

(要約)

共犯論における違法相対性

姚 培培

第一部 問題提起

第一章 総論上の議論に見られる困難——共犯の処罰根拠論を中心に

共犯の処罰根拠論を中心として、総論の共犯に関する学説が抱える困難を指摘する。共犯の処罰根拠としては因果的共犯論（惹起説）が通説となっているものの、その内部では、純粹惹起説、修正惹起説及び混合惹起説が対立する。純粹惹起説は、共犯の処罰根拠を法益侵害の間接的惹起に求め、違法相対性を全面的に承認する。「共犯なき正犯」のみならず、「正犯なき共犯」も肯定されることになる本説には、可罰性を根拠のなく拡張するなどの批判がある。現在、有力なのは、正犯行為の構成要件該当性と違法性への従属を認める修正惹起説と、共犯と正犯の双方からみて構成要件に該当し違法といえる事態を惹起することを求める混合惹起説である。このように、共犯の違法性を正犯の違法性から導く見解は、「適法行為を利用する行為の可罰性」の説明に困難を伴う。即ち、XがAに対しBの殺害を教唆し、BにはAの襲撃を教えたところ、Xの計画通りBが正当防衛によりAを殺害した事例では、Xの可罰性は肯定されるべきにもかかわらず、修正惹起説や混合惹起説では、Bの行為に違法性が欠けるため、Xに共犯責任を問えない。Xを間接正犯とする見解も妥当でない。Aに対する殺人未遂の教唆とする処理は未遂の教唆を不可罰とする通説と整合せず、また、共犯者間で違法連帯性を肯定するのは最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁より否定されたと見る余地がある。

第二章 各論からの要請——日中の実践的側面から

各論に見られる違法従属性の否定例を取りあげる。例えば、日本刑法202条の自殺関与罪である。自殺を適法とする理解のもとでは、自殺関与の違法性を正犯の違法性からは導けず、「正犯なき共犯」を肯定せざるをえなくなる。また、日本刑法202条の自己墮胎罪に第三者が関与した場合に、同意墮胎罪の共犯とする通説的解決は、自己墮胎罪の減輕理由を違法減少に求めるならば、共犯の違法相対性の一例に挙げられよう。日本刑法104条と中国刑法307条2項の証拠隠滅罪では、本犯自身の行為が除外される。その理由を当該行為の違法性の欠如に求めるならば、関与者との間に違法相対性が存在することになる。なお、財産犯罪の成立に一定額以上の数額が要求される中国刑法では、総額ではその額以上であるが、各別には額に達しない各窃盗等の教唆の処理について議論がある。純粹惹起説に立って窃盗教唆を認める場合、やはり違法性は相対化する。

第三章 本稿の構成

本稿は、以下、中国、日本及びドイツの共犯に関する理論や判例を確認、参照したうえで（第二部）、共犯の処罰根拠論としての純粹惹起説の合理性を明らかにし（第三部第一章）、共犯の違法相対性を同説の立場から規範的に説明、根拠づける（第三部第二章、第三章）。

第二部 比較法的考察

第一章 中国

中国における共同犯罪に関する判例と学説を紹介する。夫が他人を教唆して、妻と同居する住居に侵入させ、妻に対する強盗を執行させた包勝芹強盗教唆事件では、裁判所は夫に中国刑法263条1項を適用して、「住居に侵入して強盗したこと」を夫に帰属させた。この判旨は、子が継父の寝室に侵入して強盗をした場合に子に「侵入強盗」を否定した明安華強盗事件の判断と整合しない。包勝芹事件について、夫に「侵入強盗の違法性がない」とする張明楷教授の見解が妥当だとすれば、住居侵入の点で、教唆者たる夫と正犯との間に違法の相対性が認められる。他人が刑事事件の犯人を教唆して証拠隠滅をさせた黄某某証拠隠滅幫助事件では、裁判所は教唆者に中国刑法307条2項を適用して、証

可能れ違住李其従で侵害刺正
期待という際、李某が維持で
を当といた李某は、李を出て
理由が教唆しては、李に死罪
理が不法を達しては、二人に
れ定違盗を総額は二人に
さ否る電気が、総額は二人に
除不法に電気が、総額は二人に
犯不行為によるが、兄弟とし
が求めないが、兄弟とし
本犯行為によるが、兄弟とし
で求めないが、兄弟とし
罪に存在しないが、兄弟とし
減存在正犯にないが、兄弟とし
隱不存にないが、兄弟とし
拋法の適法にないが、兄弟とし
証違は、20戸の盗罪から、兄弟とし
めた違は、20戸の盗罪から、兄弟とし
認め違は、20戸の盗罪から、兄弟とし
を犯の違は、20戸の盗罪から、兄弟とし
成立なく、隠滅も別には、兄弟とし
のな隠滅も別には、兄弟とし
罪は証示も別には、兄弟とし
助如某証示も別には、兄弟とし
援如某証示も別には、兄弟とし
減如某証示も別には、兄弟とし
隱如某証示も別には、兄弟とし
拋如某証示も別には、兄弟とし

