
論 説

共犯と罪数*

丸 山 雅 夫

- I 罪数論の意義と共犯
 - II ドイツにおける動向
 - III わが国における状況
 - (1) 教唆犯をめぐる裁判例の動向
 - (2) 幫助犯をめぐる裁判例の動向
 - (3) 裁判例に対する学説の反応
 - IV 昭和 57 年最高裁決定
 - (1) 昭和 57 年決定の意義
 - (2) 共犯の罪数判断
 - (3) 共犯行為の個数判断
- むすびに代えて

I 罪数論の意義と共犯

1 刑法各則の条文に規定されている犯罪構成要件は、1 人の行為者（単独正犯）に 1 個の犯罪が成立する場合を念頭に置いて、その成立要件と法的効果（刑罰）を明示するものである。しかし、犯罪現象の実際は、数個の犯罪の成否とその処断が問題になる場合が圧倒的に多く、1 個の犯罪の成否だけが問題になる場面は、むしろ例外的なものであるとさえ言える。こうしたことから、犯罪の成立の個数とその処断方法を確定する「罪数論」が、刑法理論の重要な一角を占めることになる。近代刑法が前提とする行為主義（客観主義）からすれば、成立した犯罪の個数に応じて、それぞれ別個独立に行為

者を処断するというのが（単純併科主義）、最も素直な態度であり、それに近い運用をしている法制もある。しかし、わが国は、単純一罪と単純数罪（単純併科）の扱いを両極として、成立上の数罪に対する処断方法にいくつかの特有の扱いを認めている。犯罪の成立（個数）と処断方法（科刑）との間には密接な関連性が認められはするものの、両者は必ずしも素直な形で連動しているわけではないのである。この点に、罪数概念とそれをめぐる議論が錯綜する原因があると言われている¹⁾。

また、国民は同一の犯罪については「重ねて責任を問われない」こと（一事不再理）を保障されているし（憲 39 条後段、刑訴 337 条 1 号）、公訴時効（刑訴 250 条）の起算点との関係でも、一罪か数罪かでそれぞれの扱いが異なってくる。実体法上の罪数判断は、刑事手続上の効果にも大きな影響を及ぼすものなのである。さらに、行為者との関係で見れば、複数の者が関与する犯罪（共同正犯をはじめとする共犯現象）が多く見られることから、単独正犯を前提とする罪数の議論が、どの範囲でどのような形で共犯現象にも及びうるのか問題になる。

2 犯罪成立の個数の確定について、わが国の刑法は、明示的な規定を持っていない。そのため、この場面の罪数論では、何を基準として犯罪の個数を判断するかという点との関係で、これまでさまざまな見解が主張されてきた²⁾。現在の裁判例および通説的な見解は、構成要件該当の数（異なる構成要件に該当する個数ないしは同一構成要件に該当する回数）を基準として判断する構成要件標準説を前提にしていると言ってよい。ただ、近時の構成要件標準説は、構成要件該当数を単に形式的ないしは事実に判断するものではなく、侵害された法益の数をも念頭に置いた実質的な判断に立脚している点には注意を要する³⁾。他方、刑法は、数個ないしは数回の構成要件該当性が認められて数個の犯罪が成立する場合（成立上の数罪）のいくつかについては、単純併科と異なる特別な処断（科刑）方法を明示している。刑法 54 条 1 項前段は行為が 1 個であることを根拠として（観念的競合）、同後段は数個の行為相互間の密接な関係性（牽連関係）を根拠として（牽連犯）、成立している犯罪に対

する法定刑の上限と下限のそれぞれ最も重い範囲内で処断することを規定している（吸収主義に立脚する科刑上一罪）⁴⁾。また、刑法 45 条は、確定裁判を経していない数罪についても、それぞれの犯罪に対する刑を単純に併科するのではなく、同時に裁判することが可能であったこと（同時審判の可能性）を根拠として、有期の自由刑を制限的に加重した形で処断すること（単純併科よりも軽い科刑）を規定している（制限加重主義に立脚する併合罪）。さらに、実務と学説においては、牽連犯以外にも、成立上の数罪間に見られる一定の密接な関連性を根拠として価値的評価の観点から科刑上一罪と同様に処断する、包括一罪というカテゴリーも広く認められているところである。

こうしたところから、犯罪の成立と科刑との関係で罪数を整理すると、① 成立上の 1 罪を当然に 1 罪として処断する単純一罪と法条競合、② 成立上の数罪を 1 罪として処断すれば足りるとする科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）と包括一罪、③ 成立上の数罪を数罪として処断する併合罪（制限的併科）と単純数罪（単純併科）に分類することができる。なお、刑事手続との関係では、特に、②の類型との関係が重要である。

3 以上のような罪数論は、いずれも単独正犯を前提にしたものであり、その帰結がただちに共犯現象にも及ぶというわけではない。特に、教唆犯ないしは幫助犯が正犯に関与する事案においては、何を基準として共犯の成立上の罪数を判断し、どのように処断すべきかは決して自明のことではない。

もっとも、正犯とは無関係に共犯の成否を判断する共犯独立性説によれば、共犯の罪数は、共犯行為についてだけ判断すれば足りることから、正犯における罪数論と特に異なるところはない。そこでは、正犯を共犯に置き換えて議論すれば足りるからである。たとえば、共犯独立性説の主張者である宮本博士は、教唆犯の罪数について、「一個ノ行爲ヲ以テ數人ヲ教唆シ、又ハ一人ニ對シ數罪ヲ教唆スルカ如キ場合モ、其レカ同種ノ犯罪ニ關スル以上ハ、何レモ同種ノ想像的併合罪〔観念的競合〕ト見ルヘキモノナリ」としている⁵⁾。また、同様の観点から、牧野博士も、共犯従属性説を前提として併合罪を認める後掲の大判大正 4 年（教唆犯）と大判大正 6 年（従犯）について、

「予輩ハ之ニ對シ異論ヲ有ス。教唆者ノ行爲ヲ基本トシテ之ヲ論シ、其ノ行爲カ單一ナルニ於テハ想像的競合トシテ之ヲ論スヘキモノト解ス」とするとともに、同様に併合罪とする後掲の大判大正5年（教唆犯）に対しても、「亦想像的競合トシテ論スヘキモノト解ス」と批判している⁶⁾。しかし、共犯独立性説は、その学説史上の意義は否定できないにしても、すでに刑法理論としては過去の遺物になっている。共犯独立性説を前提として共犯の罪数を論じることは、妥当なものではない。

