

# 犯罪体系論再考

松 宮 孝 明

## 1. 犯罪体系を論じる意味

本稿は、刑法学において「犯罪体系」を論じる意味を再検討し、あわせて、日本の犯罪体系論につき比較法的な見地を交えて検討を加えるものである。

「犯罪体系」を論じる意味については、すでに2005年の中国山東大学におけるシンポジウムにおいて報告したように、「犯罪論の体系化は、ひとり裁判官の思考の整理のためにあるだけでなく、むしろ新しい解釈論ないし体系論の発展を基礎に総則規定を整備することによって、より単純かつ操作性の高い使いやすい刑法を作ることに資すること、つまり立法者にも奉仕するもの<sup>1)</sup>」である。これは、とりわけ、刑法典の「総則」を作る際に重要となる。なぜなら、「総則」は、「各則」に比べて、その法概念の抽象度が高く、特別刑法を含む刑法全体との整合性が必要となるからである<sup>2)</sup>。

その際、試金石となるのは「共犯」規定である。なぜなら、今日のドイツおよび日本で多数の支持を得ている「制限従属形式」の考え方によるなら<sup>3)</sup>、共犯の対象となる正犯の「犯罪」は、少なくとも、構成要件に該当する違法な行為である必要がある<sup>4)</sup>が、必ずしも責任能力者の行為である必要はない<sup>5)</sup>からである。したがって、ここでは、刑罰効果発生要件としての犯罪の要素のうち、「共犯の成立を根拠づける要件」を構成する「犯罪」要素と、そうでない要素とを区別する必要が生じる。そして、「制限

従属形式」の考え方によるなら、前者には「構成要件」と「違法性」が属するが、「責任」は後者に属することになる。その結果、共犯現象は、心神喪失等の理由により責任能力のない者との間にも可能となる。ゆえに、刑法典の「総則」は、このような結論を可能とする内容を持っていない<sup>6)</sup>。

しかしながら、犯罪体系を規定する要因は、このような「責任無能力者に対する共犯」ばかりではない。そこで、以下では、多様なタイプの犯罪を念頭において、どのような犯罪体系が最も妥当であるかを検討してみたいと思う。

## 2. 犯罪構成要素の体系と「犯罪構成要素 + 阻却事由」の体系

### 2-1. 犯罪構成要素の体系

最初に検討すべきなのは、旧ソヴィエト刑法学で発展した「全構成要件の理論」である。この体系での問題点は、刑事責任能力を犯罪構成の主体的要素とすることである。この場合には、そもそも、責任無能力者に対する共犯はありえないので、他の共犯者が実行正犯<sup>7)</sup>に責任能力がないことを知らずにその実行に関与した場合には、共犯は成立しないことになる。同時に、この場合、他の共犯者は実行正犯の責任無能力を知って「道具」として利用したわけではないので、間接正犯もまた成立しない。したがって、この「処罰の間隙」を埋めるためには、何らかの意味で、共犯の従属（＝加担）対象である「犯罪」の要素から責任能力を追い出さなければならない。そのためには、責任能力を犯罪の主体的要素とする体系は適当でないことになる。

実際には、ソヴィエト刑法における「共犯」と犯罪主体の関係は、このような一般理論では規律されていないものと思われるが、少なくとも、この理論では、犯罪体系論と共犯論との関係は明らかでない。

## 2-2. 犯罪の構成的要素と阻却事由の体系

そこで、次に、「刑罰効果発生要件<sup>8)</sup>」としての「犯罪」を、その構成的要素と阻却事由とに分けて整理する体系が検討されなければならない。ここにいう「構成的要素」とは、その条件が充足されることが「刑罰効果発生要件」の必要条件であるものを言い、「阻却事由」とは、その条件が充足されることが「刑罰効果発生要件」の充足を否定するものを言う。たとえば、殺人罪における「人の死」は殺人罪の「構成的要素」であり、その殺害行為が「正当防衛」であることは殺人罪の「阻却事由」である。

この体系には、英米刑法の *actus reus* と *mens rea* および各種の「抗弁」(defense)とを組み合わせた体系や、ドイツ刑法の「構成要件」(Tatbestand)、違法性(Rechtswidrigkeit)、責任(Schuld)という三段階体系が属する。ドイツ刑法の「阻却事由」は「違法性阻却事由」と「責任阻却事由」に分けられる。このうち、英米刑法の体系では、さらに、合衆国模範刑法典のように「抗弁」を「正当化」(justification)と「免責」(excuse)とに分けることで、実質的にドイツの三段階体系を取り入れたものもある。

しかし、英米刑法の場合には、「抗弁」の存在と共犯の成否との関係が、必ずしも明らかではない。そもそも、「抗弁」を「正当化」と「免責」に分けること自体が、必ずしも合衆国各州の刑法に貫かれているわけではないし、伝統的なイギリス法では、この点はなおさら不明確である。

これに対して、ドイツの三段階体系は、共犯における「制限従属形式」と結びついて、責任阻却の場合にだけ共犯の成立を可能とする。つまり、「構成要件」該当性と「違法性」は、共犯成立のために正犯行為に備わるべき必要条件とされているのである<sup>9)</sup>。そのため、この体系では、「構成要件」と「違法性」とを併せて「不法」(Unrecht)と呼び、共犯は正犯の「不法」に従属すると説明されることになる。

しかしながら、このように犯罪をその構成的要素と阻却事由に分ける体系は、「構成」と「阻却」という、訴訟法における証明責任を彷彿させる

分け方のゆえに、共犯問題との間に不整合を生じることがある。すでに「消極的構成要件要素」という概念が示唆しているように、「刑罰効果発生要件」の充足を否定する条件であっても、その不存在を消極的な構成的要素と解することは、論理的には可能である。

さらに厄介なのは、「故意」（＝日本刑法38条1項の「罪を犯す意思」）の位置づけである。一般に、「故意」は「犯罪」の構成的な要素であり、その存在は訴追側が積極的に証明しなければならない「罪となるべき事実<sup>10)</sup>」に当たるとされている。ところで、共犯の従属性を認める通説によるなら、どのような従属形式を採ったとしても正犯の行為は何らかの犯罪の「構成要件」に該当するものでなければならない。したがって、自称「共犯者」が正犯者に故意があるものと誤想して関与した場合には、自称「共犯者」がそのつもりであっても、共犯は成立しないと云わなければならない。しかも、この自称「共犯者」は、正犯者に故意がないことを知ってこれを利用したわけではないから、間接正犯にも当たらない。ゆえに、ドイツ刑法では、この場合にドイツ刑法30条の重罪に関する独立教唆規定に当たらなければ「処罰の間隙」を生じることになってしまう。これは、刑事立法政策的には、不満足な結論と言わなければならない。

