

共同正犯における一部実行の全部責任について

井上, 宜裕
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1560256>

出版情報 : 法政研究. 82 (2/3), pp.1-17, 2015-12-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

共同正犯における一部実行の全部責任について

井上宜裕

序論 共同正犯をめぐる問題状況

I フランスにおける共同正犯概念

一 共同正犯と共犯の区別

二 共同正犯の定義

II フランスにおける「相互共犯」の理論

一 判例による区別基準の変容

二 「相互共犯」の理論

結論 一部実行の全部責任の射程

序論 共同正犯をめぐる問題状況

本稿は、共同正犯の効果とされている「一部実行の全部責任」に関して、批判的検討を試みるものである。

日本においては、立法者がその概念を否定し、⁽¹⁾ 文言上もおおよそ読み込むのが困難と思われる、共謀共同正犯論が既に判例及び学説に定着しており、⁽²⁾ それ故、本来、刑法六〇条が予定している共同正犯を実行共同正犯と呼ぶ事態が生じている。このような現状を前にして、改めて、共同正犯の効果である「一部実行の全部責任」を論じることにとりだだけの意義があるのか疑問視する向きもあろう。

しかしながら、共同正犯の効果については、論じるべき点も多い。「一部実行の全部責任」が妥当する典型例は、AとBがOから金品を奪うことにつき意思を通じて、AがOを羽交い締めに行っている間に、BがOのポケットから財布を奪取するような場合である。この場合にAとBの双方にOに対する強盗罪の共同正犯が成立する点については異論がない。これに対して、CとDがPを殺害することにつき意思を通じた上、両者が同時にPに向けて発砲し、いずれかの弾丸がPに命中してPが死亡した場合（C・Dいずれの弾丸が命中したか不明の場合、及び、Cの弾丸のみが命中したと判明した場合、ないしは、その逆の場合）、CとDの双方にPに対する殺人罪の共同正犯を成立させるのが一般的であるが、これが「一部実行の全部責任」の効果として説明可能なのかどうかは定かでない。⁽³⁾

そもそも「一部実行の全部責任」とはどこから導かれる帰結なのか。⁽⁴⁾ 共同正犯の場合と全く行為事情及び行為態様を同じくする同時犯との対比において、両者の差異を決定づけるのは何か。共同加功の意思がこの帰結を導出しうるのか。⁽⁶⁾

これらの点につき、本稿では、フランス刑法との比較法的考察を行う。日本の共同正犯の現行規定は、旧刑法第一〇⁽⁷⁾ 四条を基本的な受け継いだものであり、旧刑法に多大な影響をもたらしたフランス刑法において、共同正犯論がどのよ

うに展開されてきたかを検討することは、日本において上記問題を解決する際に、有益な示唆をもたらすものと考えられる。そこで、以下では、フランスにおける共同正犯概念をめぐる学説及び判例の動向を概観した上で、「一部実行の全部責任」の射程について検討することにする。

I フランスにおける共同正犯概念

一 共同正犯と共犯の区別

フランス刑法は共同正犯の規定をもたない⁹⁾。その一方で、学説では、共同正犯の正犯性が強調され、共同正犯と単独正犯の間に差異を認めないものが多い。それ故、共同正犯論という形で独自の対象領域が設定されることは少なく、共同正犯をめぐる議論自体、総じて低調である。

かろうじて議論があるのは、共同正犯と共犯の区別をめぐってである。両者の区別の実益は、原則的には、共犯者が、借用された犯罪性しかもたないのに対して、共同正犯者が、自己に固有の、他の関与者から独立した犯罪性をもつということに起因するものである¹⁰⁾。

フランスにおいては、共犯の処罰根拠論として、伝統的に犯罪性借用説¹¹⁾が支持されてきた。ナポレオン刑法典は、第五九条で「重罪または軽罪の共犯は、その重罪または軽罪の正犯と同一の刑に処する。但し、法律に特別の定めがあるときはこの限りでない¹²⁾」と定めており、一般的に、判例及び学説によって、同条は刑罰の借用を規定するとともに、犯罪性借用説を採用したものと解されていた。

犯罪性借用説とは、共犯行為は固有の犯罪性をもたず、正犯行為の犯罪性を借用してはじめて処罰されうるとする理

論である。新刑法典は、第一二一―六条で「第一二一―七条の意味における犯罪の共犯者は、正犯者として処罰される」としており、この規定の下でも犯罪性借用説が維持されるか否かについて争いがあるが、これを肯定する見解が多数を占めている。⁽¹⁴⁾

