

《論 說》

団藤重光の間接正犯論

— 古典学派 (旧派) 傾斜的折衷主義と実行行為概念 —

矢 田 陽 一

1. はじめに
2. 刑法思想
3. 犯罪論体系
4. 正犯・共犯論
5. 間接正犯論
6. 若干の考察
7. おわりに

1. はじめに

わが国の刑法学では、つとに、「……間接正犯の問題は、今日の理論刑法学上、もつとも困難な問題の一つである」とされ、「従来、これをめぐる学説は、まさに無限の対立を示している」といわれる⁽¹⁾。また、「間接正犯の問題は刑法の犯罪論のうちもっとも困難な問題の一つであることを看過してはならない」⁽²⁾とか、間接正犯論は「……微視的に検討すれば、その実体は甚だしく臃化混乱しているのであって、厳密な理論の鏡下では、殆んど概念的に收拾し得ないかの観を呈している」⁽³⁾とか、慨嘆されているとおり、現在でもなおその議論は帰一することを知らない状況にある。これは、間接正犯論が、正犯・共犯論だけでなく、犯罪論の構成方法や、さらにはその背景をなす論者の哲学・思想をも直接反映することに由来する⁽⁴⁾。したがって、間接正犯の問題を本質的に解明し

ようとするならば、間接正犯論それ自体を表層的に取り上げるだけではいまだ不十分であって、論者の犯罪論や、さらにはその哲学・思想にまでさかのぼって、その是非を問わなければならないのである。

ところで、学説史を振り返るならば、わが国における間接正犯論は、いわゆる「学派の争い」⁽⁵⁾との関係を抜きにしては語りえない、ということが理解されよう。すなわち、行為の危険性を重視する古典学派(旧派)客観主義刑法学は、間接正犯も正犯の一種である以上、基本的構成要件該当行為すなわち実行行為の有無によって間接正犯とそれ以外の(狭義の)共犯形態とを区別しようとしたのに対して⁽⁶⁾、近代学派(新派)主観主義刑法学は、行為者の性格の危険性を重視し、正犯と(狭義の)共犯との等質性を説くことで、究極的には間接正犯否定論へと至ったのであった⁽⁷⁾。両者の争いは峻烈を極めたが、やがて両陣営から次第に歩み寄りがみられるようになる。この点、近代学派(新派)を土台としつつも、古典学派(旧派)の立場を積極的に採りいれようとしたのが、木村亀二であり⁽⁸⁾、反対に、古典学派(旧派)に依拠しながらも、近代学派(新派)の理論との止揚を試みたのが、団藤重光である。現在、刑法(解釈)学における近代学派の潮流は漸次弱まりつつあり、これに代わって、古典学派の系譜が支配的となっているが、間接正犯論を含めた犯罪理論の客観主義的構成に多大な影響を与えたのが、団藤に他ならない。したがって、団藤の見解を吟味することなしに、間接正犯の問題を本質的に解明することは、およそ不可能であるといわざるをえない。

これらを踏まえて、本稿は、わが国における間接正犯論の基礎をなしている団藤の見解を、その犯罪論だけでなく、哲学・思想にまで目を向けて考察することによって、これが有する現代的意義と、翻って問題点とを浮き彫りにすることを目的とするものである。具体的には、まず、団藤の刑法思想を概観し、ついで、その犯罪論体系を素描したうえで、それらを反映したものである正犯・共犯論ならびに間接正犯論を仔細に分析した後、さいごに、それらについて、とりわけその実行行為論との

関係を中心として、なお幾ばくかの考察を試みたいと思う。

2. 刑法思想

団藤は、たんなる刑事法学の枠を越えて、国の内外を問わず、哲学、宗教学、心理学、社会学や生物学等に至るまで、極めて多岐にわたる学問分野に強い関心を有しており、それらすべてを俎上に載せることは紙幅の都合だけでなく自身の能力からみても甚だ困難であることから、ここでは、さしあたり、その間接正犯論と直接あるいは間接に関係しているとみられるところを中心として、鳥瞰的に眺めてみたいと思う⁽⁹⁾。

団藤の刑法思想は、周知のとおり、徹頭徹尾、主体性の理論によって貫かれている⁽¹⁰⁾。団藤は、従来から厳しい理論的対立を示していた古典学派(旧派)と近代学派(新派)とを、自ら創唱する主体性の理論によって止揚することを試みた。すなわち、一方で、啓蒙思想ないし合理主義的自然法思想を背景として、自由意思論の立場から、自由意思の客観的な表出である行為および意思への非難を中心として犯罪論を構成し(行為主義・現実主義・道義的責任論)、刑罰の本質を応報の中にみようとする(応報刑論)古典学派(旧派)は、たしかに人権保障の確立に大きく貢献しはしたが、つねに理性的・打算的に行動する抽象的な人間像を描定している点で、しばしば本能・衝動に駆られる血肉の通った生身の人間像を閑却するものであり、そのままでは採用することができないとする⁽¹¹⁾。しかしながら、他方で、実証科学的な分析を出発点として、意思決定論の立場から、行為はたんに行為者における性格の社会的危険性を徴表したものにすぎず、罰せられるべきは行為ではなく行為者であり(行為者主義・徴表主義・性格責任論・社会的責任論)、社会防衛の観点から教育・改善のために刑罰を科すべきとする(社会防衛論・教育刑論)近代学派(新派)もまた、より現実的・具体的な人間像を観念したことはある程度評価に値するものの、素質・環境により必然的に犯罪に陥るとす

る宿命的な人間像に拘泥していた点では、人間が本来有する人格の主体的側面を看過するものであって、到底是認することができないとする⁽¹²⁾。団藤は、古典学派(旧派)・近代学派(新派)の歴史を辿り、両者もたらした功績を一定程度認めつつも、それらは刑法理論としていまだ不十分であるとの誹りを免れないと論難したのであった⁽¹³⁾。

これら両者が有する問題点を踏まえ、団藤は、「法、ことに刑法における人間的なものの強調、人間疎外の拒否」⁽¹⁴⁾を思想的核心に据え、両陣営の統合を図るべく、人間の主体性を基軸とした刑法理論を展開した。具体的には、人間は素質・環境から一定程度犯罪へと運命づけられながらも、自ら主体的にそれらを統制・制御することができ、その意味で、「決定されつつ、決定する」という、いわゆる相対的意思自由論⁽¹⁵⁾の立場を強調することによって、かつての抽象的人間像に実証科学的な具体的人間像を加味した、実存的な人間像をその刑法理論の中心に位置づけたのであった⁽¹⁶⁾。すなわち、「……人格というものは、単なる素質そのものではない。先天のおよび後天的の素質をその基底にもちながらも、個人の体験がその上に集積されて同化されて行くにしたがって、次第に形成されていくものである。そこには素質と環境との相互作用があると同時に、つねに体験の主体性というものがある。人格の自発的・目的論的要素と呼ばれるのは、かような体験の主体的な面をみたものである。いいかえれば、人格は素質・環境に決定されながらも、その範囲内でみずからを決定して行くのである」⁽¹⁷⁾として、人間が行為するということの内には、近代学派(新派)が主張するような、たしかに生物学的・環境的な制約があることは認めざるをえないとしても、その制約に縛られてなお自らの意思で決定していくことこそが人間という存在の本質であるとする⁽¹⁸⁾。そして、この主体的に決定するというプロセスの中に、社会的責任論とは相容れない自由意思すなわち非難の契機があるとして、道義的責任論の正当性を基本的に首肯する⁽¹⁹⁾。もっとも、行為意思は行為者人格を離れて考えることはできないとして、第1次的には行為意思責任が問題と

なるしつつも、第2次的に行爲者の人格形成責任が問われなければならないとした⁽²⁰⁾。また、このような考えからも、人格が具体的な行爲という形で現実には露呈され、したがって、犯罪行爲が行爲者人格の現実化であるという点で、それはたんなる危険性の徴表を越えたものであるとして、なお行爲主義ないし現実主義の立場を堅持し続けたのであった⁽²¹⁾。さらに、刑罰は、犯罪行爲および行爲者人格への非難可能性を標準とすべきであって、その範囲と相応しなければならないという意味では応報刑論が妥当するとしながらも、同時に、これを通じて一般人および行爲者の規範意識を覚醒・強化することも必要であるとして、刑罰の一般予防的・特別予防的作用を認め、とりわけ刑の執行段階における特別予防作用として犯人の改善・教育を考慮すべきであると説き、目的刑論・教育刑論の重要性をも力説した⁽²²⁾。くわえて、刑法学における人間性の強調という視座から、刑法の倫理的性格を重視し、法と道徳は区別でき、また、区別すべきでもあるが、「社会生活に必要とされる最小限度の道徳規範は、法によっても強行することを要する」⁽²³⁾として、その範囲で道徳規範と刑法規範とは一致し、重なり合う関係にあるという帰結に至ったのであった⁽²⁴⁾。

