HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	正犯と共犯（3）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，55(3)：39-60
発行日	2019-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

正犯と共犯(3)

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
C　正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性
第3節　統一正犯者体系
1　統一正犯者体系モデル
A　一元的規制モデル
B　統一正犯者体系の種類
2　オーストリア刑法における統一正犯者体系
A　現行法
B　正犯者形態
C　独立性
D　過失犯

（以上第五四巻第二号）

E　全体的・個別的量刑
F　統一正犯者体系と共犯者体系の比較
（以上第五四巻第三号）
第4節　日本刑法における正犯と共犯の関係
1　共犯従属性説と共犯独立性説
2　正犯と共犯の境界
A　構成要件個別特有の正犯と共犯の境界
B　一般犯における正犯と共犯の境界
（以上第五五巻第三号）

第1章　関与理論の基礎

第4節　日本刑法における正犯と共犯の関係

1　共犯従属性説と共犯独立性説

日本刑法は、刑法第一一章［共犯］第六〇条［共同正犯］が正犯について、「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。」と規定するに止まるが、第一一章「共犯」の前におかれている諸規定は、「単独」正犯に関する規定である。狭義の共犯[104]については、刑法第六一条「教唆犯」第一項が、「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。」と定め、刑法第六二条「幇助犯」第一項が、「正犯を幇助した者は、従犯とする。」と定める。そうすると、日本刑法は、ドイツ刑法、スイス刑法と同様に、「共犯体系モデル」に立脚しているように見える。しかし、正犯、教唆犯、幇助犯という概念が用いられているからと云って、そのことだけで直ちに日本刑法が「共犯体系モデル」を採用していると断定することはできない。このことは「統一正犯者体系モデル」を採用しているオーストリア刑法が、ドイツ刑法、スイス刑法の定める教唆犯者、幇助犯者という概念は用いないが、正犯者形態を直接正犯者、慫慂正犯者及び寄与正犯者に類型化していることを見れば明らかである。

「共犯体系モデル」と「統一正犯者体系モデル」の分水嶺となるのが、すでに指摘したように（本章第3節1A）、

量的従属性（いわゆる実行従属性）の要否である。すなわち、教唆犯・幇助犯が成立するためには、被教唆者・被幇助者が現実に「実行行為」に出たことを要するか否かが問題となる。これを肯定するのが共犯従属性説であり、否定するのが共犯独立性説である。それらの実定法上の根拠と刑事政策上の根拠が問題となる。

わが国では、共犯独立性説は一般に近代学派によって主張されるが、[105]その主たる論拠は次の諸点にある。[106]

①日本刑法は一応共犯の従属性を認めているように見えるが、しかし、もし共犯の従属性とは共犯が犯罪たるためには正犯の実行を条件とする意味だと解すると、共犯は正犯の実行を停止条件とする「**条件付犯罪**」ということになるが、条件付犯罪ということはありえない。正犯の実行行為はそれが共犯の故意に包含されているから犯罪となるので、共犯の犯罪は正犯行為の犯罪性に従属するものではなく、共犯固有の犯罪である。しかし、又、もし正犯の実行が共犯の客観的な可罰性の条件であると解するならば、客観的可罰要件は犯罪の成立要件ではなく、犯罪の成立要件を具備した行為の可罰性の要件であるから、すでに共犯行為自体が共犯者固有の犯罪性をもったものとなることを前提としていることになる。そうすると、刑法の共犯規定は従属性を意味するものではなく、共犯独立性説の見地に立つと考えざるを得ない。[107]

②共犯従属性説には、共犯行為は正犯の実行以前の行為だから予備であり、予備は原則として法的重要性がなく罰しない、したがって、共犯行為は正犯の可罰性を待ってその犯罪性と可罰性を取得するから従属的だと説くものもある。しかし、この説では、正犯の実行の着手以前に法的重要性の無い行為が着手と同時に、初めて、法的重要性を得てくるという理由を説明しえない。もしその理由が共犯従属性にあるというならば、それは、結局、循環論に帰し、従属性の概念の無意味であることを自ら証明するに終わる。[108]

③共犯従属性説は、理論的には合理的根拠を欠き、実定法上の根拠を欠くので、共犯独立性説の見地が妥当である。

これによると、教唆及び幇助は、正犯の実行行為を通じて、犯罪の完成に影響を及ぼし、その点において因果関係を具有する。教唆者・幇助者の立場において考えると、それぞれ、その行為者の犯意がそれによって遂行的に表現されているので、教唆・幇助は、教唆者・幇助者にとって実行行為であり、したがって、正犯の実行行為は、教唆者・幇助者にとっては因果関係の経過たるに他ならない。教唆・幇助はそれ自体として犯罪を構成する。[109]

④共犯の犯罪性及び可罰性は、正犯のそれに対して独立に論ずればよいので、共犯者の行為についてそれが実行の着手と解せられる場合には未遂犯処罰規定の限度において未遂罪の成立が認められる。したがって、正犯が未遂である場合及び予備に止まる場合はもちろん、共犯行為すなわち教唆・幇助行為が失敗に終わった場合にも共犯の未遂が成立し、未遂犯処罰の規定にしたがって罰せられる。[110]

