

共犯の罪数

内田文昭

目次

- 一 問題提起
- 二 一罪の正犯に対する共犯
 - 一 単純一罪に対する共犯
 - 二 包括一罪に対する共犯
 - 三 科刑上一罪に対する共犯
- 三 数罪の正犯に対する共犯
 - 一 数罪の正犯に対する共犯をめぐる判例の変遷
 - 二 数罪の正犯に対する観念的競合・牽連犯としての共犯
 - 三 数罪の正犯に対する併合罪としての共犯
- 四 昭和五七年最高裁決定の意義
- 五 結論

一 問題提起

一 かつて、ドイツの判例によれば、教唆・幫助は、それ自体としては「特徴性に乏しい行動 (indifferenter Akt)」であって、一八七一年当時のドイツ帝国刑法典七三条（観念的競合）・七四条（併合罪）の前提となる「行為」とはいえないとされたことがあった。したがって、教唆・幫助は、それ自体では観念的競合を基礎づけることができないし、併合罪を基礎づけることもできないのであった。正犯が併合罪の關係に立つ数罪を實行したときには、まさにこれに「從屬」して、教唆犯・幫助犯もまた併合罪になると考えられたといえよう（これを「複数正犯＝複数共犯の思想」と呼ぼう）。一八八一年一月九日の帝国裁判所第一刑事部判決（「判例11」）として、後に改めて取り上げる）に代表される。ビルクマイヤーの「可罰性借用論」⁽²⁾が妥当していたわけである。

このような理解は、当時から強い批判を受けざるえなかつた。共犯從屬性説に批判的なビンディング⁽³⁾は、これでは共犯は自己の行為の責任を負うのでなくして、他人（正犯）の行為の責任を負わざるをえないことになってしまつて、これに強く反対した。共犯從屬性説に立つフランクやメツガーも、結論的には判例の態度に批判的であつた。フランクは、「一個の自然的な行為は決して数個の法律的行為をもたらしえない」のに、判例はこの原則を破つて「從屬性」に訴えたと批判を加え、メツガー⁽⁵⁾は、「共犯從屬性思想の誇張」を非難したことであつた。

そもそも「特徴性に乏しい行動」とは何かをあきらかにする必要があろう。

やがて、判例も態度も改めた。一九三五年二月三日のドイツ帝国裁判所第一刑事部判決（「判例13」）として、後で改めて取り上げる）以来、当時の帝国刑法典四八条（教唆犯）の「教唆 (Anstiften)」・四九条（幫助犯）の「幫助 (Hilfe leisten)」は、七三条・七四条の「行為」にほかならず、したがって、その「罪数」も、共犯自身の関与態様に即して決定

されなければならないとされるようになった。メツガー⁽⁷⁾が、これを歓迎し、その後の通説・判例の是認するところとなったことは、周知の通りである。基本的には、正当な方向が示されたといつてよからう。共犯は、自己の「共犯行為」について責任を負うのである。

しかしながら、共犯の罪数は「共犯自身のもの」であるということの意味内容は、必ずしも明確ではない。およそ正犯の罪数とは無関係なのかどうか、改めて問題とされなければならないのである。たとえば、暴力団の親分が、事務所に二人の子分を呼んで、対立暴力団幹部の殺害を教唆した場合、その教唆が、外観上、「一回であった」というだけで、二名の正犯が、それぞれ複数人を殺害し、併合罪ないしは観念的競合たりうる状況が存在したにもかかわらず、なお「一個の殺人教唆罪」にすぎないのかという疑問を提示することだけで、問題の所在はあきらかとなるであろう。

二 わが国の判例にも、同様の問題があることは、周知の通りである。

ただ、わが国では、ドイツと違って、判例の変更といえる程の明確なもの存在せず、共犯個数は正犯個数に依存すると考えるのが「主流」であり、共犯個数の独自性を掲げるのが、「非主流」であるとする⁽⁹⁾とらえ方しか行われなかったといわざるをえないであろう。「主流」を代表するのが、大判昭和二年一月二八日刑集六卷四〇三頁（判例15）として、後に改めて取り上げる）であり、「非主流」を代表するのが、大判大正二年一月二二日刑録一九輯一〇〇〇頁⁽¹⁰⁾（判例16）として、後に改めて取り上げる）であるといえよう。「非主流」の判例も、かなり初期から存在していたのが、興味深いところである。

このような状況で、わが最高裁判所は、昭和五七年二月一七日の第一小法廷決定・刑集三六卷二号二〇六頁（以下、「五七年決定」と呼ぶ）において、「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによって成立するものであるから、成立すべき幫助罪の個数については、正犯の罪のそれに従つて決定されるものと解するのが相当である」として、正犯らが一回に亘り「寛せ

「い剤」を密輸入した際に、それを知りながら、正犯らの犯行を幫助したという事案につき、たとえその「幫助行為が一個であつても、二個の覚せい剤取締法違反幫助罪が成立すると解すべきである」とした上で、「右のように幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法五四条一項にいう一個の行為によるものであるか否かについては、幫助犯における行為は幫助犯のした幫助行為そのものにはかならないと解するのが相当であるから、幫助行為それ自体についてこれを見るべきである」と説示し、本件被告人の「幫助行為は一個と認められるから、たとえ正犯の罪が併合罪の関係にあつても、被告人の二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪は観念的競合の関係にあると解すべきである」という判断を示したのである。

原判決は、幫助罪も併合罪であると判断したが、「五七年決定」は、これを否定したのである。しかし、破棄する程の「違法」は認められないのであった。

「五七年決定」が説示するところは、必ずしも明確ではない。「幫助罪の個数」は正犯のそれに従つて決定されるという前半の第一命題は、かつてのドイツの判例や、わが国の「主流」判例の論理を髣髴とさせ、「幫助行為の個数」は幫助行為それ自体によるという後半の第二命題は、最近のドイツの判例やわが国の「非主流」判例の趣旨を祖述しているかに窺われる。

しかしながら、単に「主流」と「非主流」を寄せ集めただけでは、問題の整理とはいえない。第一命題と第二命題の内的連関をあきらかにする必要がある。「五七年決定」をめぐつては、すでに多くの論評がみられるが、後に指摘するように、必ずしもこの点があきらかになつたとはいえないように思われる。わたくしも、明確なものを示しえなかつたといわざるをえず、かねて悩んでいたことであつた。⁽¹²⁾

しかし、その後、考え方もすこしまとまってきたので、この機会に、改めて、「正犯の罪数」と「共犯の罪数」との一般的な「かわり」をも視野に入れ、従来からの学説・判例の軌跡を辿りながら、若干の考察を加えたいと希う次第である。

まず、一罪の正犯に対する関与問題から出発しよう。

なお、共同正犯・間接正犯等の罪数問題もないわけではないが、⁽¹³⁾本稿では、特に論及しないことにしたい。

- (1) RG. St. Bd. 5, 1882, S. 227ff. 後出 三・一・一以下。
- (2) K. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 144ff., 180.
- (3) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 586ff., 587 Anm. 49.
- (4) R.v. Frank, Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZStrW. 14, 1984, S. 354ff., 372.
- (5) E. Mezger, JW. 1936, S. 730. *zu § 27* 後注 (7)。
- (6) RG. St. Bd. 70, 1937, S. 26ff. = JW. 1936, S. 728.
- (7) E. Mezger, JW. 1936, S. 730.
- (8) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. 1993, § 26 Rdn. 103 Anm. 148, § 27 Rdn. 54 Anm. 106 [C. Roxin]; Systematischer Kommentar, 7 Aufl. 2000, § 26 Rdn. 33, § 27 Rdn. 38 [A. Hoyer].
- (9) 小野清一郎「教唆犯と犯罪個数」法学評論上(昭二三) 一八九頁以下。
- (10) 牧野英一「教唆犯の犯罪個数」刑法研究一卷(大九) 一二二頁以下、中野次雄「共犯の罪数」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論(昭三九) 三六〇頁注(一)。
- (11) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平二) 二八五頁以下、三八六頁注(二六)、宇津呂英雄「共犯の罪数」研修四一〇号四七頁以下、大越義久「幫助罪の個数」昭和五七年度重要判例解説一六六頁、大野平吉「幫助罪の個数、幫助罪が個数成立する場合と刑法五四条一項にいう一つの行為」判例評論二八八号五七頁、佐藤文哉「幫助罪の個数、幫助罪が個数成立する場合と刑法五四条一項にいう一つの行為」法曹時報三七卷一二号三三三頁、飛田清弘「一個の幫助行為で二個の正犯を幫助した場合における幫助犯の罪数」警察学論集三五卷一二号一二九頁、中野次雄「共犯と罪数」刑法判例百選Ⅰ総論(第二版) 二〇四頁、西田典之「共犯の罪数」刑事判例評釈集四四卷Ⅱ四五卷二〇頁以下、山火正則「共犯と罪数」刑法判例百選Ⅰ総論(第四版) 二二二頁。
- (12) 内田文昭・刑法概要中卷(平一一) 六六四頁以下。
- (13) 差し当たっては、内田・概要中卷六六三頁以下。

二 一罪の正犯に対する共犯

一 単純一罪に対する共犯

一 正犯が、単純一罪を実行したにすぎない場合、これに関与した者は、その方法が「唆し」・「勧誘」であれ、「支援」・「救援」であれ、また、その回数が「一回」であれ「数回」であれ、いずれも単一の教唆犯・幫助犯しか成立させないといわなければならない。連日のように「勧誘」を続けて犯罪を決意・実行させたような場合であろうと、すでに犯罪を決意した者が、犯行資金の調達に奔走している際に、まず、ある年に五百万円を準備し、翌年漸く残りの五百万円を調達し、もつて正犯の犯行を「支援」することができたような場合であろうとを問わず、正犯の実行行為が「一個」である限り、教唆犯・幫助犯も「単一」なのである。⁽¹⁾

そもそも、徹底した「共犯独立性説」によるならば、「教唆そのもの」・「幫助そのもの」も可罰的であり、正犯たるべき者が実行行為に出ない場合であつても、「教唆未遂」・「幫助未遂」の罪責を負うべきことになるが、「共犯従属性説」の見地では、正犯が実行に「着手」して、はじめて共犯としての可罰性が肯定されるに至るのが原則であるから、⁽²⁾さき程の設例でも、正犯が実行に着手する以前は、教唆犯・幫助犯の問題を生じさせず、正犯の実行行為をまっけて、「一個」の教唆犯・幫助犯として可罰的たりうることになるのである。そして、正犯が未遂の段階にとどまる限りは、共犯もまた「未遂の共犯」⁽³⁾たりうるにすぎないわけである。これは、すでに周知のことに属する筈である。「共犯従属性説」は、これ以上でもなければ、これ以下でもないといわなければならない。すなわち、共犯は、正犯の「実行行為」に「従属」するだけで、正犯の「罪数」に従属するわけではないし、正犯の「実行行為」以前に可罰的たりうるわけでもないのである。⁽⁴⁾〔判例11〕が〔判

例13」などにより超克されたのも、ここにその内的根拠があるといえよう。

複数の関与行為も、一正犯に関与するものである限り一個の共犯を成立させるにすぎないという意味での「一正犯Ⅱ共犯の原則」は、実は、このような「共犯従属性説」の具体的な適用にほかならない。⁽⁵⁾ 判例も、かねて、このような理解を維持してきたといつてよからう。

二 一八八四年七月七日のドイツ帝国裁判所第一刑事部判決（判例1）⁽⁶⁾は、自己堕胎罪を幫助した被告人が、まず、妊婦に丸薬を与えたが効果がなかったので、つぎに散薬を供与したところ、やはり失敗に終わったという事案につき、自己堕胎の正犯が「一個」の堕胎未遂罪（ドイツ刑法二二八条一項未遂）を犯したにすぎない以上、一回に亘る幫助も、「一個の幫助罪」を成立させるにすぎないとして、二個の幫助罪を認めた原判決を破棄したのである。

尤も、「判例1」は、いわゆる「従属性思想の誇張」から、「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」に訴えながらも、⁽⁷⁾ 事案が「一正犯の未遂」を示すものである以上、一回に亘る外部的行動と意思にもかかわらず、幫助罪としては、「一幫助罪」として処理されなければならないとするもので、その基本的な態度は、「判例13」によって否定されたのであるが、「一正犯Ⅱ共犯」の限度では、現在でも通用するものがあるということになる。

さらに、正犯の未遂が、何故に「二個」にすぎないのかという問題もある。しかし、「判例1」は、「連続して行われた行為」であるから、「一個」にすぎないと解してよい⁽⁸⁾ であつて、そこにまた問題があるが、後程改めて取り上げることにしよう。

いずれにせよ、「判例1」が、「一正犯Ⅱ共犯」を掲げたことはたしかなのである。

なお、わが国では、自己堕胎罪（刑法二二二条）などの未遂は不可罰であり、ドイツでも、現在、自己堕胎未遂は不可罰となつているが（二二八条四項）、当時は、広く「未遂」を処罰する態度がとられていたから（一八七一年刑法典四三条）、

右のような問題を生じさせたものであることを付言しなければならない。

ところで、わが国でも、墮胎教唆に関して、「判例1」に類似の議論を展開した判例がある。大判大正九年六月三日刑録二六輯三八二頁（「判例2」）は、被告人が、私通して妊娠させた相手方女性を教唆して墮胎を決意させると同時に医師に依頼して墮胎をさせたという事案で、「一面懐胎ノ婦女ヲ教唆シテ墮胎ノ決意ヲ為サシメ他面医師ヲ教唆シテ同婦女ニ対スル墮胎手術ヲ為サシメ因テ一箇ノ墮胎行為ヲ遂行セシメタル場合ニ於テハ其前者ニ対スル教唆行為ハ刑法第六十一条第二十二條ニ後者ニ対スル教唆行為ハ同第六十一条第一項第二十四條前段ニ該当スル所元來被告ノ行為ハ二人ヲ教唆シテ一箇ノ墮胎行為ヲ実行セシメタルニ過キサレハ包括的ニ之ヲ觀察シ重キ後者ニ対スル刑ニ從フヘキモノナルモ被告ハ医師タル身分ナキモノナルヲ以テ同第六十五條第二項ニ依リ同第二百十三條前段ノ刑ヲ科スヘキモノトス」として、一個の墮胎教唆しか認めなかった原判決には「理由不備」の違法があるとする被告人の上告を斥けたのである。

しかしながら、「判例2」には、重大な疑問があるといわなければならない。自己墮胎罪と業務上墮胎罪（刑法二二四條）とは、はたして「一個の墮胎罪」といえるかどうかという点にかかわる問題である。「判例2」は、ベーリング流の「あまりにも抽象的な構成要件」⁽⁹⁾すなわち「墮胎罪そのものの構成要件」を前提にしているものといわなければならない。しかし、わが現行法は、自己墮胎罪だけはこれを単独で実行しうるものとしながらも、同意墮胎罪（刑法二二二條）と自己墮胎罪、ないしは、業務上墮胎罪と自己墮胎罪という「必要的共犯関係」はこれをそれぞれ個別的に規定したものであり、この限りで、自己墮胎罪と業務上墮胎罪とは、「同時犯」として独立に成立しなければならないと解するのが正当なのである。⁽¹⁰⁾したがって、「判例2」の事案では、自己墮胎罪の教唆犯と業務上墮胎罪の教唆犯が成立するのである。この限りでは、被告人の教唆は二個であるという上告趣意には、正しい点がある。ただ、この二個の教唆が、いかなる罪数関係に立つかの問題が生じてくることになるわけである。⁽¹¹⁾これが、本稿の最大の論点である。この関係では、大判大正六年二月二日刑録二

三輯一五七二頁が、業務上墮胎罪の教唆者を「教唆」した行為が「同時」に自己墮胎罪の「幫助」に当たる場合につき、「観念的教護」を肯定したのは、論理的には妥当であったと思われる。⁽¹²⁾

このように、「判例1」・「判例2」には、深刻な問題が包蔵されているのであるが、いずれも、「二正犯」といえるかどうかの問題に帰着するのであって、「二正犯」を前提とする限りは、「二正犯＝共犯の原則」は破られていないものである点に注意しなければならないのである。

このように眺めるならば、二〇〇〇年八月一日のドイツ連邦裁判所第五刑事部判決（「判例3」）⁽¹³⁾が、正犯の一個の脱税につき、幫助者の数回に亘る支援も「一個の租税法違反罪」に対する「一個の幫助罪」を成立させるにすぎないと判示したことは、当然のこととはいいながら、極めて正当であるといわなければならない。特に、「判例3」は、幫助行為が時間的に接近していることなしにも、一正犯が前提となる限り、一幫助たりうるということ承認するもので、⁽¹⁴⁾さき程の設例に掲げたような「支援活動」が二年に及ぶような場合であつても、なお、「一個の幫助罪」たりえないことを確認したものととして、注目に値するのである。

