

# 構成要件論と間接正犯

——エム・エー・マイヤーを中心として——

西原 春夫

## 一 エム・エー・マイヤーの構成要件論

一 十九世紀後半におけるドイツ刑法學が、當時の實證主義思想に支配されて、著しく自然科学的考察方法に傾いたことは、學者のしばしば指摘するところである。われわれは、その一つの證左を、刑法における因果關係論の展開の中に見るのであるが、この因果關係論のうち、最も徹底した立場が原因説であること、原因説は、前世紀末に至つてエム・エー・マイヤーの理論の中に結實したこと、このことを、私は、以前の論文において指摘した。これに反して、二十世紀の前半は、ふたたび觀念論の擡頭した時代である。刑法學は突如實證主義から脱却して新カント學派の價值哲學に身を投じ、體系上は構成要件論となつて結晶した。そして、奇妙にも、われわれは、二十世紀的思想を代表する構成要件論の完成者として、かつて因果的思想を最も徹底させたエム・エー・マイヤーの名を、ふたたびあげなければならぬ。ただし、エム・エー・マイヤーこそ、兩世紀にまたがつて思索を續け、兩世紀の時代精神を共に

呼吸した代表的な學者といふるのである。

前述のように、マイヤーの因果的思想は、一八九九年に發表された論文『刑法における行爲と結果との間の因果關係 (Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht)』の中に、世代關係說 (Generations-theorie) と名づけられる一種の原因說となつて結實した。しかし、二十世紀の時代精神は、マイヤー自身にすらこの因果的思想の維持を拒絶したのであろうか。彼の世代關係說は、その發表後五年と経過しない一九〇三年、はやくも彼自身の手によつて撤回された<sup>(四)</sup>。しかも、下つて一九一九年に出版されたその教科書『ドイツ刑法總則 (Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts)』では、周知のように、徹底した因果關係論否認論が展開され、これに代つて、構成要件の理論が輝かしいその全貌をあらわすに至つてゐる。この重大な變説の理由については、當初の因果關係論は論理的には正しいにもかかわらず實際の使用に耐えないからこれを放棄するという、彼自身の意思表示がある<sup>(五)</sup>。しかし、一方、世代關係說の放棄と同時に、彼の構成要件論は、その独自の違法概念の中に芽生えてきてゐる<sup>(六)</sup>。また他方、彼にとつては自己の理論のみが唯一可能な因果關係論なのであつたから、自己の理論の使用能力を認めないことは、因果關係論一切の意義を否認することに通ずる。従つて、彼の變説は、少くとも、いわば刑法學における世紀の轉換の象徴とも理解しうるのではなからうか。

マイヤーの因果關係論否認論、すなわち因果關係概念および從來の因果關係論に對する彼の基本的立場を要約してみよう。彼は、まず、ある結果がある意思表動の歸結であるかどうかという、通常の意味における因果關係 (Kausalzusammenhang) の觀念は認める。しかし、この上さらに、いかなる條件の下にある意思表動が結果の原因とみられ

るかという、因果性の問題 (Kausalitätsproblem) を論ずることはまったく不要であるとし、この點で、從來の因果關係の理論を排斥する。原因説、相當因果關係説はもとより、條件説に對しても、それが結果に對する全條件を結果の原因と解する限り、これに反對する。その結果、あらゆる因果關係は刑法上重要なのだという見解をとり、因果關係確定の意義は、ただ、構成要件該當の結果を歸結とする意思表動に違法・有責の可罰的評價を加える可能性を生じさせる點にみられるだけであると説いたのであつた。<sup>(七)</sup>

因果關係論否認論については、直ちに異論が提起され、とくに結果的加重犯成立の範圍を説明するのに適さないとして排斥された。<sup>(九)</sup>それは、今日では、ほぼ確立した批判であるといつてよい。<sup>(一〇)</sup>しかし、一たびは見事に構築した自己の因果關係論はもちろん、すべての因果關係論の必要性を否定してまで自己の新らしい方法論を徹底したマイヤーの思考の強さ、およびその學說史的意義はとるべきである。<sup>(一一)</sup>けだし、因果關係論否認論は、單に因果關係論を用いないという點に意義があるばかりではない。それは、その當否はともあれ、犯罪概念の自然主義的考察を排斥する最も徹底した手段であつた。マイヤーの因果關係論否認論こそ、十九世紀的自然主義的思想に對する弔鐘でもあつたし、また同時に、刑法學における價值的規範主義的思想の開幕を告げる序曲であつたともいえる。刑法學における規範主義的思考方法は、とくに二つの面にその特色をあらわした。第一は構成要件論、第二は規範的責任論。本章は、このうち、第一の構成要件論について、その思想上解釋論上の特色を把握することを目的とする。

(一) 例へば Weizel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935. など、最近、本書を中心に論述するものあり

て、内藤謙、目的的行爲理論の法思想的考察(昭和三十三年) 刑法雜誌九卷一號一頁以下がある。

(二) 齊藤金作、共犯理論の研究(昭和二十九年)七頁。

(三) 拙稿、間接正犯論序説(昭和三十三年)早稲田法學三二卷三・四册五一七頁以下。

(四) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 50, 1903, S. 71 Anm. 1.

(五) M. E. Mayer, a. a. O. 彼の世代關係説が實際の使用に耐えなう點を指摘したのは、ビルクマイヤーである(Birkmeyer, Das Strafrecht, in Encyclopedie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1912, S. 1112 Anm. 1.——初版は参照せよなかつた)。

(六) すなわち『法規範と文化規範』と題するこの論文において、彼は、社會規範と文化規範(Kulturnorm)と、法規の中に承認された文化規範たる法規範(Rechtsnorm)とを區別し、國民を名宛者とする行爲規範は法規範ではなくて文化規範であり、法規範は裁判官を名宛者とする裁判規範にしかすぎないという、後年の彼の根本的な態度を示している。

(七) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1919, S. 136-41.

(八) 例へば Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, 1930, Frank-Festgabe Bd. 1, S. 174 ff. 及び 183 f. 木村龜二

刑法に於ける因果關係否定論(昭和十四年)『刑法解釋の諸問題』一卷一三六頁以下。

(九) 木村、前掲一四六頁。

(一〇) 例へば、日沖憲郎、因果關係(昭和二十七年)『刑事法講座』一卷一七七頁、團藤重光、刑法綱要(昭和三十三年)一一二頁。

(一一) このことは、わが瀧川博士の理論にも通ずる。瀧川幸辰、刑法講義(昭和四年)六九頁以下、同、改訂犯罪論序説(昭和二十七年)三八頁以下参照。

二 構成要件論の創唱者は、通常、<sup>(1)</sup>ヘーリングであると考えられている。このヘーリングについて、しかも彼の理論の

上に構成要件論を完成したのは、らうまでもなく、エム・エー・マイヤーである。彼は、その教科書『ドイツ刑法總則(Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915; 2. Aufl., 1923)』の冒頭でなすべし、まず法定構成要件

(gesetzlicher Tatbestand) の概念を説明して、『刑罰法規の前段には、行爲が記述されている。もちろん、事實を具體的に述べたるほどに冗長にわたることなく、概念の形をとつて、鋭く記述されているのである。この概念的な形象を、抽象的構成要件 (abstrakter Tatbestand)』、さらによくは法定構成要件という。法定構成要件は、所爲が可罰的なものたるがためには具備することを必要とする概念的標識 (begriffliches Merkmal) を綜合したものであるから、事實的構成要件 (faktischer Tatbestand) とは區別される』と。ここに事實的構成要件とは、彼によれば、時間上空間上の人間の各事件 (Begebenheit) を指し、抽象的 (法定) 構成要件からは區別される。そして、兩者が相互に一致したとき、構成要件該當性があつたと説かれるのである。

ここで注意すべきは、マイヤーのいう『事件』の概念である。彼は、この概念について、純然たる自然的事實を考えていた。このことは、彼が、その例として、對話、旅行、爆彈投擲などをあげているところからも明らかである。<sup>(三)</sup> しかも、それは、また、純然たる非法律的な概念であつた。このことは、彼が、刑法的概念たる行爲概念を強いて用いず、傳統的な方法によれば行爲概念の用いらるべき地位に、無秩序、無限定的な事件という自然的概念を持つて來たところからもうかがえる。このように、マイヤーが、行爲という刑法的概念に代えて事件という自然的概念を用いた理由は、おそらくは、價値を度外視しつつ法律的に構成した行爲の概念が不作爲、とくに過失の不作爲を排斥しがちである點にかんがみ、刑法的認識・判斷の客體について、刑法的概念構成以前の、一切のものを包含した事實を想定しようとした點にあると思われる。<sup>(四)</sup> ともあれ、このような思惟方法は、ドイツ西南學派の價値哲學、とくにリッカート (Rickert) の認識論<sup>(五)</sup> に合致する。事件を事實の世界に、(構成要件的) 行爲を概念の世界に屬せしめて兩者を峻別

