

Title	同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲
Sub Title	Nebentäterschaft und Mittäterschaft
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.2 (1988. 2) ,p.225- 254
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	青柳文雄先生追悼号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0225">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0225</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲

筑 間 正 泰

- 一 はじめに
- 二 同時犯の意義
- 三 共同正犯の意義及びその範囲
- 四 おわりに

## 一 はじめに

同時犯は、同時正犯ないし多数正犯とも呼ばれるが、単独犯が時を同じくして併行的に行われる場合<sup>(1)</sup>にすぎないから、個人責任の原則に基づき、各行為者は、原則として、それぞれ各自の行為につき、各自の責任の限度において正犯者の責任を負担するにすぎない。したがって、同時犯は、刑法総論の上で格別問題が生ずることもなく、また同時犯の範囲は、共同正犯の観念をどう解するかによって異なることとなるためか、同時犯の定義は、論者によって様々であり、同時犯につき、十分論議が尽くされているとはいえないようである。また刑法二〇七条は、刑事法の大原則

の例外として同時傷害の特則について規定しているので、刑法二〇七条から導き出される同時犯の意義が問題となる筈である。ところが、同時犯の意義が刑法総論で取り上げられるためもあってか、あるいは刑法二〇七条が刑事法の大原則の例外を定めているためか、論者の関心は、専ら刑事法の大原則の例外である本条の当否、その法的性質、適用要件及び適用範囲に向けられているといつてよい。したがって、刑法二〇七条について言及する際に論者が同時犯の意義に触れていることがあっても、それは不十分なものとどまっているといわなければならぬ。しかも論者は、それを共同正犯との関連でほとんど論じていないのが実情である。その理由は、わが国の刑法二〇七条が「……共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」として処断に関する特別規定を置いているのに対して、ドイツ刑法二二七条、イタリア刑法五八八条等にあつては、「殴り合ひへの関与」(Beteiligung an einer Schlägerei)、「けんか」(Rissa)として特殊な構成要件を定めていて、わが国の刑法のように「……共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」というような規定の仕方をしていないことにあるいはよるのかも知れない。

ところで、刑法二〇七条については、本条の目的及びその当否とも関連してその法的性質について種々の見解が展開され、しかもそれが錯綜しているばかりか、本条の適用要件についても責任主義との関連でしほりをかける試みをする判例も展開<sup>3)</sup>され、更には本条の適用範囲いかんについても見解の対立がみられる等、刑法二〇七条は講学上も興味<sup>4)</sup>の尽きない規定である。しかし、それらについては、別稿拙著・「刑法二〇七条(同時傷害)について」(広島法学一―巻二号(昭六三)一五頁以下)に譲り、本稿では、同時犯の意義及び刑法二〇七条から導き出される同時犯の意義並びに刑法二〇七条の同時犯の意義から導き出される共同正犯の意義及びその範囲について、私見を開陳してみたいと思う。その理由は、刑法二〇七条から導き出される同時犯の態様<sup>4)</sup>にあつては、それが共同実行の意思の下でなされれば刑法六〇条の共同正犯になるのであるから、刑法二〇七条から導き出される同時犯に論及することによって、共同正犯の意義及びその範囲が明確になるものと考ええるからである。

なお、刑法二〇七条から導き出される同時犯の意義に関心を向ける筆者は、大野真義II墨谷 葵編要説刑法総論（昭和六年）の二版の校正の際に、刑法二〇七条から導き出される共同正犯の意義及びその範圍に関する帰結を無理をいって追加させていただいた。すなわち、「二〇七条の同時傷害の特例の解釈論からすると、共同正犯とは二人以上の者が意思の連絡のもとに同一または同種の犯罪を實行する場合をいうとすることになる。したがって、同種の犯罪間以外にも共同正犯を肯定する行為共同説は妥当でなく、また同種の犯罪の實行でもよいから罪名の從屬を説く犯罪共同説も妥当でないことになる。なお、同一または同種の犯罪である限り、結果的加重犯の、また故意犯と結果的加重犯の共同正犯が二〇七条の解釈論から肯定されなければならないことにも注意すべきである<sup>(5)</sup>」と。筆者は、詳細は刑法二〇七条等として取り上げる際に言及する趣旨で、とりあえず右事柄を要説刑法総論に追加させていただいたのであるが、右事柄についてはこれを講義の際に述べるに当たって躊躇を覚え、そこで筆者は、それにつき青柳文雄先生にもお教えを乞うたものの一つであり、しかもそれが最後にお教えをいただいたものであることから感激も一入であり、青柳先生のご冥福をお祈りしつつ、本稿を取り上げたことをまずはじめにおことわりしておきたい。

- (1) 植松 正・再訂刑法概論I総論（昭四九）三五四頁は、「並行犯という表現の方が実体をよく示している」とされている。
- (2) 大塚 仁・刑法概説（総論）改訂版（昭六一）二四〇頁、大野平吉・共犯の從屬性と獨立性（昭三九）一六七頁以下等。
- (3) 秋田地裁大曲支判昭和四七年三月三〇日判例時報六七〇号一〇五頁。
- (4) 大判明治四三年一月四日刑録一六輯一八四四頁、大判明治四四年三月二日刑録一七輯二四六頁、大判明治四四年三月一日刑録一七輯三四五頁、大判大正三年七月一日刑録二〇輯一五一〇頁、大判昭和二年六月二七日法律評論一六卷刑法一八八頁、最判昭和三年六月二日裁判集刑事二号四四五頁、名古屋高判昭和二年七月二日判特一三号六五頁、東京高決昭和三年二月三日裁特二卷一・二・三合併号三八頁。
- (5) 筑間・大野II墨谷編著要説刑法総論（第二版）（昭六一）二九九頁以下。

## 二 同時犯の意義

刑法二〇七条から導き出される同時犯は、刑法総論で論じられる同時犯の一種ではあるが、そのすべてをカバーするものではないにもかかわらず、そのことが学説上意識されなまま論じられてきたように思われる。なぜならば、同時犯の意義につき刑法総論で論じられていても、刑法二〇七条を取り上げる際には同条から導き出される同時犯の意義についてはほとんど触れられていないのが実情だからである。しかも共同正犯に当たらないものが同時犯であると把握されるためか、共犯の本質をどのように把握するかによって同時犯の範囲が異なってくることになり、それに伴ってか総論で論じられている同時犯の定義も多岐に分れて錯綜してばかりか、刑法二〇七条を論ずる際に述べられている同時犯の定義も極めて不十分なものといわなければならないからである。

そこで、まず、刑法総論で試みられている同時犯の定義を列挙した上で、諸説を検討することにする。

学説には、①「二人以上の者が偶々時を同じくして同一対象に対し、犯罪をなすときはこれを『同時犯』という<sup>(6)</sup>」とするもの、②「同時犯は同時正犯 (Zehntäterchaft) ともいい、単独犯 (単独正犯)、共同正犯とともに正犯の一種である。二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同一客体に対し、時を同じくして、それぞれ犯罪構成要件に該当する違法、有責な行為を行うばあいをいう<sup>(7)</sup>」とするもの、③「同時犯とは、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、時を同じくして、同一の客体に対する同一の犯罪を實行するばあいを意味する<sup>(8)</sup>」とするもの、④「同時犯とは、複数行為者が、意思の連絡なしに、同時に同一客体に対して、一定の犯罪を實行するものである<sup>(9)</sup>」とするもの、⑤「これ (同時犯——筆者注) は、二人以上の行為者が、時を同じくして同一客体に向けて同種の犯罪を實行する場合である<sup>(10)</sup>」とするもの、⑥「二人以上の者が協力関係なく、たまたま同一機会に同一構成要件に該当する行為をした場合をいう<sup>(11)</sup>」とするもの、⑦「同時犯とは、二人以上の者が意思の連絡なしに同一の犯罪事実を實現することをいう<sup>(12)</sup>」

