《講演録》最終講義「共犯の基礎理論」

日髙義博
（専修大学法科大学院教授、法学博士）
〔現在、専修大学名誉教授、学校法人専修大学理事長〕

＊本稿は、平成三〇年二月一四日、神田校舎一号館三〇一教室で行った最終講義の内容をなすものである。原稿作成に際しては、録音テープを反訳し、それに加筆・修正を施した。講義は手許のメモカードだけで話を進めるというのが、私のいつものスタイルである。これまで講義を聴いている学生の反応を見ながら、話に濃淡を加え、対話的に授業をしてきた。講義をする側も講義を聴く側も共に考えることを大切にしてきた。したがって、講義用の原稿はないことから、再現するとなると大変である。今回、原稿作成に取りかかるまでに一〇ヵ月過ぎてしまったことから、正確に再現しえなかった箇所も生じたが、当日の講義の雰囲気は、再現することができた。最終講義には、法学部学生、法科大学院学生だけでなく、卒業生、教職員、学外の研究者の方々までご参集いただき、私の予想に反し三〇一教室が満席の状態であった（概要は、ニュース専修〔平成三〇年三月一五日号〕および育友一五三号〔平成三〇年四月〕参照）。多くの方々が私の最終講義に関心を持っていただいたことに、喜びと感謝で一杯であった。専修大学法学部で刑法を学び始め、そして研究者となって母校の教壇に立ち、四三年にわたり刑法の講義を続けることができたことは、実に感無量であった。

（平成三〇年大晦日記）

目次

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　正犯と共犯の関係
Ⅲ　共犯の処罰根拠
Ⅳ　共同正犯の問題点
Ⅴ　おわりに

Ⅰ　はじめに

1　講義の狙い

今日は、私の予想に反して研究者からゼミのＯＢ・ＯＧまで詰めかけていただいて、よく見えない眼鏡をかけて来てしまいましたが、それでも誰なのかよく分かります。学生時代の友人も来てくれていて、大変感激をしています。最終講義をするということで、人間の生き方を話して終わりにしようかと思いましたが、それでは刑法の最終講義にならないので、少しは刑法の話をしなければなりません。話がつまらなかったら途中で退席されるかなあとも思いましたが、難しいテーマを選んでしまいました。今日のテーマは、私の研究の最後の問題でもあります「共犯論」です。

2　これまでの研究を振り返って

（1）万葉集と刑法

大学に入って一年次のときに履修した万葉集の授業がいまだに頭に残っていて、それ以来、ずっと万葉集の勉強をしています。担当されたのは伊藤博先生で、京都大学から昭和四一年に専修大学文学部に赴任されていました。私は、教養科目の文学で伊藤先生から万葉集を教わりました。伊藤先生は、風呂敷包みを抱えて教室に来られていました。当時、貧乏学生であった私は、風呂敷包み持って教壇に立たれる伊藤先生に共感を覚えました。

授業が始まると、非常に艶かしい万葉集の相聞歌（そうもんか）、東歌（あずまうた）を講義されるわけです。服装はよれよれの背広で、風呂敷包みの格好から、なぜあのような艶かしい歌の解釈ができるのだろうと思いました。伊藤先生の外見と内実の落差に驚いたことが、私が万葉集に入る切っ掛けになりました。大分前の話ですが、私が若いとき教室に持って行っていた風呂敷はよれよれになっていたので、ゼミの卒業生が風呂敷ぐらいちゃんとしたものを持ってくださいと言って、かれらが買ってプレゼントしてくれたことがあります。「重ね鷹の羽」の家紋入りの縮緬の風呂敷ですが、長く箪笥に入れていたものを思い出して、今日は再現をしようと思って持ってきました。

刑法の勉強を始める前に万葉集を本格的に勉強したわけです。学生時代のノートで一冊だけ残っているものは、万葉集のノートです。一年次のとき、万葉集の歌番号、原文、読み下しを書き出し、それに解釈を書き込んだノートが今も書斎にありますので、持ってきました。万葉集がなぜ刑法に繋がったかと言いますと、一つは情緒の問題です。人間の生き方とか、情緒の問題に直面するのは、刑法の場合も同じなのです。それに万葉集の原文は全て漢字で書いてありますので、日本語の語感が勉強できるなと思ったのです。二つ目は、万葉集の歌も刑法の条文も解釈が難しい。この共通項は面白いと思いました。伊藤先生は万葉集の四千数百もある歌を、全てを読み下して解釈し、釈注を書かれて亡くなりました（伊藤博『萬葉集釋注』［全一〇冊、別巻一、補巻二、集英社］）。刑法の条文は二六四条にすぎませんが、私自身は、全条の注釈を終わっているわけ

ではありません。万葉学者の伊藤先生のような研究の貫徹を遂げたいと思いますが、もう最終講義の段階になってしまいました。

（2）よき恩師との出合い　専修大学法学部に入学した理由は、当初、検事になりたかったのです。終戦後の話でありますが、母が病気になり、父が二つか三つの私を背負って職場に連れて行ったものの、緊急を要することがあり、動き回わる私を急遽、安全な留置場に入れて自由にさせたのです。今では考えられない、おおらかな終戦後の田舎の話ですが、犯罪の嫌疑をかけられた人に遊んでもらったのです。犯罪捜査の現場にいた父の影響かもしれませんが、検事になりたかったのです。

九州の南国宮崎、しかも田舎で育ったものですから、のんびり、おおらかに育ちました。高校生の頃も、大学に行くとしても、九州から出ることは考えていませんでした。法学部としては熊大か九大があるので、そこに行けばいいと思っていました。ある日、高校の恩師が本当に法律を勉強したいのかと言われるので、勉強したいですと答えたら、学問の先端は東京にあるから、東京に行きなさいと言われました。高校三年の夏頃だったと思います。

宮崎には予備校もありませんでしたし、受験勉強らしい勉強もしていませんでした。ただ好きな分野については、進んで自分のための勉強をしていました。東京に行くという決意をしてから、大学はどこに行くかを考えましたが、受験勉強をろくにしていない上に、東大や一橋大は知っていましたが、どんな大学があるのかも知らず、かつ生活費が宮崎の数倍かかることさえも知らなかったのです。幸い私の従兄弟が昭和三二年に専修大学を卒業していましたので、授業料が安いことや授業料免除の制度があることなどを教えてくれました。それで専修大学法学部に入って司法試験の勉強をしようと思い、受験をしたら拾ってもらえました。昭和四一年に専修大学に入って勉強を始めると、素晴らしい出合いがありました。一生付き合う友人にも出合いました。

何よりも私の学問の曲り角となったのは、恩師の神山欣治先生の授業です。神山先生は、最高検察庁の検事であり、労働刑法の研究者でもありましたが、退官後、専修大学に赴任されていました。二年次のときに神山先生の刑法総論の授業を受けました。奇跡的なことでありますが、当時、法学部の一コースは三六人ぐらいであり、毎回がゼミのような授業でした。刑法は好きなものですから一年次のときから勉強していたので、自分なりの考えをもって神山先生の授業に聴き入っていました。神山先生が実際にあった事実をもとに理論的な解決を質問されると、それまで考えていた自分の理論がドミノ倒しのごとく崩れていくのです。理論さえ覚えていれば万事解決できると思っていたことの愚かさを悟りました。それから、刑法理論は当てはめるよりも、事実解決のために理論を作った方が面白いと思い、刑法の研究者になる決意をしました。大学二年の夏のことでありました。

その頃、なぜ刑法に熱中したかというと、刑法の理論体系と理論

のシャープさが魅力的だったからです。学生の頃、刑法の基本書としては、植松正先生の『刑法教室Ⅰ、Ⅱ』（改訂・昭和三五年、大蔵省印刷局）、『全訂刑法概論Ⅰ総論、Ⅱ各論』（昭和四一年、昭和四五年、勁草書房）、団藤重光先生の『刑法綱要総論、各論』（昭和三二年、昭和三九年、創文社）、瀧川幸辰先生の『刑法講話』（昭和二六年、日本評論社）、『犯罪論序説』（初版・昭和二二年、一二刷・昭和三五年、有斐閣）、木村龜二先生の『刑法総論』（昭和三九年、有斐閣）などがありました。これらの基本書は二年次で読んでしまっていました。三年生になる頃は、もう少し突っ込んだ理論書を読みたくなり、神田の古書店街の散策を始めました。小野清一郎先生の『犯罪構成要件の理論』（昭和二八年、有斐閣）は、赤鉛筆で線を引きながら読み込みました。この本の値段は、学生の私には高価だったことを覚えています。当時、宮崎までの急行「高千穂」の乗車賃が二、七〇〇円でした。二七時間かかりましたが、宮崎に帰る汽車の運賃と同じぐらいの値段でした。それから瀧川幸辰先生の『刑法史の或る断層面』（昭和八年、政経書院）も神田の古書店で見つけて買ったのですが、これまた宮崎までの旅費と同じぐらいでした。植松先生の『刑事法学研究第一巻』（昭和二四年、有斐閣）も古書店で見つけて読みました。学生諸君はあまり知らないでしょうが、今日、ここに持ってきました。もうボロボロになっていますが、その後大学院で植松先生に師事することになるのですから、思い出の深い本の一つです。

大学卒業後は、植松先生に師事するため明治学院大学大学院に進学し、最後の弟子として五年間特訓を受けました。二七歳で専修大学法学部の専任講師として母校に戻りました。ドイツには二度トリーア大学に留学し、アメルンク先生（Dr. iur. Knut Amelung）の下で、法益論をはじめ研究の幅を広げることができました。そして、今日の最終講義を迎えました。研究の節目節目によき師に出合えなかったら、私の研究は完結できなかったと思います。

（3）絵を描く楽しさと文章から映像が浮かぶ楽しさ　木村先生の理論書は、学生時代は読み飛ばしていました。瀧川先生の文章と植松先生の文章は歯切れがよくて、とことん読みました。瀧川先生の著書を読む切っ掛けは、先に挙げた『刑法史の或る断層面』の見返しにブリューゲル（Pieter Brueghel, 1525–1569）の絵（「十字架刑の出発」「山上の説教」）があったことです。キリストの裁判を描いた絵です。瀧川先生は、客観主義刑法理論の京都大学教授でしたが、刑法学者がこういう絵にも関心があるのかと、絵が好きな私としては、まず本の装丁に興味をひかれてしまいました。

私は、小さい頃から絵を描くのが好きでした。かすかに記憶があるのは、宮崎の都城にいた頃に幼稚園に通っていて、絵を描くのが楽しみで、そのために往復四キロほどの道を喜んで歩いたのです。父は、どうして子どもが一人でそんなにふらふら歩いて行くのかと思って、こっそり行動を観察したそうです。そうしたら、絵を描いていて、描き終わると、ぷらぷらしながら道を歩きながら帰ってく

るのだそうです。とっても絵が好きだったんです。伯父が学校の絵の先生でしたし、絵心だけはちゃんと植え付けられました。小さい頃から絵心があったためか、文章が読めるようになっても、文章の背景にある風景とか情景とかが見えないと、文章を読んで面白いと思わないのです。文章が面白い本は、読んでいて飽きることがないのです。小学生の頃、本を読む切っ掛けになったのは、本の表紙の絵や装丁に興味をひかれ、何が書いてあるのだろうかと読み始めたことでした。なぜか映像が浮かんでこない文章は、面白くないし、読もうとしなかったのです。

