

共犯の処罰根拠論の現状と課題（一）

十 河 太 朗

目 次

- 一 はじめに
- 二 従来の議論状況の概観
 - 1 ドイツの議論状況
 - 2 わが国の議論状況
- 三 惹起説の意義（以上、本号）
- 四 惹起説内部の対立
- 五 共犯従属性概念の検討
- 六 むすび

一 はじめに

(1) わが国において共犯の処罰根拠の問題が論じられるようになって久しい。周知のように、共犯に関しては様々な解釈論上の問題が存在しており、共犯論は他の領域にも増して学説の対立が顕著な領域である。このように共犯論が混乱する原因の一つは、従来の学説が共犯論上の諸問題を有機的に関連づけることなく個別的に論じてき

たところにあるのではないか。こうした問題意識から、そもそも共犯はなぜ処罰されるのかという点にまで遡り、共犯論上の諸問題を統一的な観点から把握することによって問題解決の糸口を見出そうというのが、共犯の処罰根拠論である。

この共犯の処罰根拠の問題は従来、わが国において正面から議論されることはほとんどなかった。しかし、昭和五〇年代に入り、共犯の処罰根拠に関して古くから活発な議論を展開してきたドイツの状況が詳しく紹介されるに至り、以来、わが国の学説はこの問題の重要性を自覚し、共犯の処罰根拠の解明に力を注いできたのである。ただ、これまでの状況を見る限り、共犯の処罰根拠をめぐる議論が必ずしも明確な形で展開されてきたとはいえない。

それは、まず、学説の分類の仕方に現れている。共犯の処罰根拠に関しては様々な見解が主張されているが、それらをどのように分類すべきかについて学説の理解は一致していない。たとえば、責任共犯説と惹起説（因果的共犯論）の二つに大別するもの⁽²⁾、その二つと並んで不法共犯説もしくは違法共犯説という範疇を設けるもの⁽³⁾があるほか、惹起説をさらに細かく純粹惹起説、修正惹起説、混合惹起説に分類するもの⁽⁴⁾、また、不法共犯説を行為無価値型不法共犯説と結果無価値型不法共犯説に分け、両者の違いを重視するもの⁽⁵⁾など、学説の分類の仕方は論者により様々であり、このことが、議論を混乱させる原因となっているのである。

加えて、学説の呼称が統一されていないということが議論をさらに複雑にしている。その例が、「不法共犯説」である。不法共犯説とは責任共犯説に類似した見解すなわち修正された責任共犯説を指すとする立場⁽⁶⁾がある一方で、逆に、不法共犯説を惹起説（因果的共犯論）と同義に理解する立場⁽⁷⁾も見受けられるし、さらには、いわゆる違法の相対性を否定する見解を総称して不法共犯説と呼んでいるもの⁽⁸⁾もある。また、「混合惹起説」の名称に関する⁽⁹⁾も混乱が見られる。多くの論者は、違法の相対性を一部認め一部否定する見解をもって混合惹起説としているが、

学説の中には、共犯が正犯の実行行為を通じて法益を侵害した点を重視する見解が混合惹起説であるとするもの⁽¹⁰⁾もあり、両者の理解には見逃せない齟齬が存在する。このように、同一の学説の名称が論者によって異なる意味に用いられているために、議論の際に誤解が生じ、無用の混乱を招いている感が否めない。

これに伴い、個々の学説をどう位置づけるかについても見解が分かれている。たとえば、いわゆる定型説を支持する論者は、概ね自説を惹起説に属するものと解しているが、これに対し、定型説以外の立場においては、定型説を惹起説ではなく不法共犯説に位置づけるもの⁽¹²⁾や、定型説は責任共犯説であると断じるもの⁽¹³⁾すらある。

一方、共犯の処罰根拠に関する各学説と具体的帰結との関係も明確ではない。当初、共犯の処罰根拠論は、未遂の教唆、必要的共犯、幫助の因果関係、犯人による犯人蔵匿・証拠隠滅への関与、共犯と身分などの問題の解決に資するとされてきた。たとえば、未遂の教唆の問題は、責任共犯説と惹起説の対立に帰着すると説明されることがある。未遂の教唆も正犯者を責任と刑罰に陥れているから、責任共犯説によれば教唆犯の成立が肯定されることになるのに対し、共犯の処罰根拠を間接的な法益侵害に求める惹起説においては、その論理的帰結として、法益を侵害する意思のない未遂の教唆は不可罰になるとい⁽¹⁴⁾のである。しかし、学説上は、惹起説に立ちながら、未遂の教唆も未遂という結果を惹起している以上は教唆犯の成立を認めてよいとする見解も有力に主張されている。そこで、惹起説のうち、違法の連帯性を認める修正惹起説からは未遂の教唆の可罰性が肯定され、違法の連帯性を否定する純粹惹起説によれば未遂の教唆は不可罰となるとい⁽¹⁶⁾う図式も示されているが、現実には、修正惹起説を支持する見解においても、未遂の教唆を不可罰とするもの⁽¹⁷⁾が、むしろ多数であるとい⁽¹⁸⁾ってもよいのである。

同じことは、幫助の因果関係の問題についてもいえる。惹起説に立つ以上、幫助犯において既遂責任を問うためには幫助行為と正犯結果との間に因果関係が存在することが必要となるとの見方も存在するが、他方、惹起説を前

提としながらも、共犯が正犯行為を通じて法益を侵害する点を重視する混合惹起説を採用し、幫助行為と正犯行為との間に因果関係があれば足りると主張する見解⁽¹⁹⁾も有力なのである。

(2) このように、共犯の処罰根拠をめぐる議論は迷走してきたといつてよい。本来、混乱する共犯論を整理し体系化するために登場したはずの共犯の処罰根拠論自体がこのように錯綜していたのでは、かえって共犯論が混乱することになりかねない。このような状況にあつて、学説の中には、共犯の処罰根拠という単一の法理によらなくとも個々の問題を個別的に検討することにより妥当な解決を得ることは可能であるとして、共犯の処罰根拠論の意義自体に疑問を呈するもの⁽²⁰⁾のさえある。共犯の処罰根拠論は、今やその存在意義を問い直されているといつてもよい。

確かに、共犯論上のすべての問題が共犯の処罰根拠論によつて解決されるわけではないであろう。しかし、少なくとも、「共犯はなぜ処罰されるのか」という問題は、共犯の成立範囲を確定する上で前提となるべき問題であるから、共犯の処罰根拠を説明することなしに共犯論上の諸問題を解決することはできないはずである⁽²¹⁾。

そうだとすれば、錯綜する共犯の処罰根拠論を見直し、整理することは、現在の共犯論における最も重要な課題の一つであるといつても過言ではない。それでは、共犯の処罰根拠論はなぜそのように錯綜するのであるか。その原因は、共犯の処罰根拠論が果たしていかなる問題を解決するための議論であるのかという点につき共通の理解が得られていなかった点にあるように思われる。このことは、上述のように同一の学説から異なる帰結に至る場合がしばしば見受けられるという点からも明らかであろう。また、学説の分類の仕方や学説の名称および内容に関して混乱が生じているのも、共犯の処罰根拠論が個々の問題といかなる理論的な関係を有するのかが不明確であつたために各論者がそれぞれ異なる観点から学説を整理していたところにその原因があると考えられるのである。

このような問題意識から、本稿は、共犯の処罰根拠論が共犯論上のいかなる問題を解決するための議論であるの

かという点に着目しつつ、これまでの議論を整理し直し、その上で、共犯の処罰根拠を何に求めるべきかにつき妥当な見解を模索するものである。

注

- (1) 山中敬一「幫助の因果関係」関西大学法学論集二五卷四―五―六号(一九七五年)〔同「刑法における因果関係と帰属」(一九八四年)所収〕一六二頁以下、相内信「固有の犯罪性からみた共犯論試論」金沢大学法文学部論集法学篇二六号(一九七八年)六頁以下、大越義久「共犯の処罰根拠」(一九八一年)四八頁以下など。
- (2) 平野龍一「責任共犯論と因果共犯論」同『犯罪論の諸問題(上)総論 刑事法研究第2巻―I』(一九八一年)一六八頁、香川達夫『刑法講義(総論)第三版』(一九九五年)三四九―三五〇頁、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』(二〇〇一年)二五四頁。
- (3) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雜誌二七卷一号(一九八六年)一四四頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第三版)』(一九九七年)二七四頁、中山研一「共犯の処罰根拠」同ほか『レイジオン刑法―共犯論』(一九九七年)一四頁以下、山口厚『刑法総論』(二〇〇一年)二五四頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(二〇〇二年)一三三―三三頁以下。
- (4) 齊藤誠二「片面的共犯をめぐる」成蹊法学一六号(一九八三年)八一―九頁、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(一九八八年)九六頁、山中敬一「刑法総論Ⅱ」(一九九九年)七六〇頁以下、曾根成彦『刑法総論(第三版)』(二〇〇〇年)二七一―二七二頁、吉田宣之「違法の相対性について」『日本刑事法の理論と展望 上巻―藤司先生古稀祝賀―』(二〇〇二年)一八〇―一八一頁。
- (5) 浅田和茂ほか『刑法総論(改訂版)』(齊藤豊治)(一九九七年)二七八頁以下、浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷 刑法の理論』(一九九七年)二七四頁、前田雅英『刑法総論講義(第3版)』(一九九八年)三二二頁。

- (6) 相内・前掲注(1) 六頁、山中・前掲注(1) 一六七頁、高橋・前掲注(4) 一二六頁以下、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』(一九九五年) 一六一―一七頁。
- (7) 香川・前掲注(2) 三五〇頁、大塚・前掲注(3) 二七四頁、大谷實「新版刑法講義総論」(二〇〇一年) 四二四頁、福田・前掲注(2) 二五四頁。
- (8) 前田・前掲注(5) 三八二頁、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年) 三八四頁、浅田和茂「未遂の教唆」中山ほか・前掲注(3) 八七頁以下、山口・前掲注(3) 二五五頁。
- (9) 高橋・前掲注(4) 一五三頁以下、斉藤・前掲注(6) 一八一―一九頁、松宮孝明「共犯の処罰根拠」について」同『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年) 二八八頁、山中・前掲注(4) 七六二頁、曾根・前掲注(4) 二七二頁、照沼亮介「幫助犯の構造と因果性」法学政治学論究四八号(二〇〇一年) 三八三頁。
- (10) 大谷・前掲注(7) 四二四頁。
- (11) 大塚・前掲注(3) 二七五頁、福田・前掲注(2) 二五四頁。
- (12) 中山・前掲注(3) 一六頁以下、浅田・前掲注(8) 八七一―八八頁、山中・前掲注(4) 七六一―七六二頁。
- (13) 大越・前掲注(1) 二〇七頁、平野・前掲注(2) 一七二頁。
- (14) 西田典之「アジャン・プロヴォオカトゥール(未遂の教唆)」藤木英雄||板倉宏編『刑法の争点(新版)』(一九八七年) 一四六頁、内藤・前掲注(3) 一三八―一三八九頁。
- (15) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年) 三五〇頁。
- (16) 大越・前掲注(1) 二五六―二五七頁、高橋・前掲注(4) 一五一頁、浅田・前掲注(8) 八八頁以下。
- (17) 西田・前掲注(14) 一四六頁、前田・前掲注(5) 四三三頁、曾根・前掲注(4) 二八九頁、山口・前掲注(3) 二七一頁。
- (18) 山中・前掲注(1) 一七五頁、大越・前掲注(1) 一五九頁、曾根・前掲注(4) 二九二頁。

