

共犯の処罰根拠-共犯従属性の観点から-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2013-05-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小島, 秀夫 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/15049

《院生応募論文》

共犯の処罰根拠—共犯従属性の観点から—

小島 秀 夫☆

Der Strafgrund der Teilnahme — Vom Gesichtspunkt der Akzessorietät der Teilnahme aus —

Hideo Kojima

1. はじめに

わが国の刑法は、共犯構成要件の存在を認めない統一的正犯者概念に依拠しておらず、正犯処罰の原則からは例外的な「共犯」という犯罪類型について規定している。共犯の捉え方に関しては学説によって相違が見られ、拡張的正犯者概念によれば共犯は刑罰縮小事由として理解され、制限的正犯者概念によれば共犯は刑罰拡張事由ならびに構成要件拡張事由として理解されている⁽¹⁾。このように正犯者概念をどのように理解するかによって共犯の捉え方に違いが生じるものの、共犯の犯罪類型を認める立場には、そもそもなぜ例外的に共犯が処罰されなければならないのか、すなわち共犯の処罰根拠が必然的に問われることになろう。共犯の処罰根拠は、関与者による関与行為の可罰性を判断するに当たって重要な役割を果たしている。例えば、可罰的幫助行為と不可罰的関与行為との限界事例において、シューマンは正犯者との連帯の有無によって関与行為の可罰性を判断すべきであると主張している一方⁽²⁾、ヤコブスは共同組織化の有無を判断基準にすべきであると主張している⁽³⁾。こうした見解の当否を見極めるためには、共犯の処罰根拠について論究することが不可欠であると思われる。そこで本稿では、共犯の処罰根拠について、検討することにした。

共犯の処罰根拠をめぐるは今なお決着が見られず、そもそも学説の分類においても、例えば不法共犯説の理解に相違が見られること等から、論者によって異なっている。本稿では、墮落説（巻き込み説）、

☆博士後期課程法学研究科公法学専攻

⁽¹⁾ 正犯者概念から導かれる共犯の捉え方については、拙稿「正犯者概念と幫助構成要件」法学研究論集第29号（2008年）129頁以下参照。

⁽²⁾ Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 54ff.

⁽³⁾ Vgl. Günther Jakobs, Akzessorietät, Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 261ff. ギュンター・ヤコブス（松宮孝明、豊田兼彦訳）「従属性—共同組織化の前提条件について—」立命館法学 253号（1997年）204頁以下参照。

惹起説、連帯説の3つに分類した上で、不法共犯説については「修正された責任共犯説」を指す見解として墮落説に位置付けることとする(墮落説的不法共犯説)。また、共犯の処罰根拠を検討するためには、その議論の発展に大きく関わった共犯従属性の意義や機能についても考慮しなければならないと考えている。このような事情に鑑みて、以下では、共犯従属性に関する議論の展開やその意義と機能を踏まえながら、検討を試みる。

2. 墮落説(巻き込み説)

(1) 責任共犯説

共犯の処罰根拠を共犯が正犯を墮落させて責任と刑罰に陥れる(巻き込む)点に求める墮落説(Korruptionstheorie)ないし責任共犯説(Schuldteilnahmetheorie)は、過去において有力に主張された学説である。その歴史は古く、すでにカノン法において、誘惑者が被誘惑者に対して特別の不法を加えるという責任共犯説のコアとなる考え方が普及していた⁽⁴⁾。責任共犯説は主に教唆犯の処罰根拠を引き合いに出して展開され、戦後はヘルムート・マイヤーやヴェグナーらによって主張された。責任共犯説の代表的論者に挙げられるヘルムート・マイヤーは、犯罪を外見上の損害の惹起よりも倫理秩序違反とみなすならば、誘惑という要素は客観的な法益侵害よりも重大であるとみなされるがゆえに、教唆犯の典型的な行動は正犯とは異なるものの、誘惑という観点から少なくとも正犯と同程度に犯罪的であると述べて教唆犯の処罰根拠が正犯を誘惑する点にあることを主張している⁽⁵⁾。また、ヴェグナーは、教唆犯は犯罪行為を惹起するだけでなく、他人を犯罪者に作り上げることを理由に処罰される、と説明している⁽⁶⁾。

わが国では瀧川幸辰が、共犯の処罰根拠について、犯罪の決意なき者または決意の定まらない者を犯罪の実行に誘導することを挙げている⁽⁷⁾。さらに江家義男は、他人の行為を利用する犯罪の実行と教唆による犯罪人の創造が教唆犯の反社会性に当たる、と述べて、単独犯としては犯罪にならない行為であっても教唆犯としては犯罪になる場合があり得ることを認めている⁽⁸⁾。これらの見解は、教唆犯の処罰根拠を念頭に置いたものであるが、責任共犯説と同じ立場であると考えられる。

しかし、このような責任共犯説を現在受け入れることは極めて困難である。今日、ドイツやわが国では、質的従属性として制限従属性を要求する学説が通説となっており、ドイツ刑法典には26条、27条、29条において有責的でない行為に対する共犯の可罰性について規定されている。責任共犯説は制限従属性説を採用する刑法典の規定と調和しないために支持者を失い、代わって制限従属性説と整合性のある墮落説が唱えられることとなった。

⁽⁴⁾ 責任共犯説の歴史については、*Marios Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund—agent provocateur—Objektsverwechslung, 2004, S. 19f. を参照。

⁽⁵⁾ *Hellmuth Mayer*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 319.; *ders.*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 254f.

⁽⁶⁾ *Arthur Wegner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1951, S. 237.