このような理解は、正犯の個数と共犯の個数とは、それぞれ個別独立に画定されなければならないという「判例13」以来の最近の判例においても、正犯が単数か複数かにかかわりなしに、その「行為自体が複数」のときは複数の共犯が成立しうるかに説示するものや、⁽¹⁵⁾「単一幫助」を肯定するためには、複数の支援行為が、時間的・場所的に接近していなければならないとするもの⁽¹⁶⁾などが散見されることからして、⁽¹⁶⁾貴重な意味を有するものといふべきである。

尤も、「判例3」などの最近の傾向は、共犯の「不法」は専ら正犯の「法益侵害」のみから導かれるにすぎないというのであつて、⁽¹⁷⁾そこに「共犯従属性説の誇張」⁽¹⁸⁾が窺われ⁽¹⁸⁾ないではないし、「間接的法益侵害」として「正犯不法」の中に活かされる共犯固有の「不法」という一面を没却する危険性も窺われ⁽¹⁸⁾ないではないが、正犯個数とは全く無関係に共犯個数が画定

されなければならないわけではないのであるから、「判例3」の説示は尊重されてしかるべきなのである。「一正犯Ⅱ共犯の原則」は堅持されなければならない。

なお、わが国でも、一個の脱税に対する二日間に亘る複数関与を「単一幫助罪」にすぎないとした大判大正二年四月一七日刑録一九輯四七九頁（判例4）⁽¹⁹⁾があることを付言しておきたい。

三 「一正犯Ⅱ共犯の原則」は、当然には「複数正犯Ⅱ複数共犯の原則」を導くものではない。前者は、「共犯従属性説」の帰結といえようが、後者はそうではないのである。後に検討するように、共犯が、複数正犯に対する関係で、それぞれ別個に併合罪を成立させる場合が、典型的な「複数正犯Ⅱ複数共犯」なのであって、むしろ、「一正犯Ⅱ共犯」の複合体といつてよいのである。

これに対して、「判例11」などが依拠する「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」は、「共犯従属性説の誇張」であり、正当ではないといわなければならない。正犯が複数存在するからといって、これに無条件に「従属」して、共犯も複数存在すると考えることは、すでに古くから否定され続けているところなのである。

「一正犯Ⅱ共犯の原則」と「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」とを混同することは許されない⁽²⁰⁾のである。

四 単独正犯に対する複数共犯の関与でも、基本的には同じ考量が妥当する。それぞれが、単独共犯である限り、それぞれを個別的に検討すればよいのである。⁽²¹⁾

(1) 尤も、一九七五年のドイツ新刑法典三〇条は、一八七六年改正の帝国刑法典四九条aと同様、一定の「教唆的行為そのもの」を処罰しうる趣旨を宣言しているから、某日の「殺人教唆の失敗」と、翌日の「成功」とは、「二個の教唆行為」たりえないわけではないことになる。前日の行為は、三〇条・二二二条の問題となり、翌日の行為は、二六条・二二二条の問題となる。そして、二個の教唆行為の罪数関係が検討されることになる（Schönke-Schröder, StGB, 26 Aufl. 2001, S. 537 [Cramer/Heine]）。「新たな教唆故意」が認定される限

- り、「併合罪」を考慮することになる(BGH, NSStZ. 1999, S. 25ff. mit Anm. W. Beulke)。
- しかしながら、このような問題は、「共犯従属性」の「例外」規定ともいえるべきドイツ刑法三〇条にかかわるものであって、かような規定をもたないわが刑法の下では、特に取り上げる必要はないと思われる。
- (2) この「原則」を確認するのが、後出〔判例13〕であり、〔判例30〕である。〔例外〕は、前注(1)のような場合にほかならない。内田・刑法概要中巻四四八頁注(8)。
- (3) 内田・概要中巻四四二頁以下。
- (4) 小野・法学評論上一九二頁以下、団藤・網要総論〔第三版〕二八五頁。
- (5) LK, 11 Aufl. Vor § 26 Rdn. 7ff., 22, § 27 Rdn. 54 [C. Roxin].
- (6) RG. St. Bd. 11, 1885, S. 37ff. 1916, K. Binding, Handbuch, S. 587 Anm. 49.
- (7) RG. St. Bd. 11, S. 38f.
- (8) RG. St. Bd. 11, S. 38. なお、後出、(18) — (23)、五注(21)。
- (9) 内田文昭・刑法概要上巻(平七)一四六頁以下、四四二頁以下。
- (10) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平八)七八頁以下。なお、内田・概要中巻五五九頁注(28)。
- (11) 中野・斉藤祝賀三五七頁は、「判例2」を、「正犯の罪数」と、「共犯の罪数」との不一致を承認する例外的判例すなわち「非主流」の判例としてとらえられる。たしかに、自己墮胎の正犯と業務上墮胎の正犯は別個に「複数」存在する。しかし、「判例2」は、それにもかかわらず「墮胎罪」は「一個」しかないと考えたのである。
- (12) 内田・各論〔第三版〕八一頁注(3)。
- (13) BGH, NJW. 2000, S. 3010ff. 1991, SK, 7 Aufl. § 27 Rdn. 38 [A. Hoyer].
- (14) NJW. 2000, S. 3012.
- (15) BGH, NSStZ. 1991, S. 489f. なお、後出、二・三注(20)(21)。
- (16) BGH, NSStZ. 1991, S. 489f.; BGH, NSStZ. 1999, S. 451.
- たしかに、「支援行為」の時間的・場所的接近性は、「一個の幫助」を肯定する場合の重要な「目安」とはいえよう。しかし、それは、絶対的要件ではないのである。なお、LK, 11 Aufl. 1999, Vor § 52 Rdn. 43 [R.R.v. Saan].

(17) BGH. NSLZ. 1999, S. 514; BGH. NJW. 2000, S. 3012.

なお、このような考え方は、学説においても、かなり一般化しているといえよう。LK, 11. Aufl. Vor § 26 Rdn. 1ff., 4ff., 10ff., 22 [C. Roxin]。

(18) 内田・概要中巻四三六頁以下、四三九頁注(4)、四四〇頁注(7)。さらに、後出、五注(1)以下。

(19) これにつき、中野・斉藤祝賀三三五頁以下、佐藤・法曹時報三七卷一二号三三五頁以下、西田・刑評四四卷四五卷三三頁。

(20) 「五七年決定」の原判決は、「判例4」を援用したが、そこには、「一正犯Ⅱ共犯の原則」と「複数止犯Ⅱ複数共犯の思想」の混同があるといわなければならない。「判例4」は、「一脱税Ⅱ一幫助」の原則を確認しただけなのに、「五七年決定」の事案も、「一密輸入Ⅱ二幫助」でなければならぬと考えたものといふべきなのである。中野・斉藤祝賀三五五頁以下、佐藤・法曹時報三七卷一二号三三五頁以下も、同様に考えている。これに対して、西田・刑評四四卷四五卷三三頁は、「判例4」では一正犯が問題であり、「五七年決定」では二正犯が問題なのであるから、同一に論じることには疑問がないわけではないが、結局は、「従犯の犯罪は正犯のそれに付随して成立する」ものとしてとらえられたのであろうとされる。

(21) たとえば、Aが、Xに対してY殺しを教唆し、仲間のBも、別個に、Xに対してY殺しを教唆したところ、Xが、両者の教唆により、はじめてY殺しを決意し、実行したような場合は、A・B共に、それぞれ殺人教唆罪の罪責を負うのである。この場合、Bが、Z殺しを教唆したところ、XはZを殺害したようなときは、Aが、XのZ殺しについて、いかなる「心的かわり」をもっていたかの問題となる。後出、三・二注(11)(12)(13)(14)。なお、内田・概要中巻五二〇頁以下、五二四頁以下。

二 包括一罪に対する共犯

一 「一正犯Ⅱ共犯の原則」は、包括一罪についても妥当するものといわなければならない。

まず、「規定上の包括一罪」⁽¹⁾に關していうならば、たとえば、ある公務員に対して、収賄の「要求」に出ることを教唆した者は、当該公務員が、これに応じたばかりか、さらに賄賂を「約束」し、「收受」したとしても、単純に、刑法一九七条の「収賄罪」を「教唆」したものとされるべきである。正犯が、一九七条所定の各行為に出たとしても、それらは「規定上

の包括一罪」を組成する部分行為にほかならないのであるから、教唆犯もまた「一個の包括一罪に対する一共犯」としてとらえられるべきなのである。この限りで、「構成要件の規定内容」⁽²⁾が重要な意味をもつわけである。

「吸収一罪」としての包括一罪にも、「一正犯」⁽¹⁾「一共犯の原則」が妥当する。たとえば、第一回目「殺人教唆」は、正犯の失敗により「未遂」に終わったが、翌日、さらに慎重に実行しよう懇請して、所期の目的を遂げたというような場合、正犯の「殺人未遂」は「殺人既遂」に吸収されて、「一罪」になるといってよい。⁽³⁾また、教唆犯の「殺人未遂教唆」も、「殺人（既遂）教唆」に吸収されて、殺人教唆罪が「一個」成立するにすぎないと考えるべきである。ツイップは、⁽⁴⁾第一教唆を「共罰的事前行為」として位置づける論理に出るが、やはり、「一正犯」⁽¹⁾「一共犯の原則」は守られるのである。

二 以上の考量は、「罪質上の包括一罪」⁽⁵⁾に関して、より重要な意味をもつことになる。

国家・社会に対する犯罪は、基本的には「一個の包括的な危険」を想定して、構成要件が定立されている。この「包括的な危険」が「量的に拡大強化」されたとしても、それが一個の危険の枠内にとどまる限り、「一罪」であるにすぎない。たとえば、内乱罪（刑法七七条）は、殺人・放火・損壊などを包括した「国家的危険」を想定している。したがって、個々の行為者が、殺人・放火・損壊などを実行したとしても、それらが「一個の危険」を形成する「暴動」の枠内にある限り、内乱罪としては「一罪」なのである。当然に「共犯」も、「一内乱」⁽⁶⁾「一共犯」といわざるをえない。

判例も、古くから、「罪質上の包括一罪」に対する「一共犯の原則」を肯定してきたといつてよい。

三 大判明治四四年一月一六日刑録一九輯一九八四頁（判例5）は、二名の者に対し、同一堤防破壊を教唆して、それぞれこれを実行させ、人家を浸害するに至らしめたという事案につき、「同一ノ堤防破壊ノ行為ヲ二人ニ対シテ教唆スルモノニ箇ノ法益ヲ侵害スルモノニアラサルカ故ニ」、原判決が単に刑法一九九条の教唆罪を一罪しか肯定しなかったとしても、それは正当であるという。公共危険罪としての「出水罪」の罪質を弁えた判例として評価しうるであろう。これを、正

犯の罪数と共犯の罪数との「不一致」を肯定する「例外」判例としてとらえるのは、単に正犯の「人数」と共犯「個数」との不一致を非難するだけで、公共危険罪の罪質を看過するものであるといわざるをえない。

また、大判大正一四年七月二〇日刑集四卷四九五頁（判例6）は、二人の者に対して、町長を辞職に迫りやう脅迫することを教唆したという事案につき、「被告人ハ同時ニ（甲）外一名ヲ教唆シ同人等ヲシテ共同シテ刑法第九十五条第二項ニ該当スル単一ナル犯罪ヲ実行スルニ至ラシメタル事実ナレハ被告人ノ行為ハ単一ナル教唆罪ヲ以テ律スヘキモノ」であるという。町長の「公務」は「一個の危険」に曝されたにすぎない以上、教唆犯も「一個」であるとするもので、正当であるといえよう。これを、「判例5」に対すると同様の角度からしかみないのは、不当であるといわなければならない。⁽⁸⁾

このような観点で、さらに興味深いのは、最判昭和五六年七月一七日刑集三五卷五号五六三頁（判例7）である。被告人は、劇場の照明係りであったが、舞台上の二個所で、二人の踊り子が、それぞれ男性客と組んで「わいせつ」な振舞を演じた際に、二組の男女に照明を当てて、これを幫助したという事案に関するものである。被告人は、略式命令により罰金十万円に処せられ、確定したが、検事総長は、罰金十万円は処断刑の上限を超えたもので、明白な法令違反があるとして非常上告に及んだのである。原判決によれば、二組の男女は、共同正犯として、それぞれ別個の「公然わいせつ罪（刑法一七四条）」を行ったことになるが、被告人は、「一個」の照射行為で、二個の幫助罪を行ったものというべきであり、「観念的競合」にはかならないから、処断刑の上限は、「罰金」を選択するときには、刑法六三条により罰金五万円とされなければならないという理解が根拠にあるといえよう。⁽⁹⁾

これに対して、「判例7」⁽¹⁰⁾は、「本件は踊り子及び男客の正犯が共同して犯した一個の公然わいせつ行為を被告人が幫助したものと解される」から、「観念的競合」ではなくして、単純一罪としての「二個の幫助罪」にすぎないが、観念的競合の場合と同様、罰金の処断刑の上限は六三条により五万円以下でなければならないとして、改めて原略式命令を破棄し、罰

金五万円を言い渡したのである。

たしかに、男女二組の「公然わいせつ罪」が「別個」のものであり、したがって、被告人の幫助罪も「併合罪」であるとするならば、六三條による「減輕」を前提としても、四八條二項による「加重」により、罰金の処断刑の上限は、十万円に達しうるから、この限り破棄事由は存在しないが、観念的競合または単純一罪であるとするならば、当然、破棄を免れないであろう。

問題は、非常上告のように「観念的競合」と考えるか、「判例7」のように「単純一罪」と考えるかにあるが、「判例7」をもって妥当と考えるべきである。事案が指し示す「公然わいせつ行為」は、舞台上での場所を異にして別個に行われたものであったとしても、同一劇場で同じ観客の目前で行われた「一個の公共危険」惹起と評価しうるが故に、幫助罪もまた「単純一罪」を成立させるにすぎないのである。⁽¹¹⁾

四 国家的・社会的法益に対する「危険」惹起が、「一個」にとどまる限りは、右の考量が妥当するが、危険が「数個」に及ぶものとして評価されなければならない場合には、別異の考量が必要であるといわなければならない。「公然わいせつ罪」に関していえば、全く同じような「わいせつ行為」を行った場合でも、日時・場所を異にし、かつ、相違する観客の前でそれが行われたときには、到底「一個の危険」を考慮するだけでは足りず、⁽¹²⁾したがって、共犯もまた、これに「対応」して検討されるべきことになるが、これは、「複数正犯」に対する共犯の罪数問題であるから、後に改めて検討することにした^{い。}

さらに、「偽証罪」などは、国家の司法作用に対する「危険犯」なのであるが、現行法（刑訴規則二二三條）の下では、複数の偽証犯が存在する場合には、各証人毎に個別の「危険」を想定しなければなるまい。したがって、ここでも、「複数正犯」に対する「共犯の罪数」が、重要な問題として登場することになる。後に改めて検討する。

また、「実質的包括一罪」としての「接続犯」にかかわる問題もあるが、旧連続犯（刑法五五条）との関連で、便宜上、「数罪の正犯に対する共犯」と併せて検討したい。

- (1) 「規定上の包括一罪」については、内田・刑法概要中巻六三二頁以下。
- (2) この限り、「構成要件基準説」は妥当な面をもつのである。内田・概要中巻六五八頁注(8)。
- (3) 内田・概要中巻六三二頁以下。
- (4) Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. T. Teilband 2, 7 Aufl. 1988, S. 417.
- (5) 「罪質上の包括一罪」については、内田・概要中巻六四〇頁以下。なお、Schönke-Schröder, 26 Aufl. S. 784 [W. Stree].
- (6) 尤も、このような立言は、内乱罪にも共犯規定（刑法六〇条以下）の適用が認められるという立場を取った場合を前提にしている。なお、内田・概要中巻四二二頁以下。
- (7) 中野・斉藤祝賀三五七頁。
- (8) 中野・斉藤祝賀三五七頁。なお、宇津呂・研修四一〇号五〇頁。
- (9) 刑法一七四条の「罰金刑」は、当時「五百円以下」であったから、「罰金臨措法」により「十万円以下」とされていたのである。
- (10) これにつき、佐藤・法曹時報三七卷一二号三四〇頁、宇津呂・研修四一〇号五七頁、飛田・警察学論集三五卷一二号一三七頁以下。
- (11) 飛田・警察学論集三五卷一二号一三七頁以下は、「判例 7」を、「五七年決定」の先例的なものとしてとらえられるが、「判例 7」は、単に「罪質上の一正犯」共犯の原則を確認したにすぎないものと考えるべきであろう。
- (12) 最判昭和二五年二月一九日刑集四卷二二号二五七七頁。なお、内田・概要中巻六四二頁以下。

