

共犯理論の源流

佐伯千仞著

共犯理論の源流

佐伯千仞著

解題

中義勝
中山研一
米田泰邦

成文堂

著者略歴

昭和5年 京都帝国大学卒業
京都帝国大学教授
立命館大学教授
現在 立命館大学名誉教授
弁護士・法学博士

主要著書

刑法総論（弘文堂）、刑法講義（総論）（4訂版・有斐閣）、
刑法総論（有信堂）、刑法各論（訂正版・有信堂）、刑法に
おける違法性の理論（有斐閣）、刑法に於ける期待可能性
の思想（有斐閣）、刑法改正の総括的批判（日本評論社）、
戦争と犯罪社会学（有斐閣）、刑事裁判と人権（法律文化
社）、法曹と人権感覚（法律文化社）、刑事訴訟法の理論と
現実（有斐閣）

解題執筆者

中 義勝（関西大学教授）
中山研一（大阪市立大学教授）
米田泰邦（弁護士・関西大学講師）

共犯理論の源流

定価5500円

昭和62年4月1日 初版第1刷発行

著 者 さ ぎ ち ひろ
佐 伯 千 俣

発 行 者 阿 部 耕 一

〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話03(203)9201(代) 振替東京9—66099

製版 日成エンタープライズ 印刷 寺門印刷 製本 堅 省 堂

＊乱丁・落丁本はおとりかえいたします＊ 検印省略

©1987, C. Saeki Printed in Japan

ISBN4-7923-1139-X C 3032 ¥5500 E

序にかえて

——共犯論の覚書——

この度、中義勝、中山研一、米田泰邦のお三方によって共犯の問題に関して私が若い頃に書いた論文や判例研究を集めてこのように一つの書物に纏め上げて頂いた。「共犯理論の源流」という標題は余りに過分だとご辞退したのだが、そういうことに決まってしまった。しかも、その際古い文体や用語まで、今日の若い人々にも読み易いように手を入れて頂き、さらにまたお三方から、共犯論と私のかかわりについての暖かくしかも厳正さを失わぬ貴重な論文まで寄せて下さって、唯々、恐縮するばかりである。とうに学界を離れ、また法曹実務家としての生活からも退こうとしている傘寿に近い老人にとって、このようなご厚意を頂くことは、全く思いもかけぬ幸せであって、こういうのをなんじもって瞑すべしというのであらう。

しかし、古い論文を本にして頂いたからと老人らしく本人だけが喜んでいても仕方がない。そんな古い論文に今日どんな意味があるのかということが問題なのである。さきのお三方の各論文はいずれもそのことについて論じられているのであるが、本人としてもそのことについて一言する義務があるであらう。そこで、以下、まず、若い頃の私の共犯論とのかかわりについて回想し、次に、それらの論文の書かれた時代から現在までの空白となっている期間の立法の働きを眺め、なお、私見に対する批判について一、二付け加えておきたい。

一 私の刑法研究と共犯論の関わり

本書に収められた八つの論文のうちの五つまでが、昭和九年と同一〇年の二年間に書かれている。すなわち、「共

犯規定の発展」(Ⅰ)と「いわゆる共犯の制限された従属形式」(Ⅱ)は昭和九年に、「二つの正犯概念」(Ⅲ)、「共犯と身分」(Ⅳ)及び「犯人の親族に対する証憑湮滅教唆罪の成否」(Ⅴ)は昭和一〇年の執筆である。それに続く「共犯の従属性と期待可能性の理論」(Ⅵ)(昭和一五年)、「消極的身と分共犯」(Ⅶ)(昭和一七年)、「必要的共犯」(Ⅷ)(昭和一九年)も、いわば、それらを書いた余勢で書かれたものであって、友人には何か私が一氣呵成に書きなぐり、後は共犯論についての熱を失ってしまった格好に見えたりするのである。

そういう面があったかも知れない。そうだとすれば、それは実は、私は当初から共犯の問題に情熱を感じてとりかかったのではなく、むしろ違法論における構成要件を可罰的違法類型としてとらえようとする努力と、責任論における期待可能性の思想を徹底させようとする作業とを押し進めていくうちに、いわばひとりで共犯の問題に突き当たったというか、むしろそこに追い込まれたのが実情だったということによるのであろう。