⁽⁷⁾ 瀧川幸辰『犯罪論序説』(有斐閣、1955年)246頁以下。

⁽⁸⁾ 江家義男『刑法(総論)』(千倉書房、1952年)190頁。

(2) 墮落説的不法共犯説

それは、「修正された責任共犯説」⁽⁹⁾とも呼ばれている墮落説的不法共犯説である。レスやトレクセルなどによって主張されたこの見解は、共犯の処罰根拠を、共犯者が正犯を不法な行為に陥れる（巻き込む）点に求めている。レスは、教唆犯における巻き込み説（Verstrickungstheorie）には二重の不法内容、すなわち犯罪行為の惹起と法共同体の不法への巻き込みが存在するとして、この見解を支持している。レスによれば、教唆者は、法共同体を不法へ巻き込むことによって法敵対性という事実的状态に置き、法共同体の社会的完全性を害することになる⁽¹⁰⁾。また、トレクセルは、教唆者の故意が認められるためには被教唆者に不法へと働きかける意図が重要であり、墮落要素の内容は、教唆者が被教唆者を責任に陥れる点に見出されるのではなく、社会統合の解体に陥れる点に見出される、と主張している⁽¹¹⁾。わが国ではヴェルツェルの見解も墮落説的不法共犯説に分類されているが⁽¹²⁾、この点については再考を要する。ヴェルツェルは、「共犯の内的根拠は共犯者が社会的に耐えがたい行為、つまり構成要件に該当する違法な行為を決意させた、あるいは促進した点に認められる」と述べて制限従属性説を擁護しているものの、自説が墮落要素を含むいわゆる修正された責任共犯説であると明言しているわけではない⁽¹³⁾。そればかりか、教唆の故意についてヴェルツェルは、正犯を通じた犯罪構成要件の実現に及んでいなければならないと明言しており、未遂の教唆（アジャン・プロヴォカトゥール）を不可罰としたライヒ裁判所の結論に反対していない⁽¹⁴⁾。墮落説的不法共犯説からは、後に述べるように、共犯の故意に正犯結果の認識は要求されず、未遂の教唆が原則的に可罰的であることに鑑みると、ヴェルツェルの見解を墮落説的不法共犯説に位置づけるのは疑問であろう。

わが国では、墮落説的不法共犯説に立つことを言明している見解はほとんど見られない。もっとも、莊子邦雄は教唆犯について次のように述べている。教唆犯は、自分自身の手を汚さずに正犯に実行行為をさせる者ではあるが、他人を犯罪行為の道に誘惑して犯罪を実現させることから、教唆犯には正犯と同様の犯罪性を認め得る余地がある。そして、共犯の従属性の観点から、共犯と正犯とは、一個の犯罪実現に向けて違法を共同にするとはいえ、共犯と正犯との類型的差異、ならびに、責任非難の本質的差異を顧みる時には、形式的な客観主義に基づくことなく、それぞれの責任を個別化して考察すべきである⁽¹⁵⁾。この見解は、もともと責任共犯説を唱える見解の代表的な例として挙げられてきたが⁽¹⁶⁾、共犯の従属性において制限従属性を採用している以上、墮落説的不法共犯説に分類され得るように思われる。

墮落説的不法共犯説の利点としては、質的従属性に関して、通説となっている制限従属性説に適合することが挙げられよう。というのも、この見解によれば、正犯の行為が構成要件に該当する違法な行為

⁽⁹⁾ Rainer Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, 1989, S. 163.

⁽¹⁰⁾ Günter Less, *Der Unrechtscharakter der Anstiftung*, ZStW 1957, S. 47.

⁽¹¹⁾ Stefan Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 54f.

⁽¹²⁾ 例えば、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）130頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）9頁等。

⁽¹³⁾ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 115.

⁽¹⁴⁾ Hans Welzel, a. a. O., S. 117.

⁽¹⁵⁾ 莊子邦雄『刑法総論〔第三版〕』（青林書院、1996年）454頁以下。

⁽¹⁶⁾ 例えば、中山研一「共犯の処罰根拠」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1 共犯論』（成文堂、1997年）14頁以下。

であれば共犯者を処罰することができ、正犯の行為が構成要件に該当する違法かつ有責的な行為である必要はないからだ。したがって、この見解からは、制限従属性は共犯の処罰根拠として理解されることになる。こうした点を踏まえると、未遂の共犯は次のような帰結に至る。共犯者は正犯を通じて発生する法益侵害結果の認識がなくても故意が認められ、制限従属性（違法従属性）が共犯の処罰を根拠付けるものとして捉えられるため、正犯の未遂が違法に成立する以上、これに連動して共犯の可罰性も直ちに肯定される。しかし、このような帰結は、正犯者概念において制限的正犯者概念を支持する立場からは受け入れ難い⁽¹⁷⁾。故意正犯の処罰を原則とする制限的正犯者概念によれば、行為者が法益侵害結果を認識していることを原則とするにもかかわらず、刑罰拡張事由である共犯者に、法益侵害結果の認識を持っていなくても可罰性が認められるとすれば、例外規定であるはずの共犯へ正犯よりも広く刑法が介入してしまうからである⁽¹⁸⁾。

