

共犯従属性概念の再構成（二・完）

十
河
太
朗

- 一 はじめに
- 二 共犯従属性をめぐる議論の推移
- 三 従来の共犯従属性概念（以上五六卷四号）
- 四 共犯従属性概念の検討
 - 1 正犯要素の連帯性
 - 2 共犯成立の必要条件
- 五 むすび（以上本号）

四 共犯従属性概念の検討

1 正犯要素の連帶性

まず、正犯要素の連帶性の問題から検討することにした。この問題は、共犯の構成要件該当性の判断において正犯要素の連帶的作用を認めるかという問題と、正犯の違法性が共犯の違法性に連帶するかという問題とに分けられる。

（一） 共犯における構成要件該当性

(1) 最初に検討するのは、正犯行為の性質が共犯の構成要件該当性の判断にどのような影響を及ぼすのである。具体的には、正犯が構成要件に該当すれば、それに加担した共犯についても常に構成要件該当性が肯定されるのかという罪名従属性の有無が問題となる。結論からいうと、正犯に成立する犯罪と同じ罪名の犯罪が共犯にも原則として成立すると解すべきであり、その意味で、構成要件該当性判断の段階においては正犯の要素は共犯にも連帶的に作用すると思われる。刑法六一条ないし六三条が正犯の法定刑を基準に教唆犯および幫助犯の法定刑を定めているのは、こうした罪名の従属性を前提としたものであるといつてよい。^①たとえば、他人を教唆して窃盜を行わせた場合、刑法六一条および二三五条により窃盜罪の教唆が成立し、窃盜罪の法定刑で処罰される。この場合、教唆者は自ら窃盜の実行行為を行っていない。それにもかかわらず、教唆者にも正犯と同じ犯罪の成立が認められる

のは、教唆者が正犯を通じて間接的に窃盗罪の構成要件を実現したといえるからである。このように、罪名の連帯性が認められる根拠は、共犯者が正犯の実行行為を通じて間接的に当該構成要件を実現する点にある。

刑法六五条一項が真正身分犯における身分の連带的作用を認めているのも、同様の趣旨である。公務員でない者が公務員に賄賂を受け取るよう唆した場合、刑法六五条一項によって収賄罪の教唆が成立し、収賄罪の法定刑で処罰される。その根拠は、公務員でない者も公務員を通じて収賄罪の構成要件を間接的に実現したと評価できるという点に求められるのである。⁽²⁾

(2) もっとも、すでに見たように、正犯と共犯の罪名は一致する必然性はないとする理解が判例および学説において一般化している。確かに、共犯の過剰のように、正犯者の惹起した結果についての認識が共犯者にならない場合には、正犯とは異なる罪名の犯罪が共犯に成立することを認めるべきであろう。前述したように、この場合にまで罪名の従属性を貫徹しようとすると、罪名と科刑が分離することとなるが、罪名は、成立する犯罪の質的評価を示すものであるから、罪名と科刑を分離させるのは妥当でない。責任主義の原則からしても、故意のある限度でのみ共犯の成立が認められるのは当然である。したがって、たとえ正犯が強盗罪であっても、共犯者に窃盗の故意しかなければ窃盗罪の共犯が成立するにすぎない。

承継的共犯のように、正犯者の引き起こした結果と共犯行為との間に因果関係が存在しない場合も、正犯と異なる罪名の犯罪を共犯に認めてよいであろう。共犯も、自らが惹起した結果についてのみ責任を負うのは当然であるから、共犯成立のためには、因果関係の存在が必要となる。そして、承継的共犯の場合、共犯者が関与する以前に

発生した結果と共犯行為との間に因果関係は存在しないのであるから、この結果について共犯者に責任を負わせることはできない。この場合、先行行為者である正犯者は強盗殺人罪であっても、後行行為者である共犯者は強盗罪の幫助にすぎないというように、正犯の罪名が共犯に連帯しないこととなるのである。

このように、正犯の惹起した結果について故意を欠く場合や、共犯行為と結果との間に因果関係が存在しない場合は、共犯と正犯との間で罪名が異なることもある。しかし、逆にいうと、正犯が惹起した結果についての認識が共犯者にあり、また、共犯行為と結果との間に相当因果関係が存在する限り、共犯には常に正犯と同じ罪名の犯罪が成立すると解すべきではないだろうか。先述のように、罪名従属性が認められる根拠は、共犯者が正犯を通じて間接的に当該構成要件を実現したと評価できるという点にある。そして、共犯者に故意があり、共犯行為と結果との間に因果関係が認められる以上は、共犯者はその構成要件を間接的に実現したと評価でき、罪名の従属を肯定してよいと解されるのである。

そうだとすると、不真正身分犯における身分者の行為に非身分者が加功した場合には、身分犯の共犯の成立を認めるべきであるということになろう。通説および判例は、この場合に身分犯の共犯の成立を否定しており、その結果、正犯と共犯には異なる罪名の犯罪が成立することとなる。しかし、非身分者は身分者が当該身分犯を実現することを認識しつつ、これに加功しているのであるから、非身分者は身分犯の構成要件を間接的に実現したといつてよい。したがって、この場合に身分犯の共犯の成立を否定する理由は存在しないように思われる。⁽³⁾

(3) このように構成要件の段階における正犯要素の連帯性を肯定する見解に対しては、共犯者が法益主体である

場合や、必要的共犯の一方に処罰規定が存在しない場合に不都合が生ずるとの批判が向けられている。正犯と同じ罪名の犯罪が常に共犯にも認められるとすると、たとえば自己を殺害するよう他人に依頼した者は同意殺人罪の共犯として処罰されることになるし、客が店員にわせつ物を販売してくれるよう求めた場合も、わせつ物販売罪の共犯が成立することになり、不当な結論に至るのではないか、というのである。^④ また、最近では、未遂の教唆や、犯人が他人に自己を蔵匿させたり自己の刑事被告事件の証拠を隠滅させたりする場合を不可罰とする見解が有力となり、そうした見解からも、罪名従属性を肯定する立場においてはそれらの場合に教唆犯が成立することになり、妥当でないという批判が加えられている。^⑤

そこで、共犯の構成要件該当性の判断を正犯のそれから完全に独立したものと解するのが、純粹惹起説（独立性志向惹起説）である。純粹惹起説によると、共犯も正犯と同じく自ら構成要件を実現するがゆえに処罰されるのであるから、共犯において構成要件該当性が認められるためには、共犯者自身がすべての構成要件要素を充足する必要がある。その結果、構成要件該当性は、各関与者の固有の事情に応じて個別的に判断されるから、正犯と共犯の罪名は当然に異なりうる。こうした純粹惹起説の立場からは、構成要件に該当する正犯行為に法益保持者が関与した場合の不可罰性を容易に説明することができよう。たとえば、自己を殺害するよう他人に依頼したが、未遂に終わったという場合、嘱託殺人罪の共犯の構成要件には該当しない。嘱託殺人罪の構成要件は、嘱託を得て「他人」を殺害することであるところ、自己を殺害するよう依頼した者は他人の生命を何ら侵害していないからである。また、通説は、刑法六五条二項により加減的身分は共犯者間において個別的に作用するとしているが、これも、各関

与者の固有の事情をもとに構成要件該当性を確定する純粹惹起説からは当然の帰結であるといえる。

しかし、罪名從屬性を全面的に否定する純粹惹起説の見解は支持することができない。正犯行為の性質とは全く無關係に、もっぱら共犯者の固有の事情から共犯の構成要件該当性の有無を判断するとすれば、真正身分犯の身分者の行為に非身分者が加功した場合は不可罰となるであろう。たとえば、公務員でない者が公務員に賄賂を受け取るよう唆した場合、教唆者の事情を基礎に構成要件該当性を判断すると、教唆者自身は公務員という身分を欠く以上、その行為は身分犯の構成要件を充足しないということになるからである。⁽⁶⁾しかし、そうした帰結は、刑事政策的に妥当でないばかりか、刑法六五条一項に反するであろう。刑法六五条一項が真正身分犯に加功した非身分者を身分犯の共犯として処罰しているのは、既述のように、共犯が正犯の行為に關与することによって構成要件を間接的に実現したと評価できる以上は共犯もその点について責任を負うといえるからであると解されるのである。

