

規範論に基づく共犯理論の再構築

小島 秀夫

I はじめに

共犯をめぐる問題は、刑法学会で毎年取り上げられるとあっていいほど重要なテーマの1つである。戦後の議論を振り返ると、まずは大審院時代から判例が認めてきた共謀共同正犯について、学説は当初否定的な見解が多数を占めていたが、学会の重鎮であった団藤重光が肯定説に転じたことも影響して、共謀共同正犯を肯定する見解が通説となった。その後、共犯の処罰根拠について、ドイツの議論をもとに学説の整理が行われ、ドイツとは異なる日本特有の考え方、すなわち結果無価値自体に着目して結果との因果関係を処罰根拠とする因果的共犯論が通説的な地位を獲得するに至った⁽¹⁾。現在では、因果的共犯論に基づいて、承継的共犯や共犯関係からの離脱といった諸問題の解決が試みられている。

しかし、因果的共犯論は、共犯の処罰根拠として適切ではなく、そこから導かれる結論も決して望ましいものではないように思われる。むしろ、規範の構造に着目して、関与者自身の行為を処罰根拠とする方が、被害者の法益を保護する刑法の保護機能と被疑者・被告人の人権を保障する刑法の保護機能の調和を図ることができるのではないだろうか。このような問題意識に基づいて共犯理論を再構築することが、私の研究テーマである。

なお、本稿は、定例研究会の報告原稿であることに鑑み、脚注を最低限度にとどめていることをお許しいただきたい。

II 刑法規範の構造

そもそも刑法典の各則に定められている刑罰法規には、共通した特徴がみられる。例えば、殺人罪の条文(199条)には「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」と規定されており、傷害罪(204条)の条文には「人の身体を傷害した者は、15年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」と規定されている。このように、各則の条文では、一定の要件が揃うと、一定の効果が生じうる旨が明示されている。

こうした条文の意味をめぐっては、制裁規範のみが規定されていると捉える考え方が一部で主張されている⁽²⁾。しかし、このような考え方は、売春防止法3条や未成年者飲酒禁止法1条1項のように、禁止が法文に記載されいながら罰則が定められていない場合、そのような条文が真正の法規範ではないと理解することになってしまうため、適切ではない。

かつてヴィットゲンシュタインは、日常生活の中で実際に言語を使用している方法こそが意味の問題にとって決定的に重要であると主張していたが⁽³⁾、このような観点から条文の意味を明らかにすると、「人を殺した者は、」という部分から、「人を殺してはならない」という行動規範

が市民に向けられていると理解されうる。すなわち、刑法では、一次規範として市民を名宛人とした行動規範が定められており、二次規範として国家機関を名宛人とした制裁規範が定められていると理解すべきである⁽⁴⁾。

Ⅲ 規範の構造からみた正犯と共犯の関係

各則では行動規範が一次規範として規定されているとしても、総則に規定されている共犯に関する規範も同様に解されるかは別途検討を要する。この点、犯罪の関与者はすべて同一の規範が向けられ、関与者はすべて正犯として処罰されるべきであるとの考え方が一部で主張されている⁽⁵⁾。実務では共犯事件の9割以上が共同正犯として処理されており⁽⁶⁾、事実上、こうした考え方が妥当しているのではないか、あるいは過失犯や不作為犯の領域では正犯という形態しか認められない、と受け止めている論者が一定数存在する。しかし、60条以下に正犯と区別する形で「共犯」が定められていることを踏まえると、日本の刑法では、関与者をすべて正犯とする立法形式は採用されていない。

通説によれば、各則の規定は、主に単独犯としての正犯を想定している（このような正犯の狭い捉え方を制限的正犯概念または限縮的正犯概念という）。もっとも、刑法の目的が法益の保護にあると理解する場合、特殊な関わり方をした人も処罰される必要がある。そこで刑法は、正犯の二次的な処罰対象者として、共犯の規定が設けられたと推察される。とくに教唆犯や幫助犯は、61条ないし62条によって、各則に規定されている正犯の行動規範と区別された、いわば行動規範拡張事由であるといえよう⁽⁷⁾。

