

間接正犯における犯罪の實行

西原 春夫

- 一 犯罪の實行
- 二 間接正犯
- 三 學說の批判
- 四 若干の提言

一 犯罪の實行

一 『犯罪の實行』という概念は、まず、『實行の着手』という面から論ぜられる。すなわち、行爲者は、いかなる行爲を爲すことによつて、犯罪の實行に著手したことになるか、従つて、客觀的に、犯罪の實行行爲があつたといふことになるかが、中心問題となる。ところで、實行の著手という概念は、未遂論、なかならず豫備行爲と實行行爲とを區劃する場合に最も重要な役割を果すのであるが、一定の系列の諸行爲を、どこまでが豫備行爲であり、どこから實行行爲であるかというように、明確に區別することを、『普遍妥當的な公式の中に見出すことは、容易でない』(一)のみならず、『現在まで成功したためしはなく、實際、一般に、不可能なのである』(二)とまでいわれており、強いて明確な區劃を與えようとしても、せいぜい、漠然とした、抽象的な原則が発見されるにすぎないとさえ考えら

る。いずれにせよ、このような原則を設定する見解としては、通常、客觀説と主觀説とがあげられている。すなわち、客觀説は、行爲の態様に區劃點を求めようとし、主觀説は、行爲者の意思の側面に重點を置いてこれを區別しようとする。

ところで、主觀説は、行爲に徴表せられる行爲者の犯罪的性格に着目して實行の著手點を論ずるいわゆる犯罪徴表説に還元せられる(二三)。しかし、それが、犯罪實行論において、行爲者の性格の徴表される外部的行爲は刑法の規定するところとは無關係であるとするならばともかく、構成要件該當行爲にその徴表を求めようというのであれば、すでに構成要件該當の判斷が、徴表せられる性格より前に意味を持つことになるから、結局、主觀説も客觀説と悩みを共通にすると考えられる。従つて、ここでは、一應、客觀説の検討のみに止めておくことにしよう。

二 構成要件を中軸として實行概念を説明し、豫備行爲と實行行爲とを形式的に區劃したのは、ベールング(四)をもつて嚆矢とするといわれているが(五)、彼以後の客觀説の主張者は、好んで、この構成要件概念を援用して理論を展開したのであつた。

ベールングによれば、實行行爲＝構成要件に該當する行爲とは、まず、各個々の『構成要件の中核(Tatbestands-kern)』(六)、すなわち、各個々の構成要件の内容とされる動詞に該當する行爲を示すものと解されている(七)。例えば、殺人罪の構成要件に該當する行爲とは、その構成要件の中核たる『殺す』という動詞に該當する行爲であり、窃盜罪のそれは、『窃取する』という動詞に該當する行爲である。そして、そのような行爲があつた場合に、初めて、實行の著手があつた——犯罪の實行行爲がなされた——といひ得ると解されるのである。

ところで、構成要件によつては、構成要件の中核ばかりではなく、一定の條件を掲げているものがある。例えば、

利敵罪（日本刑法八二條）における『日本國ニ對シ外國ヨリ武力ノ行使アリタルトキ』とか、收賄罪（一九七條）における『公務員又ハ仲裁人』などのごときである。構成要件を犯罪類型（Deliktstypus）の指導形相（Leitbild）としつつも、主觀的違法要素を構成要件要素とすることを肯んじなかつた晩年のベーリング（八）にあつてはもちろん、構成要件をもつて、違法性・責任性とは關係のない純客觀的、記述的、没價值的なものとして把握した初期のベーリング（九）にあつても、これら客觀的事情は、構成要件要素の中に數えられていた。従つて、このような客觀的事情の存在を前提とする犯罪の實行に著手するには、ベーリングにあつては、その充足が必要であつた（一〇）。

三 エム・エー・マイヤーにおける構成要件概念（一）は、ベーリングにおけるのとは異り、違法性の認識根據（Erkenntnisgründe）として把握された（一二）。従つて、構成要件と違法性とは、煙と火の關係にあり、前者は後者の徴表である（一三）。それ故、ベーリングにおいて構成要件から除外された規範的構成要件要素、主觀的構成要件要素は、エム・エー・マイヤーにあつては、構成要件の中にとり入れられるということになる（一四）。

このような構成要件論自體の變遷に従つて、實行概念についても、右の兩構成要件要素を顧慮するという變化が認められたことは、いうまでもない（一五）。そして、現在のわが國における客觀說の主張者の説く實行概念は、大體、エム・エー・マイヤーの線に落ちついていると考えられる（一六）。

四 もつとも、構成要件論は、さらに發展した。メツガーが、構成要件をもつて、單に違法性の認識根據たるに止まらず、その實在根據（Realgrund）であるとしたこと（一七）、これである。しかし、メツガーにおける實行概念は、やはり、形式的には構成要件該當性に根據を有しているのであつて（一八）、ただ彼の違法論が、構成要件該當性の評價に特異な性格を持たせ、實質的に實行行為の範圍を擴大しているにすぎない。この點については、彼の擴張的正犯

概念と關係があるから、後述することにしてしよう。

それはそれとして、結局、客觀説の立場からすれば、實行の著手があつたというためには、構成要件の中核、乃至それと解釋せられる行爲——近接行爲——の一部が行われ、且つ、構成要件要素たる一切の事情が具備されていなければならぬことが明らかになつた。間接正犯も、實行の一態様である以上、その例外であつてはならぬ。

(一) Mezger, Strafrecht (ein Lehrbuch), 3. Aufl., 1949, S. 383.

(二) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Kommentar), 17. Aufl., 1926, § 43 II. 2 (S. 85).