(4) 混合惹起説（從属的法益侵害説）も、一定の場合に共犯の構成要件該当性が正犯のそれから独立して評価されることを認めている。混合惹起説は、法益侵害を共犯の独立的な要素と捉えて、当該法益が共犯者に対して保護されていない場合には共犯者は法益を侵害したとはいえないから、たとえ構成要件に該当する正犯の行為に關与したとしても共犯の構成要件該当性は否定されると主張する。そして、共犯者が法益主体である場合や、必要的共犯の一方に処罰規定が存在しない場合には、当該法益が共犯者に対して保護されていないため、法益侵害の事実とは認められず、共犯者の行為は構成要件に該当しないのである。さらに混合惹起説は、証拠隠滅罪の法益は犯人に対しては保護されていないとして、犯人が他人に自己の刑事被告事件の証拠を隠滅するよう依頼した場合につい

ても証拠隠滅罪の共犯の成立を否定しようとする。

しかし、いかなる場合に「当該法益が共犯者に対して保護されていない」といえるのかは、混合惹起説においても必ずしも明確にはされていない。たとえば、「当該法益が共犯者に対して保護されていない」とは、共犯者がその法益を侵害できない地位にあるという趣旨であると解することは可能であろうか。確かに、共犯者が法益主体もしくは被害者である場合には、その共犯者は法益を侵害しえないといってもよいであろう。⁽⁷⁾ 法益主体である共犯者が法益の保護を放棄しているため、法益自体が存在しないと評価できるからである。しかし、必要的共犯の場合にはそのような説明は妥当しない。⁽⁸⁾ たとえば、客が店員にわいせつ文書を販売するよう求めた場合、買主が売主のわいせつ物販売行為に加担することによって社会の性秩序という法益を間接的に侵害したことは疑いないのである。

学説の中には、買主を一種の被害者と解し、買主は法益を侵害していないと説明するものもあるが、わいせつ文書販売罪は社会法益に対する罪であるから、買主は法益主体とはいえない。したがって、買主を被害者とする解釈には無理がある。

あるいは、「法益が共犯者に対して保護されていない」とは、当該構成要件が一定の者を行為主体から除外している場合を指すのかもしれない。たとえば、証拠隠滅罪において犯人が行為主体に含まれていないのは、証拠隠滅罪の法益が犯人に対しては保護されていないからであり、したがって、犯人が他人を教唆して自己の刑事被告事件の証拠を隠滅させても、構成要件の予定する法益を侵害したとはいえず、証拠隠滅罪の共犯は成立しないとするのである。⁽¹⁰⁾ しかし、そうだとすれば、純粹惹起説になされたのと同じ批判が混合惹起説にも妥当することになる。構

成要件上行為主体とされていないことを理由にその者について共犯の成立を否定するということは、共犯者自身の事情をもとにその構成要件該当性を判断することに帰着するのであり、これはまさに純粹惹起説の考え方にほかならないからである。実際、右の基準からすると、真正身分犯に加功した非身分者の可罰性を基礎づけることができない。たとえば、収賄罪において非公務員は行為主体から除かれているから、収賄罪の法益は非公務員に対しては保護されていないということになり、公務員の収賄行為に非公務員が加功しても不可罰となってしまうであろう。

混合惹起説は、法益侵害を共犯の独立的な要素と捉え、法益侵害の事実が存在しない場合には共犯は構成要件に該当しないというのであるが、そもそも法益侵害の不存在は、必ずしも構成要件阻却を基礎づけるものではない。

傷害罪において被害者の同意が構成要件阻却事由ではなく違法性阻却事由とされていることからも明らかのように、保護されるべき法益が存在せず、法益侵害の事実がない場合であっても、構成要件該当性が肯定されることはありうるのである。結局、共犯者自身が法益を侵害したかどうかを基準に共犯の構成要件該当性を確定することはできないように思われる。

（二） 共犯における違法性阻却の判断

（1） 以上検討してきたように、共犯者が正犯の構成要件該当行為を認識しながら、これに関与する限り、共犯に正犯と同じ罪名の犯罪が成立することを否定すべき理由は存在しない。こうした見地からすると、共犯者が法益主体である場合も構成要件該当性は認められることになる。たとえば、自己を殺害するよう依頼した場合、他人が囑

託殺人罪の実行行為を行うことを認識しつつ、これに加担しているのであるから、その行為が嘱託殺人教唆罪の構成要件に該当することは否定できないように思われる。必要的共犯の場合も同様である。たとえば、わいせつ文書販売してくれるよう売主に求める場合、売主を教唆してわいせつ文書販売罪の実行行為を行わせたことは否定できないから、わいせつ文書販売教唆罪の構成要件に該当するといわなければならない。

もっとも、このように主張することは、正犯が違法であれば常に共犯も違法になるということの意味するわけではない。罪名の確定は構成要件該当性の問題であるから、正犯の罪名が共犯に連帯するということは、共犯における構成要件該当性が認められたというにすぎない。共犯が違法かどうかを決定するためには、さらに違法性阻却事由の有無を検討する必要がある。

ここで注目したいのは、構成要件該当性と違法性阻却との判断構造の違いである。構成要件は、処罰に値する違法で有責な行為の類型であり、それゆえ、構成要件該当性の判断は形式的・類型的である。すなわち、構成要件の段階では、違法ないし責任という個別的・実質的判断にかかわる具体的事情を捨象し、当該行為が刑法法規に規定されている構成要件に該当するか否かを類型的・形式的に判断するのである。ところで、共犯における構成要件の内容は、正犯の実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為に関与することであるから、共犯における構成要件該当性の判断も、正犯にどのような構成要件を実現させたのかという観点から形式的・類型的になされなければならない。たとえば、嘱託殺人罪の正犯行為に加担すれば、行為者が法益主体であるかどうかとは無関係に嘱託殺人罪の共犯の構成要件該当性が認められるべきであるし、また、わいせつ文書販売罪の正犯行為に加功した以上

は、それが買主の行為であるかどうかを問わず、わいせつ文書販売罪の共犯の構成要件該当性が肯定されるのである。

これに対し、違法性阻却の判断は実質的・非類型的なものであり、そこでは、当該行為の具体的事情を基礎に、相反する様々な利益を比較衡量し、違法性の有無および程度を個別的・実質的に判断することになる。¹²⁾ そうすると、行為の具体的な事情は関与者ごとに異なるから、違法性阻却の有無の判断は、共犯関係にある者の間でも相違する場合がありうる。つまり、違法性を否定する事情が共犯者にのみ存在するときには、正犯の行為が違法であっても共犯の行為を適法とすることは可能であるということになる。

(2) これに対し、修正惹起説（従属性志向惹起説）を徹底すれば、違法性阻却事由の判断は共犯者間で共通することになる。たとえば、曾根教授は、共犯者間において正当防衛の急迫性の判断が異なることはありえず、共犯者の一方について正当防衛が認められれば、他方も当然に正当防衛になるとされている。¹³⁾ 町野教授も、共犯者が正犯者の行為を惹起し、さらに正犯者が違法結果を惹起すれば、共犯者も違法結果を惹起したことになるというのが自明の理であるといわれる。¹⁴⁾ また、混合惹起説に立たれる山口教授も、たとえ共犯自身に違法性阻却事由の適用があるとしても、正犯について違法性阻却事由の適用が否定される場合には、違法に法益を侵害する正犯行為を惹起している以上、共犯も違法となると主張されている。¹⁵⁾ これらの見解の基礎となっているのは、違法性の本質を法益侵害・危険に求める結果無価値論の考え方である。法益侵害はすべての関与者にとって共通の事実であるため、結果無価値論においては、違法性の評価は各人において一致することとなるのである。

しかし、正犯が違法であれば常に共犯もこれに連帯して違法になると解すると、不都合な結論に至るように思われる。たとえば、AがXを殺害しようとしているのを発見したYが、Xに正当防衛をさせようと思ってXにAを殺害するよう命じたところ、Xは正当防衛の意思なしにAを殺害したという事例を想定してみる。仮に正当防衛の成立には正当防衛の意思が必要であるとの見解に立てば、この場合、正犯であるXの行為は違法であるということになるが、そのために共犯であるYの行為までが違法になると解すべきではないだろう。実質的に見れば、Yの行為は正当防衛にはかならないからである。確かに、一面では、YはXの違法な行為に加担しており、それによって違法な結果を惹起したことは否めない。しかし、他面、Yは急迫不正の侵害に対して防衛の意思に基づきXの生命を防衛したのである。両者の利益を比較衡量すれば、後者が前者に優越するといつてよい。このようにして、YはXの殺意を喚起して殺人を実行させているため、その行為は殺人罪の教唆犯の構成要件に該当するが、違法性を阻却するのである。¹⁶⁾