このように、団藤は、行爲者の意思決定もまた、完全に自由なものではなく、素質・環境から多大な影響を受けつつも、しかしながらまたその範囲で自ら主体的に決定していく点に、人間の人間たる所以があるとする。そして、このような理解を前提として、犯罪論においては、まずもって行爲者の現実的な行爲に重点を置きつつも、その背後にある行爲者人格を見逃してはならないとして、従来近代学派(新派)が主張してきた行爲者の性格という側面を行爲主義・現実主義の中へと取り込むとともに、刑罰論においては、段階に応じた多面的な刑罰論を構想し、応報刑論と教育刑論との矛盾・対立を緩和させることによって、古典学派(旧派)と近代学派(新派)との間の相克を解消しようと努力したのであった。すなわち、団藤の刑法思想(理論)は、古典学派(旧派)の立場を基礎としつつ

も、近代学派(新派)の立場を積極的に取り入れようとする点で、古典学派(旧派)傾斜的折衷主義とよぶことができよう。

3. 犯罪論体系

いましがた述べたような、団藤の刑法思想すなわち古典学派(旧派)傾斜的折衷主義は、その犯罪論の構成においてははっきりとその姿を現している。

団藤は、行為主義・現実主義の立場から、「刑法的評価の対象となる事実の中核をなすのは行為である」⁽²⁵⁾として、犯罪論において行為論が重要な地位を占めることを正面から認める。そして、上述した主体性の理論を背景に、犯罪とは行為者にその刑罰的非難を帰することのできるものでなければならないものであるから、責任判断だけでなく、違法判断さらには構成要件判断の全領域にわたって行為者に対する非難の対象となるものが行為であるとし、そのような意味で、行為とは「行為者人格の主体的現実化」に他ならないとする⁽²⁶⁾。すなわち、「要するに、人の身体の動静がその背後においてその者の主体的な人格態度と結びつけられ、その者の人格の主体的現実化とみとめられるばあいには——そうしてかようなばあいにかぎって——これを行為と解するのである。行為は行為者人格の主体的現実化としての生(Leben)の活動であって、生物学的基礎と社会的基礎とをもつ。それはまさしく行為者のダイナミックス(動態)にほかならず、行為者の人格が一定の場において主体的に表動するものである」⁽²⁷⁾と述べ、行為とは主体的な人格表出の一コマであり、身体の動静であることに加えて、心理作用が性格学的な法則性に支配されている点では、生物学的な基礎を持つとともに、行為が人格と環境との相互作用のもとに行われるものである以上、行為環境(Tat-Umwelt)ならびに生活歴の中で人格形成に影響を与える人格環境(Persönlichkeitsumwelt)との関係を顧慮することが不可欠である点で、

社会的基礎を有するものであるとする⁽²⁸⁾。このような観点から、積極的な作為だけでなく、消極的な不作為もまた、行為者人格の主体的現実化といえる限りにおいて行為といえ、また、直接的な反規範的人格態度である故意行為とならんで、規範を軽視するところの、注意義務の違反を通じた間接的な反規範的人格態度である過失行為も、当然行為に含まれるとする⁽²⁹⁾。

団藤は、以上のような、いわゆる人格的行為論を土台として、その上に独自の犯罪論体系を構築している。団藤によれば、犯罪は法秩序に違反する行為である点で違法な行為でなければならないし、また、行為者に非難を帰するものである点で有責の行為でなければならないが、それらだけでは犯罪の説明としていまだ十分でないとする。すなわち、犯罪は、何よりもまず、犯罪定型として法律によって規定された行為でなければならない、その定型性を具体化したものこそが構成要件に他ならないとして、近代学派(新派)によるこのような犯罪定型の等閑視を鋭く批判するとともに、罪刑法定主義の見地から構成要件を犯罪論における支柱的概念に据える、定型刑法の重要性を強調する⁽³⁰⁾。ここから、犯罪とは「……構成要件を充足する違法・有責の行為である」⁽³¹⁾と定義し、犯罪の一般的成立要件として、構成要件該当性、違法性、有責性という3つの要素を列举する⁽³²⁾。この点、構成要件は、違法行為の定型であるにとどまらず、有責行為の定型でもあるとし、これら三者は、構成要件該当性が、行為の外面的・形式的な判断であり、違法性が外面的・実質的な判断であり、有責性が内面的・実質的な判断であるという意味で、たがいに前者が後者の前提となりながら、外面的なものから内面的なものに至るまで、それぞれ立体的に重なり合うことで、いわば有機的な関係にあるとする⁽³³⁾。具体的には、構成要件該当性の段階では、その行為がそもそも違法行為類型・有責行為類型にあたりうるかどうかについて定型的・一般的・抽象的な判断を行い、違法性の段階では、いったん行為者人格を離れて、行為を行為として考察して、具体的にその行為が全法秩序に反

するかどうかを判断し、さいごに、有責性の段階において、行為を行為者人格の深みにまで立ち入って考察し、行為者に対して非難が可能かどうかを実質的に判断すべきであるとする⁽³⁴⁾。

以上のような犯罪論の体系構造を踏まえて、団藤は、それら個々の要素について詳細な説明を行っている。まず、犯罪の第1成立要件である構成要件該当性に関して、先述したように、団藤は、構成要件を違法行為定型だけでなく有責行為定型でもあるとする。すなわち、「違法・有責な行為の法的定型が構成要件にほかならない」⁽³⁵⁾とし、違法行為類型としての構成要件要素は、結果を含めた行為の客観的要素に加えて、行為の違法性が行為者の主観的要素と無関係ではないとの理解から、目的犯における目的・傾向犯における傾向・表現犯における心理過程などの主観的要素からなり⁽³⁶⁾、さらには、構成要件の定型性に役立つ範囲において、故意・過失についても主観的構成要件要素として率直に承認する⁽³⁷⁾。また、責任行為類型としての構成要件要素に関して、故意・過失は、違法要素でありながらも、それらが具備されることによって初めて行為者に非難を帰することができるという意味で、本来的には責任要素であるとする⁽³⁸⁾。すなわち、たしかに故意・過失は、例えば、殺人罪と過失致死罪のような、構成要件の評価において異なる犯罪定型を形成するが、その差は実際のところそれほど大きなものではなく、むしろ責任非難の強弱に決定的な影響をもたらす点で、主として責任要素の定型化としての意味を持つものであるとするのである⁽³⁹⁾。

つぎに、第2の犯罪成立要件である違法性について、「違法性とは、単に形式的にでなく実質的に、全体としての法秩序に反すること」⁽⁴⁰⁾と定義した上で、先ほど刑法思想のところでも述べたように、法と道徳との部分的一致という観点から、法秩序の違反を、法秩序の裏づけとなっている限度において、社会倫理規範の違反として捉える点で、違法性に行き無価値的な側面が存在することを肯定する⁽⁴¹⁾。そして、違法性と有責性の関係について、「法は命令・禁止をするためには、その論理的な前

提として、まず何が許されないかを評価しなければならない」⁽⁴²⁾と述べ、違法性としての評価規範による行為の否定的評価を、有責性判断である、決定規範による行為者の意思決定への否定的評価に先行させる、客観的違法性説の立場を支持する⁽⁴³⁾。

さいごに、第3の犯罪成立要件である有責性の段階においては、団藤刑法学の眼目とも言うべき、主体性の理論が前面に現れている⁽⁴⁴⁾。すなわち、個々の行為における悪しき意思に非難の根拠を認める行為責任・道義的責任論を基礎としつつも、これだけでは行為環境ならびに人格環境に眼を閉じる点で、責任の社会性を締め出すことになる批判し、付随的に行為の背後に行為者人格をも考慮する、人格責任論の正当性を高調する⁽⁴⁵⁾。具体的には、第1次的に責任判断の対象となるのは構成要件に該当する行為であるとしながらも、その裏側にある潜在的な人格体系にまで目を配る必要があるとし、それは素質・環境による重大な制約を受けながら、しかもなお主体的に形成されるものであるとして、第2次的に人格形成の責任が責任非難の程度に影響を及ぼしうることを認めるのである⁽⁴⁶⁾。また、責任非難が規範的・倫理的な意味を持つものであるとの考えから、行為者が具体的状況下において適法行為を選択することを期待できない場合には非難可能性が失われるとする、規範的責任論の立場を支持する⁽⁴⁷⁾。したがって、有責性の要件としては、責任要素としての故意(違法性の意識の可能性)・過失、行為者の人格的能力を意味する責任能力とならんで、期待可能性の存在が積極的に承認されているのである⁽⁴⁸⁾。

以上を要約すると、団藤の犯罪論体系は、行為者人格の主体的現実化である行為を礎石として、その行為が違法・有責な法的定型性を備えているかどうか問われる構成要件該当性、行為を行為として眺め、それが評価規範としての社会倫理規範に違反するかどうか問題となる違法性、および、行為とその背後に潜む人格とを顧慮し、行為者の反規範的な人格態度が決定規範に違反するかどうか判断される有責性、という

