



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	過失同時犯の正犯性 (3)
Author(s)	内田, 文昭; UCHIDA, F.
Citation	法學會論集, 11(3), 91-125
Issue Date	1961-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17069
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(3)_p91-125.pdf



過失同時犯の正犯性 (三)

内田文昭

目次

- 序 問題の所在
- 第一章 因果関係論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判
 - 第一節 条件説による基礎づけとその批判
 - 第二節 原因説による基礎づけとその批判(以上本誌一一卷一号)
 - 第三節 因果関係中断論による基礎づけとその批判
 - 第四節 相当因果関係説による基礎づけとその批判(以上本誌一一卷二号)
- 第二章 構成要件論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判
 - 第一節 限縮的正犯論による基礎づけとその批判
 - 第二節 拡張的正犯論による基礎づけとその批判(以上本号)
 - 第三節 目的的行為論による基礎づけ——二元的正犯論——とその批判
- 第三章 過失同時犯の正犯性
- 第四章 過失共同正犯と過失同時犯

第二章 構成要件論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判

因果関係は、行為そのものに対する刑法的評価の基準になるものではない。相当因果関係の判断といえども、結果に至る過程に重点を置いて、行為と結果との間の法的に重要なつながりを確定せんとするにとどまる。

第一章においては、以上があきらかにされたといつてよい。ところが、第一章では、さらに、過失同時犯の正犯性は因果関係によつては基礎づけられ得ないことが示された。正犯性は、行為そのものの性質に着目してはじめて確定されるべきものであるから、というのがその究極の根拠であつた。ただ、その場合、われわれは、正犯とは行為そのものの性質に基づいてのみ確定されるべきである、という点を、一応あきらかにされたものとして、前提にしていた。そして、この前提は、第二章において、改めて究明されるものであることを約束しておいた。

さて、正犯とは行為自体の性質が共犯と相違するものであるとの命題は、一面において、簡単に説明され得るが、他面、困難な問題を包蔵している。刑法六一・六二条、ドイツ刑法四八・四九条を眺めれば、直に明白であるように、教唆犯・幫助犯とは、正犯を教唆しあるいは支援した者である。これだけでは、正犯とはなにかという問題に対する積極的な答は導かれないが、すくなくとも、正犯というものを前提にして、これと行為の性質が異なるものとして共犯が考えられている、という点だけは明確であるといえよう。従つて、右の命題は、かような消極的な次元では容易に説明され得るわけである。第一章において、しばしば「正犯」「共犯」の概念を援用したが、その場合の「正犯」「共犯」は、多く、このような意味で理解しておけばたりる。しかし、正犯とはなにかという問題を改めて検討し、共

犯との実質的差異を究明するために、その性質決定を試みようとするならば、問題は容易には解決されない。なぜか。われわれは、つぎの点を意識する必要がある。元来、正犯一般というものは存在しない。個別的な犯罪の正犯すなわち殺人罪・窃盗罪の正犯が問題になるのみである。しかして、殺人罪の正犯とは、刑法一九九条の構成要件の解釈によつて決せられるものである。⁽²⁾ところで、一九九条の構成要件は、「人ヲ殺シタ」行為、殺されたという結果、および両者の間の因果関係(相当因果関係といつてよいであらう)を内容として定立せられているといえるが、その場合、「人ヲ殺シタ」行為のうちに、実行行為と称せられている行為だけでなく、人殺しの誘致・支援にとどまる行為も包含される可能性がある。⁽³⁾従つて、もし構成要件が、このような性質のものであるとするならば、一方で、正犯と共犯とを誘致行為・支援行為とは異なつた実体をもつた行為か、誘致・支援にとどまる行為か、という角度で区別したとしても、他方、誘致・支援と違つた実体をもつた行為とはいかなるものなのか、という問題を尋ねて、指導標たる構成要件に問題解決の手掛りを求めようとするとき、われわれは、右の区別のもつ意味が極めて弱くなつてしまうことに気付くわけである。正犯とは行為自体の性質が共犯と相違するものである、との命題をあきらかにしようとするときに直面する、むずかしさの原因がここに潜んでいる。

かくして、われわれは、単に、正犯行為と共犯行為とは相違するものである、ということを示すだけで、満足してはならないことがあきらかになつた。構成要件の解釈論を展開しなければならぬわけである。われわれが、因果関係論について、構成要件論による過失同時犯の正犯性の基礎づけを考察しようとするゆえんがここにある。構成要件とはいかなる性質の行為を予想して定立せられたものなのか、を問うことが中心課題となる。⁽⁴⁾しかして、われわれは、ここで、限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立に逢着する。

- (1) P. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme (Strafrechtliche Untersuchungen, 1957) S. 76 A. 106 は、逆に共犯を決定してから正犯を導くとして、第二義的正犯概念を唱えている。これに対しては、W. Gallas, Täterschaft und Teilnahme (Materialien zur Strafrechtsreform, I, 1954) S. 131 f., 132 A. 37; ders. Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht (Deutsche Beiträge, 1957) S. 3 Auch Vgl. H. Mayer, Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft (Rittler-Festschrift, 1957) S. 244, 244 A. 6.
- (2) この点については、現在、争いが無いといつてもよい——Vgl. E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 30, 249 f., 398, 454 f.; ders. Methodik der Gesetzgebung, S. 105; ders. Grundzüge, 11 A. S. 24 ff.; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S.402 f.; A. Wegner, Strafrecht, S. 101, 251 f.; H. Mayer, Strafrecht, S. 299 ff.; ders. Rittler-Festschrift, S. 244 ff. 小野・構成要件の理論九九頁以下、二四一頁、二六八頁以下、田藤・刑法綱要二八〇頁以下。さらに、木村・刑法総論二三四―三五頁、三八五―八六頁。ボッケルマンも例外ではない——P. Bockelmann, a. a. O. S. 31 ff., 109 ff. (Moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme).
- (3) E. Beling, Methodik, S. 95 f. なお、発生した結果の強弱・多寡によつて、正犯と共犯を区別することも不可能ではない。しかしこれは、現行法の建前ではないといえよう。Dazu Vgl. H. Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 52 ff.
- (4) L. Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre (ZStrW. 49) S. 39 ff. が、はじめて、構成要件を限縮的に解釈する見解→限縮的正犯論、構成要件を拡張的に解釈する見解→拡張的正犯論の対立を分析したとされるが、二つの正犯論の対立の萌芽は、すでにベーリング(前註⁽⁵⁾)にみられるのである。

第一節 限縮的正犯論による基礎づけとその批判

第一款 限縮的正犯論の基礎

一 周知のように、構成要件は型的性質をもつ⁽¹⁾行為の型、結果の型、および前者を結ぶ因果関係の型が考えられる⁽²⁾ところで、この場合、構成要件が予定している行為の型としては、つぎの二つの型が可能である。すなわち、た

たとえば刑法一九九条の構成要件についていえば、第一は、裁判官が、その行為者に対し、自ら刃物をふるい、自ら銃の引金を引き、あるいは自ら毒薬を飲ませて人を殺した、という判断を下し得る行為の型である。第二は、かような行為にでた者に刃物・銃を貸し、あるいは、未だ殺人の決意をしていない者にその決意をうえつけるなどして、殺人行為に関与はしたが、自ら殺人を行なつたものではない、という判断を下し得る行為の型である。構成要件は第一の型を予定している、と考える態度が、限縮的正犯論を導く。⁽³⁾

二 ベーリングはいう。なにをもつて「人殺し」というべきかが問題になる場合、答は二つしかない。「自己あるいは他人の他の種類の挙動を表象にくみ入れることなしにも『殺人』という特徴的な意味をもつ挙動」すなわち、日常われわれが「人殺し」といえば直に表象することができるような「生活用語例に一致した挙動」であると答えるか、「殺人に、なんらかの形で寄与した挙動」であると答えるかである。しかし、第二の答をとつた場合には、予備と未遂の明確な区別が失われ、共犯の未遂は未遂一般となつてしまい、過失的共犯は過失の正犯とせられ、身分犯は非身分者によつても行なわれることになつてしまふ、と。かくして、ベーリングは、第一の答をもつて正當なりとする。

そもそも、ベーリングによれば、未遂に対する関係では「完成した犯罪」、共犯に対する関係では「直接自己の犯罪」が規制せられるように、合目的的に、犯罪類型―「自立的・直接的・独立的犯罪類型」―を定立することが、立法者の第一の関心事であらねばならなかつたのである。⁽⁴⁾ だからこそ、犯罪類型の外部的輪郭づけとして把握されたベーリング初期の構成要件も、犯罪類型の諸要素を整理し、統一する思想的形相・指導形相として理解されたベーリング後期の構成要件も、ともに既遂の単独的行為を予定して定立せられたものとして、とらえられているわけである。⁽⁵⁾ 彼が、構成要件の可能な二つの型のうち、第一の型を選んだ積極的な理由を、ここに見出すことができる。^{(第二の型を否定する根拠として挙げられた諸点も、構}