また、おとり捜査の場合も違法の相対性が認められるであろう。捜査官Xが身分を秘して密売人Yに麻薬を販売させた場合、Yは麻薬販売罪の正犯として処罰されるが、Xの行為は、捜査上やむをえない手段であるなどの事情がある限り、麻薬販売罪の共犯の構成要件に該当しても、正当業務行為として違法性が阻却されることになろう。¹⁷⁾ この場合も、XがYの行為を通じて違法な結果を間接的に実現したことは否定できないが、捜査の必要性という利益がそれを上回るために違法性を阻却するのである。

実際、修正惹起説の論者も、正犯が違法であつても共犯が違法とならない場合があることを認めている。曾根教

授は、XがAの依頼に基づきAの生命に危険を及ぼすような重大な傷害を負わせたという事例を挙げられ、構成要件的結果を惹起したという点では直接・間接の違いこそあれXの正犯行為とAの教唆行為との間に本質的な違いはなく、したがって、被害法益の観点からすれば両者の間に違法性の質的相違を認めることはできないが、行為者側の事情を加味して考えると、Xの行為は可罰的違法であるのに対し、教唆者であると同時に被害者でもあるAについては、自己の法益の処分という利益が不完全ながら実現しているため可罰的違法性が否定されると述べられ、違法性阻却が問題となる場面では量的な意味での違法の相対性は認めざるをえないであろうとされている¹⁸。また、町野教授も、「外務省機密漏泄事件」のように、外務省事務官が新聞記者から依頼されて機密文書を渡した場合は、事務官の行為は違法であつたとしても、これを唆した新聞記者の行為は取材活動の保護の観点から違法性が阻却されうるとし、違法の相対性が生ずることを肯定されている¹⁹。

(3) このようにして、構成要件該当性に関しては原則として正犯と同じ罪名の犯罪が共犯に成立するが、違法性阻却の判断においては正犯が違法であつても共犯の違法性が否定されることはありうる。それでは、このような理解からすると、正犯要素の連帯性となる事例はどのように解決されるのであろうか。

自己を殺害するよう依頼したというように、共犯者が法益主体である場合、先述したように、嘱託殺人教唆罪の構成要件該当性は肯定される。しかし、違法性阻却の有無を判断すると、法益主体である教唆者が自己の法益を放棄しているために法益が存在しないと考えられ、被害者の同意の法理と同様の趣旨から、その行為は違法性を阻却すると解されるのである。

必要的共犯において共犯者が不可罰とされる根拠も、違法性阻却に求められる。たとえば、わいせつ文書を販売してくれるよう売主に求める場合、わいせつ文書販売教唆罪の構成要件に該当する。そして、すでに述べたように、買主を被害者とすることはできないから、被害者の同意の法理による違法性阻却は認められない。しかし、わいせつ文書の販売において買主の行為が当然に予想されるにもかかわらず、これを処罰する規定が存在しないのは、購買行為には当罰性がないために立法者がこれを処罰の対象から除外したからであると解されるところ、購買行為は同時に、わいせつ物販売の教唆もしくは幫助としての側面をも有しているのが通常であるから、購買行為がわいせつ物販売の教唆もしくは幫助に当たる場合でも、やはり当罰性が認められず、これをわいせつ物販売罪の共犯として処罰する必要はないというのが、立法者の意思であるといえる。このように考えると、買主の行為は可罰的違法性がなく、違法性を阻却すると解されるのである。

未遂の教唆の問題については、次のように考えられる。未遂の教唆の場合、まず、教唆犯の構成要件該当性は認められるであろう。正犯は未遂罪の構成要件に該当しており、教唆者はそのことを認識しつつ、これに関与しているからである。したがって、未遂の教唆は、原則として可罰的であるといつてよい。ただし、教唆者の認識している事情を基礎とすれば結果発生危険性がおよそなかったという場合には、可罰的違法性がなく、違法性を阻却するといふべきであろう。⁽²¹⁾

犯人が自己を蔵匿し、または自己の刑事事件の証拠を隠滅するよう他人に依頼した場合はどうか。この場合、正犯は犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の構成要件に該当する行為を行っており、犯人もこれを認識しつつ関与している以

上、犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の構成要件該当性は認められる。また、犯人について違法性を阻却すべき事由も見当たらない。しかし、そもそも犯人自身について蔵匿や証拠隠滅が不可罰とされているのは、犯人がそのような行為することは無理もないのであって、期待可能性が類型的に乏しく、可罰的責任が存在しないとの理由による⁽²⁾。そうだとすると、責任の個別性の原則により、正犯と共犯の責任は個別的に判断されるから、正犯者にとつては他人の蔵匿あるいは証拠隠滅であるので責任は肯定され、犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の成立が認められるが、共犯者にとっては自己の蔵匿もしくは証拠隠滅にほかならないため期待可能性がなく、責任が否定されて不可罰になると解される。

- (1) 西田典之『新版 共犯と身分』（二〇〇三年）二八〇頁。
- (2) 大谷實『新版 刑法講義総論〔追補版〕』（二〇〇四年）四七九―四八〇頁。
- (3) 拙稿「共犯と身分の一考察（二・完）」愛媛法学会雑誌二八卷一号（二〇〇一年）五一頁以下参照。
- (4) 山口厚『刑法総論』（二〇〇一年）二五五頁、井田良「共犯の処罰根拠と従属性」現代刑事法二九号（二〇〇一年）一一七頁、松宮孝明「共犯の処罰根拠」について同『刑事立法と犯罪体系』（二〇〇三年）二八〇―二八一頁。
- (5) 井田・前掲注（4）一二二頁、松宮・前掲注（4）二八〇―二八一頁、中山研一『概説刑法Ⅰ〔第二版〕』（二〇〇〇年）二六六頁。
- (6) 大越義久「共犯の処罰根拠」（一九八一年）一四一頁、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」（一九八八年）一四四頁。Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 366.
- (7) Roxin, a.a.O. (Anm. 6), S. 370.

- (8) 西田典之「必要的共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷 未遂／共犯／罪数論』（一九九二年）二六八頁、松宮・前掲注（4）二八九頁注四八、豊田兼彦「必要的共犯についての一考察（一）」立命館法学二六三号（一九九九年）二〇七頁以下参照。
- (9) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）三七九頁、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『内藤謙先生古稀祝賀刑事法学の現代状況』（一九九四年）一二五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（補訂版）（一九九七年）二八四頁。
- (10) Roxin, a.a.O. (Ann. 6), S. 370.
- (11) 平野・前掲注（9）二四九頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版）（一九九七年）四〇〇頁注（二）、大谷・前掲注（2）二七二頁。これに対して、前田雅英『刑法総論講義』（第三版）（一九九八年）一一四頁、木村光江「被害者の同意」西田典之ほか編『刑法の争点（第三版）』（二〇〇〇年）四二—四三頁、山口・前掲注（4）一三九頁は、被害者の同意を構成要件該当性の問題と位置づける。この点については、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇年）八七—八八頁参照。
- (12) 大谷・前掲注（2）九九頁、二六一頁。
- (13) 曽根威彦「判批」同『刑事違法論の研究』（一九九八年）一二三頁以下。
- (14) 町野・前掲注（9）一二一頁。
- (15) 山口・前掲注（4）二九二頁。
- (16) 大谷・前掲注（9）一四〇頁、Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, Rdnr. 14/177; Kienapfel/Höpfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2002, E4 Rdnr. 35ff., E5 Rdnr. 30.
- (17) 大谷・前掲注（2）四六一頁。最決昭和二八年三月五日刑集七卷三三四八二頁、東京高判昭和五七年一月一日判時一〇九五号一五五頁、東京高判昭和六〇年一〇月一八日刑月一七卷一〇号九二七頁、横浜地判昭和六二年四月二七日判タ六四〇号二三二頁、東京高判昭和六二年一月一六日判タ六六七号二六九頁など参照。
- (18) 曽根威彦『刑事の重要問題（総論）補訂版』（一九九六年）二九四頁。
- (19) 町野・前掲注（9）一二五頁。

