であると認識されているのである。

③ 共同正犯の共犯性 共同意思主体説の論者が単独正犯と共同正犯の異質性を強調するということは、理論的必然として、共同正犯の「単独正犯性」原理からの離反、したがって、共同正犯の「共犯性」原理への傾斜をもたらすことになる。この点は、「共犯は個人本位を以て理解すべきでなく、団体本位を以て理解すべき<sup>(81)</sup>」という記述や、

「共同正犯・教唆犯・従犯は、これを統一的に理解すべきものであり、共同正犯の共犯性も、この説（共同意思主体説——括弧内引用者）よりして肯定すべきものである<sup>(82)</sup>」という記述、あるいは、「共同正犯は共犯の原理、すなわち、団体犯原理によって理解しなければならない<sup>(83)</sup>」という記述がこの点をよく表している。

この「単独正犯性」原理からの離反は二つの事実を内含していることに注意を要する。第一は、一個人が単独で犯罪を実現する場合に適用される「単独犯原理」からの離反という事実である。この点は、「共同者の各自を単独犯の原理で割り切り、その総和と目するのでは解決できない<sup>(84)</sup>」という記述によく表われている。第二は、実行行為概念に関連して正犯概念を規定する「正犯性原理」からの離反という事実である。この点は、「正犯をもって犯罪の現実的実行者のもととする思想を、それはもっぱら犯罪の基本的形態である単独犯の法理にすぎず、共犯においてこれを維持しようとすることは、すでに思考の出発点において共犯の実体を見誤っている<sup>(85)</sup>」という記述によく表われている。

④ 団体的共犯論 共同意思主体説の論者は、前述したように、共同正犯を含めた共犯現象を共同現象・団体現象として把握することを前提認識としている。そこでは、二人以上の異心別体たる個人が一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するために同心一体となって共同意思主体を形成し、そのうちの一人が犯罪を実行した場合、それは共同意思主体の活動であり、共犯者全員について犯罪の成立を認め、共犯団体内で担当した役割に応じて正犯者・教唆者・従犯者を区別することになるとする。すなわち、「共犯の一人一人につき犯罪の成立を論ぜず、共犯者の一人でもが犯罪の実行に著手すれば共犯者全員につき犯罪の成立を論ずるとする点で、共同意思主体説は団体的共犯論と称する<sup>(86)</sup>。」とされているのである。そして、共犯者が分担した実行行為は「構成員各自の実行行為<sup>(87)</sup>」としてではなく「共同意思主体の実行行為（活動）」と観念されており、「各構成員が実行行為を分担していないところに共謀共同正犯の本質がある<sup>(87)</sup>。」とされている。しかも、共同意思主体説が、共謀共同正犯を含めた共同正犯だけでなく、教唆

犯・従犯をも含めた共犯全体に妥当する理論として主張されており、その意味で、共同意思主体説は、広義の共犯を統一的に把握する「統一的共犯論」を提唱するものといえる。

⑤ 任意的共犯と必要的共犯の同質性 共同意思主体説の論者は、共犯現象を単独犯現象とは異なる特殊の団体犯心理の産物と観念するのであるが、この点は、同じ共犯現象として、総則上の任意的共犯においても各則上の必要の共犯においても相違はないはずである。すなわち、本説によれば、「要するに、二人以上の者が共同目的に向って合一するところには、個人心理とは区別される特殊の団体心理が発生し、個人の意思では企図し得ないようなことをも敢行するものである、という点に共犯規定の必要な所以を見出す<sup>(88)</sup>」のであり、この共犯理論の特殊性は、広義においては、内乱罪、騒乱罪におけるような団体犯心理と同じく「個人心理を超越した心理現象<sup>(89)</sup>」を基礎として解明されるべきことになる。したがって、本来であれば、総則上の任意的共犯の規定（第六〇条ないし第六四条）が存在すれば各則上の必要的共犯の規定（第七七条（内乱）、第二〇六条（騒乱）など）は不要であり、これら必要的共犯の規定は、共犯者の役割ないし関与形態に応じて法定刑が明確に定められている点にわずかに意義を見出すことができるということになる。

⑥ 共同正犯の成立上の従属性と処罰上の個別性 共同意思主体説が、共謀共同正犯の「共犯性」を強調することの利点の一つは、共同正犯成立上の従属性を理論的に根拠づけることができる点にある。すなわち、共謀者の中の誰かが実行行為に着手することによってはじめて共同正犯の成立があることを根拠づけることができるのである。<sup>(90)</sup>そして、その際の媒介となっているのが、「特殊の団体心理によって一体と化した共犯団体」の観念であり、「共同意思主体の実行行為（活動）」の観念なのである。