三 科刑上一罪に対する共犯

一 わが現行刑法は、総則第九章「併合罪」（四五条以下）の章名の下に、五四条で「観念的競合」・「牽連犯」を規定する。「二個の行為が二個以上の罪名に触れる」場合が、観念的競合（五四条一項前段）であり、複数の犯罪の間に「原因」・

「結果」、「目的」・「手段」の密接な「つながり」が認められる場合が、牽連犯（五四条一項後段）である。ドイツでは、「牽連犯」に当たる場合も「観念的競合」に包括されてきたが、わが国では、両者が区別されていることに、一応留意しておきたい。

しかしながら、牽連犯は勿論のこと、観念的競合もまた、「複数の行為」を前提とし、したがって、論理的には、まさに「併合罪」にほかならないといわなければならない。五四条が、四五条以下の併合罪と併せ規定されているのも、このことを意味するものと考えるべきである。「科刑上一罪」といわれるゆえんである。しかし、単に形式的な面にとどまらず、実質的にも、科刑上一罪は、「数罪」なのである。

二　そもそも、「一個の行為」からは、「一個の結果」しか発生しえない筈である。意思が向けられた客体以外に生じた「結果」は、「偶然の産物」であるか、せいぜい「随伴した過失行為の産物」であるか、そのいずれかでなければならぬ。いわゆる「方法の錯誤」の解決は、このような論理を前提にするものである。⁽¹⁾勿論、「すべて」の客体に「故意」が及ぶ場合は、発生した結果は、意思（故意）に基づくことになる。「観念的競合」は、論理的には、「複数行為」が「二個以上の罪名に触れる結果」を発生させた場合にほかならないのである（「複数行為説」）。

ただ、「複数意思に基づく複数行為」も、日常生活上は、「一個の行為」にみえる動作となって現われることがある。「観念的競合」は、まさにこのような場合を想定するものである。⁽²⁾しかし、いわゆる「単数行為説」は、このような場合をも、論理的に「一個の行為」にすぎないと主張する。リストやM・E・マイヤー⁽⁴⁾は、一個の投石が一人を殺し、一人を傷つけ、窓ガラスを損壊した場合を、一個の「行為」に基づく「複数結果」の典型と考え、ヴェルツェル⁽⁵⁾は、一個の爆弾投下による二〇名の殺害を「一行為＝数結果」の典型と考える。しかし、何のために、どこに投石するのか、爆弾を投下するのかを考えるならば、このような場合は、すべて「複数意思に基づく複数行為」が、一個の動作にまとめ上げられたにすぎないと

いべきなのである。ヴェルツェルの設例は勿論のこと、M・Eマイヤーの設例も、建造物の窓の前に、複数の人が存在することを当然の前提とした筈なのである。

したがって、フランクが、「一から二は生じない」という論理に依り、「観念的競合」はこれを「複数行為説」をもつて説明しなければならぬと主張し、ビンディングが、「観念的競合」は、複数行為が時間的に「一致」した場合にほかならぬと指摘していたのは、まさに正当なのである。目的的行為論の主唱者ヴェルツェルが、「単数行為説」をとるのは、不可解であるといわなければならない。⁽⁸⁾

三 このような考量の下では、併合罪については刑の「加重」(刑法四七条)が行われるのに、科刑上一罪では、単に数罪中の「最も重い刑」による処断(刑法五四条)しか認められないのは不合理ではないかという疑問が生じるのは、当然であるといわなければならない。ビンディングが、「器用な犯人」は「無器用な犯人」よりも軽くしか罰せられないのはおかしいと主張し、E・シュミットが、「殺人技術」の開発を承認するようなことは不当であるといっていたのは、誠に正しかったといべきである。かねて、「科刑上一罪」を否定的にとらえる態度⁽¹¹⁾が有力であったのも、理由なしとはしないのである。

しかし、今は、この問題に深く言及する必要はないのであろう。ここでは、「観念的競合」も、本来は「併合罪」なのであり、このことが、「観念的競合」に対する共犯の罪数にも、無関係ではありえないものをもたらずに違いないという点だけを、予め一言しておくにとどめたい。⁽¹²⁾

四 正犯が、五連発銃の引金を二度引いて、次々に五名の者を射殺した場合とか、致死量の毒薬を混入させた飲物を、一堂に集めた十名の者に飲ませることにより、被害者十名を毒殺したような場合、教唆者が、ある日、一二発の実包を与え、さらにその翌日、三発を提供して、五名を射殺させたり、幫助者が、ある日、四名分の毒薬を与え、さらにその翌日、六名

分の毒薬を与えて、一度に十名の毒殺を可能ならしめたとするならば、正犯は、五名ないしは十名の殺人を「観念的競合」のかたちで実現したことに疑問はないし、教唆犯・幫助犯も、それぞれ五名ないしは十名の殺害に関する教唆罪・幫助罪を「観念的競合」のかたちで実現したものとみるべきである。この場合、教唆行為・幫助行為は、それぞれ二回に亘って行われている。しかし、正犯の殺人行為が、外形上、「一個の行為」として実行されている以上、教唆罪・幫助罪の行為を二個考える必要はあるまい。すでに確認済みのことに属する。ただ、「単数行為説」に拠るならば、教唆罪・幫助罪は、まさに「一個の行為」により「数個の殺人の結果」をもたらしたものと見て、単一教唆犯・幫助犯にすぎない⁽¹³⁾。これに対して、「複数行為説」では、教唆犯・幫助犯が、五名殺人ないしは十名殺人の意思を、外觀上「一個の正犯行為」を通して現実化したものとして、やはり殺人罪の「観念的競合」を教唆し、ないしは、幫助したことになるのである。すなわち、教唆罪・幫助罪は、「単一」ではないのである。「単数行為説」⁽¹⁴⁾は、「行為」と「結果」の分離こそが、「共犯の罪数」を特色づけることになるといえるが、行為と結果の分離が背理であることはいままでもないし、正犯が実現したところの「もの」は後述するように、共犯にとって、単なる「結果」にすぎないわけのものではないことを看過してはならないであろう。

正犯の「観念的競合」に関与した共犯は、やはり「観念的競合」への教唆犯・幫助犯である。故意が及ぶ限り、「複数正犯」に対する「複数共犯」が成立するというのが、その実体なのである⁽¹⁵⁾。

このような関係を承認するのが、大判大正八年八月四日刑録二五輯九一一頁（「判例8」）⁽¹⁶⁾である。被告人は、複数の者を教唆して、被害者二名を同一場所に逮捕監禁させたという事案であるが、「判例8」は、「二人以上共謀シテ各自同時ニ同一ノ場所ニ於テ別個ノ人ヲ逮捕監禁シタル場合ニ於テハ……被害者ノ数ニ応シタル箇数ノ逮捕監禁罪名ニ触ルル一箇ノ行為アルモノト謂ハサルヲ得ス從テ又其各人ニ対スル教唆者モ亦一行為數罪名ニ触ルルモノトシテ処断スヘキヤ疑ヲ容レズ」と判示したのである。「判例8」は、いわゆる「主流」判例に属するものとしてとらえられているが、「一正犯ニ共

犯の原則」だけを確認したにすぎないのである。⁽¹⁷⁾ 正犯は、「共同実行」により二名の「自由」を侵害したのであるから、「複数法益」を侵害した。しかし、共同実行としての外見上の行為は「一個」である。したがって、「観念的競合」である。教唆行為は数次に亘るものであったにしても、正犯の共同実行行為が一個といえる以上、教唆犯としては、「観念的競合」の関係に立つ逮捕監禁罪の教唆罪が一個成立するものと考えらるべきである。「判例8」は、このような論理に出たのである。正当である。

五 現行ドイツ刑法五二条の「観念的競合」に包含される「連続犯への共犯」は、さらに興味深いものを示している。

ドイツでは、旧七三条以来、「観念的競合」の一種としての「連続犯」という観念が行われている。多くの批判に曝されながらも、被害法益の同質性、犯行態様の同種性、犯行の時間的・場所的接近性、包括的故意が認められる場合には、「自然的行為の単一性」を肯定してよいというわけである。⁽¹⁸⁾

ドイツの連続犯は、わが国の観念的競合よりも、かなり「ゆるやか」であり、むしろ、わが刑法の旧「連続犯」(五五条)に近いといわなければならない。それだけに、一層「併合罪」性を帯びているといえよう。そして、このことが、「連続犯への共犯」の罪数に、興味のあるものをもたらすのである。

一九八八年一〇月四日のドイツ連邦裁判所第一刑事部決定(「判例9」)⁽¹⁹⁾は、正犯の詐欺罪が「連続犯」の関係にある場合において、帮助犯がこれを二個の行為によって帮助したという事案につき、帮助罪は「併合罪」であるという判断を示した。「帮助犯が、正犯者の連続犯行の個々の所為を帮助した場合において、包括的故意によって結びつけられることのない複数の帮助行為は、併合罪となる」というのが、その理由である。そして、正犯が連続犯であれば、帮助犯も連続犯であるという考えは、すでに超克され、「判例13」以来、連続犯かどうかは、各関与者毎に個々に検討されなければならないとされていると説示するのである。⁽²⁰⁾

共犯の罪数が、正犯の罪数に盲目的に「従属」しないというのは、すでに了解済みである。しかし、正犯が「一罪」なのに共犯が「数罪」なのは奇異である。「二正犯Ⅱ一共犯の原則」が破れ去る。この間の整合性を保つのは、「連続犯」は実は「数罪」であるという認識である。⁽²¹⁾「観念的競合」は、実は「併合罪」にはかならないということである。

しかし、つぎに、五名の被害者を「一個」の行為で射殺するよう教唆した者や、十名の被害者を毒薬入りの飲物で「一氣」に毒殺するよう幫助した者との相違が問われるであろう。この相違は、「連続犯」では、個々の行為が、すでに「実行行為」として行われているのに対して、五名射殺も十名毒殺も、「一回引金を引く」ことにより、ないしは、十名に「一回毒入りの飲物を勧める」ことにより、はじめて「実行」されたにすぎないという点に求められるべきである。⁽²²⁾

勿論、連続犯への共犯も、その共犯行為自体が、「一個」にとどまる限り、併合罪となるわけではない。連続犯への教唆罪・幫助罪が「観念的競合」となるであろう。⁽²³⁾逆に、「判例1」では、「二個」の幫助行為も、正犯が連続犯である以上は、一罪としての幫助罪を成立させるにすぎないわけである。

この関係では、「牽連犯への共犯」を考慮することが有益である。

六 大判大正六年一〇月一日刑録三三輯一〇四〇頁⁽²⁴⁾(判例10)は、正犯が、住居侵入罪と殺人罪の牽連犯に出たという事案で、幫助犯が、住居の雨戸の栓を外して、外部からの侵入を容易にした場合につき、「幫助罪ハ実行正犯ニ随伴シテ成立スルモノナレハ……家宅侵入幫助ト殺人幫助トノ關係ハ実行正犯ニ關スル罪ノ關係ヲ標準トシテ之ヲ定メサルヘカラス而シテ正犯ノ実行シタ家宅侵入ノ行為ト殺人ノ行為トノ間ニ手段結果ノ關係アリテ一ノ牽連犯トシテ処分スヘキモノナル以上右兩行為ヲ容易ナラシメタル……行為モ亦一ノ牽連犯」と考えるのが相当であると判示した。

正犯が牽連犯ならば、幫助犯もまた牽連犯であるというのは、いわゆる「主流」判例の論理を祖述するもので、正当でないのはいうまでもない。むしろ、被告人は、「雨戸の栓を外す」という「二個」の行為で、牽連犯を幫助したのであるから、

住居侵入幫助罪と殺人幫助罪とは、「観念的競合」の関係に立つものと考えらるべきであろう。⁽²⁵⁾ 両幫助が牽連犯の関係にあるというのは、「二個」の行為の意味を無視するものというべきである。

これに反して、文書偽造幫助と同行使幫助とが時間的に間隔をおいて行われたようなときは、「二個」の幫助行為があり、かつ、幫助行為自体に牽連性が認められるのが普通であろうから、両幫助罪も牽連犯であるといつてよいであろう。⁽²⁶⁾ 「連続犯」も「牽連犯」も、外見上複数の実行行為が認められるが故に、複数行為が「時間的に符合」して「一個」の行為にしかみえない観念的競合とは違ったものが看取されるわけである。

しかし、わが国では、「科刑上一罪に対する共犯は科刑上一罪である」という原則は、維持されるであろう。

なお、わが国の旧連続犯（刑法五五条）への関与については、「複数の正犯に対する共犯」との関連で、後に触れることにしたい。

- (1) 内田・刑法概要上巻四四〇頁以下、同・刑法概要中巻六〇頁以下。
- (2) 最判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一一四頁。さらに、後出、三・三注(18)、五注(18)。尤も、同一人の顔面を同一機会に数回殴打した行為につき、暴行罪の観念的競合を認める必要はないと主張すべきである(LK, 11 Aufl. § 52 Rdn. 36 [R.R.v. Saan])。
- (3) F.v. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1884, S. 215; ders, 21 u. 22 Aufl. 1919, S. 223; List-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26 Aufl. 1932, 349ff., 349 Anm. 1.
- (4) M.E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 500.
- (5) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. 1969, S. 225.
- (6) R.v. Frank, ZStrW. 14, S. 372f.
- (7) K. Binding, Handbuch, S. 575, 761に對しては RG. St. Bd. 32, 1900, S. 137ff., 140. しかし、ビンディングが、「偶然の一致」を想定していたとは、考えられないのである。なお、後出、五注(20)。

- ただ、「完全な一致」までを要請する必要はないであろう。LK, 11 Aufl. § 52 Rdn. 18f. [R.R.v. Saan]。なお、後出「三・三注(8)。(8) ヴェルツェルにとって、「目的的行为がそれ自体」は存在しえず、「実現意思によって設定された帰結」とのつながりにおいて存在しうるにすぎないのである(H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 36)。はたして、「実現意思」に基づく「帰結(Folge)」と「結果」とは違うものなのであるか。
- (9) K. Binding, Handbuch, S. 576.
- (10) E. Schmidt, JZ. 1951, S. 22. なぞ、H.ントメントは、「複数行為説」に改説したものとらわれるであろう。前注(3)参照。
- (11) W. Niese, Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz?, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, 1954, S. 155ff., 158f.
- (12) けれど「コト」マウラッヒヤ(H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 225) マントップ(Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 417)は、「単一行為説」が、共犯の罪数決定にも有効であると考える。
- (13) 前注(12)。ちなみに、ヴェルツェルは、「一個の教唆」というが、それが「単一教唆犯」かどうかは不明としかいえないのである。
- (14) 前注(12)。これに対しては、前注(9)。
- (15) 前出「二・一注(18)」。なお、後出「五注(6)」。
- (16) これにつき、中野・斉藤祝賀三五五頁、三六四頁、宇津呂・研修四一〇号五〇頁、佐藤・法曹時報二七卷一一号三四七頁注(四)。
- (17) 前注(16)の諸見解は、「コト」としての認識が「コト」とらわれるべきである。
- (18) LK, 11 Aufl. Vor § 52 Rdn. 42ff. [R.R.v. Saan]。
しかし、一九九四年五月三日の連邦裁判所刑事連合部決定(BGH. Str. Bd. 40, 1995, S. 138ff., 162ff.)以来、従来のような「連続犯」は否定されるに至ったとらわれる。LK, 11 Aufl. Vor § 52 Rdn. 47ff. [R.R.v. Saan]。
- (19) Wistra, 1989, S. 58. けれど「ホ」LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 57 [C. Roxin]。
- (20) たしかに、最近のドイツの通説・判例は、「コト」に解しては(LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 57 [C. Roxin]); G. Holtz, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR. 1978, S. 803; BGH. NSStZ. 1991, S. 489f.; BGH. NSStZ. 1999, S. 513f.)。
- (21) R. Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStrW. 75, 1963, S. 43ff., 60; G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1993, S. 901ff., 906f. なぞ、BGH. NSStZ. 1991, S. 489f. (前出「二・一注(5) (9)」、前注(20))に「コト」クローマー・ハイネ

(Schönke-Schröder, 26 Aufl. S. 523 [Cramer/Heine]) は、「一個の正犯行為」に対する「複数支援」は通常「一幫助犯」を成立させるにすぎないが、場合によっては「併合罪」となることもあるというところをえ方をする。「連続犯」への幫助であることを看過するものといわなければならない。

