

# 責任共犯論(Schuldteilnahmetheorie)は正しくないのか

著者	上田 正和
著者別表示	UEDA Masakazu
雑誌名	金沢法学
巻	65
号	2
ページ	1-18
発行年	2023-03-31
URL	<a href="http://doi.org/10.24517/00068966">http://doi.org/10.24517/00068966</a>



# 責任共犯論 (Schuldteilnahmetheorie) は 正しくないのか

上 田 正 和

- I はじめに
- II 共犯の処罰根拠をめぐるこれまでの議論
- III 教唆犯について
- IV 責任共犯論と共犯処罰
- V おわりに

## I はじめに

単独犯においては1人の犯罪行為者によって犯行が完結しているので、因果関係の有無に関する規範的評価の問題を別にすれば<sup>1)</sup> 発生した結果についての処罰の有無や範囲が問題になることは多くない。これに対して、共同正犯、教唆犯、幫助犯という(広義の)共犯においては、自らの行為やそこから発生した犯罪結果(法益侵害)に限られず、他人の行為やそこから発生した犯罪結果(法益侵害)についても(個人責任としての)刑事責任が問われるが<sup>2)</sup>、その理論的な説明をめぐる議論が共犯の処罰根拠論である<sup>3)</sup>。共犯の処

---

1 判例では「危険の現実化」という客観的帰属の判断枠組みによって因果関係の有無の判断を行うことが明らかにされている(最決平成22年10月26日刑集64巻7号1019頁〔日航機ニアミス事件〕や最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁〔三菱自動車タイヤ脱落事件〕)。

2 刑事責任は他人との団体責任や連帯責任であってはならず、あくまでも個人責任でなければならない。このことは処罰拡張事由である共犯処罰においても同様である。

3 共犯の処罰根拠についての研究書の例として、大越義久『共犯の処罰根拠』(1981年)、香川達夫『共犯処罰の根拠』(1988年)、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(1988年) 93

罰根拠（Strafgrund）はドイツ刑法学において形成・発展した抽象度の高い議論であるが、我が国においては、共同正犯と狭義の共犯である教唆犯や幫助犯とでは議論の内容や発現状況に若干の違いがあるものの、いずれについても法益侵害という結果とのつながり（因果性）を処罰根拠とする因果的共犯論（惹起説）（Verursachungstheorie）が一般的に支持されている。つまり、正犯と狭義の共犯（教唆犯や幫助犯）の処罰根拠、従って犯罪としての性質を基本的に同じものとするのである。そして、共犯に関する重要な問題の解決において、因果的共犯論からのアプローチが判例・学説によって積極的になされている。これを実務上ないし実践的に表現すれば、被疑者や被告人に対して、「あなたは他人が行ったことと無関係ではない。あなたは他人が行った行為やそこから発生した結果の原因になっている。」と説明して刑事責任を負わせるということの意味する。そして、因果的共犯論に対置される責任共犯論（Schuldteilnahmetheorie）の支持は非常に少ない<sup>4</sup>。

本稿では、我が国で支持をほとんど得られていない（理論刑法学の世界では正しくない（適切な説明ではない）とされている）責任共犯論について、正しくない（適切な説明ではない）という見方に若干の疑問を示すと共に、共犯の処罰根拠は単一でなく多元的（多面的）に考えられる（考えるべきである）ことについて、ささやかな問題提起を行ってみようというものである。他人が行った行為やそこから発生した結果について刑事責任を問われるのはなぜか、という共犯現象における基本的かつ本質的な問題について、共犯現象の実情ないし実態、そして実務的な観点を意識しながら検討を行ってみたい。

---

頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（2009年）。

4 責任共犯論を支持するものとして、莊子邦雄『刑法総論』（1969年）717頁、齊藤信宰『新版刑法講義（総論）』（2007年）444頁。

## II 共犯の処罰根拠をめぐるこれまでの議論

### 1 因果的共犯論と責任共犯論

本稿では、共犯の処罰根拠についてのこれまでの議論の詳細については深入りしないが、本稿において私が問題提起を行おうとすること、つまり責任共犯論の正しい側面の提示を行う前提として、必要最小限の範囲で従来の議論の基本的な内容を確認しておく。

