

正犯と共犯の区別に関する一考察-西ドイツ新規定を中心として-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2010-03-09 キーワード: 作成者: 藤吉, 和史 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7622

正犯と共犯の区別に関する一考察

—西ドイツ新規定を中心として—

藤 吉 和 史

- 一、問題の所在
- 二、新規定の問題点と影響
- 三、正犯の背後の正犯
- 四、多元的正犯原理

一、問題の所在

目的的行為論が共犯論に与えたもつとも大きな成果は「行為支配」概念の確立である。行為支配の有無によって正犯と共犯とを区別するいわゆる「行為支配説 (Tatherrschaftslehre)」は目的的行為論をとらない見地からも肯定され、現在西ドイツにおける通説とされている。⁽¹⁾ もちろん行為支配説の内部においてもそれぞれの論者によってかなりニュアンスの異なる主張がなされている。たとえば、ヴェルツェルによれば「決意を基礎として行為を目的に遂行する者が行為の支配者である。計画的に操縦された実現意思によって行為を形成することがその行為者を行為の支配者とする。したがって、行為支配の一般的要素は構成要件的目的の目的的实现意思である。」⁽²⁾とされる。ヘークラーやブルンス、フォ

ン・ヴェーバー、エー・シュミット、ローベなどによって用いられてきた行為支配の概念をヴェルツェルは、「目的的行為支配」の形で故意犯の一般的正犯者要素として挙げた。こうして最初にこの概念に現実味を与え終局的に成就させたのがヴェルツェルであって、それゆえ行為支配説の創唱者とされるのである。⁽³⁾ マウラッハは行為支配のメルクマールを「故意によって包括される構成要件該当事象の把握 (In-den-Händen-Halten)」および「行為者による構成要件該当事象の目的的操縦」に置く。そうして「行為支配はまさに自己の意思によって全結果の実現を阻止したり実現させたりできる者が持つ。」⁽⁴⁾とされている。さらにザムゾンの場合には、正犯と共犯の区別は主観客観両基準の統合からのみ得られるとして「正犯とは行為を支配しその経過を手中におさめ行為の存在と状態を決定することのできる者」であり、略言すれば「事象の中心形態 (die Zentralgestalt des Geschehens)」であるとしている。⁽⁵⁾ ザムゾンは更に詳しく次のように述べる。行為支配説によれば、正犯とはすべての構成要件のメルクマールを自ら有責に実現する者であり、構成要件該当行為を自ら支配する者である (行動支配)。⁽⁶⁾ それとともに間接正犯を基

礎づけるところの優勢な意思と知見による支配が存在する（意思支配）。これが西ドイツ刑法第二五条第一項の「犯罪行為を……他人を通じて遂行した者は正犯としてこれを罰する」という規定に合致する。そして最後に同第二五条第二項の共同正犯に該当する「機能的行為支配」があるとしている。

この見解がクラオス・ロクシンによる「正犯と行為支配」（一九六三年）で展開された主張の影響を受けたものであることは明白である。ロクシンは行為支配を故意の作為犯における一般的な正犯者概念とするが、これをさらに行動支配（*Handlungsherrschaft*）、意思支配（*Willensherrschaft*）および機能的行為支配（*funktionelle Taherrschaft*）という三種の現象形式に分ける。これらが統合されて「支配犯（*Herrschaftsdelikte*）」という範疇を形成する。それゆえ支配犯においては、正犯と共犯の区別の基準としてこの三種からなる行為支配が置かれるのだが、それも正犯を基礎づける唯一の基準とはされない。ロクシンは正犯を事象の中心形態とし、支配犯のほかに特別義務の侵害が正犯を基礎づける「義務犯（*Pflichtdelikte*）」および自手性による「自手犯（*Eigenhandige Delikte*）」という犯罪類型を分類して挙げている。したがってここで正犯と共犯との区別の基準、換言すれば正犯原理は、これらの犯罪類型ごとに別個に確定されなければならないという、従来の思考とは大幅に異なった方向性が要求されるのである。

しかしこのような構想は唐突として現われてきたわけではない。前述したように目的的行為論——とくにヴェルツェルとアルミン・カウフマン——によってその成果の中に予定されていたものである。たとえば過

失犯について言えば、故意犯における目的的实现とは異なって「非故意の結果惹起に関する共働起因」⁽⁸⁾であるから、過失犯の領域においては正犯と共犯の区別は存在しないとされていたヴェルツェルの見解が挙げられる。また不作為犯については、カウフマンが「不作為犯において不作為犯の対象たる行為に關して存在するときである」⁽⁹⁾とするいわゆる「可逆原理（*Umkehrprinzip*）」を想起すべきである。さらにヴェルツェルが一般的正犯者要素として挙げていた目的的行為支配とは別に、たとえば公務員、医師、弁護士などの正犯者の特別の義務ある地位であるところの客観的人格的正犯者要素を構成したことに留意しなければならぬ。この人格的正犯者要素は構成要件に特別な意味内容が付与されている場合に必要とされるのだが、これを欠く場合には必然的に正犯から排除される。身分犯においてはこの「社会的行為支配」が正犯原理であって、目的的行為支配とは別個の原理が成立することを認めねばならぬ。ロクシンはこれらの分析から、過失犯、不作為犯、身分犯を統合する「義務犯」の概念を提起し、行為支配を正犯原理とする支配犯とは別個の正犯原理が妥当するものとみるのである。

支配犯における行為支配、義務犯における特別義務の侵害そして自手犯における自手性がそれぞれの犯罪類型における正犯原理であり、それが行為事象の中心形態に統括されるとするロクシンの構想の全体についてここで詳しく述べることは不可能である。本稿においては、とくに間接正犯を基礎づける意思支配を中心としてその正犯原理の特殊性と具體的な一例としての「正犯の背後の正犯」原理を検証し、この構想の賛

