
論 説

連鎖的共犯の可罰性と成立範囲*

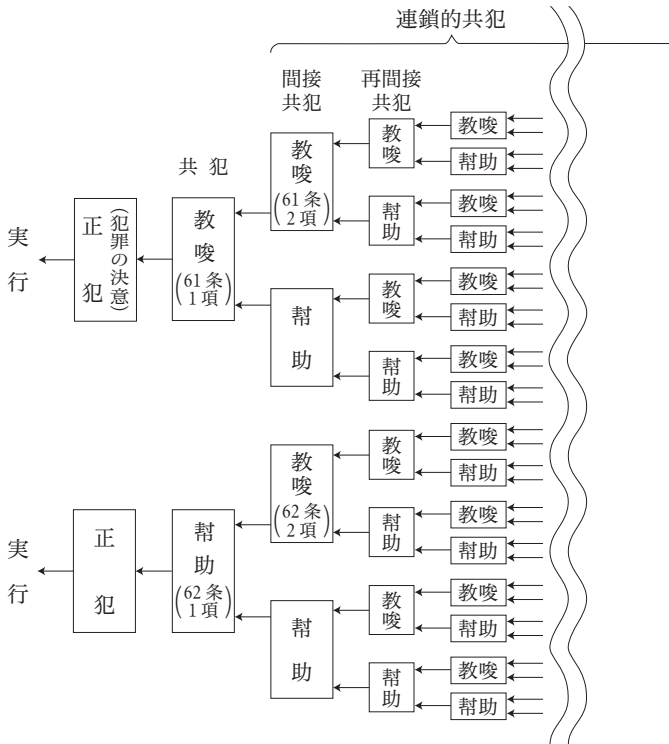
丸 山 雅 夫

- I はじめに
- II 旧刑法と現行刑法における扱い
 - (1) 旧刑法から現行刑法へ
 - (2) 処罰規定のある連鎖的共犯の扱い
- III 処罰規定のない連鎖的共犯の扱い
 - (1) 裁判例の動向
 - (2) 共犯独立性説と限縮的正犯概念
 - (3) 処罰規定のない連鎖的共犯肯定論
- IV むすびに代えて

I はじめに

わが国の刑法典は、共犯従属性説を前提として、人を教唆して犯罪を実行させた者および正犯を幫助した者を、それぞれ教唆犯および従犯として処罰することを明示している(61条1項, 62条1項)。ただ、一般的な現象形態として考えれば、教唆犯に対して教唆ないしは幫助する者および従犯に対して教唆ないしは幫助する者の存在もありうるし、観念的には、そうした関係が無限に連鎖していく可能性も否定できない(次頁(図)参照)。その意味で、こうした関係にある共犯的な現象を、一般に、連鎖的共犯、順次的共犯、相次的共犯と呼ぶことができる(本稿では「連鎖的共犯」と言う)。また、連鎖的共犯のうちでも、正犯に直接的に関与している教唆犯・従犯に対する教唆・幫

〈図〉 共犯の連鎖



助を間接共犯と呼び、さらに、それらに対する教唆・幫助を再間接共犯と呼ぶことも一般化している。こうした連鎖的な関与形態が観念されるもとで、刑法は、間接共犯のうち、教唆者を教唆した者を教唆犯と同様に扱い（61条2項）、従犯を教唆した者には従犯の刑を科すことを明示している（62条2項）。他方、教唆者を幫助する形態と従犯を幫助する形態の間接共犯については、明文の処罰規定を持っていない。また、再間接共犯より前の段階に認められる連鎖的な関与形態の扱いについても規定するところがない。

こうした状況のもとで、後に見るように、判例には、明文の処罰規定のない、間接教唆に対する教唆（再間接教唆）の事案や（再）間接教唆に対する幫助

の事案、従犯に対する幫助（間接従犯）の事案において、共犯の成立を認めるものがある。そうした結論は、61条2項および62条2項について、それらを例外規定ではなく、例示規定と見ることを前提とした解釈論から導かれるものである。他方、61条2項および62条2項を例外的な特別規定と見る立場によれば、明文の処罰規定のない連鎖的共犯(の一部)を処罰することは、類推解釈にもとづく運用として、罪刑法定主義に反するものとされることになる。事実、わが国の学説においては、そのような解釈を罪刑法定主義違反として否定する見解も根強く主張されている。それに対して、正犯に対する直接的な教唆・幫助の処罰だけを明示するドイツ刑法においては、判例および学説の通説的見解は、解釈論として間接共犯の可罰性を認める立場が優勢である。そこでの解釈論は、わが国の学説（明文のない連鎖的共犯を肯定する見解）とも通底するものになっている。

明文の処罰規定を欠く連鎖的共犯(の一部)の可罰性と成立範囲をめぐる問題は、論点としては必ずしも大きなものではないが、古くは共犯の本質論（共犯独立性説と共犯従属性）に関連するものであっただけでなく、正犯の捉え方（拡張的正犯概念と限縮的正犯概念）とも関連しながら、従属的共犯の処罰根拠論からの解釈が有用であるように思われる。そこで、以下において、これらの点を意識しながら、連鎖的共犯(の一部)の可罰性と成立範囲について若干の検討を試みることにする。

II 旧刑法と現行刑法における扱い

(1) 旧刑法から現行刑法へ

1 旧刑法（明治13年太政官布告36号）105条は、「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」として教唆犯を規定し、同109条は、「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」として従犯（幫助犯）を規定していた。教唆犯を正犯として扱う点や予備行為を幫助に含める点で現行刑法の共犯規定との相違があったことを別にしても、本稿との関係では、現行の 61 条 2 項および 62 条 2 項に相当する規定が存在しなかったことが重要である。したがって、旧刑法のもとでは、間接的な関与形態に共犯としての可罰性を認めるか否かは、もっぱら解釈論に委ねられていたのである。そうした状況のもとで、大判明治 37 年 4 月 15 日刑録 10 輯 801 頁は、被告人が、被害者から有価証券を奪取するように T を教唆したところ、T は同じ内容を K および G に教唆し、K と G が被害者を殺害して奪取したという強盗殺人の事案において、間接教唆の可罰性を認めていた。教唆者を正犯として処罰する旧刑法 105 条の「趣旨タル被教唆者自ラ指定セラレタル重罪又ハ輕罪ヲ犯ス場合ナルト更ニ他人ヲシテ被教唆罪科ヲ執行セシメタル場合ナルトヲ問ハス齊ク教唆者ヲシテ其責ニ任セシムルニ在ルモノト解釋セサルヘカラス蓋シ教唆ニ因リテ犯罪ノ決意ヲ生シ敢テ之ヲ實行スル者アル以上ハ教唆者ト被教唆者トノ關係ハ直接ナルト將タ間接ナルトヲ論セス法律上禁遏セントスル犯行發生ノ危害ヲ見ル點ニ於テ毫モ異ナル所ナキ」としたのである。これは、K と G を直接に教唆した T だけではなく、被告人が T を通じて K と G（正犯）を教唆したものとして、実質的な観点（ひいては処罰根拠論）から間接教唆の可罰性を認めたものと見ることができる。したがって、それは、「間接教唆」概念を根拠として処罰を認めたわけではなく、共犯規定の解釈論として間接的な共犯の可罰性を導けるとするものであった。

