

# 正犯概念の体系的再構成

— 共謀共同正犯と故意ある幫助道具の機能的分析を通じて —

博士学位申請論文概要書

田川 靖紘

## I 研究の学術的背景

正犯と狭義の共犯を区別する基準として、わが国で有力に主張されているのは、因果性、あるいは、因果的寄与の大小に着目する見解である。具体的には、重要な役割を果たしたかどうか、行為支配を有したかどうかによって正犯と狭義の共犯を区別しようとするこれらの見解は、共謀共同正犯における背後者の正犯性を説明するうえでは、主観説を乗り越え、客観的な基準で問題にアプローチできるという利点を有していた。

しかし、わが国の裁判例は、故意ある幫助道具も肯定している。その場合の直接行為者は、上記の基準にいうところの、重要な役割を果たしているし、因果的に見て、非常に強力な因果性を有しているようにも見える。最も極端な例では、実行行為の一部分担をしているにもかかわらず、従犯として処罰されるのである。

本論文においては、解釈方法論として、ヴァリッド・ローに基づく解釈論に一定の意義を見出す。そのため、故意ある幫助道具を認める裁判例が存在することは、判例として認識しなければならない。そうだとすると、重要な役割を果たしたかどうかで正犯と狭義の共犯を区別する見解では、直接行為者の行為がすべて重要な役割であったと評価されて、正犯となってしまう、故意ある幫助道具を認める裁判例を説明することはできない。

そこで、近年、多様な要素を総合判断して「重要な役割」を果たしたかどうかを判断する見解が主張された。この見解は、因果的に重要な役割を果たしていたとしても、関与者間の関係、動機の有無や利益の帰属などを考慮することで、全体としてみれば「重要な役割」を果たしていないということができ、故意ある幫助道具を肯定することができる。

もっとも、この見解に対しては、考慮されているさまざまな要素、あるいは、論者のいう重要な役割が、犯罪論体系上のいかなる要素と結びついているのかが不明であるという指摘がなされている。因果性の強弱のみを問題とすれば、それに基づく違法性の大小という犯罪論体系上の区別が可能であった。しかし、因果的に重要な役割を果たしていても、その他の要素がその正犯性を打ち消して従犯の成立を認めるのであれば、その他の要素がどのように作用したのか、明らかにされなければならないであろう。

多様な要素を総合判断する見解の論者も、これらの要素が平板に羅列されて総合的に判断されることを警戒していた。しかし、実際の裁判例では、平板に羅列されて総合的に判断が行われたことも否定できない。ある裁判例では、因果的寄与度から重要な役割を基礎づけ、別の裁判例では、因果的寄与度の大きさにもかかわらず、重要な役割が否定された。このことは、多様な要素をどのように利用するかを指針がなかったからに他ならない。どの要素も使ってよい、ということであれば、ある事案では、因果的寄与度を問題とし、別の事案では、利益の帰属を問題とすることも可能となってしまう。

本論文の議論の出発点は、まさにこの点にある。ひとつは、故意ある幫助道具を認める裁判例が、何を基準に正犯と狭義の共犯を区別し、それが理論的に説明しうるものか、もうひとつは、その基準が犯罪論体系上、いかなる要素と結びついているのかを明らかにすることである。これらのことを明らかにすることで、基準として何を問題とするかの指針を示すことができ、かつ、犯罪論体系上の要素と結びつけられることで、理論と実務の架橋ができるのである。

## Ⅱ 何をどこまで明らかにするのか

本論文は、序論と結語を除けば全4章から構成される。

第1章においては、方法論の検討を行う。共犯の論文で、方法論の検討が行われるのは、奇異に感じるかもしれない。これは、実務の考え方を明らかにして、実務の視点から理論的な問題に取り組むべきではないか、という問題意識に基づいている。

まず、法解釈学の科学性に関する議論を概観し、本論文における自身の方法論を検討する。そして、法解釈学の科学性に一定の意義を見出し、事実認識と価値判断を分離する立場を採用する。事実認識とは、アルフ・ロス、松澤伸の理解に従い、現に効力を有する法を記述することである。その内容は、判決を通じて現れる裁判官のイデオロギーである。よって、法解釈学の任務は、第一に、何が現実の裁判の場で拘束力を持つ法であるかを記述し、さらには判決を予測することになる。これは、すべて事実に関するものであり、この限度で、法律学は科学性を有することになると考えるのである。

しかしながら、ヴァリッド・ローの記述が重要であるとしても、そこに理論的基礎付けがなされてこそ、妥当な法解釈なのではないかと考える。そのため、本論文の立場は、平野龍一の考え方に近く、判例の認識と予測に加え、判例に影響を与えるような実践的努力をも問題としている。ただし、これを価値判断に基づく、政策的提言と呼ぶこととする。

