

正犯と共犯の關係についてのボツケルマンの見解 (一)

中 義 勝

目 次

- 一 はしがき
- 二 ボツケルマンの「正犯と共犯の關係について(二)(2)(iii)まで、以上本号)
- 三 非故意的正犯行為に対する共犯を不可能とするボツケルマン説の論拠
- 四 非故意的正犯行為に対する共犯は不可能であるとする見解に対する批判的考察
- 五 結 語

一 はしがき

一 ボツケルマンは、戦後間もない一九四九年に「正犯と共犯の關係について」(Bockelmann, 'Der das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme) という小冊子をものしたが、ここで述べられている見解が、非故意的正犯行為に対する共犯の可能性を肯定する連邦裁判所の判例があったにもかかわらず (BGHSt. 4. 355; 5. 47) その可能性を否定する判例 (BGHSt. 9. 370) に理論的根拠を提供することになり、一九七五年以来現行法となっている狭義の共犯規

定にも故意の正犯行為に対する故意的共犯行為にかぎって共犯が成立することを認めしめる有力な根拠を提供するものとして、いやしくも非故意的正犯行為に対する共犯の可能性を問題にするときには没すべからざる文献とされている(これらの判例およびこれをめぐる諸家の見解については別に論述する予定である)。

ところで、本書は一九五七年に出版された彼の刑法論文集 (Strafrechtliche Untersuchungen) に全く無修正のままに再録されているが、その事情について本書の序文において彼はつぎのように語っている (Vorwort, S. 1-2)。その内容は——ここでも、ボッケルマン自身の考え方をより凱切に表現するために筆者によって適宜言葉を加除することが許されるとすれば (以下でも同じ) ——以下のとおりである。一九四九年に出版された論文: 'Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme.' は絶版となつてゐるが、なおたえず再版が要望されてゐた。しかし、本稿をモノグラフイとして一言一句手を加えないままに再出版することは筆者には耐えられないことであつた。ただし、筆者はその構成をことごとく固執してゐるというわけではないからである。同様にして、本稿を、当時の考え方に基ついて書き改めるといふこともなしえぬことであつた。一般的な理論の進歩にかんがみると、単なる書き替えにとどまるだけでは許されなかつたであらう。特に、目的々行為論自身がかくするうちにこうむるにいたつた改説のゆえにも、本説と対決してゐる個所は完全に變更されねばならなかつたであらう。そのさい本稿は、主として共犯問題に捧げられた論文という枠を打破るほどの拡がりと重点の変遷を含まねばならなかつたであらう。このような状態においては、一九四九年の論文を變更しないままに、しかし同一のテーマに対する筆者のその後の理論的發展を示す論文といつしよにして、もう一度出版せしめるが、いかなる場合にも、昔のものが止揚されている全体として新たなものが出版されるという解決策が命ぜられることになる。けれども、このような方策が一度念頭に浮べられると、自余のい

かなる論文を採録するかということが問題になるが、その選択に当ってはそれぞれ論ぜられている問題が右の共犯論文の対象とされている事項と事実的關係があるという観点が基準とされたし、他方では既発表の作品はそのまま目につかず埋もれてしまうことから救うことが念願されたのである。このような出版の由来から、本書に収められている見解はかならずしも統一的でないことに注意されねばならない（一九五七年五月、ゲッツィンゲンにて）。

二 自余の論文として本書に採録されたものは一九五四年ゴルトダマー誌上に公表された「正犯と共犯の關係について・再論」(Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme. Gold. A. 1954/193)と国際刑法雜誌年鑑第二六冊並びにドイツの全刑法雜誌六九卷に登載された「正犯と共犯の概念の近代的發展」(Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme. Revue Internationale de Droit Penale. 26e Année p. 167. ZStW. Bd. 69)が主なものである。そこで、これら三つの論文について、ボッケルマンが非故意的・過失的正犯行為に対する共犯の成立を不可能なものと考えるにいたった根拠は何であるかを究明し、これらの論文間にその根拠もしくは重点に変遷がみられたか否かをも確定し、そのうえでこれに対する私の見解を披歴することとしたい。以下では、最初の論文と最後の論文とをボッケルマンの刑法論文集から、二番目のものはゴルトダマー誌から引用することにした。

二 一 ボッケルマンの「正犯と共犯の關係について」

一 ボッケルマンによれば、狭義の共犯は概念必然的に従属的なものであり、これに向つて加功する対象たる正犯の存在を不可避的に前提せねばならず、これなくしては思考しえないという意味では正犯に従属するものである。このように、共犯が正犯の存在を前提にしてのみ思考しようということはまさしく事物の本性に属することであつて、

単に法律の所産といったものではない。すなわち、教唆も幫助も、これに向つてそれが加功しようとする「何事」かを概念的に前提しなければならぬ。ところで、M・E・マイヤーが区別した四形式の従属性のうち、最小従属性と誇張従属性とはこれまで法律によつてとりあげられたことがない。極端従属性は、通説によれば、一九四三年の刑法統一法までは刑法典の立場であつたとされている。この改正によつて制限従属性へと移行したものである。これが現行刑法における共犯秩序の基盤をなすものとされている。

極端従属性とは、共犯が有責な正犯行為に従属するということの意味する。しかし、旧四七条以下の解釈ではこの概念はもつと狭く受けとられていた。すなわち、正犯行為はただに有責であるだけでなく〔それなら過失犯に対する共犯も可能だということになる……〕（「」内筆者、以下同じ）、また故意的たらねばならないとされていた。ここから、可罰的共犯というものは、なにかの理由で正犯者に故意責任が欠如するときには可能でないという結論が与えられることになった。つまり、正犯者が責任無能力であろうが、（おそらくは過失的に行為していたとしても）故意なく行為したであろうが、最後に（五四条による緊急避難の場合のごとく）彼に適法行為が期待されなかつたらうがを問わず、故意責任がないときには可罰的共犯の成立は否定されていた。しかし、これらの結論は満足すべきものではなかつた。けだし、たとえ正犯者に責任がなくともしばしば共犯者を処罰する必要があるからである。たとえば、ある精神病者を窃盗するよう使喚する者は不可罰のままだというわけにはいかない。また、生命の危険に瀕している者を、他人の生命を犠牲にして助けようとする者は、事情によつてはやはり刑に値しうる。けだし（彼が危難に瀕している者の親族でもないかぎり）どうして彼が意のままに他人の生と死を支配することができるのか理解されないからである。最後に、過失行為に対する関係はまさしく当罰的である。（けれども、上記の意味での極端従属性

によれば、故意責任のない者の行為に関与する者はすべて可罰的共犯とはされない。そこで、この可罰性の間隙を埋めるためにいわゆる間接正犯という法形象が考えだされたが、この法形象はたとえ従属性が緩和されても今後とも維持されることになるが、私見によれば、ここでの間接正犯はその原型である直接・単独正犯に比べると余りにもその擬制性が露骨であると思われる」。

一九二三年の少年裁判所法四条は、幼年や少年が罪に触れるような行為をするよう教唆もしくは幫助する者・犯人庇護者・贓物犯人は幼年者や少年者の責任無能力に関する規定にかかわらず罰せられる旨規定することとなった。こうして、少年の行為に対する事例では共犯の極端従属性という原理は棄てられることになった。他の諸事例では〔極端従属性が行なわれていたので可罰的正犯は成立せずむしろ上記したように〕間接正犯が成立するとして可罰性の間隙は避けられていた。こうして、責任なく行為する者を犯罪行為の実行へと利用する者を間接正犯者と解するときには、可罰性の間隙を充填する都合のよい法形象が考案されたというもので、背後者はいかなる場合にも罰せられることになる。そして、背後者を間接正犯たらしめるこのような前提は、精神病者の行為を使囂しもしくは支援し、非故意的正犯行為や他人の緊急避難行為に関与する場合にも与えられるということになる。

しかし、その前提はかならずしもつねに与えられているというわけではない。通説によれば「正犯者意思」(Täterwille)をもつ者だけが間接正犯者である。したがって、間接正犯者は、直接行為者の一身に責任阻却へとみちびく事情のあることを知っていなければならない。けだし、もし彼がこれを知らないとすると「正犯者意思(animus auctoris)を彼に認めることは正直いってできないからである。したがって、背後者が〔正犯者が精神病者だのに健常者だと思つているという風に〕正犯者の精神状態について錯誤しているときには、せっかく間接正犯の構

成を試みても〔正犯者意思が欠如するから間接正犯とはならず〕、刑罰の必要性を完全に満足させるといふわけにはいかない。さらに、間接正犯の構成は別の二つのグループにおいて失敗する。第一は自手犯において（ここでは間接正犯なるものは概念的に排除される）、第二に、直接行為者はこれをみたしているが、背後者はみたしていないような正犯者の特定の一身の性質を構成要件が前提しているところでは失敗する。第一のグループには、たとえば、偽誓罪や肉慾犯が入る。ただし、前者は宣誓した者のみが流神的にこれに違反しえ、他は不純な行為を企行する者、したがって自らこれを行なう者のみが違反しうるからである。第二のグループには身分犯、つまり職務犯や、窃盗・詐欺・恐喝のごとく特別の意図を前提にする諸構成要件がこれに属する。ここでは自ら公務員等であり、もしくは彼の側で領得の意図または営利の意図で行為する者のみが間接正犯となりうる。したがって、上記の前提を具えていないこれらの場合には間接正犯として罰するわけにもいかず、極端従属性を維持するかぎり可罰性の間隙が大きく口を開けていた（したがって、この間隙を塞ぐための努力は極端従属性を弛める方向へと進まねばならなかつたのである）。