このように、犯罪性借用説を前提として考えた場合、共同正犯と共犯の区別は、当該行為の犯罪性の有無に直結する。とはいえ、共同正犯と共犯の区別に関して、その具体的内容の大半は、正犯と共犯の区別一般⁽¹⁵⁾に関するもので、共同正犯固有の問題はそれほど多くない。正犯と共犯を区別する実益⁽¹⁶⁾として従来挙げられたのは、主に、①違警罪の共犯は不可罰とされていた点、②行為者の複数性が加重事情となる場合⁽¹⁷⁾で、この場合の行為者は正犯者を指すと解されていた点、③親族相盗例⁽¹⁸⁾によって恩恵を受けるのは正犯者のみで、共犯者には及ばないと解される点、④可罰的な正犯行為の不存在の故に、共犯者が処罰されない場合⁽¹⁹⁾の四つである。

現行法の下では、さらに区別の実益が減少する⁽²⁰⁾。まず、①に関して、新刑法典において、違警罪の共犯で不可罰なのは幫助ないし援助形態の共犯のみで、教唆、指示の供与等の共犯類型は違警罪でも処罰対象となった⁽²¹⁾。また、②に関しては、加重事情としての行為者の複数性には共犯者も含むとする改正が行われ、この点は、新刑法典においても引き継がれている⁽²²⁾。

他方で、手続法上、正犯と共犯の区別の実益を失わせうる実務が定着している。“*peine justice*”の理⁽²³⁾とは、「法令適用の誤りを含む判決について、宣告刑が錯誤のなかった場合に宣告されたであろうものと同じの場合、当該刑罰を正当 (*justice*) として、この判決に対する破棄申立を排斥する」ものである。従って、この理論によれば、正犯と共犯の擬律に錯誤があっても、両者の法定刑が同一であれば当該刑罰は正当とされ、破棄申立が排除されることになる。

二 共同正犯の定義

GULPHEは、共同正犯について、単独正犯と区別することなく、共犯と対比させつつ、次のように述べている。「いたるところで、正犯者の確定、及び、それが複数いる場合には、共同正犯者の確定が、同一の態様で行われる。正犯者及び共同正犯者が物的・客観的に犯罪を実行したこと、即ち、犯罪を構成するこれらの者の行為が直接的に可罰的であることが顧慮される。……共犯者は、これに対して、正犯者及び共同正犯者と異なり、共犯者の行為が、犯罪の実行も構成しなければ、共犯者が関与した犯罪の実行の着手すら構成せず、単に犯罪の遂行に資したにすぎないという点で、区別される。共犯者の行為は、従って、それ自体非難されえず、非難されるようになるのは、当該行為が正犯行為と結びついた、正犯行為の付属物であり、その犯罪性を正犯行為から借用するが故にである」²⁴⁾。

BOULOCは、単独正犯と共同正犯の差異を認めず、各共同正犯者の独立性を強調する。即ち、「他の者とともに、この者と同じく、他人の物を奪取する者は、盗罪の共同正犯者であるが、自分自身で奪取の物的・客観的行為を実行することなく、当該奪取の正犯者を援助または幫助させた者は、原則として共犯者である。……共同正犯者は『完全な(part entière)』正犯者である以上、その法律上の地位は、共犯者のそれとは異なる。共同正犯者の刑事責任は、純粹に個人的なもので、他の共同正犯者のそれに何ら依存しない」と²⁵⁾。

PUECHやVOUINも、共同正犯の正犯性を前面に押し出し、共同正犯者自身が犯罪の全構成要素を充足しなければならぬとする。PUECHは、「理論上、共犯者と正犯者の区別は、いかなる論争も引き起こさない。即ち、犯罪の構成要素の全てを自ら実現する者が正犯者であり、刑法第六〇条に定められた行為の一つまたは複数によって犯罪に故意に関与する者は共犯者である」として、共同正犯の独自性を否定する²⁶⁾。また、VOUINによれば、「あるときは、同じ犯罪への複数の関与者が、少なくとも、各々が自ら当該犯罪を構成する物的・客観的行為を実現するという意味におい

て、対等の状況で現れる。これらの関与者は全て当該犯罪の正犯者または共同正犯者である。……あるときは、他方で、幾人かの関与者が正犯者に比して二次的かつ副次的役割を有するにすぎず、自らは当該犯罪の構成要素を実現しないことがある。この関与者は、もはや共犯者にすぎない⁽²⁷⁾とされる。MAYAUDも同様に、「共同正犯は、唯一かつ同一の犯罪の実現に向けて複数人が介入する場合である。……共同正犯者は、犯罪を構成する全てのこと、同じ強度でもって関与する対等な正犯者であり、いかなる差異もなく、当該犯罪の結果を共同正犯者間で共有するものである。……共同正犯は、全ての関与者を正犯者に位置づけ、そこから、各々が他者の行動に依存することなく、自己の行為について処罰されるという帰結が導かれる⁽²⁸⁾」と述べている。

