

行為支配説の現況-共同正犯と間接正犯をめぐって-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2010-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 藤吉, 和史 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7639

行為支配説の現況

——共同正犯と間接正犯をめぐって——

藤 吉 和 史

- 一、はしがき
- 二、団藤博士の行為支配説
- 三、行為支配概念の展開
- 四、共同正犯における行為支配説
- 五、わが国の行為支配説
- 六、間接正犯における行為支配説
- 一、はしがき

現在、行為支配の有無によって正犯と共犯を区別する「行為支配説」(Tatherrschaftslehre)は、西ドイツにおける通説とされている。⁽¹⁾「行為支配」という概念は、もともとヘークラーやフランクによって責任要素として考え出されたものである。それが、ヴェルツェルによって「目的的行為論」における正犯行為のメルクマールとして確立され、ロクシンにいたって、共同正犯における「機能的行為支配」(funktionelle

Tatherrschaft)と「間接正犯における「意思支配」(Willensherrschaft)とに分割され、多元的・分散的な行為支配の理論として展開されている。

ヴェルツェルの「目的的行為論」自体は、わが国においても大きな議論を呼び、多くの著作が翻訳・紹介され、学会全体にも重要な影響を与えた。しかし、その共犯理論における成果である行為支配説は、それほど注目されてこなかった。また、ロクシンの「機能的行為支配」や「意思支配」の概念にしても、若干の学説がとりあげて検討しているにとどまり、大きな学問的関心をよぶものではなかった。もちろん、判例においても事情は同じであった。

しかし、最近になって最高裁判所第一小法廷において、「行為支配説」の適用をうかがわせる二つの判例がだされ、状況が変わってきている。一つは、共同正犯をめぐる問題について、団藤重光判事(当時)が「行為支配説」の採用を明確にしたものであり、⁽²⁾もう一つは、「是非の弁別

能力のある刑事未成年者を利用する間接正犯」に関するもので、その判例評釈において、ロツシンの「意思支配」の適用事例である「正犯の背後の正犯」という概念が主張されている。⁽³⁾

こうした動向をみると、わが国においても「行為支配説」に対する理解を深め、共犯理論の再検討によって、「行為支配説」の適用可能性を検討する必要があるように思われる。

注

- (1) Vgl. Baumann/Weber, *Strafrecht*, A. T., 9. Aufl., 1985, S. 524ff.; Blei, *Strafrecht*, I. A. T., 18. Aufl., 1983, S. 22f.; Bockelmann, *Strafrecht*, A. T., 3. Aufl., 1979, S. 173ff.; Gallas, *Beiträge zur Verbrechenstheorie*, 1968, S. 90; Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 7; Jakobs, *Strafrecht*, A. T., 1983, S. 492ff.; Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 531; Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, A. T., T. 2, 6. Aufl., § 47 III; Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, 4. Aufl., 1984, S. 60ff.; Rudolph/Horn/Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*, Band I, A. T., 3. Aufl., 1982, § 25 Rn. 10-13; F. C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 70f.; Stratenwerth, *Strafrecht*, A. T. I, 3. Aufl., 1981, S. 217ff.; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 100.

(2) 最決昭和五十七年七月一日刑集三六卷六号六九五頁。

(3) 最決昭和五十八年九月二一日刑集三七卷七号一〇七〇頁。この判例の解説として、斉藤誠二「いわゆる『正犯の背後の正犯』をめぐって」警察研究五五卷一〇号、同「是非の弁別能力のある刑事未成年者を利用する間接正犯」法学教室四四号九四頁以下、大越義久「刑事未成年者を利用して窃盗を行った者と間接正犯の成否」昭和五十八年度重要判例解説一四七頁以下などがある。

二、団藤博士の行為支配説

(一) 昭和五十七年最高裁決定をめぐって

いわゆる「共謀共同正犯」に関する昭和五十七年の最高裁決定において、団藤博士は、共同正犯の基準として「行為支配説」を採用することを確認にされた。この決定は、「大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例」(最決昭五十七年七月一日刑集三六卷六号六九五頁)であり、その「意見」のなかで、団藤博士が、一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が十分であるとされたために、従来の共謀共同正犯に関する賛否両論のバランスに重大な変化が生じたとして、注目されている。しかし、論点は共謀共同正犯を認めるか否かということではなく、むしろ、実行為、すなわち構成要件該当行為の理解をめぐる議論にあるといえる。

事案は、「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画したYから実行担当者になるよう頼まれ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、大麻を入手したい欲求にかられ、知人のNに事情を明かして協力を求め、Nを自己の身代りとしてYに引き合わせ、大麻の一部をもらい受ける約束のもとに資金の一部(二〇万円)をYに提供した」というものである。

この事案において、団藤博士は「行為支配説」の適用によって被告人を共同正犯であると認めたのである。本決定の「意見」のなかで、博士は共同正犯の正犯性に関する理論を自身の著書を引用しながら説明している。

團藤博士は、「正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である」と定義している。これは、単独正犯にも共同正犯にも妥当するものだとする。ただ、単独正犯のばあいには、みずから、基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す実行行為そのものを行なった者でなければ、この要件を満たしえない。しかし、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがあろう。「すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となったものといえるよくなばあいは、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのももちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものといふべきである。わたくしが、『基本的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——が正犯である』としているのは（團藤・刑法綱要総論・改訂版・三四七—三四八頁参照）、この趣旨にほかならない。」こうして博士は「行為支配説」を前提として共同正犯を認定し、具体的に次のように述べている。

これを本件についてみると、被告人はかなりの大麻吸引歴をもっていったことから、みずから大麻を入手したい欲求にかられて、本件犯行に及んだこと、また、大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその代金に見合う資金を提供したこと、これらのことは、被告人にとって本件犯罪が自分のための犯罪であったことを示すもので、本人がその犯罪実現の主体となったものとみとめるための重要な指標のひとつになるものとしていえる。また、被告人は、弟分として面倒をみていたNに対して、旅費な

してタイへ行けるといって応諾させ、被告人自身の代わりに行くことを承知させたもので、こうした経過をみると、被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというにとどまらず、Yとともに、本件犯行計画においてNを自分の思うように行動させてこれに実行をさせたものと認めることができるとしている。要するに、「自分のための犯罪」と「自分の思うように行動させること」という基準で行為支配を認め、共同正犯の責任を免れないとしたのである。⁽¹⁾

