

《論 說》

## 小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論

— 実行行為概念の学説史的考察と間接正犯論 —

矢 田 陽 一

【目次】

1. はじめに
2. 基本思想と刑法理論
3. 犯罪論とその体系構造
4. 実行行為論と正犯・共犯論
  - (a) 総論
  - (b) 共犯の本質論
  - (c) 共犯の従属性
  - (d) 実行行為論
  - (e) 間接正犯論
5. おわりに

### 1. はじめに

近時、わが国の刑法学において長らく通説的地位を占めてきた実行行為概念を中核とする犯罪論の構成方法に大きな動揺が生じてきているといわれる<sup>(1)</sup>。その原因はさまざま考えられるが、もっとも本質的な問題点の1つは、実行行為がきわめて多義性を有する概念であり、その実体が不明瞭なまま放埒に用いられているところにあるといえる。すなわち、実行行為概念は、その統一的な名称に相反して、論者によってこれに付与する意義や内容に大きな隔たりがあり、いわば都合のよい魔法の言葉として便宜的に多用されてきたきらいがある<sup>(2)</sup>。したがって、このような実行行為概念のあいまいさを払拭することこそが、本概念を再生させる唯一の方法であ

るといわなければならない。

ところで、従来、実行行為概念との関係でとりわけ激しい論争点を形成してきたのが正犯と共犯をめぐる問題である。この点、これまで支配的であった立場は、実行行為によって犯罪を実現する者だけが正犯であり、それ以外の方法により犯罪に関与するにすぎない者は（狭義の）共犯であると解してきた<sup>(3)</sup>。このような理解が生まれた背景には、戦前から戦後の長きにわたってわが国の刑法学を二分したいわゆる「学派の争い」<sup>(4)</sup>が大きく関係している。すなわち、旧派刑法学が実行行為概念を中軸とした客観主義共犯理論を構築したのに対して、新派刑法学はこれを否定し、独自の観点からまったく異なる主観主義共犯理論を主張したのであった<sup>(5)</sup>。刑法理論をめぐる争いは熾烈を極めたが、その後しだいに両者の歩み寄りがなされ、結果的には旧派刑法学に重きを置いた折衷主義刑法理論が優勢となっていくことになる<sup>(6)</sup>。このような事情が現在の通説的理解の土台となっているのである。そして、わが国における旧派刑法学の代表的論者として「学派の争い」を牽引したのが小野清一郎<sup>(7)</sup>である。小野は、当時きわめて有力に主張されていた牧野英一<sup>(8)</sup>や宮本英脩<sup>(9)</sup>らをはじめとする新派刑法学に対抗して、瀧川幸辰<sup>(10)</sup>らとともに旧派刑法学の正当性を高らかに主張したのであった<sup>(11)</sup>。その意味で、小野の刑法理論は、今日の実行行為論を中心とした正犯・共犯論の基礎を創成したものと評することができる。したがって、実行行為概念を本質的に解明するためには、まずもって小野の立場を深く理解することが不可欠の前提であるといえよう。

以上のことを踏まえ、本稿では、実行行為概念の本質を再検討するために、その理論的基礎づけに大きく寄与した小野清一郎の実行行為論および正犯・共犯論を考察したいと思う。この点、正犯・共犯論がある犯罪論の正当性を判断するための試金石であり、犯罪論が各論者の思想・哲学を直接反映するものであることから<sup>(12)</sup>、小野の実行行為論および正犯・共犯論にくわえて、それらを構成するにいたった犯罪論およびその体系構造

や、さらにはその背景をなす基本思想ないし刑法理論にも焦点を当てて分析・検討をおこなうことにする。ところで、正犯・共犯論のなかでも論者の思想・哲学および犯罪論の構成方法からもっとも影響を受ける問題領域の1つが間接正犯論であることにかんがみ、小野の間接正犯論を叙述することを最終目標としつつ、それと密接に関係する正犯・共犯論上の諸問題についてもあわせて言及することにしたい。

## 2. 基本思想と刑法理論

まず、小野の実行行為論および正犯・共犯論を論じる前提として、それらを構成するにいたった小野の基本思想および刑法理論の全体像を概観したいと思う。小野の基本思想および刑法理論は、彼が生きた時代背景や置かれた状況からして、かならずしもその表現方法や主張内容に統一性があるとはいいがたく<sup>(13)</sup>、ときどきの著作によってその表現に大小の相違がみられるが、それらに通底する根本法理には普遍的なものがあるといえる。本稿では、小野の実行行為論ならびに正犯・共犯論を考察するという目的に照らし、それらと密接に関係すると思われるものを中心に描出をおこなうことにする。

小野の刑法理論の核心は、一言でいえば、東洋的・仏教的思想を背景とした刑法の「国家的道義性」の強調にある<sup>(14)</sup>。小野の刑法理論は、全体的にこの「国家的道義性」の精神に貫かれているといつてよい。小野は、自身の基本的立場についてつぎのように要約している。「……刑法における政策、即ち目的合理性の上に道義的価値合理性としての応報の理念を認め、其の理念を中心として国家共同体における文化的秩序の強力的保障としての刑法の理論的展開を考えようとするにある」<sup>(15)</sup>。すなわち、刑法は「道義」の実現であり、ここでいう「道義」とは「人倫世界の事理であり、条理であ」って「道徳を含んで、より高次なる国家的・民族的共同体における倫理である」<sup>(16)</sup>とされる。また、「法は全体として国家的道義の実現

であらねばならぬ。あらゆる法律体系、あらゆる法規は国家的道義を離れては無意味である。なかんづく刑法の如きは道義的・倫理的色彩の最も著明なる法であり、又あらねばならぬのである<sup>(17)</sup>とする。このように、小野は、あらゆる刑法上の諸問題を「国家的道義性」の観点から解釈する必要があると説いたのであった。すなわち、小野にとって刑法は「国家的道義」を実現するための手段であり、その意味で刑法と倫理とは分離すべきものではなく、むしろ一体的なものとして把握されなければならないとするのである<sup>(18)</sup>。

以上のような小野による刑法の純粹な倫理化すなわち「国家的道義性」の強調は、従来の西洋法に由来する刑法理論の争いに根本的な変容をもたらすことになる。すなわち、小野は、刑法理論の争い、具体的には刑罰論における応報主義と目的主義との争いおよび絶対主義と相対主義との争いや、犯罪論における主観主義と客観主義との争いに関して、より上位の概念である「国家的道義性」の視座から再構築されなければならないとして、それらの止揚を試みたのであった<sup>(19)</sup>。

まず、小野は、絶対主義と相対主義との争いについてつぎのように述べる。「絶対主義・相対主義という如き分別を固執すること自体が日本的ではない。刑法には確かに絶対的な契機がある。刑罰は反道義的な悪行の故に科せられる、又科せられなければならない。これは道義そのものの要請である。罪を犯した者はその犯罪の故に刑罰を受くべき責任を負うのである。この責任観念は人倫の世界に於て通有のものであり、刑法は正しく国家共同体における国民的責任の法である。刑罰は、責任解除の意味を含むものでなければならない。しかし、日本刑法を以て謂ゆる絶対主義的なものと思うならば、其は誤っている。日本刑法にはタリオ的又は神罰的な絶対正義の観念はない。其は共同体の内部における道義的生活の不断の更新を目的とする。刑罰は過去の罪過を克服して清明心を回復する意義を有するものである。其は禊祓の精神に基づく罪過の解除である。仏教的にいうならば正に懺悔滅罪の修行でなければならない。其の意味において刑罰は

ひとり過去の罪過の故に負わさるるものであるばかりでなく、実はこれによって犯人自らを更正せしめ、又それによって一切の国民をして其の罪より遠ざからしむる積極的意義を有するものなのである」<sup>(20)</sup>。小野によれば、「国家的道義性」という観点から刑罰を眺める場合、刑罰はたんに過去の罪の贖罪を意味するばかりでなく、行為者に「道義」を確認させることによりその者を更正させ、さらには国民一般に向けて将来罪を犯さないよう予防することにも資するものであるから、絶対主義も相対主義もその一方だけでは刑罰の本質をとらえておらず、両者はこの「国家的道義性」の名のもとに止揚されなければならないというのである。