同者とみられるパーター・クラマーによる大まかな見解を検討していくことにする。

西ドイツでは、一九七五年に刑法が改正されて新たに間接正犯の規定が設けられた。その後数年間に多くの論者によって浩瀚な体系書が続々と公刊されてきた。⁽¹⁷⁾わが国においても改正刑法草案に間接正犯がとり上げられてくる事情を鑑み、⁽¹⁸⁾この点を検討してみることが強さ無意味ではなかつたであろう。

注

- (一) Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. (1977), S. 22 f.; Gallas, Beiträge Zur Verbrechenlehre (1968), S. 90.; Herzberg, Grundfälle Zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS(1974), S. 239 ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1978), S. 531.; Maurach-Gössel-Zipf, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl. (1977), S. 191f.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft (TuT), 3. Aufl. (1975), S. 107ff.; Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (1975), § 25 Rdnr. 10.; Schöнке-Schröder-Cramer, StGB, 19. Aufl. (1978), vor § 25 Rdnr. 55. ff.; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, (1965) S. 70 f.; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl. (1976), Rdnr. 750 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969) (LB), S. 100.; Wessels, Schwerpunkt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (1976), S. 96.
- (二) Welzel, LB, 11 Aufl., S. 100.
- (三) 行為支配概念の発展をめぐっては拙稿「行為支配概念の発展をめぐって」明大法研紀要十二集一一七頁以下を参照。Maurach-Gössel-Zipf, AT, Tb. 2, S. 191.; Roxin, TuT, 3. Aufl., S. 64.
- (四) Maurach-Gössel-Zipf, AT, Tb. 2, S. 190. f.; Ähnlich auch Wessels, S. 96.

(5) Samson, SK, § 25 Rdnr. 10.

(6) 中教授は「自手的行為支配」という用語を用いる。紹介クラウス・ロクシン「正犯と行為支配」(関西大学法学論集第一五巻第二号一七二頁参照)。

(7) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft は二版が一九六七年、三版が一九七五年に公刊されている。

(8) Welzel, LB, 11. Aufl., S. 99.

(9) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959), S. 88.

(10) Peter Cramer, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift (1978), S. 388. ff.

(11) 注(一)で挙げた他のBaumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (1976); Bockelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1975); Geilen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl. (1976); Lackner, StGB, 11. Aufl. (1977) など参照。

二、新规定の問題点と影響

一九七五年一月一日に施行された西ドイツの新しい刑法総則は第二五条以下に正犯と共犯を規定している。この新规定の特徴はまず第一に従来は共同正犯と教唆犯・従犯を規定していただけだったのに対して直接正犯と間接正犯とを定義つけたことである。第二には、教唆犯・従犯の成立のためには正犯行為が「故意になされる違法な行為」でなければならぬこと、つまり過失行為への共犯は存在しないとしたことである。⁽¹⁹⁾

間接正犯は規定のなかった従来の刑法においても学説・判例ともに用いられてきた概念であって、一九六二年政府草案からも西ドイツ刑法改正代案からもほぼ同様の規定の提案がなされ、終局的に以下のような文

言に落ち着いた。

§ 25. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

けれどもこれで間接正犯の問題がすべて解決されたわけではない。たとえば身分犯に関する間接正犯や故意ある道具の問題、あるいは強制や錯誤の状態にある第三者を利用する場合などが問題として残る。これらの紛糾を避けるために一九五六年草案は第二八条二項に「故意なく、または故意はあるが責任なく行為し、または可罰性を基礎づける特別な一身の資格、関係または事情（特別な一身の要素）もしくは特別な目的を有しない他人を通して、故意に犯罪行為を実行した者もまた正犯としてこれを処罰する。」として個別的に確定しようとしたが、委員会の多数はこの条項の削除に賛成し現行規定の文言を提案したのだった。その後一九六二年草案の理由書ではこうした間接正犯の形態の多様性は間接正犯を個別的に規定しようとする態度によるものであろうが、この領域における様々な問題、とりわけ完全に答責性を有する媒介行為者の法的評価についてはなお学問的な説明が必要であり、その限りにおいて法の発展を先取りすべきではないとした。⁽²⁾ ここにおいて新たにいわゆる「正犯の背後の正犯」概念を検討すべき余地が生じるのである。

また、共犯の成立のために正犯行為が「故意になされる違法な行為」でなければならぬとしたことに対しては代案が反対の態度を表明した。その基本的な理由は、共犯の処罰が故意の正犯行為についてののみ可能か否かは学説上はげしく争われている現状からみて立法的解決をはか

ることは適切でないというものであった。代案の提案者の一人であるクラウス・ロクシンは正犯者の故意に関する錯誤の場合に処罰の間隙を生じると批判する。一九六二年草案第三二条は、「正犯が遂行に際して故意に行為するものと誤信し、故意に他人を違法になされる行為へ規定した者は、教唆者と等しくこれを罰する。」と規定していたが、新刑法がこれを削除したことによって、正犯が媒介行為者の道具的性格を誤認した場合には行為支配をもたないために正犯には成れず法が要求する「故意で行なわれる正犯行為」も欠けるから教唆にもならず、不処罰とならざるを得ない。⁽³⁾ ロクシンは次の例をあげる。たとえばAが暗がり人を轢き、その事故に関係のないBがAに何も起こさなかったと信じこませ、そのためAは何も知らずに運転を続けたという設例である。この場合Aは、彼に必要とされる故意を欠くために西ドイツ刑法第一四二条の交通事故後における逃走の罪で処罰できないことは明白である。Aの錯誤によって事故現場から立ち去るといふ違反行為を意識的に道具として用いるBは第一四二条の間接正犯にはならない。なぜなら彼は無関係な者であって、正犯を特徴づける待機義務をもたないからである。もし立法者が「故意で行なわれる行為」の要求をしなかったならばBは常に故意の事故逃走教唆として処罰できるはずであった。新规定の下ではこうして処罰できないことになるとして⁽⁴⁾いる。この場合の処罰が特別委員会の言うように「処罰の可能性をつくるためにのみ役立つこのような解釈の変更は、事態に即してみると正当とはされない」とは考えられない。やはり代案が要求したように故意、違法の限定は削除されるべきであったらう。⁽⁵⁾