現在、広く支持されている因果的共犯論は、発生した犯罪結果に対して自らの行為が因果性を有している（自分の行為が犯罪結果を惹き起こした（犯罪結果につながっている））という点に処罰根拠を求めるものであり、法益侵害説を基調にしているとされる。因果的共犯論は惹起説とも呼ばれるが、共犯者間での違法の相対性（共犯行為の違法性と正犯行為の違法性の関係）をめぐる、純粹惹起説（共犯不法を正犯不法から独立したものと考えて、違法の相対性を一般的に肯定する見解<sup>5)</sup>）、修正惹起説（共犯不法は正犯不法によって基礎付けられると考えると、違法の相対性を基本的に否定する見解<sup>6)</sup>）、混合惹起説（共犯不法には正犯不法から独立した要素と正犯不法によって基礎付けられる要素があると考えると、違法の相対性を一部において認め一部において否定する中間的な見解<sup>7)</sup>。に分かれており、混合惹起説が多数説であるとされている。

これに対して、責任共犯論は、他人（正犯者）を墮落させて犯罪と刑罰に陥れた（有責な行為に陥れた）という点に処罰根拠を求めるもので、倫理や心情を重視する見解であるといわれる。そして、責任共犯論によると正犯者は有責である必要があるので極端従属性説につながってしまうという問題

---

5 中義勝『講述犯罪総論』（1980年）220頁、中山研一『刑法総論』（1982年）444頁。

6 曾根威彦『刑法総論（第4版）』（2008年）245頁。

7 西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論（第3版）』（2019年）363頁、山口厚『刑法総論（第3版）』（2016年）314頁、高橋則夫『刑法総論（第5版）』（2022年）479頁、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（2018年）534頁。

点が指摘されている。そこで、共犯は正犯者に違法な行為を行わせるものであるとして、制限従属性説に適合するように修正を行う考え方が不法共犯論（Unrechtsteilnahmetheorie）である。不法共犯論は責任共犯論の修正型であるので、本稿では（理念型ともいえる）責任共犯論を因果的共犯論と対置させることにする。

刑事司法実務の現場における事件処理の場面では、因果的共犯論に基づけば、「あなたは他人が行ったことと無関係ではない。あなたは他人が行った行為やそこから発生した結果の原因になっている。」として、被疑者や被告人に対して刑事責任の負担を免れ得ないことを理解・納得させることになる。これに対して、責任共犯論（あるいはその修正型である不法共犯論）によれば、「あなたは他人を犯罪に仕向けた（巻き込んだ）」として、被疑者や被告人に刑事責任の負担を免れ得ないことを理解・納得させることになる。

## 2 因果的共犯論による共犯に関する諸問題の解決

共犯の処罰根拠論それ自体は理論刑法学上の問題であり抽象度が高いテーマであるが、共犯現象における具体的な諸問題（論点）に関して、現在の判例や学説は、具体的な事件の解決（被疑者や被告人の刑事責任の有無や範囲の検討）を行うに当たって、因果的共犯論を前提にしているといつてよい。

### (1) 共犯からの離脱（共犯関係の解消）

共犯関係から離れたことを理由に、その後に残った他人が行った行為やそこから発生した結果について刑事責任を免れることができるのか、という共犯からの離脱（共犯関係の解消）の問題の解決において、最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁は、「右事実関係に照らすと、被告人が帰った時点では、Aにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、Aとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のAの暴行も右の共謀に基づくものと

認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりにBの死の結果が被告人が帰った後にAが加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」(下線部分は筆者)としている<sup>8</sup>。

本決定は事例判断であるが、「Aとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のAの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である」としている点に、現場を立ち去った被告人にはその後他人Aが行った暴行やそこから発生した結果との間に因果性があること(因果性が残っていること)を理由とすることによって、他人の行為やそこから発生した結果について刑事責任を免れることができないという考え方が示されている。

## (2) 承継的共同正犯

実行行為の途中から(途中の時点で(現場)共謀が成立したことを受けて)参加した者は参加前に他人が行った行為やそこから発生した結果について刑事責任を負うのか、という承継的共同正犯の問題の解決において、傷害罪の事例に関する最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってBらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」(下線部分は筆者)としているが、ここでは因果的共犯論の立場から承継(参加前の行為や結果についての刑事責任)を否定する考え方が明確に示されている<sup>9</sup>。

