

中義勝著『間接正犯』

森 井 暉

一

他の法律学に較べて、刑法学は学説の対立錯綜の最も著しい分野である。その中でも、共犯論におけるそれは最右翼に位置し、まさに無限の対立とさえいうことができよう。されば、共犯論は多くの困難な問題を内蔵し、その解決の仕方如何は自らの体系の試金石をなすものといわれる。かつて共犯論が「絶望の章」であると嗟歎された所以であろう。

周知のとおり、共犯論においては、夙に植田重正博士の業績が異彩の光芒を放つものであったが、昨秋中義勝教授の「間接正犯」(以下本書)が上梓されるにおよび、またもこの領域に卓抜した研究成果が加えられたことは、同学の末尾に連なる者として心からの喜びを禁じえない。

いわゆる間接正犯の問題は、裏返えされた共犯論として、従

来から刑法学上の重要な関心テーマであった。殊に論争の核心は、間接正犯の法的性格が、正犯であるか、または、共犯とくに教唆犯であるかという点に置かれていた。したがって、その前提は正犯の正犯性の問題であり、正犯と共犯との区別の問題である。本書がこうした前提問題の考察に多くの頁を割いているのもけだし当然であろう。

さて本書を紹介するにあたって、二つの点をお断りしておかなければならない。元来、学術的研究の成果に対して、適正な紹介と批評をなしうるためには、その分野に関して、自らの研究によって裏打ちされた深い洞察力と、内外にわたる最新の成果を吸収咀嚼した上での広い視野が要請される。まして「体系の試金石」とされる共犯論を扱うためには、自らの刑法学的「体系」を有しなければならぬ。わたくしは、共犯論をとくに研究したこともなく、その上、最近は刑事訴訟法の研究に主

眼があつて、刑法の勉強から比較的遠去かかつている現状であり、本書の紹介者として当をえていないことは十分承知している。ただ幸にも、日頃親しく中教授の御教示に接し続けているため、同教授の所説を理解する上に多少とも有利な立場にあるといえよう。また、昨年末、刑法読書會(佐伯千鶴博士主宰、関西在住のりな)において、本書の紹介がわたくしに課され、その際の突り多き討論の結果を自分なりに整理したい考えもあつて、非才の身も顧みず筆をとつた次第である。第二は、本書の紹介が可成り時期に遅れたことで、この点は全てわたくしの怠慢の故であり、著者をはじめ読者各位に深くお詫びしなければならぬ。

すでに知られるとおり、中教授の学風は、ドイツ刑法学への深い造詣と透徹した論理的構成を特徴としているが、本書もまたその例外ではない。とくに他説を批判する場合、批判の対象とする学説自身の論理の中へ立ち入り、それを内在的に批判することによつて、欠陥を剔抉するという方法に拠つている。為に能く反対説をも沈黙せしめる説得力に富み、行間に漲る気魄とともに、本書の一大特徴をなしているといえよう。されば、これを限られた紙幅に「紹介」するときは、どうしても文章の香気が失われ、叙述の繁簡精粗もよろしきをえなくなつて、著しくその価値を減ずる憾なしとしないのであるが、以下順を追つて内容の紹介に移り、さらに節を改めて若干の読後感をつけ加えたいと思う。

二

一 間接正犯という概念は、決して古くから知られていたわけではない。たとへば、責任能力に欠けるところがあつて、みずから責任を負担し得ない者を利用して犯罪を犯した場合、これを、みずからの手によつて犯罪を実現した直接正犯と同様に正犯の中に包含せしめるか、あるいは、共犯とくに教唆犯として構成するかという、いわば正犯と共犯の境界領域に關して、主として前者の立場から、前世紀のドイツ刑法学において産み出された概念であつた。爾來、この概念は多くの学説の認めるところとなつたが、そこで用いられている正犯性の原理は、実行正犯の正犯原理とは必ずしも同一のものではなかつた。