また、この見解からは、真正身分犯の共犯が容易に認められうる。非身分者は身分者を構成要件に該当する違法な行為による社会統合の解体に陥れることが可能であるため、この点は現行刑法と調和する⁽¹⁹⁾。しかし、墮落説的不法共犯説における必要的共犯の帰結は、わが国の現行刑法と整合性を保てないように思われる。この説からは、正犯を構成要件に該当する違法な行為へ陥れば共犯の処罰根拠が満たされるため、正犯の関与者は原則的に共犯とされることになる。だが、175条のわいせつ物頒布罪を例に挙げれば、対向者の一方だけに処罰規定があるのみで、正犯を教唆または幫助した者については処罰規定が存在しない。現行刑法によれば、通常175条は、わいせつ物頒布罪の対向者に関して可罰性を想定していないのである。墮落説的不法共犯説はこの点について説明に窮するように思われる。もっとも、対向者が一定の限度を超えた場合は、教唆犯や幫助犯、あるいは共同正犯の成立する余地が残されていよう。例えば、住専事件⁽²⁰⁾やイトマン絵画取引事件⁽²¹⁾において、最高裁は不良融資の相手方、すなわち借主に特別背任罪の共同正犯の成立を認めている。本稿では、紙幅の関係上、非身分者に対する共犯の成立に関して詳細に論究することはできないが、ここでは、対向者や非身分者の共犯成立に関して、共犯の処罰根拠が関連することを指摘したい。

墮落説的不法共犯説は、共犯の法的性格からも支持し得ない。墮落説的不法共犯説は、正犯を墮落させて犯罪へ巻き込むことに処罰根拠を求めるが、墮落させるという要素は法益侵害とは関係なく⁽²²⁾、犯罪へ巻き込むという要素は法益侵害の危険を表すものであろう。したがって、この立場からは、正犯が侵害犯となる罪を犯した場合、教唆罪や幫助罪を危険犯と捉えてしまうことになり、妥当ではない。

何より、墮落説自体、幫助犯の処罰根拠を適切に説明し得ない、という致命的な欠点を抱えている⁽²³⁾。正犯者は、幫助犯によって墮落されるのではなく、すでに墮落していないし構成要件に該当する違法

⁽¹⁷⁾ 拙稿・前掲註(1)139頁以下参照。

⁽¹⁸⁾ 拙稿「幫助者の故意に関する一考察—ドイツの判例を素材にして—」法学研究論集第27号(2007年)70頁以下参照。

⁽¹⁹⁾ 豊田・前掲註(12)9頁参照。

⁽²⁰⁾ 最決平成15年2月18日刑集57巻2号161頁。

⁽²¹⁾ 最決平成17年10月7日刑集59巻8号1108頁。

⁽²²⁾ それゆえ、レスやトレクセルらが主張する「社会統合の解体」という概念が非常に不明確である、との批判が向けられている。Vgl. *Hans Theile*, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, 1999, S. 37.

⁽²³⁾ *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, S. 133.

な行為に出ることを決意している者である。幫助者はそのような者を援助し、正犯行為や正犯結果を促進するので、幫助犯の処罰根拠を墮落説から説明することは困難であろう。実際に、墮落説的不法共犯説を主張しているトレクセルも、幫助犯の処罰根拠については正犯行為の犯行に対する因果的な関与に求めており、教唆犯の処罰根拠と幫助犯の処罰根拠との相違を認めるに至っている⁽²⁴⁾。墮落説的不法共犯説が貫徹されないことが論証されているのである。

このような理由から、墮落的要素を共犯の処罰根拠とする責任共犯説を出発点としつつ、制限従属性の観点から修正を図る墮落説的不法共犯説にも従うことはできない。

3. 惹起説

惹起説は、正犯を墮落させる点を重視する墮落説のように共犯の処罰根拠を正犯との関係には求めない。共犯者による法益侵害結果の惹起、あるいは法益侵害結果の惹起を志向する行為に共犯の処罰根拠を求める見解である。

惹起説は、墮落説を否定する形で発展してきた⁽²⁵⁾。そしてこの見解は、刑法の目的である法益保護と関連した形で共犯（とりわけ幫助）の処罰根拠を説明し得ることから急速に支持を集め、今日ではドイツや日本において通説となっている。しかし、惹起説内部においては今なお論戦が繰り広げられている。

(1) 純惹起説

純惹起説 (reine Verursachungstheorie) は、本来の惹起説の主張を徹底し、共犯不法を正犯不法から完全に独立させ、不法の相対性を認める見解である。それゆえ、純惹起説に依拠すれば、共犯者は正犯行為には左右されず、もっぱら自ら故意でもたらした構成要件の結果の惹起についてのみ責任を負うことになる。そして、共犯自身が刑法各則上の法益を侵害する、と理解することになる。

ドイツでは、リュウダーセンやシュミットホイザーらによって純惹起説が提唱されている。純惹起説を主張する論者として代表的なリュウダーセンは、共犯は共犯固有の不法により責任を負うべきだとして、正犯行為への共犯の可罰性の依存は事実的性質に過ぎないと述べている⁽²⁶⁾。また、シュミットホイザーによれば、法益を侵害する行為の無価値が認められない限り不法構成要件は存在せず、事後的に発生する結果は不法にとって何ら重要ではない⁽²⁷⁾。シュミットホイザーは、共犯の処罰根拠も正犯の処罰根拠と同様に、共犯も犯罪行為を自ら行い得る、として純惹起説を支持している⁽²⁸⁾。

わが国では、中山研一が、共犯固有の処罰根拠と正犯の違法への従属性との関係は本来折衷し得ないとして、純惹起説から出発してこれを結果無価値論的に解決するのが妥当な方法である、との見解を表

⁽²⁴⁾ Trechsel, a. a. O., S. 107ff.

⁽²⁵⁾ 惹起説の歴史については、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）113頁以下参照。

⁽²⁶⁾ Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25, S. 119.

