「行為支配論」の構造と展開

橋本 正博

目 次

- 序 正犯・共犯論の基本的視角
- 第一部 「行為支配論」の構造
 - 第一章 「行為支配論」の諸相
 - 第二章 「行為支配論」の現況——ロクシンの議論を中心に
- 第二部 「行為支配論」の展開——ドイツ連邦通常裁判所の判例を素材に
 - 第三章 判例理論としての「主観説」
 - 第四章 「行為支配」概念による「主観説」の再構成
 - 第五章 「行為支配」と同様の思考を示す判例
- 結章 「行為支配論」の展望

*本稿は、一九八七年一月に、一橋大学大学院法学研究科博士課程単位修得論文として提出したものに、主として
体裁上の修正のため、必要な加筆、削除を施したものである。

序 正犯・共犯論の基本的視角

一 この研究が課題とするのは、正犯と共犯を区別する基準を提供する理論（これを正犯理論（Täterlehre）とよぶことにする）として現在のドイツ連邦共和国（以下では単にドイツという）の刑法学において通説となっている「行為支配論」（Tatherrschaftslehre）に注目し、その基本的構造と展開の道筋とを検討することである。正犯理論をめぐる大まかな学説史的展開を図式化すると次のようにまとめることができると思う。すなわち、さまざま有力な正犯理論の代表として主観的側面を重視する主観説と形式的客観的考察を基礎にすえる客観説とを両端に配置すれば、その中間で実質的な考慮を何らかの形で取り込んだ理論が工夫されてきた。⁽¹⁾このスペクトルの両端にある客観説・主観説が極端に一面的な主張をする限り、それらの正犯理論としての妥当性が失われるだろうとすることは多くの論者の共通の認識となっている。一般に正犯の形態として承認され、ドイツ刑法典では一九七五年の総則によって明文で規定されるところとなった、単独正犯・間接正犯・共同正犯を包括する正犯理論が求められている。「行為支配論」も同様の認識に基づき、主観的要素に関する考慮と客観的要素に関する考慮とを総合して、スペクトルの中間領域に妥当な正犯理論を構成しようとするものである。したがって、この限りにおいて「行為支配論」は現在我が国の通説であるといえる形式客観説ないし実質客観説⁽²⁾と軌を一にする。端的にいえば、構成要件論に基く限縮的正犯概念を前提とする形式客観説を実質化する方法のひとつである。つまり「行為支配論」は実質客観説の一種にほかならない。

二 ドイツにおいては、「目的的行為支配」という正犯理論など、自覚的に正犯理論が論じられた。そして、ロクシンが包括的で詳細な研究を公にしたことが大きな契機となって、「行為支配論」は正犯理論の通説として確固たる地

位を占めることとなった。もちろん目的的行為論は一時期我が国においても大きな影響力をもったのであり、その成果の一部は今日なお我が国刑法学の基礎となつていゝといふべきである。しかし目的的行為論が正犯理論と関連して検討されることは少なかった。それは行為論の次元で目的的行為論を咀嚼することがまず問題であつたのでやむをえないことではあつたとしても、ドイツ刑法学の影響を強く受けつつ發展してきた我が国の刑法学にしては珍しく、「行為支配論」についての本格的議論を経ないままに今日に至つていゝのである。目的的行為論の正犯概念構成を経たドイツ刑法学の正犯理論は、「共犯」論の内部における正犯概念ということを超えて「正犯」論としての性格を色濃くしたものと見えるだろう。逆に他面からいへば、我が国において「行為支配論」が正面から論じられなかつた理由のひとつは、「行為支配論」が目的的行為論と密接不可分のものとして捉えられてきたことであらうと思われる。

一方、我が国においては正犯理論について格別の議論をする必要を認めなかつたことが理由かもしれない。実際、基本的に我が国の通説を形作つていゝと目されるいわゆる実質客観説によつて一応妥当な結論が得られるのである。そして、その範囲で、実質客観説を修正しつつ種々の問題の解決を探るという態度が一般的であらう。その限りにおいて、「行為支配」などという内容曖昧で漠然とした概念を正犯理論として採用する必要はないばかりか、かえつて法解釈の現場に恣意のはいりこむ余地を与えかねないと考えられるのも当然了解することができる。⁽⁴⁾しかし、問題の解決にとっては基本的な正犯概念の再検討が必要であるという見方が当然に成り立つのであり、そのきっかけを「行為支配論」が与えたといふことがいゝのである。現に、実質客観説によつては説明が不可能ではないが困難である問題として、第一に間接正犯、第二に共謀共同正犯がある。こうした問題はそれだけで一個の主題となすに足りる大きな問題であるが、いま簡単に触れておこう。

間接正犯の行なう行為は単独正犯の行なう行為（実行行為）とは少なくとも外形上甚だしく異なつていゝ。それに

もかわらず限縮的正犯概念に基く形式客観説およびその修正形態としての実質客観説によって間接正犯をも正犯概念の中に包摂しようとするれば、それらが「構成要件に該当する行為すなわち実行行為を行なう者が正犯である」という定義を維持する限りにおいて、間接正犯の行なう行為も実行行為であるとしなければならぬ。しかし、このことが実行行為概念の明確性を犠牲にしていることは否めない。ある意味では、間接正犯の場合には単独正犯とは異なる実行行為概念を採用したことになるといえることもできる。果たして、間接正犯を正犯とするために実行行為概念そのものが緩やかに解されることから、間接正犯における実行の着手の時期などやっかいな問題が残ることとなった。一方、共同正犯については、判例理論として確立している共謀共同正犯に対して理論的基礎を与えた共同意思主体説を有力な例外として、通説的見解はいわゆる実行共同正犯以外に共同正犯は存在しないとすする立場を維持してきた。わたくしも限縮的正犯概念に基いて共謀共同正犯を承認することはできないと思うが、だからといって解釈論としての刑法学が判例と学説とのこの硬直した乖離状態を放置しておいてよいということもできない。⁵⁾むしろ、正犯概念を再吟味し、共謀共同正犯にも本来的正犯の範囲内におくべきものがあるかどうかを検討してみるべきではないか。

