

旧刑法における共犯規定と—共謀共同—正犯の意義

福 永 俊 輔

はじめに

第一章 旧刑法の思想的背景における共犯—ボアソナード共犯論と正犯—

一、明治初期の時代状況と旧刑法典の思想的背景

二、ボアソナード共犯論と正犯

第二章 旧刑法典における共犯規定の意義と正犯

一、「日本帝国刑法初案」編纂の経緯

二、「日本帝国刑法初案」と共犯規定の意義

三、編纂過程の見直しと「日本刑法草案」

四、「日本刑法草案」と共犯規定の意義

五、審査局、元老院段階と旧刑法典

六、旧刑法典における正犯と共犯の意義

第三章 旧刑法期における共犯学説と正犯

一、学史

二、新古典主義刑法理論における共犯学説と正犯

三、新派刑法理論における共犯学説と正犯

四、旧刑法期における共犯学説と正犯

結語―旧刑法における正犯の意義と共謀共同正犯―

はじめに

わが国の刑法典は、六〇条から六三条にかけて「正犯」という文言を使用する。一般に、「正犯」とは、「共犯」―いわゆる狭義の共犯―に對置する概念として理解されている。しかしながら、「『正犯』とは何か」が問われると、たちまちその答えに窮する。右のように正犯という文言を用いているにもかかわらず、わが国の刑法典は、正犯に関する定義規定を置いていないのである。それゆえ、これら規定をもとに、正犯と共犯の關係、すなわち、正犯概念に関して議論が積み重ねられてきた。¹

正犯概念については、かねてより、解釈論上限縮的正犯概念と拡張的正犯概念の争いがあった。現在では、拡張的正犯概念

についてはその支持者を見出せず、限縮的正犯概念が通説的見解となっている。この見解は、実行行為を自ら行なう者が正犯であるとし、共犯を処罰拡張事由と捉えるものである²。

ところで、こうした通説的見解に依拠すると、次のような場合に問題が生ずる。二人以上の者がある犯罪を共謀し、その共謀に基づいてそのうちの一人ないし数人が当該犯罪の実行行為を行ったという場合、および、二人以上の者が侵入窃盗を行うことを共謀し、その共謀に基づいてそのうちの一人ないし数人が窃取を行なっている間、その他の一人ないし数人が屋外で見張りをしたという場合である。これらの場合において、実行行為をなした者が正犯であるということは、右に見た限縮的正犯概念から見て異論はない。問題は、実行行為を全く分担しなかった者の処理、および、見張りをした者の処理である。前者においては実行行為を全く分担していないのであるし、後者においてはおよそ当該犯罪(窃盗罪)の実行行為とは言い難い行為を行っているのであるから、通説的見解からすれば、いずれも正犯ではないということになるはずである。しかしながら、実務は、いずれの場合も共謀のみに参加して実行行為を行っていない者、実行行為とは言い難い見張りを行った者を正犯としてきた³。いわゆる「共謀共同正犯」である⁴。ここで共謀共同正犯とは、一般に、二人以上の者がある犯罪を犯すことを共謀し、そのうちのある者がこれを実行したときには、その実行に加わらなかつた他の共謀者も共同正犯となることとして理解されている⁵。共謀共同正犯をめぐっては、学説の側もこれを肯定する見解が多数を占めているのが現状である⁶。しかしながら、限縮的正犯概念を通説とすることからすれば、実行行為を行っていない者を正犯とする共謀共同正犯を肯定する見解が多数を占めている事との関係性が問われよう。この点、「共謀共同正犯……を認めれば、実際には拡張的正犯概念を採用したに等しい⁷」と述べられる。

共謀共同正犯は、わが国の刑法学における最大の問題点のひとつであった。實に一世紀以上に渡つてその肯否について議論が戦わされ、それは現在も続いている。もつとも、右に見たように、学説においても共謀共同正犯を肯定する見解が多数説となっているが、かつての状況は現在とは異なるものであった。すなわち、共謀共同正犯を運用する実務に対し、学説の側がこれをこぞつて批判するという構図が見て取れたのである。こうした学説の態度の転換は一九七〇年代以降生じたとされるが、その理由として、共謀共同正犯を肯定する判例はすでに定着しており、定着した共謀共同正犯を否定するよりはこれを認めたいと、うえてその観念を限界づけ、明確化することによつて絞りをかけた方がよいとの発想があつたことが指摘されている。

ところで、従来より、実務における共謀共同正犯の長年の運用・定着が、これを肯定する学説の根拠の一つとされてきた。共謀共同正犯が実務によつて形成され、維持されてきたことは広く知られるところである。そのためであろうか、共謀共同正犯の判例史をたどつた先行研究は、他の刑法領域・分野と比べてもとりわけ多く存在する¹⁰。ここでは、旧刑法以来の判例を概観し、実務において共謀共同正犯が一貫して認められてきたことが示される。そして、それを根拠に、共謀共同正犯を肯定するのである¹¹。

確かに、多くの先行研究が示すように、一見して共謀共同正犯と理解できるといふような判例は、旧刑法期より存在している¹²。しかしながら、先行研究が示す「一貫して」認められてきたとは、何を意味するのであろうか。共謀共同正犯は旧刑法以来「一貫して」認められてきたという評価は、換言すれば、旧刑法下における共謀共同正犯も、現行刑法下における共謀共同正犯も、いずれも同じ意義であるといふことが本来的な意味とならう。もつとも、先行研究で示されたことは、あくまでも旧刑法以来判例集等に登載された判決理由を並べ、その異同を検討した結果に過ぎない。しかし、実務において共謀共同正犯が旧刑法以

来「一貫して」認められてきたと評価するからには、判決理由の並列的分析ではなく、旧刑法典と現行刑法典という制定法の違いを考慮に入れ、旧刑法典における共謀共同正犯論、現行刑法典における共謀共同正犯論の精確な分析をしたうえで、両者に「一貫」といえるほどの同質性があるかを検討することが必要となつてこよう。そのためには、旧刑法典における正犯・共犯の意義を明らかにする必要があるが、従来において、この点は等閑視されてきたように思われる。

ところで、学説において共謀共同正犯を肯定する見解が多数となつた結果、実務の共謀共同正犯の運用に絞りをかけることができたのであろうか。司法統計年報をもとに、一九七〇年以前と以後に分けて通常第一審における共犯事案で正犯として処理されている割合を経年的に見ていくと、いずれも毎年九七%前後の高い率であるという現実に直面する。したがつて、残念ながら右の問いに対しては「否」と言わざるを得ないであろう。それどころか、近時においては、例えば、暴力団組長である被告人が自己のボディガードの拳銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとした最高裁判平成一五年五月一日第一小法廷決定(刑集五七卷五号五〇七頁)など、共謀共同正犯の運用の拡大化が指摘されている。¹³ こうした状況に鑑みると、判例を是として共謀共同正犯を考えるのではなく、今一度、共謀共同正犯それ自体を考え直す必要があるのではなからうか。

実務が運用するような共謀共同正犯を導き得るか否かは、ひとえに現行刑法典の規定、すなわち、刑法六〇条の解釈問題にかかるとはいふまでもない。ところで、わが国の現行刑法典が一八七一年ドイツ刑法典に強い影響を受け、ドイツの新派刑法学を学んだ刑法学者たちによって立法されたことは広く知られるところである。しかしながら、現行刑法典は自然発生的に誕生したものではなく、旧刑法典を改正してたらされたものである。その意味で両者の関係は決して希薄なものではなく、

むしろ、両者を比較すると現行刑法典が内容的に旧刑法典を踏襲している箇所が多々見受けられるのであって、旧刑法典と現行刑法典には連続性があるといえる。共犯規定に關しても例外ではなく、とりわけ明治四〇年刑法改正政府提案理由書を眺めると、現行刑法典の共犯の章につき、「本章ハ現行法(旧刑法—引用者注)第一編第八章數人共犯ノ規定ヲ補修シタルモノニシテ主トシテ現行法(旧刑法—引用者注)ノ不備ヲ補ヒタルニ止マリ趣旨ニ於テ變更ヲ加ヘタル所少ナシ」とされ、旧刑法典における共犯規定と現行刑法典における共犯規定との密な關係を窺い知ることができる¹⁵。

そうすると、旧刑法典における共犯を検討することは決して意味のないことではなく、また、単に旧時代の廃止された規定の跡付けとしての分析にとどまらず、現行刑法典の規定を解釈し、現行刑法典における正犯・共犯の意義を明らかにするにあり極めて同時代的な意義を有するといえよう¹⁶。しかしながら、現行刑法典における正犯概念を検討するに当たり、必ずしも旧刑法典の共犯規定は意識されてこなかったように思われる。

こうした問題意識から、以下では、現行法における共謀共同正犯の問題の解決の手掛かりを得るために、旧刑法典における共犯規定につきその意義を考察し、翻つて、旧刑法下において正犯とはいかなるものをいうとされていたのか、また、共謀共同正犯を含むものであつたのかについて検討することを課題とする。

1 諸外国に目を向けると、正犯の定義規定を刑法典に盛り込んでいる立法例も少なからず存在する。例えば、ドイツ刑法典では第二五条に、フランス刑法典では第一二一・四條に正犯を定義する。

2 正犯概念について、佐伯千仞「二つの正犯概念」『共犯理論の源流』成文堂 一九八七年(七一頁以下)。なお、これらの概念とは別に、外国の立法

例として、正犯と共犯を区別せず、すべての犯罪関与者を正犯とする統一的正犯概念も存在する。統一的正犯概念については、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(成文堂 一九八八年)五頁以下。

3 例えば、大判昭和十一年五月二八日大刑集一五卷七一五頁、最判昭和二十四年一月一日刑集三卷二二二七九頁、最判昭和三十三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁、大判明治二十八年二月一九日刑録一輯五卷八九頁、大判明治四十四年二月二日刑録一七輯二七三頁、最判昭和二十五年二月一六日刑集四卷二二二一八四頁など。

4 今日まで判例が認めてきた共謀共同正犯は、少なくとも①組織・画策・指揮の役割のうちいずれかひとつの役割を果たした場合、②見張りの場合、③幫助的な行為をした場合、④犯罪現場に赴き犯行を目撃した場合、⑤共謀(謀議)に参加したに留まる場合、⑥順次共謀の場合、⑦「暗黙の共謀」の場合の七種類に大別することができるとされる(畢英達「共謀共同正犯」に関する試論(一)―日中両国の共犯理論に即して―北大法學論集四六卷三二号(一九九五年)五七八頁)。

5 下村康正「共謀共同正犯と共犯理論」(学陽書房 一九七五年)九頁、内藤謙「刑法講義総論(下)Ⅱ」(有斐閣 二〇〇二年)二二六七頁、大塚仁「刑法概説(総論)【第四版】」(有斐閣 二〇〇八年)三〇一頁など。

6 論者によれば、「学界内部においても、共謀共同正犯を真正面から否定するというのは、いかにも頑迷固陋であるかのような雰囲気醸し出されていることも、事実である」と指摘される(村井敏邦「共謀共同正犯―否定説の立場から―」刑法雑誌三二卷三二号(一九九一年)三二九頁)。

7 松宮孝明「刑法総論講義【第四版】」(成文堂 二〇〇九年)二二六、二二七頁

8 内田博文「日本刑法学のあゆみと課題」(日本評論社 二〇〇八年)一〇八、一〇九頁。

9 佐伯千仞「共謀共同正犯」(刑法改正の総論的批判)(日本評論社 一九七五年)二二三頁。なお、平野龍一「刑法総論Ⅱ」(有斐閣 一九七五年)四〇三頁。

10 例えば、齊藤金作「共謀共同正犯」(佐伯千仞・団藤重光編「総合判例研究叢書 刑法Ⅱ」(有斐閣 一九五六年)一九頁以下、下村・前掲「共謀共同正犯と共犯理論」四八頁以下、夏目文雄「共謀共同正犯の理論的検討(一)―特に共謀者の責任の問題を中心として―」愛知大学法経論集法律編五三三号(一九六七年)五頁以下、白木豊「正犯概念と共謀共同正犯(一)」(上智法学論集三二卷一号(一九八九年)九四頁以下など、枚挙に暇がない。

11 例えば、下村・前掲「共謀共同正犯と共犯理論」八二頁では、旧刑法以来の共謀共同正犯の判例史を概観し、「共謀共同正犯論は、……すでに長期にわたる判例の歩みの中で形成され、確立され、展開されて来たのであって、従って、いかに反対説が批判を加えようと、そこに法として存

在する共謀共同正犯の判例は、これを否定することができない」とされる。

12 例えば、大判明治三〇年五月六日刑録三輯五卷七頁、大判明治三五年六月一日法律新聞九四号二六頁など。

13 例えば、浅田和茂「共謀共同正犯の拡散」小田中古稀祝賀(下)(日本評論社 二〇〇五年)一四三頁以下、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務—最高裁平成一七年一月二九日第一小法廷判決を中心に—」刑事法ジャーナル三号(二〇〇六年)五四頁以下など。

14 倉富勇三郎ほか編「松尾浩也増補解題」増補刑法沿革綜覧(信山社 一九九〇年)二一五四頁。

15 だからこそ、従来の先行研究においては旧刑法と現行刑法という差異を考慮に入れることなく、「共謀共同正犯は旧刑法以来一貫して認められてきた」との評価がなされたのかもしれない。しかし、そうであるとしても、両者の具体的異同の確認は必要であろう。理由書も、両者の規定が全く同じであるとは述べていないのである。

16 なお、法解釈方法論につき、拙稿「刑罰法規の解釈に関する一考察—刑法二六〇条を題材として—」九大法学九七号(二〇〇八年)一五四頁以下。

第一章 旧刑法の思想的背景における共犯—ボアソナード共犯論と正犯—

一、明治初期の時代状況と旧刑法典の思想的背景

一般に、法制度とは、その時々々の社会状況を反映して生成改廃されるものである。したがって、旧刑法典を検討するに当たっては、まず、その当時の刑法を取り巻く時代状況について確認する必要がある。

一八六七年の大政奉還、朝廷による王政復古の宣言と討幕派であった薩摩・長州両藩を中心とした新政府の樹立、一八六八年の明治改元等に始まる一連の諸改革は、欧米諸列強による圧倒的な武力を背景とした対外的危機と、それを受けて繰り広げられた尊皇攘夷運動、佐幕、討幕といった対内的危機によって引き起こされた封建制の崩壊の上になされたものであり、「この二つの問題……の政治的方策として實現したのが明治維新であつた」とされる¹。

明治維新における刑事政策の動きとして、大政奉還後、朝廷はしばらくの間引き続き徳川慶喜に政治を委任するとともに、刑事政策に関しては「召ノ諸侯上京ノ上規則被相立候へ共夫迄ノ処ハ是迄之通り可心得事」との命を下した。ここにいう「是迄之通り」とは、封建的個別領有権の主体（大名、旗本、御家人、公家、神社）、および特殊団体（えた、ひにんなど被差別集団、ならびに当道の座）に刑罰権の分有、行使を認めるといふ幕府法の原則通りという意味である。²この点に関し、論者によれば、「大政奉還が、徳川三百年の統治に終止符をうつ大変革（政治的）であること、さらに、政治的変革には刑法の変革をとまなう、という東洋的政治意識……の存在を考えると、維新の出発点に立つて新政府の示した『是迄之通り』という回答の保守性は、むしろ異にするに足るといえ」るものの、「慶喜の大政奉還が、薩長との軍事的衝突回避を当面の狙いとし、幕末来の支配階級内部の矛盾を、彼自身が主導権を握る諸侯会議により調整しよう、という弥縫策であり、また、この上表を受けた朝廷の側に、慶喜に代つて政権を担当する力がまつたくなかつた、という状況を考えれば、『是迄之通り』という回答以外の回答はありえなかつた」とされる。³

しかし、明治新政府は、小御所会議に敗れた徳川慶喜の辞官納地に不満を持った旧幕府軍との戦い（鳥羽・伏見の戦い）で勝利を収め、さらにその後の江戸無血開城、上野彰義隊の乱、北越・会津戦争、函館戦争での勝利、版籍奉還等を通じて着実に力を蓄えていった。その中で、明治新政府は統一的な中央集権的国家体制の構築を図り、国家刑罰権に関しても統一的な行使を目指して統一的な刑法典制定に積極的態度を示したのであった。

一八六七年の王政復古の大号令によつて発足した新政府の方針は、天皇親政を基本とし、欧米諸列強に追いつくための改革を模索することであつた。統一的刑法典制定に際しても、この王政復古が強く前面に出されることとなる。具体的には、唐律

を模して制定された大宝律令にならない、徳川時代の法制と明律、清律を参酌した仮刑律が、一八六八年に定められた。もつとも、これは単なる裁判の準則で、公布されたものではなかった。さらに、唐律、明律、清律等中国大陸法を模範として、一八七〇年にわが国初の刑法典である新律綱領が定められ、その上で、一八七三年にはそれを修正する改定律例が定められた。⁴

しかしながら、このような復古的刑法体系が「富国強兵」、「殖産興業」をスローガンに劇的な発展を遂げつつあった当時の社会状況に適合しないことは明らかであり、箕作麟祥、西周等の西欧法制の理解者を中心とした激しい批判を受けることとなった。さらに、欧米諸国とのいわゆる不平等条約の改正要求と、それに向けた西洋風の近代国家への脱皮を至上命題としていたわが国は、西洋風の法制度を継受する必要に迫られ、加えて、新律綱領、改定律例に謀反・大逆行為の処罰規定や皇室に対する罪の処罰規定が置かれていなかったことも相俟って、新律綱領、改定律例に代わる刑法典（＝旧刑法典）の編纂に迫られたのである。⁵

一般的に、旧刑法典は、一八一〇年フランス刑法典に範をとり編纂されたと理解される。しかしながら、旧刑法典は、一八一〇年フランス刑法典を直訳してもたらされたものではない。旧刑法典の編纂に尽力した人物が御雇外国人であるフランス人のポアソナード(Gustave Emile Boissonade de Fontarabie 一八二五年―一九一〇年)であることは異論がないところであるが、彼は母国の刑法典に多分に批判的であった。それゆえ、後述するように、母国の刑法典をもとに、当時の西欧各国刑法を参照して、自らの新古典主義刑法理論に基づいて草案を起草し、この草案をもとに旧刑法典は編纂されたのである。⁶しかも、旧刑法典はわが国初の西洋風近代刑法典であり、上述のようにそれ以前の刑法は律令によるものであって、西洋法や西洋法理論の影響はほとんどなかった。その意味で、ポアソナード理論が、旧刑法典の出発点のひとつ、換言すれば、わが刑法の思想

的背景のひとつであるということができよう⁷。したがって、旧刑法典における共犯規定の意義を検討するに当たっては、その思想的背景であるポアソナード共犯論の検討が必要であるということになるろう。

しかしながら、ポアソナードの刑法思想・刑法理論につき、その全容を詳らかに見ていくことは、極めて困難な作業であるといえる。なぜなら、ポアソナードは刑法体系書を著していないため、ポアソナードの刑法思想・刑法理論は、来朝後各所でおこなった刑法講義の記録、あるいは、ポアソナードが自ら執筆した日本刑法草案に対する注釈書等をもとに、全体像をおさねなければならぬからである。また、ポアソナードが関わった旧刑法典の編纂過程における議論も、ポアソナードの刑法思想・刑法理論を知る上で有益となる⁸。

もつとも、これまでにポアソナード刑法について取り上げた先行研究がなかったというわけではない。ポアソナード刑法の研究は、確かにポアソナード民法を取り上げた研究と比べて少ないといえるものの、こうした事情があるにもかかわらず、むしろ、その数は決して少なくなかったのである⁹。

ところで、後述するように、旧刑法典の編纂過程におけるポアソナードの関与は、その関与の仕方によって、これを二つの段階に分けることができる。ひとつは、日本人の編纂委員だけで作業を行い、ポアソナードは講義や助言をすることで編纂に関与した段階。もうひとつは、ポアソナードが法典編纂の主導的地位に置かれ、日本人との議論を通じて法典を纏めていった段階である。後者の段階では、法典編纂作業という事情、特に、諸外国の規定を参酌し日本の実情に合わせるという事情も相俟つてか、議論を通じてポアソナードの刑法理論に相容れない規定になったり、ポアソナードの改説を導くなどの事柄を見出すことができる¹¹。

