論　説

共犯の過剰について㈠

長井長信

第一章　問題の所在
第二章　わが国の問題状況
　第一節　わが国の判例
　第二節　わが国の学説　（以上、本号）
第三章　ドイツの議論　（以下、次号）
第四章　私見の展開

第一章　問題の所在

一　「共犯と錯誤」をめぐる問題には、①同一共犯形式内の錯誤として、共同正犯・教唆犯・幇助犯における直接実行行為者（共同行為者・被教唆者・被幇助者）の行う「実行行為」ないし「犯罪結果」に関して他の関与者に錯誤がある場合と、②共犯の形式（ないし関与形態）そのものについて錯誤がある場合とに分けられる。本稿はとくに、

前者のうち、実行行為者の実現した犯罪結果が他の関与者にとって「過剰」な場合、いわゆる「共犯の過剰」[1]と言われる問題を考察の対象とするものである。

共犯の過剰とは、共同正犯における実行分担者、教唆犯における被教唆者、幇助犯における被幇助者など[2]のような、直接的な法益侵害（危険）行為を実行する者（以下では単に「実行行為者」と呼ぶことがある）が実現した事実（実行行為）が、他の関与者（共同行為者・共謀者、教唆者、幇助者など。以下では、単に「共犯者」と呼ぶことがある）の表象（認識・予見）事実と食い違う（逸脱する）場合である。そのような食い違いは、① 同一構成要件内において、行為態様や被害者の数などが「過剰な」場合もあれば、② 異なる構成要件にまたがる「過剰な」（重い）犯罪を実現した場合もある。わが国で「共犯の過剰」として論じられるのは、もっぱら後者についてである。[3]

また、過剰が生ずる事由として、① 実行行為者の「故意」行為による場合、② 客体の錯誤あるいは方法の錯誤などの「錯誤」による場合、さらに ③ 実行行為者が当初の実行行為とともに「過失」行為を（あるいは「過失」行為のみを）行う場合などが考えられる。①事例の場合には、共犯者の表象事実と実行行為者による実現事実との間にそもそも因果関係が認められるか、といった点が問題となることのほうが多いであろう。また、④ 実行行為者が結果的加重犯を実現した場合にも、共犯者にとっては意外の過剰結果であって、広い意味で「共犯者の過剰」と言うことができる。ただ、「結果的加重犯の共犯」の問題はそれ自体として固有の問題領域を形成していることもあり、[4]ここでは、本稿の問題関心と関連する限度で取り上げるにとどめる。

二　さて、共犯の過剰をめぐる問題については、とくに共同正犯を中心に、いわゆる行為共同説と犯罪共同説との対立として議論されてきた。

たとえば、Xが傷害の故意で、Yが殺人の故意で犯行に加わった場合、[5]その具体的処理として、(a) 結果として殺人があったことを重視し、まず「殺人（未遂）罪の共同正犯」を認めたうえで、殺意のないXには、刑法三八条

二項により、傷害の限度で刑責を負わせる解決（完全犯罪共同説）、反対に、(b) 共同正犯といっても、結局は各人がそれぞれ自己の犯罪を実現する場合にほかならず、共同できるのは行為にほかならないという前提から、Xは傷害行為を共同し、Yは殺人（未遂）行為を共同したことになるとして、端的に「傷害罪と殺人（未遂）罪の共同正犯」を認める解決（行為共同説）、さらに、(c) 各行為者の意思（主観）と現実の結果（客観）とが一致する範囲でのみ共同正犯を肯定しうるという前提から、X・Yに「傷害（致死）罪の共同正犯」を認めたうえで、さらにYに対しては「傷害（致死）罪の共同正犯」を含んだ「殺人（未遂）罪の単独犯」を考える解決（部分的犯罪共同説）が考えられる。[6]

ただ、この対立を共同正犯のみの問題とする見解[7]に対して、通説はこれを共犯全体に関わる罪名従属性の問題として捉えている。[8]通説の理解に立てば、行為共同説は共犯者間で異なった犯罪の成立を認める「罪名独立(性)説」（ないし「数罪または別罪共同説」）を、犯罪共同説はこれを認めない「罪名従属(性)説」（ないし「一罪または同罪共同説」）を意味することになる。[9]もっとも、部分的犯罪共同説は一般に、たとえば「強盗」正犯について「窃盗」教唆犯を認めることから罪名独立性説に立つものとされるが、強盗と窃盗が「重なり合う（窃盗という同一犯罪の）限度」で教唆犯が成立しているという意味では罪名従属性を維持しているとも言えるわけであり、罪名従属性については実は二義的な側面をもっているように思われる。狭義の共犯に関しては、錯誤論の応用として解決できるとするのが一般であったが、犯罪共同説か行為共同説かの対立と罪名従属性説か罪名独立性説かの対立とを相互に関連づけ、整合的に説明をする必要があるように思われる。以下では、諸学説が示すこれらの解決方法を念頭に置いたうえで、判例および学説を考察することにしたい。

なお、共犯の過剰における罪名と科刑の問題は、上述の犯罪や共犯の本質論、あるいは親族相盗例（刑法二四四条、二五一条、二五五条）の適用有無といった実体法上の問題にとどまらず、さらには、判決文における法令適用の

記載方法だけでなく、公訴時効期間（刑訴法二五〇条）の決定、権利保釈事由（同八九条一号～三号）の有無、出頭義務の有無（同二八四条、二八五条）、必要的弁護事件か否か（同二八九条一項）、簡易公判手続の決定（同二九一条の二）など、訴訟法上も重要な意味を有する。[10]

注

（1）これに対して、たとえば、①殺害を命じたところ傷害にとどまった場合、②強盗を教唆したところ窃盗にとどまった場合などのように、共犯の「過小（不足）」と呼びうる場合も考えられるが、本稿では考察の対象とはしない。とくに②の問題につき、中山研一・刑法総論（成文堂、一九八二）五〇四頁、香川達夫・共犯処罰の根拠（成文堂、一九八八）六九頁以下、同・刑法講義〔総論〕第三版（成文堂、一九九五）四二八頁、内田文昭・改訂刑法Ⅰ（総論）（青林書院、一九八六）三三二頁、曾根威彦・刑法総論（新版補正版）（弘文堂、一九九六）二八八―二八九頁など参照。

（2）複数関与者間における表象内容と実現事実との齟齬という観点からは、この他に、間接正犯における被利用者（道具）の過剰行為なども考えられるが、わが国ではそれ自体としては論じられていないので、本稿の考察対象とはしない。なお、ドイツでは、行為支配（Tatherrschaft）が欠けることを理由に過剰結果の帰責を否定するのが一般であるが、さほど活発な議論はなされているわけではない。Vgl. dazu Hans-Heirich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 62 III 3 (S. 672); Roxin, LK, 11. Aufl. 1993, § 25 Rdn. 148.