(19) 大谷・前掲注(7) 四七二頁。

(20) 香川達夫『共犯処罰の根拠』(一九八八年) 六頁、二八頁。

(21) 町野朔「惹起説の検討」『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況』(一九九四年) 一一五頁。この点については、堀内捷

三「共犯の処罰根拠」法学教室二二四号(一九九一年) 五五―五六頁、前田・前掲注(5) 三八四頁参照。

二 従来の議論状況の概観

1 ドイツの議論状況

共犯の処罰根拠の問題は、ドイツにおいて古くから論じられ、その影響を受けて、わが国でも議論されるようになったものである。そこで最初に、ドイツにおいて共犯の処罰根拠に関する議論がどのように展開されてきたのかを確認することにした。ただし、ドイツの議論については既に詳細な紹介が数多く存在するので、ここでは、後の論述に必要な範囲で概略を述べるとどめておく。

(1) 共犯の処罰根拠に関する学説としては、まず、責任共犯説(Schuldteilnahmehorie)がある。これは、共犯者が正犯を通じて法益を侵害すると同時に、正犯者を責任と刑罰へと引き込むところに共犯の処罰根拠があるとする見解である。共犯は、一方では各則上の保護法益に対する罪ではあるが、他方、正犯者を有責的な行為へと誘い込み、処罰される状態に陥れ、墮落させるといふ点で正犯者に対する罪でもあるのである。責任共犯説は、ヘルムート・マイヤーやペルテンらによつて有力に主張された。⁽²⁾

しかし、一九四三年に改正されたドイツ刑法は、二六条および二七条で、共犯成立の前提となるべき正犯行為は

故意による違法な行為であれば足りると規定し、明文で制限従属性説を採用するとともに、二九条において、各関与者の責任は互いに独立に評価されることを宣言した。責任共犯説は、こうした現行法の立場と矛盾すると批判されている。制限従属性説によると、有責的でない行為に対する共犯も可能となるため、共犯は必ずしも正犯者を責任と刑罰へと陥れるとは限らないからである。⁽¹⁾

(2) そこで、制限従属性説と調和するように責任共犯説の内容を修正したのが、レスおよびトレクセルである。レスは、ドイツ刑法が明文で制限従属性説を採用している以上、責任共犯説のように、正犯者を責任と刑罰へと誘い込むことに共犯の処罰根拠を求めることはできないと説く。⁽⁴⁾ その上で、共犯とりわけ教唆犯は、正犯を通じて法益を侵害する点と並んで、正犯者に違法な行為を行わせることにより「人格に対する尊重と人格の自由な発展」という正犯者の法益を侵害する点に処罰根拠があると主張する。⁽⁵⁾ こうした主張は責任共犯説と類似しているが、レスは、自説を制限従属性説と矛盾するものではないとする。正犯行為が有責的であるか否かを問わず、共犯者が正犯者に違法な行為を行わせた以上は、社会的平和は攪乱され、正犯者の人格の尊重と自由な発展は阻害されることになるからである。⁽⁶⁾

トレクセルも、同様の主張を展開している。トレクセルによると、正犯者は、犯罪を行ったことにより社会の組織から締め出されたり刑事訴追されたりするなど、社会的に不利な立場に追い込まれる。教唆犯の処罰根拠は、教唆行為により正犯者をそのような社会との対立関係に陥れる点に存するのである。⁽⁷⁾ このような見解は、制限従属性説を前提としても十分に成り立つ。仮に被教唆者が責任無能力者であったとしても、違法な行為を行えば、刑事訴追をされ、あるいは処分を受けるなど、やはり不利益を被る可能性があるからである。⁽⁸⁾

レスおよびトレクセルの見解は、責任共犯説と共通の理論的基盤に立ちつつも、制限従属性説との調和を図って、

誘惑の要素の内容を、「責任と刑罰への誘致」から「不法への誘致」へと修正した点に特徴がある。これらの見解が「修正された責任共犯説」(modifizierte Schuldlehretheorie)⁹と呼ばれるゆえんである。しかし、責任共犯説がないし修正された責任共犯説に対しては、①正犯者が自らの自由な意思で犯罪を行った場合、それによって正犯者が不利益を被ったとしても、それは正犯者自身に責任があるのであるから、共犯者が正犯者の法益を侵害したとはいいがたい¹⁰、②責任共犯説によると、共犯の刑は、正犯者をどの程度墮落させたか、あるいは正犯者の法益をどの程度侵害したかによって決まることとなるが、現行法上、共犯の刑は正犯の実現した構成要件の法定刑によって決まるとされているのであるから、責任共犯説の主張は現行法に反する¹¹、③共犯者がどの程度正犯者を墮落させたかを立証するのは困難である¹²、④幫助犯の場合、正犯者はすでに犯行を決意しているから、それ以上正犯者を誘惑することははや不可能であり、したがって、責任共犯説は幫助犯の処罰根拠の説明に窮する¹³、⑤他人を犯罪へと誘惑することは教唆犯に限られることなく、たとえば、正犯者が幫助者を犯罪へと誘惑することもありうる¹⁴、などの批判に晒されており、責任共犯説および修正された責任共犯説は、今日では支持者を失っている。

(3) 現在、共犯の処罰根拠に関してドイツにおいて通説とされているのは、惹起説 (Verursachungstheorie) もしくは促進説 (Forderungstheorie)¹⁵ である。惹起説とは、共犯者が正犯者とともに結果を惹起した点に共犯の処罰根拠を求める見解をいう。もともと、共犯従属性の内容をどう捉えるかをめぐり惹起説の内部にも対立が見られる。共犯従属性の問題のうち、共犯者の責任が正犯者の責任から独立して判断されるということは、ドイツ刑法二九条にも定められており、争いはない。問題は、共犯の不法と正犯の不法との関係をどのように理解するかである。現在、ドイツにおける共犯の処罰根拠論の中心的課題は、この点にあるといつてよい。

まず、共犯の不法は正犯の不法から完全に独立していると解するのが、純粹惹起説 (reine Verursachungstheorie)¹⁶

と呼ばれる立場である。共犯といえども固有の不法内容を有するべきであるから、共犯の処罰根拠は、他人（正犯）の不法に関与した点ではなく、自己の不法を実現した点に求められるべきだとするのである。純粹惹起説によると、共犯の不法の有無および程度は、正犯行為の性質を考慮することなく、もっぱら共犯者自身の要素に基づいて判断されることとなる。たとえば、正犯者が教唆者の所有物を窃取した場合、正犯者は窃盗罪となるが、窃盗の教唆犯は成立しない。財物は教唆者の所有物であるため、教唆者自身は何ら不法を実現したとはいえないからである。⁽¹⁷⁾

しかし、純粹惹起説は現在、一般に否定されている。純粹惹起説の帰結は刑事政策的に見て妥当でないばかりか、現行法の規定にも反するというのが、その理由である。純粹惹起説においては、共犯の不法は正犯行為の性質ではなく共犯者の固有の事情に基づいて判断されるから、これを徹底すると、共犯成立のために正犯が構成要件に該当することは必ずしも要しないことになる。たとえば、純粹惹起説の主唱者とされるリューダーセンは、一般に不可罰と解されている自殺関与を可罰的であるとする。共犯が成立するためには、当該法益が共犯者に対して保護されていることを要するところ、自殺者の生命は自殺者自身に対しては保護されていないので、自殺そのものは不法ではないが、自殺者以外の者に対して自殺者の生命は保護されるといえるから、他人の自殺への関与は他人の生命の侵害にほかならないのである。⁽¹⁸⁾同様に、遭難者を救助しないよう教唆して死亡させた場合も、正犯は不救助罪にすぎないが、教唆者から見れば他人の生命を侵害している以上、謀殺罪または故殺罪の教唆が成立することとなる。⁽¹⁹⁾しかし、それでは共犯の成立範囲が不当に拡大することとなって妥当でないし、そのような結論は何よりもまず、制限従属性説を採用するドイツ刑法二六条および二七条に明らかに反する。⁽²⁰⁾

他方、純粹惹起説による場合には、非身分者が真正身分犯の身分者の行為に加功した場合について非身分者の共犯の成立を基礎づけることが困難になる。非身分者は、身分を欠くために身分犯の不法を自ら実現することはでき

ないからである。事実、純粹惹起説に立つシュミットホイザーは、公務員でない者が法歪曲罪に関与した場合には不可罰になるとしていた。⁽²¹⁾しかし、そのような処罰の間隙は刑事政策上望ましくない。そのような判断から、立法者は、ドイツ刑法二八条一項において、非身分者が身分者の行為に加功した場合に身分犯の共犯が成立することとしているのであり、右の結論はこの規定に矛盾するのである。⁽²²⁾

(4) このようにして、共犯の不法を正犯の不法から完全に独立したものと解することはできないというのが、一般的理解である。その結果、共犯の不法は正犯の不法から導かれるとする修正惹起説(modifizierte Verursachungstheorie)もしくは従属性志向惹起説(akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie)⁽²³⁾が通説とされてきた。共犯の処罰根拠は、他人(正犯)の不法を惹起もしくは促進する点にあるのである。これによると、ドイツ刑法二六条および二七条が定めているとおり、共犯が成立するためには構成要件に該当する違法な正犯行為の存在が不可欠となる。したがって、他人の自殺に関与した場合、構成要件に該当する正犯行為が存在しないのであるから、故殺罪の共犯が成立することはありえない。他方、修正惹起説は、真正身分犯における身分者の行為に関与した非身分者の可罰性を容易に説明することができる。身分者の行為が違法である以上、これに関与した非身分者の行為も違法と評価されるからである。

しかし、修正惹起説に対しても疑問が投げかけられている。たとえば、ドイツでは未遂の教唆は一般に不可罰とされているが、修正惹起説による場合には、この結論を説明することはできないとの指摘がある。共犯の不法が正犯の不法に連帯すると解すると、正犯が未遂犯として違法である以上、これを教唆した者の行為も違法となるはずだからである。⁽²⁴⁾また、必要的共犯において当事者の一方が法律上不可罰とされている場合や、正犯者が共犯者の法益を侵害する場合に、修正惹起説においては共犯の不可罰性を基礎づけることができないとの批判もなされてい

(25) する。たとえば、自己を殺害するよう依頼したが、生き残ったという場合、修正惹起説の主張を徹底すると、要求による殺人未遂罪の教唆が成立することになってしまう。正犯が要求による殺人罪の未遂として違法である以上、これに関与した者も正犯に連帯して違法となるからである。

(5) そこで、近時有力に主張されているのが、共犯の不法は一部正犯に従属し、一部独立しているとする混合惹起説 (gemischte Verursachungstheorie) である。混合惹起説は、ザムゾンやロクシンらによって主張されている。

ザムゾンによると、結果と因果関係を有する行為がすべて共犯となるわけではなく、構成要件に該当する違法な正犯行為を介して法益を侵害した場合にのみ共犯が成立する。したがって、制限従属形式は維持されるべきであり、その点で、共犯は正犯の不法に従属している。(26) しかし、違法な正犯行為に関与すれば常に共犯となると解するのも妥当ではない。たとえば、自己の所有物を窃取するよう他人を教唆しても、教唆犯は成立しない。それは、教唆者自身が法益を侵害したとはいえないからである。つまり、共犯が成立するためには、共犯者が自ら法益を侵害したといえなければならないのであり、その限りにおいて共犯の不法は正犯の不法から独立しているのである。(27)