これに対して、学説の一部では、犯罪遂行に不可欠の行為をした者も正犯とする主張⁽²⁹⁾が見られる。例えば、R. GAR-RAUDは、犯罪の遂行に必要不可欠な行為を実行した者に正犯者または共同正犯者の資格を認め、「他者が殴打する間、被害者を動けないようにする者、または、他者が物を盗取する間、被害者の注意をそらす者」を例に挙げる⁽³⁰⁾。MERLE = VITUも、行為者によってなされた行為が犯罪の成功に必要な不可欠の場合、例えば、「仲間がショーウィンドウに展示された宝石を奪取する間、宝石商の注意をそらす者」を共同正犯者とするは必ずしも支持できないわけではないとする⁽³¹⁾。

II フランスにおける「相互共犯」の理論

一 判例による区別基準の変容

上述のとおり、フランスの学説の多数は、共同正犯と単独正犯の間に差異を認めず、共同正犯においても、単独正犯

同様、犯罪の構成要素の全てを各人が充足しなければならぬと解している。

他方、判例は、共同正犯と共犯の区別基準を柔軟に解しており、あるときは、共犯とすべき者に共同正犯の資格を付与し、またあるときは、逆に、共同正犯とすべき者を共犯と擬律する。

前者について、判例は、「必然的共同」と呼ばれる理由付けを行い、共犯を共同正犯と同視する。即ち、「犯罪を遂行する行為において、犯罪の正犯者を援助する者は、必然的にこの犯罪の遂行に共同していることから、この者は当該犯罪の共同正犯者になる。従って、犯罪はもはや単独の行為ではない」とするのがそれである。⁽³²⁾ この必然的共同の観念は、共犯の資格の下で正確に擬律した場合には処罰を免れる行動につき、当該行動を不処罰のままにしないという考慮によって説明される。⁽³⁴⁾ しかし、この解釈は、ナポレオン刑法典第六〇条及び新刑法典第一二二―七条の文言及び趣意に反するとの批判が強い。⁽³⁵⁾

本稿との関連で重要なのは、後者の場合、即ち、共同正犯を共犯と解する場合であり、その際に判例が用いる論拠とされる、いわゆる「相互共犯 (complicité corespective)」の理論⁽³⁶⁾である。

二 「相互共犯」の理論

「相互共犯」の理論とは、「ある犯罪の共同正犯者は、犯罪を遂行する行為において、他の犯罪者を必然的に援助しており、この成り行き上、その共犯者となる」とするもので、この理論によって、①一部の者に存する加重事情を全共同正犯者に拡張すること、及び、②集団で行われる犯罪によって生じた結果を共同正犯者全てに帰責することが可能なる。

例えば、①について、ナポレオン刑法典の下、二人の共同正犯者が故殺を犯し、その内の一人が被害者の息子であつ

た場合、原則通りに考えると、共同正犯者は他の共同者の犯罪性を借用せず、一方が尊属殺、他方が故殺となるが、判例は、親族関係をもたない共同正犯者にも尊属殺の刑を科すためにこの者を共犯者とした。³⁸⁾

②について問題となるのは、故意の暴力行為の場合である。³⁹⁾ 具体的には、集団暴行の結果被害者が死亡したが、致命傷を与えたのが誰か分からない場合や、集団の各構成員によって発せられた複数の弾丸の標的である被害者がこれら弾丸のうちの一つのみに当たり傷害を負ったが、その命中した弾丸を発射した者が特定されない場合がとりわけ重要である。⁴¹⁾

これらの場合に「相互共犯」の理論が適用されると、因果関係が推定され、全ての関与者に死傷結果が帰属されることになる。⁴²⁾

この因果関係の推定について、PUECHは次のように述べている。即ち、「破毀院刑事部は、集団の各構成員が共通の行動に積極的に関与したという条件の下、損害結果が各関与者に不可分的に帰責されるとの判断を下している。この要件が満たされると、暴行現場の各関与者は共同正犯であり、そのようなものとして、実際の損害を惹起した者の共犯者となる。従って、その者の行動がいかなる損害も惹起しえなかったか、または、より小さな損害しかもたらしえなかったかを探求するのは無益である」と。⁴³⁾

「相互共犯」の理論には、根強い批判がある。まず、加重事情の拡張に対して、罪名が正犯者の人格において捕捉されるということを否定できない以上、二人の正犯者がいる場合、犯罪は二つの異なる罪名をもつのであって、例えば、父親の故殺は子供にとっては尊属殺となり、その共同正犯者にとっては単なる故殺となるとの指摘⁴⁴⁾がある。また、「相互共犯」の理論によると、ある同一の行為につき、同じ犯罪者に正犯者と共犯者という異なった二つの技術的擬律が割り当てられるという点にそもそもの問題があるという批判も展開されている。⁴⁵⁾

