

間接正犯論の歴史的考察（3）

——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——

市 川 啓*

目 次

はじめに

第一章 故意ある道具に関する日本の学説の概観 (以上, 366号)

第二章 20世紀前半のドイツにおける故意ある道具を巡る論争

——目的的行為論の登場後の議論まで

第一節 ライヒ裁判所の裁判例と故意ある道具の問題の登場

第二節 諸草案における共犯規定の変遷と故意ある道具 (以上, 367号)

第三節 いわゆる限縮的正犯論内部の争い

(一) 故意ある道具を認めない見解

(1) ベーリングの見解 (1909年)

(2) フレーゲンハイマーの見解 (1913年)

(3) ヴァッフエンフェルトの見解 (1914年, 1919年)

(4) フランクの見解 (1931年)

(5) ま と め

(二) 故意ある道具を認める見解

(1) リストの見解 (1899年他)

(2) ビンディングの見解 (1907年他)

(3) M. E. マイヤーの見解 (1923年)

(4) ヘークラーの見解 (1929年)

(5) ま と め

(三) ま と め

第四節 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立

(一) ツインマールとブルンスの限縮的正犯論

——間接正犯を教唆犯に解消する見解

(1) ツインマールの見解 (1928年, 1929年, 1932年他)

* いちかわ・はじめ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

(2) ブルンスの見解（1932年）

(3) ま と め

(二) 拡張的正犯論と故意ある道具

(1) E. シュミットの見解（1930年）

(2) メツガーの見解（1931年）

(3) ま と め

(三) ま と め

第五節 目的的行為論と間接正犯論

(一) ヴェルトツェルの見解（1939年）

(二) マウラッハの見解（1948年, 1954年）

(三) ガラスの見解（1954年）

(四) ま と め

第六節 小 括

（以上、本号）

第三章 戦後ドイツにおける間接正犯論の新たな展開と故意ある道具

第四章 考察ならびに展望

むすびにかえて

第三節 いわゆる限縮的正犯論内部の争い

本節では、目的なき・身分なき故意ある道具に関するライヒ裁判所の裁判例や立法動向の検討を踏まえて、諸学説における議論の考察を進めていく。1920年代末まで正犯論の主戦場は主観説と客観説の対立であったが²³⁵⁾、いわゆる限縮的正犯論の思想内容はおおかた共有されていた²³⁶⁾。そして、この限縮的正犯論の内部では——中断論もしくは遡及禁止論の賛否と対応する形で——目的なき・身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めるのかどうか争いがあったのである。以下では、それぞれに区分して考察していくこととする。

235) Vgl. *Fitz Lony*, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, *Strafrechtliche Abhandlungen* Heft 344, 1934, S. 1 f.

236) Siehe z. B. *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, §50 (S. 421), §54 (S. 455), usw.; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, S. 374. 以下ではベーリングの著作につき、*Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen* と記す。

(一) 故意ある道具を認めない見解

ここでは、故意ある道具を利用した間接正犯を認めず、問題となる事例を各論的に解決しようと試みた論者の見解を検討する。故意ある道具を認めるライヒ裁判所の裁判例が19世紀終わりに登場した頃、それに異を唱える見解も既に存在したが²³⁷⁾、具体的な代替案が提出されるようになったのは、20世紀に入ってからのものであったと思われる。以下で検討の対象とする論者は、いわゆる因果関係の中断論もしくは遡及禁止論の発想から間接正犯を根拠づけることで、原則的には故意ある道具を間接正犯の一事例として整序することに反対した（もっとも、以下で見る通り、身分なき故意ある道具に関するフランクの見解は毛色が異なるのだが）。

(1) ベーリングの見解(1909年)

ベーリングはゴムボール事件(ERGST 39, 37)に関連して、故意ある道具を認めるライヒ裁判所と学説を批判した²³⁸⁾。そして、ベーリングは、「直接行為者を動機づける背後者は原則として直接的な答責を負担せず、むしろ中心的な答責は直接行為者の負担となる」という制定法の基本思想を確認し、背後者に中心的な責任を負わせるためには、直接行為者が真の中心的答責者、すなわち「犯行に自己の人格の烙印を押しした者」ではないという証明²³⁹⁾で足りると主張した²⁴⁰⁾。その限りで、ベーリングは、他人の故意の正犯行為が介在した場合に、正犯としての結果の責任は背後者に遡及しないという意味での遡及禁止論の発想から間接正犯の存在を認めたと見

237) Vgl. *Birkmeyer*, a.a.O. (Fn. 128), §54 (S. 120 f.); *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897, S. 59; *Heinrich von Helldorff*, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide (§160 RStGB), 1895, S. 7 ff., bes. S. 21 f. なお、ビルクマイヤーの見解については、拙稿(3・完)・前掲注(1)190頁以下参照。

238) 彼の批判の内容は既に本稿のはしがきで触れているので、そちらを参照されたい。

239) そのような証明が為される場合として、直接行為者が責任なき者、もしくは拘束されている、自身が何を惹き起こすかについての(故意を阻却する)不認識にある場合が挙げられている。Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 599.

240) *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 597 u. 598.

られる²⁴¹⁾。それゆえ、目的なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めることは否定される。

さらに、ベーリングは、直接行為者を正犯、背後者を共犯と評価することも否定した。すなわち、目的なき故意ある道具の事例において、情を知って犯行に出た直接行為者は、当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠いていたとしても——背後者の目的を知っていたか否かに左右されることなく²⁴²⁾——「中心的答責者」であり、可罰的な正犯行為を欠く以上、背後者も不可罰となる²⁴³⁾。

それでは一体どのように解決すべきなのかと言えば、ベーリングは、直接行為者の奪取行為を事後の領得行為の予備行為と評価する。つまり、背後者が目的としたことの実行、例えば242条の事例では、246条²⁴⁴⁾の意味での物の領得の際、直接行為者が背後者の目的を知っていたという限りで、横領罪の幫助として現れると結論づけたのであった²⁴⁵⁾。

241) ゆえに、ベーリングは中断論から間接正犯を根拠づけたとする大塚・間接正犯149頁は誤りである（ベーリング自身、現行法の教唆犯の規定において採用されている中断論のドグマに固執するならば…と留保を付している。Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn.6), S. 594）。

また、フランクの遡及禁止論との相違については後述するが、既にこの時点でベーリングは、フランクの心理的に媒介された因果性はあまりに広すぎると批判していた。Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn.6), S. 598 Fn.6.

さらに、ベーリング以前に遡及禁止論の発想から間接正犯を説明したのは、W. ミッターマイヤーであった。Vgl. *W. Mittermaier*, a.a.O. (Fn.130), S. 243 u. S. 244.

242) ベーリングは当該目的を正犯のメルクマールと考えていることが窺えよう。Siehe auch *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, S. 235.

243) *Beling*, a.a.O. (Fn.6), S. 600.

244) ライヒ刑法典246条は、以下のように規定されていた。

「他人が占有する、もしくは所有するところの動産を自ら違法に領得する者は、横領を理由に三年以下の軽懲役に処せられる。物が彼に委託されている場合、五年以下の軽懲役に処せられる。

また減輕事由が存する場合、三百ターラー以下の罰金刑が言い渡されう。」

Vgl. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, §246 (S.53).

245) *Beling*, a.a.O. (Fn.6), S. 602 u. S. 602 f.; siehe auch *Robert Hirsch*, *Über den Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe*, 1881, S. 41 f.

もっとも、ベーリングは立法論として共犯の従属性を緩和する解決に言及してい

このようにベーリングは、目的なき故意ある道具の事例における背後者を横領罪、直接行為者をその幫助と評価した。確かにこのような解決に違和感は否めないであろうが、ここでは自己領得目的しか規定されていなかった当時の窃盗罪の問題が露わとなっている。しかも、ゴムボール事件では、実際にWは物を奪取せず未遂に終わっていることに鑑みれば、この場合に背後者は何も領得していない以上、ベーリング説は援用できないのではないだろうか²⁴⁶⁾。

(2) フレーゲンハイマーの見解(1913年)

フレーゲンハイマーも目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として否定した上で、前者の事例の解決策としてベーリングの見解を支持し、また後者の事例についても解決策を明示した。

フレーゲンハイマーによれば、正犯とは、自身によって把握された意思決定を自ら外界で実現する者だけだとされるが、教唆犯の事例と間接正犯の事例では法益侵害へと至る危険状態が異なるという「特別な内在的正当化」を経て、間接正犯の正犯性が根拠づけられる²⁴⁷⁾。より詳しく言えば、間接正犯の場合、精神病者や錯誤者は、自らが何を為すのか正しく認識できないまま犯行に出ているのに対し、責任能力者である被教唆者は自らを制御しうるのであり、事態をはっきり見通して犯行に出ているという相違を前提に、生活の観念によれば、間接正犯の場合、被利用者の活動は道具と同様であるため、決定者の答責は第一位に移り、そして彼に帰属される

ゝる。Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 604 Fn. 15.

246) 他方で、身分なき故意ある道具の事例に関するベーリングの見解をはっきりと確認することはできないが、刑法331条以下の公務員という属性などの一身専属的な身分を要求する諸構成要件においては、その身分は転用可能なものではないため、それを持たない *extraneus* は当該構成要件を充足できず、また間接正犯という形で実行される場合にはその正犯者自身に身分が存しなければならないと論じられている。Vgl. *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, S. 239; siehe auch *ders.*, a.a.O. (Fn. 6), S. 599 Fn. 7.

247) *Flegenheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 38 u. S. 40.

のである²⁴⁸⁾。ここでは直接行為者の（法益侵害に対する）危険状態の相違が強調されているが、それは直接行為者が自由な意思決定主体か否かという相違が暗黙の前提にされていることが窺えよう。ゆえに、フレーゲンハイマーの見解も間接正犯と教唆犯との間の原理的な区別に忠実であった。

それゆえ、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは否定された²⁴⁹⁾。そしてその代替案として、目的なき故意ある道具については、既述の通り、直接行為者の奪取行為は事後の横領行為にとって予備行為であるとの前提の下、背後者を横領罪、直接行為者をその幫助と評価するベーリングの見解がはっきりと支持された²⁵⁰⁾。

他方、公務員が公文書の虚偽作成を、虚偽性を認識する非公務員によって遂行させる（虚偽公文書作成罪（刑法348条））という身分なき故意ある道具の事例については、非公務員が文書の内容を書き、そして公務員が署名・押印する場合と、非公務員が文書の内容も書き、さらに公務員の名前で署名・押印する場合が区分された²⁵¹⁾。前者の場合、公務員には補助人を利用して文書の内容を書くことが許されているため、非公務員の活動は法的に些細だが、虚偽の内容であるを知って署名・押印する公務員の活動こそが問題であるため、彼は自ら直接に刑法348条により可罰的となり、非公務員はその幫助となる。これに対して、後者の場合、公務員は、非公務員の作成行為に介入して訂正する義務を怠ったことを理由に、刑法348条の不作为の正犯、非公務員はその幫助となる²⁵²⁾。従って、いずれの事例についても、端的に背後者（身分者）を当該犯罪の直接正犯とする解決が示されたのである。

しかし、フレーゲンハイマーの見解も問題を抱えていた。目的なき故意

248) *Flegengeheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 42 f.

249) この事例における狭義の共犯の成立も否定されている。Vgl. *Flegengeheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 46.

250) *Flegengeheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 52 f.

251) *Flegengeheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 66 f.

252) *Flegengeheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 67 u. S. 68.

ある道具についてはベアリングの見解と同様の問題が指摘されるが、これに対して身分なき故意ある道具の事例において不作為の直接正犯が認められている点が問題となる。すなわち、積極的な共犯行為に対して作為が認められるべきところで不作為が語られているというすり替えが存在するのである²⁵³⁾。より踏み込んで言えば、このような理解に従う限り、公務員が虚偽の公文書の作成を非公務員に指示を出し、公印を渡すという本来非難されるべき作為が、不作為の先行行為としか評価されないという問題を孕んでいたのである。

(3) ヴァッフエンフェルトの見解(1914年, 1919年)

第三に検討するヴァッフエンフェルトは、犯行を実行するところの正犯は犯罪的な活動の遂行により結果に対する原因を設定する者であるのに対して、共犯とは正犯の犯行に寄与し、結果に対する一成立条件を創出する者であるという基本的理解を前提に²⁵⁴⁾、因果関係の中断論に基づき、直接行為者が自由な意思決定を為して犯行に出なかった場合、因果関係は中断されず、背後者が原因設定者、つまり(間接)正犯となると考えた²⁵⁵⁾。それゆえ、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは否定されたのである²⁵⁶⁾。

このようなヴァッフエンフェルトの間接正犯論はビルクマイヤーのそ

253) Vgl. Lotz, a.a.O. (Fn. 5), S. 573. 松生光生「身分なき故意ある道具」松宮ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2016年) 467頁も参照されたい。

254) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 127), S. 187 f.

255) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 127), S. 195.

付言すれば、間接正犯の類型として 1) 責任無能力者もしくは幼児を利用する場合、2) 欺罔された、もしくは強制された責任能力者を利用する場合が挙げられている。Vgl. *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 195 ff.

256) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 127), S. 197; siehe auch ders., a.a.O. (Fn. 16), S. 148.

付言すると、論文の方では、故意ある道具の事例における直接行為者と背後者の関係性は典型的な間接正犯の事例のような従属関係ではなく、並列関係であるとも指摘されており、この点は後述する彼の共同正犯説と関係すると見受けられる。Vgl. *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 151.

れ²⁵⁷⁾に酷似しているが、故意ある道具の問題に対して具体的な解決を示したという点ではビルクマイヤーの見解をより一歩進めたと評価しうであろう。目的なき故意ある道具の事例につき、ヴァッフエンフェルトは、刑法242条の「領得」とはその物について所有権者と同様の支配を得ることであるとの理解の下、自ら奪取した物をさらに与えることは贈与類似行為であり、その際に自己領得目的が認められると主張した²⁵⁸⁾。つまり、第三者領得は常に自己領得を前提としていると理解したのである²⁵⁹⁾。従って、問題となる事例では、直接行為者は窃盜正犯、背後者はその教唆と解された²⁶⁰⁾。

しかし、このように解すれば、すぐ隣にいる第三者のために柵から物を盗み出す者や、農夫の言いつけで他人のニワトリを農夫の庭に追いやる下男には、一旦自己領得する行為が認められないとの批判を受けたため²⁶¹⁾、ヴァッフエンフェルトは——事実認定にも依るが、直接行為者に領得目的がないという事例はほとんどないであろうとの留保を付しつつ²⁶²⁾——直接行為者に領得目的が認められない場合には、背後者が横領罪の正犯、直接行為者はその幫助となることを認めたのであった²⁶³⁾。

257) 拙稿（3・完）・前掲注（1）190頁以下参照。

258) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 323 u. S. 324.

