

《論 説》

瀧川幸辰の実行行為概念と間接正犯論

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. 実行行為概念と間接正犯論
5. おわりに

1. はじめに

かねてより、正犯と共犯をめぐる問題は、ある犯罪論が正当なものであるか否かを判断するための試金石であるといわれる。これは、正犯・共犯論が犯罪論の構成方法を直接反映することに由来するものである⁽¹⁾。そして、犯罪論が論者の哲学・思想を背景に形成されるものである以上、正犯・共犯論を考察するにあたっては、個々の犯罪理論や体系構造全体との関係など表層上の議論に目を向けることはもちろんのこと、その根底をなす哲学・思想的背景にまでさかのぼって検討を加えなければならないのである。

ところで、正犯・共犯論のなかでもひとときわ哲学・思想による影響を色濃く映し出す問題領域の1つが、間接正犯論である⁽²⁾。他人を道具として犯罪を実現する間接正犯と同じく他人に働きかけて犯罪を実現させる（狭義の共犯としての）教唆犯とをいかなる基準により区別すべきであるかという問題は、刑法学が誕生して以来、つねにその時代を特徴づける哲学・思想から著しい影響を受けて展開されてきた。その意味で、間接正犯論の

構成如何は、その背後にある哲学・思想の妥当性さえも揺るがすほどさぶる重要な問題であり、その争いがきわめて熾烈なものになるのも、いわば当然であるといえよう⁽³⁾。

従来、わが国において、間接正犯と教唆犯とは、実行行為の有無によって区別するのが通説的な見解であった⁽⁴⁾。すなわち、間接正犯が、外見上他者を通じてはいるが、その実質において、みずから実行行為をおこなうことによって犯罪を実現する者であるのに対し、教唆犯は、教唆行為をおこなうことによって他者に犯罪を実現させる者である、とされる。このような理解は、犯罪論の中心に実行行為概念を措定するこれまでの通説の立場において、そこから導かれる論理必然的な帰結の1つと考えられており、およそ疑いを入れる余地のないものであった。

これに対して、近時、実行行為概念そのものに対する批判が多方面から寄せられるにつれ⁽⁵⁾、本概念を中核とした正犯・共犯論にもこれまでにないほど大きな動揺が生じてきている。当然のことながら、間接正犯論もその例外ではない。すなわち、間接正犯とは実行行為をおこなう者であるという図式自体が徐々に崩れつつあるのである。その意味で、これまでのような実行行為概念を理論的骨子とした間接正犯論は、いままさに存亡の危機に瀕しているといっても過言ではないであろう⁽⁶⁾。

以上のような状況にかんがみ、本稿は、正犯・共犯論とりわけ間接正犯論における実行行為概念の役割を学説史的見地からいま一度検証し直すことを目的とするものである。この点、現在の通説である実行行為概念を中心とした犯罪論および間接正犯論の素地を作り上げたのは、おもにいわゆる「学派の争い」⁽⁷⁾における旧派刑法学の功績によるところが大きいといえる。そして、わが国における旧派刑法学のいしずえを築き、現在の通説的立場に多大な影響を及ぼしている論者の1人が、瀧川幸辰その人である⁽⁸⁾。そこで、本稿では、実行行為概念に依拠した正犯・共犯論の源流を探るために、瀧川がいかなる哲学・思想からその犯罪論を構築し、間接正犯論を展開したのかについて、若干の考察を試みたいと思う。

2. 基本思想と刑法理論

瀧川の基本思想および刑法理論⁽⁹⁾については、その生きた時代背景や置かれた状況などの影響により、初期から晩年にいたるまで、その著書や論文等の表現において次第に変化しているとみられる部分が少なくないけれども⁽¹⁰⁾、ここではそれら全体に通底し、しかも間接正犯論に直接関係する根本的な特徴を中心として叙述することにした。

瀧川は、欧米において著しい発展を遂げた近代刑法学の大原則である罪刑法定主義を刑法上の諸概念を構成するための理論的支柱として位置づける⁽¹¹⁾。すなわち、瀧川によれば、罪刑法定主義を支える理論的根拠には、イギリスのマグナ・カルタに端を発し、自然法思想を経てアメリカ独立宣言やフランス人権宣言において明確に承認された人権思想、古くはプーフENDORFにまでさかのぼることができ⁽¹²⁾、のちにフォイエルバッハ⁽¹³⁾やベンディング⁽¹⁴⁾らによって基礎づけられた平衡思想、およびモンテスキューを代表とする権力分立思想、の3つがあるとされる⁽¹⁵⁾。これらのうち、平衡思想は、人は通常刑罰法規の内容を知らないのでその効力に疑問があること⁽¹⁶⁾、また、権力分立思想は、裁判官の法規に対する合理的解釈を完全に封じる点で妥当な事案の解決をおよそ不可能にしてしまうこと、などを理由に、あくまで表見的な根拠にすぎないとし、現在の罪刑法定主義を支えるものはまさしく人権思想にほかならないとする⁽¹⁷⁾。

ところで、従来、罪刑法定主義からさらにいくつかの派生原則を導き出すのが通常である⁽¹⁸⁾。その1つが類推解釈の禁止である。この点、かつて瀧川は、法律主義にもとづく慣習刑法の禁止のみを認めていたにすぎなかった⁽¹⁹⁾。すなわち、類推解釈の禁止については、社会地盤の見地より、国家権力から個人の人権を保障することが喫緊の問題であったフランス革命前後の欧州と、社会と個人とのあいだにおける公平を図り、犯罪者から社会を守ることがことさら重要視された当時の日本とでは、大きく事情が

異なるとし、いまさらこれに拘泥する理由はないとして、派生原則の1つに数えなかったのである⁽²⁰⁾。しかしながら、その後瀧川は、わが国の社会地盤が大きく変化したことを理由に、これを派生原則の1つとして承認するにいたったのであった⁽²¹⁾。

瀧川の刑法理論は、全体的に以上のような罪刑法定主義を理論的な拠り所として構築されたものとなっている。瀧川によれば、罪刑法定主義の役割は、一方で、国家権力から国民の自由を保障すること、ひいては犯罪者の権利自由を保障することにあるが⁽²²⁾、他方で同時に、刑法の究極的な目的が社会秩序の維持にあることをも率直に認める⁽²³⁾。この点、両者は二律背反の関係にあるが、「……せんじつめると両機能は犯人のための保障という一機能に帰着せねばならない」⁽²⁴⁾として、結論的には社会秩序の維持すなわち社会防衛に比べて人権保障を優先させようとする⁽²⁵⁾。その意味で、どちらかといえば社会防衛の必要性を高調する新派刑法学よりもむしろ個人の人権保障に重きをおく旧派刑法学に親和的な立場にあったといえる⁽²⁶⁾。そして、このことは、刑罰論における応報刑論のなかにも如実にあらわれている。すなわち、瀧川は、刑罰が悪行に対する悪報、したがって刑罰の本質が応報であることを繰り返して述べるのであるが⁽²⁷⁾、あくまで刑罰が科せられるのは、悪行としての犯罪行為がなされたことを当然の前提としなければならない。換言すれば、おこなわれた犯罪行為の範囲内でしか刑罰を科すことは許されないということになる。このように、瀧川は、応報思想の根拠を「犯罪なければ刑罰なし」という罪刑法定主義の一命題に求めたのであった⁽²⁸⁾。さらに、瀧川の犯罪論もまた、罪刑法定主義の思想によって徹頭徹尾貫かれているといえる。その1つのあらわれが、まさしく構成要件論にほかならない。瀧川は、犯罪が「行為」であることを強調し、この「行為」を国家の手によって刑罰法規へと類型化したものが構成要件であるとする。この点、構成要件に該当しない行為はいかなる意味でも処罰されることはありえないとし、構成要件該当性を犯罪成立のための一独立した要件として定立するのである⁽²⁹⁾。したがって、

瀧川にとって構成要件論は、罪刑法定主義を犯罪理論的な側面から実質的に担保するものであったとすることができる⁽³⁰⁾。その意味で、瀧川の犯罪論は、罪刑法定主義の要請から、個々の具体的な「行為者」ではなく、抽象的な「行為」に重点をおく、いわゆる客観主義の立場に与するものであったといえよう⁽³¹⁾。

以上のように、瀧川は、罪刑法定主義を刑法上の諸概念を構成するための理論的支柱とし、さまざまな問題を考える際の立脚点とする⁽³²⁾。すなわち、刑罰論における応報刑論と犯罪論における構成要件論はともに、罪刑法定主義の原理から直接演繹されたものであったのである。そして、後述するように、瀧川の間接正犯論もまた、このような罪刑法定主義思想を背景に展開されており、ここから派生する問題の1つとして理解されていたという点に看過し得ない特徴を有しているといえることができる。