新規定が正犯と共犯の区別に関する学説に与えた影響のひとつは、形式的客観説の根拠を奪ったことである。周知のように形式的客観説は、構成要件の行為すなわち実行行為をする者を正犯とし、実行行為以外の行為をする者を共犯とする。古くからこの説では間接正犯という現象を説明することができないとされてきたし、とくに共同正犯と従犯の区別ができないともされた。⁽⁶⁾ また純粹結果犯については、ここでの行為は構成要件該当の結果の惹起にだけ存し、正犯と共犯の区別に必要とされる行為の不法の説明ができないから、形式的客観説は否定されるとも言われていた。さらにこの新規定によって形式的客観説の部分的な結論である「自ら行なう (selbst begehrt)」ことは引き継がれたが、間接正犯 (durch einen anderen begehrt) については説明できないものとなり、⁽⁸⁾ 新規定第二五条第一項において構成要件をみずから実現する者のみが正犯であるとする形式的客観説は明確に見棄てられたのである。

同じようにライヒ裁判所と連邦裁判所の採用していた見解である主観説も新規定によって拒否されたものと見るべきである。主観説は、正犯者意思 (animus auctoris) をもって行為する場合を正犯、他人の行為に加担する意思 (animus socii) をもって行為する場合を共犯とする。しかし新規定第二五条第一項が「自ら行なう」者が常に正犯であると定めたことによって、行為者の意思で解釈が左右される余地はもはやなくなったと考えなければならぬ。今日学説上この見解を主張しているのはパウマンひとりであろう。⁽⁹⁾ たしかに第二五条第一項の „Begehen“ から直接に自手的な構成要件実現の必然性が生じるのではないけれども、この規定が「自ら」行為する者が正犯でなければならない事を前提とし

ていて、こうした態度を実行者の意思傾向とはかわりなく正犯として評価しようとする立法者の意向は疑うべくもない。したがって実務においても、母親が姉に頼んで嬰兒を殺してもらった場合に母が正犯、姉は幫助とした判決 (浴槽事件)⁽¹⁰⁾ や、国外から暗殺を指示した場合、指示者が正犯、暗殺者を幫助犯とした判決 (スタンスキー判決)⁽¹¹⁾ はもはや新規定第二五条と合致するものではない。

これらに対して行為支配説は、意思によって担われる外部的情況を重視する。このことは主観説の多くの結論の恣意性を回避し、大きな法的安定性を与えるものである。なぜなら行為支配説に關して必要とされる類型の構築は、主観説よりも確固とした輪郭を概念に提供するからである。結果的に「事象の中心形態」や「行為の経過の決定的な操縦」という中心像は、それによって必然的に客観的情況を顧慮するために、各論の構成要件を基礎づける類型を強化するのに相応しいものと言いうことができる。⁽¹²⁾ ロクシンは、行為支配説はおそらく将来、判例も征服するであらうと言っている。⁽¹³⁾

注

- (1) 内藤 謙「西ドイツ新刑法の成立」七四頁。Roxin-Stree-Zipf-Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl., S. 27. f.
- (2) E 1962, Begründung, S. 149.
- (3) Herzberg, Jus 74, S. 575.
- (4) Roxin-Stree-Zipf-Jung, S. 31.
- (5) BT-Dr. V/4095 (2. Bericht), S. 12. 内藤 謙・前掲書七五頁参照。
- (6) Blei, AT, S. 225.
- (7) Jescheck, LB, S. 528. Schönke-Schröder-Cramer, vor § 25 Rdnr. 54.
- (8) Samson, SK, § 25 Rdnr. 7.
- (9) Baumann, AT, S. 565 ff.

(10) わが国では平野教授が紹介している。平野竜一・刑法総論Ⅱ三六一頁。判決の立場から Hartung, Badewannen Fall, JZ (1954), S. 430 f.

(11) Roxin, TuT, 2. Aufl. S. 601 ff. に詳しく。中 義勝・紹介クラーウス・ロクシン「正犯と行為支配」(三)関西大学法学論集第一七巻第五号五二二三頁以下参照。

(12) Samson, SK, § 25 Rdnr. 18.

(13) Roxin-Stree-Zipf-Jung, S. 30.

三、正犯の背後の正犯

正犯と共犯の区別に関して行為支配説をとる論者の中でも、直接行為者が有責である場合に同時に背後者に間接正犯が認められるかについては一致した見解がない。

「正犯の背後の正犯」という概念は一九五〇年にランゲによって創唱されたものであるが、この問題は学問的に定着したものにはなっていない。多くの論者は、様々な事例ごとに一部分は認めその他の多くの部分では拒否している。この不安定な状態を端的に示しているのはポツケルマンのこの概念に対する態度の変遷である。彼は一九四九年の「正犯と共犯の関係について」という論文の中では基本的にこれを否定していたが、十年後になって「正犯の背後の正犯は、間接正犯の一形式として存在すると言うランゲの見解を認めなければならない」とした。しかしその十四年後には再度「育成しがい概念」であるとして否定している。ランゲの主張した「正犯の背後の正犯」概念は、有責な媒介行為者(直接実行者)を「自己のもの(in eigener Sache)」として使喚するということであつたために例外としてしか認められなかった。なぜなら行為支