これに対して、正犯に従属することを前提として共犯現象を論じる共犯従属性説によれば、共犯の罪数をめぐる議論は、必ずしも一義的に解決されるものにはならない。共犯従属性説を前提とした場合にも、そもそも共犯の罪数までが正犯に従属するのか、従属する場合にはどのような形で従属するのかが、問題になりうるからである。この点について、わが国の裁判例は、成立上の罪数と処断上の罪数のいずれもが正犯の罪数に従属すること（完全罪数従属）を認めるものを中心として推移し、従犯に関する後掲の昭和57年最高裁決定によって決着を見たものと考えられている。昭和57年決定は、共犯の罪数判断を2段階のものとして考察し、成立上の罪数は正犯に従属することを認める一方で、その処断上の罪数については共犯行為を基準に判断すべきだとするものである（成立罪数従属⁷⁾）。しかし、共犯の罪数問題は、昭和57年決定の考え方によって完全に解消されえたのであろうか。これこそが、共犯の罪数をめぐる本稿の問題意識である。

注

- 1) 林幹人「罪数論」芝原邦爾／堀内捷三／町野朔／西田典之編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（日本評論社、1990年）268頁以下。
- 2) 詳細については、団藤重光責任編集『注釈刑法（2）のⅡ』（有斐閣、1969年）530頁以下参照〔高田卓爾〕。
- 3) 鈴木茂嗣「罪数論」中山研一／西原春夫／藤木英雄／宮澤浩一『現代刑法講座 第3巻』（成文堂、1979年）287頁以下、内田文昭「共犯の罪数」神奈川法学36巻2号（2003年）194頁以下、西田典之／山口厚／佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）708頁〔山口〕、参照。
- 4) 他方、1個の行為が数個の構成要件に該当するように見えながらも、法条相互の論

理的関係から1個の構成要件該当性しか認められない場合を法条競合（表見的な競合関係）と呼ぶが、その実質は単純一罪である。このような関係は、殺人罪と旧尊属殺人罪との間（特別関係）や傷害罪と暴行罪との間（補充関係）、背任罪と横領罪との間（択一関係）に見られる。

- 5) 宮本英脩『刑法學粹〔第5版〕』（弘文堂書房、1935年）442頁。
- 6) 牧野英一『重訂日本刑法 上巻』（有斐閣、1937年）476頁、同『改訂日本刑法 全』（有斐閣、1932年）422頁。さらに、宮本英脩「判例批評」京都法学会雑誌11巻11号（1916年）129頁。
- 7) 昭和57年最高裁決定を前提として、一般には、共犯の罪数と処断のいずれをも正犯の罪数に従属させて判断する立場を「正犯行為標準」と呼び、共犯の成立上の罪数を正犯に従属させる一方で共犯行為を基準として共犯の処断を認める立場を「共犯行為標準」と呼ぶことが定着しているようである。しかし、処断について共犯行為を標準とする立場も、共犯の成立上の罪数については正犯の罪数を標準とすることを認めているので、正犯行為標準と共犯行為標準という区別は正確なものではない。特に、「共犯行為標準」という表現は、成立した共犯の罪数処理（処断）だけでなく、成立上の罪数についても共犯行為を基準に判断する立場になじむものである。したがって、本稿では、「完全罪数従属」と「成立罪数従属」として両者を区別しておくことにする。

II ドイツにおける動向

1 ドイツの裁判例においては、後掲の1935年ライヒ裁判所判決が出されるまで、共犯の罪数は、正犯行為を標準として、成立上の罪数と処断上の罪数のいずれについても正犯に完全に従属する形で判断されていた（完全罪数従属）。当時の理解によれば、教唆や幫助は、それ自体としては「重要でない行動（indifferenten Akt）」として観念されており、罪数（ライヒ刑法73条〔観念的競合〕・74条〔実在的競合（併合罪）〕）を基礎づける「行為（Handlung）」には当たりえないものとされていた。したがって、教唆・幫助行為は、それ自体としては罪数判断の根拠になりえず、正犯の罪数と処断に「完全に従属」して判断されるものであった。たとえば、1881年12月9日のライヒ裁判所判決は、2名の者に対して教唆をし、7回の穀物窃盗を共同実行させたという事案について、窃盗教唆罪の実在的競合を認めていた（RGSt. 5, 227.）。また、

従犯についても、幫助行為が1個であっても、複数の独立した正犯行為が認められる場合には、従犯の従属性を理由に実在的競合とされていたのである(RGSt. 4, 95.)。それらの根拠は、一般に共犯の従属的性質(従属性)によるものと説明されてはいたものの⁸⁾、そこでの従属性の内容は必ずしも明らかではなかった。ドイツの通説・判例が立脚する極端従属性説によっても、さらには誇張従属性説によっても、同様の結論に至りうるからである。むしろ、その実体は、正犯の可罰性を援用して共犯処罰を導く考え方(可罰性借用論)⁹⁾によってこそ素直に説明しうるものであったように思われる。

2 正犯の罪数に完全に従属する形で共犯の罪数と処断を導く裁判例は、その後も続いていたが¹⁰⁾、正犯への過度の従属を根拠として次第に批判されていくことになった。たとえば、ビンディングは、判例のような理解によれば、「共犯は、彼が何を目指して何を行ったかによって処罰されるのではなく、正犯が何を目指して何を行ったかによって処罰されることになってしまう」として、完全罪数従属を前提とする論理と結論を厳しく批判した¹¹⁾。同様の批判は、他の論者にも見られたところである¹²⁾。こうした批判の主眼は、たとえ共犯従属性説を前提にしたとしても、共犯における成立上の罪数と処断のいずれをも完全に正犯の罪数に従属させることは、過度の従属を認めるものであり、「共犯従属性説の誇張」だとすることにあった。同様のことは、後に見るように、完全罪数従属を前提とするわが国の判例についても妥当するものである。

こうした状況のもとで、1935年12月3日のライヒ裁判所判決は、1回の発言で2名の者に対して偽証を教唆して各人に偽証させたという事案について、大きな判例変更を行った。原判決が従来のライヒ裁判所の判例に従って、2名の正犯がそれぞれ別個に偽証罪を犯したことを理由として2個の偽証教唆罪を認めた(完全罪数従属)のに対して、ライヒ裁判所は、共犯の罪数は共犯の行為そのものを標準として判断すべきだとする方向を明らかにし、観念的競合として処断したのである。その根底には、教唆行為と幫助行為について、それ自体としては罪数判断の根拠になりえない「重要でない行動」

として捉える理解から、観念的競合や実在的競合を基礎づける刑法上の「行為」として捉える理解への変化がある。すなわち、同判決は、教唆行為および幫助行為の「可罰性」は正犯の犯行に従属するにしても、正犯行為が未遂の段階に達している以上は、教唆・幫助も「可罰的行為」として73条・74条にいう「行為」になるとしたのである(RGSt. 70, 26.)。このような方向は、その後の判例¹³⁾および学説を支配するものとなり¹⁴⁾、現在に至っている。

3 もっとも、1935年判決の論理は、必ずしも明らかではない。正犯行為が未遂段階に達すれば共犯の成否(可罰性)が問題になること(いわゆる実行従属性)を前提としても、共犯の罪数が正犯の罪数判断に(どのような形で)従属するのかが、明らかにされていないからである。1935年判決はドイツ判例の前提とする極端従属形式によって判断されているが、完全罪数従属を認めていた1881年判決も、当然に極端従属形式を前提とするものであった¹⁵⁾。こうした事情は、次に見るわが国の裁判例においても全く同じである。昭和57年決定は、完全罪数従属から成立罪数従属への転換を明らかにしたものの、成立罪数従属の根拠と内容については明らかにしているわけではない。