3つの要素からなり、この順序にしたがって検討される、という構造を有しているといえることができる⁽⁴⁹⁾。

4. 正犯・共犯論

団藤の間接正犯論は、その正犯・共犯論と切り離して理解することのできないものであるから、ここでは、さしあたり、間接正犯論を考察するための布石として、あらかじめその基底となる正犯・共犯論のあらましをごく簡単に見渡しておきたいと思う。ここではとりわけ、正犯と共犯との区別および共犯の従属性の問題を中心に叙述する。

団藤は、正犯と共犯との区別を論じるに際して、「われわれは構成要件論を指導形象とすることによって、はじめて明確な正犯概念を獲得することができる」⁽⁵⁰⁾と述べ、正犯概念が定型的な構成要件論を基礎として構築されなければならないことを強調する。すなわち、「正犯 (Täter; auteur; autore) とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件に該当する事実を実現する者である」⁽⁵¹⁾とし、また、「正犯とは、実行行為者であり、実行行為を行為者の面でみたものにほかならない」⁽⁵²⁾と述べ、実行行為を行う者こそが正犯であると定義づける。この点、「実行行為 (Ausführung; exécution) とは、構成要件に該当する行為」⁽⁵³⁾をいうとし、刑法典の各則に規定された種々の行為が実行行為であるとする。このような理解を前提として、団藤は、単独正犯だけでなく、共同正犯もまた、「……数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現する場合にほかならない。だから、それは、やはり正犯である」⁽⁵⁴⁾とするのに対して、教唆犯と幫助犯は、「基本的構成要件該当事実を実現するものではなく、単に基本的構成要件該当事実の実現に加功するにすぎないものである」⁽⁵⁵⁾と述べ、したがって、正犯とは区別されるところの、狭義の共犯に分類されなければならないとするのである⁽⁵⁶⁾。換言すれば、正犯は基本的構成要件を実現する者であるのに対して、狭義の共犯は、基本的構

成要件に関係して定められた別個の構成要件すなわち構成要件の修正形式であるという意味で、修正された構成要件該当事実を実現するにすぎない者であるということもできよう。具体的には、教唆犯においては、「被教唆者に基本的構成要件についての実行の決意をさせる行為が教唆行為」であり、幫助犯においては、「被幫助者の基本的構成要件についての実行行為を容易にする行為が幫助行為」であるとする⁽⁵⁷⁾。このように、団藤は、構成要件論を重視し、基本的構成要件該当行為である実行行為の有無を正犯と共犯との分水嶺とすることによって、本概念を正犯・共犯論の中心に位置づける、いわゆる実行行為性説（形式説）に立つことを公言するのである。

もっとも、団藤は、犯罪事象を手中に収めた者が正犯であるとする、行為支配説の理解を、部分的にはあるが、その実行行為概念の中に取り入れている。すなわち、「構成要件該当事実について支配をもった者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者——こそが、まさしく正犯にほかならない」⁽⁵⁸⁾とする。この点、行為支配説だけでは、教唆犯と幫助犯もまた教唆行為・幫助行為に支配を有している点で、なお基準として不十分であると批判し、「行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかに求められなければならない」⁽⁵⁹⁾と述べ、たんに基本的構成要件該当行為すなわち実行行為を自らの手で行う者に限らず、当該実行行為を支配する者を正犯と解するのである。その意味で、団藤が構想した実行行為は、たんなる形式的・客観的な性質のものではなく、支配という要素をその内に含んだ、実質的な概念であると評することができよう⁽⁶⁰⁾。

他方、共犯の従属性に関しては、「共犯が成立するためには、正犯の行為が現に行われたことを要するかどうか（従属性の有無）、そうしてさらに、その正犯の行為がどの程度に犯罪の要件を具備することを要するか（従属性の程度）」⁽⁶¹⁾が問題となるとする。この点、まず、従属性の有無の問題については、近代学派（新派）が、行為者の社会的危険性に力点

を置き、「人を殺す行為」と「教唆して殺させる行為」・「殺すのを幫助する行為」との同質性を説くことで、教唆行為・幫助行為もまた実行行為という点をとらえ、このような、いわゆる共犯独立性説の理解は、構成要件論の主眼である犯罪定型の要請を甚だ軽視するものであって、およそ妥当でないと批判する⁽⁶²⁾。すなわち、定型説の立場からは、「人を殺す行為」と「人を教唆して殺させる行為」・「殺すのを幫助する行為」とは、そもそも性質を全く異にする行為といわざるをえず、ここから、教唆・幫助の未遂を罰するためには特別の規定を必要とし、これがない限り、正犯の行為があつてはじめて教唆犯・幫助犯の成立を認めることが可能となるとする⁽⁶³⁾。すなわち、定型説からは、一定の必然性をもって共犯従属性説が導かれるとするのである⁽⁶⁴⁾。ついで、共犯従属性説を前提として、従属性の程度が問題となるが、団藤は、正犯が構成要件該当性ならびに違法性さえ備えていれば、たとひ有責性を欠いていたとしても、狭義の共犯の成立を認めて差し支えないとする⁽⁶⁵⁾。なぜならば、そもそも「正犯の行為が違法性を欠くときは、ひいてはその教唆行為・幫助行為も違法性を欠くことになる」⁽⁶⁶⁾のに対し、61条の文言が犯罪を「実行」せしめたとあるのは、客観的に犯罪の「実行」があれば足りるという意味であるから、「行為者にその責任を帰することができるかどうかは問うところでない」⁽⁶⁷⁾からだとする。すなわち、団藤は、狭義の共犯においては、正犯の構成要件該当性・違法性への従属のみを認め、有責性への従属を否定する点で、制限従属性説に与するものであるといえよう⁽⁶⁸⁾。

以上をまとめると、団藤の正犯・共犯論は、構成要件の定型的理解を理論的骨子として、正犯とは基本的構成要件該当事実を実現する者すなわち実行行為を支配する者であり、これと、修正された構成要件該当事実を実現する者すなわち教唆行為・幫助行為を支配するにすぎない教唆犯・幫助犯とを厳密に区別するところの、支配の要素を包摂した実質的な実行行為説(形式説)をより所とする点、および、そこから必然的に狭

義の共犯は正犯に従属するという共犯従属性説が導出され、また、その従属性の程度として、正犯の構成要件該当性・違法性への従属のみを認め、有責性には従属しないという、制限従属性説に立脚している点、に大きな特徴を見出すことができよう。

5. 間接正犯論

団藤は、「実行行為は行為者がかならずしもみずから手を下すことを要しない。器具や動物を道具に使ってもよいのと同様に、人を道具に使ってもよい。医師が患者を毒殺するのに、事情を知らない看護婦を使って毒薬を飲ませても、それは自分で毒薬を飲ませるのと少しもちがいはない」⁽⁶⁹⁾として、このような場合を間接正犯とよぶ。そして、「それは正犯以外の特種のものではなく正犯の一つの態様であり正犯そのものにほかならない」⁽⁷⁰⁾と述べ、他者が器具・動物等の道具と同視できる限りにおいて、自らの手で実行行為を行わなくても正犯という場合があるとし、そのような間接正犯は正犯の本来的な形態であることを正面から肯定する。

続けて、団藤は、自ら手を下すことのない者がなぜ正犯となりうるのかという間接正犯の正犯性に関する問題と、どの範囲で間接正犯が成立するのかという成立範囲に関する問題とについて、論を進める。

まず、間接正犯の正犯性について、上述したところの、正犯と共犯との区別における議論がここでも同様に展開されている。すなわち、団藤は、正犯とは構成要件該当事実を支配する者、換言すれば、基本的構成要件に該当する行為すなわち実行行為を行う者こそが正犯に他ならないとする。この点、同じく人に働きかけて犯罪を実現させる教唆犯との区別が問題となるが、「教唆は人に実行行為をさせるものであり、これに対して間接正犯は人を道具としてみずからが実行行為をするものである。前者においては教唆された者が構成要件該当事実の実現に対して支

配力を有するのに対し、後者においては人を道具にした者が構成要件該当事実の実現に対して支配力を有する」⁽⁷¹⁾と述べ、正犯の一種である間接正犯は、基本的構成要件該当事実を実現する者であるのに対して、狭義の共犯に属する教唆犯は、基本的構成要件該当事実を実現する他者(正犯)に加功するにすぎない者であるとする。また、「……人を利用する行為そのものが実行行為としての定型性を有するかどうか、別言すれば構成要件該当事実の実現に対して支配力を有する者であるかどうかによって、間接正犯となるかどうかがきまる」⁽⁷²⁾として、犯罪定型を基調とする構成要件論からは、他者に働きかける行為が実行行為としての定型性を具備するかどうか为正犯性にとって決定的に重要であるとするのである。先述したように、団藤は、行為支配説を一部取り入れ、支配という要素を加味した実質的な実行行為概念を観念し、行為者の利用行為にそのような定型性が認められるかどうかを問うことによって、間接正犯と教唆犯とを区別しようと試みたのであった。