⑤共犯従属性の論拠として、「爆発物取締罰則」第四条、「暴力行為等処罰ニ関スル法律」第二条、「破壊活動防止法」第三八条乃至第四一条が、一定の犯罪の教唆・幇助行為だけを特別犯として規定し、しかも、これらの場合の共犯の未遂の刑が未遂の一般の刑よりも原則として軽いことが挙げられる。しかし、これは共犯従属性の見地を基礎づけるものでなく、正犯が未遂に至らない場合でも例外的に共犯の未遂の成立を認めるものであるから、その限度において共犯従属性の見地を否定し、共犯独立性の見地に立つ。その意味で、共犯の未遂を特別犯としていることは共犯従属性の見地を基礎づける根拠にはならない。さらに、これらの特別犯は、それが目的犯である場合にはその目的内容が漠然としているし、又、目的犯でも特定の手段を規定し、その手段が必ずしも明確なものとはいえない。したがって、破壊活動防止法第二条、第三条のような規定がない場合でも濫用の危険を包含し、これを防止するために一般の未遂刑よりも刑罰に制限を加えている。したがって、単に形式的に刑の軽重の相違を指摘するだけで、一般に、正犯の未遂以外の共犯の未遂を罰するのは特にこれを罰する旨を明らかにした特別犯の場合に限るという結論を導くことはで

きない。[111]

これに対して、共犯従属性説は次のように論ずる。[112]

①教唆・幇助行為は基本的構成要件の実行行為と定型を異にする。例えば、殺人を教唆又は幇助する行為は殺人行為そのものではない。教唆・幇助の未遂は基本的構成要件についての未遂罪にはならない。したがって、教唆・幇助に止まるものを処罰するためには、特別の規定を要する。特別の規定がないかぎり、正犯の行為があってはじめて、教唆犯・幇助犯の成立を認めることができる。定型説は、かつて主張された共犯は可罰性乃至犯罪性を正犯から借用するという考え方を採るものでなく、教唆・幇助もそれ自体が犯罪性をもつからこそ処罰される。[113]

②定型説の立場でも、教唆行為・幇助行為を独立の罪として規定するすることについてまで反対するものでない。場合によって、背後にいる教唆者・幇助者の方がかえって重い処罰に値することさえありうる。この点も、教唆行為・幇助行為が実行行為と定型を異にするするということからこそ、基礎づけられうる。しかし、通常の場合には、正犯の行為があってはじめてその背後関係を追及すれば足りるし、又、軽微な罪については背後関係を追及するまでもない。刑法第六四条はそのことを示している。[114]

③解釈論として、現行刑法は共犯独立性説と相容れない。刑法第六一条によれば、「人を教唆して犯罪を実行せしめたる者」とされている。「実行した」のではなく、「実行せしめた」のである。また、「実行せしめようとした」のでは足らず、「実行せしめた」ことを要する。刑法第六二条が「正犯を幇助したる者」としているのも、正犯があったことを前提とする意味に理解される。[115] また、破壊活動防止法第三九条は、政治上の主義を推進するなどの目的をもって殺人の教唆をした者は、五年以下の懲役又は禁錮に処すると定める。というのも、教唆に止まる者は刑法第六一条のもとではもともと不可罰であるが、特に重大な罪に関するものなので――これに対する立法論的批判は別論として――

独立罪として規定したものである。[116]

④共犯従属性説は「停止条件付」犯罪を認めるものだとの非難は不当である。このような観念は私法的概念の刑法における悪用である。停止条件付とは意思表示においてその効果をある条件にかからしめることである。教唆犯・幇助犯にはかかる意味はない。ただその可罰性が客観的に正犯の実行を条件とするだけである。この意味で「停止条件付」というならば、一定の結果を必要とする犯罪はすべて停止条件付犯罪だということになり、ひとり共犯だけではない。[117]

判例は、「教唆罪ハ実行正犯ニ随伴シテ成立スル」（大判大四・二・一六録二一・一〇七）、「教唆犯従犯ハ何レモ正犯ノ行為ニ加担スルモノニシテ独立シタルモノニ非ス」（大判大一二・七・一二集二・七一八）と判示して、共犯従属性を認めている。学説においても共犯従属性説が通説となっている。現行法の解釈論として、共犯独立性説は、共犯従属性説と同じく、教唆・幇助行為は、基本的構成要件の実行行為ではなく、教唆犯・幇助犯の「拡張された構成要件の実行行為」であることを認めるのであるが、刑法第四三条の「実行」概念は基本的構成要件の実行だけでなく、拡張された構成要件の実行も含むという解釈から、教唆・幇助の未遂も可罰的であるとの結論を導き出す。そうすると、ここで、「実行」の形式的解釈ではなく、刑法第四三条の未遂罪の処罰根拠が問題となる。これは、既遂の意思（主観）が危険な行為となって現れ（客観）、しかも、遵法心のある人々の法秩序の通用性への信頼感を動揺させる、つまり、法的平和を攪乱するところにある（客観化された主観説または印象説）。したがって、未遂を基礎づける行為は法益の具体的危殆化を惹起するのに適した行為であることを要する。そうすると、教唆・幇助行為自体はこの段階に至った行為とは云えず、被教唆者・被幇助者の構成要件的行為を待って、教唆・幇助の可罰性が認められるべきである。[118]

