

## 学位論文題名

## 「共謀共同正犯」に関する試論

— 日中両国の共犯理論に即して —

## 学位論文内容の要旨

本論文は、その序で論述したように、日本において今日までなお議論の帰趨が見えない「共謀共同正犯」の意味での「共謀者」を、如何に処罰すべきかという問題について、日中両国の共犯理論に即して、その解決のための新しい糸口を得ることを目的としたものである。本稿は四つの章から構成されており、その要旨は次の通りである。

第一章では、日本における「共謀共同正犯」をめぐる理論を考察する。まず、判例における「共謀共同正犯論」に関してである。ここでは、「共謀共同正犯」を認めるための多様な判例の根拠、判例自体が自ら何度も共謀の概念を改めたこと、今まで判例が認めてきた「共謀共同正犯」の種類という三点を、明らかにした。そして、これらすべての根拠に疑問が生じることから、それらの根拠のいずれによっても「共謀共同正犯」を認めることは困難であると論じている。次に、学説による「共謀共同正犯」の論争についてである。ここでは、主にこれまでの肯定説の理由づけがいずれも、前述の判例によって認められてきた「共謀共同正犯」の根拠と変わらないことを究明すると同時に、先に指摘した判例の各根拠に対する疑問は、その根拠に対応する肯定説にも妥当すると指摘している。最後に、立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判についての概観を行った。ここでは、改正刑法準備草案・改正刑法草案の中に設けられた「共謀共同正犯」に関する規定によっても、判例による「共謀共同正犯」に関する論争は終息しえなかつたどころか、かえってそれが一層活発となった経緯を指摘したうえで、草案での「共謀共同正犯」の規定に対する学説による批判は、様々の視点から行われたとはいえ、しかしいずれにしても、この規定の不当さを肯定しようとする点においては、まったく同じであるということを示した。以上のような考察の結果、本章の最後では、この問題を解決するため、比較法的見地からその解決の道を探る必要があると主張している。

第二章では、中国の共同犯罪理論によって、日本における「共謀共同正犯」という現象についての分析を試みた。まず、中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革を概観した。ここでは、中国古代法から現行刑典誕生までの刑事法における共同犯罪の規定についての考察を通じて、中国では「共謀共同正犯」の意味での共謀者を処罰する明確な規定が既に「秦律」以来存したこと、日本における「共謀共同正犯論」は中国古代封建刑法に影響されたこと等を明らかにした。次に、中国現行刑法における共同犯罪の規定を巡る理論を考察した。ここでは、中国の刑法に規定されている「共同犯罪の定義」・「主犯およびその処罰原則」・「従犯およびその処罰原則」・「脅従犯およびその処罰原則」・「教唆犯およびその処罰原則」に関する学説上の理論・論争を考究したうえで、それらの現行規定が日本の共犯規定と異なっている点を指摘した。最後に、以上の中国における共同犯罪の現行規定に基づく理論によれば、「共謀共同正犯」の意味での共謀者は、如何に処罰されるべきなのかを考察した。ここでは、中国の共同犯罪理論によって、前章で指摘した七種類の「共謀共同正犯」それぞれについて分析したうえで、日本の「共謀共同正犯」的意味での共謀者を、如何に処罰すべきかに関する現在の中国における理論が、日本の「共謀共同正犯論」の否定説と差異があるとい

うこと、および七つの点で判例の「共謀共同正犯論」とその肯定説とが異なっているということとを指摘している。以上の分析を通じて、本章の最後では、以下のように論じている。中国での共謀共働現象を巡る理論は、「共謀共同正犯」の議論に当たって、一つの理論として加えることができるが、しかし中国の理論を含めて日本の「共謀共同正犯論」及びその賛否両説は、それぞれその正当化の理由があるのであろうか。

