

# 間接正犯論序説

西原 春夫

## 一 犯罪論構成方法の變遷

一 犯罪は、刑法に規定された行爲である。あらゆる刑法理論は、あるいはこの命題から出發し、あるいはこの命題に歸着しなければならない。犯罪概念は、いかに任意に構成するとしても、最後の一線において、實定法との關連を強いられる。それは、犯罪概念が、窮極のところ、裁判の場において刑事實體法にもとづいて認定さるべき事實に歸一しなければならぬからである。その理由は、一般に、刑法には罪刑法定主義の原則が支配するからであるときられている。しかし、裁判官による犯罪認定の基準として一定の實定法が存し、犯罪に對する法効果としての刑罰が法規に嚴密に類型化されている以上、法効果の結びつくものとしての犯罪の概念を、實定法と無關係に構成することは許されない。犯罪概念と實定法との結びつきは、罪刑法定主義からは獨立し、論理上罪刑法定主義に先行する一の法理的<sup>(1)</sup>要求にほかならない。

犯罪は刑法に規定された行爲でなければならぬ、という要請をとくに力説したのは、構成要件の理論である。しかし、以上述べたように、この要請はすべての刑法理論に共通なるべきものであるから、犯罪の刑罰法規該當性を認めるのは、ひとり構成要件論の獨占するところではありえない。しからば、構成要件論に特有な役割は何か。それは、この理論發生の當初においては、個人の自由保障の強調という點にあつたと思われる。すなわち、犯罪概念をその出發點から實定法にもとづいて構成することにより、裁判官の專權に屬する犯罪認定に實體法學上の確固たる制限を加え、もつて國家權力から個人の自由を保障しようという點にあつたと思われる。構成要件は、そのはじめ、この役割を果さんがために、純記述的・沒價値的なものとして把握され、裁判官の恣意を極力排除することのできる概念として登場した<sup>(二)</sup>。この立場によるとき、犯罪は、法規に嚴密に規定された構成要件の論理解釋に、きびしく拘束されるものでなければならぬ<sup>(三)</sup>。個人の自由保障を目ざす實體法學上の理論は、必然的に、犯罪論構成上の形式主義、法實證主義に歸着せざるをえなかつた。それはそれで、結論としては、一つの妥當な見解といふことができる。だが、構成要件の概念の中には、本來的に矛盾しあふ二つの機能が存する。裁判官の專斷を排除して個人の自由を確保しようという前述の保障機能と、各犯罪を個別的に類型化する役割を果すことによつて犯罪論の構成に資しようという個別化機能とがこれである<sup>(四)</sup>。そして、構成要件それ自體に備わるこの兩機能の論理的矛盾に悩んだのは、ほかならぬ、構成要件論の創唱者ベーリング (Beling) その人であつた。構成要件論發展の道程は、以後、そのいずれに重點をおくかに従つて、二分されるほかはなかつたのである<sup>(五)</sup>。現實の發展は、後者の道を選んだ。かくて、構成要件論の演ずる役割は、個人の自由保障という當初の政治的目的からはなれていつた。これに反して、構成要件の個別化機能を重視する

立場は、構成要件論をして、わずかに犯罪論構成上の一方法たるの役割を演じさせるに止めてしまったということができぬ。

しかるば、構成要件論に特有な犯罪論の構成方法とは何か。これを探究するには、この理論が発生する以前、およびこの理論の後に主張された諸構成方法を考察し、これと比較対照しながら構成要件論独自の方法を際立てるのが第一道であろう。そして、とくに對比せらるべきは、行為概念を犯罪論の根柢におく、いわゆる行為論の立場である。

(一) 小野清一郎、犯罪構成要件の理論（昭和二八年）二二七頁。

(二) Behng, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 112, 178.

(三) ネーリングによれば、構成要件の内容は法規の文言および『暗黙に了解されたもの (subintelligenda)』によつて知られ (a. O. S. 202) あるいは『生活用語例 (Lebenssprachgebrauch)』すなわちわれわれが「殺人行爲」「奪取行爲」などの言葉を聞き及ぶとき、これに従つてわれわれのうちに生ずるところの表象像 (Vorstellungsbild)』がこれを示す (Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 37)。

(四) 下村康正、ネーリングの構成要件論（昭和二八年）刑法雜誌三卷三號三五二頁、同、構成要件と違法類型（昭和二九年）法學新報六一卷三號七三頁参照。

(五) その方向は、構成要件に主観的および規範的要素を含ませようという、エム・イー・マイヤー、後期のネーリング、グリューンフェルト、メツガー等の學說からうかがうことができる。

二 行為概念を犯罪論の體系中に具體化したのは、ヘーゲル學派の刑法學者たちである、とされている。<sup>(一)</sup>ヘーゲル學派以前のドイツ刑法學においては、犯罪は行為であるという認識は、至極當然のこととして、犯罪論の外におかれていた。犯罪論は、このような行為をして犯罪たらしめる要素は何かという問いに對する答として、形成されていた

のである。従つて、犯罪論の中にとり上げられたのは、犯罪の客観面すなわち所爲面と、主観面すなわち意思面とであつて、ただ兩者を媒介する歸屬性 (Zurechnung) という概念が、はじめは犯罪論の外、刑罰法規論の中で法を適用するに當つて論ぜられ (フォイエルバッハ)、のちに犯罪論の中に導入された (後期のグロールマン) にすぎない。行爲は、いわば犯罪と同意義に用いられたとみることもできる。<sup>(一)</sup>

これに對して、ヘーゲル學派の刑法學者、とくにベルナー (Berner) は、『行爲以外に犯罪について述べられるすべてのものは、主語としての行爲に附加されるところの述語にしかすぎない。行爲の概念は、それ故、犯罪の構成を決定するところの確固たる骨骸であらねばならない』<sup>(三)</sup> という基本的立場を明らかにし、もつて、いわゆる行爲論の創唱者たる地位を確保した。しからば、彼における行爲概念は、いかなるものであつたらうか。彼は、行爲を意欲された出來事として把握し、その要素として、意思および行爲、ならびに兩者の關係の三者を敷え、結果に對し自由意思を有した場合に意思と結果は關係し、後者は前者に歸屬する、と説いた。<sup>(四)</sup>

ところが、結果に對する自由意思の存在が行爲の要素とせられる以上、歸屬性は歸責性と同意義であり、行爲は有責行爲にほかならない。ベルナー自身も、また、行爲と歸責との一致を意圖していたものようである。<sup>(五)</sup> しかるに、第一に、自由意思能力と責任能力とは必ずしも一致しないものであるから、犯罪論における責任能力の地位はいかに把握すればよいのであろうか。第二に、過失行爲は自由意思の所産でないから、いかにしたら過失行爲は行爲として基礎づけられうるのであろうか。行爲論を創唱したヘーゲル學派の刑法理論は、このような難點に逢着して挫折した。<sup>(六)</sup>