2 しかし、その後、現行刑法（明治 41 年法律 45 号）の立法作業の過程において、間接共犯に対する処罰規定が存在しないことの不都合さが指摘された結果、教唆犯については、「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」（61 条 1 項）との規定に続いて、「教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ」（同 2 項）との規定が置かれ、従犯についても、「正犯ヲ幫助シタル者ハ従犯トス」（62 条 1 項）との規定に続いて、「従犯ヲ教唆シタル者ハ従犯ニ準ス」との規定が置かれることになった。理由書によれば、61 条「第 2 項ハ新ニ設ケタ

ル規定ニシテ實行正犯ノミナラス教唆者ヲ教唆シタル者モ亦之ヲ罰スルモノナリ現行法ニ於テ此規定ナキ爲實際上往往不良ノ徒ヲシテ其刑ヲ免レシメタルコトナキニアラス改正案ハ此理由ニ因リ教唆者ヲ教唆シ教唆罪ヲ實行セシメタル者モ亦實行正犯ヲ教唆シタルモノト同シク準正犯ト爲スコトヲ規定シタルナリ」とされ、62条「第2項ハ從犯ノ教唆者ヲ準從犯ト爲ス規定ナリ改正案ハ既ニ教唆者ノ教唆ヲ準正犯ト爲ス旨ヲ規定シタリ然ラハ從犯ヲ教唆シテ幫助ヲ實行セシメタル者モ亦之ヲ準從犯ト爲スニアラスンハ聊カ不權衡ノ嫌ナキ能ハス是本項ヲ設クル所以ナリ」と説明されている¹⁾。61条2項と62条2項の制定によって、間接共犯の一部についての可罰性が明示され、一定の不都合な状態は解消されることになった。しかし、その一方で、他の間接共犯や連鎖的共犯の可罰性については、必ずしも積極的な理由が明らかにされないままに放置されていた。こうした中途半端な(?)立法態度が、問題を現在に引き継ぐ一因になっていたのである。

こうした問題状況は、改正刑法準備草案(1961年)および改正刑法草案(1974年)においても、特段の改正提案がなされることなしに推移してきた²⁾。その後、1995年の刑法改正(平成7年法律91号)による刑法典の現代用語化にともなって、61条2項の条文が、「亦同シ〔正犯ニ準ズ〕」から「前項と同様とする〔正犯の刑を科する〕」に変更され、62条2項の条文が、「從犯ニ準ズ」から「從犯の刑を科する」に変更された。この改正自体は刑法の文体を平易化することを目的として³⁾、解釈論上の問題に一定の決着をつけることは念頭に置いたものではなかったが、正犯(從犯)に「準ずる」が正犯(從犯)の「刑を科する」になったことから、従来の解釈に一定の影響を与えるものであったことは否定できない。

(2) 処罰規定のある連鎖的共犯の扱い

1 61条2項と62条2項の制定によって間接共犯の一部(間接教唆と從犯に対する教唆)の可罰性が明示されたことから、連鎖的共犯の可罰性をめぐる

理論的な問題は、処罰規定を持たない間接共犯（教唆犯に対する幫助と間接幫助）、さらには再間接共犯よりも前の段階にありうる連鎖的共犯の場面へと移行することになった。ただ、そうした状況のもとでも、処罰規定のある間接共犯についての裁判例が少なからず見受けられたところである。まず、61条2項との関係では、間接教唆が問題になる事案として、ふたつの類型を想定することができる。ひとつは、Zが、Xに犯罪を実行させることを教唆するようYを教唆し、Zの意を受けたYがXに犯罪実行を教唆し、Xが実行したという類型で、61条2項が本来的に想定しているものである（第1類型）。もうひとつが、ZがYに犯罪の実行を教唆したところ、Y自身は実行することなくXに犯罪実行を教唆し、Xが実行したという類型で、結果的に間接教唆になった類型である（第2類型）。特に、第2類型においては、Yの教唆行為が新たに介入している点で、Zの教唆行為とXの犯罪実行との間の因果関係が中断するのではないかという形で争われる。他方、62条2項との関係では、間接教唆類型におけるような異なった形態は想定されていない。

2 まず、61条2項の第1類型との関係では、大判昭和12年5月29日刑集16巻830頁が、選挙違反事件の裁判に関連して、被告人が関係者2名に対して15名に偽証をするように働きかけるよう教唆し、教唆された者のうちの14名がそれぞれに偽証したという事案について、「同一訴訟事件ニ付數名ニ對シテ偽證ヲ教唆シタルトキハ證人ノ員數ニ應シテ數罪成立シ併合罪トシテ處斷スヘク連續ノ一罪又ハ牽連ノ一罪ヲ構成スヘキモノニ非サルコト本院ノ續々判例トスル所ナリ故ニ右事件ニ於テ教唆者ヲ教唆シタル者ニ付テモ亦同一ニ結論スヘキモノナルコト更ニ絮説ヲ要セス」と判示している。ただ、本件で直接的に争われたのは教唆行為の罪数関係であり、61条2項が明示する間接教唆の可罰性については、当然の前提とされており、特に争われていなかった点に注意を要する。その意味で、本判決は、間接教唆の成否に関するものと言うことはできない。

これに対して、第2類型に関する判例においては、間接教唆の成否そのも

のが争われている。たとえば、大判大正3年11月7日刑録20輯2046頁は、被告人がKに嬰兒殺を教唆したところ、Kは一旦実行を決意したものの自ら実行に出ることなく、さらにIに同犯行を教唆してIが実行したという事案について、因果関係中断論による第2類型の間接教唆否定説に言及しながら、61条2項の「文理解釋ニ依レハ丙者〔正犯〕ヲシテ犯罪ヲ爲サシムヘク乙者〔丙の教唆者〕ヲ教唆シタル甲者〔乙の教唆者〕カ教唆者ヲ教唆シタル者ニ該當スルハ勿論丙者ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル乙者ニ犯意ヲ注入シタル甲者モ亦同條項ノ意義ニ於テ教唆者ヲ教唆シタル者タルヲ失ハサルモノトス何トナレハ此場合ニ於テモ乙者ハ教唆者ニシテ甲者ハ教唆者タル乙者ヲ教唆シ犯意ヲ決セシメタル者ニ外ナラサルヲ以テナリ」としている。また、大判昭和6年12月18日刑集10巻793頁は、被告人が被害者を殴打するようにAに教唆したところ、Aはその実行を決意したものの自分では実行せず、さらにBとCに被害者を殴打するように教唆し、BとCが被害者を殴打して傷害を与えたという事案について、間接教唆の場合においても、「第一ノ教唆行為ト犯罪實行トノ間ニハ因果的連絡アリ且其ノ實行ハ固ヨリ第一教唆者ノ豫期ノ結果ヲ生シタルモノニ外ナラサルヲ以テ其ノ間第二ノ教唆行為ノ介在スルアリト雖之カ爲ニ因果關係ハ中断セラルルモノト謂フヘカラス」、「從テ第一ノ教唆者ハ之ヲ教唆者ヲ教唆シタルモノト稱スルニ何等ノ支障アルコトナシ」としている。さらに、最判昭和28年6月12日刑集7巻6号1278頁は、被告人がHに対して報酬を約束して放火を教唆したところ、一旦は放火の意思を固めたHが自らは実行せず、さらにSに教唆して実行させたという事案について、「犯罪の実行を教唆したところが被教唆者自ら実行せず更に第三者を教唆して実行せしめた場合には犯罪は第一の教唆行為に基因するものでこの教唆なかりせば犯罪は実行せられなかつた関係にあるのであるから、第一の教唆行為と犯罪の実行との間には因果関係があり、その間第二の教唆行為が介在してもこれがために因果関係は中断せられるものとはいえない」としている。このように、第2類型の間接教唆の事案においては、直接的な教唆者の介入があつたとしても、正犯による犯罪実行と間