---

8 本決定については、島岡まな「共犯関係の解消(1)」刑法判例百選I(第8版)(2020年)194頁及びそこに引用されている文献。

9 本決定については、小林憲太郎「承継的共同正犯(1)」刑法判例百選I(第8版)(2020年)164頁及びそこに引用されている文献。

### Ⅲ 教唆犯について

#### 1 教唆犯処罰の現状

教唆犯は刑法が認める3つの共犯類型の1つであり、他人の犯罪（実行）に第二次的に関与する犯罪形態（狭義の共犯）であるが、幫助犯と異なり法定刑は正犯と同一である（刑法61条1項）。

もっとも、我が国の刑事司法の実情を見ると、教唆犯の処罰は非常に少なく、教唆犯は絶滅危惧種と評されるようになってきている<sup>10</sup>。これは、我が国の判例・実務においては共謀共同正犯という類型が一般的に承認されており、現場での実行行為に出ているが背後で重要な役割を果たした者は共謀共同正犯として処理されているからであるといつてよい。そして、それだけの重要な役割を果たしていない者については、処罰に値しないとして、刑事責任の追及（起訴）が見送られてきたといえることができる。

さらに、教唆犯については、その数が非常に少ないことに加えて、実際には特定の犯罪に限定されている。具体的には、犯人蔵匿隠避罪と証拠隠滅罪である。犯人蔵匿隠避罪の教唆犯の成立を認めた最近の最高裁判例（最決令和3年6月9日裁判所時報1770号24頁）については後述する。

#### 2 教唆犯とはどのような犯罪か

教唆犯は、他人をそそのかして犯罪を実行する決意を生じさせ、そそのかされた他人が犯罪を実行することによって成立する（実行従属性）。「そそのかす」とは、犯罪実行の意思がない者にその意思を生じさせることであるが（「×→○」である。）、特定の犯罪についての実行の決意である必要があり、犯罪一般をそそのかすことでは足りない。

これによると、教唆犯は、その要件において、他人（正犯）の（特定の犯罪の）実行行為を作り出す（具体的な犯罪と犯罪者を生み出す）という要素

---

10 佐伯仁志「絶滅危惧種としての教唆犯」山口厚外編『西田典之先生謹呈論文集』（2017年）171頁以下。

があることを否定できない。つまり、具体的な犯罪行為者という法益侵害を行う者を生み出すのである。このことと、教唆犯は正犯者を介して法益侵害の結果を（間接的に）惹き起こしたという因果的共犯論の説明は矛盾するものではない。「あなたは他人を犯罪に仕向けた（巻き込んだ）。」という刑事責任追及のための説明（責任共犯論による説明）と因果的共犯論による説明は二律背反ではなく両立し得る。むしろ、犯罪を実行した正犯者は（他人によって）犯罪者として墮落させられてしまった者として、正犯者は教唆犯の被害者としての面をも指摘・説明することができる責任共犯論の方が共犯現象の実情を的確に把握している（少なくともそのような場合がある。）といえないであろうか。

### 3 犯人蔵匿隠避罪の教唆犯の成立を認めた最近の最高裁判例とその反対意見

(1) 教唆犯は数が非常に少なく、実際には犯人蔵匿隠避罪と証拠隠滅罪にほぼ限定されている。そして、最決令和3年6月9日裁判所時報1770号24頁は、犯人蔵匿隠避罪の教唆犯の成立を認めたが、教唆犯はなぜ処罰されるのかという点が問題となっているので、本決定を紹介し若干の検討を行う<sup>11</sup>。

最決令和3年6月9日の事案は、強盗致傷事件の犯人として捜査されていた被告人が、逮捕を免れようとして、他人に自己を匿うことを依頼し、他人にその旨を決意させて、犯人である被告人を自動車で移動させた上で移動先に滞在させた、というもので、犯人蔵匿隠避罪の教唆犯の成立が問題となったが、最高裁は、過去の最高裁判例（最決昭和35年7月18日刑集14巻9号1189頁）を踏まえて、被告人に教唆犯が成立することを明らかにした（従来判例の立場を改めて確認した。）。

本決定には山口裁判官の反対意見があり、教唆犯の成立に反対する理由を

---

11 本決定については、前田雅英「最新刑事判例研究・第64回」捜査研究71巻5号（2022年）28頁以下。さらに、松本圭史「司法に対する罪をめぐる共犯問題——犯人による犯人蔵匿・証拠隠滅教唆を例として——」刑事法ジャーナル70号（2021年）17頁以下。



