

# 犯罪体系を論じる意味

松 宮 孝 明\*

## 1. 問題の所在

(1) 「全構成要件の体系」と「構成要件・違法性・責任の体系」

本稿では、現在、中国において刑法学の重要な論争課題となっている「犯罪体系論<sup>1)</sup>」について、これを「全構成要件の体系」と「構成要件・違法性・責任の体系」の対立とみて、両者を対比しつつ、「犯罪体系」を論じる意味について考察したい。

ところで、ここにいう「全構成要件の体系」とは、ソビエト・ロシアのタガンツェフ(Таганцев)によって基礎付けられ、中国では「犯罪構成理論体系」または「四要件体系」と呼ばれる犯罪体系論を指す<sup>2)</sup>。これに対して「構成要件・違法性・責任の体系」とは、ドイツのベーリンクによって基礎付けられ、今日、ドイツや日本で支配的な「構成要件理論体

---

\* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 日本や中国では、「犯罪論体系」と呼ばれることが多い。しかし、ここにいう「体系」(System)は、刑法典を作るうえで犯罪の法的構造をどのように把握するかをめぐる体系であるから、それは「犯罪論の体系」ではなくて、「犯罪の体系」ドイツ語では Verbrechensaufbau である。そしてそれを論じるのが「犯罪体系の理論」ドイツ語では Lehre vom Verbrechensaufbau なのである。したがって、筆者は、「犯罪体系論」という用語を用いるほうが適切であると考え。

2) この、ソビエト・ロシアの犯罪体系に関しては、日本語文献では、ア・エヌ・トライニン著井上祐司紹介「犯罪構成要件の一般理論」法政研究25巻1号(1958年)85頁、上野達彦『犯罪構成要件と犯罪の確定』(敬文堂・1989年)および上田 寛・上野達彦『未完の刑法』(成文堂・2008年)87頁以下が詳しい。

系」または「三段階体系」と呼ばれる犯罪体系論を意味する。

この二つの体系のいずれを選択すべきかという問題は、2008年11月の「中露と独日の二大犯罪論体系の比較研究」国際討論会<sup>3)</sup>において扱われたものである。この国際討論会の招待状では、次のように述べられている。すなわち、「フォイエルバッハの Tatbestand 理論は、ドイツにおいては Belling をはじめとするドイツ学者に受け継がれ、現在では『三階層体系』として発展を遂げている。一方のロシアでは Таганцев を代表として、『四要件一体化体系』となり、最初は「独日の構成要件理論が30年代に日本経由で当時の中国にわたり、瞬く間に主流としての地位を確立させた」が、その後、ロシアの犯罪構成理論が中華人民共和国の建国初期に伝来し、「伝統犯罪構成理論と新犯罪構成理論(犯罪構成系統論)」の二種類の犯罪構成理論に分かれてゆき、近年、「新犯罪構成理論は更なる発展をみせ、『Таганцев に戻れ』のスローガンの下 Таганцев の『主体 仲介 客体』の三要件を犯罪構成基本構造とせよという主張」が展開されているという。

他方、北京大学の陳興良は、2010年、日本における「中国刑法学の再生」と題する講演において、「中国の刑法学の転換は、計画経済から市場経済への移行と同じように、ソ連刑法学からドイツや日本の刑法学への移行を意味する<sup>4)</sup>」と述べている。

## (2) 二つの体系をめぐる問題の所在

もっとも、日本においても、ドイツ流の「構成要件・違法性・責任の体系」を「評価の体系」とみなし、他方、ソビエト・ロシア刑法学の「犯罪構成理論体系」を「要素の体系」とみなしてこれらを対置させた上、「『要素』の体系がもっていた歴史的意義を再評価することが必要<sup>5)</sup>」と主張す

3) 主催は中国政法大学ならびに最高人民検察院検察官国際交流センター。

4) 陳興良「中国刑法学の再生」成蹊大学アジア太平洋研究センター CAPS Newsletter No. 107(2010年)5頁,同「中国刑法学の再生」刑法雑誌50巻2号(2011年)261頁。

5) 刑法理論研究会『現代刑法学原論〔総論〕改訂版』(三省堂・1987年)342頁,同『現代刑法学原論〔総論〕第3版』(三省堂・1996年)307頁。

る見解もある。「犯罪構成要件が刑事責任の唯一の基礎である」とするソビエト・ロシア刑法学の考え方は、裁判官の裁量の余地を小さくし、制定法による強い拘束力を認める点に意義があるというのである。したがって、二つの犯罪体系の相違は、必ずしも、計画経済から市場経済への移行と同じようなものではなく、もっと刑法学ないし刑事法実務に内在的なものであると思われる<sup>6)</sup>。

事実、先の2008年の国際討論会においては、中国側から、違法性や責任の阻却事由は「消極的構成要件要素」として刑法典に法定されればよいのであって、ドイツや日本のような「構成要件・違法性・責任の体系」は、刑法典にない「超法規的違法性ないし責任阻却事由」を認める点で、裁判官による恣意の支配を招くという批判が主張された<sup>7)</sup>。ここには、「罪刑法定主義」による制定法への裁判官の拘束を、犯罪の成立を認める方向にばかりでなく、犯罪の成立を否定する方向にも貫徹しようとする姿勢が見て取れる。したがって、問題の焦点のひとつは、このような、刑法典に明文のない「超法規的違法性ないし責任阻却事由」を認める必要の有無とその理論的根拠である。

あわせて、その際、さらに中国側から提起された疑問の中に、責任能力を責任阻却事由に置く体系では、責任能力のない者の「行為」を認めることになるが、そのような考え方では、行為の「主体」がなくなってしまうのではないかというものがあつた。つまり、刑法上の「行為」があるためには、その主体に「責任能力」がなければならず、したがって、「責任能力」がない者には、すでに「行為」が認められないはずであるというのである。

---

6) 事実、ロシアのタガンツェフの体系も、ドイツのフォイエルバッハの影響を受けたものであり、かつ、フォイエルバッハは、さらに、当時のフランス刑法学の影響を受けていたものと思われる。しかし、この時代(19世紀初頭)のドイツやフランスは、計画経済の体制にあつたわけではない。

7) この国際討論会の主催者である何秉松教授の主張である。もっとも、中国刑法学でも、被害者の承諾等を明文のない違法性阻却事由として認めるのであれば、それは、構成要件該当性とは別に、違法性という犯罪段階を認めることになるであろう。