万葉集を読んで感激したのも、理由は分かります。相聞歌や東歌の中に情景が見えるのです。万葉人のおおらかな愛情とか、情熱とか、そういうものが見えるのです。刑法の場合には、そういう愛情は見えないのですが、何が面白いかというと、図形が見えるのです。犯罪体系の中で事案をどう捉えて解決するのかが図形として見えるのです。大学一年次のときに刑法の勉強を始めたとき、自分の頭の中では刑法理論を映像として捉えていたのです。絵の構図の捉え方や着色の手順が身に染みていたことから、刑法理論を頭の中で整理することは異次元の世界ではありませんでした。ただ、本は手許において赤線を引いたり、思いついた事を書き込んだりするため、自分で買って読むというスタイルであったため、貧乏学生を地で行きました。大変な苦学でしたが、楽しい学生生活でした。田舎から送金してもらった生活費が一週間でなくなることもありました。読みたい本が神田の古書店を歩けば目に飛びこんで来るのです。食事を削ればいいと思って、買い求めて読み始めるのですから乱暴な話です。今日、この教室に来ている同期の友人達には、よく食べさせてもらいました。友情に感謝しています。後先考えないで、自分が好きなことにのめり込んでしまうという習性があって、刑法の研究にのめり込んだのだと思います。

（4）思索の原点となった一文の重み　学生の頃、共犯論でいえば、本を読んでいて文中の一文が目に飛び込んできて、ずっと考え込んでいたものがありました。たとえば、小野先生の『犯罪構成要件の理論』の文中に「共犯は構成要件の修正形式」と書いてあるのですが、なぜ修正形式なんだろうと考え込んでいました。構成要件の定義がズレると解けないのです。それから、瀧川先生の『刑法の諸問題』（昭和二六年、有信堂）の「共謀共同正犯」の文中には、有名な「共犯は絶望の章」だという一文がありました。齊藤金作先生の『共犯理論の研究』（初版三刷・昭和四〇年、有斐閣）の一章序説にも同様な文言が書いてあります。理論的にシャープな瀧川先生がなぜ絶望だと言われるのかと思って、この一文にも引きずられました。いずれも思索の原点になったものであり、晩年まで考え込んだ一文です。

植松先生の書かれた本には、たくさんのヒントがあります。学生の頃に読んでいて見つけた一文には魅了されました。不遜にも植松先生とは波長が合うと思ってしまいました。それは、植松先生が三

二、三歳の頃に書かれた「刑法における道義性の要求」（『刑事法学研究第一巻』に収録されている）という論文の中の一文です。この論文は、植松先生が台北帝国大学で教鞭をとられていた頃の論文ですが、その中に「通常の法理論で解決し得ないやうな窮極に達したとき、理論はこの直覚に歩を譲るのである。」（四四頁）という文言があります。ちょっと難しいのですが、理論から理論は出てこないということです。事実を突き詰めて、迷いに迷って考えていると閃く瞬間がある。その閃きによって理論を構築し、事案を解決するというのが文意です。

単に理論から理論をつくったのでは、理論で崩される。しかし、法的な直観はなかなか崩せない。事案解決の出口が見つからないとき、ひたすら考えていると、暗闇の中に一筋の光がさっと射し込むごとく問題解決の筋道が見えることがあります。こんな時は、寝ていても起きて書き出すことがあります。これは法的感性の問題でもありますが、法的な直観をもとに理論構築したものは、なかなか崩れない。私の論文には法的感性を理論化したものがわりと多いように思います。植松先生が私を最後の弟子に拾われたのは、感覚的に何かシンクロするところがあったのではないかと思います。

植松先生の下で弟子修業をしていた頃は、事実から積み上げて理論をつくり、そして理論を事案で検証することを徹底して鍛えられました。しかし、法的感性はシンクロしていたことから苦労ではなく、面白くて楽しい弟子修業でした。植松先生も絵を描かれます。個展の手伝いもしましたが、水墨画は、六号が三〇～四〇万円の値段が付いていました。植松先生の絵は売れる絵ですが、私の絵は描きたいから描くだけの絵です。絵を描くことは楽しいので、植松先生のお供をして旅行先で絵を描きました。先生が絵を描き始められると、お供の私としては、硯や水などを整える方に気が向くため、その場で描き上げることは少なかったですが、旅先で一緒に絵を描くことは、非常に楽しいことでした。

熊本大学で刑法学会があったときに、二日目の午後だったと思いますが、「日高君、阿蘇に絵を描きに行かないか。」と言われて、「いいですね。」と言って画材を持って阿蘇に行ったことがあります。絵を描き終わって宿に帰ったら、次の日、阿蘇山が大噴火したのです。阿蘇の噴火口を見ながら描いたのですが、植松先生の絵には迫力がありました。その絵は、先生の著書『続去日来日』（昭和五三年、勁草書房）の扉に収録されています。扉の解説には、「日高君は、・・・私にとっては学問上の末っ子みたいな存在である。連れ立って西口の火口に行き、私はこれを描いた。日高君も水彩画を描いた。彼は版画の名手であるが、この場所での画の出来は、どうやら私の方が勝ったらしい。」と記されています。感性が似通っていても、絵を描く場合、被写体のどこを切り取り、構図をどう設定し、色使いをどうするかによって絵のもつインパクトが違ってきますが、このことはまた面白い点でもあります。いま振り返ってみると、文章から映像、図形が見える楽しさ、直観から理論を組み立

てる楽しさ、この二つのことが刑法学の道を歩み始めた原因だったように思います。

3　最後の理論的課題としての共犯論

植松先生に弟子入りしたとき、大学院で何の研究をするかを、最初に聞かれました。犯罪論体系の組み立て方が面白くてしょうがないので、犯罪構成要件理論を再構築してみたいと答えたところ、次のような会話があったのを覚えています。

「それは遠大な計画だね。いつできるのか、分からないだろう。」
「はい。」
「じゃあどうするんだね。」
「最初に、不真正不作為犯をやります。」
「ああ、そうか。」

これで修士論文のテーマが決まりました。刑法をある程度勉強している人はピンとくると思いますが、当時、不真正不作為犯の犯罪論体系上の位置づけが議論されていて、ベーリング（Ernst Beling）やマイヤー（M. E. Mayer）の構成要件では、犯罪体系上の矛盾が生じるとの指摘がなされていたのです。この問題については、大学三年次の頃から考えていましたが、理論的な構築ができたのは修士課程の二四歳の時でした。修士論文を書き終わって、長野の飯盛山（めしもりやま）に登って富士山を描いたことがあります。先月、その絵を書斎を片付けていて見つけたので、いつも行っている神田すずらん通りの信画堂で額縁に入れて貰いました（現在、理事長室秘書課に掛けてあります）。信画堂のご主人は、私の水彩画を見て、具象から抽象への変わり目の絵で、澄んでいて良い絵だねと言って、当時の私の心境の変化まで言い当てました。ご主人は、私に学長をやめて絵を描きなさいと度々言ってくれていましたが、まだ理事長を務めていることを知って、絵を残す時間を考えるべきだと助言してくれました。人生は限られた時間であり、私もそう思うのですが、絵を描くことと刑法の研究は、いまや表裏一体なのです。理事長になっても研究は続くのです。

研究のプロセスとしては、まず不作為犯論の研究に専念しました。一応、自分なりの理論的構築ができた後、錯誤論の研究を行い、次に不能犯論の研究を行って、違法性論の研究をまとめました。いずれの研究も一〇年前後のスパンを要しました。すべての研究課題が犯罪論体系をどう組み立てるのかという問題に係わっています。そして最後に、考え続けていた共犯論の取り纏めに入りました。「絶望の章」を自分なりに解き明かしましたが、やはり難問でした。

共犯論の応用分野でありますが、平成二九年七月に書いた「同時傷害の特例の法意および適用範囲」（判例時報二三三二号七頁）という論文があります。最後の論文になるかなあと思いながら執筆しましたが、共犯論との接点を遮断した最高裁平成二八年三月二四日決定（刑集七〇巻三号一頁）の考え方に異議を唱えた論稿です。大谷實先生も同じく最高裁決定についての論稿を寄せられていました

が、結論は最高裁決定に反対でありました。この最高裁決定の賛否を議論するためには、これから話す共犯の基礎理論の理解が必要になります。

共犯の問題は多岐にわたり、かつ理論が錯綜します。共犯の主な問題としては、不作為共犯、共犯の過剰、共犯からの離脱、共犯と錯誤、過失の共同正犯、共犯と身分などが挙げられますが、いずれの問題においても刑法の基礎理論と共犯の基礎理論が錯綜しています。とくに、共犯の基礎理論の捉え方によっては、正反対の結論が出ます。今日は、共犯の基礎理論に絞って、私の考え方を解き明かしたいと思います。純理論的な話だけをしますと、今まで興味をもって聞いていた人も、二〇分ぐらいで眠りに落ちると困りますので、なるべくかみ砕いて話してみたいと思います。

Ⅱ　正犯と共犯の関係

1　刑法典の条文の不透明性

本題に入ります。共犯の対概念は、正犯です。共犯については、刑法典の六〇条以下に五つの条文が規定されています。共犯の種類も形態も書いてあります。しかし、正犯の定義規定は、どこを探してもありません。条文の中には、六〇条の共同正犯の規定であれば「すべて正犯とする」とか、教唆犯の六一条一項の規定であれば「正犯の刑を科する」というような文言はあります。条文中に正犯という文言は埋められてはいるのですが、正犯とは何ぞやという概念規定がないのです。

共犯の土台となる正犯の概念規定がないというのは、解釈は自由になりますが、理論的な整合性を考えると「絶望的」にもなるのです。私がまだ研究者のタマゴであった頃、刑法学界の趨勢は、共謀共同正犯否定説でありました。共同正犯は正犯であるとして、実行共同正犯だけが共同正犯であり、共謀共同正犯を認めることは刑法六〇条に反するというのが通説でした。共同正犯は正犯であるとする立場から共謀共同正犯を否定された瀧川先生は、「共謀者は具体的事情の異なるに従い、教唆犯として、従犯として取り扱うことで、今のところ満足するほかない。」（瀧川幸辰『刑法の諸問題』二三八頁）とされていました。処罰感情と条文解釈のズレをどう解決するのかという悩みが「絶望の章」という指摘に繋がっていると思われます。

学生時代には関東学生法律討論会に熱中しましたが、早稲田大学で法律討論会が開かれたとき、早稲田大学教授であった齊藤金作先生の講演を聴いたことがあります。齊藤先生は、法律討論会に参加している学生に対して、「共同正犯は共犯か、正犯か。皆さん分かりますか。」と壇上から尋ねられるのです。学生は刑法に熱中している者ばかりなのですが、ある学生が、通説に従えば正犯だし、刑法六〇条にも「正犯とする」と書いてありますので、正犯ですと答えました。齊藤先生は、笑みを浮かべながら、「そうかな。共同正犯は、刑法典では共犯の章に入れてあるではないか。どうします

