

## 論文の内容の要旨

論文題目 共謀共同正犯に関する基礎的研究

氏 名 黄 士 軒

本稿の目的は、日本における共謀共同正犯理論の形成過程、及びドイツの共同正犯に関する立法、学説及び判例の全体像を把握し、共謀共同正犯理論の発展に寄与しようとするものである。

本稿第一章において、現在の日本における、共謀共同正犯に関する学説の問題点、判例理論の問題点、及び共同正犯に関するドイツとの比較研究の問題点を確認した。

すなわち、第一に、現在、共謀共同正犯に関する共犯理論として、個人的なアプローチからの学説（共謀共同正犯否定説、実質的実行共同正犯説、主観説、行為支配説）には、共同正犯の条文を必ずしも整合的に説明できていない問題点、及び共同正犯の法理を十分に説明できていない問題点があり、個人の役割の重要性を重視する学説には、条文との整合性の問題点、及び共同正犯の法理を必ずしも十分に説明できていない問題点があり、団体本位のアプローチを採用する共犯理論には、共同正犯の法理を説明できても、共同正犯の拡張を導きかねないという問題点がある。

第二に、共謀共同正犯の判例理論については、明治 29 年の大審院判例によって最初に知能犯に限って共謀共同正犯が認められ、その後次第に共謀共同正犯の成立範囲が拡大され、昭和 11 年の大審院判例によって共謀共同正犯がすべての犯罪に認められるようになって判例の立場が確立された、というのが一般的理解であるが、このような理解には、明治 29 年以前の判例の形成過程を十分に把握できていない問題がある。また、判例は現在の立法者

の意思に反して共謀共同正犯を肯定したという批判がなされているが、このような批判は、立法過程に即して立法者意思を厳密に把握していない問題がある。さらに、現行法時代の判例は犯罪の自己性を基準として正犯性を判断する立場を採用しているという理解には、旧刑法時代からの判例の発展を十分に確認していない問題点がある。一方、現在の実務においては、いわゆるスワット事件決定には、支配型共謀共同正犯が拡大される危険性があるとされ、限定的解釈が必要である。

第三に、ドイツの共同正犯に関する現在の日本の研究状況からみると、ドイツの共同正犯の規定の背景、すなわち近代ドイツの刑事実定法の状況に即して共同正犯規定の形成を把握する必要がある。そして、ドイツの判例・学説における共同正犯ないし共謀共同正犯の成立範囲を正確に把握する必要もある。さらに、ドイツの組織的権力機構に基づく間接正犯は日本の支配型共謀共同正犯に相当する指摘もあるから、共同正犯の研究として、組織的権力機構に基づく間接正犯に関するドイツの判例・学説の状況をも把握する必要がある。

以上の確認の結果に基づき、本稿は、旧刑法時代から現在までの実務における共謀共同正犯理論の形成及び発展を詳しく考察することを第一の課題とする（第二章）。そして、日本の共謀共同正犯理論の発展のために、ドイツの共同正犯に関する立法・判例・学説の全体像を把握することを、第二の課題とする（第三章）。

第二章においては、旧刑法時代から現在までの大審院及び最高裁判所判例を網羅的に検討分析すること、及び現行刑法の立法者の意思の再確認を中心に、考察を加えた。その結果は以下のようなものである。

第一に、旧刑法時代の判例は、犯罪を、主観面の共謀及び客観面の共謀に基づく実行によって構成するものとして把握した上で、旧刑法時代の通説が採用する正犯は犯罪の原因であるという考え方を実質的に解釈し、共謀共同正犯の肯定の可能性を開いた。旧刑法時代の判例は、客観面においても、主観面においても、（Ⅰ）全体的視点と（Ⅱ）個別的視点を運用し、共同正犯の実体を把握している。

第二に、現行刑法の立法過程において、明治 35 年刑法草案が貴族院で審議されたときの草案政府委員の発言は、確かに共謀共同正犯を否定する意思が示されているが、旧刑法の共同正犯規定の「現に」の文言、共謀共同正犯を視野に入れた審議の結果、明治 30 年草案において削除された経緯、及び同時代に大審院はすでに共謀共同正犯を肯定していた事実からみると、立法者には共同正犯の規定によって共謀共同正犯を把握する意思があったと理解することも自然である。

第三に、旧刑法時代の判例理論は、現行法時代の大審院に維持され、練馬事件判決によって改めて確認された。大審院時代の昭和 11 年連合部判決を共同意思主体説に依拠するものと理解し、練馬事件判決を間接正犯類似の観点または個人的観点を実務に「導入」したものと理解する従来の見解は、再検討の必要がある。上述の旧刑法時代の判例理論は、