接的な教唆者の教唆行為との間の因果関係が中断することはないとする論理で、間接教唆の成立が肯定されているのである。

次に、62条2項との関係では、大判大正7年6月17日刑録24輯844頁が、Xらが常習賭博をする際に、被告人が、その発覚を防ぐために見張りをするようにKを教唆して見張りをさせたという事案について、Xらが賭博を「爲ス際其發覺ヲ防ク爲メノ見張ヲ爲サシメタルモノナルカ故ニ賭博罪ノ從犯ノ教唆者トシテ處分スヘキニ拘ハラス賭博罪ノ教唆犯トシテ處斷シタル原判決ハ違法」であるとしている。また、大判大正7年12月16日刑録24輯1549頁は、被告人KがIに対して、被害者の殺害を決意しているMに金銭を与えてMの決意をより強固なものにするよう教唆したという事案について、被告人の行為は、Mが被害者の殺害をすでに決意していたことから殺人教唆にはならないとしながら、「犯罪者ニ對シ犯罪ヲ實行センコトヲ依頼シテ之ニ金銭ヲ贈與センコトヲ約スルハ犯罪者ノ犯意ヲ強固ナラシムル所以ニシテ即チ被告Iノ行爲ハ從犯罪ヲ構成シ相被告Kノ行爲ハIノ行爲ヲ教唆シタルモノナレハ從犯罪ノ教唆罪ヲ構成スルモノト云ハサルヘカラス」としている。

3 以上のように、処罰規定のある連鎖的共犯の扱いについて、判例は、いずれも、間接的な共犯行為と正犯の犯罪実行との間に因果関係が肯定できる限りで、その可罰性を認めている。その意味で、61条2項と62条2項との関係で間接共犯の可罰性が問題になった事案における裁判例は、いずれも、連鎖的共犯の可罰性という一般の問題を扱ったものではなく、それらの可罰性を当然の前提としたうえで、61条2項ないしは62条2項に当たるか否かを具体的に判断したものである。したがって、それは因果関係に関わる事実認定の問題にすぎず、通常の教唆犯(61条1項)ないしは從犯(62条1項)の成否が問題になる場合の判断構造と基本的に異なるところはない。学説において、61条2項と62条2項の存在が解釈論上特に争われていないのも、このような事情によるものである。

注

- 1) 倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓三監修/高橋治俊・小谷二郎共編/松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（信山社，1990年）2155頁。
- 2) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』（1961年）113頁以下〔平野龍一〕，法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（大蔵省印刷局，1975年）75頁以下，参照。
- 3) 松尾浩也編『刑法の平易化』（有斐閣，1995年），植松正/日高義博『平成7年改正刑法 その意義と今後の課題』（自由国民社，1995年），参照。

III 処罰規定のない連鎖的共犯の扱い

(1) 裁判例の動向

1 処罰規定のない連鎖的共犯の可罰性に関する裁判例としては，間接教唆に対する教唆（再間接教唆）の事案，教唆犯ないしは間接教唆に対する幫助の事案，従犯に対する幫助（間接従犯）の事案について判断したのが見られる。他方，これら以外の連鎖的共犯について扱った裁判例は存在しないようである。

再間接教唆について，大判明治43年12月9日刑録16輯2139頁は，被害者をひどく憎んでいたXが，報酬を与える約束でYに被害者を殴打するよう依頼したところ，Yは自らは実行をせずにZに同趣旨のことを依頼し，さらにZがHとSに依頼して，HとSが被害者を殴打したという第2類型の再間接教唆が問題となった事案において，「殴打ノ教唆者ヲ教唆スルニ當リ殴打ノ實行者タルヘキ者ヲ限定スルト否トハ殴打ノ間接教唆トシテ罪ノ成立ニ影響ナキノミナラス犯罪ノ情狀ニモ變更ナキモノトス」としている。本判決は，特に理論的根拠を明らかにしていないが，再間接教唆も間接教唆（61条2項）として処罰できることを当然の前提としたものである。

再間接教唆の關係で重要な存在であるとされているのが，大判大正11年3月1日刑集1巻99頁の判例である。事案の概要は，被告人Kが4名の被害者に脅迫することをHに働きかけ，実行を決意したHがさらにMに働

きかけ、実行を決意した M がさらに 5 人に働きかけて、H、M をはじめとして合計 7 名で被害者を脅迫したという事実について、原審が K を含めて順次共謀にもとづく職務強要罪の(共謀)共同正犯を認めたのに対し、実行に関与しなかった K について、処罰規定のない再間接教唆にすぎないことを理由として無罪の主張がなされたというものである。大審院は、理由なしとして上告を棄却しながらも、上告論旨が主張するような再間接教唆が問題になる場合を仮定して、再間接教唆も教唆の一類型として処罰しうること(61 条 2 項の適用)を認めた。すなわち、「元來教唆者ハ正犯者ニ犯意ヲ惹起セシメタルモノニシテ事實上犯罪ノ根源ト云フヲ得ヘク再間接教唆ノ場合ト雖其教唆行爲無カリセハ正犯ノ犯罪行爲行ハレサリシモノニシテ前者ハ後者ニ對スルーノ條件ヲ成シ事實上相當ナル因果ノ連絡アルカ故ニ之ヲ不問ニ付スルカ如キハ法ノ精神ニ適合セサルモノ」であり、61 条 2 項は「教唆關係ヲ間接教唆ノ限度ニ制限セントスル旨趣ニ非スシテ再間接教唆以上ノ場合ヲモ包含セシメテ處罰スヘキモノト解スルハ毫モ失當ニ非ス」としたのである。この判決は、一般には再間接教唆の可罰性を肯定したものとして理解されているが、その部分は全くの傍論であるばかりでなく、上告理由が指摘した事実の存在を仮定して判示している点で、再間接教唆に関する先例として扱うことはできない⁴⁾。