そこで、本書の第一章正犯概念を底礎する二元的原理は、刑法学の理論史の上で、学説が一般に二元的な正犯原理を唱導していることを批判的に考察しようとするものである。けれど、正犯とされるかぎり、直接正犯、間接正犯、共同正犯、あるいは共謀共同正犯など、これらは、すべてに共通する實質的な正犯原理によつて担わるべきであり、そのためには「二元的正犯原理」といったものは元來存在不可能な筈である。それにもかかわらず、学説の多数が今日なお一元的正犯原理に徹しえないのは、深い理論史的因縁に基づいている。すなわち、伝統的な考え方によれば、自らの実行々為を正犯原理とし、かつ、共犯を極端従屬形式において把えるため、責任無能力者等を利用して

た背後者は、正犯でも共犯でもなくなる。この結果を避けるため、当罰的な背後者をして『間接正犯』なる概念のもとに一括しようとするものである。これに対し、正犯原理を実行々為という特定の態様に限らず、広く構成要件の結果の惹起に求めるいわゆる拡張的正犯概念では、極端従属形式に合する背後の利用者を共犯として構成した。さらに第三の立場は、極端従属形式を放棄し、正犯原理は実行々為に求めながら、制限従属形式にもれる背後の利用者を間接正犯とするものである。この最後の立場が、今日多数説によって支持を受けているといえよう。

中教授は、こうした理論史の発展方向を、「二元的正犯原理のうち、間接正犯概念を救済するためにのみ捏造されたかみえる擬制的正犯概念の残滓を徐々に払拭する過程」と觀察されつつ、なお多教説のような見解が行われているのは、「従来の間接正犯論がややもすれば一定の質的従属性(共犯)を基準として、これにあたらぬ背後の者を、ただこれにあたらぬということとを理由として間接正犯とする消極的考察方法をもって基礎づけ、または元来の正犯原理を歪曲してこの場合に適用し、もしくはあたかもその真正の適用でもあるかのごとく偽装して外面を糊塗し、実は相互に矛盾する二元的正犯原理をもってこれを根拠づけようとするものであった点」に起因する。この点を明白に指摘し、その反省を求めるところを、まさに本書の全篇を貫く問題意識なのである。その具体的展開として、中教授は、『共犯は概念必然的に正犯に従属する』という前提的命題が

「根もなくかく信ぜられていたにすぎない独断」であると主張される。すなわち、この命題は共犯成立のための原型(Unity)を示すものではあるが、それは「単に共犯成立のための発想方式を物語るだけのものであって、さればといって、正犯でない他人を利用する者の正犯性を擬制することまで強制するものではない。」かくて、真に一元的な正犯原理に徹するためには、共犯従属性の概念は一擲されなければならないことになるが、さりとて、これは一挙に共犯独立性説へ進むものではない。つまり、教唆ないし幫助なるものが、なにものか(Etwas)の教唆であり、なにものかの幫助であるという意味では、共犯の従属性を肯定されるのであるが、このなにものかが直ちに正犯であるという思考には結びつかない。すなわち、「このなにものかは原則として実行(正犯)ではあろうが、ときには、因果的には実行々為たるの実質をそなえながら身分犯における実行と呼ぶに必要な身分を欠く等の事情により実定法的・形式的には実行々為と解しえない、いわば超実定法的・存在論的実行々為を前提」にするものである。結局、共犯の量的従属性だけは堅持しつつ、その質的従属性の残滓は「ことごとくこれを洗い落そうとする点に中教授の立場の特色をみることができる。この発想には、かつて、共犯の従属性の問題を『実行従属性』において扱えられた植田博士の見解が基底となっていることは改めて指摘するまでもないが、それを存在論的実行々為として具体化したところに、犯罪の実体論理的構造を重視する中教授の