従属性を制限することはこの間隙をできるだけ埋めるためになされた。しかし、これを制限したところでどの程度にこの任務を果すことができるかが問題である。

学説を検討してみるとその主張内容には不明確なものがみられる。それは矛盾からまぬがれているというわけにはいかない。殊にその矛盾は非故意的の行為に対する共犯が可能か否かという問題でもっとも明らかにされている。

たとえば、シェンケ (Schönke, StGB, Vorbem. V. 2 vor § 47) は、正犯者が有責な故意をもって行為していたかどうかは重要でないとしている。これによれば、正犯者が故意的に行為してなくとも可罰的教唆は存在しうる (V. zu §

48)。自分が可罰的行為へと教唆されているとの被教唆者の意識は必要ではない (III. 3 zu § 48)。過失行為に対する教唆や幫助も可能かつ可罰的である (VI zu § 48, IV zu § 49, I zu § 50)。正犯者はいわゆる「自然的」故意をもつ必要もない (V zu § 48)。他面、シエンケは三度にわたって、教唆を行為決意の誘発と定義し (I und III zu § 48)、かつこれを、通常説明されているように、法律の文言によれば教唆者は他人を犯罪行為へと規定せねばならぬということをもって基礎づけている。そこで、ボッケルマンは「シエンケは前段では非故意的正犯行為に對する教唆は可能であるとしながら、後段では教唆を定義して行為決意の誘発、つまり犯罪行為をしようという決意（故意）の誘発としてるのであるから」これらの主張はどのようにして辻褃が合せられるのかとしている。

メツガーの立場も右のシエンケによく似ている (Mezger, Leipziger Kommentar, 6. Aufl.)。彼は、四八条・四九条の新規定を、共犯者は正犯者の単に「客観的に」違法な行為を要求するだけで、「主観的」にも可罰的な正犯行為を断念しているという風に解釈している (7 vor § 47)。これに引きつづいて彼は、責任能力の欠如とか「その他の理由から」被教唆者に責任が欠如するときにも教唆者の可罰性は残存すると説いている (3d zu § 48)。したがって、教唆は過失犯の遂行に対しても排除されず (2 b zu § 48)、また過失的に有責な行為に對する幫助も可能である (4 zu § 49)。他面、彼は、教唆の第一の前提は他人のなかに「犯罪の全内面的側面のうえで」正犯者故意を誘発することだと述べている (2 und 2b zu § 48)。そこで、ボッケルマンは「ハンでも、メツガーの前段の主張と後段の説明とはどのようにして調和せしめられるかと問うている。

コールラウシュも同様である。四八条・四九条の「刑をもって威嚇されている行為」という文言のもとに、彼は「刑罰法規の客観的構成要件を實現し、正当化事由をもってカバーされていない一切の意思活動」を理解している

(Kohlransch, StGB. Aufl. III, A 3 d vor § 47)。xv. 5. 11. 彼は首尾一貫して、正犯者にのみ存する責任阻却事由は共犯者を免責しない(としよう)と(a. a. O. III, A 3 c) たゞ正犯者が錯誤しているとしても「したがって、故意が阻却されるとしても」このことが錯誤していない共犯者には有利に作用しえない(III, A 3 a)と述べている。他面、彼は——従属性が緩和されているにもかかわらず——教唆は旧法と同様新法においても『行為への決意』の誘発が本質的』である(I, B 3 f vor § 47)と確定し、また幫助を「故意の(一)重罪または軽罪の遂行に対する故意的幫助」と定義している(2 zu § 49)。固よりコールラウシュは、シェンケやメツガーにおいては全く唐突に現われている〔前段では故意を不要としながら後段ではこれを必要とするという〕この矛盾の問題性を感じている。彼は「結果の知見と意欲」に別の体系的地位を与え、「自然的故意」が責任要素という領域から切りはなされて、フィナリスムスがこれを欲しているように、意思行為という前提のなかに数え入れることによってこの矛盾を解決しようとしている(この解決はすでにBunke-Festschrift, 1939, S. 49)において示唆されていた。すなわち、正犯行為は制限従属性が行なわれているとしても意思行為、つまり故意行為であらねばならない。もちろん、だからといって、その故意行為が責任に数え入れられねばならぬということの意味しない。けだし、責任無能力者も「自然的」故意をもって行為しうるからである。しかし、故意は責任にではなく行為に属するという体系的帰結はここではまだされていない。ここでは「自然的故意」という概念が行為、事情の認識にかぎられるべきだとする外観をもっている。しかし、コールラウシュの見解では、これに違法性の意識が加わってはじめて故意という概念が充足されるとしているから(III, 59)、ブムケの祝賀論集によって提案されている構成は、完全には故意的でない正犯行為に対する共犯は可能であるということを認めしめることになるであろう)。すなわち、もし故意が行為の構成分子であつて責任のそれではない

とすれば、非故意的の爲においては構成要件該当性が欠如することになる。だとすれば〔共犯が成立するためには正犯行為が構成要件該当で違法でなくてはならないとする〕制限従属性の立場からも、過失（もしくは過失もない）態度に対する教唆や幫助を認めるといふ容易ならぬ必然性が排除されるということになる。しかし、このようなコールラウシュの構想は考察されているだけで（III. A 3 d vor § 47）、実際には貫徹されていない。けだし、行為に属する結果表象がどの程度に具体化されていなければならないかの問題（正犯者が意思的に射撃するだけで十分なのか、それとも彼がそれが命中するであろうと知っていたらなければならないのか、もしくは彼が人を殺すであろうということさえ知らねばならないのか）をコールラウシュは開かれたままにしているからである。そして、設例の解決に當つて、彼は繰り返して非故意的の行為に対する教唆および幫助を認めている（III. A 3 d vor § 47, Beispiele 3. 5）〔このかぎりでは、彼は結果表象として正犯者が意思的に射撃するだけで足るとしてはなからうか。すくなくとも、彼が人を殺すという表象をもつ必要がないとしていることは確實である。でなければ、非故意的の行為に対する教唆および幫助といったものは認められないはずである〕。

このほか、制限従属性の依拠者たちは、一九四三年の改正前においても同様の矛盾におちいつていた。その例は、M・E・マイヤーやカントロヴィッチにみられる。まず、マイヤーは、四八条も四九条も故意の正犯行為がある場合にかぎつて刑罰拡張原因たる共犯が成立するとはみていない（M. E. Mayer, Lb. 1915, S. 407）。したがつて、過失的正犯行為に対しても共犯は十分成立することになる。しかし、教科書のすこし前で（S. 393）、教唆においては正犯者が犯罪決意をいだくにいたるといふ結果が特色的であると述べている。つぎに、カントロヴィッチ（Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933）は、まず、共犯者の可罰性は正犯者の責任に依存しないとすることを確定する（S. 103）。そ

のさい、正犯者の責任がどのような理由で排除されてもよいとされている。「責任能力が……欠如してもよいし、……本質的な錯誤によつて帰責可能性が欠けることになつてもよいし、緊急避難または他の強制状態により期待可能性が欠如してもよい」。ここから、可罰的共犯は過失犯に対しても可能であるというさらなる帰結が引きだされねばならないことになる（特に錯誤によつて故意責任が阻却される場合にも共犯の成立はこれに依存しないとされている）。しかし、数ページ後になると（S 111）、カントロヴィッチは、正犯者に行為への故意が作られるところでのみ教唆ということが語られると述べている。「錯誤が事實的または法的な点に關して行為の射程を達観することを彼に妨げるがゆえに」故意なく行為したとすれば、間接正犯が考察にのほる（印象深い例でつぎのごとく述べられている。「ロキーがそうとも知らないヘデウルに、なんの不安も感じていないバルデルを射つよう使囁するときには、ロキーはすべての責任論や共犯論によれば間接正犯において犯罪を行なうものであつて、たとえば他人による犯行へと教唆しているものではない」。同様にして、一一三ページでは、被教唆者は「問題の行為がこれを要求している完全な故意をもつて行為していなければならぬ」と述べられている。しかし、こうした立場がかならずしも一貫して主張されているわけでもない。けだし、またもや数ページ後で（S 115）設例を論じるさいに非故意的正犯行為に対する教唆が認められているからである（Vgl. auch S 117）。（設例。何人かが彼が否認しているにもかかわらず、現実に行なわれた犯罪のことで有罪判決され、控訴した。彼の兄弟が、よく知っている控訴裁判所に手紙を書き、そのなかで真実に反して、自分が正犯として責めあるものとした。裁判所はこの手紙を信頼して無罪に票を投じ、したがつて有罪判決に必要な三分の二以上が成立しなかつた。この場合には、今日なら、一四五条 d（「犯罪行為の仮構」で罰せられることとなる。しかし、カントロヴィッチは、当時一四五条 d（一九三三年）がまだ導入されていないかつたの

