

タイトル	正犯と共犯（１）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，52(2)： 31-55
発行日	2018-09-30

正犯と共犯(1)

吉 田 敏 雄

目 次

第1章 関与理論の基礎

序

第1節 基本概念

1 出立点

2 限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念

3 従属性と独立性

第2節 共犯体系

1 共犯体系モデル

2 ドイツ刑法における共犯体系

A 現行法

B 正犯と共犯の境界

(以上第五四卷第二号)

第1章 関与理論の基礎

序 刑法の各則規定はほぼすべて直接的に行為する単独正犯者に合わせられている。犯罪現象にはおよそ単独正犯者しかないのであれば、立法者は殺人、強盗といった規定を設ければそれで済むことである。裁判所も嫌疑事実の構成要件への包摂、量刑をすればそれで済むことである。しかし、単独正犯者と並んで、様々な態様で同一犯罪の遂行に複数の者が関与する場合もある。こういった場合、上位概念として関与 (Beteiligung) = 協働 (Mitwirkung)、関与者 (Beteiligter) = 協働者 (Mitwirkender) という上位概念が用いられる。複数の者が関与する場合の立法的対応を難しくしているのは、直接正犯者とその他の関与者がいるというよりは、関与の方法、程度が事案毎に異なっているところにある。そこで、関与理論の構築に当たっては、二つの次元を区別する必要がある。その一は、構成要件の射程距離の問題である。所為関与が、なるほど構成要件の文言に直接的には対応しないが、しかし、刑法上帰属可能な方法で、刑法上禁止されている結果が招来 (結果犯) される又は刑法上禁止されている行為 (單純行為犯) が行われるのに寄与した者も、何等かの方法で構成要件によって把握されねばならない。すなわち、所為を直接的に実行する者だけが正犯者であるのか、その他の態様で関与した者も正犯者であるのかという問題であり、犯罪概念の理論的次元にかかわる問題であり。その二は、犯罪概念の理解とは関係なく、どのように直接正犯者とその他の関与者は処罰されるべきかという問題がある。とりわけ、後者に対する刑の任意的減輕又は必要的減輕の是非が問題となる。関与がもつ犯罪概念への影響と量刑への影響、この二つの側面がいわゆる関与の二重性格と呼ばれるものである。⁽¹⁾

日本刑法、ドイツ刑法、スイス刑法は正犯と共犯を分離するいわゆる共犯体系を採用している。しかし、共犯体系

が普遍的モデルというわけでもない。正犯と共犯を分離せず、犯罪行為を遂行する者を全て正犯者と捉える統一正犯者体系も存在する。実際、ノルウエイ刑法第五三条、デンマーク刑法第二三条第一項、イタリア刑法第一一〇条は統一正犯者体系を採用している。そこで、先ず、本章は、正犯と共犯の關係に関する二つの基本モデル及びそれに立脚する代表的法制度を概観することとする。

第1節 基本概念

1 出立点 ある所為に協働する複数の者に対処するいかなる規制モデルも、先ず、いかなる協働形態を把握すべきかという問題と取り組まねばならない。出立点は、各則の法文自体からこれに包摂される者は刑事責任を問われるということである。所為主体は誰もが正犯者である。各則の規定から直接的に把握されるので、直接的に実行する者とも呼ばれる。^②さらに、他人に犯罪行為の遂行を働きかける（従憑する（bestimmen）とか唆す（anstiften））者、その他犯罪行為の遂行に寄与する（einen Beitrag leisten）（助ける）者も刑事責任を問われるのが普通である。これらの者は各則の規定によつて直接的に把握されない限り、これらの者の可罰性を命令する独自の規範を必要とする。これらの者は間接的に実行する者とも呼ばれる。^③これにより可罰性の外枠が設けられる。従憑するというのは、寄与行為、つまり、所為を遂行する実行者に影響を及ぼす特別の場合を指す。^④

ここで現れるのは、この二群の行為者を刑法上どのように扱うべきかという基本的問題ある。これらの者が各則の規定に包摂されない限り、法治国の観点からすると、刑事責任を問うには、その旨の明文の規定が必要とされる。加えて内容にかかわる問題として、間接的に実行する者にいかなる位置価値が与えられるべきか、すなわち、これらの

者は正犯者（懲罰正犯者又は寄与正犯者）として直接的に実行する者と同列に置かれるべきか、それとも、より低い程度の位置価値が与えられるべきか、つまり、他人（直接的に実行する者）の所為の共犯者（教唆犯者又は幫助犯者）として扱われるべきかである。前者がすべての者を統一的に正犯者と捉える統一正犯者体系であり、後者が正犯者に共犯者を対置させる共犯体系である。⁽⁵⁾

2 限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念 複数の者がある所為に協働する場合、構成要件の解釈と射程距離との関係で正犯者概念（Täterbegriff）の理解が問題となる。正犯者概念には限縮的（＝狭い）正犯者概念と拡張的（＝広い）正犯者概念の二つの可能性がある。⁽⁶⁾

a 限縮的正犯者概念 限縮的正犯者概念（Restriktiver Täterbegriff）の基礎には構成要件の制限的解釈がある。正犯者というのは、その行為が構成要件の文言の下に厳密に包摂される者に限定される。したがって、正犯者というのは、他人を「強要する」とか、「侮辱する」とか、「偽造文書を作成する」とかすることによって所為を直接的に実行する者（直接正犯者）に限定される。正犯者を車で犯行現場に連れて行くとか、犯行現場で「見張りをする」とか、被害者をうまく誘い出して追っ払うとか、注意をそらすといったようなその他の方法で所為に関与する者はすでに概念上正犯者とは云えない。⁽⁷⁾

