

いわゆる拡張的共犯論について

市 川 啓*

目 次

- 一. はじめに
- 二. 拡張的共犯論の淵源とその系譜
- 三. 拡張的共犯論の意義と問題点
- 四. おわりに

一. はじめに

(一) 本稿は、浅田和茂教授（以下、敬称略）の退職に寄せて、いわゆる拡張的共犯論¹⁾、すなわち、一般に間接正犯とされる事例の多くを——要素従属性の緩和を通して——教唆犯に整序しようとする見解の理論史を紐解き、その意義と問題点を明らかにしようとするものである。

(二) 従来から拡張的共犯論に対しては、「正犯なき共犯」を認める点で現行刑法典の立場にそぐわないとか、過失犯に対する教唆を認める点で教唆の定義からして妥当ではない等、常套句的な非難²⁾が浴びせられ、多くの支持者を得るに至っていない。しかし、このような批判がひとまず正鵠を得たものであるとしても、拡張的共犯論の本来的な意義は明らかにされてこなかったように思われる。つまり、拡張的共犯論がどのような背景事情

* いちかわ・はじめ 立命館大学大学院法学研究科研究生 國學院大学法学部フェロー

1) 滝川幸辰『犯罪論序説』（文有堂・1938年）280頁参照。

2) 例えば、平野龍一『刑法総論II』（有斐閣・1975年）360頁、361頁。以下では、平野・総論IIと記す。

の下、何を解決するために登場したのか十分に理解されていないと思われる。そこで、いま一度、拡張的共犯論の学説史を紐解き、その基本的な思想や理論的な意義・問題点を明らかにすることが、我が国の正犯・共犯論の理論的蓄積に対する貢献となるのではないだろうか。以下では、拡張的共犯論の淵源とその系譜を概観した上で、本説の功罪を検討する。

二．拡張的共犯論の淵源とその系譜

(一) 我が国で初めて拡張的共犯論を主張したのは、佐伯千仞（1907-2006年）であった。佐伯が影響を受けたのは、目的なき・身分なき故意ある道具や間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題を解決するために——共犯の要素従属性を緩和することで——間接正犯を教唆犯に解消することが望ましいと考えた、1920年代ドイツの立法動向³⁾および諸学説⁴⁾であった。

殊に1927年草案は27条において「教唆者および帮助者の可罰性は、犯行を実行した者の可罰性に左右されない」として、いわゆる制限された従属形式を採用しつつも、28条1項1文では「特別な身分や関係が犯行の可罰性を基礎づけるとき、教唆者や帮助者が可罰的となるのは、それらの事情が彼らもしくは正犯に存する場合である」として、構成的身分犯の身分は関与者の誰かに存すればよいとしていた⁵⁾。そして、これを受けてブルンスの見解⁶⁾が登場した。つまり、「制限された従属形式」では不法構成要件を自ら実現する場合（だけ）が通常事例だが、誘致者への結果帰属にお

3) 両草案につき、拙稿「間接正犯論の歴史的考察(2)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学367号(2016年)776頁以下を参照。

4) 詳しくは、拙稿「間接正犯論の歴史的考察(3)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学368号(2016年)1079頁以下。

5) Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Reichstagsvorlage vom 14. 5. 1927), Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§28 ff., in: *Werner Schubert* u. *Jürgen Regge* (Hrsg.), *Quelle zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, Abt. 1, Bd. 1, S. 440.

6) *Hermann Bruns*, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, S. 62.

いては誘致者自身が備える不法メルクマールや構成要件メルクマールも一緒に考慮されてよいと、目的なき・故意ある道具の事例では、被誘致者が目的や身分を欠くがゆえに完全な不法構成要件を充足せずとも、それは誘致者が備える目的や身分によって補われる、と主張された。このようなブルンスの見解を佐伯は支持したのである⁷⁾。

さらに、佐伯は、直接自らの手で構成要件を実現した者が正犯であるとする限縮的正犯概念⁸⁾と極端従属形式を採用することで生じる処罰の間隙を埋め合わせるための彌縫策である⁹⁾間接正犯を認めることは、正犯でも共犯でもないものを価値的に正犯と同じだからというだけで正犯として処罰しようとする点で、罪刑法定主義に抵触する¹⁰⁾とし、旧244条2項(現行244条3項)を根拠に¹¹⁾、可罰的違法類型を完全に実現しない他人の違法行為についても——教唆者にとって可罰的違法であれば——可罰的共犯が成立しようと主張し、間接正犯を教唆犯に解消することを志向した¹²⁾。

このようにして佐伯は、いわゆる一般違法従属説に基づき、徹底して間接正犯を教唆犯に解消しようと試みた。もっとも、教唆犯が成立する際、被教唆者の行為は何らかの意味で違法でなければならないため、適法行為の誘発は基本的に教唆犯を構成しないとしつつ、警察官の逮捕行為を利用する事例については、法的評価の相対性¹³⁾の見地より、直接行為者の適法行為は、誘発者からすれば彼自身の違法行為の過程事実であると捉えることで、教唆犯の成立を認めた¹⁴⁾。また、付言すれば、間接正犯と教唆犯と

7) 佐伯千仞『共犯理論の源流』(成文堂・1987年)115頁参照。以下では、佐伯・源流と記す。

8) 佐伯『刑法講義総論〔第三訂〕』(有斐閣・1977年)341頁。以下では、佐伯・総論と記す。

9) 佐伯・総論334頁, 343頁。

10) 佐伯・総論343頁以下, 346頁以下。

11) 佐伯・源流46頁, 同・総論337頁以下。

12) 佐伯・総論337頁以下, 346頁, 356頁。

13) 宮本英脩『刑法大綱〔総論〕』(弘文堂・1932年)55頁以下参照。

14) 佐伯・総論356頁。

の間の錯誤も（1925年草案や1927年草案の立案者が望んだ通り¹⁵⁾）従属性の緩和により、難なく教唆犯の成立が認められるであろう¹⁶⁾。

付言すれば、一般に被害者を利用する間接正犯とされる事例については、見解の変遷が見られる。例えば、他人にそれと知らずに猛獣の檻を開けさせ、猛獣の餌食にしてしまう場合について、当初、佐伯は「共犯の他人性は行為者の自己性による欠陥を補って殺人罪の教唆としての処罰を可能にする」とし、教唆犯の成立を認めていたが¹⁷⁾、後に教科書では、被害者自身の行為が介在しても、犯人の行為の過程事実として犯人の実行行為の一部分と考えられる場合もありうるとして、背後者を（直接）正犯と捉えた¹⁸⁾。ゆえに、被害者利用の事例に限り背後者の正犯性を認めたという限りで、当初の立場は若干緩和されており、そのため、正犯＝物理的な自手実行と定義される「限縮的正犯概念」との整合性が問われることとなった。