(三) 宮本英脩、刑法大綱(昭和一〇年)一七八頁、牧野英一、重訂日本刑法上卷(昭和二年)二五一頁、木村龜二、新刑法讀本(昭和二四年)二四〇頁、市川秀雄、刑法學(昭和二四年)七六頁、江家義男、刑法(總論)(昭和二七年)一五六頁、八木伴刑法總論(昭和二八年)一八九頁參照。なお、牧野博士は、『惟ふに刑法新派の理論を推及するときは、其の主張は、結局、犯罪を以て犯人の反社會性の徵表とするに歸せねばならぬ。故に刑法新派の主張を以て直ちに犯罪徵表説なりとするも不可なしと信ずる』とされてゐる(『罪刑法定主義と犯罪徵表説』大正一三年・一三三頁)。

(四) Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 245 ff.; Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 57 f. 參照。なお、ヘーリングの構成要件自體に關する見解については、下村康正、ヘーリングの構成要件論(昭和二八年)刑法雜誌三卷三號四五頁以下に詳細を研究が載つてゐる。

(五) 例えば、Mezger, a. a. O. S. 383.

(六) Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 246.

(七) Beiling, a. a. O. 彼はその判斷の標準を『生活用語例(Lebenssprachgebrauch)』と求めつゝ(Grundzüge, S. 37)。

(八) Die Lehre vom Tatbestand, 1930; Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930. に表われたヘーリングの思想を指す。すなわち、ここでは、法定構成要件(der gesetzliche Tatbestand)は、刑法各本條に規定された行爲及びその現象形式(未遂犯・共犯)たる犯罪類型の主觀的並びに客觀的側面を共通に支配する指導形相として把握され、以前に比べて、やや違法性、責

任性との關連が認められている。しかし、エム・エー・マイヤーのいう主觀的構成要件要素を指導形相の要素とするならば、それは、すでに指導形相としての役割を果し得なくなるとして、主觀的違法要素は犯罪類型自體の要素に止められている。

(九) *Gründzüge des Strafrechts*, 3. Aufl., 1905; *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. に表われたヘーリングの思想を指す。すなわち、ここでは、構成要件は、各個の犯罪の個別の特徴を示すものとして、客觀的、記述的、没價値的なものとして把握される。

(一〇) *Belting, Grundzüge*, 11. Aufl., S. 25 f., 57 參照。

(一一) エム・エー・マイヤーの構成要件論については、下村康正「エム・エー・マイヤーの構成要件論(昭和二八年)」*法學新報* 六〇卷三號一頁以下に、詳細な研究がある。

(一二) すなわち、エム・エー・マイヤーはいう、『適法な態度の違法な態度からの區別は、立法においては、文化規範を承認することによつてなされる。文化規範の承認は、常に變らず、法定構成要件の中に表現されている。法定構成要件は、いかなる文化規範が承認されたかということ、及び文化規範がどの程度まで承認されているかということに對する認識根據である』と(M. E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, S. 51 f.)。

(一三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 10.

(一四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 182.

(一五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 345 f.

(一六) 例えば、小野清一郎「新訂刑法講義總論(昭和二七年) 九四頁以下、一八二頁、同、*刑法概論(昭和二七年)* 七七頁以下、一五七頁以下、佐伯千仞、*刑法總論(昭和二八年)* 七四頁以下、一五六頁、瀧川幸辰、*改訂犯罪論序説(昭和二七年)* 二六頁以下、一八二頁。もつとも、最近の瀧川博士は、主觀的違法要素論を抛棄された(瀧川幸辰、*刑法における構成要件の機能・昭和二五年・刑法雜誌一卷二號一頁以下、同、刑法講話・昭和二六年・一七六頁參照*)。

(一七) すなわち、メツガーはいう、『構成要件に該當して行爲する者は、違法阻却事由が存しない限り、違法に行爲することに^{なる}。このような構成要件に該當する行爲を記述する刑法上の構成要件は、従つて、行爲の刑法上意味ある違法性の存在に對

「考えの及ぶ限り廣範圍な意義を有する。すなわち、それは、違法性の適用根據並びに實在根據 (Geltungs- und Realgrund <Ratio essendi>) たるべき」(Mezger, a. a. O. S. 182.)°

(一八) Mezger, a. a. O. S. 383 ff. なお、メツガーが「エム・ヘー・ペーヤー及びクッター (Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeits-elemente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, 1930, Frank-Festsgabe I, S. 251 ff.) に於て基礎とされた主觀的違法要素論を詳細に研究し、これを確立したことは周知の如くである (參照) Mezger, Die subjektive Rechtswidrigkeits-elemente, 1924, Gerichtssaal Rd. 89, S. 207 ff.; Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926)°。その主觀的違法要素論が、規範的責任論と並んで傳統的理论を崩壊に導くものであることを指摘するのは、目的的行爲論の參照 Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949, S. 5 f.; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 14.

二 間 接 正 犯

一 傳統的ないわゆる限縮的正犯概念は、『自己の手に於る正犯 (eigenhändige Täterschaft)』(一)と云う概念の上に立脚する。刑法各本條が、メルケルのいわゆる『一人、一罪、既遂』(二)を目標として形成されている以上、刑法各本條に基づく構成要件に該當する行爲を行うことという實行概念もまた、この原則に従つて形成されなければならぬ。しかし、他方、法秩序は、實行概念に包括されない人間の行動をも、刑罰の對象としている。共犯に關する規定がその一つである(三)。ところで、共犯の規定は、『二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者』(六〇條)、『人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者』(六一條)、『正犯ヲ幫助シタル者』(六二條)という表現を用いて、共犯に對し、常に實行者、正犯者の存在を要求しており、従つて、共犯は正犯に從屬して成立するといふいわゆる共犯從屬性を豫定してゐる。もつとも、このような從屬の程度については説が分れ(四)、通説は、極端從屬形態による從屬性を固執して、

共犯が成立するには正犯者が完全な犯罪を行うこと、すなわち、違法、有責に構成要件に該當する行為を行うことを前提とすると主張する。それは、以上のような法規の文言に根據を有するといふのである(五)。