一方、共同正犯の行動規範は、正犯に向けられる行動規範と同一であると考えられる。共同正犯の成否が問題となる典型的な事例としては、XとYが、互いに協力しあってAから金品を強奪する計画を立て、XがAを殴っている最中にYがAのハンドバッグを奪った、というケースが挙げられる。この場合、刑法総則の特別規定が存在しない限り、制限的正犯概念を基礎にすれば、殴打行為しか行っていないXには暴行罪（あるいは傷害罪）、ハンドバッグの窃取行為しか行っていないYには窃盗罪が成立するに過ぎない。しかし、XもしくはYが単独で同様の結果を実現すれば単独犯に強盗罪が成立するにもかかわらず、共同して実行行為を分担しながら実現すると両者に強盗罪としての罪責を問えなくなってしまうのは、刑法の保護機能の観点から疑義が生ずるだろう。一方、正犯構成要件の一部すら実行していない者を（共同）正犯とみなしてしまうようなことは、刑法の保障機能の観点と明らかに両立し難い。立法者が60条において、「共同して実行した者は」という微妙な表現を使っている趣旨（立法趣旨）は、一部実行を共同正犯の条件とすることによって、刑法の保護機能と保障機能をまさに両立させることにあったのではないだろうか。このような方向において、法規内の欠缺を補充しているのが、60条であると考えられる。すなわち60条は、一部実行全部責任の法理を是認して刑法の基本原則を調和させつつ、各則の規定解釈に一定の指針を示す一般条項として理解すべきであり、それゆえ、共同正犯の行動規範は、正犯に向けられる行動規範と同一であると考えられよう⁽⁸⁾。

以上を踏まえると、共同正犯を含む正犯は犯罪の主役であるのに対して、教唆犯や幫助犯は、共同正犯とは別の階層に位置づけられる脇役であると解される。

Ⅳ 共犯従属性の規範的位置づけ

教唆犯や幫助犯が正犯の二次的な処罰対象者であるとする、次のように指摘することができる。第1に、正犯を名宛人とする行動規範がそもそも存在しない限り、教唆犯や幫助犯を名宛人とする行動規範は存在しない。第2に、少なくとも正犯が実行に着手することで正犯に行動規範違反が認められない限り、いいかえれば正犯が構成要件に該当しない限り、教唆犯や幫助犯は処罰されえない。したがって、正犯が少なくとも実行に着手しなければ共犯は成立しないとされる狭義の共犯の性質、すなわち実行従属性は、行動規範のレベルから導かれるものである。

一方、正犯の行為が犯罪論の3段階体系、すなわち構成要件、違法性、有責性のうちの段階まで認められれば狭義の共犯は成立するのか、という要素従属性については、制裁規範のレベルから導かれるものである。というのも、個人責任の原理を徹底させるならば、教唆犯や幫助犯も自己の行為を根拠に違法性や有責性が認められるのであり、正犯行為の構成要件該当性や違法性を根拠として教唆犯や幫助犯の違法性が認められるのではないからである。共犯の性質については、従来から違法の連帯性という捉え方がなされており、近年では、2つの意味での捉え方、すなわち、「正犯が違法であれば共犯も違法である」という積極的連帯性と「正犯が違法でなければ共犯も違法ではない」という消極的連帯性が指摘されているが、共犯はいずれもそのような性質を有していないと解すべきである。それゆえ、共犯の場合でも違法性は各行為者によって相対化する。共犯の要素従属性は、共犯行為の刑罰必要性に関する問題であり、現実には発生した法益侵害結果、すなわち結果無価値が正犯・共犯に共通していることを踏まえると、正犯行為が構成要件に該当して違法性を有する場合には、共犯の刑罰必要性が認められるように思われる⁽⁹⁾。

こうした違法の相対性は、判例でも認められている。フィリピンパブ事件⁽¹⁰⁾では、被告人が電話で被害者と口論になり、被害者がいる飲食店に押しかけようと決意し、同行を渋るYを説得し、Yに包丁を持たせてYとともに向かい、Yを飲食店の入り口に行かせる一方、自分は少し離れたところで待機していたところ、Yは被害者から被告人と取り違えていきなり激しい暴行を加えられたため、Yは自らを防衛する意思で未必の故意により被害者の胸部を包丁で刺して死亡させた、という事案において、最高裁は、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」と述べている。そのうえで、Yにとっては被害者からの暴行が急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては、被害者の攻撃を予期し、その機会を利用してYを通じて被害者に反撃を加えさせようとしていたのであるから積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるとして、被告人に過剰防衛の成立を認めなかった原判決を是認した。このような結論は、共犯の処罰根拠について、共犯の不法が正犯の不法から導かれるとの考え方からは導き出せない。共犯の処罰根拠は、他人を介して結果を惹き起こす行為それ自体に求められるべきであろう。