ザムゾンに続き、ロクシンも混合惹起説を唱えている。ロクシンによると、純粹惹起説は妥当でなく、ドイツ刑法二六条および二七条が規定しているように、共犯は違法な正犯行為に従属して存在するというべきである。(28) しかし、他方、共犯の不法は正犯の不法から独立した側面も有している。それは、共犯における法益侵害という側面である。すなわち、共犯の処罰根拠は、正犯者を介して間接的に法益を侵害することにあるから、共犯が成立するためには共犯が法益を侵害することが不可欠となるのであるが、その際、共犯が法益を侵害したといえるかどうかは、共犯者自身の事情に基づいて判断されるべきであり、それは正犯から独立した判断である。(29) このように解することによってはじめて、必要的共犯や未遂の教唆の不可罰性が明らかになる。

ロクシンによると、必要的共犯において一方の当事者が法律上不可罰とされているのは、その者が自ら法益を侵害したとはいえないからである。たとえば、本犯者が自己に對する処罰を妨害するよう他人に教唆した場合、本犯者は処罰妨害罪の正犯行為に加功しているが、教唆犯とはならない。処罰妨害罪の保護法益である国の刑事司法作用は、本犯者との関係で保護されているわけではなく、したがって、処罰妨害罪の正犯行為が存在したとしても、共犯者たる本犯者の観点から見れば法益侵害の事実はなかったというべきだからである⁽³⁰⁾。また、共犯者の観点から見て法益侵害の事実が必要であるということは、主観的にも法益を侵害する意思が共犯者になければならないということを意味する。そのため、教唆者が法益を侵害する意思を欠いている未遂の教唆の場合は、たとえ正犯行為が未遂犯として違法であっても、教唆者にそれが連帯することはなく、教唆者は不可罰となる。以上のように述べて、ロクシンは、共犯者が違法な正犯行為に関与したとしても、共犯者から見て法益を侵害したとさえない場合には、⁽³¹⁾ 共犯は正犯に従属せず不可罰となると主張するのである。ロクシンは、こうした見解を従属的法益侵害説 (Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff) と呼んでいる。

ザムゾンやロクシンの主張する混合惹起説は、支持者を増やしつつある⁽³²⁾。もつとも、混合惹起説に対しては、修正惹起説から反論がなされている。未遂の教唆や必要的共犯が不可罰とされているのは個々の構成要件の解釈の問題であって、共犯の処罰根拠にまで遡るべき問題ではない、したがって、共犯の処罰根拠は単に他人の不法の惹起に求められるべきだといっているのである⁽³³⁾。これに関連して、混合惹起説は共犯の不法の独立性が認められる事例を個別に列挙しているにすぎず、それらに共通する統一的な基準を何ら示していないとの批判や⁽³⁴⁾、共犯の不法の内容は正犯に従属する要素と正犯から独立した要素から成り立つと混合惹起説は主張するが、両者が相互にどのような関係に立つのが明確ではないとの批判⁽³⁵⁾も寄せられている。また、法益侵害は正犯と共犯に共通する事実であるから、

共犯における法益侵害を正犯から独立した要素と解することはできないとの批判⁽³⁶⁾もある。

もつとも、未遂の教唆や必要的共犯のように正犯が不法であつても共犯は不法でない場合がありうるという混合惹起説の帰結自体は、修正惹起説も承認している⁽³⁷⁾。実際、修正惹起説の中には、未遂の教唆や必要的共犯の場合には、正犯の不法から独立した共犯独自の不法を認める必要があると明言する論者も存在する⁽³⁸⁾。ただ、それは、右に述べたように、共犯の処罰根拠の問題ではないとするのであろう。その意味では、修正惹起説と混合惹起説の争いは説明の仕方の違いにすぎないともいえる。

このようにして、学説の対立は依然として存在するものの、共犯成立の前提条件として構成要件に該当する違法な正犯行為が必要であること、しかし、共犯の不法が正犯の不法から独立して評価される場合もありうることは、一般的に承認されており、共犯従属性の内容に関して修正惹起説と混合惹起説の間に実質的な考え方の相違はないといつてよい。

(6) このほか、共犯の処罰根拠を他人の不法との連帯 (Solidarisierung mit fremdem Unrecht) に求めるシューマンの見解がある。シューマンは、自己答責性の原理を前提とする限り、共犯の可罰性を法益侵害すなわち結果無価値から説明することはできないとする。正犯者が自らの意思により法益を侵害した以上、法益侵害の結果は正犯者にこそ答責されるものであり、共犯者に答責されるべきではないからである。したがって、共犯の可罰性の根拠は行為無価値にあると解すべきであるという。それでは、共犯の行為無価値とは何か。シューマンは、未遂犯の処罰根拠に関する印象説を援用しつつ、共犯の行為無価値は他人の不法に関与することにより社会に対して悪しき手本を示し、法的平和を侵害することにあると主張する。このような意味において、共犯の処罰根拠は他人の不法の連帯に存するというのである⁽³⁹⁾。

しかし、①共犯も間接的に法益を侵害している以上、法益侵害の結果は共犯者にも答責されるべきである⁽⁴⁰⁾、②他人の不法への連帯により一般の規範意識に動揺が生じたとしても、それは犯罪の副次的な効果にすぎず、共犯の処罰根拠といえるものではない⁽⁴¹⁾、③共犯の処罰根拠として法益侵害の態様という側面を全く考慮せず、教唆犯も幫助犯もともに法的平和の侵害のみに処罰根拠があるとすると、両者の法定刑に違いがあることを説明できない⁽⁴²⁾、などの批判に晒され、シューマンの見解は支持者を得るには至っていない。

注

- (1) 相内信「固有の犯罪性からみた共犯論試論」金沢大学法文学部論集法学篇 二六号(一九八〇年)六頁以下、大越義久「共犯の処罰根拠」(一九八一年)四八頁以下、山中敬一「刑法における因果関係と帰属」(一九八四年)一四三頁以下、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(一九八八年)一一五頁以下、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』(一九九五年)三頁以下、松宮孝明「『共犯の処罰根拠』について」『同』『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年)一七五頁以下など。
- (2) H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, s. 333f.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 319; ders., Täterschaft, Teilnahme, Urhebererschaft, Festschrift für Ritter, 1957, S. 254, 261f.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1967, S. 155; Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, 1918, S. 145f.; Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938), S. 323; Kohlhausch, Täterschaft und Teilnehmerschaft, Festschrift für Bunske, 1939, S. 48.
- (3) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, vorbem §§ 25ff., Rdnr. 19; Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, vor § 26, Rdnr. 10.
- (4) Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), S. 45.

- (5) Less, a. a. O. (Anm. 4), S. 52.
- (6) Less, a. a. O. (Anm. 4), S. 54.
- (7) Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32, 61.
- (8) Trechsel, a. a. O. (Anm. 7), S. 32, 53ff.
- (9) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25ff., Rdnr. 19; Christmann, Zur Strafbarkeit sogenannter Tatenanrangements wegen Anstiftung, 1997, S. 57; Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2000, vor § 26, Rdnr. 7; Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 163. 大塚・藤澤注(一) 197頁。
- (10) Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 9; Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2003, vor §§ 26, 27, Rdnr. 6; Keller, a. a. O. (Anm. 9), S. 164; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 44; Roxin, a. a. O. (Anm. 3), vor § 26, Rdnr. 11. Vgl. Esser, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, S. 322.
- (11) Hake, Beteiligensstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 48; Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 9; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, § 50, Rdnr. 54; Otto, Strafbare Teilnahme?, Festschrift für Lange, 1976, S. 203; Roxin, a. a. O. (Anm. 3), vor § 26, Rdnr. 9; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungslehre, 1988, S. 107ff.; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl., 2000, § 12, Rdnr. 120. 「これは「主犯」に「共犯」を区別するに過ぎない。主犯は「主犯」の地位を占めるが、共犯は「主犯」の地位を占めない。主犯は「主犯」の地位を占めるが、共犯は「主犯」の地位を占めない。」
- (12) Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 209; Christmann, a. a. O. (Anm. 9), S. 57; Esser, a. a. O. (Anm. 10), S. 323; Roxin, a. a. O. (Anm. 3), vor § 26, Rdnr. 9; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1993, vor § 26, Rdnr. 6.

- (13) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25ff., Rdnr. 19; Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 46f.; Joecks, a. a. O. (Anm. 10), vor §§ 26, 27, Rdnr. 6; Maurach/Güssel/Zipf, a. a. O. (Anm. 11), § 50, Rdnr. 54; Roxin, a. a. O. (Anm. 3), vor § 26, Rdnr. 9; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 120. 『つれはせ』 Keller, a. a. O. (Anm. 9), S. 163f. 『補助犯の正犯性を社会的に不利な立場に追い込もうとするところから、この批評は決定的ではない』。
- (14) Esser, a. a. O. (Anm. 10), S. 322f.; Fr.-Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 214.
- (15) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25ff., Rdnr. 17; Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 186; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001, § 10, Rdnr. 102; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1996, S. 202; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 685; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000, § 20, Rdnr. 132; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 121; Weber, Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, § 30, Rdnr. 3, § 31, Rdnr. 3.
- (16) Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 117ff.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, Rdnr. 14/57ff.; M.-K. Meyer, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, S. 252ff.; Sax, Zur Problematik des „Teilnehmerdelikts“, ZStW 90 (1978), S. 927ff.; 444 Stein, a. a. O. (Anm. 11), S. 32f. 『共犯者は口口の不法行為についても責任を負うべきである』を強調す。また『Renzikowski, a. a. O. (Anm. 10), S. 123ff. 『正犯は法益を直接侵害するがゆえに処罰されるのに対し、共犯は正犯行為に加功することにより法益を危殆化するというに処罰根拠があるとする立場から、共犯による法益の危殆化は、共犯独自の不法であって、正犯行為が実際に遂行されたかどうかは無関係であるから、正犯行為の存在は共犯にとって処罰の条件にすぎない』。
- (17) Lüderssen, a. a. O. (Anm. 16), S. 167; M.-K. Meyer, a. a. O. (Anm. 16), S. 263.
- (18) Lüderssen, a. a. O. (Anm. 16), S. 168. Vgl. ders., Der Typus des teilnehmerbestandens, Festschrift für Miyazawa, 1995, S. 460.