つぎに、小野は、応報主義と目的主義との争いに関して「応報主義・目的主義などという論争も、それ自体西洋の形式論理的な分裂的思考の産物である。それも西洋の或る時期においては若干の実質的意義を有したと思われるが、今我が日本に於てかかる分別を固執するが如きは、既に意味がない。刑罰は明かに応報性を有する。否凡そ法律というものは応報規範であるとさえ謂い得よう。刑法に於て刑罰は犯罪に対する制裁であり、応報である。この意味連関は道義的意識の深き要請に出づるものであり、単なる『目的』観念をもって之を截断することはできない。実証主義者フェリは刑法から「刑」という名称を除いて「制裁」と称したが、「制裁」とは即ち「応報」に外ならぬ。目的主義者リストが「目的刑」を主張するとき、その「刑」は応報である。ただ西洋において「応報」(Vergeltung)というとき、其は伝統的に復習的・タリオ的又は私法的・賠償的な観念が其の基底にあるとおもわれる。然るに我が日本に於ては刑法は古来公法的であり、復習の観念は夙に刑法における国家的・公的応報によって止揚されている。日本刑法は単なる応報の刑法ではなく、道義的懲肅の刑法である。それ故に亦其は道義的勸善、即ち教化を伴うものである。この点に於て西洋の応報主義と根本的に異なるものであることに注意しなければならない」<sup>(21)</sup>と述べる。小野は、刑法の道義的把握の観点から、刑法が応報的性格を有することを率直に認めつつも、同時に行為者の改善および教育をも

目的とするものであって、応報主義と目的主義とは矛盾対立するものではないとする。「日本において刑罰の応報性を認めることは、其の目的性を否認することではない。元来応報と目的とを二律背反的に考えることが誤である」<sup>(22)</sup>。このように、応報主義と目的主義もまた、一方に偏することがあってはならず、「国家的道義性」の精神を頂点として、二元主義的に把握すべきものであるとしたのであった。

さいごに、小野は、犯罪論における主観主義と客観主義との争いに関して「客観主義・主観主義の対立も日本法理において止揚されなければならない。刑法はもと国家的法秩序の維持を目的とするものである。而して国家的法秩序は道義的・政治的な秩序であり、それ故に主観的なものではなく、各人の主観を超ゆる、其の意味において客観的な秩序である。これに対する背反としての犯罪も亦単に主観的な事実ではない。其の外部的表現として客観的な面を有するものでなければならない。其の意味において犯罪はいつも主観的・客観的な『行為』事実たる性質を有するものである。勿論純粹に内部的な反道義的意識の動きも亦それ自体反道義的であると謂い得る。宗教的・道徳的にはそれも亦否定されなければならない。身・口・意の三業ということがある。未だ身に行い、口にいわざる意業もまた『業』であり、行動的なものである。しかし刑法は国民的道義の政治的統制として其処までは立入らない。外部的表現の事実を俟って評価せんとする。その意味において刑法はいわば客観主義的・行為刑法的なものを基礎としている」<sup>(23)</sup>として、原則として刑法は行為者の主観ではなくその発露である客観的な「行為」を評価の対象にすべきとする。また、「刑法の本質を応報的正義の観念に求め、刑罰の理念として国民的道義の維持、形成を究極的な目的とし、その基本観念の下に一般予防及び特別予防という目的をも認めようとする者にとっては、犯罪は国家的に危険な行為であるばかりでなく、実に国民的道義に於て許すべからざる行為であり、即ち、反道義的、反文化的行為である。しかもその行為者が国民共同体に対して道義的に責任を負わなければならぬようなものでなければならぬ。行為は固

より人格の表現であり、性格の徴表である。しかし其は単に徴表的意味を有するに止まるものではない。国民共同体の道義的秩序を侵犯する現実的行動であり、斯かるものとして国法の批判を受けなければならない。犯罪行為は刑事責任の現実的根拠である<sup>(24)</sup>と述べ、「私は基本的に行為刑法、客観主義の立場をとるものである<sup>(25)</sup>と明言する。その意味で、小野の立場は客観主義を基調とするものであるといえるが、彼はこれまで支配的であった行為者の主観や人格を等閑視する従来の客観主義を超克するために、さらにつづけてつぎのように述べる。「併しながらこのことは個人の主観と人格とを無視することを意味するものではない。刑法の根本は道義である。しかも日本においては道義と法とは一如なのであるから、行為者の主観乃至人格を無視するというようなことはあるべきでない。道義は人倫の事理、条理として客観的なものであるが、しかし其は個人の人格的主観を通して実現される精神的秩序である。其は意識的に道義を實踐する人格の主体に対して其の規範たる意義を有するものである。刑法はかかる主観と人格とを目標としている。其は人格における道義的意思の自由を予定して、しかも之を完うせざる者に其の自由を回復せしめんとする<sup>(26)</sup>。小野は、刑法が「国家的道義」の形成・維持を目的とするものであることから、刑法上行為者の主観あるいは人格を無視することもまた許されないとする。ただし、上述したように、やはり原則は客観主義でなければならず、「社会的危険性を検出する意味においては『主観』だけに重きを置くことは誤であり、行為『主体』としての人格全体を問題にしなければならないであろう。しかも人格は主観的・客観的な行為に於て表現されるのであり、行為を離れて人格というものはない。行為は単に自然科学的な『徴表』又は『徴候』(Symptom)という如きものではない。精神的・身体的な人間又は人格そのものの全的な『表現』である。刑法は人格の現実的表現としての行為を中心として、行為者の内部的人格構造を探求し、理解するに至らなければならない<sup>(27)</sup>として、行為者人格の外部的表出としての「行為」を刑法の対象としつつ、その「行為」を発端としてさらに深く行

為者の主観や人格にまで立ち入らなければならないとする。小野は、この点に関してつぎのように述べる。「……刑事責任はもと客観的な国民的道義における責任である。其は決して単に主観的、人格的なものではない。且つ、個人的主観の道義化は原則として教育、教化に依るべきものである。刑は道義的文化のため已むことを得ずして行う強力手段である。其はおのづから限界を有しなければならない。刑罰的干渉の範囲を主観的徴表によって過度に拡大することは、東洋、なかんづく人の道義的精神に反するものである。其処に客観主義の意義がある。西洋における客観主義は近世における個人主義、自由主義の思想に基づくものであり、主観主義も亦実に其の『社会』観念にもかわらず、結局個人主義的なものである。我々は単に自由主義的な客観主義を止揚し、社会主義的な主観主義を止揚して、日本的、和の共同体的な道義を基本とする客観・主観主義にまで高めなければならない。物質的侵害に固執する客観主義であるべきではないと同時に、個人的危険性に執着する主観主義であるべきでもない。人格主義と行為、主観と其の客観化とを一体不二なものとして把握し、しかも其の刑法における特殊の意義を把握する高次の客観主義たることを要するのである」<sup>(28)</sup>。小野によると、刑法の対象である「行為」はたんなる「外形的・物理的な身体の挙動」でもなければ、また、「徴表」すなわち行為者の内心を推知させる手がかりにすぎないものでもない。それは、行為者人格の外部的表出にほかならない。その意味で、刑法の対象は主観・客観の統合体としての「行為」でなければならないとするのである。そこから、小野は、客観主義の立場を基礎としつつも、行為者の主観や人格をも行為の重要な要素として考慮する統合主義的犯罪観を提唱したのであった<sup>(29)</sup>。

小野は、西洋諸国で活発に議論されていた刑法理論の争いをわが国独自の観念である「国家的道義性」の観点からとらえ直したのであった。すなわち、わが国に古くから伝わる和や民族共同体を中心とした「国家的道義性」の観点から刑法理論の争いを眺めると、刑罰論における絶対主義と相対主義および応報主義と目的主義あるいは犯罪論における主観主義と客観



主義の対立はなんら本質的なものではなく、それらは事理の一側面でしかないことがわかる。西洋的な刑法理論の争いは、この「国家的道義性」の精神を通して、わが国固有の刑法理論として絶対・相対主義、応報・目的主義、主観・客観主義へと止揚されなければならないとするのである。このような「国家的道義性」の強調は、とりわけ犯罪論における客観主義の基礎づけと、さらには行為の重要な要素として主観や人格をも考慮する高次の客観主義を生み出すことになった。そしてこのことが、小野の犯罪論にこれまでに類をみない独自の性格を与えることにつながるのである。