説 成要件を右のようなものとして理解する。
態度を前提にはじめて意味をもつ。

論

同様の思想は、M・E・マイアーの構成要件の理論からも看取される。マイアーはいう。「もし、各則が、個々の構成要件に、特徴的なメルクマールと並んで、さらに、当該犯罪にとつて特徴的でない一般的なメルクマールをもとり入れることがあるとすれば、すなわち、たとえば、詐欺を限界づけるに当つて、欺罔行為のほかに欺罔行為の幫助をもとり入れることがあるとすれば、それは無用なわざである。このような操作は無器用であり、従つて技術的にも欠陥があるばかりでなく、相異なつた法定刑を定める際の邪魔にもなる。」⁽⁷⁾マイアーのこのような提言の根柢には、ペーリングにおけると同様、「一人の行為者による一個の法律的構成要件の完全な実現が、論理的見地において、ノルマールプアールである」という思想が潜んでいる⁽⁸⁾。(尤も、周知のように、マイアーは、構成要件に型的性質を認めることを否認している。しかし、その理して定立されたものとして理解せられてゐる点、右に紹介した通りである。本稿では、) (由はあきらかではない。さらに、マイアーの立場からも、構成要件が、独立した完全な犯罪行為を予定マイアーの型的性質否定論にたち入る余裕もないし、またその必要もないであろう。) ツインマール、ウェーグナー、ドーナ、リットラー、小野博士、滝川博士が明確にペーリング、マイアーの思想を継受してゐる。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

- (1) 木村・構成要件と型概念(法学一二巻) 五号一頁以下、六号二五頁以下、 莊子・構成要件(法学セミナー一九五六年六月号) 二七頁以下。
- (2) 木村・刑法に於ける因果関係否定論(刑法解釈の諸問題一卷) 一七六頁、木村・刑法における因果関係の理論(法律時報三二巻一二号) 八頁。但し、教授は、行為の定型性については懐疑的である。本稿『北法一一巻二号一〇八一頁。
- (3) しかし、木村教授、植田教授は、構成要件が予定する型をこのように狭い範囲の行為と考えずに、限縮的正犯論に接近した正犯論を展開しておられる。詳細後出一一四頁註(1) 一二三頁、一二四頁註(7)。
- (4) E. Beling, Methodik, S. 95 f.; ders. Lehre vom Verbrechen, S. 455 f. Dagegen R. Lange, Der moderne Täterbegriff, S. 20 f.
- (5) E. Beling, Grundzüge II A. S. 22 ff., 54 ff. Auch ders. L. v. V. S. 245 ff., 263 ff., 287 ff., 396 ff., 416 ff., 421, 455 f.

- (9) E. Beling, L. v. V. S. 24, 110, 112, 245 ff., 263 ff. usw.; ders. Grundzüge II A. S. 24 ff., 29 ff., 54 ff.
- (7) M. E. Mayer, Allg. T. S. 341 f.
- (8) M. E. Mayer, a. a. O. S. 342, auch vgl. S. 18, 341, 375, 387.
- (6) M. E. Mayer, a. a. O. S. 4 A. 4. の点と、木村・法学二巻五号五頁、小野・構成要件の理論二〇七頁以下。なお、木村・諸問題一卷一七三—四頁は「マイヤーが」原則としては「いかなる意思活動も構成要件に該当するものである。法に於ては、いかにして結果が発生したかは重大ではなく、結果が発生したということだけが重大なのである。」としてゐる点(M. E. Mayer)を捉えて、これを構成要件の拡張解釈なりとせられる。しかし、マイヤーは、人殺しは射殺・刺殺・絞殺・毒殺等その方法のいかんを問はず可能だということだけである。射殺を支援した者、刺殺を奨めた者も人殺しだということではない。この意味で、わたくしは、マイヤーをハーリングと同列に扱つたのである。
- (5) L. Zimmerl, ZStrW. 49, S. 45 f.; aber ders. Vom Sinn der Teilnahmevorschriften (ZStrW. 52) S. 166 ff. insbes. S. 169 ff.; A. Wegner, Reform, S. 102 f., 107; ders. Strafrecht, S. 219 f., 234 ff.; G. zu Dohna, Aufbau, S. 55, 59; Th. Rittler, Lehrbuch, S. 249 ff., 270 ff.; 小野・前掲書一三頁、一一〇頁、二四—頁、二六—八頁以下、滝川・犯罪論序説三〇〇頁。
- (4) H. Bahr, Restriktiver und extensiver Täterbegriff (Str. Abh. 331, 1933) S. 19 f.; 佐伯・二の正犯概念(法学論叢三三卷)七—四三頁、植田・共犯の基本問題三〇—三頁は、限縮的正犯論が従来自覚的に展開されたものではなく、暗黙の前提とされてきたにすぎないとする。しかし、本文で指摘したハーリングやM. E. マイヤーの見解は、なぜに構成要件が限縮的に解釈されなければならないかにつき、積極的な根拠を呈示せんとしているのではあるまいか。

第二款 限縮的正犯論と過失同時犯の正犯性

一 右に眺めたように、限縮的正犯論は、構成要件が既遂の単独犯を予定して定立されているという思想を、その根柢におく。そして、共犯との関係で問題となる正犯とは、この単独犯に該当する場合であると考える。従つて、正犯と共犯とを区別する契機は、自ら構成要件を実現したといえるかどうか(実行行為といわれる行為を行つたかどうか)という判断にある、とされる。従つてまた、当然に、過失同時犯が、各則の過失犯の構成要件の下で、正犯として罰せられるた

めには、このように自ら構成要件を実現したという判断が下されることを要する⁽³⁾（限縮的正犯論の主流をなす形式的「客観説」⁽⁴⁾に
たつ学者の多くが、過失同時犯の正犯性を基礎づけるに当つて、右のような原則から離れていつた点は、既に述べた通りである。しかし、ペ
ーリング、マイアーは原則に忠実である。これは、因果関係と構成要件との関係につき、正当な意識に於て示すものであるといえよう⁽⁵⁾）。

この態度は、本章冒頭の問題点に関し、積極的に、正犯性をあきらかにせんとして到達した一つの結論を示すものである、と評価してよいであろう。しかし、この判断を得るための実質的基準、つまり、自ら構成要件を実現したといえる場合といえない場合の限界をなかに求めるべきか、という点では、問題がある。

二 右の点に関するペーリングの見解を眺めよう。ペーリングは、自ら構成要件を実現したという判断の基準に、先程紹介した生活用語例の観念をおく⁽³⁾。日常、われわれが、殺人行為・窃盗行為ときくとき、われわれの心の中に生起する表象像（生活用語例）に合致した行為をなす者が正犯とされるのである⁽⁴⁾（ペーリングにおいて、すでに生活用語例は、「殺人行為」と「殺人行為に關与する行為」との區別を知つてゐる。しかも、「殺人行為」が、殺人罪の構成要件を表現する行為・殺人の正犯行為なのである⁽⁵⁾）。従つて、ペーリングにおける過失同時正犯は、生活用語例という表象像に一致して、「過失的に人を殺した」「過失的に人を傷害した」等といえる場合に成立することになる。「人殺し」に「過失的に關与した」だけでは、故意殺・過失殺の正犯に対する過失的共犯（不可罰）が成立するにすぎない⁽⁶⁾。同様の態度は、ツインマール、ドーナに明確に認められる⁽⁷⁾。

これに対して、M・E・マイアーは、より形式的な基準を選ぶ。さきに紹介したように、マイアーは、一人の行為者による一個の構成要件の完全な実現、すなわち既遂の単独犯をもつて犯罪の原則型と考へ、構成要件自体かような見地において定立されている、とする。マイアーにおいて、この原則型からはずれる行為は、本来、犯罪たり得ないのである⁽⁸⁾。しかし、法は未遂・共犯を罰している。かくして、マイアーは、未遂・共犯を罰するために、「各個の犯罪の特徴的要素に、その概念的範圍を超越する効力を与えることによつて、ある挙動の構成要件該当性を基礎づける事由」

すなわち処罰擴張事由を認めた⁽¹⁾。このようなマイアアの基本的態度から理解されるように、彼は、「構成要件に属する行為」が正犯であり、「処罰擴張事由によつてはじめてカバーされる行為」が共犯である、と極めて形式的に規定するのである⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。そして、もし、さらに実質的な基準を援用したいというのなら、「正犯とは法益を侵害するものであり、従犯とはこの侵害を準備するか、あるいは、確実にするものである」となすべきであろう、と考える⁽¹³⁾。従つてまた、過失同時正犯も、各共働者が、過失的に「完全な法律の構成要件を充たす」場合にのみ成立する、と規定せられるだけであつて、それ以上の実質的基準は求められていないのである⁽¹⁴⁾。