はたして、こうした基準で行為支配を認めることが妥当かどうか疑問である。行為支配説は、そもそも行為の主観的側面と客観的側面との統合をめざして構築されたものであるから「自分のため」という基準だけでは充分とはいえない。

ドイツにおける行為支配概念の問題状況については、のちに詳しく述べることとし、以下においては、團藤博士が行為支配説を採用するにいたる過程を検討し、それによって共同正犯における正犯概念をいかに根拠づけているのかを明らかにしていきたい。

(二) 團藤説の検討

共同正犯の理論に関する團藤博士の見解の変遷は、四つの段階に把握することができる。第一は、刑法綱要総論の初版（昭和三二年）の立場、第二は増補版（昭和四七年）、第三は改訂版（昭和五四年）、そして第四は前述の最高裁決定の「意見」における立場である。

そもそも、團藤博士は共謀共同正犯を明瞭に否定しており、その態度は、初版から増補版にいたっても変わっていない。とくに、共謀共同正犯を認める共同意思主体説は、近代刑法の個人責任の理念に反して団体

責任を認めるもので不当であるとしていた。「各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議にとどまる者は、本来、教唆犯または幫助犯にすぎないと解すべきである。実行者の背後関係にしばしば大物がいることは社会的事実であって、判例の見解はそこに実質的な理由をもって、共同正犯の規定の解釈によって対処することは無理である。判例は立法論を解釈論に持ち込んだものといわなければならぬ」(初版三〇三頁)。

こうした立場は、実際には今日にいたるまで変更されていないものと解すべきである。変更があるのは、行為支配説に対する態度である。増補版(昭和四七年)においては、刑事法特別部会草案の共謀共同正犯の規定に触れ、そこにおいて草案には疑問の余地が大きいと、「正犯概念の支柱となるべき行為支配の概念もまだ理論的に確立されるにいたっていないので、この種の立法化は時期尚早の感を免れない」としていた(増補版四九八頁)。ところが、改訂版(昭和五四年)になると、その部分の指摘が姿を消し、現行刑法の規定の体系的理解と判例とのギャップを埋めるために、判例を控制するなんらかの適切な理論が要請されているとして、「わたくしじしんは、さしあたり、前述の行為支配の理論の応用を考えている」(改訂版三七二頁)とするにいたるのである。この刑法綱要総論・改訂版で展開している団藤博士の行為支配説を検討してみよう。

団藤博士が正犯と共犯の区別の基準としてあげているのは、「構成要件該当事実についての行為支配」というべきものである。

「正犯とは、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。行為支配(事実支配)(Tatherrschaft)の概念をもって正犯を説明する学説があるが、それだけでは充分ではない。教唆犯・幫助犯についても、教唆者・幫助者が教唆行為・幫助行為についての支配をもたなければならないことは、同様であるべきはずである」(改訂版三四七—三四八頁)。

こうして、前述した最高裁決定の「意見」における基準(構成要件該当事実の実現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)にいたるのである。しかし、この基準によって共同意思主体説のいう、いわゆる共謀共同正犯の理論を認めようとするのではない。やはり、改訂版のなかの「見張り」と共同正犯に関する見解にそれが明確に見られる。ここでは、共同正犯には「共同実行の事実を必要とする」と的確に示されている。つまり、実行行為すなわち構成要件該当事実の実現行為を分担したことを要するのである。もちろん、実行行為の分担で足りるから、共同者の一人一人の行為が実行行為の一部にすぎないものであってもさしつかえない。ただ、「実行行為といえるかどうかは、それぞれの構成要件の解釈であるが、共同正犯のばあいには、小野博士が指摘されるように、二人以上の行為を全体として観察すべきである」ということになる。とくに問題としているのは、「見張り」である。判例の認める共謀共同正犯の理論によって「見張り」を共同正犯とする点には批判的である。共謀共同正犯の理論が不当であるとする態度は、この改訂版(昭和五四年)にいたっても、初版(昭和三二年)と全く変わっていない。問題は、これを実行行為の分担といえるかどうかなので

ある。小野博士のように全体的観察という見地でここまで拡張するのは行きすぎである、とする。そこで、「わたくしは、見張りは、当の構成要件該事実の実現に対して行為支配をもったものといえるばあい——たとえば現場で見張りをする親分——は格別、一般には幫助犯にすぎない」と考える」(改訂版三六九頁) という結論を導くのである。こうして、見張り行為でも、構成要件該事実の実現に対して行為支配をもつと認められれば、幫助犯ではなく、共同正犯であるとされる。⁽²⁾

この団藤博士の行為支配説は、行為支配説の創唱者であるヴェルツェルの見解よりも、マウラッハやロクシンのそれに類似しているように思われる。博士は、目的的行為論者のいう「目的的行為支配」(Triage) (Tatherrschaft) を持ち出すだけでは不十分だとし(改訂版三四九頁)、ロクシンが行為支配理論適用の結論として呈示した共同正犯規定の試案が参考になるとしている。それは「共同正犯者とは、実行段階における作業分担的な共働にもとづき非本質的とはいえない事実寄与をした者である」というものである(改訂版三七五頁)。

もちろん、団藤博士の新しい見解に対して批判もよせられている。⁽³⁾しかし、従来の形式的客観説からの実行行為概念のように単に自然主義的な観点からだけ把握するのではなく、むしろ、行為者の意思と行為者における人間関係や社会的関係をも考慮に入れた外部的行為についての評価が必要であるという意図は是認することができる。この点こそが、行為支配説の本質なのである。

注

(1) 最決昭和五十七年七月一六日刑集三六卷六号六九五頁。判タ・四七七号一

〇〇頁以下、判例時報一〇五二号一五二頁以下参照。

(2) 団藤重光「刑法綱要総論・改訂版(昭和四四年)三四七頁以下、三六三頁以下参照。

(3) 内田文昭「共謀共同正犯論の昨今」判タ・五二七号一頁以下、中野次雄「共謀共同正犯にあたりとされた事例(特に団藤裁判官の意見)警察研究五六卷一七〇頁以下、中山研一「共謀共同正犯論の帰趨——団藤博士の見解の検討——」研修四四〇号六頁以下参照。

