

令和 5 年 6 月 8 日現在

機関番号：32683

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2022

課題番号：19K13541

研究課題名（和文）言語行為論に基づく共謀共同正犯の限界づけ

研究課題名（英文）Rethinking on coprincipal from the viewpoint of speech act theories

研究代表者

小島 秀夫 (Kojima, Hideo)

明治学院大学・法学部・教授

研究者番号：10837884

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,500,000円

研究成果の概要（和文）：本研究課題においては、「共謀行為を言語行為論の観点から考察することで、可罰的な共謀行為の規範的基準を明らかにし、共謀共同正犯の成立範囲を限界づける」ことを目的とした。言語行為論に基づく基礎理論的考察およびドイツやオーストリアとの比較法的考察の結果、各関係者が、一定の無価値な結果の実現に向けて相互に拘束しあう、ある種の連帯関係ないしコミュニケーション関係を構築し、無価値な結果を生じさせる現実的危険性を認識している場合には、共謀行為のみ関わった者も、直接行為者に実行の着手が認められる限り、共同正犯として処罰されうるとの私見を示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

わが国の共犯事件では、関係者の9割以上が共同正犯として処罰されていると推察される。もっとも、共謀者の一部が犯罪を実行すれば、共謀にのみ関わった者も共同正犯として処罰されうる共謀共同正犯がどのような場合に成立するのかということは、これまで必ずしも明らかではなかった。共謀を言語行為論の観点から分析すると、共謀行為それ自体を実行行為そのものと評価されうる場合はあくまで限定的であるに過ぎない。本研究の成果を踏まえると、共謀共同正犯の成立範囲はこれまで以上に限定的なものとなるはずであり、共同正犯に代わり、教唆犯や幫助犯の成立可能性が広がることになる。

研究成果の概要（英文）：This research is designed to clear the standard of punishable conspiracy and the limits of conspiratorial co-principal from the viewpoint of the speech act theories. As a result of basic theoretical considerations based on the speech act theories and comparative legal considerations with Germany and Austria, I have found that when each person involved in a conspiracy establishes a kind of solidarity or communication relationship that interactionally binds each other to achieve a specific worthless result and is aware of the real danger of causing a specific worthless result, even those involved only in the act of conspiracy can be punished as conspiratorial co-principal as long as the direct actor initiates the execution.

研究分野：刑事法学

キーワード：共謀共同正犯 規範論 言語行為 故意 包括的共謀 間接幫助 過失の共同正犯 論理学

1. 研究開始当初の背景

(1) 研究開始当初の共犯事件の実態

司法統計年報によれば、1952年から1998年までの第1審において有罪とされた総人員中、共犯者が存在した人員の割合は約4分の1であり、その内訳をみると、約98%は被告人が正犯として関与したケースであり、幫助犯は約2%弱にとどまっている。1999年以降、司法統計年報において共犯関係別割合は明らかにされていないものの、今日でも実務ではそのような傾向が続いているとの指摘が出されていた。その要因として、背後者の教唆行為や幫助行為が、外形的に共謀と極めて類似しており、背後者の関与行為が共謀行為として認定されやすい点を挙げることができる。

(2) 研究開始当初の国内外の研究動向

共同正犯の成否に関する検討は、学会でもたびたび注目を集めてきた。しかし、その考察手法は、国内の判例分析の域を出ていなかった。とりわけ、共謀共同正犯をめぐるのは、その成立可能性を一切否定する見解が少数ながら依然として主張されているほか、その成立可能性を肯定する多くの論者の間でも、共謀概念の理解に相違がみられる状況であった。それゆえ、共謀がどのような場合に成立するのかは、不明確なままである。共謀の意義や機能を検討し、共謀が成立する規範的基準を示さない限り、共謀共同正犯と教唆犯ないし幫助犯を適切に限界づけることはできず、教唆犯や幫助犯となりうる関与者の多くが共謀共同正犯に格上げされている可能性も否定できないだろう。とりわけ、幫助犯から共謀共同正犯への格上げは、被告人に深刻な不利益をもたらす。正犯と同等の刑で処断される教唆犯とは異なり、幫助犯の刑は、正犯の刑を減輕する旨、定められているからである。共同正犯が正犯とみなされることを踏まえると、共謀共同正犯と幫助犯の相違は、法律効果に差をもたらす、極めて重要な問題である。

2. 研究の目的

そこで、教唆犯や幫助犯から共謀共同正犯へ格上げされているのではないかと、との問題意識に基づき、共謀共同正犯の成立範囲について限界づけることを本研究の目的とした。具体的には、以下の2点を主要な目的に掲げた。

