

タイトル	正犯と共犯（18）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，59(2)：49-75
発行日	2023-09-30

論 説

正犯と共犯 (18)

吉 田 敏 雄

目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

(以上第54巻第2号～第59巻第1号)

第5章 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性

第1節 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠

1. 共犯の概念

2. 共犯の処罰根拠

A. ドイツ語圏刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論(墮落理論)

b. 修正責任共犯理論(=不法共犯理論=脱一体化理論)

c. 惹起(因果)理論

aa. 純粹惹起理論(=共犯者の独自の法益侵害理論)

bb. 連帯化理論

cc. 従属性本位の惹起理論

dd. 混合的惹起理論(=独自の従属的法益侵害の理論)

B. 日本刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論

b. 修正責任共犯理論

c. 純粹惹起理論

d. 従属性本位の惹起理論

e. 混合惹起理論

C. 混合的惹起理論とその若干の帰結

a. 正犯の不法と共犯の不法の関係

b. 共犯の独自の不法

(以上第59巻第2号)

第5章 共犯（教唆と幫助）の処罰根拠及び従属性

第1節 共犯（教唆と幫助）の処罰根拠

1. 共犯の概念

共犯者というのは所為支配を有することなく他人の正犯に関与する者である。刑法は二つの共犯形態を定める。刑法第61条第1項は、「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。」と定め、同第62条第1項は、「正犯を幫助した者は、従犯とする。」同第63条は、「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」と定める。すなわち、教唆と幫助はそれらの加担行為の質において異なるので、教唆者は正犯者と等しく、幫助者は正犯者よりも軽く処罰される。教唆者と幫助者は正犯を遂行するわけではなく、その行為は正犯を規範化した刑法各則の構成要件によって捕捉されない。したがって、正犯の構成要件実現に協働する教唆者と幫助者に関する総則規定は各則に規定に対する処罰拡張事由である⁽¹⁾。共同正犯とは異なり、自手犯への共犯は可能である⁽²⁾。

教唆犯と幫助犯は狭義の共犯と呼ばれ、共同正犯、教唆犯及び幫助犯は広義の共犯と呼ばれることがあるが、しかし、狭義の共犯と共同正犯はたしかにいずれも処罰拡張事由であるが、しかしそれらには異なった原理が働くので、それらを一括した処罰根拠を論ずることは適当でない。共同正犯では、自己の所為関与のために、他の所為関与者の行為もあたかも自分がしたかのように帰属され、したがって、構成要件的结果も帰属される。すなわち、共同正犯では、行為帰属は帰属客体としての構成要件該当行為だけを前提とするが、教唆犯、幫助犯における不法帰属では、主犯者の構成要件該当の不法が帰属客体として必要となる。狭義の共犯は、他の所為関与者が行為をするだけでなく、違法に行為をすることを要する⁽³⁾。

過失の共犯というものが構成可能だとしても、現行刑法は過失の共犯を定めていない。禁止された結果を過失で生じさせた者はすべて過失犯の正犯、場合によっては過失犯の共同正犯として扱われる⁽⁴⁾。

2. 共犯の処罰根拠

処罰拡張事由としての共犯はその可罰性のための特別の根拠づけを要

するのみならず、教唆犯と幫助犯の刑の違いの根拠づけも要する。その際、共犯は、その可罰性ために、主犯と関連づけられねばならない。しかし、帰属客体としての主犯の不法と、「教唆する」、「幫助する」という帰属要件との関連については様々な解釈が可能であり、事実、様々な理論が提唱されている。以下、わが国の理論構築の基になっているドイツ語圏刑法学の理論状況を概観しつつ、検討を加え、つづいて、わが国の理論状況を概観する。

A. ドイツ語圏刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論（墮落理論） 故意が責任要素であった時代の通説であったいわゆる責任共犯理論（Schuldteilnahmetheorie）— 墮落理論（Korruptionstheorie）とも呼ばれる — の背景には基督教の意味での「罪（Sünde）」の思想があった。主犯者の責任は被害者を侵害することと自分自身に対して不正を行うことにある。後者が「罪」であり、罪を犯す者は神の命令にそむくことである。このことから当然考えられることは、教唆の場合、教唆者は自分自身に対してだけでなく、主犯者をも罪に引き入れるということである。「世俗化された」、専ら法益保護に合わせる刑法においては、「自分自身への不正」の要素は脱落せざるを得ないが、主犯者を罪へ引き入れるは法益侵害として解釈しなおされる。（犯罪をしなかったという意味での）責任から免れているということが本人にとって価値のある状態であることは、その逆が刑事追訴の危険、したがって受罰を引き起こし、さらには社会的評判を脅かすことを考えるだけでも明らかである⁽⁵⁾。

この世俗化された意味での主犯者という人に対する不正の思想は、「幫助者と教唆者が可罰的であるのは、主犯者を責任と刑罰へ引き入れたからである……主犯者が『汝暴力を振るうことなかれ』という規範を破ったように、共犯者は『汝他人を責任と刑罰へ引き入れることなかれ』という規範を破った」⁽⁶⁾という言明に純粋な形で表現されている⁽⁷⁾。共犯者の処罰根拠は、共犯者の行動が有する正犯者への悪影響を及ぼしたところにある⁽⁸⁾。共犯者が処罰されるのは、何はさておき、共犯者が主犯者を墮落させ、「責任と刑罰へ引き入れる」、いわば主犯者を唆して「悪人」にするからである⁽⁹⁾。「教唆者がする法益侵害は殺人を犯したといえるほど強烈ではないにせよ、ともかくも殺人者を作りだした」⁽¹⁰⁾。つ

まり、共犯者は「犯罪を作るだけでなく」、「犯罪者も作る」のである。したがって、共犯は「正犯者に対する犯罪 (Delikt gegen den Täter)」⁽¹¹⁾とも見られたのである。

[設例 1] 乙はその夫甲に殺してくれるように懇願した。乙は長期の闘病生活中いつも耐えがたい痛みを感じ、生きがいをなくしていたからである。甲はやむを得ず乙の願いに応じて毒物の混入した牛乳を飲ませた。しかし、予期に反して、乙は死ななかった。

[設例 1] の場合、本説に依ると、乙には囑託殺人 (未遂) 罪の教唆犯が成立する。しかし、ドイツ刑法第 29 条 (関与者の独立の可罰性) 「すべての関与者は、他人の責任を考慮することなくその者の責任に従って罰する」という規定を設け、責任なく遂行される主犯への共犯が可能であること、すなわち主犯者は責任に引き込まれる必要がないので、本理論はもはや維持できなくなった⁽¹²⁾。さらに、本理論は、正犯者の可罰性を基礎づける特別の人的要素が共犯者に欠如しているとき、共犯者の刑は必要的減軽となる (刑第 28 条 1 項) ことの説明ができない⁽¹³⁾。かくして、本理論は今日的意味を失った⁽¹⁴⁾。加えて、本理論は、元来、教唆犯向けの理論であって、単に支援するに過ぎない幫助犯にはあてはまらない⁽¹⁵⁾。

b. 修正責任共犯理論 (=不法共犯理論=脱一体化理論) 責任共犯理論はもはや維持できないのであるが、それでも今日、いわゆる修正責任共犯理論 (Modifizierte Schuldteilnahmetheorie) という形で主張される。そのきっかけとなったのは、1943 年に「制限従属性」が明文化された (ドイツ刑法旧第 50 条第 1 項) ことにあった。本理論に依ると、「責任へ引き入れる」という思想は、これを徹底させると、「不法引き入れ」というより包括的な思想に吸収されねばならない。「責任引き入れ」というのは結局のところ特別の、特に重い形態の「不法引き入れ」である。「不法引き入れ」には二面性がある。その一は、主犯者の「良心の平安の攪乱」である。その二は、責任の有無にかかわらず、主犯者は、その所為の故に、裁判に巻き込まれる、つまり、捜査、場合によって改善・保安処分を耐え忍ばねばならず、少なくとも「社会的脱一体化 (Soziale Desintegration)」の危険に曝される。結局、本理論に依ると、共犯の処罰