配を基準とする考えからすれば、誰かが「自己のもの」として行為することは内的な観念であつて外的な事象についての「支配」を根拠づけることにはならないからである。したがつて、教唆という法的に規定された形態を「内的観念」で無制限に間接正犯へ拡張することに反対されるのは当然であつた。こうして一旦意義を失つた概念は、またしてもマウラッハと彼の弟子であるF・C・シュレーダーによって復活させられた。つまり「責任阻却の限界領域にある第三者を利用する」背後者を「正犯の背後の間接正犯」とするべきだといふのである。たしかにシュレーダーはこの間接正犯を責任阻却事由の適用が実質的に提示されている場合で、形式的な区別がいつも失敗している場合に制限しようとするが、この理論の適用はかなり広大なものである。

たとえば、性的に隷屬的な婦人をそうしなければ棄てるといって犯罪行為をなさしめる場合(マウラッハの例)や社長が年少の使用人を解雇すると脅やかし、あるいは犯罪者が農夫に放火すると脅迫して犯行に使喚する場合(ローベの例)などである。たしかにこの種の状況における間接正犯を承認することは一見納得いくものである。しかしながら、いわゆる性的に従属していることが西ドイツ刑法第二〇条の他行為可能性を除外する「病的精神的障害」に属するならば、それによって背後者の支配すなわち間接正犯が認められる。しかし、その婦人が独自の決定能力を持つ場合はその限りではない。そこでは責任阻却事由が「実質的に提示されて」いるとは言えず二〇条によつても否定されるのである。したがつてその行為は彼女の支配下に留まり背後者の支配下にはない。つまりこの事情において、情愛的な誘惑を利用することは効果のある教唆

にとつて必要な影響の可能性の領域に属するものであつて、行為を支配するといふ領域のものではない。「解雇する」とか「放火する」とかの脅迫の場合も同様である。「経済的な生活基盤に対する脅迫」は西ドイツ刑法第三五条の責任を阻却する強制状態とみなされるのである。とかく見落されがちなのは、三五条における強制手段はそれが「現存の避けえない危険」を招く場合にのみ責任を阻却することである。それを欠く場合には、被脅迫者はただちに犯行を断念するよう要求されているのである。それにもかかわらず、彼があえてそれを行なえば彼はそれについて責任を負い、一方背後者は法的に単なる教唆犯としての責任を負う。もちろんその他に強要罪でこの直接実行者より重く処罰されることは別論である。したがつてここでの直接行為者は責任を阻却され「責任なき正犯の背後の正犯」が成立する可能性はあつても「有責な正犯の背後の正犯」の問題が生じる余地はないと言える。

このシュレーダーのモノグラフィイに対して、同じく「正犯の背後の正犯」を問題とした二つの論文が、ランゲの古希祝賀論文集に掲載された。(8) ギュンター・シュペンドルはこれに反対の立場で、そしてロクシンは独自の分類によつて一部分否定、一部分肯定の形で論じている。以下には「正犯の背後の正犯」を肯定するロクシンの論文を中心として、理解の困難な部分に関しては彼の「正犯と行為支配」の主張も引きながら、間接正犯の特殊な形態である有責な行為者の背後の間接正犯の問題を検証していく。

まず、ロクシンは「正犯の背後の正犯」の概念が問題となるのは次の

三つの場合だとする。(9)

- (一)、明きらかに回避可能な禁止の錯誤の媒介行為者を利用する場合。
- (二)、具体的な行為意味に関する媒介行為者の錯誤の場合。
- (三)、組織化された権力機構を介する犯罪の実現、そこでは犯罪を直接有責に実行する者とは別にその中心に精神的指導者として背後者がいて間接正犯として現われる場合である。

回避不可能な禁止の錯誤で行為する第三者を利用する背後者を間接正犯とすることについては、充分に見解の一致がある。もちろん目的行為論の立場からは、禁止の錯誤において行為する者は依然として事象の経過を支配するものでありそれ自体正犯であつて背後者は教唆犯であるとされる。その根拠として、ヴェルツェルは、禁止の錯誤は、確かに行為へ規定すること (Bestimmung) を容易にするけれども規定する者を行為事象についての支配者とすることはできないとしている。(10) しかし行為支配とは自然科学的意味の単なる因果的事象の目的操縦につきるものではなく、まさに構成要件的事象の支配でなければならず、その規範的な意味を知らなければならぬものである。けれどもこの回避不可能な禁止の錯誤における行為者の場合は、自己の行為の社会的価値違反性については何も知らず、背後者の犯罪計画に関する「盲目の道具」として利用されるのである。ここにおいてもやはり、ほとんどが「責任のない正犯の背後の正犯」なのである。

ただし回避可能な禁止の錯誤の評価については事情がもっと複雑になつてくる。「責任阻却の限界領域」において間接正犯を認めるシュレーダーはこの場合にも間接正犯を肯定しているが、多数の論者は教唆犯を

認めるのである。なぜなら、この場合の直接実行者は自身の行為について答責的であるからだとする。しかしながら、錯誤の回避不可能な場合には背後者が間接正犯、回避可能な場合には教唆犯とすることに根拠はあるのだろうか。ロクシンは次のように理論を展開する。たしかに緊急状態においては間接正犯の成立が直接実行者の責任阻却にかかっているということは重要な意味をもつ。なぜなら責任阻却はまさに背後者によって行なわれる強制が一定の強さを越えるために生じ、これによって「行為支配」となるからである。けれどもこれに相応する関係は、直接実行者についての禁止の錯誤の回避可能性と背後者の支配の行使の強弱との間には存在しない。直接実行者の意識の状態は他の事情・条件が同じならば回避可能・不可能いずれの禁止の錯誤にも同じなのである。したがって背後者の影響（すなわち、彼の支配の行使）は直接実行者が現実には持たなかった意識を持ってたことによって何ひとつ変らない。両者は同じ事情について同じように抑制的動機を欠いているのである。⁽¹¹⁾