（20） 団藤重光『刑法綱要総論第三版』（一九九一年）四三二頁注（3）、前田・前掲注（11）三七九頁、大谷・前掲注（2）四二〇頁。

（21） 大谷・前掲注（2）四〇六頁は、事後的に観察すれば法益侵害の危険性の全く認められないような場合には可罰的違法性がなく、違法性が阻却されるとする。さらに、大谷・前掲注（2）四五九頁参照。

（22） 大谷實『新版 刑法講義各論「追補版」』（二〇〇二年）五九九―六〇〇頁、六〇四頁。

2 共犯成立の必要条件

次に検討するのは、共犯が成立するために正犯行為はいかなる要素を具備する必要があるのかである。ここでも、共犯の構成要件該当性を肯定するための必要条件という問題と、共犯の違法性を認めるための必要条件という問題とを分けて論ずることとする。

（一） 共犯における構成要件該当性の判断

（1） まず、共犯の構成要件該当性を肯定するために正犯行為は構成要件に該当することは必要であろうか。この点を否定的に解するのが、純粹惹起説である。純粹惹起説は、共犯成立の基礎となるべき正犯行為は必ずしも構成要件に該当することを要せず、いわゆる最小従属性すら必要でないと主張する。

純粹惹起説のねらいは、共犯の成立要件を緩和することによって、他人の過失行為を利用する場合や身分なき故意ある道具もしくは目的なき故意ある道具を利用する場合など、これまで間接正犯に当たるとされてきた事例を共

犯の範疇に取り込み、間接正犯の成立範囲を可能な限り限定しようとするところにある。しかし、純粹惹起説によるときには、確かに間接正犯の成立範囲は限定されるが、その反面、共犯の成立範囲が不当に広くなるという問題点がある。純粹惹起説においては、正犯行為は構成要件に該当する必要はなく、かつ過失行為への加功は共犯として扱われるから、過失の器物損壊や過失の秘密漏示に対する共犯も可罰的となるし、医師が看護師に他人の秘密を漏示するよう唆した場合も、秘密漏示罪の共犯が成立することになる^②。また、各関与者の事情に応じて個別的に犯罪の成立を判断すべきだとする純粹惹起説の主張を徹底すると、他人の自傷行為や自損行為を教唆・幫助した者も傷害罪や器物損壊罪の共犯として処罰されることになりかねない。共犯者は、間接的に他人の身体や財物を侵害したといえるからである^③。しかし、刑法上不可罰とされている行為に関与した者が処罰されるという結論は妥当でないように思われる^④。

そもそも現行刑法は、複数の者が犯罪に関与した場合に各関与者を正犯と共犯に区別する、いわゆる共犯体系を採用しており、これによると、構成要件の実現に関与した者のうち第一次的な責任を負うのは正犯であり、共犯は、処罰拡張事由として第二次的な責任を問われるものにすぎない。そうだとすると、第一次的責任類型である正犯行為が構成要件に該当しない以上、第二次的責任類型である共犯についても構成要件該当性は否定されるべきであらう^④。

(2) こうした純粹惹起説の欠陥を是正するため、山中教授は、可罰的不法従属説を唱えられている。間接正犯は、当該行為が可罰的であるという認識すなわち可罰的規範的障害を欠く者を利用するところに特徴があるのに対

し、共犯は、可罰的規範的障害を持つ者を介して結果を実現するときに成立する。山中教授はこのような前提から、共犯は正犯の実行為すなわち構成要件に該当する違法な行為に従属しなくてもよいが、他人の可罰的不法には従属する必要があると主張される。たとえば、過失の器物損壊や過失の秘密漏示あるいは自傷行為・自損行為は現行法上不可罰とされているから、可罰的不法は存在せず、したがって、それらの行為に関与しても共犯は成立しない。このように解することによって、これまで純粹惹起説に向けられてきた批判を回避することができるとされるのである。⁽⁵⁾

確かに、過失の器物損壊等への加功を不可罰とする結論自体は妥当であるといえる。しかし、山中教授は、可罰的不法従属説を採用されたことによって実質的に純粹惹起説を放棄されたと評すべきであろう。可罰的不法従属説は、ほとんどの場合、最小従属性説ないし制限従属性説と同じ結論に至るからである。山中教授が、過失の器物損壊等の行為は不可罰とされているため可罰的不法がないとされていることからすると、「可罰的不法」とは、何らかの刑罰法規によって刑法上の犯罪とされている行為を意味すると思われる。そうだとすると、犯罪を規定する刑罰法規とはまさしく構成要件にほかならないから、可罰的不法従属説においては、原則として正犯が構成要件に該当しない限り共犯の成立は認められないということになるが、そもそも純粹惹起説とは、共犯の成立要件として最小従属性すら必要でないとする立場を指すのであるから、可罰的不法従属説は、もはや純粹惹起説には当たらないといふべきである。

もつとも、山中教授は、いわゆる身分なき故意ある道具の事例においては構成要件に該当する正犯行為が存在し

なくとも共犯の成立は認められるとされ、この点で可罰的不法従属説は最小従属性説や制限従属性説とは異なるといわれる。公務員である夫が公務員でない妻に賄賂を收受させた場合につき、山中教授は、従来の純粹惹起説と同様、妻は収賄罪の幫助、夫は収賄罪の教唆になるとされ、いわゆる「正犯なき共犯」を肯定される。その根拠について、山中教授は次のように説明される。刑法六五条一項は、非身分者が身分者の「犯罪行為」に加功したときは共犯とすると規定しているが、「正犯行為」に加功したとき、とはしていない。つまり、真正身分犯の場合、共犯は「正犯行為」に従属する必要はなく、単に「犯罪行為」に加功すれば足りるのである。「犯罪行為」は正犯だけでなく狹義の共犯も含むから、刑法六五条一項は、真正身分犯につき共犯に対する共犯をも認める趣旨であると解される。右の事例でいうと、公務員である夫の収賄教唆という犯罪行為に加功した妻は刑法六五条一項により収賄罪の幫助となる。また、公務員でないことを消極的身分と解すれば、夫も、公務員でない妻の収賄幫助という犯罪行為を唆している以上やはり刑法六五条一項により収賄罪の教唆が成立する。このようにして、夫および妻はいずれも他人の犯罪行為すなわち可罰的不法に加功しているので、可罰的不法従属説からは、夫を収賄教唆罪、妻を収賄幫助罪とすることも可能となる。山中教授は、このようにいわれるのである。

しかし、このような説明を支持することはできない。山中教授は、立論の出発点において、妻が公務員である夫の犯罪行為に加功したとして妻に収賄罪の幫助の成立を肯定されているが、可罰的不法従属説によれば、共犯は他人の可罰的不法に従属する必要があるから、妻に共犯の成立を認めるためには、その前提として、まず従属の対象となる夫の行為が可罰的不法に当たる行為であることを証明しなければならない。それでは、なぜ夫の行為は可罰

的不法行為であるといえるのであろうか。山中教授の見解によると、夫も共犯なのであるから、夫の行為が可罰的であるというためには、夫が他人の可罰的不法行為に加功したことが必要となる。この点、山中教授は、「妻の行為が犯罪行為に当たり、夫はこれに加功したから夫の行為は可罰的なのだ」と説明されるのであるが、右に述べたように、妻の行為が犯罪行為に当たるという結論は、夫の行為が可罰的不法に当たるといふ前提に立つて初めて成り立つはずである。結局、山中教授の見解は、妻の収賄幫助は夫の収賄教唆を前提として成立し、夫の収賄教唆は妻の収賄幫助に従属するものであるから、それは循環論法であるといわざるをえない。したがって、可罰的不法従属説に立つ以上、真正身分犯において「正犯なき共犯」を認めることは許されないはずである。^⑦

③ なお、共犯成立のために正犯行為は必ずしも構成要件に該当することを要しないとする見解として、高橋則夫教授の見解がある。高橋教授によれば、結果無価値すなわち法益侵害は物的違法であるから、その評価はどの関与者にも共通するのに対し、行為無価値は人的違法であるため、その有無や程度は各関与者において個別的に判断される。このような前提に立てば、共犯が成立するためには正犯に結果無価値があれば足り、共犯に成立すべき犯罪の行為無価値が正犯に存在する必要はないことになる。そして、故意・過失・無過失は結果無価値ではなく行為無価値に属するから、正犯行為は、故意を有する必要はなく、過失や無過失によるものであってもよい。それゆえ、故意行為に対する共犯ばかりでなく、過失行為や無過失行為に対する共犯も可能となる。^⑧ 無過失行為はもちろん不可罰であるし、過失行為の中にも器物損壊のように不可罰とされているものは存在するから、共犯成立の基礎となるべき正犯行為は構成要件に該当することを要しないのである。