（3）ドイツでは、同一構成要件内における「客体の錯誤」や「方法の錯誤」の場合や、行為態様の逸脱、あるいは、択一的構成要件における別種の構成要件要素の実現の場合なども議論の対象とされることがあるが（たとえば最近のものとして、Karsten Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß, 1994）、わが国では通常、「共犯の錯誤」とは、異なる構成要件にまたがる逸脱を問題にしている。

同一構成要件内の錯誤について（抽象的）法定的符合説をとる通説的見解によれば、実行行為者と共犯者との表象に不一致があっても、それが構成要件的に重なり合う限り、発生結果についての故意責任が否定されることはなく、判例と同様の解決がなされるはずである。

しかしながら、客体の個数について実行行為者と共犯者との間に意思の齟齬が生じた場合にはやはり、いわゆる「数故意犯説」と「一故意犯説」の対立が表面に現れることになろう。この点についての指摘は従来必ずしも明確でなかったように思われ

るが、共犯の錯誤は単独犯の錯誤の応用であり、両者は「本質的に異なるところはない」とすれば（たとえば、福田平・全訂刑法総論〔第三版〕（有斐閣、一九九六）二八八―二八九頁、大塚仁・刑法概説（総論）〔改訂増補版〕（有斐閣、一九九二）二九一頁、川端博・刑法総論講義（成文堂、一九九五）五八三頁）、方法の錯誤についての故意の個数の問題は、共犯の錯誤についても生ずるはずである。たとえば、(イ) X・Yが共謀してAを殺害するつもりで拳銃を発射したところ、A・B双方に（死亡あるいは傷害いずれかの）結果を発生させた場合、あるいは、(ロ) XはAのみを殺害する意図で、YはAとBの両方を殺害する意図で共同した場合において、① Aに向けて発射した弾丸が逸れてBに当たりBが死亡した場合、② A・B双方死亡した場合などにおいて、同じ法定的符合説内部においても、数故意犯説と一故意犯説とではその解決が異なり得るように思われる。

(4) 結果的加重犯の共犯をめぐる問題状況につき、丸山雅夫・結果的加重犯論（成文堂、一九九〇）三三九頁以下、橋本正博「結果的加重犯の共犯」阿部純二ほか編・刑法基本講座第四巻（法学書院、一九九二）一五三頁以下参照。

(5) 最決昭和五四年四月一三日刑集三三巻三号一七九頁参照。

(6) 内田文昭「部分的共同正犯について（一）」警察研究六二巻七号（一九九一）四頁、酒井安行「共犯過剰」阿部純二ほか編・刑法基本講座第四巻（法学書院、一九九二）一五三頁以下参照。

(7) たとえば、木村亀二・刑法の新構造(下)（有斐閣、一九六八）二四八頁、福田・全訂刑法総論〔第三版〕二六一頁注(一)、香川達夫・刑法講義〔総論〕第三版三三七頁および三三八頁注(1)、高橋則夫・共犯体系と共犯理論（成文堂、一九八八）二〇一頁以下。なお、荘子邦雄・刑法総論〔第三版〕（青林書院、一九九六）四四七―四四八頁および四五〇頁注(2)参照。

(8) たとえば、中義勝・講述犯罪総論（有斐閣、一九八〇）二一九頁以下、平野龍一・刑法総論II（有斐閣、一九七五）三六四頁、中山研一・刑法総論（成文堂、一九八二）四四九頁以下、大塚・刑法概説（総論）（改訂増補版）二四四頁注(一四)、大谷實・刑法講義総論〔第四版補正版〕（一九九六）四一三頁、野村稔・刑法総論（成文堂、一九九〇）三八一頁注(2)、川端・刑法総論講義四九三頁など。

(9) 植田重正「共犯と錯誤」同・共犯論上の諸問題（成文堂、一九八五）一五二―一五三頁（初出、関西大学法学論集八巻三号（一九五八））、平野・刑法総論II三六四―三六五頁参照。なお、高橋・共犯体系と共犯理論二〇三頁も参照。

(10) 土本武司・判例タイムズ三八七号（一九七九）四六頁、西村克彦・判例評論二五〇号（＝判例時報九四一号）（一九七九）四二頁、松本光雄・最高裁判所判例解説刑事篇昭和五十四年度（法曹会、一九八三）七五―七六頁など参照。

第二章　わが国の問題状況

第一節　わが国の判例

ここではまず、わが国の判例の展開を概観し、[1] 問題の所在を確認することにしよう。

一　共同正犯

1　刑法上同一評価に服する場合

判例は、共犯者の表象事実と実行行為者の実現事実とが構成要件的に重なり合わない場合には、実行行為者と共犯者との共犯成立を認めず、実行行為者が実現した過剰な部分については、実行行為者の単独犯とするのが通例である。[2]

これとは逆に、共犯者の表象事実と実行行為者の実現事実が結局のところ刑法上同一の評価に服するような場合には、表象事実と実現結果の食い違いにもかかわらず、共同正犯の成立を肯定している。たとえば、〔一〕名古屋高裁昭和三五年一〇月五日判決（高刑集一三巻八号六〇一頁）は、準強盗の共謀をした者の一人が、他の者に諮ることなく暴行を加えて金員を強取した事案について、「両者〔準強盗と強盗〕は共に強盗罪としての刑法的評価に服するわけのものであるから、現実にその実行行為としての強盗を行わなかった他の共犯者全員について又強盗罪の成立がある」として、共同正犯の成立を認め、また、〔二〕福岡高裁昭和三六年八月三一日判決（高刑集一四巻五号三四一頁）も、強盗を共謀したうえ、窃盗に着手した後、共犯者の一人が家人に発見されその者を殺害した事案について、事後強盗罪・強盗致死罪の共同正犯を認めている。

2　構成要件に重なり合いがある場合

これに対して、共犯者の表象事実（a構成要件）と実行行為者の実現事実（b構成要件）との間に何らかの意味において構成要件的に重なり合いが認められる場合については、判例の解決は分かれていた。[3]