したがって、破壊活動防止法等が教唆未遂の処罰規定をおき、しかも、正犯の未遂よりも軽く処罰しているのは、

刑法が一般的に共犯従属性（量的従属性）を前提とした上で、独立罪を定めたことを意味する。確かに、共犯体系モデルに立脚するドイツ刑法は、その第三〇条で重罪（一年以上の自由刑の定められた犯罪）教唆の未遂を定めるし、同じく共犯体系モデルに立つスイス刑法もその第二四条第二項が重罪（三年以上の自由刑の定められた犯罪）教唆の未遂を定めている。しかし、このような重罪に限定した規定であっても、ほぼ一律的に共犯体系モデルからの逸脱を認めるのは、過度の社会防衛的観点から処罰の拡大に出たものと云え、刑事政策的に是認できるものではない。[119]

最後に、ドイツ刑法が、統一的正犯者体系への懐疑的立場から、日本刑法と同様に共犯者体系を採用している根拠を確認しておこう（参照、本章第3節2F）。

①統一正犯者体系に対しては、全ての関与形態を同価値とみることで、各行為者の寄与度合いの重さの相違が消滅し、所為の実行と他人の所為への寄与の違いが正しく認識していないという批判が向けられる。もっとも、この批判は今日ある程度まで相対化されている。というのも、今日、構成要件該当性判断に当っては、客観的帰属の検討が必要であることが通説となっているからである。[120]

②正犯と共犯では不法内実に相違があるところ、統一正犯者体系は協働を単純化することによって、不法内実の把握に精密さが欠けることになる。一方で、法益侵害の惹起に関与した者は全て正犯者と見られるから、各構成要件に特有の行為不法が失われる。他方で、**自手犯や特別犯**（身分犯）においては、外部の関与者もその協働の純然たる因果関係の故に正犯者と見られざるを得ないが、しかし、これらの者は自らの手で行為したわけでもなく、又は、正犯者の資格が無いのである[121]（参照、本章第4節2A）。さらに、個々の協働行為の不法内実が異なっているにもかかわらず、それが均一化されることによって、基本法第一〇三条第二項の定める明確性原則との抵触という問題が生ずる。[122]

③統一正犯者体系は法定刑の幅を広くすることを要請し、これが裁判官の裁量の範囲を広くすることに繋がり、そ

のことによって量刑の予見可能性を減殺するという批判がある。しかし、この批判はドイツ刑法とオーストリア刑法を比較する限り当らない。[123]（ドイツ刑法対オーストリア刑法の法定刑比較例：故殺罪　五年以上の自由刑対一〇年以下の自由刑。謀殺罪　無期自由刑対一〇年以上二〇年以下の自由刑又は無期自由刑。窃盗罪　五年以下の自由刑又は罰金対六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金。重い窃盗　三月以上一〇年以下の自由刑対三月以下の自由刑。）

④統一正犯者主義の主要根拠は単純化であるから、実際にも単純化が実現されねばならない。これができないのなら、統一正犯者体系は無意味となる。しかし、統一正犯者体系でも、構成要件次元で正犯者類型の間に区別がなされるか（機能的統一正犯者概念）あるいは個別化が量刑の次元でおこなわれねばならない。そうすると、関与形態の区別に関する旧理論が新理論によって置き換えられるにすぎなくなる。しかし、この置換も単純にできるというものではない。[124]

⑤統一正犯者体系は処罰の間隙を避けようとするが、そのことは共犯体系では処罰されない行為の処罰に繋がる。前者では、共犯の未遂が正犯の未遂と同様に扱われるが、後者では、教唆の未遂が重罪においてのみ可能である（刑三〇条）。統一正犯者体系では、はるか手前の予備行為が包括的に処罰されるのである。このような処罰の拡大は法治国主義の観点からも刑事政策的観点からも誤りである。[125]自手性及び特別の正犯者資格の欠如は統一正犯の妨げとはならない。特に、間接正犯及び共同正犯が可能となる。このことは自手犯あるいは特別犯（＝身分犯）の特殊性にそぐわない。[126]但し、統一正犯者体系といえども、因果関係の認められない寄与正犯者は常に不処罰である。ここに処罰の間隙が見られる。

⑥正犯者、教唆者及び幇助者を区別することは、日常の用語法に現れた社会的見方に対応している。日常の用語法

として、他人に窃盗を唆したり、窃盗のための錠前こじ開け道具を貸したりする者を「他人の物を窃取する者」と云うことは許されない。もしも同じだと見るなら、それは法治国の要請に反する。[127]

統一正犯者体系モデルと共犯体系モデルの理論的対立は実際にはそれほど重要性をもたないことも指摘されている。それぞれの純粋形態は実際には存在しないからである。というのは、ドイツ刑法第二六条は教唆者を正犯者に等しく処罰することを定めるが、これは正犯者と共犯者の一般的無価値格差と整合しないからである。さらに、ドイツ刑法第三〇条第一項は重罪の教唆未遂を定めるが、これは共犯の可罰性が主犯から導かれることと矛盾するのである。これらの規定には統一正犯者思考が反映されている。機能的統一正犯者体系でも正犯者の類型的に区別される。それでも、共犯体系においては、正犯者と共犯者の区別には全く別の意味が与えられる。全体としてみると、統一正犯者体系に見られる個別事案にふさわしい刑罰という長所よりも、共犯体系の長所である構成要件の厳格な解釈の方が基本法第一〇三条第二項の要請する明確性の命令から評価されるのである。[128]