かようにして第三章では、専ら「共謀共同正犯論」とその肯定説を批判的に検討する。ここでは、「共謀共同正犯論」とその肯定説の成否の鍵が、共謀にかかる犯罪の実行行為に出なかった者と他の実行行為に出た者との間においては、共同正犯の成立要件を満たしたかどうかという点にあると指摘したうえで、次のように日本における共同正犯の成立要件に関する理論を踏まえながら、自説を展開して「共謀共同正犯論」とその肯定説が成立しえない所以を、明らかにしようとするものである。まず、日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相についての概観である。ここでは、日本の学説および判例における共同正犯の成立要件に関する理論が、未だに議論の帰趨を展望できない状況にあると指摘したうえで、その根本的原因が、共犯の本質とは何かという問題に深く関わっていると分析している。次に、共犯の本質に関して自説を展開した。ここでは、共犯の本質は数人が一つの犯罪を行うところにあると確認しつつ、共犯という現象はあくまで単独犯と異なる特殊な犯罪形態なので、共同正犯は共犯であるかぎり、その成立には共同実行の故意と共同実行の行為とが必要であると主張している。最後に、共同正犯の成立要件に関する私見を述べる。ここでは、日中両国の刑法理論における故意・実行行為の概念に関する研究の現状を踏まえながら、共同実行の故意と共同実行の行為の概念・特徴・種類などを明らかにしたうえで、次のような結論を導いている。即ち、判例が「共謀共同正犯」として認めてきたすべての場合が、共同正犯としての客観的成立要件を満たさないことはもちろん、主観的成立要件をも満たすとは言いきれないので、「共謀共同正犯論」とその肯定説は断じて否定されなければならないのである。

第四章では、日本の「共謀共同正犯」の否定説および中国の共同犯罪理論を踏まえたうえで、第一章で抽出した七種類の「共謀共同正犯」の類型に即しつつ、如何に処罰すべきかを展望する。まず、組織・画策・指揮の役割のうち、いずれかの役割を果たした場合については、主犯として正犯より重く処罰すべきであると主張している。次いで、見張り・幫助的行為をした場合に関しては、従犯として処罰すべきであると論じたうえで、「片面的従犯」を否定すべきであると同時に、中国刑法で規定される「共同犯罪において副次的な役割を果たした者」、つまり「副次的な実行犯」を従犯という枠から排除すべきであると分析している。第三に、犯罪現場に赴き犯行を目撃した場合および共謀に参加したに留まる場合についてであるが、前者は、主犯として正犯より重く処罰すべき場合もあるし、正犯として処罰すべき場合もあるし、更に従犯として処罰すべき場合もあるのに対して、後者は、予備犯として処罰すべき場合もあるし、従犯として処罰すべき場合もあると論じている。第四に、「順次共謀」・「暗黙の共謀」の場合に関してであるが、場合によって、前者は主犯あるいは教唆犯または従犯もしくは予備犯として処罰すべきであるのに対して、後者は、従犯として処罰すべきものもあるし、不処罰とすべきものもあると結論づけている。

# 学位論文審査の要旨

主査 教授 能勢 弘之  
副査 教授 白取 祐司  
副査 助教授 今井 猛嘉  
副査 教授 小暮 得雄 (千葉大学)

学位論文題名

## 「共謀共同正犯」に関する試論

— 日中両国の共犯理論に即して —

“犯罪論体系の試金石”と呼ばれるほど難解な共犯論の分野にあって、いわゆる共謀共同正犯の問題はとりわけ学説の関心が高く、賛否両論が錯綜している。数人の共謀にもとづいて犯罪が行われたとき、直接実行に加わらなかった共謀者についても、なお共同正犯として処断できるか？大審院以来、わが国の判例は一貫してこれを肯定し、学説は激しく対立してきた。かような問題状況のもとで、本論文は、副題が示すように、日中両国の共犯理論ないし共犯規定に即して、共謀共同正犯の問題をあらためて省察し、その知見にもとづき、共謀者処罰の法理に新たな展望を拓こうとするものである。

