

正犯なき共犯論の展開

—「正犯なき共犯」肯定論・三—

目次

- 一 問題提起
- 二 共犯従属性論と処罰の間隙
- 三 不法共働の諸形態
 - 一 自殺関与の共犯性——独立共犯
 - 二 教唆犯と幫助犯の併立
 - 三 幫助犯と幫助犯の併立
 - 四 連鎖的共犯
 - 五 同時殺傷の特例
 - 六 緊急救助義務違反（ドイツ刑法三三三条c）
- 結論

内田文昭

一 問題提起

一 共犯は、論理的に「他人との共働」を前提とする。正犯と共犯の分別は、社会生活の要請でもある。この分別はローマ法以来の歴史をもっているが、犯罪の主役が正犯で、脇役が共犯であったといつてよい。^①

しかし、脇役だけの「共働」で芝居を行うことは可能である。「主役不在」の故のみをもって共犯も不在であるとするのは愚かである。多くの場合、正犯を前提にするだけである。

すでに前稿などでも明らかにしたように、「自殺者（主役）」は不処罰でも、わが刑法二〇二条前段などでは「自殺関与者（脇役）」は処罰されるし、「自傷」は不処罰であっても、「自傷関与」は「非理性的自己否定」である限りは処罰されるべきではないかという主張も盛んである。^② 本稿でも採り上げるが、「共犯への共犯（脇役への脇役）」も、すでに立法されている（刑法六一一条二項・六二条二項）。このような考量は、「共犯の独立処罰」即ち「共犯独立性論」を肯定する可能性を示す。

二 ブリーは、^④「原因」と「条件」の区別を前提とした従来の「因果関係論」を非論理的であるとして「平等条件説」を採り、「正犯」と「共犯」の区別はこれを「主観面」に求めるべきであると主張した。「みずからのためのみずからの犯罪」を行うのが正犯であり、「他人（正犯）のために他人（正犯）の犯罪」に共働するのが共犯であると考えられる。^⑤ この考え方が、一八八〇年代のドイツ帝国裁判所の判例に採用されて現在に迄及んでいることは周知の通りである。「主観的共犯論」である。

たしかに、純粹に客観面だけで正犯と共犯を分別することはできない。「原因」は「諸条件の総体」に過ぎないのである。後にも触れるが、今なお「主観的共犯論」の名残りを示す判例もある。^⑥

しかし、主観的相違だけで正犯と共犯を分別することも不可能である。第一に、「他人の犯罪」と「みずからの犯罪」という区別が曖昧である。ペーリング⁷⁾が指摘するように、共犯も「みずからの行為」で「みずからの犯罪（共犯）」を行うのである。第二に、主観面の偏重は「思想処罰」の危険を内包する。ウルピアヌス⁸⁾は、「単なる思想は罰せられない」と確言したが、これが破られる可能性が生じる。たとえば、「盗んでこい」と奨めただけで「窃盗教唆未遂（刑法二三五条・六一一条未遂）」となり、「死んでしまえ」と罵っただけで「自殺教唆未遂（刑法二〇三条）」となる可能性がある。ブーリは、「勸奨」は「共犯行為」であって単なる「思想」ではないと反論するであろうが、これでは冗談もいえなくなる程に「共犯未遂」が拡大する危険が生じる。刑事政策的にも好ましくない。唆かされた者が現実に「窃盗」を開始した時点、罵られた者が現実に「自殺」を開始した時点迄、刑罰権の発動を自制する必要がある。これが、「共犯従属性説（論）」である。「共犯従属性説（論）」は、客観的な「実行の着手」（刑法四三条）を俟って始めて「重い腰」を上げるのである。これに対して、「共犯独立性説（論）」は「腰が軽る過ぎる」ことになる。

三 一方、ビルクマイヤー⁹⁾は、「原因説」を採って、「客観的共犯論」を強力に推進した。

たしかに、「原因」と「条件」の区別は自然科学的には正確さに欠けるものがあつたにしても、生活の要請には合致している。刑法上「原因」と「条件」とは同じではないのである。原因設定者が「正犯」であり、条件設定者が「共犯」であるというのが、長い歴史的試練に耐え抜いてきたのも当然である。構成要件実現者が「正犯」であり、構成要件の実現に幾許かの寄与をなしたのが「共犯」であるというのも、その延長上にある。勿論、正犯にとつても共犯にとつても「結果」に対して「相当因果関係」が認められなければならない。

だがしかし、ビルクマイヤーの考えには重大な欠陥があつた。その最たるものが、共犯の可罰性は正犯の可罰性の「借用」に過ぎないという「可罰性借用論」¹⁰⁾である。「共犯行為」は、それ自身が可罰性を具備しない「取るに足りない

い行為」であるから、その可罰性は正犯から借用しなければならぬというのである。たとえば、共犯の「罪数」は正犯の罪数をそのまま引き継ぐし、共犯の「可罰性」は正犯の「可罰性」を借り受けるというのである。¹¹⁾ 共犯は正犯に「従属」するのではなくして、正犯に「隷属」するのである。条件設定者のみならず、正犯の周囲に「うろうろ」していた者はみな「共犯」になりかねないことにもなる。殺人犯を生んだ両親は殺人の条件を設定したのである。

ビルクマイヤーにとって、正犯は共犯を「隷属」させるに値する力を具えていなければならぬ筈であるが、後に述べるように、その正犯自体が同様に「うろうろ」している。この点も、ビルクマイヤーへの疑問の一つである。

ところで、ビルクマイヤー¹²⁾は、正犯が事実上「出廷すればよい (sich stellen)」というわけではないと考えた。正犯の「死亡」や「時効」などは、「共犯処罰」の障碍ではないというのであればその通りである。しかし、一八七一年当時のドイツ帝国刑法五五条は、一二歳未満の少年はこれを「訴追」できないと規定していただけであるから、一〇歳未満の少年に対する教唆は処罰可能な筈であるのに、五一条の精神病患者への教唆同様「可罰的行為の不存在」を理由に「教唆犯」たりえないとされたのである。¹³⁾

何故、同じ「責任無能力」が異なった扱いを受けてよいのか。その根拠は不明確である。さらに、「正当防衛」は「違法阻却事由」であるのに、正当防衛によって「人を殺した者」を「殺人の正犯」と呼ぶ必要がないのは何故かという点も実は今尚不明確である。¹⁴⁾ 共犯を隷属させなければならぬ「正犯」が、このように曖昧なのは刑法解釈論としては失格である。「曖昧な正犯」に取るに足りない共犯が共働しても、人を説得する「正犯・共犯論」を展開することはできないのである。にも拘わらず、ビルクマイヤーの「正犯なければ共犯なし」の要請は、¹⁵⁾ 暗黙のうちに、現在に至る迄学説の主流を形成するところとなったといつてよい。「貸し主」がいなければ、「借り主」もないのは当然だといっているのである。

この問題は、一九四三年のドイツ帝国刑法四八条・四九条が、「可罰的行為への共働」から「刑罰が科せられた行為への共働」に改正されたことにより、一応の決着をみるに至ったが、詳細は後に明らかにすることにして、ここでは、二〇世紀初頭のペーリングの「正犯・共犯論」を眺めることにしたい。

四 ペーリングも、「主観的共犯論」に左祖したわけではない。「正犯」は「構成要件実現者」であり、「共犯」は「その寄与者」であった。勿論、それぞれの行為が、構成要件の実現に「因果関係」をもたなければならぬが、条件関係で足りるか相当因果関係をもたなければならぬかは、そして重大な問題ではなかった。殺人犯の両親が、「殺人の共犯」たりうるかどうかは、「生活用語例」がこれを拒否するのが普通なのである。¹⁷⁾

ペーリングの考えが、この関係で重要なのは、「現実の正犯」なしにも共犯は成立しようという主張である。

ペーリングにとつて、「現実の正犯」を求めるのは過大な要求であつて、正犯は「正犯像」として「目標」にされることで足りるのであつた。「正犯像」は「指導形象」なのである。みずからは「緊急状態」に陥つてない者が、「他人の緊急避難」に便乗したり、これを利用したりするときは、利用された緊急避難者は「正犯」ではないが、利用した者は「共犯」たりうる。観念的な指導形象としての「殺傷罪」等の「正犯像」は明確に与えられているからである。これを示唆する古い大審院判決もある。詳細は後に展開する。

勿論、「丑の刻詣り」の勧奨等は、人に殺傷罪の「印象」を与えず、「正犯像」も不明確であるから、それを罰するのは、限りなく「思想処罰」に接近する。ペーリングも、「丑の刻詣り」等の「絶対的不能未遂」は「定型外 (Bsp. pisch)」であるとした。¹⁹⁾しかし、正犯の「不能未遂」は、共犯にとつても「正犯像」を欠き、「共犯未遂」となるが、「正犯像」の存在自体が不明確であつたことになる。²⁰⁾特に密やかな「丑の刻詣り」は殺人像を形成しないのである。

ペーリングにすこし遅れて、ペロルツハイマーも、「可罰性借用論」に反対して、共犯は「みずからの足」で大地に

立たなければならぬと主張し、「正犯像への従属」を求めるのが正当な「共犯従属性論」であると考へた。

ペロルツハイマーは、ペーリングに従ったわけではないが、共通の思想に出たことは歴然としている。わたくしは、ペーリングに従ってきた。

これに対して、ホエップナー²²⁾は、ペーリングに反対して、「現実の正犯」が共犯の前提であることを強調した。しかし、ビルクマイヤーの「正犯」に内包された曖昧さが払拭されたわけではなかった。

さきに一言したように、一九四三年の「極端従属性論」から「制限従属性論」への移行・改正によって、この問題は一応の結着を見たが、それは、「有責な正犯」から「違法な正犯」への移行が看取される部分に止どまり、²³⁾ それぞれの「正犯」が「現実」に存在しなければならぬか「観念的」な表象で足りるかという問題の解決には及ばなかったのである。しかし、学説の趨勢は、両者の混淆の上に「現実の正犯」を想定してきたといわざるをえない。²⁴⁾

ペーリングは、「極端従属性論」を採るか「制限従属性論」を採るかは立法者の選択であるとした上で、「観念的な正犯像」への従属で足りると主張した。本稿は、ペーリングの示唆に従って、共犯は「制限従属性論の正犯像に従属する共犯」としての「現実の正犯なき共犯」であれば足りるという主張を展開するものである。「不法な正犯像」を前提にする「共犯論」の展開である。そして、その前に、「正犯像」すら立法されていないのに「不法共働」であることが明白な「自殺関与罪（刑法二〇二条前段）」の正当性の確認が必要となる。

注

(一) A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1932, §§ 41ff., 48ff., 54ff.; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, 1930, S. 439ff., 452ff., 468ff., 481ff., xv, xvii; 内田文昭・刑法概要中巻(平成一一)四一六頁以下。

- (2) R. v. Hippel, Strafrecht, II, S. 451f., 476f., 481f.
- (3) 内田文昭『受託傷害』・『自傷関与』の可罰性——「正犯なき共犯」肯定論序説・二——神奈川大学法学部五〇周年記念論文集（平成二八）四二五頁以下。
- (4) M. v. Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, S. 38f., 41f. なお、内田概要中巻四三〇頁以下。
- (5) M. v. Buri, Causalität, S. 64.
- (6) 一九六二年一〇月一九日の連邦裁判所第三刑事部判決（BGH, Str. 18, 1963, S. 87f., 89f.）は、二人の謀殺実行者の「心的関心（innere Haltung）」が「他人の犯罪」への関与に過ぎないとし、「実行する帮助犯」しか認めなかった。ロクシン（C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. 2000, S. 105 Anm. 52）は、これを「フリー以来の「極端な主観的共犯論」の再来であるかに捉えよとすべき。しかし、「心的関心」は、必ず「客観化」する（ことを看過してはならない。主観説と客観説は対立してはならないのである（内田・概要中巻三六八頁以下）。なお、この第三刑事部判決については、後出、三・三注（11）。
- (7) E. Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 234f., 416f., 426.
- (8) D. 48, 19, 18 = corpus iuris civilis, I, D. Albertus et, 1848, P. 918. なお、内田・概要中巻三五四頁以下。
- (9) K. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890, S. 15ff., 83ff., 144f., 266f.
- (10) K. Birkmeyer, L. v. T. S. 144f., 266f.
- (11) K. Birkmeyer, L. v. T. S. 180f. けれどこそ、内田文昭「共犯の罪数」神奈川法学三六巻二号一八九頁以下。
- (12) K. Birkmeyer, L. v. T. S. 153.
- (13) K. Birkmeyer, L. v. T. S. 120f., 158f.
- (14) 責任能力を欠く精神病者や一四歳未満の刑事未成年者の「犯行」は「正犯行為」である（前注（13））。しかし、正当防衛・緊急避難はこれを「正犯行為」と呼ぶ必要はない。大手術に成功した医師を「傷害の正犯」と呼ぶのも愚かである。だがしかし、このことを明確にしたのは、一九七五年改正のドイツ刑法二六条・二七条であって、一八七一年ドイツ刑法四八条・四九条も、一九四三年改正の四八条・四九条も、明確ではなかったといわざるをえない。「外科手術」は、「刑罰が科された行為」（旧四八条・四九条）には該当するが、新二六条・二七条の「違法な行為」ではないのである。なお、後出、二注（23）。
- (15) K. Birkmeyer, L. v. T. S. 146, 163, 179.
- (16) E. Beiling, L. v. V. S. 390f., 403f., 416f., 453f.; ders. Grundzüge des Strafrechts, II Aufl. 1930, S. 34f., 37, 60f.
- (17) E. Beiling, Grundzüge, II Aufl. S. 37.

- (18) E. Beiling, I. v. V. S. 416ff. 453ff. ders. Methodik der Gesetzgebung, 1922, S. 92ff. 188ff.
 (19) E. Beiling, I. v. V. S. 416ff.
 すでに、一九〇〇年六月二日の帝国裁判所第一刑事部判決 (RG, Str. 33, 1900, S. 321ff. 322f.) は、夫を祈り殺そうとした妻は人倫には反するが、殺人ではないとしていた。内田・概要中巻三八一頁注 (16)。
 (20) E. Beiling, I. v. V. S. 466ff. 前注 (19)。
 (21) H. Beroelzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1909, S. 1ff. 14ff. 53ff.
 (22) W. Höpfer, Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme, ZStrW. 27, 1907, S. 465ff. 466ff.
 (23) 前注 (14)。
 (24) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四三八頁以下、四四〇頁以下。なお、後出六注 (27) (28) (29)。
 (25) E. Beiling, Methodik, S. 103f.

二 共犯従属性論と処罰の間隙

一 共犯独立性論にとつては、正犯は論理的には共犯の前提であつたが、解釈論上は共犯の前提ではない。それ故にこそ、共犯の独立処罰が可能なのである。

これに対して、共犯従属性論では、解釈論上も正犯なしには共犯は考えられない。「現実の正犯」を要請する立場では、さらに、「現実の正犯」なしには共犯も存在しえない。これが学説の趨勢であつた。

M・E・マイヤー⁽¹⁾は、「実行行為(構成要件実現行為)」に従属するのが「共犯」であるとする「最小(少)限従属形式」と、「構成要件実現の違法行為」に従属するのが「共犯」であるとする「制限従属形式」と、「構成要件実現の違法・有責行為」に従属するのが「共犯」であるとする「極端従属形式」の二つの従属形式に分類した上、正犯に「加

重・減免事由」が認められるときは、「共犯」もその影響を受けるとする「誇張従属形式」を採用することも可能であることを指摘した。ブルクマイヤーの「隷属形式」は「完全従属形式」を想定したことになる。

このうち、「最小(少) 限従属形式」を採用することは非常識である。「外科手術」等の「正当行為」も「傷害罪」の構成要件に該当し、看護師等がその「共犯」とされかねないからである。一方、「誇張従属形式」や「完全従属形式」を採用することも、逆の意味で非常識である。共犯の成立が余りにも制約され過ぎるからである。正犯の個人的な事情が共犯の成立を妨げるというのは「個人責任の原則」に反する。共犯は、「みずから拡張された構成要件」を実現し、「違法(不法)を共働」し、「みずからの責任」を負えばよいのである。M・E・マイヤーも、「制限従属形式」を採用することを提唱した。

二 一九四三年の改正により、さきにも一言したように、ドイツ刑法は、「制限従属形式」を採用することになった。リオン^③の提言が容れられたのである。「責任無能力者への共犯」が肯定されたのである。しかし、ドイツ刑法四八条・四九条と違って、わが刑法六一一条・六二条は、「制限従属形式」を採用したというわけにはゆかなかつた。明治四〇年(一九〇七年)以来、わが刑法六一一条・六二条は何の変更をも受けなかつたのである。

ここで重要なのは、「極端従属形式信奉者」にとつては、ドイツ刑法旧四八条・四九条は「正犯なき共犯」を肯定したと考えざるをえなかつたということである。「責任無能力者への共犯」は、「極端従属形式」にとつては「正犯なき共犯」に他ならないからである。これに対して、「責任無能力者への加担は間接正犯である」というのは、「見せ掛け」の解決策を提示しただけである。^④責任無能力者が「道具」として利用されるとは限らないからである。「操り人形」になり切れなかつた「責任無能力者」は「無罪」でも、「操ろうとした者」は皆「共犯」である。やはり、「正犯なき共犯」を認めるべきである。「制限従属形式」を採り、「間接正犯」という便法に訴えない限り、「責任無能力者」への共

働は「無罪」となり、大きな処罰の「間隙」を生じさせることを銘記しなければならない。不当な処罰は許されないが、不当な無罪も許されてはならないのである。

「制限従属形式」は、さらに「正当行為への加担」にも看過できない問題を生じさせる。通常の「外科手術への共働」は「合法共働」であるから「共犯」とされるべきではないが、「正当防衛」・「緊急避難」への「共働」は「不法共働」となることがある。「正当防衛への共働」等は「共同正当防衛」たりうるであらうが、「正当防衛の利用」や「緊急避難への便乗」は「不法共働」たりうるのである^⑥。AがBを殺すために虚言を弄し、Cが狙っているから機先を制してCを攻撃した方がよいと申し向け、Cに襲い掛らせたが、武芸に秀いでたCは難なく「正当防衛」に出てBを殺した場合とか、後に改めて検討するが、依頼を受けて墮胎に応じた無免許医が、「同意墮胎（刑法二二三条）」に失敗して妊婦の「生命の危機」を招き、専門医の適切な処置により妊婦は助かったような場合である。いずれも、「不法共働」に出たが故に「許されない」というべきである。Aは、Cの正当防衛を「利用」して目的を達し、無免許医は、専門医の緊急避難に「便乗」して事無きをえただけだからである。「合法行為」に併行した「不法共働」を認めるべきである。ペーリングもこれを肯定する^⑦。また、専門医の緊急避難に関しては、大正一〇年五月七日の大審院判決が貴重である^⑧。後に改めて検討する。