学説の特色とともに、後述する目的々行為論の影響を顯著に窺うことができよう。

かくて、消極的考察方法を含む二元的正犯原理は否定を余儀なくされるのであるが、それにもかかわらず、理論史上二元的正犯原理が唱導され、現在もおお根強く主張されていることもおおいがたい事実である。そこで中教授はこの点に関する理論史の大綱を概観しつつ、それぞれの学説に内在する「虚妄性」を指摘することに努められている。この部分(四・一、二、三)は、類書と異り、学説の単なる整理・紹介ではなく、中教授の面目躍如たる内在的批判が展開されている箇所であるが、紙面の都合上、極く簡単な紹介にとどめざるをえない。

まず、道具理論の代表的主張者であるM・E・マイヤーの見解が採り上げられ、それが限縮的正犯概念を根幹として、一元的正犯原理を樹立するかにみえながら、実は、違法有責にこれを「規範的要素」とされ、自らの行動によって構成要件を実現する(これを「存在素」とされる)という複合的要素から正犯概念が構築されているため、極端従属形式にもれる背後者がすべて間接正犯であるとする消極的考察方法に墮し、結局は、多元的な原理の混淆に過ぎないことが指摘されている(以上第二)。

次いで、マイヤーにおける矛盾を克服する方向において理論史上に登場した拡張的正犯論の代表として、E・シュミットの所説が検討され、それが規範的評価という立場から、従来の間接正犯はもとより、教唆や幫助もすべて『一般的正犯』とする

かぎりでは一元的正犯原理を説くものではあるが、事実に正犯も従犯も同一だとすると、両者に客観的危険性の差異を認めることの間に矛盾の存することを指摘されている。したがって、この立場も「ただ間接正犯の擬制性を糊塗せんがために案出された技巧的概念」にすぎないという痛烈な批判を蒙らなければならぬ(以上第三)。

そこで、再転して、共犯を各種の従属形式の呪縛から解放する方向において、H・ブルンスの限縮的正犯概念が検討される。その際、中教授は、ブルンスが行為支配の有無で正犯と共犯を区別し、制限従属形式にもれる背後の者を共犯としている点は好意的に評価されるのであるが、なお彼がこの場合の被利用者から従犯ではなく正犯とした点で、この見解も「所詮は正犯を擬制するもの」という批判を加えられている(以上第四)。

限縮的正犯概念に関しては、それに一層具体的・実質的内容をもるものとして登場したウェルツェルの目的々行為支配の概念が果して真に一元的正犯原理たりうるか否かが検討されなければならぬ。ウェルツェルは一般的正犯者要素として目的々行為支配をあげ、間接正犯についても、背後者の行為支配によって正犯性を把える点で首尾一貫している。しかし、非身分者を介してする身分者による間接正犯については、構成要件上必要とされる身分がただ背後の者に具っているというだけで、行為支配の有無とは関係なしに正犯性が根拠づけられる結果となり、ここにいたって「行為支配は正犯一般の原理たる資格を

喪失」し、ウェルツェルの正犯原理も決して一元的なそれではありえないことが示される。中教授はこれを評して、「ウェルツェルによる正犯原理たる目的々行為支配は、実は本来固有のそれとよそおわれたそれとの二元的内容を有するものであり、かつその禍根は制限従属形式からする要求、さらに遡れば『正犯なき共犯なるものは概念上不可能である』とする命題によって固有の行為支配の存在領域を擬制的に拡大するところにある」とされている(以上第一)。

これまで検討されてきた諸説はいずれも一元的正犯原理に適用ものではなく、したがって、それぞれに内在する欠陥に対する確な批判が加えられているが、ここに、共犯成立の最少限度の前提としての量的従属性を維持しつつ、質的従属性の残滓を除去こうとする方向においてザウエルの見解が検討される。ザウエルの場合、共犯にとつての唯一の前提は『すくなくとも実行と考えられる自由にして有意的な他人の態度』に従属するということであり、これは、中教授と基本的路線を一にしている。さらに、ザウエルは、正犯と共犯との差異を犯罪遂行のエネルギーの差異として把えるが(自然的正犯)な、中教授はこれを「両者間に存する超実定法的・存在論的現実形成力の差異に着目して」形式的客観説の内部で両者の実質客観的差異を指摘するものとして好意的に評価される。さらに、身分なき故意ある道具の利用についても、背後者を教唆犯として構成する点も中教授の思考と一致するものである(但し、ザウエルによれば、共犯は結果に対し相当因果関係なきものとさ