右の経過をかいつままで述べると、私はこれらの共犯に関する論文を書く以前に、学窓を出て二年目に書いた「刑法に於ける期待可能性の思想」(昭和七年、法学論叢二八卷二、三号)において、まず最後まで犯罪の実質と無関係だと説かれてきた「身分による刑罰阻却原因」(一身刑罰阻却事由)が、実は行為の可罰的違法性を阻却または減輕する要素(例えば議員の無答責、刑法二四四条の親族相盜の刑の免除)と責任、特に期待可能性を阻却または減少させる要素(例えば(旧)一〇五条の親族の犯人蔵匿、証憑湮滅の不処罰、二五七条の親族間の贓物行為の刑の免除)とに還元されてしまうことになる)と述べており(二〇九頁以下)、さらにその翌年には「タートベスタント序論」(論叢一九卷二、三号)を書いて、通常、構成要件(Tatbestand)といわれるものが、実は、犯罪類型(刑法各則に定められている刑罰を科せられる違法にしてかつ有責な行為の類型)を専ら違法の側面から眺めその他の要素を捨象して構成された違法行為の類型(可罰的違法類型)であるとするともに、ここでも従来行為の違法性、責任性とは無関係だと説かれてきたいわゆる「客観的

処罰条件」(破産犯罪における破産宣告の確定、爆発物取締罰則八条の罪において告知されなかった爆発物犯罪が現実に行われたこと等)も、実はこの可罰的違法類型の構成要素にはかならないとしたのである(三三五頁以下)。これは、それまで身分による刑罰阻却原因または客観的処罰条件とされてきた実定法上の諸現象について逐一その実質を検討することによりそれらを犯罪の実質的要件である違法要素か責任要素に還元し尽そうと意図するものであった(その点についての私の検討作業は、その後も続けられ、「一身の刑罰阻却原因」昭和十一年、論叢三四卷三号および「客観的処罰条件」昭和十二年、論叢三六卷一、二号となっている)。ところがそれらの身分による刑罰阻却原因や客観的処罰条件の違法、責任への還元作業の過程で、私は、例えば親族相盜の刑法二四四条の二項や親族間の贓物行為に關する二五七条の二項にはそれぞれ「親族ニ非サル共犯に付テハ前項ノ例ヲ用ヒス」と規定されている事実と直面し、これらの場合には正犯の行為には犯罪としての要件が欠けていることになるのに、なおそれに対する共犯の成立が可能なのかという疑問に答えざるを得なくなったのである。当時の通説は刑法六〇条以下の共犯規定の解釈としていわゆる極端從属性説をとり、教唆、從犯は正犯の行為が完全に犯罪要件を(違法も責任も)具備することを前提とすると説いていたのである。ところが右のような私の理解によると、刑法二四四条は窃盜罪としての可罰的違法性を備えていない親族の窃盜行為に對しても非親族の可罰的共犯が成立するものとし、また二五七条の場合には責任性の欠如している親族の贓物行為に對しても非親族の共犯が成立するということにならざるを得ないのであった。違法論と責任論において、それまで私と同じ道を辿ってきた研究者の多くは、この事実に出会って、理論的な回れ右をしてしまった。しかし、私はそれまで歩いてきた違法論と責任論が誤っていない以上は、このことをも受け容れ、むしろ六〇条以下の共犯規定についての從來の極端從属性による理解を改め、これらの条文と矛盾しないような共犯概念を樹立すべきではないかと考えたのである。

このような状況となつて、あたりを見廻してみると、意外にもわが国の刑法改正作業でも同じような共犯の極端從属性の解体が試みられていたし、小野博士はわが刑法典の共犯規定も制限從属性説によつて理解できると主張され始めており、さらにドイツの刑法改正作業においても同様な動きがはっきり現れていたのである。ナチスの難を逃れてドイツを去つていたカントロヴィツの私と同じような方向を目指す学問的労作 (Tat und Schuld) も現れていたのである。このように、私が違法論と責任論の深い蘊を押し分けてやつと這い出してきたところで見出した共犯論の問題状況が、恰かもその頃日本やドイツの刑法改正作業がその問題についてたどりついていたところと同じであつたということが、若年の私を勇気づけて右のような諸論文を立て続けに執筆させたのであつた。

しかし、その道を突き進んで行くうちに、やがて私には、間接正犯は正犯か共犯かというような概念的な争いに明け暮れることがひどく空しく感ぜられてきた。そのどちらに決めるかということが概念的には極めて重大であつても、現実には、そのいずれにしたところで同じように処罰されるのであつて、そんな概念的な争いに精力をつかうよりも——私としては、それは共犯として扱われるのが正しいという考えであつたが——研究者としては外にもっと大切な仕事があるのではないかというあせりが私を捕えてしまったのである。共犯論に対する私の情熱は確かに冷えてしまった。今日から考えると、それは不当に冷えてしまったという感じもあるが、事実はそのようなことだったのである。

