

# 共犯従属性と違法の相対性

— 日本・韓国・ドイツの議論を通じて —

呉 貞 勇

## I. はじめに

## II. 共犯従属性の有無

### 1. 共犯独立性説

### 2. 共犯従属性説

### 3. 実定法上の解釈

## III. 共犯従属性概念の内容と検討

### 1. 従来の共犯従属性に関する議論

#### (1) 各国における議論状況

#### 1) ドイツにおける共犯従属性

#### 2) 日本における共犯従属性

#### 3) 韓国における共犯従属性

### (2) 共犯従属性概念に関する疑問

#### 2. 共犯従属性概念の再検討

#### (1) 従来の制限従属性説

#### (2) 制限従属性説に対する批判的検討

#### 1) 制限従属性説と「違法の相対性」

#### 2) 最小従属性説からの批判

#### 3) 一般違法従属性説からの批判

(3) 判例の動向

1) 制限従属性説の採用可能性を示唆した判例

2) 制限従属性説を採用した判例

3) 違法の相対性を示した判例

(4) 共犯従属性概念の二つの側面

3. 共犯の処罰根拠と共犯従属性

(1) 共犯の処罰根拠に関する議論

1) 責任共犯説

2) 不法共犯説

3) 因果的共犯論

① 純粹惹起説

② 修正惹起説

③ 混合惹起説

(2) 混合惹起説と共犯従属性

4. 最小従属性説と犯罪論体系

(1) 共犯成立の必要条件としての最小従属性説

(2) 最小従属性説における正犯要素の連帯性と犯罪論体系との関係

(3) 具体的適用

1) 共犯に構成要件該当性が認められる場合

2) 共犯に構成要件には該当するが、違法性が阻却される場合

3) 共犯に構成要件該当性が認められない場合

IV. 結び

I. はじめに

共犯の従属性とは、独立性と対立する概念である。ここでの従属・独立とは、「正犯への従属、正犯からの独立」という問題であって、これら是对立的な概念として捉えるのが一般的である。

ところが、共犯の従属性と共犯の独立性の概念は対立的なものとしてしか捉えられないものではない。例えば、①ま

ず、「正犯の実行行為」に関連して、それから独立して共犯を論じる立場と、それに従属して共犯を論じる立場とに分けた場合において、前者は共犯独立性説であり、後者は最小従属性説・制限従属性説・極端従属性説・誇張従属性説の立場であるといえるのである。②また、「正犯の違法な実行行為」に関連して、それから独立して共犯を論じる立場と、それに従属して共犯を論じる立場とに分けた場合においては、前者は、共犯独立性説と最小従属性説であり、後者は制限従属性説・極端従属性説・誇張従属性説の立場であるといえるのである。そして、③「正犯の違法・有責な実行行為」に関連して、それから独立して共犯を論じる立場と、それに従属して共犯を論じる立場とに分けた場合においては、前者は共犯独立性説・最小従属性説・制限従属性説であり、後者は極端従属性説・誇張従属性説の立場であり、④「正犯の処罰」に関連して、それから独立して共犯を論じる立場と、それに従属して共犯を論じる立場とに分けた場合においては、前者は共犯独立性説・最小従属性説・制限従属性説・極端従属性説のことであり、後者が誇張従属性説の立場であるといえるのであろう。つまり、共犯の従属性と共犯の独立性の概念は、「正犯の如何なる要素に従属するのか」と「正犯の如何なる要素から独立するのか」というように、これらの関係は相対的にも考えられるということである。

しかし、このような区別は、一般に承認されていないのであって、通常、「正犯の実行行為」に関連して、正犯が実行行為に出たか否かにかかわらず、それと独立して共犯を論じる立場（先の①の場合）のみが「共犯独立性説」であり、正犯が少なくとも実行行為に出てからそれに従属して共犯が論じられるというのが「共犯従属性説」であるとしている。また、このような共犯従属性説の立場は、正犯が具備している要素（正犯の実行行為・違法行為・有責行為・処罰条件など）がどこまで必要かによって、最小従属性説・制限従属性説・極端従属性説・誇張従属性説に分けられる。そこで共犯の従属性を論じるにあたっては、まず、正犯が少なくとも実行行為に出たか否かに関わらず共犯が論じられるのかと、正犯が少なくとも実行行為に出たからこそ共犯が論じられるという問題、いわゆる「共犯従属性の有無」の問題を

確定した上で、その後、共犯従属性が認められるとしたら、共犯を論じるにあたっては正犯がどの程度までの犯罪成立要件を具備すべきかという「共犯従属性の程度」の問題を扱うのが自然であろう。

ところが、共犯従属性に関する従来の議論は、正犯が一定の犯罪成立要件を具備していれば共犯は成立するとして、正犯が一定の要件を具備すれば、その正犯要素が共犯に及ぶという印象を残してきた。たとえば、極端従属性説とは、正犯の構成要件該当性・違法性・有責性に従属するという説、制限従属性説とは、正犯の構成要件該当性・違法性に従属するという説、最小従属性説とは、正犯の構成要件該当性のみに従属するという説であると定義するのがそれである。<sup>①</sup>つまり、共犯従属性を、正犯が一定の犯罪成立要件を具備していれば、単にその正犯要素が共犯に連帯するという意味として捉えた感がある。<sup>②</sup>

思うに、共犯もおよそ犯罪である以上、共犯としての法的判断（構成要件該当性・違法性・有責性）を行うべきであろう。また、刑罰は、処罰すべき者の「固有の不法」が条件として必要である。そうすると、共犯も処罰すべき者である以上、その固有の不法が存在すべきであり、共犯もその成立についての法的判断を個別的に行うべきであろう。

以下では、このような点を中心に、共犯従属性概念を如何に捉えるべきかという問題、すなわち、そこから導き出される共犯における違法の相対性（法的判断の相対性）の問題を検討していくことにしたい。

## II. 共犯従属性の有無

共犯独立性説と共犯従属性説の対立においては、主に、正犯者が実行に着手しなくても教唆者・幫助者に当該犯罪の教唆・幫助の未遂として処罰し得るのかが問題である。つまり、共犯の成立には共犯者固有の行為で足りるのか、それ

とも正犯の実行行為が必要であるかということである。それに関して、韓国刑法三一条二項では、教唆者の教唆行為があり、被教唆者もそれを承諾したが、被教唆者が実行行為にいたらなかった場合、いわゆる「効果のない教唆」と、三項では、教唆者の教唆行為はあったが被教唆者がそれを承諾しなかった場合、いわゆる「失敗した教唆」とを、予備・陰謀に準じて処罰すると規定している。このような点からすれば、共犯従属性の有無に関する問題は、歴史的意義としての主観主義と客観主義との対立の産物に止まる議論ではなく、実際、現行法をめぐる争いであるといえる。

### 1. 共犯独立性説

この説の出発点は、犯罪とは、行為者固有の犯罪的意思の表現であると理解する「主観主義」刑法理論の思想であつて、共犯が成立するためには教唆・幫助行為があれば足り、被教唆者・被幫助者が犯罪を實行したか否かは問わないとする<sup>(3)</sup>。主観主義刑法理論によると、正犯および共犯の処罰根拠は、性格や意思の反社会性にあり、教唆行為および幫助行為は正犯行為と同様にそれ自体が行為者の反社会的性格を徴表するものであるから、教唆行為および幫助行為も正犯行為と同様に犯罪的結果に対して原因力を有する限り、犯罪性と可罰性を有することになる<sup>(4)</sup>。そこで、教唆者・幫助者の教唆行為・幫助行為がなされた以上、たとえば、被教唆者が直ちにこれを拒否するなど、被教唆者・被幫助者が全く実行行為に出なかつた場合にも、教唆犯・幫助犯の未遂として、未遂犯が罰せられる犯罪については可罰的になるのである<sup>(5)</sup>、その意味において、共犯は正犯から「独立」して成立することとなるわけである<sup>(6)</sup>。

共犯独立性説の見解として、鄭榮錫博士は、「共犯独立性説と共犯従属性説との対立は、結局、犯罪の実行行為を客観説によって理解するか、あるいは主観説によって理解するかの問題に帰着する。共犯従属性説の立場からすれば、他人である正犯者の行為（実行の着手）をして共犯の実行の着手を認めようとし、①犯罪の実行行為は行為者の外部的行

為と共に終了するから、共犯者の実行行為は終了してもまだ着手はないこととなり、②共犯行為はそれ自体としては犯罪性を持たず、正犯から犯罪性を借用することによって処罰されることとなる。けれども、他人の行為の犯罪性によって自己の行為が犯罪となって処罰されるという思想は、近代刑法が追求する個人責任主義の原理に反する<sup>7)</sup>として、共犯の犯罪性は共犯者固有のものとして理解している。これは、教唆犯・帮助犯の未遂の成立範囲に関して、共犯従属性説が教唆者・帮助者の教唆行為・帮助行為と正犯者の実行行為とを異質のものとして見ているのに対し、共犯独立性説は、教唆行為・帮助行為も、教唆者・帮助者の犯罪意思の発現としての実行行為にはかならないのであり、かつ、正犯者の実行行為は、教唆者・帮助者にとっては因果関係の経過や客観的な処罰条件にすぎないと解することに由来するのである<sup>8)</sup>。

しかし、実行の着手に関する客観説と主観説の対立と、実行行為を「同質のもの」と見るか、それとも「異質のもの」と見るかという対立とは、別個の問題であろう。問題は、同質のものとも見ても、正犯の実行の着手があるまでに、当罰的な法益侵害の危険が生じると見るか、生じないと見るかであって、未遂の処罰根拠を別のものとするか否かは無関係である<sup>9)</sup>。また、共犯従属性説はもっぱら共犯借用犯説<sup>10)</sup>に基づいたものではない。むしろ、ドイツ刑法学においては、共犯借用説ではなく、責任加担説や、惹起説のような共犯の処罰根拠に関係して共犯従属性を扱ってきた<sup>11)</sup>。さらに、共犯従属性説においても、教唆行為・帮助行為それ自体の犯罪性が認められており、共犯借用犯説のように共犯の犯罪性ないし可罰性を正犯から「借用」するものではない<sup>12)</sup>。

一方、「他人の行為による責任の問題」は、共同正犯に関連して考えると、より明らかになる。たとえば、甲と乙が共同の合意の下に、拳銃で丙を殺害しようとしたところ、甲の弾丸は外れ乙の弾丸が命中して丙が死亡した場合において、甲は殺人未遂の責任を負うのではなく、殺人既遂の責任を負うべきであるということには異論がないが、それは、

甲の責任は乙の行為に関連して問題となるからであろう。そこで、狭義の共犯の責任の問題も、単に甲が丙を殺す場合の甲の責任ではなく、丙の死に関して甲が乙をして殺人行為をさせたり、補助するという意味で、乙の行為に関連して甲の責任が問題となるから、共犯従属性説に立つても個人責任主義の原理に反するとはいえない。

## 2. 共犯従属性説

この見解は、共犯が成立するためには正犯者が少なくとも基本的構成要件に該当する行為を行ったことを要するとする説である。つまり、原則的に正犯が実行に着手していることを必要とすることになる。共犯従属性説は、客観主義刑法理論の立場から主張されるものであり、この見解によれば、教唆・補助行為がなされても、それだけでは犯罪を構成せず、被教唆者および被幫助者が犯罪を実行した場合に初めて、共犯が成立することになる。たとえば、失敗した教唆や効果のない教唆のような「教唆の未遂」において、共犯独立性説は被教唆者が全く実行行為に出なかつた場合にも教唆犯の未遂として可罰的であるとするのに対し、共犯従属性説によれば、被教唆者が犯罪の実行に着手し、それが未遂に終わった場合のみ、未遂の教唆犯が考えられることになるのである。

共犯独立性説と共犯従属性説の対立の中心は、主に、正犯者が実行に着手しなくても教唆者・補助者は当該犯罪の教唆・補助の未遂となり得るのかという点にあるように、実行行為を如何に捉えるかの問題である。かつて、白南樫博士は「おもうに、殺人を教唆・補助する行為は殺人行為それ自体ではない。故に、教唆・補助行為を実行行為と同一視するのは罪刑法定主義に反するといえるのであり、また、教唆・補助行為が基本的構成要件の実行行為ではないがゆえに、教唆・補助の未遂を基本的な犯罪の未遂に適用することもできないだろう。もし教唆・補助の程度に止まる行為を処罰するとしたら、特別な規定が必要であり、そのような特別規定がないかぎりには正犯の行為が前提になった上で教唆犯・

幫助犯の成立が問題となるのであろう<sup>14</sup>として、共犯従属性説の妥当性を主張した。このように、共犯従属性説の立場からは、教唆行為・幫助行為は基本的構成要件における「実行行為」と捉えないから、正犯の実行行為がないかぎり共犯の成立に関する問題は生じないことになるのである。

おもうに、構成要件理論を考えると、基本的構成要件に該当する正犯の実行行為と、修正された教唆犯・幫助犯の構成要件に当たる教唆行為・幫助行為は、質が違ふものである。修正された構成要件に当たる教唆行為・幫助行為は、基本的構成要件に該当する実行行為よりも、法益侵害性・危険性（あるいは、その確率）が低いということには異論がないだろう。そして、犯罪の関与形態を正犯と共犯とに分けて捉える体系の下では、両者はより異なったものとして捉えるべきであり、かつ、基本的構成要件に該当する正犯の実行行為を前提として初めて共犯の成立が問題となり得ると解すべきである。このように、正犯の構成要件に該当する「実行行為」は共犯成立に欠かせないものに間違いないのである。

### 3. 実定法上の解釈

共犯が教唆行為に出たが正犯が実行行為に達しなかった場合に、韓国刑法三一条二項では、いわゆる「効果のない教唆」と、同条三項では「失敗した教唆」とを、予備・陰謀に準じて処罰すると規定している。そこで、共犯独立性説と共犯従属性説の対立は、韓国刑法三一条二項と三項の解釈をめぐる現われている。

まず、共犯独立性説の立場は、韓国刑法三一条二項と三項が教唆の未遂の場合においても、予備・陰謀に準じて処罰するとしている以上、その可罰性を認めているものであるという点にその根拠を求めている<sup>15</sup>。つまり、正犯が実行行為に至らなかった場合であっても実際に共犯は処罰されるというのは、正犯者から独立して共犯が成立することを表わし

たとするのである。

これに対し、共犯従属性説の立場は、韓国刑法三一条一項と三二条の文言解釈にその根拠を求めている。教唆犯・幫助犯に関する現行刑法は、教唆犯・幫助犯の成立が正犯に従属すると明確にはしていないが、少なくとも韓国刑法三一条一項と三二条の文言上は、教唆犯・幫助犯を処罰するためには、教唆行為・幫助行為が実行されていることが前提とされているのであって、そのような前提がないかぎり、教唆犯・幫助犯として処罰されないということを明示しているとするのである。また、両条文は、教唆犯・幫助犯の可罰性に関して正犯と同一の法定刑を基準とすることを規定している点から、現行刑法は教唆犯・幫助犯が成立するためには少なくとも正犯の実行行為を前提としていると解すべきであるとする。現在の通説であり、判例もこのような立場である。<sup>17)</sup>

また、同規定をめぐって、論者の中には、「いわゆる教唆の未遂において①共犯従属性説によれば、正犯が成立しないから共犯も成立しないこととなるはずであり、②共犯独立性説によれば、教唆者を正犯と同一に処罰するはずであるが、それにもかかわらず、予備・陰謀に準じて処罰するということからすると、同規定は共犯従属性説と共犯独立性説の折衷的な立場から立法化された」とする見解<sup>18)</sup>もある。

たしかに、韓国刑法三一条二項と三項は、いわゆる「教唆の未遂」の可罰性を肯定しているようである。けれども、それが共犯独立性説の主張のように、教唆犯の未遂犯としてではなく、予備または陰謀に準じて処罰するとしている点からすれば、同規定が必ずしも共犯独立性説によって立法化されたとはいえないであろう。また、韓国刑法三一条二項と三項は、被教唆者に関する規定であって、同条一項を離れて、同条二項・三項の解釈だけでは無理であろう。それは同条一項が、教唆者と被教唆者の関係を説明しているからである。つまり、三一条一項には「他人を教唆して罪を犯させた者は、罪を実行した者と同一の刑で処罰する」とされており、そこには、正犯である「罪を実行した者」という存

在が予定されると共に、実行行為と教唆行為の違い、および正犯と教唆犯の異質性が示されているといえる。このような趣旨は幫助犯の規定である三二条においても同様である。

一方、日本刑法においては、教唆の未遂に関して直接的な規定はないが、特別刑法において共犯の独立処罰をみとめる特別の規定が設けられている。日本刑法六一一条は、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」と規定し、六二条は「正犯を幫助した者は従犯とする」と規定しているが、これに関しては、教唆犯および幫助犯の成立には正犯の存在が必要であるとともに、正犯と教唆犯・従犯との異質性を明示するものにほかならないとするのが通説の立場である。<sup>(20)</sup>さらに、特別刑法において、たとえば破壊活動防止法四一条は、「この法律に定める教唆の規定は、教唆された者が教唆に係る犯罪を実行したときは、刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない。この場合においては、その刑を比較し、重い刑をもって処断する」と規定しているが、これに関して通説は、同法の教唆罪が正犯の実行行為がなくても成立することを示すとともに、<sup>(21)</sup>刑法典上の教唆犯は、正犯の実行行為があつて初めて成立することを意味するものと解すべきであるとする。<sup>(22)</sup>

おもうに、共犯は、正犯の行為を通じて構成要件的结果の実現に相当な条件を与え、正犯者の意思ないし規範意識を媒介として犯罪の実現に加担するものであるとする限り、教唆・幫助行為自体は結果発生に至る現実的危険性が乏しく、正犯の実行行為があつて初めて構成要件的结果発生の現実的危険性が生ずるのであるから、その段階に至ったときに初めて共犯の可罰性が認められるべきである。また、社会にとって有害な行為、つまり法益の侵害や危険をもたらす行為は、刑法の各則に規定されている構成要件に該当する(違法な)行為であり、教唆行為や幫助行為はこれらの犯罪行為を誘発し助長することで、はじめて処罰に値する行為となるといえる。<sup>(24)</sup>そこで、構成要件理論を重視する立場に立つと、基本的構成要件に該当する正犯の実行行為と、修正された共犯の構成要件に当たる教唆行為・幫助行為は、性格が違つ