これに対して、「制限従属形式」を形式的に墨守しようとする見解は、「正犯なき共犯」は認められないとして、「無罪」でよいという^⑨。到底是認できない。ペーリングが指摘するように、行為も不法も、各個人のものだからである。共犯自身の「違法（不法）」を要請する限り、「制限従属形式」には不当な「処罰の間隙」はないことになる。

刑法は、「不法」を禁圧すれば足りる。「一般予防」の目的も達成される。正当防衛・緊急避難への加担をすべて「合法」とするのは正当な制限従属性論ではない。

尤も、以上の考量は、「現実的な正犯」か「表象された正犯」かの解決にはならない。従属性の「程度」は、この問題ではないのである。

三 「現実的正犯」を必要とするか「表象された正犯」で足りるか、現実的正犯と表象された正犯とが、喰い違ふ場合に問題となる。正犯の「殺人行為」を表象して実行行為者を教唆したところ、正犯は「過失行為」に出たに過ぎなかつたような場合が典型である。

M・E・マイヤー¹¹は、「過失犯への故意の共犯」を認めながらも、共犯従属性論は、共犯の「刑」も「過失犯のそれ」に止どまる不都合な結果となることを認めざるをえないのである。しかし、これは、M・E・マイヤーが「現実的正犯」に拘泥したからである。「表象された正犯」が故意犯であるときは、共犯も「故意犯の共犯」とされるべきである。¹²「共犯者が表象した正犯像への共犯」という発想は、「M・E・マイヤーの不都合な結果」という解釈論上の難問を氷解させるのである。これは重大な成果である。「表象された正犯」で足りると主張するペーリングは「故意犯への共犯」を肯定してしかるべき筈のところ、明確ではなかつたといわなければならぬ。「自然的正犯・共犯論」を主唱するザウアー¹³が、「故意犯への共犯」に好意的である。昭和五四年一月二四日の京都地裁舞鶴支部判決¹⁴が、「重過失致死罪に対する殺人幫助犯」の成立を肯定する。正当である。

問題は、「錯誤」の場合だけに生じるのではない。さきにも触れたように、「同意墮胎」に失敗した被告人（無免許医かどうか判然とはしないが重大な問題ではない）が、専門医の緊急避難によつて救われたという大正一〇年五月七日の大審院判決の事案も、この関係で貴重な示唆を提示する。「正当行為の利用・便乗」は、一義的に「間接正犯」となるわけではないし、また一義的に「教唆犯」となるわけではないという正当な考えに達することを可能ならしめるからである。

右判決の被告人の心中に去来するのは最早「同意墮胎」ではない。専門医の「業務上墮胎像」が残されているだけである。¹⁵⁾大審院は、医師の「正当業務行為を利用した間接正犯」であると判示したが、医師の緊急避難への教唆犯と考えるべきである。医師は、被告人の道具として操られたわけではないからである。しかし、被告人は、「みずから描いた正犯像」への教唆犯であって、消失した同意墮胎罪の教唆犯の限度で責任を負えば足りるわけではない（刑法三八条二項¹⁶⁾）といわなければならない。

四 恋敵を痛い目に遭わせようとして、虚言を弄して警察官の現行犯逮捕を慫慂した悪友は、「正当業務行為」を悪用した「不法共働」である。¹⁷⁾

「合法行為に併行する不法共働（混合的不法共働）」を是認する限り、「制限従属形式」には「処罰の間隙」はないといつてよい。尤も、このような場合、「合法行為」が不法共働を凌駕することがある。共働者の一人の失敗を他の全員が協力して補正できたような場合である。逆に、無免許医の失敗を補正するために専門医が全力を傾注したが、妊婦の異身体質の故に救命できなかったような場合もあろう。専門医は「偶然的失敗」に責任を負う必要はないが、当初の無免許医の「同意墮胎傷害（刑法二二三条後段）」が消失する謂れはない。「混合的不法共働」にあつては、このように「浮動的」な結末が想定されるが、「不法も各人のもの」であることを前提として解決すれば足りる。

これに対して、「不法共働同志の両立・併立形態（真正の不法共働）」では、当初からの「不法共働」がほぼ固定されたまま推移することが多い。そして、「正犯なき共犯」の問題も、より鮮明な「かたち」となって現われる。いかに考えるべきか。これも、本稿の最重要課題の一つである。

五 「制限従属形式」の下では、「正当行為への関与」は、「正犯なき共犯」を認めることはできないから「不可罰」であるとする考えはこれを捨てなければならない。

わが刑法三七条の下では、周知のように、生命対財物の衝突のような場合は勿論のこと、「カルネアデスの板」のように生命対生命の衝突の場合を含めて、「緊急避難」はすべて「違法阻却」されるものと考えるべきであろうが、ドイツ刑法は、「違法阻却緊急避難（三四条）」と「責任阻却緊急避難（三五条）」を区別するから、制限従属形式の下では、違法阻却緊急避難への関与は「共犯たりえず」、責任阻却緊急避難への関与は「共犯たりうる」が、関与者自身に「適法行為の期待可能性」が認められないときは「赦されうる」という結論が導かれ易い。¹⁹⁾

しかし、実は、そのような形式的な区別ではなくして、緊急避難への「協力」・「支援」か、緊急避難の「誘発」・「便乗」かという実質的な区別に訴えるべきなのである。ルドルフィーが、「緊急避難」は違法性を「減弱」させることはあっても、「違法阻却」を認めてはいないとしながらも、緊急避難を促進する関与者は「赦されてよい」とし、ロクシンが、責任阻却緊急避難に関与した「部外者」が「赦される謂れはない」としているのも、「極端従属形式」か「制限従属形式」かの形式面にあるのではなくして、緊急避難の実質がその「誘発」・「便乗」迄をも「合法共働」としてはならないということを示す議論に出たものと考えるべきである。したがってまた、ロクシンが、「正当救助（Zu Hilfe）」を「合法共働」とみるのも当然なのである。「正当救助」は、「正当防衛の代行」に他ならないからである。なお、最近、グロツプは、「不法従属」も不要な「最小（少）限従属形式」を探るが、大手術を終えた医師を「傷害罪の正犯」とし、協力者を「その幫助犯」とする可能性を認めることになり、到底承服できないといわなければならない。²⁰⁾

さらにまた、正当防衛・緊急避難の「実行者」を「正犯」と呼ぶことの実益もないし、「関与者を殺傷罪の共犯」とすることも意味がないというべきである。「共同正当防衛」は「殺傷罪の共同正犯」たりえないし、正当防衛の「支援者」も、「殺傷罪の共犯」ではない。すでに確認したように、「正当防衛・緊急避難の悪用・便乗者」が「共犯」とな

りうるだけなのである。

注

- (1) M. E. Mayer: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1923, S. 387ff., 390ff., 405ff., 411.
- (2) M. E. Mayer: Der Allg. T. S. 411.
- (3) Th. Lion: Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar? GA, 1858, S. 458ff., 465. 乃れに(1)を、内田文昭「受託殺人・自殺関与の可罰性—『正犯なる共犯』肯定論序説」町野朔先生古稀記念上巻(平成二六)三六二頁以下、三八四頁注(108)、三九〇頁。
- (4) M. E. Mayer: Der Allg. T. S. 376ff.
- (5) 「間接正犯」という觀念は「不幸な生れ」であった(内田・概要中巻四五二頁以下)。それは、「教唆犯の代用品」ではなくして、「直接正犯」と並ぶ「正犯」なのである。ドイツ刑法新二五一条一項はこのことを宣言した。最決昭和五八年九月二一日刑集三七条七号一〇七〇頁も同様である。「教唆犯たりえない行為」はこれを「無罪」としなければならぬのである。教唆犯たりえないような「取るに足りない行為」は、いかなる事情があつたにせよ、決して「間接正犯」となることはできないといわざるをえない。内田文昭「間接正犯と自手犯」神奈川法学四四卷一・三三〇—四七頁以下、二二二頁以下。なお、後注(15)。
- (6) わたくしは、このような形態を「混合的不法共働」と呼びたい。合法行為に「併行する不法共働」に他ならないからである。後出、三・一注(47)。亦(7)に後注(7)、(8)、(15)。
- (7) E. Beling, L. v. V. S. 426, 454. 乃れ(8) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. 2006, S. 990f.
- (8) 大判大一〇年五月七日刑録二七輯二五七頁以下。後注(15)。
- (9) 町野朔「惹起説の整備・点検—共犯における違法従属と因果性—」内藤謙先生古稀祝賀(平成六)一一三頁以下、一二二頁以下。
- (10) E. Beling, L. v. V. S. 234ff. 乃れ、後出、三・一注(42)。
- (11) M. E. Mayer: Der Allg. T. S. 408.
- (12) 後出、三・一注(11)(15)。乃れ(1)を、カントロウニツ(H. U. Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und Wissenschaft, MKr. u. StrfR. 7, 1910—1911, S. 259ff., 306ff., 308f.)は、「共犯自身」が表象した正犯の「共犯」となることを明確にする。わたくしは、「共犯がみずから表象した正犯」への共犯に従属するのであって「現実の正犯」に従属するのではないと考えてきたことになる。内田文昭・過失

- と共犯(総判研・刑法(26)(昭四〇)一七八頁以下、一八〇頁以下。
- (13) W. Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3 Aufl. 1955, S. 303ff., 253ff. なお、内田・総判刑(26)一八一頁、二〇九頁、内田・概要中巻五一一頁以下。
- (14) 京都地裁舞鶴支判昭和五四年一月二四日判時九五六号一三五頁。これにつき、内田・概要中巻五一六頁注(7)。さらに、後出、三・一注(46)。なお前注(12)。
- (15) 前注(8)の大審院判決は、「同意墮胎」に着手して失敗し、妊婦・胎児に重大な危険を生じさせた被告人には、医師の「正当業務行為ヲ利用シテ墮胎ヲ遂行シタル者ニ外ナラサルカ故ニ墮胎罪ノ間接正犯ヲ以テ論スヘキモノトス」と判示した(刑録二七輯二六一頁)。被告人は、妊婦の子宮にガーゼを挿入、出血を招いたらしい。しかし、被告人の心中に去來するのは、最早「同意墮胎」ではない。医師に依頼した「業務上墮胎」である。しかも、医師を「道具」として利用したのではなくして、「教唆」したのである。医師の緊急避難に併行した不法共働、即ち「混合的不法共働」と考えるべきである。そして、同時に、「間接正犯」の曖昧さをも確認する必要がある。平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇)三六二頁の批判は、事案が「間接正犯」を肯定させるに足りなかつたことを指摘するものと考えたい。なお、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法字五五号二二頁以下、八八頁注(17)。
- 「間接正犯」は、シニューバート(M. Schubarth, *Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft*, Schw. Z. f. Str. R. 114, 1996, S. 325ff.)の「操り人形師」である。それは、社会生活の要請の産物であつて、ロクシン(C. Roxin, *Stratfrecht*, Allg. T. II, 2003, S. 106ff., 671ff., 759ff., 774ff., 791)の「義務犯」の産物ではない。したがつて、公務員が、非公務員の妻に「取賄」を指示したからといって、常に「間接正犯」たりうるわけではないし、「緊急救助義務違反」は常に「違反者」のすべてに「同じ刑罰」を加えなければならないわけではないのである(後出、三・一注(35)以下、五注(29)以下)。なお、前注(5)。
- (16) このような視座においては、刑法六五條二項は、各共働者が「みずからの不法に対する責任」を負うべきことを宣言したものと考へるべきことになる。内田・概要中巻四三四頁以下、五四九以下、五五五頁注(1)、五五六頁注(2)。
- (17) M. E. Mayer, *Der Allg. T. S.* 391も、「懲戒権」の行使を支援した者を「共犯」とする「最小(少)限従属形式」の採用を否定する。しかし、その理由は、「合法共働」しか認められないからである。これに対して、「混合的共働」では、「合法行為」を利用した者迄をも「無罪」とする必要はないのである。その者は、「間接正犯」たりうるし、場合によっては「共犯」たりうるのである。前注(15)、後出、三・一注(46)(47)。
- (18) 内田・概要中巻一一〇頁以下。
- (19) これが、従来の通説である。前出、注(14)以下、一注(28)以下。

- (20) H. J. Rudolph: Ist die Teilnahme an einer Notstandstat. i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar. ZStW. 78, 1956, S. 67ff., 74ff., 84ff., 89ff., 91ff., 98f.
- (21) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 990f.
- (22) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 713ff.
- (23) W. Gropp, Strafrecht, Allg. T. 3 Aufl. 2005, S. 352f.

三 不法共働の諸形態

一 自殺関与の共犯性——独立共犯

一 カントは⁽¹⁾、「自殺」を「自己自身に対する義務違反の不法」であると考えた。人は「生きる義務」を背負っているから「自殺」は「不法」なのである。しかし、身心共に疲れ果てて、「みずからの命」を断つた人を非難するのも「理性的」ではない。カントは「赦免」を与えてよいと考えたものと思われる⁽²⁾。

これに対して、初期のフォイエルバッハは⁽³⁾、人は義務を達成するためには「死ぬ権利」をもつべきであると考えたが、やがて、考えを改め、「自殺」も国民の義務に反し「違法 (rechtswidrig)」であるが、これを罰するのも理性的ではないと考えるようになった⁽⁴⁾。一八一三年のバイエルン刑法典一四二条も、自殺は国民の義務に反するが、他人の権利を害しないが故に刑法はこれを取り上げないと考えた⁽⁵⁾。プリンゲバートは⁽⁶⁾、このような流れを「慣習法的なもの」として捉えたが、正鵠を射ているといえよう。

以後、「自殺不処罰」を宣言する立法は見当たらなかったのである。すでに、一七九四年プロイセン普通ラント法第

二部第二〇章第一一節八〇三条以下の「自殺者の不利益規定」も「自殺処罰規定」ではなかった。^⑦

二 「自殺不処罰」の刑法上の意義についても、諸種の考え方があつた。ペーリングは、「構成要件外」に置かれているといふが、シュミットホイザー^⑨は、単に「責任阻却事由」が存在するからに過ぎないといふ。わたくしは、形式的にはペーリングが妥当であるが、実質的にはシュミットホイザーが妥当であると考へてきた。「個人的な適法行為の期待可能性」の不存在ではなくして、「人間的な適法行為の期待可能性」迄もが否定されざるをえないという考へが、自殺を「構成要件外」に置いた根拠であると考へたのである。^⑩ 自殺は「不法 (Unrech)」である。しかし、「構成要件外の不法」は幾つもある。単なる「モラル違反」は構成要件外である。しかし、「不法」である。社会的に有害な行為は「不法」なのである。^⑪ 「モラル」・「人倫」に反する行為と「不法」との区別が刑法の永遠のテーマである。

ロクシンは、「他人の生命」はタブーであるが「みずからの生命」は「みずからの判断」で処分することが許されるという。しかし、およそ生命は質的にも量的にも比較できない法益であるともいふ。^⑬ 一貫しない。「他人の生命」と「みずからの生命」を比較することは許されない筈のところ、ロクシンは両者を「比較」するのである。

そもそも、「自己の生命」と「他人の生命」という区別自体が妥当でない。他人の生命は「タブー」であるから侵すことは許されないが、自己の生命を「処分」することは「不法」ではないといふことは間違つてゐる。自己の生命も「タブー」でなければ、他人の生命を「タブー」として人為的に処分することも許されないといふ主張に出ることはできない筈だからである。自己の生命を「タブー」としないで、他人の生命だけを「タブー」とすることは「人類不滅の要請」に悖るのである。^⑭ 自己の生命と他人の生命とをロクシンのように区別するのは「人倫律」に反する。リストも、「大義名分」からする「英雄的自殺」すら「人命軽視」の誇りを免れないとしていた。^⑮ 自殺は「不法」である。

三 今すこし、「自殺」の法益侵害性について考へておこつ。

そもそも「法益」は「公益」である。「その人」だけに向けられた「法」はないといってよい。M・E・マイヤー⁽¹⁶⁾やアルミン・カウフマンも明言していた。いわゆる「社会的法益」や「国家的法益」は勿論、「個人的法益」といっても無制限に「個人」の自由に委せられてはならないのである。国宝に指定された「個人財産」も恣に処分することはできないし（文化財保護法一九三条以下）、不要になった「財産」を恣に処分することも許されない（廃棄物処理法一六条・二五条一項一四号）。すでにヒツペル⁽¹⁸⁾が看破していたように、「法益」はすべて「公益」なのである。「生命」は、すべての法益（公益）を支える「根元的価値」である⁽¹⁹⁾。それ故に「至高の法益」なのである。ロクシンが「生命」は量的・質的に比較できないというのは、「自己の生命」という主張は許されないとこの帰結に他ならない。

したがって、「生命」を「個人の意思」⁽²⁰⁾で処分することはできない。「生命の起源」は、おそらく永久に解明できないであろうが、差し支えない。ニーチェ⁽²⁰⁾が指摘したように、われわれは「生命の預り主」に過ぎないと考えればよいのである。最近でも、たとえばリンダー⁽²¹⁾は、「生命」を人間存在のための「先験的条件」であるとみているが、その必要はない。「人類不滅の現実的要請」に応える「使徒のもの」と考えればよいのである。かような視座において、一九五四年三月一〇日の連邦裁判所刑事連合部決定⁽²²⁾が、「自殺」は極端な例外を除いて「人倫律」に反し「不法」であると説示したことは、まことに貴重であったといわなければならない。「人倫律」が有効に機能しえないような「特殊な自殺」以外は「不法」なのである。戦場における負傷兵の「自決」などが「極端な例外」として想定されようか。

にも拘わらず、四圍に弄ばれた「苦悩の自殺」すらをも「自発的意思」によるものであるとして、「自由死」・「自己責任自殺」と呼ぶのは、プリンゲバート⁽²³⁾が指摘するように「フィクション」である。ポットケ⁽²⁴⁾は、「生きる義務」と、「自己責任自殺」を求めた「自殺する権利」とは、必ずしも矛盾するものではないとして、「自由死論」を展開する。初期のフォイエルバッハの「自殺論」を想起させるものがある。しかし、ポットケの視座で、「自由死」が、それ程迄

に意味をもつ行為であるならば、「自由死勸奨」もまた当然肯定されてよい筈である。⁽²⁶⁾だが、しかし、テロリストの「自爆勸奨」などを除いて、「自由死」を礼讃するような「反人道的行為」に出る者は考えられない。「自由死」・「自由死勸奨」とは「フィクション」であるばかりか、いみじくも一九五四年の連合部決定が喝破したように、「人倫律に反する行為の奨め」なのである。