もっとも、そうはいふものの、その後も私は本書に収めた「必要的共犯」(Ⅷ)を書いているが、それは、実は、当時の戦時統制経済の困難に焦ら立つた勢力が、ナチスドイツの例にならつて、統制価格を超過した物品の販売については、売手だけでなく止むなく買い受けた買手までも処罰するような法律を作るべきだなどといひ出していたので、そのような立法は阻止する必要があると考へて執筆したものである。また、戦後にも、本書には収められてい

いが、刑法改正作業の過程で判例の共謀共同正犯を明文化しようとする動きが大勢を制しそうになったときも、それに反対するために「共謀共同正犯」（昭和四二年、竹田・植田遼磨・刑法改正の諸問題、後に『刑法改正の総括的批判』所収）を書いているのであって、共犯問題についての関心を全く失ってしまったわけではなかったのである。

二 その後の西ドイツ刑法

本書で取扱われた共犯問題に関するドイツの刑法改正作業は一九〇九年草案から一九三四年頃のナチスの改正案までであった（本書五頁以下、九五頁以下）。その後、ドイツはナチスドイツの崩壊後東西に分断されたが、西ドイツでは再び刑法改正作業が開始せられ、数次の部分改正の後、一九七五年には遂に新刑法が制定されるに至った。本書の諸論文で扱われたドイツの諸草案の共犯規定が、この新たに成立した西ドイツの新刑法ではどのように受継がれもしくは変更されたかを一瞥しておく必要があるであろう。

敗戦前のナチスの立法者達は、それ以前の改正案と違って拡張的正犯概念を採用しその上に共犯問題を規定しようとして、最初、加担（*Beteiligung*）という単一の概念で従来の正犯と共犯を包含させようとしたが、それでは粗雑過ぎて社会生活の実際に適合しない（単なる用語の問題としても自ら引金を引いた者を「殺人の加担者」と呼んだり、逆にまた行為者に兇器を渡しただけの者を「人を殺した者」として有罪を宣告するのは民衆的用語でない）ということになり、結局、「法文自体において行為の実行と行為への加担との間に区別を設けることが必要である」ともいわれて、a条の「行為を実行し、それを教唆し、それにあたり補助しまたはその他の方法において加担した者は罰される」という規定が提案されたほか、従犯の減輕、各加担者の可罰性の独立（a条二項）、特別な素質又は関係（身分）と共犯の関係（b条）などは、従来の草案をそのまま承継したが、当時の刑法典の四九条aに対応する教唆（誘致）の未遂は重罪についてのみ処罰されるというc条をおくことを提案していた（本書一〇〇頁以下）。しかし、その後刑法の全面改正をまたず共犯

規定についての法改正が行なわれ（一九三九年、一九四三年）、まず、（イ）共犯（教唆、従犯）について制限従属性をとることを明らかにするために教唆、従犯についての法文の字句を改め（四八条、四九条の「可罰的行為」*Strafbare Handlung*が「刑を科せられた行為」*mit Strafe bedrohte Handlung*と変更された）、加減的身分に関する五〇条についてもその一項に「数人が一つの行為に加担したときは、各人は他の者の責任を顧慮することなく自己の責任にしたがって処罰される」と規定して責任の個別的作用を明かにし（二項には従来の加減的身分のほか刑罰阻却的身分をも加えられた）、その他、（ロ）従犯の刑の必要的減輕を任意的減輕とし、また、（ハ）四九条aを重罪の教唆未遂およびその謀議、申出およびその申出の受諾の規定とすると共にその中止の不処罰を規定し、四九条bは生命に対する犯罪を犯すことを目的または手段とする結社（*Verbindung*）への加入・援助の処罰と自首の刑の免除の規定とするなど重要な改正を行っていたのである。