ヘーゲル學派の行爲論が挫折したのは、行爲と歸責性とを一致させようという、行爲の價值的な把握がなされたからである。以後の時代において、行爲概念を價值的に無色なものたらしめようという努力がなされたのも、前時代における行爲論の失敗を顧みるとき、そのゆえんを理解することができる。すなわち、その後のドイツ刑法學は、行爲概念から有責性の側面を切りはなし、行爲概念については、まず一般に行爲能力のみを説いて責任能力の有無を行爲にかかわらず、次に意思内容を行爲から捨象して、故意・過失・無過失行爲に共通な概念を想定するという方向をとつた。行爲の内容は、その結果、意思、所爲結果、因果關係という全く無價値な要素に限定され、違法・有責という價値判断は、すべて行爲の要素にあらず、その屬性として、行爲概念から除外されることとなつた。行爲は全刑法體系の出發點、犯罪要素中の最高の概念、爾餘の一切の犯罪要素が形容詞あるいは附加語として結びつくべき名詞としての地位を獲得した。そして、ここに、行爲・違法・責任という、現在における犯罪論の體系が完成されたわけである。われわれは、この時代における行爲論を、その行爲概念の特色にかんがみ、實證主義的あるいは自然主義的行爲論と呼ぶ。その代表的主張者リスト (V. Listz) の見解をみよう。

リストにおける行爲は、『外界における有意的な舉動』を意味した。この場合、行爲が、第一に、意思内容を問わぬものであることは、『有意的な (willkürlich)』と云う言葉が『任意な』、すなわち『何を意欲したのもよ』と云う意味を持つているところからもうかがわれる。これは、リストが、行爲について、純然たる事實概念、すなわち自然科学的認識の對象たりうるような概念を求めた結果、心理學的分析の對象たりえないところの意思 (内容) を行爲から排除せざるをえなかつたからであらう。意思は感覺に知覺しうる程度まで外界に發現しなければならぬものとさ

れた。意思内容に代つて、有意的な行爲と無意識の動作とを分つ標準としては、動機、すなわち意思表示動によつて招來すべき外界の變更に對する、快感を伴つた表象が重視されることとなつた。<sup>(八)</sup> また、リストにおける行爲が、第二に、法的認識・評價を排除したものであることは、彼が、構成要件に該當する行爲、すなわち『各個々の犯罪の構成要件中に用いられ、結果をその中に含んでいるところの動詞』にあてはまる行爲を『實行行爲 (Ausführungshandlung)』として、一般的な行爲概念から區別している點にうかがうことができる。<sup>(九)</sup>

リストの行爲論は、やがて、その中から、ベーリング、ラートブルッフ (Radbruch) 等の行爲論を生み出した。かくて、ドイツ刑法學界に實證主義時代を現出させた功績は、リストに歸せられなければならない。しかし、後年、ラートブルッフがその自然主義的思惟方法を徹底させ、不作爲を行爲概念から放逐するという歸結に到達したとき、すでに實證主義的行爲論は、みづからその發展に終止符を打つたといえるのではなからうか。<sup>(一〇)</sup> 二十世紀の新思潮に棹さす構成要件論の前に、自然科学萬能を唱える十九世紀の實證主義思想は、あえなく後退を續けた。世は、構成要件論の時代となつた。

- (一) Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903, S. 85. なお、平場安治、刑法における行爲概念と行爲論の地位 (昭和二六年)、『小野博士還曆記念・刑事法の理論と現實(一)』四六頁、下村康正、ラートブルッフの行爲論 (昭和三〇年)、『中央大學七十周年記念論文集』一七八頁參照。
- (二) 平場、前掲四三頁以下、下村、前掲一七二頁以下參照。
- (三) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., S. 108 zitiert bei Radbruch, a. a. O. S. 96.
- (四) Berner, a. a. O., 17. Aufl., 1895, S. 67 ff. なお、S. 75 參照。

(五) ヘルナーは、行爲の主觀的側面として責任能力、故意、過失をあげる (a. a. O. S. 73 ff.)。

(六) Radbruch, a. a. O. S. 98, 103, 平場、前掲五二頁以下、下村、前掲一三頁以下参照。

(七) すなわち、ヘーゲル學派後期の學者ビンディング、ツィテルマンおよび實證主義的行爲論を説くリスト、ヘーリング、ラー  
トブルッフ等の學説をさう。

(八) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 118.

(九) v. Liszt, a. a. O. S. 129.

(一〇) Radbruch, a. a. O. S. 131 ff. として後年の彼は、このような實證主義的行爲概念を棄て、『構成要件の實現』を犯罪概念  
構築の出発點とすることによつて、完全な構成要件論者となつた。Frank-Festgabe, I., 1930, S. 158 ff. 及び S. 162 参照。

三 まづ、構成要件論の創唱者といわれるヘーリングの行爲概念を見よう。ところが、意外にも、われわれは、ヘー  
リングの所説の中に、前時代の自然主義的行然概念と何等異つたものを見ないのである。彼は、行爲とは意欲された  
舉動すなわち意思表動であると定義した<sup>(一)</sup>後、『論理的清澄性の法則は、行爲概念が犯罪性を條件つけるところの一切の  
混合物から無關係であることを要求する』<sup>(二)</sup>。『この所爲が「窃盜」、「謀殺」等々であるかどうかという問題を提出する  
前に、いいかえれば、その所爲の意味を検討する前に、すでに、そもそもある「行爲」が存在するかどうかという問  
題は、それだけで完結している。かくして、行爲が存在するかどうかの確定は、行爲が刑法的構成要件のうちの一  
に該當するかどうかという問題や、いわんやそれがどの構成要件に該當するかという問題を顧慮することなく行われ  
ねばならないということが立證された』<sup>(三)</sup>と説き、さらに、『行爲が存在するというためには、行爲者が有意的にある身  
體運動を行い、または筋肉を静止させていたということを確定しさえすればもつて足りる。これに反して、構成要件  
は、行爲について一定の性質を要求するものである。行爲は、構成要件に該當し且つ爾餘の刑法的評價を受けるため

考察されるには、かくかくの性質を有する行爲、すなわち特定の意味を有する行爲であらねばならない。構成要件を媒介としてはじめて、行爲は着色される。行爲は、爾後、殺人行爲、器物損壞行爲等々というようになる<sup>(四)</sup>と述べてる。

ベーリングの見解は、その中から極端な自然主義的行爲概念の主張者たるラートブルフ<sup>(五)</sup>を排出したほどに十九世紀的思想を強く包蔵していると評されているが、それは、彼が、構成要件についてその保障機能を重視する結果、これを客觀的・記述的・没價値的なものとして把握し、一切の評價を違法性、責任の面に譲つたから、必然的に、構成要件のあてはまるべき行爲自體も、無價値、無内容でしかも客觀的なものと考えなければならなかつたからである。この體系は、構成要件概念について變説のあつた後においても、依然として維持されている<sup>(七)</sup>。だが、はたして、自然主義的行爲概念を出発点とするこのような犯罪論の體系は、構成要件論に特有なものといふことができるであらうか。確かに、とくに個人の自由保障という立場、あるいは總論と各論との間の有機的連關という趣旨から構成要件および構成要件該當性という概念の實體法學的意義を強調した點をみれば、構成要件論の創唱者たる地位には、やはり、ベーリングが据えられるべきであらう。しかし、犯罪論の構成方法という點からみた場合には、ベーリングの構成要件論は、まだ不徹底である。體系構築上の特有な理論としての構成要件論は、かくて、ベーリングの次に位する、エム・エー・マイヤー (M. E. Mayer) によつて展開されたと考えるべきであらう。

ベーリングと異り、行爲を可罰的判斷の對象界において論ずることなく、法定構成要件の一要素とすることによつてこれを判斷の世界に包攝し、もつて構成要件論として見事な前進を遂げたのは、エム・エー・マイヤーである。彼



