

目的的行為論と間接正犯

—ヴェルツェルを中心として—

西原春夫

一 目的的行為論

一 正犯と共犯との区別について、従来、實質的客觀說、形式的客觀說、主觀說の三說があることは、周知のとおりである。⁽¹⁾ 通常、實質的客觀說は、結果に対する起因力の強弱によつて正犯と共犯とを区別し、形式的客觀說は、構成要件該当性の有無に両者の相違点を認め、主觀說は、自己のためにする意思をもつて行爲したか他人のためにする意思をもつて行爲したかによつて、両者を区別しようとしている。このうち、第一の實質的客觀說は、刑法における因果論的思考方法の後退とともに衰微し、第二の形式的客觀說は、長いあいだ學說を支配していたが、最近ようやく批判を浴びるにいたり、第三の主觀說は、ドイツの實務において珍重され、かつては學說の非難を一身に受けていたが、最近賛同者の増加をみている、というのがこの三說の現状である。私は、従来、形式的客觀說に対して異論を抱いているが、さりとて、在來の實質的客觀說、主觀說ではあき足りず、正犯と共犯との区別の標準、従つて正犯の本

質的メルクマールを何等か他の実質的な概念に求めようとしているものである。そこへ、最近、一つの手がかりが与えられた。一九五六年のドイツ刑法総則草案がこれである。この、二十世紀ドイツ刑法学の結晶とでもいふべき草案は、この点についていかなる態度を示したであろうか。本稿のはじめにあたり、われわれは、まず、これについて若干の考察をめぐらしてみよう。

この草案が正犯と共犯との区別の標準、さらには正犯の本質的メルクマールとして採択したのは『行為支配 (Tatherrschaft)』という概念である。これは、後に解説するように、必ずしもこの草案の創意にかかるものではなく、すでに以前から文献の中に散見された用語であり、しかも、最近、目的的行為論 (finale Handlungslehre) の主張者によつて、共犯論の中心に据えられたものである。むしろ、草案の方が、この学説上次第に熟してきた概念を利用したといつてよい。もつとも、草案も、この『行為支配』の用語を、法文にそのまま用いたわけではない。⁽¹⁾従つて、草案は、別な標準に立つて正犯と共犯とを区別したのだと説くことも、あるいは可能であるかもしれない。しかし、われわれは、少くとも、その理由書の中に、行為支配の概念に対する草案の好意的態度を明確に看取することができるのである。すなわち、理由書は『最近になつて、判例ならびに学説は、客観的共犯論と主観的共犯論との対立を、行為支配という考えによつて超克しようとして試みている。この考えに従えば、故意の所為の正犯者とは、所為の遂行とその経過と共に支配する者であり、共犯者とは、共犯者の行為支配に従属する者である。行為支配には「支配の意欲 (Beherrschen-wollen)」のみならず、「支配の能力 (Beherrschen-können)」もこれに入るので、所為の結果に自己の関心を持つ者が正犯者であるとは限らない。むしろ、正犯に対する根本的な支點となるのは、どの程

度、関与者が出来事の経過そのものを掌中に握つたか、であつて、その際、自身で直接手を下したか、他人と共働したか、または他人を単なる道具として利用した結果、所為の実行と結果とが関与者の意思に決定的に依拠したかは、これを問わない。草案は、このように理解された行為支配という考えに活動の機会を与えている^(四)と。

しからば、草案は、どのようにして行為支配の思想に活動の機会を与えたのであろうか。理由は、まず、教唆犯について、現行法と異なり教唆の手段の例示を廃止したことに関連しつつ、間接正犯との区別を説いて『教唆犯の場合には、行為支配は教唆者のもとにはなく、主たる行為の行為者のもとにある。間接正犯の場合には、これに反し、行為支配は間接正犯者のもとにあり、その道具のもとにはない』^(五)と。また、共同正犯と従犯との区別について『個々の点において、判例ならびに法理論の労作たる行為支配の概念が、共同正犯と従犯との区別に対する有用な支点を提供するであろう。現行法におけると同様、草案に従つても、「幫助する」という概念の意味するのは、他人の所為をすべて故意に支援しかつ促進することであつて、この場合、関与者は、他人の行為支配に服するのである』^(六)と。

さて、理由書にこのように解説された行為支配の標準は、草案の共犯規定にはたして矛盾なくとり入れられたであらうか。この点の検討はひとまず置いて、その前に、われわれは、行為支配の概念の理解をさらに深めておきたいと思う。ところで、上述のように、行為支配の概念は、目的的行為論の主張者によつてその体系的地位を獲得したのであるが、共犯と相対立するものとしての正犯の特徴を示すメルクマールとして、以前からしばしば文献にもあらわれていた。例えば、ブルンスは『行為支配の可能性』という概念をもつて、正犯、すなわち自己の手による実行行為の

範囲を定めるものとし、それは正犯には存するが、教唆犯・従犯には存しないとして^(七)いる。また、わが瀧川博士も、教唆犯と間接正犯とを区別するにあつて、行為支配の可能性が直接であるかどうかに着目しておられる^(八)。しかし、これらの論者は、いずれも構成要件論の立場に立ち、共犯を刑罰拡張原因と解する点では軌を一にしているのであつ^(九)て、それ故、行為支配可能性の概念は、せいぜい、構成要件該当性を判定する一つの標準としての地位しか占めていないと考えられる。また、この概念の持つ機能の分析も、それ以上詳細に行なわれたわけではなく、その把握はきわめて直観的である。従つて、その犯罪論における確固たる位置づけは、やはり、後の目的的行為論の主張者の手になつたということができらるであらう。そこで、われわれは、次に、目的的行為論そのものについて若干の考察をめぐらしたのち、その説く行為支配の概念の検討に入ることしよう。

(一) *Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 440 ff.; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, S. 523 ff.* わが国においては、齊藤金作、共犯理論の研究(昭和二九年)五頁以下、同・共犯判例と共犯立法(昭和三五年)四二頁以下参照。

(二) *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Grossen Strafrechtskommission in erster Lesung, abgeschlossen im Dezember 1956.* その邦訳には、齊藤金作、一九五六年ドイツ刑法総則草案——刑法大委員会第一読会の決議による——(昭和三三年)早稲田大学比較法研究所紀要第三号、その理由書の邦訳として、同紀要第四号、第五号(昭和三四年)がある。なお、一九五六年総則草案の共犯規定は、一九五九年草案にそのまま承継された。後者については、齊藤金作訳、一九五九年ドイツ刑法各則草案(昭和三五年)早稲田大学比較法研究所紀要第一三号付録五頁参照。

(三) 理由書で「『草案は、所為支配の考えを法規に確定するのを思いとどまつた。判例ならびに学説におけるなおいつそうの発展の機先を制しなためである』」と (Begründung S. 36. 齊藤訳、理由書 (上) 一八二頁)。

(四) Begründung S. 36. 齊藤訳、理由書 (上) 一八一頁以下。

(五) Begründung S. 38. 齊藤訳、理由書 (上) 一九〇頁。

(六) Begründung S. 39. 齊藤訳、理由書 (上) 一九一頁。

(七) Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 72ff.

(八) 滝川幸辰、改訂犯罪論序説 (昭和二十七年) 二二二頁。

(九) Bruns, a. a. O. S. 50. 滝川・前掲二〇七頁。

二 目的的行為論については、わが国においても、すでに、多くの解説書があらわれている^(一)。本稿は、もとより目的的行為論そのものを追求する意図に出たものではないから、その理解については、これらの詳細な解説に委ねたいと思う。以下においては、ただ本稿に必要な限度において、またこれに必要な立場からこれを概観するに止める。

目的的行為論の創唱者であり、かつ現在におけるもつとも有力な主張者は、いうまでもなく、ヴェルツェルである^(二)。彼は、すでに一九三五年に『刑法における自然主義と価値哲学 (Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht)』^(三)を著し、そこにおいて、刑法における実証主義思想と価値的目的論的思想とを時代的にも体系的にも一応対比させながら、後者は実は前者の補充理論にすぎないと特徴づけ、これに続く刑法理論は、存在論にもとづく目的的行為論たるべき旨を明らかにしている。彼は、下つて一九三九年に『刑法の体系に関する研究 (Studien zum System des Strafrechts)』と題する論文を発表し、^(四)自己の主張する目的的行為論の全貌を紹介した。