三 単独正犯が正犯形態として最も根源的・典型的なものであることはいうまでもない。そして限縮的正犯概念は単独正犯の場合には全く自明の思考である。自ら直接に単独で犯罪を実行することが、刑法各則の犯罪類型において当然の前提とされていることを疑うことはできない。しかし「行為支配論」は、限縮的正犯概念が妥当するのは行為者が実行行為を自ら遂行することに基づくという考え方に反省を迫る。つまり、実行行為を自らの手で遂行することがない正犯性を基礎づけることになるのかという点をもう一段階下りて問うことを求める。この問いに対する解答を結論を先取りしていえば、単独正犯の正犯性を基礎づけている限縮的正犯概念の妥当性は、実行行為の遂行という契機に基づくというよりはむしろ実行行為を典型的かつ最も重要な方法とする「事実支配」⁶⁾「行為支配」⁷⁾に基づくのではな

いかと思われるのである。この解答が当を得たものであるかどうかはおいおい判断されるところにまかせるほかはないが、散見される「行為支配」への言及から察する限りそこには残念ながら誤解も存在しているように思われる。そこで、この研究では、「行為支配論」の基本的構造を創始者と目される論者に源を訪ね、そこから展開した典型的な思考のありようを検討するとともに、今日ドイツにおける「行為支配論」の隆盛を決定づけたロクシンの「行為支配論」を考察の対象とし、さらにドイツ連邦通常裁判所判例と学説とを相互に関係づけることを通じて「行為支配論」の実際の展開過程を紹介する。これをもって、「行為支配論」に全体的な接近を試みるためである。したがって、わたくしはここで「行為支配論」の土台にある思考のありかたに焦点を合わせた。私見によれば「行為支配論」的思考には数多くの有望な要素が含まれている。それを、先に述べたように、多く「行為支配論」に対する必要を認めないといえる状況において主張するに際しては、まず「行為支配論」の全体的なイメージを提示することが妥当ではないかと考えたからである。もちろんこの研究がこれで十分なものであるはずもないが、わたくしとしてはできる限り「行為支配論」の構造に迫るように努めたつもりである。^(c)

第一部 「行為支配論」の構造

はじめに

第一部では、「行為支配論」学説の中から代表的なものとして、創始者であり、ある意味で主観的傾向を代表すると思われるハンス・ヴェルツェルトと、客観的傾向を代表すると思われるラインハルト・マウラッハと、価値的実質的判断を正面にたてたヴィルヘルム・ガラスとを取り上げて、それらの「行為支配論」が基本的にどのような思考方法に導かれており、どのような理論の構造を有しているかを類型的観点から検討する。ここで〈類型的〉というのは、それぞれが主観的・客観的・価値的等の評価を与えられる根拠となつてゐる基本的構造を、それぞれの理論の考え方の図式によつて明らかにしようという意図を意味している。

もとよりこの意図が妥当なものであり現実に成功しているかどうかは疑問であるが、特に我が国では、「行為支配論」に対する批判・疑問点として、概念の曖昧さや、論者によつて説くところがさまざまだという問題が提出されていることにかんがみて、異なる論者がどのようにそれぞれの「行為支配論」を展開しているものであるかを比較対照することには一定の意義があるものと思う。その場合、種々の傾向を代表すると共に、それぞれ「行為支配論」の発展にとって見逃すことのできない寄与をなした大家の議論を選ぶことは、その影響力からいっても妥当であろう。

続いて、現在の「行為支配論」の水準を示すクラウス・ロクシンの議論と、その他の傾向について若干の紙幅を費やす。ロクシンが「行為支配論」の今日の隆盛に果たした役割はきわめて大きいからである。

なお、第一部の最後に一定の暫定的私見を提示し、第二部の記述に際しての「行為支配論」の基本的構造を示す。

第一章 「行為支配論」の諸相

第一節 「行為支配論」の基本構造

一 現代的意義の「行為支配論」を創始したのがヴェルツェルであるということは再三述べた。それ以前には、「行為支配」ということばはいわば一般的用法の延長上で使われたというほうがふさわしいようである。ロクシンによると、文献上最初に現われた「行為支配」は単なる帰責原理としての意味をもつにすぎなかった。いいかえれば、ある事実についての責任を問うための要件として「行為支配」という概念が用いられたのである。⁽¹⁾ 自体は実体的な内容をもつものではなく、要件を満たすゆえに行為者は責任を負う、なぜなら「行為支配」を有するから、という具合の説明の道具になるものである。その後もいくつかの用例が挙げられているが、重要なのはローベが「行為支配」を基本的に今日の意味で使ったことである。⁽²⁾ つまり正犯の規定にこの概念が用いられたのである。もっとも、何らかの体系的・理論的指向があったというものでもなく、またヴェルツェルがここから影響を受けたということも考えられない。したがって、学説史的には興味のあるところとしても、「行為支配論」を少しでも実体を備えたものにしようというここでの課題に対しては、重要度は低いと思われる。⁽³⁾