### 3. 犯罪論とその体系構造

先に述べたように、小野の犯罪論とその体系構造は、基本的には刑法理論における客観主義の立場に依拠としたものとなっている。すなわち、犯罪論の基礎に「行為者」ではなく「行為」を措定するのである。ただし、小野の客観主義は、従来のそれとは異なり、「国家的道義性」の観点から修正された、主観や人格をも行為の重要な要素として考慮する折衷主義的な客観主義である点に大きな特徴がある。小野は、このような統合主義的な客観主義を礎石として、このうえに独自の構成要件論を支柱とするこれまでにない新たな犯罪論を構想している。

小野の犯罪論の体系構造は、全体として、構成要件該当性、違法性、責任という3つの段階に区分されている。小野は、「犯罪の法律的概念はその法理的本質観に即して構成される」<sup>(30)</sup>とし、刑法理論に対する態度決定が犯罪論の構成方法に直接作用することを認めたいうえで、その犯罪論および体系構造についてつぎのように説明している。まず、構成要件該当性に関して「犯罪は刑法の各本条又は其の他個々の刑罰法規において規定されている構成要件に該当する行為の事実（所為）である。このことを構成要件該当性という」とし、「刑法は如何なる行為が反道義的であり、又当罰的であるかを客観的、定型的に規定し、其の規定する事態に該当する所為

があった場合にそれを可罰なものとすることを宣言しているのである。犯罪は単なる反道義的又は反社会的な行為ではなく、国家的法律において可罰的な行為である。特に罪刑法定主義の行われる今日の刑法においては、その構成要件は成文法規によって規定されたものでなければならず、又かかる法規に触れない限りは罰せられない、ということをも銘記すべきである<sup>(31)</sup>と述べる。つぎに、違法性に関して「犯罪は違法な行為である。単に形式的に法規の規定する構成要件を充足する事実は未だ犯罪ではない。其はまさしく違法な行為でなければならない。行為の違法性とは当該刑罰法規の維持しようとする行為規範に反することである。其は必ずしも法規の形式的違反を指すのではなく、寧ろ其の根底を為す法秩序の規範的要求に反することであり、即ち客観的な道義的文化に反することである（客観的反道義性）」<sup>(32)</sup>と述べる。さいごに、責任に関して「犯罪は道義的に責任ある行為（有責な行為）である。……法秩序は其の核心において倫理的、道義的なものであり、それ故に人の内部的主観的な精神、特に自由な意思活動に対して其の規範的要求を向ける。客観的な道義を主観的に意識し、その道義意識によって自己の行動を決定すべく、又決定し得たにかかわらずその義務に反したものを非難し、その責任を問うのである（主観的反道義性）」<sup>(33)</sup>と述べる。小野は、その独自の客観主義を背景として、「行為者」ではなく「行為」を犯罪概念の中心に据えたうえで、「国家的道義性」の観点から各犯罪要素の内容を規定しているのである。すなわち、構成要件該当性とはある行為者の行為が国家によって法律上明文化された「国家的道義」に反する行為の定型にあてはまることを、違法性とは行為が法秩序の根幹である「国家的道義」に反するものであることを、責任とは「国家的道義」への違反を理由として行為者に非難が可能であることを、それぞれ意味するものであるとされる。すなわち、小野にとって犯罪とは徹頭徹尾「国家的道義」に反することをいい、それをひとつひとつ確認する作業過程こそが犯罪論にほかならないのである。

ところで、上述したように、犯罪論の基礎として客観主義を措定する場

合、「行為者」ではなく「行為」がその中心に位置することになるが、小野は「行為」それ自体をどのように理解していたのであろうか。従来、犯罪論において「行為」はその体系上の柱石的概念とされることが多く、犯罪論の体系構造はその「行為」の構成方法に応じてまったく異なる様相を呈してきたのであった<sup>(34)</sup>。この点、小野は「行為とは何であるか。それは意思の客観化であり、実現である。意思の「表動」とか「表現」とかいつてもよいが、これらの語は単に意思内容を表示するという意味に誤解される虞がある。表示も一つの行為であるが、行為一般は単なる表示ではない。……行為——刑法上の——は意思の客観化 (Objektivierung) であり、行動化 (Betätigung) であり、実現 (Verwirklichung) でなければならぬ……思想そのもの乃至意思そのものは、刑法の対象とならない」として、意思の客観化こそが「行為」であるとする。そのうえで、従来の行為論を分析し、意思の存在と内容とを分離する自然主義的行為論が不作為や過失を説明できない点で問題があるとし、また、それらを統合する目的的行為論に対しても、不作為を行為として包含できず、より根本的には、「主体的な人格における意思の能動的なはたらき (傍点原文ママ) (業) としての行為の意味を明らかにしない」<sup>(35)</sup> 点で自然主義的行為論の枠を脱していないと批判する。そして、それらを踏まえつつ、つぎのように述べる。「おもうに、従来の行為論の病は、行為というものを法律的、構成要件的評価以前のものとして考えることにある。私のいわゆる「裸の」行為論がいけないのである。刑法上の行為は、あくまで構成要件的行為である。それ故に亦違法にして且つ道義的に責任ある行為でなければならない。違法にして且つ道義的に責任ある行為は、倫理的に批判される行為である。否、『行為』というとき、すでに倫理的評価、批判を前提としている。それは本質的に規範的な概念である。倫理と法とを離れて行為というものはない。行為とは人倫関係において問題となる実践的な事実であり、それは人格における能動的な業である。『態度』(Verhalten) といつてもよいが、これは抽象的且つ静的なもの (傍点原文ママ) の見方である。倫

理と法とを離れて行為というものはない。やはり、人格的意思の実現としての『行為』でなければならない。しかも、刑法における行為はいつも構成要件的に評価される行為である。行為は構成要件の枠内において、その中核的要素として論ぜられなければならない。構成要件的评价に関係のない行為などは、刑法において全く用なきものである」<sup>(36)</sup>。小野は、刑法においては、当為の領域に存在する規範的な構成要件該当行為だけを問題とすべきであり、存在の領域に属する生の事実的な行為（小野にいう「裸の行為」）を論じることが誤っていると断言する。その意味で、小野の犯罪論は、従来の「裸の行為論」に支えられたそれとは大きく異なっている。さらにつづけて小野は、つぎのように述べる。「私は、刑法を根本的に倫理的なものとして、すなわち人倫関係における実践的事理又は条理を基底とするものとして理解する。そこから、刑法上における行為も亦倫理的な観点における行為である、としなければならない。倫理的主体の行動（業）として倫理的な価値批判の対象となるものが行為である。人格も亦行為を通して評価される」<sup>(37)</sup>。「刑法上において問題となる行為は、構成要件的行為である。その行為とは、倫理的な行為である。刑法学はそれを構成要件の中核的な要素として問題としなければならない。構成要件に関係のない行為は、刑法学において問題とする必要がないわけである。従来刑法学者は概ね構成要件前の（裸の）行為論から出発する。それは行為の倫理的、法的意味を見失った実証主義的、自然主義的な思想と結びついているが、そればかりでなく、それは体系的に誤っている」<sup>(38)</sup>。小野は、刑法上の行為を自然主義的・没価値的なものとしてではなく、元来倫理性を帯びた法的・価値的なものとして理解したのであった。このように、小野の犯罪論は、事実的な生の行為を独立した犯罪成立要件の1つに数えない点で、他者のそれとは一線を画するものとなっているのである。

さらに、小野の行為論は、行為を主観と客観の統合体として把握する点にもう1つの大きな特徴がある。すなわち、「行為は、倫理的評価の対象として主観的・客観的な動的過程である。人倫は静的な存在概念である