で、職務による非故意的犯人隠匿に対する教唆を認めた（このほか、なぜ非故意的枉法に対しても同様ではないのか）。これは措信しがたい。カントロヴィッチは、さらに、つぎのような例をあげている（S. 105）。農家の若者Aが友人Bに、共通の敵Hを、折から直前にせまっていた教会開基祭において期待されている喧嘩でビール・ジョッキをもって殴打するよう教唆する。それから間もなくBは小さな登山路でHに出会う。思いもかけない仇敵との出会いに刺戟されたさきにAが語ったけしかけに影響されてBはHに殺人故意なしに体当たりする。Hは斜面をころがり落ち首の骨を折る。ここでカントロヴィッチはAを殺人に対する教唆で罰しようとしている。これがいかに支持しえないことであるかは、この事例を、Hがころがり落ちるさいにかすり傷も負わなかったという風に変えるときに明らかとなる。この場合、カントロヴィッチは、殺人未遂に対する教唆を認めねばならないこととなるであろう（教会開基祭のさい期待されている喧嘩が起れば、ビール・ジョッキでHを殴れというAの教唆が別の経過をとったものだとすれば、Aは単に四九条a（教唆未遂）として罰せられるだけである……拙稿「ローゼ・ロザール事件——被教唆者の客体の錯誤は教唆者にとつても客体の錯誤か——拙著「刑法上の諸問題」二八七頁以下所収参照）（「ともあれ、我々としては、ここでは、カントロヴィッチが、あるいは非故意的正犯行為に対する共犯を可能とし、あるいは教唆者は被教唆者に故意を誘発させねばならないとするなど、とかくその主張が一貫していないということを知れば足るであろう」）。

そこで、ポツケルマンは文献についての概観はこれくらいでやめておこうと述べている。そして、これらの概観によれば、かりに従属性を弛めたところで可罰的共犯が故意正犯から解放されるか否かについてはいまだなんらの合意もえられていないということがわかるとしている。

つぎに、正犯者の違法な態度が期待不可能性のゆえに免責される場合、それがどの程度に共犯者に跳ね返るかはまた別の問題である。この問題は僅かにしか論ぜられていない。ここでも諸見解は広汎に岐れている。

コールラウシュは、制限従属性が採用されると、共犯者には特にその責任阻却が自分に有利に働かないときには可罰的だと述べている (Bunke-F.S. S. 50)。カントロヴィッチも同一の見解である (a. O. S. 35ff.)。彼はその見解を補強するために、自分は「免責的緊急避難行為へと規定する者の可罰性が不当であるような状態を発見しよう」と努力してみたが無駄であったと述べている (S. 123) しかし、この結論の正しさについては他の者は全く別様に考えている (カントロヴィッチ自身がこうした異見をもつ者としてフォン・ヒッペル、ダームをあげている)。ウエルツェルは緊急避難を正当化事由と考えているが (Lb. 1947. S. 50)、彼をしてこう考えしめるにいたったほど、右の場合の背後者になんらの影響をも及ぼさないとすることは耐えがたいことであった。このほか、コールラウシュは五二条「強制状態」によって不可罰な行為の遂行へと他人を強制する場合、教唆ではなく間接正犯が成立するとしている (I. B3 b vor § 47)。メツガー (2 c zu § 48) も同旨である。けれども、強制状態において妥当することは緊急避難 (五四条) においても同様でなければならぬであろう。けだし、両条ともコールラウシュおよびメツガーにとって同種類の免責事由だからである (もつとも、コールラウシュは、強制においては教唆の前提が欠如していると考えたのではなく、強制者は避けるべくもなく正犯者意思をもつという考察によってうながされている。そして、コールラウシュによって主張されている「第一次的」正犯者概念 (primärer Täterbegriff) からは、正犯者たらざる者のみが共犯者たりうるということがでてくる (I vor § 47)。ここから、一面では強制された行為への「間接正犯」、他面では緊急避難行為への加功 (教唆) の相異なる処理が可能となる。後者の事例では背後者には *animus auctoris* が欠

如する。これに反して、メツガーは、強制においては教唆の前提が与えられているということを否定している。被教唆者といえるためには、彼は自由意思的に決意をいっていないなければならない。そうすると、緊急避難においても事は同一でなければならない。ただし、正犯者の行為は——よし強いられているということが強制の場合とは別のものであったとしても——五四条の場合にも「非自由意思的」だからである。

以上によつても、よし制限従属性が採用されているからといつても、これらの免責事由がどのような射程をもっているかの問題（「こうした免責事由行為を誘発させた背後者を間接正犯とみるか教唆とするかの問題」はまだ解決されていないということがわかる。

ただ、一点においてのみ一致が存在する。すなわち、正犯者の責任無能力は共犯者を免責しないという点に關して。しかも、その無能力が少年の未成熟、意識障碍、精神病あるいは精神薄弱にもとづくものであると否とには關係しない。そこで、加功が教唆または幫助という方法で、すなわち行為決意を創作しまたは他人の行為に対する援助として行なわれるときには、いかなる場合にも眞の共犯が存在する。これと並んで間接正犯としての枠が残る。背後者が、正犯者を責任無能力たらしめる人格的欠陥を知っており、かつ彼をこの欠陥の利用によつて道具のごとく操縦するときには間接正犯が与えられる。これとともに、加功者が正犯者が具えている特質を見誤り、したがつて自分自身の役割の性質について思い違ひしているといった事例も残る。たとえば、彼は、ある責任無能力者を道具として利用しているものと信じていたが、本当は有責な正犯者を教唆していたということがありうる（この場合には共犯のかどでする処罰が正当化される。ただし、正犯者責任は共犯者責任に対して一つの多〈Mehr〉であり、そのため、正犯者として行為しようと思つていた者には、もし彼が共犯者として処罰されるときにはなんらの不当も生じないからであ

る)。また、背後者が他人を精神的に健全であると思うが、事實は彼が精神病患者であるといった逆の事例では、背後者は共犯のかどで罰せられる。したがって、制限従属性への移行はここでは現実に重要な進歩をもたらしている。

これに反して、正犯行為が非故意的であるとか、適法行為の期待不可能性のゆえに免責されるといった場合、可罰的共犯が本当に可能かどうかという問題が残される。ボッケルマンはこの二つの問題が本研究の本来のテーマであるとし、順次これについて考察している (Strafrechtliche Untersuchungen, S. 31~38)。

二 ボッケルマンは、ここで、共犯の、正犯者の故意および不法の意識に対する関係について考察している。彼によれば、故意という概念について一定の合意がなされていることが必要である。そして、故意には、いかなる場合にも、意欲的要素と知能的要素とが含まれている。前者は行為意思によって形成され、後者はその行為によって何が実現されるかということについての知見によって形成される。但し、諸家は、意欲者の知見はどの範囲に及ぶべきかについて区別している。通説は、一面では「行為事情」、つまり成法上の構成要件メルクマールに及ばねばならないとし、他面では違法性に及ばねばならないとしている。したがって、これによれば構成要件の知見と不法の意識とは二つとも故意に属するということになる。そして、二つとも法的評価において同一に取扱われ、この点は共犯においても然りである。そうすると、故意なき正犯行為に対する共犯を可能だと考える者は、これを正犯者に事実認識が欠ける場合についてのみならず、不法の意識が欠如する事例についても妥当せしめようとすることになる。コールラウシュ (III. A 3 c vor § 47) は設例四をこの意味で決定している。

ところが、最近、違法性の意識はたしかに責任メルクマールではあるが、故意の構成分子ではないとする見解が増大してきた。したがって、この立場からは、正犯者に行争事情の知見が欠けていたのか、それとも禁止の知見が欠け

ていたのかによって、異なる取扱いがなされることになる。

そこで、以下での確定はまず、事実的知見という意味で非故意的正犯行為がこれに関与する者にいかなる影響を及ぼすかという問題にかぎって考察されることになる（以下では、故意という言葉はこの意味においてのみ用いられる）。そして、正犯者の不法の意識の欠如が共犯者にどのように作用するかという問題は特別に検討されることになっていく。

共犯規定によれば、正犯者はかならずしも有責でなくともよいということになっているから（五〇条一項）、以下三つの可能性が与えられる。第一は、非故意的行為に対する加功も真の共犯だとする見解である（シエンケおよびメツガー）。第二は、制限従属性が行なわれているにもかかわらず、故意の正犯行為という要件を維持しようとする見解である。つまり、本説によれば、故意は責任に属するのではなく、行為に数え入れられ、したがって故意行為だからといってかならずしも有責な行為と考えられる必要がない。そうすると、制限従属性を堅持していても、故意の正犯行為という前提は維持されることになる（コールラウシュおよび目的々行為論）。第三は、故意はやはり責任のメルクマールではあるが、唯一の構成分子だというわけではなく、多くの構成分子中の一つであり、その結果これらの内の一つが欠けても故意行為そのものが無責だという見解である。そこで、制限従属性の内容は、共犯を若干の責任要素から独立させるが、すべての責任要素からは然らず、特に故意からは然らずという風に制限されることになる（a. a. O. S. 39-40）。

(1) 刑法五〇条一項は、多くの人々が一つの行為に関与しているとすれば、各人は他人の責任を顧慮することなしに自分の責任によって可罰的であるとすることを規定している。たしかに、この規定から、正犯者が有責でなくとも共

犯者が有責たりうるということが与えられる。しかし、いかなる根拠にもとづいて正犯者が無責であるのかは重要なのか、それとも共犯者の処罰に関しては、正犯者に責任能力が欠如していたのか、帰責可能性が欠けていたのか、適法行為の期待可能性が欠けていたのかによって相違があるとされるのかは、五〇条一項によっては何事も知られえない。

五〇条二項によると、正犯者もしくは共犯者にのみ数え入れられる一身の性質や関係のなかに刑罰を阻却するそれ (welche die Strafe ausschließen) もあげている。もとのなかに、責任阻却事由 (Schuldaußschlußgründe) が含まれているとすれば、共犯者の可罰性は正犯者の責任無能力によって影響をうけないのと同様に正犯者の錯誤とか緊急避難によっても影響をこうむらないことになる。しかし、五〇条二項をそのように解することができない。