(1) 共謀共同正犯における「共謀」の本質的特徴を明らかにすること。そのためには、共謀行為と異なる概念として従来理解されてきた「実行行為」の多義性を示し、その語用論的意味を整理しなければならない。また、共謀と故意の関係についても立ち入った考察を加える必要がある。

(2) 包括的共謀が共謀共同正犯における「共謀」と評価しうるかを明らかにすること。包括的共謀とは、行為の手段や方法、被害者などを特定せずに犯行の内容について包括的な合意を形成するものであり、近年の特殊詐欺事例を契機に議論されている。共謀共同正犯における「共謀」と評価しえない場合には、正犯行為を行う幫助犯(いわゆる実行行為を行う従犯)の成否が問われることになる。

3. 研究の方法

本研究では、共謀共同正犯の成立範囲を限界づけるにあたって、基礎理論的考察手法と比較法的考察手法を採用した。

(1) 基礎理論的考察手法

典型的な共謀が言語によって行われるものであること、現代の哲学が言語をめぐる問題に注目していることに鑑みて、言語哲学の知見を活かしながら「共謀」の本質的特徴を明らかにした。言語思想の伝統的な系譜をみると、認識論的問題として捉える系譜と人間存在の特徴として捉える系譜があり、20世紀に入ると、前者の主流は分析哲学、後者の主流は解釈学(解釈学的現象学)として学派が形成される一方、戦後には、両者の重なり合う部分に位置づけられるポスト構造主義も誕生した。それぞれの学派に配慮すべく、J・L・オースティン、ユルゲン・ハーバーマス、ジュディス・バトラーによる言語の捉え方にスポットライトを当てた。

(2) 比較法的考察手法

共謀が成立する規範的基準を定立すべく、ドイツやオーストリアでの議論と日本の議論を比較した。ドイツ刑法典30条2項では、謀殺罪や強盗罪などの重罪を共同正犯の形で遂行するこ

とを約束する「申合せ」それ自体が処罰される旨、規定されている。当該規定は実行に着手する前段階を処罰するものであるが、申合せ罪における行為の危険性をめぐる議論は、「共謀」の成立範囲を限定化させる方向に作用するように思われる。また、オーストリア刑法典 277 条では、重罪の共謀について規定されている。オーストリア刑法典における共犯体系は日本と異なるものの、刑法典の中で共謀それ自体を処罰する規定が置かれていることから、当該規定の趣旨や成立要件は、共謀共同正犯における共謀行為と比較しうると考えられる。

4. 研究成果

本研究課題を遂行し、主に以下の知見を成果として得ることができた。

(1) 正犯行為としての「共謀」と故意の相違

共謀の必要条件である「合意」を言語哲学的に考察すると、いずれの学派においても発話内行為が認められている。その点を踏まえると、構成要件要素としての実行行為を意味の核心に属する外部的行為に限定し、遂行された行為を記述の意味で捉えて実行の着手時期を判断する修正された形式的客観説や、記述の意味の範囲内で正犯性を判断する形式的客観説は、発話内行為の具体的危険性を十分に捉えることができないため、適切ではない。発話内行為の具体的危険性を考慮すると、発話を伴う共謀それ自体、ひいては黙示の共謀それ自体も、刑法上の構成要件に該当する行為そのものとして限定的に認められる。

また、「実行行為」の語用論的意味を整理すると、文脈によって「構成要件に該当する行為」、「未遂行為」、「正犯行為」という3つの異なる意味で使用されている。私見によれば、60条における「実行」は「正犯行為」という意味で使用されており、43条において「未遂行為」という意味で使用されている「実行」と同義ではないと解される。

さらに、共謀は故意と同義ではないことも明らかになった。共謀の内容は、主に行き計画であるのに対し、故意の内容は、法益侵害結果の惹起を志向する具体的な行為であり、故意の内容によって正犯性の有無が決せられる。それゆえ、共謀と故意は、その認定も異なる。共謀の認定においては、発話の語用論的意味が決定的に重要となるため、過去のコミュニケーションにおいてどのような言語使用の慣習があったのか、関与者間における発話のコンテキストを明らかにし、行き計画について拘束力を有するほどの相互主観的な承認の存在が立証されなければならない。これに対して、故意の認定においては、法益侵害結果の惹起を志向する具体的な行為について関与者が認識していたことを立証しなければならない。

