

# 犯罪体系と共犯体系

佐川友佳子\*  
金子博\*\*

## はじめに

本稿では、「共犯」という観点から「犯罪体系」を考察し、共犯論が犯罪体系と深い関係にたつことを明らかにする。

ここでは、主として、共犯の従属性が問題となる「責任なき者に対する共犯」と、特殊な正犯要素を有する行為者と有さない行為者との関係が問題となる「特殊な正犯要素と共犯」の問題を扱い、正犯と正犯でない共犯を区別する「共犯体系」（共犯の従属性の問題も含む）と犯罪に関与した者すべてを正犯とする「統一的正犯体系」の比較検討を行なう。

## 1. 責任なき者に対する共犯

犯罪体系において違法性と有責性を区別する意義を考えるに当たって重要なのは、「責任なき者に対する共犯」である。そのことを認識するためには、「間接正犯と教唆犯の錯誤」の問題を取り上げる<sup>1)</sup>。ここにいう「間

---

\* さがわ・ゆかこ 香川大学法学部准教授

\*\* かねこ・ひろし 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程  
日本学術振興会特別研究員 DC

1) 最初に付言しておくとして、以下で述べられる解釈は現行法上認められないとして、「処罰の間隙」を甘受するという判断もありうるということも指摘しておかなければならない。つまり、以下の検討は、あくまで現行法の枠組みの中で「処罰の間隙」を埋めるべきという前提での試みにすぎない。

接正犯と教唆犯の錯誤」とは、間接正犯の意味で、実際には教唆犯に当たるような行為をした場合、あるいは教唆犯の意味で、実際には間接正犯にあたりうるような行為をした場合を意味する。この錯誤の問題は、間接正犯と教唆犯をどのように理解するかに応じて、共犯者の処罰の可否に影響を及ぼす。以下では、日本の議論を中心としながら、正犯における責任能力および故意・過失の体系的地位、そして各則に規定されている阻却事由に焦点を当て、「構成要件・違法性・責任の体系」の意義について考えることにしたい。

#### (1) 正犯の責任能力への従属性について

まず、狭義の共犯（教唆犯および従犯）成立条件において問題となるのは、正犯の責任能力への従属性である。簡単な例を挙げれば、次のような場合が考えられる。

甲が、乙を行為の意味について十分理解できる者と誤想して殺人に誘致したところ、実は、乙は是非を弁別しえない精神病患者であった場合、あるいは反対に、甲が、乙を精神病患者だと誤想して殺人に誘致したところ、実は乙は是非を弁別しうる者であったという場合である。

ここで、問題となるのは、教唆犯および従犯が成立するためには、正犯に責任能力が不可欠であるのか、である。なぜならば、正犯に責任能力が必要であるとするならば、未成年である正犯を成年と誤想して教唆した場合、教唆者は、間接正犯としても教唆犯としても処罰されえないからである。この点、教唆犯の規定である日本刑法典61条には「人を教唆して犯罪を実行させた」と規定されている。そこで、ここに規定された「犯罪」を巡って、犯罪行為の定義は「構成要件に該当する違法かつ有責な行為」とされる以上、正犯に有責性が不可欠であると考えるのがかつての通説であった<sup>2)</sup>。もっとも、判例上、刑事未成年者でない<sup>2)</sup>と誤想して窃盗を教唆

---

2) 例えば、瀧川幸辰『犯罪論序説〔改訂版〕』（有斐閣・1997年）205頁。

したという事案で、正犯の責任能力を不要とした教唆犯が認められ<sup>3)4)</sup>、現在、学説においても、この点を考慮して、判例と同様の帰結に至っている。その際、その理論的説明は、ドイツの M. E. マイヤーが立法論として唱えた従属形式の分類に倣い、共犯成立には正犯に構成要件に該当する違法行為で足りるとする制限従属形式の採用でもって行なわれている<sup>5)</sup>。このように、正犯に構成要件段階で「行為能力」を求めつつも、責任能力の体系的地位を責任段階で判断すること<sup>6)</sup>により、実務上も理論上も処罰の間隙は埋められているのである。

