

《論説》

木村亀二の間接正犯論

—新派傾斜的折衷主義と実行行為概念—

矢 田 陽 一

目 次

1. はじめに
2. 基本思想
3. 罪論の体系構造
4. 間接正犯論
 - (a)正犯の一般原理
 - (b)正犯と共犯の概念
 - (c)共犯の従属性と独立性
5. 若干の考察
6. おわりに

1. はじめに

自らの手で直接犯罪を実現しない者がはたして正犯でありうるかという、刑法学が誕生した当初から現在に至るまで絶えず活発な議論が交わされている問題領域の1つが、間接正犯論である。すなわち、他者を通じて犯罪を実現する間接正犯と他者に働きかけて犯罪を実現させる教唆犯とをいかなる基準のもとで区別すべきであるかについて、わが国の刑法典はその制定以来永らく沈黙を保ったままであり、その理論構成いかなはおよそすべて解釈に委ねられている。そして、その理論構成は犯罪論の構成方法を直接反映するものであり、また、犯罪論がその時々哲学・思想を結晶化させたものであることから、間接正犯の問題は、論者の犯罪論はいうに及ばず、その背景にある哲学・思想の妥当性さえも判断するための試金石であるといえることができ

る¹⁾。したがって、間接正犯論を考察するにあたっては、本問題に対する表層上の議論を一瞥するだけではいまだ不十分であって、それらの前提をなす、論者の基本思想をも含めた刑法論全体との関係にまで目を向けることが不可欠である。

ところで、学説史を紐解くならば、従来、わが国における間接正犯論はいわゆる「学派の争い」²⁾から多大な影響を受けて展開されてきたことが見てとれる。すなわち、外部に現れた現実の「行為」に重点を置き、その類型であるところの構成要件的行為すなわち実行行為概念を中核とした犯罪論を構想する古典学派（旧派）客観主義と、「行為者」の内部に存する将来の危険性に着目し、「行為」はたんなるその徴表にすぎず、一般的に実行行為概念に特別の意義を認めない近代学派（新派）主観主義との対立は、とりわけ間接正犯論の捉え方を巡って先鋭化することとなった。この点、客観主義は、正犯とは実行行為をおこなう者であり、間接正犯も正犯の一種である以上、実行行為性の有無が間接正犯と教唆犯との区別にとって決定的であると主張したのであった³⁾。これに対して、主観主義は、行為者の危険性という視点から見れば、実行行為と教唆行為との間に本質的な差異は存在しない以上、間接正犯と教唆犯とは基本的に等しい性質を有するものであるとして、究極的に

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。）47頁参照。

2) わが国における「学派の争い」については、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。

3) 古典学派（旧派）を代表する小野清一郎と瀧川幸辰の実行行為概念および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、同「瀧川幸辰の実行行為概念と間接正犯論」『国士館法學』49号（平28年・2016年）391頁以下参照。

は間接正犯概念不要論へと至ったのである⁴⁾。換言すれば、間接正犯論における両者の争いは、犯罪論における実行行為概念の意義および機能をめぐる争いに収斂するといっても差し支えないであろう。

戦前から戦後にかけて、このような「学派の争い」は熾烈をきわめたが、やがて両者の止揚を試みる見解が現れるようになり、次第に有力化していくこととなる。この点、近代学派の立場を拠り所としつつも、ここから古典学派への積極的な歩み寄りをみせたのが、木村亀二である⁵⁾。木村の刑法論は、彼自身が述べるように、「主観主義の基本的見地に立って、理論的自己反省をすると同時に客観主義理論との総合を意図し、さらに、わが刑法の解釈論として目的的行为論を採り容れることに努力」したものであって、それまでの「学派の争い」の対立枠組みを超越した、新たな犯罪論の構築を目論むものであった⁶⁾。そして、彼の立場は、間接正犯論という観点から見ても、従来の見解とは大きく異なる独自の帰結に到達している点で、その理論的發展に果たした役割は少なくないものがあるといえる。

以上の点を踏まえ、本稿は、実行行為論の今後あるべき方向性を思想史・

4) 近代学派（新派）を代表する牧野英一の実行行為概念および間接正犯論については、拙稿「新派刑法学と実行行為」『法学研究論集』42号（平27年・2015年）173頁以下参照。

5) 木村の人となりについては、西原春夫「木村亀二の刑法理論」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）638頁、所一彦「木村亀二の刑事政策論」吉川ほか著『刑法理論史の総合的研究』（平6年・1994年）662頁以下、平野龍一「木村亀二博士を悼む」『ジュリリスト』503号（昭47年・1972年）82頁以下、団藤重光「木村亀二博士の急逝を悼む」『法律時報』44巻6号（昭47年・1972年）108頁以下、中川善之助＝杉之原舜一＝向坂逸郎＝駒沢貞志「木村亀二を偲ぶ」『法学セミナー』197号（昭47年・1972年）20頁以下、三代川四郎＝高橋敏雄＝金沢文雄＝大野平吉＝阿部純二「木村亀二博士の人と学問」『法学セミナー』200号（昭47年・1972年）12頁以下、金沢文雄「木村亀二博士の法哲学・刑事政策学・刑法学」『判例タイムズ』278号（昭47年・1972年）30頁以下など参照。なお、木村の来歴および業績については、団藤重光＝平場安治＝鴨良弼編『木村博士還暦祝賀 刑事法學の基本問題（下）』（昭33年・1958年）別表1頁以下参照（大野平吉著）。

6) 木村亀二著＝阿部純二増補『刑法総論』[増補版]（昭53年・1978年）序1頁（以下、『刑法総論』と略す。）。

学説史的観点から見定めるため、木村亀二の間接正犯論を手がかりとして、その犯罪論の体系構造との関係にくわえ、それらを形成するに至った彼の基本思想にまでさかのぼって、考察することを目的とする。論じる順序としては、まず、その土台となる彼の基本思想および刑法観を素描したのち、そこから導かれた犯罪論の体系構造を明らかにし、それらが正犯・共犯論とりわけ間接正犯論とどのような関係にあったのかを、彼の足跡を辿りつつ、詳細に分析・検討を行ったうえで、さいごに、彼の見解が今日の間接正犯論に対していかなる価値を有するのかについて、本稿の主たる関心事である実行行為概念との関係を中心として、若干のものを付言してみたいと思う。

2. 基本思想

木村の間接正犯論を論じるに先だって、その深奥に存する彼の基本思想ならびに刑法観について予め触れておきたい。もっとも、この点について、木村の基本思想ないし刑法観をこのような小著でくまなく語り尽くすことは、その哲学・思想的関心があまりに深遠かつ広範囲にわたるものであることや、戦争の前後を通じて彼の考えに大きな変化が生じたとみられるところが多数認められることなどから、到底不可能であるといわざるをえない。そこで、彼の間接正犯論を分析・検討し、今日の間接正犯論に対する影響を明らかにするという本稿の目的に照らし、これと緊密に関係していると思われる部分に限定して、ごく簡潔に言及するにとどめたい。

まず、木村の法哲学に関して、木村がその学問研究の出発点として精神的に取り組んだのは、主に 19 世紀から 20 世紀にかけての幅広い西欧法哲学思想であった⁷⁾。木村は、ルソーらの啓蒙思想ないし近代自然法論⁸⁾、サヴィ

7) 木村法哲学の全体像については、大野平吉「木村亀二博士の法哲学と刑法理論(一)(二)(三)」『熊本法学』19号(昭47年・1972年)1頁以下、20号(昭48年・1973年)1頁以下、21号(昭和48年・1973年)1頁以下、同「木村亀二の法哲学(一)」日本法哲学会編『日本の法哲学Ⅱ』(昭54年・1979年)24頁以下など参照。

8) 木村亀二『ルッソー・民約論』(昭24年・1949年)。

ニーを中心とする歴史学派⁹⁾、カントおよび新カント学派すなわちシュタムラーのマルブルク学派¹⁰⁾ およびヴィンデルバンド、リッカート、ラスクを中心とする西南ドイツ学派価値哲学¹¹⁾、ケルゼンの純粹法学¹²⁾、ヘーゲルおよびビンダーをはじめとする新ヘーゲル学派¹³⁾ならびに唯物史観¹⁴⁾などの研究に従事し、これらを常に批判的な観点から分析・検討することによって、その思想的な基盤を作り上げていった。この点、刑法学との関係では、新カント学派とりわけ西南ドイツ学派価値哲学の影響を見過ごすことはできない¹⁵⁾。木村は、自然科学的実証主義的が支配する没価値的・機械的・因果的な存在の領域と、人間の認識的範疇が創り出す価値的・規範的な当為の領域とを峻別し、法概念の目的論的構成を強調する、西南ドイツ学派価値哲学を