259) 付言すれば、ヴァッフエンフェルトは、第三者領得目的が草案の段階では存在したが最終的には削除されたという立法過程を引き合いに出すことで、自らの理解は立法者の意思に沿うものであると主張している。Vgl. *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 325 u. Fn. 71.

260) Siehe auch *Wachenfeld*, *Das Strafrecht*, in: *Franz von Holtzendorff/Josef Kohler* (Hrsg.), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 6. Aufl., 1904, Bd. 2, S. 272; *Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8-10. Aufl., 1911, S. 87; *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 127), S. 197.

261) Vgl. *Raimund Hergt*, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen: Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart*, 1909, S. 152; *Meyer/Allfeld*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 7. Aufl., 1911, S. 237; *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 591.

262) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 328.

263) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 327 f.

他方、身分なき故意ある道具の事例に関してヴァッフエンフェルトは、真正身分犯ではその刑罰威嚇は公務員のみに向けられている以上、非公務員は当該犯罪の教唆や幫助にかなりえないとしつつも、問題となる事例において公務員と非公務員は外見的には共同正犯の形で活動していると捉えた。このような理解の前提として、公務員が非公務員を決定づけた時点に実行の着手が求められ、それによって公務員も実行行為を分担していると考えられた²⁶⁴⁾。

より具体的に言えば、刑法331条の収賄の要求行為²⁶⁵⁾が問題となる事例において、公務員Zが相手方Yに対して自己の職務の対価を要求することを非公務員Xに任せた場合、XとZの共働を通じて初めてYへの要求が実現するという点で、両者は共同正犯という形態で行為しているが、Xは正犯として処罰されえないため、この共同正犯は(法的には意味のない)事実上の意味しか有さず、Xは公務員の犯行への可罰的な幫助になると捉えられた²⁶⁶⁾。

さらに、公務員が、全てを知る書記係(非公務員)に虚偽の文書内容の作成も署名も押印もさせたという公文書虚偽作成罪(刑法348条)の事例でも、公務員は書記係に虚偽内容に関する指示を与えている点に実行の着手が認められ、相手方に到達して欺罔されうる状態になって既遂となるまでの間、公務員は職務により、また非公務員は自らの故意の記入行為により生じた義務(例えば、書かれたものを抹消する義務や、役所から文書が出ること阻止する義務)を懈怠した点で両者は刑法348条の共同正犯となるが、書記係については公務員犯罪の幫助とともに刑法267条の文書偽造罪が成立

264) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 333.

265) ライヒ刑法典331条は、以下のように規定されていた。

「自己の公務に関係する、それ自体として義務違反でない行為に対して対価もしくは利益を受け取る又は要求する、約束させる公務員は、罰金もしくは六月以下の軽懲役に処せられる。」

Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §331 (S. 73).

266) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 334 u. S. 340.

し、観念的競合になるとされた²⁶⁷⁾。

以上見てきた通り、ヴァッフエンフェルトは中断論に依拠して、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と捉えることに反対し、別の解決策を示そうと試みた。とくに身分なき故意ある道具の事例に関しては、身分を正犯メルクマールと考えつつ、(事実的な)共同正犯を想定した上で、非公務員は幫助として処罰されるという独特の見解が主張されており、一考に値するであろう。しかし、垂直関係の共同正犯に対するありうべき批判²⁶⁸⁾は措くとしても、非公務員は公務員との間で事実上の共同正犯であると一旦評価しておきながら、その後に改めて非公務員を幫助と評価することは——故意ある道具を利用した間接正犯を認める通説と同じ帰結を導こうとしたのか——技巧的にすぎ、事案の処理として煩わしいであろう。また、非公務員に対する公務員の表明行為に実行の着手を認め、公務員による実行行為の分担を見出すという「強引な概念操作」²⁶⁹⁾ゆえに、実行の着手が背後者の表明行為の段階に認められない場合、実行行為の分担も認められず、共同正犯は成立しえないという限界が存在したのである²⁷⁰⁾。

(4) フランクの見解（1931年）

最後に検討するフランク²⁷¹⁾は、結果に対して条件を与えたという限りで正犯と共犯は異なるところがないとしつつ²⁷²⁾、両者を客観的に区別し、結果犯における正犯者は物理的な因果関係（物理的に媒介された因果）を経

267) *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 336 f.

268) これは、組織支配に基づく間接正犯の代わりに共同正犯を認めるべきとする見解に対する批判である。Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 745; siehe auch *Bloy*, Grenzen der Täterschaft und fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 440.

269) 松生・前掲注 (253) 461頁参照。

270) この点は、実は論者自身が認めていた。Vgl. *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 334.

271) ヴァッフエンフェルトによると、フランクは故意ある道具を利用する間接正犯を認める論者として挙げられている。Vgl. *Wachenfeld*, a.a.O. (Fn. 16), S. 32.

272) *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 102. 以下では、*Frank*, Das Strafgesetzbuch 18 と記す。

て結果を惹起した原因設定者であるのに対し、共犯者は心理的な因果関係(心理的に媒介された因果)を経て結果を惹起した単なる条件設定者にすぎないと捉えた²⁷³⁾。これを踏まえてフランクは、「自由かつ意識的に(故意かつ有責的に)結果の惹起に向けられた条件の前条件は原因ではない」という遡及禁止論の見地から²⁷⁴⁾、直接行為者の意思が自由でないか、もしくは意識的(故意かつ有責的)でない場合、その直接行為者の設定した結果に対する条件を原因と捉えず、背後者を原因設定者、すなわち(間接)正犯と評価した²⁷⁵⁾。

その上で窃盗罪に関連する目的なき故意ある道具に関しては、第三者領得も自己領得を前提とすると考えるならば、直接行為者は窃盗罪の正犯、背後者はその教唆となるが、第三者領得は自己領得と別物であるという有力説に従うならば、背後者を横領罪の正犯、直接行為者をその幫助と捉えることが論理的に望ましいと論じるにとどまった²⁷⁶⁾。

他方、身分なき故意ある道具については、公文書虚偽作成罪(刑法348条)の事例が挙げられ、この場合に直接行為者は公務員という身分を欠くがゆえに完全な犯罪故意(Deliktsvorsatz)を持ち得ないため、故意なき者を利用した間接正犯の一事例として整序された²⁷⁷⁾。もっとも、フランクは「他の諸事例では、制定法の文言が、構成要件の行為をもまさに背後者の一身において充足するものと看做すことを許容している。つまり、収賄を含

273) Frank, Das Strafgesetzbuch 18, S. 104.

274) Frank, Das Strafgesetzbuch 18, S. 14.

付言すると、フランクは、既にコンメンタルの第一版において中断論という表現はあまり好ましくないと述べていた。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 237), S. 12.

275) Frank, Das Strafgesetzbuch 18, S. 104.

もっとも、フランクは挙動犯においては間接正犯の成立を認めない点に注意が必要である。Vgl. ders., Das Strafgesetzbuch 18, S. 106 u. S. 109.

276) Frank, Das Strafgesetzbuch 18, S. 107.

277) Frank, Das Strafgesetzbuch 18, S. 108.

そこではリスト=シュミットの見解とウェグナーの見解が最も魅力的であるとされている。前者については後述するが、後者についてさしあたり以下を参照されたい。Vgl. Wegner, a.a.O. (Fn. 207), S. 115.

んだ要求を、情を知る私人に伝達させる公務員は自ら「要求」している²⁷⁸⁾と述べており、構成要件の解釈上、直接的に活動しなかった背後者でも間接正犯となりうることを認めていたのである。

以上のようにフランクは、遡及禁止論に立脚した間接正犯論を示しながらも、身分なき故意ある道具の事例は「故意」なき者の利用であると捉えていた。そこに言う「故意」には、単なる事実の認識ではなく、行為者が身分者として振舞うことも含んでいる。より端的に言えば、*dolos*ではなく、*Vorsatz*の存在を問題にしたのである。その限りでフランクが定義する遡及禁止論に確かに抵触しないが、情を知り、自由な意思決定で犯行に出た者をも間接正犯の「道具」と評価してよいのかという本質的な問題が等閑視されていたのである（ゆえに、このように考える限りで、ベーリングの叙述から読み取られる遡及禁止論的な発想とフランクの遡及禁止論には相違があるものと理解される）。

（5）ま と め

以上において検討した通り、ベーリングらは間接正犯と教唆犯との間の原理的な区分を維持し、間接正犯を中断論もしくは遡及禁止論によって根拠づけたため、各則構成要件の特色に鑑みて故意ある道具の問題を解決しようと試みた。その点で、彼らの見解は示唆に富むものであった。

いずれの見解も目的なき故意ある道具については、背後者を横領正犯、直接行為者をその幫助とする解決を示していた。その背景には、第三者領得目的は自己領得目的を前提とするという解釈が、（実際の事案とは異なるものの）ガチョウ小屋事例では直接行為者は一旦自ら領得することなく背後者に物を渡しているため、援用できないという事情があった。しかし、この見解では奪取に存する犯行の不法モーメントは把握されず、可罰性の範囲は著しく制約されることとなる²⁷⁹⁾。また、既に指摘した通り、直接

278) *Frank*, Das Strafgesetzbuch 18, S. 108.

279) Vgl. *Wilhelm Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 135 f.

行為者の行為が未遂に終わった場合、この見解は援用しえないという難点を抱えていた。それゆえ、この見解は第三者領得目的が追加的に規定されるまでの暫定的措置にすぎなかった²⁸⁰⁾。

また、身分なき故意ある道具に関しても、各論者の苦心が垣間見える。とくにフレーゲンハイマーとフランクは——もちろん、問題となる構成要件(虚偽公文書作成罪や賄賂の要求罪)との関係で——背後者を直接正犯とする説を主張していたことに注目されよう。これに対してヴァッフエンフェルトは、身分者と非身分者は一旦「共同正犯」であると認定された後、非身分者だけ身分の不存在を理由に幫助に格下げするという技巧的な見解を主張していた(もっとも、公務員という身分をあくまで一身専属的な行為者メルクマルと捉えていた点では日本の(共謀)共同正犯説と大きく異なっていた)。

(二) 故意ある道具を認める見解

ここでは、間接正犯の一事例として目的なき・身分なき故意ある道具の利用を認める論者の見解を検討していく。彼らは、既に検討したベーリングらと異なり、中断論もしくは遡及禁止論に対して否定的であるという共通項を有していた。

(1) リストの見解(1899年他)

リストは客観説の立場にありながら故意ある道具を認めた点で、「根本的にその客観主義的な出発点を手放してしまっている」と批判されていた²⁸¹⁾。

リストは教科書の第九版(1899年)において、「共犯と異なり、刑法上重要な結果の(直接的もしくは間接的な)惹起ないしは不阻止」である正犯者には二種類あり、「犯罪行為を単独で実行する、つまり犯罪の法定構成要

280) しかしながら、周知の通り、第三者領得が規定されるに至ったのは1998年になってからのことであった。それまでの間、背後者を横領、直接行為者を幫助と評価する論者は散見された。Vgl. Lotz, a.a.O. (Fn. 5), S. 104 ff.

281) Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 596 f.

件を単独で実現する」者と——実定法上の共犯の概念による重要な制約を受けることを前提に——「他の人間を（場合によっては被害者自身を）道具として利用する者」が存在することを認めていた²⁸²⁾。その叙述から明らかな通り、彼によれば、間接正犯は教唆との関係で定義される。つまり、「故意の作為に対する故意の教唆もしくは故意の幫助においては、正犯の犯行を通じた因果関係の中断が認められる」²⁸³⁾という因果関係の中断論の観点からすれば、その中断が認められないところで間接正犯が認められることとなる。

ところが、このような間接正犯論を打ち立てたにもかかわらず、リストは間接正犯の事例として、帰属能力のない者を利用する場合と強要による場合、被利用者が故意なく行為する場合と並んで、目的なき故意ある道具の場合、つまり（例えば、窃盗の領得目的のように）特定の目的を直接行為者は有していないが、背後者は有している場合を（その理由を詳らかにすることなく）挙げたのである²⁸⁴⁾。

しかし、一方で中断論による間接正犯論を打ち立てつつ、他方で目的なき故意ある道具を認めるリストの態度は、明らかに矛盾である²⁸⁵⁾。この点につき、決定論者（Determinist）であったリストからすれば、行為者は行為の時点で決定されているため、意思自由に基づく中断論は本来これに矛盾するけれども、現行法（刑法48条）との関係でやむを得ず中断論を認めたのではないかとの分析も存在する²⁸⁶⁾。意思自由論と中断論が必然的

282) *v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9. Aufl., 1889, S. 220.

283) *v. Liszt, Lehrbuch*, 9. Aufl., S. 123.

284) *v. Liszt, Lehrbuch*, 9. Aufl., S. 220 f.

付言すれば、第九版では上述の四人移送事件に若干触れるにとどまっている。また1905年の第十四・十五版で初めて身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として説明した。
Vgl. *v. Liszt, Lehrbuch*, 14 u. 15. Aufl., 1905, S. 221.

285) Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 594; *Flegenheimer*, a.a.O. (Fn. 129), S. 36 f.

286) Vgl. *Michael A. Ling, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten: eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, 1996, S. 87 ff.

