

実行行為なき共同正犯

小 泉 英 一

- 一 旧刑法の解釈
- 二 現行法の解釈
- 三 精神的加功の説
- 四 実行行為加功説
- 五 刑事連合部判決
- 六 実行行為なき共同正犯
- 七 見張りと正犯
- 八 むすび

一 旧刑法の解釈

共同正犯とは如何なる範囲をいうか。換言すれば共同正犯と教唆との限界、共同正犯と幫助との限界は奈辺にあるか、この問題は理論的に定義づけることは容易である。だが、事実問題として、また、實際上裁判としてどの程度を

以って限界とするかはデリケートな場合があるし、判例も右往左往しているかに見える。そうして、古くは文理的に厳格に解釈していたがそれが次第に共同正犯の範囲を拡張、事件によっては教唆と幫助との区別を無視する事例が多く見えるようになったかと思う。いまこの点について判例の推移を検討して見よう。

共同正犯は刑法第六〇条の規定するところで『二人以上共同して犯罪を實行したるものは共犯とす』と規定している。そうして、これが学説を見るに、第一説は、犯罪共同説を採ると行為共同説を採るとに拘わらず共同正犯たるには、犯罪行為に加功することを要件とする。「犯罪を實行したる者は……」と規定するかぎりかく解すべきで、罪刑法定義に従った解釈というべきである(泉二新熊日本刑法総論六七二頁。牧野英一日本刑法上巻四四九頁。同氏、刑法改正案と共犯の独立性、法学協会雑誌五〇巻八号。宮本英脩刑法学粹四〇二頁。同氏、共犯に於ける謀議法学論叢三三巻六号。小野清一郎刑法講義一九三頁)。これに対し、第二説は法文の犯罪を實行したる者というは、犯罪を犯したる者という意味だと解し、敢えて実行行為としての加功を要せぬとする解釈がある(草野豹一郎刑法講義二〇四頁。同氏、犯罪の見張法学新報四五巻一〇号。久礼田益喜刑法概説三三七頁)。

第一説によれば、共同正犯と教唆との区別は明瞭であるが、犯罪の実行に加功した正犯と実行に加功した幫助犯の区別は如何にするかについての問題がある。

第二説は意思の連絡あれば共同正犯とするのであるから、教唆と共同正犯と幫助との限界は不明瞭となる。勿論理論としては一応の限界は説明されるが、事実認定として従犯の場合もすべて共同正犯に包含される場合も生ずる危険がある。かくては刑法が規定した教唆、従犯の規定を有名無実にする虞れがある。

学説の研究や批判は、すでに多くの人々によって研究せられているので暫く措き、實際上如何ように扱われているか、判例も必ずしも一致していないし、厳格なる解釈から次第に緩慢に移行しているようである。いま判例の推移を追って見よう。

まず旧刑法(明治十三年大政官布告三六)時代から見ても思うが、旧刑法の共同正犯の規定は、第四百四条に『二人以上現に罪を犯したる者は皆正犯と為し各自に其刑を科す』、第五百条『人を教唆して重罪輕罪を犯さしめたる者は亦正犯と為す』、第百九条『重罪輕罪を犯す』を知て器具を給与し又は誘導指示し真他予備の所為を以って正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたる者は従犯と為し正犯の刑に一等を減す但正犯現に行ふ所の罪従犯の知る所より重き時は止だ其知る所の罪に照し一等を減す』と規定する。そこで、明治二四年四月二七日の大審院判決(大審院判決録二四年自四月―至九月、五五頁)を見るに「現に犯所に監まない者は教唆者でない以上たとえ共謀したとしても正犯ではない」とした。現行刑法第六〇条は「犯罪を實行したる者」とあるに対し旧刑法は「現に罪を犯したる者」とあるのであるが、当時の大審院判事は共謀だけでは足らず現に犯所即ち犯罪の現場に居なかった者は共同正犯とは認めていない。だからこの判決は、苟も実行に加功することを要するとはいっていないが、少くも、犯罪の現場にいたことを要するとした。法文が実行しとはいわないのであるが、教唆犯と区別する為め少くとも、犯行の場所にいたことを要するとしたものと見える。事案は共謀したが留守居をして、現場には行かなかった者の場合である。いまの言葉でいえば、実行なき正犯である。この判決は、実行に加功しない者は、例え謀議ありとするも正犯ではないと解したのである。