しかし、共同意思主体説の論者は、共同正犯成立上の従属性・一体性を主張するが、共同者の責任はその共同意思

主体の形成に与った共同者個人に帰属されることを認め、処罰上の個別性を肯定する。この点は、周知のように、「行為主体と責任主体との乖離」として批判される点であるが、本説の論者は、この点について、「元來共犯に於ける共同意思主体たるや犯罪を目的とする違法的一時的存在のものであるから、かかる者に責任を認むると云ふ訳にはいかない。故に共犯に於ける責任は、結局、之を共同意思主体を構成する個人即ち共同者個人に付て論ずる外はないことになる。而して共犯現象を共同意思主体の活動と見ること、責任の帰属を共同者個人に付て論ずることが毫も矛盾するものでないことは、民法組合の理論から推して考へる事が出来よう。」と論述したり、<sup>(91)</sup>「責任の帰属を共同意思主体を構成する個人に就て論究せんとするは、かかる犯罪団体の存続は法律上許すべからざることであるから」と論述したり、あるいは、「処罰の点については、共犯問題以前に、現行刑法が個人的責任の原理に立つ以上、個別的にこれを論ずるのは当たり前のことである」<sup>(92)</sup>と論述したり、さらに、「実行行為を分担しない共謀者も犯罪の実現に關与しているのであり、この事実が共謀者の責任を基礎づけている」<sup>(93)</sup>と論述したりして、処罰上の個別性を根拠づけている。

⑦ 実行行為の分担と重要な役割 共同意思主体説は、共同正犯が成立するためには共同者の全員が実行行為の全部又は一部を分担することを要しないとするのであり、実行行為の分担は共同正犯としての罪責を負担するための要件とはなっていない。その意味で、本説では、従来の意味での実行共同正犯と共謀共同正犯の区別は無意味となる。しかし、この「実行行為概念の地位の相対化」は、共同意思主体説の論者にあっても必ずしも徹底されてはおらず、いわば片面的に作用していることに注意を要する。本説の論者が、例えば、単に共謀に参加したにすぎない共同者であっても、「犯罪の成立に重要な役割を演じた場合」は共同正犯となるとしつつも、他方で、「固より実行行為を分担するは犯罪の遂行に大に与って力あるものであるから、正犯たるは勿論である」<sup>(95)</sup>ことを認めたり、あるいは、「各



構成員が実行行為を分担していないところに共謀共同正犯の本質がある<sup>(96)</sup>のであり、「共謀共同正犯論は、もともと、共謀には参加したが実行行為を分担しなかった者を実行担当者と同等に処罰しようとする理論であって、実行共同正犯の場合には共謀は必要でないと考える。」<sup>(97)</sup>として、共同正犯において「実行行為の分担」(実行共同正犯)と「重要な役割」(共謀共同正犯)とを併存させたりするのは、(共謀)共同正犯の成否において実行行為概念が完全に放棄されてはいないことをうかがわせるものであり、その意味で、実行行為概念が片面的に作用するにとどまっているのである。

なお、共同意思主体説は、「共犯者全員を一体として取り扱い、従って、共犯者中の何人かが犯罪の実行に著手しさえすれば、共犯者全員につき、犯罪の成立をみとめ、その中で、正犯者、教唆者、従犯者を共犯団体内で担当した役割に応じて区別することになるのである。」<sup>(98)</sup>が、この重要な役割の判断は、「共同者内部における地位、実行担当者<sup>(99)</sup>を決定するに至った経緯、主観面等から総合的に判断すべきものである。」とされている。

⑧ 共謀の機能 共同意思主体説の論者は、いずれも共謀概念の重要性を強調している。例えば、共同正犯とは、二人以上共同して犯罪事実を実現した者で、重要な役割を演じた者をいうが、二人以上共同するとは二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体となること、すなわち、「共同犯行の認識ありて互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せんとする意思」<sup>(100)</sup>があることを要するという論述や、「まさに、共同実行とは、共犯者各員が主・客、主・従の区別のない立場において一体となって犯罪を実行することであり、このようなことの認識を共謀と<sup>(101)</sup>いうのであって、いわばそれは一体的正犯者意思ということにはかならない」という論述、あるいは、共謀共同正犯の場合の意思連絡は、「一体となつての共同犯行又は共同実行の認識」、つまり「一体的共同犯行(実行)の認識」である点において、教唆犯・従犯の共犯一般に必要な要件としての広い意思連絡とは異なるという論述、さらに、「こ