この「主観的違法論」ないし「命令説」(Imperativtheorie)を彷彿させる考え方は、たしかに、歴史的には、フランス刑法学やドイツのヘーゲル学派等に存在するものである<sup>8)</sup>。そして、おそらく、フランス刑法から大きな影響を受けた日本の旧刑法もまた、同様の考え方に依拠していたものと思われる。というのも、旧刑法では、その第72条2項に緊急避難の規定が置かれており、そしてそれは、同条第1項の強制の規定と並べられていたからである<sup>9)</sup>。これは、旧刑法が、緊急避難を強制と並ぶ「行為」性を否定する事由と考えていた証である。

しかし、このような体系は、すでに2005年の山東大学における講演において指摘したように<sup>10)</sup>、責任能力のない者には共犯の関与対象となる「行為」が存在しないので、責任無能力者に対する共犯が成立しないという問題点を抱える。しかも、それは、**幫助的関与や正犯に責任能力または故意があると誤想した関与の場合のように、間接正犯ではカバーしきれない「処罰の間隙」を生み出すのである。したがって、問題のもうひとつの焦点は、責任能力のない者に対する共犯を認めるために、責任能力を「行為」ないし「刑事責任」の前提とししないで、単なる責任の一要素とすべきか否かである。同時に、その際、「責任能力」に代わって行為主体を構成する「行為能力」というものを認めるべきかどうか、および、その内容をどのように考えるべきかという問題も浮上する。**

他方、違法性と責任を区別し、違法性阻却事由と責任阻却事由を対比させ、同時に、後に述べるように、**共同正犯を含む 共犯の対象を**

---

8) もっとも、19世紀後半の新古典派以降のフランス刑法学における多数説では、責任能力は行為の要素ではなく行為者の要素であり、責任無能力者の行為に対する共犯も可能と解されている。これは、後述する「制限従属形式」の考え方である。

9) フランスでは、1992年に制定された新刑法典以前の1810年刑法典には緊急避難の規定がなく、その代わりに、64条に「心神喪失」(démance)と並んで規定されていた「強制」(contrainte)が、不可罰とすべき緊急避難の事例に適用されていた。

10) この講演については、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)318頁を参照されたい。

「違法な構成要件該当行為」に限る**制限従属形式**を採用することで、直接行為者に違法性阻却事由のある行為に対しては共犯は成立しないが、責任阻却事由のある行為に対しては共犯を可能とすることができる。たとえば、違法性阻却事由としての緊急避難に当たる行為を援助する者は処罰されないが、たとえば日本刑法典105条の親族による犯人蔵匿・証拠隠滅に關与した親族でない共犯者は、同244条3項や257条2項と異なり、その明文規定はないけれども、親族の情による裁量の刑の免除を責任阻却事由と解することによって、犯人蔵匿・証拠隠滅の共犯として処罰可能となる<sup>11)</sup>。

以下、順に検討する。

## 2. 超法規的違法性ないし責任阻却事由

### (1) 議論の意味

超法規的な阻却事由を認めるべきか否かという議論は、簡単に言えば、刑法典は完璧か否かをめぐる議論である。刑法典が、阻却事由を漏れなく明文化しており、それ以外に阻却事由を認める必要がないのであれば、超法規的な阻却事由は不要である。したがって、この議論は、現行の刑法典を念頭に置いて、具体的な形で論じられなければならない。

なお、この問題を検討するに当たり、微罪不処罰の問題との関係に触れておこう。中国刑法典総則の第13条ただし書きには、「情状が著しく軽く、危害の大きくない場合は、犯罪としない<sup>12)</sup>。」という規定がある。超法規

11) 日本の通説である。その先駆的業績として、佐伯千仍『刑法に於ける期待可能性の思想』(有斐閣・1947年)515頁以下。この親族に関する刑の免除規定を責任阻却事由と解さなかった1934年12月26日の大審院判決(刑集13巻1598頁)は、105条に当たる親族の証拠隠滅行為を証拠隠滅罪の構成要件に該当しないものと解して、親族を教唆した非親族を無罪とした。また、1933年10月18日の大審院判決(刑集12巻1820頁)は、反対に、非親族に犯人蔵匿罪(隠避)を教唆した親族に、「庇護の濫用」として105条の適用を否定した。これらは、いずれも不当と解されている。

12) 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)に拠っている。

的な違法性や責任の阻却事由が必要と考えられる場合に、この微罪不処罰の規定を適用して、行為者を不処罰とする方法が考えられる。しかし、後に述べる具体例の中には、必ずしも、「情状が著しく軽く、危害の大きくない場合」とは言えない場合もある。ゆえに、微罪不処罰と超法規的阻却事由は、一応、異なる類の問題と考えるべきであろう。

## (2) 超法規的違法性阻却事由の具体例

ドイツにおける超法規的違法性阻却事由の最もよく知られている例は、現在、ドイツ刑法典34条に規定されている違法性阻却事由としての緊急避難である。ドイツのロクシンは、法的素材を体系化することで法の創造的な発展形成が可能になった具体例として、ドイツ民法228条と904条の緊急避難規定を手がかりに、以下のように述べている。すなわち、彼は、「法秩序の統一性」に依拠した「実質的違法性(より正確には、実質的な違法性阻却)」の考え方による「超法規的正当化的緊急避難」を認めた1927年3月11日のライヒ裁判所判決<sup>13)</sup>を例に取って、それが判例によって「超法規的」緊急避難としてすべての生活領域に急速に拡大され、精密化された形で1975年改正ドイツ刑法典34条の正当化的緊急避難の規定に結実し<sup>14)</sup>。かくして、「ひとつの指導的理念のもとに諸判例を位置づけるという特殊体系的な作業が、この領域における法の発展を決定的に促進したのである<sup>15)</sup>。」

13) RGSt 61, 242. これは、婚姻外で妊娠し強度の抑鬱症にかかって自殺の恐れがあった妊婦を救うために、彼女を担当していた精神科医が、友人の産婦人科医に頼んで人工妊娠中絶をしてもらったという事案に関するものである。ライヒ裁判所は、この行為につき、妊婦の生命を救うために胎児の生命を犠牲にすることは、ドイツ民法228条や904条を手掛かりにして法秩序全体に認められる優越的利益擁護の原理から緊急避難として正当化できる余地があると解した。その詳細については、松宮『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)125頁以下を参照されたい。

14) C. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, 7/42, S. 213f. なお、本書第3版当該部分の翻訳として、平野龍一監修、町野 朔 = 吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造][第3版](翻訳第1分冊)』(信山社・2003年)208頁以下も参照。

15) Roxin, a. a. O., S. 214.