結論 一部実行の全部責任の射程

日本では、一部実行の全部責任はどのように根拠づけられているのであろうか。この点、判例によれば、「刑法第六十條ニ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トスト規定シ行爲者各自カ犯罪要素ノ一部ヲ實行スルニ拘ラス其ノ實行部分ニ應シテ責任ヲ負擔スルコトナク各自犯罪全部ノ責任ヲ負フ所以ハ共同正犯カ單獨正犯ト異リ行爲者相互間ニ意思ノ連絡即共同犯行ノ認識アリテ互ニ他ノ一方ノ行爲ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事實ヲ發現セシムルニ由ル然ルニ若シ行爲者間ニ意思ノ連絡ヲ缺カンカ縱令其ノ一人カ他ノ者ト共同犯行ノ意思ヲ以テ其ノ犯罪ニ参加シタルトスルモ全員ノ協力ニ因リテ犯罪事實ヲ實行シタルモノト謂フヲ得サルカ故ニ共同正犯ノ成立ヲ認ムルヲ得サルモノトス」⁽⁴⁵⁾と述べられる。学説も、一般的には、一部実行の全部責任を「各共同者が相互に行爲を利用し、全員が協力し一体となつて犯罪を實現したからである」⁽⁴⁷⁾等と説明している。

これらの説明は、AとBがOから金品を奪うことにつき意思を通じて、AがOを羽交い締めに行っている間に、BがOのポケットから財布を奪取するような例には妥当するかもしれないが、問題は、共同発砲事例をどのように説明するかである。

この点、学説では、一部実行の全部責任を心理的因果性の点から説明するものが多い。例えば、「AとBとが、Xを殺そうという共同の意思で、各自Xにむかつてピストルを発射し、Aの弾丸があたつてXは死んだが、Bの弾丸はあたらなかつたとしよう。この場合、Aはもちろん、BもXの死に対して既遂の責任を負う。したがつてまた、Xにあつた弾丸がAが発射したものかBが発射したものかわからない場合でも、A、BともにXの死について既遂の責任を負う。……ではなぜ、自分の弾丸があたらなかつたときでも、BはXの死に対して責任を負うのか。それは、一見自己の行爲と因果関係のない結果について責任を問われるようにみえる。しかしそうではない。Bが責任を問われるのは、B

がAの心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたからである。共同正犯は、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に補助するものなのである。共同加功の意思とは、このような主観的要素をいうことになる⁽⁴⁸⁾とされる⁽⁴⁹⁾。

この説明に対しては、「なぜそれが全体として『正犯』として評価されるのかという問題はのこるように思われる⁽⁵⁰⁾」との指摘があるところであり、やはり、いかにして双方の正犯性を基礎づけるかが鍵となろう⁽⁵¹⁾。

他方で、物理的因果性ないし心理的因果性のみならずそれによる結果発生の危険性の増大を一部実行の全部責任の根拠とする見解、即ち、「共同して犯罪を実行した者（共同正犯者）に一部実行の全体責任の効果が必要だと考えられるのは、基本的には、物理的共同ないし、共同正犯者相互に教唆ないし心理的補助を行って心理的影響を及ぼし合い、結果発生の蓋然性を高めるからである⁽⁵²⁾」との主張もある⁽⁵³⁾。

この点については、「危険を高めたことに対する重要な寄与だけでは未遂犯の正犯性を認めうるにとどまり、既遂犯の正犯とするためには既遂結果に対する重要な寄与が必要ではないか⁽⁵⁴⁾」と疑問が呈されており、結果発生の危険性の増大も双方の正犯性を基礎づけるには十分でないといわざるをえない。

以上、一部実行の全部責任をめぐる議論状況について概観したが、とりわけ共同発砲事例において、心理的因果性を根拠に双方が正犯性を獲得するとの論証は必ずしも成功していないように思われる。責任主義に基づき、個別行為責任を貫徹するならば、共同発砲事例で、自らの弾丸が命中しなかった者（ないしは自らの弾丸が命中したかどうか不明の者）に既遂結果を帰属することはできないのであり、いかに心理的因果性が認められるとしても、それはせいぜい共犯を基礎づけるにすぎないものというべきである⁽⁵⁶⁾。その意味では、フランス判例における相互共犯の理論に向けられた批判、即ち、「同じ犯罪者に正犯者と共犯者という異なった二つの技術的擬律が割り当てられる」という問題点は、ここでも妥当するであろう。

また、共同正犯の場合は単独正犯の場合より結果発生危険性が増大していると主張も、確かに、単独正犯と共同正犯を比べれば正しい部分を含んでいるかもしれないが、しかしながら、同時犯と共同正犯の違いは共同加功の意思の有無であり、共同正犯の場合と全く行為事情及び行為態様を同じくする同時犯との対比において、共同正犯の方が結果発生危険性が高いかどうかを問題にすべきである。