同じく詐欺事件につき共謀しても、自ら実行に関与しない部分については実行はないとした(明治三年一月二八日大審院刑事判決録第五輯一〇卷六三頁)。

## 二 現行法の解釈

では、現行法が施行されてからはどうか。(1)被告は甲乙丙丁共謀して印鑑偽造、印鑑証明書偽変造の事件についていう、「原判決の認定事実によれば丙の印鑑(第十一号証)の偽造及び行使、丁の印鑑証明書の変造、丁の印鑑証明書の偽造は右乙外一名の所為にして、被告甲の全然干与せざるものなれば之に干する責任を被告甲に負わしむるは失当なり」とした(明治四四年一〇月六日大審院刑事判決録一七輯一六〇五頁)。実行に加功しない者は共同正犯でないとするのである。

(2)甲と乙とが共謀して主家に忍入り窃盗をなさんことを企て、乙が主家に忍び入って窃盗した場合に於て、判例は甲は止だ窃盗の実行を謀議したに過ぎず、実行行為若くは密接必要な行為に加功したか否かを確認するに足らないから、実行正犯とはいえないとした(大正三年六月一九日大審院刑事判決録二〇輯一二六〇頁。因に現行法の施行は明治四十年十月一日である)。この事案は甲乙兩名が窃盗を共謀し、甲が屋内に入って窃盗し、乙は路上に待ち受けた事実である(同趣旨判決、大正七年二月二日法律新聞一五二三号二二頁)。即ち見張りは正犯にあらず従犯と解したのである。

## 三 精神的加功の説

然るに大正一一年に至って従来の判例の趣旨を一変した。即ち、実行行為又は密接行為の少くも一部を遂行したことを共同正犯の要件とした従来の判例の趣旨を一変して、実行行為がなくても精神的の加功でも共同正犯を構成するとしたのである。換言すれば、精神的加功という概念を形成し、これを共同正犯の構成要件要素としたのであった。但し、この判決は連合判決ではない。事案は、新聞社長はA会社々長Bから金銭を喝取しようとし、社員Cに申し含めBの悪事を新聞に掲載すると申し向けてBよりCをして公告料名義の下に金三十円を交付せしめて之を喝取したというのである。

これに対しその理由として、数人共同して犯罪の実行を発意し共謀者中のある者をして犯罪実行の任に当らしめ、他の共謀者に代って共同の犯意を遂行せしめたるものも亦犯罪の性質に従い、その中に包含するものと解すべきである。而して所謂智能犯たる犯罪については、その構成要件たる行為に対して身体的加功を要するのみならず、精神的加功を要求する場合が最も多いから、身体的加功者のみに制限し、其犯罪の遂行に付与して大に力ある精神的加功者を除外して、之を不問に付すべき理由はない。之を共同正犯として、刑罰の制裁を加えるのが相当と解さなければならぬ。原判決の事実によれば、Aは恐喝の実行を発意計画し、その実行をCに担当せしめ、身体的ではないが、精神的に加功し金円を交付せしめた事実であるから、恐喝罪の教唆文は従犯に該当せざるは勿論賍金收受罪も構成しない