高橋教授は、このように構成要件に該当しない正犯行為に対する共犯の成立を肯定するとしても、正犯行為に結果無価値すなわち法益侵害もしくはその危険は存在しなければならないのであるから、共犯は客観的に違法な正犯行為には従属するのであり、その点で、自説は依然として制限従属性説にほかならないと述べられている。^⑨しかし、この見解は、結局は、共犯が成立するためには何らかの他人の行為を介して法益を侵害したという事実があれば足り、その他人の行為が構成要件に該当することは必要でないという帰結を承認するものであるから、その実体は純粹惹起説と同じであるといわざるをえない。そうだとすれば、共犯の成立範囲が不当に広くなるという批判が、この見解にも妥当することになる。高橋教授の見解のように、共犯は正犯の法益侵害のみに従属し、過失に対する共犯も可能であるとすると、たとえば、看護師が医師の過失を利用して秘密漏示をさせた場合、医師は個人の秘密という法益を侵害しているから、それに従属して秘密漏示罪の共犯が成立することになってしまう。また、看護師が他の看護師に秘密漏示をさせた場合も、正犯による結果無価値が存在する以上、秘密漏示罪の共犯の成立を否定できない。^⑩このようにして、高橋教授の見解も支持しがたいのである。

(4) 以上の検討から、共犯の構成要件該当性が認められるためには少なくとも構成要件に該当する正犯行為が存在しなければならぬという結論に達した。それでは、正犯行為はさらに違法性をも備えている必要があるだろうか。結論からいうと、共犯の構成要件該当性の要件として、正犯行為は構成要件該当性があれば足り、違法性まで具備する必要はないと解される。その意味では、最小従属性説が妥当であるといえる。

通説は、制限従属性説を採用し、共犯が成立するために正犯行為は構成要件に該当し違法性を有しなければなら

ないと解している。これが、共犯の構成要件該当性の要件として違法な正犯行為の存在を要求するものであるのか、それとも、正犯の違法性が阻却されれば共犯の違法性も阻却されるとする趣旨であるのかは必ずしも判然としないが、一般に、共犯の成立要件として、正犯の違法な実行行為が行われることが挙げられている点からすると、正犯が違法性を備えていることは共犯の構成要件該当性の要件であるというのが、通説の理解であると推測される。

それでは、通説はなぜ正犯行為に違法性を要求するのであろうか。第一の論拠は、違法性を阻却する他人の行為の利用は間接正犯となるから、違法でない行為に対する共犯は認められないものである。⁽¹²⁾確かに、他人の適法行為を介して結果を実現すれば、通常、その背後者には間接正犯が成立するといつてよい。しかし、一般に認められているように、間接正犯の成立が認められるためには直接正犯と同視しうる実体を備えていなければならない。このような理解を前提とすると、他人の適法行為に関与した場合にも、一方的な利用・支配関係が存在しないなどの理由で正犯性が否定されることもありうる。そうだとすると、違法性を阻却する行為に対する共犯を想定することは可能であるということになろう。そして、すでに述べたように、そもそも間接正犯の成否と共犯の成立要件とは次元の異なる問題というべきであるから、他人の適法行為の利用が間接正犯となるという点は、最小従属性説を否定する論拠にはならないのである。

第二の論拠として、最小従属性説のように正犯行為は構成要件に該当すれば足り、違法性を要しないと解すると、共犯の成立範囲が不当に広くなるという点が挙げられる。たとえば、医師の正当な治療行為や、正当な懲戒行

為としての有形力の行使に関与した場合、正犯の行為は傷害罪もしくは暴行罪の構成要件に該当しているから、最小従属性説による場合には傷害罪や暴行罪の共犯が成立することになってしまふのである。⁽¹³⁾しかし、これは、共犯成立の必要条件の問題と、正犯要素の連帯性の問題とを混同した批判である。すでに述べたように、共犯の成立のために正犯がいかなる要素を具備することが必要かという問題と、正犯のいかなる要素が共犯にも連帯的に作用するかという問題とは区別して論ずる必要がある。つまり、最小従属性説は、正犯の構成要件該当性が共犯成立の必要条件であるとする見解にすぎず、正犯が構成要件に該当すれば常に共犯が処罰されると主張するものではない。右の事例でいうと、正犯行為が傷害罪もしくは暴行罪の構成要件に該当するものであつても、共犯は何ら違法な結果を惹起してないのであるから、共犯の違法性が否定され、不可罰となると解することは、最小従属性説においても可能なのである。⁽¹⁴⁾

第三は、刑法が禁圧しようとしているのは違法な構成要件該当事実であるから、違法性を阻却する行為に刑法が介入することは不要・不当であり、したがつて、そのような行為に関与した場合も当然に不可罰とすべきだといふものである。⁽¹⁵⁾確かに、正犯につき違法性が阻却される場合は、これに加功した共犯も違法な結果を惹起したわけではないから、処罰すべきではないとも考えられる。しかし、仮にそうだとしても、それは共犯の構成要件該当性の問題ではなく、共犯の違法性阻却の問題であると解すべきではないだろうか。⁽¹⁶⁾

このことは、正犯と共犯の限界をめぐる議論を見れば明らかになる。正犯と共犯の限界については、自ら実行行為を行うか否かを基準とするもの、構成要件に該当する事象を支配しているかどうかを基準とするものなど、様々

な見解が主張されているが、いずれにしても、構成要件に該当する事実をどのように実現するかという観点から正犯と共犯の区別が論じられていることにはわりはない。つまり、正犯か共犯かは、その違法性阻却の有無を問題とする前に構成要件該当性の段階においてすでに決定されているはずであり、そうだとすると、正犯における違法性阻却の有無は、共犯の構成要件該当性の判断には影響しないというべきであろう。正犯に違法性阻却事由が存在するという事実は、共犯の違法性阻却の有無を論ずる上で問題となるにすぎないと解される。

このように見てくると、共犯の構成要件該当性が認められるためには、正犯行為は構成要件に該当すれば足り、違法性まで有する必要はないといわなければならない。

（二） 共犯における違法性阻却の判断

（1） そこで、次に問題となるのが、違法性阻却の判断において共犯を違法とするためには正犯も違法でなければならないかである。換言すると、これは、正犯に違法性阻却事由が存在する場合は常に共犯も違法性が阻却されるのかという問題である。

この問題は、これまであまり意識的には論じられてこなかったが、通説である制限従属性説からすると、この点は肯定的に解されることになろう。実際、制限従属性説を支持される山口教授は、正犯に違法性阻却事由が適用される場合、正犯は違法性を基礎づける法益侵害を惹起していないから、仮に共犯者自身に違法性阻却事由の適用がなくても共犯は成立しないとされる¹⁸。

確かに、通常は、正犯が違法でなければ共犯も違法ではないといつてよいであろう。現行刑法は、複数の者が犯罪に関与した場合の取扱いに関し正犯と共犯に分ける、いわゆる共犯体系を採用しており、これによると、犯罪的結果について第一次的な責任を負うのは正犯であり、共犯は、処罰拡張事由として第二次的な責任を問われるものにすぎない。そうだとすると、山口教授のいわれるように、第一次的責任類型である正犯が違法性を阻却する以上は、第二次的責任類型である共犯を違法と評価することは原則として許されないであろう。正犯行為が適法であれば、それに加功した共犯も何ら違法な結果を惹起していないと考えられるからである。

たとえば、警察官が逮捕状を執行して被疑者を逮捕するのを私人が手助けした場合、私人は逮捕罪の幫助として処罰されるわけではない。逮捕状の執行による被疑者の逮捕は、警察官の身分を有する者にのみ許されているものであり、私人にはその身分がないが、警察官の逮捕行為は違法性を阻却する行為であり、それに加功した私人も何ら違法な結果を惹起していないからである。このような場合には、やはり正犯の違法性阻却に基づいて共犯も違法性が阻却されると解するほかにないように思われる。¹⁹⁾