ところで、従来、間接正犯の正犯性を基礎づけるに当たって、しばしば用いられてきたのが、拡張的正犯概念と制限的正犯概念である。団藤によれば、構成要件の結果に1つの原因を与えた者はすべて正犯であり、ここから教唆行為・幫助行為を行ったにすぎないものも当然に正犯であるが、刑罰縮小事由としての教唆犯・幫助犯規定があることによってその成立が排除されるとする拡張的正犯概念は、正犯ないし実行行為の概念を不当に広く解するものであり、妥当でない⁽⁷³⁾とされる。すなわち、団藤の考えを敷衍するならば、拡張的正犯概念は、教唆行為・幫助行為と正犯行為である実行行為とを同一視する点で、行為者の社会的危険性に重きを置く近代学派(新派)の共犯独立性説と相通ずるところがあり、これは犯罪定型を等閑に付すものであって、不当であるということであろう。しかしながら、他方、制限的正犯概念もまた、人を介しないで自ら行為を行った者だけが正犯であるとする点で、人を利用する行為はすべて共犯概念に取り入れられるとする拡張的共犯論へと必然的に至るこ

ととなり、ここから、情を知らない者を利用する行為はすべて教唆犯・幫助犯にしかならないとするのは、およそ法的感情に反すると批判する⁽⁷⁴⁾。このように、団藤は、「われわれの立場では、かように正犯概念をとくに拡張する必要もなければ制限する必要もない。この二つの正犯論は不必要であり、かつ、不当であるといわなければならない」⁽⁷⁵⁾として、両正犯概念による間接正犯の基礎づけを拒否し、これに代えて、構成要件の定型性を考慮しつつも一定の範囲で他者を介した犯罪実現に正犯性を認める、実行行為に基づく構成要件的正犯概念こそが最も妥当な正犯概念であるとするのである⁽⁷⁶⁾。

つぎに、間接正犯の成立範囲について、団藤は、①利用行為が構成要件の定型を具備しない場合、②被利用者の行為が実行行為といえない場合、③被利用者の行為は実行行為といえるが、なお利用者を道具と評価しうる場合、の3つの類型に大別して、論じている。

第1に、①利用行為が構成要件の定型を具備しない場合に関しては、間接正犯の成立がないのはいうまでもないとする⁽⁷⁷⁾。具体的には、(1)とりわけ行為主体に身分が欠ける場合、例えば、非公務員が情を知らない公務員に公文書に不実の記載をさせる場合、それは虚偽公文書作成罪の間接正犯とはなりえないという⁽⁷⁸⁾。これに対して、行為主体に身分が認められる場合、例えば、補助者たる公務員が情を知らない上司を利用して156条の罪を犯すという態様であれば、間接正犯の成立を肯定することができるとする⁽⁷⁹⁾。また、(2)自手犯すなわち犯罪の成立に物理的な自手実行が要求される場合、例えば、宣誓をした証人に思い違いをさせて虚偽の証言を行わせたとしても、利用者に偽証罪の間接正犯は成立しないとする⁽⁸⁰⁾。この点、自手犯は、間接正犯の成立の可能性を限界づける点にとりわけ実益があるとする⁽⁸¹⁾。

第2に、②被利用者の行為が実行行為といえない場合に関して、これを利用する行為に実行行為としての定型性を認めることは比較的容易であるとして、基本的には間接正犯の成立を肯定する⁽⁸²⁾。この点、②にお

いては、(1)被利用者の行為が実は真の意味における行為——行為者人格の主体的現実化——といえない場合ないし被利用者の動作が単純な道具にすぎないとみられるような場合、(2)被利用者に構成要件要素としての故意が欠ける場合、(3)目的犯につき、被利用者に目的が欠ける場合、(4)身分犯につき、被利用者に身分が欠ける場合、(5)被害者自身が道具となる場合、という5つの類型について、それぞれ言及がなされている。この点、団藤は、とりわけ(1)、(2)、(5)についてやや詳細な説明を行っているので、これらを中心に分析を行うこととする。(1)に関しては、さらに、(a)被利用者が是非の弁別能力をまったく欠く場合および(b)利用者が被利用者の意思を抑圧して行為させる場合、の2類型に分けられるとする。この点、(a)については、例えば、高度の精神病患者や幼児を利用して犯罪を実行する場合が考えられるとする。すなわち、団藤は、高度の精神病患者や幼児は、責任無能力者である前に、そもそも行為能力(Handlungsfähigkeit)⁽⁸³⁾を欠く結果、実行行為を行うことができないとするのである。これに対して、たとえ責任無能力者であっても、実質的にはすでに是非の弁別能力のある者(例えば12、3歳の少年)に犯罪を実行させるのは、間接正犯とはならず、教唆犯となるにすぎないとする⁽⁸⁴⁾。このように、団藤は、責任無能力者をさらに、i 行為無能力者かつ責任無能力者である場合と、ii 行為能力者ではあるが責任無能力者である場合と、iii 責任無能力者であるが実質的な是非弁別能力者である場合、とに区別し、i、iiの実行行為性を否定し、iiiにそれを肯定するのである。また、(b)については、脅迫的方法などを用いた意思の抑圧から被利用者が自発的な意思に基づいて行為を行うことができない場合には、被利用者に実行行為の前提である行為性が欠けるため、利用者の行為に実行行為が認められるとする⁽⁸⁵⁾。これに対して、何らかの強制があったとしても、被利用者が自発的な意思によって実行行為を行った場合には、被利用者が正犯で利用者は教唆犯であるとする⁽⁸⁶⁾。すなわち、強制が行為者人格の主体的現実化を阻む程度に達していた場合には、被利用

者の実行行為性つまり正犯性は否定されるが、その程度に達していなければ、被利用者の行為に実行行為性が認められ、したがって、利用者の行為は教唆行為にとどまるとするのである。(2)に関しては、被利用者に構成要件の故意が欠ける場合には、同時にその実行行為性も失われるとする⁽⁸⁷⁾。この点、団藤は、3点ほど注意が必要であると述べる。1つ目は、あくまで利用者に間接正犯が認められるのは、被利用者に構成要件の故意が欠ける場合に限られるという点である⁽⁸⁸⁾。すなわち、被利用者に責任故意が欠ける場合には、被利用者に構成要件該当性すなわち実行行為性が認められる以上、被利用者が正犯、利用者は教唆犯となるにすぎないとする。2つ目は、ここでいう故意とは、利用者が実現しようとした当の構成要件についての故意がないことを意味するという点である⁽⁸⁹⁾。すなわち、例えば、甲(利用者)が屏風の背後にいる乙を殺す目的で、それを知らない丙(被利用者)に屏風を射つことを命じる場合、丙には器物損壊の故意はあるが、殺人の故意はなく、その範囲で丙はやはりたんなる道具である以上、甲は殺人の間接正犯となるとする。3つ目は、被利用者に過失があればその者につき過失犯が成立するが、これによって被利用者の道具性に何ら影響はなく、利用者には過失犯を利用した間接正犯が成立するという点である⁽⁹⁰⁾。また、これらとは別に、仮に被利用者が情を知っていても、すなわち、被利用者に故意があったとしても、利用者の行為に実行行為としての定型性を認めることのできる場合が「ありえないわけではない」⁽⁹¹⁾とする。このような、いわゆる故意ある幫助的道具の事例に関して、少なくとも利用者に実行行為が認められ、したがって間接正犯が成立しうることのあることを暗に認めている点もまた、とりわけ注目に値するものである。

第3に、③被利用者の行為は実行行為といえるが、なお利用者の道具と評価しうる場合に関しても、例外的に利用者を間接正犯として処罰することができるとする⁽⁹²⁾。具体的には、たしかに被利用者の行為は構成要件に該当するが、違法性を欠くという場合、例えば、利用者が被利用

者の正当行為や緊急行為を利用する場合、被利用者に実行行為が認められるだけでなく、利用者にも実行行為を認められ、間接正犯が成立しうるとするのである。

このように、団藤は、実行行為を行う者が正犯であるという理解を前提として、様々な個別事例の検討を通じて、利用者の行為がそもそも構成要件の定型を欠く場合すなわち利用者が実行行為を行えない場合には当然に間接正犯の成立を否定するが、それ以外の、被利用者に実行行為が認められない場合や、仮に被利用者に実行行為が認められたとしても、例外的になお道具と評価しうる場合には、原則として、利用者を実行行為者すなわち間接正犯と解するのである。すなわち、団藤の間接正犯論は、結局のところ、利用者の行為を実行行為といえるかどうかということに尽きるのであって、その実行行為論と消長をとにもする運命にあるといっても過言ではない。したがって、団藤の間接正犯論が妥当なものであるかどうかは、その実行行為論の是非を問うことによって、おのずと明らかとなるであろう。