そして、これにもとづいて、翌一九四〇年『ドイツ刑法総則綱要 (Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen)』と題する教科書を上梓するに至った。しかし、この体系がとくに学界の注目を浴びるようになったのは、やはり戦後のことである。その対象となつたのは、右の教科書の第二版『ドイツ刑法綱要 (Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen)』およびヴェルツェル等のいくつかの論文であつて、これらについては、学界の大御所であるメッガーでさえ、教科書の補足的考察という副題のついた論文を發表して、自己の理論と目的的行為論とを対決させるのやむなきに至つて^(七)いる。しかし、ヴェルツェルは、多くの批判を一身に受けて、やがてその理論の重要な部分を変説したが、その後数版にわたつて教科書の改訂を重ね、着々自説の強化を図つて^(八)いる。

ヴェルツェルの理論は、ドイツおよびわが国に多大な影響を及ぼした。まず、ドイツにおいては、ブッシェ、ニーゼ、ガラス、ハイツァー、ハー・マイヤーといった学者によつて、何等かの形で目的的行為論を支持する論文が書かれ、また、マウラッハのように、目的的行為論による犯罪論の体系をもつて大きな教科書をあらわした学者さえ出て^(九)いる。このようにして、ヴェルツェルの理論は、そのままの形で採用されたのではないにしても、その賛成者がいわゆる目的主義者 (Finalist)、あるいは目的主義的行為論 (finalistische Handlungslehre) と称する一グループをなして、学界の一角に地歩を占めるものとなつた。しかし、それ以上に重要なことは、ヴェルツェルの投じた一石が、学界に様々の波紋を画き出し、犯罪論の体系をめぐる論争を激化させ、従来の体系に対してさえ、反省を新たにさせた点にあるのではなからうか。前述のように、メッガーでさえ、自己の理論と目的的行為論との対決に汲々と

し、しかもその見解を徐々に変化させていつた事実には、何としても注目せざるをえない。また、様々の方向から目的的行為論を非難攻撃する論文が書かれ、^(一六) オーストリア、スイス等のドイツ法系の諸国をはじめ、^(一七) その他の国に論争が波及したことも、^(一八) 見逃すことができない。

わが国においても、目的的行為論に対する注目は、すでに戦前に小野博士によつてなされていた。^(一九) しかし、その本格的な研究は、やはり戦後のことに属する。ドイツにおける論争の激化とともに、目的的行為論の紹介が相ついで行なわれ、^(二〇) 多くは批判的な傾向を伴つていたが、やがて、これを全面的に採用する平場教授の教科書があらわれ、^(二一) 部分的な賛成者も、次第に数を増しているのが現状ではなからうか。^(二二) 別な方面からの理論づけも可能ではあるにせよ、例えば故意・過失概念の分析と位置づけにみられる新傾向などについては、目的的行為論の間接的な影響を看過することができない。

さて、それでは、しばらく、目的的行為論、とくにヴェルツェルの主張について、その内容に立ち入つてみようと思う。ヴェルツェルは、人間の行為の本質を目的追及活動として把握し、この点において、人間の行為を自然現象や動物の活動から区別した。自然現象は、因果の流れに対しては盲目的であり、ただ因果の流れに従つて成行くにすぎないが、人間は、因果の流れを見ながら行動する、つまり、人間は、因果的な知識にもとづき、自己の動作がどのように成行くかを予見し、これに従つて種々の目標を置き、この目標に到達すべく自己の動作を計画的に設定していくものである、とする。従つて、ヴェルツェルは、従来の行為論が、行為概念を単に有意的なものとしてとらえ、意思内容は行為概念から分離させていた点を自然主義的な思维方法であるとして排斥し、この意思内容こそが人間の行為

の本質的要素であると説き、意思内容、すなわち、目標を意識し且つ因果的事象を指導する『目的的意思 (Finaler Wille)』を重要な構成要素とする行為概念——目的的行為概念——を犯罪論体系の根底に置いたのであつた。

ヴェルツェルにおける行為概念が従来の行為概念と異なる最大の点は、従来の行為が意思内容を問わぬ『有意性 (Willkürlichkeit)』のみを問題としたのに対し、意思内容を盛つた『目的性 (Finalität)』を本質的な概念要素とした点である。従来の行為論は、人が『何かを意欲した』ことをもつて足るとしたのに対し、ヴェルツェルの行為論は『何を意欲したか』を問題とするのである。このような目的的行為概念が根底に置かれた以上、その上に構築される犯罪論の体系も、従来の体系とは大いに異ならざるをえない。まず、第一の相違点は、故意・過失が違法性の分野で説かれるようになったことである。すなわち、ヴェルツェルは、一方において、違法性の本質を社会倫理違反としてとらえ、人格的な違法論を説いており、また他方、前述のように、違法判断の対象たる行為の概念に行為者の意思内容を含めているのであるから、行為者の意思内容が構成要件該当の結果の実現に向けられたものである場合には、その行為は、違法性を帯びるといわざるをえない。また、構成要件該当の結果に向けられたのでない目的的行為——不故意行為——から、構成要件該当の結果が純因果的に発生した場合でも、その結果を回避すべく命ぜられた目的的操作を伴わなかつたときは、その行為は違法性を帯びる。このようにして、故意行為と過失行為とは、違法判断の段階で区別されたのである。

右に述べたようなヴェルツェルの基本的見解に対しては、もちろん、各方面からきびしい非難が提起されている。また、ヴェルツェルの犯罪論は、その上、さらに、徹底した規範的責任論、特異な不作為犯論などを含んでおり、こ

れに対しても、また、数多くの批判が向けられている。その一々の検討は、もちろん、本稿においてなすべきことではない。それは、一応他日に譲ることとして、本稿は、ふたたび主題にもどり、目的的行為概念の一産物たる目的的行為支配の概念について検討を加えることにしよう。

(一) その代表的なものをあげれば、井上正治、目的行為論の体系上の地位——犯罪論の一つの体系（昭和二八年）法政研究二〇巻二—四号、木村亀二、刑法における目的行為論——その意義と価値（昭和二八年）季刊法律学一四号、同、目的行為論（昭和二八年）法律時報二五巻二号、下村康正、ヴェルツェルの行為論（昭和三二年）法学新報六四巻四号、滝川幸辰、目的的行為概念（昭和三四年）法学新報六六巻五号、内藤謙、目的的行為理論の法思想的考察（昭和三三年）刑法雜誌九巻一号二号、平場安治、刑法における行為概念と行為論の地位（昭和二六年）『小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実(一)』、同、ヴェルツェル（昭和三二年）『刑法入門』、同、目的的行為論の素描（昭和三二年）季刊法律学二四号、福田平、目的的行為論について（昭和二八年）『神戸経済大学創立五十周年記念論文集・法学編』。

(二) 平場安治、ヴェルツェル、上掲参照。

(三) 本書については、すでに、昭和一二年に、小野博士が紹介を試みられた。小野清一郎、刑法に於ける自然主義と価値哲学、法学協会雑誌五五巻四号、『法学評論下』（昭和一四年）に登載。なお、内藤、前掲参照。

(四) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (略称 ZStW) Bd. 58, S. 491 ff.

(五) Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, 2. Aufl., 1952; Ders., Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; Ders., Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, 1956; Juristenzeitung, 11. Jahrg., S. 316 ff.; Busch, Moderne Wandlungen

der Verbrechenlehre, 1949; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951. 44頁 v. Weber, Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929; Ders., Grundriss des Deutschen Strafrechts, 1948.

(六) Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik—Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage, 1950.

(七) なお、彼は、目的的行为論と対決して、その小教科書 Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, ein Studienbuch を再々改訂した。現在は第九版が読まれている。

(八) 過失行為の体系的な地位については、その詳細は、下村、前掲三九頁以下参照。

(九) Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954; 4. Aufl., 1954; 5. Aufl., 1956; 6. Aufl., 1958.

(一〇) Busch, a. a. O.

(一一) Niese, a. a. O.

(一二) Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW Bd. 67 S. 1ff 邦訳とドイツ、齊藤金作、ガラス犯罪論の研究 (昭和三五年) 早稲田大学比較法研究所紀要第一二号。

(一三) Heitzer, Unrechtsbegriff und Schuldbeginn beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1951, Neue Juristische Wochenschrift 4. Jahrg. S. 828f.

(一四) H. Mayer, Wie wurde sich die finalistische Lehre auf den Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken, 1954, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, S. 279ff. 44頁 Ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 44 参照。

(一五) Maurach, a. a. O.