すでに、クロシン (LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 54, 57 [C. Roxin]) にも、同様のとらえ方が窺われたことである。前注 (19)。

(22) すなわち、「数個の関与」によって、はじめて「一個の正犯」を実現させたにすぎない場合(たとえば、[判例3])と、すでに「数個の正犯(連続犯)」が前提とされる場合の「数個の関与」とは、厳密に区別されなければならないのである。幫助行為が、時間的・場所的に接近していなければ「一個の幫助」とはいえないとするのは(たとえば前出、二・一注(16))、幫助犯自身が「連続犯」を成立させるかどうかの問題(後出、三・二)なのである。

(23) ロクシン (LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 57 [C. Roxin]) は、「連続行為の一所為」に関与したにすぎない者は、その「所為」に対する「幫助犯」の責任を負えば足りるというが、「連続行為」全体に「意思(故意)」が及ぶ限り、「観念的競合」たりうるものといわなければならない。まい。

(24) これにつき、中野・斉藤祝賀三六〇頁注(一)、三六五頁、三六七頁、宇津呂・研修四一〇号五〇頁、五七頁。佐藤・法曹時報三七卷一一号三三四頁。一一号三三六頁、三四四頁、飛田・警察学論集三五卷一一号二三四頁。

(25) 宇津呂・研修四一〇号五七頁、佐藤・法曹時報三七卷一一号三三四頁。これに対して、中野・斉藤祝賀三六五頁は「観念的競合」を、三六七頁は「牽連犯」を掲げられる。

(26) 大判大正四年二月一六日刑録二二輯一〇七頁も、村の収入役に「虚偽公文書作成罪(刑法一五六条)」を教唆し、作成された虚偽公文書を役場に備付け行使させた(刑法一五八条の教唆)場合につき、教唆罪は「牽連犯」であるとした。その論理は、[判例10]と同じである。しかし、事案上、両教唆は、時間的に、それ程までの間隔があるとは思われない。やはり、「観念的競合」といふべきではあるまいか。宇津呂・研修四一〇号五七頁は、「別個の反対動機」が形成される機会があるかどうかを考慮される。実質的には正当であるが、結局は、幫助行為の時間的一致・不一致に訴えるしかないのではあるまいか。

三 数罪の正犯に対する共犯

一 数罪の正犯に対する共犯をめぐる判例の変遷

一 さきに紹介したように、「共犯の罪数」は、数罪の正犯に対する共犯の罪数をいかに考えるべきかという問題から出發したといつてよからう。「一正犯Ⅱ一共犯の原則」には、特段の疑問はなかつた筈であるから、このような問題状況は、ごく自然のことであつたということもできるのである。

そこで、判例は、「共犯従属性説」の「誇張」ともいふべき論理をもつて、「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」を採用したのである。「判例11」によつて代表される。これが「判例13」によつて否定され、現在に至つた。さきに確認したところである。

しかしながら、「判例11」などが、全く不当なものであつたかどうかは、未だ確認されたわけではない。改めて検討を加えなければならぬ。

二 「判例11」は、二名の者に対して、「七個」の窃盜を教唆したという事案にかかわる。これを、窃盜罪（ドイツ刑法二四二条）の教唆罪（当時のドイツ刑法六一一条）の「併合罪（当時のドイツ刑法七四一条）」であるとしたのが、「判例11」である。その理由として掲げられたのが、「特徴性に乏しい行動」⁽¹⁾の論理であつた。

だがしかし、現実の事案は、数ヶ月間に亘り、毎日のようにウイスキーを与え、金員の報酬を約束するなどして、七回の殺物窃盜を共同実行させたというものである。これを、「特徴性に乏しい行動」⁽²⁾にすぎないというのは、全く不可解である。

同様の疑問は、一八八一年四月九日ドイツ帝国裁判所第三刑事部判決〔判例12〕⁽²⁾についても向けられるであらう。事案

は、粗悪な時計を高級時計であると偽って販売した正犯の「三個」の詐欺罪を幫助したというものであるが、「判例12」は、幫助行為は「特徴性に乏しい行動」にすぎないといわなかったものの、それ自体が「独立した刑事事件 (selbständige Straftat)」ではないのであり、⁽³⁾幫助犯の「従属的性質」からして、「複数」の独立した行為に対する「一個」の幫助犯を肯認することはできないというのであった。「従属性説」の「誇張」が確認されることには、疑いはないであろう。

しかし、「判例11」にしろ「判例12」にしろ、いずれも、単に盲目的に「複数正犯≡複数共犯」を掲げていたわけではないことを看過してはならない。いずれも、「共犯の故意」を考慮していたのである。特に、「判例12」は、幫助犯の「故意」につき、「ある種犯罪の不特定多数の犯行」に向けられた幫助故意があれば、正犯犯行の場所・時・被害者に関する「不知」は重大な意義を有しないというのである。⁽⁴⁾「幫助故意」の実体を衝くものがあるといわなければならない。

さらに、また、それぞれの事案が、単一の教唆犯・幫助犯を指し示しているとは、決していえないであろう。「判例11」では、窃盗教唆罪の「併合罪」を考えるべきであろうし、「判例12」では、詐欺幫助罪の「観念的競合」を考えるのが素直であろう。後に、改めて確認しよう。

ここでは、「判例11」・「判例12」の抽象的な一般論と、現実の事案が指し示すものとの間には、著しい乖離が見られることを指摘しておきたい。

三 このような状況で、「判例13」⁽⁵⁾が登場した。事案は、同一の発言で、二名の者に対して「偽証」を教唆したというものである。原判決は、「二個」の偽証罪（ドイツ刑法・五四条）に対する「二個」の教唆罪を肯定したのであるが、「判例13」はこれを否定し、教唆罪は「観念的競合」であると判示したのである。その理由づけは、ほぼ以下のようなものである。——たしかに、教唆行為・幫助行為の可罰性は、正犯の犯行に従属する。しかし、正犯行為が未遂の段階に達したならば、これらの行為も、当時の刑法総則第五章の「可罰的行為」となり、七三条・七四条の「行為」となる。公平の見地からして

も、正犯についてだけ七三条の恩恵が与えられ、共犯にはこれが与えられないというのは不可解である。自然的にみて、一個の教唆行為・幫助行為が、複数の正犯行為に関与したにすぎない場合には、教唆犯・幫助犯は「観念的競合」となるべきである。本件では、被告人は、「一個の発言」により、二名の正犯に対して、「観念的競合」の關係に立つ「偽証教唆罪」を行つたにすぎないのである。二名の者に対して、それぞれ個別に、「二個の発言」をもつて教唆をしたわけではないからである。⁽⁶⁾

〔判例13〕の基本的な理解は、「共犯従属性説」の見地からしても、さらには、「共犯の第二次的・間接的法益侵害」の特性という面からしても、極めて正当なものであるといえよう。この点は、すでに充分納得しえたところであるといわなければならぬ。⁽⁷⁾ 共犯行為は、決して「特徴性に乏しい行動」ではないのである。以後の諸判例に繼承されたものも、当然のことである。

しかし、〔判例13〕が否定する〔判例11〕・〔判例12〕の事案と、〔判例13〕のそれとの間には、それぞれの一般論が標榜する程までの大きな相違はないのである。〔判例11〕の事案は、個々の教唆行為が、自然的な觀察の下でも、まさに個々に独立していたといえよう。これに対して、〔判例12〕・〔判例13〕の事案は、自然的觀察の下では、「一個の幫助行為」であり、「一個の教唆行為」といわざるをえない面をもっているといえよう。したがって、結論としては、〔判例12〕だけが正当でなかったといつて差支えがないともいえるのである。

このような「一般論」と「具体的事案」との乖離は、他の判例にも、多々見受けられるところである。たとえば、ロクシン⁽⁹⁾やホイヤー⁽¹⁰⁾が、〔判例13〕によつて修正される以前の傾向を示すものとして掲げる、一九一七年六月二七日の帝国裁判所第五刑事部判決（〔判例14〕⁽¹¹⁾）は、被告人が、七月から十一月の間に、五回に亘つて、くり返し、パン類などを窃取するよう教唆したところ、正犯は二五回の窃盜を行ったという事実につき、正犯に「二五個の窃盜罪」を認め、教唆犯に対して

は「五個の窃盜教唆罪」を認めた原判決を支持したのであるが、これなども、単純に、「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」をもってしては説明しえないものをもっているのである。

四 わが国の判例にも、同様の問題性があるといわなければならない。冒頭に指摘した「判例15」・「判例16」が、まさにこのことを示しているのである。

さて、「判例15」⁽¹²⁾は、弁護士であった被告人が、甲から、甲自身の刑事事件弁護の依頼を受け、甲に対して、乙・丙等に「偽証」を教唆するよう教唆したところ、甲はその教唆に基づき、甲宅及び乙宅において、あるいは、裁判所構内において、乙・丙等に対し「偽証」を懇請してこれを承諾させたという事案に関して、「共犯従属性説」の「誇張」から、「数人ニ対シ縦令一個ノ行為ヲ以テ偽証罪ヲ犯サンコトヲ教唆シタリトスルモ其ノ教唆ノ結果数人カ偽証罪ヲ犯スニ至リタルトキハ数個ノ偽証罪成立シ教唆ハ各別ニ其ノ刑責ニ任スヘキモノナレハ則チ教唆者ノ行為ハ刑法併合罪ニ関スル規定ヲ適用シテ論断スヘキモノニ該当ス教唆者ヲ教唆シタル場合亦其ノ理ヲ同シクスル」を判示して、原判決ヲ維持したのであった。つまり、「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」を、「教唆者を教唆した者」(刑法六一条二項)にまで適用させたのである。

だがしかし、事案は、甲が、自宅や乙宅で、さらには裁判所構内で、すくなくとも数次に亘り、乙・丙等に偽証を教唆したのである。被告人は、このようなことを全く想定せずに、甲に対して教唆に出たといえるのであろうか。乙・丙等を一堂に集めて、「一個の発言」で、偽証を教唆するであろうと考えていたとするならば、たしかに、被告人の甲に対する教唆は「一個」しかなかったといえよう。そのような場合には、まさに、「判例13」の論理が妥当する。しかし、そうでなければ、複数の偽証教唆を、敢えて知りながら「教唆者を教唆した」ものといわなければならない。甲は、すくなくとも、自宅や乙宅その他で、乙・丙等に対して、「順次」に教唆した筈である。したがって、甲の偽証教唆罪は併合罪であるといわなければならない。被告人の教唆についても、同様に考えるのが素直であらう。「判例15」を「主流」判例として片付けるのは、⁽¹³⁾

事案に即したとらえ方ではないのである。

一方、「判例16」⁽¹⁴⁾は、被告人が、特定の被害者一名に傷害を与えるよう教唆したわけではなしに、単に、ある地域の者を追跡して傷害するよう教唆したという事案につき、「教唆者ニシテ同時ニ二人以上ト明ニ指定シテ之ヲ傷害センコトヲ教唆シ而シテ被教唆者ニ於テ一人ノ傷害ヲ実行セハ一教唆行為ニシテ二箇ノ傷害ナル罪名ニ触レ從テ刑法第五十四条ノ適用ヲ受クヘシト難モ若シ明ニ人数ヲ指定セスシテ単ニ傷害ヲ教唆シタリトセハ縦令被教唆者ニ於テ複数ノ傷害罪ヲ犯シ之ニ対シ同第五十五条ヲ適用スヘキモノナルト否トニ拘ハラス教唆者ハ一傷害罪ヲ教唆シタルモノトシテ処分スヘク」したがって、原判決が五四条を適用しなかつたのは正当であると判示したことであつた。

〔判例16〕が、いわゆる「非主流」の判例を代表するものとしてとらえられていることは、すでに紹介した⁽¹⁵⁾。

たしかに、複数正犯（併合罪ないしは旧連続犯）に対する共犯も、「単一共犯」たりえないではないという限りでは、「非主流」といつてよからう。しかし、「判例16」は、正犯個数と共犯個数とは「無関係」であるという立言に出たわけではない点に留意する必要がある。正犯が併合罪・旧連続犯である場合においても、共犯は「観念的競合」たりえないではないと説示しているのである。そうだとするならば、「判例16」は、むしろ、「数罪正犯に対する観念的競合としての共犯」の問題を提供したものととして、後に改めて検討するべきことになる。

しかしながら、他方で、「判例16」は、「単ニ傷害ヲ教唆シタル」にすぎない場合には、「縦令被教唆者ニ於テ複数ノ傷害罪ヲ犯シ」たとしても、「教唆者ハ一傷害罪ヲ教唆シタルモノトシテ処分」されなければならないという。この論理は、「判例2」などと同様、「ベールリング流の構成要件観」に通じるものとして、強い批判に曝されるべきであろう⁽¹⁶⁾。したがって、「主流」判例が、「複数正犯」に対する共犯は常に「複数共犯の併合罪」であるといい、「非主流」判例が、正犯個数にかかわりなしに、「単一共犯」は常に「単一共犯」にすぎないというならば、それは、いずれも不当であるといわなければならない。

るまい。そして、「主流」・「非主流」という区分けそのものに対して、疑義が生じることにもなるであろう。むしろ、われわれは、「数罪の正犯（複数正犯）」に対する関与が、共犯としても「併合罪」となる場合と、主として、共犯としては「観念的競合」にすぎない場合との区別を求めてゆくべきである。

- (1) RG. St. Bd. 5, S. 229. 前出¹ 一注(1)。
 - (2) RG. St. Bd. 4, 1881, S. 95ff.
 - (3) RG. St. Bd. 4, S. 97.
 - (4) RG. St. Bd. 4, S. 96f.
 - (5) RG. St. Bd. 70, S. 26ff. 前出¹ 一注(6)。
 - (6) RG. St. Bd. 70, S. 28f., 30, 31.
 - (7) 前出¹ 一・一・一以下。さらに、後出、五注(1)以下。
 - (8) たとえば、「判例9」などがそうである。
 - (9) LK, 11 Aufl. § 26 Rdn. 103 [C. Roxin].
 - (10) SK, 7 Aufl. § 26 Rdn. 33 [A. Hoyer].
 - (11) RG. St. Bd. 51, 1918, S. 97ff.
 - (12) 前出¹ 一注(6)。
 - (13) 宇津呂・研修四一〇号四九頁、西田・刑評四四卷Ⅱ四五卷二四頁。小野・法学評論上一八九頁以下も、「複数正犯Ⅱ複数共犯の思想」を批判されるだけである。
- なお、大判大正二二年三月二五日刑集二卷二二八頁も、一名の者に対する順次の偽証教唆は、それぞれ独立していることを前提とするものであることを看過してはならない。
- (14) 前出¹ 一注(10)。
 - (15) 前出、注(10)。さらに、佐藤・法曹時報二七卷二二号三四七頁注(五)。

(16) なお、牧野・刑法研究一巻二二頁(註)は、教唆者において、正犯が複数人を傷害するであろうことを「予見」していた場合と、明示的に人数を指定した場合とで、両者を区別する根拠に乏しいとされる。正当である。

二 数罪の正犯に対する観念的競合・牽連犯としての共犯

一 共犯行為は「特徴性に乏しい行動」であるから、正犯に「従属」しなければならず、正犯が複数存在する場合には、共犯もまた「併合罪」としての刑責を負わなければならないという考え方に、強い反省を迫る契機となったのが、〔判例13〕である。この意味において、〔判例13〕は、画期的なものであるといわなければならない。しかし、わが国では、すでに大正二(一九一三)年に、〔判例16〕が、「縦令被教唆者ニ於テ複数ノ傷害罪ヲ犯シ」たとしても、「教唆者ハ一傷害罪ヲ教唆シタルモノトシテ処分」すれば足りる場合がありうることを明言していたのである。これは、まさに特筆に値いすることであったといわなければならないまい。

〔判例13〕が、国家的法益に対する抽象的危険犯としての「偽証罪」に関して、複数正犯に対する「教唆罪の観念的競合」を肯定したのは、二名の偽証犯人が、それぞれ「別個の危険」を生じさせたが故に、到底「包括一罪」とは認められず、したがって、偽証罪は「数個」存在する場合であっても、教唆者が、「同一の発言」によって教唆を行ったにすぎないときは、「観念的競合」にとどまるといふ論理に出たものといふべきである。妥当な論理といえよう。^(一)