の犯罪論は、構成要件該當性、違法性、歸責可能性という三つの處罰條件の説明から成り立つ。犯罪は、まず、任意の社會的出來事を、刑罰法規に記述された概念的形像にあてはめることによつて生ずる。従つて、この概念的形像すなわち法定構成要件には、具體的な出來事に對應すべき抽象的な出來事の像が存在しなければならぬ。かくて、マイヤーは、『あらゆる法定構成要件の中核は、人間の態度を嚴密に記述することによつて形成されている。人間の態度は、例外なしにというわけではないが、通常、行爲としてあらわれる』<sup>(八)</sup>と。つまり、彼における行爲は、ベールリングにおけるように構成要件の外部にあつてこれに該當すべき裸の行爲ではなく、構成要件の内部にあつて逆に社會的出來事の該當すべき一の觀念的形像である。それは、歴史的社會的一回の出來事そのものではなく、このような生の出來事を抽象化し一般化して出來上つた一の觀念的普遍的形像を意味するものにほかならなかつた。

行爲のこのような把握は、構成要件論という立場からは、確かに前進と思われる。しかし、マイヤーにおける行爲の内容は、決して、各個々の構成要件に類型化された行爲ではなかつた。すなわち、彼は、行爲の構成要素として、意思表示動(身體の運動もしくは靜止)および結果をあげ、これをもつて刑法上の行爲の本質であるとして<sup>(九)</sup>いる。行爲につき、各個々の構成要件に規定された行爲すべてに共通な概念要素をあげている點で、マイヤーは、まだ、いわゆる一般的行爲概念を主張するに止まつていたといえよう。後年、小野博士が、『行爲論を構成要件論に組み入れたM・E・マイエルでも、やはり身體の運動||行爲、身體の靜止||不作爲といふやうな觀念に止まつたのである』<sup>(一〇)</sup>と評されたのも、以上述べたマイヤーの不徹底さからであらうと思う。

(1) Belling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 9.

- (一) Beling, a. a. O. S. 12.
- (二) Beling, a. a. O. S. 12f.
- (三) Beling, a. a. O. S. 144.
- (四) Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903. なお、下村康正、ラートブル  
ンの行爲論、上掲参照。
- (五) 小野清一郎、犯罪構成要件の理論、五二頁。
- (六) Beling, Grundzüge des Strafrechts, II. Aufh., 1930, S. 12 参照。
- (七) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 89.
- (八) M. E. Mayer, a. a. O. S. 101 ff.
- (九) 小野、前掲参照。

四 構成要件概念についてマイヤーの遺産を引き継いだメツガー (Mezger) は、マイヤーとは反對に、ふたたび行爲を構成要件から引きはなした。『行爲、不法、責任』の三者を犯罪概念要素に数えるその體系からも明らかのように、メツガーにおいては、すでに、構成要件は、全犯罪論體系を指導する役割をはたしておらず、その地位には、ふたたび行爲がとつて代つた。『犯罪は行爲である』<sup>(一)</sup>。『行爲には、現行法上、二重の課題と機能とが課せられている。第一に、行爲は、刑法上意味ある出來事を分類するのに役立つ。すなわち、行爲は、刑法の一切の現象に對し最上位に位する統一體として、刑法を適用する場合の外部的限界を劃し、本來刑法の領域に屬さない一切のものを排除することによつてこれに役立つのである。第二に、行爲は、刑法の内部において犯罪を定義するのに役立つ。すなわち、行爲は、一切の爾餘の犯罪要素が形容詞として結びつくための名詞を與えることによつてこれに役立つのである』<sup>(二)</sup>。以上からも明らかのように、彼は、『構成要件に該當する』『違法な』『有責な』というような犯罪要素は、すべて行

爲に附加される形容詞、附加語、いわば行爲の屬性であるとし、これらの形容詞、附加語の結びつくものは、それから獨立し、それらとは無關係な、名詞たる行爲にほかならないとする。かくて、メツガーにおいて、行爲概念は、ふたたび構成要件該當性の判斷に論理的に先行して獲得されるものとなり、いわば裸の行爲概念が主張されることとなつた。

もつとも、メツガーは、いわゆる自然主義的因果的行爲論に立ち歸つたのではない。行爲の本質に關する彼の見解には、若干の變遷も見受けられるが、あるいは價值概念としての<sup>(三)</sup>、あるいは實在的存在論的概念としての<sup>(四)</sup>彼の行爲は、決して、リスト、ベーリング、ラートブルッフ流の自然主義行爲概念にも、また、決して小野博士流の刑法的價値に滿ち滿ちた行爲概念にも歸一することはなかつた。詳細は、ここでは觸れる限りでない。

構成要件概念自體の分析については偉大な功績を残したメツガーも、しかし、犯罪論體系の根底に行爲を用い、構成要件はこれを不法類型として違法判斷の分野に没入せしめてしまつた限りでは、すでに、純然たる構成要件論の主張者といふことはできないのではなからうか。その學説は、まさしく『新』構成要件論にほかならない。<sup>(五)</sup>彼の體系において、因果關係論が——もちろん構成要件該當性と密接な關係を持つてであるが——きわめて重要視されている點を<sup>(六)</sup>みて、彼がいわゆる構成要件の理論を脱却し、しかも古い因果關係論に歸ることなく、新らしい實質的立場を設定してこれに據つたことが推測できる。

ベーリング、マイヤーより出て兩者より徹底的に構成要件論を推進されたわが小野博士は、メツガーとは反對の方向に行爲論を押し戻された。博士は、構成要件を、違法にして且つ有責な行爲の類型と把握された上、次のように説

かれる。『刑法上の行爲は、あくまで構成要件的行爲である。それ故に亦違法にして且つ道義的に責任ある行爲でなければならぬ。違法にして且つ道義的に責任ある行爲は、倫理的に批判される行爲である。否、「行爲」といふとき、すでに倫理的評價、批判を前提としてある。それは本質的に軌範的な概念である。倫理と法とを離れて行爲といふものはない。行爲とは人倫關係において問題となる実践的な事實であり、それは人格における能動的な業である』<sup>(七)</sup>と。

その結果、第一に、小野博士における行爲は、『構成要件の枠内において、その中核的要素として論ぜられなければならぬ。構成要件的評價に關係のない行爲などは、刑法において全く用なきものである』<sup>(八)</sup>ということになり、いわゆる裸の行爲が否認される。第二に、博士における行爲は、『單なる心理的・物理的な過程ではない。人倫的・倫理的な人格の主體的、行動的な過程である。心理的・物理的には無であつても、倫理的・法的には有であり得る』<sup>(九)</sup>。かくて、行爲は價值に満ち満ちたものとして把握され、自然主義的行爲論が却けられる。第三に、博士における行爲は、主観・客観兩側面を含むものと考えられ、その結果、從來責任要素とされていた『犯意』が、構成要件を通して行爲概念中に取り入れられ、いわゆる因果的行爲が排斥される<sup>(一〇)</sup>。行爲に關する以上のような價值的把握は、構成要件論という立場からはきわめて徹底している。それは、構成要件論の一つの極點とみることができらるであらう。

構成要件論について最近擡頭したのは、目的的行爲論 (Anale Handlungstheorie) である。目的的行爲論は、その名も示すように、従來の行爲概念に検討を加えてこれを再構成し、ふたたび行爲概念に全刑法體系の出發點たる地位を與えようとするものである。そして、その行爲概念の特色は、一言にしていえば、意思内容を包含した點に盡きる。しかも、故意・過失といった刑法的評價を加えることなく、存在論的觀點から意思内容一般を行爲概念中に導入した

