

# 期待可能性論と従犯について

田 川 靖 紘





## 2 実務における総合判断

### i 実行行為を行う従犯の裁判例

実行行為を行う従犯を認めた裁判例においては、実際に、どのような要素が考慮されているのであろうか。まず、2つの裁判例を概観してみよう。

#### i-1 闇麦運搬事件

本件被告人は、原審相被告人Nが社長をしていた会社に自動車運転手として雇われていた者である。昭和25年7月頃、Nは、当時統制品であった麦のいわゆる闇売買により利益を挙げようと企て、原審相被告人K方へ、生産者からの麦の買入れ斡旋依頼に赴いた。

その際、被告人は、Nの言葉に従って事情を知らずながらNと同行し、その談合に立会い、Kが手数料名義で1俵につき100円の報酬を受ける約束の下にこれを引き受け、その後K自身が直接もしくは情を明かして原審相被告人Iに転嘱した後も、Iと協力もしくは同人を介して生産者との間に買入れの和合をすすめた上、Nに報告した。

被告人は、Nに命じられて同人より買受代金と手数料を託された後、生産者方へ赴き、前記KやIの指示案内のもとに直接、もしくは同人らを介して生産者にその代金を支払い、これと引き換えに買入れ麦類を受け取り、被告人の運転する自動車に積み込み、この麦類をNの指定した場所に運搬したという事実である。

名古屋高裁は、「各売買につき被告人の演じた役割は、相被告人Nの企図実現上相当重要ではあるが、…被告人が此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ないから、此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人Nの指示命令の儘に為されたものと見るの外なく、従って此の分の売買につき、被告人は勿論所謂闇買の幫助者としての責任は免れないところにあるが、結局、被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証明は

ないものといわねばなら」ないとして、原審がこれを共同正犯としたのは、事実誤認であり、原判決は破棄を免れないと判示した<sup>7)</sup>

### i - 2 収賄事件

被告人Oは、昭和46年10月1日から国鉄鉄道管理局の営業部旅客課課長補佐として、旅客課長を補佐していたが、着任して間もなく、課として支払うべき飲食代金等の未払い分が70万円ほどに達していることを知り、同年12月ごろ、そのことを課長Tに話したところ、翌47年1月ごろ、Tから、「Yに金のことを頼んであるから、Yが金を持ってきたら受取っておいてくれ。」との指示を受けた。ここにおいて、被告人OはTが広告取扱業者である株式会社Aの営業課長Yから現金の供与を受けるものであることを知りながら、その指示を了承した。

被告人Oは、同年2月10日ごろ、Yが旅客課事務室において、旅客課宣伝係長Mに対し、T課長に渡してくれとあって現金25万円を交付し、42万円を額面とする領収証の作成交付を求めた際、Mから領収証作成の可否について相談を受けるや、その25万円は、TがYから、広告の発注等に関し種々の便宜を受けたことの謝礼および今後も同様の便宜を受けたい趣旨で供与を受けるものであることを知りながら、「課長が承知しているのなら良いだろう」と答えて領収証の作成を承認し、MをしてYの要求する領収証を作成交付し、これと引き換えに25万円を受領したという事案である。

東京高裁は、「Oが支払に苦慮していた飲食代金等のほとんどは、Oが着任する前にT課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのものであって、Tがその支払について最も責任を負うべき立場にあ」ったこと、Tは自己自身のためにYに金策の要請をし、自分が単独でYから金員を収受するつもりであったとみるのが相当で、Tは「Oを自己の手足のよう利用する意思はあったとしても、Oとの間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体になって賄

---

7) 名古屋高判昭和27年12月10日・高等裁判所刑事判決特報30号21頁。

賂收受を実行しようとしたものであるとは」認めがたく、Oとしても、事情を推知したものといえるが、「Tと共にYから賂賂を受受しようという意思を生じ、Tとその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは」考えられないこと、Oが領収証作成を了承してMに現金を受領させた行為も、「承認によって、Tの収賄を容易ならしめたということではできるが、収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない」こと等を理由とし、被告人Oは、収賄の共謀共同正犯ではなく、従犯であると判示した<sup>8)</sup>