(14) 英訳 English, Der finale Handlungsbegriff, 1944, in Probleme der Strafrechtsrenuerung (Festschrift für Kohlransch) (参照せられたる)° Meurach, a. a. O. S. 124 ; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1957, S. 16 以下(以下) ; Ders., Handlung und Arbeit im Recht, 1950, in Vom Weltbild des Juristen, S. 36 ff. ; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik ; Ders., Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, 1953, Neue Juristische Wochenschrift 6. Jg. S. 2 ff. ; Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, bes. S. 31 ff., 88 ff., 109 ff. ; Mathofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953 ; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, 1954, ZStW. Bd. 66, S. 27 ff.

(15) ノーカント的 Nowakowski, Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945, 1954, Juristische Blätter 76. Jahrg., Nr. 6—7. (その著者 斎藤金作・西原春夫 目的行為論の批判・昭和三〇年・早稲田大学法学部論文集 1・11 頁(以下) 西原春夫) ; Rittler, in Juristische Blätter (Wien), 1955, S. 613 ff. (参照せられたる)° Welzel, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, 1956, Juristenzeitung 11. Jahrg. S. 316 以下(以下)° ケーセル的 Pfenninger, in Schweizerische Juristenzeitung, 1949, S. 357 ff. (参照せられたる)° Schönke-Schröder, a. a. O. S. 18 以下(以下) ; Germann, Welzel : Das neue Bild des Strafrechtssystems (Literaturanzeige), 1951, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 66. Jahrg. S. 487 ff. ; Pioret, La doctrine dite finaliste de l'infraction (finale Handlungslehre), Etude critique, 1956, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 71. Jahrg. S. 385 ff.

(16) Gallo, La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca, 1950 ; Grispiigni, Diritto penale italiano, 1950, II, 299 ff. (以下)° Welzel, Riviste italiana di diritto penale, 1951) ; Santamaria, Prospettive del concetto finalistico di azione, 1955 ; Rodriguez Muñoz, La doctrina de la accion finalista (Anales de la Universidad

de Valencia Bd. 27, 1953/54) (Zitat nach Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 33f. からの引用による)。

(一九) 前段註三参照。

(二〇) 前段註一参照。

(二一) 平場安治、刑法総論講義 (昭和二十七年)。

(二二) その最大のもは、木村亀二、刑法総論 (昭和三四年) であろう。その他、例えば、平野竜一、故意について (昭和二十四年) 法学協会雑誌六七卷三号、四号、同、過失についての覚書 (昭和二十八年) 警察研究二四卷三号、中武靖夫、主観的正犯概念 (昭和二四・二六年) 法学論叢五六卷三・四号、五七卷三号、井上正治、刑法学総則 (昭和二六年)、同、過失犯の構造 (昭和三十三年)、木村亀二、過失犯の構造 (昭和三〇年) 『滝川先生遺曆記念・現代刑法学の課題下』五七九頁以下、同、新刑法読本 (昭和三四年)、藤木英雄、過失犯の考察 (昭和三二年) 法学協会雑誌七四卷一号・三号・四号、福田平、違法性の錯誤 (昭和三五年)。

三 ヴェルツェルは、前述のように、故意行為と過失行為とを違法性の観点から区別した。この帰結の論理的出発点をなすものは、前述のところからも明らかのように、目的的行為概念と倫理的な人格的違法観との二者である。ところで、この二者は、ヴェルツェルにおいて、正犯・共犯の理論についても決定的な影響を及ぼしている。すなわち、彼は、同様に右の二つの根拠から、正犯・共犯の理論を違法性の分野で説き、しかも、故意の不法における過失の不法におけるとでそれぞれ事を区別して論ずるのである。従来の犯罪論が、正犯・共犯の理論を、未遂論、罪数論などと並べて、行為の段階、犯罪の発現形態、刑罰拡張原因等々として論じていたのとは、大いにその趣きを異にすることに注意しなければならない。彼はいう『不法は人格的不法である。いいかえれば、不法にとつては、行為者への

関係ということが本質的である。行為者が不法を特色づけるように、行為者はどのようにして正犯者になるかということは、不法論に属する。正犯論は、不法の人格的な行動中心をなしている。『故意犯の不法と過失犯の不法との間の相違は、とくに正犯論の中に明瞭に反映する。すなわち、過失犯の行為者とは、社会生活に必要な程度の注意を侵害する行為によつて、不故意に構成要件該当の結果を招来するあらゆる者をいう。社会生活に必要な注意を払わない行為によつて不故意に惹起された構成要件該当の結果に対する共同惹起の各程度が、当該過失犯の正犯を基礎づそれ故に、過失犯の領域には、正犯と共犯との間の相違は存しない。何故なら、社会生活に必要な注意を侵害による不故意の結果惹起に対するあらゆる種類の起因が、すでに正犯そのものだからである。』これに反し意犯の場合には、構成要件該当の結果に至る因果的出来事を、目的を意識して操縦することにより結果惹起をする者のみが、正犯者である。出来事の目的的行為支配ということによつて、正犯者は、単なる共犯者から際立つる者である。正犯者が目的活動的に支配する所為を援助するにすぎないか、さもなければこれに対する注意を喚起するのである。故意の構成要件の内部においてのみ、正犯と共犯との区別は存し、ここにおいてのみ、右の区別は必要となるのである。』^(一)

さて、このようなヴェルツェルの正犯概念——目的的正犯概念——にとつて重要な要素は、いうまでもなくみたように、目的的行為支配の概念である。そこで、われわれは、いましばらく、彼自身の言葉から、この概念をたずねてみることにしよう。彼はいう『目的的正犯は、目的的行為支配のもつとも包括的な形式である。正犯者は、自己の決意とその貫徹とを支配し、従つて、目的を意識してその存在と当為とを形成するところの

の「所為を支配する。教唆者と従犯者も、たしかにある種の「行為」支配はもっているが、それは、加功行為に関する支配なのである。所為自体は、もつばら、正犯者の目的支配に服している。従つて、彼等の関与は、他人の所為に対する加功行為にすぎない。教唆者は、たしかに他人の所為を挑発し、従犯者はこれを幫助するが、他人の所為に対する目的的行為支配、つまりその決意とその現実の貫徹に対する支配は、正犯者のみがこれを有するのである^(二)。

ところで、一概に『目的的行為支配』といつても、その内容は、主観的にも、また、客観的にもこれを理解することができる。現に、行為支配の概念を用いて正犯概念の特徴をあらわす学者の中でも、これを比較的主観的に理解するものと、比較的客観的に理解するものとが区別されるのである。この点に関し、ヴェルツェルは、客観的な見解に立つものと思われる^(三)。すなわち、彼は、ランゲの主張に従つて、所為は行為者の『作品 (Werk)^(四)』でなければならぬと説き、所為と行為者との間に『人的紐帯 (persönliches Band)^(五)』がなければならぬことを承認してはいるが、ランゲのように『正犯者意思^(五)』という概念をもつて正犯のもつとも重要な要素たらしめようとすることには反対している。彼はいふ『所為は、実際に客観的に行為者の作品でなければならぬ。所為を「自己のもの」としてなさんとするの意思は、所為が「実際に」正犯者「自身の」作品であることを前提とする。しかれば、その場合、特別な意思つまり「この所為は私自身のものだ」という特別な意識としての右の意思は、まったく無用となる。それ故、「正犯者意思」は、二つの方向において、正犯の標準には用いえない。すなわち、第一に、正犯者意思は、いつ所為が正犯者自身の作品となるかを述べず、第二に、もしそれを特別な正犯者意識として、つまり「しかし私はやはりこの所為の正犯者たろう」という行為者の省察または反省としてとらえようとするとき、それはまったく用をなさない^(六)』と。

そこで、むしろ『決定的なのは、所為が実際に行為者の作品であるという客観的事実である。このような客観的事実は、もちろん、主観的な要素に依存している。すなわち、目的的行為支配というものに。しかし、それは、「単なる」主観的なもの以上のものである。人間というものは、みずから定めた目標に従い、未来（因果の流れ）の形成を合目的に作品となしうるものだという事は、意思実現としての人間行為の特性を形成する単純な事実である。人間が自己の意思目標に従い合目的に実現した形成物は、とくに自己の作品として人間に属する。その場合、この所為が彼^(七)の意思決意の目的意識的な貫徹であるとすれば、つまり、この所為が彼の所為であるとすれば、彼がこの所為を自己のために実現したか他人のために実現したか、自己の利益において実現したか他人の利益において実現したかは、これを問わない。漠然とした正犯者意思というようなものではなく、現実の目的的行為支配が、行為支配の本質的な標準である。この場合、行為支配は、自己の意思決意を目的意識的に貫徹する者に属する』^(七)ということになる。

- (一) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 86f.
- (二) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW. Bd. 58, 1938, S. 539.
- (三) 同趣旨、大塚仁、間接正犯の研究（昭和三三年）一〇〇頁。
- (四) Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 43.
- (五) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 39./40. Aufl., 1950, S. 96.
- (六) Welzel, Studien, S. 542.
- (七) Welzel, Studien, S. 542f.