これに対して、〔判例16〕は、正犯が、順次に二名の被害者に対して「傷害」を与えた場合において、身体の安全という個人的法益の侵害は各人毎に評価されなければならない、正犯には併合罪ないしは旧連続犯が成立するが、教唆犯は「一個」の教唆行為によって、「ある地域の人」の傷害を教唆したにすぎないから、傷害罪の教唆罪は「単一」とどまるといふ。敢て「人数」を特定しなくても、「ある地域の人」が相当数傷害の被害を受けるものであろうことが「想定」されているの

が普通であろうから、単一教唆罪にとどまるといふのは、不当であるとしかいいえないが、この点を修正するならば、「判例16」も、複数正犯に対する「教唆罪の観念的競合」を肯定することになるものといふべきであろう。⁽²⁾

このような見地では、一九八三年五月一〇日のドイツ連邦裁判所第五刑事部決定（「判例17」⁽³⁾）が、二個の建造物に対する放火を教唆したという事案につき、放火教唆罪の併合罪を認めたと原判決を否定し、「観念的競合」にすぎないとしたのが、注目されなければならない。第五刑事部は、被告人が、教唆行為に出た際、すでに二個の客体に対する放火を示唆していたのであるから、「二個の教唆行為によって二個の放火」を執行させたことになると説示したのである。放火行為は、隣接した建造物に対して行われたものではなくして、時を異にして、ある程度離れた建造物に対して行われたものらしいから、公共危険犯としての放火罪は、決して「包括一罪」とはならない。併合罪とならう。しかし、教唆行為は、改めてもう一度行われたわけではないから、「二個」である。外観上は「二個」の教唆で、「二個」の放火を執行させたわけである。「判例17」の論理は正当である。

さきに留保していた「判例12」は勿論のこと、「判例11」や「判例14」も、教唆行為そのものが「一回限り」であるときは、「観念的競合」を認めるべきである。

二 同様の考量は、「幫助犯」についても、当然に妥当する。「判例12」との関連で、改めて検討しよう。

ロクシン⁽⁴⁾は、数人の窃盗犯人に分配されるであろうことを認識しながら、破壊用具を詰めた道具箱一個を売却したという設例を掲げた。窃盗団が、重窃盗罪（ドイツ刑法二四三条）の併合罪を犯したとしても、そして、それが予想されたとしても、「道具箱一個」の売却は、外観上は通常「一個の幫助行為」とみなければなるまい。ロクシンは、慎重に、複数正犯に対する「幫助罪の観念的競合」が成立するにとどまる場合を考えようとしたものと思われる。しかし、判例も、充分豊富であることを看過してはならない。

すでに、わが国では、大判大正一〇年二月一四日刑録二七輯一六九頁〔判例18⁽⁵⁾〕が、賭博開帳者と賭者の間に介在して、賭金・手数料授受の媒介をした事案につき、「縦令其行為ハ一箇ナリトスルモ其一部カ賭博開帳罪ヲ幫助シ他ノ一部カ賭博罪ヲ幫助スルモノナル以上ハ二個ノ犯罪ヲ幫助シタルモノニシテ即チ一箇ノ行為ニシテ二箇ノ罪名ニ触ルルモノト謂ハサルヘカラス」と判示して、単に賭博開帳幫助罪にすぎないという上告を斥けたことを想起しうるのであろう。

〔判例18〕も、一般には、「非主流」判例としてとらえられるだけである。しかしながら、賭博場を開帳し、みずからも賭博を行った正犯と、賭博に参加した正犯の間に介在して「幫助」をしたという事案にかかわるのであるから、単純に正犯が「併合罪」であれば「幫助犯も併合罪」であるというような論理に出たものではないことに注意しなければなるまい。⁽⁶⁾〔判例18〕は、単に、複數正犯に対する「幫助罪の觀念的競合」を認めただけなのである。

さらに、大判昭和五年二月二日刑集九卷八六二頁〔判例19⁽⁷⁾〕も、禁止された拳銃・火薬類の讓渡・讓受を「幫助」した場合につき、「一面甲ノ拳銃火薬類ノ讓渡行為ヲ幫助スルト同時ニ他面乙ノ拳銃ノ授受又ハ火薬類ノ讓渡行為ノ実行ヲ容易ナラシメタル場合ニ於テハ幫助者タル従犯ノ行為ハ即チ一箇ノ行為ニシテ數箇ノ罪名ニ觸ルルモノニ該當シ右甲乙兩者ノ正犯ノ數ニ應シ數罪成立スルモノトシテ併合罪ヲ以テ論スヘキモノニ非ス」として、原判決を否定したのである。

〔判例19〕も、「非主流」判例として位置づけられている。しかし、〔判例18〕と同様、讓渡人と讓受人の間に介在して、有資格者間の正当な売買であるかの如き仮装に出たというだけなのであるから、単に、複數正犯に対する「幫助罪の觀念的競合」を認めたにすぎないのである。⁽⁸⁾

このような理解は、当然のことながら、ドイツの判例にも多數見受けられる。

一九五七年一月一六日の連邦裁判所第二刑事部判決（〔判例20⁽⁹⁾〕）は、妻が、三人の子供を毒殺しようとして、二名を死亡させ、一名については未遂に終わったという事案で、家出中の夫において、このことはある程度予見されていたという場合

につき、「二個」の「不作為」が存在するだけで、三個の独立した「行為 (Tat)」は存在しないとして、「一個の不作為」に基づく二個の「殺人既遂罪」への幫助罪と一個の「殺人未遂罪」への幫助罪を肯定したのである。この場合、はたして妻が、三人の子供に別個に毒薬を与えたかどうかは、あきらかではない。したがって、夫は、「観念的競合」への「幫助罪の観念的競合」となる可能性がないわけではない。しかし、第二刑事部は、正犯が「観念的競合」であろうと、「併合罪」であろうと、「一個の不作為」がみられる限り、それは不作為による「幫助罪の観念的競合」にすぎないというのである。

また、一九九四年九月八日の連邦裁判所第一刑事部決定（「判例21」⁽¹⁰⁾）は、正犯が、「二個」の破産犯罪（ドイツ刑法一八三条一項一号）を行った場合に、銀行クレジット契約の承認を行ってこれを「幫助」した被告人につき、正犯の犯行は時間的・場所的に別個のものであるから「併合罪」であるが、幫助犯の犯行は、「一個の行為」によって、正犯の「二個の個別の行為を幫助した」にすぎないと説示して、併合罪を認めた原判決を破棄したことである。

三 以上眺めた諸判例は、いずれも、一正犯の複数犯行（併合罪）ないしは、複数正犯の複数犯行（それぞれの併合罪）または単数犯行（それぞれの単独犯）が存在する場合において、教唆行為・幫助行為が、自然的觀察の下では「一個」にみえるときには、共犯としても「観念的競合」が認められるにすぎないという理解を示したものである。本稿のこれまでの考察からして、正当なものといえるであろう。「判例12」は、このような見地で、再構成されるべきであろう。「五七年決定」も、まずここに位置づけられ、つることを、予め一言しておきたい。

しかしながら、ことここに至るためには、「共犯の故意」について、重要な確認が必要であることを指摘しなければならぬ。

四 実は、この問題は、さきに、「科刑上一罪に対する共犯」の問題などについて検討を試みた際に触れたところであるし、「判例12」の核心をなすものであることに関して、さらには、特にドイツにおける「連続犯に対する共犯」の「判例9」

に関して、それぞれその都度言及したところであるが、改めて、ここで確認しておく必要があるといわなければならないのである。

いわゆる「ローゼロザール事件」⁽¹¹⁾において、ローゼが、シュリーベを殺害しようとして、暗がりのため、ハリツシュをシュリーベと誤認し、ハリツシュを殺害してしまったという事案につき、プロイセン最高法院は、ローゼに対しては謀殺罪の成立を認め、「シュリーベ殺し」の教唆者・ロザールにも、謀殺罪の教唆罪の成立を認めたことから、ロザールには、「ハリツシュ殺し」の教唆罪を肯定してよいかが、現在なお争われていることは周知のところであるが、ローゼが、何かなんでもシュリーベを殺害しなければならぬと決意しており、したがって、誤ってハリツシュを殺してしまったことに気付いて、改めてシュリーベを殺害したときには、教唆者・ロザールには、「シュリーベ殺し」の教唆罪も成立するかどうかという点も、依然問題として残されていたのである。⁽¹²⁾ すなわち、ロザールには、「ハリツシュ殺し」の教唆罪と、「シュリーベ殺し」の教唆罪とが、「観念的競合」のかたちで成立するかどうかである。

一九九〇年一〇月二五日の連邦裁判所第四刑事部判決（「判例22」）⁽¹³⁾は、「ローゼロザール事件」にたとえていうならば、ロザールにも「シュリーベ殺し」の教唆罪が成立することを是認したのである。正犯が、別人を殺害したことも、「一般的な生活経験の限界内で予見可能な事柄の範囲にとどまる」というのが、その理由である。

単なる「予見可能性」は、「過失責任」を基礎づけうるのみであるから、謀殺罪に対する「教唆罪の観念的競合」を肯定させることにはならない。しかし、正犯の「別人殺し」が「偶然」であるならば、教唆犯には「過失責任」すら生じない。だがしかし、教唆犯において、「正犯の別人殺し」が予想されていたならば、教唆者は、「一個」の殺人教唆によって、「二個」の殺人（謀殺）教唆を行ったことになるのが、当然の論理でなければならぬ。⁽¹⁴⁾ そして、それはまた、「観念的競合」は「複数行為説」の立場で、はじめて容易に説明できるといふ理解に通じることを想起しなければならぬ。⁽¹⁵⁾

共犯は、その「共犯意思」の限度でのみ、共犯としての責任を負うべきである。ましてや、正犯に無条件に「従属」することはないのである。実は、「五七年決定」の原判決⁽¹⁶⁾には、後にも触れるように、この点についての重大な疑問が露呈しているのである。

五 複数正犯に対する「牽連犯としての共犯」は存在するであろうか。ここでは、これが最後の問題となる。たとえば、甲の「住居侵入罪」を幫助し、乙の「殺人罪」を幫助するような場合である。甲は家人の平穏な生活を妨害しようとしていたのに対して、乙はその中の一人を殺害しようとしていた場合において、幫助者が、事情を了知しながら、「判例10」にみられたように、雨戸の栓を外して置いたにすぎないようなときが想定されるのである。このような場合、甲・乙間に共犯関係が存在しないのが普通であろうから、それぞれ、「住居侵入罪」と「殺人罪」とを、単独犯として行ったものと考えられよう。しかし、幫助者には、「幫助としての牽連性」がないとはいえない。複数正犯に対する幫助犯としての牽連犯の成否が問題となろう。

しかしながら、「雨戸の栓を外す」行為には、その意思内容はどうであれ「新たな決意」に基づく別個の行為といえるものは存在しないし、社会生活上、やはり「一個」の行為としてとらえられなければならないであろう。したがって、この場合も、「判例10」におけると同様の論理⁽¹⁷⁾で、複数正犯に対する「幫助罪の観念的競合」を考慮するべきであろう。

これに対して、甲に対しては「窃盗」を教唆して実行させ、翌日、乙に対しては甲の窃取にかかわる「盗品保管」(刑法二五六条二項)を教唆して、これを実行させたような場合には、窃盗教唆罪と盗品保管教唆罪とは「牽連犯」となる可能性がある。甲が窃盗罪の正犯であることに疑問はないし、盗品であることの事情を知っている限り、乙に盗品保管罪が成立することに疑問はない。甲・乙は、それぞれ単独犯として、「複数正犯」となる。一方、教唆行為は、それぞれ日時を異にして別個に行われている。到底「一個」の教唆行為とはいえない。しかし、教唆者にとっては、それぞれの教唆行為が、たと

えば、暴力団の資金調達のために行われたようなものである限り、それらは一貫した「手段」・「目的」の関係を構成し、「牽連性」を有するものといってよからう。したがって、両教唆罪は「牽連犯」の関係に立つといふべきであろう。⁽¹⁸⁾ 窃盗教唆罪と盗品保管罪・運搬罪などは、画一的に「併合罪」か「牽連犯」かというかたちで論じられているが、二五六条一項の「無償譲受罪」とは「併合罪」となり、二五六条二項の各罪とは「牽連犯」の関係に立つことが多いと考えるべきである。⁽¹⁹⁾ したがってまた、盗品保管教唆罪とも「牽連犯」の関係に立つことになるのが妥当なのである。「牽連犯」の恩恵が、正犯だけに通用すると考えるのは、「判例13」の論理が示すように、決して公平とはいえないのである。⁽²⁰⁾

「牽連犯」の規定をもたないドイツでも、「併合罪」に対する「幫助罪の連続犯」は、一般的に肯定されているといふことも看過しえないところであるといわなければならない。⁽²¹⁾

(1) 「判例13」の事案と「判例15」の事案との相違は、重大なのである。前者は、「一個の発言」で二名に対して偽証を教唆したものであり、後者は、数個所で数名の者に対して、すなわち、「数個の発言」によって偽証を教唆したものである。「共犯従属性説の誇張」に訴える必要は全くなかったことを看過してはならないであろう。前出、三・一・注(13)。なお、大判大正五年九月一九日刑録二二輯一三八九頁。

これに対して、大判大正五年六月三〇日刑録二二輯二二一〇頁には、たしかに「共犯従属性説の誇張」がみられるといわなければならない。

(2) 牧野・刑法研究一卷二二頁以下が適切に指摘されるところである。前出、三・一注(16)。

(3) StV. 1983, S. 456f. *ujelje d'at' LK, 11 Aufl. § 26 Rdn. 103 Anm. 148 [C. Roxin]; SK, 7 Aufl. § 26 Rdn. 33 [A. Hoyer]; Schönke-Schröder, 26 Aufl. S. 783 [W. Stree].*

(4) LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 54 [C. Roxin].

(5) これについては、中野・斉藤祝賀三六三頁以下、宇津呂・研修四一〇号五〇頁、佐藤・法曹時報三七卷二二号三三七頁、飛田・警察学論集三五卷一一号一三五頁、西田・刑評四四卷Ⅱ四五卷二三頁。

- (6) 「非主流」判例と雖も、「正犯個数」とは無関係に「共犯個数」を論定しようとはしていないのである。
- (7) これについても、前注(5)の諸論評参照。
- (8) 前注(6)。
- (9) W. Dallinger, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR, 1957, S. 266. ちなみに、「不作為の罪数」については、内田・刑法概要中巻六五八頁以下。さらに後出、三・三注(10)。
- (10) Wistra, 1994, S. 349.
- (11) これについては、内田・概要中巻五八一頁以下。さらに、後出、五注(7)。
- (12) 内田・概要中巻五八七頁注(11)。
- (13) BGH, St. Bd. 37, 1992, S. 214ff. これにつき、内田・概要中巻五八八頁注(21)。
- (14) LK, 11 Aufl. § 26 Rdn. 103 Anm. 148 [C. Roxin]; SK, 7 Aufl. § 26 Rdn. 33 [A. Hoyer].
- (15) 前出、二・三・一七、二・三・四。
- (16) 最決昭和五七年一月一七日刑集三六卷二号二〇六頁以下(二三九頁)。
- (17) 前出、二・三注(25)。
- (18) 前出、二・三注(26)では、正犯が「牽連犯」である場合の幫助犯の牽連犯性が問題であったが、ここでは、正犯が複数単独犯である場合の幫助犯の牽連犯性が問題となるわけである。
- そして、この場合、「盗品保管教唆」が「窃盜教唆」とは別個の「新たな決意」に基づくものである限りは、両教唆罪は「併合罪」となるであろう。後出、五・五。
- ドイツでも、「文書偽造」の後に、「新たな決意」に基づく「詐欺」が行われたような場合は、「観念的競合」ではなくして「併合罪」と解されるのが一般なのである(Schönke-Schröder, 26 Aufl. S. 2234 [P. Cramer])。
- (19) 内田・刑法各論(第三版)三八八頁、三九〇頁注(16)。
- (20) 前出、三・一・三。
- (21) BGH, StV, 1984, S. 329. なお、LK, 11 Aufl. § 27 Rdn. 56 [C. Roxin].
- 勿論、「包括的故意」を超えた「新たな決意」に基づく行為が加わったときは、「併合罪」が問題となろう(LK, 11 Aufl. Vor § 52 Rdn.