ものとするとした（大審院大正一一年四月一八日、判例集一卷二三五頁）。この事案は全く教唆であるが、判例は教唆に該当しないと強弁している。

この判決は実行正犯の範囲を拡張し、従来の身体的加功のみならず精神的加功があれば等しく共同正犯なりとし、精神的加功で足り、それは教唆にも従犯にもならないとするのである。この判決の理由から見れば、共同正犯と教唆との区別はいずれに求めるか。教唆罪の規定を無視したものとはならないかの疑問を生ずるが、典型的な教唆ではないにしても、教唆も刑は正犯と同一である、犯罪主謀者であるの故を以て正犯とするの必要はないではないか、正犯と同一の刑を法定されているのであるから教唆を以て律すれば足るのである。教唆は造意者であるのである。教唆とすることが不問に付することにはならないのではないか、この点についてはなお後述することにする。

#### 四 実行行為加功説

昭和年代に至って、また、反転して実行分担の共同正犯に判例が出た。即ち、数人が強盗を共謀し、各自実行若しくは密接行為の一部を分担したときは、分担した行為は共謀者全員の意思を遂行したものだから全員は孰れも実行正犯である。そのうちある者が傷害を与えたときは、全員が傷害罪の責に任ずると（昭和一〇年六月二五日、大審院判例集一四卷七三六頁）。この判決は、共同正犯には実行行為を必要とする大正三年の判決以前の正統的解釈に立脚したので、精神的加功には触れていない。共同正犯の従来の典型的解釈を説示したのである。

#### 五 刑事連合部判決

以上掲げた判例は旧刑法施行以来共同正犯は犯罪行為の少くも一部の実行行為に加功したことを要件とする学説と同様の立場に立って長年月の間一貫した解釈としたのであるが、右の大正十一年四月十八日の判決がこの解釈に反して精神的加功あれば共同正犯と認めるという解説を下して、従来の一貫せる解釈に対し反対説を主張し、ここに共同正犯の構成要件に関する大審院の解釈は相反する二説の対立する結果となった。そこで昭和一一年五月二八日の刑事連合部の判決が出た。その判決の要旨は「窃盗罪又は強盗罪に付て其の謀議に与りたる者は実行行為を分担せざるも共同正犯たる責を負ふべきものとす」というのであって、判決理由を摘録すれば「窃盗罪又は強盗罪に付ては其の謀議に与るも実行行為を分担せざる者は正犯たるの責を負ふべきに非ずとする点に付て案ずるに、凡そ共同正犯の本質は二人以上の者一心同体の如く互に相寄り相援けて各自の犯意を共同的に実現し以て特定の犯罪を実行するに至り、共同者が皆既成の事実に対し全責任を負担せざるべからざる理由玆に存す、若し夫れ其の共同実現の手段に至りては必ずしも一律に非ず、或は共に手を下して犯意を遂行することあり、或は又共に謀議を擬したる上其の一部の者に於て之が遂行の衝に当ることあり其の態様同じからずと雖も二者等しく協心協力の作用たるに於て其の価値異なるところなし、従て其の孰れの場合に於ても共同正犯の関係を認めるべきを以て原則なりとす、但し各本条の特別の規定に依り之と異りたる解釈を下すべき場合の存するは言を須たざるところなり、而して窃盗罪並に強盗罪の共同正犯関係

は殺人傷害及放火等の罪に於けると同じく上叙原則に従ふべきものにして之が例外をなすべき特質を存するものに非ず即ち二人以上の者窃盜又は強盜の罪を犯さんことを謀議し其の中或る者に於て之を實行したるときは爾余の者亦由て以て自己の犯意を實現したるものとして共同正犯たるの責を負ふべきものと解せざるべからず、本院従来の判例は始め所謂智能犯と実力犯とを區別し前者については實行を分担せざる共謀者をも共同正犯とし、後者に付ては實行を分担したる者に非ざれば共同正犯と為さざるの見解を採りたるも近來放火殺人罪等の如き所謂実力犯に付ても概ね上叙原則の趣旨を宣明せるに拘はらず窃盜罪並に強盜罪の共同正犯に付ては寧ろ例外的見解を採用し實行行為分担者に非ざれば之が共同正犯たるを得ざるものと為したること所論の如しと雖、之を維持すべきに非ず、然れば即ち原判決が被告人に対し所論の如き事実を認定し窃盜及強盜罪の共同正犯として処断したるは寔に正当なり」と。(大審院第一部乃至第四部連合部判決、判例集第一卷七三三頁)。