⁽²⁷⁾ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 219.

⁽²⁸⁾ Schmidhäuser, a. a. O., S. 532f.

明している⁽²⁹⁾。また、山中敬一は、刑法の任務を具体的な法益保護に限定してその謙抑的性格を維持するならば、共犯もまた構成要件の結果を惹起するがゆえに罰せられるという命題を堅持するために純惹起説を徹底すべきである、と述べている⁽³⁰⁾。

純惹起説によると、共犯不法の固有性が導かれることから、量的従属性を必要とする内在的な制約が存在せず、むしろ共犯独立性説への後退が懸念される、との批判が提起されているが⁽³¹⁾、これは必ずしも的を射た批判ではないように思われる。共犯従属性の意義と機能を共犯の処罰条件に見出すならば、純惹起説からもなお、共犯従属性説を支持することは可能だからである。実際、純惹起説を主張する葛原力三も、純惹起説に拠ると従属性を放棄することになるとの理解は正しくないとして、純惹起説は共犯者自身の行為から発する因果経過の途中で十分に危険性が高まった時点を抑えて処罰の始点とする、と論じている⁽³²⁾。この見解が正犯不法への従属を考慮せず、従属性を共犯の処罰根拠論の枠の外で、つまり処罰の根拠付けからは外在的な制約原理として捉えているならば、共犯従属性は共犯の処罰条件として理解されることになるだろう。

純惹起説からは、正犯なき共犯の存在が是認される。例えば、教唆者が自傷行為に出るよう唆し、それに応じて被教唆者が実際に自傷行為を行った場合、被教唆者には204条の正犯不法が認められないが、教唆者は204条の教唆犯として可罰的になる。しかし、こうした帰結は、制限的正犯者概念をベースにした共犯構成要件に機能的に内在する共犯行動規範の性質に鑑みると、賛同し得ない。制限的正犯者概念を出発点とするならば、正犯の行動規範なくして共犯行動規範は存在せず、したがって正犯なき共犯は認められないからである。純惹起説は、その基本的主張について正当であると評価し得るが、実際には拡張的正犯者概念に親和的となり、正犯なき共犯を認める点で、支持し難い。

(2) 従属性指向惹起説

従属性指向惹起説 (akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie) は、ドイツで通説となっている見解であり、わが国では修正惹起説とも呼ばれている。この見解に依拠すれば、共犯者による法益侵害結果の惹起が処罰根拠である点は純惹起説と意見を同じくするものの、共犯者による間接的な法益侵害の惹起という形態が重視され、共犯不法は正犯不法から導かれる。したがって、不法の捉え方は純惹起説と反対に、正犯不法から独立した共犯固有の不法、換言すれば不法の相対性を認めず、連帯的に捉えようとする見解である。

従属性指向惹起説の代表として挙げられることの多いイエシェック／ヴァイгентは、共犯者は犯罪構成要件に内在している規範を自ら侵害するのではなく、その不法は、彼が正犯者の規範侵害に加功する点にあるということを惹起説のみが明らかにしており、ドイツ現行刑法にも合致していると述べたう

⁽²⁹⁾ 中山・前掲註(16)22頁。中山は、違法従属を認めなければ結果無価値が保障されないというわけではない、と述べている。この見解が正犯不法への従属を考慮せず、従属性を共犯の処罰根拠論の枠の外で、つまり処罰の根拠付けからは外在的な制約原理として捉えているならば、共犯従属性は共犯の処罰条件として理解されることになるだろう。

⁽³⁰⁾ 山中敬一「幫助の因果関係」関西大学法学論集第25巻4・5・6号(1975年)175頁。

⁽³¹⁾ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)161頁。また、Roxin, a. a. O., S. 131f.も参照。

⁽³²⁾ 葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界(下)」法学教室282号(2004年)71頁。

えで、共犯者の行為の不法はその根拠と程度において正犯行為の不法に従属する、として共犯不法を正犯不法から導いている⁽³³⁾。また、マウラッハ／ゲッセルは、共犯の不法内容が正犯行為から導かれることによって必然的に従属性が生じる、と理解している⁽³⁴⁾。

わが国では、結果無価値一元論の立場から修正惹起説を採用する見解が有力である、と指摘されている⁽³⁵⁾。例えば、大越義久は、違法論において法益侵害説をとる以上、基本的には、修正された惹起説の立場に立脚すべきである、と述べている⁽³⁶⁾。また、曾根威彦も、共犯の違法性は正犯行為を介しての法益侵害に尽きると考えられ、それとは別に共犯行為独自の違法性を想定することは困難である、として従属性指向惹起説に依拠している⁽³⁷⁾。

従属性指向惹起説は、共犯不法を全面的に正犯不法から導くことにより、純惹起説とは異なり、正犯なき共犯の存在を認めない。したがって純惹起説が抱える問題点は、従属性指向惹起説には存在しない。だが、この見解を貫徹すると、共犯なき正犯の問題が生じることになる。例えば、嘱託殺人の場合、嘱託を受けて殺害した者には 202 条の正犯が成立する一方で、嘱託した者に 202 条の共犯が成立しない理由を従属性指向惹起説から説明するのは困難であろう⁽³⁸⁾。また、被害者の同意を得て被害者に傷害を負わせる事例でも、従属性指向惹起説を徹底するならば、共犯なき正犯の問題が考えられる。もともと、この説の論者は、刑罰規定が被害者の保護を目的としているとする理由や⁽³⁹⁾、被害者が自己の身体的な法益の自由な処分（自己決定権）の利益を実現する限度で違法性の程度が減少されることを理由に⁽⁴⁰⁾、被害者を不可罰とするものと思われる。当該事例については、まず第 1 に、傷害罪における被害者の同意をどのように理解するか、問題になるだろう。確かに、被害者の同意がある以上、被害者によって法益が放棄されることにより保護すべき法益が存在せず、そもそも正犯が存在しないと考えるのであるならば、共犯なき正犯の問題は生じない。しかし、被害者の同意があっても傷害罪が成立する場合があることを認める場合には、共犯なき正犯の問題が生じることになるだろう。