か。」と切り替えされました。そこで、通説に従っていた学生は分からなくなるのです。「正犯とする」とは書いてあるが、「正犯だ」とは書いてない。この文言の解き方が難しいのです。齊藤先生は、共同意思主体説の創設者である草野豹一郎先生の弟子でしたし、共同意思主体説をより理論化された先生ですから、共同正犯は「共犯だ」という思いから質問されたのだと思います。

私の師匠である植松先生も、共同正犯は共犯の理論で解くべきだと考えられていましたが、共同意思主体説を犯罪共同説の一つとして捉えるべきだと考えられていた点が違います。共同意思主体説は犯罪共同説の一つであるということをどう説明したらよいのか、後は弟子である私が考えるしかありません。この難問を解くには時間がかかりました。学生時代から五二年、教壇に立ってから四三年の歳月が流れましたが、やっと、四、五年前になんとか自分なりの解き方をしました。自分の答えが出せたのは、法的感性によるところが大きいです。理論の整合性の前に、まず事実を法的にどう捉えるべきかが重要なのですが、法的な事実の抽出にも感性が作用するのです。

2　形式的正犯概念と実質的正犯概念

（1）形式的正犯概念と実質的正犯概念の対立構造

条文に正犯の定義規定がないとすると、解釈上、概念を規定するしかありません。どのような観点から正犯概念を規定するかについては、多様な視点がありますが、形式的正犯概念と実質的正犯概念の対立という観点から捉えた方が分かりやすいと思います。形式的正犯概念は、構成要件を基準にした実行行為論を土台にしており、実行行為を行う者が正犯（Täterschaft）であり、実行行為に加功する者（教唆、幇助）が共犯（Teilnahme）であるとします。これに対して、実質的正犯概念は、構成要件を基準とせずに正犯を実質的に捉えようとしますが、実質的な基準を何に求めるかについては、見解が分かれています。たとえば、①正犯の意思（animus auctoris）で行為を行う者が正犯であり、加担の意思（animus socii）で行為を行う者が共犯であるとする考え方（主観説）、②行為支配（Tatherrschaft）を有する者が正犯であるとする考え方（行為支配説）などがあります。①の考え方は、ドイツの判例の立場であり、②の考え方は、目的的行為論の立場から主張されましたが、今日では、目的的行為論と連動しない形で展開する立場もあります。

従来は、限縮的正犯概念と拡張的正犯概念の対立という視点から議論されていました。限縮的正犯概念は、構成要件を自ら実現した者だけが正犯であるとします。この立場では、共犯処罰規定は刑罰拡張原因であるということになります。一方、拡張的正犯概念は、犯罪の実現に何らかの原因を与えた者はすべて正犯であるとしますので、共犯処罰規定は刑罰縮小原因だということになります。限縮的正犯概念は、客観主義刑法理論に基礎を置き、拡張的正犯概念は主観的刑法理論に基礎を置くと理解されてきました。しかし、教唆を共犯に分類している現行法の下では、拡張的正犯概念を採ること

は困難であり、現在では、主観主義刑法理論を貫徹することも困難です。一方、限縮的正犯概念は、共犯を構成要件の修正形式として捉える点は有用ですが、間接正犯と教唆犯との区別基準を提示しにくい面があります。そこで、最近では、最初に述べた形式的正犯概念と実質的正犯概念の対立構造の中で正犯概念を明らかにする試みがなされていると言えましょう。

（2）形式的正犯概念の有意性　形式的正犯概念と実質的正犯概念の対立の根底には、構成要件の機能の考え方の相違があります。やや大げさではありますが、犯罪構成要件理論を貫徹するのか、それとも捨て去って新たな理論構成を行うのか、という対立でもあります。共犯論では、とくに間接正犯と教唆犯の区別基準、共謀共同正犯処罰の理由づけ、などを解明する上で実質的正犯概念が有用であるとされます。しかし、実質的正犯概念を採る場合には、実行行為の概念を相対化せざるをえないことから、未遂犯論や不能犯論の分野も理論的に塗り替えることになります。また、相当因果関係説から客観的帰属論への転換を図ることになるでしょう。従来の刑法理論を大きく塗り替えなければなりませんが、現時点では全体的な理論構成がすべて完結しているわけでもありません。

結論から言うと、私は、共犯の問題を解く上でも、形式的正犯概念を維持すべきだと考えます。構成要件該当性の判断を抜きにして実行行為を確定することはできません。また、犯罪論の概要は、三段階的犯罪論体系に従って説明する方が理論的整合性と反証可能性を担保することができます。構成要件を基準にすれば、正犯は「構成要件の基本形式」であり、共犯は「構成要件の修正形式」なのです。修正形式と言われる理由は、まず構成要件をもとに実行行為を確定し、その後に実行行為に加担した者を共犯理論によって処理する必要があるからです。

構成要件（Tatbestand）という言葉を初めて聞かれた方は、何のことかさっぱり分からないと思います。落語であれば、八っさん、熊さんがご隠居に「コウセイヨウケンって、何ですか。」と尋ねることになるでしょうが、ご隠居も「私には、お経に聞こえるが、はて何だろう。」と答えるしかないでしょう。何分、明治時代に翻訳された専門用語ですから、答えようがないですね。しかし、法学部では構成要件の意味を知らないと刑法の単位は取れないことになります。もし法学部を卒業した人でご隠居と同じでしたら、単位を返してくださいと言われそうです。構成要件には二種類のものがあります。まず、特別構成要件と言われるものがあります。たとえば、殺人罪であれば、刑法一九九条の「人を殺した」という部分、窃盗罪であれば、二三五条の「他人の財物を窃取した」という部分がこの種の構成要件です。次に、一般的構成要件というものです。たとえば、「構成要件は違法・有責類型である」というような使い方をする場合の構成要件は、殺人罪でも窃盗罪でも強盗罪でも、全てに当てはまる抽象的な概念です。この二種類の概念は区別して使わなければなりません。先ほどの「構成要件の基本形式」あ

るいは「構成要件の修正形式」という表現は、個々の犯罪類型における構成要件に該当することを前提にしていますので、特別構成要件を問題にしています。たとえば、殺人の実行行為であるかどうかは、殺人罪の構成要件をもとに判断しなければなりませんので、正犯は「構成要件の基本形式」を問題にすることになります。共犯の場合も、正犯が実現した犯罪構成要件を前提にしていることには変わりがないのです。

構成要件の果たす役割は、犯罪論体系全体の中で言いますと、個別的な実行行為を規定することです。実行行為は構成要件に該当する行為ですが、このことは、単独正犯であれ、未遂犯であれ、共犯論の基礎にある正犯の場合においても共通するものであり、犯罪論の基軸になっているのです。この構造を図解したもの（日髙『刑法総論』〔平成二七年、成文堂〕一〇四頁参照）を資料として配布しました。単独正犯の既遂の場合は、T→R→Sと縦に流れる一本の実線で描けますが、共犯の場合には、T→R→Sと流れるものの、一本の実線（実行行為）だけでは描けないところが難しいところです。今日は、その描き方について答えを出そうと思います。

3　共犯の成立要件

（1）法解釈の問題

共犯の成立要件は、条文に部分的には規定されていますが、共犯に共通する要件は明確ではありません。共同正犯については「二人以上共同して犯罪を実行した者」（六〇条）、教唆犯については「人を教唆して犯罪を実行させた者」（六一条一項）、幫助犯については「正犯を幫助した者」（六二条）と書いてあります。この条文の文言からは、共犯の形態は分かるとしても、共犯に共通する成立要件を読み取ることは困難です。ここからは、法解釈論の領域になります。

（2）主観的成立要件と客観的成立要件

共犯に共通する成立要件としては、二つのものがあります。第一は、主観的成立要件として意思の連絡が必要です。この点は、単独正犯と比較して全く異なることです。単独正犯の主観的要件としては故意（構成要件的故意）がありますが、意思の連絡は、故意とは異なるものです。故意犯の実行には行為者に故意が必要ですが、共犯形態の場合には、実行者に故意があることは勿論として、さらに共犯相互の間に意思の連絡が必要なのです。たとえば、ＡＢＣの三人がたまたまＸ銀行に押し入り現金を強奪したとしても、三人の間に意思の連絡がない場合には、時を同じくして強盗の単独犯が行われたに過ぎません。これに対して、ＡＢＣがＸ銀行に強盗に入ることについて相互に意思の連絡をしている場合には、Ａが銀行員を刃物で脅迫し、ＢＣが現金を奪取したとしても、ＡＢＣの三人が共同して強盗罪を行ったものと評価（この場合は強盗罪の共同正犯）されるのです。この主観的成立要件は、教唆犯および幫助犯の場合にも同様です。この場合の意思の連絡は、正犯と教唆者・幫助者との間に要求されることになります。実行者との間に意思の連絡がない場合には、教唆犯・幫助犯は成立しません。

第二は、客観的成立要件として誰かが実行行為を行っていることが必要です。たとえば、EがDに強盗を教唆した、あるいは強盗の幇助をしたとしても、Dが実際には強盗を実行しなかった場合には、強盗の教唆罪・幇助罪は成立しないのです。一方、Dが強盗を実行した場合には、Dの実行行為に従属してEの強盗教唆罪・強盗幇助罪が成立することになります。ここでは、共犯の従属性を認めることが前提になっていますが、共犯の独立性を主張する場合には、教唆・幇助をしただけで共犯の成立を認めるという結論になります。主観主義刑法理論を採る場合には納得しうる結論ですが、客観主義刑法理論の立場では、共犯の従属性を切り離すことはできません。長いこと考えてきたのですが、犯罪に法益侵害性を要求する立場にあっても、同様な結論を採るべきです。

（3）限界領域　もっとも、この二つの成立要件は共犯形態に共通するものであるとしても、共犯と正犯を区別することの難しい限界領域にあっては、別の観点からの考察が必要です。従来から難解だと言われていましたが、教唆犯と間接正犯をどうやって区別するかは論争点の一つです。旧刑法では、教唆犯は、「造意犯」として正犯に位置づけられていました。現行法は、教唆犯を共犯形態の一つとして位置づけています。教唆犯は共犯であり、間接正犯は正犯なのです。間接正犯の概念を否定して、教唆犯にすべて吸収する考え方もありますが、間接正犯の概念を認める立場にあっては、教唆犯と間接正犯の区別基準をどのように設定するかは、大きな問題なのです。さらに、共同正犯の場合には、正犯理論で解くのか、共犯理論で解くのかという難問が残っているのです。

4　教唆犯と間接正犯との区別

（1）道具理論について　構成要件に該当する行為、すなわち実行行為を行う者が正犯であるという定義を前提にする場合、直接正犯は問題がないとしても、間接正犯の正犯性をどう説明するのかが問題になります。たとえば、授業でよく出される事例ですが、医師が患者を殺害する意図で、劇薬の入った注射器を看護師に手渡して患者に注射するように命じ、何の疑いも持たなかった看護師は患者に注射したことから、患者が死亡したという事例です。注射をした看護師には殺意は認められません。注射器を手渡した医師に殺意があります。この場合、医者は、直接首を絞めたり、直接注射をしたわけではありませんが、殺人の実行行為を行ったものと評価するのが間接正犯の理論です。