とするもの、⑧ 「同時犯とは客観的に見れば、数人の行為に依り、一定の犯罪事実を表現せられる点共同正犯と同一であるが、主観的に見れば其の数人間に共同関係（意思の連絡と共同加巧）の存しない点に於て異なる」とするもの、⑨ 「行為者間ニ意思連絡ナキ場合ハ二人以上ノ者カ同時同所ニ於テ同種ノ犯罪行為ヲ為スモ共同正犯ト言フヘカラス」とするもの、⑩ 大塚 仁教授の見解であるが、教授は、刑法概説（総論）（昭三八）一八八頁等では、「……同一の犯罪を實行する場合をいう」とされ、また福田Ⅱ大塚著刑法総論Ⅰ（昭五五）三三七頁等では、「……同種の犯罪を實行する場合である」とされていたのであるが、刑法概説（総論）（改訂版）（昭六一）二四〇頁ではコメントを付され、「同時犯（Nebentäterschaft; Mehtäterschaft）とは、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、時を同じくして、同一客体に対する同一の犯罪を實行する場合をいう」とされた上で、「同時犯は、故意犯に限らず、過失犯についても認められる。また、犯罪の種類が同一である場合に限らず、異なった犯罪の同時犯も考えられる」とされるもの、⑪ 『同時犯』（Nebentäterschaft）とは二人以上の正犯者が、共同の意思すなわち意思の連絡なくして、同時に又は同時に近い前後の関係において犯罪を實行することをいい、『多数正犯』（Mehtäterschaft）ともいい、又、共同正犯とともに『多数正犯』の一種ともせられている」とするもの。⑫ 「二人以上の者が意思の連絡なく同時に同一の犯罪または異なる犯罪を犯した場合は、共同正犯ではなく各々単独正犯であり、同時犯とよばれています」とするもの、⑬ 「同時犯とは、併存する単独犯が両者相まって、はじめて構成要件的結果の発生を可能とするばあいにかぎるとでもいうべきか」としほりをかけるもの等がある。

思うに、まず第一に、刑法二〇七条から導き出される同時犯は、同一の客体に向けられることが要求されなければならない。しかし、同時犯はすべての犯罪について可能であるから、犯罪の中には、不退去罪（刑法一三〇条後段、單純逃走罪（刑法九七条）、公然猥褻罪（刑法一七四条等）のように行為の客体を欠く犯罪があり、これらの犯罪にあつても二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、時を同じくして、併行的に行いさえすれば、同時犯といわなければなら

ない。したがって、①、②、③、④、⑤、⑩の見解のように、同時犯の概念要素として、「同一の客体」ということを持ち込むことは妥当でないといわなければならないことになる。また、同時犯はすべての犯罪について可能であるから、同時犯として行われる犯罪は、異なる客体に向けられてもよい筈であり、このような観点から見ても、同時犯の概念要素として、「同一の客体」ということを持ち込むのは妥当でないと思う。第二に、公然猥褻罪(刑法一七四条)等のような拳動犯が、時を同じくして行われると同時にということになるのであるから、⑬の見解のように、「併存する単独犯が両者相まって、はじめて構成要件の結果の発生を可能とするばあいかぎるとでもいうべきか」というようなしほりを同時犯にかける必要はなく、この見解も妥当でないと思う。第三に、同時犯は、構成要件に該当し違法な行為であれば足りる筈であるから、②の見解のように、「有責な行為を行うばあいをいう」ということも同時犯の概念要素としては無用であると思う。第四に、後述するように刑法二〇七条から導き出される同時犯にあっては、同一又は同種の犯罪を行う場合をいい、刑法二〇七条の同時犯が、刑訴法九条一項二号前段の「数人が共に同一の罪を犯したとき」に該当することについては争いが<sup>(22)</sup>ないのであるから、同一ということには、狭義の同一と、これに同種をも含めた広義の同一と<sup>(23)</sup>いうことがある筈である。したがって、⑥の見解のように、「同一の構成要件に該当する行為をした場合をいう」とか、⑦の見解のように、「同一の犯罪事実を実現することをいう」ということを同時犯の概念要素とすることも妥当でないし、④の見解のように、「一定の犯罪を実行するものである」とか、⑧の見解のように、「一定の犯罪事実」ということも同時犯の概念要素とすることは妥当でないと思う。また、③の見解が説く「同一の犯罪を実行するばあいを意味する」という場合の同一と<sup>(24)</sup>いうことは、恐らくや狭義の同一の意味で使われているものと思われるが、いずれにしる曖昧というほかなく、また、同時犯には、異種の犯罪を実行する場合も含まれてよい筈であるから、③の見解も妥当でないと思う。また、⑤と⑨の見解は、「同種の犯罪」ということのみを同時犯の概念要素としているのであるが、同種という概念の中には同一と<sup>(25)</sup>いうことは含まれないばかりか、同時犯には、異種

の犯罪を実行する場合も含まれることを考えると、⑤と⑨の見解も妥当でないことになる。以上検討してきたところから明らかなように、①と②の見解が妥当なように思われる。しかし、⑩の見解が説く「同一の犯罪または異なる犯罪」という場合、同種の犯罪が同一の犯罪の中に含まれるのか、異なる犯罪の中に含まれるのか、やや明瞭性を欠くものといわなければならない。次に、⑪の見解は、同時犯の概念要素として、「同一若しくは同種又は異種<sup>(26)</sup>」ということを示していないが、刑法二〇七条から導き出される同時犯は、後述のように「同一又は同種」の犯罪を実行する場合も含むものと分析しなければならないのであるから、同時犯の概念要素として「同一若しくは同種又は異種」ということをも取り入れて同時犯の定義をするのが妥当であると思う。

したがって、以上検討してきたところを踏まえて、同時犯の定義をすると、同時犯とは、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の關係において、同一（狭義）若しくは同種又は異種の、又は、同一（広義）又は異種の犯罪を実行する場合を意味するということになる。もちろん、行為の場所は、必ずしも同一であることを要しないから、大塚教授がいわれているように、「たとえば、甲は東京から、乙は大阪から、同時に、名古屋にいる丙に対して、それぞれ脅迫状を郵送した場合は、甲、乙の行為は脅迫罪（二二条）の同時犯である<sup>(27)</sup>」ということになることはない。

なお、このような同時犯の刑事訴訟法上の取扱いであるが、刑法二〇七条の同時傷害の特則の適用がある同時犯を含めて同一（狭義）又は同種の犯罪を実行する場合の同時犯は、刑法九条一項二号前段の「数人が共に同一の罪を犯したとき」に含まれ、異種の犯罪を実行する場合の同時犯は、同条同項同号後段の「数人が共に別個の罪を犯したとき」に含まれることになると思う。また、数人の者が共謀に至らない通謀をして同一（狭義）若しくは同種又は異種の犯罪を実行する場合の同時犯は、刑法九条一項三号の「数人が通謀して各別に罪を犯したとき」に当たることになると思う。



次に、刑法二〇七条から導き出される同時犯は、もちろん先きに検討した同時犯の一種であるという事はいうまでもないことであるが、それがどのような意義を有する同時犯なのかを検討してみなければならぬ。多くの学説は、刑法二〇七条を取り上げる際に、刑法二〇七条から導き出される同時犯の意義に関心を払ってはいないが、刑法二〇七条を論じる際に同時犯の定義を掲げている見解も若干あるので、それらを列挙した上で、私見を開陳してみたいと思う。

- ① 「二人以上の者が、意思の連絡なしに同一機会に個々独立して同種の犯罪を行うことが同時犯である」<sup>(29)</sup>とか、  
 ② 「同時犯は、同一の機会に、二人以上のものが協力関係なしに同一の構成要件に該当する行為をする場合であつて」<sup>(30)</sup>とか、  
 ③ 「相互に意思の連絡を欠きながら、同一客体に対する行為が同時に行われる犯罪を同時犯といふ」<sup>(31)</sup>とか、  
 ④ 「同時犯とは、意思の連絡なくして、同時または同時に近い時間的關係においてなされる二ヶ以上の単独犯をいう」<sup>(32)</sup>とされている。

思うに、④の見解は、同時犯の一般的定義をしたにすぎないものであるから、その同時犯の中には刑法二〇七条から導き出される同時犯が含まれることになることは疑いのないところであるが、後述するように刑法二〇七条から導き出される同時犯の定義としては、無限定であり、妥当でない。次に、③の見解は、同一客体ということをも刑法二〇七条から導き出される同時犯の概念要素としている点では妥当であるが、どういふ種類の犯罪の同時犯を指すのかを明示し得ていない点で妥当でないと思う。それに対して、②の見解は、「同一の構成要件に該当する行為をする場合であつて」として、同時犯となる犯罪の種類を明示しているのではあるが、次の理由で妥当でないと思う。確かに、因果關係が不明な場合に、二人以上の行為者は、刑法二〇四条の傷害罪か又は同法二〇五条の傷害致死罪・尊属傷害致死罪に問擬されることになるのであるから、一見、「同一の構成要件に該当する行為をする場合であつて」ということと符合するように思われるのである。しかし、刑法二〇七条は、因果關係の不明ということ前提にして処