上述のとおり、フランスには共同正犯の規定は存在せず、多数説によれば、正犯性を獲得するためには、犯罪を構成する全ての要素を自ら充足する必要があるとされる。その意味で、共同正犯の正犯性を強調し、共同正犯と正犯の間に何ら差異を認めない学説の態度は一貫している。

日本には、刑法第六〇条の規定が存在するが、これまでの考察を前提とするならば、本条が対象としているのは、実行行為分担型の共同正犯であり、共同発砲事例における因果関係の推定は含まれないと解する余地もあつたのではなからうか。

もつとも、共同発砲事例における正犯性の論証の困難性⁵⁷⁾に着想をえたこのような理解は、同時傷害の特例（刑法第二〇七条）の解釈にも変更を迫るものであるため、さらなる検討が必要である。同規定の存在理由及び合理性の検討と併せて、後日内容を精査することとしたい。

(1) 明治三十五年刑法改正案の共同正犯規定をめぐる審議（第一六回貴族院特別委員会）において、「相談ハシタケレトモ実行ノ際ニハ其場ニ居ナカッタカ或ハ自分テ行為ヲ爲サナカッタカ云フ者ハ此刑法ニ據ルトトウナルノテアルカ、何カニ問ハレルノテアルカ、問ハレヌノテアルカ、ソレヲ一ツ伺ヒマス」とする菊池武夫の質問に対し、政府委員の石渡敏一は、「數人集ツテ犯罪ヲ行ハント相談シテ其中ノ一人タケカ犯罪ヲ實行シタ、残りノ者ノ處分ノ御質問ト察シマシタカ、其残りノ者カ教唆ニナル若クハ從犯ニ當ルト云フナラハ四十三「七十三」條四十四「七十四」條テ罰シマス、之ニモ當テ「ラ」ヌトナルナラハ罰シナイ積リテアリマス」と答弁している（倉富勇三郎他編『刑法沿革綜覧（増補復刻版）』（信山社、一九九〇年）九二五頁）。ちなみに、明治三

五年刑法改正案の共同正犯規定（第七二条）は、現行規定とほぼ同じで、「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」と定めている。なお、明治三五年刑法改正案第七三条及び第七四条は、以下の通りである。「第七三条 ①人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス、②教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ」、「第七四条 ①正犯ヲ補助シタル者ハ從犯トス、②從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス」。

(2) 現在でも、共謀共同正犯否定説は少数ながら有力に主張されている（浅田和茂『刑法総論（補正版）』（成文堂、二〇〇七年）四一八頁、曾根威彦『刑法総論（第四版）』（弘文堂、二〇〇八年）二五五頁、松宮孝明『刑法総論講義（第四版）』（成文堂、二〇〇九年）二七五頁、山中敬一『刑法総論（第三版）』（成文堂、二〇一五年）九三六頁他）。

(3) 村上光鶴『第六〇条（共同正犯）』大塚仁他編『大コンメンタール刑法（第二版）第五卷（第六〇条）第七二条』（青林書院、一九九九年）一〇〇頁他参照。

(4) この点、島田聡一郎『第六〇条（共同正犯）』西田典之他編『注釈刑法第一卷—総論（第一条）第七二条』（有斐閣、二〇〇一年）八一二頁は、AとBがCを殺害する計画を立て、二人でCに気づかれぬよう銃撃したが、Bの弾は外れてAの弾のみが命中しCが死亡した場合に、Bが殺人既遂の共同正犯の罪責を負うことに関して、「このような場合について、一部行為の全部責任、といわれることがあるが、Bはあくまで自分の行ったAの行為促進と、そこから生じた結果について責任を負うのだから、この表現は、実はあまり適切ではない」とする。

(5) これに関連して、宮城浩藏『刑法正義（創立百周年記念学術叢書第四卷）』（明治大学、一九八四年）三一三—三四頁は、旧刑法第一〇四条（後掲注（一）参照）の解釈において、「皮相上よりして本条を觀察すれば甚だ奇怪の感を起さざるを得ず。本条の規定によれば数人の正犯は各自に其刑を科せらるると雖も、元と数人にして一罪を分担したる者なれば其罪たる数人の間に分別せられ、從ひて其受くべき刑も亦分別して科せられざる可からざるが如し。……夫れ人の罪を犯すや仮令数人一致するも、其社会を害し道德に背くの点に至りては各々其責に当たらざるを得ず。是れ各自に其刑を科せらるる所以なり」と述べている。