し、前者の後者へのあてはめ (Subsumtion) —— 構成要件該當性の判断 —— という理論的所作を契機として犯罪の認定を開始せしめる理論、これこそ典型的な構成要件論による犯罪論であるといえよう。われわれは、この點に、前時代の實證主義的行爲論との大いなる差異を見出すのである。

しかし、マイヤーが、このような前法律的概念たる事件について『事實的 (具體的) 構成要件』という名稱を用いたことに對しては、異論がなくもない。この名稱は、構成要件該當の判断を経た事實を思わせるから、不適當である。また、事實的構成要件と法定構成要件とが『相互に』一致するという考え方も適切でない。兩者は、對等な概念とは考えられないからである。<sup>(六)</sup>が、この點はともかくとして、この事實的構成要件と法定構成要件とが一致して構成要件該當性が判定される場合とは、『對話が侮辱であり、旅行が脱營であるような場合』すなわち『法定構成要件の一切の標識が事實的構成要件の情況中に存在する場合』<sup>(七)</sup>をいう。いいかえれば、彼の構成要件該當性は、一切の構成要件要素を具備した、いわば構成要件を充足したという、事件の特性を意味する。そして、彼は、この構成要件該當性に犯罪概念の一要素——彼の用語をもつてすれば『第一の本質的な處罰條件』<sup>(八)</sup>——としての重要性を認め、かくて『犯罪』とは、構成要件に該當する、違法・有責な出來事 (Geschehnis) <sup>(九)</sup>であるという犯罪の定義を作り上げたのであつた。

マイヤーの犯罪論の構成方法は、社會生活上の事件をして犯罪たらしむべき諸條件を列擧するという點にその特徴を有する。従來の行爲論にもとづく犯罪論が、現實の社會的事實たる犯罪そのものの要素を追及したのとは、その思维方法において、大きな差異があるといわなければならぬ。つまり、従來の理論が『犯罪』そのものを追及したのに反し、マイヤーは『犯罪性』を追及したのであつて、この點に、兩者の重要な相違が存する。その結果、前者は行

爲を實體そのものとして示す。これに反して、後者は事實としての事件 (Begebenheit) と抽象的概念としての行爲とを峻別し、後者のみを犯罪の概念標識の中に數える。前者は犯罪の實體としての行爲を犯罪論の根底に置き、後者は犯罪性の第一要素たる構成要件該當性を出發點とすることになる。

しかし、もちろん、構成要件論にあつても、實體としての『犯罪』が示されないわけではない。否、むしろ、いかなる犯罪論においても、このことは必要である。何故なら、違法な、有責なという刑法的評價は、實體としての現實の行爲に加えられるべきものだからである。マイヤーの犯罪の定義の中にも、『出來事』という實體があらわれている。しかし、これは、行爲論にいう行爲とは、本質的に性格を異にする。行爲論における行爲は、犯罪論の中にある。それは、自然主義的な認識に近いけれども、少くとも例えば反射運動や抗拒不能の暴力による身體運動を除外するなど、すでに刑法的認識を経た事實である。これに反して、マイヤーにおける出來事は、犯罪論の外にある。それは、一切の認識・評價を経ない混頓たる事件そのものであるが、犯罪論の追求する犯罪性を擔う實體として、犯罪の定義の中に假の位置を占めるにすぎない。出來事が何であるかは、刑法上問うところでない。重要なのは、この出來事行爲性なのだといえる。

ところで、マイヤーにおける構成要件は、刑罰法規の前段に掲げられた法律命題を基礎として形成されたものである。それは、とくに刑法各本條より得られた概念的形像であるといつてよい。他方、マイヤーは、出來事の構成要件該當性を犯罪概念の第一の標識としている。従つて、犯罪は、まずもつて、刑法各本條より得られた概念的形像にあつてはまる出來事でなければならぬこととなる。しかし、それでは、刑法各本條に規定されていない未遂犯・共犯の

處罰の説明がつかない。これは、構成要件論にとつて、宿命的につきまとう難問にほかならな<sup>(10)</sup>。

ベールリングは、構成要件をあくまでも各本條に記述されたいわゆる特別構成要件に限定した結果、未遂犯・共犯はあるいは構成要件の擴張された該當性を有する<sup>(11)</sup>と説き、あるいは構成要件關連性を持つと主張して、この難問を突破しよう<sup>(12)</sup>と試みた。しかし、この結論は、いづれも、構成要件論本来の趣旨からして不徹底であるといわざるをえない。そこで、われわれは、次に、マイヤーがいかにしてこの難問を回避したかを考察しようと思う。ここで注目すべきはかの有名な刑罰擴張原因(Strafausdehnungsgrund)を中軸とする理論構成である。

- (一) Beising, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930; Die Lehre vom Tatbestand, 1930  
なお、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、佐伯千仞、ヘーリングといわゆる構成要件の理論(昭和三一・三二年) 立命館法學一五號一頁以下、一八號一頁以下(未完)。
- (二) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 3.
- (三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 3f.
- (四) 小野清一郎、犯罪構成要件の理論(昭和二八年) 二一〇頁參照。
- (五) 山内得立譯、リッケルト・認識の對象(昭和二年)。なお、高坂正顯、新カント學派(昭和八年) 岩波講座「哲學」五參照。
- (六) 小野、前掲二〇七頁參照。
- (七) M. E. Meyer, a. a. O. S. 3f.
- (八) M. E. Mayer, a. a. O. S. 4.
- (九) M. E. Mayer, a. a. O. S. 13.
- (一〇) この點を解明して詳しのは、小野、前掲二四五頁以下。



(11) Beling, Grundzüge, 8. Aufl., 1925. 小野、前掲二五六頁。

(111) Beling, Grundzüge, 11. Aufl., 1930, S. 55. 小野、前掲二五〇頁。

三 マイヤーはいう、『二種の刑罰擴張原因がある。未遂犯と共犯とがこれである。何故なら、刑罰擴張原因——この概念は從來用いられていなかった——について、われわれは、個々の犯罪の標識に對しその概念上の範圍を超えて効力を認めることによつてある態度の構成要件該當性を基礎づけることの事情を考えるからである。それ故、各則中に（または特別刑法中に）刻印されている犯罪概念は、これに境を接している區域が一定の範圍にわたつて法定刑に服せしめられることによつて擴張されるのである。詐欺の範圍を超えて詐欺の著手たる行爲が、窃盜の範圍を超えて窃盜を誘起する行爲が處罰せられる。』このような擴張を行つてゐる條文は、總則のうちであり、もし各則が、各個の構成要件中で、特殊な標識のほか、當該犯行について特徴的でない一般的な標識をとりあげることがあるとすれば、すなわち例えば詐欺を限界づけるに當つて欺罔行爲などのほかに欺罔の幫助をもとりあげることがあるとすれば、それは無用なわざとということになる。このような處置は頭が悪く、従つて技術的に欠陥があるばかりでなく、相異つた法定刑を定める邪魔ともなり、従つて實際に危険ということにもなる。このような理由から、刑罰擴張原因という概念は、總則と各則を區分するということと手に手をとつて進む外部的な意味を持つばかりでなく、責任が違ふことを示唆するものであることが明らかになる。一人の行爲者による一個の法定構成要件の完全な實現は、論理上、正常な場合であり、遂げられなかつた實現や、數人が協力加功することは、正常な場合の例外であつて、それに固有な評價がなされなければならぬ』。

刑罰擴張原因が、單獨犯・既遂犯などに對するのとは別個の可罰性を創設するものであることは、以上からも明らかである。刑罰擴張原因は、可罰性の範圍を擴張する原因である。<sup>(二)</sup>しかし、右に引用した叙述の範圍内では、刑罰擴張原因がはたして法定構成要件そのものを擴張するのか、構成要件該當性を擴張するのか、それとも、文字通り、それらとは別個に處罰の範圍のみを擴張するのかは、必ずしも明らかでない。われわれは、さらに、この點に立ち入つてみる必要がある。

