

パウエル・ボツケルマン

の共犯論に関する研究

大谷 実

第一章 問題の視点

(一) 「共犯の本質とは何か」という共犯理論の基本的問題に對して、客觀主義の刑法学者は、異口同音に「それは、正犯に從屬する abhängig vom Dasein einer Haupttat」<sup>①</sup> ことにあると答えたのであるが、わがボツケルマンもその例外ではなかつた。彼によれば「共犯が正犯に從屬する性質を有することは、事物の本性に内在する」のである。かように、共犯の本質は、実定法規から歸納されるものでなく、共犯の有する本性に由来するとしたのであつたから、もし彼の研究に魅力的なものがあるとすれば、それは、こうした存在論的な視角においてなのである。確かに、従来の共犯学説が、或いは共犯は正犯行為の構成要件該当性、違法性、有責性に依存するとされ、或いは、有責性を除外したところの犯罪成立要件に從屬するとしたことは、余りにも形式的に流れ過ぎたのであり、ここにマイヤーのかの從屬性に関する四つの可能的形態の影響が、強きに過ぎたことを認めなければならない。

ところで、新しい刑法学の潮流は、かの立法者をも拘束するとされた存在論的真理に着目することにその特色を有するのであつた<sup>②</sup>。従つて、ボツケルマンの共犯論は、疑いもなく共犯現象の存在論的考察に、その発想の基礎的モチーフがあつたのであり、それは第一に、共犯と正犯の區別と、第二に教唆犯と幫助犯の実体的考察に於て、極めて顯著に現れて来るのである。こうして、彼の研究においては、共犯概念の解釈論的研究よりも、その前提となる存在論的真理の探求に力点が置かれるのである。扱つて、私は、敢えてボツケルマンの共犯論を研究対象として撰んだ訳であるが、それは、共犯と正犯との關係が、従来の極端從屬形式や、制限從屬形式では説明しがたい部分があり、特に、そのいずれの形式によるも、過失行為に對する教唆犯を容認せざるを得ない矛盾に陥つてゐることからこうした難點に對する反省として、ボツケルマンの試図が、(十分な成功を収めたとは言えない迄も)、何等かの方策を提供してゐると考えたからに外ならない。

そこで、先ず、われわれは、彼の所論のあらましをスケッチし、そこから共犯論の今後の方向を探求することとしよう。

- ① Mezger; Strafrecht (Ein Studienbuch) 1957, S. 221.
- ② Bockelmann; Strafrechtliche Untersuchungen S. 30, dieselbe Täterschaft und Teilnahme (in Gold A. 1935)

(なお本研究は上の二著書を対象にしたものである)

- ③ M. E. Mayer; Lehrbuch 1915, S. 391.
- ④ Mezger; Leipz. Komm. 7. Aufh I. Bd. S. 3.

⑤ 過失行為に対する共犯が可能か否かについて論争は、Bockelmann: strafrechtliche Untersuchungen 33 ff. に詳論されている。

(四) ところで、ボッケルマンの共犯論について検討する前に、一先ず、学説の流れを概観して、彼の共犯論の理論的位置づけをしておく必要がある。

共犯の従属性 (Akzessorität) が一定の方向をとって論ぜられるに到ったのは、ドイツにおいてはプロシヤ刑法典成立以後の事であったが、やがてそれが独刑法典に採用された。かくして伝統的共犯論の確立期を迎えたのであるが、それに理論的基礎づけをなしたのは、ビルクマイヤーであった<sup>①</sup>。彼は、因果関係において原因と条件を区別する立場から、結果惹起に対して単に条件のみ提供するに過ぎないのに共犯が可罰的評価の対象となることを説明するには、共犯が正犯の犯罪性を借用するのだ、と考える他はないとして、正犯の有責性が必要であることを強調し、極端従属形式の見地に立ったのである。また、リスト<sup>②</sup>は因果関係中断論に基づき極端従属形式の理論的根拠を明らかにした。フランク<sup>③</sup>も因果関係論により物理的因果関係と心理的因果関係を区別する特殊な立場から右の形式を容認した。しかし、右の諸学説は今日すでに解決済みとなり、共犯論上採用しがたいものとされるに至った。けれども、学説上独刑法典(一九四三年の改正前)は、極端従属形式を採用しているとするのが支配的勢力であったから、更に、その理論的根拠を究明すべく努力が払われた。かくて到場したのが、ヘルムート・マ