れているが、この点では(以上第一)。
中教授の批判を免れない(章・六第一)。

以上の理論史の批判的考察を経て、中教授の主張は次の三点に要約される。(1)従来不可疑的に信奉されていた質的従属性なるドグマはことごとく払拭されるべきである。したがって、極端従属形式はもとより、制限従属形式も共犯の構成原理たりえない。(2)共犯は他人による実行々為に従属せねばならぬ(風性的)維持。しかしここでいう実行々為とは超実定法的・存在論的意味のそれであれば足りる。したがって、正犯なき共犯も肯定しうる。(3)正犯と共犯の区別に関しては限縮的正犯概念が妥当であつて、その形式的客観説に新たな実質的客観的差異を盛りこむべきである(以上第一)。

第二章正犯の正犯性は、第一章によって示された理論史の発展方向として、もつとも妥当な一元的正犯原理の樹立を目的としている。その方法として、ここでは目的々正犯概念を中心として考察が進められる。ただし、多くの正犯原理中、それがもつとも詳細であり具体的内容の機微を極めたものであることを理由とする。

目的々正犯概念とは、構成要件該当の目的々行為支配を以て正犯の概念要素とするものであり、限縮的正犯概念と制限従属形式とに立脚しつつ、それらに多少の修正を加えて独自のものとしようとするものである。そこで、目的々行為支配の内容を明らかにしなければならないが、その操作として、中教授は、行為支配、行為支配意思、および正犯意思の三者の関係を検討

するといふ方法を採られている。

まずコールラウシュ||ランゲにあっては、直接単独正犯においてのみ行為支配(ならびに行爲支配意思)と正犯意思が区別され、かつ前者のみが正犯原理として決定的であるのに対して、間接正犯および共同正犯においては両者の区別が無視されて、正犯意思のみが決定的な正犯原理とされている事情を指摘され、ウェーバーの場合にも、行為支配と正犯意思とが矛盾的に混入していることを明らかにされている。

次いで、正犯意思との区別において行為支配を主張するマウラッハ、ウェルツェル、平場の諸家の見解においては、行為支配のみが唯一の正犯原理とされている次第を考察し、目的々行為支配の内容については、これを意思の客観的な機能として把握されている。したがって、目的々正犯概念によれば、正犯において目的々行為支配の不存在が特徴的であり、これは「正犯行為との間に客観的な現実形成力において一段の相違あることを承認したもの」として、行為支配の存在を正犯原理とすることに賛意を表明されている。さらに、この派の理論が、間接正犯を従来の消極的考察方法から解放し、右の行為支配を以て積極的基礎づけをしようとした試みは完全に正しい意図であるとされる。ただし、こうした行為支配概念は、直接行為者と背後者の間では専属排他的に存すべきであつて、両者に同時に存在するとすることは、この原理自体からして背理である旨の鋭い指摘がなされている(以上第二三章一・二)。

ところで、正犯の構成原理が実行々々(構成要件的行為)として扱えられる点は、今日では殆どの学説によつて承認されるところであるが、その実質的内容を行為支配として示した目的々行為論の功績を高く評価された後、この説が従来のわが国の学説と果して相容れぬものかどうか吟味されている。その際、滝川、植田、大塚の諸家の見解が採りあげられ、いずれも形式的客観説の内部でその正犯原理たる実行々々為に実質的内容を与えようとするものであり、かつ、それは関与行為との比において現実形成力に格段の差のあることを認めるものであり、目的々行為支配の概念と矛盾するものでないことが説かれていた(以上第二三章)。