とするのである。

なお、その際に注意すべきなのは、ひとたび、直接行為者の行為が違法性阻却事由によって正当化されれば、もはや、これに対する 共同正犯<sup>16)</sup>を含む 共犯は成立しないということである<sup>17)18)</sup>。これに対して、責任阻却事由の場合は、なお、これに対する共犯が可能である<sup>19)</sup>。

これに対して、日本刑法典35条には、「正当行為」に関する規定がある。ゆえに、日本の学者の中には、日本にはこの規定があるので、「超法規的違法性阻却事由」という考え方は不要である、と主張する者もいる<sup>20)</sup>。し

- 16) 共同正犯の場合は、厳密に言えば、「従属」ではなく、「共同」の対象となる「犯罪」が存在しなくなるのである。したがって、自ら「犯罪」に当たる行為を行う「実行共同正犯」の場合には、共同行為者の行為が違法性阻却事由によって正当化されても、自らの行為だけで「犯罪」となることはありうる。しかし、このことは、正当防衛が成立する者と成立しない者による共同正犯を認める見解（たとえば山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）316頁が言うような、共同正犯の「共同」の対象となる行為が、単なる構成要件該当行為であれば足りるということの意味しない。現に、後述するように、日本の最高裁の1994年12月6日判決は、共同で防衛行為を行った者の一部が過剰に当たる暴行に及んだときは、過剰な暴行について共謀が認められない限り共同正犯は成立しないとして、適法な構成要件該当行為に関する共同正犯の成立を否定している（最判1994・12・6刑集48巻8号509頁）。共同正犯者の一人に過剰防衛を認めた1992年6月5日の最高裁決定があるが、過剰防衛は「構成要件に該当する違法な行為」として「共同」の対象となるのであるから、この決定は反対説の根拠とはならない。
- 17) これは、後に述べるように、共犯の「制限従属形式」の考え方を基礎にしている。これに対して、「極端従属形式」であれば、直接行為者の行為が違法性阻却事由に当たらなくても、責任阻却事由に当たれば、共犯は成立せず、他方、「最小限従属形式」であれば、直接行為者の行為が「違法性阻却事由」に当たっても、共犯の成立する可能性が残る。
- 18) これに対して、他人を緊急状況に陥れて正当防衛や緊急避難を余儀なくさせ、それを通じて、急迫かつ違法な侵害を試みた者や避難先の者に害を与えた者は、「間接正犯」として処罰されることがありうる。「間接正犯」は共犯の一種ではなく、独立した正犯だからである。
- 19) 先のドイツの判例（RGSt 61, 242）が、当時のドイツ刑法典にも、責任阻却事由としての緊急避難の規定はあったにもかかわらず、超法規的な「違法性阻却事由」にこだわったのは、妊婦に中絶をさせた精神科医については、責任阻却事由としての緊急避難の前提となるべき心理的圧迫状態が存在しなかったからである。したがって、この精神科医を無罪とするためには、何としても、その行為が「違法性」阻却事由に当たることを論証しなければならなかったのである。
- 20) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008年）361頁は、「35条は、法令行

かし、それは早計である。というのも、この35条自体が、「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」と宣言することで、刑法典以外の法令や「正当な業務による行為」を正当とする慣習法を根拠とした超法規的(=刑法典を超える)違法性阻却事由の存在を宣言する規定だからである<sup>21)</sup>。

ここで、日本の裁判例において超法規的違法性阻却事由として認められたものの具体例として、正当化される自救行為、専門職の業務上正当化される行為、報道機関の特権を挙げておこう。

まず、正当化される自救行為とは、一般に、一定の権利とりわけ民法上の請求権を有する者が、その権利を侵害された場合に、国家機関による法定の手続を待っていると手遅れになるので、自ら実力でその権利を救済・実現する行為をいう。一種の緊急状態にあるという意味で正当防衛や緊急避難と似たところがあるが、すでに侵害が過去のものになっており、いったん落ちついた状態を変更するものである点で、これらとは異なる。日本の判例は、その要件について、侵害の除去が権利回復のために必要であること、手段が相当な限度内にあること、優越的利益があることのほか、法の保護を求めるとまがなく、すぐにこれをしないと権利の実現を不可能もしくは著しく困難にするおそれがあること(「緊急性」)を要求している<sup>22)</sup>。そして、下級審には、この基準に従って、建築工事の妨害となる隣家の庇の一部を切り取った行為について、その緊急性を認定して、違法阻却を認めたものがある<sup>23)</sup>。

専門職の業務上正当化される行為としては、被告人とは別人の名を真犯

---

為および正当業務行為だけに限らず、実質上、広く正当行為一般を違法性阻却事由とする趣旨を含むものと解しなければならない。」と述べる。

21) ドイツでは、この種の規定は、1909年刑法予備草案では不必要とされたが、それを検討した刑法委員会では、早くから明文規定を設けるべきだとする修正が唱えられ、1913年草案では、「公法または民事法によって違法性を阻却される行為は不可罰である。」とする規定が挿入されている。また、その審議の過程では、日本刑法典35条によく似た「法律または公務ないし職務上の義務に基づく行為は処罰しない。」という条項案も検討されている。

22) 最判 1955・11・11 刑集 9 卷12号2438頁。

23) 岐阜地判 1969・11・26 刑月 1 卷11号1075頁。



人として挙げるような弁護士による法廷での名誉毀損の発言<sup>24)</sup>や、宗教者の職務の一環としての犯罪少年の庇護<sup>25)</sup>も、名誉毀損や犯人蔵匿の構成要件には該当するが、35条による違法阻却の余地が認められている。