イヤー、及びコールラウシェの責任共犯説 (Schuldteilnahmetheorie) であった<sup>④</sup>。それによれば、共犯の責任は、正犯を罪責に引込むことの義務違反性に存するのであるから、正犯の有責性を必要とし、従って極端従属形式が正当であるわけである。しかし、犯罪を義務違反として把握する意思刑法は、すでにそのグルンドにおいて批判を免れないであろう。

こうして極端従属形式の理論的基礎づけは失敗に終わったが、その根本的基盤を覆えず決定的批判は、ヒッペル<sup>⑤</sup>が慨嘆することく、個人責任の大原則を墨守する近代刑法のもとにおいて、他人の責任の有無に自己の責任の存否が関係するとは、洵にもって反文化的なことであり、学問的に許容しがたいと言う点に存するといふべきである。もとより、独刑法典共犯規定の立法動機が、十九世紀に於て、最も顕著であった自由主義思潮に結びついていたことは否定し得ない。すなわち右の思潮は刑法においては罪刑法定主義として現れ、それは刑法の一義的解釈を要求し、正犯 (strafbare Handlung) は構成要件に該當の違法、有責なる行為であるべきであった。かくして、法的安定性が確保される、とされ、ドイツ大審院判例が一貫して此の立場を支持した所以が窺えるのである<sup>⑥</sup>。けれども、罪刑法定主義の精神は、構成要件の保障的機能によって完了されるのであるから、右の見地は正当ではないのである。かくして学界の大勢は、極端従属性説を冷眼視するに至った。一方、解釈論的には、本来、可罰的たるべき行為が不可罰化に陥ることにより、従来道具理論のもとに適用された間接正犯概念が、欠陥補充概念とし

て拡張され、更に一身の刑罰阻却原因の違法論、責任論への還元により間接正犯概念が益々拡大して、不当な理論的混乱を招来したのであった。<sup>⑦</sup>

では、此の事態の混乱は、いかにして解決の方向を辿ったか。

先ず、極端従属性理論の基礎に動揺を齎したのは一九〇九年のドイツ刑法予備草案以後の一連の共犯規定改正運動の影響であった。すなわち、責任は行為の属性ではなく、行為者に対する非難である、とする立場から刑法を二元主義的に解し、主観的責任論によって、共犯は正犯の無責任の行為、換言すれば、構成要件該当の違法行為に対しても可能であるという制限従属性説の立場に立って、間接正犯概念を共犯に包摂し、それを無用化せんとしたのである。<sup>⑧</sup>だが、縮限的正犯概念の基礎に立ち、実行々為の概念を構成要件との関係において規定し、共犯を刑罰拡張原因とみる草案の立場から、果して、間接正犯を共犯概念になだらかに包摂し得ると言えるだろうか。目的犯、身分犯、被害者の行為を利用する犯罪等に想いを至せば、最早、自明である。その故に、頭初の目的を実現するため、右草案の立場を更に前進せしめ、正犯行為が単に違法性を具備すれば、構成要件該当性は不必要である、としたのは必然である。けれども、ブルンスや佐伯博士の主張に拘らず、依然として間接正犯の領域を認めざるを得ないのであるし、のみならず、此の立場によれば、遂に正犯と共犯の区別が全く不可能となってしまうであろう。では、ポツケルマンは、右の制限従属性説に対して、如何なる立場をとるのか。

彼によれば、現行独刑法は一九四三年の改正により、極端従属性説を否定していることは明らかであるが、然し、正犯者の主観的事情を全く無視する制限従属性説は、共犯の本質に矛盾し、事態を一層混乱に陥れるものである。けだし、教唆構成要件は正犯者の意思決定を基軸とするものであり、また幫助構成要件も正犯者の故意行為に対する幫助のみが意味を持つに過ぎず、従って、共犯の成立にとっては、正犯者の意思決定が軸となるからである。<sup>⑩</sup>かくて正犯者の主観的事情は無視し得ないのであるが、それに新しい解決の方策を提供した学者として、彼が高く評価するのはウエルツェルであった。<sup>⑨</sup>