6. 若干の考察

以下では、これまでの分析を踏まえ、団藤の間接正犯論について、とりわけその要諦である実行行為論との関係に焦点を絞りつつ、なお幾ばくかの考察を試みたいと思う。

第1に、刑法思想に関して、団藤は、相対的意思自由論および実存的な人間像を背景として、人格の主体性に光を当て、その主体的な人格が外部へと客観的に表出されたものが行為に他ならないとする。すなわち、人格は現実化されることではじめて犯罪行為としての意味を持つものであるから、行為はたんなる行為者の社会的危険性を徴表するものではなく、あくまで行為それ自体の危険性が問題とされなければならないとする。思うに、刑法の関心は、行為者の内面的な性格それ自体に対してで

はなく、あくまでそれが外面化されたところの、行為という存在形式に対して向けられているとみるべきであるから、さしあたり、団藤が、人格そのものではなく、行為としての「客観化された人格」を議論の出発点としたことについては、率直に首肯しうる。すなわち、犯罪論は、行為者主義・徴表主義ではなく、行為主義・現実主義を基礎として構成されなければならないと解する。このような行為主義・現実主義が、実行行為中心の犯罪論体系を支える実質的な根拠となることについては、いまさら言を俟たないであろう。

第2に、犯罪論体系において、上述した、行為主義・現実主義の立場からは、行為者ではなく行為がその中心に置かれなければならない。この点、団藤が、行為を行為者人格の主体的現実化と解し、行為段階において、意思の存在と内容とを統合することによって、行為概念を実質化した点についても、主体的という言葉を用いるかどうかはさておき、基本的に支持しうるものである⁽⁹³⁾。なぜならば、従来は、行為段階では意思の存在のみが要求され、意思内容は責任においてはじめて問題となるにすぎないとする、自然主義的行為論が支配的であったが⁽⁹⁴⁾、このような行為論を前提とする限り、行為は因果的な性質しか持つことができず、その構成要件における概念的反映としての実行行為もまた、きわめて形式的・客観的なものとならざるをえないからである。すなわち、そのような形式的・客観的な実行行為概念は、間接正犯を基礎づけることができなくなる点で、到底採用することができない⁽⁹⁵⁾。また、犯罪論の体系構造に関して、団藤が、行為主義・現実主義の論理的帰結として、構成要件論に基づく定型刑法の重要性を説いた点も、概ね支持しうる⁽⁹⁶⁾。近代学派(新派)が主張する、行為者の社会的危険性を基礎とした犯罪論体系は、行為そのものの危険性をまったく度外視する結果、構成要件ごとに類型化されている、犯罪行為の本質的差異を説明しえない点で、妥当でない。

第3に、正犯・共犯論について、行為主義・現実主義からは、団藤が

主張するように、構成要件論に依拠した正犯・共犯論が要請されるべきである。すなわち、基本的構成要件該当行為である実行行為概念が正犯・共犯論において柱石的な役割を果たさなければならない。したがって、団藤が、実行行為の有無によって正犯と共犯とを区別しようとした点に関しては、全面的に賛成することができる。換言すれば、正犯とは実行行為を行う者であると定義されなければならない。もっとも、問題は、ここである実行行為の実質的な中身である。この点、団藤は、実行行為の中に、行為支配説が旨とするところの、支配の要素を組み入れる。すなわち、正犯とは基本的構成要件該当事実を実現する者つまり実行行為を支配する者であるとする。たしかに、支配という要素を加味した実行行為概念によれば、基本的構成要件該当事実を支配する者が正犯、それ以外の、修正された構成要件該当事実を支配するにすぎない者が(狭義の)共犯ということとなり、正犯と共犯とをある程度明確に区別することができるようにもみえる。だが、このような支配の要素を包含した実行行為概念によって正犯と共犯とを区別することができるのは、せいぜい故意作為犯の場合に限られよう。というのも、不作為犯においては、行為の中に支配の要素を見出すことはできない以上、正犯と共犯とを区別することは不可能となってしまうからである⁽⁹⁷⁾。この点、しかしながら、複数人の不作為が競合し、それらの中で基本的構成要件実現に対して主導的な者と随従的な者とがいた場合、行為寄与の質的相違という観点から、それらは区別でき、また、区別されなければならない。この場合、団藤の理解を前提とすると、両者を区別するためには、実行行為以外の別の基準が必要となる。すなわち、支配の要素を実行行為に混入させると、故意作為犯と(故意)不作為犯とで、異なる正犯性の基準が妥当することとなり、本来一義的であるべき「正犯」という概念に深刻な分裂状態が生じてしまうのである。同様のことは、過失犯に対しても当てはまる。すなわち、過失犯においても、行為者の行為に支配は存在しないから、ここでも正犯と共犯とを区別することはできないこととなる⁽⁹⁸⁾。しかし

ながら、過失犯の場合も、主たる行為者と従たる行為者とは区別でき、また、区別すべきでもあるから、ここでも、実行行為以外の基準による他ないこととなる⁽⁹⁹⁾。このように、支配の要素を実行行為に持ち込むと、故意作為犯と不作為犯・過失犯との間で正犯概念が分裂し、そもそも正犯とは何かについて、統一的な説明が不可能となってしまうのである。したがって、実行行為概念に支配の要素を取り込む団藤の見解に対しては、反対の意を表明せざるをえない。すなわち、正犯概念の分裂を回避するためには、実行行為概念から支配の要素を排除しなければならない。換言すれば、実行行為概念は、支配に代わる、別の要素から再構成されなければならないと考える。

なお、共犯の従属性に関して、団藤がいうように、共犯独立性説は行為者の社会的危険性を基礎とする点で、そもそも支持しえない。すなわち、この立場からは、基本的構成要件該当行為だけでなく、修正された構成要件該当行為である教唆行為・幫助行為もまた実行行為と解される結果、両者の質的相違を観念しえなくなる点で、妥当でないというべきである。

第4に、間接正犯論において、団藤が、間接正犯を直接正犯と同様、正犯の本来的な一形態と解し、一般的な正犯性の基準である実行行為の有無でその正犯性を論証しようとした点に関しては、完全に同意しうる。単独正犯の一種である直接正犯と間接正犯とは、外形上自らの手で実行行為を行うか、それとも、他者の手を通じて行うかの違いがあるだけで、その規範構造は同一のものであると解する。もっとも、団藤が、ここでも実行行為に支配の要素を加え、基本的構成要件該当事実を支配する者を間接正犯、修正された構成要件該当事実を支配するにすぎない者を教唆犯とする点については、上述の批判がそのまま妥当しよう。正犯概念の分裂を阻止するという観点から、間接正犯の規範構造は、支配とは異なる要素によって説明されなければならない。

なお、拡張的正犯概念と制限的正犯概念に関する団藤の理解について

は、賛同できる部分とそうでない部分とがある。具体的には、拡張的正犯概念が、基本的構成要件該当行為と修正された構成要件該当行為との構造上の相違を原則的に否定し、教唆行為・幫助行為もまた実行行為といるとする点で、共犯独立性説に従う場合と同様、実行行為概念を過度に弛緩させてしまう結果となるから、不必要かつ不当であるとする部分については、異存はない。すなわち、拡張的正犯概念は、共犯行為と正犯行為である実行行為との質的相違つまり規範構造の相違をまったく説明しえない点で、およそ採用しえない。これに対して、団藤が、制限的正犯概念もまた、直接自らの手で実行行為を行った場合のみを正犯とし、他者を介した基本的構成要件の実現をすべて狭義の共犯(教唆犯)に算入する、拡張的共犯論へと必然的に至る点で、妥当でないとした部分については、疑問なしとししない。もちろん、制限的正犯概念が、論理必然的に拡張的共犯論と結びつくのであれば、団藤の考えは正当なものといえる。しかしながら、制限的正犯概念とは、拡張的正犯概念と異なり、一般的に、正犯行為の外に狭義の共犯行為を置き、したがって、教唆犯・幫助犯の規定を刑罰拡張事由とみる点に特徴があり、また、それ以上の意味を有するものではない。換言すれば、制限的正犯概念は、必ずしも自らの手で実行行為を行う者だけを正犯とするものではなく、一定の場合、他者を通じた実行行為をも正犯に包含しうるのである。団藤の見解もまた、正犯と狭義の共犯とを峻別し、教唆犯・幫助犯を構成要件の修正形式として正犯の外に置くものであるから、制限的正犯概念の一種に数えることができよう。すなわち、正犯概念は拡張的か制限的かの二者択一であって、その中間はないという指摘は、正鵠を射たものといえることができる⁽¹⁰⁰⁾。

また、間接正犯の成立範囲において、団藤は、①利用行為が構成要件の定型を欠く場合は当然間接正犯の成立を否定する一方、②被利用者の行為が実行行為といえない場合は基本的に利用者の行為を実行行為と見ることができ、さらには、③たとい被利用者の行為が実行行為といえる