2　正犯と共犯の境界　正犯と共犯の区別は故意犯においてのみ問題となる。過失犯においては客観的注意義務違反（客観的行為帰属）による構成要件的結果の実現（客観的結果帰属）に寄与する者は全て正犯者であり、過失犯への教唆・幇助というのはありえない。したがって、過失犯では統一正犯者体系が支配する。オーストリア刑法の過失犯理論においても、結果の発生に寄与した者は全て過失犯の正犯者と見られるのでなく、客観的帰属の観点から構成要件該当性が限定される。

A　構成要件個別特有の正犯と共犯の境界　正犯と共犯を境界づけるための一般的規準を必要とするのは、誰に

よっても遂行されうる構成要件である。このいわゆる一般犯（Allgemeindelikte）は、「……した者」にだけ関係する。ほとんどの犯罪は一般犯である。しかし、刑法各則には、正犯を特定の属性を有する者に限定する構成要件もある。この犯罪では、「構成要件型」[129]が正犯と共犯を区別する判断規準となる。すなわち、正犯と共犯の区別は、一般的規準ではなく、個々の構成要件に特有の規準によって判断されるのである。

正犯者概念の構成要件関連性から、正犯者は自ら構成要件を実現する者ということだけでなく、構成要件が要求する正犯者資格の欠けている者は正犯者でないということも導き出される。こういった者は、自ら構成要件を充足するのに十分な行為を実行し、構成要件該当の結果を客観的に帰属可能な形で実現した場合ですら、正犯者ではない。[130]これには次の類型が入る（参照、本章第2節2Ｂａ）。

①真正特別犯（＝真正身分犯。Echte Sonderdelikte）　真正特別犯とは主体としての特定の資格を要する犯罪類型である。例えば、刑法第二五章「汚職の罪」に定められた構成要件はその大部分が「公務員」という身分を前提としている。秘密漏示罪（刑一三四条）も主体を医師等の身分のある者に限定している。例えば、医師甲の妻乙が自分の女友達丙の秘密にしている病気を知りたいと甲に言ったところ、甲は乙に自分で丙に関する診療記録を見て確かめるように勧めたという場合、乙は、同罪の主体に属さないので、正犯者として丙の秘密を侵害することはできない。[131]

②義務犯（Pflichtdelikte）　真正特別犯の一種であるが、正犯者が特定の義務を負っていることを要する構成要件は義務犯と呼ばれる。例えば、企業の業務管理者の委託を受けて財産上の損害を加えたもの者は、「事務処理者」ではないので、背任罪（刑二四七条）の正犯者とはなりえない。義務犯では、義務違反の形態如何にかかわらず、義務違反それ自体が正犯を基礎づける。他人のためその事務を処理する者は、その任務に背き自分の手で他人に財産上の損害を加えた場合だけでなく、第三者による財産上の損害行為に介入しないとか、自分の行為が一般犯に妥当する規準に

よれば教唆とか幇助と見られる場合であっても正犯者である。[132] 逆に、かかる義務を負わない者には教唆・幇助が可能であるに過ぎない。その他、交通事故を惹き起こした場合、単なる同乗者であって「乗務員」ではない者が事故現場を立ち去っても、救護義務・報告義務違反（道交法七二条、同一一七条）に問われることはない。不真正不作為犯も義務犯である。保障人の地位から生ずる作為義務を負う者だけが不真正不作為犯の正犯たりうる。そうでない者には共犯しか問題とならない。[133]

③特殊的主観的不法要素（Besondere subjektive Unrechtselemente）　正犯者に構成要件的故意の外に別の主観的不法要素を要する構成要件がある。例えば、他の者との共同の計画に基づき一緒に他人の物を窃取する者であっても、自らは不法領得の意思を有しないとき、窃盗の共同正犯者とはなりえず、不法領得の意思をもって故意に窃取する窃盗犯人（正犯者）の幇助者に過ぎない。[134]

④自手犯（Eigenhändige Delikte）　最後に、正犯者に構成要件該当行為を自らの手で実行することを要求する構成要件がある。例えば、偽証罪（刑一六九条）の正犯者は自ら宣誓して偽証しなければならない。自手性によってのみ自手犯の特別の行為無価値が基礎づけられるので、間接正犯や共同正犯の成立する余地はなく、教唆や幇助の成立があるだけである。[135]

B　一般犯における正犯と共犯の境界

刑法各則の定める犯罪主体「……した者」は、「正犯者として……した者」と読まれるべきであるから、正犯か共犯かの境界づけの問題は客観的構成要件の枠内での問題である。[136]「故意の違法な正犯」の成立が教唆・幇助の客観的構成要件要素となる。

a　旧来の学説　一般犯における正犯と共犯の境界づけに関して、特に、間接正犯と教唆犯、共同正犯と幇助犯の

区別が問題となるのだが、正犯と共犯の境界づけに関して、わが国では以下の諸説が知られている。

①（いわゆる極端ないし厳格）主観説　本説は、因果関係論における条件説（等価説）を基礎として、結果の全ての条件は等価値であり、正犯と共犯を因果関係から区別することは不可能であるから、正犯者と共犯者はそれらの異なった意思方向、心的態度によってしか区別できない、つまり、正犯者の意思（animus auctoris）で行為し、当該所為を「自己の所為」として意欲する者を正犯者、加担者意思（animus socii）で行為し、当該所為を「他人の所為」として仕向ける又は促進する者を共犯者と解する（参照、本章第2節2Ｂｂ）。