断に関する特則を定めたものに過ぎず、しかも坂本裁判官自身も認めておられるように、刑法二〇七条は、暴行の故意による暴行の場合はもちろんのこと傷害の故意による暴行の場合にも適用があるのであるから、刑法二〇七条には、<sup>34)</sup>

(i) 二人以上の行為者がすべて、暴行の故意で暴行を加える場合はもちろんのこと、(ii) すべて傷害の故意で暴行を加える場合が含まれるほかに、更に、(iii) 二人以上の行為者の一部の者は暴行の故意で暴行を加え、その他の者が傷害の故意で暴行を加える場合も含まれることになる筈である。そうすると、右の(i)、(ii)の場合は、同一(狭義)の犯罪を實行するものであるのに対し、(iii)の場合は、同種の犯罪を實行するものであるといわなければならない筈であり、刑法二〇七条から導き出される同時犯の概念要素として、「同一又は同種の犯罪を實行する」ということを取り入れるのが妥当なように思われる。また、因果関係が明らかになれば、(i) 暴行罪(傷害未遂としての暴行罪の場合もある)と傷害罪(結果的加重犯である場合もある)又は傷害致死罪・尊属傷害致死罪(いずれも二重の結果的加重犯である場合もある)の同時犯か、(ii) 傷害罪(Ⅱ軽い傷害の結果を伴う場合、もちろん結果的加重犯である場合もある)と傷害罪(Ⅱ重い傷害の結果を伴う場合、もちろん結果的加重犯である場合もある)の同時犯か、(iii) 同程度の傷害の結果を伴う傷害罪(すべてが結果的加重犯の場合もあれば故意犯である場合もあり、一部が結果的加重犯で他は故意犯である場合もある)の同時犯か、(iv) 傷害罪(結果的加重犯である場合もある)と傷害致死罪・尊属傷害致死罪(いずれも二重の結果的加重犯である場合もある)の同時犯か、(v) 暴行罪(傷害未遂としての暴行罪の場合もある)と傷害罪(結果的加重犯である場合もある)と傷害致死罪・尊属傷害致死罪(いずれも二重の結果的加重犯である場合もある)の同時犯か、(vi) 傷害致死罪(二重の結果的加重犯である場合もある)の同時犯か、(vii) 傷害致死罪(二重の結果的加重犯である場合もある)と尊属傷害致死罪(二重の結果的加重犯である場合もある)との同時犯等になるのであるから、(i)、(iv)、(v)及び(vii)の同時犯は、同種の犯罪を實行する場合ということになり、それに対して、(ii)、(iii)及び(vi)の同時犯は、同一の犯罪を實行する場合ということになる。したがって、このような観点からみても、刑法二〇七条から導き出される同時犯の概念要素として、「同一又は同種の犯罪を實行す

る場合をいう」ということが不可欠の要素であることが明らかになったものと思う。最後に、①の見解であるが、同時犯の概念要素として、同時犯となる犯罪の種類について言及している点では妥当であるが、同種という概念の中には同一という概念は含まれないので、その点を刑法二〇七条から導き出される同時犯の概念要素として明示すべきであるし、また、行為の客体の同一性ということも概念要素として明示すべきものと考ええる。したがって、①の見解も妥当でないことになる。

以上検討したところから、刑法二〇七条から導き出される同時犯の定義をすることができるのであるが、その前になお考えておかなければならないことがある。それは、刑法二〇七条の暴行は、暴行の故意による暴行に限るのか、それとも傷害の故意による暴行に限るのか、それともいづれであってもよいのかという問題であり、それは、刑法二〇四条の傷害罪の故意の問題、すなわち傷害の結果についても認識を必要とするか、それとも単純な暴行の故意で足りるかという問題の一つでもあるといえよう。

木村亀二博士は、刑法二〇四条につき、故意犯説に立たれ、「結果的加重犯という原始的な結果責任の遺物的思想を克服し、近代刑法の原理たる責任主義を徹底せしめる」べきものとされ、暴行の故意によって暴行を加え、傷害の結果を発生させた場合は、暴行罪と過失傷害罪の観念的競合となるので刑の不均衡はなく、故意犯説が妥当であるとされ、この文脈に従って、刑法二〇七条につき、「故意犯の同時犯を共犯と同様に取扱ふことを規定したものであつて」とされている。したがって、この見解からは、刑法二〇七条の暴行も傷害の故意に出たことが必要とされることになる。<sup>(38)</sup>しかしながら、刑法上、結果的加重犯とされているものはいずれも基本犯から重い結果の発生する蓋然性の高いものばかりであることを考えると、結果的加重犯を原始的な結果責任の遺物的思想に基づくものと考え、これは妥当でないことはさておき、傷害罪を傷害の故意犯であると解する説に対しては、従来から、① 刑法二〇八条の暴行罪の規定が「暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ……」とし、更に傷害罪に未遂処罰の規定がないこ

とを考え合わせると、当然に傷害を暴行の結果的責任として予定していること、② 傷害罪を故意犯と解する場合に、暴行の故意によって傷害の結果を発生させたときには、暴行罪としても傷害罪としても処罰できず、結局、過失傷害罪としてしか処罰できず、暴行に基づく傷害と単なる過失傷害を同視することになって妥当でないばかりか、刑の不均衡を生ずることになって妥当でないこと、③ この刑の不均衡を解消するために、暴行罪と過失傷害罪の観念的競合とすれば足りるとされているが、傷害の結果が生じているのにもかかわらず暴行罪の成立を認めるのは不当であり、たとえ相当であるとしても、依然として刑の不均衡は避けられない等という批判が加えられている。更に、傷害罪を傷害の故意犯であるとして、そのコララーとして刑法二〇七条の暴行に傷害の故意のみを要求すると、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、暴行の故意により暴行を加え、傷害の結果を発生させた場合に、因果関係が不明なときは、もちろん刑法二〇七条の適用はなく、しかも因果関係が不明であるので過失傷害罪にも間擬することはできず、結局、暴行罪でしか処断できないことになるが、それでは、現実に傷害の結果が発生しているのにもかかわらず、いずれの暴行者に対しても単に暴行罪を以て処断するほかないことになる。そうすると、この見解は、刑法二〇七条を設けて特例として共犯例を適用する旨を明らかにし、不当な結果を避けようとする刑法二〇七条の立法趣旨に反することになるものといわなければならないことになる。そこで、傷害罪を暴行の結果的加重犯と解する見解がでてくるのであるが、たとえば、最判昭和二五年一月九日刑集四卷一―号二二三九頁は、「傷害罪は結果犯であるから、その成立には傷害の原因たる暴行についての意思が存すれば足り、特に傷害の意思の存在を必要としないのである」とされるのであるが、この判文からすると、決して傷害の故意による暴行を傷害罪から排除する趣旨とは思われない。したがって、通説のように、傷害罪は、傷害の故意犯ではあるが、暴行の結果的加重犯をも含むものといわなければならない。したがって、そのコララーとして、刑法二〇七条の暴行には、暴行の故意による暴行はもちろんのこと、傷害の故意による暴行も含まれるものといわなければならない<sup>(39)</sup>。この点につき、川端 博教授は、傷害罪

につき、通説と同じように考えられながら、刑法二〇七条につき、暴行の故意に限られるように説かれているのであ(40)  
るが、首尾一貫しないものがあるように思われる。

以上検討したところから、刑法二〇七条から導かれる同時犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の関係において、同一客体に対して、同一又は同種の犯罪を實行する場合をいう、ということになる筈で、同時犯一般について検討したところの同時犯、すなわち「二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の關係において、同一若しくは同種又は異種の犯罪を實行する場合をいう」の一種ということになるのである。そして、刑法二〇七条の同時犯は、刑訴法九条一項二号前段の「数人が共に同一の罪を犯したとき」に含まれることになるのである。