ところで、このような極端從屬形態を認めると、責任無能力者や故意なき者、無過失者、違法性を缺く者、構成要件に該當しない者などを利用した者は、これを共犯者として處罰することができない。しかし、これを實行者とすることは、『自己の手による正犯』の概念に反する。ここに、極端從屬形態に據る正犯概念の惱みがあつた。そこで、この正犯概念の主張者は、右のような場合の利用者を間接正犯者とし、嚴密に自己の手による實行とはいえないが、意思の支配を缺く者を利用したという意味において、道具を利用したのと何等變るところがなく、従つて、このような場合には、依然、自己の犯罪を實行したと看做すことができる」と主張して、一應の解決を與えている(六)。

二 このような通説に存する矛盾を克服して、間接正犯につき妥當な解決を得ようとする學說に二つある。第一が擴張的正犯論であり、第二が擴張的共犯論である。

擴張的正犯論は、『自己の手による正犯』の概念を抛擲し、構成要件及び法益侵害性—違法性を規準として、犯罪の實現に寄與したと評價されるもの(七)の一切を、廣く正犯概念の中にとり入れ、もつて、間接正犯なる觀念を無用に歸せしめようとする。従つて、理論上は、共犯者も結果惹起につき相當因果關係を有するから、正犯者と考えられるのであるが、法規により特に正犯の責を免れしめられている(狹義の)共犯の場合には、正犯の刑が縮小されることになる。従つて、教唆犯・從犯の『法規上の形式は、刑罰擴張原因』ではなくて、實は「刑罰縮小原因(Strafenschränkungsgründe)』(八)だとうことなるのである。ところで、『法規は「間接正犯」なる表現を認めていない』(九)。従つて、この立場からは、從來間接正犯と呼ばれていたものが教唆犯と異なることさえ論證されれば、それ

は、直ちに正犯概念の中に包攝せられることになる(一〇)。擴張的正犯論は、このようにして、間接正犯を抹殺しようとした(一一)。

三 これに反し、擴張的共犯論の主張者は、一方において、擴張的正犯論を批判しつつ(一二)限縮的正犯概念を固守し、他方において、極端從屬形態を認める通説の立場を検討しつつ(一三)制限從屬形態による從屬性を是認して(一四)、間接正犯の一部を共犯中に包攝し、もつて妥當な解決を得ようと試みた。わが國におけるこの學説の主張者は、次のようにして共犯概念を擴張する。すなわち、共犯が成立するためには、必ずしも正犯者が『完全な』犯罪を實行する必要はない。共犯規定の『犯罪の實行』という表現は、正犯行爲が可罰的であることを意味するにすぎない。従つて、正犯者が責任無能力・錯誤・正當防衛・自殺・自傷・處罰條件の欠缺等の理由により罰せられない場合のように、正犯行爲が可罰的でない場合には、共犯は成立しない。これに反し、正犯者が刑罰阻却事由・刑罰消滅原因を有し、或いは訴追條件を缺く場合のように、正犯行爲は可罰的であるが、正犯者は可罰的でないような場合には、共犯は成立する。さらに、正犯行爲が、可罰的違法類型(＝構成要件)には該當しなくとも、それが違法である限り、やはり共犯は成立すると解しなければならない(一五)。

このように、正犯者の可罰性が共犯成立の前提とならないとすれば、間接正犯として残るものは、被利用者の行爲が不可罰な場合のみである。小野博士は、この點をさらに一步進めて、『間接正犯は根本的に構成要件の解釋問題である。だからその行爲が構成要件的行爲として評價される場合でなければならぬ』(一六)とされつつ、利用者の行爲の不可罰な場合のうち、是非の辯別ある責任無能力者の行爲を利用した場合についても、さらに共犯の成立を認められる。

このようにして、擴張的共犯論は、通説に比べ、個別的・具體的事實に肉迫しつつ間接共犯の成立する範圍を狭め、その困難を解決しようと試みた。

- (一) 例えは、Beling, Grundzüge des Strafrechts, S. 34 参照。
- (二) P. Merkel, Grundriss des Strafrechts, 1927, S. 15 f.
- (三) エム・エー・トイヤーは、それ故、共犯の規定は刑罰擴張原因 (Strafandehnungsgründe) である(M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 341.)。初期の瀧川幸辰もそれに従われる(瀧川幸辰、刑法講義改訂版・昭和五年・六〇頁、一四二頁、同、改訂犯罪論序説、二〇七頁)。小野博士は、共犯を構成要件の修正形式として把握される(小野清一郎、構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯・昭和七年・加藤先生還魂祝賀論文集二八七頁以下、同、新訂刑法講義總論、一七九頁以下、一九七頁以下)。これに反し、従來の立場は、未遂犯、共犯をもつて、『行爲の段階』であるとし(例えは、草野豹一郎、刑法總則講義・昭和一〇年・一六七頁、齊藤金作、刑法總論訂正版・昭和二八年・一七一頁)、或は『犯罪の態様』であるとし(例えは、Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24. Aufl., 1922, S. 200; 佐伯千復、刑法總論、一五四頁)、或は『犯罪の發現形態』であるとする(例えは、Beling, Grundzüge, S. 23; 齊藤金作、刑法學・昭和二四年・一〇八頁)。
- (四) エム・エー・トイヤーが、從屬性は、最小限從屬形態 (minimal-akzessorische Form)、制限從屬形態 (limitiert-akzessorische Form)、極端從屬形態 (extrem-akzessorische Form)、誇張從屬形態 (hyper-akzessorische Form) の四段階に分けて成立すると説明したのは(M. E. Mayer, a. a. O. S. 391)、周知のことである。
- (五) 参照、M. E. Mayer, a. a. O. 瀧川春雄、教唆と間接正犯(昭和二七年)刑事法講座二卷四七三頁。
- (六) M. E. Mayer, a. a. O. S. 375 ff. 瀧川幸辰、改訂犯罪論序説、二二二頁以下参照。
- (七) その限界は、メツガーに従えば、構成要件並びにその意味に適つた解釋が決定するのであつて、原因と結果との間の因果關係が法的に重要 (relevanz = rechtlich erheblich) である場合のみ行爲者は處罰されることになる (Mezger, a. a. O. S. 122 f.)。
- (八) Mezger, a. a. O. S. 416.