に結びつくという理解にはやや躊躇を覚えるが²⁸⁷⁾、確かにリストは既に教科書の初版で中断論について、「通常理解から遠くかけ離れた見解は実定法に依拠している」とコメントしており、消極的肯定の立場を窺わせていた²⁸⁸⁾。また、国際刑事法学協会(IKV)の設立者の一人であるリストは、1895年のリンツ大会において統一的正犯論への支持を表明し、教唆犯を狭義の共犯に位置づけることに反対していたという事実²⁸⁹⁾も併せて考慮するならば、リストにとって故意ある道具を認めるという、中断論に抵触する帰結はむしろ好ましいものであり、またそれが弟子のE. シュミットの拡張的正犯論に系譜されたと見ることもできよう。

(2) ビンディングの見解(1907年他)

間接正犯という用語を教唆犯と区別される形で初めて用いた人物であるビンディング²⁹⁰⁾は教科書の第六版(1902年)まで、制定法上の関与形態の三分(正犯・教唆・幫助)を認めつつも、三分の関与形態の上位概念として、発起者と幫助者の二分を想定していた。すなわち、発起者とは犯罪を自ら意思面と行為面に従って結果を惹き起こした者、つまり犯罪的な結果について原因を設定した者であるのに対して、幫助者とは他人の犯罪に援助となる手を差し伸べた者であると捉えられた²⁹¹⁾。そして、発起者は普通法時代のそれと同様、物理的発起者と知的発起者に区分されていた²⁹²⁾。

287) 鳥田・基礎理論90頁以下参照。

288) *v. Liszt, Lehrbuch*, 1. Aufl., S. 147, Fn. 2.

289) Vgl. *Rotsch, Einheitstäterschaft*, S. 20, 43 f.

290) 拙稿(3・完)・前掲注(1)175頁以下参照。

付言すると、1878年初版のビンディングの教科書 „Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht“ は、1890年の第四版より名称が „Grundriß des deutschen Strafrechts“ に変更されている。以下、ビンディングの教科書につき、*Binding, Grundriss* と記す。

291) *Binding, Grundriss*, 6. Aufl., 1902, S. 134 f.

292) Vgl. *Michael Bolowich, Urheberchaft und reflexives Verständnis: Untersuchungen zur Grundlage einer strafrechtlichen Beteiligungslehre*, 1995, S. 201.

この知的発起者の内部で、間接正犯と教唆犯の区別は以下の点に見出された。すなわち、「教唆者によって決定づけられた者は自ら犯罪的に、つまり正犯として行為していなければならないが、これに対して単独正犯の道具は、常にはないが、通常は責任を欠いており、少なくとも正犯ではない。区別のメルクマールは… [筆者注：中略] …専ら、犯罪の決意の遂行へと決定づけられた人格に責任があるのかないのか、つまり正犯なのか非正犯なのかという点に存する」と²⁹³⁾。ゆえに、この時点でのビンディングの見解では、間接正犯の道具に関して基本的に²⁹⁴⁾無責任であることが要求されるため、故意ある道具の利用は間接正犯の一事例として認められないと解しうるであろう²⁹⁵⁾。

ところが、ビンディングは1907年の教科書の第七版²⁹⁶⁾以降、見解を大きく変更した。すなわち、正犯と幫助者という関与類型の二区分を出発点にしつつも、自手犯において正犯に適さない者が正犯に適する者を当該犯罪に決定づける場合や、身分犯において非身分者が行為能力なき身分者を当該犯罪に決定づける場合、背後者は結果との間に因果関係があるにもかかわらず不可罰となってしまうため、それを避けるべく、可罰性が正犯よりも軽く、幫助者よりも重い「発起者」という概念を——普通法時代とは異なった意味で——新たに置いたのである²⁹⁷⁾。このような構想の中、「不

293) *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 137.

294) いわゆる過失による教唆を正犯の一事例に数えている点は例外であると考えられる。Vgl. *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 135.

295) もっとも、間接正犯の事例において道具が幫助者と評価されることは認めている。Vgl. *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 137 Fn. 1.

296) 教科書の第七版（1907年）と第八版（1913年）の間に内容上の変更はないので、以下では第八版を引用している。

297) *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., 1913, S. 147 f. もちろん、そのような事例（例えば、枉法罪、軍刑法上の逃亡罪、近親相姦罪、偽証罪）では、間接正犯は成立しえないことが前提となっている。Vgl. *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 146.

付言すると、正犯と発起者の相違は意思内容に見出される。すなわち、正犯者は自己の意思の実現として犯行を意欲しており、他方で発起者は他者の意思の実現として犯行を意欲しているとされる。Vgl. *Binding*, Die drei Grundformen des verbrecherischen

運な中間的存在 (unglückseligen Zwittergeschöpf)」と称される教唆犯は、その大部分が間接正犯に、一部が発起者に整序されることでその適用領域は大幅に縮小されることとなった²⁹⁸⁾。

それに伴って、間接正犯についても新たな理解が示された。すなわち、犯罪構成要件の実現に向けられた意思を自ら（その全てもしくは一部を）実現した者と定義される正犯者について、ビンディングは自手性要件を否定した上で、行為能力なき者を利用する場合だけでなく、行為能力ある者を利用する場合も——普通法時代以来の „Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur“ という命題に基づく代理の発想と、行為媒介者が責任能力者かどうかは背後者の評価には無関係であるとの理由による中断論の否定に基づき——正犯性は排斥されないとしたのである²⁹⁹⁾。従って、間接正犯については「正犯を通した正犯」³⁰⁰⁾という表現が用いられている通り、以前のビンディングの見解よりもその適用領域は拡張され、その限りでステューベルの間接正犯論に近づいたと見られる³⁰¹⁾。そして、目的なき・身分なき故意ある道具の事例も、直接行為者は当該犯罪の正犯メルクマルたる目的・身分を欠くがゆえに正犯にはなりえないが³⁰²⁾、それを利用する背後者については間接正犯の成立が認められることとなるう。

以上、ビンディングの見解の変遷に注意しつつ彼の見解を検討した。後期ビンディングでは、中断論は共犯論において不幸を招くものとして否定

↘ Subjekts, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band: Strafrecht, 1915, S. 321. その点をもってして F. C. シュレーダーは、ビンディングの見解を「間主観的な正犯概念」だと評する。Vgl. F. C. Schroeder, a.a.O. (Fn. 23), S. 47 ff.; dagegen Uwe Murmann, Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993, S. 49 f.

298) *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 148, auch S. 161 ff.

299) *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150 f.

300) *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 155.

301) *Binding*, a.a.O. (Fn. 297), S. 270.

302) 正犯の一要件としての身分や目的につき, siehe *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150.

され³⁰³⁾、代理の発想に基づいた間接正犯論を通して、故意ある道具の利用もその一事例として認められた。このような広汎な正犯の概念定義が1911年対案の共犯規定に影響したことに鑑みれば³⁰⁴⁾、少なくとも立法論としては可能であろうが、ライヒ刑法典の解釈と相容れるのかは疑わしい。また、既にハースが批判する通り、従属的ではない独立した関与形態としての発起者は、実のところ、正犯行為と同じく一般的な惹起の禁止を責任の根拠とする以上、広汎な原因概念に依拠した拡張的な犯行概念として妥当ではないであろう³⁰⁵⁾。

（3）M. E. マイヤーの見解（1923年）

M. E. マイヤーは、単独正犯 (Einzeltäter) を「ある制定法上の構成要件をまったく単独で自己の活動を通じて有責かつ違法に充足した者」であると定義しつつも、間接正犯の存在を認めた³⁰⁶⁾。しかし、彼は、「非答責的なものだけでなく、法的な理由から正犯として答責的になりえない者もすべて道具である」³⁰⁷⁾として、間接正犯の「道具」の定義を変更することで、目的なき・身分なき故意ある道具を利用する間接正犯を認めた。というのも、「教唆された正犯は、因果連関の中断をもたらすが、道具はそうではないという考えは根本的に誤っている。何故なら、同様の因果連関が、イニシアチブと結果との間の因果連関にはっきりと介在しているからである。未だに「意思の自由」が学説に持ち込まれるならば、絶望的に混乱に陥ってしまう」³⁰⁸⁾と論じられている通り、彼は中断論に対して否定的

303) *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150 Fn. 1.

304) 大野・共犯の従属性と独立性94頁以下参照。Siehe auch *F. C. Schroeder*, a.a.O. (Fn. 23), S. 49.

305) Vgl. *Volker Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, 2008, S. 101.

306) *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 375.

307) *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 375 f.

308) *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 376 Fn. 1.

な態度を執っていたからである³⁰⁹⁾。

では、子細に M. E. マイヤーの見解を見ていこう。彼は、直接行為者が正犯とはならず、ゆえに間接正犯の道具と看做される場合をいくつか分類した上で³¹⁰⁾、目的なき故意ある道具を「直接行為者は故意 (dolos) であるが、当該犯罪にとって本質的な故意 (Vorsatz) を欠く場合」に位置づけた。すなわち、ガチョウ小屋事例において、下男は情を知る (がゆえに dolos である) が、目的を欠くという点で当該犯罪にとって本質的な故意を欠く道具であり、農夫は窃盗正犯であると評価されたのである。もっとも、直接行為者が事後に贈与・交換・売却することを考えている場合、彼は正犯であるとの留保も付されており、いずれに当たるかは純粋な事実問題であるとされた³¹¹⁾。

これに対して身分なき故意ある道具の事例は、「当該構成要件の態様のな制限によって、直接行為者は実行したにもかかわらず当該構成要件を充足していないと考えられる場合」に該当する。つまり、身分を有する者だけが正犯となりうるという思考に基づき、直接行為者である非公務員は身分を欠くがゆえに正犯にはなれないため「道具」にすぎず、背後者である公務員が間接正犯であると評価された³¹²⁾。

このような M. E. マイヤーの見解は、それ自体として見れば、理論内在的に一貫したものであろう。しかし、以下の三点が問題として指摘されよう。ひとつは、故意の定義である。つまり、ライヒ裁判所の判例やフランクの見解で見られた通り、責任能力を有し且つ情を知る者も間接正犯の「道具」と評価してよいのかという問題が、故意 (Vorsatz) の問題にすり

309) ゆえに、M. E. マイヤーは、間接正犯と教唆犯はいずれも犯行への誘致であるという限りで同様の構造をもつと捉えていた。Vgl. *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 378, auch S. 155; ders., *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht: eine rechtsphilosophische Untersuchung*, 1899, S. 93 ff.

310) Vgl. *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 379.

311) *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 379 f.

312) *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 377.

替えられてしまっている（このような理解は、後述の E. シュミットに受け継がれた）。また、中断論は完全に否定され、道具の定義が変更されているという点に関して言えば、中断論（もしくは遡及禁止論）の賛否が故意ある道具の利用を間接正犯の一事例とするかどうかの分水嶺であったことも明らかとなる。さらに、この M. E. マイヤーの見解では、そもそも何故に直接行為者に正犯となる要件が欠けていれば背後者が間接正犯になると言いうるのか説明されておらず、この点は後述のヘークラーによって批判された³¹³⁾。

（4）ヘークラーの見解（1929年）

ヘークラーは、ロクシンによれば、行為支配という概念を刑法の領域で初めて用いた人物であるとされる³¹⁴⁾。ヘークラーは行為支配概念を、犯罪主体のメルクマールとして、つまり刑法上の責任（帰属能力、故意・過失、免責事由の不存在）の前提として理解し、有責的に行為する者は、完全な行為支配を有していると考えた³¹⁵⁾。ゆえに、責任無能力者や被強要者においては行為支配が欠けているが、背後者には（上記の諸前提が備わる限りで）行為支配が認められ、（間接）正犯になるという点で、現代的な行為支配論との一致も見出される³¹⁶⁾。

このような行為支配思想を示したヘークラーは、約15年後、「間接正犯の本質について」と題した論文の中で、優越性という観点から、目的なき・身分なき故意ある道具の事例を含む間接正犯一般を説明しようと試みた。その出発点においてヘークラーは、法的な理由から正犯になれない者が間接正犯の道具となるという消極的な理由づけではなく、積極的な根拠

313) Vgl. *Hegler*, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in: *Otto Schreiber* (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (I. Oktober 1929), Bd. 5, 1929, S. 306. 以下では、*Hegler*, Zum Wesen と記す。

314) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 60.

315) Vgl. *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 1915, S. 184, 186, 190.

316) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 60.

づけがなされなければならないと主張した。その積極的理由づけは、客観的にはただ誘致もしくは援助をするにすぎない者が、客観的に(唯一の)実行者に対して一定の方向において顕著な優越性を有するという点に見出された。すなわち、少なくとも客観的には結果(外部的な犯罪実現)に対して条件を有する者に客観的な実行行為が存在せずとも、それは「役割分担に関する法の評価的考察」によって十二分に埋め合わされ、彼は中心的人物、つまり正犯と捉えられ、ゆえに彼はそのような優越性を伴って誘致・援助したことを理由に責任を負う、もしくはより重い責任を負うが、これに対して被誘致者・被援助者は自らの客観的な実行行為が存在するにもかかわらず、その他の要素を欠くことで、正犯者とは捉えられず、刑法上の答責を免れる、もしくはより軽い責任を負うとされる。こうしてヘークラーは間接正犯の正犯性を、背後者が直接行為者との関係で優越状態にあると捉えたのである³¹⁷⁾。

そして、このような「役割分担に関する法の評価的考察」という観点に基づき、目的なき・身分なき故意ある道具の事例を説明した。すなわち、ヘークラーは、公務員が非公務員に公文書の虚偽作成を唆す場合や、窃盗罪における自己領得目的を有する背後者が、その目的を欠く者に奪取を唆す場合³¹⁸⁾、目的・身分を有することで当該犯罪における特殊な違法性が基礎づけられるという点に優越状態を認めることで³¹⁹⁾、背後者を間接正犯、直接行為者を幫助(故意ある幫助的道具)と評価したのであった。

以上概観したヘークラーの見解では、純粋な因果的考察とは異なり、広い意味での責任と客観的な実行行為の外にある違法性の領域に存する「優越性」によって正犯性が判断された³²⁰⁾。それゆえ、故意ある道具の事例

317) *Hegler*, Zum Wesen, S. 306 f., auch S. 308.

付言すれば、ヘークラーは自らの構想の手がかりとしてパウエル・ヴォルフの見解を挙げている。Siehe ders., Zum Wesen, S. 307 Fn. 3; *Paul Wolf*, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 225, 1927, S. 52, 56.

318) *Hegler*, Zum Wesen, S. 310.

319) *Hegler*, Zum Wesen, S. 311.

320) Vgl. *Krauss*, a. a. O. (Fn. 206), S. 39.