2 教唆犯に対する幫助に関する判例として、大判昭和 7 年 12 月 24 日刑集 11 卷 1945 頁は、被告人が、T による賄賂提供を働きかけていた N と K に対して仲介者を紹介して幫助するとともに、自らも T による賄賂提供を幫助したという事案について、「教唆行爲ヲ幫助シタルモノカ更ニ進ンテ實行正犯者ノ行爲ヲ幫助シタル場合ニ於テハ之ヲ所謂法條競合ノト稽ヘ包括シテ正犯ヲ幫助シタルモノトシテ理解スヘキモノナル」としている。本判決は、直接には数個の幫助行為の罪数関係について判断したものであるが、教唆犯に対する幫助にも從犯が当然に成立する(62 条 2 項の適用)という判断を前提にしたものである。また、大判昭和 12 年 3 月 10 日刑集 16 卷 299 頁では、A、B、C、D が E (暴力団員) を使って被害者を脅迫することを共謀して、

A の依頼にもとづいて被告人が礼金として E に金員を交付したところ、さらに E はその支配下の暴力団員 F に脅迫を教唆し、E の指示にもとづいて F が被害者宅に侵入して被害者を傷害したという事実（間接教唆に対する幫助）が問題になった。大審院は、間接的な幫助に関する従来の裁判例（前掲大判大正 11 年 3 月 1 日、後掲大判大正 14 年 2 月 20 日および大判昭和 11 年 11 月 12 日）が、因果関係中断論を採用せずに、間接的な共犯行為と正犯行為との間に相当因果関係があつて促進関係が認められる場合に直接幫助と間接幫助の形態を問わずに従犯の成立を認めてきたことを前提として、「**原判決カ被告人ニ間接教唆ノ幫助ノ罪ヲ認メ之ニ刑法第 62 條第 61 條第 2 項等ヲ適用シタルハ洵ニ至當ノ措置ト謂フヘク一點ノ非議ヲ容ルルノ餘地アルヲ見ス**」とした。本判決も、特に理由を明示することなしに、間接教唆への幫助を間接従犯として処罰すること（62 条 2 項の適用）を認めるもので、その背後には、62 条 2 項を例外規定でなく例示規定とする理解がある。

3 従犯に対する幫助（間接従犯）の可罰性に関する裁判例として、大判大正 14 年 2 月 20 日刑集 4 巻 73 頁は、被告人が、密輸出用の拳銃と実包の譲渡を A から依頼されて譲渡し、さらに A がそれらを B と C に譲渡し、B と C がそれらの密輸出を実行したという、（旧）銃砲火薬取締法違反の事案について、間接従犯の処罰規定を明示していない「**刑法ハ所謂間接従犯ヲ以テ罪ト爲サル趣旨ト解スヘカラス惟フニ従犯ヲ處罰スル所以ハ正犯ノ實行ヲ容易ナラシムル點ニ於テ存スルヲ以テ其ノ幫助行為カ正犯ノ實行行為ニ對シテ直接ナルト間接ナルトヲ問フヘキニ非ス苟モ正犯カ犯罪行為スノ情ヲ知ツテ其ノ實行ヲ容易ナラシムルニ於テハ均シク因果關係ヲ有シ幫助ノ效ヲ致スモノト認ムヘク其ノ間ニ區別ヲ設クヘキニ非ス從テ正犯ヲ間接ニ幫助スル行為モ亦従犯トシテ處斷スルヲ相當ト謂ハサルヘカラス**」としている。また、大判昭和 10 年 2 月 13 日刑集 14 巻 83 頁は、被告人が A の依頼にもとづいて、密輸出用の地金を A に売り渡し、それを A がさらに B に売り渡し、B が密輸出を実行した事案について、「**従犯ヲ處罰スル所以ハ正犯ノ實行ヲ容易ナラシムル點ニ於テ存スルカ故ニ其ノ幫助行為カ正犯ノ實行ニ對シ間接ナルト**

直接ナルトヲ問ハス苟モ正犯カ犯行ヲ爲スノ情ヲ知リテ其ノ實行ヲ容易ナラシムルニ於テハ均シク因果關係ヲ有シ幫助ノ效ヲ致スモノト認ムヘキコト夙ニ當院判決ノ判示スルトコロナリ」として、事実關係がほぼ同一の前掲大判大正 14 年 2 月 20 日を先例として引用している。さらに、大判昭和 11 年 11 月 12 日刑集 15 卷 1431 頁は、被告人 K が G と共謀のうえで、C が金地金の密輸出をすることを幫助した事案（共同幫助）において、K は従犯である G を幫助したにすぎないため、処罰規定を欠く間接従犯は罪にならないとする主張に対して、一般論として、「刑法カ従犯ヲ處罰スル所以ノモノハ正犯ノ實行行爲ヲ容易ナラシムルコトヲ防止スルニアルカ故ニ苟モ正犯ノ實行行爲ヲ容易ナラシムル行爲ナル以上ハ其ノ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス等シク刑法ノ従犯トシテ處罰スルヲ正當ナリトス」としている。間接従犯に関するこれらの裁判例は、いずれも、正犯の実行行為を容易にしている（促進關係が認められる）以上は、それが直接的であると間接的であることを問わずに従犯の成立が認められるとするものである⁵⁾。また、促進關係（従犯の処罰根拠）に着目した可罰性の肯定は、間接従犯が問題になっているかのように見える裁判例においても見られる⁶⁾。

さらに、間接従犯の可罰性を認めた最高裁判例として有名なのが、最決昭和 44 年 7 月 17 日刑集 23 卷 8 号 1061 頁である。その事案は、被告人が、H またはその得意先の不特定多数が観覧することを知りながら、猥褻な映画フィルムを H に貸与し、H からその得意先の N にそれが貸与され、N がそれを映写して 10 数名に観覧させたとして、猥褻図画公然陳列幫助に問われたというものである。これに対して、幫助の幫助（間接幫助）をしたにすぎない被告人には犯罪が成立しないことを理由として上告が申し立てられた。最高裁は、適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、「なお」書きで、「本件事案につき、被告人は正犯たる N の犯行を間接に幫助したものとして、従犯の成立を認めた原判決の判断は相当である」とした。ただ、本決定は、特段の積極的な理由づけなしに間接幫助形態の従犯がありうることを認めた事例判例にすぎない点に注意を要する。

(2) 共犯独立性説と限縮的正犯概念

1 処罰規定のない連鎖的共犯の可罰性をほぼ無限定に認めるのは、共犯理論としてはすでに克服されている共犯独立性説の立場である。いわゆる主観説を前提とする共犯独立性説は、行為者の内面的な悪性が行為に徴表されている限りで、正犯行為とは無関係に共犯の成立を認めるものである。したがって、そのような考え方によれば、内面的悪性の徴表である教唆行為ないしは幫助行為は、それが行われたこと自体によって教唆犯ないしは従犯を成立させうるものであり、それらが結果発生に対して一定の因果的影響を及ぼしている限りで、正犯の犯罪行為とは無関係に連鎖的な形態の共犯も当然に可罰的なものとなる⁷⁾。