即ち大正一一年の判決は智能犯は共同正犯として實行行為なくとも精神的加功あれば足るとしたのであるが、この昭和一一年の連合判決では窃盜犯、強盜犯等の所謂実力犯でも實行行為に加功しなくても共同正犯とする、即ち實行行為に加功なきも智能犯、実力犯を含めてすべて實行行為の加功なき共同正犯が成立することが原則だとの解釈に踏み切つたのである。

かような解釈からすると共同謀議(判例は一堂に会して謀議するを要せず認識のみで足りりとするのであろう)さえあれば實行に加功しなくてもすべて共同正犯となるので、共同正犯と教唆、共同正犯と幫助との區別は全くあいまいとなりすべて共同正犯として罰せられるということになりはしないか。

右連合部判決があつたので、爾後昭和一三年一〇月二七日、昭和二〇年五月一日、昭和二十一年三月二五日、昭和二十三年一月一五日、昭和二十三年三月一三日、昭和二十三年三月一六日、昭和二十三年五月八日、それぞれ連合判決に従つて實行加功なき共同正犯を認め殊に昭和二十三年三月一六日の判決は見張りも共同正犯として処罰した。

右のように、大正一一年の判決は所謂智能犯と実力犯とを區別し智能犯については實行を分担しない共謀者をも共同正犯とし、実力犯においては實行を分担しない者は共同正犯ではないとしたので爾來放火、殺人等の実力犯についても叙上の原則の趣旨を支持したが、昭和一一年の連合部判決ではこの原則は維持すべきでない実力犯と雖も實行に加功しなくても共同正犯を認むべきであるとしたのである。

これを以て見ると、旧刑法においては、法文が「現に罰を犯したる者」と規定せるに対して判例は犯罪の實行に加功したる者又は實行行為の密接な行為をなしたることを共同正犯の要件と解したのであるが現行法に至り第六〇条は「二人以上共同して犯罪を實行したる者は」と規定し、従来の判例の趣旨を明らかに規定した。而して大正三年の判例はその趣旨に則したただ實行行為に密接な行為を為したことは加功だとして共同正犯を認定したのであるが、大正一一年の前示判決に至つて精神的加功なる觀念を認め、精神的加功あれば共同正犯とすると判決した。精神的加功ある觀念は素より存在しないではないが、それは無形的加功の觀念の意味で、教唆は精神的加功であり、幫助のある場合も精神的加功であつて、無形的加功である。これ等の場合にはそれぞれ教唆または、從犯の規定があつて、その法条によつて処理されるわけである。法文にいう實行という觀念は本来は有形的觀念を指称したので共同正犯の實行に加功するということは有形的加功を意味したのである。



そこで右判決は精神的加功という概念を創設したので教唆及び幫助（の一部）の無形的加功の概念の外に無形的共同正犯という概念が創設されたことになる、そうすると教唆、幫助を無視することになり、或は教唆、幫助と共同正犯との混合が生じ、教唆従犯の法文は抹殺されることになるのではないか。併存するとしても共同正犯と教唆、従犯との各區別は全く不明瞭にならざるを得ない、これは果して法の適正な解釈といひ得るか。

繰返すが、今日の判例の趣旨によれば犯罪の謀議に参加すれば或は意思の連絡さえあれば実行行為に加切しないでも共同正犯として罰すべく法文の実行行為というは智能犯たると実力犯たるとを問はずすべて共同正犯となると解するのである。

ところで謀議に参加した者、即ち主謀者として犯罪の遂行を決定したが、実行には参加しなかったという者は犯罪の主謀者であるから共同正犯の責に任せしめたいという考えは一応首肯し得られるかも知れないが、かくの如きは精神的加功であつて、造意者であるから教唆と解すべきものである、教唆も正犯も刑には差等はない。

