

〔別紙2〕

## 審査の結果の要旨

氏名 ■ 士軒

本論文「共謀共同正犯に関する基礎的研究」は、現在の通説・判例によって認められている共謀共同正犯概念の形成と発展過程を精緻に分析することによって、その基礎理論の深化を図ろうとするものである。刑法 60 条は「二人以上共同して犯罪を実行した者」を共同正犯としているが、共謀のみに参加し、実行行為を分担しない者を共同正犯として処罰するためには、同条における「共同」、「実行」の意義をどのように解するかが重要なポイントとなる。本論文は、旧刑法からの立法、判例の動向を詳細に分析し、さらに、日本の議論に重要な影響を与えたドイツの共同正犯理論を多面的に検討することにより、共同正犯の本質を解明し、刑法 60 条の理論的な基礎を明らかにすることを目的としている。

本論文は、第 1 章ないし第 4 章から構成されている。第 1 章「問題の所在及び本稿の目的」においては、共謀共同正犯の根拠づけに関する学説の議論が必ずしも十分ではないことが示された上で（第 1 節）、判例実務が共謀共同正犯を認めるに至った経緯や最近の実務における拡張的な傾向について分析が不十分であること（第 2 節）、ドイツにおける共同正犯理論の全体像が必ずしも正確に把握されていないこと（第 3 節）から、日独の共同正犯理論の形成と発展の過程を再検討する必要があることが示される。

第 2 章「日本における共謀共同正犯理論の形成及び展開」では、日本の判例・学説における共謀共同正犯理論の展開が検討されている。第 1 節では旧刑法下における学説・判例が分析され、学説では共同正犯の成立要件として未遂段階における加功が要求された結果、現場で見張りをを行う者は共同正犯として把握できたが、共謀にのみ関与した者は幫助犯にすぎないという理解が一般的であったことが示される。これに対して判例においては、①実質的に犯行の共同実行・遂行者と評価できる者については共同正犯の規定を明示的に適用する必要はないと解されたこと、②「実質的一罪」の関係にある複合的犯罪については、その一部の実行分担によって全体の正犯性が肯定されたこと、および、③実行分担の内容が実質的な観点から拡張されたこと（実行正犯概念の実質化）によって、共謀のみに関与する者についても共同正犯の成立が認められるに至っており、その際には「共謀」としての共同意思が重視されていたことが指摘される。

第 2 節では現行刑法の制定に至る経緯が詳細に分析されており、明治 30 年の刑法草案において、現行法と基本的に同一の規定を導入したことは、共謀共同正犯を処罰する立法者意思を示したものとして評価されるが、明治 35 年草案の立案担当者は、それと同様の規定に

ついて、共謀共同正犯の処罰を否定する意思を示しており、立法当時から両者の立場が併存してきた可能性があることが論拠付けられる。

第3節では現行刑法下の判例における共謀共同正犯理論が検討される。大審院の判例は、ドイツの形式的客観説の影響を受けることなく、旧刑法期の判例理論を継承して、実行行為概念を実質的に把握して共謀共同正犯を肯定しており、最高裁もこの流れに連なり、練馬事件で「実行分担者を自己の手段として犯罪を遂行する」という観点によって共謀共同正犯を根拠付けるに至った。このような判例理論は、犯罪事象を全体的に考察しつつも、関与者の結果に対する寄与を個別的に観察するものであり、その際には客観面・主観面を総合的に考慮する、「規範的総合説」というべきものである。もっとも、その主観面について、黙示的な意思連絡によっても足りるとするのは必ずしも一般的な傾向ではなく、このような傾向を適切に制御することが必要であるとされる。

第3章「ドイツにおける共同正犯に関する考察」においては、日本の立法・学説に重要な影響を与えたドイツ刑法の共同正犯論が検討される。第1節においては、近代ドイツ刑法における共同正犯処罰の立法史が分析の対象となる。1794年プロイセン一般ラント法は既に共同正犯に対応する規定を有していたところ、その後の刑法立法作業においては、1813年バイエルン刑法典のように結果惹起に重要な影響を与えた惹起者（Urheber）と幫助者（Gehilfe）を分けて処罰する共犯形式と、1851年プロイセン刑法典のように正犯、教唆犯、幫助犯を原則として同一の法定刑で処罰する立法形式がみられた。1871年のドイツ帝国刑法典ではプロイセン刑法典のように正犯、教唆、幫助の類型化を採用しつつも、幫助犯の刑を減輕し、また、正犯の一類型として共同正犯規定を設けるなど、ドイツの伝統的な立法例が十分に参酌されていることが窺われる。

第2節においてはドイツにおける共同正犯に関する学説・判例が広く検討の対象となる。まず学説の分析においては、①犯罪行為を全体的に考察した上で、共同正犯を犯罪行為に対する関与者個人の寄与という観点から把握するアプローチからは、共謀共同正犯を肯定する余地が認められること、②共同正犯を集合的な概念によって把握する理解からは、共謀共同正犯の可罰性を認めることは容易であるが、あくまでも責任は個人に帰属されるものである以上、このような集合体概念を援用する必然性は乏しいことが示される。引き続き、ドイツの判例が検討され、ライヒ裁判所が採用した主観説（正犯意思を重視して共同正犯を認定する理解）は、連邦最高裁判所にも引き継がれたが、その後、「犯罪事実との緊密な関係」にあるか否かを主観面（正犯意思）、客観面（行為支配）の両者を混合して検討するアプローチが有力になったことが示される。このような主観面・客観面を総合的に考慮する判断枠組のもとにおいては、実行行為の際に犯行現場に同行することは正犯性を認定する上で重要な考慮要素ではあるものの決定的なファクターではなく、犯行現場にいない者について正犯性が認定される場合もあれば、逆に実行行為の一部の分担があると評価できる場合にも正犯性が否定される場合があることが明らかにされる。