ものであり、その犯罪性においても、後者の教唆行為・幫助行為は、前者の基本的構成要件に該当する正犯の実行行為より低いといえるのである。<sup>(25)</sup>

要するに、理論的にも正犯の実行行為があつてはじめて構成要件的に保護されている法益への危険性が発生するのであり、その段階に達してから共犯行為の可罰性が認められると考えるべきであらう。

### Ⅲ．共犯従属性概念の内容と検討

#### 1. 従来の共犯従属性に関する議論

#### (1) 各国における議論状況

##### 1) ドイツにおける共犯従属性

共犯が成立するためには少なくとも正犯の実行行為が存在しなければならないというとき、その正犯の行為は、犯罪成立要素のどこまでを具備する必要があるのかが問題となった。従来、これに関しては、M・E・マイヤーが正犯の四つの成立段階に応じて共犯の従属形式が分けられるとして以来、このような分類方式によって議論されてきたのが一般的であった。彼によると、正犯行為が構成要件に該当すれば足りるとするのが「最小従属形式」、正犯行為が構成要件に該当し、かつ違法であることを要するものが「制限従属形式」、正犯行為が構成要件に該当し違法であり、かつ責任を具備することを必要とするのが「極端従属形式」、正犯行為が構成要件に該当し違法・責任のほか、さらに、一定の可罰条件をも具備しなければならないとするのが「誇張従属形式」である。<sup>(26)</sup>

このような四つの共犯従属形式の中で、ドイツ刑法においては、一九四三年の改正までは極端従属形式を採用してい

た。つまり、共犯の成立においては正犯を前提とし、その正犯に構成要件該当性、違法性および責任が具備されれば、共犯がそれに従属して成立するとしたのである。それは、ライヒ刑法四八条（教唆犯）と四九条（幫助犯）が、教唆者および幫助者の処罰にとつて、教唆または幫助された犯罪が実行されたことを前提とし、その共犯の可罰性にとつて、正犯者の側に犯罪すなわち「可罰的行為」の存在が必要であるとしたが、同法五一条では、責任無能力などにより責任を阻却する場合を「可罰的行為はない」と規定していたために、正犯行為である「可罰的行為」とは、構成要件に該当して違法であるだけでなく有責な行為を示すと解されていたからである。<sup>26</sup>このように極端従属形式によると、正犯の行為が構成要件に該当し違法であつても、責任が認められないときは、共犯が成立し得ないことになる。つまり正犯が責任無能力などにより責任が阻却される場合には、従属の根拠となる「正犯の犯罪成立」がないため、共犯も成立し得ないこととなるのである。そこで、極端従属形式によつては妥当な共犯の処罰ができないという批判が寄せられた。<sup>27</sup>

その後、一九四三年の刑法改正により、共犯成立の前提として正犯の行為が構成要件に該当し違法であれば足りる（四八条）とし、さらに各関与者は他人の責任の有無にかからしめることなく、各自の責任によつて処罰する（五〇条）という責任個別化の原則を刑法に規定することとなった。<sup>28</sup>制限従属形式は、その後の一九七五年に施行された現行ドイツ刑法においてもそのまま維持され、二六条と二七条において、共犯成立の前提となる正犯の行為が「故意に違法な行為」であることを要求するとともに、二九条においては責任個別化の原則を明示している。<sup>29</sup>現在、ドイツ刑法においては、いわゆる不法連帯と責任個別化という原則に基づいて、制限従属性説が一般に承認されている。<sup>30</sup>

## 2) 日本における共犯従属性

共犯従属性をめぐる日本での議論は、その分け方に特徴がある。共犯従属性を、実行従属性、要素従属性、罪名従属

性の三つに分け、それぞれを別個の問題として説明するのが一般的である。実行従属性とは、共犯が可罰的であるためには、原則として正犯が実行に着手して未遂の段階に達していることが必要かという問題であり、いわゆる「共犯従属性の有無」として論じられてきた「共犯独立性説」と「共犯従属性説」との対立がこれに当たる。要素従属性とは、共犯が可罰的であるためには、正犯は犯罪成立の要件のうち、どこまでの要素を具備しなければならぬかという問題であり、いわゆる「共犯従属性の程度」として争われてきた「極端従属性説」、「制限従属性説」、「最小従属性説」との対立がそれである。また、罪名従属性とは、共犯は正犯と同じ罪名であるべきか、それとも、共犯の罪名は正犯の罪名と異なるものでもよいかという問題である。これは、共犯とは犯罪を共同するのか、それとも行為・因果関係を共同にするにすぎないかという、いわゆる「犯罪共同説」と「行為共同説」との対立の問題であった。つまり、共犯成立の基礎となるべき正犯は犯罪成立の要件のうち、如何なる要素を具備すべきかという「要素従属性」を、共犯従属性の程度の問題として扱っているのである。

従来の通説は、極端従属性説をとっていたが、それは、日本刑法六〇条と六一条が「犯罪」という言葉を使っていることを根拠とする。<sup>36)</sup> 罪刑法定主義の見地から、「犯罪」であるためには、正犯行為が構成要件に該当し、違法・有責でなければならぬと考えられたのである。しかし、制限従属性説を前提としたと解される判例とともに、この考え方はとられなくなった。その理由は、極端従属性説によれば、たとえば、Aが刑事責任年齢に達していないBに窃盗を教唆した場合、Aは教唆犯として不可罰となつて、処罰の間隙を生じることや（そのことから、救済概念として間接正犯の概念が発達したのである）、責任は、本来、行為者に向けられた人格的非難であるから、各行為者について常に個別的に判断されるべきであり、正犯者の責任に従属して教唆者・補助者の責任を論ずることは不合理であるという「責任の個別性」が認識されるようになったことにある。<sup>38)</sup> したがって、今の通説は、要素従属性を厳しく要求せず、共犯の関与

する「犯罪」は構成要件に該当する違法な行為であることは必要だが、有責性は不要であるとして、制限従属性説をとっている。<sup>39)</sup> 制限従属性説は、基本的に、「違法は連带的に、責任は個別的に」というテーゼによるものである。<sup>40)</sup>

ところが、近時、制限従属性説に立ちつつ、違法は一般には連带的であるものの、例外的に相対的であると見解が有力となっている。<sup>41)</sup> たとえば、自分を殺害するように依頼した者は、同意殺人罪の違法性を有しないというように、正犯の行為の違法性が認められても共犯を不可罰とすべき場合があり、逆に、正当防衛のように正犯の違法性が阻却される場合、常に共犯が不可罰となるわけではない<sup>42)</sup> ということである。現在、制限従属性説が通説の地位を占めてはいるが、その内容においては、必ずしも「違法の連帯性」を維持しているとは言い切れないのであり、むしろ最小従属性説の基本的な立場である「違法の相対性」を認めている傾向にあるといえるのである。この点に関する検討は後述する。

### 3) 韓国における共犯従属性

韓国における共犯従属性の問題は、主に、極端属性説と制限従属性説の対立がその背景にある。従来の通説は、日本とドイツのように極端従属性説であった。その根拠として挙げられるのは、まず、韓国刑法三二一条一項と三二二条の一項である。つまり、教唆犯に関する刑法三二一条一項は「他人を教唆して罪を犯させた者」と規定して、正犯者の完全な犯罪性（構成要件に該当し違法であり有責）を予定しており、従犯に関する刑法三二二条一項も「他人の犯罪を補助した者」と規定して、正犯者の完全な犯罪を前提としているのである。<sup>43)</sup> さらに、正犯者が責任能力または責任条件の欠如によって処罰されないなどの場合に、共犯の成立を認めず、いわゆる「間接正犯」の成立を認める規定（韓国刑法三四一条一項<sup>44)</sup>）を設けている現行刑法の下では、極端従属性を採っていると解すべきであるとしたのである。<sup>45)</sup> これに関してシンドンウン教授は、「極端従属性形式をとると、常に問題となったのは共犯処罰の不備であった。責任段階で犯罪成立要

素が欠如したという理由で正犯が処罰されない場合、共犯も共に処罰を免れることは、果たして妥当であるのかという点が批判の対象であった。そこで共犯処罰の不備が問題となる状況において登場したものが間接正犯である<sup>46</sup>とし、韓国の立法者がこのような趣旨を立法に反映して刑法三四条一項を通じて明文化したとする<sup>47</sup>。

また、極端従属性説を主張する論者は、沿革的な考察を通じてその根拠を導き出している。それを日本刑法とドイツ刑法の影響に求めている。ちなみに、韓国刑法の共犯論条文体系は、一九三一年に公表された日本の改正刑法(仮案の総則から影響を受けた)であり、その当時の日本における通説・判例の立場が極端従属性説であったというのである<sup>48</sup>。また、韓国刑法は一九五三年に制定されたものであり、その当時のドイツにおける共犯従属性は極端従属性説から制限従属性説への転換から、なお一〇年以内であることに鑑みれば、その時点で韓国の立法者がドイツのような制限従属性説を採用したとするのは無理があると<sup>49</sup>するのである。

これに対し、制限従属性説からは、刑法三二条一項にいう「罪」と、三二条一項にいう「犯罪」とは、正犯者の完全な犯罪性を具備するという意味ではなく、「犯罪」という概念自体が相対的である以上<sup>50</sup>、三二条と三三二条にいう「罪」や「犯罪」を構成要件に該当し違法である行為を意味するものとして解することも可能であり、そこで、正犯が構成要件に該当し違法であれば、その責任を問わず共犯が成立し得ると解するのが妥当であるとする<sup>51</sup>。さらに、三二条二項と三項においては、被教唆者が実行の着手に達していない場合であっても教唆者は処罰されるのであるから、極端従属性説を採用したとはいえないとする<sup>52</sup>。また、三四条についても、極端従属性説を採用したものとして理解しない。イゼサン教授は、「責任能力がない者を教唆・幫助した場合に間接正犯となるとしても、必ずしも共犯の成立が否定されるのではない。間接正犯とは、正犯として責任無能力者を生命ある道具として利用しながら自己の犯罪を実行したときに成立するのである<sup>53</sup>」とする。つまり、責任無能力者を意思能力がある被教唆者として利用するときには、教唆犯が成立す

ることになるということである。その他にも、共犯の処罰根拠を、正犯の責任に加担するところにあるのではなく、正犯の不法を惹起・促進するところにあると捉え、制限従属性説が個人責任の原則に相応しいものであるとする<sup>54)</sup>など、制限従属性説が現在の通説的な地位を占めている。

そうすると、制限従属性説と極端従属性説の対立において、両立場の適用上、如何なる差異が生じるのであろうか。ちなみに、刑法が、有責ではない者を教唆・幫助した場合に如何なる処罰をするのかを検討すべきであると思われる。まず、「制限従属性説」の立場からは、有責な行為まで要求しないため、教唆犯・従犯として扱うことができるのであるから、三一条一項と三二条一項の適用となるのであろう。これに対し、「極端従属性説」の立場からは、被教唆者・被幫助者が有責な行為を必要とするから、有責ではない者に対しては教唆犯・従犯として扱うことができないこととなり、結局、「間接正犯」として扱うことになるのである。ところが、間接正犯の規定である三四条一項を適用すると、教唆の方法の場合には教唆の例によって処罰しており、幫助の方法の場合には従犯の例によって処罰している。したがって、制限従属性説であれ、極端従属性説であれ、いずれの立場によっても、その処罰においては同様であり、実質的な差はないのである。

## (2) 共犯従属性概念に関する疑問

以上からわかるように、共犯従属性に関する議論の状況は、極端従属性説から制限従属性説への変遷である。両説の対立の争点は、被教唆者・被幫助者に有責であることを要求するか否かであったため、最小従属性説は一般に排斥されてきた。つまり、最小従属性説とは、正犯の行為が構成要件に該当すれば「共犯が成立し得る」ことをみとめる見解であるとし、正犯の行為に違法性がないにもかかわらず、共犯が成立することとなるので、違法性を欠く行為に対する共

犯を認める点において、共犯の実質を考慮しないうらみがあるとするのである。最小従属性説をこのように捉えると、たとえば、甲が乙の窃盗事実に対して警察に逮捕するよう教唆した場合、警察の逮捕行為は違法ではないが、逮捕罪の構成要件には該当するから、警察に乙の逮捕を教唆した甲は逮捕罪の教唆犯となり得るし、他人に適法行為を教唆した場合においても共犯となり得るのである。そこで、制限従属性説の中では、共犯成立においては少なくとも正犯の違法行為が必要であり、その正犯の違法が共犯に及ぶとするのである。

しかし、共犯従属性の程度の問題を扱うにあたっては、被教唆者ないし被幫助者の行為が如何なる程度の条件を具備したかによって、直ちにそれに従属するということは注意すべきである。なぜなら、たとえば、一〇歳の少年が大人に窃盗を教唆した場合において、大人は犯罪の成立要件のすべてを充たしたとしても、少年はそれに従属して窃盗罪の教唆犯が成立するわけではないからである。少年が窃盗罪の教唆犯として処罰されないのは、自らの責任能力がないからであり、決して、被教唆者の犯罪要素に従属して共犯が成立するわけではない。

このように考えると、まず、極端従属性説とは、共犯が成立し得るためには少なくとも正犯行為が構成要件に該当し、違法であり有責であることが前提条件であり、また、その正犯要素が直ちに共犯に連帯するという意味ではない。制限従属性説とは、共犯が成立しうるためには少なくとも正犯行為が構成要件に該当し、違法であることが前提条件であり、その正犯が具備している要素が直ちに共犯に連帯することではない。したがって、共犯従属性の概念は、①共犯として論じるためには正犯が如何なる要素を具備する必要があるかという「共犯成立の必要条件」としての意味と、②共犯が成立し得るために正犯が一定の要素を備えている場合、正犯が持つ要素の中で、如何なる要素が共犯に連帯すべきかという「正犯要素の連帯性」としての意味とに分けて考えるべきではなからうか。

もし、共犯従属性の概念を、共犯が可罰的であるためには一定の正犯要素が必要であるとともに、その正犯要素が連

帯すると捉えることになる、たとえば、極端従属性説によれば、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当し、違法かつ有責であることを必要すると同時に、正犯がそのような要素を具備していれば、そのまま共犯にも及ぶことになるが、共犯従属性の概念を「共犯成立の必要条件」と「正犯要素の連帯性」という二義的概念として捉えると、極端従属性説とは、共犯が成立しうるために正犯の有責までの要素が必要となり、正犯にそのような要素が備えられたら、それでは正犯の如何なる要素が共犯に及ぶかの問題、すなわち正犯の構成要件要素のみが連帯するか、違法性まで連帯するか、責任まで連帯するかという問題は、別に考えることになる。つまり、極端従属性説によっても共犯に連帯する正犯の要素は、構成要件要素であり得るし、違法性までであり得るし、責任までであり得るのである。これは、制限従属性説においても同様である。正犯が違法性までの要素を具備していれば、そのような正犯要素が直ちに共犯に連帯するのではなく、共犯に及ぶ正犯要素は構成要件要素だけであり得る、あるいは違法性までであり得ると解することができるのである。

従来の共犯従属性の概念は、このような「共犯成立の必要条件」と、「正犯要素の連帯性」という二つの側面を混同していたといえよう。特に韓国刑法学においては、制限従属性説が「違法は連带的に、責任は個別的に」という原則に相応しいものであるとし、正犯の違法性は共犯に完全に連帯すると理解するのが当然なこととして考えられてきた。このような考え方は、今でも疑問の余地がないものとして扱われている。しかし、なぜ、違法は連带的になるべきかについては、何の議論もされて来なかったといつてよい。

これに対して、近時、日本においては、制限従属性説に対して、違法は必ずしも連带的にしか考えられないものではないとする見解<sup>(57)</sup>がその支持者を増やしている他にも、共犯従属性概念に異なる二つの側面があるという点を示したものが<sup>(58)</sup>ある。これは、共犯における「違法の相対性」を認めない、厳密に言えば、それに関する議論がなかった韓国刑法学

において、思考の多様性という重要な契機となるだろうと思われる。そこで、続いては、制限従属性説に対する新たな見解と、共犯従属性概念の二つの側面について検討していくことにしたい。

## 2. 共犯従属性概念の再検討

### (1) 従来の制限従属性説

従来の制限従属性説は、およそ正犯が構成要件に該当し違法性を有しなければ共犯は成立しないという点が核心である。そこで、共犯成立のためには正犯行為が有責であることまでを要しないから、責任無能力者の行為に加功した者も共犯となり得るのである。制限従属性説が通説の座を占めたのは、極端従属性説によれば共犯成立において正犯の有責性まで必要とするため、責任個別化に相応しくなかったからである。つまり、極端従属性説によると、Aが刑事未成人者であるBに窃盗を教唆した場合でも、Bが刑事未成人者である限り責任が認められないので、Aは教唆犯として不可罰となつて処罰の間隙が生ずることとなるのである。<sup>39)</sup>

これに対し、制限従属性説からは、正犯行為が有責であることまでは要求されないであり、さらに刑事責任年齢に達していない刑事未成人者であっても、相当程度に規範意識を備え、自分の行為の犯罪的意味を十分に理解している者も存在し得るのであるから、そのような者を利用する行為は、教唆犯と解すべきであるとする<sup>40)</sup>。主に、制限従属性説からの極端従属性説に対する批判の骨子は、本来、責任は、反規範的な意思を形成した行為者に向けられた人的非難、つまり、構成要件に該当する違法な行為を行った行為者に対して、当該行為をなすべきでなかったとして、非難としての刑罰を科すことの正当性（非難可能性）を認めるために必要となる要件であり、その性質上、行為者ごとに個別的に判断されるといふことであるから、各行為者の責任はその固有の事情に応じて相互に独立に判断されるべきものであり、

