

狭義の共犯

(教唆と幫助)

小樽商科大学准教授

小島陽介

法学セミナー 2012/07/No.690

1 狭義の共犯の性質

【事例①】 XはAに対し、「Bがお前のことを腰抜けと言っていたぞ。痛い目に遭わせた方がいい」などと言い、傷害をそそのかした。しかしAは何も行わなかった。

共犯とは、複数人が共同して構成要件を実現すること一般を指すが、そのうち特に教唆犯(刑61条)と幫助犯(刑62条)のことを、狭義の共犯という。本稿は、狭義の共犯である教唆犯と幫助犯について解説を加えるものであるが、与えられた紙幅に比べると問題領域は非常に広く、全てをカバーするのは不可能である。そこで、狭義の共犯に関する基本原則を確認した上で、教唆・幫助から代表的な論点を取り上げて説明し、その表れを理解してもらえような構成とする。基本原則を押さえれば、その他の論点についても自ずから解決の方向性が自らの中に現れてくるからである。

狭義の共犯は、共同正犯を含む正犯とは大きく異なる性質を持ち、それが理解を困難にしている。幫助犯は正犯の刑に比べて必要的に減輕され(刑63条)、教唆犯も「正犯の刑を科する」とされているのであって、共同正犯のように「正犯と」されるわけではない。現行刑法も、狭義の共犯が正犯とは異なる性質を持つことを前提としている。

[1] 共犯の従属性

狭義の共犯の特性としてまず挙げるべきものは、正犯への従属性である。これは3つの側面から議論される。すなわち、正犯が少なくとも実行行為を行っていないければ共犯は処罰されないのかという実行従属性、共犯が成立するには正犯が構成要件該当性、違法性、責任のどの要素を備えておく必要があるかという要素

従属性、さらに、正犯と共犯には同じ罪名が成立する必要があるかという罪名従属性の問題である(もっとも、これらの議論自体は共同正犯にも当てはまるとするのが多数である。紙幅の関係で本稿では罪名従属性については省略する)。

従属性の肯否については、法益侵害への影響の仕方が正犯と狭義の共犯では異なるという視点が重要である。他人に犯罪を犯す決意を生じさせる教唆の場合も、他人が犯行を行う際の援助を提供する幫助の場合も、自らが実行行為を行って直接法益を侵害するのではなく、あくまで正犯を通じた間接的な法益侵害でしかない。

このような観点から従属性を考えると、実行従属性は問題なく肯定される。教唆・幫助は正犯を通じた間接的な法益侵害であり、教唆行為や幫助行為自体が法益を侵害する危険性は小さく、法益を保護することが主たる任務である刑法にとっては、正犯の実行行為が行われるのを待って処罰することで十分だからである(共犯従属性説)。教唆・幫助行為が行われれば正犯の実行の有無にかかわらず共犯処罰が可能とする見解(共犯独立性説)もあるが、これは、処罰根拠を法益侵害ではなく行為者の危険な性格の表れと見る主観主義刑法理論を背景とするものであり、現在のわが国では主張されていない。文言上も、61条は「人を教唆して犯罪を実行させた」、62条は「正犯を幫助した」と規定しており、それぞれ正犯による犯罪の実行を前提としている。

事例①は、正犯Aが傷害の実行行為に出ていない以上、共犯従属性説からはXに傷害教唆罪は成立しないが、共犯独立性説からはXは傷害未遂の教唆犯となる。

要素従属性については、正犯の行った行為が違法すなわち法的に否認されるものでないのなら、法益侵害への間接的な関与である共犯について教唆・幫助に問

う必要がないのに対し、責任とは個人への非難可能性であってその有無は個人ごとに判断されるべきであることから（「違法は連帯し、責任は個別化する」）、通説は、正犯に構成要件該当性と違法性が備わっていることを要するとするいわゆる制限従属性説を採用している。したがって、直接行為者の行為が例えば正当業務行為（刑35条）により違法性阻却されるならば、それに関与する者は共犯にならないが、刑事未成年者に犯罪を実行するようそそのかした場合、教唆犯となりうる。かつては正犯が有責でもある必要があるとする極端従属性説が優勢だったが、責任の個別化原則に反するため、現在では支持を失っている。もっとも、正当防衛など違法性判断が個人で相対化する場合があることを指摘し、正犯には構成要件該当性のみが備わっていればよいとする最小限従属性説も主張されている。