主観面と客観面を共に考慮し、全体的視点と個別的視点を併用する「規範的総合説」であり、「主観説」ではない。

第四に、スワット事件決定において、親分である被告人と部下との共通の経験に依拠して、黙示的な意思連絡による共謀が認められたが、組織的な犯罪の実態を必ずしも十分に把握できていない問題があり、且つ共謀共同正犯の拡大の危険性が存在している。したがって、限定的な解釈を可能性の探求が必要である。

第三章において、ドイツの立法・判例・学説を対象に、ドイツの共同正犯の全体像を把握するために考察を加えた。その成果は以下のようなものである。

第一に、立法上、近代ドイツにおいては、1813年バイエルン刑法典をはじめ、共犯立法の主流的な体系は、惹起者（Urheber）－幫助者（Gehilfe）の体系であり、この体系の下で、共謀に基づく犯罪遂行の場合、共謀者らが全員共同惹起者として処罰されていた。1851年のプロイセン刑法典は、フランス刑法典の影響を受けて、正犯（Täter）－共犯（Teilnehmer）の共犯体系を採用し、共犯を教唆犯と幫助犯とに分類したが、共同正犯の規定を設けなかった。1871年のドイツ帝国刑法典は、プロイセン以外のドイツの立法例を参考して、共同正犯の規定を設けた。共同正犯の規定は、日本の刑法に継受され、共犯に関する日本の解釈理論の出発点となった。

第二に、共同正犯に関するドイツの学説は、集合的アプローチ（イエールデン、レッシュの集合主体説、デンカーの全体行為説、フリスターの中間説）を採用する見解のみではなく、個人的アプローチ（行為支配説の通説、キントホイザーの相互代表説、ホイヤーの相互教唆説、シュミットホイザーの正犯性の全体的考察説）を採用する見解の多数も、共謀共同正犯を肯定している。一方、ドイツの実務上、ライヒ裁判所の判例に存在していた主観面・客観面を総合する判断の基礎が現在の連邦最高裁判所に承継され、今日に至っている。その正犯性判断は、主観面及び客観面の事実要素を総合して判断する「規範的混合理論」である。このような理論の下、共謀共同正犯が認められている。注目すべきは、その具体的適用として、連邦最高裁判所は正犯性認定上のマイナスの要素を重視し、比較的広く幫助犯の成立を認めていることである。

第三に、ドイツの組織的権力機構に基づく間接正犯の場合において、判例と通説は、構造上の理由に依拠し、背後者を間接正犯としている。その理論的な根拠としては、主に(1)実行者の代替可能性を重視する見解（ロクシン説）、(2)事象の優越的支配の総合判断（シュエネマン説）、(3)社会関係に基づく実行者の決定自由の制限（シュレッサー説）、(4)決意した行為者の利用（シュレーダー説）、(5)構成要件実現を導く枠組み的条件の創出及びその枠組み的条件の利用（判例理論）などがあるが、必ずしも説得的ではなく、共同正犯説も有力である。

第四に、ドイツ刑法の集団窃盗・強盗の規定の解釈として、2001年の大法廷決定以前は、集団は2人以上によって構成され、そして集団構成員が集団窃盗・強盗の共同正犯になる

ためには、加功行為の現場性が必要であるという見解が、通説であった。1970年代以降、学説で集団構成の人数の下限を3人にする見解が見られるようになり、連邦最高裁判所は、2001年の大法廷決定によって、集団構成の人数の下限を3人にし、加功の現場性の要件を放棄した。その結果、集団窃盗・強盗の罪は、組織的犯罪の色彩を有するものになった。日本の特別刑法には、集団的犯罪の規定もあるので、このような集団犯罪に関するドイツの判例・実務を引き続き注目することは、日本の刑事法学にとっても有益である。

第四章において、以下のように本稿の考察の成果を挙げた。

第一に、ドイツと日本の判例実務が、実務上多種多様な共同正犯の態様を的確に把握するために、百年以上採用してきた規範的総合説の、複数の視点を運用する考察方法は、共謀共同正犯の把握にとって妥当なアプローチであると思われる。

第二に、刑法60条の解釈として、旧刑法時代以来の日本の判例理論は、全体的視点を運用して、刑法60条の「犯罪」の概念を、共謀と共謀に基づく実行の両部分を有する「共同の」ものとして拡張し、そのような「犯罪」のいずれかの部分を形成する者を、「実行」者すなわち正犯とするものである。このような全体的視点と個別的視点の運用は、刑法60条の解釈の参考にもなる。

第三に、現在の垂直型共謀共同正犯の成立を限定的に解釈する契機は、ドイツの判例・学説が示唆している、組織の強固さにある。実務上、下位の実行者との距離の遠い上位者の正犯性を根拠づけるためには、客観的な強固の組織の要素を重視する必要がある。そうでなければ、垂直型の共同正犯の拡張を導く危険がある。