- (19) Lüderssen, a. a. O. (Anm. 16), S. 192f.
- (20) Ebert, a. a. O. (Anm. 15), S. 186; Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25f., Rdnr. 20; Gropp, a. a. O. (Anm. 15), § 10, Rdnr. 104f.; Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 14; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), S. 686; Joecks, a. a. O. (Anm. 10), vor §§ 26, 27, Rdnr. 9; Otto, Anstiftung und Beihilfe, Jus 1982, S. 558; Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für Siree und Wessels, 1993, S. 365; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 118; Weber, Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 15), § 30, Rdnr. 7.
- (21) Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1970, Rdnr. 14/98f. への総論的コメントは「非公然犯の真正身分犯への加功は可罰的である」として、Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 16), Rdnr. 14/85. 444f. Lüderssen, a. a. O. (Anm. 16), S. 137 は「公務員犯罪の保護法益である「職務の廉潔性」は、非公務員も公務員の行為を介して侵害することが可能である」として、非公務員が公務員犯罪に加功した場合にどうして公務員犯罪の共犯の成立を肯定している。
- (22) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25f., Rdnr. 20; Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 14; Joecks, a. a. O. (Anm. 10), vor §§ 26, 27, Rdnr. 9; Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 366; Samson, a. a. O. (Anm. 12), vor § 26, Rdnr. 11; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 118.
- (23) Christmann, a. a. O. (Anm. 9), S. 71; Ebert, a. a. O. (Anm. 15), S. 186; Gropp, a. a. O. (Anm. 15), § 10, Rdnr. 102f.; Haf, a. a. O. (Anm. 15), S. 202; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), S. 685f.; Joecks, a. a. O. (Anm. 10), vor §§ 26, 27, Rdnr. 15; Keller, a. a. O. (Anm. 9), S. 169f.; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 11), § 50, Rdnr. 57; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 22, Rdnr. 7f.; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 121; Weber, Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 15), § 30, Rdnr. 3, § 31, Rdnr. 7f.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 115; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 32. Aufl., 2002, Rdnr. 552, RGSt. 5, S. 228; 15, S. 315f.; BGHSt. 4, S. 355 (358); BGHSt. 9, S. 370 (379).

- (24) Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 373; Samson, a. a. O. (Anm. 12), vor § 26, Rdnr. 13; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 100. Vgl. Stein, a. a. O. (Anm. 11), S. 114ff. 434ff. Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 16 434. 従属性は共同犯罪の規範違反と關与した点に差懸しつゝ、共同犯罪の共同性要件を以て、これを輕視しつゝの批判あり。
- (25) M.-K. Meyer, a. a. O. (Anm. 16), S. 262; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 10), S. 42; Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 370; Samson, a. a. O. (Anm. 12), vor § 26, Rdnr. 13; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 45; Wolff-Reske, a. a. O. (Anm. 24), S. 100.
- (26) Samson, a. a. O. (Anm. 12), vor § 26, Rdnr. 14f.
- (27) Samson, a. a. O. (Anm. 12), vor § 26, Rdnr. 17f.
- (28) Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 365f.
- (29) Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 369ff.
- (30) Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 370ff.
- (31) Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 372ff.
- (32) Craner/Heine, Schönke/Schröder, a. a. O. (Anm. 3), vorbem §§ 25ff., Rdnr. 17f.; Geppert, Die Anstiftung, Jura 1997, S. 299f.; Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S. 1ff.; Ingelfinger, Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, S. 117; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 22/6ff.; Kühl, a. a. O. (Anm. 15), § 20, Rdnr. 132.
- (33) Maurach/Gösse/Zipf, a. a. O. (Anm. 11), § 50, Rdnr. 58; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 122.
- (34) Keller, a. a. O. (Anm. 9), S. 172.
- (35) Bloy, a. a. O. (Anm. 12), S. 253f.; Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 68; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 10), S. 43.

- 36) Christmann, a. a. O. (Anm. 9), S. 66f.
- 37) Gropp, a. a. O. (Anm. 15), § 10, Rdnr. 106, 130; Haft, a. a. O. (Anm. 15), S. 211; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 11), § 50, Rdnr. 10ff., § 51, Rdnr. 28; Otto, a. a. O. (Anm. 23), § 22, Rdnr. 42, 70ff.; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 11), § 12, Rdnr. 150, 204ff.; Weber, Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 3), § 30, Rdnr. 44, 65f.

- 38) Gropp, a. a. O. (Anm. 15), § 10, Rdnr. 106; Joecks, a. a. O. (Anm. 10), vor §§ 26, 27, Rdnr. 15; Wessels/Beulke, a. a. O. (Anm. 23), Rdnr. 551 以下 共犯の成立は否定的に決定されるべきである。また Weber, Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 15), § 30, Rdnr. 8, Anm. 14; Wessels/Beulke, a. a. O. (Anm. 23), Rdnr. 552 以下 刑法総論が共犯者に対して保護をめぐらさざる場合は、正犯が不法行為の成立は否定されるべきである。

- 39) Schumann, a. a. O. (Anm. 25), S. 49ff.
- 40) Christmann, a. a. O. (Anm. 9), S. 70; Jeschek/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), S. 685, Fn. 5; Roxin, a. a. O. (Anm. 3), vor § 26, Rdnr. 21; Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 368f. Vgl. Wolff-Reske, a. a. O. (Anm. 24), S. 98.
- 41) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 54f.; Hoyer, a. a. O. (Anm. 9), vor § 26, Rdnr. 11; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 10), S. 46f.;
- 42) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 32), S. 119; Wolff-Reske, a. a. O. (Anm. 24), S. 98.

2 わが国の議論状況

以上のようなドイツの議論の影響を受けて、わが国においても共犯の処罰根拠の問題が盛んに論じられるようになった。次に、わが国の議論の状況を概観することにした。

（一） 違法の相対性をめぐる議論

(1) 当初、共犯の処罰根拠に関しては、共犯者が正犯者を犯罪へと引き込む点に共犯の処罰根拠を見出す責任共犯論と、共犯者が間接的に法益を侵害することが共犯の処罰根拠であるとする惹起説（因果的共犯論）の二つが対立するとされた。⁽¹⁾ 瀧川幸辰博士や江家義男博士など、⁽²⁾ 以前は責任共犯説的な説明をする学説も存在していたが、現在では、ドイツと同様、責任共犯説を正面から支持する学説は見当たらず、惹起説が通説となっている。⁽³⁾ そこで議論の焦点は、責任共犯説か惹起説かという点から、惹起説内部の対立をどう解決するかという点へと移行しているといつてよい。

惹起説内部における考え方の違いをどのように整理するかについて統一的な理解は形成されていないが、多くの論者は、ドイツと同じく、共犯の違法性を正犯の違法性から独立したものと解するか否かという観点から学説を分類している。⁽⁴⁾ 違法の相対性といわれる問題である。この点に関しては、やはり修正惹起説、純粹惹起説、混合惹起説に分けるのが、一般的である。

(2) 違法の相対性を認める純粹惹起説（独立性志向惹起説）は、ドイツでは一般に否定されているが、わが国においては、中山研一教授、浅田和茂教授、山中敬一教授らによって依然として有力に主張されている。⁽⁵⁾ 純粹惹起説は、正犯も共犯も共に法益を侵害するところに処罰根拠があり、両者は法益侵害の方法を異にするにすぎないとの前提から、共犯の違法性は正犯の場合と同じく行為者自身の事情に基づいて判断されるのであって、他人（正犯）の違法性から影響を受けることはない⁽⁶⁾と主張する。そして、共犯独自の違法性を認めない修正惹起説は正犯から違法性を借用して共犯を処罰するものであり、個人責任の原則に反すると批判するのである。⁽⁶⁾

純粹惹起説の最大の特徴は、要素従属性における最小従属形式を否定する点にある。純粹惹起説によると、共犯

の構成要件該当性は正犯のそれから独立して判断されるから、共犯成立の前提となるべき正犯行為は、必ずしも構成要件に該当することを要しない。⁽⁷⁾たとえば、医師が事情を知らない看護婦をして患者に毒薬を与えさせ、死亡させた場合のように、過失もしくは無過失の行為に対する共犯も可能となる。⁽⁸⁾また、公務員が非公務員に賄賂を收受させた場合には、公務員に収賄罪の教唆、非公務員に収賄罪の幫助が成立するとし、いわゆる「正犯なき共犯」を肯定する。⁽⁹⁾

また、共犯の違法性は共犯者自身の事情に基づいて判断されるから、共犯が自ら違法な結果を惹起したといえれば足り、正犯行為自体が可罰的違法性を有する必要はない。それゆえ、違法性を阻却する行為に対する共犯も可能である。たとえば、他人の正当防衛もしくは緊急避難を利用して人を死に至らしめた場合や、警察官に虚偽の事実を述べて無実の者を逮捕させた場合について、通説は間接正犯の成立を認めているが、純粹惹起説においては殺人罪や逮捕・監禁罪の教唆となる。⁽¹⁰⁾

純粹惹起説のねらいは、共犯の成立を柔軟に認めることによつて、従来間接正犯とされてきた事例を可能な限り共犯として処理しようとするところにある。しかし、純粹惹起説に対しては、間接正犯の成立範囲が限定される代わりに共犯の成立範囲が不当に拡大し、刑事政策上望ましくない結論に至るとの批判が強い。⁽¹¹⁾構成要件に該当しない行為に対する共犯を認めるとすると、過失の器物損壊に対する教唆も可能であるし、医師が看護婦に秘密漏示をするよう唆せば秘密漏示罪の共犯となってしまう。⁽¹²⁾また、純粹惹起説の主張を徹底すれば、他人の自傷・自損行為に關与した場合は、他人の法益を侵害している以上、殺人罪・傷害罪・器物損壊罪の共犯が成立するということがなりかねない。⁽¹³⁾逮捕状を執行する警察官を私人が激励した場合も、私人には警察官の身分がないから、共犯者自身の事情をもとに共犯の違法性を判断する純粹惹起説から私人について逮捕罪の幫助の成立を否定することは困難で

ある。⁽¹⁴⁾ 結局、「正犯なき共犯」を認める純粹惹起説は、「人を教唆して犯罪を實行させた」といえないのに教唆犯の成立を肯定し、また、「正犯を幫助した」とはいえないにもかかわらず幫助犯が成立するとするものであり、現行法の予定する教唆・幫助の概念を逸脱することになる。⁽¹⁵⁾ こうした批判を受け、現在のところ、純粹惹起説は少数説にとどまっている。

(3) これに対し、「違法は連帶的に、責任は個別的に」の原則から違法の相対性を否定するのが、修正惹起説（従属性志向惹起説）である。修正惹起説は、主として結果無価値論を支持する論者によって主張されている。法益侵害はすべての関与者にとつて共通の事実であるから、違法性の本質が法益侵害に尽きるとすると、違法性の評価が人によって異なることはない⁽¹⁶⁾と解するのである。たとえば、曾根威彦教授は、共犯の違法性は正犯行為を介した法益侵害に尽きることとなり、それとは独立に共犯行為独自の違法性・法益侵害性を想定することは困難であるとされ、修正惹起説を支持されている。⁽¹⁶⁾ 町野朔教授も、違法性の本質を法益侵害に見る結果無価値論を前提としつつ、「共犯者が正犯者の行為を惹起し、さらに正犯者が違法結果を惹起した場合、共犯者は違法結果を惹起したことになる」という自明の理をいうのが「修正された惹起説」である⁽¹⁷⁾とされる。

修正惹起説は、共犯が成立するために正犯は構成要件に該当する違法な行為でなければならないとして、制限従属性説を採用する。⁽¹⁸⁾ これによると、いわゆる「正犯なき共犯」は否定され、また、正当防衛など違法性を阻却する行為に対する共犯も認められない。したがって、警察官の適正な職務執行を援助した者は当然に不可罰となる。

他方、正犯が違法であれば、原則として共犯も違法となる。ただし、この「違法の連帯性」は、正犯の違法性を借用して共犯も違法になるという趣旨ではなく、共犯が正犯を介して法益侵害を惹起した以上は共犯独自の違法性を判断しても結果的に共犯も正犯とともに違法となるという事実上の現象にすぎないとされる。つまり、修正惹起