第二章 日本

共犯の従属性、共犯の処罰根拠論、共同正犯の位置づけ及び共犯と身分をめぐ
る日本の議論を考察する。
共犯の従属性は、実行従属性、要素従属性及び罪名従属性に分けて論じられ
る。教唆の未遂の可罰性について、判例・通説は一貫して実行従属性説に立ち、
可罰性を否定する。実行従属性説の根拠を刑法43条や44条に求める見解は形
式的にすぎず、より実質的に未遂論にその根拠が求められるべきである。要素
従属性について旧通説は極端従属性説である。従来判例は、利用者が刑事未
成年者を利用した場合に直ちに間接正犯の成立を認めており、極端従属性説に
立っていた。最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁は、間接正犯の成
立を肯定する際、当該刑事未成年者の意思を抑圧して犯罪に利用したことを重
視したことから、極端従属性説を放棄する可能性が窺えた。本格的に極端従属
性説を否定し、制限従属性説を採用するのは、12歳の長男を説得して強盗を
行させた被告人を強盗罪の共同正犯とした最決平成13年10月25日刑集55巻
6号519頁である。本決定について、共同正犯の各行為者に有責性を不要とし
ても、このことが狭義の共犯において制限従属性を採用したことを意味すると
は言えないとの評価も見られる。しかし、共同正犯と狭義の共犯の区別は流
動的であり、両者を区別して、前者には従属性が妥当せず、後者には妥当
解するにも無理がある。責任無能力者との共同正犯の可否など、共同正犯
においても要素従属性が問題となり得るとの西田教授の指摘は正当である。も
っとも、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁は、いわゆる「フイリピ
ンパブ事件」において、共同正犯者の間で過剰防衛の成否が異なると判
旨を判示した。本決定が妥当だとすれば、違法の連帯性という原則が否定
れることとなる。学説では制限従属性説が通説であるものの、最小従属性
可罰的不法従属性説も有力に主張されている。後説は、正犯行為について

要件該当性を不要としつつ、「可罰的不法」であることを要件とする。しかし、罪刑法定主義を認めれば、構成要件に該当しない「可罰的不法」を觀念することは困難である。罪名従属性について、肯定説も見られるが、共犯者間における抽象的事実の錯誤の場合に罪名従属を貫徹することには困難がある。山口判事は、原則として罪名従属性を否定しながら、正犯の罪名による共犯の罪名の「片面的な制約・拘束」を認める。

共犯の処罰根拠について、古くは責任共犯論の支持もあった。しかし、本説と結びつく極端従属性説が、共犯成立の範囲を不当に制限する一方で、間接正犯を不当に拡張してしまおうとして、通説の座を制限従属性説に譲ったことから、責任共犯論も支持を失った。共犯行為の不法を専ら正犯行為の不法に求める修正惹起説は、同意殺人の依頼者を不可罰とするために修正を余儀なくされる。山中教授の主張する結果無価値論的純粹惹起説は、正犯行為の違法性を要求する点でもはや純粹惹起説であることを放棄したというべきである。また、適法行為を利用する事例について、山中教授は結論を示していない。多くの学者は、正犯の違法行為を共犯成立の必要条件として、共犯不法は一部で正犯不法に従属すると解しつつ、共犯自身に違法性阻却事由が認められる場合に共犯の成立を否定する混合惹起説を支持する。しかし、混合惹起説は、適法行為を利用する遂行形態において妥当な解決を提出できないため、反省を要する。

共同正犯の位置づけについて、正犯性志向説は共犯の処罰根拠が共同正犯に妥当しないと解する。松宮教授は、これを支持しながらも、共同正犯について、「心理的なものも含めて、因果性が〔一部行為〕全部責任の根拠」だとしていながら、共同正犯でも因果的共犯論を採用しているというべきである。共犯性志向説が支持される。そこでは、帰責範囲（因果性）と帰責程度（共同正犯性）を区別した段階的な判断が行われる。即ち、物理的又は心理的因果性の存在を根拠として広義の共犯を認定し、その後、共同正犯と狭義の共犯を重要な役割を果たしたか（共同正犯）否か（狭義の共犯）を基準として区別する。