大審院時代の判例には、重い犯罪と軽い犯罪との共同正犯を認め、その意味では行為共同説に依拠したものと理解しうる判例がある。たとえば、〔三〕大審院大正五年一一月八日判決（刑録二二輯一六九三頁）は、「数人共謀して各自同時に個個の人を殺害したるときは其の各自の方面に数個の殺人罪名触るる一個の行為あるものと解すべき」であるとする。「各自の方面」に「数個」の共同正犯が成立するのであるから、「犯罪共同説」では説明しにくい側面をもつ。[4] もっとも、本判例については、犯罪共同説的な理解も十分可能であるとの見解も示されており、[5] 必ずしもはっきりしない。戦後の下級審にも同様の処理をするものが見受けられた。たとえば、〔四〕東京高裁昭和二七年九月一一日判決（判特三七号一頁）は、暴行・傷害の共謀で死亡させた事案につき、原判決が、Xの所為に対して殺人罪を、Y・Zの所為について傷害致死罪を適用しながら、共謀者全員に対して共同正犯の規定を適用処断したからといって、原判決に擬律錯誤の違法があるものということはできないと述べ、また、〔五〕東京地裁八王子支部昭和三三年一二月二六日判決（一審刑集一巻一二号二一五八頁）は、数名で殴り込みをかけ、そのうちのXが殺意をもって一人を殺害し、三名に傷害を負わせた事案につき、Xは殺人罪ないし殺人未遂罪に、その余の各被告人は傷害致死罪ないし傷害罪に該当し、「以上につき各刑法第六〇条」の関係があるとした。

反対に、重い犯罪の共同正犯が成立し、軽い犯罪の限度で処断されるとして、完全犯罪共同説的解決を示した判例として、まず、〔六〕最高裁昭和二三年五月一日判決（刑集二巻五号四三五頁）は、Xが窃盗の意思で見張りをしたところ、Yらが強盗を働いた事案について、「被告人〔X〕は犯行当時窃盗の犯意しか持つて居らず共犯者である判示Y等の強盗の行為は被告人の予期しないところであつたから、この共犯者の予想外の行為については被告人に

その責任を問うことはできず、同法第三十八条第二項に依つて結局同法第二百三十五条の刑責を負はしめ得るにすぎない」とする原判決を、結論において支持した。もっとも、本判決の趣旨については、① 強盗罪の成立を認め、刑のみ窃盗罪の限度で処断するにとどめたものとする理解（犯罪共同説的理解）、② 強盗罪の成立を否定し、窃盗罪の成立を認めたものとする理解（部分的犯罪共同説的理解）、あるいは、③ 強盗と窃盗との共同正犯を認めたものとする理解（行為共同説的理解）が対立している。その意味で本判決は曖昧なものを残している。[6] 下級審の判例には、この点を明言するものがある。たとえば、〔七〕仙台高裁秋田支部昭和二五年三月六日判決（判特七号八五頁）は、Xは、Yら四名との強盗の謀議に加わった際、耳の疾患のため窃盗の共謀と思いこんで見張りをしたが、Yらが強盗をした事案について、「本来窃盗といい、強盗といい、等しく他人の財物を奪取することによって成立する犯罪行為で其の本質上同一意思に発しその手段が随時一は財物占有者の不知を利用し、一は占有者の意思を抑圧強制する差異ある丈の同種行為と解すべきだから本件においては被告人Xの所為は客観的には本件犯罪全体について共同正犯たる役割を果たしたもの」と述べて、強盗の共同正犯の成立を認め、三八条二項により窃盗の限度で処断するとの解決を示した。[7] また、〔八〕最高裁昭和三五年九月二九日決定（裁判集刑事一三五号五〇三頁）は、XはYらが恐喝行為を行うものと誤認し被害者を誘い出したところ、Yらが強盗致傷の結果を惹起した事案につき、「原判決がXの行為は刑法二四〇条前段、六〇条に該当するがXには恐喝の故意しかなかったので同法三八条二項に従い軽い二四九条一項の刑責を負わせるとしたことは正当である」と判示した。さらに、〔九〕長野地裁諏訪支部昭和三七年六月二日判決（下刑集四巻五＝六号五〇三頁）は、傷害を共謀したX・Yのうち、Yが未必的殺意をもって被害者を突き刺し重傷を負わせた事案につき、殺人未遂の共同正犯を認め、Xを三八条二項により傷害の限度で処断した。[8]

以上に対して、部分的犯罪共同説に依拠したものと考えられる判例が、次第に優勢になってきた。たとえば、〔一〇〕福岡高裁宮崎支部昭和三〇年三月一一日判決（裁特二巻六号一五一頁）は、X・Yが窃盗を共謀し実行中に発

見され、Xは逃走しYが事後強盗をはたらいた場合、Xは「窃盗罪の既遂をもって論ずべき」であるとし、[9]〔一一〕福岡地裁飯塚支部昭和四五年三月二五日判決（刑月二巻三号二九二頁）は、それぞれX・Yが傷害、Zが殺人の意図で被害者に暴行を加えることを共謀し、Xが被害者に傷害を加えた事案につき、傷害の範囲で共同正犯の成立を認めた。また、〔一二〕東京地裁昭和四八年四月二一日判決[10]は、Xが傷害の意思で、Yが殺人の意思で、Aを死亡させた事案について、Yについても共同正犯は軽い傷害致死の限度で成立するにとどまるとし、〔一三〕鹿児島地裁昭和五二年七月七日判決（判タ三五二号三三七頁）は、傷害の共謀のもとにAに暴行を加え、Aから殴打された一人が激昂のあまり殺意をもってAを包丁で突き刺し傷害を負わせた事案につき、「共同行為者の……構成要件的故意が……異なった構成要件間のくいちがいであるときは、原則として共同正犯の成立は否定され、ただ例外的にそれが同質的で重なり合う構成要件間のものであるときは、その重なり合う限度で故意の共同正犯を認めることができ、その過剰部分についてはその認識を有していた者のみの単独の故意犯が成立することになる」と判示し、傷害と殺人との間には同質性があり、また、殺人の意思には暴行・傷害の意思も包含されているものと解されるとして、傷害の範囲で共同正犯の成立を認めた。

そして、最高裁もついに、〔一四〕最高裁昭和五四年四月一三日決定（刑集三三巻三号一七九頁）において、暴行・傷害を共謀した七名中の一人が殺意による殺人を犯した事案について、「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件はいずれも同一であるから、〔殺意のなかったXらには〕殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立する」とし、さらに、「〔Yが〕殺人罪を犯したということは、〔他のXら〕六名にとっても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、……、六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかったのであるから、六名に殺人罪の共同正犯の成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪

の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」と判示したのである（なお、第一審・原審では、殺人罪の共同正犯を認め、三八条二項により傷害罪の共同正犯の限度で処断していた）。