したがって、共犯が正犯の有責性に従属すると解するのは妥当ではない<sup>(4)</sup>という点である。このように従来の制限従属性説は、「責任は個別的」であるが、「違法は連带的」であるとしたのである。

山口教授は、構成要件該当性や違法性は行為の客観的屬性を示すものであるとした上で、「構成要件該当性が存在しても、違法性が阻却される場合には、その行為は違法ではなく、刑法に関する限り禁圧・抑止の対象とならないのである。この意味では、正犯行為に構成要件該当性及び違法性が備わっていることは、そうした事態に背後から因果性を有する共犯の『二次的責任』を追及するために必須の要件である」とした。それは、構成要件該当性および違法性を行為の客観的屬性を持つものとして捉えるから、他人の適法な行為に関与したというのは、そのような構成要件該当性や違法性が認められないことを意味するのであって、その限り刑法の介入は要請されないと考えるからである。たとえば、YはAを騙してXに攻撃を加えさせ、それに対する正当防衛を利用してXにAを殺させた場合には、Xの行為が正当防衛として違法性を阻却する以上、XにA殺害を勧めたYの行為も違法性を欠くことになり、違法性を欠く行為に対する共犯は考えられなくなるのである。

したがって、従来の制限従属性説によると、正犯が構成要件に該当する違法な行為を行った場合には、刑法の介入が要請されることになると同時に、その正犯の違法性は共犯にそのまま及ぶこととなるから、各関与者の違法性は連帯することになるのである。

## (2) 制限従属性説に対する批判的検討

### 1) 制限従属性説と「違法の相対性」

制限従属性説は、極端従属性説との争いの中で、責任は個別的に判断されるべきであるという点において多くの支持

を得て、現在、通説的な地位を占めているのである。ところが、制限従属性説は「違法は連带的に」、「責任は個別的に」という原則の下に違法の連帯性を認めているが、なぜ、違法は相対的には考えられないのかについては、必ずしも明確であるとは思われない。つまり、違法の性質上、本来的に連帯すべきであるとするのであるのか、それとも、従来通説であつた極端従属性説が責任までも連帯するという点で大きな弱点があるため、責任までは連帯しなくても違法性までは連帯すると考えたのかは、一度考えるべきであると思われる。要は、違法は連帯すべきものであるのか、それとも相対的にも考えるべきものであるのかにあるといえる。

まず、従来の制限従属性説のような考え方を徹底すると、違法の相対性を認めないから、正犯が違法である限り、共犯は適法とはならないのであり、逆に、正犯が適法である限り、共犯は違法とはならないというのは周知のようである。はたして、各関与者の違法性の評価はすべての関与者において共通すべきであろうか。

平野博士は、共犯の処罰根拠との関係で、「制限従属性説は、共犯も、自己の行為によつて違法な結果を発生させたことについて責任を問われるものである、という考え方から出発する。正犯行為も、共犯からみれば、結果発生までの過程の一部に過ぎない。その過程および結果が違法でない場合には、共犯がそれについて責任を問われることもない。その意味で正犯の行為は違法でなければならぬ。しかし、正犯に責任があるかどうかは、正犯を処罰するかどうかを考えるについて問題にすればよいのであつて、共犯にとつてはどちらでもよいことである。共犯の責任の有無は、共犯自身について論じれば足りる。このようにして、正犯の行為が違法であれば共犯の行為も違法であるから、『違法は連带的である』ということができるが、正犯が責任がなくとも共犯には責任があることもあり、その逆のこともあるから、『責任は個別的である』といえる<sup>(83)</sup>」として、基本的に制限従属性説が妥当であるとした。しかし、平野博士も、例外的には正犯の行為が適法であるが、共犯の行為は違法であるということもあり得るとしたことは注目に値する。たとえば、

仮に正当防衛に防衛の意思が必要だとし、正犯者には防衛の意思があつたが、共犯者にはなかつた場合、厳密に言えば、共犯は、正犯の構成要件に該当する行為にのみ従属し、違法であるかどうかは正犯と共犯の各々について検討すべきであり、その意味では、最小従属性説が最も妥当であるとしたのである。<sup>64</sup>それは、制限従属性説を、違法は本来客観的なものであり、責任は主観的なものであるということからくる帰結として捉えたからであると思われる。つまり、違法は客観的であるから連带的であり、責任は主観的であるから個別的であるが、正当防衛における防衛意思などはあくまで主観的なものであるから、例外的には、その防衛意思などのような違法要素が各関与者ごとに個別的に判断されることもありうるのではないかと思われる。そこで、正犯者が違法であつても共犯者が不処罰になる場合や、その逆の場合があるということからすれば、制限従属性説が根拠としてよく用いる「違法性は正犯と共犯で連帯する」という命題も、正しくはないといえるであろう。<sup>65</sup>

## 2) 最小従属性説からの批判

このように、現在においては、違法要素の中にも行為者ごとに個別的に判断すべきものがあるという見解が有力となっている。その一つは最小従属性説である。最小従属性説は、基本的に「違法の相対性」を認めているといえよう。<sup>66</sup>たとえば、殺人を教唆したところ、正犯者が正当防衛として被害者を殺害した場合、制限従属性説（共犯が成立するために正犯の違法性が必要であると同時に、その正犯要素も連帯するといふものとして捉える場合）によれば、正犯が正当防衛として適法である限り、共犯は、違法とはならないはずであるが、最小従属性説によれば、違法性の判断は相対的であると捉えるから、正犯の正当防衛は共犯に及ばないことになって、共犯は違法となることもありうるのである。これに関して、前田教授は、直接の殺人行為が正当化され、その範囲で、刑法が殺人行為者への帰責を否定した結果が、

共犯者に帰責されるのは妥当でないとし、そのとき、共犯の教唆行為の違法性は、正犯より惹起された結果との関係で構成すべきであるから、正犯の正当化された結果を、その共犯者に対して帰責する必要はないとして、最小従属性説が妥当であるとしたのである。<sup>67)</sup>

最小従属性説の根底には、少なくとも正犯者が構成要件に該当する行為を行わなければ共犯者を処罰しないという意味がある。大谷博士は共犯処罰根拠との関係に言及され、この点に關し、「共犯は、正犯の実行行為を通じて、いわば、間接的に法益侵害・危険を惹起するところに処罰根拠があると解すべきであるから、この観点からすると、共犯が成立するためには、正犯の実行行為が存在すること、その実行行為によって法益侵害・危険が生じていること、これらの二つの要件が必要である」とした上で、共犯は、正犯が構成要件に該当し、法益侵害・危険を生じさせたことを要件に成立すると解すべきであり、正犯が違法であることを必ずしも要しないとしたのである。<sup>68)</sup>そこで、上記の例(殺人を教唆したところ、正犯者が正当防衛として被害者を殺害した場合)においては、正犯の実行行為はあり、その違法性は阻却されても法益侵害の結果は生じているから、それらに従属させ共犯の成立を認めることは可能となるのである。

大谷博士のこのような根拠は、違法性の本質を社会倫理規範に違反する法益侵害にあるとする違法二元論にある。つまり、結果無価値を徹底して故意を責任要素として考える立場からすれば、違法の連帯性を認めるのが筋なのであるのに対し、違法二元論の立場からは、主観的違法要素を認めるから、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事由を認めるのは当然の帰結となるのである。<sup>69)</sup>たとえば、結果無価値からすれば、共同正犯の一方について正当防衛が成立する以上は、その共同行為について法益侵害の結果が生じなかつたと評価されることとなり、他の共同正犯についても正当防衛を認めることになるのが自然な帰結であるが、違法二元論からすれば、共同正犯の一方の行為が正当防衛によって違法性が阻却される場合であっても、他の共同正犯者はそれに連動しないこととなるのである。それ

は、狭義の共犯においても同様である。つまり、違法二元論からは、正犯の違法性とは別個に共犯独自の違法性の判断を認めるから、正犯が正当防衛や正当行為などにより違法性が阻却される場合であっても、正犯の実行行為はあり、法益侵害の結果は生じているのであるから、それらに従属させ共犯成立を認めることが可能になるのである。<sup>20)</sup>

たしかに、共犯関係において、ある一方の違法性阻却事由が他の一方にまで連動して、全てが不処罰となるというのは、あまりにも不自然であり、不当であるといわざるを得ないと思われる。つまり、最小従属性説は、正犯が構成要件に該当し違法であってもその正犯の要素が他の関与者に連動して共犯の成立が肯定されるわけではないとすることや、逆に、正犯が構成要件には該当するが違法ではない場合にも共犯は認められうるとしたこと、要するに、責任のみならず違法性も個別的なものとして捉えるべきであるとしたという点においては、従来の通説的である制限従属性説がもつ「片一方の違法性の有無が他の一方に連動して罪責が左右される」という不当な結論を解決するにあたって、合理的な基礎を提供してくれるのであろうと考えられる。

### 3) 一般違法従属性説からの批判

最小従属性説は、少なくとも正犯行為が構成要件に該当することを必要としたのに対し、一般違法従属性説は、正犯行為の構成要件該当性さえ必要とせず、一般に単純な違法行為であればよいとする見解である。<sup>21)</sup>これは、間接正犯を否定する拡張的共犯論（あるいは限縮的正犯論）からの主張であり、公務員Aが妻Bに命じてCから賄賂を受受させた場合、Bを故意ある道具としAを間接正犯とする結論を避け、Bを収賄罪の幫助犯、Aを教唆犯とする結論を導くためにとられた主張である。<sup>22)</sup>また、この見解は、共犯処罰根拠を純粹惹起説の立場から理解し、共犯の処罰は、正犯の一般的な違法行為に属するものとして解する。つまり、最終的に違法な結果を惹起することが共犯の成立には不可欠であるか

ら、正犯が違法な結果を惹起していない場合には共犯も違法となることはないというのが、その理由である。<sup>(73)</sup>

本来、純粹惹起説は、共犯の構成要件該当性さえ正犯のそれから別個のものとして判断するから、共犯成立に前提となる正犯行為は構成要件に該当することを必要としないはずである。それによると、現行法上不可罰となっている過失器物損壊に対する教唆犯が肯定されうるし、医師の過失秘密漏示を教唆した看護師も可罰的となりうるのである。<sup>(74)</sup>さらに、違法性においても、共犯自らの違法な結果の惹起があれば足りるのであるから、違法性を阻却する行為に対する共犯も可能となるのである。このように、一般違法従属性説も、理論的には共犯関係にある各関与者の違法の相対性は認めているといえよう。しかし、共犯処罰根拠を純粹惹起説の立場から理解し、正犯行為の構成要件該当性さえ要しないという点は、賛成できないだろう。少なくとも共犯が成立するためには正犯の構成要件に該当する実行行為は前提として考えるべきであり、それと無関係に共犯の構成要件該当性を独立して判断するというのは共犯従属性概念上において相応しいものであるとはいえないであろう。この点につき、西田教授は、「共犯処罰という迂回路によって罪刑法定主義を潜脱するものであつて到底とり得ない見解である」と批判している。<sup>(75)</sup>

### (3) 判例の動向

#### 1) 制限従属性説の採用可能性を示唆した判例

従来、判例の立場については、たとえば、利用者が刑事未成年者である被利用者を利用した場合に、直ちに間接正犯の成立を認めたことから、極端従属性説に立っていたと<sup>(76)</sup>するのが一般的であった。そこでは、違法性が各人により個別に判断される余地があるかどうかについてまでは認識されてこなかったといつてよい。

しかし、最決昭和五八年九月二一日（刑集三七卷七号一〇七〇頁）以来、判例が極端従属性説をとっているとするとするに

は、その修正を余儀なくされることとなった。つまり、「日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度、顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて、自己の意のままに従わせていた一二歳の養女Aに対して、窃盗を實行するように命じてこれを行わせた」という事案につき、日頃の言動に畏怖し抑圧されている同女を利用した窃盗の間接正犯が成立すると判示した。この判例は、是非の弁別能力のある刑事未成人者を利用して窃盗を行った者について窃盗の間接正犯が成立するかどうかが問題の核心であったが、判例は、同女Aが是非善悪の判断能力を有する者であっても、被告人については窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきであるとしたのである。

しかし、以前の判例が要素従属性に関して極端従属性説に立ち、その帰結として刑事未成人者の利用を間接正犯としてきたのに対し、本決定は刑事未成人者を利用する行為のすべてではなく、決定が示す程度の強制を刑事未成人者に加えてその意思を抑圧して窃盗に利用する行為が間接正犯になるとした点が注目し値する。もし、本決定が極端従属性説を採ったのであれば、「是非の弁別能力」の有無は重要な事実ではなく、単に同女Aが刑事未成人者であれば、その他の事実を認定しなくても、それだけで被告人に間接正犯の責任を負わせるのがその理論的帰結となるはずであった。そこで、最高裁は、極端従属性説を放棄して、制限従属性説を採用するようになったのではないかと評価されたのである。<sup>17)</sup>それは、「畏怖し抑圧されている同女を利用した」という点から、刑事未成人者を利用する場合であっても、その者に是非弁別能力が備わっていれば、利用者の行為が間接正犯にならない場合がありうることを示唆したとみるためである。

しかし、この判例において、もし制限従属性説をとったとすれば、Aが構成要件に該当し違法な行為を行った以上、被告人は教唆犯になるはずであるが、結局は被告人の行為を間接正犯としたから、極端従属性説によっても説明が可能となったため、最高裁が制限従属性説を採用していると断定することはできなかった。<sup>18)</sup>けれども、本決定は、正犯の責

任の有無による要素従属性の問題として「共犯ではない」としたのではなく、本決定が示す程度の強制を刑事未成年者に加えてその意思を抑圧して窃盗に利用した行為が「正犯性」があるかどうかの問題として「間接正犯」になるという点に力点を置いているところは注目する必要があると思われる。つまり、共犯ではないから正犯になるわけではなく、その前に自己の犯罪行為としていえるかどうかという「正犯性の有無」を論じるのが筋であるということである。

この点につき、松宮教授は、「最高裁が一二歳の少女に窃盗を命じた被告人を窃盗罪の間接正犯としたとしても、真に『正犯』としての実質が備わっているのであれば、それは制限従属性形式と矛盾するものではない」とし、間接正犯の「正犯性」は、要素従属性の緩和とは別に論証すべきであるとしている<sup>89)</sup>。また、前田教授も「利用者Yが間接正犯たりうるかは、被利用者Xの行為が『構成要件該当性と違法性を有する』か『構成要件該当性と違法性と有責性を有する』かという形式論では決定し得ない。Yの『正犯性』の有無と要素従属性は本来別個の問題なのである。教唆と間接正犯の限界が争われる場合には、まず正犯性の有無、つまり『自己の犯罪行為』といえるかが問題となるのである。正犯性の基準は実質的には、『Yが犯罪の中心となっていたか』、『XがYにどの程度制御されていたか』などによって判断されなければならない」とし、教唆の成否は、正犯性が否定された後に論じるべきであるとする<sup>90)</sup>。このように本決定では、判例が要素従属性についてどのような立場を採用しているのかは明確ではない。

## 2) 制限従属性説を採用した判例

その後、最決平成一三年一〇月二五日（刑集五五卷六号五一九頁）では、被告人が是非の弁別能力のある刑事未成年者を利用して強盗を行った者について、被告人に強盗罪の間接正犯でなく、強盗の共同正犯を認めた。つまり、「被告人は、スナックの経営者C子から金品を強取しようと企て、長男B（一二歳）に対して、覆面をしエアークンを突きつ

けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるように指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人はBを説得し、犯行に使用するためにあらかじめ用意した覆面用のビニール袋等を交付した。承諾したBは、スナックに赴いた上、覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断によりスナックのシャッターを下ろしたり、同女をトイレに閉じこめたりするなどして、反抗を抑圧し、現金の入ったショルダーバックを強取した。被告人は、自宅に戻ってきたBからそれを受け取り、生活費等に費消した」という事案につき、「Bには是非弁別能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足りる程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂したことは明らかである」とし、強盗の間接正犯が成立するものとは認められないとしたのである。さらに、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対して犯行方法を教唆するとともに犯行道具をあたえるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得した」ということから、強盗の教唆犯ではなく共同正犯を認めた。

上記の最決昭和五八年九月二一日は、是非弁別能力の存在を前提に、刑事未成年者に対する一定の意思の抑圧を根拠にして、利用者に窃盗の間接正犯を認めたのに対し、この判例は、被告人の指示命令は意思の抑圧であるとはいえず、刑事未成年者であるB自らの意思により強盗を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂したとして、刑事未成年者であるBの正犯性を認め、被告人に強盗の間接正犯を否定したのである。つまり、刑事未成年者との共同正犯の成立については、共同正犯の共犯性の観点から、狭義の共犯と同じく実行者の有責性を不要とする制限従属性を前提にして、母親である被告人が強盗を計画し、長男Bに対して犯行方法を教唆し、犯行道具を与えるなどして実行を指示命令し、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことを、共謀共同正犯を認める根拠としているという点から、判例は制限従属性説を採用したとするのである。<sup>(4)</sup>

これに対し、十河教授は「要素従属性に関する諸説の考え方を共同正犯に当てはめると、極端従属性形式においては、共同正犯が成立するためには構成要件に該当する違法かつ有責な行為を共同して実行することが必要となるのに対し、制限従属性形式からは、構成要件に該当する違法な行為を共同して実行するときには共同正犯が認められ、さらに、最小従属性形式によれば、構成要件に該当する行為の共同があれば足りることになる」とし、本決定は責任能力者と責任無能力者との共同正犯を認めたものであるから、少なくとも極端従属性形式を採用したとはいえないとしながらも、そのことから同決定が制限従属性形式を採用したとも言い切れないとする。その理由は、実際、共同正犯において違法性阻却の有無が行為者ごとに異なる場合があったとした判例があることや、また、仮に判例が共同正犯について制限従属性形式を採用しているとしても、共同正犯における従属性の内容と狭義の共犯における従属性の内容とが一致する必要はないという点がそれである。つまり、後者については、日本刑法六〇条が共同正犯を「正犯とする」と規定しているため、共同正犯は本来的に正犯であると解することも可能であり、そこで従属性の内容につき狭義の共犯と共同正犯とは異なる考慮が働くとするべきであるから、本決定が責任能力者と責任無能力者との共同正犯を認めたことを理由に、判例が狭義の共犯についても制限従属性形式を採用していると解するには無理があるとするのである。<sup>83)</sup>