三 第三章の共犯における新実質的客観説では正犯と共犯の区分が論ぜられる。今日、関与行為と正犯結果との間に相当因果関係の存在は一般に承認されている。正犯と共犯の区分が因果関係論において果されえないとするならば、行為者の内心主観に求めなければならないものであろうか。しかし、このいわゆる主観説によるときは(たとえばコールラウシュ)、たとえ、他人をみずから殺した者は、たとえこの行為を他人のためになしたとしても、殺人に対する行為支配は彼自身に存するから正犯であるとされている。つまり、共同正犯や間接正犯にあっては正犯意思を正犯原理としながら、単独直接正犯(被教唆者)では行為支配によつて説明する。したがつて、これについては「二元的・分裂的原理」という批判が妥当しなければならぬ。

そこで中教授によれば、正犯と共犯の類別化の基準は、結果

に対してともに相当因果関係ありとすることの内部において、その因果過程の特別の態様の差異に求められることになる。この見解は、教授自身も認められるように、かつてビンディンク、ビルクマイヤー等によって説かれた実質的客観説を形式的客観説との調和において再生せしめようとするものであり、それに『新実質的客観説』の名が冠せられている(以上第1章)。

実質的客観説の再生はザウエルの所説にみる事ができる。中教授は、ザウエルが一般的には相当因果関係の存在を必要としながら、関与行為でこれを放棄している点を批判されながらも、関与行為と正犯行為の不等価値を指摘した点を高く評価されている。さらに、従来からも、体系的には無自覚であったが、「関与行為と正犯行為との間には巨視的な因果的同価値(相当因果関係)内部における微視的な、しかしなお一般的な因果的不等価値の存在が是認される」ことを指摘されるのである(以上第3章・三)。

次いで、いわゆる新実質的客観説の内容がとくに教唆犯について詳説されている。それによると、実行(正犯)行為は、「一定の結果に向って一旦因果力の発動あるかぎり、その因果過程の通常の伸展がありさえすれば結果実現を確保しうべき行為である」のに対し、教唆行為はこれと一次の段階的相違を含むものとして扱えられる。すなわち、それは臨機に出処進退を決しうる規範的主体を介在せしめる点において、結果の実現は、「その確実性乃至完成力において大いに遜色があるもの」

とされるのである(以上第3章)。

かくて、中教授は、形式的客観説において、その構成要件的行為(実行)につき実質的考察を払う必要がありとするならば、その任務を担うものこそ実質的客観説(因果的共犯論)であるとされ、関与行為と正犯行為とは、ひとしく結果に対し相当因果関係にたつ点で同価値でありつつ、内部においてなお一般的な因果的不等価値を説かれて、いわゆる新実質的客観説の樹立を提唱されるのである。

四 第四章間接正犯事例の批判的考察においては、目的々行為論を中心にして、そこで間接正犯とされる具体的事例が批判の組上りのばせられている。従来、制限従属形式によれば、正犯資格は構成要件に該当する違法な行為であれば足り、故意・過失はもっぱら責任に属すとされており、したがって、正犯資格は故意犯と過失犯とで区別はなかった筈である。然るに、従来大多数の傾向は、過失正犯に対する共犯という帰結を好まず、過失行為を利用する背後者を間接正犯として構成していた。そこで、この見解には、「前提的原理をことわりもなく一部修正するものである」との批判が妥当するのであるが、この点目的々行為論においては、故意犯と過失犯とはすでに構成要件・不法の平面で区別され、すくなくとも右の批判はまぬがれることができる。かくてウエルツェルも『構成要件的故意なくして行為する第三者の利用は間接正犯の第一のかつとも重要な形式である』とするのであるが、中教授は、この場合の背後者は

被利用者による過失の結果惹起を意のままに支配しえない、すなわち、背後者に行爲支配は存在しないという認識に立たれ、目的々行爲論の立場よりする制限従属形式の新構成も、「むしろその把持する正犯原理によってこそ否定されるべきであった」とされるのである(以上第四)。

そこで、以下はウエルツェルの掲げる事例に順次批判的考察が加えられるのであるが、それは同時に通説に対する批判でもある。そこで中教授がとくに通説と異なる結論をとる部分を中心にみることにする。