間接正犯も正犯に含まれるとすると、構成要件に該当する行為をする者が正犯であるとする概念規定に揺らぎが生じます。そこで考えられたのが道具理論です。医師は、事情を知らない看護師を犯罪の道具として殺人を実現したのであり、医師に殺人の実行行為を認めうるというのです。たとえば、日本刀で人を殺害する場合、日本刀は殺害の道具です。それと同じように、医師は看護師を道具として使い、殺人を実現したと考えるのです。脱線ですが、日本刀で物を斬るとき、刀を遊ばせて刀を解き放てという言葉があるのです

が、この世界では刀は道具という感覚だけでは理解できないものがあります。この世界は、ひとまず論外としましょう。

これに対して、道具理論は正犯概念を歪めることになるとして、間接正犯を否定し、教唆犯として処理すれば足りるとする考えがあります。教唆犯に対する刑法六一条一項によれば、正犯の刑と同じであることから、処断上問題はないというのです。旧刑法では教唆犯は正犯とされていたのですから、軽い犯罪ではないことは確かです。間接正犯の概念を認めず、正犯は直接正犯に限定し、共犯は教唆犯および幇助犯に限るとすると、理論的な枠組みはすっきりします。この考え方は、西の京都学派の研究者に支持されてきたものです。

（2）新たな理論構成　しかし、間接正犯の実体は、直接正犯と同様な正犯性が認められるとして、正犯の論証を行っているのが、箱根の山を境にした東の研究者です。この問題に取り組まれたのは、私たちより上の世代である大塚仁先生や西原春夫先生です（大塚仁『間接正犯の研究』［昭和三三年、有斐閣］、西原春夫『間接正犯の理論』［昭和三七年、成文堂］）。学生時代の関東学生法律討論会で、早稲田大学の西原先生がこの問題を出されたことがあります。夢中になって間接正犯と教唆犯の区別基準を考えた思い出があります。正犯概念だけでは解けないという西原先生の指摘は、強いインパクトがありました。西原理論は、間接正犯と教唆犯とを区別する際には、正犯理論と共犯理論の双方からの検討が必要であり、行為が正犯概念に当てはまるかどうかという判断ではなく、被利用者に「正犯適格性」があるかどうかを判断すべきだとするものです。具体的には、被利用者に正犯適格性があれば正犯（背後者は共犯）であり、直接行為者にそれが認められなければ背後者を間接正犯とすることになります。正犯適格性があるか否かは、反対動機を形成する可能性があるかどうかによって判断されます。反対動機というのは、たとえば、殺人罪であれば人を殺さないという動機であり、強盗罪であれば強盗をしないという動機です。被利用者にこれらの反対動機を形成する可能性が認められる場合には、被利用者には正犯適格性があることから、利用者側は殺人罪の教唆、強盗罪の教唆となります。一方、被利用者に反対動機形成の可能性が認められない場合には、利用者側に殺人の間接正犯、強盗の間接正犯が成立するということになります。この考え方は、事案解決力があり、説得力があります。また、形式的正犯概念を維持した上で、間接正犯と教唆犯との区別基準を設定することが可能でもあります。

大塚先生は、実行行為論の観点から間接正犯の正犯性を論証されています。この場合、行為に法益侵害の現実的危険性が認められる場合には正犯、そうでなければ教唆犯という区別になりますが、実行行為が実質的に判断されることになります。そうしますと、形式的正犯概念から実質的正犯概念への転換に接近することになります。私見としては、実行の着手論としては、法益侵害の現実的危険性を考慮すべきだと考えますが、間接正犯と教唆犯との区別基準と

しては、正犯適格性を判断基準にすべきだと考えます。

（3）最高裁昭和五八年決定について　間接正犯と教唆犯との区別基準を考える上で、重要な判例としては、最高裁昭和五八年九月二一日決定（刑集三七巻七号一〇七〇頁）があります。

事案は、Aが、一二歳の養女Xを連れて四国八十八ヵ所の巡礼の旅をしている途中に起きたものです。八十八ヵ所を真摯に巡礼していれば起きそうにない事件です。Aは、養女Xに日頃からタバコの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて、自分の意のままに従わせていました。養女Xは、いわゆるドメスティック・バイオレンスを受けていたのです。養女Xは、身寄りがなかったことから、しかたなく巡礼の旅に付いて行きました。Aは、旅の途中、宿泊費に窮したことから、養女を利用して巡礼先の寺などから現金を盗むことを企て、Xに命じて一三ヵ所において七八万円余の現金を窃取させたのです。

この事案に対して、最高裁決定は、Aに窃盗罪の間接正犯が成立する旨の判断を示しました。その理由は、養女Xが是非善悪の判断能力を有すると認められるとしても、「被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められる」ことから、間接正犯が成立するというものです。

ここで問題なのは、養女Xが刑事未成年であることです。刑法四一条は、「十四歳に満たない者は、罰しない。」と規定しています。この規定は、責任阻却事由として作用するものであり、養女Xの場合で言えば、窃盗罪の構成要件に該当して違法ではあるが、刑事未成年として責任が阻却され犯罪が成立しないということになります。そうしますと、養女Xの窃盗行為が違法であり、共犯は正犯の違法行為に従属しますので、Aは窃盗罪の教唆犯として処理すべきだという反論があるのです。間接正犯の概念を否定する場合には、窃盗教唆罪でよいということになります。しかし、形式的正犯概念を維持した上で、間接正犯を認めるとしたら、どのように理論構成すべきなのか、難しい問題なのです。

刑事上の責任能力は、是非善悪を弁別しそれに従って行動する能力です。この責任能力が何歳から備わるのかは、個体差があります。刑法典では一四歳未満の者は責任能力がないとして消極的に規定していますが、この線引きは一律の政策的判断です。年齢による刑事責任能力については、この線引きに従わざるをえません。しかし、この一律的な責任無能力の判断と正犯適格性の判断は、必ずしも連動しないと考えます。

大学院生のとき、世田谷の祖師谷に住んでいました。駅の近くのパン屋さんでよくパンを買っていましたが、あるとき、三歳ぐらいの子どもが自分の目の前においしそうに並んでいるパンをじっと見ていました。その子どもが、我慢できなかったのだと思いますが、突然目の前のパンをパクッと食べてしまったのです。これは、刑事的には責められません。明らかに責任能力がありません。このとき、近くにいた母親の振る舞いは立派でした。母親は、そんなこと

をしてはいけませんと叱って、悪い行為ですと諭して子どもと共に謝って、代金を支払って行きました。こういう親の態度を見て、子どもは道徳観、倫理観を育んでいくのですが、最近では、子どもがスーパーで万引をして捕まり、連絡を受けた親が出てきて、「払えばいいんでしょう。」と店員に怒りをぶつけて、子どもを連れて帰るという話をよく聞きます。こんな状況では、刑法の根底にある倫理観も危うくなります。

親の倫理観が荒廃し、三歳の子どもを使って盗みをさせた場合には、親は、窃盗の教唆犯ではなく、責任能力のない子どもを道具として窃盗を実現したものとして、窃盗罪の間接正犯が成立します。責任無能力者を利用した間接正犯の典型例として挙げられる場合です。三歳の子どもには是非善悪の判断ができず、一方、親は子どもを自分の意のままにコントロールできることから、いわゆる道具理論を展開することが容易です。しかし、同じ責任無能力者でも一二歳の子どもの場合には、他人の物を盗むことは悪いことだと理解していることから、反対動機を形成することが可能です。この場合には、子どもに正犯適格性があることから、責任無能力者を利用したとしても間接正犯とはならず、教唆犯として処理されることになります。そうすると、先に挙げた判例の事案の場合には、一二歳の子どもを利用していることから、Aには間接正犯ではなく、教唆犯が成立するとするのが筋道ではないかという疑問が生じることになります。Aには、なお間接正犯が成立するというのであれば、別の観点からの論証が必要なのです。

本事案の場合には、養女Xが刑事未成年であることよりも、XがAに抵抗できない強制下に置かれている事実に着目すべきです。暴行等により相手を抑圧して抵抗できない状態に陥れて、その者を自己の犯行の道具として利用することも間接正犯の形態です。この場合は、強制下に置かれた被利用者の行為を利用した間接正犯です。養女Xは抵抗しえない状態にあり、反対動機形成の可能性がなく、正犯適格性を喪失しているのです。したがって、Aの行為は、強制下にある養女Xの行為を利用して窃盗罪の構成要件を実現したものとして、なお形式的正犯概念に包摂されるのです。もちろん、養女Xの行為は、窃盗罪の構成要件に該当し違法なものですが、Xには刑事上の責任能力がないことから、犯罪不成立となります。

本事案の場合、養女Xの窃盗行為が違法であることは消失しないことから、共犯の従属性の観点からは、Aを窃盗罪の教唆犯とすることも理論的モデルとしては考えられます。しかし、背後にあってコントロールしている者を教唆犯に落とすのは具体的妥当性を欠くという感性が働きます。そこで、強制下に置かれているXの行為をまず正犯の領域から外し、その背後にある利用者を正犯の領域に組み込むという思考が働きます。それを理論化したのが正犯適格性の理論です。私としては、結論が妥当でなければ、再度、事実から理論を組み立てることが重要だと思います。

Ⅲ　共犯の処罰根拠

1　共犯はなぜ処罰されるのか

次に、共犯はなぜ処罰されるのかという問題を検討します。共犯の処罰根拠が議論されるようになったのは、三十数年前ぐらいのことです。私が学生の頃読んだ刑法の基本書には、ほとんど取り上げられていませんでした。共犯の処罰根拠が注目されるようになった切っ掛けは、行為反価値論と結果反価値論の論争にあります。この論争は、本来、違法性論における理論的対立軸になったものですが、共犯論においても、主観面に重きを置いた共犯論を構築するのか、それとも客観面に重きを置いた共犯論を構築するのかという対立軸を浮き彫りにしていきました。共犯の処罰根拠をどこに求めるかは、共犯の理論構造を規定しますので、重要な論点なのです。

従来、共犯論の基礎的な問題として、共犯独立性説と共犯従属性説との対立がありました。前者は、主観主義刑法理論に依拠した規範違反説が土台にあり、後者は客観主義刑法理論に依拠した法益侵害説が土台にありました。この考え方の違いは、拡張的正犯概念から出発して共犯規定を刑罰縮小事由として捉える立場と、限縮的正犯概念（制限的正犯概念）から出発して共犯規定を刑罰拡張事由と捉える立場との構造的対立を形成しました。刑法の基礎理論の対立は、共犯の構造の捉え方にも連動しているのです。行為反価値論と結果反価値論の対立も共犯理論の構築に影響を及ぼしますが、その理論的連関は、従来のような直線的な連関ではなく、錯綜した状況を呈しています。その理由は、行為反価値および結果反価値の内容が論者によって異なっていることによるものです。

