

擴張的正犯論と間接正犯

——メツガーを中心として——

西原春夫

一 擴張的正犯論

一 構成要件論は、少くともその初期の形態においては、間接正犯の正犯性を基礎づけるのに力弱かつた。とくに、いわゆる故意ある道具を利用してなす犯罪の法的取扱いについて缺陷をみせた。私は、以前に、この點を指摘したつもりである。(一)そこで、私は、本稿において、間接正犯の理論として初期の構成要件論の次に來つたもの、すなわち擴張的正犯論について検討を進めようと思う。擴張的正犯論は、これを主張した學者の數こそ少いが、間接正犯に關する學說史に缺くことのできない重要な役割を演じており、現在なお有力な學者の主張にかかる學說だからである。

擴張的正犯論とは、構成要件の結果に對し相當因果關係を有する條件を置いた者をすべて理論上一應正犯とし、ついで實定法上の例外として共犯をこれから除き、残りを實定法上の正犯とする學說をいう。周知のように、エーバー

ハルト・シュミット (Eberhard Schmidt) の創唱にかかり、メツガー (Mezger) の基礎づけを経てドイツにおいて勢力を得た學說である。従來の理論は、正犯概念をいわゆる『自己の手による正犯 (eigenhändige Täterschaft)』に限定していた。従つて、共犯は、正犯とは別個獨立の法上の形式として把握され、間接正犯すら、正犯に準じて取り扱われるべきもの、あるいはせいぜい正犯とみなされるものと解されていたのである。^(二)そこで、間接正犯は、いわば『刑法原理というレトリクからできた小びと』^(三)であつた。そこで、擴張的正犯論が間接正犯の正犯性を自明のものとして示すことに成功したとすれば、その點に、この學說の意義が認められる。擴張的正犯論は、間接正犯の適切な理論づけのために主張された學說であるといつても差支えないであらう。もつとも、擴張的正犯論を理解するためには、右に述べたような法解釋學的な面だけに止まらず、進んでその思想的背景に着目することが必要である。擴張的正犯論の底を流れる基本思想は、刑法における諸概念の規範化ということであつた。刑法における諸概念の自然主義的な把握が十九世紀刑法學の特色であつたとすれば、二十世紀前半の刑法學の特色を形成するのは、概念の價值的規範的把握である。^(四)擴張的正犯論もまた、このような思惟傾向に沿つて現われた一つの見解といふことができるであらう。かくて、擴張的正犯論は、一九三〇年、エー・シュミットの手によつて世に問われたのであるが、正犯概念の規範的構成を意圖する見解の萌芽は、すでにそれ以前に現われている。ブランド (Brandt) およびウィンター (Winter) の前驅的な擴張的正犯論、ならびにヘグラ (Heger) の特異な間接正犯論がこれである。^(五)

まず、ブランドおよびウィンターであるが、これら兩者においては、すでに、正犯概念の完全な擴張が行われているといえるであらう。すなわち、正犯は、ブランドによれば、非難さるべき結果を惹起した者、ウィンターによれば、

有責に違法な構成要件該當行爲を實現した者を意味していた。兩者は、従つて、固有の意味における正犯、間接正犯および共犯をも包含するところの擴張的正犯概念を認めるものであつた。ところで、この見解が、共犯を正犯から區別し且つ共犯の間に種類の相違を認める現行法の解釋論として妥當するためには、當然、以上のような正犯の中から共犯を二次的に法規上の根據から區別するという論理過程を経ざるをえないであらう。しからば、これこそ、後述するシュミット、メツガー等擴張的正犯論と共通の形式に立つ立論にほかならない。^(六)

これに對し、ヘグラリーの學説は、右のような擴張的正犯概念こそ説かないが、正犯と共犯との區別について従來の自然主義的觀點を排し、正犯概念の價值的把握を暗示した點において重要な意義を有する。彼は、仲介者に對する背後者の諸狀態を分析し、間接正犯者が同じ背後者たる教唆者と異り正犯とされるゆえんを、背後者の仲介者に對する優越狀態という點に求めた。彼は『客觀的には單に誘起し支援したにすぎない者が客觀的な(單獨)實行者に對し一定方向において顯著な優越性(Ubergewicht)を持つ、という點にその理由が存する。そのような者は、いづれにせよ、客觀的には「結果」、あるいは非結果犯を含めるべくより正確にいえば外部的犯罪實現(法的意味における「結果」)に對し條件を置く者であるが、そのような者にあつては、自分自身の客觀的實行行爲がないということも、役割分擔に關する法の評價的觀察によつて充分に補償されつくし、かくて、このような者は、主たる人格、すなわち正犯者として考えられる。これに反し、他面、被誘起者、被支援者は、自身の客觀的實行行爲は存するにもかかわらずその他の要素を缺くという理由で、上述の考察方法により正犯者とは考えられないのである。背後者は、實行をなさないにもかかわらず誘起し支援したという關係から、優越性をもつて責任ありと考えられ、あるいはより多い責任

を負うと考えられる。これに相應して、他の者は、實行行爲をなしたにもかかわらず刑法的責任を免れ、あるいはより少ない責任しか負わないと考えられる。背後者の「道具」という表現には、このような優越状態が比喩的にしかすぎないにもせよ、明瞭に現われている。「優越性」という表現をもつてすれば、この場合問題となるのが相對概念だということ、相對的な大きさだということが示される』と。^(七)

以上のうち、ブランドおよびヴィンターの見解は、自己の手による正犯概念を中心とする従來の思考を避け、間接正犯を本來の正犯として把握する方向に進んだ點は稱讚に價いするが、まだその擴張的正犯概念の理論づけについて積極的な主張がみられず、規範的な思考はまだ素朴である。^(八)『自然主義的な存在の考察法 (naturalistische Seins-Betrachtung)』と^(九)呼ばれるゆえんである。これに反し、ヘグラーの立場は、『規範的、感情的、評價的な考察法 (normative, emotionale, bewertende Betrachtung)』と稱された⁽¹⁰⁾ように、正犯概念と共犯概念の把握についてすでに自然主義的色彩を拂拭し、規範的な方向をたどっている點で劃期的である。しかし、これが擴張的正犯論の先驅といえるのは、その價值的規範的考察方法⁽¹¹⁾についてだけであつて、その優越性説による共犯論は、擴張的正犯論とは別個の流れを有するものである。明確な擴張的正犯論の出現は、やはり、下つて、エー・シュミットの所説にまたなければならなかつた。⁽¹¹⁾

(一) 拙稿、構成要件論と間接正犯(昭和三三年)早稻田法學三四卷一・二冊一七五頁以下、とくに二〇七頁以下参照。

(二) 古く間接正犯の特色づけに用ゐられていた『擬制的 (fingierte) 正犯』の概念およびその名稱からも、このことは看取し得る。Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1895, S. 189, なおその註六 Liszt, Lehrbuch des

Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 209. 又、Hoegel, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz, ZStW, Bd. 37, 1916, S. 667 参照。間接正犯概念の發生史に關する詳細な敘述として、大塚仁「間接正犯概念の生成の経緯」(昭和三十三年) 刑事法學の基本問題 (上) 二四三頁以下を參照。

(三) Hoegel, a. a. O. S. 659; Roeder, Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW, Bd. 69, 1957, S. 225.

(四) 拙稿「間接正犯論序説」(昭和三十三年) 早稲田法學三二卷三・四册四九五頁以下參照。

(五) リストもまた「前驅的な擴張的正犯論を主張するものといわれしる (Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 13)°。すなわち「リストは『他人を道具として利用しこれを通して實行行爲をなした者もまた、正犯者である。この命題は、實定法上の共犯概念により重大な制約を受ける。しかし、この概念が干渉しな限り、一般規則が、無制限に適用される』と (v. Liszt, a. a. O)°。この擴張的正犯論を思わせる素材な表現が、『同書の訂補者トール・シットニットによつて完全に書きかえられ、擴張的正犯論の完全な表現にされたことはさうせむとみなす (Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 326ff. 参照)°。

(六) フラントおよびヴィンターの見解については「原本にあたることのできなかつた。この點については、竹田直平「正犯概念の擴張と共犯概念の擴張」(昭和十一年) 法と經濟五卷六號四三頁以下、大塚仁「間接正犯の正犯性」(昭和二十八年) 刑法雜誌四卷二號五三頁以下、Mezger, Strafrecht ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 426, Anm. 3; Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafr. Abh., H. 225, 1927, S. 8 Anm. 2; Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung, Beitrag zur Lehre von der Täterschaft, Strafr. Abh., H. 333, 1934, S. 12. からの引用を參照。

(七) Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 306 f.