闇麦運搬事件において、被告人は実行行為を行っており、収賄事件において、被告人Oは、直接金員を受け取ったわけではないにせよ、事情を知らない（と思われる）Mに了承を与えて金員を受領させているのだから、被告人Oは、Mを自己の道具として利用したのであり、そこに実行行為性を認めることができるといえよう。しかし、各被告人は、その正犯性を否定されているのである。そこで、各裁判例が、被告人を従犯とするに当たり考慮した要素を見てみたい。

## ii 正犯性を否定する要素とその問題点

まず、闇麦運搬事件から見ると、当該犯罪が誰の犯罪かを明らかにするに当たっては、「給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ない」という事実を挙げており、被告人に当該犯罪による利益の帰属はないと判断しているのである（正犯性を基礎づける、前述要素⑤の否定）。その上で、被告人には、「他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思が」ないというのである（前述要素③（意思疎通行為）の否定）。

次に、収賄事件であるが、被告人Oが、「Tと共にYから賂賂を受受しようという意思を生じ、Tとその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは」考えられないこと（前述要素③の否定）、Oが領収証作成を了承してMに現金を受領させた行為も、「収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない」ことを挙げている（前述要素④の否定）。

8) 東京高判昭和50年2月4日・東京高等裁判所判決時報（刑事）26巻2号 刑19頁。

両事件に共通するのは、被告人には、共犯者と意思を連絡し、自己の犯罪を  
実現しようという意思がない、つまり、共謀がないということである。そのほ  
かに、闇麦運搬事件においては利益の帰属がないこと、収賄事件においては実  
行行為がないことが挙げられている。

しかし、これらの事案で本当に意思の連絡がないかは疑わしい。実務におい  
ては、意思の連絡 +  $a$  を「共謀」とするため、本来の意思疎通行為とは異なる  
要素を踏まえて考慮し、意思疎通行為を認定する<sup>9)</sup>。その意味で、実務の思考方  
法としては一貫しているといえるかもしれないが、共謀概念にさまざまな要素  
を詰め込むこととなり、共謀さえあれば共同正犯が成立するという結論を導く  
ことになろう。闇麦運搬事件においても、収賄事件においても、被告人と背後  
者には意思の連絡を認めるべきであり、その他の要素は、別途検討すべきであ  
る。

また、利益の帰属という事実を、どのように判断するのは非常に難しい。  
もし、この要素を重視するのであれば、とても重要な役割を果たしたが、利益  
の帰属がなかった場合に従犯として処罰されるのは良いとしても、まったく重  
要な役割も果たしていないし、自己の犯罪を行っているという意思もないが、  
利益だけは多量に帰属した場合に正犯として処罰されうることになる。しか  
し、その結論は妥当とは思われない<sup>10)</sup>。

そして、実行行為がないという点も、疑問がある。なるほど、直接金員を受  
領したのはMであり、被告人は、形式的な実行行為を行っていないとはいえる。  
しかし、すでに述べたように、被告人はTの指示を受けていたとはいえ、Mを  
自己の道具のように用いて金員を受領させたのだから、その点に実行行為性を  
見ることは可能である。さらにいうと、共謀共同正犯においては、実行行為を  
行っていないでも正犯とするように、一方で実行行為を正犯性の基準とはしな  
いという態度を取りつつ、結論の不都合を回避するために、このような場面で

9) 拙稿「共謀共同正犯における共謀」法研論集 135 号 (2010 年) 190-1 頁参照。

10) 共謀共同正犯における背後者は、確かに形式的な実行行為を行っていないが、だから  
と言って重要な役割を果たしていないわけではない。

は実行行為がないことを理由として正犯性を否定するというのは妥当とは思われない。

### iii 自己の犯罪概念の問題点

上記裁判例もそうであるが、実務においては、多様な要素の総合判断の結果として、自己の犯罪か、他人の犯罪かという基準を用いることがある。共同正犯と従犯とを“自己の犯罪”か“他人の犯罪”かによって区別するのであるが、なぜ、“自己の犯罪”を行った者は正犯で、“他人の犯罪”に関与した者は共犯となるのであろうか。実務におけるこのような考え方の問題は、多様な要素中の各要素の位置づけを特に問題とすることなく、それらを総合判断することで、自己の犯罪かどうかという点に集約してしまう点にある。

