

( 続紙 1 )

|   |              |    |      |
|---|--------------|----|------|
| 京都大学  | 博士 (法学)      | 氏名 | 姚 培培 |
| 論文題目  | 共犯論における違法相対性 |    |      |
| (論文内容の要旨)   |              |    |      |
| <p>本論文は、共犯と正犯あるいは共同正犯者の間において違法性が従属するという広く承認された理解について、その根拠を疑い、違法性が相互に独立して判断されるべきこと、即ち、共犯の違法性が相対的であることを論証しようとするものである。</p> <p>第1部では、違法相対性が前提とされるべき事象を取りあげ、問題提起を行う。即ち、共犯の処罰根拠について、正犯違法への従属を考慮する修正／混合惹起説では他者の適法行為を利用する行為の違法性を根拠づけられず、共同正犯者の中で違法性を個別的に判断した最決平成4・6・5と整合しない。不可罰の自殺に関与する行為の違法性、自己墮胎に関与した第三者を同意墮胎罪の共犯とする通説的解釈、証拠隠滅罪の主体から本犯が除外される根拠や、財産犯に数额を要求する中国刑法のもと、総額ではその額を超えるが、各別には額に達しない各窃盗等を唆す行為に教唆犯を肯定する処理も違法従属性からは説明困難である。さらに、中国の裁判例において、犯人に証拠隠滅を教唆した者に証拠隠滅援助罪を適用したもの、傷害致死の共同正犯において正当防衛と過剰防衛を肯定したものなど、違法性を相対化したと解されるものが存在する。</p> <p>第2部では、中国法、日本法、ドイツ法の状況の紹介と検討を行う。</p> <p>中国では、現在、伝統的学説と鋭く対立しつつ、共同犯罪の各論点について、正犯と共犯を体系的に区別する説、部分的犯罪共同説ないし行為共同説、修正／混合惹起説、制限従属性説、違法身分の連帯作用・責任身分の個別作用を説く実質説が新たに有力に主張される状況にある。</p> <p>日本では、共犯の従属性のうち、実行従属には支持がある。要素従属を巡っては制限従属性説が多数であるものの、前述した最決平成4・6・5があり、最小従属性説等の少数説も見られる。罪名従属では見解が対立する。共犯の処罰根拠は混合惹起説が多数説である。共同正犯について、多数は、物理的・心理的因果性をもって画される(広義の)共犯の一類型と位置づける(共犯性志向説)。身分犯については、違法身分の連帯作用が一律に認められるかが問題となっている。</p> <p>ドイツでは、要素従属を巡っては、現行刑法が制限従属形式を採用し、同説が通説でもある。なお、条文上、正犯の故意行為が共犯成立の要件とされている。共犯の処罰根拠については、判例・通説は修正惹起説を採用するが、近時は混合惹起説が有力化している。純粹惹起説は少数にとどまる。共同正犯における犯行寄与の相互帰属は機能的行為支配説による説明が有力である。特別な一身的要素について、規定上従属性が緩和されている。これは通説である修正惹起説の合理性を疑わせるものといえる。</p> <p>第3部では、以上の検討を受けて私見を展開する。</p> <p>共犯の処罰根拠を巡っては、これを共犯行為の危険性が法益侵害結果に実現したこ</p> |              |    |      |

とにのみ求め、介在する正犯行為の違法性を問わない純粋惹起説が、個人責任の原則に照らして最も適切な見解として支持される。このように因果関係により画された共犯について、その違法性と責任が共犯自身の視点で判断されることになる。従って、共犯の違法性は相対化する。なお、正犯の実行への従属は、未遂犯の成立に必要な危険の惹起という観点から、身分を有しない共犯における身分犯の成立は、身分ある者を介した法益侵害の間接惹起として、それぞれ説明されるのであり、共犯責任に関する純粋惹起説に向けられる批判は失当と解される。

共犯の違法相対性は、類型的に①主観的要素の相違による相対性、②関与の時間的な相違による相対性、③規範判断による相対性として整理される。①は、故意、過失、防衛意思、避難意思等が関与者ごとに判断されることを指す。②の例として、承継的共犯において後行者が関与前の先行者の行為の違法を帰属されないこと、他人の正当行為を利用する者は正当化の前提事情を招来する行為において違法と評価されることが挙げられる。③は各論の問題に関わる。