Ⅴ 因果的共犯論の限界と規範論的解決

もっとも、共犯の処罰根拠については、共犯者自身の行為に着目するのではなく、因果関係に

着目し、共犯も因果的な影響力を及ぼして結果を惹き起こすために処罰されると考える因果的共犯論が日本では有力に主張されている⁽¹¹⁾。因果的共犯論に基づくと、例えば、正犯行為の一部（先行行為）がすでに行われた後、初めて事実を知って途中から参加する関与者には、参加した後の行為（後行行為）や結果について、共同正犯や幫助犯が認められるものの、参加する前に生じていた行為や結果について共同正犯（承継的共同正犯）または幫助犯（承継的従犯）としての責任は認められない。というのも、因果関係にのみ着目するならば、先行行為からすでに生じていた結果について、後行行為との間に因果関係を有することはありえないからである。

確かに、共同正犯に限ってみれば、このような結論自体には賛同しうる。先にも述べたように、共同正犯は正犯に向けられる行動規範と同一の行動規範が向けられるが、そもそも後続行為が正犯としての行動規範違反として認められるためには、後続行為者は、各則に規定された構成要件に該当する事実の認識、すなわち正犯としての故意を有していなければならない。故意が行為に内在するものであることを踏まえると、先行行為やその行為から生じた結果に関する後行行為者の認識は、刑法上認められていない事後の故意であり、正犯としての故意ではないからである。したがって、因果的共犯論から導かれる結論と同じように、承継的共同正犯は否定されるべきであろう。

しかし、後行行為者には、すでに生じていた結果も含めた全体についての幫助犯（承継的従犯）は認められるように思われる。そもそも幫助行為は、事前に行われる場合だけでなく、正犯行為の途中でも行われることが想定されている。客観的に見れば正犯行為の一部を行っている人も、正犯と狭義の共犯を区別する基準によって幫助犯になりうる（このような人を故意ある幫助的道具または実行行為を行う従犯という）点も踏まえれば、後行行為者には、すでに生じていた結果も含めた全体についての幫助犯が成立しうるだろう。承継的従犯まで否定せざるをえない因果的共犯論は、この点で限界を抱えているといわざるをえない⁽¹²⁾。こうした私見から判例の立場を考察すると、承継的共同正犯を認めた特殊詐欺の受け子事案⁽¹³⁾については賛同しかねる。欺罔行為がすでに行われた後、初めて事実を知って途中から参加した受け子については詐欺罪の幫助犯が成立するととどまるように思われる。

因果的共犯論の限界は、間接幫助の場面でもみられる。幫助犯を幫助する間接幫助について、因果的共犯論によれば、結果との因果関係が認められれば狭義の共犯が成立しうるため、幫助犯として処罰されることになろう。実際、間接幫助を処罰する規定はないものの、間接教唆を規定した61条2項や幫助犯の教唆を規定した62条2項を注意規定（例示規定）と解するならば、むしろこれらの規定は、間接幫助を幫助犯として処罰しうる根拠となりうるかもしれない。さらに、こうした考え方を徹底させると、幫助犯の成立範囲は、正犯を直接幫助した者にとどまらず、幫助犯を幫助した者、教唆犯を幫助した者、さらにそれらを幫助した者……というように無限に連鎖して広がっていく。しかし、このような処罰の肥大化は、なぜ幫助犯の処罰規定が設けられたのかを考えると、決して適切ではない。

通説である制限的正犯概念によれば、各則に定められている刑罰法規は主に単独犯としての正犯を想定しているが、刑法の目的である法益保護の観点から、正犯の実行を容易にする形で関わった者も処罰される必要があるため、正犯の二次的な処罰対象者として、総則に幫助犯の規定が設

けられた。したがって、幫助犯の処罰規定は、正犯の行動規範と区別された行動規範拡張事由として定められている。こうした考え方に基づくならば、特殊な関わり方をした者は、そのような行為を処罰する旨の特別の規定が存在しない限り、構成要件に該当せず、不可罰とされる。それゆえ、61条2項や62条2項は注意規定ではなく、特別規定と解されるべきである。