三、行為支配概念の展開

行為支配の概念は、目的的行為論において初めて現われたのではない。わが国においても古くから滝川博士によって「行為支配の可能性」という用語が使われており、⁽¹⁾ 目的的行為論者以外にも、ヘークラー、フランク、ゴールドシュミット、ブルンスなどによって行為支配という概念が用いられていた。⁽²⁾ しかし、その概念の構成や内容は、現在の行為支配のそれとは全く異なっていた。行為支配概念の根本思想は、すでに一九〇一年のミッテルマイヤーにその萌芽が見られるが、⁽³⁾ 初めて「行為支配」という用語を使用したのは、ヘークラーである。⁽⁴⁾ ヘークラーは、

一九一五年の全刑法雑誌の論文「犯罪の標識」(Die Merkmale des Verbrechens)の中で、「行為支配」「完全な行為支配」「行為に関する支配」という概念を規範的責任論における責任要素として考え出していた。その後、彼は間接正犯の正犯性を証明するために行為支配概念を用いた。そこでは、責任を欠く者あるいは過失で行為する者を利用する背後者は、行為の「完全な支配者」であり、「より強い行為支配」を持つために、正犯であるとしていた。客観的には単に他人を誘致・支援した

にすぎない者でも、直接行為者に対して優越性を持つということによって、彼自身が主たる人格、すなわち正犯者と考えられたのである。⁽⁵⁾

ヘークラーに続いて、フランクとゴールドシュミットも、行為支配という概念を用いたが、両者は行為支配を行為論の問題としてではなく、責任概念の枠の中の問題としてとり扱っていた。⁽⁶⁾ 行為支配を正犯・共犯の限界に用いたのはブルンスであった。ブルンスの基本思想は、故意行為であれ過失行為であれ、また、作為であれ不作為であれ、正犯者は少くとも「行為支配の可能性」(Möglichkeit der Tatherrschaft)を前提とするものである。正犯は、態度のうちに当初から内在していなければならない行為支配に基因し、構成要件的に規定された形式における行為支配の可能性は正犯行為に関する客観的帰責基準を内含している、とする。ブルンスは、このような行為支配は、ただある行為が一般に「現実が発生した結果をひき起こすのに相当である」ときにのみ存在するとして、相当性の観念から説明していた。⁽⁷⁾

その後も、ヘルムート・フォン・ヴェーバーやローベによって「行為支配の意思」(Tatherrschaftswille od. animus domini)という考えが主張されたか、⁽⁸⁾ 最終的に行為支配の理論を成就させたのはヴェルツェルである。ローベが固有の行為をなす意思を行為者の本質的な要素であるとしたように、ヴェルツェルは「客観主観の完全な分離は、そこで行為の問題を転回させても失敗である」として、行為支配の意思を行為概念に統合している。周知のように、ヴェルツェルは人間の行為を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、その予見した目的を実現する意思をもって、目的意識的に因果関係を支配統制する

ものであるという目的的行為論を提唱して、行為支配の理論をその基礎のもとに展開している。行為支配はヴェルツェルによって「目的的行為支配」(finale Tatherrschaft)として特徴づけられることになった。

それは、単なる行為者の主観にとどまるのではない。行為支配にとって標準となるのは、行為が実際に行為者の作品・しわざであるという客観的事実である。もちろん、この客観的事実は主観的要素すなわち目的的行為支配に依存している。しかし、それは単なる主観以上のものである。人間がみずから定めた目標に従って、因果経過を目的的に作品として形成することは、意思実現としての人間行為の特性を示す単純な事実である。人間が自己の目的意思にしたがって目的的に実現した形成物は自己の作品として彼に帰属する。彼の決意の目的意識的な実現であるかぎり、その行為は彼の行為である。漠然とした正犯者意思というものはなく、現実の目的的行為支配が行為支配の本質的な標準である。行為支配は、自己の決意を目的に貫徹する者に帰属する。⁽¹⁰⁾

こうして、行為支配はヴェルツェルによって一般的正犯者要素として確立され、正犯者における普遍的な行為のメルクマールにまで高められた。そのために、ヴェルツェルは行為支配説の創唱者であるとされているのである。さらに具体的にいえば、正犯と共犯は次のように理解されることになる。

「目的的正犯は目的的行為支配のもっとも包括的な形式である。目的的正犯者は彼の決意とその貫徹とを支配し、その存在において目的意識的に構成した自己の行為を支配する者である。教唆者と幫助者も、ある種の行為支配をもっているが、それはただ関与についての支配にすぎない

い。行為そのものは正犯者の目的支配のみに属する。したがって、共犯は他人の行為への関与にすぎない。教唆者はたしかに他人の行為を挑発し、補助者はそれを支援するが、その行為についての目的的支配、つまり、その決意とその現実の貫徹についての支配は正犯者だけが有するのである⁽¹¹⁾。

ここでは、たしかにまだ「関与についての行為支配」というあいまいな部分はあるものの、正犯者メルクマールとしての行為支配は、正犯の決意という主観面とその貫徹・実現という客観面との両者の統合を配慮したものであって、目的的行為論を採らない学説からも支持され、現在の行為支配説の基礎となった。

同様に、目的的行為論の立場に立脚するマウラッハは、正犯者は行為支配をもって構成要件をみずから実現し、または他人をして実現させた者であるとしている。行為支配とは、故意によって包摂される構成要件該当事象の把握であり、事実上、構成要件の実現を自己の挙動により、進行させたり、阻止したり、中断させたりできる状態であって、かつ、それを意識している者が行為支配をもつ。マウラッハは行為支配をこのように定義づけている⁽¹²⁾。また、ガラスは、行為者の採用した手段が、事態に対する行為者の判断の面からみて、構成要件に該当する結果の招来を彼の作品と考えさせ、彼を行為の支配者を考えさせるのにかかわりないものでなければならぬ、とする。ガラスも、客観的要素と主観的要素との結合である行為支配が正犯と共犯の区別の実質的なメルクマール⁽¹³⁾としていっているのである。

注

(1) 瀧川幸辰・犯罪論序説・改訂版(昭和二年)二二三頁。ここでは、身分なき者、目的なき者の利用のように、犯人を道具とした犯罪の説明に用いられていた。すなわち、「責任能力者を利用する行為者の主観には、自己のほかに、更に責任の分担者があるという自覚があり、また自己の行為支配可能性は全く間接である。これに反し責任無能力者を利用する者は、自己が唯一の責任者であることを認識し、また行為支配の可能性は、全然直接ではないにしても、直接に近いものである。謂ゆる道具理論の根拠はここに在る」としてゐる。

(2) Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW. Bd. 36, 1915, S. 19ff.; Frank, *Strafgesetzbuch*, 18. Aufl., 1931; Goldschmidt, *Normativer Schulbegriff*, in: Frank-Festgabe, S. 428ff.; Bruns, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932.