報道機関の特権として現代的な意義を有するのは、新聞記者など、市民の知る権利に奉仕するジャーナリストの違法阻却「特権」である。ここでは、一方では、情報提供者の保護のための取材源秘匿を理由とする証言拒絶権の有無が<sup>26)</sup>、他方では、市民の「知る権利」を保障するための取材活動の自由が問題となる。日本の判例は、公務員に対する秘密漏洩のそそのかし罪(国家公務員法111条,109条12号)に関して、「報道機関が公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではな」として、一般論としては、この「特権」の存在を認めている<sup>27)</sup>。

なお、ロクシンが述べているように、これらの超法規的違法性阻却事由は、学説が諸判例を体系的に整理することによってルールを確定し新たな法規定に結実することが望ましい。その意味で、「超法規的」な阻却事由は「法規的な」ものに発展することが予定されなければならない。

### (3) 超法規的責任阻却事由の具体例

規範的責任論では、責任は行為をしたことについての行為者への「非難可能性」であり、そしてそれは、適法行為の期待可能性というものを前提とする。そこで、戦後の日本刑法学では、極めて例外的にはあるが、この期待可能性が欠けると思われる事情を、超法規的な責任阻却事由として認める見解が有力となった<sup>28)</sup>。なぜなら、敗戦後の経済的混乱期であった

---

24) 最決1976・3・23刑集30巻2号229頁。

25) 神戸簡判1975・2・20刑月7巻2号104頁。

26) 肯定例として、札幌高判1979・8・31下民集30巻5号403頁。

27) 最決1978・5・31刑集32巻3号457頁(「外務省機密漏洩事件」)。

28) 代表的な著作として、佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(有斐閣・1947年)、その復刻版(1985年)629頁以下および佐伯千仞=米田泰邦『総合判例研究叢書刑法

ために、通常なら適法にできるはずのことができない、という事態が多発したからである。

たとえば、当時主食の米を配給していた食糧事務所の所長が、船での輸送の際にこぼれて減ってしまう米を運送会社に賠償させつつ、その金額分を架空の輸送契約に基づく輸送量で相殺したという事件では、虚偽公文書作成罪や詐欺罪に問われたこの所長に対し、大阪高等裁判所は、そうしないと運送会社が米を輸送せず、そのために住民が飢えるという状態にあったことを重視して、「被告人に対し事ここに出でないことを期待することもできない緊急な且つやむを得ないものとみるを妥当とする事情があったものと認めるを相当とする」として、期待可能性を否定し無罪とした<sup>29)</sup>。

また、近年では、抗拒不能な程度に脅迫されて犯罪に当たる行為を行った場合(「強制による行為」)に、それを免責する可能性が議論されている。たとえば、他人を殺さないとお前をこの場で殺すと脅され<sup>30)</sup>、あるいは、銀行強盗を実行しないと人質にとった娘を殺すと脅され、それに抵抗することができないという場合である。一部には、これを違法性阻却事由としての緊急避難に当たるとする見解もあるが、殺害されたり強盗にあったりする側から見れば、これに対しては正当防衛が可能であろうし、また、その防衛が正当でないとすれば、防衛したために被強要者やその娘が殺された場合に、その殺害について、殺人罪の片面的共犯ないし同時正犯という

---

(22)期待可能性〔再版〕(有斐閣・1965年)15頁以下には、期待可能性に関する裁判例が集約されている。なお、最高裁は、労働争議行為に関する1956年12月11日の判決において、「期待可能性の不存在を理由として刑事責任を否定する理論は、刑法上の明文に基くものではなく、いわゆる超法規的責任阻却事由と解すべきものである。」と述べている(刑集10巻12号1605頁)。もっとも、最高裁において期待可能性の不存在を理由として正面から無罪とした裁判例は、まだ存在しない。

29) 大阪高判1953・6・15裁特28号43頁。なお、この判決については、佐伯千仞『刑事法と人権感覚』(法律文化社・1994年)331頁以下参照。

30) 類似の事案として、東京地判1996・6・26判時1578号39頁。もっとも、裁判所は、生命に対する危険はまだ差し迫っておらず、「現在の」ものではないという理由を付して、生命に対する現在の危険から逃れるための緊急避難を認めなかった。

形で、何らかの罪責を負わなければならなくなってしまうであろう。したがって、無罪とするのであれば、それは責任阻却という形で行うことが適切である<sup>31)</sup>。

すなわち、これらの事例は、いわゆる緊急避難として正当化できるほどには、まだ、具体的な法益に対する差し迫った危難が認められないか、あるいは法益衝突が否定されるため正当化のための対抗的利益を主張することができないかのいずれかであるが、しかし、すでに一種の緊急状態は生じていて、行為者に適法な態度を期待することが不可能なので、その責任を阻却するというものである。

#### (4) 判例による法解釈の統一と学説による一般原理の解明

もっとも、このような超法規的阻却事由は、むやみに認められるべきものではない。そのようなことを認めるなら、同一の刑法典の下にある一国の刑法秩序はバラバラになってしまい、裁判官の恣意が横行することになるからである。したがって、ドイツ刑法典34条の正当化的緊急避難に関してロクシンが述べていたように、この問題については、個々の裁判における裁判所の慎重な判断と、集積した裁判例を分析し、そこに違法性や責任を阻却する一般的な原理を解明するという学説の役割が重要となる。たとえば、ドイツでは、超法規的違法性阻却事由としての緊急避難を認めるために、「優越的利益擁護」という違法阻却の一般原理が主張されたのであり、日本では、超法規的責任阻却事由を認めるために、「適法行為の期待可能性」という責任非難の一般原理が主張されたのである。

言い換えれば、学説による違法性および責任に関する一般原理の解明は、このような超法規的な阻却事由の発展のためにこそあるのであって、その

---

31) ドイツ刑法典では、このような事案は、その35条に規定する免責的緊急難、つまり、責任阻却事由としての緊急避難で処理する考え方が多い。この規定は、故意犯の場合に、期待可能性がない事例の多くを把握することが可能なのである。もっとも、それでも、ここから漏れてしまう事例は考えられよう。

ような「超法規的な」ものが不要であるなら、一般原理の解明もまた、不要なのである。

同時に、このような一般原理の解明は、「超法規的な」ものをそのままにしておくのではなく、それが具体的な違法性および責任の阻却事由として刑法典に法定されることにより、完結するものでもある。刑法学の任務と法曹教育は、そのためのものなのである。