- (6) 安平政吉・新刑法概論(昭二三) 一一二頁、同・改正刑法講義(昭三三) 一一二頁、同旨、定塚道雄・刑法略説(昭二七) 一三二頁、安西 温・法総研刑法I(総論)(昭四四) 七三頁、同・改訂刑法総論実務刑事法I(昭五七) 三八二頁以下、夏目文雄・刑法概説(犯罪論)(昭四四) 二六五頁、植松 正・再訂刑法概論I総論(昭四九) 三五三頁、岡田 薫・刑法総論の基本問題(昭五八) 二三〇頁等。
- (7) 大塚 仁・木村亀二編法律学ハンドブック刑法総論(下)(昭三三) 七〇頁、同旨、木村亀二編現代法律学演習講座刑法(総論)(昭三九) 四〇三頁、立山龍彦・刑法総論演習(昭五九) 一二八頁。
- (8) 大塚 仁・刑法概説(総論)(昭三八) 一八八頁、同・注解刑法(増補第二版)(昭五二) 三七〇頁、同・刑法要論(全訂第三版)(昭五九) 一七九頁、同・刑法要論(総論)(補訂第四版)(昭六二) 一七九頁、同旨、安西 温・改訂刑法総論(昭五七) 三八四頁。
- (9) 鈴木亨子・福田II大塚編講義刑法総論(昭五五) 二四一頁、同旨、高窪貞人II奈良俊夫II石川才頭II佐藤芳男共著刑法総論(昭五八) 一八四頁、高窪貞人・刑法(昭五九) 五四頁。
- (10) 大塚 仁・福田II大塚著刑法総論I(昭五五) 三三七頁、同・刑法入門(昭五六) 一一八頁、同旨、泉二新熊・日本刑法総論(昭四四) 六七四頁、吉田常次郎・日本刑法(昭三四) 一八三頁、同・刑法総論(昭三六) 二〇五頁、西本晃章・大野II墨谷編要説刑法総論(第二版)(昭六一) 二六一頁。

- (11) 岡田良平・捜査官のための刑法通論(昭四五) 九五頁、同旨、大場茂馬・刑法総論下巻(大七) 一〇〇六頁、坂本武志・刑法講義(昭四八) 一七〇頁、二八九頁、平出 禾・刑法総論(昭四八) 二二二頁、下村康正・下村編ケーススタディ刑法I(昭五〇) 一四七頁、下村編条解刑法I〔総則〕(昭五五) 四〇一頁等。
- (12) 大谷 実・刑法講義総論(昭六一) 四二二頁、同旨、八木 胖・刑法総論(昭二八) 二〇七頁、市川秀雄・刑法総論(昭三〇) 二六七頁。
- (13) 佐瀬昌三・刑法大意第一分冊(昭一七) 二四二頁、同旨、草野豹一郎・刑法要論(昭三二) 一二六頁、永井勘太郎・詳解刑法総論(昭三二) 二八四頁等。
- (14) 大竹武七郎・刑法綱要増訂版(昭一六) 一七四頁。
- (15) 注(8)参照。
- (16) 注(10)参照。
- (17) 大塚 仁・刑法概説(総論)〔改訂版〕(昭六一) 二四〇頁。
- (18) 木村亀二・刑法総論(昭三四) 四二八頁、木村||阿部純二・刑法総論〔増補版〕(昭五三) 四二八頁、木村・犯罪論の新構造下(昭四三) 二四一頁、同旨、不破武夫・刑法総論講義(昭二七) 九四頁、不破||井上正治・刑法総論(昭五〇) 一八九頁、江家義男・刑法講義総則編(昭二四) 三七八頁、同・刑法総論(昭二七) 一八八頁、大野平吉・共犯「刑法基本問題六〇講(昭四四) 二二二頁、同・平場安治||井上正治||中山研一||大野編新版刑法概説I総論(昭五七) 一六九頁、西原春夫・刑法総論(昭五二) 三三四頁、坂本英雄・刑法基本論(総論)〔昭四八〕 一二四頁、福田 平・新版刑法総論〔増補〕(昭五七) 二〇〇頁、笹内純一・新版実務刑法(全訂版)〔昭五八〕 一二七頁、吉川経夫・改訂刑法総論〔昭六一〕 二五〇頁以下、中山研一・口述刑法総論(第二版)〔昭五八〕 四〇三頁、曾根威彦・刑法総論〔昭六一〕 二五八頁等。
- (19) 法曹新書7・講説刑法総論(改訂版)〔昭五五〕 二二四頁。
- (20) 香川達夫・刑法講義(総論)〔昭五五〕 三二六頁、同・刑法講義(総論) 第二版(昭六一) 三三八頁。
- (21) 川端 博・刑法講義サブノートII(各論)〔昭五九〕 二〇頁。
- (22) 大塚・刑法概説(総論)〔改訂版〕(昭六一) 二四〇頁。
- (23) 内田文昭・「共同正犯」西原ほか編判例刑法研究4〔昭五六〕 一五三頁参照。
- (24) 小林 充・青柳ほか著者代表註釈刑事訴訟法第一卷〔増補版〕(昭五三) 四七頁等。
- (25) 刑法一五八条一項、一六一条一項、一六一条ノ第三項には、「同一ノ刑」とあり、刑法一〇条二項、三項には、「同種ノ

- 刑」とあるが、ここでの「同一の刑」とは、文字通り狭義のものを指している。
- (26) 昭和六〇年版犯罪白書（昭六〇）二六四頁が、再犯罪名につき、「同一」、「同種」、「異種」という分析をしていることに注意すべきである。
- (27) 大塚・刑法概説（総論）〔改訂版〕（昭六一）二四〇頁。
- (28) 小林・青柳ほか著者代表註釈刑事訴訟法第一巻（増補版）（昭五三）四七頁。
- (29) 大谷・実・刑法講義各論（昭五八）五〇頁、高田卓爾・注釈刑法(5)（昭四〇）九五頁、板倉 宏・刑事法セミナー（昭四八）二七頁、同・福田ほか編刑法(3)各論Ⅰ（昭五二）四〇頁、同・刑事法教室Ⅰ（昭六〇）二七頁、平出・刑法各論（昭四九）五四頁、下村康正編・条解刑法Ⅲ〔各則〕（昭五〇）六七頁、高窪貞人・福田Ⅱ大塚編講義刑法各論（昭五六）二六頁、保倉和彦・高窪貞人編刑法（昭五九）二〇二頁、能勢弘之・同時犯共犯例の適用範囲」ジュリスト増刊刑法の争点（新版）（昭六一）二二四頁。
- (30) 坂本武志・刑法講義（昭四八）二八九頁。なお、坂本裁判官は、同著一七〇頁の総則部分においても、同一の定義をしておられる。
- (31) 香川達夫・刑法講義〔各論〕（昭五七）三二五頁以下、同・木村亀二編法律学ハンドブック刑法各論（昭三二）二一八頁等。
- (32) 大嶋一泰・答練刑法各論（昭五三）一二五頁、沼野輝彦・設例刑法教室Ⅱ各論（昭五七）一六三頁以下、上田 寛・内田博文Ⅱ生田勝義Ⅱ上田 寛Ⅱ名和鉄郎著刑法各論講義（昭六二）三三頁。
- (33) 坂本・刑法講義（昭四八）二八九頁。
- (34) 坂本・刑法講義（昭四八）一七一頁。
- (35) 木村・刑法各論（昭三二）二三頁。
- (36) 木村・刑法各論（昭三二）二三頁、小野清一郎・刑法概論（昭三五）二七四頁。
- (37) 木村・刑法各論（昭三二）二六頁。
- (38) 吉川経夫教授は、かつて「傷害罪」刑法演習〔各論〕（昭三〇）五一頁で、木村博士と同様に傷害罪は故意犯であるときれ、同五三頁で、刑法二〇七条の暴行につき、「身体傷害の少なくとも未必的故意を必要と解する」とされていたが、同・刑法各論（昭五七）二七頁で、傷害罪には結果的加重犯の場合も含まれるものとされるに至っている。刑法二〇七条も同じように解されるに至ったものと思われる。

(39) 多くの学説は、刑法二〇七条の暴行が、暴行の故意によるものでもよいのか傷害の故意によるものでもよいのかを明示していない。それは恐らく、傷害罪の故意のコロラリーの問題と考えているためと思われる。暴行の故意でも足りると同時に傷害の故意による場合も含むことを明示するものとして、下村康正・法律学演習講座刑法各論(昭四六) 二二二頁、同・刑法各論の諸問題(昭五三) 一二七頁、吉田淳一・「傷害致死罪と同時犯」警察学論集二五巻九号(昭四七) 一三八頁、坂本武志・刑法講義(昭四八) 一七一頁、板倉 宏・刑事法教室I(昭六〇) 二八頁がある。

(40) 川端・刑法講義サブノートII〔各論〕(昭五九) 二二頁、二二頁。

(41) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版(昭四二) 八〇頁、青柳文雄・五訂刑事訴訟法通論上巻一〇三頁、中武靖夫・注解刑事訴訟法上巻〔全訂新版〕(昭六二) 三三二頁以下等。