(3) Vgl. Mittermaier, *Gutachten über § 300R StGB*, ZStW. Bd. 21, 1901, S. 197ff. S. 246.

(4) Hegler, S. 184ff.

(5) *「主観的要素のSubjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs」*, Frank-Festgabe, 1930, S. 251ff. & *Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson*, R. Schmidt-Festgabe, 1932, S. 11f. なお、この「懲罰性」の概念は力定を置かず「行為支配」の用語はあまり用いなくなつた。

(6) Frank, S. 136.; Goldschmidt, S. 429ff.

(7) Bruns, S. 72f.

(8) H. v. Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, S. 24ff.; ders., *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1948, S. 54ff.; Lobe, Einführung in den A. T. des Strafgesetzbuches, 1933, S. 123.; vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., 1984, S. 63.

(9) Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW. Bd. 58, 1939, S. 491-566, S. 521ff.

(10) Welzel, a. a. O., S. 537ff. S. 542f.

(11) Welzel, a. a. O., S. 539.

(21) Maurach, *Deutsches Strafrecht*, A. T., 2. Aufl., 1958, S. 517; Maurach/Gössel/Zipf, A. T., 7b. 2, 6. Aufl., 1984, § 47 III C.

(23) Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW. Bd. 67, S. 1ff.; ders., *Gutachten der Strafrechtslehre*, S. 121-153. 邦訳として、斉藤金作・ガラス犯罪論の研究・早稲田大学比較法研究所紀要 一・二号、平場安治訳「正犯および共犯」ドイツにおける刑法改正論一〇九頁。

四、共同正犯における行為支配説

以上のように展開されてきた行為支配概念が、共同正犯をいかに根拠づけるのか、ここでは個別的にみてみよう。まず、行為支配説の創唱者であるヴェルツェルの見解によれば、「共同正犯は、統一的な行為に対する行為支配が数人に共通に存する点に特性のある正犯である」とされる。つまり、各々の共同正犯者は、「単なる一部分の正犯ではなく」、また「単独正犯の特殊な形式でもなく」、むしろ、「全体の共同—正犯である⁽¹⁾」ということになる。この公式は、理論的に明白に見える。しかし、さらに共同正犯者一人一人の行為が全体への行為支配を意味するために実質的な理論づけが必要とされる。そこで、ヴェルツェルは、目的的行為の共同加功の本質として、「共同者各自の部分行為の着手によって、単に彼一人の行為への意思だけでなく、同時にまた他の共同者の意思をも共に遂行する⁽²⁾」という点をあげている。したがって、客観的に単なる予備や補助をなすにすぎない者であっても、共通の決意の共同分担者である場合には共同正犯であり、それゆえ、そのような者については、とくに犯罪決意へ関与したことを証明しなければならず、そのため

には客観的・主観的な全事情を参照すべきである。客観的な構成要件実現への共同加功におけるマイナス面は犯罪計画への共同加功におけるプラスの面で清算される⁽³⁾、としている。たしかに、共同正犯の場合には、他の共同者の意思のために影響をうけ、強化されることもありうる。しかし、他の共同者の意思も共に遂行するという場合、遂行される者は、その中で正犯としての自由な行為が可能なのだろうか。また、この見解によれば、教唆であっても、「共通の決意の共同分担者である場合には共同正犯」とみなされることとなり、そもそも正犯と共犯を区別する基準である行為支配の概念に矛盾することになる。

同様の傾向は、ガラスの場合にも見られる。ガラスは、共同正犯の全体についての支配を、関与者の一人の行為が、全体の行為への物理的な持ち分を越えて、他の関与者の行為の準備と行為の勢力を増強することから根拠づけている。ここでの「物理的な持ち分」というのは、共同支配ではなく、単なる部分支配を意味するのだから、「行為の準備を増強すること」、つまり、それを個別的に見れば、ただの精神的な補助が加わることによって、部分支配が全体支配になるという内容である。しかし、この精神的補助という共犯行為が共同の行為支配を基礎づけるものとして機能できるか疑問である。したがって「部分支配+精神的補助」全体についての「行為支配」という方程式は成立しないと言わざるをえない。

マウラッハは、「行為支配とは、故意によって包摂される構成要件該当事象の把握であり、行為者が自己の挙動により、進行させたり、阻止したり、中断させたりできる状態である」という定義を共同正犯のメル

クマールとしても用いている。なお詳細に言えば、共同正犯、共同者のそれぞれが、単に他の共同者の道具としてではなく、分業的に結果を得ようと努め、行為支配の所有者でありつづける者であり、客観的な性質が必要であるとしている。マウラッハによれば、たとえば「命令を個々の作業グループへ電話で伝える密輸グループの首領」は共同正犯の代表的な例であるとされる。首領が命令を伝えることは、行為支配を基礎づける分業であるとするのである。また、見張りの場合は常に具体的な状況によるとしながら、「自分自身は、統括する強盗組織において、単なる見張りの役割だけを行う首領も共同正犯の責を免れない」としている。

これらの事例において、マウラッハは他人へ影響を与える意思の力だけを考えているのではない。むしろ、実行に必要な役割を分担する共同正犯一人一人の行為の客観的な機能を考慮の対象としているのである。⁴⁾