ボアソナードが来日した頃は、新古典主義刑法理論がまさに席卷していた時期であり、その代表的論者として、オルトラン (Joseph Louis Elzéar Ortolan 一八〇二年—一八七三年) を挙げる事ができる。ボアソナードはオルトランに師事し、「オルトランの思想と方法の継承者 (héritier de la pensée et de la méthode d'Ortolan)」と目されていたとされる¹²。また、ボアソナード自身、自らが祖国フランスから遠く離れた日本で広めようとした学説は、オルトランの学説であつたと述べている¹³。このように、ボアソナードの刑法学は、主としてオルトランの刑法学に負つていたのである。その意味において、オルトランの刑法思想も、また、わが刑法の思想的背景のひとつということになる¹⁴。したがって、旧刑法典における共犯規定の意義を検討するに当たっては、その思想的背景であるオルトラン共犯論の検討も、また、必要であるということになる。もつとも、オルトランの共犯論については、旧刑法典における共犯を検討するための前提作業として、すでに別稿でこれを取り上げた¹⁵。そこで、オルトラン共犯論の詳細についてはそちらに委ねることとして、本章では、もうひとつの思想的背景であるボアソナード共犯論に焦点を当てて検討を行うこととしたい。

ところで、右に示したように、ボアソナードの刑法思想・刑法理論を体系的に理解するためには、ボアソナードの刑法講義等における所説を総合して理解するよりほかはないが、純粋なボアソナードの刑法思想・刑法理論を見るには、旧刑法典編纂の主導的地位に置かれる以前の刑法講義等を主として見なければならぬであろう。この点に関しては、従来、あまり考慮に入れられていなかったように思われるところである。また、その際、オルトランの刑法理論の理解が有益であることはいうまでもない。

二、ボアソナード共犯論と正犯

ボアソナードの刑法講義は、すでに当時において、日本人の手によって邦語に訳されている。ここでは、当時の刑法講義、議論からボアソナード共犯論を理解するという点に鑑みて、当時の箕作麟祥にかかる一八一〇年フランス刑法典における共犯規定を掲げ、併せて現代語訳を掲げることにしよう。

第二篇 重罪及ヒ輕罪ノ爲メ罰ヲ受ク可キ人、宥恕ヲ得可キ人、他人ノ犯罪ヲ擔當ス可キ人

(重罪または輕罪のために処罰される者、刑の減免を受ける者または責任を負う者)

一章

第五九条「重罪又ハ輕罪ノ附從ハ其重罪又ハ輕罪ノ首謀ト同一ノ刑ヲ以テ罰ス可シ但シ法律上ニ別段定メタル場合ハ格別ナリトス」

(重罪または輕罪の共犯 (complice) は、その重罪または輕罪の正犯 (auteur) と同一の刑に処する。但し、法律に特別の規定がある場合はこの限りではない)

第六〇条「贈物、約束、脅迫、擅權、奸謀、偽計ヲ以テ人ニ輕重ノ罪犯ヲ行ハシメ又ハ其犯行ヲ行フヘキ指揮ヲ爲シタル者ハ其輕罪及ヒ重罪ノ附從ト爲シテ罰ス可シ

(贈与、約束、脅迫、職權もしくは權限の濫用、陰謀または詐術によつて重罪または輕罪にあたる行為を教唆し (auront provoqué)、またはその行為の実行の指示を与えた (donné des instructions) 者は、重罪または輕罪

とされる行為の共犯として処罰する)

輕重ノ罪犯ヲ行フノ用ニ充ツ可キヲ知り故ラニ兵器、器具及ヒ其他此等ノ罪犯ヲ行フニ用フ可キ物品ヲ貸與スル者ハ其輕罪及ヒ重罪ノ附從ト爲シテ罰ス可シ

(犯行に使われるに違いないことを知りつつ、犯行に使われる武器、器具またはその他の一切の手段を手に入れた者も同様とする)

輕罪又ハ重罪ヲ行フヲ知り故ラニ其輕重ノ罪犯ヲ爲スヘキ設備ヲ爲シ又ハ其ノ罪犯ヲ容易ナラシメ又ハ輕重罪ヲ成就スルノ助ケヲ爲シ其首謀ニ助力スル者ハ其輕罪又ハ重罪ノ附從ト爲シテ罰ス可シ但シ此條ニ記スル所ト國ノ内外ノ安寧ヲ害ス可キ陰謀暴動ヲ爲ス者其目的タル重罪ヲ行フコト能ハサル時ト雖モ之ヲ罰スル爲此ノ刑法中ニ別段定メタル刑ト相觸ル、コナカル可シ

(犯行を準備しもしくは容易にする事実または犯行を遂げさせる事実について認識をもつて行為の正犯を幫助しまたは援助した(aide ou assiste)者も同様とする。但し、国家の内部的または外部的安全に向けられた陰謀(complots)または教唆(provocations)の正犯に対してこの法律が定めている刑罰についてはこの限りではない)。また、陰謀者または教唆者が目的とした重罪が犯されなかった場合もこの限りではない)

第六一条「國ノ安寧公ケノ靜謐又ハ身體及ヒ財産ニ對シ妨害、強奪ヲ爲ス者ノ凶行ヲ知り故ラニ家屋及ヒ隱匿ノ地又ハ聚會所ヲ常ニ貸與フル者ハ其附從ト爲シテ罰ス可シ」

(国家の安全、公共の平穩、人または財産に対して略奪または暴行を行う犯罪者(malfaiters)の犯罪行為を知

りつつ、常習的に、その者に対して住居、隠れ家もしくは集合場所を提供した者は、その共犯として処罰する）
第六二条「重罪及ヒ輕罪ヲ犯シテ盜奪竊取シタル品物ノ全部又ハ一部ヲ故ラニ隠匿シタル者ハ其重罪及ヒ輕罪ノ附從トシテ罰ス可シ」

（重罪または輕罪により奪取され、領得され（*déournées*）、獲得された物の全部または一部を、情を知りつつ隠匿した者は、その重罪または輕罪の共犯として処罰する）

第六三条「然レ重罪ノ首謀ヲ死刑ニ處ス可キ時ハ其贓物ヲ隠匿セシ者ヲ無期ノ徒刑ニ處ス可シ」

（しかし、重罪の正犯に死刑が適用される場合には、隠匿者に関しては、無期強制労働に処する）

何レノ場合ニ於テモ贓物ヲ隠匿セシ者其事ヲ爲セシ時ニ當リ犯罪ノ首謀ノ死刑又ハ無期ノ徒刑又ハ流刑ニ處セラレル可キ模様アルヲ知りタル證據ノ分明ナル時ニ非サレハ其隠匿者ヲ無期ノ徒刑又ハ流刑ニ處ス可カラス若シ然ラサレハ之ヲ有期ノ徒刑ニ處ス可シ

（すべての場合において、必要な場合には、隠匿の際に法律が死刑、無期強制労働及び追放刑を科している事情を知っていたということが認められる場合に限り、無期強制労働または追放刑を宣告することができる。そうでない場合には、有期強制労働のみが科せられる）

見られるように、当時において、現在でいう「正犯」が「首謀」と、「共犯」が「附從」と称されていた。もっとも、「正犯」については、箕作訳であてられている「首謀」のほか、「首者」¹⁷、「主犯」¹⁸などと称されることもあった。また、いわゆる「共同正犯」については、

「共同首者」¹⁹⁾、「共謀」ないし「共謀者」²⁰⁾などと称されていた。

ボアソナードによれば、ひとつの犯罪に関与する者は、その関与の性質にしたがつて、等しく正犯 (co-auteurs) と呼ばれる者と共犯と呼ばれる者に区別され、しかも、この関与者には、これら正犯と共犯という二つの区分しかないとされる。²¹⁾

ボアソナードによれば、共同正犯と共犯を混同してはならないとされる。すなわち、共犯に関して、「附従者ハ主本タル首者ノ援助」とされるのである。ここから、共犯は、もっぱら正犯の援助にとどまるものとして理解されていたことがうかがえる。そして、この共犯には、一八一〇年フランス刑法典六〇条から六三条に規定される五つの種類があるとされる。²²⁾

ボアソナードは、六〇条一項に定められる共犯につき、「無形ノ附従ヲ組織スルノ事柄」と述べる。すなわち、重罪、軽罪に直接関与せず、ただ「智術無形ノ方法」によって間接的に関与する者をいうのである。²³⁾ それゆえ、「附従タルノ形迹アルヘキモノニアラス」とされた。²⁴⁾

しかしながら、ボアソナードは、この種類の共犯につき、正犯が意を決して罪を犯すに至ったのは共犯者が挑発したからであつて、それゆえ、この種の共犯者は「従者ニ非ス實ハ眞ノ首謀者タル可キナリ」と述べる。²⁵⁾ すなわち、ここでは、教唆犯が正犯であることが主張され、右に見た関与者の区分において教唆犯が正犯に分類されているのである。²⁶⁾ もつとも、ここであるという正犯に関して、これがいかに理解されていたのが問題となろう。この点、オルランも、また、教唆犯をして正犯とすることを中心としていたが、オルランは、共犯現象における結果に対する寄与度に応じて正犯と従犯とを区別した。すなわち、共犯現象におけるそれぞれの行為者の中から、第一の原因・動力因である者と援助をなしたにとどまる者とに区別し、結果に対する因果力の強さに応じて、前者を正犯と称し、後者を従犯と称したのである。そして、結果に対する因果力という観点から、

犯罪を構成する行為を肉体的に実行する者のみならず、行為者の犯意の決心に何らかの作用を与えた者も犯罪の原因であるとし、前者を身体的正犯と称し、後者を知的正犯と称したのである。こうして、オルトランは、教唆犯につき、これを「知的正犯として理解していたのである。²⁷ この点、ボアソナードも、「首謀者」の眞の性格つき、後に見るように、教唆犯の結果に対する寄与度を強調して、「知的正犯者」であると述べている。²⁸ すなわち、ボアソナードも、また、教唆犯は正犯であるとしているが、ここでいう正犯とは「知的正犯であることを主張していたのである。

ところで、ボアソナードのこうした主張と関連して、共犯者の脅迫によって被脅迫者が犯罪行為を実行した場合が問題となる。このような場合、一八一〇年フランス刑法典六四条に規定する強制的な状況に該当すれば、犯罪行為を実行した者を重罪ないし軽罪で罰することができないからである。それゆえ、この場合に誰を犯人とするべきかが問題となるのであるが、この点につき、ボアソナードは次のように述べる。「其時ハ其脅迫シタル者ヲ以テ第六十條ノ主意ニ仍リ罰スルナリ」と。この場合、犯罪を実行した被脅迫者が、「実行を行った」という意味において「正犯」であることは疑いがない。もつとも、この場合の「正犯」者たる被脅迫者は六四条によつて不処罰となるにもかかわらず、その背後の脅迫者を六〇条に定める共犯規定にしたがつて処罰するといふのであるから、共犯処罰について、正犯者が処罰されることが必要であるとは考えられていなかったことがうかがえるのである。さらに問題は、脅迫者を正犯とするか共犯とするかにあるが、この場合において正犯とはあくまでも「脅迫ニ仍リ止ムヲ得ス其事ヲ爲シタルモノ」であつて、脅迫者は「矢張り附従ト爲スヘキ」とするのである。したがつて、例えば甲が乙を脅迫して犯罪を行わせた場合、乙は脅迫によつて犯罪をなしたのであるから六四条により無罪となるが、甲は六〇条一項により、脅迫を用いた共犯として本刑と同罪として罰せられることとなるのである。³⁰

ところで、この点に関し、オルトランも、また、こうした場合において行為を行った被脅迫者は処罰されないが、脅迫を行った背後者は処罰されうるとしており、共犯処罰につき、実行を担当する—身体的—正犯者が処罰されることは必要ではないとしていた。その意味で、ボアソナードもオルトランと同様の見解に立っていたといえるが、もつとも、オルトランは、この場合の背後者たる脅迫者は知的正犯として処罰されるとする。³¹ここにボアソナードとオルトランとの間に主張の相違がみられるように思えるが、実はそうではなく、オルトランは、教唆犯を知的正犯とする自らの理論的帰結としてこのように述べているのであって、ボアソナードも、また、右に見たように教唆犯を知的正犯とするのであるから、理論的には当然にその背後者も知的正犯となろうが、一八一〇年フランス刑法典は教唆犯を共犯としていたことから、その法解釈として、その背後者たる脅迫者を共犯として処罰するとしたと理解されるのである。

六〇条二項につき、一項と異なり、「直ニ其實物ニ當リ附従タル形迹ヲ見ルヘキモノ」であつて、本項に規定された兵器、器具の貸与については、それが犯行に用いられることを知りつつなされなければならず「假令其兵器々具等ヲ貸與ヘルトモ罪ヲ犯ス爲メナルヲ不知偶然之ヲ貸與タル時ハ附従ト爲サ、ルナリ」とされた。³²

六〇条三項につき、共犯者自ら直接犯罪に関与し正犯者を助けるものの、犯罪の発者でもなく、共同正犯でもない場合を規定したものとされる。そして、この種類の関与には、犯罪の以前の関与、あるいは、犯罪が行われていると同時の関与があるとされる。³³もつとも、ボアソナードは、本項につき、「大ヒニ難事アリ」と述べる。すなわち、六〇条三項に定める関与行為につき、これを共犯とするか共同正犯とするか、その区別が困難な場合があるというのである。³⁴

この区別に関し、ボアソナードは、そもそも「已ニ重輕罪ヲ助ケ之ヲ犯サシメタル者ハ固ヨリ共謀者ト見做スヘキ筈」である

し「已ニ其犯罪ヲ助ケテ遂ケサシメタル上ハ全ク共謀者ト見做スヘキ筈」であるのに「之ヲ何故附從ト見做スヘキカ」という点から出発する。そして、ボアソナードは、これについて次の二つの例を掲げた。すなわち、ひとつが、侵入窃盗をなすに当たり、一人が家の中へ入り物品を盗取し、もう一人がその者のために門前に立つて他人の来るのを見張っていた場合、もうひとつが、踰越窃盗をなすにあたり、ある者が隣家に忍び入ろうとする時に、その障壁を乗り越えさせるために他の者が肩を貸して乗り越えさせた場合、である。このうち、一般的な理解では、前者については六〇条三項によって共犯となるのに対し、後者については共同正犯となるとする。その理由につき、ボアソナードは次の様に述べる。すなわち、前者については、「假令其者ノ之ヲ見張ラサルトモ家屋中エ入りタル上ハ其品物ヲ盗取り得ヘキ」である一方、後者については「其肩ヲ貸サ、レハ塀牆ヲ乗ル能ハス即チ其ノ罪ヲ犯ス能ハサルモノ」である、と。結局のところ、一般には「直ニ犯罪ノ實際ニ關係シタル者ヲ共謀者ト云フ」とするのである。³⁵

しかし、ボアソナード理論は、こうした一般的な理解とは異にするものであった。ボアソナード自身、踰越窃盗に際し障壁を乗り越えさせる場合と異なり、侵入窃盗に際し見張りをなす場合は、侵入も窃取もしておらず、その意味で「直チニ其盜罪ヲ犯セシニアラス」と認めている。しかし、この場合、「他人ノ來ルヲ防キタル爲メニ遂ニ其盜罪ヲ犯サシメタルモノ」であつて、「一人以上二人共ニ盜罪ヲ犯シタル譯」であるから「自分ノ考ヘニハ共謀者ト爲スヘシ」とするのである。³⁶ すなわち、ボアソナード理論において、実行正犯とは、直接犯罪行為を実行した者はもちろん、犯罪行為ではないが、その行為があつたために犯罪行為をなした、換言すれば、その行為がなかつたならばその犯罪をなしえなかつたような行為をなした者をも含むという趣旨だったのである。こうした考えは、直截に次の記述からもうかがえる。すなわち、「そもそも、犯罪の実行に『直接の寄与』(“part

(directe.) をなした者が共同正犯 (co-auteurs) であることは、当然の理である」。「しかし、共同正犯を、自ら犯罪行為を実行した者のみに限定することはできず、実行に付随的かつ必要 (concomitants et nécessaires) な行為で関与する場合もあり、その場合、主要な行為と区別することは、道理にもかなっていないし、不可能なことである」。それゆえ、見張りに関して、「もしその加担が付随的なものであれば、その加担は、その犯罪の遂行に全く必要ではなかったものであり、それゆえ、見張りをした者は、共犯者にしかならない。これに対し、もし、その者が、まさに来ようとしている救助者を追いつために外で見張りに立っていた (apostes) ならば、その者は犯罪の完遂に必要な役割としての責任を負うのであり、共同正犯になる」、と。³⁷

このように、ポアソナードは、形式的な行為によって—実行—正犯と共犯を画するのではなく、実質的な見地から—実行—正犯を考察していたことがうかがえるのである。この点について、オルランも、身体的正犯者には、犯罪を構成する行為にとどまらず、犯罪を構成する行為は行わないもののその犯罪の遂行に必要な行為を行った者も含まれるとして、形式的行為で正犯を区分するのではなく、ある程度実質の見地からこれを考察し、結果に対する寄与度を重視していたのである。³⁸

次に、正犯と共犯の処罰について、一八一〇年フランス刑法典が、正犯と共犯の処罰につき刑の同一性を規定していることは、右に示した条文から理解しうる。ポアソナードは、一八一〇年フランス刑法典が正犯と共犯の処罰の同一性を規定する理由につき、「何トナレハ一人ニテ其罪ヲ犯シ能ワス附従アリテ其設備ヲ爲シ或ハ其便利ヲ得セシムル等ニテ遂ニ其罪ヲ犯シ得ル譯ニテ實迹ハ固ヨリ同一ナレハナリ然ラハ主犯ノ公益ヲ害スルト道德ヲ損スルトニ比シ全ク同等ノモノナリ」とされていることを述べる。しかし、ポアソナード自身、「自分ノ考ヘニハ主犯ト附従ト同等ノ罪ニ定メタルハ少シク酷ニ失スルヤト爲ス」とする。これは、そもそも、人は、悪事を働く際に、善悪の境界を思い起こし、その悪事をなすことを思いとどまることがあるが、

正犯者は現実に犯罪を完遂したものの、共犯者に関しては、善悪の境界に踏みとどまりその悪事を思いとどまることもあるのであって、実際に罪を犯した正犯者とそのような共犯者との間には刑の差を設けなければならないというのである。³⁹もつとも、ボアソナードはこのように述べるにとどまらず、解釈において正犯と共犯の刑の差を導き出した。すなわち、制定法につき、これを共犯の刑が正犯の刑と全く同じと解することは妥当ではなく、通常正犯に適用されうる法定刑を共犯にも適用すると解されるべきであって、そのような記述にするべきであると述べるのである。これによって、各個々人の罪科の軽重に応じた刑を言い渡すことができるのである。⁴⁰なお、この点もオルトランと同様であり、オルトランも、また、正犯、共犯の処罰について両者の間に刑の差を設けなければならないことを説き、正犯と共犯の同一刑での処罰を規定する一八一〇年フランス刑法典について、これを「正犯者によって犯された重罪もしくは軽罪に対して法律によって宣告された刑と同一の刑である」と読んで解釈上科刑の上での差異を認め、制定法の見地からも、個人責任に応じた個々の刑罰を導き出していたのである。⁴¹

以上が、ボアソナード共犯論の概要である。見られるように、ボアソナード共犯論は、オルトランのそれに酷似したものであったといえよう。それでは、このボアソナード理論が、具体的にどのような形で旧刑法典に結実していったのか。章を改めて、この点について検討することにしよう。

- 1 小林好信「舊刑法制定の思想的基盤」法学論叢五二巻五〇六号（一九四六年）三六二頁。
- 2 横山晃一郎「刑罰・治安機構の整備」福島正夫編「日本近代法体制の形成（上）」（日本評論社 一九八一年）二九〇頁。
- 3 横山・前掲「刑罰・治安機構の整備」二九〇～二九一頁。
- 4 明治初期の刑法に関する研究として、例えば小林好信「明治維新と刑法の撰定―新律綱領並びに改定律例を中心として―」法学論叢四八巻五号

- (一九四三年)八九頁以下、手塚豊『明治初期刑法史の研究』(慶應義塾大學法學研究会 一九五六年)、石井紫郎『水林彪校注』日本近代思想体系七 法と秩序』岩波書店 一九九二年)など。
- 5 旧刑法の編纂に至る経緯を記したものととして、佐伯千仞『小林好信』刑法学史(学史)『鶴飼信成ほか編』日本近代法発達史(一一)―資本主義と法の発展(勁草書房 一九六七年)二三三頁、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(日本評論社 二〇〇八年)二頁など。なお、論者によれば、旧刑法の制定にいたる過程について、「明治初年の新律綱領(一八七〇)〔明治三年〕、改定律例(一八七三)〔明治六年〕から旧刑法典への変革は、ヨーロッパにおいてはほぼ一世紀かかったことを、僅か約五年間になし遂げようとしたことを意味したのである」と評される(内藤謙『刑法理論の史的展開』(有斐閣 二〇〇七年)二八六頁)。
- 6 G. BOISSONADE, *Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, I, iv, Tokio, 1886, pp.11-12. なお、佐伯『小林・前掲』刑法学史(二)四頁よれば、ボアソナードは、「この日本の国で理想的な刑法典を作り上げようと気負っていた」と評される。
- 7 拙稿『フランス共犯規定とオルトランの共犯論』九大法学九九号(二〇〇九年)五九―六〇頁、拙稿『教唆犯規定の意義に関する一考察』森尾亮ほか編『入間回復の刑事法学』(二〇一〇年 日本評論社)八四―八五頁以下。
- 8 なお、ボアソナードについて、大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』(岩波書店 一九七七年)。
- 9 例えば、小野清一郎『舊刑法とボアソナードの刑法學』『刑罰の本質について・その他』(有斐閣 一九五五年)四二五頁以下、佐伯『小林・前掲』刑法学史(二)三三頁以下、山中俊夫『明治初期刑事法思想の研究』ボアソナードの思想を中心として『同志社法学』一〇四号(一九六八年)二頁以下、吉川経夫『ボアソナードと罪刑法定主義』法学志林七一巻二―四号(一九七四年)九三頁以下、青木人志『ボアソナード刑法思想における「道德的悪」と「社会的悪」の概念』一橋論叢一〇五巻一―号(一九九二年)三二頁以下など。
- 10 『草案起草の目的と方法を定めた「起草の大意」によれば、「起案ノ目的トナス所ハ歐洲大陸諸國ノ刑法ヲ以テ骨子トシ本邦ノ時勢人情ニ參酌シテ編纂スル」とされた(西原春夫ほか編『日本立法資料全集』二九 旧刑法(明治一三年)(一)〔信山社 一九九四年〕九一頁)。
- 11 立法の主體的関与段階におけるボアソナードの改説、妥協はいくつも見られるが、本稿との関係では、共犯規定における改説として、共犯と身分が挙げられる。ボアソナードは、例えば、子供が親を殺害する場合に第三者が共犯者であるというような場合、子が自らの親を殺した場合とは通常殺とは異なり尊属殺という「別種ノ罪」であって、この「別種ノ罪」に関与した以上は、共犯者もこの罪で罰せられるということを志向し、旧刑法の編纂において、第一稿においても校正第一案においても加重身分の連帯性を規定していたが、最終的に、日本人委員より加重身分の連帯性を否定する案が出され、結局、身分の加重を他人に及ぼす規定が全廃されるに至っている。この点につき、西原春夫ほか編『日本立法資料全

集三一 旧刑法明治一三年(三)―I(信山社 一九九七年)三二六―三三八頁。

12 G. ANTONETTI, La faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études, dans Boissonade et la réception du droit français au Japon, Paris, 1991, p.34.