[2] 共犯の処罰根拠

共犯は、その処罰根拠の把握も欠かせない。共犯の因果性の範囲など様々な点に派生しうるからである。

これにつき、責任共犯論という見解は、共犯は正犯を堕落させ罪責に陥れたから処罰されるとするが、正犯が有責であることに着目する結果、責任について正犯と共犯を連帯させることになる（そのため、極端従属性説と結び付く）ため、現在では支持を失い、代わりに正犯に違法な行為を行わせることを処罰根拠とする不法共犯論が現れた（これだと制限従属性説と整合的になる）。現在多数を占めていると思われるのが、共犯も法益侵害ないしその危険を惹き起こしているから処罰されるとする惹起説（因果的共犯論ともいう）である。その中で、共犯自らの法益侵害である点を重視する純粹惹起説、正犯の実行行為を通じた法益侵害であることを強調する修正惹起説、その両者の視点を採り入れる混合惹起説の対立がある（もっとも、各説の理解の差などから、名称や分類についてもまちまちであり、注意が必要である）。

因果的共犯論の基本的発想を最も推し進めたのが純粹惹起説とされるが、同説によると正犯の不法はほとんど考慮されないで、正犯行為に構成要件該当性が欠けていても共犯が成立する（正犯が存在しないところに共犯だけが現れるので、正犯なき共犯といわれる）ことから、61条・62条の文言に反するほか、狭義の共犯が間接的な法益侵害類型であることにそぐわないなどと批判されている。現在では、正犯への従属という共犯の原則を維持しつつ、法益侵害への自らの関与も要素とし

て採り入れる混合惹起説が有力といえよう。

2 教唆犯

【事例②】 Xは、何も入っていないことを知りながら、Bのポケットから財布をすり取るようAをそそのかした。Aはすりを実行したものの、何も盗ることはできなかった。

教唆とは、他人をそそのかして犯罪を実行する決意を生じさせることなどと定義される。実行従属性により、正犯に犯罪の実行を決意させ、かつ正犯が実行行為を行ったことが必要である。教唆の手段には制限がないものの、特定の犯罪について決意を生じさせることが必要であり、漠然とした指示では教唆は成立しない。そのような場合は犯罪の細目を正犯が決定することになり、教唆行為の危険性が正犯の行為や法益侵害結果に表れていないからである。もっとも、相互的な利用・補充関係が重視される共同正犯と異なり、決意を生じさせるための働きかけが重要であるから、教唆されていることを正犯が認識していない片面的教唆も可能である。教唆は新たな犯意を生み出すものであり、正犯と同じ程度に構成要件的结果の発生に対する寄与が見られるため、教唆犯は幫助犯とは異なり正犯と同じ法定刑の範囲内で処断される（刑61条1項）。

教唆犯において重要な論点は、未遂の教唆である（アジャン・プロヴォカトールともいう）。これは、事例②のように教唆者がはじめから正犯の犯行を未遂に終わらせる意図で教唆することを指す。

ここでの議論のポイントは、Xに要求される故意の内容、詳しく言えば、Aの行為により法益侵害結果が発生することをXが認識している必要があるかどうかである。それを要求すればXに教唆は成立せず（すりを成功させる認識はなかったからである）、要求しなければ窃盗未遂の教唆が成立する。

これにつき、混合惹起説（あるいは純粹惹起説）の趣旨を貫いて、法益侵害結果への自らの関与がなければ共犯の処罰根拠は満たされないというのであれば、共犯者にとっても結果の発生は重要な要素となるから、結果発生の認識も必要ということになる。一方、61条を文言に忠実に解し、同条は「人を教唆して犯罪を実行させた」ことを要求しているのであって、法益侵害結果との関係を求めていないとすれば、結果の認識

は不要と考えることもできよう。

3 幫助犯

【事例③】 Bを地下室で殺害するという計画をAから聞いたXは、Aの知らないうちに地下室に目張りをしたが、Aは地下室を使わず、Bを車に乗せてその中で殺害した。その際XはAとは別の車に乗って追従した。