- (八) 竹田、前掲四四頁以下、大塚、前掲五四頁。
(九) Berges, a. a. O. S. 13.
(10) Berges, a. a. O.
(11) ヘグラーの見解は、むしろ、行爲支配 (Tat Herrschaft) という概念を用いて (間接) 正犯と共犯とを區別しようとする説——これは、とくに近時目的的行爲論の主張者によつて説かれた——に通ずるものがある。この點に關しては後述する。
(111) Bähr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, Strafr. Abh., H. 331, 1933, S. 41.

二 擴張的正犯概念がエーバーハルト・シュミットの論文『間接正犯』の中に誕生したことは前述のとおりである。フランクの七十歳誕生日を祝賀した論文であるだけに、彼は、この論文の中で、隨所にフランクの所説を引用しつつ筆を進めているが、實は、この論文こそ、因果論に立脚するフランクの正犯・共犯論への大膽な挑戦であつた。けだし、因果論こそ、規範主義的思想の克服すべき對象だつたのである。

彼はいう——フランクは、因果性の種類の相違をもつて正犯と共犯とを區別するための標準とした。正犯は原因を置くものであり、共犯は單なる條件を置くものである、というように。フランクにあつては、因果的觀點が刑法上の概念を獲得するに當つて決定的だつたのである。フランクは、このような因果的思想を首尾一貫徹底させて、間接正犯は結果犯についてのみ可能であり、舉動犯については間接正犯は排斥される、何故なら、舉動犯の實行行爲は特定の性質を持たねばならずしてあらゆる任意の行爲に因果的意味があるわけではないからである、と主張した (コンメンタール一八版一〇九頁)。しかし、舉動犯の場合に間接正犯を否認するとしたら、きわめて重い利益侵害があり、しかも構成要件の充足が存するにもかかわらず、誰も處罰されないといい結果になつてしまう。他方、フランクは、

間接正犯の成立を結果犯のみに限るわけであるが、結果犯における正犯者が構成要件の結果を（違法・有責に）惹起した者であるとすれば、正犯は構成要件から直接に生じ、間接正犯なる特殊な構造は不必要となつてくる——。

エー・シュミットは、右のようにフランクの間接正犯論における問題点を指摘し、これを契機として間接正犯はもちろん共犯をも含んだ一般的正犯概念——擴張的正犯概念を展開する。この場合に採用されたのは、いうまでもなく、法益保護という目的論的見地を基本とする價值的規範的考察方法であつた。『刑法は、社會侵害的行動態様を忌避することによつて法益保護に奉仕する。人間のいかなる行爲が、それを抑壓することを目的として刑法的違法事實が問題になるほど有害なものであるかは、立法者が刑罰法規の構成要件の中で物語つてゐる。これらの構成要件は、従つて、——その特殊な法治國的機能を除けば——行爲の類型を示すことに意義を持ち、且つとくに價値があり従つてとくに保護さるべき法益を侵害するが故に、裁判所から、一般的社會侵害性あるものと認められなければならない。可能な行動態様のこのような性質を記述または説明するために、立法者は刑罰法規の構成要件を公式化するのではなく、むしろ、彼は、法益侵害に關する價値判斷を知らせ、裁判官が具體的行爲に當面していかにすれば刑法的價値判斷に達しうるかの道を示すためにこれを公式化したのである。價値の見地の下である行動態様に決定的な特徴を與えるものは、それによつてひき起される「利益侵害」であり、その侵害のうちに行動の實質的社會侵害性が現われる。ある行動が一定の身體運動から成り、ある一定の外部的経過をたどつて、一定の形態で現實化することが問題なのでなく、「犯罪實現」として評價されうること、ならびに、かようなものとして一定の利益侵害を示すことが問題なのである。「正犯」という刑法的無價値判斷と、それから結果として生ずる刑法的責任とは、ともに、原則として、この

ような構成要件該當的利益侵害の歸せらるべき行動をとつた各人に關係せねばならない。その行動が、いかなる外部の性質を示すかは、どうでもよい。「犯罪の現實化」、構成要件の實現、利益侵害、これらのものが、正犯概念を決定するに當つて、法律的指針となる^(一)。それ故、正犯とは構成要件を實現した者、實質的にいえば法益侵害を違法有責に惹起したすべての者ということになり、みずから行つたか、他人が行うようこれに働きかけたかはこの場合問題にはならない。このような正犯概念には、教唆犯・從犯もまた屬するのである。^(三)間接正犯がこれに含まれることも、い^(四)うまでもない。ただ、實定法の意義における正犯は、實定法上共犯とされるものを以上から除いたものである、とす^(五)る。^(六)これが彼の根本思想である。^(七)

- (一) E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1930, S. 108ff.
- (二) E. Schmidt, a. a. O. S. 116f.
- (三) E. Schmidt, a. a. O. S. 117f.
- (四) E. Schmidt, a. a. O. S. 120.
- (五) E. Schmidt, a. a. O. S. 118f.
- (六) 最近、ドイツにおつて、立法論上の問題として争つたあつたをわゆる『包括的正犯者概念 (umfassender Täterbegriff)』または統一的正犯者概念 (Einheitsäterbegriff)』とこの擴張的正犯概念との外形上の相違は、まさにこの點にある。すなわち、前者は、正犯と共犯との間に所爲としての類型的な區別を認めないのである。前者にもとづく立法例については、齊藤金作、主觀的共犯論と共犯立法 (昭和三年) 刑事法學の基本問題 (下) 六五三頁以下にわしす。
- (七) ホー・シムニットのこの見解は、前述のやうに、また、Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl.,

三 エー・シュミットについて擴張的正犯概念を主張し、しかも全刑法體系内にこれを整序したのは、メツガーである。メツガーは、とくにヴィンデルバント (Windelband) 等西南學派の新カント哲學を學び、その影響を受けたつ刑法體系を構築した。⁽¹⁾その規範主義的思惟傾向が擴張的正犯概念に結びついたのも、容易に理解されうであらう。ただ、同じ新カント哲學の影響を受けながら、體系構築の方法においてエム・エー・マイヤーと決定的に異なることを注意しなければならぬ。前述のように、エム・エー・マイヤーは典型的な構成要件論者である。行爲論を排斥し、構成要件該當性を犯罪概念の第一要素とし、單獨の既遂犯を犯罪の原則型、未遂犯・共犯を犯罪の例外型として把握し、從つて未遂犯・共犯の規定を刑罰擴張原因と解するその思惟傾向は、メツガーのそれとは本質的な點において異なる。メツガーは、むしろ、新構成要件論者ともいふべき學者である。構成要件概念を類型的機能という面で重視しながら行爲論を採り、行爲概念を基底として犯罪概念の構築をはじめ、構成要件はこれを違法類型として違法性の分野に没入せしめ、また、後述するように、未遂犯・共犯にも既遂犯・正犯と平等な可罰上の意味を認める。この見解は、すでに、いわゆる構成要件論には屬さないのである。

さて、このような體系的基盤の上に立つて、メツガーは擴張的正犯概念を主張する。彼はいう——あらゆる刑法上の共犯論の學問的出發點は因果關係論である。因果關係の思想は、共犯論において二種の機能を營む。第一は積極的な機能であつて、正犯概念の決定に對し確實な出發點を與える。第二は消極的な機能であつて、可罰的共犯行爲の領

域から結果に對し因果の關係に立たない一切のものを分離する。すなわち、共犯の領域においても、結果に對し因果の關係に立たないあらゆる行爲を責任から分離するのである。このように、正犯者としても、また共犯者としても、結果に對し條件を置いた者だけが處罰せられる。結果惹起という考えは、あらゆる刑法的責任の最も外側の限界を引く。だがしかし、因果的に同價値なものが直ちに法的に同價値なものではない。因果的思惟が一切を平等ならしめるどころでも、感情的な・價值的な思惟が區別を設けることはできる。それ故、結果の相異なる條件が因果的に同價値であるにもかかわらず、それらの間で價値を異にする關與形式を認める可能性が生じてくる。しかし、この區別をなすに當つて問題となるのは純法律的な評價なのであるから、それは、もつぱら、實定法の觀點に立つてなされなければならない。それ故、個々の刑法上の共犯形式の區別に對しては「事物の本質」からは何も出て來ず、因果關係からも、また從屬性からも、何の結論も出て來ない。共犯概念は、むしろ、「徹頭徹尾、法規の產物」であること、まさに、エム・エー・マイヤーのいみじくも喝破したとおりである——⁽¹⁾。