直接実行者が禁止の錯誤で行為する場合に法的状態を見通している背後者が行為支配を持つかどうか、すなわち間接正犯であるかどうかは区別的に答えられる。つまり、直接実行者が自身の行為の社会侵害性（実質的違法性）を知っている場合背後者は単なる教唆犯である。それに対して直接実行者に社会的価値違反性を欠く場合に背後者が行為形成の意味内容についての認識を有し、その限りにおいて発展的な認識を有している場合には、たとえ直接実行者が従犯を意味する程度の不法の認識を有したとしてもそれとは別個に背後者は行為支配をもち間接正犯である。それとは逆に、背後者が彼に要求される行為の社会侵害性の認識を

欠く場合には、単なる教唆が問題となるのである。

つまりロクシンはここにおいて段階的な行為支配（意思支配）による区別的な解決を展開しているのである。客観的な行為事情すなわち不法の前提の認識をもつもの（第一段階の行為支配）が、構成要件の意味つまり社会侵害性あるいは実質的違法性の認識を欠く場合、この認識を有する背後者（第二段階の行為支配）がこれを利用すれば間接正犯になるとしている。⁽¹³⁾ こうしてロクシンは回避可能な禁止の錯誤の場合に背後者の間接正犯の可能性を肯定し、それゆえ有力な見解に反して「（故意・有責に行為する）正犯の背後の正犯」を認めるのである。⁽¹⁴⁾

具体的な行為意味に関する媒介行為者（直接実行者）の錯誤の事例としては、ヘルツベルクもあげている「AがM所有のカンディンスキーの高価な絵をつまらない価値のない絵だと誤信させてBに毀損させた」という例を問題とする。この場合の直接実行者Bは、違法かつ有責に器物損壊を犯すものである。けれどもBはその重要性については何も知らずにその損害をひき起こしている。直接的には不法の程度にそして間接的には責任の程度に関係する損害の大きさに関する、そうした錯誤は、財産犯についてだけ可能なのではなく高度に人的な法益侵害についても可能であるとする。たとえば、被害者の特殊な脆弱性を秘密にして傷害へ使喚し直接行為者の認識した軽い害ではなく、はるかに重い健康上の害を生ぜしめる場合、あるいは実際には三日後しか開かない場所なのに三時間後には開くと思いきませて監禁するように勧めた場合などである。これらすべての例において直接実行者が有責な犯罪実現であるのは疑いな

いことであるにもかかわらず、ロクシンは背後者に間接正犯を認めることを躊躇せず、したがって（完全に犯罪行為を行なう）正犯の背後の正犯を認めると言明するのである。けだし直接実行者はこの損害（侵害）の惹起に関する支配者ではあるが、背後者は彼がひき起こした錯誤のために、より大きな構成要件の不法の実現に関する支配者となるのである。直接実行者は現実には彼が支配する書の百分の一か千分の一ほどしか見えていないのに対して、その他の重要なほとんどの部分については、背後者のせいである。この優越的な支配が彼を間接正犯たらしめるのだとする。⁽¹⁶⁾

こうした展開はすでに「正犯と行為支配」の中に示されていたところのものである。すなわち、Bが街角をまがった瞬間に射殺しようとして待伏せていたAに対して、Cは自分の仇敵Dが街角にさしかかったのを見てそれがBであるとAに誤信させ、Dを射殺させたという事例である。⁽¹⁷⁾

この場合たしかにAは構成要件該当、違法かつ有責に行為するものである。しかしAは射殺目標の具体的個性に関しては錯誤があり、こうした一連の事情を見通していたCにとってAの行為は具体的な目標の個性に關しては盲目的な道具と同一視される。つまり、具体的な行為意味を承知してこれを知らない者を行為へと駆りやった背後者にはより高次の行為支配が存在するというのである。⁽¹⁸⁾ 言葉を換えて言えば、外部的事情（第一段階）やその実質的違法性（第二段階）の知見のうえに法の非難可能性をなしたしめる諸要素を知っている者の行為支配（第三段階）が可能であり、さらにそのうえ、ここであげた場合のように「具体的な行為意味を承知しているものが行為支配（第四段階）をもつとされて

いるのである。

いまだに優勢である「正犯の背後の正犯」に対する反対説では、ここで考慮されるべき事実関係の構造を十分に明確にすることができないとロクシンは言う。たとえばヴェルツェルは「ロクシンは教義史において単なる補充機能をもつにすぎなかった間接正犯を『行為事象の中心形態』に作り上げ、それを構成要件概念の解明と『具体的な行為意味』つまり動機の錯誤を取り出すことによってこれまで予想もしなかった程度に拡張した⁽¹⁹⁾」と批難する。けれどもここで背後者が行為の大部分について支配するということは、中心形態の限界形式に「作り上げた」ものではなく、ひとつの現象学的な現実なのであるとする。また行為の客観的な意味を決定的な部分について直接実行者に隠すことは、動機の錯誤ではなく事実関係についての錯誤の問題になることも明白であるという。更に「これまでの構成要件概念の解明」とは単なる間接正犯の承認にあるのではない。なぜなら背後者は各構成要件をたしかに自ら実現しないけれども、第二五条第一項によって間接正犯の本質とされる「他人を通じて」実現するのだからである。もちろん構成要件該当の事象に関する支配を直接実行者と背後者で分掌するのだが、そのことは漸次段階づける正犯両者に邪魔になるものではない。立法者は多数の関与の場合、ひとり単独支配のみを求めてはいないのである。⁽²⁰⁾

「正犯の背後の正犯」の認められる第三の場合には、組織化された権力機構による意思支配がある場合である。つまり中心にいる人物（正犯）が完全に犯罪を行なう第三者を権力機構の代替可能な手先として操縦す