本決定は、いわゆる部分的犯罪共同説の趣旨を明らかにしたものとして理解されるのが一般であるが[11]、その趣旨についてはなお、疑問が提起されている。すなわち、①第一審の法令適用を維持した原判決に誤りはないとの説示が、完全犯罪共同説と部分的犯罪共同説は結論的に一致するから、そのいずれでもかまわないというのであれば、それぞれの説の独自性に疑問が生じること、「殺人罪の共同正犯」と「傷害致死罪の共同正犯」の構成要件の重なり合いを考えているとすれば、「犯罪」共同説ではなく、「共同正犯」共同説ないしは「部分的共同正犯」論にでたことになるのではないかということも可能となり、最高裁の「適条」が明示されていないことと相俟って、疑問が残るとの指摘[12]がこれである。また、②「最高裁は、殺意のない者に傷害致死罪の共同正犯、殺意ある者に殺人の共同正犯の成立を認めたと読む方が自然である」として、本件は行為共同説を採用したと理解する者もあり[13]、その趣旨は必ずしも明らかではない。

最高裁決定の後、〔一五〕札幌地裁平成二年一月一七日判決（判タ七三六号二四四頁）は、Xが殺意で、Yが傷害の意思で共謀し、Xが殺人を実行したが未遂に終わったという事案について、Xに対して「刑法六〇条（ただし傷害の範囲で）、二〇三条、一九九条」、Yに対して「刑法六〇条、二〇四条」の適条を示している。本件については、「より明確に部分的犯罪共同説的な判示を行ったもの」との理解が示されているが[14]、本判決を契機に、犯罪の「部分的共同」の意味をあらためて問い直す試みも示されている[15]。

二　教唆犯

1　刑法上同一評価に服する場合

教唆犯に関して、教唆者の表象事実と正犯者の実現事実とが刑法上同一評価に服する場合として、〔一六〕最高裁昭和二三年一〇月二三日判決（刑集二巻一一号一三八六頁）[16]は、①XとYが虚偽公文書作成を共謀したところ、YはZを教唆して公文書偽造をさせ、ついで、②この偽造公文書を受け取ったXは、虚偽公文書と信じてCに交付し、Cがこれを行使したという事案につき、虚偽公文書作成罪（一五六条）と公文書偽造罪（一五五条）とは構成要件を異にするが、①罪質、②法定刑、③動機目的の同一性を理由に刑法上同一評価に服するべきものと判示して、実現事実についての教唆犯および幇助犯を認めた。

本判決は一般に抽象的事実の錯誤に関する「罪質符合説」を表明した判決として理解されている。[17]

2　構成要件に重なり合いがある場合

構成要件に重なり合いがある場合について、〔一七〕大審院明治三七年四月一五日判決（刑録一〇輯八〇一頁）[18]は、X・YがZに強盗を教唆したところ、Zが強盗殺人をはたらいた事案につき、殺人についての予見がない限り、X・Yは強盗教唆の範囲で責任を負うとした。

これに対して最高裁は、〔一八〕最高裁昭和二五年七月一一日判決（刑集四巻七号一二六一頁）において、XがYらにA方への住居侵入窃盗を教唆したところ、YらはA方母屋に侵入する方法を発見できなかったため、その隣家のB電気商会に侵入し強盗をしたという事案につき、「犯罪の故意ありとするには、認識事実と発生事実とが…（中略）…犯罪の類型（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきである」として「いやしくも右Yの判示住居侵入強盗の所為が、Xの教唆に基いてなされたものと認められる限り、Xは住居侵入窃盗の範囲において、右Yの強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であ」ると判示しな

がら、本件事実関係のもとでは、Xの教唆行為とYの判示所為との間に因果関係あるか否かに疑問が残る、として原判決中Xに対する部分を破棄し、原審に差し戻した。

本判決は法定的符合説の論理を明示したものとして注目されるが[19]、本件でかりに因果関係が肯定された場合、本判決が罪名従属説あるいは罪名独立説に依拠するのか、必ずしも明示的ではない[20]。

三　幇助犯

1　刑法上同一評価に服する場合

表象事実と実現事実が刑法上同一評価に服する場合について、判例は、前記〔一六〕判例の趣旨から推して、罪質、法定刑、動機・目的の同一性を理由に、実現事実についての幇助犯を認めるものと思われる。

2　構成要件に重なり合いがある場合

次に、構成要件に重なり合いのある場合について、〔一九〕最高裁昭和二五年一〇月一〇日判決（刑集四巻一〇号一九六五頁）[21]が、Xは、YがAらに傷害を加える可能性のあることを察知しながら匕首を貸与したところ、Yがこれを使用してAらを殺害した事案について、本件は「刑法第三八条第二項の適用上、軽き犯意についてその既遂を論ずべきであつて、重き事実の既遂を以つて論ずることはできない。原判決は右の法理に従つて法律の適用を示したもので、所論幇助の点は客観的には殺人幇助として刑法第一九九条第六二条第一項に該当するが、軽き犯意に基き傷害致死幇助として同法第二〇五条第六二条第一項を以つて処断すべきものであることを説示したものであることは判文上極めて明かである」るとして、原判決を維持し、上告を棄却した。本判決の趣旨は必ずしも明確ではないが、罪名としては客観的には殺人幇助に該当するが、処断は三八条二項により傷害致死幇助によるとして、罪名従属性を認めた判例と思われる[22]。

また、下級審判例として、〔二〇〕神戸地裁昭和三六年四月八日判決（下刑集三巻三＝四号二九五頁）は、Xが強盗

幇助の意思で対象となる適当な家を紹介等したところ、Yが強盗殺人を犯した事案につき、法令の適用において、Xの所為は「刑法第二四〇条後段第六二条第一項（正犯が強盗殺人をなすことを知らず、強盗をなすものと認識してなしたものであるから、同法第三八条第二項により強盗致死幇助の罪責を負うことになる）に該当する」と判示し、〔二一〕仙台高等裁判所昭和四〇年七月三〇日判決（高刑集一八巻四号四七〇頁）[23]は、XがYらの賭博開帳図利の事実を知らず、賭博を行うものとの認識のもとにこれを幇助した事案につき、刑法三八条二項により、軽い単純賭博罪の刑によって処断し、さらに、〔二二〕東京高裁昭和五二年六月三〇日判決（判時八八六号一〇四頁）は、XがYらの銃器等強取の犯行を幇助する意思で幇助行為をしたところ、Yらが強盗殺人を犯した事案につき、「被告人Xは刑法三八条二項により強盗幇助の罪責を負うは格別、強盗殺人ないし強盗致死幇助の罪責を問われる理由はない」と判示した。これらの判例も、その判旨および法令の適用を見る限り、最高裁と同様、罪名従属性を認めた判例のように思われる。ただ、判例〔二二〕は、従来の判例がこの種の事案について結果的加重犯の共同正犯ないし共犯を認めていたの対し、「強盗」の共犯のみを認め、結果的加重犯の共犯を否定する趣旨の解決を示したものとして、注目に値する。[24] この点は、判例〔一四〕の理解とも絡んで興味深いところである。