ウエルツェルによれば、行為の存在論的構造は、予見せられたところの結果を実現するために因果関係を支配、統制することによって展開される意識的、目的々動作である。しかしして目的々行為の典型的なものは故意行為であり、共犯と正犯の区別は、構成要件の結果に対する目的々行為支配性の存否を基準にし、かくして、共犯は、正犯の行為支配性に従属すると言うのである。ところで、目的々行為支配は構成要件該当事実の認識、すなわち彼の所謂「故意性」を意味する。しかも故意は、主観的違法要素であるとするのであるから、ウエルツェルが自説をもって制限従属性説であると主張する所以があるわけである。

では、ポツケルマンは、ウエルツェルに対して如何なる立場をとるのであるか。しかしやがて此の問題は明らかになるであろう。

かくして、われわれは、ポツケルマンの所説を検討する段階

に達した。

① Birkmeyer; Die Lehre von der Teilnahme. 齋藤教授訳参照。

② List; Lehrbuch. 13 Aufl. 1903, S. 130.

③ Frank; Das Strafgesetzbuch 1911, S. 21.

④ H. Mayer; Strafrecht des deutschen Volks 1936, S. 334. dieselbe; Strafrecht Allg. Teil. 1953, S. 318 ff.

Kohlrausch; Strafgesetzbuch. 37 Aufl.

⑤ Hippel; Lehrbuch. S. 162.

⑥ Hippel; a. a. O. S.

⑦ 佐伯博士、「共犯規定の発展」論叢三一巻一八一頁以下。

⑧ 佐伯博士、前掲書参照。

⑨ Bruns; Kritik der Lehre von Tatbestand S. 63.

⑩ 佐伯博士、「期待可能性思想」五一〇頁。

⑪ Bockelmann; a. a. O. S. 44 f. Anm. 123 ff.

⑫ Welzel; Das Strafrecht 6 Aufl. 1958, S. 87.

## 第二章 ポツケルマンの共犯論に関する研究

### 第一節 正犯と共犯の区別

ポツケルマンは、伝統的共犯論の盲点を鋭く衝いた後に、改めて共犯概念の再構成をなすために、先ず、共犯と正犯の区別の基準を採求するのであるが、われわれも、此の点に問題の焦点を絞ってみることにしよう。

願れば、共犯と正犯の区別の基準を求めるときに、概ね、

三種の立場、すなわち、主観説<sup>①</sup>、客観説<sup>②</sup>、目的行為説<sup>③</sup>が存したのであるが、ポツケルマンは、夫々を否定的に、批判しつつ、自説を展開するのである。

惟うに、主観説は因果関係に関する条件説を基礎とするから、条件はすべて結果に対し等価的に原因力として作用すると解している。その故に、因果関係の見地から客観的に正犯と共犯を区別することは不可能である、と言うのである。だとすれば、最早、主観的側面に於てのみ此の区別が可能なのであり、かくして区別の基礎を行為者の意思に求めようとした。すなわち、自己の行為をなす意思 (animus auctoris) をもって行為する場合を正犯 (Täterschaft) となし、他人の行為に加功する意思 (animus socii) をもって行為する場合を共犯 (Teilnahme) とするのである。こうした主観説の立論に対して、ポツケルマンは概ね次の如き批判を試みている。すなわち、自己の行為として (die Tat als eigene) 意欲するか、或いは他人の行為として (die Tat als fremde) 意欲するか、という如き点に区別の基準を置くことは、心理学的概念としては容認され得ようが、法的意義は全く認められない。けだし、かかる意思は、客観的に具象化された行為をもっては判別しがたいからである、と言う。されば、主観説はメッガーやドイツ大審院判例によって修正されざるを得なかった。④すなわち、自己行為の意思か他人に加功する意思かは、法秩序の見地から客観的意味において規定すべきであるとされたのである。けれども、こうした修正は、主観説の前提を自ら損うものである、とポツケルマンは論難す

る。確かに主観説の見地は、彼の説く如く、心理学的であり、刑法理論としては妥当性を欠くものと言える。のみならず、因果関係に關して、全条件同価値説の前提に立つこと自体が問題である。かくて、ポッケルマンの論難は概ね妥当であると言えよう。