まず、右に引用した叙述の一部や、別の頁における『共犯は、擴張された構成要件に屬するあらゆる行爲なのである<sup>(三)</sup>』という表現、あるいは『刑罰が擴張されて及ぶべき構成要件を説明しえんがためには、われわれは、刑罰の超えて出ていく構成要件から出發せねばならない』<sup>(四)</sup>という所説などをみると、刑罰擴張原因は、法定構成要件そのものの範圍を擴張するものであるかのようにも解せられる。しかし、マイヤーにおける法定構成要件は、前述のように、刑法各本條の前段に記述された諸要素を内容とする概念的形象を意味していた。彼は、構成要件該當性を犯罪概念の一標識として説明する際に、決して法定構成要件について例外を認めず、未遂犯・共犯の概念的形象については何等觸れるところがない。また、彼は、刑を加重される構成要件 (qualifizierter Tatbestand) と刑を減輕される構成要件 (privilegierter Tatbestand) とを説明する際に、未遂犯と從犯とをそれらから除外し、未遂犯・從犯は『獨自の法効果を有する特殊な犯罪概念』<sup>(五)</sup>であると、通説例えばリストの主張に反對している。<sup>(六)</sup>この結論は、マイヤーが、未遂犯・共犯に關する規定を一般的法定構成要件の一種と解しなかつたことの有力な根據である。<sup>(七)</sup>

しかし、他方、彼は、最前の引用文中において、『刑罰擴張原因について、われわれは、個々の犯罪の標識に對しそ

の概念上の範圍を超えて効力を認めることによつてある態度の構成要件該當性を基礎づけるところの事情を考える』とし、また、別の頁で、共犯規定は『教唆および幫助と呼ぶ行爲の構成要件該當性を基礎づけている』と説いている。<sup>(八)</sup>このような立論から推測されるところでは、マイヤーは、刑罰擴張原因より得られる概念的形象を法定構成要件とともに構成要件の一種と認め、これに該當する事實について構成要件該當性を考えるものと思われる。未遂犯・共犯は法定構成要件に屬さない、従つて、それ自體では可罰性を有しない、しかし、未遂犯・共犯を處罰する旨の規定が、刑罰擴張原因として一種の構成要件——マイヤーの用語によれば、擴張された構成要件——を設定する作用をなしているから、未遂犯・共犯は、これに該當することによつて構成要件該當性を獲得し、はじめて處罰の範圍内にとり入れられる——。これが、おそらくは、マイヤーの刑罰擴張原因の思想の骨子であろうと思う。<sup>(九)</sup>

(一) M. E. Mayer, a. a. O. S. 341 f.

(二) メツガーによれば、刑罰擴張原因は『自分自身だけでは正犯として處罰されえなす一定の加功形式を可罰性の範圍内に添加する原因である』と説明され (Strafrecht, ein Studienbuch, I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1954, S. 213) 不破武夫・井上正治、刑法總論 (昭和三〇年) 一八三頁によれば『法が共犯規定を設けることによつて可罰性の範圍を共犯にまで擴張』するものと解せられし。<sup>(一〇)</sup>

(三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 387.

(四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 375.

(五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 18.

(六) V. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 114 參照。

- (七) M. E. Mayer, a. a. O. S. 18 Ann. 5.  
(八) M. E. Mayer, a. a. O. S. 374.  
(九) マイヤーの刑罰擴張原因論をわが國に導入されたのは、いうまでもなく瀧川博士である、瀧川幸辰、刑法講義(昭和四年)一四七頁。なお、瀧川春雄、刑法總論講義(昭和七年)一五三頁。構成要件の修正形式という形でこれを展開されたのは小野博士である、小野清一郎、構成要件修正形式としての未遂犯及び共犯(昭和七年)『加藤先生還曆祝賀論文集』二八七頁以下、同、新訂刑法講義總論(昭和七年)一七九、一九五頁、同、刑法概論增訂版(昭和三年)一三二頁。なお、吉川經夫、刑法總論(昭和九年)一一〇、一三六頁、團藤、刑法綱要、二六〇、二八一頁。犯罪擴張原因という形でこれを受容されたのは、島田博士である、島田武夫、刑法概論總論(昭和九年)一三三頁以下。なお、マイヤーの構成要件論において、刑罰擴張原因が充分に論理徹底した役割を演じていない點を指摘するのは、小野、構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯、上掲二六二頁。

四 刑罰擴張原因の概念は、おおよそ、以上のような輪郭を持つ。そこで、次に、刑罰擴張原因の内容と範圍とについて考察を試みることにしよう。もつとも、ここでは、本稿の目的に副い、未遂犯の説明を省略して、共犯のみを考察の対象とする。また、マイヤーは、前述のように、共犯概念の内容と範圍とは、正犯概念のそれを確定してから明らかにすべきものと考えるのであるが、本稿は、これにとらわれない。

マイヤーは、まず、共犯に關する刑罰擴張原因が、教唆犯(第四八條)と從犯(第四九條)の規定に存することを述べ、ついでその効力について解説を進めている。すなわちいう、『第四八條と第四九條とは、刑罰擴張原因を含む。これらの條文は、教唆および幫助と呼ぶ行為の構成要件該當性を基礎づけている。——すなわち、個々の犯罪の標識

にその概念上の範圍を超える効力を授けることによつてこれをなしているのである。例へば、身體傷害の構成要件に關連してこそ、身體傷害の誘起と幫助とは、刑に處せられる。それ故、共犯の可罰性は、常に二箇の條文（例へば第四八條と第二二三條）が結合したものにその基礎をおくのであつて、このような擴張を人の範圍に關する擴張であるとするのは不當な考えであろう。擴張されるのは、可罰的行爲の範圍にほかならない。<sup>(一)</sup>

ところで、このように共犯は刑罰擴張原因によつてはじめて處罰の範圍内にとり入れられると解するならば、共犯と正犯との區別は、當然、『刑罰擴張原因の本質にもとづく』ということになる。すなわち、『共犯は、擴張された構成要件に屬するあらゆる行爲なのである。いかなる行爲がそうであるかは、後段（中略）で研究するが、共犯概念が徹頭徹尾法規の產物であることは、ここで、すでに確定しておく』<sup>(二)</sup>と説かれることになる。従つて、マイヤーが共犯の可罰性の限界をどこに求めたかは明瞭である。

彼は、法定構成要件が違法性の重要な認識根據であるという原則を刑罰擴張原因の場合にも適用し、刑罰擴張原因の概念上の範圍をもつて未遂犯・共犯の可罰性の限界としようとした。いかえれば、刑罰擴張原因たる未遂犯・共犯の規定から得られる未遂犯・共犯の觀念形象は、その違法性の認識根據とされるのである。マイヤーのこの態度を、まず未遂犯についてみると、『法定構成要件は、國家がいかなる範圍にわたつて文化規範を承認したかというための、唯一無二というわけではないが主たる認識の根源である。この原則は、いうまでもなく、未遂犯に對しても適用される。すなわち、違法性は、刑罰擴張原因の限界を越えることはできない。従つて、概念上不能な未遂は違法ではない。この場合には、未遂の結果が存在せず従つて構成要件該當性がないから、違法性もない』<sup>(三)</sup>のが特徴である。

(四)『當然な歸結といえよう。そして、同じ理論構成は、共犯の範圍を決定する際にも用いられる。』

彼は、正犯と從犯との區別に關して、『客觀説は、實行(第四七條)と幫助(第四九條)との對比を解釋するものである。客觀説といえども、この目的のために因果性の相違を援用する限りにおいては、目標に到達することはない。客觀説は、法定構成要件を引き合いに出す限りにおいて、正しい道を歩むのである。何故なら、特別の法定構成要件の下にある行爲が實行であり、刑罰擴張原因を通してはじめて網羅される行爲が幫助活動だからである。』しかし、法定構成要件を基準にして正犯と共犯とを區別する學説は、形式的客觀説と稱せられるところからも明らかのように、形式的抽象的基準をもつて事に當る結果、事案に當面した場合の區別を不明瞭ならしめる。マイヤーもこの缺陷を認め、『このような區別を貫徹する上に伴う困難は、いかに任意に包攝してもそのあらゆる場合に伴う困難にかすぎない』と辯解している。もつとも、形式的客觀説といえども、構成要件該當性を決定するさらに實質的な基準を援用することは可能である。マイヤーは、この點に、法益の概念をもつてした。いわく、『法規が遂行方法について何等觸れていない場合に常に發生する不明確さを防止するためには、未遂論におけると全く同様に、形式的な標識が實質的な標識によつて解明されることが必要である。いかえれば、正犯者は法益を侵害するものであり、從犯者はこの侵害を準備するか、もしくは確實にするものであるということによつて解明される必要がある。これによれば、從犯の領域は、判例の認めるところよりも著しく廣くなる』と。(五)以上で、共犯概念の範圍に關するマイヤーの基本的見解は明らかになつた。(六)