### 三 共同正犯の意義及びその範囲

以上、同時犯の意義について検討してきたが、同時犯は、単独犯がたまたま時を同じくして併行的に行われるものにすぎないから、刑法二〇七条のような特別の定め、すなわち擬制的共犯<sup>(42)</sup>の定めがない限り、刑事法の個人責任の原則に基づいて、各人のなした限度においてのみ責任を負うにすぎない。したがって、甲、乙が殺意をもって丙に向って発砲した場合において、甲の弾丸は命中し致命的となったが、乙の弾丸は致命的でなく単に軽傷を負わせたにとどまるときは、甲については殺人罪が、また、乙については殺人未遂が成立する。また、同様の場合、丙は甲、乙いずれかの弾丸により死亡したが、死亡の結果がいずれの行為によって成立したかについて因果関係の証明が不可能ときは、結果の成立にもかかわらず、甲、乙ともに殺人未遂の責任を負うにとどまることとなる。<sup>(43)</sup>しかし、甲、乙間に意思の連絡があると、右の場合、甲、乙ともに殺人罪の共同正犯とされることになる。したがって、同時犯と共同正犯とは、意思の連絡の有無によって、一般的に(なぜ、一般的にというかは、後述するように、意思の連絡があることによつて、必要的共犯とされる場合があるからである)区別されることになる。それ故に、意思の連絡がいかなる点に必要とする



か、すなわち共犯の本質をどう解するかに従って共同正犯の意義及び範囲が定まってくることになり、そのことが同時に同時犯となるものの範囲に影響を持つことになるし、また、意思の連絡があるとはいかなる意味か、逆に意思の連絡がないとはいかなる意味かということによって、同時犯となるものの範囲が決まってくることになる。

そこで、まず、共犯の本質をどう解すべきかが問われなければならない。ただ、その前に、共犯の本質をどう解するかということと関係なしに、意思の連絡があることよって、共同正犯ではなしに、必要的共犯とされる場合があることをあらかじめ確認しておかなければならない。例えば、同一の犯罪の場合の例として、刑法九八条後段に、「既決、未決ノ囚人又ハ勾引状ノ執行ヲ受ケタル者……二人以上通謀シテ逃走シタルトキハ……」の「加重逃走罪」がある。なお、同時犯ということは考えることができないが、同種の犯罪の場合の例として、刑法二二二条の自己墮胎罪と同法二二三条の同意墮胎罪又は同法二二四条の業務上墮胎罪がある。この後者の例について、大判大正八年二月二十七日刑録二五輯二六一頁は、「懐胎ノ婦女カ他ノ男子婦人ト共謀シテ相与ニ墮胎ヲ遂ケタル事実ハ数人共同シテ同一ノ法益ヲ侵害シタル共犯ニシテ刑法第六十条ニ該当シ且懐胎者ノ行為は同法第二百二二条ニ男子婦女ノ行為ハ同法第二百二十三条前段ニ該当スルモノトス從テ被告Fノ行為ハ同法第二百二十三条前段ノ刑ノ範圍内ニテ処断スヘキモノニ屬シ原判決カ被告Fノ行為ヲ同法第二百二十二条第六五条第一項ニ間擬シ輕キ刑ノ範圍内ニテ処断シタルハ正当ナラサルモノヲ更正シテ上記法律ノ適用ヲ為スニ付キ被告人ハ何等ノ利益ヲ有セサルヲ以テ本趣意ハ上告ノ理由トナラス」として、同種の犯罪間に共同正犯を肯定している。右判例が、右事例を刑法六五条の「共犯と身分」の問題ではないとした点は正当であり、また、後述するように、同種の犯罪間にも共同正犯を肯定するのが現行法の建前であるから、同種の犯罪間に共同正犯を肯定しようとしたこと自体は、一般論としては正当である。しかしながら、内田文昭教授が、「同意墮胎・業務上墮胎は、常に自己墮胎と必要的共犯の關係に立つものと解されるから、六〇条の適用はないはずなのである」<sup>(4)</sup>とされている指摘は正当なものといわなければならない。その点で、右判例に与することはでき

ない。

さて、共犯は、何を共同にするものかという根本的問題に対して、犯罪共同説と行為共同説の対立があり、犯罪共同説は客観主義刑法理論と結びつき、行為共同説は主観主義刑法理論と結びつくものとする主張もみられたが、その結びつきは必ずしも不動なものではなく、その図式にこだわらず共同正犯の成立を考慮するのが妥当であるとされて<sup>(46)</sup>いる。

刑法六〇条によると、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」とされているが、犯罪共同説によると、共同正犯とは、二人以上の者が共同して特定の同一の犯罪を行う場合をいうものとされる。したがって、例えば、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、同種又は異種の犯罪を共同して行っても、<sup>(47)</sup>もはや共同正犯とはなり得ず、それぞれの犯罪について共謀共同正犯が肯定されない限り、自己が直接下した犯罪の正犯になることはさておき、それぞれの犯罪の教唆犯又は幫助犯になり得るにすぎないことになる。ただ、この説によるものも、右問題を共犯の錯誤の問題としてとらえ、刑法三八条二項の応用問題とし、大別して二つの処理方法が考案されている。すなわち、完全犯罪共同説と部分的犯罪共同説がそれである。

完全犯罪共同説は、例えば、Aは殺人の故意で、Bは傷害の故意で甲をなぐった場合、A、Bの殺人罪又は殺人未遂罪の共同正犯の成立を認め、ただ、傷害の故意しか有しないBは、刑法三八条二項により傷害致死罪又は傷害罪の刑で処断すべきであるとする見解である。

例えば、長野地諏訪支部判昭和三七年六月二日下刑集四卷五・六合併号五〇三頁は、甲、乙がAに対する傷害を共謀し、甲が左手でAの頸部を締め乙が瞬間的な未必の殺意をもって包丁でAの腹部を突き刺した事案につき、「甲、乙の所為は刑法二〇三条、一九九条の殺人未遂罪の共同正犯であるが、甲については刑法三八条二項により軽い傷害罪の刑に従って処断する」として、完全犯罪共同説に従うことを明らかにしている。

これに対して、学説においては、種々の理由づけが試みられている。

例えば、異なる構成要件にまたがる錯誤につき、抽象的符合説をとられる植松 正博士は、「それは、罪を犯す意志をもって罪となるべき事実を実現したという抽象的思考(……)を前提とするからこそ、可能なことである」とされ、<sup>(48)</sup>宮原三男博士は、「犯罪共同説からすれば、まず一定の結果が類型的に犯人の行為に関するものと認められる限度(定型的因果関係)で、構成要件の限定をうけ、その範囲で共犯が成立し、つぎに右の結果につき各人の犯意の符合を論じ(法定符合説)、具体的故意の内容の限度で個別的責任を定めることになる」と<sup>(49)</sup>とされている。また、中野次雄博士は、刑法総論概要(昭五四)一二六頁においては、行為共同説の考え方が正しいものとされているが、かつて、構成要件共同説を主張されたことがある。すなわち、「共同正犯が成立するかどうかということは、いわば客観的な構成要件充足の問題であつて、関与者各自の責任性の判断とは一応切り離して別個に考えらるべきものだと思える。そうして、そういう考を前提として、共同正犯が成立するためには、ある特定の構成要件——犯罪ではない——が二人以上の共同の行為によつて充足されることをもつて足る」と<sup>(50)</sup>とされるのが、それである。また、正田満三郎博士は、被告人以外の共犯者は最初から強盗の意思で強盗の結果を実現したのであるが、ただ被告人だけは軽い窃盗の意思で他の共犯者の勧誘に応じて屋外で見張りをした事例<sup>(51)</sup>をもとにして、「判示のように共同正犯関係が認められるとすれば共同正犯一体性の原理に従い、共同正犯者すべてについて強盗罪が成立し、責任主義の原理から窃盗の意思で見張りをした者についてのみ刑法三八条二項に従い窃盗罪の法定刑の範囲内で責を負う筋合いとなる」と<sup>(52)</sup>とされる。また、小室孝夫判事は、「数人が犯罪類型符合説によつて認められる程度に符合する犯罪をなすことを意図すれば犯罪団体は成立し、犯罪団体は構成員の意思を超えた固有のしかも単一の意思を持つものであり、その単一意思は実行行為者のそれによつて認められ、その団体は実行行為によつて顕在化し、実行行為をなさざる構成員もそれぞれ責任を負うべきこととなる」<sup>(53)</sup>とされ、正田博士が挙げられている同様の事例について共犯者すべてに強盗の共同正犯の成立を認められる。

また、共同正犯は共犯であるとし、その立論の根拠を共同意思主体説に求められる齊藤金作博士は、「共犯の成立に ついては一体性、その処罰については個別性ということを主張する立場である。すなわち、実行者の行為が当該共同意思主体の犯罪と看得られる場合には、その範囲内において、共同意思主体の活動があり、その範囲内において、全共犯者につき、その犯罪が一体として成立すると解するのである。そして、その処罰については、これを個別的に考察すべきものとするのである」とされ、右と同様の事例について共犯者すべてに強盜の共同正犯の成立を認めておられる。