以上のように、判例は、構成要件に重なり合いが認められない場合にも、罪質、法定刑あるいは動機・目的などの同一性ないし共通性を根拠に、実現事実についての共犯関係を肯定する点で一貫している。この点は、最高裁が、抽象的事実の錯誤に関する最高裁昭和五四年三月二七日決定（刑集三三巻二号一四〇頁）の「要旨第一」において、法定刑が同じ構成要件について、行為者の認識していない実現事実について故意既遂犯を認めたことにも表れている。

他方、犯罪共同説ないし罪名従属性説か、あるいは、行為共同説・部分的犯罪共同説ないし罪名独立性説かという点については、判例〔一四〕が出されるまでは、その解決が分かれていたのである。ただ、この判例〔一四〕の趣旨

についても、部分的犯罪共同説を採用したものとする理解が一般的であるが、行為共同説からも支持を得ており、必ずしもこの問題に決着はついていない。また、この最高裁判例は、Xら六名について傷害致死罪の共同正犯が成立するとはしているが、XらとYとの間にどのような関係が成立するかについて直接言及していない。XらとYとは「傷害」の共同正犯か、あるいは、「傷害致死」の共同正犯か、後者とすれば、Yについて故意犯と結果的加重犯を同時に認めることになり、この点に矛盾はないのかなど、まだ検討すべき問題は残されているように思われる。

注

(1) 判例の詳細およびその分類については、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉篇・大コンメンタール刑法第三巻（青林書院、一九九〇）五五四頁以下〔佐藤文哉〕、六一六頁以下〔安廣文夫〕、六七六頁以下〔堀内信明〕参照。

(2) たとえば、東京高判昭和二六年七月一七日判特二一号一四五頁（強盗共謀と強姦）、東京高判昭和三〇年七月一九日高刑集八巻六号八一七頁（強姦共謀と強盗）。

(3) 古い大審院判例には、責任能力者と責任無能力者との間には共同正犯は成立しない旨を判示したものがあるが（大判明治二八年七月二日刑録一輯一巻三四頁）、そこでは、責任要素（責任能力者か否か）における共同正犯の成立いかんを問題にするものであって、構成要件該当性段階における犯罪の「客観的要素（側面）」についての行為者間の認識の食い違いを問題にするものではなく、共犯過剰事例とは問題の位相を異にしている。大審院はその後、「他の共同正犯者が責任能力者なりや否やは被告の罪責を定むるに付き影響」なしとして、前記大審院判決を変更している（大判大正二年一一月七日刑集一九輯一一四〇頁）。

もっとも、被害法益や行為態様は必ずしも同質ではないが、犯罪実現の手段など、「構成要件要素の一部」が共通しており、その意味で構成要件的に「重なり合っている」とも言える事例もあるが、判例のこの場合、重い実現事実についての共犯関係を否定している。たとえば、大判大正元年一一月二八日刑録一八輯一四四五頁（脅迫と恐喝）。なお、前注(2)の判例も、暴行・脅迫という手段が共通するとも言える事案であるが、強盗（あるいは強姦）の共謀があったというだけでは、強姦（あるいは強盗）との間に共同正犯を認めていない。

(4) これに好意的なものとして、牧野英一「共同正犯に就て」同・刑法研究一巻（有斐閣、一九一九）一〇四頁以下（初出、法学

志林一九巻一号（一九一七）、批判的なものとして、泉二新熊・日本刑法論上巻（第四四版）（有斐閣、一九三六）六六九頁以下がある。

（5）内田「部分的共同正犯について（二）」警察研究六二巻八号（一九九一）八頁参照。

（6）①の理解を示す者として、たとえば、中野次雄・刑事判例評釈集第八巻（有斐閣、一九四八）二六二頁以下、松本重美・名城法学二巻二号（一九五一）二〇頁以下、土本武司・判例タイムズ三八七号（一九七九）四六頁、②の理解を示す者として、たとえば、平野龍一・判例研究二巻三号（一九四九）三一頁以下、福田平「共犯と錯誤」同・刑法解釈学の基本問題（有斐閣、一九七五）一四二頁（初出、斉藤博士還暦祝賀・現代の共犯理論〔有斐閣、一九六四〕）、③の理解を示す者として、金澤文雄「犯罪共同説か行為共同説か」中義勝編・論争刑法（世界思想社、一九七六）一七六頁。なお、内田文昭「過失と共犯」総合判例研究叢書(26)（有斐閣、一九六五）一五一頁以下、同「共同正犯」西原春夫ほか編・判例刑法研究第四巻（有斐閣、一九八一）一五五頁、さらに、大塚ほか編・大コンメンタール刑法第三巻五五七―五五八頁〔佐藤〕参照。

（7）この他、和歌山地判昭和三四年六月一二日下刑集一巻六号一四一五頁、東京高判昭和三五年四月二一日東京高判時報八六頁。

（8）この他、大阪高判昭和三九年四月一四日高検速報三九年四号四頁。

（9）ただし、判決文からは適条の詳細は不明で、判決要旨で「窃盗の共犯だけが成立し準強盗の共犯の成立しない事例」とされている。

（10）公刊物不登載。坂本武志「共同正犯の錯誤」判例時報九二三号（一九七九）二〇頁より。

（11）本件の解説・評釈として、松本・最高裁判所判例解説刑事篇昭和五十四年度六七頁以下、坂本・前掲判例時報号九二三号一九頁、土本・判例タイムズ三八七号四六頁、同・警察研究五五巻五号（一九八四）三頁以下、西村・前掲判例時報九四一号一八七頁以下、齊藤信宰・ロー・スクール一五号（一九七九）六〇頁、土屋真一・研修三五六号（一九七九）六五頁以下、宇津呂英雄・研修三七二号（一九八〇）六五頁以下、墨谷葵・昭和五四年度重要判例解説（有斐閣、一九八〇）一八八頁、下村康正・研修三八八号（一九八〇）一一頁、中野次雄・刑事判例評釈集四十一巻昭和五十四年度（有斐閣、一九八九）四三頁以下、福田平「いわゆる事実の錯誤についての一考察」同・刑法解釈学の主要問題（有斐閣、一九九〇）一〇二頁以下（初出、研修三八九号〔一九八〇〕）などがある。さらに、中山研一「植田博士の共犯論について」植田重正・共犯論上の諸問題二九八頁、日高義博・刑法における錯誤論の新展開（成文堂、一九九一）一〇七頁以下、大塚ほか編・大コンメンタール刑法第二巻（一九八九）五一六頁〔大塚仁〕、六〇四頁〔佐久間修〕、第三巻二四七頁〔大塚仁〕、五五六頁以下〔佐藤文哉〕も参照。