- (1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 374f.  
 (11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 387f.  
 (13) M. E. Mayer, a. a. O. S. 51f. この點に關しては、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參照。  
 (四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 364.  
 (五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 402f.  
 (六) 注意すべきは、マイヤーが、共同正犯を共犯から除外し、共同正犯に關する規定は刑罰擴張原因を含まないとした點であら（a. a. O. S. 380f.）。この點に關しては、齊藤金作、共同正犯の共犯性（昭和三〇年）『瀧川先生還曆記念・現代刑法學の課題下』六八三頁以下參照。

五 以上は、正犯と共犯の區別に關するマイヤーの見解である。彼は、正犯と共犯との區別を、刑罰擴張原因の本質にもとづいて明らかにした。同様に、彼は、次に、正犯と共犯との關係をも、刑罰擴張原因の本質にもとづいて説明する。共犯從屬性に關する理論がこれである。彼はいう、『共犯と正犯との間に存する關係もまた、刑罰擴張原因の本質にもとづく。すなわち、正犯者に狙いを定めてある構成要件が擴張されるのであるから、共犯は、正犯者の行爲に對し、何等かの從屬的關係に立たざるをえない。』(中略) 正犯者の行爲に對する從屬的關係を共犯の從屬性と呼ぶ。(一) 共犯の從屬性は、共犯の可罰性を説明するために不可欠なものとして、古くから援用されてきた觀念である。しかし、その性格および範圍に關しては、從來、争いがあつた。(二) この點を考慮してか、マイヤーは、共犯從屬性の觀念を、共犯を説明するための因果關係の觀念と並べて、『暴君のように共犯の理論を支配し陵虐してきたもの』と痛彈して(三) (四)

る。すなわち、彼は、共犯の可罰性は刑罰擴張原因によつて獲得されると説くのであるから、從屬性の觀念を、共犯の可罰性それ自體の基礎づけのために用いる必要はないのである。しかし、彼とても、共犯の正犯に對する從屬的關係は無視しうるものでない。かくて、彼は、共犯從屬性概念の徹底的な整理を意圖してこれに着手した。『各人がこの概念を自分自身の意味に用い、かくて他人を誤解していることは明らかである。このような混亂が生ずるゆえんは、あらゆる從屬關係に本質的な等級性(Graduierbarkeit)と云うものが無視されてきた點にある。從屬性は、強い從屬關係が問題となるか弱い從屬關係が問題となるかに應じて、異つた状態をとる。しかも、四つの段階を考へることができる』。(五)

ところで、共犯の從屬性論は、前述のように傳統的なものであり、構成要件論に特徴的な理論ではない。また、マイヤーのこの從屬形態論も、彼にとつては特有な思考方法ともいえようが、別段構成要件論と論理必然的な關係にあるわけではない。しかし、共犯の從屬性に關しては、構成要件論にとつて本質的な歸結がある。それは、この理論によると、共犯の成立について、正犯行爲の構成要件充足性が要求される點である。正犯が正犯たるに必要な一切の構成要件要素の具備が前提とされる點である。そして、この結論は、いかなる從屬形態を認める場合にも妥當するものといわなければならない。けだし、構成要件論は、犯罪論の構成上、刑法各本條に記載された犯罪の定型を重視する理論である。共犯は、この理論によれば、定型該當的事實の共同惹起とみられ、單なる外部的行爲の共同というようなものでは特徴づけられない。この犯罪共同説、さらに嚴密には一種の構成要件共同説とでもいふべき共犯論は、當然に共犯の從屬性を説き、しかも共犯の成立について、少くとも正犯の完全な構成要件充足性を要求することとなる



のである。<sup>(八九)</sup>この理論は、しかし、構成要件論にもとづく間接正犯論に重大な問題を提起する。つまり、構成要件論は、共犯の成立に右のような条件を付する結果として、本来ならば共犯として取扱われるべき事案を正犯に包攝せざるをえなくなり、この不純物の體系的處置に困惑することとなるのである。われわれは、次章において、まずマイヤーの説く間接正犯概念の範圍を考察して、この問題に觸れてみようと思う。

(一) M. E. Mayer, a. a. O. S. 390.

(二) エルクマイヤーによれば、共犯の從屬性は「とくに、從犯に關して展開されてきた概念とされてゐる。Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 146 f., Anm. 267. 齊藤

共犯理論の研究、五三五頁參照。なお、同所には、從屬性を説く古くからの學者の所説が簡潔に引用されてゐる。

(三) Birkmeyer, a. a. O. S. 146 參照。

(四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 390.

(五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 390.

(六) 第一は最小限從屬形態 (minimal-akzessorische Form)。この場合には、正犯者が法定構成要件を實現したことを条件とする。第二は副限從屬形態 (limitier-akzessorische Form)。この場合には、正犯者が法定構成要件を違法に充足したことを條件とする。第三は極端從屬形態 (extrem-akzessorische Form)。この場合には、正犯者が法定構成要件を違法且有責に充足したことを條件とする。第四は誇張從屬形態 (hyper-akzessorische Form)。この場合には、正犯者の一身の特性をも條件とする。従つて、刑を加重減輕する一身專屬の事情までが共犯者に負擔をかけたり負擔から免れしめたりする (M. E. Mayer, a. a. O. S. 391)。なお、最近、この從屬形態の問題を從屬の有無の問題から區別する學説が多くなつた。すなわち、コールラウシェーランゲは、從屬性の問題をその程度 (Grad) の問題から分ち (Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 39./40. Aufl., 1953

S. 98) ヲウラッハは『量的從屬性 (quantitative Akzessorietät)』と『質的從屬性 (qualitative Akzessorietät)』とを對立させ (Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1964, S. 561 ff.) 植田教授および大野講師は『實行性の意義における從屬性』または『實行從屬性』と『犯罪性の意義における從屬性』または『犯罪從屬性』とを分つて問題とされる(植田重正、共犯の基本問題・昭和二十七年・一六三頁、同、共犯獨立性説と從屬性説・昭和二十七年・『刑事法講座』三卷四四一頁、大野平吉、共犯從屬性の理論と獨立性の理論 (一)・昭和三十一年・法學二〇卷一號二二頁)。

(七) 最近、共犯獨立性説の立場から、各種の從屬形態を顧慮しつつ共犯從屬性説を批判した力作として、大野平吉、共犯從屬性の理論と獨立性の理論 (一一六)(昭和三十三年) 法學二二卷一、二號、二二卷一—四號所載があげられる。従來の犯罪共同説の批判という面では、同書は私の見解と非常に多くの點で一致している。しかし、大野講師が共犯獨立性説を説かれ、教唆の未遂を單純な未遂の問題として扱われる限りにおいては、私は同書に賛成することができない。が、この點については、後に共犯獨立性説と關連させて論ずるときに譲らせて頂きたいと思う。

(八) 中野次雄、強盜の共同正犯の一人の加えた傷害と他の者の責任 (昭和二十五年) 『刑事判例評釋集』八卷二二六頁以下參照。

(九) 大野、前掲は、共犯從屬性説をとるものはずべて共犯の成立について正犯行為の構成要件充足性を要求せねばならぬように説かれてゐる。しかし、この結論は、本文に記したように、構成要件論に特有のものであつて、あらゆる共犯從屬性説に共通なものではない。なるほどこのような從屬形態がもつとも『犯罪』共同説の趣旨に沿うものではあるが、身分犯・目的犯等特殊な構成要件要素を有する犯罪について例外的に從屬の程度を緩和させても、決して共犯の從屬性を否認することにはならないと思う。このことは、共犯從屬性説の沿革に徴しても明らかである。すなわち、構成要件論の擡頭する以前、因果關係論とくに原因説が支配してゐた當時の學説をみると、そこには、身分犯・目的犯について身分・目的を有しない正犯者の行為に對する加功を共犯とし、後の時代のように故意ある道具の利用による間接正犯を認めない學説があつた(例えば Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 627 f.; Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 197. 及び M. E. Mayer, Der Causalsammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899, S. 52)。また、目的犯は亦

ておき、身分犯について、非身分者の行為に加功した身分者の行為を間接正犯から除外する者もあつた(例えば Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 210)。など、その他の文献については、大塚仁、故意ある道具(一)(昭和三〇年)法政論集三卷一號三七頁以下参照。

