

- I はじめに――共犯に関する 3 つの事実
- II 教唆犯と共謀共同正犯の検討
- III 従犯の検討
- IV 裁判官の思考にみる共犯理論
- V 「現に行われている法」の研究
- VI おわりに

I はじめに――共犯に関する 3 つの事実

わが国の共犯実務における特徴的な点を挙げよ、と問われたら、どう答えるか。この答は、回答者によってさまざまかもしれない。細部にこだわれば、数多くの点が出てくるかもしれない。ここでは、大きな枠組みから見てみよう。最も特徴的な点は、次の 3 つの事実であろう⁽¹⁾。

- 1・教唆犯としての処罰が事実上存在しない。
- 2・従犯処罰も少なく、各論的事情に左右されている。
- 3・共同正犯が事実上大勢を占める。

この事実は、正犯と共犯を区別する共犯規定をもつ国としては、非常に特殊な事態を現出させているといえることができる。すなわち、1 の事実は、教唆犯規定の事実上の廃止という注目すべき事態を招いている。2 の事実については、従犯の処罰が少ないことに加えて、さらに、共同正犯と従犯の区別基準としてあげられる事情が、従犯の量刑事情とほぼ一致・均質化していることが指摘できる。すなわち、共同正犯と従犯の区別が、共同正犯の側に非常に偏っていると同時に、理論的に極めてぼやけている。3 の事実は、実行行為を行っていない者が、共謀共同正犯として処罰される共謀共同正犯論の肯定に支えられている。この点に関しては、さらに、最近のいくつかの最高裁判例を通して、共謀概念の希薄化、あるいは拡大傾向が指摘されているところである。

これらの事実は、一見、無関係のものにみえるかもしれない。しかし、いったん条文を離れ、これを、「現に行われている法」とはなにか⁽²⁾、という観点か

(1) 亀井源太郎『共犯と正犯を区別すること』(2005 年、弘文堂) 6 頁以下参照。

(2) 私はこれを「ヴァリッド・ロー」と呼んでいるが(詳細は、拙著『機能主義刑法学の理論』(2001 年、信山社) 参照)、ここでは、よりわかりやすく、「現に

らながめてみると、異なる様相が見えてくる。すなわち、これらの事実は、相互に関連するものであり、あるひとつの原理から、適切に説明することができる性質のものである。

本稿は、以上のようなわが国における共犯実務における特徴的な事実から出発し、裁判において現に行われている共犯実務の現状、そして、その現状を支える裁判官の思考に内在する理論を検討したうえで、刑事裁判において「現に行われている共犯理論」について、方法論的な考察も加えつつ、一定の視点を提供しようとするものである⁽³⁾。

II 教唆犯と共謀共同正犯の検討

さて、3つの事実のうち、教唆犯処罰が消滅したという事実と、共謀共同正犯処罰の確立は裏表の関係にあることは比較的分かりやすい。ここから検討を始めよう。

現在、教唆犯は、わが国の判例においてはほぼあらわれることのない共犯類型である。教唆犯の処罰は、前後一貫して0.5パーセント以下であり、仮にその処罰があるにしても、教唆犯の成立を認める以外に処罰のしようがない特定の犯罪（犯人蔵匿・証拠隠滅教唆、自手犯）の教唆に限定されていると考えられる。これに対して、共同正犯の処罰は97パーセントに至っており、その多くに、いわゆる共謀共同正犯が含まれている。これは、要するに、本来、教唆犯として処罰されるべき類型が、共同正犯になっているということを意味するものといえるであろう。

当然、この現状を批判する見解もある。60条の文言にある「実行」を実行行為と解釈し、共犯と正犯を形式的な実行行為の有無で区別する形式的客観説は、これを強く批判してきた。しかし、「実行」という文言を、「実行行為」と読まなければならないかといえ、必ずしもそうとはいえない。現在、実務は、正犯と共犯の区別を、自己の犯罪か否か、あるいは、重要な役割を果たしたか否か、といった実質的な基準で分けている。このような区別基準によれば、教唆犯にあたる行為をなした者、すなわち、犯罪の意思を生じさせた者は、自己の犯罪を行った者・重要な役割を果たした者と評価されざるを得ない⁽⁴⁾。そうすると、本来、