しかし、共同正犯は二人以上の者が共同して構成要件を実現するという意味においては、あくまで共犯であるということは否定できないのであり、ただ、狭義の共犯とはその犯罪類型が異なる性質を持つていないと解すべきである。したがって、共犯従属性の問題のみならず、共犯は何を共同するのかという「共犯の本質論」や、共犯は何故に処罰されるのかという「共犯の処罰根拠」の問題は、共同正犯と狭義の共犯においても共通の考慮が働くものとして捉えるべきである。要するに、共同正犯と狭義の共犯においても、構成要件に該当する「実行行為」の概念が重要な意義を持つのであり、また「実行行為」というものは、共犯本質論及び共犯の処罰根拠論、共犯従属性の問題においても重

要な意義を有するのであらから、共同正犯を正犯としてのみに捉え、従属性の内容が狭義の共犯とは異なると解するのは、共犯論の体系的な理解において妥当ではないと思われる。

いずれにしても、実際の判例が共同正犯において違法性阻却の有無が行為者ごとに異なる場合があることに注目すべきである。

### 3) 違法の相対性を示した判例

一方、共同正犯において違法性の判断は各関与者ごとに行うべきであるとしたものとして、最決平成四年六月五日(刑集四六巻四号二四五頁)の判例がある。つまり、「被告人Xは、Aに憤激しAの店に押しかけようと、友人Yとタクシ―で向かった。Xは、タクシ―の内でAに未必の故意を生じ、Yに『やられたらナイフを使え』と指示し、Yに同店の出入口に行かせ、自分は少し離れた場所に待機していたが、Yは店から出て来たAにXと間違えられ、いきなり激しい暴行を受けたので、Yは自己の生命身体を防衛する意思で、Aの殺害を決意し、Xと共謀の下に包丁でAを刺したところ、Aは死亡した」という事案につき、原判決では、Yについては、現場でAから暴行を受けたYが包丁の使用を決意し、その時点で被告人Xとの間に殺人の共謀が成立したが、Yには積極的な加害の意思はなく、Aの暴行はYにとって急迫不正の侵害であって、ただこれに対する反撃が防衛の程度を超えたものであるとして、過剰防衛の成立を認めただけで、被告人Xについては、Aの侵害を予期し、Aが攻撃してくる機会を利用して、Yが包丁を取り出しAに反撃を加えることを期待していたものと認められ、その結果としてのAの殺害をむしろ積極的に認容していたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだのであるから、AのYに対する暴行は被告人Xにとつては急迫性を欠くものであるとして、過剰防衛の成立を否定した。

そこで、被告人Xは、Yに過剰防衛が成立する以上、被告人Xにも過剰防衛が成立する旨を主張し上告したが、これに対し、上告審では、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれの要件を満たすかどうかを検討して決するべきであつて、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」とし、被告人Xには、積極的な加害の意思が認められるから、AのYに対する暴行は、積極的加害意思がなかつたYにとつては急迫不正の侵害であるとしても、Xにとつては急迫性を欠き、Yに過剰防衛を認め、Xについて認めなかつた原判決は正当であるとした。

この判例は、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否の判断方法が共同正犯者間で個別に行われることを判示した、最高裁の初めてのものであつて、「違法の連帯性」に問題を提起したともいえる重要な意味を有するといえるよう。つまり、本件でいう侵害の急迫性の要件は正当防衛に関するものでもあり、そこで過剰防衛と正当防衛に共通する要件であるといえるから、共同正犯における違法性判断の個別事情は、各関与者ごとに見ていくべきであるといふことを示したものであると評価できる。そうすると、たとえば、片一方が第三者に襲われて急迫であつたため正当防衛となるが、他方は急迫性が欠け正当防衛とはならない場合がありうるのである。

これに対し、過剰防衛の刑の減免根拠を責任減少にあるとする立場は、同決定を、当然の責任の個別性を認めたものとして解するから、違法の相対性は肯定しないのである<sup>85</sup>。しかし、過剰防衛の法的性質に関して、違法減少事由として捉えるか、責任減少事由として捉えるかは議論があるところであつても、少なくとも正当防衛については違法阻却しかなないのであるから、制限従属性説によれば、一方が正当防衛である以上は、他の一方も正当防衛とならざるを得ないだろう。この点につき、十河教授は、「同決定の基準によれば、共同正犯の内部において正当防衛の成否が相対化するこゝともあるはずである。そうだとすれば、過剰防衛の刑の減免根拠を違法減少に求めるか責任減少と解するかにかかわら

ず、同決定は共同正犯において各人の違法性阻却の有無を個別的に判断する余地を認めたものと見る<sup>(86)</sup>べきであるとしている。思うに、同決定が、違法性は必ずしも連帯するのではなく、相対的にも考えるべきであると評価できるものであるとすれば、従来の制限従属性説（共犯が成立するためには正犯の違法が必要であり、その正犯の違法が共犯にも連帯すると理解する場合）は、このような場合において全くその役割をし得ないといえよう。

また、共同正犯における各人の法的判断（違法の相対性）を示したものととして、最判平成六年二月六日（刑集四八巻八号五〇九頁）がある。つまり、被告人甲は、酩酊して通りかかったXが友人Y女の髪を引っ張る等の乱暴を始めたため、乙・丙らとともに暴行を加え、これを止めさせたが、なおXが悪態をつき応戦する氣勢を示しながら、Y女の髪をつかんだまま道路を横断し駐車場に移動したので、被告人らが追っていき、丙の制止を振り切った乙がXを殴打し転倒させて、Xが負傷した事案につき、「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なお一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」とした上で、「被告人に關しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、被告人に關して、これらを一連一体のものとして認めて、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第一審判決を維持した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認がある」と判示して、

甲を無罪とした。

この判決は、複数人が共同して防衛行為としての暴行および、侵害終了後にも、なお一部の者が暴行を続けた場合に於いて、侵害終了後に暴行を加えていない者について、正当防衛の成立を認めた事例として、上記の最決平成四年六月五日の判例の延長線上にあるといえる。つまり、この判決と、最決平成四年六月五日とは事案内容は異にしているが、共同正犯者ごとに犯罪成立の可否を検討すべきであるという立場を示した点においては共通性を有するのである。<sup>87)</sup>

以上からすると、判例は、少なくとも極端従属性説は否定しているという点に関しては、異論の余地はないといえよう。けれども、そうであるとしても、制限従属性説を採用しているとは言い切れない。共犯関係にある者の中で、一方の持っている如何なる犯罪成立要素が他の一方に連帯するかという問題、つまり、責任まで連帯するのか、違法性まで連帯するのか、構成要件要素が連帯するかという問題は別にしても、少なくとも、判例は、共犯関係において各関与者ごとに犯罪の成否を検討していく傾向であるとはいえるだろう。言い換えれば、共犯関係にある各人の法的判断の相対性、いわゆる「違法の相対性」を認めているともいえるのである。それを狭義の共犯について適用すると、正犯の如何なる犯罪成立要素が共犯に及ぶのかという問題は、判例からは明確には読み取れないが、少なくとも正犯が構成要件に該当する実行行為を行った以上は、共犯の成否は各人ごとにその違法性の判断を行うべきであると解することができると思われる。

したがって、判例からは、正犯が具備している如何なる要素が共犯に連帯すべきかという「正犯要素の連帯性」の問題は別にしても、共犯が成立するためには少なくとも正犯が構成要件に該当することは前提であり、また、それが備わったら違法性の判断は各関与者ごとに検討すべきであるということがわかるのである。後者の場合は、いわゆる「共犯成立の必要条件」の問題といえるのであるが、それは、「共犯成立の必要条件」とは、共犯が成立するためには正犯が

如何なる犯罪成立要素を具備する必要があるかの問題であつて、言い換えれば、正犯がある犯罪成立要素を備えているとき、はじめて共犯として論じうるといふ意味であるから、正犯が一定の犯罪成立要素を備えていると、次は共犯の成否が問題となり、当然法的判断は相対化されるのである。つまり、違法性が相対的であるのは、むしろ違法性固有の性質として理解すべきであるといえよう<sup>88)</sup>。

おもうに、共同正犯における判例のこのような立場からすると、制限従属性説を採用しているというには無理があり、むしろ最小従属性説を採つていともいえるのではないかと思われる。

#### (4) 共犯従属性概念の二つの側面

上記で述べたように、共犯従属性に関しては、主に極端従属性説と制限従属性説とが対立し、現在の通説的な地位を占めているのが制限従属性説である。けれども、制限従属性説を徹底すると、適法行為を利用して法益を侵害する者を共犯として不可罰にしたり、正犯が違法であるから共犯が適法とはならないという不合理性は否定できなくなる。それは、制限従属性説の意味を、正犯が構成要件に該当する違法な行為を行えば、常に正犯の違法が共犯に及ぶという考え方がその原因であるといえる。

しかし、共犯の従属性の問題は、①正犯が一定の犯罪成立要件を具備していなければ共犯は成立し得ない、言い換えれば、共犯として論じられるためには、少なくとも正犯に一定の犯罪成立要素が必要であるという形で理解すべきであつて、単に正犯に備わっている要素が共犯に連動するといふ意味ではないと解すべきである。さらにまた、②正犯に一定の要素が具備され、共犯として論じられることになつたとしたら、次は正犯の具備している犯罪成立要素の中で、如何なる要素が共犯に連帯すべきであるかが問題となるのである。①の場合が「共犯成立の必要条件」の問題であり、②

の場合が「正犯要素の連帯性」の問題である。

この点につき、松宮教授は、要素従属性の問題を、共犯成立において正犯は如何なる犯罪成立要素を備えなければならないのかという「共犯成立の必要条件」と、そのような正犯要素の中で如何なる要素が共犯に連動するかという「正犯要素の連帯性」としての従属性とに区別すべきであるとする<sup>89)</sup>。但し、同教授は、一般に承認されてきたM・E・マイヤーの四つの従属形式の中で、誇張従属形式を他の従属形式と質が異なるものとして理解するところに特徴がある。つまり、誇張従属形式を、正犯の人的な加重加減の事情も共犯の処罰に影響を及ぼすとしたマイヤーの定義にしたがって、正犯の「身分」等の要素が共犯処罰に連帯ないし連動作用をもつという意味としての「正犯要素の連帯性」の問題であるとするのに対し、最小従属形式・制限従属形式・極端従属形式は、いずれも、共犯成立に必要な正犯の要素を述べたものとして捉えるのである。そこで、両概念を区別せず論じることになると、「共犯成立の必要条件」の議論として論じられたことが「正犯要素の連帯性」の議論と混同されることになる。なぜなら、「共犯成立の必要条件」としての極端従属形式と制限従属形式の争いは、共犯成立に正犯の責任（責任能力など）を要するかという場面であるにもかかわらず、「極端従属性説によれば、正犯の責任（責任能力など）が共犯にまで連帯するから不当である」というような「正犯要素の連帯性」が論じられることになるなど、的はずれの批判がなされるからである<sup>90)</sup>。

また、十河教授も、共犯従属性概念に二義的な意味があることを示した松宮教授の指摘は、これまでの共犯従属性概念の混同において重要な意味があると評価しながら、共犯成立の必要条件の問題は要素従属性の問題であり、正犯要素の連帯性の問題は罪名従属性の問題を含むものであるとしている<sup>91)</sup>。

いずれにしても、両教授の見解は、共犯従属形式の問題を、正犯が一定の犯罪成立要件を充たさなければ共犯が成立し得ないという、消極的な形で理解すべきということである。ということは、正犯がそれぞれの要件を備えた場合に、

それらの要件が共犯においても当然に共通になるということの意味するものではないといえよう。たとえば、極端従属性説は、共犯が成立するために、言い換えれば、共犯として論じるためには正犯の行為は有責性まで備えている必要があるということにすぎず、正犯が有責であれば共犯もそれに連帯して有責になるわけではないという、すなわち「責任連帯性」を意味するものではないのである。ここでの「正犯の有責性」は、共犯成立の必要条件の一つに過ぎないものである。<sup>(48)</sup>

また、共犯従属性概念をこのように考えると、制限従属性説は、共犯として論じるためには正犯の行為は違法性まで備えている必要があるということにすぎず、正犯が違法であれば共犯もそれに連帯して違法になるわけではないという、「違法の連帯性」を意味するものである。さらにまた、最小従属性説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当する必要があるということにすぎず、正犯が構成要件に該当すれば共犯もそれに連帯して構成要件該当性が認められるわけではないという、「構成要件該当性の連帯」を意味するものではないのである。

それでは、共犯従属性概念を「共犯成立の必要条件」と「正犯要素の連帯性」という二義的なものとして捉えるとき、どの従属形式が妥当であつて、また、正犯の如何なる要素が共犯に連動すべきであろうか。それは、共犯の処罰根拠と密接な関係があるといえる。なぜなら、共犯が成立するためには正犯が如何なる犯罪成立要素を備える必要があるかの問題は、共犯を処罰するためには正犯が如何なる犯罪成立要素を備える必要があるかということであり、また、共犯成立にあたって、正犯が具備している如何なる要素が共犯に連動するのかの問題は、共犯処罰にあたって、正犯が具備している如何なる要素が共犯に連動するのかの問題にはかならないからである。つまり、共犯成立のために論じられる共犯従属性の問題は、共犯の処罰根拠から導き出される一局面であるといえよう。そこで、続いては、共犯の処罰根拠をいかに捉えるべきであるかを検討すると同時に、共犯従属性の概念にも関連させ検討することにする。

### 3. 共犯の処罰根拠と共犯従属性

共犯の処罰根拠を論じる前に、それぞれの共犯現象の中で、不合理な結論が出る場合はないかを、一度考えるべきであろう。共犯関係は、常に一方の違法な行為のみに関与するものではなく、場合によっては適法行為に関与して自己の望む犯罪の実現もできるのである。たとえば、自己の犯罪実現のために一方の正当防衛を利用した場合であっても、それを利用した者は処罰に値するといえよう。この場合、処罰されない者を利用するとして、間接正犯として論じるのが一般であるが、このような場合において、常に正犯として扱うのは正犯の範囲を拡張することになるといえよう。したがって、適法行為を利用した違法行為は共犯としても論じられ得ることを認めるべきであり、また、そのような場合においても、妥当な処罰根拠は何かを意識しながら共犯の処罰根拠を検討すべきである。

#### (1) 共犯の処罰根拠に関する議論

##### 1) 責任共犯説

この見解は、共犯の処罰根拠を、共犯者が正犯者を堕落させて、責任と刑罰に巻き込ませたという点に求める<sup>(95)</sup>。すなわち、刑事責任を有する犯罪者を作り出すという点に処罰根拠があるとするのである。そのため、正犯の行為が構成要件に該当し、違法かつ有責な場合にのみ共犯は処罰されることになる<sup>(94)</sup>。つまり、共犯というのは、完全な刑事責任を負担する正犯から、その犯罪性や可罰性を借用するものであるという考え方を基礎としている<sup>(96)</sup>。

この説は、教唆犯を中心に構築された理論であって、その代表的な学者として Hellmuth Mayer が挙げられる。H. Mayer は、教唆者は一方では法益を、他方では正犯者を侵害することによって、「二種の方法」で罪を犯すとする<sup>(96)</sup>。つまり、犯罪行為を惹起し、かつ、正犯者を誘惑したとするのである。そして、「教唆者の法益に対する侵害は殺人を行

ったといえるほど強くないかもしれないが、いずれにせよ、彼は殺人者を作り出したのである」から「教唆者は正犯と同一の程度の責任を負うのである」とした。<sup>97</sup>

この説は、正犯の行為が構成要件に該当し違法かつ有責であることを前提とするものとして、一九四三年の改正前のドイツ刑法五〇条の解釈において通説であった「極端従属性説」と結びついた理論である。しかし、一九四三年の改正によって、五〇条一項に「数人が一つの所為に関与したときは、各々は、他人の責任を考慮することなく、自己の責任に応じて処罰される」という責任の個別性を宣言した規定を設けたこと、また、教唆犯・幫助犯に関する改正前の旧刑法四七条（現行刑法二六条）と四八条（現行刑法二七条）も、従来の「可罰的行為」、「重罪または軽罪」という文言から「刑を科せられた行為（mit Strafe bedrohte Handlung）」と改正され、共犯の制限従属性形式を採用することとなって、極端従属性形式を基礎とする責任共犯説はその存立がし難くなった。

現在、責任共犯説を支持する見解はほとんどないといつてよい。この説によると、たとえば、嘱託殺人を依頼する被害者は、嘱託殺人者を責任と刑罰に巻き込ませたといえるから、被害者であっても、嘱託殺人の教唆犯として扱われることになる。<sup>98</sup> また、日本における未成年者飲酒禁止法一条三項、三条は営業者が相手方を未成年者だと知りながら酒を販売する行為を五〇万円以下の罰金で処罰するが、この説によれば、販売を依頼した未成年者にも同罪の教唆犯が成立することになる。<sup>99</sup> けれども、嘱託殺人罪における嘱託を依頼した者と未成年者飲酒禁止法における未成年者などは、いずれも被害者であって、犯罪の主体たり得ないというのが自然であろう。にもかかわらず、他人を責任と刑罰に巻き込ませたから、共犯が成立するというのは、あまりにも非常識であるといえよう。

さらに、正犯と共犯の客観的違いを重視する制限的正犯概念の下では、共犯者の処罰根拠を十分に説明できないのであり、また、共犯行為と正犯の実行の間には、条件関係が必要であるにもかかわらず、<sup>100</sup> もっぱら共犯者が責任と刑罰に