同じく厄介なのは、「誤想防衛」の扱いである。この場合、今日のドイツの多数説は、誤想防衛者に、襲われたと勘違いした点について過失がある場合には過失犯規定で処罰されると解する。つまり、故意犯の刑ではないのである。しかしながら、「誤想防衛」行為は、すでに何らかの犯罪の「構成要件」に該当しているものはずである。そこで、「故意」を犯罪の構成的要素として「構成要件」に位置づける場合には、「故意」の内容は「構成要件」の実現についての認識・予見で足り、違法性阻却事由の誤想はその存否に影響を与えないということになる。これは、ハンス・ヴェルツェル以来の所謂「厳格責任説」の考え方である。

しかし、これでは、「誤想」につき過失があった防衛者は、その罪責の実質は過失犯であるにもかかわらず、故意犯として処罰されることになっ

てしまう。そこで、今日のドイツの多数説は、この場合に、「故意はあるが故意不法はない」として、過失犯の法効果のみを認めようとする。つまり、故意があつて故意犯の「構成要件」に該当する行為が、実質的に過失犯として扱われるのである。これは、あまりに複雑で理解困難な体系である。

このような矛盾を生じた理由は、「故意」が「犯罪」の構成的要素であることに固執し、違法性阻却事由の認識がある場合の処理や共犯の従属性との関係を軽視したことにある。そうではなくて、故意は、訴訟法的には犯罪の構成的要素であるが、実体法的には、違法性阻却事由の認識によって否定され、かつ、正犯の故意は共犯の従属対象でないとする体系を目指さなければならない。したがって、我々は、訴訟法の証明責任を彷彿させる「犯罪構成要素+阻却事由」の体系ではなく、違法性阻却事由の誤想や共犯の従属対象をも考慮した、このような意味での実体法的な犯罪体系論を目指さなければならない。

### 3. 犯罪の実質的定義

#### 3-1. 客観主義と主観主義

実体法的犯罪体系を採用する場合には、最初に、そもそも「犯罪」とは何かを決めておかなければならない。なお、ここにいう「犯罪」とは、「刑罰効果発生要件」としての「犯罪」であり、共犯の従属対象としての「犯罪」ではない。

その際に重要となるのは、「犯罪」を現実社会に害悪をもたらした人間の振舞いと定義するか、それとも、社会に害悪をもたらす人間の内心態度と定義するかの争いである。これは、いわゆる「客観主義」と「主観主義」の対立である。聖書のイエスの言葉を引用するなら、「姦淫するな」というモーセの戒律の違反を、「現に姦淫したこと」に見るのが「客観主義」であり、「みだらな思いで他人の妻を見る者はだれでも、既に心の中

でその女を犯したのである<sup>11)</sup>。」と解するのが「主観主義」である。

ここでは、刑法は世俗世界の法であることを想起しなければならない。神ではない人間の法である刑法では、外部世界に何等の有害結果をももたらしていない人間の内心領域に、強制力を持つ法が踏み込むことは適切でない。そればかりではない。そもそも、コミュニケーションの世界である社会にとってコミュニケーションのレベルで有害な結果をもたらすものが必要なければ、刑法は介入できないのである<sup>12)</sup>。

つまり、「内心の自由」という人権を保障するという規範のレベルでも、実際に刑法は介入不可能であるという事実のレベルでも、刑法における「犯罪」は、社会にとって有害な結果が現実が発生したという出来事から出発しなければならないのである。

もっとも、このことは、殺人罪であれば、殺人未遂を処罰してはならないということを意味しない。殺人未遂が成立するためには、少なくとも、処罰される人物が「他人を殺そうとした」というメッセージを外部に発信する意味をもつ行動に出たのでなければならないのである。その意味で、未遂にも有害な出来事つまり「結果」は必要である。

しかし、現代の刑法学においても、「控えめな主観主義」と思われる考え方があつた。ハンス・ヴェルツェルやアルミン・カウフマンに代表される「目的的行为論」(Finalismus)の考え方である。そこでは、「犯罪」行為は、犯罪結果を目指す人間の目的的行为であり、この「犯罪結果を目指す」態度の中に「行為反価値」(Handlungsunwert)が見出される。つまり、「みだらな思いで他人の妻を見る者はだれでも」すでに「姦淫してはならない」という規範に違反したことになるのである。

この考え方は、刑法の扱う「犯罪」現象が、行為者だけでなく、その犯罪の被害者や、その行動を「犯罪」とみなす第三者のコミュニケーションによって成り立つ現象であることを見過ごしている。したがって、実際には、「目的的行为論」であっても、その行動が社会において「犯罪」として受け止められることを無視することはできない。現に、ヴェルツェルら

によって提唱された「社会的相当性」(Sozialadäquanz)という考え方は、人間の行動が社会によって「犯罪」と受け止められない場合に犯罪の成立を否定するものであった。

### 3-2. 「社会侵害性」

次に検討しなければならないのは、「社会にとって有害な結果」とは何かという問題である。これは、一般に「社会侵害性」(Sozialschädlichkeit)という用語を用いて議論されている。ドイツおよび日本の刑法学では、これは長らく「法益侵害性」(Rechtsgüterschädlichkeit)という言葉と同じ意味で理解されてきた。しかしながら、ドイツでは、この20余年の間に、両者は異なるとする見解が次第に有力となってきた<sup>13)</sup>。したがって、我々は、あらかじめ、この「法益侵害」という概念と「社会侵害」という概念との関係を検討しなければならない。

この点について、クヌート・アーメルンクは、次のように述べている。すなわち、「啓蒙主義にとって、社会侵害的な行動とは、社会を解体する(desorganisieren)行動なのである。その行動は、啓蒙主義の構成原理、つまり社会契約に反するものであり、そしてまた、その重要な構成要素、すなわち社会の中で社会的関係を規律する権利を壊してしまうものなのである。法益侵害としての犯罪理論は、社会侵害性に着目してはいないし、少なくともその必要がない。その犯罪理論にとって、犯罪は、ある『客体』(Objekt)の侵害、すなわち社会によって積極的な価値を認められているが、根本的には、所有の客体のように社会の外にある対象の侵害なのである。社会は、構成された、それゆえ解体され破壊されうる社会関係システムとしてはすこしも現れず、むしろその『財』に侵害を被る主体としてのみ現れるのである<sup>14)</sup>。」と。

つまり、「社会侵害」とは社会の構成原理に対する攻撃であり、「法益侵害」は権利の客体に対する攻撃なのである。ゆえに、「法益侵害」という考え方は、「社会侵害を社会自体を解体するものとして説明するといった

構想を、それ自体提供しない」のである。

したがって、「社会侵害」とは、とりあえず、「社会を構成する原理」を攻撃することと定義しておこう<sup>15)</sup>。ゆえに、この定義では、何が「その社会を構成する原理」であるかが重要になる。その際の重要な手がかりは、その社会を含む国家の憲法が、その国をどのように定義しているかである。「自由主義」か「専制主義」か、「資本主義」か「社会主義」か、「個人主義」か「全体主義」か、「法治」か「人治」かといった国家の構成原理が、その国の社会の構成原理を決定的に規定するからである。それは、そのまま、刑法各則の犯罪のカタログやその並べ方、法定刑の軽重といった「各則の体系」に反映する<sup>16)</sup>。しかし、この問題はきわめて大きな課題であるため、詳しい検討は別稿に譲りたい。