共犯の処罰根拠に言及しながら述べているので、これを紹介した上で検討を行うことにする。山口裁判官の反対意見は次のようなものである。

「私は、被告人に犯人隠避・蔵匿罪の教唆犯の成立を認めることは相当でないと考ええる。

刑法103条は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者（以下『犯人』という。）が自ら行う蔵匿・隠避行為を処罰の対象としていない。それは、犯人が自ら逃げ隠れしても『蔵匿』したとはいわないし、『隠避させた』という要件は犯人隠避罪に該当する行為を行う者が犯人以外の者であることを前提としていると理解できるからである。このように、犯人による自己蔵匿・隠避行為は同条が定める構成要件に該当していない。この理由として、原判決のように、それらの行為も同条の規定が保護する刑事司法作用に侵害を与え得るものではあるものの、犯人の刑事手続における当事者性を考慮して政策的に処罰を限定したものであるなどと説明されることがあるが、このような処罰の政策的な限定を理論的に表現したものが、『犯人には期待可能性が認められない。』とする説明である。

当審判例は、犯人が他人を教唆して、自らを蔵匿・隠避させた場合は、処罰を限定する上記立法政策の射程外であり、教唆犯として処罰の対象となるとしてきた。それを支える根拠・理由として幾つかのことが指摘されているが、犯人が一人で逃げ隠れするより、他人を巻き込んだ方が法益侵害性が高まるとの指摘がされることがある。このこと自体には理由があると考えられるが、他人の関与により高められた法益侵害性は、教唆された正犯者を処罰することによって対応し得るものであり、法益侵害性の高まりから犯人を教唆犯として処罰すべきことが直ちに導かれるわけではない。結局、正犯としてではなく、教唆者としては犯人を処罰の対象とし得ると解することは、『正犯としては処罰できないが、教唆犯としては処罰できる』ことを認めるものであり、この背後には、『正犯は罪を犯したことを理由として処罰され、教唆犯は犯罪者を生み出したことを理由として処罰される。』といういわゆる

責任共犯論の考え方が含まれ、犯罪の成否を左右する極めて重要な意義がそれに与えられているように思われる。このような共犯理解は、他人を巻き込んだことを独自の犯罪性として捉え、正犯と教唆犯とで犯罪としての性格に重要な差異を認めるものであり、相応な理解とはいえないであろう。なぜなら、正犯も教唆犯も、犯罪結果（法益侵害）と因果性を持つがゆえに処罰されるという意味で同質の犯罪であると解されるからである。このような共犯理解によれば、正犯が処罰されないのに、それよりも因果性が間接的で弱く、それゆえ犯罪性が相対的に軽い関与形態である教唆犯は処罰されると解するのは背理であるといわざるを得ない。

以上から、私は、犯人による犯人蔵匿・隠避罪の教唆犯の成立は否定されるべきだと考えるものである。」

(2) 犯人蔵匿隠避罪においては、犯人が自ら逃げ隠れ等しても構成要件に該当せず犯罪が成立しないので（正犯性を備えない。）<sup>12</sup>、判例・実務においては共謀共同正犯という類型が一般的には承認されているにもかかわらず、犯人蔵匿隠避罪については犯人自身を（たとえ重要な関与ないし役割を果たした者であっても）共同正犯とすることができず、教唆犯の成立を検討せざるを得ないとされてきた<sup>13</sup>。もっとも、これに対しては、共同正犯の成立を認めようとする見解が一部で主張されている<sup>14</sup>。

犯人が他人をそそのかして自己を蔵匿隠避させた場合に犯人蔵匿隠避罪の

---

12 犯人が自ら逃げ隠れすることについては期待可能性がないというのがその理由とされている。証拠隠滅罪の対象として自己の刑事事件の証拠が除外されていることについても同様に考えられている。

13 犯人は犯人蔵匿隠避罪の共同正犯として処罰されないとした裁判例として、東京高判昭和52年12月22日刑月9巻11・12号857頁、京都家決平成6年2月8日家月46巻12号82頁。

14 犯人自身でないことを消極的身分（違法身分）と考えることによって刑法65条1項の適用により共同正犯としての処罰を認めるものとして、井田良『講義刑法学・各論（第2版）』（2020年）609頁。