このような論理過程を経て、メツガーは擴張的正犯概念に至る。彼はいう『正犯者とは、自己の行爲によつて構成要件の實現を惹起した者である。もつとも、その動作が教唆または幫助として現われない限りにおいて。』『行爲が結果について有する因果的關係は、ここでは（正犯概念については）、その積極的機能を營む。すなわち、それは、排斥する旨を定める實定法上の諸事由が存しない限り、行爲者の正犯性を基礎づける。この主張は、客觀的違法性という法思想に根據を置いたものである。何故なら、構成要件該當的・客觀的違法性ということの意味は、構成要件の實現すなわち結果の惹起が、客觀的に禁止されているということだからである。このような禁令に有責に違反した者は、

原則として、(不法の行爲者として) 法規に豫告された刑を科せられる。このことは、ことごとく、刑法第二條第一項と一致する。この結果の共同惹起ということによつて正犯者の責任が基礎づけられるという、冒頭に提示した假定は、いうまでもなく、常に、刑法第四八條および第四九條でもつて駁論しうる。何故なら、各則の個々の構成要件は、總則の規定によつて——すなわち、ここでは、刑法典第四七條以下で——補充され且つ決定的な影響を受けるからである。刑法典第四八條の教唆犯および第四九條の從犯という法定の形式は、「刑罰擴張原因」ではなくして、實は「刑罰縮小原因 (Strafenschränkungsgründe)」なのである。何故なら、それらは、然らざれば因果關係といふことから引き出される^(二)ところの正犯者の刑を、法規に詳細に記述された場合に限定し、そして他の處罰形式をその地位につかしめるからである』と。われわれは、この所説の中に、典型的な擴張的正犯論の公式を見出すことができる。^{(四)(五)}

(1) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 12.

(11) Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 411ff.

(111) Mezger, a. a. O. S. 415f.

(四) ドイツにおさむべき他の擴張的正犯論に賛成するものは、Drost, *Ansiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch*, ZStW. Bd. 51, 1931, S. 364 Anm. 8; Käppernik, *Die Akzessorität der Teilnahme und die sog. Mittelbare Täterschaft*, 1932, S. 8ff.; Lony, *Extensiver oder Restriktiver Täterbegriff?* *Stratr. Abh.*, H. 334, 1934.

(五) わが國に擴張的正犯論を導入され、これを説かれるのは、竹田教授である。竹田直平、*正犯概念の擴張と共犯概念の擴張*、上掲(なお同教授の立命館學叢昭和八年四、六、一〇月號における論策は参照しえなかつた)。また、武藤文雄、*間接正犯論の最近の發展*(昭和九年)法學志林三六卷一號六九頁以下、二號八二頁は、シュミットとヘグララーを合した見解を示

している。なお、植田教授は、正犯概念の擴張には反對されるが、構成要件の擴張的解釋は以上とは無關係なものとして是認され、これをもつて共犯可罰性の根據とする特異な共犯論を主張しておられる(植田重正、共犯の基本問題・昭和二十七年・二〇〇頁以下、とくに二二五頁、一三四頁)。これと同一方向にあるのは、大野平吉、共犯從屬性の理論と獨立性の理論(六)(昭和三十三年、法學二二卷四號八頁)。

なお、いわゆる共犯獨立性説の主張は、共犯者の行爲をも正犯者の行爲と等しく犯罪の實行とする點で、擴張的正犯論に類似している。もつとも、兩者の基盤の異なることは注意しなければならない。獨立性説のうち、外形上もつとも擴張的正犯論に近いのは、宮本教授の主張である。宮本英簡、刑法學粹・昭和六年・三九二頁以下、四三二頁。獨立性説については、別に稿をあらためて論ずることとした。

四 以上の所説を要約してみると、擴張的正犯概念を主張する理論——擴張的正犯論とは、『自己の手による正犯(eigenhändige Täterschaft)』の概念を放棄し、構成要件および利益侵害性——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る理論である。その特色は、共犯も結果惹起につき相當因果關係を有するから理論上正犯であり、ただ法規により正犯の刑を縮小され實定法上正犯から區別されたものだ、とする點にある。また、その學說史的な長所は、間接正犯の基礎づけ(一)について、また從屬性の思想によらずに共犯の可罰根據を説明する點について、これを認めることができる。しかし、擴張的正犯論に對する非難は數多い。私は、ここにその一々を擧げることとはできないが、そのうちの主要なものを一列擧してみようと思う。

(1) 構成要件は、類型化された『利益侵害』(typisierte Interessenverletzungen) であるにもかかわらず、擴

張的正犯論はこれを『類型化された利益』の侵害 (Verletzung typisierter Interessen) であるとす。(四)

(2) 擴張的正犯論は、結果惹起につき相當因果關係を有する行爲すべてに構成要件該當性を認める結果、罪刑法定主義にもとづく刑法の法治國的保障機能(五)を害する。

(3) 必要的共犯の一方のみを處罰する旨の規定がある場合、擴張的正犯論によれば、他方もまた正犯として一方と同等に處罰することにならなければならず、法律の趣旨と合致しない。(六)

(4) 擴張的正犯論によれば、犯罪に對する故意の幫助は從犯規定により刑を減輕されるが、過失の幫助は從犯でなく間接正犯とされるから、刑が減輕されないことになつて均衡を失する。(七)

(5) 法律は、教唆犯の刑を正犯の刑と同等ならしめている。それ故、教唆犯の規定は、正犯の刑を縮小する原因としてはたらかない。(八)

(6) 身分犯は身分者のみが犯すことのできる犯罪であるにもかかわらず、非身分者が身分者を教唆し身分犯を犯さしめた場合、非身分者は教唆者として處罰される。共犯規定は、ここでは、刑罰縮小原因ではなく、擴張原因として(九)はたらくことになる。

(7) 擴張的正犯論によれば、共同正犯は刑法の規定をまたずして當然正犯とさるべきであり、従つて共同正犯の規定が不必要なものとなる。(一〇)

(8) 擴張的正犯論によれば、實行行爲概念が擴張される結果、教唆・幫助も犯罪の實行とされ、遂には共同正犯と從犯、豫備と未遂の區別も不可能となる。(一一)

(9) シュミットは、正犯と共犯とは因果的には同一で區別がないが、規範的には區別があるとす。しかるに、彼は、同時に、正犯概念構成の基礎を構成要件の擴張的解釋に求めているから、彼の(共犯をも含めた)正犯概念そのものがすでに規範的であり、従つて規範的にも正犯と共犯の區別をなくしている。^(一一)

(10) 擴張的正犯概念は、正犯を論ずるのに共犯概念を前提とするが、正犯概念はあくまでも基本であり、獨自的に提立さるべきである。^(一二)

右に掲げた非難のうち、最大のものは(1)および(2)のそれであろう。この非難に對しては、メツガー自身、『擴張的正犯概念にいう正犯とは、最終結果のあらゆる惹起ではなくて、構成要件に該當する方法による、いいかえれば構成要件に規定された性質・態様を伴う招來による最終結果の惹起のみをいう。(中略)それ故、いわゆる擴張的正犯概念と限縮的正犯概念とは、普通一般に述べられているように相互に異つたものでは決してない。兩者に唯一の差異の存するところは、いわゆる擴張的正犯概念が正犯につき本來的には自手實行による構成要件實現の惹起を要求せず、むしろ個別的に限界が争われるであろうような特別な検討を留保する點にある。』従つて、擴張的正犯概念によつても構成要件の保障機能は守られると辯解している。^(一四)

右のメツガーの反論の根據について、すなわち擴張的正犯概念の本質的な特色について、學者は、普通一般に、(1)に掲げたブルンス(Bruns)の公式に従つてゐる。しかし、この點に關しては、メツガーの辯解は、多くの非難にもかかわらず當を得たものと解して妨げないのではなからうか。^(一五)構成要件の保障機能についても同様である。なるほど、擴張的正犯概念によつて、より多くのものが正犯概念の中に包含された。間接正犯・共犯はもとより、ブル

(二六)

ンスの指摘するように構成要件的結果の發生を防止しない者などがこれに當る。構成要件實現の内容は、擴張的正犯概念によつて擴大されたわけである。しかし、この事實をもつてただちに構成要件の保障機能が害されたと解するのは早計ではあるまいか。

(二七)

構成要件の持つ保障機能は、構成要件に該當しない行爲を犯罪とせず、また犯罪を特定の個々の構成要件に該當するものとして示す點にその意義を有するだけである。構成要件該當の範圍については、構成要件自體は純然たる文理解釋以上の何ものをも示さない。つまり、構成要件該當の判斷の標準は、學理によつて任意に與えることができる、また、與えるほかはないのである。このように解するとき、擴張的正犯概念が必ずしも構成要件該當性を有しないものを有するとしてたり、甲の構成要件に該當する行爲を乙の構成要件に該當する行爲なりとしてたりするものでないこと、従つて必ずしも構成要件の保障機能を害するものでないことが理解されよう。ベア(Bahr)の比喩をもつてすれば、構成要件という『格子(Gitter)』は、その棧(Gitterstabe)こそまばらになれ、格子自體は依然として維持されているのである。