## 二 エム・エー・マイヤーの間接正犯論

一 『法律上の理由から正犯者たりえない人間をしてある法定構成要件を實現せしめた者は、正犯者として處罰され、間接正犯者と(または無形的起因者〈*inellektueller Urheber*〉とも)呼ばれる』<sup>(一)</sup>これが、マイヤーにおける間接正犯の定義である。以上からも明らかのように、彼は、間接正犯を、直接正犯の一態様として把握していた。彼みずからいう、『間接正犯は、直接正犯と法律上は同じであり、間接正犯という名稱は、ただ事實的な特殊性を強調したものにすぎず、自ら手を下さない者(*der Passive*)が何故に正犯者であるのかを明らかにしたものである』<sup>(二)</sup>と。マイヤーにおける單獨正犯者の定義は『全く單獨且つ自己の動作によつて一箇の法定構成要件を違法有責に充足した者』<sup>(三)</sup>というにある。ここで、彼は、いわゆる限縮的正犯概念(*restriktiver Täterschaftsbegriff*)を採るものであることを明らかにしている。しかし、この『自己の動作による構成要件の充足』が、彼において、純自然的に考えられていなかったことはいうまでもない。『道具または自然力を利用することによつて自己の動作でなくなるといふことがないので

同様に、責任を負わない人間を利用して、自己の動作であることに妨げはない。何故なら、このような魂ある道具 (beseeles Werkzeug) は、法的に考察すると、魂のない道具と異なるものではなく、従つて、やはり單的に「道具」と呼ばれるものだからである』と彼はいう。<sup>(四)</sup>つまり、この『自己の動作による法定構成要件の充足』というこの中に、『法律上の理由から正犯者たりえない人間』を利用した場合を含ませ、そうすることによつて、間接正犯に對する法的取扱いを直接正犯と同一ならしめたのであつた。そして、上に引用したところからも明らかのように、彼は、間接正犯の正犯性を基礎づけるのに、いわゆる道具理論 (Werkzeugstheorie) をもつてした。否、彼こそが、道具理論をとる代表的な學者であるとさえいわれている。<sup>(五)</sup>かくて、彼の間接正犯論の輪郭が明らかとなつた。

(1) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 376.

(11) M. E. Mayer, a. a. O.

(111) M. E. Mayer, a. a. O. S. 375.

(四) M. E. Mayer, a. a. O.

(五) 植田、共犯の基本問題、九頁、大塚仁、間接正犯の正犯性(一)(昭和二八年)刑法雜誌四卷二號二九頁。

二 マイヤーが、法律上の理由から正犯者たりえない人間をしてある法定構成要件を實現せしめた者を間接正犯者と呼び、正犯者として處罰すべきであると説いたことは、前述のとおりであるが、これは、マイヤーにおける間接正犯概念の限界を示すものとして重要である。すなわち、間接正犯の成立は、被利用者が『法律上の理由から正犯者たりえない人間』であるか否かによつて左右されるといふことになる。彼は、この『法律上の理由から正犯者たりえない

い人間』を二種に大別し、従つて間接正犯の成立する場合を（イ）『絶對的に責任を負わない者（absolut Unverantwortliche）』を利用する場合と、（ロ）『法律上の理由から正犯者としては責任を負わない（nicht als Täter verantwortlich）者』を利用する場合とに分類した。<sup>(1)</sup>このように間接正犯の成立する場合を異つた二つの類型に大別したのは、おそらくはこの兩者の場合で被利用者の道具たるの性格が異なることを考慮したからであろう。ともあれ、彼は、後者をさらに分類して、被利用者が『身分なき道具』である場合、『故意に犯さなければ歸責することのできない行爲を過失で實行したために道具となる場合』、『いわゆる目的なき故意ある道具である場合』の三者とする。以下、前者の場合から順次に、マイヤーにおける間接正犯の成立範圍を考察していくことにしよう。

まず第一は、マイヤーのいう『絶對的に責任を負わない者』を利用する場合である。ここに絶對的に責任を負わない者とは、あらゆる可罰的行爲の場合に共通に、一般的に責任を負ふことのない人間を意味するものと思われる。従つて、ある特定の犯罪について正犯者としての責任を負わない者は、これから除かれる。マイヤーがこのような人間についていかなる要件を豫想していたかは、彼が有責性一般についていかなる標識を考えたかを検討することによつて明らかとなるであろう。

（イ）第一は歸責能力（Zurechnungsfähigkeit）である。反對概念としての歸責無能力を法規に従つて示せば、その範圍も明らかになつてくる。すなわち、當時のドイツ刑法においては、歸責無能力性は、精神の障礙にもとづく場合——自由なる意思決定を排除する意識喪失（Bewusstlosigkeit）および精神作用の病的障害（krankhafte Störung der Geistesfähigkeit）——と精神上の發育不完全による場合——十八歳未満、瘖啞——に生ずるものとされてゐた。<sup>(11)</sup>（ロ）

第二は責任 (Schuld) である。マイヤーは、責任を倫理的要素と心理的要素とに分ち、倫理的要素を義務違反の意識およびその可能性とし、<sup>(三)</sup> 心理的要素はこれを責任形式たる故意および過失とする。<sup>(四)</sup> (ハ) 第三は免責事由 (Entschuldigungsgrund) の不在である。マイヤーは、免責事由を適法化事由 (Rechtfertigungsgrund) と並べて、<sup>(五)</sup> 刑罰阻却事由 (Straf ausschließungsgrund) として把握するが、その實質は、やはり、責任を阻却する事由、すなわち、構成要件に該当し且つ違法な出来事が行爲者に歸責されるという假定を妨げる事由である。<sup>(六)</sup> 緊急状態、強制、上官の違法命令がこれに當る。<sup>(七)</sup> 免責事由に該当する状態にある者は、やはり責任を負わない者である。何故なら、『免責事由は、全く、普通の責任條件の半面にほかならないから』。

かくて、マイヤーのいう『絶対に責任を負わない者』の意味が明らかになつた。それは、歸責無能力、責任の不在、免責事由に該当する状態の存在という三箇の事情のうち、一箇以上を有している行爲者をいうのであつた。このような者の利用について間接正犯が成立するかどうかは、あまり争われていない。このような者の道具性が、従つてその利用者の正犯性が、ほぼ自明なものとして理解されうるからである。ただし、責任無能力者を利用することに ついては、近年、部分的な批判があり、是非の辨別力ある責任無能力者について間接正犯の成立を否認する學説が生じたことは、注目に値する。<sup>(八)</sup> 同様なことは、また、免責事由の存在する者を利用した場合についてもいえるのではないかと思う。

(1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 375 f.

(11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 208 ff.

(三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 235 参照。

(四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 238.

(五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 272.

(六) M. E. Mayer, a. a. O. S. 300 ff.

(七) M. E. Mayer, a. a. O. S. 273.

(八) 例えば、小野清一郎、新訂刑法講義總論(昭和二十七年)一〇六頁、植田、共犯の基本問題、九六頁以下、平場安治、刑法總論講義(昭和二十七年)一五二頁。

三 次は、『法律上の理由から正犯者としては責任を負わない者』を利用した場合である。マイヤーによれば、『間接正犯の個々の場合は、實行者を道具と考えさせるような事由によつて決定される』のであるが、『この實行者が正犯たりえない根據は、あるいは實行者が正犯の範圍に關する態樣的な(Modale)制約を充足せず、従つて實行行爲をなしたにもかかわらず法定構成要件を充足しなかつたという點にあり、あるいはあらゆる責任が缺けていたか——これにとくにあてはまるのは、中間者が免責事由によつて保護される場合である——どうかとか、當該事案について前提條件とされている責任がなかつたかどうかなどにはかかわりなく、有責に行爲する能力もしくは責任そのものが阻却されるという點にある』。それ故、次にあげる三箇の間接正犯とすべき場合がさらに生じてくる、とマイヤーは説く。

(一) 第一は、『身分なき道具』を利用する場合、いいかえれば、身分犯について『身分者が非身分者』を利用する場合である。マイヤーは、これについて間接正犯の成立を認めるのであるが、これに關連して、逆に『非身分者が身分者』を利用して身分犯を犯させる場合に言及し、これについては間接正犯の成立を否認している。彼は、『ある

可罰的行為の主體が態樣的に特定している場合、間接正犯たりうるのは、態樣的に特定している點を充足した者に限られる。それ故、公務員は、この場合責任なき道具あるいは故意ある道具である非公務員を利用して真正の公務員犯罪を犯すことができる。しかし、非公務員は、直接にはもちろん、公務員の仲介的動作を通して、正犯たることを<sup>(二)</sup>えなす』と。

(一) まず、身分者が非身分者を利用して身分犯を犯す場合であるが、これに二つの可能性のあることは、右にマイヤーの指摘したとおりである。(イ)身分者が責任なき非身分者を利用する場合は、一般的な犯罪について責任なき者を利用する場合と同様であり、従つて前述の問題に還元される。(ロ)ところが、身分者が責任能力あり故意ある非身分者を利用して身分犯を犯させた場合に間接正犯が成立するかどうかについては、從來論争が斷えず、いまだに決定的な解決が與えられたとは思われない。<sup>(三)</sup>いわゆる身分なき故意ある道具 (qualifikationsloses doloses Werkzeug) の問題がこれである。