（二）理論史上、佐伯の見解に影響を受けて拡張的共犯論を主張したのは、植田重正（1905-1987年）であった¹⁹⁾。佐伯と同じく植田も、間接正犯は、「自ら実行行為を為さない教唆犯及び幫助犯の如きは、固より正犯たるべきではない」²⁰⁾とする限縮的正犯概念と極端従属形式を母胎とする「偶然の子」であるという批判的理解²¹⁾の下、間接正犯一般を狭義の共犯に解消

15) 拙稿・前掲注(3)776頁以下参照。

16) この問題についての記述はほとんどなく、佐伯・総論347頁のみ。

17) 佐伯・源流115頁以下。

18) 佐伯・総論342頁参照。この点、1927年草案理由書も、被害者利用の事例について日常用語例では背後者を「正犯」とするであろうし、そのような事例では「間接正犯」という表現を残してもよいとし、間接正犯概念は部分的に不要なものになったと述べた。拙稿・前掲注(3)780頁(注)206参照。

19) 中義勝「植田共犯論の学説史的背景と現代的意義」植田重正『共犯論の諸問題』（成文堂・1985年）266頁注(2)参照。

20) 植田『刑法要説 総論』（三和書房・1952年）231頁。以下では、植田・刑法要説と記す。

21) 植田・刑法要説219頁以下。

する佐伯説に賛同し、一般に間接正犯とされるものの一部(例えば、被害者利用の事例)は直接正犯に、大部分は共犯にすべきであるとした²²⁾。

そして植田は、正犯とは「自ら実行した者」であり、直接に実行者でない限り、狭義の共犯である²³⁾という前提の下、目的なき・身分なき故意ある道具の事例における直接行為者は目的・身分を欠くがゆえに正犯でなく、幫助犯であり、また直接行為者が幫助犯であるから、背後者は当然教唆犯ではないと考える理論的必然性はないため、背後者も自ら実行していない以上、正犯ではなく、教唆犯と捉えられた²⁴⁾。つまり、植田は「正犯なき共犯」を認めたのである。

もっとも、植田は、「共犯(教唆及び幫助)はこれを正犯から切り離して独立に見れば犯罪の実行行為ではない²⁵⁾」として共犯従属性説に立ち、教唆犯が成立するためには、被教唆者の実行行為が原則として必要であるとしながらも²⁶⁾、共犯を自己固有の犯罪を為すものとする限り、共犯は自己の犯罪を為すに当って他者をしてその犯罪を実行せしめれば足り、本来の意味での正犯が存在する必要性はないと論じた²⁷⁾。つまり、植田は佐伯と同様、法的評価の相対性(規範関係の相対性)²⁸⁾を引き合いに出し、直接行為者の行為だけを見れば全く構成要件に該当するものでなくとも²⁹⁾、共犯の側から見て犯罪もしくは実行行為と評価できるものがあれば、共犯はそれに従属すると考えたのであった³⁰⁾。

22) 植田『共犯の基本問題』(東京三和書房・1952年)106頁以下。以下では、植田・基本問題と記す。

23) 植田・基本問題86頁。同・刑法要説214頁以下も参照。

24) 植田・基本問題89頁以下、同・刑法要説248頁以下。

25) 植田・基本問題163頁。

26) 植田・刑法要説246頁。この点、植田は事実共同説を支持している。

27) 植田・基本問題89頁以下。

28) 植田・基本問題91頁。

29) 植田・刑法要説221頁。

30) それゆえ、例えば、医師が看護師の過失を利用し、毒物を患者に与え死亡させた場合、看護師の行為を独立に見れば過失致死罪の実行だが、同時にその行為は医師の立場から見れば殺人罪の実行であるとされ、また、公務員が非公務員に依頼して、賄賂を受受した

もっとも、植田も佐伯と同様、被害者利用の事例については利用者を直接正犯と捉えたのだが³¹⁾、自説の前提である正犯の定義との整合性が問われた³²⁾。

(三) さらに、植田の見解を実質面から理論的に補強したのが、中義勝(1921-1993年)であった。(植田説と理由づけは若干異なるが)「正犯なき共犯」を認めた中説は、植田説と相互補完的な関係に立つとされる³³⁾。

中もこれまでの論者と同じく、間接正犯とは、正犯を固有の実行行為に限る³⁴⁾「限縮的正犯概念に当たらないから正犯ではなく、また制限従属形式にもれるから共犯」でもないという点で「正犯にも共犯にも属しない犯罪論上の無籍者」であるという批判的な理解を出発点としていた³⁵⁾。その上で、一般に間接正犯が認められる諸事例(例えば、過失行為者や故意ある道具、十二、三歳の子供、正当防衛を利用する事例)では、被利用者が背後者の計画に気づいたり、情を知っていたりする点で、利用者の使喚通りに行為に出るとは限らず、利用者自身が直接に実行する場合と比べて確実性が劣ることに着目し、利用者に実行行為性を認めることができないとした³⁶⁾。それゆえ、限縮的正犯概念を維持しつつ共犯の従属性を緩和し、教

ゝ場合も、非公務員の行為のみを独立に考えれば要件たる身分を欠くから収賄の実行と言えないが、公務員の立場から見れば「恰も実行行為」であり、公務員は収賄の正犯でなく、教唆犯であるとされた。植田・刑法要説248頁以下。

31) 植田・基本問題82頁。同書108頁も参照。

32) 平場安治他『刑法理論学〔総論〕』(有斐閣・1950年)218頁参照。これに対して、植田は、「自己の手による実行も純粹事実に解すべきものではない」と反論したが、もしそうであるならば、身分なき故意ある道具の事例における背後者を直接正犯と解する余地もあったのではないだろうか。植田・基本問題82頁注(2)参照。