根拠は、「世俗化された魂の殺人者」としての共犯者が正犯者を責任へではなく、不法の行為へ引き入れるところにある⁽¹⁶⁾。すなわち、教唆者は正犯者を「社会的脱一体化」に曝したのであり、そこに共犯者による侵害が見られる⁽¹⁷⁾。それ故、本理論は、不法共犯理論 (Unrechtsteilnahmetheorie) とか脱一体化理論 (Desintegrationstheorie) とも呼ばれる。共犯規定、殊に教唆の法益は主犯者の社会的一体化ということになる⁽¹⁸⁾。

本理論は、たしかに、主犯が有責であることを要求しておらず、制限従属性と矛盾しない点で評価に値する。しかし、その焦点は、何はさておき、共犯者の行動の正犯者への悪しき影響に向けられているのであって、主犯者によって侵害される法益に向けられているのではない。「社会的一体化」という法益の抽象的危殆化が、主犯者によって損なわれる別種の法益侵害と等しい刑で処罰されることの説明がつかないのである。刑法は共犯の可罰性を主犯に結び付けているのであって、主犯がそれ以前に社会的に一体化されたいか否か、教唆者が主犯に悪影響を与えていたか否か、そしてその程度に結びつけているのではない⁽¹⁹⁾。本理論に依ると、例えば、職業的殺人請負人に殺人へと教唆する者は、清廉な人を窃盗へ唆す者よりも軽く処罰されなければならないことになる。後者は、職業的「殺し屋」より以上に「脱一体化」されるからである。これは奇妙な結論である⁽²⁰⁾。さらに、本理論は、幫助の処罰根拠の説明ができない。正犯者は、すでに自ら所為の決意をしているのであり、幫助者によってはじめて脱一体化されるわけではないからである。正犯者は幫助者がいることを知る必要すらないのである⁽²¹⁾。トレクセルは、幫助をもつばら「主犯遂行への因果的加担」と見ているが⁽²²⁾、しかし、幫助は共犯者の促進行為があれば足りるのである。加えて、有責に行為をする主犯者には、自分自身の所為によって生ずる非難可能な社会的一体化の危殆化に関して、自己答責の原則が働くのである。「悪しき影響から刑罰をもって保護することはわが法秩序に異質のものである」⁽²³⁾。最後に、本理論によると、正犯の未遂行為しか意欲しないアジャン・プロヴォカテール (挑発者。これは教唆する捜査官と囹としての捜査協力者を包含する概念である。agent provocateur, Lockspitzel) や違法行為目的で自己の身体部位を切断してもらって教唆をする者に教唆犯が成立することになるが、この帰結には疑問がある⁽²⁴⁾。結局、本理論は、制限従属性だけは説明できるが、共犯の処罰根拠の説明ができず、責任共犯理論

を制限従属性の顧慮の下で変形させたものである⁽²⁵⁾。

c. 惹起（因果）理論 惹起理論は、主犯を通して実現された不法が帰属されるためには、共犯者はこの不法をその寄与によって間接的に惹起しなければならないと説く。問題は、この惹起された出来事が誰にとつての不法でなければならないかである。純粹惹起説は共犯者に焦点を合わせるが、従属性本位の惹起理論は主犯者に、そして混合惹起説は正犯者と共犯者に焦点を合わせる⁽²⁶⁾。

aa. 純粹惹起理論（＝共犯者の独自の法益侵害理論） 純粹惹起理論（Reine Verursachungstheorie）— 共犯者の独自の法益侵害理論（Theorie des selbständigen Rechtsgutsangriffs des Teilnehmers）とも呼ばれる — は、共犯不法の完全な独立性から出立する。共犯者は他人の所為への加担の故ではなく、専ら自ら故意に構成要件の結果を惹起したことに、つまり、自己の構成要件の不法を問われるのであり、従属性は「紛れもなく事實的性質のものである」⁽²⁷⁾。本理論の主唱者の一人であるシュミットホイザー⁽²⁸⁾は、「共犯者犯罪の不法構成要件の独立性」から出立して、正犯者所為との結合が必要である理由を、当罰性の思慮に起因する結果発生の必要性から説明する。「刑法典が共犯者犯罪を広く主犯の遂行に依存させているとき、その根拠は当罰性にしかない（正犯者犯罪における結果発生と異なる）」。このことは次の事情から云える。当罰性がすでに侵害される法益の理由から特別に大きい場合、刑法典は主犯の遂行を可罰性の要件としていない。教唆者が重罪を目指すとき、教唆の未遂は可罰的である（刑 30 条）。すなわち、既遂の共犯者犯罪と未遂の共犯者犯罪の区別ができる。既遂の共犯者犯罪は主犯の既遂又は未遂を前提とするが、それは、結果犯が結果の発生を前提とするのと同じである⁽²⁹⁾。「共犯者は許されない他人の所為に参加するのではなく、許されずに他人の所為に参加する。主犯者だけが法益請求権を侵害し、共犯者はそれに参加するというのではなく、共犯者は、その意思態度によって他人の（不法の）行為を引き起こすか支援することによって、法益請求権を侵害する」。従属性というのは可罰性条件に過ぎない。

しかし、結果の発生というのはそれ自体不法の構成要素であり、単なる可罰性条件ではまったくない⁽³⁰⁾ このことは別論として、この理論の

問題点は、それが法政策的の基本方針であって、現行法の共犯構造を捉えていないところにある。共犯規定（刑 26 条、27 条）は主犯者の故意の「違法な」所為を前提としている。刑法第 28 条も純粹惹起理論の構想と全く相容れない⁽³¹⁾。シュミットホイザー自身、共犯者は、構成要件要素を自ら充足する場合にだけ不法を実現するという立場から⁽³²⁾、現行法が真正身分犯の共犯を処罰していることは、共犯の本質に反するとする。さらに、本理論では、教唆者が正犯者と等しく処罰されることの説明もできない。例えば、教唆者は殺人を自ら遂行しないが、正犯者と等しく処罰されるから、所為遂行のマイナスは何かによって埋め合わせられねばならない。それはまさに、共犯者規範が侵害されるだけでなく、同時に正犯者による法益侵害への間接的関与、つまり、正犯者規範の侵害への間接的関与にしか求めることができない⁽³³⁾。

本理論のもう一人の主唱者であるリュウダーセンも原理的に独立の共犯構成要件⁽³⁴⁾から出立し、「共犯領域における従属思考」に対抗する⁽³⁵⁾。本理論では、共犯者が自分自身に対して保護される法益を間接的に侵害又は危殆化したか否かが規準となる。共犯の不法は完全に結果關係的に解釈される。共犯者に帰属されるのは、正犯者が実現した不法でなく、共犯者自身による（間接的）結果惹起である⁽³⁶⁾。それ故、対応の主犯が欠如していても、共犯処罰は可能である。例えば、自己答責の自殺への共犯は、自己殺人を処罰する構成要件が類型化されていないからといって不処罰とはならない。「自殺幫助」が処罰されねばならないのは、自殺者の生命はたしかに自分自身に対しては保護されていないが、しかし、共犯者に対しては保護されているからである。自殺の「幫助者」は殺人の行為者であり、したがって、自殺者の助けを借りて遂行される他殺である⁽³⁷⁾。同様に、「救助を懇願する事故の被害者を悠然とそのまま横たわったままにしておくよう助言する」⁽³⁸⁾者は、懇願された者が不救護罪（刑 323c 条）でしか処罰されなくても、殺人罪に問われるべきである。助言者は、「積極的作為」によって自分に対する関係で保護される生命を侵害しているのであるから、殺人の構成要件が正犯として遂行されていなくとも、殺人の教唆犯の廉で処罰される。

しかし、本理論は、共犯が主犯の違法性に依存するという制限従属性を定めるドイツ刑法第 26 条、同第 27 条の文言にまったくそぐわないし、

従属性によって、つまり、共犯が正犯者の構成要件的行為と結合されることによって可罰性が限定されることがなくなり、逆に、可罰性の拡張という結果をもたらす⁽³⁹⁾。さらに、本理論によれば、シュミットホイザーと異なり、非公務員が公務員に真正公務員犯罪へと教唆するとき、教唆犯が成立するのは、その基礎にある法益が誰に対しても保護されているからである。但し、非公務員は単独では当該法益を侵害できず、公務員が行動を起こしてはじめて可能である。この正犯者の行為との結合は「紛れもなく事実的性質のもの」であるとされる⁽⁴⁰⁾。ここにも正犯による構成要件実現の不法とは切り離された独自の「共犯犯罪」が前提とされている⁽⁴¹⁾。しかし、公務の不法というのは正犯者と共犯者の可罰性の本質的な規範的要素である⁽⁴²⁾。そうだとすると、リュウダーセンは、その本来の方法論とは異なり、主犯不法への共犯不法の部分的結合を認めているということ、このことから目をそらすわけにはいかない⁽⁴³⁾。