そもそも、従属性指向惹起説を支持し得ない最大の理由は、次のような点にある。すなわち、学説の名称からも推測できるように、共犯の従属性は処罰根拠、したがって共犯不法を根拠づけるものとして捉えられることになる。しかし、正犯との従属性を共犯の処罰根拠と捉えることは到底支持し得ない。今や過去の学説となってしまった共犯独立性説が正当にも指摘したように、共犯者自身の行為のみが共犯の処罰根拠となるのであって、他者である正犯行為が共犯の処罰根拠になるわけではない。共犯不法を正犯不法から導く従属性指向惹起説は、責任主義または自己答責性原理に反するとの指摘がストレートに当てはまってしまうのである。

⁽³³⁾ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 685f.

⁽³⁴⁾ *Maurach/Gösse/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 322ff.

⁽³⁵⁾ このように指摘する者として、照沼・前掲註(31)169頁、高橋剛夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂、2007年)157頁以下。

⁽³⁶⁾ 大越義久『共犯論再考』(成文堂、1989年)50頁。ただし、大越は「より妥当な見解は、違法の相対性を一部認める惹起説、かりに名づけるとすると『第三の惹起説』ともいべき見解であるように思われる」とも述べている。

⁽³⁷⁾ 曾根威彦『刑法総論【第4版】』(弘文堂、2008年)245頁。

⁽³⁸⁾ 松宮孝明『刑法総論講義【第4版】』(成文堂、2009年)319頁参照。

⁽³⁹⁾ *Jescheck/Weigend*, a. a. O., S. 698f.

⁽⁴⁰⁾ 曾根威彦「共犯の処罰根拠」曾根威彦、松原芳博編『重点課題 刑法総論』(成文堂、2008年)239頁以下。

もっとも、そのことを理由として共犯独立性説に全面的に賛同することはできない。共犯独立性説に依拠すると、企図せられた幫助 (versuchte Beihilfe) の可罰性を認める帰結に至るからである。例えば、正犯が傷害に出ることを計画し、その計画を打ち明けられた関与者が竹刀を提供したものの、正犯が実行行為に出る前に翻意して実行に着手しなかった、という事例を考えてみたい。この場合、関与者は竹刀を提供した時点ですでに実行行為が終了しているため、共犯独立性説によれば、正犯による実行の着手の有無に関係なく、関与者自身の実行行為が終了した時点で幫助の未遂として処罰されることになる。こうした帰結に対しては、例えば傷害を計画している正犯による竹刀調達の準備行為が不可罰であることとのバランスに欠けるとの批判が当てはまるであろう。ドイツ刑法典も、企図せられた幫助に関する処罰規定が過去には存在したものの、先のような批判を受けて、わずか10年でその処罰規定を廃止している⁽⁴¹⁾。

ともあれ、共犯不法を正犯不法から導く従属性指向惹起説は、共犯独立性説が共犯従属性説に対して批判した責任主義との矛盾に答えることができないため、支持し得ない。

(3) 混合惹起説 (従属的法益侵害説)

混合惹起説 (gemischte Verursachungstheorie) は、純惹起説や従属性指向惹起説の欠点を補う形で、とりわけロクシンによって大きく展開された。この見解は、純惹起説のアプローチを考慮しつつ、従属性指向惹起説の要素をも取り入れるという意味において混合惹起説と呼ばれ、惹起説に対して1つの妥協案を提出するものである⁽⁴²⁾。したがって、混合惹起説は純惹起説と従属性指向惹起説の中間に位置づけられる見解である。今日、混合惹起説はドイツやわが国において極めて有力に唱えられている。

ロクシンによれば、共犯の不法は、一部は正犯の不法から導き出されるが、一部は正犯の不法に左右されず、共犯固有の不法によっても導き出される⁽⁴³⁾。ロクシンは、共犯の不法が正犯の不法からも導かれる限りにおいて従属的である⁽⁴⁴⁾、として自らの立場を従属的法益侵害説 (Lehre von akzessorischen Rechtsgutsangriff) と名付けている。ロクシンに引き続いてシューネマンも、従属的法益侵害説における「従属的」という呼称は、構成要件に該当する行為を行った正犯に対する共犯のみが可罰的共犯とな

⁽⁴¹⁾ Vgl. Klaus Letzgas, in Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 2008, S. 328. また、企図せられた幫助を可罰的な幫助の未遂と解するならば、わが国における未遂の処罰根拠として今やほとんど見解が一致している客観説と相容れることは困難であるように思われる。未遂の処罰根拠として行為に重きを置くのか結果に重きを置くのか争いはあるにしても、未遂犯が可罰的となるためには結果無価値、換言すれば法益侵害結果の発生する危険が客観的に存在しなければならない。そうでなければ、全ての未遂犯が拳動犯となってしまうであろう。そこで先の事例に照らし合わせてみると、竹刀の提供行為それ自体は法益侵害に対する行為の危険性が認められるとしても、いまだ結果の危険性は客観的に存在しない。結果の危険は、正犯が当該竹刀を用いて実行行為に着手した段階で初めて、客観的に認められるのではないだろうか。シュタインも、未遂の処罰根拠を印象説からアプローチしているものの、危険性が正犯行為の未遂まで現実化すれば、そこから予防の必要性が生じて共犯の未遂として可罰的となる、と論じている。Ulrich Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S. 280. Klaus Letzgas, *Vorstufen der Beihilfe*, in: *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, 2004, S. 61. も参照。そうであるならば、正犯が実行行為に着手せず、法益侵害結果の発生する危険が現実化しない段階で幫助の未遂として処罰することは、刑法の謙抑主義と相反することになるので、共犯独立性説は妥当ではない。