今日もはや主張されることの無くなった本説に対しては、［湯船事件］や［スタチンスキー事件］に見られるように、専ら内的意思方向を重視することによって、客観的所為事象の性質を適切に把握できていないとの批判が妥当する。本説は、正犯者意思とか共犯者意思というものを、関与者の客観的所為の実質的重さとは切り離すことによって、正犯と共犯を恣意的に互換可能な概念にしたと云える。しかし、自らの手により所為遂行をする者は常に正犯者と見られるべきである。[137]

②拡張的正犯者概念　共犯体系と統一正犯者体系は、様々な所為関与者が区別されるべきか、区別されるべきだとするとその帰結はどうなるのかという問題にかかわるが、拡張的正犯者概念と限宿的正犯者概念の区別は個別犯罪構成要件の射程距離（誰が？）の問題にかかわる。拡張的正犯者概念は統一正犯者体系と密接な関係にあるが、正犯者－共犯者体系の枠組みにおいても、拡張的正犯者概念から出立することができる。これによると、いやしくも構成要件実現に何らかの条件を与えた者はすべて正犯であると解されることになる。[138] したがって、行為者の態度が単独で構成要件的結果を実現したか、それとも他人の行為を介してはじめてその実現に影響を与えたのかというようなことは問題とならない。それ故、正犯と共犯との間には、元来、区別は無いことになり、ただ法律が、何らかの理由から、

一部について特別な取り扱いをしている場合にのみ共犯が認められる。すなわち、教唆・幇助行為を行った者も当然に正犯であるが、法律はこれを特に教唆者や幇助者としているので、共犯規定は刑罰縮小事由である。本説は因果関係論における条件説（等価説）の見地に立つ正犯論である[139]（参照、本章第1節2b）。

拡張的正犯概念に対しては、次のような批判が向けられる[140]。第一に、この見解を採ると、罪刑法定主義的犯罪論体系の竜骨ともいうべき実行行為の観念を放棄してしまい、その代わりに構成要件の実現という結果に対して条件を与えた全ての行為が、刑法上、同価値で全て正犯として処罰されるとすることによって、極端な平等条件説に転落する。第二に、実定刑法が、構成要件の実現に対して条件を与えたすべての行為をみな正犯とせず、むしろそのうちの大きな部分を正犯でなく共犯として扱っていることの理由、殊に共犯のうちでも幇助犯の処罰が正犯に比べて軽くなっていることの理由、あるいは、教唆の未遂が処罰されないことの理由をこの見解は説明できない。すなわち、当然に正犯であるべきものならば、なぜそれが幇助犯として減軽され、あるいは未遂について他の正犯と別の扱いを受けるのかの説明ができない。第三に、それは共犯の従属性について、極端従属形式を疑うことのできない絶対原理として前提するために正犯概念変更の方向に脱出路を求めざるを得なくなったが、極端従属形式は決して不可侵の原理ではなく、現にドイツでも、実定法上も放棄されて制限従属形式にとって代わられている。わが刑法典の解釈論としても似たような状況となっている。従来、間接正犯とされた責任のない者を利用する行為もむしろ共犯の中に包含される方向を辿っている。この問題に関する法及び法学の歴史は、拡張的正犯論の動きとは逆に、限縮的正犯概念を土台としながら、共犯の従属性を緩和して、間接正犯を共犯の中にとり込むことにより問題を処理する方向に動いてきたし、動いている。拡張的正犯概念は、この点で歴史の動向を逆に取り違えている。

③限縮的（制限的）正犯者概念＝形式的客観説　ドイツでは、一九世紀に支持されるようになり、ほぼ一九三〇年

代まで支配的だった本説[141]は、正犯概念を厳格に解しようとするもので、構成要件を自らの手で充足する者、つまり、構成要件に定められた行為（例えば、窃取）の全部又は一部を自ら行う者のみが正犯であると解する[142]。専ら予備行為や支援行為によって構成要件実現に寄与する者は共犯者である。正犯と認められるためには、その者の行為が、それ自体で構成要件該当行為と見られることが必要であるので、他人を唆して放火をさせる（教唆者）、あるいは、殺人犯人に殺害用の拳銃を貸与する者（幇助者）は、構成要件的結果を自ら実現するものではないから、正犯たりえない。結局、本説によれば、その正犯者概念は直接正犯者に限定されることとなる（参照、本章第1節2ａ）。

限縮的正犯者概念と統一正犯者体系は相互排他的関係にあるので、前者が正犯者－共犯者体系の基礎にあることは間違いない。それでも、本説に対しては、構成要件との関連づけはあるものの、専ら実行行為という外的実行を重視するという点で、狭すぎており、形式的に過ぎるという批判が妥当する。正犯概念を狭めすぎることによって、共同正犯を適切に把握することができなくなる。すなわち、本説によると、犯罪関与者が行為の分担関係にあるとき、少なくとも実行行為の一部を分担した関与者にのみ共同正犯が成立するという受け容れ難い結果になる。これは、全体事象を切り刻み、共同正犯を役割分担という偶然の出来事に依存させることになる[143]。さらに、本説に対しては、間接正犯もおよそ説明できないという批判が向けられる[144]。