こういった構成要件の射程距離を著しく限定する正犯者概念は、法的安定性の面で長所を有するが、しかし、当罰性の範囲を捉え切れていないことは明らかである。というのは、直接的に実行する者でなくとも、その他の方法で所

為に関与する者も当罰的と思われるからである。それ故、構成要件を実現しない、間接的に実行する者には、他の協働類型、つまり、共犯者 (Teilnehmer) という法形象による補充が必要となる。この種の規定の任務はその他の関与者の可罰性の存否、どのようにしてかを定めるところにある。正犯者と共犯者が対置され、教唆、幫助の規定は構成要件拡張事由、刑罰根拠規定 (＝刑罰拡張規定) ということになる。このようにして、限縮的正犯者概念は正犯者類型とその他の協働者類型＝共犯者類型を扱う二元規制モデルに繋がる⁽⁸⁾。

この限縮的正犯概念から出立するのがドイツ刑法である。ドイツ刑法第二五条は正犯の中心的规定である。同第二六条は可罰的共犯に関する補充規定である (本章第2節2参照)。この共犯形態は限縮的正犯者概念から見ると刑罰拡張事由である。同様のことはスイス刑法第二四条以下にも妥当する。

b 拡張的正犯者概念 拡張的正犯者概念 (Extensiver Täterbegriff) の基礎には、構成要件の射程距離を拡張する解釈がある。限縮的正犯者概念とは逆に、拡張的正犯者概念は、所為に協働する者をすべて、つまり、構成要件の文言の下に直接的に包摂されえない者も正犯者と評価する。拡張的正犯者概念の基礎には、因果関係にとつては犯罪行為のあらゆる原因が等価値であることを説く「等価説」がある。教唆犯者として又は幫助犯者として所為をともし引き起こした者は、因果関係の等価値の故に、所為を自ら実現した正犯者と同様に所為を遂行したということである。すなわち、正犯者と「純然たる」共犯者の概念的区別はなされず、いかなる態様であれ可罰的行為の実行に寄与する者は誰でも正犯者である。例えば、「他人を殺した者」(刑第一九九条) は、「他人を殺す原因を与えた者」と読まれるのである。したがって、被害者を銃撃した者のみならず、直接正犯者に兇器を調達する者、殺人を慫慂する者も正犯

者である^⑨。

拡張的正犯者概念は共犯という範疇を不要とするだけでなく、概念上まさに排除しているので、排他的正犯者概念 (Exklusiver Täterbegriff) とも呼ばれる。すなわち、教唆、幫助という協働形態も構成要件に包摂されるとき、そもそも共犯類型は不必要となるだけでなく、正犯と対置する共犯というのは存在し得ないのである。但し、この広い正犯者概念の内部で直接正犯者 (Unmittelbarer Täter)、^⑩ 懲慝正犯者 (Bestimmungstäter)、寄与正犯者 (Beiträgetäter) を区別することは排除されない。拡張的、つまり、排他的正犯者概念は統一的正犯者モデルの特徴であり、この名称自体が協働者はすべて統一的に正犯者と捉えられることを示唆している。オーストリア刑法第一二条以下は拡張的正犯者概念から出立している (本章第3節2参照^⑩)。

3 従属性と独立性 従属性 (= 付従性) (Akzessorität) という概念は依存性 (Abhängigkeit) という概念と同義である。この概念は近づく (herantreten)、付け加わる (hinzutreten) という意味のラテン語動詞「accedere」に由来し、今日、ある権利 (従たる権利) が別の権利 (主たる権利) の存在に依存していることに関係する一般的な法概念になっている^⑪。これを刑法の関与理論に転用すると、関与者の可罰性 (関与者に対する刑罰請求権をいわば従たる権利と見ることができる) が他の者、つまり、中心人物としての正犯者の可罰性 (この刑罰請求権は主たる権利に対応する) に依存していることを意味する。これに伴う評価 (主たる関与者、従たる関与者) によって、従属性という概念は、協働者の内で価値的に区別をする関与モデル (共犯体系) の特徴を現している^⑫。その逆が独立性の原則 (Prinzip der Selbständigkeit) である。それによれば、関与者の可罰性には自分自身の行為だけが重要である。いかなる刑罰

請求権もその検証対象は専ら、人が何をしたのかとこの行為の刑法上の性質である。他の者の可罰性は問題とならない。この原則はとりわけ統一正犯者体系と結びつく。⁽¹³⁾

従属性には量的な面と質的な面がある。⁽¹⁴⁾ 量的従属性 (Quantitative Akzessorität) というのは、他の者の可罰性が依存している中心人物の所為実現の事實的進捗状況にかかわる (どれくらい (＝量) 犯罪の企てが中心人物によって実現されたか。計画か―予備か―実行行為に接した行為／実行行為か―既遂か)。行為者がすでに実行行為を行ったとき、したがって、その目的を達成するためにすべての事を行ったとき、この要求は完全に充たされる (結果犯では結果の発生が必要)。正犯者の計画実現に向けての行為がわずかであるほど、相応の理論的掛かりもそれだけ少なくなる。いつから関与者の刑事責任を問うことができるかは、立法者の決める問題である。共犯体系では、正犯者が、単なる予備行為でなく、未遂段階 (実行行為に接した行為又は実行行為) に達したときようやく共犯者が可罰的となるのが普通である。正犯者が既遂に達したとき、全ての者が既遂罪の刑事責任を問われるが、さもなければ未遂罪の刑事責任を問われる。統一正犯者体系では、他の協働者の未遂か既遂かにかかわらず、各関与者は自己の未遂、既遂を問われる。⁽¹⁵⁾