⁽⁴²⁾ 増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論—』(勁草書房、2009年) 367頁参照。

⁽⁴³⁾ Roxin, a. a. O., S. 130f.; ders., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in: *Festschrift für Stree/Wessels*, 1993, S. 379f.

⁽⁴⁴⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 23), S. 131.

りうることを明らかにしている、と指摘する⁽⁴⁵⁾。そして、共犯の不法をもっぱら従属性原理から説明することは正しくないとしつつも、共犯の不法は本質的には正犯行為の不法を通じて決定づけられる、としている⁽⁴⁶⁾。さらにクライも、教唆や幫助の処罰根拠は、一次的には正犯による法益侵害の（共同）惹起あるいは促進であり、教唆者や幫助者による自らの法益侵害は二次的である、と主張している⁽⁴⁷⁾。

わが国では山口厚が、教唆犯や幫助犯は、構成要件該当事実を惹起したことについて第 1 次的責任を負う正犯の背後に位置し、その者に影響を与えて構成要件該当事実を間接的に惹起するにすぎない第 2 次的責任類型と解することが妥当である、として混合惹起説を支持している⁽⁴⁸⁾。また、照沼亮介によれば、混合惹起説は正犯の規範違反と共犯の規範違反の双方を要求し、実行従属性を体系的に説明しうる、とされている⁽⁴⁹⁾。さらに、豊田兼彦は、ロクシンと同様に客観的帰属論を共犯論にも転用させて、いわゆる中立的行為による幫助の事例を引き合いに出して混合惹起説を採用すべきである、と論じている⁽⁵⁰⁾。

混合惹起説は、共犯不法を一部従属的に捉えることから、純惹起説が是認した正犯なき共犯を否定する。一方で、従属性指向惹起説が批判を浴びた共犯なき正犯の問題は、共犯不法の固有性ないし独立性を強調して回避されることになる。

混合惹起説は、妥当な帰結を導くために純惹起説と従属性指向惹起説の利点をそれぞれ取り入れている。しかし、従属性指向惹起説と同様に、共犯不法を一部であれ正犯不法から導き、従属させる点において、従属性指向惹起説が共犯独立性説から向けられた責任主義または自己答責性原理に反するとの批判が、ここでも当てはまることになろう。

もっとも、混合惹起説を支持していると思われるレッシュやヤコブスのように、関与者各人の行為を 1 つの全体行為として捉え、犯行はおよそ 1 つであるとの理解に基づくならば⁽⁵¹⁾、教唆者や幫助者にとって正犯行為も自己の行為であるがゆえに、こうした立場には、責任主義または自己答責性原理に反するとの批判は当てはまらないだろう。だが、1 つの全体行為から関与者各人に帰属を分担する解決方法は、レッシュが拡張的正犯者概念に批判的な態度を示しているにもかかわらず⁽⁵²⁾、実質的には拡張的正犯者概念、またはキーナップフェルの分類における機能的統一的正犯者体系に近似することになる、と指摘されている⁽⁵³⁾。もしこの指摘が適切であるならば、教唆行為や幫助行為は正犯行為として格上げされてしまうことにならう⁽⁵⁴⁾。また、ヤコブス等は、関与者各人の行為を 1 つの全体行為として捉えることから、量的従属性について、教唆犯や幫助犯も正犯と同様に、統一して予備段階から未遂開始の段階

⁽⁴⁵⁾ Bernd Schünemann, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, Vor §26 Rn. 7.

⁽⁴⁶⁾ Schünemann, a. a. O., Vor §26 Rn. 3f.

⁽⁴⁷⁾ Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 3. Aufl., 2008, S. 75ff.

⁽⁴⁸⁾ 山口厚「共犯論の課題」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）236頁。

⁽⁴⁹⁾ 照沼・前掲註（31）173頁以下。

⁽⁵⁰⁾ 豊田・前掲註（12）172頁以下。

⁽⁵¹⁾ Heiko Hartmut Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 271ff.; Jakobs, a. a. O., S. 259. ヤコブス（松宮・豊田訳）・前掲注（3）202頁参照。

⁽⁵²⁾ Lesch, a. a. O., S. 76ff.

⁽⁵³⁾ Vgl. Thomas Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 306. キーナップフェルの分類における機能的統一的正犯者体系については、拙稿・前掲註（1）134頁参照。

⁽⁵⁴⁾ Vgl. Kai Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S. 156.