そうであるとする、間接幫助はすべて不可罰とされるべきであるように思われるかもしれないが、そのように考えるのは早計である。正犯を間接的に幫助する者については、正犯との関係で見ると、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見ると、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62条1項の処罰対象になると考えられる。それゆえ、正犯を直接幫助する者とのヨコの関係が認められるか、すなわち共同性が認められるかを検討する必要があるだろう。

共同性については、正犯を直接幫助する行為と同程度の法益侵害に対する具体的な危険性があれば直ちに認められる、というものではない。単なる冗談話にとどまらず、正犯が実現される具体的な状況やその点に関する行為計画等を正確に認識しているかどうか、決定的に重要な基準となるように思われる。したがって、因果的共犯論のように「友達の友達はみな友達」と同じ論理で幫助犯の成立範囲を広く捉えるべきではないだろう⁽¹⁴⁾。

VI 規範論の基盤としての語用論からみた共謀共同正犯

私見の根底にある規範論、すなわち人間の行動としての行為を対象とする規範という概念を通じて展開される刑法理論は、言語学の一分野である語用論の観点から分析を試みるものである。「人を殺した者は、」という部分から、「人を殺してはならない」という行動規範が導出されるのも、語用論に基づいている。語用論 (Pragmatik) という用語自体は、記号学者であり哲学者でもあるモリスによって初めて登場したものであるが⁽¹⁵⁾、その内容は、言語ゲームを唱えていた後期のヴィットゲンシュタインによってすでに展開されていたことがうかがえる⁽¹⁶⁾。語用論とは、コンテクスト (文脈) を考慮に入れて言語の使用を研究する分野であり⁽¹⁷⁾、発話の場面やその前後関係、話し手と聞き手が共有する知識、社会や文化などをコンテクストの中身に置きながら、実際に使用された言葉の意味を考察する方法論である。このような方法論は、共謀共同正犯の場面においても、適切な解決策を提示できるように思われる。

共謀共同正犯をめぐるのは、実行行為を一部たりとも遂行していない共謀者が共同正犯としての罪責を負うのか、という問題の立て方がなされている。しかし、語用論の観点から分析すると、発話を伴う共謀それ自体が言語行為として、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よう。さらに、明示的な遂行的発話よりも黙示的な遂行的発話の方が古い歴史を有するとのオースティンの指摘を踏まえると、極めて限定的ではあるが、黙示の共謀も刑法上の構成要件に該当する行為そのものとして認められる。そのように考えられるならば、共謀共同正犯も、実行共同正犯の一形態であると捉えるのが適切であろう。

もっとも、私見に対しては、共謀行為も実行行為そのものとして評価されうる場合、実行に着手した時点で未遂犯が成立するとの通説に従う限り、共謀に参加した時点で直ちに未遂犯が成立

するのではないかと、この疑念が向けられるかもしれない。しかし、このような疑念も、多義的な「実行行為」の語用論的意味を整理することで解決されよう。第1に、実行行為は、形式的に「構成要件に該当する行為」という意味で使用されている。この意味の下では、予備行為も予備罪の構成要件に該当することから、予備罪の実行行為と表現することも論理的には可能であろう。第2に、実行行為は、未遂犯論のコンテキストにおいて「未遂行為」という意味で使用されている。43条によれば、未遂犯が成立するためには実行の着手が不可欠の要件とされており、実行行為は未遂犯の処罰根拠である。したがって、この意味の下では、予備行為は実行行為ではない。第3に、実行行為は、共犯論の文脈では「正犯行為」という意味で使用されている。先にも述べたように、共同正犯が規定されている60条の趣旨は、一部実行全部責任の法理を是認し、実行行為の全部を1人で完遂しない場合でも、各関与者が協力しながら実行行為の一部を分担して犯罪を実現すれば、関与者全員に正犯としての（全部の）責任を問うことができる点に置かれている。その際、実行行為が正犯行為として評価されることはいうまでもない。そうであるならば、ここでの「実行行為」は、第1や第2の意味における実行行為とは異なる意味で使用されていると考えられる。このように考えるならば、共犯論における「実行行為」と未遂犯論における「実行行為」は、「実行行為」の使用規則が異なるため、共謀行為が正犯行為として認められるかどうかと未遂犯が成立するかどうかは、異なる基準で検討されるべき問題であるといえよう。