共犯の処罰根拠について、現在では、責任共犯論、不法共犯論、因果共犯論が主張されています。責任共犯論（Schuldteilnahmetheorie）は、教唆・幇助をすることにより正犯を堕落させ、責任と刑罰へと導いたことに共犯の処罰根拠があるとします。この考えは、行為反価値論の考え方と親和性があります。また、主観主義刑法理論と結び付き、共犯独立性説の理論的基礎に据えることができます。また、不法共犯論（Unrechtsteilnahmetheorie）は、教唆によって違法な犯罪行為に至らしめ、幇助によって正犯の違法行為を促進したことに共犯の処罰根拠があるとします。この考えは、違法二元論の考え方と親和性があります。また、客観主義刑法理論と結び付き、共犯従属性説の基礎に据えることができます。さらに、因果共犯論は、惹起説（Verursachungstheorie）ともよばれますが、共犯が正犯を通じて結果を惹起したことに共犯の処罰根拠があるとします。この考えは、法益侵害性に着目することから結果反価値論の考え方と親和性があります。ただ、共犯の因果性については、多様な考えが出されています。

私としては、因果共犯論に依拠すべきものと考えます。法益侵害説の立場からは、共犯も犯罪である以上、法益侵害と何らかの形で繋がっていることが必要です。結果反価値論の立場からは、共犯は正犯の行為を通じて法益侵害の結果をもたらすものとして、結果反

価値性の連動に着目することになります。ここでは、正犯と共犯との間に意思の連絡があるだけでなく、共犯の因果性を吟味することが要求されます。

2　共犯の因果性

（1）純粋惹起説と混合惹起説　結果犯の場合、単独正犯であれば、実行行為と結果との間に因果関係が必要です。共犯の場合には、因果共犯論の立場から共犯の因果性を要求するとしても、共犯行為と如何なるものとの間の因果関係を吟味するのかが問題です。「風が吹けば桶屋が儲かる。」というような自然的連関ではなく、法的な必然的関係を吟味するコンディティオ公式をどこまで要求するのかという問題の解決に迫られます。

まず、純粋惹起説は、共犯の直接的な法益侵害性を要求することから、「共犯行為」（教唆行為・幇助行為）と正犯によって惹起された「結果」との間の因果関係が必要だとします。したがって、共犯行為と最終的な結果との必然的関係が認められなければ、共犯の因果関係は否定されることになります。これに対して、混合惹起説は、共犯が間接的な法益侵害であるとし、「共犯行為」と正犯の「実行行為」との間に因果関係があれば足りると解しています。この立場では、共犯は正犯の実行行為を促進することに因果性があればよいことになります。

共犯は、正犯の行為を通じてしか結果を惹起することができません。共犯行為は、正犯の実行行為を誘致・促進するものであり、教唆・幇助行為と正犯の実行行為との間の因果関係で足りると解します。共犯の因果性は、物理的因果性だけでなく、心理的因果性も考慮に入れなければなりません。結果に対する因果関係は、正犯の実行行為との間で吟味すればよく、共犯の因果関係とは区別して考えるべきです。したがって、混合惹起説が正当だと考えます（この考え方は、『現代刑法論争Ⅰ』（初版・昭和五八年、勁草書房）を執筆する際にまとめたものです。）。もちろん、共犯が成立するためには、共犯の因果性の確定のほかに、意思の連絡による主観的連結、共犯の従属性による客観的連結が充たされることが必要です。

（2）幇助の因果関係　幇助の因果関係は、幇助行為が正犯の実行行為を容易にした（あるいは促進した）かどうかという観点から判断されるとしても、幇助には物理的幇助と心理的幇助があることから、両者の因果性の関係が問題となります。物理的幇助の因果性は、法益侵害を惹起した実行行為を物理的に容易・促進したことに求められ、心理的幇助の因果性は、正犯が実行行為を遂行する決意を現実に強化・助長したことに求められます。したがって、事案によっては、両者の因果性が併存する場合もあれば、一方の因果性しか問題にならない場合もあります。

次のような設例を挙げ、具体的な解決の仕方を説明したいと思います。「AがX宅の土蔵に侵入して骨董品を盗み出す計画を立てたが、扉の鍵がないと侵入に手間取り発覚すると思い、戸惑っていた。ある日、X宅の土蔵の補修をした友人のBを思い出し、Bに土

蔵の合鍵を持っていないか尋ねた。Bは、こっそり合鍵を作って隠し持っていたので、使ったら返すことを条件に、Aに合鍵を貸し与えた。次の日の夜、Aは、土蔵の合鍵を持ってX宅に侵入し土蔵に近づいて見ると、土蔵の扉が半開きになっていた。そこで、Aは、所持していた合鍵を使うことなく土蔵に入り、骨董品を持ち出した。」

この設例の場合、Bが土蔵の合鍵を貸し与える行為は、建造物侵入および窃盗の物理的幇助に当たります。しかし、実際には、正犯のAは、合鍵を使用しなかったのですから、物理的幇助の因果性は認められません。問題は、心理的幇助の因果性をどう判断するかです。設例の場合、盗みに入るのを戸惑っていたAは、Bから合鍵を借り受けたことから、骨董品を盗み出す決意が強化・助長されたものと言えます。したがって、設例の場合、物理的幇助の因果性は否定されるものの、心理的幇助の因果性が認められることから、建造物侵入罪および窃盗罪の幇助犯が成立することになります。これに対して、Aはすでに土蔵の裏から侵入する手段を考えていたが、Bから合鍵を提供されたので持って行ったものの、合鍵を使うことなく骨董品を盗み出したというような場合には、心理的幇助の因果性も否定されることになるでしょう。この場合には、幇助犯の成立を否定することになります。

Ⅳ　共同正犯の問題点

1　共同正犯は共犯か正犯か

共同正犯は、共犯なのか、それとも正犯なのか。この問題は、最初にして最後の問題です。刑法六〇条には、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と書いてありますが、この文言の読み方からして問題なのです。素直に読めば、共同して犯罪を実行したら、全員「正犯」ですよと、いうことになるでしょう。犯罪を共同した者が全員実行行為を行っているのであれば、全員が正犯だとするのは納得ができます。しかし、実行共同正犯であっても、犯行現場では、共同者各自が犯行の一部を分担することで企図した犯罪を実現する場合があります。この場合には、単に「正犯」の理論で解くと、単独正犯が競合することになり、共同正犯の理論自体が立て難くなります。

たとえば、「A、Bは、二人してX宅に強盗に入り、AはXを刃物で脅迫して携帯電話を取り上げ、所持していた紐で手足を結わいた。その間、BがXの身の回りの貴金属をかき集めた。A、Bは計画通りに貴金属を奪取できたので、この場を素早く立ち去った。」というような場合です。この場合は、強盗の実行共同正犯の事案ですが、共同者各自の行為を個別的に見ると、Aは脅迫を行い、Bは財物を取得しているだけだということになりますが、両者の行為を合わせることで強盗の共同正犯となるのです。この考え方を「一部行為の全部責任」の原則と言います。一部の行為しか行っていなく

ても、各行為を連結して共同者全体に強盗罪の責任を問うという考えは、共犯理論でしか解けないのです。単独正犯の理論では解けません。実行共同正犯においても、共犯理論が介在するのです。

さらに、共謀共同正犯も共同正犯の一形態として是認する場合には、正犯理論が貫徹しにくくなります。共謀共同正犯が、たとえば首謀者と実行者で構成されている場合であれば、首謀者は実行行為に直接関与するわけではありません。首謀者は、何もしないわけではなく、犯罪の計画を立てたり、犯行の指示を出すなど、犯罪を実現する上で重要な役割を担っています。しかし、正犯理論で解くならば、首謀者は実行行為を行っていないので正犯ではないことになります。そのため、従前は、共謀共同正犯を是認しない考えが有力でありました。

最近では、学説においても、共謀共同正犯を肯定する見解が支配的になっていますが、なお、共謀共同正犯を正犯理論で捉えるべきだとする考えが有力であります。たとえば、間接正犯類似説、目的的行為支配説、優越的行為支配説などの主張がそうです。これらの見解は、首謀者は実行行為を行ってはいないが、なお「正犯」として論証しようとするものです。もっとも、これら見解にあっては、形式的正犯概念を捨てて、実質的正犯概念に移行する必要があります。やや極端な言い方ですが、共犯論は構成要件理論から離脱した領域となり、「共犯は構成要件の修正形式」という捉え方はできないことになりましょう。形式的正犯概念から実質的正犯概念に移行した場合、未遂犯論、不能犯論も新たに構成し直す必要がありますし、共犯の因果関係も客観的帰属論で解くことになるでしょう。犯罪論の縦軸としての犯罪構成要件理論も揺らぐことになります。

私の考えは、形式的正犯概念を維持した上で共犯理論を解くべきだとするものです。共謀共同正犯の場合、首謀者は実行行為を行っていませんが、実行者の実行行為は形式的正犯概念で捉えることができます。首謀者は、共同者の実行行為に従属して「共同正犯」の中に組み込まれるのです。そうしますと、共謀共同正犯も共犯理論で捉えることになりますが、刑法六〇条の「正犯とする」という文言は、「正犯である」という意味ではなく、「正犯として評価する」という意味であると解することになります。問題は、共同正犯をいかなる共犯理論で解くべきなのかです。

2　共謀共同正犯論の基礎づけ

共謀共同正犯を共犯理論によって解くとしても、刑法の基礎理論との整合性を図ることは、一筋縄ではいきません。判例は、大審院判例以来、一貫して共謀共同正犯を肯定してきました。判例の理論的基礎は、草野豹一郎先生の提唱された共同意思主体説です。草野説は、二人以上の者が一定の犯罪を実現する目的で共同意思主体を形成し、その中の一人が共同目的のために犯罪を実現した場合には、その行為は共同意思主体の活動と認め、全員について「共犯」が成立するとするのです。草野説では、共同意思主体の形成と活動について民法の組合理論を援用したことから、全体責任論だとの批

判がありましたが、組合理論を援用しなくても理論的に説明ができます。草野説は、その後、齊藤金作先生によって理論的展開が図られ、下村康正先生にも受け継がれました。私が大学院生の頃は、早稲田一門であるかどうかは共同意思主体説を採っているかどうかで分かると言われたほど、研究者にも有力な考え方でありました。

これに対して、共謀共同正犯を是認する根拠を犯罪共同説の立場から論証しようとする動きがありました。植松正先生や西原春夫先生の主張がそうです。犯罪共同説は、もちろん共犯理論でありますので、共謀共同正犯を共犯として位置づけることになりますが、正犯である実行者をどう共犯理論で捉えるのかは、工夫が必要なところです。

もっとも、共謀共同正犯を否定する立場は、共同正犯を「正犯」と解することから是認しないわけですから、結果は別として、理論的な悩みはないわけです。この考え方も、私が大学院生の頃までは、団藤重光先生や木村龜二先生が採られていたこともあり、通説的な見解でした。しかし、練馬事件の最高裁昭和三三年五月二八日大法廷判決（刑集一二巻八号一七一八頁）は共謀共同正犯を是認しましたが、その論旨が共同意思主体説を前提としながら間接正犯としても理解しうるような文言であったことから、学説の流れも変わりました。最高裁昭和三三年大法廷判決を契機として、藤木英雄先生は間接正犯類似説を主張されましたが（藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』［昭和四二年、有信堂］二九三頁以下参照）、この説は、共謀共同正犯を正犯理論によって基礎づけるものであり、共犯理論である共同意思主体説論とは違った展開を見せました。