④目的的行為支配説　目的的行為論を背景に出現した本説によると、「正犯とは自己の手により実行行為をなす必要は必ずしもなく、構成要件的行為に対する目的的支配があれば足りる[145]」。目的的行為支配とは、「構成要件的結果を実現する意思をもって、この実現のために、目的的に支配・統制した外部的行為を遂行することである」。行為を主観＝客観の全体構造をもつものであるとする目的的行為論の立場から、目的的行為支配説は、正犯概念の一般的要素としての目的的行為支配を主観＝客観の構造をもつものとして把握し、ここから、正犯概念が主観的要素と客観的要素

とから構成されるものであることを明らかにしていると主張する。[146]

目的的行為支配説に対しては、次のような批判が見られる。目的的行為支配の内容が漠然としているし、目的的行為支配説の論者の間においても、やや主観面を重視して、目的的実現意思がその一般的要素であるとする見解、又、主観面と客観面をほぼ同程度に考慮して、構成要件に該当する事態の目的的統制とする見解など、その内容の把握に差がある。[147]又、行為支配という概念は、もともと責任の有無判定の規準として提案されたものの、あまりに漠然としているためほとんど問題とされなかった観念の焼き直しであって、それが責任よりはるかに細かい解釈問題である正犯と共犯に関する規準としては役立つとは思われない。しかも、その考えを貫けば、例えば、暴力団の親分が絶対服従の関係にある子分に競争相手を襲撃し殺傷するように指示した場合のように、今日では共犯（教唆犯）として疑われない場合も、間接正犯とせざるを得ないことになり（所為支配は明らかに親分にある）、従来の共犯体系そのものを混乱・崩壊に導くことになる。[148]さらに、教唆犯・幇助犯についても、教唆者・幇助者が教唆・幇助行為についての支配をもたなければならないことは同様であるべきはずであるから、行為支配による区別は妥当でないと批判されるのである。[149]

しかし、これらの批判は、すでに見たように（本章第2節B）、今日主張されている所為支配説に対する批判としては正鵠を欠いている（後出、本章第4節Bb）。

⑤実行行為説（形式説） 本説は、構成要件を指導形象とすることによって、初めて明確な正犯概念が得られるということから出立して、形式的には、正犯者とは、基本的構成要件に該当する実行行為を行う者であり、共犯者とは、修正された構成要件に該当する教唆・幇助行為によって、正犯の実行行為に加担するにすぎない者である。[150]この見解によれば、正犯と共犯は実行行為の有無という「形式的」規準によって区別されるが、正犯と共犯の「実質的」差異

は次の点にある。すなわち、正犯は、当該犯罪を実現したことについて、第一次的な責任を負担すべきものであるのに対し、共犯は正犯を通してその犯罪の実現に加わったことによって、第二次的責任を課せられるべきものである。つまり、正犯は、自ら直接的にその犯罪を実現したか（直接正犯）あるいは、これと法的に同視しうる形態において、他人を道具として利用することによってその犯罪を実現した（間接正犯）ことを要するのに対して、共犯は、そのような正犯を教唆・幇助することによって、その犯罪の実現に関与した者である。[151]

本説が構成要件的関連性を重視することは正当であるが、しかし、問題はいかなる規準によってこれを判断するかである。本説が実態に即した明瞭な規準を提供しているとはいえない。

b　所為支配説＝実質的客観説　形式的客観説は、極端主観説とは異なり、自手性を正犯者概念の中心要素としたこと、及び、自らの手で構成要件を充足する者が構成要件該当事象の「**中心人物**」であり、**所為支配**を意のままにできる者であることを明らかにしていた。客観性・所為支配指向という点で、形式的客観説は適切だったのであるが、しかし、その正犯概念は間接正犯、共同正犯を把握するには狭すぎたのである。[152] この欠点を克服し、正犯と共犯の境界づけをそれらの実体に即して的確に捉えようとしたのが、近時、ロクスィーンによって展開され、[153] その後ドイツ刑法学で支配的地位を占めるようになった**所為支配説**（Tatherrschaftslehre）である。[154] **客観的**とよばれるのは、正犯の規準として、「所為を自己のものとして意欲した」か否かではなく、所為支配が重視されるからである。**実質的**と呼ばれるのは、形式的に構成要件該当行為の実行が重視されるだけでなく、構成要件実現に自分の手で直接的に関与することのない、構成要件該当事象の中心人物による支配形態も把握されるからである（参照、本章第2節B）。[155]

所為支配とは、故意によって包含された構成要件該当の事象経路を「意のままに動かせる」こと、[156] ないし、意思によって担われた所為経路の支配的制禦と云うことになる。[157] こういった所為支配をもっているのは、所為を自分の意思

によって進行させたり、阻んだり、中止できる者である。[158] このようにして、所為を支配する者が事象の「中心人物」であり、したがって、正犯者である。[159]

かかる所為支配が認められる正犯者形態として、次の三つの正犯者形態がある。先ず、所為を自ら遂行する、それ故、いわゆる**行為支配**を行う直接正犯者がいる。直接正犯者は自らの手で構成要件を充足するのである。[160] 次に、他の者による所為遂行（間接正犯）、いわゆる**知識支配**又は**意思支配**による所為支配が認められる。優位的認識又は優越的意思によって、背後者は、「所為媒介者」、具象的に云うと、「道具としての人」を制禦しながら所為を遂行する。この背後者が間接正犯者である。最後に、共同の所為遂行（共同正犯）の特徴は、仕事を分担して行う関与者のいわゆる**機能的所為支配**にある。この仕事分担者が共同正犯者である。[161]