行われている法」と表現することにする。その内容は、裁判官の思考・心理に集約される。

⁽³⁾ 本稿は、このような研究のために組織した現行刑事法研究会の第1回研究会での報告を元に執筆したものである。現行刑事法研究会は、裁判官と研究者の相互協力により、裁判官の思考にある我が国において現に行われている刑事法を明らかにするための研究会である。

⁽⁴⁾ 野村稔『刑法総論』（補訂版、1998年、成文堂）384頁は、自己の犯罪を行った者とし、教唆犯を正犯とする。なお、教唆犯が「犯罪の成立に重要な役割を演

教唆犯とされるべき類型は、正犯ということになり、教唆犯が占めるべきスペースは、事実上、存在しなくなる。

そして、正犯は実行行為を行う者であるというテーゼが崩壊し、正犯は自己の犯罪を実現する者、重要な役割を果たした者というテーゼがそれにかかわると、今度は、実行行為は行っていないが、実際には自己の犯罪として犯罪に加わった、あるいは重要な役割を果たした者を、いかに正犯として処罰するかが問題となる。この受け皿と考えられるのが、共謀共同正犯である。

共謀共同正犯理論は、実行行為を行っていない者であっても共同正犯として処罰することを可能とする理論である。しかし、共謀共同正犯理論は、その発展過程において、これを端的に認める理論として成立したわけではない。すなわち、そのネーミングに見られるように、「共謀」の存在を前提としたうえで、これを肯定する理論として登場したのである⁽⁵⁾。したがって、教唆犯が共謀共同正犯に完全に解消されるかどうかについては、「共謀」の概念に検討を加える必要がある。

共謀概念のリーディングケースと目されているのは、周知のように、練馬事件大法廷判決（最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁）である。練馬事件判決は、共謀概念について、「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」と述べる。これを素直に読めば、共謀が成立するには、客観的な謀議行為が必要である、と解されることになる。いわゆる客観的謀議説である⁽⁶⁾。

ずるものである」ことを先駆的に指摘していた文献として、草野豹一郎『刑法要論』（1957年、有斐閣）126頁。しかし、通常は、このような理解は否定される。たとえば、山口厚教授は、「重要な因果的寄与」を重視しつつも、「共同惹起」があるか否かを正犯の基準とする（山口厚『刑法総論』（第2版、2007年、有斐閣）320頁）。これは、共同正犯における相互利用補充関係を重視することから引き出される基準と思われるが、いわゆる支配型の共謀共同正犯のうち、支配が強力なものほど教唆犯とせざるを得なくなるおそれがあるように思われる（なお、松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law&Practice4号102頁も参照）。

⁽⁵⁾ その理論的根拠として、学説は様々な説明を行っているが、裁判官の思考は必ずしも明らかではない。判例をもとにそれを推測すれば、当初は共同意思主体説に立っていたが、その後、練馬事件大法廷判決を契機として間接正犯類似説に近い理解に移り、最近では、共犯の処罰根拠論（因果的共犯論）とほぼパラレルに理解されているのではないと思われる。すなわち、共同正犯における一部実行全部責任の根拠を共同正犯者間で及ぼされる心理的・物理的因果性に求め、それが及んでいることを前提に共犯性を肯定し、さらに重要な役割を演じていれば正犯性を認めて共謀共同正犯として処罰してよいという考え方である（西田典之『刑法総論』（第2版、2010年、弘文堂）345、346頁参照）。

⁽⁶⁾ 岩田誠「判解」『昭和33年度最高裁判所判例解説刑事篇』（1959年、法曹会）405頁以下参照。

しかし、その後、実務においては、主観的謀議説が有力化するに至る⁽⁷⁾。主観的謀議説は、その主張内容が論者によって微妙に異なるが、共謀の成立にあたって客観的謀議行為の存在を要求せず、共同遂行の合意があればそれだけで共謀の存在が肯定できるとする見解だといってよい。

主観的謀議説が、客観的謀議行為はもちろん外部的な意思の連絡さえ不要な見解だとするなら、それは妥当ではない。近時、批判が向けられているように⁽⁸⁾、犯罪は行為でなければならないとする行為主義に反するであろう。しかし、共同遂行の合意は、突然降ってわいたように形成されるわけではない。なんらかの形で外部的な意思連絡がなければ、合意の形成は不可能であろう。ただ、その形が、謀議行為といった特殊な形態をとる必要はないというだけのことである⁽⁹⁾。ここで重要なのは、共謀の認定では、謀議行為よりも、合意形成に重点がおかれるという点である。その典型を示す最近の判例が、スワット事件決定（最決平成15・5・1刑集57巻5号507頁）である。ここでは、謀議行為ではなく、合意形成に重点が置かれており、練馬事件で要求されたような、客観的謀議行為は要求されていない。