3. 犯罪論とその体系構造

瀧川は、「犯罪は類型的な違法・有責の行為である」⁽³³⁾とか「犯罪は構成要件に該当する有責かつ違法（条理違反）の出来事である」⁽³⁴⁾とか「犯罪は構成要件に該当する違法、有責の行為である」⁽³⁵⁾とか述べ、犯罪の一般的成立要件として、終始一貫して、構成要件該当性、違法性、責任（有責性）の3つが必要であるとする。以下で、それら個々の具体的な内容についてみていくことにしよう。

まず、犯罪論の礎石たる行為論について、瀧川はどのような考えをもっていたのであろうか。この点、瀧川は、行為について「刑法上行為というのは意志に基く行動の全体、詳しくいえば行為者が決心して企てた身体の運動または静止と、それによって外部に現れた効果を含めての意味である」⁽³⁶⁾と述べ、行為が意思にもとづく身体の動静であることに加えて、生じた結果をも包含するものであるとする⁽³⁷⁾。ここで注目すべきは、瀧川が行為の段階では意思にもとづくこと、すなわち意思の存在のみを要求

し、後述するように、意思の内容は責任の段階においてはじめて問題となるにすぎないと考えていたということである。すなわち、瀧川は、意思の存在と内容とを峻別し、前者を行為論に、後者を責任論にそれぞれ割り当てたのであった。このような考え方は、当時のドイツおよびわが国において支配的であった自然主義的行為論にならったものであるということができる⁽³⁸⁾。ところで瀧川は、当時少しずつ有力となっていた、行為の段階においてすでに意思の存在と内容とを統合しようとする、いわゆる目的的行為論について、いかなる態度を示していたのであろうか⁽³⁹⁾。この点、瀧川は、「目的的行為概念」⁽⁴⁰⁾と題する論稿のなかで、ヴェルツェルの創唱にかかる目的的行為論の意義をラートブルフの自然主義的行為論（有意的行為論）との対比において分析し、その前提をなす世界観、すなわち、社会で生起するあらゆる事象は存在論の領域においてすでに有意味な社会的実体を備えているというものの見方を高く評価する⁽⁴¹⁾。けれども同時に、目的的行為論が過失の説明や錯誤論などにおいて多くの問題を抱えていることをも指摘し、なおかつそれにとどめ、ここではそれ以上の詳細な検討に立ち入ることを差し控えたのであった⁽⁴²⁾。目的的行為論は、故意の内容や体系上の位置づけ、あるいは違法性の本質論などに関して、伝統的な犯罪論の理解に大きな変更を迫るものである。瀧川は、自身の犯罪論に甚大な影響を及ぼす可能性のあった目的的行為論については、一定の理解を示しつつも、なお慎重な態度をもって接していたということができよう。

つぎに、瀧川の犯罪論において中核をなす構成要件論についてみていくことにしよう。瀧川は、上述した行為論に関する分析をおこなったのちに、「刑法上、重要なのは行為そのものではなく、行為が構成要件に該当する場合に、刑法上意味があるといふ点である」⁽⁴³⁾と述べ、たんなる事実的な「行為」ではなく、「構成要件的行為」こそが刑法上問題とされるべきであることを強調する。この点、瀧川の構成要件論は、ベーリングが晩年にその構成要件論の集大成として披露した、いわゆる「指導形相論」を

土台にしたものとなっている⁽⁴⁴⁾。すなわち、各犯罪類型における多種多様な要素は、「指導形相」(Leitbild)によって1つの意味統一体として把握されることになる。殺人罪でたとえるならば、「人を殺す」という指導形相があってはじめて、殺人の実行行為などの客観的な違法類型と殺人の故意などの主観的な責任類型とが1つの殺人罪として統合されることになる⁽⁴⁵⁾。瀧川によれば、このように解することによって、これまで一般に考えられていたような、構成要件と違法性・責任との厳密な分離が回避され、それらの論理的な結びつきを正面から肯定することができるようになる⁽⁴⁶⁾。そして、瀧川は、このような理解を前提としたうえで、構成要件がたんなる没価値的な行為の類型ではなく、規範的な違法行為の類型であることを力説したのであった⁽⁴⁷⁾。すなわち、構成要件は違法性を徴表する認識根拠であり、正当防衛など特別な違法性阻却事由が存在しないかぎり、違法性は推定されることになる⁽⁴⁸⁾。このような構成要件と違法性との接近は、構成要件のなかに評価的な要素が入り込むことを意味する。すなわち、規範的構成要件要素の承認である⁽⁴⁹⁾。また、これまでの通説的な考え方によると、「違法は客観的に、責任は主観的に」というテーゼのもとで、構成要件は客観的な要素のみから成り立つと理解されていたが、瀧川は、構成要件を違法類型とすることによって、例外的にはあるが違法性に作用する主観的違法要素の存在を承認すると同時に、主観的構成要件要素の存在をも肯定したのであった⁽⁵⁰⁾。このように、瀧川は、構成要件がたんに没価値的・客観的なものではなく、規範的・(限定的にはあるが)主観的なものであることを是認する。しかしながら、瀧川は、当時のドイツにおいて有力化していた理論、すなわち、構成要件の規範化をさらに一步推し進め、構成要件と違法性との同質性を強調することによって構成要件を違法性のなかに解消しようとする、いわゆる新構成要件論を採用するまでにはいたらなかった⁽⁵¹⁾。したがって、メツガーがおこなったような、構成要件の解釈指針を違法性論すなわち法益論から直接導き出すことには⁽⁵²⁾、なお消極的な姿勢を保っていた。こ

の点に、新構成要件論に立脚する者たちとの決定的な相違を見て取ることができるのである。

では、違法性についてはどのような立場にあったのであろうか。この点、瀧川は、構成要件に該当する行為が条理に違反する場合に違法性が認めれるとし⁽⁵³⁾、形式的には法律つまり法律の客観的規範に違反することを違法とよんでいた。具体的には、法規範を評価規範と命令規範とに分け、評価規範を命令規範に先行させ、ある行為が評価規範に違反することを条件として違法になるとする客観的違法性論の立場を支持した⁽⁵⁴⁾。このような理解は、メツガーのそれとほぼ一致することができる⁽⁵⁵⁾。そして、このような客観的違法論を前提として、実質的な違法性の本質を規範違反性のなかにではなく、法益侵害あるいはその危険性のなかに見いだしたのであった⁽⁵⁶⁾。

さいごに、瀧川の責任論はどのような内容であったのか。上述したように、瀧川によると、行為の段階では意思の存在のみが要求されるにすぎず、原則として意思の内容は責任の段階ではじめて問題となるべきものであるとされる。瀧川は、責任の本質を行為者の心理過程に対する非難可能性に求め、ここから、行為者に適法行為を期待できない場合に責任を否定するという、いわゆる期待可能性の理論を展開する⁽⁵⁷⁾。そして、このような期待可能性が存在するかどうかを判断するための要件として、責任能力や責任条件としての故意・過失に加えて、義務意識にもとづく行為支配の可能性が必要であるとする⁽⁵⁸⁾。

以上のことから、瀧川の犯罪論およびその体系構造は、つぎのような形で要約することができよう。瀧川は、自然主義的行為論を前提として、行為段階では意思の存在のみを要求とし、責任の段階ではじめて故意・過失を問題とする。そして、構成要件を各犯罪の指導形相とすることによって構成要件と違法性・責任とを関係づけ、そこから違法類型説を基礎づけた。また、客観的違法性論の立場から、違法性の本質を法益侵害ないしその危険性と理解したが、新構成要件論とは異なり、構成要件を違法性のな

かに解消することはせず、構成要件を解釈する指針として法益論を過度に強調することにはなお消極的であった。このような理解は、自然主義的行為論を体系構築の基底とし、構成要件と違法性との分離を原則として維持したという点では古典的犯罪論体系⁽⁵⁹⁾の思考方法と類似するところもあるが、当時次第に勢いを増しつつあった刑法上の概念構成に関する規範化の流れを積極的に採り入れることによって、規範的責任論を採用したという点や、構成要件に規範的あるいは（例外的にはあるが）主観的要素が存在することを承認するという点では、新古典的犯罪論体系⁽⁶⁰⁾の考え方もかなりの部分で共通しており⁽⁶¹⁾、両者のちょうど中間に位置するものとして、瀧川独自の犯罪論体系を形成しているとみることができよう。

このような瀧川の犯罪論およびその体系構造が、実行行為概念ないし間接正犯論とどのような関係にあったのかについて、以下の考察で明らかにしたいと思う。

4. 実行行為概念と間接正犯論

ここではまず、瀧川の実行行為概念ないし間接正犯論を考察する前提として、彼が正犯・共犯論を犯罪論上いかなるものとして位置づけていたのかということについて、簡単にふれておくことにしたい。