る場合だとする。この権力機構とは、その構成員の交替、増減あるいは人格、個性などには関係なく、もし中心にいる背後者がある人の殺害を指令すれば実行者が誰かを問わず任務が遂行されるような組織だという。ここでの直接実行者は強制ないし欺罔によって行為するのではなく、完全に答責性を有している。しかし背後者の支配を排除しない。背後者の間接正犯性は実行者の代替可能性によって与えられるのである。前述したスタンスキー判決はこの形態で論じられるべきとされる。ロクシンはこの事例に関して詳しい議論をしない。というのも正犯の背後の正犯に反対する論者もこの事例グループは承認しているからだとするのである。⁽²¹⁾

この概念構成に反対する立場も背後者の正犯性を否定せず、異なった構成で論拠づけようとする。イエシエックは「中心にいる人物は組織を支配しているが故に共同正犯である。」⁽²²⁾とする。けれどもロクシンは、中心の操縦桿を握る背後者は執行せよと命令を出すだけで通常実行に関与しておらず、個々の実行者をほとんど認識していないから共通の行為の決意を欠き共通の行為の実行を欠いている。したがって共同正犯とするのは正しい解決ではないとしている。またボッケルマンは、「正犯の背後の正犯」を「育成しがたい概念」と名づけ、共通の決意を欠くのだから共同正犯のかわりに、命令を与えた者と実行者との間に同時犯を認め⁽²³⁾る。だがこれも回避的な構成である。ここでいう機構とは、組織的な結合を意味してその内部においては必然的に個別的な行為が互いに関連して存在している。したがって同時犯のように結びつかずにただ並んでいるものとは基本的に異なるのである。結局、間接正犯での構成がよ

り適切な解決を与えることができると主張されるのである。⁽²⁴⁾

以上検討したところから見ると「正犯の背後の正犯」はこれまであまり議論されていなかったようである。この法形式に対する抵抗はとりわけ正犯は構成要件実現を意味するという前提から成り立っている。しかしこの構成要件充足は間接正犯の場合には他人の手を通じて定義づけられるのである。つまり他人を通じての構成要件充足は間接正犯を妨げるのではなくむしろ多くの場合その前提である。他人の手による構成要件充足へ導くものは背後者による権能あるいは知見のプラスであり、構成要件充足が背後者一人に許されるのかあるいは背後者をも帰属すべきものなのかが問題なのである。「正犯の背後の正犯」においては正犯の構成が種々の様式に表わされる。しかしその中のどこにおいても概念的な可能性は問題とならない。なぜなら正犯と行為支配は常に同一の概念要素に基づいているのではなくむしろ多くの関与者につき必要とあらば多様に異なった現象形式で現われるのである。ロクシンはすでに「正犯と行為支配」の中で、正犯を唯一の概念に定義づけることが不可能であるとしていた。⁽²⁵⁾このことは逆に同一の基準に基づかない実行者の正犯と背後者の正犯の存在の可能性を証明するのである。

注

- (1) Kohlrausch-Lange, Kommentar, 39. 40. Aufl., vor §47 I, B. 1.
- (2) Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949, S. 49.
- (3) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 143.
- (4) Grundriss, AT., 2. Aufl. (1975), S. 181.

- (5) Maurach, AT, 4. Aufl., (1971), S. 632.; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter (ThT), S. 119 ff.
- (6) Schroeder, ThT, S. 130 ff.
- (7) Maurach, AT, 4. Aufl., S. 632.; Schoeder, ThT, S. 124.
- (8) Lange-Festschrift (1976), Roxin, Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“ (ThT), S. 173 ff.; Spandel, Der „Täter hinter dem Täter“ – eine notwendige Rechtsfigur? S. 147 ff.
- (9) Roxin, ThT, S. 177 ff.
- (10) Welzel, LB, S. 103.
- (11) Roxin, ThT, S. 179f.
- (12) 法定犯とはその行為が法上禁止されているとの知見を介して実質的違法性の意識を達する「点」が多いため、その場合には形式的違法性の認識が要求される。
- (13) Roxin, TuT, S. 199 ff.
- (14) Roxin, ThT, S. 182 f.
- (15) Herzberg, Jus 74, S. 375.
- (16) Roxin, ThT, S. 184 ff.
- (17) Roxin, TuT, S. 212.
- (18) Roxin, TuT, S. 212 ff. 中義勝紹介「クラスヌ・ロクシン」正犯と行為支配」〔関西大学法学論集一五巻三号二七三頁以下参照〕。
- (19) Welzel, LB, S. 106.
- (20) Roxin, ThT, S. 185 f.
- (21) Roxin, ThT, S. 192f. たとえばシュトラーターテンヘルトは、個別的にはたしかにまだ疑問が多いとしながら国家的な組織に限らず、暴力団のシンケートの内部でもこうした組織的支配があると認めている。ヘルツベルク、シュレーダー、シュトラーターテンヘルトなどが賛成、反対はイエシエック、ザムン。
- (22) Jeschek, AT, S. 509.
- (23) Bockelmann, Grundriß, AT, 2. Aufl., S. 181.
- (24) Roxin, ThT, S. 193.
- (25) Roxin, TuT, S. 527ff.