共謀をこのような意味で解すると、今度は、共謀とは単なる意思の連絡なのではないか、という疑問が生じてくる。この点については、単なる意思の連絡で足りるとする見解と、積極的な意思、すなわち、正犯としての意思で犯罪を行う意思の連絡が必要であるとする見解に分かれる。実務は、後者の見解を取っているといわれている⁽¹⁰⁾。

この違いは大きいように思われるが、ここで問題としている共謀共同正犯と教唆犯の区別に関しては、このことは、實際上、重要ではない。なぜなら、先に述

(7) たとえば、上野智「共謀の認定」判例タイムズ 254 号 15 頁、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（1992 年、判例タイムズ社）〔石井一正＝片岡博〕343 頁等。

(8) 松原芳博「共謀共同正犯の現在」法曹時報 63 巻 7 号 16 頁参照。

(9) この点について亀井源太郎「共謀概念と刑事手続」研修 766 号 11 頁、田川靖紘「共謀共同正犯における共謀について」法研論集 135 号 188 頁を参照。

(10) 裁判官自身は、自らの見解をこのように整理することが多い（小林＝香城・前掲注（7）『刑事事実認定（上）』343 頁〔石井＝片岡〕等）。しかし、「自己の犯罪」とはいつても、戦前のドイツにおける主観説のように、客観的な事情を一切考慮せず、純粋な主観で判断しているわけではないことに注意が必要である（松澤・前掲注（4）論文 100 頁注（8）参照）。実際は、「構成要件実現への積極的な意思」といった程度の意味であり、心理的因果性を強化する機能をもつものである。ただし、実務がこのように共謀概念を理解しているとはいっても、共謀共同正犯の成立自体は、主観・客観の両面から判断されている。実務家自身がこのように自己評価するのは、共謀共同正犯者が実行行為を行っていないため、主観的事情が重要であると思われてきたことに起因するのではないか。

べたように、犯罪を教唆するような行為は、当該の共犯現象において重要な役割を果たしている行為といえるのであって、そこでは、重要な役割を果たしているという認識、すなわち、正犯意思が常に付随するのである。こうして、上記どちらの見解をとっても、結局、違いは生じない。教唆犯を共謀共同正犯へ解消する裁判実務は、理論的にも裏付けられるのである。

このような現象から読み取れる裁判官の思考は、統一的正犯体系への無意識的な進行である。統一的正犯体系とは、狭義の共犯と正犯とを区別しない立法例であるが⁽¹¹⁾、裁判官の思考は、共同正犯と教唆犯（後述するように、さらには従犯も）の区別を失わせる方向に進行していると思われるのである。一方、わが国の刑法典は、法文としては、狭義の共犯と正犯とを区別する共犯体系を取っている⁽¹²⁾。法文がそのように規定しているにもかかわらず、「現に行われている法」が統一的正犯体系へ変化していつているとする分析は、従来の考え方から見れば、非常識だと思われるかもしれない⁽¹³⁾。しかし、「現に行われている法」は法文そのものではなく、裁判官の思考の中に存在すると考えれば、法文の読み方も変わってくるであろう⁽¹⁴⁾。すなわち、61条が事実上廃止され、共謀共同正犯規定が事実上立法されたのと類似の状況⁽¹⁵⁾として組み入れられていると考えたうえで法文をながめれば、わが国の「現に行われている法」を、統一的正犯体系の形で読み換えることも不可能ではない。かなり以前から、わが国の実務は、実際には統一的正犯体系の立場をとっているといってもよいとの指摘があったが⁽¹⁶⁾、そのことは、「現に行われている法」についての方法論的裏づけとともに、あらためて指摘されるべきものである。

(11) イタリア、ノルウェー、デンマーク、オーストリアなどがその代表例とされる。

(12) それゆえ、高橋則夫教授は、統一的正犯体系を共犯体系よりも妥当と評価しつつもあくまで立法論と位置づけ、解釈論としては、統一的正犯体系を志向する共犯体系である「修正された共犯体系」を基礎として共犯理論を展開する、という立場をとる（高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（1988年、成文堂）89、90頁）。