-
- 9) 木村亀二「サヴィニーの社会学的法律観」『法哲学』(昭24年・1949年)(以下、『法哲学』と表記する。)103頁以下、同「ヘーゲルとサヴィニー」同書141頁以下、同「サヴィニー」同書91頁以下など。
- 10) 木村亀二「法的感情と法的意識について(下)」『法学志林』30巻5号(昭3年・1928年)78頁以下、同「法実証主義の再検討」『日本法哲学年報』(昭37年・1962)11頁以下(以下、『再検討』と略す。),「ルードルフ・シュタムラー教授の永逝」『法学』7巻8号113頁以下など。
- 11) 木村「現代法律哲学の主潮」『法と民族』(昭16年・1941年)390頁、同・前掲注10)『再検討』28頁など。
- 12) 木村亀二「『ケルゼン』の法律社会学の方法論(一)、(二・完)」『法学志林』24巻1号(大11年・1922年)46頁以下、同24巻2号224頁以下、同「ケルゼンの自然法否定の理論」・前掲注9)『法哲学』221頁以下、同「ケルゼンの法律解釈論」『法学志林』36巻7号(昭9年・1934年)824頁以下、同「『ケルゼンの純粹法学』を読む」『法律時報』4巻10号(昭6年・1931年)246頁以下、同「ケルゼン『国家形態と世界観』」『国家学会雑誌』47巻2号(昭6年・1931年)296頁以下、同・前掲注10)『再検討』1頁以下など。
- 13) 木村亀二「新『ヘーゲル』派ノ法律哲学(一)、(二・完)」『法学協会雑誌』39巻8号(大10年・1921年)1400頁以下、同9号1572頁以下、同「ヘーゲルの刑法理論の現代的意味」『刑法解釈の諸問題』(昭14年・1939年)(以下、『諸問題』と略す。)30頁以下など。
- 14) 木村亀二「法学者としてのカール・レンネル」・前掲注9)『法哲学』337頁以下など。
- 15) 木村自身、東大入学当初より、ラスクの『法哲学』を精読していたと回想していることからわかるように、かなり早い段階から西南ドイツ学派価値哲学に強い関心を抱いていたようである。木村亀二「わたくしの学生時代」『法学セミナー』133号(昭42年・1967年)34頁。

部分的に受け容れつつも、その実在と価値とを完全に分離することに関しては、あくまでも否定的であった。そこから、イエネリックの法律学的方法二元論、ラートブルフの価値相対主義やケルゼンの法実証主義などに対しても、終始一貫して批判的な態度を示していた¹⁶⁾。また木村は、実定法に先行し、その指導理念となるところの、いわゆる自然法の観念を肯定したうえで、その実定法との関係について、両者は異なる価値体系に属するものの、決して平面的に相対立するものではなく、「相互に制約・被制約の弁証法的結合の関係」にあると解していた¹⁷⁾。このようなことから木村は、存在論の領域をたんに没価値的で無秩序なものとして把握したのではなく、もとより価値的で統一的な秩序を形成する有意味なものとして理解していたことが窺われる。そしてこの点に、後述するような、木村が目的的行为論の導入へと踏みきった思想上の淵源があるとみることができよう¹⁸⁾。

つぎに、木村の刑法観について、その端々にまで満遍なく浸透しているのは、いうまでもなく、近代学派（新派）の刑法思想である。木村は、九大事件で大学を辞職したのち、上京してかねてより知遇をえていた牧野英一のもとを訪れ、ここから刑法学の研究を開始することとなる。そのため、木村の刑法観は、その当初においては、牧野の刑法思想にその大部分を負うものであったといえることができる¹⁹⁾。すなわち、木村は、犯罪者の捉え方について、

16) 木村亀二「法律学的方法二元論」『国家学会雑誌』（大13年・1924年）38巻1号49頁以下、同「ラートブルフの相対的法律価値論（一）、（二・完）」『国家学会雑誌』36巻12号（大10年・1921年）1592頁以下、同37巻1号（大13年・1924年）39頁以下など。

17) 木村亀二「実定法と自然法」『法哲學四季報』（昭23年・1948年）35頁。

18) 金沢もまた、木村の法哲学と目的的行为論との関係について「先生自身の考え方のなかに、新カント学派の存在と当為の分離にあき足らないところがあり、そういうところにウェルツェルの存在論的とまでいわれる考え方、存在構造そのものを規範の世界に反映する、あるいは価値は存在構造に根ざしているというような考え方が、先生にぴったりしたのではないかと思うんです」と述べている。三代川四郎＝高橋敏雄＝金沢文雄＝大野平吉＝阿部純二・前掲注5）20頁[金沢発言]。

19) 西原によると、この当時の木村に関して、研究テーマ・理論の内容ともに、「牧野の影響が強烈に現れているといえることができよう」と述べている。西原・前掲注5）644頁。

カント・フォイエエルバッハラが念頭に置いていた、自由意思を有する理性的な人間像ではなく、ロンブローゾ・フェリー・ガラファロなどが中心となって構想した、素質と環境とによって必然的・運命的に決定づけられた自然科学的・実証主義的な人間像を措定していた²⁰⁾。そのうえで、刑罰論においては、応報刑論をすでに役目を終えた自由主義・個人主義の遺物と見なし、団体主義および社会防衛的な観点から犯罪者の改善・更生の必要性を高調する教育刑論を、犯罪論においては、行為者人格から切り離された、たんなる抽象的・観念的な行為ではなく、具体的・実存的な行為者およびその行為を刑法的評価の対象とする主観主義を、それぞれ理論的な出発点としたのであった²¹⁾。

しかしながら木村は、時代を追うに従って、次第に近代学派に偏重した立場から、古典学派との止揚をより強く意識した、折衷主義へのさらなる接近を模索するようになる。すなわち、木村によれば、「学派の争い」における「今日の課題は、刑法学派の争の中に展開せられた新旧両学派の主張をいかに批判し、これを超克・綜合するかにあるといわねばならない」²²⁾とされ、その最も重要な問題は、刑罰の本質論、犯罪の本質論、自由意思論の中にあるとした。この点、刑罰の本質においては、近代学派の特徴である教育刑論の正当性を確認する点で²³⁾、また、自由意思論においては、自由意思の存在を原則として否定し、決定論の立場が妥当であるとする点で²⁴⁾、これまでの主張を基本的に踏襲するものであった。これに対して、犯罪論との関係で最も重要であるところの、犯罪の本質論においては、さらなる理論的深化の途を歩むこととなる。この点、木村によると、従来の主観主義と客観主義とはともに、いまだ犯罪をなさない者が犯罪に至る可能性すなわち社会的危険性と、犯罪をなした者が再び犯罪へと至る可能性すなわち犯罪的危険性とを明確に

20) 木村亀二「刑法に於ける人間」・前掲注13)『諸問題』1頁以下。

21) 木村亀二「刑法に於ける客観主義と主観主義」・前掲注13)『諸問題』91頁以下。

22) 木村・前掲6)『刑法総論』36頁。

23) 木村亀二「應報刑と教育刑」『刑法の基本概念』(昭23年・1948年)53頁以下、同・前掲注6)『刑法総論』46頁以下。

24) 木村・前掲注6)『刑法総論』57頁以下。

区別しないまま議論していた点でいまだ不十分であり、また、主観主義が犯人の情操・危険性・反社会性から犯罪行為さらには結果の発生に至るまでをもつぱら因果的なメカニズムの一環としてのみ理解し、客観主義もそのような主観主義の特質を十分に認識しないまま批判していた点で不適切であるとして、これら「かつての新派」と「かつての旧派」との争いはもはや過去の歴史的事実には属するものにすぎないとする²⁵⁾。そして、刑法的評価の対象は犯罪的危険性の意味に限定されるべきであって、これを等閑視して抽象的に犯罪の行為および行為者を理解することは不可能であるとしつつ、客観主義が行為をたんなる因果的なメカニズムの一環ではなく、意思の実現と解し、意味的事実としての人格を強調したことは、その限りにおいて正しいものであることを率直に認めたのであった²⁶⁾。これらを前提として、今後あるべき主観主義は「まず、人間の行為従って犯罪が因果的連関を超越して存在しないことを認識し、行為としての犯罪が行為者の犯罪的危険性の徴表であると解すると同時に、しかし、人間の行為は単純な因果的連関の通過点ではなく意味的事実としての意思の実現であり、その意味は意味的連関の統一体としての人格の表現であると解し、その意味において行為者と切り離れた行為はなく、行為は行為者の行為として理解せられる」としたのであった²⁷⁾。

さらにその後木村は、事実学としての犯人主義と規範学・法解釈学としての犯罪主義の相違という、これまでとはやや異なる視点から主観主義と客観主義の対立をとらえ直し、元来、両者はそれぞれ別個独立した学問領域を形成するものであることから、両立こそすれ矛盾するものではないとし、その対立を過度に強調した初期の思想には概念的な混同があったといわなければならないとした。そのうえで、「……刑法学の対象となる行為者および行為は、一面においては因果的連関の系列において決定せられながら、他面においては意味的連関の統一体として有意味的行為の主体であり、その行為であ

25) 木村・前掲注6)『刑法総論』50頁、とりわけ53頁以下。

26) 木村・前掲注6)『刑法総論』55頁。

27) 木村・前掲注6)『刑法総論』54-5頁。

るという性質をもち、その意味的連関における主体としての行為者とその行為を理解することに刑法および刑法学がその固有の対象をもっているのである」²⁸⁾と述べ、「このように刑法における行為者および行為をもって因果的連関と意味的連関の不可分的な現実的結合と解することによってかつての旧派とかつての新派の見解が総合統一せられると同時に、刑法的人間像が現実在即して認識・理解されることになる」と結論づけたのであった²⁹⁾。