『Aが、妊婦Bに、重大な脅迫のもとに墮胎手段をうけいれらるべく強制する。Aは墮胎の(間接)正犯であり、Bは道具(無責の従犯)である』とするウエルツェルの設例においては、Bは適法行爲の期待可能性なき故をもつて無責とされているのであり、構成要件該当の違法行爲は存在するとせねばならない。然らばAは教唆犯とすべきであつて、これを間接正犯とするウエルツェルは自ら制限従属形式を破るものとなる。この点中教授は、Bに適法行爲の期待可能性がないことを、「それは何人もまぬがれることのできない人間の弱さ(humana fragritas)に由来するものではあつても、背後者による圧倒的な支配の結果ではない」とされたうえで、この程度の強制(ドイツ刑法五二条下イツ刑法五二条)を加えて犯行におよぼしめる行爲は、「被強制者の責任(期待可能)を拒却しえても、いまだその行爲性(行爲)を拒却しえず、したがつて背後の者は常に関与犯とはなりえても間接正犯たりえな

い」と結論されている。

第三者の適法行爲(防衛)を利用してする間接正犯、たとえば、Aは、精神薄弱者BをけしかけてXを攻撃せしめ、Xの防衛的反撃によりBを死亡せしめるような場合も、中教授は、「いやしくも、BにXを攻撃する故意が認められる以上、すくなくとも制限従属形式をとるかぎり、背後者たるAがBの攻撃を意のままに駆りたてて支配することは困難」だとされて、「Aの使喚は単に教唆的機能を営むもの」と解されている。

いわゆる「故意ある道具を利用してする間接正犯」は、中教授の言葉によれば、この問題こそ『絶望の章』共犯の絶望がきわまるところである。ウエルツェルによれば、正犯性が目的々行爲支配の外、なお特別の正犯者要素(身分犯における身分、目的犯における目的)によつて与えられるときには、かかる正犯要素を欠く直接行爲者は道具(従)とはなりえても、正犯にはなりえない。他方、かような要素をそなえる背後の使喚者は間接正犯である。したがつて、公文書を作成すべき権限をもつ公務員がかかる権限なき非公務員を使喚して公文書を偽造せしめた例においては、公務員は間接正犯、非公務員は従犯になるとされている。これに対し、中教授は、かかる場合の非公務員の行爲は、自発的に自己の行爲を律したものと考えるのが通常で、そこにはつねに翻意の可能性が含まれており、公務員の(包括的)行爲支配を是認しえないが故に、「この場合の身分者を卒直に教唆犯とし、非身者を従犯と解する」ことになる。この結論は、いわゆる「目的なき

故意ある道具を利用してする間接正犯」の場合にも同様であつて、ここに『正犯なき共犯』が肯定されることになる。かくて、中教授が繰り返し説かれるところによれば、「ウェルツェルをはじめとする目的々正犯論者が、その即目的には妥当な正犯原理をかかげながら、その具体的適用においてこれを徹底することをえず」『行為支配概念を擬制しもしくは『包括的』行為支配といった偽瞞のないし第二の行為支配概念を用いて表面を糊塗し、弥縫策に終始せざるをえなかつた理由も、根本において『正犯なき共犯』なるものは概念的に思惟不可能であるとする公式的見解に禍いされたことに由来するものである。』

背後者よりも軽い故意をもって行為する道具を利用してする間接正犯については、『甲(利用)が屏風の背後にいる乙を殺す目的で、それを知らない丙(被利用)に屏風を射つことを命じた』という団藤教授の設例を中心に考察がすすめられている。団藤教授をはじめとして、通説の結論は、この場合、殺人に関しては丙は単なる道具であつて、甲が間接正犯とされている。これに対し、中教授は、「終始一個にして同一の行為たる甲の使喚行為は、殺人に関するかぎりは実行々為であり、器物損壊については教唆行為であるという矛盾した構造」であるとの批判のもとに、背後者を教唆犯(殺人罪)と解されている。その理由は「共犯は類型を異にしたところにも充分成立可能であるという見解にたつからに外ならない。」