現行法との不調和という批判に加えて、本理論に対する本質的批判は、共犯の処罰可能性が正犯者の適法性、違法性に依存するべきでないとの主張に向けられる。本理論は、共犯者と主犯との関係を規範的重要性の有しない「純粹に事実的な依存性」に縮減する。しかし、例えば、教唆者が正犯のための特別の要件を充足しないとき、正犯者と等しい刑を正当化するためには、この正犯者に対するマイナスは他の箇所では何かのプラスによって相殺されねばならない。このプラスは次の点にしかありえない。すなわち、教唆者は、法益侵害を目指すことによって、共犯者規範を破るだけでなく、加えて、正犯者規範の侵害に間接的に関与するということである⁽⁴⁴⁾。本理論は、上記の様々な問題点の故に、通説化することはなかったが、共犯の独自の不法要素に注意を向けさせたところにその価値があると云えよう⁽⁴⁵⁾。

bb. 連帯化理論 連帯化理論 (Solidarisierungstheorie) は共犯者の独自の法益侵害理論の変形である。本理論に依ると⁽⁴⁶⁾、共犯の処罰根拠は共犯者の主犯との連帯化にあり、共犯者が正犯者を通して法益侵害を惹起したというところにあるのではない。共犯行為それ自体は、法共同体にとって「堪えられない実例」として現出する「特別の行為無価値 (der besondere Aktunwert)」を含むべきであり、これは、「共犯者が自己の故意の加担によって他人の故意の不法と連帯すること、他人の所為とか

かわりあう」という点にある。この行為無価値は、いわゆる印象説が(不能)未遂の可罰的(行為)不法を基礎づける行為無価値と同一である。教唆行為は、主犯者が所為を遂行せざるを得ないということを内容とする「明白な又は推断的な意思表示」でなければならない。幫助行為は、単に原因を設定したということでは十分でなく、他人の所為を、まさに不法の核心を成す観点の下で促進することを要する。主犯によって企てられた所為が未遂段階に止まる場合ですら、その残す印象は、法秩序の通用性への人々の信頼と法的安定感を動揺させる。こういった法的平和の侵害に共犯者も、その寄与によって主犯者と連帯することにより、協働する。真正身分犯への非身分者の共犯が可罰的であることを認めることは、純粹惹起説にはきわめて困難であるが、連帯化理論には何の問題もない。本理論の实践的意義は特に、「共犯可罰性の限界問題を処罰根拠」から導くことができるところにある。幫助において、ある種の「日常行為」は共犯者可罰可能性から除外されるが、それはそこに正犯者との十分な連帯化が見られないからである。例えば、金物屋の店員が顧客にねじ回しを販売するが、その際、顧客がこれを侵入窃盗に使用することを、店員が偶然に知っているという場合である。

本理論も批判を免れ得ない。先ず、共犯の「特別の行為無価値」が上記の点に見られるなら、教唆犯と間接正犯の境界づけのみならず、幫助と共同正犯の境界づけも難しくなる⁽⁴⁷⁾。次に、連帯化という概念によって共犯関係を説明できない場合が多い。教唆者は正犯者と連帯する必要はなく、専ら自己の利益を追求することが多いし、報酬と引き換えに加担行為をする幫助者にとって、正犯者所為は全くどうでもよいことが多いからである⁽⁴⁸⁾。さらに、本理論は、主犯者とたんに連帯した教唆者が実行行為を行う主犯者と等しく処罰されることを説明できない⁽⁴⁹⁾。加えて、正犯者の予備行為も、それが外部に十分に表れたとき、法的平和を攪乱するが、しかし、この種の予備行為は不処罰であるのが通例である。しかし、本理論に依ると、正犯者との連帯が外に現れるところに行行為無価値が見られるのであるから、教唆の未遂も幫助の未遂も完全に可罰的たらざるを得なくなる⁽⁵⁰⁾。

cc. 従属性本位の惹起理論 ドイツの判例及び多数説として支持されているのが従属性本位の惹起理論である (Akzessorietätsorientierte

Verursachungstheorie)⁽⁵¹⁾。本理論は、正犯者の責任ではなく、主犯の不法に焦点を合わせ、共犯の不法を主犯の不法から導き、共犯の独自の(行為)不法を無視する。すなわち、共犯の処罰根拠は、正犯者の「規範侵害への協働」によって他人の不法を惹起するところにある。したがって、共犯の不法は、間接的であっても、主犯の行為・結果不法から導かれ、従属性の原則に基づき主犯に依存する。それ故、共犯者自身は刑法各則の構成要件を実現しないけれども、正犯者によって実現された規範侵害の廉で処罰される⁽⁵²⁾。本理論の帰結は、第一に、身分者の真正身分犯に關与する者は可罰的であるが、逆に、非身分者による真正身分犯の遂行に關与する者は不処罰である。第二に、共犯の不法が正犯者不法に従属すること、つまり、専ら他人の所為を惹起する又は促進することに焦点を合わせることから、共犯者自身がその被害法益を全く侵害できない場合でも、共犯者は処罰されねばならない。[設例1]においては、乙は囑託殺人未遂罪の教唆の廉で処罰されざるを得なくなる。しかし、「被害者」である乙はその被害法益(つまり、自己の生命)を自分自身では侵害できないのであるから、この帰結はばかげている⁽⁵³⁾。同様に、乙が甲に花瓶を破壊するように教唆し、甲はそれを実際に破壊したが、乙はその花瓶が実際には自分の物であることに気付いていなかったという場合も、共犯の不法が主犯の不法に依存することにはならない。というのは、乙が自分の所有物であることに気付くことなくその花瓶を自ら破壊した場合には、乙に物の損壊罪が成立しないが、他方で、乙が他人を唆して破壊させた場合には、乙に物の損壊罪の共犯が成立するということになる⁽⁵⁴⁾。

第三に、未遂が可罰的である限り、共犯者が主犯の所為既遂を意欲しておらず、その未遂しか意欲していなくとも、共犯は成立する。したがって、本理論に従うと、正犯が未遂に止まることしか意欲しない挑発者は未遂罪の教唆犯の廉で処罰されざるを得ないはずだが、しかし、本理論を採る者もこの結論に必ずしも従っていない⁽⁵⁵⁾。

本理論は、そもそも従属性思想を絶対化している、つまり、主犯者による規範侵害への協働を絶対化し、そのさい法益が視野から消えているところに問題がある⁽⁵⁶⁾。しかし、規範侵害はそれ自体のために処罰されるのではなく、規範によって保護される法益のために処罰されるのであ