同様に、XがAに襲われそうになっているのを見たYが、Xに「Aを殴って自分の身を守れ」と命令した場合、正犯であるXの行為は正当防衛として違法性を阻却するのであるから、これを唆したYの行為も違法性を阻却すると解すべきである。また、他人から「殴ってくれ」といわれて迷っているXに対してYが「殴ってやれ」と助言した場合も、Y自身は被害者から同意を受けたわけではないが、正犯であるXの行為が被害者の同意の法理により違法性を阻却する以上、それに関与したYについても違法性が阻却されるであろう。²⁰⁾

(2) それでは、正犯が違法性を阻却する場合には、およそ共犯が違法と評価されることはありえないのであろうか。すでに述べたように、違法性阻却の有無は、当該行為者の具体的な事情を基礎として、相反する様々な利益を比較衡量し、違法性の有無および程度を個別的・実質的に判断するものであるから、違法性阻却の判断は共犯者間においても相対化しうる。このような見地からすると、正犯が違法でなくても共犯は違法であるということもありうるはずである。右に挙げた適法行為への関与の各事例は、正犯が適法であることから自動的に共犯も適法とされたのではなく、正犯の違法性とは別に共犯者の具体的事情をもとにその独自の違法性を判断した結果、共犯者自身も何ら違法な結果を惹起していないので、その違法性が否定されたにすぎないと考えるべきであらう。⁽²¹⁾

この点、先述したように、正犯に違法性阻却事由が存在しても共犯が違法とされることもありうるという見解が、最近有力化しつつある。たとえば、大谷教授は、違法性の本質を社会倫理規範に違反する法益侵害に求める違法三元論を採り、その結果として主観的違法要素を認める立場からは、正犯の違法性とは別個に共犯独自の違法性ないし違法性阻却を認めるのは当然であり、違法性が相対的であるのは違法性固有の性質であるとされ、正犯が正当防衛や正当行為によって違法性を阻却しても共犯が成立する余地はあるとされる。⁽²²⁾ 佐伯教授も、法益の葛藤状況における違法性阻却はその状況における適切な解決を示すためのものであり、何が適切な解決かは各行為者の状況によって異なってくるから、違法性阻却の有無は当該違法性阻却事由の趣旨にしたがって各行為者ごとに個別的に判断すべきであり、正犯が違法性を阻却する場合に共犯が可罰的となることはありうると主張される。⁽²³⁾ これらの見解は支持されるべきであると思われる。

(3) ただ、先に述べたように、通常は正犯が違法性を阻却する場合には共犯の違法性も否定されるといってよい。問題は、正犯が適法であるにもかかわらず共犯が違法と評価されるのはどのような場合かである。

この点につき具体的な基準を示されているのが、島田助教教授である。島田助教教授は、正当防衛や緊急避難のように優越的利益の原則に基づいて違法性が阻却される場合と、被害者の同意など利益不存在の原則により違法性が阻却される場合とを分けられる。まず、優越的利益の原則による違法性阻却については、共犯者の行為以前にすでに違法性阻却の前提状況が存在していたときは、適法な正犯行為に参与した共犯も適法となるが、これに反し、共犯者自身によって違法性阻却の前提状況（利益の葛藤状況）が作出されたときは、正犯は適法であるにもかかわらず共犯は違法と評価されるという。後者の場合には、共犯者は、そもそも利益の衝突状況に追い込まないことができたにもかかわらず、そうした事態を自己の支配下に収め、両者の利益を衝突させている点から、正犯者の違法性阻却を自己の有利に援用できず、処罰されるというのが、その理由である。⁽²⁴⁾

たとえば、甲が丙の防衛行為を利用して乙を殺害する意図で、乙に対して丙を殺すよう唆し、丙の正当防衛によって乙が殺害された事例では、正当防衛の状況が甲によって作出されたといえる限り、甲の行為は違法と評価される。⁽²⁵⁾ また、非行をした子に対して懲戒せよと親に助言した者は、自ら違法性阻却の前提状況を作出したわけではないから、親の子に対する懲戒という適法行為に参与したにすぎず不可罰であるが、これに反し、子に対して非行を唆すと同時にその親に対して子への懲戒権の行使を唆したときは、自ら利益の葛藤状況を作出しており、適法行為を利用した違法行為として子への暴行罪などが成立する。⁽²⁶⁾ すでに真犯人と疑うに足る客観的状況が存在している場

合に、これを逮捕するよう警察官を唆しても不可罰であるが、警察官に虚偽の事実を申告して無実の者を逮捕させた場合は、自ら客観的嫌疑を作り出しているから、警察官の適法な逮捕行為を利用した違法行為として逮捕罪が成立する。⁽²⁷⁾

他方、利益不存在の原則による違法性阻却については、被害者による有効な法益処分によって法益侵害が存在しなくなるから、違法の相対化の余地はないとされる。⁽²⁸⁾これに当たるのが、被害者の同意の場合である。直接行為者が被害者の承諾を得ており、その行為が適法と評価される場合には、これに関与した者の行為も適法となる。

以上のような島田助教授の見解は、基本的に妥当であると思われる。複数の法益が対立し、いずれか一方の法益を犠牲にして他方の法益を保全せざるをえないという場合、その法益侵害行為は正当化される。しかし、本来はあらゆる法益が保護される方が望ましいのであるから、もともと法益の衝突が避けられたにもかかわらず、あえて法益が衝突する状況を作出した場合は、その作出行為は社会的に相当でなく、違法と評価されるべきであろう。⁽²⁹⁾

ただ、次の点には注意を要する。第一は、共犯成立の必要条件に関して違法性阻却の前提状況の作出が問題となる場面はそれほど多くないということである。島田助教授は、適法行為の利用が違法か否かの基準はその利用行為が正犯か共犯かによって異なるものではないとの立場から、違法性阻却の前提状況の作出という基準は間接正犯および狭義の共犯の両者に妥当するとされる。そして、島田助教授が適法行為を利用する違法行為として挙げられた事例を見ても分かるように、違法性阻却の前提状況を自ら作出する事例の多くは、他人の行為もしくは構成要件該当事実を一方的に利用・支配したといえ、間接正犯が成立することになる。したがって、本稿がもつばら検討の

対象としている狭義の共犯において違法性阻却の前提状況を作出したことを理由に背後者の行為が違法とされるのは、その作出行為が正犯者を一方的に利用するとまではいえない場合に限られる。また、違法性阻却の前提状況の作出においては、先述した事例のように正犯者に直接的な働きかけをしない場合が多いであろうから、片面的教唆・幫助を否定する見解に立てば、共犯が問題となる事例は一層少なくなる。⁽³⁰⁾

第二に、優越的利益の原則による違法性阻却の場合において違法性阻却の前提状況の作出がすべて違法になるとは解されない。たとえば、母体の健康上の理由により人工妊娠中絶の可能性があることを知りながら、子供が欲しくて妊娠したところ、やはり中絶せざるをえなくなったという場合、妊娠により母体の生命・身体の安全と胎児の生命とが対立する利益衝突状況を作り出したのは胎児の両親であるが、そうだとしても、両親が医師に中絶を依頼する行為、あるいは妊娠そのものを堕胎罪の共犯として違法であると評価することはできないであろう。また、負傷する可能性を認識しながら他人にボクシングをするよう勧めた結果、対戦相手の攻撃を受けて負傷した場合や、移植のための臓器提供を他人に促したところ、その者がこれを容れて事前の書面による意思表示をなし、脳死状態になったときに臓器を摘出されて心停止に至った場合も、違法性阻却の前提状況を作出しているが、これを傷害罪もしくは殺人罪の共犯とする結論は妥当でないように思われる。⁽³¹⁾

翻って考えてみると、違法性阻却の前提状況の作出が違法とされたのは、利益の衝突が避けられたのに利益衝突状況をあえて作出する点が不適切であり、社会的相当性を欠くからであった。そうだとすれば、違法性阻却の前提状況を作出したことが、具体的事情の下では適切であり、社会的に相当であるといえる場合には、その作出行為は