真の自由死とは、リストが反対しているが、せいぜい「英雄的自殺」・「殉死」であろう。ドイツの判例が取り上げてきたのは、すでに明白なように、四囲に弄ばれた「苦惱死」である。勿論「自由死」ではない。学説は、さらに、「自殺ごっこ」・「興味の自殺」などをも「自由死」に算入しようとする。⁽²⁸⁾しかし、忽然と生じる「自殺意思」とは、カントの「無原因の自発的意思」であり、⁽²⁹⁾現実世界の「自由意思」の産物ではない。これらを一括して「自由死」と呼ぶのは、フィクションであるというよりは、「矛盾」に充ちた「独断」であるといわざるをえない。⁽³⁰⁾ポットケは、「生きる義務」の自覚が、「自殺願望」を生じさせるかのような発想に出るが、そのような生活現象もありえないではないという主張に止どまるのである。ポットケも、「自由死」は、無制約に肯定される謂れはなく、「相対的」に許容されるに過ぎないという。「一般的な行為の自由 (Allgemeine Handlungsfreiheit)」だけの強調は、「英雄的自殺」はもとより「自殺ごっこ」の類もまた「自由」に由来するものであると考えることになる。かくして、「自殺」は、間接正犯の「道具」となった場合以外は、実質的には「無制約」の「自由死」となる。⁽³³⁾

ポットケは、結局は「自殺礼讃者」なのである。⁽³⁴⁾

しかし、「自殺」はいかなる自殺も「法益侵害」・「不法」である。⁽³⁵⁾連合部決定の「極端な例外」とは、予測しえない人間将来の営みに備えた「留保」に過ぎないと考えるべきである。

四 したがって、「自殺関与」も「共犯」として処罰されなければならない。わが刑法二〇二条前段は、このことを

主張したのである。極めて正当である。ドイツ刑法はこれを怠ってきた。「正犯なければ共犯なし」である。わたくしは、これを「共犯従属性論の呪縛³⁶⁾」とみてきた。しかし、リストやゲルラント以来、「独立罪としての自殺関与罪」を提唱する学説は跡を断つことはなかった。³⁷⁾最近では、ザウアーの³⁸⁾「自然的共犯」やデンカーの³⁹⁾「他人所為への共犯」に顕著である。これらについては、わたくしなりに一応の検討を加えていることでもあるから、今は深入りしない。

一九五四年の刑事連合部決定も、自殺・自傷開始者を放置することによる「不救助」を罰するドイツ刑法三二三条cにより、「自殺関与不処罰」は後退しなければならないとしていた。⁴⁰⁾自殺不救助は、刑事連合部にとつては同時に「自殺幫助」なのである。その後の判例にも、「自殺関与」は現行法上「不処罰」であるに止どまると明言するものが始まったことだけの特記したい。⁴¹⁾すでに実務は、人倫と法の分裂が、社会の混乱を招くことを危惧していたのである。

五 刑法二〇二条前段は、「正犯なき共犯」の「例外規定」ではない。「正犯なき共犯」の「処罰規定」が多くないというだけである。関与者には、実行者の「自殺像」も鮮明に与えられている。⁴²⁾

しかし、自殺関与は、刑法二〇二条により処罰可能だとしても、常に処罰されるわけではない。特に、シムソンの「慈悲の自殺関与」では、生きること絶望した自殺者の「真情」に「共鳴」した関与者個人の「個人的な真情」が酌まれることが多い。「真正の適法行為の期待可能性」が否定されるのである。このことを確認したドイツの判例もある。特に、一九八四年七月四日の連邦裁判所第三刑事部判決は、ドイツ刑法三二三条cに違反した家庭医の「自殺放置」につき、夜半から翌朝迄「死の床」に付き添って老寡婦の臨終を見届けた被告人医師に対して、「適法行為の期待可能性」不存在を理由として、「無罪」を言渡したのである。⁴⁴⁾前稿⁴⁵⁾でも、このことを確認した。

本稿は、以上の考量を前提として、「不法共働の共犯性」を論考してゆくことになる。ただ、さきにも確認したが、「重過失致死罪」への「故意殺人罪の幫助犯」にみられたように、「責任共働」は存在しなくてもよいということだけ

は絶えず念頭に置いておく必要がある⁽⁴⁶⁾。

また、「業務上墮胎の緊急避難」に出た専門医は「合法共働」であり、それにより救われた無免許医は「不法共働」であるといわざるをえなかつたが、無免許医には、「業務上墮胎の正犯像」しかありえないので、「業務上墮胎罪の教唆犯」しか成立しないのである⁽⁴⁷⁾。しかし、これから検討するのは、「同じ不法共働」の内部における「正犯なき共犯」なのである。

「自殺関与」は、常に「不法共働」であるから「可罰的」である。わが二〇二条前段はこのことを明確に宣言したのである。しかし、シムソンの「慈悲の自殺関与」は、「真正の適法行為の期待可能性」を否定させることが多い。最近のドイツ判例の傾向である。

ここでは、「不法共働」の最も単純な形態としての「自殺関与罪」の「構成要件的不法」と「有責性」を確認し、さらなる検討に入ることにする。

六 小括しておこう。

人倫律は、「自殺」・「自傷」を許さない。しかし、法は、「正当防衛」・「緊急避難」による「他殺」・「他傷」すらも許している。人倫律と法律の違いがここにある。

「緊迫不正の侵害」に出た者の「生命」も、「不正な生命」ではない。これを奪うのは「人倫」に悖る⁽⁴⁸⁾、しかし、「正当防衛」の要件を充足する限り「違法」ではない。「カルネアデスの板」の寓例で、生き残った者は、「人倫」に反するが、「自己保全」の主張故に、わが刑法三七条によって許されるのである⁽⁴⁹⁾。

人倫と法とは、これ迄その相違が奈辺にあるのか、烈しく議論されてきた⁽⁵⁰⁾。しかし、アルトウール・カウフマンが⁽⁵¹⁾いうように、両者を巧みに切り分けるメスは存在しないのである。「人倫違反」につき、「人倫共同体」はこれを許さ

ないが、「法共同体」は、一定の要件の下で、これを「許容」することができるもしくは説明できないように思われる。⁽⁵²⁾人は、「みずからの意思」で生き享けることはできないし、その後の「人生」もままならぬ一生であった筈である。せめて「死ぬとき」だけは「自分が決める」という願いはわからないではない。しかし、それは「自由死讃美」ではない。「消極的な自由死肯定」に過ぎない。⁽⁵³⁾

これに対して、「生きる義務」の信奉者は、「積極的な生命讃歌」に出ている。地球上の「他の生命体」と同じである。永続的に繰り返される「生命不滅の願望」である。われわれは生きていくことに「感謝」しなければならぬ。これが、真の「自律」なのである。⁽⁵⁴⁾

ポットケは、この視座に欠けているといわざるをえない。幼児や精神病患者こそ「自由死」に出ることができないが、責任能力者の「意思決定」はすべて「自律」の枠内にあることにならざるをえないからである。尤も、すでにハイニッツは、「自殺」が「人倫律」に反することは明白であるとしていたし、ヘルツベルクも、「自由死意思」は「生命」に従属するものであることを認めていたことを付言しておきたい。

活潑な「自由死肯定論」への反省は、当時からかなり有力に行われていたのである。そして、一九五四年の連合部決定を経て、「自殺関与は処罰されないだけに止どまる」という最近のドイツ判例の真意は、「自殺関与の処罰規定」が新設されたときには、問題はすべ氷解するという表白に他ならないと考えるべきである。

七 しかし、ドイツでは、現行刑法上、すでに幾多の「正犯なき共犯」が認められている。以下は、それらの確認である。

注

- (1) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. 1797, Akademieausgabe, VI, 1914, S. 229ff., 417ff., 422ff., 422ff., 436ff.
 - (2) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 235ff., 331ff., 337.
 - (3) A. v. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*, 1796, S. 289ff.
 フォイエルバッハは、「違法」であるところが、現代の解釈論としては、「不法」というべきである。後注(10)(11)(30)(35)。
 - (4) A. v. Feuerbach, *Lehrbuch*, 11. Aufl. § 241.
 - (5) Anmerkungen zum StGB für das Königreich Bayern, Bd. II, 1813, S. 3.
 - (6) P. Bringewald, *Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremden Selbstmord als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik*, ZStrW. 87, 1975, S. 623ff., 625ff., 634, 636ff., 648f.
 - (7) 普通ラント法第一部第二〇章八〇三条によれば、自殺者の死後は、刑罰による非難は受けることはなくが (nicht beschimpft werden)、「地位・身分上の不利益を受けることはありうる (verlustig sein)」とされた。
 - (8) E. Beimg, L. v. V. S. 219ff., 223, 235, 416ff.
 - (9) E. Schmidhäuser, *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in Strafrechtlicher Sicht*, Welzel-Festschrift, 1974, S. 801ff., 810ff., 814ff.
 - (10) 内田・町野記念三六八頁以下。
 - (11) われわれは、社会に生きる以上、他の「社会構成員との関わり」に生きなければならない。純粋に内面的な心情・嗜好・性癖などだけが、他人の関心外であろう。ビンディング (K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, S. 695ff., 699ff.) は、自殺・自傷が完全に単独で行われたときには「法の関心」を惹かないとしていたが、現実には稀有である。集団的自殺には法は最大の関心を示さなければならない。「自殺」・「自傷」は、人としての「モラル」に反し、社会構成員としての「人倫」に反し、「不法」となる。「単なるモラル違反」という觀念自体が「フィクション」なのかも知れない。
- 「人倫」と「法」も、ヴェルツェル (H. Welzel, *Recht und Stittlichkeit, Schaffstein-Festschrift*, 1975, S. 45ff., 47ff.) が指摘するところに、「法」は「人倫」程には完結する必要がないのであって「より善い」ことで満足しなければならないという宿命を背負っているのである。カントやフォイエルバッハにとっても、「人倫的完成」こそが、国家の究極目標に他ならなかった (内田文昭、*刑法概要上巻* (平成七) 一四頁以下)。したがって、マイホーファー (W. Maihofer, *Vom Sinn der menschlicher Ordnung*, 1956, S. 13ff., 22ff.) が、「形式的な自律」は「実質的な他律」であると主張し、アルトゥール・カウフマン (Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl. 1976, S. 118ff., 122ff.) が、「自律は他律の内部にある」と述べていたことの真意も理解できるのである。そして、このような理解は、最近の「自由

- 尤も、ハイニッツ (E. Heintz, 'Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord', JR 1954, S. 403ff.) の好意的見解もあったが、これについては機会を改めて検討を加えたい。
- (23) 前注 (6)。さらに、後注 (30) (35) (40)。
- (24) W. Botke, *Suizid* S. 95ff.; ders., *Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung*, GA, 1982, S. 346ff., 361。
しかし、「精神病者の自殺願望」を「自由死」との関わりで論じること自体に問題があるといわざるをえない。「責任無能力者」は常に「責任負担能力」に欠けるのであって、「不法」に出ることがありうるかどうかを論じることとは体系的に意味をもたないからである (内田・概要中巻二五一頁以下)。なお、次注 (25)、後注 (55)。
- (25) ボットケは、「適法行為の期待可能性」の不存在を「構成要件不該当事由」として捉え (W. Botke, *Suizid* S. 204 Anm. 1499)、「自由死」を「人の自由」の発現とみようとする (W. Botke, GA 1982, S. 361)。「自殺」は「殺人」ではないのである。起臥寝食と同様、日常生活と変わりのない営みとなる。しかし、ボットケ (W. Botke, GA 1982, S. 361) も、その迄の「自殺自由」を肯定するわけではない。そこに、ボットケの曖昧さがある。ボットケは、「集団自殺」(前注 (11)) の勸奨なども「自由勸奨」とみるつもりなのであるか。そもそも「自由」とは何であろうか。(後注 (32) (34) (55))。機会を改めて検討する。
- (26) 前注 (15)。
- (27) 最近のドイツ判例については、内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四八二頁以下。
- (28) 内田・町野記念三六八頁注 (34)、三七二頁注 (51)、三七二頁注 (52)。
- (29) 内田・概要中巻二〇〇頁以下、二〇六頁注 (3)、二七一頁注 (28) (29)。
- (30) 前注 (6)。
- 稀有にしか存在しない「自由死」を一般化することは「フィクション」であるが、その「自由死」を、「構成要件外」に置き「不法でなす」とすることは「独断」なのである。前注 (25) (26)。
- (31) W. Botke, *Suizid*, S. 95ff.
- (32) W. Botke, GA 1982, 361.
- (33) W. Botke, *Probleme der Suizidbeteiligung*, GA, 1983, S. 22ff., 32ff.
- (34) ボットケ (W. Botke, GA 1982, S. 352ff.) が、一九五四年の刑事連合部決定を信奉するのは因習に安んじ、「神」への「責任」に生きたる人だけであるというならば、ボットケは「自由死礼讀者」であるに止まらることになる。
- (35) 精神病者を「道具」として操って自殺させたり、追死の意思がないのに虚言を弄して自殺させたりする「偽装心中」が「間接正犯」

たりうることは一般に肯定されている(内田文昭・刑法各論「第三版」(平成八)二〇頁注(一))。「自殺者」が「操り人形」として利用されたからである。そして、生命を喪失したからである。即ち、「不法」だからである。「操り人形師」や「虚言を弄した者」は、「不法惹起者」である。「合法共働者」ではないし、「混合的不法惹起者(前出、二注(6))」でもないのである。「死んだ者」も「死なせた者」も「不法」である。BGH Str. 6, S. 153.

(36) 内田・町野記念三六二頁以下、同・神奈川大学法学部五〇周年記念四三八頁以下。

(37) F. v. List, VDB, V. S. 133ff., H. Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, VDA, II, 1908, S. 487ff., 520ff., 530. 本稿もその一翼を担うつもりである。後出、六注(59)。

(38) W. Sauer, Allg. Strafrechtslehre, 3 Aufl. S. 200ff., 203ff., 213ff., 225ff.

(39) F. Dencker, Beteiligung ohne Täter, Lüderssen-Festschrift, 2002, S. 525ff., 530ff., 534ff.

(40) BGH Str. 6, S. 147ff., 154. 前注(27)。

(41) 特に、二〇〇一年二月七日の連邦裁判所第五刑事部判決(BGH Str. 46, 2001, S. 279ff., 285)と二〇〇三年二月一日の連邦裁判所第三刑事部判決(BGH Str. 49, 2005, S. 34ff., 42ff.)が重要である。これらについては、内田・町野記念三七二頁以下、三八八頁以下、同・神奈川大学法学部五〇周年記念四三三頁注(22)。すでに、一九三六年九月一四日の帝國裁判所第三刑事部判決(RG, Str. 70, 1932, S. 313ff., 315)も、「自殺関与」は許されはしないが、「処罰」の必要性はないとしていたことである。これにつき、BGH Str. 6, S. 154 Anm.

(42) ヘーリング(E. Beling, L. v. V. S. 416ff., 417)は、「正犯像」への従属で充分であるとしながら、「自殺関与」の処罰は現行法上不可能であるという。しかし、「正犯不法」と「共犯不法」は同一でなくともよともいう(E. Beling, L. v. V. S. 234ff., 244ff.)。整合性を欠く。現行法上の「正犯像」は存在しなくとも、「不法像」を観念しうるならば、それへの「共犯」は可能であると修正されなければならない。わが刑法二〇二条前段はこのことを確認したのである。このように理解することにより、始めて、「正犯不法」と「共犯不法」の相違が鮮明になる。ドイツ刑法新二九条はこのことを宣言したのである。ザウアーやデンカーの「共犯」も、このような理解の下で肯定される。前注(38)(39)。さらに、前出、二注(10)。

(43) G. Simson, Ein JA zur Sterbehilfe aus Barmherzigkeit, Schwinge-Festschrift, 1973, S. 89ff., 101ff., 105ff., 110.

(44) BGH Str. 32, 1984, S. 367ff., 369ff., 376ff., 380f.

(45) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四八二頁以下。さらに、内田・町野記念三七七頁以下。

(46) 「責任共働」を求めるのが「責任共犯論」である。「不法共働」では足りないのである(内田・概要中巻四三六頁以下)。M・E・

マイヤーが、「故意の正犯への共犯」と考えていたのに、実は「過失犯への共犯」であったに過ぎないような場合は、その者に「故意犯の責任」を求めることができないという不都合が生じるといっていたのは、「責任共働」を前提にしていたからである（前出、

二注(11)～(13)。「不法共働」で満足しなければならぬ（前出、二注(14)）。

(47) これも「不法共働」即ち「混合的不法共働」である（前出、二注(6)）。

(48) 内田・概要中巻七二頁以下。

そして、正当防衛も、「社会倫理的制約」を受けるといわれる（内田・概要中巻七三頁）。

(49) 内田・神奈川法学四二巻一頁以下、一七頁以下、六五頁。

(50) 内田・概要上巻一一頁以下。

(51) Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 187 Anm. 332, 197f. 277.

(52) 一九五四年の刑事連合部決定にすぎ遅れて、A. E. Brauneck, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, MKr. u. StrR. 1958, S. 129ff. 139) は、刑法の正当性を「直接的な「人倫律」への奉仕に求めるのではなくして、「人の社会生活」の安全に求めることであると主張していた。これに対して、アルトゥール・カウフマンは、社会の安全そのものが「人倫的価値」であると批判した（Art. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 187 Anm. 332）。しかし、カウフマンは、「社会の安全」だけを切り取るメスを提示したわけではなかった。

わたくしは、カウフマンの「メス」はなくてよいと考えたい。法自身がメスの機能を果たさなければならぬのである。「法」は、時には「人倫律」を押さえつけて「法益」を守らなければならないのである（内田・神法四二巻一頁以下、七五頁以下）。強姦犯人を殺害した被害者女性が「許される」のもこの理由によるものと考えたい（内田・概要中巻七一頁以下、七六頁注(12)、七六頁注(13)、一六頁注(13)（14））。逆に「人倫律」に任せておけば足りると考える場合もあろう（内田・神法四四巻二・三頁二一四頁）。現にわが国では「近親相姦」は処罰されないのである。

なお、前出、一注(19)に援用した判決は、ドイツ刑法新二三条三項の「著しい無分別」に基づく殺人計画などは、「人倫違反」ではあるが、法はこれを「一笑に付する」ことも可能であると考えたものと思われる。しかし、大掛りな「殺人祈禱」などは、最早「迷信犯」とはいえないであろう。

(53) ヴェルツェル (H. Welzel, Das Gesinnungsmoment im Recht, J. v. Gierke-Festschrift, 1950, S. 290ff. 295) は、「自律」と「他律」の関わりにつき、「自律」は、「人倫的価値を実現するための法 (Gesetz) にみずから進んで従うこと」であり、「他律」は、価値に関わりをもたない衝動に身を任せることであって、「合法 (Legalität)」は自律・他律の両方の挙動たりうるが、「人倫 (Moralität)」は、自

律たりうるのであるという。これは、ヴェルツェル自身が、シャッフシュタイン記念論文集に寄せた「法と人倫」の前身を示すものであり、マイホーファーやアルトゥール・カウフマンの立論と同じ方向を示すものである（前注（11））。「自由死論者」からの反論が俟たれる。なお、内田・概要上巻一四頁以下。

(54) 「自殺」は「他律」への隷属であり（H. Welzel, J. v. Gierke-Festschrift, S. 295）したがって、不法である（H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 280f.）ものに對し、「生ずるべき」は「自律」への積極的な参加である（H. Welzel, J. v. Gierke-Festschrift, S. 295）。

(55) W. Böttke, Suizid, S. 38ff., 41ff., 59ff., 95ff., 161ff., 235ff.