13 BOISSONADE, op.cit., AVERTISSEMENT, p.VIII.

14 拙稿・前掲「教唆犯規定の意義に関する一考察」八四―八五頁。

15 拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」五八頁以下。

16 箕作麟祥訳「佛蘭西法律書下卷 訴訟法商法治罪法刑法」(印書局 一八七五年)一一一七頁以下。

17 ボアソナード講述(井上訳)「法國刑法撮要」(司法省 一八七七年)二四四頁。

18 ボアソナード口述(名村泰蔵訳)「佛國刑法講義」(弘令社 一八八一年)七六頁。

19 ボアソナード講述(井上訳)・前掲「法國刑法撮要」二四四頁。

20 ボアソナード口述(名村訳)・前掲「佛國刑法講義」七一頁。

21 BOISSONADE, op.cit., pp.375-376.

22 ボアソナード講述(井上訳)・前掲「法國刑法撮要」二四四頁。

23 ボアソナード講述(井上訳)・前掲「法國刑法撮要」二四四―二四五頁。

24 ボアソナード口述(名村訳)・前掲「佛國刑法講義」七一頁。

25 ボアソナード講述(井上訳)・前掲「法國刑法撮要」二四五頁。

26 なお BOISSONADE, op.cit., p.375.

27 拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」九二頁以下。

28 BOISSONADE, loc.cit.

29 一八一〇年フランス刑法典六四條「重罪又ハ輕罪ニ當ル可キ所行ヲ爲シタル者當時或ハ狂顛ニ罹リ或ハ抗拒ス可カラサル威迫ニ因テ其事ヲ爲シタルニ於テハ之ヲ重罪トモ輕罪トモ爲ス可カラス」(箕作訳・前掲「佛蘭西法律書下卷」一一一九頁。被告人が行爲の時に心神喪失の状態にあった時、または、抵抗できない力によって強制された時には、重罪にも輕罪にもならない)。

30 ボアソナード口述(名村訳)・前掲「佛國刑法講義」八五頁。

- 31 拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」九九頁。
- 32 ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七一頁。なお、この点、オルトランも、これらの幫助行為は情を知りつつ故意に行われることが必要である旨述べている(拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」二〇二頁)。
- 33 ボアソナード講述(井上訳)・前掲『法國刑法撮要』二四六頁。
- 34 ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七一頁。
- 35 ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七二〜七三頁。
- 36 ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七三頁。なお、ボアソナード講述(井上訳)・前掲『法國刑法撮要』二四七頁。
- 37 BOISSONADE, op.cit., pp.377 et suiv.
- 38 拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」九八頁。
- 39 ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七五〜七六頁。
- 40 ボアソナード講述(井上訳)・前掲『法國刑法撮要』二五一頁、ボアソナード口述(名村訳)・前掲『佛國刑法講義』七九頁。
- 41 拙稿・前掲「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」二〇三〜二〇四頁。

第二章 旧刑法典における共犯規定の意義と正犯

一、「日本帝国刑法初案」編纂の経緯

わが国初の近代刑法典たる旧刑法典の編纂については、それを担った担当機関に着目して、司法省段階、審査局段階、元老院段階の三つに区分することが可能である。

一八七五年の立憲政体樹立の詔によって左右両院は廃止され、立法機関として元老院が、司法機関として大審院が設置され

た。これによつて、以後の法典編纂は司法省、元老院が担当することとなり、西洋風の刑法典の編纂作業も司法省のもつて進められることとなつた(司法省段階)。

司法省は、一八七五年の本省職制章程と本省総則、各課章程によつて権限の強化と内部機構の整備を図つた後、刑法草案の起草に着手することとなつた。司法大輔山田顕義が草案起草の長となり、刑法草案取調掛が設置され、鶴田皓を編纂長として以下十名が掛に命じられた¹⁾。また、司法卿大木喬任、司法大輔山田顕義と刑法草案取調掛の合議で次のような「起草の大意」を決定して、草案起草の目的と方法を定めた²⁾。

- 一 起案ノ目的トナス所ハ歐洲大陸諸國ノ刑法ヲ以テ骨子トナシ本邦ノ時勢人情ニ參酌シテ編纂スルヲ尤モ歐洲諸國ノ刑法中佛國ノ刑法翻訳先成リ各員目能ク慣レ且佛國教師雇中ニ付質問ニ便ナルニヨリ先佛國ノ刑法ヲ以テ基礎ト爲シ其他各國ノ刑法ニ及フヘキヲ
- 一 文字ノ用法ハ從來慣行ノ律文ニ依ルヲ
- 一 佛國教師ボワソナード氏ヲシテ現今日本ニ施行スヘキ刑法見込書ヲ出サシメ今般纂集ノ草案トヲ比較シテ纂集ノ助トナスヲ
- 一 佛國教師午前日ヲ定メ佛國ノ刑法ヲ講解シ其原由ヲ説明シテ纂集ノ助トナスヲ
- 一 各員別局集會ノ時限ハ毎日午飯後ヨリ第二時ニ至ル

この方針に従い、西欧の刑法典の翻訳・研究に着手するとともに、刑法草案取調掛全員の合議で草案を起草していった。刑典編纂にあたって、ポアソナードも刑法編纂に助力し、刑法編纂委員に対して三十三回に渡りフランス刑法の講義を行つてゐる。しかし、ポアソナードは、あくまでも「纂集ノ助」にとどまつた。

かくして、ポアソナードによるフランス刑法の講義の聴講や助言を受けつつ、日本人の編纂委員だけで刑法草案の編纂作業を行つたのである。

二、「日本帝国刑法初案」と共犯規定の意義

編纂会議における共犯論の議論は、「刑法草案編纂日誌抜鈔」³の中に見ることができ、ポアソナードが刑法編纂委員に対して行つた共犯論の講義は、編纂会議における共犯の議論よりも先になされており、それゆえ、刑法草案編纂者によるフランス刑法を始めとした外国法研究のほかに、ポアソナード講義も議論の基底にあることは想像するに難くないであろう。⁴

わが国の共犯は、唐律の「諸共犯罪者 以造意為首 随從者減一等」という条文を模して以来、伝統的に犯罪意思を形成する際に重要な役割を果たした造意者を中心に処罰すべき考え方を採つてきたとされるが、この考え方は、⁵上述した明治維新直後の復古的な刑法体系である仮刑律や新律綱領にも受け継がれた。すなわち、仮刑律において、「凡、俱に罪を犯は、造意主謀之者を以、首とし、随從與黨するを從と爲、罪一等を減ず」と、新律綱領において、「凡共ニ罪ヲ犯ス者ハ。造意一人ヲ以テ首ト爲シ。随從者ハ。從ト爲シ一等ヲ減ス」と規定されたのである。

これら規定においては、「共犯罪者」という一つの基準の下ですべてが可罰的となり、その中で「造意ニ首犯」という概念のも

と首犯と従犯が区別され、後者が一等減じて処罰されるというものである。ここで造意とは意思を造ることであり、造意者とは意思形成において主導的役割を演じた者、すなわち、共犯現象の発起人にほかならない。これに対し、従犯とは、造意者の提案を受けて、これに賛同した人物をいう。すなわち、わが国の伝統的共犯概念においては、客観的な実行行為は重視されず、犯罪意思形成における主導性が主従の区別、刑の軽重のメルクマールとされていたのである。それゆえ、造意者は自ら実行行為を行なう場合も想定されていたし、犯行の現場に臨まずもつばら随従者に実行行為を任せることも想定されていた。⁸

しかし、フランス法をはじめとした西洋法の考え方は、こうしたわが国の伝統的共犯概念と異なり、実行行為およびその周縁的行為を中心として正犯を定め、それとの関係において付随的関与たる従犯を区別するというものである。それゆえ、編纂作業を通じて、わが国の伝統的概念における考え方と西洋法における考え方との間で、編纂者の紛糾を看取しうるのである。

編纂過程において、まず、正犯と従犯の区別、および、その処罰について議論がなされた。ここでは、わが国の伝統的共犯概念にしたがって、共犯となるものにも自ずとその区別があり、また、外国法にも、第一級正犯と第二級正犯とを区別するものがあるとの意見が出されたものの、「其性質ノ區別アルニヨリ刑法總體ノ權衡并ニ體裁ニ於テ差支ノ生スルナキ」として、全ての正犯をひとつの条文で同等に処罰することとした。¹⁰

前述したわが国の伝統的共犯概念に立てば、「共犯罪者」には、現在の理解でいう共同正犯は勿論、教唆犯、従犯が含まれ、その内部で首犯、従犯と区別して刑を分けていたわけであるが、ここにおいて正犯と従犯とを区別し、しかも、正犯を一律で等しく罰するということから、ここに、従来、わが国には存在しなかった、現在の理解における共同正犯概念を見ることがで

きるのである。

また、従犯に関して、事前従犯と事後従犯に区別された。このうち、事前従犯には、「謀計ノ従」、すなわち、贈与、約束、脅迫、権限の濫用、詐術といった手段を用いて犯罪を行わせる場合、「器物ノ従」、すなわち、犯行に使われる武器道具を供与した場合、および、「事業ノ従」、すなわち、犯罪の遂行を容易にする設備を施した場合が当たるとされた。なお、正犯と従犯の処罰の同一性が確認されている。事後従犯には、犯人臧匿および贓物隠匿があるとされた。もつとも、事後従犯は、正犯よりも必要の減輕を受けることが確認されている。¹¹一八一〇年フランス刑法典の影響を強く受けていることがうかがえよう。

とりわけ従犯に関して特筆すべきことは、造意者についてわが国の伝統的共犯概念を踏襲してこれを正犯とするのではなく、事前従犯に組み込んでいる点である。これも、また、教唆者をもつて共犯であるとする一八一〇年フランス刑法典の影響を受けたものといえよう。

以上のような議論を経て「日本帝国刑法初案」(第一編名例八二条。以下、単に「初案」ということもある)が作成されることとなる。「初案」における共犯規定は、下記の通りであった。¹²

第四章 正犯従犯

第三十八條 二人以上共ニ罪ヲ犯セハ皆正犯ト爲シ各其本刑ヲ加フ

第三十九條 贈物結約若クハ恐嚇威逼教唆其他各種ノ方略ヲ用(ヒ)テ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ事前従犯ト爲シ正犯ト

同一ノ刑名ニ依テ處斷ス

其重罪輕罪ヲ犯スヲ知り故ラニ器械物品ヲ給與シ又ハ幫助設備ヲ爲シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者モ亦同
〔シ〕

第四十條

重罪輕罪ヲ犯シタルヲ知テ故ラニ藏匿隱避セシメ若クハ其贓物ヲ陰藏買取スル者ハ事後從犯ト爲シ正犯ト
刑ヲ異ニス

このように、「初案」は、一八一〇年フランス刑法典を模倣したものであるとはいえ、わが国の伝統的な唐律に由来する共犯規定を離れ、近代的な共犯規定の体裁を整えるに至ったのである。しかし、予知的にいえば、旧刑法典における共犯規定とは、いまだ距離のある規定であったのである。

三、 編纂過程の見直しと「日本刑法草案」

「初案」は、一八七六年四月二五日に司法省から正院に上呈され、五月十七日に「改正刑法名例案」として元老院の議定に付された。しかしながら、不完全であるとして審議されぬまま司法省に返還されることとなった。¹³ この点につき、何をもって不完全であるとされたのかは明らかではないものの、その理由については、「初案」が総則編のみであり各則を含めた全体としての完成が審議の前提とされたことも可能であるが、司法省への返還のうちに「初案」を修正した再訂増補案が提出されていることから、内容的な問題があったとの推察もなされている。¹⁴

これを受け、司法省は、従来の編纂方法の見直しを図ることとなった。すなわち、これまで「纂集ノ助」としての地位にとど

めていたボアソナードを、刑法典編纂の主導的地位に置いたのである。ここでは、ボアソナードが自説を陳述したうえで彼の起草する草案を原案とし、それを日本語に訳したうえで日本人編纂委員を代表する鶴田皓との間で質疑・討論を名村泰蔵の通訳を媒介として行い、この質疑・討論をもとにボアソナードが修正案を起草し、それを日本語に翻訳のうえで再度鶴田との間で通訳を介して議論をするというやり方をとり、必要に応じた分の修正案の起草と議論を尽くしたのちに確定案を作成していったのである。編纂にあたり、ボアソナードは、自分の意見を十分に陳述したうえで可否が決められることを望み、また、日本人編纂者もそれを了承しつつ、ボアソナード説と日本の法律上の慣習やしきたりとを参酌した十分な協議を尽くすこととしたのであった。¹⁵⁾

新たな刑法典編纂作業は、一八七六年五月から開始された。編集会議では第一編の編纂から取り掛かり、六月三十日に草案(第一編総則一一七条)が正院に上呈された。七月に第二編以下の編纂に入り、十二月二十八日に四編五二四条からなる「日本刑法草案第一稿」(以下、単に「第一稿」ということもある)が同院に上呈されることとなった。

一八七七年一月二日、司法省局課分掌の改正によって刑法編纂課が設置され、同課が編纂作業を担当することになった。ここでは、前年に上呈された「第一稿」に対する校正作業が第一編から順次進められ、六月に三編四七三条の校正草案の完成を見るにいたる(「日本刑法草案第二稿」(以下、単に「第二稿」ということもある))。この編纂方法は「第一稿」の場合と同様で、各章節ごとにボアソナードと鶴田皓との質疑・討論を行い、これをもとにボアソナードが校正草案を起草し、それを日本語に翻訳のうえ、さらに議論をなし修正するというものであった。なお、この校正作業中の五月、刑法編纂課は刑法編纂掛に改称されている。しかし、この「第二稿」は刑法編纂掛の校正にとどまり上呈はされていない。

その後、引き続き「第二稿」について刑法編纂掛による校正作業が進められるとともに、違警罪の編纂も行われることとなる。一月に編纂は完了し、編纂長鶴田皓から司法卿大木喬任へ四編四七八条からなる「日本刑法草案（確定稿。以下、単に「草案」ということもある）が提出された。そして、同月二八日に司法卿から太政官に「草案」（四冊）および各国刑法類纂（七冊）が上呈されるとともに、前年に上呈された「第一稿」の却下が求められたのである。

四、「日本刑法草案」と共犯規定の意義

「日本刑法草案」の編纂における議論については、「日本刑法草案会議筆記」と称される会議録の中に見ることができるところで、「日本刑法草案会議筆記」の体裁は、第一編総則と第二編以下で異なっており、第二編以下では節ごとに「草案」の条文がまず掲げられ、これに関するポアソナードの議論と鶴田皓との起草前の総括的議論、ポアソナードの最初の仏文草案（第一案）、第一案に関する議論、ポアソナードの修正草案（第二案以下）、その日本文草案（第一稿）、第一稿に関する議論、ポアソナードによる修正草案（校正案）¹⁷、その日本文草案（第二稿）という順序で整理されており、会議の記録をおおむね節ごとの編纂順序に従って編纂している。しかし、第一編総則においてはこのような順序が明確ではない。この点については、「『編纂着手ノ当初其方法粗ニシテ会議起草ノ手続未タ熟セサルヲ以テ』と述べているが、……第一稿がそろって上申される明治九年十二月に先立って、第一稿についてのみ草案（一七カ条）が六月末に上申されて」おり、「第一編の少なくとも第一稿までに関しては、編纂委員及び『教師』に、……『初案』の編纂の経験があり、第二編以下の編纂過程に必要とされたような手順をふむことなしに、稿を成すことができたのではないか」との推察がなされている¹⁸。

「草案」における共犯規定は、下記の通りであつた。¹⁹⁾

第八章 數人共犯

第一節 正犯

一一七條 二人以上連合シテ現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス但法律ニ於テ人ノ多數ニ因リ別ニ其刑ヲ加重スル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス

一一八條 脅迫贈與結約威權其他故意ヲ以テ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者亦正犯ト爲ス

論說ヲ公衆ニ演述シ若クハ文書ヲ刊行公布シテ國ノ安寧ニ關シ又ハ人民ニ對シタル重罪輕罪ヲ犯スコトヲ教唆シタル者亦同シ但法律ニ於テ別ニ教唆者ノ刑ヲ加重シ又ハ出版演說ノ條例ニ依テ教唆ニ止ル者ヲ罰スルハ各其法律條例ニ從フ

一一九條 正犯ノ所爲ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯教唆者其所爲ヲ共ニセスト雖モ之ヲ豫知シタル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス

正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得ス

一二〇條 教唆者ハ正犯ト爲シテ論スト雖モ人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時其現ニ行フ所ノ正犯ニ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス

一二一條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆

者ノ指示シタル方法ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シ教唆者ヲ處斷ス

- 一 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス
- 二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス

第二節 附從

一二三條 犯罪ノ情ヲ知り左ニ記載スル所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタル者ハ附從ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス

一 犯罪ヲ容易ナラシムル爲メ正犯ニ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ及ヒ其他ノ方法ヲ與ヘタル者

二 豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ補助シ又ハ容易ナラシメタル者

三 犯罪ノ後ニ於テ其終成ヲ補助シタル者

一二三條 身分ニ因テ其刑ヲ加重ス可キモノ附從ト爲ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス其他第百十九條ニ記載シタル正犯ノ

例ニ同シ

右に示したように、「日本刑法草案會議筆記」は、會議の記録を時間的順序に従つて綴つたものではなく、「草案」の節あるいは条文ごとに會議の記録を集めたものであつて、刑法草案編纂の全体的順序を知ることができない。しかし、「初案」ではわづか三条しかなかった共犯規定が「草案」では七条に増えており、さらに、いわゆる共犯と身分や錯誤に関する規定を盛り込むなど、その内容も豊富になつてゐることから、確定草案に至るまでに、共犯に関してかなりの議論が積み重ねられたであろうことを推し量ることができる。

「草案」一一七条に關して、本条は、右に掲げたところからも理解されるように、現在でいうところの共同正犯に關する規定である。前章において掲げたように、一八一〇年フランス刑法典は共同正犯の規定は有していなかった。しかし、フランスにおいては講学上共同正犯という概念が存在し、²⁰ポアソナードも、すでにみたように、共同正犯という概念を認めていた。²¹わが国においては、すでに「初案」段階で、共同正犯の規定を有していたことは、前述のとおりである。