四 以上のように、行為支配の概念を客観的に考えるヴェルツェルに対して、これを主観的に考えるのは、ベルゲ

ス、ヴェーバーである。まず、ベルゲスであるが、彼は、從來争いの絶えなかつた故意ある道具の問題ととり組み、このような道具を利用する場合を正犯として基礎づける前提として、一種の目的的行為概念を採用し、これを動的行為概念 (dynamischer Handlungsbegriff) と名づけた^(一)。すなわち、『目的に向けられ』『事前に予知し』または少くとも『照準の可能な』行為者の意識が行為概念には必要であり、そのような行為概念こそが、犯罪の刑法的構成要件性の背骨だといふのである^(二)。『もし行為者が自然界の因果を利用するに際してこれを利用する能力がなかつたとしたら、この自然界の因果は、純然たる偶発事故となり、いかにしても、行為者人格には組み入れられなくなる。このことは、——彼により発動されたものであるが、盲目的に進歩したところの——この因果の流れが、それにもかかわらず刑罰法規の特に禁止する挙動態様にあてはまる場合にも、また、いいうるところである。構成要件に該当する態度をとるなどという、個々の構成要件ごとに与えられる命令は、不可避免的に、受命者 (行為者) の立場に立つて、(中略) 彼の具体的認識能力、または、別様に表現すれば、彼の行為支配を斟酌しなければならなくなる』^(三)。彼は、このように説いてのち、右の行為概念がヴェルツェルの説くような存在論的なものであることを認め、^(四) そのような行為概念を中核とする構成要件およびその該当性の概念の中心に行為者の故意を置き、構成要件該当性の客観性を軟化させ、正犯概念にとつて決定的なのは実行活動の『自己設定 (Selbstsetzung)』ではなく、その『自己認識 (Selbstkenntnis)』であるとした。^(五) ところで他方、彼によれば『正犯とは、行為者の支配する非從属的な構成要件の実現であり、教唆犯とは、他人の支配する構成要件の実現に対する加功 (関与) であり、従犯とは、他人の支配し且つ他人のものたる構成要件の実現に対する援助である』と定義されている。^(六) そこで、ここにいう『正犯者の支配する』構成

要件の実現が実行活動の自己設定でなく、その自己認識之根拠とする以上、この『支配』の概念が客観的な現実の支配でないことはいうまでもない。それは、自己の挙動の成行について認識があり、または認識が可能であつた場合に認められるほどの^(七)、きわめて主観的な概念を意味するものようである。

ベルゲスが何故に行為支配の概念をこのように主観的に把握し、且つその上に主観的な正犯論を展開したかといへば、それは、故意ある道具の利用の場合を直接正犯と同等におくためにほかならなかつた。しかし、その意図がはたして成功したかどうかは、後述するように、はなはだ疑問だといわなければならぬ。たしかに、構成要件該当性の形式的な把握をしりぞけ、その純客観性を排斥した点には同調することができる。けれども、その手段が行為支配の概念であつたことに対しては、たやすく賛成することができない。

次は、ヴェーバーであるが、彼は、ヴェルツェルと並び、目的的行為論の創唱者の一人に数えられる者である。しかし、その初期の見解には、まだ行為支配の概念はあらわれておらず、それは、戦後になつて、ようやく登場をみるのである。彼は、まず、正犯論の冒頭において『正犯者とは、所為を自己のものとして実行しようとするものである(animus auctoris)』と述べて、いわゆる主観的共犯論を採用する旨を宣言している。ところが、彼は、そのすぐ後『正犯とは、従つて、行為支配である。それは、故意、すなわち正犯者の決意の中に存する。正犯者は、考えをめぐらし、そして、実行者として自己を表明させる。正犯者は、遂行に出るかどうか、および、どのようにして遂行に出るかを決定する。所為の結果に対する自己の利益とか、自己の手による活動の範囲などは、行為支配意思の微表にしかすぎず、当てにはなりえない。所為を他人の利益のために実行することや、または助力を得て実行することも

可能である』と解説している。以上の文言から推察するに、ヴェーバーは、『自己の利益のため』という意味ではなく、『自己のものとして』という意味での正犯者意思を正犯概念の本質的要素とし、これと行為支配とを表裏の関係において把握したものと解することができよう。従つて、ヴェーバーにおける行為支配の概念もまた、はなはだ主観的な色彩を有するもの、ということが出来る。

ところで、このようなヴェーバーの主張に対しては、主観的共犯論に対すると同様な批判を向けることができるであらう。とくに、それが正犯と共犯との区別の標準とする行為者の意思、つまり正犯者意思 (*animus auctoris*) と共犯者意思 (*animus socii*) の内容は、はなはだ多義的で、あいまいであるのみならず、行為者の意思というようなものでもつて、正犯と共犯という法律上の二形式に相應する社会的な実体が説き尽くせるものではない。しかも、行為支配という本来客観的なものたるべき概念を、正犯と共犯との主観的区別の標準たらしめようという趣旨にも、また、賛成することができない。

- (一) Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung, 1934, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 333, S. 80.
- (二) Berges, a. a. O.
- (三) Berges, a. a. O. S. 83.
- (四) Berges, a. a. O. S. 84f.
- (五) Berges, a. a. O. S. 97f., 44 S. 95.
- (六) Berges, a. a. O. S. 95.

(七) Berges, a. a. O. S. 93.

(八) v. Weber, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 65.

五 以上述べたように、行為支配の概念を主観的に把握する見解は、いずれも不十分であり、行為支配は、やはりその表現の示すように、卒直に客観的なものとして把握すべきものであることが明らかになった。そこで、ヴェルツェルと並び客観的な行為支配を認める学者の見解を、さらに一応概観しておくことにしよう。

まず、マウラツハであるが、彼の定義によれば『正犯者とは、行為支配をもつて構成要件をみずから実現したか、または他人をして自己のために行為させた者をいう。といつても、行為者が結果を設定したかどうかは問題でなく、決定的なのは、正犯者（行為支配）が出来事の経過を手中においた、ということだけである』⁽¹⁾とされる。すなわち『数人が同一の故意犯に協力した場合、加功者のうち誰が正犯者と考えられなければならないか、誰が共犯者と考えられなければならないか、という問題について決定的なのは、行為支配という客観的要素である。行為支配とは、故意の中に含まれているところの、構成要件に該当する出来事の経過を手中におくこと、である。つまり、構成要件を形成していく目的操縦の、行為者に意識された可能性である。行為支配を有するのは、事实上、構成要件の実現を自己の挙動のいかんにより進行させたり、阻止したり、あるいは中断させたりすることのできる状態にあり、且つそれを意識している各協力者である。正犯とは反対に、共犯の各形式は、協力者の行為支配がこの場合には存しない、ということによつて特徴づけられる』⁽²⁾。以上のような文言からも明らかなように、マウラツハの理解する行為支配の概念は、現実的な支配そのもの、あるいは客観的な操縦可能性を意味し、ベルゲス、ヴェーバー等の説く主観的な見解と

はへだたりがある。しかも、彼は、他人を利用する場合、つまり間接正犯の場合に存する行為支配の実体を、『自由な人間を悪化させること (Korruption)』と対比させている。^(三)このような正犯と共犯との実質的区別には、大いに注目すべきものがあるといわなければならない。

さらに客観的な行為支配を説くのは、ガラスである。彼は、目的的行為論の立場から構成要件該当行為を分析した結果、次のようにいう『行為者の採用した手段は、少くとも事態に対する行為者の判断という面からみると、構成要件に該当する結果の招来を彼の作品と考えさせ、その限りに於いて、彼を「所為の支配者」と考えさせるにふさわしいものでなければならぬ。構成要件に該当する行為とこれに基礎をおく正犯とは、従つて、相当思想という方向を向いた評価的考察方法の援けをかりてようやく決定せらるべきものである。このような考察方法は、実質的客観的共犯論にも基礎をおいたものともいえるのであるが、もちろん、決定的な差異はある。すなわち、その共犯論においては、単なる因果の流れの相当性が問題となるに反し、この考察方法においては、目的的动作の実質的意味および客観的重要性を探求することが問題となる点において、差異が存するのである。この場合に用いられる標準は、標語的に、「行為支配」という概念をもつて呼ばれているが、そのためには、この概念の中には客観的要素と主観的要素とが相互に結合しているということ、および、この概念が同時に目的的にして且つ評価的な考察方法から生じたものであるということが意識されていなければならない』^(四)と。このようにして、彼は『正犯と共犯との区別の実質的標準は、行為支配である』^(五)という彼の基本的立場を導き出した。右に引用した所説からうかがい知る限り、ガラスもまた