そもそも、自己の犯罪を行った者が正犯であり、他人の犯罪に関与した者は共犯であるという考え方は、それまでの判例を分析した結果として、析出された正犯と共犯との区別基準である<sup>11)</sup>。それ故、各要素、あるいはそれを基礎づけるさまざまな事情が、何ゆえ正犯性を基礎づけ、あるいはその正犯性を否定してきたか、という点について、特に問題とされないままで今日まで使われてきたのである。

なるほど、“自己の犯罪”かどうかという基準は、共同正犯と従犯を区別する基準として、感覚的には機能しているようにも思える。しかし、自己の犯罪かどうかを基礎づける各要素には、いったい何を基礎づけているのか、それら相互の関係はどうなっているのか、といった多くの疑問が残されたままなのである。

先に述べたように、多様な要素中の、犯行の動機や犯行によって得た利益の帰属といった要素は、たしかに正犯性（自己の犯罪性）を強く推認させるものではあるものの、それが共同正犯と従犯を区別する基準となりうるかについて疑問がある。意思疎通行為についても、単なる意思の連絡で足りるとすれば、

11) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 卷 3 号（1990 年）318 頁以下参照。

共同正犯と従犯を区別する基準とはなりえないのである。

以上のことから、自己の犯罪を行った者が正犯であることを基礎づけるためには、その下位基準としての、多様な要素中の各要素の位置づけについて検討する必要がある。本稿では、共同正犯と従犯を区別する基準として、まず要素④（具体的な加担行為）が機能するという前提の下で、この要素に言及する学説を見ることにしよう。

### 3 学説における区別基準

#### i 重要な役割説

被告人が行った具体的な役割を問題とする学説は、現在、有力に主張される考え方である。実質的実行共同正犯論は、これに当たるであろう。この見解は、共謀共同正犯について、「刑法 60 条にいう『実行』が構成要件該当行為の一部分担を意味するとの前提を維持しつつも、行為支配の概念を媒介として実行概念を規範的、実質的に理解することにより、共謀共同正犯を正当化すると同時に限定しようとする立場」であるとする。そして、「共謀者が実行者に強い心理的影響力、心理的支配力を及ぼすことにより、実行に準じるような重要な役割を果たした場合に共謀者の共同正犯性を肯定」し、「実質的実行共同正犯論とは、結局、犯罪の実現において実行の分担に匹敵し、または、これに準ずるほどの重要な役割を果たしたと認められる場合にも共同正犯を肯定する見解」であるとする<sup>12)</sup>

#### ii 因果的寄与の程度を問題とする見解

また、「構成要件実現にとって重要な因果的寄与」の有無によって共同正犯

---

12) 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（有斐閣、1990年）373頁以下参照。ここで媒介とされる、行為支配概念も、結果に対して重要な寄与をした者が正犯であるという考え方であるから、両見解は同様のものと評価することができる。

と従犯を区別する見解も、同様である<sup>13)</sup>この見解も、共謀共同正犯について、実行行為という形式的基準では、実態を正確にとらえることはできないとし、因果的寄与の程度が高い者は正犯、低い者は従犯という実質的な基準を用いて正犯と共犯を区別するのである。

### iii 学説における要素①（関与者間の関係）の位置づけ

このように、共同正犯と従犯の区別については、共謀共同正犯論の中で、重要な役割を行っているかどうか、具体的な行為が構成要件実現にとって重要な因果的寄与を与えたかどうか、という点によって区別されるとする考えが有力に主張されている。

しかしながら、各学説とも、被告人が行った具体的加担行為ないし役割という一要素を共同正犯と従犯の区別に際して考慮することについては論じているものの、①共犯者間の関係という要素については、特に論じられていない。これは、①共犯者間の関係という要素も、役割の重要性を基礎づける資料として用いているからであろう。

共犯者間の関係という要素は、「『動機原因事実としての側面を有すると共に、被告人が犯行全体についてどのような役割を果たしたのかを知る上で、指標的な機能を有するもの』とされ、『共謀認定の状況事実の一つとして、特に一項目設けるべき重要性があ』り、『共謀認定上プラスにもマイナスにも相当重要な働きをする』。これによって、被告人が関与者間でどのような役割を果たしたかのみならず、動機の有無や故意の有無が認定され、また、犯人の同定も為される」のだという<sup>14)</sup>

なるほど、そのように考えることはできよう。たとえば、先に挙げた裁判例の事案のように、組織内において上下関係が存在する場合であっても、上司に命令されてそれに部下が従っただけの場合、部下は犯罪全体について主導的な役割を果たしているのではなく、むしろ命令した上司こそが犯罪全体について