ポアソナード共犯論においては共同正犯と共犯が明確に區別されていたが、「草案」においても、共同正犯と共犯は明確に區別された。すなわち、正犯とは、「直接二犯罪ニ加功スルモノ」をいい、これに対して、共犯とは、「補助ノ手段ヲ以テ間接ニ加功スルモノ」であるとされたのである。²²ところで、旧刑法典は、「草案」を含めて極めて簡潔な条文化を果たすに至ったが、仏文草案は、極めて周到な条文構成を有していた。それゆえ、「草案」を理解するにあたって、仏文草案もまた、その一助となる。そこで、本条に關して仏文草案を眺めるに、一一七条では、簡潔に「現ニ罪ヲ犯シタ」とされているが、これに対応する仏文は、*plusieurs individus ont, . . . pris une part directe à l'exécution d'un crime ou d'un délit,*²³とされており、「多數人が、. . . 重罪ないし軽罪の実行に直接加わる」と明記されているのである。それゆえ、この「現ニ罪ヲ犯シ」とは、犯罪への直接関与を指すと解され、犯罪行為を有形的に実行する場合を念頭に置いた規定であると理解されるのである。²³ここでいう犯罪行為に關して、関与者各々が犯罪行為の全てを有形的に実行する必要はなく、犯罪構成行為を分担して実行することで足りるとされており、そうした分担の結果犯罪を実現した以上、犯罪構成行為の分担者は実現した犯罪の全体の責任を負うとして、現在の理解という共同正犯の一部実行全部責任も確認されている。²⁴

もつとも、仮に数人が同時に犯罪構成行為を実行したとしても、意思を通じずに実行したといういわゆる同時犯形態では本

条に該当せず、「同意連合」して数人が同時に犯罪構成行為を実行したのでなければ本条には当たらないとされた。²⁵ この点も、本条の仏文草案から詳しく読み取ることができる。すなわち、一一七条によれば「二人以上連合シテ」とされているが、仏文では「d'un commun accord」、すなわち、「共通の意思で」と示されているのである。ポアソナードも、この点に関し、より詳細に、本条の要件として、行為者が罰すべき行為に同時に参加したことでは十分ではなく、あらかじめ謀議の上、共通の意思で行動することを必要としている。²⁶ 以上のことから、一一七条は、現在でいう実行共同正犯を規定したものであると理解されるのである。

また、「各自ニ其刑ヲ科ス」とは、各自に正犯の刑を科すことを指すことも確認されている。²⁷

ところで、本条の但書と関連して、興味深い議論がなされている事に気付く。この議論は、例えば盗罪につき、各則において、二人以上で窃盗を行った場合、単独で行なう場合よりも必要的に刑が加重されることが規定されていることと関わるものである。ここで、二人以上の者が今夜ある家に行き盗罪を実行することを相談したがそのうちの一人のみが実際に盗罪を犯し、他の者は行かなかつたという場合の処理につき議論がなされている。この場合、現場に行かず盗罪を犯さなかつた者は、正犯とならないとされた。²⁸ なお、この点は、次に続く一一八条とも関わるところである。

そこで一一八条一項を眺めるに、本条はいわゆる教唆犯を定めるものである。本条は、「初案」三九条一項と酷似するものであることがうかがえる。しかし、「初案」三九条一項が一八一〇年フランス刑法典にならい教唆犯を事前従犯としていたのに対し、本条では、「亦正犯ト爲ス」として、ポアソナード説と同様教唆犯をして正犯とされているのである。もつとも、本条においては、「正犯」および「爲ス」の意義が問題となる。それというのも、これに対応する仏文草案では、「Sont considérés et punis

comme co-auteurs」と示されているからである。²⁹

一般に、「co-auteurs」には、「共同正犯」という訳語が与えられる。³⁰したがって、「爲ス」の意義についてはこの後に検討を行うので一先ず措くとして、本条でいう「正犯」については「共同正犯」として、すなわち、教唆犯をして「共同正犯ト爲ス」という意味で理解することも可能であろう。³¹しかしながら、こうした理解は、およそ現在の共同正犯の理解とは異にするものである。なぜならば、共同正犯に共謀共同正犯を含むか否かの争いがあるが、実行行為を共同して行った者が共同正犯であることに疑いはなく、また、共同正犯に教唆犯を含まないことについても争いはないからである。

「co-auteurs」については、本条のみならず、一一八条が定められている節名においても、「Des co-auteurs」として用いられている。さらにその上位である章に目を向けるに、右に示したように、草案においては簡潔に「數人共犯」と示されているが、これに対応する仏文章案を見るに、「DU CONCOURS DE PLUSIEURS PERSONNES DANS UNE MEME INFRACTION.」すなわち、「ひとつの犯罪における多数人の関与」と示されている。³²いわば、本章では、共犯現象への関与が問題とされているのである。もつとも、すでに示したように、こうした共犯現象に対する関与について可罰的となる関与者には正犯と共犯しかなく、それゆえ、本章が「Des co-auteurs」と「Des complices」の二節に分けられているのである。³³してみると、「Des co-auteurs」については、「ひとつの犯罪における多数人の関与」中、「共に正犯となる場合」について定めた場合と理解されるのである。すなわち、共犯現象において、実行正犯も教唆犯も、「共に正犯」とされるのである。

ボアソナードによれば、一一八条一項につき「總テ支那律ニ基キタルモノ」や、「日本古来の法律に合致させたもの」と説明される。すなわち、これは、唐律、および、それを模倣したわが国の旧法において、すでに示したように、伝統的に犯罪意思の

形成にあたり重要な役割を果たした造意者を中心に処罰すべき考え方が採られてきたことを指したものと解される。しかし、ポアソナード自身、より詳細に、教唆犯を正犯とする理由につき、「実際、教唆者は犯罪行為の張本人であつて行為の実行者に計画を吹き込んだ者であり、したがつて、不法行為の考え、特に犯罪計画をそれを有していない者に伝え、その者に決意をさせたのであつて、……倫理的(moraux)ないし知的(intellectuels)正犯者の形容を与えたのである」と述べるのである。³⁶「造意」首犯」という概念のもと、首犯と従犯が区別され、従犯の中にいわゆる実行正犯が含まれる唐律、および、わが国の旧法と異なり、ここでは、犯罪に直接関与する者にも教唆犯にもいずれも「正犯」の名称をあてていることから、むしろ、先に見た自説の影響が強いことが推し量られるのである。また、「犯罪行為の張本人」として、教唆犯の結果に対する寄与度を強調していることがうかがわれよう。そして、以上のことから、一一七条も一一八条一項も、いずれもひとつの犯罪における多数人の関与において関与者が共に正犯となる場合を規定するが、両者の正犯の意義が異なることを指摘しうるのである。なお、この点、日本人編纂者との間でも、教唆犯をして正犯とすることが議論されることなく受け入れられており、教唆犯をして知的正犯であるとするのは、すでに共通の理解となるものであつたということが可能であらう。³⁷

もつとも、仏文草案においては、教唆犯につき、*Sont considérés comme co-auteurs*、すなわち、「共に正犯とみなされる」と記されている。³⁸ *co-*、*considerer* が用いられていることから、教唆犯は本来正犯ではないが正犯としてみるという、いわば擬制的な正犯として理解することもできよう。しかしながら、同様の表現は、後に見る共犯に関する一二二条においても、*従犯につき、Sont considérés comme complices ou auxiliaires*、すなわち、「共犯ないし従犯とみなされる」と記されている。³⁹ この点、右に見たように、共犯現象に対する関与について可罰的となる関与者には正犯と共犯しかないのであるから、

この表現は本来そうではないものを擬制する意味を表わすものではなく、むしろ、共犯現象のうち正犯と「される」、あるいは、共犯と「される」場合を意味するものであると読むことが可能であろう。

したがって、一一八条は、共犯現象において、教唆犯は知的正犯として実行正犯と「共に正犯とされ、処罰される」ことを規定するのであり、草案において「亦正犯ト爲ス」という文言がこの意味を表しているのである。なお、このように、—実行—共同正犯、教唆犯を含む「共に正犯」という意味で「共同正犯」を理解するのであれば問題はない。⁴⁰しかしながら、右に見たような現在における共同正犯の理解を前提とする限りにおいて、「草案」定める *co-auteurs* に「共同正犯」の訳語をあてることが妥当ではないように思われる。⁴¹

もつとも、このように教唆犯を正犯と「爲ス」とするのであれば、教唆犯もまた正犯であるから、教唆のみで成立することになるのか、すなわち、教唆—正—犯独立性の問題が生じよう。

この点に關し、ボアソナードは、次のように述べる。すなわち、「現ニ其罪ヲ犯スコトヲ見サルトモ他人ヲシテ已ニ其罪ヲ犯スコトニ決心セシメタレハ其時ヲ以テ教唆者ノ罪ハ已ニ成立シタルト見爲ス」、と。これは一見すると、共犯の成立に正犯者の実行の着手が必要とされていないと受け取ることができるように思われる。しかし、ボアソナードの真意はそうではないこと、そして、本条が教唆—正—犯独立性を採用したのではないことが次の議論から見て取れるのである。すなわち、編纂委員たる鶴田皓が、元來教唆は実行正犯が犯罪を遂行したのでなければ罪となるものではなく、単に決心させたことをもつて罰することはできないと述べたことに對し、ボアソナードは、「佛文ノ意味ニテハ決心セシメタルト記スレハ其犯サシメタル時マテヲモ含ムヘキモノナリ」と述べたのである。⁴³また、ボアソナードは、他人を教唆したものの、その他人が犯罪をなさない

場合は、障碍未遂とも欠缺犯とも見做しがたいのであった。⁴⁴ それゆえ、ここから、いわゆる「教唆の未遂」は不可罰とされるのである。

ところで、本条草案段階においては、条文中教唆となる手段を列挙している。すなわち、「脅迫（脅迫、menaces）」、「贈與」（贈与、dons）、「結約」（約束、promesses）、「威權」（権限の濫用、abus d'autorité）が教唆行為として規定されたのである。この点と関わり、わが国古来の伝統という点において、「造意」に關連して議論がなされている。すなわち、ポアソナードは造意と教唆は異なる場合もあるとするのであって、「造意者ニテ第百十八條ノ脅迫贈與等ヲ用ユレハ即チ正犯ト爲シ若シ之ヲ用ヒ只其始メニ口ヲ開キ差圖ヲ爲シタル而已ナレハ第百二十二條ノ附從ト爲スヘキナリ……其差圖ヲモ爲サ、ル時ハ此刑法ニ論スレハ……附從トモ爲シ難シ況ヤ之ヲ正犯ト……爲スハ過酷ニ失スヘシ」としたのである。⁴⁵ ここから、法規の制限的性質をうかがうことができよう。しかしながら、鶴田は、例えば姦婦が本夫を殺す際に姦夫がその情を知つていれば、たとえ殺害の指図をなさずとも「畢竟共ニ殺シタルモ同シ」であるとしたが、ポアソナードは、「其姦夫ノ姦婦ヲ戒メ止メサルヲ以テ論スル時ハ道德上ニ於テハ害アルモノナレトモ法律上ニ於テハ之ヲ罰スルヲ得サルナリ」とするのであった。さらに、例えば、甲乙丙三人が窃盜をなさうと口約束し、そのうち甲一人窃盜を犯さなかつた場合は甲は無罪であるとされている。⁴⁶

ここから、教唆となるには、あくまでも、列挙された事項による必要があるというのであって、教唆は手段の限定がなされていたために、成否の線引きが必要だったと解されるのである。すなわち、列挙された事項、および、要件たる精神作用の上犯罪の決意をさせることが必要とされたのである。それゆえ、口約束にとどまらず、例えば、犯罪を成し遂げたならどうするというような約束がなされていた場合は、この限りではなからう。先に見た盜罪を相談しながらも現場に行かなかつた者の場

合においても、何かしらの列挙された事柄をなしていた場合、正犯となりうる余地はあったといえよう。⁴⁷ 実際、上述のように、単なる口約束では成立しないも、甲乙丙三人が窃盗を犯すことを共謀し、甲が窃盗には参加しなかったが贓物の分配を受けた場合には正犯となるとされたのである。⁴⁸ したがって、共犯現象における単なる付和雷同的関与は、共犯規定の上では処罰の網から外れることとなるのである。

これに対し、共犯とはいかなるものをいうとされたのか。すでに示したように、ボアソナードによれば、共犯とはもっぱら正犯の援助にとどまるものとされていたが、「草案」一二二条によれば、規定された各号に該当する行為によって「正犯ヲ補助シタル者」とされた。ところで、共犯に関しては、これが補助する「正犯」の意義が問題となろう。それというのも、右に見たように、「草案」においては実行正犯も教唆犯も、いずれも正犯とされていたからである。したがって、ここでいう「正犯」は、いずれをも含めた意義であるのか、それとも、実行正犯に限られるのが問題となるのである。

右に見たように、「草案」においては簡潔に「正犯」とされているが、これに対応する仏文を眺めると、「*l'infraction commise*」すなわち、「犯された犯罪」と記されている。⁴⁹ この点、ある犯罪が実行された場合も、その犯罪を教唆した場合も、いずれもそれらが「犯罪」であることに変わりはない。さらに、一号において「正犯ニ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ及ヒ其他ノ方法ヲ與ヘタ」とされているが、ここでの「正犯」に対応する仏文では、「*l'auteur principal ou à l'un co-auteurs*」すなわち、「正犯者、または、共に正犯とされた者の一人」とされている。右で見たように、「草案」が定める「*co-auteurs*」には、「実行—共同正犯のみならず、教唆犯も含まれるのである。したがって、共犯が補助する「正犯」は、実行正犯、—実行—共同正犯、教唆—正犯を含む意義であると理解されるのである。

ボアソナードによれば、本条は、「佛國刑法第六十條ノ第二項第三項ノ主意ニ倣ヒタルモノナリ」とする。もつとも、一八一〇年フランス刑法典六〇條に規定される従犯は、五九條により正犯と同一の刑に科せられる旨規定されていたことはすでに見てきたところであるが、本条では、必要的減輕が明文上規定されるに至っている。この点、「日本ニテハ教唆者ヲ正犯ト爲シ第百十八條以下へ別ニ其明文ヲ掲ケタリ仍テ其他ハ總テ附從トシテ輕ク爲ストモ差支ヒナシ」というのである。⁵⁰ なお、共犯を必要的に減輕することに對し、日本人編纂委員より何ら意見等が出されておらず、共犯が正犯に比して責任の度合いが低いことは、すでに共通の理解となるものであったことが推察される。⁵¹ また、それゆえ、「日本法律ニ於テハ……正犯ト附從トヲ同様ニ罰セサルカ故ニ正犯ト附從トノ區別ハ甚タ緊要ナリ」とされた。⁵²

共犯とされる行為につき、本条は三号に渡り規定するが、そのうち、第一号および第二号は、犯罪以前になされるものをいい、第三号は犯罪以後になされるものをいうとされる。⁵³ そして、第一号および第二号については、第一号は「犯罪ノ實地ニ於テ自ラ現ニ補助シタルニアラス器具ヲ給與シ又ハ其道筋ヲ指導シタル者」、第二号は「犯罪ノ實地ニ於テ自ラ豫備ノ所爲ヲ爲シ補助シタル者」と區別された。⁵⁴ もつとも、第一号に関連して、犯罪を促すような指示、ないし、犯行を行う者の精神に作用するような指示は本条に当たらないとする。⁵⁵ すなわち、このような場合は「共犯」ではなく、知的「正犯」たる教唆犯に該当するといふのである。⁵⁶

ところで、本条は犯罪以前、および、犯罪以後について定めるものの、犯罪が行われている間の関与はいかに処理されるのか。この点は、正犯と共犯の區別と関連して議論がなされている。例えば、犯行の最中危急に備えて見張りをなす者、窃盜の最中明かりを持ち盜むべき物の場所を照らした者などを、共犯として罰するか正犯として罰するかの問題である。

これらの場合、結論から述べれば、共犯ではなく正犯として処罰されるとした。それは、見張りをなした者、明かりを照らした者が正犯の力を増加させたのであって、恰も、犯人の耳となり、目となり、力となり、身体を強大化させたということをも根拠とするものである。⁵⁷ ボアソナードは、こうした事情を考慮し、見張りをなした者、明かりを照らした者を、「正犯ノ分體」と称した。⁵⁸ したがって、右に見た「草案」一一七条に規定された共同正犯における犯罪への直接の関与とは、各犯罪行為の実行に直接加担することのみならず、各犯罪の完遂に必要な周縁的行為を直接行なうことも含まれていたと解されるのである。

五、 審査局、元老院段階と旧刑法典

「草案」が上呈された一八七七年一二月、速やかな刑法典の頒布が望ましいがなお一層の修正を加えて精確を求めるために太政官に刑法草案審査委員を設け、委員開局より六カ月で審査するという法制局稟議⁵⁹がまとめられた。これを受け、一二月二五日、太政官では、その付属機関として刑法草案審査局を設け、参議伊藤博文を総裁となし、以下九名の委員を任じ、総裁に対し開局後六カ月での審査終了を達した。なお、ボアソナードはこの刑法草案の審査修正作業からはずされている。

一八七八年一月一四日、刑法草案審査局は元老院中に開設され、審査が開始された。審査方法としては、各国の刑法や各裁判所の意見などを参酌し、逐条の審査・修正を行う形をとった。

審査は、総裁の交代、委員の入れ替えや審査期間の延長などの紆余曲折を経つつも、⁶¹ 審査修正第一稿、同第二稿を経、一八七九年六月二五日に審査が終了した。七月四日、総裁柳原前光から太政大臣三条実美に四編四三〇条からなる「刑法審査修正案」(以下、単に「修正案」ということもある)が上申された。その後審査局では、刑法付属の諸規則等の取調が続けられ、

一八八二年二月二四日「刑法附則」の草案が上進され、同日、刑法草案審査局は閉鎖、三月一日に委員が免じられた。(審査局段階「修正案」における共犯規定は、下記の通りである。⁶²)

第八章 數人共犯

第一節 正犯

第一〇四條 二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス

第一〇五條 詐欺脅迫贈與結約威權其他故意ヲ以テ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス

第一〇六條 正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスヲ得ス

第一〇七條 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スヲ得ス

第一〇八條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教

唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス

一 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス

二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス

第二節 從犯

第一〇九條 重罪輕罪ヲ犯スヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所

ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス

第一一〇條 身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス

正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルヲ得ス

見られるように、演説、文書による教唆規定（「草案」一一八条二項）、事後從犯規定（「草案」一二三条三項）が削除されている。しかしながら、正犯、および、從犯に関する規定に関しては内容上の変化はない。

その後、一八八〇年三月一日、「修正案」は元老院の議定に付された。これに先立って、司法卿大木喬任が元老院議長に転じ、三月一日には鶴田皓が元老院議官を兼任することとなった。三月一五日、「修正案」の第一読会が開かれ、その後第二読会、第三読会で審議がなされるも、ほとんど修正されることはなかった。⁶³ 四月二三日、元老院に対し、「急施ヲ要スル」として「刑法審査修正案」の議定の照会がなされ、元老院では四月一六日に審議を終了し、一七日に「刑法審査案」の修正が上奏された。（元老院段階）

上奏された元老院の修正案は、四月二〇日、法制部から「不都合無之二付修正ノ通り御布告相成可然哉」との稟議を受けた。⁶⁵ また、外務省からの刑法等の速やかな交付が要請されたこともあって、旧刑法は一八八〇年七月一七日に太政官布告第三二六号として布告され、一八八二年一月一日より施行されることとなったのである。

旧刑法における共犯規定は下記の通りであった。

第八章 數人共犯

第一節 正犯

- 一〇四條 二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス
 - 一〇五條 人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス
 - 一〇六條 正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ボスコトヲ得ス
 - 一〇七條 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス
 - 一〇八條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス
 - 一 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス
 - 二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス
- ### 第二節 從犯
- 一〇九條 重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他予備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス
 - 一一〇條 身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ズ
正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス

見られるように、文言を含め、全体的に「修正案」から変化はない。しかしながら、教唆犯について定めた一〇五条に関して、「初案」以来規定されていた、教唆となるべき行為の列挙がなくなり、簡潔に「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタ」とされるに至ったのである。⁶⁷

六、旧刑法典における正犯と共犯の意義

以上の検討を通じて、旧刑法典における正犯と共犯の意義は、次のようにまとめることができる。

共犯現象の関与者につき、旧刑法典は、正犯と共犯を可罰的関与者として規定する。したがって、正犯にも共犯にも該当しない関与者は、仮に共犯現象に関与したとしても、不可罰である。