違法でない」と評価されるべきであるということになる。そもそも違法性阻却の有無は、当該行為の具体的事情を基礎に、相反する様々な利益を比較衡量し、社会的相当性の有無を個別的・実質的に判断するものであるから、適法な正犯行為に関与した共犯の行為が違法かどうか、結局は、共犯者自身の具体的な事情をもとに、様々な利益を比較衡量しつつ、その行為が社会的に相当なものであったかどうかを個別的・実質的に判断するほかはない。利益の衝突状況を作り出したかどうかは、当該共犯行為の社会的相当性を判断する上での資料の一つにすぎないといふべきである。島田助教が、違法性阻却の前提状況を作出した場合でも共犯者自身に違法性阻却事由が存在するときには不可罰となるとされているのも、そのような趣旨であるとすれば妥当である。⁽³²⁾

このような見地からは、共犯者が違法性阻却の前提状況を自ら作出した場合でも、共犯の違法性阻却が肯定されることもありうる。たとえば、中絶を覚悟で妊娠した両親は、違法性阻却の前提状況を自ら作出しているが、中絶の可能性があっても妊娠・出産を試みることは社会生活上尊重されているといふべきであり、その利益が優先されるから、社会的相当性を有するといえる。また、他人にボクシングや臓器提供を勧めた者も、一面では違法性阻却の前提状況を作出したといえるが、他面において、スポーツあるいは臓器移植という社会的に相当とされている制度を利用したにすぎないのであるから、その行為は社会生活上許容されているといふべきであろう。

逆に、違法性阻却の前提状況を自ら作出してなくても、適法行為に対する共犯が違法であると評価されることもありえよう。たとえば、Xが警察官に虚偽の事実を述べて無実のAを逮捕させようとしたのを見ていたYが警察官の逮捕を手助けた場合、Y自身は違法性阻却の前提状況を作出したわけではないが、Xの違法性阻却の前提状

況の作出という違法行為に加担している以上、Yの行為は社会的に相当でなく、逮捕罪の幫助として可罰的であるといつてよい。

(4) さらに、大谷教授が主張されているように、正犯と共犯の間において主観的要素に齟齬がある場合にも、両者の違法性は相対化しうる。主観的要素は各人に固有の要素であるから、主観的要素が違法性に関係している場合には、各行為者における主観的要素の有無に応じてその違法性の評価も異なると解されるからである。そうすると、主観的違法要素が正犯者にはないが、共犯者には存在する場合、正犯が違法性を阻却しても共犯は違法であるということになるう。

そもそも正犯の違法性阻却に基づいて共犯にも違法性阻却が認められるのは、共犯者が正犯行為の違法性を認識しながらこれに関与するからこそである。逆に、正犯行為が違法性を阻却することを知らずに共犯者がこれに加功した場合は、正犯が適法であっても共犯は違法であるというべきである。たとえば、「もしAから襲われたらこれで身を守れ」と言つてXがYにナイフを渡したところ、実際にAがYを攻撃してきたので、Yが防衛のためそのナイフでAを殺害した場合、Xは、Yの行為が正当防衛として適法であることを認識しつつ関与しているから、Xの行為は違法性を阻却する。これに対し、XがYにナイフを手渡してAを殺害するよう教唆し、Yがナイフを携帯して現場に赴いたところ、Aが突然Yに切りかかってきたので、Yが自己の身を守るため、Xの指示通り携帯していたナイフでAを刺殺した場合には、正犯であるYの行為は正当防衛として違法性が阻却されるが、共犯であるXは、正犯の行為が適法であることを認識していなかったのであるから、Xの行為は違法と解すべきであろう。

このような理解は、判例の立場にも沿うものと思われる。甲が乙に対して丙殺害を指示し、包丁を持たせて現場に向かわせたところ、乙が丙からいきなり殴る蹴るなどの暴行を受けたため、自己の生命身体を防衛する意思で甲の指示に従い丙を包丁で刺殺したという事案につき、最高裁判平成四年六月五日決定は、乙に積極的加害意思はなかったが、甲にはあったことから、乙にのみ急迫性の要件が存在したとして、乙に過剰防衛の成立を認め、甲についてはこれを否定した。これは、狭義の共犯ではなく共同正犯に関する事案であるが、最高裁は、急迫性という正当防衛の要件が直接行為者へのみ存在し、背後者はこれを欠く場合に、直接行為者の行為が適法であつても背後者の行為は違法となる余地を肯定したものと解されるのである。³⁴⁾

(5) 以上の検討により、共犯成立の必要条件については次のような結論が得られた。共犯の構成要件該当性を肯定するために正犯行為は構成要件に該当することを要するが、違法でなくてもよい。また、共犯が違法であるというためには正犯が違法である必要はない。したがって、正犯は違法でなくても共犯が違法であるということもありうる。

(1) 山中敬一『刑法総論Ⅱ』（一九九九年）七六四頁。

(2) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雑誌二七卷一号（一九八六年）一五〇頁、山口厚「共犯の処罰根拠と従属性」同『問題探求刑法総論』（一九九八年）二三九頁。これに対し、葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界（下）」法学教室一八二号（二〇〇四年）七〇頁は、純粹惹起説の立場から、看護師がその業務上取り扱ったことについて知りえた秘密は秘密漏示罪の保護法益に当たらないとして、医師が看護師の秘密漏示に関与した事例について秘密漏示罪の共犯の成立を否定する。純粹惹起説も、

共犯者にとって違法な法益侵害結果の発生を共犯成立の要件と解しており、この事例では医師にとっても違法な法益侵害結果は発生していないとするのであろう。しかし、そのような説明は、看護師の行為が構成要件に該当しないことを理由に医師の共犯成立を否定することと同じであるように思われる。なぜ看護師の知った秘密が秘密漏示罪の保護法益ではないのかというと、それは、看護師による秘密漏示行為が構成要件に該当しないためであるといわざるをえないからである。

- (3) 林幹人「適法行為を利用する違法行為」同『刑法の現代的課題』（一九九一年）一六頁、曾根威彦『刑法の重要問題（総論）補訂版』（一九九六年）一二二頁、井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」同『犯罪論の現在と目的的行為論』（一九九五年）一八二頁、山口・前掲注（2）二四〇―二四一頁。もともと、純粹惹起説においては、他人に自傷行為や自損行為を唆した場合は、被害者の同意があるために保護すべき法益が存在せず、違法性が否定されると解する余地もあろう。葛原・前掲注（2）六九頁は、他人に自傷行為を唆した場合には、法益主体の意思に基づく法益の正当な処分を惹起したにすぎないから、そもそも違法な結果の惹起がないとする。

- (4) 大塚仁『刑法概説（総論）（第三版）』（一九九七年）二六六頁、山口厚『刑法総論』（二〇〇一年）二五三頁参照。

- (5) 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」『中山研一先生古稀祝賀論文第三卷』（一九九七年）三〇〇頁以下、山中・前掲注（1）七六四頁。さらに、葛原・前掲注（2）七〇―七一頁参照。

- (6) 山中・前掲注（5）三二〇頁以下。

- (7) さらに、島田聡一郎「いわゆる『故意ある道具』の理論について（三・完）」立教法学六二号（二〇〇二年）八三頁参照。

- (8) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（一九八八年）二〇六―二〇七頁。

- (9) 高橋・前掲注（8）二〇七頁。

- (10) 西田・前掲注（2）一五〇頁、山口・前掲注（2）一三九―一四〇頁。

- (11) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』（一九九一年）三八四頁、大塚・前掲注（4）三〇〇頁、山口・前掲注（4）二七一頁、二七三頁。