本来個々の見解を個別的に検討していくべきであるが、それはさておき、もともと軽い罪の犯意しかない共犯者に重い罪の共同正犯を認めることは、たとえ軽い罪の刑で処断するとしても、そのような処理は、罪刑法定主義に反する<sup>(55)</sup>とか、「古い客観主義」であり、結果責任の思想に連なるものとして批判を免れ難いものである<sup>(56)</sup>とか、「いづれも技巧的にすぎる上、なんらかの擬制を含んでいる点で理論構成上の弱点がある」<sup>(57)</sup>とか、「あまりに擬制的すぎるよ うに思う<sup>(58)</sup>」とかの批判が向けられているが、いずれも正当な批判であると思う。

思うに、共同現象は、同一又は同種の事象について認められるものであり(民訴法五九条参照)、先きに検討したように、刑法二〇七条から導き出される同時犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の關係において、同一客体に対して、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいい、しかも「共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」とされているから、逆に意思の連絡があれば当然に共同正犯となること<sup>(59)</sup>になる。したがって、共同正犯とは、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいうことになる筈である。このように同種の犯罪の共同正犯が肯定されるのであるから、この場合に共同正犯の錯誤の問題が存するものとして、これを刑法三八条二項の問題として処理<sup>(60)</sup>するのは妥当でないことになると思う。

なお、共同正犯が、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいうとすると、

刑法六五條二項につき、最判昭和三十一年五月二四日刑集一〇卷五号七三四頁が、非身分者甲が乙と共同して乙の父を殺した場合について、第一審判決が非身分者の行為を刑法二〇〇條、六五條一項、六〇條に該当すると判示し、更に六五條二項により一九九條を適用したのに対し、二〇〇條、六五條一項、六〇條に該当すると判示した点を違法であるとしたのは、正当であったといわなければならない。

共同正犯の錯誤の問題につき、最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三号一七九頁も「もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにどうめるとするならば、それは誤りといわなければならない」として、完全犯罪共同説は妥当でないものとするに至っている。

そこで、次に部分的犯罪共同説について検討しなければならない。部分的犯罪共同説という名称は、平野龍一博士の命名によるが、論者によっては、構成要件共同説<sup>(62)</sup>と呼ぶものもあり、また構成要件同一説<sup>(63)</sup>と呼ぶものもあるが、部分的犯罪共同説という名称がポプユラーなものとなっている。部分的犯罪共同説というのは、例えば、「a b 両罪が構成要件的に重なり合うものであるときは（殺人罪と傷害罪など、その重なり合う限度で、実行行為の共同、したがって共同正犯の成立をみとめるべきであらう）」<sup>(64)</sup>とか、「それぞれの基本的構成要件が、同質的で重なり合う場合には、重なり合う限度で、共同正犯の故意を認めることができよう」とか、「甲罪と乙罪とが構成要件的に重なり合うものであるときは、その重なり合う限度において、主観的、客観的に、実行行為の共同をみとめることができるから、その限度において共同正犯の成立をみとめることは、犯罪共同説の立場からも可能であらう」とか<sup>(65)</sup>というのが、それである。これらの見解は、法定的符合説の立場から、犯罪は認識した事実の範囲内でしか成立しないことの論理的帰結として、構成要件が重なり合う限度において共同正犯の成立を認め、刑法三八條二項は、罪名についても実現した重い罪に従うことはできないという趣旨のものである。ただ、あたらしい部分的犯罪共同説として、「認識の範囲でしか

共同正犯は成立しえないとする前提によるのなら、むしろ当初から窃盗の範囲でしか共同正犯は成立していない。だからその責をBはとわれるだけといえたり、そこに三八条二項を登場させる余地はない。といえば、こうした思考は既述した部分的犯罪共同説ではないかといわれるかもしれない<sup>(67)</sup>とするものもある。

この立場に立つ場合であっても、例えば、Aは殺人の意思で、B及びCは暴行又は傷害の意思で、甲を死なせたときの処理が問題となる。この点については、墨谷 葵教授の分析に負うところが大きい<sup>(68)</sup>が、① 結果的加重犯の共同正犯の成立を認めるとすれば、A、B及びCは、傷害致死罪の限度で共同正犯が成立し、Aは傷害致死罪の共同正犯を内包する単独犯としての殺人罪が成立するとする立場、② 結果的加重犯の共同正犯を認めないとすると、A、B及びCは、暴行罪ないし傷害罪の限度で共同正犯が成立し、B及びCは単独犯としての傷害致死罪、Aは単独犯としての殺人罪の罪責を負うとする立場、③ 結果的加重犯そのものの共同正犯を肯定しながら、結果的加重犯と故意犯との共同正犯を認めず、そこには同時犯を認めるはかかないとするときは、A、B及びCの暴行罪ないし傷害罪の限度で共同正犯が成立し、結局、甲は単独犯としての殺人罪、B及びCは傷害致死罪の共同正犯となる立場、④ 「殺人罪の単独正犯」に内含された傷害致死罪につき「共同正犯」が認められることになる結果として、殺人罪と傷害致死罪の共同正犯が成立するとする立場等<sup>(71)</sup>が考えられる。

この部分的犯罪共同説そのものに対して、種々の批判が向けられている。第一に、重なり合う範囲で共同正犯が成立するという意味は、その部分が、それ自体として見れば共同者全員に共通の「一個同一の犯罪」であることを必要としているのであるが、殺人を傷害と殺意に、強盗を窃盗と暴行、脅迫に分解することが可能かどうか疑わしいとか、第二に、構成要件が同質で重なり合うとの基準は必ずしも明確でないとか、第三に、「そうならば、行為共同説と実質的に異なる<sup>(74)</sup>」とかの批判が、それである。

思うに、以上挙げた批判はいずれも正当であるが、前述したように、共同正犯とは、二人以上の行為者が、意思の

連絡の下に、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいうのであるから、同種の犯罪を実行する場合をそもそも共同正犯の錯誤の問題として処理する部分的犯罪共同説は妥当でないと思う。しかも、刑法二〇七条の解釈論からすると、二人以上の行為者が、暴行の故意で暴行を加え、傷害の結果を発生させた場合には、意思の連絡があると共同正犯になるのであるから、結果的加重犯の共同正犯を否定する見解は妥当でないことになる。更に、二人以上の行為者の一部の方が、暴行の故意で暴行を加え、他の者が傷害の故意で暴行を加えて傷害の結果を発生させた場合には、意思の連絡があれば、同種の犯罪の共同正犯となり、しかも故意犯と結果的加重犯の共同正犯が肯定されなければならないのであるから、故意犯と結果的加重犯の共同正犯を否定する見解も妥当でない。したがって、私の立場からは、Aは殺人の意思で、B及びCは暴行又は傷害の意思で、甲を死なせた場合は、殺人罪と傷害致死罪の共同正犯ということになる。

この点につき、下級審の判例であるが、東京高判昭和二七年九月一日高等裁判所刑事判決特報三七号一頁は、「殺人と傷害致死とは、ただその結果に対する認識があつたかどうかの一点において相違があるだけであつてその外形的行為は全く同一のものであるから、数人共謀の上、人の身体に対し暴行を加えてこれを傷害した結果、相手方をして死亡するに至らしめた場合に、そのうちの一人のみが、行為の当時、死の結果に対する認識を有していたとすれば、その者のみは殺人の罪責を負うべきもその認識を有していなつた他の者らは、傷害致死の罪責を負うに止まるべきことは、論を俟たないところであるが、右死の結果たるやひつきようその全員の共謀に基づき暴行行為によつて惹起されたものに外ならないから、右共謀者全員に対し、刑法第六十条を適用しても、あえて違法ではない」としている。

これに対して、金澤文雄教授は、「これは明白に行爲共同説の立場の判例と言えよう」とされ、大塚仁教授は、「このように故意犯と結果的加重犯との共同正犯をみとめることは、行為共同説の見地においては別として、おそら