二 ここで、従来から説かれてきた諸理論についてここで一瞥を与えておく。なぜなら「行為支配論」も従来の正犯理論を重要な背景としており、「行為支配論」が基本的に「形式客観説」を土台にしているということができるか

らである。また他方では、たとえば今日なおドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例の基本的方向を規制している考
え方が「主観説」であると目されるからである。⁽⁴⁾

ドイツ刑法学においては、判例理論である「主観説」からしばしば導き出される極端な結論に対して、学説の側が
形式客観説すなわち限縮的正犯概念を主として主張してきた、というのが基本的な図式であったといえるであろう。
ドイツ判例が伝統的に「主観説」を採用してきたことにはさまざまの理由が考えられ、そのこと自体が法社会学的研
究の対象となるはずのものであるからここでは立ち入らないが、極端な場合にはやはり常識として納得のいかない結
論が引き出されることがあるのも否めない。その典型的なひとつが、有名な「浴槽事件」（Badewannenfall）と呼び
習わされている判例である。⁽⁶⁾この判例では、ごく常識的には当然直接に殺害行為を行なったと思われる者が、共犯
（幫助犯）とされることになったのである。

その後の判例には、それほど極端に主観的議論をし、結論がいかにも技巧的で納得がいかないというほどのものは
少ないが、もうひとつの有名判例であるスタシンスキー事件判例（Saschynskij-Fall）⁽⁷⁾が出るに及んで、「主観説」
のルネッサンス⁽⁸⁾などといわれる「主観説」への回帰が論じられ、再び疑問が提出されることとなったのである。

周知のとおり、「主観説」は、たとえば判例がたびたび援用している定式化によれば、「ある犯罪行為を自分のもの
として意欲していたか、単に他人のものとして意欲していたか、いいかえれば、正犯者意思をもって行為を行なった
のか、ただ共犯者意思をもって行為を行なったのか」ということを正犯性判断の決定的基準にする理論である。これ
には亜種ともいふべき、「自分の利益のために行なったか他人の利益のために行なったか」によって正犯・共犯を区
別するものがあり、「利益説」と言われることもあるが、⁽⁹⁾基本的に異なるところは無い。というよりも、誰の
利益のために行ふるかという問題がほかならぬ「正犯者意思」を認定する際の重要な材料としてとらえられている

といつてよいと思われる。いずれにしても、行為者の内心の姿勢に正犯性判断の最重点が置かれている点が「主観説」を特徴づけている。

「主観説」の基礎には因果関係に関して単純な条件説に依拠している等価説があることは言うまでもない。ある結果に条件を与えたものはみな結果惹起に対しては同等の価値を有し、外形的には区別することができない。したがって、あるひとつの犯罪に対する関与者が複数存在している場合に、その関与の度合を正犯・共犯として区別する必要があるならば、そのための基準は行為者の内心的要素に求められるほかはないというのである。しかし、等価説に対する批判は周知のとおりである。また、等価説によれば元来すべての加功が正犯と評価されねばならず、いわゆる拡張的正犯概念が採られなければならないが、この拡張的正犯概念は、いわゆる間接正犯の場合の扱いにすぐれたところがあるとしても、拡張的正犯概念の枠内では正犯と共犯とは法的・規範的評価によって法律の規定上区別されているにすぎないのであるから、両者を区別する基準は依然として曖昧なままであると言わなければならない。さらに、「主観説」に対する理論上の反論としては、既に各則の犯罪構成要件の中に他人の利益のために行為することを予定し前提しているものがあるとする批判がある⁽¹⁰⁾。これは、実は「主観説」にとって致命的な反論ではないといふことができると思われるが、「主観説」の弱点を衝いた議論ではある。

このように「主観説」がかなりの無理と不合理さを宿した理論であることは否めない。そして何より、現在ではドイツ刑法典において（我が国の刑法においても基本的には同様である）、正犯は、「犯罪行為を、自ら、または他人を通じて遂行する者である」とされている（§25 StGB）のであるから、「主観説」の考え方は法律の規定に合致しえないという批判もなされているのである⁽¹²⁾。このように、ドイツ刑法の新しい総則の下では少なくとも「主観説」を採用することはできないとする⁽¹³⁾ことは、学説上一般に認められるところとなっている。

三 他方の有力説である「形式客観説」は縮小的正犯概念かどうか。構成要件論を基礎に据えた犯罪論を採る限り、客観的構成要件を実現する行為——実行行為——をする者を正犯とするこの理論は最も自然で妥当な考え方を示している。「序」において述べたとおり、少なくとも単独正犯に関しては、その妥当性は疑いない。このような理解によれば当然、正犯は客観的・外形的な事実だけによって画され、しかも構成要件に該当する行為を行なう者だけを正犯とする意味において限縮的正犯概念を前提とすることになる。

しかし、既に指摘されているように、この理解をこのままの形で貫徹させれば、いわゆる間接正犯にあたる場合を正犯概念に包摂することができない。このため、「形式—客観説」では妥当な結論が導き出せないとして、(新)「実質—客観説」が主張されることになる。その実質化の方法や基準はさまざま提唱されているが、たとえば実行行為について法益侵害の危険性を基準として実質的考慮を行なおうという考え方は、なるほど法益侵害の危険性という契機そのものは客観的因子であり明確性を有しているようにみえるが、それらを何らか客観的に判断すること、つまり危険性の判断を量的に客観化することがはたして可能であるかどうかは疑問である。また、もし法益侵害の危険性という客観的要素を実質的考察という観点からさらに修正するとすれば、形式客観説が間接正犯について修正を行なう場合と同様の困難を免れないであろう。すなわち、これらは言葉の上での説明としての議論にとどまっており、「修正」という観点からの実質化であるという点においていずれも本質的には同様の方向性をもっているのである。したがって、本来の考え方の基本を維持する限りにおいて、種々の点で解釈論上の無理が生じることになるのだと思う。