共犯現象の関与者のうち、正犯とは、有形的に犯罪行為を実行する者、すなわち、実行正犯がこれにあたる。もつとも、共犯現象においては複数人の実行正犯がいる場合もあり、その場合を一〇四条が規定する。この場合、行為者各々が犯罪行為の全てを実現する必要はなく、犯罪構成行為を分担して犯罪を実現する場合にも、犯罪構成行為の分担者は実現した犯罪の全体の責任を負う。なお、犯罪構成行為の分担者は必ず意思を通じて犯罪構成行為を実行する必要があり、仮に数人が同時に犯罪構成行為を実行したとしても、意思を通じて同時に実行したというのであれば一〇四条には該当しない。また、意思を通じていたとしても、犯罪構成行為を何ら行わなかった者も、一〇四条には該当しない。したがって、一〇四条は、現在でいうところの実行共同正犯を規定したものと解される。なお、この意味の正犯については、実際に犯罪構成行為を行った者のみならず、その犯行に必要な行為を行った者をも含む趣旨である。

ところで、意思を通じたものの犯罪構成行為に関与しなかつた者はいわゆる実行共同正犯とはならないものの、場合によっては正犯として処罰されることもある。それというのも、正犯とは実際に犯罪行為を行った者のみならず、他人の精神に作用する行為を行った者、すなわち、教唆犯も該当するからであり、その場合を一〇五条が規定する。したがって、意思を通じた際に他人の精神に作用する行為を行った者は、仮に犯罪構成行為を控えていたとしても、一〇五条により教唆―正―犯として処罰されることとなる。

このように、旧刑法典においては、共犯現象中、実行正犯と教唆犯が共に正犯として処罰の対象とされていたのである。もつとも、教唆犯も正犯であるとされるも、教唆―正―犯は「知的」正犯であり、その意味で「実行」正犯とは明確に区別される。したがって、「共に正犯として処罰される」という意味で「共同正犯」を理解すれば、実行正犯と教唆犯の「共同正犯」も認められよう。もつとも、現在の共同正犯の理解では、実際に犯罪へ直接関与することが必要とされるのであるから、いかに正犯といえども、教唆―正―犯は、相手方の精神に作用し犯罪を決意させ実行せしめるにとどまり、自ら犯罪の実現に際し直接関与した者とはいえないため、実行正犯と教唆―正―犯との間で現在の意味における共同正犯は成立しえないということになる。

また、教唆犯を「正犯」としながらも、その成立には、正犯者の実行の着手が必要となる。ところで、教唆―正―犯は、犯罪への寄与度を根拠に正犯とされるのであり、それゆえ、他人の精神に作用する必要があつたため、例えば、複数人の共謀に関与するも、単なる付和雷同的な関与は正犯とはされず、そのような関与は処罰の網からはずされることとなる。

一方、共犯とは、もつばら正犯の援助にとどまるものであり、一〇九条がこれを規定する。ここで、共犯が補助する正犯とは、実行正犯、実行共同正犯、教唆―正―犯を含む趣旨である。

共犯の関与は犯罪以前の関与であり、犯罪中の関与でそれが犯罪の完遂に必要なものであれば、共犯ではなく正犯となる。したがって、形式的な行為によつて正犯と共犯を区別するのではなく、実質的な見地から結果に対する寄与度の強さによつて両者を区別していたことがうかがえるのである。

旧刑法典の正犯と共犯の意義は、ある一面から見ると非常に簡明で、行為者の行為の寄与の度合いによつて測られるものであつたといえよう。それゆえ、正犯と共犯との処罰の間に必要な差をもうけ、寄与度の低い後者は、寄与度の高い前者と比べて科刑の面で低いとされ、両者の刑の差異が規定されたのである。

それでは、こうした旧刑法典における正犯と共犯の意義に対し、学説はこれをいかに理解していたのか。次に、それを確認することにしよう。

- 1 掛に命じられたのは、鶴田皓のほか、小原重哉、藤田高之、名村泰蔵、福原芳山、草野允素、昌谷千里、横山尚、渋谷文毅、浜口惟長であつた。
- 2 西原春夫ほか編『日本立法資料全集』二九 旧刑法〔明治三年〕(一)〔信山社 一九九四年〕九一頁。
- 3 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二九一二頁以下。
- 4 ポアソナードの刑法編纂委員に対する共犯論の講義は、資料によると、一八七五年十月一七日、および、一二日になされているのに対し、編纂会議における共犯論の議論は、少なくとも一八七五年二月一三日より後になされたものであることがうかがえる。
- 5 唐律、および、わが国古来の共犯規定に関して、小野清一郎『唐律に於ける刑法總則的規定』『刑罰の本質について・その他』(有斐閣 一九五五年)三三五頁以下、石塚英夫『徳川幕府刑法における共犯』(一)(二)(三)『法政研究』二六卷一—三頁以下、二四四七頁以下(一九五九年)、一七卷一—二頁以下(一九六〇年)一五頁以下、滋賀秀三『唐律における共犯』『法学教室』(第一期)八号(一九六三年)七八頁以下、夏目文雄『資料』(明治前期共犯学説史論—造意者正犯論小史—)〔四五頁以下、水林彪』新律綱領・改定律例の世界』石井紫郎』水林彪校注』日本近代思想体系七 法と秩序』(岩波

- 書店 一九九二年)五〇一頁以下など。
- 6 司法省秘書課編『日本近代刑事法令集(上)』(一九四五年)二四七頁
- 7 司法省秘書課編『前掲』日本近代刑事法令集(上)』四六六頁。
- 8 滋賀・前掲『唐律における共犯』七九頁、水林・前掲『新律綱領・改定律例の世界』五〇二頁以下。
- 9 フランス法につき、拙稿『フランス共犯規定とオルトランの共犯論』九大法学九九号(二〇〇九年)六三頁以下。
- 10 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』一九一三三頁。
- 11 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』一九一三三頁。
- 12 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』一九一三三頁。
- 13 『元老院會議筆記前期第一卷』二四四頁、『元老院會議筆記前期第八卷』五七頁。
- 14 新井勉『旧刑法の編纂(一)』法学論叢九八卷一号(一九七六年)六二頁、六三頁註一四。
- 15 西原春夫ほか編『日本立法資料全集』三〇 旧刑法(明治一三年)(二)・I』(信山社 一九九五年)五頁以下。
- 16 西原春夫ほか編『日本立法資料全集』三一 旧刑法(明治一三年)(三)・I』、『日本立法資料全集』三一 旧刑法(明治一三年)(三)・II』、『日本立法資料全集』三一 旧刑法(明治一三年)(三)・III』(信山社 一九九七年)。
- 17 修正草案(校正案)について、共犯、内乱罪に関しては第二案まで、数罪俱発に関しては第三案まで作成されている。
- 18 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三一 一四〜一五頁 資料解題(藤田正)。
- 19 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三一 八一七頁。
- 20 この点につき、拙稿・前掲『フランス共犯規定とオルトランの共犯論』七九頁。
- 21 なお、オルトランも、共同正犯を認めている。この点につき、拙稿・前掲『フランス共犯規定とオルトランの共犯論』一〇〇頁。
- 22 吉井蒼生夫ほか編『日本立法資料全集』八 刑法草按注解上(旧刑法別冊(一))』(信山社 一九九二年)三三三頁。
- 23 拙稿『教唆犯規定の意義に関する一考察』森尾亮ほか編『人間回復の刑事法学』(二〇一〇年 日本評論社)九〇頁。
- 24 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三三三〜三三三頁。
- 25 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三三四頁。
- 26 拙稿・前掲『教唆犯規定の意義に関する一考察』九〇頁。

- 27 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二二一六頁。
- 28 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二一七頁。
- 29 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二四六六頁。
- 30 例えば、Gステファニほか著(澤登俊雄ほか訳)『フランス刑事法(刑法総論)』(成文堂 一九八一年)二二四～二二五頁など
- 31 中村義孝『日本帝国刑法典草案(一)』立命館法学三二九号(二〇一〇年)二九五頁では、本条につき「共同正犯」の訳語があてられている。
- 32 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二四六六頁。
- 33 なお、G. BOISSONADE, *Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 1^{er} liv., Tokio, 1886, p.376.
- 34 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二一八頁。
- 35 BOISSONADE, *op.cit.*, p.318.
- 36 BOISSONADE, *ibid.*
- 37 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二一八頁。なお、ボアソナードの回想によれば、教唆者を附従とせず正犯としたことにつき、日本人編纂者は何ら「狐疑」しなかつた旨述べられる(吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三四四頁)。
- 38 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二四六六頁。
- 39 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二四六七頁。
- 40 例えば、オルトランは、こうした意味で、*coauteurs* を理解していた(拙稿・前掲『フランス共犯規定とオルトランの共犯論』一〇〇頁)。
- 41 それゆえ、本稿では、*coauteurs* につき、これまで「共同正犯」との訳語と「等しく正犯」との訳語を使い分けてきた。前者の訳語をあてる場合が、現在の理解における共同正犯。教唆犯を除く実行共同正犯であり、実行正犯と教唆犯とを含めた意味で用いる場合が後者の訳語をあてる場合である。
- 42 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二一九頁。
- 43 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二二一頁。
- 44 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二二四頁。
- 45 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二二〇頁。
- 46 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二一九～三二〇頁。

- 47 もつとも、複数窃盗に関して、「草案」二二〇条から、この場合正犯に含まれないとされよう。
- 48 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三二二〇頁。
- 49 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』二四六七頁。
- 50 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三三四三頁。
- 51 この点、ボアソナードも、「本案ノ起草者モ亦斷然此新法(附従を正犯よりも軽く罰すること―引用者注)ヲ採用シテ狐疑セザル」と述べている(吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三四四頁)。
- 52 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三三三頁。
- 53 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三四四頁。
- 54 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三三四三―三四四頁。
- 55 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三三四三頁。
- 56 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三四四頁。
- 57 吉井ほか編・前掲『刑法草按注解上』三四五頁。
- 58 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集』三三四四―三四五頁。
- 59 『法規分類大全第一編 刑法門(一一二)』八頁。
- 60 委員に命じられたのは、伊藤博文のほか、陸奥宗光、細川潤次郎、柳原前光、津田出、井上毅、村田保、山崎直胤、鶴田皓であった。
- 61 審査の推移については、新井勉『旧刑法の編纂(二)』法学論叢九八巻四号(一九七六年)九八―九九頁。
- 62 司法省秘書課編『日本近代刑事法令集下巻』(一九四五年)二五―二六頁。
- 63 明治法政経済史研究所編『元老院會議筆記 前期第八卷』(元老院會議筆記刊行会 一九六四年)五四頁以下。とりわけ共犯規定については、六九―七〇頁、一〇七―一〇八頁。
- 64 前掲『法規分類大全第一編 刑法門(一一二)』九頁。
- 65 前掲『法規分類大全第一編 刑法門(一一二)』四二頁。
- 66 先の「刑法審査案修正案」の議定の照会、および、この速やかな交付の請求は、条約改正交渉に関係するとされる。新井・前掲『旧刑法の編纂(二)』一〇七頁。

67 なお、ポアソナードは、教唆行為の列挙が元老院段階で削除されたことに不満を持っていたことがうかがえる（ポアソナード氏刑法修正意見書）

内田文昭ほか編『日本立法資料全集二〇 刑法（明治四〇年）（一）・I』（信山社 一九九九年）四六〇頁。

第三章 旧刑法期における共犯学説と正犯

一、学史

「我が邦の刑法學は……刑法（舊刑法）の註釋から始まつた¹とされるが、旧刑法下において中心に位置してその任を負い、わが国の刑法学を支えたのは、ポアソナードに学んだ刑法学者であつた。その中でも、特に宮城浩蔵の活躍にはめざましいものがあつた。宮城は、明法寮の第一期生として卒業後、司法省の命によりフランスに留学し、帰国後司法省に入り、検事、判事、司法省書記官、司法省参事官を歴任した。その後、官を辞して明治法律学校の創設に関係し、自ら刑法を講じること十年におよび、「東洋のオルトラン」と称された²。

宮城の明治法律学校での講義は、筆記の上『刑法講義』³として世に出されたが、「この書物はしばしば版を重ね、当時大に行われたのであるから、当時の法学徒や法律実務家に及ぼした宮城理論の影響力は相当大きかつたものと思われ」、⁴「これによって、宮城理論の背景となつているオルトランやポアソナードの刑法理論が、すでに出版されていた彼らの著述の翻訳書の影響力と相まって、明治前期のわが国の刑法家たちの共通に理解しうるところとなつたものと推定される⁴とされる。また、旧刑法施行直後に刊行された旧刑法の注釈書は、そのほとんどが旧刑法典の条文を記載してその逐条解説に終始するというス

タイトルをとっており、その記述の簡なること、および、体系的思考の欠如が指摘されているが、宮城の『刑法講義』は、先に示したように彼の明治法律学校での講義を筆記したものであるという理由が大きく働いたと考えられるが、まず原理論一般について言及し、それを踏まえて、その後旧刑法典の各条文の検討を行うという論述順序が採られており、この点、「ある程度体系的思考に基礎を置いて実用的な解釈論を展開している有効な手引書の最初のものは、やはり宮城の『刑法講義』……である」との評価がなされている。⁷

こうして、宮城等のボアソナード門下の新古典主義刑法論者達が、旧刑法における通説的解釈の地位を占めたのである。⁸

しかしながら、新古典主義刑法理論が通説を誇った期間はきわめて短かった。明治維新による旧社会の解体とそれに続く急激な社会の再編成は、社会的混乱と犯罪の激増をもたらした。そして、成立したばかりの旧刑法とその解釈論とは、犯罪対策としては無力であるとする批判が台頭したのである。ところで、一八八〇年代以降、ヨーロッパでは、新派刑法理論が登場し、当時支配的であった新古典主義刑法理論に取って代わることとなったが、わが国においても新古典主義刑法理論に対する批判を展開したのは、いち早く新派刑法学を学んだ富井政章、古賀廉造といった者たちであった。富井は、ガロファロらの理論を高く評価し、社会防衛の国家主義的・権威主義的側面に重点を置き、刑罰を厳格化することによって威嚇および淘汰を強化し、犯罪から国家、社会を防衛することを主張した。⁹一方、古賀も、厳罰主義的な社会防衛と特別予防を主張し、主観主義の採用を明らかにしている。また、理論的な立場からは勝本勘三郎や岡田朝太郎が本格的に新派刑法学の導入に努めた。¹⁰

このように、旧刑法期にあつては、支配的な新古典主義刑法学に対し新派刑法学が批判的態度をとるといふ対決構図が浮かび上がることとなる。そこで、以下では、これら二つの立場が、正犯・共犯をいかに理解し、さらに、旧刑法典における共犯

規定をいかに解釈していたのかについてみていくこととしたい。

二、新古典主義刑法理論における共犯学説と正犯

刑法学説上、宮城浩蔵は、「タルトラン氏ハ數人共犯ノ解ヲ爲スニ當リ犯罪ヲ一個ノ演劇ニ譬ヘタリ蓋シ各犯ノ分擔ヲ明カニスル爲メニ最モ簡便ノ方法ナレハ我輩モ亦其嚮ニ做フ可シ」として、共犯を演劇にたとえることから始める。¹¹ すなわち、演劇に「初幕、中幕、終幕」があるように、犯罪にも「決定、豫備、決行」という三つの段階があるとする。演劇において、諸俳優が共同して同一の目的に進めども、分担の役に主附大小あるのと同様に、犯罪においても、関与者がその犯罪の犯人であるが、その分担には主従軽重の差があるとす。そして、この分担行為の主従軽重について、「犯罪ヲ構成スルニ已ム可カラサル所ノ所爲ニシテ即チ犯罪ノ原因タルモノ」と「重要ナラスシテ唯タ犯罪ヲ容易ニスル爲メノモノ」に區別し、前者を正犯、後者を従犯と表したのである。¹² このように、宮城は、因果論的に、結果に対する寄与度から正犯と共犯を區別していたことを看取し得るのである。

宮城は、このうち正犯を「純乎タル正犯」、「教唆犯」、「被教唆犯」の三つに分け、「純乎タル正犯」につき「自ラ發意決定シテ決行シタル者」と定義付け、「教唆犯」につき「自ラ發意決定シ他人ヲシテ決行セシメタル者」と定義付け、「被教唆犯」につき「教唆者ノ教唆ヲ受ケ之ニ徹頭徹尾同意シテ決行シタル者」と定義付けた。¹³ この点、他の新古典主義刑法論者に目を向けても、例えば磯部四郎は、宮城同様に正犯を「純乎タル正犯」、「教唆犯」、「被教唆犯」に區別している。もつとも、磯部の定義によれば、「純乎タル正犯」とは「二人以上共ニ犯罪ヲ發意シ又共ニ犯罪ヲ決行シタル者」とされており、宮城よりもいわゆる共同正犯を意

識したものとなっていることを指摘できよう。¹⁴ また、井上正一は、「正犯につき」¹⁵「心意上ノ正犯又ハ教唆者」と「有形上又ハ事實上ノ正犯」に區別する。もつとも、井上は、「事實上ノ正犯」を実行者と解していたことから、「事實上ノ正犯」には宮城や磯部のいう「純平タル正犯」、および、「被教唆犯」が含まれていたといえる。¹⁵ この点、磯部も、旧刑法一〇四条の註釈に当たり、「本條ハ第一（「純平タル正犯」―引用者注）第三（「被教唆犯」―引用者注）ノ兩箇ノモノヲ包含シ即チ犯罪ノ實行者ニ就テ正犯ヲ示シタルモノ」としている。¹⁶ したがって、この立場において、正犯とは、「実行者」と「教唆犯」であるとして理解されていたといえよう。

ところで、宮城は、何ら実行を行っていない教唆者を正犯とする理由につき、「教唆者ハ犯罪ノ原因ニシテ教唆者ナクンハ其犯罪事件モ亦生セサルモノナレハ自ら手ヲ下シテ之ヲ爲シタルト異ナラサルヲ以テ之ヲ正犯トシ罰スルモノナリ」と述べる。¹⁷ 右に見たように、宮城は、正犯と共犯の區別につき結果に対する寄与度からこれを區別する見解に立ち、教唆犯を正犯としていたわけであるが、ここでは、教唆の結果に対する因果論的側面が強調され、これを理由として教唆犯が正犯とされていることを見て取ることができよう。この点、磯部や井上も同様に、教唆者こそ犯罪の原因であつてその情状は實際の行為者と比しても異なるないことを理由に、教唆者を正犯として罰することを肯定しているのである。¹⁸ それゆえ、教唆者の教唆行為が他人の精神に勢力を及ぼしたことを要し、単に犯罪を勧める、単に助言を行うといったものでは教唆犯とはいえないとされた。¹⁹ これは、結局、そうした勧告や助言が、犯罪の惹起原因たりえないことを理由とするものといえよう。²⁰

また、教唆犯を正犯とすることとの關係で、教唆―正犯の独立性の問題が生じよう。この点、教唆を行ったものの被教唆者がそれに基づいて実行行為をなさなかつた場合には、教唆犯は成立しないとされる。これは、教唆のみにとどまるのであれば、

右に見た犯罪の段階における犯罪の「決定」があつたに過ぎず、犯罪の「決定」のみでは社会的に害を生じさせていないため、原因たる教唆が影響を与えたとはいえないために、これを処罰することができないということを理由とするものである²¹。したがって、いわゆる「教唆の未遂」が不可罰であることが理解されるのである。もつとも、被教唆者が、教唆に基づいて実行行為をなせば、原因たる教唆が影響を与えて社会的に害を生じさせたのであるから、犯罪を完遂しない未遂犯の場合といえども、その教唆犯を罰するに妨げることはないとする²²。ここから、教唆—正—犯は、教唆行為のみでは成立せず、被教唆者の実行に従属して可罰性が認められていたことが理解されるのである。

ところで、このように、教唆犯も、また、正犯であるとするも、被教唆者への従属を必要とするのであれば、従属する被教唆者の性質が問題となる。それというのも、旧刑法典においては、行為者が一二歳未満の未成年者である場合や知覚・精神を喪失している場合には罪とならないとされていたからである²³。このような一二歳未満の未成年者や知覚・精神を喪失している者が被教唆者となつた場合、それらの者は罪とはならないが、それら被教唆者に対して教唆を行つた者はいかに処理されるのか。