敗戦後の西ドイツ政府の刑法改正作業は、一見このナチス時代の動きを黙殺し、それ以前の一九三〇年草案に出発点を求めたように見えるが、実質的にはそれと深いつながりをもっているのである。そこでは、問題ごとに徹底した議論が交わされたが、共犯については従来と同じく制限従属性がとられることになった。そのためにいわゆる間接正犯の多くは共犯となるけれども、全部消滅するわけではない（行為者が利用者の盲目的道具に過ぎぬ場合等）という従来から存した主張を考慮して、その点についても明文化することになった。まず、（イ）その二五条は「正犯」と題して「1 可罰行為（*Straftat*）を自らもしくは他人によって遂行する者（*selbst oder durch einen anderen begibt*）は正犯として罰される。2 数人が共同して可罰行為を遂行するときは、各人が正犯として罰される」と規定し、（ロ）二六条の教唆犯、二七条の従犯の規定では、他人の故意に遂行する違法行為（構成要件に該当する違法行為。一一条五号）を故意に決意させまたは補助することと定めて、故意に關して二種の絞りをかけ（従って故意を欠く他人の違法行為の惹起

は間接正犯として問題となる)、また、(ハ)二九条には「加担者 (Beteiligte) の独立の可罰性」と題して「すべての加担者は他の者の責任を顧慮することなく彼自身の責任に従って罰される」と規定し、ナチス時代に五〇条の一項として加えられた規定に倣って、共犯者間における責任評価は相互に独立とする趣旨であることを明らかにした。これによって、共犯は正犯の構成要件に該当する違法行為に従属するが、責任については従属せず、ただ自分自身の責任のみによって判断されることが明確になったのである。その他二八条には「特別な一身上の要素」(Besondere persönliche Merkmale)と題して、従来の草案と同じく構成的身分および加重減輕もしくは刑罰阻却的身分と共犯の關係について規定し、違法の連帶性と責任の個別、独立性ということが、ここでいよいよ実定法として確立したのである。(ニ)さらにいわゆる教唆の未遂についても、ナチス以前の諸草案が当時の刑法四九条a(重罪の教唆煽動等の独立的処罰の規定)を各則の個別的規定に譲ろうとしたのを改め、むしろナチス時代に改められた旧刑法四九条aに従い、はっきり「加担 (Beteiligung) の未遂」と題して規定することとし、三〇条一項に「1 他人に重罪を遂行するようもしくはその遂行を教唆するよう決意させようと試みて遂げなかった (Versucht) 者は、その重罪の未遂に関する規定によって罰される。但しその刑は四九条一項 (減輕規定) により減輕する。二三条三項 (不能犯) を準用する」と定め、二項ではそれらの行為をする用意がある旨の申出、またはそれらの行為をすることについての謀議も同様である旨規定している。これによって、加担未遂も未遂として処罰されるが必要的に減輕され、しかも、それは重罪に關する場合に限られること、従って輕罪についての教唆未遂は不可罰であり、從犯についても未遂が問題となることはないことが示されたのである。以上のほか、(ホ)加担未遂の中止 (Rücktritt vom Versuch der Beteiligung) についても右のナチス時代の四九条a三項と同様な三一条の規定が新設されている。

これを見れば、戦前からの改正草案との関連は明らかであるが、新たに間接正犯が明文化されたことは(二)五条一

項後段)、従来の解釈上それを認めることが罪刑法定主義に反するとの非難をかわす意味があるであらう。しかも、それは二五年草案、二七年草案当時から制限従属性の限界として論議せられてきたこと(本書二四頁以下、三一頁以下、四一頁以下)の継受であり明文化なのである。しかし、このように明文化したために、新たに間接正犯の未遂は、この三〇条の「加担の未遂」の規定によって処理されるのか(二八条には「加担者」とは「正犯または共犯」をいうと特に注意的に明言されており、間接正犯は正犯であるが、彼と彼によって利用される他人との間には加担関係があり、また「決意させようとする」というときの決意は制限従属性のもとでは自然的あるいは事実的行為意思で足りるのであるから、間接正犯でも三〇条の規定に該当すると解される場合がありうる)、それとも本条によらず、二二条以下の通常の未遂犯の規定によって処断されるのかという疑問が出て来ると思われる。ドイツでは、三〇条は問題にならず、当然二二条によって処理すべきものとされているようであるが、そうしたところで、その二二条の規定によれば、未遂犯の成否は行為者の主観(表象)にしたがって決まることになっているものの、それは、その主観によれば「構成要件の実現を直接に開始した」かどうか(Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen)によることになっているのであるから、間接正犯が利用しようとする他人に働きかける行為がその犯罪の「構成要件の実現を直接に開始した」ものといえるかどうかは決して明瞭ではないのである。判例や学説の多くは、間接正犯の被利用者に対する働きかけは、それだけでは多くの場合には単なる予備に過ぎないとしながら、その段階でも法益が直接脅かされておれば構成要件実現の直接開始に当ると見得る場合もあるというように説いているようであるが、一向はつきりしないのである。しかも間接正犯を明文化しつつ三〇条のような加担未遂の特別規定を設けたために、かえって解決困難な問題を背負いこんだ観がある。このドイツの論争には巻き込まれないで、若干距離をおいてその落つく先き進行を見守ることが賢明であらう。