幫助とは、実行行為以外の行為を行うことによって正犯の犯行を容易にすることなどと定義される。実行従属性により、幫助者が幫助行為を行い、かつ正犯が実行行為に出ることが必要である。幫助もその手段には限定がなく、犯行道具の提供など正犯を物的に援助する物理的幫助と、激励など正犯の意欲的心理に働き掛ける精神的幫助に分かれる（口頭での情報提供など形に残らない援助〔正犯の知的心理への影響〕は、性質上物理的幫助に類似する）。教唆の場合と同様、片面的幫助も可能である。幫助は他人の犯罪への援助提供であって軽い関与形態であることから、正犯に比べて必要的に刑が減輕される（刑63条）。

[1] 幫助の因果性

幫助では、まず因果性が問題となる。なぜなら、正犯はすでに犯罪の実行を決意しているため（そうでなければ、共犯者の行為は教唆となる）、単独犯と同じように条件関係を要求するなら、「幫助行為がなくても正犯は犯行を行っていた」であろう幫助の場合に常に因果関係が欠けるため幫助は不成立となりかねないからである（狭義の共犯には未遂犯処罰規定はない）。

そこで、判例を含めた多数の見解は、幫助における因果関係の内容を促進関係と解している。すなわち、幫助行為がなければ正犯の犯行がなかったという関係は必要でなく、幫助行為により正犯の犯行が容易になれば幫助が成立するというのである。

一方、未遂の教唆の場合と同様、混合惹起説や純粹惹起説の趣旨を推し進め、幫助行為が正犯の惹起する結果を促進することを要求する見解や、「促進」の内容が不明確であるとして幫助行為により正犯の犯行結果が有意に変更されたことを求める見解なども有力に主張されている。

しかしこれは、精神的幫助の場合に大きな試金石に

遭遇することとなる。正犯の意欲的心理への影響がどのように「犯行の容易性」に結び付くのか、判断が難しいからである。正犯の犯行が現実的に容易になった（または強化された）ことを必要とするなら、精神的幫助が成立する範囲がかなり狭くなってしまう。このことは、幫助行為が正犯の行為ではなく惹き起こす結果に対して因果性を有していなければならないと解する見解については、なおのこと当てはまる。例えば、殺人に行こうとする者に「頑張ってこい！」と声をかけたとして、それがために殺害行為そのものがやりやすくなったとか、結果が強化されたとは言いづらい。

そのため、精神的幫助については、「正犯の決意の強化」があればそれが認められるとされることが多い。しかしそれでは、逆に精神的幫助の成立範囲が著しく広がってしまう。「決意の強化」そのものは「正犯行為の促進」とは区別されるべきものであり、結局激励からストレートに精神的幫助の存在が導かれ、実質的に因果性の要件を放棄したのと同様の帰結になるからである（物理的幫助の事案でも、物を提供したことで正犯に安心感を与え、その犯行の決意を強化したと考えることは可能である。つまり、与えた物が使われなかったなど物の提供が正犯の犯行に結び付かなかった場合でも、精神的幫助を認めることにより処罰範囲が拡大されることになる）。

事例③は板橋宝石商殺害事件と呼ばれる事件をベースにしたものである。東京高裁（東京高判平成2・2・21判タ733号232頁）は、地下室が使われなかったこと、地下室の目張りをAが認識していなかったことから、目張り行為については幫助の成立を否定したものの、追従行為については、Xによる追従をAが心強く感じたとして、「決意の強化」から精神的幫助の成立を認めた。しかし、XはAとは別の車に乗っていたのであり、どのような意味でAの行為が促進されたかは明らかではない。幫助を認めるにせよ、例えば正犯が行為に出る蓋然性が高まったなど、正犯行為との関連を具体的に示す必要があるだろう。

[2] 中立的行為による幫助

近年幫助について重要な論点とされているのが、「中立的行為による幫助」（以下、中立的幫助という）というものである。これは、金物屋が販売したねじまわしが窃盗の道具に使われた場合など、日常的に行われるそれ自体は犯罪性を帯びない行為が犯罪の手段として利用された際に、幫助が成立するかどうかという問題で