注

- 8) z. B. E. Mezger, Anmerkung, JW 1936, S. 730; R. Maurach, Strafrecht, A. T., Tb. 2, 7 Aufl., 1989, § 54 IIC1; H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 5 Aufl., 1996, S. 631; R. Rissng-van-Saan, StGB Leipziger Kommentar, 11 Aufl., 1999, Vor § 52, Rdn. 58.
- 9) Vgl. K. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 144 ff., 180.
- 10) z. B. RGSt. 8, 153; 11, 37; 38, 26; 51, 97; 54, 164; 57, 352.
- 11) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 586 f.
- 12) z. B. R. Frank, Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZStW Bd. 14, 1894, S. 372; R. v. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 Aufl., 1931, § 73 III3a; Mezger, a. a. O. [Anm. 8], S. 730; ders., Strafrechts, 2 Aufl., 1933, S. 459.
- 13) RGSt. 70, 293; 70, 334; OLGSt. 1, 321; 2, 117; 2, 316; BGHSt. 1, 21; BGH NJW 1951, 666; BGH bei Dallinger MDR 1957, 266; BGH bei Holtz MDR 1980, 272; BGH NStZ 1993, 584.
- 14) Vgl. A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29 Aufl., 2014, § 52,

III わが国における状況

(1) 教唆犯をめぐる裁判例の動向

1 教唆犯の罪数と処断との関係が特に問題になるのは、1 個の教唆にもとづいて正犯に数罪の成立が認められる事案である。この点に関する裁判例については、これまで一般に、共犯における成立上の罪数とその処断のいずれもが正犯の罪数に従属するという立場（完全罪数従属）が主流を形成していたと言われてきた。ただ、当初の判例は、少なくとも教唆犯の「処断」については、共犯行為を標準として判断するもの（成立罪数従属）であったことに注意が必要である。たとえば、大判明治 42 年 10 月 28 日刑録 15 輯 1472 頁は、被告人が 1 個の行為によって 2 人に石炭の窃盗を教唆したところ、被教唆者がそれぞれ数回にわたって石炭を窃取したという事案について、「〔窃取者〕兩名ノ所爲ハ從シヤ連續犯タルニモセヨ被告ハ只一回教唆ヲ爲シタルノミニシテ連續犯ニ非〔ス〕」としていた。また、大判明治 42 年 12 月 16 日刑録 15 輯 1795 頁は、被告人が 1 個の行為によって 2 人に虚偽鑑定を教唆し、それぞれが虚偽鑑定を実行したという事案について、「一箇ノ教唆行爲ニ依リ數箇ノ虚偽鑑定ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ一箇ノ詐偽鑑定教唆罪ヲ構成スルニ止マリ各虚偽ノ鑑定毎ニ一箇ノ詐偽鑑定教唆罪ヲ構成スヘキモノニアラス」としていた。さらに、こうした観点をより明確に判示しているのは、被告人が複数の者を教唆して同一の被害者にそれぞれ暴行をさせたという暴力行為等処罰法違反の事案について、「一個ノ行爲ニ依リ數人ヲ教唆シテ單一ナル犯罪ヲ共同實行セシメタルトキハ教唆罪モ亦單一ニシテ實行正犯ノ員數ニ應シ數個ノ罪名ニ觸ルルモノナリトシテ刑法第 54 條第 1 項前段ヲ適用處斷スヘキモノニ非ス」とする大判昭和 4 年 4 月 8 日法律新聞 3004 号 14 頁である。

2 しかし、その後の裁判例は、完全罪数従属の立場へと転換し、共犯の罪数と処断については、いずれも正犯の罪数と処断に従属して判断されるべきものとするようになった。たとえば、大判明治44年11月10日刑録17輯1865頁は、被告人が1個の行為によって2名に対して2人の被害者の殺害を教唆し、被教唆者それぞれが各被害者を共同で殺害したという事案について、「教唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ**成立**スルモノナレハ二箇ノ殺人罪ヲ教唆シ而シテ正犯カ之ヲ實行シタルトキハ縱令其教唆カ同時ニ出テタルトキト雖モ二箇ノ教唆罪ヲ**構成**スルヤ言フ俟タサル」としたのである。その後の判例は、成立罪数従属の立場を明示する裁判例も散見されるものの¹⁶⁾、多くのものは完全罪数従属を前提とするものになっていった。

ただ、完全罪数従属を明示する裁判例においては、その根拠が明示されているわけでもないし、従属の内容（程度）も明らかではない。正犯の罪数に従属することについては、大判明治44年11月10日が「教唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ**成立**スルモノナレハ」とするのをはじめとして、「教唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ**成立**スルモノニシテ」（大判大正4年2月16日刑録21輯107頁）、「或罪ノ教唆犯ハ其正犯ニ準シ同一ノ罪責ヲ負擔スヘキモノナルコト明白ナルヲ以テ」（大判大正5年9月19日刑録22輯1389頁）、「教唆犯ハ實行正犯ニ對シテ從屬性ヲ有スルヲ以テ」（大判大正12年3月15日刑集2巻218頁）、「教唆罪ノ個數ハ其ノ從屬性ヨリ實行正犯ノ個數ニ依リテ之レヲ定ムルヲ相當トスル」（大判大正15年10月29日刑集5巻475頁）、「教唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ**成立**スルモノナレハ」（大判昭和2年10月28日刑集6巻403頁）、「教唆罪ハ正犯ニ對シ從屬性ヲ有スルヲ以テ」（大判昭和9年4月5日刑集13巻380頁）、「凡ソ教唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ**成立**スルモノナルカ故ニ」（大判昭和11年11月6日刑集15巻1378頁）、とされている¹⁷⁾。これらは、いずれも、共犯の罪数処理が正犯の罪数処理に完全に従属することを共犯の從属性に求めているものの、どのような根拠で、またどのような形で正犯に従属するのかを明らかにしているわけではない。大判大正5年6月30日刑録22輯1210頁においても、被告人が1個の行為で複数人に対して偽証を教唆して各被教唆者がそれぞれに

偽証をしたという事案について、「教唆罪ハ教唆者カ自ラ犯罪ヲ實行シタル場合ト同一ノ責任ヲ負ヒ處分セラルルヲ本義トナスヲ以テ數人ヲ教唆シテ獨立セル數罪ヲ實行セシメタル場合ニ於テハ教唆者ハ自ラ數罪ヲ犯シタルト同一ノ責任ヲ負ヒ實行正犯ノ犯シタル犯罪ノ箇數ニ應ジ併合罪ニ關スル條規ニ照シ處斷セラルヘキモノニシテ此處分ハ教唆行為カ單一ナルト將タ複數ナルトニ依リ何等差異ヲ生スルモノニ非ス」として、完全罪数従属の発想と趣旨が明示されてはいるものの、その根拠が明示されているわけではないし、従属の形式や内容が明らかにされているわけでもない。