しかし、一九八四年七月四日の第三刑事部判決（前注（44））は、夫の許に死を急いだ老寡婦の自殺を発見しながら、これを放置した家庭に對して、「適法行為の期待可能性」を否定したのである。三三三三条の構成要件該当性の違法性を肯定したからこそ「適法行為の期待可能性」を吟味したのである。かくして、第三刑事部は、ボットケの「自由死」を否定した。「極端な例外」を除いて自殺はやはり「不法」なのである。

(56) E. Heintz, JR. 1954, S. 406. xviiに前注（27）。

(57) R. D. Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA. 1985, S. 131ff., 135ff., 136. にも拘らず、ヘルツベルク（R. D. Herzberg, JA. 1985, S. 132ff., 343ff.）は、「自殺関与の可罰性」を認めようとはしないのである。

「共犯従属性論の呪縛」に喘いでいるからである。R. D. Herzberg, JA. 1985, S. 135f., 184ff., 267ff., 344f.

二 教唆犯と幫助犯の併立

一 「真正の不法共働」内部にあつて、教唆犯と幫助犯が両立するのは、第一に、かねて争いがあった「収賄罪の教唆犯」と「収賄罪の幫助」が両立する場合である。二人の「非公務員」がいかに高額の賄受を受領しても、「収賄罪の共働」は出てこない。しかし、公務員の夫と非公務員の妻の「不法共働」では「収賄罪の教唆犯とその幫助犯」が考えられる。夫が妻に収賄を依頼したような場合である。妻が夫の収賄に関与した場合には、妻に共犯が成立するが、

夫が妻に収賄を依頼した場合は、妻には「収賄罪の正犯」が成立しえないから、夫にはいかなる罪責が生じるかは重大問題となる。

「正犯なければ共犯なし」の呪縛に盲従するならば、両者共に「無罪」である。しかし、全くの形式論であり、「法益保護」の目的を無視することになる。これを回避しようとするのが、夫に間接正犯を認めようとする、これ迄の通説であった。しかし、このような方策は、間接正犯を「正犯なき共犯」の「隠れ簞」とする弥縫策に過ぎない。勿論、夫が「操り人形師」となつて妻に収賄を行わせたときは、「間接正犯」である。^①しかし、妻が業者を誘惑して予定以上の金額を受領したような場合に迄「間接正犯」を認めることはできない。どうするか。

二 シュトラテンヴェルト^②は、両者共に無罪に止どまるのは己むをえないと考えた。机上の空論の誇りを免れない。イエシエック^③は、「行為支配」の観念を「規範的」に拡張することにより「間接正犯」を認めることができると考えた。しかし、「脇役」は「規範的評価」だけでは「主役」とはならない。演技力が必要である。規範的評価だけで脇役を主役にするのは「拡張的正犯論」である。

そこで、ロクシンは、^④一般の犯罪では「行為支配」が正犯の要件であるが、身分犯のような「義務犯」では「行為支配」ではなくして「義務違反」が正犯の標識であると考えなければならないと主張した。しかし、「義務違反だけ」では犯罪ではない。公務員の義務違反は公務員法上の「懲戒処分」の対象たりうるのみである。義務違反が犯罪なのではなくして、義務違反の「行為」が犯罪となるのである。^⑤「職権濫用罪（刑法一九三条）」ですら、公務員が職権を濫用して「人に義務のないことを行わせる」必要がある。

さらにロクシンは、公務員の「義務犯」においては、「共働公務員」は「外部的共働」の形態いかに拘わらず、「正犯」とされなければならないという。「拡張的正犯概念」が妥当することになる。^⑥しかし、ドイツ刑法新二五条一項

は、「みずから実行した者」と「他人を道具として利用した者」を想定し、二六条・二七条は、「正犯に関与した者」を想定している。身分犯には「拡張正犯概念」が妥当することを肯定した学説はすくないし、これを認めた判例に接したこともない。むしろ判例は、「収賄」に関与しただけの公務員には「収賄罪の共犯」しか成立しないという立場を採り続けているといえよう。^⑦

たしかに、ロクシンの「義務犯論」は、「行為支配」をもたない場合の公務員の「間接正犯」の正犯性肯定には有効である。しかし、そのために、義務犯では「拡張的正犯概念」しか通用しなくなる。「限縮的正犯概念」を否定して迄「拡張的正犯概念」を妥当させようとする程の意義があるのか、わたくしには理解できない。それ程の代償を払って「正犯なき共犯否定論」を墨守する必要はないといわざるをえない。すでにメッガーも、「収賄共働」の場合、共働公務員の故意なしにも、「収賄する (sich bestechen lassen) ことの共働」は認められようと明言していたのである。

ロクシンの「義務犯」に対しては、後に改めて批判を加えよう。

三 一九五三年一〇月一日の連邦裁判所第四刑事部判決は、妻との離婚を有利に進めるために、同業の婦人科医師に結婚前の妻の行状を照会して「秘密」を覚知した被告人医師に秘密漏洩罪（当時のドイツ刑法三〇〇条）の「教唆犯」の成立を認めた。

「秘密漏洩罪」も「身分犯」である。患者の秘密を漏洩した医師は処罰される。しかし、第四刑事部は、「医師仲間の情報交換」と勘違いした医師が「故意」なしに照会に応じたと判断し「事実の錯誤」を理由に、「秘密」を漏示した医師を「無罪」とし、依頼した被告人医師を「秘密漏洩罪の教唆犯」としたのである。^⑩「賄賂」とは思わず、またいつもの多額の「賤別」に与ったと誤信した高級官僚に似ている。さきのメッガーの設例が想起される。しかし、今度は「収賄共働」ではなくして、「秘密漏洩共働」である。秘密を漏洩した正犯は無罪でも、それを唆した共犯は教唆犯で

ある。やはり「正犯なき共犯」である。

尤も、漏洩医師に「正当な理由」があれば「許される」が、そのような検討はみられない。むしろ、単なる「法律の錯誤」に陥っただけではないかという疑いが強い。⁽¹¹⁾

第四刑事部判決に対する評価も区々である。ボツケルマンは、秘密を「秘密と知って」他に漏洩した医師は「正犯」であるという。患者の秘密は、医師仲間の情報交換でも「秘密」であり続けるから、ボツケルマンの見解は明快である。しかし、すでに同人の「無罪」は確定していたという。トレンドレは、⁽¹³⁾ 依頼医師の「間接正犯性」を吟味する必要があったという。しかし、依頼医師が漏洩医師を「道具」として利用したとはいえない。「情報交換」は任意に行われている。第四刑事部も、依頼医の間接正犯を否定した。

しかし、ロクシンは、ここでも「間接正犯」を肯定する可能性がある。「秘密漏洩罪」も「身分犯」だからである。「医師の職務倫理」は、その違反をすべて「秘密漏洩罪の正犯」としてよい筈である。だがしかし、この点に関するロクシンの明確な態度は明らかでない。⁽¹⁴⁾

第四刑事部は、漏洩医師の「軽率」な行為を「過失による秘密漏洩」とみたに違いない。過失による漏洩は不可罰である。しかし、依頼医師は「故意」である。一九四三年改正のドイツ刑法四八条は、非故意の正犯に対する故意の教唆犯を肯定する。第四刑事部は、実はこう考えたのである。かくして、第四刑事部は、「正犯なしの教唆犯」を肯定したことになる。ここでも、「正犯なしの共犯」が認められていることを看過してはならない。⁽¹⁵⁾ 京都地裁舞鶴支部の論理である。

四 わが国の判例中にも、教唆犯と幫助犯の両立を示唆するものがある。

昭和二五年七月九日の最高裁判決は、⁽¹⁶⁾ 運送会社社長が、同郷の先輩の依頼により、米穀類の移動・運搬を制限した

当時の「食糧管理法」に違反して、いわゆる「闇米」を社員に命じて車で鉄道駅迄「運搬」させたとして「運搬罪の間接正犯」を肯定した。弁護人は、社長は「間接正犯」ではないと主張したが、最高裁は、「運転社員」が事情を知っていたかどうかには拘わらず、社長が「正犯」であると判示したのである。

たしかに、「運搬社員」が事情を知っていたかどうかは、社長を「間接正犯」とみるべきかどうかの問題を左右しない。「行為支配」は「力」だからである。しかし、運搬を拒否したときは、いかなる不利益を受けるかは不明であった。しかも、社長は自分の娘を介して依頼させたというのである。到底社長を「正犯」とみることはできない。判旨に賛成する立場は、「間接正犯」とみることによって、「正犯なき共犯」の問題を回避しただけであるといわざるをえない。これに対して、現実に車で闇米を運搬した社員が「正犯」であるとする立場もある¹⁸。しかし、「運搬社員」の「行為支配」は「米の運搬」に及ぶだけであつて、社長等の「闇米運搬」には及ばないのではないかという疑問がある。社員は、社長等の食糧管理法違反の「幫助犯」に過ぎないのではないかということになる¹⁹。

ドイツの判例にも、「殺した殺人幫助犯」を肯定するものがある。後に改めて検討する²⁰。

五 「資格なき故意ある道具」は、「間接正犯」たりうることもあるし、「教唆犯」たりうるに過ぎないこともある。非公務員の妻を利用した「収賄共働」に代表される。

また、「実行行為者」に「故意」がないため、「正犯」たりえない場合にあつても、「教唆犯」だけは成立するということもある。

いずれにあつても、「正犯なき共犯」が前提となるのである。さきの最高裁判決事案は典型的な「教唆犯と幫助犯」の両立であろう。

注

- (1) 内田・神奈川法学四四卷二・三号一四七頁以下、一六三頁以下。
- (2) G. Stratenwerth, *Strafrecht*, Allg. T. 3 Aufl. 1981, S. 227f.
- (3) H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T. 4 Aufl. 1988, S. 607.
- (4) C. Roxin, *Strafrecht*, II, S. 108ff., 109ff., 112f.
- (5) 内田・神奈川法学四四卷二・三号一六一頁以下、一六三頁以下。
- (6) 尤も、ロクシン(C. Roxin, *Strafrecht*, II, S. 6ff.)は「拡張的正犯概念」を否定していた。しかし、「公務員としての義務違反」は行為の形状に関わりなしに「収賄罪の正犯性」を基礎付けると言うのであるから(C. Roxin, *Strafrecht*, II, S. 112f.)、収賄罪は「公務員」の拡張的正犯概念「受容犯罪」である。
- (7) 従来のドイツ判例が、公務員の「収賄共働」につき、正犯と共犯の区別を前提としてきたことについては、内田・神奈川法学四四卷二・三号一六八頁注(38)。
- (8) E. Mezger, *Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen*, JZ. 1954, S. 312ff., 314.
- (9) BGH, Str. 4, 1954, S. 355ff., 358ff.
- (10) BGH, Str. 4, S. 356ff., 358ff.
- (11) 第四刑事部は、「漏洩医師」を「医師仲間の情報交換」と誤信していたとして「無罪」とした裁判を受けて「教唆医師」だけを「教唆犯」としたが(BGH, 4, 356ff.)、「事実の錯誤」ではなくして、単なる「法律の錯誤」の結果、自己が扱った患者の「秘密」を軽率に漏洩したのではないかという疑いが強い。しかもとすれば、妻の秘密を探り出そうとした医師が教唆犯で漏洩医師が正犯である。しかし、第四刑事部は、「漏洩医師」に「構成要件の事実の錯誤」があったときでも「教唆医師」は「秘密漏洩罪の教唆犯」たりうるというのである。「正犯なき教唆犯」の肯定である。
- (12) P. Bockelmann, *Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, GA, 1954, S. 193ff., 209. しかし、ボッケルマンは、「秘密」を秘密と知りながら外部に漏したから、当然「正犯」であるというだけである。
- (13) H. Tröndle, *Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, GA, 1956, S. 123ff., 133 ff., 152ff. トロンドレは、妻の秘密を探り出した「依頼医師」の「間接正犯性」を吟味する必要があったというが、「依頼医師」が「操り人形師」として同業医を利用したとはいえないであらう。

- (14) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. 2000, S. 194 Anm. 6f, 364ff., 368ff.
- (15) わたくしは、依頼医が「教唆犯」で、漏洩医師は「幫助犯」であると考える。依頼医には「行為支配」を認める程の力はないし、漏洩医師の「軽率」は、「秘密漏洩共働」の促進に他ならないからである。二人にとつては、それぞれに「正犯」は現実には存在しないのである。なお、前出、二注(12)。
- (16) 最判昭二五年七月六日刑集四卷七号一七七八頁。
- (17) 莊子邦雄・刑法総論〔第三版〕(平成八)四六一頁以下、四六四頁注(4)。
- (18) 福田平・全訂刑法総論〔第五版〕(平成二三)二六六頁注(一)。
- (19) わたくしは、「正犯の背後の正犯」を肯定する以上は、運搬社員を「正犯」とし、社長を「背後の正犯」とすることも可能であると考えたが(内田・概要中巻四六八頁以下)、運搬社員の「正犯性」に疑問を感じ、「幫助犯」に過ぎないのではないかと考えた。したがって、ここでも教唆犯と幫助犯の両立が肯定されることになる。
- 社長にも社員にも、「闇米運搬」の「指導形象」は存在する。しかし、兩人共、「みずからの犯罪」として共働したというには「力の傾注」が弱い。教唆犯と幫助犯の「両立」に止どめるべきである。
- (20) 後出、三・三注(11)～(15)。

三 幫助犯と幫助犯の併立

- 一 共同正犯の特質との関連で幫助犯と幫助犯の併立・両立も重要である。
- 二人の殺人の共同正犯が、意思の連絡の下に、それぞれ独自に被害者に致命傷を与えた場合には、敢て「共同正犯(刑法六〇条)」を認める必要もないが、共同正犯を否定する必要もない。これを「不真正の共同正犯」と呼んで差し支えない。

しかし、二人が致死量の半分ずつの毒薬を供与して始めて被害者の毒殺に成功したような場合には、刑法六〇条の

意義が鮮明となる。二人の「共働」により、始めて殺人罪が既遂となることを宣言しているからである。これを「真正の共同正犯」と呼びたい。「一部実行の全部責任」である。これも生活の要請である。ローマ法以来、このことが否定されたことはなかったといつてよい。⁽¹⁾⁽²⁾

「一部実行の全部責任」の要請は、「強盗罪」のように「複数行為」を前提とする犯罪にも通用しなければならない。一人が「暴行・脅迫」を加え、抵抗を抑圧した上、他の一人が、「財物」を「盗取」したときは、暴行罪・脅迫罪と窃盗罪ではなくして「強盗罪（刑法二三六条）」の「共同正犯」が成立するのである。⁽³⁾勿論、「互いに手となり足となつて強盗に出よう」という堅い韌帯が必要である。一人が暴行・脅迫の上、被害者を失神させて立ち退いた後に、他の一人が通りかかり、被害者から財物を盗取したに過ぎないような場合には、二人が友人であつたからといって、容易には「強盗の承継的共同正犯」とはならないのである。

二 尤も、「互に手となり足となる」関係は、単一の共同正犯を構成するとは限らない。人を「痛め付ける」ために共働した二人のうち、ある者は殺意の下に、ある者は専ら傷害の意思で「互いに手となり足となる」ことも可能である。「部分的共同正犯」⁽⁴⁾である。このような「不法共働」では、「殺人の共同正犯」と「傷害・傷害致死の共同正犯」が、「共同正犯」のかたちで成立すると考えるべきである。ドイツ刑法新二五条二項も、「可罰的所為 (Straftat)」の共同実行を「共同正犯」と呼ぶのである。

また、わが国固有の「共謀共同正犯」⁽⁵⁾と呼ばれる「共働形態」も、「共謀に参加した者」はすべて「共同正犯」であるということを経論付けるわけではない。犯罪謀議に参加した者の中にも、「互いに手となり足となる」程の「働き」をしなかつた者は「幫助犯」たりうるのみである。判例も、このように考えているといつてよい。⁽⁶⁾「犯罪の見張り」は、その見張りなしには犯罪の成功も覚束なかつたといえる場合以外は「幫助犯」に止どまる。

三 以上の考量は、「不法共働者」中に「主役」といえる働きに出た者が確認できなかった場合には、「幫助犯」と「幫助犯」の併立を認めるべきであるという結論に達する。「正犯なき共犯」である。

一九五三年一〇月二二日の連邦裁判所第四刑事部判決は、古鉄販売会社の社員が、「盗品古鉄」を購入した事案で、同人に「盗品故買罪（ドイツ刑法二五九条）の幫助罪」しか成立しない可能性があるとして、原判決を破棄した。同人は「みずからのために故買した」のではなくして、「会社のために故買した」可能性があるというのであった。一方、取引きに立会っていなかった社長も、「盗品」を「自己のもの」としたとはいえないとされた。事後承認を与えたかどうかとも判然とはしないとみたのである。

同じ一九五四年一〇月に、同じ第四刑事部が、一日の判決では、「故意のない正犯」への教唆犯を肯定したことについてはさきに検討したが、二二日の判決では「故意のない正犯」への幫助犯の成立が検討されたことになる。二二日の判決では、社長は社員の盗品故買を知らなかったというのである。一方は、独立教唆罪であり、他方は、独立幫助罪である。当時の共犯論にとつては大きな問題であったから、共に活潑な議論を呼んだ。しかし、考え方としては、共通でよいから、ここでは改めて触れることを割愛する。