まず、同項が一般に責任阻却事由に及ぼされるか否かは疑わしい。同項は、刑罰を阻却する一身の性質または関係と述べている。そして、この表現をもってしては「一身の刑罰阻却事由」(persönliche Strausschiebungsgründe) というこれまでの術語以外のことが考えられないものと思われる(たとえば、二四七条〔家庭内および家族間の窃盗〕: 親族関係 (Wezel, Lb. S. 68 f.; Schönke, II 2 zu § 50 はこのように解釈している。それゆえ、両者にとつては、五〇条はその現在の文言によつては刑罰阻却事由に関してはなんらの新らしいことをもたらしていない。他面、コールラウシュは新规定のなかに刑罰阻却事由があげられていることから、既存の法状態の条文化以上のことが目ざされねばならぬということが推論されるとしているようである。彼にとつては、五〇条に阻却事由を導入することは有責な正犯行為への共犯の従属性からの共犯の解放の第一歩である。III, A 2 a vor § 47)。

もっとも、これと異なる解釈も存する。刑罰は一身の刑罰阻却事由が存するところだけで阻却されるのではなく、

まさしく眞の犯罪メルクマールが欠如するところでも排除される。こう考えると、五〇条二項の刑罰阻却事由のなかには免責事由も含まれることになる。もつとも、こう解釈することにはさらなる困難が対立している。法律は「性質および関係」と述べているが、これは通説によれば継続 (Dauer) という要素が内在する事情である。けれども、錯誤や緊急避難の場合にはつねにこれが欠如し、責任無能力の場合にも特定の事例では欠如することがある。したがって、五〇条二項がこのような免責事由を含むことは問題であるとす。しかし、Eigenschaften und Verhältnisse のもとに状态的な Qualitäten und Beziehungen が理解されているということは多くの人々によって争われている (Mezger, a. a. O. 2 zu § 50; Kohlransch, 37. Aufl. 4 zu § 50)。したがって、これを否定する者は刑罰阻却事由という概念を責任阻却事由にも及ぼしうる。だとすると、彼はこれらをすべて同様に取扱うべく強いられるということになる。ただし、五〇条はそれらのうちでなんらの区別をもしていないからである。事実、コールラウシュやメツガーは、共犯者の可罰性は正犯行為のすべての責任要素に依存しないということを五〇条二項から推論している (Kohlransch, 3. 3 zu § 50; Mezger, 4 zu § 50)。

けれども、このような主張には説得力がない。ただし、刑罰を阻却する性質や関係という概念のなかに責任阻却事由が入れられるとすると、これと同一の権利をもつて正当化事由もそのなかに含ましめられるからである (事実、コールラウシュはある個所でこの帰結を引いている。Ann. 3. 3 zu § 50 (38. Aufl.) で、彼は刑罰阻却事由を「可罰的行為の承認に対立する一切の事情、それゆえ五一一条から五九条までに、並びに少年法二条・三条 (一九二三年) に基礎づけられている一切の事情」と定義している。これには正当防衛も含まれることになる。しかし、この主張は額面どおりには受けとられない。ただし、制限従属性をとつても正犯行為が違法たらねばならないことは、コ

ルラウシユ自身も確定しているからである。つまり、正当化事由も処罰に対立する事情である。しかし、五〇条二項がこれに及ぼされないということは確實である。ただし五〇条一項は正犯者の責任の欠如のみが共犯の可罰性に影響せしめないと明定しているからである。正犯行為の違法性は欠如しえない。ここから、つぎのことがでてくる。人もし五〇条二項の意味での刑罰阻却事由のもとにこれまでの通常の用語の意味での「一身の刑罰阻却事由」よりもより多くのことを理解しようと思うときにも人はこの概念を制限するよう強いられる。無制限に妥当と思うのは仮象たるにすぎない。その概念は刑を阻却することになるすべての事情に及ぼされるとすることは適当ではない。したがって、この概念がすべての責任阻却事由にも同程度に当てはまるとすることも適当ではない。

それゆえ、結論としては、共犯の責任従属性からの緩和の程度がどのようなものなのかは五〇条からは与えられないということが確定される。

この点では四八条・四九条も同様である。たしかにその文言も一九四三年の改正によって変更され、そのさい厳格な従属性から制限された従属性への移行が表明されたとされている。すなわち、四八条においてはもはや可罰的行為に対する教唆ではなく、「刑をもって威嚇されている行為」に対する教唆と述べられ、四九条でももはや重罪および軽罪の遂行に対する援助ではなくして「重罪または軽罪として刑をもって威嚇されている行為」の遂行に対する援助と述べられている。しかし、このような変更をもってしては、正犯行為がかならずしも犯罪概念のすべてのメルクマールを充足する必要がないということ以上のことと述べられていない。欠如しうるのはまさしく責任メルクマールであるということが五〇条から補充的にかがえる。しかし、いかなる範囲でいかなる方法で欠如してもよいかという点に関しては「刑をもって威嚇されている行為」という言いまわしは何事をも説明していない。

というのは、この言いまわしは多義的だからである。このことはその言いまわしが、法律の他の個所では、四八条・四九条におけるとは違った意味で用いられているということによっても知られるコルラウシュもこのことを示している (III A 3 vor § 47)。(一九二三年の)旧少年裁判所法二条・三条・五条は当初明らかに刑罰未成年者もしくは少年の「刑をもって威嚇されている行為」と述べていた。これらの条文はこの文言をもって、彼の責任能力の前提の一つである性格的成熟という唯一の例外を除く犯罪のあらゆるメルクマールを示す態度を考えていた。同四条によれば、共犯者同様にして犯人庇護者や贓物者)の可罰性はこのような成熟に依存することになっていない。このほか、通説によれば、責任要素に関しても共犯は完全に従属するものとされていた。したがって、正犯者が錯誤したり免責的緊急避難をしたとすると、これが共犯者に有利に作用した。そして、少年の責任無能力性すら、それが未成熟以外の事情にもとづくときには共犯者にひるがえり作用するものとされていた。少年および幼年の行為に対する加功がとりあげられているかぎりでも、現行法の共犯規定は一九二三年の少年裁判所法のそれから根本的に区別されているということがわかる。現在では、正犯者の責任能力性は共犯者の可罰性にとって重要ではない。したがって、四八条・四九条の意味での「刑をもって威嚇されている行為のもとに、一九二三年の少年裁判所法二条・三条および五条がこれを考えていることとはいささか別のことが理解されるべきである。ここから、少年裁判所法の解釈は一九四三年の改正の解釈にとってなんらの模範たりえないということがでてくるだけではない。同時に「刑をもって威嚇されている行為」という言葉はなんら明白な意味をもたないということがわかる。

同様にして、四二条 b 「治療または看護の施設」、三三〇条 a 「自招酩酊」での言いまわしもこのことを示している。それでも、この言いまわしは、責任を例外にして犯罪概念のすべてのメルクマールを具えている態度を標識して

いる。そこでは、第一に、責任無能力のゆえにする責任阻却が考えられている。しかし、四二条bは、同時に、限定責任能力の状態においてではあるが、それゆえ小なる責任をもってではあるが有責に行なわれた行為に及ぼされている。これらの行為も「刑をもって威嚇されている行為」という概念のなかに入れられ、したがってこの概念はこの個所では四八条・四九条におけるとは全く別の意味をもっている。また、四二条bも三三〇条aも、行為者が責任無能力の状態においてのみでなく、故意なく行なった外部的行為をも念頭に入れていいる。すなわち、三三〇条aによる刑罰や四二条bによる治療・看護施設への収容は、行為者が精神病もしくは精神薄弱ないしは酩酊によってその洞察能力を曇らせられたがゆえに行為事情もしくは自己の行為の違法性を見損ったところでも許容されねばならない。このことは、法律が四二条bおよび三三〇条aにおいてこれを追及している刑事政策目的からでてくる (Vgl. Negler, Lpz. Kom. 2 zu § 42 b; Kohlrausch, A I 2 zu § 42 b; Schönke, II, 1 zu § 42 b; RGSt. 73/17; Df. 1940/335)。他面これらの規定の適用にとつては行為者の一切の錯誤がどのような状態のものであつてもよいというわけではない。その錯誤が理解しうるものであれば、すなわち、健全で合理的な人もその錯誤の犠牲に陥るであろうと思われるようなものであるとすれば、四二条bによる保安処分にとつてもまた三三〇条aの刑罰にとつてもなんらの必要性も根拠も生じない。どのような理論的手段をもつてこのような解釈に達するかはここで検討される必要がない。いかなる場合にも解釈はこの結論に達しなければならぬ。これを要約すると、「刑をもって威嚇されている行為」という概念は、一面では責任無能力のゆえに責任なき事例を、他面では非故意的事由のすべてではないが若干の事例を示し、最後に一定グループの有責な行為をも含むとすることを示している。このような概念内容が四八条・四九条にとつて模範的たりえないということは明らかである。こうして「刑をもって威嚇されている行為」という文言がなら特別な意義

をもつものでないということがあらためて知られるのである。

さらなる語義解釈は、「規定する」とか「援助する」といった、法律が共犯者の行動を標識している言いまわしに結びつけられている。しかし、これらの言葉によって、数十年来、新しい意味を入手するなんらの希望もないほど多くのことが明らかにされている。それは教唆および幫助の本質からでくる。