教唆犯の成立を認めることは判例上確立しており<sup>15</sup>、実務的にも、犯人がその立場を利用して身代わり犯人になることを命じたような事例を考えると、教唆犯成立の余地を否定することは適切でなく、教唆犯の成立を（刑法理論としては）認めた上で、具体的な事案によって訴追裁量を働かせるのがよいと考えられる。

教唆犯の成立を否定する山口裁判官の反対意見の中で注目できる部分の1つは、「犯人が一人で逃げ隠れするより、他人を巻き込んだ方が法益侵害性が高まるとの指摘がされることがある。このこと自体には理由があると考えられるが、他人の関与により高められた法益侵害性は、教唆された正犯者を処罰することによって対応し得るものであり、法益侵害性の高まりから犯人を教唆犯として処罰すべきことが直ちに導かれるわけではない。」という点である。山口裁判官は、犯人が他人をそそのかしたことによって法益侵害性が高まることを否定していない（認めている）が、「犯人の他人をそそのかした行為」と「高められた法益侵害性」を刑事処罰の点で結び付けておらず両者の関連を否定している。つまり、行為と法益侵害との間に一定の断絶を認めるものであり、因果的共犯論（惹起説）に限界があること（理論的な制約）を示唆するものである。

反対意見の中で注目できるもう1つの部分は、『「正犯は罪を犯したことを理由として処罰され、教唆犯は犯罪者を生み出したことを理由として処罰される。』といういわゆる責任共犯論の考え方が含まれ、犯罪の成否を左右す

---

15 大判昭和8年10月18日刑集14巻997頁は、「犯人カ其ノ發見逮捕ヲ免レントスルハ人間ノ至情ナルヲ以テ犯人自身ノ單ナル隱避行為ハ法律ノ罪トシテ問フ所ニ非ス所謂防禦ノ自由ニ屬スト雖他人ヲ教唆シテ自己ヲ隱避セシメ刑法第三百條ノ犯罪ヲ實行セシムルニ至リテハ防禦ノ濫用ニ屬シ法律ノ放任行為トシテ干涉セサル防禦ノ範圍ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ對シ犯人隱避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隱避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言ヲ俟タス」と述べている。「防禦の濫用」や「防禦の範圍の逸脱」ということが教唆犯成立の理由とされているが、違法性や責任という理論面からの説明がなされているわけではない。

る極めて重要な意義がそれに与えられているように思われる。このような共犯理解は、他人を巻き込んだことを独自の犯罪性として捉え、正犯と教唆犯とで犯罪としての性格に重要な差異を認めるものであり、相当な理解とはいえないであろう。なぜなら、正犯も教唆犯も、犯罪結果（法益侵害）と因果性を持つがゆえに処罰されるという意味で同質の犯罪であると解されるからである。」という点である。山口裁判官は、正犯と教唆犯が同質の犯罪であることを理由に責任共犯論を否定しているが、そもそも教唆犯とは、他人をそそのかして特定の犯罪を実行する決意を生じさせ、そそのかされた他人がその犯罪を実行することによって成立する犯罪類型である。「そそのかす」とは、犯罪実行の意思がなかった者にその意思を生じさせることであるので（「×→○」である。）、犯罪実行の意思を有していなかった他人を具体的な犯罪に巻き込んだことを教唆犯の重要な要素（本質）として否定することはできない。これを共犯の類型としての違いとして説明するのか、独自の犯罪性（共同正犯と教唆犯では犯罪の性質に違いがあること）として説明するのかには本質的な違いはないように思われる。そして、犯罪類型（共犯類型）としての違いがあるのであれば、その処罰根拠についても類型に応じた差異を認めることができると考えられ、処罰根拠を（完全に）同一の内容で一元的に基礎付ける必要はないであろう。裁判員制度が刑事司法実務において定着し、刑事法の解釈・適用や犯罪への対応が一部の専門家だけでなく国民一般に広く共有されるようになった現在、教唆犯とはどのような犯罪であり、なぜ刑事処罰の対象とされているのかを考えた場合に、「具体的な犯罪と犯罪者を作り出した（生み出した）」という教唆犯の本質を踏まえた処罰根拠が求められるように思われる。なお、これに関連して、公務員の争議行為については、争議行為自体は処罰されないが、争議行為をそそのかす行為は刑事処罰の対象とされていること（国家公務員法110条1項17号、地方公務員法61条4号）をあげることができる。