しかし、新たな視点も可能であることを指摘したい。

四 二二日判決の事案では、第四刑事部は、社長にも二五九条の「幫助犯」が成立しうることを否定しないであろう。社長も社員も、いずれも「我が社のための盗品故買」に出たといえるのではないかとこの観点である。同判決の批評で、ヴェルツェル¹⁰が示した考えである。「会社ぐるみの盗品故買」では、「共働者」のそれぞれについて、「非故意の正犯への幫助犯」という廻り道に出るのは誤った「概念法学」ではないかというのである。

尤も、「共同行為支配」の認められない社長と社員に「共同正犯」を考えることはできない。共同行為支配が認めら

れるのは、社長と社員が一体となった場合だけである。しかし、事案からして、そのような「韌帯」は看取されない。やはり、「会社のための盗品故買の幫助犯」が併立すると考えるべきである。ただ、「会社ぐるみの犯罪」という視座は、古典的な「法人の犯罪能力」の是非をめぐっても有益であることはいちもない。

五 「正犯なき共犯」の肯定は、「教唆犯と幫助犯」の併立、「幫助犯と幫助犯」の併立を可能とするばかりか、独立教唆罪・独立幫助罪の肯定にも通じる。現に、一日判決は、秘密漏洩依頼医師だけに教唆罪を認めたのである。

一九六二年一〇月一九日の連邦裁判所第三刑事部判決は、殺人実行者に「実行する幫助犯」を認め、「正犯」は「なにか」は問題にしなかった。「謀殺を実行する幫助犯」だけを認めたのである。事件は「シユタシンスキー事件」と呼ばれるが、伝統的な共犯論の根底を覆えすかのような「実行する幫助犯」という判示は、実は説得力に富むものを持つているといわなければならない。

第三刑事部は、人を殺した者は「通常は殺人罪の正犯」であるという¹⁰⁾。「形式的客観説」である。しかし、第三刑事部は、このような解決策には満足しなかった。事案は、二人の「刺客」を意の如くに利用し尽くした国外の「黒幕」が「操り人形師」となった政治的謀殺事件である。第三刑事部は、伝統的な「主観的共犯論」に盲従しなかっただけである。ロクシン¹⁴⁾は、この判決を「極端な主観的共犯論」への復帰とみるが、第三刑事部は、事件の特殊性を慎重に考慮して、ドイツでは処罰が困難な国外の黒幕に操られた人形としての二人の刺客を「実行した幫助犯」と評価したものである¹⁵⁾。

「我が社のための盗品故買」にしろ、「シユタシンスキー事件」にしろ、「みずからのためにする関与」がなかったわけではないのである。しかし、特に「シユタシンスキー事件」では、二〇〇二年に廃止されたが、当時の「民族虐殺目的謀殺罪（二二〇条）」の幫助犯の成立が問われる可能性もあった。正犯は二二〇条aの正犯でも、二人の刺客に

は、それ程強大な「目的」は認められなかった可能性がある。「目的なき故意ある道具」である。「幫助犯」に止どまるのは異例ではないのである。¹⁵⁾ 第三刑事部判決には、そのような配慮が窺われないではなからう。

六 ドイツにおいても、現行刑法上、すでに「正犯なき共犯」は否定されていない。「現実の正犯」は、共犯の成立要件ではないのである。

注

- (1) 「真正の共同正犯」と「不真正の共同正犯」については、内田文昭・刑法における過失共働の理論（昭和四八）五頁以下。
- (2) 内田・概要中巻四七四頁以下、四八六頁以下。
- (3) F. Dencker, *Luderssen-Festschrift*, S. 527ff. 530ff.
- (4) 部分的共同正犯については、内田・概要中巻四九一頁以下。
- (5) 内田・概要中巻四八七頁以下、五〇四頁以下。
- (6) 内田・概要中巻五〇五頁注（15）掲記の諸判例を挙示したい。
- (7) BGH, *StR.* 5, 1954, S. 47ff. 48ff. 50ff.
- (8) 前出、三・二注（9）以下。
- (9) こころは、ロクシン（C. Roxin, *Täterschaft und Tätherrschaft*, 7. Aufl. S. 368）だけを紹介する。ロクシンは、二二日の第四刑事部判決は正当でないと考える。しかし一日の判決に対するロクシンの態度も二二日の判決に対する態度も明確ではない。ただ、ヴェルツェル（次注（10））の考えを支持している。
- (10) H. Welzel, *JZ*, 1954, S. 127ff.
 わたくしは、ヴェルツェルの通説批判が、「正犯なければ共犯なし」の要請を否定するものであると考える。社長も社員も、「盗品故買罪」の正犯ではない。しかし、「わが社のための盗品故買」は、やがて「みずからの利益」となる。両名共に「盗品故買」の幫助犯なのである。メッガー（前出、三・二注（8））が、「収賄共働」では「正犯」が「故意欠如」の故で「正犯」たりえなくてよいと主張していたように、ヴェルツェルは、「会社ぐるみの盗品故買」では「正犯」は現存しなくてよいと主張したものと考える。

- (11) BGH, Str. 18, 1963, S. 87ff. 94ff.
 (12) BGH, Str. 18, S. 94.
 (13) BGH, Str. 18, S. 96.
 (14) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. S. 105 Anm. 52.
 (15) デンカー (F. Dencker, Lüderssen-Festschrift, S. 534) は、「正犯なき共犯」は存在してよいが、「他人の所為に從属しない共犯」は存在しえないという立言の下に、「シュタシンスキー事件」を把握している。国外の黒幕は処罰困難であるが、二人の刺客は処罰できる。ビルクマイヤー以来の「共犯隸属性論」の呪縛からの脱却は、「正犯なき共犯」の是認により可能となるのである。

四 連鎖的共犯

一 「間接教唆犯（刑法六一条二項）」や「幫助犯への教唆犯（刑法六二条二項）」も、「正犯なき共犯」を認める規定である。尤も、「幫助犯への教唆」は、その教唆行為が間接的に「現実の正犯」の支援となる限り「間接幫助」に他ならない⁽¹⁾。詳細は後に検討する。

Aが、Bに対して、Cの殺害を教唆したところ、BはみずからはCを殺害せず、Dに対して、Cの殺害を教唆して実行させたときが、Aの「間接教唆」である。Aは、Dに対して直接「教唆」したわけではないが、Bへの教唆を通して、間接的に「C殺し」を教唆したことになるといってよいからである。

テロリスト集団の「首領・A」が、「団員・B」に、「手当たり次第の殺人（Genetzel）」⁽²⁾を教唆したような場合は、Bがみずからが実行しようが、Dに実行させようが、Cを殺害しようが、Eを殺害しようが、そしてまた、そのいずれかを問わず、「みずからの概括的故意」に包摂される限りの多数人が殺害される限り、「殺人の教唆犯」または「殺

人の間接正犯」たりえよう。A は、「ゲメッツェル」を求めたからである。したがってまた、「間接教唆」を考える必要もなくなる。A には「錯誤」はないのである。

これに対して、かねて著名な「ローゼ・ロザール事件」⁽³⁾では、「正犯・ローゼ」の「客体の錯誤」（人違いで、ハリッシュをシュリーベと誤認した）が、教唆犯・ロザールの「客体の錯誤」か「方法の錯誤」かで争われたもので、「間接教唆」の問題ではないし、ロザールの「概括的故意」の問題でもない。しかし、ロザールを「教唆」したロミオが既に存在したようなときは、ロミオについて「間接教唆」の問題が生じる。したがって、「間接教唆」は、かなり限局されている。

しかし、複数市会議員に対する数個の脅迫が順次に行われたようなときは、「再間接教唆犯」が成立すると判示した、大正十一年三月一日の大審院判決は、「故意の連続」を前提とする限り正当である。被告人は、複数市会議員を脅迫するための教唆を「手分け」をして直接・間接に数回行わせたに過ぎないと考えられるからである。その結果、四名の市会議員に対する脅迫が、被告人を始めとする八名の者によって順次に行われたというのである。四名の市会議員に対する脅迫は、被告人の教唆によって順次に行われた。被告人の脅迫教唆は所期の通りに行われたことになる。「再間接教唆以上の場合」も、六一条二項に含まれるとする判示は正当である。⁽⁵⁾被告人の教唆は、順次に四名の市会議員の「脅迫」を実現させたのである。

二 これに対して、「誰を幫助するのか」という問題を生じさせないことも多い「間接幫助」では、「幫助犯」の成立は容易である。「誰かを幫助する故意」で足りることが多いのである。たとえば、「銃砲刀剣販売業者」は、購入者の「殺傷行為」につき、直ちには「過失致死傷罪の幫助犯」たりえないであろうが、「正犯」を「特定」することなしにはその「幫助犯」となることもないとはいえない。⁽⁶⁾「誰かが殺傷」に出るであろうことの認識で充分なのである。

「教唆犯」の場合に比較して、正犯性の認識は緩やかでよい。昭和四四年七月一七日の最高裁判所決定が、猥褻映画フィルムを知人またはその得意先の誰かに陳列させる意思で知人に「貸与」したところ、同人は得意先に「映写」させたという事案につき、「猥褻物公然陳列罪（刑法一七五条）」の「間接幫助犯」の成立を認めしたのは、幫助罪の特徴からして、正当であったといつてよい。⁸⁾

三 ドイツ刑法は、「間接教唆」・「間接幫助」の規定をもたない。しかし、通説・判例はこれらを肯定している。

一九五四年七月八日の連邦裁判所第三刑事部判決は、「虚偽公文書作成罪（ドイツ刑法三四八条一項）」の不法共働に関し、パスポート発行機関に対して「虚偽のパスポート発行」を依頼し、担当職員を数名経由して「虚偽公文書」を作成させた被告人に、同罪の「間接教唆罪」の成立を認めた。たしかに、「公共危険犯」では、行為者は、所定の「危険招来」が狙いであつて、誰によって公共危険が発生したかは重要でないことが多い。誰が誰を殺すが重大な「殺傷罪」等とはかなり違つている。したがつて、第三刑事部が、被告人は「誰が正犯であるか」を知らなくても、「間接教唆犯」が成立すると判示したのは妥当である。この限り、無差別殺人の間接教唆犯と共通の論理が採られてよい。¹⁰⁾ シュヴァイントが、「正犯を知らない間接教唆犯」を肯定した判例としてこの第三刑事部判決を挙示している。正当である。

しかし、すでに述べたところから導かれるであろうが、「間接教唆犯」は、殺人罪の場合は、否定される可能性が高い。行為者が、特定の「人物」に特定の「人物」を殺害させようと教唆したところ、被教唆者は全く違った人物の殺害を教唆してしまったというような場合である。Aは、BにCを殺させようとして、Dにその旨を教唆したところ、Dは、EにFを殺すよう教唆して成功したとしよう。DのEに対するF殺し教唆の成立には疑問はない。しかし、AのDに対するF殺しの「間接教唆」は成立しえない。Aにとって、F殺しは想定外だからである。そこが「無差別殺

人の教唆」と違うところである。Aは、EのF殺しに関しては何の関わりもたなかつたといわざるをえないのである。Aは、BがC殺しを実行した場合に限って、「間接教唆犯」たりうるに止どまる。人が人を「殺傷」したのであるから、誰が誰を殺そうと変わりがないとはいえないことを看過してはならない。Aは、Dに対する「BのC殺し」については「殺人教唆未遂（無罪）」である。「教唆の連鎖」は切れたからである¹²⁾。

四 「間接教唆」・「間接補助」は、「正犯の教唆」であり、「正犯の補助」である。したがって、これを「教唆の教唆」とか「補助の補助」と呼ぶのは誤解を招き易い。特に、「補助犯の補助」は、「減輕された補助犯の刑」を今一度減輕するかに曲解される。ペーリングが指摘していた。「間接補助の減輕」も一回限りである¹⁴⁾。しかし、「現実の正犯」は、間接教唆犯・間接補助犯の「目の前」に存在しなくてもよい。「観念的に表象」されることで充分である。さきに挙示した、大正一一年の大審院判決や、昭和四四年の最高裁決定も、さらにはまた一九五四年の連邦裁判所第三刑事部判決も、いずれも、「表象された正犯」への共犯に他ならない¹⁵⁾。

これに対して、Aが、Dに対して、「BのC殺し」を教唆したところ、BはF殺しに出たようなときは、「BのF殺し」がAの表象に包摂されていた可能性がないとは限らないことがある¹⁶⁾。そのような場合は、Aは「BのF殺し」への「間接教唆犯」となるであろう。

尤も、「間接補助」に関しては、刑法六一条二項のような「間接教唆」の規定はない。したがって、間接補助は、直接補助と同様、「特定の正犯」への補助だけが想定されているのではないかという疑問もないわけではない。このことを主張した弁護人の上告に依って、「間接補助」でも、「特定の正犯」への補助である必要はないと明言した、昭和一〇年二月一三日の大審院判決を挙示する必要がある。事案は、金地金商會店員の「密輸出補助事件」で、同店員は、大蔵大臣の許可を受けずに、「金地金」を神戸港から上海へ密輸出するに当たり、直接補助犯の依頼により、「金地金」

二貫目余りを売渡したというものであるが、同店員は密輸出の正犯が「誰であるか」は知らなかったというのである。大審院は、「間接二正犯ヲ幫助スル場合幫助者ニ於テ正犯カ何人ニ依リ実行セラルルカヲ確知スルノ要ナキモノト解セサルヘカラス」と判示して上告を斥けた。⁽¹⁸⁾正犯が誰であるかを確知すると否とは、正犯の実行を容易ならしめる点において変わりがないからであるという。正犯が誰であるかを知ることにより、幫助行為に「強弱」の差が生じた際には、その点についての配慮は可能であろうが、今は問題でない。「あの人の幫助だけではできない」として幫助に出なかつたときは、「幫助の未遂（無罪）」を考へるべきである。この限り、「間接教唆」と同様の論理を採るべきである。「表象された不法な正犯」への関与としての「正犯なき共犯」は、わが国でもドイツでも、すでに判例の肯定してきたところなのである。

注

- (1) 内田・概要中巻五二一頁以下。なお、後注(18)。
- (2) K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, 1918, S. 214, 214 Anm. 9. なお、内田・概要中巻五八三頁、五八七頁注(11)。
- (3) 内田・概要中巻五八一頁以下。
- (4) 大判大正一一年三月一日刑集一卷九九頁。なお、後注(10)。
- (5) 内田・概要中巻五二二頁以下、五一六頁注(7)。
- (6) 異様な様相の刀剣購入者に唯々諸々と出刃庖丁を売り渡す行為などを挙示したい。
- (7) 最決昭和四四年七月一七日刑集二三卷八号一〇六一頁。
- (8) すでに同旨判例として、大判昭和一〇年二月二三日刑集一四卷八三頁(後注(17))、大判昭和一一年一月二二日刑集一五卷一四三二頁などがある。
- (9) BHG, Str. 6, 1954, S. 359ff. 362.
- (10) そもそも、「殺人の間接教唆」という「不法共働」は、一般的なものではない。「被害者」は変更されなかつたが、「実行行為者」

は変更したのである。「被害者」迄もが別人であるときは、最早「間接教唆」の問題は生じない。「ゲメツツェル」のときは、「被害者」も「実行行為者」も、「誰でもよい」のである。

これに対して、「公文書偽造教唆」では、当初から「複数公務員」の手を煩わすのが予想されていることもあって、「間接教唆」もかなり一般的となる。

四名の市会議員を脅迫した事件(前注(4))の「再間接教唆」は、「被害者」の特定が破れない限り、関与者は「誰でもよかつた」のである。

(11) H. D. Schwind, Grundfälle der „Ketteneinnahme“, MDR, 1969, S. 13ff.

(12) 前注(10)。

「因果の連鎖」が切断された以上、「共犯従属性説(論)」では、「共犯の未遂」であり、「不可罰」となる。

(13) E. Beising, L. v. V. S. 447ff.

(14) E. Beising, L. v. V. S. 448. これを明言した判例もある。一八九二年一月一七日の帝国裁判所第三刑事判決(RG, Str. 23, 1893, S. 300ff. 306) である。

(15) 特に、第三刑事部判決は、「正犯を知らない教唆犯」の肯定を明言する。BGH, Str. 6, S. 360, 362.