でも、直接行為者が情を知って自由な意思決定の下で犯行に出たことは、もはや重要事項ではなかった。むしろ、ヘークラーは、目的・身分を有する背後者が、それを欠く直接行為者を利用したという点に優越的な状態を認め、それによって故意ある道具という法形象を正当化しようと試みたのである。

しかし、このような間接正犯の積極的な根拠づけは、E. シュミットによって以下のように批判された。すなわち、ヘークラーの見解では、どのような法的前提の下で誘致者の優越性が認められうるのかにつき、鋭い洞察力を伴って叙述されているが、それは、特定の刑罰法規の動詞に外見的に一致する行為を客観的に実行することは正犯性の判断にとって重要ではなく、構成要件実現と法益侵害の招来が惹起者に認められるという点が重要であるとする前提の下でのみ、確実なものであると批判したのであった³²¹⁾。その限りで、シュミットからすれば、ヘークラーの思想は証明すべきことを既に前提にした「不当前提」だったのである。

(5) ま と め

以上の通り、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認める諸学説を検討した。（特に M.E. マイヤーの見解において顕著であったが）彼らは、故意ある道具という法形象の承認との関連で、間接正犯の根拠づけのために中断論・遡及禁止論を援用することに対し、消極的・否定的な態度を執っていたことが明らかとなった。その他にも、後期ビンディングは代理の発想に基づき、既に「正犯の背後の正犯」の存在を認めており、ヘークラーも単純な因果的な思考から離脱し、行為支配論のプロトタイプを垣間見せていたという点でも注目に値するであろう。

(三) ま と め

本節での検討の通り、いわゆる限縮的正犯論の内部では間接正犯それ自

321) Vgl. E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 121.

体は認められていたものの、教唆犯規定の解釈から導出された中断論もしくは遡及禁止論を分水嶺に、故意ある道具を利用する間接正犯を認めるかどうか争いがあった。

目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と認めない論者は、苦心しつつも代替案として各論的解決を示していた。確かに呈示された解決はそれぞれに問題を抱えていたが、日本の議論にとっても有益な点は存在する。例えば、収賄の要求罪に関する事例では背後の公務員を直接正犯と見做す見解が既に存在していたことに代表されるように、正犯性判断の出発点としては構成要件こそが肝要であり、その特色を抜きに正犯性は判断されえないということが明らかとなる。

他方、反対説の論者らは、その帰趨するところ、中断論もしくは遡及禁止論とは異なった間接正犯の根拠づけが必要となった。例えば、ベンディングは代理の発想から正犯の背後の正犯を認めることで、M.E. マイヤーは道具概念の再定義を行うことで、ヘークラーは優越性という観点を援用することで間接正犯概念の再構成を図っていた。もっとも、その結果として、歴史的淵源に忠実な、本来的な形での間接正犯概念からかけ離れていくこととなり、そのような概念拡張の趨勢は拡張的正犯論の誕生の契機となったと見受けられる。

第四節 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立

本節では、1930年前後に登場した二つの正犯概念の間の論争（つまり、共犯規定を刑罰拡張事由と捉えるのか、それとも刑罰縮小事由と捉えるのかの対立）に対応して、両派がそれぞれ間接正犯概念および故意ある道具の事例をどのように取り扱ったのか検討していく。もっとも、本節で検討の対象とする限縮的正犯論は、第三節の諸学説と異なり、立法動向を反映して間接正犯概念それ自体に否定的である点に注意を要する。

（一） ツィンマールとブルンスの限縮的正犯論

——間接正犯を教唆犯に解消する見解

先述の通り、ここで検討する限縮的正犯論は、前節の論者らと異なり、間接正犯に対して消極的・否定的な立場にあり、共犯の従属性を緩和することで従来の間接正犯を教唆犯に解消しようと試みた。彼らは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に対してどのような解決を示したのであるか。以下では、まず、共犯規定の理解を巡る問題として正犯概念を学説上初めて論じたツィンマールの見解を取り上げる。その後、正犯概念の理解について彼と同様の立場ではあったが、故意ある道具の事例について異なる処理を示したブルンスの見解を検討することとする。

（1） ツィンマールの見解（1928年、1929年、1932年他）

オーストリアの刑法学者であったレオポルト・ツィンマールは、当時のオーストリーではドイツとの法統一化の動きによってドイツと同内容の草案（1927年草案）が作成されたことを背景に³²²⁾、その後のドイツ刑法学に大きな影響を与えた。

（a） 正犯概念について

正犯概念の問題が学説上初めて提示された1929年の論文において、ツィンマールは、刑法解釈学上、非常に激しく議論された絶望的な章³²³⁾である共犯論では客観的共犯論と主観的共犯論の論争よりも、共犯規定の意味を問うことの方がより重要であるとの見識から議論を始めた³²⁴⁾。

322) 佐川「身分犯における正犯と共犯（3）」立命館法学319号（2008年）785頁、788頁以下参照。以下では、佐川・身分犯における正犯と共犯（3）と記す。

323) Siehe auch *Hermann Kantorowicz*, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 7. Jahrgang, April 1910 -März 1911, S. 306.

324) Vgl. *Leopold Zimmerl*, *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, *ZStW* 49, 1929, S. 40. 以下では *Zimmerl*, *ZStW* 49 と記す。

まず、ツインマールは「構成要件を拡張的に解釈する見解」と「構成要件を限縮的に解釈する見解」を対置させた。前者の見解によれば、結果発生に対して因果的となる者すべてが構成要件的に行為する正犯であり、自己の責任を有する限り処罰される。ゆえに、共犯規定を必要とするならば、それは各則構成要件に対して特別法 (lex specialis) の関係にあり、この規定の適用がない限りで一般規定が有効となり、構成要件実現に対して有責的な全ての因果生成が正犯と評価されるため、過失の教唆や幫助は過失正犯として扱われ³²⁵⁾、また教唆犯としての処罰が不可能な限りで一般的な命題が妥当するため、間接正犯も自明のものと解される³²⁶⁾。しかし、このように解すれば、構成要件該当性の限界は遠くに定められ、特別構成要件を全く放棄するのとはほぼ同じ帰結に至るため、法的安定性の防御壁たる構成要件を無に帰せ、刑法体系全体を破壊してしまうと厳しく批判した³²⁷⁾。

それゆえ、各則構成要件には正犯のみが該当し、教唆者や幫助者の行為は該当しないという形で構成要件を解釈する、「構成要件を限縮的に解釈する見解」が妥当であり、これによれば、教唆や幫助の行為は特別構成要件の意味で構成要件的行為ではないため、それを構成要件該当的なものにし、処罰を可能にするために共犯規定が必要となる。ゆえに共犯規定は「刑罰拡張事由」、より正しくは「構成要件拡張事由」と捉えられることとなるのである³²⁸⁾。

しかし、ツインマールは1932年の論文では過失正犯の背後の故意正犯の

325) この点、この共犯規定を巡る理解の対立の背景には、いくつかのライヒ裁判所の判決 (ERGSt 58, 366; ERGSt 61, 318; ERGSt 64, 316; ERGSt 64, 370) を契機に浮上した「故意正犯の背後の過失正犯」の問題があった。この問題について詳しくは、松宮『過失犯論の現代的課題』(成文堂・2004年) 5頁以下、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(一)」立命館法学268号(1999年)1423頁以下参照。

326) Zimmerl, ZStW 49, S. 40.

327) Zimmerl, ZStW 49, S. 41 u. S. 42. そのほか、拳動犯や身分犯において耐え難い帰結に至ってまうことが指摘されている。Vgl. ders., ZStW 49, S. 44 f.

328) Zimmerl, ZStW 49, S. 45; ders., Zur Lehre vom Tatbestand: Ueberschene und vernachlässigte Probleme, 1928, S. 119. 以下では、Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand と記す。

議論を背景に、拡張的正犯概念と限縮的正犯概念のいずれが現行法上正しいのかという問題よりも前に、そもそも法はこの問題について統一的な態度を表明しているのかどうか検討せねばならないと考え³²⁹⁾、過失犯の構成要件の動詞が故意犯の構成要件のそれと異なることに鑑み³³⁰⁾、少なくとも過失犯では拡張的正犯概念が妥当することを認めるに至ったのである（もっとも、立法論としては限縮的正犯論が妥当であるとするのだが³³¹⁾）。

(b) 間接正犯・故意ある道具について

それゆえ、ツインマールは、現行法上はいずれの正犯概念が妥当であるのか決せられない以上、間接正犯の問題も解決不可能であると論じた³³²⁾。もっとも、それ以前の著作では限縮的正犯論を支持する立場から間接正犯論・故意ある道具の問題に言及していた。

ツインマールによれば、いわゆる間接正犯と教唆犯は客観的には同じ事象にもかかわらず、直接行為者の主観によって異なって評価されている点で、主観的体系と客観的体系が混じり合った体系違反であり、さらには一般的に普及した間接正犯論が命令説に根ざしている点でも不当であると、間接正犯に対する消極的立場を明らかにした³³³⁾。その上でツインマールは、間接正犯概念は極端従属性から生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策であるとの認識から共犯の従属性の問題に言及していくのだが³³⁴⁾、

329) *Zimmerl*, Von Sinne der Teilnahmevorschriften, ZStW 52, 1932, S. 167, auch S. 169, Fn.

6. 以下では *Zimmerl*, ZStW 52 と記す。

330) 例えば、過失致死罪（刑法222条）の「人の死を惹起した者」や溢水罪（刑法312条）の「人の生命に対する公共の危険を伴って溢水を故意に招来した者」などに見られる「招来する」や「惹起する」「もたらす」などの動詞は因果発生と同じような意味であると論じられている。Vgl. *Zimmerl*, ZStW 52, S. 170 f. u. S. 171.

331) Vgl. *Zimmerl*, ZStW 52, S. 178.

332) *Zimmerl*, ZStW 52, S. 172 f.

333) *Zimmerl*, ZStW 49, S. 47, 48; siehe auch ders., Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 143. 以下では、後者の文献につき、*Zimmerl*, Aufbau と記す。

334) *Zimmerl*, ZStW 49, S. 49, S. 50 ff.

正犯＝構成要件該当行為の自手実行を理由に間接正犯論を否定したわけではない³³⁵⁾。

いずれにせよ、間接正犯概念を消極的に理解したツインマールは、構成要件(不法)と責任の対置を本質的とするメツガーの立場を支持し、犯行の不法に関する事情は共犯者に帰属されるのに対して、責任・危険性に関する事情は純粹一身的に作用すると捉えることで³³⁶⁾、実質的に制限従属形式を採用し³³⁷⁾、間接正犯概念を教唆犯へ解消することを試みた。

しかし、故意ある道具の事例を教唆犯に解消することは、そう容易ではなかった。例えば、「公務員が非公務員を執務室に入らせ、そこで窃盗をさせる」という身分なき故意ある道具の事例では、当該身分を不法に関連するメルクマールと捉える限り³³⁸⁾、身分を持たない直接行為者は当該犯罪の不法を欠くため、背後者における共犯の成立を認めることはできなかった。それゆえ、彼は処罰の間隙を回避すべく、「他人によって犯された以下のような犯行に関与する公務員は、公務員犯罪に対する共犯者に妥

335) この点で島田教授は、ツインマールが限縮的正犯概念において何が構成要件該当行為か判断するには日常用語例に依ると叙述していた点から、彼は正犯＝構成要件該当行為の自手実行と捉えていたとされる。島田・基礎理論37頁。しかし、ツインマールは命令説を批判し、精神病患者の所為も法的な行為として捉えられるべきだとしつつも、その所為が単なる反射運動としてしか捉えられない場合、彼を唆す者の行為が正犯となる余地を認めている。Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 48 f.

336) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138; ders., ZStW 49, S. 52.
付言すれば、このような区別は処罰条件を 1) 不法に関連する処罰条件(本来的構成要件メルクマール)と 2) 責任や危険性に関連する処罰条件(非本来的構成要件メルクマール)に区分することとパラレルの関係に立つ。Vgl. ders., Zur Lehre vom Tatbestand, S. 27, 28 u. S. 138.

337) Vgl. Manfred Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“: ein Beitrag zur Harmonisierung des §28 StGB, S. 27.
もっとも、当時のオーストリー刑法では、制限従属形式が解釈論として妥当するとツインマールは主張していた。Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 51.

338) 付言すれば、1927年草案を支持し、関与者のうちの誰かに身分があれば十分であると主張したリッターの見解は批判されている。佐川・身分犯における正犯と共犯(3) 793頁, 795頁参照。

当する刑罰法規によって処罰される」という総則規定を置く立法提案をするほかなかったのである³³⁹⁾。

さらに、目的なき故意ある道具の事例についても、例えば通貨偽造罪³⁴⁰⁾のように当該目的が客観的な構成要件要素に還元される真正目的犯³⁴¹⁾と、例えば窃盗罪のように当該目的が責任に属するとされる不真正目的犯³⁴²⁾が区分され、前者は共犯者にも影響するが、後者は一身的に作用すると捉えられた³⁴³⁾。これに従うと、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、自己領得目的を欠く者に対する共犯の成立が認められるのに対し³⁴⁴⁾、通貨偽造罪の事例では、行使の目的を欠く者に対する共

339) *Zimmerl, Aufbau*, S. 153.

他方で、例えば医者が、偶然にもどこか別の場所から患者の秘密を知った自身の妻にその秘密を言いふらすよう唆したという真正身分犯に関する事例につき、1927年草案の32条はこの医者を処罰しようとするが、彼の妻には不法は認められないがゆえに共犯も成立せず、正当にもそもそも不可罰だと主張している。Vgl. *Zimmerl, Aufbau*, S. 154.

340) ライヒ刑法典146条は、以下のように規定されていた。

「偽造された貨幣を真正なものとして使用する、ないしはその他に流通させるために、国内もしくは国外の硬貨ないしは紙幣を偽造する者、もしくは同様の目的で真正な貨幣を変造することで、その貨幣に対してより高い価値があるかのようにみせかける、ないしはいかがわしい貨幣を変造することで、その貨幣に対して今なお有効な貨幣であるかのように見せかける者は、三年以上の重懲役に処せられる。警察監視は許される。

減輕事情が存在する場合、罰金刑となる。」

Vgl. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich §146* (S. 33).