前述のように、構成要件論にもとづく共犯論、すなわち形式的客觀說によれば、共犯の成立は正犯の構成要件充足性を最低限度の必要とする。ところが、身分犯における非身分者の行為は、身分という客觀的構成要件要素を缺くから、共犯の成立に要求される正犯行為たりえない。従つて、非身分者をして身分犯を實行せしめる身分者の行為は、教唆犯ではありえない。おそらくこのような理由からであろう、マイヤーは、論理一貫して、この場合に教唆犯の成立を否認し、間接正犯の成立を認めたのである。しかし、いわゆる身分なき故意ある道具を利用する場合は、はたして『道具を使用する』ことの中に包含されうであろうか。私は、後述するように、この點に關して疑問を抱いてい



(四) マイヤーの、共犯論における形式的客観説と間接正犯論における道具理論をもつてしては、この場合の利用者の可罰性を基礎づけることはできないと考えるのである。

(2) 次は、非身分者が身分者を利用して身分犯を犯さしめる場合であるが、これも、被利用者たる身分者が責任ある場合と責任ない場合とに分けられる。(イ)身分者に責任能力あり故意ある場合に關しては、非身分者たる利用者に教唆犯が成立すること、いうまでもない。わが國においては、このような事案に對して共犯の成立を認める規定があり(刑法第六五條第一項)、いかなる學説も、この點では一致している。(五)ただし、このような場合の非身分者には、共同正犯の責任を負わせてしかるべき場合が多いと思う。私は、第六五條第一項の規定を共同正犯の場合にも適用し、これに共同正犯の成立を認めることも可能だと信ずるのであるが、正犯について一切の構成要件要素の具備を要求する形式的客観説に従えば、この結論は否定されざるをえない。(ロ)身分者に責任能力がないか、あるいは故意のない場合に關しては、争いがある。マイヤーは、このような場合を卒直に不可罰なものとする、いいかえれば利用者たる非身分者について(間接)正犯の成立を認めないのである。これも、おそらくは、形式的客観説の要請にもとづく歸結であろう。わが國において、このような事案に對し間接正犯が成立するかどうかは、刑法第一五七條の解釋をめぐつて、はげしく争われた。結論としては、この問題を消極に解する學説の方が優勢であつたと思われ(七)。ここに注意すべきは、マイヤーを忠實に祖述された瀧川博士が、當時、この點に關し、積極説を是認されたことである。(八)私は、博士の立場からこの見解が可能であつたかどうかについては、疑いを持つ。

(1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 379.

- (一) M. E. Meyer, a. a. O. S. 377.
- (二) 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、間接正犯者として見る。例えば、Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917, S. 511; Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, S. 214; van Calker, Strafrecht, 2. Aufl., 1924, S. 66; Lisz-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 331; Mejer, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 432; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 84. むが國におらつては、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(昭和二十三年)三四五頁以下、小野清一郎、犯罪構成要件の理論、六六頁、一一八頁、瀧川幸辰、改訂犯罪論序説、二二三頁、團藤重光、刑法改訂版(昭和三〇年)五五頁、同、刑法綱要、一〇八頁。反対説、Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 627 f.; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 17. Aufl., 1926, S. 106; Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914, S. 197 ff. Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922, S. 94 f. 勝本勘三郎(大正三年)四〇一頁、佐伯千仞、刑法總論(昭和一九年)三五二頁註一、同、刑法總論(昭和二八年)一八一頁以下、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』二八三頁註六五、井上正治、刑法學總則(昭和二六年)二二〇頁以下、植田、前掲八九頁以下。その他の文献については、大塚、故意ある道具、上掲參照。
- (四) 後段二一〇頁以下參照。
- (五) 小野慶二、共犯と身分(昭和二七年)『刑事法講座』三卷四八六頁參照。
- (六) 同趣旨、齊藤、共犯理論の研究、一九二頁以下。
- (七) 齊藤金作、刑法各論改訂版(昭和三十一年)一四八頁參照。私は、一五七條の規定が一五六條の間接正犯のうち特定の方法による行爲のみを抽出し、これに對して輕い刑を豫告している趣旨にかんがみ、一五七條にもれた行爲をすべて一五六條の間接正犯として處罰することには異議がある。しかし、この結論は、非身分者による身分犯の間接正犯の可能性を否認するものではなす。

(八) 瀧川幸辰、刑法第百五十六條の罪と間接正犯（昭和一二年）『刑事法判決批評』二卷一三五頁。

(二) 第二は、『中間者が、故意に犯さなければ歸責することのできない行爲を過失で實行したために道具となる場合』である。ここに『故意に犯さなければ歸責することのできない行爲』とは、おそらくは、過失で犯すことではできない過失では處罰されない行爲を意味するものと思われる。ドイツ刑法は、故意に犯した場合のみを處罰するむねの明言ある規定を有している。例えば、第一三六條の封印破棄罪、第二〇三條の器物損壞罪などである。しかし、封印破棄、器物損壞という行爲自体は、その本質上、過失で犯すことも可能である。それにもかかわらず、前述の規定が故意で犯した場合のみを處罰の前提とする以上、これら過失の封印破棄、過失の器物損壞などの行爲は處罰の対象とならず、その行爲者は正犯者としての責任を負わないということになる。マイヤーは、ここで、このような行爲を豫想したのである。ところで、過失で行爲する者を利用した場合の間接正犯の成立を認めることは正しいと考えたい。性に關しては、それ自体に若干争いがあるが、私は、この場合に間接正犯の成立を認めることは正しいと考えたい。<sup>(三)</sup>従つて、マイヤーがこれを認めたのも、一應納得することができる。しかし、右とは異つて、正犯者として處罰される過失行爲者、すなわち、過失で犯しても處罰されるむねの規定ある行爲（例えば過失致死）の行爲者を利用した場合について、マイヤーはいかに考えるのであろうか。彼は、この場合について、何等觸れるところがない。

(一) 『官廳又は官吏が物を封緘し、特記し又は差押えるために施した官の封印を、權限なくして故意に破り開き、取り離し若しくは毀損し、又はかような封印によつて行われた官の封緘の効力を失わせる者は、六ヶ月以下の輕懲役又は罰金をもつて罰

する。』

(二) (第一項)『故意に、且つ違法に他人の物を毀損し又は破棄する者は、罰金又は二年以下の輕懲役をもつて罰する。』(後略)

(三) 植田、前掲九五頁。

(三) 第三は、いわゆる『目的なき故意ある道具 (absichtsloses doloses Werkzeug)』を利用する場合である。この點に關し、彼は次のように説く。『中間者が、故意は持つていたけれども當該犯罪に重要な故意は持たずにある犯罪を成立させたため道具となる場合、中間者は故意ある道具であり、そのようなものとして、いいかえれば從犯の故をもつて處罰さるべきである。明らかに、これらの場合の領域は、法規が正犯者の特徴づけるのに (もしそういつてよゝのなら) 複雑な故意 (komplizierter Vorsatz) として一定の目的 (Absicht) を持つてゐるところに求むべきである。(アルフェルトによつて) 例をあげれば、農夫のいいつけで、下男が、他人のにわとりをその農夫の家の庭に追いかんだ。この下男には、他人の物を違法に領得する意圖がなかつた。下男は故意ある道具であり、盗人は農夫である。』<sup>(一)</sup>以上から、この點に關しマイヤーの意圖することは明らかであろう。ただし、彼は、目的なき故意ある道具の利用の場合をすべて間接正犯とみることに對し、ある留保を付していう。『このような場合を誤つて一般化してしまうことに對しては、もちろん用心をしなければならない。他人のために窃盜をなし、従つて最初から盜品をその他人に交付する目的を持つていた者でも、奪取の際には、まず自己のために領得しようという意圖に支配されていたのである。彼は、事後ただちに贈與し、交換し、賣却しようと考えていた物を手に入れたのであるが、その場合、彼は、故意ある道具ではなく、正犯者である。故意ある道具となる場合であるか正犯者となる場合であるかは、純然たる事實問題で

(11)  
ある』。

目的なき故意ある道具の概念は、後に、メツガーが、構成要件の詳細な分析を企て、行爲者の故意を超過する目的(Absicht)を主観的違法要素の一として際立てて以来、とくに強く意識されはじめたものである。しかし、マイヤーも、すでに構成要件に主観的要素のあることを洞察していたから、<sup>(11)</sup>目的なき故意ある實行行爲について構成要件該當性を否認する結論に到達した。従つて、マイヤーがこのような行爲者を『正犯者としては責任を負わない者』の中に包攝し、これを利用した者について間接正犯を認めたことは、まことに當然な歸結といわざるをえない。もつとも、目的なき故意ある行爲者が構成要件該當性を缺くところから直ちにそのような行爲者の道具性を導き出すことに對しては異論があるが、この點は、後日検討することにしよう。

(1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 379.