共謀それ自体が正犯行為として評価される基準は、共謀者と直接行為者の間で、ハーバーマスが分類しているような強いコミュニケーション関係がみられるかどうかであると考えている⁽¹⁸⁾。両者の間で交わされる発話の場面や前後関係から、共謀が法益侵害結果の惹起に向けて相互に拘束する意味を有する場合には、共謀の段階で、法益侵害結果に対する強い志向力ないし推進力が認められよう。そのような共謀については、正犯性を有することになる。一方、未遂犯が成立する基準は、結果無価値としての客観的危険事態が認められる時点、すなわち、直接行為が遂行される時点であると考えている。それゆえ、正犯性の有無は、未遂犯の成否よりも前段階で判断されることになる。近年では、黙示の意思連絡を認定したうえで危険運転致死傷罪の共同正犯を認めた砂川市事件⁽¹⁹⁾や、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪および公然わいせつ罪の共同正犯を認めたFC2事件⁽²⁰⁾が議論されているが、これらの事例においても、強いコミュニケーション関係がみられるか、法益侵害結果の惹起に向けて拘束力を有するほどの相互主観的な承認が存在するか、といった観点から共同正犯の成否を限界づけるべきであろう⁽²¹⁾。

Ⅶ おわりに—課題と展望—

規範論は、刑法の法倫理的考察への道を可能にするものであると考えている。法倫理学とは、法の正当性を法哲学的に考察する学問である。その課題が、法の正当化や批判に加え、行為の正当化や批判にも置かれていることを踏まえると、法倫理学は、法律学と哲学の中間に位置づけられ、より具体的に述べれば法哲学と倫理学を融合させた学問であるといえよう。さらに倫理学は、規範倫理学、応用倫理学、メタ倫理学の3つにおおよそ分けられる。とりわけ規範倫理学は、倫理的に目指すべき振る舞いや生き方を考える学問であり、その代表的な理論には、もっとも多くの人をもっとも幸福にすることが正しいことであると考えられる功利主義、義務に従うことが正しい

ことであると考える義務論、誠実さ・親切といった優れた性格を身につけて生きることが大切だと考える徳倫理学などが挙げられよう。こうした規範倫理学の観点から展開されるスーパーエロゲーション、すなわち義務を超えた善行は、中止未遂の規範構造を解明する手掛かりになるとみられる。

「スーパーエロゲーション」という概念は、ラテン語の動詞「スーパーエロガーレ」(supererogare)に由来し、本来は「利潤をもたらす」といった財政的ないし国家的な観点から使用されていたが、現在では「必要とされていることを超えてなされる行為」、「非常に優れた成果をもたらすこと」などを意味している。ルカによる福音書第10章第30～37節には、善きサマリア人の譬えを用いて隣人愛が説かれている。善きサマリア人の譬えとは、エルサレムからエリコへ向かっている旅人が強盗に襲われ、瀕死の状態で倒れていたところ、通りかかった祭司やレビ人はその旅人を見て通り過ぎて行ったが、サマリア人だけが旅人の傷口を処置し、宿屋に運び入れて介抱し、翌日、宿屋の主人に2枚の銀貨を渡して「旅人を世話してほしい。余計に費用が掛かるようであれば、再訪して私が払います。」と言って立ち去った、という話である。この譬えでは、「スーパーエロゲーション」の概念が、サマリア人が経済的に負担する宿主の追加支出として使用されているにもかかわらず、その解釈においては、さらなる負担を任意で引き受けるサマリア人の行為として応用されている。また、スーパーエロゲーションを哲学的に分析したアームソンは、禁止、命令、許容のみに着目する従来の近代道徳哲学が注意を払ってこなかった、敬虔な行為や勇敢な行為の究明に取り組んだ。アームソンが示す典型例によれば、敬虔な行為とは、ペストが蔓延し、医療体制が崩壊した地域にボランティアで入り、患者を救う医師の行為である。また、勇敢な行為の典型例とは、手榴弾の投てき訓練中に仲間が手を滑らせ、近場に手榴弾を落としてしまったため、転がった手榴弾を自ら手に取って投てきすることで、自身が犠牲になりながら仲間を助ける人の行為である。このような卓越した行為は、道徳的に有益な行為であるが、命令の領域には含まれず、義務を超えている行為である。それゆえ、アームソンは、禁止、命令、許容のいずれにもあてはまらない、「スーパーエロゲーション」というカテゴリーを設ける必要があると主張した。こうした歴史的展開を踏まえると、スーパーエロゲーションには、2つのメルクマールがあるといえるだろう。第1に、道徳的に命令されておらず、禁止されてもいない行為であるという「任意性」である。第2に、道徳的に無関心ではない行為であり、その不作為が直ちに悪いと評価されることはないものの、そうした行為を行うことは道徳的に善いとされる「道徳的価値」である。