四 以上概観したように、純粹な「主観説」も純粹な「形式客観説」も共に一面的であり、いずれも統一的かつ妥当な正犯概念を構成することに成功していない。のみならず、客観説を種々の原理によって実質化しようという試みも、その「修正」という方法においてつまづきを示している。しかし、何らかのしかたで主観的思考と客観的思考と

の折衷、または主観的契機と客観的契機との総合的全体の考察方法が取り入れられなければならないことは事実である。このような思考に基いて、客観説の修正原理として「行為支配論」が登場するのである。いや、新しい正犯原理として登場するのである。

「行為支配論」が目的的行為論の創始者であるヴェルツェルによって現代正犯論に導入されたことは既に何度か言及した。目的的行為論の基本的思考を一言でいえば、人間の行為の存在論的構造に着目し、行為は主観⇨客観の全体構造をもつものだと捉えることである。⁽¹⁴⁾そこには明らかに、行為のもつ「主観的要素と客観的要素とからなる全体の構造」という観点が導入されている。この考え方に従って、正犯の概念を構成するにあたっては、主観的要件と客観的要件とをバランスよく考慮して妥当かつ統一的な正犯概念を構築し、従来の理論の欠陥を除去する道が示された。つまり、単なる折衷でも単なる修正でもなく、主観的契機と客観的契機とを総合したメルクマールとして「行為支配」をたてて、これを正犯の本質をなす要素と捉えることにより、従来統一的説明原理としては弱点をもっていた実質客観説を別の形で蘇らせたといえることができる。⁽¹⁵⁾これは正犯概念の規定という次元に新しい方法と原理とをもたらしただけだといえるであろう。

このように、「行為支配論」を「主観説」・「客観説」という図式の中に置いて、その対立相克からの修正の営為、さらに新たな理論的基礎に基く独自の根拠づけへの歩みの中から生れた成果として位置づけることにより、その基本的方向性と構造とを明らかに性格づけることが可能になると思う。そして、これがここでの課題である。

ところで、正犯概念がなぜ統一的でなければならないかという疑問が出されるかもしれない。統一性の要請は単に理論の整合性、理論としての審美性の次元にとどまるのではないかというのである。特に近時の傾向である、一種のプラグマティックな問題的思考に基く機能主義によれば無用の要請であるとも思われるかもしれない。しかし、正犯

概念を統一的に構成することにはすぐれて実践的な意義もあるといふべきである。その一つが『序』において触れた共謀共同正犯の問題である。もし共謀共同正犯を一部なりとも承認したうえで議論を展開しようとするならば、その限界を明確に画しておかなければならない。現実にはそれが実践の場で拡大していく危険がないとはいえない。理論に要請されているのは、理論から外れる例外を少なくし、確実な基礎に基づいて明晰な判断の基準を提供することであるはずである。逆にいえば、そこにこそ、先に「修正」的特徴づけた方法の弱点もあらうと思うのである。「修正」とは原則を曲げることを意味するからである。もっとも「行為支配論」がそもそも共謀共同正犯に対してどのような対応をするものであるかは別である。

また、正犯と共犯との限界的な事例に関して判断をする場合に、正犯としての共通普遍の特質を示すメルクマールないし基本的要素を抽出して示しておくことは、正犯性判断の基準として、解釈論上の指針としても実際の判断上の指針としても有益かつ必要なことではないかと思う。いずれにしても、「行為支配論」の提示した問題が各方面で実りをもたらすであろうことは、既に『序』において述べたとおりである。

以下では上のような図式を念頭において、それぞれ主観的傾向・客観的傾向・中間的傾向の「行為支配論」という性格づけができる、ヴェルツェル・マウラッハ・ガラスの説、これらの三つの傾向を代表として取り上げて検討し、「行為支配論」の基本的構造を認識することを目標にみていくことにする。これらの理論には外見上傾向の差があるように見えても、実際にはそれほど単純な図式では割り切れないものであることも、以下の論述を通じて明らかになるであろう。種々の傾向を示していると考えられる「行為支配論」の形を比較検討するその作業から、「行為支配論」といわれる理論の基本的な考え方と、理論の基本的構造を明らかにすることが本章の課題である。

第二節 ヴェルツェル——目的的行為支配——

ヴェルツェルの「行為支配論」は本来的な意味において「目的的行為支配論」であるといふことができる。それは行為論としての目的的行為論から直接に導き出された正犯概念である。目的的に事象を統制する者が正犯となるといふごく自然な理論的展開である。後に、他の論者の議論を扱う際にその相違がより鮮明になるであろうが、ヴェルツェルの場合には従来の何らかの正犯理論を土台にすることではなく、むしろ行為の目的的構造から直ちに「行為支配」的思考が出てくるのである。その過程をヴェルツェルの議論に即してたどることから始めよう。