共犯独立性説の主唱者である牧野博士は、「教唆及従犯ヲ以テ**獨立**的犯罪ト解スルニ於テハ、其ノ行爲ニ対スル共犯ノ**成立ヲ認ム**ヘキコト當然ナリ。……教唆ヲ幫助シタル者、従犯ヲ幫助シタル者ニ付亦此ノ規定〔61条2項〕ヲ準用シテ解スヘシ」としている⁸⁾。また、宮本博士は、間接従犯について、「教唆ノ教唆ト異リ、法律ニ明文ナキモ、理論上**獨立犯説**ヨリハ罪タルモノトス」としている⁹⁾。そのうえで、宮本博士は、前掲大判大正11年3月1日について、61条2項は「苟も教唆關係の連續する限り一切の教唆者を含む」とするだけでなく、「**起案者の考では責任者の範圍を第一の間接教唆者だけで打切らうとしたことが明に察せられるが、大審院はその解釋權を以てこれに異つた所謂司法立法を行つた譯で**」、「私は**一般**の問題として裁判所のこの作用を是認する。そして**本判旨**はその作用が最も正鵠を得たものゝ一つであると信ずる」とするとともに¹⁰⁾、間接従犯の可罰性を素直に肯定できるのは共犯独立性説による場合であるとし、共犯従属性説を前提とする判例が間接共犯の可罰性を広く認める背景には、「漸次〔共犯を〕獨立犯に近づかしめんとする**内面的な要求**が相當強く働いてゐる結果だと見て差支ないであろう」とまでしているのである¹¹⁾。

こうした共犯独立性説によれば、共犯の成否は、正犯の実行行為とは無関係に、関与者の行為における内心的な悪性の徴表の有無だけに依存することから、共犯の成立は際限なく連鎖的に遡りうることになる。もっとも、共犯独立性説は、共犯の処罰規定（61条1項、62条1項）の文言にも抵触するものであり、理論的にもすでに克服されており、その意味で学説史的意義を有しているにとどまる。連鎖的共犯の一部の可罰性を認めてきた裁判例、さらには学説における肯定説の多くも、共犯従属性説を当然の前提とするものになっている¹²⁾。

2 共犯従属性説を前提とする学説のなかで、共犯独立性説の言わば対極に位置する見解が、正犯概念を厳格に捉える限縮的正犯概念の立場であり、明文の処罰規定がある限りで間接共犯の可罰性を認めるものである。限縮的正犯概念によれば、正犯とは犯罪の実行行為（基本的構成要件に該当する行為）を行った者に限られる。ただ、刑法は、正犯の実行行為に関与した者のうち、教唆犯と従犯だけについては例外的に可罰性を拡張している（61条1項および62条1項〔修正された構成要件〕）。したがって、修正された構成要件該当行為（教唆または幫助）に関与するにすぎない者は、本来的に不可罰であり、解釈によってその可罰性を認めることは、類推解釈（罪刑法定主義違反）として許されないことになるはずである。しかし、刑法は、61条2項および62条2項を規定することによって、そのような間接共犯の一部の可罰性を特に明示しているため、それらに当たる形態に限っては間接共犯の処罰が認められてよい。他方、それらに当たらない間接共犯的な関与者を処罰することは、当然に罪刑法定主義違反（類推解釈）として許されないことになる。こうした趣旨を明らかにする学説も多く見られるところである¹³⁾。

以上のように、この立場は、61条2項および62条2項を、従属的共犯の処罰範囲をさらに例外的に拡張するための制限的規定として捉えるものである。また、その背後には、処罰規定のない連鎖的共犯（の一部）の可罰性を無限に追及することは、法的確実性を害することになりかねないとの危惧感や、特に可罰性の程度が低い従犯（正犯の可罰性の2分の1にすぎない）が関与

する形態を広く処罰する可能性に対する疑問の存在が看取される¹⁴⁾。なかには、この立場をさらに一貫して、間接共犯概念を、間接正犯とパラレルな関係に立つ間接教唆（事情を知らない者に犯罪を教唆する手紙を託して被教唆者に届けさせる場合）や間接幫助（事情を知らない者を使って兇器を入れた包みを正犯に届けさせるなどの場合）に限定して、その可罰性を肯定する見解も見られる¹⁵⁾。たしかに、このような形で処罰範囲が限定できるのであれば、限縮的正犯概念に素直な運用を確保することができよう。他方、道具理論にもとづく間接正犯¹⁶⁾とパラレルな事案に限って間接共犯の可罰性を認めることは、間接正犯類似の間接従犯の可罰性を認めることから明らかなように、間接共犯の処罰規定の存否とは無関係な解釈論にもとづく結論であり、ひいては61条2項・62条2項不要論にまで至りうるものである。したがって、現行法の解釈が問題となる間接共犯概念は、被教唆者・被幫助者の道具的な属性とは無関係に想定されなければならない。事実、本稿を含めて、学説のほとんどは、教唆者・幫助者の存在を仲介する形態で行われた連鎖的共犯一般の可罰性を問題にするものである。

(3) 処罰規定のない連鎖的共犯肯定論

1 61条2項および62条2項が規定する限りで連鎖的共犯の可罰的類型（間接共犯の一部の可罰性）を認める見解に対して、処罰規定のない連鎖的共犯（の一部）の可罰性を認める見解も有力に主張されている。その根底には、処罰規定のない連鎖的共犯の可罰性を一律に否定してしまうと、実質的に当罰的な共犯行為を野放しにしてしまう可能性があり、結論の妥当性が揺らぐことになりかねないとの危惧感がある。処罰規定のある連鎖的共犯以外の可罰性を否定する立場によれば、『『悪い奴ほどよく眠る』ことになって適當ではない』とされ¹⁷⁾、「最終的な犯罪実現に重要な寄与をしているのに、再間接教唆以上になれば、いっさい不可罰となる、とする結論は実質的に妥当でない」とされている¹⁸⁾。こうした見解によれば、61条2項および62条2項は、可

罰性を制限するための特別規定ではなく、典型的な連鎖的共犯の処罰を明示しただけにすぎない確認規定ないしは例示的規定だということになる¹⁹⁾。

処罰規定のない連鎖的共犯(の一部)の可罰性を認める見解は、大別して、ふたつの立場から主張されている。ひとつが、実行行為概念を緩やかに解する立場であり(形式的な観点)、もうひとつが、共犯の処罰根拠論を背景とした立場である(実質的な観点)。