33) 園田寿「中共犯論についての覚書き」『刑法理論の探究：中義勝先生古稀祝賀——中刑法理論の検討』(成文堂・1992年)310頁以下。以下では、園田・中共犯論と記す。

34) 中義勝『刑法総論』(有斐閣・1971年)221頁。同『講述犯罪総論』(有斐閣・1980年)232頁。以下では、前者の文献を中・総論、後者の文献を中・講述と記す。

35) 中・刑法総論223頁、中・講述234頁。

36) 中・刑法総論222頁、224頁以下、中・講述233頁、235頁以下。

唆犯に解消する途に進むこととなった³⁷⁾。

そこで、一般に間接正犯とされる事例は(その多くが)教唆犯に位置づけられるが、中によれば、教唆犯にいう「犯罪」とは事実共同説によれば、他人を唆してなす自己固有の犯罪であり、極端従属形式および制限従属形式に従う必要はないという³⁸⁾。より詳しく言えば、「共犯はなんらかの正犯に対する共犯であらねばならぬ」という前提的命題は共犯成立のための原型(Urtypus)であり、共犯成立のための発想方式を物語るにすぎず、ゆえに共犯の従属対象は原則として実行行為であろうが、ときには身分を欠く等の理由により実定法上の実行行為とは解しえない、いわば超実定法的・存在論的実行行為の場合もあると主張した³⁹⁾。それゆえ、植田と同じく、目的なき・身分なき故意ある道具の事例における直接行為者は幫助犯、背後者は教唆犯と捉えられた⁴⁰⁾。

もっとも、中は、一般に間接正犯とされる事例のすべてを教唆犯と捉えたわけではない。すなわち、限縮的正犯概念は厳格に維持すべきだが、その内容は形式客観的にではなく、実質客観的に把握されるべきであるため、例えば、毒入りコーヒーをウェイトレスに運ばせる行為は自ら直接に実行した場合と価値的にみて何らの径庭も存せず、行為の実質客観的意義を考えれば、直接正犯であり、また被利用者の自由意思を抑圧する程度の強制を加えた者も直接正犯であるとした⁴¹⁾。それゆえ、例えば、情を知ら

37) 中・刑法総論223頁、中・講述234頁。

38) 中・刑法総論244頁以下、中・講述255頁。

39) 中『間接正犯』(有斐閣・1963年)17頁。以下では、中・間接正犯と記す。

40) 中・間接正犯56頁、57頁参照。もっとも、同「いわゆる義務犯の正犯性」団藤重光他編『犯罪と刑罰(上)佐伯千仞博士還暦祝賀論文集』(有斐閣・1968年)476頁以下では、義務犯論の見地から、身分なき故意ある道具を利用する背後者の正犯性を認めていた。

41) 中・刑法総論226頁、245頁、中・講述237頁、255頁以下。この点、井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」『犯罪論の現在と目的的行為論』(成文堂・1995年)177頁以下、185頁注(5)(以下では、井田・故意なき者と記す)、山中敬一「共犯における可罰的不法従属性に関する若干の考察」『中山先生古稀記念論文集(第3巻)刑法の理論』(成文堂・1997年)295頁以下(以下では、山中・可罰的不法従属説と記す)および同「共犯理論」犯罪と刑罰18号(2008年)88頁は、植田・中説は間接正犯の部分的否定論であ

ないと思って毒物の持参を命じたのに、実は情を知っており、別個の動機からこれを届けたため、被害者が死亡したという場合、教唆犯と直接正犯との間の錯誤が問題となるはずである。この点、中は、間接正犯のつもりで教唆犯となった背後者は殺人未遂、教唆犯のつもりで間接正犯となった背後者は教唆犯であると述べるにとどまり⁴²⁾、両事例の取扱いが異なる理由についても詳らかにしなかった。

（四）以上の通り、拡張的共犯論の内部でも、佐伯説と植田・中説との違いが見られたであろう。この点、中山研一（1927-2011年）は、佐伯説を出発点としつつも、多くの点で植田・中説に近い拡張的共犯論を主張した⁴³⁾。

中山も、間接正犯概念とは、自己の手による実行を正犯とする限縮的正犯概念⁴⁴⁾と極端従属形式を採用することで生じる処罰の間隙を埋め合わせるために生まれたものであるという認識の下⁴⁵⁾、従来、間接正犯とされてきた諸事例（例えば、過失行為者や故意ある道具、正当行為の利用）には規範的障害があり、直接正犯と同等の確実性があるのかは疑わしいことを指摘し⁴⁶⁾、正犯性を厳格に解しつつ従属性を一般違法従属にまで緩和すること

ゝと理解するが、それはいささかミスリーディングであろう。植田・中説および（以下で見る通り）中山説、さらには浅田説では、間接正犯とされる事例の多くを教唆犯に位置づけながら、教唆犯と評価しえない者を直接正犯と評価するものと解される。そうでなければ、限縮的正犯概念と間接正犯は相容れないという彼らの前提的理解に反してしまうであろう。

42) 中・刑法総論255頁、中・講述263頁。

43) 山中・可罰的不法従属説296頁以下参照。

44) 中山研一『刑法総論の基本問題』（成文堂・1975年）264頁、266頁、同『口述刑法総論』（成文堂・1978年）425頁、426頁、428頁、同『刑法総論』（成文堂・1982年）442頁、474頁、476頁注（1）、同『概説刑法I』（成文堂・1989年）240頁。以下では、第一の文献を中山・基本問題、第二の文献を中山・口述、第三の文献を中山・総論、第四の文献を中山・概説と記す。

45) 中山・基本問題264頁、同・口述414頁、416頁、427頁、同・総論474頁。

46) 中山・基本問題269頁以下、同・口述431頁以下、同・総論475頁以下、同・概説260頁以下。

で、間接正犯とされてきた事例の多くを教唆犯に解消すべきとした⁴⁷⁾。こうして間接正犯を教唆犯に解消することによって、(間接正犯の実行の着手を利用者時に求めれば、教唆犯における正犯の実行の着手より早まるという意味での)処罰の早期化に歯止めを掛けられると中山は考えた⁴⁸⁾。