序説につづく第一章「『共謀共同正犯』を巡る理論の考察」において、著者は、まず、大審院以降蓄積されてきた膨大な判例事案を綿密に検討、判例が共謀共同正犯を認める根拠および“共謀”の意義を追求する一方、事案の克明な分析を通して、そこに7つの類型を抽出した。また、いわゆる共同意思主体説や間接正犯類似説、行為支配説等を巡る学説の論争状況、改正刑法草案にいたる立法化の動向についても、詳細に検討される。ついで第二章「中国共同犯罪理論による『共謀共同正犯』の分析」では、中国古代から現代にいたる共同犯罪規定の沿革を辿った後、“主犯”の処罰規定を含む中国現行刑法での共犯理論が詳述され、さらに一步を進めてわが国の判例から抽出された類型的な事案に対する処断が試みられる。いわば共謀共同正犯の諸類型に即した中国流の対応を解明したもので、本論文の白眉といえよう。

つづく第三章は、「『共謀共同正犯論』とその肯定説の批判的検討」に充てられる。

著者は、共犯の本質に照らし、共同正犯の成立には“共同実行の故意”および“共同実行の行為”が必要である、という前提に立って、批判的検討を試み、帰するところ“共謀共同正犯”の共同正犯性を否認するのである。こうして、第四章「結び——『共謀共同正犯』の処罰——」では、前記の諸類型に応じて、共謀者処罰の在り方が論じられることになる。即ち、それが、①組織・画策・指揮の役割のうち何れかの役割を果たした者は、主犯として正犯より重く処罰すべきであり、②見張り・助的行為を行った者は、従犯として処罰すべきであり、③犯罪現場に赴き犯行を目撃した者は、主犯として正犯より重く処罰すべき場合もあるし、正犯として処罰すべき場合もあるし、更に従犯として処罰すべき場合もあり、④共謀に参加したに留まる者は、予備犯として処罰すべき場合もあるし、従犯として処罰すべき場合もあり、⑤「順次共謀」の者は、場合によって主犯あるいは教唆犯または従犯もしくは予備犯として処罰すべきであり、⑥「暗黙の共謀」の者は、従犯として処罰すべき場合もあるし、不処罰とすべき場合もある、と言うものである。

共謀による共同正犯の正否に関しては、すでに多くの論策が著されているとはいえ、学説・判例による肯定説の理由づけが、刑法第60条の文理的障碍を克服し得ていない現状において、それはなお今日の問題性を失っていない。本論文は、実務上の要請に対し一定の理解を示しながらも、解釈論としては、明確に批判的姿勢を貫いた。その間、本論文が、(1) 優に千件をこえる共謀共同正犯判例の精査・分析を通して、共謀共同正犯の呼称で一括される諸事例を類型別に整理したこと、(2) 秦律をはじめ、中国封建刑法以来の沿革のなかに、共謀者処罰の系譜があることを検証し、それがわが国判例理論に影響を与えた可能性を示唆したこと、(3) 日中両国の現行共犯規定および共犯理論を入念に対照しながら、共謀共働現象にかかわる対応の異同を鮮明にしたこと、は共謀共同正犯の問題領域に新たな知見を加えたもので、高い評価に値するであろう。

たとえば学説の批判的検討に奥行きがとばしい、というたぐいの不満は残るものの、全体として日中両国の共犯論を架橋する貴重な労作といってよい。とりわけ、元来、共犯の関与形式と役割の軽重との間には乖離があるにも拘わらず、必要的共犯の例を除いて、関与形式がせまく限定され、そこに役割の軽重を反映させることが難しい、わが共犯規定の硬直を明快に指摘した点は卓見というべく、裨益するところが大きいと思われる。

慎重な審査の結果、審査委員の全員一致を以て、博士(法学)の学位を受けるにふさわしい業績と判断した。