場合であっても、それがなお利用者の道具と評価しうる場合には、利用者に間接正犯の成立を肯定する。以下では、このような理解が妥当なのかどうか、実行行為論と本質的に関係する部分を中心として、検討を行うこととする。

まず、②被利用者の行為を実行行為といえない場合として、(1)被利用者の行為が行為者人格の主体的現実化といえず、そもそも行為能力を欠く場合があります。すなわち、(a)例えば、被利用者が高度の精神病者や幼児の場合、その行為に行為者人格の主体的現実化を認めることはできないので、利用者に実行行為すなわち基本的構成要件該当事実の支配が認められるとする。しかしながら、例えば、行為無能力者に人の殺害を指示する場合、基本的構成要件該当事実すなわち「人を殺すこと」を実際に支配しているのは、やはり直接人を殺害する行為を行う行為無能力者ではないか。すなわち、団藤がいう、基本的構成要件該当事実の支配という観点からは、被利用者の行為に実行行為が認められるといえよう。また、行為無能力者はそもそも行為および実行行為を行えないと解するならば、行為無能力者の行為はつねに構成要件該当性を欠くことになる。すなわち、行為能力の有無の判断は構成要件該当性の段階で行われることとなるはずであるが、その行為者が行為能力を欠くかどうかは実質的・個別的・具体的な判断を要するものであるから、定型的・一般的・抽象的な判断に限られるとする団藤の構成要件論とは、そもそも相容れないようにも思われる。さらに、上述した、ii 行為能力者ではあるが、責任無能力者である者の行為は、団藤の理解によれば、実行行為の前提である行為は存在するから、実行行為ということができ、ただ責任を欠くにすぎないと説明されるはずであるが、団藤は、この場合も、被利用者に実行行為は認められず、したがって、利用者は間接正犯であると考えているようである。このような理解を前提とすれば、責任無能力者の行為はつねに実行行為といえないこととなり、有責性判断が構成要件判断に先行することとなる点で、犯罪認定の体系的順序と矛盾する

のではないかという疑問も生じうる。

また、いま述べた批判は、②(1)(b)脅迫的方法などを用いた意思の抑圧から被利用者が自発的な意思に基づいて行為を行うことができない場合にも、同じく妥当する。すなわち、たとえ被利用者が利用者の強制により自発的な意思で行動したといえなくても、例えば、利用者が被利用者を脅迫して人を殺させた場合、基本的構成要件該当事実である「人を殺す」という事象を実際に支配していたのは、被利用者であるといえる。そうすると、被利用者に実行行為が認められるので、利用者は教唆犯となるにすぎないのではないか、問題となりえよう。実質的な強制の程度の判断が、定型的な構成要件判断に馴染まないのではないかという点も同様である。

くわえて、被利用者の行為は実行行為といえるが、なお利用者の道具と評価する場合、例えば、利用者が被利用者の正当行為や緊急行為などの違法性阻却事由を利用する場合、団藤は、被利用者だけでなく、利用者にも実行行為を認めるが、支配という観点からは、利用者と被利用者がともに構成要件該当事実を支配するということがありうるか問われなければならない。すなわち、共通の基本的構成要件該当事実を2人以上の者が同時にあるいは同程度に支配することが可能かどうか問題となる。団藤は、この点について、何ら説明を行っていない。上述の議論から推察すると、団藤は、基本的には、被利用者の行為が実行行為といえない場合すなわち被利用者が基本的構成要件該当事実を支配しているとはいえない場合に、利用者の実行行為を認めており、両者はそれぞれ択一的な関係にあると考えているようである⁽¹⁰¹⁾。この点、被利用者だけでなく利用者の行為にも実行行為が認められる本事例の場合、同一事象に対して支配が競合することとなるが、団藤の理解からそのような構成が果たして可能か、甚だ疑問である。

このように、間接正犯の成立範囲として論じられている事例を個別に分析・検討すると、大小様々な問題点が露わとなるが、その最も決定的

なものは、やはり支配の概念があまりに曖昧すぎるということである。支配の要素を、事実的なものとするのか規範的なものとするのか、あるいは、可能的なものとするのか現実的なものとするのか、によって、利用者および被利用者（あるいは両者）どちらにも支配があるといえる点で、正犯と共犯とを区別する基準として、著しく不明瞭であるといわざるをえない⁽¹⁰²⁾。この意味でも、支配の要素を実行行為に包摂させることには、およそ賛同することができない。

7. おわりに

以上、極めて概略的ながら、団藤の間接正犯論について、その犯罪論に加えて、哲学・思想にまで遡上しつつ、考察を行った。本考察においてえられた帰結を要約すると、つぎのようなものとなる。すなわち、団藤が、古典学派(旧派)を土台とした行為主義・現実主義を犯罪論の前提としたこと、犯罪論において意思の存在と内容とを行為段階で統合し、行為を行為者人格の表出と理解することによって、行為を実質化したこと、この行為を構成要件論の立場から定型化し、概念的に反映させた実行行為を柱石として正犯・共犯論を展開したこと、および、間接正犯を本来的な正犯の一形態とし、狭義の共犯との区別を実行行為の有無に求めたこと、については、全面的に支持しうる。これに対して、実行行為に支配の要素を加味することによって、故意作為犯と不作为犯・過失犯との間に正犯概念の深刻な分裂状態をもたらしたこと、支配の要素があまりに不明瞭なものであり、間接正犯と狭義の共犯とを区別する基準として使用することが不可能であること、制限的正犯概念から直ちに拡張的共犯論が導かれると解することで、本来択一関係にあるはずの2つの正犯概念を不必要かつ不当としたこと、については、残念ながら否定的な態度を示さざるをえない。そして、このような理解から、正犯と共犯との区別、したがって、間接正犯と教唆犯との区別は、実行行為を標準

としつつも、その規範構造の相違を基礎づけるために、支配とは異なる別の要素に求められなければならないという結論に至った。

このように、団藤の見解に対してはいくつかの本質的な問題点を指摘しうが、団藤が、新・旧両学派を止揚し、実行行為概念中心の犯罪論および間接正犯論を含めた正犯・共犯論に確固たる基礎づけを与えたことによって、現在の通説的理解の土台を築いたことは、いくら高く評価してもしすぎるということはない。その意味で、団藤の功績には永遠のものがあるということができよう。

団藤の間接正犯論が明らかにされて以降、基本的にこれを支持し、実行行為に支配の要素を取り入れる立場と、支配の要素を実行行為から排斥し、それ以外の要素によってこれを再構成する立場とが、次第に枝分かれしていくこととなる。もっとも、それらは内容の差異こそあれ、実行行為を中核とした間接正犯論を企図する点で、共通の傾向を有するものである。これに対して、近時、実行行為概念それ自体の意義および機能に対して疑問視する声が一部から声高に主張されるようになり、実行行為中心の間接正犯論にも大きな動揺が生じてきている。すなわち、実行行為概念否定論あるいは消極論の有力化である。このような状況にあるいま、実行行為論の基礎づけに尽力した団藤の見解についてもう一度根本から問い直すことは、決して無駄ではないであろう。自身もまた、実行行為概念こそが間接正犯論を本質的に解明するための鍵となると考えているが、問題はその実質的な内容如何である。間接正犯をめぐるこれらの議論状況および自身の立場については、さらに研究を重ねた上で、また別の機会に詳しく叙述することとしたい。

- (1) 大塚仁『間接正犯の研究』(昭33年・1958年)はしがき1頁。なお、以下では、適宜旧字体は新字体に改めた。
- (2) 木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(昭43年・1968年)271頁。
- (3) 植田重正『共犯の基本問題』(昭27年・1952年)4頁以下。
- (4) 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、引用は後者による〕47頁参照。
- (5) 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。
- (6) 拙稿「小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論」『國士館法学』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」『國士館法学』49号(平28年・2016年)391頁以下参照。
- (7) 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。
- (8) 拙稿「木村亀二の間接正犯論」『比較法制研究』41号(平30年・2018年)35頁以下参照。
- (9) 団藤刑法学の全体像および法理論的な背景については、団藤重光『刑法概要総論』[第3版](平2年・1990年)(以下、『総論』と略)、同『法学の基礎』[第2版](平19年・2007年)(以下、『法学』と略)。なお、団藤の人となり、来歴および業績については、「特集 団藤重光先生の人と学問」『論究ジュリスト』2013年冬号(平25年・2013年)1頁以下、「〈特集〉団藤刑事法学の軌跡」『刑事法ジャーナル』34号(平24年・2012年)4頁以下。団藤の歩みを自叙伝風にまとめたものとして、団藤重光『わが心の旅路』(昭61年・1986年)(以下、『旅路』と略)、最高裁での経験を叙述したものとして、同『実践の法理と法理の実践』(昭61年・1986年)(以下、『実践』

