

令和 3 年 6 月 6 日現在

機関番号：16301

研究種目：若手研究

研究期間：2018～2020

課題番号：18K12667

研究課題名(和文) 共犯従属性原理の比較法的検討

研究課題名(英文) Comparative Analysis of the Accessory Theory

研究代表者

松本 圭史 (Matsumoto, Yoshifumi)

愛媛大学・法文学部・講師

研究者番号：20801103

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、ドイツ法およびオーストリア法の分析を踏まえて、共犯従属性原理について分析を加えた。まず、「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」という違法性の連帯性が認められる実質的な根拠は、共犯者が適法な正犯行為に関与し、違法性阻却を基礎づける優越的利益を正犯者を介して間接的に実現することによって、その優越的利益実現が共犯者にも因果的に帰属されるという点に求められる。また、いわゆる罪名従属性の問題については、共犯者間で故意が一致しない場合には、故意の一致する限度で共犯者の処罰を認めるのではなく、共犯者の故意に応じて個別的に犯罪の成立を認めるべきことを明らかにした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、従属性原理に基づいて共犯者の処罰を一律かつ形式的に制限してきた従来の見解に対して、そのような立場が理論的に裏付けられたものではないことを明らかにしたうえで、従属性原理の一部については、結果の因果的な帰属という刑法の一般理論の観点から基礎づけが可能であることを示したという点で学術的意義が認められる。また、従来、位置づけが必ずしも明らかでなかったいくつかの判例について、その理解の助けとなる1つの視座を提供しているという点で、社会的意義が認められる。

研究成果の概要(英文)：This study, based on an analysis of German and Austrian law, analyzes the accessory theory and shows the following two consequences. First, the principle that when a principal offender's behavior is justified, then by virtue of that justification, the subordinate offender is also justified, can be legitimated by the fact that he or she indirectly cause consequences on which the justification of the principal offender is based. Second, even if there is a gap in recognition of criminal facts between a principal offender and subordinate offender, each offender is punished according to their own recognition.

研究分野：刑法

キーワード：刑法 共犯 従属性

## 1. 研究開始当初の背景

従来の見解は、正犯者による犯罪の実行に共犯者が関与する場合、共犯者が正犯者に犯罪の実行を委ねるといふ点に従属関係が認められることから、共犯者が処罰されるか否か、また、どのように処罰されるか否かも正犯者のそれに従属すると理解してきた(共犯従属性原理)。そのため、例えば、正犯者が犯罪構成要件に該当せず、あるいは、正当防衛等により違法性を欠く場合には、共犯者も処罰されず(要素従属性)、また、正犯者と共犯者に成立する犯罪の罪名は一致していなければならない(罪名従属性)とされてきた。

しかし、こうした理解が導かれる根拠については、共犯が正犯に対して従属的な立場にあるということだけが挙げられるのみで、そうした形式的な区別の妥当性やその実質的な根拠がどこに求められるのかはこれまで十分な検討が行われてこなかった。また、そうした検討が行われてこなかったことから、従属性原理の射程範囲、つまり、これが狭義の共犯の場合にのみ当てはまるのか、それとも、共同正犯の場合にも当てはまる場合があるのかも判然とせず、仮に狭義の共犯にのみ当てはまるとする場合には、共同正犯の事例で同様の事態が生じた場合にどのような解決が行われるのかについても明らかとされてこなかった。

例えば、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁)においては、正当防衛における急迫性の判断を共同正犯者各人について個別的に判断するという立場が示されており、これによれば、共同正犯者全員が適法と評価される場合も、一部の者のみが適法と評価される場合もあり得ることになるが、ここでは、従属的な連带的判断と非従属的な個別的判断が混在しているにもかかわらず、その内実は必ずしも明らかとされてこなかった。また、最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁においては、故意の異なる複数の者が共同して犯罪を実行した場合について、故意が一致する限度で共同正犯の成立を認めるという立場が示されたと理解されているが、これが従属性原理によって基礎づけられるものなのか、それとも共同正犯に固有の観点から基礎づけられるものかについても、十分な検討が行われてこなかった。

さらに、近時問題となっている特殊詐欺をめぐる共犯のように複雑な共犯事案の場合には、従属性原理を形式的に適用すると共犯者を適切に処罰することができない場合があり得るとの指摘もなされてきた。

## 2. 研究の目的

以上の背景から、本研究は、形式的に維持されてきた共犯従属形式の実質的な根拠を探求することを通じて、正犯者に関する一定の事情が共犯者の処罰に影響を与える場合と与えない場合を実質的に判断することが可能で、かつ、判例の立場に実質的な根拠を与えるとともに、共犯者を過不足なく処罰することが可能な実質的従属性原理を確立することを目的とした。

具体的には、正犯に正当化事由が存在する場合には「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」ことから共犯も適法と評価されるとする違法性の連帯性がいかなる根拠から基礎づけられるのか、また、共犯の成立を認めるためには関与者間で故意の一致を必要とするのかという点について検討を行うことを目的とした。