(九) Mezer, a. a. O. S. 425.

(一〇) メツガーは、兩者の相違を次のように説明する、『間接正犯と教唆犯とは、今日決定的に制限された從屬性の枠内では、外的には(客觀的には)正確に同じように見受けられる。兩者の差異は、それ故に、內的に(主觀的に)『いかえれば、間接正犯者乃至教唆者、並びに「道具」乃至被教唆者の意思方向に求められ、且つ見出されなければならない。(中略)我々は、「自己のものとしての」(一切の形式における正犯)もしくは「他人のものとしての」(教唆犯並びに從犯)所爲の、ある意欲の形式から出發する。しかし、我々は、その形式を次のように理解している、すなわち、兩者を區別することについては、行爲者が「何をせんとしたか」はもちろん問題となるが、さらに問題となるのは、この意欲の内容が「客觀的な評價」に屬しているかどうかと、これである。行爲者のいかなる「主觀的意味」が行爲に添加されるかが問題となるのではなくして、行爲者によつて欲求されたものが、いかなる客觀的意味を持つかが問題となるのである』と(Mezer, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1949, S. 29.)を、お、Ders, *Lehrbuch*, S. 410 f. 參照。

(一一) メツガーと並んで擴張的正犯概念を主張するエー・シュミットは、フランクが、ヒンディングのいわゆる『自己の手による犯罪 (eigenhändiges Delikt)』に於いて間接正犯を認めようとする點 (Frank, *Das Strafgesetzbuch, Kommentar*, S. 110) を批判して(同説) Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, 1930, S. 475 Anm. 2) 例え、精神病者をして十四歳未満の者に對し猥褻な行爲をなさしめた者、責任無能力者をして暴力をもつて婦女に對し猥褻な行爲をなさしめた者は、重大な利益侵害があり、構成要件の立派な充足があるにもかかわらず、無罪となるではないかとまず異論を述べ、次いで、フランクが、自己の手による犯罪以外の犯罪、すなわち『結果行爲による犯罪』にのみ間接正犯を認めている點を批判した後、『このような犯罪にあつて正犯者たるは、實定法がこれを共犯者としての役割の中に追放してはいない限り、(違法且つ有責に)構成要件に該當する結果を惹起した者である。(中略)構成要件に該當した起因力は、從つて、(たとひ、故意に行動した者によつてではなからうと)結果を惹起した者に直接歸せられる。しかし、かようなものとしての起因力が、ここに正犯なる觀念を決定するとすれば、正犯は直接に構成要件から生じ、間接正犯なる特殊な構造は不必要となる』と説明し、『間接正犯なる法律形態が無用になることによつて、教義上困難だつた理論のすばらしい單純化が、收獲として特筆され得ることと思う』と述べている (E. Schmidt, *Die mittelbare Täterschaft*, Frank-Festsgabe II., S. 111 f.)。

(一二) この點に關し、ブルンスは、『構成要件の限縮的解釋』から出發し、『擴張的正犯概念が限縮的正犯概念かの論争は、ただ構成要件というものはある出來事の経過をも示すのであつて、ある状態を字に表わすことだけを示すものでない、ということが誤認されているその理由からのみ可能なのである。構成要件は「類型化された利益侵害」(typisierte Interessenverletzungen)』を特徴づけるのであつて、『類型化された利益』の侵害(Verletzung typisierter Interessen)』だけを特徴づけるのではなからし「類型化された利益」の侵害だけが構成要件の標準的内容だとしたら、諸構成要件を、侵害せられた法益の價値の高低に應じて區別し、侵害の種類・方法に従つては區別しないということが、よい意味を持つことになつてしまふ』と云つて、擴張的正犯論の規範的な概念構成から攻撃を開始して 58 (Brunns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1931, S. 53)。

(一三) この點に關し、小野博士は、『現行法は共犯に於て共同責任の理念を基本とし、第二次的に個人的責任の理念によつて個別化しようとするものである。(中略)さうすれば、教唆犯及び幫助犯はその成立上被教唆者又は被幫助者が實行行爲に出たことを必要とする。その實行行爲がない間は教唆犯又は幫助犯として罰せられない。しかし、實行行爲があれば、その實行者が可罰であるかどうかを問はず、教唆犯又は幫助犯として罰せらるべきものと考へることになる。私はこの「限定された從屬形式」を現行法の解釋として採ることを得ると信ずる』とされる(小野清一郎、新訂刑法講義總論、一九九頁以下)。

(一四) もつとも、わが國における擴張的共犯論者の中には、エム・エー・マイヤーのいわゆる制限從屬形態を認める者は居ない。
(一五) 佐伯千仞、共犯規定の發展(昭和九年) 法學論叢三一巻二號二五頁以下、同、所謂共犯の制限された從屬形式(昭和九年) 法學論叢三一巻五號一頁以下、同、刑法總論(昭和一九年)三三〇頁以下、同、刑法總論(昭和二八年)一八〇頁以下參照。
(一六) 小野清一郎、前掲、一〇六頁以下。

三 學說の批判

一 以上概説したところによれば、いずれの學說によつても、一面、實行行爲が構成要件該當行爲を意味し、他面、間接正犯が實行の一態様であることには疑いがない。従つて、これらの立場よりすれば、『間接正犯は根本的に構成