點に、その時代感覺をみるのである。

しからば、目的的行爲論は、いかにして意思内容を行爲に包攝したか。この理論の代表的主張者たるヴェルツェル (Wetzel) は、『人間の行爲は、目的及活動の遂行である。行爲は、それ故、「目的性 (Finalität)」もしくは合目的性の基礎には、人間として、決して單に盲目的な出來事ではない。行爲の「目的性 (Finalität)」もしくは合目的性の基礎には、人間というものは、自己の因果的知識にもとづいてその活動の可能な成行を一定の範圍にわたつて豫見し、これを中心にして種々の目標をおき、そして自己の活動をこの目標の達成に向けて計畫的に指導することが出来るものだということに横たわつてゐる。』目的性は、因果關係が關與するとどうなるかという成行を一定の範圍にわたつて豫見し、この豫見によつて因果關係の關與を目標達成に向け計畫的に操縦することのできる意思の能力をその基礎としてゐるから、目標を意識し、因果的出來事を指導する意思は目的的行爲のバックボーンにほかならない。(中略)従つて、目的的意思は、外部的出來事を客觀的に構成するものであるから、そしてまたその限りにおいて、それは、主要な因子として行爲に屬する』と。<sup>(一一)</sup>

かくて、意思内容は、何等の價值判斷をも經ずに、存在論的な觀點から、行爲概念に包攝されることとなつた。全刑法體系の出發點に位し、一切の刑法的評價に先行する行爲概念の、目的的な存在構造がここに明らかにされた。犯罪論を指導するものは、前時代に主張された構成要件ないし構成要件該當性という抽象的な概念から、ふたたび行爲という實在的な概念に轉換した。しかも、目的的行爲論は、單に行爲概念について前時代の抽象化を排斥したばかりではない。目的的行爲論は、違法性について、さらに責任について、概念の實質を追及してゐる。それは、結局、こ

の理論が、構成要件論とは全く異つて、『現實の意味に満ちた全體』<sup>(一一)</sup>としての犯罪概念を求めて努力しているからにはかならない。<sup>(一二)</sup>このような基本的立場に立つて、ヴェルツェルは、故意を責任の領域から不法の概念中にとりこみ、故意と過失とを違法性の観点から區別し、正犯・共犯の概念を不法論中で扱い、責任の實體を明らかにし、不作爲を行爲から除外するなど、その當否はさておき、従来の犯罪論體系に對し、革命的な修正をほどこしたのである。<sup>(一四)</sup>この詳細、およびこれに對する批判の検討については、別な機會にこれを讓る。

- (一) Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 89 f.; Strafrecht, ein Studienbuch, 5. Aufl., 1954, S. 38.
- (二) Mezger, Studienbuch, S. 41 f., Ders., Lehrbuch, S. 94 f. を參照。
- (三) Mezger, Lehrbuch, S. 103; Studienbuch, 1-4. Aufl.; Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 12.
- (四) Mezger, Studienbuch, 5. Aufl., S. 43; Leipziger Kommentar, I, 2, II.
- (五) 同趣旨、齊藤金作、共犯理論の研究(昭和二十九年)八九頁、同、刑法總論改訂版(昭和三十一年)七九頁。
- (六) すなわち、メツガーの『法的重要關係説(Relevanztheorie)』は、因果性の問題をマイヤーのように責任論に放逐することなく、また、小野博士のように構成要件の解釋問題に歸せしめることなく、因果關係の存在を一應構成要件の評價以前に確定し(因果説)、この確定した因果關係のうち法的に重要なものを採擇することのみを構成要件の解釋に關係せしめる(責任説)ことによつて、因果性の問題をなき行爲論とせしめる(Lehrbuch, S. 122 ff.; Studienbuch, S. 63 f.)。
- (七) 小野、前掲五四頁。
- (八) 小野、前掲同頁。
- (九) 小野、前掲六二頁。
- (一〇) 小野、前掲五九頁以下。
- (一一) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 28 f.
- (一二) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, 1938, ZStW. Bd. 58, S. 491 參照。

(一三) この點に關しては、平場安治、構成要件理論の再構成(昭和三〇年)『瀧川先生遺曆記念・現代刑法學の課題下』五三五頁以下參照。

(一四) Wezel, Das Deutsche Strafrecht; Um die finale Handlungslehre, 1949, Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949, なお、齊藤、刑法總論改訂版、八四頁以下參照。

五 ドイツにおける犯罪論の歴史は、現在のところ、目的的行爲論をもつて終つてゐる。そこで、以上概説した犯罪論構成方法に關する見解の變遷を、ここに、總括して回顧することによらう。

近代刑法學發生當初における犯罪概念は、任意の社會的事實をあてはめて犯罪となすべき諸要素から成り立つてゐた。犯罪は、裁判官の認識・評價活動をまつてはじめて形成されるものと考えられていた。このことは、フォイエルバッハが、意思と所爲との結合を媒介すべき歸屬性の概念を、犯罪論の中でなく、刑罰適用論において法を適用するに際して援用したところからも明らかである。下つて、ヘーゲル學派の犯罪論は、行爲を犯罪概念の根柢においた點よりすれば、従前に比して、犯罪をより實體に近づけて定義したといふことができる。しかし、一切の刑法的評價の加えらるべき事實が、すでに刑法的評價の一部を擔つてゐるというのでは、混亂が生ずる。行爲と有責任行爲とを同視するこの時代の犯罪論は、かくて、方法的には不徹底であつたといふことができる。

裁判の場における犯罪概念を社會現象の場に移行させ、犯罪を判斷の世界から判斷對象の世界へと引き下すべき努力は、前述のように、實證主義的行爲論によつて徹底された。この時代における刑法學が、犯罪の各概念要素について極力價値判斷を避け、自然科学的經驗的知識にもとづいて認識されるべき事實をこの要素としようと試みたところから、その努力は看取されうる。しかも、實證主義的行爲論は、いわゆる新派刑法學と結びついて、いよいよこの傾

向を深めた。犯罪は、この時代に至つて完全に、社會的な事實として、實體として把握されることとなつた。

しかし、實證主義的行動論は、やがて、構成要件論によつて超刺された。構成要件論は、當時擡頭した新カント學派の思惟方法に立脚し、所與の事實（存在）とこの事實のあてはまるべき型（當爲）とを駭別しながら、刑法の任務を當爲の探求に限定する。それは、『犯罪』それ自體ではなく、『犯罪性』を追及したものともいえようか。従つて、犯罪は、ふたたび觀念の世界、規範的評價の場に引き戻されることとなつた。行爲に代つて、犯罪論を指導するものとしては、構成要件の概念が登場した。構成要件とは、法規に示された行爲の類型である。ところで、類型は事實ではなく、事實のあてはまるべき抽象的觀念的形象にほかならない。従つて、このような類型＝構成要件を犯罪概念の第一要素としようと、類型性＝構成要件該當性をこれにあてようと、ともかく、犯罪は、事實そのものに先行して獲得される觀念的な形象として現れる。<sup>(一)</sup>このような思惟方法——構成要件論は、ただに二十世紀前半のドイツ刑法學を風靡したのみならず、わが國にも強力な影響を及ぼしたのであつた。

刑法における新カント學派的思惟方法に對し、強い批判を提起したのは、前述のとおり、現代の存在論的思想に立脚する目的行動論である。それは、いまだ完成の域に達していない發展途上の理論ではあるが、犯罪をふたたび社會的生の現實として把握しようと努力している點において、一時代を劃する理論といつてよ。<sup>(二)</sup>

