

機関番号：32641

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2007～2010

課題番号：19730060

研究課題名（和文） 「可罰的な犯罪関与行為」と「不可罰的な犯罪関与行為」との区別について

研究課題名（英文） Distinction between “Punishable Participation in Crimes” and “Non-Punishable Participation in Crimes”

研究代表者

曲田 統 (MAGATA OSAMU)

中央大学・法学部・教授

研究者番号：70364213

研究成果の概要（和文）：

可罰的な犯罪関与行為と不可罰的な犯罪関与行為との本質的な違いについて検討をすすめた。しかし、具体的な検討過程において、この問題は、刑罰の存在理由・正当性、刑法の一般理論といった刑法の本質論と直結し、よって刑法の本質論に関する検討を回避することはできないとの見方に達した。そこで、当初の具体的な研究予定を一旦先に送り、刑法の基本原則について深く考察することを優先させ、刑罰の正当性、犯罪の客観面と主観面の関係、共犯の処罰根拠、日本の文化と刑法学との関係性などの問題について考察し、共犯理論を立体的に構築するための土台を作り上げた。その上で、犯罪関与行為の可罰性の本質についての考察に踏み入るに至っている。

研究成果の概要（英文）：

In this study I have considered the inherent differences between punishable participation in crimes and non-punishable participation in crimes. However in the course of the actual consideration process, I reached the conclusion that this issue is directly linked to the theories underlying criminal jurisprudence such as those related to the reasons for the existence of punishment as well as its legitimacy and lawfulness, and general theories about criminal law. Having come to this conclusion I recognized that full consideration of these underlying theories is inevitable. Accordingly, the initially proposed research schedule was placed on hold and precedence given to an in depth consideration of the fundamental principles underlying criminal jurisprudence. Specifically the issues concerning the legitimacy and lawfulness of punishment, the relationship between the objective and subjective considerations related to crime, the rationale behind punishment of accomplices as well as the relationship between Japanese culture and criminal jurisprudence. This has allowed me to lay down a basic foundation upon which to build a multifaceted theory concerning the criminality of accomplices to a crime. Based upon this theory I have begun further study to identify those elements that act to make participation in a crime punishable.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	900,000	0	900,000
2008年度	600,000	180,000	780,000
2009年度	600,000	180,000	780,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
年度			
総計	2,600,000	510,000	3,110,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：刑法

1. 研究開始当初の背景

刑法学における従犯の本質をめぐる議論は、我が国においては十分なものに達していない。特に、日常的になされる種の行為が、犯罪に係する行為となった場合、これを従犯として処罰対象にできるか、という問いは、ドイツで盛んに議論されてきていたが、我が国での議論は始まったばかりといえる状況であった。そこで、可罰的な犯罪関与行為と、不可罰的な犯罪関与行為との本質的な違いを明らかにする必要があると考え、本研究に着手した。

2. 研究の目的

可罰的な犯罪関与行為と不可罰的な犯罪関与行為とは本質面においてどこが異なるのか。また、両者の区別はどのような基準によって果たされるべきか。この問いに対する答えの一端を導く。

3. 研究の方法

日本、ドイツ、英米において文献上すでに示されている諸見解、ならびに判例を収集し、それぞれにおいて展開されている論理を分析し、その特徴に従って整理・統合を行う。払拭されない疑問点等については、国外の学者に問い合わせをしたり、必要において現地へ赴き筆者自身あるいはその論点に造詣の深い学者と意見交換をするなどして、十分な理解に達する。

特に海外においては、共犯論それ自体に関する対立のみならず、法文化・政治哲学・刑罰制度などといった基礎的問題にスポットが当てられることも少なくないことから、本研究に際しても、これらの基礎的問題に積極的に取り組むスタンスをとることとした。この研究スタンスは、当初予定していたものではないが、これによって、共犯の問題を各論的問題と位置づけ、この各論的問題を刑法の原理に関わる問題に密接に関連づけることが可能となり、その上で双方を立体的に解決していくことが可能となったことから、全体として功を奏したものと考えている。