(二八)

その他、(3)に掲げた必要的共犯に關する非難については、このような各則の規定は一般の必要的共犯とは異つて他方を無罪とする趣旨に出たものであり、總則上の一般理論をとくに排斥するものと解すればよい、との再批判が(二九)あり、擴張的正犯論の基盤をゆり動かすほどの非難であるとは思われない。また、(4)ないし(7)の、共犯規定に關するものについては、この批判の提起者たるベア自身も述べているように、些細な矛盾、あるいは立法者の恣意にもとづくもの、として看過することができよう。しかし、(8)ないし(10)にあげられた三つの相關連しあう批判については、この學說の根本を突いたものとして、充分な考慮を要するように思う。節をあらためて検討するこ

としよう。

- (一) 正犯の特色を自己の手による實行とみる傳統的な立場。例えば *Beinig, Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., 1930, S. 34; *M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, S. 375.
- (二) 正犯について自己の手による實行の概念を守り、他方、共犯の從屬性について極端從屬形態を認める學説が、ドイツにおかれて、従來、傳統的立場とされてきた。しかし、この學説によると、責任なき他人を利用して犯罪を犯す場合は共犯から排斥される。とらいてこれを正犯に包含させても、それは固有の意味の正犯と同化せず、依然異質的である。傳統的立場は、間接正犯の基礎づけについて、このような點で困難を感じていたのである。これに反して、擴張的正犯論によれば、構成要件を實現したもののうち法律の規定する共犯以外はすべて正犯とせられるのであるから、間接正犯は何等の説明も要せずに正犯とされ、その基礎づけは容易となつた。
- (三) 従來の傳統的立場によれば、犯罪の原型は自己の手による正犯であり、共犯の責任は正犯の責任を通じて獲得されるものと解されていた。ここに支配してゐたのは、いふまでもなく共犯從屬性の思想である。ところが、擴張的正犯論によれば、共犯もまた構成要件を實現するものとせられるから、共犯の責任は自己自身の行爲にもとづくものとなり、從屬性は單に共犯の外部的特色をあらわすにすぎないものとなつた。
- (四) *Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, S. 53.
- (五) 多くの學者の提起した非難である。例えば、*Bruns, a. a. O. S. 56f.*; *Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, *ZStW.* Bd. 49, 1929, S. 41. 瀧川幸辰、改訂犯罪論序説(昭和二十七年)二二二頁、二二六頁、瀧川春雄、教唆と間接正犯(昭和二十七年)刑事法講座三卷四七八頁、大塚仁、間接正犯の正犯性(一)、上掲五八頁。
- (六) 瀧川幸辰、前掲二二六頁。
- (七) *Bähr, a. a. O. S. 58.*

(八) Graf zu Dohna, Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger, Strafrecht, 1932, ZStW. Bd. 52, S. 114f.; Bähr, a. a. O. S. 59.

(九) Lange, a. a. O. S. 39; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 86.

(一〇) Bähr, a. a. O. S. 60. 亦參 Graf zu Dohna, a. a. O. S. 114.

(一一) Bruns, a. a. O. S. 56f.; Bähr, a. a. O. S. 61ff.

(一二) 植田重正, 共犯の基本問題 (昭和七年) 二三四頁以下。

(一三) 小野清一郎, 構成要件理論の一研究 (昭和七年) 法學協會雜誌五〇卷九號一六六頁、大塚仁, 間接正犯の正犯性 (一)、上掲五九頁。

(一四) Mezger, Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, 1932, ZStW. Bd. 52, S. 537f.

(一五) 同趣旨、植田, 前掲二二三頁以下。

(一六) Bruns, a. a. O. S. 56.

(一七) 同趣旨 Lange, a. a. O. S. 23; 植田, 前掲二一八頁以下。

(一八) Bähr, a. a. O. S. 57.

(一九) 植田, 前掲二二〇頁以下。

(二〇) Bähr, a. a. O. S. 58ff. なお、メツガーは、のち、本文(6)に掲げた非難を正當と認め、擴張的正犯概念を是認する。現行法の一つの例外的場合であるとする (Mezger, Studienbuch, 7. Aufl., 1957, S. 224)。

五 擴張的正犯論に對する多數の非難のうち、その大部分は、以上に考慮したように、當を得ぬもの、または看過することのできるものであつた。しかし、擴張的正犯論に對しては、まだ重要な非難が残つている。擴張的正犯論は結果に對して相當條件を有する一切の行爲を平等に構成要件實現行爲とするが、これでは構成要件實現行爲の内部で

實質的に實行行爲と非實行行爲、未遂と豫備、正犯と共犯を區別することが不可能になる、という非難がこれである。この非難の當否を論ずるには、まず、擴張的正犯論以前の傳統的立場を顧慮することが必要であろう。

傳統的立場において未遂と豫備、正犯と共犯との區別の標準とされていたのは『實行行爲(Ausführungshandlung)』の概念であつた。そして、この實行行爲が刑法各本條より得られる特別構成要件に該當する行爲を意味することについては、少くとも客觀説の立場に立つかぎり、いかなる學説も一致していたのである。構成要件論以前の因果關係論においてもそうであつた。^(一)ただこの實行行爲と非實行行爲との區別の標準を構成要件そのものに求めるか、起因力の相違に求めるかに従つて、形式的客觀説と、實質的客觀説の差異が認められたにすぎない。が、この差異はここではひとまず問題とならない。重要なのは、實行行爲が構成要件該當行爲ないしは構成要件的行爲を意味し、それ自身では構成要件に該當しない豫備行爲、共犯行爲を排斥する概念であるとする點で、從來學説の一致をみていたところである。いかえれば、從來の考え方においては『構成要件の實現』、『構成要件該當行爲』、『實行行爲』、『正犯』はすべて等しく、これらのものと非構成要件該當行爲、非實行行爲たる『共犯』とは相對立したものとされていたのであつた。

このような傳統的立場は、擴張的正犯論にそのまま受容さるべき性質のものではない。擴張的正犯論は、前述のように、構成要件の結果に對し相當條件を置いたすべての行爲者を理論上一應正犯とし、これから共犯を差引いた残りを実定法上の正犯とする見解である。このように、構成要件の結果に對し相當條件を置いたすべての者を理論上正犯とみることの基礎は、いつたい何であろうか。それは、構成要件の擴張的解釋にほかならない。構成要件の結果のす

べての惹起を構成要件の實現とみる擴張的解釋によつてはじめて、從來の間接正犯、共犯をも含んだ一般的正犯概念が生じうるのである。^(二)ところが、このような見解によれば、構成要件は常に擴張的に解釋されたままの姿をとつておらねばならない。構成要件の中核たるところの動詞は、常に、自己の手による行爲も、責任無能力者を利用してなす行爲も、責任能力者を教唆してなす行爲をも含んだものと解釋されねばならない。そこで、もし従来のように實行行爲の概念を構成要件的行爲の意味に用いるとしたら、實行行爲は共犯行爲をも含んだものとなり、従来のように正犯と共犯とを區別する標準たるの役割を演ずることができなくなる。これは、擴張的正犯論の當然の歸結であると思う。

しかし、現實に擴張的正犯論者の主張するところは、このような歸結とは異なるようである。エー・シュミットの所説において實行行爲が何を意味するかは、充分に明瞭ではない。強いて推察すれば、彼の實行行爲は傳統的立場におけると同様に、未遂と豫備、共同正犯と従犯とを區別するのに用いる『構成要件該當行爲』と一致するもののようにある。^(三)同様なことが、メツガーの主張にもあらわれている。彼もまた、實行概念を『構成要件行爲の企行』として理解し、構成要件的行爲の有無をもつて共同正犯と従犯の區別の標準としているのである。^(四)

だが、もし假にメツガーのいうように、構成要件的行爲すなわち實行行爲が正犯と共犯とを分つ標準だとすれば、第一に、構成要件實現行爲には構成要件的行爲と非構成要件的行爲、實行行爲と非實行行爲とが併存することになり、構成要件に二義が存することとなつてしまう。また、もしそうだとすれば、第二に、構成要件的行爲が本來的獨自的に共犯行爲と對立して提立されることになり、ひいては擴張的正犯論を主張した趣旨が没却されることになる。しかし、もし逆に、擴張的正犯論の論理的歸結として、實行行爲を廣く共犯行爲をも含んだもの、すなわち構成要件を實