（12）内田・前掲「部分的共同正犯について（二・完）」警察研究六二巻八号八頁。

(13) 前田雅英・刑法総論講義〔第2版〕(東京大学出版会、一九九四)四五五頁。
(14) 前田・刑法総論講義〔第2版〕四五五頁注22。
(15) 内田・前掲「部分的共同正犯について(一)(二・完)」警察研究六二巻七号三頁以下、八号三頁以下。
(16) 原判決は、公文書偽造教唆の点は、刑法一五五条一項、六一条一項、六〇条に、偽造公文書行使幇助の点は、一五八条一項、五五条一項、六二条一項、六〇条一項にそれぞれ当たるとしていた。
(17) たとえば、小野清一郎・刑事判例評釈集第十巻(有斐閣、一九五三)四〇頁以下、大野平吉・刑法の判例〔第二版〕(有斐閣、一九七三)五七頁、川端博・刑法判例百選(有斐閣、一九七八)一一八頁。
(18) なお、大塚ほか編・大コンメンタール刑法第三巻六一八頁〔安廣〕参照。
(19) 伊達秋雄・刑事判例評釈集第十二巻(有斐閣、一九五四)一三九頁以下、大野真義・刑法判例百選Ⅰ総論(有斐閣、一九七八)一八八頁、同・刑法判例百選Ⅰ総論〔第二版〕(有斐閣、一九八四)一七四頁、墨谷葵・刑法判例百選Ⅰ総論〔第三版〕(有斐閣、一九九一)一八〇頁。
(20) 大塚ほか編・大コンメンタール刑法第三巻六一七―六一八頁〔安廣〕参照。
(21) 本件につき、正田満三郎「共犯と錯誤と」同・刑法における犯罪論の批判的考察(一粒社、一九六二)一一三頁以下(初出、判例評論三六号(一九六一))、斉藤豊治・刑法判例百選Ⅰ総論(有斐閣、一九七八)一九二頁参照。
(22) 金澤・前掲「犯罪共同説か行為共同説か」論争刑法一七六頁参照。
(23) 本件につき、岡村治信・判例タイムズ二〇六号(一九六七)七一頁以下。
(24) この点を積極的に評価する者として、香川達夫・刑法講義〔総論〕第三版(成文堂、一九九五)四二七頁注(10)(四二八頁)。

第二節　わが国の学説

このような判例の展開に呼応して、学説では、共同正犯に関して、行為共同説と犯罪共同説の対立を軸に、次第に部分的犯罪共同説が通説化していった。次に、学説の理論展開を検討しよう。

一　共同正犯

1　行為共同説

行為共同説（事実共同説）は、かつては主観主義犯罪論から主張されたが、[1] 現在では客観主義犯罪論からも有力に主張されている。[2] その意味で、行為共同説＝主観主義、犯罪共同説＝客観主義という図式化[3]は、今日では意味を失っている。[4]

行為共同説は、犯罪行為の全部にわたって共同である必要はなく、その一部の共同でもよいとする見解である。[5] 本説によれば、端的に、異なる犯罪間での共同正犯、たとえば、判例〔一四〕の事案に則して言えば、XらとYとの間に傷害（致死）と殺人との共同正犯を認めるものである（罪名独立性説）。行為共同説の立場からすると、「傷害致死罪の限度で共同正犯」を認める必要はない。この点で、行為共同説と部分的犯罪共同説との違いがあらためて確認されなければならないように思われる。[6]

2　完全犯罪共同説

これに対して、犯罪共同説は、基本的には、同じ犯罪・罪名の共同正犯を認めるものである（罪名従属性説）。かつてはこれを徹底して、「責任」も含めた共同を求める見解[7]も主張されたが、通説的見解はむしろ、重い犯罪の共同正犯を認め、重い結果について故意を有していない者については、三八条二項により軽い刑の限度で処断するという解決を示した。[8] 本説は、共犯者間の罪名の完全な一致を要求し、そのような関係において共犯関係の成立を認めるとするもので（一罪共同説ないし罪名共同説）、たとえば、殺人と傷害（致死）とでは殺人罪の、強盗と窃盗では強盗罪の共犯が成立するとされる。この場合、責任までも含めて共犯関係が認められ、故意と過失の間にも、重い故意犯についての共犯が成立する。事実の錯誤における抽象的符合説と符節を合わせ、三八条二項は、犯罪の成立ではなく、科刑のみを制限する規定と解されることになる。[9]「構成要件的共同説」と言われる見解も、共同正犯の成

立を、関与者各自の責任から切断して、もっぱら客観的な構成要件充足の問題としてのみ把握する。[10] 本説に対しては、罪名の成立ないし構成要件の充足の問題と責任とを、完全に分離して考えようとする前提自体に対する疑問が提起されている。[11] また最近では、本説は、数人の者が、まさに「殺人の構成要件を共同で実現しよう」とか「強盗の構成要件を共同で実現しよう」という点で、「完全に一致」するような場合にのみ通用する議論にほかならず、共同して「闘争を挑もう」とか「殴り込みをかけよう」という程度の相互諒解が見られるだけの場合の解決には最初から適しておらず、このような場合には、そもそも形式的な構成要件の枠組みだけで解決しようとするのは妥当でないとされる。[12]

3　部分的犯罪共同説

そこで、犯罪共同説の支持者も、構成要件が重なり合う限度で故意犯の成立を認めているが、[13][14] そこでは、構成要件の「客観的な」重なり合いが問題にされている。これに対して、香川達夫教授は、これに加えて故意という主観的部分での重なり合いを問題にされ、故意範囲でしか共犯は成立しないという立場から、冒頭の設例では、傷害の範囲でしか構成要件の重なり合いを認め得ないことになり、他の共犯者は単独犯として殺人罪の責任を負うとされる。[15]