## 4．故意の体系的地位

### 4-1．訴訟法的体系

前述のように、「故意」という主観的要素を「構成要件」に位置づける場合には、「正犯に故意があると誤想した共犯」の処罰や「誤想防衛」の過失犯としての処罰の際に矛盾をもたらす。しかし、それでもあえて、「故意」を構成要件に位置づける見解がある。

その第1は、日本の小野清一郎に代表されるもので、「構成要件」を、刑事訴訟法にいう「罪となるべき事実」と同視する体系である。筆者は、これを「訴訟法的体系」と呼ぶ。第2は、「目的的行為論」に基づき「故意」を行為に不可欠の要素とすることで「構成要件」の要素とするものである。

第1の見解では、「故意」は構成要件の要素でありながら、「誤想防衛」等の違法性阻却事由の誤想の場合には、その存在が否定される。つまり、違法性阻却事由が認識される場合には、「罪を犯す意思」（日本刑法38条1項）はないと考えられているのである。この体系は、正当防衛や誤想防衛

の場合、その行為の構成要件該当性は前提となっていなければならないのに、これらに当てはまると遑って行為の構成要件該当性自体が否定されてしまうという体系矛盾<sup>17)</sup>を引き起こす。そのため、この体系を修正する見解<sup>18)</sup>では、「構成要件」の要素である「故意」は単なる構成要件の実現意思であり、違法性阻却事由の認識によって否定される「故意」とは異なるとする体系が採用される。前者を「構成要件の故意」(Tatvorsatz)と呼び、後者を「責任故意」と呼ぶ。

しかし、この修正された体系にも難点がある。まず、この見解を支持する論者の主張に反して、この場合の「構成要件の故意」は、故意犯と過失犯とを区別する機能(=「犯罪個別化機能」)を持たない。なぜなら、たとえば「誤想防衛」によって他人を傷つけた場合、この誤想が過失に基づくものであるなら、この見解の支持者によると、誤想防衛者は過失傷害罪で処罰されるからである。つまり、この場合には、「構成要件の故意」があっても、過失犯が成立するのである。次に、この見解でも、やはり、「正犯に故意があると誤想した共犯」を、共犯として処罰することはできない<sup>19)</sup>。なぜなら、この場合には、従属対象となる正犯の「構成要件」該当行為が存在しないからである。

第2の見解は、いわゆる「責任説」、それも「厳格責任説」を採用し、「誤想防衛」の場合でも「故意」はあるとする。そのため、第1の見解に認められた「ブーメラン現象」は免れており、また、構成要件要素としての「故意」はあるのに過失犯が成立するといった「犯罪個別化機能」を否定するような現象も生じない。しかしながら、この見解では、本来、過失的な非難にしか値しないはずの、侵害を過失で誤想した防衛者に故意犯という重い罪責を認めるという不都合な結論を生ずる。さらに、この見解でも、やはり、「正犯に故意があると誤想した共犯」を、共犯として処罰することはできない<sup>20)</sup>。

したがって、「構成要件の故意」を含めて、「故意」を構成要件に位置づける見解は、満足な結論を保証することができない。ゆえに、「故意」は

訴追側の積極的な立証を要する「罪となるべき事実」である<sup>21)</sup>ことを理由に、これを「構成要件」に位置づけることは、妥当でない。つまり、このような「訴訟法的体系」は、断念されるべきである。

#### 4-2. 実体法的体系

そこで、我々は、訴訟法の立証責任問題とは無関係に、実体法的な体系論を展開しなければならない。その際に検討されるべき問題は、この「実体法的な」体系での「構成要件」では、かつてドイツのエルンスト・ベーリンク（Ersnst Beling）が重視した、「故意」に必要な認識・予見の対象を画する機能（＝「故意規制機能」）が重視されるべきか、それとも、共犯の成立に必要な正犯の行為を画する機能が重視されるべきか、ということである。後者の機能は、「制限従属形式」の下では、「構成要件」の「違法性推定機能」と一致するものであり、この場合の構成要件は「不法類型」（Unrechtstyp）である。

「故意規制機能」を重視する場合には、我々は、目的犯における「目的」や傾向犯における「内心傾向」、表現犯における「記憶」といった「主観的不法要素」を「構成要件」から排除しなければならない。たとえば、通貨偽造罪では、偽造した通貨の「行使の目的」がなくても、偽造者は本罪の「構成要件」に当てはまる行為をしたことになる。その代わりに、この場合には、「違法性」の段階で、あるいは、ベーリンクが考えていたように「責任」の段階で、「行使の目的」が積極的に証明されなければならない。

しかし、「訴訟法的体系」ではないといっても、「違法性」の段階で考慮されるのは、実際には、その存在は例外的と思われる「違法性阻却事由」である。この段階に、積極的に違法性を根拠づける「主観的不法要素」を位置づけるのは、適当でないように思われる。

また、「構成要件要素」の中には、客観的な行動に加えて行為者の意図・目的や認識を要するものも少なくない。このような要素を含む犯罪を

「傾向犯」と呼ぶ。たとえば、収賄罪における「賄賂の收受」という概念がそうである。ここでは、収賄者が対象となる利益を「公務員としての職務の対価」とであると認識していない場合には、利益を收受しても「賄賂を收受した」ことにはならない。そして、「賄賂を收受した」事実がない以上、収賄罪の対向的共犯である贈賄罪における「賄賂を供与した」という事実もないことになる<sup>22)</sup>。これは、収賄の教唆犯・従犯についても同じである。ゆえに、この場合には、利益を收受する公務員の側に、「利益を收受する」という事実ばかりでなく、この利益が「公務員としての職務の対価」とであるという認識がないと、およそ共犯は成立しないのである。したがって、このような「共犯」の従属対象の一部となる主観的要素を、故意と同列に扱うことは適当でない。したがって、この種の「主観的不法要素」を「構成要件」から排除して「責任要素」とすべきではないのである。

なお、メツガーのように、未遂犯の場合の故意は「目的」と同じく「主観的不法要素」とであると解することは、妥当でない。次のような設例を考えれば、これは明らかである。すなわち、「Yは、日ごろからBを殺害したいと考えて、Bの飲むべき牛乳に毒を入れてXに保管させていた。Bが来たとき、Yは毒入りであったことをすっかり忘れて、その牛乳をXから受け取りBに飲ませたが、幸いBは病院で一命をとりとめた」という事案である。