次に、彼は、客観説を組上に取上げる。惟うに客観説には諸多の学説が雑居しているが、その主要な共通点は、正犯と共犯の区別の基準を構成要件の行為を實行するか否かに求めるところに存する。その場合、何をもちて構成要件の行為とするかに關して、特に、結果犯の場合に学説が混乱しているのである。

先ず、第一に、法定の構成要件を自己の身体をもつて充足した場合を正犯となし、他の原因力の提供者は共犯であるとするのである。しかし、その場合結果の惹起に對して故意的行為のみならず、過失的に關与した場合も正犯として評価されることになり、かくては共犯と正犯の区別は全く不可能に陥るとしている。のみならず、此の立場によれば、間接正犯の概念は最早存立の余地がないと言うのである。次にフランクの因果關係論に由来する心理的因果關係説が批判されているが、要するに原因と条件を区別することの不当なることを通説に倣つて説くに過ぎない。なお、M・E・マイヤー<sup>⑥</sup>等の所謂日常生活の意味の立場から構成要件の行為を解明する立場があるが、ポッケルマンは、あれ程文献を渉獵したに不拘、何故か除外しているのである。それは兎も角、以上の如き理由から彼は客観説は正当でない、と言うのである。

そこで、目的行為説に移ろう。

すでに指摘したごとく、目的行為説は、目的々行為論の見地から、正犯と共犯の区別をば正犯に内在する「目的々行為支配」(finale Tatherrschaft)を基準としてなそうとする立場である。ところで、ここに所謂目的々行為支配とは、故意における意思的要素によって予め認識せられた構成要件の結果を、因果關係の支配によって實現せんとする意思、すなわち實現意思と、更に、かかる實現意思によって構成要件が實現される外部的行為の結合したものを指称するのである。かくて、正犯を正犯たらしむる一般的要素は、目的々行為支配である、と言う主観的正犯概念を定立したのである。<sup>⑦</sup>ではポッケルマンは、此れにいかに対峙するのであるか。

惟うに主観説も客観説も事態を一面的に考察したのであったが、しかし、正犯と共犯の区別は、ただに主観的側面或いは客観的側面の一方に視点を置くのみでは不可能であり、謂わば兩者の綜合の上に立つて、区別の基準を求めなければならない、その意味で目的行為説は、高く評価されるべきである、と言う。だが、目的々行為説によれば、目的々行為支配の有無が正犯と共犯の区別の基準であるから、教唆及び幫助にあつては、結果惹起に對する目的々行為支配が存在の故に正犯でないとするのだが、しかしそれは重大な理論的誤謬である、と批判する。何故ならば、教唆又は幫助行為が故意行為であるかぎり、目的々實現意思を具有する行為であるから、従つて正犯に對する加功行為自体は目的意識的支配に外ならず、共犯行為も目的行為なのではないか。そうとすれば、目的々行為支配をもつて正犯

と共犯の区別をなすことは不可能である、と論難する。けれども、かような批判は、ポッケルマンの詳細な検討の結果であるに不拘、ウェルツェルに対する無理解を暴露するものである、と言う譏を免れないであろう。と言うのは、目的々行為支配の要素である客観的行為支配 (objective Tatherrschaft) は、構成要件の実現が行為者の行為により達成せられるか、放棄せられるか、或いは中断されるかが可能なることを意味するのである。だとすると、共犯者には実現意思は認められるが、客観的行為支配は否定されることになり、共犯と正犯の区別は十分可能である筈である。むしろ、目的行為説に対する批判は、先ず此の見地によれば、共犯と正犯の区別は、正犯が過失行為の場合の意味がないとするのであるが、しかし、目的行為説からは、過失行為にも亦目的々行為支配があるとするのであるからその根本的主張と矛盾する点に向けられるべきである<sup>⑧</sup>。のみならず、主観的正犯概念を定立し、構成要件の結果に原因を設定した他の共同加功者はすべて共犯とするとしても、それでは、何故に正犯に共犯が従属するかの有機的關係が見失われている、と言えよう。こうした目的行為説の難点に対して、ポッケルマンは、正犯と共犯の区別を目的々行為支配を修正した形で、意思決定 (Willensentschluss, Tatentschluss) の概念を用いることにより、合理的な解決を求めようとするのである。