(6) 従来、共同正犯論の中心は、共同正犯者間で何を共同するのかといった点であった。例えば、下村康正「共同正犯」日本刑法学会編『刑法講座 第四卷』（有斐閣、一九六三年）九〇—九一頁では、共同正犯そのものの理解にとつて重要なのは、共犯理論との関係では、行為共同説、犯罪共同説、共同意思主体説との関連とされ、それが成立要件の問題等にも関係してくるとされている。

(7) 旧刑法第一〇四条「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」。

(8) 刑法改正政府提出案理由書では、第六〇条の提案理由につき次のように述べられている。「本條ハ現行法第百四條ノ規定ト同一ニシテ唯文字ヲ修正シタルニ止マル現行法ハ現ニナル文字ヲ以テ實行正犯ノ意義ヲ明ニシタレトモ其意義多少狭キニ失スル嫌ナ

- キニアラサルヲ以テ之ヲ修正シテ共同シテナル文字ヲ用ヒタリ現行法ハ又各自ニ其刑ヲ科スト規定スレトモ既ニ法律ニ於テ皆正犯トスト規定シタル上ハ各自正犯トシテ其刑ヲ科セラルコトハ明文ヲ要セサルヲ以テ改正案ハ此ニ句ヲ刪除セリ」（倉富他編・前掲注（一）二一五四頁）。
- (9) ナポレオン刑法典は共同正犯規定をもたず、新刑法典においても同規定は導入されなかった。この点 BOUJOC, Bernard, *Droit pénal général*, 22^e éd. 2011, pp.273-274に、「一部の論者によって主張されていたのに反し、新刑法典は、犯罪の全ての要素を各々が充足する関与者の複数性から常に導かれる、共同正犯の概念を展開しなかった」と述べている。
- (10) GUILPHE, Pierre, *La distinction entre coauteurs et complices*, RSC, 1948, p.675参照。
- (11) フランス刑法における犯罪性借用説に関しては、井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究一〇巻二号（二〇〇三年）四九頁以下、及び、同「犯罪性の借用と共犯の因果性に関する一考察」清和研究論集一〇号（二〇〇四年）一一九頁以下参照。
- (12) ナポレオン刑法典における共犯の定義規定は以下のとおり。第六〇条「①贈与、約束、脅迫、権力もしくは権限の濫用または不法の策略もしくは詐術をもって、重罪または軽罪にあたる行為を教唆し、または、その実行の指示を与えた者は、その重罪または軽罪の共犯として処断する。②用途を知って、犯行に供する武器、器具またはその他一切の手段を提供した者も同様である。③情を知って、犯行を準備もしくは容易にしまはは犯行を遂げさせた行為をして、犯人を補助または援助した者も同様である。但し、国家の安全を害する陰謀または教唆の犯人に対して本法が特に刑を定める場合、及び、陰謀者または教唆者が目的とした重罪が行われなかった場合は、この限りでない」。
- (13) 新刑法典第一二一七条「①情を知りつつ、補助または援助によって重罪または軽罪の準備または遂行を容易にした者は、その重罪または軽罪の共犯者である。②贈与、約束、脅迫、命令、もしくは、権力もしくは権限の濫用によって犯罪を教唆し、または、犯罪を実行するために指示を与えた者は、同様に共犯者である」、同第R・六一〇二条「第一二一七条第二項の意味における違警罪の共犯者は、第一二一六条に従って処罰される」。
- (14) 井上・前掲注(11)「犯罪性借用説と責任主義」六一頁以下参照。
- (15) フランス刑法における正犯と共犯の区別については、井上宜裕「正犯と共犯の区別」清和法学研究一一号二号（二〇〇四年）四三頁以下参照。
- (16) 井上・前掲注(15)四九五〇頁。
- (17) ナポレオン刑法典制定当初は、第三八一条第一項第二号で盗罪の加重事情として、「盗罪が二人以上の者によって行われた場合」とされていた。