巻き込まれる犯罪者を作り出したがゆえに処罰されるとするのは、今では採用できないものといえる。<sup>102</sup>

## 2) 不法共犯説

不法共犯説は、共犯者が、正犯に構成要件に該当する違法な行為を行わせたから罰せられるところに共犯の処罰根拠があるとする見解である。<sup>103</sup>つまり、共犯者は、正犯者を違法な行為へと誘致したり、正犯者を支援する点に処罰根拠を求めるのである。また、この見解は、共犯者は、正犯をして社会的に耐え難い行為を惹き起こしたがゆえに、あるいは、正犯の行為無価値性を惹き起こしたがゆえに処罰されるとして、行為無価値惹起説ともいう。<sup>104</sup>正犯行為の反倫理性・行為無価値性を重視する点から、最終結果との因果性を重視する惹起説に比べ、行為無価値的であるとする。<sup>105</sup>

不法共犯説は、ドイツにおいて責任共犯説が支持を失うと同時に、極端従属形式が放棄され、制限従属形式が採用されることになったので、その制限従属形式と調和するように、責任共犯説を修正する見解として現われたものである。そこで、正犯が有責な行為を実現することまでは要しないから、一般に制限従属性説と結びついていると説明されるのである。<sup>107</sup>不法共犯説の代表的な主張としては、六〇年代後半のスイス刑法学者であるTeichselの「社会的統合解体説 (Soziale Desintegrationsstheorie)」、<sup>108</sup> Welzelの「人的不法論 (Lehre von personalen Unrecht)」<sup>109</sup>などが挙げられる。

まず、Teichselは、教唆者は教唆によって他人を「社会的統合解体」に至らしめる意図として、故意に構成要件に該当する違法な行為を惹起するから処罰されるとする。<sup>110</sup>つまり、共犯の不法は、共犯が刑法各則の構成要件の背後にある禁止に違反することではなく、むしろ正犯の社会的統合を解体することによって法的平和を害することにあるとするのである。<sup>111</sup>このような不法共犯説の特徴は、従来の責任共犯説が正犯を責任まで陥れることまで要求したのに対し、正犯を不法に陥れることで足りるとして、制限従属性説との調和を試みたことや、共犯規定の保護法益を、各則構成要件の

法益ではなく、法的平和という正犯者の社会統合と解する点である<sup>11)</sup>。しかし、社会統合解体説によると、正犯者は、通常の共犯事例では、自己答責的に自己の社会統合解体という自己危殆化を行ったことになるが、そうだとすると、それへの関与は、自己答責的な自己危殆化への関与として不可罰になってしまう<sup>12)</sup>。

また、Weizelは、共犯の処罰根拠を「共犯者が正犯者を責任と刑罰に至らしめたこと(いわゆる責任共犯説)にあるのではなく、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指示(Bestimmen)によって誘発し、またはそれを促進したことにある」とした<sup>13)</sup>。さらに、目的的行為論を基礎として、犯罪行為とは、人的不法の意味での違法行為であり、共犯者はその社会的に耐えがたい行為の成立に故意的に関与したから処罰されるとした<sup>14)</sup>。そしてWeizelの見解を継承したStratenwerthは、基本的に目的的行為論を採用して人的不法概念と行為無価値の重要性を強調し、agent provocateurの場合について、agent provocateurの行為は、もとより、未遂がすでに刑法上重要な不法を有している限りで、責任共犯説の観点においてのみならず、不法共犯説の観点においても当罰的不法として現われ、他方、かかる不法は、行為無価値にのみ存し、従って共犯者から見れば、共犯をも特徴づける法益に対する(間接的)攻撃は欠落するとした<sup>15)</sup>。すなわち、共犯の可罰性の決定基準を正犯行為の結果ではなく、行為不法への加功に求めるのである。彼によれば、共犯の処罰根拠は、共犯者自らが刑法各則において保護されている諸規範に違反するのではなく、他人にその規範に違反するよう誘発したり、またはその者を援助する点のみにあるとするのである<sup>16)</sup>。

不法共犯説は、正犯者は法益を侵害したがゆえに処罰され、共犯者は違法行為者を作り出したがゆえに処罰されると考えるのであるから、正犯と共犯とは、犯罪の性格そのものが質的に異なるという点においては、責任共犯説と同様である<sup>17)</sup>。そこで、上記の例(嘱託殺人を依頼した被害者、未成年者飲酒禁止法一条三項、三条における営業者に酒を販売するよう依頼した未成年者)において、いずれも被害者であって、犯罪の主体たり得ない者が共犯となるのである。

しかし、他人にとって違法な行為を行わせたから共犯が成立するというのも、責任共犯説と同様に、あまりにも非常識であるといえよう。<sup>18)</sup>

思うに、正犯の行為無価値の惹起だけで共犯の不法を根拠づけるのは妥当ではない。不法は行為無価値と結果無価値という両者が存在するからこそ、基礎付けられると解すべきであり、それは共犯においても同じく理解されるべきであろう。共犯者の可罰性は、構成要件に該当する法益侵害、あるいは危殆化の実現に関与したか否か、また、その関与の程度が如何なるレベルであるかによって判断されるのであり、それは、共犯も正犯が違反した刑罰法規に従って処罰されるということから明らかであるといえる。もし、結果無価値を不法から排除することになると、法益侵害を不法内容とする刑法観から離反し刑事責任の基本原則を崩すだけでなく、刑法が心情刑法となって、明確ではない社会倫理的な側面を個人に強制する結果を招来し、法治国家の理念に反するという批判<sup>19)</sup>を免れ難くなるであろう。

したがって、共犯の無価値内容は、共犯者自らが構成要件に該当する法益侵害、またはその危殆化の実現を、正犯者を通じて追求し、正犯者が犯罪の実行に着手することを前提とし<sup>20)</sup>(間接的な法益侵害)、共犯も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べきである。こうして、不法共犯説は共犯の処罰根拠を基礎づけるものとして妥当なものではないといえよう。

### 3) 因果的共犯論

因果的共犯論とは、共犯は、他人によって引き起こされた法益侵害・危険と因果性を有するから処罰されるという考え方である。すなわち、共犯者は、他の犯罪関与者を介して間接的に法益侵害・危険を惹起したから処罰されると解するのである。それゆえ、ここでは、侵害された法益が共犯者自身に対して保護されているということが必要となる。因

果的共犯論は惹起説とも言われるが、その内部においても三類型が挙げられる。つまり、惹起説を純粹に貫徹させる純粹惹起説、惹起説を修正させる修正惹起説、純粹惹起説と修正惹起説を折衷した混合惹起説がそれである。

### ① 純粹惹起説

この見解は、共犯は正犯の不法とは関係なく、「共犯それ自体の不法」、つまり独自の「共犯構成要件」を実現したという点に処罰根拠があるとす<sup>(12)</sup>。共犯不法の独立性を主張し、違法の相対性（違法の個別的把握）を認めるとして、独立性志向惹起説ともいう。

その代表的な学者としては、Lidén<sup>(13)</sup>が挙げられる。彼は、共犯領域において従属的な思考を排除し、共犯者は自己の不法と責任によつて処罰されるとしたのである<sup>(14)</sup>。まず、共犯従属性については、共犯が関与する特定の行為が存在しなければならぬという「事実的依存性」を意味し得るにすぎないとするのである<sup>(15)</sup>。ちなみに、共犯は、単に正犯メルクマールを具備していないだけであり、正犯は、共犯と結果を媒介する事実上の存在でしかないことになるため、共犯の従属性は事実上の依存関係と位置づけられ、従属性それ自体が一種の処罰条件となるということである<sup>(16)</sup>。そして、彼は、共犯者が自己の不法、つまり他人から導かれたものではない不法に対して責任を負うということが、他ならず共犯も構成要件に該当して行為することを意味し得る点であつて、従つて、正犯が構成要件に該当して行為することだけでは不十分であり、法益侵害が共犯者においても構成要件に該当するという点が重要であるとした<sup>(17)</sup>。そのため、共犯構成要件の確定においては、刑法各則の構成要件を分析することによつて、如何なる構成要件要素が共犯者に対して妥当するかを検討する必要があるとしたのである<sup>(18)</sup>。とりわけ、構成要件上の法益が共犯者に対しても保護されているか否かという点に着目するのである。

純粹惹起説の特徴は、侵害の対象となる構成要件上の法益は正犯による侵害から保護されていることではなく、共犯による侵害から保護されなければならないとして、構成要件による法益保護の相対性を認める点、また、共犯を従属的犯罪と捉えず、共犯は正犯から完全に独立した固有の犯罪と捉え、共犯自らも正犯と同様に各則構成要件を充足するという点、さらに、正犯は、その不法が共犯不法を構成する規範的存在としてではなく、共犯不法とは無関係な、事実的な存在にすぎないという点であるといえよう。

しかし、このような見解によると、解釈上、重要な帰結をもたらすことになる。つまり、構成要件上の法益が共犯者に対して保護されているか否かという「構成要件による法益保護の相対性」を認めるから、もし、共犯者に対しても保護されている場合には、たとえ正犯行為を欠く場合であっても、共犯の処罰は可能となるのである。たとえば、自殺への共犯の場合において、自殺者の生命は自殺者に対しては保護されておらず、自殺者は構成要件を実現しないけれども、共犯者に対しては自殺者の生命は保護されているから、共犯としてその侵害に関与すれば処罰されることになるのである。というのは、正犯行為に構成要件該当性がなくとも共犯は成立することになるということの意味する<sup>(12)</sup>。また、真正身分犯の共犯の場合においても、非身分者は身分犯の不法を自己の不法のみで充足することはできないから、非身分者に真正身分犯の共犯は成立しないことになるのであるが、それは、真正身分犯に対する非身分者の共犯の可罰性を認めている現行刑法と矛盾してしまうのである<sup>(13)</sup>。この点につき、Luderssenは、自己の立場に反して、共犯の不法が正犯の不法に片面的に拘束されるとして、真正身分犯の共犯の可罰性を認めた。すなわち、身分者と非身分者との区別は、純粹に事実的な性質のものであるとして、非身分者も身分者の純粹事実的な行為を要件として法益を侵害できるとしたのである<sup>(14)</sup>。

もつとも、純粹惹起説は、一般に共犯が不可罰と解された場合（たとえば、被害者の関与など）においても、共犯の

独自性を強調し、共犯固有の法益侵害の観点から説明した点は、功績として評価すべきであろう。そして、自己の犯罪実現のために一方の正当防衛を利用した場合のような、処罰されるべき者を、その固有の法益侵害の観点から説明しようとしたことの意義は認めるべきである。

にもかかわらず、実際、純粹惹起説に対しては、方法論上の問題や現行法との矛盾という指摘がなされ、現在においては少数説にとどまっている。思うに、この見解は、共犯処罰にあたって、正犯が有責であれば足りるとか、違法であれば足りるといふ、従属性理論で事足りるとした従来の共犯論に思考の喚起を付与したといえる。しかし、共犯の法益侵害を正犯の法益侵害から完全に独立して主張したあまり、正犯の構成要件該当性がなくとも共犯が成立しようとした点は、批判を免れ得ないであろう。したがって、この見解を一貫させることも困難であろう。

## ② 修正惹起説

この学説は、共犯の従属性が前面に出て、共犯不法の根拠・程度は正犯不法によって決定されるとする見解であり、その共犯の不法が正犯不法に従属するという点で従属性志向惹起説ともいう。すなわち共犯者が処罰されるのは、正犯の行為を誘致・促進したからであり、共犯の不法は、正犯の不法に従属しているとするのである<sup>(13)</sup>。純粹惹起説は、理念型として、主に行為無価値型の違法の相対性を認める見解であるのに対し、修正惹起説は、共犯の独自の不法要素を承認せず、違法の連帯性を強調するものである。したがって、法益侵害はすべての関与者にとって共通の事実であるから、違法性の本質が法益侵害・危険に尽きるとすると、違法性の評価が人によって異なることはない<sup>(14)</sup>と解するのである。そして、共犯の本質は刑法各則の構成要件に含まれている禁止・命令を、共犯者自らが侵害する点にあるのではなく、むしろ自らでは侵害し得ないという点にあるとするのである<sup>(15)</sup>。

もつとも、この学説は、純粹惹起説の登場以前から最近に至るまでドイツの通説とされてきた見解であり、判例においてもライヒ裁判所 (Reichsgericht) の時代から採用されたものである。<sup>(84)</sup> この見解を主張した代表的な学者としては、Jescheck, Maunach<sup>(85)</sup>が挙げられる。

Jescheckは、共犯者自らは犯罪構成要件に含まれている規範を侵害するのではなく、正犯者の規範侵害に関与するという点に共犯者の不法があるから、共犯の処罰根拠は「共犯者が構成要件に該当する違法な行為を事実的故意の喚起によって招来し、または、助言や所為によって援助し、自ら有責に行為する」<sup>(86)</sup>という点にあるとする。したがって、「共犯者の所為の不法は、正犯行為の不法の根拠・範囲に依存せざるを得ない」とし、「共犯はその不法を、自己の中に担うのではなく、他人の所為を促進することから受け取る」とするのである。また、Maunachも、共犯の処罰根拠を、他人の不法の誘発あるいは援助に求めようとした。つまり、「共犯は、独立した構成要件ではなく、単なる関係概念である。共犯は、一定の所為との関係によって、その所為に依存する概念になる。いわゆる共犯の従属性は、共犯者の責任の可能性が、正犯行為によって充たされなければならない一定の条件に依存するという点に現われる」としたのである。このように、共犯の従属性によって、共犯の不法内容を、正犯行為から受け取るという構造をとったのである。

一方、ドイツの判例も、ライヒ裁判所時代から、修正惹起説の立場を採っている。ライヒ裁判所は、責任共犯説を否定し、惹起説を採用することによって、共犯者の故意が犯罪の既遂に結びつかねばならないとする一方で、正犯の法益侵害があれば、共犯からみても違法であると解しており、法益侵害が正犯からみて違法であることだけを要求したのである。<sup>(87)</sup> さらに、連邦裁判所の判例もライヒ裁判所の立場を維持し、責任共犯説を否定し、共犯の処罰根拠を刑法各則で保護されている法益の侵害惹起にのみ求めており、その際、法益侵害がただ正犯者からみて違法であれば十分であるとされた。<sup>(88)</sup>

この見解は、従属性を強調することによって、純粹惹起説が招来した現行法との不一致は回避されたという点や、従属性原理の基礎にある構成要件の明確性にも適合するという点からは、良い評価が受けられるといえよう。けれども、この見解によると、正犯不法に従属して共犯不法が発生すると理解し、正犯が適法である以上、共犯は処罰されないと考えるから、共犯として処罰に値する者の共犯成立が認められなくなる。つまり、自己の犯罪実現のために正犯の正当防衛を利用した場合であっても、それを利用した者は、正犯の行為が正当防衛として適法である以上、共犯として処罰に値する者であっても、その成立は否定されることになるのである。

また、この見解によると、共犯者が犯罪被害者であっても、正犯が違法である限り共犯として可罰的となるはずである。ところが、正犯不法の惹起があると、必ずしも共犯にとって違法な事態の惹起があるとはいえない。たとえば、死ぬことを望んでいるXがYに対し自己の殺害を依頼し、YがXに対する殺害行為を実行したが、Xが生き残った場合、Yは囑託殺人罪の未遂犯の罪責を負うはずであるが、被害者Xはその教唆犯とはなり得ないのであろう。この例につき、井田教授は、「Yにとっては違法な事態が生じており、これを理由にYを処罰することは可能であるが、Xにとつてみれば、違法な事態が存在せず、これを根拠にXを共犯として処罰することはできない」とし、正犯不法の惹起は共犯処罰の必要条件ではあっても、十分条件ではないとする<sup>④</sup>。

このように、修正惹起説は、共犯の従属性を前面に置いて、共犯不法の根拠・程度は正犯不法によつて決定されるとし、共犯の独自の不法要素を承認しない見解である。そこで、人によつて違法評価が異なることを否定し、一方が違法であれば、他方も違法となり違法は連帯することとなるのである<sup>⑤</sup>。この見解の中核である「違法の連帯性」を徹底すると、真正身分犯の共犯の可罰性は説明しやすくなる利点はあるが、処罰に値する者の共犯成立を否定することや、被害者が共犯として処罰されることなど、理論的な欠陥も持っている。つまり、修正惹起説は、違法の連帯性を貫徹させ

るため、従属性の根拠づけを放棄しているものであり、あまりにも一面的に、共犯の不法を正犯の不法に依存させるため、共犯の独立した不法の存在をまったく看過する誤りを犯しているといえよう。

さらに、この見解を制限従属性説と結び付けて説明する際においても、上記で述べたように、共犯の従属性にあたっては、「共犯成立の必要条件」と「正犯要素の連帯性」とに分けて考えるべきである。すなわち、違法の連帯性を全面に認める修正惹起説において、制限従属性説が支持されるとしても、正犯の不法はあくまで共犯が成立するために必要な条件として、言い換えれば、共犯として論じられるためには少なくとも正犯の不法が必要であるという消極的な意味として捉えるべきであり、また、正犯がその一定の犯罪成立要件（違法性）を具備していれば、その中で如何なる要素が共犯に連動すべきであるかという「正犯要素の連帯性」が問題になると解すべきである。したがって、修正惹起説と制限従属性説とを結び付ける場合においても、正犯が違法であるがゆえに共犯の処罰が根拠付けられると解することは避けるべきである。ところが、制限従属性説をこのような意味として捉えても、はたして共犯成立にあたって、正犯の違法性まで必要であるかという問題と、如何なる正犯要素が連動すべきかの問題は、別の問題である。この点に関しては後述する。

### ③ 混合惹起説

この見解は、純粹惹起説と修正惹起説の一面性を止揚し、共犯の不法は共犯固有の法益侵害と、正犯の不法から導き出される従属的要素の混合によつて、構成されるとするものとして、最近、ドイツにおいてその支持者を増やしている<sup>(16)</sup>ほか、日本においても多数説の地位を占めつつある<sup>(17)</sup>。つまり、共犯不法は正犯不法に対して、一部従属一部独立していると解するのであり、<sup>(18)</sup>正犯の法益侵害に一部従属させるとして従属的法益侵害説ともいう。この学説を代表する学者と