共犯と身分に関する65条の解釈について、通説と判例は、1項は真正身分の連帯的作用を、2項は不真正身分の個別的作用を規定していると解する。厳格な罪名従属性の考え方を出发点として、1項は真正身分犯、不真正身分犯を問わず、共犯の成立が正犯の罪名に従属する旨を規定し、2項は特に不真正身分犯について科刑の方法を規定しているとする見解のほか、1項は違法身分の連帯的作用を、2項は責任身分の個別的作用を認めたとする見解がある。責任身分の連帯的作用は否定されなければならないから、問題は違法身分に連帯的作用を一律に認めるべきかにある。ここから、違法身分を探究する必要が示される。

第三章 ドイツ

共犯の違法相対性に関するドイツの議論を紹介する。1871年に制定されたドイツ帝国刑法典は極端従属形式をとっていたが、1943年の刑法調整令及び1975年に施行された現行刑法は制限従属形式を採用している。現在、制限従属性説はドイツの通説である。また、ドイツ刑法では、共犯成立の要件として正犯の故意行為が必要とされる。ただし、そこから招来される処罰の間隙は疑問視されている。

共犯の処罰根拠について、教唆犯の処罰根拠を正犯者の精神を腐敗させる点に見る責任共犯論も主張されたものの、Schröder、RoxinとStratenwerthは、現行法の採用する制限従属性説に適合しない、幫助犯の処罰根拠は責任共犯的思考に求められないなどと批判している。共犯の処罰根拠を共犯者が正犯を不法な行為に陥れる点に求める不法共犯論は、共犯の法益の把握が不当である点、教唆犯の刑を正犯の刑によらせるドイツ刑法の規定とは整合しない点、幫助犯に妥当しない点、アジャン・プロヴォカトゥールの不可罰性を説明できない点に問題がある。LüderssenとSchmidhäuserは、惹起説の出发点である共犯者も自己の不法と責任に対して罪責を負うという考え方を徹底する純粹惹起説を主張した。本説は、真正身分犯の共犯の可罰性を説明しづらいこと、ドイツ刑法が採用する制限従属性説と整合しないこと、ドイツ刑法から見て耐え難い可罰性の拡張を招来することから、通説の地位を占めるに至らなかった。ドイツの判例と通説は、惹起説を修正した修正惹起説を採用する。本説は、必要的共犯を一律に可罰的とするきらいがある、アジャン・プロヴォカトゥールの不可罰性の理由を説明できない、ないし要求に基づく殺人罪における要求者の不可罰性を根拠づけられない、などの批判を受けている。HerzbergとRoxinは、共

犯不法の処罰根拠を部分的に正犯不法から導く一方で、共犯の独自の不法をも認め、混合惹起説を主張する。本説は、従属性の原理によって正犯なき共犯を否定し、共犯独自の法益侵害の要件によって共犯なき正犯を肯定する点で、ドイツ刑法の解釈論として最も適切な学説とされ、支持を集めている。

共同正犯者間における犯行寄与の相互的帰属の根拠について、ドイツでは機能的行為支配説が有力であるものの疑問がある。同説は、共同正犯の構造論にすぎず、帰属根拠ではないこと、重疊的共同正犯と択一的共同正犯を合理的に説明できないこと、機能的支配の判断基準が曖昧であることなどの理由による。

ドイツ刑法 28 条は、特別な一身的要素について、従属性の緩和を規定する。この従属性の緩和は、共犯不法を正犯不法に従属させる修正惹起説の合理性に疑問を投げかけるものである。

第三部 共犯の違法相対性

第一章 共犯の処罰根拠論の検討

共犯の処罰根拠を検討する。修正惹起説と混合惹起説は、従属性の原則に根拠を求め、個人責任の原則に反することから、支持できない。従属性の要件を共犯の処罰条件と見る純粹惹起説はその批判を免れ得る。従属性の原理は、共犯に未遂犯が成立するために要請される原理であり、共犯自身の処罰根拠（犯罪性）とは関係がない。従って、共犯の処罰根拠として純粹惹起説は最も適切な学説である。純粹惹起説は、共犯の処罰根拠は共犯行為と法益侵害結果との因果関係に尽きるとし、正犯行為の違法性すらも不要とする点で、共犯現象を構成要件実現の方法の一種と把握する。即ち、単独犯の場合、行為者は自ら行為のみによって構成要件を実現しているのに対し、共犯の場合、共犯者は自ら行為のみならず、正犯者の行為を通じて構成要件を間接的に実現する。従って、共犯を認定する際に、共犯行為と構成要件実現との因果関係が重要な要素となる。共犯責任は、因果関係が肯定される共同の事実によってその範囲を画した上で、違法性と責任は当該共犯自身の視点で判断される。心理的因果性と物理的因果性を含む共犯の因果性の判断は、正犯の場合と同様、当該行為が有する危険が結果に現実化したかという基準で行われる。純粹惹起説に對する批判はいずれも失当である。特に、身分犯の身分は、法益侵害の可能性の事実上の制限と理解される。非身分者が身分犯の共犯になり得るのは、その違法性を身分者に従属的に獲得するからではなく、身分者を媒介にして身分犯の保護法益を間接に侵害するからである。純粹惹起説を採る以上、共犯の違法相対性を認めることは自然の帰結と言えよう。