る。法益が共犯者に対する関係で保護を必要としないとき、共犯が正犯者による規範侵害に協働しても、それは侵害された規範の保護目的に反するわけではない⁽⁵⁷⁾。加えて、正犯者も教唆者も規範侵害に関与するが、法益侵害は正犯者だけが行うとき、何故両者が等しく処罰されるのかの説明ができない⁽⁵⁸⁾。

dd. 混合的惹起理論 (= 独自の従属的法益侵害の理論) 混合的惹起理論 (Gemischte Verursachungstheorie) — 独自の従属的法益侵害の理論 (Theorie des selbständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs) とも呼ばれる — は上記 (aa)、(cc) の理論を総合した理論であり、ロクスイーンにより提唱、今日、有力説となった。本理論は、共犯者の不法は正犯者の不法に従属すると同時に、共犯の独自の不法に着目するのである⁽⁵⁹⁾。すなわち、共犯の処罰根拠は、一部は従属的に主犯から導かれ、一部は従属性とは独立して自己の法益侵害から導かれる。すなわち、一方で、正犯者の故意の不法は協働する共犯者にも帰属される。他方で、正犯者所為への協働が同時に共犯者による法益侵害である限りで、共犯の不法は独立している。後者が共犯不法の支柱を成す⁽⁶⁰⁾。主犯は可罰的不法を実現しているが、共犯者は不処罰であるということがありうるのである。自己の法益侵害の要請から、例えば、[設例 1] では、乙は不処罰である。侵害された自己の生命は自殺が不処罰であるため嘱託者に対しては刑法上保護されていないからである。教唆者の行為不法が欠如するのである⁽⁶¹⁾。しかし、非身分者が身分者へ真正身分犯を教唆する場合は教唆犯が成立する。侵害された法益は、これが単に非身分者によって共犯者として侵害されうるとき、侵害される法益は正犯者としての身分者に対してだけでなく、非身分者に対しても保護されているからである。アジャンプロヴォカテルでは、囮に既遂の故意が欠如しているので、囷自身の法益侵害が欠如する。なるほど、法益は協働者に対しても保護されるが、しかし、行為は構成要件の実現を目指しておらず、それ故可罰的共犯ではない⁽⁶²⁾。

本理論によっても、共犯の不法は本質的には主犯の不法によって定まる。故意の所為への協働は、なるほど、必ずしも十分ではないが、しかし、必要な条件である。この従属性は単に事実的性質のものではなく、共犯処罰のための法的規準である。従属性の要請から、常に共犯者の加

担は、少なくとも主犯の行為が違法未遂に達していなければならない⁽⁶³⁾。基本的には本理論が妥当といえる（参照、本章第1節C）。

B. 日本刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論

わが国でも、条文上の制約はないものの、責任共犯理論⁽⁶⁴⁾は今日的意義をもはや有していない。その主たる理由は、共犯の間接的法益侵害、危殆化が無視できないこと、共犯者の責任が正犯者の責任とは独立に判断されねばならないところにある。

b. 修正責任共犯理論

修正共犯理論に近い立場として、西原は次のように主張する。一般に法秩序が教唆それ自体に対し実行行為と同様の違法性の重さ、または危険性を認めることは、法秩序が一方に於いて正犯者に適法行為を期待することと矛盾しあう。最後の瞬間まで正犯者に対し適法行為を期待するということは、教唆が犯罪を誘発しないままに失敗に終わることを期待していることにほかならない。そうすると、「教唆犯の違法性が教唆行為それ自体に備わっているなどとはいえず、教唆犯の違法性は、その教唆行為によって現に正犯者に犯罪を実行させたという点に存する」⁽⁶⁵⁾。教唆犯の故意は、一定の犯罪を実行する決意を生ぜしめ、且つこれを実行させる意思であり、それをもって足りる。したがって、アジャン・プロヴォカテールの場合、教唆した犯罪が挙動犯であれば、実行の着手があれば同時に犯罪は完成するから、未遂処罰の規定がなくとも教唆犯が成立し、結果犯の場合には、未遂処罰の規定がある場合にかぎって、その犯罪の未遂の教唆犯が成立する。ただし、正当業務行為として違法性が阻却されることがありうる⁽⁶⁶⁾。

大塚も、「被教唆者・被幫助者である正犯者には、その実行行為によって刑法の保護しようとしている法益の侵害（危険）を生じさせたことが処罰されることについての核心的意味をもつものに対して、教唆者・幫助者には、その教唆行為・幫助行為によって正犯者による法益の侵害（危険）の惹起について、間接的ながら、要因を与えたことが、処罰を受けることの根拠である」と論ずる⁽⁶⁷⁾。大塚は、ドイツ語圏刑法学における諸理論を責任共犯説と不法共犯説（＝惹起説＝促進説。ヴェルツェル、

イエシエック／ヴァイгент)に分ける。後者は、「共犯者は正犯者の故意を惹起して違法な犯罪行為にいたらせ、またはその援助行為によって違法な正犯行為を促進したと解する」⁽⁶⁸⁾。結局、大塚は不法共犯説的立場にしたがって理解することが妥当だと論ずる⁽⁶⁹⁾。大塚は、アジャン・プロヴォカテールについては、常に未遂の教唆となるとは限らないが、未遂の教唆となる場合も少なくない⁽⁷⁰⁾こと、また、片面的必要的共犯につき、例えば、わいせつ文書等販売罪では、基本的に購買者に共犯が成立しないが、しかし、積極的かつ執拗に働きかけて販売者にその意思を生じさせた場合には、教唆犯が成立すると論ずる⁽⁷¹⁾。

結局、西原説は、「正犯者に犯罪を実行させた」ところに、大塚説も、「教唆行為・幫助行為によって正犯者による法益の侵害(危険)の惹起について、間接的ながら、要因を与えた」ところに共犯の違法性を求めている。これは、共犯の不法と正犯の結果無価値の関連を無視することの帰結と云えよう。

c. 純粹惹起理論

わが国で主張される純粹惹起説は、結果無価値論的純粹惹起説⁽⁷²⁾と呼ばれ、共犯の処罰根拠を正犯の行為を介した違法な正犯結果の惹起に見る。本説は、共犯行為全体の違法性は正犯行為の違法性を前提としているが、そのことは共犯行為の違法性が正犯の従属性に従属していることを意味しない。共犯の違法性は正犯の違法性から完全に独立している。また、本説の多数説は、原則的に、正犯行為は構成要件該当行為であることを要しないとする。過失の器物損壊の教唆も、医師の過失秘密漏示を教唆した看護師も可罰的である。過失行為者の行為が違法である限り、構成要件該当性の有無とかかわりなく背後者の行為は共犯となる⁽⁷³⁾。但し、山中は、正犯の構成要件該当性は要しないが、可罰的に違法な行為であることを要すると主張する(可罰的不法従属性説)。したがって、自傷行為、自損行為を教唆した場合、正犯の行為が「可罰的不法」を有しない限り、共犯は処罰されない⁽⁷⁴⁾。

本説は、結果無価値論を徹底させ、正犯が構成要件該当・不法を惹起するという枠付けを取り払い、共犯の処罰範囲を広げるところに問題の核心がある。本理論によれば、「共犯なき正犯」が認められる。[設例1]

では、甲は嘱託殺人罪の未遂犯が成立するが、乙の教唆は適法である。しかし、本理論は、さらに、「正犯なき共犯」も認める。乙が被疑者甲に対して、甲を教唆して甲の刑事事件の証拠を偽造させた場合、甲は処罰されないが、乙は「他人の刑事事件に関する」証拠を偽造した（刑 104 条）の教唆犯として処罰される。また、医師乙がその妻甲に患者の秘密を丙に漏らすように唆した場合も、甲は処罰されないが、乙は秘密漏示罪（刑 134 条）の教唆犯が成立する。しかし、「正犯」の行為が構成要件に該当しない場合でも「共犯」の成立を認めるのは、共犯の可罰性の不当な拡張であり妥当でない⁽⁷⁵⁾。

d. 従属性本位の惹起理論

内田は、「共犯は、『間接的法益侵害』のゆえをもって可罰的たりうる行為として確定される」のであり、「『間接』正犯・『共同』正犯との価値的区別」は、「『実行行為』以外の加担行為による『弱い法益侵害』」にある⁽⁷⁶⁾と論じたうえで、ドイツ語圏刑法学における諸理論を次のように分類する。責任共犯論（コールラオシュ、H・マイアー）は、共犯は正犯を墮落させ、罪責と刑罰に陥れたがゆえに、責任の一半を担って処罰されると考える。違法共犯論は、①正犯の社会的完全性を侵害したゆえに処罰される（トレクセル）とか、共犯は正犯の行為無価値を惹起したがゆえに処罰される（ヴェルツェル）とする方向と、②共犯は構成要件該当の違法な正犯行為を行わしめたが故ゆえに処罰される（シュトラーター・ヴェルト、イエシュック）とする方向に分けられる。前者は、責任共犯論に近く、後者は、原因設定論に近い。原因設定論（因果的共犯論）は、①共犯は正犯の実現した結果を共に惹起したがゆえに処罰されると考えるものであるが、①その違法性は正犯の違法性に依存すると考える方向（イエシュック、マオラツハ／ゲッセル／ツイップ）と、②これを否定する方向（リュウダーッセン、シュミット・ホイザー）に分かれる。前者は、違法共犯論②の方向に近いが、同一ともいえる⁽⁷⁷⁾。結局、内田は自説を違法共犯論②・原因設定論に近いと位置づける⁽⁷⁸⁾。