三 数罪の正犯に対する併合罪としての共犯

一 「複数正犯＝複数共犯」の論理が無条件で通用するものでないことは、すでに充分弁えた。しかし、「判例11」・「判例14」では、「共犯行為」それ自体が「複数」肯定されうるのであるから、右の論理を問題とすること自体が不適切なのである。同様に、わが国の「主流」判例としてとらえられる場合にも、「非主流」判例との区分け自体が妥当であるかどうか疑問が向けられたことであった。「判例15」で、この点を確認した。

この意味では、判例の「一般論」に拘泥するのは、このの実体を見失う危険があることに留意しなければならないといえよう。

二 このような観点から、比較的容易に「複数正犯」に対する「複数共犯」を是認しうるものとして、以下の諸判例を挙示することが可能である。

大判大正九年七月二二日刑録二六輯五六七頁（「判例23」^①）は、被教唆者を異にし、各別に森林窃盗（森林法一九七条）を実行させたという事案につき、教唆罪も「正犯ノ犯罪ノ箇數ニ応テ成立スル」のであって、「連続犯」となるものではないという。「正犯ノ箇數ニ応テ成立スル」という点に、「主流」判例の論理が窺われるが、事案の解決としては、妥当なのである。

また、大判昭和一五年一〇月二二日刑集一九卷七一八頁（「判例24」^②）は、戦時中の統制物品であった綿糸の違法な取引をめぐる、甲から二回に亘って斡旋の依頼を受け、二名の者に紹介して、それぞれ綿糸を購入させ、さらに、乙から二回に

亘って斡旋の依頼を受け、やはり二回に亘って綿糸を購入させたという事案に関して、「被告人ノ本件幫助行為ハ(甲)ノ犯行ヲ幫助シタル行為及(乙)ノ犯行ヲ幫助シタル行為ナルコト原判示ニ照シ明カニシテ右(甲)(乙)兩人ノ独立シタル犯行ヲ連続一罪ト認ムヘカラサルコト論無キヲ以テ之ヲ幫助シタル被告人ノ犯行亦連続一罪ヲ構成セサルコト亦当然ナリトス」と判示し、幫助罪の併合罪を認めた原判決を支持したのである。この判例にも、いわゆる「主流」判例の形式的な「一般論」が窺われるが、事案は、明白に「複数幫助行為」にかかわるのであるから、結論は、まさに正当なのである。

さらに、数年間に亘って、五名の者に、無免許医業を数百回も教唆したという事案について、無免許医業は「集合犯」であるから「包括一罪」であるという上告を斥け、いわゆる「主流」判例の「一般論」を祖述した大判昭和十一年一月六日刑集一五卷一三七八頁も、この観点でとらえることが可能である。⁽³⁾

ドイツにおいても、「判例13」以来、「一般論」としても、「複数正犯ニ複数共犯の思想」は放棄されたわけであるが、その直後の、一九三六年一月一九日の第三刑事部判決（「判例25」⁽⁴⁾）は、五名の者と「一括協議（*gemeinsame Besprechung*）」して偽証を教唆し、ついで、個別的に「相談（*Unterredung*）」して偽証を教唆したという事案につき、偽証教唆罪の「併合罪」の可能性を是認したのであった。その際、「判例13」が前提となっていたことが、注目されるべきであろう。その「判例13」も、教唆が「順次」に行われた場合には、「観念的競合」にはとどまりえないという口吻をもらしていたことを指摘しておきたい。⁽⁵⁾

三 しかし、一方では、かなり問題のある判例もないではない。

たとえば、大判明治四四年一月一〇日刑録一七輯一八六五頁（「判例26」⁽⁶⁾）は、被告人が、甲・乙に対し、自己の養父母殺害を教唆したところ、甲は小刀を、乙は斧を携え、被害者の枕元に立ち、まず、乙が斧で養父の頭部に斬りつけ、起き上がった養母に対し、甲は小刀で頬を斬りつけるなどして兩名を殺害したという事案で、いわゆる「主流」判例の一般論を

掲げ、被告人の殺人教唆罪も「併合罪」であると判示したことであった。

たしかに、「判例26」の被告人は、「一個」の教唆で、二名の殺害を実行させたものとして、「観念的競合」にとどまるのではないかという疑問が強い。「判例16」との比較も、このような方向を示唆するであろう。

だがしかし、まず憎い養父を殺害し、場合によっては、養母を殺害するのやむをえないというような趣旨の「教唆」に出たとしたならば、どうであろうか。発言は「一回限り」のものであったにせよ、その内容が「複数」の意味をもつことは可能ではあるまいか。「判例26」を、形式的に「主流」判例として片付けることには、問題があるといえるのではなからうか。⁽⁷⁾

また、一九九三年五月一八日のドイツ連邦裁判第一刑事部判決（「判例27」⁽⁸⁾）は、被教唆者に、まず、「宣誓なしの偽証（ドイツ刑法二五二条）」を教唆してこれを実行させ、ついで、裁判所から「宣誓」を求められたことを知りながら、そして、これを阻止する機会をもちながら、敢えて、「宣誓の上での偽証（ドイツ刑法二五四条）」を阻止しなかつた被告人に対し、作為による「教唆」と不作為による「幫助」の「観念的競合」を認めようとしたのである。

後に触れるように、ドイツでは、「観念的競合」はかなり広く認められている。行為の「部分的重なり合い」があればよいとされる。「牽連犯」・「連続犯」も「観念的競合」に包含されるのである。「判例27」のような理解も、わからないではない。しかし、「判例27」は、やはり妥当性を欠くものと思われる。「作為」と「不作為」、「教唆」と「幫助」という、かなり異質のものが、時間的な間隔をもって行われた場合でも、なお「一個の行為」として評価しうることへの疑問は大きいといわなければならないからである。⁽⁹⁾「共犯個数」は、共犯行為自身について論定されなければならない。しかし、それ故に、より慎重な判定が必要であるといわなければならない。

さらに、一九九三年六月一七日のドイツ連邦裁判所第四刑事部決定（「判例28」⁽¹⁰⁾）は、妻の連れ娘を犯した夫に対して、

母親としての「保障人的地位」にもかかわらず、これを放置し続けたという事案につき、被告人女性に、「不作為」による「要保護者への性的虐待（ドイツ刑法一七四条）幫助罪」の「観念的競合」を認めたのである。

被告人は、娘からことの次第を打ち明けられ、夫とも話をしたが、婚姻生活の継続を願って、強い阻止策には出なかったというのであるが、将来の危険が差し迫ったときには別であったのではないかというような口吻をもらしているのである。「判例28」は、「五個」の幫助罪を認定するには、個々の不作為の確定に欠けるものがあるとして、原判決を批判しており、それ自体は正当な態度に出たものといえようが、「判例26」の場合と同様のとらえ方も可能であったのではなからうかという疑問は払拭できないのである。

四 複数正犯に対する連続犯としての共犯の問題も、ここで改めて検討しなければならない。

わが国では、ドイツと違って、旧五五条が「連続シタル数個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ触ルルトキハ一罪トシテ之ヲ処断ス」るものとしていたのであるが、その「数罪性」は、今や明白であろう。共犯の罪数関係にも、この点がはつきり窺われるのである。

ドイツでは、さきにも一言したように、「連続犯」↓「観念的競合」として処理されている関係上、本稿では、これを「科刑上一罪に対する共犯」として考察を加えたわけであるが、わが国の「連続犯」は、「包括一罪」とはいうものの、その実質は「併合罪」といふべきだったのであるから、ここで改めて検討する必要があるわけである。

まず、「判例9」と同じ論理で、正犯が連続犯でも、幫助犯は併合罪となる場合がありうることを示すものとして、大判昭和七年五月三日刑集一一巻七三三頁（「判例29」¹¹）をあげなければならぬ。事案は、正犯らが、某社の社債券を偽造するものであることを知りながら、六月に、大阪で、偽造の用に供する用紙一八枚を正犯らに売却し、一〇月に、別府で、右用紙を使用して、社債五千円券一七枚を印刷偽造させたというものであるが、「判例29」は、いわゆる「主流」判例の論理

の下に、「仮令従犯ノ幫助行為ハ一回ナリトスルモ正犯ニ於テ意思繼續シテ数回ノ犯行ヲ為シタル時ハ連續犯タル正犯ニ対スル従犯トシテ其ノ責ニ任セサルヘカラサルモノトス而シテ従犯ニ於テ其ノ行為ノ反覆ニ付キ認識ナカリシトスルモ毫モ其ノ責任ニ影響アルコトナシ」というのである。

たしかに、「判例29」は、併合罪に対する幫助罪の併合罪を肯定したのではない。「連続犯」の正犯に対する「連続犯」の幫助罪を肯定したのである。だがしかし、連続犯の実質が「併合罪」であることを是認するならば、「判例29」は、併合罪に対する幫助罪の併合罪を肯定したことになるのである。

尤も、正犯らが、一八枚の偽造用紙を使用して、一七枚の偽造社債券を作成した場合、何回の偽造行為が行われたかは明確ではない。しかし、判示によれば、「意思繼續シテ数回ノ犯行ヲ為シタ」というのであるから、「複数行為」が肯定されてしかるべきであろう。「連続犯」すなわち「併合罪」が認められよう。

問題は、幫助犯である。「判例29」によれば、幫助犯が正犯の「行為ノ反覆ニ付キ認識ナカリシトスルモ」連続犯が成立することに疑問はないとされる⁽¹²⁾。だがしかし、幫助犯が、正犯の「複数行為」につき、「予見」がなかったとは、ここでもまたいえないのではなからうか。「一八枚」もの偽造用紙を「数人」が使用して偽造社債券を作成する場合、それが「一個」の行為で行われるということは、予想しえないところであったというべきではあるまいか。むしろ、幫助犯の「行為」は、正犯の各犯行に関して、「判例26」に類似したものを窺わせるのではあるまいか。「判例29」を、その一般論にも拘らず、併合罪に対する幫助罪の併合罪としてとらえないではないか。ここにあるといえよう。

ここにおいて、大判昭一七年八月一日法律新聞四七九四号一六頁（「判例30」⁽¹³⁾）は、「従犯ハ正犯カ少クトモ実行行為ニ着手スルニ因リ初メテ成立スルモノナルモ従犯カ想像的競合犯ヲ構成スルヤ連続犯ヲ構成スルヤ將タ併合罪ヲ構成スルヤハ正犯ノ罪数ヲ標準トシテ之ヲ決定スヘキモノニ非スシテ従犯ノ行為自体ヲ標準トシテ之ヲ決定スルヲ相当トス」という一

般論の下に、数名の者に対し、日時・場所を異にした上で、当時の「産金法」に違反して「金塊」等を売渡し、同人らの「密輸出」を幫助して、当時の「外国為替管理法違反罪の幫助罪」に問われた被告人につき、「金塊」等の「売渡罪」と「密輸出幫助罪」とは「観念的競合」であり、それらが「連続」して行われているから五五条の「連続犯」に当たると判示したのである。原判決は、「産金法違反罪」と「外為法違反幫助罪」とは「併合罪」であるとしていたが、これが否定されたわけである。

〔判例30〕は、「共犯従属性説」の意義を的確に把握し、「共犯の罪数」に関する正当な理解に出たものとして、評価されるべきであろう。事案の解決としても、金塊等を買受け、これを密輸出した数名の者は、すくなくとも「外為法違反罪の正犯」であり、しかも、「複数正犯」なのであるから、いわゆる「主流」判例の一般論からすれば、被告人の幫助罪は直ちに「併合罪」となる筈であるが、〔判例30〕は、正当にもこれを否定したのである。そして、「連続行為」による「連続犯」が成立するのみであるというわけである。大判昭和一七年一〇月二〇日法律新聞四八一〇号五頁にも、同様の趣旨が看取される。⁽¹⁴⁾

併合罪に対する共犯の併合罪も、連続犯に対する共犯の併合罪も、いずれも、共犯行為自体の個数に従って決せられなければならない。複数正犯に対する共犯の連続犯も、また同様の論理でとらえられるべきである。〔判例24〕・〔判例29〕・〔判例30〕から学ぶべき点は多いといわなければならない。

五 接続犯と共犯の罪数関係はどうであろうか。

接続犯は、周知のように、狭義の実質的な「包括一罪」⁽¹⁵⁾であるが、「観念的競合」にもまして併合罪性が強いのであるから、便宜上、ここで検討を加えるわけである。

教唆者が、甲に対して、一ヶ所に山積みされた、所有・占有が同一人に帰属する米俵を、三俵づつ、九俵窃取するよう教

唆したところ、甲は、その意に従って、極めて短時間に米俵九俵を窃取したとしよう。甲に「窃盗罪の接続犯」が認められることには、まず疑問はあるまい。問題は、教唆者の罪数であるが、「判例10」で検討したように、「一個」の教唆行為で「接続犯」としての「数個」の窃盗罪を実現させたものとして、「観念的競合」を考えるのが筋道であろう。敢えて「接続犯」に対する「接続犯としての教唆罪」を認める必要はないと思われる。

これに対して、甲・乙・丙の三名に対して、短時間に接続して一人二俵づつの窃取をするよう教唆してこれを実行させたような場合は、甲・乙・丙は、すくなくとも、それぞれ、米俵三俵を窃取した窃盗罪の正犯となり、「複数正犯」が存在することになる。そして、教唆者は、この場合、「窃盗教唆罪の接続犯」となるものというべきであろう。「接続犯」の論理を「共犯」について排除することは、やはり公平の原則に反するからである。この限り、「判例13」などの論理が妥当するのである。⁽¹⁶⁾

六 「複数正犯」に対する「共犯の罪数」は、当該共犯者の「共犯故意」の現実化としての共犯行為そのものの「個数」⁽¹⁷⁾が、社会生活上の観点に照らして、「数個」肯定される限り、「併合罪」としての共犯を成立させることになるのである。

この場合、さきに一言したように、ドイツでは、行為の「部分的な重なり合い」があれば、広く「一個の行為」を肯定してよいとされており、わが国でも同様の理解がみられないではないが、そして、これを敢て否定するつもりはないが、そもそも「一個」の行為は「重なる」わけではないのであるから、「複数行為説」をもって説明する以外の方途はないということ⁽¹⁸⁾を銘記しなければならないのである。

(1) これにつき、中野・斎藤祝賀三六四頁は、「主流」判例としてとらえられる。これに対して、西田・刑評四四卷II四五卷一五頁は、意思の単一性の見地では、「包括一罪」とみることも可能であろうとされる。

- (2) これにつき、宇津呂・研修四一〇号四九頁、佐藤・法曹時報三七卷一二号三三六頁、西田・刑評四四卷〇四五卷三三頁。ちなみに、「五七年決定」の原判決は、「判例 24」を援用している。
- (3) 西田・刑評四四卷〇四五卷二五頁は、「判例 23」と同様、「包括一罪」の可能性があるとされる。しかし、あまりにも抽象的な「無免許医業」に拘泥しているものといわざるをえないであろう。
- (4) RG. St. Bd. 70, 1937, S. 334ff. 〇れじ〇き LK, 11Aufl. § 26 Rdn. 103 Anm. 148 [C. Roxin]; SK, 7Aufl. § 26 Rdn. 33 [A. Hoyer].
- (5) RG. St. Bd. 70, S. 31. 前註 三・一注 (6)。
- (6) これを、「主流」判例の代表としてとらえられるものとして、宇津呂・研修四一〇号四九頁、佐藤・法曹時報三七卷一二号三四七頁注(四)、飛田・警察学論集三五卷一二号一三三頁、西田・刑評四四卷〇四五卷二四頁。
- (7) 中野・斎藤祝賀三六六頁も、「二個の教唆行為が同時に行われたにすぎないと見るのが正しいように思われる」とされる。しかし、単に「同時」にすぎないならば、やはり「観念的競合」である。「同一発言」の中に、「順次の犯行」を想定したものが肯定される必要があるといわなければならない。その上で、教唆行為そのものの個数を論定しなければならないのである。
- (8) NSfZ. 1993, S. 489.
- (9) LK, 11Aufl. § 52 Rdn. 13ff. [R.R. v. Saan].
- (10) NSfZ. 1993, S. 584. 〇れじ〇き SK, 7Aufl. § 27 Rdn. 38 [A. Hoyer]; LK, 11Aufl. Vor § 52 Rdn. 58 [R.R. v. Saan].
- (11) これにつき、佐藤・法曹時報三七卷一二号三三六頁、西田・刑評四四卷〇四五卷二二頁。ちなみに、「五七年決定」の原判決は、「判例 29」を援用している。
- (12) 西田・刑評四四卷〇四五卷二二頁は、この点についての確な批判を加えられる。これは、本稿にとって、極めて重要な視点の一つなのである。前出、二・二・四、後出、五・三。
- (13) これを、「非主流」判例としてとらえられるものとして、佐藤・法曹時報三七卷一二号三三七頁、飛田・警察学論集三五卷一二号一三四頁。なお、「判例 30」は、「五七年決定」の上告論旨が、原判決に判例違反があるとする論拠としてこれを援用するのである。最終昭和五七年二月一七日刑集三三六卷一〇号二〇六頁(二〇九頁)。後出、五注(15)。
- (14) 佐藤・法曹時報三七卷一二号三三七頁は、「非主流」判例として、飛田・警察学論集三五卷一二号一三六頁、西田・刑評四四卷〇四五卷二二頁は、「五七年決定」に近いものとして、それぞれこれを援用される。