## IV 責任共犯論と共犯処罰

### 1 共犯現象に対する因果的共犯論からの説明と責任共犯論からの説明

共犯現象の中で理論的にもそして実務上も重要なテーマである共謀共同正犯、共犯からの離脱（共犯関係の解消）、承継的共同正犯について、因果的共犯論を踏まえた説明や問題解決がなされることが多いが、これは責任共犯論と矛盾するものではないことを述べていきたい。

#### (1) 共謀共同正犯

判例・実務においては、現場での実行行為を行わないものの具体的な犯行（他人の犯罪実行）に対して一定の重要な役割を果たした者を共謀による共同正犯として、正犯者としての刑事責任を負わせることが確立している。学説の多数もこれを支持している<sup>16</sup>。共謀共同正犯を認める説明方法として、共同意思主体説や間接正犯類似説や行為支配説等が主張されてきたが、その実質は、他人の実行行為に対する物理的又は心理的な因果性を前提に犯行における重要な役割（寄与）を果たしたという点にある。従って、共謀共同正犯は相互の利用・補充関係（相互的な行為帰属）によって基礎付けられる刑法60条（一部行為全部責任という効果）の枠内にある<sup>17</sup>。

もっとも、共謀共同正犯を因果的共犯論によって説明できるということが責任共犯論による共謀共同正犯の説明を排除することにはならない。共謀共同正犯とされるものには様々な形態があり、伝統的な共謀共同正犯の形態とされてきた支配型、例えば、暴力団の親分が自らは（背後の黒幕として）現場に行くことはなく部下に対して犯行を指示して実行させるが、自らの犯行動機や目的を達成して犯行による利益を自らが享受するという事例において

---

16 共謀共同正犯を否定するものとして、山中敬一『刑法総論（第3版）』（2015年）930頁、浅田和茂『刑法総論（補正版）』（2007年）415頁、松宮孝明『刑法総論講義（第5版補訂版）』（2018年）276頁。

17 実行共同正犯と共謀共同正犯は異なる類型の共同正犯であるとするものとして、樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019年）147頁。共謀共同正犯を共同正犯の典型的な類型とするものとして、高橋則夫・前掲7・495頁。

は、自らの優位な立場を背景にして「具体的な犯罪と犯罪者を積極的に作り出す(生み出す)」という要素があることを否定できない。共謀共同正犯否定説は、実行行為を行わない者は共同正犯ではなく教唆犯の成立にとどまると考えるが、共謀共同正犯肯定説に立つ限り共謀共同正犯と教唆犯は境を接しており(果たした役割の重要性の程度によっていずれかの評価を受けることになる。)、実務上はもとより理論的にも明確な違いを見出すことは難しい。従って、教唆犯については、他人(正犯)の(特定の犯罪の)実行行為を作り出すこと、つまり犯罪行為を生み出すことが重要な(欠くことができない)要素であるとするれば、共謀共同正犯についても、(事案によるが)責任共犯論の考え方に基づいた(少なくとも責任共犯論の立場からも説明できる)共同正犯としての処罰ということができ、これは因果的共犯論に基づく処罰根拠の説明と矛盾するものではない。つまり、因果的共犯論による処罰の根拠付けによって責任共犯論に基づく処罰理由が排除されることにはならないのである。他人の実行行為を介した法益侵害への関与(因果性)ということと具体的な犯罪と犯罪者を作り出した(生み出した)ということは両立する。従って、具体的な事案ごとに、重要な役割(寄与)を果たしたとして共同正犯の刑事責任を負わせるための根拠(実務上は被疑者や被告人を刑事処罰について理解・納得させるための説明内容)には違いがあつてよいのである。

## (2) 共犯からの離脱(共犯関係の解消)

共犯関係から離れたこと(現場からの移動)を理由にその後に残った他人が行った行為やそこから発生した結果について刑事責任を免れることができるのかについては、他人が行った行為や結果について因果性があるのか(自分の影響力が残っているのか)によって判断され、因果性がない(他人が新たに単独で行った犯行である)と評価できる場合には刑事責任を免れるというように、因果的共犯論に基づいて事案の解決が行われている(最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁)。