(13) 松原・前掲注（8）論文6頁は、「現行刑法は、犯罪の関与形態を単独正犯、共同正犯、教唆犯、従犯に分けているのであって…共同正犯と教唆犯や従犯との区別を失わせる解釈は現行法の解釈としては採りえない」とする（同・11頁も参照）。

(14) この点で、前掲注（13）における松原教授の理解とは、「現行法」のとらえ方が異なっている（念のため付記するが、松原教授の理解の方が常識的であり、ほとんどすべての刑法学者はそう考えていると思う）。

(15) 「類似」と書いたのは、これが「新たな立法」とまでいえるかどうかは疑問の余地があるからである。共謀共同正犯を立法であるとする評価もあるが（団藤重光『刑法綱要総論』（第3版、1990年、創文社）401頁参照）、既に述べたように、条文解釈として、ありえないものではない。

(16) 平野龍一「正犯と実行」『犯罪論の諸問題（上）』（1981年、有斐閣）135頁。

ただし、最近ではこの傾向に逆行する判決もある。たとえば、東京高判平成20・10・6判例タイムズ1309号292頁は、共謀共同正犯の不作为犯的構成として有名な判決であり、その点に大きな問題を残すものであるが（阻止すべきだとする不作为が実行行為となると、その段階で同時存在の原則や作為可能性が問われ、予想しない様々な問題が生じる可能性がある）、ここで問題とする共謀概念との関連では、共謀をかなり厳格にとらえている点で、注目に値するものである。また、スワット事件に見られるような共謀概念は、特定の場面・個別的な事情を前提とするもので、各論的に、犯罪ごとに異なる共謀概念が生じているという見方もありうるところである⁽¹⁷⁾。

しかし、スワット事件判決において、少なくとも、謀議行為を必要としない共謀があり得るということが明示的に示されたことは、非常に大きな意味をもつといえよう⁽¹⁸⁾。スワット事件を前提とし、かつ、共謀概念があらゆる犯罪においてある程度の共通性を持つのだとすれば（刑法総論という一般理論を認める以上そうなるであろう）、統一的正犯体系に向けた裁判官の思考の進行は、拒絶できない事態ではなかろうか。

Ⅲ 従犯の検討

従犯に目を移そう。従犯については、教唆犯ほどではないにしてもその処罰が少ないこと、さらに、共同正犯と従犯の区別基準としてあげられる事情が、従犯の量刑事情とほぼ一致・均質化しているという事実が重要である。

これについても、教唆犯の場合と同じ事情がその前提を形成している。すなわち、共謀共同正犯の存在である。共同正犯と従犯の区別基準については、様々な学説が展開されてきたが、共謀共同正犯が肯定され、実行行為の有無が基準となりえなくなったことで、これを、実質的な観点から判断する見解が有力化した。しかし、議論が実質化した分、どのような場合に共同正犯になり、どのような場合に従犯となるかの基準は、非常に雑多な要素が入り混じった状態にある。一般的にあげられている要素は、①被告人と共犯者の関係、②被告人の犯行の動機、③謀議行為その他の意思疎通行為、④実行行為その他の精神的物質的加功行為、

⁽¹⁷⁾ 第5回現行刑事法研究会にて認識した裁判官の方々のある一面を示した理解である（第5回現行刑事法研究会における報告は、本報告書35頁以降に収録されている）。また、スワット事件に関する芹澤政治「判解」『平成15年度最高裁判所判例解説刑事篇』（2006年、法曹会）300頁における練馬事件大法廷判決の「射程が及ばない事案がある」という説明からは、本文のような理解も出てきうるように思われる。

⁽¹⁸⁾ 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『佐藤文哉先生＝小林充先生古稀祝賀刑事裁判論文集（上）』（2006年、判例タイムズ社）201頁。

⑤犯行前後の徴表行為、である⁽¹⁹⁾。

一見して分かるように、ここには、正犯の本質や共犯の本質として議論されてきたものとはまったく無縁の要素が混じりこんでいる。たとえば、正犯性を根拠付ける上で非常に重要な要素のひとつとして、「⑤犯行前後の徴表行為」に含まれる「分け前の分与」あるいは「利益の帰属」があげられることが多いが、これは、正犯性とも共犯性とも結びつく余地はない。せいぜい、利益を得たのだから犯罪において主導的な役割を果たしたのだろうという正犯性を基礎付ける間接事実として考慮される程度のものであろう⁽²⁰⁾。