惟うに、存在論的考察に従えば、教唆犯、幫助犯の構成要件は、他人の意思決定を軸とするものである。換言するならば、教唆者の教唆行為が他人の意思決定を惹起して、犯罪を実行せ

しめることが教唆犯であり、幫助行為は、他人の意思決定に基づく行為に対する加功行為である、と言うのである。こうした教唆行為、幫助行為の概念は、刑法典の論理的解釈から帰納されるのでなく、夫々の事物の本性から、かく認識されるのである。かくて、過失行為に対する共犯を認めることは、日常用語例に反する誤った法学的概念構成である、と痛罵する<sup>⑨</sup>。ところで、しからば、正犯とは何であるか。ポッケルマンによれば、法定の構成要件を自からの人格に於て実現した場合、換言すれば、自己の意思決定によって構成要件の結果を惹起したものを正犯者とする。だが、こうした前提に立つならば、過失行為の正犯性を説明することは不可能となろう。さればポッケルマンは、過失行為が正犯であることは明らかであるが、自説によれば、過失行為に関しては正犯と共犯の区別がないのである、その故に何等矛盾するものではないと言う。のみならず、むしろ彼は過失行為を共犯の問題から除外することに意を払い、かつそれに成功したと自讃する。けだし、かりに過失行為に目的々行為支配が存するとしても、意思決定は存しないからである。

扱て、正犯概念をかように規定すると共犯はどうか。彼によれば、自己の犯罪意思の実現が他人の意思決定に依存しているか否かによって、共犯であるか間接正犯かの区別をなすべきである、と主張する。しかして、他人の行為意思決定に従属するか否かは、意思活動 (Willenshaltung) 自体の判断から導き出されると言う。確かに、こうした提言は、目的行為説の修正としてオリジナルな面を持っていると言える。けれども、

意思決定と言う主観的な部分を標準とするかぎり、彼の鋭く批判した主観説の誤りを再び繰り返すことになりはしまいか。さるからに彼は、意思決定に対する従属性は意思活動自体から判断し得るとして予め批判に対する予防線を張っているが、此の解答には、尚、疑問があるように思われる。<sup>⑩</sup>

ところで右の如く正犯と共犯の区別の基準を規定するとすれば、共犯の従属性は、正犯の意思決定との関係に於て認められることとなる。しかるに意思決定は構成要件該当事実の認識、及び違法性の認識、更に責任能力、錯誤の問題が関係して来る筈である。以下、順次に此の問題を追って検討することにする。

- ① Buri; Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung 1860. Mezger; Strafrecht 1949, S. 226.
- ② M. E. Mayer; Lehrbuch S. 375, Beling, Rittler, Frank Thormann 等が此の見地を立つ。
- ③ Welzel; Strafrecht S. 87. Gallas; die neuen Darstellung der Teilnahme materialien zur Strafrechtform Bd. I. S. 121 ff.
- ④ Bockelmann; a. a. O. S. 117 ff.
- ⑤ Mezger; a. a. O. S. 121 ff.
- ⑥ M. E. Mayer; Lehrbuch 375 ff. Beling; Grundzüge 1930. S. 33.
- ⑦ Welzel; a. a. O. S. Gallas; Deutschen Beitrage S. 43.

- ⑧ Bockelmann; a. a. O. S. 77. Anm. 106.
- ⑨ 木村博士「刑法総論」(法律学全集) S. 381-2.
- ⑩ Bockelmann; a. a. O. S. 49 ff. Anm. 120 ff.
- ⑪ 木村博士はボツケルマンと同じ思想を採用している。前掲書参照。