(11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 379 f.

(11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 185 ff.

四 以上は、マイヤーの理論において間接正犯が成立する積極的な場合である。それは、一方からみれば、マイヤーにおける、被利用者の道具性の立證であり、他方からみれば、間接正犯の正犯性を、いわば非共犯性という觀點から考察したものであつた。そこで、間接正犯の成立範圍に關しあとに残つてゐる問題は、間接正犯は直接正犯より廣い範圍にわたつて成立しうるかの點と、間接正犯は直接正犯より狭い範圍で成立するものかの點である。マイヤーは、

第一の點に關しては、『責を負うべき仲介者のあることを前提条件としなければ行爲が幫助とならない場合』を、第二の點に關しては、いわゆる『自己の手による犯罪 (eigenhändiges Delikt) の場合』を問題とした。

第一の場合について、彼は説く、『責を負うべき仲介者のあることを前提条件としなければ行爲が幫助とならないような場合、その行爲は正犯行爲ではなく、従つて、仲介者が無答責であつても、やはり正犯者行爲たりえない。このような事情が、どうして法規の定めた正犯と従犯との區別を無に歸せしめることができようか。それ故、例えば、場所に關して指示を與えるというようなことで刑事未成年者の窃盜を幫助したにすぎない刑事成年者は、間接正犯者ではな<sup>(一)</sup>』と。しかし、以上の法則は、マイヤーによれば、教唆犯の場合には適用されないのであつて、教唆犯の場合には、むしろ、逆に、『責を負うべき仲介者のあることを前提としなければ教唆とはならないような行爲は、仲介者に彼自身の動作が歸責されえない場合には、間接正犯である』という命題があてはまるとされている。<sup>(二)</sup>

しかし、同じ共犯でありながら、従犯の場合と教唆犯の場合とは、何故にこのような法的取扱ひの相違がでるのであるうか。マイヤーによれば、この相違が生ずるのは、『間接正犯と教唆犯とは、因果關係の構造という點からみると一致している』のに反し、間接正犯と従犯とは因果關係の構造を異にするから、というのである。間接正犯と教唆犯とは、『共に實行の誘起 (Veranlassung der Ausführung) であり、兩者は共に法規の用ゝていな<sup>(三)</sup>起因者 (Urheberschaft) という概念にあてはまる』のに反し、従犯はこれにあてはまらない、というのがその理由とされている。<sup>(三)</sup> だが、因果的思想を否認し、實質的客觀説を棄てて形式的客觀説に投じたマイヤー自身の口から、このような區別の理由づけを聞くことは、不可解というほかはない。それは、刑罰擴張原因相互の間、さらには實行と幫助との

間の因果的差異をも承認する見解にまで立ち至らなければならないのではなからうか。彼本来の立場よりすれば、(間接)正犯、教唆犯、従犯相互間の區別は、唯一、法定構成要件ならびに刑罰擴張原因に記述された各概念要素の解釋にもとづくほかはないと思う。

次は、間接正犯の成立を排除する第二の場合、すなわち、いわゆる『自己の手による犯罪』の場合である。マイヤーは、以上第一の場合について間接正犯の成立が排除されることになる、間接正犯は直接正犯より広い範圍にわたつて成立しえないということが確定されると説く。しからば、次に、『間接正犯は直接正犯と範圍を同じくするものであるか狭い範圍のものであるかという問題が生ずる』これが自己の手による犯罪に關する問題であつて、彼はこの場合に間接正犯の成立を否認し、次のように説く、『あらゆる犯罪が、間接に犯すことのできるものなのであろうか。この問題については、間接正犯の事實的な特性がものをいう。何故なら、道具を利用することによつては充足することのできない構成要件があるからである。責任なき者をしてある眞實ならざることを宣誓せしめることによつては、自ら偽誓をしたということにはならず、仲介者を通して姦通をすることはできず、脱走兵は「自分の足で逃げ」(ビンディング)なくてはならない。このような犯罪の特徴的な標識をとらえてこれらを一つのグループにまとめ上げることが不可能であり、また不必要である。何故なら、間接正犯に事實的な面から限界を付すること以外に問題はないからである』<sup>(四)</sup>と。

いわゆる自己の手による犯罪について間接正犯が成立するか否かは、ビンディングがこの問題を提出して以來、はげしく争われて今なお統一した結論に到達していない。<sup>(五)</sup>今この問題の論點を究明してみると、それは、二點に集約さ

れらうと思う。第一は、物理的身体的な理由から、自己の手による犯罪の實行そのものの不代替性を主張することの當否であり、第二は、法律的な理由から、自己の手による犯罪を（間接に）實行した者の不處罰を主張することの當否である。本来、自己の手による犯罪の問題は、第一の論點から出發したものであるが、構成要件の價値的目的論的解釋が漸次浸透してきた現在にあつては、問題は、むしろ、第二の論點に移行したといつて差支えないであろう。ところで、今ここに、このような觀點からマイヤーの主張を考察してみると、問題は第一の論點から提起され、その上で否定的な見解が示されたようである。しかし、單に物理的身体的な理由から他人によつては犯されえないといふことを理由として、觀念上考えられるこの種の犯罪の間接正犯をすべて無罪のままに放置しておくことが、はたして正義の要求に應じたものといえるであろうか。大いに疑問の存するところである。問題は、第二の論點の下に立つて自己の手による犯罪の範圍をどの程度までに限定すべきかである。マイヤーの所説とは反對に、この種の犯罪を一つのグループにまとめ上げることこそ肝要であると思ふ。<sup>(六)</sup>

- (一) M. E. Mayer, a. a. O. S. 377.
- (二) M. E. Mayer, a. a. O. S. 377 f.
- (三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 378.
- (四) M. E. Mayer, a. a. O.
- (五) 自己の手による犯罪のいふ間接正犯を認めるのは、例へば、Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 209 Anm. 3; Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, S. 215 Anm. 6; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., 1926, S. 106; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 474 f. 各書



本刑法論總則(明治三十九年)三四八頁、大塚、前掲一〇三三頁、泉二新熊、日本刑法論總論(昭和一四年)六六四頁、牧野英一、重訂日本刑法上卷(昭和一二年)四七二頁。反對說、例えは Beising, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 236; Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 146; Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 417f.; Wezel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., S. 36. 島田武夫、日本刑法新論總論(昭和三年)三六一頁、飯塚敏夫、刑法論攷(昭和九年)一六六頁、團藤、刑法綱要、一〇五頁。その他の文献については、大塚仁、「自手犯」に就て(昭和三年)刑法雜誌六卷一號一頁以下参照。

(六) 同趣旨、大塚、前掲一七頁。

五 マイヤーが、間接正犯の成立範圍を被利用者の一般的無責任および正犯としての無責任にかかわらしめたことは、以上考察したところから明らかである。この主張は、因果關係論時代における彼の見解——間接正犯が成立するのは、被利用者が故意または責任能力を缺く場合のみに限る——と比較して、格段の相違があるといわなければならぬ。それは何故か。私は、その理由は、主として、犯罪論の構成方法に關する見解の變化、因果關係論から構成要件論という彼の變説の中にこれを見出すことができると思う。

因果關係論による場合、正犯と共犯との差異、從つて間接正犯と教唆犯との差異を結果に對する起因力の相違に認める原因説がもつとも徹底していることは、前述のとおりである。しかし、因果關係論の特色は、ただ間接正犯の非共犯性を因果的觀點から論證する點ばかりにあるのではない。むしろ、正犯の正犯性を、因果關係の支配による結果の惹起、すなわち起因の有無に求める點にその特色が存する。從つて、この立場によるとき、間接正犯もまた、起因として基礎づけられねばならない。すなわち、間接正犯は、利用者が、被利用者の惹起する因果の流れをその發生の

當初から常時支配しつづこれを結果惹起まで到達せしめるものとして特徴づけられねばならない。このような見解が、いわゆる道具理論と容易に結合するものであることは、おのずから明らかである。言葉本来の意味での道具を利用する場合と同視される人間の自然的利用を（間接）正犯とみる學説は、實は、右のような因果論的立場に立つときにのみ主張しうる見解である。被利用者が利用者の情を知らない場合、利用者の利用行為は、右のような因果的特徴を有する。因果關係論時代のマイヤーが、間接正犯の成立範圍につき、故意なき者および責任無能力者の利用のみをあげたのは、この意味からはほぼ論理一貫していると思う。