犯罪論構成の方法に關する見解の變遷は、おおよそ以上のようなあとをたどつた。われわれは、この中に、犯罪論構成に關する二つの思考方法が盛衰興亡をくりかえしたのを見る。第一は、犯罪を法律現象と解する方法である。すなわち、犯罪概念を構成するのにまず實定法を論理上の出發點とし、任意の社會的事實をあてはめて犯罪となすべき



諸要素の總體としてこれを把握する方法である。この方法によると、犯罪は、裁判の場においてはじめて形成される。裁判官の實定法にもとづく認識・評價活動によつてはじめて、特定の社會的出來事が犯罪となるのである。刑法は、この立場からすれば、行爲規範というよりは、とくに裁判規範として考察され、裁判官をその名宛者とするとみらるべきこととなる。フォイエルバッハ、グロールマンの古典的理論、新カント學派の構成要件論はこの立場に屬する。第二は、犯罪を法律現象とみる前に社會現象として把握する方法である。すなわち、犯罪概念を構成するのに、ひとまず實定法をはなれた社會的事實の分析から出發し、順次これに存する實定法上の犯罪特徴を明らかにすることによつて犯罪概念を實定法に歸着せしめる方法がこれである。この方法によると、犯罪は、裁判とは無關係に存在する。とはいうものの、この立場によるときに、裁判官の判断が必要なことはいうまでもない。しかし、それは、第一の立場による場合のように形成的創設的なものではなく、むしろ、確認的なものと考えらるべきである。刑法は、この立場よりすれば、裁判規範としてではなく、むしろ、行爲規範として、一般人に向けられたものとみらるべきこととならう。この方法を採用するのは、ヘーゲル學派の行爲論、實證主義的行爲論、價値的一般的行爲論、目的的行爲論などである。

わが刑法學界の現状はどうであらうか。やはり、この二つの立場は、大きく對立して、互いに相争つていつてよい。すなわち、一方に行爲論が、<sup>(三)</sup>そして他方に構成要件論が、<sup>(四)</sup>各々その論陣を張つて、互いに相譲らぬ状態である。『裸の行爲か、構成要件行爲か』。わが國現在における體系構築上の争點は、あるいはこの、外見上はきわめて單純な標語に集約されているといつて差支えないかもしれない。

本稿の目的は、犯罪論の構成方法に關する學說の争いを、主として間接正犯の窓を通して考察しようというにある。そして、ここでは、とりあえず、現段階に到達するまでの間接正犯の理論を概観しておこうと思う。

(一) もつとも、後期の構成要件論、すなわち新構成要件論は、同じく新カント學派の哲學に影響されつつも、『刑法における概念の目的論的構成』(シュヴィンゲ)という標語の下に、刑法上の一切の概念の規範化を企て、概念の實質を追及した結果、ふたたび行爲論を支持することになつたとみられる。

(二) 實證主義思想に影響を受けた自然主義的行爲論、新カント哲學に支持された構成要件論、存在論的思惟方法に立脚する目的的行爲論の對比を鮮明にしたのは、Wezel, *Naturalismus und Werphilosophie im Strafrecht*, 1935.

(三) 實證主義的なし價値的一般的行爲論をとるのは、市川秀雄、*刑法總論*(昭和三〇年)六七頁以下、九三頁、植田重正、*刑法要説*(昭和二四年)五三頁以下、草野豹一郎、*刑法要論*(昭和二年)四〇頁以下、齊藤金作、*刑法總論改訂版*(昭和三〇年)六九頁以下、瀧川幸辰、*改訂犯罪論序説*(昭和二七年)一頁以下、瀧川春雄、*刑法總論講義*(昭和二七年)六七頁以下、牧野英一、*刑法總論*(昭和二八年)一五四頁、八木胖、*刑法總論*(昭和二八年)一〇六頁、宮崎澄夫、*刑法總論*(昭和二五年)。なお、江家義男、*刑法總論*(昭和三〇年)八二頁以下は、特殊な一般的行爲論を説かれる。さらに目的的行爲論を探るのは、井上正治、*刑法學總則*(昭和二六年)三三頁以下、平場安治、*刑法總論講義*(昭和二七年)三一頁以下。

(四) ここにいう意味での構成要件論を探るのは、小野清一郎、*新訂刑法講義總論*(昭和二七年)八七頁以下、同、*刑法概論*(昭和二七年)七五頁、北本武男・福田平、*新刑法概説*(昭和二五年)二八頁以下、吉川經夫、*刑法總論*(昭和二九年)三七頁以下、佐伯千仞、*刑法總論*(昭和二八年)四一頁以下、團藤重光、*刑法改訂版*(昭和三〇年)三四頁以下、不破武夫・井上正治、*刑法總論*(昭和三〇年)六〇頁以下。

## 二 因果關係論と間接正犯論

一 さて、以上述べた犯罪論構成方法の變遷は、間接正犯の理論に對し、いかに反映していつたであらうか。(1)

そも、間接正犯は、本來、是非の辨別のない者あるいは犯意のない者を利用して自己の犯罪を實現する點にその特色があり、自然的直觀的把握をもつてすれば、容易にこれを正犯として特徴づけうるものである。半面、間接正犯は、他人を犯罪の實行に利用する點で、共犯とくに教唆犯と外形的に類似している。従つて、間接正犯の法的性格を基礎づける理論は、當然、二つの方向に努力を傾けなければならない。第一は、間接正犯が本來の單獨正犯と法的性格を等しくするものであること(間接正犯の正犯性)の論證、第二は、間接正犯が共犯と異なるものであること(間接正犯の非共犯性)の證明がこれである。

間接正犯の正犯性・非共犯性の論證は、古くは、因果關係論の立場から行われていた。否、この立場こそが、ドイツにおける近代刑法學發生以來の傳統的理論であるといつてよい。ただ、古い時代においては、間接正犯の概念すらが明瞭でなく、その正犯性は直觀的把握の域を出ず、その非共犯性に至つては、ごく形式的、概念的に行われていたにすぎない。間接正犯をめぐる論争が激化したのは、その理論が因果關係論に立脚していた時代の過ぎ去つたあと、構成要件論にその基礎づけが委ねられた時代である。いみじくも、ある最近の學者はいう、『客觀的共犯論と主觀的共犯論とをめぐる有名な論争において、かつて重要な役割を演じたのは、(中略)共同正犯と(中略)從犯との區別であつた。今日では、それは間接正犯と(中略)教唆犯との間の限界づけであり、そこには、決定的な問題が、きわめて明瞭に展開されている』と。(二)

(二) 因果關係論から構成要件論へ、犯罪論の構成方法に關するこの重大な轉換は、外部的には間接正犯の理論づけに大きな影響を與えた。この現象は、何等か内部的な理由をもつていたのであらうか。構成要

件論は、因果關係論から脱却することによつて間接正犯の概念を深化させ、論争を激化させるだけの必然性を持つていたのであろうか。われわれは、この課題に導かれつつ、まず、ここでは、構成要件論擡頭以前のドイツ刑法學における間接正犯論を概観してみようと思ふ。

(一) 間接正犯の正犯性に關するすぐれた學說史的考察としては、大塚仁、間接正犯の正犯性(昭和二八・三〇年) 刑法雜誌四卷二號二二頁以下、五卷三號一〇九頁以下があげられる。

(二) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 29.