の共謀は、実行共同正犯とは異なり、単なる相互の意思連絡ではなく、これによってより強固な共同意思主体が形成されるものと解すべきである。<sup>(108)</sup> という論述が、この点を端的に表している。

#### (4) 論者の相違点

ここで、共同意思主体説の主な論者について、その見解の相違を二点ほど確認しておきたい。

① 実行共同正犯と共謀共同正犯 共同意思主体説にあつては、共同意思主体の形成に与つた者はその一体性により全員共犯の責任を負うべきことになり、各共同者はその果たした役割の重要性に応じて（共謀）共同正犯、教唆犯及び従犯に振り分けられることになる。その場合、「役割の重要性」の概念は、当該犯罪の実現に關与した各共同者の役割の重要度を広範な諸事情を考量して判断するための概念であり、本来、犯罪結果実現の危険性という観点から捕捉される実行行為の概念とはレベルの異なる異質な概念であるか、それとも、実行行為の概念をも包含した総合考量的な概念として機能しているのである。その意味で、共同意思主体説においては、実行行為の概念そのものは重要でなくなるか、又は無用となるはずである。

しかし、草野豹一郎氏は、「固より実行行為を分担するは犯罪の遂行に大に与つて力あるものであるから、正犯たるは勿論<sup>(109)</sup>」であり、「如何にも少人数の共犯關係に於ては、実行行為其のものを分担することは犯罪の成立上重要な役割を演ずることに違いないが、然し実行行為其のものを分担しないでも、犯罪の成立に重要な役割を演じた場合が、共同正犯となり又は教唆犯となることは、既に説明した通りである。故に実行行為其のものを分担したりや否を以て、正犯と従犯とを分つ唯一の標準となすことは当たらないといはねばならぬ<sup>(108)</sup>。」と論述して、実行行為の分担を役割の重要性を判断する重要な資料と位置づけている。すなわち、草野説では、実行行為の概念が役割の重要性を判断する資料として位置づけられており、既に指摘したように、実行共同正犯と共謀共同正犯との統合が企図されている。

とともに、共謀共同正犯の判断において実行行為概念が片面的に機能しているのである。

これに対し、岡野光雄氏は、「共謀共同正犯論は、もともと、共謀には参加したが実行行為を分担しなかった者を実行担当者と同等に処罰しようとする理論であって、実行共同正犯の場合には共謀は必要でない」として、<sup>(106)</sup> 実行共同正犯の概念と共謀共同正犯の概念との区別を維持する。そして、「各構成員が実行行為を分担していない」ところに<sup>(107)</sup> 本質がある共謀共同正犯は、実行行為は分担していないが共謀に参加した共同者が重要な役割を果たした場合であるのに対し、実行共同正犯は、各共同者が実行行為の一部ないし全部を分担する場合であるとするのである。

このように、共同意思主体の論者にあっても、共謀共同正犯における実行行為概念の位置づけ、実行行為の分担と役割の重要との関係、実行共同正犯と共謀共同正犯との関係について見解の相違が見られる。

② 役割の重要性和見張り 役割の重要性和見張りの関係についても、共同意思主体説の論者にあっても、見解の相違が見られる。例えば、下村康正氏は、「正犯と従犯の区別は、犯罪の実現に重要な役割を演じたか否かによって決定すべきであり、共謀に加わることとはまさしく重要な役割を演じたことであるし、犯罪の見張りも、共謀があればそれだけで当然、共謀がなくても見張り自体が重要な役割を演ずることになる場合は共同正犯になる」としている。<sup>(108)</sup> すなわち、下村説では、役割の重要性和共謀とが分離されており、共謀共同正犯の認定にとって役割の重要性和共謀との少なくともいづれかが認められればよいとする思考方法が採られている。

これに対し、岡野光雄氏は、従来の判例のように共謀共同正犯論の適用がルーズになるのを避け、共謀概念を限定することによって共謀共同正犯の成立範囲を限定するためには、「共謀共同正犯が成立するための大前提は共謀への参加であり、役割の重要性もこのことを前提として論ずる必要がある」とする。<sup>(109)</sup> そして、「犯罪の『見張り』は、一律にこれを共同正犯あるいは従犯とすべきでない。犯罪の種類・犯行場所等によって評価を異にするからである。当