構成要件論は、前述のように、犯罪を裁判の場において形成する理論である。實在的存在としての出來事は、それ自體では、刑法的判斷の對象たりえない。ひとたび構成要件の範疇を通して理論的所作により變形された出來事のみが、對象の地位に上りうる。このような立場に立つとき、具體的出來事としての間接正犯が、刑法上直接考察されえないことはいうまでもない。間接正犯もまた、一般の正犯行為と同様に、構成要件の解釋によつて決定されるということになる。他方、構成要件論による時、共犯の成立について正犯の構成要件充足性が要求されることは、前述のとおりである。従つて、正犯者または正犯行為が構成要件要素の一以上を缺く場合、共犯は成立しない。しかし、それだからといつて、共犯を不處罰のままに放置することが社會觀念上許されない場合がある。この場合、構成要件論は、いかにしても、この共犯を（間接）正犯の領域に屬せしめることによつて、これを處罰しなければならないこととなる。しかも、共犯の從屬性についていわゆる極端從屬形態を認める見解は、正犯が無責であつた場合の共犯をも、同様の理由により、正犯中に包攝しなければならぬ。かくて、構成要件論に立脚しつづ極端從屬形態を認める

學説は、無責の者（絶対に責任を負わない者）および構成要件該當性を缺く行爲者（正犯者としては責任を負わない者）を利用する行爲すべてについて、構成要件該當行爲、すなわち實行行爲、正犯行爲を認め、これを單獨の直接正犯から區別して、間接正犯として特徴づけることとなつたのである。

このように考えるとき、間接正犯の範圍に關するマイヤーの見解の變化が、その犯罪論構成方法の變遷にもとづくものであることを理解しうる。ところで、このような手續を経て間接正犯を正犯中に包攝することに對しては、それが限縮的正犯概念を認める限り、擬制を犯すものであるとの批判が加えられて<sup>(二)</sup>いる。この批判はもつともである。しかし、それは、間接正犯の正犯性を基礎づける立論のいかんによつては、回避することのできる性格のものと思う。マイヤーは、いかにして、この批判を回避しようと試みたであらうか。

マイヤーが間接正犯の正犯性を基礎づけるのに用いたのは、いわゆる道具理論であつた。間接正犯は、すべて被利用者<sup>(一)</sup>を道具として利用する行爲だとするのである。しかし、私は、まず第一に、間接正犯について上述のような範圍を主張したマイヤーが、これらすべてを理論づけるのに道具理論をもつてしたこと<sup>(二)</sup>に對して、疑問を持つ。道具理論は、前述のように、道具の惹起する因果の流れの全的支配が利用者<sup>(一)</sup>に留保されている場合のみ、正しい意味で用いられるのである。しかるに、マイヤーが間接正犯として列擧したものには、必ずしもこの支配が全的でない場合が見受けられる。例えば、責任無能力者の利用の場合をみよう。未成年者がすべて處罰されないのは、法の一種の擬制である。それは、未成年者すべてが是非の辨別能力を缺くという意味ではない。思慮分別のある未成年者も存在しうるわけである。従つて、この種の未成年者一切に對して道具性を認め、未成年者の利用をすべて間接正犯とすることは、

道具理論の正しい使用とは思われない。そして、このことは、瘖啞者の行爲、強制・違法拘束命令下の行爲などを利用した場合にも、また、當然、故意ある道具を利用した場合にもいいうることである。

第二に、たとい被利用者の道具性をこのように嚴格に自然的に解することが誤りであり、道具性は價值的に理解すべきものであるとしても、いわゆる故意ある道具について道具性を認めることに對しては、疑問がある。マイヤーが、故意ある道具以外の『責任を負わない者』について道具性を認めた根據が、その不處罰性にあつたとするならば、この點まで道具性の價值的解釋を擴張することは認されうるかもしれない。しかし、故意ある道具は、『正犯としての責任を負わない者』ではあるが、從犯として處罰される可能性は、依然保有している。従つて、道具性の根據を單なる『不處罰』から『正犯としての不處罰』まで擴張しつつこれに故意ある道具を含ませたマイヤーの見解は、不當な擬制を行つたものといふことができるのではなからうか。<sup>(三二)</sup>

第三に、右のように『正犯としての不處罰』を道具性の根據とする見解に對しては、それが正犯と教唆犯との限界を不明瞭ならしめるといふ非難が當る。同じく他人を犯罪の實現に利用しながら、一方が正犯とされ、他方が共犯とされるゆえんは、道具理論による以上、一に、その他人の惹起する因果の流れが利用者<sup>(三三)</sup>の意のままにあるか否か、従つてその他人の規範意識が利用者<sup>(三四)</sup>の目的達成の障碍たりうるか否かによつて利用行爲の性格に大きな違いを生ずるかである。限縮的正犯概念にいう『自己の手による實行』は、右の判断が消極に解されるその限界までは擴張することができる。構成要件および刑罰擴張原因に記述された『實行』、『教唆』という二つの概念形象は、右の點に相互の限界を付されるものと思う。その限りにおいて、單に『正犯としての不處罰』のみを理由として故意ある道具の道具

性を認め、これの判用を間接正犯とする見解は、右の限界を不明瞭ならしめるものと思う。

以上の理由により、道具理論は、マイヤーの間接正犯を基礎づけるには不十分なものである。道具理論をもつてしては、上述の批判は回避できないのである。構成要件論に立脚しつつ極端從屬形態による共犯の從屬性を認める學説は、道具理論以外に、間接正犯の正犯性を基礎づける理論を案出せねばならないことが明らかになつた。

一方、間接正犯の正犯性を構成要件の解釋という點から基礎づける見解が、その一つの歸結とされている。<sup>(五)</sup>マイヤーも、構成要件論に立脚して間接正犯論を構成する限り、このような見解を主張すべきであつたと思う。しかし、この見解によつても、第一に構成要件解釈の標準をさらに見出さなければならず、そしてそれは困難であらうし、<sup>(六)</sup>第二に故意ある道具の利用をやはり間接正犯として基礎づけなければならぬが、これも困難である。<sup>(七)</sup>他方、共犯の從屬性を極端從屬形態から制限從屬形態ないし最小限從屬形態に移行せしめる方向も可能である。<sup>(八)</sup>これによれば、無責者の利用が間接正犯から除外され、これに伴つて多くの問題は解決されたが、やはり構成要件論がその根底にある限り、故意ある道具の問題は、依然として残る。かくて、次に注目すべきは、限縮的正犯概念自體を打破して間接正犯を巧みに正犯中に解消し盡したいわゆる擴張的正犯論の主張である。

(1) M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899, S. 52. なお、拙稿「間接正犯論序説」、上掲五二五頁參照。

(2) 瀧川幸辰、改訂犯罪論序説、二〇七頁以下、二二三頁以下、瀧川春雄、教唆と間接正犯（昭和二七年）『刑事法講座』三卷四七六頁以下參照。なお、大塚、間接正犯の正犯性（一）、上掲四二頁以下。

- (三) 同趣旨、植田、共犯の基本問題、一六頁以下、大塚、故意ある道具(一)、上掲五七頁。なお、佐伯千仞、刑法總論(昭和一九年)三五頁註一、同、刑法總論(昭和二八年)一八一頁以下、井上、刑法學總則、二二〇頁以下、草野、共犯の獨立性、上掲二八三頁註六五參照。
- (四) 小野清一郎、新訂刑法總則講義、一〇五頁、同、犯罪構成要件の理論、六三頁以下、齋藤、刑法改訂版、五四頁、同、刑法綱要、九五頁。
- (五) 大塚仁、間接正犯の正犯性(二)(昭和三〇年)刑法雜誌五卷三號四二八頁參照。
- (六) 大塚、前掲四三三頁參照。
- (七) 同趣旨、大野、前掲、法學二二卷三號一一四頁以下。
- (八) わが國においては、以前から一種の制限從屬形態を認める學説があつた。例えば、佐伯千仞、共犯規定の發展(昭和九年)法學論叢三一卷二號二五頁以下、同、所謂共犯の制限された從屬形式(昭和九年)法學論叢三一卷五號一頁以下、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、小野清一郎、刑法講義總論(昭和七年)一九一頁、同、新訂刑法講義總論、一九九頁以下。また、最小限從屬形態を認めるのは、吉田常次郎、刑法總則(昭和二三年)一三〇頁。これに反して、ドイツにおいては、一九四三年の改正後、共犯規定の解釋によつて制限從屬形態を認めるものが多くなつた。例えば、Leipziger Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl, 1954, S. 218; Mezger, Strafrecht, ein Studienbuch, 5. Aufl, 1954, S. 211; Welzel, a. a. O. S. 91.