現する一切の行爲と解するならば、實行行爲はすでに正犯と共犯とを區別する標準たるの役割を演ずることができなくなり、その標準は何等か他のもの、例えば行爲者の主觀などにこれを求めるほかはない。^(五)このことを意識してか、戦後のメツガーは、擴張的正犯論を守りつつこの標準を行爲者の主觀に求め、正犯者意思、従犯者意思の有無をもつて正犯、共犯を區別することとなつた。論理一貫した變説といふことができる。

以上考察したところから明らかなように、前述(8)および(9)の非難、すなわち擴張的正犯論は實行行爲概念の擴張を歸結とする結果、正犯と共犯の區別を不可能にするといふ非難は、確かに、エー・シュミット、以前のメツガーには妥當する。ここでは、正犯と共犯との區別が實行行爲概念を標準としてなされていたからである。しかし、最近のメツガーのように、兩者の區別の標準を行爲者の主觀に求める見解に對しては、この非難は妥當しない。ここでは、構成要件および實行行爲を廣狹二義に用いるという以前の過誤は犯されていないのである。もつとも、このように擴張的正犯論が正犯と共犯との區別の標準を行爲者の主觀に求めるいわゆる主觀的共犯論に歸着するとすれば、これに對しては、主觀的共犯論に浴びせられている様々の批判がそのまま投げ與えられることにならう。^(六)

擴張的正犯論に對する非難は、もちろん以上に盡きるものではない。私は、最後に、前述(10)の非難にも關係することであるが、擴張的正犯論に對し、それは正犯と共犯との間の實質的相違を没却するものであるとの批判を掲げたい。ただ、それは、次章において、擴張的正犯論にもとづく間接正犯論を概観したあとで、これを試みようと思う。

(一) 因果關係論の代表的主張者とされるビルクマイヤー (Birkmeyer) もそうであつた。なお、彼によれば、實行行爲を構成

要件の行爲 (tatbestandliche Handlung) と解した學者は、*スチューベン* (Stübel, *Über den Tatbestand der Verbrechen*, 1805, § 29 S. 34) や *ホル* (以後著名な學者は同様な見解を維持したと云はれた) *シネ* (Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, 1890, S. 96f. 齊藤金作譯) *ヒルクマイヤー* 客觀的共犯論『共犯理論の研究』(昭和二十九年) 四六九頁參照。

(二) もつとも、結果に對する因果關係の有無はただちにその條件設定者の正犯性すなわちその責任を基礎づけるものではなく、*とつ* 擴張的正犯論を批判するのは、*ランゲ* a. a. O. S. 27ff.

(三) *E. Schmidt*, a. a. O. S. 132 參照。

(四) 豫備行爲と區別されたものとしての實行行爲に *ツキ* *Mezger*, *Lehrbuch* S. 383. 共犯行爲と區別されたものとしてのそれ *ツキ* a. a. O. S. 444.

(五) 同じく實行行爲概念をもつて正犯概念の要素としなす *ローエダー* は、教唆犯を間接正犯から區別する標準は何もないとして、*ツキ* 教唆犯をも正犯中に包攝する『排他的正犯者概念 (exklusiver Täterbegriff)』を唱へた *シネ* (Roeder, *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, ZStW. Bd. 59, 1957, S. 238)。

(六) 齊藤金作、共犯理論の研究 (昭和二十九年) 三三三頁參照。

二 擴張的正犯論と間接正犯

一 間接正犯の理論は、とくに二つの方向において考慮されなければならない。第一は間接正犯の正犯性、第二はその非共犯性である。從來の理論が間接正犯について苦慮したのは、前者の、正犯性をいかに基礎づけるかという問題であつた。この點において、擴張的正犯論の功績は大きい。すなわち、擴張的正犯論は、少くとも論理的には、間

接正犯の正犯性を完全に基礎づけ盡しているのである。結果惹起に對する因果關係が、一樣に、區別なく、各條件の正犯性を基礎づけるとすれば、自己の手による結果惹起も、他人を利用しての結果惹起も、ともに等しく正犯とされる。従つて、他人を利用するものうち共犯を除いた残りの結果惹起が、間接正犯として正犯中に留保されるのは當然の事理といわなければならぬ。この點のみについていえば、擴張的正犯論は、間接正犯の正犯性を理論づけるのに成功したとさえいえるのである。

第二の、間接正犯の非共犯性という點についても、擴張的正犯論は、これまた、論理的にはすぐれた見解を示している。すなわち、擴張的正犯概念から特定の標準にもとづいて共犯を除外すると、ここに間接正犯をも含んだいわば狹義の正犯が生まれ、間接正犯と共犯との境界は、もっぱら共犯概念の範圍に従つて決定されれば足りるのである。従來のように、正犯共犯がおのその實體を持ち相對立する結果、その間にどちらにも屬さない中間物が生じたりする可能性はありえない。この點でも、擴張的正犯論は、少くとも論理的には明快な見解をうち樹てたといふことができる。

間接正犯の理論上の問題は、以上の正犯性・非共犯性の論證に盡きる。しかし、實務上の問題は、これでおわつたわけではない。間接正犯と共犯との實際上の區別が、さらに論じられなければならない。間接正犯の範圍に關する問題がこれである。ところで、この點に關するメツガーの見解には變化が見受けられる。それは、擴張的正犯から共犯を區別する彼の標準が法律の改正に伴つて變化したからであると思われる。われわれは、その見解を前後期に分け、それぞれについて間接正犯の範圍を考察してみることにならう。

二　まず、メツガーの前期の見解をみよう。ここに前期とは、一九四三年のドイツ刑法改正に至るまでの時期をいう。とくにその『刑法・教科書 (Strafrecht, Ein Lehrbuch)』第一―三版、および刑事法雜誌第五二卷に登載された論文『間接正犯と違法行爲 (Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln)』にあらわれた見解を指す。一九四三年以降は後期とし、後ほど觸れることとする。もつとも、前後期を通じて、彼の間接正犯論が擴張的正犯概念にもとづくものであることには變りはない。ただ、共犯規定の改正に伴つて、共犯とくに教唆犯と間接正犯との區別に關し從來の説を改めざるをえなくなつたため、正犯概念そのものにも本質的な點で變化を生じ、さらにその範圍にも異動を生ずることとなつたのである。この前後期の相違は、概略的にいうと、前期における客觀的見解が後期に至つて主觀的なものに修正されたという點に存する。しかし、ここでは兩者の差異を際立てることは止め、前期の見解についてただその輪郭を示すに止めようと思う。

間接正犯の範圍について、メツガーは、從來の學説と同様、被利用者が道具とされるその限界を説いてこれを明らかにしている。まず第一は、(一) 責任なく行爲する道具を利用する場合である。被利用者が責任能力を缺き、故意または過失なく行爲し、あるいは責任阻却事由により責任なしとされる場合がこれに當る。(二) 責任能力の點について實定法上の例外をなすのが少年裁判所法であること、(三) 一身の刑罰阻却事由がこの場合には責任阻却事由と同様にとり扱われること、ただし被利用者の側における刑罰免除事由あるいは訴追條件の存在は間接正犯の成否に影響がないこと(四) について、彼は、とくに解説を加えてゐる。

間接正犯の成立する第二の場合には、(二) 構成要件該當的・違法に行爲しない道具を利用する場合である。種々の

場合がありうるが、とくに、(1) 道具が違法でなく(適法に)行爲した場合には、間接正犯は成立しない、とするのがメツガーの前期における見解である。彼は、緊急状態を招來し危難に陥つた者(乙)をして防衛行爲の前に被害者(丙)を斃さしめた者(甲)につき間接正犯が成立するか否かを論じ、これを肯定するヒッペル(v. Hippel)の見解に反対した。(六)ところが、のち、ただちにヘグラー(Hegler)から反論を受けたので、彼は、これに應ずるために、前記論文『間接正犯と違法行爲』をもとし、重ねて適法行爲を利用する間接正犯はありえない旨詳論している。(八)その理由とするところは、違法性の阻却される被利用者の所爲を利用する背後者の行爲は、當該違法阻却事由の性質のいかに従つて、あるいは責任を阻却される行爲を利用したものとされ(例えば強制状態、緊急状態、違法拘束命令の場合)、あるいは直接正犯と考えられる(例えば正當防衛の場合)からであるという。やや強引な立論ともみられるが、間接正犯の本質を分析したものととして興味深い。ただ、後述するように、後年彼がこの結論を撤回するに當つて、右にあげた理由の誤りを指摘することなく、別な觀點から説を改めてしまつたことについては、遺憾の意を表明しなければならぬ。(九)いわゆる『目的なき故意ある道具(absichtsloses doloses Werkzeug)』を利用する場合、間接正犯の成立を認める。主觀的違法要素の研究について造詣の深いメツガーは、このような結論を、主觀的違法要素の側からいよいよ強固に確立したといつてよい。ただ、前期のメツガーが、後期と異り、いわゆる『故意ある補助道具(doloses Gehilfen-Werkzeug)』の觀念を認めなかつたことには注意しなければならぬ。(10)故意ある補助道具とは、『完全な故意を持ち、同時に主觀的構成要件要素として要求されている傾向、意圖等を持つて行爲を企行するのであるが、正犯者故意がなく、所爲を單に「他人」の補助者として遂行しようとするにすぎない』者をいう。(11)