質的従属性 (Qualitative Akzessorität) は、他の者の可罰性が依存する中心人物の行為の法的質にかかわる (中心人物の犯罪行為はどういう状態 (＝質) でなければならぬか)。すでに共犯者 (Teilnehmer あることに協力する人)、教唆 (Anstiftung、けしかけてあることをやらせること)、幫助 (Beihilfe、あることの手伝いをする事) といった概念が暗示するように、共犯者は他人の不法にも刑事責任を問われるのであり、理論的に徹底させると他の者の責任

にすら刑事責任を問われる。正犯者がいなければ教唆犯者、幫助犯者の可罰性も無ということである。教唆と幫助というのは正犯者の存在を論理的に前提とし、その無価値を主として正犯者から「受け取る」「借用する」。正犯者へのこの概念的依存性が共犯の質的従属性と呼ばれる。質的従属性と統一正犯者体系は排斥関係にある。¹⁶⁾

質的従属にも段階がある。完全質的従属性（＝嚴格質的従属性）は、共犯者の可罰性を、正犯者が犯罪概念の全ての規準を充たす、すなわち、構成要件該当、違法（段階Ⅰ、Ⅱ）且つ有責（段階Ⅲ）な行為をしたときに限定する。今日、この従属性形態が主張されることはない。責任というのは専ら一身の非難可能性にかかわるので、協働者の可罰性が他の協働者の責任に依存することは許されないからである。共犯体系では、今日、制限質的従属性（＝限定質的従属性）しか主張されない。すなわち、正犯者は構成要件該当且つ違法に行為すればそれで足りる。故意が構成要件要素であることを否定する古典的犯罪概念によれば、これに加えて故意犯では故意も要求されることになるが、人的不法論では故意は構成要件要素であるから、ことさらこれに言及する必要はない。¹⁷⁾

第2節 共犯体系

1 共犯体系モデル 関与者の様々な関与形態を刑法上捉えるモデルに共犯体系と統一正犯者体系がある。二元規制モデルは、二つの基本的に異なる概念範疇（類型）、つまり、正犯者の類型と所為に関与する他の者、つまり、共犯者という二つの基本的に異なる概念範疇を用いる。その基礎にあるのが限縮的正犯者概念である。厳密に云うと、かかる規制モデルは正犯者—共犯者体系（Täter-Teilnehmer-System）と呼ばれねばならない。しかし、ずっと前から共犯体系（Teilnahmesystem）という短縮形が定着している。というのも、この表現によっても、もっぱら正犯者形態を

基礎にすえた体系、つまり、統一正犯者体系 (Einheitsätersystem) との違いが十分明確に表されるからである。⁽¹⁸⁾

共犯体系の基礎にあり、その機能を明確にする思考モデルを繊細且つ記憶しやすく説明したのがクラウカオの法学者マカレヴィッツである。かかる体系では、正犯者の周りに「一群れの仕える霊」、つまり、共犯者らがいる。その一人は正犯者の意思を強化し、他の一人は正犯者に技巧的にうまく遂行するための助言を与え、三人目は正犯者に援助の手を差し伸べる。⁽¹⁹⁾

この規制モデルでは、構成要件の法文を直接的に充足する者だけが正犯者 (Täter) であり、この者が明らかに支配者である。この者が所為事象全体の「主要人物 (Hauptfigur)」であり、「中心人物 (Zentralgestalt)」であり、それ故、犯罪理論的にも指導的地位を占める。正犯者だけが客観的構成要件を実現するのであり、その他の者は、犯罪行為に協働していても、客観的構成要件を実現していない。正犯者の所為分担分の事実的重さと法的優位を強調するために、正犯者は**主犯者 (Haupttäter)**と呼ばれ、主犯者によって実行された所為は**主犯 (Haupttat)**と呼ばれ、このことにより概念的にも価値的にもその他の関与者の所為分担、つまり、**共犯行為**から区別される。⁽²⁰⁾

正犯者のわきに二つ目の範疇、つまり、脇役 (Randfigur) としての「共犯者」がいる。これはさらに**教唆犯者 (Anstifter)**と**幫助犯者 (Gehilfe)**とに分けられるのが普通である。教唆者は正犯者に所為をするように唆するのであり、幫助者は正犯者の支援をする。教唆者及び幫助者は正犯者形態ではまったくなく、共犯体系の**共犯形態**なのである。それ故、犯罪理論上、正犯者が中心的地位を占めるだけでなく、共犯者の上にいる。正犯者と(純然たる)共犯

者の間には明白な規範的格差があるということである。このことを明らかにするための概念として、一方で「主犯者」⁽²¹⁾、「中心人物」、他方でたんなる「共犯者」が用いられるのである。

共犯体系には、二つの根本において異なる概念範疇、つまり、一方で正犯者が、他方で共犯者がおり、その構造は二元的関与モデルである。共犯者は、客観的構成要件を独立して実現するのではないから、独立の不法を働くのである、正犯者の客観的構成要件実現から導き出される不法を働くのである。教唆と幫助というのは主犯の存在を論理的に前提とし、その無価値を主として主犯から「受け取る」「借用する」ということである。この内容的依存性の帰結として、例えば、兇器を提供することによって殺人に関与する者は、殺人を行っているのでなく、他の者によって遂行された殺人への共犯者に過ぎず、共犯者の不法は正犯者のそれと等値でなく、基本的にはそれよりも軽いということになる。⁽²²⁾主犯へのこの概念的依存性が共犯の従属性と呼ばれる。共犯者の処罰のために、主犯の法的性質に最低限必要とされる要件があるので、質的従属性という概念が用いられる。⁽²³⁾質的従属性は二元体系の中心的な理論的構造原則である。時に従属的共犯体系という冗語が用いられたりもする。共犯体系には従属性の原則が支配しており、共犯者は全て正犯者に依存している。正犯者の所為の質によって、共犯者も処罰されうるか、どの程度処罰されうるかも決まってくる。ほとんどの場合、限定質的従属性の意味で構成要件該当の違法な行為が遂行されねばならない。共犯の不法はいずれにしても主犯の不法から導き出されるから、特別の故意の種類とか超過的内心傾向というような特殊の不法要素が共犯者自身にあるか否かは、共犯者の可罰性にとって重要なことでない。これらの要素が「正犯者」に存在し、共犯者がそれを認識していたということでも十分である。⁽²⁴⁾