第3節においては、いわゆる組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐる議論が検討の対

象となる。すなわち、日本では暴力団などの組織の上位者が組織の下層部に属する者に犯罪を行わせる場合には共謀共同正犯が認められているところ、ドイツではこのような場合について間接正犯を認める見解が支配的である。そのため、背後者の可罰性について比較するためには、この類型の間接正犯の成立範囲を視野に入れる必要がある。学説においては、組織的権力機構を利用した犯罪実行について間接正犯の成立を肯定する理解が有力であるが、これは共同正犯における共同実行は水平的な関係にあることが必要であるという理解が前提にあることが示される。そして判例においても、いわゆる「壁の射手」事件について旧東独国防評議会の幹部について組織利用に基づく間接正犯が肯定され、この理論は一般の企業体についても適用されるに至っている。このような「共同正犯は水平的な分業体制、間接正犯は垂直的・階層的な支配」という対比については、あまりに硬直的・形式的にすぎるといふ疑問が示される。さらに第4節においては、集団窃盗罪・強盗罪に関するドイツの議論が参照される。これらの犯罪類型は実行共同正犯の類型を特別に規定したものであるという理解が一般的であったが、連邦最高裁は判例を変更し、3名以上の構成員が必要であるが、現場における共同実行は不要であると判示し、特別な集合犯罪として位置付けるに至ったことが示される。

以上の検討を踏まえて、終章においては筆者の分析の帰結が示される。第1に、日独の判例実務は、戦前から一貫して、主観面と客観面を総合的に考慮して共同正犯性を肯定する「規範的総合説」を採用しており、解釈論としてすぐれた有用性を有している。第2に、このような規範的総合説はあくまでも個人の関与について責任を問うものであり、刑法60条の解釈論としても十分に正当化可能である。第3に、ドイツの組織的権力機構を利用する類型に関する議論は日本の共同正犯論についても示唆的であり、組織的關係について幹部に共同正犯の成立を認めるためには、組織それ自体が命令実現を担保しうる強固な性質を備えることを要求すべきである。

本論文は、以下の3点において、高い評価に値する。

第一に、判例実務における共同正犯概念について、詳細かつ精確な分析が示されている点である。とりわけ従来、十分な研究が不足していた戦前の判例について、旧刑法まで遡って、共同正犯の成否の結論だけではなくて、判決の表現ぶりについてまで徹底した検証が加えられている。その結果、旧刑法から今日に至るまで、共同正犯処罰に関する判例理論は、基本的に規範的総合説の立場から統一的な説明が可能であることを示したことは本論文の注目すべき成果であり、今後の議論に大きな影響をもたらすものであろう。

第二に、現行刑法の共同正犯規定に関する立法史について、きめ細かい分析がなされている点が重要である。従来の先行研究においては、現行刑法の制定段階における政府委員の答弁を引用して、立法者は共謀共同正犯を処罰する意図はなかったとする評価が一般的であったが、本論文はそれ以前の数次の草案を比較検討することによって、立法作業においても複数の見解が併存していたことを示し、共謀共同正犯処罰が必ずしも立法者の意思に反す

るものとはいえないことを明らかにしている。このような作業は、共同正犯の問題に限らず、現行刑法の立法者意思を探究する試みとして、きわめて高い評価に値しよう。

第三に、本論文において、ドイツ刑法の共謀に関与した者の刑事責任をめぐる議論が詳細に分析され、日本の議論との対比がなされている点も高く評価すべきである。先行研究においては、共同正犯の成否をめぐる議論に限って比較研究が行われる傾向が強かったが、本論文は組織的権力機構を利用した間接正犯や集団窃盗罪・強盗罪などの集合犯罪の成立範囲など、共同正犯以外の処罰形式も検討対象に含めることで、日独の共謀者処罰の在り方を正確に対比させることに成功している。これも本論文の重要な成果の一つというべきであろう。

もっとも、本論文にも不十分な点がないわけではない。

第一に、本論文においては、日本・ドイツの判例・学説の分析が中心であり、筆者自らの共謀共同正犯に関する理論的立場が明確に示されているわけではない。もちろん、判例・学説の分析によって、自らの立場を語らせている箇所は散見されるが、論文の構成としては、筆者自身の見解をまとめて論ずる章を設けることもあり得たように思われる。

第二に、上記の点にも関連するが、筆者が採用すべきとする規範的総合説は、関与者の主観面と客観的な影響を総合的に考慮して正犯性を判断するものであり、その具体的な判断要素は詳細に列挙されているものの、判断要素相互の関係性が十分に明らかにされていない。これは従来の学説にもみられる問題点であるが、本論文もこの点を十分に克服しているわけではない。

もっとも、本論文は共同正犯理論の基礎理論の分析を目的にしたものであり、具体的な問題解決を志向したものではないことにかんがみれば、これらの点は論文の性質に伴う制約というところがある。むしろ本論文で示された基本的な理解を前提に、今後、筆者がさらに検討を進めることが十分に期待されよう。

以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。