そして、個別具体的な事例について見れば、中山は、植田・中説への接近を見せた。例えば、身分なき故意ある道具の事例(公務員である夫が非公務員である妻に賄賂を取りに行かせる事例)では、間接正犯の成立を認めず、かつ身分のない者の実行行為を否定した上で、背後者を教唆犯、直接行為者を幫助とする見解を支持し、「正犯なき共犯」を認めることもやむをえないとした⁴⁹⁾。

また、例えば、虚偽の事実を述べて警察官に他人を逮捕させるという、正当化行為を利用する事例に関しては、被利用者の適法行為も利用者の観点からすれば、違法行為の過程事実であるとし、教唆犯の成立が認められた⁵⁰⁾。これに対して、最初から構成要件に当たらない、全くの適法行為を利用する事例(例えば、郵便配達員に毒饅頭を運ばせ他人を殺害する場合)について中山は、違法の相対性を援用せず⁵¹⁾、被利用者の行為の日常性を強調し、直接正犯の成立を主張する中説を支持した⁵²⁾。

47) 中山・基本問題268頁以下、同・口述454頁、同・総論476頁、同・概説262頁、264頁 注(3)。そこでは、他の論者と同様、従属性を緩和すれば間接正犯の領域は相対的に縮小し、教唆犯のそれは相対的に拡大するという見方が基礎となっている。同・基本問題258頁、同・口述415頁、421頁、同・総論447頁、同・概説246頁 注(2)。

48) 中山・基本問題271頁以下、同・口述427頁、436頁以下。もつとも、同・概説262頁では、判例のように間接正犯の実行の着手時期を到達主義とすれば、教唆犯と処罰範囲において実質的な相違は生じないと述べ、留保を付していた。さらに、浅田他編『レヴィジョン刑法I 共犯論』(成文堂・1997年)105頁以下〔執筆：中山〕。以下では、中山・レヴィジョン刑法Iと記す。

49) 中山・口述433頁、480頁、同・総論477頁 注(4)、490頁、同・概説273頁。もつとも、同・基本問題270頁では、まだ植田・中説に対する支持を明言していなかった。

50) 中山・基本問題271頁、同・総論477頁以下 注(5)も参照。

51) 中山・基本問題271頁では、まだ佐伯説に従っていた。

52) 中山・口述435頁以下。

これらの事例の他、行為能力なき者を利用する場合や強制下にある行為を利用する場合にも、直接正犯の成立が認められた⁵³⁾。その限りで、本人が認めた通り⁵⁴⁾、直接正犯と教唆犯との間に何が残されているのか、両者の関係性がさらに問われることとなった。

付言すると、このように間接正犯を教唆犯に編入することにより、間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題は、(多くの場合)教唆犯内部での問題にとどまる⁵⁵⁾。それとの関係で、中山説においても、教唆とは他人に対して犯罪を行う動機を喚起することであるという定義の下、故意従属は否定され、過失行為者を利用する場合に教唆の成立が認められた⁵⁶⁾。

(五) 既に見てきた通り、中と中山は、間接正犯を全面的・徹底的に駆逐しようとした佐伯と異なり、原則的には間接正犯を否定しつつ、直接正犯と同様の現実性が認められるなど一定の場合には利用者の正犯性を認めていた。このような立場を継受したのが、浅田和茂(1946年-)であった。

浅田は、実行行為を行う正犯以外に処罰範囲を拡張する事由が教唆・幫助であると捉える限縮的正犯概念を支持した上で、構成要件に該当する行為(実行行為)を行った者を正犯とする形式的客観説を正犯基準の拠り所とする⁵⁷⁾。そして、他の論者と同じく、極端従属形式下では責任無能力者を唆した場合に共犯として把握できず、その間隙を埋め合わせるために間接正犯という概念が登場したという消極的な理解を示した上で⁵⁸⁾、自殺関与罪のように、正犯の行為が構成要件に該当しない場合でもその教唆・幫

53) 中山・口述426頁、430頁。同・総論476頁以下注(1)、477頁注(2)も参照。

54) 中山・総論476頁。

55) 間接正犯のつもりで教唆犯となった場合と、教唆犯のつもりで間接正犯となった場合のいずれにおいても、教唆犯の成立を認めている。中山・総論504頁以下参照、同・概説281頁以下。この点は、既に検討した中説とは異なる。

56) 中山・口述431頁、455頁、同・総論468頁以下、概説・261頁。

57) 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂・2007年)403頁以下、405頁。以下では、浅田・総論と記す。

58) 浅田・総論430頁、410頁以下も参照。

助が可罰的となることを引き合いに出し、共犯が成立するためには、正犯が(構成要件に該当する必要はないが、少なくとも)違法であることを要するとする⁵⁹⁾。それゆえ、「限縮的正犯概念を維持するかぎり、自ら実行行為を行わずに他人を解して結果を発生させるのは、原則として正犯ではなく、共犯(教唆ないしは幫助)」⁶⁰⁾であり、「限縮的正犯概念と一般違法従属形式を採用するため、他説で間接正犯とされている多くの場合は教唆犯と解する」⁶¹⁾と主張された。

ただ、先述の通り、中や中山の見解に影響を受けた浅田は、間接正犯を徹底的に駆逐しようとはせず、「実行行為自体に若干の幅があり、例外的に他人を介して結果を発生させても正犯と見るべき場合」があることを認め、例えば、電車のホームでAがCを殺害しようとBを突き飛ばし、BがCにぶつかってCが転落し轢死した場合や、ウェイトレスEが客Fに持って行く飲み物にDが毒を密かに入れたため、それを飲んだFが死亡した場合など、中間者に規範的障害がない場合には背後者は直接正犯(一種の離隔犯)であるとする⁶²⁾。

これに対して、中間者に規範的障害が認められる場合、背後者は教唆犯となり、通常間接正犯とされる事例の多くは、中間者の規範的障害の存在を理由に教唆犯となる。例えば、医師が薬と称して毒を看護師に渡したところ、看護師が(注意すれば分かったはずなのに不注意で)それを患者に飲ませ、死亡させた場合、看護師には規範的障害が認められるため、医師は教唆犯となる。その限りで、浅田は過失犯に対する教唆を認めており、正犯の故意を教唆犯の成立要件とせず、単に「被教唆者(正犯)にとって規範

59) 浅田・総論411頁。一般違法従属性を採用することにつき、同「共犯の本質と処罰根拠——川端説を契機として——」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂・2014年)505頁も参照。