判決の事実摘示は具体的なることを要する。判例の多くは単に犯罪の認識あるのみか又は勧誘せられて認識したのみで何等実行に参加しなかった者もすべて共同正犯として律せられたものが多い、窃盗罪又は強盗罪の見張りの如きは殆んどその類である。けだし、判決理由摘示に「AとBとは共謀の上何々した」という記載で足り共謀の事実や行為の具体的事実を説明するの必要なしとする判例に基因するところが多いと思う。

即ち「共犯者の分担行為は必ずしも判示しなくてもよい」との趣旨の判決があるためである（昭和九年六月二三日法律評論二三卷刑法二一九頁。同旨、昭和一〇年一〇月一四日判決、昭和三年一月一五日）、更に、昭和三年一月一〇日、

大法院がこれを是認した（最高刑集二卷二二号一五二二頁。同旨、昭和二四年一月一日刑集三卷一号七頁）。其他同旨判決は多い。もっとも、反対の判決もあるが（昭和五年一月五日大審院決定新報二四四号二二頁。）、共同してとか共謀してとか明示してなくとも、共同正犯の判示がないとはいえないとした判決さえある（昭和二五年四月二六日広島高裁岡山支部高裁刑事特報七号五〇頁）、畢竟、共謀してとの記載だけで時にはその記載さえも無くても大部分の事件は共同正犯の判示として認められて居る。実質は無形的加功で教唆又は幫助であつても共同正犯と認めたので法律の教唆や幫助犯は抹殺された解釈となつて居る。

これを理論をはなれて事務的に觀察すれば檢察官においては共謀の具体的内容を明確にするには共同正犯か教唆か、従犯かを取調べるにつき複雑な手数を要するので単に『共謀の上』とのみ指示して起訴する、裁判官においてはこれをとぎほぐして教唆か、共同正犯か幫助かを究明することは面倒なので起訴通り『共謀の上』として認定する、控訴審、上告審皆同様の理由によりこれを是認する、かくて『共謀の上』とだけ記載してあればすべて共同正犯としての認定が是認せられる結果となつたであらう。事務上の便宜に対して、法律解釈が追従したかのきらいがあるようだ。事務上の便宜が法律解釈を左右することは悲しむべきことである。起訴事実、判決が認定事實は具体的に記載されなければならぬ筈である。蓋し、公訴事實は訴因を明示してできる限り日時・場所及び方法、罪となるべき事実を特定してこれをしなければならぬし（刑事訴訟法第二五六条第三項）、有罪判決の事實の適示は具体的に特定しなければならぬことはいふまでもない（同法第三三五条）。

## 六 実行行為なき共同正犯

実行行為なき共同正犯を認めようとする一つの解釈がある。これは第六〇条は『二人以上共同して犯罪を実行したる者は皆正犯とす』と規定する。「犯罪を実行したる」というのは「犯罪を犯したる」という意味に解すべきだとするのである、この実行行為に加功しない共同正犯を認めようとする説には教唆は正犯に従属し、正犯の方が教唆よりは犯罪として重い犯罪だと観念していることに帰するようである。前記判例において推定せられる如く、犯罪の主犯は実行に加功せず坐して部下を使役して犯罪を実行するものが多い、殊に知能犯に多い、これは全く実質上の正犯であると解するのである。しかし、共同正犯は実行行為の加功を要するという説に従えば、教唆となるが、正犯も教唆も刑においては差異はないから量刑上の不合理はない。軽重は情状によるのみである。古くは大宝律の如きは造意者を重く罰していた、だから、法文の字句通り文理解釈をして、実行に加功することを共同正犯の要件とし、旧刑法時代以来の判例の解釈を維持することが量刑上の不合理もなく罪刑法定主義に立脚した適正なる解釈といえるであろう。