客観的な行為支配の概念を採用しているのである。しかも、彼の行為支配説の特色は、行為支配の有無という新しい実質的判断を、正犯性Ⅱ構成要件該当性という形式的判断、および従来これを基礎づけていた相当性という実質的因果的判断とに結びつけ、これら相互を表裏の關係においてとらえた点である。もつとも、それについては問題があり、後にこれを考察することとする。

わが国で行為支配説をとられる諸家もまた、ことごとく、客観的な見解を支持しておられるようである。^(六)その詳細は、ここで紹介するまでもないであろう。

(一) Maurach, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1948, S. 127.

(11) Maurach, Deutsches Strafrecht, S. 504.

(三) Maurach, a. a. O. S. 508.

(四) Gallas, Täterschaft und Teilnahme, 1954, Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 128. 以下 Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechts-Kongress in Alben vom 26. September bis 2. Oktober 1957 参照。

(五) Gallas, Täterschaft und Teilnahme, S. 132.

(六) 平場安治、刑法理論学(昭和二五年)二一七頁以下、同、刑法総論講義(昭和二七年)一五〇頁、井上正治、刑法学総則(昭和二六年)二二二頁、中武靖夫、主観的正犯概念(二)(昭和二六年)法学論叢五七卷四号六七頁以下、藤木英雄、現時における正犯および共犯の概念について(昭和三三年)法学協会雑誌七五卷一号七五頁以下参照。

二 目的的行為論と間接正犯

一 目的的行為論は、以上に考察したような目的的行為支配の概念をもつて正犯の本質的なメルクマールと考え、これをもつて正犯と共犯との区別の標準とした。その限りにおいて、目的的行為論は、正犯・共犯の理論に対し、新たな寄与をなしたわけである。しかれば、このような新たな原理に導かれた間接正犯論は、いかなる実りを示したであらうか。やはりヴェルツェルの見解に沿つて、これを考察していくことにしよう。

ヴェルツェルは、以上に考察したような行為支配の概念をもつて一般的正犯者要素とし、あらゆる正犯概念に本質的なものと考へた。これに反して、ある種の構成要件を実現する正犯者に対しては、一定の人格的要素が必要とされるのであつて、ヴェルツェルは、これに特殊的正犯者要素という名称を与え、これをさらに主観的要素と客観的要素とに分類した。前者すなわち主観的人格的正犯者要素は、特別な目的、傾向、志操などを指し、窃盜罪^(第二四)における領得目的、わいせつ罪^(第一七四)におけるわいせつの傾向、自己に従属する者を虐待する罪^(第三)における志操の野蠻さなどがこれに当る。後者すなわち客観的人格的正犯者要素は、行為者の特別な義務的地位を意味し、収賄罪^(第三下条)における公務員、秘密洩泄罪^(第三〇)における医師、弁護士などがこれに含まれる——このように説いているのである。^(一)ところで、ヴェルツェルにおいては、正犯者たるには、一般的正犯者要素と特殊的正犯者要素とも具備していなければならず、もしこれを有する者が有しない第三者を犯罪に誘起した場合には、有しない第三者は、有する者の単なる道具に止まる、とされている。^(二)そこで、この区別に相応して、人が他人の道具となる場合には、二種のも

のがあることになる。第一は、第三者に一般的正犯者要素たる目的的行為支配の存しない場合であり、第二は、第三者に特殊的正犯者要素、つまり主観的違法要素を要求する犯罪にあつてはその主観的要素、身分犯にあつてはその身分的要素が存しない場合である。そして、この分類は、そのまま、間接正犯自体の分類にも通ずる。本稿も、以下、これに従つて、ヴェルツェルにおいて何が間接正犯とされたかを検討していくことにしよう。

(一) まず第一は、構成要件故意なくして行為する第三者を利用する場合である。第三者が過失たると無過失たるとは問わない、としている。もつとも、過失行為を利用する場合に目的的行為支配があるかどうか、そして、そもそもこの場合に間接正犯が成立するかどうかについては、異論もあるが、これは、行為支配説についてのみならず、同様な結論を支持する他のすべての学説にも共通することなので、この点の検討は、別の機会に譲ることにした。

(二) 次は、構成要件該当の結果に関しては認識があるが、自由なく行為する第三者を利用する場合である。次の三場合に区別される。

(1) 第五二条の強制状態^(四)下にある第三者を利用する場合。例えば、甲が懐胎の婦女乙に対し重い脅迫を用いて墮胎手段を施さしめるよう強制した場合には、甲は墮胎罪の間接正犯者であり、乙は道具である。何故なら、乙は、構成要件の実現は認識していたが、強制的圧迫の結果、自己自身の実現意思を持たずに行為したからである。この理論は、第三者に正当防衛、緊急避難を相当とするような急迫状態を出現せしめ、その第三者をして被害者を侵害するに至らしめた背後者にもあてはまる。つまり、ヴェルツェルは、適法行為を利用する間接正犯の成立を認めたわけである。また右の理論は、強制状態下において自損行為、とくに自殺をなさしめた背後者にも適用される。

(2) 幼者または明確に意思を喪失した精神病者を利用する場合。通説は、責任無能力者の利用を一般に間接正犯とするが、ヴェルツェルは、法律上の責任無能力者の中にも現実には自己の意思を完全に展開させることのできるものがあることに着目し、そのような者については目的的行為支配の存在を認め、従つてこれを利用する背後者の行為支配を排斥したのであつた。その場合には、教唆犯または従犯が成立することになる。行為支配の有無が個別的具体的に判定されるべきものとすれば、この結論は、論理的には当を得たものといふことができる。

(3) 違法命令の場合、すなわち、命令の違法性に關しては善意な下官を通して違法な命令を実現させる場合。上官は間接正犯者、下官は道具である。下官は、違法命令を適法と信じたその錯誤が責任を阻却するかどうかに従つて、あるいは従犯者として処罰され、あるいは無罪となる。^(六)

(一) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 87 f.

(二) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, S. 543 f.

(三) 植田重正、目的的行為論と間接正犯論(昭和三〇年)『瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題下』六五三頁以下、なお、

同、共犯の基本問題(昭和二七年)九三頁以下、中義勝、目的的正犯概念について(昭和二八年)関西大学法学論集三卷二号二九頁以下。

(四) 第五二条第一項はいう『抗拒不能の暴力により、または自己自身もしくは親族の身体もしくは生命に対する他の方法をもつては避けることのできない現在の危険と結びついた脅迫によつて、行為者が行為を強いられたときは、可罰的行為は存在しなす』と。

(五) Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, S. 214; M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des

deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 375f.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 328; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 107; Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 429; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1957, S. 218.

(六) 以上の間接正犯の諸場合については、Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 88f.