最後に共犯と錯誤の問題に関し、ウェルツェルにより間接正

犯とされる若干の事例が検討されているが、ここでも中教授は、その大多数を関与犯と構成されて、ウェルツェルとは結論を異にする点が目される。

かくて、目的々正犯論によつて間接正犯が成立するとされる諸事例が、ほぼ全面にわたつて批判検討され、その多くは間接正犯の成立を否定される結果となつた。中教授は、その最大の理由として、目的々正犯論自体に内在する二元的正犯原理による行為支配の擬制を主張するのであり、それは、結局において『共犯が成立するためには概念必然的に正犯が既存せねばならぬ』とする前提的命題による禍根でなければならなかつた。

五 第五章共謀共同正犯と間接正犯では、まず共謀共同正犯に関する判例のあゆみが概観されている。それによると、旧刑法時代はさておき、現行刑法施行当初から判例は、共謀共同正犯を認めていたが、はじめは知能的犯罪に限つて是認され、しかも、共謀者中の一人による実行を何故全員の犯罪意思の実現と認めるかという理論づけには確たるものがなかつた。しかし、共謀共同正犯の成立は次第に広く認められるようになり、いわゆる『共同意思主体説』の出現によつて判例に定着をみただのである。最高裁判所もこれを踏襲したが、理論づけにおいては、その根拠を共同意思主体説に仰がず、むしろ旧に還つて個人責任の原理に即しようとする努力が看取されている。そのうち、共同意思主体説とは別個のいわば間接正犯類似的犯罪遂行の態様として共謀共同正犯を根拠づけようとする試みが特に注目され

なければならぬ。(以上第三)。

共謀共同正犯の『共同正犯性』がいかなる原理によって根拠づけられるかという点に関して、中教授は、「判例にうかがわれる間接正犯類似的構成を理論的に一段と整備する方向」に求められている。すなわち、実行担当は自由な意思に基き合意に参画しそれを実行したという意味において自己の行為支配により正犯性が認められ、同時に他の合意者との関係では、もはや自己の独断では意思を翻し得ないものとなる(他の共犯者の道具)という意味で、他の共謀者に拘束支配されるとされ、この点、平場教授、藤木助教の所説に同調されている。したがって、共謀の内容および程度は、「共同加功の意思ないし単純な意思の連絡の程度では充分でなく」、「すくなくとも実行担当者の行為を共謀者全員の犯罪意思の機械的行使とみなしうるところにまでおよばねばならぬであろう。」

かようにして、中教授によって認められる共謀共同正犯の場合、『共謀』の内容は極めて厳格なものとなり、「実行者に対する心理的拘束はその反対意思を抑圧する程度」のものとなる。したがって共謀共同正犯論の適用事例は極く少数の場合に限られることになり、準備草案のごとく、あえて実行々為概念を拡張してまで新たな規定を設ける必要はないと断ぜられている(以上第五)。

以上で本書の紹介を終る。

三

一 本書を一読して、その論理的完璧性に圧倒される思いは、ひとり私のみに限らないであろう。学説の多くが、『共犯は概念必然的に正犯に從属する』という前提的命題に禍いされて消極的考察方法に墮し、ついに二元的ないし擬制的正犯原理に依拠せざるをえなくなった過程が語られるとき、ことさらその感が深い。しかし、あえて不遜の言を許していただくなら、法律の世界に、実践的な目的から全くはなれた純粹の理論というものがありうるか、私は疑問だと思ふ。法律学は眞実発見の科学ではなく、社会統制のための技術としての性格が強い。『共犯從属性論』にしても『共犯独立性論』にしても、それぞれ内部的に「論理性」を維持して、一見「理論そのもの」であるかのようにみえる。しかしこれらの理論がおのの一定の実践的役割を果していることも見逃してはならない。そうした観点よりするならば、『共犯從属性論』は、十八世紀末より勃興した自由主義的人権思想を基礎にするものであり、その限りで、関与犯の刑罰を制限する機能を果している。その意味で、「共犯概念が論理上必然的に正犯概念に從属する」とするのにも決して無用の独断とはいいきれまい。中教授が繰り返し強調される結論に、未だ万人をして納得せしめざる点ありとするならば、それは論理的帰結ではなく、そのもつ社会的機能ないし歴史的役割といったものについて語られるところ少きが故ではなからう