- (1) Vgl. E. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 249 ff., 397, 422 f. usw.; ders. Grundzüge 11 A. S. 33, 64 usw.; M. E. Mayer, Allg. T. S. 352, 402.
- (2) Insbes. M. E. Mayer, a. a. O. S. 384 f.
- (3) E. Beling, L. v. V. S. 245 ff. insbes. S. 250 f.; ders. Methodik, S. 94 ff.; ders. Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre (GS. 101) S. 12; ders. 11 A. S. 36 f.
- (4) Insbes. E. Beling, L. v. V. S. 250 f.; ders. 11 A. S. 35 ff.
- (5) E. Beling, Methodik, S. 95; ders. GS. 101, S. 12; ders. 11 A. S. 27. 37. Vgl. R. Hergt, Lehre von der Teilnahme, S. 160; A. Wegner, Strafrecht, S. 8 f., 251 f. なお、生活用語例が構成要件の動詞を規定するという感類は、ヒルクマイアアの見解にも窺えたところである。本稿—北法—二巻一号五七頁。
- (6) Vgl. E. Beling, L. v. V. S. 294, 459; ders. Methodik, S. 95, 101; ders. GS. 101, S. 12.
- (7) L. Zimmerl, ZStrW. 49, S. 45 ff.; G. zu Dohna, Aufbau, S. 59, 62. Auch vgl. Hoegel, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz (ZStrW. 37) S. 834 f.
- (8) この点は、マイアアの犯罪論を貫く基本的態度として承認されよう——M. E. Mayer, a. a. O. S. 3, 4, 18, 341 f., 343. 本文に紹介したマイアアの態度は、ベリングが本来の構成要件・構成要件の中核・狭い構成要件に関連させて、修正された構成要件・

構成要件の周辺・広い構成要件なる概念を考えた (E. Beling, L. v. V. S. 246ff.; 396ff., 408, 421) のに比し、論理的に徹底している」といえる。尤も、マイアー自身、「広い構成要件」なる言葉を使つてはなから——M. E. Mayer, a. a. O. S. 387. など、小野・構成要件の理論二〇七八頁、二五三頁。

(9) ここで、マイアーが、「共犯は徹頭徹尾実定法の所産である」としてゐる点を顧みる必要があらう——M. E. Mayer, a. a. O. S. 388. これに反し、ベリングは、独立した犯罪類型と未遂・共犯の非独立的犯罪類型とを、マイアーに比し、より密着させて理解しようとす。——E. Beling, L. v. V. S. 246 ff. usw.; ders. Methodik, S. 94, 96 ff.; ders. II A. S. 27, 54 ff. 前註(8)の指摘をみられたベリングの未遂・共犯の体系的位置づけに關する苦心の跡も、この点に關連するものと思われる。

- (10) M. E. Mayer, a. a. O. S. 341.
- (11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 402 f., auch S. 387.
- (12) 正犯と共犯とを、かように形式的・抽象的基準に従つて區別することに伴う必然的難点につき、マイアーは、'包摂という操作に' *gemäß* の困難を述べるとする、と答へつゝ——M. E. Mayer, a. a. O. S. 403.
- (13) M. E. Mayer, a. a. O. S. 403.
- (14) M. E. Mayer, a. a. O. S. 384, 384 A. 11, 382 A. 6.

三 さて、正犯性を基礎づけるための基準として掲げられたベリングの生活用語例は、その後の学説から激しく批判されることになつた。非難的的は、生活用語例という觀念の曖昧さ不確実さに向けられているといつてよい。この批判は、過失同時犯の問題についても、正鵠を射ているように思われる。勿論、スピード違反運転をして人を轢死させた場合とか、弾丸が入つていないと軽信して、銃を暴発させ、人を死に致した場合には、これらの行為を目して、われわれが過失致死ときけば、すぐに思い浮べるような表象像に一致した行為となすことができよう。このような場合には、生活用語例は、構成要件実現の有無の判断基準として、有効であるといえよう。

しかし、【例八】のAの行為(弾丸の入つたピストルをオーバーのポケットに入れたまま、そのオーバーを荷物預所に預けた行為)、【例九】のAの行為(ブドウ糖とみまちがわれるように) スベルカイン液を調合した行為を判

断する場合に、生活用語例を基準とすることは、果して有効適切であろうか。かような場合のAの行為が、「自己あるいは他人の他の種類の拳動を表象にくみ入れることなしにも『殺人』という特徴的な意味をもつ拳動」といえないこととはあきらかであろう。なぜかならば、Aの行為だけでは、人の死という結果は発生し得ないであろうから。この意味では、Aの行為は、生活用語例の過失致死行為という表象像に一致する行為ではない。しかしながら、その行為の危険性・結果惹起の可能性を強調しつつ、生活用語例の過失致死行為という表象像との対照を試みるとき、Aの行為について、過失致死行為を一概に否定しさせることも、できないように思われるのである。⁽²⁾

このことは、生活用語例という表象像自体が、厳格な輪郭づけに親しまないものであることを、示しているのではなかるうか。限界線上の場合に、自ら構成要件を実現したといえるかどうかの判断基準として、生活用語例をひきあいに加することは有効でない、といえよう。小野博士が指摘せられるように、ペーリングの「⁽³⁾実際生活の直観に即した考え方に正しいものがある」ことはいうまでもないが、われわれは、さらに一步を進めて、より厳格・明確な判断基準を追求しなければならぬ。⁽⁴⁾

四 それではM・E・マイアーの見解はどうであろうか。

既述の単独犯を予定した構成要件に該当する行為が正犯であり、処罰拡張事由によつてはじめてその処罰の基礎を獲得する行為が共犯である、というのは限縮的正犯論の基本的態度である。この点、マイアーの理解は正しい。しかし、問題は、いかなる実質的基準をもつて、構成要件に該当する行為と処罰拡張事由に該当する行為との区別を画するか、にある。ところが、マイアーには実質的基準はなかつたといつてよい。強いてあげれば、法益を侵害する行為か、その侵害に関与する行為か、という基準はある。しかし、ここにもまた問題がある。第一に、間接正犯と被利用

者（道具）の關係を右の基準で説明できるかどうか、という点に疑問がある。自ら手をふるつて攻撃する被利用者の行為は、法益の侵害そのものというべきであろうから。⁽⁵⁾尤も、マイアーは、法益侵害の有無による正犯と共犯の區別を、専ら共同正犯と幫助犯の區別に關して述べているにとどまる。間接正犯と被利用者に關しては、別の基準が考えられているのではないかとみることもできよう。しかし、マイアーは、明確に、被利用者は不可罰であるか、あるいは、幫助犯として罰せられるかである、と述べている。自ら手をふるつて攻撃する被利用者が、幫助犯とされるとき、法益侵害の準備・助成しか存在しない、との理由づけは、マイアーの見解からは見出されない。第二に、教唆犯と間接正犯の關係にも疑問がある。マイアー自身、兩者の間には因果の構造上の差異は存在せず、ともに、構成要件の実現を誘致するもの・実行の動機づけとして理解されるべきであり、場合により間接正犯ともなり教唆犯ともなるとする。⁽⁷⁾とすれば、法益侵害に対する關係でも同格であらねばなるまい。

従つて、法益侵害の有無による正犯と共犯との區別は、共同正犯か単なる見張りかを區別する場合には適用しても、一般的に正犯と共犯とを區別する場合には、到底援用され得ない、といわざるを得ないであろう。⁽⁸⁾

五 過失同時正犯の基礎づけに關するマイアーの見解は、さらに問題である。もとより、マイアーが、過失同時正犯もまた構成要件の完全な実現によつてはじめて成立する、と考えた態度は、他の形式的客觀説にたつ學者、たとえば、リスト、フランク、ヒツペル、リットラーに比し、一貫していると評価することができよう。しかし、その基礎づけは、非常に混乱しているといわなければならない。

第一章第二節において、われわれは、マイアーの因果關係論に拠る過失同時犯の正犯性を眺め、これに満足できないことを結論した。ところが、彼は、その後、すべての因果關係は重要となし、しかし、因果關係の問題は刑法

不注意に実行し、料理女を射殺してしまつた場合をとりあげ、彼等が「結果を過失的に惹起した (Herbeiführung) かどうか」を検討すべきだとし、つぎのように考える^{(なお、この場合 Herbeiführung) (は Vorberaitung に対し)}。「Aは無罪とされるべきであり、Bは過失致死で有罪とされるべきである。なぜかならば、Aは従業員の独断を計算し得なかつたのであり、Bに対して、われわれは、危険を防止すべく確信をもつてから命令をだすよう要求するがゆえである」と。

さて、故意行意に先行する行為の因果的寄与部分は、後続するこの故意行為によつて消去せられ、その正犯性を失うに至る、というのは、因果關係が存在すること自体を、刑法上甚だ重要性のすくない問題であるとし、さらに、正犯性は構成要件該当性の有無により決せられるべきである、とするマイアーの基本的態度からして妥当でない。また、時間的に相前後して二つの過失行為が共働する場合、マイアーは、過失同時正犯を責任の考量によつて決しようとしている、と解せられる点も疑問である。マイアーが掲げた例に關していえば、われわれは、なぜAについても危険防止の措置を講じてからオーパーを預けるべきであつた、と要求することができないのであろうか。マイアーにおける過失の要素たる當為違反という点では、AもBも同列ではないだろうか。勿論、マイアーは、當為違反によつて直に過失が肯定されるわけではなく、行為者が義務違反を予見し得たかどうか、結果を回避し得たかどうかの検討をまつて、過失が肯定される、と考へているのであつて、この意味では、Aは従業員の独断を予見することができなかつた、という説明からも窺えるように、マイアーは、Aに義務違反はあつたが、結果——因果の流を含めて——の予見可能性はなかつたと考えたのではないか、ということもできよう。しかし、ライヒスグリヒトは、【例八】のAにつき、ピストルが誰か他人の手に渡り、誰かが射たれて死ぬかも知れないという表象を充分もち得た筈である、としていたではないか。しかも、マイアー自身、かつて、納屋の機械の台の上に、灯のともつた石油ランプを不安定な状態