宮城によれば、「教唆者ヲ正犯トシテ罰スルニハ……其決行シタル被教唆者ノ責任ナキ者即チ是非ヲ辨別スル能ハサル幼者若クハ知覚精神ヲ喪失シタル者タラサルヲ要ス」とされ、「若シ此等ノ者ヲシテ決行セシメタル時ハ教唆者ニ非ス純乎タル正犯ニシテ其幼者若クハ知覚精神ヲ喪失セル者ノ如キハ唯其決行ニ用ヒタル機械タルニ過キサルナリ」とされた²⁴。また、龜山貞義によれば、「犯罪ノ無能力者ナルニ拘ハラス之ヲ被教唆者ナリ犯罪ノ實行者ナリトスルハ法律ノ推定ニ反シ理論上相撞着スルヲ免カレス左レハ此場合ハ獸類ヲ噉シテ人ヲ咬傷セシメ此他器械ヲ用ヒテ罪ヲ犯ス場合ニ於テ其罪責ハ獸類器械ヲ經ス直チ

ニ犯人ニ反應スルト同シク其罪ト爲ル可キ事ヲ行ハシメタル者ハ犯罪ノ實行者ニシテ瘋癲人及ヒ幼者ハ獸類又ハ器械ト同一ナリト論結スルヲ相當ナリトス他ナシ」とされた。²⁵ここから、従属する被教唆者の性質として、被教唆者が責任を有していることが必要とされていたことを看取し得る。したがつて、従属性の程度として、現在でいう極端従属形態が志向されていたことがうかがえるのである。

もつとも、この点、教唆犯も正犯とするのであるから、「自ら發意決定シテ決行シタ」という点に変更を加えずとも、被教唆者の身体的行為への従属性と捉えれば、科刑の面、責任の面では問題がないように思われる。正犯とは犯罪の惹起原因であり、教唆犯もまた原因であるから、教唆犯は共犯ではなく正犯であるという純粹な因果論的思考からすると、身体的行為への従属性と捉えることも可能なはずであろう。すでにみたように、因果論的に正犯と共犯を區別し、教唆犯を知的正犯としていた旧刑法の思想的背景において、ポアソナードは、被教唆者の身体的行為への従属と捉え、被教唆者の行為が罪とならない場合にも教唆犯の成立を肯定していたのであるし、オルトランも、何らかの身体的行為に従属すれば足り、実行を担当する——身体的——正犯者が処罰されることは必要ではないとしていたのである。しかし、それでもなお、右に見たように、宮城らは被教唆者の責任を要求している。これは、純粹な因果論的思考というよりは、むしろ、有責な実行正犯——被教唆者——を生み出した原因、すなわち、共犯の処罰根拠にいう責任共犯論的な思考が垣間見えるのである。²⁶

なお、この点につき旧刑法典においていかに解することを志向していたのか、立法者意思として被教唆者の犯罪が罪とならない場合における教唆犯の罪責をいかに解するつもりであったかにつき、議論が積み重ねられた形跡がなく、その意義は必ずしも明確ではない。しかしながら、「草案」段階では、前章でみたように、一一八条において「脅迫贈與結約威權其他故意ヲ以

テ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者亦正犯ト爲ス」として、教唆行為が限定されていたという事実から次のように解することができよう。すなわち、「草案」では、「第四章 不論罪及ヒ減輕」の章名のもと、抗拒できない脅迫にあつてやむを得ず脅迫者の意に従つて犯罪を実行した場合、その罪を論じないとされた（「草案」八八条第一号²⁷）。その一方で、「草案」第一一八条では、教唆行為としての脅迫が規定されているのである。そうすると、脅迫によつて教唆者が教唆を行った場合、被教唆者についてはその行為が罪とならない場合も当然考えられるということになる。しかし、その場合でも、「草案」一一八条から、教唆を行った者は教唆犯とされることとならう。したがつて、旧刑法典の意義としては、被教唆者の身体的行為への従属であつたと理解することができまいか。しかし、「草案」から旧刑法典へ至るに際し、教唆行為の限定列举がなくなつたために、解釈論として改めて被教唆者の犯罪が罪とならない場合における教唆犯の処理について議論をする必要が生まれ、被教唆者の責任に従属するとされた理解されるのである。

なお、宮城は、後に一部改説するに至っている。すなわち、「予ハ斷言スヘシ幼者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者ハ謂フ所ノ教唆者ナリ」と。これは、教唆を受けた幼者が無罪であるから当然に教唆をなした者も無罪というのではなく、幼者は幼者という資格を有するからこそ無罪なのであり、教唆者は教唆者という資格で有罪・無罪が判断されるべきであつて、被教唆者の有罪・無罪とは無関係であるということを理由にしているのである。しかし、その一方で、「幼者ニシテ教唆セラレタルヲ知ラサル時ハ此レ論者ノ所謂幼者ヲ器械ニ使用シタルナリ何トナレハ無意ノ物件ヲ使用シテ罪ヲ犯シタルト異ナルヲ無ケレハナリ」としており、因果的思考がいまだ徹底されていないことを指摘しうるのである。²⁸ また、龜山も、「有能力者ト雖モ犯罪ノ器械ト爲ルコトアリ」として、甲がある人物を行李の中に閉じ込めていた場合に甲が乙に対して行李の中に汚穢物が入つて

いと許りこの行李を海中に投棄させた場合を例に掲げ、「此ノ場合ニ於テ乙者ハ犯罪ノ情ヲ知ラス又毫モ其意思ナキモノニシテ單ニ甲者カ犯罪ノ器械ト爲リ使用セラレタルニ過キサレハ之ヲ被教唆者トナス可カラス随テ甲者ヲ其ノ教唆者ナリト論ス可カラス」とするのであつた。²⁹

ところで、正犯とは、「実行者」と「教唆犯」であるとして理解されていたことは右に指摘したとおりであるが、このうち、「実行者」に関して、形式的に犯罪の実行行為をなした者に限られないとされた。すなわち、「犯罪ヲ爲スニ必要ニシテ其人ナクレハ其犯罪ヲ遂クル能ハサル者」や「犯罪ヲ構成スルニ已ム可カラサル所ノ所爲」³¹をなす者をも、「実行者」に含まれるとされたのである。したがつて、例えば、ある者が人を殺害しようとしている際に被害者の逃走を遮つた者、放火をする際に石油を注いだ者も実行者に当たるとされた。³² また、これと関わり、犯罪の見張りについて、宮城は、甲が窃盜をなすに当たり乙に門外で見張りをさせ、警官ないしその他の者が来る場合に合図を出させたという例を掲げ、「其瞭望カ竊盜ニ最モ必要ニシテ缺ク可カラサル時ハ是レ執行ノ正ナリ」と述べるのである。³³

もつとも、この点は、従犯との区別の問題と関わるところである。そこで、この立場における従犯の概念を見るに、従犯とは、「正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ニシテ犯罪ニ必要缺ク可カラサル者ナリト云フニ非サレト亦多少與テ力アル者ナリ」とされる。³⁴ そして、このような従犯は正犯と比べてその行為の重要性が低く、したがつて、その責任も正犯に比べて低いとされた。³⁵

ところで、犯罪には、右に見たように「決定、豫備、執行」の三つの段階があるとされるが、「此三段階ハ一人ニテ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス數人ニ於テ之ヲ爲スヲ得ヘク即チ犯罪ノ決定豫備執行ニ各々正犯従犯ヲ生スルヲ得ルモノナリ」（傍点マ

マ)とされる。すなわち、従犯には、「決定ニ關スル従犯」、「豫備ニ關スル従犯」、「決行ニ關スル従犯」があるとされたのである。³⁶

ここで、「決定ニ關スル従犯」とは、例えば、犯罪後の犯人の藏匿や贓物の隠匿等を約束することによって他人の決定を強固にした者を指し、「豫備ニ關スル従犯」とは、例えば、犯罪の実行を決定した者に、情を知りつつ武器等を与える者を指し、「決行ニ關スル従犯」とは、例えば、窃盜をなす者に対して、踰越のために肩を貸す、出口を監視する、灯りを照らすなどを行った者を指すとされる。³⁷ もっとも、「決行ニ關スル従犯」に関しては、その行為が必要不可欠である場合には、正犯とされることは先に見たとおりである、

しかしながら、宮城は、次のように述べる。「以上講述シタル主ト曰ヒ從ト曰フハ我刑法ノ所謂正犯從犯ニ該當スル者ニ非ス學問上人間ノ所爲ノ段階ヲ立テ、之ニ從アルヲ示シタルニ過キス」、「我刑法ニ照スニ決心ノ正犯ハ之ヲ教唆者ト云ヒ被教唆者ト云ヒテ各之ヲ認メ其從犯ハ之ヲ認ムルヲ無シ豫備ノ正犯ハ之ヲ認メス獨リ從犯ヲ認ム決行ニ至リテハ全ク正從ノ區別ヲ爲サスシテ總テ正犯トシテ之ヲ認ム之ヲ換言スレハ我刑法ニ於テハ決行ニ關係シタル者ハ總テ正犯ニシテ從犯アルヲ無ク豫備ニ關係シタル者ハ總テ從犯ニシテ正犯アルヲ無ク決心ニ關係シタル者ハ總テ正犯ニシテ從犯アルヲ無キナリ」(傍点ママ)、³⁸と。すなわち、宮城は、原理論上は各段階における従犯が認められるが、わが国の旧刑法典においては、従犯は、予備段階に限るとしたのである。宮城のほかにも、例えば、井上も「從犯ヲ構成スル所爲ハ必ス犯罪前ニ係ル者ナラサル可カラス」とし、磯部も「從犯ハ必ス犯罪決行前ニ係ルノ行爲タルヲ要」し「豫備手段ニ關シテ爲シタル行爲ナラサルヘカラス」、「犯罪ノ決行ト共ニ生シタル所爲ハ假令ヒ犯者ヲ幫助シタルニ過キサルモ正犯ヲ以テ論セサルヘカラス」とし、³⁹ 龜山も「從犯ト爲スニハ……

孰レモ豫備ノ所爲中ニ於テスルコトヲ要ス若シ犯罪着手ニ進ミタル場合ニ於テ幫助ヲ與ヘタル者ハ之ヲ正犯ト爲ス可ク決シテ從犯ト爲ス可カラス⁴⁰とし、從犯の成立を予備段階に限定していることが看取される。

このように、原理論と制定法の解釈において理解が分かれた原因はどこにあるのであろうか。この点、次のように考えることができる。すなわち、旧刑法一〇九条を眺めるに、本文において從犯となる行為が列挙されており、その中に「其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタ」(傍点引用者)とされている。そして、この文言の存在により、從犯は予備段階における幫助に限られると理解する礎石を与えてしまったのではなからうか。つまり、一〇九条本文に定める「器具ヲ給與」、「誘導指示」が「其他豫備ノ所爲」の例示であり、文理上器具を与えたり誘導指示するような予備行為でもって正犯を幫助するという意味に解釈されたために、制定法においては從犯の成立が予備段階に限定されたのである⁴¹。もともと、文理上は、旧刑法一〇九条が定める「器具ヲ給與」、「誘導指示」、「其他豫備ノ所爲」が、從犯となるべき三つの例を示したとする解釈も成り立つ。しかし、宮城はこうした見解に対して「此論一理アリ」と認めつつも、成文法の解釈上採りえないとしたのである⁴²。

なお、制定法との関係において、旧刑法一〇四条につき、そこにおける「現ニ」との文言は、「實際上、ニト云フノ意ニシテ之ヲ換言スレハ有形的、ニト云フ」(傍点ママ)⁴³、あるいは「實際手ヲ下シテ有形的ニ罪ヲ犯シタ」⁴⁴、「現實ニ又ハ實際ニト云ヘルト同意義⁴⁵」との解釈がなされていた。したがって、旧刑法一〇四条は、いわゆる実行共同正犯を規定するものとして理解されていたのである。

三、新派刑法理論における共犯學說と正犯

古賀廉造によれば、正犯とは直接ないし間接の犯罪行為の実行者をいうとされる。すなわち、古賀説において、正犯は実行正犯に限るとされていたのである。それゆえ、古賀は、教唆犯は有形上の実行をした者ではなく、単なる原動力に過ぎない者であつて、正犯ではないとした。したがつて、旧刑法一〇五条は正犯ではない者を正犯とする規定であつて穩當の規定とはいえず、また、このような者を正犯とするのは、大いに正犯の定義に抵触すると述べるのである。こうして、教唆犯は正犯に準じるとした現行刑法の明治三三年改正草案七八条を取り上げて、「道理ニ適スル所ノ規則ナリ」と述べている。⁴⁷

しかしながら、このように教唆犯を正犯と見ない立場はその数が少なく、当時の新派刑法理論において、教唆犯を正犯とする立場が通説的地位を占めていた。例えば、富井政章によれば、次のように述べられる。正犯とは、「犯罪ヲ構造スルニ必要ナラサル幫助ノ所要缺ク可カラサル者ヲ云ヒ……換言セハ……犯罪ノ原因者」であり、⁴⁸ 従犯とは、「犯罪ヲ構成スルニ必要ナラサル幫助ノ所爲」である⁴⁹と。そして、このうち正犯には、実行者は勿論、他人に犯罪を唆す教唆者も含まれるとする。なぜなら、「教唆者ハ犯罪ヲ實行スルノ決心セシメタルモノ」であり、「其教唆ニ因テ犯罪ノ生シタルヲ以テ見レハ正犯ト云ハスシテ何ソヤ」とされるからである。⁵⁰ すなわち、教唆犯も、また犯罪の原因であることを理由に正犯とされているのである。また、岡田朝太郎は、共犯現象への関与形態につき、これを正犯、従犯、教唆者の三種類に分けられるとし、⁵¹ このうち、正犯とは、「連合シタル數人ノ中着手、實行ノ所爲ヲ分擔シタル者、着手若クハ實行以外ノ所爲ニシテ他人カ着手、實行ヲ遂クルニ必要且ツ同時ノ所爲ヲ採リシ者」とされ、教唆者とは、「他人ヲシテ重罪輕罪ヲ犯スノ決心ヲ生セシメ實際ニ其効アリシ者」とされ、⁵² 従犯とは、「正犯ヲ幫助シ又ハ之ヲ容易ナラシメタル者」とされた。もつとも、教唆者に関して、教唆行為は被教唆者の犯意および犯行と

原因結果の關係を有することから、共犯現象の一態様である教唆犯につき、「正犯トシタルノ至當ナリ」と述べる。⁵³ すなわち、ここでは、教唆犯の原因性を根拠に、その正犯性が肯定されているのである。さらに、牧野英一も、共犯現象の態様につき共同正犯、教唆犯、従犯に分けた上で、このうち教唆犯につき、「教唆ハ他人ヲ介シテ犯罪ヲ爲スモノニシテ一ノ正犯ニ他ナラス」とする。⁵⁵ この点、より詳細にその理由につき眺めると、「教唆……ハ正犯ノ惹起シタル結果ニ對シ全ク無關係ノモノニ非ス」、「教唆ハ他人ヲ介シテ犯罪ヲ爲スモノ」であつて、「其間ニ一定ノ關係アルカ故ニ……教唆……ハ犯罪トナス」のであり、この一定の關係こそ、因果關係であると説く。⁵⁶ すなわち、「教唆行爲ハ正犯ノ行爲ノ結果ニ對シテ因果關係アルモノナルヲ以テ正犯行爲ナリ」とするである。⁵⁷ ところで、牧野によれば、「因果關係ハ其因ニシテナクハ其果ナカリシトイフ場合ニ之ヲ見ル」とされる。⁵⁸ すなわち、ここでも、正犯を定めるにあつて原因性が重視されていることがうかがえるのである。もつとも、牧野は、教唆犯を正犯とするにとどまらず、同じく因果關係の面から、従犯も、また、正犯であると主張する。⁵⁹ 従犯を正犯とすることの肯否は一先ず措くとしても、このように、牧野も、また、因果論的に教唆犯の正犯性を認定していたことが理解されよう。そして、牧野は、教唆犯は正犯に準じるとした現行刑法の明治三五年改正草案七三条⁶⁰に対し、「頗ル了解ニ苦シム所ナリ」と述べている。⁶¹ このように、新派刑法論者においては、因果論的に正犯と共犯を区別し、教唆犯も、また、犯罪の原因であるとして、これを正犯とする見解が通説的であつたことが理解されるのである。⁶²

このように教唆も犯罪の原因であるとして、教唆犯も、また、正犯であるとするのであれば、教唆行爲のみで正犯たる教唆犯が成立するのか。すなわち、教唆—正犯の独立性がここでも問題とならう。ところで、現在の一般的な理解によれば、新派刑法学における共犯学説は、各共犯者の行爲がいずれも結果との間に因果關係を有するという点から出發して共犯は事実

を共同するにすぎないとして「行為共同説」を主張し、教唆も幫助も独立した犯罪であり、正犯の実行に従属するような停止条件付きの犯罪ではなく、それゆえ、犯意を表現する外部的行為が行なわれれば未遂として処罰してよいとして「共犯独立性」を主張し、教唆の未遂を可罰的としたとされる。⁶³ 加えて、とりわけ戦前の共犯学説においては、新旧両学派の対立構図の中で、その位相は「牧野・木村の主観主義的共犯論と、小野・瀧川の客観主義的共犯論の対抗関係として理解されてきた」と⁶⁴とされる。このように、新派刑法学の旗頭として、牧野英一が挙げられているのである。こうした理解からすると、現在の学説史上、牧野共犯論は「新派的立場から主観主義的共犯論を構築し、行為共同説・共犯独立性説を採用し、教唆の未遂を可罰的であるとした」と一般的に理解されているといえよう。そこで、この点に関して、牧野の著作からこの時期における見解を眺めることにしよう。

牧野は、「共犯ハ行為ヲ共同ニスルヲ以テ足ル」と述べ、「教唆犯及ヒ従犯ハ必スシモ従タル犯罪ナリト解スルヲ要セス」、「共同ナル行為及ヒ其行為ヨリ由來スル結果ニ對シ共犯者ハ各自獨自ノ責任ヲ負擔スルモノナリ」とした。⁶⁵ そして、その帰結として、教唆の未遂に關し、「教唆ヲ以テ亦一ノ正犯ナリトスルノ説明ヲ採ルトキハ教唆ノ未遂カ未遂犯ヲ構成ス可キヤ否ヤハ未遂犯ノ一般理論ニ據テ之ヲ論定セサル可カラス」と論じている。⁶⁶ ここに、行為共同説を採用し、教唆の未遂を可罰的であるとしていることがうかがえる。

このような牧野の立場から見ると、独立性に達着することが、論として自然であるように思われる。しかしながら、牧野は、このような理解を示しながらも、教唆の要件として「犯罪ヲ行ハシメタルコト」を要求し、「正犯ノ犯罪行為ナクンハ教唆者ハ責任ナシ」と論じている。⁶⁷ すなわち、この時期、牧野は、教唆犯の従属性を要求していたのである。それでは、なぜ、この時期、牧野は共犯の従属性を要求したのであろうか。これについては、旧刑法典の規定が深く関係しているのではないかと考えられ

る。牧野は、「刑法百五條二……『重罪輕罪』トハ犯罪ノ事實的客觀的要件則外部行爲ヲナシタルモノニシテ、罪トイフ語ヲ此意義ニ用キタル例ノ少ナカラサルハ茲ニ詳説スルマテモナシ」と論じている。⁶⁸ すなわち、旧刑法一〇五条の「重罪輕罪」とは、犯罪としての「重罪輕罪」ではなく、「重罪輕罪行爲」と解していたのである。したがって、旧刑法一〇五条の解釈としては、「教唆して重罪輕罪行爲をさせた者」ということになることから、正犯行爲が必要ということになり、これを根拠に、旧刑法の解釈論として從屬性を要求せざるを得なかつたのではなからうか。⁶⁹

牧野のこうした態度は、自説とは相矛盾するように思われるところであるが、右に見たような学説史上の一般的な理解からすると、新派刑法学においては独立性説を主張していたとされるのであるから、この時期における牧野説が異端であつたのか、という疑問が生じよう。そこで、他の新派刑法論者に目を向けるに、富井によれば、「教唆シタルノミニシテ實際結果ノ生ゼサル間ニハ犯罪ノ原因ト爲リタル者ニ非ス陰謀決心ノ外部ニ形ハレタル者ニ過キ」^マズ（傍点ママ）、したがって、教唆の成立には、被教唆者が教唆に基づいて犯罪を生じさせたことが必要となるとされた。⁷⁰ また、岡田は、「教唆ト教唆罪トハ別物ナリ」とし、「教唆ハ……他人ニ罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタルトキニ成立シ教唆罪ハ教唆サレタル他人カ之ヲ實施シタル時ニ成立ス」とする。そして、「我刑法上教唆カ犯罪トナルニハ二個ノ條件ヲ具ヘ」なければならぬのであつて、そのうちひとつは、故意を持つて他人に犯罪を犯す意思を生じさせたことであり、もうひとつは、教唆された他人が重罪輕罪となるべき行爲を實行したことを掲げる。これは、教唆者が教唆したにとどまり被教唆者が実行に至らない場合には、教唆者は他人に重罪輕罪の故意を生じさせただけであつて、刑を加えるほどの不徳・実害がなく、当該教唆が原因とならないためであると説明するのである。⁷¹ このように、他の新派刑法論者においても、教唆の原因性の欠如を理由に、独立性を否定しているのである。⁷²