要件の解釋問題である』(一)ということにもなり、また、『犯人を道具として犯罪を遂行すること(身分なき者、目的なき者を利用して身分犯、目的犯を行う)は嚴格な意味における「自己の手による正犯」とゆうことは出来ないかも知れないが、社會生活の通念において、これと自然力、道具、動物の利用とを同視することは、異質物の混入として一蹴せられねばならないほど不合理なものではない』(二)ということにもなるのである。間接正犯を構成要件の解釋問題として、しかく不合理なものでない結論が得られたかどうか、私は、從來の見解の結論について、しばらく検討を加えてみたいと思う。

二 まず第一に疑問となるのは、いわゆる『身分なき故意ある道具 (qualifikationsloses doloses Werkzeug)』を道具と看做すことが妥當かどうかである。通説が、一方において、正犯者が完全な犯罪を實行した場合に初めて共犯が成立するという極端從屬形態を認め、他方において、犯罪實行の有無を構成要件該當性によつて決定するとすれば、客觀的な構成要件要素である身分、及び主觀的違法要素としての目的を缺く者(後者は『目的なき故意ある道具 <absichtloses doloses Werkzeug>』とされる)を介して犯罪を遂行した者は、絶対に共犯者とせられることなく、正犯者と看做されねばならなくなる(三)。これは、通説にとつて、不可避の結論でなければならなかつた。

しかるに、元來、間接正犯が正犯の一種として認められてきたのは、被利用者が意思の支配を缺く場合は物理的な意味での道具を利用するのと何等撰ぶところが無いという點にその根據を有していた。従つて、責任能力者の反射運動、善意・無過失乃至過失の行動、責任無能力者の行爲等を利用して犯罪を行う場合は、利用者の利用行爲と結果との間に自然的な因果の流れを認め得るが故に、利用者をもつて正犯者と見做すことが正當とされてきたのである。ところが、目的なき故意ある道具は未だ議論の餘地あるにせよ、身分なき故意ある道具を利用した場合に、かような自

然るな因果の流れを認めることができるであろうか。例えば、公務員が非公務員たる妻を教唆して賄賂を收受せしめた場合とか、子が友人を教唆して自分の親を殺害せしめた場合などを見てわかる通り、確かに身分者が自己の身分犯を犯すために非身分者を利用したのだということは、『社會生活の通念において』は認めることができる。その意味では、非身分者は被利用者であり、道具でもある。しかし、その意味での道具は、本来間接正犯概念を構成してきた道具の概念と異りはしないか。また、反面、共犯從屬性の基礎が、擴張的正犯論においてすら、共犯者と結果との間に、規範に従つて行爲する能力のある人格の介在を認めた點に求められ、共犯者の行動から發した因果の流れは、このような正犯者の介在によつて、理論上、一應中斷すると解せられる限り、責任能力あり故意ある人格——規範に従つて行爲することを現實に期待し得る人格——が、どうして單に身分を有するという理由で、利用者の行動から發する因果の流れを中斷せず、従つて共犯から除外されなければならないのであろうか。そして、また、そのような人格を利用した者が、どうして正犯とせられ得るのであろうか(四)。

第二に問題とされるのは、通説が、責任無能力者を利用する場合をことごとく間接正犯の事例とすることの當否である。間接正犯の場合に被利用者につき要求せられる責任性は、非難もしくは非難可能性の有無という規範的な側面から論じられるのではなくて、單に非難の前提となつている違法性の意識の有無という純心理的側面から論じられるものであることを我々はまず知らなければならない。すなわち、間接正犯の場合には、共犯の場合——もつとも、それは、極端從屬形態を正當とする通説の立場から論じた共犯の場合であるが——とは逆に、被利用者が規範的非難を受けるものであるかどうかは實はどうでもよく、ただ非難を歸屬させる前提としての責任能力・責任條件が、心理狀態の程度の標準として、被利用者につき要求せられるにすぎない。ところで、刑法は、行爲者を非難するための前提

を、一般的に、法上の擬制として決定している。例えば、十四歳未満の者は、すべて刑法上の責任を負う能力のないものと定められているがごとくである。しかし、このことは、必ずしも、十四歳未満の者が、絶対に、現實に結果の違法性を意識しつゝ當該結果の發生を意欲した上で行爲に出ることの不可能を意味するものではない。果してしからば、このような行爲者の心理状態が問題となる間接正犯の場合においては、十四歳という法上の枠は破られなければならぬのではあるまいか。間接正犯が成立するか、共犯が成立するかは、個別的事案について決定すべきものではないだろうか(五)。

第三に指摘せられるのは、通説の用いる道具理論が、必ずしも共犯と間接正犯との區別を明瞭にしていないという點である。例えば、使用者において、被使用者に責任能力のあることを知らず、責任無能力者と考えてこれを使贖したところが、結果發生の後で、實は責任能力者であることが判明した場合を考えてみよう。使用者の主觀の面から考えると、間接正犯が成立し、その使贖行爲からは、結果に直結する因果の流れが發生したと見られる。ところが、客觀的に考察してみると、犯罪の實現に向けられた兩者の意思の疎通は立派に存在しているから、疑いなく、教唆犯が成立したことになる。従つて、使用者の使贖行爲から發した因果の流れは、被使用者の行爲をまつて初めて結果に結合せられることになる。被使用者が犯罪行爲に出なかつた場合、前者の見解によれば、使用者が未遂の責を負うことになり、後者の考えによれば、教唆の未遂は犯罪にならないから、何等責任を負わないことになる。一體、いずれの犯罪が成立することになるのであろうか(六)。

三 通説に深く根ざすこのような困難を救うべき使命を擔つて、擴張的正犯論と擴張的共犯論とが通説と同じ地盤から登場したことは、前述の通りである。しかし、兩學説にも、體系的缺陷が見受けられる。

擴張的正犯論の基礎は、構成要件を行為類型と見ず、結果類型と解する點にあつた(七)。それ故、この立場によれば、構成要件該當の結果を惹起する力は、すべて同價値だということになり、たとい、メツガーのごとく、責任の觀點から法的重要性あるものをその中から拾ひ上げることは可能であるとしても、その範圍内では、依然、力相互間の價値の區分は不可能である。従つて、各實行者の違法性は等しいという不合理な結論が生まれる。