2 実行行為概念を緩やかに解する立場の代表として、小野博士は、実行行為は「必ずしも各本條の實行だけに限ら[ない]」として、教唆の幫助および間接従犯の可罰性を端的に認めている²⁰⁾。また、平野博士は、『実行』という語は、ことばそれ自体として基本的構成要件に該当する行為に限定されなければならないわけではない」としたうえで、「いわゆる修正された構成要件に該当する行為も、その『実行』というべきである」とし²¹⁾、『人を教唆して犯罪を実行させる』『正犯を幫助する』という拡張された犯罪類型の『実行』を教唆し、その『正犯』を幫助した者も処罰される」とするのが「より論理的である」としている²²⁾。さらに、西田教授も、同様の観点から、『正犯』概念から共犯行為を排除する必要はない」とし²³⁾、そのような理解こそが、幫助行為を60条の「実行」たりうるとの論理で共謀共同幫助の可罰性を認める判例(大判昭和10年10月24日刑集14巻1267頁)とも整合的でありうることを指摘している²⁴⁾。こうした立場によれば、修正された構成要件(従属的共犯)に対する共犯(間接共犯)は、論理的に、61条2項および62条2項に明示する形態のものに限られず、それ以外の形態の間接共犯(教唆犯に対する従犯および従犯に対する従犯)にも想定することができる。この意味で、61条2項および62条2項は、例示的な規定だということになる。また、この立場を一貫すれば、間接共犯よりも前の段階に想定される連鎖的共犯の可罰性も一律には否定されないことになる。この立場の論者は、暗黙のうちにも、そのような結論を認めているのである。

こうした見解は、平野博士が指摘されるように、条文解釈としては素直なものであると言えるかもしれない。しかし、この見解は、正犯と共犯を区別

する基本原理について、拡張的正犯概念を採用すること（限縮的正犯概念の放棄）につながるし、共犯の処罰根拠としての責任共犯論の立場と親和性を持つことになる²⁵⁾。また、それを徹底すれば、共犯独立性説にすら至りうるであろう。特に、処罰規定のない間接的共犯の可罰性に限らず、連鎖的共犯の可罰性を「一般的な形で」認める（少なくとも明示的に否定していない）場合には、この懸念はまさに現実的なものになる。

また、この見解は、本来的には、1995年の刑法改正前の61条2項と62条2項を前提として主張されたものである点に注意が必要である。当時の61条は、教唆犯を「正犯ニ準ス」としたうえで（1項）、間接教唆を「亦同シ」とし（2項）、62条は、幫助者を「従犯」としたうえで（1項）、従犯に対する教唆者を「従犯ニ準ス」としていた（2項）。こうした規定ぶりとの関係で、特に、正犯に準ずるとされた教唆犯については、実行行為概念を拡張することにも特段の抵抗がなかったのかもしれない。平野博士が、当時の61条2項との関係で、科刑以外の面では間接教唆者を教唆者と同じに扱う趣旨でないとする見解に対して、正犯者と同様の扱いが「刑だけであれば、『準ず』という語は用いない」はずだとする指摘に、このことがよく示されている²⁶⁾。62条2項との関係でも、同様の捉え方がされていたのであろう。しかし、1995年改正が、61条2項を「前項と同様とする〔正犯の刑を科する〕」に変更し、62条2項を「従犯の刑を科する」に変更したことによって、修正された構成要件との関係で実行行為概念を拡張するような解釈は極めて困難なものとなってしまったのである²⁷⁾。

3 もうひとつの連鎖的共犯肯定論は、共犯の処罰根拠論を背景として主張されるものである。それは、実行行為概念を緩やかに解する立場と必ずしも排他的なものではなく、論理的には並列的に主張しうる関係にある²⁸⁾。ただ、一般には、実行行為概念を緩やかに捉える見解を批判するところから主張される場合が多い。その立場によれば、教唆犯については、因果的共犯論を前提として、正犯に犯意を生じさせて実行行為を行わせたと評価できる（教唆行為と正犯の実行行為との間に因果関係が認められる）以上は、直接的に教唆

をしたか仲介者を通じて教唆をしたかを問わずに、教唆者は教唆犯として可罰的なものとされる²⁹⁾。また、従犯については、幫助行為が正犯の犯罪を促進する点に処罰根拠を求めることを前提として、促進関係が認められる以上は、正犯との関係で幫助が直接的か間接的かは問わずに、従犯としての可罰性が認められることになる³⁰⁾。この立場は、実行行為概念を緩めることもないし、従属的共犯の処罰根拠とも合致するものであり、連鎖的共犯(の一部)の可罰性を適切に説明するものである。

このように、この立場においては、間接的ないしは連鎖的な関与が認められる場合、「人を教唆して犯罪を実行させた」あるいは「正犯を幫助した」と実質的に評価できるかどうかこそが重要であり、「間接共犯」ないしは「連鎖的共犯」という概念が重要なわけではない。したがって、可罰的な連鎖的共犯の成立範囲は、このような実質的な関係が肯定できる段階までが限度ということになり³¹⁾、「無限連鎖の危険性はほとんど解消されない」³²⁾などということにはならない。その判断構造は、まさに、通常形態の従属的共犯の成否における場合と同じであり、その意味で事実認定の問題に尽きるものである。すでに言及した、連鎖的共犯(の一部)の可罰性を肯定した裁判例の結論も、処罰規定がある場合とない場合との区別を問わずに、このような実質的判断にもとづいたものであった。

4 共犯の処罰根拠論を前提とする事実認定にもとづいて連鎖的共犯(の一部)の可罰性を肯定する方向は、ドイツの裁判例に見られるところでもある。ドイツ刑法は、教唆犯を正犯と同等に処罰することを規定し(26条)、幫助犯の刑を正犯の法定刑から減輕することを規定しているが(27条1項・2項)、間接的ないしは連鎖的な共犯形態の扱いについては特に規定するところがない。したがって、間接的共犯を含めた連鎖的共犯の可否と成立範囲は、連鎖的教唆(Kettenanstiftung)ないしは連鎖的従犯(Kettenbeihilfe)の可罰性という形で、従属的共犯に対する処罰規定の解釈論として展開されている。

連鎖的共犯のリーディング・ケースは、1892年11月17日のライヒ裁判所判決である。間接従犯の可罰性が問題になった事案において、裁判所は、従

犯に対する幫助それ自体を従犯として2回の減輕を認めた(旧44条・49条)原判決を破棄して、「幫助の幫助という構成は、支持することができない」として、実行行為概念を拡張するような考え方を否定したうえで、「共犯はいずれも可罰的な正犯の存在を前提としており、従犯が、客観的には正犯の実行行為ないしは実行の着手を要件とし、主観的には正犯を幫助する故意を要件として成立することからすれば、正犯との関連なしに幫助の幫助ということを考えるのは無意味である。……幫助の幫助という表現は正犯に対する間接的な幫助形態を不適切に表現したものにならず、刑法上、正犯に対する間接的な幫助という形でしか問題になりえない」と判示した(RGSt. 23, 306f.)。他方、間接教唆の可罰性(旧48条)が問題になった事案において、1954年7月8日の連邦通常裁判所判決は、「他人に対して、第三者が犯罪行為を行うように決意させる者は、他人に対して刑罰をもって威嚇された行為を決意させることにな[る]」として、実行行為概念を拡張するような考え方を示しながらも、「教唆の教唆は、判例および有力な学説と同じく、正犯行為に対する間接教唆として理解することができる」と判示している(BGHSt. 6, 360f.)。後者の判例の理論構成は、必ずしも明らかではないが、連邦通常裁判所のその後の判例は、正犯に対する間接的な教唆として可罰性を肯定するものになっている³³⁾。また、こうした構成は、間接教唆や間接従犯の事案に限らず、教唆と幫助が絡む間接共犯事例でも広く認められているところである³⁴⁾。さらに、学説においても、正犯に対する「間接的な共犯」として連鎖的共犯の可罰性を認める構成に対して、若干の批判的な見解も見られるものの、支持する見解が通説的なものになっている³⁵⁾。