つぎに、この考え方をもとに、ヴァリッド・ローをいかに記述するかを問題とし、その上で松澤によるヴァリッド・ローの記述を検討する。松澤は、裁判例を分析した結果、裁判官の思考を「統一的正犯体系への無意識的な進行」と読み取っている。そして、この「統一的正犯体系への進行」という表現は、「複数人が関与した犯罪現象においては、関与者は、その関与形態・程度に関わらず、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰される方向に進んでいる、という意味」であるとする。つまり、正犯と狭義の共犯の区別は、犯罪論体系上の問題ではなく、量刑論上の問題であるということである。そして、多様な要素は、量刑判断の資料であると位置づけるのである。

上記の松澤の見解をもとに、本論文は、新たなリサーチ・スペースを見出す。すなわち、松澤の示すヴァリッド・ローの真偽判定の問題、そして、量刑論上の問題であったとしても、量刑に差が出ることの根拠が示されなければならない、犯罪論体系上の区別はなお必要ではないかという問題を提起する。そうであるならば、多様な要素の分析、その犯罪論体系上の位置づけは、依然として問題となりうると結論づけるのである。

本論文は実務と理論の架橋を目指すものであるから、まずは、実務の理論を明らかにしなければならない。その上で、裁判官に働きかけるなら、どのように働きかけるべきかを考える必要がある。そのためには、基礎理論からの演繹ではなく、判例の分析からはじめるという、かなり異質な方法を用いることとなる。そのような方法を用いる、理論的なよりどころを自覚的に明らかにする必要がある、第1章で論じることにした。

第2章では、第1章において論じた視点に基づいて、故意ある幫助道具における正犯と狭義の共犯の区別基準を検討する。正犯と狭義の共犯の区別基準の議論は、共謀共同正犯を中心に発展した。それゆえ、教唆犯、従犯についての議論が、あまり意識されてこなか

ったともいえる。そこで、本論文では、重要な役割を果たすという正犯性の一要素を充足しながら、なお従犯として処罰される故意ある幫助道具に着目した。共謀共同正犯の裁判例のみに着目していた場合には、あまり問題とならない要素を考慮することで、全体を見通した正犯と狭義の共犯の区別基準について検討する。

まず、故意ある幫助道具の裁判例を概観し、ついで、わが国の故意ある幫助道具に関する学説を概観する。わが国では、故意ある幫助道具を消極的に解する見解と、積極的に解する見解とが対立している。そして、ドイツの見解を参照する。わが国と違い、ドイツは正犯概念が条文上規定されており、実行行為を行った者は正犯であるとされる。そのため、故意ある幫助道具の議論は、ほとんど見当たらないが、わずかに存在するものを概観する。

その上で、裁判例の検討、学説の検討を行う。裁判例は、さまざまな理由づけで正犯と狭義の共犯の区別を行っているが、その理由の主たるものは、「共謀がない（あるいは、その前提たる正犯者意思がない）」ということであった。また、その正犯者意思の有無を判断するに当たっては、犯罪を行う必要性や動機、利益の帰属などを問題としている。学説においても、さまざまな理由づけに対応する形でさまざまな要素を問題とする見解が主張されており、そこで問題となっている要素を検討した。

そして、故意ある幫助道具を含めた、正犯と狭義の共犯の区別に関するヴァリッド・ローとしては、自己の犯罪説、亀井説、それをさらに理論化した松澤説が、ヴァリッド・ローとして「同意」できることを確認した。

ただし、ヴァリッド・ローを示した論者が指摘するように、多様な要素を総合判断する場合に、その多様な要素が平板に羅列されていることは問題である。そこに、本論文の問題意識があることを論じた。

**第3章**は、**第2章**において抽出された正犯と狭義の共犯の区別基準（あるいは、裁判官の考えている区別基準。）をもとに、その基準の犯罪論体系における位置づけについて検討する。

このような議論は、裁判官の思考に存在しない、無意識の問題である。ただし、無意識であるがゆえに、その場面においてコモン・センスは存在しない。そこでは価値判断に基づく決断が要求されるであろう。その意味で、**第3章**における議論は、科学的な議論ではなく、価値判断に基づく政策的な議論が全面に押し出される部分である。しかし、実務と理論が架橋されるには、最も必要な部分である。

まず、故意ある幫助道具を認めた裁判例が、その理由にしていたのが、「共謀」の不存在である。それゆえ、「共謀」は正犯と狭義の共犯を区別する基準足り得るのかについて考えるため、「共謀」概念を検討した。本論文では、共謀の内容は「単なる意思の連絡」であるとしたが、それは従犯にも存在するので、その点だけを見れば正犯と狭義の共犯を区別することができない。共謀の内容に正犯者意思を含めれば、正犯と狭義の共犯を区別することができるが、正犯者意思を認めるための「客観的な要件」が、利益の帰属であり、この点は、別に論じることとした。

つぎに、ここまで特に断りなく重要な役割を果たした者が正犯であると論じてきたが、それは、重要な役割が違法性の大小と関連しているからであることを論じる。すなわち、重要な役割が有する、結果への強い因果性が、大なる違法性を導くのである。もっとも、

因果性に強弱があるのかが問題とされるが、相当因果関係の場面でも、因果性の強弱は問題とされているし、客観的帰属の場面でも同様であることから、因果性の強弱は存在するものと考えた。