におき、火災を発生させた場合につき、ライヒスグリヒト⁽¹⁹⁾に賛成しつつ、火災は予見可能であり主観的にも行為者に帰せしめられ得る、としていたではないか。⁽²⁰⁾ピストルが他人の手に渡り事故が発生する可能性は、風が吹いてきて石油ランプを倒す可能性に比し、低いということができるかも知れない。しかし、前者が、客観的に予見可能であるという点はいうまでもなく^(第一章第四節)、行為者の主観的な予見可能性の範囲にもある、という点を否定することは、マイアー自身の理解からもでてこないところではあるまいか。

かく考えれば、黙つてピストルの入ったオーバーを預けたAと、弾丸が入っていないといつてピストルの手入れを命じたBとを、責任の次元で相違する点ありとして區別し、Bにのみ過失致死罪の同時正犯を構成することになる。マイアーの態度は、極めて疑問だといふべきであろう。⁽²¹⁾勿論、われわれも、マイアーの例におけるA・Bを同列に論じようとは思わない。Bが、弾丸は入っていないといつてピストルの掃除を命じたとき、そこには、結果発生極めて高度な危険性が生じた、ということができよう。この点を吟味することにより、われわれは妥当な帰結に達し得るのではないかと考えるものであるが、第三章において改めて考察したい。ここでは、すくなくともマイアーのいわゆる責任の考量によつては、正犯性は決定され得ない、という点を指摘しておくにとどめよう。⁽²²⁾

- (1) K. Engisch, Kausalität, S. 40; H. Bruns, Kritik der Lehre vom Taterbestand, S. 50 f.; H. Bähr, Restriktiver und extensiver Täterbegriff, S. 25; R. Lange, moderner Täterbegriff, S. 15 f.; H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts (ZStW. 58) S. 519; H. Roeder, Die Erscheinungsformen des Verbrechen, 1953, S. 48 A. 7; W. Gallas, Deutsche Beitrage, S. 9; 木村・刑法総論三七七八頁、竹田・正犯概念の拡張と共犯概念の拡張(法と経済五卷)八四三—四頁、大塚・間接正犯の研究六一頁、なお、小野・構成要件の理論七五一—六頁、八八頁。

- (2) Vgl. K. Engisch, a. a. O. S. 39 f.; R. Lange, a. a. O. S. 15.

- (3) 小野・前掲書七六頁。
- (4) H. Tarnowski, Systematische Bedeutung, S. 73 ff. は、構成要件が専ら結果だけをめざして定立せられている、という角度から、ベールリングの構成要件該当性の理論——構成要件の中核の実現——を否定しようとする (Dagegen E. Mezger, Strafrecht, S. 123, 123 A. 49)。しかし、構成要件が、果してタルノウスキーの理解のように結果惹起の態様を無視したものとされるべきかどうかは、ここでは決せられない。われわれは、ベールリングの出発点を一応是認した上で、生活用語例の曖昧さに疑問を提起したまでで済ませる。
- (5) M. E. Mayer, Allg. T. S. 376 は、間接正犯を説明して構成要件の実現を誘致することなし、S. 378 は、さらに間接正犯を説明して実行への動機づけとなっている。いずれも、被利用者の行為そのものを捉えて犯罪の実行を考えているものといえよう。
- (6) M. E. Mayer, a. a. O. S. 376.
- (7) M. E. Mayer, a. a. O. S. 378. Ders. Causalsammenhang, S. 34 ff., 117 ff. にすでに同旨の見解がみられる。本稿『北法一』巻一母六六頁註(一)。
- (8) 小野・前掲書二六七頁註(四)は、マイナーが、未遂と予備の区別に関しても、法益に対する攻撃開始の有無を基準としている点を批判し、構成要件の概念から全く遊離してゐる、とされる。
- (9) M. E. Mayer, Allg. T. S. 136 ff.
- (10) M. E. Mayer, a. a. O. S. 384 ff. 本稿『北法一』巻一母六七頁註(三)。
- (11) M. E. Mayer, a. a. O. S. 153 ff., 385.
- (12) 参照、本稿『北法一』巻一母六一頁以下、特に六三頁。
- (13) M. E. Mayer, a. a. O. S. 385.
- (14) 本稿『北法一』巻一母六四—五頁。
- (15) M. E. Mayer, a. a. O. S. 153.
- (16) M. E. Mayer, a. a. O. S. 253 ff.
- (17) RG. 34. S. 94.
- (18) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 479 A. 1.; K. Engisch, Untersuchungen, S. 386. ヒッセルは、客観的予見可能性に重点をおいてライヒメグリヒトの結論に賛成してゐるが、主観的予見可能性を否定してゐるわけでは決してない。なお、本稿『北法

一一卷二号五五頁註(8)、六八頁、二七七八頁、八三頁、九三頁、九六頁以下。なお、R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 2 A. S. 452 註、本判決に注意義務の誇張があるとしている。

(16) RG, 6, S. 146 ff.

(20) M. E. Mayer, Causalsammenhang, S. 56, 74 ff., 75 A. 1. マイヤーが「ここでいわんとしているのは、不安定な状態にランプをおくことは火災に対し潜在的起因関係にたつ」という点であつた。しかし、マイヤーは客観的な因果関係の問題と主観的な予見可能性の問題を峻別しながらも、なおかつ明確に、ランプは「火災という結果を潜在的に内含している、ゆえにわれわれは、接近した可能性・火災の危険が存在し、それは予見可能であるとしてよい」というのである。

(21) v. Bar, Zur Lehre von der Culpa, S. 63 A. 69 に対する本稿「北法一一卷二七七八頁の批判も参照されたい」。

(22) ここで、ウェーグナーが、必須条件の確定は単に刑法上の仮説的操作であり、責任の検討こそが決定的な問題であるとしながら、この条件関係の修正原理としての責任の問題も突然提起されるのではなく、責任を徵憑する実行行為・平均人の注意・取引上の習俗とごつたメルクマールの確定の方が先決問題である、と考へている点、参照に値しよう——A. Wegner, Reform, S. 107 ff.; ders. Strafrecht, S. 251 f.

六 ベーリング、M・E・マイヤーを経て、構成要件の理論は、規範的觀察の必要を自覚することになつた。⁽¹⁾ブルンスやランゲが、構成要件の実現を相⁽²⁾当性の思想において眺めようとするのは、その一つのあらわれであるといつてよい。⁽³⁾以下において、改めて、ブルンス、ランゲの見解を検討しよう。⁽³⁾

ブルンスも、限縮的正犯論を一貫させて、故意の領域における正犯と共犯との区別は過失の領域にも妥当しなければならぬ、と主張する。⁽⁴⁾しかして、この区別は、実行行為の有無による区別であることはいうまでもない。⁽⁵⁾だが、生活用語例をもちだすことは依然として不十分であるとされる。⁽⁶⁾それでは、ブルンスは、なにをもつて実行行為・正犯行為の実質的基準と考えるのか。それは「態度のうち当初から内在していなければならぬところの行為支配の可能性」である。⁽⁷⁾さらにブルンスはいう。「なにかを為した人間に対し、ある結果・法益侵害は、つぎの場合にのみ、

正犯行為として帰せしめられ得る。すなわち、そのような行為が、現に発生したような結果をひき起すに一般的に適しているときである。客観的出来事を一般化して観察することにより、人間の行為支配の可能性が測定される。ここに相当の思想が入り込む。それは行為に対する帰責標準を内含しているのである。⁽⁸⁾そして、「誘致および支援には、結果との関係において、行為支配が欠けている。ゆえに、かかる人間の態度の形式は、共犯の構成要件に型づけられるのである。」⁽⁹⁾とする。

ブルンスは、特に、過失同時正犯について展開しているわけではないが、右に紹介したところから理解されるように、彼の立場では、過失同時正犯は、過失的に結果発生に関与した個々の行為者が、それぞれ当該結果発生への行為支配の可能性を有していた場合に、成立することになる。

ペーリング、M・E・マイアーに対するブルンスの特異性は、さきにも指摘したように、実行行為の判断基準として行為支配の可能性という観念⁽¹⁰⁾をたて、相当の思想によつてこれを基礎づけようとした点にある。従つて、ブルンスにおける相当の思想・相当性とはなにか、という点に問題の核心がある。しかし、この点について、ブルンスは特に述べていない。そこで、彼の相当の思想とは、相当因果関係説にいわゆる「相当」の思想ではないか、という推測が可能である。現に、わが国では、ブルンスをかように理解する傾きが強い。⁽¹¹⁾もし、彼の相当の思想が、相当因果関係の思想と軌を一にするものであれば、共犯行為には行為支配の可能性がないとする点——ひいては、共犯行為に、結果に対する相当因果関係が否定されることになる——は承服できない。⁽¹²⁾しかしながら、ドイツにおいては、相当の思想は、相当因果関係の思想とは別の形においても発達してきた。ドーナ、ホーニツヒ、ランゲ、リットラーは、相当性という観念を、因果関係の問題から切り離し、行為そのものの結果惹起の一般的適当性(相当性)という角度におい