## 第二節 正犯の故意と共犯の関係

惟うに、目的々行為論によれば、構成要件該当事実の認識を以て故意となし、それを行為の客観的構成要素とするのである。一方責任に関しては、意思責任の見地に立ち、而して、從來、故意の要素とされた違法性の認識を故意から分離して、責任の要素と解する所謂、責任説を採用するのである。<sup>⑪</sup>ところで、此の場合、故意は単なる実現意思 (Verwirklichungswille) を意味し、従って意思決定 (Willensbildung) とは区別されるべきであり、責任評価の対象は、無価値に対する意思決定、従って違法性の認識であるとする。この体系に従えば、ボツケルマンの所謂意思決定説からは、共犯は正犯の違法性の認識にのみ従属することになり、此処に所謂故意は全く意味を失う結果になるであろう。ところでボツケルマンは、故意から違法性の認識を区別することには賛意を示しつつ、構成要件該当事実の認識をもって構成要件要素に限定することには反対する。すなわち、責任非難は自己の行為を認識して実行に出る場合にも及ぶのであるし、逆に、事実の認識そのものが行為意思の決定に重大な機能を営むのである、と主張する。その故に、所謂故意は責任

要素であると結論する<sup>②</sup>。こうして、ポッケルマンによれば、共犯は正犯の故意に従属することになるのであるが、右の如く、故意を責任要素であると規定するならば、その前提として責任能力が当然問題となる筈である。彼は、此の場合、故意は責任能力を前提としないとして、概ね、次の如く説明する。すなわち、責任概念は複合的概念 (ein komplexer Begriff) であり、有責性の判断は、責任能力、故意、違法の認識及び認識の可能性、更に例外的場合として緊急行為等の責任阻却事由の事情を綜合して得られるところの判断である。従って、責任要素自体は有責性の判断から独立して存在し得るのであり、その故に、責任なき故意を定立することは、決して故意を責任要素であるとする前提に矛盾するのではないとしている<sup>③</sup>。かくして、責任能力なき故意を觀念することが可能なわけであるが、しかし、彼の意思決定説と果して論理的な齟齬を来たさないのであるか。もとより、故意を構成要件要素と解する目的々行為論の見地からは、右の如き所見も許されるであろう。けだし、故意は責任評価の対象とはならないのであるから、責任前提たる責任能力とは無関係な筈である。だが共犯が正犯の意思決定に従属するとする見地からは、故意が行為意思決定に参加するところに故意の意義があるのである。そうとすれば、構成要件該当事実の認識によって自己の行為を支配する能力が必要な筈である。私見によれば、かかる能力は責任能力に外ならないのであるが、仮りに、それを責任能力ではないとしても、やはり、何等かの形に於て故意行為能力を示すべきであったと思われる。

ところで、後述のごとく、共犯の成立は正犯の故意性に従属する、と言う右の提言は、やがて違法性の認識、責任阻却事由等によって修正を受けるのであり、かりに正犯の故意性が認識されても、それは必ずしも共犯の成立に連結するのではなく、結局、単に故意的行為についてののみ共犯が成立することを意味するに過ぎないのである。

そこで更に検討を進めることにしよう。

① Welzel: a. a. O. S. 72 ff.

② Bockelmann. a. a. O. S. 65 ff.

③ Bockelmann. a. a. O. S. 65 ff.

### 第三節 正犯の違法性の認識と共犯の関係

惟うに、故意(構成要件該当事実の認識)が意思決定に参加するとすれば、違法性の認識こそまさに本来的なそれではなければならない<sup>①</sup>。さればポッケルマンは、違法性の認識と禁止の錯誤 (Verbotirrtum) が共犯といかなる関係にあるかを詳細に検討している。先ず、行為者にも共同加功者にも違法性の認識が不存在の場合、問題は残らない。此れに対して、正犯者に違法性の認識がなく共同加功者にそれがあつた場合は区別して考えられる。すなわち、正犯者に違法性の認識がないことを理由に責任が阻却される場合と単に減少されるに過ぎない場合がある。しかして後者には共犯の成立はなく、共犯の未遂が成立するに過ぎないのに対し、前者については、正犯者の禁止の錯誤を予見している場合、その利用者の意思は正犯者の意思決定に従属



しているとは言い難く、むしろ他人の意思を支配していると解されるから間接正犯が成立すると言う。更に他人を禁止の錯誤に陥れて利用した場合も間接正犯が成立するわけである。<sup>②</sup>ところで間接正犯は法定の特別構成要件が一定の身分を要求している場合（所謂自手犯）は成立し得ないとするのが通説の立場であるが、彼もそれに従いつつ、例えば虚偽の証言を他人になさしめた場合は、偽証罪の間接正犯は成立しないが、他の法条、例えば詐欺罪・犯罪庇護罪等によって処罰されるが故に不可罰化を免れるとしている。<sup>③</sup>扱て、かくのごとく意思決定説からは、正犯の違法性の認識に共犯が従属することになるが、では責任無能力者の利用行為はどうなのか。けだし通説は違法性の認識の前提として責任能力を予定しているからである。ところでボッケルマンは、違法性の認識と責任能力は関係ないとし、その理由を次の如く説明するのである。<sup>④</sup>