3 これらに対して、裁判例のなかには、1個の教唆にもとづく正犯の1罪または数罪の事案、さらには教唆犯が正犯行為をも実行した事案において、完全正犯罪数従属を前提とするような結論を示すだけのものも多く見られる¹⁸⁾。そして、こうした結論は、通常の教唆犯の事案に限らず、間接教唆の事案についても当然に妥当するものとされている¹⁹⁾。いずれにしても、完全罪数従属を判示する裁判例は、共犯の従属性（共犯従属性説）を前提としているが、処断上の従属の根拠を明らかにしていないだけでなく、そもそも成立上の罪数従属の根拠すら明らかにしていない。特に、後者の点については、共犯行為を標準として共犯の処断を判断すべきだとする立場（成立罪数従属）においても全く同様である。

注

- 16) たとえば、大判大正2年10月21日刑録19輯1000頁は、被告人が1個の行為によって1人に対して2人の被害者の傷害を教唆し、被教唆者が各被害者を傷害したという事案について、「教唆者ニシテ同時ニ二人以上ト明ニ指定シテ之ヲ傷害センコトヲ教唆シ而シテ被教唆者ニ於テ二人ノ傷害ヲ實行セハ一教唆行為ニシテ二箇ノ傷害ナル罪名ニ觸レ從テ刑法第54條ノ適用ヲ受クヘシ」とする。また、大判大正9年6月3日刑録26輯382頁は、被告人が懐胎の婦女に自己墮胎を教唆する一方で、医師に対して業務上墮胎を教唆して、墮胎させたという事案について、被告人が「一面懐胎ノ婦女ヲ教唆シテ墮胎ノ決意ヲ爲サシメ他面醫師ヲ教唆シテ同婦女ニ對スル墮胎手術ヲ行フヘキ決意ヲ爲サシメ因テ一箇ノ墮胎行為ヲ遂行セシメタル場合ニ於テハ……被告ノ行為ハ二人ヲ教唆シテ一箇ノ墮胎行為ヲ實行セシメタルニ過キサレハ包括的ニ之ヲ觀察シ」て重い法の刑で処断すべきもの（異質的包括一罪）として

いる。さらに、こうした理解は1個の教唆によって正犯に1罪を実行させた場合にも及ばされ、大判大正8年6月20日刑録25輯786頁は、被告人が1個の行為で2人に対して1個の窃盗（共同正犯）を教唆し、被教唆者2人が窃盗を共同実行したという事案について、「同時ニ二人ヲ教唆シテ一箇ノ犯罪ヲ實行セシメタル場合ニ於テハ教唆罪ハ單ター一箇ニシテ實行正犯ノ數ニ從ヒ二箇ノ教唆罪成立セサルハ勿論一箇ノ行為カ二箇ノ教唆罪ニ觸ルル場合ニ該當セサルモノトス」としている。この事案は、完全正犯従属の立場から同じ結論になりえたものであるが、判示内容は明らかに共犯行為標準処断（成立罪数従属）を前提とするものである。

- 17) また、下級審の裁判例として、仙台高判昭和29年7月27日高刑裁特1巻2号80頁は、被告人が1個の行為によって複数人に対して同時に偽証を教唆し、被教唆者のそれぞれが偽証をしたという事案について、1個の偽証教唆罪の成立を認めた原判決に対して、「教唆犯は正犯に対して従属性を有するから」としたうえで、「仮令数人に対し1個の行為を以て偽証罪を犯すことを教唆したとしても、その教唆の結果数人が偽証罪を犯すに至つたときは、数個の偽証罪が成立し、教唆者は各別にその刑責に任ずべきであ[る]」としている。
- 18) たとえば、大判明治44年11月16日刑録17輯1984頁、大判大正8年8月4日刑録25輯911頁、大判大正9年7月21日刑録26輯567頁、大判大正14年7月20日刑集4巻495頁、大判大正15年11月2日刑集5巻480頁、大判昭和5年6月10日刑集9巻411頁、大判昭和5年7月11日刑集9巻572頁、大判昭和8年2月14日刑集12巻66頁、大判昭和12年11月30日刑集16巻1561頁、最決昭和46年9月28日刑集25巻6号798頁、東京高判昭和35年6月14日高刑集13巻5号409頁。
- 19) 前掲大判昭和2年10月28日、大判昭和12年5月29日刑集16巻830頁。

(2) 幫助犯をめぐる裁判例の動向

1 幫助犯の罪数に関する当初の裁判例は、教唆犯との関係ですでに完全罪数従属の立場が確立されていたためか、完全罪数従属を前提とするものが多く見られた。たとえば、大判大正2年4月17日刑録19輯479頁は、包括一罪を構成する複数の国税徴収法違反のそれぞれを被告人が幫助したという事案について、「正犯タル[者ノ]行為カ單純一罪ヲ構成シ連續犯ヲ以テ論スヘカラサル……ヲ以テ從犯タル[者ノ]幫助行為カ連續シテ數回ニ行ハレタリトスルモ單一ノ正犯行為ヲ幫助シタルニ過キサレハ連續犯ヲ構成スルコトナシ」としていた。また、大判大正6年10月1日刑録23輯1040頁も、行為

者が他人の住居に侵入して住人を殺害する計画を知ったうえで、被告人が雨戸を外して犯人の侵入を手助けしたという事案について、「正犯ノ實行シタル家宅侵入ノ行爲ト殺人ノ行爲トノ間ニ手段結果ノ關係アリテ一ノ牽連犯トシテ處分スヘキモノナル以上右兩行爲ヲ容易ナラシメタル被告……ノ行爲モ亦一ノ牽連犯トシテ刑法第 54 條第 1 項後段ヲ適用處分スルヲ相當トスル」としていた。こうした判例の前提は、「從犯ハ正犯ノ犯行アルニ因リテ成立シ從屬的關係ニ於テ罪責ヲ負フモノナルヲ以テ假令從犯ノ幫助行爲ハ一回ナリトスルモ正犯ニ於テ意思繼續シテ數回ノ犯行ヲ爲シタル時ハ連續犯タル正犯ニ對スル從犯トシテ其ノ責ニ任セサルヘカラス」（大判昭和 7 年 5 月 30 日刑集 11 卷 732 頁）とされ、「從犯ノ犯罪ハ正犯ノ犯罪ニ附隨シテ成立スルモノナレハ從犯ノ行爲カ連續犯ナリヤ否ハ正犯ノ行爲カ連續犯ナリヤ否ニ因リテ決スヘキモノナルコト勿論ナリトス」（大判昭和 15 年 10 月 21 日刑集 19 卷 718 頁）とされていることから明らかなように²⁰⁾、共犯の從属性にもとづいていた²¹⁾。こうした論理は、教唆犯における完全罪数從属の立場と同様であり、さらには從属の内容や程度を明示していない点でも同様であった。