平野は、「正犯の行為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。それは、違法が本来客観的なものであり、責任が主観的なものであるということからくる帰結」である論じ、この考え方を因果共犯論（＝違法共犯論）

と呼ぶ⁽⁷⁹⁾。平野は、因果共犯論につきさらに次のように論じて、自説を違法共犯論とは区別された意味での因果共犯論と呼ぶ。違法は、原則として「客観的・連带的」であるが、例外的には一身的であることもあるので、正犯の行為は適法であるが、共犯の行為は違法であると言う場合もあり、また、正犯の行為は違法であるが共犯の行為は適法であるという場合もありえないではない。したがって、厳密に云えば、「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も正犯と共犯の客々について検討すべきである。したがって、「最少従属性説ないしは（違法共犯論と区別された意味での）因果共犯論が、最も妥当」である。「しかし、これらは、極めて例外的な事象であるから、一般的には制限従属性説をとり、これらの場合をその例外として考えてもさしつかえない」⁽⁸⁰⁾。結局、平野説は、基本的には従属性本位の惹起理論を採るが、稀な例外を認めるという説である。

従属性本位の惹起理論は基本的に、共犯の違法性は正犯の違法性に基づくとする思考に基づくので、「正犯なき共犯」が否定されるだけでなく、「共犯なき正犯」も否定される。しかし、「共犯なき正犯」も否定するのは妥当でない。例えば、[設例1]では、甲の行為が可罰的違法性を備えているのであるから、この違法行為の教唆も違法だとされる。しかし、これは、共犯行為の独自の不法を無視するものであって、妥当でない⁽⁸¹⁾。

e. 混合惹起理論

高橋⁽⁸²⁾は、近時のドイツ語圏刑法学における学説の展開を踏まえて、共犯の処罰根拠に関する理論を責任共犯説、不法共犯説（行為無価値惹起説）、惹起説（＝因果共犯論）に大別し、さらに、惹起説を純粹惹起説（＝独立性志向惹起説）、修正惹起説（＝従属性志向惹起説）、及び混合惹起説（＝従属的法益侵害説）に細分して、混合惹起説を支持する。混合惹起説によれば、共犯不法は、共犯行為そのものの違法性に基づくとともに、正犯行為の違法性にも基づく。すなわち、共犯不法は、共犯の法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素から成る。本理論は、「正犯なき共犯」を否定するが、正犯の違法性があっても共犯の違法性はない場合のあること、つまり、「共犯なき正犯」を肯定する。

井田⁽⁸³⁾も、共犯に関する処罰根拠を責任共犯論、不法共犯論、惹起説(=因果的共犯論)に大別し、さらに惹起説を純粹惹起説、修正惹起説及び混合惹起説に細分し、混合惹起説を支持して、次のように論ずる。共犯の成立には、共犯者にとり違法な事態(共犯不法)が生じていること、これに加えて、正犯者にとって違法な事態(正犯不法)を生じさせていること(従属性の関係)を要する。ここに従属性とは、正犯が構成要件該当・違法行為であること(制限従属性)、また、正犯者が犯罪Aの構成要件該当・違法な行為を行わないかぎり、共犯者についてA罪の共犯は成立しない(要素従属性)ことを意味する。さらに、故意のある正犯行為がなければ共犯は成立しない(故意への従属性)。

C. 混合的惹起理論とその若干の帰結

a. 正犯の不法と共犯の不法の関係

共犯者は各則の構成要件で保護される法益を侵害するが故に処罰されるのである。共犯規定は、正犯者を犯罪主体とする各則の構成要件の限界を超えて、可罰性の範囲を拡張する刑罰拡張事由の定めである。すなわち、共犯者自身は各則の構成要件を直接的に実現するわけではなく、他人である正犯者に教唆又は幫助という形で協働する、つまり、構成要件該当・違法な主犯を通して法益を侵害するのである(間接的法益侵害)。したがって、この共犯の制限従属性は事実的性格のものではなく、法的性格のものである。ここから共犯の正犯実行従属性も導かれる。すなわち、主犯の可罰性は、原則として、予備ではなく、未遂に達している場合である。主犯の未遂は構成要件該当行為またはそれとの接着行為があってはじめて成立する。これに対して、共犯の場合、こういった行為はなく、予備行為に相当する行為があるだけである。しかし、主犯が未遂に達すると、共犯もその性質上法益侵害の未遂の段階に達する。この段階で、共犯の可罰性が生ずるのである⁽⁸⁴⁾。

共犯者の不法は主犯の不法、つまり、行為不法と結果不法に依存するのであるが、次に問題となるのは、何故、共犯者は、正犯者と異なり、単なる間接的法益侵害をしているのにもかかわらず、教唆者は正犯者と同様に「正犯の刑」を科せられ、幫助者は教唆者よりも軽く処罰されるのかという点にある。それは、主犯の違法行為が共犯者にとっては補足的不法を意味するからである。すなわち、主犯の不法は行為不法と結果

不法に分けられる。教唆犯の場合、教唆者には、主犯者に所為決意を引き起こし、実行に移させることにより、主犯者の行為不法が帰属される。教唆者には、この行為不法に続き、正犯者の実行行為から生じた結果不法が帰属される。すなわち、主犯の不法全体が教唆者に帰属されるのである。これに対して、幫助犯の場合、正犯者の具体的所為決意に関与したわけではないので、幫助者には主犯の行為不法が帰属されることはなく、主犯の不法の一部、つまり、結果不法だけが帰属される。例えば、(可罰的) 不能未遂の場合ですら、主犯者は少なくとも法益に対する抽象的危険を、つまり、結果不法を創出しており、主犯を可能にした又は促進した幫助者には、この結果不法が帰属される。したがって、幫助者の法定刑が教唆者の法定刑よりも軽いのは、幫助者には主犯の結果無価値しか帰属されないからである⁽⁸⁵⁾。

共犯者は基本的構成要件を実現するのではないから、真正身分犯への共犯も可罰的である。この場合、正犯者に対するのと同じ法定刑での処罰が可能なのは、教唆者が、法益侵害を目指すことによって、「他人を真正身分犯へと唆すな」という共犯者規範を侵害しているだけでなく、さらに、「真正身分犯をするな」という正犯者規範の侵害に間接的に関与するからである⁽⁸⁶⁾。さらに、主犯者にとって不可罰な不能未遂への協働は、共犯者がその不能であることを知っている限り、共犯者にとっても不処罰である。共犯者には故意が欠如する、したがって、未遂処罰を基礎づける他人の行為不法への関与というものが見られないからである⁽⁸⁷⁾。教唆する捜査官(アジャン・プロヴォカテール)も不処罰である。教唆者に主犯が保護法益の侵害(結果無価値)にいたり得ないことの認識があるとき、つまり、故意がないとき、行為不法にしか存在しない主犯者の不法が共犯者に帰属されることはない⁽⁸⁸⁾。

b. 共犯の独自の不法

共犯の正犯従属性ということによって、共犯の独自の不法が否定されるものではない。共犯にもそれぞれ独自の結果不法と行為不法を有する。例えば、(可罰的) 不能未遂の場合、正犯者の実行行為には行為不法しか見られないが、教唆者には教唆の既遂という中間結果、つまり、結果不法が見られる。[設例1]の場合、自己の生命は自殺する気のある者にたいして保護されることは無いので、乙は、行為不法の欠如の故に、囑託殺

人未遂罪の教唆の廉で処罰されることはない⁽⁸⁹⁾。同様に、他人から苦痛を加えられることを唆す被虐性愛者が暴行罪、傷害罪の教唆で処罰されることもない⁽⁹⁰⁾。これらの場合、「共犯者」は規範の名宛人ではないのである。すなわち、被害者自身が「共犯者」であるとき、その保護法益は主犯者との関係では保護されるにせよ、自分自身との関係では保護されない。「教唆者」の所有物である物の窃取を教唆する者も不処罰である。こういった共犯の独自の不法論の展開には客観的帰属の思想が反映されているのである⁽⁹¹⁾。