四、多元的正犯原理

正犯と共犯の区別に一応の基準を与えている「行為支配」の概念も単独正犯・間接正犯・共同正犯というそれぞれ異なった形態の正犯を基礎づけるためにそれに相応する原理が要求され、さらに構成要件自体の形態の差異により過失犯・不作為犯・身分犯・自手犯などにおいて正犯と共犯の区別の基準は複雑な様相を呈している。ロクシンは方法的出発点として「法素材の中に展開され、横たわっている構造を顧慮したうえで、個々のにはあらゆる偏差を示しながらも共通の指導形象に服さしめられている種々様々な類型の中に刻まれている原理」を探求することをあげ、「行為事象の中心形態」を構成した。以来、一元的な正犯原理を放棄するこの構想に全面的に賛成する考えは強調されなかったが、近年ボッケルマンの古希祝賀論文集の中でペーター・クラマーが、概略的にはあるが、同調する論文を発表した⁽²⁾。ここでは次のように述べられている。「すべての正犯形式の構成要件実現に適用正犯概念は存在しない。特にそこでは法規自身が犯罪の実現について様々な要求をしている情况进行考慮しなければならない。正犯概念はいわば法に前以って与えられているものではなくむしろそこから展開するものである」⁽³⁾。

たとえば不作為犯について見れば、判例の採用する主観説も、今日正犯と共犯の区別に関する通説である行為支配説も、決定的な正犯基準を与えることができない。主観説では、単なる無為にとどまることから正犯者意思あるいは共犯者意思に対して何らの結論も導き出しえず、逆に外部的事象は内的観念に関して何ら抛り所を与えることのできない。同

様に行爲支配説からも、作為しないことについて事象の経過の支配を認めることはできない。したがって何もしない者に行為事象に関する形成可能性を認めることもできないのである。すでにここでは作為犯とは異なつて不作爲犯の正犯基準は個別的に論議されるべきことが明白である。こうして普遍的な原理は存在しないとされる。⁽⁴⁾

また「義務犯」が、構成要件に先行する刑法外の特別義務を侵害する者のみが正犯たりえる犯罪類型として承認される場合にも、同様な状況が現われる。クラマーはここで不真正不作爲犯がこの類型に含まれるかどうかは述べていないが、ここでの正犯はその行為に関して人格的にかかわる特別な義務が存在するかどうか、彼がこれを侵害するかどうかによって導き出されるとしている。たとえばアメリカに滞在中の財産管理人がドイツにいる友人に委嘱して文書偽造と詐欺によりその管理にかかる金を着服させたという事例では、文書偽造と詐欺に関しては友人に行爲支配がありしたがって背後者はこの点に関する限り教唆者にすぎない。しかしながら背任に関しては行為支配をもたなくても背後者が正犯である。他方友人は単なる補助者にすぎない。⁽⁵⁾ ここにおける正犯性も正犯者意思や行為支配によって確定されるものではない。義務犯においても伝統的な区別基準は不適當であるとされるのである。⁽⁶⁾

これらの主張は自身犯について間接正犯は概念的に不可能だとする通説的な見解の中にも明きらかである。⁽⁷⁾ およそ構成要件の行為が行爲者みずからの行為を前提としている犯罪類型である自身犯では、行為支配によつても正犯者意思によつても適切な正犯基準は得られないのである。クラマーは以上のような論証によつて本稿の主題である正犯と共犯の区

別に関して一元的な原理は存在しないとするのである。⁽⁸⁾ ある人が正犯あるいは共犯に段階づけられることについて決定的なのは、むしろ構成要件を通じて具現化する犯罪にしたがつて区別される規範的な基準なのである。したがって正犯概念は立法者の裁量に委ねられており、そのつど法規自体から引き出されるものである。それゆえ構成要件の様々な構成から生じる特殊性を斟酌しなければならず、また正犯概念は常に規範的に理解されるべきとされるのである。あるいはまた暫定的ではあるかも知れないが、このことによつて正犯の限界的な類型への展望に関してひとつの重要な認識が得られるのである。⁽⁹⁾

具体的にみれば、間接正犯と共同正犯について法規ではたとえ行為者みずから構成要件を実現せず、あるいは一部分しか実現しないとしても正犯として評価されることを意味している。つまり法規が正犯としての特性を認める者にあたかも彼自身が行為したかのように他人の行為を帰せしめるのである。この帰属は間接正犯においては縦に生じ、共同正犯においては横の帰属原理として生じる。一方は正犯を「他人を通じて」犯罪を実現するものとし、他方は共同の計画に基づいて他人と共働するものとする。この正犯形式の区別的な構成はそれぞれの帰属基準における区別的な結論を推測させるものだとする。⁽¹⁰⁾ 以下には間接正犯と共同正犯のそれぞれの正犯性に関するクラマーの見解を見ることとしたい。

まず西ドイツ刑法第二五条第一項によれば、「他人を通じて犯行をなす者」が間接正犯とされている。つまり間接正犯は媒介行為者（道具）を操縦することを前提とする。この操縦は、決定的な帰属基準である道具に対する正犯の優越性⁽¹¹⁾に基づいている。背後者の支配的な地位が優勢

な知見によるのか、強制あるいは支配的な意思によるのかは二次的な問題であって、重要なのは唯一この優越性が実際に存在することであると
言うのである。この原理は認識なき故意ある道具を利用する正犯の場合
に妥当するとされる。ただしこのことは異論のあるところである。たと
えばロクシンはここでの有責な実行者の行為の使喚は単なる教唆の性格
を有するものであって行為支配を基礎づけうるものではないとしてい
る⁽¹²⁾。これに対してクラマーは以下のように反論する。この場合の背後者
は優勢な意思力によって媒介行為について優越性をもつ。つまり認識の
ない直接実行者は背後者の意思の下に置かれるのである。背後者はそれ
ゆえ「実行するかどうかについての基準となる決意」を手中におさめて
いるのである。背後者のために他人の動産を領得の意思なしに窃取する
ことに同意する者は背後者の意思の下に服することになる。こうして道
具に認識を欠くことは背後者の意思への従属、したがって背後者の行為
支配に従属するということの証左なのであるとしている⁽¹³⁾。

ただし身分なき故意ある道具を利用する場合には行為支配の基
準が決定的でありえないという特別な事例に該当する。ここではむしろ
つねに「義務犯」⁽¹⁴⁾の問題とされるのである。その正犯性はすでに述べた
基準によって背後者が彼に課された義務を侵害するときに肯定されるこ
とになる。逆に言えば間接正犯の領域では身分なき道具の特別事例をの
ぞいて、行為支配が正犯を基礎づける唯一の帰属基準を意味するので
ある。