13) 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998年）280頁。

14) 亀井・前掲注1) 187-8頁。

主導的な役割を果たしたことになるので、重要な役割を担ったのは上司であり、そうでない部下は重要な役割を担ったとはいえない以上、従犯として処罰されることになる。

もっとも、実行行為を行っている場合に、これを重要な役割でないとするには疑問がある。実行行為を行ってれば、その果たした役割は重要だと言いうるし、結果に対する因果性も強いものであると言えるのではなかろうか。学説においては、それ故に、実行行為を行う従犯を否定する見解が示されているが、重要な役割を行ったか否かのみを基準とするのであれば、妥当な結論だということができる<sup>15)</sup>

## 4 関与者間の関係という要素

### i 実行行為を行う従犯の問題

共謀共同正犯の場合、実行行為を行った者（以下、前面者という。）は正犯であることを前提としつつ、背後者の正犯性をいかにして基礎づけるかが重点的に争われてきた。しかし、前面者の正犯性については、とくに問題とされてこなかったように思われる。前面者は、実行行為を行っているため、重要な役割を果たしているとみることができるし、構成要件実現について重要な因果的寄与も認められるのであるから、役割の重要性や、因果的寄与の程度を問題とする学説からすれば、正犯性を基礎づけるには十分なのである。

実務においても、共謀共同正犯の場合、実行行為を行っていないにもかかわらず正犯として処罰される背後者については問題とされているが、前面者は、「共謀のうえ」実行行為を行っているのだから正犯として処罰されるのは当然である、と考えているように思える。つまり、共謀共同正犯という場面では、実行行為（あるいは具体的な役割）が重視されていると見ることができるのである。

15) 西田・前掲注3) 331頁、山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣、2007年）324頁参照。

問題は、実務において肯定されている、実行行為を行う従犯の場合である。共謀共同正犯の場合、前面者は、実行行為を行ったために自己の犯罪を行った者と判断されたが、実行行為を行う従犯の場合、前面者は、実行行為を行っているにもかかわらず従犯として処罰されるのである。たしかに、上位基準として「自己の犯罪」という基準を用いれば、実行行為を行っていたとしても、前面者を従犯とする途は残されるであろう。

ただ、共謀共同正犯を、支配型と対等型とに分類する考え方があるが<sup>16)</sup>支配型と呼ばれる類型は、組織の上下関係に基づいて命令がなされるのであるから、果たして前面者にとって自己の犯罪と言えるのか疑問がないわけではない。もし、これも自己の犯罪であるとするのであれば（少なくとも、実務は結論としてこれを自己の犯罪としているように思うが）、実行行為を行う従犯の場合でも、「解雇されたくない」、「上司に逆らいたくない」などの理由（動機）から実行行為を行っているとも見ることができ、自己の犯罪を行っているということになりかねない。

このように見ると、実務は、自己の犯罪という上位基準の下に、多様な要素を並べて総合判断するということもできるが、具体的な役割という要素に重きを置きつつ、不都合な結論を回避するためにほかの要素を持つてくる、という思考プロセスを経ているとも見ることが可能である。

問題は、不都合な結論を回避するために用いられるそのほかの要素を、どのように考えるべきか、ということになる。すでに述べたように、要素②（犯行の動機）、要素③（意思疎通行為）、要素⑤（その他の徴憑的行為：利益の帰属）という要素は、共同正犯と従犯を区別する基準としては疑問がある。そのように考えると、残るは要素①（関与者間の関係）ということになる。先に挙げた裁判例は、関与者間の関係について、上下関係があるにもかかわらず、この要素について特に触れることなく、その他の要素を用いて正犯性を否定しよ

16) 伊藤武是「共謀共同正犯の共謀認定——裁判例の検討を通して」石松武雄ほか編『小野慶二判事退官記念論文集・刑事裁判の現代的展開』（頸草書房、1988年）135頁以下参照。

うとしているが、この関与者間の関係という要素こそ、正犯性を否定しうる要素であると考えられることもできる。

## ii 関与者間の関係

裁判例においては直接問題とされていないが、実行行為を行う従犯の事例において、正犯性を否定しうる要素は、関与者間の関係である。

企業組織において、上下関係が存在する場合、部下としては上司の指示・命令に従わざるをえない場合があることは想像できる。つまり、自己保身のためにやむをえず上司の指示・命令を聞き入れ、犯罪を実行する場合である<sup>17)</sup>