と略)。なお、同『刑法紀行』(昭42年・1967年)からも、団藤の人柄を窺い知ることができる。

- (10) 団藤重光「法における主体性」『この一筋につながる』(昭61年・1986年)(以下、『一筋』と略)121頁以下、同「科学と人権」『一筋』196頁、198頁以下、同「刑法と主体性理論(上)(下)」『ジュリスト』974頁(平3年・1991年)40頁以下、975号(平3年・1991年)79頁以下(以下、『主体性理論(上)(下)』と略)、同『刑法の近代的展開』(昭23年・1948年)はしがき2頁。団藤・前掲注(9)『総論』改訂版第14刷はしがき10頁では、主体性の理論は「わたくしの学問の骨格をなしている」と記し、また、団藤・前掲注(9)『旅路』36頁では、「これは、もう私の信念というよりは、私自身」であり、「精神的=肉体的な全体としての私そのもの」であると述べている。主体性の理論と刑事訴訟法との関係については、団藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」『ジュリスト』905号(昭63年・1988年)44頁以下。主体性の理論については、平川宗信「主体性と刑事責任」『團藤重光博士古稀祝賀論文集第2巻』(昭59年・1984年)122頁以下、同「團藤重光博士の主体性の理論と死刑廃止論」『論究ジュリスト』2013年冬号(平25年・2013年)50頁以下、堀内捷三「團藤先生と人格形成責任論」『論究ジュリスト』2013年冬号(平25年・2013年)24頁以下。なお、「座談会 団藤重光先生を偲んで」『論究ジュリスト』2013年冬号(平25年・2013年)14頁[平川宗信発言]によると、団藤は、戦前においてすでに主体性の理論を展開していたとされる。団藤の刑法理論を概観するものとして、曾根威彦「團藤刑法理論の意義」『刑事法ジャーナル』34号(平24年・2012年)35頁以下。
- (11) 団藤・前掲注(9)『総論』18頁以下、とりわけ32頁、同・前掲注(9)『一筋』125頁以下。
- (12) 団藤・前掲注(9)『総論』32頁以下。
- (13) 団藤重光「人格責任の理論」『法哲學四季報』2号(昭24年・1949年)(以下、『人格責任』と略)100頁以下。この点、その114頁では、「科学性のない刑法学は盲目であり、人間性のない刑法学は空虚である」と述べている。なお、同様の言い回しは、団藤・前掲注(9)『総論』35頁でも使用されている。
- (14) 団藤・前掲注(9)『総論』はしがき1頁。同・『総論』初版(昭32年・1957年)はしがき1頁ですでに「刑法学は、つねに、人間的なもの、また、社会的なものに根を下ろして、そこに生命の泉を求めなければならない」とし、さらに、改訂版(昭54年・1979年)はしがき1頁でも「人間の尊厳性、

- その奥にある人格の主体性といったものは、いくら強調してもしすぎることはない」と述べ、繰り返し刑法学における人間性の尊重を説いている。
- (15) 団藤・前掲注(9)『総論』35頁。団藤の相対的意思自由論については、平野龍一「意思の自由と刑事責任」『尾高朝雄教授追悼論文集 自由の法理』(昭38年・1963年)231頁以下。
 - (16) 団藤・前掲注(9)『総論』32頁以下、同「刑法における自由意思の問題」『尾高朝雄教授追悼論文集自由の法理』(昭38年・1963年)(以下、『自由意思』と略)225頁、同「あたらしい社会防衛論と人格責任論」『木村博士還暦祝賀 刑事法学の基本問題(上)』(昭33年・1958年)(以下、『社会防衛』と略)640頁、同・前掲注(13)『人格責任』114頁。団藤・前掲注(13)『人格責任』111頁によると、わが国において相対的意思自由論を創唱した者として、真っ先に小野清一郎の名前が挙げられるとする。団藤の刑法思想に対する小野の影響については、団藤重光「小野清一郎先生の人と学問」『ジュリスト』861号(昭61年・1986年)58頁以下。
 - (17) 団藤・前掲注(9)『総論』12頁。
 - (18) 団藤・前掲注(16)『自由意思』220頁。団藤・前掲注(9)『法学』142頁は、「人間は一人一人が宿命的に素質・環境によって生物学的—行動科学的に決定されながらも、さらに自ら決定して行くところの、主体性をもった実存的な存在である」と述べている。
 - (19) 団藤・前掲注(9)『総論』37頁、同・前掲注(16)『自由意思』223頁、同・前掲注(13)『人格責任』125頁。
 - (20) 団藤・前掲注(9)『総論』38頁、258頁、同「責任の理論」『刑事法講座第2巻』(昭27年・1952年)(以下、『責任』と略)254頁、同・前掲注(13)『人格責任』114頁、125頁、130頁、同・前掲注(16)『自由意思』224頁。
 - (21) 団藤・前掲注(9)『総論』39頁、同・前掲注(16)『社会防衛』644頁、647頁。
 - (22) 団藤・前掲注(9)『総論』39頁。
 - (23) 団藤・前掲注(9)『総論』37頁。
 - (24) 団藤・前掲注(9)『法学』22頁、同・前掲注(10)『主体性理論(下)』83頁。
 - (25) 団藤・前掲注(9)『総論』104頁。
 - (26) 団藤・前掲注(9)『総論』104頁以下、同・前掲注(20)『責任』254頁。
団藤の行為論については、日沖憲郎「人的行為概念」『團藤重光博士古稀

祝賀論文集第1巻』(昭58年・1983年)105頁以下、大塚仁「人格的行為論について」『團藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻』(昭58年・1983年)124頁以下。

- (27) 団藤・前掲注(9)『総論』105頁。
- (28) 団藤・前掲注(9)『総論』106頁以下。
- (29) 団藤・前掲注(9)『総論』105頁、112頁、143頁、335頁。
- (30) 団藤・前掲注(9)『総論』40頁、97頁。
- (31) 団藤・前掲注(9)『総論』97頁。
- (32) 団藤・前掲注(9)『総論』139頁は、「……行為は、そのまますぐに刑法の世界に立ち現れるものではない。それが構成要件該当性をもつばあいには、はじめて、刑法の世界に登場して来る」と述べており、行為そのものは独立した犯罪成立要件の1つとして数えられていない。
- (33) 団藤・前掲注(9)『総論』100頁以下。
- (34) 団藤・前掲注(9)『総論』98頁以下。
- (35) 団藤・前掲注(9)『総論』118頁。
- (36) 団藤・前掲注(9)『総論』132頁以下。
- (37) 団藤・前掲注(9)『総論』134頁以下、198頁。
- (38) 団藤・前掲注(9)『総論』136頁以下、271頁、同・前掲注(16)『自由意思』259頁。
- (39) 団藤・前掲注(9)『総論』137頁。
- (40) 団藤・前掲注(9)『総論』188頁。
- (41) 団藤・前掲注(9)『総論』188頁。
- (42) 団藤・前掲注(9)『総論』190頁。
- (43) この点に関して、団藤・前掲注(9)『総論』191頁脚注(15)は、「ただし、決定規範・評価規範という用語はかならずしも妥当ではない。第一に、規範にこの二種類のものがあるのではなく、一つの規範がかように二重に機能するのである。第二に、決定規範に対応する責任も、また、評価として考えることができるのである」と述べている。
- (44) この点、団藤・前掲注(13)『人格責任』100頁で、「刑事責任の本質は刑法学におけるもつとも根本的な問題であり、その把握のしかたによつて刑法学の全体系がかわつて来る」と述べていることから、責任論の構成に心血を注いだことが窺えよう。
- (45) 団藤・前掲注(9)『総論』261頁。この点、団藤・前掲注(9)『総論』

259頁脚注(3)は、「わたくしの人格責任論はメツガーの影響を受けて人格形成責任を中核とするところに従来の人格責任論との差異があり、また、行為責任との結合をはかっているところに、メツガーの行状責任との差異がある。そうして、これを犯罪論と刑罰論とに通じる動的理論構成の一環としようとしているところに、特色があるとおもっている」と述べている。なお、人格責任論については、平野龍一「人格責任と行為責任」『刑法講座第3巻 責任』(昭38年・1963年)1頁以下。