目的的行為論の基礎となっている人的不法観によれば、人間の行為は主観⇨客観の全体構造を持つ意味に満ちた統一体であつて、この行為について不法評価がなされることになる。一方、正犯性はある行為者の可罰性を基礎づける原理、いかえれば、ある行為者に不法評価を帰属させる原理を提供する。そこから、まさに目的的統制力すなわち「目的的行為支配」という契機が、正犯性を基礎づける理論的支柱になるのである。ヴェルツェルの「行為支配論」が本来の「目的的行為支配論」であると言つたのはこの意味である。ついでにいえば、従来、「行為支配論」とは即ち「目的的行為支配論」であるとすゝる傾向があつたように思われるが、それはこのような創始者自身の議論に基づくものであろう。しかし、常にそうではないことは既に指摘したし、後の論の展開によつても証明されるであらう。

さて、このような考え方には、既に「行為支配論」の基本的思考が鮮明に表われていると思われる。つまり、正犯概念の構築にあつて、従来の主観的・客観的要素の峻別を前提に、それらの一面からのみ正犯を構成しようといふのでもなく、ただ単にそれらを合わせて考慮するといふのでもなく、もとよりそれらが統一体をなしている目的的行為に基いて正犯を規定しているのである。客観的契機と主観的契機とのバランスをとりつつ総合的評価による判断を

行なうという視点が表われている。先に、ヴェルツェルの「行為支配論」は主観的傾向を示すと特徴づけたが、実は、客観説・主観説それぞれの一面性を止揚して統一的な構造を志向する「行為支配論」の軌道上に正しく乗るもので行なうとあることは強調しておかなければならない。⁽¹⁸⁾

(一) 一般的规定

一 ヴェルツェルはまず、一般的正犯メルクマールと特殊的正犯メルクマールとを挙げ、そのうち、すべての構成要件に共通する正犯メルクマール⁽¹⁹⁾ 一般的正犯メルクマールとして「行為支配」を定位する。すなわち「行為支配」は、ある行為者が正犯とされるための必要条件であって十分条件ではない。⁽²⁰⁾

ヴェルツェルの体系にあっては犯罪論が故意犯と過失犯とに二分されている。ここで論じる正犯とは故意犯の正犯に限られる。過失犯、つまり構成要件的に重要でない結果に向けられた目的的行為から生じた構成要件の結果については、拡張的正犯概念が妥当し、結果を不注意で惹起した過失犯は結果に対して条件を与えた者としてすべてこれを正犯として扱うことになる。⁽²¹⁾ この点を実際、目的的行為論と過失犯の問題として別論を構成する大問題である。しかし目的的行為論を採用する論者はこのような二分体系を採っている場合が多い。一般的にいえば、目的的行為論の基本的な考え方からして、過失行為も目的的行為であってここでも犯罪概念の基底を与えるものであるとすることは容易に認められる。過失犯は構成要件の結果およびそれに至る因果の経過を統制しているとは言えないことになる。この立場からは、結果に対する目的因果統制が即正犯者としての地位を基礎づけるという立論に基く「目的的行為支配」を、結果に対する統制を欠く過失犯に認めるわけにはいかないのである。そのことに対する評価はともかく、「支配」という観念がいわば不可避的に包括する意思的側面を明確に物語る部分と言えよう。この意味で故意犯は「支配犯」で

ある⁽²²⁾という規定がなされることになる。

二 上に見た立論からすれば、ヴェルツェルの「行為支配」概念がまさしく目的的行為論の基本的主張から直ちに引き出されたものであることも、自ら明らかになるであらう。すなわち、自然的因果連鎖を認識しこれを適切な手段と行為態様とをもって意図された目的に従って統制すること、これがほかならぬ「行為支配」である。したがって、目的的行為に基く故意犯が正犯たるための条件という観点から「目的的行為支配」と名付けることができよう。⁽²³⁾

目的的行為論自体の登場の事情も既にさまざま論じられたところであるが、一九世紀以来の自然主義的因果性・自然主義的客観性の偏重の克服という背景に置いてこれを考えてみると、ヴェルツェルの場合に、その反動から、今日の視点からみれば若干主観的要素の方を強調しすぎたきらいがなかったとは言えない。そこからヴェルツェルの「行為支配論」が主観主義的であるという評価⁽²⁴⁾も生まれた。当初から主観説と「行為支配論」との親近性は意識され、主観説にほかならない内容を「行為支配」という観念によって再構成して説明することもあったのである。しかし、ヴェルツェルにおいて基本的な思考は主観・客観の統一であった。

(二) 間接正犯

一 ヴェルツェルの主観的傾向をより印象づけるのは、いわゆる間接正犯の正犯性を説明する場面である。ヴェルツェルは、まず間接正犯といわれる場合は今や「目的的行為支配」の応用例として理解されるものであることを確認し、こうした場合を大きく三つに分けて論じている。⁽²⁵⁾

第一は、非故意に行為する第三者を利用する場合で、これは単独の目的的行為支配に基くものといえる。第二は、不自由に行為する第三者を利用する場合で、優越的目的的行為支配に基くものといわれる。第三は、身分のない者を