[設例 2] 乙はその仲間の甲を試そうとして、甲に乙の隣家の前に留め置かれてある数字合わせ錠の取り付けられた乙所有の自転車を盗んでくれと要求した。甲は日暮れにその錠を壊し、自転車を盗んだ。甲はそれが乙の所有物であることを知らなかった。(ヴェッセルス／ボイルケ／ザッツガーの設例)

所有権という法益は所有者自身に対しては保護されないので、「教唆者」乙は、規範の名宛人とならず、甲によって遂行された(不能)窃盗未遂罪の教唆犯の廉で処罰されることはない。自転車が乙の所有物であることを知らなかった甲には窃盗未遂罪が成立する。但し、乙が勘違いをしてその自転車が自分の所有物であることに気づいていなかったときも同様である⁽⁹²⁾。

必要的共犯の一類型である片面的対向犯、例えば、わいせつ物頒布等罪(刑 175 条)、監護者わいせつ及び監護者性交等罪(刑 179 条)において、対向的行為のうち的一方だけを処罰する旨の明文規定がある場合、他の一方の行為について共犯規定を適用して処罰することができないことも共犯の処罰根拠から導かれる。片面的対向犯においては、関与者は、自らは「被害者」であるという「対抗的役割」を任意に正犯者と協働する。当該処罰規定が保護の目的とする被害者が、明文規定の必要的協働に限定された行為をするとき、「被害者」の所為関与を理由に処罰できないことは当然である。さらに、当該明文規定によって保護される被害者が「必要的共犯者」としての自己の役割を超え、正犯者の所為を唆す場合ですら不処罰である⁽⁹³⁾。例えば、被監護者が監護者に執拗に性的行為を慫慂するとか、購入者が躊躇する販売者に執拗に販売を迫るといった場合である。[設例 1] もこれに加えられる。こういった場合、構成要件

上保護されている者は自己の法益を刑法上侵害することができず、それ故、主犯を教唆する被害者の行為が、共犯に必要な程度を超えていても、教唆者は不処罰である。被害者の独自の法益侵害が欠如しているのである⁽⁹⁴⁾。

教唆者の故意は、一方で、他人を所為へと唆し、所為決意を引き起こすという独自の教唆行為、他方で、正犯者による故意の違法行為の実行に向けられていなければならない（いわゆる二重の教唆者故意）。教唆者は、主犯が特殊的主観的構成要件要素の要求される犯罪では、主犯がそれを具備していることも認識していなければならない。その際、正犯者の故意はその所為の既遂を含まねばならず、結果の実現意思がなければ、故意はないということである。そうであれば、正犯者に準じて処罰されねばならない教唆者においても、なおさら既遂故意は不可欠である⁽⁹⁵⁾。このことは共犯の処罰根拠からも云える。教唆犯は教唆者が法益侵害を間接的に惹起することを要する。所為を未遂段階で止めようとするないし止めようとさせる者は被害法益への独自の侵害意思をもたない。たしかに、未遂も刑法上不法である。正犯者にとって、この不法は行為不法にしかなく、結果不法は欠如するので未遂罪は成立する。しかし、教唆者は法益侵害を自己の故意に全く取り入れなかったのである。正犯が未遂の段階で逮捕する又は逮捕させることしか意欲していない教唆する捜査官（アジャン・プロヴォカテール）がその典型的事例であり、未遂罪の教唆犯は成立しない。教唆者に事実上の理由から主犯が既遂になりえないことの認識があるとき、つまり、故意がないとき、行為不法にのみ存在する主犯者の不法が共犯者に帰属されることはない⁽⁹⁶⁾。教唆者が結果の発生を回避できると信じたが、予期に反してそれを阻止できなかったとき、過失犯の成立が考えられるだけである⁽⁹⁷⁾。また、(可罰的) 不能未遂への協働、例えば、乙は甲に丙殺しの教唆をするが、乙は甲がその実行に使用する拳銃の弾薬を甲に知られることなく事前に抜き取っていたという場合も、乙に殺人罪の教唆犯は成立しない⁽⁹⁸⁾。

侵害結果の発生を要件としない構成要件では、教唆犯の成立には教唆者の既遂故意では足りず、教唆者の終了故意が必要である。共犯は共犯者の独自の法益侵害であるから、教唆者が、正犯者による所為の形式的既遂を意欲しているだけで、法益の實質的侵害を意欲していなかったと

き、つまり、終了故意を有しなかったとき、教唆者には法益侵害を実際に実現する故意が欠如している⁽⁹⁹⁾。例えば、窃盗罪、通貨偽造罪、文書偽造罪のような法益に関連する特殊な構成要件要素を要する犯罪では、教唆する捜査官（アジャン・プロヴォカテール）に形式的犯罪既遂の故意があったが、現実の法益侵害の故意、つまり、終了故意がなかったとき、終了段階前での教唆犯の成立はない⁽¹⁰⁰⁾。薬物事犯のような単純行為犯でも、例えば、教唆する捜査官（アジャン・プロヴォカテール）が「譲り受け」の時点で譲受人を逮捕する又は逮捕させる意思のとき、（形式的）既遂の故意はあっても、終了故意があるとはいえないので、この段階での教唆犯の成立はない⁽¹⁰¹⁾。

 第5章 注

- (1) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 983.
- (2) *H. Kudlich, A. Henn*, Täterbegriff und Teilnahme bei den Aussagedelikten, JA 2008, 510 ff.
- (3) *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 5.
- (4) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 13.
- (5) *Stein*, (Fn. I-39), 101.
- (6) *E. Beling*, Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober bis zum 31. März, ZStW 18 (1898), 267 ff., 272. しかし、ペーリングは後に惹起説へ改説した。*E. Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 426（共犯者が処罰されるのは「他人の違法な作為にささいな加担をしたからである」「他人の違法性を手助けをした」からである）。
- (7) Vgl. *Stein*, (Fn. I-39), 102.
- (8) *H. Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, 334; *ders.*, Strafrecht AT, 1953, 334; *ders.*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, in: Rittler-FS 1957, 243 ff., 255 f.; *J. Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen — Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, 142; *K. F. Schaffstein*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938), 295 ff., 323「共犯はその不法を主犯の不法から受け取る。ただしこの不法という概念を外と同じく専ら法益侵害にのみ関係づけてはならない。最近ヘルムート・マイアーが卓越した言い方をしたように、特に意思刑法の帰結として云えるのだが、この従属的不法を外損害の惹起のなかにみるだけでなく、何よりも、共犯者が『哀れな者に罪を犯させた』ところからみることができる。言い換えると、共犯者の不法はなるほど専らというわけではないが、それでも部分的には非難可能な意思決定を生じさせたり促進したりしたところにある」。
- (9) *G. Spindel*, Zum Begriff der Täterschaft, in: Lüderssen-FS, 2002, 611.