瀧川は、犯罪の実現形態について、1人で完全に構成要件該当行為をおこなう独立的犯罪類型とその一部が欠けている従属的犯罪類型とに分類する⁽⁶²⁾。具体的にいうと、犯罪は通常1人でおこなうことが予定されているが、実際には複数人でおこなわれることも多い。この点、関与者のなかには指導的・実行的な役割を果たす者と隷属的・補助的な役割を演じるにすぎない者とがあり、すべての関与者は、独立的犯罪類型である特定の犯罪、たとえば殺人罪の構成要件との関係においてはじめて刑法上の意味をもつことになる点で、共犯は従属的犯罪類型を形成するものであるとされる。瀧川は、このような従属的犯罪類型としての共犯という発想から、教

唆犯あるいは幫助犯の行為は基本的構成要件に該当する行為ではなく、その外にあって、特別な規定がなければ処罰することのできない行為であるという帰結を導き出す。すなわち、共犯規定はそれがなければ罰することのできない違法行為を罰する任務を有しているという意味で、いわゆる刑罰拡張事由にほかならないとするのである⁽⁶³⁾。

以上のような理解を前提として、瀧川は、共犯の従属的性格について、歴史のおよび比較法的見地からその基礎づけを試みている⁽⁶⁴⁾。この点、瀧川は、共犯の独立性を主張するとの見解にも見逃すことのできない欠点があるとし、現行法との関係では共犯の従属性を認めるべきであるとする⁽⁶⁵⁾。ただし、従来はその根拠として、リストによる因果関係の中断論⁽⁶⁶⁾、ビルクマイヤーの原因説による説明⁽⁶⁷⁾、あるいはベーリングの構成要件論⁽⁶⁸⁾などが用いられてきたが、それらもまた共犯の従属性を根拠づけるのに十分であるとはいいがたいとし、これをバオアーのいう「日常生活の観念」に求めたのであった⁽⁶⁹⁾。すなわち、たとえば人が殺人現場を目撃する場合、通常まず被害者を直接殺害した者を想像するはずである。換言すれば、実際の死亡結果を起点とし、因果関係をさかのぼり、だれがこの結果を発生させたのかを探求しようとする。端的にいうと、だれが実行行為をおこなったのかを知ろうと欲する。これに対して、それ以外の犯罪に重要な影響を与えた者がいたかどうか、あるいはそれがだれであるかについては、実行行為者が定まったあとにようやく人々の念頭に浮かぶこととなるであろう。瀧川は、まさにこのような共犯の随伴性こそがその従属性を生み出す直接の原因であると考えたのであった⁽⁷⁰⁾。その意味で、共犯の従属性は自然発生的なものであり、日常生活における事象把握の域を大きく逸脱するものではなかった。

瀧川は、このような共犯の従属性について、エム・エー・マイヤーの分析にならい、つぎのような4つの形態に分類する⁽⁷¹⁾。すなわち、①正犯が構成要件を実現したことを条件とする最小従属形態、②正犯が構成要件を違法に実現することを条件とする制限従属形態、③正犯が構成要件を違

法かつ有責的に実現したことを条件とする極端従属形態、④正犯が構成要件を違法かつ有責的に実現したことに加えて、固有の客観的処罰条件を備えていることを条件とする誇張従属形態がそれである。この点に関して、瀧川は、先述した「日常生活の観念」から、共犯という概念自体が自然発生的なものであること、したがって歴史上無意識のうちに共犯は正犯の可罰的行為を前提に構成されてきたものであることを理由として、現行法においては極端従属形態を採用することがもっとも適切であろうと結論づけている⁽⁷²⁾。

このような「日常生活の観念」にもとづく共犯の従属性という理解を前提とすると、犯罪を独立して直接実行した者とそれ以外の方法で従属して犯罪に加功するにすぎない者とは厳密に区別されることになるはずである。すなわち、正犯は実行行為をおこなう者であり、狭義の共犯は実行行為以外の態様で正犯の犯罪に加功する者であるということになる。ここに現在の通説である実行行為概念を中核とした正犯・共犯論が強固に基礎づけられることになった。

それでは、瀧川は、ここでいう「実行行為」という概念をいかなる意味で用いていたのであろうか。この問題は、瀧川の犯罪論およびその体系構造と密接な関係がある。すなわち、上述したように瀧川は、行為を自然主義なものとして理解することによって、行為の段階においては意思の存在のみを要求し、原則として意思の内容は責任の段階においてはじめて問題となると解していた。換言すれば、瀧川が考えていた「行為」とは、「意思に担われた客観的な身体の動静」、つまりたんなる外界の事象を意味するにすぎなかったのである。したがって、そのような行為の概念的反映である構成要件的行為すなわち実行行為もまた、きわめて自然主義的な色彩を帯びたものであったといえることができる。そして、ここから必然的に、実行行為とは直接みずからの手で犯罪を実現する行為のみを指すとの帰結が導かれることになる。その結果、正犯とは実行行為をおこなう者、すなわちみずからの手で直接各則の構成要件に記述された行為をおこなう者で

あるという図式が生まれたのである。このように、瀧川にとって「実行行為」とは、すぐれて自然主義的なもの、すなわち形式的・客観的な性質を有するものとして理解されていたのであった。この点に、瀧川を形式的客観説の論者と目すべき実質的な根拠がある。

ところで、このような実行行為概念の理解は、現行法上1つの難問に逢着することになる。それがまさしく間接正犯の問題であることはいまさら言を俟たないであろう。すなわち、間接正犯は、直接みずからの手で犯罪を実現するものではなく、他者を通して犯罪を実現するものである。この点、瀧川の形式的・客観的な実行行為概念を前提とするならば、間接正犯という犯罪形態を説明することはおよそ不可能となってしまうであろう⁽⁷³⁾。なぜならば、正犯は実行行為をおこなう者であると解する以上、直接みずからの手で犯罪行為をおこなっていない間接正犯を正犯として処罰することはできなくなってしまうからである。また、上述した極端従属性説にしたがうならば、正犯が有責性を欠く場合、同時に狭義の共犯の成立も否定されることになり、当罰性についてほとんど疑う余地のない多くの事例が不可罰となってしまう。しかしながら、このような帰結は、一般人の法感情からみて到底許容することのできないものである。

瀧川は、以上のような、一方で、各則の構成要件に記述された行為をみずからの手で直接おこなう場合にのみ正犯性を肯定するという、いわゆる制限的（限縮的）正犯概念を採用し、他方で、正犯が構成要件に該当する違法かつ有責的な行為をおこなってはじめて狭義の共犯も処罰されうとする、極端従属性説に依拠した場合に生じる不当な処罰の間隙を埋めるためにとることのできる方法として、理論上2つの考え方を提示する⁽⁷⁴⁾。すなわち、拡張的正犯論と拡張的共犯論がそれである⁽⁷⁵⁾。

まず、拡張的正犯論に対する瀧川の反応からみてみよう。瀧川によると、拡張的正犯論は、極端従属性説から生じる間接正犯論の理論的欠陥を補完するという任務を帯びて主張されるにいたった見解であるとされる⁽⁷⁶⁾。拡張的正犯論は、狭義の共犯が成立するためには、正犯の行為が

構成要件に該当し違法かつ有責でなければならないとする極端従属性説を従来どおり維持したままで、翻って正犯性の方を根本的に再構築する点に大きな特徴がある。すなわち、拡張的正犯論によると、法益侵害に何らかの寄与をおこなった者は、それが直接的なものであれ間接的なものであれ、または積極的なものであれ消極的なものであれ、すべて正犯であるとされる。その結果、正犯の実行行為と教唆行為とのあいだ本質的な相違は存在しないことになる。刑法は共犯規定を設けることによって、正犯の領域から狭義の共犯を除外し、後者に対して特別な取り扱いをしているにすぎない。その意味で、共犯規定は刑罰縮小事由であるとする⁽⁷⁷⁾。拡張的正犯論にしたがうならば、間接正犯の問題を容易に解決することが可能となる。というのも、間接正犯は教唆行為あるいは幫助行為以外の態様で犯罪の実現すなわち法益侵害に寄与するものである以上、原則どおり当然に正犯として処罰することができるようになるからである。拡張的正犯論は、無意識のうちに歴史上脈々と受け継がれてきた極端従属性説を放棄せずに済み、しかも間接正犯をまさしく正犯として処罰しようという点で、結論の妥当性を確保することができ、そのかぎりでは一般人の法感情にも合致するものであるとされる。