341) *Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand*, S. 40 f. 真正目的犯の目的の内容は、法秩序が防止しようと意欲するところの害悪であり、切り縮められた結果として把握される。

342) *Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand*, S. 39 f.

343) *Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand*, S. 138 f. u. S. 140.

344) Siehe *Zimmerl, Aufbau*, S. 151 f.

付言すると、ツインマールは、第三者領得目的を規定した1927年草案に対し、「『自ら若しくは第三者が利得する目的で』という言い回しによって、ゴルディオスの結び目は容易に叩き切られる。それによって意味のある取扱いは、そもそも排斥されてしまう。というのも、他人に利得させるという目的が自ら領得するという目的に対置されるのは、極めて稀な場合にしかないからである」と批判した上で、「他人の動産の奪取を通じてその他人の財産に損害を加える者は…処罰される。その犯行が領得目的（利得目的）で行われた場合、その刑は…」という立法提案を示した。Vgl. *Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand*, S. 139 u. S. 140.

犯の可能性は認められず、立法的解決を提示するにとどまったのである³⁴⁵⁾。

(c) ま と め

以上概観した通り、ツインマールは実質的に制限従属形式を採ること
で、いわゆる間接正犯を教唆犯に解消しようとするものの、故意ある道具
の処理は不完全に終わった。とりわけ、不真正身分犯と真正目的犯に關する
故意ある道具の事例については、解釈論上の解決が示されず、立法提案
が示されるにとどまり、さらに真正身分犯に關する事例についてはその解
決が言及されていない点で不十分であった。また、窃盜罪（不真正目的犯）
に關する目的なき故意ある道具の事例も、制限従属形式の発想を前提に、
当該目的を不法要素ではなく³⁴⁶⁾、責任要素と捉えることで一応の解決を
示したが、そのように解すれば、通常の窃盜教唆の事例において教唆者は
正犯者の領得目的を知らなくとも、窃盜教唆が成立することになるとい
う奇妙さを残していた³⁴⁷⁾。

(2) ブルンスの見解（1932年）

次に、佐伯千仞博士の共犯論に大きな影響を与えたブルンスの見解を、
1932年の著作を対象に検討する。ブルンスは、先に検討したツインマール
と同様の正犯概念の理解を示しつつも、彼よりもラディカルに共犯の従属
性を緩和することで目的なき・身分なき故意ある道具の事例を解決しよう
と試みた。

345) *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 140.

346) このように主観的違法要素をなるべく認めない態度は、その後のオーストリー刑法学に
おいて継受されていった。この点につき、佐川・身分犯における正犯と共犯（3）42頁以
下、同・前掲注（17）29頁以下を参照されたい。

347) 同様の指摘は、既に島田教授の見解を検討した際に示している。本稿の第一章第四節を
参照。もっとも、後述する通り、島田教授の見解とツインマールの見解を同視してはなら
ない。

（a）正犯概念について

ブルンスによれば、自手的な正犯を正犯一般の原型に据えつつも、惹起や共働のいくつかの事例を、日常用語例の手を借りて、構成要件の中核である行為像から正犯として読み取る従来の限縮的な構成要件の解釈では、結果犯と挙動犯、自手犯といった限界が極めて不明確である犯罪類型の区分によって、許される正犯形態が異なっており、その点で個別判断のために感情に重きを置いており、拡張的な構成要件解釈の登場する契機を与えてしまった³⁴⁸⁾。しかし、他方で、法秩序が禁止する害悪を惹起した者はすべて正犯であるとする拡張的な構成要件の解釈によると、未遂犯の領域では、類型的な利益たる法益の侵害のみならず、行為の危険性も問題にすべき構成要件において前者だけを考慮してしまい、「本質的に客観化された、予防原理に相応する刑罰の要件」を度外視してしまう。また財産犯における犯罪類型の区別では、予防原理に相応する刑罰の要件を類型化し客観化するという構成要件の任務を無視してしまう³⁴⁹⁾。それゆえ、事象経過の典型的な記述として構成要件を考慮する、限縮的な解釈だけが刑法の消極的な保障機能に適合しうると帰結した³⁵⁰⁾。

もっとも、ブルンスは、過失正犯の背後の故意正犯の問題に関する一連のライヒ裁判所の裁判例に鑑み、過失犯の構成要件においては故意犯のそれと異なり、特定の内容を有する動詞が用いられておらず、常に類型的な結果との関係で惹起や招来といった表現が用いられていることに着目し、制定法は当該領域ではあらゆる過失的惹起を正犯として処罰しようとしているか³⁵¹⁾、それは解釈論上の体系違反であって、立法論上は故意犯と過

348) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 49 f. u. S. 50 f.

349) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 54, 55, u. S. 56. その他、拡張的な構成要件の解釈では、背後者が直接行為者の精神状態について錯誤にあるかどうかによって正犯か幫助か分かれることになるという点や、主観的違法要素の存在が、その他の犯行関与を顧慮することなく共同正犯を根拠づけることになるという点を批判している。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 44), S. 57 f.

350) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 59.

351) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 68.

失犯とて共通の正犯概念が規定されるべきだと主張したのである³⁵²⁾。このようにブルンスは(ツィンマールよりも先に)故意犯と過失犯とでは正犯概念が異なるという二元的正犯概念を提示したことは、後述するヴェルツェルの目的的行為論の礎石となったのである³⁵³⁾。

(b) 間接正犯・故意ある道具について

現行法上の二元的正犯概念を指摘したブルンスは、「制限された従属形式」を採用することで、目的なき・身分なき故意ある道具を含む間接正犯の論争を片付けようと試みた³⁵⁴⁾。ブルンスによれば、制限された従属形式では、被誘致者が故意であろうがなかろうが、不法構成要件を自ら実現する場合(だけ)が通常事例であるが、誘致者への結果帰属においては誘致者自身が備える不法メルクマールや構成要件メルクマールも一緒に考慮されてよい。ため、公務員が非公務員を執務室に入らせて窃盗をさせる事例や、自己領得目的も第三者領得目的も持たない錯誤者もしくは精神障害者に他人の物を奪取させる事例では、被誘致者が目的や身分を欠くがゆえに完全な不法構成要件を充足せずとも、それは誘致者が備える目的や身分によって補われるとされた³⁵⁵⁾。従って、既に佐伯博士の見解の検討で示した通り³⁵⁶⁾、目的なき・

352) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 69, 70.

付言すれば、限縮的正犯概念が妥当すべき故意犯の領域では、正犯の基準として行為支配の可能性が援用されている。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 44), S. 71 ff., 73 ff. u. S. 76 ff.; dazu siehe *Roxin*, Tatherrschaft, S. 61 f.

353) 安達「客観的帰属論の展開とその課題(二)」立命館法学269号(2000年)254頁参照。

354) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 61.

この前提として、誘致者における刑の減輕の可能性を認めるべきであると提案している。とりわけ公務員犯罪や自手犯のように、自手的な実行が特に反価値的に強調される場合がある以上、刑の減輕を認めなければ、正犯と共犯の区別の意味が失われてしまうとする。

355) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 44), S. 62.

付言すれば、目的や身分を有する誘致者において構成要件該当行為が認められる場合には、共同正犯が成立すると説いている。

356) 本稿の第一章第二節(一)を参照されたい。

身分なき故意ある道具の事例では、直接行為者は目的・身分を備えず、完全には不法構成要件を充足しないが、背後者の有する目的・身分によって補完され、それによって直接行為者における不法構成要件の充足が認められ、直接行為者は当該犯罪の正犯、背後者はその教唆犯と評価されるのである。

このようなブルンスの見解には、真正身分が関与者の誰かにあれば当該身分犯の共犯の成立にとって十分であるとする1927年草案32条1項と、制限された従属形式との調和を図るという意義が認められよう（他面、真正身分は正犯メルクマールとは捉えられなくなるのだが³⁵⁷⁾。さらに、ブルンスは一步進めて、現行法上もこの制限された従属形式を採りうると主張し³⁵⁸⁾、解釈論上も間接正犯を共犯に解消しようと主張したのであった。

(c) ま と め

以上検討してきた通り、（現行法上の体系矛盾ではあるが）故意犯と過失犯とでは正犯概念が異なることをブルンスが学説上初めて指摘した点は、当時激しく議論された過失正犯の背後の故意正犯の問題に関係するものであり、また故意ある道具の事例において被誘致者は目的・身分を備えないがゆえに不法構成要件を完全に充足せずとも、背後者の有する目的・身分によって補完されるとする点は、1927年草案の共犯規定の解釈と結びつくものであった。その限りで、ブルンスの見解も時代的制約の中にあつたと言えよう。

とくに後者については、既に佐伯博士の見解を検討した際に指摘した点であるが、何故に直接行為者の客観的な行為と背後者の目的・身分が合して一つの構成要件となるのであろうか。より端的に言えば、何故に当該犯罪の不法を基礎づける目的・身分を欠く者であっても、正犯と言えるのかという点について、十分説得的に説明できていなかったのである。それゆえ、結局のところ、ブルンスの見解は学説上、少なくともドイツでは多

357) 1927年草案における矛盾については、本稿の第二章第二節（三）を参照されたい。

358) *Bruns, a.a.O.* (Fn. 44), S. 64 f.

くの支持を得ることはなかった³⁵⁹⁾。

(3) ま と め

以上見てきた通り、ツインマールの見解では構成要件との関係で共犯規定の意味が問われており、ブルンスの見解でも1927年草案との関係で故意ある道具の解決策が提示されていた点で、彼らの見解は当時の立法動向を色濃く反映していた。また、両者はともに間接正犯を否定的に捉えていたが、管見の限り、正犯＝物理的な自手実行であることを理由にしていなかった。それゆえ、関西共犯論が間接正犯を否定する際に援用する「正犯＝物理的な自手実行」という公式のルーツを、彼らの見解に求めることは不正確であろう（強い影響は受けたにせよ³⁶⁰⁾。さらに、既述の通り、現行法では故意犯と過失犯とで正犯概念が異なっているという指摘は、その後、ヴェルツェルによる目的的行為論の展開にとって礎石となるものであった。

敷衍して言えば、ツインマールとブルンスが故意ある道具の事例に関して異なる意見を主張したのは、制限従属形式の理解に相違があったことに起因する。すなわち、ツインマールは不法と責任の本質的区別に依拠した制限従属形式を主張していたのに対し、ブルンスは厳密に正犯の構成要件該当性と違法性を要求しなかった。ゆえに、直接行為者が目的・身分を欠くがゆえに完全に不法構成要件を充足せずとも、背後者の備える目的・身分によって補われるとして、背後者の共犯の成立を説明しようと試みた。しかし、既に指摘した通り、そのように解すれば、真正身分犯の身分が正

359) 支持を表明したのは、せいぜい彼の師であるグリェンフットくらいかと思われる。Vgl. *Grünhut*, Grenzen der strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932, S. 366 f.

もっとも、既に佐川准教授が論じておられる通り、真正身分犯における身分は関与者の誰かに存すればよいとする発想は当時のオーストリーではリッターらから支持を得ており、立法化されるに至った。佐川・身分犯における正犯と共犯(3) 790頁以下参照。

360) この点、島田教授が何を参照されて、ツインマールは正犯＝物理的な自手実行と主張していると捉えられたのかどうにも解せない。島田・基礎理論37頁、60頁以下参照。

犯の一身専属的なメルクマールではなく、客観的な一事実に解消されてしまうのである。

他方でツインマールも、不真正身分犯の事例ではあるが、当該身分を不法に関連するメルクマールと捉えたため、結局は立法提案をするにとどまった（真正目的犯に関しても同様）。ただ、窃盗罪の自己領得目的を責任メルクマールと捉えることで、共犯の成立を説明したという点で島田教授の見解と近いかもしれない。しかし、1) ツインマールは主観的不法要素を認めず、2) いわゆる権利者排除意思（*Enteignungsabsicht*）をも責任要素に位置付け、さらに 3) 直接行為者に権利者排除意思もない場合にも背後者に共犯の成立を認めることができるという点で、ツインマール説の方が比較的に優れているであろう。

（二） 拡張的正犯論と故意ある道具

本節では、1930年のフランク古稀祝賀論文集において拡張的正犯論を展開した E. シュミットの拡張的正犯論を検討した上で、同じく拡張的正犯論を支持したメツガーの見解を検討する。この正犯論の擁護者において間接正犯の概念は、そして目的なき・身分なき故意ある道具の問題はどのように捉えたのであろうか。

（1） E. シュミットの見解（1930年）

リストの死後に第二三版以降の教科書の補訂をしたことで知られる E. シュミットは、1930年のフランクの古稀祝賀論文集に寄せた論文の中で、「認知的・自然主義的思考傾向（*kognitiv-naturalistische Denkrichtung*）」に代わる「規範的考察方法」に基づいて間接正犯を方向づけることを目的として拡張的正犯論を展開した³⁶¹⁾。

361) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 106.

(a) フランク批判

E. シュミットは被祝賀者であるフランクの間接正犯論につき、1) 間接正犯の成否を構成要件に規定された行為態様の性質に左右させており、2) 正犯概念を因果性の助けを借りて定め、正犯と共犯の区別を因果的考察によって区別しようとしている点を批判した。より詳しく言えば、1)に関しては、とりわけフランクが結果犯と挙動犯を区別し、前者においてのみ間接正犯の成立を認めることに対して、例えば14才以下の者にわいせつな行為をするよう精神障害者(51条)を唆す者は処罰されえないことになってしまうと批判し³⁶²⁾、他方2)に関しては、結果と人間の意思活動との間の因果関係の認定は、未だ認知的・事実的なレベルのものであり、規範的考察方法が為されるべき正犯論にとっては「刑法上の作業仮説(strafrechtliche Arbeitshypothese)」を意味するにすぎないとの理由から、因果関係の中断論によって正犯・共犯を区別することを非難したのであった³⁶³⁾。

(b) 拡張的正犯論について

このようにフランクを批判した上で E. シュミットは、価値的思考に方向づけられた正犯・共犯論の出発点となる規範的観点を「利益侵害」に求めた。すなわち、立法者が刑罰法規の構成要件を定式化するのには、ありうべき行為態様の性質を記述するためではなく、法益侵害についての価値判断を表明するためであると考えた。それゆえ、価値的な観点の下である行

362) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 110 f.