惟うに、違法性の認識の存否は、責任の有無に直接作用するのでなく、それは単に有責性の判断の一要素であるに過ぎず、その意味では故意と同一系列に所屬するのである。のみならず、違法性の認識それ自体は一定の心理的事実であつて、恰かも故意が心理的事実であるのと少しも異なるものではない、と言う。ところで、責任能力は理非善悪の判断をなし、それに基づいて自己の行為を支配する能力を指称することについては、一般に争いが無い。しかして、責任無能力者たる刑事未成年者、精神病者、或いは泥酔者についての実証的研究によれば、<sup>⑤</sup>一般に彼等は理非善悪の判断能力は有するのであり、その故に彼等に帰

責し得ないのは実にかかる判断に従つて自己の行為を支配する能力を欠いているからである、と言うのである。されば、責任無能力者の行為に対する共同加功は必ずしも間接正犯ではないことになるわけだが、しかし、意思決定説の見地からは、違法性の認識が意思決定に参加するが故に、共犯の成立が正犯の違法性の認識に依存するのではなかったのか。だとすると違法性の認識に基づいて正常な意思決定に出ることを得る能力、すなわち責任能力が前提とされるべきである。更に、刑事未成年者及び精神病者等の善悪判断能力を全面的に肯定することは相当に問題があるとすべきであり、此の部分の説明に限る限り、彼の所説は形式的であり存在論的研究とはならなかつたように見える。

ところで、違法性の認識が行為の意思決定に結合しない事情が存する場合、例えば緊急行為に対する共同加功については、共犯の成立はどうなるのであろうか。ボッケルマンによれば、期待可能性なし、との判断に基づいて責任を阻却される場合としては、法規上緊急行為、及び強制状態に於ける行為のみが容認される、と言う。しかして、緊急行為を例にとれば、例えば「カルネアデスの板」の例を考察しても明らかなごとく、故意、及び違法性の認識は存在したと言うべきである、とする。<sup>⑥</sup>けれども、違法性の認識の存在は、必然的に共犯の成立を肯定することにはならない。けだし、此の場合、違法性の認識は意思決定に参加していないかである。かくしてボッケルマンは、責任阻却事由の存する正犯の利用行為は間接正犯であると論結する

のである。

以上、ボッケルマンの所説を簡単にスケッチしたので、最後に彼の共犯論から今後の共犯理論の方向を摸索してみることにしよう。

- ① Bockelmann; a. a. O. S. 79.
- ② Bockelmann; a. a. O. S. 80-81.
- ③ Bockelmann; a. a. O. S. 80-81.
- ④ Bockelmann; a. a. O. S. 72. Anm. 124.
- ⑤ Gaupp; Der Fall Wagners in "Verbrechertypen" hersg. von Grubbe und Weltzel 1914, I. Bd 3. Heft. S. 120 ff.
- ⑥ Bockelmann; a. a. O. S. 82 ff.

### 第三章 ボッケルマンの共犯論

#### に対する理論的評価

試みに三つの視点を選ぶことにする。

先ずその第一は、その方法論についての問題であるが、確かに従来共犯理論の究明は、正犯概念の構成から必然的に割り出されるものとして論じられて来たのであり、目的々行為論もその例外ではなかったのである。しかるにボッケルマンの展開した共犯論は、狭義の共犯たる教唆犯、幫助犯の存在論的構造からその従属性の概念を規定し、しかして正犯との有機的関係を究明したのであるから、そこに卓抜な成果を認めることができるわけである。すなわち従来実定法規の論理的解釈からM・