さらに、共犯者は量的従属性の意味でも正犯者の所為に依存している。共犯体系においては、主犯の未遂前には、共同の対象となる不法が全体としてまだ存在しないから、協働者全ての可罰性は、基本的に主犯が未遂の段階まで達しているということに依存する。すなわち、共犯者が未遂罪又は既遂罪で処罰されるかは、正犯者の所為の進捗状況にかかっていることである。⁽²⁵⁾

正犯者と(たんなる)共犯者の厳密な概念的及び価値的対置の帰結は量刑の次元でも表れる。共犯体系においては、正犯者に対する量刑と共犯者に対する量刑の図式化される方向に傾く。法定刑は主として正犯者に適用され、共犯者は刑を義務的に又は任意的に減輕される。共犯者は、犯罪の無価値を完全に充足する正犯者とは異なるので、原則として正犯者には重い刑罰が、共犯者には軽い刑罰が科せられることとなる。⁽²⁶⁾

2 ドイツ刑法における共犯体系

A 現行法 一八一〇年のフランス刑法典(第五九条、第六〇条)、一八五一年のプロイセン刑法典(第三四条、第三五条)に基づき、一八七一年のドイツ刑法典(第四七条、第四九条)は共犯体系を採用していた。現行刑法に繋がる刑法総則改正作業において、統一正犯者体系採用を採用する可能性も真摯且つ根本的に議論されたが、結局、現行刑法においても共犯体系は維持された。⁽²⁷⁾その関連条文は次の通りである。

第3節 正犯と共犯

〔正犯〕

第二五条「① 犯罪行為を自ら又は第三者によって遂行する者は、正犯者として罰せられる。

② 数人が犯罪行為を共同して遂行するときは、各人が正犯者として罰せられる（共同正犯者）。」

〔教唆犯〕

第二六条「故意に他人にその故意で遂行される違法な所為を慫慂した者は、教唆犯者として、正犯者と等しく罰せられる。」

〔幫助犯〕

第二七条「① 故意に他人にその故意で遂行される違法な所為を幫助した者は、幫助犯者として罰せられる。

② 幫助犯者に対する刑は、正犯者に対する刑に従う。刑は第四九条第一項により減輕されねばならない。」

〔特別な一身上の要素〕

第二八条「① 正犯者の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素（第一四条第一項）が、共犯者（教唆犯者又は幫助犯者）にないときは、その刑は第四九条第一項によって減輕されねばならない。

② 特別な一身上の要素が刑を加重し、減輕し、又は阻却する旨を法規が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される。」

〔関与者の独立の可罰性〕

第二九条「どの関与者も、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って罰せられる。」

〔関与の未遂〕

第三〇条「① 他人に重罪の遂行を決意させる又は重罪の教唆を決意させることを試みた者は、重罪の未遂に関する規定によって罰せられる。ただし、その刑は第四九条第一項によって減輕されねばならない。第二三条第三項は、これを準用する。」

② 重罪を遂行すること又は重罪を教唆する気があることを表明した者、このような行為を行うとの他人の申し出を受諾し又はこのような行為を行うことを他人と約束した者もまた、同様に罰せられる。」

〔関与の未遂の中止〕

第二一条「① 自由意思により、

1 他人に重罪の遂行を決意させることを放棄し、かつ他人が所為を遂行するというひょっとして存在する危険を回避した者

2 重罪を行う気のあることを表明した後で、その企てを放棄した者、又は

3 重罪を約束し又は重罪を行うとの他人の申し出を受諾した後で、所為を妨げた者は、第三〇条により罰せられない。」

② 所為が中止者とは関係なく行われなかったとき又は所為がその者の以前の行動と関係なく遂行されたときは、所為を妨げるための任意かつ真摯な努力があればその不処罰にとって十分である。」

刑法典各則第二章第三節(正犯と共犯。Täterschaft und Teilnahme)は正犯者形態(第二五条)と教唆犯(Anstiftung)(第二六条)、幫助犯(Beihilfe)(第二七条)という共犯形態を定めているところから、ドイツ刑法が限縮的正犯者概念

を基礎におく共犯体系を採用していることは明らかである。正犯と共犯の上位概念として関与 (Beteiligung) という概念が用いられる (刑第二八条)。「犯罪行為を自ら遂行する者」が直接正犯者 (Unmittelbarer Täter) である (刑第二五条第一項)。犯罪行為を自ら遂行する者が正犯であることは当然のことであるので、刑法第二五条はこの限りで宣言的規定と云える。「第三者によって遂行する者」が間接正犯者 (mittelbarer Täter) である (第二五条第一項)。この規定が構成的 (＝根拠づけ) 意義を有するのか、宣言的意義を有するに過ぎないのかが問題となるが、直接正犯者も間接正犯者も犯罪行為の所為支配を有していることから、後者の意味で理解すべきといえよう。⁽²⁸⁾「犯罪行為を共同して遂行する者」が共同正犯者 (Mittäter) である (第二五条第二項)。共同正犯の規定が正犯の範囲を構成的に拡張しているのかについても問題となる。甲も乙も一緒に丙を殴って傷害したという場合、甲も乙もそれぞれ傷害罪の構成要件要素を充足しているので、この限りで本項は宣言的規定といえる。しかし、甲と乙が強盗を計画し、甲が拳銃で被害者を脅し、乙が被害者から金品を奪うという場合、甲も乙も一人で全ての構成要件要素を充足しているわけではないので、本項が無ければ甲も乙も正犯者として処罰できない。この限りで、本項は他の者の行為をあたかも自分自身でしたかのように帰属させる構成的意義を有する (帰属規範)⁽²⁹⁾。