三 わが国のその後の共犯理論と判例

わが国の戦後の問題状況を見ると、共犯についての研究が甚だ盛んである。この点についてまず想い出すのは、私が昭和二七年頃書いたもののなかでわが国の判例、通説はなお極端従属性説をとっているとしたところ、大野教授から「今日ではもはや制限従属性説が通説である」とのご注意を受け、調べてみるとその通りだったのでびっくりしたという事実である。そのほか間接正犯の問題については、制限従属性をとっても認めざるを得ない場合があるということがしきりに論議されることになり、また共謀共同正犯の問題についてもそれを認める判例が動きそうにもないということ、従来の学説のようにそれを全面的に否定するのではなくむしろ限定的に認めようとする見解が多くなり、身分と共犯の問題についても論議が盛んになって、多数の優れた著書や論文が現れた。このような学界の動向と呼応して政府の刑法改正事業も進行し、昭和四九年には「改正刑法草案」が公表せられたが、その共犯に関する規定は、まず間接正犯については「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」(二六条二項)という規定を提案し、共謀共同正犯についても「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」(二七条二項)という明文をおき、さらに身分と共犯の問題についても、現在の六五条一項に相当する規定に「但し、その刑を軽減することができる」(三一条一項但書)という規定を加えようとするものであった。前記のドイツの戦後の学説、立法の状況と一脈相通するものがある。そしてこの「改正刑法草案」についても、例えば間接正犯の未遂はどの段階から始まるのか——被利用者に働きかけたときか、それともその者が実行に着手したときか——という疑問があり、もし被利用者に働きかけたときとすれば、ドイツの新刑法の間接正犯と同じ問題に直面し、被利用者が実行に着手したときとすれば結局共犯と同じことになるし、また共謀正犯の規定も、そのいわゆる謀議と教唆、補助(従犯)との限界は極めて不明確だというような問題がある。しかし、それらの点についてここで詳論することは避け、ここでは身分と共犯の問題についてだけ一言しておきたい。

本書に収めた「共犯と身分」その他で、私は、「違法は連带的に、責任は個別的に」働くというテーゼを立てると共に、いわゆる身分についても違法要素たる身分と責任要素たる身分とを区別し、責任要素たる身分が個別的に働くのは当然のことであるから刑法六五条の規定はこのような自明の事項に関するものでなく、身分が行為の違法性を左右する場合に関する規定であると解すると共に、その一項と二項の關係については、違法要素たる身分は一応各加担者に連带的に作用するが、厳格に言えば身分本来の性質からしてそれを一身にそなえている者とそうでない者とは、同じ加担行為であっても、それらに対する法的評価にはおのずから軽重の差が生ぜざるを得ないということ、しかし六五条は刑の軽重を左右する身分についてのみこれを認め（二項）、構成的身分に関してはこのような相違を認めず全加担者に連带的に作用するとだけ定めているけれども（二項）、二つの身分の間には本質的な違いがあるわけではないから、解釈上はむしろ一項の構成的身分についても、二項の精神を尊重して酌量減輕に関する一般規定によってこれを適当に顧慮すべきであると論じた。改正草案の二一条一項但し書は正しくそのような規定を提案することになったのである（ドイツ新刑法二八条一項も同様）。

右のような私見に対して、滝川博士はいち早く反応を示され、身分を違法要素と責任要素に還元することには賛成されたが、六五条一項のみが違法要素たる身分についての規定であって、二項の身分は責任性を規制する要素たる身分についての規定であるという異論をとなえられた（犯罪論序説、昭和十三年、三三五頁以下）。同様の見解が、今日、平野博士（刑法総論Ⅱ、昭和五〇年、三六七頁以下）や、西田教授（共犯と身分、昭和五七年、一五五頁以下、一六七頁以下）によってもとられているようである。しかし、一個の条文の一項と二項とで使われている同じ「身分」という法典的用語が全然違った意味をもつというような法解釈は不自然ではあるまいか。一つの条文に用いられている同じ言葉は同じ意味のものと解するのが通常である。なお同条二項の身分が専ら責任要素たる身分のみを指すものとすれば、違