説も共犯独自の違法性を考慮しているのであり、それゆえ、「修正惹起説は不法借用共犯論である」という純粹惹起説からの批判は当たらないと反論している。⁽¹⁹⁾

(4) 違法の相対性を一部肯定し一部否定する混合惹起説も、近時その支持者を増やしつつある。松宮孝明教授は、共犯の不法が正犯の不法に常に連帯すると解すると、未遂の教唆の不処罰や必要的共犯における一方の当事者の不処罰を説明できないし、加減的身分が非身分者には連帯せず個別的に作用することと矛盾するとされ、修正惹起説を批判される。⁽²⁰⁾ また、純粹惹起説のように「正犯なき共犯」を認めることは限縮的正犯概念と調和しないから、純粹惹起説を支持することもできない。⁽²¹⁾ したがって、一方で、「共犯から見た構成要件該当結果の惹起」という共犯固有の不法を認めつつ、他方において、違法な正犯行為の存在を共犯成立の必要条件とする混合惹起説が最も優れた見解であると結論づけられるのである。⁽²²⁾

山口厚教授の見解も、混合惹起説に属するものといつてよい。山口教授は、「一次的責任」類型である正犯について構成要件該当性および違法性が認められない限り、刑法が介入して禁圧すべき事態は生じないから、「二次的責任」類型である共犯の成立も否定されるべきであるとされ、制限従属性説を支持される。⁽²³⁾ しかし、山口教授によると、違法の連帯性とは、共犯が正犯を介して法益侵害を生じさせた場合、正犯および共犯それぞれ別個に違法性を判断しても、結局事実上ともに違法になるということの意味するにすぎないから、制限従属性説においても、正犯が違法であるのに共犯は違法でないということもありうる。⁽²⁴⁾ たとえば、自己を殺害するよう他人に依頼した場合、正犯については嘱託殺人未遂罪が成立するけれども、教唆者の法益主体としての地位を考慮すれば、教唆犯の違法性は否定され、嘱託殺人未遂教唆罪は成立しない。山口教授は、このように述べられて、共犯独自の違法性が認められる余地を肯定され、混合惹起説を支持されるのである。⁽²⁵⁾

なお、大越義久教授は、第三の惹起説を提唱されている。大越教授は、刑法の任務を法益の保護に求め、違法論において法益侵害説をとる以上、不法概念を連带的に捉える修正惹起説が基本的に妥当であるとされる。⁽²⁶⁾「法益侵害説は、違法の相対性をまったく認めない理論でもない」。⁽²⁷⁾すなわち、一般的に法益は法益主体に対しては保護されていないが、その他の人による攻撃からは保護されていることからすると、利益不存在の原則により違法性が阻却される場合には、その効果は関与者により個別的に作用しうる。このような立場から、大越教授は、違法の相対性を一定の限度において認める修正惹起説を採用すべきであるとされ、これを「第三の惹起説」と名づけられるのである。⁽²⁸⁾この第二の惹起説は、右に述べた混合惹起説と同様に違法の相対性を部分的に肯定するものであるが、混合惹起説が、構成要件に該当する違法な正犯行為の存在は共犯の成立にとって不可欠であるとして制限従属形式を堅持するのに対し、⁽²⁹⁾第三の惹起説は、違法の相対性が認められる場合には違法な正犯行為が存在しなくても共犯は成立しうるとしており、この点で両者は見解を異にする。

(二) 実行為の介在の要否をめぐる議論

(1) 他方、違法の相対性とは異なる観点から惹起説内部の対立を整理されるのは、大谷實教授である。大谷教授は、惹起説を純粹惹起説と混合惹起説に分けられ、純粹惹起説とは共犯が正犯を通じて法益侵害の結果を惹起したことを共犯の処罰根拠とする見解をいい、混合惹起説とは正犯の実行為を通じて法益侵害の惹起に加功した点を重視する見解であるとされる。⁽³⁰⁾つまり、法益侵害結果の惹起を共犯の不可欠の要素と解するか、むしろ正犯の実行為に加功する点に共犯の本質を見出すかという考え方の違いに着目されるのである。前田雅英教授が、惹起説を修正惹起説と純粹惹起説に分け、両者の違いは「共犯が正犯者の構成要件に該当する実行為を経由すること」を

要求するか否かがあると説明されているのも、同様の趣旨であろう。すでに見たように、混合惹起説、修正惹起説、純粹惹起説という名称は、違法の相対性をめぐる議論においても用いられているが、大谷教授や前田教授の分類では、そうした学説の名称が異なる意味に理解されていることに注意を要する。

(2) 大谷教授の分類によると、混合惹起説とは、共犯行為と結果との間に正犯の実行行為が介在することを共犯の処罰根拠として重視する見解である。大谷教授自身は、構成要件を機軸とする共犯論においては、共犯は単に法益侵害・危険を惹起しただけで処罰されるべきではなく、正犯の実行行為を通じて法益侵害・危険を惹起したものでなければならぬとされ、混合惹起説を支持されている⁽³²⁾。

また、団藤重光博士や大塚仁博士らによって主張されている定型説も、この混合惹起説に属することになる。定型説は、正犯と共犯は行為の定型が異なるとする見解であるが、その中核となっているのが実行行為の概念である。すなわち、正犯と共犯の差異は、正犯が自ら実行行為を行うものであるのに対し、共犯は自ら実行行為を行わず正犯に加功するという点にある⁽³³⁾。そのため、定型説においては、共犯の処罰根拠に関しても、共犯が正犯の実行行為を通じて結果を実現したことに重点が置かれることになるのである。

このような意味での混合惹起説は、従来、通説的地位を占めてきたといつてよい。これによると、共犯の成立要件として正犯による実行行為の存在が不可欠となるから、少なくとも最小従属性が必要とされ、いわゆる「正犯なき共犯」は否定される⁽³⁴⁾。逆に、正犯の実行行為に加功した以上は、共犯の成立要件に欠けるところはないから、たとえば未遂の教唆も可罰的となろう。実際、大谷教授および定型説の論者は、教唆犯・幫助犯の故意の内容としては、正犯行為が行われることの認識で足り、法益侵害の結果発生に関する認識は必要でないとしている⁽³⁵⁾。さらに、大谷教授は、幫助犯の因果関係の内容についても、必ずしも幫助行為と法益侵害結果との間に因果関係が存在する

ことを要せず、幫助行為と正犯行為との間に因果関係があればよいとされている。⁽³⁶⁾

(3) これに対し、正犯の実行行為に加功することより法益侵害結果を惹起することこそが共犯の本質的要素であるというのが、大谷教授の分類における純粹惹起説である。この純粹惹起説は、右の混合惹起説のように共犯行為と法益侵害結果との関係を軽視すると、正犯の行為無価値もしくは社会倫理違反の惹起を共犯の処罰根拠とすることになり、法益保護を刑法の任務とする基本的立場と相容れないと批判する。⁽³⁷⁾このように共犯行為と法益侵害結果との関係を重視する見解は、近時多くの支持者を得ている。

この純粹惹起説によると、共犯が成立するためには共犯行為と正犯の実行行為との間に因果関係が存在しただけでは足りず、法益侵害結果との間に因果関係が認められなければならない。⁽³⁸⁾また、共犯の主観的要件についても、単に正犯者に実行行為を行わせるという認識では十分でなく、法益侵害・危険を惹起する意思もしくは認識を要求することとなるから、そのような意思・認識を欠く未遂の教唆は不可罰となる。⁽⁴⁰⁾

他方、純粹惹起説においては、法益を侵害することこそが共犯の処罰根拠として重要となるから、この見解を徹底すると、共犯は何らかの他人の行為を通じて法益を侵害すれば足り、正犯の実行行為の存在を共犯の成立要件とする必然性はないという結論に至る。事実、共犯が法益を侵害した点を共犯の処罰根拠として重視する見解の中には、最小従属性説すら否定し、構成要件に該当する正犯行為がない場合にも共犯の成立を認めるものが存在する。⁽⁴¹⁾

先述のように、こうした見解に対しては、不当に共犯の成立範囲が拡大するとの批判が向けられているところである。大谷教授のいう混合惹起説があえて正犯による実行行為の介在の必要性を説いているのも、純粹惹起説のように単に「共犯の処罰根拠は法益侵害にある」としたのでは共犯の成立範囲が無限定になってしまうとの懸念があるからにほかならない。⁽⁴²⁾

(4) このように、惹起説内部の対立が論者によって異なる観点から整理されているために、共犯の処罰根拠をめぐるわが国の議論は複雑な様相を呈しているのであるが、さらに、学説においては、大谷教授の主張される混合惹起説はそもそも惹起説には含まれないとの指摘もなされており、そのことが議論を一層複雑にしている。

定型説の論者や大谷教授は、自説を惹起説に位置づけているが、これに対し、たとえば中山教授は、定型説や大谷教授の見解が未遂の教唆について教唆犯の成立を肯定している点を捉えて、これらの見解を惹起説に含めることはできないと主張される。中山教授によると、違法共犯論（不法共犯論）と惹起説（因果的共犯論）は明確に区別されなければならない。前者は、構成要件に該当する違法な行為を誘発または促進した点に共犯の処罰根拠を求める見解であるのに対して、後者は、共犯が正犯とともに結果を惹起したことを共犯の処罰根拠とする見解をいう。このように、惹起説とは本来、法益侵害結果の惹起を共犯の本質的要素と解する立場であるから、その論理的帰結として、結果を惹起する意思のない未遂の教唆は不可罰となるはずである。定型説の論者や大谷教授が未遂の教唆の可罰性を肯定しているのは、共犯の本質を法益侵害（結果無価値）の惹起ではなく正犯の実行行為（行為無価値）の惹起に見ているからであり、その意味で、これらの見解は惹起説には当たらず、むしろ惹起説とは区別された意味での違法共犯論に位置づけられるべきである。⁽⁴⁾

浅田和茂教授が大谷教授の見解や定型説を行為無価値論的違法共犯論であるとされているのも、同様の趣旨である。浅田教授によると、不法共犯論とは、正犯に違法な行為を行わせる点に共犯の処罰根拠を求める見解をいうが、不法共犯論の中にも、法益侵害もしくは結果の惹起（結果無価値）を共犯の処罰根拠として重視する結果無価値型不法共犯論と、正犯による結果の惹起ではなく正犯の実行（行為無価値）との関係で共犯を捉える行為無価値型不法共犯論がある。大谷教授の見解や定型説の主張は、正犯に実行行為を行わせたことを根拠に未遂の教唆を可罰的

であるとして、このことから行為無価値論的不法共犯論に当たるとされるのである。⁴⁵⁾

さらに大越教授は、定型説を責任共犯説に当たると評されている。大越教授によると、惹起説は、犯罪結果を直接的に惹起するのが正犯であり、正犯を通じて間接的に惹起するのが共犯であるというように、正犯と共犯との定型の違いを、犯罪結果に対する因果設定の型の相違と理解するのに対し、責任共犯説は、両者の差異を犯罪性格それ自体の相違と捉える。そして、定型説が刑法の任務を社会倫理の保護に見ていること、未遂の教唆や犯人による犯人蔵匿・証拠隠滅の教唆を可罰的であるとしていること、真正身分犯および不真正身分犯を通じて原則的に身分の連带的作用を肯定していることなどを根拠に、大越教授は、定型説は正犯と共犯との定型の違いを犯罪性格それ自体の相違と捉えており、このような考え方は責任共犯説の基本的思想と一致するとされるのである。⁴⁶⁾