該犯罪の実行にとって不可欠といえるような場合を共同正犯と解すべきである。<sup>(110)</sup>」とするのである。

- (1) 例えば、大谷實・刑法講義総論（新版・二〇〇〇年）四五二、四五三頁、立石二六「『共謀共同正犯』論の現在」現代刑法事法二八号（二〇〇一年）五三、五四頁など。
- (2) 西原春夫氏は、刑法学会や研究会での発言の中で、共同意思主体説に基づく共謀共同正犯論を支持してはいないことを表明しているし、私的な場所でも、自分の共謀共同正犯の見解が正確に理解されていない旨を発言している。なお、岡野光雄「共同意思主体説と共謀共同正犯論」刑法雑誌三二卷三三号（一九九一年）三〇二頁注35参照。西原氏の見解の詳細については、「共同意思関係説」の項で紹介する。
- (3) 草野豹一郎・刑法総則講義第一分冊（一九三五年）一九三頁以下、草野豹一郎・刑法総則講義第二分冊（未定稿）、草野豹一郎・刑事判例研究第二卷（訂正再版・一九三八年）七六頁以下、草野豹一郎・刑事判例研究第一卷（第四版・一九三九年）八三頁以下、草野豹一郎・刑事判例研究第三卷（第四版・一九四〇年）八五頁以下、草野豹一郎・刑法改正上の重要問題（一九五〇年）二九七頁以下、草野豹一郎・刑事法学の諸問題第一卷（一九五一年）一八一頁以下、草野豹一郎・刑法要論（一九五六年）一一六頁以下。草野豹一郎氏の見解を要約したものに、下村康正・共謀共同正犯と共犯理論（一九七五年）八四頁以下、岡野光雄・注2文献・二八五頁以下がある。
- (4) 齊藤金作「共謀共同正犯の理論」刑事法講座第三卷（一九五二年）四五七頁以下、齊藤金作・共犯理論の研究（一九五四年）一一三頁以下、齊藤金作・刑法総論（再訂版・一九五四年）一九六頁以下、齊藤金作「共同正犯の共犯性」瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題下（一九五五年）六八一頁以下、齊藤金作・総合判例研究叢書刑法②（一九五六年）三頁以下、齊藤金作・共犯判例と共犯立法（一九五九年）三頁以下。齊藤金作氏の見解を要約したものに、下村康正・注3文献・八七頁以下、岡野光雄・注2文献・二九一頁以下がある。
- (5) 下村康正「共謀共同正犯の理論」ジュリスト一八五号の二（一九五九年）一五頁以下、下村康正・犯罪論の基本思想（一九六〇年）一八三頁以下、下村康正「共同正犯」刑法講座第四卷（一九六三年）九〇頁以下、下村康正・続犯罪論の基本思想（一九六五年）一〇〇頁以下、下村康正「共同正犯と犯罪の実行」刑法と科学法律編・植松博士還暦祝賀（一九七一年）

三七頁以下、下村康正「共謀共同正犯（練馬事件）」ジュリスト増刊・刑法の判例（第二版・一九七三年）一一頁以下、下村康正・注3文献、下村康正「共謀共同正犯難考——再間接教唆、共謀の実体」警察研究四八巻五号（一九七七年）三頁以下、下村康正「共謀共同正犯論の軌跡」研修四二三号（一九八三年）三頁以下、下村康正「共謀共同正犯理論の現状」中央大学百周年記念論文集（法学部）（一九八五年）二二七頁以下。下村康正氏の見解を要約したものに、岡野光雄・注2文献・二九五頁以下がある。

(6) 岡野光雄・注2文献・二八三頁以下、岡野光雄「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論——その批判的考察——」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻（一九九八年）二八五頁以下、岡野光雄・刑法要説総論（二〇〇一年）二七七頁以下。

(7) 共同意思主体説を主張・支持する主な論者としては、ほかに、植松正・刑法概論（再訂版・一九七四年）三六四頁以下、日高義博「問題提起と共同意思主体説の展開」植松正ほか・現代刑法論争Ⅰ（第二版・一九九七年）三〇八頁以下、奈良俊夫・概説刑法総論（第三版・一九九八年）二八一頁、立石二六・刑法総論（一九九九年）二八二頁以下、立石二六・注1文献・五四頁参照。