- (18) ナポレオン刑法典第三八〇条「①次の盗罪については、民事賠償のみが課せらる。一 夫が妻に対し、妻が夫に対し、または、寡夫もしくは寡婦がその死亡した配偶者に属する物に対して行った場合、二 子その他の卑属が父母その他の尊属に対し、または、父母その他の尊属が子その他の卑属に対して行った場合、三 上記と同一親等の姻族が行った場合。但し、夫婦が婚姻中で、別居の許可を得ている期間以外に盗罪がなされた場合に限る」、新刑法典第三二一―二二条「単独犯による次に掲げる盗罪は、刑事訴追を受けない。一 自己の尊属または卑属を害するとき、二 自己の配偶者を害するとき。但し、別居しまたは別居が許可された配偶者に対する場合はこの限りでない」。
- (19) 例えば、未遂の段階で、正犯者による任意の中止が行われた場合がこれに当たる (Crim. 19 avril 1945, S. 1945.1.82)。
- (20) MERLE, Roger, VITU, André, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 7^e éd., 1997, p.698 参照。
- MERLE = VITU, op.cit. (note 9), p.274; DESPORTES, Frédéric, LE GUNNEHC, Francis, *Droit pénal général*, 16^e éd., 2009, p.536; MERLE = VITU, op.cit. (note 19), p.695 参照。
- (21) 注(13)参照。
- (22) 一九八三年以降のナポレオン刑法典第三八二条第二項は、「さらに、夜間、または、各々共同正犯者もしくは共犯者の資格を有する二人以上の者によって盗罪が行われる場合、七年以下の拘禁刑に処せられる」とされ、共犯者の存在も加重事情として明文化された。新刑法典第三二一―四条も、「①次に掲げる場合、五年の拘禁刑及び七五〇〇〇ユーロの罰金に処される。一 盗罪が、組織集団を構成することなく、正犯者または共犯者として行動する複数人によって行われる場合」と定めて、共犯の存在を加重事情とする立場を維持している。
- (23) DESPORTES = LE GUNNEHC, op.cit. (note 20), pp.253, 537; JEANDIDIER, Wilfrid, *Droit pénal général*, 2^e éd., 1991, p.218; LARGUIER, Jean, *Droit pénal général*, 15^e éd., 1995, p.80; MERLE = VITU, op.cit. (note 19), pp.1000-1001 etc. なお、井上宜裕「フランス刑事訴訟法における“peine justifiée”の理論に關する一考察」清和研究論集一一号(二〇〇五年)七七頁以下参照。
- (24) GULPHE, op.cit. (note 10), p.666.
- (25) BOULOC, op.cit. (note 9), p.274.
- (26) PUECH, Marc, *Droit pénal général*, 1988, pp.380-381.
- (27) VOUIN, Robert, *Manuel de droit criminel*, 1949, p.214.
- (28) MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, 5^e éd., 2015, pp.442-443.
- (29) ちなみに、ポアソナード草案もこの見解に立っている。ポアソナード草案の共同正犯規定は、以下の通りである。第一二七条

- 「二人以上の者が、全員一致で、重罪、軽罪もしくは違警罪の実行それ自体に、または、上述の実行に伴う不可欠の行為に、直接的に関与した場合、各正犯者は、当該犯罪の通常の刑で処罰される。但し、法律が行為者の複数性を理由に刑を加重する場合はこの限りでなく、正犯者の一人の一身的事情から生じる刑の加重、軽減または免除も害されない」(BOISSONNADE, Gve., *Projet révisé de Code pénal pour L'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 1886, p.369)。なお、ポアンナードは、本条の注釈において、共同正犯の例として、他の者が被害者を殴打する間、その被害者を押さえつける行為や、侵入盗を援助するため、扉や塀を破壊する行為、また、他の者が盗を行う間、被害者に暴行・脅迫を加える行為を挙げている(BOISSONNADE, op.cit., p. 378)。
- (30) GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome 3, 3^e éd., 1916, pp.124-127.
- (31) MERLE = VITTOU, op.cit. (note 19), p.699 et (note 1).
- (32) Crim. 24 août 1827, B. n° 224 etc.
- (33) また、判例は、共同正犯について次のようにも述べている。「共犯行為の中で、行為に外在的で、当該行為の遂行を準備し、容易にし、実現しようとする行為と、行動の同時性及び相互的援助によって、当該行為の遂行そのものを構成する行為を区別しなければならぬ。後者の行為につき有責な者は、当該犯罪の共犯者ではなく共同正犯者である」(Crim. 17 déc. 1859, D. 1860.1. 196)。
- (34) MERLE = VITTOU, op.cit. (note 19), p.698 etc.参照。
- (35) DESPORTES = LE GUNNEHC, op.cit. (note 20), p.536 etc.
- (36) BOULOC, op.cit. (note 9), p.274; GULPHE, op.cit. (note 10), p.691; MAYAUD, op.cit. (note 28), p.443参照。なお、井上・前掲注(15)五二一五三頁参照。
- (37) Crim. 9 juin 1848, B. n° 178.
- (38) Crim. 9 juin 1848, op.cit. ナポレオン刑法典第二九九条は、「嫡父母、非嫡父母もしくは養父母、または、その他正嫡の尊属に対する故殺は、尊属殺とする」と定め、尊属殺は、同第三〇二条で無期懲役とされていた。なお、フランスにおける身分犯の共犯については、井上・前掲注(11)「犯罪性借用説と責任主義」五四頁以下参照。
- (39) 他方、過失傷害の場合、破産院は、被告人らは、「皆、本質的に危険な行動に関与し、彼らの共同過失 (leur commune imprudence) によって重大な危険を創出した」以上、刑事上及び民事上、損害の責任を負わなければならないと認めている (Crim. 7 mars 1968, B. n° 81)。MERLE = VITTOU, op.cit. (note 19), p.705' 及び PUECH, op.cit. (note 26), p.384参照。
- (40) Crim. 23 mars 1953, B. n° 103; Crim. 14 déc. 1954, B. n° 566; Crim. 22 mai 1957, B. n° 436 etc. など PUECH, op.cit. (note