これらの所為支配の形態に共通なことは、これらを行う者は所為経路において決定的な制禦役割をもっていることである。この者は所為を「行うかどうか」及び「どのように行うか」に決定的に関与するし、少なくとも一緒に決定する。[162] これに対して、共犯者は所為事象の「脇役」であって、その行為は主犯者を唆したり援助したりすることに限定されるのである。[163]

もっとも、本説にも問題点が指摘される。いわゆる「目的なき故意ある道具」の場合、この道具が、所為支配を有しているものの、目的を有しないので正犯者にはなりえない。しかし、背後者も、所為支配を有しないので、正犯者たり得ないのではないかという疑問が生ずる。共同正犯の場合も、関与者の誰もが自分の所為寄与に関して所為支配を有しているにすぎないのではないかという問題が指摘される。不真正不作為犯の場合も、正犯者も幇助者も不作為に止まるので、一方の不作為者が所為支配を有し、他の不作為者が所為支配を有しないと見るのは困難ではないかという問題が生ずる。[164] こういった批判があるにもかかわらず、正犯の構成要件関連性の重視、構成要件的実行行為の自

分の手による遂行がなくとも、客観的所為支配のあることを明瞭にした点で、所為支配説が優れていると云えよう。確かに、所為支配という概念は正犯の多様な現象形態を簡単に包摂しうる記述的概念ではない。むしろ、「それは、その不可欠な要素を完璧に挙げることが決してできないという意味で、開かれた概念である。これは新しい内容のある要素の受け容れを拒むものではない」[165]。正犯の現象形態に即した所為支配概念が展開されねばならないということである。

第1章　注

(104) 刑法は、広義の共犯として、「共同正犯」、「教唆犯」及び「幇助犯」を規定するが、共同正犯は、正犯の共同であるから、正犯の一種と解される。したがって、正犯に対する意味における「共犯」というのは教唆犯及び幇助犯だけを意味する。狭義の共犯は教唆犯、幇助犯だけを含む。参照、木村亀二『刑法総論』一九五九・三七二頁。

(105) 共犯独立性説は近代学派の主張の一ではあるが、同時に、古典学派の一部からも主張されたことについて、参照、木村（I-104）三九四頁以下。平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五・三四七頁。

(106) 参照、斎藤信治「正犯と共犯（共犯の正犯に対する従属性を含む）」（阿部純二等編『刑法基本講座第四巻　未遂／共犯／罪数論』所収・一九九二・六一頁以下）

(107) 木村（I-104）三九二頁以下。

(108) 木村（I-104）三九三頁以下。

(109) 牧野英一『刑法総論下巻』第一五版［全訂版］一九五九・六七七頁、六九四頁。宮本英脩『刑法学粋』第一五版・一九三五・三九二頁「独立犯説ニ従テ、共犯ト単独犯トニ於テ犯罪構成ノ理論上モ差別ナシトスレハ共犯ハ共犯ノ規定アルカ為メニ形式上共犯タルニ止マリ、共犯ノ規定ナクンハ当然単独犯タルヘキモノナリ。……従テ刑法上共犯ニ関スル規定ハ理論上処罰処罰の有無又ハ程度ニ関シテ何等カ特例ヲ設クル場合例、六三-六五ノ外ハ全ク必要ナキモノナリ。」

(110) 木村（I-104）三九六頁。

(111) 木村（I−104）三九六頁注15。
(112) 参照、斎藤（I−106）六三頁以下。
(113) 團藤重光『刑法綱要総論』［改訂版］一九七九・三五二頁、三五四頁。小野清一郎『新訂刑法講義総論』［第六版］一九五二・一九九頁以下。大塚仁『刑法概説（総論）』［第四版］二〇〇八・二八五頁。
(114) 團藤（I−113）三五五頁。小野（I−113）二〇一頁以下。
(115) 團藤（I−113）三五五頁以下。なお、一九九五年四月二八日の刑法改正前第六一条第一項「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ正犯ニ準ス。」同第六二条第一項「正犯ヲ幇助シタル者ハ従犯トス。」
(116) 團藤（I−113）三五三頁。
(117) 小野（I−113）二〇一頁。
(118) 吉田敏雄『未遂犯と中止犯』二〇一四・三一頁。平野（I−105）三四九頁は、未遂の処罰根拠を結果発生の具体的危険性に求めることから同様の帰結を導く。
(119) 参照、平野（I−105）三四九頁。
(120) Vgl. *J. Renzikowski* (*R. Maurach, K.H. Gössel, H. Zipf, D. Dölling, u. Ch. Laue*), Strafrecht AT., Tb. 2, 8. Aufl., 2014, § 47 Rn 12.
(121) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 II 1.
(122) Vgl. *Gropp*, (Fn. 27), § 10 Rn 34; *R. Maurach, K.H. Gössel u. H. Zipf*, Strafrecht AT, Tb. 2, 7. Aufl., 1989, § 47 Rn 11.
(123) Vgl. *Renzikowski*, (Fn. 120), § 47 Rn 9.
(124) Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. 122), § 47 Rn 11.
(125) Vgl. *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 3.
(126) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 II 1.
(127) Vgl. *Roxin*, (Fn 27), § 25 Rn 3.
(128) *Renzikowski*, (Fn. 120), § 47 Rn 15.
(129) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 11.
(130) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 12; *Wessels, J., W. Beulke, H. Satzger*, Strafrecht AT, 45 Aufl., 2015, § 16 Rn 753.
(131) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 13; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 754.