その後、団藤先生が最高裁判事に就任された後、共謀共同正犯を否定する立場から肯定する立場に見解を変えられたことから、共謀共同正犯を正犯理論によって基礎づける見解が多くなっていきました。現在では、共謀共同正犯を是認する立場が圧倒的ですが、論争の中心は、共犯理論で解くのか、正犯理論で解くのかにあります。

3　犯罪共同説からのアプローチ

共同意思主体説の場合、実行者の行為は共同意思主体の活動として評価され、首謀者も共同意思主体の中に包摂されることになります。そうしますと、全体として共同正犯の中に取り込むのはよいとしても、実行者の行為を共同意思主体の活動から切り離し、それを形式的正犯概念で捉えることは難しくなります。犯罪を確定する手順としては、実行者の行為を形式的正犯概念によって確定しないことには、共同者の罪責を判断することは困難です。この観点からすれば、犯罪共同説の考え方を土台に共謀共同正犯を是認する理論を考える必要があります。植松先生は、共同意思主体説を犯罪共同説の一態様として捉えればよいと言われていましたが、その理論的内容を明らかにすることは、私の役目でもあります。

ドイツ刑法のように「正犯の背後の正犯」という概念があれば、共謀共同正犯の問題解決も容易です。実行者も正犯であり、その背

後の首謀者も正犯であると言えるのであれば、何も共犯理論を駆使する必要はありません、しかし、日本刑法では、「正犯の背後の正犯」という概念はありません。共同者の中の誰が実行者なのかを確定し、次に実行者の背後にある者を共犯理論によって、加担犯（教唆犯、幇助犯）か共同正犯かに区別していけばよいのです。いずれの共犯形態においても、意思の連絡と実行行為との従属性を必要とします。形式的正犯概念によって正犯を規制する以上、犯罪構成要件に該当する行為を行った者が実行者です。犯罪を相謀り、犯行の指示を出すなどした首謀者は、当該犯行の共同者であり、謀議に加わった実行者の実行行為に従属して共同正犯となり、共同者全員に正犯の刑が科されることになるのです。

このように考えると、①共同者の全員が実行行為を行っている場合でも、②共同者がそれぞれ実行行為の一部を分担して犯罪を実現している場合でも、③首謀者と謀議に基づき実行行為を遂行した実行者とからなる場合でも、すべて共同正犯の範疇に包摂することができます。この結論は、正犯理論では導き出せず、共犯理論でしか導き出せません。実務では、まず誰が実行者なのか、実行行為を遂行したのは誰なのかを確定しないことには、共犯を見定めることは困難です。正犯が確定しない限り、共犯の立証もできないのです。形式的正犯概念は、共犯理論の土台になっていることを看過すべきではありません。

もっとも、共同者の中の実行者を客観的証拠によって確定できたとしても、共謀の事実およびその首謀者を証拠により確定することは、容易ではありません。「共謀により」という表記だけではすみません。共謀の事実は、厳格な証拠に基づき立証しなければなりません。首謀者であることも、証拠に基づいて立証する必要があります。事実認定の問題ではありますが、社会的事実の中から「共謀」に関する法的事実を抽出し、その裏付けとなる証拠を固めることは、容易なことではないのです。司法試験考査委員を務めていたとき、同じく考査委員でした刑事裁判官の松本時夫先生に、共謀を認定する上で重要な点について尋ねたことがあります。刑事実務のエキスパートである松本先生は、「いや、日高さん。それは正犯意思だ。」と端的に答えられました。正犯意思を基準にするのはドイツの主観説ですが、松本先生の言われる正犯意思は、それとは異なります。松本先生のおっしゃる正犯意思は、事実に基づき共犯関係の中で中心的な正犯としての役割を果たしている者を捉える言葉です。かつ、物証の裏付けがあることが前提なのです。もう一点は、謀議内容に従って、犯行により得た利益が首謀者に還流しているかどうかです。この事実は、首謀者を共同正犯に組み入れる上での法的事実として重要なことです。

二人以上の者が一定の犯罪を共謀し、犯罪の実行によって得た利益を首謀者に還流し、首謀者がその利益を管理・分配するような立場にあるならば、当該犯罪を共同して行った者として共同正犯の中に組み込まれ、実行者と共に正犯の刑を科すだけの実体を備えてい

ると言えましょう。もちろん、この場合、共犯理論によって解き明かす以上、共同者相互の間には意思の連絡による主観的連結が認められ、かつ、実行者の実行行為に従属して共同正犯に組み込まれるという客観的連結が認められなければなりません。

植松先生が言わんとされた内容は、今では確認しようもありませんが、先生の感性と大きく離れたことはないので、私の理論構成もさほどズレていないように思います。事実認定での法的事実の積み上げから理論構成しようと考えたのは、私の直観的な発想ですが、犯罪論体系上の理論的整合性を図ることは、常に意識しているところです。

4　間接正犯と共謀共同正犯の区別

間接正犯を否定し、共謀共同正犯の成立を肯定することは可能か。共謀共同正犯を正犯理論で解く場合には、その答えは、「不可能」です。しかし、共謀共同正犯を共犯理論で解く場合には、「可能」だということになります。この問題を提起したのは、最高裁平成一三年一〇月二五日決定（刑集五五巻六号五一九頁）です。理論構成が難しい事案でした。

事案は、「スナックで働いていた母親Cが、一二歳一〇ヵ月の息子Dに、『スナックのママXのところに行ってお金をとってきなさい。金だと言ってモデルガンを見せなさい。』と言って、エアガンを突きつけて脅迫するなどの方法によりXから金を奪ってくるように指示命令したが、Dが嫌がっていたことから、『お前は、体も大きいし子どもには見えないよ。』と説得し、覆面用のビニール袋、エアガンを与えて、犯行に行かせた。Dは、エアガンを携えてスナックに赴き、ビニール袋で覆面をしてXを脅迫したほか、スナックの出入口のシャッターを下ろし、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』と言って脅迫し、X所有の現金約四〇万円等を強奪した。Dは、帰宅した後、その現金をCに渡した。Cは、受け取った現金を生活費等に使った。」というものです。

この事案の場合、母親Cは、強盗の間接正犯にはならないですね。Dは、刑事未成年ですが、反対動機を形成することができますので、正犯適格性があります。そうすると、背後の母親Cは、強盗の間接正犯ではなく、教唆犯として処理するというのが一つの解決策ではあります。間接正犯は正犯であり、共同正犯も正犯として捉えるとしたら、Cは共犯である教唆犯で処理するしかありません。しかし、最高裁決定の結論は、Cの罪責としては、間接正犯でも教唆犯でもなく、共謀共同正犯として処理するのが正当であるというものでした。問題は、その理由づけにあります。共謀共同正犯を共犯理論によって解く場合には、間接正犯の成立を否定して、共謀共同正犯の成立を肯定することは、何ら矛盾するものではありません。

本事案の場合、まず強盗の実行行為を行った者を確定しますと、息子Dが実行行為者です。もちろん、Dは刑事未成年であることから責任が阻却されて犯罪不成立となりますが、強盗の実行行為の違

法性が消失するわけではありません。一方、母親Cは、強盗の計画を立て、犯行方法を指示しており、実行者Dとは共謀関係にあります。かつ、Cには、DがXから強奪した現金が還流しています。このことから、Cは、強盗の首謀者であり、強盗の実行者Dの実行行為に従属して強盗罪の共謀共同正犯に取り込まれることになります。結論としては、CとDは、強盗罪の共同正犯の関係にありますが、Dが刑事未成年であることから、共同者のうちCだけが強盗罪の共同正犯として処罰されることになるのです。このような考え方は、共同意思主体説と同様に共謀共同正犯を共犯理論によって解くものではありますが、まず実行者を形式的正犯概念で捉え、次に共謀関係にある共同者と実行者との主観的・客観的連結を吟味し、共犯理論による理由づけを行う点に相違があると言えましょう。

V　おわりに

1　私の刑法理論の背景

最後に、理論構成の背景について話したいと思います。私の刑法理論は、単独正犯から共犯までの犯罪論体系上の問題を、構成要件理論を基軸として解決しようとしたものです。一口に構成要件理論といっても、ベーリングの理論、メツガー（Edmund Mezger）の理論、そしてM・E・マイヤーの理論では犯罪論体系の組み立て方に相違があります。若い頃は、マイヤーの構成要件理論に惹かれましたが、犯罪論のすべての領域を貫く縦軸にするには不十分だと思い、理論的な修正を加えることを考えました。その点では、構成要件を違法・有責類型だとする小野清一郎先生の犯罪構成要件の理論は卓見だと思います。しかし、私の世代の大きな論争点として、故意の犯罪論体系の位置づけの問題、行為反価値と結果反価値の関係をどう捉えるかという問題などがあり、それらの問題解決も意識して、構成要件理論による体系化を考えなければなりませんでした。私の描いた犯罪論体系は、M・E・マイヤーの構成要件理論を基本として、構成要件を違法かつ責任類型として捉えながら、客観的違法性論の立場から結果反価値を重視するため、主観的違法要素を極力限定し、故意を責任故意と構成要件的故意に振り分け、違法故意を排除するというものです。このことは共犯論においても、連動するようにしましたが、正犯概念については形式的正犯概念を採ることで構成要件との繋がりを維持し、その上で共犯理論を展開しました。共犯論においても結果反価値に重心を置いて理論構成を行いました。

今日は、教壇に思出深いマイヤーの本を持ってきました。このM・E・マイヤーの『刑法総論』（M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915）は、これまで多くの人が読んできたので、ボロボロになっていますが、まだ十分に読むことができます。この本は、一九一五年にハイデルベルクで出版されたものです。ドイツに留学していた一九八一年に手に入れました。最初のドイツ留学中の頃ですから、ベルリンの壁がまだ厳然と存在し

た頃です。ドイツの東側にあった貴重な研究書がスイス経由で西側に流れて来ていました。偶然、古書店が出していたリストの中にこの本を見つけ、手に入れました。このマイヤーの『刑法総論』にはベルリン大学刑事法研究室の蔵書印が押してありましたので、リスト（Franz von Liszt）が手にしていたものだと思います。帰国するときに、マイヤーの本も一緒に持ち帰りました。アメルンク教授がこんな貴重な本を日本に持って行くのかと残念そうに言われたのを思い出します。その折りに、アメルンク教授がマイヤーの話をしてくれました。マイヤーが戦前に亡くなったのは知っていましたが、なぜ死に至ったかは知りませんでした。アメルンク教授から聞いて初めて知ったのですが、自分で命を絶ったのです。ナチスの法思想が自分の主張と相容れず、葛藤の末、自ら命を絶ったのです。刑法学者が襟を正すときは、ここまでいくのかと思いました。マイヤーは、自分の刑法理論を崩さなかったのですから凄いです。