このような設例でBが死亡していた場合には、日本の通説は、行為時に、Yに殺人罪の故意がないにもかかわらず、Xに殺人罪の従犯を認める。Xは、客観的には間接正犯に当たる事態を従犯の認識で引き起こしたので、刑法38条2項により、重い殺人罪の間接正犯では処断できないが、このような事態は殺人罪の従犯と重なり合っているので、故意の認められる軽い従犯の限度で罪責を負うというのである。この結論は、すでに、従犯の成立に正犯の故意が必要条件でないこと、つまり、従犯は正犯の故意に従属しないことを前提としている。おそらく、設例のようにYが殺人未遂にとどまった場合でも、日本の通説は同じように考えて、客観的には殺人未遂

の間接正犯に当たる事態を殺人未遂の従犯の認識で引き起こしたので、故意の認められる軽い従犯の限度で罪責を負うと考えるであろう。この結論は、殺人未遂の場合でも、正犯の故意は共犯の従属対象でないことを意味している。したがって、この結論を妥当と考えるのであれば、未遂犯の故意を、他の「主観的不法要素」と同質のものとみることはできない。設例では、せいぜい、「その牛乳をXから受け取りBに飲ませ」ようとする具体的な意思が、結果発生危険を飛躍的に高める「主観的不法要素」となりうるにすぎない<sup>23)</sup>。

実は、ベーリンク自身は、構成要件の「違法性推定機能」を放棄していたわけではない。むしろ、彼は「故意規制機能」と「違法性推定機能」を矛盾しないものと考えていたように思われる。しかしながら、以上の考察から明らかのように、「主観的不法要素」を「構成要件」から追い出すと、「主観的不法要素」を欠いた「構成要件」は違法性推定機能を失い<sup>24)</sup>、かつ、共犯の従属対象の必要条件を示すことも不可能になるのである。ゆえに、我々は、「主観的不法要素」を「構成要件」の要素として承認しなければならない。そして、それは同時に、「構成要件」の「故意規制機能」を放棄することでもある。この場合、「故意規制機能」は、「構成要件」のうちの客観的要素に委ねられる。

#### 4-3. 「消極的構成要件要素」の理論

なお、正当防衛などの違法性阻却事由を、その不存在が犯罪成立の必要条件となるという意味で「消極的構成要件要素」と呼ぶ少数説がある。その意義は、違法性阻却事由の存在を誤想した場合には、それは構成要件に属する事実の錯誤として、「責任説であっても」犯罪の故意が否定されることになるということにある。しかしそれは、「事実の錯誤」を「構成要件に属する事実の錯誤」に限って故意なしと規定しているドイツ刑法の錯誤規定を背景としたものである。したがって、「構成要件」という用語でなく「罪」という用語を用いている日本刑法38条1項では事情が異なる。

つまり、通説は、「消極的構成要件要素の理論」に依拠せずとも、誤想防衛について故意なしとできるということである。

「消極的構成要件要素の理論」が、このように不人気なのは、ロクシンの教科書が完結にまとめているように、「違法性阻却」＝「正当化」というのは、単に、その行為がある犯罪の「構成要件」に該当しないというだけの意味にとどまらないものだからである。「構成要件」該当性の判断は類型判断であって、その行為をやってよいか否かの判断ではない。たとえば、万引きが殺人罪の「構成要件」に該当しないのは、それが「やってよい」行為だからではない。

逆に、違法性阻却の判断は、端的に、その行為が「やってよい」か「やってはいけない」かの判断なのである。生の「行為規範違反」性の判断といってもよい。もちろん、佐伯千仞博士以来の日本の「可罰的違法性論」は、違法性阻却判断における「可罰的違法阻却」も認める。利益衡量の結果として社会に与える害悪が軽微だから可罰的な程度の違法性はない、とする判断を認めるのである。この点は、ドイツの通説と異なるところで、ドイツでは、そのような「やってはいけないが、可罰性はない」という判断は、すべて、「構成要件」段階に押し込む傾向にある。

しかしそれは、決して、本来の「違法性阻却事由」が「構成要件該当性の否定」にとどまるという結論を支持するものではない。そうでないと、「違法性阻却事由」は行為の「許容規範」を意味するものでなくなってしまふからである。同時に、「許容規範」は「全法秩序から実質的に引き出される」がゆえに、事前に類型化されたものへの該当性を問うという判断にも馴染みにくい。「許容すべきであるが、類型がないから有罪」という思考は許されないのである。

## 5．犯罪論の試金石としての共犯論

### 5-1．共犯を前提とした「限縮的正犯概念」の体系と「統一的正犯体系」

このようにして、犯罪体系論としては、構成要件の「違法性推定機能」を確保し「共犯の従属対象」を明らかにするという観点を優先するものが妥当であるという結論に達した。しかしながら、この結論は暫定的なものである。というのも、犯罪体系論の中には、このような正犯への共犯の従属性を前提としないものがあるからである。具体的には、「統一的正犯体系」と呼ばれるものが、これに当たる。

「統一的正犯体系」とは、当罰的な形で（strafwürdig）犯罪に関与した者はすべて「正犯」（Täter）であって、その可罰性は他の「正犯」の存否に関わらないとするものである。したがって、他人を唆して殺人罪を実行させた者も、また、その殺人を幫助した者も、すべて「正犯」であり、その未遂処罰は実行者による「実行の着手」（日本刑法43条）の有無に関わりなく教唆ないし幫助行為の開始に認められるし、実行者に責任能力や故意がなくても、また、実行者の殺人が正当防衛であっても、背後者が殺人「正犯」となりうることになる。このような考え方は、たとえばオーストリア刑法で採用されている<sup>25)</sup>。

### 5-2．故意正犯の背後の過失正犯

このような考え方は「拡張的正犯概念」に由来する。この考え方は、「目的なき故意ある道具」や「身分なき故意ある道具」といった「規範的障害」のある人物を利用した間接正犯を説明することができるのである。たとえば自己領得の目的のない者に財物を窃取してもらって領得した者に、「目的なき故意ある道具」を利用した「窃盗罪の間接正犯」を認めることができるのである<sup>26)</sup>。しかし、その実際の意味は、むしろ「故意正犯の背後の過失正犯」を説明することにあつたと見られる。というのも、1927年

のライヒ裁判所火災事件判決<sup>27)</sup>をきっかけとして、故意犯ならば幫助的な行為が、過失犯では正犯として処罰されうるかという論争が始まったからである。

この火災事件判決では、被害者家族を脱出困難な工場倉庫に住ませた工場主等に対して、火災によって被害者らが焼死したことについて過失致死罪が認められた。その際判決は、この火災が仮に被害者家族の殺害を目的とする者の放火に基づくものであったとしても、被告人らは過失致死罪を免れないと述べたのである。これは、故意殺人「正犯」の背後に過失致死「正犯」を認めるものなので、学説の多くは、「遡及禁止論」に反するものとしてこれを批判した。しかし判例は、娘の嬰兒殺を予見できるのに、外出して犯行を防止できなかった母親や<sup>28)</sup>、殺人に使われるという認識なしに愛人に毒薬を渡した者<sup>29)</sup>に過失致死罪を認めるなど、その後も態度をあらためなかったため、学説の中には、これを何とか説明しようとするものが出てきた<sup>30)</sup>。その際、解くべき問いはつぎのようなものであった。すなわち、「故意があれば教唆が幫助にしかない行為が、過失であれば正犯行為になりうるか」である。