## (2) 故意への従属性について(故意の体系的地位)

もっとも、間接正犯と教唆犯の錯誤の問題は、上記の問題にとどまらない。例えば、甲が毒の入ったケーキを渡して「やっしまえ」と言ったところ、乙は、ケーキに毒が入っていることを知らず、単にケーキを被害者に渡して、その結果被害者が死亡したという例を想定すれば、次のような問題が生じる。すなわち、このケースでは、乙に犯罪の故意が存在しない

---

3) 仙台高判昭和27(1952)年2月29日判特22号106頁。同裁判所は「窃盗の間接正犯の概念をもって律すべきであるが刑法第38条第2項により被告人は結局犯情の軽いと認める窃盗教唆罪の刑をもって処断されるべきが相当」と判示した。

4) なお、最判平成13(2001)年10月25日刑集55巻6号519頁も参照。被告人は、生活費に窮していたため、息子(当時12歳)に対し、覆面をし、エアガン突きつけて脅迫をするなどの方法により被害者から金品を奪い取ってくるよう指示命令し、あらかじめ用意した覆面用のビニール袋やエアガン等を交付したという事案で、最高裁は、間接正犯を否定し、被告人と息子との間に共同正犯を認めた。これは、正犯に刑事責任能力がなくとも、刑事未成年者との関係でも犯罪を共同することが可能であることを示している。

5) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社・1990年)384頁。なお、大塚仁『刑法概説(総論)』(第4版)『(有斐閣・2008年)386頁。大塚によれば、誇張従属形式は「正犯が構成要件該当性、違法性、責任のほか、さらに、一定の可罰条件をも具備しなければならぬ」と定義される。

6) 団藤・前掲註(5)383頁参照。団藤は、「正犯は責任能力を有する必要はないが、高度の精神病患者や幼児であったり、意思を抑圧されたりした状態にあったときは、行為能力を欠くことになるから、その動作は実は行為ではなく、したがって構成要件該当性をもちえない。かようなばあいにも、これに対する教唆犯・幫助犯は成立しない」と述べている。

ので、教唆犯や幫助犯の成立に、正犯の故意を要求するとすれば、甲には教唆犯は成立しないことになる。この点、通説は、被利用者に構成要件の故意が欠ける場合（たとえ被利用者に過失が認められた場合でも）には、利用者は間接正犯となると説明するが<sup>7)</sup>、利用者には「情を知らない者を利用する」という意思が認められず、間接正犯を認める余地はない。それにもかかわらず、通説は、日本刑法典38条2項<sup>8)</sup>の趣旨を考慮して、重い間接正犯としては処罰できないが、軽い教唆犯の範囲内で処罰することができるとしている。ここに、1つの矛盾が生じる。なぜならば、通説によれば、「正犯が構成要件該当事実の表象・認容を欠くときは、その行為は故意犯の構成要件該当性を欠くことになる。かようなばあいには、これに対する教唆犯・幫助犯は成立しない」<sup>9)</sup>からである<sup>10)</sup>。それゆえ、教唆犯が成立するために正犯の故意（特に構成要件の故意）を必要とする限りで、上記の錯誤問題においては、教唆犯の未遂のみが認められるに過ぎず、不可罰とせざるを得ないのである<sup>11)</sup>。ここに、「処罰の間隙」が生じるのである。

ところで、「間接正犯と教唆犯の錯誤の問題」は、日本だけでなく、ドイツにおいても議論された経緯がある。その中で、いくつかの解決手法が打ち出された。例えば、客観的行為を考慮せず、当該行為者が正犯意思で行なったか共犯意思で行なったかで正犯と共犯を区別する見解（主観説）、間接正犯を教唆の意思で行なった、または教唆犯を間接正犯の意思で行なったという、関与の役割の錯誤は純粋な当てはめの錯誤にすぎず、重要ではないとする見解（客観説）、間接正犯の性質には教唆犯の性質も含ま