今後も、この研究スタンスを維持しつつ、未解決の問題に取り組んでいくつもりである。

4. 研究成果

(1) 可罰的な犯罪関与行為と不可罰的な犯罪関与行為との本質的な違いについて検討をすすめる過程で、この問題を扱う上で不可欠な検討事項、すなわち、刑罰の存在理由・正当性、刑法の一般理論といった刑法の本質論について検討することの重要性を痛感することとなった。そこで、当初の具体的

な研究予定を一旦先に送り、刑法の基本原則について深く考察することを優先させ、刑罰の正当性、犯罪の客観面と主観面の関係、共犯の処罰根拠、日本の文化と刑法学との関係性などの問題について考察した。その結果、(研究はまだ進行中であるが、) 刑法原理と齟齬を起こさない立体的な共犯理論を構築するための枠組み・土台を作り上げることができた。

(2) 共犯行為の可罰性を説く上で、どうしても回避できないのは、刑罰・処罰の正当性の根拠の問題である。この問題は単独正犯においてのみ取り上げられるべきものではなく、共犯処罰の正当性を説く上でも必須の検討事項であるとの基礎的視座に立っている。この考察の一部は、「従犯の主観的要件の実体」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年、581-604頁)において示した。そこで特に重要だとしたのは、功利主義的観点に土台をおく予防思想の導入の適否・程度についてである。結論としては、予防思想は立法段階で制限的に取り込むことが肯定され、対して科刑段階においてはこれを排することが適切であるという見方に至った。

また、同論文においては、刑罰・処罰の正当性に関する各論的問題と称する「共犯の処罰根拠」について検討を加えている。これについては、特に、ドイツ・我が国において支持を広げつつある混合惹起説と呼ばれる考え方(共犯の処罰を基礎づける共犯の不法は、共犯自身の不法と、正犯不法の不法との双方によって基礎づけられると説く立場)の問題点を指摘した点が重要である。私見としては、むしろ、「共犯に特殊な違法性」を積極的に肯定できる視点を持つ修正惹起説と呼ばれる考え方が妥当であるとの結論に至っている。共犯の処罰根拠は正犯の処罰根拠と必ずしも同一とはいえないとの視点がこの主張を支えている。

刑罰の関係では、死刑制度の是非の問題を回避することはできない。この問題については、すでに数多くの研究成果が存在するものの、議論は膠着状態にあるといえる。そこで、新たな視座を提供し、議論を再び活発化させることを狙い、「死刑制度は保持されるか」法学新報、118巻7・8号(2011年、掲載決定)を執筆した。本稿では、従来型の議論の対立軸にとどまるのではなく、さらに深い哲学的対立にまで入り込んだ上で検討を進めている。検討の枠組みにおいて強調したのは、死刑制度への評価を、政治哲学上の自由主義思想にとどまっておこなうか、新たな展開を見せつつある共同体思想に立脚しておこなうか、という問いである。今後は、このような政治哲学上の問いへの取り組みを

必須の前提として、死刑制度について検討を加えていくことが必要であると主張されている。

加えて、より根源的な問題である法文化、さらには日本の文化そのものと法との関係についても考察した。特に、刑法学も重点的に扱う「人の生死」に関わる問題は、文化的側面の分析を経てなければ答えは出し難いと思われるが、この点、「Japanische Kultur und Strafrecht」法学新報、117 巻 7・8 号(2011 年、77-105 頁)においては、東洋思想と日本人の死生観との関連を含め論じ、その上で、共犯行為の一種である自殺の手助け行為を処罰対象としている自殺幫助罪(刑法 202 条)は抑制的に適用されるべきとの提案を示すにいたった。さらに、我が国の臓器移植法の展開についても、文化的側面から検討を加えている。儒教的視座・仏教的視座の相違を踏まえ、あるべき同法の展開を示唆するにいたっている。なお、同稿においては、我が国の文化それ自体との関連として、100 年以上にわたって用いられてきた日本刑法典の特質についても叙述している。