(15) 内田・刑法概要中巻六三四頁以下、六三六頁注(3)。

(16) 前出、三・一注(5)。

(17) 最判昭和三〇年一〇月二二日刑集九卷二一号二一五九頁は、密輸出品を登載させた上、密航者三名を乗船させて長崎県から巨済島まで運航したという事案につき、「密輸出罪」と三個の「不法退去幫助罪」とは「観念的競合」であるという判断を示した。しかし、密輸出品を登載させた港と三名の密航者を乗船させた港とは異なっていたのであるから、すくなくとも「密輸出罪」と「三個の幫助罪(観念的競合)」とは「併合罪」になると考えるべきではあるまいか。なお、中野次雄「朝鮮人の帰国禁止に関する指定違反行為の平和条約発効後における可罰性―密輸出罪・不法出国幫助罪との観念的競合―三名の密出国を一個の行為で幫助した場合の罪数」刑事判例評釈集一七卷二五〇頁以下。

これに対して、佐藤・法曹時報二七卷二二号三三八頁以下は、「非主流」判例として、西田・刑評四四卷二四五卷三三頁は、「五七年決定」の先例として、それぞれこれを位置づけられている。

(18) ザーンは、「単数行為説」と「複数行為説」の対立は、単に理論的な問題であるにとどまるとしながら(LK, IIAufl. Vor § 52 Rdn. 6 [R.R. v. Saan])、¹⁾「部分的一致」を掲げる(LK, IIAufl. § 52 Rdn. 19 [R.R. v. Saan])²⁾。これは、不可解なことであるといわなければならない。

四 昭和五七年最高裁決定の意義

一 以上の考量を踏まえて、「五七年決定」の意義を改めて考えてみよう。

「共犯個数は正犯個数によつて決定される」という第一命題は、実は、諸種の観点からして、正当なのである。

第一に、共犯行為そのものが、数個存在しようとも、正犯が「実行行為」に着手するまでは、共犯たりえないのであるから、この限りで、共犯の成立は、正犯に「従属」せざるをえないといふべきなのである。「判例13」・「判例30」も、このことを当然の前提とするものといふべきである。「包括一罪」でも同様に考えるべきである。特にここでは、「数個」の共犯行

為を考える必要はないのである。

第二に、「科刑上二罪」に対する共犯では、「複数の共犯行為」が、外見上「一個」の行為として評価されうる限り、やはり、「観念的競合」としての共犯を認めなければならない。

勿論、その前提には、「複数の共犯故意」が必要である。特に、「判例22」が、このことを示唆していた。

第三に、「複数正犯」が存在する場合の「共犯の罪数」も、それが、単一正犯の「併合罪」に関するものであれ、複数正犯の個別的犯行に関するものであれ、いずれも、「複数共犯」としてとらえられなければならないのである。勿論、ここでも、「複数の共犯故意」が必要である。「五七年決定」の原判決は、「判例29」と同様、「正犯が被告人の関知しない事情によって、たまたま一回にわけて覚せい剤を各別に密輸入した」場合であっても、正犯が併合罪となる以上は、幫助罪もまた「併合罪」であると判断したが、幫助故意が、確実に「一個」しか存在しなかったときには、「一個」の幫助罪しか認められるべきではないのである。これまで検討を試みた諸判例の具体的事案で、「複数の共犯故意」を否定しなければならなかった場合は、純粹に「一罪」の正犯が前提となっていたといつて過言ではないであろう。「五七年決定」の事案で、被告人が「二回にわたる密輸入」に関する故意をもっていなかったといえるかどうか、後に言及したい。ここでは、「複数正犯」に関与した共犯は、やはり「複数共犯」を成立させようという点を確認するにとどめよう。

すなわち、「正犯個数は共犯個数を決定する」のである。正犯個数が共犯個数を決定しえないのは、当該共犯に、正犯個数に対する「共犯故意」が存在しない場合だけである。このような場合にまで、「正犯個数」に「従属」と考えるのが、「共犯従属性説」の「帰結」であるとするのみが不当なのである。

二 共犯の成立が「複数」存在する場合であっても、それが、「一個の行為」に基づくものであるかどうかは確定できない。これを決めるのが、第二命題である。共犯行為「それ自体」の個数によるべきなのである。

第二命題は、「判例13」以来、通説・判例によって是認されるところであるが、冒頭に記したように、わたくしは、第一命題との整合性に疑問を抱いていた。しかし、これまでの考察により、疑問はなくなったといつてよいように思われるのである。

そもそも、「主流」判例と「非主流」判例との区別自体が疑問なのである。むしろ、それぞれ、その実体が不明確であったといつて過言ではないであろう。「主流」判例の一般論は、事案に適合しない場合があったし、「非主流」判例と雖も、正犯と無関係に「共犯個数」を算定したわけではないのである。「判例15」・「判例16」・「判例19」が示すところである。

第一命題と第二命題とは、統合され、統一されなければならない。

すなわち、複数正犯に参与した共犯には、通常「複数共犯」が成立する。これが第一命題である。しかし、その複数共犯が「観念的競合」か「併合罪」かは、共犯行為それ自体によって決定されなければならない。これが第二命題である。いずれも正当といふべきである。そして、敢て付言するならば、このような論理は、観念的競合に関する「複数行為説」を前提にする⁽¹⁾と考えるのが自然である。一個の行為から二個以上の結果が発生することはないと考えるべきが論理だからである。

三 「五七年決定」の事案は、「観念的競合」を示すのか、「併合罪」を示すのか。これが残された問題である。

原審で、弁護人は、正犯らの二回に亘る密輸入につき、被告人は関知するところがなかったが故に、単純一罪としての幫助罪しか成立しない筈であると主張したが、原判決は、さき⁽²⁾に一言したように、被告人にこの点についての「故意」が欠けていたとしても、正犯個数に「従属」して、併合罪としての幫助罪が成立すると判示した。まさに、「共犯従属性説」の不当な誇張であるといわなければならない。「五七年決定」は、この点につき触れるところがない。しかし、被告人は、かねて韓国で「覚せい剤」を仕入れ、航空機でこれを国内に運び込み密輸入していたが、やがて本件正犯の一人(甲)と共謀の上、密輸入を続けるようになったところ、甲が密輸組織の中心的存在となり、みずからは詐欺事件で保釈中であることな

どから、渡韓をやめ、専ら甲らの仕入れを手伝うようになっていたというのであって、本件でも、甲から、取引相手の要望もあり、額面五百万円の銀行保証小切手五通に替えて欲しいとの依頼で資金二千五百万円を預り、みずからも利益を得ようとの目的でこれに従ったというのであるから、⁽³⁾原審弁護人の主張のように、被告人の「関知しない事情」によって、正犯らが二日間に二回の取引を行ったとみることは到底できない筈なのである。原判決も、⁽⁴⁾「正犯の犯罪計画の具体的内容…を逐一認識することまでは要しない」という理解の下に、被告人の「幫助故意」を肯定したのである。にも拘らず、原判決が、正犯が併合罪ならば共犯も併合罪であったのは、「判例29」などにみられたように、まさしく「共犯従属性説」の不当な誇張にほかならないとしかいえないのである。

「五七年決定」は、この点につき、何ら触れるところがなかった。弁護人は、⁽⁴⁾上告審においても「幫助故意」の認定に關して原判決を批判していることでもあり、最高裁も、すくなくとも「複数故意」を前提としているものと解されるのであるから、被告人の「幫助故意」についての説示に、より説得的な論旨を展開する必要があるのではなからうか。⁽⁵⁾

四 被告人には、甲らの犯行につき、具体的・個別的な細部に亘る認識がなかったとしても、「一回限りの取引」で済むであろうとの認識をもたせる特段の事情は存在しなかったといわざるをえない以上、やはり「複数の幫助故意」を肯定してしかるべきであるが、その「故意」が「一個の行為」によって実現されたものと評価しうるかどうか、最も重大な問題となろう。

本件被告人の「覚せい剤密輸入幫助罪」の事実関係⁽⁶⁾を、さらにや、詳細に紹介すると、被告人は、昭和四九年九月二日、大阪市内の某ホテルにおいて、甲から依頼を受け、銀行に赴き、銀行保証小切手五通の発行を得た上、これを甲に交付したところ、甲らは、九月二三日と一四日の二回に亘り、韓国から「覚せい剤」合計約三キロ五〇〇グラムを密輸入したというのであって、その「幫助行為」は、甲に対する「銀行保証小切手五通の交付」にほかならない。これは、やはり「一個」の

行為とみるべきである。「判例24」で確認したような、あるいは、「判例26」などに関して考えたような、「一個の幫助行為」が「二回に亘る密輸入」を順次幫助したといえる程の分段のものは窺われないからである。弁護人は、上告審で、甲らがいずれかの日に約三キロ五〇〇グラムの「覚せい剤」を一括して輸入していれば、被告人の幫助も「単純一罪」として処断されるべきであることに疑いがないのに、甲らがたまたま二回の密輸入に出たからといって、被告人の幫助罪も「併合罪」であるというのはあきらかに不合理ではないかと主張したが、これは、「併合罪」を否定する根拠とはなりえても、「観念的競合」を否定する根拠とはなりえないのである。

五 かくして、第一命題と第二命題とは統一される。正犯が「複数」存在し、共犯にとって、それが予想もできないような事情が存在しない限り、共犯もまた「複数」成立する。しかし、その「複数の共犯」が、社会生活上、「一個」の共犯行為にすぎないと評価されるときには、共犯は「観念的競合」にほかならない。このように考えればよいのである。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

- (1) 前出、二・三・二、三・三注(18)。
- (2) 前出、二・三注(16)。
- (3) 最決昭和五七年二月一七日刑集三六卷二号二〇六頁(三三八頁以下)。
- (4) 最決昭和五七年二月一七日刑集三六卷二号二〇六頁(二〇〇頁以下)。
- (5) 西田・刑評四四卷II四五卷二二頁の批判は正当である。
- (6) 最決昭和五七年二月一七日刑集三六卷二号二〇六頁(二二三頁以下)。
- (7) 最決昭和五七年二月一七日刑集三六卷二号二〇六頁(二〇九頁)。
- (8) これに対して、佐藤・法曹時報三七卷二二号三四三頁は、両命題の関係を、「大審院の主流判例はいずれについても正犯の側から観察していたのに対し、本決定はいずれについても幫助犯の側に視点を置きかえたものである」とされる。しかし、相異なる視点は、決して統一できないのである。また、西田・刑評四四卷II四五卷二二頁は、幫助犯の「成立」は正犯の罪数に従い、「処断上の罪数」は幫助行為自

体によるとするのが「五七年決定」の趣旨であろうとされる。しかし、「成立罪数」と「処断罪数」を二分することにどのような意味があるか疑問ではなからうか。さらにまた、大越・昭和五七年度重要判例解説一六七頁以下は、いわゆる「惹起説」と「責任共犯論」との対置から、責任共犯論では、共犯の処罰根拠は「心情無価値」に求められるから、本件被告人の心情無価値も一個としてしかとらえられえず、「惹起説」からは「二個」の「違法な結果」が肯定されうることになるが、第一命題の帰結と第二命題のそれとの関係には、判然としないものが残されていると批判される。しかし、「責任共犯論」とは、本来、構成要件に該当する「違法」かつ「有責」な正犯を前提としなければならないことを看過してはならないであろう（内田・刑法概要中巻四三六頁以下）。

(9) 「五七年決定」の事等で、検察官は、当初、被告人も、甲らとの間で「事前共謀」に出たという見地から、「共謀共同正犯」の成立を主張したのであるが、第一審判決は、「幫助犯」しか認めなかった。しかし、その根拠は、「事前共謀」が認められないというだけであつて、甲らの「犯行」につき認識が希薄であつたという点にあるわけではないのである。最決昭和五七年二月一七日刑集三六卷二号二〇六頁（二二五頁以下）。

五 結論

一 複数正犯が存在する場合、これらに関与した共犯は、正犯の各犯行に関して「故意」が及ぶ限り、「複数共犯」となる。しかし、その「複数共犯」が、「観念的競合」として成立するのか、「併合罪」なのかは、当該共犯行為の「個数」によって決せられなければならない。

以上が、これまでの検討の帰結である。

したがって、「共犯故意」と「共犯個数」が、特に重要な意義を有することになる。ところが、「五七年決定」も、この点について、必ずしも充分なものを示してはいないのである。

そこで、改めて、若干の補足を加えることにしなければならない。核心は共犯固有の特性にあると思われる。

二 共犯は、「間接的法益侵害」⁽¹⁾である。このことは、いわゆる「違法共犯論」の標榜するところであるが、本来の「責任共犯論」も、これを否定することはできない筈なのである。⁽³⁾⁽⁴⁾

しかしながら、観念的競合に関する「単数行為説」は、このような理解と調和しない面をもっていることを再びここで確認しておかなければならない。「単数行為説」は、「行為」と「結果」の分離から出発し、行為は「一個」でも結果が「数個」生じたときには「観念的競合」になるとするわけであって、リストから、ヴェルツェル、ツィプフに至るまで、多数論者の基本的理解の基礎を形成してきたものであるが、特に、ツィプフは、これが、「共犯の罪数」決定に有効に機能すると主張するのである。⁽⁵⁾

たしかに、単独行為者の「一個の行為から数個の結果が生じる」ことの説明に較べ、一共犯者の「一共犯行為から複数の正犯結果が生じる」ことの説明の方が、容易な面をもっているとはいえよう。「他人の行為」は、「自己の行為」ではないからである。したがって、その「結果」も、「他人任せ」の部分が多くなるのである。

だがしかし、正犯の犯行を、共犯「行為」の単なる「結果」にすぎないとみることが、「間接的法益侵害」としての共犯の特性を没却するのである。共犯行為が、正犯行為の中に「活かされなければならない」という要請、すなわち、「因果的共犯論」は無意味なものとなってしまうからである。共犯の処罰根拠は、「複数行為説」を求めるものであることを、今一度明確にしておく必要がある。⁽⁶⁾

三 共犯の特性は、「共犯故意」にも如実に現れる。ここでは、「他人の行為・結果」に関する「認識」が問題である。「自己の行為・結果」に関する予測と、他人のそれに関する予測の問題であるといってもよい。

「自己の行為・結果」に関する予測は、比較的簡単である。勿論、思い通りにことが運ばないことがあるし、失敗することすら多々ある。しかし、それは、すべて「自己の問題」である。これに対して、「他人の行為・結果」は、まさに

「他人の問題」である。他人のことは「予測し難い」のである。まさに、「他人任せ」にするしかない面をもっている。したがって、共犯は、「正犯に任せるしかない」ことが多いのである。⁽⁷⁾「共犯故意」は、かなり「包括的」であり、いわゆる「法的符号説」が通用する場合が多いというのは、このことを示すものにはかならないわけである。⁽⁸⁾「判例22」が、教唆者に、「二個」の殺人教唆罪が成立しうることを是認する論理に出たのも、このような見地で説明できるであろう。そして、ドイツ判例の多くが、「共犯故意」を前提とした上で、「共犯従属性説」の「誇張」を掲げたにすぎなかったという事実をも想起する必要があると思われる。⁽⁹⁾

ところが、わが国では、この点についての意識が必ずしも充分ではなかったといわざるをえない。「判例29」⁽¹⁰⁾がそうであったし、「五七年決定」の原判決が、まさにそうなのである。「五七年決定」が、これを是正しようとしなかったことは、さきにも一言した。

尤も、事実上、被告人にとって、甲らの二回に亘る密輸入が予想外の犯行であったとは到底いえないのであるから、この点を取って咎める必要はないかも知れない。しかし、今や「共犯個数」の確定は不可欠の要請なのである。その前提となる「共犯故意」の確定もまた、当然に重要であることを看過してはならないであろう。⁽¹¹⁾

四 複数の「共犯故意」が肯定されたとしても、共犯が「観念的競合」か「併合罪」かは確定できない。共犯行為の「個数」を論定しなければならぬのである。「判例13」以来のドイツの通説・判例がこれを支持し、「五七年決定」も、これを明確にしたことになる。