しては、Roxin, Samsonなどが挙げられる。

まずRoxinは、法律上の共犯は共犯者が彼に対しても保護されている法益を侵害した場合にのみ存するとして、共犯処罰の根本的な基礎を限定するのは法益侵害であり、したがって、法益侵害は共犯不法の独立した要素であると指摘する。<sup>(17)</sup>つまり、構成要件上の法益は共犯者による侵害から保護されていなければならないということであり、それは純粹惹起説にいう共犯固有の不法と同様である。たとえば、死ぬことを望んでいるXがYに対し自己の殺害を依頼し、YがXに対する殺害行為を実行したが、Xが生き残った場合、被害者Xはその教唆犯とはなり得ないのである。なぜなら、「他人」の法益の侵害のみが刑罰の対象とされており、間接的な自己侵害は法益侵害ではないからである。<sup>(18)</sup>このように、彼は、正犯自体が可罰的不法を実現していても、関与者は不処罰であり得るから、共犯不法をもつばら従属性原理によって正犯不法から導くことは妥当ではないのであり、むしろ共犯の不法は、共犯者も自らに対して保護されている法益を侵害しなければならぬという限りで、正犯の不法から独立しているとするのである。<sup>(19)</sup>

一方、Roxinは、共犯の不法は本質的に正犯の不法を通じて決定されると主張し、さらに、その依存性は共犯処罰にとつて法的に決定的であつて、正犯者の所為の不法が共犯の不法を限界付けるとしている。<sup>(20)</sup>そこで、共犯の不法はもつばら正犯不法から引き出されるのでも、正犯不法から完全に独立しているのでもないのである。すなわち、共犯の不法は、一部は正犯不法の従属によつて、一部は独立の要素によつて、根拠付けられるということである。<sup>(21)</sup>

また、Samsonによつて、共犯者は、各則の構成要件上保護された法益を侵害するがゆえに処罰されるのであるが、法律上、あらゆる因果的な法益侵害行為がすべて共犯となるわけではなく、共犯者は違法な正犯行為を経て法益を侵害する場合にのみ共犯者として責任を負うとする。<sup>(22)</sup>彼は、共犯者が惹起する法益侵害と正犯者の法益侵害行為とを結合させ、一方で共犯も構成要件上の保護法益への侵害として禁止され、他方で共犯の不法は正犯の不法を前提とするとした

のである。つまり、共犯が成立するためには、共犯者が自ら法益を侵害したといわざるを得ないのであり、その限りで共犯の不法は正犯の不法から独立しているのである。<sup>15)</sup> SamsonはRoxinのように、共犯不法を「一部従属・一部独立」と捉えて、根拠付けている。

このように、混合惹起説は、共犯の不法を一部分は正犯行為から、一部分は共犯の固有の法益侵害から導くことにより、純粹惹起説と修正惹起説の一面性を回避したといえよう。純粹惹起説は、正犯行為を欠く場合であっても、共犯の処罰は可能となるしたが（たとえば、自殺への共犯の場合において、自殺者の生命は自殺者に対しては保護されておらず、自殺者は構成要件を実現しないけれども、共犯者に対しては自殺者の生命は保護されているから、共犯としてその侵害に関与すれば処罰されることになるとしたが）、それに対し、混合惹起説は、その前提として正犯不法の存在を要求するのである。すなわち、純粹惹起説のような共犯固有の法益侵害の観点も重視すると同時に、修正惹起説の強調する従属性の原理も重視して、共犯処罰を根拠付けるのである。

思うに、刑罰は、処罰されるべき者の「固有の不法」を要件とするのである。それ故に、共犯も刑罰に値する者であるといえるのであって、それなりの不法を要件とすべきである。また、その不法とは、行為無価値と結果無価値のいずれかの一面だけで構成されるものでなく、両者が具備されたからこそ不法となる。したがって、共犯の不法において、純粹惹起説のように、行為無価値の側面からそれを根拠付けることや、修正惹起説のように、結果無価値の側面からそれを根拠付けることは、基本的な思考として妥当ではないと思われる。そこで、共犯不法の行為無価値は、共犯の教唆・幫助行為によって正犯の構成要件に該当する法益侵害の惹起を志向するという点にあり、一方、共犯の教唆・幫助行為のみでは法益が侵害され得るのではなく、正犯の構成要件に該当する実行行為によって始めて、法益侵害が招来されるのであるから、共犯不法の結果無価値は、正犯の結果無価値に従属すると解すべきである。このような行為無価値と

結果無価値の両者を重視する混合惹起説は、共犯の処罰根拠論として最も優れた見解であると考えられる。

混合惹起説を支持する山口教授は、正犯は「一次的責任」が問われる犯罪遂行形態であり、共犯は「二次的責任」としての性格を持つのであるから、正犯に構成要件該当性及び違法性が前提であるとす<sup>156</sup>。ちなみに、一次的責任者である正犯に構成要件該当性及び違法性が認められないと、刑法が介入して禁圧すべき状態は生じていないのであるから、正犯行為が構成要件に該当し違法であることが、共犯成立要件として要求されるということである<sup>157</sup>。その理由は、共犯が正犯を通じて法益侵害を生じさせた場合、結局は共犯の構成要件該当性が認められること、そして特別の違法性阻却事由が存在しない限り、共犯行為も違法であるという当然のことを意味するに過ぎないと解するからである<sup>157</sup>。このように理解すれば、少なくとも「違法の連帯性」とは、正犯が違法であれば共犯も違法であるということにはならないのである。つまり、共犯に違法性阻却事由がある場合には、正犯が違法であっても共犯は違法でないこともあり得ることを意味するのである。このような意味では、違法の相対性を認めていると解することができるのである。ただ、正犯が違法であることを共犯成立の前提条件とするから、全面的な違法の相対性を認めることを意味するわけではない。したがって、このような理解の下では、「違法の相対性」とは、共犯が成立するためには正犯が違法であることが前提（共犯成立の必要条件<sup>158</sup>）であり、正犯が違法であっても常に共犯が違法となる（正犯要素の連帯性）わけではないのである。ところが、混合惹起説をとるにしても、残された課題がないわけではない。つまり、被害者である共犯の不可罰性や、真正身分犯の共犯の可罰性などに対する説明は容易であるが、少なくとも、適法行為に関与して自己の望む犯罪を実現する場合のように、共犯として処罰に値する者の共犯成立が認められなくなるという結論となってしまうのである。それは違法の相対性を、共犯関係にある一方（正犯）の違法性が前提となった場合に限って、認めるからである。

その原因は正犯が惹起した「不法」あるいは「法益侵害」という意味を、如何にとらえるかにあると思われる。結論

からいうと、正犯側の要素を、正犯の「不法」という側面に着目して、正犯は違法性まで具備することを意味すると捉えれば、正犯が適法であるかぎり、共犯は違法とはならないのであるが、正犯の「法益侵害」に着目して、正犯は構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害を意味すると捉えれば、正犯が適法であっても、構成要件に該当する実行行為を行った以上、法益侵害・危険は生じたといえるから、正犯が違法でないとしても、正犯の法益侵害・危険に従属して共犯となり得るのである。まさに、この問題は、混合惹起説をどう捉えるかという共犯の処罰根拠としての一局面であると同時に、共犯従属性をどこまで限定すべきであるかという問題でもある。そこで、続いては、混合惹起説の意味と共犯従属性との関係を検討することにした。

## (2) 混合惹起説と共犯従属性

以上のように、混合惹起説は、共犯の不法を、共犯固有の構成要件上の保護法益に対する侵害および危殆化と、正犯の不法から導かれる従属的要素の混合によって構成されるとし、純粹惹起説と修正惹起説の一面性を止揚している。さらに、共犯不法も行為無価値と結果無価値という側面に求めることや、各関与者ごとに法的判断が異なり得るということ(違法の相対性)を認めるなど、共犯の処罰根拠論の中では、最も優れた見解であるといえよう。

しかし、違法の相対性を片一方(正犯)が違法性を備えている場合に限ってのみ認めることになる、たとえば、YがAを騙してXに攻撃させ、それに対する正当防衛を利用してXにAを殺させるような場合は、正犯に違法性があるとはいえないから、Yに対しては共犯の成立を認める余地はなくなる。この場合において、共犯従属性に関する通説的な地位を占めている制限従属性説からは、道具性には疑問があっても間接正犯とするのが一般的である<sup>(10)</sup>。けれども、既に指摘したように、共犯関係は、常に一方の違法な行為のみに関与するものではなく、場合によっては適法行為に関与し

て自己の望む犯罪の実現もできるのであつて、そのような利用行為によつて法益侵害の結果を生じさせることが不可能なわけではないのである。にもかかわらず、混合惹起説の内容を、正犯が違法であることを前提とすることになると、間接正犯が認められない場合には、処罰に値するものであつても、当然、共犯としての成立も不可能となつてしまうのである。

ところが、混合惹起説でいう「正犯不法」の意味は、見直すべきではないかと考えられる。つまり、「正犯不法」が前提となるという意味は、正犯が「違法性」を具備していることを要求するのではなく、通常、正犯が違法である場合には法益が侵害されたといえるのであるから、その意味において正犯不法が必要であるということではなからうか。要するに、「正犯不法」とは「正犯の違法性」を意味しておらず、その中身である「正犯の法益侵害（危殆化）」を意味すると考えられる。

この点につき、大谷博士は、「刑法の機能は法益保護を通じて社会秩序を維持することにあるから、あらゆる犯罪は法益侵害・危険を惹起するところにその処罰根拠があると解すべきであるが、構成要件を機軸とする共犯論においては、単に法益侵害・危険を惹起しただけで処罰されるべきでなく、あくまでも正犯の実行行為を通じて構成要件の結果としての法益侵害・危険を惹起したのでなければならぬ。すなわち、正犯はみずからの実行行為によつて構成要件に該当する行為およびその結果としての法益侵害・危険を惹起する点に処罰根拠があるのに対し、共犯は正犯の実行行為を通じて間接的にその結果を惹起する点において処罰根拠がある」とし、共犯は正犯の法益侵害・危険には連帯するが、違法性には連帯しないとしてゐる。大谷博士によれば、正犯行為が正当防衛や適法行為であつても、それが法益侵害の結果を生じさせてゐる以上は、それを要件として共犯の成立を認めることは可能になる。つまり、正当行為、緊急避難及び正当防衛は、法益侵害・危険を惹起しているが、行為の社会的相当性によつて違法性が阻却されるのであるから、正

犯が正当防衛や正当行為によって違法性が阻却されても、共犯が成立する余地はあるということである。<sup>164</sup>

このように、混合惹起説でいう「正犯不法」の意味は、「正犯の違法性」を意味するのではなく、「構成要件に該当する実行行為を通じて法益侵害・危険」として解すべきであると思われる。<sup>165</sup>したがって、共犯の処罰根拠は、共犯は正犯に「構成要件に該当する実行行為を通じて法益侵害・危険」を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危険を生じさせるから処罰されると解すべきである。さらに、ここでの正犯の法益侵害・危険は、正犯者が実行行為に着手すれば、十分に生じたといえるのであるから、共犯にとっては正犯の行為が違法であるか否かを問題とすべきではない。だからこそ共犯が成立するためには、少なくとも正犯の「構成要件該当性」が必要となるのである。すなわち、構成要件該当性がないところには共犯処罰もないはずであり、少なくとも関与者の誰かの行為が構成要件を充足することになるからこそ、共犯の処罰が可能となるのである。<sup>166</sup>

それでは、混合惹起説の意味をこのように捉えると、共犯従属性に関する見解の中で如何なるものが妥当であるといえるのだろうか。結論からいうと、まず、制限従属性説と混合惹起説とは合致するものではないといえよう。なぜなら、制限従属性説の核心は、正犯が構成要件に該当し違法性を有しなければ共犯は成立しないという点にあるといえるから、共犯成立の必要条件としても少なくとも正犯の違法性までを要求することにならざるを得ないからである。そこで、正犯が違法性を備えていなければ、違法の相対性は何の意味もないことになって、間接正犯よりも教唆犯とした方がよい場合においても、常に間接正犯を認めざるを得なくなる理論構成をするに至るのである。さらに、そのような間接正犯が否定されることになること、罰すべき者であっても正犯が違法性を具備していない限りは、共犯としても不可罰となってしまうのである。

したがって、そのような意味において考えると、最小従属性説が妥当であると考えられる。ただ、注意するところは、

正犯が構成要件に該当すれば共犯もそれに従属して構成要件該当性が認められるわけではないことである。既に指摘したように、共犯従属性の問題は、単に正犯に備わっている要素が共犯に連動するという意味ではなく、正犯が一定の犯罪成立要件を具備していなければ共犯は成立し得ない、言い換えれば、共犯として論じられるためには、少なくとも正犯の一定の犯罪成立要素が必要であるという形で理解すべきである。そこで、最小従属性説を理解するに当たっては、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当する必要があるということにすぎず、正犯が構成要件に該当すれば共犯もそれに連帯して構成要件該当性が認められるわけではないという、「構成要件該当性の連帯」を意味するものではないという点に注意すべきである。

すなわち、最小従属性説は、正犯の構成要件該当性が認められてはじめて、共犯が問題となり得るのであり、その際、正犯の「構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害・危険」が共犯に連帯するという意味で、混合惹起説とも合致するといえるのである。また、最小従属性説によれば、当然、共犯関係における各関与者の法的判断も相対的に考えられることになるから、自己の犯罪実現のために一方の正当防衛を利用したような場合においても、正犯行為は法益侵害・危険を惹起している以上、共犯の成立を認めることが可能となるのである。少なくとも、制限従属性説のように、共犯が成立しないから、間接正犯として扱おうとする理論構成はしないのである。

#### 4. 最小従属性説と犯罪論体系

最小従属性説は、一般に、正犯行為が構成要件に該当するだけで、違法性を欠く行為に対する共犯成立を認め得る見解であると理解され、共犯の処罰根拠論において不当なものとして扱われてきた<sup>10)</sup>。しかし、共犯従属性の問題を、単に正犯が具備している犯罪成立要素が共犯に連帯するという意味として捉えると、そのような批判は可能であるが、共犯

従属性概念を二義的な意味として捉えることになる、それは妥当な批判ではないといえよう。したがって、最小従属性説の適用においても、「共犯成立の必要条件」と、「正犯要素の連帯性」とに分けて考えるべきである。

(1) 共犯成立の必要条件としての最小従属性説

共犯成立の必要条件としての最小従属性説が持つ意味は、共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当し違法であることまでは要求せず、少なくとも正犯の実行行為が構成要件に該当することを要するということである。言い換えれば、正犯が行った実行行為が構成要件に該当するというのは、法益侵害・危険が生じているということであるから、正犯がそのような犯罪成立要素を具備している以上、共犯成立の可能性があるとという意味である。ただ、それは、共犯成立においての最小限の条件であり、正犯の構成要件該当性が認められれば、共犯がそれに従属して構成要件該当性が認められるというわけではないのである。

しかし、既に指摘したように、共犯従属性に関する従来の一般的な理解では、正犯が一定の犯罪成立要素を具備していれば、その正犯要素が共犯に連帯するという印象を残してきた。たとえば、十河教授の指摘のように、通説とされている制限従属性説にいう「違法な正犯行為の必要性」(つまり、共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当し違法であることが必要)の意味が、その正犯行為の違法性が共犯の構成要件該当性を認めるために必要となる要件であるのか、それとも、共犯の違法性を認める要件として正犯行為の違法性を要求するのかが明らかではないのである。<sup>18)</sup>

思うに、共犯もおよそ犯罪である以上、固有の不法によって処罰されるべきであり、その不法とは、行為無価値と結果無価値のいずれの一面だけで構成されるものでなく、両者が具備されたからこそ不法となるのである。また、その共犯不法の検討に当たっても、固有の構成要件該当性・違法性・有責性の存否を判断すべきである。要するに、共犯も法的

判断を個別的に行うべきということである。<sup>109)</sup>

そうすると、共犯成立の必要条件というのは、本来、共犯も固有の法的判断が要請されているということの意味するのである。つまり、正犯が一定の犯罪成立要素（最小従属性説によれば、正犯の構成要件該当性）を備えていれば、共犯もその成立において構成要件該当性、違法性、有责性が必要となるとするのは当然である。

したがって、共犯は、正犯に「構成要件に該当する実行行為を通じて法益侵害・危険」を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危険を生じさせるから処罰されると解すべきであるので、共犯従属性においては最小従属性説をとるべきであり、そこで、正犯の実行行為が構成要件に該当すれば、共犯としてはじめて構成要件該当性が問われることになり、かつ違法性と有责性についての特別の事情の存否も相対的に検討すべきである。

## (2) 最小従属性説における正犯要素の連帯性と犯罪論体系との関係

最小従属性説によると、正犯の実行行為が構成要件に該当する（共犯成立の必要条件を充足する）と、共犯はその成立において構成要件該当性が問われることになる。そうすると、共犯の構成要件該当性を判断するにあたって、正犯の如何なる要素が共犯に影響を及ぼすのであろうか。それが、まさに「正犯要素の連帯性」の問題である。

上記で検討したように、正犯要素の連帯性の問題は共犯の処罰根拠と密接な関係がある。共犯は、自ら直接的な行為を行うのではなく、あくまで正犯の実行行為を通じて構成要件の結果として法益侵害・危険を惹起するから、正犯の構成要件に該当する「実行行為」を通じて法益侵害・危険が連帯すると捉えるべきである。ここでの実行行為は構成要件要素である以上、その実行行為性が認められない限り、構成要件には該当しなくなる。つまり、正犯の実行行為性が否定され、構成要件該当性が否定されることになると、共犯はその成立の余地はないのである。そこで、正犯が行った行