論をとり、正犯と共犯との區別について『自己のためにする意思』『他人のためにする意思』という主觀的標準を用いる以上認めざるをえない觀念であつて、帝國裁判所の判例の認めるところであつた。前期のメツガーは、前述のように容觀的共犯論をとるから、當然このような觀念は否定せねばならなかつた。後述する後年の彼の見解と比較すると興味深い論點である。

(三) 第三は身分犯 (Sonderdelikt) において身分者が非身分者を利用した場合である。すなわち、メツガーは、いわゆる身分なき故意ある道具の場合に間接正犯を認める。^(一四) 背後にある身分者が教唆もしくは幫助したにすぎないときでも止犯であるとするのは、擴張的正犯論よりする徹底した結論であるといわなければならない。^(一三) 限縮的正犯概念を認め、共犯規定を刑罰擴張原因または構成要件修正形式と解する限りでは、この場合に正しい理由づけをすることは困難であると思う。このことは、通常的身分犯のみならず、いわゆる『自手犯 (eigenhändiges Delikt)』の場合にもそのままあてはまるであらう。^(一四)

(一) Mezger, Lehrbuch, 1932, S. 429ff.

(二) 當時の少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz) 第四條によれば、直接實行者たる少年が、同法第二條第三條によつて責任能力を有しない場合におつても、これを教唆・幫助した成人には教唆犯・從犯の成立があり、間接正犯は認められないこととなつてゐた (Mezger, a. a. O. S. 430 參照)。

(三) Mezger, a. a. O. S. 430.

(四) Mezger, a. a. O. S. 431.

- (五) v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 471f.
- (六) Mezger, a. a. O. S. 426f. Anm. 4.
- (七) Hegler, Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson, in Festgabe für Richard Schmidt zu seinem 70. Geburtstag, 1932, S. 51ff. なお、クヌーデは、以前に Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 305ff. なる論文があり、そのいわゆる優越性説については、前段九九頁、武藤文雄、間接正犯論の最近の發展(上)、上掲七四頁以下、大塚仁、間接正犯の正犯性(一)、上掲四七頁以下参照。
- (八) Mezger, Mittelbare Täterschaft, S. 529ff.
- (九) Mezger, Lehrbuch, S. 427.
- (一〇) Mezger, a. a. O. S. 428.
- (一一) Mezger, a. a. O.
- (一二) Mezger, a. a. O. S. 432.
- (一三) Mezger, a. a. O., Anm 18 参照。
- (一四) エー・シユットは、法規自身が例外を規定しない限り、舉動犯、自手犯をも含めた一切の犯罪が間接正犯によつて犯せらるべし (E. Schmidt, a. a. O. S. 128)。

三 次に、メツガーの後期の見解をみよう。ここに後期とは、一九四三年の刑法改正以降の時期をいう。改正の直後に出版された『ドイツ刑法綱要 (Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss)』第三版、『教科書の補足的考察』とらう副題のついた戦後の小冊子『刑法解釋學の現代的方向 (Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik)』戦後版を重ね

た『刑法・總則 (Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 1-7. Auflage)』および『ライプツィガー・コンメンタル (Leipziger Kommentar)』第七版などにあらわれた彼の見解である。それは、前期における彼の見解とは判然區別される。周知のように、一九四三年五月二十九日の改正法律によつて、ドイツ刑法典の共犯規定には重要な改正が加えられた。第五〇條第一項の規定の新設がこれである。同項はいう『數人がある所爲に加擔した場合、その各人は他人の責任にかかわりなく自己の責任に従つて處罰される』と。いわゆる共犯の從屬性に關する規定である。従來の共犯規定には、共犯の從屬性を定めたものはなく、ただ共同正犯、教唆犯、從犯を定義する規定がそれぞれ正犯者の『可罰的行爲 (strafbare Handlung)』を前提としていたところから、學説はこぞつて、共犯の成立には正犯の完全な犯罪性、すなわち正犯行爲の構成要件該當性、違法性、有責任が必要であるとし、法規はいわゆる極端從屬形態による從屬性を認めるものと解していたのであつた。しかるに一九四三年の改正以降、法規は共犯の成立につき正犯の有責任を要求しないことを明文をもつて規定した。いわゆる制限從屬形態が確立されたわけである。このような共犯規定の改正に、メツガーの變説の根據が見出される。

従來、間接正犯と教唆犯との區別は、被利用者の責任の有無に従つてなされていた。とくに、被利用者が故意の責任を有するか否かによつて、あるいは道具となり、あるいは被教唆者とされていたのである。^(一)しかるに、改正された共犯規定によれば、教唆犯の成立には必ずしも正犯の責任を必要としない。そこで、このように、責任なき正犯に對する教唆犯が成立可能であることになると、従來の區別の標準をもつてしては教唆犯と間接正犯との間に差別を設けることができなくなる。以上が、おそらくはメツガーの變説の根據であろう。前述のように共犯をもつて『徹頭徹尾

法規の産物』であるとし、共犯規定によつてのみ正犯から區別されるものと考えるメツガーの立場よりすれば、共犯成立の範圍が法規により變更された場合、間接正犯の範圍にも異動を來すことは當然である。今や彼は從來の客觀的立場を棄てて主觀的見解へと走つた。すなわち『間接正犯と教唆犯とは、今日決定的なものとされている制限從屬性の枠内においては、正確に同じように見受けられうる。兩者の差異は、従つて、內的に（主觀的に）、いいかえれば間接正犯者または教唆者、「道具」または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。かような理由から、われわれは、もはやもつぱら「客觀的」共犯論をもつてしては、現行法を説明し盡すことができなくなつたのである』^(二)

しからば、いかなる主觀的要素によつて彼は間接正犯と教唆犯とを區別したか。正犯と共犯とを主觀的要素によつて區別するのは主觀的共犯論にほかならないが、この主觀的共犯論がすでに帝國裁判所判事ブリー（v. Brii）によつて體系づけられ、帝國裁判所はもちろん、戦後の連邦裁判所によつても維持され続けていることは周知のとおりである。ここで兩者の區別の標準として用いられていたのは、いうまでなく、アニムス公式として知られたもの、すなわち『自己のためにする意思——正犯者意思（*animus auctoris*）』と『他人のためにする意思——從犯者意思（*animus socii*）』との對比であつた。メツガーは、かつてはこのアニムス公式の不當を非難していたが、主觀的見地に立たざるをえなくなつた今、彼の歸着したのは、皮肉にも、このアニムス公式にほかならなかつた。彼はいう『われわれは、「自己のものとしての」（すべての形態における正犯）もしくは「他人のものとしての」（教唆犯および從犯）所爲の意欲という公式から出發する。』^(七)しかし、このように主觀的な出發點を用いるとしても、それは必ずしも個々の加擔

形式（一方において正犯と共同正犯——他方において教唆犯と従犯）を區劃するに當つて客觀的なメルクマールが用をなさないというのではない。「正犯者意思」という主觀的なメルクマールと並んで、必要且つ放棄すべからざるものたる、正犯概念の客觀的性質を持つたメルクマールが登場する。すなわち一方における正犯行爲の構成要件該當性他方における結果の共同惹起の必要性がこれである^(八)。さらに『行爲者が「何を」意欲したかはもろん問題となるが、この意欲の内容は客觀的な評價に服するものである。問題となるのは、行爲者がいかなる主觀的意味をその行爲に添加したか、ではなくして、行爲者の欲求したものがいかなる客觀的意味を持つか、ということである^(九)』。このように、彼は、正犯と共犯との區別について主觀説にごく近い一種の折衷説をとり、その結果、間接正犯の定義およびその概念の範圍について變更を來すこととなつた。