このように、大谷教授の見解や定型説が惹起説に位置づけられるかどうかについては争いがあるが、こうした認識の違いは、惹起説の意義について統一的な理解が形成されていないことを示している。すなわち、法益侵害結果の惹起を共犯の本質的要素とする見解こそが惹起説といえるのか、共犯者が正犯の実行行為に加担した点を重視する見解をも惹起説に含めてよいのかをめぐり、学説の間に考え方の違いが存在しているのである。

(三) 共犯の処罰根拠論の課題

以上見てきたように、共犯の処罰根拠をめぐる議論は錯綜している。それでは、この複雑に絡み合った糸をほどくには、どうすればよいのだろうか。右に見たとおり、共犯の処罰根拠論は様々な課題を抱えているが、結局のところ、その課題は次の二点に集約されると思われる。

第一は、惹起説とはどのような見解を意味するのかを明らかにすることである。現在、共犯の処罰根拠に関して

は惹起説が通説とされているが、既述のように、惹起説の意義および内容をめぐっては理解が一致しておらず、そのことが議論を混乱させる大きな要因となっている。大谷教授の見解や定型説を惹起説に分類するかどうかにつき理解の相違が見られるのは、その例である。このような状況を前提とすると、何をもって惹起説といふのかについて共通の理解を形成することが、共犯の処罰根拠に関する議論を進めていく上で不可欠の前提となると思われるのである。

その際に重要となるのは、惹起説と責任共犯説・不法共犯説との違いがどこにあるのかという点である。惹起説内部の対立もしくは不法共犯説内部の対立に注目する論者も多いものの、共犯の処罰根拠に関する学説は、大きくは責任共犯説と惹起説に二分されるか、責任共犯説、不法共犯説、惹起説の三つに分類されるというのが、一般的な理解であるといつてよい。しかし、右に見たとおり、惹起説、責任共犯説、不法共犯説の区別は必ずしも自明ではない。したがって、惹起説の意義を検討するにあたっては、責任共犯説とはどのような学説であり、不法共犯説とはどのような学説を指すのか、そして、それらと惹起説との違いはどこにあるのかという点にも注意を払う必要があるのである。

第二の課題は、諸説がどのような点で対立しているのかを正確に把握することである。現在、責任共犯説を正面から支持する者はほとんどいないといつてよく、したがって、重要なのは、責任共犯説以外の学説すなわち不法共犯説および惹起説における対立である。そして、その対立は、次の二つの点をめぐって生じてきたといつてよい。一つは、法益侵害もしくは既遂結果の惹起こそが共犯の本質であると解するか、それとも、共犯が正犯に実行為を行わせた点を重視するかという対立である。大谷教授による混合惹起説と純粹惹起説の分類や、不法共犯説と惹起説の違いを強調する見解などは、この対立に着目したものとといつてよい。もう一つの対立点は、共犯の違

法性は正犯の違法性に基づくのか、それとも、共犯の違法性は正犯の違法性から完全に独立しているのかという違法の相対性の問題である。惹起説内部における従属性志向惹起説(修正惹起説)、独立性志向惹起説(純粹惹起説)、従属的法益侵害説(混合惹起説)の区別は、この違法の相対性の観点を意識した分類であるといえる。

これまで共犯の処罰根拠論が錯綜してきた原因の一つは、この異なる二つの問題が共犯の処罰根拠論の領域において同時に議論されてきた点にあるといつてよい。後述するように、この二つの問題は、一応別個の問題ではあるものの、理論的に相互に関連し合ってもいる。また、そこには異なる次元の問題が含まれており、従来、それらが明確に整理されないまま議論が進められてきた感がある。そこで、右の二つの問題はそれぞれどこに核心があるのか、また、両者は理論的にいかなる関係に立つのかを分析することによって、学説の真の対立点を浮き彫りにすることが必須の課題となるように思われるのである。

次章以下では、こうした観点に着目しながら、共犯の処罰根拠論のあるべき姿を探っていくことにしたい。

注

- (1) 平野龍一「責任共犯論と因果共犯論」同『犯罪論の諸問題(上) 総論 刑事法研究第2巻-I』(一九八一年)一六八頁、香川達夫『刑法講義(総論) 第三版』(一九九五年)三四九―三五〇頁、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』(二〇〇一年)二五四頁。
- (2) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(一九四七年)二四六頁以下、江家義男『刑法(総論)』(一九五二年)一八四頁、一九〇頁。さらに、莊子邦雄『刑法総論』(一九六九年)七一七頁も、責任共犯説的な主張をしている。
- (3) 平野・前掲注(1)一七二頁以下、西田典之『新版共犯と身分』(二〇〇三年)一五五頁、山中敬一『刑法における因果関係

- と帰属」(一九八四年)一五六頁、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(一九八八年)一三八頁、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況』(一九九四年)一一五頁、川端博「刑法総論講義」(一九九五年)四九八頁、大塚仁「刑法概説(総論)」(第三版)『(一九九七年)二七五頁、佐久間修「刑法講義(総論)」(一九九七年)三四二頁、日高義博「幫助の因果関係」植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版)『(一九九七年)三三七頁、前田雅英「刑法総論講義」(第3版)』(一九九八年)三八八頁、山口厚「共犯の処罰根拠と従属性」同『問題探求刑法総論』(一九九八年)二二六頁、曾根威彦「刑法総論」(第三版)『(二〇〇〇年)二七二頁、堀内捷三「刑法総論」(二〇〇〇年)二五八頁、福田・前掲注(1)二五四頁、木村光江「刑法」(第2版)『(二〇〇二年)一四三頁。
- (4) 高橋・前掲注(3)一三八頁、齊藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』(一九九五年)一七一—一八頁、曾根・前掲注(3)二七一—二七二頁、山中敬一「刑法総論Ⅱ」(一九九九年)七六一頁、吉田宣之「違法の相対性について」『日本刑事法の理論と展望 上巻——佐藤司先生古稀祝賀——』(二〇〇二年)一八一頁。
- (5) 中山研一「共犯の処罰根拠」同ほか『レヴィジョン刑法Ⅰ共犯論』(一九九七年)一三二頁以下、浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷』(一九九七年)二七五頁、山中・前掲注(4)七六三—七六四頁。同旨、佐伯千仞「四訂刑法講義(総論)」(一九八一年)三三七頁、中義勝「講述犯罪総論」(一九八〇年)二五五頁、植田重正「共犯独立性説と従属性説」同『共犯論上の諸問題』(一九八五年)八頁以下。なお、相内信「固有の犯罪性からみた共犯論試論」金沢大学法文学部論集法学篇二六号(一九七八年)一六頁以下参照。
- (6) 山中敬一「『共犯の処罰根拠』論——大越説の検討を中心に——」『刑法雑誌』二七卷一號(一九八六年)一四三頁。
- (7) 佐伯・前掲注(5)三三七—三三八頁、山中敬一「因果的共犯論と責任共犯論」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻』(一九九二年)一〇一—一〇二頁、浅田・前掲注(5)二七五頁、中山研一「概説刑法Ⅰ」(第2版)『(二〇〇〇年)二六一頁。
- (8) 佐伯・前掲注(5)三五五頁、中山・前掲注(7)二八二頁。

- (9) 中義勝「違法の連帯性と要素従属性」同『刑法上の諸問題』(一九九一年)四七八頁以下、山中・前掲注(4)七七八頁、中山・前掲注(7)二九五頁。
- (10) 植田重正「目的々行為論と間接正犯論」同・前掲注(5)三三三頁以下、中・前掲注(5)四七六頁以下、佐伯・前掲注(5)三五六頁、山中・前掲注(4)七七九頁以下。もつとも、純粹惹起説は、正犯は単純な違法行為もしくは一般的な違法行為でなければならぬとする。正犯の行為および結果が正当化されれば、共犯が正犯を通じて惹起した結果も正当化されることになるからである。したがって、逮捕状を執行する警察官を私人が激励した場合は、正犯たる警察官の行為が正当化される以上、これを援助した私人にとつても結果が正当化されたことになり、逮捕罪の幫助は成立しない。中山・前掲注(7)二六一頁、山中・前掲注(4)七六四頁。
- (11) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雜誌二七卷一号(一九八六年)一五〇頁、井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」同『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五年)一八二頁、山口・前掲注(3)二九九頁―二四〇頁。
- (12) 山中・前掲注(4)七六四頁参照。山中教授自身は、この結論を否定されている。山中敬一「共犯における可罰的不法従属性に関する若干の考察」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷』(一九九七年)三〇三頁以下。
- (13) 山口・前掲注(3)二四一頁。
- (14) 山口・前掲注(3)二四二頁。同旨、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(二〇〇二年)一九一頁。
- (15) 山口・前掲注(3)二九九頁、高橋・前掲注(3)一四四頁、曾根威彦『刑法の重要問題』補訂版(一九九六年)二九二頁、堀内・前掲注(3)二五八頁。
- (16) 曾根・前掲注(15)二九三頁以下。
- (17) 町野・前掲注(3)一二二頁。このほか、修正惹起説に立つのは、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)三五四頁以下、西田・前掲注(3)一五五頁以下、堀内・前掲注(3)二五八頁など。

- (18) 平野・前掲注(17) 三五六頁、曾根・前掲注(3) 二七六頁、堀内・前掲注(3) 二六六頁。
- (19) 町野・前掲注(3) 一一二頁。
- (20) 松宮孝明「共犯の処罰根拠について」同『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年) 二八〇―二八一頁。
- (21) 松宮・前掲注(20) 二八七―二八八頁。
- (22) 松宮・前掲注(20) 二八八頁。
- (23) 山口厚『刑法総論』(二〇〇一年) 二五八頁。
- (24) 山口・前掲注(3) 二四二―二四三頁。
- (25) 山口・前掲注(23) 二五七―二五八頁。同旨、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年) 三八四頁。このほか、混合惹起説を支持するのは、高橋・前掲注(3) 一六一頁、齊藤・前掲注(4) 二五頁、照沼亮介「幫助犯の構造と因果性」法学政治学論究四八号(二〇〇一年) 三八四頁、井田良「共犯の処罰根拠と従属性」現代刑事法二九号(二〇〇一年) 一一八頁、吉田・前掲注(4) 一九九頁など。
- (26) 大越義久『共犯の処罰根拠』(一九八一年) 二五八頁。
- (27) 大越・前掲注(26) 二五九頁。
- (28) 大越・前掲注(26) 二六〇頁。
- (29) 大越・前掲注(26) 二六一頁。
- (30) 大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇〇年) 四二四頁。
- (31) 前田・前掲注(3) 三八二頁。同旨、木村・前掲注(3) 一四三頁。
- (32) 大谷・前掲注(30) 四二四頁。同旨、川端・前掲注(3) 四九八頁、前田・前掲注(3) 三八三頁、木村・前掲注(3) 一四三頁。