このような場合、部下は、上司との関係で相対的に不自由であり、自由にふるまう上司によって社会的に行為を支配されており、正犯を肯定するだけの行為支配を有さず、正犯としての答責性がない、という考えも示されているところである<sup>18)</sup>

では、正犯としての答責性が欠けるとはどういうことであろうか。あるいは、なぜ、正犯としての答責性が欠けるのであろうか。この点について、ひとつの考え方を示したいと思う。

## 5 期待可能性論的思考

### i 期待可能性論

ドイツの判例に、暴れ馬事件という事件がある<sup>19)</sup>これは、手綱に尻尾をからめてその制御を邪魔する癖を持った馬を馬車につないで走行していた御者が、この馬を交換してほしいと願っていたにもかかわらず、雇い主がその申し出に

---

17) このほかに、上司の指示があったからと、何も考えずに実行行為を行う者もいるかもしれない。このような者についてまで従犯とすべきか、これはひとつの問題である。本来であれば規範に直面するべきところ、何も考えずに実行行為に出た者まで、必要的減輕の効果を享受させて良いかは疑問がある。

18) Jan Schlösser, *Der Täter hinter dem Gehilfen*, JR, 2006, S. 102 ff.

19) RGSt 30, S. 25 ff.

応じなかったため、あるとき通行人にけがを負わせてしまった事案である。危険な馬であることがわかっているのだから、営業しなければよいともいえるのだが、御者は、職を失うのをおそれて雇い主の命令に従っていた、という事情があった。ライヒ裁判所は、この事案について、この御者には、他の適法行為に出ることを期待することができなかつたとして無罪とした。これを契機に、ドイツにおいて発展したのが期待可能性の議論である。

さて、暴れ馬事件の御者がそうであったように、上司に指示・命令されて実行行為を行う前面者にも、職を失うことを恐れて（あるいは不利益を被るのをおそれて）実行行為に出してしまうこともありうるのではないか、ということが考えられる。つまり、実行行為を行う従犯の場合においても、期待可能性論的な思考がありうるということである。

期待可能性論は、「構成要件に該当する違法行為を犯したものに刑事責任を科す場合、責任論において、責任能力、故意・過失が存在するだけでは足りず、これに加えて、適法行為にでることが期待可能でなければならないという要件が必要である」とする考え方である<sup>20)</sup> 規範的責任論からは、責任能力、故意・過失に加え、期待可能性が必要であると解されている<sup>21)</sup>

この、期待可能性論を、共同正犯と従犯の区別を引き付けて考える場合、次のような点が問題になるであろう。1つは、期待可能性論は無罪を導くための理論であって、従犯を認めるための理論ではないという点である。そしてもう1つは、本人が「職を失いたくない」と思えば常に期待可能性の不存在が認められるのか、あるいは、関与者間に上下関係があれば、ただちに期待可能性の不存在が認められるのか、という点である。

## ii 期待可能性論と従犯

期待可能性論は、犯罪論体系上の地位について争いはあるものの、学説上、

20) 立石二六「期待可能性」刑法判例百選 I 総論 [第6版] 別ジュリ 189号 (2008年) 124頁。

21) 立石・前掲注 20) 124頁参照。

超法規的責任阻却事由として位置づけるのが一般的である<sup>22)</sup>ということは、期待可能性が不存在の場合、超法規的とはいえ責任が阻却され、当該行為者は無罪となるはずである。もしこれを貫徹すれば、期待可能性論は無罪を導くための議論である以上、従犯を基礎づけるための理論としては応用しえないのではないか、という疑問が出てくる。

そこで、大審院時代のものであるが、次の事件について見てみることにしよう。第五柏島丸事件は、次のような事案であった。被告人は、航運業者Kに雇われてK所有の発動機船博愛丸の船長として旅客の運搬をしていたが、博愛丸修理のために代用船である第五柏島丸の船長として継続して旅客運搬に従事していた。この第五柏島丸の乗客定員は24名であるところ、これを超過して乗船させれば吃水が深くなるので沈没する恐れがあることを知悉し、船長としてはあらかじめ事故の発生を防止するため十分な注意をすべきであったにもかかわらず、あるとき、定員の5倍余りの127名を乗船させて港を出発したところ、途中、第五柏島丸の右横を追い越して行った船の追い波による飛沫を避けようとした乗客が、右から左に移動したため、定員を超過した船は、吃水がますます深くなり、とうとう船尾から海水が浸入したため、その場で沈没し、27名が溺死、7名が傷害を負った事案である。