ある。ファイル共有ソフト「Winny」を開発・公開した者が、利用者による著作権法違反行為の幫助犯になるかが争われた事件（以下、Winny事件という）で、世間の注目も浴びた。第1審（京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁）が、Winnyが技術的に有用な目的にも用いられる中立的なソフトであり、価値中立的な技術の提供一般が犯罪行為となるような無限定な幫助犯の成立範囲も妥当でないとして、幫助となるか否かは社会における現実の利用状況やその認識、さらに提供する際の主観的態様如何によるとの基準を立て、当時Winnyは多くが違法目的で使われており、被告人にもその認識があったとして幫助犯の成立を認めたのに対して、控訴審（大阪高判平成21・10・8公判物未登載）は、価値中立的なソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に、そのようなソフトのインターネット上での提供が幫助となるとして被告人を無罪とした。最高裁（最決平成23・12・19判時2141号135頁）は、控訴審の判断枠組を否定し、「例外的とはいえない範囲の者」が著作権侵害に利用する蓋然性と、それについての被告人の認識が必要であるとしたうえで、被告人にはその認識がないとして幫助犯の成立を認めなかった。

この問題が注目されるに至った背景は、幫助が非定型な類型であり、注意しなければ適切な可罰範囲を定めることができないところにある。刑法上、犯罪の成立には未必の故意で十分であり、それは幫助でも変わらないとするのが多数説である。また、幫助の相手方が特定されている（特定の相手を正犯として認識している）必要がないというのが判例の立場である（大判昭和10・2・13刑集14巻83頁）。そうすると、例えば包丁屋はその職業柄自分の売った包丁が犯罪に使われる可能性を考えないことはないので、日本中のどこかで誰かがその包丁屋で買った包丁を使い殺人を犯した場合、包丁の販売は殺人幫助罪の成立要件を満たしてしまう。これでは幫助の成立範囲として広すぎるため、何らかの手段でそれを限定する必要性が意識されたのである。

これにつき学説上は、中立的幫助に関しては確定的故意あるいは被幫助者の特定性を要求する見解や、職業的行為による場合には不成立とする見解、正犯行為に対する「特別な適合」（論者によると、自己の行為を正犯の犯罪計画・正犯行為に具体的に適合するように特別に形成したこと。豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』〔成文堂、

2009年〕175頁）を幫助者が行った場合に限り幫助が成立するとする見解などが主張され、いまだに決着する気配はない（最近の議論状況につき、豊田兼彦「Winny事件と中立的行為」刑事法ジャーナル22号53頁以下参照）。一方最高裁は、Winny事件で、犯罪への利用状況（およびその認識）に一定の重点を置いた判断を示した。Winny事件では不特定多数人を対象とする幫助が問題となることを考えると、現実の利用状況に着目することは適切であると思われるものの、「例外的とはいえない範囲」とはどの程度の割合なのかについては必ずしも明らかではなく（なお、Winny事件では4割程度が違法利用であったと認定されている）、この点についてさらに詰めた基準を立てることが必要となろう。

4 おわりに

本稿では、共犯の従属性と処罰根拠という基本原則を手掛かりに、狭義の共犯にまつわる代表的な論点に解説を加えた。

共犯論はとかく特殊な領域というイメージを持たれがちだが、犯罪論一般の原則ももちろん関係してくる。例えば、紙幅の関係で本稿では触れることのできなかった承継的共犯や共犯関係からの離脱という論点では、法益侵害への因果的影響という視点が不可欠となる（その背後に、共犯の処罰根拠がある）。

このように、共犯論は、これまで学習した（単独犯についての）基本原則の応用と、多数人が関与するという特殊性から導かれる原則の組み合わせである。それぞれの基本原則を確実に押さえることで、各論点の些末な点に振り回されない確実な力が身に付くだろう。

[参考文献]

- ・山口厚『問題探究 刑法総論』（有斐閣、1998年）：共犯の処罰根拠や因果性など本文で採り上げた内容が第15章以下にわかりやすく記述されている。
- ・植松正ほか『現代刑法論争 I 〔第2版〕』（勁草書房、1997年）：幫助行為は正犯の犯罪の結果に対する因果性を持つ必要はあるかという問題を、必要説と不要説の論争を通して考えることができる。
- ・中山研一ほか『レヴィジョン刑法 I 共犯論』（成文堂、1997年）：レベルの高い本であるが、共犯にまつわる諸問題を包括的に取り扱っている。

（こじま・ようすけ）