そして、さらにこれを仔細にみると、これらの要素は、共犯の量刑の際に考慮される事情とほぼ同一であるといってよい。共犯の量刑（犯情評価）に際して、実務では、共犯行為全体についての犯情を評価・検討し、その後、当該被告事件の被告人個人について共犯者間の地位・役割等を総合的に評価するとされる⁽²¹⁾。このうち、前者は、関与者全員の犯情をどう見るかということだから、共犯者個人の犯情をどう評価するかという点では、後者が重要である。「共犯者間の地位・役割等」という言葉からは、当該共犯者が「重要な役割」を果たしていたか否かということが思い浮かぶ。そして、「共犯者間の地位・役割」を判断する場合の考慮要素・基礎事情としては、客観的側面として、①事件の背景、被害者との関係、あるいは共犯者間の人的関係など、②犯行に至る経緯、共謀の形成過程、犯行の準備段階など、③実行段階、④犯行後の状況があげられ、また、主観的側面として、被告人の主観的個人的事情があげられている⁽²²⁾。これらの事情は、上に掲げた共同正犯と従犯の区別において考慮される「多様な要素」と内容的にはほぼ一致する。このことは、共同正犯と従犯は概念的に異なるものではなく連続性を持っていること⁽²³⁾、換言すれば、共同正犯と従犯の差は共同犯罪現象内部における関与の程度の差に過ぎない、ということの意味しているのではなかろうか⁽²⁴⁾。

(19) 上野・前掲注(7) 論文 14 頁以下。その後の実務家の手になる研究は、この分類をベースにしているものが多い。

(20) 松原芳博＝田川靖紘「ワークショップ・3 共謀共同正犯論の現在」刑法雑誌 51 巻 3 号 117 頁参照。

(21) 木山暢郎「共犯事件と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務体系 1・量刑総論』（2011 年、判例タイムズ社）321 頁参照。

(22) 木山・前掲注(21) 論文 343 頁。

(23) 木山・前掲注(21) 論文 344 頁は、「共同正犯か幫助犯かという共犯形式間のあてはめないし選択の問題…は、量刑判断そのものではない。しかし、実質的には、…量刑問題としての『共犯者間の地位・役割等』の問題と連続する面がある」とする。

(24) 高橋教授は、適切にも、「正犯と共犯の区別の問題についても…行為態様の区別・量的差異・因果遂行過程の形式的差異であると考える方向にある」と指摘する（高橋・前掲注(12) 85 頁）。特に、「正犯と共犯とは量的な差異にすぎな

つまり、共同正犯と従犯の区別は、単なる量刑事情に過ぎない⁽²⁵⁾、という理解である。

もちろん、刑法典の条文を見ると、正犯を幫助した者を従犯とすると規定されており、従犯は正犯ではない。しかし、そのことは、共同正犯と従犯の法的性質を同じものと考えたことの障害とはならない。周知のように、我が国の刑法典は、正犯概念の定義規定をもたない。したがって、この点は解釈にゆだねられている。かつての通説は、実行行為を行った者を正犯、そうでない者を共犯としていたが（形式的客観説）、現在では、より実質的に正犯をとらえる見解が通説となっており（たとえば、当該構成要件実現について重要な役割を演じた者を正犯・それ以外を共犯とする見解、自己の意思で行った者を正犯・それ以外を共犯とする見解、行為（所為）を支配した者を正犯・それ以外を共犯とする見解など）、さらに、現在、正犯と共犯を区別する際に実際に用いられている事実を見ると、結局、それは、共犯の量刑事情とほぼ同じになっている。ならば、正犯と共犯の区別が量刑事情に過ぎなくなっているという現状を素直に定義に反映し、「**重く処罰されるべきものが正犯・それ以外が共犯**」と解すればよい。そして、これが、裁判官の思考の深層にある正犯概念であると解されるのである。

このような考え方を推し進めていくと、従犯について従来指摘されてきた疑問点・問題点も解決の方向へ向かう。正犯と共犯の区別基準において混在している雑多な要素のうち、特に実務において重視されているものの、要件論の中に位置づけることが困難であった「分け前の分与」あるいは「利益の帰属」が、理論的に説明可能になる。すなわち、正犯と共犯が法的性質においては同じもので、量刑の大小を反映する名称に過ぎないのだとすれば、理論的にも、量刑事情が、そのまま正犯と共犯の区別基準となるのである⁽²⁶⁾。