第二章 共犯の違法相対性の類型

共犯の違法相対性を類型に分けて検討する。類型としては、主観的要素の相違による相対性、関与の時間的な相違による相対性及び規範的判断による相対性が挙げられる。

主観的構成要件要素又は主観的正当化要素を承認する立場からは、故意、過失、防衛の意思、避難の意思などの主観的要素がその性質上、連帯することは相対化することは十分に考えられる。例えば、正当防衛に防衛の意思を要件とする法制においては、偶然防衛には正当防衛が成立せず、未遂罪が成立する。この理を前提とすると、防衛の意思という主観的正当化要素の有無によって違法の相対性が生じる。

承継的共犯の場合、一方の行為は法益侵害事実と因果関係を有するために責任を問われ、他方の行為は法益侵害事実との因果関係を有しないために責任を負わない、即ち、前者の行為が違法となり、後者の行為が適法となる。例えば、日本の特殊詐欺事案において、架け子には詐欺未遂罪が成立して違法性が肯定され、架け子による欺罔行為後に関与する受け子は、その者が財物を取得していなければ占有離脱物横領罪も成立せず不可罰、従って違法性が否定されることになり、違法の相対化が生じる。また、関与の時間的な相違による違法相対性は、「正当行為を利用する違法行為」の事例にも妥当する。被利用者は正当行為（例えば正当防衛）を実行したにすぎないから、その行為は適法であるが、利用者が自らの行為によって正当化事由の前提事実を招来したから正当化の効果が制限を受け、その行為の違法性が阻却されず、違法の相対性が生じる。

規範判断による違法の相対性は各論の問題に関わる。

第三章 各論的解釈

違法相対性を意識した、各則の処罰規定の解釈問題を取りあげる。自殺への関与行為は処罰されるが、自殺行為そのものを違法とするのは妥当でない。自殺行為を可罰的違法性阻却とする構成が支持される。正犯としての自殺者に可罰的違法性が否定され、共犯としての自殺関与者に可罰的違法性が肯定されることになり、正犯・共犯の間に（可罰的）違法相対化が生じる。

第三者が妊婦の自己墮胎に関与した場合、妊婦には自己墮胎罪が成立するが、第三者には同意墮胎罪の共犯が成立すると解するのが通説である。妊婦という身分を責任減少身分と解することは相当でないとして、自己墮胎罪の法益は胎児の生命のみ、同意墮胎罪の法益は胎児の生命と母体の安全の一部と解する場合、通説の帰結は妊婦と第三者との間における違法相対性の一例として説明される。

証拠隠滅罪で本犯が不可罰とされる理由を期待可能性の欠如に求める責任阻却説及び客観的責任要素説は妥当でなく、本犯による証拠隠滅行為に不法が欠如すると解する立場では、本犯を教唆して証拠隠滅行為をさせた者を処罰する中国の判例と通説は、正犯なき共犯を認め、共犯者の間で違法評価を相対化している。

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、違法従属性を維持する立場から、客観的処罰条件説と仮想的共同犯罪論が主張されるが、いずれも成功していない。私見が支持する純粹惹起説によれば、構成要件に該当する違法な正犯行為の存在は共犯の成立に不可欠ではない。共犯の機能は犯罪認定の際の結果帰属とその後に関与の態様に応じた量刑にある。しかがし、たとえ正犯に構成要件に該当する違法性が認められなくとも、共犯行為が正犯による結果と因果関係を有する限り、共犯関係はなお成立し、正犯結果が共犯行為に帰属される。

第四部 結語

以上の考察から、共犯の処罰根拠として純粹惹起説の妥当性が明らかとなった。因果性の及ぶ範囲で共犯が成立し、関与者の違法性と責任は各々の具体的状況に応じて判断される。このような相対性は具体的事案や各論の諸規定によって実証された。違法性や責任の判断のあり方を示すことが今後の課題となる。