以上のように木村は、かつては牧野の影響により、近代学派主観主義的な刑法観に頗る傾斜していたが、徐々に客観主義に対する態度を軟化させ、最終的には両者の理論的な統合・止揚を企図すべく、新たに折衷主義の立場を標榜したのであった。すなわち、従来のように主観主義と客観主義との争いを二項対立図式的に捉えるのではなく、素質や環境によってある程度決定されつつも、自らの意思に従って主体的に決定していく現実的な人間像を前提とし、そのような相対的自由意思に条件づけられた実質的な行為者の行為こそが犯罪論の中心に置かれるべきであることを強く主張したのであった。木村は、このような「決定されつつ、決定する」³⁰⁾ところの、行為者および行為概念を基底として、独自の犯罪論を構築していくことになる。

3. 犯罪論の体系構造

木村は、一方で、その刑法論の全般的な枠組みに関しては、あくまで主観主義の立場を堅持しながらも、他方で、ごく初期のころから晩年に至るまで、こと犯罪論においては首尾一貫して客観主義的な理論構成に拠っていた。すなわち、木村によると、犯罪とは「構成要件に該当する違法かつ有責的な行為」とであると定義され、犯罪の一般的成立要件として、違法性や有責性とならんで、基本的には主観主義の立場とは相容れないとされる

28) 木村亀二『犯罪論の新構造（上）』（昭41年・1966年）10頁（以下、『犯罪論（上）』と略す。）

29) 木村・前掲注28）『犯罪論（上）』11頁。

30) 木村・前掲注6）『刑法総論』67頁。

構成要件該当性が、その一独立した要素として取りあげられているのである³¹⁾。これは、上述したように、木村がその研究の当初より新カント学派とりわけ西南ドイツ学派価値哲学の研究に力を入れていたことから、自然科学的実証主義の刑法理論をそのまま受容することをよしとせず、当該価値哲学の産物である法概念の目的論的・規範的構成に格別意を注いでいたことが一因であると考えられる。その意味で木村の犯罪論は、主観主義と客観主義との争いをこれまで通りたんになぞるような、通り一遍のものではなく、哲学・思想の進展など様々な知見を積極的に摂取しつつ、それらをより高次元において統合しようとする、きわめて複合的・重層的なものであったということができる。

それでは、木村は犯罪論の礎石である行為論についていかなる考えを持っていたのであろうか。この点、木村は、周知のとおり、当時ドイツで華々しく議論され、わが国の刑法学にも著しい影響を及ぼしていた目的的行为論をその行為論の基礎に置いている³²⁾。すなわち、木村によれば、従来の主観主義と客観主義とはいずれも、行為の構造において、意思の存在と内容とを峻別し、行為の段階においてはもっぱら何かを意識したかどうかという意味の存在のみが重要であり、何を意欲したかという意味の内容は有責性の段階においてようやく問題となるにすぎないとする、いわゆる因果的行為論（自然主義的行為論・有意的行為論）を前提とする点で共通するものであるとされ

31) 木村は、昭和11年に刊行された『法律學辭典』においてすでに「……形式的意義に於ける犯罪とは構成要件に該當したる違法にして且つ有責なる行為である」と定義しており、このような定義が主観主義と調和しようと述べていた。木村亀二「犯罪」末弘厳太郎＝田中耕太郎編『法律學辭典』第4巻（昭和11年・1936年）2228頁。木村亀二『全訂新刑法讀本』（昭和42年・1967年）165-6頁（以下、『讀本』と略す）、同・前掲注6）『刑法総論』128頁、同・前掲注28）『犯罪論（上）』20-1頁。

32) 木村は当初、目的的行为論の意義を一定程度認めつつも、その体系構造には批判的であったため（木村亀二「刑法における目的的行为論」『季刊法律学』14号（昭和28年・1953年）3頁以下）、のちにこれを受け入れるに至ったことは、学会に大きな驚きをもたらしたとされる。この点について、西原・前掲注5）650頁。

る³³⁾。この点、因果的行為論に対しては、意思の存在と内容とは現実に密接不可分の関係にあること、意思はたんなる外部的事実の認識を意味するものではなく、一定の結果を予見し、その実現に向けて手段を目的意識的に選択し、そのもとで因果関係を支配・統制することに本質があること、また、行為は単純な因果的必然性の過程ではありえないことなどの批判が可能であり、およそ妥当であるとはいえないとする³⁴⁾。そしてここから、行為とは、その存在構造論上「……将来実現しようとする一定の結果を目的として予め認識し、その予見せられた目的を実現する意図の下に、目的意識的に、その目的実現に必要な手段を選択し、その手段の適用から生ずるであろうところの副次的結果をも念頭において、外部的動作に出で、因果関係を支配・統制して外界にはたらきかけることである」として、行為の段階ですでに意思の存在と内容とを統合すべきであるとする、目的的行為論を大々的に展開する³⁵⁾。また、このような行為の目的性は、もっぱら構成要件上重要な結果を志向する故意犯だけに備わるものではなく、構成要件上重要でない結果を志向する目的的行為という理解を前提として、過失犯にも当然認められるべきであるとする³⁶⁾。さらに、存在論の領域に属する行為の目的的構造は規範論に属する構成要件論に前置されるものであることから、構成要件は行為の目的的事物論理構造をある程度忠実に記述・模写するものでなければならぬとして、部分的ながら立法者に対するその存在論的拘束性を肯定するのである³⁷⁾。このような点からして、木村の目的的行為論はヴェルツェルのそれからかなりの影響を受けていたといえることができる³⁸⁾。

このように木村は、従来の主観主義と客観主義が暗黙のうちに前提としていた理解を、その当時目覚ましい成果をあげていた目的的行為論の導入とい

33) 木村・前掲注6)『刑法総論』序1頁。

34) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』105-6頁。

35) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』107頁。

36) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』113-4頁。

37) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』114-5頁。

38) Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 78, 79, 104.

う新たな視点に基づいて、一から構成し直したのであった。

木村の犯罪論は、このような目的的行為論を前提として組み立てられている。すなわち、木村は、ドイツにおける犯罪論の学説史を振り返り、これまでの議論が、ペーリングによって基礎づけられた、構成要件をもっぱら没価値的な犯罪行為類型としてのみ把握し、違法性を客観的・外部的事実に対する評価として、また、有責性を主観的・内部的事実に対する評価として把握する点で、行為類型説、古い客観的違法性論ならびに心理的責任論に拘泥するものであって、今日ではもはや妥当性を欠くものであると批判する³⁹⁾。すなわち、木村は、M.E. マイヤーによる主観的および規範的構成要件要素の発見⁴⁰⁾、メツガーによる評価規範・意思決定規範の区別⁴¹⁾、ヴェルツェルの目的的行為論⁴²⁾、マウラッハによる主観的構成要件要素の積極的承認⁴³⁾、および、グラフ・ツー・ドーナによる「評価の対象」と「対象の評価」との峻別⁴⁴⁾など、当時のドイツ刑法学が度重なる議論の末ようやく獲得するに至った様々な成果を批判的に分析・検討したうえで、その犯罪論の中に採り容れようと試みた。具体的には、次のような点に大きな特徴があるといえる。まず、構成要件は当該行為が刑法上重要であるか否かを判断するための意味的形象であるという点において違法という無価値「評価の対象」であり、その対象には、特定の犯罪における目的・傾向だけでなく、一般的な主観的要素である故意・過失もまた当然含まれる点で、たんなる外部的・客観的なものではなく、また、違法な行為の定型である点で価値的・規範的な性質を有するものである

39) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.; 木村・前掲注 28)『犯罪論(上)』32頁以下。

40) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 182, 185ff.

41) Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 20.; ders., Strafrecht (E in Lehrbuch), 3. Aufl., 1949, S. 164, 166.

42) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 129.; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 1ff. (本書の邦訳として、福田平＝大塚仁訳『目的的行為論序説』(昭和54年・1979年)参照); ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33ff.

43) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1965, S. 228f.

44) Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 1936, 4. Aufl., 1950.