しかし、ここにも、共犯行為の特性が現われ、問題を曖昧にする可能性があるといわなければならない。共犯行為は、「実行行為」ではないからである。

このことは、一方では、「判例11」のように、「特徴性に乏しい行動」としての性格を共犯に付与することになり、他方

では、極端な「共犯独立性説」のように、正犯行為と「無関係」に成立しうる共犯を許容することになるのである。いずれも、「実行行為性」という基準に欠けることに由来しているといつて過言ではあるまい。もとより、「実行行為」といっても、その具体的な内容が明確でないものをもってしていることは、周知の通りである。しかし、「共犯行為」は、確実にその内容がより「非定型的」なのである。したがってまた、その「個数」の確定にも、困難がつきまとうことはいうまでもない。しかし、今や、共犯行為の「個数」確定は、共犯の罪数決定にとって、不可欠の要件となつたのである。

このような見地からするならば、「五七年決定」が、単に本件の事実関係上、「被告人の幫助行為は一個と認められるから」観念的競合であると説示するだけでは不十分であるといわざるをえないであろう。「二個」ではないということ、「積極的」に明示する必要があつたというべきではなからうか。某日、某所で五百万円の銀行保証小切手五通を、一括甲に交付したことは、「二回交付」の手間を省いたことになるだけのものではないというような認定に出ることが必要だつたのではなからうか。⁽¹²⁾〔判例15〕や〔判例24〕では、事案上、「複数共犯行為」を認定することが容易であつた。それだけに、そのいわゆる「共犯従属性説の誇張」との「乖離」が大きかつたといわなければならない。⁽¹³⁾「五七年決定」の事案は、そうではない。しかし、それ故にこそ、理論的には、幫助行為の「一個性」につき、慎重であることが要請されるのではあるまいか。⁽¹⁴⁾〔判例16〕は、「教唆犯の故意」と「教唆行為の個数」について、余りにも形式的・抽象的なとらえ方をしていた。これは是正されなければならない。⁽¹⁶⁾しかし、「五七年決定」には、「幫助犯の故意の二個性」と「幫助行為の一個性」につき、やや無造作で、緻密さに欠ける点があつたというべきであろう。

五 一九七七年七月二六日のドイツ連邦裁判所第一刑事部判決⁽¹⁷⁾は、妻を絞殺中の被告人が、悲鳴をきいて隣室から駆けつけた四歳の息子に興奮の余り、さらに同人をも絞殺したという事案につき、観念的競合を認めた原判決を否定した。妻はすでに死亡していたかどうかは明確ではないとしても、「新たな決意」に基づく「新たな実行行為」が肯定されるというの

が、その根拠である。「観念的競合」の本質⁽¹⁸⁾に迫るものがあるといえよう。

また、一九六八年一〇月一六日のドイツ連邦裁判所第四刑事部判決⁽¹⁹⁾は、貯蓄銀行に強盗に押入った被告人が、金員を手中にした後、屋外で抵抗した親方職人を狙撃して傷害を負わせたという事案につき、強盗(二五〇条)と傷害(二三三条a)の併合罪とした原判決を否定し、観念的競合たりうることを認めたのである。被告人が、金員を手中にした時点で強盗は既に達するが、未だ終了しておらず、逃走途中での狙撃により占有侵奪が確実になったと考えるべきであるから、狙撃行為を、強盗とは「別個独立の行為」とみるのは正当ではないのであって、傷害と強盗とは「観念的競合」たりうると思えなければならぬといふのである。これもまた、観念的競合の本質を衝くものと言ふべきである。

ビンディングが、複数行為の「時間的一致」こそが観念的競合にはかならないと主張していたことは、すでに確認したところであるが、その内容は、単にA罪の「実行行為」とB罪の「実行行為」とが、偶然に一致しただけでは足りないといふべきであつて、A罪の実行行為の主要部分が、自然的観察の下で、同時にB罪の実行行為でもあることを必要とするもの⁽²⁰⁾と考えるべきであろう。そして、A罪実行の途中で、「新たな決意」に基づくB罪の実行行為が行われたときは、いかに自然的観察の下では「一個の行為」らしく見えても、そしてまた、二個の行為が同種行為の発展にすぎないとしても、「併合罪」を考える必要があるといわなければならないであろう。

一九七七年の第一刑事部判決は、妻に対する絞殺行為の途中で、不意に現れた幼児に対し、「新たな決意」に基づく絞殺行為が行われたものとして併合罪を考えたのに対して、一九六八年の第四刑事部判決は、銀行強盗が、所持の銃を使用し、これを金員強奪手段として利用すると同時に妨害者を排除する手段としても利用したという点で、強盗意思と傷害意思とは「重なり合っている」として観念的競合を考えたものと解しうるであろう。前者では、被告人は、外見上も、妻を殺し、さらに、幼児をも殺したとみうるであろうが、後者では、銃をもった強盗が発砲して人を負傷させたにすぎないとみてよいの

である。

その本質を同じくする「数罪」でありながら、「観念的競合」では「決意の更新」はないのに対して、「併合罪」では「新たな決意」に基づく「別個独立」の行為が肯定されるが故に、まさに数罪として「加重」されるのであろう。⁽²¹⁾

当然のことながら、わが国の判例にも同じような論理が示されていることを看過してはならない。一方では、「傷害行為がただちに恐喝行為の手段としてなされた」場合は傷害罪と恐喝罪の観念的競合であるとする、最判昭和二十三年七月二十九日刑集二卷九号一〇六二頁⁽²²⁾を挙げることができるし、他方では、制限速度が八〇キロメートルのA区間と、七〇キロメートルのB区間とが区別された名神高速道路を、A区間を一四五キロメートル、B区間を一六〇キロメートルで走行し、一九キロメートルにも及ぶ制限速度違反運転を継続した被告人につき、「併合罪」を認めた、最決平成五年一〇月二十九日刑集四七卷八号九八頁⁽²³⁾を挙げることができるのである。後者では、「ある一地点間の運転行為が全体として一個の社会事象と観念されるかどうかは、その間の距離、道路状況の変化とこれに伴う最高速度の規制、進行速度の変更等の運転態様など、諸般の事情を総合して判断すべきである」が、本件では到底「一個の社会事象」と観念することはできないというのである。まさに、「新たな決意」に基づく「別個独立」の行為が肯定されたものといえよう。⁽²⁴⁾

したがってまた、暴行を加える途中で、財物強取の意思を生じ、さらに暴行を継続して財物を強取した際に傷害をも与えたが、その傷害が、当初の暴行によるものか、強盗意思形成後の暴行によるものか不明のときには、強盗傷人罪（刑二四〇条前段）の成立はこれを否定せざるをえないが、強盗罪と傷害罪の「混合的包括一罪」を認めるべきであるとする、最近の判例の傾向も、「観念的競合」たりえないとする限りでは肯定しえないではないであろう。⁽²⁵⁾

六 観念的競合と併合罪の限界は、以上のような観点で画定されるべきであるが、本稿では、共犯としての観念的競合と併合罪の区別も、また同様の観点で行われてきたのである。代表的なものを一、二確認しておこう。

まず、共犯行為としての完全な時間的「重なり」が認められるものとして〔判例13〕を、逆に「別個独立」の共犯行為が肯定されるものとして〔判例15〕〔判例25〕を挙げることができる。いずれも「偽証教唆」の事案であるが、「一個の発言」と「数個の順次的発言」の相違を直視しなければならぬわけである。〔判例12〕も、「一個の幫助意思」にかかわる事案である。

これに対して、〔判例27〕では、やはり「偽証関与」について「作為」と「不作為」、「教唆」と「幫助」の「重なり」が肯定されたのであるが、疑問が大きいことは、すでに述べたところである。それぞれの「重なり」は殆ど認められないといふべきなのである。

殺人関与の〔判例26〕、偽造関与の〔判例29〕にも、かなり問題があった。「一回の教唆」ないしは「一回の幫助」の内容に、「順次的な教唆・幫助」が認められうるのではないかという疑問であった。しかし、「新たな決意」に基づく共犯行為が認められない以上、いかに「複数正犯」が予定されていたとはいえ、「観念的競合」を考えるのが妥当であるといわなければならない。

同様の論理は、共犯としての「牽連犯」にも妥当するであろう。甲に対する窃盜教唆と、翌日の乙に対する盜品保管教唆とは、暴力団の資金源のためのような牽連性をもつ場合は、教唆罪として牽連犯たりうるが、犯跡隠滅のための文書偽造罪教唆と「新たな決意」に基づく詐欺罪教唆とは、もはや牽連性をもたず、教唆罪として「併合罪」の関係に立つものと考えべきなのである。⁽²⁶⁾

〔五七年決定〕の銀行保証小切手五通の「一括交付」には、「新たな決意」に基づく幫助行為といえるものが認められないことを付言して稿を閉じることにした。

- (1) LK, 11Aufl. Vor § 26 Rdn. 1ff, 22 [C. Roxin]; G. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. T. 4Aufl. 2000, S. 333ff, 335. なお、内田・刑法概要中巻四二六頁以下。
- (2) G. Stratenwerth, Allg. T. 4Aufl. S. 335. さらに、内田・概要中巻四二七頁、四四〇頁注(7)。
- (3) 「責任共犯論」も、当然「違法な正犯行為」を前提とした上で、さらに「有責な正犯行為」を求めるべきだからである。内田・概要中巻四二七頁、四四一頁(11)。
- なお、最近では、シュトラーターテンヴェルト (G. Stratenwerth, Allg. T. 4Aufl. S. 334) も、「責任共犯論」を、正犯の「責任」から「はじめて」共犯の当罰性が導かれるとする見解であるとしてとらえている。
- (4) いわゆる「因果的共犯論(純粹の「惹起説」)をとるリュューデルセン (K. Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 61ff.) も、当然のことながら、「間接的法益侵害」を共犯の処罰根拠に据えている。シュミットホイザー (E. Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. T. 2Aufl. 1975, S. 532ff.) も、同様である。なお、内田・概要中巻四二九頁注(4)。
- (5) 前出(二・三注(3))(5)(8)(12)。
- (6) シュミットホイザー (E. Schmidhäuser, Allg. T. 2Aufl. S. 535, 736) によれば、共犯は、まず第一に、正犯に決意を生じさせ、ないしは、その決意を強化し、ときには、正犯に実行行為を行わせ、ないしは、実行行為に利用させるという「二重の結果」を必要とするといひ、「観念的競合」は、「複数行為説」に拠るべきであると指摘する。正当である。なお、シュミットホイザーの独特な「共犯論」については、内田・概要中巻四三九頁注(4)、四五〇頁注(16)。さらに、前出(二・三注(18)、三・二注(15))。
- (7) ビンディング (K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, 1918, S. 214) が、「ローゼーロザール事件」について、ロザールにおいて「目が悪く、頭もおかしいローゼに任せるのだが、他に人がいないのでやむをえない」という眩きがあったならば、ローゼが、誤ってハリッシュを殺したとしても、なおロザールに「ハリッシュ殺し」の教唆犯を肯定しようと考えていたのも、「共犯故意」の包括性を肯定したからであろう。前出、三・二注(11)以下。なお、内田・概要中巻五八二頁以下。
- (8) 内田・概要中巻五六一頁以下、五六三頁。
- (9) 代表的なのが、「判例12」(前出、三・一注(4))であった。なお、「判例9」(前出、二・三注(19))・「判例20」(前出、三・二注(9))・「判例22」(前出、三・二注(13))。
- (10) 前出、三・三注(12)。

- (11) 西田・刑評四四卷II四五卷二三頁。
- (12) 前出、三・三注(7)。
- (13) 前出、三・一注(12)(13)、三・三注(2)。
- (14) 一九九一年ドイツ連邦裁判所第三刑事部判決(NSZ. 1991, S. 489f.)については、すでに触れたところであるが(前出、二・三注(20)(21))、ここでは、さらに、「連続犯」に対する幫助の「個数」を慎重に認定しなければならないという判示に出ていることを強調しておきたい。詐欺幫助犯が、正犯の経済状態を欺罔するために、被害者に対し「決意」を新たに電話に出た可能性があることを看過してはならないというのである。「判例1」との比較も重要である。
- また、一九九五年一〇月一七日のドイツ連邦裁判所第一刑事部判決(Wistra. 1996, S. 140f.)は、正犯が、観念的競合の関係に立つ文書偽造罪・詐欺罪を「五個」実行した場合でも、幫助犯が、「一個」の「自然的な行為」でこれらを幫助することも充分ありうるという。幫助行為の「個数」に関しては、かなり神経質になっているわけである。このような姿勢が望まれることは、いうまでもないのである。なお、後注(18)。
- (15) ちなみに、飛田・警察学論集三五卷一二号一三四頁以下は、「判例30」では「連続行為」が肯定されるのに対して、「五七年決定」の事案は「一個」の幫助行為しか認められないから、「五七年決定」が、上告論旨援用の判例は事案を異にするとして、これを斥けたのもやむをえないとされる。
- たしかにその通りであると思われるが、それ故にこそ、両事案の重大な「相違」があきらかにされなければならない筈なのである。なお、前出、三・三注(13)。
- (16) 前出、一注(10)、三・一注(15)(16)、三・二注(2)。
- (17) NJW. 1977, S. 2321. これに対しては、M. Maiwald, Die Feststellung tateinheitlicher Deliktsbegehung, NJW. 1978, S. 300ff.
- (18) 第一刑事部は、「複数行為」も、「単一決意」に基づくものである限りは「観念的競合」たりうるとして、「一回の射撃」により複数人を殺害した場合を例示するのであるが、そのような場合にのみ、「第三者にとつては、自然的観察の下で、単一の一体となった所為」が観念されうるにすぎないというだけである(NJW. 1977, S. 2321)。したがって、いわゆる「複数行為説」か「単数行為説」かは不明確であるといわなければならない。しかし、本件被告人の殺人意思は、「最初は妻に対して向けられただけ」であり、「一回の射撃」による複数殺人とは違うというのであるから(NJW. 1977, S. 2321)、「一回の射撃」による複数殺人は、複数意思が、外見上は「一個の行為」

にまとめ上げられたにすぎないという理解に基づくものといえるべきである。前出、二・三注(2)―(8)。

なお、ザーン (LK, 11Aufl. § 52 Rdn. 19 [R.R. v. Saan]) が、時間的・場所的連続性の故のみをもって観念的競合を肯定する一連の判例の一つとして、この第一刑事部判決をとらえたとするならば、それは誤解に基づくものといわざるをえないであろう。

なお、すでに、一九六二年一月一六日の連邦裁判所第一刑事部判決 (BGH, St. Bd. 16, 1962, S. 397f.) も、女関先で待ち構えていて、妻子三人に次々に斧で襲いかかった夫に対し、殺人未遂の「併合罪」を肯定していたことである。

(19) GA, 1969, S. 347. なお、 Schönke-Schröder, 26Aufl. S. 1972 [A. Eser].

(20) Schönke-Schröder, 26Aufl. S. 781 [W. Stree]. なお、前出、二・三注(7)。

(21) 内田・概要中巻六五七頁。さらに、後注(23)。

(22) 内田・刑法各論〔第三版〕三四〇頁注(4)。

(23) 大淵敏和「制限速度を超過した状態で継続して自動車運転した場合の二地点における速度違反の行為が併合罪の関係にある別罪を構成するとされた事例」法曹時報四七卷一〇号三〇四頁以下。

(24) 大淵・法曹時報四七卷一〇号三二四頁以下、三二四頁、三二五頁以下、三二八頁以下。

なお、友人を熊と誤信して発砲し、瀕死の重傷を与え、苦悶をみかねて、さらに胸部に一発猟銃を発射して殺害したのは、「責任条件」を異にするという理由(最決昭和五三年三月二二日刑集三三卷三号三八一頁)からではなくして、まさに「新たな決意」に基づく行為が行われたから、併合罪にはかならないと考えるべきであろう。また、いわゆる「方法の錯誤」においては、故意行為と過失行為の間に「観念的競合」を認めることは、まさに容易なのである。前出、二・三注(1)。

(25) 「混合的包括一罪」の問題性については、別の機会に検討する。

(26) 「観念的競合」が、「牽連犯」に当たる場合をも包含すると考えるドイツでも、「文書偽造」の後に、「新たな決意」に基づく「詐欺」が行われたときは「併合罪」であり (Schönke-Schröder, 26Aufl. S. 2234 [P. Cramer])、¹⁾「住居侵入」後、その不法状態の継続中に、当該住居侵入とは全く無関係な犯罪行為が行われたときは「併合罪」である (Schönke-Schröder, 26Aufl. S. 1177 [Th. Lenckner]) という理解が一般的であることを付言しておこう。大判大正一一年九月一九日刑集一卷四五三頁が、「横領」の「犯跡隠滅」のために偽造文書を「行使」したときは牽連犯ではなくして「併合罪」であるとするのは、この見地からして正当であるといえよう。

(平成一五(二〇〇三)年五月九日)