この解答に当たり、「拡張的正犯概念」は、「客観的共犯論」をとり、故意犯と過失犯とで正犯の客観的要件は同じであるという前提から出発する。その上で、教唆・幫助も本来は正犯行為なのだが、減輕の必要などの理由で別に規定されているだけだと説く。したがって、故意があれば教唆・幫助にあたる行為というものも本来正犯行為なのであって、故意犯と過失犯とで「正犯」の客観的要件に違いはないとするのである。このようにして、故意犯と過失犯とで「正犯」の客観的要件は同じだとする建て前を維持しながら、「故意正犯の背後の過失正犯」を認めることができる。このような考え方を出発点にして、明文上も、教唆犯や従犯は間接的な正犯なのだとするのが「統一的正犯体系」なのである。このような考え方に対しては、構成要件の厳格な解釈による犯罪成立範囲の限定という、刑法の「法治国家的機能」が無視されるおそれがあり、また未遂犯が処罰される犯罪では、

すべての関与者に未遂処罰の道を開くため、共犯独立性説を採用したのと  
同じく広すぎる処罰範囲をもたらす等の批判がある。

もっとも、統一的正犯体系の利点といわれているものも、実はそれほど  
大きなものではない。というのも、身分犯や目的犯の場合には、これらの  
犯罪に関与した非身分者や目的なき者を処罰するためには、彼らは「正  
犯」要件を欠いているので、これらの者も、間接的にはあれ、「正犯」  
になりうることを根拠づける特別の規定が必要だからである。自手実行を  
要件とする「自手犯」や拳動犯の場合にも、類似の問題が生じる。さらに、  
共同正犯規定をも不要とすると、各人の行為と結果との因果関係がわから  
ない場合、「同時傷害の特例」（日本刑法207条）のような規定をもっと拡  
張して規定しなければならなくなる。さらに、オーストリアでは、ドイツ  
や日本の通説がいう「間接正犯」が「直接的正犯」か「間接的正犯」かを  
めぐっても、争いがある。したがって、ドイツは、統一的正犯概念の立法  
論的な利点は大きくないとして、その採用に消極的である。

### 5-3. 二元的な正犯概念

このように、すべての関与が本来「正犯」であるとする「拡張的正犯概  
念」の出発点には、激しい批判が加えられた。そこでさらに、故意（作  
為）犯では「限縮的正犯概念」を維持しつつ、過失犯ではより拡張的な正  
犯を認めるという構成が試みられた。つまり、二元的な正犯概念である。

これはまず、「惹起犯」と「作為犯」の区別という形で試みられた（H.  
マイヤーなど）。「惹起犯」とは故意の不作为結果犯および過失結果犯の総  
称である。これらの犯罪の本質は、結果発生を防止しないことによる単純  
な結果の惹起にあるとされたのである。これに総論的な意味を与えたのが、  
ヴェルツェルらの「目的的行為論」であった。そこでは、「行為」とは本  
来、人間が特定の目標に向かって身体の運動を統制していく過程であって、  
それは故意作為犯の場合にだけ認められるのであり、不作为や過失は結果  
を防止しようとする目的的行為によって結果が避けられた限りで刑罰の対

象となるのであって、現実的な行為ではない(「潜在的目的性」とされた。その帰結として、正犯と共犯の区別および広義の共犯現象は、故意作為犯だけにしかありえないとされたのである。言い換えれば、不作為犯および過失犯はすべて「正犯」だ、とするのである。

現在、ドイツでは不作為犯には共犯がありうるとするのが判例・通説であるが、過失犯については、多数説は「二元的正犯概念」ないし「拡張的正犯概念」に依拠して、故意犯よりも拡張的な「正犯」を認め、かつ、共同正犯を含む共犯規定の適用をいっさい否定している<sup>31)</sup>。

#### 5-4. 身分犯・「義務犯」の共犯

このような正犯概念における二元主義を採用する「目的的行為論」は、故意(作為)犯における「正犯」の基準として、「行為支配」(Tatherrschaft)という概念を用いる。これは、ヴェルツェルによれば、判例の「主観的共犯論」を客観説方向に修正したものであって、「正犯者の意思」を客観化した犯行への寄与があれば「正犯行為」である。これによって、「見張り」もまた共同正犯になりうるとされる。

これに対しては、「行為支配」のありえない不作為犯や過失犯が、なぜ、すべて「正犯」となるのかという疑問が提起されたが、より深刻な問題は、身分犯にあった。たとえばドイツの判例は、他人の財産を管理する義務のある者が、この財産に属する財物の他の管理義務者による背任を援助しまたは黙認した場合、彼に背任罪の「正犯」を認めている<sup>32)</sup>。この場合、背任罪の結果である財産損害は他人の背任行為によってもたらされたものであるから、「間接正犯」の場合を別にすれば、財産管理者には「行為支配」は認められない<sup>33)</sup>。したがって、彼に背任罪の「正犯」を認める判例の結論を前提とする限り、「行為支配」は統一的な「正犯」基準とはなりえず、別の基準が追加されなければならないのである。

このような犯罪は、ロクシンによって「義務犯」(Pflichtdelikt)と名づけられている。これは、「正犯」になるためには、行為者に特別の義務が

課されており、彼がこの義務に違反したこと　結果犯であれば、それによって防止可能な結果が発生したこと　が必要な犯罪だという意味である。いわゆる構成的身分犯がこれに属することは明らかであるが、ロクシンはさらに、不作為犯一般もまた、これに加えようとする。その結果、いわゆる「保障人的義務」に違反した不作為者は、正犯に身分や目的が必要とされる場合を除いて、すべて、不作為犯の単独正犯となることになる<sup>34)</sup>。

「義務犯」構想に対しては、その予定する「義務犯」の範囲が明確でないという批判がある。現に、不作為犯のすべてが「義務犯」とはいえないとする見解が、ドイツにも存在する（ヤコブス）。また、わが国では、それが違法性の根拠を義務違反に求めるものだという批判もあつてか、「義務犯」という用語自体が一般化していない。しかし、現行法にそのような特定の地位にある人物にしか課されていない義務を前提にした犯罪があることは、否定できない事実である。したがって、「正犯」となるための原理は、通常の結果犯（＝「支配犯」）の場合と「義務犯」の場合とで同じではなく、この「特別の義務」に違反する態度があつた場合、それが結果ないし犯行全体にとっては「重要な寄与」ではなく、あるいは「行為支配」がなくても<sup>35)</sup>、「義務犯」の場合は「正犯」になりうると考えざるをえない<sup>36)</sup>。