7) 大塚・前掲註(5)161頁。

8) 日本刑法典38条2項「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」

9) 団藤・前掲註(5)383頁。

10) なお、「教唆」の定義から、被教唆者に故意を生じさせることを前提とするものとして、平野龍一『刑法総論』(有斐閣・1975年)360頁。

11) 上記の錯誤においては、日本刑法典38条2項を用いて軽い教唆犯が認められるとする見解が通説であるが、条文上、重い罪で罰せられないとするのみであり、この点、軽い罪であっても成立条件を充足しなければならないように思われる。

れるとする見解(折衷説)などが挙げられる<sup>12)</sup>。結論および方法論において相違があるものの、いずれにせよ、「処罰の間隙」を埋めようとする各々の学説において共通しているのは、間接正犯と教唆犯との「択一的関係の解消」を前提としていることである<sup>13)</sup>。つまり、間接正犯と教唆犯との間に重なりあう部分があることを見出そうとするのである<sup>14)</sup>。そうであるならば、上記のような錯誤の問題を考えるに当たって、通説のような間接正犯と教唆犯との択一的関係を前提とする理論を打破しなければならない。その結果、「処罰の間隙」を克服しようとするならば、構成要件にある故意の体系的地位を放棄する必要が生じる。すなわち、教唆犯成立の必要条件としての「被教唆者における故意の惹起」を放棄する方向へ改めなければならないのである。この点に関して、故意・過失の従属性を認めることによって「処罰の間隙」を埋める試みもある<sup>15)</sup>が、正犯が無過失である場合のことも考慮すれば、限定的な解決にとどまる。したがって、従属共犯の成立のために、故意や過失といった要素を共犯の従属性の対象から外すことが最も有効な手段と考えられるのである(この場合、故意・過失を「責任」に位置づけることが良策になろう)。

以上の点を踏まえると、中国刑法においては次のようなことが考えられる。中国刑法では、29条2項において「被教唆者が教唆された罪を犯さなかったときは、教唆犯については、その刑を軽くし、又は減輕することができる<sup>16)</sup>」と定められているが、幫助犯については、そのような規定は存在しない。したがって、理論的には、「極端従属形式」の採用を前提とし

12) 判例・学説の詳細については、大塚 仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」『斉藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(有斐閣・1964年)85頁以下参照。さらに、松宮孝明「非故意行為に対する共犯 『故意への従属性』について」立命館法学231=232号(1994年)237頁以下(同『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)223頁以下所収)も参照。

13) 松宮・前掲註(12)235頁。

14) ドイツ刑法の規定上の問題点について、松宮・前掲註(12)236頁以下参照。

15) 例えば、中 義勝『講述刑法総論』(有斐閣・1980年)235頁。

16) 中国刑法典の翻訳については、野村 稔=張 凌共著『注解・中華人民共和国新刑法』(成文堂・2002年)に拠る。

た場合、「間接正犯と教唆犯の錯誤」の問題は、教唆犯の未遂で対処しなければならず、また幫助犯との関係では、中国刑法典に幫助犯未遂の規定がない以上、処罰の間隙が生じうる。また、制限従属形式を前提とした場合でも、正犯の故意・過失を従属共犯の成立条件とするならば、「処罰の間隙」が存在しうる。