が、行為はあくまで動的な過程概念である。刑法上の行為は単なる意業でないとともに、常に意業を含んだものであり、倫理的主体における主観的意業の表出、客観化として語業・身業である。意業と語業・身業、主観的な意思とその客観化としての行為とは、倫理的評価の対象として分かつべからざる一体のものである。認識の上でその主観面と客観面とを分別することはできるが、それを切り離してしまつては意味をなさない。総合的直感の立場において行為は一体のものである。主観面と客観面とがその相互連関、相依相成によって具体的な行為を成り立たせるのである」<sup>(39)</sup>と述べる。小野は、仏教的な視点から行為を考え、倫理的評価の対象となる「行為」は、たんなる客観的な身体の動静を超えた、反倫理的な人格の表出でなければならないとする。このように、小野の行為論もまた「国家的道義性」の精神に貫かれており、ここから主観と客観とを統合した独自の行為論が演繹されているのである。

以上のような行為論を犯罪論のいしずえとして、小野は、それ以降わが国の刑法学を方向づけることになる、当時としては唯一無二の構成要件論を展開することになる。すなわち、構成要件の違法・有責行為類型化である。小野は、自身の構成要件論についてつぎのように定義している。「構成要件とは、違法で且つ道義的に責任のある行為を類型化した観念形象(定型)で、刑罰法規において科刑の根拠として概念的に規定されたものである」<sup>(40)</sup>。「もともと構成要件は、実定法上、ことに成文法上の概念である。その意味で形式的であるといつてよい。但し、それは一般的規定ではなく、特殊化された規定、『特別』構成要件である。これに対して違法性および道義的責任は、その実定法的な概念規定の背後にある倫理的、法理的な理念であり、その本質的な意味の一般的概念である。パーリング及びマイエルにおいて、この三者は並列的に考えられたきらいがある。私もまた初期においてこの三者を並列的に考えていたかと思う。しかし、これは、論理的に並列すべきものではなく、重なり合っているものである。犯罪の実体は、違法な行為、そうして行為者において道義的に責任のある行

為である。違法で且つ有責な行為の類型である。しかし、それが可罰的なものとなるのは、特殊的な、刑法各本条の規定によるのである。その刑法各本条に規定された特殊的・類型的な違法・有責の行為が、すなわち構成要件である。前面に現れているのは構成要件であり、その背後的、実体的な意味が違法性および道義的責任である」<sup>(41)</sup>。小野にとって犯罪とは、「国家的道義」に反する行為であり、構成要件該当性・違法性・責任の各判断はこの「国家的道義」違反行為をそれぞれ別の角度からみたものであるにすぎず、それらに本質的な相違はないのであった。その意味で、それらは並列的なものではなく、重層的・立体的な構造をなしているのである。そのうえで、「……違法性と道義的責任とは、ともにもと倫理的、規範的な判断である。ここで倫理とは、人倫的生活の事理であり、道理、道義であり、社会生活における条理であるといってもよい。さらに文化規範又は社会規範であるといってもよい。ただそれは、単に社会科学的に認識される文化的、社会的事実としての文化規範又は社会規範というのではなく、まさに人倫的生活の事理としての倫理であり、道理でなければならない。その歴史的、文化的に展開されたものとしての道義的文化規範であり、社会規範である。それは、あくまでも人倫的事理に即した、しかもゾルレン的な倫理そのものでなければならない」<sup>(42)</sup>と述べる。そして、「……違法性および道義的責任は、法の一般的な理念に基づいて行われる評価であるが、刑法は、一般に違法で且つ有責な行為の中、刑罰制裁を科すべきものを特殊化し、類型化して規定する。それが刑法の各本条である。だから、構成要件は本質的に違法と道義的責任を併せ含んでいる、——但し、その特殊的・類型的な形式において。構成要件は不法類型であるというが、それは単なる違法類型ではない。同時に責任類型である。違法で且つ有責な行為の類型であり、その法律的定型である。その意味で不法類型であり、犯罪類型である。これが私の構成要件論における一つの根本主張である」<sup>(43)</sup>とするのである。

小野の構成要件論は、ベーリングや M. E. マイヤーなどから大きな影響

を受けつつも、それらとは異なり、構成要件を「国家的道義」に反する行為の類型、すなわち客観的・主観的な「国家的道義」の違反である違法性・責任の類型と解する点に本質的な特徴がある。このような違法・有責行為類型としての構成要件論は、構成要件において規範的要素と主観的要素とが含まれることを正面から認めることにつながる。小野はつぎのように述べる。「私の考えでは、犯罪の構成要件は、違法で且つ有責な行為的事実の法律的定型である。そうだとすると、その中に規範的及び主観的要素のあることは当然のことである。それは寧ろ全面的に規範的な意味を含むものであり、また全面的に主観的、内部的な要素を含むものであるということもいえるのであろう」<sup>(44)</sup>。この点で、小野の構成要件論は、構成要件を没価値なものとしてとらえるベーリングの見解<sup>(45)</sup>や、構成要件を違法性の徴表としてのみ理解する M. E. マイヤーの見解<sup>(46)</sup>から明確に区別され、当時の刑法学において比類のないものとなっているのである<sup>(47)</sup>。

以上のように、小野の構成要件論は、「国家的道義性」を最上の価値とする立場を前提として、いわゆる「裸の行為論」を否定し、主観・客観の統合体である規範的・法的行為論を出発点としつつ、構成要件を違法・有責行為類型と解することによって、構成要件のなかに規範的要素および主観的要素が存在することを正面から肯定するものであった。以下でみるように、このような小野の構成要件論は、その実行行為論および正犯・共犯論に多大な影響を及ぼすことになる。

#### 4. 実行行為論と正犯・共犯論

それではつぎに、前述した客観主義および構成要件論をもとにして、小野がいかなる実行行為論および正犯・共犯論を展開したのかをみていくことにしよう。以下ではまず、小野の正犯・共犯論の特徴を総論的観点から論じたいうえで、個々の問題に立ち入りたいと思う。

## (a) 総論

小野の正犯・共犯論は、その独自の構成要件論を理論的なよりどころとしている。すなわち、小野は、これまで正犯・共犯論が「存在」の領域に属する没価値的な因果関係論と同一平面上で議論されていたことに異議を唱え<sup>(48)</sup>、これを「当為」の領域に属する規範的な構成要件論の問題へと転換しなければならないと主張する<sup>(49)</sup>。小野はつぎのように述べる。「未遂及び共犯は、構成要件を修正する一般的形式である」<sup>(50)</sup>。「共犯の諸問題は、すべてこの構成要件の修正形式という見地において考えられ、解決されなければならない。今まで共犯論は余りにも抽象的な因果関係論によって考えられてきた。……この考え方から解脱しなければならない。構成要件は倫理的、道義的な意味に満ちたものである。因果関係はそれに含まれた一契機にすぎない。構成要件の修正形式としての共犯の諸形式（共同正犯・教唆犯・幫助犯）も亦倫理的、道義的な意味による類型であり、定型である。その中に因果関係の契機を含んではいるが、それを超える倫理実践の意義によって限定されなければならない」<sup>(51)</sup>。小野によれば、正犯・共犯論もまた「国家的道義」に反する行為を類型化した構成要件の解釈問題にはかならないとされたのである。小野は、このように解することによって、正犯・共犯論を「因果的な結果惹起の協働作用」としてではなく、「規範的な構成要件の複数人による実現態様」としてとらえ直したのであった。正犯・共犯論はあくまでも規範論の問題とされたのである。

また、小野は、正犯・共犯論上の諸問題を論じるにあたり、いわゆる「構成要件の充足」という観点を強調する<sup>(52)</sup>。すなわち、小野は、ベーリングと M. E. マイヤーの構成要件論を分析し、それらが正犯・共犯論を特殊な構成要件実現と理解する点に疑義を呈する。彼らは、構成要件を各則の刑罰法規としてのみ理解し、共犯規定によって修正された各則の構成要件は通常の構成要件とは異なる特殊なものであると考えていた<sup>(53)</sup>。しかし、このような理解によると、共犯者は構成要件を充足するものではない