#### 5-5．幫助形態を構成要件化した犯罪

さらに、内乱幫助罪（日本刑法79条）や逃走援助罪（同法100条）、看守者逃走援助罪（同法101条）、自殺幫助罪（同法202条前段）のように、犯罪の中には幫助的行為を構成要件化したものもある。これらの罪では、とりわけ看守者逃走援助罪や自殺幫助罪のように他人の任意の行為があつて初めて既遂となる犯罪では、幫助的行為の「正犯」に出来事の「行為支配」は認められない。ゆえに、これらの罪の場合にも、正犯原理は通常の結果犯と異なることになる。

おそらく、この場合には、「正犯」の実行に従属しない場合を除いて、

総則の従犯の場合と同じく、実質的な「正犯」による出来事の実現に対して促進的な影響を与えれば、「正犯」となりうることになる。不作為の場合には、遅延的な影響を与えなかったことで足りよう。もっとも、看守者逃走援助罪のように、身分犯でもあって「義務犯」的側面を兼ね備えている犯罪では、「特別義務の違反」が正犯原理となる。いずれにせよ、このタイプの犯罪でも、「義務犯」の場合と同じく、フランク流の「遡及禁止」や「行為支配」が「正犯」の基準にならないことは明らかである。

#### 5-6. 日常取引または中立的行為 (neutrales Verhalten) と共犯,

一般に、幫助は正犯の犯行を容易にするものであれば足りる<sup>37)</sup>。しかも判例では、従犯と正犯との間に相互の意思連絡があることを必要とせず、いわゆる片面的幫助も認められるから<sup>38)</sup>、何らかの意味で犯行を容易にし、しかもそれを関与者が未必的にも認識している場合には、幫助の成立は否定できないようにもみえる。

しかしながら、そのように解すると、怪しげな人物にネジ回しを売った金物店の店員やサングラスとマスクをかけた怪しげな集団を銀行まで運んだタクシー運転手は、ネジ回しが空き巣の道具として使われたり、覆面集団が銀行強盗を働いたりしたら、それぞれ住居侵入窃盗や建造物侵入強盗の幫助となることになってしまう。それは不適切な結論であって、むしろ商品の販売やタクシーの運転などの日常的な取引行為は、それが外形上平穩な取引である限り、犯行に利用される未必的な認識がある場合でも、幫助にならないと解されるべきである<sup>39)</sup>。

このような考え方の萌芽は、まず、ピンクチラシを印刷した業者が売春周旋罪の従犯とされたケースにおいて、弁護人から主張された<sup>40)</sup>。そこでは、「印刷のような正当業務行為について特別刑法犯の幫助が認められるのは、正犯の犯行に深く関与し、相当利益を得ている場合に限られるのであって、右関与の度合いが低く、正犯の営業による利得にもあずかっていない被告人兩名を売春の幫助罪に問擬することはできない。」と主張され

たのである。これに対しては、東京高裁は、「幫助犯としての要件をすべて満たしている以上、印刷が一般的に正当業務行為であるからといって、売春の周旋に関して特別の利益を得ていないなど、所論指摘のような理由でその責任を問いただすとは考えられない」とした。

しかしその後、熊本地裁の平成6年3月15日判決<sup>41)</sup>は、軽油引取税不納付の手助けになることを知りながら軽油を安く買う行為を、「こうした被告人の行為は、結局のところ、売買の当事者たる地位を超えるものではなく、正犯の犯行の実現は「被告人が自己の利益を追及する目的のもとに取引活動をしたことの結果にすぎない」という理由で、不納付罪の共同正犯はおろかその幫助にもならないとした。

また、共犯の成立を認めたものではあったが、個室付浴場業者への金融機関による融資を売春防止法上の独立共犯である資金提供罪に当たるとした大阪高裁の平成7年7月7日判決<sup>42)</sup>は、売春が行われていることについて、未必的な認識ではなく、具体的な認識を要求している<sup>43)</sup>。

さらに、名古屋高裁の平成17年10月28日判決<sup>44)</sup>は、信用保証協会と対向関係にある銀行の頭取であって、この協会の事務処理者の立場にない被告人が、協会による代位弁済に関して、協会役員らに対し銀行に有利な取扱を要請し働きかけたことが背任罪の共謀共同正犯にあたるかが争われた背任被告事件の差戻控訴審において、被告人の本件代位弁済の要請は、この協会に対し、代位弁済について再交渉を求めたに過ぎず、負担金の拠出を拒否する旨言明したのも、協会役員がこれを依頼したことから一種の駆け引きとして持ち出したにすぎないとみるべき余地があることなど、被告人が協会役員らと背任罪の共謀をしたことは本件全証拠によっても認めることができないとして、原判決を破棄し、被告人を無罪とした。そこでは、「その要請・働き掛けが著しく相当性を欠き、協会役員らに背任行為を強いる危険が高いなど、経済取引上の交渉事として社会的に容認される限度を超えない限り」、この協会役員らが協会に対する背任罪の刑事責任を問われる場合であっても、被告人に対しては、背任罪の共謀共同正犯の責任

を問うことはできないと判示されたのである。要するに、働き掛けの相手方に背任罪が成立しても、取引の相手方は、それを予測したか否かに関わらず、「経済取引上の交渉事として社会的に容認される限度を超えない限り」共犯の罪責を負わないのである。

最後に、従犯の成立を認めた判決であるが、京都地裁の平成18年12月13日判決<sup>45)</sup>は、被告人が、ファイル共有ソフトである「Winny(ウィニー)」を開発・公開し、インターネットを利用する不特定多数の者に提供して、正犯者ら2名が著作権者の許諾を得ずにゲームソフトや映画の各情報をインターネット上で自動公衆送信しうる状態にして著作権者が有する公衆送信権を侵害するのを助けたという、著作権法違反幫助の事案に関し、「価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でないことは弁護人らの主張するとおりである」と述べて、「そのような技術を実際に外部へ提供する場合、外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する場合の主観的態様如何によると解するべきである」と判示している。ここでも、最初に、社会においてこの提供行為の持つ意味が、「その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識」によるという形で重視されている。

これらを一般化すれば、社会において「日常的な取引活動」ないし「犯罪援助という意味を持たない中立的な行為」は、たまたま相手方の犯行を促進することが認識されたとしても、それだけではまだ、共犯にはならないということである<sup>46)</sup>。

このように、因果的要件は満たしていても幫助にもならない行為の存在をどのように説明すべきであろうか。これについては、一方では、ドイツの学説のように、その日常性ないし「社会的相当性」に着目して、そのような行為には刑事責任は遡及しないと(ヤコブス)、共犯が成立するには正犯の不法との「連帯」が必要であるというような(シューマン<sup>47)</sup>)、