### (3) 各則の規定（刑の任意的免除）の解釈について

そして最後に、この共犯成立に関わる要素従属性の問題は各論的な問題にも波及する。例えば、日本刑法典105条に規定されている「親族による犯人蔵匿ないし証拠隠滅に関する特例」がそうである。犯人蔵匿罪や証拠隠滅罪において親族が犯人の利益のために犯したときは、刑を免除することができるとして、親族による適法行為の期待可能性の低さを理由<sup>17)</sup>に、親族のみに刑の任意的免除を設けている<sup>18)</sup>。ここで問題となるのは、親族の犯人蔵匿ないし証拠隠滅行為に対し非親族である第三者が共犯として関与した場合である。なぜならば、ここでも、刑の任意的免除の体系的位置づけに応じて第三者の「共犯責任」が左右されるからである。そこで、第三者が親族による犯人蔵匿・証拠隠滅行為に関与した場合に、第三者が共犯として処罰されうるためには、105条に規定されている刑の任意的免除を責任阻却事由と理解することで、たとえ正犯が親族であったとしても、親族でない第三者は共犯の処罰対象となりうることになるのである。

このように、上記のような「間接正犯と教唆犯の錯誤」の問題における

---

17) 1947年の必要的免除から任意的免除への法改正について、大塚 仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣・2005年）599頁註（1）参照。

18) なお、犯人・逃走者の親族による第三者に対する教唆について、大判昭和8（1933）年10月18日刑集12巻1820頁（庇護の濫用に当たるとして親族に教唆犯を認めた）。親族自身の行為に限り、他人に犯罪をさせた場合には105条の適用はないとするものとして、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990年）89頁、大塚・前掲註（17）601頁など。他方、他人を教唆する共犯的行為にも105条の適用できるとするものとして、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977年）285頁、山口 厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2010年）590頁など。

「処罰の間隙」を調整するためには、要素従属性の程度および故意（あるいは過失）の体系的地位のあり方および各則に規定されている阻却事由を踏まえた上で、犯罪体系ないし共犯体系を導き出さねばならないことになる。

## 2. 特殊な正犯要素と共犯

### (1) 従属性の問題と統一的正犯体系

上記のことからも明らかなように、日本の刑法は、ドイツの刑法体系に倣い、関与者をその形態によって正犯と共犯に区分するという、共犯体系を採用している。しかし、他方で、上述のような事例で処罰の間隙の可能性を回避する方法として、共犯の従属性を考慮しなくて良い、いわゆる統一的正犯体系（Einheitstätersystem）を採用することも考えられる。この統一的正犯体系とは、犯罪関与の形式如何を問うことなく、犯罪に関与した者すべてを正犯とする立法形式である。すべての者が正犯であるということは、共犯が存在しないということであり、正犯に対する共犯の従属性の問題を考慮する必要がない、つまり、端的に言うなら、犯罪に関与したすべての者が正犯である以上、ある者の可罰性は、他の関与者とは全く独立に評価されることになる。既に松宮報告においても言及されたオーストリアの他、イタリアなどが、これを実際に現行刑法の立法形式として採用している<sup>19)</sup>。これによれば、上に挙げたように、甲が毒入りケーキを乙に渡した場合、乙の実際の認識、責任能力とはかかわりなく、甲は常に殺人の正犯となる。

このように、統一的正犯体系を採用するならば、その者自身の罪責を直接に問えばよいことになり、法の適用が簡略化されるといわれている。実際、上述の事例を考えるなら、従属性の問題を考える必要のある正犯、共

19) この点、オーストリアは、機能的統一的正犯体系を採用している。これは個々の犯行形式の価値的な段階付けは放棄するが、概念的、類型的な区分（「直接的正犯」「誘発正犯」「寄与正犯」）は維持するという体系である。これらの区分は価値的、本質的に同等であり、同一の法定刑の下に置かれるとされるが、未遂等の場合に関与形式によって異なる取り扱いをしている。

犯の区分を放棄する方が妥当ではないか、と考えることも、一見すれば不合理ではないように思われる。しかしながら、実はこの各関与者の独立、ということを実徹するならば、不都合が生じてしまう場合がある。それが、いわゆる「身分犯」の事例である。