もっとも、因果性があるのか（残っているのか）という観点からの説明や事案の解決は責任共犯論と矛盾するものではなく、責任共犯論を排除するものではない。複数人が共犯関係になった経過において、他人を積極的に誘って（共同での）犯罪実現に至ったような場合には、「犯罪と犯罪者を作り出す（生み出す）」という要素が存在しており、これが存在するため、残された他人が行った行為やそこから発生した結果に対して因果性を有しているとの評価がなされることは容易に考えられる。共犯関係の形成において主たる（重要な）役割を果たした者については、犯罪者を作り出した（生み出した）以上は、その犯罪者が行った行為やそこから発生した結果についての刑事責任を（基本的に）免れないということができ、因果的共犯論による説明は責任共犯論の考え方を否定し排除するものではない。

### (3) 承継的共同正犯

実行行為の途中から（（現場で）共謀が成立したことにより）参加した者は参加前に他人が行った行為やそこから発生した結果について刑事責任を負うのかについて、最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、傷害罪の事案において、因果的共犯論の立場から承継（参加前の行為や結果についての刑事責任の発生）を否定する考え方を示した。因果的共犯論の考えによれば、途中からの参加者は既に起きたことに対して因果性を有することはできない（起きたこと（過去の出来事）に対しては、後の時点から原因（影響）を与えることはできない）ので、基本的には承継否定説が導かれる<sup>18</sup>。

もっとも、承継的共同正犯の事例について、因果的共犯論を前提にした承継否定という考え方は決して絶対的なものではない。詐欺罪について、だます行為（欺罔行為）が行われた後に共謀によって受領行為を行った者について、最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁は、共謀が成立したことを受

---

18 先行行為者の行為が効果を持ち続けている場合には途中からの参加者はそれを承継するという中間説が有力に主張されている。大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（2019年）419頁。

けて、参加する前に既に他人によって行われていただきます行為をも含む詐欺(未遂)罪の刑事責任を負うとしたのである<sup>19</sup>。同決定は、いわゆる特殊詐欺(オレオレ詐欺等)の事案において、架け子が(電話により)だます行為を行った後に、被害者が嘘を見破り警察に相談してだまされたふり作戦<sup>20</sup>が開始されたにもかかわらず、これを知らずに共謀して(現金の)受領行為に関与した者(受け子)の刑事責任について、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共に、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」(下線部分は筆者)と述べて、詐欺罪の受領行為にのみ関わった被告人について、参加前に他人が行った行為を含めて詐欺(未遂)罪の成立を認めており、承継を肯定したのである。

上記の最決平成29年12月11日は、「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」と述べるだけで、承継を認めた理由は明確にされていない。これに関して学説からは様々な理解ないし説明が試みられているが(だます行為(欺罔行為)の危険性が受領行為に承継されたという説明<sup>21</sup>、因果関係が必要なのは本質的な法益侵害であって詐欺罪におけるそれは占有移転であるという説明<sup>22</sup>、個別行

---

19 本決定については、豊田兼彦「承継的共同正犯(2)」刑法判例百選I(第8版)(2020年)166頁及びそこに引用されている文献。

20 被害者が詐欺を見破り警察に連絡した後も、だまされたふりをして財物を受け子に交付しようとしたところ、張り込んでいた警察官が受け子を検挙するという捜査手法である。社会問題化している特殊詐欺に対する捜査手法として活用されている。

21 松原芳博「詐欺罪と承継的共犯」法曹時報70巻9号(2018年)2359頁。

22 十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求(9)』(2016年)142頁。



為の総体である全体行為と結果との間に因果関係があればよいという説明<sup>23</sup>等が主張されている。)、前述の最決平成24年11月6日が傷害罪の事案において因果的共犯論の立場から承継を否定したことの関係が検討課題である。少なくとも、承継的共同正犯の事案の解決に当たって、最高裁は因果的共犯論に基づく承継否定という考え方を一般的・普遍的なものとはしなかったことは間違いない。最高裁は、だます行為（欺罔行為）と受領行為の一体性を述べているが、財産犯である詐欺罪においては財物の占有移転が重要なし中核的要素であるところ、これに関わった者は、詐欺罪という犯罪を完成に至らしめる行為を行ったという点で、詐欺罪という犯罪（の完成）を作り出した（生み出した）ということができ、責任共犯論からの説明（処罰の基礎付け）も（唯一ないし絶対的なものではないが）可能といえるのではないだろうか。