二 次は、第三者に特殊的人格的正犯者要素が存しない場合である。まず、主観的人格的正犯者要素、つまり、一定の目的、傾向、志操を必要とする犯罪について、これを有しない第三者を通して当該犯罪を実現させた背後者は、間接正犯者とされる。次に、客観的人格的正犯者要素、つまり、一定の身分を必要とする犯罪について、これを有しない第三者を通して当該犯罪を実現させた背後者もまた、間接正犯者とされている。いわゆる『目的なきまたは身分なき故意ある道具 (absichtsloses oder qualifikationsloses doloses Werkzeug)』を利用する場合であつて、その場合の間接正犯の成否については、説が分かれていた。⁽¹⁾ヴェルツェルは、『最近の多数説に従い、これを積極に解したわけである。もつとも、問題となるのは、その理由づけのいかんであるが、それについては、従来あまり見るべきものがなく、むしろ、それをめぐつて間接正犯の理論が紛糾をきわめてきたとさえいつてよい。そこで、新しい正犯論を展開したヴェルツェルによる理由づけをみてみると、遺憾ながら、そこにもまた、明確なものを見出すことができないようである。つまり、故意ある道具を利用した背後者に、間接正犯の典型的な場合に認められるような目的的行為が存するのかが、必ずしも明らかでない。かつて、ヴェルツェルは、このような場合、背後者は目的的行為支配のみならず、包括的 (umfassende) 社会的 (soziale) 行為支配を持つ、として、次のように説いていた。

目的的行為論と間接正犯

『目的的行爲支配が正犯者の一般的条件であるのに反して、二つの人格的正犯者要素は、行爲の特別な社会倫理的意味内容が構成要件該當的にそれらに依存している場合にのみ必要とされる。しかし、そこでは、これら三つの正犯者の条件がすべてそろつた場合にのみ、正犯は成立する。このうちの一つを欠いた者は、必然的に、この所爲の正犯者たるものから排除され、せいぜい行爲した「道具」として他人の社会的行爲支配に配属され、その所爲を実現するにあつてこれを幫助したものととなる。何故なら、正犯にとつては、正犯者が単に機械的にはたらく道具を利用することは必ずしも必要でないからである。正犯者は、他の人間の、一定の範囲において目的活動的な行爲をも、自己の目的活動の中に織りこむことができる。ただし、正犯者が、少くともこの場合——他人とは反対に——全所爲に対する包括的行爲支配を留保していた場合に限る』と。

さて、右の所説のうち、目的的行爲支配を持つた者でも、特別な人格的正犯者要素を持たない場合には正犯者たることをえない、という趣旨には、容易に賛成することができる。しかし、それを越えて、そのような者は正犯者でないからただちに他人の道具となる、という立論には、納得しがたいものがある。故意ある道具の場合は、単に『一定の範囲において』目的活動的な行爲を行なうものではない。立派に、目的的行爲支配を有する者である。一定の範囲において目的活動的な行爲を行なう程度のものならば、なるほど自己の行爲支配内にとり入れることもできよう。しかし、行爲支配を有する他人の行爲を自己の行爲支配内にとり入れることは、この概念を正犯と共犯との区別の標準とする見解にとつては、自殺を意味する^(四)といつて、正犯の本質的要素は目的的行爲支配であるといひながら、突如、故意ある道具の利用の場合になつて社会的包括的行爲支配であるとするのは、体系の脆弱さを示すものといわなければ

ばならない。^(五)後のヴェルツェルは、そこで、その著書の中から、包括的行為支配の概念をとり除いたが、^(六)依然として故意ある道具の利用の場合を間接正犯としており、しかも、何等、従来に代る新しい理由づけを考案したわけでもない。^(七)従つて、ヴェルツェルの行為支配説には、この点に、大いに反省を要すべきものがある、といわなければならぬ。

ヴェルツェルと同じく客観的な行為支配説をとる者のうち、平場教授およびガラスは、やはりヴェルツェルと同じ結論に達している。^(八)主観的な見解に立つヴェーバー、ベルゲスもまた、同様である。^(九)これに反して、同じく客観的な行為支配説の立場に立ちながら、ヴェルツェルと異なつた結論を主張するのは、井上教授、中武教授、およびマウラツハである。まず、井上教授は、一方、身分なき故意ある道具の場合には、行為者は故意を有し従つて規範意識による葛藤がみられるから、これを利用する行為は教唆犯であつて間接正犯ではないとされ、他方、目的なき故意ある道具の場合には、目的がない以上規範意識による葛藤が認められないから、これを利用する行為は間接正犯であるとされる。^(一〇)このような井上教授の結論とは正反対に、身分なき故意ある道具の場合には間接正犯を認め、目的なき故意ある道具の利用の場合には共犯の可能性を認めるのは、中武教授およびマウラツハである。中武教授の理由づけは、必ずしも明らかでないが、^(一一)マウラツハは、目的なき故意ある道具の利用の場合に關し、『背後者が間接正犯なる可能性は、必ずしも絶対的に排斥されるわけではないが、行為支配が具体的に確定されるような場合のみに限るのであつて、行為支配は、主たる行為に完全な犯罪たる性格がなかつたというようなことから引き出されるものではない』^(一二)として、相対的な見解を披擲している。

最後に、故意ある道具の問題と関連して述べなければならぬのは、いわゆる自手犯 (eigenhändiges Delikt) のとり扱いである。ヴェルツェルは、通説と同様に、この場合における間接正犯の成立を否定し、次のように説いている『目的活動的に導かれた結果惹起ではなくて、非難すべき動作そのものを身をもつて行なうことが決定的な不法であるところの犯罪が存する。かような動作そのものは、社会倫理的に不純であり、もしくは非難に値する。それ故、正犯者たりうるのは、かような動作を肉体でもつてなすことのできるものである。ここでは、間接の所為遂行は排除される』^(一四)。そして、ヴェルツェル以外の行為支配説の主張者も、おおむね、同じ結論に達している。^(一五)しかし、この点に關しても、故意ある道具の場合と同様な批判があたる場合があるのであるまいか。

(1) P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, 1927, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 225, S. 59ff. Anm. 22, 大塚仁、間接正犯の研究、一三六頁以下に挙示された文献参照。

(11) 例々々 M. E. Mayer, a. a. O. S. 337; P. Wolf, a. a. O. S. 59; Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, 1929, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 5, S. 309ff.; E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, 1930, in Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 2, S. 126ff.; Mezger, a. a. O. S. 427, 432, Ders., Strafrecht, ein Studienbuch, 7. Aufl., S. 228; Schonke-Schroder, a. a. O. S. 217.

(12) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, S. 543f. 々々 Ders., Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 62

(13) 植田重正、共犯の基本問題、八三頁以下。同、目的々行為論と間接正犯論、六七二頁以下。中、目的的正犯概念について (11) (昭和二九年) 関西大学法学論集四卷一号五二頁以下参照。

(五) 中、前掲参照。

(六) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954 以降、彼の所説から姿を消した。

(七) もともと、ヴェルツェルは、間接正犯における実行の着手時期を、故意ある道具の利用の場合とその他の一般の場合とで区別し『故意ある道具が利用されたときは、未遂犯は、幫助者が所為の実行を開始したときにはじまる。その他の場合には、機械的な道具を利用する場合と同様に、行為者が所為を道具によつて完成させるべく手ばなした時点において、すでに未遂犯ははじまる』とした(Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 167)。この解決策ではあるが、本文に述べたような無理を覆わんとする苦しい手段のほうに見受けられる。

(八) 平場安治、刑法総論講義、一五一頁、Gallas, Täterschaft und Teilnahme, S. 136.

(九) v. Weber, a. a. O. S. 66; Berges, a. a. O. S. 110f.

(一〇) 井上、前掲二二二頁。

(一一) 中武、前掲七二頁。

(一二) Maurach, Deutsches Strafrecht, S. 511.

(一三) 例として Binding, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 236; Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 146; Frank, a. a. O. S. 108f.; Mezger, Lehrbuch, S. 417; H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 309.

(一四) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 92.

(一五) Maurach, a. a. O. S. 209; Gallas, a. a. O. S. 133; v. Weber, a. a. O. S. 67.

三 以上に考察したところから明らかなように、ヴェルツェルの認める間接正犯の範囲は、従来のそれとほとんど

目的的行為論と間接正犯

変りがない。このことは、ヴェルツェルのみならず、行為支配説の主張者のほとんどすべてについていいうるところである。それは、これらの主張が間接正犯の正犯性を行為支配の概念の上に基礎づけたから、というよりは、むしろこれらの主張が、犯罪共同説ないしは共犯従属性説に立脚しているから、といいうるのではなからうか。ただし、従来のドイツの通説は、共同正犯、教唆犯、従犯を定義する規定がそれぞれ正犯者の『可罰的行為 (strafbare Handlung)』を前提としているところから、共犯の成立には正犯の完全な犯罪性、すなわち正犯行為の構成要件該当性、違法性、有責性が必要であるとし、法規はいわゆる極端従属形態による従属性を認めるものであるとしていた。しかるに、一九四三年にドイツ刑法に改正があり、その第五〇条第一項に『数人がある所為に加担した場合、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処罰される』という規定が新設された。そこで、通説は、この文言に従つて、従属形態を極端従属形態から制限従属形態へ移行させ、その上で依然として従来のような共犯従属性を認めているのである。そこで、ひるがえつてヴェルツェルの主張をみると、彼は、共犯の可罰性の根拠を『社会的に耐えがたい、つまり違法な行為への決意を喚起するか、またはその貫徹を促進する』点に認めている。そして、この点から、共犯の可罰性は『正犯者の行為が構成要件に該当し且つ違法であることに依存する』と説くのである。反面、共犯の処罰根拠は、第五〇条第一項の規定からも明らかのように、『正犯者を責任と刑罰に追いやつた』というような点にあるのではないから、共犯者の可罰性は、『正犯者が有責に行爲したことには依存しない』とする。このようにして、彼は、制限従属形態を認めているのである。^(一)