て眺めようとしている⁽¹³⁾。われわれにとつて、この態度は極めて示唆的である。わたくしは、かような意味での相当の思想を一つの手掛りとして、過失同時犯の正犯性の基礎づけを考えてゆきたいと思つている^{(三章(詳細第))}。ブルンスの理解する相当の思想が、かようなものであるとするならば、核心を衝くものとして評価したい。しかし、彼は、一方において、従来、間接正犯とせられてきた場合を、教唆犯の範疇におし込んでいる⁽¹⁴⁾。間接正犯といわれていた場合のうち、果して、結果惹起の一般の適當性をもつた場合が存在しない、といいきることができるのであろうか⁽¹⁵⁾。ブルンスが、相当の思想を特に展開していないという事情も加わつて、彼の相当の思想の实体に、疑問が提起されるゆえんである。そこで、われわれの関心は、相当の思想をより意識的に展開しようとするランゲに移つてゆく。

七 ランゲは⁽¹⁶⁾、構成要件を実現した者は誰か、という問題を正犯論の出発点とし、いかにして構成要件は実現されるか、という問題を正犯論の中心問題となし、相当性(構成要件の相当性)並びに行爲・結果と行爲者との人的紐帯をもつて、構成要件実現の基礎づけとしようとする。ところで、この場合、ランゲは⁽¹⁷⁾、相当の思想と相当因果関係の思想とは明確に区別されるべきである、と考へる。相当の思想が、刑法学上、最初に相当因果関係の理論に導入せられたという事情が、この思想の实体を曖昧なものにした、とさえ考へるのである。しかして、ランゲは、一例として、殺人犯を生んだ両親の行爲は「一人の人間の殺害という結果をひき起すに一般的に適しているかどうか、彼等の行爲は構成要件の實現に相当であるかどうか」という問題を掲げ、「人間の生殖は、全く型的な殺害行爲ではない」と答へることにより、構成要件の實現に関与する行爲と構成要件を実現する行爲とは同視されるべきではない、として一種の限縮的正犯論を基礎づけるのである⁽¹⁸⁾。

かような基本的態度は、同時正犯にも貫かれている。すなわち、「個々の行爲が、嚴格にそれ自体について觀察され

た場合、構成要件に該当するかどうか、それは結果を惹起するに一般的に適當であるかどうか、この点が常に問題にされなければならない。他人の行為が結果惹起に共働したというような因果の流の外部的性質は、法的に全く意味がない。この因果の流の外部的性質は、判断の下におかれては、有利にもならないし不利にもならないのである。」¹⁹⁾

かくして、ランゲにおける過失同時正犯は、過失的に結果惹起に關与した行為者が、それぞれ、独立に構成要件を實現した場合、すなわち、それぞれ構成要件の實現に一般的に適當した行為を行なつた場合に、成立することになる。わたくしは、ランゲの見解にも、正しい核心を見出すことができると考える。しかし、相当の思想の实体・結果惹起に一般的に適した行為の实体は、依然問題である。殺人犯を生んだ両親の行為を目して、殺人罪の構成要件を實現した行為などは、おそらく誰もいわないであろう。かような場合には、生活用語例をもちだすことも可能である。うし、単に、構成要件の實現・実行行為という形式的な概念をもちだすことすら、有効であるといえよう。相当の思想によつてこそ妥當な解決ができる、ということを示さない限り、ランゲの理論は正當なものとはいえないことになろう。勿論、ランゲは、この問題についても一つの解答をだしている。ランゲはいう。Xが贈賄の意図で公務員Aに百マルクを提供したところ、Yも同じ意図で、独立して、Aに五百マルクを提供した。Aが、二人の提供した金額の総計によつて、はじめて買収されたとするならば、X・Yが構成要件を實現したかどうかは、彼等の行為がその結果を惹起すべく通常有効であるかどうかという点から、相互に独立して確定されなければならないが、この場合は、一応、積極に答えられてよいであろう。これに反して、Xが五マルクしか提供せず、通常は、Aが買収されることを期待し得ない程であつたとするならば、Yが不釣合に多額の金額を提供したため、思いがけなく買収という結果に至つたと

しても、Xの行為は構成要件に該当するとはいえない、と。⁽²⁰⁾

さて、ランゲが、結果惹起に、一般的に適用しているかどうか、結果を期待し得ない程であるかどうか、の判断に、数字をもち込んだ点は、かつてビルクマイアー⁽²¹⁾が、 $7+3+2=12$ なる定式において、七を最有力条件となした点に徴して誤解されるおそれがある。もし、ランゲの見解が、ビルクマイアーのそれと共通の意識にたものであるならば、相当の思想といえども、決して妥当な解決に達し得ないであろう。⁽²²⁾しかし、彼の真意は、形式的な数量の差に捉わられることなく、具体的な事情・その行為のもつ社会的意味をも考慮に入れた上で、相当の思想を理解しようとした点にある、とみることもできる。もし、そうであるならば、相当の思想によつてのみ事柄が解決するとは決していいきれないが、これを限縮的正犯論による正犯性の基礎づけの根柢をなすものとして援用することには、大きな意義があるように思われる。⁽²³⁾(第三章において改め、⁽²⁴⁾で問題としてゆこう)

わたくしは、ブルンス、ランゲの理解を、限縮的正犯論が辿つた一応の終着点として受取り、つきに、拡張的正犯論を検討し、問題を発展させてゆくべきである⁽²⁴⁾と考える。

(1) 第二節においてとりあげる拡張的正犯論の指導者E・シュミット、メッガーが、規範的觀察の必要性を説いて、大いに影響を与えたという事実をここで指摘しておきたい。

なお、H. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Bebing, 1957に、構成要件の理論の今日までの歩みが一わたりとりあげられていよう。

(2) H. Bruns, Kritik, S. 14 ff., 49 ff., insbes. S. 71 ff.; R. Lange, Moderner Täterbegriff, S. 1 ff., 8 ff., 15 ff., 20 ff., 37 ff., insbes. S. 39 ff.

(3) ランゲの見解をここに位置づけることに對しては、異論があるかも知れない。彼が従来に限縮的正犯論を厳しく批判し、限縮的正犯論、拡張的正犯論のいずれにも捉われない特異な正犯論を目指したという点を強調すれば、この異論も尤もであるといえよう。

- しかし、ランゲが理解する構成要件は、拡張的正犯論の予定するようない構成要件ではないのである。この点をこそ、わたくしは強調したい。Vgl. R. Lange, a. a. O. S. 3 f., 7, 17, 23 f., 37 ff., 47 f., 61. なお、大塚・間接正犯の研究七〇頁註(三)参照。
- (4) H. Bruns, a. a. O. S. 50, 52 f., 56, 61, 67 ff., 70 ff. Dagegen H. Welzel, ZStrW. 58, S. 537 A. 66, 540. なお、竹田・法と経済五卷八六〇頁は、ブルンスの冒解について、限定的正犯概念は故意犯に関して妥当し、過失犯に関しては行為支配の可能性が認められる限り、過失的正犯が成立することになる、とせられる。必ずしも正確な理解とはいえない。
- (5) H. Bruns, a. a. O. S. 69, 70 f.
- (6) H. Bruns, a. a. O. S. 51, 60, 71.
- (7) H. Bruns, a. a. O. S. 72, 79.
- (8) H. Bruns, a. a. O. S. 73.
- (9) H. Bruns, a. a. O. S. 75.
- (10) 木村・刑法総論三七九頁註(三)参照。濱川・犯罪論序説二一四十五頁、二二二頁は、ブルンスの行為支配の可能性の理論に好意的であるといえよう。
- (11) 小野・構成要件理論の研究(法協五〇卷)一七五四頁、木村・前掲書三七八頁、佐伯・二つの正犯概念(法學論叢三二卷)一一五四頁、一一六二頁。
- (12) 木村・前掲書三七八頁、佐伯・前掲論文一一六四頁。さらに、本稿「北法」一巻二号一〇五頁以下。
- (13) G. zu Dohna, Beitrag zur Lehre von der adäquaten Verursachung (MonSchrKrimPsy. II, 1906) S. 425 ff., R. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung (Frank-Festgabe I) S. 180 ff.; R. Lange, a. a. O. S. 40 ff., 48 f.; Th. Rittler, Lehrbuch, S. 105, 109.
- (14) H. Bruns, a. a. O. S. 61 ff. Vgl. H. Bähr, Restriktiver und extensiver Täterbegriff, S. 31 ff., 70.
- (15) 大塚・前掲書八四頁参照。
- (16) R. Lange, a. a. O. S. 3, 7, 37, 39 ff., 43 f.
- (17) R. Lange, a. a. O. S. 39 ff.
- (18) R. Lange, a. a. O. S. 41 f.
- (19) R. Lange, a. a. O. S. 48.