ヴェツェルや、とくにマウラッハへの行為支配説の影響を受けて、多元的な行為支配説を展開しているのがロクシンである。ロクシンは、共同正犯のメルクマールとして「機能的行為支配」(funktionale Tatherrschaft)あるいは「分担的行為支配」(arbeitssteuende Tatherrschaft)という概念を構築している。機能的行為支配の説明として、ロクシンは、銀行強盗において一人が銀行員をピストルで威嚇し、他の一人がその間に金銭を奪うという例や、殺人において一人が被害者をだきしめ、被害者を動けないようにして、他の仲間がこれを刺し殺すといった例をあげている。いま銀行強盗の共同正犯を例にとってみれば、Aが銀行員をピストルで威嚇し、Bがその間に金銭を奪う場合には、Aの行為はそれだけでは、強盗罪の構成要件を充足していないので(なぜなら、Bが

金銭を奪うのだから)、強盗の直接正犯ではない。また、AはBの結果をひき起こす実行行為を支配しているのでもないから間接正犯でもない。しかし、Aは、全体の犯罪のプランの一部を分担することによって、全体の犯罪の経緯をその手中にしていると見える。Aの行為もBの行為もそれだけでは独立したものであるが、AとBとの二つの行為は、強盗という全体の犯罪になくはならないものであり、そのどちらがなければ、全体の犯罪のプランは成り立たない。したがって、それぞれの行為はそれだけでは、全体の犯罪からみれば、一部しかしていないとしても、全体の犯罪実現につき責任を負うことになるのである。これが共同正犯の本質であり、その意味で「機能的行為支配」あるいは「分担的行為支配」として理解されるのである。この考えから、マウラッハの「命令を作業グループへ電話で伝える密輸グループの首領」の事例については、その命令の中心が突然脱落した時には、その全体プランが混乱におちいり失敗してしまうからだと言明される。逆に、行為プランから事象経過への連関の中で、重要ではない加功、つまり独立の機能を果たさない加功は、共同正犯となりえない。見張り行為の問題については、全体の行為の完成について見張りを必要としている場合、つまり、その加功が共同分担作業の全体の枠の中で独立の機能をもつ分業とみられるときには、見張りも共同正犯であるとされる。それに対して、強盗グループが「見習い」を重要でない見張りに立たせた場合などは幫助犯にとどまる。なぜなら、このプランの実現は、彼の加功にかかっていないとはいえず、他の者は彼がいなくても行為することができ、行為することになるからである。⁵⁾このように、見張りが共同正犯であるか否か

は、全く個々の具体的状況にかかっており、個別的に検討されなければならないのである。

こうして展開された「機能的行為支配」という考えは、現在、多くの論者に支持されており、通説であるといつてよいであろう。

最近の体系書のなかで検証しよう。まず、ヤコブスは、主観的側面と客観的側面とを統合しようとするのが行為支配説であるとし、これを、新たな実質的客観説ないし目的的客観説として紹介している。しかし、「行為支配」の概念内容は、自然主義的に「事実としての支配」として規定するものから、規範的に「該当性の根拠としての支配」と解するものまで含めて、学説のなかでさまざまに規定されている。ヤコブスは、

上述したヴェルツェルやガラス、マウラッハの見解を略述し、これらの解決策は満足できるものではない、とする。ヴェルツェルのいう「他の共同者の意思をも共に遂行する」という表現は、単にその者が強制されない故意行為であるという事実以上のものでなく、ガラスやマウラッハの見解にしても、共同正犯においては、単独正犯のように、行為を手中にしていると云えないのではないかという疑問があり、その定義自体が一部は広すぎ、一部は狭すぎるとして、単独正犯、共同正犯そして間接正犯に共通の正犯メルクマールを否定している。「行為支配」という正犯原理における問題を解決するためには、行為支配が、それ相応に異なる原理、場合によっては重なり合う複合的な複数の原理に分割されることが必要だとしている。この分割は、ロクシンの提示した「行動支配」(Handlungsherrschaft)、「機能的行為支配」(funktioneller Tat-herrschaft) ならびに「意思支配」(Willensherrschaft) を前提として

いるのである。ヤコブスは、単独正犯に相応する「形式的行為支配」と共同正犯、間接正犯に相応する「実質的行為支配」という概念を構築している。単独正犯の場合の「形式的行為支配」とは、構成要件に直接的に結びつく拘束的な行為支配であつて、実行行為の完遂を通じての行為支配であるとしている。それに対して、共同正犯、間接正犯は、行為の存否に関する決定を通じての「決定支配」(Entscheidungsherrschaft)としての実質的行為支配」と行為の形成を通じての「形成支配」(Gestaltungsherrschaft)としての実質的行為支配」であるとしているのである⁽⁶⁾。このように、ヤコブスの行為支配概念がロクシンのそれに影響を受けたものであることは明瞭である。

また、パウマン・ヴェーバーの教科書(九版・一九八五年)によれば、行為支配によって正犯・共犯を区別する見解は新しい実質的客観説として考えられている。ただ、その中にも主観説に基礎を置く見解(ポツケルマン、ブッシュ、ガラス、ハイニッツ、コーラウシュ・ランゲ、ノヴァコプスキー、ザックス、フォン・ヴェーバーなど)と、主観説を離れて客観面を重視する見解(マウラッハ、ガラス、ニーゼ、ロクシン、徐々に軟化したのはヴェルツェル、など)とがあるとしている。後者の見解に立つ論者は、以前は行為寄与の重要性のみで判断していたが、最近の学説は、客観的行為支配と主観的行為支配とを考へていとされてい⁽⁷⁾。こうした傾向の見解としては、ザムソン、シュトラーターテンベルトなどをあげることができる⁽⁸⁾。すべてこのような見解を採用する論者は、ロクシンの多元的な行為支配の考えに基づくものであり、共同正犯においては「機能的行為支配」の根本思想に根拠を置いているものである。