にもかかわらず処罰されることになってしまう。つまり、正犯・共犯論を構成要件論によって完全には把握しえなくなるというのである。そこで、小野は、構成要件論を正犯・共犯論においても徹底するために、ある行為が犯罪とされるためには刑法各本条の構成要件を完全に充足しなければならないという「構成要件の充足論」を前提としつつも、共犯の諸類型（共同正犯、教唆犯、幫助犯）もまた、60条以下の各共犯規定によって修正された各則の構成要件すなわち特別構成要件を完全に充足する点で、単独犯となんら異なるところがないと考えたのであった。小野はつぎのように述べる。「……共犯の規定によって各本条の構成要件そのもの、即ち其の観念的内容が修正されると考えるのである。その修正された観念的形象は、それ自体一の構成要件、しかも「特別」構成要件である。これに対する具体的事実の該当乃至充足に付ては各本条の独立なる構成要件が単純に充足される場合と何等異なるところがない」<sup>(54)</sup>。小野にとって正犯・共犯論もまた、単独犯と同様に、徹底して構成要件論の問題にはほかならなかったのである。

#### (b) 共犯の本質論

従来、そもそも共犯とは何を共同するものであるのかをめぐって、いわゆる行為共同説と犯罪共同説とが対立していた。この点、当時においては、前法律的な行為の共同を重視し、共犯を「数人数罪」と理解する行為共同説は主観的共犯論と、構成要件的な行為の共同を重視し、共犯を「数人一罪」と理解する犯罪共同説は客観的共犯論と、それぞれ論理的に結びついていると解するのが通例であった<sup>(55)</sup>。小野は、牧野によるこのような分類に一定の意義があることを認めつつも、つぎのように述べる。「……犯罪共同説＝客観説・行為共同説＝主観説という概念形式そのものには、重大な疑念がある」<sup>(56)</sup>。「今日の刑法において数人一罪ということはあり得ない。刑法上の責任は、道義的な責任であり、それ故に原則的に個人的責任でなければならない。原始社会の刑法や古代刑法ないし中世の刑法に

において見られるような団体的責任又は連帯責任は、近世の倫理思想によって排除された。各人は各自の行為について責任を負う。これは道義的責任の基本的要請である。その意味で犯罪共同説を否定して行為共同説を主張される牧野博士の見解は正しい。しかし、その場合、『犯罪』とは何を意味するかを反省しなければならない。個人的な刑事責任の根拠としての犯罪そのものと、犯罪構成要件的な事実とは、これを区別しなければならない。単一の犯罪によって数人の責任が生ずるということは原理的に許されないが、しかし一個の犯罪構成要件的事実に関係して、その実現に加功した数人の行為をそれぞれに評価し、それぞれの犯罪として処罰することは、少しも背理ではない。その数人の行為が一個の構成要件的事実を実現するところに刑法総則上の共犯概念が成り立つのである。いいかえると、共犯の数人の行為によって一個の構成要件が実現された場合に、それに加功した数人の行為をそれぞれに評価して、それぞれの行為を犯罪としてその責任を負わせるものである。一個の構成要件的事実を前提として責任を論ずるのであるから、外側的には共同責任である。しかし、結局は道義的な責任の理念によって個別化されるのであるから、その意味で個人的責任に帰着するのである<sup>(57)</sup>。小野によると、行為共同説が強調した責任の個別化は現代の刑法学において当然の前提であり、構成要件的行為の共同を問題とする犯罪共同説の立場からもそのこと自体に異論はない。しかし、構成要件を離れた事実的な行為の共同を要求する行為共同説は、正犯・共犯論を構成要件論のなかに位置づける小野の立場とは相容れないものであり、到底採用することのできないものである。そこで、外形上1つの犯罪事実を複数人で実現するという点では一種の共同責任ではあるが、それに関与する行為者がそれぞれ自身の道義的責任の範囲内で処罰されるという点では個別的責任を負うにすぎないので、責任主義に反することにはならないとするのである。小野は、現行法の規定を分析しつつ、共犯の本質について「……一方に於ては、共犯を協働現象として統一的に観念し、それについて各行為者にその責任を帰せしめるものであるという考え方（共同

責任の理念、犯罪共同説)と、各行為者の行為を飽くまでもそれ自体として観念し、其れに応ずる責任を帰せしめようとする考え方(個人的責任の理念、行為共同説)」とがあるとし、「私は現行法は共犯に於て共同責任の理念を基本とし、第二次的に個人的責任の理念によって個別化しようとするものであると解するものである」<sup>(58)</sup>と述べる。小野は、従来おこなわれていた行為共同説と犯罪共同説とによる二項対立図式的な理解を批判し、現行法には2つの側面があることを説いた。共犯は1つの犯罪事実を共同するものではあるが、その責任は関与者各自で個別化されるとするのである。その意味で、小野の共犯論は、犯罪共同説を基礎としつつも、各関与者の個別責任を強調する修正された犯罪共同説を支柱とするものであった。

### (c) 共犯の従属性

共犯の従属性について、当時は行為共同説の立場からは共犯独立性説が、犯罪共同説の立場からは共犯従属性説が、それぞれ主張され、激しく対立していた<sup>(59)</sup>。この点、小野は、上述した共犯の本質論を基礎として、つぎのようにのべる。「共同責任の理念を極端に認めるときは、犯罪の実行がない限り其の教唆者又は幫助者を処罰する理由がないのみならず、実行者が一身的理由によって責任のない場合には、他の共犯者も処罰されないということになる。此の『極端な従属形式』は、現行法を一貫する個人的責任の理念に反するもので、現行法の趣旨とするところではあるまい」<sup>(60)</sup>。小野によれば、共犯の従属性を過度に推し進めれば、共犯の可罰性は正犯の可罰性と完全に一致し、正犯を処罰できない場合には共犯を処罰することもできなくなるため、個人責任の原則に反し妥当ではないとされる。このようにして、小野は、いわゆる極端従属性説の立場を批判するのである。これに対して、「個人的責任の理念を極端に認めるときは、教唆者及び幫助者は其の教唆行為又は幫助行為のみによって処罰されるべきである。実行者が可罰であることを必要としないことは勿論、其の実行が

あったことも必要でない。実行のない場合においては、教唆者又は幫助者を未遂犯として処罰するということになる。しかし、現行法には教唆犯又は幫助犯につき其の未遂を罰する規定がない。尤も、牧野博士は之を以て正犯の未遂罪と同様に見られるかの如くである。これは教唆又は幫助行為を以て直ちに『実行』となすものである。この見解の根底には条件説的な因果関係論があり、一定の結果から遡ってそれに対して条件となっている行為を実行となすものであるが、これは可罰的行為の定型性を無視する抽象論であり、現実生活の具体的な道義的評価から遊離した見解である。教唆又は幫助の行為が『実行』ならば、共犯の規定は畢竟無用となる。仮に『実行』の観念につき主観説をとるとしても、教唆又は幫助も亦実行であるということはしかく容易に肯定されないであろう（勿論、基本的構成要件についての実行をいっているのである）。現行法はかくの如き意味において共犯の独立性を認めているのではない」<sup>(61)</sup>と述べる。小野は、共犯者の個人的責任を徹底する場合、共犯の可罰性は正犯の可罰性から完全に分離され、その論理的帰結として共犯の未遂が独立に処罰されることになるが、このような理解は現行法の未遂規定と矛盾するため採用しえないとする。また、共犯独立性説を前提とすると、正犯行為と教唆行為・幫助行為とは同視されることになるが、両者は道義的・倫理的観点から定型的に区別されなければならない、構成要件論を重視する立場からはこのような帰結を是認することはできないとする。この点で、いわゆる共犯独立性説に立脚しないことを明言するのである。そして、共犯独立性説を採らない以上、正犯行為と教唆・幫助行為とは質的に区別されることになる。両者は「国家的道義性」の観点からその評価において次元を異にするものであったのであった。

小野は、このような理解から、共同責任と個人的責任の調和を図ろうとする。「共同責任の理念を基本とし、個人的責任の理念による個別化を認めるときは、教唆犯及び幫助犯は其の成立上被教唆者又は被幫助者が実行行為に出でたことを必要とする。その実行行為がない間は教唆犯又は幫助

犯として罰せられない。しかし、実行行為があれば、その実行者が可罰的であるかどうかを問わず、教唆者又は幫助者として罰せられるべきものと考えられることになる。私はこの『限定された従属形式』を現行法の解釈として採ることを得ると信ずるものであ<sup>(62)</sup>ると述べる。小野によると、狭義の共犯が処罰されるためには、正犯が実行行為にでることが必要であり、かつそれで足りることになる。その意味で、狭義の共犯の可罰性にとって正犯が有責的であることは必須のものではなくなる。このように、小野は、共犯従属性説の立場を前提としつつも、当時通説的であった極端従属性説から一歩進め、いわゆる制限従属性説を主張するにいたったのであった<sup>(63)</sup>。