から、没価値的なものでもない⁴⁵⁾。また、違法性は評価規範に対する違反であり、このような客観的な法秩序に反する行為に対して無価値判断をおこなうという点で「対象の評価」を意味し、ここでは外部的・客観的事実だけでなく、内部的・主観的事実もまたその評価の対象に含まれることになる⁴⁶⁾。この点、違法性では、法益侵害ないしその危険性という結果無価値だけでなく、行為態様ならびに主観的要素が「公の秩序善良の風俗に反すること」すなわち社会的に不相当であることを意味する行為無価値もまた考慮されることになる⁴⁷⁾。さらに、有責性は意思決定規範に対する違反であり、このような意思の義務違反性に対する無価値判断をおこなうという点で、違法性と同じく「対象の評価」を意味することとなる⁴⁸⁾。この点、有責性では、規範的責任論さらには目的的行為論の徹底という観点から導かれる帰結として、期待可能性の理論を部分的に承認することにくわえて⁴⁹⁾、苦心の末、故意と違法性の意識の可能性とを分離し、故意を有責性から放逐する、いわゆる責任説の採用へと至った⁵⁰⁾。そして、構成要件は違法性の「徴表」あるいは「存在根拠」であるという点で違法行為の「定型」ではあるが、構成要件と犯罪類型(Delikttypus)とを同視することはできない以上、責任行為類型ではない⁵¹⁾。しかしながら、違法性の意識の可能性や期待可能性は常に特定の構成要件によって特殊化されるので、構成要件・違法性と有責性とはなお密接不

45) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』31-40頁、同・前掲注6)『刑法総論』135-6頁、同・『讀本』31)167頁以下。

46) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』69頁、224頁以下、同・前掲注6)『刑法総論』236頁以下、同・『讀本』31)187-8頁。

47) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』234頁、同・前掲注6)『刑法総論』245-6頁、同・『讀本』31)207頁。

48) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』69頁、同・前掲注6)『刑法総論』297頁、同・『讀本』31)221頁。

49) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』47頁以下、同・前掲注6)『刑法総論』300-1頁、同・『讀本』31)221頁。

50) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』53頁以下、60頁、同・前掲注6)『刑法総論』311頁、同・『讀本』31)231頁。

51) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』79頁、同・前掲注6)『刑法総論』135-6頁。

可分の関係にあるとする⁵²⁾。

これらを踏まえて、木村の犯罪論およびその体系構造は次のように要約することができよう。すなわち、行為論の次元においてすでに意思の存在と内容との一致を説く目的的行为論を犯罪論の礎とし、そのうえで、有意味な目的的行为の概念的反映として、構成要件論においては、主観的構成要件要素と規範的構成要件要素の存在を肯定し、違法論においては、結果無価値だけでなく行為無価値をも考慮し、責任論においては、故意を責任論から排除するとともに、期待可能性および違法性の意識の可能性を独立した責任要素として承認する。また、構成要件は「評価の対象」であるのに対して、違法性と有責性とはともに「対象の評価」であるという点で共通するものの、後二者はそれぞれ規範構造の差異から区別されることになる。くわえて、構成要件は違法行為類型ではあるが、犯罪類型とは異なるという意味で責任行為類型ではない。

4. 間接正犯論

(a)正犯の一般原理

木村の間接正犯論は、先に述べた基本思想および犯罪論の体系構造を理論的な土台として、その全体像が形づくられている。以下では、前もって一般的に木村が正犯・共犯論をどのように把握していたのかという点を明らかにしたうえで、その特殊な一適用領域である間接正犯論へと立ち入りたいと思う。

木村は、まず、共犯（広義の共犯すなわち共同正犯・教唆犯・幫助犯）の構成要件該当性に関して、次のような考えを披瀝している。すなわち、従来の見解は、共犯（および未遂）を犯罪の「現象形態」（Erscheinungsformen）としてのみ理解していたが、このような名称は、一般的な犯罪の分類、たとえば、危険犯、故意・過失犯などもそれはそれで一つの現象形態とみられる

52) 木村・前掲注 28)『犯罪論（上）』72・3頁。

点で、その特質を十分にいい表したものとはいえない⁵³⁾。これに対して、刑法各本条が規定する単独正犯の構成要件を基本とし、そこに包摂されていない共犯はこれに関する特別の規定が創設されてはじめて刑罰が科せられることになるとする刑罰拡張事由説や、結果に原因を与えた者はすべて正犯であるが、共犯規定があることによってかえって刑罰が制限されることになるとする刑罰縮小事由説は、単独正犯の構成要件を原則とし、共犯の拡張あるいは縮小された構成要件を例外とする点で、構成要件の捉え方を根本的に誤っている⁵⁴⁾。なぜならば、構成要件該当性という見地からは、単独正犯も共犯も構成要件該当性の一つの「実現態様」である点で共通しているからであり、なおかつ、そう解することによって、共犯の構成要件該当性が犯罪の成立要件の問題であってたんなる刑罰の問題ではないことなどの重要な帰結が導かれるとする⁵⁵⁾。木村の考えをまとめると、単独正犯を予定する刑法各本条の規定と共犯規定との間で原則・例外あるいは主・従の関係は存在せず、それらはたんに異なる「実現態様」の相違を表すにすぎないものであるということが出来る。このような理解は、後述するように、木村の正犯・共犯論を特徴づける実行行為概念の理解および共犯独立性説を背景とするものである。

(b)正犯と共犯の概念

以上のような正犯・共犯についての基本的理解を前提として、木村は、正犯と共犯の概念およびそれらの関係について、予め概念それ自体の内容を確定したのちに、それらの関係性の問題を論じるべきであるとする。

まず、そもそも正犯と共犯の概念に関する問題、すなわち、正犯と共犯とをいかにして区別すべきであるかという問題から見てみよう。木村によると、正犯と共犯との区別をめぐる学説として、つぎの5つのものが重要であるとされる。すなわち、主観説、拡張的正犯者概念説、実質説、形式説（定型説・

53) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』214頁。

54) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』216頁。

55) 木村・前掲注28)『犯罪論(上)』216-7頁、同・前掲注6)『刑法総論』386頁。

形式的客観説)、目的的行為支配説の5種である⁵⁶⁾。以下で、木村がそれらに對してどのような態度で接したのか、一つ一つ取りあげることとしたい。

第1に、主観説について、木村によれば、この見解は因果関係における条件説を基礎として、構成要件の結果に条件を設定した者はすべて原因を与えた者であるとし、すべての条件は原因として等価的であることから、因果関係の観点から正犯と共犯とを区別することはできないという理解をもとにして、行為者の主観面に両者の区別基準を求める見解をいうとされる⁵⁷⁾。この点、この見解は、自己の目的・利益のためにした場合を正犯とし、他人の目的・利益のために行為した場合を共犯とする目的説・利益説と、「自己の行為をする意思」(animusauctoris)で行為する者を正犯とし、「他人の行為に加担する意思」(animussocii)で行為する者を共犯とする故意説とに区別されるとする。木村は、まず、目的説・利益説に対しては、囑託殺人、囑託墮胎、他利的な強盗・詐欺・恐喝、背任などを正犯として処罰できなくなる点、また、妻乙の歡心を買う目的で妻乙のために真珠の首飾りを窃取した夫甲は、窃盗の構成要件を実現したにもかかわらず正犯として処罰できなくなる点で、「奇妙な結論となり不合理である」と批判する⁵⁸⁾。つぎに、故意説に対しては、「自己の行為」および「他者の行為」という、はじめから客観的に区別されたものを議論の前提としている点で、そもそも主観説とはいえないこと、また、本説が「自己行為の意思」か「他者行為の意思」かの区別を法秩序の見地から客観的意味において理解すべきであるとする点で、最終的には後述する形式説に帰着し、「主観説の徹底は結局、主観説の否定にいたる」と批判する⁵⁹⁾。さらに、このような不合理な帰結を回避するために、完全に構成要件該当行為をおこなった者は例外的に正犯であるとする見解に対しても、統一的な正犯概念を放棄するものであって、結局のところ「主観説自体が不可能

56) 木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(昭43年・1968年)82頁以下(以下、『犯罪論(下)』と略す。)

57) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』82・3頁、同・前掲注6)『刑法総論』375頁。

58) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』83頁。

59) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』84頁。

に終わるといわねばならない」として一蹴する⁶⁰⁾。以上により木村は、目的説・利益説も故意説とともに、正犯と共犯とを区別する基準としては「妥当性がない」と結論づけている⁶¹⁾。

第2に、拡張的正犯者概念説について、木村によると、主観説と同じく、条件説を基礎とするものの、行為者の主観ではなく、客観的な法的・規範的評価の相違に正犯と共犯との区別基準を求めようとする点で、客観説の一種であるとされる⁶²⁾。すなわち、構成要件の実現に一条件を設定した者はすべて「一般的」あるいは「本来的」正犯であるが、因果関係のうで同価値であることが法的に同価値であるわけではないとし、共犯概念が徹頭徹尾実定法の産物であることを前提として、実定法上、教唆犯と幫助犯が規定されている以上、これら刑罰縮小事由に当てはまらない限りにおいて、行為者は正犯であるとする見解をいう。この見解に対しては、わが刑法が幫助犯に関しては必要的減輕主義を規定していることから、一応正犯との相違は基礎づけられうるが、教唆犯については正犯と同一法定刑が予定されている以上、正犯と教唆犯とで「刑法的評価を異にするという理論は成り立たない」と批判する⁶³⁾。また、過失による教唆・幫助を一律に正犯とする点で「常識的にいっても不合理な結論である」とする⁶⁴⁾。さらに、本見解は間接正犯の説明に便宜であるといえなくもないが、これは「教唆犯・幫助犯以外は共犯でない」という消極的命題から、直ちに、共犯でないものは正犯だという形式論的帰結を引き出しただけで、何ら積極的な正犯概念を論証することなく、積極的に間接正犯の正犯性を主張するものであ」って、「不十分なものに終わっている」と批判する⁶⁵⁾。くわえて、より本質的には、本見解が刑罰的评价という法的効果の相違を根拠として法的効果の前提である正犯と共犯とを区別しようと

60) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』84頁。

61) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』85頁。

62) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』85頁、同・前掲注6)『刑法総論』375頁以下。

63) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』85頁。

64) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』86頁。

65) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』86頁。

するものであり、「これは法的思惟の論理の顛倒であ」る点で「妥当性が全然な」く、「その否定は当然である」とする⁶⁶⁾。このように、拡張的正犯概念もまた、正犯と共犯とを区別する基準とはなりえないと述べている。

第3に、実質説について、木村によると、主観説や拡張的正犯者概念説と同様、因果関係論を基礎とする点で共通するが、因果関係において原因と条件とを区別し、構成要件の結果に対して原因を与えた者が正犯であり、条件を与えたにすぎない者が共犯であるとする点で区別される⁶⁷⁾。また、原因を与える行為を構成要件の行為すなわち実行行為と解し、実行行為をおこなう者が正犯であるとする点において、次にみる形式説と共通する部分も認められるとする。この見解に対しては、因果関係はあるかないかであって程度の相違は存在しないので、原因と条件とを区別し、それを前提として正犯と共犯とを区別することは不可能であると批判する⁶⁸⁾。また、原因を与える行為を実行行為とする点で、たしかに実質犯・結果犯ではそのような理解は可能であるが、住居侵入罪や名誉毀損罪のような純粋挙動犯では因果関係は問題となりえないから、説明として不正確であるとの誹りを免れないとする⁶⁹⁾。このように、実質説もまた、両者の区別を説明するのに十分でないと斥けている。

第4に、形式説（定型説・形式的客観説）について、木村によると、構成要件の概念を中心として、構成要件の行為すなわち実行行為をおこなう者を正犯とし、実行行為以外の行為をする者を共犯とする見解をいうとされる⁷⁰⁾。本見解は、実行行為をおこなう者だけが正犯であるとする点において制限的正犯概念の一つに属し、共犯行為は本来不可罰であるが、刑法典に規定された共犯規定によって個々の構成要件が拡張・修正され、処罰されることとなる点で、共犯を刑罰拡張事由とみる点に特徴があるとする。本見解に

66) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』86頁。

67) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』87頁、同・前掲注6)『刑法総論』376-7頁。

68) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』87頁。

69) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』87頁。

70) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』88頁、同・前掲注6)『刑法総論』377頁以下。

対しては、そもそもなにをもって実行行為とみるのかが問題となるとし、従来、それは日常用語使用例に基づいて理解されているが、これだけでは「漠然として現実性がない」と批判する⁷¹⁾。また、たとえば窃盗罪においてその首領のように実行行為をおこなわない者を正犯とすることができない点で「この結論もまた不合理という感をぬぐいえないであろう」とする⁷²⁾。さらに、結果犯において、日常用語使用例ではなく、原因すなわち「物理的に介在された因果関係」を設定した者を正犯、条件すなわち「心理的に介在された因果関係」を設定したにすぎない者を共犯とする見解や、結果に対して相当因果関係を設定した者が正犯であるとする見解もあるが、前者に対しては、実質説への批判が同じく妥当するとし、後者に対しては、共犯もまた相当因果関係を有する点で不適切であると批判する⁷³⁾。そのうえさらに、より本質的な問題点として、本見解は構成要件的行為を実行行為と解するが、共犯行為も修正されているとはいえ構成要件的行為であるから実行行為である以上、実行行為概念によって正犯と共犯とを区別することは不可能であり、その他の基準を用いる必要がある点で妥当でないとする⁷⁴⁾。これらを理由として木村は、実行行為の有無を基準とする形式説もまた、正犯と共犯とを明確に区別することができず、妥当でないと結論づけている。

以上のように、木村は、上述した4つの見解に対してはそれぞれ看過しえない欠点が存在するが、より本質的な批判は、これらすべてが因果的行為論を前提としているという点にこそ向けられなければならないとする⁷⁵⁾。すなわち、行為の次元では意思の存在のみが考慮され、意思の内容は有責性の段階においてようやく問題となるにすぎないとする因果的行為論によるならば、その概念的反映としての客観的な構成要件的行為すなわち実行行為と、責任段階における、なにを欲するかという意思内容とが完全に切り離されて

71) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』89頁。

72) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』89頁。

73) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』90頁。

74) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』90-1頁。

75) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』92頁。

しまい、そこに主観と客観との解きがたい不協和が生じることとなる。目的的行为論は、このような主客の不一致を是正しようとする点にこれまでにはない特徴を有するものであって、ここから出発して正犯と共犯との区別を見いだそうとするのが目的的行为支配説に他ならない。上述したように、木村は目的的行为論を犯罪論体系の礎石に据えるのであるが、それでは、目的的行为支配説に対していかなる態度を示したのであろうか。

第5の見解である目的的行为支配説について、木村によると、おもに目的的行为論の立場を前提として、故意犯においては、自身の決意に基づいて行為を目的的に遂行することを本質とするところの、「目的的行为支配」の有無によって正犯と共犯とを区別し、このような「目的的行为支配」を觀念しえない過失犯においては、構成要件の結果を因果的に惹起する者はすべて正犯であるとする見解をいうとされる⁷⁶⁾。この点、「目的的行为支配」の内容に関して、行為支配の一般的要素として構成要件の故意と同視される目的的实现意思を、その特殊の要素として目的犯における目的、あるいは、身分犯における身分などをあげるヴェルツェルの見解⁷⁷⁾、「故意によって包摂される構成要件該当事象の把握」と解するマウラッハの見解⁷⁸⁾、および、構成要件的行为を目的的行为論の観点から捉え直し、行為をたんなる因果的事象ではなく「計画的意思の客観化」と解するガラスの見解⁷⁹⁾ などがあるとする。これらはいずれも、もっぱら主観または客観的な側面のみを重視するこれまでの見解とは異なり、両者の統合という見地から正犯と共犯とを区別しようとする点で共通の性質を有するものであるとする⁸⁰⁾。木村は、このような目的的行为支配説に対して、いくつかの問題点を指摘している。1つ目が、「行為支配」という概念そのものについてである。すなわち、ここでいう「行為

76) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』92頁以下、同・前掲注6)『刑法総論』379頁以下。

77) Welzel, deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960, S. 90f.

78) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1958, S. 492ff.

79) Gallas, Die modern Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 139.

80) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』94頁以下。

支配」とは「現実的行為支配」のみを意味するのか、それとも「可能的行為支配」をも含むのかについて、たとえば犯罪が未遂に終わった場合にも「行為支配」が認められるのかという観点から問題となり、これに関して目的的行為支配説の主張者は明確な説明をおこなっていないというものである⁸¹⁾。この点、木村は、一般的に、目的的行為支配説の主張者においては「行為支配」を「現実的行為支配」の意味に解しているとしつつ、さきに示したように、過失犯もまた構成要件的に重要でない結果を目指して目的的行為するものであるという理解を前提として、必要な注意を払えば構成要件の結果の惹起を回避することができたという意味では「可能的行為支配」を肯定することができるから、過失犯には「目的的行為支配」が欠ける以上、正犯と共犯とを区別しえないとする目的的行為支配説は妥当でないと批判する⁸²⁾。換言すれば、「行為支配」には「可能的行為支配」も当然含まれるべきであり、過失犯においても正犯と共犯とが区別されなければならないとするのである⁸³⁾。2つ目が、教唆犯・幫助犯の理解についてである。従来の目的的行為支配説は、教唆犯・幫助犯に関して目的的行為支配の不存在を理由に正犯とはなりえないとするが、これらの者もまた故意すなわち実現意思を有しているものであるから行為支配が認められるのではないかというものである⁸⁴⁾。この点、このような問題を回避するため、教唆犯・幫助犯の行為は故意をもって結果に何らかの条件を設定するにとどまるとの理解もあるが、両者は目的意識的に行為をおこなっている点でたんなる因果的行為ではなく、やはり目的的行為に他ならないから、行為支配を有するはずであるとする。そうすると、目的的行為支配説が行為支配の有無によって正犯と共犯とを区別しようとすることは不可能であり、これ以外の基準が別途必要とされなければならない

81) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』95 頁以下。

82) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』95- 6 頁以下。

83) このような理解を前提として木村は、過失による教唆と幫助の概念を肯定する。
木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』323 頁以下、328 頁、同・前掲注 6)『刑法総論』382 頁。

84) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』96- 7 頁。

ないと批判する⁸⁵⁾。3つ目として、間接正犯との関係についてである⁸⁶⁾。木村は、目的的行為支配説が行為支配の存在により間接正犯の概念を矛盾なく統一的・合理的に説明することができるかという点に着目する。この点、たとえば、甲が、性的に隷属し、いうがままとなっている乙女に対して、自身のいうことをきかなければ捨てると脅し、乙女をして夫を殺す決意をさせ、彼女に毒を与え、詳細な指示をおこない、実行行為を監視して夫を殺させたような場合、ある者は間接正犯であるとし、またある者は教唆犯であるとするなど、見解が一樣ではない点を指摘し、行為支配が必然的に（間接）正犯を基礎づけるという目的的行為支配説の主張に対して「すくなくとも根本的な疑問の余地を与えているといわなければならないであろう」と述べる⁸⁷⁾。また、目的あるいは資格なき故意ある道具の事例において、従来の見解が、一方で、故意すなわち目的的な行為の支配を有する被利用者の正犯性を否定し、他方で、たんに目的あるいは資格があるにすぎない利用者の正犯性を肯定する点で、行為支配の有無が正犯と共犯とを区別する基準として機能していないと批判する⁸⁸⁾。