このほか、単なる語義解釈の可能性は論じ尽されている（法律は可能な教唆手段のもとに「錯誤の意図的な招来または促進」ということをあげている。M. E. マイヤー〈*Jb. S. 407*〉や他の者はここから、教唆は故意を阻却する影響づけのなかにも存しうると推論している。しかし、一般的な見解は今日（AがBにXがBを侮辱したと思わせること）によってAがBをXに対する攻撃へと規定する）といった事実的故意と調和可能なような錯誤、したがって本質的には動機の錯誤を四八条は考えているとしている（Frank, II 1 c zu § 48; Welzel, *Lb. S. 66*; Maurach, *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1948, S. 138; RGSt. 71/78）。過失行為に対する教唆を可能だと考えているメツガー（2 c zu § 48）自身がそうである）。そこで、今や事物の本性（*Natur der Sache*）に研究が向けられるべきである（a. a. O. S. 40~44）。

(2) (i) 一体、可罰的共犯は正犯行為が故意なく行なわれたところでも可能と考える見解は事物の本性に即しているのか。

こう考える見解は、本説が達せねばならない馬鹿馬鹿しい結論へとみちびくということはやさくみうるところであり、その結論を維持することの不可能性は本説にしばしばつきつけられており、最近もウエルツェルによってもっとも印象深くそうされているのである（*Lb. S. 65*; *SJZ. 1947/645 ff.*）。正当にも彼は、たとえば裁判所を欺罔するこ

とによって判決を騙しとる場合に非故意的枉法に対する教唆を認め、あるいは医者が不注意な看護婦を通じて薬の代りに毒を患者に摂取させるといふ風にして医者が患者を死亡させたときに過失致死に対する教唆を認めることを「全く生活にそぐわぬ」悪しき意味での「法律的所産」と称している。これらの例は容易に増加することができる。たとえ彼らが近親関係にあるということを知らなかつたとしても、久しく別れていたので全く見知らぬ者となつていた兄妹にわいせつな性交への機会を与えた売春宿のおかみといった学校的設例は有名である。ここでも明らかに刑罰が命ぜられている。しかし、本当に近親相姦に対する教唆が存するというのか

刑の必要性を満足させるために教唆を認める必要が全くないということがこの解決に反対している。判決の騙しとは訴訟詐欺であり、うっかりしている看護婦を利用してする患者の殺害は間接正犯による謀殺または故殺である。売春宿のおかみは媒合のかどで有責である。これらすべてのことは制限従属性の導入前には確実に正しいとされていた。それが一九四三年の改正によって改悪されたともいうのか。

さらに、法律が若干の個所で故意なき行為への誘致を特別規定によって処罰しているということが、非故意的行為に対する教唆の可能性といった主張に反対するものである。公務員をして善意で偽りの文書作成へと誘致する者は二七一条によりいわゆる「知能的文書偽造」〔間接的な不実記載〕のかどで可罰的とされる。故意なく偽りの宣誓をするよう他人を誘致する者は、偽誓への誤導のかどで一六〇条の刑を課せられる。このような特別の構成要件が設けられているということによって、これらの場合に間接正犯が排除されてもなお可罰性が維持されているのである。間接正犯は自手犯においては一般に可能ではなく、身分犯においては自ら部内者〔身分者〕である者にとつてのみ可能である。そこで、こうした規定が設けられているということは、法律が非故意的行為に対する教唆といったものは可能

でないと考えているということであろうかがわせるものである（ウエルツェルはこのように帰結しているようである。

Lb. S. 65)

もちろん、これはこうした法律規定が存在することからする逆推であり、またこのように逆推することにはかならずしも強制力がない。さらに、非故意的行為への誘致は、もしこれが教唆として罰せられないとすると、一般に不可罰にとどまらねばならないといった事例も思考可能である（カントロヴィッチは売春宿のおかみの事例を、兄と妹とが婚姻締結へと規定されるという風に変更している（a. a. O. S. 117）。然るときは、彼らの性交は近親相姦ではあるがわいせつではなく、したがって媒合のかどでする処罰は可能ではない）。また結論が奇妙だとすることも、それが正しいということの反論としてかならずしも徹底した議論とはいえない。最後に、過失犯に対する幫助を承認することは、これに対する教唆を承認する場合と同様にグロテスクだとはいえない。こうして、非故意的正犯行為に対する可罰的共犯の可能性は、これまであげられている論拠をもってしてはおそらくはなお説得的には反対されない。しかし、その可能性を認めることは、このような立場からは正犯と共犯とが一般に、また教唆と幫助とが特別に区分できなくなるとする見解によって反対される。

まず、正犯と教唆の区分が不可能となる。ただし、教唆が正犯者に事実的故意を誘発するということが教唆の本質に属しないとすれば、その概念は、他人によって実行される構成要件該当的違法行為の「誘発」にかぎられることになるからである。しかし、教唆は間接正犯とこのモメントにおいて一致する。

固より完全に一致するというわけではない。ただし、間接正犯は直接行為者の態度が適法であるときにもなお可能であるが（例。裁判官を欺罔することによる不当判決の騙しとり。正当防衛状態を技巧的に招来することによって、

道具として利用される者が第三者を殺害または傷害した場合)、教唆はそうではないからである。逆に教唆は自手犯に対して可能であり、身分犯に対する部外者の側からも可能であるが、ここでは間接正犯は成立しない。したがって右のように解しても、なお両形式間の差異は残存する。けれども、こうした相違は両者を分つためのメルクマールではない。けだし、具体的事例において教唆が存するか間接正犯が存するかは、所与の状態においてある種の加功が法的に可能かそれとも他の種類の加功が然るかによって決定されえずして、加功者の態度がいかなる事実的標識を示すかによってのみ決定されるからである。けれども、この見解においては教唆にとっても間接正犯にとっても一つのことだけが、しかも一コにして同一の「誘発」が考えられている。

「誘発」の異なる態様を区別するということは、客観的共犯説の立場からも主観的共犯説の立場からも、可能ではない。このことは客観説にとつてはすでにしばしば述べられていることであつて、ここであらためて詳細に吟味される必要がない。周知のように、形式的客観説が実質的客観説から区別されるのがつねである。前者によれば、正犯の特性は構成要件該当的実行行為をなすことのなかに存する。このメルクマールは教唆と間接正犯を同じものだと思わせる——あるいは、直接行為者の実行行為が背後者に帰せられるときには、両者とも等しくこれを充足する。後者によれば、正犯となるためにはかならずしも自ら実行する必要があるが、それが欠けるとときには、区別は加功の程度によつてなされる。人もしこれを断念するときには、両者を区分するなんらの可能性も残らない。すべての条件の同価値性という点でこの区別は坐礁する。

animus auctoris と *animus socii* の公式を適用しうると思ふときでさえ、「故意的正犯行為への従属性を認めない(ぎり)主観的観点による区分は不可能となる。被誘致者の行為を「他人のものとして」欲しようと思つても、誘致者

が他人に事実的故意を惹き起そうと努力するのでないなら、一体何処に *animus socii* が認められるのか。もしこのことが重要でないのだとすると、アニメスの公式を納得のいくように基礎づけるならその可能性も残らない。また、行為に対する利益を基準にすることによって何もえられないということについては疑いが無い。そのような利益はまさしく正犯者（雇われた謀殺者）には欠落し、教唆者（謀殺者を雇った者）に存しうる。

結論としては、非故意的行為に対する教唆を可能とする考え方は教唆と（間接）正犯を相互に区別しえないということが確定される。

正犯と幫助の關係についても全く同じことが妥当する。幫助は、その主觀的側面を無視すれば、他人の行為の誘致、すなわち惹起のなかに存する (RGSF 58/113 のこと) なく、非因果的幫助を可能と考える者のみがこのような確定を避けることができる。しかし、四九条 a なる新構成はこのような考え方の基盤を奪い去る。ここでは、重罪に対する幫助未遂は可罰的であり、然らざる場合は不可罰とされている。しかし、幫助が正犯行為の遂行に対してならその因果的寄与をも提供しなかつたときにこそその幫助は未遂である。ここから、幫助既遂のためにはこのような寄与が属するということがでてくる。したがって、同一のメルクマールによつて標識される客觀的基準なのであるから、幫助を一切の形態の正犯から区分することは可能ではない。そこで、区分づけのためにはその主觀的要素を顧慮する必要があるということになるが、その主觀的区分づけも正犯行為には故意が属するという前提下においてのみ可能である。 *animus auctoris* が他人、すなわち被支援者にあると考える者のみが幫助者意思、つまり *animus socii* をもちうる。しかし、かような正犯者意思とは、一般的にいうと、故意としてのみ考えられる。その正犯者の故意が重要でないとするれば、幫助者を正犯者から区分する心理的特性を幫助者のなかに確定する可能性がなくなる。

固より、このようなテーゼは反対を計算に入れておかねばならない。けだし、一般的確信は明らかに *animus socii* は正犯者の *animus auctoris* に関連づけなくても存しうるところへおもむいているからである。そこで、上記の見解はさらなる正当づけを必要とする。しかし、それはここではなく、以下で教唆と幫助の固有の本質が評論されるところで与えられる。ここでは暫定的に示されるだけだが、故意の正犯行為を断念することは共犯の両形式をもはや区分しえないということが強調される。