- (20) R. Lange, a. a. O. S. 49.
(21) K. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 102, 102 A. 160, 113. Dagegen L. Traeger, Kausalbegriff, S. 89 ff.
(22) Vgl. L. Traeger, a. a. O. S. 89 ff. 本稿—北法—一卷一号五九頁。
(23) 大塚・前掲書八五頁以下は、ランゲに批判的である。
(24) なお、わが国で限縮的正犯論をとる論者の間において、過失同時犯の正犯性決定につき、特に、意識的な展開がみられないのは、残念である。

第二節 拡張的正犯論による基礎づけとその批判

第一款 拡張的正犯論の基礎

一 限縮的正犯論は、構成要件が、自ら人を殺し、自ら他人の財物を窃取したといえる行為(既遂の単独的行為)を予定して定立されている、と考えることから出発していた。これに反し、拡張的正犯論は、構成要件が予定する行為の型をこのように狭いものとは考えない。殺人行為・窃取行為になんらかの形で関与した行為を、すべて構成要件に該当する行為と考えるのである。しかも、限縮的正犯論においては、構成要件を狭く解釈すべき根拠は、完全には明確だったとはいえなかつたのに反し、ここでは、構成要件を広く解釈すべき根拠が明確に示されているといつてよい。

二 しかれば、その根拠とはなにか。それは、E・シュミットのつぎの立言にあきらかである。「刑法は、社会侵害的な挙動態様を遠ざけることによつて、法益の保護に奉仕する。いかなる行為が、刑法的不法の効果をもつて鎮圧する必要がある程有害であるかについては、立法者が刑罰法規の構成要件中に述べている。従つて、これらの構成要件

は——その特別な法治国家的機能を別にすれば——特に価値があり、かつ、それゆえに特に強く保護された法益を侵害するがゆえに、裁判所において、その一般的な社会侵害性が認められなければならないところの、行為の定型¹⁾を示すという意味をもっている。立法者が、刑罰法規の構成要件を形式化しているのは、可能な挙動態様のしかじかの性質を記述し、あるいは記載するためではなく、むしろ法益侵害に対する評価を知らしめ、裁判官に対して、いかにして具体的行為を刑法的評価に到達させるかについての途を示すためである。従つて、価値的観点において、ある挙動態様に決定的な刻印を押すものは、それによつて惹起された『利益侵害』であり、その侵害の中にその挙動の実質的な社会侵害性が表われているのである。ある挙動が、一定の種類²⁾の身体活動からなりたち、一定の外部の経過を辿り、一定の形式において実現されることは問題ではなく、それが『犯罪実現』として評価され得、そのようなものとして一定の種類²⁾の利益侵害を示しているという点が問題なのである。』²⁾

われわれは、ランゲ³⁾に従つて、E・シュミットのこの立言に「構成要件とは、予め確定せられた最上位の刑法価値から演繹された価値観点上、当罰的とせられる一定の行為を定型化したものである」という基本的思想を読みとることが出来る。このような観点にたつ以上、刑法上保護されるべき法益の侵害に、なんらかの形で関与した者を、すべて構成要件に該当する、となすことはなんら困難ではない。けだし、刑法上最も強調されるべきであるという利益侵害およびそれに対する刑罰的威嚇という角度からするならば、利益侵害に関与した者の間に差別を設けることは、刑法の目的ではないからである。構成要件が、限縮的正犯論に比して、広汎な行為を定型化したものとして理解されるのも、当然といわなければならないであろう。⁴⁾⁵⁾

(1) 構成要件の拡張的解釈から直に拡張的正犯論が得られるわけではない。しかし、構成要件の限縮的解釈から拡張的正犯論を導く

ことは、不可能である。拡張的正犯論は、構成要件の拡張的解釈からのみ導かれる。木村教授、植田教授は、構成要件の予定する行為の型を既遂の単独犯の行為として理解することに反対しながら、拡張的正犯論を否定されるが、それはこのような事情の下で理解されるべきである。両教授の見解は、拡張的正犯論に対する本文の理解を、不当なものとするにはならない。なお、両教授の見解に対する批判は、後出一三三頁、一二四頁註(7)、一二五頁註(8)。

(2) E. Schmidt, *Mittelbare Täterschaft* (Frank-Festgabe II) S. 116 f. 拡張的正犯論を問題にする場合には、殆んどすべての学者が、*Handlungsart* の見解を引用する——Vgl. H. Bruns, *Kritik*, S. 51 A. 150; H. Bähr, *Restriktiver und extensiver Täterbegriff*, S. 42 ff.; R. Lange, *Moderner Täterbegriff*, S. 13 f.

(3) R. Lange, a. a. O. S. 21.

(4) 拡張的正犯論は「罰せらるべきは行為ではなくして行為者である」とのリストの立場に通じる」との理解も可能である。Vgl. H. Bähr, a. a. O. S. 41 f.; 大塚・間接正犯の研究五九頁註(三)。しかし、本稿では、この点は特に問題としないことにする。また、拡張的正犯論は、限縮的正犯論が刑法諸概念の自然主義的把握にとどまっていたのに対し、価値的・規範的把握をめざして出発した」と解されるのが一般である。Vgl. H. Bähr, a. a. O. S. 42 f.; R. Lange, a. a. O. S. 21.; 滝川・犯罪論序説二二一頁、佐伯・法学論叢三三卷七四九頁、武藤・間接正犯論の最近の発展(志林三六卷)六六頁以下。しかし、刑法諸概念の規範的理解と拡張的正犯論とは、必然的に結びつくものではない。Vgl. G. zu Dohna, *ZStrW.* 52, S. 114; 小野・構成要件の理論一〇九—一頁。ゆえに、本稿では、くり返し指摘した通り、構成要件の予定する行為の型をいかに理解するかという角度から、限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立を捉えている。竹田・法と経済五卷八三—八九頁参照。

(5) メッガーもまた「結果に対し相当因果関係にたつ行為はすべて正犯性を基礎づける」として、拡張的正犯論をとるが(B. Mezger, S. 122 ff., 415 ff.; ders., *Moderne Wege*, 1950, S. 15.) その根拠はシムニットのそれと同一ではない。メッガーは「客観的違法論に根拠を求め、[なせかならず]構成要件該当—客観的違法の意義は、構成要件の実現、従って、結果の惹起を客観的に禁止することにあるがゆえである。かかる禁止を有責に犯す者は、原則として(不法の正犯として)法条に示された刑罰の下におかれるのである」[B. Mezger, *Straf.*] など、H. Bähr, a. a. O. S. 46 f. が指摘するように、客観的違法論から拡張的正犯論を導くことなどできないであろう。客観的違法論とは「評価規範に対する客観的違反を違法とみる」というだけなのであるから(Vgl. E. Mezger, *Rechtl.*, S. 415 f.)。メッガーの拡張的正犯論の基礎は、むしろ、構成要件の分析において、「行為の状況 (Modalität) を法はなんら顧慮しない」となす

して、一般原則により、実行行為を共にすることは必要でない。ここに属するのは、特に過失的共働の場合である。たとえば、数人の大工が、通行人に警告も与えず、取壊すべき建物の足場から、共同で一個の梁を投げ落とし、その不注意な振舞によつて、一人の人間を殺した場合である⁽⁷⁾⁽⁸⁾。パベルが、共働者各人の行為を直に顧慮しなければならない。同時的共働の場合として解けた「例六」に該当する「筆者註」。

一定の要件の下に現行法上共犯として扱われる場合を除いて、すべての共働形式が正犯とされるべきである、という彼の論理からは、過失同時犯が正犯とされるのはけだし当然の帰結である。この限りでは、過失同時犯の正犯性は明確に基礎づけられたといつてよい⁽⁹⁾。

(1) E. Schmidt, *Mittelbare Täterschaft*, S. 117.

(2) E. Schmidt, a. a. O. S. 120; Liß-Schmidt, 26 A. S. 326 ff.

(3) E. Mezger, *Strafrecht*, S. 415; ders. *Kurzlehrbuch*, 8 A. S. 224 ff.

(4) メッガーは、過失行為への共犯を認めるから(E. Mezger, *Moderne Wege* S. 32; ders. *Teilnahme an unvorsätzliche Handlungen* [Z. 1954] S. 312 ff.; ders. *Kurzlehrbuch*, S. 233, 235, auch S. 227)、「故意をもつて行為しない他人をして構成要件を實現させる者すべて」が正犯とされるわけではない。

(5) H. Roeder, *Erscheinungsformen*, S. 47 ff.; ders. *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt* (ZStrW. 69) S. 233 ff.; F. Nowakowski, *Österreichisches Strafrecht*, S. 97, 98.

(6) 間接正犯の基礎づけは、E. Schmidt, *Mittelbare Täterschaft*, S. 120; Liß-Schmidt, 26 A. S. 327 ff.; E. Mezger, *Strafrecht*, S. 425 ff.; ders. *Kurzlehrbuch*, S. 228 f.; H. Roeder, *Erscheinungsformen*, S. 55, 62 f. 過失同時正犯の基礎づけは、Liß-Schmidt, 26 A. S. 337, 342; E. Mezger, *Strafrecht*, S. 424; ders. *Kurzlehrbuch*, S. 230; H. Roeder, *Erscheinungsformen*, S. 64.