注

- 4) 特に、井上正治「再間接教唆について——一つの覚書」名城法学11巻2・3号(1961年)52頁は、本判決を再間接教唆の先例として扱う学説に対して、「学説も亦自ら判例集を検討してレシオ・デシデンダイを理解すべき努力を怠ったため」の理解であると批判している。
- 5) さらに、同旨として、大判昭和15年1月30日法律評論29巻刑法98頁(A自身またはAからの転売人が違反販売することを知りながら、被告人がAに対して純綿

糸を売り渡し、それがAからBへ転売され、さらにBからCへ転売された後、Cが違反販売をしたという事案)。

- 6) そのような裁判例として、大判昭和15年5月9日刑集19巻297頁は、被告人が、Kらが日本刀で被害者を傷害する意思のあることを知ったうえで事前にKとFに日本刀を貸与したところ、KやFと共謀共同正犯関係にあるNが被害者を傷害したという事案において、「従犯ハ正犯ノ實行行爲中之ヲ幫助スル場合ニ限ラス事前ニ於テ必要ナル兇器ヲ貸與スルカ如キ場合ニモ亦従犯タル」としたうえで、「假令被告人ノ貸與シタル日本刀ヲ使用シテ傷害罪ノ實行行爲ヲ爲シタル者ハ現實貸與ヲ受ケサル他ノ共犯者ニ依リ爲サレタリトスルモ被告人ハ共犯者全部ヲ幫助シタルモノト謂ハサルヲ得ス」として、共謀共同正犯に対する予備的行為による従犯を肯定している。また、大判昭和11年8月28日刑集15巻1170頁は、被告人Xが、他人を殺害することを決意しているYに毒薬を交付したところ、YがZら数人の者と共謀したうえでZが被害者を殺害したという事案で、Xは被害者が誰であるかも知らず、Y以外のZが殺害すること（具体的な殺害方法）も知らなかったという事実について、「他人カ人ヲ毒殺スル爲ニ使用スルノ情ヲ知リナカラ其ノ依頼ニ因リ之ニ毒薬ヲ供給シタル者ハ其ノ他人カ該毒薬ヲ使用シテ人ヲ毒殺シタル場合ニ於テハ殺人幫助罪ノ責ヲ負フヘキハ勿論ニシテ其ノ他人ニハ他ニ共犯者數名アリテ此等共犯者中ノ一人ヲシテ毒殺ノ實行行爲ヲ分擔セシメ幫助者ニ於テ該事實ヲ知ラサリシトスルモ右他人ニ於テ共同正犯者トシテ右殺人行爲ニ付其責ヲ負フヘキモノナル以上此等共同正犯者ノ爲シタル正犯行爲ニ對シ幫助者トシテノ責ニ任スヘキ」とするとともに、「被告人ニ於テKカ所論I及Tヲ殺害スルモノナルコトノ認識ナカリシトスルモ殺害セラルル人ノ何人ナリヤハ一般殺人罪ノ構成要件ニ非サルヲ以テ之カ認識ヲ缺クモ亦固ヨリ同罪ノ幫助タルニ妨アルコトナシ」として、殺人の(共謀)共同正犯に対する従犯を認めている。
- 7) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)377頁、同『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)488頁以下、参照。
- 8) 牧野英一『重訂日本刑法 上巻』(有斐閣、1937年)480頁。さらに、同「謂はゆる再間接教唆の可罰性」同『刑法研究 第3巻』(有斐閣、1928年)221頁。
- 9) 宮本英脩『刑法學粹』(弘文堂書房、1931年)422頁。さらに、共犯独立性説の立場から同様の結論を認めるものとして、竹田直平「判例批評」法と経済7巻2号(1937年)122頁、市川秀雄『刑法総論』(春秋社、1955年)324頁以下、木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(有斐閣、1968年)346頁、372頁、木村亀二/阿部純二増補『刑法総論〔増補版〕』(有斐閣、1978年)418頁。
- 10) 宮本英脩「判例批評」法学論叢9巻2号(1923年)108頁以下。
- 11) 宮本英脩「判例批評」法学論叢36巻2号(1937年)199頁。
- 12) 間接従犯の可罰性について、共犯独立性説だけが説得的な論拠を提示しうるとす

る見解（宮本、竹田）に対して、草野豹一郎「判例批評」法学新報 47 巻 3 号（1937 年）476 頁は、「妄断せらるる如き嫌ある言に對しては、腹立たしくさへ感ぜられることである」として、痛烈な批判を加えている。

- 13) たとえば、井上・前掲注 4) 55 頁、木村亀二編『体系刑法事典』（青林書院新社、1966 年）303 頁〔竹内正〕、団藤重光責任編集『注釈刑法（2）のⅡ 総則（3）』（有斐閣、1969 年）818 頁以下〔福田平〕、千葉裕「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 44 年度』（法曹会、1970 年）288 頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ 総論』（勁草書房、1974 年）384 頁、佐伯千仞『刑法講義（総論）』（4 訂版、有斐閣、1981 年）364 頁、鈴木享子「教唆犯と幫助犯」西原春夫／宮澤浩一／阿部純二／板倉宏／大谷實／芝原邦爾編『判例刑法研究 4』（有斐閣、1981 年）202 頁、日高義博「判例批評」平野龍一／松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第 2 版〕』別冊ジュリスト 82 号（1984 年）173 頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）410 頁以下、415 頁以下、船山泰範「間接教唆、間接幫助」阿部純二／板倉宏／内田文昭／香川達夫／川端博／曾根威彦編『刑法基本講座 第 4 巻』（法学書院、1992 年）229 頁以下、同「判例批評」松尾浩也／芝原邦爾／西田典之編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 142 号（1997 年）171 頁、川端博／西田典之／原田國男／三浦守編『裁判例コンメンタール 刑法 第 1 巻』（立花書房、2006 年）606 頁以下〔川端〕、大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（有斐閣、2008 年）317 頁、328 頁、福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2011 年）287 頁以下、291 頁、山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（有斐閣、2016 年）。
- 14) 瀧川幸辰『犯罪論序説』（改訂版、有斐閣、1955 年）248 頁以下、同「判例批評」『瀧川幸辰刑法著作集 第 3 巻』（世界思想社、1981 年）359 頁、植松・前掲注 13) 379 頁、大塚仁「間接共犯の可罰性」研修 344 号（1977 年）6 頁、8 頁以下、12 頁、下村康正「共謀共同正犯雑考—再間接教唆、共謀の実体」警察研究 48 巻 5 号（1977 年）8 頁以下。さらに、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988 年）230 頁。
- 15) 団藤・前掲注 13) 410 頁注(21)、415 頁。さらに、大塚・前掲注 14) 13 頁以下、柏木千秋『刑法総論』（有斐閣、1982 年）297 頁。なお、大判昭和 15 年 10 月 14 日刑集 19 巻 685 頁。
- 16) 団藤・前掲注 13) 153 頁以下参照。
- 17) 平野龍一「共犯の從属性」法学セミナー 141 号（1967 年）34 頁。さらに、西田典之「実行および正犯の概念と共犯成立の限界」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（成文堂、1996 年）348 頁。
- 18) 井田・前掲注 7)『刑法総論の理論構造』378 頁。
- 19) この点も古くから指摘されているところであり、たとえば、泉二新熊『日本刑法論 総論』（第 45 版、有斐閣、1939 年）689 頁、草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣、1956 年）129 頁。