正犯者が故意なしに行爲しうる、それゆえ、教唆者が正犯者になんらの故意をも作る必要がないとされるや否や、教唆と幫助間には客觀的相違が存しなくなる。教唆者は他人の行爲を「誘致し」、幫助者はこれに「加功する」だけだということとしても、それは言葉の遊びにすぎない。二つの表現とも「惹起」にのつての同義語たるにすぎない。しかし、主觀的相違も存しない。けだし、教唆と幫助とはともに *animus socii* をもって行なわれているからである。この次元では教唆者の故意は幫助者の故意から區別せしめられない。教唆者の故意が正犯者の事實的故意を誘発することに向けられる必要がないとすれば、それがどうして幫助者故意とは別の内容をもたねばならないのか明らかではない。以上のことからつぎのことが与えられる。すなわち、共犯の処罰のためには故意なき正犯行為で十分だとする者は、共犯行為を相互に、またこれら両者が正犯から區別される基準を喪失するものである。

しかし、正犯者には故意がなくともよいが、共犯者がすくなくとも故意の正犯行為を表象していることを要求することによって、このような結論を避ける出口が与えられていないか。そうするときには、主觀的觀點による区分づけは依然として可能である。然るときには、教唆には事實的故意の現實的製作ではないが、これに向けられた意思が属することとなる。同じことが幫助にとつても妥当しよう。だとすれば、四八条は以下のごとく規定しているように読

まれることになる。いかなる手段によるかを問わず、他人を構成要件に該当する違法な行為へと誘致する者は、彼の故意が被誘致者を故意行為へと規定づけることに向けられていたかぎり、教唆者として罰せられる（四九条も同じ意味で読み替えられるであろう）。しかし法律はそのように述べていない。このことは四九条 a が示している。ただし、加功者が正犯者を単に外観的にのみ行為決意へと規定するよう努力し、あるいは故意的行為を支援するものと誤り信じているといった事例は、本当は共犯未遂の事例だからである。それらの事例は四九条 a によって、しかもそこで与えられている前提下においてのみ可罰的である（けだし、重罪を行なえという要請が被要請者の魂のなかで行為決意の製作へとみちびかないとすれば、彼が要請にもとづいてしたことは、彼に要請された重罪ではないからである。それゆえ、要請によって惹起された態度も構成要件該当で、違法な行為であるとしても、その重罪が「実行されてい」ない。こうして、四九条 a のすべてのメルクマールが与えられる（Weizel, Lb. S. 66）。設例。二人の密猟者がピルシュガンク〔獲物の足跡に沿って忍びよって射つ猟〕において、彼らを茂みの陰で待ち伏せていた森林官に思いがけなく出くわす。自分の猟銃を射つことの過ぎない一人の者が他の者に「射て」と呼び、これでもって森林官を射殺させようとする。その呼び声は他の者を致死射撃へと規定づける。しかし、彼は森林官に気づいていず、むしろ一匹の野獣を眼前にしていると信じていた。ここでは、過失致死に対する教唆がでなく謀殺に対する（効果のなかつた）要請が存在していた）。これらの事例を従属性の制限の援用下に共犯既遂として論じることが許されない。

以上によれば、非故意的正犯行為に対する可罰的共犯を認める者は、本当は共犯形式を解体し、かつこれを無色の惹起行為のなかに下降させる。けれども、法律が正犯と共犯の、ならびに教唆と幫助の区分を命じているがゆえに、このような説は正しくなく（a. a. O. S. 44—49）。

(ii) 従属性の制限にもかかわらず、正犯行為が故意的たらねばならないことは、目的々行為論が共犯問題の解決に当ってこれから出発している認識である。本説は、故意は責任の構成分子ではなく、行為のメルクマールであるということから推論している。したがって、従属性の制限は、本説には、本説が企てている体系転換の不可避性にとつての証拠として役立つ (Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, Bd. 58, S. 491 ff. (S. 546) ; Lb. S. 25, S. 66 ff. Ebensso Welzels Schüler Schluter, Zur Dogmengeschichte der Teilnahme, Strafrechtl. Abh. Heft 420, S. 3. Ferner v. Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, 1948, S. 69 ; Maurach, Grundriss, S. 145)。

ボッケルマンによれば、この体系変更が理由のあるものであり、故意が本当に行為に属するものだとすれば、共犯を正犯者の責任からは独立にはあるが、正犯行為の故意には従属して把握するという制限従属性の任務は美事に果されたということになる。そこで、彼は以下の研究では故意のこのような体系変更の正しさを検討することに主眼を移したいとし、さし当ってウエルツェル説についてこの点を吟味したいとしている。しかし、我々としては、この点についての彼の叙述を追跡することはあまりにも目的々行為論自身の内容にのめり込むことになると思われるので、果して故意は行為の要素かという目的意識を堅持しつつ、これとの関係で必要の限度内で彼の叙述を摘記することにした。

ウエルツェル (Lb. S. 21 ff.) によれば、人間の行為は他の出来事、すなわち単なる惹起から根本的に区別される特性をもつ事実である。後者にあつては、達成される作用は「まさしく現存する原因要因の盲目的に区別されるに反して、人間の行動は思考によつて目標が設定され、この目標の達成のために必要な手段を選び、然る後この手段を合計画的に適用するということのなかにある。それゆえ、意思的行為は単に原因によつて支配される経過ではな

い。けだし、意思は意思活動の結果を特定の範囲において予見し、かつこれによって自己を規整する能力をもっているからである。意思は「その因果的知見によって現実的出来事を支配し、かつこれを目標に向けられた活動へと形成する」。「意思は行為事象を計画的に目標達成のために支配する（意思実現）」。「したがって、故意は行為を客観的に形成する要因として行為に属する」。

右のような目的主義の考え方は、過失行為にどのような影響を与えるのかも問題ではあるが、故意犯自体にとっても重大な影響を与えるであろうことが予想される。このうち、責任概念に対して与える結論はもともちいじらしい。すなわち、故意はもはや責任には属しない。責任の問題は責任能力の有無、行為の違法性の錯誤の問題にかぎられる。つぎに、違法性の性質についての考え方も変えられている。違法性は単なる法益ないし利益侵害ではない。結果無価値はその本質の一面を示すものであるにすぎない。行為ないし行動無価値が他の一面をなす。それは不法の人的要素たとえば心情要素、動機、傾向および故意によって規定される。このような行動無価値は、行為が事態無価値を招来するときにも欠如しうる。たとえば、行為が身体ないし生命の危険を救済するために行なわれ、したがってなんらの不当視にも値いしないところ欠如する。こうして刑法上の緊急避難は正当化事由のなかに数え入れられることとなる。最後に、正犯の概念も新しい意味を獲得することとなる。「行為に関する目的意識の主人たる」者のみが正犯者である。目的々行為支配が正犯の標識である。正犯者にこれが存在するということが一切の共犯の前提である。「したがって、真の共犯は故意の正犯の内部でのみ可能である」(Weizel, Lb. S. 57)。

そこで、ポツケルマンが、目的性と行為の故意性がいかなる権利をもって同置されるのかという問題に立ち向っているところに注目することとしよう。ポツケルマンは、ウエルツェルが人の行為とは目的行動性であり、さようなも

のとして単なる自然的出来事から區別されるのはよしとしようとしている。しかし、これによつて獲得しようとしている目的が、法律がこれを禁じているときにのみ構成要件該当だとすることは納得がいかないし、特に惹起犯の場合には納得がいかない旨指摘している〔野獣だと思つて狙い撃ちしたところ、これによつて人が殺されたというような例が考えられる〕。

一定の目標に向つて射撃する者は、言葉のもつとも本来の意味で目的々に行爲するものである。彼の射撃が一人の人を殺したとすれば、この結果は目的々行爲によつて招来されている。しかし、これだけで殺人行爲という概念のために立てられている一切の要件が充足されているのかというとそうではない。この概念を充たすためには——〔ただに射撃が目的々になされているばかりでなく〕——故意も殺人に向けられていなければならない。したがつて、殺人者が目標だけではなく、その目標において人に命中させようと思つていたということがとりあげられている。

目的主義説が目的性と故意性との同置を支えている理由には、以下二つのものがある。まず第一は違法性の本質に關するその考え方にある。曰く、単に法益侵害そのもの、結果無価値だけでは違法というわけにはいかない。けだし人もし旧説がそうしたことく、違法性と利益侵害とを同視しようとするとき、人は違法性を利益侵害という事実そのものに関係づけられるべく強いられているからである。つまり、招来された状態そのものが違法であつて、この状態の招来がかならずしもそうではないということが認められねばならないであろう。けれども、それは誤りである。けだし、「違法な」という修飾語は、合理的には人の態度にのみ適用されるからである。すなわち、法秩序はこの状態の一切の変更や減少が法の破棄と考えねばならないほど財益の一定の状態に不可侵性を保障していない。法益とは一切の敵対的接觸に対してびくびくと護られている博物館の品物ではない。法益は利用するためのもの、使用するた

めのもの、したがって消費するためのものと予定されている。それゆえ、法律は一切の法益侵害を禁じているのではなく、秩序ある共同生活と相容れないような法益侵害のみを禁じている。そのさい、刑法にとつては回避可能な惹起が例外的にのみ考察され、原則としては人の目的活動のみが考察にのぼせられる。こうして、完全な違法性を基礎づけるために結果事態につけ加わらねばならない自余のもの (Meh) は、第一に、目的々行為のなかに存する。したがって、目的性というモメントは刑法上の不法に属する。

故意はその体系的地位を不法のなかに、したがって構成要件のなかに、もつて行為のなかに指示し、それゆえ目的性と故意性の同一性を示す思考経過は以上のごときものである。それは果して筋の通つたものであるか。