「不法共犯」説的・非因果的な説明方法が考えられる。しかし他方で、このような場合には、共犯として結果を「惹起した」とまでは言えないのだとする説明もありうる（ロクシン）。

しかし、一方で、行為の日常性のみに着目すると、目の前で空き巣が行われているときにもネジ回しを売ってよいかという疑問が出てくるし、他方で、行為の日常性の観点を抜きにその因果力を測れるのかという疑問が残る。犯行助長が一目瞭然でない限り、ちょうど郵便システムが犯罪に利用される場合と同じように、日常的な取引は所与の前提として、その犯行惹起力は無視されると解すべきように思われる。つまり、ここでは、犯罪体系を因果関係中心に考える「因果主義」は妥当でないのである。

## 6．考察のまとめ

### 6-1．構成要件の機能

ベーリンク以来の「構成要件」すなわち「特別構成要件」には、以下のような機能が期待されていた。すなわち、「故意規制機能」、「犯罪個別化機能」、「違法性推定機能」、「訴訟法的機能」である。さらに、「訴訟法的機能」では、一部で、責任を推定する機能も期待されていた。

しかし、以上の考察から明らかなように、とりわけ「誤想防衛」や「共犯者による正犯の故意の誤想」の事例を適切に処理するためには、これらの機能を単一の「構成要件」概念で果たすことは不可能である。の「犯罪個別化機能」は、故意犯と過失犯との区別にはいずれにしても故意または過失が不可欠であり、そしてその確定のためには、「誤想防衛」でも故意を否定しない「厳格責任説」に拠らない限り、違法性阻却事由の検討を無視するわけにはゆかないのである。その限りで、「構成要件」のみでの機能を果たすことはできない。

また、の機能を果たすには「故意」を「構成要件」の外に置かなければならないが、そうすると、「故意」を犯罪成立のために積極的な証明を

要する要素と解する限り、この結論は の機能と矛盾する。つまり、「罪となるべき事実」と「構成要件」は異なるのである。

さらに、「共犯者による正犯の故意の誤想」の事例の適切な処理から明らかになるように、「構成要件」には 共犯の従属対象の必要条件を画する機能もある。それは、 の機能と同じものであるが、これは、言うまでもなく の機能と矛盾する。さらに、この場合に「主観的不法要素」の存在を否定しない限り、 の機能と の機能ないし の機能を矛盾なく両立させることは不可能である。もちろん、「故意」を「構成要件」の外に置く限り、この「構成要件」は の機能を果たすことはできない。

したがって、犯罪体系における「構成要件」を定義するためには、これらの過剰な期待の中から、本質的なものだけを選び出さなければならない。それは、これまでの検討に拠れば、 の「違法性推定機能」と の共犯の従属対象を明らかにする機能である。

## 6-2. 因果主義 (Kausalismus), 目的主義 (Finalismus), 機能主義 (Funktionalismus)

さらに、「日常取引または中立的行為と共犯」の考察から明らかになるように、犯罪体系を考察する上では、行為を「因果的に変更可能な結果の因果的惹起」と捉える因果主義的な思考も、また、行為を「因果的に変更可能な結果の意欲に導かれた態度」と捉える心理主義的・目的主義的 (finalistisch) な思考も妥当でない。そうではなくて、犯罪体系考察の方法として妥当なのは、ロクシンやヤコブスが主張するような、行為を「規範的に帰属可能な社会的に意味のある結果の客観的帰属」と捉える機能主義的・規範主義的な思考、つまり、この社会における帰属ルールを基準とする思考である。そこでは、殺人罪における結果は単なる「人の死」ではなく「人の殺害」であり、殺人行為の意味は「人の死を惹起した」ではなく「その人物が人を殺した」ということに見出される。

- 1) 松宮孝明「日本の犯罪体系論について」立命館法学303号（2006年）321頁。
- 2) もっとも、犯罪の体系化は、「各則」にとっても重要である。というのも、この社会ではどのような行為が「犯罪」であり、かつ、どの「犯罪」がより重要であるかを示すものが、刑法の「各則」と、そこに定められた「法定刑」だからである。
- 3) なお、ここにいう「制限従属形式」の考え方というのは、共同正犯を含む共犯の対象となる「犯罪」（日本刑法60条，61条）を「構成要件に該当する違法な行為」と解するものを意味する。実行共同正犯の場合、共同正犯者は各自が実行した「犯罪」についても罪責を負うのであるから、厳密な意味で、その罪責は他の共同正犯者に 処罰の必要条件という意味でも、「連帯」の対象という意味でも 「従属」するわけではない。しかし、実行共同正犯が問題となる場合であっても、共同の相手方の行為が「犯罪」でないのであれば、その部分については「犯罪」の共同はないといわざるをえないのである。したがって、「制限従属形式」の考え方によるなら、正当防衛等の理由によって適法とされた他の共同者の行為を除いた違法な構成要件該当行為についてのみ、共同正犯が成立する。
- 4) 日本の裁判例では、防衛行為者のうちの一部の者が過剰な暴行を行った事案に関して過剰な暴行部分に関する共謀が認定できないことを理由に他の防衛行為者を無罪とした最判平成6・12・6刑集48巻8号509頁がある。
- 5) 日本の裁判例では、12歳の少年との間に強盗罪の共同正犯を認めた最決平成13・10・25刑集55巻6号519頁がある。
- 6) これに対して、責任無能力者との間に共犯を認めることは妥当でないという結論から出発するなら、共犯の対象行為に正犯の責任を要求する「極端従属形式」を前提とした別の体系が必要となる。
- 7) 単に「正犯」と呼ばず「実行」正犯と呼ぶのは、日本では、「犯罪の実行」を分担していない共謀その他の犯行寄与を行なった者についても、「共謀」共同正犯が成立するという考え方が多数を占めているためである。
- 8) このような「刑罰効果発生要件」の総体は、「保障構成要件」あるいは「一般構成要件」と呼ばれることがある。これに対して、今日「構成要件」と呼ばれるのは、「違法性」や「責任」といったものを除いた、刑法「各則」に規定されている犯罪成立の「枠」を意味する。
- 9) これに対して、最小従属形式と極端従属形式では、正当防衛の可否という問題を除けば、違法性と責任を区別する実益に乏しい。
- 10) 現に、大判昭和2・12・12刑集6巻525頁，大判昭和6・7・8刑集10巻312頁は、誤想防衛の主張は故意の否認であって、現行日本刑事訴訟法335条2項にあるような「犯罪の成立を阻却すべき原由たる事実上の主張」に当たらないとした。言い換えれば、故意は刑法335条1項にいう「罪となるべき事実」に含まれるということである。
- 11) 「マタイによる福音書」5.27-28日本聖書協会『新約聖書』（1992年）7頁。
- 12) これは、静かに椅子に座っている人間が、そこで誰かを殺害する計画を思い描いていたとしても、その人物がその計画を外部に知りうる状態に発信しない限り、事実としても刑法は介入できないことから明らかとなる。
- 13) とりわけ、1972年に刊行されたクヌート・アーメルンクの『法益保護と社会の保護』

(Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972)は、この点で画期的な業績であった。

- 14) クヌト・アメルク(日高義博訳)「法益侵害と社会侵害性」日高義博『違法性の基礎理論』(2005年)229頁。
- 15) これは、言い換えれば、その社会で「権利」として認められているものの侵害である。その意味で、犯罪は法益侵害ではなく権利侵害である。
- 16) 日本の刑法典を例に取れば、1947年に削除されるまでは、その「第2編 罪」の中で、「第1章 皇室に対する罪」が「第2章 内乱に対する罪」よりも前に置かれていた。それは、日本国の統治機構よりも日本の皇室のほうが、当時の日本国家では重要なものとして位置づけられていたことを意味する。
- 17) このように、すでに認められたはずの構成要件該当性が遑て否定されるという矛盾を、俗に「ブーメラン現象」という。ブーメランは、それを投げた位置に戻ってくるものだからである。
- 18) 団藤重光に代表される見解である。
- 19) 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(1990年)429頁は、教唆者が正犯に故意を生じたと誤想し、かつ正犯が故意を持たないまま、知らずに犯罪結果を発生させた場合に、教唆者は「おそらく、教唆の限度で責任を問われるべきであろう」と述べる。しかし、「制限従属形式」を採用する団藤説では、「構成要件の故意」すら持たない者に対しては、およそ故意犯の共犯は成立しないはずである。この場合に教唆犯の成立を認めるのは、体系矛盾である。
- 20) 詳しくは、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年)223頁以下を参照されたい。
- 21) そのこと自体は、日本の判例の採る態度であり、必ずしも不当なものとはいえない。誤想防衛の主張は故意の否認であって、現行刑事訴訟法335条2項にあるような「犯罪の成立を阻却すべき原由たる事実上の主張」に当たらないとした大判昭和2・12・12刑集6巻525頁、大判昭和6・7・8刑集10巻312頁を、再度、参照されたい。
- 22) 大判昭和7・7・1刑集11巻999頁、最判昭和37・4・13判時315号4頁参照。
- 23) 松宮『刑事立法と犯罪体系』122頁参照。
- 24) いわゆる不真正不作為犯において、作為義務違反を「違法性」に位置づける違法性説が衰退し、代わって、ヨハネス・ナーグラヤーアルミン・カウフマンによって提唱された、「保障人的地位」を構成要件要素とする保障人説が台頭した理由も、「構成要件」の違法性推定機能を確保することにあった。
- 25) もっとも、オーストリア刑法では、幫助の可罰性には正犯の「実行の着手」つまり実行従属性を要求している。
- 26) Vgl. RGSt 39, 37. 1998年の改正までは、ドイツ刑法242条の窃盗罪は、他人の財物を「自己が領得する目的」で窃取したことを必要としていた。そのため、自己領得の目的のない者には、たとえ窃取という行為につき事実の錯誤がなかったとしても窃盗罪の構成要件該当行為を認めることができず、したがって、このような窃取を依頼した背後者に窃盗罪の共犯を認めることができなかったのである。しかし、この場合の直接行為者には事実につき錯誤はなく、窃取を強制されたわけでもなく、責任能力はあるので、間接正犯にお

ける「道具」とみることには問題があった。そのため、学説には、「間接正犯」を認めるか否かにつき争いがあったのである。結局、この争いは、1998年の改正により、ドイツ刑法242条に他人に領得させる目的を加えることで、決着がついた。

- 27) RGSSt 61, 318.
- 28) RGSSt 64, 316.
- 29) RGSSt 64, 370.
- 30) なお、ドイツ刑法では、教唆・幫助は明文で、故意の場合に限られているため、「限縮的正犯概念」では過失による教唆・幫助は不可罰であった。
- 31) これに対し、過失犯にも限縮的正犯概念の適用を主張するのは、ナウケやオッター、ヤコブス、レンツィコフスキーなどである。
- 32) Vgl. BGHSt 9, 203.
- 33) したがって、「行為支配」のみが「正犯」の基準なら、彼には背任の従犯しか成立しないはずである。
- 34) もっとも、共同でしか作為義務が果たせない場合には、不作為犯にも共同正犯の適用はありとされる。
- 35) 反対に、身分や「特別義務」を行為要素と考えると、構成的身分犯であっても「行為支配」がない身分者には「正犯」が成立せず、身分がないが出来事を支配している人物には身分犯の「正犯」が認められるという奇妙な結論に至る。
- 36) 日本で、この「義務犯」の正犯原理を扱った業績として、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2006年）がある。
- 37) 家屋の賃貸による賭博場開帳罪の幫助について、大判大正2・7・9刑録19輯771頁。
- 38) 大判大正14・1・22刑集3巻921頁。
- 39) このような主張は、ドイツのヘリベルト・シューマンによって強調された。Vgl. H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. 1986, 54ff.
- 40) 東京高判平成2・12・10判タ752号246頁。なお本件は、最決平成5・6・1により上告棄却。
- 41) 熊本地判平成6・3・15判時1514号169頁。
- 42) 大阪高判平成7・7・7判時1563号147頁。
- 43) この判決は、第1審判決に対する弁護人の批判に答えて、「原判決の説示は、本件で審理されているのは、通常の幫助犯より重く処罰されている独立罪である売春防止法13条1項違反の事件であるから、被告人の犯意を認定するには、福原地区の個室付浴場が全て売春をしていることは何人も認識しているが如き単なる一般的、抽象的な認識では足りず、融資先のBの営む個室付浴場『乙山クラブ』が売春場所を提供することを業とするもので、融資金がその用途に充てられることについての具体的認識が要求されるといっている趣旨と理解される」と述べている。
- 44) 名古屋高判平成17・10・28高等裁判所刑事裁判速報集（平17）号285頁。この判決は、最判平成16・9・10刑集58巻6号524頁の差戻審判決である。この最高裁判決では、さらに、「協会としては、(ア)本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の抛出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ)北國銀行からの負担金

を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。上記(ア)の立場を採ったとしても、負担金の抛出を受けることと切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである。」と述べて、「任務違背」の判断につき、継続的な取引関係にある相手方との取引の場合には、「損して得をとる」可能性をも考慮に入れるように判示した点でも、注目に値するものである。これは、結果としての「財産上の損害」の判断においても重要な観点である。

- 45) 京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁。
- 46) なお、ドイツの判例には、管理売春の幫助に関し、すでに1906年に類似の考え方を示したものがある。RGSt 39, 44.
- 47) シューマンの見解を紹介した日本語文献として、斉藤誠二「共犯の処罰根拠についての管見」西原春夫ほか編『刑事法学の新動向・上巻』(1995年)21頁が重要である。