IV 裁判官の思考する共犯理論

以上のような解釈を推し進めれば、錯綜した共犯論の問題も、ある程度明快に

い」との指摘（同・89頁）は重要である。但し、教授の解釈論においては、正犯と共犯はあくまで区別され、その処罰根拠も異なって構成されている。

⁽²⁵⁾ 実質的には量刑問題であるという指摘は多い（たとえば、平野・前掲注（16）論文134頁、川端博ほか「共謀共同正犯論の課題と展望」現代刑事法28号31頁〔西田典之発言〕、西田・前掲注（5）『刑法総論』353頁、木山・前掲注（21）論文329頁注（40）等）。

⁽²⁶⁾ なお、共同正犯と従犯の法的性質が同じであると解した場合、共犯の従属性、共犯の因果性（幫助の因果性）など、狭義の共犯プロパーとされてきた議論は、共同正犯についても妥当することになる。詳細は別稿にて論じたいと考えるが、片面的共同正犯の問題については、すでに論じてあるところを参照（松澤・前掲注（4）論文114頁以下）。

整理することが予想できる。少なくとも、上述した実務における共犯論にまつわる「3つの事実」に関する学説からの批判・問題視は、不必要であったことが明らかにになる。

① 教唆犯がもつ正犯としての性格から、教唆犯が共謀共同正犯に解消されていた実務の現状が明快に説明できる。

② 特に、学説にとって重要な意味を有するのは、共同正犯と従犯の本質（法的性質）は同じものであって、共同正犯と従犯の区別は量刑事情にすぎない、と解することによる帰結である。すなわち、このように解することで、「正犯と共犯の区別」と呼ばれてきた難問は、もはや、理論的検討を必要としないという結論に至るのである。従来、客観的要素や主観的要素、さらには周辺事情や前後の事情等、極めて「多様な要素」が混在したまま総合的に判断されてきた正犯と共犯の区別基準の現状は、むしろ当然の状態であり、それを一元化して限定づける必要はない⁽²⁷⁾。また、「多様な要素」を、「重要な役割」や「行為支配」や「自己の犯罪」といった抽象的な規範に還元したりする理論的努力も必要ない⁽²⁸⁾。今後は、具体的な場面で、共同正犯と従犯の線引きがどのように行われているか、たとえば、類型や事実に着目しつつ、「多様な要素」をそのまま区別基準として検討する、という方向へ研究を進めて行くことができるのである。ここでは、事実認定論や量刑論における議論の蓄積が役に立つであろう。

③ 共謀概念の希薄化・拡大のように見えた現象は、問題視すべき現象ではなかったことが明らかにになる。すなわち、共謀共同正犯において、実行者以外のものが共同正犯として処罰されるのは、構成要件該当結果実現に対して積極的な意思があること、すなわち、心理的因果性が強力であることに基づくということが明らかにになる。そして、それを前提とすれば、客観的謀議行為という事実があったかなかったかということに着目するのではなく、心理的因果性がどれほど強力に及んでいるか、すなわち、合意の形成があったか、そしてそれがどれほど強力であったかに着目すべきことになる。実務において主観的謀議説が有力化している

⁽²⁷⁾ たとえば、西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（1990年、有斐閣）383頁は、「犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断にとどまるべきであり、主観的心情的要素は酌量減輕や情状判断の資料として考慮すれば足りよう」とするが、「共同正犯と従犯の区別」は「量刑事情」（同頁）なのであるから、主観的心情的要素を考慮に入れても構わないのである。

⁽²⁸⁾ これに注力する学説は多い。正犯と共犯が性質上異なるものであれば、当然必要な努力であるが、本稿のように理解すれば、これが必要なくなる。おおざっぱだとか、直感的判断に堕しているとかいうのではなく、ただ、理論的に不要なのである。単純に説明すべきことを単純に説明するというのは、悪いことではない。むしろ、不必要に複雑な理論こそ有害というべきであろう。

のは、この点を裏付けるものである。客観的謀議行為は、心理的因果性の強さを推認する一事情である（客観的謀議行為というのは、積極的な意思にもとづく意思の連絡のパターンのひとつを示しているにすぎない）。心理的因果性が十分に強力と評価できるならば、スワット事件のような形での意思の連絡でもよいと解することが、正当化しうる。