スーパーエロゲーションの存在を認めるならば、法命題の主要な種概念である「禁止」・「命令」・「許容」に、「推奨」という新たな法命題を加えるべきであろう。「禁止」や「命令」は、当該行為の不作為ないし作為が絶対的に求められることから、いずれも「義務」づけられているといえる。他方、「禁止」と矛盾した関係にある「許容」とは、当該行為の遂行が許されており、そのような行為は遂行されてもされなくても「どちらでもよい」ないし「無関心」なものである。しかし、スーパーエロゲーションは「任意性」を有する行為であるため、「禁止」や「命令」にはあてはまらない。また、スーパーエロゲーションが道徳的に善いとされ、称賛される行為であることを踏まえると、それは遂行することが推奨される行為であり、遂行しないことが推奨される

わけではない。したがって、スーパーエロゲーションは、「どちらでもよい」「無関心」な行為ではない。それゆえ、「禁止」、「命令」、「許容」といった3つの法命題に、「推奨」命題を加えることが望ましいと考えられる。

スーパーエロゲーションの構想を刑法に取り入れるならば、禁止規範、命令規範、許容規範（許容命題ないし正当化事由）の他に推奨規範（推奨命題）が存在し、中止未遂は推奨規範の典型例であるといえるのではないだろうか。かつての教会政策でみられた免罪符とは、命令された以上のことを成し遂げ、過剰な功績をもたらしたがゆえに、贖宥することでその償いが免除された。中止未遂も、実行に着手した者にとって、中止行為に出ることは命令（義務）ではないものの、それを遂行し、結果の不発生をもたらした場合にのみ認められる点で、スーパーエロゲーションと類似している。また、中止犯の法律効果が任意的減免ではなく必要的減免とされているのは、実行に着手した者が「中止せよ。防止せよ。」といった命令に従ったからではなく、推奨された中止行為を任意に行ったからであり、この点で、命令された行為を遂行する場合と評価が異なる。

では、推奨規範は、行動規範や制裁規範といかなる点で異なるのか。その論理的構造をさらに明確化する必要がある。行動規範は、禁止や命令がいずれも義務を含意することを踏まえ、通常、市民一般を名宛人として一定の行動を義務づける規範である。ただし、例えば収賄罪の行為主体である公務員のように、真正身分犯の場合には、行動規範の主体は市民一般ではなく、身分者に限定される。もっとも、65条1項によれば、非身分者も、少なくとも教唆行動規範や幫助行動規範を通じて、身分者を名宛人とする行動規範の内容が向けられうる。いずれにせよ、真正身分犯は、名宛人が限定された特別規範である。このような身分犯規定と同様に、中止規範も、実行に着手した者にのみ向けられるため、特別規範であるといえよう。もっとも、中止規範は、中止行為を義務づける法命題ではなく、中止行為を推奨する法命題である。それゆえ、中止推奨命題としての中止規範は、義務づける法命題としての行動規範とは異なると解されよう。

一方、制裁規範は、裁判官等の国家機関を名宛人とする特別規範である。制裁規範を通じて行動規範の名宛人に制裁を予告することにより、行為者の行動に対して心理的に重大な影響（予防効果）を与えることは想像に難くない。それにもかかわらず行動規範に違反した違法かつ有責的な行為に対して、裁判官が責任主義に基づいた刑罰必要性を検討する。

中止未遂の事例においては、規範的責任の存否ではなく、可罰的不法・責任の程度が問題となっている。そこで、障害未遂よりも軽い責任を有する中止未遂によって、刑罰必要性がどの程度減少するのかは、裁判官の法政策的・価値論的考慮によって決定されることになる。着手中止と実行中止が行為無価値の程度において区別されうることを踏まえれば、着手中止の刑は、実行中止の刑よりも減軽または免除されるのが望ましいといえよう⁽²²⁾。