(16) Aが、取り敢えず、Cを殺害し、次にはFを殺害しようとして、Dにその旨を伝えたところ、立ち聞きをしていたBがFをCと誤認してこれを殺してしまったというような場合である。Bが、「ローゼ・ロザール事件」のローゼとなつたような場合であるといつてもよい(前注(3))。Aが「組長」、Dが「若頭」、Bが「組員」で、C・Fが対立暴力団の「組員」であつたような関係が想定される。

(17) 大判昭和一〇年二月一三日刑集一四卷八三頁以下、八八頁以下、九〇頁以下。

(18) 弁護人は、被告人において、「正犯」が「なにも人」たるかを特定することなしに、したがつて、「みずからが幫助犯」たりうるかも知れないとの「危惧」をもつていたに過ぎないのであるから、「正犯」を特定しないままの「幫助犯」を認めたことになり、それはありえないとして上告したのである(刑集一四卷九〇頁以下)。弁護人は、「正犯なき共犯はない」という通説に従つたのである。しかし、その主張が否定されたことになる。わが国の判例も、すでに「正犯なき共犯」を認めていたのである。

四 同時殺傷の特例

一 以上の「不法共働」は、同一不法共働において、「正犯」たりうべき共働者が、正犯としての「力」を示しえなかったために、「教唆犯」ないしは「幫助犯」たるに止どまり、他の共働者もまた「教唆犯」ないしは「幫助犯」に過ぎなかったという形態である。「連鎖的教唆」「連鎖的幫助」も、連鎖の「鎖」を開始させた共働者の胸中にある「正犯像」が実現する限り、「間接教唆」「間接幫助」が「正犯なき共犯」として、現実の「共働形態」となる。尤も、「自殺関与」も、わが刑法上は「正犯なき共犯」であるが、「自傷関与」の可罰性の確認は、新たな立法を必要とする。しかし、これは前稿で論じた。⁽¹⁾

「自傷関与」以外は、現行法の規定の枠内にある「正犯なき共犯」である。

しかし、現行法は、これら以外にも、「正犯なき共犯」の「変形」の必要性を規定している。その最たるものが、「同時傷害の特例（刑法二〇七条）」である。

二 刑法二〇七条の意義については、争いもあるが、多数人が入り交じって殴り合いが行われた際には、誰が傷害の「正犯」なのか判明しないままに誰かが傷害を負うことが多い。形態上は、「正犯なき傷害の共犯」である。法は、この場合の「正犯なき傷害の共犯」を均しく「傷害の共同正犯」とする趣旨に出たものと考えるべきである。その論理は、「真正の共同正犯」と同じである。

二〇七条は、「暴行」の「同時犯」を「共同正犯」とし、かつ、「傷害」の発生を俟って、全員を「傷害罪の共同正犯」とする規定である。これは、二〇八条の「暴行罪」は二〇四条の「傷害罪」を「絶対的結果的加重犯」とすること、したがって、「同時暴行罪」は人の受傷によって、「同時傷害罪」たりうること、しかも、二〇四条の共犯は、「同

時暴行の外部」にあつて、暴行罪・傷害罪の教唆・幫助に出る場合（たとえば、刑法二〇六条の「現場助勢罪」に限られることなどから演繹される^②）。

一方、ドイツでは、わが二〇八条のように「暴行罪」を直接処罰する規定をもたないが、二三一条は、「殴り合い」の際に生じた「殺傷」については、原則として「殴り合い参加者全員」に三年以下の「自由刑」または「罰金刑」を科することを宣言している^③。「同時殺傷の特例」であるが、論理構造は、わが二〇七条と異ならない。フランクは、二二一条の前身である当時の二二七条二項について、「同時犯を共同共犯とする規定」であるとみていたことである。

三 クリーグスマン^⑤も、「同時殺傷の特例」について、一五三二年のカロリナ刑法典一四八条以来の諸規定と「共謀」・「共同正犯」との比較により、当時の二二七条一項・二項の正統性を確認した。「同時殺傷の特例」は、「殴り合い」が内包する「殺傷の危険」が現実化したことを直視したもので、「個々人の行為」ではなくして「一連の危険な事態 (Vorgang)」に従属する^⑥との確認規定に他ならないというのである。それは、「自己」の責任による他人所為への刑法上の負責 (eine strafrechtliche Haftung für fremde Tat kraft eigener Schuld)^⑥である。それは、刑法の規定上の共犯ではないが、すでにリオンも援用していた、一八八四年一月三日の帝国裁判所第一刑事部判決の「生活上の共犯」なのである。合理的な範囲内で、他人の行為の責任を負うことを拒否する必要はないからである。

このような視座においては、わが二〇七条は、「同時傷害」の渦中にあつても、殴り合いには参加せず、単に殴り合いを教唆しただけの者は「傷害罪の教唆犯」たりうるに止どまり、現場で氣勢を揚げただけの者は二〇六条の「助勢犯」たるに止どまる。また、渦中の人に傷害を与えた参加者が判明したときは、その者だけが傷害罪の正犯となり、他の者には二〇七条は適用されない。暴行罪の責任を負うだけである。

二〇七条は、「殴り合い」の際に生じ易い「傷害」につき、その「正犯」が不詳のことも多い事実鑑みて、暴行参

加者全員が傷害罪の正犯たりうることを認めたもので、「傷害罪の共同正犯」の「補充規定」⁽⁸⁾である。傷害罪の正犯が確認できないこと故の「補充的規定」である。それ程迄に「身体の安全」は保護に値するわけである。⁽⁹⁾ドイツ刑法二二三条は、「殴り合い」の際の「殺人」に迄このことを拡大したことになる。したがって、「殴り合い」の最初から最後迄「殴り合い」に参加する必要はないし、場所を変えての「殴り合い」参加でもよいが、「正犯不詳の傷害」が発生したとき、その「時点」での殴り合い参加者は均しく共同正犯の責任を負うべきなのである。⁽¹⁰⁾

刑法は、「他人所為 (fremde Tat)」への責任を負わせてはならない。ペーリング⁽¹¹⁾が指摘した通りである。しかし、「みずからの責任における他人所為への負責」を肯定することは可能である。クリーグスマンの「殴り合いにおける自己責任」である。それは、現行刑法に規定された「共犯」とはいえないにしても、リオンの「生活上の共犯」である。⁽¹²⁾ザウアー⁽¹³⁾の「自然的共犯」もこれを肯定する。

四 このような考量は、わが刑法も、「同時殺傷の特例」を立法する必要があるのではないかという疑問に直面する。

直ちに、「同時傷害」ならばともかく、「同時殺人」迄に拡張するのは妥当でないという否定論が予想される。「同時殺人」では、「殺人者」と単なる「殴り合い参加者」とでは歴然とした差異を示すことが多いであろうから、敢て参加者全員を「殺人罪の共同正犯」とする立法は不要であるということも可能である。わたくしも、こう考えてきた。⁽¹⁴⁾

だがしかし、ピストル携帯者は「殺人者」で素手の参加者は「殺人者」ではないと決め付けるのは妥当でない。「殴ること」は「殺人の一步手前」であり、数回の殴打は「殺人」たりうる。⁽¹⁵⁾「暴力の否定」なくしては「戦争の否定」もない。一方で戦争を否定しながら、他方で暴力に寛大なのは正当でない。人類不滅の要請に応えるためにも、暴力には毅然として立ち向うべきであろう。わが刑法も、カロリナ刑法典以来の伝統に学んで、「同時殺人の特例」を真剣に

模索する必要がある。⁽¹⁶⁾そして、すでに言及したところであるが、「暴行罪」や「自由侵害罪」は「財産罪」に比較して刑が軽過ぎることをも改めて強調しなければならぬ。⁽¹⁷⁾

五 「同時殺傷の特例」には、さらに、「因果関係論」においても、極めて重要な意味があることを看過してはならない。「因果関係の発見公式」として、「その行為がなかったならば、その結果もまたなかったであろう」といえるときには、「その行為はその結果の条件である」とする「条件説」が破綻することを回避するために、有効な機能を営むのである。たとえば、A・B・Cが、それぞれ独立して撃ち合いを始めたところ、たまたま、Aの弾丸はCの頭部に命中し、Bの弾丸はCの胸部を射抜いたとしよう。Cは即死したが、Aが「殺した」といえるのか、Bが「殺した」のか判然としない。Aが頭部を粉砕しなくても、Bが胸部を射抜かなくても、Cは即死したに違いないが、それぞれの「致命傷」は、それぞれの「既遂」を否定せざるをえないのである（択一的競合）。

そこで、エンギツシユは、⁽¹⁸⁾条件説の因果関係の「発見公式」に問題があるとし、「自然科学的合法則性」が存在する限り、「因果関係」が肯定されるべきだと主張した。右の設例では、AもBも、Cの「死亡」の条件なのである。しかし、すべての現象は無限に連続する「つながり」の中に置かれている。その中から「原因と結果」のつながりを「発見」することは不可能である。これに対して、設例で、Cが「マネキン人形」であったならば、AもBも「器物損壊罪（刑法二六一条）」の「既遂」である。頭部損壊と胸部損壊とは「個別化」できるからである。また、AとBが、それぞれ別個に致死量の半分ずつの毒薬を盛ってCを毒殺したような場合（重畳的競合）は、それぞれが「条件」を設定したことに疑問はないが、「相当因果関係」に疑問が生じる。A・Bが、同じ型のピストルで、同じ弾痕の弾丸を発射し、一発だけがCに命中したが、Aの弾丸かBの弾丸かは特定不可能であったときは、「疑わしきは被告人の利益に」決せられる。両者共に殺人未遂である。

実は、このような場合をも想定した立法がなかったわけではない。一八一三年のバイエルン刑法典一五三条・一五四条・一五五条⁽¹⁹⁾や一八四〇年のブラウンシュヴァイク刑法典一五三条・一六三条⁽²⁰⁾が、ここでは特に重要である。

さきにも紹介したように、フランクは、旧ドイツ刑法二二七条（現行二二二条）は「同時犯」を「共同正犯」とする規定であると考えた。共同正犯は、「全部実行の全部責任」（択一的競合）であろうと、「一部実行の全部責任」（重疊的競合）であろうと、そしてまた、「実行者不明」であろうとを問わず、「一心同体」となった以上は、各自が「共同正犯」なのである。

六 一五三二年のカロリナ刑法典一四八条⁽²¹⁾、一七九四年のプロイセン普通ラント法第二部第二〇章第一一節八三〇条以下の「殴り合い殺人」にみられる諸規定を経て、さきにも援用した一八一三年バイエルン刑法典一五三条・一五四条・一五五条、一八四〇年ブラウンシュヴァイク刑法典一五三条・一六三条に至る「択一的競合」・「重疊的競合」による「殺人」の場合の「因果関係の確認」については、「同時犯」を「共同正犯」とする規定を設けることの重要性を認識したからに他ならないと思われる。一八四〇年ブラウンシュヴァイク刑法典一五三条の「注釈」からも明白である。⁽²⁴⁾

因果関係の存否は、特に「人の殺傷」、「物の損壊」の場合に重要である。⁽²⁵⁾ところが、「同時殺傷」では、「択一的競合」の場合に、殊更に困難が生じる。しかし、「同時殺傷」を「殺傷罪の共同正犯」とすることにより、共働者全員に「既遂」を認めうる。共同正犯は「共働因果関係」を肯定させるからである。しかも、「同時殺傷」は、参加者各人が「他人所為に対する自主責任負責」に任じなければならぬ程に「重大な危険」を内含している。⁽²⁶⁾ クリーグスマンの定言も、このことを肯定させるのである。

したがってまた、トレーガー⁽²⁷⁾以来の「修正条件説」が「択一的競合」の場合は、「A・B二人の行為がなかったならば」という問題を発するべきであるとするのも、結局は妥当であったということになる。条件説の「特例」である。

七 「同時殺傷の特例」は「生活上の共犯」である。最近でも、ツオツッパ⁽²⁸⁾が、これを確認している。そして一八八四年の帝国裁判所第一刑事部判決は、その刑罰は「嫌疑刑」ではなくして、「予防刑」であるとみていたことを看過してはならない。⁽²⁹⁾

注

- (1) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四二六頁以下、四七三頁以下。
 (2) 内田・刑法各論〔第三版〕二四頁以下、三四頁以下、三五頁注(5)(7)、三七頁以下。
 (3) 一七九四年のプロイセン普通ラント法第二部第二〇章第一一節「身体傷害の罪」は、傷害罪・殺人罪を一括規定し、八三〇条以下、特に八四四条以下に、「同時殺傷罪」を「兇器」携帯の有無や首謀者・実行者の別などに応じて刑罰に重軽の差を設ける立法態度を示したが、これが殺傷罪の基本形態であったといつてよからう(なお、後出、六注(1))。「殺意」の有無より「危険」の高低である。「死の危険」の低い「殴り合い」から、「死」が生じた場合(いわゆる重畳的競合)について、その処理を考慮したが、一八一三年バイエルン刑法典一五三条・一五四条と一八四〇年ブラウンシュバイク刑法典一五三条・一六三条である。内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四七六頁以下。
 現行二二一条二項は、「殺傷に関わりをもたない参加者」には一項の適用はないと規定する。「関わりをもたない者」とは明確でない憾みがあるが、「危険の高低」への配慮が窺われなれないと思われない。
 (4) R. v. Frank, Das Strafgesetzbuch, 1897, S. 263ff.
 (5) H. Kriegsmann, Mithäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach, Str. Abh. 80, 1907, S. 1ff., 84ff., 106ff., 158ff., 181ff., 196ff., 227f.
 (6) H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 182f. それは、「他人所為への負責」ではない。一種の「引受の責任」である。「真正の共同正犯」と同じ「負責論理」である。
 (7) クリーグスマン(H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 183 Anm. 1)も、一八八四年一月三日の帝国裁判所第一刑事部判決(RG. Str. 9, 1884, S. 380)に示された、リオン(前出、二注(3))の「生活上の共犯」を援用した。
 (8) 「真正の共同正犯」(前出、三・三注(1)(2))にせよ、「部分的共同正犯」(内田・概要中巻四九一頁以下)にせよ、いずれも「生活の要請」を受容して、「実行為性」を「補充」させる機能を営む。「同時殺傷の特例」も、このことを「殺傷の同時犯」に迄拡張

したのである。

- (9) H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 227f.
 (10) 福岡高判昭和四九年五月三日刑裁月報六卷五号五六一頁は、「場所」を変えて「殴り合い」を続けた「共働者」に二〇七条の適用を認めた。当然である。
 なお、「殴り合い参加者」でも、想定外の「急迫不正の侵害」に対しては、「正当防衛」が可能である。H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 212ff., 237ff. *ゆふい*、前注(3)。「喧嘩闘争」と「正当防衛」の問題(内田・概要中巻九九頁以下)が想起される。
 (11) E. Behring, L. v. V. S. 235.
 (12) 前出¹⁾二注(2)。
 (13) 前出¹⁾二注(13)。
 (14) 内田・刑法各論〔第三版〕三五頁注(7)。
 (15) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四七八頁。「殴り合い」の現場にいた者にとつて、「人の死傷」が生じることが「予定された危険」であるといつてよい。
 (16) 普通ラント法八四四条以下の「同時殺傷の特例」は、「殴り合い殺傷」に関する限り、「通例」であるといえるであろう。前注(3)。
 (17) 内田・刑法各論〔第三版〕三七頁以下、二三二頁以下。「幫助減輕」は正義の要請であるが、「暴行軽罰」は不正義の残滓である。
 (18) K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 13ff., 21, 25f. これに「き」内田・概要上巻三四〇頁以下。
 (19) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四七六頁以下。
 (20) 前注(9)。
 (21) H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 100ff., 106ff.
 (22) 前注(2)。
 (23) H. Kriegsmann, Str. Abh. 80, S. 119ff.
 (24) Das Criminal = Gesetz = Buch für das Herzogthum Braunschweig, 1840, Motive, S. 274ff., 281.
 (25) 内田・概要上巻二〇一頁以下、二〇六頁以下、三四九頁注(12)。
 (26) L. v. Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 45ff.
 (27) J. Zops, Täterschaft und Teilnahme bei der Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB), Puppe-Festschrift, 2011, S. 1323ff., 1323

Ann. 7.

(28) RG. Str. 9, S. 380.

五 緊急救助義務違反（ドイツ刑法三二三条c）

一 ドイツでは、「緊急救助義務違反罪」の歴史は古い。すでに、一七九四年プロイセン普通ラント法第二部第二章第一一節「身体傷害の罪」は、殺傷罪の基本理念（六九一条）として、「なに人」も、「他人の生命・身体」に危険を生じさせるような「作為」・「不作為」に出ることがないよう「振舞わなければならない」と規定し、以下、「銃器」・「火薬・毒薬」等の取扱いなどを規制した他、七八二条に、「死の危険からの救護」として、「なに人」も、「みずからの重大な危険がない限り、強奪者・殺人者から人を守り、風水害等から生命の危険を救護しなければならず、人が現実に生命を失ったときには、一四日間の軽懲役に処す」と規定した。殺人罪（八〇六条）、謀殺罪（八二六条）は、この後に置かれたのであった。緊急救助義務違反罪は、殺傷罪の理念実現の具体化の一つだったのである。そして、「同時殺傷の特例」は、八四四条以下に規定されていたことも重大な意義をもっていることを看過してはならない。^① 七八二条は、八四四条以下よりも基本理念（六九一条）に近かったのである。

現行三二三条cは、一八七一年の帝国刑法典三六〇条一項一〇号、一九三五年改正の三三〇条cを経て現行規定となったが、一九三五年改正の三三〇条cが、「健全な民族感情」による「義務付け」の文言を挿入したこともあって、「ナチス・ドイツの高揚」であるという批判を受けたことは周知の通りである。一九八〇年改正の現行三二三条cには「健全な民族感情」という文言はないが、今なお、同条に対する批判も強い。^②

しかし、三二三条cは、「健全な人間理性」の産物である。右に紹介した普通ラント法第七八二条の位置付け、規定内容から明白である。これを現行法が受け継いだのである。このことを明確にしたのが、著名な一九五四年の刑事連合部決定である。

二 一九五四年三月一〇日の連邦裁判所刑事連合部決定は、破局寸前の夫婦関係の中、妻の自殺を発見した夫が、医師に連絡・依頼するなどの「緊急救助義務」履行になかった故をもって、当時の三三〇条c違反を認められたのである。

この連合部決定については前稿でも検討を加えたところであるが、二つの点で画期的な意義を看取することができる。

第一は、「自殺」を「人倫律」に反する「不法」と捉えた点である。勿論、「極端な例外」はありうるという。しかし、それはいわゆる「自由死」・「自己責任自殺」ではない。「英雄的自殺」などを指称するものと考えるべきである。リストも指摘していたが、「生命」と引き替えに守るべき「大義名分」は「極端な例外」とみる以外には考えられないからである。いわゆる「自己責任自殺」とは、「意思万能論」の産物である。刑法はこれを拒否しなければならない。⁽⁵⁾「意思万能論」は、すでにドイツ刑法二二六条や二二八条によって否定されている。⁽⁵⁾殺されることの切望も「善良の風俗」に反する「傷害の同意」も、殺人罪・傷害罪の違法性を阻却しないのである。仲間に対する義理を欠いたことの詫びの印に手の小指を切断しようとする者の依頼で、「指詰め」を行った者は、「傷害罪」の責任を負い、依頼者は、その「共犯」とされるべきである。オットー、ケーラーの見解である。連合部決定は、このような理解をも支持することになる。「非理性的自己否定」としての「自傷」は「公序良俗」に反する。ロクシンも、「社会的に有害な行為」は「公序良俗」に反するということを認めている。ロクシンにとっても、意思は万能ではないことになる。

年三月一〇日の刑事連合部決定は、この方向への第一歩を踏み出した、画期的な判例であることを強調したい。しかし、実は、すでに一七九四年のプロイセン普通ラント法第二部第二〇章第一一節の「傷害の罪（六九一条以下）」が、その七八二条に規定した「死の危険からの救助」に由来していたという事実も看過できないのである。¹⁷⁾

ポットケは、連合部決定の「人倫律」について、それは「神への責任」に生きる因習的な人にとつてのみの「安住の場」であるに止どまるといふ。一八世紀以来の長い「伝統」に背を向けた立論であるといわざるをえない。

ロクシンも、シュベンデルも、そしてまたポットケも「共犯従属性論の呪縛」に「安住」して、自殺関与不処罰を墨守しようとするのである。

「自殺関与処罰論」も長い伝統の産物なのである。

四 「緊急救助義務違反」は、「真正不作為犯」である。普通ラント法第二部七八二条も、「不救助」を想定していた。ナークラーによれば、¹⁸⁾「真正不作為犯」は、「純粹の不服従」である。「命令違反」そのものである。