く判例が基調としていられるであろう犯罪共同説の立場とは、本来、相容れるものではあるまい。犯罪共同説においては、重い結果の発生について過失を有するにすぎない者同士の結果的加重犯の共同正犯は成立しえても、それらの者と故意に重い結果を実現した者との間には、同時犯をみとめるのほかないはずである」とされた上で、「このような点にも、判例の共同正犯の性格についての認識がきわめてあいまいなものであることがうかがわれる」と<sup>(77)</sup>とされている。行為共同説については後に検討するとして、共同正犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいい、しかも結果的加重犯の共同正犯と故意犯と結果的加重犯の共同正犯が肯定されなければならぬとするのが実定法であるとすると、共犯の本質を犯罪共同説に従って理解するのは妥当でないのであつて、判例の共同正犯の性格についての認識がきわめてあいまいなものであることがうかがわれるとされる批判は、的を射ていないものといわなければならない。例のみを挙げられ、何等実定法上の根拠を明示されているわけではないが、柏木千秋教授が、「以上(a)から(f)までで述べたところは、犯罪共同説の論者も行為共同説の論者も、結論としては恐らく容認するところであろうと思われる。かくして犯罪共同説と行為共同説を教条主義的に対比して論ずることは明らかに無意味である。しかし、強いて用語としてどちらを採るかといえば、特に(c)(d)(e)を考慮するならば、行為共同説というべきであろうが、それは必ずしも自然的行為を共同にするという意味ではない」と<sup>(78)</sup>とされているのは、私見からみて正当といわなければならない。

この点につき、最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三号一七九頁は、「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Sら七名のうちのIが前記福原派出所前で甲巡查に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかった被告人Sら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で、軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである」としたが、殺人罪を犯したIが上告していないので、



殺人罪と傷害致死罪との共同正犯を肯定する趣旨かどうかは明らかでなく、本判例は、部分的犯罪共同説に従った判例であるとする論者が多い。<sup>(80)</sup>

いずれにしても、もし、軽い甲罪を犯す意思で結果的に重い乙罪を犯した場合における適用罪名が、今後、実務上は、甲罪によることに統一されることになれば、単にそのことだけではなく、その結果は、刑事訴訟の手続面においても、例えば、公訴時効の完成時期、必要的保釈の除外事由、必要的弁護事件の判断、判決文における法令適用の記載方法等に変化をもたらすこと<sup>(81)</sup>はいうまでもないところである。

以上検討したとおり、犯罪共同説には弱点があり、そこでもう一つの主張である行為共同説について検討してみなければならぬ。

牧野英一博士は、「然レトモ、犯罪ヲ以テ悪性ノ表現ナリト解スルトキハ、数人カ一箇ノ犯罪ヲ共同ニスト謂フコトハ意味ヲ為サス。犯罪ヲ主観的ニ理解セントスルトキハ、共犯トハ、数人カ共同ノ行為ニ因リテ其ノ犯罪ヲ遂行スルモノト解スルヲ妥当トスヘシ。此ノ考ニ従フトキハ、先ツ共同ナル事実ヲ予定シ、之ニ基キテ犯罪ノ成立ヲ論スヘキコトトナルナリ。共同ナル事実ハ犯罪事実ノ法律上ノ構成ヲ離レテ考フヘク、即チ、共同関係ハ或ハ数箇ノ犯罪事実ニ跨リテ成立スルコトアルヘク、或ハ単ニ一箇ノ犯罪事実中ノ一部ニ限ラルルコトアルヘシ。又其ノ数人カ必シモ其ノ犯意ヲ同一ニスルノ必要ナク、其ノ共同行為ニ於テ、甲ノ犯意ヲ以テシタル者ニ対シテハ甲罪ノ成立アルヘク、乙ノ犯意ヲ以テシタル者ニ対シテハ乙罪ノ成立アルコトヲ考フルコトヲ得ヘシ<sup>(82)</sup>」と説かれている。

主観主義の立場に立つと、犯罪とは行為者の悪性の現われであるから、このような悪性の現われを共同にすることはできず、したがって、共同正犯は自然的行為を共同にするものと解され、行為共同説が主観主義と結びつくことになる。しかしながら、行為共同説は、客観主義の見地からも有力な支持を受けている。<sup>(83)</sup>客観主義刑法理論の立場に立つ筆者は、牧野博士流の行為共同説に与することはできない。しかしながら、犯罪は行為であるから、共同正犯は、

犯罪行為を共同にするものと解する「犯罪行為共同説」が妥当であると解する。<sup>(84)</sup>この点につき、内田文昭教授が「犯罪行為であるから、両説（犯罪共同説と行為共同説——筆者注）の対立は本質的なものではないはずである。共同正犯とは、この意味では、『犯罪行為の共同』というべきである。ただ、厳密な意味で、『一個の犯罪』『一個の構成要件に該当する違法な行為』に関してしか共同正犯が成立しえないという必要はないし、他方では、犯罪的でない『行為の共同』はいかにしても共同正犯たりえないはずであるということだけは、これをはっきりさせておかなければならないであろう<sup>(85)</sup>」とされているのは、正当な指摘である。いずれによるにせよ、行為共同説又は犯罪行為共同説によるときは、行為者間の抽象的事実の錯誤の問題は生じないことになる。ただ、行為共同説にあっても犯罪行為共同説にあっても、共同正犯とは、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、同一若しくは同種又は異種の犯罪を共同して実行する場合をいうことになる筈であるが、共同正犯の根拠条文となる刑法二〇七条から考えると、異種の犯罪として、刑法六五条二項と三八条二項を挙げられている<sup>(86)</sup>のであるが、前者は、不真正身分犯に関する規定であり、錯誤論につき抽象的符合説には立たない筆者の立場から考えると、いずれも少なくとも同種の犯罪であることが要請されているものといわなければならない。

したがって、共犯の本質につき犯罪行為共同説に従いつつも、共同正犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、共同して、同一又は同種の犯罪を実行する場合をいうことになる。それに対して、異種の犯罪を共同実行した場合は、共謀共同正犯が肯定される場合を除いては、自己が為したところの正犯とそれぞれの犯罪の教唆犯又は従犯になるにすぎないものと考ええる。

最後に、同時犯と共同正犯とは、意思の連絡の有無によって一般的に区別されるのであるから、意思の連絡を欠くとはいかなる意味かを考えておかなければならない。

意思の連絡を欠く場合として、二種のものが考えられる。その一は、Aは共同する意思を有するが、Bはその意思を欠く場合であり、その二は、いずれも犯罪行為を共同にする意思を欠く場合である。後者については同時犯となることについては疑いのないところであるが、前者については、片面的共同正犯の問題として論ぜられるところである。私は、刑法六〇条が、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」としているのは、二人以上の行為者が、相互に利用、補充し合つて犯罪を実行したる者を皆共同正犯とする趣旨であるので、片面的共同正犯は認めるべきでなく、同時犯として処理されるべきものと考え<sup>(88)</sup>る。

- (42) 共犯は、ドイツの学説にならつて、最広義の共犯、広義の共犯及び狭義の共犯というように、三つに分類されるのが通常である(例えば、大塚・刑法概説(総論)〔改訂版〕(昭六一)二三七頁等)。しかしながら、共犯の分類もわが国の現行法体系の枠中でなされるべきであり、私は、共犯を最広義の共犯、広義の共犯、狭義の共犯及び最狭義の共犯というように、四つに分類するのが妥当であると考えている。最狭義の共犯は、加担犯、すなわち教唆犯と幫助犯(従犯)を指し、狭義の共犯は、最狭義の共犯に共同正犯を含めていい、刑法第一編総則第十一章の章名の「共犯」がそれを指し、これらは任意的共犯と呼ばれる。広義の共犯は、狭義の共犯に必要な共犯を含めていい、最広義の共犯は、広義の共犯に含めて、同時傷害の特則の場合(刑法二〇七条、刑訴法九条二項の場合及び独立教唆(例えば、刑法二〇六条、独立幫助(刑法七九条、一〇〇条)を含めていい、刑訴法一八二条の「共犯」がそれである。
- (43) 木村Ⅱ阿部・刑法総論(増補版)(昭五三)四二八頁。
- (44) 内田・共同正犯Ⅱ 西原ほか編判例刑法研究4(昭五六)一八六頁、同・改訂刑法I総論(昭六二)二八四頁、同・刑法各論〔第二版〕(昭五九)七八頁等。
- (45) 牧野英一・増訂日本刑法(昭三)三二七頁以下。
- (46) 香川達夫・「犯罪共同説か事実共同説か」中 義勝編論争刑法(昭五一)一五二頁。
- (47) 香川教授は、注(46)の論文一五三頁で、「Aが甲を殺し、Bが甲の家に火をつけた」という異種の犯罪を共同して行ったものを第一類型とされ、「Aは共同して甲をなぐつた……Aは殺人の意思、Bは傷害の意思で……」という同種の犯罪を共同して行ったものを第二類型とされている。