利用する場合の身分のある者による間接正犯である。

間接正犯とされる場合が単一の概念の下にすべて統合されていないことは、一に目的的行為支配といってもその現われ方はいくつかの場合があり、それらを類型化する必要があるということを示している。これは限縮的正犯概念を基礎とするいわゆる形式客観説にあっても同様である。先に述べたように、形式的正犯規定を間接正犯の場合にも純粹に貫徹することは困難である。したがって、間接正犯の限界を画するに際しては規範的評価を免れず、種々の類型の列挙をもって確実性を担保するほかはなかった。しかし、ヴェルツェルの議論において注目すべきは、間接正犯とされる場合はもはや「間接」正犯ではなく、端的に正犯であるということである。⁽²⁶⁾ 間接正犯とされる場合も、統一的な正犯メルクマールとしての目的的行為支配に基く本来の正犯として位置づけられることを前提に、間接正犯とされる場合を類型化し、これに包摂されるか否かの判断基準を提供しているのである。もとより、各類型について、その限界が不明瞭であることはある程度避けられないにしても、ヴェルツェルの類型が従来の考え方を大きく逸脱するものでないことはいうまでもない。むしろ統一的基礎から構成しなおしたというべきであろう。すなわち、「目的的行為支配論」によって、従来の議論をも包摂してその一部となすような、さらに射程の大きな理論を得ることになったということができるのである。

二 ヴェルツェルの記述にもどると、こうである。第一の場合、「目的的行為支配とは、自らの実現意思(構成要件的故意)の目的活動的貫徹である。⁽²⁷⁾」したがって、非故意の直接的行為者が目的的行為支配を欠くことは当然である。そして、背後の者の方が、構成要件的結果に対する構成要件的故意をもって、非故意の第三者を通して構成要件を實現させようとするのであるから、背後者の方を正犯とすることができるのである。

第二の場合は、いくつかの類型に下位区分されている。

(一) 強制に基く場合

ヴェルツェルが挙げているのは、旧ドイツ刑法総則の五二条、いわゆる強制緊急避難である。⁽²⁸⁾このような場合が、直接行為者の「不自由」な意思に基くものであり、實際上直接行為者が目的的行為支配を有していたとしても、実質的には背後者が強制という圧力をもってこの目的的行為支配に優越し、背後者の行為支配が犯罪実現に資するものと評価されるのである。

もうひとつは、自傷(特に自殺)への強制避難である。自傷は構成要件に該当しないので旧五二条は適用されないが、他人の意思決定に対しては同様の関連を有するものであるので、これが、強制する背後者の優越的行為支配と、従ってその正犯性とを基礎づけるのである。

(二) 非故意の道具

これは幼児ないし精神障害者等を利用する場合である。被利用者は目的をもって行為するが、他人の意思の内容を自らは無意思的に実行するのであるから、被利用者は完全に正犯の「手中に」⁽²⁹⁾あり、道具として利用される。

(三) 軍の上官が義務的な違法の命令を下すことによる場合

これは「軍」をもたない我が国においては特に問題にされることもないが、ドイツにおいてはかなり深刻に論じられる。「軍事」上の命令の拘束性の高さが違法拘束命令の問題性を生むのである。

第三の場合は、身分犯における特殊事情である。すなわち、真正身分犯の場合には誘致するところの身分ある背後者があって初めて、身分犯の構成要件実現に共働する可能性ができてくるのであるから、このような場合は「非身分者の身分犯実現への関与に対する身分ある背後者の支配」(『社会的行為支配』: soziale Tatherrschaft)を「したがってまたその者の正犯性を基礎づける」⁽³⁰⁾。「身分のない故意ある道具」を利用する場合も、非身分者である被利用者は

幫助犯にとどまり、背後の身分者が正犯となるのである。)ここで、「社会的行為支配」という概念は注目に値するが、未だ内容は明瞭でなく、十分整理されてはいないと思われる。

三 いわゆる「目的のない故意ある道具」の場合については、ヴェルツェルはこう述べている。「可罰性をへ基礎づける」人的正犯メルクマールが問題になる。人的正犯メルクマールが刑罰をへ変更する」性格のものであるにすぎないときは、直接行為者は基本犯の正犯となる。⁽³¹⁾すなわち「行為支配」にあっては、身分犯における身分が構成要件実現の要素として考慮されているのであり、ここでは身分犯特有の技術的取り扱いがなされているというべきである。「行為支配論」は「構成要件該当事実」を支配することを対象として正犯性を判断する。身分犯の構成要件は、身分者のみがこれを実現でき、支配でき、したがって正犯となりうると解するのである。

特殊問題として、合法的に行為する者を差し向ける間接正犯については、直接行為者に正当化事由がある一方で、誘致者が違法な構成要件実現に対する目的的行為支配を有する場合に、これが認められる、⁽³²⁾と述べている。しかし、この場合にも自分に従属する地位に置くことによって直接行為者を「道具」としていなければならぬ。この類型にはいるものとして、第一に、裁判官を欺罔して被告人を客観的にみて不当な処罰に誘うことを挙げている。第二には、犯罪構成要件を正当に実現することができるような緊急状態に第三者を置くこと、が挙げられている。ここでは、非故意の道具による間接正犯と不自由かつ合法的に行為する同時正犯とが存在することになる。つまり、直接行為者も正犯となり、背後の間接正犯とは同時正犯の關係に立つというのである。ただし、直接行為しない背後者がこの緊急状態を作り出したのでないときには、目的的行為支配が欠けているので、その者に間接正犯の成立を認めることができない。⁽³³⁾

四 以上のところから、単なる悪意や傾向によって目的的行為支配を認めることはしないとはいえ、特に直接行為

者と直接行為しない背後者との間の主観的な認識の相違と意思の方向とに基礎を置いていること、しかしなおかつ間接正犯の場合に、事象を目的設定的に支配統制するための積極的な働きかけを要する点に注目しておくべきであろう。この際、身分犯の扱いで身分犯独特の技巧的处理を導入している点は、身分犯において正犯性を基礎づける要素は目的的行為支配に尽きるものではなく、身分そのものに本質的意味を持たせていると見ることができ(39)。
ヴェルツェルの主観的傾向は、現時点で考えると、問題が未整理であるところ起因するのかもしれない。