まず、一般的正犯概念である。彼はいう『正犯者とは、正犯者意思をもつて構成要件該當の形態において所爲を行ひ、そのあるいは起るべき結果を惹起する者である^(一)』。彼の正犯概念が依然として擴張的なものであることはいうまでもない。が、今や共犯と對立したものととして正犯を説く場合には『正犯者意思をもつて (mit Täterwillen)』とすう主觀的要素が必要とされようになつた點を注意しなければならない。このような正犯の觀念は、そのまま間接正犯にもあてはまるが、間接正犯は、このうち『ある犯行の構成要件の全部もしくは一部を道具としてのある他人をして自己のために行わしめる』^(二)という種微表を有するものである。

しからば、道具についてはいかなる要素が數えられたか。道具について、まず^(一)故意の欠缺が數えられることはいうまでもない。^(四)重要なのは、^(二)正犯者意思を持たずに行爲した者が常に道具に數えられる點である。メツガ

一は、このような道具を『故意ある道具』の一種と解し、いわゆる『目的なき故意ある道具』はあるいはこれに『近似した』ものであるとし、あるいは前者の『下位形態 (Unterform)』であるとしてゐる。^(一五)^(一六)この立場に立つとき、いわゆる『故意ある幫助道具 (doloses Gehilfen-Werkzeug)』が承認されることはどうまでもない。すなわち、道具には正犯者意思はあつてはならないが従犯者意思は排斥されないとすれば、それ以外の完全な犯罪性を備えた者、すなわち従犯として處罰される者も道具として用いられうることになる。従つて、これを利用する間接正犯が認められるのは當然である。この歸結は、メツガーの以前の見解と矛盾する。^(一七)そこで、彼は、卒直に變説を表明することとなつた。^(一八)

間接正犯の成立する第三の場合は、(二) 身分犯において道具に身分の缺けた場合である。一般的には以前の説と變りはない。ただし、ここに注意すべきは、以上と逆の場合、すなわち非身分者が身分者を道具として身分犯を犯す場合の取扱ひである。この點に關し、メツガーは、身分犯を本來的身分犯 (eigentliche Sonderstrafat) と非本來的身分犯 (uneigentliche Sonderstrafat) とに分ち、本來的身分犯すなわち行爲者關係的 (tatergebundene) 身分犯においては、非身分者は單獨正犯者たりえず、また間接正犯者、共同正犯たりえないが、非本來的身分犯すなわち結果關係的 (erfolgsgebundene) 身分犯においては、非身分者は單獨正犯者たりえないが、間接正犯者または共同正犯者たることはできる、とした。兩身分犯の區別は、結局解釋問題に歸着するが、前者の例は刑法第三四八條 (公務員の無形偽造罪) における公務員たる身分、後者の例は第一七六條第二號 (精神病の婦女等姦淫罪) における男性たる身分がこれに當るとする。^(一九)新らしい、非常に興味ある見解といわなければならぬ。

最後に、(四) 道具の行爲には必ずしも違法性を要しない、他人の適法行爲を利用する間接正犯もありうる、とし

た點に注意を要する。この點に關してメツガーとヘグラ―との間に論争が交され、本問を否定するためにメツガーがわざわざ論文をものしたことは前述のとおりである。しかし、戦後のメツガーは以前の説を改めた。その決定的な理由は『刑法第五三條の正當防衛を行爲者の防衛意思に依存させる必要』からであるという。^(二〇)すなわち、彼は、以前は、正當防衛の成立には防衛意思の存在は不必要であるとし、行爲の客觀的目的は注目されるとしても、行爲者の主觀的目的は問題とならないという純客觀的立場をとつていた。^(二一)しかるに、のち『ドイツ刑法綱要』第三版以降この見解を改め、帝國裁判所の判例と共に防衛意思の存在の必要を認めるに至つたのである。^(二二)その根據については必ずしも明らかではないが、ともあれ正當防衛が防衛意思の存在に依存すると解せられた以上、他人の正當防衛を利用する間接正犯が成立可能となつてくる。ただし『防衛意思を有する「道具」は適法であり、これに反して間接正犯者は、防衛意思を持たないとすれば違法に、従つて可罰的に行爲したことになる』からである。^(二四)かくして、違法ならざる行爲を利用する間接正犯が、以前の強力な主張にもかかわらず認められることになつた。

以上が、後期におけるメツガーの間接正犯論の概観である。メツガーの刑法理論は、戦後、目的的行爲論の影響を受けてか、全體としてみると主觀的要素をより重視するようになつた。間接正犯論の變遷も、その理論全體の主觀化の一つのあらわれともいえるであろう。間接正犯と教唆犯との區別の標準、故意ある幫助道具の觀念、適法行爲を利用する間接正犯の可能性、いずれも主觀的要素を重視することの歸結といわざるをえない。

(一) 前段一一九頁參照。

- (一) 前段一〇六頁參照。
- (二) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 29.
- (三) 齊藤金作『共犯理論の研究』二七頁參照。
- (四) 齊藤 前掲二三頁以下參照。
- (五) Mezger, *Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 443.
- (六) Mezger, *Moderne Wege*, S. 29. メンガーの採用をルイリス博士の詳細は『*Strafrecht, I., Allgemeiner Teil, ein Studienbuch*, 7. Aufl., 1957, S. 225; *Leipziger Kommentar*, 7. Aufl., 1949, S. 221f.』
- (七) *Leipziger Kommentar*, S. 216.
- (八) Mezger, *Moderne Wege*, S. 29.
- (九) 『わが共犯論の叙述につき確定すべきは、個々の共犯形態の正しい區劃は、ただ、主觀的要素と客觀的要素とを結合したものでなければならぬ』と(『*Leipziger Kommentar*, S. 216)。
- (一〇) Mezger, *Studienbuch*, S. 224. 同題に『*Leipziger Kommentar*, S. 216』
- (一一) Mezger *Studienbuch*, S. 224f. 參照。
- (一二) Mezger, a. a. O. S. 227.
- (一三) Mezger, a. a. O. S. 228.
- (一四) Mezger, a. a. O. S. 228.
- (一五) Mezger, a. a. O.
- (一六) *Leipziger Kommentar*, S. 231.
- (一七) Mezger, *Lehrbuch*, S. 428 は『客觀的共犯論の立場に立てば、帝國裁判所の多數の判決において承認されたいわけの故意ある幫助道具とその背後に立つ者の間接正犯とは認められなく』と。
- (一八) Mezger, *Studienbuch*, S. 228; *Leipziger Kommentar*, S. 231.

- (一九) Mezger, a. a. O. S. 230; Leipziger Kommentar, S. 221, 232.
- (一〇) Mezger, a. a. O. S. 227; Leipziger Kommentar, S. 230.
- (一一) Mezger, Lehrbuch, S. 235f.
- (一二) Mezger, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss, 3. Aufl., 1943, S. 77 zitiert bei Mezger, Studienbuch, S. 116.
- (一三) Mezger, Studienbuch, S. 116.
- (一四) Leipziger Kommentar, S. 230.

四 以上は、メツガーを中心としてみた擴張的正犯論における間接正犯のとり扱いである。これから、われわれは、何を受けとり、何を捨てるべきであろうか。たしかに、擴張的正犯論が、従来正しい歸屬場所を有しなかつた間接正犯を自明のものとして正犯の中に包含しえた事實は、高く評價しなければならぬ。しかし、それだからといって、ただちに採用することのできないものを、この理論は含んでいる。その一部を、われわれはすでに明らかにした。ここでは、ふたたび總括的に、批判の再検討を試みることにしよう。

擴張的正犯論は、『自己の手による正犯』の概念を放棄して、結果に對し相當因果關係を有するものをすべて一應正犯とすることにより、間接正犯の正犯性を自明なものとするのに成功した。しかし、その結果として、必然的に、共犯をも一應正犯としてとり扱わざるをえなくなつたのである。従つて、ここに、因果的實質的觀點以外の觀點に従つて正犯と共犯とを區別する必要が生じた。前述のように、前期のメツガーはいわゆる形式的客觀說に従つて實定法そのものを標準とし、後期の彼はいわゆる主觀說に近い學說を奉じて行爲者の意欲を標準としている。このように、