「命令違反」は、「命令違反のすべて」を罰するところに意味がある。これに対して、「禁止違反」は、当該の禁止に反することだけを罰するところに意味がある。¹⁹⁾「殺人の禁止」は「傷害の禁止」ではないし、「窃盜の禁止」でもない。人は「殺人」を行わなければ「殺人罪」の故に「処罰」されることはないのである。しかし、人は「自殺」を目前にしながら、これを放置すれば、ドイツ刑法三三三条cにより、処罰される。「緊急救助義務違反」という「命令違反」が認められるからである。自殺を悲しもうと歓迎しようとして、傍観しようとして立ち去ろうと、三三三条cの「命令」に反する限り、「なに人」も罰せられる。命令違反は、命令を「遵守しない限り」、何をやっても罰せられるのである。殺さなければ何をやっても「殺人罪」では処罰されないが、助けなければ何をやっても「不救助罪」で処罰される。「禁止違反」と「命令違反」の相違である。刑法では、命令違反の処罰は「例外」なのである。

国民の「行動の自由」を大きく制約する命令違反の処罰を正当化するのは、「人の生命」がそれ程迄に価値をもつからである。²³しかし、「命令受範者」を限定したり、「命令違反の程度」により、処罰に差を設けることは充分可能である。しかも、単なる「不作為」の不救助は「自殺遂行」に些少の「寄与」をもしない可能性があることも看過してはならない。

五 このような視点で考えられる方策には三つがある。

第一は、三三三条cに關しても、「真正の期待可能性」が欠如するときは、「不可罰」とすることである。ドイツの判例中にも、この方策を明言するものがある。一九八四年七月四日の連邦裁判所第三刑事部判決に代表される。²³亡き夫の許に行きたいとの医師宛の遺書を残して毒殺自殺を図った動脈硬化に悩む老婦人を発見した医師が、意識回復の苦痛再開を慮んばかって、翌朝迄「死の床」に付き添って臨終を見届けたというものであるが、第三刑事部は、被告人医師の「良心的選択」を酌んで「無罪」を言渡したのである。わたくしも、第三刑事部裁判官の「決断」と被告人の「良心的選択」に敬意を表したい。²⁴しかし、老婦人の「自殺」は「自由死」でないことは明白である。「自由死」であつたならば、診察医に「適法行為の期待可能性」を議論する必要がないのである。「自由死」は「不法」でない筈だからである。尤も、このような解決は、犯罪一般に通じる「責任阻却」の問題であつて、三三三条cの問題ではない。第二の方策は、三三三条cを、「義務犯」とみることである。ナークラーは、「真正不作為犯」を「純粹の不服従」とみていたが、ロクシンも、「真正不作為犯」を、「作為犯との等置に相応しい義務違反」により、常に「正犯」とする犯罪であるとする。²⁵ロクシンは、「真正身分犯」を「義務犯」として捉え、「身分者の共働」は常に「正犯」たりうると主張していたが、「真正不作為犯」でも全く同じ論理が採られるのである。²⁶

たしかに、「拡張的正犯概念」の採用は、「命令違反」を根絶するためには最適である。「人命尊重の要請」にも合致

する。しかし、たとえば、「加重遺棄罪における不保護罪（刑法二二八条後段）」では、要保護者を「保護しない者」は、特定され限定されざるをえない。たまたま路上で急病人を発見した人が「すべて不保護罪の正犯」とされることはないであろう。急病人の近親者等に限られるべきである。何故、「緊急救助義務違反罪」が義務違反者をすべて正犯とすることができるときは、ロクシンの見解からは不明である。妻に収賄を依頼した公務員が、常に収賄罪の間接正犯とされるべき根拠も、緊急救助義務不履行者が常に三二三条cの正犯とされるべき所以も、ロクシンは何ら明らかにしていないのである。²⁷⁾

そもそも、「真正不作為犯」では「拡張的正犯概念」が妥当すると考えること自体に問題がある。「命令不遵守」を処罰する目的のためには、「すべての人に均しく同じ刑罰」をもって臨むことが好都合であろうといえるだけである。実は、一九七四年のオーストリー刑法二二条は、「拡張的正犯概念」を採用することを宣言した。しかし、「正犯」と「共犯」との区別を否定したわけではないし、「正犯」も「共犯」も、それぞれ「みずからの責任」に応じて処罰されるべきことを宣言したのである（二三条）。しかし、「幫助犯」の「減輕規定」は見当らないといわざるをえない。これは、やはり「正義」に反する。²⁸⁾

そこで、「限縮的正犯概念」を維持しながら、「命令違反」の「重み」に応じて、「正犯」と「共犯」の区別を考えてゆく方策が提案される。第三の方策である。「真正不作為犯」においても、命令違反の「重み」により「主役」と「脇役」の区別は可能であるとする認識に出ることである。

わたくしは、かなり以前に、「不真正不作為犯」においても、「正犯」と「共犯」の区別は必要であると主張した。²⁹⁾ 「非保障人」は、刑法六五条一項をもつてしても「共犯」たりえないが、「保障人同志」の「共働」では、「主役」たりうる「保障人」と「脇役」に過ぎない「保障人」の不作為は、それぞれの果たす不作為の「重み」によって「正犯」

と「共犯」に区分けされなければならないという理解に出たのである。「真正不作為犯」においても同様に考えるべきである。「すべての人」に課される「救助義務」も、「不履行者」の義務違反のもつ意味の相違により、「正犯としての義務違反」と「共犯としての義務違反」とで相違するものがあると考えるのである。たとえば、医師Aと友人Bとが連れ立って演奏会に出掛けたとしよう。途中でCが自殺を図ったのを目撃したAは、どうしようか迷ったが、Bが急がなければ遅れてしまうと主張したので、救護措置に出なかつたとしてしよう。兩名共に、三三三条cの「救護義務」に反する行動を取った。しかし、Aの義務違反は「不救助の主役」であり、BのそれはAの義務違反を「促進させた脇役」であるといわなければならない。Bは「減輕」されるべきである。³⁰⁾

拡張的正犯概念の主唱者が、オーストリー刑法一三条にも拘わらず、Bに対してもAと同じ刑罰を認めるならば、それはやはり否定されるべきである。³¹⁾

シュペンデルは、三三三条cでも、「幫助犯」は可能であるという。シュペンデルも、拡張的正犯概念を採るわけではないから、当然、幫助犯の成立は可能である。しかし、「減輕」については触れるところがない。一方、ロクシンは、ここでも拡張的正犯概念を妥当させようとするから、「幫助犯」の成立もないことになる。さらに、ロクシンは、「自殺関与」に三三三条cを代替させようとする。³³⁾ 三三三条cのもつ刑法上の意味は重大である。しかし、さきの設例のBは「減輕」されない。ロクシンへの疑問はますます強まる。

加えて、「緊急救助義務」を履行した者には「被保護者」に対して「先行行為」に基づく「保障人的地位」が生じる。前稿で指摘した通りである。今度は、「不真正不作為犯」の問題が登場する。³⁴⁾

三三三条cの存在は、刑法にとつて極めて深刻なのである。

六一九五四年の刑事連合部決定は、三三三条cによつて、「自殺関与不処罰」の要請は「身を退く」ことを余儀な

くされたという。³⁵⁾「正犯なき共犯」は肯定されるということである。ここでも、ビルクマイヤー以来の「正犯なき共犯否定論」は脆かった。

これに対して、シュペンデルは、ビルクマイヤー以来の伝統を守ろうとした。しかし、連合部は、そのような「伝統」が崩壊することを厭わない。連合部決定を承継する判例³⁶⁾もある。

一方、シュペンデルも、連合部の「人倫律」尊重には必ずしも反対ではない。「人類の平和的共存」に反対する者は最早ない。「ナチス否定」も、掛声だけである。そして、シュペンデルは、三三三条cの「幫助犯」はこれも肯定する。「正犯なき共犯」を否定しながら、三三三条cの「幫助犯」はこれを肯定するというのも、「自殺幫助の幫助犯」を認めるのではなくして、「自殺不阻止の幫助犯」であるから「構わない」というのは強弁である。³⁸⁾「不救助」は「自殺幫助」とは限らないが、「自殺幫助」は、連合部決定が喝破したように「緊急救助義務違反」たりうるからである。「自由死論の高揚」も唐突である。プリンゲバートが強調するように、「自由死はフィクション」なのである。

また、ロクシンが、「自殺関与」の代替に三三三条cを揚げるのも、承服できない。⁴⁰⁾

さきにも触れたように、普通ラント法六九一条は、「殺傷罪」の基本理念の表白であった。しかし、近代市民社会の刑法としては、市民の自由尊重の必要上、殺傷の「禁止」に場を譲らざるをえなかったのである。その結果、殺傷罪の基本形式は「禁止違反」となり、「人命尊重命令」は、補充的な命令として残存するに止どまることとなった。これを看過して、三三三条cを刑法の片隅に追い遣り、自殺関与処罰の代用品とすることで安心立命することは本末転倒の謬りを免れないのである。三三三条cは、決して「自殺関与」の代用品ではない。別に、自殺関与の処罰規定を設ける必要がある。自殺関与は、本来、「作為」を想定していた筈なのである。

それにつけても、普通ラント法第二部第二〇章第一一節「人の生命・身体の傷害」は、人命尊重の基本理念(六九

一条に始まり、銃器・火薬・薬物等の取扱いから七八二条の「死の危険からの救護」を経て、「故殺（八〇六条）」、「謀殺（八二六条）」へと「悪質性の高まり」に応じた重い刑罰を科するという立法形式を採ったもので、現行三三三条cは、当時とは異質な配置を受けていることを指摘せざるをえない。三三三条cは、「殺傷罪」の一種であって、「公共危険犯」とされたのは、「形式的な分類」によるものであることを看過してはならない。「傷害」は「殺人」の手前にある。

注

- (1) 普通ラント法六九一条は、一般的・基本的規定であり、「同時殺傷」は、「受諾殺人（八三四条）」や「嬰児殺人（八八七条以下）」、「故殺（八〇六条以下）」、「謀殺（八二六条以下）」などと共に「具体的・個別的規定」であったことになる。
 - (2) LK. II Aufl. 1997, § 323c Rdn. 10ff. (G. Spendel).
 - (3) BGH. Str. 6, S. 147ff. の決定については、すでに、内田・神奈川大学法学部五〇同年記念四四二五頁以下。さらに前出、三・一注(22)を参照。
 - (4) 前出、三・一注(15)。
 - (5) LK. II Aufl. § 228 Rdn. 5ff. (H. J. Hirsch).
尤も、最近のヒルシュは「自由意思」の尊重に傾き過剰になる(L. K. II Aufl. § 228 Rdn. 11 (H. J. Hirsch))。内田・町野記念三八七頁以下。
 - (6) H. Otto, Straftateteilnahme?, Lange-Festschrift, 1976, S. 177ff. 212ff. M. Köhler, Freiheitsliches Rechtsprinzip und Betäuungsmittelstrafrecht, ZStrW. 104, 1992, S. 2ff. 20ff. 26ff. 28ff.
 - (7) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 558ff.
 - (8) BGH. Str. 6, S. 153.
- 「必要的共犯」の「対向犯」では、一方だけが処罰され、他方の処罰規定がない場合があるが(内田・概要中巻四二〇頁以下)、刑法二〇二条もここに位置付けられる。前段では「実行者」は処罰されないが、「共働者」が処罰され、後段では、「実行者」が処罰さ

れ、「依頼者」は処罰されない。しかし、「受託殺人」が「未遂」の場合、「依頼者」も処罰される可能性がある。「依頼者」も、「人の生命」に対する加害を求めたという限りで、「殺人共働」に出たからである。尤も「依頼者」も、「自殺者」と同様、「適法行為の期待可能性」に欠けるのが通常であろう。「死ぬしか仕方がない」からである。オットー (H. Otto, *Langen-Festschrift*, S. 212f.) は、「この」に着目したものと思われる (内田・町野記念三二六三頁注 (11))。

しかし、「人倫律違反」・「不法」に関しては、連合部決定とオットーとで、その考え方に相違はないのである。「対向犯」においては、人は「被害者」としては、そして「被害者である限り」は処罰されないだけである (内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四六八以下)。なお、内田・町野記念三二六三頁。

(9) 普通ラント法第二部第二〇章六九一条と七八二条とは、「生命・身体という法益」不可侵性の「抽象的確認」と、その「具体的方策」の例示に他ならないといえよう。なお、前注 (1)、後注 (17)。

(10) BGH, Str. 6, S. 151. *シムンデル*、これを認めよう。LK, § 323c Rdn. 27ff. (G. Spendel).

(11) H. Welzel, *Schaffstein-Festschrift*, S. 47f.

(12) 内田・神奈川法学部四四卷二・三号二〇二頁以下、二二四頁。

(13) 内田・町野記念二七一頁以下。

(14) BGH, Str. 6, S. 148 ff.

(15) LK, 11. Aufl. § 323c Rdn. 36ff. 51ff. (G. Spendel) ボットケ (W. Botke, *Suizid*, S. 292ff. 314) にも、同様の理解がみられる。しかし、連合部は「自由死」という用語を用いてはいないのである。なお、後注 (18)。

(16) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四八八頁以下。

(17) 前注 (9)。

(18) W. Botke, GA, 1982, S. 352ff.

(19) LK, 11. Aufl. § 323c Rdn. 19. (G. Spendel).

(20) J. Nagler, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS, 111, 1938, S. 17ff.

(21) 内田・概要上巻一九三頁以下、一九五頁、一九六頁注 (3)。

(22) 「人倫律」は、「人の生命・身体」の滅失を「予防」することを求めるのである。

(23) BGH, Str. 32, 1984, S. 367ff. 373ff. 380f.

これについては、内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四八二頁。

- (24) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四八二頁以下。
- (25) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 632ff., 671ff., 791ff.
- (26) 前出、三・一注(4) (5) (6) (14)。
- (27) 前注(16)′、後注(33)。
- (28) 「幫助犯」を「減輕しない」ことに「擴張的正犯概念」を採用した実益があるといえようが、「正犯・共犯」の歴史を無視することになる。
- (29) 内田文昭「不真正不作爲犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号一頁以下、三〇頁以下、八四頁以下。
- (30) 三三三条cにおいても「正犯」と「共犯」の区別は可能であるとするシュベンデルも、この問題については明確でない。LK. 11 Auf. § 323c Rdn. 177ff., 183. 後注(32)。
- (31) オーストリー刑法九五条(緊急救助義務違反)は、「すべての人」に課される義務違反ではなくして、「過失により危難を生じさせた人」に課される義務を履行しなかった人に限定されると解されていたが(Foregger-Sereni, StGB, 5 Aufd. 1991, S. 59ff., 259ff.)「無過失」の関与者を除外する根拠は明確でなかった。なお、Foregger-Fabrizy, StGB, 11 Aufd. 2013, S. 304ff. このような理解に立つならば、オーストリー刑法九五条は、同法一二条に調和しないことになる。
- (32) LK. 11 Auf. § 323c Rdn. 177ff., 182 [G. Spendel].
- (33) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, S. 759ff., 774ff. 「自殺関与」の「代用品」とされたロクシンの「緊急救助義務違反罪」では、本文設例のBは「減輕」されない。しかし、緊急救助義務違反罪の「脇役B」は減輕されるべきである。
- (34) 検討は次の機会に譲りたい。
- (35) BGH, Str. 6, S. 154.
- (36) 連合部決定の後継者たらんとする判例については、内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四九三頁注(14)。
- (37) LK. 11 Auf. § 323c Rdn. 27 [G. Spendel].
- (38) 「幫助犯の幫助」という表現は不正確なのである。前出、三・四注(13)。
- (39) LK. 11 Auf. § 323c Rdn. 54 [G. Spendel].
- (40) 前注(25) (33)。

六 結論

一 本稿の底流をなすのは、「制限従属性論」を採った場合の「正犯と共犯」の関係であった。「正犯不法」と「共犯不法」は、それぞれ如何なる程度において独立し、如何なる程度において「重なり合う」必要があるのかという発想であった。正犯と共犯とは、それぞれ「みずからの不法」を如何なる程度「重ね合わせる」必要があるのかという問題であるといつてもよい。いわゆる「違法連帯」即ち「不法共働」の問題である。^①

正犯が殺人罪を實行し、共犯が「その殺人」に関与したときは、両者は「同一不法共働」に出たことになる。この関係が、最も単純明快で典型的な正犯・共犯関係である。

この場合、正犯が、「責任無能力者」であったとしても、幫助者が責任無能力者でない限り、人を殺ろしたという「不法」に関しては、「不法共働」であることは「重なり合っている」から、幫助者は「幫助犯」たりうるのであった。この限り、制限従属性論では「正犯なき共犯」は無用である。これに対して、極端従属性論は、「責任共働」迄をも求めるから、幫助者も「幫助犯」たりえない。さりとて、単なる「支援者」は、責任無能力者を「道具」として利用したとはいえないのが普通であろうから、「間接正犯」とするのも妥当でない。^③ 極端従属性論者は、「正犯なき幫助犯」を認めないわけにはゆかない。さもなければ、両者共に「無罪」であった。

これに対して、実行行為者の「正当行為」に仮託・便乗したり、これを利用したりして、被害者を殺傷する場合は、実行行為者に「不法」はないが、仮託者・利用者には「不法」が肯定されるべきである。仮託者・利用者の「不法」は、実行行為者の「合法」にも拘わらず「不法」であり続けるのである。「混合的不法共働」^④を認めるべきである。

さきに再三に亘って紹介した大正一〇年五月七日の大審院判決は、「同意墮胎罪（刑法二二三条）」に失敗して妊婦

の生命・身体に危険を生じさせた被告人が、専門医の「緊急避難」としての「業務上墮胎(刑法二二四条)」によって、妊婦と共に難を免れたという事案につき、医師は「正当業務行為(刑法三五条)」であるが、被告人は「業務上墮胎罪」の「間接正犯」であるという判断を示した。医師は、一般的な正当行為ではなくして「緊急避難」に出たのであり、被告人は「間接正犯」ではなくして「業務上墮胎罪の教唆犯」であると考えらるべきであろうが、「混合的不法共働」を肯定したことは正当である。刑法三七条は、緊急時における三五条の「特別法」たりうるから、医師は三七条によって「合法共働」とされるし、また、被告人は、事案からして、到底医師を「道具」として利用したとはいえない筈であるから、「業務上墮胎罪の教唆犯」たるに止どまるのである。「独立教唆犯」である。

二 このような発想は、「教唆犯と幫助犯」の併立及び「幫助犯と幫助犯」の併立の場合の底流でもあった。

公務員の夫と非公務員の妻の「収賄共働」においては、すくなくとも四つの共働形式が考えられる。第一に、夫の「間接正犯」と妻の「幫助犯」、第二に、夫の「教唆犯」と妻の「幫助犯」、第三に、妻の「間接正犯」と夫の「幫助犯」である。妻が夫を「道具」に使ったような場合である。第四に、夫妻の「共同正犯」もあるが、これは刑法六五条一項の問題である。また、夫の背後からピストルを突きつけて収賄させた妻の場合は、妻は夫を「道具」とした「間接正犯」たりうるが、夫は「緊急避難」であろう。妻は「直接正犯」たりえないから「間接正犯」となることもできないという見解が正当でないことは、すでに論及した。妻は「身分」を欠くから直接正犯たりえないが、「間接正犯」となることは可能なのである。ただ、夫は、刑法三七条によって、「合法共働」となるから不可罰である。妻だけが、収賄の幫助たりうる場合も考えられる。夫が「誤想避難」に陥っていたような場合である。⁽⁶⁴⁾