二 ドイツにおける近代刑法學は、その出發の當初から、因果的思維方法を犯罪概念構築の基盤としていた。近代刑法學の祖と稱せられる學者は、いふまでもなくフォイエルバッハ(A. R. v. Feuerbach)である。フォイエルバッハは、その著『ドイツ現行普通刑法教科書(Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801)』において、犯罪概念を説明するのに、まずあらゆる犯罪に通ずる一般的要件を説き、ついで『刑罰法規違反の多様性』という一章をもうけ、そこで(イ)『違法行為に對する法規違反の結果の關係』とくに既遂犯、未遂犯などが問題)、(ロ)『法規違反の結果に對する行為者の因果性の多様性』とくに正犯、共犯などが問題)、(ハ)『行為の内部的(心理的)原因の多様性』(とくに故意、過失)の三種を取り扱つてゐる。<sup>(一)</sup>このような説明方法をみるだけでも、フォイエルバッハの客觀的・實質的・因果的思維方法を看取することができよう。すなわち、彼は、客觀的な刑罰法規違反の結果を前提とし、これに對する行為および行為者の因果性を分析することによつて、犯罪概念を明らかにしようとしたのである。

しかし、フォイエルバッハの體系中には、まだ間接正犯の概念は現われてこない。間接正犯の名稱はもちろん、そ

の概念もはたして意識されていたものかどうか、明らかでない。それは、おそらくは、今日いうところの教唆者が、彼においては無形的『起因者 (Urheber)』として把握されていたからであろう。すなわち、彼の思惟方法によれば、直接正犯者、教唆者、主たる補助者の結果に對する起因力は同價値であり、従つて、三者は、等しく起因者にほかならなかつた。それ故、ほかならず起因者の概念に屬すべき間接正犯の場合をそのうちのいずれに屬せしめるかについては、さしたる理論的興味を覺えなかつたからであろう。だが、因果的には同價値であるそれぞれの起因者について、有形的 (直接) および無形的 (間接) という形態の相違を見出した以上、今日いうところの間接正犯が概念上そのいづれに屬するかは、もちろんこれを明らかにしなければならぬ。この必要を示唆したのは、フォイエルバッハの協力者であり、その教科書の訂補者であるミッテルマイヤー (Mittermaier) であつた。

ミッテルマイヤーは、教唆犯の概念を定義したのち、『この概念は、その中に、他人を道具として(この他人が責任無能力である場合もそういえる) 犯罪へと規定する者をも含ましめるか、それとも、正犯者としては犯罪であるような行爲へと他人を規定する者しか含ませないかに従つて、異つて把握される』と説き、今日の間接正犯を教唆犯から區別する見解が成立可能である旨明らかにしている。<sup>(三)</sup>しかし、ミッテルマイヤーにおいても、教唆犯と間接正犯との間の因果的區別までは意識されていなかつたようである。それは、彼が、フォイエルバッハと同じく、教唆犯を(無形的) 起因者として把握していたからにほかならない。それはともかく、フォイエルバッハ<sup>(二)</sup>ミッテルマイヤーは、一定の結果に向けられた一切の先行事實中に、當該結果を惹起する力すなわち起因力の有無および差異を認めるのであるが、この見解は、當然、客觀的共犯論に歸着する。何故なら、起因力の有無および差異は、因果關係に對する容

観的な判断から生ずるものだからである。かくて、ドイツ刑法學における共犯論は、右兩者の客觀的見解をもつてはじまつたといふことができる。

しかし、この客觀的共犯論は、やがて、ヘーゲル學派の主觀的共犯論によつて克服されてしまつた。<sup>(四)</sup>そして、主觀的共犯論は、ブーリー(v. Büli)の詳細な學理的基礎づけを經、帝國裁判所の判例に支持されつつ、いよいよその基礎を固めたのである。いうまでもなく、主觀的共犯論は、因果關係論における條件説に立脚する。従つて、正犯と共犯とは、因果的には同價値であるから、兩者の區別は、因果的差異以外のところに求めるほかはない。かくて、この理論は、兩者の區別點を、行爲者の主觀のうちに求めたのであつた。<sup>(五)</sup>間接正犯の正犯性は、この理論によつても、依然として、因果的立場から論證されたことになる。ただ非共犯性については、主觀的立場からその基礎づけがなされている點で、この理論による間接正犯論は、特有な性格を持つ。

ところが、やがて、十九世紀の末葉、主觀的共犯論に對して、客觀的共犯論の立場から強力な批判を提起したのは、ビルクマイヤー(Birkmeyer)である。ビルクマイヤーは、まず、主觀的共犯論の根底にある條件説を非難し、現行法が結果に對する諸條件のうちに單純な條件と當該結果を發生せしめる原因とを區別していることを論證して、みずからは有力條件説をとり、また、ブーリーのいわゆるアニムス公式が體系上徹底しえないことを證明して、現行法の認める正犯と教唆犯・從犯との區別は結果に對する起因力の客觀的相違にもとづくものであることを主張し、ここに、因果關係論に基礎を置く客觀的共犯論を樹立したのであつた。<sup>(六)</sup>従つて、彼によれば、第三者の動作を仲介として犯罪を實現した者は、その動作に結果に對する起因力の認められる限り正犯者、單に條件を置いたにすぎないと認め

られる限り教唆者という客觀的區別が説かれることとなる。その區別は、仲介者が自由なる自己決定を留保していたかどうかに従つてなされる。<sup>(七)</sup>『人の意思が現實に非自由である限り、その非自由者に對して精神的影響を加ふるにより、彼には<sup>(八)</sup>外なる、或る意思決定の實行のため彼を手段及び道具として利用すべき可能性が生じる。無形的に影響する者は、自由ならざる人及びその身體的動作をあたかも動物のそれのごとく利用しえて、結局、彼によつて惹起せしめうる』<sup>(八)</sup>。このように説く。

原因説を主張する學者としては、上述のビルクマイヤーのほか、<sup>(九)</sup>「*Binding*」オルトマン(Ortman)、『*Kohler*』<sup>(11)</sup>「*Emmer*」<sup>(11)</sup>などが数えられてゐる。ところへ、その當否はさておき、一旦因果的立場から共犯論・間接正犯論を構成する場合には、原因説によるのが理論的にはもつとも徹底しているといえるであらう。何故なら、第一に、條件説によるときは、共犯・間接正犯の處罰の第一次的根據は、これを因果的立場から基礎づけることはできても、兩者の法的性格の相違は、異なる立場から基礎づけられなければならないからである。また、

第二に、後年抬頭した相當因果關係説によるときは、因果關係の存否は證明されても、事實に存する起因力の相違は基礎づけられない。従つて、共犯と間接正犯を因果的に區別するには適さないからである。これに反して、原因説によるときは、因果關係の存否のみならず、起因力の差異も明らかにされるから、共犯および間接正犯の因果的基礎づけはもちろんで、兩者の因果的相違の論證も可能だからである。

原因説は、因果關係論のうち、もつとも徹底した立場である。原因説は正犯と共犯とを因果的立場から基礎づけ、そして兩者の差異を因果的に立證する。ところで、正犯(間接正犯を含む)とは、形式的には、構成要件的行爲すな

わち實行行爲を行ふ者である。この實行行爲すなわち正犯行爲と、実行行爲にあらざる共犯行爲との相違を因果的に基礎づける原因説は、結局、構成要件的行爲を、第一次的に因果的構造を持つものとして把握する立場にほかならない。それは、まさしく、犯罪を因果的法則に支配された實體そのものとみる、かの自然主義的刑法理論に歸着する。従つて、それは、上述の犯罪論構成方法につき、犯罪を社會的現象として把握する立場に屬する。