#### (5) 小 括

現実には、完璧な刑法典は存在しない。したがって、超法規的な阻却事由の必要性は、常に存在する。しかし、同時に、国家を単位とする実定法の解釈はバラバラであってはならない。それはどこかで統一されなければならず、また、統一前の段階であっても、バラつきはできるだけ小さなほうがよい。そのための刑法学の発展と法曹教育が必要である。

### 3. 責任能力なき者に対する共犯

#### (1) 共犯の「従属性」

共犯の規定方式は、常に、正犯による一定の犯罪行為を前提にしたものである。これを共犯の従属性と呼ぶ。日本刑法典の61条1項には、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。」という規定がある。また、同62条1項には、「正犯を幫助した者は、従犯とする。」という規定がある。そして、ここにいう正犯とは、「犯罪を実行した者<sup>32)</sup>」を意味する。これら教唆犯と従犯は、いずれも、その成立に、他人による犯罪の実行、つまり正犯の行為を必要とする。それも、正犯が「犯罪」に当たる行為を現実に「実行した」ことを要するのである。

また、日本刑法典43条には、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかつ

---

32) 日本刑法典60条参照。そこには、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と規定されている。すなわち、「犯罪を実行した者」が正犯なのである。

た者は、その刑を減輕することができる。」とする未遂の規定がある。ここにいう「犯罪」には、一般に、刑法61条および62条に規定されている教唆行為や幫助行為は含まれないと解されている。ゆえに、この規定では、教唆や幫助自体の未遂を処罰することはできない。日本刑法典61条の教唆や同62条の幫助は、正犯が可罰的な未遂を犯したときに初めて、処罰可能となるのである。これを、一般に、**実行従属性**と呼ぶ。他方、正犯が実行した行為は、「犯罪」に当たる要素を備えていなければならない。これを**要素従属性**と呼ぶ<sup>33)</sup>。

この実行従属性と要素従属性は、いずれも、共犯の関与の対象として、一定の正犯行為の存在を要求するものである<sup>34)</sup>。そこで、責任能力のないしかし行為能力はある者による犯罪的な行為に対して、とりわけ、その者に責任能力があると誤想して関与した共犯者の処罰の可否が問題となる。なぜなら、この場合には、責任無能力者を利用する意思がないので、間接正犯は成立せず、かつ、「犯罪」であるためには正犯に責任能力が必要と解すると、教唆犯や従犯等の共犯も成立しえないからである。また、同じ問題は、正犯に故意があると誤想した場合にも生ずる<sup>35)</sup>。そこ

33) この「実行従属性」と「要素従属性」という用語法は、平野龍一『刑法総論』(有斐閣・1975年)345頁以下の提唱によるが、さらにその原型は、佐伯・前掲『刑法に於ける期待可能性の思想』490頁以下に由来するものである。

34) これに対して、特別の規定で、正犯行為がなくても教唆犯や従犯が成立することがある。これを「独立共犯規定」と呼ぶ。「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。」と定める中国刑法典29条2項は、このような「独立共犯規定」の一種である。もっとも、実際には、正犯が犯罪の実行に着手しなかった場合に適用されることはないといわれている。

35) もっとも、故意を誤想する事例では、故意を構成要件の要素とする体系では、制限従属形式を採用しても、共犯の成立が認められないことになる。したがって、この問題では、故意の体系的地位を含めた要素従属性の検討が必要である。端的に言えば、故意を責任要素に位置づけた場合にのみ、妥当な結論が保証される。そうしないなら、制限従属形式でも、共犯の成立は否定される。現に、1956年のドイツ連邦裁判所判決(BGHSt 9, 370)は、被告人が、薬物を濫用する目的で、情を知らない医師を治療のためと思い込ませて処方箋を書かせたという事案につき、医師を主体とする身分犯について、非身分者は間接正犯にはなれないことを前提として、被告人を故意のない医師に対する教唆犯として処罰でき

では、正犯に責任能力まで要求する完全な従属形式(=「極端従属形式」)と、責任能力その他の責任要素を不要とする制限された従属形式(=「制限従属形式」)とで、異なった結論が導かれることになる。つまり、制限従属形式なら、この場合にも教唆犯や従犯等の共犯が成立しうるのである<sup>36)</sup>。

その際、「行為」概念、とりわけ「人格的行為概念<sup>37)</sup>」が問題となる。なぜなら、「行為」の前提に責任能力を要求すれば、そもそも「行為」でないものに共犯者は関与しえないので、およそ共犯の成立可能性はなくなるからである。したがって、責任能力のない者に対する共犯を認めるため

---

るか否かを問題とし、これを否定した。これ以前には、情を知らない医師を騙して患者に関する秘密を漏洩させた被告人に対して、故意のない身分者に対する教唆犯の成立を認めた判例があったが(BGHSt 4. 355)、本判決は、故意のない者に対する共犯の成立を否定するヴェルツェルやポッケルマンの見解を引用して、これを覆したのである。

36) 現に、日本の仙台高等裁判所は、1952年2月29日の判決(判特22号106頁)において、刑事未成年者にそれと知らずに窃盗を教唆した者に対し、窃盗の「間接正犯」で律すべきであるとしつつ、刑法38条2項によって窃盗の教唆を認めている。これは、教唆規定の適用にとって、正犯の責任能力は不要と解したものである。さらに、日本の最高裁判所は、2001年10月25日に、12歳の少年との間で強盗罪の共同正犯が成立することを認める決定を出している(最判2001・10・25 刑集55巻6号519頁)。つまり、刑事未成年者である12歳の少年との間でも、「犯罪」の共同実行が可能だということである。他方、最高裁の1994年12月6日の判決は、注(16)で述べたように、共同で防衛行為を行った者の一部が過剰に当たる暴行に及んだときは、過剰な暴行について共謀が認められない限り共同正犯は成立しないとして、適法な構成要件該当行為に関する共同正犯の成立を否定した(最判1994・12・6 刑集48巻8号509頁)。つまり、適法な構成要件該当行為も共同正犯の対象たる「犯罪」に当たるとする最小限従属形式のような考え方は、斥けられているのである。