以上の内容については、「共謀概念の言語哲学的考察」大東法学 30 巻 1 号 (2020 年) 1-29 頁 (オープンアクセス) にて公表した。

なお、言語哲学に関する文献を収集する中で、すでにドイツ刑法学では論理学の重要性が意識されていた。日常言語を対象とする言語行為論の萌芽が新しい論理学 (現代の述語論理学) にみられることからすると、法学の観点からも論理学の基礎を理解しておくことが肝要である。そこで、ドイツにおいて公刊されている『論理学とその使用法入門』を日本に紹介した。

その内容については、「アレクサンダー・アイヒェレ/ヤーコブ・マイヤー/ヨアヒム・レンツィコフスキー/セバスティアン・ジンメルト『論理学とその使用法入門』(1)」大東法学 29 巻 1 号 (2019 年) 299-328 頁 (オープンアクセス)、「アレクサンダー・アイヒェレ/ヤーコブ・マイヤー/ヨアヒム・レンツィコフスキー/セバスティアン・ジンメルト『論理学とその使用法入門』(2・完)」大東法学 29 巻 2 号 (2020 年) 249-294 頁 (オープンアクセス)、アレクサンダー・アイヒェレ/ヤーコブ・マイヤー/ヨアヒム・レンツィコフスキー/セバスティアン・ジンメルト (小島秀夫訳)『法学における論理学の使用法』(法律文化社、2021 年) 1-112 頁にて公表した。

(2) 「共謀」の共犯性

上記のように解すると、共謀それ自体、すなわち相互主観的な承認それ自体は教唆犯や幫助犯にも共通するものであり、正犯性が認められることにより、正犯行為としての「共謀」、すなわち共謀共同正犯としての「共謀」と評価されることになる。それゆえ、幫助犯においても、共謀の有無が問われる事案が存在する。いわゆる間接幫助は、正犯との関係でみると、タテの関係を有している。一方、正犯を直接幫助する者との関係でみると、タテの関係を有している場合もあれば、ヨコの関係を有している場合もありうる。ヨコの関係を有している場合には、正犯を直接幫助する者と同じ階層にいるため、いわゆる共同幫助として、限定的に刑法 62 条 1 項 (幫助犯) の処罰対象になると考えられる。

その内容については、「間接幫助」佐伯仁志 = 橋爪隆編『刑法判例百選 総論 第 8 版』(有斐閣、2020 年) 174-175 頁にて公表した。

(3) 「共謀」概念と包括的共謀

ドイツ刑法典 30 条 2 項では申合せ罪 (重罪合意罪) が規定されており、申合せ行為として認められるためには、計画された行為の内容が十分に具体化されていなければならないと解されている。すなわち、行為の詳細や被害者を特定する必要はないものの、不法の規模について大ま

かな合意が必要であるとされている。ドイツ刑法典 176 条 b 第 2 項における児童に対する性的虐待に関する申合せ罪も、同様の理解に基づく。また、オーストリア刑法典 277 条 1 項では重罪共謀罪が規定されており、本罪でも申合せの対象となる行為内容の具体化が要求されているが、通説によれば、具体化の程度について、犯行場所の他、大まかな犯行日時や被害者を、少なくとも「次の通行人」や「現金輸送車」などといった程度に特定していなければならないと解されており、注目に値する。なお、ドイツやオーストリアにおいて、これらの犯罪がいずれも未必の故意で足りるとされている点にも留意すべきである。

以上の検討と共謀概念の言語哲学的考察を合わせると、各関与者が、一定の無価値な結果の実現に向けて相互に拘束しあう、ある種の連帯関係ないしコミュニケーション関係を構築し、無価値な結果を生じさせる現実的危険性を認識している場合には、共謀行為のみ関わった者も、直接行為者に実行の着手が認められる限り、共同正犯として処罰されうるとの私見を導くことができた。

こうした私見を踏まえて包括的共謀を検討すると、第 1 に、共謀を「犯罪の共同遂行の合意」という意味で理解すべきであることから、共謀の内容となる志向対象としての結果については、少なくとも択一的に具体化されている必要がある。第 2 に、共謀の内容は、分割的または反復的に遂行される直接行為の一部についてのみ特定されていれば足りるわけではなく、直接行為の全体に関する意思の合致が必要である。第 3 に、客体については、概括的・択一的・未必的・条件付きであれ、「一定の時点における具体的状況下にある具体的人間（この人間）」という程度に共謀の内容が具体化されていることを要する。