メツガーが、因果的觀點と一種の規範的觀點とを區別したのは正しかつた。正犯と共犯とは因果的には同一、規範的には異なるといふ思考は、もちろん非難はあろうが、一應成り立ちうる見解である。問題は、後者の、規範的觀點の下における正犯と共犯との區別に存する。擴張的正犯論によれば、その本質上、共犯をも含んだ擴張的正犯概念(便宜上廣義の正犯と呼ぶ)がまず因果的觀點から想定され、ついで、その中から、規範的觀點に従つて共犯が採擇されるという思考過程がとられる。ここでは、他の學說にいう正犯——共犯を除外し間接正犯を含んだところの正犯——(ここでは便宜上狹義の正犯と呼ぶ)は、共犯と對等なものとは考えられない。それは、單に、擴張的正犯概念から共犯概念を除くことによつて自動的に派生する副次的概念にほかならないのである。單獨犯を典型とし、共犯と相對する、否むしろ共犯を導く法的形態たるべき狹義の正犯は、ここではまつたくその獨自性を失ひ、共犯概念の定立をまつてはじめて範圍を劃される消極的な概念とされるに至つた。このような擴張的正犯論の論理的歸結をきわめて明瞭に示したのが、メツガーの前期の見解である。彼は、前述のように、廣義の正犯から共犯を際立てるのに實定法の觀點をもつてし、いわゆる形式的客觀説の立場に立つた。その際に、彼はいつている。『この區別をなすに當つて問題となるのは純法律的な評價であるから、それは、もつばら、實定法の觀點に立つてなされなければならぬ。それ故、個々の刑法上の共犯形式の區別については、「事物の本質」からは何も出て來ず、因果關係からも、また從屬性からも何の結論も出て來ない』と。すなわち、共犯概念がこのように全然實定法の觀點からのみ生ずる概念とすれば、共犯の諸形式の間はもちろん、共犯とその相對立する狹義の正犯との間にも『事物の本質』上の差異は存しないということになる。他方、狹義の正犯の側からみても、それは共犯との間を分つ實體を有しないことになる。

このような思考方法が、あまりにも法實證主義的であることはいうまでもない。^(二)それは、極端にまでおし進めると、共犯規定は立法者の恣意の産物でありこの偶然に出来上つた規定以外に共犯概念を明らかにしこれを他から區別する標準は存しない、という結論に至らざるをえない。しかし、このような思考方法は、正しい法の解釋とは考えられない。共犯は、法規以前に何等か獨自な存在をなし、社會的にも、また倫理的にも他から區別された獨立の概念である。共犯がこのような實體を有するからこそ、法規はこれに相應した共犯規定を設け、單獨犯その他の狹義の正犯からこれを區別したと考えるのが、無理のない素直な解釋であるといえよう。すなわち、社會的存在としては、共犯は、二人以上の意思疎通の下における社會現象である。意思疎通のありえない單獨犯の場合、あるいは犯罪意思が片面的一方的にしか存しないいわゆる同時犯、片面的共犯、間接正犯の場合とは、共犯は、社會的存在として全く異なるものがある。これを無視することはできない。また、さらに、倫理的存在としては、共犯は、他の人間を犯罪に、少くとも倫理的非行に巻きこんだ上で違法な結果を惹起しまたは惹起せしめるといふ點に特徴を有する。倫理的非行を共にする仲間が自分の傍にあるという意識に擔われている點でも、共犯は、その他の犯罪形式から區別される。このような實體もまた、輕視することは許されない。^(四)前期のメツガーには、たしかに、以上のような反省が缺けていた。後期における彼が、形式的客觀說から一種の主觀說に近い立場に轉じて共犯と狹義の正犯との間の區別をより實體上の區別に近づけたのは、この點からみれば進歩といわざるをえない。

しかし、この變説は、他面、擴張的正犯論の趣旨から遠ざかる方向のものではなからうか。擴張的正犯論は、本來、間接正犯を自明のものとして含む正犯の概念を立てるために、從來のように狹義の正犯を實體的に共犯と相對立

させることをとさらに避け、一應共犯をも含んだ正犯概念を設け、ついでこれらから共犯を除外するという思考方法をとることにその特徴を有する。擴張的正犯論が間接正犯の正犯性の基礎づけに成功したのは、それがまさしくこのような立論を用いたからであるとさえいつてよい。しかるに、メツガーの後期の見解はどうであるうか。彼は、狭義の正犯と共犯との間に客觀的差異を否認した結果、一種の主觀説をとり、いわゆる『自己のためにする意思』『他人のためにする意思』という主觀的標準を援用して兩者を區別しようとした。これは前述したとおりである。もちろん、彼は、これで、正犯と共犯との實體的な差異をすべて説きつくしたつもりはないであろう。むしろ、前述のような、兩者の區別のために必要な社會的倫理的觀察は、主觀説からは充分に行われえないとさえいえるのである。しかし、主觀説は、やはり、一種の實質的差異を認める學説である。意欲という心理的概念が區別の標準をなす以上、正犯と共犯とは現象として、實體として相異なるものとされたわけである。しかも、正犯と共犯との間に客觀的には何等の相違点も見出さなければならぬ。メツガーは、彼としては、主觀的區別によつて、兩者の實體をすべて完全に示したえたものと考えなければならぬ。ところが、もしこのように兩者がそれぞれ別個獨立對等の實體を有するというのであれば、この實體的區別に先行して兩者を含んだ擴張的正犯概念を説く實益はなく、従つて、擴張的正犯論を説く意味が没却されてしまう。それ故、後期のメツガーの見解は、妥當な思考に近づきながら、擴張的正犯論の根本趣旨からは遠ざかつたといわざるをえない。このような低迷は、しかし、擴張的正犯論の持つ根本的缺陷に由来するものではなからうか。

それにもかかわらず、後期のメツガーの間接正犯論にはみるべきものが多い。正犯と共犯との主觀的區別は、たし

かに兩者の實體的區別をつくすに足るものではないが、その歸結として、正當にも、通説化した正犯概念と共犯概念との間に交流をもたらすこととなつた。その第一は、いわゆる『故意ある幫助道具』を利用する行爲を間接正犯とすること^(五)、その第二は、身分者を利用して彼のいわゆる非本來的身分犯を實現する非身分者の行爲について間接正犯または共同正犯の成立の可能性を認めることである。その詳細は後ほど述べることにするが、社會感情として正犯たるべきでありながら從來形式論理の歸結として共犯とされていた前者、およびその逆に當る後者が正しくとり扱われるようになったことは、注目に價^(六)いする。ただ、前述のように、正犯との間の實質的差異は、主觀說、ないしはメツガ^(七)の説くような意味での折衷說をもつてしては解明しきれるものではない。さきにいわれる形式的客觀說の不當が明らかになり、今ここに主觀說の不充分さが示された以上、われわれは、さらにすすんで、この主觀說の長所をも生かしつつ、行爲者の主觀をも考慮に入れた一種の實質的客觀說の立場に立たなければならぬ^(七)。ここで、まず考察に價^(七)いすると思われるのは、とくに戦後、目的的行爲論の主張者によつて説かれた『行爲支配說』の立場である。われわれは、さらに、これについて稿を進めようと思う。

(一) Mezer, Lehrbuch, S. 414.

(二) 瀧川博士が擴張的正犯論を評して『教唆犯及び從犯以外は悉く正犯だとううのでは、理論があまりに簡單に過ぎ、いさゝか拍子抜けの感じがする』とされたのも(改訂犯罪論序説・昭和二七年・二一六頁)、このような趣旨からであろうと思う。

(三) 同趣旨、植田、共犯の基本問題、二二七頁、註三。

(四) つとに、この點を強調されたのは、牧野博士である。牧野英一、共犯の基礎觀念(大正八年)刑法研究第一卷一頁以下、

とくに四一頁以下。しかし、同書その他において注目された、特殊な社會現象・犯罪現象としての共犯の觀念は、共犯獨立性を主軸とする博士の共犯論の中では、その生命を全うすることができなかつた。もつともこれに着目し、これを育んだのは、いわゆる共同意思主體説である。とくに、草野約一郎、共犯の獨立性（昭和二五年）刑法改正上の重要問題二四五頁以下、とくに二六二頁以下、同、刑法要論（昭和三一年）一一七頁以下、齊藤金作、共犯理論の研究、一一六頁以下、小泉英一、刑法總論（昭和三二年）一八三頁、植松正、刑法概論（昭和三二年）二七九頁以下。

(五) わが國においては、故意ある幫助道具の觀念は、まだあまり注目されていない。判例のうち、これを利用した者について間接正犯を認めたとと思われるものとして、昭和二五年七月六日一小法廷判決（最高刑集四卷七號一一七八頁）があげられる。

(六) わが國において、これに類似した説としては、伊達秋雄、共謀共同正犯における共謀の意義（昭和三三年 法律のひろば 一一卷一〇號四七頁以下）をあげることができる。なお、判例としては、例えば昭和二四年一月二二日東京高裁一二刑事部判決（高等刑集二卷三號三一八頁）、昭和二五年五月三日東京高裁一二刑事部判決（高等特報九號一一二頁）。

(七) 新しい實質的客觀説を求める一つの試みとして、中義勝、共犯における新實質的客觀説（昭和三三年）刑事法學の基本問題（下）六八一頁以下。