しかしながら、瀧川は、このような拡張的正犯論は「正犯の性格と合わない」⁽⁷⁸⁾として、その採用を明確に否定する。その理由として、第1に、正犯の正犯たる所以はみずからの手によって直接各則の構成要件に記述された行為をおこなう点にあるということを挙げている⁽⁷⁹⁾。このような理解は、先ほど述べた瀧川の「日常生活の観念」からして至極当然であるといえよう。なぜならば、「日常生活の観念」からすれば、直接自らの手で犯罪を実現する者とそれ以外の方法で犯罪に関与するにすぎない者とのあいだには、評価のうえで厳然たる相違が認められるはずだからである。何らかの形で法益侵害に寄与するというだけで、両者の本質的な相違を説明するのにいまだ十分であるとはいえないであろう。瀧川にとって正犯とは、やはり各則の構成要件に記述された個々の行為すなわち実行行

為を自らの手で直接おこなう者でなければならないのである。第2に、より本質的な理由として、瀧川は、拡張的正犯論に対して「個人の権利自由の保護を無にする危険を多分に含んで居る」という批判が妥当するということを描している⁽⁸⁰⁾。すなわち、構成要件が罪刑法定主義から導かれた人権保障の結晶体であり、究極的には「犯罪者のマグナ・カルタ」でなければならないという瀧川の構成要件論からすれば、法益侵害に何らかの形で寄与したというだけで正犯として処罰するというような理解は、犯罪と非犯罪との区別を著しく不明瞭にしてしまい、結果的に類推解釈を許容することにつながる点で、決して是認されるものではないであろう。瀧川自身もまた「拡張的正犯概念は犯罪類型を破壊し、刑法の『犯人のマグナ・カルタ的機能』を無視する点において不当である」⁽⁸¹⁾と述べていることからして、このことは明らかである⁽⁸²⁾。また、構成要件が違法類型として徴表機能を有しているということからしても、それは適法と違法との境界線すらもきわめて曖昧なものとしてしまい、最終的には全刑法体系を崩壊させてしまうことになりかねないとさえいう⁽⁸³⁾。このような拡張的正犯論がもたらす構成要件解釈の不透明さは、裁判官すなわち国家機関への絶対的な信頼によって補われることを不可欠の前提とするものである。瀧川は、その信頼に足る国家機関に対し、さらに法的拘束を加えるところにこそ、一般人の権利自由を確保する構成要件の実質的な意義があるとして、このような構成要件の人権保障機能を減弱させ、専断裁判を復活させるおそれのある拡張的正犯論は、現行法の解釈として到底採用し得ないと断じたのあった⁽⁸⁴⁾。

このように、間接正犯の説明として拡張的正犯論が採用し得ないとすれば、残る方法は1つ、すなわち、正犯ではなく共犯を拡張する拡張的共犯論が考えられる。

拡張的共犯論は、自らの手で直接各則の構成要件に記述された行為すなわち実行行為をおこなう者のみが正犯であるという、いわゆる制限的（限縮的）正犯概念を何ら変更することなしに、反対に共犯の従属性を緩和す

ることによって、間接正犯を狭義の共犯へと解消する点に、拡張的正犯論との決定的な相違を認めることができる⁽⁸⁵⁾。すなわち、拡張的共犯論は、従来考えられてきたような、狭義の共犯が成立するためには、正犯の行為が構成要件に該当し違法かつ有責的でなければならないとする極端従属性説を廃棄し、正犯は構成要件に該当し違法でありさえすればよく、有責的であることは必要でないとする制限従属性説へと移行することで、間接正犯の諸事例を悉く狭義の共犯のなかに包摂しようとするものである。このような考えは、当時のドイツにおいて次第に有力となりつつあり⁽⁸⁶⁾、わが国でも小野清一郎と佐伯千仞によってすぐさま取り入れられることになった。瀧川は、ドイツにおける議論がいまだ立法論にとどまるものである以上、それはいったん論外にするとし、現行法との関係上、わが国においてもこのような主張を容れることができるかを問い、両者の見解を批判的に検討している⁽⁸⁷⁾。

まず、小野の見解⁽⁸⁸⁾に対して、彼が共犯論を論じるにあたり「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むる」⁽⁸⁹⁾とする点をとらえ、「全共犯行為の違法性は連帶的に、責任性は個別的に評せられるとゆう意味に解してよかろう」⁽⁹⁰⁾と述べる。続けて小野は、「……実行行為があれば、その実行者の可罰であるかどうかを問わず、教唆犯または幫助犯として罰せられるべきものと考へることになる」とし、「私は『此の限定されたる従属形式』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つて、ドイツ刑法草案の認むる『共犯の独立なる可罰性』なるものも此の趣旨にほかならぬと解するのである」⁽⁹¹⁾と述べ、現行法の解釈としても制限従属性説を採用することは十分可能であると主張する。そして、その論理的帰結として、「責任無能力者と雖も之を思想的に影響することよつて犯罪を実行せしめること、すなわち構成要件的な行為をなさしめることが可能である限りは、これを教唆と謂ふべきである」⁽⁹²⁾と述べ、かりに正犯が責任無能力により有責性を欠いていたとしても、場合によっては教唆犯が成立しうることを肯定するのである。しかし、瀧川は、

このような小野の理解によっても、あらゆる間接正犯の事例を狭義の共犯のなかに包含させることは不可能であるし、何よりも小野が制限従属性説の裏づけとなる実体法上の根拠をまったく示していない点で妥当であるとはいえないと批判する⁽⁹³⁾。

つぎに、佐伯の見解に対する瀧川の評価をみてみよう。佐伯は、制限従属性説を基礎づけるにあたって、総則における共犯規定ではなく、各則における親族相盗例の規定を引き合いに出す。佐伯は、244条1項の法的性質について、従来考えられてきたような、親族という身分による一身的な刑罰阻却事由であるとする見解や期待可能性を欠くことによる責任阻却事由であるとする見解に対して、行為の違法性が減少することによる可罰的違法性阻却事由であるとする立場を新たに主張した⁽⁹⁴⁾。そして、244条2項が親族でない共犯については前項の規定を適用しないと定めていたことに対して「可罰的違法行為類型（構成要件）の完全な実現でない違法行為についても共犯が有効に成立することを認めたものと解せざるをえな」⁽⁹⁵⁾いと述べ、このような理解は、法というものはすべからく他の規定とのあいだで有機的に解釈されなければならないことからして、共犯一般に妥当する原理であるとした⁽⁹⁶⁾。ここから佐伯は、「……共犯すなわち教唆犯・従犯が成立するためには、いわゆる正犯の行為は厳密な意味において犯罪要件を完備している必要はなく、むしろ他人（正犯）の単純な違法行為に加担もしくはそれを利用することによって共犯が犯されうることを認めなければならない。こうすれば、従来のいわゆる間接正犯の大部分は教唆犯または従犯に還元されることになる」⁽⁹⁷⁾と述べ、小野と同様、現行法においても制限従属性説を採用することは理論的に可能であるとし、このように考えることによって、間接正犯を狭義の共犯のなかに解消しようと試みたのであった。

このような佐伯の主張について、瀧川は、244条1項の法的性質は期待可能性が欠けることを理由とする責任阻却事由であると解すべきとして、そもそも可罰的違法性を欠くという理解に賛同することはできないとす

る⁽⁹⁸⁾。また、瀧川は、より根本的な観点から、つぎのように述べている。「刑法二百四十四条の親族たる身分は何等かの理由に基き（近親間には予測の同意があるので窃盗行為の違法性が少なくなるにせよ、または近親相互の財産は共有であるから窃盗行為の違法性が少なくなるにせよ）違法要素であるにしても、この規定が窃盗行為者の責任能力及び故意の存在を予想して居ることは疑ない。換言すれば、親族たる身分とゆう一事を除外すれば、窃盗の要件が悉く備わる場合に関する規定であって、ゆわば可罰行為の一步手前の行為である。而も刑法は身分があるから刑を科さない。斯ような最小限度の犯罪阻却原因を基礎として、責任無能力というが如き最大限度において犯罪性を阻却する場合にまでその論理を拡大することは類推の濫用である。私は刑法二百四十四条に共犯の制限従属形態の基礎を求める企図を妥当でないと考える」⁽⁹⁹⁾。瀧川は、244条のような身分といふごく例外的な犯罪阻却事由を定めたにすぎない各則の特殊な一規定を責任能力のような通常の犯罪阻却事由が問題となる場合にまで過度に一般化して制限従属性説を基礎づけることは類推解釈を濫用したものであって妥当ではないというのである。また、瀧川はつぎのように述べる。「なお現行刑法の解釈として共犯の制限従属形態を認める立場は刑法六十四条をどう処置するのだろうか。この理論からいえば、狂人に猥褻行為を誘発した者は刑法第七十四条の罪の教唆犯になるわけだが、猥褻罪は科料にのみ処すべき罪であるから、刑法第六十四条により教唆犯を罰することは出来ない。斯ような場合を無罪とするは刑事司法上面白くないとゆうことが、拡張的共犯概念構成の動機であつた筈である。そうだとすれば、これは解釈論としての破綻とゆわねばならない」⁽¹⁰⁰⁾。瀧川は、64条が存在することによって、たとえ制限従属性説へと従属性の程度を緩和したとしても、その意図とは裏腹に、不当な処罰の間隙が生じることは避けられないので、その採用は適切なものとはいいがたいとするのである⁽¹⁰¹⁾。