- (33) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』（一九九一年）三七三頁、三七七頁、福田・前掲注（1）二四五頁、大塚・前掲注（3）二六六頁。
- (34) 大谷・前掲注（30）四三三頁、四八二―四八三頁、団藤・前掲注（33）三八二頁以下、前田・前掲注（3）三八九頁、三九九頁、四〇六頁。
- (35) 大谷・前掲注（30）四五九頁、四六八頁、団藤・前掲注（33）四〇七頁、大塚・前掲注（3）二九四―二九五頁、三〇三頁。ただし、福田・前掲注（1）二七六頁、二八〇頁、前田・前掲注（3）四三三頁は、共犯の故意は既遂結果の実現に向けられていなければならないとする。
- (36) 大谷・前掲注（30）四七二頁。同旨、大塚・前掲注（3）三〇七頁、福田・前掲注（1）二八二頁注（二）。
- (37) 大越・前掲注（26）二二六頁以下。
- (38) 高橋・前掲注（3）二〇四頁以下、内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）（補正版）』（一九九七年）三〇一頁、中山・前掲注（5）二二頁、浅田・前掲注（5）二七五頁、山中・前掲注（4）七六三―七六四頁、松宮孝明『刑法総論講義第2版』（一九九九年）二七五頁以下、曾根・前掲注（3）二七二頁、山口・前掲注（25）二五六頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（二〇〇二年）一三二―一三五頁。
- (39) 内田・前掲注（38）三三四頁、浅田和茂『幫助の因果関係』中山ほか・前掲注（5）一一四頁、山中・前掲注（3）一五四頁以下、曾根・前掲注（3）二九二頁、内藤・前掲注（38）一三九六頁以下。
- (40) 中山研一『刑法総論』（一九八二年）四七三頁、浅田和茂『未遂の教唆』中山ほか・前掲注（5）九〇頁、山中・前掲注（4）八三八頁、八五〇頁、松宮・前掲注（38）二七二頁、曾根・前掲注（3）二八九頁、山口・前掲注（25）二七一頁、二七三頁、内藤・前掲注（38）一三八九頁。
- (41) 前掲注（7）参照。

- (42) 大谷實「共犯に関する諸問題」受驗新報四二卷一号(一九九一年)二七一―二八頁。
 (43) 大塚・前掲注(3)二七五頁、福田・前掲注(1)二五四頁、大谷・前掲注(30)四二四頁。
 (44) 中山・前掲注(5)一六頁以下。同旨、山中・前掲注(7)九七―九八頁。
 (45) 浅田・前掲注(40)八七頁―八八頁。
 (46) 大越・前掲注(26)一九九頁以下。同旨、平野・前掲注(1)一七一頁以下。

二 惹起説の意義

共犯の処罰根拠をめぐる議論を整理するために、われわれが取り組むべき第一の課題は、惹起説とはどのような学説をいうのかを明らかにすることである。

(1) すでに述べたように、惹起説の意義を確定するにあたっては、それと対置される責任共犯説や不法共犯説とはどのような学説か、そして、惹起説と責任共犯説・不法共犯説との違いはどこにあるのかという視点が重要となる。そこで、まず、責任共犯説の主張を改めて聞いてみることにしよう。

責任共犯説の主唱者とされるヘルムート・マイヤーは、共犯の処罰根拠について次のように述べている。教唆犯は、法益侵害の点では正犯に比べて当罰性が低い。それにもかかわらず、教唆犯は正犯と同じように処罰されるのであるから、法益侵害以外の要素を教唆犯の処罰根拠として考慮する必要がある。それでは、法益侵害以外の要素とは何か。それは、教唆者が正犯者を犯罪へと誘惑し墮落させたことである。つまり、教唆犯は、正犯行為を通して各則上の法益を侵害すると同時に、正犯者を墮落させることによって正犯者の法益を侵害する点に処罰根拠があ

る。このように解してはじめて、教唆犯が正犯と同様に処罰されることが正当化されるのである。⁽¹⁾

わが国において同様の見解を展開されたのが、莊子邦雄博士である。莊子博士は、極端従属性説の立場から、⁽²⁾「教唆犯には、二面の性格をみとめることができる。教唆犯は、一方では、自分じしんの手を汚さずに、ただ単に正犯の行為を惹き起こしたにすぎない。正犯に比較し、正犯がおこなった行為に対して遙かにゆるい関係にたつ。したがって、教唆行為は、正犯の行為に比較し、緩和した判断をうける可能性をそなえる。しかし、教唆犯は、他方において、正犯を誘惑して行為をおこなわせたという点において、正犯に比較して重い責任をおう可能性をそなえる」とされ、教唆犯は「誘惑という面を強調すれば、正犯とおなじ程度に犯罪性をそなえたものとみななければならない」⁽³⁾と述べられている。

一般に、責任共犯説とは、共犯者が正犯者を責任と刑罰へと引き込む点に共犯の処罰根拠を求めの見解であると説明されることが多いが、⁽⁴⁾そのような見方は一面的にすぎるといふことが、右に述べたところから分かるであろう。責任共犯説が主張された最大の目的は、教唆犯の法定刑を正当化することにある。教唆犯は、行為支配性や実行行為がないことから、結果の惹起の点においては正犯より当罰性が低い。それにもかかわらず、教唆犯は正犯と同じ法定刑で処罰される。そのことを正当化するためには、結果の惹起以外の要素すなわち墮落の要素を教唆犯の処罰根拠に付け加えなければならぬ。このように責任共犯説は、共犯者が正犯者を通して結果を惹起した点を共犯の処罰根拠として全く考慮していないのではなく、結果の惹起の点と並んで墮落の点をも共犯の処罰根拠に含めるべきだと主張しているにすぎないのである。⁽⁵⁾

(2) 責任共犯説の主張が右のようなものであるとすれば、それと対置されるべき惹起説とは、正犯者を犯罪へと陥れた点を共犯の処罰根拠には含めず、構成要件の結果を間接的に惹起したことのみをもって共犯の処罰根拠とす

る見解を意味するということになる。つまり、共犯の処罰根拠は構成要件の結果を間接的に惹起したことに尽きるのか、それとも、それと並んで、正犯者を犯罪へと陥れたことをも共犯の処罰根拠に含めるべきか。惹起説と責任共犯説との対立点は、そこにあるといつてよい。

このような見地からすると、純粹惹起説や修正惹起説と呼ばれる見解はもちろん、定型説も惹起説に位置づけられるべきであろう。定型説は、共犯が正犯を通じて構成要件を実現することのみを共犯の処罰根拠としているのであって、それ以外の要素を共犯の処罰根拠として付加してはならないからである。⁽⁶⁾

これに対し、大越教授は、定型説を責任共犯説に位置づけられている⁽⁷⁾。確かに、定型説は、共犯の本質として既遂結果の惹起までは要求せず、共犯が正犯に実行行為を行わせた点を重視する見解であることから、定型説の実際上の帰結は責任共犯説のそれと一致することが多い。しかし、そもそも実行行為とは、構成要件を実現する現実的危険を有する行為をいう⁽⁸⁾のであるから、定型説が重視している「正犯の実行行為の惹起」も、結局は、各構成要件上の法益侵害に関係づけられた要素なのであって、法益侵害以外の要素、たとえば墮落の要素などが共犯の処罰根拠として考慮されているわけではない。この点から、定型説は責任共犯説ではなく惹起説に属すると解されるのである。

一方、定型説が既遂結果の惹起を必ずしも共犯の本質としていない点を捉えて、定型説の考え方は惹起説と相容れず、惹起説とは区別された意味での不法共犯説に位置づけられるべきであるとする見解⁽⁹⁾も有力である。こうした見解の基本となっているのは、既遂結果の惹起に共犯の処罰根拠を求める学説こそが惹起説であるとの理解である。その結果、共犯の処罰根拠に関する学説としては、責任共犯説、惹起説と並んで不法共犯説という範疇が設けられることになる。

共犯の本質を既遂結果の惹起に求めるか、正犯の実行為の惹起で足りるとするかは、重大な問題である。しかし、既述のとおり、定型説も、もっぱら各則上の構成要件に定められた結果の惹起との関連で共犯の処罰根拠を捉え、それ以外の要素を考慮しないという点では純粹惹起説などと異なるところはない。そうだとすれば、定型説のように正犯の実行為の惹起を共犯の本質と捉える見解も惹起説に含まれると解することは十分に可能であろう。こうした理解は、共犯の処罰根拠論の明確化にも役立つと思われる。前述したように、共犯の処罰根拠をめぐる議論は非常に複雑化している。そのような状況においては、学説の分類は可能な限り単純であることが望ましい。

共犯の処罰根拠に関する学説を、責任共犯説、惹起説、不法共犯説の三つに分類した場合、責任共犯説と他の二説は、構成要件的結果の実現のみを共犯の処罰根拠とするか否かに対立点があり、他方、惹起説と不法共犯説との違いは、共犯の本質を既遂の結果の惹起に見るか、正犯の実行為の惹起に求めるかにあるということになるから、異なる二つの問題が同じ次元で議論され、議論が混乱するおそれがある。むしろ、共犯の処罰根拠に関する学説は、まず、構成要件的結果の惹起以外の要素をも共犯の処罰根拠に含めるか否かという観点から、大きく責任共犯説と惹起説の二つに分け、次いで、惹起説内部における見解の対立として、共犯の本質を既遂結果の惹起に求めるか、正犯の実行為の惹起とするかの問題を論じた方が、議論の混乱を避けるためにも適切であるように思われるのである。

(3) 他方、レスおよびトレクセルの見解は、惹起説ではなく責任共犯説に属するということになる。レスやトレクセルによると、教唆犯も、正犯と同様、各則上の法益を侵害していることにはかわりはないが、正犯者意思や行為支配性を欠くという点において、正犯より不法の程度が低い。しかし、他方、正犯者に違法な行為を行わせることにより、社会生活上、正犯者を不利益な立場に追い込むという点では、教唆犯は正犯より不法の程度が高い。教唆

犯が正犯と同じように処罰される理由はそこにある。そのような意味において、教唆犯は、間接的に法益を侵害することと、正犯者を違法な行為へと誘惑することの両方に処罰根拠を有しているのである。⁽¹⁰⁾

このように、レスらの見解は、教唆犯が正犯と同様に処罰されることを正当化するために、法益侵害と並んで他の要素をも教唆犯の処罰根拠とするものである。その点では、レスらの見解は、責任共犯説と共通の理論的基盤に立脚するものといえるのであり、ただ、制限従属性説との調和を図って、墮落の要素の内容を「正犯者を責任と罰へと引き込むこと」から「正犯者を不法へと引き込むこと」へと修正したにすぎない。⁽¹¹⁾ ドイツにおいてこれらの見解が「修正された責任共犯説」と呼ばれているのは、そのような趣旨である。

修正された責任共犯説と定型説とは、いずれも不法共犯説として同列に扱われることがある。⁽¹²⁾ 確かに、正犯の違法な行為を惹起する点に共犯の本質を見ている点で、両者は共通するともいえる。しかし、右に見たように、修正された責任共犯説は、違法な正犯行為の惹起を法益侵害ではなく墮落の要素の内容と解しているのに対し、定型説は、違法な正犯行為の惹起を法益侵害との関連で捉えているのであるから、両者は基本的な考え方を異にするといふべきである。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

(4) それでは、責任共犯説と惹起説のうち、いずれの立場が妥当なのであるか。周知のとおり、学説上は惹起説が通説であり、現在、責任共犯説を支持する者は皆無であるといつてもよい。しかし、責任共犯説の主張が右に述べたようなものであるとすれば、責任共犯説はあながち不当ではないともいえる。

たとえば、責任共犯説に対しては、共犯を各構成要件上の法益に対する罪ではなく、正犯者に対する罪と捉えるのは不当であるとの批判⁽¹⁵⁾が寄せられている。確かに、責任共犯説が墮落の要素のみを共犯の処罰根拠としているのであれば、それは明らかに妥当でない。刑法の第一次的な任務が法益の保護にある以上、共犯の処罰根拠も、法益