へ移行し、統一して未遂終了の段階へ移行する、と理解している⁽⁵⁵⁾。しかし、このような理解に基づく、狭義の共犯者にとって実行の着手時期は正犯の実行の着手時期まで認められず、法益侵害の惹起を志向する教唆行為自体や幫助行為自体の危険性は軽視されてしまうだろう。

以上のような理由から、混合惹起説を支持するのも問題があるように思われる。

(4) 惹起志向説

惹起志向説は、行為無価値一元論を徹底する増田豊によって提唱されている。増田は、制限的正犯者概念の立場から正犯行為と共犯行為の相違を重視したうえで⁽⁵⁶⁾、自己にとって不可能なことや他者が自己答責的に遂行したことに基づき処罰されるようなことがあってはならないとする人格的不法論（不法の人格性の理論）から、共犯の処罰根拠について次のように帰結している。すなわち、共犯の処罰根拠は、他者である正犯の不法の中に存するのではなく、共犯に固有な行動規範の侵害の中に認められる⁽⁵⁷⁾。したがって惹起志向説も、純惹起説と同様に正犯不法から独立した共犯固有の不法を認め、共犯固有の不法のみが共犯の処罰根拠である、と考えるものの、その中身については、わが国で主張されている純惹起説とは異なり、法益侵害結果の惹起を志向する共犯者の行為が共犯の処罰根拠となる、と理解している。

出発点において純惹起説と同様に惹起説本来の主張を貫徹する惹起志向説は、共犯従属性について、その意義と機能を共犯の処罰条件に見出している。例えば、幫助行為が予備段階で遂行された場合、幫助行為自体には、法益侵害に対する行為の危険性としての行為無価値が認められても、法益侵害に対する客観的危険事態としての結果無価値は認められず、早くても正犯が実行行為を開始した時点で認められるに過ぎない。幫助行為が正犯の実行行為中に遂行されたときは、客観的危険事態が直ちに認められるため、正犯の実行行為は幫助行為前に成立している処罰条件になる⁽⁵⁸⁾。それゆえ、未遂の教唆や未遂の幫助については、正犯が実行行為に着手していない限り、教唆行為や幫助行為の不法は認められても、その処罰条件は認められない。

しかし、純惹起説との明白な違いは、惹起志向説からは正犯なき共犯の存在が否定される点に見られる。惹起志向説も純惹起説と同様に正犯不法から独立した共犯固有の不法を認めるが、それは制限的正犯者概念から導かれる。制限的正犯者概念によれば、共犯は刑罰拡張事由であると同時に構成要件拡張事由でもある⁽⁵⁹⁾。したがって、共犯行動規範を内在する共犯構成要件の存在は、正犯行動規範を内在する正犯構成要件の存在が前提となる。共犯固有の不法として共犯固有の行動規範の侵害を共犯の処罰根拠とする惹起志向説は、共犯行動規範を正犯行動規範と平行に対応させ、正犯行動規範なくして共犯行動規範は存在しないと考えるため、正犯なき共犯を否定する帰結へ至ることになる。

惹起志向説は、純惹起説と同様に惹起説の主張を徹底させる。それゆえ、墮落説のように共犯の法的

⁽⁵⁵⁾ *Jakobs*, a. a. O., S. 253ff. ヤコブス（松宮、豊田訳）・前掲註（3）203頁参照。

⁽⁵⁶⁾ 増田・前掲註（42）354頁以下。

⁽⁵⁷⁾ 増田・前掲註（42）356頁。

⁽⁵⁸⁾ 増田・前掲註（42）362頁以下参照。

⁽⁵⁹⁾ 拙稿・前掲註（1）138頁参照。

性格が正犯と異なる不都合は避けられる。また、共犯不法の固有性が貫かれ、共犯不法は正犯不法から導かれられないので、従属性指向惹起説や混合惹起説に向けられているように責任主義や自己答責性原理に反するとの批判も該当しない。もっとも、自己答責性原理の貫徹を理由に混合惹起説を批判する惹起志向説に対しては、もしわが国の現行刑法が自己答責性原理を貫徹させていると言うのならば、一切の従属関係は撤廃されているはずであって、たとえ正犯結果を処罰条件に追いやったとしてもそこには依然として従属・依存関係が存在している、との指摘がなされている⁽⁶⁰⁾。確かに行為者処罰の正当化原理として、責任があれば必ず処罰せよ、とする積極的応報論を前提とするならば、自己答責性原理を貫徹させるには、従属関係を撤廃しなければならないかもしれない。しかし、積極的応報論に依拠せず、従属性の意義を共犯の処罰条件に見出して共犯の処罰を制限する方向でのみ正犯との従属性を機能させるのであるならば、決して従属関係は撤廃されない。惹起志向説は、共犯独立性説を支持する見解ではなく、制限的正犯者概念から刑罰拡張事由と捉えることになる共犯の処罰を制限すべく正犯との従属性を要求するため、むしろ共犯従属性説を積極的に支持する見解である。したがって、惹起志向説に対する先の指摘は適切ではないだろう。

こうした点を踏まえると、共犯の処罰根拠を惹起説に置く場合、惹起志向説に依拠するのが妥当である、と考える。

4. 連帯説

連帯説 (Solidarisierungstheorie) は、共犯の処罰根拠論における惹起説に対抗する形で、シューマンによって提唱された学説である。連帯説は、共犯の処罰根拠を他者との不法の連帯に求めている。

シューマンの共犯論は、行為支配説に依拠し、制限的正犯者概念による関与形式の量的相違を基礎としている。シューマンによれば、惹起説は法益侵害として理解される結果無価値を強調し過ぎている点で妥当ではない。今日ドイツにおいて刑法上の不法を行為不法に見出す見解が圧倒的通説となっていることに鑑み、共犯の処罰根拠も共犯の行為無価値の中に求められるべきである、としている⁽⁶¹⁾。そして、正犯による結果の惹起はもっぱら正犯の答責領域であって、共犯の可罰性は間接的な結果惹起に根拠付けられるものではない。共犯の行為無価値は共犯の故意による関与を通じた、他者の故意不法との連帯の中に見出すことができる、とシューマンは理解している⁽⁶²⁾。

連帯説は、共犯の処罰根拠を他者の不法との連帯に置いていることから、この点において正犯の処罰根拠と共犯の処罰根拠を同じくする惹起説と異なる。そして、共犯の処罰根拠を共犯の行為無価値に求めて、共犯不法を正犯不法から導かないため、共犯不法の固有性を維持することが可能となる。

連帯説の最も大きなメリットは、可罰的幫助行為と不可罰的関与行為との限界事例において正犯との十分な連帯を要求することで、可罰的幫助行為の範囲を限定し得る点にある。ドイツでは、この限界事

⁽⁶⁰⁾ 照沼・前掲註 (31) 164 頁。

⁽⁶¹⁾ Schumann, a. a. O., S. 48.