60) 浅田「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集(第3巻)刑法の理論』(成文堂・1997年)283頁。以下では、浅田・共犯論覚書と記す。

61) 浅田・総論431頁。

62) 浅田・共犯論覚書283頁以下、同・総論431頁。

的障碍となりうるような意思を生じさせること」で足りるとする⁶³⁾。そして、浅田は非故意行為に対する共犯を認める帰結として、教唆犯のつもりで間接正犯となった場合も間接正犯のつもりで教唆犯となった場合も、教唆犯の故意と間接正犯のそれとの重なり合いを認めた上で、軽い教唆犯の成立を認める⁶⁴⁾。もっとも、通常間接正犯とされる事例の多くが教唆犯に解消され、一部は直接正犯と捉えられるならば、ここで何故に「間接正犯」が登場するのか、その理由は判然としない。

そのような疑問はひとまず措くとして、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に関して浅田は、正犯なき共犯説を支持する。まず、身分なき故意ある道具の事例では、贈賄者は非公務員を通して公務員に贈賄している点を捉え、非公務員の行為は構成要件に該当しないが違法であり、また非公務員には規範的障害があるため、公務員は収賄罪の教唆犯、非公務員はその幫助犯であるとし、その限りで正犯なき共犯を認める⁶⁵⁾。この点、佐伯と同じく一般違法従属説を採りながらも、身分なき故意ある道具の事例では直接行為者を正犯ではなく、幫助犯と捉える点の特徴的である。また、目的なき故意ある道具の事例でも、目的なき直接行為者は行使可能な偽札を作成する点で実質的に違法（一般違法）であると解することが可能とされ、結論的に背後者は教唆犯、直接行為者は無罪とする⁶⁶⁾。

これらの事例とは異なり、警察官の逮捕行為を利用する事例（例えば、犯人であると偽って警察官に現行犯逮捕させる場合）について浅田は独自の見解を示している。すなわち、誤認逮捕は、事後的に見れば、違法行為であり、被告人は教唆犯、警察職員は（違法性阻却事由の事実的前提の錯誤により過失による監禁を為しているため）無罪と解すべきであるとする⁶⁷⁾。また、正当防衛を利用する事例について、一般違法従属説の立場から、基本的に

63) 浅田・共犯論覚書284頁。同・総論432頁も参照。

64) 浅田・総論460頁。

65) 浅田・総論432頁以下。

66) 浅田・総論433頁。

67) 浅田・総論434頁、同・共犯論覚書277頁以下 注(8)。

は教唆の成立を否定するものの、例えば、Aが拳銃を所持していると知っていたXが、それを知らないYにAを短刀で襲うよう唆したところ、襲ってきたYをAが正当防衛で射殺した場合については、YにもAにも規範的障害が存するため、XはYに対する殺人の間接正犯ではなく、Aに対する殺人の教唆と解すべきとする⁶⁸⁾。そして結論的には、適法行為を利用した間接正犯と認められるような適例は存在せず、そのような観念自体が否定されるべきであるとする⁶⁹⁾。

(六) このような浅田説と同じく山中敬一(1947年-)も、自らの手によって直接構成要件を実現した者だけ正犯とする限縮的正犯概念を出発点とする限りで間接正犯の範囲はできる限り狭くする方がよいと考えた⁷⁰⁾。そして山中は、拡張的共犯論では無限定な処罰の拡大に至るという批判に広げ⁷¹⁾、規範的障害という概念をより実質的に捉え、違法性の量において「可罰的不法」があると言いうる、「可罰的規範的障害」が存在する場合に限り、共犯の成立を認めるべきだとし⁷²⁾、その上で(殊に身分なき故意ある道具に関連して)植田・中の「正犯なき共犯」説を理論的に補強しようと苦心した。

まず、62条1項を引き合いに出し、正犯以外の者に対する「幫助」を認

68) 浅田・総論434頁。

69) 同上。この点、浅田は(純粹?)惹起説に立ち、正犯の行為と結果が適法であればそれを惹起した教唆も適法な結果を惹起したことになると解し、正当防衛の教唆は適法であるとする。浅田・共犯論覚書275頁。

70) 山中敬一『刑法総論II』(成文堂・1999年)743頁以下。以下では、山中・総論と記す。付言すれば、山中は、実行行為を行った者を正犯としつつ、基本的には実質的客観説を採ると主張しており、故意犯において規範的障害を介在させない場合には行為支配が認められるとした。同・総論749頁。

71) 山中・可罰的不法従属説297頁以下。

72) 山中・可罰的不法従属説302頁以下。この点、実行概念の相対化の基底となる実体が必要であると考えた山中は、利用者から見て「実行行為」とされうる被利用者の行為とは、「可罰的規範的障害」をもつ「可罰的不法」にあたる行為であるとした。同・可罰的不法従属説313頁。

めるのは文言に反するという批判に対して、山中は、身分なき者を共犯とする65条1項に従えば、非身分者を共犯とすることに問題はないと応えた⁷³⁾。そして、同条項が用いる「犯罪行為」という文言には（正犯だけでなく）共犯も含まれるし、同条項では真正身分犯に加功した身分なき者であっても「共犯とする」以上、身分のある者は当然に共犯となりうるという特殊な理解の下、同条項は非公務員という消極的の身分によって構成すべき犯罪行為への加功についても定めた規定であるため、非公務員たる妻を教唆した公務員は収賄罪の教唆となる⁷⁴⁾。

このように山中が、拡張的共犯論に対する批判に答えるべく、可罰的不法従属説に依拠しつつ、65条1項の解釈を示したことは傾聴に値するが、あまりに技巧的な解釈ゆえ問題点は多い。すなわち、可罰的不法従属の要請が共犯一般の原理であるとするならば⁷⁵⁾、なぜ行為の可罰性を基礎づけるところの身分を欠く者に不法が認められるのか疑わしい。また、同条項は消極的の身分に加功する身分者の処罰をも予定する「二枚舌」となる点で不自然さは否めない。さらに鳥田の指摘によれば⁷⁶⁾、山中説では複数の身分者が関与した場合には身分者であっても身分犯の教唆・幫助となりうるのは不自然であるとされる。何より、消極的の身分を一種の身分と見ることは、一種の身分概念の自殺に他ならないであろう⁷⁷⁾。