原因説は、このような性格を持つ。それは、自然主義的實證的思想に支配された十九世紀ドイツ刑法學の一つの典型である。あたかも象徴的にこれを物語るかのように、原因説は、世紀末に至つてはば完全に結晶した。一八九九年に發表されたエム・エー・マイヤーの力作『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)』がこれである。われわれは、この中に、精緻をきわめた原因説の主張をみるこゝがべきである。否、むしろ、それは、構成要件論にとつて代られる以前の因果的思想の、最後の主張であつたとみて差支えないかもしれない。われわれは、そこで、項をあらためて、その主張の展開をみることにしよう。

- (一) Feuerbach-Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847 46。
- (二) Feuerbach-Mittermaier, a. a. O. S. 87 Note 1.
- (三) 同書の十三版では、この思想はまだ現れてゐない。従つて、ヒッペルによれば、『ここに、教唆犯の概念から今日のいわゆる間接正犯を分離するところ、私の見る限りでは從來存在しなかつた努力が登場した』(v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 445 Anm. 5)。間接起凶者 (mittelbarer Urheber) とする名稱は、すでに一八〇五年、シュテーネンによつて用ゐられた (Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des ersten, besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechts, 1805, S. 94 ff.)。しかし、これと直接起凶者との差異が、現在のように仲介者を



通したか否かという點ではなく、直接的結果を惹起したか否かという點に認められたため、それは現在の間接正犯とは異なる、非常に廣い概念であつた。下つて、一八二八年に、彼は間接正犯(mittelbare Täterschaft)の名稱をはじめて用ゐたことである。しかし、これも、教唆犯を含んだ概念であつたものよりである(Ders., Die Lehre von der Teilnahme, 1828, 4の語に關し)。Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 225, 1927, S.15 Anm. 8; 草野豹一郎、刑法改正上の重要問題・昭和十五年・二五七頁、大塚、前掲四卷二號、二五五頁註(1)。

(四) v. Hippel, a. a. O. S. 445. ケーセル學派の主觀的共犯論については、v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860 (齊藤金作譯、ノーリー主觀的共犯論・昭和二十九年・『共犯理論の研究』二〇七頁以下)の頁頭參照。

(五) 齊藤金作、共犯理論の研究、五頁以下參照。

(六) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890 (齊藤金作譯、ビルクマイヤー客觀的共犯論、『共犯理論の研究』三四三頁以下)。なお、齊藤、前掲五八頁以下參照。

(七) Birkmeyer, a. a. O. S. 122 f., 116 ff. (齊藤譯五〇二頁以下、四九四頁以下)。

(八) Birkmeyer, a. a. O. S. 118. (齊藤譯四九七頁)。

(九) Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1907, S. 149 ff.

(一〇) Ortman, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, 1876, Goldammer's Archiv, Bd. 24, S. 99.

(一一) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I., 1890, S. 83.

(一二) Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1929, S. 80 ff. 齊藤金作、刑法總論改訂版(昭和三〇年)一〇六頁以下。なお、原因説をとるその他の學者の見解については、Traeger, a. a. O. S. 105 ff. 參照。

三、マイヤーが前掲の論文『刑法における行為と結果との間の因果關係』において追及した問題は、次のような彼の言葉の中に要約されている。すなわち、人間の意思表動は、結果に對して、いつ次のような起因的因果關係に立つのであろうか。すなわち、刑法が因果關係を認め、そしてそれ故結果をこの人間の所爲であるとし、結果をその

人間に歸屬せしめるそのような因果の關係に、いつ立つのであろうか』と。彼によれば、これこそが刑法における因果關係理論の正しい問題提起の仕方であるとされている。<sup>(一)</sup>しかし、このような問題解決のためには、まず、やはり、從來の原因説の主張のように、因果關係の種類を確定しなければならぬであらう。われわれは、すすんで、この點に關するマイヤーの所説をみよう。

彼は、次のように説く。<sup>(三)</sup>結果とは、外界における『變更(Veränderung)』、すなわち、別のようになつたこと(Anders-Geworden-Sein)である。あらゆる變更は、それを生じさせる一つの變更を前提とする。靜から動は生じない。従つて、ある結果の諸前提中には、動的な前提、すなわち變更が存在しないわけではないのである。變更は、靜的な『状態(Zustand)』と對比して、動的な『事件(Ereignis)』と特徴づけられる。兩者は、結果に對しともに因果的であつて、後者のみについて因果關係を認めることは誤りである。しかし、事件は、状態とは別様に因果的たりうる。従つて、それは、状態から客觀的に際立つことができる。すなわち、状態は、それからは何の効果も生じてこないようなものである。これに反して『變更は、新しい變更を生むことができる、すなわち、變更自體の力からこれを生じさせることができる。このようにして成立した効果は、その性質上、當然、状態中に宿つてゐる力によつても條件づけられており、その意味では、状態から生じたのだともいえる。もつとも、状態がそもそも効力を有しうるには、事件が必要である。しかし、逆に、事件が生起するには、状態は必ずしも必要でない。變更は、これを喚起する變更がありさえすればよい。それ故、われわれは、次のようにいうことができる。すなわち、一の變更(効果)が生ずるためには、ただ變更が必要であり、またそれをもつて足る。發生せる効果がどのようであるかは、これを生ぜし

めた事件のいかんにもより、また、過程の進行した場たる状態のいかんにもよる』と。

かくて、マイヤーもまた、一種の原因説を主張していたとすることができる。(四)つまり、彼は、一方において『變更』を個別原因(Einzelursache)すなわち、狭義の原因と解し、他方において『状態』を、『結果を自己の力で生起せしめるものではなく、狭義の原因がその下において効果を作出するところの前提条件』とし、兩者の客觀的相違を認め、兩者を峻別して理解したのであつた。(五)

なお、マイヤーの因果關係論については、条件と原因とをこのような觀點から區別したと並んで、さらに二つの獨創的な見解が披擲されていることに注意しなければならない。第一は、条件をさらに法上重要な条件と重要な条件とに二分し、結果に對し世代の關係に立つ条件をもつて法上重要な条件、つまり狭義の原因と並んで正犯を基礎づけることのできる条件とみたことであり、第二は、条件と原因の互かに因果關係の一種として『誘起(Verranlassung)』の概念を認めたことである。

第一の點に關し、彼はいう、『各条件は、結果に對して因果の關係に立つばかりでなく、この条件と共々に先行事實の複合體をなす諸原因とも因果の關係に立つ。このような關係は因果的性質のものたりうるが、必ずしもそうである必要はない。もしそれが因果的性質のものとなれば、それは、結果の条件が同時に狭義における原因の条件であるという點に存しうる。結果の条件が同時に結果の原因であることは排斥される。何故なら、それは、同時に *conditio causati* であり *causa causae causati* ではないからである。もしそれが結果の個別条件の個別条件であるとすれば、それは、卒直に、結果の個別条件でもある。それ故、結果の条件と結果の原因とが因果の關係に立つ

とすれば、これは、條件關係以外の何物でもない。若干複雑なこのような關係に簡潔な表現を與えるため、私は、このような條件と個別原因とは因果的に世代の關係 (Generation) に立つと説く。『世代の關係という概念をこのような意味で用いることの正しさは、條件と原因とは結果を共々に産み出すものだという事、すなわち兩者は結果の両親であり、その両親はさらに當該結果の祖父母にあたる両親を有しているのだということを思い浮かべれば、そこから導かれてくる』<sup>(六)</sup>。