以上で示した考え方は、共犯関係からの離脱、ひいては共犯と中止をめぐる問題に転用できるのではないかと考えている。共犯関係からの離脱が認められるかどうかは、共犯の処罰根拠として主張されている因果的共犯論の立場から、関与者自身が当初与えた因果的な影響を解消することにより、結果に対する因果性を「遮断した」と評価できるのであれば、それ以降の事実は自分とは無関係に他の者のみが生じたことと評価できる、すなわち離脱したと評価できると考える因果性遮断説が多数説となっている。しかし、離脱の判断基準も、因果関係ではなく、コミュニケー

ション関係に着目し、関与者間で法益侵害結果の惹起に向けて拘束力を有するほどの相互主観的な承認が存在しなくなったかどうかで判断すべきではないだろうか。また、離脱者が実行の着手前に離脱した場合には（予備罪を除いて）罪責は否定され、実行の着手後であっても、既遂以前であれば離脱者には未遂の限度でのみ罪責が認められるが、任意に結果発生を防止した場合には中止未遂も成立しうる。したがって、離脱者には推奨規範としての中止規範が向けられることになるが、離脱と中止未遂の成否が異なる基準かどうかについては、さらなる検討が必要である。今後は、そうした研究にも取り組んでいきたい。

-
- (1) 亀井源太郎「共犯論の『通説』—共犯論は何をどのように論じてきたか—」法学セミナー809号（2022年）36頁以下参照。
 - (2) 例えば、齋野彦弥は、現実に発生してしまった事実を評価するのが犯罪論であるから、犯罪を抑止すべき行動規範そのものを論じることは意味がないとして、行動規範を一次規範と捉える従来の通説に反対している。齋野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」三井誠＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2007年）119頁以下。また、ドイツでも、こうした考え方が主張されている。Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S.43ff.; Peter Stemmer, Normativität, 2008, S.155ff.
 - (3) Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1984, Nr.7. ルートヴィヒ・ヴィトゲンシュタイン（丘沢静也訳）『哲学探究』（岩波書店、2013年）12頁参照。
 - (4) 詳細については、拙稿「法益論の根本的問題」大東法学26巻2号（2017年）16頁以下。
 - (5) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）69頁以下。
 - (6) 亀井源太郎「正犯と共犯を区別するということ」（弘文堂、2005年）6頁以下参照。
 - (7) 詳細については、拙稿「規範論に基づく幫助犯処罰の根拠と限界」刑法雑誌57巻2号（2018年）1頁以下。
 - (8) 詳細については、拙著『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）97頁以下。
 - (9) 詳細については、拙著・前掲注（8）44頁以下。
 - (10) 最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁。
 - (11) 代表的な論者として、浅田和茂『刑法総論 第2版』（成文堂、2019年）435頁以下、山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣、2007年）350頁、松原芳博『刑法総論 第3版』（日本評論社、2022年）442頁以下など。
 - (12) 詳細については、拙著・前掲注（8）125頁以下。
 - (13) 最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁。
 - (14) 詳細については、拙稿「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選 I 総論 第8版』（有斐閣、2020年）174頁以下。
 - (15) Vgl. Ekkehard Felder, Pragmatik des Rechts: Rechtshandeln mit und in Sprache, in: Ekkehard Felder/ Friedemann Vogel (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, 2017, S.49.
 - (16) Vgl. Wittgenstein, a.a.O. (Anm.3), Nr.532.
 - (17) 増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）39頁参照。
 - (18) Jürgen Habermas, Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S.116ff. ユルゲン・ハーバーマース（三島憲一＝大竹弘二＝木前利秋＝鈴木直訳）『真理と正当化』（法政大学出版局、2016年）137頁以下参照。
 - (19) 最決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁。

定例研究会

- (20) 最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁。
- (21) 詳細については、拙稿「共謀概念の言語哲学的考察」大東法学30巻1号（2020年）1頁以下。
- (22) 詳細については、拙稿「中止未遂の法倫理的考察」山口厚＝井田良＝佐伯仁志＝松原芳博＝仲道祐樹編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2022年）675頁以下。