このように、瀧川は、拡張的正犯論だけでなく、拡張的共犯論もまた、現行法との関係上採用することはできないとする。瀧川によれば、両者は

間接正犯の可罰性を基礎づけるという刑事司法の政策的要素を多分に含んだものであるが、このような刑事政策目的を徹底するならば、むしろ端的に共犯従属性説を否定し、共犯独立性説⁽¹⁰²⁾を主張する方がより合理的であるとされる⁽¹⁰³⁾。瀧川は、そうであるにもかかわらず、なお極端従属性説を堅持するところに共犯の社会的意義があるとして、共犯独立性説に傾斜することを頑なに拒んだのであった。

では、瀧川が伝統として継承した形式的・客観的な実行行為概念と極端従属性説とを前提とする場合、はたして間接正犯の問題はどのように説明され得るのであろうか。この点、瀧川は、拡張的正犯論でも拡張的共犯論でもない、それらとは異なる第3の道を模索しようとした。すなわち、瀧川は、たとえ実行行為概念が形式的・客観的なものであるとしても、それは可罰性の一般的特徴を示しているという点ではなお規範的なものであるという理解を踏まえ⁽¹⁰⁴⁾、自らの手で直接各則の構成要件に記述された行為をおこなうことと一定の犯罪要素を欠いた他者を道具として利用することとを、規範的な観点から同視しようと試みた。瀧川はつぎのように述べる。「犯人を道具として犯罪を遂行すること（身分なき者、目的なき者を利用して身分犯、目的犯を行う）は厳密な意味における『自己の手による正犯』ということは出来ないかも知れないが、社会生活の通念において、これと自然力、道具、動物の利用とを同視することは、異質物の混入として一蹴せられねばならないほど不合理なものではない。責任能力者を利用することと責任無能力者を利用することとは、行為者の反対動機構成上かなり差異がある。責任能力者を利用する行為者の主観には、自己のほかに、更に責任の分担者があるとゆう自覚があり、また自己の行為支配可能性は全く間接である。これに反し責任無能力者を利用する者は自己が唯一の責任者であることを認識し、また行為支配の可能性は、全然直接でないにしても、直接に近いものである。謂ゆる道具理論の根拠はここにある」⁽¹⁰⁵⁾。瀧川は、責任能力者を利用する場合と責任無能力者を利用する場合とでは、介在者の反対動機形成、利用者の主観や行為支配の可能性など

において決定的な相違が存在するとし、従来自然発生的に主張されてきた道具理論は、このような理解を無意識に前提とするものであったとする。すなわち、責任無能力者を利用する行為は、介在者に反対動機の形成がなく規範的障碍とならないこと、また、利用者が他の負責者を認識していないこと、さらには、利用者の支配により介在者が行為支配の可能性をほとんど有しないことなどから、むしろ自然力、道具、動物を利用する行為と規範的に同視すべきものであるとするのである。このような理解は、同じく形式的・客観説な実行行為概念を基礎としつつも、道具理論によってこれを補充しようとするエム・エー・マイヤーの見解と軌を一にするものといえる⁽¹⁰⁶⁾。ただし、ここにプルンスが主張する行為支配の可能性という要素を付加する点で、瀧川独自の立場を形成しているといえることができる⁽¹⁰⁷⁾。瀧川によれば、このような責任能力の有無によって規範的な評価の相違を認めるという考え方は、いわゆる遡及禁止論⁽¹⁰⁸⁾とも共通する部分があるという。瀧川はつぎのように述べる。「謂ゆる遡及禁止の理論、即ち自由にかつ自覚して（故意かつ有責に）結果を引起すことに向けられた条件に更に先行する条件（加担行為）は、教唆犯または従犯の規定に該当しないかぎり、可罰的行為ではないという立場も、やはり責任能力者の利用と責任無能力者との間に可罰評価に差異あることを前提とする」⁽¹⁰⁹⁾。瀧川の理解にしたがうならば、介在者に責任能力が備わっているか否かは、利用者の正犯性を評価するにあたって、決定的な判断要素とされることなるであろう。瀧川は、責任無能力者を利用する行為は、自然力、道具、動物を利用する行為と規範的な意味で等しいものであるから、その利用行為は構成要件に記述された行為すなわち実行行為と評価して差し支えないとするのである。瀧川は次のように述べる。「責任無能力者等を道具に利用した場合が『自己の手による正犯が正犯一般の原型である』という主張と背馳するとは考えられないのであって、正統的共犯理論の認める間接正犯が理論構成の妨害物であるとのみゆうことは出来ないと思う」⁽¹¹⁰⁾。瀧川は、このように理解することによって、形式的・客観的な実

行行為概念と極端従属性説とをこれまでどおり維持しつつ、しかも同時に間接正犯を正犯として処罰する方途を開拓しようと目論んだのであった。

なお、瀧川は、形式的・客観的な実行行為概念を徹底すべきであるとする立場から、やはりどうしても自らの手で直接実行行為をおこなわないかぎり間接正犯の成立を認めることはできないという批判がなされることに對しても、一定の理解を示している。瀧川はつぎのように述べる。「併しどうしても、それは正犯に対して許すべからざる異質物であるというならば、現行刑法のままで（即ち共犯の極端従属形態を維持しながら）間接正犯の取扱を明かにする規定をおくことが考えられる。共犯規定をいかにすべきかの問題は、或ものが正しく、或ものが不当だと言うが如き理論問題ではなく、立法技術の問題である以上、いかなる規定を設けようと全く随意である。私が決定的解決は立法手段によらねばならないというゆえんである」⁽¹¹¹⁾。このように、瀧川は、形式的・客観的な実行行為概念と極端従属性説とを維持したままで間接正犯を正犯として処罰しようとする場合、現行法と矛盾するような解釈論を無理に展開するのではなく、むしろ柔軟に立法を改正することによって対応すべきであると結論づけたのであった。

5. おわりに

以上において、瀧川の実行行為概念と間接正犯論についてその思想・哲学および犯罪論の構成方法という観点から分析してきたが、最後にそれらの要点を振り返りつつ、若干の考察をおこなうことによって、結びにかえたいと思う。

瀧川は、人権保障の要として罪刑法定主義を刑法理論の柱石的概念とし、その犯罪論における反映として構成要件論を導入し、展開した。瀧川の構成要件論は、行為の段階では意思の存在のみを要求する自然主義的行為論を前提とし、意思の内容は原則として責任論においてはじめて問題と

なるにすぎないとするものであった。また、瀧川は、ベーリングの指導形相論、エム・エー・マイヤーの認識根拠論、メツガーの違法類型論を部分的に採り入れ、構成要件が違法類型であることを認めたが、規範化をさらに一層推し進め、構成要件を違法性の存在根拠とし、それらの同質性を強調することによって法益概念を構成要件の重要な解釈指針とする新構成要件論に対しては、なお消極的な姿勢を崩さなかった。それはやはり、瀧川が、構成要件を「類型的利益の侵害」(Verletzung typisierter Interessen)ではなく、「類型化された利益侵害」(typisierte Interessenverletzung)であると理解していたこと⁽¹¹²⁾、つまり、犯罪の結果たる法益侵害だけでなく、行為としての手段・態様が構成要件上重要であることを深く認識していたことに由来するものである⁽¹¹³⁾。罪刑法定主義が「犯罪『行為』がなければ罰はない」ことを保障するものであり、処罰範囲を明確化するための「犯罪者のマグナ・カルタ」でなければならない以上、行為を確定するにあたっては、何らかの利益侵害行為があっただけでは不十分であり、ある特定の性質を有していることが必要不可欠である。瀧川がメツガーの構成要件論から多大な影響を受けつつも、あえて法益侵害性を過度に強調しなかったのは、その罪刑法定主義思想が防波堤の役割を果たしていたことに要因があろう。その意味で、瀧川が拡張的正犯論を正面から拒否したのは、きわめて納得のいくものであり、正当なものであるといえる。瀧川の罪刑法定主義思想は、間接正犯論の構成において、とりわけ拡張的正犯論を否定することにおいて、犯罪論上その真価をもっとも発揮することになったのであった。