(三) 共同正犯

一 ヴェルツェルの「行為支配論」のもつ主観的傾向を間接正犯の場合と共に明瞭に示すのが共同正犯に関する議論である。共同正犯は、統一的犯罪事実(40)に對する「行為支配」が複数の人に共同的に存在している点にその特殊性がある。「共同正犯とは、共同的犯行決意の共同の担い手であり、その決意に基いて犯罪の貫徹に共同関与する者である。」⁽⁴¹⁾すなわち、ここで相互間接正犯的構造を明らかに否定している。上に見てきたとおり、間接正犯は基本的に非利用者「道具」として利用し、事象を背後から支配するものだと説明するのであるから、各々が本質的に同じ立場で自由に行為することができると共同正犯の場合を間接正犯の一形態として構成することは明らかに不可能なことである。

なお、いわゆる「一部実行―全部責任」の原則について、ヴェルツェルはこう述べている。「共同正犯は分業の原理に基いている。各々の共同正犯は、自分の行動分担で残余の者の行動分担を補完し、もって犯罪の全体を構成する者である。したがってこの者は全体に對しても責任を負うのである。」⁽⁴²⁾

上の定義からも明らかのように、旧総則四七条の規定から「犯罪行為の共同的実行」を要件としつつ、ヴェルツェ

ルは、これを構成する要素として「共同的犯行決意」と「共同的犯行実行」との二つを提示する。わが国で共同正犯の要件として「共同実行の意思」と「共同実行の事実」とが挙げられるのに対応する。ヴェルツェルの「行為支配論」が主観的であるという言い方をたびたびしてきたが、このような図式そのものは決して主観説と同じではない。ヴェルツェルの議論は、「意思の連絡」と「共同実行」とに基く「実行共同正犯論」である。

しかし、注意すべきことは、共同正犯ではこの「主観的」状況が重要視されていることである。このことは、間接正犯でもそうであったと同様に、判断基準の客観化とは別問題として、正犯概念から主観的要素を排除することができないことを示すものである。すなわち、こうすることで、ある犯罪行為を主観⇨客観の全体として観察したときに、これが単独正犯と同様の法的評価を受け、同じく「正犯」として扱われる根拠を明定することができるようになるのである。「分業」に基く責任の根拠は、客観的に認識可能な行為⇨関与というよりは、むしろ共同的決意の方に求められている。

二 さて、「共同的犯行決意 (gemeinsamer Tatentschluß)」というのは、ごく一般的にこの文言によって与えられる印象よりは広い概念である。これは「相互の明示的ないし黙示的な了解 (同意)³⁷⁾」であって、このような決意が犯罪行為の過程において初めて形成されること——承継的共同正犯——も認めているのである。この場合、後続者は既に終了し自分が認識していた加重事由について責任を負うことになる、というのがヴェルツェルの説である。ただし、この場合でも相互的了解 (同意) が及ぶ限りにおいて責任を負うのであって、他人のなした「過剰」部分については責めを負わない。また、客体の錯誤は他の共同正犯に関しては顧慮されないし、いわゆる片面的共同正犯も承認されない。

一方、「共同実行」というのは、客観説によれば構成要件に該当する行為という機械的意味に理解され、構成要件

該當行為の実施にはかならない。しかし、「共同正犯と幫助犯との決定的な相違は、主観的領域にある」とする主観説を探ることは、これもまた心情刑法につながる危険性がある。

したがって、

「客観説も主観説も十分ではない。なぜなら主観―客観を分離してしまうことは行為の問題が論じられている場面では不完全なことであるからである。というのも、行為というものは客観的契機と主観的契機との不可分の総合であるからである。したがって共同正犯問題は、スローガンの定式化（正犯意思とか実行行為とか）で解決のつくものではないのである。⁽³⁸⁾」

三 ここで、ヴェルツェルは再び、共同正犯が正犯であること、ほかならぬ正犯であることを確認する。「したがって、各共同正犯者が（客観的および主観的）人的正犯属性を有し、かつ自手犯の場合には各人が犯罪的な活動を自分で行なわなければならない⁽³⁹⁾」のである。そして、もちろん各人が目的的行為支配の共同の担い手であればならぬ。したがって、目的的行為支配を（欠いている）ところの（間接）正犯における道具は、初めから共同正犯の領域から排除されるのである。すなわち「各共同正犯者は、むしろ（主観的）には（共同の）犯行決意の共同の担い手であればならない。つまり他の者と共に無条件の実現意思をもたなければならない。そして一方、（客観的）には自らの犯行寄与によって他の者の犯行寄与を一個の統一的な犯行へと（補完）しなければならない。⁽⁴⁰⁾」

ここには、ヴェルツェルに特有の用語もあるのでもう少し引用してそのいうところを聞いてみよう。

「（人的正犯属性をもち）共同の犯行計画に基いて技術的意味において実行行為を企行する者は常に共同正犯である。なぜなら、意思的―目的活動的企行に独自の無条件の実現意思が最も明らかに表われてくるからである。しかし、客観的には単に予備をしたにとどまる者、または幫助したにとどまる者であってもまた、共同の犯行決意の