制限従属形態は、現行法の解釈として必ずしも最上であるとは思われないが、もちろん、それ自体は、一つの正し

い見解として通用しうる。しかし、共犯従属性を認めるあらゆる共犯論にとつては、従属の範囲からもれた背後者の行為をいかにとり扱うか、という問題が課せられているのである。すなわち、もしヴェルツェルならびに通説のように制限従属形態を認める以上、構成要件該当性または違法性を欠く中間者を利用した背後者の行為は、共犯の範囲から逸脱するが、その行為は、無罪となるのでなければ、正犯として処罰されるのでなければならぬ。ヴェルツェルは、前述のように、正犯の本質的な要素として目的的行為支配の概念を援用し、その有無をもつて正犯を共犯から区別している。そこで、以上のようにして制限従属形態による従属の範囲からもれた背後者の行為もまた、目的的行為支配を有するものでなければ、これを正犯として処罰することはできない。つまり、制限従属形態によつて劃される範囲と、目的的行為支配によつて劃される範囲との間に間隙が生じてはならないのである。もし間隙が生ずるとすれば、そのいずれかの原理を修正して一方の範囲をあらためるほかはない。このような角度からヴェルツェルの認める間接正犯の範囲を考察してみると、なるほどそれは制限従属形態による従属からもれた背後者の行為は網羅しているといえるが、そのすべてによつて目的的行為支配が認められるかといえば、それは疑問である。次にそれを考察しよう。

問題となるのは、故意ある道具を利用する場合である。^(二)ヴェルツェルをはじめ、行為支配説をとる大部分の学者がこの場合に間接正犯を認めることは、前述のとおりであるが、そのためには、第一の道として、中間者の行為支配を否認しなければならぬ。しかし、その困難なことは、すでに指摘したとおりである。まず、目的なき故意ある道具についてみると、なるほど例えば目的犯において目的を欠く者は、当該犯罪にとつて決定的な要素を欠く者である。し

かし、当該犯罪の外部的要素——結果をも含めて——に対しては認識を持つことができ、従つてこれを実現する因果の流れの支配者たることができる。しからば、彼は、目的的行為支配を有するという^(三)ことにもなるであらう。そして、このような趣旨は、身分なき故意ある道具に対してもそのままではまる。行為支配とは、本来、このような構造を持つものである。行為支配が、もし井上教授のいわれるように『規範意識による葛藤』の有無によつて裏づけられるものとすれば、たしかに、少くとも目的なき故意ある道具については、行為支配が否定されもしよう。しかし、行為支配の有無は、禁止された結果に至る因果の流れを目的的に決定し尽くす (überdeterminieren) ことができるかどうかによつて定まり、規範意識の作用に左右されるものではない。規範意識による葛藤という觀念を正犯と共犯との区別の標準とすることに對しては贅意を表すが、それは行為支配説以外の見解に立つてのことである。

以上により、故意ある道具について行為支配の認められることが明らかになつたが、さらに問題となるのは、故意ある道具の利用の場合に間接正犯を認める第二の道として、行為支配を持つ中間者を利用する背後者に、なお行為支配を認めることが可能か、ということである。ヴェルツェルが、この点について、以前に、包括的社会的行為支配という別個の觀念を定立し、やがてこれを撤回したことは前述のとおりである。しかし、その後、新たな理論構成がなされた様子はない。また、マウラツハの主張にも見るべきものがないし、ガラスの基礎づけも、また、なつとくしが^(四)たい。ところで、もしこれらの学者が考えるように、他人の行為支配も自己の行為支配の中にとり入れられるものとするれば、正犯と共犯との区別はいかにするかという当初の問題が、ふたたび未解決なものになつてしまふ。また、目的的行為論の主張者は、こぞつて、共同正犯における各共同者の可罰性の基礎を相互的な行為支配に求めており、こ^(五)

れを根拠として共謀共同正犯を是認している者もあるが、これも、故意ある道具の問題と同列におかれるものである。これらの場合に行為支配を認めるといふのならば、それは、教唆犯、従犯の場合にも認められることにならなければならぬ^(七)。

行為支配説は、以上考察したように、制限従属形態の帰結として、故意ある道具の利用の場合を共犯から放逐したが、これを目的的行為支配の原理にもとづく正犯概念に迎え入れさせることができない。行為支配説は、かくて、制限従属形態による従属性をより緩和させるか、さもなければ行為支配の原理を修正するかのいずれかを強いられることになつたわけである。

(一) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 97, 99.

(二) その他の疑問点については、植田重正、目的々行為論と間接正犯論参照。

(三) 同趣旨 Schonke-Schröder, a. a. O. S. 217.

(四) ガラスは、故意ある道具の問題は、限縮的正犯概念の信奉者に著しい困難をもたらす、と前置きして (S. 135) この問題を論じて後、結論として『資格または目的を持たない直接行動者は、正犯者として考察されないものであるから、解決は、もっぱら背後者の正犯性の中にある。背後者の正犯性を是認するのは、実際、背後者が出来事全体の中で占める支配的地位である。背後者は、たしかに、直接行動者の一身に対しては正犯者ではない。しかし、右に述べたようである限りにおいて、自己の帶有する資格または目的がその犯罪たる性格を決定するところの全体としての所為に対しては、支配者である。背後者の一身に存するこのような特別な事情がなかつたならば、直接行動者の挙動は刑法上無関係なものになつてしまふであらう。その挙動は、そもそも構成要件の保護する利益には関係を持たないことになつてしまふであらう』と述べている (Gallas, a. a. O.

S. 136)。この表現は、彼自身承認するようである (S. 136 Ann. 47)。ケツラーの優越性説を思わせ、また、ヴェルツェルが以前採用した包括的行為支配を想起させる。従つて、その限りにおいて、目的的行為支配の原理をもつて一貫すべき行為支配説の基礎づけとしては、なつとくしがたいものがある。

(五) Welzel, a. a. O. S. 95; Maurach, a. a. O. S. 528; Gallas, a. a. O. S. 136f., 平場、前掲一五五頁。

(六) Welzel, a. a. O. S. 96; Maurach, a. a. O. S. 528, 平場、前掲一五八頁以下。

(七) 同趣旨、大塚、前掲一一一頁。

四 さて、しからば、目的的行為論にとつては、制限従属形態による共犯の従属性と目的的行為支配とは、どちらがより本質的なのであろうか。いま、ドイツ刑法の共犯規定をたずねてみると、そのいずれについても、明文による規定は存しない。ただ、共犯の従属性については、前述のように、共同正犯、教唆犯、従犯に関する三規定がわずかにこれを推察せしめるにすぎない。しかも、その従属形態については、例の第五〇条第一項が、極端従属形態を認めない旨を規定するに止まり、それが制限従属形態であろうと、最小限従属形態であろうと、さらには別種の従属形態であろうとは、現行法上問題にされていないと考えられる。従つて、現行法の解釈論としては、制限従属形態にやらなければならない理由は見当らない。

ところで、他方、目的的行為論による共犯の可罰根拠は、共犯が『社会的に耐えがたい行為を喚起しまたはこれを促進する』点にある^(二)。この命題は、目的的行為論の倫理的違法論からして是認されるところである。しかし、この『社会的に耐えがたい行為』をヴェルツェルがただちに『構成要件に該当し且つ違法な行為』と特徴づけたことに対しては、検討の余地があるのではなからうか。ヴェルツェル自身の所説によれば、規範は社会生活上耐えがたい

挙動に対する禁令であり、この禁令は構成要件に記述されている、それ故、構成要件は禁止の素材 (Verbotsmaterie) であり、構成要件の実現はただちに持つて規範違反である、ただし、法秩序は、規範のみならず許可命題 (Erlaubnissatz) からも成り立つているから、規範違反の挙動のうち、許可命題に該当しないものだけが違法である、とされている。⁽¹¹⁾ 以上の所説からも明らかになるものではなく、『社会的に耐えがたい行為』であるかどうかは、必ずしも違法の評価を受けてはじめて明らかになるものではなく、その前段階である規範違反の評価——つまり構成要件実現の判断——を経過すればすでに確定されるものといわなければならない。従つて、共犯の可罰根拠として『社会的に耐えがたい行為の喚起または促進』をいう場合、その『社会的に耐えがたい行為』は、構成要件を実現する行為であれば足り、必ずしも違法行為である必要はない。このようにみると、制限従属形態は、ヴェルツェル自身の違法論とも論理必然の関係には立つておらず、むしろ、目的的行為論に対しては、さらに緩和された従属形態の方が望ましいとさえいえるのである。⁽¹²⁾