したがって、この時期、とりわけ旧刑法典においては、また、新派刑法論者の主張においては、教唆犯を正犯とするのであるから、彼らの新派的思想と相俟つて、独立性を主張するに強力な論陣を張ることができたであろうことは容易に想像できるにもかかわらず、これら論者においては独立性は採られておらず、教唆―正―犯は、被教唆者に従属して罰せられると理解されていたのである。

もつとも、教唆犯は正犯とされるものの、被教唆者に対する従属性が求められるとすれば、被教唆者の犯罪が罪とならない場合の処理がここでも問題とされよう。

この点、少なくとも被教唆者が責任を備えていない限り被教唆者とはいえず、教唆犯を実行正犯とする立場がある。すなわち、富井は、「教唆ニ依リ犯罪ヲ實行シタル者幼年者又ハ瘋癲者ノ如キ者ナルハ唯教唆者ノ器械ト爲リタルニ過キス寧ロ教唆者自ラ實行シタルモノト云フヘシ」と述べるのである。一方、岡田は、幼者、狂者、精神の自由を喪失した者が無罪とされるのはこれらの者に弁別能力がないとされるためであつてこれらの者に故意がないとされるからではなく、これらの者も故意を有することができるのであるから、これらの者に対する教唆も成立しうるとする。なぜなら、旧刑法一〇五条にいう「重罪輕罪ヲ犯サシメタル者」とは、被教唆者に重罪輕罪行為を実行させた者をいうのであつて、被教唆者の行為が犯罪として成立することを必要とするものではないからであり、それゆえ被教唆者は罪とならない場合であつても、教唆者は教唆犯として罰すべきとする。しかし、その一方で、幼者、瘋癲者、自由意思を喪失した者が教唆されたことを認識していない場合には、それらの者には故意がないため、それらの者に対して教唆を行った者を教唆犯として共に正犯として罰することができず、この場合には、器械を用いたものと同視し、教唆罪は成立しないとされた。⁷⁴ところで、因果論的に正犯を区別するとするのであれば、

被教唆者の属性に関わらず、その行為への従属性ととらえることも可能であろう。したがって、これら見解においては、因果論的な正犯の区別が未だ徹底されていないことを看取しうるのである。

こうした思考に対して、徹底した因果論的処理をおこなった論者として、牧野が挙げられる。牧野は、「間接正犯」という用語を用い、間接正犯が問題となる場合につきこれを場合わけし、「間接正犯の場合ハ因果關係ノ中断ナキヲ以テ自然界ノ動力ヲ利用シタル場合ト同一ニ論ス可シトスルヲ通説トナス」も、「仲介者(教唆ニ就テハ被教唆者、間接正犯ニ就テハ被用者)カ被教唆者タルノ状況ニ在リヤ又ハ被用者タルノ状況ニ在リヤハ主動者(教唆者若ハ利用者)ノ之ヲ區別シテ知ルヲ要セサルニ、偶々被用者ナラハ間接正犯トナリ被教唆者ナラハ教唆トナリ、斯ノ如キ客觀的ノ事實ニ基キテ責任ヲ異ニスルノ結果ヲ生スルトイフコトハ刑罰權ノ理論ニ就テ主觀主義ヲ採ル余輩ノ了解シ能ハサル所」と述べ、牧野のいう通説の「因果關係中断論」を否定した。その上で、先に見たように、牧野は教唆犯を因果關係の一つの場合と考え、教唆と結果との間の因果關係を認める説に立ち、これを貫いて、「教唆犯……ト間接正犯トノ間ニ區別ヲ設クルノ必要ナシ」と結論付けた。⁷⁶ すなわち、「一ノ結果ニ對シ被教唆者カ責任アリトノ事實ハ教唆者カ其結果ニ責任アリトノ事實ヲ排斥スルモノニアラス」としたのである。⁷⁶

以上のような正犯に対し、従犯はいかに理解されていたのか。この点、従犯とは、犯罪の構成に必要な幫助行為等として理解されていたところは右に見たとおりである。

従犯の処罰につき、旧刑法一〇九条が従犯の必要的減輕を認めていることについて、富井によれば「當然トス」とされる。これは、従犯は犯罪の成立それ自体に無關係なのであり、ただ犯罪を幫助し、容易にするものであつて犯罪を生じさせた訳ではなく、したがって、犯罪を生じさせた者に比べて、その罪も自ずから軽いものとなるということを理由にしたものである。⁷⁷ さ

らに、岡田によれば、次のように述べられる。すなわち、従犯の刑が正犯の刑よりも一等を減ずとされたのは、折衷主義の罪刑権衡を保たなければならないという原則を採用した結果であるが、折衷主義の肯否は一先ず措くとしても、従犯は正犯の成立に不可欠のもの、原因となるほどのものではなく、正犯を幫助して容易にするものに過ぎないが故に、その背徳加害の正犯に比して低く、したがって、一等を減じられるのである、と。⁷⁸ これら論者は、原理的に正犯と従犯がその責任において差異があるということから、従犯の必要的減輕を主張していたのである。

しかしながら、一方で、次のような論も展開される。すなわち、「凡ソ犯罪ノ輕重ハ危害ノ程度ニ因テ之ヲ定メサル可カラス」、「危害ノ程度ハ犯人ノ心術ニ付テ之ヲ量タサル可カラス」とする古賀は、共犯者の犯意は他人と共に犯罪を行うことにあり、その犯罪行為の幾部に加担した者であれば、罪を犯す意思を持って犯罪の実行に着手した者と少しも異なることなく、正犯者の責任も従犯の責任も同じであるとするのである。⁸⁰ また、牧野も、右に見たように従犯を正犯とするのであるから、本来は従犯と正犯の責任の輕重を区別する理由はないとする。⁸¹ もっとも、古賀は、旧刑法の規定からは、正犯の責任と従犯の責任を区別する解釈をもつて妥当とせざるを得ないと述べており、⁸² また、牧野も、従犯とは予備行為をもつて犯罪に加功した者であると理解し、行為を客観的に見るときは単に予備行為の程度にあるに過ぎないものであるため、旧刑法典は従犯に対して減輕の理由があるとしていっていると解釈を行い、本来であれば「立法上従犯ヲ認ムルヲ以テ背理ナリト認ム只現行法(旧刑法―引用者注)ハ明白ニ従犯ナル觀念ヲ認メ解釋上之ヲ動カスノ餘地ナキカ故ニ暫ク此說ニ從フノミ」と述べている。⁸³ このように、原理的には正犯と従犯の責任に差異を認めない者も、結局のところ、旧刑法の解釈としては、両者の差異を認めていたのである。

ところで、右の牧野の見解において、従犯行為を予備段階に限定しているが、新派刑法論者は、これに限定しない立場が大

勢である。すなわち、旧刑法一〇九条の「文面ニ拘泥スルトキハ『其他豫備ノ所爲ヲ以テ』トアルニ依リ從犯ハ舉テ豫備ノ所爲タルヘキカ如シ……然リト雖モ是全ク文字ノ奴隸ト爲ルノ解釋ニシテ普通一般ノ原則ニ反スルモノ」とするのである。それゆえ、この立場にあつては、正犯と從犯の区別が極めて重要な問題とならう。

この点、富井によれば、旧刑法一〇四条にいう「現ニ罪ヲ犯シタル者」につき、「所謂現ニトハ實際ニ手ヲ下シタルヲ云フ」として実行共同正犯を規定すると理解しつつ、この場合の実行行為につき、「獨リ犯罪タル所爲自體ヲ實行シタル者ノミヲ云フニ非ス實行ト同時ニシテ且之ニ必要ナル所爲ヲ行ヒタル者モ亦實行ノ正犯トス」とされた⁸⁵。岡田も同様に、「着手又ハ實行ノ所爲ニ依リテ連合シ罪ヲ犯シタ者」のみならず、「着手實行以外ノ所爲ト雖トモ同時ニシテ成立ニ必要ナリシ時」をも正犯に含むとする⁸⁶。したがって、「實行ト同時ノ所爲ニシテ犯罪ヲ遂クルニ必要ナリシヤ否ヤヲ定ムルハ數人共犯ノ處分上最モ困難ナル問題」とするも、人を殺害しようとするときにその被害者を抱えたり、又は、逃走を防ぐ行為をなした者、強姦をなす場合に被害者の手足を縛る行為をなした者、盜犯の場合に門戸墻壁を破壊する行為をなした者、放火の場合に石油を注ぐ行為をなした者も、旧刑法一〇四条にいう正犯とされるのである⁸⁸。また、古賀も、旧刑法一〇四条にいう「現ニ罪ヲ犯シタル者」に關して、「文字上ヨリ之ヲ解釋セハ二人以上同一ノ犯意ヲ以テ現ニ同一ノ犯罪ヲ實行シタル場合……所謂實行正犯」を指すとして、本条を實行共同正犯規定として理解するも、「犯罪ノ性質ニ從テ二人以上ハ必スシモ其犯罪ノ實行ヲ共ニスルノ必要ナキ場合アリ」とし、「二人以上共ニ一罪ヲ犯サンコトヲ謀リ其内一人ノミ犯罪ノ實行ニ任シ他ノ一人ハ殆ント其ノ實行ニ與カラサル場合」として、甲、乙、丙が役割を定めて被害者から金員を詐取することを共謀し、甲、乙が実行役を、丙が被害者を誘い出す役を講じたという詐欺賭博の例を掲げる。古賀は、ここで、次のように述べる。すなわち、丙は、詐欺取財行為に何ら加担してお

らず、旧刑法一〇四条の条文に照らした場合、被害者を誘い出しただけの行為を罰することができないように思われる。しかし、丙がいて、被害者を誘い出したからこそ詐欺取財の機会を得たのであって、丙は「犯罪ノ實行ニ付テ必要ノ役技ヲ演セシコト……（実行者と—引用者注）少シモ異ナルコトナク……事實上……（丙は—引用者注）犯罪ノ實行ニ關スルコトナシト雖モ道理上犯罪實行ノ共犯者」であるから、「此ノ如キ者ヲ不問ニ附スルハ刑法ノ旨意ニアラスシテ特ニ刑法ノ解釋ヲ擴充シ否曲解シテ以テ犯罪ノ實行ニ任シタル者ナリト爲シ正犯ノ罪ヲ以テ罰スルコトヲ爲ス」と。⁸⁹このように、これら見解において、当該犯罪の成立に必要な行為の実行を行った者も、実行正犯に含まれていたのである。

したがって、犯罪の見張りについても、こうした見解に沿って考えられることとなる。例えば、「戸外ニ瞭望スル所爲ノミヲ分離スレハ假令其者自ラ罪ヲ犯サントシタル場合ト雖トモ未タ以テ着手ノ所爲トシ未遂犯ニ問フ能ハサルヘキモ……他ノ犯罪ヲ遂ケシムルニ缺ク可ラサリシ効用アラハ家人ヲ捕フル等ノコトナシトスルモ亦タ正犯タル可シ」、見張りは「事實無用タル場合ナシト斷ス可ラス假ニ無用ナラストスルモ必要缺クヘカラサルニ至ラス止タ之ヲ容易ナラシメタルニ過キスンハ從犯トスヘキナリ」、とするのである。⁹⁰

ここから、旧刑法一〇四条は実際に実行行為をなした実行共同正犯を規定し、その場合の実行正犯とは、実際に犯罪を実行した者、および、犯罪に必要な行為をした者と解されていたことが理解されるのである。

四、旧刑法期における共犯学説と正犯

以上の検討を通じて、旧刑法期における共犯学説につき、次のようにまとめることができよう。

正犯、および、共犯の区別につき、新古典学派刑法学、新派刑法学ともに、犯罪の原因といえるか否か、すなわち、犯罪結果に対する寄与度を基準に両者を区別する因果論的な態度を示していた。そして、原因といえる場合に「正犯」、そうでない場合に「共犯」とした。したがって、犯罪行為の実行者は、犯罪の原因といえるために正犯に含まれることとなる。もつとも、正犯については、実行者のみならず教唆者についても、また、犯罪の原因であるとして、新古典学派刑法学、新派刑法学ともにこれを正犯であるとする見解で概ね一致を見ていた。したがって、旧刑法期における共犯学説上、正犯とは、実行正犯と教唆犯であるとして理解されていたのである。その意味において、教唆犯を正犯として規定する旧刑法一〇五条の意義に合致するものであった。

このように教唆犯を正犯とするのであれば、教唆犯は教唆行為のみで成立するのか、換言すれば、教唆―正―犯の独立性が問題となる。この点、新古典学派刑法学のみならず、新派刑法学においても教唆―正―犯の独立性を認めず、被教唆者の実行行為に従属して成立するとされた。もつとも、ここにいる被教唆者への従属に関して、被教唆者は少なくとも責任を有していなければならない、責任のない被教唆者ではないために従属性は問題とならず、その背後の教唆者は教唆―正―犯ではなく、実行正犯であると理解する立場が、新古典主義刑法学、新派刑法学ともに大勢を占めていた。この点、因果論的に正犯と共犯を区別し、教唆犯もまた原因であるから正犯であるとする因果論的な考え方を基にすれば、被教唆者の属性に関係なく、被教唆者の身体的行為への従属ととらえることも可能であろう。してみると、犯罪の原因性に着目して正犯と共犯を区別するとして因果論的理解を示しながらも、その理解を純粹に貫いていない一面が見られたのである。

こうした教唆―正―犯に対し、実行正犯はいかに理解されたのか。この点、犯罪行為を自ら行う実行者が実行正犯として正

犯となることは勿論であるが、形式的な実行行為のみならず、厳密には実行行為とはいえないものの当該犯罪の成立に必要な可欠な行為の実行を行った者も、また、実行正犯であるとする見解を、新古典主義刑法学、新派刑法学ともに採っていた。ところで、いずれの立場においても、旧刑法一〇四条については、二人以上の実行正犯を共同正犯とする実行共同正犯を規定したものとして理解していたのであるから、旧刑法一〇四条の実行共同正犯には、実際に犯罪を実行した者、および、犯罪に必要不可欠な行為の実行をした者が含まれることとなる。

なお、この点は、従犯の理解とも大きく関わるところである。新古典主義刑法学、新派刑法学ともに、従犯とは、正犯を幫助しその実行を容易にした者、あるいは、犯罪の完遂に必要な行為を行った者と理解された。

旧刑法一〇九条は従犯の必要的減輕を規定するが、この点に関し、新古典主義刑法学、新派刑法学いずれの立場からも、原理的に正犯と従犯の重要性からその責任に差異があるとの主張がなされた。もともと、こうした主張に対し、新派刑法論者の中には、原理的には正犯と従犯の責任に差異はないとする論者もいた。しかしながら、そうした立場にある論者も、旧刑法上の解釈としては、両者に差異を設けなければならないとされており、結局のところ、いずれの立場においても、従犯の必要的減輕が認められていたのである。

ところで、従犯規定の解釈に関しては、旧刑法一〇九条の規定の仕方理由として、新古典主義刑法学、新派刑法学で不一致を見ることとなる。すなわち、新古典主義刑法学では、従犯は、正犯の犯罪が予備段階に限るとする見解が大勢であり、新派刑法学では、正犯の犯罪の予備段階、および、実行段階で従犯が成立するとする見解が大勢であった。それゆえ、制定法上の犯罪中の関与行為の帰結、たとえば、犯罪の見張りに関して、新古典主義刑法学では、当該見張りは犯罪中の関与であると

して正犯とされる一方、新派刑法学では、当該見張りが犯罪の完遂に必要な否かを検討し、必要であれば正犯に、必要でなければ従犯に問擬されるのである。しかしながら、こうした不一致はあくまでも制定法の解釈に関するものであり、原理論上においては、従犯は、犯罪以前、および、犯罪中いずれの段階においても関与しうるとする見解が、新古典主義刑法学においても新派刑法学においても、広く採用される見解となっていたのである。

このように、新古典主義刑法学、新派刑法学は、その教義の面では相容れない面が多々あり、理論面でもその細部では多々違いはあるものの、少なくとも、共犯論に関していえば、この時期、原理論の面ではさほど大きな不一致はなく、むしろ、多くの場面において、同じ結論を共有していたといえるのである。

1 小野清一郎『刑法學小史』刑罰の本質について・その他（有斐閣 一九五五年）四〇九頁。

2 宮城浩蔵の没後刊行された『刑法正義』の序文において、それを書いた岸本辰雄により、「世遂ニ君ヲ目シテ東洋ノオルトラント謂フ」とされた（宮城浩蔵『刑法正義』講法会 一八九三年）序文二頁）。ところで、オルトランの刑法学は、宮城および井上正一によって、当時において邦語に訳されている（アルトラン著（井上正一訳）『佛國刑法原論第一帙上巻・下巻』、（宮城浩蔵訳）『佛國刑法原論第二帙上巻・下巻』（司法省 一八八九年））。もともと、「この翻訳は文章がはなはだ難解であり、これによってオルトランの刑法理論が当時の人々にどれだけ理解されていたか疑問なしとしない」とされるが（江口三角『オルトランの刑法学』森下古稀祝賀（上）（成文堂 一九九五年）四八頁）、「オルトラン」が賛辞として通用するほど、オルトランに対して一定の理解が示されていたといえよう。なお、福田平「わが刑法学とドイツ刑法学との関係」一橋論叢九七卷六号（一九八七年）七四四頁註一。

3 宮城浩蔵述『刑法講義』（明治法律学校 一八八四年）。

4 澤登俊雄「宮城浩蔵の刑法理論」吉川経夫ほか編『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社 一九九四年）二六頁。なお、『刑法正義』の序文において、

- 岸本辰雄により「嘗テ刑法講義二卷ヲ著ハス、大ニ法學者間ニ行ハレ、聲名洋溢、需要日盛シニ、改版五回、發行部數ノ多キ、實二三萬有餘ニ及ヒ、爲メ二世ノ學者ラシテ、殆ト其觀ヲ改メシメタリ」と記されている(宮城・前掲「刑法正義」序文二頁)。
- 5 例えば、井田鐘次郎『刑法治罪法釋要』(時習社 一八八〇年)四一頁以下、村田保『刑法註釋第二冊第二版』(内田正榮堂 一八八一年)五三頁以下、高木豊三『刑法義解第二卷』(時習社博聞社 一八八一年)二八一頁以下など。
- 6 そのような指摘をするものとして、例えば、夏目文雄「資料」明治前期共犯学説史論「造意者正犯論小史」『愛知大学法経論集九六号』(一九八一年)七二—七三頁、小野・前掲『刑法學小史』四〇九—四一〇頁、澤登・前掲「宮城浩蔵の刑法理論」二六頁。
- 7 澤登・前掲「宮城浩蔵の刑法理論」二六頁。なお、阿部純二「木村亀二、明治法律学校創設当時の刑法および刑事訴訟法の講義とその内容」法律論叢別冊『明治法律学校における法学と法学教育』一〇三頁。
- 8 なお、この間の経緯につき、佐伯千仞「小林好信『刑法学史』(学史)「鶴飼信成ほか編『日本近代法発達史』(二)・資本主義と法の発展」(勁草書房 一九六七年)二二三頁以下、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(日本評論社 二〇〇八年)一一〇頁以下。
- 9 先に、宮城浩蔵こそわが刑法学上初めて体系的思考を展開した刑法学者であると評価がなされていることを示したが、小野清一郎によれば、富井政章が「舊刑法の下に於て其の體系的解釋論を展開した最初の學者」とされる(小野・前掲『刑法學小史』四一〇頁)。このように、旧刑法に関して、初めて体系的解釋論を展開したものは誰かという点については議論がなされているところ、本稿では、この点を明らかにすることにその主眼を置いているものではない。さしあたり、「体系的教科書を書いたのは宮城の方が早く」、「年齢的にも、宮城が……年長であり」、フランス留学の帰朝も宮城の方が早く、「宮城の方に何れも一日の長がある様に思われる」(夏目・前掲「明治前期共犯学説史論」七八頁註一〇)と評するものがあることを指摘するにとどめておく。
- 10 佐伯「小林・前掲『刑法学史』二二八頁以下、内田・前掲『日本刑法学のあゆみと課題』一一三頁以下。
- 11 なお、宮城がならつたとするオルトランの劇のたとえについては、拙稿「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」九大法学九九号(二〇〇九年)八七—八八頁。
- 12 宮城浩蔵述「刑法講義第四版」(明治法律学校 一八八七年)六一—三頁以下。なお、この点につき、宮城述・前掲「刑法講義」四三七頁では、「發意、決定、決行」と記されていたのであるが、一八八六年刊行の「刑法講義第三版」において、「決定、豫備、決行」とする表現が用いられており、以後、一貫してこのように表されている。なお、宮城述・前掲「刑法講義」四四三頁において「決行ニ關スル者ハ豫備ニ關スル者ト實行ニ關スル者トノ二個ニ分ツテ得ヘシ」とされており、また、宮城述・前掲「刑法講義第四版」六一〇頁以下では、決定を實行と同意に用いていることが見て取れる。し