共犯形態として教唆と幫助は、所為の実行とは直接的には関係のない者への可罰性拡張事由である。共犯者の行動は殺人罪や窃盗罪の構成要件に包摂されない。教唆者も幫助者も主犯の構成要件該当行為「へ」寄与行為をすることを前提にしている (いわゆる共犯の限定従属性)。この依存性により、共犯は法的不安定性を妨げる確固たる法律上の基準点を得ることとなる。⁽³⁰⁾ 幫助犯への一般的刑の減輕 (第二七条第二項) は無理なく共犯体系の構想に適合する。⁽³¹⁾

ドイツ刑法は正犯者形態(第二五条)と共犯形態(第二六条以下)を概念的に区別していることから、この二つの関与の基本類型間の境界設定という問題が不可避免的に生ずる。通説によれば、この境界付けは故意の作為犯、不作為犯に限り可能であり、必要である。過失犯の領域では、注意義務違反によつて客観的に帰属可能な態様で構成要件実現に寄与する者はすべて正犯者である。しかし、次第に、**過失の共同正犯**(*fahrlässige Mitäterschaft*) (作為犯だけでなく、不作為犯でも) が議論されるようになって来た。この概念を用いることで、製造物責任及び環境犯罪の問題が適切に解決できるというのである。これらの領域では、集合決定が過失の構成要件実現をもたらすことがあり、あるいは、複数の行為のうちの行為が結果を惹起したのかの解明ができない場合がある(いわゆる加算的因果関係)。過失の間接正犯については、所為支配又は正犯者意思が欠如しているので、その承認の余地はほとんどない。故意の正犯への過失の教唆は可罰的でないが(第二六条)、過失犯の正犯となりうる。同じことは**過失の幫助**にも妥当する。例えば、甲女はその既婚の愛人乙男のために毒物を手入れするが、甲は乙がそれで乙の妻を殺すつもりだと邪推していたという場合である。但し、こういった場合でも、**自己答責の原理**が働き、過失の第一惹起者の刑事責任の間われないうちにもありうる。例えば、警察官が公務用けん銃を手袋保管庫に安全装置をかけないまましまつてからタバコを買いに行っている間に、被害者がそれを利用して自殺を図つたという場合である。³²⁾

B 正犯と共犯の境界 現行法は正犯者形態(第二五条)と共犯形態(第二六条以下)を概念的に区別していることから、この二つの関与の基本類型間の境界設定という問題が不可避免的に生じてくる。見かけとは異なり、この問題はきわめて微妙な問題であり、しかも今日に到るものも満足はいく解決が得られていない。通説は、この境界づけの問題に関して、正犯の特殊構造化された犯罪(*täterschaftlich strukturierte Delikte*)と一般犯(*Allgemeindelikte*)を区

説
別して論ずる。

論

a 構成要件上正犯者資格の制限される犯罪 自ら構成要件を実現する者はすべて正犯者ということではなく、構成要件によって要求される、特定の正犯者資格が欠如している者は正犯者たりえない犯罪がある。この者は、構成要件充足に十分な行為を実行し、構成要件の結果を客観的に帰属可能な形で実現した場合であっても正犯者ではない。以下の犯罪類型がこれに属する。

α 特別犯 特別犯（＝身分犯）(Sonderdelikt) の正犯者は、自分自身が法律に要件とされている特質又は事情の保持者である者（いわゆる内部の者。intraneus）に限定される。これに該当しない関与者（いわゆる外部の者。extraneus）はせいぜい第二六条以下の意味での共犯者であるが、第二五条の意味での正犯者ではない。例えば、第一四二条（事故現場からの不法離脱罪）の正犯者は、自分自身第一四二条第五項の法的定義「事故関与者とは、その行動が当該事情上事故の惹起に寄与した可能性のある全ての者をいう。」の意味での事故関与者である者に限定される。事故関与者に「急いで消えた方が良い」と助言する第三者は単に共犯者（教唆犯）として処罰されうるにすぎず、決してこの犯罪の正犯者として処罰されることはない。第三者が「所為を自ら実行する」、例えば、躊躇する事故関与者を自分の車に乗せ、一緒にその場を去る場合ですら、第三者が正犯者として処罰されることはない。公務犯罪（第三三一条以下）の正犯は一般的に公務を担当する者に限定される。不真正不作為犯も特別犯である。したがって、自分自身が結果を回避する保障人のみが正犯者として処罰されうる。⁽³³⁾

β 自手犯 自手犯 (Eigenhändige Delikte) というのは、本人自身の行為を要件とする犯罪のことを云う。この者だけが正犯者であって、構成要件行為を自ら実行しない者は正犯者でなく、共犯者に過ぎない。例えば、裁判所で証人として偽りの供述をする売春婦は宣誓しないでする偽りの供述罪(第一五三条)の正犯者であるが、そのひもは、暴行によってこの偽りの供述を強要した場合ですら、第二六条、第一五三条に従って共犯者としてしか処罰できない³⁴⁾。その他、第三一五条(道路交通における危険行為)、第三一六条(交通における酩酊)といった交通犯罪がこれに入る。