この叙述から分かる通り、E. シュミットは挙動犯においても間接正犯の成立を認めるべきだと考えた。しかし、ツィンマール (Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 44) によって挙げられていた、兄AがBに自身の妹と性交するよう唆した(刑法173条(近親相姦罪))事例に関しては、当該構成要件が充足されていないとして犯罪の成立を否定し、また刑法160条の偽証罪に関しても間接正犯の成立に留保を示した。Vgl. E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 119 Fn. 1, S. 128.

363) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 115 f.

為態様に決定的な特徴を与えるのは、その行為態様によってもたらされた「利益侵害」であり、そこに行為態様の実質的な社会侵害性が現れ、それが正犯概念の決定のための道標であると主張されたのである³⁶⁴⁾。

従って、実定法がそもそも正犯と共犯の問題について何も述べていなかったとすれば、法益侵害を違法かつ有責に生じさせた者はみな正犯と呼べなければならないが³⁶⁵⁾、そのような「一般的な正犯概念」は現行法の共犯規定による制約を受ける。つまり、「その者の側で自己の態度により構成要件を実現するよう故意の行為者を決定づける、もしくは故意に実行された構成要件実現に際して他人にただ援助を与えることで、構成要件実現やそれに応じた法益侵害を生じさせる者は、実定法の意味での正犯にはなりえない」ため、「現行法的な意味における正犯者とは、自己の行為によって構成要件を実現する、もしくは故意に行為していない他人に構成要件を実現させる全ての者を言う」と主張された³⁶⁶⁾。ゆえに誤解を恐れずに言えば——師であるリストとの関係で見ても——E. シュミットにとって統一的正犯概念は理想ではあるものの、現行法とは相容れないため、共犯規定を刑罰縮小事由と捉えることになったと解されよう。この点に E. シュミットの法実証主義者としての性格が如実に現れている。

(c) 間接正犯・故意ある道具について

それゆえ、E. シュミットの拡張的正犯論からすれば、(間接) 正犯が成立するためには背後者の行為が共犯規定に該当しない、つまり背後者の誘致・援助を通し、直接行為者が故意に行為に出なかったとの証明が必要となる³⁶⁷⁾。そのため、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に関しては、直接行為者は非故意であると捉えることで、背後者の正犯性を説明した。

364) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 116 f. u. S. 117.

365) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 117.

366) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 118 f. u. 120.

367) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 123.

すなわち、公文書の変造に関する身分なき故意ある道具の事例につき、直接行為者は、身分を欠くがゆえに刑法348条2項の意味で違法ではなく、また故意かつ有責に行為していないと捉え、また他方で窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例については、奪取の認識と並んで違法に領得する目的を有する者だけが窃盗罪の故意を持ちうると捉えることで、背後者が当該犯罪の正犯であると論じた³⁶⁸⁾。

(d) 評 価

以上検討した E. シュミットの拡張的正犯論では、背後者が共犯規定に該当しない(=直接行為者が故意に犯罪を実行しなかった)ことを理由に間接正犯が根拠づけられた。これに従い、目的なき・身分なき故意ある道具の事例についても、直接行為者は目的・身分を備えないがゆえに構成要件を完全に充足せず、当該犯罪の故意を有していないため、背後者は間接正犯であると説明された(その限りでは、もはや「故意なき道具」と捉えられている)。しかし、少なくとも目的なき故意ある道具の事例に関しては、故意の認識の対象に目的という主観的な要素を含めてしまっており、行為者は自らの目的という主観的なものを認識しなければならない点で自己言及のパラドクスに陥っている。

さらに、身分なき故意ある道具の事例を非故意の者を利用する間接正犯の一事例に整除するという理解は、ERGSSt 28, 109(囚人移送事件)に端を発するものであり、ウェグナーやフランクも採用していたが、既に指摘した通り、情を知って自由に決定した者も間接正犯の道具と言いつけるのかという本質的な問題が等閑にされているのである(もっとも、拡張的正犯論からすれば、もはや問題ではないのかもしれない)。

368) E. Schmidt, a.a.O. (Fn. 229), S. 126 u. S. 128 f.; siehe auch v. Liszt/E. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 319 f.

(2) メツガーの見解（1931年³⁶⁹⁾）

ここでは E. シュミットと同じく拡張的正犯論の擁護者であるメツガーの見解を検討する。以下で見る通り、メツガーは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に関して E. シュミットとは異なる意見を主張していた点で検討に値するものと思われる。

(a) 拡張的正犯論について

メツガーは、共犯論の出発点としての因果関係論³⁷⁰⁾に二つの機能、つまり、結果に対して因果的でなかった全ての者を可罰的な共犯行為の領域から排斥するという消極的機能と、正犯概念を決するための確固たる出発点を与えるという積極的機能を認めていた³⁷¹⁾。しかし、E. シュミットと同様にメツガーも、因果的に同価値であることをもって法的にも同価値であるとは捉えなかった。何故ならば、共犯概念は徹頭徹尾、実定法の産物であり、共犯形式は専ら実定法的な観点に基づいて区別されるべきであると考えたからである³⁷²⁾。この点でメツガーも E. シュミットと同じく、法実証主義者であることを示していた。

それゆえ、積極的機能の意味での因果関係は、例外に関する実定法上の理由が存しない限り、行為者の正犯性を根拠づけるとされた。つまり、自己の行為によって構成要件を実現した者（換言すれば、客観的に禁止されて

369) 以下ではメツガーの教科書の第三版を引用するが、第一版と内容に差異がなく、1931年時点での彼の見解と変わらないと思われるので、表題では1931年と記しておく。

370) 因果関係についてメツガーは、「より適切な学説に従えば、刑法上の原因とは、このような結果が消滅することなしにはそれのないものとは考えられないところの、具体的な結果に対する全ての条件である。しかし、刑法上の責任を根拠づけるのは、相当な因果関係のみである。行為が結果に対して因果的であると認定された場合、その連関が重要である、つまり法的に重要である場合にのみ行為者は結果を理由に処罰される」と述べている。それゆえ、彼の因果関係論は相当説というよりも、むしろ重要性説と言うべきであろう。Vgl. *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 109 ff., bes. S. 122.

371) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 411.

372) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 414.

いる結果を有責に惹起する者)は、その活動が教唆犯・従犯に該当しない限り、原則的に正犯者として制定法上の刑罰を受けると解されたのである³⁷³⁾。それゆえ、共犯規定は刑罰縮小事由として作用することとなった³⁷⁴⁾。

(b) 間接正犯論・故意ある道具について

先に E. シュミットの箇所ですべて通り、このような拡張的正犯論によれば、構成要件該当結果に対して因果的である誘致者・援助者は、共犯規定に該当しない限り、(間接)正犯となる。そのため、間接正犯は、正犯概念の中の特別な現象形態にすぎないのである³⁷⁵⁾。

そのような間接正犯の理解の下、諸事例の区分がなされ³⁷⁶⁾、目的なき故意ある道具の事例(但し、後述の通り、直接行為者が背後者の目的を知らない事例)は「行為者が構成要件に該当しない行為者を通じて結果を惹起した場合」に、また身分なき故意ある道具は「身分犯において行為者が非身分者を通じて結果を惹起した場合」に位置づけられた。

まず、目的なき故意ある道具の事例に関しては、直接行為者が背後者の目的を認識していない場合には間接正犯の成立が認められるのに対して、それを認識している場合には(本稿のはしがきで触れた通り)共同正犯の成立が認められた。より詳しく言えば、前者の場合、メツガーの主観的違法要素の理解に従えば³⁷⁷⁾、直接行為者が窃盗罪の自己領得目的を欠く場合、その他の客観的な構成要件メルクマールが存在したとしても、彼の所為は構成要件該当的な行為ではない以上、彼は被教唆者や被援助者(刑法48条

373) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 415 f.

374) もっとも、自手犯においては例外的に、共犯規定は刑罰拡張事由として作用することを認めている。Vgl. *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 416.

375) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 425.

376) Dazu eingehend *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 429 ff.

377) 主観的違法要素論の展開に大きく寄与した人物の一人であるメツガーは、原則、法と不法が客観的に区別されることは、個別事例において行為者の人格に基づいた精神的なメルクマールが決定的となりうるということを妨げないとして、傾向犯および目的犯、表現犯を区分して論じた。Vgl. *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 172 ff.

や49条）と解されず、背後者が窃盗罪の（間接）正犯と評価される（ゆえに、直接行為者は「道具」と評価される）³⁷⁸⁾。これに対して、後者の場合、たとえ直接行為者に自己領得目的が欠けていたとしても、両者は相互の了解の下、一方は主観的な、他方は客観的な構成要件に該当する犯行寄与を為しているため、刑法47条に従い、それぞれに他者の犯行寄与が帰せられる³⁷⁹⁾。ゆえに、メツガーは E. シュミットと異なり、直接行為者を非故意であるとは理解せず³⁸⁰⁾、問題となる事例において共同正犯の成立を主張したのであった。

他方、身分なき故意ある道具の事例に関してメツガーは共同正犯説を採らず、間接正犯の成立を認めた。というのも、身分犯の正犯・共同正犯となりうるのは身分者のみであって、非身分者はせいぜいのところ幫助になりうるにすぎないとの前提の下、背後者である身分者は、非身分者の行為に対する共犯（刑法48条および49条）とはなりえないため、原則に戻って正犯と評価されるからである³⁸¹⁾。

（c） 評 価

以上、ここではメツガーの拡張的正犯論とそれに基づく間接正犯論、さらに故意ある道具の問題の取り扱いについて検討を加えた。メツガーもまた、結果に対して重要な因果関係を有する行為は原則として正犯であるとする一般的な正犯概念を基礎に、共犯規定に該当する場合に背後者は共犯となると主張したため、共犯規定を刑罰縮小事由として理解することとなった。それゆえ、間接正犯という現象形態は、直接行為者が共犯規定に該当しないという理由づけを通して認められていた。

378) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 427.

379) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 428.

380) ライヒ裁判所の判例において問題となる「道具」は犯行の遂行に関与し、完全な犯罪故意を有していると述べられている点で、故意の理解がシュミットと異なる。Vgl. *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 428.

381) *Mezger*, a.a.O. (Fn. 114), S. 432.

しかし、目的なき故意ある道具の問題の処理に関しては、既にヘーケラーが指摘していた通り、直接行為者は背後者の目的を知っているだけなのであり、自ら他人の動産を領得する目的を有していることとは異なるはずである³⁸²⁾。つまり、領得目的は定義上「自己」に限定されている以上、いくら相手方の目的を認識しても、当該目的を有していると見做すことには無理があると批判されたのである(実際、メツガーのような理解はその後に通説化することはなかった)。他方、身分なき故意ある道具に関しては、拡張的正犯論に固有の処理であるため、後述の拡張的正犯論の評価に委ねることとする。

(3) ま と め

以上、本節では、E. シュミットとメツガーによる拡張的正犯論の理論的な内容とそれに基づく間接正犯論および故意ある道具の問題の処理について検討した。

この拡張的正犯論によれば、結果と因果関係(E. シュミットによれば条件関係、メツガーによれば重要な因果関係)のある行為は原則として正犯と見做されるが(一般的な正犯概念)、共犯規定に該当する場合には背後者は狭義の共犯となる³⁸³⁾。それゆえに、直接行為者に故意が存在しないなどの理由から背後者が共犯規定に該当しない場合、原則に戻って背後者は(間接)正犯となるため、間接正犯についての特別の理由付けのみならず、故意ある幫助的道具という法形象も不要となる。さらに、拡張的正犯論によれば、故意正犯の背後の過失正犯の問題も容易に解決しうるであろう。従って、これらの点に拡張的正犯論のアドバンテージを見出すことができよう。

しかしながら、拡張的正犯論はこのような長所を持ちつつも、非常に限

382) Vgl. *Hegler*, *Zum Wesen*, S. 311.

383) それゆえ拡張的正犯概念においては、一般的な正犯概念と、共犯規定によって縮小された正犯概念の二つが存在することとなる。Vgl. *Bloy*, a.a.O. (Fn. 23), S. 116, 119.

られた数の賛同しか得られなかった³⁸⁴⁾。というのも、拡張的正犯論はいくつかの重大な問題点を抱えていたからである。例えば、ドイツ刑法では自殺の共犯について処罰規定がないため、自殺の幫助は他殺の共犯になってしまうし、また当時のドイツの違警罪には日本刑法64条のような規定がなかったため、違警罪の関与者はみな正犯として処罰されてしまうという問題があった³⁸⁵⁾。さらに、拡張的正犯論では、自手犯や身分犯の場合、共犯規定が刑罰拡張事由として作用する点も問題となる³⁸⁶⁾。というのも、例えば、身分者を身分犯へと唆す非身分者を教唆犯として捕捉するならば、拡張的正犯論に依拠する限り、非身分者を一度「正犯」と評価しなければならないが、身分犯に違反しうるのは身分者だけであると考える以上、それは不可能だからである。もっとも、当時のライヒ刑法典には不真正身分犯に関する50条（現行の28条2項に相当）しか置かれていなかったが、本稿第二章第二節で検討した通り、立法動向の中で真正身分犯の共犯の規定を新たに置くことも考案されていたことも踏まえるならば、拡張的正犯論は立法論としても問題を抱えていたと言えよう。

最後に、E. シュミットもメツガーも一般的正犯概念を確定させる上では条件説もしくは重要性説に依拠していたことに鑑みれば、同正犯論は主観説の産物であるといった常套的批判³⁸⁷⁾は正鵠を得たものではないとい

384) Vgl. *Bloy*, a.a.O. (Fn. 23), S. 120.

385) 松宮・前掲注（325）52頁参照。

386) Vgl. *Richard Lange*, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935, S. 39; *Welzel*, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939, S. 500; ders., *Das Deutsche Strafrecht*, 5. Aufl., 1956, S. 86; *Reinhard Maurach*, *Deutsches Strafrecht: Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil* 1954, S. 500; auch neuerdings *Joachim Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 14. さらに日本でこの点を指摘したものとして、安達・前掲注（325）1438頁、佐川・身分犯における正犯と共犯（2）82頁、99頁以下、119頁、127頁、143頁を参照されたい。

387) Siehe z. B. *Gallas*, a.a.O. (Fn. 279), S. 122; *Bernd Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Aufl., Bd. 1, 2007, Vor §25, Rn. 13; *Joecks*, a.a.O. (Fn. 121), Vor §25 Rn. 8; wohl auch *Volker Haas*, in: *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 2013, Vor §§25 ff., Rn. 3.