⁽⁶²⁾ Schumann, a. a. O., S. 49ff.

例を解決するに当たって、シューマンの連帯説を参考にする論者が見られ⁽⁶³⁾、中でもシルト・トラッペは、幫助不法の成立要件として正犯が幫助者との連帯を認識していることを要求して、シューマンの理論に類似的な立場を採っている⁽⁶⁴⁾。

連帯説に対しては、シューマンから混合惹起説に対して、従属性の必然性と共犯不法における違法な正犯行為の意味合いを明確にしていない⁽⁶⁵⁾、と批判を受けたロクシンによって問題点が指摘されているが⁽⁶⁶⁾、ここでは次のような批判を提起したい。連帯説は、共犯の本質を他者の故意による不法との連帯に見出し、共犯の不法は正犯との連帯の態様や程度によって決められることから、従属性の必然性もそこに存在する⁽⁶⁷⁾。こうしたことから、連帯説も、従属性指向惹起説や混合惹起説と同様に従属性の意義は共犯不法の根拠に見出されることになるだろう。そうであるならば、従属性を共犯の処罰根拠に見出すこの見解も、共犯独立性説から提起される責任主義ないし自己答責性原理に反するとの批判を受けることは否めない。実際にシューマン自身、教唆者や幫助者が他者の犯行につき関与者として（共同）責任を負うに過ぎないとしても、それはすでに自己答責性原理からの逸脱を意味している、と述べているように、自己答責性原理に一定の制限を加えることを認めている⁽⁶⁸⁾。

また、正犯との特別な関係性を共犯の重要な特徴として示すのであれば、共犯においては遡及禁止が妥当せず、共犯も正犯との連帯を通じて法益侵害結果を惹起するものだと理解されるはずである、としてシューマンの構想は共犯行動規範の体系目的である法益保護思想を無視ないし軽視してしまっている、との批判も存在する⁽⁶⁹⁾。

このような批判に鑑みれば、惹起説に代わる優れた見解であるとの評価を連帯説に与えることは難しいだろう。

5. おわりに

本稿における検討からも示唆されるように、共犯の処罰根拠論は、未遂の教唆や正犯なき共犯、共犯なき正犯、可罰的幫助行為と不可罰的関与行為の限界などの具体的事例における妥当な帰結を目指して発展してきたと考えられる。ドイツの影響を大きく受けるわが国では、その発展過程において、当初は学説の正確な理解がなされず、従属性指向惹起説が墮落説的不法共犯説に位置づけられるなど、共犯の処罰根拠を論ずる以前に学説の分類方法に混乱が見られた。近年ではようやく正確な分類が定着されつつあり、共犯の処罰根拠論をめぐる今日の学説状況を概観すると、ドイツにおいてもわが国においても、従属性指向惹起説や混合惹起説に立つ論者が圧倒的に多い状況である。従属性指向惹起説や混合惹起説

⁽⁶³⁾ Vgl. *Peter Rackow*, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, S. 263ff.

⁽⁶⁴⁾ *Schild Trappe*, *Grace Marie Luise, Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, 1995, S. 96f, S. 188.

⁽⁶⁵⁾ *Schumann*, a. a. O., S. 51.

⁽⁶⁶⁾ *Schumann*, a. a. O., S. 51.

⁽⁶⁷⁾ *Schumann*, a. a. O., S. 51.

⁽⁶⁸⁾ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 23), S. 134ff, S. 196ff.

⁽⁶⁹⁾ 増田・前掲註 (42) 368 頁。

が支持を広げている背景には、妥当な帰結を導けるとの思惑があるように感じられる。しかし、妥当な帰結を重んじるあまり、かつて共犯従属性説が共犯独立性説から批判を受けたように、責任主義や自己答責性原理に反することを容認せざるを得ないこれらの見解には従うことができない。正犯と共犯の構成モデルについて共犯を構成要件拡張事由ないし刑罰拡張事由と捉える制限的正犯者概念を出発点として惹起説の主張を徹底する惹起志向説が、他の見解に比べて優れていると言えるのではないだろうか。

共犯の処罰根拠論は、帰属論と結びついて今なお発展を遂げている。実際にロクシンやヤコブスを筆頭に、わが国でも例えば豊田兼彦が、混合惹起説と客観的帰属論を関連させて共犯の諸問題を解決しようとしている。こうしたアプローチは、共犯と身分、不作為と共犯、いわゆる中立的行為による幫助など共犯の可罰性に関する限界事例を解決するに当たって、決して無視し得ないものとなりつつある。本稿では、紙幅の関係上、惹起志向説と帰属論との関係について論究することができなかった。惹起志向説と故意帰属との関係、あるいは客観的帰属の捉え方等については、今後の検討課題としたい。

(こじま ひでお)