E・マイヤーの四つの従属性に関する可能的形式に拘泥したことの誤謬を指摘し、共犯はそれ自体の本質から概念構成すべきであるとしたのである。

ところで、確かに二十世紀の刑法学の進歩はメッガーも指摘するごとく、<sup>①</sup>論理的方法から存在論的方法への推移であると言えようが、ボッケルマンの標榜する存在論的刑法学の構想を支えるものは、かの事物の本性である、<sup>②</sup>と言えよう。けれども、随所に用いられる此の語の意味は遂に明らかにされなかったのである。されば共犯概念のそこかしこで事物の本性が理由づけの役割を果すが、それは単に彼の独断を支える防波堤に過ぎないように思えて、甚だ遺憾である。のみならず、事物の本性に従えば、共犯と言う上位概念のもとに教唆犯と幫助犯を包摂すべきでなく、両者を区別して把握すべきではなからうか。けだし、過失行為に対する教唆犯はまさに「Denkmöglichkeit」であろうが、<sup>③</sup>幫助犯の成立は可能であると思えるからである。今日における共犯現象は益々複雑化への傾向を辿り、その処遇については刑法の論理的解釈からは困難な面を持っているのであり、ボッケルマンのこうした構想は、共犯理論の今後の発展のために、われわれに新しい叡知と勇氣を与えるのであるが、なお、方法論の確立が期待されるわけである。

扱て、その第二は従属従の概念規定の問題である。惟うにボッケルマンの学説は、総じて現在通説化せんとしている制限従属性説の誤謬を指摘し、その結果、従来の極端従属形式を間接的に修正することとなった。<sup>④</sup>換言すれば、独刑法の共犯規定は、

正犯の有責性から共犯の成立が独立することを認めているが、それは必ずしも正犯の主観的事情を無視するのではない、とする一方、正犯の有責性の必要性を否定して、極端従属性説に向けられた非難を封ずる方向に導かんとしたのである。その際に意思決定の概念を用いて、それが本来責任能力と無関係なものであることを指摘したことに關しては批判を免れないが、正犯の有責性が定つて後にその共犯者を求めると言う思惟過程に反省を促がし、正犯者の主体的意思決定の側から問題の解決に迫るところがあったことは、甚大な意義を有するものである。もとより、こうした構想は、ウェルツェルの目的行為論に啓発されたものであつたから、例えば故意から違法性の認識を分離する如き無用の混乱が見受けられるのであるが、しかし、總じて目的行為論の体系を止揚したものと見えよう。

ただ、共犯が正犯行為の意思決定に従属するとした実質的意味は「結果惹起に対する關係は相手の規範意識を通じて間接に認められるに止まり、相手が何時その規範意識を回復して、犯罪行為の圏外に逸脱するかも知れないとゆう懸念におびやかされる」<sup>⑥</sup>からではなからうか。そうとすれば、正犯者の責任能力は、やはり共犯の成立にとって要件となるのではなからうか、と思われる。

最後にわれわれは、とりわけ、ボッケルマンの刑法体系に触れるところがなければならぬ。と言うのは、意思決定を単なる責任要素となし、有責性の判断と別個のものとする体系からすれば、それは、かつての主観説への復帰を意味するのではな

からうか、と思えるからである。従つて、彼の学説からすれば、意思決定と客観的に展開される行為との有機的結合が更に究明されるべきであり、かくして初めて定型的意義を有する正犯概念が構成されうる、と言わなければならない。以上の諸視点において彼の学説の成果と課題が認められるわけであるが、もとより、彼の展開した所論が単なる問題の提起の域を一步も出でないことは、ボッケルマン自身告白しているのであるから、今後の精密化が期待されるわけである。以上、ボッケルマンの共犯論の簡単な素描と若干の理論的評価を試みたわけであるが、共犯論の自説の展開は、紙面の關係で、他日を期すこととし、一先ず、筆をおくことにする。

① Mezerger: a. a. O. S. 3.

② Nature der Sache は事物の性質、または、本性と訳されてゐる。

③ Bockelmann: a. a. O. S. 40.

④ ドイツでは、一九四三年の改正後、制限従属性説が通説となつた (Mezerger Studienbuch, S. 220 ff.) が、我が国でも、同様の傾向にあると言へる。

⑤ Bockelmann の研究は、殆んどウェルツェルの検討のために費やされている。

⑥ 滝川(幸)博士、「犯罪論序説」二四四頁。