(8) 草野豹一郎・刑法要論（一九五六年）一一七頁。

(9) 草野豹一郎・注8文献・一一七―一一八頁。草野氏は、「既に刑法法典其の他に、此の特殊なる団体的心理を酌んで内乱罪、騒擾罪等の群集犯が規定せられて居る以上、更に狭義の共犯理論にも拡充されるべき」（草野豹一郎・刑事判例研究第二巻（訂正再版・一九三八年）九九頁）であるとも論述している。

(10) 草野豹一郎・刑事判例研究第一巻（第四版・一九三九年）九三頁。

(11) 草野豹一郎・刑法改正上の重要問題（一九五〇年）二六四―二六五頁。

(12) 草野豹一郎・注8文献・一一八頁。なお、草野豹一郎・刑法総則講義第一分冊（一九三五年）一九四頁以下も参照。

(13) 草野豹一郎・注9文献・九八―九九頁。

(14) 草野豹一郎・注11文献・三一五頁。

(15) 草野豹一郎・注11文献・三〇六頁。

(16) 草野豹一郎・注11文献・三〇八頁。

(17) 草野豹一郎・注8文献・一二四頁。

共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（一）（関 哲夫）

- (18) 草野豹一郎・注8文献・一三二頁。なお、草野豹一郎・刑事法学の諸問題（一九五二年）二〇八頁以下参照。
  - (19) 草野豹一郎・注11文献・三一三～三一四頁。
  - (20) 草野豹一郎・注8文献・一一八頁。
  - (21) 草野豹一郎・注11文献・三一五頁。
  - (22) 草野豹一郎・注10文献・九二頁。なお、草野豹一郎・注9文献・一〇〇～一〇一頁。
  - (23) 草野豹一郎・注8文献・一一九頁。草野豹一郎・注12文献・一九五頁以下も参照。また、草野氏は、「責任の帰属を共同意思主体を構成する個人に就て論究せんとするは、かかる犯罪団体の存続は法律上許すべからざることであるからである。」（草野豹一郎・注9文献・九九頁）とも論述している。
- なお、草野氏が「共犯処罰上の独立性」を「共犯処罰上の連帯性」に改説したことについては、岡野光雄・注2文献・二八八頁以下参照。
- (24) 草野豹一郎・注8文献・一二三頁。
  - (25) 草野豹一郎・注11文献・三一七頁。
  - (26) 草野豹一郎・注8文献・一二七頁、一三三頁。
  - (27) 齊藤金作・共犯理論の研究（一九五四年）一一六頁、一一七頁。なお、齊藤金作「共謀共同正犯の理論」刑事法講座第三卷（一九五二年）四六〇～四六一頁、齊藤金作・刑法総論（再訂版・一九五四年）二〇一頁参照。
  - (28) 齊藤金作・刑法総論（再訂版・一九五四年）二〇一頁。
  - (29) 齊藤金作「共謀共同正犯の理論」刑事法講座第三卷（一九五二年）四六一頁。
  - (30) 齊藤金作「共同正犯の共犯性」龍川先生還暦記念・現代刑法学の課題下（一九五五年）六九九頁、七〇〇頁。
  - (31) 齊藤金作・共犯理論の研究（一九五四年）一一八頁。なお、齊藤金作・注29文献・四六一～四六二頁参照。
  - (32) 齊藤金作・注28文献・二一四頁。
  - (33) 齊藤金作・注28文献・二〇三～二〇四頁。
  - (34) 齊藤金作・注31文献・一一九頁。
  - (35) 齊藤金作・注30文献・七〇二頁。

- (36) 齊藤金作・注31文献・二〇三頁。
- (37) 齊藤金作・注28文献・二二二頁、二二五頁。
- (38) 齊藤金作・注31文献・一七九～一八〇頁。
- (39) 下村康正「共謀共同正犯の理論」ジュリスト一八五号の二(一九五九年)一八頁。
- (40) 下村康正「共謀共同正犯(練馬事件)」ジュリスト増刊・刑法の判例(第二版・一九七三年)一一五頁。
- (41) 下村康正・犯罪論の基本思想(一九六〇年)一八八頁。
- (42) 下村康正・注3文献・三三頁。
- (43) 下村康正・統犯罪論の基本思想(一九六五年)一一九頁。
- (44) 下村康正・注39文献・一八頁。
- (45) 下村康正・注3文献・二一～二二頁。
- (46) 下村康正・注3文献・一四～一五頁。
- (47) 下村康正・注3文献・三三頁。なお、下村康正・注41文献・一八四頁参照。
- (48) 下村康正・注43文献・一〇八頁。
- (49) 下村康正・注3文献・二二～二四頁。
- (50) 下村康正・注3文献・四〇～四二頁。
- (51) 下村康正・注3文献・四七頁。
- (52) 下村康正・注40文献・一一五頁。
- (53) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (54) 下村康正・注3文献・二一六頁。
- (55) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (56) 下村康正・注3文献・一三九頁。
- (57) 下村康正「共謀共同正犯難考——再間接教唆、共謀の実体」警察研究四八巻五号(一九七七年)九頁。なお、下村康正・注3文献・一三九～一四〇頁参照。