37) 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社・1990年)104頁以下。そこでは、「刑法で考えられる行為は、行為者人格の主体的現実化とみとめられるものでなければならない。」と記されている。大塚・前掲注(20)106頁は、これに、「有意性に基づく身体的動静であり、一般人の認識的判断によって、その社会的意味が認められるもの」という要素を付け加える。しかし、「有意性」これは、現実には「有意的な」という意味であるが を付け加えれば、現実の有意的行為ではない「忘却犯」は行為から除外されざるをえない。たとえば「社会的に意味のある」という要素を付け加えたとしても、それが「または」という論理和を意味するのではない限り、一旦除外されたものを、形容を追加することで取り込むことはできないのである。

には、責任能力は「行為」の前提ではなく責任の一要素であり、かつ、「行為」には、責任能力よりも低い能力である「行為能力」を前提とすべきことになる。言い換えれば、「人格的行為概念」がいう「行為とは行為者人格の主体的現実化である」という命題は、そこにいう「人格」や「主体性」が責任能力を前提とするものでない限りで、妥当となる。

これに対して、中国刑法典29条2項では、「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。」とされている。したがって、教唆者が相手方に責任能力があると誤想した場合に、「極端従属形式」を前提としても、教唆未遂としての処罰は可能となる。もっとも、この場合、責任能力のない「正犯者」が犯罪結果を惹起した場合でも、「教唆者」は未遂でしか処罰されないことを甘受しなければならない。これに対して、「行為」や「犯罪」には行為能力があれば足り、責任能力は不要であるとする「制限従属形式」を採用すれば、この場合の「教唆者」もまた、教唆の既遂として処罰することが可能となる。

## (2) 特殊な正犯要素と共犯

特殊な正犯要素 身分および目的その他の特殊な主観的不法要素は、正犯が存在するための必要条件であって、単なる行為の要素ないしその他の客観的要素ではない。したがって、このような要素を必要とする犯罪では、これを持たない者は 少なくとも単独では 「正犯」とはなれない。たとえば、日本刑法典176条の虚偽公文書作成罪では、「公務員」が虚偽の公文書を作成することが要件とされているので、「公務員」でない人物が真実を知らない公務員を騙して虚偽の内容を含んだ公文書を作成させたとしても、本罪の間接正犯は成立しない<sup>38)</sup>。

そこで、このような正犯要素を要する犯罪につき、そのような要素を

---

38) 日本の最高裁は、1952年12月25日の判決（刑集6巻12号1387頁）において、このような事案に関し、間接正犯の成立を否定した。

つ直接行為者に責任能力がないことを利用し、あるいは、事情を知らないため故意がない者を利用した背後者については、極端従属形式に立つ場合、日本刑法典157条の公正証書原本等不実記載罪のような特別規定がない限り、処罰ができないこととなる。これに対して、制限従属形式に立ち、故意を責任の要素とするなら、教唆犯のような共犯として、その処罰が可能となる<sup>39)</sup>。

もっとも、他方で、このような特殊な正犯要素を要する犯罪では、直接行為者にそれが不在の場合には正犯が存在しないので、正犯に従属する共犯もまた、成立しえない。ゆえに、この場合には、共犯者が正犯要素の存在を誤想して、「正犯のように見える者」の行為に関与したとしても、共犯は成立しえない。たとえば、ある人物を「公務員」であると誤信して、その者に嘘を報告しその聞き取り書き（供述調書）を作成させたとしても、虚偽公文書作成罪の共犯は成立しないのである<sup>40)</sup>。この点では、中国刑法典29条2項のような教唆の未遂を処罰する規定がある場合には、被教唆者に正犯要素が存在しないために教唆された罪を犯さない場合でも、そこにいう「被教唆者が教唆された罪を犯さなかったとき」に当たると解釈すれば、その限度での処罰は可能である。しかし、幫助については、現在の中国刑法典にも、その未遂を処罰する規定はないので、「処罰の間隙」は残ることになる。

さらに、贈収賄罪のように、対向犯の双方について法定刑が異なる場合には、特殊な正犯要素を備えた正犯に適用される法定刑が、必ずしも、そ

---

39) もっとも、たとえば虚偽公文書作成罪にあっては、公務員の真実義務の違反という特殊な要素がその罪責を根拠づけるのだと考えるなら（このような考え方を「義務犯論」と呼ぶ。）、騙されて真実と信じた事実を記録にとどめる公務員には、そもそもこの真実義務の違反はないので、およそ虚偽公文書作成罪は成立しないということになる。そうすると、制限従属形式に拠っても、背後者は、公正証書原本等不実記載罪のような特別な規定がない限り、処罰されない。

40) もちろん、独立共犯規定ないし共犯未遂の処罰規定があれば別である。なお、被教唆者自身も身分の存在を誤想している場合に、正犯の未遂を認める見解によるなら、それに対する共犯が可能となる。



の共犯者に適用されないことがある。たとえば、日本刑法典の197条にある賄賂收受罪では、最も単純な形態でも、その刑の上限は5年の懲役であり、受託収賄罪などでは、それが7年に加重される。これに対して、これに対応する賄賂供与罪の刑の上限は、198条により、いずれの場合でも、3年の懲役である。ここでは、賄賂收受罪に対して教唆ないし幫助の意味を持つ賄賂供与行為でも、その刑の上限が一律に3年に抑えられているのである。

この場合に、贈賄側と収賄側の間を仲介した人物は、賄賂供与罪の共犯となるのか、それとも、賄賂收受罪の共犯となるのかという問題が浮上する。なぜなら、仲介行為は、その両方の性格を持つからである。しかし、同じく賄賂收受の共犯という性格を持つ賄賂供与行為が3年以下の懲役にしかならないことを考えると、それよりも軽い関与の場合を含む仲介行為の処断刑を賄賂收受罪のそれで決定することには疑問がある。ゆえに、学説には、この場合の仲介者は贈賄側の共犯として処罰されるべきであると述べるものがある<sup>41)</sup>。

同じ問題は、公務員の贈収賄に関する中国刑法典の386条と390条でも起こる可能性がある。というのも、同法386条は、収賄側の法定刑を金額で区別し、場合によっては死刑も可能としているのに対し、同法390条は、同様に金額で法定刑を区別しつつも、贈賄側の最高刑を無期懲役にとどめているからである。したがって、ここでもまた、両者の仲介者は、贈賄側の共犯とすべきか、それとも、収賄側の共犯とすべきかという問題が浮上する。