また、瀧川は、「日常生活の観念」から得られた極端従属性説に最後までこだわりつづけ、当時有力化していた、制限従属性説にまで従属性を緩和することで間接正犯を狭義の共犯へと解消しようとする、いわゆる拡張的共犯論に対しても否定的な態度を終始貫き通した。瀧川の犯罪論とりわけ構成要件論を前提とする場合、自然主義的行為論の概念的反映である実行行為概念はどうしても形式的・客観的な性質を色濃く帯びたものとなっ

てしまう。したがって、そこから間接正犯を説明しようとするれば、おのずと共犯の従属性を緩和することによって拡張的共犯論へといたるという方向性もありえたはずであるが、そのような主張は一蹴されている。その理由は、瀧川が、法の比較法的・歴史的考察という観点から極端従属性説が自然発生的に基礎づけられてきたことを論証することによって、現在においてもその妥当性に何ら変化はないということを信じて疑わなかったこと、また、たとえ従属性の程度を緩和したとしても間接正犯をすべて狭義の共犯のなかへと解消することは不可能であると考えていたことにある。このような瀧川の考えについて、極端従属性説が間接正犯ないし狭義の共犯の成立に関して妥当な結論を確保することができないという点では、学説Ⅰ意見は一致しており、現在ではすでに支持を失っている。しかしながら、かりに制限従属性説に移行したとしても、間接正犯をすべて狭義の共犯として処罰し得ないとする部分については、今日ほぼ異論なく認められており、およそ賛同することができるものである。むしろ、他者を一方的に道具として利用し、自らの犯罪を実現しようとする者を正犯ではなく狭義の共犯として処罰することは、一般人の法感情からみて正犯性の範囲を過度に狭める点で妥当でないし、結果的に正犯として処罰すべき諸事例を狭義の共犯へと不当に格下げすることになってしまう点で到底許容することができない。その意味で、瀧川が間接正犯をまさに正犯として構成しようとしたのは、間接正犯論の発展にとって正しい道を歩むものであるといえることができる。

最後に、さきほど瀧川の自然主義的な行為論からはその概念的反映である実行行為概念もまた形式的・客観的なものとなってしまふと述べたが、むしろ反対に、瀧川は、罪刑法定主義の徹底という観点から、行為を自然主義的に理解することによって実行行為概念をあえて形式的・客観的なものに限定しようとしたということもできよう。瀧川は、実行行為概念を形式的・客観的なものとすることによって、犯罪行為の認定に対して裁判官の恣意的な判断が入り込むことを可能なかぎり防ごうとしたのかもしれない。

い。裁判官の恣意的評価を封じることがもっとも重要であるとする瀧川の罪刑法定主義思想からは、実行行為概念は極力形式的・客観的なものである方が望ましいはずである。しかしながら、実行行為をおこなう者のみが正犯であるとする瀧川を理解を前提とする場合、どうしても間接正犯の説明に窮してしまうことになる。そこで、瀧川は、道具理論を用いて実行行為概念の形式的・客観的性格を補おうとするのであるが、利用者が間接正犯であるか否か、すなわち介在者が道具であるか否かを評価するためには、不可避免的に裁判官の裁量がある程度働かざるをえなくなる。この点に瀧川の実行行為概念が抱えるジレンマを垣間見ることができよう。瀧川は、その罪刑法定主義思想の貫徹によって厳格な実行行為概念の基礎づけには成功したが、その代償として、間接正犯論において避けがたい困難に直面することになったのであった。

以上のような形式的・客観的な実行行為概念に否応なくつきまとう間接正犯論の弱点を克服するためには、罪刑法定主義の意義、あるいはそれを前提とする実行行為概念の捉え方そのものを一から考え直さなければならぬであろう。実行行為概念の形式的・客観的把握に固執するかぎり、間接正犯の問題を矛盾なく解決することはおよそ不可能である。結論のみを述べると、罪刑法定主義および実行行為概念を実質化させることこそが、今後採るべき唯一の方法であると考ええる。その具体的内容については、紙幅の関係上、ここで述べることはできない。この点はまた別の機会に譲ることとし、いったん本稿を締めくくりたいと思う。

- (1) 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。
- (2) 西原春夫『間接正犯の理論』(昭37年・1962年)1-2頁。
- (3) 間接正犯の問題が「近代理論刑法学上のアポリア」といわれるのは、まさしくこのような事情を考慮してのことであろう。大塚仁『間接正犯の研究』

(昭33・1958年)1頁参照。

- (4) 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。
- (5) たとえば、平野龍一「正犯と実行」『犯罪論の諸問題(上)』(昭56年・1981年)127頁以下、山口厚「条件関係の意義」『問題探究 刑法総論』(平10年・1998年)1頁以下、高山佳奈子『「実行行為」概念の問題性』『法學論叢』162巻1～6号(平20年・2008年)204頁以下、島田聡一郎「実行行為という概念について」『刑法雑誌』45巻2号(平18年・2006年)226頁以下など参照。ただし、これら批判の内部でも、完全に実行行為概念そのものを否定する立場と本概念の存在自体は維持し、その内容面に反省を求める立場とがある。
- (6) 実行行為概念に依存した犯罪論の危機を指摘するものとして、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。
- (7) わが国における「学派の争い」を論じたものとしては、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。
- (8) 瀧川の経歴および人物像については、小田中總樹「瀧川幸辰」『日本の法学者』(昭49年・1974年)383頁以下、同「瀧川幸辰の刑事訴訟法理論」吉川経夫=内藤謙=中山研一=小田中總樹=三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』(平6年・1994年)587頁以下、同「瀧川幸辰の経歴・業績と刑事手続論」『法律時報』52巻6号(昭55年・1980年)86頁以下、内藤謙「瀧川幸辰」『法学教室』158号(平5年・1993年)74頁以下、木村静子「刑法学者 瀧川幸辰先生」『法學論叢』72巻4号(昭24年・1949年)3頁以下、平場安治=木村静子=竹田直平=植田重正=佐伯千仞「座談会・瀧川幸辰先生を偲ぶ(その一、その二)」『書齋の窓』110号(昭38年・1963年)1頁以下、111号(昭38年・1963年)1頁以下、福井厚「加古祐二郎と瀧川幸

辰』『昭和精神史の一断面』（平3年・1991年）43頁以下など参照。また、瀧川の著作物については、団藤重光 = 中武靖夫 = 竹内正 = 木村静子 = 大野真義 = 瀧川春雄編集『瀧川幸辰刑法著作集』1巻～5巻（昭56年・1981年）にその多くが収められている。以下で著作集から引用する場合、著書の正式名称、編集者や出版年等については重複することから、初出のもの以外は便宜上省略して記載することをご了承願いたい。

- (9) 瀧川の基本思想と刑法理論の全体像については、中山研一「瀧川博士の刑法思想」『刑法の基本思想』（昭54年・1979年）80頁以下、内藤謙「瀧川幸辰の刑法理論」吉川経夫 = 内藤謙 = 中山研一 = 小田中總樹 = 三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』（平6年・1994年）537頁以下、同「瀧川幸辰の刑法理論1～5」『法律時報』52巻7号（昭55年・1980年）65頁以下、52巻8号（昭和55年・1980年）79頁以下、52巻9号（昭55年・1980年）100頁以下、52巻10号（昭55年・1980年）72頁以下、52巻11号（昭和55年・1980年）76頁以下、佐伯千仞「『犯罪論序説』」『法學論叢』第39巻1号（昭13年・1938年）153頁以下参照。
- (10) 瀧川理論の変遷について、中山は、第1期として萌芽期ともいうべき大正時代のいくつかの論文、第2期として最初に体系化された教科書である昭和初期に出た『刑法講義』（昭和3年、昭和5年）や『刑法総論』（昭4年）、第3期として社会的な問題意識を背景とし、追放の原因となった『刑法読本』（昭7年）、第4期として学問生活における1つの決算とみられる『犯罪論序説』（昭13年）、第5期として戦後の著作、という形で著作物に応じて5つの時代に区分する。中山・前掲注(9) 81-2頁。これに対して、内藤は、第1期として瀧川が学会に登場した大正6年から大正末期にいたる時期（大正 = 生成期）、第2期として昭和初頭から昭和6年までの時期（昭和初期 = 形成期）、第3期として昭和7年から昭和20年の敗戦までの時期（昭和戦前期 = 確立期）、第4期として戦後から昭和37年における瀧川の死にいたるまでの時期（昭和戦後期）というふうに4つの時代に大別して分析・検討をおこなっている。内藤・前掲注(9)「瀧川幸辰の刑法理論1」『法律時報』65-6頁。
- (11) 瀧川と罪刑法定主義との関係を考察したものとして、小林好信「瀧川幸辰と罪刑法定主義」『法学研究』第1巻1・2創刊号（昭51年・1976年）115頁以下参照。
- (12) Puffendorf, De jure naturae et gentium, 1706.
- (13) フォイエルバッハは、行為者にあらかじめ犯罪と刑罰とを知らしめておけば、打算的な存在である人間は犯罪をおこなうことによって刑罰を科される苦痛と犯罪をおこなわないことによって刑罰を科せられない快楽とを比較

し、苦痛を避け快楽を選択するはずであるとする、いわゆる心理的強制説を主張し、ここから罪刑法定主義を基礎づけようとした。Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1947, S. 36ff, 41.