つづいて、利益の帰属が、犯罪論体系上何らかの意味を持ちうるかについて検討する。利益の帰属というのは、犯罪が終了した後に問題となるのである。そうすると、利益の帰属がないということは、行為にも結果にも影響があるものではない。そのように考えると、利益の帰属の有無という問題は、犯罪論体系上意味のないものであると考えることができる。

最後に、人的関係という要素について検討する。本論文は、単に上下関係があるかを問題とするよりも、その関与者間において、自由な者か不自由な者かという点に着目している。そのような観点から検討すると、不自由な者というのは、規範違反性が減少している、あるいは、期待可能性論的思考に基づいて責任が減少していると考えられる。本論文においては、政策提言において、裁判官が採用しうる立場を示すという観点も踏まえて、規範違反性が減少していると結論づけた。

以上のように犯罪論体系的思考を通じて正犯概念を問題とするなら、まず、重要な役割を果たしたかどうかを検討し、その上で、関与者間の関係も考慮に入れて、正犯か狭義の共犯かを区別することとなると結論づけた。

**第4章は、第3章までの議論が、わが国の実務にどのようにフィードバックされるかについて論じる。**

まず、共謀共同正犯において、いわゆる支配的共謀共同正犯の場合に、前面者は常に正犯として処理されているという点についてである。ここで、政策的に提言しなければならないのは、そのような強い心理的因果性を及ぼした場合、事案によっては、前面者は背後者に支配されてしまうのではないかと、ということである。

すでに論じたように、自由な者によって支配され、不自由な者しか行為できていない者については、規範違反性（違法性）が減少する可能性がある。すなわち、実行行為を行ったことによって、行為支配性、重要な役割性を果たしたかもしれないが、なお従犯とする余地があるということである。このことを、提言しなければならない。

次に、教唆犯は正犯に解消すべきであると提言する。教唆犯は、従来、狭義の共犯として位置付けられてきたが、教唆犯の本質は正犯である。教唆行為も犯罪の指示・命令も客観面が変わるところはない。行為のみを問題としたなら、教唆行為を行った者は、重要な役割を果たした者といえるであろう。そのため、教唆犯が正犯であるという結論にも首肯できるところがある。

もっとも、これがどのような正犯形式かはひとつの問題であるところ、先行する研究によって、これを共謀共同正犯に解消するという見解が示されたが、本論文では、前面者の具体的な事情によっては、その教唆行為が間接正犯に解消されるという結論を示した。教唆行為それ自体に独自の意味を認めず、間接正犯に解消されるという結論は、これまでにない理解であるが、故意ある幫助道具の存在を認め、従犯が正犯とは異なった類型であることを認めるのであれば、教唆行為を行っており、かつ、前面者を支配して、相対的に不自由にした背後者は、これを共謀共同正犯に解消することはできず、間接正犯として処罰

されることになる。つまり、教唆行為を行っている背後者が、間接正犯として処罰されることとなるのである。ここに、教唆犯は間接正犯にも解消されたということが示されているのである。

となれば、刑法 61 条それ自体に、存在意義はほとんどないとみることも可能である。犯人蔵匿や証拠隠滅において教唆犯が用いられる現状も、処罰の間隙を埋める意味しかないのである。そうであるなら、もはやこれを 61 条として定めるより、独立教唆罪として立法するほうが望ましいとさえいえる。

それゆえ、教唆犯を、裁判例は独立のものとしてその存在を認め、学説においては狭義の共犯と位置付けているが、それは、共謀共同正犯か間接正犯として処理していくべきなのであると結論付けた。

### Ⅲ 学術的な特色・独創的な点、意義

本論文の学術的な特色・独創的な点は、機能的な分析手法と、犯罪論体系的思考を融合させることで、実務と理論の架橋を行うことを目的とした点にある。

正犯と狭義の共犯の区別に関するヴァリッド・ローが、区別を量刑論上の問題としたとしても、犯罪論体系上の基礎付けがなお必要であることを論じた。本論文が、実務の視点も踏まえて犯罪論体系上の基礎付けを問題とし、検討したことには意味がある。

その結果として、正犯と狭義の共犯を区別する場面で問題となる要素について、犯罪論体系上意味を持ちうるのは、因果性の強弱と、関与者間の関係という要素であった。このことを明らかにした点も、本論文の特色であろう。

そのことから、実務に対しては、支配型共謀共同正犯の場合に、これまでは、実行行為を理由として正犯として処罰してきた者について、従犯となる可能性があること、狭義の共犯として位置付けられてきた教唆犯も、共謀共同正犯、あるいは、間接正犯に解消されることも、政策的提言として論じた。

実務と理論の両者が理解可能な形で議論が進めば、より良い基準が出てくる可能性も存在したが、これまで、同じ土俵で議論をしていない時間が長く、議論が停滞してしまった感がある。そのためにも、多様な要素の犯罪論体系上の基礎付けは必要な作業だったといえるのである。

以上