以上がマイヤーの『世代の關係』概念である。彼はこの概念を使用し、結果の原因に對して世代の關係に立つ條件は、もちろん原因ではなく、従つて因果的には第二次的從屬的資格を持つものではあるけれども、結果の原因と同様に<sup>(七)</sup>、やはり法の顧慮するもの、刑法上重要なもの、結果を惹起するもの、客觀的歸責を基礎づけ正犯性を基礎づけるものであると説いた。<sup>(八)</sup> いかなる條件が結果の原因に對して世代の關係に立つか。マイヤーは、これに三種を認めている。第一は因果的 (causal) な關係であつて、結果の條件が同時に狹義の原因の條件である場合、<sup>(九)</sup> 第二は目的論的 (teleologisch) な關係であつて、條件が、存在する力として目的達成のために原因に奉仕する場合、<sup>(一〇)</sup> 第三は潜在的 (potentiell) な關係であつて、條件が、素質として狹義における原因の結果作成力を包含する場合がこれである。<sup>(一一)</sup> 逆に、條件の設定が結果の原因に對して世代の關係に立たない場合とは、條件が、作用を及ぼすはずになつてゐる物體を、作用する力すなわち原因に時間的場所的に引き渡す (ausliefern) という意味しか持つてゐない場合がこれである。<sup>(一二)</sup> と説くのである。

次に、第二の點に關し、彼は『誘起』の概念の内容についてゐる。第一は原因の原因、第二は出來事の發生が原因

だけでは充分説明しきれないような場合、この原因が發効するのに有利な諸條件の總體、第二は加害物の側にある誘發的條件、がこれに當る。そして、結果の誘起と惹起との相違は、惹起されるものが効果(Wirkung)、誘起されるものが發効(Wirksamwerden)である點に存するところ<sup>(一四)</sup>。

- (一) M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899, S. 19.
- (二) M. E. Mayer, a. a. O. S. 12, 19.
- (三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 26-30.
- (四) 有力條件説および相當因果關係説に對する批判としては、M. E. Mayer, a. a. O. S. 23 參照。
- (五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 30 f.
- (六) M. E. Mayer, a. a. O. S. 21 ff.
- (七) M. E. Mayer, a. a. O. S. 23.
- (八) M. E. Mayer, a. a. O. S. 26.
- (九) 例えば、甲が乙をライオンの中のとじこめた場合。
- (一〇) 例えば、甲が乙を沈没中の船にしばらくつけた場合。
- (一一) 例えば、甲が倉庫の中に燈火を倒れそうな恰好で残しておいた場合。
- (一二) M. E. Mayer, a. a. O. S. 83 f.
- (一三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 84.
- (一四) M. E. Mayer, a. a. O. S. 35-38.

四 以上は、因果關係の一般的な理論である。マイヤーは、これを共犯論に適用し、以上のような因果關係の種類を共犯の各形式にあてはめ、もつて因果關係論にもとづく共犯論を完成した。すなわち、マイヤーによれば、正犯は

結果の惹起、つまり個別原因の設定、あるいは原因に對して世代の關係に立つ條件の設定にはかならず、これに反して、教唆犯は結果の誘起であり、<sup>(一)</sup>從犯は結果の原因に對し起因的關係に立たない單なる條件の設定とされたのである。<sup>(二)</sup>かくして、正犯と共犯との間の因果的區別が徹底された。正犯としての間接正犯は、從つて、右の正犯の因果的特徴を有し、右の共犯の因果的特徴から區別されさえすれば、少くとも形式論理的には理論づけられたこととなる。

彼はいう、結果の原因は、責任能力者の自由にして且つ故意の行爲である必要はない。責任無能力者の行爲であっても、原因たるに充分である。このような原因に對して條件がおかれた場合、この條件をおいた者の責任問題を検討することに、やはり意義がある。何故なら、その者は、『他人の力の有効性 (Wirksamkeit) を可能にすること、いかえれば結果を他人の力を適して招來すること以外の何事をもなしたのでないからである。』結果が單に自己の身體的舉動によつて招來されたか、それとも自然力、道具もしくは動物を利用することによつて招來されたかは、いかなる區別もなきない(リスト)。かくして、利用されたものが(中略)たとい——責任無能力の——人間であつた場合でも、われわれは、ここに、間接正犯と名づけうるある種の惹起を考へることとなる。——もしわれわれが、すでに立てた概念を利用して差支えないとしたら——間接正犯が成立するのは、條件と原因とが世代の關係をなし、原因が責任能力者の自由にして且つ故意の舉動としてあらわれない場合である。これは、條件が刑法學者にとつて重要なものたらねばならない一場合である』と。<sup>(三)</sup>これによつて、正犯としての間接正犯の因果的構造は明らかとなつた。<sup>(四)</sup>

そこで、次に論證さるべきは、共犯とくに教唆犯と間接正犯との因果的區別である。前述のように、因果的にみると、教唆犯は結果の誘起であり、間接正犯は結果の原因と世代の關係に立つ條件の設定、すなわち一種の惹起にほか

ならない。従つて、教唆犯と間接正犯との區別は、この因果關係の種類の相違に歸着する。論理的な面については、前段で誘起と惹起との相違につき觸れたところを参照すれば、もつて足りるのであろう。實際的な面については、この因果關係の種類が、社會道徳の認める教唆犯と間接正犯との區別に一致するかどうか、必ずしも疑いが無いわけではない。しかし、ここでは、詳論は避けよう。

ともあれ、マイヤーの世代關係説よりする間接正犯の理論づけは、以上をもつて明らかである。これ以上詳細な敘述は、ほとんど彼の著書の中には見出すことができない。否、むしろ、間接正犯の問題性自體が、因果關係論の中には含まれていないといえるのではなからうか。前段に考察したように、因果關係論は、犯罪を社會的事實、しかも因果的出來事そのものとみる見解に屬する。因果的出來事としての犯罪は、この點に關する限り、價值的な評價を排斥し、純因果的に判定されることを要求する。従つて、間接正犯論としては、被利用者の利用による結果惹起がほかならず因果的性質を共犯と異にし、正犯と等しくすることを論證しさえすればよい。従つて、間接正犯の範圍も、因果的觀點以外の夾雜物にわずらわされないと意味において、單純である。すなわち、この立場からは、間接正犯の範圍は、故意なき者または責任無能力者を利用した場合のみに限られることとならう。マイヤー自身も、間接正犯の範圍に關し、『ただ、責任無能力者であるかもししくは不自由に行爲する人間を行爲者が利用した場合だけを論ずることとは、完全に正しい』と述べている。(五)この所説は、後年彼がみずから因果關係論を放棄し、構成要件論を採用するに至つた際、間接正犯についてこれ以上の様々の場合を加えた點と對比するとき、非常に興味深いものがある。われわれは、マイヤーのこの興味ある變説を中心にして考察を進めようと思う。

- (一) M. E. Mayer, a. a. O. S. 118f.
- (二) M. E. Mayer, a. a. O. S. 112.
- (三) M. E. Mayer, a. a. O. S. 64f.
- (四) 大塚助教授は、『原因説の立場からする理論づけもまた不徹底である。ここでは、(中略)間接正犯者が果してかような原因を與えたかどうかについては、殆ど理論的な説明はなされていまいといつてよい』。『被利用者の惹起行爲を超えて背後者に原因力を認めるためには、より積極的な理論に俊たねばならぬ』と評しておられるが(刑法雜誌・昭和二八年・四卷二號三三二頁)、マイヤーの所説に關する限り、早急な結論のように思われる。
- (五) M. E. Mayer, a. a. O. S. 52.