ただ、① この「重なり合う」部分が具体的にどのような場合かは、単独犯における抽象的事実の錯誤の問題と同様、必ずしも一義的でない。また、② 本説によれば、判例〔一四〕の事案において、XらとYとの間に傷害罪あるいは傷害致死罪の共同正犯を認めることになろうが、[16] もし傷害致死罪を認めるとすれば、Yには殺人罪の単独犯とXらとの傷害致死罪の共同正犯とが成立することになり、同一人に対して、故意犯と（結果的加重犯の加重部分についての）過失犯を認めることになり矛盾しないか、少なくとも、この点について理論的説明を要するのではないか、との疑問がある。加えて、③ かりにYに殺人罪の単独正犯を認めるとすれば、その罪数関係が問題になり、

また、Yの行為と死との間に因果関係が立証できなかった場合の問題点なども指摘されている。[17] このように、部分的犯罪共同説も問題を残しているように思われる。

二　狭義の共犯

さらに、狭義の共犯に関しても、通説は従来、判例と同様に、罪名従属性の観点から事案を解決してきたようにも見受けられるが、[18] 判例〔一四〕が出されて以降は、共犯者の認識の範囲内で軽い犯罪の共犯を認めることに異論はないものと思われる。[19] その意味で、狭義の共犯に関しては、すでに罪名独立性説が圧倒的通説と言ってよいように思われる。[20]

だとすれば、① 部分的犯罪共同説の論者が狭義の共犯において罪名独立性を認めることは、理論的にどのように説明され得るのか、あるいは、② 狭義の共犯において、正犯と共犯とで罪名が異なることを承認するとしても、通説のいう「構成要件の重なり合い」は共同正犯と狭義の共犯でまったく同一に考えてよいのかどうかについては、疑問の余地がある。たとえば、団藤重光博士および福田平博士は、「結果的加重犯」について、その共同正犯は肯定されるが教唆犯・幇助犯は否定され、その理由は、教唆・幇助行為は「実行行為」ではないからとされる。[21] また、荘子邦雄博士は、共同正犯と教唆犯・幇助犯との精神的構造的の相違ないし責任非難の本質的差異を強調され、それぞれの類型に応じた適切な判断がなされなければならないとされる。[22] これらの指摘の具体的当否はしばらく措くとして、ここでは、少なくとも、共犯の過剰については、それぞれの共犯類型の（処罰根拠、因果関係、故意などといった）特性に応じた検討が必要であることが示唆されているように思われる。通説が考えるように、単独犯における錯誤論を単純に応用するだけでは、妥当な解決が得られないように思われるのである。

以上のような問題点を意識しながら、次に、ドイツの判例・学説を検討することにしよう。

注

(1) 牧野英一・重訂日本刑法上巻（有斐閣、一九三八）四〇九頁、木村亀二・刑法総論（有斐閣、一九五九）四〇四頁、同・全訂新刑法読本（法文社、一九六七）二八〇頁以下、同・犯罪論の新構造(下)（有斐閣、一九六八）二四九―二五〇頁。

(2) 佐伯千仞・四訂刑法講義（総論）（有斐閣、一九八一）三三二頁、植田重正「共犯と錯誤」同・共犯論上の諸問題（成文堂、一九八五）一四七頁以下とくに一五一頁以下（初出、関西大学法学論集八巻三号（一九五八））、木村栄作・刑法判例研究II（大学書房、一九六八）一四五頁、中義勝・講述犯罪総論（有斐閣、一九八〇）二二〇頁以下、平野龍一・刑法総論II（有斐閣、一九七五）三六四頁、柏木千秋・刑法総論（有斐閣、一九八二）二八三頁以下、中野次雄・刑法総論概要（第三版）（成文堂、一九九二）一四一頁、内藤謙「犯罪共同説と行為共同説」法学教室一一六号（一九九〇）八九頁、中山研一・刑法総論（成文堂、一九八二）四五一頁および四五六頁注(8)、同・概説刑法I（成文堂、一九八九）二四五頁、金澤文雄「犯罪共同説か行為共同説か」中義勝編・論争刑法（世界思想社、一九七六）一六八頁以下、大野平吉・概説犯罪総論下巻（酒井書店、一九九一）九四頁以下、内田文昭・改訂刑法I（総論）（青林書院、一九八六）二八六頁、同「部分的共同正犯について（一）（二・完）」警察研究六二巻七号三頁以下、八号三頁以下（一九九一）、野村稔・刑法総論（成文堂、一九九〇）三八三頁（ただし、幇助犯については部分的犯罪共同説）、川端博・刑法総論講義（成文堂、一九九五）六一九頁、前田雅英・刑法総論講義（第2版）（東京大学出版会、一九九四）四五六頁。なお、本説は、「やわらかい行為共同説」（前田・刑法総論講義（第2版）四五三頁）、または、「構成要件的」行為共同説あるいは実行行為共同説（野村稔編・刑法総論（青林書院、一九九三）二三五頁（高橋則夫））とも呼ばれる。

(3) 主観主義の行為共同説に対する批判として、たとえば、団藤重光・刑法綱要総論（第三版）（創文社、一九九〇）三九〇頁、大塚・刑法概説（総論）（改訂増補版）二四四頁等。

(4) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論（有斐閣、一九五三）一〇三頁、佐伯・四訂刑法講義（総論）三三二頁、中野・刑法総論概要（第三版）一二六頁、内藤・前掲「犯罪共同説と行為共同説」法学教室一一六号八九頁。

(5) ここで共同される行為が裸の行為ではなく「犯罪行為」ないし「実行行為」だとすれば、それは、実質的には「部分的犯罪共同説」にほかならないとされる。平野・刑法総論II三六四頁以下、内田・前掲「部分的共同正犯について（二）」警察研究六二巻八号六頁および一一頁注(19)。なお、前注(2)（野村編・刑法総論二三五頁（高橋））参照。

(6) 内田・前掲「部分的共同正犯について（二）」警察研究六二巻八号一九頁注(1)、前田・刑法総論講義（第2版）四五五頁参

照。

(7) ①責任能力者と責任無能力者との間、および、故意犯と過失犯との間の共同正犯を否定する見解（泉二新熊・日本刑法論上巻〔第四四版〕〔有斐閣、一九三六〕六二九頁、六三一頁以下、六六八頁以下）や、②責任能力者と責任無能力者との間には共同正犯を否定するが、故意犯と過失犯との間には共同正犯を認める見解（大場茂馬・刑法総論下巻〔中央大学、一九一七〕一〇四五頁、一〇六一頁）などが主張されたが、現在このような見解を支持する者は見あたらないようである。前田教授はこれらを「かたい犯罪共同説」と呼ばれる（前田・刑法総論講義〔第2版〕四五三頁参照）。