このように、裁判官の思考する共犯理論は、単純な構造に向けて進行しているように思われる。

V 「現に行われている法」の研究

以上のような理解は、裁判官の思考をくみ上げるという方法論をとることによってあらわれるものであるが、こうした方法論は、刑法学のオーソドキシを完全に逸脱しているように見える。裁判官の思考の中に「現に行われている法」がある、という理解⁽²⁹⁾については、若干の説明が必要であろう。

我が国の刑法学では、現在、理論刑法学が非常に発展しており、論者の考える理論を示すことによって、個別の論点を解決する方法が主流となっている。しかし、裁判所における判断が、現に社会において果たしている機能に鑑みると、裁判所の判断自体がひとつの「法」を形成し、社会を統制しているのであって、これを無視することはできない。従来、この「法」にアプローチするには、判例の文言を中心として分析し、自己の立場から外在的に批判的検討を加える「判例評釈」が通常の方法であった。しかし、それでは、判例を理論的に整理するにしても、自己のよって立つ理論体系から、というバイアスのかかった形での整理しかできないこととなる。では、仮に、自己のよって立つ理論体系を極力抑え、客観的に「法」に向かい合ったらどうか。それでも、従来のように、判例の文言を中心とした分析という外在的立場からの方法を取るのであれば、結局、条文の文言による拘束を、判例の文言による拘束にまで拡大しただけに過ぎない「判例法実証主義」に陥ることになる。

判例は確かに重要である。しかし、一度出された以上、すでにそれは今後の解決の指針に過ぎない。条文もそうである。これらは、「現に行われている法」そのものではないのである。逆に、実務慣行や学説も解決の指針の1つであり、判例や条文に比べて少し重要性は落ちるものの、「現に行われている法」の源泉である。

(29) デンマークの法哲学者アルフ・ロス（Alf Ross）の創唱にかかる理論である。私見はデンマークの刑法学者クヌド・ヴォーベン（Knud Waaben）の学説を参考にこれを刑法解釈学に応用するものである。詳細は、松澤・前掲注（2）『機能主義刑法学の理論』を参照。

リアリスティックに見れば、裁判所の個々の判決を通じて実際に社会を統制しているのは、条文、判例、実務慣行、学説等が流れ込んで、渾然一体とした中に形成される裁判官の思考そのものなのである⁽³⁰⁾。

そこで、実際に「法」を形成する役割を担っている裁判官の思考——意識的なものも無意識的なものも含む——を、推測も含めて、言語化・理論化・体系化することが必要となる。このアプローチは、①判例に現れた文言ではなく裁判官の思考そのものを対象としてアプローチする点、②自己の理論体系からの外在的な批判ではなく、裁判官の思考に内在する事実を汲み取ろうとする点で、従来の一般的な判例研究、あるいは判例評釈とは、決定的に異なるものである⁽³¹⁾。

従来の研究方法との違いを対比的に示すため、図式化して説明しよう。従来の研究方法は、以下のようなものである。たとえば、ここに、なにか法的な解決を必要とする問題があるとする。その解決手段は、まずは条文に書かれているはずである。したがって、条文から出発する。条文の文言をそのまま当てはめることで問題が解決するのであれば、それ以上問題はない。しかし、条文には、問題そのままの形では解決方法が書かれていないことが多い。この場合、条文解釈の必要が生じる。条文の解釈を示したものとしては、判例・学説がある。これもぴたり合うというのは少ない。そこで、従来の判例を整理して、一定の特別な配慮（あるいは他の学説と同程度の配慮）を払いながら、学説も参考にしつつ、条文解釈の許す範囲内で、当該問題の解決として、論者の妥当と考える理論を展開する——これが、一般に行われている研究の方法である。

本稿の示す研究方法は、これとかなり異なる。同じく、ここに、なにか法的な解決を必要とする問題があるとする。その解決手段は、まずは裁判官の思考の中にある。したがって、裁判官の思考を探ることから出発する。裁判官の思考は、判例から読み取れることが多い。当該問題にぴたりと合う確定的な判例があれば、

(30) 裁判官が、このような法形成機能を有しているという理解については、多くの人が批判的であると思われる。裁判所の法創造機能や、判例の法源性を肯定することは、罪刑法定主義における法律主義に触れることになるともいえるからである。しかし、現実の裁判官は、上から事件を入れれば下から回答が出てくる自動販売機ではない。裁判（裁判官）による法創造は現実に行われているし、これを認めなければ近代の裁判は立ちゆかない。田宮裕博士は、このような現実を、「判例による法解釈は、法の定立機関内部の法生成過程そのものである」と述べた（田宮裕「刑法解釈の方法と限界」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（1990年、有斐閣）48頁）。我々は、「現に行われている法」がこのように生成されていることを直視することからはじめる必要があるように思われる。