γ 特殊主観的構成要件要素の要求される犯罪 構成要件の実現に目的等の特殊の主観的要件が必要とされる犯罪がある。例えば、窃盗罪には不法領得の意思という特殊主観的要素の充足が必要である。これを欠いている者は正犯者たりえない³⁵⁾。

b 一般犯 刑法典の定めるほとんどの犯罪は犯罪主体に限定のない誰もが正犯者となりうる(「した者は、に処す」)。これが一般犯 (Allgemeindelikte) と呼ばれる。誰もが実現できる各則の構成要件では、それを「自ら」(自分の手によって) 実現する者が(直接) 正犯者である(第二五条第一項)。しかし、一般犯の構成要件は、それを超えて、間接正犯や共同正犯の成立規準や正犯と共犯の境界づけの規準を与えていない。ここから厄介な問題が生ずる³⁶⁾。

先ず、間接正犯と教唆犯については、間接正犯者も教唆者も他の者を(間接正犯者の道具又は唆された主犯者) 所為遂行へと仕向けることから、その境界づけが問題となる。例えば、所為自体を実行しない者甲が精神障礙者乙に第三者丙を撲殺させるとき、甲は間接正犯者なのか教唆犯者にすぎないのが問題となる、刑法第二六条は共犯の限定

従属性を定めているので、教唆犯が成立する。次に、共同正犯と幫助犯については、共同正犯者も幫助犯者も所為遂行に寄与することから、その境界づけが問題となる。例えば、銀行強盜の際、甲が乙を銀行まで自動車に乗せ、乙が銀行内で実行行為をしている間、路上で「見張り」をし、乙が金を強奪して戻ってくるや直ちに乙を乗せて犯行現場から走り去るとき、甲は強盜罪の共同正犯者なのか強盜罪の幫助犯者に過ぎないのが問題となる³⁷⁾。

一般犯における正犯と共犯の境界規準を設けるのが難しいのは、「正犯者」と「共犯者」の境界づけが個別事案における異なった当罰性にも対応しなければならないというところにある。共犯の不法は一般的に正犯のそれよりも軽く評価されるのであるから、共犯者の協働行為が実際にも正犯者の協働行為よりも軽いように見えなければならぬ³⁸⁾。大まかに見ると五説に分けられる³⁹⁾。

①主観説 ライヒ裁判所の採った説であり、その基礎には、犯罪行為のすべての原因が等価値であるという因果関係の等価説、およびこれを引き合いに出す拡張的正犯者概念がある。犯罪行為の共惹起がもう正犯を根拠づけることができ、原因寄与がすべて等価であるため正犯と共犯の客観的境界づけが不可能であるから、関与者の内的意思方向によってしか境界づけができない。すなわち、正犯者は「正犯者意思 (animus auctoris)」によって、共犯者は、「共犯者意思 (animus socii)」によって特徴づけられる (意思説。Animus-Theorie)。

正犯者意思の内実については二つの考え方があり、その一は悪意説 (Dolustheorie) である。それに依れば、正犯者は独立の、共犯者は他に依存した意思をもつ。ライヒ裁判所の初期の裁判にかなりの影響を

与えたフォン・ブーリは、「正犯者 (Urheber)」と幫助犯者の違いは、正犯者の意思の独立性、幫助する者の意思の非独立性にしか見出すことができない。幫助者が結果を意欲するのは幫助者がそれを意欲する場合に限られる。正犯者が結果を意欲していない場合には、幫助犯者もそれを意欲していない。それ故、結果を生じさせたいのか否かの決断を、幫助犯者は正犯者に委ねなければならない⁽⁴⁰⁾と論じた。これに相応した形で、ライヒ裁判所は、「幫助犯者は正犯者の意思に依存した意思しかもつことが許されないこと、すなわち、幫助犯者は自分の意思を、所為が既遂にいたるべきか否かの決定を正犯者に委ねるというふうに、正犯者の意思に服させるということ。幫助犯者のこの他人に依存する意思とは異なり、共同正犯者は自分の意思を支配する意思を認めない。共同正犯者の意思はむしろ他の全ての共犯者の意思と同じ性質をもっている。それ故、各共同正犯者の考えでは、なるほど、犯罪は他の者と協働して実現されるべきだが、しかし、他の者の意思を自分の意思の規準とは見ていない⁽⁴¹⁾」と説示した。その二は利益説 (Interessentheorie) である。それに依れば、正犯者意思は所為への自己利益に、共犯者意思はこういった利益の欠如に特徴がある。「所為を自己の所為として意欲しているか否かは、主として、専らというわけではないが、所為への自己利益の程度に従う⁽⁴²⁾」。主観説の云う「委ねる」とか「利益の程度」を決める内的事象の事後的検証は難しいので、結局、所為を「自己の所為」として意欲したか、「他人の所為」として意欲したかは当罰性や危険性によってしか判断されないことに繋がる⁽⁴³⁾。