最後に、違法相対性を意識した、処罰規定の解釈について検討する。自殺への関与行為は、自殺自体は可罰的違法性を欠くとの理解のもとで違法相対化が生じる。自己墮胎に関与した第三者に同意墮胎罪の共犯を肯定する通説の帰結は、自己墮胎罪の法益を胎児の生命、同意墮胎罪の法益は母体の安全の一部をも含むと解するとき、違法相対性から説明される。犯人に証拠隠滅を教唆した者に証拠隠滅援助罪を適用する中国の判例・通説は、本犯による証拠隠滅行為に違法性が欠如すると解する立場では、共犯との間で違法評価を相対化していることになる。複数の者による数額未満の財産侵害行為に関与した者の取扱について、純粋惹起説によれば、正犯に構成要件に該当する違法性が認められなくても、複数の各正犯により惹起された結果が帰属される限り、（正犯のない）共犯が肯定される。ここでも違法の相対性が認められる。

第4部では、本稿の各部分の内容を要約した上で、今後の課題を掲げる。

(続紙 2 )

(論文審査の結果の要旨)

本論文は、共犯と正犯あるいは共同正犯者の間で違法性が相対化するケースを手がかりに、正犯の違法性への従属を(何らかの程度においては)承認する通説的理解に批判を向け、共犯論の再構築を目指したものである。

主張の中核をなすのは、共犯も正犯も等しく法益侵害結果の惹起にのみその処罰根拠を求める純粋惹起説である。共犯と正犯の区別は、結果と因果関係を有する行為に対して別の評価的観点から行われる。本論文の第一の意義は、日本やドイツにおいて少数説にとどまる純粋惹起説を、理論的に最も明快な構成として支持し、解釈論としての妥当性を明らかにしようとした点にある。

加えて、問題を抽象的に論じるのではなく、自殺関与罪や中国の証拠隠滅援助罪、数额を要件とする財産犯などの法規定、その実務的運用や学説の評価、共同正犯者の一部に正当防衛を認めた裁判例等、および、学説の諸見解などを丹念に取り上げて検討を加えるという実証的姿勢は、主張に説得力を与えており、本論文の第二の意義に挙げることができる。また、議論の背景として中国の「共同犯罪」をめぐる理論状況が整理されている点は、直接のテーマを超えた資料的な価値を有しており、第三の意義として指摘できる。

このように実証性において優れた本論文も、理論面にはなお詰めるべき点が認められる。純粋惹起説の根拠について、本論文は「従属性の承認は責任主義に反する」という消極的な記述にとどまっている。共犯の本質を法益侵害の惹起に収斂させる純粋惹起説が複数の者による犯罪遂行を適切に捉えうると主張するには、同説のより実質的な根拠を提示することが求められよう。これとも関連して、同説では説明が困難とされるケース、例えば、真正身分犯への関与の可罰性について、関与者は身分者を媒介にして身分犯の保護法益を間接的に侵害するからとの理由しか挙げられていないといった点も指摘される。正犯の違法身分を「媒介にする」と述べるか、それに「従属する」と言うかは表現の相違にすぎない面もあり、ここでもより丁寧な根拠づけが望まれる。

しかし、ここで示された高い研究能力をもってすれば、今後、理論的な分析・検討が一層進められ、より精緻な共犯論が構築されることは十分に期待できる。実証に重点を置き、中国並びに日本、ドイツの立法、判例、学説に周到な目配りをして執筆された本論文のもつ価値はいささかも損なわれるものではないと解される。

以上の理由により、本論文は博士(法学)の学位を授与するに相応しいものであり、かつ、学界の発展に資するところが大きく、特に優れた研究であると認められる。

また、令和2年1月28日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果合格と認めた。

なお、本論文は、京都大学学位規程第14条第2項に該当するものと判断し、公表に際しては、当該論文の全文に代えてその内容を要約したものとすることを認める。

要旨公表可能日： 年 月 日以降