- (46) 団藤・前掲注(9)『総論』260頁以下。
- (47) 団藤・前掲注(9)『総論』263頁以下。
- (48) 団藤・前掲注(9)『総論』266頁、323頁以下。
- (49) 大塚仁「人格的刑法学の構想」『法学教室』113号(平2年・1990年)6頁以下は、このような団藤の刑法論を基礎として、いわゆる人格的刑法学を提唱している。
- (50) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。
- (51) 団藤・前掲注(9)『総論』372頁。
- (52) 団藤・前掲注(9)『総論』154頁脚注(3)。
- (53) 団藤・前掲注(9)『総論』139頁。
- (54) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。もっとも、「なお、共同正犯は右に述べたとおり正犯であるが、その中には、数人の行為によってはじめて構成要件を充足するという場合が当然含まれる。……かような点で、共同正犯もまた、構成要件の修正形式と考えられる」と述べ、教唆犯・幫助犯だけでなく、共同正犯もまた、構成要件の修正形式であるとし、したがって、後述するところの、共同正犯に対しても共犯の従属性の議論が一定程度妥当しなければならないとする。団藤・前掲注(9)『総論』373頁以下、385頁脚注(23)。
- (55) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。
- (56) 団藤・前掲注(9)『総論』370頁。
- (57) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。
- (58) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。
- (59) 団藤・前掲注(9)『総論』373頁。
- (60) 団藤・前掲注(9)『総論』改訂版第十四刷はしがき10頁は、共謀共同正犯の基礎づけに行為支配の理論を援用する以上、従来構成要件のところで論じられていた間接正犯もまた、「構成要件の場面から正犯理論の場面

に移されなければならない」と述べている。共謀共同正犯と行為支配との関係については、団藤・前掲注(9)『実践』443頁以下。

- (61) 団藤・前掲注(9)『総論』375頁。
- (62) 団藤・前掲注(9)『総論』376頁以下。
- (63) 団藤・前掲注(9)『総論』377頁以下。さらに、団藤・前掲注(9)『総論』378頁以下によれば、現行法もまた、共犯従属性説の立場を採用しているとされる。
- (64) 団藤・前掲注(9)『総論』380頁。
- (65) 団藤・前掲注(9)『総論』383頁。
- (66) 団藤・前掲注(9)『総論』383頁。
- (67) 団藤・前掲注(9)『総論』382頁。
- (68) 団藤・前掲注(9)『総論』384頁。もっとも、同所において、共犯の従属性の程度(要素従属性)を類型化した M.E. マイヤーの見解が、故意を主観的構成要件要素としてではなく、もっぱら責任要素と理解していた点で、主観的構成要件要素としての故意を認め、構成要件の故意への従属を要求する自らの見解は、「制限従属形式と極端従属形式の間」にあると述べている。
- (69) 団藤・前掲注(9)『総論』154頁。
- (70) 団藤・前掲注(9)『総論』154頁。
- (71) 団藤・前掲注(9)『総論』155頁。
- (72) 団藤・前掲注(9)『総論』155頁。
- (73) 団藤・前掲注(9)『総論』388頁。
- (74) 団藤・前掲注(9)『総論』388頁。
- (75) 団藤・前掲注(9)『総論』388頁。
- (76) 団藤・前掲注(9)『総論』388頁以下は、このような構成要件的正犯概念もまた制限的正犯概念の一種とみる見解もあるが、「これは、本来の正犯概念で、とくに制限的とみるべきではないとおもう」と述べ、やはり制限的正犯概念は妥当でないとする。
- (77) 団藤・前掲注(9)『総論』155頁。
- (78) 団藤・前掲注(9)『総論』155頁。
- (79) 団藤・前掲注(9)『総論』156頁脚注(7)。
- (80) 団藤・前掲注(9)『総論』155頁。
- (81) 団藤・前掲注(9)『総論』156頁。

- (82) 団藤・前掲注(9)『総論』156頁。
- (83) 団藤・前掲注(9)『総論』274頁脚注(1)は、「責任能力は、行為能力(Handlungsfähigkeit)と区別されなければならない。高度の精神病者についてはその挙動が行為といえないことがある。このような者は行為能力そのものを欠くわけである。しかし、責任能力を欠く者が、かような行為能力じたいを欠くとはかぎらない」と述べ、そもそも行為者人格を主体的に現実化しえない者は行為無能力者であるとしつつ、責任無能力者が必ずしも行為無能力者であるわけではないとする。団藤の責任能力論については、団藤重光「責任能力の本質」『刑法講座第3巻 責任』(昭38年・1963年)33頁以下。
- (84) 団藤・前掲注(9)『総論』156頁以下。
- (85) 団藤・前掲注(9)『総論』383頁では、被利用者が「意思を抑圧された状態にあったときは、行為能力を欠くことになるから、その動作は実は行為ではなく、したがって構成要件該当性をもちえない。かようなばあいにも、これに対する教唆犯・幫助犯は成立しない」と述べている。
- (86) 団藤・前掲注(9)『総論』157頁。
- (87) 団藤・前掲注(9)『総論』158頁。
- (88) 団藤・前掲注(9)『総論』158頁。
- (89) 団藤・前掲注(9)『総論』158頁。
- (90) 団藤・前掲注(9)『総論』158頁。
- (91) 団藤・前掲注(9)『総論』159頁脚注(13)。
- (92) 団藤・前掲注(9)『総論』159頁以下。
- (93) 団藤・前掲注(9)『総論』110頁は、意思の存在と内容との一致を強調する、目的的行為論について、「……主体的な行為論の樹立を意図している点で、わたくしと志向をおなじくするものといえよう」と述べている。もっとも、目的的行為論には様々な問題があり、採用しえないとする。
- (94) 例えば、牧野英一『重訂日本刑法上巻』(昭12年・1937年)121頁、瀧川幸辰『刑法読本』(昭7年・1932年)〔『瀧川幸辰著作集第1巻』に所収、引用は後者による〕61頁など。自然主義的行為論については、さしあたり、大塚仁「行為論」『刑法講座第2巻』(昭38年・1963年)1頁以下、上田健二「行為論の課題と展望」『現代刑法講座第1巻』(昭52年・1977年)211頁以下、日高義博「刑法における行為論の意味」『刑法基本講座第1巻』(平4年・1992年)149頁以下など参照。

- (95) この点については、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)1頁以下、とりわけ22頁以下、同「正犯概念を巡る争いと実行行為」『法学研究論集』40号(平25年・2013年)141頁以下、とりわけ159頁参照。
- (96) ただし、「定型性」という用語に関しては、刑法解釈の過度な形式性を要求するきらいがある点で、妥当でないように思われる。「類型性」の方がより適切であろう。
- (97) 例えば、行為支配説の代表的論者であるロクシンは、不作為犯の正犯性を基礎づけるに当たって、行為支配的な考慮を行う余地はそもそも存しないとし、これに代えて、特別の義務に違反した行為者はすべて正犯であるとする、「義務犯」の概念を用いて説明している。Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 459ff, 462. この点に関して、拙稿「ロクシンの間接正犯論」『國土館法學』51号(平30年・2018年)193頁以下、とりわけ214頁以下参照。
- (98) 例えば、ヴェルツェル、マウラッハ、ガラス、ロクシン等は、過失犯においては、正犯と共犯との区別は存しないとして、統一的正犯概念が妥当すると主張する。Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 159; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 626; Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 91; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd II, 2003, S. 8.
- (99) 団藤・前掲注(9)『総論』140頁脚注(1)は、「過失犯についても、故意犯のばあいと同じく、実行行為がなければならないのはもちろんである」としつつも、「ただ、過失犯については、性質上、行為の定型性が弱いものにならざるをえない」と述べ、過失犯における正犯概念は、故意犯のそれよりも、一定程度広いものでありうることを暗に認めている。また、団藤・前掲注(9)『総論』403頁、413頁脚注(2)において、過失による教唆・幫助を否定している点で、過失犯においては、事実上、統一的正犯概念が採用されているのと大差ないと見ることもできよう。この点を指摘するものとして、松宮孝明「過失犯の正犯と共犯」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法1』(平9年・1997年)54頁参照。
- (100) 川端博＝松宮孝明「『対談』共犯論の再構築をめざして」『現代刑事法』53号(平15年・2003年)〔川端博『現代刑法理論の現状と課題』(平17年・

2005年)に所収(引用は後者による)] 324頁[松宮の発言]。

- (101) この点、ヴェルツェルは、被利用者に行為支配が認められる場合、利用者にも同時に行為支配が認められるとするのは、妥当でないとする。Welzel, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1947, Spalte S. 650; Vgl. Roxin, (o. Fn 97), S. 134. すなわち、「正犯の背後の正犯」を否定するのである。これに対して、ロクシンは、被利用者には「行為の支配」(Handlungsherrschaft)が、利用者には「意思の支配」(Willensherrschaft)がそれぞれ認められ、それらは互いに層をなしているとする点で、排斥し合う関係にないとして、「正犯の背後の正犯」を肯定する。Roxin, Täterschaft und Teilnahme, in: Leipziger kommentar Lfg § 25-27, 11. Aufl., 1992, S. 36. なお、拙稿・前掲注(97)206頁参照。いずれにせよ、この点について、詳しい説明を要するであろう。
- (102) 行為支配説の不明瞭さを指摘するものとして、さしあたり、木村・前掲注(2)94頁以下、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭56年・1981年)345頁以下、平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(昭50年・1975年)359頁、大塚仁『刑法概説(総論)』[第4版](平20年・2008年)280頁、川端博『刑法総論講義』[第3版](平25年・2013年)535頁など。