結果の全ての条件は等価であるという因果関係理論の等価説から出立する主観説を徹底させたのが極端 (＝厳格) 主観説と云われる。本説を展開した著名な三裁判例がある。

ライヒ裁判所は、RGSt 74, 84（一九四〇年二月一九日の判決）「湯船事件」〔甲女は婚外子丙を生んだが、出産直後の虚弱状態のため自ら丙を殺害する力がないことからその姉妹である乙女が丙を甲の強要にに応じて湯船で溺死させた。乙が甲を助けたのは、甲の父親からの非難及び婚外子の母となることに対する世間からの非難を避けるためだったという事案〕において、「所為を自己の所為として意欲しているか否かは、主として、専らというわけではないが、所為への自己利益の程度に従う」と説示して、犯罪行為を故意で自分の手により実行する、つまり、自ら遂行する者も、正犯者意思をもたずに行爲した、つまり、所為を自己の所為として意欲しなかった場合、正犯者としてではなく、単なる幫助犯者として可罰的たりうると判示して、主観説を極端にまで推し進めて、乙に謀殺罪の幫助犯が、甲に嬰兒殺罪の正犯の成立を認めた。もともと、この判決の背景には次の事情があったことは見逃せない⁽⁴⁴⁾。判決の下された一九四〇年当時、甲が嬰兒殺（刑旧二一七条）の正犯として処罰されるなら死刑を科せられることはなく、乙も幫助犯として扱われ、死刑に処せられることはない。これに対し、乙は、直接正犯とされると、死刑を免れなかった。ライヒ裁判所はこの帰結を避けたかったのである。

連邦通常裁判所も、BGHSt 18, 87「スタシンスキー事件」（一九六二年一〇月一九日判決）〔国家保安委員会の諜報員であるスタシンスキー（S）はソ連邦政府部内の者の命令に従いミュンヘンでロシアの亡命政治家二名を毒拳銃で殺害したが、その後、ソ連の勢力範囲から逃れ、ドイツ警察に自首したという事案〕において、極端主観説を引き合いに出してSに故殺罪の幫助犯の成立を認めた。殺人罪の正犯は、Sに殺人を依頼した、当時のソ連邦の政府職員である。この者たちが「黒幕」として、「本来の犯罪首謀者」として、正犯者意思をもって行為をしたのであるから、正犯者であり、それも「間接正犯者」である。これに対して、Sは単なる幫助犯者である。「幫助犯者というのは、所為を

自己の所為として遂行するのではなく、単に他の者の所為に協働する者である。この主観的共犯説に基本的に連邦通常裁判所も判例において常に支持してきた。連邦通常裁判所の裁判例に依れば、特に、構成要件要素を全て自ら充足する者も単なる幫助犯者たりうる。この法原則の適用から明らかになるのは、Sがこの所為を自己の所為として意欲したのでないこと、その所為に何らの利益も有しなかったこと、他の者の正犯者意思に従ったということである⁽⁴⁵⁾。本判決の背景事情として次の指摘がなされる。連邦通常裁判所は、Sを、謀殺罪の正犯と扱えば終身刑が免れなかったところ、「自白した裏切り者」として単なる幫助犯によって報いようとしたこと、同時に、当時のソ連政府の一部の者を「謀殺者」として烙印づけることができたということである。

連邦通常裁判所は、BGH bei Dallinger MDR 1974, 547 「臆病者事件」〔甲は乙の丙に対する傷害行為に当初関与しなかった。しかし、乙が甲の手に刃物を握らせ、「臆病者になるな、さっさと刺せ」と要求したので、すでに地面に横たわっていてかなりの傷を負っていた丙を甲も刺した。丙は死亡したという事案〕でも、「構成要件要素を全て自ら充足する者は、その意思が専ら他人の所為を支援することに向いている限り、単なる幫助と見られうる。……他の者の目に臆病者と見られたくないという思いから突き刺すことは、その他人の意思に従属していたことを物語る」と説示して、甲は、自己の利益からでなく、他の関与者から臆病者と見られたくないために行為に出たに過ぎないとして、甲の所為寄与を幫助とした⁽⁴⁶⁾。

このような極端主観説に基づく一連の裁判例は、専ら意思方向に着目しているので、客観的所為事象の質を適切に把握していないこと、他説に見られないほど、裁判所に正犯者と共犯者の役割につき恣意的境界づけることを可能に

していること、関与の役割が量刑を決定するのではなく、望ましい量刑が関与役割を決定すること、合理的な事後検証をできなくしていると批判された。さらに、現行刑法第二十五条第一項は「犯罪行為を自ら遂行する者」を常に（直接）正犯としているので、極端主観説は法文に反し、その支柱を奪われたと解され、学説の支持をほぼ失った⁽⁴⁷⁾。

第一章 注

- (1) D. Kienapfel, F. Höpfel u. R. Kert, Grundriss des Strafrechts AT, 14. Aufl., 2012, E 2 Rn 3; D. Kienapfel, Die Einheitstätterregelung der §§ 12 ff. u. 32 ff. StGB, JBl 1974, 113; O. Trifflerer, Die österreichische Beteiligungstheorie, 1983, 35 f.
- (2) E. Steininger, Strafrecht AT, Bd. 2, 2012, 21. Kap Rn 2; Trifflerer, (Fn. 1), 31.
- (3) Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 2; Trifflerer, (Fn. 1), 31.
- (4) Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 2.
- (5) Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 2.
- (6) 既述の正犯概念と拡張的正犯概念の区別をハイムールに拠る。L. Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), 39, 41, 45.
- (7) Kienapfel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), E 2 Rn 5; Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 3.
- (8) Kienapfel, (Fn. 1), 114; Kienapfel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), E 2 Rn 6; R. Maurach, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl., 1971, 623.
- (9) Kienapfel, (Fn. 1), 114.
- (10) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 61 IV 1; Kienapfel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), E 2 Rn 8; Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 3; O. Trifflerer, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 16; Kap Rn 14 f.; ders., (Fn. 1), 28 ff., 32.
- (11) Trifflerer, (Fn. 1), 43.
- (12) Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 4.
- (13) Steininger, (Fn. 2), 21. Kap Rn 4.
- (14) Maurach, (Fn. 8), 698 ff.