また、このように、構成要件該當の結果を惹起する諸力が同價値であるとすれば、法規が正犯の中から共犯を特に拾ひ上げたことの根據が薄弱となる。もし、それが認められるとしても、正犯と從犯とを區別する理由は見當らない。従つて、解釋論としては不適當ということになる。さらに、共犯規定の置かれた理由が、行為者と結果との間に規範意識のある人格の介在を認めただからであるとすれば、身分なき故意ある道具を利用した者を共犯の中にとり入れなかつたことの理由がつかないであろう。

四 擴張的共犯論の主張者も、間接正犯の一切を共犯中に解消し盡すことはできなかつた。この學說の結論は支持し得るにしても、その理由づけが妥當でない。小野博士は、教唆者乃至は使用者の行為が構成要件行為として評價される場合には間接正犯が成立し、しからざる場合には教唆犯が成立すると主張しておられるが(八)、兩者に『定型的差異』(九)のあることを説明する原理が、さらに必要ではあるまいか(一〇)。

また、擴張的共犯論者は、刑法第二四四條が可罰的違法性を缺く行為に對して共犯の有効な成立を認めている點を一步進めることによつて、身分なき故意ある道具の利用の場合を共犯中に包攝することに一應成功した(一一)。しかし、共犯規定の用いる『犯罪の實行』という概念の中では、可罰的違法類型Ⅱ構成要件は、二重の役割を果している。すなわち、第一は違法類型乃至は違法性の徴證としての役割であり、第二は實行概念の基礎としての役割であ

る。従つて、右のように構成要件要素を缺く行爲も違法行爲であるという見解は正しいとしても、それが直ちに正犯行爲であるというとはできないであらう。何故なら、正犯者は、『犯罪を』實行』すること、つまり構成要件の中核たる行爲を行うと同時に、一切の構成要件要素を充足していることが必要であるから。それ故、擴張的共犯論の立場も、身分なき故意ある道具の利用の場合を再び間接正犯の中に引き戻すか、さもなければ、従來の實行概念を改めるかの二者擇一の窮地にあるといふことができるであらう。

(一) 小野清一郎、新訂刑法講義總論、一〇六頁。

(二) 瀧川幸辰、改訂犯罪論序説、二二二頁。

(三) ドイツにおける學説の多くは、身分なき故意ある道具を利用する者をもつて、間接正犯者としてゐる。参照、例えば、M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, S. 377; Köhler, *Köhler Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1917, S. 511; Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8. Aufl., 1922, S. 214; van Calter, *Strafrecht*, 2. Aufl., 1924, S. 66; Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 331; Mezger, *Lehrbuch*, S. 432. わが國におつては、例えば、大場茂馬、*刑法總論下卷* (大正七年) 一〇二〇頁以下、安平政吉、*改正刑法總論* (昭和三三年) 三四五頁以下、瀧川幸辰、前掲、同頁。

(四) 同旨、佐伯千俣、*刑法總論* (昭和一九年) 三五一頁註一、同、*刑法總論* (昭和二八年) 一八一頁以下、井上正治、*刑法學* (總則) (昭和二六年) 二二〇頁以下、植田重正、*共犯の基本問題* (昭和二七年) 八九頁以下。なお、草野豹一郎、*共犯の獨立性* (昭和二五年) *刑法改正上の重要問題* 二八三頁註六五が、同様の批判を提起しておられることについては、後段にこれを述べる。

(五) 同旨、小野清一郎、前掲、一〇六頁、植田重正、前掲、九六頁以下、平場安治、*刑法理論學* (昭和二五年) 二一九頁、同、*刑法總論講義* (昭和二七年) 一五二頁。

(六) 参照、牧野英一、*重訂日本刑法上卷*、四六五頁以下。

(七) 前段、頁註一二参照。

(八) 小野清一郎、前掲、同頁。

(九) 小野清一郎、前掲、同頁。

(一〇) 小野博士によれば、この原理は、結局、博士のいわれる『健全な國民的道義觀念』ということになるのであろうが、このような流動的な概念を間接正犯者における構成要件該當性の解釋の標準にまですることは妥當でなく、それ故にこそ、間接正犯における犯罪實行の有無を決定すべき理論的標準が、他に求められなければならないのではないかと考える。

(一一) 佐伯千復、所謂共犯の制限された從屬形式、上掲一頁以下、特に三六頁以下、同、刑法總論（昭和一九年）三五一頁註一参照。小野博士の見解は、必ずしも明らかでない。

四 若干の提言

一 右に見たように、通説に存する困難を救うために正犯概念の修正を試みた擴張的正犯論も、共犯概念の修正を企てた擴張的共犯論も、共にこれを採用し得ないとしても、いわゆる客觀説に残された解決の道は、やはり、兩概念を修正する以外にはないと考えられる。この兩學説のほか、正犯概念を修正する道を行くのは、目的的行爲論に基づく行爲支配説であり、共犯概念を修正する道を行くのは、共同意思主體説である。

二 共同意思主體説は、最も適切に、身分なき故意ある道具を利用する場合を共犯中にとり込むことのできる學説であろう。草野教授は、共犯連帶性の立場から、次のように説いておられる、すなわち、『資格なき故意ある道具』など云ふことほど、凡そ意味のないことはないものであつて、私は夙に、刑法第六十五條第一項の規定が存して、非公務員が公務員と公務員なる身分に因つて構成すべき犯罪を共同して行ふと云ふ意思連絡の下に一體となることによつて、公務員たる身分を取得するものと看做さるる以上、公務員が非公務員に情を明かして其の職務に關し虚偽の文書