2 しかし、昭和の時代に入ると、完全罪数從属を前提とする裁判例と成立罪数從属を前提とする裁判例が併存するようになっていった。後者の裁判例として、大判昭和 5 年 12 月 12 日刑集 9 卷 862 頁は、被告人が 1 個の行爲で、甲と乙のそれぞれに対して拳銃および火薬類を譲渡したという事案について、「一箇ノ行爲ヲ以テ一面甲ノ拳銃火薬類ノ譲渡行爲ヲ幫助スルト同時ニ他面乙ノ拳銃ノ授受又ハ火薬類ノ譲受行爲ノ實行ヲ容易ナラシメタル場合ニ於テハ幫助者タル從犯ノ行爲ハ即チ一箇ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸ルルモノニ該當シ右甲乙兩者ノ正犯ノ數ニ應シ數罪成立スルモノトシテ併合罪ヲ以テ論スヘキモノニ非ス」とした。また、大判昭和 17 年 8 月 11 日法律新聞 4794 号 16 頁は、「從犯ハ正犯カ少クトモ實行々爲ニ着手スルニ因リ初メテ成立スルモノナルモ從犯カ想像的競合ヲ構成スルヤ連續犯ヲ構成スルヤ將タ併合罪ヲ構成スルヤハ正犯ノ罪數ヲ標準トシテ之ヲ決定スヘキモノニ非スシテ從犯ノ行爲自體ヲ標準トシテ之ヲ決定スルヲ相當トス」とし（被告人が複數

回にわたって、密輸出するための金塊を提供したという外国為替管理法違反の事案)、大判昭和17年10月20日法律新聞4810号5頁は、「従犯を併合罪として處斷すべきや或は一罪として處斷すべきやは幫助行為自体を基準として之を定むべく従犯が正犯に従屬して成立することにより推論して正犯の數若は正犯が併合罪として處斷せられ或は一罪として處斷せらるゝやに依り従犯の罪數を論決せざるを以て相當とす」として(被告人が、需給関係調整措置に違反するレザールの作成を意図する3名の者に対して、連続的に資金提供をしたという事案)、成立罪数從属の立場を極めて明快に判示している。

その後、最高裁になってからは、成立罪数從属の立場が徐々に定着していった。たとえば、最大判昭和30年10月12日刑集9巻11号2159頁は、被告人が1個の行為によって、ダイナマイト等の密輸出を幫助するとともに朝鮮人の不法退去を幫助したという事案について、被告人の行為はそれぞれ別個の構成要件に当たるとしたうえで、「密輸出の所為並びに朝鮮人不法退去幫助の所為は、一個の行為で数個の罪名に触れる場合であるから」観念的競合として処断されるべきものとしている。また、最決昭和42年12月14日刑集21巻10号1396頁は、被告人が3名の者に対して、それぞれ拳銃購入の斡旋をして銃砲刀剣類等取締法違反を幫助したという事案について、「原判決は……幫助行為自体を三個の行為と判断したものと解されるから、幫助行為自体が一個であることを前提とする所論引用の判例は、前提を異にし本件に適切でない[i]」として、上告を棄却している。さらに、教唆犯との関連で54条1項という行為の一個性が争われた事案においても、教唆犯の行為を基準として判断すべきことが示されており、成立罪数從属の立場が明らかにされているところである(最決昭和46年9月28日刑集25巻6号798頁)²²⁾。

3 以上のような状況を見れば、幫助の罪数に関する裁判例の動向は、教唆の罪数に関する裁判例の動向とは明らかに異なり、完全罪数從属の立場が主流のものと見ることはできない²³⁾。むしろ、一連の最高裁判例において、成立罪数從属の立場が徐々に確立されていった事実をうかがうことができる²⁴⁾。前掲の最大判昭和30年の段階では、その処断方法については「別に

いうまでもない」として当然の帰結であるとする評価が見られた²⁵⁾一方で、「最高裁判所がこれ〔昭和30年大法院判決〕によって従来のほとんど確立されたと見られる判例の変更を意図したものであるかどうかはきわめて疑問であり……、判例の一般的態度がこれによって変わったと断定するにはまだ躊躇せざるをえない。なお今後の判例の動きを見まもるほかはないであろう」という慎重な評価もなされていたところである²⁶⁾。しかし、その後の昭和42年決定および昭和46年決定を見れば、共犯の成立上の罪数だけを正犯の罪数に従属させて判断するという立場の確立を看取することができる。

また、その後、最判昭和56年7月17日刑集35巻5号563頁は、ストリップ劇場の照明係である被告人が、舞台上で演じられた男女2組の公然わいせつ行為に照明を当てて幫助したという事実について、「本件は踊り子及び男客の正犯が共同して犯した一個の公然わいせつ行為を被告人が幫助したもの」と判断した原審（千葉簡裁）の略式命令に対して、処断刑の超過を理由として検事総長が非常上告をした事例が見られる。公然わいせつ行為を同時的になされた別個のものとする非常上告は、「被告人の右幫助行為は、一個の行為と評価される場合にあたり、刑法54条1項前段の観念的競合の関係にあるものと解するのが相当である」と主張して、共犯行為を標準として処断を判断する成立罪数従属の立場を明示したものであった。本件自体は共犯の罪数が直接的に争われた事案ではなかったものの、当時の検察実務においては、すでに成立罪数従属の立場が当然視されていたことをうかがわせる点で重要なものである²⁷⁾。

以上のような裁判例の動向は、教唆関係の裁判例と幫助関係の裁判例を一括した形で、共犯の罪数について完全罪数従属の裁判例が主流であるとする見方は、一般論としても全く適切なものではないことを示している²⁸⁾。

注

- 20) さらに、東京高判昭和32年2月24日高刑裁特5巻2号56頁は、数回にわたって安物の生地（合計52反）を正犯に提供することによって正犯の詐欺行為を手助けしたという事案について、「正犯を幫助した従犯は正犯に従属する犯罪形式であって、

数人または数個の正犯を幫助した場合は従犯も亦数個成立する。このことは、幫助者の幫助行為が1個たると数個たるとによって異なるわけではない」としていた。

- 21) また、完全罪数従属の結論だけを示す裁判例として、大判大正10年3月14日刑録27輯169頁、大判昭和15年10月19日大審院判決全集7輯36号25頁。
- 22) 鬼塚賢太郎「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和46年度』（法曹会、1972年）187頁参照。
- 23) 西田典之「判例批評」同『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）395頁。
- 24) 佐藤文哉「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和57年度』（法曹会、1986年）71頁。
- 25) 岩田誠「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和30年度』（法曹会、1956年）268頁。なお、大塚仁/川端博編『新・判例コンメンタール 刑法3』（三省堂、1996年）346頁〔奈良俊夫〕。
- 26) 中野次雄「判例批評」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第17巻 昭和30年度』（有斐閣、1966年）256頁。
- 27) 稲田輝明「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和56年度』（法曹会、1985年）220頁は、「本件非常上告は、従来の大審院の主流の判例と対立する罪数理論を前提としており、判例変更を促す意図があったようにも思われる」と指摘している。さらに、飛田清弘「判例批評」警察学論集35巻12号（1982年）139頁。
- 28) 内田・前掲注3）194頁は、このような一般論の存在が議論を無用に混乱させていたと指摘している。