- (35) B. Heinrich, Strafrecht AT, 2012, § 33 Rn 1198.
- (36) Kühl, (Fn 30), § 20 Rn 17.
- (37) Kühl, (Fn 30), § 20 Rn 18 f.
- (38) Triffterer, (Fn 10), 16. Kap Rn 27.
- (39) 本文で扱う諸説と全く異なる構想から出立するのがシュタインである。それによると、関与形態を区別する規準は、法規の背後にある正犯者行為規範、教唆犯者行為規範、幫助犯者行為規範の「切迫性」の差異である。行為規範には異なった「切迫性 (Dringlichkeit)」があり、共犯者には正犯者に対するほどの切迫性が無い。正犯者に課せられる法益侵害を避ける義務が法益客体のための相対的に堅固な「防壁」を築いているので、共犯者の行為規範には一般的にそれほどの切迫性が認められない。但し、教唆犯者が正犯者と同じく処罰されることから分かるように、教唆犯者の行為規範が正犯者行為規範と同じ切迫性を与えられている理由は、教唆犯者が正犯者の法に誠実な動機を損ない、これによって法益の前に築かれた防壁を崩すところにある。これに対して、幫助犯者行為規範はそれほど切迫性をもたないのであり、このことから必要的刑の減輕も説明される。U. Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsfornenlehre, 1988, 221 ff. 本説は次のような批判を免れない。構成要件と関与形態を行為規範違反ないし行為無価値に縮減することは許されないものであり、結果は正犯者行為、共犯者行為と分ち難く一体をなしている。行為の差異は、この差異がどのように構成要件の結果に影響を及ぼすかという限りで、「関与形態」に影響を及ぼす。これには所為支配説の方が、結果から切り離された漂流をする「行為規範説」よりも適している。行為規範の異なった切迫性が正犯と共犯の境界づけを担うべきとの考えも説得力がない。正犯と教唆では法定刑から異なった切迫性を導くことはできない点は別として、規範というのはなにかを禁止したり、命令したりすることができるだけで、程度の差を許すわけではない。規範の命令は絶対的に妥当するのであって、切迫性による段階づけの余地はない。異なるのは各規範違反の当罰性だけである。Roxin, (Fn 27), § 25 Rn 36; ders., (Fn 19), § 42 Rn 207 f.
- (40) M. v. Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, 41.
- ロクスティーンは「悪意説が説く「意思服従」を所為支配説の先駆けと見る。教唆犯者と幫助犯者は正犯者の意思に服さねばならず、正犯者に所為遂行を「委ね」なければならぬのは、実行行為を決定し、所為支配を有するのは正犯者だからである。このような理解からすると、悪意説が直接的には客観的力の状態からでなく、これが関与者の意思に及ぼす影響から(したがって、間接的には力の状態から)出立する限りで、悪意説は所為支配説の一種の主観的変形体である。これに対して、利益説には所為支配説への道が開ざされている。それでも、近時の判例が自己利益を他の要素と並ぶ正犯を決めるための重要な手掛かりと見ているという点で、自己

- 利益がそれなりの意味をもっている。Roxin, (Fn. 27), § 25 Rn 20.
- (41) RGSt 3, 181, 182 f.
- (42) RGSt 74, 84, 85 f. [湯船事件]; BGHSt 18, 87 [スタン・ヘスキー事件]
- (43) Roxin, (Fn. 27), § 25 Rn 19.
- (44) F. Hartung, Der „Badewannenfall“, JZ 1954, 430; Krey/Esser, (Fn. 28), § 25 Rn 819; Heinrich, (Fn. 35), § 33 Rn 1208.
- (45) Krey/Esser, (Fn. 28), § 25 Rn 822; Heinrich, (Fn. 35), § 33 Rn 1208.
- (46) 機能的正犯者体系からは、甲は、なおも所為の最後の段階で自己の実行行為をしたのであるから、(傷害の故意しかないときは傷害罪の、故意があるときは故殺罪の) 直接共同正犯者である。Kienapfel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), E 3 Rn 16.
- (47) Jescheck/Weigend, (Fn. 10), § 61 IV 3; Krey/Esser, (Fn. 28), § 25 Rn 824; Kühl, (Fn. 30), § 20 Rn 28.
- 但し、現在でも少数の論者によって主観説が主張される。それによる、結果の招来への全ての条件は等値であることに鑑み主観的境界づけが適切である。正犯者は所為を自己の所為として意欲するものであり(正犯者意思)、共犯者は所為を他の者の所為として意欲する者である(共犯者意思)。しかし、この意思説を所為結果への利益から判断するのは一面的に過ぎる。たしかに、多くの場合、所為結果への利益は正犯者意思にとって重要な徴表であるが、多くの徴表の中の一つに過ぎない。もう一つ重要な徴表は所為支配への意思である。所為を行うか否か、どのように行うかを支配しようとする者は教唆意思、幫助意思を越えており、その動機において利己的なところがないというだけでは共犯者の役割に落ち込むことはありえないからである。例えば、甲(丙の夫)が乙(殺し屋)に丙(甲の妻)殺害のために雇い、乙に殺害行為を完全に委ねた場合、所為実行を完全に支配しようとする乙は、所為結果に直接的な自己の利益をもたないけれども、謀殺罪の正犯者である。しかし、甲も謀殺罪の正犯者である。甲は、所為支配も、その意思ももたないけれども、所為結果への利益をもっているのです。(共同)正犯者である。[湯船事件]では被告人両名とも(共同)正犯者である。J. Baumann, U. Weber, W. Misch, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn 41 ff. 59, 66.