しかし、ここに考えて見なければならないことは若し然りとするならば、二人以上の者が話し合いのうち、同時に犯行を決意し、そのうちの一人が実行したときはどうなるか、同時に決意したのであるから牧野博士はかくの場合は教唆又は従犯として成立するものと解すべきであろう（同博士日本刑法上巻四四九頁）と説かれている。そこで例を挙

げて検討しよう。甲乙二人の男がたまたま、上野公園のベンチに腰掛けて話し合った際どちらからもなく両方に窃盗に押入る話し合が決まりジャンケンをして乙が犯罪を実行したという場合としよう、この場合、乙は正犯たることは疑ないが、甲乙は話し合ううちにどちらが主動的に計画したというのではなく、同時に犯罪を決意したのであるから、甲が決意なき乙を教唆して決意せしめたのではないから教唆とはならないし、甲は乙の決意した後実行を容易ならしめたものでもなく、乙の犯罪決意を容易ならしめたものでもない、乙の決意と同時に自らも決意したので共同遂行の意思であるから従犯の概念とも異なる（拙著刑法総論一八九頁）、だから甲乙が同時に決意し、その一人乙が犯罪を実行したときは甲は教唆にもあらず幫助でもないのである。従って実行行為なき共同正犯はかくの如き場合、即ち数人が時を同じくして決意しその中の者が犯罪を実行したとき、この範囲においてのみ共同正犯は認めらるべきである。かく解することによって、理論的矛盾もなく、また、実行行為なき共同正犯が認められるのである。判例の如く精神的加功の概念を創設して教唆や従犯を強て共同正犯の概念の中に包含し、折角法律が規定した正犯、教唆、従犯の区別を抹殺するの愚を演すべきではない、また、罪刑法定主義に違反するとの非難を受けることもないであろう。

## 七 見張りと共同正犯

前叙の如く旧刑法時代には法文は実行を要件として規定していないに拘はらず判例は共同正犯は犯罪の実行を要件とした。従って判例は現行刑法当時におろても「従犯は犯罪の実行行為に属せざる行為を以って正犯の実行行為を幫



助することに依つて成立す」(明治四三年九月二日大審院判決録一六輯一五二八頁。同旨大正七年二月二日法律新聞一五二二号二二頁。昭和一五年一〇月一四日判例集一九卷六八九頁。)とした。しかし、前示の如く判例は昭和十一年五月の連合判決以来実行行為なき共同正犯の成立を認めているのである。また、犯罪成立に対する影響の輕重を以て區別する判決もある。現行刑法施行前であるが、「実行正犯は現に罪を犯したる者を謂ふものにして、その現に罪を犯したりとは犯罪の成立に重要な行為を為す者を謂うが故に、被告の見張りを以て本件窃盜罪の成立に重要な行為なりと認定したる以上は其實行正犯の責に任すべきは当然なり」とした(明治三六年一月一日判決録九輯三七頁、同旨、建物侵入につき大正五年一月一七日判決録二三輯一七九頁。同旨、大正二年二月一日同一九輯二二七頁。同旨、明治四四年二月二一日同録一八輯二二七三頁。大正一二年一〇月二七日判例集一卷五九三〇頁。同旨、昭和三年一〇月六日大法院最高集二卷一十一号一二六七頁)。爾來犯罪に認識あれば実行に参加せずとも共同正犯と認めるとする判例は枚挙に暇ない。かくて、最高裁判所の判例は正犯、教唆、従犯の區別を混同し、法律の確實性を無視するの結果を来している。ただ一つ異色ある下級審の判決がある。「共同正犯は数人が各自己の犯罪を實現する意思を相通じて犯罪を實現する者をいい、互に他の正犯者のために奉仕し、他の行為を自己のために利用するもので従犯は他人の行為を利用して自己の犯意を實現させる意思なく幫助する意思を以て、実行行為以外の行為を以てこれを幫助するものである」といっている(昭和二四年一二月二三日東京高等裁判所判例集二卷三二二頁)。この判決は従來の大審院や最高裁判所の判決とは全然異なり行為共同説の立場に立ったものと見られる異色の判決である。