以上のような理由から木村は、目的的行為支配説もまた根本的な問題点を抱えており、正犯と共犯とを区別する基準として使用することは到底不可能であるとする⁸⁹⁾。すなわち、木村は、目的的行為論を犯罪論体系の中心に置きつつも、正犯・共犯論においてその理論的帰結であるところの目的的行為支配説に正面から異議を唱え、その採用を明確に拒否したのであった。この点に、木村の正犯・共犯論が一般的な目的的行為論者のそれとは一線を画するものであることの根拠がある。

それでは木村は、一体どのような基準に従って正犯と共犯とを区別しようとしたのであろうか。この点、木村は、先ほど取りあげた形式説と目的的行

85) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』99 頁。

86) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』99 頁以下。

87) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』100 頁。

88) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』101 頁。

89) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』102 頁以下、同・前掲注 6)『刑法総論』384 頁。

為支配説に内在する根本的な問題点を今一度指摘し、そのうえに自身の立場を展開している。すなわち、形式説に対しては、正犯行為だけでなく共犯行為もまた、修正あるいは拡張されたものであるとはいえ構成要件に該当する行為すなわち実行行為であり、両者は構成要件実現の異なる形式・態様にすぎないから、実行行為は正犯と共犯とを区別する基準とはなりえないとする。また、目的的行為支配説に対しては、「行為支配」には可能的行為支配が含まれるべきであることにくわえ、故意による狭義の共犯もまた、実現意思を有している点で行為支配が認められるから、目的的行為支配の有無によっても両者を区別することはできないとする。木村は、これらを踏まえ、実行行為でも目的的行為支配でもない、それ以外の何を基準とすべきであるかについて、「……わたくしは、目的的行為としての構成要件の行為すなわち実行行為の決意という主観的要素のなかに求むべきであると解する」と述べる⁹⁰⁾。すなわち、「自己の決意によって構成要件的行為すなわち実行行為をするか、または、他人の決意にもとづく行為を通じて実行行為をするかという意思実現の方向・形式によって区別し、自己の決意による場合を正犯とし他人の決意を通じてする場合を共犯と解すべきである」とする⁹¹⁾。このような見解は、意思内容の相違によって正犯と共犯とを区別しようとする古い主観説とは異なり、「……自己の決意か他人の決意かという自他の区別は客観的なものであるから、この区別の基準は主観的要素と客観的要素の総合の上に立つものということができるだろう」と述べている⁹²⁾。

木村のこのような理解は、ボッケルマンの考えに深く影響されたものであるとされるが⁹³⁾、しかしながら、過失犯においても可能的行為支配の存在を前提として正犯と共犯との区別を認めようとする点で、彼の理論とは大きな

90) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』106 頁。

91) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』106 頁。

92) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』106 頁。木村は、この見解を一種の主観説とも呼んでいる。同・前掲注 6)『刑法総論』387 頁。

93) Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76f, 118.

食い違いをみせている⁹⁴⁾。木村の見解を要約すると次のようにいうことができよう。すなわち、正犯行為も共犯行為もともに、態様の相違こそあれ構成要件の行為すなわち実行行為である点では共通しており、また、目的的な実現意思を有している点でも共通している。したがって、両者の区別はそれ以外、すなわち自己の決意に基づくか他者の決意を通じてかという主観的な意思実現の方向・形式の差異に求められなければならない。このように解することによって、木村は、従来の議論から良い部分は残し、悪い部分は捨て去ることによって、これらを止揚・統合した、きわめて独創的な見解を主張するに至ったのであった。

それでは木村は、どのようにして以上のような理解を間接正犯論へと応用したのであろうか。この点、しかしながら、木村はごくわずかな講壇事例をあげるのみで、間接正犯の成立が問題となりうる多種多様な事例形態についてほとんど触れることをせず、それ以上何らの具体的な説明をおこなっていない。そして、このように木村が正犯と共犯との区別基準についてはきわめて精緻な議論を展開したにもかかわらず、間接正犯論に対してはおおよそ消極的な姿勢を示すにとどまったことには、それ相応の理由がある。それは次にみる正犯と共犯との関係性すなわち共犯の従属性と独立性をめぐる議論と大きく関連している。すなわち、木村は「いずれにしても、間接正犯の正犯性を正犯と共犯の概念的区別の基準にしたがって論理的に基礎づけることはなはだ困難である。その理由は、周知のように、発生論的には、間接正犯の概念が、共犯従属性の見地から、共犯として可罰的なものと解しえないが当罰的と解するために構成せられた技巧的な概念であって、共犯従属性の程度によって内容が変化し、さらに、共犯従属性を否定し独立性の見地に立つことによって解消せられる性質のものであるということにある。したがって、間接正犯の概念の存在価値は、終局的には、正犯と共犯との関係の問題、すなわち、共犯従属性か、または、独立性かの問題の解決によってはじめて決定せられるものであることを忘れてはならないであろう」と述べ、間接正犯

94) Vgl. Bockelmann, (o.Fn93), S.122.; 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』107頁。

の問題が共犯の従属性ないし独立性に関する議論と密接不可分であり、これの解決なくして本問題を論じることはおよそ不可能であると言明するのである⁹⁵⁾。そこでつぎに、木村が共犯の従属性と独立性についていかなる考えを有していたかについてみていくことにしよう。

(c) 共犯の従属性と独立性

木村によれば、共犯の従属性と独立性の問題とは「……それは、いうまでもなく、共犯の犯罪性および可罰性が正犯のそれに従属するものと解すべきか、または、共犯の犯罪性および可罰性は共犯行為自体について論ぜられるべきものであって正犯の犯罪性及び可罰性とは別個・独立のものと解すべきか」という問題であるとされる⁹⁶⁾。換言すれば、共犯の可罰性は正犯のそれから借用されるものであるか否かという問題ということもできよう。この点、木村は、共犯従属性説と共犯独立性説をめぐる国内外の議論を詳細に分析・検討したうえで、わが国の実定法解釈において論理的にはどちらの立場にも解することができるが、「……その結論は、究極的にはいずれの見地に立つ方が合理的かによって決定せねばならない」とする⁹⁷⁾。この点、木村によると、つぎの4点に共犯独立性説を採用すべき根拠があるとされる。第1に、爆発物取締罰則4条等の特別法における教唆・せん動・幫助行為それ自体を罰する旨定めている規定に関して、共犯従属性説からは、本来不可罰でなければならないところ、「特に重大な罪に関する」という理由のみで例外的に処罰しようとするのは「到底説明しえない自己矛盾を包含し、不合理ではないかとの批判が可能であ」って、共犯独立性説にはこのような矛盾がない、ということである⁹⁸⁾。第2に、未遂の教唆に関して、共犯従属性説を前提とする定型説とりわけ未遂の教唆も可罰的と解する立場は処罰範囲を不当に拡大す

95) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』109頁。

96) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』111頁。

97) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』212頁。

98) 木村・前掲注56)『犯罪論（下）』212頁以下、216頁。

るものであり妥当でなく、未遂の教唆については教唆者に構成要件の結果発生
の認識が欠けるため不可罰と解する共犯独立性説の立場がより合理的と考
えうる、ということである⁹⁹⁾。第3に、未遂の教唆の場合における教唆者の
錯誤に関して、共犯従属性説からは、共犯の可罰性は正犯を基準に判断され
るのに対して、一般的な正犯と共犯との間で故意が一致しない場合には、もっ
ぱら共犯を基準に判断されており、両者に矛盾が生じているが、共犯独立性
説からは、これらの場合どちらも統一的に共犯を基準に判断される点で矛盾
がない、ということである¹⁰⁰⁾。第4に、教唆行為・幫助行為の意味に関して、
共犯従属性説を前提とする定型説からは、正犯の実行行為を決意させること
が教唆行為であり、正犯の実行行為を容易にすることが幫助行為であるとさ
れており、正犯による結果発生は共犯における故意の認識対象外となるが、
正犯の構成要件と共犯の構成要件がたんなる「実現態様」の相違にすぎない
とする自身の立場からは、共犯にも構成要件の結果発生を要すると解
すべきであり、この点からもその理論的前提となる共犯独立性説の方がより
妥当性を有する、ということである¹⁰¹⁾。このように木村は、以上の4つの問
題に関する批判的検討の帰結として、「わが刑法の共犯規定の立場としては、
共犯従属性の見地に立つよりも、独立性の見地に立つ方が一層合理的で妥当
と解せられるから、刑法の共犯規定は独立性の見地において理解すべきであ
るといわねばならないと、わたくしは考えている」との結論に至ったのであ
った¹⁰²⁾。

木村はさらに、間接正犯論の歴史的ないし比較法的考察という切り口から、
共犯従属性説によってはこの問題を十分に解決しえないことを論証しようと
試みている¹⁰³⁾。この点、木村の分析によると、間接正犯論は、従来、共犯従
属性説の内部における極端従属性説から制限従属性説への緩和、および、因

99) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』216 頁以下、221 頁。

100) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』221 頁以下、223 頁。

101) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』223 頁以下、235 頁。

102) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』236 頁。

103) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』268 頁。

果的行為論から目的的行為論への移行にともなう犯罪論体系の本質的変容から著しい影響を受けて展開されてきたとされる¹⁰⁴⁾。

木村によると、元来、間接正犯という概念は、正犯が構成要件該当性・違法性・有責性を有する場合にのみ共犯の可罰性は肯定されるとする極端従属性説と、意思の存在と内容とを峻別し、意思内容としての故意・過失を構成要件該当性ではなく有責性に配置する因果的行為論とを背景に生み出されたものであったとされる¹⁰⁵⁾。そして、間接正犯論が誕生した当初の中心問題は「故意なき道具」を利用する間接正犯の成否にあったとする。木村によれば、ここでの問題はおおよそ以下の3点である。第1に、「目的のない故意ある道具」や「資格なき故意ある道具」の事例は当初有責性段階における故意の問題として、すなわち「故意なき道具」の問題として取り扱われていたが、現在では目的や身分は構成要件要素と解するのが通説であり、したがって構成要件該当性を欠く行為を利用する事例として理解されなければならない、ということである¹⁰⁶⁾。第2に、従来は心理的責任論を前提として、期待可能性を欠く行為を利用する場合と故意を欠く行為を利用する場合とは明確に区別されることなく論じられていたが、規範的責任論の見地からは、期待可能性のない行為を利用する事例すなわち責任それ自体が阻却される事例と故意だけが阻却される事例とで別個の取り扱いを要する、ということである¹⁰⁷⁾。第3に、かりに故意を責任形式と解した場合であっても、故意と違法性の意識ないしその可能性との関係をどのように考えるかによって間接正犯の成立範囲に違いが生じうるが、これまでその点がほとんど議論されてこなかった、ということである¹⁰⁸⁾。木村は、これら3つの問題点を浮き彫りにしたうえで、「共犯に関する極端従属性説の見地に立って間接正犯の成立を認める学説において、特に、被利用者に責任形式としての故意がないことを根拠として間接正

104) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』271 頁。

105) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』271 頁以下。

106) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』272- 3 頁。

107) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』273 頁。

108) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』277 頁。

犯が成立するとする場合についてはいろいろの問題が未解決なものとして残されて」いと述べ、極端従属性説および因果的行為論に依拠した間接正犯論はいまだ不十分なものであったとする¹⁰⁹⁾。

つぎに木村は、ドイツにおいて1943年に共犯規定が改正されたことに伴い、正犯が構成要件該当性・違法性さえ備えていれば共犯の可罰性を首肯しうとする制限従属性説へと従属性の程度が緩和され、それと前後して、行為論に関して、意思の存在と内容との不可分性を強調する目的的行為論が登場したことによって、間接正犯論も根本的な変化をこうむることになったとする¹¹⁰⁾。すなわち、まず、因果的行為論から導かれる論理的帰結として、故意・期待可能性・責任能力・違法性の意識ないしその可能性は必然的に責任要素と解されるが、制限従属性説へと従属性の程度が緩和されたことにより、これらを欠く者を利用する場合はすべて狭義の共犯として処罰されることとなった。換言すれば、制限従属性説が採用されるに至った主な理由は、上述した責任要素を欠く者を利用する場合を例外なく狭義の共犯へと組み入れることにあったといえる¹¹¹⁾。ついで、犯罪論の礎石として目的的行為論が導入されたことにより、従来責任形式の一種と解されてきた故意は構成要件段階へと移され、さらに、(構成要件的)故意と違法性の意識ないしその可能性とが明確に区別されることとなった。いわゆる責任説の登場である。その結果、故意を欠く者を利用する場合は常に構成要件該当性を欠く者を利用するという点で、狭義の共犯としては処罰しえなくなり、また、構成要件的故意はあるが、違法性の意識ないしその可能性を欠く者を利用する場合すなわち禁止の錯誤を利用する間接正犯というカテゴリーが新たに発生することとなった¹¹²⁾。ここで注目すべきは、多くの目的的行為論者が、制限従属性説へと従属性の程度が緩和されたにもかかわらず、たとえば責任能力を欠く者を利用する場合すなわち「責任なき道具」を利用した間接正犯の存在を原則

109) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』280頁。

110) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』281頁以下。

111) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』282-3頁。

112) 木村・前掲注56)『犯罪論(下)』283-4頁。

として肯定し、狭義の共犯の成立が否定される場合のあることを承認したという点にあるとされる¹¹³⁾。すなわち、制限従属性説への緩和によっても間接正犯の成立範囲を狭めることはできないということが一般的に認識されるに至ったのであった。これをもって、責任を欠く者を利用する場合をことごとく共犯に組み入れるべく構想された制限従属性への緩和はおよそ「失敗」であったとの指摘もなされ、その結論自体は因果的行為論者からも一定程度支持されていたとされる¹¹⁴⁾。とどのつまり木村は、たとえいくら従属性の程度を緩和したとしても、共犯従属性説の立場に固執する限り、間接正犯の問題を完全に解決することはできないというのである。

他方、間接正犯の成立範囲に関して木村は、上述したように、発生論的には、共犯従属性説を採用することの結論として、被利用者の行為が何らかの犯罪成立要件（構成要件該当性・違法性・有責性）を欠く場合の弥縫策として展開されてきたにもかかわらず、近時は被利用者がすべての犯罪成立要件を具備している場合にも間接正犯の成立を認める見解が登場してきたことにとりわけ注目する¹¹⁵⁾。そして、その根拠の1つとして、間接正犯を正犯の一カテゴリーとして積極的に承認しつつ、狭義の共犯に対して「正犯の優位性」を強調する見解が現れたことを指摘し、その代表的なものとして、定型説（形式説・形式的客観説）、新主観説、目的的行為支配説をあげる。この点、定型説に関しては、上述したように、日常生活用語例により間接正犯と狭義の共犯を区別しようと試みたが、日常生活用語例の概念自体が「漠然とし不正確」であって、「それは、精々のところ、日常生活用語に反する解釈が許されないという意味において、概念構成の外部的限界を示すものとして単に消極的機能があるに過ぎないとせられるにとどまっている」と一蹴する¹¹⁶⁾。また、新主観説に関しては、新主観説とは、従来の主観説とは異なり、完全に犯罪の成立要件を実現した場合には、行為者の意思のいかんを問わず、つ

113) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』284 頁。

114) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』286 頁。

115) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』288 頁以下。

116) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』293 頁。

ねに直接正犯であると解する見解をいうが、この見解に対しては、直接正犯では客観的な事情により正犯性を判断するとしながら、間接正犯では主観的な事情により正犯性を判断するという点で論理矛盾があることなどを批判する¹¹⁷⁾。さらに、目的的行為支配説については、強要による緊急避難を利用する場合、たとえば、甲が乙に対して丙を殺すよう強制した場合、被利用者乙もまた故意を有している以上行為支配者すなわち正犯であり、利用者甲の行為支配と競合するが、この場合、「優越性」・「正犯意思」・「因果関係の中断」など他の基準を併用せざるをえない点で、行為支配の有無のみで正犯性を判断することはおよそ不可能であること、および上述のように、行為支配の概念自体がきわめて曖昧であることにくわえ、「資格なき故意ある道具」や「目的なき故意ある道具」の事例において、目的的行為論者は明らかに行為支配を有する者を正犯とせず、行為支配を有しない者を正犯とする点で「……故意ある道具による間接正犯の基礎づけとしては、やはり、行為支配説は失敗に終わっているといわねばならないだろう」と述べている¹¹⁸⁾。

以上の点を踏まえ、木村は、「……これらの三つの学説のいずれにあっても、間接正犯の正犯性を合理的に説明することに成功しているとはいえない」とし、「そのことは、結局、間接正犯という概念が共犯従属性の見地から成立する当罰的であるが可罰的でないいろいろな場面を可罰的と解するために構成せられたところの欠陥補充物的概念以上に出ず、積極的・統一的な正犯性の基礎づけをもたない非合理的な理論的構成物たるに終わっていることを示唆するものというべきであろう」と述べ、間接正犯という概念自体の妥当性に重大な疑義を呈する¹¹⁹⁾。また、共犯の従属性が極端従属性説から制限従属性説へと緩和されたことによって責任を欠く者への共犯が可罰的と解されるようになった点を重視し、このような場合、「……共犯の犯罪性は被教唆者・被助助者の犯罪性とは独立で共犯者に固有なものと解さなければならない。