船長には、原審において禁固6か月の判決が下されたが、大審院はこれを破棄し、300円の罰金刑を言い渡した。その理由は、「被告ノ當公廷ニ於ケル供述及本院ノ取調ヘタル證據ニ徴スレハ、本件發生當時、判示音戸町及其ノ附近村落ヨリ呉市海軍工廠ニ通勤スル職工夥シク多數ナルニ反シ、交通機關タル船舶少ク、職工ハ孰レモ出勤時刻ニ遅ルルヲ厭ヒ、先ヲ争ヒテ乗船シ、船員ノ制止ヲ肯セサルハ勿論、之カ取締ノ任ニアル警官亦出航時刻ノ勵行ノミニ專念シ、定員ニ對スル乗客數ノ取締ハ、職工通勤ノ關係上、寛ニ失セサルヲ得サリシ事情アリタルニ加ヘ、第五柏島丸ノ運航經費ハ、定員ニ數倍スル乗客ノ賃金ヲ以テテ漸ク其ノ收支ヲ償フノ實情ナリシカ故ニ、船主タル木村常藏ハ、船

---

22) 立石・前掲注20)125頁参照。

長タル被告ノ再三ノ注意モ更ニ之ヲ用ユルトコロナク、多數ノ乗客ヲ搭載セシメタル事實ヲ認め得ヘク、從テ定員ニ數倍スル乗客搭載ノ爲本件慘事ヲ惹起シタルハ、被告ニ責任アルコト固ヨリ言ヲ俟タスト雖、一面又被告ノミノ責任ナリトシテ之ニ嚴罰ヲ加フルニ付テハ、大ニ考慮ノ餘地アリ…」とした<sup>23)</sup>

大審院は、当時の交通機関の事情が定員超過という事態を招いたことと、船長である被告人の再三の注意にもかかわらず、それを聞き入れなかったという事実を認め、被告人に責任はあるけれども、被告人のみの責任とすることには考慮の余地があるとしたのである。この判決においては、期待可能性ということに言及されていないが、実質的には期待可能性の思想によって責任の減輕を認めたものと解されている<sup>24)</sup>

ということは、期待可能性の不存在は、責任を阻却するのが一般的であるが、場合によっては責任減少も認めうる理論だということができる。これを、実行行為を行う従犯について見ると、実行行為を行った者は、違法性の段階まで正犯と同様であるが、しかし、責任の段階で、期待可能性論的な思考方法を用いることで正犯としての責任が減少し、正犯としての答責性は欠ける、と考えることもできるのである。

### iii 期待可能性の標準

では、どのような場合に期待可能性の不存在は認められるのであろうか。この問題は、かねてより議論のある、期待可能性の標準の問題である。

これには、当該行為事情の下において、国家が何を期待しているかを標準とすべきとする国家標準説<sup>25)</sup> 当該行為事情の下で一般人であればこれに対して適法行為を期待しうるかを標準とすべきとする平均人標準説<sup>26)</sup> 当該行為事情の下

23) 大判昭和8年11月21日刑集12巻2072頁。なお、句点筆者。

24) 立石・前掲注20)125頁。

25) 佐伯千仞『期待可能性の思想〔増補版〕復刻版』（有斐閣、1985年）327頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1976年）278頁参照。

26) 西原春夫『刑法総論 改定準備版〔下巻〕』（成文堂、2003年）481頁、前田雅英『刑法総論講義 第5版』（東京大学出版社、2011年）412頁以下参照。

で、当該行為者個人の通常的能力に照らして適法行為を期待しうるかを標準とする行為者標準説<sup>27)</sup>がある。

本稿においてこれらを詳細に分析することは控えるが、責任非難は、行為者に対する個別的な非難である以上、行為者にとって可能なことを限度とするべきであるという主張は妥当な面を含んでいる<sup>28)</sup>支配型共謀共同正犯と呼ばれる類型については、上下関係が存在していたとしても共同「正犯」なのであるが、共謀共同正犯における前面者は、当該行為者の通常的能力に照らせば、適法行為を期待できるのであり、逆に、実行行為を行う従犯における前面者は、当該行為者の通常的能力に照らして適法行為を期待できない者なのである<sup>29)</sup>しかし、行為者のすべてを理解することは、すべてを許すことにつながりかねないという批判はもっともであり<sup>30)</sup>「職を失うわけにはいかない」ので犯罪を実行した場合、すべて期待可能性が不存在となるという結論は妥当ではないだろう。