2 以上の検討によっていえるのは、因果的共犯論によって共犯現象における重要な問題について解決を与えようとすることは、処罰根拠についての他の考え方を決して排除するものではないということである。共犯現象には様々な関与類型や関与形態があるが、それぞれの類型や事案ごとに多元的に（多面的に）処罰根拠（他人による行為やそこから発生した結果について刑事責任を免れ得ないという刑事責任の根拠）があり、決して処罰根拠は因果的共犯論に収斂（一元化）されるものではない。当該事案の被疑者や被告人に対して、なぜあなたは他人の行為やそこから発生した結果について刑事責任を免れることができないのかについて理解と納得を得させるような説明は、1つの考え方（理論）によって統一しなければならないものではない。

さらにいえば、犯罪と犯罪者を作り出して（生み出して）社会の中に送り出す（犯罪の客観化である実行行為を行わせる）ことは、広い意味では法益侵害を惹き起こした（法益侵害を招いた）ということができ、このように考

---

23 佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法セミ779号（2019年）14頁。

えれば、因果的共犯論と責任共犯論は決して二律背反のものではなく、共犯の処罰根拠は、それぞれの事案の特徴を踏まえながら、個別に多面的に考えることができ相互に補完的に機能することになるが、多種多様である共犯現象の説明としてそれは望ましい方向であるように思われる。むしろ、異なった共犯類型の処罰根拠を同一の内容で一元的に説明することには無理があると考えられる。

## V おわりに

共犯の処罰根拠論は、理論刑法学の中においても、ドイツ刑法学に由来する抽象度の高い議論の1つであるが、同時に、人は何ゆえ自らの行為にとどまらず他人の行為やそこから発生した結果についても刑事責任を負われるのか、ということの問題にするので、刑事司法における実務的で実践的な検討課題でもある。現実の捜査実務や刑事裁判の場において、具体的な被疑者や被告人に対して、他人が行った犯罪行為についてどのような説明を行うことによって処罰を理解・納得させるのかということは、基本的人権の保障と民主主義を本質的要素とする現代社会における刑事司法においては重要な問題である。

現在の刑法学説においては、刑法の任務が法益保護であることから、法益侵害とのつながり（因果性）を広義の共犯（共犯の3類型）に共通する処罰根拠と考える（広義の共犯の3類型を同質の犯罪と理解する）因果的共犯論が一般的に支持されており、判例もそれに沿う判断を示しているが、私も因果的共犯論の考え方自体に誤りや不適切な点があるとは思わない<sup>24</sup>。もっとも、共犯には共同正犯、教唆犯、幫助犯という異なった類型がある以上は類型ごとの特徴や違いを見出すことができるはずである。さらには、共同正犯

---

24 ただ、法益侵害との因果性に着目する因果的共犯論に関しては、「法益論」との関係も検討する必要があると思われる。現代型犯罪を中心に法益の内容や範囲は希薄化している（経済犯罪等の特別刑法犯がその例である。）。

においても、関与の内容や形態には様々なものがある。となると、それらの違いを踏まえた処罰の理由（根拠）が考えられ、むしろそこに着目することが、具体的な事案におけるそれぞれの関与者に対する適正な刑事処罰のあり方につながるであろう。本稿で重点的に検討を行った教唆犯については、他人に犯罪実行の決意を生じさせて犯罪の実行に出させることが刑事処罰の要件であるが、犯罪や犯罪者を作り出した（生み出した）という点に率直に目を向ける必要がある。

他人（正犯者）を墮落させて犯罪と刑罰に陥れたことに処罰根拠を求める責任共犯論は、法益やその侵害ということに着目していない、極端従属性説につながる等として、現在ではほとんど支持されていないが、共犯の処罰根拠は法益侵害との因果性という点で一元的に説明しなければならない問題ではない。具体的な犯罪現象において、他人が行った犯罪行為やそこから発生した結果について刑事責任の負担を求めるための説明根拠は多元的（多面的）であってよいはずである。被疑者や被告人に対していかにして刑事責任の負担を理解・納得させるのかということは、現代の刑事司法においては欠くことができない重要な要素である。理解と納得の上での刑事責任の追及や刑事処罰ということは、犯罪の防止を重要な課題とする刑事政策においても必要である。

本稿は、共犯の処罰根拠論というドイツ刑法学に由来する理論的な深みのあるテーマについて、実務的な観点を若干取り入れながら私自身が感じていることを感想文的に述べた雑感に過ぎないものであって、理論的な裏付けには極めて乏しいが、現在の我が国における多種多様な共犯現象や共犯処罰の実情を踏まえながら、さらに検討を行っていきたいと考えている。