- (10) *Mayer*, (Fn. V-8. Täterschaft), 254: vgl. *G. Less*, *Der Unrechtscharakter der Anstiftung*, ZStW 69 (1957), 43 ff., 45.
- (11) *Frister*, (Fn. I-132), 25. Kap Rn 27; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 991.
- (12) Statt vieler *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 50 Rn 12.
- (13) *Cramer/Heine*, (Fn. III-162), Vorbem §§ 25 ff. Rn 19; *W. Joecks*, *Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, Vor §§ 26, 27 Rn 5; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 16.
- (14) 1943年5月29日の命令 (RGBI. I/339) 以来現行刑法第29条に至るまで制限従属性が適用されている。しかし、当初、故意と過失は構成要件要素ではなく、責任形態と理解されたので、判例は、共犯者が他人の故意とは関係なく処罰されうること、したがって、故意なき所為への共犯が可能であると解した (BGHSt 4, 355; 5, 47)。後に、この見解は目的的行為論の影響下で放棄された。故意の主犯の必要を放棄するのは共犯の本質に反し、構成要件の境界を溶解することに繋がる。共犯の特徴である、主犯者の意思の下への従属というのは、主犯者が故意に行為をする場合にだけ可能であると考えられたのである (BGHSt 9, 370)。1975年の刑法改正で、立法者はこの見解を取り入れ、刑法第26条、同第27条に故意に遂行される違法の所為を明文化し、共犯の成立には、主犯者の有責性を要しないが⁶、故意の行為は必要だとされた。Vgl. *Frister*, (Fn. I-132), 25. Kap Rn 25.
- (15) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 18; *B. Heinrich*, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2019, § 36 Rn 1273; *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 5.
- (16) *S. Trechsel*, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, 12.
- (17) *Less*, (Fn. V-10), 43 ff.; *Trechsel*, (Fn. V-16), 54 ff. なお、トレクセル自身は自説を「責任共犯理論」と称しており、不法共犯理論という名称をつかっていない。既にヴェルツェルも不法共犯理論を主張していた。*H. Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, 115 「共犯者の処罰の内在的根拠は、共犯者が⁶正犯者を責任と刑罰へ導いた (いわゆる責任共犯理論) ところにあるのではなく、社会的に耐え難い、つまり、構成要件該当・違法の所為を唆すことで誘引する又は促進したところにある」。auch *R. Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, 1989, 163 ff.; auch *O. H. Gerson*, *Strafgrund, Wesen und Tathandlungen der Anstiftung*, § 26 StGB: *Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses*, Teil 1, ZIS 2016, 183 ff., 188 ff., Teil 2, ZIS 2016, 295 ff., 306; *M. Heghmanns*, *Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung*, GA 2000, 473 ff., 484 f.
- (18) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 8; *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 6.
- (19) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1273; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31, Rn 9; *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 6; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 991; *H. Satzger*, *Teilnehmerstrafbarkeit und » Doppelvorsatz* 《, JURA 2008, 514 ff., 516; *Stratenwerth* (Fn. III-34), § 12 Rn 120.
- (20) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1273; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 19.
- (21) *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 6; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 18; *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 13 Rn 83.

- (22) *Trechsel*, (Fn. V-16), 107.
- (23) *Roxin*, (Fn. III-60), Vor § 26 Rn 11; *ders.*, (Fn. I-27), § 26 Rn 20.
- (24) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 21.
- (25) *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 6; *Roxin*, (Fn. III-60), Vor §§ 26, 27 Rn 11.
- (26) *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 12.
- (27) *Lüderssen*, (Fn. I-22), 119 ff.; *ders.*, Der Typus des Teilnahmertatbestandes, in: Miyazawa-FS, 1995, 449 ff.; auch *W. Sax*, Zur Problematik des „Teilnehmerdelikts“, ZStW 90 (1978), 927 ff.
- (28) *Schmidhäuser*, (Fn. I-22, Lehrbuch), § 14 Rn 57; *ders.*, Strafrecht AT, Studienbuch, 2. Aufl., 10. Kap Rn 9 f.
- (29) Ebenso *H. Plate*, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), 300; ähnlich *R. Herzberg*, Anstiftung und Beihilfe, GA 1971, 1 ff. 2.
- (30) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 14.
- (31) *Joecks*, (Fn. V-13), Vor §§ 26, 27 Rn 9; *Schünemann*, (Fn. III-60), Vor 26 Rn 11.
- (32) 同趣旨、*M.-K. Meyer*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, 1979, 260; *Sax*, (Fn. V-27), 930 f.
- (33) *Joecks*, (Fn. V-23), Vor §§ 26, 27 Rn 9.
- (34) *Lüderssen*, (Fn. I-22), 161 ff.
- (35) *Lüderssen*, (Fn. I-22), 192.
- (36) *U. Kindhäuser, T. Zimmermann*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2019, § 38 Rn 12.
- (37) *Lüderssen*, (Fn. I-22), 168, 214 f.
- (38) *Lüderssen*, (Fn. I-22), 192.
- (39) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 13; *Schünemann*, (Fn. III-60), Vor 26 Rn 12.
- (40) *Lüderssen*, (Fn. I-22) 135 ff., 197
- (41) *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. V-36), § 38 Rn 12.
- (42) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 15.
- (43) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1275; *Schünemann*, (Fn. III-60), Vor 26 Rn 12.
- (44) *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 14.
- (45) *K. Geppert*, Die Anstiftung (§ 26 StGB), JURA 1997, 299 ff., 300.
- (46) *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen, 1986, 44 ff.; 連帯化思想を幫助犯にも応用するのが、*Heghmanns*, (V-17), 479 f. 485 「不法契約」; *G. M. Sch. Trappe*, Harmlose Gehilfenschaft? 1995, 97 f. 137.
- (47) *W. Schild*, Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., Vor §§ 26, 27 Rn 16.
- (48) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 24.
- (49) *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 11; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 25.
- (50) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1275 Fn. 13; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor § 26 Rn 11.
- (51) RGSt 5, 227, 228; 15, 315, 316.; BGHSt 4, 355, 358 (教唆の本質は違法行為の惹起にある), RGSt 15, 315; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 28 Rn 43; *Cramer/Heine* (Fn. III-162), vor § 25 Rn 17; *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 230; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 I 2 (共犯者の不法は、「正犯者の規範侵害に

協働するところにある。それ故、共犯者所為の不法は主犯の根拠と程度に依存せざるを得ない」。: *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 132; *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. I-122), § 50 Rn 57 「共犯の処罰根拠は他人の不法の誘因又は支援にある」; *H.-J. Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 78 (1966), 92; *ders.*, Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr, GA 1970, 353 ff. なお、本理論の支持者のなかでも「不法共犯理論 (Unrechtsteilnahmehethorie)」という名称を使う者に、*Otto*, (Fn. I-54), § 22 Rn 7; *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 12 Rn 121. したがって、本文で叙述された「不法共犯理論」 (= 修正責任共犯理論) と混同してはならない。

- (52) BGHSt 37, 214, 217.
- (53) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1274.
- (54) *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 50 Rn 13.
- (55) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 30 Rn 44; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 2 b (教唆者が主犯の未遂しか意欲しないとき、所為客体の危殆化が排除されている場合に限り、教唆者故意が欠如する)。
- (56) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 27.
- (57) *Geppert*, (Fn. V-45), 300; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 26 Rn 15.
- (58) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1274; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 16.
- (59) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 16; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 21; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 22 Rn 8 f.; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 985 ff.; *R. Rengier*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 45 Rn 2; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 11; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 126; *krit. Renzikowski*, (Fn. I-120), § 50 Rn 19 ff. 「共犯者は自ら構成要件を実現するのではなく、他人の構成要件実現に関与する。他人の構成要件実現が共犯者に帰属されることはない。他人の違法性の帰属を肯定する見解は責任原理に反する。……したがって、共犯は、犯罪構成要件の基礎にある行為規範とは異なる行為規範に違反する。共犯者の行為の規範違反は共犯者処罰の不可欠な前提要件である」(Rn 19)。「共犯を禁止する行為規範は規範論理的に見ると危殆化禁止としてしか理解できない。とりわけ、このことは、共犯者が主犯者に犯罪を促したり、支援したりするときに、違法性が確定するということも意味するのであり、主犯者が実行行為を行うか否かとは無関係である」(Rn 20)。「共犯者は、いわば犯罪実行のための『素材』を提供することによって権利侵害の危険を増加させる。すなわち、共犯の従属性とは、共犯の不法は主犯の不法から導かれ、少なくとも主犯が未遂の段階に達することがなければ共犯不法は存在しえないということの意味するのではない。むしろ、共犯の主犯との関連は、いずれの共犯者行為も常にある特定的主犯に向けられていなければならないという点にある。共犯者の予見した主犯は、共犯を危険として、したがって規範違反として評価することの志向的根拠となる。すなわち、共犯の不法は、共犯者行為規範が目的論的に侵害禁止から導かれる限りで主犯から導かれる。すなわち、他人の権利領域を侵害することは禁止されているから、その準備もしてはならない。この意味で、従属性は目的的 (final)