- (14) Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 25.
- (15) 瀧川幸辰「罪刑法定主義ノ歴史的考察」『著作集』第4巻11頁以下。この点に関して、瀧川は、ショットレンダーによる分析を議論の土台にしている。Schottländer, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911, 1ff.
- (16) フォイエルバッハの心理的強制説に対する瀧川の評価については、瀧川幸辰「心理強制主義と意思の自由」『著作集』第4巻651頁以下、665頁以下参照。
- (17) 瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(昭22年1947年)(『著作集』第2巻に所収。以下引用は後者による。)15頁以下、同「罪刑法定主義の再認識」『著作集』第4巻40頁以下参照。
- (18) 罪刑法定主義の派生原則として、これまで一般的には、慣習刑法の排斥、絶対的不確定刑の否定、刑法の効力不遡及、類推解釈の禁止、の4つを挙げることが多いが、現在ではこれに加えて、刑法の明確性の原則、刑法の内容の適性の原則をも要求する見解が有力に主張されている。大塚・前掲注(4)57頁以下。なお、川端博『刑法総論講義』[第3版](平25年・2013年)47頁以下参照。
- (19) 瀧川・前掲注(15)「罪刑法定主義ノ歴史的考察」『著作集』第4巻33頁。
- (20) 瀧川・前掲注(15)「罪刑法定主義ノ歴史的考察」『著作集』第4巻35-6頁以下。ここで同時に瀧川は、「思フニ、法律解釈ノ要諦ハ、共同生活ニ関スル社会状態ヲ標準トシ、法律規定ニ包含セラルル思想ヲ、合理的ニ抽出スルニアリ。故ニ、ソノ方法ガ、社会ノ秩序ニ従ヒ、合理的ナル限りハ、凡テ許容セラルルベク、独リ類推ノミヲ區別シテ取扱フベキモノニアラザルナリ」と述べている。内藤によると、このように瀧川が類推解釈を許容した主な原因は、当時刑法学において絶対的な地位を確立していた牧野栄一の新派刑法学から著しい影響を受けたことによるものであるとされる。内藤・前掲注(9)「瀧川幸辰の刑法理論」『刑法理論史の総合的研究』546頁。
- (21) 瀧川幸辰「犯罪の防衛が犯人のマグナ・カルタか」『著作集』第4巻50頁以下、67頁以下。この点、瀧川によると、類推解釈の許容は牧野が刑法学に自由法運動をもたらしたことに起因するものであるが、わが国における罪刑法定主義に対する理解は欧米と比べて根が浅く、また、類推解釈を許容する空気がいたるところで醸成されていた当時と現在とでは大きく事情が異なる

るとされる。すなわち「更に自由法運動が起つた時代の我国の社会状態を考慮に入れる必要がある。それは大戦の直前であって、我国の資本主義が上向線を描きつつ世界資本主義の水準を目掛けて進んだ時代である。社会は極めて平和であつた。犯罪の多くは財産犯の常習者であつた。犯人は社会における落伍者であるが社会の敵ではない。社会は彼等を不幸な者として憐んだが憎むことは出来なかつた。彼等は救うべきであり、罰すべきではなかつた。斯ような時代、刑法における類推の許容は犯人にとって何の不安でもない。その事自体は甚だ進歩的だつたのである。自由法運動はこの社会的情勢を負うて刑法の領域にまで進出したのである」と述べたうえで、「それから二十年の月日が経過した。世界の諸国家と国民とは未曾有の苦い経験を体得した。諸国家の内部では貧富の懸隔が大きくなり、生活難が襲来し、犯人層は甚だしく拡大した。かつて落伍者として憐憫の情を垂れたころの犯人は憎むべき敵として現はれて来た。もはやこれを救うことは無意味である。むしろ淘汰すべきである。この状態において刑法の類推禁止を撤廃することは刑法のもつマグナ・カルタの機能の廃棄以外の何ものでもない」と結論づける。瀧川・同書「犯罪の防衛か犯人のマグナ・カルタか」『著作集』第4巻64頁。瀧川は、このような時代背景の変化こそが、自身を類推解釈の禁止へと方向づけたとする。当時の瀧川を取り巻く時代状況について詳細に分析したものととして、内藤・前掲注(9)「瀧川幸辰の刑法理論3」『法律時報』105頁以下参照。

- (22) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻19頁。この点に関して、瀧川はしばしば、リストが提唱した「刑法は犯罪者のマグナ・カルタである」という言葉を用いている。Vgl. Liszt, Ueber den Einfluß der soziologischen und anthropolologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrecht, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1905, 80f.; 本講演の邦訳として、丸山雅夫「翻訳 刑法の基本概念に対する社会学的研究と人類学的研究の影響について」『ノートルダム清心女子大学紀要文化学編』8巻1号(昭59年・1984年)155頁以下参照。
- (23) 瀧川・前掲注(21)「犯罪の防衛か犯人のマグナ・カルタか」『著作集』第4巻53-4頁。
- (24) 瀧川幸辰「犯罪類型と犯人類型」『著作集』第4巻75頁。
- (25) 瀧川幸辰「刑法の一部改正」『著作集』第5巻74-5頁。
- (26) 大塚・前掲注(7)50頁。
- (27) 瀧川幸辰「刑罰の本質としての応報」『著作集』第4巻555頁、同「刑罰について」『著作集』第4巻571頁、同『刑法講義 改訂版』(昭5年・1930年)23頁。

- (28) 瀧川幸辰「確信犯人と教育刑」『著作集』第4巻626頁。
- (29) 瀧川幸辰『刑法総論』(昭4年・1929年)(『著作集』第2巻に所収。以下引用は後者による。)237頁。
- (30) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻62頁、同・前掲注(17)『刑法講義 改訂版』57頁。
- (31) 大塚・前掲注(7)67頁。
- (32) 内藤によると、「瀧川の刑法理論においてもっとも注目すべき特色は、昭和戦前期において、刑法の任務・機能を考察するときの基本的前提として、また、客観主義犯罪論・応報刑論を基礎づける原理として、罪刑法定主義のもつ意義を強調したことにあり、さらに、その罪刑法定主義擁護論を『社会地盤』との関連で根拠づけたことにある」とされる。内藤・前掲注(9)「瀧川幸辰の刑法理論」『刑法理論史の総合的研究』540頁。
- (33) 瀧川幸辰『刑法読本』(昭7年・1932年)(『著作集』第1巻に所収。以下引用は後者による。)57頁。
- (34) 瀧川・前掲注(29)『刑法総論』『著作集』第1巻237頁。
- (35) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻34頁。
- (36) 瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻61頁、瀧川・前掲注(29)『刑法総論』『著作集』第1巻241頁。
- (37) 瀧川は、別の箇所において「行為は、(1)作為と不作為とを問わず法益の侵害(または危険)であるという意味において事実的要素を含み、故意的と過失的とを問わず意志に基く(意欲そのものが存在するか意欲の可能性が存在する)身体的動静であるという意味において意志的要素を含み、(2)事実的要素が違法判断に、意志的要素が責任判断に、根拠を提供するとゆうことになる。この二つの特徴が犯罪の外枠を画して、犯罪以外の出来事と区別せらるべき目標を形成する。斯くて行為概念は犯罪理論の出発点となり基礎となる」とも述べている。いずれにせよ、行為段階においては「意思にもとづくこと」のみが要求されている点で、その内容に基本的な相違はないものといえよう。瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻55頁。
- (38) 自然主義的行為論を採用するものとして、Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., 1919, S. 116; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 10f, 17; 牧野英一『重訂日本刑法上巻』(昭12年・1937年)121頁。自然主義的行為論(有意的行為論・因果的行為論)について詳しくは、Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung des Strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter Besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134ff.; Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 11ff.; Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmenge-