73) 山中・可罰的不法従属説311頁。

74) 山中・可罰的不法従属説311頁以下。山中によれば、利用者たる公務員が共犯となる際、被利用者たる非公務員は可罰的規範的障害を持つ者と捉えられる。同・可罰的不法従属説317頁。同・総論777頁以下も参照。付言すれば、目的なき故意ある道具に関して山中は、自らが領得もしくは行使するのではなくとも、背後者の領得目的もしくは行使の目的を知っていれば、領得の意思ないしは行使の目的は肯定されるという点で、「目的ある」故意ある道具であるとし、また直接行為者に可罰的規範的障害が認められる限りで利用者における共犯の成立を認めた。山中・総論776頁。

75) 山中・可罰的不法従属説313頁。

76) 鳥田聡一郎「いわゆる「故意ある道具」の理論について（3・完）」立教法学62号（2002年）83頁。

77) 団藤重光『刑法綱要総論【第三版】』（創文社・1990年）424頁。

三. 拡張的共犯論の意義と問題点

(一) 以上の通り、拡張的共犯論の系譜を概観・検討した。拡張的共犯論とは、最大公約数的に言えば、限縮的正犯概念と極端従属形式との結合により生じた処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策＝間接正犯は、限縮的正犯概念と本来的に相容れないと考え、これを要素従属性の緩和によって教唆犯に解消しようと試みた見解であった。もっとも、拡張的共犯論には一定の経年変化があり、佐伯説は間接正犯を徹底して教唆犯に整序しようと試みた、厳格な拡張的共犯論であったが、浅田説も含めてその後の学説は、教唆犯に位置づけられない場合には直接正犯を認めたという点で、緩やかな拡張的正犯論であった。その限りで、入口で断っておきながら裏口から「間接正犯」を招き入れた感も否めないが、詰まるところ、背後者が正犯となる場合を完全には否定することができなかつたと解される。では、拡張的共犯論の本来的な意義はどこに見出されるのであろうか。

(二) 既に佐伯説を概観した箇所ですべて通り、拡張的共犯論の「源流」は1920年代のドイツ刑法典改正草案と、それを受けて展開した諸学説であった。彼らは従属性を緩和し間接正犯を教唆犯に解消することによって、間接正犯と教唆犯との間の錯誤や故意ある道具の問題を解決しようとした。この点にこそ、拡張的共犯論の意義が見出される。つまり、徹底して間接正犯を教唆犯に解消しようと試みた佐伯説が示す通り、目的なき・身分なき故意ある道具の事例においても背後者に教唆犯の成立が認められ、間接正犯と教唆犯との間の錯誤も——間接正犯という概念が抹殺される以上——単に教唆者自身の錯誤となる。このような佐伯説はそのままの形で受け継がれたわけではないが、その他の論者も、犯行決意の喚起が教唆であると定義することで過失犯に対する教唆を認め、間接正犯と教唆犯

との間の錯誤において教唆犯の成立を唱えた。

これに対して、一般に普及した見解⁷⁸⁾によれば、情を知る者と思って唆したところ、実は情を知らぬ者であったという場合に、教唆犯の故意と間接正犯のそれは軽い教唆の限度で重なり合うため、38条2項により軽い教唆の故意が成立するとする。しかし、そのような錯誤の処理を通して成立する「教唆犯」は故意なき者に対する教唆であり、その限りで故意従属の要請は等閑視されているのである。より精確に言えば、教唆とは正犯に故意を生じさせることであると定義するならば、正犯の故意は共犯の従属対象となり、唆すことで正犯者に故意を生じさせる教唆犯の故意と、直接行為者に事情を明かさない（故意を生じさせない）間接正犯の故意は、排他的・択一的な関係に立つにもかかわらず、間接正犯の故意と教唆犯のそれとは重なり合う関係に立つとするのであれば、それは両者が重なり合うという結論を既に前提にしており、その意味で論点先取（Petitio Principii）の誤りを犯しているのである⁷⁹⁾。それゆえ、このように見れば、教唆犯の定義との関係で故意従属を否定し、過失犯に対する教唆を認める拡張的共犯論に軍配が上がるであろう。

（三）ただ、このような拡張的共犯論の意義は十分に理解されてこなかったように思われる。しばしば拡張的共犯論に対しては、実行行為概念を狭く限定する代償として、不可罰な行為に対する共犯まで処罰することになり、不当に処罰範囲を拡大してしまうという批判⁸⁰⁾が向けられてきた。し

78) 例えば、団藤・前掲注（77）429頁、大塚仁『刑法概説総論【第四版】』（有斐閣・2008年）343頁以下、平野・総論II 389頁以下、前田雅英『刑法総論講義【第六版】』（東京大学出版会・2015年）377頁、大谷實『刑法講義総論【新版第四版】』（成文堂・2012年）466頁を参照されたい。

79) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）224頁以下、拙稿「判例研究」立命館法学356号（2014年）401頁以下参照。以下では、前者の文献につき、松宮・刑事立法と記す。

80) 井田・故意なき者180頁。林幹人「適法行為を利用する違法行為」『刑法の現代的課題』（有斐閣・1991年）116頁以下、同「間接正犯」について『現代社会型犯罪の諸問』

かし、そのような批判は正鵠を得ているのだろうか。

確かに、極端従属形式の下では解決が困難であった問題、例えば、背後者を間接正犯とも教唆犯ともできず無罪にする他なかった、間接正犯と教唆犯との間の錯誤の事例において、従属性を緩和して教唆犯の成立を認めれば、その限りで処罰範囲は拡大するであろう⁸¹⁾。しかし、中山が指摘する通り、間接正犯を共犯に解消することを意図する拡張的共犯論では、通常は間接正犯とされる事例群が狭義の共犯領域に整序されるにすぎず、それ以上の処罰の拡大は生じないと解される⁸²⁾。

(四) もっとも、従属性を緩和すれば、間接正犯の領域は相対的に縮小し、教唆犯の領域は相対的に拡大するという前提命題は、論理必然的なものではない⁸³⁾。というのも、共犯規定を刑罰拡張事由と捉える限縮的正犯論では、(直接もしくは間接)正犯の処罰が優先的に検討されるのであり、従属性を緩和したとしても、それは共犯が成立しやすくなるにすぎないからである。つまり、従属性を緩和すれば、間接正犯の領域と教唆犯のそれとの重なりが大きくなるにすぎず、必然的に間接正犯が消滅すると捉えるのは共犯に比した正犯の優先性を侵す限りで論理的に誤りであろう。