(3) 裁判例に対する学説の反応

特に教唆犯に関するものを中心として、完全罪数従属の結論を明示する裁判例に対しては、それを積極的に支持する学説も少ないというわけではなかった²⁹⁾。その根拠は、必ずしも明らかにされていたわけではないが、共犯の従属性に求められていたと言えよう。たとえば、「正犯行為の単複に依存して共犯の罪数を定めるべきことは、共犯従属性説の当然の帰結であって、そのことが否定されるときは、共犯従属性説の根底がくずれる」とするものがある³⁰⁾。しかし、そこでも、共犯の従属性が指摘されているだけで、共犯行為を標準に共犯の罪数を判断するとなぜ「共犯従属性説の根底がくずれる」ことになるのかについては、何も明らかにされてはいない。

こうしたことから、完全罪数従属の裁判例に対しては、共犯独立性説の立場からの批判は当然として³¹⁾、共犯従属性説からも厳しい批判が加えられていた。たとえば、小野博士は、間接教唆に関する前掲大判昭和2年に対する評釈において、「此の如きは謂ゆる『共犯の従属性』なる理論の最も悪い適用の一つだと考へる」としていた³²⁾。それは、とりもなおさず、「共犯の従属性を過度に強調」することへの批判であったと言ってよい³³⁾。もっとも、完全罪数従属を明示する裁判例に批判的な学説にも、ふたつのものがありうることは注意が必要である。同じく「従属性の過度の強調」と言う場合であっても、成立上の罪数の場面においては正犯罪数の従属を認めたとうえで、処断の場面だけは共犯行為を標準とすべきだと考えることができる（成立罪数従属）一方で、成立および処断のいずれの場面においても共犯行為だけを標準に判断すべきだと考えること（本来の意味での共犯行為標準）もできるからである。

こうしたなかで、後に検討する昭和57年最高裁決定は成立罪数従属を認めるものであり、その結論は一般に広く支持されている³⁴⁾。しかし、その一方では、本来の意味での共犯行為標準の立場から、成立罪数従属への疑問を提起していると思われる指摘も見られる。たとえば、「共犯の従属性とは、共犯の成立には正犯の実行行為があつたことを必要とするという意味であつて、共犯の罪責はそれ自身の行為にもとづくものと解すべきである」とされ³⁵⁾、「共犯の行為は、共犯行為としての『実行行為』であり、45条以下の犯罪（行為）にはほかならないと解する以上は、その罪数も、共犯行為そのものについてこれを定めるべきことになる」とされていたところである³⁶⁾。

注

- 29) たとえば、大場茂馬『刑法総論 下巻』（中央大学、1917年）1075頁、島田武夫『日本刑法新論』（松華堂書店、1924年）384頁、平井彦三郎『刑法論綱総論』（松華堂書店、1930年）461頁以下、草野豹一郎「判例批評」同『刑事判例研究 第1巻』（巖松堂、1934年）100頁、同『刑法要論』（有斐閣、1956年）178頁、安平政吉『新修刑法総論』（酒井書店、1960年）363頁、西村克彦『犯罪形態論序説』（有信堂、1967年）258頁以下。
- 30) 西村克彦「共犯と罪数」同『共犯理論と共犯立法〔新版〕』（信山社、1992年）82頁。

- 31) たとえば、牧野英一「教唆犯の犯罪個数」同『刑法研究 第1巻』（有斐閣，1919年）121頁以下，市川秀雄『刑法総論』（春秋社，1955年）347頁。
- 32) 小野清一郎「判例批評」同『法學評論 上』（弘文堂書房，1938年）190頁。
- 33) 「従属性の過度の強調」を明確に指摘して批判するものとして，団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社，1990年）385頁，387頁，大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣，2008年）289頁。
- 34) たとえば，中山善房「観念的競合と牽連犯」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）330頁以下，大野平吉「判例批評」判例評論288号（判例時報1061号，1983年）57頁以下，中野次雄「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）204頁以下，島岡まな「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）208頁以下，井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）520頁，福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣，2011年）257頁以下，大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂，2012年）496頁，山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣，2016年）409頁以下。
- 35) 団藤編・前掲注2）792頁〔福田平〕。
- 36) 内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）〔補正版〕』（青林書院，2004年）354頁。さらに，同様の趣旨の指摘として，小野・前掲注32）194頁，香川達夫『包括の一罪』総合判例研究叢書 刑法（13）（有斐閣，1959年）165頁，平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（有斐閣，1975年）428頁以下。

IV 昭和57年最高裁決定

（1）昭和57年決定の意義

このような状況のもとで出されたのが，昭和57年の最高裁決定であった（最決昭和57年2月17日刑集36巻2号206頁）。それは，覚せい剤を密輸入するための仕入資金として正犯から預かっていた現金等を被告人が銀行保証小切手に換えて正犯に交付し，正犯がそれを2回の覚せい剤密輸入のために使用したという事案に対して，幫助犯の罪数判断について，「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによつて成立するものであるから，成立すべき幫助罪の個数については，正犯の罪のそれに従つて決定されるものと解するのが相当で

ある」として、成立上の罪数は正犯の罪数判断に従属するものであるとした。そのうえで、その処断との関係では、「幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法 54 条 1 項にいう一個の行為によるものであるか否かについては、幫助犯における行為は幫助犯のした幫助行為そのものにほかならないと解するのが相当であるから、幫助行為それ自体についてこれを見るべきである」として、本件の「被告人の幫助行為は一個と認められるから、たとえ正犯の罪が併合罪の関係にあつても、被告人の二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪は観念的競合の関係にあると解すべきである」としたのである。本決定は、幫助犯の成立上の罪数とその処断を 2 段階に分けて考察することによって、成立罪数従属の立場を明らかにしたのである。