では、目的的行為支配の方はどうか。私には、この方がより目的的行為論に対して本質的だと考えられる。目的的行為支配を正犯概念の本質的な要素とする理論構成は、目的的行為概念が犯罪論体系の根底におかれたときに、すでに決定されていたといつてよい。すなわち、目的的行為論によつてとらえられる人間の行為は、前述のように、目的的意思、実現意思によつて担われたものであり、その因果の流れは、行為者によつて目的的に決定し尽くされた (überdeterminiert) ものである。⁽¹³⁾ とここで、そのような『目的的行為は、「それ自体で」「絶対的に」考
えられるものではなく、実現意思によつて設定された結果との関係において考えられるものなのである』⁽¹⁴⁾。従つて、

目的的行為は、行為者が因果の流れを目的的に決定し尽くすことのできる成行まで終了するものといわなければならぬ。このような行為論における原理は、当然、正犯論において、目的的行為支配を正犯概念の本質的要素とし、これをもつて正犯と共犯との区別の標準とする思想を展開させるに至るのである。

以上のような考察が正しいとすれば、目的的行為論は、目的的行為支配の概念に充分な活動の余地を与えながら、制限従属形態を捨てて最小限の従属形態による従属性をとり、これにふさわしい間接正犯の範囲を維持すべきではなからうか。すなわち、故意ある道具の利用の場合などの目的的行為支配の認められない場合を間接正犯から放逐し、これを共犯として迎え入れるべきではなからうか。その方が、現在における大部分の目的的行為論の諸説よりも、はるかに論理明快であるといわざるをえない。^(六)

ところで、右の結論は、目的的行為論に則して述べたまでのことで、目的的行為論をはなれて考えるとき、正犯と共犯とを区別する独立した標準として行為支配の概念を用いることに對しては、いささかの躊躇を感じる。行為支配という表現は、法学上の用語として熟していなければならず、はなはだ多義的であつて、種々の内容を推測させる。それは、『支配』というからには、本来、現実の客観的な支配を意味すべきものであるが、支配者の意思内容のいかんによつてその客観的な実体も変化するものであるため、主観的な要素の占める地位もまた大きい。前述のように、同じ行為支配という用語を用いながら、これを主観的に理解する者と客観的に理解する者とに分かれているという事実が、この概念のいかに多義的であるかを物語るであろう。また、中間者の行為支配が否定されて背後者の間接正犯が認められている諸場合を眺めてみても、例えば強制状態(ドイツ刑法第五二条)に陥つた者、違法命令を受けた者

などについて行為支配を否定することが、行為支配本来の実体にふさわしいかどうか、必ずしも疑問がないとはいえない。^(七)さらに、前述のように、行為支配の有無が『規範意識による葛藤』の有無を意味しないことに対して、また不足を覚えるのである。

このような意味において、行為支配を正犯の本質的要素と考える基本思想には、大いに学ぶべきものがあるとしても、これを正犯と共犯との区別の独立の標準とすることに対しては、若干の疑問が残る。ところで、さらに注意しなければならぬのは、最近、正犯性すなわち構成要件該当性と行為支配とを表裏の関係においてとらえ、行為支配をもつて、構成要件該当性という形式的標準の実質をなすものと考える見解が現われたことである。^(八)この種の見解を正しく理解するためには、間接正犯における実行行為の実体が何であるかを再考してみる必要がある。すなわち、擴張的正犯論によるならばいざ知らず、限縮的正犯概念を認め、且つその基礎として構成要件論的立場に立つとき、間接正犯における実行行為すなわち構成要件該当行為は、背後者自身の動作をもつて尽き、中間者の動作は、それから派生する因果の流れとして実行行為から除外されるのが一貫した考え方である。^(九)ところが、他方、行為支配という観点をみると、支配の対象たる『所為(Tat)』は、直接結果を惹起する動作を意味するものであるから、^(一〇)行為支配とは、結果に至る因果の流れ全体に対する支配を意味し、中間者の動作をもその対象に含めたものということができ。すなわち、行為支配説の説く間接正犯における実行行為は、背後者の動作と中間者の動作とを合したものであることになろう。^(一一)このような見解は、しかし、前述のような構成要件論的立場とは相容れない。従つて、構成要件該当性と行為支配とを表裏の関係においてとらえる見解は、表面は構成要件論的立場に属するもののようにみえるが、実

は、すでに従来の構成要件論にもとづく形式的客観説を脱却したものであることに注意しなければならない。^(一三)

(一) Welzel, a. a. O. S. 97.

(二) Welzel, a. a. O. S. 45f.

(三) もつとも、ヴェルツェルが、一方共犯につき正犯者の『故意の』違法行為を前提とし、他方故意を不法の要素としているところから、ヴェルツェルの従属性は制限従属形態でなくてはならないかのようにも見受けられる。しかし、ヴェルツェルは決して故意を違法性の要素として構成しているわけではなく、まずもつて行為の要素として、そして次に構成要件の主観的要素としてとらえているのである (Welzel, a. a. O. S. 59)。従つて、故意の有無は、構成要件該当性の判断を経ればすでに確定され、必ずしも違法評価を経なくてもよいわけである。しからば、この点からも、共犯従属性について制限従属形態をとらねばならぬ必然性はなく、さらに緩和された従属形態も可能だということになる。彼自身が目的的行為論の実利的な帰結の一つは共犯論の妥当な構成だと述べている点 (Welzel, Um die finale Handlungslehre, S. 4) も、目的的行為論がもつとも巧みに制限従属形態に應じうる、という意味ではなくて、極端従属形態を捨てた法規の趣旨には目的的行為論がもつともよく応じうる、という意味に理解すべきであろう。なお、Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949, S. 17ff. 参照。

(四) Welzel, a. a. O. S. 31.

(五) Welzel, a. a. O. S. 30.

(六) このような意味からして、故意ある道具の利用の場合に行為支配を認める学者に対し批判を提起するのは差支えないが、その不満を行為支配の概念そのものに向けることは不当であると思う。

(七) このような場合に行為支配を否定するからには、それは、因果の流れの目的的支配という以上に、『自由』をも意味する

ことになる。とすると、右と同じ標準をもつて、例えば犯人の親族、職務上の下級者、極度の貧困者などについても行為支配が否定されてよいことになるのではなからうか。しかれば、その限界づけは、非常に不明瞭である。

(八) 例えば、ガラスはいう『正犯とは、形式的には構成要件該当行為をなした者をいい、実質的には行為支配を行った者である。この二つの定義は、その際独立して並列するものではなく、実質的な概念規定は、むしろ、形式的なそれに関連せしめられているのである。すなわち、行為支配は、その存在によつて構成要件該当行為を正犯行為として解釈すべき実質的標準である』と (Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechts-Kongress, S. 16)。その他 Gallas, *Taterschaft und Teilnahme*, S. 128f., 藤木、前掲七五頁以下。

(九) これに沿つた考え方をされるのは、大塚、前掲一二六頁。なお、同一一三頁参照。

(一〇) いま、その語の意味を確実に知ることができないが、例えば、共犯者の教唆行為、幫助行為などについて *Tat* の語が用いられず、常に *Handlung* の語が用いられている点から推測される。

(一一) 平場教授の『構成要件該当の行為支配』という用語は、この点をいよいよ明瞭に表現している。

(一二) 私は、間接正犯のあらゆる場合に実行行為を利用者の行為のみにもすることに對し、疑問を抱いている。従つて、被利用者の行為について間接正犯の実行行為を論じなければならぬ場合があるものと考えている。その意味からすれば、このような行為支配の原理は、非常に示唆に豊むものと思う。この点に關しては、拙稿、間接正犯における実行行為(昭和三六年)刑法雑誌一一卷一号所載に詳しい。

(一三) ブルンスや滝川博士の用いられた『行為支配の可能性』という概念(前段八七頁以下参照)ならば、形式的客観説の立場からする構成要件該当性を裏づける標準として使用に耐えるであらう。