#### (d) 実行行為論

小野の実行行為論は、上述した客観主義の立場およびそれを踏まえた構成要件論を基礎としたものとなっている。小野は、「刑法上の行為は、あくまでも構成要件的な行為、構成要件に該当する行為である。刑法において犯罪の『実行』（刑法43条・60条・61条）とされるのがそれである」<sup>(64)</sup>とし、「犯罪の構成要件に該当する行為を実行行為（傍点原文ママ）と名ける。法律が或は「犯罪ノ実行ニ着手シ」（第43条）或は「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル」（第60条）というとき、其の『実行』とは、即ち特定の構成要件に該当する行為を謂うものと解するのである」<sup>(65)</sup>と述べる。すなわち、小野がいう実行行為とは「各則に規定された各種犯罪の構成要件に該当する行為」を意味し、実定法にその根拠をもつものであるということが出来る。

小野は、実行行為概念についてつぎのように述べる。「『人ヲ殺シタル』とか『他人ノ財物ヲ窃取シタル』とかいうときに、それはそれぞれの構成要件的な犯意とその実現又は客観化としての身体的行動と、それから生じた結果とを包括するものであり、倫理的立場においてそれを人倫関係における人格的主体の行為・結果として一体的に観念したものである。行為論

の要点は、まさにこの倫理的立場における統覚、又は総合的直観にあるのである。行為論におけるあらゆる問題はこの観点において解決されなければならない<sup>(66)</sup>。

以上の叙述からも明らかなように、小野の実行行為論は、客観主義に基づき「行為者」ではなく「行為」を刑法の対象としつつも、行為の重要な要素として行為者の主観や人格をも考慮した統合主義的な行為論を背景としている点に大きな特徴がある。前述したように、小野は、刑法の「国家的道義性」を強調することによってあらゆる刑法上の諸概念を倫理化し、「裸の行為論」すなわち存在論に属する自然主義的・没価値的な行為論を批判する。そして、行為の倫理的側面は行為者の主観や人格によっても左右されるとして、主観と客観とを統合した行為論を構想する。したがって、小野の実行行為概念は、必然的に、たんなる形式的・客観的な身体の動静を超えて、行為者の意図や目的など主観をも含んだ実質的・価値的な概念であったのである。

このような行為の実質化は、小野の構成要件論からも補強されるかたちとなっている。すなわち、小野は、構成要件を違法類型としてだけでなく、有責行為類型としても理解することによって、構成要件のなかに規範的要素にくわえ、主観的要素が存在することを正面から肯定するのである。このように理解することによって、構成要件の行為である実行行為もまた、価値的・主観的側面を有していることが明らかとなる。小野はつぎのように述べる。「構成要件に該当する行為、すなわち犯罪の『実行』といわれるものは、一方においてその主観面における犯意……を除外して認識することはできない<sup>(67)</sup>。小野にとって実行行為とは、たんなる形式的・客観的・没価値的なものではなく、「国家的道義」に反する規範的・実質的なものであったのである。

ところで、小野が大きな影響を受けたドイツの実行行為論は、自然主義的な行為論を体系の柱石とする古典的犯罪論体系を背景として展開されたものであった。すなわち、古典的犯罪論体系においては、行為はその存在

と内容とが分離され、行為の段階で問題とされるのはその存在（「意思に担われた身体の動静」）だけであり、その意思内容は責任においてはじめて議論されるものであった。また、構成要件自体も違法性および責任から切り離され、たんなる没価値的な行為の類型としてのみ理解されていたのであった。したがって、そのような自然主義的な行為論の概念的反映としての構成要件的行為すなわち実行行為は、きわめて形式的・客観的・没価値的なものとして理解されていたのである<sup>(68)</sup>。いいかえると、物理的な自手実行こそが実行行為とされたのであった<sup>(69)</sup>。その後、新カント学派の影響により構成要件の価値化が少しずつ推し進められることになり、犯罪論の体系構造もまたそれにしがたい新古典的犯罪論体系へと変容を遂げていくことになるが、行為論はいまだ自然主義的色彩を色濃く残しており、行為の実質化が図られるにはいたらなかった<sup>(70)</sup>。新古典的犯罪論体系においても、実行行為はたんなる物理的・形式的・客観的な概念でしかなかったのである<sup>(71)</sup>。行為が倫理的な色彩を帯びた主観と客観の統合体として実質化されるのは、目的的行為論の登場まで待たなければならなかった。ただし、実行行為は実定法を基礎とする「当為」の領域に属する概念であったため、行為の「存在構造」に着目する目的的行為論とは相容れず、形式的・客観的な実行行為概念は徐々にその存在意義を存在論に属する行為論に奪われていくことになったのである<sup>(72)</sup>。そのような経緯から、戦後ドイツにおいて実行行為論は育たなかったのである<sup>(73)</sup>。

これに対して、小野の実行行為概念は、その統合主義的な客観主義と違法・有責行為類型としての構成要件論とを背景とすることによって、もとより規範的・実質的な性格を有しており、自然主義的な行為論による制約を受けた硬直的なものではなく、きわめて柔軟性をもちうるものであった。すなわち、実行行為は倫理的・規範的概念であり、その存在を肯定するために物理的な自手実行をかならずしも必要としないのである。この点において、従来の実行行為論とは決定的に異なるものであった。その意味で、小野の実行行為論は、目的的行為論をもはるかに超越した、実質的な

内容を獲得することができたのである。

(e) 間接正犯論

小野の間接正犯論もまた、このような実行行為論を背景に展開されたものとなっている。小野は、間接正犯の問題は「構成要件に該当する実行行為の特殊の態様として考えるべきである」<sup>(74)</sup>としつつ、つぎのように述べる。「いわゆる『間接正犯』も亦倫理的な、そして構成要件的な行為の問題である。それは、自ら手を下すことなく、他人を利用することによって、——しかも他人を教唆して犯罪を実行させるのでなく、——自ら犯罪を実行するものと考えられる場合である。例えば、狂人を使喚して放火させた行為、情を知らない看護婦に命じて患者に毒薬を飲ませた行為が、『火ヲ放テ』焼燬したもの、『人ヲ殺シタル』ものと解されるごとき、これである。これらの構成要件は、いずれも物理的な行為（身業）をその内容とするものであるが、知能的に他人を動かす行為（語業）が、そうした事情の下において、その倫理的評価の上から構成要件的な行為、すなわちその『実行』と解されるところに間接正犯の特殊性があるのである」<sup>(75)</sup>。小野によると、間接正犯論もまた、その構成要件論から演繹されなければならぬとされる。すなわち、間接正犯はその外形上教唆犯に類似するが、その倫理的・道義的観点からは正犯の一種であるとする。つまり、間接正犯もまた、直接正犯と同様に、実行行為をおこなうものにほかならないとするのである。そして、小野は、従来、間接正犯論が正犯ではなく共犯の問題とりわけ従属性論の一適用場面として議論されてきた点に根本的な問題があるとし「……『間接正犯』という概念そのものをよく反省して見ると、それは正犯の一種である。その行為は構成要件に該当する行為、すなわち実行行為でなければならない。そうでなければ「正犯」ではあり得ない。『間接』というのは、語業的な行為によって人を利用する行為が、教唆ではなく、実行と認められるということである。その意味で行為の構成要件該当性が問題であるのだから、それは結局構成要件の解釈適用の問題



である。そうとすれば、それは本質的に共犯の構成又はその従属性と何等関係のない問題であるというべきである」<sup>(76)</sup>と述べる。小野は、間接正犯もまた「正犯」の一種である以上、その行為が実行行為として評価されなければならないとする。そして、「正犯」の一種である間接正犯は、「狭義の共犯」である教唆犯とは異なり、従属性の問題は生じえないとするのである。小野にとって正犯と狭義の共犯とは、この実行行為性の有無によって決定的に区別されるのである。「共犯との関係において、教唆犯との区別が問題となる。教唆犯は他人を教唆して犯罪の実行を決意させ、又それを実行させるところに成り立つ。……これに反して間接正犯は、他人をして犯罪を決意・実行させるのではなく、他人を利用して自ら実行するのである」<sup>(77)</sup>。