## (2) 身分犯と統一的正犯体系

例えば、収賄罪が成立するためには、公務員が金銭を受け取ることが必要である。一般人が単独で金銭を受け取るか、そこに公務員が関わるかで、行為の意味が決定的に異なってくる。上述のケーキの事例のように、直接行為者に故意があると思っていたが、実は故意がなかった場合、背後者を殺人の教唆犯とすることは可能である。しかしながら、一般人の乙が、甲は公務員であると誤想して、業者から金銭を受け取るよう唆した場合、甲は実際には公務員ではないのであれば、収賄罪は成立し得ない<sup>20)</sup>。ここでは公務員という「身分」がなければ、犯罪構成要件実現そのものが消失してしまうことになる。これは、通常の犯罪の場合には、正犯行為が機械に置き換えられれば背後者が正犯となると理解されているのとは対照的である<sup>21)</sup>。そして、日本の刑法典では、非身分者であっても、身分者の行為に加功することによって、身分犯の共犯となることが出来ると規定されている（65条1項）。

さて、この点で問題となるのが、統一的正犯体系における身分犯の問題である。上述のように、統一的正犯体系は、各人の独立した処罰を前提とするものである。しかしながら、ここで公務員ではない乙は単独では収賄罪を犯すことが出来ないの、乙にも刑事責任を問うことが可能であるとするためには、公務員である甲の行為を考慮せざるをえない。しかし、甲と乙の独立した処罰という前提と、公務員ではない乙にも収賄罪の罪責を

---

20) ただし、教唆の未遂については成立の可能性があるという事は、既に松宮報告でも指摘されている通りである。

21) Günther Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl., 1993, 22/7. 先ほどの毒入りケーキの事例では、甲がロボットにケーキを持って行かせれば、彼が正犯となる。

問う、という結論は、理論的に両立しうるのであろうか。

統一的正犯体系を採用するオーストリアでは、刑法典14条において、乙を処罰するための規定が置かれている<sup>22)</sup>。これは、端的に言えば、身分犯である犯罪の中でも、その身分の要素によって「不法」に関する身分、「責任」に関する身分に区分され、両者はその効果が異なるというものである。「不法要素」は客観的なものであるからすべての関与者に連帯する、よって非身分者にもその効果が及ぶが、「責任要素」は個別的なものであるから、その者にだけ作用する、というふうに説明されている<sup>23)</sup>。

しかしこの点に関して、不法に関連するものであれば、全ての関与者にとって等価である、ゆえに他の者にもその効果が帰属されるという説明は、キーンアプフェル等の論者の言葉を借りれば、統一的正犯原理を破壊する、といった批判を受けることになった<sup>24)</sup>。そもそも、この規定によれば、公務員に収賄の故意がなくとも、客観的に金銭の授受があれば、それに関与した非公務員にも収賄罪が成立しうることになってしまう。つまり、客観的な態様だけに注目し、ただ身分者の行為が介在していれば良いとすると、処罰範囲が不当に拡大する可能性が生じてしまうのである。このことから、身分者の客観的な行為と、生じた結果との因果性、という観点からだけでは、処罰を限界づけることは出来ないことが明らかとなる。

そこで、身分犯の場合には、客観的な行為の態様だけに止まらず、公務

---

22) オーストリア刑法典第14条 正犯者の資格および関係

1項「法規が、可罰性 または刑の量を所為の不法に関係する行為者の一身的資格または関係に依存させているとき、この資格または関係が関与者のうちの一人に存在する場合には、この法規を全関与者に適用する。ただし、所為の不法が特別の一身的資格または関係を有する者の直接的実行またはその他一定の態様における加功に依存するときは、この条件が満たされることを要する」

2項「これに反して、特別の一身的資格または関係が、もっぱら責任にのみ関係する場合には、この法規は、この資格または関係を有する関与者にのみ適用される」

23) これと同じく、身分を違法身分と責任身分とに区分して、現行日本刑法典65条の解釈にも妥当すると主張するものとして、西田典之『共犯理論の展開』(成分堂・2010年)323頁以下。