- たがって、ここでいう「決定、豫備、執行」は「決定、豫備、實行」を意味し、宮城述・前掲『刑法講義』四三七頁にいう「發意、決定、執行」は「發意、決定、豫備、實行」を意味すると解され、両者に差異はないといえよう。
- 13 宮城述・前掲『刑法講義第四版』六一五頁。
- 14 磯部四郎『刑法講義増補改正版』(八尾書店 一八九三年)九八三頁。
- 15 井上正一述『日本刑法講義』(明法堂 一八八七年)六二二頁以下。
- 16 磯部・前掲『刑法講義増補改正版』九九四頁。
- 17 宮城述・前掲『刑法講義第四版』六一八頁。
- 18 井上述・前掲『日本刑法講義』六二三頁、磯部・前掲『刑法講義増補改訂版』二〇〇一頁。
- 19 宮城述・前掲『刑法講義第四版』六一六頁。
- 20 それゆえ、宮城は、助言であつても、それが他人の精神に勢力を及ぼし、教唆と論じることができる場合には、教唆犯とするのに差し支えないとする(宮城・前掲『刑法講義第四版』六三〇～六三二頁)。
- 21 宮城浩蔵『日本刑法講義第一冊』(明治法律学校講法会 一八九一年)七六〇頁。
- 22 井上述・前掲『日本刑法講義』六一九～六三〇頁。
- 23 この点、旧刑法七八条において「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セス」、七九条において「罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歳以上ノ者ハ情状ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」として、責任能力につき規定されていた。
- 24 宮城述・前掲『刑法講義』四五二頁、宮城述・前掲『刑法講義第四版』六三〇頁。
- 25 龜山貞義『刑法講義 卷一』(明治法律学校講法会 一八八八年)四〇七～四〇九頁。
- 26 もつとも、教唆犯は正犯とされたので、この場合、責任「共犯」論とすることは適切ではなからう。
- 27 「草案」八八条「左ニ記載ヒタル諸件ニ於テハ其罪ヲ論セス
一 抗拒ス可カラサル脅迫ニ遇ヒ已ムヲ得スシテ其脅迫者ノ意ニ從ヒ名爲シタル時」。
- 28 宮城述・前掲『日本刑法講義第一冊』七七〇頁。
- 29 龜山・前掲『刑法講義 卷一』四〇八頁。

- 30 宮城浩蔵講述『日本刑法講義第一巻第一編総則第四版』(明治法律学校 一九〇三年)六一九頁。
- 31 宮城・前掲『刑法正義』七一八頁。
- 32 宮城述・前掲『日本刑法講義第四版』六一九頁。なお、井上正一、磯部四郎等も同様に、形式的思考をとっていない(井上述・前掲『日本刑法講義』六一五頁、磯部・前掲『刑法講義増補改正版』九八五頁など)。
- 33 宮城述・前掲『日本刑法講義第一冊』七五一頁。
- 34 宮城述・前掲『日本刑法講義第四版』六一九〜六二〇頁。
- 35 宮城述・前掲『日本刑法講義第四版』六一四〜六一五頁。
- 36 宮城・前掲『刑法正義』七一九頁。なお、宮城述・前掲『日本刑法講義第四版』六二〇頁以下、『日本刑法講義』七五〇頁以下。
- 37 宮城述・前掲『日本刑法講義第一冊』七五〇〜七五一頁。
- 38 宮城述・前掲『日本刑法講義第一冊』七五三頁。
- 39 磯部・前掲『刑法講義増補改正版』九八九〜九九〇頁。
- 40 龜山・前掲『刑法講義 卷一』四一四頁。
- 41 朝倉京一「共犯規定の由来と解釈上の基本問題」専修大学法学研究所紀要三三二号 刑事法の諸問題Ⅶ(二〇〇七年)二四頁。
- 42 宮城述・前掲『日本刑法講義第一冊』八〇八頁以下。もつとも、宮城のこうした見解は、従来より一貫して主張されてきたものではない。すなわち、当初、宮城は、「法律ニ謂フ所ノ従犯トハ犯罪ノ決行ニ加ハリ豫備若シクハ實行ヲ幫助シテ正犯ヲ容易ナラシメタル者」とし(宮城浩蔵『日本刑法講義第一巻』明治法律学校 一八八七年)六二二頁)、宮城が採用するに至った、旧刑法の従犯につきこれを予備の幫助に限るとする説について、「此説非ナリ」と明示的に批判した。その上で、犯罪に用いる器具を給与することは、予備中に限らず実行中にも可能であるから「我刑法ハ豫備ハ實行トヲ幫助シタル者ヲ以テ従犯ト爲スノ意ニシテ殊ニ豫備ノ所爲ヲ幫助シタル者ノミニ限ルニアラサルナリ」としたのである。また、ここから「然レ其實行ヲ幫助スル場合ニ於テ其幫助ナキ時ハ其罪ヲ遂クル能ハサル場合……ハ正犯ナリトス」としていた。すなわち、この段階では、原理論と制定法の解釈を一致させていたのである(宮城・前掲『日本刑法講義第一巻』六四二〜六四三頁)。
- 43 宮城・前掲『日本刑法講義第一冊』七五四頁。
- 44 磯部・前掲『刑法講義増補改正版』九九三頁。
- 45 龜山・前掲『刑法講義 卷一』四〇四頁。

- 46 明治三三年刑法改正案七八条第一項「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ准ス」。
- 47 古賀廉造述「刑法新論」(和仏法律学校 一八九八年)七一八頁以下、七二八頁以下。
- 48 富井政章「刑法論綱」(岡島寶文館 一八八九年)二二六、二二七頁。
- 49 富井・前掲「刑法論綱」二六四頁。
- 50 富井・前掲「刑法論綱」二二六、二二七頁。
- 51 岡田朝太郎「日本刑法論」(有斐閣 一八九四年)一〇二六頁。
- 52 岡田・前掲「日本刑法論」一〇三八、一〇三九頁。
- 53 岡田・前掲「日本刑法論」一〇五六、一〇五七頁。
- 54 牧野英一「刑法総論」(日本大學 一九〇六年)一五七頁。
- 55 牧野・前掲「刑法総論」一七四頁。
- 56 牧野・前掲「刑法総論」一六六、一六七頁、一七四頁。
- 57 牧野英一「犯罪行為ノ著手後結果ノ發生ヲ防止シタル教唆者ノ責任」法学志林七卷五号(一九〇五年)五六頁。
- 58 牧野英一「刑法新派ノ基礎ヲ論ス」法学志林六四号(一九〇四年)一八頁。
- 59 牧野・前掲「刑法総論」一六六、一六七頁。
- 60 明治三五年刑法改正案七三条一項「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ准ス」。
- 61 牧野・前掲「犯罪行為ノ著手後結果ノ發生ヲ防止シタル教唆者ノ責任」五五頁。
- 62 なお、教唆犯を正犯と見ない古賀説においても、見られるように、教唆犯は実行行為を行っていないものの「原動力」であるとしてその寄与度を認めていたことがうかがえるのであるし、また、教唆者は正犯ではないが、正犯に準じるということを支持していたことから、教唆犯は責任の面では実行正犯と同一であるということが是認されることが看取されるのである。
- 63 中山研一ほか「レイヴィジョン刑法一 共犯論」(成文堂 一九九七年)一頁以下。もっとも、新派共犯論者の中でも、論者によって因果関係の捉え方については差異のあるところであるし、また、旧派共犯論者の中でも、「行為共同説をとる論者がいた(例えば、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣 一九八一年)三三三頁)ことは広く知られるところである。さらに、新派刑法学が共犯独立性説に至り、旧派刑法学が共犯従属性説に至るといふ図式は必ずしも必然的なものではなく、「旧派でも、行為無価値論ないし道義違反性を強調する見地をとり、共犯固有の犯罪性を求

めれば、共犯独立性説をとることにもなりうる。新派でも、法益侵害の客観的危険性を重視する見地をとれば、共犯従属性説を採ることに必要なとの指摘もなされている(内藤謙『刑法講義総論(下)』Ⅱ(有斐閣 二〇〇二年)一三四七頁)。

64 中山ほか：前掲『レヴィジョン刑法』一頁。

65 牧野・前掲『刑法総論』一六七頁以下。

66 牧野・前掲『刑法総論』一七八―一七九頁。

67 牧野・前掲『刑法総論』一七六頁。

68 牧野・前掲『犯罪行為ノ著手後結果ノ發生ヲ防止シタル教唆者ノ責任』五五頁。

69 もっとも、このように解することに疑問がないわけではない。先に掲げた現在の学説史上の一般的な整理によると、牧野は共犯独立性説を採った訳であるが、牧野が主に解釈論を展開する現行刑法典の教唆犯規定を見ると、六一条一項で「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ……」とされており、旧刑法典の規定よりも一層「犯罪行為」と読むことが可能な規定となつているにもかかわらず、牧野が独立性を主張しているからである。

70 富井・前掲『刑法論綱』二四八頁。

71 岡田・前掲『日本刑法論』一〇四九頁以下。

72 なお、教唆犯を正犯と見ないものの、教唆を犯罪の原動力と捉える古賀も、教唆をしたものの被教唆者が実行に至らない場合においては、「是レ教唆ノ事實アリト雖モ教唆ニ原因スル犯罪アラサルヲ以テ未タ教唆者ヲ罰スルコトヲ得サルナリ」とし、教唆を構成する条件として、被教唆者が教唆によつて重罪軽罪を犯したことが必要であるとしたのであった。そして、犯人の危険性に着目し、教唆の事実があることをもつて教唆犯を処罰し得るとしたドイツ刑法を例に掲げ、「是レ刑法ノ精神ヲ誤ルモノト謂フヘキナリ」と批判する(古賀述・前掲『刑法新論』七三一―七三二頁)。

73 富井・前掲『刑法論綱』二五〇―二五一頁。

74 岡田・前掲『日本刑法論』一〇六四頁以下。

75 牧野・前掲『刑法総論』一六四頁以下。なお、牧野の場合分けによれば、間接正犯とされる場合は「一 責任無能力者ヲ氏使族シテ罪トナルヘキ行爲ヲ行ハシメタルトキ」、「二 他人ヲ責任無能力ノ状態ニ陥レ其無責任行爲ヲ利用シタルトキ」、「三 犯罪事實ノ觀念ヲ有セサルモノヲ使用シテ自己ノ犯意ヲ遂行シタルトキ」、「四 詐欺若ハ強制ニ依リ他人ヲ正當防衛又ハ緊急状態ノ地位ニ陥レ其罪トナラサル行爲ヲ利用シタルト

- キ」、「五 上官カ屬官ノ服從義務ニ基キ爲シタル職務行爲ヲ利用シタルトキ」、「六 犯罪ノ成立ニ一定ノ目的(動機)ヲ要スル場合ニ於テ其目的ヲ有スル者カ其目的ヲ有セサル者ノ行爲ヲ利用シタルトキ」の六つがある。とされる(牧野・前掲『刑法総論』二六五頁)。
- 76 牧野・前掲『犯罪行爲ノ著手後結果ノ發生ヲ防止シタル教唆者ノ責任』五四〜五五頁。
- 77 富井・前掲『刑法論綱』三三六〜三三七頁。
- 78 岡田・前掲『日本刑法論』一一八〜一一九頁。
- 79 古賀述・前掲『刑法新論』九頁。
- 80 古賀述・前掲『刑法新論』六九四頁以下。
- 81 牧野・前掲『刑法総論』一八九頁。
- 82 古賀述・前掲『刑法新論』六九四頁以下。
- 83 牧野・前掲『刑法総論』一八九頁註六。
- 84 富井・前掲『刑法論綱』二七〇〜二七一頁。
- 85 富井・前掲『刑法論綱』二四一頁。
- 86 岡田・前掲『日本刑法論』一〇四四頁。
- 87 富井・前掲『刑法論綱』二四二頁。
- 88 富井・前掲『刑法論綱』二四二〜二四三頁、岡田・前掲『日本刑法論』一〇四五頁以下。
- 89 古賀述・前掲『刑法新論』七二二頁以下。
- 90 岡田・前掲『日本刑法論』一〇四六頁以下。

結語―旧刑法における正犯の意義と共謀共同正犯―

以上の考察から、旧刑法典における正犯の意義については、次のようにまとめることができる。すなわち、寄与度に応じて因果的に正犯と共犯を区別する観点から、自ら実行行爲を行う実行正犯は勿論、実行行爲を行わない教唆犯も、その寄与度か

ら、―知的―正犯とされた。したがって、一口に正犯といっても、そこには実行正犯と教唆犯を含んでおり、旧刑法典も、これにならって、共犯現象における正犯につき、実行―共同―正犯と教唆―正―犯に分けて規定した。もつとも、実行―共同―正犯に関しては、実質的な寄与度から、自ら犯罪の実行行為を行った者のみならず、犯罪の実行行為とは言い難いが、その犯罪の遂行に必要不可欠な行為を行った者も含むものであった。こうした旧刑法典の正犯の意義については、旧刑法を解釈する刑法学者の側においても同様の理解がなされ、そして、学派を超えてその理解は概ね共通するものであった。

こうした旧刑法典における正犯の意義をもとにすれば、旧刑法下において、いわゆる共謀共同正犯とされるものは、いかにその意義が解されるべきなのか。この点について検討を加え、稿を締めくくるとしたい。

まず、見張りのように、共謀に参加した者がおよそ当該犯罪の実行行為とは言い難い行為をした場合のその見張りを行った者の処理についてであるが、旧刑法典における―実行―正犯の意義においては、当該行為が犯罪の完遂に必要か否かを判断し、それが必要であれば当該行為者は―実行―正犯となるのであるから、その見張りが犯罪の完遂に必要であれば、必要な行為を分担した以上、その者は、実行―共同―正犯ということになる。それゆえ、いわばこの場合は、二人以上の者がある犯罪を共謀して、その共謀に基づいてそれらの者が共に当該犯罪の実行行為を行った場合と同様なのである。ところで、右の場合、仮に共謀があったとしても、―共謀―共同正犯とはいわないであろう。なぜなら、右の場合、―実行―共同正犯とされるからである。したがって、見張りなどに関しても、―共謀―共同正犯に含まれず、―実行―共同正犯として処理すべきということになる。

これに対し、二人以上の者がある犯罪を共謀したものの、実行に当たって実行行為ないし犯罪の完遂に必要不可欠な有形的

行為をなさなかつた者がいた場合のそれらの者の処理についてであるが、実行為ないし有形的行為から離れていたわけであるから、それらの者は実行正犯とはならず、実行共同正犯を定める旧刑法一〇四条に問擬されることはない。その意味において、共犯現象においては、実行者以外の者は実行共同正犯とはなりえないのである。

もつとも、それらの者については、実行共同正犯とはなりえないものの、自らが参加した「共謀」の意義と関わって、場合によつては共犯現象における可罰的正犯となりうることも出てくる。共謀、すなわち、共に謀るとする場合、そこでは単なる話し合いから犯罪計画の会議等様々な形態があるといえる。そして、その中で、参加者の寄与度を区別することは可能であろう。首謀の立場に立つて参加者に犯罪を決意させる者、議論を尽くす者、単に謀議に参加したのみで議論に参加しない者などである。ところで、共謀の参加者が、他の参加者の精神に作用する行為を行った結果としてその者にある犯罪の遂行を決意させ、その者が当該犯罪を実行に移せば、共謀に参加して犯罪の遂行を決意させた者は、何ら有形的な犯罪行為から離れていたとしても、教唆犯ということにならう。そして、旧刑法典において、教唆犯は正犯とされていたのであるから、こうした場合、共謀に参加して犯罪の遂行を決させた者は、一教唆一正犯ということになる。すなわち、旧刑法下においては、共犯現象における共謀と関わって、「共謀による教唆正犯」が観念できたのである。もつとも、単なる付和雷同的な共謀への関与では、旧刑法の意義、および、解釈論から、決して教唆一正一犯とはならないのであるから、そうした場合「共謀による教唆正犯」とはならないのである。

また、同様に、旧刑法下において共犯現象における共謀との関連で正犯を考える場合、「共謀による教唆正犯」(数人が共謀し、その際自己以外の参加者の精神に作用する行為を行つて犯罪を決意させ、自らは犯罪行為を行ななかつた者)のほかに、「共

謀による実行正犯」(数人が共謀し、共謀参加者から犯罪を決意させられ、実際に実行した者)、「共謀による実行共同正犯」(数人が共謀して意思を通じた上、共に犯罪行為をなした者)として理解されることとなる。そして、共犯現象における関与者は、これら正犯以外であれば、従犯とされない限り、処罰の対象とはならないのである。

旧刑法下において、共犯現象の関与者は、実行―共同―正犯、および、教唆犯が「共に正犯」とされた。共同正犯をこの意味で理解するのであれば、当該犯罪の実行に加わらなかつた共謀者であつたとしても、「共謀による教唆正犯」は、実行正犯―「共謀による実行正犯」、「共謀による実行共同正犯」―とともに、共犯現象における共謀による「共同正犯」ということになる。したがつて、旧刑法下においては、この意味における「共謀共同正犯」を觀念することが可能なのであり、旧刑法下における共謀共同正犯は、この意義にとらえられなくてはならない。しかしながら、すでにみたように、共同正犯、さらには共謀共同正犯はこうした意味に理解されていないのである。したがつて、現在の理解に基づく共謀共同正犯の一貫性については、疑問であるように思われる。¹

ところで、旧刑法下における―共謀共同―正犯をこのように理解するとして、実際に判例がいかに旧刑法下において判断していたのかという点、あわせて、判例の判断につき、当時の学説がいかに評価していたのかという点が次に問題とならう。しかしながら、本稿では、紙幅の関係からその点まで踏み込むことはできない。そこで、この点については別稿に期することとし、筆を擱くことにする。²

1 なお、現行刑法典において、この意味での共謀共同正犯の理解が可能か、そして、可能であれば一貫性が認められるのではないかという問題が

あろう。この点、現行刑法典における「正犯」は―身体的―正犯のみを規定するものであり、―知的―正犯である教唆犯は―身体的―正犯ではないため、現行刑法典における「正犯」とはされていない。したがって、現行刑法典において共犯現象における共謀との関連で正犯を考える場合、「共謀による実行正犯」、「共謀による実行共同正犯」についてはいずれも―身体的―正犯であるために「正犯」といえるが、「共謀による教唆正犯」は「正犯」ではないということになる。したがって、現行刑法典においては「共謀による教唆正犯」を觀念できない以上、この意味で共謀共同正犯を理解することはできないのである。なお、現行刑法典における「正犯」の意義につき、拙稿「教唆犯規定の意義に関する一考察」森尾亮ほか編入間回復の刑事法学（二〇一〇年 日本評論社 九二頁以下）。

2

この点、ひとつだけ判例の判断につき言及すれば、旧刑法期、大審院は、その当初、単に共謀のみにとどまり、何ら実行に出なかつた者は正犯ではないとする態度を示していた。すなわち、大審院は、「刑法百四條ニ云ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス又同百五條ニ云ク人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲スト是ニ由テ之ヲ觀レハ現ニ犯所ニ臨マサル者ニシテ教唆者ニ非サルヨリハ假令犯罪ヲ共謀スルモ之ニ科スルニ正犯ノ刑ヲ以テスルコトヲ得サルヤ明白ナリトス」と判示したのである（大判明治二四年四月二七日刑録明治二四年四月―九月分四五頁。この判例については、下村康正「共謀共同正犯と共犯理論」〔学陽書房 一九七五年〕五一―五二頁、夏目文雄「共謀共同正犯の理論」の批判的検討（一）―特に共謀者の責任の問題を中心として―愛知大学法経論集法律編五三号（一九六七年六頁など）。そして、ここで示された、「現ニ犯所ニ臨マサル者ニシテ教唆者ニ非サルヨリハ假令犯罪ヲ共謀スルモ之ニ科スルニ正犯ノ刑ヲ以テスルコトヲ得サルヤ明白ナリ」こそ、本稿で示した「共謀による教唆正犯」を念頭に置いたものとして理解することが可能であるように思われるが、詳しくは、別稿に譲ることとしたい。