- (58) 下村康正・注41文献・一九四〇一九五頁。
- (59) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (60) 下村康正・注3文献・一三九頁。
- (61) 岡野光雄・注2文献・二八四頁。なお、岡野光雄・刑法要説総論(二〇〇一年)三〇二頁も参照。
- (62) 岡野光雄・注61文献・三〇八頁。
- (63) 岡野光雄・注2文献・二八四頁。
- (64) 岡野光雄・注61文献・二七五頁。
- (65) 岡野光雄・注61文献・二七八頁。
- (66) 岡野光雄・注2文献・二九一頁。
- (67) 岡野光雄・注61文献・三〇二頁。
- (68) 岡野光雄・注2文献・二九八頁。
- (69) 岡野光雄「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論——その批判的考察——」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷(一九九八年)三〇一頁。
- (70) 岡野光雄・注2文献・三〇〇頁。なお、岡野光雄・注61文献・三〇八頁も参照。
- (71) 岡野光雄・注69文献・二九〇頁。
- (72) 岡野光雄・注69文献・二九一頁。
- (73) 岡野光雄・注61文献・二七八頁。
- (74) 岡野光雄・注2文献・二九七頁。
- (75) 岡野光雄・注61文献・三〇九頁。
- (76) 岡野光雄・注69文献・三〇三頁。なお、同・二九三頁も参照。
- (77) 下村康正・注3文献・一九頁。
- (78) 草野豹一郎・注8文献・一一七頁。
- (79) 齊藤金作・注31文献・一一七頁。



- (80) 下村康正・注41文献・一八八頁。
- (81) 草野豹一郎・注10文献・九三頁。
- (82) 齊藤金作・注30文献・六九九頁。
- (83) 下村康正・注3文献・二一〇二頁。
- (84) 下村康正・注43文献・一一九頁。
- (85) 下村康正・注3文献・一四頁。
- (86) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (87) 岡野光雄・注61文献・三〇二頁。
- (88) 下村康正・注41文献・一八八頁。
- (89) 下村康正・注40文献・一一五頁。
- (90) 草野豹一郎・注10文献・九二頁、齊藤金作・注28文献・二〇三、二〇四頁、下村康正・注3文献・四〇、四二頁、岡野光雄・注69文献・三〇一頁参照。
- (91) 草野豹一郎・注8文献・一一九頁。また、草野豹一郎・注12文献・一九五頁以下、齊藤金作・注31文献・一一九頁も参照。
- (92) 草野豹一郎・注9文献・九九頁。
- (93) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (94) 岡野光雄・注61文献・三〇七、三〇八頁。
- (95) 草野豹一郎・注8文献・一二四頁。
- (96) 岡野光雄・注61文献・三〇二頁。
- (97) 岡野光雄・注2文献・二九八頁。
- (98) 下村康正・注41文献・一九七頁。
- (99) 岡野光雄・注61文献・三〇九頁。
- (100) 草野豹一郎・注8文献・一二三頁、齊藤金作・注28文献・二一二頁参照。
- (101) 下村康正「共謀共同正犯難考——再間接教唆、共謀の実体」警察研究四八巻五号（一九七七年）九頁。なお、下村康正・共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」に関する一考察（一）（関 哲夫）

注3文献・一三九～一四〇頁参照。

(102) 下村康正・注3文献・一四〇頁参照。

(103) 岡野光雄・注61文献・三〇九頁。

(104) 草野豹一郎・注8文献・一二四頁。

(105) 草野豹一郎・注8文献・一三二～一三三頁。

(106) 岡野光雄・注2文献・二九八頁。また、齊藤金作氏も同旨である。齊藤金作・注30文献・七〇〇頁参照。

(107) 岡野光雄・注61文献・三〇二頁。

(108) 下村康正・注3文献・一三九頁。

(109) 岡野光雄・注2文献・二九七頁。

(110) 岡野光雄・注61文献・三〇九～三一〇頁。