侵害の観点から理解されるべきであり、この点を全く考慮しないということは許されないからである。しかし、すでに見たように、責任共犯説は、法益侵害の要素を無視しているわけではない。法益侵害のほかに墮落の要素も共犯の処罰根拠に含まれると主張しているにすぎないのである。そうだとすれば、責任共犯説も、刑法の任務を法益の保護に見ているのであり、右の批判は必ずしも妥当しないこととなる。

また、正犯者を責任と刑罰へと誘惑する点に共犯の処罰根拠を求める責任共犯説は制限従属性説と相容れないと⁽¹⁶⁾の批判も、しばしば見受けられる。しかし、わが国の刑法は、ドイツ刑法と異なり明文で制限従属性説を定めているわけではないから、解釈論上、極端従属性説を支持することも不可能ではない。⁽¹⁷⁾また、トレクセルやレスの見解のごとく、誘惑の要素の内容を制限従属性説に適合するように修正することも可能である。

責任共犯説は幫助犯の処罰根拠に関して説明に窮するとの批判もある。⁽¹⁸⁾責任共犯説の最大の狙いが教唆犯の法定刑を基礎づけることにあつたことから分かるように、責任共犯説は、教唆犯を中心に展開された議論であるといつてよい。そして、教唆犯の場合は、教唆者が正犯者を犯罪へと陥れたと説明しやすいが、幫助犯の場合、正犯者はすでに犯行を決議しているのであるから、幫助者が正犯者を犯罪へと誘惑したというのは困難である。事実、トレクセルは、「幫助はもっぱら正犯行為の遂行に因果的に寄与したために処罰される」と述べ、幫助犯に関しては責任共犯説を放棄し、惹起説的な説明をしている。こうした点を捉えて、責任共犯説は教唆犯と幫助犯の処罰根拠を統一的に説明することができないと批判されているのである。しかし、教唆犯と幫助犯の刑が異なることに着目すれば、両者の処罰根拠を同じく解する必然性はないというべきであろう。すなわち、正犯と同様に処罰される教唆犯は法益侵害と正犯者に対する誘惑の両者を処罰根拠とし、刑の減輕される幫助犯は（正犯より軽い程度の）法益侵害のみを処罰根拠とすると解することも、不可能ではないように思われるのである。⁽²⁰⁾

(5) このように、これまで責任共犯説に浴びせられてきた批判の多くは、必ずしも決定的ではないともいえる。ただ、結論的には、以下のような理由により、責任共犯説を支持することはできないというべきであろう。第一に、他人を犯罪へと引き込むという事態は共犯に限られるわけではない。右に見たように、教唆犯は、結果の惹起という点では正犯より当罰性が低いが、正犯者を犯罪へと引き込んだという点において正犯より当罰性が高いので、正犯と同じ法定刑で処罰されるというのが、責任共犯説の出発点であった。しかし、共同正犯の事例においては、一方の共同正犯者が他方の共同正犯者を犯罪へと誘うということもありうるであろうし、他人に武器の提供を依頼するというように、正犯者が幫助者を犯罪へと引き込む場合もありえよう。このように、正犯が他人を犯罪へと陥れることもありうる以上、「教唆犯は正犯者を犯罪へと引き込んだ点で正犯より責任が重い」という責任共犯説の主張は成り立たないように思われる。⁽²¹⁾

第二の理由は、墮落の要素もしくは誘惑の要素は極めて不明確な概念であるということである。共犯者がどの程度、正犯者を墮落させたか、誘惑させたかを証明するのは困難であろう。確かに、他人を犯罪へと引き込むことは、社会的に許容しがたい行為であるといえるが、こうした事情は、正犯の場合、単に量刑の問題として考慮されているにすぎない。したがって、共犯の場合も、他人を犯罪へと引き込んだ点はあえて処罰根拠とする必要はなく、量刑事情として考慮すれば足りるように思われる。⁽²²⁾

このようにして、責任共犯説を支持することは困難であり、惹起説が妥当であると思われる。そこで、次に問題となるのは、惹起説の内部における見解の対立をいかに解決するかである。次章では、この点について検討することにする。

注

- (1) H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 333f. ベルテンも、同様の主張を展開している。Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, 1918, S. 145f.
- (2) 莊子邦雄『刑法総論』（一九六九年）七二二頁。
- (3) 莊子・前掲注(2)七二七頁。その後、莊子博士は、制限従属性説に改説され、正犯は必ずしも有責的であることを要しないとの見解に立たれている。莊子邦雄『刑法総論第三版』（一九九六年）四五六頁。しかし、教唆犯の法定刑が正犯と同じである理由については依然として責任共犯説的な説明をされている。「教唆犯は、自分自身の手を汚さず正犯に実行行為をさせた者ではあるが、他人を犯罪行為の道に誘惑して犯罪を実現させたという点において、正犯と同様な犯罪性を認め得る余地がある」（莊子・前掲書四五四頁）。これは、トレクセルやレスの見解と同じく不法共犯説に立つものといつてよいであろう。
- (4) 平野龍一「責任共犯論と因果的共犯論」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（一九八一年）一六八頁、大塚仁『刑法概説（総論）第三版』（一九九七年）二七四頁など。
- (5) 齊藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』（一九九五年）一六頁。Platz, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), S. 297 Fn. 9; Küper, Der „agent provocateur“ im Strafrecht, GA 1974, S. 323f.; Otto, Straftateteilnahme?, Festschrift für Lange, 1976, S. 202f.; Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, II. Aufl., 1993, vor § 26, Rdnr. 10. Vgl. H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1967, S. 157f. なお、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用される根拠に関しては、拙稿「教唆犯の本質に関する一考察（二・完）」同志社法学四三巻二号（一九九一年）一一九頁以下参照。
- (6) 福田平二大塚仁「対談刑法総論（下）」（一九八七年）一八七頁以下。さらに、相内信「わが国における「惹起説」の問題状況」金沢法学二九巻二二号（一九八七年）四一四頁参照。

- (7) 大越義久『共犯の処罰根拠』(一九八一年)一九九頁以下。
- (8) 大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇〇年)一四五頁。
- (9) 中山研一「共犯の処罰根拠」同ほか『レヴィジオン刑法Ⅰ共犯論』(一九九七年)一六頁以下、浅田和茂「未遂の教唆」中山研一ほか『レヴィジオン刑法Ⅰ共犯論』(一九九七年)八七―八八頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(一九九九年)七六一―七六一頁。
- (10) Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), S. 47; Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32, 49f., 54.
- (11) 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(一九八四年)一四七頁以下、大越・前掲注(7)九三頁以下。これに対して、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(一九八八年)一一一頁以下は、トレクセルの見解を責任共犯説に、レスの見解を不法共犯説にそれぞれ位置づけている。
- (12) 山中・前掲注(9)七六一―七六二頁。
- (13) ドイツでは、かつてシュトラーターテンヴェルトおよびイエシエックが、正犯の行為無価値の惹起に共犯の処罰根拠を求め、未遂の教唆も正犯の行為無価値を惹起している以上、可罰的であるとされていた。Stratenwerth, Der agent provocateur, MDR 1953, S. 720; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1969, S. 457. これは、共犯の本質を正犯の実行行為の惹起にあるとする定型説と共通の考え方に立つものといえよう。シュトラーターテンヴェルトおよびイエシエックの旧説は、共犯の成立には正犯の行為無価値すなわち違法な行為の惹起で足り、結果無価値すなわち法益侵害の惹起を要しないと主張しているにすぎず、墮落の要素を共犯の処罰根拠としているわけではないからである。大越・前掲注(7)一〇〇頁以下が、シュトラーターテンヴェルトおよびイエシエックの旧説を責任共犯説や社会的完全性侵害説(トレクセルやレスの見解)ではなく、これと一線を画する行為無価値惹起説に位置づけているのも、同様の趣旨であると思われる。また、キューパーは、既遂結果の惹起を共犯の処罰根拠とする見解を制限的惹起説(restriktive Verursachungstheorie)、未遂結果の惹起で足りるとする見解を拡張的惹起説(extensive

Verursachungstheorie) と呼び、後者も惹起説の二つであると解している。Kuper, a.a.O. (Ann.5), S.324ff.

- (14) 不法共犯説 (Unrechteinnahmetheorie) の意義については、トレクセルやレスの見解など修正された責任共犯説を指すとする立場と、定型説のように共犯従属性の内容を正犯の実行行為への従属と捉える見解もしくは違法の連帯性を肯定する見解をいうとする立場がある。本稿一の注(6)(7)(8)参照。ドイツにおいて前者の立場を採るのは、Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S.211, Fn.93; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1993, vor § 26, Rdnr.6; Roxin, a.a.O. (Ann.5), vor § 26, Rdnr.11 などであり、後者の立場については、Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, § 12, Rdnr.121; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, S.308 などがある。一般に、正犯者を責任と刑罰へと陥れる点に共犯の処罰根拠を求める見解を責任共犯説と称されていることとの均衡からすると、正犯者を不法へと引き込むことを共犯の処罰根拠とする修正された責任共犯説を不法共犯説と呼ぶのが適当であろう。定型説のような見解は、惹起説の一つと位置づけるべきである。

- (15) 山中・前掲注(11)一五四頁以下、大越・前掲注(7)二二三―二四頁、高橋・前掲注(11)一三三頁、齊藤・前掲注(5)一三三―三四頁、曾根威彦「共犯の処罰根拠」同「刑法の重要問題(総論)補訂版」(一九九六年)二八五頁、内藤謙「刑法講義総論(下)Ⅱ」(二〇〇二年)一三四頁。

- (16) 高橋・前掲注(11)一九九頁、齊藤・前掲注(5)一三三頁、香川達夫「刑法講義(総論)第三版」(一九九五年)三四九頁、山口厚「刑法総論」(二〇〇一年)二五五頁、内藤・前掲注(15)一三三四頁。

- (17) 齋藤信治「極端従属形式」は捨てられるべきか——昭和五十八年九月二日最高裁第一小法廷決定を機縁として——「法学新報九一卷八―九二―一〇号」(一九八五年)五五頁以下は、極端従属性説を支持する。

- (18) 高橋・前掲注(11)一三四頁、齊藤・前掲注(5)二四頁。

- (19) Trechsel, a.a.O. (Ann.10), S.107ff. つれに対して、ヘルムート・マイヤーは、幫助犯にも責任共犯説が妥当するとしている。

H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 320.

説

論

- (20) 近時、教唆犯と幫助犯の法定刑が異なる点に着目して、両者の処罰根拠を区別して論ずる立場が散見される。たとえば、Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2000, vor § 26, RdNr. 19ff. は、教唆犯の処罰根拠は正犯の行為無価値および結果無価値が帰属される点にあり、幫助犯の処罰根拠は正犯の結果無価値のみが帰属される点にあるとする。また、Heghmanns, Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung, GA 2000, S. 476ff. は、幫助犯はすでに存在する法益侵害の危険を増加させるのに対し、教唆犯は初めて危険を生じさせる点に処罰根拠があるとみる。

- (21) Esser, Die Bedeutung des Schulteilmahnebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, S. 322f.; Fr.-Chr. Seroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 214. 大越・前掲注(一) 二二二頁以下。

- (22) Esser, a. a. O. (Anm. 21), S. 323. Vgl. Weber, Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, § 30, RdNr. 5.