共犯は数人共同して特定の犯罪を犯すもので犯罪共同説の立場が正しい。そうして、犯意なきものに犯意を生ぜし

め、犯罪行為を実行させたものは教唆であつて、犯罪の実行を容易にならしめた者を従犯とし、忠実に法律に従つて解するときには実行行為なき共同正犯の範圍は極めて狭い範圍、即ち前掲上野公園の謀議の例のような範圍にのみ成立するものである。多くの判決のように教唆、従犯を無視した共同正犯を認むべきではないと思う。

## 八 むすび

以上判例の推移を辿つて見るとどうも旧刑法時代は罪刑法定主義に忠実で、次第に解釈はルーズになり法律の確實性を欠くに至つたような感じを抱かざるを得ない。すなわち、旧刑法の共犯規定は前示の如く『二人以上現に罪を犯したる者は皆正犯と為し各自に其刑を科す』と規定し、「現に罪を犯したる者は」と規定しているが実行の文字はないのに拘はらず、判例は犯罪の実行又は密接なる行為に加功した者でなくては共同正犯とは認めなかった。蓋し、犯罪は行為であるのである。もっとも、旧刑法においては第二条において『法律に正条なき者は何等の所為と雖も之を罰する事を得ず』第三条『法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼす事を得ず』と規定し、罪刑法定主義の原則を明定していた。だから、所為即ち、行為なき者は共同正犯とは認めないとの解釈を採った。現行法に至つても大正年代の初期においてはこの解釈を踏襲していたが、大正十一年に至つて精神的加功なる概念を認めて、実行なき共同正犯を認めた。しかし、昭和十年これに反する判決が出た。ここにおいて昭和十一年の刑事連合判決となつたのであるが、この判決は実行行為なき共同正犯を認めた、即ち、行為なき共同正犯を認めたのである。現行法には罪刑法定主義につい



て旧刑法の如き規定はないが、罪刑法定主義の基盤に立っているのであるし、憲法にはその規定があるから刑法には当然の事として罪刑法定主義の規定は削除したことは定説である。だから、規定がないから罪刑法定主義ではないとは言えない、当然の事で規定する必要を認めないから規定しなかったのである。現行刑法第六〇条は『二人以上共同して犯罪を実行したる者は皆正犯とす』と規定し、特に「犯罪を実行したる者は云々」と規定しているに拘らず判例は昭和十一年以来実行行為なき共同正犯を認めた、その為に教唆、従犯の規定を無視混合する矛盾を生じた。

刑法は自由の保障であるべきであるに拘はらず、罰するために都合のよい解釈をするということになると、甚だ遺憾としなければならない。畢竟罪刑法定主義への確信が薄弱化したとは言えないだろうか。

社会は日に日に移り変わる。法律解釈もそれに順応することは勿論であるが解釈の適正、不適正は歴史的に長い目で観察して法律的確実の標尺に照して歴史的の評価がなされるのである。

附言して置きたいのは刑法改正草案である。

改正刑法草案第二六条第二項は「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も正犯とする」として間接正犯を規定し、第二七条に共同正犯の概念を規定する。「二人以上共同して犯罪を実行した者はみな正犯とする」第二項「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者のある者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは他の共謀者もまた正犯とする」。第二八条教唆第二九条従犯は現行法と同様の規定である。右の第二七条第二項は現時判例の主張を明文文化し、その実行行為なき共同正犯を法定化しようとするものである。この条文が法定化されると共同正犯と教唆、従犯の区別はますます不明瞭となり、前叙の如く教唆、従犯をすべて共同正犯と認定されその区別なきに至らしめること

にならないかを憂うるものである。〈昭和五〇・六・一五記〉