41) 佐伯千仍『共犯理論の源流』(成文堂・1987年)196頁、中山研一=浅田和茂=松宮孝明『レヴィジオン刑法1共犯論』(成文堂・1997年)125頁〔松宮〕、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)268頁以下。なお、ドイツでも、1990年の連邦通常裁判所判決(BGHSt 37, 207)が、同様に、仲介者を贈賄側の共犯として処断している。そこでは、贈賄者に賄賂を贈るべき公務員を教えた者に賄賂收受罪の従犯を認めた原判決が破棄され、賄賂供与罪の従犯の成立が認められた。判決は、この事案の解決の限りでは、幫助者が贈賄側を幫助する意思であれば贈賄の従犯にとどまると解すれば足りるとしたが、ドイツ刑法の贈収賄罪では、単純収賄の一部に対応する贈賄行為の処罰規定がないため、第三者を収賄の共犯として評価すること自体が矛盾をはらんでいることも指摘されている。

この点につき、中国刑法典には、その392条に、この種の賄賂仲介行為を特別に処罰する規定がある。興味深いことに、その法定刑の上限は3年の懲役であり、賄賂收受罪や賄賂供与罪の刑の上限よりも軽い。もっとも、賄賂仲介行為は身分犯である収賄罪の共犯としてだけでなく、一般犯罪である贈賄罪の共犯という意味も持つにもかかわらず、刑を軽くするこの種の特別規定を置くことを説明するためには、何か特別の理論が必要のように思われる。

また、中国刑法典には、日本刑法典65条2項やドイツ刑法典28条2項のような、加減的身分犯(=不真正身分犯)における刑の個別化規定がないため、たとえば非公務員と公務員が共同して、かつ、公務員はその職権を濫用して、5人以上の被害者に軽い傷害を負わせた場合のように、身分者と非身分者が加減的身分犯に当たる行為を共同で行った場合には、非公務員も職権濫用罪(中国刑法典397条)の共同正犯で処罰されるのか、それとも、その者は傷害罪(中国刑法典234条)で処罰されるのか、という疑問が生じる。

この問題に関して手掛かりとなるのは、公務員等が主体となる公務上横領罪(中国刑法典382条)である。その382条3項は、「前2項に掲げる人員と共同して横領した者は、共犯とする。」と定めている。これについては、「公務員の身分を有しない者が公務員と共同して横領した場合、公務員が犯行において職務上の立場を利用したときは、非身分者は、主犯か従犯かを問わず公務上横領罪の共犯とされる<sup>42)</sup>。」と説明されている。ところで、中国刑法典には、その第271条に、一般の業務上横領罪の規定があり、その法定刑は、ここでも被害額によって区別されているが、最高でも5年の懲役である。これは、383条に最高で死刑を規定する公務上横領罪に比べて、明らかに低い。したがって、公務上横領罪に関しては、中国刑法典は、明らかに、身分のある者に対する重い刑を非身分者にも適用して

---

42) 野村=張・前掲注(12)521頁。

いる。これは、「共犯の刑は、正犯の一身的要素に依存し、その結果、刑を加重または減輕する一身的要素は、(その要素を持たない者も含めて)共犯の刑を加重しまたは減輕する<sup>43)</sup>。」という**誇張従属形式**(hyperakzessorische Form)<sup>44)</sup>や、あるいは、違法身分を有する共犯者が一人でもいれば全員に身分犯の規定を適用して処罰するオーストリー刑法典14条の**統一的正犯体系**を彷彿させる。

したがって、このような考え方が、特別規定を持たない他の加減的身分犯にも適用されるなら、これについては、誇張従属形式やオーストリーの統一的正犯体系のもつ意味と問題点を検討することが、中国刑法の発展にとっても参考となるように思われる。

### (3) 統一的正犯体系と特殊な正犯要素を要する罪の共犯

統一的正犯体系とは、犯罪に当たる行為を直接に行ったか共犯者である他人を通じて行ったかを問わず、犯罪関与者はすべて「正犯」(Täter)とする考え方である<sup>45)</sup>。それによるなら、教唆的あるいは幫助的な行為で犯罪に関与した者も「正犯」であって、未遂処罰規定があれば、直接行為者が何もしなくても教唆ないし幫助の未遂を処罰でき、かつ、犯罪結果が発生すれば、直接行為者の要素に従属せずに、背後者を既遂の正犯として処罰できる。以上の限りで、統一的正犯体系は、共犯の従属性を否定し、関

---

43) ドイツのM・E・マイヤーの定義による。M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrecht, 2. unveränderte Aufl. 1923, S. 391. これに対して、「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ない」(大塚・前掲注(20)286頁)というのは、誇張従属形式の正確な定義ではない。

44) この誇張従属形式は、特別な考え方ではなく、もともと、共犯の刑は正犯の刑に従属すると考えていたフランス刑法典の考え方である。それは、1851年のドイツ・プロイセンの刑法典にも採用された。

45) オーストリー刑法典12条は、「直接的正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規定し、又はその他所為の実行に加功した各人も、可罰的行為をなした者である。」と規定する。ただし、同法は、第34条により、幫助的な第二義的方法での関与者に刑の減輕を規定している。

者に対する刑法の適用を単純化するという長所を有する<sup>46)</sup>。

しかし、この考え方によるなら、本来、身分犯、なかでも構成的身分犯のように、正犯となるための特殊な要素を必要とする犯罪については、教唆的ないし幫助的関与者も「正犯」であるから、この特殊な正犯要素を持たない場合は、これを処罰する特別な規定を作らない限り、処罰できないこととなる。

そこで、統一的正犯体系を採用するオーストリー刑法典では、その第14条1項に、「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。」と規定する。つまり、特殊な正犯要素が行為の不法に関係するものであるときは、それが「関与者のうちの一人」にでも存在すれば、ただし書きに当たらない限り、その要素を備えていない者も含めて全員が、「正犯」として処罰されるというのである。

しかし、統一的正犯体系では本來說明できないこの種の共犯につき、このような「木に竹を継いだ」規定を設けることは、大きな矛盾を生み出す。たとえば、身分犯である収賄罪につき、公務員が公務員資格のない友人に、自己の担当する職務に係る事業者からの贈り物を受け取るよう勧めたという事例を考えてみればよい。この場合、この公務員が、自己の代理として友人に贈り物の受け取りを委ねたのであれば、これは一般には「間接正犯」と呼ばれるが、友人に責任能力があり錯誤も強制もないのであるから、むしろ公務員自身が「賄賂を収受した」として賄賂収受罪の正犯となる<sup>47)</sup>。これに対して、業者が友人に贈り物をしたいだけであって、