うことも明らかであろう³⁸⁸⁾。客観的共犯論と拡張的正犯論の組み合わせも、論理的整合性を欠くものではないのである³⁸⁹⁾。

(三) ま と め

本節では、1930年前後に正犯論の主戦場が客観説と主観説の対立から二つの正犯概念の対立に移行したことに着目し、両陣営における間接正犯概念ならびに目的なき・身分なき故意ある道具の理解について検討した。この検討から明らかな通り、正犯概念の対立は共犯規定を限縮的に解釈するのかそれとも拡張的に解釈するのかのいずれかであり、団藤博士が主張されたような中庸の立場³⁹⁰⁾など存在しない³⁹¹⁾。もっとも、団藤博士がそのように主張された理由は、限縮的正犯論は正犯＝自手実行と捉える(ゆえに間接正犯を認めない)見解だと理解されたからであるが³⁹²⁾、それは本来的な限縮的正犯論とは異なる。というのも、前節で検討した論者は、正犯とは構成要件該当行為を自ら実行する者であると定義しつつも、中断論・遡及禁止論に依拠して間接正犯を認めていたし、またツインマールらも正犯＝自手実行という公式を援用して間接正犯を否定したわけではないからである。

さらに敷衍して言えば、そのような謬見には正犯基準と正犯概念の混同が見受けられる。正犯概念とは、構成要件との関係で共犯規定を刑罰拡張事由と解するのか、それとも刑罰縮小事由と解するのかの対立なのであり、正犯と共犯の区別を意味する正犯基準の議論とは区別されるべきである。つまり、プロイの言葉を借りれば、正犯概念とは、その範囲に従った関与形式の関係を指すものであるのに対し、正犯基準とは、その内部構造

388) 既に松宮・前掲注(4)232頁注(19)、243頁注(46)。

389) Vgl. *Heinz Bähr*, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, *Strafrechtliche Abhandlungen* Heft 331, 1933, S. 40 f.; siehe auch *F. C. Schroeder*, a.a.O. (Fn. 23), S. 36.

390) 団藤・前掲注(4)388頁。同じく、大塚・前掲注(21)280頁参照。

391) 松宮・前掲注(19)262頁、同・前掲注(103)50頁参照。

392) この点、団藤博士は滝川「共犯の或る問題」『刑法の諸問題』(有信堂・1951年)196頁以下を参照されていた。

に従った関与形式の関係を指すものなのである（もっとも、一方が他方に影響を与えることは認められるが³⁹³⁾。

最後に、両陣営では、正犯概念は各則構成要件の特色に鑑みて二元的に理解されていた点も看過してはならない。ここでも構成要件の特色が肝要であることが示されている。つまり、拡張的正犯論においては、自手犯や身分犯では共犯規定を刑罰拡張事由と解さねばならなかったし、またツインマールらも過失犯では拡張的正犯論が妥当することを認めていた。とりわけ、後者の理解は、既に指摘した通り、その後の目的的行為論の展開にとって礎石となるものであった。

第五節 目的的行為論と間接正犯論

本節では、1930年代末からヴェルツェルの主張を皮切りに、故意犯と過失犯とで正犯概念を区分し、前者の領域でのみ正犯と共犯の区別を認める目的的行為論の体系を確認した上で、そのような体系に基づく間接正犯論は、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に説得的な解決をもたらしたのか検討していくこととする。

（一）ヴェルツェルの見解（1939年）

1935年にヴェルツェルは『刑法における自然主義と価値哲学』の中で、実証主義思想と価値的目的論的思想を時代的・体系的に対比させながら、後者は前者の補充理論にすぎないことを特徴づけ、これに続く刑法理論も存在論に基づく目的的行為論たるべきことを主張した³⁹⁴⁾。その後、1939年に発表された論文「刑法体系に関する研究」では、自らの目的的行為論に基づく体系論を——これまでの自然主義的・因果主義的な体系からの決別という、解釈学史的に見れば非常にダイナミックな形で——展

393) Vgl. *Bloy*, a.a.O. (Fn. 23), S. 116.

394) 西原・前掲注 (79) 113頁参照。

開した³⁹⁵⁾。

(1) 目的的行為論と正犯概念

ヴェルツェルによると、「本質的に『客観的な』行為の側面を含む無味乾燥な因果論と、『主観的な』行為の要素を含む心理的な責任要素」に分解している伝統的な（自然主義的・因果的な）解釈学は、分解の仕方を誤っているとされる。というのも、「事物の諸要因を観念的に区別することなくしては… [筆者注：中略] …論証的な人間の認識にとって、対象認識はそもそも不可能となってしまう」からである³⁹⁶⁾。より詳しく言えば、故意犯と過失犯との間に行為の段階での相違を見出さない従来体系は、1) 多くの構成要件において客観的な行為は、その基礎にある「内心的な」意思方向を通してのみ理解されるという点、2) (既述のプルンスヤツィンマルから示唆を受け) 制定法は故意犯と過失犯を既に客観的な構成要件の段階で区別しているという点、3) 正犯意思が共犯意思のいずれかで現れる犯罪意思(故意)は具体的な犯罪意思としてのみ考えられる以上、「客観的な」不法構成要件に属するものである、という三つの問題点に鑑みれば、空洞化を来しており³⁹⁷⁾、故意犯における客観的構成要件の目的的特殊性(と過失犯における惹起構成要件)をこれ以上隠蔽することはできないとした³⁹⁸⁾。それゆえに、盲目的かつ一定の経過秩序である因果をコントロールする目的性こそが人間の行為の本質的な特性であるとする立場からすれば³⁹⁹⁾、社会的現象としての行為をその対象とする刑法では、意味表出としての行為と単なる回避可能な惹起としての「行為」は同置されてはならず、目的的な(故意の)行為が刑法解釈学の第一の出発点であると主張されたのである⁴⁰⁰⁾。

395) この論文について、詳しくは安達・前掲注(353)252頁以下参照。

396) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 491.

397) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 498 ff.

398) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 501.

399) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 502.

400) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 503.

そして、目的的行為論からすれば、目的的要件（故意犯の構成要件）と過失犯の構成要件を同じ惹起構成要件として一括りに把握することが誤りであるのと同様、故意構成要件と過失構成要件において同じ正犯概念を打ち立てることもまた誤りなのである。それゆえ、この点でプルンスやツインマールによって展開された二元的正犯概念は、目的的行為論に承継されたのであった（もっとも、彼らは故意犯と過失犯が客観的構成要件の段階では異ならないとしながらも、両者の間で正犯概念が異なることを認めたことは、ヴェルツェルからすれば体系矛盾にほかならなかったのだが⁴⁰¹⁾。

（2）間接正犯，故意ある道具について

このような目的的行為論とそれに基づく二元的正犯概念を前提に、正犯と共犯の区別が問題となりうる故意犯の領域では目的的行為支配という基準が重要となる。すなわち、人間は自ら設定した目標に従い、未来（因果生成）の形成を合目的に実行に移すことができ、そのようにして実現された形成物はその人間に固有の自らの仕業として属するという意味で、現実の目的的行為支配が行為支配の本質的な標識であり、それは自己の意思決定を目的意識的に貫徹する者に認められる⁴⁰²⁾。それゆえ、目的的行為支配という基準でもって間接正犯も語られることとなる⁴⁰³⁾。

しかしながら、ヴェルツェルは目的犯・身分犯などに鑑みて上述の目的的行為支配に追加要件を付した。つまり、目的性（Finalität）は、正犯性にとっても本質的な要因ではあるが、一要因にすぎないため、社会的に重要な内容全体において正犯性は、行為者の更なる一身の要因（公務員や証人、軍人などの客観的な正犯要件と、領得目的や性的傾向などの主観的な正犯要

401) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 538.

402) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 542 f.

403) 付言すれば、目的的行為論からすれば、教唆者や幫助者らにおいても目的的行為が認められるが、彼らは他人の犯行の誘致や援助（つまり、関与行為）に対する支配しか有しておらず、決意と実際の貫徹に対する支配という意味での目的的行為支配は有していないとされる。Vgl. *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 539.

件)に左右される。そして、そのような一身的な正犯要因をも有する者だけが、当該犯罪を全く社会(非)倫理的な内容において為しうる正犯者となり、包括的な(ただ単に目的ではなく、さらに)社会的な行為支配(つまり、社会倫理的な反価値における犯行の支配)を有することとなる⁴⁰⁴⁾。

従って、問題となる事例の直接行為者は、目的・身分を欠くがゆえに必然的に正犯にはなれず、「道具」として他人の社会的行為支配の中にはめ込まれ、犯行を幫助するにすぎない。これに対して背後者には、目的・身分を有することを理由に犯行全体に対する社会的行為支配が認められ、その限りで他人の目的的活動をも一定の範囲で自らの目的的活動に組み込みうることになるのである⁴⁰⁵⁾。こうして、ヴェルツェルは、目的なき・身分なき故意ある道具の利用をも間接正犯の一事例であることを説明したのであった。

(3) ま と め

以上見てきた通り、ヴェルツェルは目的的行為論を基礎に、目的実現である故意と単なる惹起である過失は既に客観的構成要件の段階で区別されるという理解に対応し、故意正犯と過失正犯は異なるということを根拠づけ、それによって従来の自然主義的な体系と決別し、解釈学史上のパラダイムシフトを成功させた。

しかしながら、故意ある道具の問題の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは、ヴェルツェルの目的的行為論から十分説得的に説明されたのであろうか。とくに身分なき故意ある道具に関して言えば、身分犯という各則構成要件の特色に目を向けて、つまり公務員たる背後者の立場性を考慮して彼の正犯性を語ったことは確かに正当である。しかし、ヴェルツェル自身が「包括的」という、固有の行為支配概念を修正・拡張する修飾語を用いている点に示されている通り⁴⁰⁶⁾、自由な意思決定の下で犯行

404) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 543.

405) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 386), S. 543 f.

406) 中・間接正犯52頁参照。

に出た介在者が存在する以上、背後者に事象経過のコントロールという意味での行為支配が認められるのか疑わしいのである⁴⁰⁷⁾。ゆえに、ロクシンが指摘する通り、支配は現実の事象に関連するものであるのに対して、義務は規範に関連するものであると捉えるならば、一方を他方に係らせるのは不可能であり、そしてこの場合にヴェルツェルが言う「行為支配」は、実際には全く異なる基準がその背後に隠されたラベルにすぎなかった⁴⁰⁸⁾。その限りで、ヴェルツェルの見解は、各則構成要件に鑑みた正犯基準の定立、とくに義務犯論の展開の兆しを包含していたと言えよう。

（二）マウラッハの見解（1948年、1954年）

ヴェルツェルと同じく目的的行為論の擁護者であったマウラッハも、故意犯における正犯概念と過失犯におけるそれは異なって判断されるべきであると考え⁴⁰⁹⁾、過失犯と異なり、正犯と共犯の区別が問題となるところの故意犯の領域では、その区別は故意によって把握された構成要件該当的な事象経過の掌握、つまり客観的な行為支配によって為されるとした⁴¹⁰⁾。

（1）間接正犯一般について

このような前提の下でマウラッハは、1943年改正によって追加された刑法50条1項（制限従属形式）に依拠して広く教唆犯が認定された後に残った部分を間接正犯と捉える（つまり、間接正犯を彌縫策と捉える）形式的・消極的な思考は正犯の優先性を侵すものであると非難し、間接正犯はより実質的かつ積極的に定義されるべきだとした⁴¹¹⁾。それゆえ、間接正犯も正

407) 付言すれば、道具は間接正犯に比して下位従属的でなければならないという、ヴェルツェル自身が他の箇所ですした要件（*Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 7. Aufl., S. 94）も、問題となる事例においては全く充たされていない。Vgl. *Roxin, Tatherrschaft*, S. 254.

408) Vgl. *Roxin, Tatherrschaft*, S. 257 f. u. S. 258.

409) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 502.

410) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 504.

411) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 506, 507.

犯である以上、直接正犯において決定的であった行為支配という基準が妥当する。すなわち、故意に実行可能な可罰的行為の遂行のために他人を犯行の手段（道具）として利用する間接正犯を実質的に構成するメルクマールは、客観的な行為支配なのである⁴¹²⁾。

このように定義される間接正犯は、墮落 (Korruption) という言葉で特徴づけられる教唆との対比で、濫用 (Mißbrauch) というキー概念によって語られる。つまり、自由な人間の墮落として叙述される教唆犯は正犯者に故意を生じさせればその役割を終えるのに対し、不自由な人間を濫用する間接正犯は最初から最後まで事象経過をコントロールしており、その点に客観的な行為支配が見出される⁴¹³⁾。もっとも、濫用という表現は、例えば責任能力ある行為者が背後者に精神的に隷属している場合のような精神的な形を彷彿とさせるが、このモーメントは犯罪構成的にも認識可能であるとされる点には注意が必要である⁴¹⁴⁾。

(2) 目的なき・身分なき故意ある道具について

濫用という標語によって特徴づけられるマウラッハの間接正犯論においても、身分なき故意ある道具の事例は（多くの説明をすることなしに）間接正犯の一事例に数えられた。というのも、この場合に直接行為者は犯行の実行のために必要な資格 (Qualifikation) を欠く点で、道具が構成要件的に行為していない場合（つまり、客観的構成要件において欠如がある場合）と同視されるからである⁴¹⁵⁾。マウラッハの言葉を借りれば、ここでは犯罪構

412) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 505, 506; ders., *Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1948, S. 128. 後者の文献につき、以下では *Maurach*, *Grundriß* と記す。

413) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 508; ders., *Grundriß*, S. 128.

付言すれば、マウラッハはこのように間接正犯を特徴づけながらも、極めて稀な例外事例として、直接行為者が完全に犯罪的に（有責的に）行為する場合に間接正犯が成立する余地を認めていた。Vgl. *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 508, 509, siehe auch S. 516.

414) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 508.

415) *Maurach*, a.a.O. (Fn. 386), S. 510; ders., *Grundriß*, S. 129 f.

成的に認識可能な濫用のモーメントが見出されていることとなる。

これに対して、目的なき故意ある道具の事例（ニワトリ小屋事例）については異なった判断が示された。マウラッハによれば、この場合に間接正犯が成立すると一般化することは誤りであり、47条の籬を外してしまうため不当であるとされる。そのため、マウラッハは事例の性質による区分を求めた。すなわち、構成要件に属するところの目的が直接行為者に欠ける場合には間接正犯が存在するが、これに対して犯行に対する個人的な利益関心が問題となるにすぎない場合にそれが直接行為者に欠けるならば、彼の正犯性は排斥されないとした。そしてこの区分に基づき、第三者領得は自己領得を前提とするという理解から、ニワトリ小屋事例における直接行為者は窃盗正犯であると評価した⁴¹⁶⁾。

（3）ま と め

以上見てきた通り、マウラッハは、ヴェルツェルと同様、目的的行為論に基づいた二元的正犯概念を展開し、そして間接正犯を——教唆犯との構造的な相違に鑑みて——「濫用」というキー概念でもって特徴づけた。

窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例においては、ヴェルツェルと異なり、マウラッハは直接行為者を窃盗正犯、背後者にその共犯を認めた。その点を（1998年の第六次刑法改正前の）ロクシンも基本的に支持しており、この種の事例の解決においては個々の主観的不法要素の意義（Sinn）と意味（Bedeutung）が重要であると述べている⁴¹⁷⁾。しかし、自己

416) *Maurach*, Grundriß, S. 130.

付言すれば、1954年の教科書では、窃盗罪は利欲犯（Gewinnsuchtat）ではなく、因果経過を見通した上で奪取を単独で行った下男は、窃盗の帮助ではなく、正犯であると述べている。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 386), S. 511.

もっとも、これによって背後者の間接正犯の可能性は簡単に排斥されないが、それは具体的に認識可能な行為支配の諸事例に限定されたとした上で、設例では完全に犯罪的に行為する正犯行為が認められないとする。

417) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 259.

領得目的しか規定されていない改正前の窃盗罪を前提に、共犯の成立を認めるといふ帰結は正しく導かれるのであろうか。これまで考察してきた諸学説に鑑みれば、第三者領得は自己領得を前提とするという理解は、まさにガチョウ小屋事件を契機に一度は廢れたはずである。それにもかかわらず、再び取り上げねばならないというのは、背後者に(目的的行為支配に基づく)間接正犯の成立が認められないことから生じた、マウラッハなりの苦渋の選択だったのかもしれない。

また、身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と位置づけることも問題である。責任能力もあり情を知っている非公務員は、当該犯行に出ることを自らの意思で取り止めることも十分可能であるのに、背後者は事象経過を目的的に操作していると評価しうるのであろうか。また、当該事例を故意なき者の利用へ整序するというやり方は、学説史に鑑みれば、既にフランクや E. シュミットが行ってきたものであり、それが抱える問題点は既に該当箇所では指摘してきた通りである。つまり、情を知る(dolos)責任能力者を間接正犯の道具と評価するという根本的な問題が、当該犯罪の故意(Vorsatz)の問題にすり替えられているのである。

(三) ガラスの見解(1954年)

最後に、ヴェルツェルやマウラッハに比べ、身分なき故意ある道具の問題を最も根本的に検討したとロクシンに評される⁴¹⁸⁾ガラスの見解を取り上げる。ガラスも目的的行為論に依拠し、故意犯と過失犯とで正犯概念を区分し、正犯と共犯の区別は前者の領域においてのみ認められるとした上で、故意犯の正犯とは、目的的活動を決定づける意味内容である、構成要件において予定されている行為を実行した者であり、「行為支配」という実質的な基準でもって共犯と区別されるとした⁴¹⁹⁾。その際、ガラスによれば、「正犯」は体系的に構成要件論に属するものであり、換言すれば、

418) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 253.

419) Vgl. Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 132.

構成要件実現の主体であるため⁴²⁰⁾、身分犯における特別な身分や関係性も当該犯罪における正犯性（＝行為支配）を根拠づけるメルクマールとして考慮された。

（1）間接正犯一般について

このような前提の下で、ガラスは従前の限縮的正犯論と客観説の組み合わせ（以下、限縮的・客観的正犯論）では説得的に根拠づけられなかった間接正犯論の困難さ⁴²¹⁾を、目的的行為論を通して構成要件該当性という概念を弛緩することで克服しようを試みた⁴²²⁾。すなわち、構成要件該当的な態度の目的的な意味が、行為者を通した犯行経過の意思のおよび身体的な支配、つまり「行為支配」に現れることで、法律上暗黙の前提とされたものとして一定の範囲で間接的実行が直接の実行と同置される⁴²³⁾。そして、直接行為者の「道具」性に着目してきた従来の限縮的・客観的正犯論が実は目的的解释を前提としてきたのと同様、直接行為者が道具となるのは、背後者が彼を掌握する場合、つまり彼の行為が単に背後者の態度の因果的な作用としてのみならず、背後者の計画と意思によって決定された「仕業」として現れる場合だと主張された⁴²⁴⁾。

420) Ebenda.

421) 法律上の行為既述の文言に着目する形式的客観説は、構成要件上要求されている直接的な犯行実行から間接的な犯行実行への橋渡しを欠く点で問題であるし、また実質的客観説も、犯行の因果的な意味に結びつけられる危険性予測（Gefährlichkeitsprognose）が不十分であることによって不成功に終わると批判した。Vgl. Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 133.

422) Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 132.

423) Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 133.

もっとも、直接の実行と間接的実行の同置は、外部的な犯行経過の支配の程度のみならず、犯行の意味内容における一致にも左右されるため、犯行の類型的な不法内容が身体活動の一身の実行に結びつけられている自手犯の場合や、間接的に実行する者に特別な身分や関係、目的が欠けている場合には間接正犯の成立は認められない。

424) Ebenda.

(2) 目的なき・身分なき故意ある道具について

それゆえ、ガラスの間接正犯論に従う限り、目的なき・身分なき故意ある道具の事例では、直接行為者は当該犯罪の成立にとって必要な目的・身分を欠く以上、当該犯罪の行為支配(=正犯性)を有しておらず、また背後者も(その他の間接正犯の事例と同様の)道具たる直接行為者の支配を有していない⁴²⁵⁾。

そこでガラスは、誘致者自身を見る限りで彼は犯行決意を実現するため、外部的な行為の遂行を通して彼に手を貸すよう直接行為者を唆しているという点に「幫助に対する教唆」を認めることは、援助の対象となる正犯行為を欠くがゆえに問題だとしつつ、背後者が教唆の役割を越えて直接に構成要件実現に関与する場合、例えば戸籍役場の官吏が戸籍簿への不実の記載を他人にさせるべく、戸籍簿を他人に入手可能にした場合(刑法348条)、背後者にとっては共同正犯者との共働(Zusammenarbeit)が当該構成要件の正犯としての可罰性を根拠づける以上、それは特別な身分を欠くために幫助となる者との共働においても妥当するため、背後者は直接正犯として処罰される(そして幫助に対する教唆はこれに吸収される)と主張した⁴²⁶⁾。

ただし、ガラスは、目的なき・身分なき故意ある道具の全ての事例において背後者の直接正犯性を認めただけではなく、より一般的に間接正犯の成立が認められるべきだと主張した。すなわち、そのような事例において背後者は直接行為者という人格を支配していないが、背後者の身分や目的がなければ、直接行為者は当該構成要件で保護された法益に到達しえないのであるから、背後者は自らの身分や目的に基づき、そもそも当該事象が犯罪的性格になるのかどうかを掌握していると捉えることで「行為支配」を見出し、教唆的活動を越えた、自手実行と同視される間接的実行を認めただのである⁴²⁷⁾。このようにしてガラスもまた故意ある道具の利用を間接

425) Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 135.

426) Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 135.

427) Gallas, a.a.O. (Fn. 279), S. 136.

正犯の一事例として整理したのであった⁴²⁸⁾。

（3）ま と め

先に検討したヴェルツェルやマウラッハと同様、目的的行為論に依拠し、故意犯の領域においてのみ正犯と共犯の区別を認めたガラスも、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を十分説得的な形で解決することができたのであろうか。正当にもノヴァコフスキーが指摘した通り、自己領得目的や公務員という身分を背後者が備えるからといって、直ちに彼が犯行を支配する中心人物だと評価しえないであろうし、そこでは様々な評価的観点が互いに入り交じっているのである⁴²⁹⁾。その点、とくにロクシンが言及する通り、背後者だけが構成要件該当的態度にとって必要となる特別な身分や目的を備えているという事情は、行為事象の成り行きの支配という意味での行為支配とは関係のないことであろう⁴³⁰⁾。さらに言えば、正犯としての可罰性を根拠づけるところの行為支配が背後者に存するのかどうかという問いを、可罰的な態度が存するかどうかは背後者に左右されるとのコメントを付して肯定することは、証明すべきことを既に前提とする論点先取（*petitio principii*）なのである⁴³¹⁾。

（四）ま と め

以上において考察してきた通り、ヴェルツェルによって初めて彫琢され、その後マウラッハやガラスに受け継がれた目的的行為論は、従来の自然主義的・因果主義的な行為論とその体系と決別し、故意犯と過失犯を既に構成要件の段階で区別し、それに対応して故意犯と過失犯の間で正犯概念を区別し、そして（目的的行為支配という基準による）正犯と共犯の区別

428) ガラスと同様の見解を示す学説については、Vgl. Lotz, a.a.O. (Fn. 5), S. 82 ff., 484 ff.

429) Vgl. Friedrich Nowakowski, Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956, S. 549.

430) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 255, 258.

431) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 255.

は故意犯の領域においてのみ認めた。このような解釈学史的なダイナミズムを描出した目的的行為論の共犯体系は、(拡張的正犯論とは異なり)故意犯の領域では正犯と共犯の区別を維持しつつも、過失犯ではその区別を認めないことで、故意正犯の背後の過失正犯という当時のアクチュアル問題を解決しようと試みたのであろう。

しかしながら、既に指摘してきた通り、目的的行為論のいずれの論者も、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を十分説得的に解決できなかった。とりわけ、背後者に行為支配を認めることはロクシンによって鋭く批判された。すなわち、問題となる事例において直接行為者は心理的圧迫も受けず、誰にも邪魔されず、犯行に出るのかどうか決断する際意思形成において自由で、しかも背後者と同程度に状況を見通していたのであり、そのような直接行為者の自律的な意思は背後者から形成的な決断の可能性を奪い、彼を事象の縁へと追いやるのである⁴³²⁾。しかも、既に触れた通り、目的的行為論の論者の説明では特別な義務の違反と行為支配が混同されており、背後者の正犯性は行為支配とは別の原理から導出されるべきことをロクシンが主張した点について言えば、各則構成要件の特徴に鑑みて正犯基準は一元的ではないということが、目的的行為論を通して例証されたと言えよう。

第六節 小 括

本節では、19世紀末にライヒ裁判所の裁判例を通して現れた目的なき・身分なき故意ある道具の問題を巡り、20世紀前半の立法動向と諸学説がどのように議論したのか詳らかにしてきた。20世紀初頭に始まった立法活動では、当初ライヒ裁判所の主観説を支持していたこともあり、故意ある道具の問題は真摯に受け止められていなかった(むしろ、立法者の課題は、直

432) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 254.

接行為者の責任能力・故意についての背後者の錯誤の問題を従属性の緩和によって解決することであった）が、1925年草案からようやく論じられるに至った。これを背景に、ツインマールやブルンスの見解が登場することとなった。

諸学説の動向に関して言えば、1920年代まで正犯論の主戦場は正犯基準（主観説 vs. 客観説）であった。当時の議論の中では、間接正犯の根拠を中斷論・遡及禁止論に求めることの賛否に対応し、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と認めるかどうかの論争が繰り広げられていた。故意ある道具を認めない学説は、各則構成要件の特色に鑑みた解決を提示しようと苦心しており、示唆に富むものであった。他方で故意ある道具を認める見解も、歴史的淵源に忠実な間接正犯とは決別し、新たな根拠づけを提示した。しかし、それぞれに問題を抱えるものであった。

その後、草案の議論を背景に、共犯規定の意味を問い直すことを意図したツインマールによって正犯概念の議論がもたらされ、構成要件を限縮的に解釈する見解と拡張的に解釈する見解が対置された。その際、草案での議論に対応する形でツインマールとブルンスも、共犯の従属性を緩和して間接正犯を教唆犯に解消しようと試みたものの、故意ある道具の問題の処理については困難に來した。例えば、直接行為者は目的・身分を備えず、不法構成要件を完全に充足せずとも、背後者の有する目的・身分によって埋め合わされるとするブルンスの見解では、もはや真正身分犯の身分は正犯の一身専属的なメルクマールではなく、客観的な一事実へ解消されてしまうのである。

そして1930年前後、E. シュミットの主張を契機に拡張的正犯概念が台頭し、故意ある道具の問題や故意正犯の背後の過失正犯の問題を巧みに解決したかに見えたが、真正身分犯や自手犯の場合に共犯規定を刑罰拡張事由と解さねばならない点で一貫性を欠くという弱点もあり、通説化には至らなかった。むしろ、少なくとも故意犯の領域では、限縮的正犯論を維持すべきだと考えられたと見られる。

その後、1930年の終わりにヴェルツェルによって展開された目的的行為

論は、(学説史的に見れば、ブルンスやツインマールの見解を承継する形で)故意犯と過失犯とで正犯概念を二元化し、前者の領域においてのみ(目的的行為支配という基準による正犯と共犯の区別を認めた。この論者の多くは、故意ある道具においても背後者の行為支配を認めようと苦心した。しかし、自律的な意思決定を為す直接行為者が介在するにもかかわらず、その他の間接正犯の事例と同じく、背後者に行為支配が認められるのか疑わしく、また行為者が義務に違反していることと、事象経過を掌握していることを混同していると批判された。この点で、行為支配という正犯基準では捉えきれない犯罪類型が存在することが明らかとなり、後にロクシンによって産出された義務犯論が登場する契機となったのである。