(132) *H. Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, 26. Kap Rn 32; *W. Joecks*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 25 Rn 43; *G. Heine, B. Weißer*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, Vorbem. §§ 25 ff. Rn 82, Vgl. *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 267 ff.

(133) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 14; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 267 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 756. 一般的には、義務犯は特別犯（身分犯）と同一視される。Vgl. *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1196; *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 8 Rn 227.

(134) *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1198; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 63 I 3 b; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 15.

(135) *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1197; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 26 II 6; *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 8 Rn 231; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 16; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 288 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 755. Dagegen *H.-H. Fuhrmann*, Das Begehen der Straftat gem. § 25 Abs. 1 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten „eigenhändigen" Delikte, 2004; *H. Satzger*, Die eigenhändige Delikte, Jura 2011, 103 ff., 107 ff.

(136) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn. 1200; *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 24 Rn 791; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 11.

(137) ドイツ刑法第二五条第一項は、「犯罪行為を自ら……遂行する者は、正犯者として罰せられる」と定めているので、本説を支える実定法上の根拠がなくなったことは明白である。Vgl. *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rz 22 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 750. 参照、福田平『刑法総論』［第五版］二〇一一・二五〇頁。

(138) *Rinzikowski*, (Fn. 120), § 47 Rn 9; 参照、宮本英脩『刑法大綱』［第一〇版］一九三四・一九九頁。

(139) 参照、佐伯千仞『刑法講義（総論）』［改訂版］一九七四・三四二頁。

(140) 佐伯（I-139）三四四頁以下。福田（I-137）二五〇頁以下。

(141) Vgl. *B. Weisser*, Täterschaft in Europa, 2011, 34.

(142) Vgl. *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 24.

(143) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1204; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 III 2, 3; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 24; *G. Küpper*, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, 437 ff., 439; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 29; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 744.

(144) ドイツ刑法第二五条第一項は、「犯罪行為を……第三者によって遂行する者、正犯者として罰せられる」と定め、間接正犯を明文化しているが。Vgl. *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1204; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 III 2, 3; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 24; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 29; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 744. 参照、福田（I-126）二五一頁。なお、形式的客観説を支持するフロイントは、

事情を知らない被害者に清涼飲料水だと偽って毒物混入の飲料水を渡し、飲ませて殺害した者は、間接的に法益侵害行為をする者が自ら構成要件実行行為をしていると主張する。*Freund*, (Fn. 51), § 10 Rn 37. しかし、フロイント説は形式的客観説を歪曲しており、実質的にはそこから外れていると云える。Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 826.

(145) 平場安治『刑法総論講義』一九六一・一五五頁。

(146) 福田（I-137）二五一頁。福田（二五二頁）は、目的的行為支配といった内容の漠然とした概念を使用するより、正犯とは、主観＝客観の全体構造をもつ実行行為を行う者であり、共犯とは、それ以外の行態によって実行行為に加功する者と解すべきだと論ずる。その理由は次の点にある。制限的正犯説が正犯と共犯の区別の規準とする実行行為を、目的的行為論の立場から再編成し、実行行為を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、しかも、それを規範主義的見地から理解すると、故意犯においては、構成要件実現の意思をもって、構成要件実現の現実的可能性ある行態をなした者が正犯ということになり、ここでも、正犯概念は、主観的要素と客観的要素とから構成され、目的的行為支配説と同じ志向を示す。

(147) 大塚（I-113）二八〇頁。福田（I-137）二五一頁。

(148) 佐伯（I-139）三四六頁。

(149) 團藤重光『刑法綱要総論』［第三版］一九九〇・三七三頁。

(150) 大塚（I-113）二八一頁。團藤（I-149）三七三頁。川端博『刑法総論講義』［第三版］二〇一三・五三六頁。

(151) 大塚（I-113）二八一頁。

(152) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 827; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 17, 27, 29, 32.

(153) *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl., 1963.

(154) *Gropp*, (Fn. 27), § 10 Rn 77 ff.; *R.D. Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 7 f.; *A. Hoyer*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl., 2017, Vor § 25 Rn 11 ff.; *Jakobs*, (Fn. 75), 21. Abschn Rn 32 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 V; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 25 ff; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 21 Rn 15 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 61), § 12 Rn 15 ff.; *Wessls/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 750 ff.

(155) *Hoyer*, (Fn. 154), § 25 Rn 10, 12; *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 828; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 25; *K. Kühl*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2007, Vor § 25 Rn 4.

(156) *Maurach*, (Fn. 58), § 47 III B 2 b, § 49 II C 2

(157) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 V 1; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 26; *E. Samson*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Lfg., 5. Aufl., (Stand September 1993), § 25 Rn 32.

(158) *Th. Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, 116; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 26; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 746

(159) *Roxin*, (Fn. 19), 127; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 130), § 16 Rn 746.

(160) *Roxin*, (Fn. 19), 127.

(161) *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 38, 45 u 188.

(162) BGH NJW 1992, 3115; *G. Heine*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbem §§ 25 ff. Rn 62.

(163) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Rn. 130), § 16 Rn 746.

(164) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 35), § 33 Rn 1206.

(165) *Roxin*, (Fn. 19), 124; Vgl. *Hoyer*, (Fn. 154), § 25 Rn 26.