(31) とりわけ、いわゆる裁判員法および改正検察審査会法等の施行により国民の刑事手続への参加が現実のものとなっている今日においては、こうした新しい視座に立つアプローチを試みることは、司法の国民的基盤をより強固なものにするという観点からも意義があるものといえよう。

それ以上の問題はない。裁判官の思考もそれと同じであろう。しかし、判例といっても安定度は様々である。判例の射程の問題もある。そこで、当該問題と関連する判例をよくながめることで、その背後にある裁判官の思考を推測・整理する必要がある。その際、裁判官の意見を取材することも重要となろう。注意すべきなのは、取材して得られた裁判官の意見は、意識の上での意見であって、無意識下のものまで含まれていないということである。裁判官の表層上の意見が、そのまま「現に行われている法」であるならば、裁判官に語ってもらうのが一番よい。しかし、たとえば我々日本人の特性は、外国人から見た方がよく分かる場合が多いように、裁判官自身も自らが意識していない心理・思考が存在するのである。研究者が協力してこれを掘り起こし、さらに理論化することが必要となる所以である。そうして理論化された「現に行われている法」から、当該問題の解決を得ることができる（解決の推測・予測の場合も多い）⁽³²⁾⁽³³⁾。本稿は、このような研究方法が重要であると考えてるのである。

VI おわりに

本稿では、裁判官の思考に内在する共犯理論について、推測を含めて理論化することを試みた。そこで得られた結論は、狭義の共犯は、本質的に、共同正犯と同一の法的性質をもつものであり、教唆犯は共謀共同正犯に解消され、また、従犯と共同正犯も結局は名称の違いに過ぎないため、量刑事情と一致する多様な要素が従犯と共同正犯の区別基準として理論的にもそのまま妥当する、というものであった。

このような方法、またそこから得られた成果は、従来の刑法学の方法・成果とはかなり異なるものである。しかし、「現に行われている法」が裁判官の思考に

(32) この場合、条文は背後に隠れる。条文は裁判官の思考を強力に規定するものであり、間接的ではあるが、最も重要な考察対象のひとつに含まれる。しかし、条文と裁判官の思考が乖離しているように見える場合、まずは裁判官の思考を分析対象とし、その後、条文で裁判官の思考が突飛なものではないことを確認する、という思考順序を辿る。ここであらためて確認すべきなのは、裁判官は、法適用にあたり——多かれ少なかれ——法創造を行っているという事実である。その上で、裁判官の思考を前提として、条文解釈も考察していくことになる。裁判官によって法適用が行われる際、ある特定の条文が多く用いられたり、その逆もあつたりする。ここでは、条文の改廃に類似した現象が起こっている。ここにも、裁判官の法創造作用の存在が観察されるわけであるが、共犯における適用の繁閑は、その重要な一例といえる。

(33) 仮に、ここで得られた「現に行われている法」について論者が不当であると考え、裁判官に対して別の解決を提言することになる。私見は、このことを否定するものではない。ただ、それは、客観性を伴った学問としての法学ではなく、論者の価値観に基づく政策的活動（法政策）として位置づけられる。

集約されているとすれば、このような成果はおそらく大きくは誤っていないと思われる。少なくとも、このような研究方法から、多少なりとも新しい知見が得られるとすれば、刑事法学者が、裁判官の思考を言語化することを通じて、「現に行われている法」の内容を明らかにすることにも意義があるといえよう。

なお、裁判官の思考のみを現に行われている法と考えること、また裁判官の思考のみを検討対象とすることについては、疑問もありえよう。確かに、法の担い手は裁判官に限られない。特に、検察官の起訴裁量が大きな我が国では、検察官が、實際上、有罪・無罪を決めているという主張にもまったく理由がないわけではない。しかし、最終的にそれを支配し、有権的に統制するのは、裁判官である。現に妥当する法を形成し、これを行うのは、裁判官なのである。結局、条文、判例、実務慣行、さらには学説等が裁判官の思考に流れ込み、裁判官の思考の中で醸成されていく中で、「現に行われている法」が形成されていくのである。