である」(Rn 21)。

- (60) *Schünemann*, (Fn. III-60), § 26 Rn 7.
- (61) *Schünemann*, (Fn. III-60), § 26 Rn 2; *Stratenwerh/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 118.
- (62) *Schünemann*, (Fn. III-60), § 26 Rn 2; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 9. (結果が帰属されうるのは、許されない危険の創出に基づく場合だけである。共犯者は故意に行為をしなければならぬのであるから、共犯者が許されない危険を創出するという事は、可罰的共犯にとって必要な独自の法益侵害である)。
- (63) *Schünemann*, (Fn. III-60), § 26 Rn 4.
- (64) 江家義男『刑法(総論)』1952・190頁、斎藤信宰『刑法講義総論』[新版]2007・444頁、莊子邦雄『刑法総論』1969・712頁、716頁以下、瀧川幸辰『犯罪論序説』[改訂版]1955・246頁、泉二新熊『日本刑法論総論』[44版]1939・682頁、安平政吉『新修刑法総論』1970・363頁
- (65) 西原春夫『刑法総論』[改訂準備版〔下巻〕]1999・378頁。
- (66) 西原(V-65)400頁以下。
- (67) 大塚(I-113)290頁。
- (68) 大塚(I-113)289頁。同旨、團藤(I-149)372頁以下。
- (69) 大塚(I-113)290頁。
- (70) 大塚(I-113)312頁。
- (71) 大塚(I-113)276頁注2。
- (72) 植田重正『刑法要説総論』[全訂版]1964・152頁以下、佐伯(IV-174)332頁以下、中(IV-12)220頁以下、中山(III-129)444頁、山中敬一「因果的共犯論と責任共犯論」(阿部純二等編)『基本講座』4巻所収)94頁以下、99頁。
- (73) 植田重正『共犯の基本問題』1952・107頁、佐伯『共犯理論の源流』1987・69頁、115頁、中義勝『刑法上の諸問題』1991・478頁。山中(V-72)102頁。
- (74) 山中(III-22)862頁。
- (75) 井田(III-20)534頁注2、曾根(III-22)245頁、西田典之『刑法総論』2006・316頁。
- (76) 内田(III-19)301頁、同、『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』1999・436頁以下。
- (77) 内田(III-19)301頁注1。
- (78) 内田(III-19)302頁注1、2。
- (79) 平野(I-106)355頁、同「責任共犯論と因果共犯論」『犯罪論上の諸問題(上)』1981・167頁以下。その他、大越義久『共犯の処罰根拠』1981・257頁以下、同『共犯論再考』1989・52頁以下。
- (80) 平野(I-106)358頁。
- (81) もっとも、曾根(III-22)245頁も、[設例1]の場合、乙は被害者でもあり、自己の身体の自己決定権を実現しており、その限度で違法性の程度は不可罰となるまでに減少すると論ずる。
- (82) 高橋(III-24)453頁以下。
- (83) 井田(III-20)534頁以下。その他、混合惹起理論を支持するのが、浅田(III-12)407頁「発想としては混合惹起説と同一になるが、結論は混合惹起説と同一になる」、斎藤誠二『特別講義 刑法』1991・169頁以下。曾根(III-22)245

頁。西田 (V-75) 314 頁以下、同「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑雑 27・1 (1986) 144 頁以下も、共犯の処罰根拠に関する理論を、責任共犯論、違法共犯論、因果的共犯論 (= 惹起説) に大別し、因果的共犯論を純粹惹起説と混合惹起説に細分し、混合惹起説 (構成要件的惹起説と称する) を支持する。山口 (III-28) 296 頁。

なお、大谷 (II-7) も、共犯の処罰根拠に関する学説を責任共犯説と惹起説 (= 因果的共犯論) に大別し、惹起説を純粹惹起説、修正惹起説及び混合惹起説に細分した上で、次のように論ずる。「犯罪は、実行行為による法益侵害・危険の惹起を本質としているのであるから、共犯の処罰根拠も正犯の実行行為による法益侵害・危険の惹起に求め、共犯は、正犯の実行行為による法益侵害に從属して成立すると解すべきである。しかし、共犯または正犯の違法性および有責性は、具体的な場面で個別的に判断されるべきであるから、違法性の相対性は常に是認されなければならない。結論として、共犯の処罰根拠は実行行為を通じて法益侵害・危険を惹起したことに求めるべきであり、その意味で混合惹起説が妥当である」(400 頁)。このように論じて、大谷は混合惹起説を支持するのだが、しかし、その帰結はドイツ刑法学で云う「混合惹起説」とは必ずしも一致しない。なるほど、[設例 1] の場合、乙に囑託殺人未遂の教唆犯の成立は否定される (400 頁)。しかし、教唆する捜査官の場合には、被教唆者をして実行の着手に至らせることを認識しているので、教唆の故意に欠けるところがなく、未遂犯の教唆が成立する (但し、違法性阻却の余地がある) (437 頁)。さらに、片面的対向犯では、構成要件上「当然に予想される」共犯行為については、原則として共犯規定の適用がないが (394 頁)、しかし、典型的に予想されているとは認められない、積極的かつ執拗な働きかけを行った場合には、共犯の成立がある (395 頁)。結局、大谷説の帰結は修正責任共犯理論に近い。

- (84) Vgl. *E. Samson*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1993, Vor § 26 Rn 14.
- (85) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 20 f.
- (86) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem §§ 25 ff. Rn 15; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 33.
- (87) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem §§ 25 ff. Rn 15.
- (88) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem §§ 25 ff. Rn 15.
- (89) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 16; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor 26-31 Rn 32.
- (90) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 16; *Kühl*, (IV-3), § 20 Rn 139.
- (91) *Geppert*, (Fn. V-45), 300; *J. Kretschmer*, Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, *Jura* 2008, 265 ff.; *Th. Rönnau*, Grundwissen — Strafrecht: Anstiften, *JuS* 2020, 919 ff., 920. 参照、豊田彦彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』2009。
- (92) *Samson*, (Fn. V-84), Vor 26 Rn 17; *Schünemann*, (Fn. III-60), Vor § 26 Rn 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 870.
- (93) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 31 Rn 1031; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 133a;

Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. IV-4), § 16 Rn 922.

- (94) *Heine/WieBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 42; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor §§ 26-31 Rn 74; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), 3 31 Rn 1032; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 44; *Frister* (Fn. I-132), 28. Kap Rn 9 は、〔設例 1〕に変更を加えて、被害者が教唆のみならず、幫助もした場合、嘱託殺人罪では幫助が概念上必要とされているわけではないにもかかわらず、殺人の不法が他殺にある限り、被害者自身が為した嘱託殺人未遂罪の幫助も不処罰とせざるを得ないが、それは主犯が共犯を概念上前提としていることからだけでなく、共犯の処罰根拠から導かれると論ずる。
- (95) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 26 Rn 21; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II b; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 889.
- (96) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 31 Rn 1058; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.
- (97) *Jeocks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 56; *Roxin*, (Fn. III-60), § 26 Rn 66 ff.
- (98) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201.
- (99) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 26 Rn 23; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 31 Rn 1064; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 156.
- (100) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 31 Rn 1059 ff.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 161 ff.
- (101) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 31 Rn 1065; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 157.

Täterschaft und Teilnahme (18)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3) (Bd. 51, Nr. 2 - Bd. 59, Nr. 1)

Kapitel V. Teilnahme - Anstiftung und Beihilfe

1. Begriff der Teilnahme

2. Strafgrund der Teilnahme

A. Die Theorien vom Strafgrund der Teilnahme im deutschsprachigen Raum

a. Schuldteilnahmetheorie (= Korruptionstheorie)

b. Modifizierte Schuldteilnahmetheorie (= Unrechtsteilnahmetheorie = Desintegrationstheorie)

c. Verursachungstheorie

aa. Reine Verursachungstheorie

bb. Solidarisierungstheorie

cc. Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie

dd. Gemischte Verursachungstheorie (= Theorie des selbständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs)

B. Die Theorien vom Strafgrund der Teilnahme bei uns

a. Schuldteilnahmetheorie

b. Modifizierte Schuldteilnahmetheorie

c. Reine Verursachungstheorie

d. Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie

e. Gemischte Verursachungstheorie

C. Gemischte Verursachungstheorie und ihre einigen Forgerungen

a. Das Verhältnis des Hauptatunrechts mit dem Unrechts der Teilnahme

b. Eigenständiges Unrecht der Teilnahme (Band 59, Nr. 2)

(Die Fortsetzung folgt.)