- 20) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（増補版，有斐閣，1950年）213頁。
- 21) 平野龍一「判例批評」警察研究 45 卷 8 号（1974 年）122 頁。
- 22) 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣，1975 年）352 頁。
- 23) 西田・前掲注 17) 247 頁，249 頁。
- 24) 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂，2010 年）389 頁。さらに，同旨として，前田雅英『刑法総論講義〔第 6 版〕』（東京大学出版会，2015 年）373 頁。
- 25) 大塚・前掲注 14) 11 頁，日高・前掲注 13) 173 頁，高橋・前掲注 14) 230 頁以下，山口・前掲注 13) 335 頁以下。
- 26) 平野・前掲注 22) 353 頁。
- 27) 原田保「判例批評」芝原邦爾／西田典之／山口厚編『刑法判例百選 I 総論〔第 5 版〕』別冊ジュリスト 166 号（2003 年）169 頁。
- 28) たとえば，平野・前掲注 21) 123 頁は，間接従犯について，修正された構成要件に対する共犯を認める立場から，「いわゆる順次の幫助を幫助の一形態と考えるか，幫助の幫助と考えるかは……実質的な違いはない」としている。さらに，林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会，2008 年）375 頁以下，西田・前掲注 24) 388 頁。
- 29) たとえば，正田満三郎「間接共犯（間接教唆犯及び間接幫助犯）と予備罪——予備罪の共犯という法概念は成立するか」法曹時報 15 卷 1 号（1963 年）18 頁，鈴木彰雄「いわゆる連鎖的教唆の可罰性について」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』（成文堂，1995 年）387 頁以下，西田典之／山口厚／佐伯仁志編『注釈刑法 第 1 卷』（有斐閣，2010 年）916 頁以下〔嶋矢貴之〕，大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂，2012 年）439 頁以下。
- 30) たとえば，佐瀬昌三「判例批評」法学志林 39 卷 9 号（1937 年）147 頁，坂本英雄「判例批評」法律論叢 16 卷 7 号（1937 年）94 頁，千葉・前掲注 13) 286 頁以下，西山巖「判例批評」慶應大学法学研究 45 卷 4 号（1972 年）103 頁，大谷實「判例批評」同『刑法解釈論集 I』（成文堂，1984 年）196 頁，大塚仁／河上和雄／佐藤文哉／古田佑紀編『大コンメンタール 刑法 第 5 卷〔第 2 版〕』（青林書院，1999 年）597 頁以下〔堀内信明／安廣文夫〕，井田・前掲注 7)『刑法総論の理論構造』382 頁，生田勝義「判例批評」西田典之／山口厚／佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論〔第 6 版〕』別冊ジュリスト 189 号（2008 年）175 頁，平山幹子「判例批評」山口厚／佐伯仁志編『刑法判例百選 ① 総論〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 220 号（2014 年）171 頁，丸山雅夫「従犯（幫助犯）」井田良／丸山雅夫『ケーススタディ刑法〔第 4 版〕』（日本評論社，2015 年）343 頁。
- 31) 青柳文雄『刑法通論 I 総論』（泉文堂，1965 年）385 頁，内田文昭『改訂刑法 I（総論）〔補正版〕』（青林書院，2004 年）315 頁，高橋・前掲注 14) 231 頁以下。
- 32) 井上宜裕「共犯の直接性について」清和法学研究 11 卷 1 号（2004 年）121 頁。

- 33) たとえば, BGHSt. 8, 137.
- 34) たとえば, RGSt. 59, 396; BGHSt. 48, 770; BGH MDR 1953, 400; BGH NStZ 1994, 29; BGH NStZ 1995, 126; BGH NStZ 1996, 562; BGH NStZ, 2000, 421; BGH NJW 2001, 2410; OLG Hamburg JR 1953, 27; OLG Bamberg, StV 2007, 529.
- 35) Vgl. W. Gallas, Anmerkung, JR 1959, 225 ff.; H.-D. Schwind, Grundfälle der „Kettenteilnahme“, MDR 1969, 13 ff.; D. Meyer, Zum Problem der „Kettenanstiftung“ – BGHSt. 6, 359 und BGHSt. 8, 137, JuS 1973, 755 ff. なお, ドイツ学説の動向の詳細については, 鈴木・前掲注 29) 376 頁以下に紹介されており, それ以降にも大きな変化は見られないので, 本稿での個別的な検討は省略する。

IV むすびに代えて

以上のところから明らかなように, 本稿の立場は, 正犯との関係で「間接的な加担者」の可罰性が認められるかという観点から「間接共犯」の成否を検討し, 判断するものである。したがって, 正犯意思を惹起して実行行為に出させたと認定できる場合, および正犯の実行を促進したと認定できる場合には, それぞれ, 間接教唆ないしは間接従犯が認められる。また, このような判断を前提とすれば, 連鎖的な形態の教唆・従犯も一概には否定されない。そして, こうした結論は, 本来的な形態の教唆犯および従犯の処罰規定(61条1項, 62条1項)の解釈と運用(事実認定)からもたらされるものであるから, 間接共犯の処罰を明示する規定(61条2項, 62条2項)は特に必要がないことになる。その意味で, 61条2項と62条2項の規定は, 可罰的な連鎖的共犯の典型例を規定しただけのものだけということになる。もっとも, 間接的な加担者が正犯から段階的に遠ざかれば遠ざかるほど, その可罰性の認定(連鎖的共犯の成立)がより困難になっていくことは否定できない。ただ, そうした事情は, 結局は事実認定の問題に解消されてしまうものであり, 間接共犯ないしは連鎖的共犯の理論的な問題を生じさせるようなものではないのである。

＊本稿は，南山大学 2016 年度パッヘ研究奨励金 I-A-2（特定研究助成・一般：共
犯論における論点と解釈）にもとづく研究成果の一部である。