か。しかしかくいったからといって、中教授の所説に実践的機能がないとするものではない。それは、実行々為概念を厳格化することによって、むしろ共犯拡張の方向を採られるのである。全体としては、処罰の制限という意図をもつものであることは明白である。ただ、このような点について、いわゆる法実証主義の枠を越えた、異なった次元からの考察も必要だと考える。これは本書に対する批判ではなく、あくまで私の希望であるに過ぎない。

二 中教授の懇切な御教示にもかかわらず、未だ私は「正犯なき共犯」に踏み切ることができない。その理由は主として「帰属」の問題にかかっている。帰属という観点からみるならば、正犯とは、一定の犯罪的結果が彼の「しわざ」(Tatung)として帰属せしめられるものであり、共犯は、一定の犯罪的結果が他人の「しわざ」となるように当該他人を通じて行為するものである。法は犯罪的結果を何者かの「しわざ」として評価しようとするのであり、この評価は現実存在する人に対して加えられなければならない。では自己の「しわざ」として帰属される根拠は何か。それこそ「構成要件該当の行為支配」である。身分者が非身分者を利用して身分犯を行う場合等において、中教授は、背後にある身分者に「行為支配」なしとされたのであった。

中教授の所説は、あらゆる部分において理論の徹底化が意図されており、それかあらぬか、行為支配概念についても、固有

の目的々正犯論と同じ立場から出発されながら、適用の実際から知れるように、その内容は一層事実的・客観的なものとなっている。しかし、行為支配概念は、事実的(存在論的)側面だけでなく、構成要件実現の意味的側面をも含むものとして理解すべきではなからうか。かく解することによって、たとえば公務員がその妻をして賄賂を收受させ、あるいは、公務員が非公務員をして公文書を偽造せしめた如き例においても、当該構成要件の予想する程度の実行々為は背後者たる公務員に認められ、これに行為支配ありとすることも可能となるのではなからうか。

行為支配の専属排他性についても同様のことがいえる。成程、行為支配は論理的にはあるかないかのいづれかであり、背後者にこれを認めるかぎり、介在者には否定しなければならぬ。しかし、これはあまりにも存在論的な「裸の」行為にとらわれ過ぎていのではないからうか。人と人との利用関係は複雑であり、共犯関係もまさにそうした現実の人間関係の上に成立する。その意味で、行為支配に強弱の評価を加えることも許されてよいと思う。中教授が間接正犯類似の構造を以て説明される共謀共同正犯にあっては、縦の共同関係において行為支配の共存が認められ、それはすでに行為支配の専属排他性が破られている例ではなからうか。

三 本書の学問的系譜は、宮本博士の方法論的類型に出发し(その解釈では方)、(向を異にする)、直接には、著者の恩師植田博士の共犯論を継承

するものである。しかし、それは決して師説に盲従するものではなく、目的々行為論の成果、ことにその事實的・客觀的側面を純化することによって、著者独自のユニークな共犯論が形成されている。

師説に盲従することは「師説を尊重するに似て、その実、師説をもっとも蔑視するゆえんである」とは著者自身の言葉である。

以上本書に関して極めて断片的に感想を述べたものにすぎず、未だ刑法学的「体系」を有しない私にとって、批判など到底思ひ及ばざるところであった。むしろ、その紹介部分さえ、果して中教授の真意を伝ええたかを虞れるものである。本書によって共犯論への眼を開かれたというのが私の偽らざる感懐である。

(A5判一九六頁 一九六三年十月有斐閣刊、七〇〇円)