- (48) 植松 正・再訂刑法概論Ⅰ総論(昭四九)二八五頁。
- (49) 宮原三男・「共犯における因果関係と故意の問題」滝川先生還暦記念現代刑法学の課題下(昭三〇)六三九頁。
- (50) 中野次雄・「窃盗の意思で強盗の見張をした者の責任」刑事判例評釈集八巻(昭二五)二六五頁。
- (51) 最判昭二三年五月一日刑集二巻五号四三五頁。
- (52) 正田満三郎・刑法における犯罪論の批判的考察(昭三七)一一二頁。
- (53) 小室孝夫・「錯誤について(刑事判例へのアプローチ)」司法研修所創立二〇周年記念論文集三巻(昭四二)二七三頁、二七七頁。
- (54) 齊藤金作・共犯判例と共犯立法(昭三四)一一六頁以下。
- (55) 土本武司・「共同正犯の錯誤と成立罪名」Law School 一三三(昭五四)一三〇頁、同・「共犯超過と共同正犯の成立範囲」判例タイムズ三八七号(昭五四)四五頁。
- (56) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か——行為共同説の立場から——」中 義勝編論争刑法(昭五一)一七九頁。
- (57) 土屋真一・「共同正犯における錯誤」研修三五六号(昭五三)三五六頁。
- (58) 木村栄作・「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井滋夫ほか編刑法判例研究Ⅱ(昭五〇)一四六頁。
- (59) 注(4)に挙げた判例参照。
- (60) 木村栄作・「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井ほか編刑法判例研究Ⅱ(昭五〇)一四八頁は、「単独犯についてあり得ないような事例というのは、共犯についても実はないのだというように、刑法第三八条第二項の適用を考え直すべきではあるまいか」とされている。
- (61) 平野龍一・「第七章共犯」法学セミナー一四二号(昭四三)三〇頁。
- (62) 坂本武志・「共同正犯の錯誤」判例時報九三三三(昭五四)二〇頁。
- (63) 土本武司・「共同正犯の錯誤と成立罪名」Law School 一三三(昭五四)一三三頁、同・「共犯超過と共同正犯の成立範囲」判例タイムズ三八七号(昭五四)四七頁。
- (64) 団藤重光・刑法綱要総論〔改訂版〕(昭五七)三六四頁。
- (65) 大塚 仁・刑法概説(総論)〔改訂版〕(昭六一)二九二頁。
- (66) 福田 平・「共犯と錯誤」齊藤金作博士還暦祝賀現代の共犯理論(昭三九)七四頁以下。墨谷 葵「共犯と錯誤」現代刑法講座三巻(昭五四)二四六頁は、福田説に賛成しておられる。

- (67) 香川達夫・「犯罪共同説か事実共同説か」中 義勝編論争刑法(昭五二)一六六頁、同・刑法解釈学の基本問題(昭五七)所収一六五頁以下。
- (68) 墨谷 葵・「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」ジュリスト七一八号(昭五五)一八七頁。
- (69) 墨谷 葵・「共犯と錯誤」現代刑法講座三卷(昭五四)二四五頁。
- (70) 大塚 仁・「結果的加重犯の共同正犯」名古屋大学法政論集七〇号(昭五二)二七頁。
- (71) 内田文昭・「共同正犯」西原ほか編判例刑法研究4(昭五六)一六〇頁が、示唆する立場である。
- (72) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法一八〇頁、中野次雄・「窃盗の意思で強盗の見張をした者の責任」刑事判例評釈集八卷(昭二五)二六五頁、植田重正・「共犯論上の諸問題(昭六〇)一五四頁、木村栄作・「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井ほか編判例刑法研究II(昭五〇)一四三頁、土本武司・「共同正犯の錯誤と成立罪名」Law School 一三三号(昭五四)一三〇頁、同・「共犯超過と共同正犯の成立範囲」判例タイムズ三八七号(昭五四)四五頁等。
- (73) 土屋真一・「共同正犯における錯誤」研修三五六号(昭五三)七〇頁、木村栄作・「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井ほか編判例刑法研究II(昭五〇)一四三頁、宇津呂英雄・「共同正犯の行為者間に錯誤がある場合の共同正犯の成立する範囲」研修三七二号(昭五四)七一頁以下等。
- (74) 平野龍一・「第七章共犯」法学セミナー一四二号(昭四三)三〇頁、木村栄作・「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井ほか編判例刑法研究II(昭五〇)一四三頁、内田文昭・「共同正犯」西原ほか編判例刑法研究4(昭五六)一六〇頁等。
- (75) 西村克彦・「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」青山法学論集二卷二号(昭五四)九七頁。
- (76) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法(昭五二)一七七頁。
- (77) 大塚 仁・「結果的加重犯の共同正犯」名古屋大学法政論集七〇号(昭五二)二七頁、三〇頁。
- (78) 柏木千秋・「刑法総論(昭五七)二八六頁。
- (79) 齊藤信幸・「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」Law School 一五号(昭五四)六二頁等。
- (80) 坂本武志・「共同正犯の錯誤」判例時報九二三号(昭五四)二〇頁、土本武司・「共同正犯の錯誤と成立罪名」Law School

- 一三号(昭五四) 一三四頁、同・「共犯超過と共同正犯の成立範囲」判例タイムズ三八七号(昭五四) 四七頁、宇津呂英雄・「共同正犯の行為者間に錯誤がある場合の共同正犯の成立する範囲」研修三七二号(昭五四) 六六頁、黒谷 葵・「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」ジュリスト七一八号(昭五五) 一八八頁等。
- (81) 飛田清弘・「軽い甲罪を犯す意思で結果的に重い乙罪を犯した場合の適用罪名」警察学論集三二巻八号(昭五四) 一四八頁以下、松本光雄・「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」最高裁判所判例解説刑事編昭和五四年度(昭五八) 七六頁等。
- (82) 牧野英一・増訂日本刑法(昭三) 三一八頁以下。
- (83) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法(昭五一) 一七一頁。同・一八三頁の注(13)に挙げられている文献のほか、土屋真一検事は、「私は刑法理論としては客観説に立つが、共犯理論としては行為共同説が妥当であると考える」とされ(「共同正犯における錯誤」研修三五六号(昭五三) 三〇六頁、木村栄作検事長も、「わたくしは、今のところ、客観的行為共同説(事実共同説といってもよい)がもっとも自然であり、かつ、妥当な結論に達するものと考えている。平野教授の指摘されているとおり、「行為共同説といえども、まったく構成要件外の事実の共同で足りるとするわけではないのである」(……)。行為共同説が裸の行為を問題にするという非難はあたらないと思う」(「殺人と傷害致死との共謀共同正犯」白井ほか編刑法判例研究Ⅱ(昭五〇) 一四五頁)とされている。
- (84) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法(昭五一) 一七二頁。
- (85) 内田文昭・「共同正犯」西原ほか編判例刑法研究4(昭五六) 一五三頁。
- (86) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法(昭五一) 一七四頁以下。
- (87) 金澤文雄・「犯罪共同説か行為共同説か―行為共同説の立場から―」中 義勝編論争刑法(昭五一) 一七三頁。
- (88) 大判大正一一年二月二五日刑集一巻七九頁。

#### 四 おわりに

以上、同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲について検討を加えた。そこから得られた知見は、同時犯

は、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の關係において、同一若しくは同種又は異種の犯罪を實行する場合をいい、刑法二〇七条から導き出される同時犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の關係において、同一客体に対して、同一又は同種の犯罪を實行する場合をいい、これは右に述べた同時犯の一種である。そして、刑法二〇七条は、「共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」として、後者の同時犯を例外的に共同正犯として処断するものとしているが、逆に意思の連絡があれば当然に共同正犯になるのであるから、刑法二〇七条は共同正犯の根拠条文ということになる筈である。したがって、共犯の本質については犯罪行為共同説によりつつ、共同正犯は、二人以上の行為者が、意思の連絡の下に、共同して同一又は同種の犯罪を實行する場合をいい、しかも刑法二〇七条が結果的加重犯の共同正犯及び結果的加重犯と故意犯の共同正犯の根拠条文になることを明らかにし得たのではないかと思うのである。

刑法の門外漢である筆者が、刑法総論上の難問中の一つである共同正犯の意義及びその範囲の問題に首をつっこみ、ただただ問題の大きさにふりまわされ、貧しい論考に終ってしまったことを素直に認めなければならない。また諸先学の学説の理解に思わざる誤解、曲解の非を犯したかもしれないことを畏れ、大方の御寛恕を希いつつ、一応稿を閉じる次第である。