為はその実行行為性が認められなければならないのである。

また、実行行為性が認められる場面においては、三つの場合が存在する。まず、第一類型は、殺人罪のように誰が行ってもその実行行為性（殺害行為）が認められるように、万人によって認められる場合である。また、第二類型としては、ある特定の行為主体によってのみ、その実行行為性が認められる場合である。たとえば、賄賂罪の場合は、公務員のような身分がなければ、その実行行為性（賄賂收受行為）があるとはいえないのである。そして、第三類型としては、万人によってもその実行行為性が認められるのであるが、ある特定の行為主体によって違法性が加減されたり、あるいは責任が加減される場合である。たとえば、常習賭博罪は、賭博行為は万人によっても、その実行行為性（賭博行為）が認められるが、常習性という加減的要素によって、刑が加重される場合である。

それでは、それぞれの実行行為性が認められる場面において、連帯する内容は何であろうか。繰り返していうと、共犯は、正犯の実行行為を通じて構成要件的結果として法益侵害・危険を惹起するから、正犯が如何なる行為主体的性格を持っているのかを問わず、実行行為性が認められれば、それによる法益侵害・危険が連帯するのである。たとえば、殺人罪においては、正犯の殺害行為が実行行為であり、それによる法益侵害・危険が共犯に連帯し、また、賄賂罪においては、正犯（公務員）の賄賂收受行為が実行行為であり、それによって生じた法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。このような二つの場面（第一・第二類型）は、正犯の実行行為性が認められ構成される犯罪類型であり、相違があるところは、万人によっても不法行為類型として実行行為性が認められるか、特定の身分があるからこそ不法行為類型として実行行為性が認められる（構成的違法身分）<sup>(10)</sup>かである。そして、第三類型としての常習賭博罪においては、正犯（常習者）の賭博行為が実行行為であり、それによって生じた法益侵害・危険が共犯に連帯することになる。このケースは、正犯の実行行為性が認められ構成される犯罪類型であると同時に、正犯の身分によって刑の変更がある場合で

ある。つまり、実行行為による法益侵害・危険に加えて、身分があるがゆえに違法の加減が生じたり（加減的違法身分）、身分があるがゆえに責任の加減が生じる（加減的責任身分）ということである。

いずれにしても、正犯の構成要件に該当する実行行為性がみとめられれば、その実行行為による法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。

### (3) 具体的適用

1) 共犯に構成要件該当性が認められる場合

#### ① 一般犯の場合

i) AがBにCの殺害を教唆して既遂になった場合

Bは正犯としての構成要件に該当する実行行為（殺害行為）によって、法益を侵害（他人の生命侵害）しているから、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、殺人罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯であるBの実行行為が構成要件に該当するから、Aは共犯としてその成立が問われることになる（共犯成立の必要条件の充足）。つまり、共犯Aは、正犯Bの構成要件に該当する実行行為（殺害行為）を通じて法益侵害（他人の生命侵害）を生じさせ、自らも共犯として法益を侵害（他人の生命侵害）しているのである。したがって、共犯Aは、正犯Bの実行行為（殺害行為）を通じて法益侵害が連帯して、殺人罪の教唆犯の構成要件該当性が認められるのであり、また、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、当該犯罪の教唆犯となるのである。

ii) AがBにCの殺害を教唆したが未遂にとどまった場合

Bは正犯としての構成要件に該当する実行行為（殺害行為）によって、法益を侵害（他人の生命侵害）しようとしたが、未遂にとどまっている。少なくとも法益侵害への危険は生じているから、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、殺人未遂罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯であるBの実行行為が構成要件に該当するから、Aは共犯としてその成立が問われることになる（共犯成立の必要条件の充足）。つまり、共犯Aは、正犯Bの構成要件に該当する実行行為（殺害行為）を通じた法益侵害（他人の生命侵害）の危険を生じさせ、自らも共犯として法益を侵害（他人の生命侵害）の危険を惹起しているのである。したがって、共犯Aは、正犯Bの実行行為（殺害行為）を通じた法益侵害の危険（他人の生命侵害）に対する未遂結果）が連帯して、殺人未遂罪の構成要件該当性が認められ、特に違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、当該犯罪の教唆犯となるのである。

## ② 身分犯の場合

i) A（非身分者）がB（公務員）に賄賂罪を教唆した場合（構成的身分犯の場合）

公務員であるBは正犯としての構成要件に該当する実行行為（賄賂收受行為）によって、法益を侵害しているから、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、賄賂罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯である公務員Bの実行行為が構成要件に該当するから、非身分者Aは共犯としてその成立が問われることになる（共犯成立の必要条件の充足）。つまり、共犯である非身分者Aは、正犯である公務員Bの構成要件に該当する実行行為（賄賂收受行為）を通じた法益侵害を生じさせ、自らも共犯として法益を侵害しているのである。したがって、共犯である非身分者Aには、正犯である公務員Bの実行行為（賄賂收受行為）を通じた法益侵害が連帯して、賄賂罪の教唆犯の構成要

件該当性が認められるのであり、また、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、当該犯罪の教唆犯となるのである。

ii) AがB（常習者）に賭博行為を教唆した場合（加減的身分犯の場合）

Bは正犯としての構成要件に該当する実行行為（賭博行為）によって、法益を侵害しており、さらに常習性持つ者であるから刑の加減が生じる。そして違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、常習賭博罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯である常習者Bの実行行為が構成要件に該当するから、Aは共犯としてその成立が問われることになる（共犯成立の必要条件の充足）。つまり、共犯であるAは、正犯である常習者Bの構成要件に該当する実行行為（賭博行為）を通じた法益侵害を生じさせ、自らも共犯として法益を侵害しているのである。したがって、共犯であるAには、正犯である常習者Bの実行行為（賭博行為）を通じた法益侵害が連帯して、単純賭博罪の教唆犯の構成要件該当性が認められるのであり、また、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、当該犯罪の教唆犯となるのである。

2) 共犯に構成要件には該当するが、違法性が阻却される場合（非身分者Aが他人による急迫な生命侵害の脅威のため、やむを得ず公務員Bに賄賂罪を教唆した場合）

公務員Bは正犯としての構成要件に該当する実行行為（賄賂收受行為）によって、法益を侵害しているから、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、賄賂罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯である公務員Bの実行行為が構成要件に該当するから、非身分者Aは共犯としてその成立が問われることになる（共犯成立の必要

条件の充足)。つまり、共犯である非身分者Aは、正犯である公務員Bの構成要件に該当する実行行為(賄賂收受行為)を通じて法益侵害を生じさせ、自らも共犯として法益侵害を惹起しているのである。したがって、共犯である非身分者Aには、正犯である公務員の実行行為(賄賂收受行為)を通じて法益侵害が連帯して、賄賂罪の教唆犯の構成要件該当性は認められるのである。しかし、共犯である非公務員は、他人による急迫な自分の生命侵害を回避するため、やむを得ずした行為であるから、結局、違法性が阻却され当該犯罪の教唆犯とはならないのである。

3) 共犯に構成要件該当性が認められない場合(AがBに自分を殺害しよう教唆したが未遂にとどまった場合)

Bは正犯としての構成要件に該当する実行行為(殺害行為)によって、法益を侵害(他人の生命侵害)しようとしたが、未遂にとどまっている。正犯であるBが実行行為に着手した以上、少なくとも法益侵害への危険は生じているから、違法性を阻却する事由、あるいは責任を阻却する事由がない限り、嘱託殺人未遂罪の罪責を負うことになる。そこで、正犯であるBの実行行為が構成要件に該当するから、Aは共犯としてその成立が問われることになる(共犯成立の必要条件の充足)。しかし、Aは、正犯Bの構成要件に該当する実行行為(殺害行為)を通じて法益侵害(他人の生命侵害)の危険性は生じさせているが、A自らは共犯として法益侵害(他人の生命侵害)の危険性を生じさせていない。なぜなら、Bにとっては他人の生命侵害であるが、Aにとっては自分の生命であって、法益として保護されていないからである。したがって、Aには、正犯Bの実行行為(殺害行為)を通じて法益侵害の危険性が連帯して、嘱託殺人未遂の教唆犯が問われ得るように見えるが、Aにとっては自分の生命侵害の問題であるから、最初から構成要件該当性さえなく、Aは不処罰となるのである。

## IV. 結び

共犯従属性に関する議論状況は、主に極端従属性説から制限従属性説への変遷であつて、最小従属性説は一般に排斥されてきた。それは、極端従属性説と制限従属性説との対立の争点が、関与者の一方(正犯)が有責であることを要求するか否かであつたからである。つまり、最小従属性説によると、正犯の行為が構成要件に該当すれば共犯成立に十分であると理解するから、正犯の行為に有責性だけでなく、違法性をも欠く場合であつても共犯成立が認められ得ることになるからである。

しかし、既に指摘したように、共犯従属性概念は、二義的な意味を持つと解すべきである。そこで、正犯が一定の犯罪成立要件を充たさなければ共犯が成立しないという、消極的な形で理解すべきであつて、正犯がそれぞれの要件を備えた場合に、それらの要件が共犯においても当然に共通になるということを意味するものではないという点に注意すべきである(共犯成立の必要条件)。また、そのような共犯成立の必要条件が充たされた場合に、如何なる正犯要素が共犯に影響を及ぶのが問題となるのである(正犯要素の連帯性)。

さらに、このような共犯従属性概念は、共犯の処罰根拠と密接な関係がある。なぜなら、共犯が成立するためには正犯が如何なる犯罪成立要素を備える必要があるかの問題は、共犯を処罰するためには正犯が如何なる犯罪成立要素を備える必要があるかの問題でもあり、また、共犯成立にあつて、正犯が具備している如何なる要素が共犯に連動するかの問題は、共犯処罰にあつて、正犯が具備している如何なる要素が共犯に連動するかの問題にはかならないからである。つまり、共犯成立のために論じられる共犯従属性の問題は、共犯の処罰根拠から導き出される一局面である。

ところが、刑罰は、処罰されるべき者の「固有の不法」を要件とするのであり、そこで、共犯も犯罪である以上、刑

罰に値する者であるといえるのであるから、それに相応する共犯不法を要件とすべきである。また、その不法は、行為無価値と結果無価値のいずれかの一面だけで構成されものでなく、両者が具備されるからこそ不法となるという点からすれば、混合惹起説が最も優れた見解であるといえる。さらに、混合惹起説は、共犯従属性に関する見解の中で、最小従属性説に結びつくともいえる。ただ、最小従属性説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当する必要があるということの意味するにすぎず、正犯が構成要件に該当すれば共犯もそれに連帯して構成要件該当性が認められるわけではない、すなわち「構成要件該当性の連帯」を意味するものではないことに注意すべきである。

以上を総合していうと、共犯は、正犯に「構成要件に該当する実行行為を通じて法益侵害・危険」を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危険を惹起するから処罰されるのであり、また、その成立においても、正犯行為が構成要件に該当してはじめて、共犯としての構成要件該当性が問われることになり、その際に正犯の構成要件に該当する実行行為を通じて法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。特に、正犯要素の連帯性においては、正犯が身分を有しているか否かを問わず、正犯の構成要件に該当する実行行為性が認められれば、その実行行為による法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。ということで、共犯も正犯とは別個の法的判断、つまり共犯の構成要件該当性・違法性・責任の判断が行われるのは当然である。

(1) 西田典之『刑法総論』(弘文堂、第二版、二〇一〇) 三八五頁。

(2) この点につき、十河教授は、「要素従属性説について通説とされている制限従属性説は、構成要件に該当する違法な正犯行為がなければ共犯は成立しないとするが、これが、共犯の構成要件該当性を認めるためには正犯行為が違法でなければならないという趣旨なのか、共犯の違法性阻却を否定する要件として違法な正犯行為の存在を要求しているのかは明らかにされてこなかった」とするが、これもその一つの批判であると思われる。十河太郎『身分犯の共犯』(成文堂、二〇〇九) 二〇三頁。

- (3) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』(有斐閣、一九三七)四一一―四二二頁。이건호, 형법학개론, 1964, 175면참조; 경영석, 형법총론, 1973, 232면참조.
- (4) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第三版、二〇〇九)四〇七頁参照、川端博『刑法総論講義』(成文堂、第二版、二〇〇八)五二七頁参照。
- (5) 木村龜二・阿部純二増補『刑法総論』(有斐閣、増補版、一九七八)三九六頁。
- (6) 川端・前掲注4)五二七頁。
- (7) 경영석, 건국논, 232면, 그ほか、共犯従属性説を主張しながらも、共犯を、正犯から犯罪性を借用するという意味での「借用犯罪」と捉える見解もある(김근만, 형법총론, 1974, 246면)。
- (8) 大谷・前掲注4)四〇七頁参照、川端・前掲注4)五二八頁。
- (9) 山中敬一『刑法総論』(成文堂、第二版、二〇〇八)七九九頁注23)参照。
- (10) 共犯は、正犯が犯罪となつて処罰される限りにおいて正犯と同一の犯罪および刑罰で処罰されるから、共犯はその犯罪および可罰性を正犯から借用するものであるとする説をいう。フランスにおいて展開された学説として、一種の共犯従属性説である。
- (11) たとえば、共犯者は、正犯に犯行決意を持たせたことによるにせよ、あるいは精神的・物質的な補助行為によるにせよ、正犯に因果的に關係するところに共犯の処罰根拠があるという見解(Schönke-Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., 1976, S. 328f)がそれである。
- (12) 川端・前掲注4)五二九頁。
- (13) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五)三四四頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第三版、一九九〇)三七七頁以下、大塚仁『刑法概説』(総論)Ⅱ(有斐閣、第四版、二〇〇八)二八四―二八五頁、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、二〇一〇)四〇八頁、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、第二版、二〇〇八)四二〇頁、大谷・前掲注4)四〇六―四〇七頁、川端・前掲注4)五二六頁。
- (14) 박근만, 형법총론, 1962, 280면。同じ趣旨として朴영호, 형법총론, 1975, 223면이하では、むしろ、「共犯従属性の理論においても、共犯は各自の行為に対して責任を負うのであり、決して他人の責任に関わるのではない。ただ、他人の犯罪が成立するということを条件にして処罰されるにすぎない」とし、共犯が成立するために正犯の犯罪成立要素は条件として必要であるにすぎないとしている。
- (15) 임경원, 형법총론, 1966, 448면, 466면, 469면참조。
- (16) 경영석, 건국논, 233면; 김근만, 형법총론, 2006, 484면; 배종대, 형법총론, 2001, 484면; 이형국, 형법총론, 2005, 266-

- (17) 정영각, 전거(註3), 233면.
- (18) 대법 1970. 3. 10. 6952492는 「從犯は正犯に從屬して成立するものであるから、詐欺幫助罪は正犯たる本犯の詐欺または詐欺未遂罪の証明がなつかぎり詐欺幫助罪は成立しえなく」とした。同趣旨の判例として, 대법 1974. 5. 28. 745509; 대법 1974. 6. 25. 7451231; 대법 1978. 2. 28. 775406; 대법 1979. 5. 22. 795552; 대법 1981. 11. 24. 8152422; 대법 1998. 2. 24. 975183; 대법 2000. 2. 25. 9951252 참조.
- (19) 오영근, 형법총론, 2006, 584면; 김민수, 형법총론, 2000, 518면.
- (20) 齊藤信治『刑法総論』(有斐閣 第六版 二〇〇八)二四三—二四四頁、大谷・前掲注4)四〇七頁、川端・前掲注4)五二八頁。
- (21) 通説的立場は日本刑法四三條にいう「実行」行為とは、基本的構成要件(刑法各本條)に該当する行為であるとするため、正犯の未遂より軽く処罰していることから(たとえば、破壊活動防止法三八條、四〇條)、教唆の未遂は、四三條に該当しないことを前提とすると解する。なぜなら、教唆未遂が四三條に該当するとすると、破壊活動防止法の場合のように重大な教唆行為に限って軽く処罰するという不合理な立法をしたことになってしまうからである。高橋・前掲注13)四〇八頁注40)参照。
- (22) 大谷・前掲注4)四〇八頁、川端・前掲注2)五二八頁、高橋・前掲注13)四〇八頁。
- (23) 大谷・前掲注4)四〇八頁。
- (24) 松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第四版、二〇〇九)二八一頁。
- (25) 川端・前掲注4)五二九頁。
- (26) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 390f.
- (27) Birkeneyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 149.
- (28) Birkeneyer, a. a. O. (Anm. 27), S. 155.
- (29) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 121; Mezger, Strafrecht ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933, S. 447; Conrad, Die akzessorische Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 374, 1937, S. 32ff.
- (30) Käpernick, Die akzessorische Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft, 1932, S. 14f; Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, §26 Rnrr. 33f; Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 237, 1928, S. 123f; Zimmerl, Täterschaft, Teilnahme,

- Mitwirkung, ZStW 54 (1935), S. 585. 西田典之『共犯と身分』(成文堂、新版、二〇〇三) 八七頁以下参照。
- (31) 신동운, 형법총론, 2006, 605면참조.
- (32) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, §61 VII 1; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000, §20 Rdnr. 134; 一方、正犯行為に故意性まで要求することになると、たとえは、他人の過失行為に故意に関与した場合や、直接行為者に故意がないと背後者が誤信した場合、処罰の間隙が生ずる可能性があることから、正犯行為に故意性まで要求することが妥当かどうかについては議論の余地がある。これに関しては、十河・前掲注②) 五五―五六頁注11) 参照。
- (33) Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, §22 Rdnr. 1; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, §28 Rdnr. 44.
- (34) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 32), S. 656; Haf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004, S. 206; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, §12 Rdnr. 126; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2007, 25; Kapitel, Rdnr. 24; Schmidt, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 1037.
- (35) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇九) 三〇九頁以下、大谷・前掲注④) 四〇八頁以下、西田・前掲注①) 三八六頁以下、山中・前掲注⑨) 七九六頁以下、齊藤・前掲注⑳) 二四六頁以下、松宮・前掲注⑳) 二八一頁以下など。なお、共犯従属性を、実行従属性、犯罪従属性、可罰従属性の三つに分類する見解があったが、そのうち、可罰従属性において、他人から可罰性を借り受けることを認めるところから、現在、これを支持する学説は存在しない。植田重正「共犯独立性説と従属性説」日本刑法学会編『刑事法講座第三巻』(有斐閣、一九五二) 四四―四一頁参照。
- (36) 泉二新熊『日本刑法論 上巻』(総論) (有斐閣、一九三三) 六三〇頁、滝川辛辰『犯罪論序説』(有斐閣、改訂版、一九五五) 二〇五頁。
- (37) 最決昭和五八年九月二二日刑集三七巻七号一〇七〇頁。他方、極端従属性説をとった判例としては、大判明治三七年二月二〇日刑録一〇輯二四一五頁、大判大正八年六月二〇日刑録二五輯七八六頁、大判昭和九年一月二六日刑集一三巻一五九八頁など。
- (38) 西田典之「共犯の処罰根拠と従属性」同『刑法の争点』(有斐閣、二〇〇七) 九五頁。
- (39) 松宮・前掲注⑳) 二八三頁。
- (40) 齊藤・前掲注⑳) 二五六頁。
- (41) 大谷・前掲注④) 四一一頁。