24) Diethelm Kienapfel, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRZ, 1975, S. 166, Fn. 14

員が意識的に、つまり故意で自分の地位を濫用した、すなわち、主観的な要素を満たした場合にのみ、その不法が基礎付けられる、との主張がなされることとなった<sup>25)</sup>。実際、オーストリアの判例でも、背任のような特別義務犯、近親相姦などの自手犯の場合には、身分者に故意があったことが犯罪成立のために必要であるとされている。

しかしながら、ここから帰結するのは、このように他の者の身分や故意、行為性を、別の者の処罰の前提とするのであれば、もはやそれは「『正犯』という不当なレッテルの下でまさに古典的な共犯規定を創設している」<sup>26)</sup>に等しい、ということである。したがって、このような身分犯の理解は、統一的正犯の前提と矛盾し、理論的に破綻しているのではないかと、との批判は免れない。むしろ、正犯に従属する共犯という存在を正面から認めたと上で、身分者に関与することによってのみ非身分者の処罰が基礎づけられるとする構成の方が理論的に一貫しているように思われる。

そして、不法は客観的なものであるがゆえに等価である、ゆえに全ての関与者に連帯する、とするのではなく、むしろ、身分犯の場合には、身分者がどのような意図でその行為を実行したか、それがどのように刑法上評価されるべきなのか、ということが重要なのである。ノヴァコフスキーは「錯誤に基づいて不適切に決定する公務員は、彼の権力を『濫用』しているのではない。彼は、刑罰が意図している信頼違反を犯したのではない<sup>27)</sup>」と述べている。単純に不法身分である、ということから、身分犯の共犯の問題全てが解決するわけではない<sup>28)</sup>。

---

25) Friedrich Nowakowski, Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 176.

26) René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 170.

27) Nowakowski, a. a. O., S. 176.

28) そもそも各則の条文それ自体からは、どれが違法身分で責任身分なのかは明らかとはならない。その都度条文を解釈する必要があるが、そのうちのどれを違法、責任に位置づけるのかは、それ自体非常に争いのある問題である。このように、一義的に決定できない「不法身分」「責任身分」の概念によって法適用が左右されてしまう事は、罪刑法定主義の観点からしても疑念がある。

### (3) 誇張従属形式

では、このような統一的正犯の下での不法身分、責任身分という区分がうまくいかないのなら、むしろ、正犯の身分の効果がすべて共犯にも連帯するという、誇張従属形式を採用することも選択肢として考えられる。これによれば、常に正犯の身分が基準となるので、生じる帰結は非常に明快である。なぜならば、身分者の行為に加功すれば、その者自身の身分にかかわらず、身分犯として処罰されるからである。例えば、松宮報告にもある通り、中国刑法の公務上横領罪383条3項には、公務員と共同して横領した者は公務上横領とする旨規定されており、271条の業務上の横領よりも重く処罰されることになる。そして逆に、非身分者が正犯であった場合には、身分者がそれに加功しても、正犯に連帯するので、非身分者の刑で処罰される、ということになる。実際、フランスではそのような処理がなされている。中国刑法の条文を例にすれば、公務員が、非公務員に傷害を負わせるよう唆した場合、正犯は非公務員だから、中国刑法234条の傷害罪で処罰され、公務員もそれに従い、234条で処罰されることになる。

しかしながら、日本やドイツは、フランス刑法の影響を強く受けていたにもかかわらず、このような形式を採用しなかった。共犯は正犯に従属するが、身分犯の場合には、共犯は完全に正犯に従属するわけではなく、共犯であっても、原則的に、その者自身が有している身分に従って判断されることが妥当であると考えたからである。つまり、身分犯の身分とは、行為に還元され、誰にとっても等しく評価されるというものではなくて、まさにその者自身がその行為をした不法内容を決定付ける性質のものであると考えたのである。その背後には、身分を、それを有する者自身の義務として把握しようとする考慮が働いている。