117) 木村・前掲注 56)『犯罪論(下)』294 頁以下、297 頁。

118) 木村・前掲注 56)『犯罪論(下)』302 頁以下、312 頁。

119) 木村・前掲注 56)『犯罪論(下)』313 頁。

そして、その限度において、制限的従属性は共犯独立性の見地を明らかにしたものであることを看過してはならない」として、学説史的観点から眺める場合、従属性の程度は次第に緩和される傾向にあることを仔細に論証し、それは究極のところ共犯独立性説に帰着するはずであると述べる¹²⁰⁾。ここから木村は、「そこで、もし、そのような制限的従属性の見地の中に含まれているところの共犯独立性の見地を徹底・拡充し、従来間接正犯と解せられたすべての場合を共犯と解し、その共犯を独立性の見地において理解するならば、共犯従属性の欠陥補充物的性格のためにいかなる見地に立ってもその正犯性を合理的・統一的に基礎づけることの困難な間接正犯と、その困難の根源となっている従属的共犯とを解消・止揚することが可能であり、かつ、一層合理的であるとするのが、共犯独立性の理論の基本的要請である。そして、そのような理論的要請は……わたくしもまた、わが刑法の解釈として、もっとも妥当なものと解している」と結論づけている¹²¹⁾。このように木村は、「……間接正犯の概念は共犯従属性の理論の生んだ父なし子であり、祖国のない永遠のユダヤ人であり、その正犯の論証は不可能であって、共犯従属性の原則と消長をともしする運命のものである」として、共犯独立性説の採用により間接正犯なる概念は一切不要となることを、緻密な歴史的・比較法的考察を通じて論証したのであった¹²²⁾。

5. 若干の考察

ここまで、木村の間接正犯論をやや詳細に取りあげてきたが、ここではとりわけ本稿の主たる関心事である実行行為概念との関係において、彼の見解をふり返りつつ、若干の考察を試みたいと思う。

上述したように、木村は、形式説の根本的な問題点として、本見解は構成要件に該当する行為を実行行為と同視するが、教唆行為・幫助行為もまた、

120) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』315 頁。

121) 木村・前掲注 56)『犯罪論（下）』315- 6 頁。

122) 木村・前掲注 6)『刑法総論』388 頁。

修正あるいは拡張されているとはいえ、構成要件に該当する行為であるという点では実行行為である以上、正犯行為たる実行行為と共犯行為たる実行行為との間に本質的な差異はなく、したがって、両者を区別するためにはさらに別の基準が必要となるはずであることを指摘する。この点、たしかに形式説を主張する小野清一郎もまた、「……教唆なり、幫助なりを一の修正された構成要件として考へるならば、その構成要件に該当する行為は其の実行として考へられる。実行行為の概念は其の意味で全く相対的である（法律的概念の相対性）」¹²³⁾と述べ、修正された構成要件に該当する行為もまた実行行為といえる旨を認めている。しかしながら、ここで注意しなければならないのは、あくまで小野も、正犯性の基準となる実行行為はあくまで「特定の構成要件に該当する行為」すなわち「基本的構成要件該当行為」のみを指すと解しており、修正された構成要件該当行為である教唆行為・幫助行為とそれとを厳密に区別しているということである¹²⁴⁾。正犯行為である基本的構成要件該当行為すなわち刑法典の各則に規定された行為はあくまで自らが「人を殺す」行為、自らが「他人の財物を窃取する」行為、自らが「他人の名誉を毀損する」行為を意味し、修正または拡張された構成要件該当行為すなわちそれら他者がおこなう行為を「唆す」行為あるいは「援助する」行為とは全く性格を異にする。なぜならば、基本的構成要件該当行為である実行行為と修正あるいは拡張された構成要件該当行為とでは、前者において行為と結果との間に「人格的に自律した主体による自由な決定」が介在していないのに対して、後者においてはそれが介在している点で、その不法形相に決定的な相違が存するからである。換言すれば、実行行為と共犯行為との間には規範的な行為構造の差異があるというべきである。このような観点からは、間接正犯という概念がたんなる共犯従属性説から生じる理論的欠陥を埋めるための弥縫策ではなく、当然に正犯の一カテゴリーであることが直ちに明ら

123) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭23年・1948年）99-100頁。

124) 小野・前掲注123) 99頁、197-8頁。とりわけ間接正犯と教唆犯との区別については、105-6頁、207-8頁。

かになるであろう。この点を看過して両者の基本的同質性を説く木村の理解はおおよそ正当なものであるとはいえない。

そもそも木村が両者の本質的差異を否定するのは、あくまでも木村が主観主義の立場に固執し続けていたからであろう。すなわち、刑法の基礎となるべき事実は「行為」の危険性でなく「行為者」の危険性であるとする近代学派（新派）からは、正犯であれ共犯であれ、行為者の反社会的な性格ないし危険性という点で何ら相違はなく、両者の不法形相はおおよそ等しいものと解されることとなる。木村は、学派の争いを越えて折衷主義の立場を志向したが、その根底にあるのはやはり主観主義刑法学である。このことは、上述したように、木村が「……主観主義の基本的見地に立って」とみずから認めている点からも、窺い知ることができる。主観主義の立場からは、いかに客観的な犯罪理論をその中に取り入れたとしても、「行為者の危険性」を軸に犯罪論を構築するという基本的な部分を変更することはできないのである。木村が正犯行為と共犯行為とでたんに「実現態様」を異にするにすぎないとし、両者の間に原則・例外あるいは主従の関係を認めず、また、共犯の可罰性は正犯の可罰性に影響されないとする、共犯独立性説を強調するのも、その端的な現れであるといえる。主観主義を前提とする限り、正犯行為である実行行為と共犯行為である教唆行為・幫助行為とはともに「行為者の性格の危険を徴表する行為」以上の意味を持ちえず、したがって、実行行為概念による正犯と共犯との区別はおおよそ不可能となる。そしてこの点にこそ、正犯行為と共犯行為との間の行為構造の差異を正当に評価することのできない主観主義刑法学の重大な欠点ないし限界があるといえよう。

さらに木村は、形式説が因果的行為論を基礎としている点で妥当でないと批判するが、この批判自体にも疑問がある。たしかに構成要件的行為すなわち実行行為の有無を正犯性の基準とする形式的客観説は、学説史的観点から見ると、因果的行為論に依拠して主張されたことは疑いようのない事実である。そこでは、行為論において、意思の存在と内容とが峻別され、存在の側面は行為論に、内容の側面は責任論にそれぞれ割り当てられるという形で展

開された結果、行為の実質化が阻まれ、その概念的反映としての実行行為概念もまた、形式的・客観的なものとならざるをえなかった。この点に、本見解が「形式的客観」説という名称を与えられた由縁がある。しかしながら、これは当時の哲学思潮が「偶然」刑法上の諸問題をあまねく因果の連鎖へと還元する、自然主義的（因果的）考察方法の呪縛下にあったことに由来するだけで、実行行為概念を常に自然主義的な観点から理解し、形式的・客観的なものとして構成しなければならない理論的必然性はまったく存しない¹²⁵⁾。むしろ、因果的考察方法それ自体多くの批判にさらされ、とりわけ刑法の概念形成においてそれが不適切であったことについて、現在では学問上広い見解の一致が存するところである¹²⁶⁾。したがって、実行行為概念を正犯と共犯とを区別する基準とする見解は、これに代えて新たに別の観点から捉え直されなければならない。すなわち、実行行為概念は法概念である以上、目的論的（規範的）な概念構成によって規定されなければならないし、また、国民一般の社会的な法観念にも一致しなければならないという点で、存在構造において法に前置する有意味な実体を備えているといわなければならない。そのような意味で、実行行為概念は目的論的（規範的）考察方法ないし存在論的考察方法などの観点下において、一から構成し直すことが不可欠であると考える。この点で、木村の形式説すなわち実行行為説批判はいまだ核心を突いたものということとはできない。すなわち、まさしく実行行為概念の再構成すなわち実質化こそが喫緊の課題であるといわなければならない。

125) 実行行為概念が自然主義的なものとして理解されるに至った経緯については、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22年・2012年）1頁以下、同「正犯概念をめぐる争いと実行行為」『法学研究論集』40号（平25年・2013年）141頁以下参照。

126) たとえば、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 6f. ロクシンは、自然主義的（因果的）考察方法について、外的事象が因果法則によって支配されていることを示した点では一定の意義を認めることができるとしつつも、価値概念たる法現象の意味内容を明らかにしえない点で「意味ないし価値盲目的」（sinn- und wertblind）であると批判し、現在ではおよそ採用することはできないと批判する。

6. おわりに

本稿では、木村が刑法理論上折衷主義を標榜しながらも、究極的には主観主義の立場を脱却しきれなかった結果、間接正犯論においても正犯行為である実行行為と共犯行為である教唆行為・幫助行為の本質的差異を看取しえず、他の主観主義刑法学者と同様、間接正犯否定論に到達した理由について、考察をおこなった。そうであるにもかかわらず、木村の間接正犯論は、その歴史的ないし比較法的見地な手法に基づき、きわめて重厚かつ広範囲に検討が加えられている点で、なお揺るぎない価値を有するものと評することができる。木村の終始徹底した論理展開は、その精緻さにおいておよそ他の追隨を許さず、極限まで一つの見解を突き詰めることに成功しているが、そうであるからこそ、主観主義に基づく間接正犯論の限界をも同時に露わにしてみえたといえよう。これとは対照的に、木村以降、古典学派客観主義を基礎としつつも、折衷主義への接近を企図する立場が次第に有力化し、現在の間接正犯論の素地を形成していくこととなる。実行行為概念の実質化という本稿で示された方向性も、それらの分析の中で次第にその姿を現すことになるであろう。この点については、次なる機会に詳しく検討することとし、いったん本稿を締めくくりたいとおもう。