(7) Liß-Schmidt, a. a. O. S. 337. なお、本稿「北法」一巻二号七九頁参照。

(8) 本文に引用したシエミットの見解における「一般原則」とは、拡張的正犯論の一般原則を指すものと解すべきであろう。この点、リスト(Liß-Schmidt, 21 ff.)が、同時犯の説明で、「一般原則により実行行為を共にすることは必要でない」と述べている場合の「一般原則」——それは一条件の設定も正犯性を基礎づけるという条件論の一般原則であろう——と、その本質を同じくするものではない、

といわなければなるまい。

(9) なお、ライヒスゲリヒトも、擴張的正犯論に与し、故意行為への過失的関与を過失正犯となしたことがある。Vgl. RG. 61, S. 318 ff.; 64, S. 316 ff.; 64, S. 370 ff. Dazu Lipp-Schmidt, a. a. O. S. 327 A. 1, 342; dagegen v. Hippel, JW. 1931, S. 941 f.; ders. Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 164 A. 5; auch vgl. ders. Deutsches Strafrecht, II, S. 462 f. など、本誌—北法—一卷一号五〇頁註⑩。

二 かくして、擴張的正犯論に拠る過失同時正犯の基礎づけを批判する場合には、擴張的正犯論そのもの、なかならず擴張的正犯論の根柢に対して、批判の目が向けられなければならない、ということになる。

擴張的正犯論の根柢は、構成要件の擴張的解釈にあつた。特に、シユミットにおける構成要件の擴張的解釈は、法益保護という最上位の刑法価値に奉仕するものであつた。さて、法益保護が、刑法の一つの重要な要請であることに異論がない。また、法益の保護という観点からは、正犯も共犯も、構成要件を実現するものである、とみるのが合目的だということも承認できる。問題は、法益保護の観点を完全に貫くことができるかどうか、もつと別の要素が入つてきて、構成要件の擴張的解釈を妨げることになりはしないか、という点にある。ここで、われわれは、自手犯の問題を考えなければならない。

自手犯が認められるかどうか、認められるとすれば、どのような場合に認められるか、ということ自体すでに一個の問題である。しかし、通説は、ある種の犯罪が、自手的にのみ行なわれるということを確認している。すなわち、たとえば、身分犯とか目的犯においては、一定の身分・目的を有する者のみが当該身分犯・目的犯の構成要件を実現し得る、つまり正犯たり得る、というのである。身分・目的を欠く者が、間接正犯という形において——他手的に——当該身分犯・目的犯を犯すことはできない、というのである。従つて、かような理解の下では、自手犯の構成要件は、

拡張的に解釈され得ないことになる。とすれば、自手犯は、シュミットにおける構成要件の把握・正犯概念の試金石である、といわなければならない。

さて、ランゲ⁽⁵⁾が適切に指摘するように、シュミットの根本的な態度からするならば、公務員を使喚して真正身分犯を行なわしめた非公務員は、当該身分犯の構成要件を実現したものとせられなければならない。つまり、自手犯を否定しなければならぬ。ただし、「シュミットにより最尖端におかれた定式に従えば、行為者が自ら構成要件を実現することが重大なのではなく、彼が、構成要件の実現をみるよう、働きかける (Bewirken) ことだけが重大なのであるから。」⁽⁶⁾しかしながら、シュミットは、その態度を貫かず、通説が理解するような自手犯を認めたのである。⁽⁷⁾その根拠としてシュミットはいう。「まさに正犯そのものにほかならない間接正犯は、構成要件中に要求せられる正犯の特性を示さなければならぬ」⁽⁸⁾(引用文中、「正犯の特性」に附し)と。⁽⁹⁾(た傍点は、筆者のものである)

自手犯を意識したシュミットのこの正犯概念と、さきほど紹介した彼の原則的な正犯概念とのくい違いは、法益保護→法益侵害の思想を最上位の指導理念として、構成要件の解釈を貫こうとする態度が、挫折していることを意味する。このことは、さらに、刑法が単に法益保護という観点に向いているだけでなく、行為そのものの社会倫理的価値——法益保護の思想を合理的・実利的なものとするならば、これはむしろ非合理的なものといえようが——をもめざしているということ、自手犯において、生身の罪業・身体的悪行という行為の無価値が、まさに前面に表われてくる、ということを示唆している。しかも、シュミット自身このような理解を承認せざるを得なかつた、とみることができよう。

右のように検討することにより、わたくしは、シュミットの法益保護→法益侵害の思想に拠る構成要件の拡張的解

釈・擴張的正犯論を疑問に思う。同様の疑問は、基本的にシュミットに従つて擴張的正犯論を支持せられる竹田教授(12)に對しても、また、法益侵害の思想を必ずしも明確にはうちだしてはいないが、結果中心の正犯概念を構成していると思われるべきメツガー(13)の擴張的正犯論に對しても、向けられてしかるべきであらう。

(1) ちなみに、擴張的正犯論に對する多くの批判のうち、特に重要なといわれてきたものとしては、つぎのようなものがある。第一に、擴張的正犯論は、罪刑法定主義に基づく構成要件の法治国家的機能を損うものである、との非難(L. Zimmert, ZStW. 49, S. 49 ff.; Instes, S. 55, 56; 滝川・序説二二頁、滝川春・教唆と間)があげられる。第二に、擴張的正犯論は、伝統的な実行行為概念から抜けられないため、構成要件の行為の擴張の解釈を主張する本来の立場に矛盾することになる、との非難(H. Bruns, a. a. O. S. 56 ff. and extensiver Täterbegriff, S. 61 ff.; 佐伯・二の正犯概念(法學論叢三二卷)七)があげられる。五九一六〇頁、西原、擴張的正犯論と間接正犯(早稲田法學三五卷一・二冊)一〇八頁以下)があげられる。

たしかに、罪刑法定主義は、構成要件が法定されることを必要とし、かような構成要件の型に該当する行為のみが犯罪として罰せられ得ることを要求する(構成要件の型的性質と罪刑法定主義の関係については、木村・法學一二卷)。しかし、擴張的正犯論をとつたからといって、構成要件の予定する型は広いものと解されることにならぬ(構成要件そのものが破壊されることとはならぬ)(H. Bahr, S. 55 ff.; R. Lange, a. a. O. S. 10 ff., 23; 佐伯・前掲論文七五六頁、植田・共犯の基本問題二二八頁以下、西原・前掲論文一一〇一頁、a. a. O. E. Schmidt, Frank-Festschr. II, S. 119 A. 1; E. Mezger, Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln (ZStW. 53) S. 538 (參照))。擴張的正犯論が構成要件の法治国家的機能を害するかどうか批判は、構成要件が限縮的に解釈されなければならないかどうか主張が正當視された場合に、はじめて提起できる批判である。

また、たしかに「シムット、メツガーは、伝統的な実行行為概念につき、特に意識を払わず、これを踏襲して、(Libe-Schmidt, 305, 334 ect.; E. Mezger, Strafrecht, S. 386, 444.)」の点では、第二の批判は正鵠を射ている。しかし、擴張的正犯論を徹底せられたい(最近の)「メツガー」は、行為者の主観面を強調する「メツガー」の「実行行為から脱却しようとするか」にみえる(E. Mezger, Kurzel)。

擴張的正犯論に對する今一つ重要な批判として、「構成要件は、定型化された利益侵害を示すものであつて、単に定型の利益の侵害を示すだけのものではならぬ」というブルンスの批判がある(H. Bruns, a. a. O. S. 53; R. Lange, a. a. O. S. 23 ff. はこのブルンス文七五八—九頁、大塚・前掲書七六一七頁もブルンスに好意的である。これに對し「E.」わたたくし、このブルンスの態度は正當だと思つ。し Mezger, ZStW. 52, S. 537 ff.; 植田・前掲論文一一〇頁)。

かし、なぜ、構成要件は利益の型的侵害を示すものとして理解されなければならないのか、という点で、彼の見解は未だ充分でないように思われる。

右の諸点を弁えることにより、わたくしは、シニミットを中心とする拡張的正犯論を、法益侵害の思想に直結したものと捉え、その基本原理たる法益侵害の思想そのものを批判してゆくべきだと考える。

(2) この問題について、最も有益な研究は、大家・自手犯間接正犯の研究(二三四頁以下)所収。

(3) 植田教授は、構成要件の拡張的解釈と拡張的正犯論とを区別し、身分犯に加功した非身分者は構成要件を実現するが、正犯とはなり得ない、という見解を示される(植田・前掲書三〇〇頁以下、二三三)。しかしながら、教授は、「構成要件実現者」「利益侵害者」を、専ら、「相当条件」設定者として把握されるのである(植田・前掲書二二六頁以下)。

(4) 大家・前掲書二三八頁以下、二六一頁以下参照。

(5) R. Lange, a. a. O. S. 28 f. Auch vgl. H. Bähr, a. a. O. S. 55; H. Welzel, ZStRw. 58, S. 500, 510 f.

(6) R. Lange, a. a. O. S. 29.

(7) E. Schmidt, a. a. O. S. 130; Light-Schmidt, a. a. O. S. 333 f.

(8) E. Schmidt, a. a. O. S. 130.

(9) Vgl. R. Lange, a. a. O. S. 20 ff. insbes. S. 29 f.; H. Roeder, ZStRw. 69, S. 231 ff.

