

2014年度学院留学 研究成果概要

種 別	学院留学（長期）
所属・職・氏名	司法研究科・教授 豊田 兼彦
研 究 課 題	1 共犯の理論枠組みについての研究 2 犯人庇護に関する諸犯罪についての研究
留 学 期 間	2014年3月26日～2015年3月11日
留 学 先	ドイツ連邦共和国・ギーセン ギーセン大学

研究成果概要

1 はじめに

研究課題は2つあったが、留学中に本格的に取り組むことができたのは、1つ目の「共犯の理論枠組みについての研究」（以下、課題1という）であり、2つ目の「犯人庇護に関する諸犯罪についての研究」に関しては、マネー・ロンダリング罪等の関連文献を調査・収集するにとどまった。そこで、以下では、課題1に関する研究成果の概要を報告する。

2 中立的行為と共犯

課題1に関する具体的な検討素材として、中立的行為と共犯の問題を取り上げる予定であったので、予定通り、この問題について、文献の収集と分析を行った。ここ数年間の判例・学説の動きをみると、注目すべき学説が新たに唱えられたわけではないが、最近の重要判例としてBGH（ドイツ連邦通常裁判所）2014年1月22日判決があることを発見したので、とくにこれを詳しく分析した。この判決では、日常的な行為により正犯行為を促進したが、正犯行為について確定的な認識をもっていなかったという場合に、幫助犯が成立するためには、正犯行為が行われることの高度の蓋然性が必要であるとの見解が示された。これは、近時日本で出されたWinny事件最高裁決定（最決平成23・12・19刑集65巻9号1380頁）の見解と通ずるところがあるので、さらに分析を続けたいと考えている。

なお、中立的行為と共犯に関しては、2015年2月11日に、留学先であるギーセン大学において、Winny事件を素材にドイツ語で講演を行った（講演30分、質疑応答20分程度）。この講演を通じて、Winny事件等についての私見を整理することができたほか、ドイツの研究者の問題関心や問題のとらえ方を知ることができた。

3 非身分者による真正身分犯の共同正犯

課題1の目的は、ドイツの刑法理論に示唆を得て現在構想中である共犯の理論枠組みを精緻化することにあつたが、研究を進めるうちに、その前提的作業の1つとして、身分犯の共犯の問題、とりわけ、非身分者も収賄罪等の真正身分犯の共同正犯になりうるかという問題について、研究を深める必要があるとの認識に至った。この研究については、ドイツ法との比較が有益である。というのも、日本では、非身分者も真正身分犯の共同正犯になりうるとするのが判例・通説であるのに対し、ドイツでは、明文（ドイツ刑法28条1項）で、非身分者は真正身分犯の共同正犯にはなりえない（教唆犯・幫助犯にとどまる）と規定しており、その理由を説明することは、日本の判例・通説の妥当性等を検討する上で参考になると考えられるからである。そこで、ドイツ刑法28条1項の立法過程、関連する判例・学説を調査した。

調査の結果、①ドイツ刑法 28 条 1 項は、基本的に、制定時（1974 年）の判例・通説を明文化したものであること、②非身分者と身分者との間には因果的共働があり、非身分者を法律で（共同）正犯とみなすことは可能であること、③しかし、非身分者の従属的性質（非身分者は身分者の正犯行為があってはじめて共犯になりうるという性質）に照らせば、そのような立法は妥当でないと考えられたこと、などが明らかになった。他方、真正身分犯について非身分者の共同正犯を否定すべき実際上の理由があるかについても、判例に当たるなどして調べたが、発見できなかった。以上から、この問題のポイントは、実務上の実際的な理由ではなく、もっぱら理論的な理由、それも非身分者の従属的性質についてどのように考えるかにあるということが（仮説として）確認できた。引き続き、この点の検証を行い、さらに日本法との比較に本腰を入れる予定である。

なお、この問題に関連して、共犯の処罰根拠と真正身分犯の共犯（教唆犯・幫助犯）の可罰性との関係についても調査し、一定の成果を得た。

4 児童ポルノ規制

日本では、2014 年 6 月に児童ポルノ禁止法が改正されるまで、児童ポルノの需要側の行為（取得、単純所持）は処罰されていなかった。そこで、課題 1 の各論的研究として、このような法益侵害の危険の周辺にある周辺の行為と共犯理論の関係について、日独の児童ポルノ規制を具体的な検討素材として研究を深めることを予定していた。ところが、留学早々に日本で児童ポルノ単純所持の犯罪化が実現しそうになったことから、予定を急ぎ変更して、単純所持の処罰根拠等、単純所持それ自体の研究に至急取り組むことになった（その途中の 2014 年 6 月の法改正で単純所持が犯罪化された）。その成果の一部は、すでに、豊田兼彦「児童ポルノ単純所持の処罰根拠について」浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014 年 9 月）143 頁以下、同「ドイツにおける児童ポルノ規制」園田寿ほか編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014 年 10 月）168 頁以下に公表済みである。さらに、くしくも 2014 年の終わりにドイツでも児童ポルノ等に関する大きな改正があったため、これもフォローした。その成果の一部は、同「児童ポルノをめぐる最近のドイツの動向」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑧』（成文堂、近刊）に掲載される予定である。

児童ポルノ規制の研究については、日本における法改正により、共犯理論との関係の解明という当初予定していた目的を直接には達成することはできなかった。しかし、児童ポルノの単純所持の犯罪化は、周辺の行為の犯罪化の例として、共犯の基礎理論に間接的にかかわるものであり、いわば基礎理論の基礎をなす貴重な研究素材であると考えられる。また、ドイツの児童ポルノ規制との比較法研究は、日本ではまだめづらしい。こうしたことから、今回の児童ポルノ規制についての研究にも、一定の意義があったと考えている。

以 上