- (12) 大塚・前掲注（4）二七二―二七三頁。

- (13) 山中・前掲注（１）七五七―七八頁。
- (14) 大谷實『新版 刑法講義総論「追補版」』（二〇〇四年）四三三頁。
- (15) 山口・前掲注（２）二四四頁。
- (16) Vgl. Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2000, Vor §26 Rdnr.18.
- (17) 基本的構成要件に該当する実行行為を行うか否かにより正犯と共犯を区別するものとして、団藤・前掲注（11）三七二頁、大塚・前掲注（４）二六六頁、大谷・前掲注（14）四二三頁、行為支配論を支持するものとして、橋本正博『行為支配論』と正犯理論』（二〇〇年）一五九頁以下、遡及禁止論を援用するものとして、山口・前掲注（４）六四頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（二〇〇二年）八八頁以下、精神的に支配的もしくは対等的に犯罪実現に関与したか否かを基準とするものとして、林幹人『刑法総論』（二〇〇〇年）四〇五―四〇六頁、などがある。
- (18) 山口・前掲注（４）二九一―二九二頁。
- (19) 島田・前掲注（17）一九二頁、山口・前掲注（２）二四二頁。
- (20) これに対し、大越義久『共犯の処罰根拠』（一九八一年）一三三―一三四頁は、被害者が法益への攻撃に同意した場合、法益への攻撃はすべての者に対して許容されているのではなく、同意を与えた者に対してのみ許されているにすぎないから、同意を与えられた者と同意を与えられていない者とは違法性阻却は相対化するとしている。
- (21) このような理解からすると、適法行為に関与した行為が違法かどうかを判断する際には、正当防衛や正当行為といった個々の違法性阻却事由の本質にまで遡ることが必要となろう。その限りでは、葛原・前掲注（２）六九頁が、違法性を阻却する他人の行為への関与が可罰的かどうかは、正当行為や正当防衛といった個々の違法性阻却事由の効力もしくは射程の問題であって、共犯の処罰根拠や共犯従属性の内容の問題ではないと述べているのは正当である。
- (22) 大谷實『共犯論における最小限従属性説について』同『刑事司法の展望』（一九九八年）一五六頁。
- (23) 佐伯仁志『共同正犯の基本問題 コメント②』山口厚ほか『理論刑法学の最先端』（二〇〇一年）二二六頁。
- (24) 島田聡一郎『適法行為を利用する違法行為』立教法学五五号（二〇〇一年）五三頁。

(25) 島田・前掲注(24) 六二頁。

(26) 島田・前掲注(24) 六六頁。

(27) 島田・前掲注(24) 六七―六八頁。

(28) 島田・前掲注(24) 七〇頁以下。

(29) なお、島田・前掲注(24) 三六頁は、「①行為媒介者に違法性阻却事由が存在する場合に、背後者がいかなる要件の下にそのことによって処罰を免れるか、といういわば適法行為を利用する違法行為に関する構成要件該当性の問題と②背後者自身に固有の違法性阻却事由が存在するか、つまり適法行為を利用する違法行為者の違法性阻却事由の問題」とを区別しなければならぬとし、違法性阻却の前提状況の作出という基準は、①の点、すなわち共犯の構成要件該当性を決定するための基準として提示されているようである。その上で、共犯者が違法性阻却の前提状況を作出し、正犯者の違法性阻却を共犯者に援用することはできないとしても、②の点につき、共犯者自身に違法性阻却事由が存在すると認められれば共犯は不可罰であるとしている。しかし、私見によれば、共犯の構成要件該当性を認めるためには、正犯は構成要件に該当すれば足り、違法であることを要しない。そうだとすると、正犯に違法性阻却事由が存在するかどうかは、共犯の構成要件該当性に影響を与えないものであるから、したがって、①の問題は生じない。そして、違法性阻却の有無は行為者ごとに個別的に判断せざるをえないのであるから、問題は、②の点、すなわちどのような場合に共犯者自身に固有の違法性阻却が存在するかに帰着する。このような見地から、本文では、違法性阻却の前提状況の作出が共犯の構成要件該当性ではなく違法性阻却にどのような効果を及ぼすのかを検討した。

(30) もっとも、違法性阻却の前提状況を作出した後、他人に適法行為を唆したり手助けしたりした場合は、その教唆・補助行為が違法となるから、狭義の共犯においても違法性阻却の前提状況の作出が問題となる場合は多いという理解もあるかもしれない。しかし、違法性阻却の前提状況の作出があった場合、その作出行為自体が違法とされるのであって、その後になされた他人への働きかけが違法となるわけではないように思われる。たとえば、甲が丙の防衛行為を利用して乙を殺害する意図で、乙に丙を攻撃させた後、丙に対して正当防衛をするよう命じた結果、乙が殺害された場合、甲が乙に丙殺害を教唆したことにより違法性阻却の前提状況を作出した点は違法であるとしても、丙に対する正当防衛の命令自体は違法ではないというべきであろう。この事

例において、仮に甲が丙に正当防衛を命じなかったとしても、違法性阻却の前提状況を作出した以上は、甲は殺人罪に問われると解されるのであり、そうだとすると、違法性の判断にとって重要なのは、違法性阻却の前提状況の作出そのものであって、その後になされた共犯行為ではないということになるからである。また、右の事例で丙に対する正当防衛の命令が違法だとすると、法は、甲に対し、「丙が不正な侵害を受けているのを見ても丙を助けてはならない」という規範を与えているということになってしまふ。甲が事前に利益葛藤状況を作り出した者であるとしても、丙の正当な利益が危険に晒されている場合には、その利益の保全を図ることがより適切な行為であるというべきであらう。

- (31) さらに、島田・前掲注（24）六八頁は、他人に犯罪を唆しておいて警察官に逮捕させた者は自ら客観的嫌疑を作出しているから、逮捕・監禁罪の共犯として可罰的であるとするが、人が罪を犯すときは逮捕や処罰の可能性を少なくとも未必的には認識している場合が多いであろうから、この見解を徹底すると、教唆者や首謀者には常に他の関与者に対する逮捕・監禁罪が成立することになりかねないし、正犯者の死刑の可能性を予測しながら他人に犯罪を唆した場合には正犯者に対する殺人罪となってしまう。

(32) 島田・前掲注（24）五四頁。

(33) 刑集四六卷四号二四五頁。

(34) 曾根威彦「判批」同『刑事違法論の研究』（一九九八年）二六九頁、島田・前掲注（24）三八―三九頁、拙稿「判批」大谷實編『判例講義刑法Ⅰ総論』（二〇〇一年）一三四頁参照。

五 むすび

以上、共犯従属性概念について検討を加えてきた。そうした検討により得られた結論を要約し、本稿を閉じるこ

とにしたい。

(1) 共犯従属性の概念は多義的であり、共犯従属性をめぐることはこれまで複雑な議論が展開されてきたが、現在解決されるべき問題は、①共犯が成立するために正犯はいかなる要素を具備しなければならないかという要素従属性の問題、②共犯には常に正犯と同じ罪名の犯罪が成立しなければならないかという罪名従属性の問題、③正犯と共犯との間で違法性の評価が異なってもよいかという違法の相対性の問題、の三つに集約される。この三つの問題は、それぞれ次元や射程を異にするものであるが、相互に密接に関連し合ってもいる。そのため、そうした相互の関係を正確に整理しつつ、共犯従属性の諸問題を統一的な観点から論ずる必要がある。

この点に関して有意義な視点を提供するのが、共犯成立の必要条件の問題と、正犯要素の連帯性の問題との区別である。前者は、共犯が成立するために正犯はいかなる要素を備えていなければならないかという問題であるのに対し、後者は、正犯行為の要素が共犯に連带的に作用するのはいかなる場合かという問題である。共犯従属性をめぐる諸問題は、この二つの観点から整理されうる。すなわち、罪名従属性の問題のうち、正犯より重い犯罪の成立を共犯に認めてよいかという問題や、違法の相対性の問題のうち、共犯が違法であるためには正犯が違法でなければならないかという問題、さらに、要素従属性の問題は、共犯成立の必要条件の問題に属する。他方、罪名従属性の問題のうち、共犯に正犯より軽い犯罪が成立しうるかという問題や、違法の相対性の問題のうち、正犯が違法なら共犯も違法となるかという問題は、正犯要素の連帯性の問題である。

(2) まず、正犯要素の連帯性に関しては、正犯に成立する犯罪と同じ罪名の犯罪が共犯にも原則として成立する

と解すべきであり、その意味で、構成要件該当性判断の段階においては正犯の要素は共犯にも連带的に作用すると思われる。これに対し、違法性阻却の有無の判断は、共犯関係にある者の間でも相違する場合がありうるから、違法性を否定する事情が共犯者にのみ存在するときには、正犯の行為が違法であつても共犯の行為を適法とすることは可能である。

次に、共犯成立の必要条件については、共犯の構成要件該当性が認められるために正犯行為は少なくとも構成要件に該当しなければならないが、違法性まで具備する必要はないと解される。また、違法性が当該行為の具体的事情をもとに個別的・実質的に判断すべきものだとすると、違法性阻却の判断は共犯者間においても相対化しうることになるから、正犯が違法性を阻却しても共犯は違法性を阻却しないということも認められる。したがつて、要素従属性に関しては最小従属性説が妥当であるということになる。