本決定は幫助犯の罪数に関する事例判例ではあるが、その射程は従属的共犯としての法的性格（処罰根拠）を同じくする教唆犯にも当然に及ぶべきことになる³⁷⁾。したがって、本決定は、幫助犯の罪数に関する従来の最高裁判例を改めて確認したものであると同時に、教唆犯の罪数に関する裁判例の不統一に最高裁として決着をつけたものと見ることができる。他方、本決定の射程が（共謀）共同正犯にまで及ぶかについては、必ずしも理解が一致していない。共同正犯には射程が及ばないとする立場は、共同者が互いに行為を利用補充し合う関係にある共同正犯は単独正犯と構造が同じであることを根拠とする一方で³⁸⁾、及ぶとする立場は、共同正犯も複数の者が関与する点で従属的共犯の場合と異なることを根拠としている³⁹⁾。共同正犯は、広義の共犯現象（同一犯罪に複数の者が関与する）という点では従属的共犯の事案と異なるが、その成立が犯罪の「共同」に求められることからすれば、単独正犯の場合の罪数判断と同じになるべきであると思われる⁴⁰⁾。裁判例もそのようなものであり（大判大正 5 年 11 月 8 日刑録 22 輯 1693 頁，大判大正 8 年 8 月 4 日刑録 25 輯 911 頁，最判昭和 25 年 8 月 9 日刑集 4 卷 8 号 1562 頁，最大判昭和 28 年 6 月 17 日刑集 7 卷 6 号 1289 頁），妥当な結論であるとする⁴¹⁾。

注

37) 大越義久「判例批評」『昭和 57 年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 792 号

(1983年) 168頁, 佐藤・前掲注24) 73頁, 西田・前掲注23) 399頁。他方, 飛田・前掲注27) 140頁は, 教唆犯とされる事案の多くが共謀共同正犯として処理されている現状との関係で, 本決定の射程を教唆犯に及ぼすと不都合な事態が生じるとしている。しかし, 後にも言及するように, 実務上の不都合によって理論的な帰結を曲げることはできない。

- 38) 佐藤・前掲注24) 73頁以下。
- 39) 大越・前掲注37) 168頁, 山火正則「判例批評」平野龍一/松尾浩也/芝原邦爾編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第3版〕』別冊ジュリスト111号(1991年)213頁, 西田・前掲注23) 399頁。
- 40) 大塚ほか編・前掲注25) 236頁〔川崎一夫〕, 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 第1巻』(立花書房, 2006年)570頁〔高橋則夫〕, 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巻〔第2版〕』(青林書院, 1999年)434頁以下〔佐藤〕。
- 41) これらのうち最判昭和25年は, 連続犯としての処断を認めるものであるが, それは連続犯規定が削除される以前の事案で, 連続犯の成立が極めて緩やかに認められていたという当時の事情による(大判大正元年11月5日刑録18輯1335頁参照)。その後, 戦後の刑事司法手続の改編(不利益再審の廃止〔憲39条, 刑訴435条〕)にともなう連続犯の不都合(広範な一事不再理効)を回避するために連続犯規定が削除(昭和22年法124号)されて以降は, 包括一罪として評価することができない本事案は, 併合罪として処断されることになる。なお, 中野次雄『逐条刑法改正の研究』(良書普及会, 1948年)77頁以下, 佐伯千仞「連續犯」小野博士還暦記念『刑事法の理論と現實(1) 刑法』(有斐閣, 1951年)259頁以下, 小野清一郎「連続犯と包括一罪」同『刑罰の本質について・その他』(有斐閣, 1955年)310頁以下, 虫明満『包括一罪の研究』(成文堂, 1992年)174頁以下, 参照。

(2) 共犯の罪数判断

共犯の罪数との関係で, 昭和57年決定は, 「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによって成立するものであるから, 成立すべき幫助罪の個数については, 正犯の罪のそれに従つて決定されるものと解するのが相当である」とした。この点については, 一般に, 罪数判断における構成要件標準説と共犯の法的性格(従属性)から導かれたものと理解されている。たとえば, 「共犯行為を原則として他人の犯罪行為への加担と考えるならば, 共犯の構成要件は

正犯の実現した構成要件と総則の共犯規定との結合によって構成されるのであるから、通説たる構成要件標準説によれば、共犯の実体法上の罪数も、正犯行為によって充足された構成要件の種類、回数を基準とすることになる」とされている⁴²⁾。たしかに、共犯の実行従属性を前提として構成要件標準説によって罪数を判断すれば、本決定のような判示となることは容易に理解できる。しかし、本決定をこのようなものとして理解することは、犯罪が「成立している」ことを仮定したうえで罪数が判断されることとは調和しないように思われる。むしろ、正犯の罪数に従って共犯の罪数が決定されるという論理は、極端従属形式と強く結びついていることを推測させる。極端従属形式によれば、正犯の犯罪が成立していることを当然の前提として共犯の罪数を判断することができるからである。他方、学説の多くが前提とする制限従属形式によれば、正犯行為が構成要件を充足して違法である以上は従属的共犯の成立が認められることになるから、責任阻却事由があるために正犯には犯罪が成立しない場合であったとしても、教唆罪ないしは幫助罪の成立を否定しえない。制限従属形式を前提とする限り、正犯の罪数と共犯の罪数は一致しないことがあり、その意味で、正犯の罪数への従属が否定されるべきことになる⁴³⁾。したがって、共犯の罪数に関する本決定の判示は、実行従属性の問題なのではなく、要素従属性における従属形式をめぐる問題であったように思われる。

もっとも、実際のほとんどの事案においては、制限従属形式と極端従属形式のいずれによっても結論（犯罪としての成否）が異なることはなく、本決定の事案もそうであったし、従来の裁判例で扱われた事案もそのようなものであった。その意味で、共犯の罪数に関する本決定の結論が広く支持されているのも理解できる。ただ、理論面においては、「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによって成立するものである」ことの内容を明らかにせず、多様な理解を可能にしている点で、本決定には「詰めの甘さ」があったものと言わざるをえない。

注

- 42) 西田・前掲注 23) 393 頁。さらに、中野次雄「共犯の罪数」齊藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』(有斐閣, 1964 年) 356 頁以下、宇津呂英雄「判例解説」研修 410 号 (1982 年) 54 頁、佐藤・前掲注 24) 68 頁以下、山火・前掲注 39) 21 頁。
- 43) 大越・前掲注 37) 167 頁、林・前掲注 1) 299 頁以下、同『刑法総論〔第 2 版〕』(東京大学出版会, 2008 年) 463 頁、内田・前掲注 3) 236 頁以下。

(3) 共犯行為の個数判断

1 共犯の罪数判断について、本決定は、共犯の行為を基準として判断すべきものとした。その背景には、従属的共犯の処罰規定を「修正された構成要件」とする理解がうかがわれる。従属的共犯に関するこうした理解は、異論のないところだと思われる。そうした理解を前提としても、共犯行為を基準として共犯の罪数を判断することについては、本件で特に問題となった行為の 1 個性との関係で困難が指摘されているところである。観念的競合における行為の 1 個性判断については、すでに昭和 49 年の最高裁大法廷判決が、構成要件の観点から実質的に判断していた従来の判例を変更して、「一個の行為とは、法的評価をはなれ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価をうける場合をいう」としていた(最大判昭和 49 年 5 月 29 日刑集 28 巻 4 号 114 頁)。このことを前提として、酒酔い運転罪と業務上過失致死罪との関係が観念的競合から併合罪に、無免許運転罪と酒酔い運転罪との関係が併合罪から観念的競合に、無免許運転罪と車検切れ車両運転罪との関係が併合罪から観念的競合に、それぞれ改められた(最大判昭和 49 年 5 月 29 日刑集 28 巻 4 号 114 頁, 151 頁, 168 頁)。最高裁は、1 個性が問題になる行為が複数の即成犯を同時に実現する場合には常に観念的競合として(1 個性の肯定)、即成犯と継続犯の場合には常に併合罪として処断され(1 個性の否定)、継続犯同士の場合には、重なり合いの程度に応じて観念的競合(全部的重なり)または併合罪(部分的重なり)として処断されることを明らかにしたのである。本決定における幫助行為の個数判断につ