### (4) 義務犯という構想

このように、社会の中で身分者が担う役割から生じる義務、という観点から身分犯の処罰を根拠づけようとするのが、義務犯論である。これを主

張するロクシンによれば、義務犯として位置づけられる身分犯の領域では、犯罪行為を支配したかどうか、ということにはかかわりなく、その義務を担っている義務者（身分者）のみがその義務に違反し、正犯となりうるのであり、その義務に関わらない者は、共犯として処罰されるに過ぎない<sup>29)</sup>。

また、ヤコブスによれば、社会において重要な制度を維持するための「特別な義務」と有する者が義務者であるとされ、被害法益との制度的結び付きを侵害した者が正犯とされる<sup>30)</sup>。そして、このような制度は、社会全体にとっても必要不可欠であり、義務のない者にとっても、全く関係のないものではなく、義務者を通じてこの制度を否認することが出来るのだとして、非義務者も共犯としては可罰的なのだと説明する。このように義務として身分を把握する構想は、古くから主張されて来たものであるが、ロクシン・ヤコブスらの義務犯論は、これを「義務犯」というカテゴリーとして発展させ、義務者の正犯性、および、それ以外の者の共犯としての関与の可罰性を説得的に示している点に特徴がある。いずれにしても、身分犯は、犯罪主体を一定の者に限定している点で、結果の惹起、という観点からだけではうまく説明できない問題があり、そのような中でこの義務犯論は社会的な役割、制度、といった観点からその可罰性を理論的に根拠づけようとするもので、非常に示唆に富む。その射程について議論の余地はあるが少なくとも、身分犯の領域においては、有効に機能しうるのではないかと思われる。

### 3. む す び

以上、「間接正犯と教唆犯の錯誤」、「特殊な正犯要素」の問題を題材にして、「構成要件・違法・責任の体系」の意義について考えてきた。

---

29) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, S. 352 ff.

30) Jakobs, Anm. 21, S. 655 ff.

まず、間接正犯と教唆犯の錯誤から生じる「処罰の間隙」の問題を通して、正犯にどの程度の要件を必要とするかという要素従属性の問題、および責任能力および故意・過失の体系的地位の問題、そして各則に規定されている阻却事由をどのように理解するかに応じて犯罪体系ないし共犯体系が規定されうるということが明らかとなった。

そして、身分犯の問題を通じては、体系論の意義と共犯の従属性の問題を検討し、身分犯の場合、結果に対する因果性という発想からだけではうまく説明できない問題があることが明確にされた。共犯の従属性に関わる問題を回避しようと統一的正犯体系を採用するにしても、身分犯という特殊な正犯要素を要求する罪の場合には矛盾に直面し、結局、正犯と正犯でない共犯を区別する共犯体系に回帰せざるを得ない。また、統一的正犯体系は、そもそも全ての者を正犯とし、立法形式を簡略化する点にメリットがあるといわれるが、これはその反面、裁判官の裁量範囲を拡大するという側面も有している。つまり、関与形式の類型的区分を廃止したとしても、各関与者の犯罪行為に対する寄与度は、いずれにしても量刑段階で考慮せざるを得ず、類型的な区分が存在しない分、裁判官が個別の事案ごとに検討せざるを得なくなる<sup>31)</sup>。これは量刑基準の統一化という面からすると不安定であるとの印象は否めない。

いずれにしても、この考察を通じ、犯罪体系論上の問題を考える上で、共犯論が「試金石」となることの一例を示すことができたように思う。中国が今後、どのような道を進むべきかについて、本稿が何らかの手がかりとなれば幸いである。

---

31) この点につき、René Bloy, *Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich*, Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, S. 33 ff. 参照。