わが国における共同正犯の理論に關しても、こうした「機能的行為支配」という概念が適用されるものであるか否か、以下には、わが国の学説について考察してみよう。

注

- (1) Weizel, *Studien*, S. 549ff.; ders., *Lb.*, 11. Aufl., S. 107.
- (2) Weizel, *Studien*, S. 552f.
- (3) Weizel, *Lb.*, 11. Aufl., S. 110.
- (4) Maurach, A. T. 2. Aufl., S. 492. S. 517, Maurach/Gessel/Zipf, A. T. 6. Aufl., § 49 II, S. 254f.
- (5) Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, 4. Aufl., 1984, S. 278ff.; ders., *LK*, 10. Aufl., Rn. 119 zu § 25.
- (6) Jakobs, *Strafrecht*, A. T., 1983, S. 509ff.
- (7) Baumann/Weber, *Strafrecht*, A. T. 9. Aufl., 1985, S. 515ff. S. 533ff. 「主観的」客観的行為支配要素について、Maurach/Gessel/Zipf, A. T. 6. Aufl., § 47, S. 534, Rn. 52 が詳し。
- (8) Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, A. T., 3. Aufl., 1982, S. 167ff.; Stratenwerth, *Strafrecht*, A. T. 1, 3. Aufl., 1981, S. 213ff. これらの見解はおおむね、共同正犯は「機能的」あるいは「分担的」な行為支配として基礎づけられている。

五、わが国の行為支配説

わが国において行為支配説ないしそれに準ずる立場をとるのは団藤博士だけではない。

たとえば、ヴェルツェルによる行為支配説をもっとも純粹に展開している平場教授の見解がある。平場教授は、「私は『自己の手による実行』に換えるに『構成要件該当の行為支配』をもってしたいと思う。自分自身の挙動によったかどうかは事実的な態様であって未だ法的に重要でな

い。法的に意味があるのは、一定の行為が彼の『はたらき』といえるかどうかである」として、正犯基準に行為支配をあてている。具体的に、共同正犯が他人の所為にまで責任を負う根拠としては、実行行為に対する共同正犯各自の共通包括的な行為支配がある点に求める。「元來正犯とは自己の手により実行行為をなす必要は必ずしもなく、構成要件の行為に対する目的的支配があれば足りるわけであった。共同正犯においては自己の手による部分はもちろん他の共同正犯の手による部分に対しても包括的一体的に共同の目的的支配が存するのであって、実行行為全体にわたって各自が正犯であるわけである」⁽¹⁾。

したがって、ここでは自己の手による部分のみならず、実行行為の全体にわたって自己の行為として責任を負うのは当然の結論となり、「一部行為の全部責任(部分行為の全体責任)」の問題は生じない。けれども、「他の共同正犯の手による部分」についてどのようにして支配するのかという問題がある。平場教授はこの問題について、他の共同正犯の意思に現実作用し、それをして遂行せしめるといふ点に根拠を置き、「意思の現実的客観的機能」の重視によって解決している。

同じく行為支配の基準から、「間接正犯類似の理論」をたて、共同正犯の正犯性を論証しようとしたのは、藤木教授であった。教授によれば、共同正犯における実行行為は、形式的客観説の意味に理解すべきではなく、行為の主観的側面と客観的値面とを総合して理解すべきであり、したがって、「客観的には予備的あるいは補助的行為をなすにすぎない者でも結果に至るまでの進行過程を支配したと考えられる場合、すなわちいわゆる行為支配を有した場合には実行行為者、すなわち正犯

者と評価すべきである」とされた。しかし、藤木教授の行為支配は、間接正犯における行為支配、つまり、被利用者の行動を自己の規定した方向に向って意のままに動かすという点に根拠に置いている。共同正犯においても、自ら手を下さず他の共同者の行為により実現された結果に対して責任を負うのは、他の共同者と協力して、相互に相補い相利用して共同の目的完遂に向かって努力するためであって、間接正犯と認められるのと並行した趣旨で、みづから手を下したものと価値的に同一に評価しようというのであれば、たとえ共謀者であっても他人と合意の上共同して相互に利用しあって結果を実現したという意味で共同の実行をした者、つまり共同正犯と認めることが可能だとされる。「それ故、共謀共同正犯における共謀者も、その意思方向、その実行担当者に対する関係などからみると結局実行を共同にしたものとしてこれに正犯性を認める可能性が開ける⁽²⁾」としている。

こうした傾向を支持する考えとして、平野竜一博士は次のように述べている。

「共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が『共同の意思にもとづく』ものといえるような『意思方向』を持つ者に限られるべきである。しかも、この『意思方向』は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ。その意味でならこれを行為支配あるいは間接正犯類似と呼び、あるいは『他人の行為をいわば自己の手段とした』ということができるであろう。」

博士は、これによって、このような共謀者のうちの少なくとも一人が

実行行為をしたことが必要であって、「その他の共謀者も正犯者となるための行為（これを正犯行為と呼ぶことができる）は必要である」としている。つまり、行為支配すなわち正犯行為は、実行行為とは別個のもので理解しているのである。したがって、「共謀共同正犯では、正犯行為と実行行為とは分離するのである⁽³⁾」ということになる。しかし、この理解はこれまで検討してきた多くの見解と異なっている。行為支配説の見解において、「行為支配がある」というのは、正犯者の構成要件該当行為すなわち実行行為があるということの意味している。実行行為を形式的客観説の意味で、自然主義的に解釈していたのでは、行為支配の概念を理解することは不可能なのである。

最後に、近年、「優越支配共同正犯」という共同正犯の形態を主張している大塚教授の見解を検討することとする。

大塚教授は、共謀だけでは実行行為があるといえないとして共謀共同正犯を否定している。ただし、従来、共謀共同正犯とされていたものの中には実行共同正犯と解するのが適当なものが含まれているとする。その根拠として、「実行行為とは、犯罪実現の現実的危険性を含む行為であり、間接正犯において、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為が実行行為と解されるように、ある程度の規範的理解が可能で、また必要でもある」という。その例として、暴力団の親分が、子分に向かって犯罪を行うよう命じた場合をあげる。子分は、命令に心理的に拘束されるものの身体的な自由を失うのではないから、間接正犯の道具ではない。子分が実行すれば犯罪が成立するけれども、親分の行為も単なる教唆犯以上のものであり、準間接正犯ともいえるべき共同正犯が認められるとして

いる。このように、共謀者の中に実行者と評価される者を見い出すのである。この形態は、社会的関係における圧倒的な優越的地位によって心理的拘束を与える場合だから、このような形態での共同正犯を「優越支配共同正犯」と呼称している。⁽⁴⁾ こう解すれば、たしかに共謀共同正犯に含まれていたものを実行共同正犯に組み変えることになる。しかし、それは従来の「実行行為概念」を放棄して、新たに「行為支配概念による構成要件該当行為」を採用しなければ困難であろう。また、なぜ準間接正犯というべき場合を突然に共同正犯とするのか。一層の検討が必要である。