さて、従来の間接正犯論は、形式的・客観的な実行行為概念を基礎としたものであった。すなわち、実行行為をこのように形式的・客観的に理解する場合、「人を殺す」行為や「他人の財物を窃取する」行為は直接みずから手をくだした被利用者のみ認められ、その背後にいる利用者を実行行為を肯定することは困難となってしまふ。これが制限的正犯概念からの論理的な帰結である<sup>(78)</sup>。しかし、それでは他人を利用して犯罪を実現する場合をおよそ「正犯」として処罰できなくなってしまう。そこで、そのような帰結を回避するために、条文の文言を「日常用語使用例」にまで拡張し、情を知らない者を利用する行為は「日常の言葉」のうえでは「正犯」であるとしたり<sup>(79)</sup>、規範的な道具理論によって正犯性を基礎づけようとしたり<sup>(80)</sup>、さらには利用者の被利用者に対する優越性を正犯性の基礎づけに用いたりする見解<sup>(81)</sup>などが主張されていた。しかしながら、それらはどれも十分な説得性をもつことができず、多くの支持者を得るにはいたらなかった。そこで、新古典的犯罪論体系をもとに構成要件を違法性のなかに解消し、違法性の本質を法益侵害とみることによって、法益侵害を惹起する者はすべて正犯であるとする拡張的正犯概念が生まれることになる<sup>(82)</sup>。これらはすべて、実行行為概念が自然主義的・形式的・客観的

なものであったがために間接正犯の説明に頓挫したことを契機として、それを規範的・目的論的観点から補充するものであった。

これに対して、小野の実行行為概念は当初よりきわめて価値的・実質的なものであり、したがって柔軟性を有するものであった。構成要件該当行為すなわち実行行為は「国家的道義」に反する行為である。このような実行行為の倫理化・実質化は、形式的・客観的な実行行為概念では説明しえなかった間接正犯の問題をいとも簡単に解決することを可能にする。つまり、間接正犯と教唆犯とは、その道義的・倫理的評価においてそもそもまったく性質を異にするものであるのである。「道義的実践の立場では、他人を教唆して犯意を決定させ、犯罪を実行させるということと、他人を利用して（自ら）犯罪を実行するということは明らかに区別されなければならない」<sup>(83)</sup>。間接正犯は、みずから直接犯罪を実現せずとも、「国家的道義」すなわち規範的な観点からはやはり「正犯」として評価されるのである。はじめから実行行為を規範的な概念として理解することによって、みずからの手で直接犯罪を実現せずとも、価値的に自手実行と同視できさえすれば、実行行為をおこなったということができることになる。すなわち、実行行為を倫理的・価値的な概念として把握することによって、かならずしも物理的な自手実行がなくとも、実行行為の存在を肯定することが可能になったのである。小野は、このような実行行為概念の実質化によって、間接正犯論に新たな解決の途を開いたのであった。

## 5. おわりに

小野は、「国家的道義性」の観点から刑法の倫理化を限界まで推し進め、実行行為論や間接正犯論をも規範の観点から解決しようとした。すなわち、自然主義的な「裸の行為論」を斥け、規範論の産物である構成要件論によって実行行為概念の本質を規定し、そこから間接正犯論を展開したのである。物理的な自手実行を必要としない実行行為論は、その柔軟性のゆ

えに間接正犯論の説明に適していたのであった。小野の見解は、刑法を過度に倫理化する点で現在では多くの批判にさらされているが、正犯・共犯論を実行行為という統一的な観点から把握し、しかも妥当な結論を導き出すことを可能にした点で、わが国における実行行為概念の基礎づけに果たした役割はきわめて重大なものがある。今日にいたるまで実行行為概念を中心とした犯罪論体系が通説的地位を占めてきたのは、その実質化に裏打ちされた柔軟性によるところが大きいといえよう。しかしまた、この柔軟性こそが実行行為概念のあいまいさを生む一因でもある。今後実行行為概念を中核とした犯罪論体系を堅持していくためには、このような実行行為の実質化をさらに推し進めつつも、その意義・内容および機能などについて可能なかぎり具体化するとともに明確化することが必要不可欠である。この点については紙幅の関係上別の機会に論じることとし、いったん筆を置くことにしたい。

- (1) 実行行為概念の危機を指摘するものとして、たとえば、井田良「犯罪論と刑事法学の歩み」『変革の時代における理論刑法学』（平19年・2007年）48頁、高橋則夫「特集 行為・実行・帰属」『刑法雑誌』45巻2号（平18年・2006年）223頁、奥村正雄「実行行為概念について」『大谷實先生喜寿記念論文集』（平23年・2011年）140頁など参照。
- (2) 実行行為概念が問題の本質を包み隠し、いわば「ブラックボックス」化しているとの批判も、このような本概念のあいまいさに由来するものといえよう。この点に関して、山口厚『刑法総論』[第2版]（平19年・2007年）51頁、同『問題探求 刑法総論』（平13年・2001年）2頁以下参照。
- (3) 代表的なものとして、団藤重光『刑法綱要総論』[第3版]（平2年・1990年）373頁、大塚仁『刑法概説（総論）』[第4版]（平20年・2008年）281頁、福田平『全訂刑法総論』[第5版]（平23年・2011年）252頁など。
- (4) わが国における学派の争いについては、さしあたり、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（昭32年・1957年）1頁以下、内藤謙『刑法理論の史的展開』（平19年・2007年）284頁以下、556頁以下、八木國之『新派刑法学の現代的展開』（昭59年・1984年）3頁以下、丸山雅夫「学派の争い」阿部純二・板倉宏・内田文昭・香川達夫・川端博・曾根威彦編『刑法基本講座』第1巻（平4年・1992年）128頁以下、中山研一『現代刑法学の課題』

- (昭45年・1970年) 88頁以下、佐伯千仞 = 小林好信「刑法小学史(学史)」  
鶴飼信成 = 福島正夫 = 川島武宜 = 辻清明編『日本近代法発達史』第11巻  
(昭42年・1967年) 209頁以下など参照。
- (5) 共犯理論をめぐる旧派刑法学と新派刑法学との争いについては、大塚・前掲注(4) 153頁以下参照。なお、牧野英一の主観主義刑法学と実行行為概念との関係については、拙稿「新派刑法学と実行行為」『法学研究論集』42号(平26年・2014年) 173頁以下参照。
- (6) その経緯については、大塚・前掲注(4) 204頁以下、内藤・前掲注(4) 283頁以下、556頁以下参照。
- (7) 小野の来歴および業績については、団藤重光「小野清一郎先生の人と学問」『ジュリスト』第861号(昭61年・1986年) 58頁以下、小田中聰樹「小野清一郎」『法学教室』第157号(平5年・1993年) 70頁以下、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫 = 内藤謙 = 中山研一 = 小田中聰樹 = 三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』(平6年・1994年) 475頁以下、中山研一「小野博士の刑法思想」『刑法の基本思想』(昭54年・1979年) 54頁以下、木田純一『戦後日本の刑法学』(昭47年・1972年) 14頁以下など参照。
- (8) 牧野の人物像および来歴については、中山研一「牧野英一の刑法理論」吉川他・前掲注(7) 287頁以下、土本武司「牧野英一——新派刑法理論の巨星」『法学教室』154号(平5年・1993年) 88頁以下、所一彦「牧野英一」潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』(昭49年・1974年) 257頁以下参照。牧野の業績は、刑法にかぎらず膨大な量にのぼるが、牧野英一『人たちの言葉その折々』(昭55年・1980年) 273頁以下にその著作目録がある。
- (9) 宮本の刑法思想については、鈴木茂嗣「宮本英脩の刑事法理論」吉川他・前掲注(7) 425頁以下参照。
- (10) 瀧川の刑法理論については、内藤謙「瀧川幸辰の刑法理論」吉川他・前掲注(7) 537頁以下参照。
- (11) 後述するように、厳密に言えば小野の立場は「行為」だけでなく、その背後に「行為者」の主観や人格をも考慮する折衷主義的な客観主義であった。
- (12) 西原春夫「正犯と共犯との区別」『刑事法研究』第2巻(昭42・1967年) 171頁、川端博「正犯と共犯の区別の基準」『現代刑事法』1巻2号(平11年・1999年) 同『共犯論序説』(平13年・2001年) に所収〔以下、引用は後者による〕47頁参照。
- (13) 小野を取り巻く当時の状況について詳しくは、宮澤・前掲注(7) 476-7頁、中山研一「小野博士『日本法理の自覚的展開』の再検討」『佐伯・小野博士の『日本法理』の研究』(平23年・2011年) 113頁以下参照。
- (14) 内藤・前掲注(4) 359頁。