(10) ランゲは「刑法が非合理的要素(應報・贖罪)を抹拭しきつていながら以上、純粹に合理的・実利的な法益保護に侵害という要請を至上の価値としてゆくことは妥当でない」とする(H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 50 ff. insbes. S. 58)。ヴェルツェルは「単なる法益保護は消極的に害を防ぎ、警察的に予防しようとする目標をもつにすぎない」と考える。そして「刑法の最も根源的な課題は、積極的な社会倫理的な性格をもっている」となす。だから、ヴェルツェルによれば、刑法の課題を法益保護に求める見解は「刑法の社会倫理的機能を見損うものであり、結果の側面を強調するの余り、刑法の実利化に陥入るもの」である(H. Welzel, 6 A. S. 1 ff. Auch vgl.)。しかし「この点で、団藤教授が、法益保護思想を軽んずる態度に反省を求められる点は注目すべきである——団藤・綱要九一頁註(三三)——。なお、木村・刑法における法益の概念」刑法の基本概念八五頁以下、特に一四一頁、一六一頁参照。

(11) Vgl. R. Lange, a. a. O. S. 25 ff. insbes. S. 27 f.; H. Mayer, a. a. O. S. 50 ff., 309, 331 f.; ders. Ritter-Festschrift, S. 245 f., 249 f. (auch in: H. Trünzler, 「結果の無価値」と「行為の無価値」の対立を「法益侵害」と「義務・人倫違反の対立」に対応させるのは正確であろう) ; f. 249 f. (auch in: H. Mayer, Ritter-Festschrift, S. 245 A. 8. しかしたかやくついでこのことが、本文の理解に障礙となるわけではなうであろう) ;

- H. Welzel, 6 A. S. 1 ff., 92; ders. ZStRw. 58, S. 510 ff., 511 A. 30 (H. Welzel, ZStRw. 58, S. 511 A. 30 は「自手犯」を法概念から、
 する木村・刑法の基本概念一五二頁以下が、ヴェルツェルの態度に對して、参照されるべきである。)
 る。さらに、木村・総論一六二頁、一六四頁。なお、H. Welzel, 6 A. S. 4, 582 も参照のこと。)
- (12) 竹田・法と経済五卷八三—一六頁、八四九頁、八六一頁(卷)は「立命館学數四」。
- (13) E. Mezger, Strafrecht, S. 123 A. 49, 124, 187, 415 ff., 417 ff.; ders. Kurzehrbuch, 8 A. S. 68 ff., 218 f., 224 ff.

三 しかしながら、論理的には、シュミットの基本的な態度を一貫させて、自手犯を否定することも可能である。現にこのような見解を表明する学者もいる。武藤⁽¹⁾氏がそうであり、ロエーター⁽²⁾がそうである。

ロエーターは、シュミットが正当な出发点から出発しながら、本来、軽視されるべき「実行為」という概念に固執したため、身分犯に加功した非身分者の扱いにおいて、挫折してしまつた、とする。だから、ロエーターによれば、実行為と構成要件の実現とを明確に区別することにより、「規範的」擴張正犯概念・「排他的正犯概念」が完徹され得るのである。

しかし、このような態度は、正犯と共犯の区別を否定する方向に進んでゆくものであることに注目しなければならない。すでに、武藤⁽⁴⁾氏の見解のうちに、正犯と共犯との区別を否定することが、規範的觀察の歩むべき道である、との主張が看取され得る。この主張は、ロエーターによつて、より徹底されたのである。すなわち、彼は、従犯を共同正犯のうちに、教唆犯を間接正犯のうちに解消してしまい、裁判官の裁量により刑の軽重を決すべきである、と提唱するのである。

これは、実定法を超えた理解であるといわなければならない。実定法を無視してまで、いわゆる「概念の規範的構成」を試みなければならないのか、わたくしは、この点に大きな疑問を感じる。

四 以上により、われわれは、法益侵害の思想ないしは結果中心の思想に拠つて、構成要件を擴張的に解釈しようとする立場には疑問があることを弁えた。⁽⁷⁾ しかしながら、構成要件の擴張的解釈は、なにも右のような思想からのみ導かれるわけではない。ここでわれわれは、木村教授の見解を考察しなければならぬ。

木村教授は、法益侵害の思想や擴張的正犯論をとられるわけではないが、構成要件の擴張的解釈だけはこれを正当なものとしせられる。つぎのように説明される。「既遂又は単独犯をもつて犯罪の基本的形態と解する思想」は不十分である。⁽⁸⁾ 未遂・共犯は「構成要件実現の態様」「構成要件該当性の態様」にほかならない。「正犯も共犯も、ともに、構成要件実現に至る行為である点において共通」である。⁽¹⁰⁾ と。木村教授のこの構成要件の擴張的解釈は、構成要件が予定し得る二つの可能な型の一方をとられたまでである、と解せられる。しかし、それだけに、型概念としての構成要件の解釈として、純粹であるということが出来る。⁽¹¹⁾

だがしかし、木村教授においても、自手犯は、構成要件の擴張的解釈に親しまないのである。「共犯独立性の見地においては、共犯の犯罪性及び可罰性は共犯者固有のものであり、共犯行為自体について論定すべきものと解するから、純正身分犯に対して非身分者が加功するときは、共同正犯としてであれ、狭義の共犯としてであれ、身分なき者には共犯の成立はあり得ないが、刑法第六五条第一項はこれを例外的に共犯として処罰する旨を規定したものと解せられる」⁽¹²⁾ というのである。教授のこの見解は、一見、共犯独立性論の帰結であるかにみえるが、実は、その根柢に、非身分者は純正身分犯の構成要件を実現することができない、という理解が潜んでいるのである。つまり、木村教授の立場においても、構成要件の擴張的解釈は例外を認めざるを得ない、ということになる。

五 かくして、擴張的正犯論は、その基礎をなす構成要件の擴張的解釈が一貫しないという点で問題であり、さら

に、構成要件の拡張的解釈を要請する積極的な思想的根柢——シュミットの法益保護の思想・ローエーターの目的論的
 価値関係の観察——が決してオールマイティではないという点でより大きな難点をもっている、ということになる
 であろう。

しかし、われわれの右のような理解は、自手犯はささやかな例外であり、未遂・共犯を処罰拡張事由として遂に大
 きな例外を許容するよりは好ましいのではないか、という本質を衝く疑問を予想しなければならない。第三章におい
 て、改めて考えよう。ただここでは、行為の社会倫理的意味・行為の無価値という観念は、今や、自手犯にかぎらず、
 行為一般の基準として承認せられている⁽¹⁴⁾、ということを強調しておきたい。

- (1) 武藤・法学志林三六卷五五頁以下、六六頁以下、七二—三頁。
- (2) H. Roeder, ZStW. 69, S. 231 ff., 239 ff. insbes. 249 ff.
- (3) H. Roeder, a. a. O. S. 228 ff., 231 ff., 238 ff., 250, 268.
- (4) 武藤・前掲論文七五頁、八三頁、八四頁。
- (5) H. Roeder, a. a. O. S. 235, 238; ders. Erscheinungsformen, S. 58, 62, 64 f.
- (6) 武藤前掲論文八四頁。ローエーターは、「法律的・規範的視点」とか「目的論的価値関係の観察方法」という表現をとる(H. Roeder, ZStW. 69, S. 236, 250 etc.、そして、自手犯を認め「不純な行動」を)。問題にするような態度は、自然主義的観察方法から抜けきつていないとする。
- (7) われわれは、ここで、結果に対し相当因果関係にたつ行為はすべて正犯たり得るといふ態度を根柢にして拡張的正犯論を展開し、自手犯を否定するまでに徹底せられる宮本博士(宮本、刑法学第一五三頁以下、一八一頁)、さらには、同様の態度から構成要件の拡張的解釈を導き、身分犯に加功した非身分者も構成要件を実現する、となす植田教授(二二九頁、二三四頁以下、二三六頁註(5)等参照)の見解にも賛成できないことを指摘しておこう。なお、前出一二二頁註(3)参照。さらに前出一一五頁註(5)参照。
- (8) 木村・総論一六四頁、二三—五頁、三七—六頁、三八六頁。さらに、木村・刑法の基本概念一四—二頁、一五九頁以下、木村・刑法解釈の諸問題一卷七六頁。

- (9) 木村・総論二三四—三五頁。
- (10) 木村・前掲書二三四—三五頁、三八六頁。
- (11) しかし、シユミットの構成要件の拡張的解釈に比し、その思想的根拠が明確でないうらみがあるともいえよう。つまり、既遂および単独犯は、構成要件該当性の態様にすぎない、という立言を、積極的に説明する契機に乏しいのではないかということである。
- (12) 木村・前掲書四二五頁。さらに、一五九頁、四二五—六頁参照。
- (13) ローエダーの目的論的—価値関係の觀察は、当罰性の大小を行為者の犯罪実現への情緒的関心 (emotionaler Anteil) を求めるものであるが、当罰性の基礎には、法益侵害の思想が潜んでいることを見逃してはならず——H. Roeder, Erscheinungsformen, S. 56 ff.; ders. ZStrW. 69, S. 233 ff., 252 ff., 259 f.
- (14) 前出二二頁註(1)にみられた論考は、W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 59 ff. W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen [ZStrW. 67] S. 38 ff.; 木村・前掲書二四六頁参照。

(未完)