クラマーは正犯原理が一元的には存在しないとする点ではロクシンと
方向性を同じくしているが、行為支配概念の理解に関してはかなり掛け

離れていて主観面、意思面を強調するのである。以下の共同正犯に関す
る論証にそれが明確に現われる。

間接正犯では行為支配とその行為を手中にしているという意識が原則
として正犯と共犯の区別に関する唯一の帰属基準であるけれども、分業
的な犯行としての共同正犯については疑問であるとする。共同正犯の場
合、共同正犯者各自は単に彼自身の部分行為を「手中にする」だけでそ
の他の共同正犯者の部分についてはおよそ何らの影響を与えないことがで
きないからである。この点に関してクラマーは事例をあげて検証するこ
とによって主観的要素の顧慮の必要性を主張している。すなわち、(一)、
Aがある人間を把持していてそのためにBは犠牲者を刺殺できたという
場合、Aは補助犯でありえるか？(二)、Aは強盗団の首領で犯行現場に
は現われず背後にいて犯行方法を掌握している。その場合彼は正犯たり
えるか？を問題とする。第一の例は、実行行為すなわち構成要件実現
への共働にかかわらず補助とされるかどうかにかかり、第二は準備
行為への共働が正犯を基礎づけるかどうかに関係する。判例はどちら
の場合も肯定的であり、クラマーも基本的にはこれに賛成の態度を表明
している。共同正犯の正犯性を基礎づける場合に、行為支配の基準のみ
では部分行為の支配者であることを意味するだけであって、客観的基準
からだけで全事象の支配は認められないからであるとする。個人の関与
行為は社会的な評価においては主観的要素に頼らずに規定されえないの
である。この主観的な要素の導入は刑法における他の領域でも同じだと
する。たとえば不法論においても明確に現われている。行為の不法に関
して行為を有意義に評価づけるためには行為者の主観的な観念が行為に

関係づけられて主観客観両面からの「事象の社会的全体的意味」の理解が可能になるのである。この原則は、行為者が故意の不法を実現したかどうかという性質の問題に関してのみ妥当するのではなく、むしろ内的観点はそれ以上に行為の不法に関する量的な意味においても重要なのである。同様に関与行為についても犯罪実現の質的・量的に様々な形式が問題になるのだから、関与行為の社会的意味を評価するために正犯と共犯の区別の領域にも主観的な要素を関係させることが重要であると主張される⁽¹⁵⁾。部分行為に対する個々の内的態度は、全体的事象の中で関与行為にどんな役割を帰せしめえるかがそれによって明きらかにされるのであってきわめて重要である。第一の例で犠牲者を把持する者は、彼の部分行為が内的な観念から単に他人の行為に従属するという程度の意義しか帰せしめられない場合には必ずしも正犯ではなく補助にもなり得るのである。第二の例において行為の実行に直接関与せず準備行為の活動に限定される首領も同様の観点からして正犯となしうる。そうしたことから共同正犯と共犯の区別に関して主観的な要素の顧慮に対する評価は放棄できないのだとクラマーは論じている。

クラマーの共同正犯論における主観的要素の顧慮の主張に全面的には賛成しえないけれども、彼の多元的な正犯概念の思考は注目に値するであろう。もちろんその前提にはロクシンの構想が存在している。またロクシンが行為論において提出した、存在論的行為概念批判へのアルトゥール・カウフマンの反論の中にも、こうした方向性が現われていた事をつけ加えておかなければならない。すなわちロクシンが存在論的行為概

念は、錯誤や過失、共犯、不作為といった刑法上の特殊問題にとって何ものも提供することができず「根本において構造様式上、美学上の価値しかもたないもの⁽¹⁷⁾」としたことである。これに対してカウフマンは、行為の複合性や多元性を一つの概念に総括する方法は、内容的に規定された行為を指し示す一切の基準を度外視して個々別々に抽象化していく方法ではなく、完結的な定義を断念し行為に固有の特性を解明する現象学的方法であると示したのだ⁽¹⁸⁾。

注

- (1) Roxin, TuT, 2. Aufl., S. 629.
- (2) Peter Cramer, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für Bockelmann, S. 388-403. (1978).
- (3) Cramer, a. a. O., S. 394. f.
- (4) Cramer, a. a. O., S. 395.
- (5) Roxin, TuT, S. 352. ff.
- (6) Cramer, a. a. O., S. 396.
- (7) 大塚 仁・間接正犯の研究参照、中 義勝「いわゆる義務犯の正犯性」佐伯遼磨・犯罪と刑罰(上)四六三頁以下参照。
- (8) Cramer, a. a. O., S. 396.
- (9) Cramer, a. a. O., S. 397.
- (10) Cramer, a. a. O., S. 397.
- (11) クラマーは優勢という語を用いる。
- (12) Roxin, TuT, S. 338. ff.
- (13) Cramer, a. a. O., S. 398. これには「イェンヘックとガイレンが賛成。 Jescheck, AT, S. 445. f., Geilen, AT, S. 195.
- (14) 西田典之「共犯と身分をめぐる一考察(田)」法学協会雑誌第九六巻第三号(一九七九)三三三頁註(四)参照。
- (15) Cramer, a. a. O., S. 402. 注 Schönke-Schröder-Cramer, vor § 25 Rdnr. 69. 参照。

- (16) 共同正犯における正犯基準については拙稿「共同正犯と行為支配—特に正犯理論の新しい傾向について」明大法研論集十三集一三一頁以下に私見を述べた。なお新しい論稿としては園田 寿・共同正犯の正犯性序説(一)関西大学法学論集第二九卷第一号九四頁以下がある。
- (17) Roxin, Zur Kritik der finale Handlungslehre, ZStW. Bd. 74, S. 517.
- (18) Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung. — Skizze einer personalen Handlungslehre (1966), S. 34.