を作成せしめたる場合に於ては、非公務員が刑法第一百五十六條の實行正犯を以て處罰せらるべきものであることを主張して居るのである』(一)と。けだし、共同意思主體説よりすれば、犯罪を實行するものは、共同意思主體であるから、共同意思主體に一定の身分が具備している場合には、當該身分により構成すべき犯罪を實行することができるのであつて、それは、構成員のうちの一人以上が身分を有していさえすればもつて足ると考えられる(二)。

ところで、このような考え方も、共同正犯の場合には可能であるとしても、教唆犯・從犯の場合には、解釋論上認められないという批判が起り得るであらう。しかし、共犯現象成立の問題と、各人の歸責乃至は處罰の問題とを峻別し、まず、一定の結果に對する關與者の主觀並びに事實上の寄與の方法、程度等を検討して、當該結果を發生せしめた共同意思主體の限界を定めることが共犯成立上の問題であるとし、次いで、各人の意思、共同意思主體における地位或いは行動の態様等に應じて、共同正犯、教唆犯、從犯の別を定め、さらに各人について個人的事情を顧慮するところが處罰上の問題であるとする限り(三)、非身分者も、身分を有する共同意思主體の一員であり、その行動が共同意思主體の犯罪實行の中に織り込まれる以上、當該身分犯を實行することが可能であると考えられる。従つて、それに對する教唆犯・從犯が認められることはいうまでもない。

三 最後に残された道は、從來の實行概念を修正し、新たな正犯概念を作り上げた行爲支配説の立場である。この見解を主張する學者は、次のように説く、『私は「自己の手による實行」に換へるに「構成要件該當の行爲支配」をもつてしたいと思う。自分自身の舉動によつたかどうかは事實的な態様であつて未だ法的に重要でない。法的に意味があるのは一定の所爲が彼の「はたらき」といえるかどうかである。すでに事實的には道具を使用する態様、動物を使用する態様も利用者の「はたらき」と見られる以上人の舉動を利用する態様も利用者の「はたらき」と見ることは一がい否

定されてはならない。しかし他人の舉動が何故に自己のはたらきと見得るのであろうか。それは他人の舉動を自己の行爲の一部として利用支配しているからである。それならば共犯とても他人の舉動を自己の犯罪の因果關係の一部として利用しているとの反論があろう。しかし、共犯は他人の意思支配を通じての間接の結果到達であるのに對し、正犯は意思支配を持たぬ他人を道具とする直接の結果到達である』(四)。

行爲支配という概念を正犯概念の構成に使用する見解は、すでに限縮的正犯概念を強調したブルンスにおいて現われているが(五)、別個の新らしい犯罪論體系の一適用として行爲支配を説くものは、いわゆる目的的行爲論(Finale Handlungslehre)の立場である。目的的行爲論の骨子となるものは、その名の示すように、行爲論の概念構成にほかならない。すなわち、目的的行爲論は、從來の通説が、犯罪概念を構成する一要素としての行爲を、二つの異質な構成部分、すなわち、一面においては、意思決定に基づく外的な起因過程、他面においては、主觀的な意思内容との二つに分裂させ、行爲の本質をもつて、意思の内容は問わない、盲目的な意思實現・結果招來の過程であるとした點をその批判の對象とし、人間の行爲が自然現象と異なるのは、一定の目標を持つた意思が、因果律の豫測の下に、目標に向けられた因果の流れを利用・支配し、一定の結果を惹起する點に存すると主張する。従つて、行爲の目的性とイふものは、この説にあつては、行爲自體に含まれた特性にほかならず、『刑法も、このような目的活動という意味での行爲だけをその對象としている』(六)とする(七)。

従つて、目的的行爲論による正犯概念―行爲者概念は、當然、正犯者の行爲の目的性に根據を置く。この學說の主張者が、ほこらかに(八)、違法論中で展開するのが(九)、この目的的正犯概念にほかならない。彼等は、行爲を、故意行爲と過失行爲との二つに分けて、各々につき別個の理論構成をしているのに併行して(一〇)、正犯をも、故意の

正犯と過失の正犯とに區別する。そして、各々につき、各々の性格及び共犯との相違を述べて、次のようにいう、『(1) 過失の正犯は、可避的な結果の惹起である。避け得た仕方で他人の死の原因となつた各人は、二二三條(過失殺人罪)の正犯者である。可避的な共同原因の各形式は、過失の正犯である。従つて、過失の犯罪の領域には、共犯は存在しない。何故なら、それもまた、可避的な共同起因であり、従つて過失正犯だからである。(2) 故意行爲の正犯者は、單に結果を惹起した者に止まらず、目的を意識して行爲を支配する者である。ここにおいて、正犯者という概念は、各々の他人の關與に關する目的的行爲支配 (finale Tatherrschaft) という要素から生じてくる。教唆者及び幫助者は、行爲を支配するのではなく、行爲への決意を鼓舞したにすぎないか、或いは行爲の遂行に當つて幫助したにすぎない』(11)云々。

このように、正犯と狹義の共犯たる教唆犯・從犯を分つ要素、従つて正犯概念の特色をなす要素は、目的的行爲論によれば、目的的行爲支配という原理にほかならない(一二)。従つて、間接正犯の理論も、この目的的行爲支配の原理から出發するのである。

四 ヴェルツェルは、間接正犯なる題下で、次のようにいう、『正犯者は、行爲を、原則として、あらゆる段階において、自己の手によつて遂行することは必要でなく、彼は、これに反して、機械的な道具を利用し得ると同様に、第三者の行動をも自分の目的に織り込むことができる。ただそれは、彼が、その際に、自分自身第三者とは反對に、完全な行爲支配を持續し得る限りにおいてである。第三者は、自分を行爲へと喚起せしめた黒幕 (Hintermensch) には存するが自分には正犯者たるに必要な前提のうちの一つが缺けている限りにおいて、「道具」に止まる』と(一三)。ところが、行爲支配のこのような形式的把握をもつてしては、目的的行爲論によつても、通説に存する困難は、依然