したがって、残るのは、第一形態と第二形態である。夫が「間接正犯」の実を実現したときは、当然これを「正犯」としなければならぬ。しかし、その実を示していない場合は、夫は「教唆犯」であり妻は「幫助犯」である。この

ことを率直に認めない考えが多過ぎる。また、第四の夫妻の「共同正犯」を認めるべき場合は、夫婦が「一心同体」となつて「収賄」したような場合に限られるべきである。安易に六五条一項を適用することは許されないのである。⁽⁷⁾

同じ論理は、「幫助犯と幫助犯」の併立にも妥当する。「わが社のための盗品故買」などに顕著である。「実行する幫助犯」⁽⁸⁾も、「独立幫助犯」たりうる。しかし、明確な「正犯像」に指導されている。「連鎖的共犯」も、現実の正犯ではなくして「表象された正犯」への「不法共働」である。

さらに、生命・身体という「一身の法益」の「不可処分性」・「不可分割性」に鑑みて、「同時殺傷の特例」が設けられている。特に、殺人罪は「択一的競合」を拒否し「殴り合い殺人参加者」はすべて殺人罪の正犯とされる。「人が死んだ」以上、「未遂」と「既遂」を区別する必要はないし、「共犯」と「正犯」を区別する必要もないのである。⁽⁹⁾

三 勿論、何といつても、殺人の正犯とその共犯という「不法共働」が、殺人罪の正犯と共犯の「常態」である。しかし、諸種の「不法共働」がありうる。「自殺関与」が、その頂点にある。「正犯」はないのに「共犯」があることを立法したのが、わが刑法二〇二条前段なのである。「独立共犯罪」ではあるが「例外規定」ではない。

一九五四年三月一〇日のドイツ連邦裁判所刑事事連合部決定が喝破したように、「自殺」も「不法」なのである。「構成要件外」とされているだけである。さきにも触れたが、一九六二年一〇月一九日の連邦裁判所第三刑事部判決も、「実行した殺人幫助犯」を認めている。「正犯なき共犯はない」という標語はこれを過去のものとしなければならぬ。その場合にあつても、幫助犯の刑は「正犯の刑を減輕」しなければならないのは当然である。「幫助不法」は、「正犯不法」を減輕しなければならない程に「輕微」なのである。「責任そのもの (Schuld perse)」⁽¹¹⁾は存在しない。「責任は不法に従属」しなければならない。「自殺関与」の処罰は、自殺の「不法」を前提とすることなくしては不可能であることを強調したい。そして、「自殺幫助」の「減輕規定」を設ける必要がある。

さらに、旧刑法三二一条が、「自己ノ利ヲ図リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ処ス」と規定していたことを想起する必要があるように思われる。¹²⁾ 旧刑法三二一条は「加重規定」である。

そもそも、故意犯は過失犯よりも重罰に値し、常習犯は非常習犯よりも重罰に値するというのも、刑法の常識である。しかし、それは「責任」が重いからではない。すでに「不法」がより重いからなのである。¹³⁾

「正犯なき共犯」の諸形態は、すべて「自殺関与罪」の可罰性の論理をモデルとするのである。

四 全体を総括しよう。

自殺は、構成要件外ではあるが、人倫律を超えるような超越的な場合以外は「不法」である。したがって、自殺関与も、同様に「不法」である。わが刑法二〇二条前段は、このことを規定したのである。しかし、自殺関与は、二〇二条の構成要件に該当しても、違法阻却され、或いは責任阻却されることがある。溺れた二人のうち一人しか救助できないような状態では、他の一人には自殺を奨めて実行させた者は、わが刑法三七条によって許される。「拱手傍観」して二人を溺死させることは、「緊急救助義務違反」としてドイツ刑法三三三条cにより処罰される。「緊急避難」は「最少（小）被害」の要請にも応えなければならないのである。¹⁴⁾ また、「慈悲の自殺幇助」は、「責任阻却」されうる。自殺者への「共鳴」は、「適法行為の期待可能性」を否定することがあるからに他ならない。共犯は、「共犯行為」として違法・有責であらねばならないのである。¹⁵⁾

このような考量は、他の「正犯なき共犯」の成立にも均しく妥当しなければならぬ。

自傷も構成要件外であるが、「指詰の勸奨」などは「傷害罪」の教唆犯たりうる。自傷も「不法」であり、自傷関与も当然「不法」なのである。身体の安全も、「意思の自由」によって害されてはならない。前稿では、やや詳細に取り上げた。¹⁶⁾ 「直接自傷」は構成要件外であるが、「間接自傷」は「傷害罪の共犯」たりうることを看過してはならない。

「受託殺人罪（刑法二〇二条後段）」と同じ構造となる。

同意墮胎に失敗して、専門医の緊急避難によって「事無き」をえた無免許医は、「混合的不法共働」の故に、業務上墮胎罪の教唆犯であった。専門医は、「合法共働」であるが、無免許医は「不法共働」なのであった。ここでは、「合法」と「不法」が「混在」する。「連帯」ではなくして「混在」なのである。「正犯不法」と「共犯不法」は同一である必要がないという論理の「極限」である。¹⁷⁾

公務員の夫と非公務員の妻との「収賄共働」は、両者共に「不法共働」であるから、「適法行為を利用する違法行為」の問題は生じないが、夫が、「間接正犯」たりえないような場合には、また別の問題が生じる。すでに確認したように夫の「収賄教唆犯」と妻の「収賄幫助犯」との併立を認めるべきであった。「正犯なき共犯」の典型の一つである。¹⁸⁾

勿論、無免許医が、専門医にヒストルを突き付けて強制したり、妻が夫を操縦したような場合は、「間接正犯」となる。

かくして、「共犯従属性論の呪縛」からの脱却が行われる。

構成要件実現行為を「実行した者」は、違法性・有責性を具備する限り「正犯」である。「共働者」も、共犯としての違法性・有責性を具備するときは「共犯」となる。「制限従属性論」の下では、「正犯不法」と「共犯不法」とが「重なり合い」をもつ限り、正犯・共犯関係が成立する。しかし、「正犯責任」と「共犯責任」は「重なり合い」をもつ必要がないのである。¹⁹⁾

したがって、「正犯責任」を具備する者が確認できない場合は、「共働者全員」が「共犯」となる。「幫助犯」と「幫助犯」の併立は、このような場合に肯定される。²⁰⁾「連鎖的共犯」においても、このような関係がみられることがある。²¹⁾

これに対して、「共犯責任」を具備する者が確認できない場合は、「正犯責任」を具備する者の確認で足りる。正犯

にとつて、「片面的共犯」は不要なのである。⁽²²⁾

しかし、共犯にとつては、指導形象としての「正犯像」の存在は不可欠である。「正犯なき共犯」も、不法な「正犯像」なしには成立しえないことになる。公務員が、精神病の妻に「金員収受」を依頼したような場合、妻は「無罪」でも、夫はすくなくとも「収賄教唆犯」となる。夫の胸中に去来するのは、単なる「賤別受領」ではなくして、「収賄の正犯像」なのである。みずからが収賄の「主役」かどうかはともかく、妻との共働で行う「収賄像」は確実に存在するのである。夫は妻の「不法」に些かの疑念も抱かない筈である。

なお、「人倫律違反」の「不法」がすべて立法されているわけではないことを最後に一言しておきたい。やはり「人倫」は「法」ではないのである。「自殺」は、「人倫違反」の「不法」ではあるが、現行法上は「違法」ではない。「近親相姦」も、わが国では「構成要件外」である。しかし、「自殺関与」は、「自殺の不法像」に指導されるから処罰可能であることを銘記しなければならない。「近親相姦関与」だけを処罰することは論理的に可能であるが、わが国では、その必要はないと考えられたことになる。⁽²³⁾

超現実的な「殺人祈禱」も、「一笑に付する」ことができないようなときは、改めて、「殺人未遂像」との関わりが検討されることになるであろう。⁽²⁴⁾ 大掛りな「集団殺人祈禱」などを考えることができる。

また、「適法行為を利用する違法行為」は「間接正犯」なのか「共犯」なのか明らかでないかに窺われることがあるのは、「正犯なき共犯」の肯定によって払拭されるであろうことを付言しておきたい。「利用者」が「支配力」を發揮したときが「間接正犯」であり、「利用」・「便乗」したに過ぎないときは「共犯」に止どまると考えればよいだけだからである。

五 かくして「観念的不法像へのみずからの不法共働」が独立して「共犯」となる。そして、一八四〇年ブラウン

シユバイク刑法典一四八条⁽²⁶⁾やわが刑法二〇二条前段の「正犯なき共犯」がその典型となる。正犯の処罰規定は不要である。

実は、すでに一九三〇年代初頭にも本稿の先鞭を付けるような論策がなかったわけではない。リストやゲルラント⁽²⁷⁾の主張はさきにも紹介したが、ここでは、ケペルニツク⁽²⁹⁾の見解に触れておこう。

ケペルニツクは、「拡張的正犯論」と、「極端従属性」か「制限従属性」かの対立が入り交じっていた当時から、「違警罪」相当の「軽犯罪」たる「自殺関与処罰」に出ているオーストリー刑法(三三五条)と、「自殺関与不処罰」を続けていたドイツ刑法の狭間にあって、人は個人であると同時に社会構成員の一員でもあるという見地から、「自殺幫助処罰」にはやや消極的ではあったものの、「自殺教唆処罰」にはかなり積極的だったのである。⁽³¹⁾「自殺幫助軽罰」を掲げる本稿とは共通の基盤に立っていたのである。「自殺教唆」も「自殺幫助」も処罰される当時のオーストリー刑法が前提となっていたことを看過してはならない。

しかし、当時の学説は冷淡ではあったといわなければならぬ。むしろクレーの「意思万能論」に賛同した「自由死論」が大勢を占めたのである。⁽³²⁾これを否定したのが、一九五四年の刑事連合部決定である。

刑事連合部決定も、「自殺幫助軽罰」の言及はない。しかし一七九四年のプロイセン普通ラント法以来の刑法は、「幫助軽罰」を守ってきたのである。⁽³³⁾わが刑法二〇二条前段も「教唆犯」と「幫助犯」の刑罰に高低の差を「規定」しなければならぬまい。⁽³⁴⁾歴史は「継続」するし、「繰り返し」もする。このことを確認して本稿を閉じることにした。

注

(一) 自殺は「不法」ではあるが、「構成要件」には該当しない。したがって「違法」とはいえない。自殺関与も、「不法」ではあるが、

「違法連帯」には親しまない。「自殺そのもの」が、形式的犯罪概念の「違法性」に欠けるからである。しかし、自殺関与は「不法共働」である。形式的犯罪概念の「違法性」には欠けるが、「法益侵害」としての「人殺しの不法共働」であることは明白なのである。本稿は、このような認識から、「違法連帯」という用語を用いない。教唆犯と幫助犯の「不法共働」も、「違法連帯」のない「不法共働」である。それ故に、教唆犯には正犯不法の刑が科され、幫助犯には正犯不法の刑が減軽されるのである。前出、二注(23)。

なお、従来の「違法連帯」については、内田・概要中巻五四二頁以下。

(2) 「責任共働」とは、正しくは「実質的犯罪概念」の「犯罪共働」である。正犯を「墮落と罪業」に導くのが共犯であるという「いわゆる責任共犯論」とは全く異なる。内田・概要中巻四三七頁以下、四四〇頁注(11)。

(3) 内田・概要中巻四五二頁以下。

(4) 前出、二注(6)(8)(15)。

(5) 刑法六五条一項の問題性については、内田・概要中巻五四〇頁以下。さらに、後注(7)。

(6) 内田・神法四四卷二・三号一五〇頁、一七五頁以下、二二二頁以下。

(6a) 内田・概要中巻三二六頁以下、三三〇頁。なお、前出、二注(23)。

(7) 公務員と非公務員の「収賄共働」を一律に共同正犯としてはならない。「互に手となり足となる」程の共働が必要である。判例に現われた事例もこれであるといつてよい(内田・概要中巻五四七頁注(19))。したがって、かつて公務員であった妻が隠然たる力をもって「収賄の現場」に立ち合っていた場合などに限られるべきである。単に業者を誘惑して多額の収賄を得たというのでは、やはり「幫助犯」である。「実行した収賄幫助犯」(前出、三・三三注(11))を認めるべき場合もあろう。また、「事後収賄罪(刑法一九七条の三第三項)」をも考えるべき場合もあろう。

なお、「業務上横領罪(刑法二五三条)」に「共働」した「非占有者」の「不法共働」に関わる特殊な問題性については、内田・概要中巻五四五頁、五四八頁注(21)。

(8) 「実行する幫助犯」という標語は、非公務員の妻が、収賄額を釣上げたような場合にも、より適合し易いのである。

(9) 前出、五注(5)(6)(9)(25)(26)。

(10) BGH Str. 6, S. 147ff. 153ff.

(10a) BGH Str. 18, S. 87ff.

(11) E. Beilng, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 4ff.; 内田・概要中巻一九〇頁以下。

(12) 内田・町野記念三七〇頁注(44)。

(13) 「故意の殺人」が、「過失致死」よりも「違法性」が強く(内田・概要中巻二六頁以下)、「常習犯」が、「非常習犯」よりも「違法性」が強いのは当然である(内田・概要中巻二〇四頁以下、二一五頁以下、五五二頁以下)。構成要件が、それぞれ別個に定立される所以である。

したがって、幫助犯が「正犯の刑を減輕」されるのも当然である。しかし、教唆犯には「正犯の刑」が科されるのは問題である。伝統の繼承に他ならないといえようが、改正前の「正犯二準ス」の方がよい。したがってまた、二〇二条前段も、自殺教唆は「六月以上七年以下の懲役または禁錮」でよいとしても、自殺幫助はこれを「減輕」するべきである。詳細は次稿に譲る。なお、内田・町野記念三七〇頁、三八三頁以下。

(14) 内田・神法四二巻一八頁以下、二九頁以下。

(15) 前出、三・一注(43)(44)(45)。

(16) 内田・神奈川大学法学部五〇周年記念四五二頁以下、四五三頁注(13)。

〔受託殺人罪(刑法二〇二条後段)の「共犯」については、内田・町野記念三七八頁以下。〕

(17) 前出、二注(6)(10)、(15)(17)。なお、すでに明らかなように、「合法共働」と「不法共働」が両立しないこともある。一方が他方を凌駕したり、外部的事情の介入により、両者の実が拳がらなかつたような場合である。「正当防衛」を誘発させ、これを利用して目的を遂げたような場合は、「合法共働」が「不法共働」を凌駕しているが、「不法共働」は消失しない。また、「緊急避難」に成功した専門医の「合法共働」も、無免許医の「不法共働」を凌駕したが、無免許医の「不法共働」は消失しない。それぞれ「正犯なき共犯」である。専門医の周到な処置にも拘わらず、妊婦の異常体質により同女が死亡したような場合は、無免許医だけが、「業務上墮胎未遂教唆」の責任を負うべきである。事案に応じた擬律が必要である。

(18) 前出、三・二注(1)(8)(9)(15)(16)(19)。

(19) 「極端従属性論」は「責任共働」をも求めたことになる。ドイツ刑法新二九条がこれを明示して否定したのである。

(20) 前出、三・三注(7)(10)(11)(15)。

(21) 前出、三・四注(4)(5)(6)(7)(8)(9)(10)(14)(19)。

(22) 周知のように、「片面的共犯」とは、「正犯」が、「共働者の存在」を知らない場合にも、そして、共働者が一方的に関与したに過ぎないときであっても、なお、「共犯」たりうるかという問題であるが、「因果的共犯論」を採る以上は、これを肯定するべきである(内田・概要中巻四八五頁以下、五〇一頁以下)。したがってまた、「片面的教唆犯」・「片面的幫助犯」においては、「現実的正犯」を確認する必要もないことがありうることになる。当然の事理であるから、本稿で敢えて検討しなかつた所以である。

- (23) 内田・神法四四卷二・三三〇―三三三頁、二二六頁注(12)。
- (24) 前出¹⁾一注(19)、(20)、三・一注(23)。また、W. Sauer, *Allg. Strafrechtslehre*, 3. Aufl. S. 203f. *von* C. Roxin, *Strafrecht*, Allg. T. II, S. 455ff.
- (25) 島田・立教法学五五号八八頁注(170)、前出²⁾二注(15)。しかし、わたくしは、「共犯従属性論の呪縛」からの脱却とは、「適法行為を利用する違法行為」を一律に「間接正犯」とすることからの脱却でもあると考える。
- (26) *Das Criminal = Gesetz = Buch für das Herzogthum Braunschweig*, Motive S. 271.
- (27) F. v. List, *VDB*, V. S. 1ff. 123ff. 137ff.
- (28) H. Gerland, *VDA*, II, S. 487ff. 520ff. 530.
- (29) H. Kapernick, *Die Akzessorität der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft*, 1932, S. 6ff. 16ff. 28ff. 96ff. 109ff. 116ff.
- (30) H. Kapernick, *Akzessorität*, S. 8ff. 10, 15ff. *von* Almann-Jacob, *Kommentar zum österreichischen StGB*, Bd. I, 1928, S. 797ff.
- (31) H. Kapernick, *Akzessorität*, S. 96ff. 104ff. 109ff. 116ff. 122ff. *von* F. v. List *VDB*, V. S. 133ff.
- (32) クレーの見解については、内田・町野記念三六九頁注(35)。*von* 「自由死」については、W. Bortke, *Suizid*, S. 52ff. 95ff. 318ff. 前出³⁾三・二注(24)。(33)。
- (33) 前出⁴⁾四注(3)、(16)、(23)、五注(1)、(9)、(17)。
- (34) 前出⁵⁾四注(17)、五注(28)、(30)、(32)、(33)。*von* さらに前注(13)。
- (35) 前出⁶⁾三・一注(37)、(42)。そして、「独立幫助罪の刑」は、「独立教唆罪の刑」よりも軽くなければならない(前注34)。前出⁷⁾一注(18)、(23)。*von* 前注(1)。
- このような理解が構成要件の「形式的性格」を前提とすることはもとより当然である(内田・概要上巻一四八頁以下、一五八頁以下)。