- (42) 鳥田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学五五号(二〇〇〇)二二頁以下参照、大谷・前掲注4)四二一頁。
- (43) 정영자, 전계주3), 235면; 오영근, 전계주19), 587면; 신동운, 전계주31), 608면 이하.
- (44) 韓国刑法三四条一項は、「ある行為によつて処罰されない者、あるいは過失犯として処罰される者を、教唆ないし幫助して犯罪行為の結果を發生させた者は、教唆ないし幫助の例によつて処罰する」とし、いわゆる「間接正犯」を規定している。
- (45) 배남여, 전계주14), 283면 이하; 정영자, 전계주3), 235면.
- (46) 신동운, 전계주31), 610면.
- (47) 신동운, 공범론 조문체계의 정립에 관한 연혁적 고찰, 우범 이수성 선생 화갑기념논문집 인사법과 형사정책, 2000, 69면 이하 참조.
- (48) 오영근, 전계주19), 587-588면; 신동운, 전계주31), 608-609면 참조.
- (49) 신동운, 전계주31), 609면.
- (50) たとえば、治療監護法二条一項一号(旧社会保護法八条一項一号)では、心身障害者(責任無能力者)の違法を、「罪」を犯したときであると表現している。
- (51) 진계호, 형법총론, 1996, 549면; 정정근/박광민, 형법총론, 2001, 502면; 임웅, 형법총론, 2007, 393면; 배종대, 전계주16), 485면; 이영구, 전계주16), 269면.
- (52) 박상기, 형법총론, 2005, 381면; 이재상, 전계주16), 425면.
- (53) 이재상, 전계주16), 425면.
- (54) 이영구, 전계주16), 269면; 임웅, 전계주51), 393면; 박상기, 전계주52), 381면.
- (55) 오영근, 전계주19), 586면.
- (56) 川端・前掲注4)五二八頁。
- (57) 大谷實「最小限從屬性說について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二卷(成文堂、一九九八)、前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第三版、二〇〇四)三九九頁以下、鳥田聡一郎・前掲注42)など。
- (58) 松宮孝明『共犯の「從屬性」について』立命館法学二四三・二四四号(一九九五)三〇二頁以下。
- (59) ところで、「間接正犯」が問題となったのである。
- (60) 川端・前掲注4)五三一頁。

- (61) 香川達夫『刑法講義(総論)』(成文堂、第三版、一九九五)三五三頁、林・前掲注13)四二三頁、川端・前掲注4)五三二頁、山口・前掲注35)三二一―三二二頁。
- (62) 山口・前掲注35)三二一頁。
- (63) 平野・前掲注13)三五四頁。
- (64) 十河・前掲注2)一八二頁参照。
- (65) 前田・前掲注57)三九九頁参照。
- (66) もちろん、犯罪論体系を不法と責任と捉える「三元説」によれば、最小従属性説によっても違法は原則的に連帯することとなるはずである。しかし、構成要件該当性・違法性・責任の三個の要素を犯罪論体系として捉える現在の通説による限り、最小従属性説は違法の相対性を認めていると解すべきであると思われる。
- (67) 前田・前掲注57)四〇〇頁。
- (68) 大谷・前掲注4)四一一―四一二頁。
- (69) 大谷・前掲注57)四六八頁。
- (70) 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』(成文堂、一九九八)一五五―一五六頁。
- (71) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(有斐閣、四訂版、一九八一)三三八頁、浅田和茂『刑法総論』(成文堂、補正版、二〇〇七)四二一頁、山中敬一「因果的共犯論と責任共犯論」阿部純二ほか編『刑法基本講座四巻 未遂／共犯／犯罪論』(法学書院、一九九二)一〇一―一〇二頁。
- (72) 西田・前掲注1)三九五頁参照。
- (73) 十河・前掲注2)一八五頁参照。
- (74) 山中・前掲注9)八〇八頁。
- (75) 西田・前掲注1)三九五頁。
- (76) 大判明治三七年二月二〇日刑録一〇輯二四一―五頁、大判大正八年六月二〇日刑録二五輯七八六頁、大判昭和九年一月二六日刑集一三卷一五九八頁、仙台高判昭和二十七年二月二九日判特二二号一〇七頁、仙台高判昭和二十七年九月二七日判特二二号一七八頁、広島高裁松江地判昭和二十九年二月一三日高刑集七卷二二号一七八一頁など。
- (77) 大越義久「判批」昭和五八年度重要判例解説(ジュリ八一五号、一九八四)一四八頁、渡邊忠嗣「判批」法曹時報三八巻九号(一九八六)

二二二頁、園田寿「判批」松尾造也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』(有斐閣、第四版、一九九七)一四九頁。

(78) 十河・前掲注2) 一八五―一八六頁参照。

(79) 松宮・前掲注24) 二八四―二八五頁。

(80) 前田・前掲注57) 四〇三頁。

(81) 松宮・前掲注24) 二八三頁、高橋・前掲注13) 四〇〇―四〇一頁。

(82) 十河・前掲注2) 一八六頁。

(83) 最決平成四年六月五日刑集四六卷四号二四五頁。この判例について、詳しくは後述する。

(84) 十河・前掲注2) 一八六―一八七頁。

(85) 曾根威彦「批判」同『刑事違法論の研究』(成文堂、一九九八)二七五頁参照。また、過剰防衛を責任減少と捉えるものとして、福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、第四版、二〇〇四)一五九頁以下、西田・前掲注1)一七七―一七八頁、浅田・前掲注71)二三七頁、山中・前掲注

9)四九八頁、佐伯仁志「正当防衛論(2)」法学教室二九二号(二〇〇五)八一頁。他方、過剰防衛を違法・責任減少と解する立場は、過剰防衛は違法行為なので共同正犯は成立するが、相手方の違法減少によって一方の共同正犯者の違法性も減少することになると解する(高橋・前掲注13)四四三頁)。

(86) 十河・前掲注2) 一八六頁注36)。

(87) 高橋・前掲注13) 四四一頁。

(88) 大谷・前掲注57) 四六八頁参照。

(89) 松宮・前掲注58) 三〇四頁以下。

(90) 松宮・前掲注58) 三〇六頁。

(91) 十河・前掲注2) 二〇一頁。松宮教授が正犯要素の連帯性が問題となる場面として、身分犯に対する共犯の問題を挙げている点について、十河教授は、正犯者の身分が共犯者にも及ぶか否かは、正犯と同じ罪名が共犯にも認められるかという罪名従属性の問題にはかならないとする。

(92) 松宮・前掲注58) 三〇六頁。

(93) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(有斐閣、改定版、一九四七)二四六頁以下、김남우, 정계원(31), 594-595면.

- (94) 川端・前掲注4) 五〇七頁參照。
- (95) 西田・前掲注1) 三三五頁參照。
- (96) H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 334.
- (97) H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 319.
- (98) Jescheck/Wegend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 685.
- (99) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客觀的帰屬』(成文堂 二〇〇九) 八頁。
- (100) 西田・前掲注1) 三三五—三三六頁。
- (101) 佐久間修『刑法總論』(成文堂, 二〇〇九) 三四九—三五〇頁。
- (102) 井田良『講義刑法学・總論』(有斐閣, 二〇〇八) 四八一頁。
- (103) 西原春夫『刑法總論(下)』(成文堂, 改訂準備版, 一九九三) 三七八頁、大塚仁・前掲注13) 二九〇頁。
- (104) 山中・前掲注9) 八〇五頁參照。
- (105) 高橋・前掲注13) 四一三頁。
- (106) 前田・前掲注57) 三三三頁。
- (107) 崔容植, 공범판 처벌, 고지연구 (1991. 6), 22면.
- (108) Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32.
- (109) Trechsel, a. a. O (Anm. 108), S. 55. 양화식, 공범의 처벌근거에 관한 고찰, 법조 (1985. 6), 75면참조.
- (110) 이영우, 공범처벌의 근거, 형사법교수 회갑기념논문집, 504면참조.
- (111) Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2000, Vor §26 Rdnr. 8.
- (112) 豊田・前掲注8) 一〇—一一頁。
- (113) Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 115.
- (114) Weizel, a. a. O (Anm. 113), S. 213.
- (115) Straatenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 1976, Rdnr. 890f.
- (116) Straatenwerth, Der agent provocateur, MDR 1953, S. 720.

- (117) 井田・前掲注102) 四八一頁。
- (118) 不法共犯説は、真正身分犯に加功した非身分者も、身分者を社会統合解体に陥れることができるから、可罰的となるとする。そこで、真正身分犯の共犯を処罰する現行法と調和するという利点はあったが、それ以外の解釈論的帰結と理論面に問題が少なくなかったため、少数説にとどまっている。佐久間・前掲注101) 九頁以下参照。
- (119) 차용죄, 형법상 행위면적범과 결과면적범, 한양대법원 사회과학논총 2집 (1983), 427면.
- (120) Rudolph, Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 67.
- (121) 임웅, 전개주51), 394면; 손동권, 형법총칙론, 2001, 451면참조.
- (122) Lüderssen, Zum Strafrecht der Teilnahme, 1967, S. 25.
- (123) Lüderssen, a. a. O. (Ann. 122), S. 25, 119.
- (124) 高橋・前掲注13) 四一五頁。
- (125) Lüderssen, a. a. O. (Ann. 122), S. 25.
- (126) Lüderssen, a. a. O. (Ann. 122), S. 161ff.
- (127) この点につき、西田教授は、証拠隠滅罪を例として挙げ、「一〇四条(証拠隠滅罪)は、『他人の刑事事件に関する』証拠を隠滅する行為を処罰する。それゆえ、自己の刑事事件に関する証拠を隠滅しても処罰されることはない。すなわち、犯人自体は一〇四条の主体から、構成要件的に除かれているのである。その理由は、犯人自身による証拠隠滅には、期待可能性がないということである。しかし、法益侵害という意味では、犯人自身による証拠隠滅も、本来は違法である。そこから、つぎのような問題が生じる。たとえば、Aという弁護士がBという被疑者に対して、Bの刑事事件の証拠隠滅を教唆した場合、この弁護士Aは、一〇四条の教唆犯として可罰的になるだろうか。純粹惹起説は、共犯の処罰根拠は法益侵害との因果性にあるとする。したがって、証拠隠滅罪の場合、犯人が証拠を隠滅しても、責任がなければ法益侵害はなお存在するのであるから、この弁護士Aは当然に証拠隠滅罪の共犯ということになる」とした上で、「正犯である犯人の行為が、一〇四条の構成要件を實現していない」にもかかわらず、純粹惹起説によれば、正犯行為に構成要件該当性がなくとも共犯は成立しうることになるとして、批判している。西田・前掲注一) 三三七一—三三二八頁。
- (128) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Ann. 32), S.686; Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. (Ann. 34), §12 Rdnr. 118; Cramer/Heine, Schonke/Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vor §25f. Rdnr. 20; Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für Stree und Wessels,

1993, S. 365.

- (129) Liderssen, a. a. O. (Ann. 122), S. 137.これに対しては、通常の犯罪なら、正犯が機械に置き換われれば背後者は正犯に変わる(正犯不法が欠けても背後者の可罰性は失われない)のに、真正身分犯の場合は、正犯が機械に置き換われれば構成要件実現自体がなくなってしまう(身分者の不法がなければ非身分者の可罰性も生じない)ということから、真正身分犯の場合、身分者の不法は、身分者と非身分者の双方の可罰性の中心的・規範的要件であるから、Liderssenの説明には説得力がないと批判されている。Roxin, a. a. O. (Ann. 30), S. 132; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 660-663.
- (130) 平野・前掲注13)三五六頁、堀内捷三『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇四)二六六頁、曾根威彦『刑法総論』(弘文堂、第四版、二〇〇九)二四五頁、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的状況)(有斐閣、一九九四)一一二頁。
- (131) 山中・前掲注9)八〇六頁。
- (132) 十河・前掲注2)一九五頁参照。
- (133) 권오권, 공범범의 구성, 경부선업전문대학논문집 16집, 1997, 18면 참조.
- (134) 豊田・前掲注9)一一頁。
- (135) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978, S. 558.
- (136) Jescheck, a. a. O. (Ann. 135), S. 558.
- (137) Jescheck, a. a. O. (Ann. 135), S. 535.
- (138) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1971, S. 672.
- (139) Vgl. RGSt. 15, 315; 59, 34.
- (140) Vgl. BGHSt. 4, 355; 5, 75; 9, 71; 15, 377; 17, 236; 19, 107. しかし、最近、混合惹起説を支持する見解が増えており、修正惹起説の通説的地位は失われている。豊田・前掲注9)一一頁注5)参照。
- (141) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五)三二七頁。
- (142) 今のような理由で、一般に制限従属性説と結び付けて説明されている。平野・前掲注13)三五六頁、이재양, 권계주16), 428면; 이영진, 권계주16), 271면; 배종대, 권계주16), 487면.

- (143) 前掲注140) 参照。
- (144) 大谷・前掲注4) 四〇四頁、井田・前掲注102) 四八二頁、山口・前掲注35) 三〇〇頁、高橋・前掲注13) 四一六頁、浅田・前掲注71) 四〇七頁、安達光治「客観的帰属論——犯罪体系論とどう視点から——」川端博ほか編『理論刑法学の探求①』(成文堂、二〇〇八) 九〇頁など。  
なお、西田・前掲注1) 三三八頁は構成要件的惹起説と呼ぶ。
- (145) 高橋・前掲注13) 四一五頁。
- (146) Roxin, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978, Vor §26 Rdnr. 2.
- (147) Roxin, a. a. O. (Anm. 146), Vor §26 Rdnr. 7.
- (148) Roxin, a. a. O. (Anm. 128), S. 370.
- (149) Roxin, a. a. O. (Anm. 146), Vor §26 Rdnr. 3; ders., a. a. O. (Anm. 128), S. 370.
- (150) Roxin, a. a. O. (Anm. 146), Vor §26 Rdnr. 4.
- (151) Roxin, a. a. O. (Anm. 30), S. 131.
- (152) Sanson, systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1993, Vor §26 Rdnr. 14f.
- (153) Sanson, a. a. O. (Anm. 152), Vor §26 Rdnr. 17f.
- (154) そのほか、同内容の主張を「Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1983, S. 659ff; Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. (Anm. 34), S. 297, 299, 322; Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 128), Vor §25ff. Rdnr. 17a.
- (155) 山口・前掲注35) 二九九頁。
- (156) 山口・前掲注35) 二九九—三〇〇頁。
- (157) 山口・前掲注35) 三〇〇頁。
- (158) 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』(成文堂、二〇〇三) 二八一頁。
- (159) 井田・前掲注141) 三二八頁。
- (160) また、大谷博士は、間接正犯とするよりも教唆犯とした方がよい場合があるのに、制限従属性説がネックになって間接正犯とせざるを得ないと考えられてきたと指摘している。大谷・前掲注57) 四七二頁。
- (161) 大谷・前掲注4) 四〇四頁。

(162) 大谷・前掲注57) 四七三頁。

(163) 大谷・前掲注57) 四七二―四七三頁。

(164) 大谷・前掲注57) 四七三頁。

(165) 混合惹起説を主張したReemは、「構成要件が行為を内包している(行為のみが構成要件該当的でありうる)ように、不法は、行為と構成要件を含んでいる。構成要件該当行為のみが刑法的不法でありうる。これに対して、違法性は刑法固有の範疇ではなく、全法秩序の範疇である」とする。豊田・前掲注99)六頁注6)参照。ちなみに、彼も、結果に対して因果的なあらゆる態度が共犯となることを阻止するため、共犯の行為を正犯の構成要件の行為に従属させているといえよう。

(166) 西田・前掲注1) 三三八頁。

(167) 川端・前掲注4) 五三〇頁。

(168) 前掲注2) 参照。

(169) また、西田教授は、「違法は連带的に、責任は個別的に」という原則において、関与者間に共通するのは、あくまでも惹起された実体としての法益侵害だということに、注意すべきであると指摘している。たとえば、「AがXを殺害した場合、Xの死亡という事実は万人に共通である。しかし、Aが正当防衛として殺害したのであれば、行為の違法性は阻却される。それは違法性阻却事由の存在によって違法と評価されないということであり、Xの死亡という不法事実が消滅することではない」ように、違法性の判断が不法事実に対する評価の問題だとすれば、複数の犯罪関与者がいる場合には、各人について違法評価が異なりうるということである。西田・前掲注38) 九五頁。

(170) この点については、構成要件を如何に捉えるか(違法行為類型という立場・違法かつ有責行為類型という立場・有責行為だけを類型化したものもあるとする立場)によって異なりうる。端的に、構成要件を 有責行為だけを類型化したものもあるとする立場からは、構成責任身分の存在を認め得るはずである。しかし、責任身分も責任要素として捉えられる以上、責任が問題となつて犯罪類型化されたとするのは、論理的に妥当ではない(違法の前に責任が先立つ)と思われる。はたして、構成的責任身分があり得るのかという点は疑問である。これに関しては、今後の課題とすることにしたい。