(五) 残念ながら、その他の前提命題に関しても、拡張的共犯論は問題を抱えている。すなわち、拡張的共犯論のいずれの論者も、犯罪実行の自手性に重きを置いた「限縮的正犯概念」と極端従属形式が組み合わせられることで生じる処罰の間隙を埋め合わせるために間接正犯という概念が登場したと考えていた。しかし——紙幅の都合により詳述できないが——歴史的に見れば、間接正犯概念はそのような役割を担って生成されたものではな

ㄨ題』(勁草書房・2004年)82頁も参照。

81) 松宮・刑事立法法261頁。

82) 中山・レヴィジョン刑法I 106頁。

83) 松宮・刑事立法法258頁, 261頁。

い⁸⁴⁾。また、自手性に拘泥した限縮的正犯概念の定義もまた、歴史的に見れば、必然的なものではなかった⁸⁵⁾。

(六) さらに、拡張的共犯論は正犯の自手性を厳格には維持していなかった。佐伯や植田は、被害者を利用する事例において利用者の直接正犯性を例外的に認めていたし、中や中山は、直接正犯と同等の確実性を保障できること、つまり、規範的障害がないことを理由に、一部の事例（ウェイトレスを利用して毒入りコーヒーを運ばせる事例や郵便配達員を利用して毒饅頭を運ばせる事例など）で利用者に直接正犯の成立を認め、浅田もこれを支持した。

しかしながら、自手性と他手性の区別にせよ、結果発生の実確性にせよ、それはあまりにも自然主義的な発想である⁸⁶⁾。そもそも正犯と共犯を事実的没価値的な基準でのみ区別することは不可能であり⁸⁷⁾、刑法的規範のひとつである共犯規定の背後にある社会的評価の広がりを無視してよい

84) 19世紀前葉の学説は、プロイセンをはじめとする立法動向が盛んとなる中、委任や命令強要などの諸形態を包括的に対象とする知的発起者 (Intellektueller Urheber) という概念を、直接行為者の意思決定の自由 (より精確に言えば、自由答責性) に着目して分化させようと試み、その動向はヘーゲル学派の行為論の助けを借りて教唆犯と「みせかけの教唆」 (= 間接正犯の原初形態) を区分するに至った。詳しくは、拙稿「間接正犯の淵源に関する一考察 (1) (2) (3・完)」立命館法学361号 (2015年) 723頁以下、362号 (2015年) 1142頁以下、365号 (2016年) 142頁以下を参照されたい。

85) 佐伯が影響を受けたツインマールも、正犯の自手性を理由としてではなく、むしろ、客観的に見れば、他人を介して犯罪を実現する点で一致する間接正犯と教唆犯を直接行為者の主観に基づいて別異に扱うことは体系違反であると考え、間接正犯を否定した。Vgl. *Leopold Zimmerl*, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, S. 143. また、ツインマールは命令説を批判し、精神病患者の所為も法的な行為として捉えられるべきだとしつつも、その所為が単なる反射運動としてしか捉えられない場合、彼を唆す者の行為が正犯となる余地を認めていた。Vgl. *ders.*, *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, ZStW 49, 1929, S. 48 f. さらに、ブルンスも、限縮的正犯概念が妥当すべき故意犯の領域では、行為支配の可能性を正犯基準としていた。Vgl. *Brunns*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71 ff., 73 ff. u. S. 76 ff.

86) 園田・中共犯論315頁。

87) 井田・故意なき者180頁参照。

のか疑われる⁸⁸⁾。より精確に言えば、法の内容が複数人の協働において因果的に結びつき、それぞれ自主的に創出された諸事象のシークエンスに尽きるとすることは全く説得的ではない。国家法が代表、民法が代理といった制度を発展させてきたにもかかわらず、刑法だけが自然主義的な自手性・他手性に固執することは不合理である⁸⁹⁾。

敷衍して言えば、犯罪行為は倒木や落雷のように外界に汲み尽くされるものではなく、社会的な出来事、つまり、客観的な、そしてそれゆえ規範違反という社会拘束的な意味を伴った態度であると解するならば、重要なのは事象の社会的な検証であり、刑法上の帰属を自然法則や因果法則に(のみ)依拠させることは、社会という局面を看過することになるであろう⁹⁰⁾。もっとも、中や中山がウェイトレスを利用して毒入りコーヒーを運ばせる事例や郵便配達員を利用して毒饅頭を運ばせる事例において利用者の行為の日常性を考慮した点に鑑みれば、拡張的共犯論も事象の社会的な検証をまったく等閑にしてきたわけではなく、人格的な答責領域を当該社会的コンテクストにおける役割に応じて限界づける客観的帰属論へ発展していく萌芽を胚胎していたのかもしれない⁹¹⁾。

88) 園田・中共犯論315頁。もっとも、園田は、「刑法的規範は、社会的評価をその裾野として支えられるものではあるが、「正犯」か「共犯」かという刑法的評価のすべてを社会的評価に還元させようとするところこそ避けるべきである」と結論づける。

89) ギュンター・ヤコプス著／川口浩一訳「従属性」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2017年）604頁。Siehe auch *Günther Jakobs*, Akzessorietät, in: *Rechtsstaatliches Strafen: Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, S. 109.

90) Vgl. *Gerhard Timpe*, Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung (§26), GA 2013, S. 147.