いても、当然に昭和 49 年判決のこうしたアプローチが前提となっている。

2 観念的競合および牽連犯の科刑上一罪については、成立上は数罪でありながら、処断上の一罪として、それらのすべてについて一事不再理の効果が及ぶものとされている（最判昭和 33 年 5 月 6 日刑集 12 巻 7 号 1297 頁，最判昭和 37 年 4 月 26 日刑集 16 巻 4 号 449 頁）。科刑上一罪の場合には、それぞれの間で公訴事実の同一性が認められるからである⁴⁴⁾。また、そのこととも関連して、公訴時効については、成立が認められる数罪のうちで最も重い刑を科す犯罪の最終行為が終了した時点から進行するものとされている（最決昭和 41 年 4 月 21 日刑集 20 巻 4 号 275 頁，最決昭和 63 年 2 月 29 日刑集 42 巻 2 号 314 頁）⁴⁵⁾。そして、これらの実務を前提とする場合、正犯の処断が問題になる事案に比べて、共犯の処断の場合には困難な問題が生じるとされているのである。特に教唆犯の事案において、1 回の会話をそれぞれ別罪の実行を教唆し、被教唆者（正犯）が相当の時間的間隔をあけてそれぞれの犯罪を実現した場合、本決定の考え方によれば、正犯が併合罪となることから教唆罪も正犯の実現した犯罪に依じて数罪となるが、教唆行為が 1 個であることから教唆犯に成立する数罪は観念的競合として処断されるということになる。こうした処理が、一事不再理効と公訴時効との関係で不都合をもたらすことになると思われるのである⁴⁶⁾。また、実体法との関係についても、正犯行為が時間的・場所的にかき離れて行われた場合に共犯を観念的競合で処断することは、観念的競合の一罪性の意義（違法・責任の類型的な減少を根拠として併合罪よりも寛容に扱う）と調和しないとの指摘も見られる⁴⁷⁾。

以上のような不都合を回避するために、手続法との関係では、分割可能か分割不可能かによって 1 個性を判断する立場⁴⁸⁾や、正犯行為の 1 個性と共犯行為の 1 個性を区別的に判断する立場⁴⁹⁾、共犯を不作為犯的に理解する立場⁵⁰⁾が見られるほか、共犯の処断を含めた正犯罪数基準（完全罪数従属）への復帰を主張する立場さえも見られる⁵¹⁾。これらの立場は、それぞれに説得的な面を持っていることは否定できない。しかし、分割可能・不可能による区別は、共犯の処断における観念的競合の存在を事実上否定してしまう（ほとん

どが分割可能とされて併合罪で処断される) ことになりかねない。また、区別的に判断する立場は、行為の1個性に関する最大判昭和49年との整合性に疑問があるし、共犯の不作为犯的構成は、そのこと自体が技巧的だとの批判がありえよう。さらに、完全罪数従属への復帰は、手続的な不都合を回避するために実体的に適切な罪数判断のあり方を変更するものであり、本末転倒な議論と言わざるをえない⁵²⁾。

注

- 44) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法 第8巻〔第2版〕』(青林書院, 2011年) 228頁以下〔田口守一〕, 松尾浩也/岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 III』(青林書院, 2012年) 241頁以下〔前田巖〕, 参照。
- 45) 河上ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第5巻〔第2版〕』112頁以下〔吉田博視〕参照。
- 46) たとえば、大塚ほか編・前掲注40) 632頁〔安廣文夫〕, 只木誠「観念的競合・牽連犯」西田典之/山口厚/佐伯仁志編『刑法の争点』ジュリスト増刊(2007年) 125頁。
- 47) 只木誠「共犯の罪数」同『罪数論の研究〔補訂版〕』(成文堂, 2009年) 150頁以下。
- 48) 中野・前掲注42) 352頁。
- 49) 西田・前掲注23) 397頁。
- 50) 只木・前掲注47) 153頁以下。
- 51) 宇津呂・前掲注42) 57頁。
- 52) 西田ほか編・前掲注3) 918頁〔嶋矢貴之〕。

むすびに代えて

以上、正犯の罪数との関係で、共犯の成立上の罪数と処断について、ドイツでの動きをも参考にしつつ、最決昭和57年への収束状況を確認したうえで、最決昭和57年の内容を見てきた。成立上の罪数については、決定内容が明確になっていない憾みはあるものの、成立罪数従属の立場は基本的に支持しうるものである。また、共犯行為を基準として共犯の処断を判断する立場も、従属的共犯を修正された構成要件とする理解と整合的なものであり、支持しうる。他方、後者との関係では、すでに見たように、いくつかの困難

が指摘されているところであり、現時点で満足のいく解決策は提示されるまでには至っていない⁵³⁾。しかし、観念的競合の一罪性の意義（実体法上の理論的問題）を含めて、これらの一連の問題は、最大判昭和49年から派生（あるいは内在）するものであり、それを前提とする限りは完全な解決はありえないものとも言えよう。

なお、共犯の処断をめぐって指摘された手続法上の問題点と同様の困難は、常習累犯窃盗罪と軽犯罪法1条3号（侵入具携帯罪）について、「機会を異にして犯された常習累犯窃盗と侵入具携帯の両罪は、たとえ侵入具携帯が常習性の発現と認められる窃盗を目的とするものであったとしても、併合罪の関係にあると解するのが相当である」とした最高裁決定（最決昭和62年2月23日刑集41巻1号1頁）を契機として、実体法上の一罪と既判力との関係で議論されているところである⁵⁴⁾。その意味では、罪数をめぐる手続法上の問題は、正犯そのものの成立罪数と処断をめぐっても生じうるものであり、「共犯の罪数と処断」に特有のものとして特に強調しなければならないというものではない。

注

53) さらに、亀井源太郎「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）215頁、星周一郎「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）215頁。

54) 中森喜彦「判例批評」ジュリスト878号（1987年）57頁、的場純男「判例批評」研修471号（1987年）57頁、渡辺保夫「判例批評」『昭和62年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊910号（1988年）159頁、高橋省吾「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和62年度』（法曹会、1990年）4頁以下。さらに、丸山雅夫「罪数」町野朔/丸山雅夫/山本輝之編『プロセス演習 刑法総論・各論』（信山社、2009年）173頁以下。

* 本稿は、南山大学2016年度パツヘ研究奨励金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。