- schichtlicher Entwicklung, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 142ff.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, S. 241.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 219.
- (39) 目的的行为論については、Vgl. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 107f, derselbe, Studien zum System des Strafrechts, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 125, 129. derselbe, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33ff.; derselbe, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 6ff. (本書の邦訳として、福田平・大塚仁訳『目的的行为論序説』(昭54年・1979年)1頁以下)、米田泰邦『行為論と刑法理論』(昭61年・1986年)3頁以下参照。また、目的的行为論と間接正犯論との関係については、拙稿「存在論的考察方法と間接正犯」『法学研究論集』41号(平26年・2014年)97頁以下参照。
- (40) 瀧川幸辰「目的的行为概念」『著作集』第5巻352頁以下。
- (41) 瀧川・前掲注(40)「目的的行为概念」『著作集』第5巻359頁以下、364頁。
- (42) 瀧川・前掲注(40)「目的的行为概念」『著作集』第5巻364頁。
- (43) 瀧川・前掲注(29)『刑法総論』『著作集』第1巻241頁。
- (44) Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 1ff.; derselbe, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S. 24f.
- (45) 瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻58頁、
- (46) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻68頁以下。
- (47) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻71頁。
- (48) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻72頁。このような理解は、エム・エー・マイヤーの認識根拠論および徴表説とメツガーの違法類型説を組み合わせたものであろう。Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923 (Reprint1997), S. 10, 52, 182.; Mezger, Vom Sinn der Strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 2f. 6f. エム・エー・マイヤーおよびメツガーの構成要件論については、拙稿「目的論的(規範的)考察方法と実行行為」『法学研究論集』37号(平24年・2012年)11頁以下、14頁以下参照。
- (49) 瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻67-8頁。しかしながら、のちに瀧川は、罪刑法定主義の徹底による構成要件の明確化という観点から、犯罪論の構成を単純化する必要があるとして、主観的違法要素の存在を否定するにいたっている。瀧川幸辰「刑法における構成要件の機能」『著作

- 集』第5巻314頁以下、340頁、瀧川幸辰『刑法講話』（昭26年・1951年）（『著作集』第2巻に所収。以下引用は後者による。）615頁。
- (50) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻74頁以下。
- (51) 新構成要件論を主張するものとして、Mezger, Strafrecht (Ein Lehrbuch), 3. Aufl., 1949, S. 182.
- (52) Vgl. Mezger, Strafrecht (o. Fn 51), S. 200.
- (53) 瀧川・前掲注(29)『刑法総論』『著作集』第1巻260頁。
- (54) 瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻64-5頁。
- (55) Mezger, (o. Fn 48), S. 20.; derselbe, Strafrecht (o. Fn 51), S. 164, 166.
- (56) 瀧川・前掲注(29)『刑法総論』『著作集』第1巻261頁、瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻66頁、瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻71頁。
- (57) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻104頁。瀧川幸辰「規範的責任論における期待可能性」『著作集』第5巻365頁以下、瀧川幸辰「期待可能性論の回顧」『著作集』第5巻398頁以下。
- (58) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻102頁。ここでいう「行為支配の可能性」とは、責任能力者が行為の影響を認識あるいは認識可能である場合に、動機づけが正常であれば、その行為は社会生活上の要求する義務を無視するものであり、したがって非難を受けなければならないということの意味する純粋な責任要素であって、近ごろ有力に主張されている、正犯性の判断要素としての「行為支配」とは本質的に異なる概念である。この点については、Vgl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., 1926, S. 132.
- (59) 古典的犯罪論体系に属するものとしては、リストとベーリングを挙げることができる。
- (60) 新古典的犯罪論体系を代表するのは、メツガーである。
- (61) ドイツにおける犯罪論体系の変遷については、Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1ff, 19, 24. (本書の邦訳として、松生光正「刑法上の体系思考に関する序論」中山研一＝浅田和茂監訳『現代刑法体系の基本問題』（平2年・1990年）1頁以下）; Roxin, (o. Fn 38), S. 200ff.; Jescheck/Weigend, (o. Fn 38), S. 199ff.
- (62) 瀧川・前掲注(33)『刑法読本』『著作集』第1巻60頁、133頁、瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻176-7頁。
- (63) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説（改訂版）』『著作集』第2巻182頁。狭義の共犯規定を刑罰拡張事由とするのは、エム・エー・マイヤーを嚆矢とす

- る。Max Ernst Mayer, (o. Fn 48), S. 341, 347.
- (64) 瀧川幸辰「共犯ノ従属的性質ニ就テ」『著作集』第4巻352頁以下。
- (65) 瀧川・前掲注(64)「共犯ノ従属的性質ニ就テ」『著作集』第4巻354-5頁。
- (66) Liszt, (o. Fn 38), S. 122, 209f. リストの間接正犯論については、拙稿「リストの犯罪論体系と実行行為」『法学研究論集』35号(平23年・2011年)57頁以下参照。
- (67) Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, Gerichtssaal, Bd.37, 1885, S. 272f.; derselbe, Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 122f, 147, 152f. ビルクマイヤーの間接正犯論については、拙稿「間接正犯と教唆犯との限界づけ」『法学研究論集』34号(平23年・2011年)58頁以下参照。
- (68) Beling, Grundzüge des Strafrechts, 8/9. Aufl., 1925, S. 29.
- (69) Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1904, S. 122.
- (70) 瀧川・前掲注(64)「共犯ノ従属的性質ニ就テ」『著作集』第4巻364-5頁。
- (71) Max Ernst Mayer, (o. Fn 48), S. 390f.
- (72) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻193頁、180頁。
- (73) 形式的客観説が間接正犯を説明し得ないことを指摘するものとして、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 36.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband2, 8. Aufl., 2014, S. 402.
- (74) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻179頁。
- (75) 2つの正犯概念を対置したのは、ツィムマールが最初であるとされる。Zimmerl, Grundzätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW, Bd. 49, 1929, S. 39ff.: 正犯概念をめぐる争いについては、Vgl. Bähr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933.; Lony, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, 1934.; Lange, Der modern Täterschaftsbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935.; 佐伯千仞「二つの正犯概念」『共犯理論の源流』(昭62年・1987年)71頁以下。また、拙稿「正犯概念を巡る争いと実行行為」『法学研究論集』40号(平26年・2014年)141頁以下参照。
- (76) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻183頁。
- (77) 拡張的正犯概念を主張するものとして、Eberhard Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, 1930, S. 106ff.; Mezger, Strafrecht (o. Fn 51), S. 415f. エバハルト・シュミットおよびメツガーの間接正犯論については、拙稿・前掲注(75)154頁以下参照。
- (78) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻188頁。

- (79) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻188頁。
- (80) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻188頁。
- (81) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻185頁。
- (82) 瀧川は「……私は拡張的正犯論の目標を共犯否定の方向において看取する者である」と述べ、拡張的正犯論の徹底は共犯論全体の崩壊をもたらすと批判する。瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻189頁。
- (83) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻188頁。
- (84) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻189頁。
- (85) Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, 49ff.; Grünhut, Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW, 1923, S. 366ff.
- (86) その経緯については、佐伯千仞「いわゆる共犯の制限された従属形式」・前掲注(75)1頁以下、35頁以下参照。
- (87) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻190頁。
- (88) 小野の間接正犯論については、拙稿「小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論」『国士館法學』48号(平27年・2015年)123頁以下参照。
- (89) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭23年・1948年)200頁。
- (90) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻191頁。
- (91) 小野・前掲注(89)200-1頁。
- (92) 小野・前掲注(89)208頁。
- (93) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻191頁。
- (94) 佐伯千仞「タートベスタント序論」『刑法における違法性の理論』(昭49年・1974年)135-6頁。
- (95) 佐伯・前掲注(75)69頁。
- (96) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭56年・1981年)337頁。
- (97) 佐伯・前掲注(96)337-8頁。
- (98) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻191頁。
- (99) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻192頁。
- (100) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻192頁。
- (101) 瀧川の批判に対する佐伯の反論については、佐伯・前掲注(9)164-5頁。
- (102) 牧野・前掲注(38)411-2頁。
- (103) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻192頁。
- (104) Graf zu Dohna, Kritische Bemerkungen zum Edmund Mezger, Strafrecht, ZStW, Bd. 52, S. 114.
- (105) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻193頁。
- (106) Max Ernst Mayer, (o. Fn 48), S. 375f.

- (107) Bruns, (o. Fn 85), S. 72f, 75.: ブルンスの行為支配説については、Vgl. Roxin, (o. Fn 73), S. 61ff.
- (108) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 14f. フランクの遡及禁止論および間接正犯論については、拙稿・前掲注(67) 63頁以下参照。
- (109) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻193頁。
- (110) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻193頁。
- (111) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻194頁。
- (112) Bruns, (o. Fn 85), S. 53.
- (113) 瀧川・前掲注(17)『犯罪論序説(改訂版)』『著作集』第2巻195頁。