91) 付言すれば、法的に分化し組織化された、つまり、高度に匿名的な社会的コンタクトを保障する社会が、それを通した個人の生活形成を可能にするためには、関与者の答責領域を「分離する分業」を承認しなければならない。というのも、様々な目的設定を伴う人格相互間の財の効率的な交換が可能となるのは、関与者間の交換の後に追求される目的が分離されたままとなっている場合だけだからである。それゆえ、例えば、金槌の購入はお金と金槌の交換のみを把握しており、売主は買主がその金槌を使ってその後どのように振舞うつもりなのか気にかかる必要はなく、金槌の買主が壁に絵を掛けるためにそれで釘を

(七) では最後に、拡張的共犯論による個別具体的な事例の解決を検討しておこう。まず、正当化行為を利用する場合が問題となる。というのも、一般違法従属にまで要素従属性を緩和しても、利用者の行為は適法であるため、教唆犯の成立は疑われるからである⁹²⁾。そのため、拡張的共犯論の中でも特に佐伯と植田は、正面から違法の相対性（法的評価の相対性）を認め、利用者の立場から見れば、被利用者の適法行為は、利用者の違法行為の過程事実であるとし、教唆犯の成立を説明した。これに対しては、結果行為が適法化されるにもかかわらず、その関与を違法な結果の惹起とみることは結果反価値論と整合しないと批判される⁹³⁾。

また、目的なき・身分なき故意ある道具の解決に関して佐伯は、直接行為者が目的・身分を欠くため構成要件を充足しなくとも、背後者のそれによって補完されると考えることで、教唆犯の成立を認めた⁹⁴⁾。しかし、そうならば（目的はともかく）真正身分犯における身分は関与者の誰かにあればよいという点で、行為者（Täter）の一身専属的なメルクマールではなく、犯行（Tat）のメルクマール、つまり、客観的な一事実に戻元されてしまう。それゆえ、そもそも単独では身分犯を実現できない非身分者がなぜ身分者と一緒ならば身分犯を実現できるのか問題となる。

これに対して、植田と中（そして中山と浅田も）⁹⁵⁾の「正犯なき共犯」を

↘ 打ち込もうとして怪我をしたとしても、金槌の売主は傷害罪の間接正犯ではない。Vgl. *Timpe*, *Mittelbare Täterschaft bei Selbstschädigung*, *StraFo* 9/2013, S. 360.

92) 中山・レヴィジョン刑法I 98頁。

93) 町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也他編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣・1994年）124頁。

94) ゆえに、松宮・刑事立法264頁注（58）が指摘する通り、佐伯説は植田・中の「正犯なき共犯」説とは異なる。佐伯は、共犯の従属対象たる正犯の要件を緩めたにすぎず、およそ正犯のない共犯を認めたわけではない。浅田「佐伯・平野刑法学の犯罪論体系（特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義）」法律時報84巻1号（2012年）18頁以下も参照されたい。

95) その他に正犯なき共犯説を支持した者として、（直接行為者は62条との関係で幫助ではないとするが）大越義久『共犯論再考』（成文堂・1989年）16頁以下、（身分なき故意ある道具の事例に関してのみ）内田文昭『刑法I（総論）[補正版]』（青林書院・1997年）291頁、同『刑法概要中巻[犯罪論(2)]』（青林書院・1999年）463頁以下、（基本的には共

認めた。本説が現行法に相容れないという常套句的な批判⁹⁶⁾は措くとしても、そこでは法が現実犯罪結果を帰属するところの中心的主体を欠くことになってしまう⁹⁷⁾。さらに、この場合に幫助(直接行為者)が従属するとされる背後者の行為は「超実定法的・存在論的実行行為」と言えず、共犯は存在論的意味における実行行為に従属すればよいという前提的命題に反する⁹⁸⁾。しかも、公務員は何の罪の教唆にあたり、非公務員は何の罪の従犯にあたるのか明らかではないであろう⁹⁹⁾。それゆえ、自己の手による実行も純粹事実に解すべきものではなく、実質客観的に判断すべきと考えるならば、身分なき故意ある道具を利用する者を直接正犯と解する余地もあったのではないだろうか。この点、刑罰法規の名宛人たる義務保持者の制度的な管轄、つまり、特定の間人が自己の組織化領域が財を侵害しないようにするだけでなく、財の状態を一般的に保障しなければならないという意味での管轄に鑑み、財と関与者(義務的地位にある者)との関係は、常に従属的な媒介なしに直接的であり、常に正犯的であると考えべきである¹⁰⁰⁾。

四. おわりに

以上の通り、本稿では拡張的共犯論の理論史を明らかにし、その本来的

ㄨ謀共同正犯が成立するとしつつ、それが否定される場合に正犯なき共犯を認める)西原春夫『刑法総論 [改訂準備版]』(成文堂・1993年)409頁以下を参照されたい。

96) 例えば、大塚『間接正犯の研究』(有斐閣・1958年)187頁以下、平野・総論II 361頁参照。

97) 森井暉「間接正犯」『刑法理論の探究(中義勝先生古稀祝賀)——中刑法理論の検討』(成文堂・1992年)300頁以下。

98) 園田・中共犯論311頁。

99) 西村克彦「共犯論の進退 中義勝教授の『間接正犯』を読んで」警察研究35巻4号(1964年)19頁。

100) Vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1993, 21/116.

意義と問題を明らかにした。すなわち、拡張的共犯論は、間接正犯と教唆犯との間の錯誤や故意ある道具の問題を解決しようと試みた1920年代のドイツの立法・学説に起源を有し、我が国では佐伯説を端に若干の変遷を経て発展してきた。拡張的共犯論は間接正犯を否定的・消極的に捉え、要素従属性を緩和点や、過失犯に対する教唆を認める点で通説・判例と異なるし、多くの問題点を抱えているかもしれない。しかし、それでも拡張的共犯論は、佐伯の言葉が示す通り¹⁰¹⁾、易々と判例に従うだけの「学説」に成り下がるのではなく、これに批判的な態度をとってリベラルな学理を築くことの大切さを我々に教え、反省を迫っているのではないだろうか。

紙幅の都合もあり、雑駁な検討に終わってしまったが、拡張的共犯論の理論史とその意義・問題点を明らかにしたことで少しでも浅田教授の学恩に報いることができたならば幸いである。

101) 「今日では……学問は実務と切斷されたものではないとせられ、実務に対して批判的なことが要求されるけれども、それも結局は実務に協力するためでそれを否定するためではないという態度が強くなったように見えるのである。……ただ、批判的態度とは、場合によっては実務に対して否定的態度をとることもありうることを予定するものであって、それを忘れると、学問の判例、実務への従属、屈従となり、理論をまげてまで実務の裳の裾を捧げ持つ権力の侍女に転落する危険があるのである。実務に対して否ということ忘れ権力の侍女となり下がった法理論は、だが、もはや学問の名に値しないであろう。」佐伯「共謀共同正犯論」『刑法改正の諸問題：竹田直平博士、植田重正博士還暦祝賀』（有斐閣・1967年）89頁以下。