- (15) 小野清一郎「刑法學小史」『刑罰の本質について・その他』(昭30年・1955年)421頁。また、別の箇所において「私の法律学的態度は、何よりも歴史的・精神的な現実としての現行法を如実に認識せんとするにある。現行法の単に形式論理的な解釈を超ゆるとともに、社会学的実証主義の抽象的な進化論と無精神的な功利論とを超えて、正しく民族の道義的精神を表現し、その文化を保護し、進展せしむる規範としての現行法を能う限り深く理解し、領解することによって其の实践的意義を明かにしようとするものである」と述べている。小野清一郎『法学評論』上巻(昭13年・1938年)序1頁。以下においては、読みやすさの観点から、適宜旧字体は新字体にあらため、送り仮名等を付することにする。
- (16) 小野清一郎『日本法理の自覚的展開』(昭17年・1942年)203-4頁。
- (17) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)204頁。
- (18) 小野清一郎「法哲学序説」『刑法と法哲学』(昭46年・1971年)307頁。このような「国家的道義性」による刑法の倫理化は、のちの行為無価値論に連なるものであるとの指摘がある。内藤・前掲注(4)377頁参照。
- (19) もっとも、このような刑罰論の止揚を図ろうとする試みは、「国家的道義性」が刑法理論の全面にあらわれる以前の著作にもみられるものである。たとえば、小野清一郎『法理学と『文化』の概念』(昭3年・1928年)433頁以下参照。
- (20) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)185-6頁。
- (21) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)186-7頁。
- (22) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)187頁。
- (23) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)189-90頁。
- (24) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭23年・1948年)80-1頁。
- (25) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)82頁。
- (26) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)190-1頁。
- (27) 小野〔自覚的展開〕・前掲注(16)192-3頁。
- (28) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)82-3頁。
- (29) 大塚は、この点に関して「小野博士が、行為責任主義を主張されながら、同時に行為の背後における行為者の意味についても少なからず顧慮を示されていることは、旧派の本来の見解とはかなり異なるところである」と述べている。大塚・前掲注(4)205頁。
- (30) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)83頁。
- (31) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)83-4頁。
- (32) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)84頁。
- (33) 小野〔刑法講義〕・前掲注(24)84-85頁。

- (34) 自然主義的行為論および古典的犯罪論体系については、Vgl. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22 Aufl., 116.; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (Reprint2005), S. 10f, 17.; 目的的行為論および目的犯罪論体系については、Vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S.1 ff.; derselbe, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33ff.; derselbe, Studien zum System des Strafrechts, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 125, 129.
- (35) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭28年・1953年) 54頁。
- (36) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 54頁。
- (37) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 55頁。
- (38) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 57頁。
- (39) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 58-9頁。
- (40) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 11頁。
- (41) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 19頁。
- (42) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 20頁。
- (43) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 23頁。
- (44) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 33頁。
- (45) Beling, (o. Fn 34) S. 178f. この点に関して、Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, S. 17ff.
- (46) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923 (Reprint1997), S. 52. M. E. マイヤーは、原則としてベーリングの構成要件論に依拠することを認めつつも、その本質的な特徴である「犯罪類型の輪郭」ないしは「類型化」という考えにしたがわないことを明らかにしている。M. E. マイヤーは、構成要件と違法性との同質性を明確に否定するかわりに、構成要件の徴表機能を強調することによって、両者の緊密な関係性を説いたのであった。
- (47) この点、ガラスの犯罪類型論 (Delikttypen) が構成要件を違法類型であるとともに責任類型でもあることを強調している点で、共通の思考を示しているといえよう。Vgl. Wilhelm Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 32f.
- (48) Vgl. v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 102.; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 5.; v. Bar, Die Lehre von Kausalzusammenhang im Recht, Besonders im Strafrecht, 1871, S. xii. また、リストも、形式的には実行行為性の有無を基準としつつも、実質的には因果関係の中断論によって判断していたのである。Liszt, (o. Fn 34), S. 122. わが国では牧

- 野が因果関係論をもとにして正犯・共犯論を展開していた。牧野英一『刑法研究』第1巻(大8年・1919年)13頁以下、同『重訂日本刑法』上巻(昭12年・1937年)412頁。
- (49) 共犯論を構成要件論の問題に転換したのはベーリングを嚆矢とする。Vgl. Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 92.
- (50) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 12頁、84頁。
- (51) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 99-100頁。
- (52) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 195頁以下参照。
- (53) ベーリングは、狭義の共犯の構成要件を通常の「構成要件該当的」(Tatbestandsmäßig)なものとは異なる「構成要件関係的」(Tatbestandbezogen)なもののみなし、M. E. マイヤーは、「刑罰拡張事由」と解していた。Vgl. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 8u9. Aufl., 1925, S. 29.; M.E.Mayer, (o. Fn 46), S. 347.
- (54) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 256頁。
- (55) そのような理解は、牧野の分析によるところが大きい。牧野 [日本刑法]・前掲注(48) 409頁。この点に関して、大塚・前掲注(4) 154頁以下。
- (56) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 103頁。
- (57) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 104頁。
- (58) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 199頁。
- (59) 牧野・前掲注(48) 411-2頁、大塚・前掲注(4) 155頁以下。
- (60) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 199頁。
- (61) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 199-200頁。
- (62) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 200頁。
- (63) その論理的帰結として、12、3歳の是非弁別能力を有する者をそそのかして犯罪を実行させる場合を間接正犯ではなく教唆犯とするのである。小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 65頁。
- (64) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 57頁、235頁。
- (65) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 99頁。
- (66) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 61頁。
- (67) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 61頁。
- (68) この点に関しては、拙稿「目的論的(規範的)考察方法と実行行為」『法学研究論集』第37号(平24年・2012年)1頁以下、とりわけ18頁以下、同「正犯概念を巡る争いと実行行為」『法学研究論集』第40号(平25年・2013年)141頁以下参照。
- (69) たとえば、みずから手で直接人を殺害してはじめて殺人の実行行為性を

肯定することができることとされたのである。

- (70) 新古典的犯罪論体系について詳しくは、Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 24ff.; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 201.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 204.
- (71) たとえば、新古典的犯罪論体系を代表するメツガーもまた、その行為論については自然主義的な理解にとどまるものであった。Vgl. Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 12f.; derselbe, Strafrecht (Ein Lehrbuch), 3. Aufl., 1949, S. 108f, 303. この点を指摘するものとして、Vgl. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 129ff.
- (72) この点については、拙稿「存在論的考察方法と間接正犯」『法学研究論集』第41号（平26年・2014年）97頁以下、とりわけ116頁参照。
- (73) 井田良「最近の刑法学の動向をめぐる一考察」『法学研究』84巻9号（平23年・2011年）215頁。
- (74) 小野 [刑法講義]・前掲注(24) 105頁。
- (75) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 63-4頁。
- (76) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 65頁。
- (77) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 117頁。
- (78) Vgl. Zimmerl, Grundätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW, Bd. 49, 1929, S. 39ff.; Bähr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933.; Lony, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, 1934.; Richard Lange, Der moderne Täterschaftsbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935.
- (79) Vgl. Beling, (o. Fn 34), S. 246ff. ベーリングの日常用語使用例については、大塚仁『間接正犯の研究』（昭33年・1958年）60頁、佐伯千仞『共犯理論の源流』（昭62年・1987年）78頁など参照。
- (80) Vgl. M. E. Mayer, (o. Fn 46), S. 375f.
- (81) Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 305ff.
- (82) Eberhard Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, 1930, S. 106ff.; Mezger, Ein Lehrbuch (o. Fn 71), S. 415f.
- (83) 小野 [構成要件の理論]・前掲注(35) 118頁。