注

(1) 平場安治・刑法総論講義(昭和三六年)一五〇頁、一五五頁。

(2) 藤木英雄・可罰的違法性の理論(昭和四二年)三三三頁以下、同「共謀共同正犯の根拠(一)」法協雑誌七八巻六号六頁以下、七九巻一号一頁以下。

(3) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)四〇三―四〇四頁。

(4) 大塚仁・犯罪論の基本問題(昭和五七年)三四〇―三四一頁。

六、間接正犯における行為支配説

これまで検討してきたことから、ある傾向を認めることができる。それは、ドイツにおける共同正犯は、行為全体に関する決意・意思を基礎とし、客観的には犯罪遂行における分担的な役割機能を重視して規定されることであり、それに対して、わが国の共同正犯は間接正犯に「類似し」、あるいは「準ずる」ものとして扱えられることである。

しかし、間接正犯における行為支配の特徴である「被利用者の意思を

支配」して全行為について行為支配を及ぼすという意義を、共同正犯に流用することは避けるべきであろう。共同正犯にも間接正犯にも、それぞれ独自のメルクマールを求めなければ、確固とした正犯概念を獲得することはできない。

行為支配による間接正犯の根拠づけにつき、格好の材料となる判例がだされた。次には、これをめぐって検討することにしてしよう。

行為支配説が適用された判例は、前述した昭和五七年最高裁決定以外に存在しない。しかし、昭和五八年九月二日に最高裁第一小法廷がだした間接正犯に関する判例は、行為支配説の適用を示唆するものであった。

事件の概要は、次のようなものである。

被告人Aは、当時一二歳になる養女Bをつれ、四国八十八ヶ所巡礼の旅を続けていた。ところがそのうちに宿泊費用などに窮してしまい、Aは、Bを利用して巡礼先の寺などから金員を窃取しようとして企てた。Aは、日頃Aの言動に逆らう素振りをみせると、その度に顔にタバコの火を押しつけたたり、ドライバーで顔をこすったりするなどの暴行をくわえて、自己の意のままに従わせていたBに対して、窃盗を実行しよう命じた。Aの暴力を恐れたBは、嫌々ながら一三回にわたり窃盗を実行した。

原審において、弁護人は、Bには是非弁別能力があり、顔にタバコの火を押しつけられたりはしたが、Bは絶対的強制下にあったわけでもなく、主体的に窃盗を行ったと認められ、Bに盗みを命じた被告人Aの行為は窃盗の教唆になるのは格別、窃盗の正犯にならない、として上告した。これに対して、最高裁第一小法廷は、「Aは、自己の日頃の言動に

畏怖し意思を抑圧されているB女を利用して窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については窃盗の間接正犯が成立する」という判断をしめした(最決昭和五八年九月二二日刑集三七卷七号一〇七〇頁)。

判例は、以前から極端従属性説をとり、刑事未成年者を含む責任無能力者を利用して犯罪をおこなった場合に間接正犯を認めていた。その後、学説は制限従属性説へと移行し、間接正犯についてはその正犯性を前面に押し出す議論を展開するようになった。したがって現在の通説からすれば、刑事未成年者に是非の弁別能力がないときには、これを利用しては間接正犯となるが、刑事未成年者に是非弁別能力のある場合には、利用者は間接正犯ではなく教唆犯が成立するにすぎないこととなる⁽¹⁾。本決定においても、現在の通説の立場を前提として、刑事未成年者を利用する場合でも教唆犯に留まる場合のあることを認めていると思われる。しかしながら、「被告人Aが、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているBを利用して窃盗を行った」ことを根拠に間接正犯を肯定したのである。この点につき、「意思抑圧型」の間接正犯を認めたものとして評価するものもあるが、若干疑問がある。なぜなら、通説において「利用者が被利用者の意思を抑圧して犯罪をおこなった場合」に間接正犯が成立するとしているのは、絶対的強制下におけるように、利用される者の身体活動が「行為」といえない場合をいうのである。ところが、この事案において利用されているBは、その身体活動が「行為」といえないほどに意思を押えつけられていたのか疑問であり、Bには、意思決定の自由は残されていたと考えられる。すると、本決定は「意思

抑圧型」の間接正犯と同じ意味のものではないといわざるをえない。

このように、被利用者が構成要件に該当し、違法な行為をなしたが刑事未成年者だったという場合や、さらに、かりに刑事未成年者でなかったとしても、利用者を間接正犯だとする考えがある。それは、一九五〇年にドイツにおいてランゲが提唱した「正犯の背後の正犯」(Täter hinter dem Täter)という概念である。この考えは、その後、F・C・シュレーダーによって展開され、さらにロクシンにより間接正犯における行為支配の一事例として主張されているものである⁽³⁾。

ランゲの主張した「正犯の背後の正犯」という概念は、有責な直接実行者の背後にあって「自分のために」その犯罪をひき起した者も(間接)正犯であるとするものであった。これを行為支配を基準とする考えからみると、誰かが「自分のために」行為をしたという内面的な観点では、外的な事象についての「支配」を根拠づけるものではないので、例外的なものとしてしか認められることがなかった。しかし、この概念はマウラッハの弟子のF・C・シュレーダーによって復活させられた⁽⁴⁾。つまり「責任阻却事由の限界的な状態で行為する者を利用する場合」には、その利用者・背後者は「正犯の背後の間接正犯」だとしたのである。たとえば、性的な関係でまったく自分の意のままになる女性に、そうしないと脅して犯罪をさせる場合や、会社の社長が、子だくさんの社員に、いうとおりにはしないと脅めさせると脅して犯罪をさせた場合などには、この概念が適用されるとしている。しかし、こうした事例については、「正犯の背後の正犯」を認める立場からも批判がある。前者の事例でいえば、その女性が西ドイツ刑法第二〇条の「病的な精神的障