2　刑法解釈における法的感性と直観

私は、これまで自分の刑法理論を大きく崩していませんが、修正したところが数ヵ所あります。命を絶つほどの葛藤は経験していません。刑法は背景に刑罰権の行使があることから、国家権力と絡んでいます。刑法の保護対象は、一般人の生命や自由や財産などの個人的法益ばかりでなく、社会的法益や国家的法益も対象にしています。それらの法益を侵害するのが犯罪ですが、条文に規定されたことが法解釈の拠り所です。そして、社会的事実と条文の隙間をどこまで詰められるのかが法解釈の課題であり、それを理論的に説明することは、研究者の責務です。

法解釈は、事実と条文から出発しますが、結論の具体的妥当性と理論的整合性が求められます。しかも、刑法の場合、犯罪論体系の位置づけを考なければならないことから、論文を書くときは、理詰めなことをギリギリまで考えます。ともかく、事案を解決するために考え抜かなければなりません。事案解決のために、法解釈上の理論を提示することが必要ですが、理論から理論を組み立てても、あまりインパクトはありません。また、理論によって崩されます。法解釈の限界領域において、事案解決に向けた新たな理論を構築する際に決め手になるのは、自分の法的感性と直観です。事実から積み上げたシャープな理論は魅力的です。私が論文を書くときに心掛けていることは、「結論は大胆に、論証は緻密に」ということです。

3　刑法は美学

「理論は、理論ではなく、法的感性によって崩す。」ということは、植松先生がよく言われていました。だから絵を描けという話にもなるのです。何が美しく、何が醜悪かは、理屈ではないですね、その人の感性です。先ほど瀧川先生の本の見返しにブリューゲルの絵があったという話をしましたが、いま上野の東京美術館でブリューゲルの一族の絵を展示しています。初代のブリューゲルから末代までの絵画が展示されているので、どうしても見たいと思い、時間を割いて行ってきました。ドイツ留学中、ブリューゲルを追い

かけて、ドイツの地方だけでなく、スペインのプラド美術館にも行きました。それから、デューラー（Albrecht Dürer）が好きで、クラナハ（Lucas Cranach）やカナレット（Canaletto）にも魅せられ、いろんな所に出かけて絵を見てきました。

それらの絵の何に魅せられたかと言いますと、ルネサンス期の絵画なのですが、原風景を忠実に描くだけでなく、目線が高いのです。今で言うドローンから見たように描いてあるのです。絵の構図がしっかりしています。いわば理論的整合性を感じるのです。デューラーにしろ、ブリューゲルにしろ、空白を残すことなく線を描き込んでいった絵だと思います。私の木版画は線を消していく絵です。いろんな線を認識した上で、この一線、一点を削ったら、原風景が消える、人間の顔にならない、というギリギリのところまで線を削いでいきます。「シンプル・イズ・ベスト」というのが私の持論です。これと、先ほどのヨーロッパの絵は、反対の思考によるものだと思います。対極なのですが、どちらも面白いのです。両極を理解するのに、よく見ました。

ブリューゲルの「農民の踊り」「婚礼の踊り」の絵は、線がダイナミックで情感がいっぱいです。だんだん末代になりますと、絵の線が細くなります。ブリューゲルの絵の情感に近いと思ったのが、棟方志功です。大学院生の頃ですが、棟方志功の版画を最初に見たときに、謎が解けなくて何ヵ月も悩みました。倉敷の美術館にも行きましたし、棟方志功展の会場にはよく足を運びました。あるとき、パッと分かったのですが、棟方志功の版画は表から色を着けていないのだと。版画の紙は、鳥の子の和紙を使います。鳥の子の和紙にドウサを引いて、墨や絵具の色が染まないようにしますと、刷り込んだ線が明確になります。ドウサを引かなければ、色が染みます。そこで、ドウサの引いていない裏側から着色すれば、なんとも言えない発色効果があります。表面の線が間接照明の中にあるように立体感が出てくるのです。この方法を見極めたときの嬉しさは、言葉にできません。ちょっとした発想の転換ですが、それは学問する場合も同じです。

私の理論には、時系列的に結果発生時から過去に遡って法的事実を見定め、その事実から理論構成するというものがありますが、視点の転換という点では同じです。不真正不作為犯の理論的な核心部分をつくったときは、小田急線の電車の中でした。三つ子がお母さんを中心にして遊んでいたのです。それを見たときに、あっこれだ、と思いました。ここから不作為犯の三面構造を描いたのです。誤想過剰防衛を理論的に解くときには、順列組み合わせの考え方を使って理論構成しました。隙間のない理論構築をしたのは、ブリューゲルやカナレットの絵を描く気持ちでした。絵と刑法はかけ離れた存在ですが、私にとっては、刑法は美学なのです。

話がだいぶ脱線しました。まとめますと、私の刑法理論は、理論から理論をつくっていないということです。このことは、植松先生の弟子の証でもあります。事実を積み上げて、解決の出口を悩みに

悩んでいると、ある局面で闇に光が射すような感覚で事案解決の理論が浮かんでくることがあります。最近では、本来異質のA学説とB学説を、ピコ太郎のように合体して、それで終わりというようなものがあります。やはり悩んで考え抜かないと独自の理論とは言えません。しかも、直ぐに変わる学説を立てても、研究者としては空しいです。刑法学者は、少なくとも二〇年先を見据えて理論を構築しなければなりません。研究者としては、実務家が行き詰まっているところに光りをあてるような仕事をしたいと思います。私としては、ブリューゲルやデューラーの絵のように、後々までインパクトのある刑法理論でありたいと思います。

4　刑法は臨床医学

私が専修大学法学部に入学したのは昭和四一年です。宮崎から二七時間、汽車に揺られて、東京に出てきました。その当時、刑法の分野では、主観主義刑法理論と客観主義刑法理論がまだ対立状態にありました。この二つの基礎理論の対立をどう止揚するのかが、戦後の刑法学の課題でありました。先ほど紹介しました植松先生の台北帝大時代に書かれた論文は、両理論を止揚させようとした魁けのものでありました。学生時代、刑法理論の対立軸を意識しないと考えが流されることを経験しました。どちらかに軸足をおいて理論を解くしかないと思いました。私の世代では、行為反価値論と結果反価値論が理論的対立軸となりました。私は、結果反価値を基本として、行為反価値を違法減少要素として考慮に入れる跛行的結果反価値論を提唱しましたが、この考え方は、事案解決の上では形式的な理論だけでは割り切れない領域があることを意識したからです。

私の心情は、牧歌的な宮崎で育ったため、情に流されるのです。罪を犯したことは許されないけれども、人として責められない事情がある場合は、許す部分を残して置くべきだと思います。人間はそんなに強くありません。どこかに後戻りの橋を架けて置かなければなりません。期待可能性の問題を責任阻却で処理すべきだとするのも、そういう思いからです。これは感性の問題かもしれません。期待可能性が存在しない場合を責任阻却だとされた瀧川先生は、『刑法の諸問題』の中で、「超法的緊急状態をはじめ、期待可能性を否定する附随事情は、通常人の健全な知性から直観することができる。この種類の直観は法律家にとつて必要な精神作用である。」（一九五頁）と書かれています。大学二年のときに、この文章を読んで直ぐには分からなかったのですが、刑法の研究が進むにつれて、凄い言葉だと思いました。

論文を書く際には、理論の対立軸を見据えた上で軸足を決め、そして問題解決の手順を決めます。最初に解決すべき問題は何か、そして二番目に解決する問題は何か、というように手順を決めて結論を出していきます。結論を導くには、理論の全体を見極め、事案解決の具体的妥当性を察知する法的感性が大切です。大学院に進学した頃、私はかなり理論信奉者でした。理論に事案解決力がなくても、理論を当てはめればこうだと言ってしまって、植松先生に叱ら

れたことがあります。刑法の研究者としての基本的なことが分かっていなかったのです。植松先生は、私に、「刑法は臨床医学だ。いくら医学上の理論が正しくても、患者が死んでしまっては意味がない。刑法も同じだ。理論を事案に当てはめて、その結果に説得力がなければ、意味がない。」と諭されました。私は、その時に刑法学の奥の深さを知りました。いくら有名な絵でも、面白くなければ、感性に触れなければ、見ないのです。植松先生の言葉がそのまま身に染みました。植松先生は、私の感性を決して直されませんでした。湧き出てくる感性を直すと、個性的な理論が出てこないのです。

大学院時代に初めて原稿料をもらった論文は、「不真正不作為犯の故意の実体」（警察研究四五巻一一号、一二号）です。この論文は、自分の法的感性だけを頼りに書いたものです。論文を書き上げて植松先生に見ていただいたら、警察研究の編集部に持って行きなさいと言われ、そのまま雑誌掲載が決まりました。二六歳のときでした。雑誌に掲載された私の論文を読まれた藤木英雄先生が、法務省の法制審議会の帰りに植松先生に、「最近、若手の論文で面白いものを読んだのですが、ご存じないですか。」と尋ねられ、「私の弟子です。」と答えられたということを、後日知りました。植松先生は喜ばれている様子でしたが、私は、それ以上に感激したことを覚えています。

5　いやしけ吉事

終了後に質問を受けることになっていますので、これで終わりにしたいと思います。今日は、万葉集で始めましたので、万葉集で終わりたいと思います。万葉集は四五一五首の歌から成っていますが、その最後の歌で講義を締めくくりたいと思います。全て漢字で書かれているので読み下し文を資料に書いておきました。

「新しき　年の初めの　初春の　今日降る雪の　いやしけ吉事」

「新　年乃始乃　波都波流能　家布敷流由枝能　伊夜之家余其騰」

この歌は、万葉集の巻末（巻第二〇・四五一五）の歌で、大伴宿禰家持が作ったものです。大伴家持が山陰に流されていたときに作ったものです。雪が降っているときに歌ったのですが、初雪というのは吉事（よごと）、つまり良いことでした。「年の初めの初春に雪が降っている。初雪は吉兆だし、降り積もる雪のように、いい事が重なっていきますように。」という意味です。明後日は、旧暦の正月です。中国では春慶節です。台湾もそうですね。大伴家持が最後の歌に込めた思いは、万葉集の編纂はこれで終わるけど、万葉集に流れている情感というものは、次の世代も繋げてほしいということだと思います。「いや」という言葉は、ますます重なることを意味し、「いやしけ吉事」は、ますます良いことが降っている雪のように重なってほしいという気持ちを表しています。

私の刑法理論が「いやしけ吉事」になるかどうかは分かりません

が、願わくば、万葉集の巻末の歌のごとく、植松・日高刑法学が次に繋がれ、発展していけば幸いであります。結論にこだわらない。理論にも固執しない。ただ、こだわるべきは、ふつふつと沸いてくる直観と法的感性です。この原点が分かってもらえれば、私の刑法学も「いやしけ吉事」になるでしょう。母校の専修大学に根を張った刑法学なので、後に続く後輩は教壇に立ち、別の観点から自らの絵心を刑法理論に注いでください。以上で終わりです。（拍手）