---

46) 日本において、立法論として統一的正犯体系を妥当とするのは、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂・1988年)89頁以下。

47) つまり、「収受した」という構成要件該当行為は、利益を物理的に「受け取った」と

公務員に贈与する意思ではない場合には、当該公務員は「賄賂を收受した」わけでもなく、また、他の公務員の「賄賂の收受」を勧めたわけでもないから、賄賂收受罪という身分犯は、およそ、成立しないこととなる。

ところが、オーストリー刑法典14条のような規定によるなら、後者の場合でも、行為の不法にかかわる身分が関与者に存在することになるので、この公務員にも友人にも、賄賂收受罪が成立することになってしまう。また、14条1項ただし書きを用いて賄賂收受罪を「所為の不法が特別の一身の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」に当たると解しても、設例の場合に贈り物を直接に受け取ったのは公務員ではなく友人であり、また、友人が贈り物を受け取った時点では、公務員の加功態様が両事例において異なるわけではないので、いずれの場合にも賄賂收受罪が成立するか、それとも、しないかのいずれかの結論になってしまう<sup>48)</sup>。これは不当な結論である。

このような不当な結論を避けるためには、たとえ不法に関係するものであったとしても、この種の特殊な正犯要素は、限縮的正犯概念が予定する「本来の正犯」に存在することが必要である<sup>49)</sup>。同時に、ここにいう「本

---

いう意味ではなく、その利益が当該人物に帰属したということの意味するのである。しかし、オーストリー刑法典が制定された時代には、利益を物理的に「受け取った」ことが「收受した」に当たると解されていたようである。そして、同じような傾向は、後述する佐伯の見解にも見られる。

- 48) 佐伯・前掲注(28)『刑法に於ける期待可能性の思想』495頁以下には、「類型的に不完全な正犯の実行行為とそれに加担する者の側に存する違法事由(身分・目的)とが相合して一つの完全な可罰的違法性を表示する場合にも、後の加担者を可罰的共犯であると見ようとする立場」が主張されている。しかし、これでは、公務員が友人に贈り物の收受を勧めた場合にも、公務員は賄賂收受罪の教唆で、友人は賄賂收受罪の正犯要素がないので従犯になるか、あるいは、公務員という身分は犯行全体の法益侵害傾向を示すものとして関与者のいずれかに存在すればよいとして同罪の正犯になることになってしまう。
- 49) したがって、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(3)立命館法学319号(2008年)71頁以下は、「オーストリアにおいても、統一的正犯体系は纯粹には貫徹されていないと評価され、むしろ実際上生じる帰結はドイツや日本の状況に接近しているとみられる。」と述べている。

来の正犯」には、物理的に直接犯罪結果を実現した者ばかりでなく、「間接正犯」に当たる場合や、身分犯等では、当該身分を有する者に認められる「特別な義務の違反」を犯した者が含まれる。たとえば、賄賂收受罪では、「自己の職務に関して利益を收受してはならない」という特別な義務である。このような類型の犯罪群をドイツのロクシンやヤコブスの考え方によって「義務犯」と呼ぶ<sup>50)</sup>。

#### (4) 小 括

責任能力を「犯罪」や「行為」の前提としない体系は、共犯の処理における現実の必要から生じたものである。したがって、そのような必要がない規定をもつ刑法典では、そのような体系は不要である。それゆえ、問題は、その国の刑法実務において、そのような処理の必要性があるか否かにある。その検討の際には、とりわけ、正犯の責任能力や故意に関して共犯者に錯誤の可能性があることを意識しておかなければならない。また、同時に、行為主体に必要な、責任能力に代わる何らかの能力を指定しておかなければならない。それこそが、「全構成要件の体系」と「構成要件・違法性・責任の体系」の争いをめぐる、真の対立点なのである。

他方、身分犯のような特殊な正犯要素を備えた犯罪では、単純結果犯に妥当した思考方法が貫徹できない可能性も考えておかなければならない。とくに、身分犯の共犯に関する特別な規定の要否をめぐる議論が重要である。そのためには、今日のドイツで「義務犯」と呼ばれる考え方を参照することを要するであろう。

## 4. む す び

以上、二つの体系をめぐる検討しておくべき論点を、日本やドイツの

---

50) 「義務犯」に関する日本の代表的な文献として、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005年)がある。

具体的な事例を素材として明らかにした。全体を振り返ってその特徴を述べるなら、構成要件という段階以外に違法性という段階を設ける意味は、人間の作る法である刑法典は必ずしも完璧ではないので、そこに書かれていない超法規的違法性阻却事由を認めることにある。また、あわせて、これを「違法性」阻却事由とする意味は、共同正犯を含む共犯の対象を「違法な構成要件該当行為」に限ることで、適法な構成要件該当行為に關与した人物を狭義の共犯として処罰しないことにある。

これに対して、責任という段階を設ける意味は、端的に言えば、責任その典型は責任能力のない者に対する共同正犯を含む共犯を認めることにある。したがって、責任能力は構成要件の要素とされてはならない。その代わりに、行為の主体性を担保するのは、行為能力である。ここでは、違法性阻却事由の場合とは反対に、ある処罰阻却事由を責任阻却事由に分類することによって、「間接正犯」が成立しない場合でも背後者ないし共同者の処罰を可能とすることに、その狙いがある<sup>51)</sup>。また、あわせて、必ずしも完璧でない刑法典に書かれていない窮迫状況を「期待可能性が欠ける状況」と解することで、「超法規的」責任阻却事由を認めることが可能となる。

さて、ここまでは、主に日本の刑法典を素材として、「全構成要件の理論」に対する「構成要件・違法性・責任の体系」のもつ意味を明らかにしてきた。ここから先は、中国の刑法学およびその将来を担う若い世代が、自国の刑事実務における現実の問題を見据えて、主体的に判断すべきことである。

---

51) たとえば、すでに述べたように、日本刑法典105条の親族による犯人蔵匿および証拠隠滅の任意的刑免除規定を責任阻却事由と解することで、親族でない他の共犯者の処罰を可能とすることができる。