以上の内容については、「共謀概念の比較法的考察 包括的共謀を顧慮して」明治学院大学法学研究 114 号（2023 年）23-54 頁（オープンアクセス）にて公表した。また、内容の一部をペルー・アレキパ弁護士会主催国際会議「Desafíos del derecho penal frente a la corrupción del Siglo XXI (21 世紀の汚職をめぐる刑法の課題)」において、「El concepto de ejecución delictiva en la coautoría en relación a intervenciones en fase preparatoria en el marco del Derecho penal japonés - Con ocasión de las sospechas de corrupción en torno a los Juegos Olímpicos de Tokio (日本における共謀共同正犯の実行行為概念 東京 2020 オリンピックをめぐる汚職疑惑を契機に)」というタイトルの下でオンラインにて報告した（2022 年 11 月 24 日、於ペルー・アレキパ）。さらに、「Internationale Tagung: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Beteiligten aus normtheoretischer Perspektive (国際会議：規範論の観点からみた関与者の刑法上の答責性)」において、「Normentheorie und Beteiligung (規範論と広義の共犯)」というタイトルの下で報告する予定である（2023 年 11 月 8 日、於ドイツ・ヴィッテンベルク）。

なお、共謀概念を上記のように捉えると、過失の共同正犯も認められる余地があると推察される。「人の死」といった無価値な結果が発生する現実的危険性を各行為者が認識していないものの、そうした結果発生危険性が認められる行為や危険防止行為を分担しながら、一定の価値ある結果の実現に向けて行動する意思を各行為者が相互に有することは想定されよう。そうであるならば、各行為者が一定の結果の実現に向けて相互に拘束しあう、ある種の連帯関係ないしコミュニケーション関係が構築されている場合には、過失の共同性が認められるものと思われる。

その内容については、「過失の共同正犯 明石歩道橋事故」松原芳博編『続・刑法の判例(総論)』（成文堂、2022 年）220-231 頁にて公表した。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計5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 4件）

1. 著者名 小島 秀夫	4. 巻 114号
2. 論文標題 共謀概念の比較法的考察 包括的共謀を顧慮して	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 明治学院大学法学研究	6. 最初と最後の頁 23-54
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.24620/00004522	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 小島 秀夫	4. 巻 30巻1号
2. 論文標題 共謀概念の言語哲学的考察	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 大東法学	6. 最初と最後の頁 1頁～29頁
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 オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 小島 秀夫	4. 巻 No.250
2. 論文標題 間接幫助	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 別冊ジュリスト 刑法判例百選 総論 第8版	6. 最初と最後の頁 174頁～175頁
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 小島秀夫訳	4. 巻 29巻1号
2. 論文標題 アレクサンダー・アイヒェレ / ヤーコブ・マイヤー / ヨアヒム・レンツィコフスキー / セバスティアン・ジンメルト 『論理学とその使用法入門』 (1)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 大東法学	6. 最初と最後の頁 299-328
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 オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 小島秀夫 訳	4. 巻 29巻2号
2. 論文標題 アレクサンダー・アイヒェレ/ヤコブ・マイヤー/ヨアヒム・レンツィコフスキー/セバスティアン・ジンメルト『論理学とその使用法入門』(2・完)	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 大東法学	6. 最初と最後の頁 249-294
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 オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

〔学会発表〕 計2件(うち招待講演 2件/うち国際学会 2件)

1. 発表者名 Hideo Kojima
2. 発表標題 Normentheorie und Beteiligung
3. 学会等名 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Beteiligten aus normtheoretischer Perspektive (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2023年

1. 発表者名 Hideo Kojima
2. 発表標題 El concepto de ejecuci(o)n delictiva en la coautor(i)a en relaci(o)n a intervenciones en fase preparatoria en el marco del Derecho penal japon(e)s - Con ocasi(o)n de las sospechas de corrupci(o)n en torno a los Juegos Ol(i)mpicos de Tokio (日本における共謀共同正犯の実行行為概念 東京2020オリンピックをめぐる汚職疑惑を契機に)
3. 学会等名 Desaf(i)os del derecho penal frente a la corrupti(o)n del Siglo XXI (21世紀の汚職をめぐる刑法の課題) (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計2件

1. 著者名 松原 芳博	4. 発行年 2022年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 262
3. 書名 続・刑法の判例(総論)	

1. 著者名 アレクサンダー・アイヒェレ、ヤーコブ・マイヤー、ヨアヒム・レンツィコフスキー、セバスティアン・ジンメルト（小島秀夫訳）	4. 発行年 2021年
2. 出版社 法律文化社	5. 総ページ数 132
3. 書名 法学における論理学の使用法	

〔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
---------	---------