〔質疑応答〕

司会（稲垣悠一・専修大学法科大学院准教授）　日髙先生、ありがとうございました。われわれ自身にとっても非常にうれしいお言葉をいただき、大変うれしく思います。たくさんの皆さまにご来場いただいているので、刑法の理論的な観点からのご質問でも、それ以外のご質問でも構いませんが、どなたかあれば挙手をお願いいたします。

日髙　挙手がなかったら、つまらなかったということになりますので、何でも結構です。

司会　理論的なこと以外でも結構なので、どなたか。

古屋安（昭和四五年法卒）　一つ、教えていただきたいのですが、レジュメの三ページの図解にT、R、Sと書いてあります。この意味を教えてください。

日髙　Tはドイツ語のTatbestandsmäßigkeit（構成要件該当性）、RはRechtswidrigkeit（違法）、SはSchuld（責任）です。犯罪とは構成要件に該当し、違法かつ有責な行為であるという、犯罪の定義を流れ図にしたものです。犯罪論の問題は、この流れ図の中で、全て説明しようとするものです。犯罪構成要件理論をベースにした犯罪論体系を見えるようにしました。質問した古屋君は、私の同級生ですが、アパートが近かったので、いつもご飯を食べさせてもらいました。命の恩人です。

竹村俊夫（昭和四五年法卒）　理論よりももっと深いところにあるようですが、特に法的感性を磨くために、最近のものでは、何かヒントになるようなものがありますか。現実的なもの、人間的なもの、ある意味で日髙君の場合は、宮崎独特の正義感があったように思ったのですが。それに従う感性は、どんなものですか。

日髙　いま質問した竹村君は、私の同級生ですが、学生時代に木村刑法理論を勉強していて、私の論敵でありました。感性の話ですが、最終的にはＤＮＡと同じようなものがあります。たとえば、私は刀を研ぎますが、刃、鎬、峰の三つの線が切先に向かって、緩やかな曲線ではありますが、すーっと均衡を保ちながら流れていて、美しいと思います。これも、一つの感性だと思います。刀の刃体を見てつまらないと思う人、怖い凶器と思う人は、やはり刀を研いではいけないと思います。人によって適材適所があると思います。

話を刑法に戻しますと、私の法的感性がそれまでの自説を変えた事例を一つお話します。今日の講義では取り上げませんでしたが、

ドメスティック・バイオレンスにおいて問題となった片面的幇助の問題です。札幌高裁平成一二年三月一六日判決（判例時報一七一一号一七〇頁）の事案です。B男が再婚したA女の実子X（三歳六ヵ月）に度々暴力を加えていて、そのB男のXに対する暴力を実母であるA女が止めなかった事案です。A女は、台所にいて「ああ、また始まった」と思ったのですが、自分も暴力を受けており、身重でもあったことから、B男の暴力を止めなかったのです。そのうち、Xが倒れてしまったので、A女、B男はXを病院に搬送しましたが、Xはくも膜下出血等により死亡しました。

この事実におけるA女の罪責について、一審は傷害致死幇助罪の成立を否定しましたが、札幌高裁は、不作為による片面的幇助を認め、傷害致死幇助罪の成立を肯定しました。この事案の解決については、悩みました。というのは、それまでの私の理論では、意思の連絡のない片面的幇助は否定すべきだと考えていましたので、A女の不作為による幇助は無罪になるからです。この事件の調書には、殴られた子どもが何の抵抗もできず、B男をじっと見つめて歯を食いしばって耐えている状況が書かれてありました。無抵抗の子どもに暴行を加え続けるB男を許せないのは当然として、実母Aは、B男の暴行を止めて子どもを救うべきだと思いました。子どもは慈しむべきものであり、A女を許せないというのは、まだ感情の域にありますが、不作為による幇助の理論を再度練り直さなければならないという思いに至りました。そこで、不作為による片面的幇助の場合には、意思の連絡を不要とする論拠を考えました。それは、保護義務違反の実体が不作為正犯も不作為共犯も同じであり、客観的・規範的評価の観点から、犯行推移の各段階に応じて両者を区別すべきであるとするものです。その区別は、客観的側面からの評価であり、意思の連絡の判断は不要だとする理論です。情に負けるのは私の弱いところですが、この事案も負けました。

富山尚徳（学校法人専修大学副理事長）　今日は、最終講義をお聞かせいただき、感慨無量です。副理事長の富山と申します。実は、教壇にお持ちになりました、大事にされている万葉集のノートを見させていただきました。いや、研究者になる方というのは、こういうふうにノートを作られるのだと、ビックリいたしました。参考書よりも分かりやすいノートになっていました。大変恐縮ですが、若い人もいらっしゃいますし、研究者もいますので、一節だけご披露をしていただければ有り難いと思います。それこそ情感を込め、かつ感性を生かしていただいて、分かるように説明いただくと有り難いと思います。

日髙　余談ですが、神山先生に刑法総論で一〇〇点をもらったのは私だけだと思っていましたら、富山さんも一〇〇点を取られたそうなので、日頃から、脱帽しているのですが、あえて恥を忍んで申し上げます。

一つ挙げるとしたら、防人の歌の中に一首（第二〇巻・四三五二）あります。有名な歌ではないので、皆さんは、あまりご存じな

いと思います。私には情景が身近に思えた歌です。

「道の辺の　うまらのうれに　這ほ豆の　からまる君を　はかれか行かむ」

「美知乃倍乃　宇万良能宇礼尓　波保麻米乃　可良麻流伎美乎波可礼加由加牟」

「うまら」は、荊（いばら）のことです。「うれに」は、末の意味ですが、ここでは、根っこの方ではなく、先の方と解すべきでしょう。「はかれ」は、別れの意味です。そうすると、「道のほとりのイバラの先の方に這っているマメのように、からまりつく君に別れて行かねばならないのか」という訳文になります。防人が故郷を去るに際して詠んだ、光景や情愛が伝わって来ます。後は、各自の感性のおもむくまま、防人と君の心情の交流を読み解いてください。私は、初恋の人を残してきた思いを重ねて、ノートに注解を書きました。うちのカミさんには、覗かれたくないのですが。以上です。

七尾聡（昭和六〇年法卒・日高ゼミ九期生）　勉強のことを聞いても私の頭に入ってきませんので、先生は教授をこれで終わられて、今後、どういうことを続けられるのかということをお聞きしたいと思います。

日髙　やるべきことはたくさんあります。学長と理事長の両方の職務に就いたことから、研究も趣味も思うようにはできませんでした。これからが楽しみです。一七年か一八年前になりますが、大病をしました。主治医に、このままだと、一〇年しか生きられないだろうと言われて、三〇日間ほど入院してC型肝炎の治療を受けました。幸い、完治しまして今も生きています。入院するとき、居合をもう一度やりたいと思い、愛刀の柄をはずして柄を持って行きました。治療が進むにつれ白血球がギリギリのところまで下がり、体力的にも限界に近づいた時、夢を見ました。意識は入院している部屋の天井の上の方にあって、ベットに横たわっている自分の姿を見ているのです。そこに、ベットの横に白い袴を履いた祖父と父が立っているのです。勿論、二人とも他界しています。そしてベットに横たわっている私に、父が「はやく宮崎に帰って来い。日髙家の位牌堂は誰がみるんだ。」と言うのです。そのとき私は、「あと四冊、本を書かないと帰れない。」と答えたのです。祖父と父は、「そうか。」とだけ言って消えました。居合がやりたいと言わなかったのが、刀の柄を持って入院した私としては、忸怩たるものがあります。その夢を見た次の日から、白血球が上がり始め、危機を脱したのですから、不思議な夢でした。

夢とはいえ、あと四冊を本を書くと祖父と父に言った以上、約束を果たさないと宮崎には帰れないことになりました。すでに二冊は書きました。あと二冊書き上げれば位牌堂に入ることになりそうなので、徐々に書きたいと思います。これから、「刑法各論」と「不作為犯の諸相」をまとめる仕事をしたいと思っています。

小杉伸次（昭和四五年法卒）　初恋の人を思いながら万葉集の

ノートを作ったということですが、その方の名前を私は知っています。叱られると思いますが。実は、私は一八歳のときからの友人ですので。私は、埼玉に住んでいたものですから、彼のアパートの飯室荘によく泊めてもらいました。彼は、学生時代、とっても心に志を持っていました。私の手もとに彼の本が少しあるのですが、貴重な本を買ったということがありますから、よく分かります。彼の下宿に行くと、食パン一枚で生田の山を二人で歩くのですが、それでも彼は全然疲れない。そして、深夜までFMの「ジェットストリーム」を聴きながら勉強していました。「若者たち」が大好きで、現在は高橋真梨子が好きだそうですが、「若者たち」をギターで弾きながら歌っていました。非常に高い志を持ってやっていました。講義を聴いている人は、若い方が多いと思いますが、志だけはいつも高いところに置いておかないと、彼のように大成しないのだろうと思います。私は、大学三年次のときにゲルダート（W. M. Geldert）の『Elements of English Law』を、彼にひきずられながら、英文で一冊全てを読んだという記憶があります。とても懐かしく今日の講義を聴かせていただきました。

司会　先生の話の中で、刑法各論を書くという言質もとれました。皆さん、ご記憶していただいたと思いますので、先生の筆が進むのではないかと思います。

それでは、時間も押し迫ってまいりましたので、先生に花束贈呈をいたします。日高ゼミ代表として七尾さんにお願いします。日高ゼミに二代にわたって入られている七尾さん親子からお渡しします。よろしくお願いいたします。（花束贈呈）（拍手）

日髙　日髙ゼミに親子で入ったというのは初めてでした。四十数年にわたりゼミを続けていると、こういう嬉しいことも起きますね。

司会　個別に先生に花束等お渡しになる方がいらっしゃると思いますが、一旦ここで終了とさせていただきます。それでは、本日は皆さま、どうもご清聴ありがとうございました。（拍手）

〈共犯論に関する主要論文［日髙義博］〉

昭和五三年　二月　「間接幇助」刑法判例百選Ⅰ総論

昭和五七年一〇月　「不作為犯と共犯」法学セミナー三三三号

昭和五八年　六月　「共謀共同正犯論の基礎づけ」「幇助の因果関係」『現代刑法論争Ⅰ』（勁草書房）〈二版・平成九年〉

昭和五九年一〇月　「共同正犯における抽象的事実の錯誤」専修法学論集四〇号

昭和六〇年　六月　「強制による転落死と殺人の実行行為性」昭和五九年度重要判例解説

平成一二年一一月　「不作為による幇助犯の成立を否定した事例」現代刑事法二巻一一号

平成一二年一二月　「児童虐待と不作為犯 - 札幌高裁平成一二年

三月一六日判決を契機として－」警察学論集五三巻一二号
平成二三年　一月　「共謀関係の解消」専修ロージャーナル六号
平成二五年一二月　「共同正犯と過剰防衛」専修ロージャーナル九号
平成二六年　三月　「間接正犯と共謀共同正犯の区別」『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂）
平成二六年一〇月　「共犯と身分」『川端博先生古稀記念論文集上巻』（成文堂）
平成二九年　七月　「同時傷害の特例の法意および適用範囲－最高裁平成二八年三月二四日決定を契機として」判例時報二三三二号