標準は、行為者本人ではなく、平均人が、当該環境に置かれたならば適法行為に出ることを期待できるかを問題とする、平均人標準説が妥当であろう。

ただし、適法行為を期待するのは、行為者本人でも、一般人でもなく、国家である。その意味では、国家が何を期待しているかを標準とする、国家標準説にも妥当な面がある<sup>31)</sup>現実には、期待可能性は超法規的な責任阻却事由であるが、刑罰法規によって法定化されているものも存在する。たとえば、本人による証拠隠滅や犯人蔵匿、それらに関する親族間の特例、過剰防衛や過剰避難もこれに当たる<sup>32)</sup>

27) 団藤重光『刑法綱要総論 第3版』(創文社, 1990年)329頁, 西田・前掲注15)294-5頁, 曾根威彦『刑法総論 第4版』(弘文堂, 2008年)161頁以下, 野村稔『刑法総論 補訂版』(成文堂, 1998年)314頁参照。

28) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 2011年)356-7頁参照。

29) 共同正犯になる場合と、従犯になる場合とで、具体的にどのような違いがあるのか、という問題については、判例分析を通じて別に検討する必要があるだろう。

30) 前田・前掲注26)415頁参照。

31) 前田・前掲注26)416頁参照。

32) 高橋・前掲注28)357頁参照。

このように考えると、63条において「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する」と規定するのであるから、国家が、従犯の場合についても、期待可能性な思考を通じて、責任を減少することは考えることができよう。とりわけ、実行行為を行う従犯が認められた事例のうち、上記のごとく上下関係が存在する場合、「職を失いたくない」という思いから犯罪を実行してしまった前面者についても、正犯ではなく、従犯として処罰するべき途を残すことができるのである。

## 6 期待可能性論的思考の効果

### i 思考プロセスについて

実務は、共同正犯と従犯を区別するにあたって、第一に、果たした役割の重要性を問題としている。実行行為を行っているという事実は、それだけ正犯としての処罰を基礎づける、重要な事実なのである。

ただし、実行行為を行っている者の中には、指示・命令されて仕方なく実行行為を行っている場合がある。これを実行行為の一事をもって、一律に正犯であると結論付けるのには酷な場合があるので、実行行為を行う従犯とするのである。そして、このような結論は、関与者間の関係を見ることによって可能となる。つまり、上下関係があるかどうか、そして、その上下関係に基づいて、（平均人を標準にしても）前面者がやむなく犯罪を実行しているか、という判断である。このような事実があれば、実行行為を行っている事実が存在していたとしても、従犯として処罰することが可能なのである。

このように考えるとき、共謀共同正犯における（実行行為を行った）前面者と、実行行為を行う従犯における前面者の間で、違法性に差はない。実行行為を行ったという事実は、当該前面者の正犯としての違法性を充足するのである。しかしながら、期待可能性論的な思考によって、適法行為に出ることが期待できない状態にある者は、その責任が減少し<sup>33)</sup>正犯としての答責性を有しないという結論に至るのである。まずは、違法性について判断し、次いで責任に

ついで判断するという構造は、わが国の犯罪体系にも合致するものである<sup>34)</sup>

## ii 落田事件の結論について

比較的新しい裁判例で、期待可能性が問題となった事件として、落田事件がある<sup>35)</sup>。被告人は、オウム真理教幹部にとり囲まれ、教祖の指示によりロープで被害者の頸部を締め付けて窒息死させた。被告人は、被告人の母を教団施設から救出するために、被害者とともに教団施設内へ侵入したところ拘束され、幹部らからは、「二人ともポア」だと言われたが、「助かりたいならお前がO（被害者）を殺せ」と命令され、殺害を決意したという事情がある。