以下のような例を考えてみよう。何人かがピルシユガंकをしてうつつかりと他人の獵区に入るとか (Englisch. Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-F.S. S. 174) 一六歳になると誤認していたが実はまだ一五歳の汚れなき少女を誘惑する。ここでは、行為者は疑いもなく目的々にはあるが故意なしに行爲している。しかし、誰が一体、兩態度が違法であるということを争おうとするであろうか (もちろん、構成要件該當的違法、刑法的に違法だということとは争われえない。このほか、これらの態度が私法的もしくはは行政法上の規範に対する衝突を含むか否かはどうでもよい。誘惑の場合は通常それは否定されるであろう)。それらの態度は、法律が二九二条〔密獵〕および一八二条〔誘惑〕において不当視している無価値を具えている。人が、このような不当視は故意的遂行があるときにのみ表明されていると主張できる場合にのみこのことが争われられる。しかし、何処にこれがための証拠があるといえるのか。法秩序は一切の法益侵害ではなく、特定の種別づけられた法益侵害のみを禁じているという考慮のなかに存しない。このことは、二九二条や一八二条においても依然として正しいということはもちろんである。野獸を追跡して他人の

獵区に入り、もしくはまだ一六歳になっていない少女を初期の抵抗に対して手なづける者は、まさしく法律が他人の狩獵区や未成熟の少女の性的無損傷性を保護しようとしていたことを侵すものであり、かつ彼の故意が欠如するときにもこれをなすものである。しかし、これに対しては、処罰は故意も与えられているときにのみ可能であるという次元の議論をもってしては反対されえない。ただし、違法性と可罰性とは同一ではないからである(たとえ非故意的であつても違法な行為は、これに対する正当防衛によつて正当化される)。このほか、最初の事例では、行為者がすくなくとも過失的に行為しているかぎり可罰性も欠如しない。可罰性は、通説とともに本罪においては過失で十分と考へる者にとつてはいかなる場合にも三六八条一〇号〔獵具を身につけ、一般の使用に当てられた道路外にある他人の獵区内に権限なしに立ち入つた〕からでてくる。

これらの例は、故意的態度と過失的態度とはかならずしもすでに不法構成要件において区別されているわけではなく、ということを示すものである(Engisch, a. a. O.)。その構成要件が過失的遂行の場合には故意的遂行の場合とは別様に構成されないような行為によつて充足されるといった構成要件も存在する(たとえば、その内容が行為者には過失的に知られていない内乱文書の頒布(八五三条)、過失的偽誓(一六三条)、軽卒な誤つた告発(一六四条四項)、その危険な性質が行為者に過失的に知られていない入毒された物の販売(三二六条)、過失的な許されざる刑罰執行(三四五条二項)〕。しかし、これによつて、故意は行為に属するということは違法性の本質から帰結されるという主張には反対される。そして、目的性と故意性との同視によつての最初の証明根拠はこれとともに倒れる。

第二の証明根拠は、行為とは別の犯罪メルクマールの考察からえられるのではなく、行為そのものの内面的構造に対する考察からえられる(Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW. Bd. 51, S. 703 ff. insbesondere S. 717 ff. und:

Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, S. 78 ff.)。行為とは決して単なる因果的出来事ではない。それは意味志向的出来事である。そして、これは、因果的経過が目的々に被覆決定されるといふ点に存する。意思は行為において、それ自体盲目的な出来事の合成を有意味的に支配する (Naturalismus, S. 79)。このことから、「意思刺戟についての決定から結果へとみちびくプロセスは、意味法則性なるモメントによってその他の因果的出来事から區別される意味一体である」(ZStW, 51, S. 718) ということがでてる。

このことは、単なる作用がその原因に属するのとは全く別の仕方では結果が主体に属するということを意味する。原因が諸作用の因果的連鎖の内部では単に通過的分子たるにすぎないのに対して、結果の実現は主体の固有の行為である。すなわち、結果の存在は意味という媒体によってかちえられた自我の自己決定に依存する (a. a. O.)。

ここからつぎのことが与えられる。「この依存性が及ぶかぎり」(においてのみ)「その事象は主体に自己の行為として帰属する、あるいは別の表現をすれば、(客観的に) 帰属可能である」(a. a. O.)。「……因果的生成の有意味な規制をする(意思の)力が及ぶかぎりにおいてのみ(意思は)意思から出発する事象にとって特別に考察される」。他方、意思は、可能な客観的予見の彼岸に存する一切のことに關して、原理上、その他の一切の因果的要因、すなわち盲目因果的継起のどうでもよい、意味から自由な通過点と別様の關係に立たない (Naturalismus, S. 79)。したがって、意思的に惹起された結果だけが行為に属する。ゆえに、意思的事象のみが固有の意味での「行為」である (a. a. O.)。

このような考察は確乎たるものであるのか。刑罰法規が故意行為だけを禁じることで満足しているときには、その考慮は確乎たるものであろう。しかし、そんなことはない。法規は、哲学的考察がこれに認めようとしているかの

「意思の権利」、すなわち「彼の所為のなかでこれのみを彼の行為として認めようとする権利」を全く尊重してはいない。むしろ、法規は意思的・目的々たらねばならないが——構成要件実現がその目標のために設けられている必要のないような態度によって充足される構成要件をも作っている。そして、目的主義が本来の行為の副次的形式として妥当せしめようとしている回避可能な惹起に対しても刑罰威嚇が設けられているだけでなく単純な拳動そのものが禁ぜられている場合もある。そこで、人間的、前法律的行為概念が、一面では故意の態度、他面では回避可能な惹起以外のものを包括しないように作られているとすれば、刑法上の行為概念は別様に作られている。

固よりウエルツェルはおそらくはこのような議論を承認しないであろう。彼は、目的々行為概念は「行為」という現象の基礎に存する存在事態 (Senssachverhalt) を再録しているにすぎないと反論するであろう。これによれば、あらゆる行為は故意的・目的々態度であるか、それとも回避可能な惹起であるかのいずれかである。しかし、行為の存在構造は法的考察にとっても基準たらねばならない。法律には自らによって作られた概念において行為の存在構造から離れる力がない。むしろ、法律の解釈はこれによって規整されねばならない (ZStW. Bd. 58. S. 491. 495 ff. Naturalismus, S. 82 Anm. 75)。しかし、このような反論は徹底しえない。

たしかに、法律は事柄の理性 (Vernunft der Dinge) に矛盾しえない。人の行為だけが刑罰威嚇の対象たりうるのであるから、そして行為は必然的に目的々なのであるから、目標に向けられた態度が一切の構成要件の核心をなさねばならない。そして、ある規定が明白にはこのことを述べていないところでは、その規定はこの意味において解釈されねばならない (純惹起犯においてそのように解釈されねばならない。てんかん性の痙攣によってひっくり返り他人につき当る者は、たしかに傷害に対する原因となつてはいるけれども、彼はこの傷害を「惹き起して」いない)。もし

法律がこの限界を踏み越えて単なる反射運動に刑をもってこれを威嚇しようとしたとすれば、それは困ったことであり、不合理・非法 (Unrecht) である。それは、その不合理において坐礁せねばならないであろう。しかし、そのほかでは、法によって行為とみなされるべき意味一体を哲学的洞察によって行為とされるのとは別の観点によって規定することは妨げられない。そのさい、限界は哲学的洞察とは別の方向から引かれる。たしかに、「行為」という意味一体は、一般的法意識が刑罰威嚇の有効な対象とみなしていることと調和しえないようには形成されない。法律は、行為概念を、人の態度に社会生活上割り当てられている意味に方針づけねばならない。しかし、その枠のうちでは自由である。

けれども、故意のおよび過失的態度が不法構成要件においてはまだ区別されていないという風に行為概念を解釈するとすれば、この解釈も右の原則を侵害していない。ただし、社会生活においては人が自ら欲した目標に沿って向けたことだけが重要なのではなく、彼自身の目的に反したことも重要だからである。他人をうっかり轢断した者は、彼の死を惹起しはしたが法的意味では「殺してはず」、なんら殺人行為を行なっていないと素人に納得させることは困難である(回避可能な死の惹起を殺人と名づけることは目的々行為論にとっても自由である。但し、ウエルツェルはこの命名へと傾いていないように思われる、Lb. S. 24. 3)。

こうして、目的主義の理論が目的性と故意性との同視を支えている第二の根拠も脱落する。同時に、故意が行為に属するというテーゼにとっての証拠も欠落する。

しかし、以上の確定をもってしては目的主義説の批判的検討はまだ十分ではない。むしろ、本説の正しさを確認しうるように思われる特別の理論的現象に注目せねばならない。

すなわち、故意的にのみ行なわれて、その構成要件を故意行為だけが充足するといった一定の犯罪が存在する。これには第一に未遂犯が属する。人がいかなる未遂説を主張するかを問わず、また人が未遂行為の「構成要件該当性」を何処にみいだすかを問わず、つねに行為、決意、実行のみが未遂として妥当しうる。既遂犯の故意的遂行に向けられた意思によって担われている態度だけが未遂たりうる。ここでは目的性と故意性とは疑いもなく一致する。

のみならず、既遂犯にも故意行為としてのみ思考可能な犯罪が存する。これには窃盜のごとき重要な犯罪が属する。他人の動産の奪取は、それが違法領得の意図においてなされたときにのみ二四二条の構成要件に該当する。そして、その物が他人に属するというを知っている者のみがこの意図をもちうる。他人の物を自分自身の物と思う者は違法領得の意図をもちえないし、また無主物と思う者も違法に領得しようと思うことができな。こうして窃盜の構成要件は故意的にのみ実現される。同じことが横領についても、また他の犯罪にとつても妥当する。