害」にあるならば、それによって背後者に間接正犯が認められ、いわば「責任なき正犯の背後の正犯」を認めることができる。しかし、その女性が自己決定能力をもつ場合には、責任阻却事由が提示されず、その行為は彼女の支配のもとにあることになる。後者の事例においても同様である。「辞めさせる」という脅迫は、「経済的な生活基盤に対する脅迫」として第五条の責任を阻却する強制状態となる。三五条の強制は、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。事例における社員にこの強制状態がないときには、彼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。それを彼があえて犯罪をおこなえば、彼はそれについて責任を負い、一方、背後者の社長は単に教唆犯としての責任を負う。もちろん、これらの事例で、背後者が強要罪で直接実行者より重く処罪されうるのは別論である。したがって、これらの事例における直接実行者は責任を阻却されて、「責任なき正犯の背後の正犯」は成立するとしても、「有責な正犯の背後の正犯」の問題が生じる余地はない。このように論じるのは、クラウス・ロクシンである。⁽⁶⁾

ロクシンは、「正犯の背後の正犯」が可能なのは次の三つの場合だとする。

① 回避可能な禁止の錯誤にもとづいて行為をする者を利用する場合

たとえば、AがBにむかって、親はその子供をおもうように懲戒できるので、懲戒として子供を半殺しにするほど殴りつけてもよいとそそのかし、Bがそのとおりにしたような場合である。この禁止の錯誤にもとづいて行為する者を利用する場合は間接正犯か教唆犯かは、ドイツでも考えがわかれている⁽⁶⁾。ただ、直接実行者が自分自身の行為の社会侵害

性・実質的違法性につき認識のある場合には背後者は教唆犯であり、それに対して、直接実行者がそうした認識を欠き、背後者が行為形成の意味についての認識を有する場合には、たとえば、直接実行者が従犯を意味する程度の違法性の認識があったとしても、背後者は行為支配をもち、したがって間接正犯であるとする。こうした根拠によって、「正犯の背後の正犯」を認めるのは、マウラッハ、F・C・シュレーダー、ロクシンなどである。

② 「具体的な行為の意味」について行為者を欺罔する場合

この場合の事例としては、「AがM所有のカンディンスキーの絵をつまらぬ価値のない絵だと誤信させ、Mの妻Bに毀損させた。」という例をあげる。ここでの直接実行者Bは、違法かつ有責に器物損壊を犯すものであるが、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。こうした錯誤は、直接的には不法の程度に、そうして間接的には責任の程度に関する損害に関連し、これは財産犯についてだけではなく、人的侵害についても可能だとする。たとえば、被害者が特別な虚弱体質であることを秘密にして、軽い傷害を教唆し、直接実行者の認識した軽い結果ではなく、はるかに重い健康上の害を生ぜしめたという例や、あるいは実際には三日後にしか開かない場所であるのに、三時間後には開くと思いきませて監禁するように教唆した場合などである。これらの場合、ロクシンは、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によって、より大きな構成要件的不法の実現に関する支配を有するとする。こうして、直接実行者が有責に犯罪を実現する場合にも背後者に間接正犯を認

め、「正犯の背後の正犯」を肯定しているのである。

③組織化された権力機構の道具として利用する場合

「正犯の背後の正犯」が認められる第三の場合は、組織の中心にいる人物が、直接犯罪をおこなう手先・構成員を操るような場合であるとしている。たとえば、スタシンスキー事件のように、ある国の諜報機関のリーダーが、外国にいるその機関の末端の手先に指令をだして、亡命した政治家を殺害させたといった事例や、組織暴力団の親分が、末端の子分を利用して殺人を犯させるという事例がそれにあたる。その根拠としては、この権力機構が、その末端の構成員が交替したり、人数の増減があったとしても、中心にいる背後者が殺人を指令すれば、実行者が誰かを問わず任務が遂行される構造を有していることにある。こうした場合に、大学教授が「優越支配共同正犯」という概念を構築して共同正犯を認定したことはすでに述べた。同じように、イエシエックは、直接実行者が責任を欠く場合、背後者は間接正犯であるが、そうでない場合、中心にいる人物は共同正犯であるとしている。しかし、ロクシンは、中心にいて事態の鍵を握っている背後者は、実行せよと命ずるだけで実行に関与しておらず、共通の行為決意を欠き、共同の行為実行をもっていないから共同正犯ではなく間接正犯だとしている。

このように、西ドイツでは「有責な正犯の背後の正犯」の成否をめぐって論議がなされている。しかし、「責任なき正犯の背後の正犯」(Täter hinter dem entschuldigen Täter)の概念は、すでに多くの学説から認められ(ヘルツベルク、イエシエック、ヤコブス、ロクシン、シュトラーターテンベルト、ヴェッセルスなど)、第三五条の責任阻却

事由である緊急避難が認められる程度に強制を加える背後者が間接正犯であるとする点については、理解の一致がみられる。こうした学説を前提とした場合、前述した昭和五八年九月二日の最高裁決定において、「日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている」「是非善悪の判断能力のある」刑事未成年者を利用して窃盗をおこなわせた事案に間接正犯を認めることも、容易に肯定できると思われる。わが国の間接正犯理論においても「行為支配説」の適切な理解が求められているのである。

注

- (1) たとえば、団藤重光・刑法綱要総論・改訂版一四〇頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ三六一頁など。
 - (2) 渡辺忠嗣「是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用して窃盗を行なった者につき窃盗の間接正犯が成立するとされた事例」ジュリハ〇三号九二頁。大越義久「刑事未成年者を利用して窃盗を行った者と間接正犯の成否」昭和五八年度重要判例解説一四七頁以下など。
 - (3) Kohrausch-Lange, StGB, 39. 40. Aufl. 1960, Vorb. I. B. 1 vor §47, S. 95. 「正犯の背後の正犯」概念の展開については、すでに「拙稿「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——」明治大学大学院紀要一七集(昭和五五年)一九一頁以下で触れた。
 - (4) F. C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965.
 - (5) Roxin, Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“: in Lange-Festsch., 1976, S. 173ff.; ders., Täterschaft und Täterschaft, 4. Aufl., 1984, S. 170ff.
 - (6) たとえば、間接正犯とするものには、ブライ、ヘルツベルク、ラクナーなどがあり、共犯とするものには、ポッケルマン、ヤコブス、イエシエック、マイヴァルト、シュトラーターテンベルト、ヴェッセルスなどがある。
- 【付記】脱稿直前に Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungsstypus im Strafrecht, 1985, に接したが、参照することができなかった。これに対する検討は別の機会に譲りたい。