法を加重若しくは減軽する身分の場合にはどう処置するのであろうかという私の疑問に対して滝川博士はついに答えられるところがなかったが、平野博士らによるとその場合には六五条一項が適用されることになるようである。しかし、これもまた実定法の明文とは余りにかけはなれた解釈ではあるまいか。博士らのいわゆる六五条の一項と二項との間の矛盾は、実はすべてわが改正草案三一条一項の「但し書」やドイツ新刑法二八条一項によって解消することになるのであるが、現行法の解釈としても酌量減軽の規定を活用すれば同様の結果となるし、そうすべきものである。なお私見によれば、改正草案の前記但し書に「その刑を軽減することができ」とあるのも、「その刑を軽減する」と改めるべきである。このような理解は同時に責任の独立個別性をも宣言したドイツ新刑法二九条のもとでは一層明白であるが、わが現行刑法の解釈としても十分可能だと考える。

最後に「必要的共犯」(Ⅷ)の関係で一言する。そこで問題の中心となったのは、いわゆる対向犯の一方のみを法が処罰している場合には他の一方が必要な加担の程度をこえた場合にも共犯として処罰されることはないのかという点とであったが、戦後そのような問題を扱ったいくつかの判例が出ている。例えば「弁護士法」七二条の非弁活動依頼についての昭和四三年二月二四日の最高裁判決(刑集三巻一三三号一六二五頁)、「預金等に係る不当契約の取締に関する法律」二条二項、四条一号違反事件に関する昭和五一年三月一八日の判決(刑集三〇巻二二二頁)、「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」二九条の罪に関する昭和五二年三月一六日判決(刑集三一巻二二二頁)等がそれである。前の兩判決は何れもその可罰的共犯の成立を否定しているけれども、第一の判決には「…ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところと解すべきである」と余韻のある表現がなされており、また最後の判決では、虚偽の交付申請書を提出して

補助金の交付を受けた者と彼にそれを強くすすめて実行させた交付機関の係員とが共同正犯として有罪となっている。これには団藤裁判官の補足意見があつて、この場合には係員の行為は「もはや対向犯の特殊性による不可罰の限度内には属せず、受交付罪の教唆犯としての処罰を免れないものというべきである」と述べられている。これらの判決については平野博士の「必要的共犯について」(警察研究四九卷三・四号、昭和五二年『犯罪論の問題』上一八四頁以下)において鋭い分析が加えられている。本書の「必要的共犯」(Ⅷ)の最後の部分でもそこでのご注意に従つて不適切な表現を改めていることを申し添えておく(三〇八頁四行目)。私が戦時中にこの問題をとりあげた動機は、さきにも一言したように価格統制違反の買手まで皆処罰するような立法を阻止するため、私にとっては、いわゆる対向犯の一方だけが罰せられ他方は罰せられないことには何らかの實質的理由があるはずであるから、それを明らかにすれば、その不処罰の限界、射程範囲を画すること、従つて必要な場合の処罰も可能であろうという考えと、さらにその底には実際に生起する問題のなかには立法に頼るよりもむしろ裁判所による法解釈に委ねる方が適当な場合が少なくなく、この問題もそのひとつではないかという思いが強かつたし、今も強いのである。これは今日問題となっている安楽死の問題についてもいえることで、立法によつてそれを適法化して一挙に問題を解決しようという意見が強いようであるけれども、私にはそれは違法ではあるが他の行為の期待可能性がない場合として責任論の問題として扱えば足り、その解決もまた立法手段に求めるよりも、むしろ個々のケースごとに下される裁判所の判断、さらにそれ以前の検察官による起訴不起訴の判断の段階で考慮解決されるものとしておくのが適当なように思われるのである。

終りに中、中山、米田のお三方と、事項索引作成と校正に協力して頂いた京都大学助手の松宮孝明君を中心とする大学院生諸君に対し心からお礼を申し上げる。

昭和六一年一月

著 者

目 次

序にかえて——共犯論の覚書

I 共犯規定の発展——ドイツ予備草案からわが刑法草案まで……………一

一 現行法の解釈論……………一

二 ドイツ予備草案……………五

三 一九一九年草案……………一三

四 一九二五年草案……………二

五 一九二七年草案およびわが刑法草案……………三〇

II いわゆる共犯の制限された従属形式……………三三

一 改正草案の学説への影響……………三三

二 改正草案と間接正犯論……………四〇

三 間接正犯解消の方向……………四六

III 二つの正犯概念……………七

一 はじめに……………七