すくなくとも、このような犯罪においては故意は行為に属するということがここからでてこないか。そしてもしこれが首肯されるとすれば、故意はいずれにおいても、かつ一般的に行為に属するというさらなる帰結がひき出されないか。ただし、故意はときには行為要素、ときには責任要素たりえないからである。

この問いの回答は責任概念は一般に故意をその要素として含まないという風に考えられるか否かという問題の解決を前提とする。ただし、これが肯定されるときにのみ、故意は単なる行為要素として把握されるからである。

こうして、この研究は目的主義的法体系の決定的な問題、つまり責任問題に向けられることになる。これまでこれは避けられていた。ただし、行為、というものの性質から故意を行為概念のなかに入れる事由を検討することだけがとりあげられていたからである。しかし、このような事由が論駁しうるものであるとすれば、故意を責任要素のなか

固持すべきか否かを論じる必要もないとされていた〔当然、責任要素であるとする謂〕。しかし、故意的にのみ遂行しうるといった現象のあることは、こうした議論をあらためて探究する機縁を与える。つまり、責任概念というものが故意という要素を全然欠きえないように作られているのか、それとも目的々行為論が、故意がなんらの地位をもたないような責任概念を展開しうるのか。

外面的にみれば、目的々行為論は故意を全く責任から出て行くように指示している。たしかに、あらゆる責任は意思責任であり、また意思は故意のなかにこびりついている〔これは、一見、故意がなければ責任なしということくみえる〕。しかし、そこでは故意は実現意思としてのみ、その目的々な実際の機能のなかに現われている〔この機能と目的々に外界に自己を実現する機能であり、つまりこれこそ固有の意味での行為であり〕、したがって、この概念とともに故意は行為に属するということになる。しかし、意思実現と意思形成、つまり決意をいざくこととは区別されるべきである。意思形成は、目的々行為とは反対に、行為の情緒的側面である。そして、意思形成だけが責任非難の対象をなす。ただし、これこそが行為者をして彼が行為決意において無価値にくみして決断したことが有責たらしめられるからである。〔責任非難は、この決断にもとづいて実現された不適法にくみする価値決定に関係する〕(ZStW. Bd. 58, S. 504)。したがって、責任前提としての責任能力と違法性の意識という二つの責任要因のみが存するといわれる。前者を欠く者は、一般に意味豊かな価値決定をなしえず、したがって無責である。自己の行為の違法性を知らない者は、具体的な状態において法によって命ぜられている決断をすることが可能ではなかった。——こうして、この者にも同様に責任が欠ける。この錯誤が回避可能な場合には責任が減輕される。そのような錯誤に陥つてもやむをえないと思われる程度に応じて減輕される。

故意を責任概念から追いつ出している目的主義の責任論は基本的には以上のように述べている。それは本当に説得力があるのか。

その基本思想は行為の情緒的側面を目的々側面から区分することと、責任非難を前者にかぎることである。この区分の正しさに反対しては何事も述べられえない。この区分は決意をいざく場合と実行する場合に実際に与えられる事態に即応している。但し、この事態をどのように判断しどのように責任評価するかについては異論が存しうる。

意味豊かな価値決定のなかにも故意がこびりついているということが、まず強調されねばならない。その価値決定は故意なしには一般に思考可能ではない。それはまさしく「提供されていること」(Vorsetzen)のなかにこそ存する。故意が表象的要素として含有しているすべてのこと(ウエルツェルは、違法性の意識を故意に数え入れないということを除けば、これを伝統的な考え方とは別様には定めていない)は、意思形成が問題にされるところでこそ意味豊かなものとなる(人を殺すとか物を盗むとかいった具体的な表象内容に直面して、これにくみする決意が形成される)。これこそが(たとえば)行為者が、その射撃が人に命中するであろうことを予見していたにもかかわらず、彼がその射撃へと決心したという非難を基礎づけるものである。故意なしに無価値へと決断するなど考えられない。

けれども、さらに、価値決定があれば責任非難ができるといったものではない。もちろん、ウエルツェルもこれを見損ってはいない彼自身非難の対象を「この決定にもとづいて実行される不適法な行為にくみしてする価値決定」としている。彼はこの定義の意味を「法的領域においては純意思(思考)責任の一切の可能性を排除する」(ZstW. Bd. 58, S. 504 Anm. 23)ものと説明している。このことから、決意をいざくということではなく、行為の実行中決意をもちつつけることが行為者に責任として数え入れられるということがでてくる。法的不当視はその目的々・實際的機

能における意思に当てはまる。それゆえ、その不当視は故意にも当てはまる（意味豊かな価値決定なくしては故意的に有責な態度の非難には対象が欠けていることは正しい。しかし、行為と行為者との完全な結合のためには行為への決断だけでは十分でない。計画の遂行のなかへとこれを行動化することがはじめて責任を基礎づける）。

さて、目的々行為論は、もちろん、故意を責任から出て行かためるための特別の理由をあげている。そして、このことは、違法性の意識は故意に属しないという——今や学説と実務において同程度に支配的な——見解に反対することからえられるものと信じている。本説はかのドグマに対して説得的な反論をもたらししている（Weizel, *l. b.* S. 78; *Siz.* 1948/368 など）。正当にも本説は、不法の意識が欠けているからとてその行為が故意行為だという性質を変更しえず、たとえば誤想防衛によって行なわれた殺人も故意なしには行なわれないう風に証示している。反対説が本説によって押しつけられる結論も耐えがたいとする見解も重要である。反対説は違法性の錯誤を行為事情についての錯誤の類推によって論じ、したがって違法性の意識が欠如する場合に過失を認める。それゆえ、本説は、禁止の錯誤がある場合、問題になっている構成要件が過失に対する処罰を明白に予定している場合にのみ罰しようとしている。法律の過失を一般に刑のもとに置くとしたギュルトナー草案（Gürtner-Ehewitz）は、現行法では当分なおその旨の規定を欠いている。またこれはかならずしも導入しなくともよい。その導入は確実な構成要件の限界をもたず、したがって裁判官になら役に立つ価値基準を提供しない独立の過失犯（*crimen culpae*）を作ることとなる。加うるに、その導入は、事実の過失は一般に可罰的でないとする法律の基本決定に衝突することとなる。したがって、その導入は「法律の過失」の問題を満足のいくようには解決しないであろう。また、その導入は「法盲目性」の事例、すなわち禁止の錯誤が積極的な禁止の知見として以外には評価されえないといった程度に免責可能でない場合、全く失敗

せねばならないであろう。こうして、目的々行為論は違法性の意識は故意には属しないという主張に達する。それは独立の責任メルクマールである。回避不可能な禁止の錯誤は責任を阻却し、回避可能ではあるが宥恕しうる禁止の錯誤はこれを減輕する。宥恕しえない禁止の錯誤はこれに関係がない。

さて、ここからウエルツェルは、故意は責任から区別され、行為へ行けと指示されるものと推論している。かくして、彼には、禁止の錯誤の事実在即した把握は目的々行為概念のための証拠となる。しかし、このような推論が正しいか否かは問題である。

故意が責任に属するという性質をもっているということは、故意が違法性の意識を包括するというに依存しない。むしろ、(事実的) 故意は、自分が何をなすものであるかを知っている行為者にもみ非難が加えられるがゆえに責任に属するのである。もつとも、この知見はそれだけではまだ責任非難を基礎づけえない。違法性の意識がこれにつけ加わらねばならない。けれども、同様に不法の意識だけでは責任非難を支えない。それは事実的故意なしには一般に考えられない。自分が実現する行為事情を知っている者だけが自分が不法をなすということを知ることができる。

〔何事かをなそうという〕行為決意〔すなわち、故意〕は価値決定の客体・基盤をなすものである。したがって、違法性の意識も故意に属しないことができる——故意の体系的地位はこの認識に関係がない。

これによれば、目的主義の行為論が故意を責任概念から疎外していることに成功しているということは争われねばならない。

このことを故意的にのみ遂行可能な犯罪について吟味してみよう

これらの構成要件が故意の態度によってのみ充足されうるとしても、その事実故意は責任に属するという他の事

実と直ちに調和可能である。犯罪の個々のメルクマールは具体的な行為においてはつねに統一へと結びつけられている。思考的考察がこれらを区分するとしても、そのさいその区分がつねに現実の現象のなかに現われていなければならないことが前提されていない（逆に、それらを一つ概念に集約するということは、これらが独立に現実性を獲得しうるということを排除しない。されば、構成要件該当的行為は違法である必要なく、無責な不法というものも存し、責任の個々のメルクマールにも独立性が帰せられる。犯罪メルクマールの区分というものは、これらが概念としての犯罪の様々な側面を示すということにもとづき、それらが必然的に歴史的対象としての犯罪の独立の部分であるということにもとづかない。それゆえ、故意は、故意的以外には行なわれえない構成要件該当的行為が存するゆえには一般的行為要因ではない。

それゆえ、故意は行為にではなく責任に属する。これから制限従属性の問題に対して与えられる帰結は明らかである。正犯者の責任へのその不従属性にもかかわらず、正犯行為の故意への共犯の従属性は、故意が行為に属するという風には解決されない。けだし、故意は行為概念のなかにその体系的地位をもちえないからである。したがって、本研究は共犯問題の処理のために提供されている第三の可能性を論じなければならない。本研究は、故意的ではあるが責任のない行為なるものが、故意が責任メルクマールであるという前提下でも思考可能ではないか、あるいは、共犯の可罰性は正犯者の故意に従属するという風に従属性の制限を解しうるかということに向けられる（a. a. O. S. 49～68）。