東京地裁は、「被告人があくまでもOの殺害を拒否し続けた場合には、被告人自身が殺害された可能性も否定できないが、被告人がO殺害を決意し、その実行に及ぶ時点では、被告人は、Iから口頭でOを殺害するように説得されていたにすぎず、被告人の生命に対する差し迫った危難があったとは認められないし、また、仮に被告人がO殺害を拒否しても、ただちに被告人が殺害されるという具体的危険性も高かったとは認められないのであるから、被告人の生命に対する現在の危険は存在しなかった」と判示し、緊急避難の成立を否定した。また、「殺害行為に出ないことを期待することは可能であった」とし、被告人を殺人罪で、懲役3年・執行猶予5年とした。

33) 期待可能性が不存在であるにもかかわらず、責任が阻却されないというためには、詳細な分析が必要であるが、ひとまずこれを保留する。第五柏島丸事件は、期待可能性論を用いて責任が減少することもありうることを示す一事例であるにすぎず、なぜ、阻却されたり、減少にとどまったりするのかについては、さまざまな考え方がありえよう。ただ、無罪とされた暴れ馬事件は我が国の判例ではないし、わが国の最高裁判所は、期待可能性について、認めるとも認めないとも判断していないことも指摘しておく（最判昭和33年7月10日刑集12巻11号2471頁）。それ故、本稿においても、歯切れは悪いが期待可能性論「的」としている。

34) 拙稿「企業・組織内犯罪における正犯と共犯の区別（2・完）」法研論集134号（2010年）141-2頁において、実行行為を行う従犯の場合「人的関係を考慮した結果、実行行為者を正犯として非難できない」としたが、期待可能性論的思考によると、このような説明になるのではないか。

35) 東京地判平成8年6月26日判時1578号39頁。

この事案について、国家としては、「それでも人を殺すな」という判断をしているが、当該事情の下で、一般人に適法行為の可能性があったのかは、はなはだ疑問である。この場合、殺害を命じた教祖や幹部が正犯であるということは理解できるのだが、被告人個人としては、他にどうすることもできなかったであろうし、おそらく一般人にとっても、どうすることもできなかったのではないかとの疑いが強い。もっとも、このような場合であっても「人を殺すな」という判断それ自体は理解できるものである。だからこそ、期待可能性論的な思考によって、責任を減少することが考えられるのである。このように考えることが可能であれば、落田事件における被告人に対して、実行行為を行っているものの、従犯として処罰することができたのではないかと考える<sup>36)</sup>

## 7 結 語

共同正犯と従犯を区別するとき、実務は、多様な要素を総合的に判断した上で、最終的に自己の犯罪・他人の犯罪という上位基準によって区別を行う。しかしながら、この多様な要素の位置づけは未だ明らかなものとはなっていない。

本稿では、第一に実行行為という、学説でいうところの重要な役割に着目し、学説においても、実務においても、これが重要な要素と位置づけられていることを確認した。また、本稿で取り上げた学説はこの一点を区別基準とするのに対し、実務は、なお、それ以外の要素も考慮して、実行行為を行う従犯を肯定していることも確認した。

しかしながら、そこで用いられる要素は、はたして共同正犯と従犯を区別しうるものなのか、疑問のある要素であった。そこで、本稿で取り上げた裁判例

---

36) もっとも、殺人罪であるが懲役3年、執行猶予5年ということなので、量刑の段階で考慮が働いたものとみることができる。ただ、このような場合でも正犯だとするのであれば、「職を失うおそれ」という事情で従犯として処罰される可能性は、ほとんどないということになってしまう。

においてはとくに問題とされていないが、重要な事実として、関与者間の関係を挙げたのである。この事実は、期待可能性論と接続しうるし、期待可能性論的な思考を用いることで、正犯としての答責性がない、ということ責任減少に求めることができるのである。

本稿は、共同正犯と従犯の区別が、責任段階においても可能であることを前提としつつ、企業組織の中で上下関係がある場合に限定して議論を進めてきた。そのため、上記のような考え方は、正犯としての答責性を否定するための可能性のひとつにすぎないうえに、これとは異なる類型の実行行為を行う従犯も存在しているのである。その意味で、本稿は不十分なものであることをお断りせねばならない。

今後は、実行行為を行う従犯を、違法性の段階で認める理論的可能性についての検討、そして、実行行為を行う従犯について、他の類型も踏まえたうえで、多様な要素の分析について取り組むこととしたい。