(8) 宮原三男「共犯における因果関係と故意の問題」瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題(下)（有斐閣、一九五五）六三九頁、正田満三郎・刑法における犯罪論の批判的考察一〇三頁、など。必ずしも明らかでないが、小野清一郎・新訂刑法講義総論（有斐閣、一九五〇）二〇〇頁、瀧川幸辰・犯罪論序説〔改訂版〕（有斐閣、一九四七）も同旨か。共同意思主体説の立場から同様の結論に至る者として、斉藤金作「共犯判例と錯誤」同・共犯判例と共犯立法（有斐閣、一九五九）一一七頁（初出、警察研究二七巻三号〔一九五六〕）、植松正・再訂刑法概論Ⅰ総論（勁草書房、一九七四）二八三頁以下および三五一頁。西原春夫・刑法総論〔改訂準備版（下巻）〕（成文堂、一九九五）四一四―四一五頁も同旨か。なお、中野・刑事判例評釈集第八巻二六五頁（構成要件共同説）。前田教授はこれを「かたい部分的犯罪共同説」と呼ばれる（前田・刑法総論講義〔第2版〕四五四頁参照）。

(9) 植松・再訂刑法概論Ⅰ総論二八五頁参照。

(10) 中野・刑事判例評釈集第八巻二六五頁。

(11) たとえば、植田・前掲「共犯と錯誤」共犯論上の諸問題一五〇頁、香川達夫・刑法講義〔総論〕第三版（成文堂、一九九五）三四一―三四二頁。さらに、酒井安行「共犯過剰」阿部純二ほか編・刑法基本講座第四巻（法学書院、一九九二）二三四頁参照。

(12) 内田・前掲「部分的共同正犯について（二）」警察研究六二巻八号一三―一四頁。

(13) 青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論（泉文堂、一九六五）三五一―三五二頁、団藤・刑法綱要総論〔第三版〕三九〇頁、大塚・総論二四四頁、大塚・刑法概説（総論）〔改訂増補版〕四一二頁、西村克彦「共犯と錯誤」同・共犯論序説（法政大学出版局、一九六一）二四四頁以下（初出、法経学会雑誌三五号〔一九六〇〕）、同「刑法第三八条二項の適用範囲について」ジュリスト六二六号八八頁、福田平「共犯と錯誤」同・刑法解釈の基本問題（有斐閣、一九七五）（初出、斉藤博士還暦祝賀・現代の共犯理論〔有斐閣、一九六四〕）一三七頁以下、墨谷葵「共犯と錯誤」中山研一ほか編・現代刑法講座第三巻（成文堂、一九七九）二三七頁以下。なお、「部分的犯罪共同説」の命名は、平野「刑法の基礎㉒」法学セミナー一四二号（一九六八）三〇頁による。

(14) もっとも、この「部分」の意味に関して、① 要素従属性との関連で、共犯が、責任まで含めたある犯罪の全体ではなく、構成要件該当性・違法までの、犯罪の「部分的」共同により成立しうるという意味で用いられる場合（たとえば、平野「責任共犯論と因果共犯論」犯罪論の諸問題(上)総論（有斐閣、一九八一）一七三頁）と、② 異なる犯罪の構成要件の重なり合う「部分」について、完全な犯罪の共同を要求する説を指す場合（内藤謙「犯罪共同説と行為共同説」法学教室一一六号（一九九〇）八八頁参照）とがあり、多くの論者は②の立場ではないかとされているが（酒井・前掲「共犯過剰」刑法基本講座第四巻二三五頁参照）、ここでも②が重要となる。

(15) 香川・刑法講義（総論）第三版三一七頁。

(16) 傷害罪の共同正犯を認める者として、香川達夫・刑法講義（総論）第三版三四三頁および四二五頁注(2)、傷害致死罪の共同正犯を認める者として、福田・全訂刑法総論（第三版）二六二頁注(四)および二九一頁注(六)（二九二頁）、大塚・刑法概説（総論）（改訂増補版）二九二頁、大谷・刑法講義総論（第四版補訂版）四三〇頁および四七七頁、川端・刑法総論講義五八五頁ほか多数。

(17) 前田・刑法総論講義（第2版）四五六頁。

(18) 犯罪共同説の立場から、正犯の実現事実（重い犯罪）についての共犯を認め、かつ、三八条二項により認識（軽い犯罪）の範囲内での処断した判例を結論的に支持する者として、必ずしも明示的ではないが、たとえば、大塚・刑法概説総論（改訂増補版）二九四頁注(一八)、吉川経夫・三訂刑法総論（法律文化社、一九八九）二八〇頁および二八五頁、荘子・刑法総論（第三版）四九〇頁、四九一頁注(2)および注(4)。もっともこれらの論者も、今日、共犯者の認識（軽い犯罪）の範囲内で共犯の「成立」を認めるであろうことは、否定し得ないであろう。

(19) 前田・刑法総論講義（第2版）四五七頁参照。

(20) 狭義の共犯において罪名独立性を認める者として、部分的犯罪共同説から、たとえば、団藤・刑法綱要総論（第三版）四二六頁および四二七頁注(五)、大塚・刑法概説総論（改訂増補版）二九四―二九五頁、二九六頁注(二二)、香川・刑法講義（総論）第三版四二七頁、大谷・刑法講義総論（第四版）四七八頁、四八〇頁、行為共同説から、柏木千秋・刑法総論三一二頁、三一三頁、内田・改訂刑法Ⅰ（総論）三三三頁注(10)、野村稔・刑法総論四三四頁、四三五頁注(5)、川端・刑法講義総論五八七頁、五八八頁、犯罪意思主体説から、曾根威彦・刑法の重要問題（総論）（成文堂）三〇四頁。さらに、共犯独立性説から同様の結論を支持する者として、木村亀二・刑法の新構造(下)三四六頁、齊藤信宰・刑法総論（第二版）（成文堂、一九九六）四三四―四三五頁。これに対して、行為共同説の立場から罪名従属性説を支持する者として、中野・刑法総論概要第三版一五八頁および一

六一頁注(2)、なお、一六五頁および一六六頁注(3)（ただし、承継的従犯に関する記述）参照。

(21)　団藤・刑法綱要総論〔第三版〕四二八頁注(六)、福田・全訂刑法総論〔第三版〕二九〇頁注(四)（二九一頁）。

(22)　荘子・刑法総論〔第三版〕四八九頁。

（未完）