26), p.384参照。

- (41) その際、破毀院は、「事実は大だ一つであっても、各被告人は弾丸の発射に積極的かつ個人的に関与した以上、この事実の物的・客観的帰結から生じる、刑罰加重事情ないしは擬律が、必然的に、全ての共同正犯者に適用される」としてゐる (Crim. 14 dec. 1955, B. n° 566; Crim. 26 juin 1956, B. n° 484; Crim. 12 oct. 1961, B. n° 399 etc.)。
- (42) なぞ MERLE = VITU, op.cit. (note 19), pp.704-705' 及び PUECH, op.cit. (note 26), p.384参照。
- (43) PUECH, op.cit. (note 26), p.383-384.
- (44) GARRAUD, R., op.cit. (note 30), p.177.
- (45) PUECH, op.cit. (note 26), p.383.
- (46) 大判大一一・二・二五刑集一卷七九頁。
- (47) 大塚仁編『判例コンメンタール8—刑法I(総則)(増補版)』(三省堂、一九八二年)五六一頁(岡野光雄)他。
- (48) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣、一九七五年)三八一頁。
- (49) 松宮・前掲注(二)二六六頁も、「心理的なものも含めて、因果性が全部責任の根拠」とする。
- (50) 中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二年)四五五頁。
- (51) 浅田・前掲注(2)四一三頁は、「共同正犯者が他人の行為に対しても責任を負うということは、共同正犯が共犯の一種であることを示すものである(共同正犯の共犯性)。他方、共同正犯は、各人が実行行為の一部を分担し、関与者全体で実行行為の全部を行うという点で、正犯の一種でもある(共同正犯の正犯性)。このような共同正犯の二重の性格が『一部行為の全部責任』を認める根拠となっていることに留意しなければならない」とするが、この説明は共同発砲事例には必ずしも妥当しないであろう。また、高橋則夫『刑法総論(第二版)』(成文堂、二〇一三年)四二七頁も、「他人の行為・結果に対して自己の行為が『共同正犯』として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点だけ(これだけを根拠とするのが因果的結果帰属論と称することができる)ではなく、他人の行為が自己の行為として相互的に帰属される点にもある」とするが、このことが共同発砲事例において双方に正犯性を肯定する論拠になりうるかは検討の余地がある。
- (52) 共同正犯の本質として、心理的因果性のみならず、各関与者の正犯性を要求するものとして、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年)四一〇-四一一頁。また、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、二〇一三年)三五〇-三五二頁は、「共同正犯では、(心理的)因果性によって帰責範囲が拡張され(帰責拡張機能)、利用補充関係によって各寄与が一つの犯罪事実と統合され(結合機能)、(緩和された)行為支配によって正犯性が付与される(正犯性付与機能)であって、『一部行為全部責任』という効果は、この三者によって重畳的に基礎づけられる」とする。

- (53) 前田雅英『刑法総論講義（第五版）』（東京大学出版会、二〇一一年）四七九頁。また、同書第六版（二〇一五年）三二六頁参照。
- (54) なお、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、二〇〇二年）一三六五―一三六六頁は、「共同正犯でいわゆる『一部実行の全部責任』を問われるのは、共同実行という、単独正犯よりも類型的に危険な犯行形態において、各人の構成要件実現行為がその物理的因果性ないし心理的因果性により、犯罪実現にとって不可欠といえるほど十分な因果的寄与をして重要な役割を果たし、結果を共同して惹起したからである」とする。
- (55) 松原・前掲注(52)三五―一頁。
- (56) 共同正犯者の責任について、各行為者は自身の行為につき責任を負うのであって、いわゆる個人責任の原則に反するものではないとの主張（村上・前掲注(3)一〇一頁他）もある。しかし、「個人責任の原則からすれば、各人はみずからの行為に基づき生ぜしめた結果にかぎり刑事責任を負うのであるが、共同正犯の規定は、共同実行という事実に基づき、他人のした行為の結果についても責任を負うものとする点で、一種の共同責任（団体責任）を認めたものである」（藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、一九七五年）二八三頁）との指摘は正当であろう。
- (57) 中山・前掲注(50)四五四―四五五頁は、「共同発砲事例において双方に正犯性を肯定することの困難性を指摘した上で、「そこに単独正犯からの修正の限度があるというべきであろう」としている。