前記、「従犯の主観的要件の実体」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010 年、581-604 頁)においては、本研究の中心的課題である従犯の成立要件の問題について検討している。この論文では、特に、従犯行為者の「主観的側面」に着目して、従犯の可罰性・不可罰性の相違について論じている。これまで、従犯の成否とその主観的要件との関連については諸説が対立してきたところ、この議論の本質に新たな視点から迫ろうという試みが本論文において示されている。ここでは、当該従犯者が、正犯者による法益侵害行為に対していかなる主観的態度を有していたかという点が、従犯の成否に大きく関わるとの視座が示され、その上で、「許容されない幫助行為者の無関心」という視点こそ、可罰的従犯と不可罰的従犯の相違の本質部分であると見解が提示されている。この見解は、正犯行為者による法益侵害行為について、幫助行為者が無関心であったケースを具体的に示し、それらのケースを類型化し、いかなる場合にその無関心が許容され、いかなる場合に許容されなくなるかを述べるものである。特に、正犯による犯罪行為に幫助者が関心を寄せることについてコミュニティがどの程度の期待を寄せるかとの、いわば共同体主義的な観点が強調されている。

さらに、同稿においては、従犯の成否をめぐって、今日激しく議論されるようになっていく各論的問題にも言及している。すなわち、ファイル共有ソフトのウィニーを開発し、それをネット上に置いて一般に使用可能な状態にし、改良・公開を重ねたという、実際に裁判に付された行為について検討が加えら

れている。その結果、①その幫助行為によって生じる利益が著しく重大であり、かつ、②幫助行為者に、その著しく重大な利益をもたらそうとする意思があり、加えて、③生じる侵害の程度を最小限にとどめる措置が施されていた場合は、従犯の成立を否定する、との基準が提示され、本事例については従犯の成立を否定するのが妥当との結論が導かれている。社会的に大きな利益を生み出す一方で、法益侵害行為の手助けともなってしまう幫助行為の可罰性をいかに考えるか、という難問に対する新たなアプローチが示されたものといえる。

(3) 以上、本研究課題のもとでおこなってきた研究の内容の要点を記した。研究を進めていくなかで、いったん刑法原理のあり方にまでさかのぼって考察を加えていくことこそ、可罰的な関与行為と「不可罰的な関与行為の相違に関する検討にとって不可欠であるという認識を抱くにいたったことから、その点についての検討を優先させたが、それは、実際に研究を深めていったからこそ得るにいたった、より好ましいアプローチであると確信するにいたっている。すでに獲得した研究成果を踏まえ、今後、刑法の原理に関する検討をさらにすすめるとともに、犯罪関与行為の可罰性・不可罰性の根拠・分水嶺について、より具体的に考察していきたいと考えている。

(4) 執筆中あるいは整理中につき、まだ公表するに至っていない構想もあるが、現時点で記すことのできる研究成果は、以下のとおりである。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 2 件)

曲田 統「死刑制度は保持されるか」法学新報、査読無し、118 巻 7・8 号(2011 年)掲載決定

Magata Osamu「Japanische Kultur und Strafrecht」法学新報、査読無し、117 巻 7・8 号(2011 年) 77-105 頁

〔学会発表〕(計 0 件)

〔図書〕(計 1 件)

曲田 統「従犯の主観的要件の実体」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010 年) 581-604 頁

〔産業財産権〕

○出願状況（計0件）

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

○取得状況（計0件）

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
取得年月日：
国内外の別：

〔その他〕
ホームページ等
なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

曲田 統 (MAGATA OSAMU)
中央大学・法学部・教授
研究者番号：70364213

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：