救済されないとしなければならぬ。これに反して、行爲支配という觀念を、具體的・實質的に把握するならば、身分なき故意ある道具を利用した者は、目的的行爲支配を持ち得ない、従つて、この場合、間接正犯の成立は認め得ないと思ふべきであらう。何故なら、確かに被使用者にはそのような正犯たるに必要な前提が缺けてはいるものの、間接正犯の成立不成立には、被使用者に對する刑法的價値判斷が關係するのではなくて、道具の刑法的意味における心理状態が問題であると解する限り、それらの前提が缺けていることは問題でなく、被使用者に目的的行爲支配が認められ、従つて使用者に行爲支配ありということとはできないと考えるからである(一四)。

しかも、私は、この目的的行爲支配という觀念は、決して、共犯論における共同意思主體説と相容れないものではないと考える(一五)。否、むしろ、共同意思主體説に横たわる種々の難問を解決するのに役立つものではないかと思はれる。例えば、共同意思主體の行爲と各構成員の行動との關係とか、各構成員、なかならずく現實の實行に出ない共謀共同正犯者の可罰根據の説明に役立つ點などである。

(一) 草野豹一郎、共犯の獨立性、上掲二八三頁註六五。なお、同、刑法總則講義、二二四頁參照。

(二) 犯罪共同説を採る學者においても、共同正犯の場合に、すでに個々の共犯者の所爲を自己體が構成要件を充足することは要し得ず、共犯者の所爲全體を合一して初めてそこに構成要件の充足を認めている以上、どうして、六十五條一項により非身分者も共同正犯者たり得ないのであるか(參照、小野清一郎、新訂刑法講義總論、二一五頁、瀧川幸辰、改訂犯罪論序説、二五四頁以下、小野慶二、共犯と身分・昭和二七年・刑事法講座四九五頁參照)。もし、非身分者は共同正犯者たり得ないとすれば、身分なき故意ある道具を利用する者は、絶対に共犯者たり得ず、また、前述した理由により、絶対に正犯者たり得ないから、無罪という不合理な結論が生まれる。

(三) この點に關しては、齊藤教授が、近く、新らしい『共犯成立上の一體性』の立場より、解明を試みられる豫定である(參照、齊藤金作、共犯理論の研究・近刊)。

- (四) 平場安治、刑法總論講義、一五〇頁以下。同旨、刑法理論學、二一八頁以下。
- (五) ブルンスは、實行概念の構成に當つて、相當因果關係を顧慮しつゝ、『行爲支配の可能性(Möglichkeit der Tatherrschaft)』なる觀念を用いた(Brunns, Kritik der Lehre vom Tathesand, S. 72 f.)。なお、この見解を批判するは、小野清一郎、構成要件論の一研究(昭和十三年)法學評論上九八頁以下、特に一〇五頁。
- (六) Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 20.
- (七) Welzel, a. a. O. S. 21 下、目的的行爲論における人間像が、巧みに描かれてゐる。
- (八) Welzel, a. a. O. S. 57 參照。
- (九) 正犯概念が違法論中でとり扱われるのは、目的的行爲概念の本質上、當然の歸結である、何故なら、『確かに違法は個人的な性格だから』(Welzel, a. a. O. S. 58)。
- (一〇) 目的的行爲論によつては、故意行爲と過失行爲とは、結局行爲なる上位概念の下に統一することができないという非難が、目的的行爲論に浴びせられる最大の非難である。ヴェルツェル自身も、エンギンツ、ホッケルマン、メツガー、ニーゼ等の批判を検討した後、最近に至つては、最初の見解(Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58, 1939, S. 491 ff.; Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949; Um die finale Handlungslehre, 1949 等)に表わつてゐる)を修正した(Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1952 下表わつてゐる)。しかし、この修正をめぐつても、従來の非難は免れなすさせられてゐる(Maihöfer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 41. 福田平、目的的行爲論によつて、昭和二八年・神戸經濟大學創立五〇周年記念論文集一三三頁以下參照)。わが國において目的的行爲論を最も強く主張する平場助教は、故意行爲と過失行爲と共に行爲概念中に包括する道を抛擲され、過失行爲を行爲から放逐して、これを不行爲と特徴づけられておられる(刑法における行爲概念と行爲論の地位・昭和二六年・刑事法の理論と現實)一三三頁以下、刑法總論講義、四三頁以下參照)。
- (一一) Welzel, a. a. O. S. 58.
- (一二) ヴェルツェルによれば、行爲を目的的に支配する者とは、行爲を自己の意思決定に基づいて合目的に遂行する者と説明されてゐる(Welzel, a. a. O. S. 59)。平場助教教授によれば、『支配とは意思のはたらきである。然し、その意思は利用の場合の

ような主觀的なたらき、例えば「自己の爲にする意思」(animus auctoris)のようなものではない。むしろ意思の客觀的なたらき、詳言するならば、行爲を一定の方向に進行せしめ、行爲の進行を一步一步押し進め、従つてまた意思の如何によつて因果の流れをせき止め、または他の方向へ流すような客觀的機能である』とされ(刑法理論學、二一九頁)、同様に、井上教授は、『行爲は主觀客觀の全體であるのみならず、その客觀的要素は身體的な舉動態度として、一つの意志的態度である。その客觀的態度をも支配し方向づける意志の「強さ」・「はたらき」が考慮されなくてはならない。かゝる「強さ」・「はたらき」を持つ行爲が結果に對し「支配的」なるとき、そこに正犯が成立する』と説明しておられる(刑法學總則・昭和二六年・二二二頁)も、
ことも、目的的行爲支配という言葉は、未だ熟していないといふべきであらう。

(111) Wezel, a. a. O. S. 59.

(114) 同趣旨、井上正治、前掲、二二〇頁以下、植田重正、前掲、八三頁以下。

(115) 参照、中義勝、目的々正犯概念とその批判(昭和二六年)關西大學法學論集一卷二號九二頁以下、特に一〇六頁以下。