## 3. 研究の方法

本研究を行うに当たっては、従属性原理に関係する日本の上記判例や学説の分析が出发点となるが、日本においては従属性をめぐる議論が活発に行われてきたとは言いがたく、これを分析対象とするのみでは本研究の目的を十分に達成することができないと考えた。

そこで、より広範な視点から分析を行うために、まず、ドイツ法を分析対象とすることとした。これは、ドイツ法においては従属性に関する明文規定が存在し、これをめぐって長年にわたる議論が積み重ねられているだけでなく、その議論が日本における従属性の理解に強い影響を及ぼしており、本研究の目的を達成するために不可欠の分析対象となると考えたためである。とりわけ、違法性の連帯性をめぐる議論と「部分的共同正犯」および「独立した共同正犯」をめぐる議論について調査を行った。

また、本研究においては、オーストリア法も分析対象とすることとした。これは、オーストリア法は、日本法と同様に従属性に関する明文規定をもたず、正犯と共犯を区別しない統一的正犯体系を前提に各関与者の処罰を個別的に検討するという立場をとっており、日本やドイツにおいて従属性が問題とされている場面においてどのような解決が図られているかを分析することは、従属性原理の実質的な根拠を探求する本研究にとって有益であると考えたためである。とりわけ、違法性の連帯性をめぐる議論について調査を行った。

## 4. 研究成果

まず、「正犯が違法でなければ共犯も違法でない」とする違法性の連帯性については、これが共犯者の違法評価に関係するものである以上、共犯の処罰根拠や共犯の二次的責任類型性といった共犯論に固有の観点から基礎づけることには理論的に問題があり、違法論の観点から基礎づけられなければならないことを明らかにした。そのうえで、これまで正犯者の適法行為に共犯

者が関与した場合に違法性の連帯性が認められるとされてきた実質的根拠は、共犯者が法益侵害だけでなく違法性阻却を基礎づける優越的利益についても正犯者を介して惹起しているという点に求めることができ、共犯者が利益衝突状況をあえて作出したような例外的な場合には、優越的利益の帰属が否定され、共犯者のみが違法と評価されるべき場合があり得ることを示した。また、こうした違法論による根拠づけによれば、違法性の連帯性は狭義の共犯の場合に限られず、共同正犯や間接正犯の場合にも認める余地があり、上記平成 4 年決定の分析にあたっても有益な視座となり得ることを明らかにした。

こうした優越的利益の帰属判断の内実についてはなおも検討すべき課題が残されているが、他方で、違法性阻却段階において結果帰属的アプローチを正面から導入する本研究のアプローチは、共犯の場面だけでなく、違法性阻却事由が問題となる様々な場面で応用可能であり、今後の発展可能性が見込まれることも示唆した。

次に、共犯者間での故意の一致の要否を問題とする罪名従属性については、共同正犯の場合を中心に議論が展開され、故意の一致する限度で共同正犯の成立を認める部分的犯罪共同説が有力に主張されているが、こうした限定を設ける理論的根拠はなく、また、上記平成 17 年決定によって部分的犯罪共同説が採用されたとの分析もあるが、同決定の調査官解説や近時問題となった最決令和 2 年 8 月 24 日刑集 74 卷 5 号 517 頁も踏まえると、判例が部分的犯罪共同説を採用しているとの評価は疑わしいことを示した。さらに、こうした考え方によれば、実態に合わない処罰が導かれる可能性があるという点で実際上も問題があることから、各人の故意に応じて犯罪の成立を認める行為共同説の立場が基本的に妥当であることを明らかにした。そして、行為共同説に対しては、共同正犯の成立範囲が不当に拡大する恐れがあるとの批判が向けられてきたが、本研究では、処罰範囲が不当に拡大することではなく、むしろ不当な限定を取り払うことで、特殊詐欺における承継的共犯、実行行為を行う従犯、片面的共同正犯などの場面で実態に即した柔軟な処罰が可能となることを示した。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 比較刑法研究会（代表：高橋則夫）・松本圭史	4. 巻 63
2. 論文標題 カール-フリードリヒ・シュトゥッケンベルク「因果関係（Causation）」 比較刑法ノート（20）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 刑事法ジャーナル	6. 最初と最後の頁 97-106
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 松本圭史	4. 巻 67号
2. 論文標題 刑事裁判例批評(413)生命維持のためにインスリンの投与が必要な幼年の被害者の治療をその両親から依頼された者が、両親に指示してインスリンを投与させずに被害者を死亡させた場合の母親を利用した間接正犯および不保護の故意のある父親との共同正犯による殺人罪の成否[最高裁令和2.8.24第二小法廷決定]	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 刑事法ジャーナル	6. 最初と最後の頁 167-173
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計1件

1. 著者名 松本圭史	4. 発行年 2020年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 220
3. 書名 刑法における正当化と結果帰属	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------