共同の担い手であれば、共同正犯である。⁽⁴⁾

右の記述からは、ヴェルツェルの考え方の基本的指向と、その実際の定式化とを区別して評価する必要がある。すなわちヴェルツェルの基本的指向は、共同正犯を定式化するに際して主観的契機・客観的契機を各々一面的に用いることは不毛であるとし、これら両面を統合した概念である目的的行為支配——正犯者意思とか客観的実行行為とかいったメルクマールにくらべて、概念自体が総合的でいささか曖昧化することも認めなければならないが——を基準とすべきであるということである。これはわたくし自身がこの論文の初めに立てたテーゼとして採用したものである。というよりむしろ、このような指向を「行為支配論」の基礎をなすテーゼとして採用したのである。現代的「行為支配論」の創始者たるヴェルツェルもちろんこの基礎の上に立っていたことがここで確認される。

しかし、実際に目的的行為支配の内容を定式化する際には、重点は明らかに「共同の犯行決意」の側にある。これは、先に述べたように、共同正犯においては主観的要素を本質的要素とみなす必然性があることから、より強調されているものであるといえよう。⁽⁴⁾ この節の冒頭で、共同正犯をヴェルツェルの主観的指向を明確に示す分野として特徴づけたのもそのためである。先にも触れたように、おそらくはヴェルツェルの対決した学説がいわゆる自然主義的思想であったという理由もあって、若干主観偏重に陥っていることは否めないであろう。とにかく、客観的行為として観察すれば予備ないし補助行為にとどまる場合であっても、共同の犯行決意の共同の担い手である目的的行為支配を有する分業形態である限りは、その行為をした者が共同正犯となることを認めるのである。

ただし、一般に実行共同正犯論といっても、各正犯が構成要件を全部実現する必要はないとして、補助（または準備）的行為をもってしても共同加功とみなしうる余地を認めていることには注意が必要である。すなわち、共同正犯における客観的寄与の形態については、犯罪行為全体を総合的に考察することが不可欠である。さらに、これも既に

注意を促しておいたように、「共同的犯行決意」という概念そのものが、日本語でこう表現した場合に想起されるものとは重なり合わない部分が多いのである。もっとも、そのことを考慮した上でなお、ヴェルツェル説が事実上主観説に接近したものであるとは言える。しかしながら、ここで主たる形として念頭に置かれているのがいわゆる「首領」Bandenschefであることもまた指摘するべきであらう。すなわちここでは、主観的な面における関与の質と量とを實質的に評価することをめざしている。そのために、目的活動的な行為支配、すなわち目的的行為支配が統一的指導原理となり、共同正犯を画定する場合にも基礎となるのであって、この目的活動の統制という支配力こそが正犯の正犯たる中心をなす要素であるはずなのである。

(四) 批判

以上、ヴェルツェルの主張を概観し、その特質を指摘してきたが、「行為支配論」の創始者としてのヴェルツェルの議論には、目的的行為論―「行為支配論」が登場してきたころの学説史的状况と判例理論としての主観説との関係を考慮した上で、今日採用すべきものと捨象すべきものとがあることを明らかにしたものであると思う。学説史上、創始者の立場には重大な関心が払われるのであるが、何より理論の膨たく成長を实践したヴェルツェルその人の学説のあり方からいっても、それを唯一の理論形態として頂くことは妥当でなからう。また、その理論形態が欠点をもっていることのゆえに、初めからこれを退けてしまうのも早計であるといわなければならない。

繰り返し注意したように、原語であってもそうなのであるから、なおさら特に日本語に直した後の文言の印象で、軽々に判断することは誤解を招く。ここで提唱されている概念は総合的で実質的な概念であり、ヴェルツェル自身が認めているとおり、一刀両断的な「スローガンの定式化」とは異なる次元にあるものだからである。したがって、問

題はさらにこの概念を承認するための実体的メルクマールをどこに求めるかに帰着する。ヴェルツェルの考え方が主観説的な傾きをもっているとする議論も、この次元の議論であるべきである。そして、このような観点から根本的次元で考える限り、ヴェルツェルの「行為支配論」はその基本的志向において従来の主観的・客観的正犯理論の統合の方向にあり、均衡のとれた妥当な方向性をもつものであると言ふことができる。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

第三節 マウラッハ——客観的行為支配——

(一) 一般的規定

一 マウラッハは早くから目的的行為論を採用した有力な論者としてヴェルツェル以降の「行為支配論」の展開過程において重要な寄与をなした。⁽⁴⁶⁾ここで特にマウラッハを取り上げてその主張内容を論じようとする理由は、前節でみたようにヴェルツェルの「目的的行為支配論」が実際の定式化において主観主義的傾向を強く示していたのに対し、マウラッハの議論が同様の基本認識から出発しても、実際の定式化においては客観的色彩を色濃く反映しているからである。また、「行為支配論」を論じる際にヴェルツェルをその唯一の型であるとみなす傾向に対して、別の傾向を代表する型を提示する意味も認められるであろう。この意味で、ヴェルツェルの「行為支配論」を「主観的目的的行為支配論」とすれば、マウラッハの「行為支配論」は「客観的目的的行為支配論」と名付けることができる。⁽⁴⁷⁾

この論文の初めで簡単に定式化した、「行為支配論」のもつ主観的客観の統一的把握の内実というものは、ヴェルツェル流の主観的理論とマウラッハ流の客観的理論とを対比してみるとよく理解されるであろう。マウラッハの「目的的行為支配」は、一方では「支配」という語から引き出される印象のもつ主観的色彩を反映しつつも、他方では

「行為」という語がもつ意味と原語の〈タート〉(Tat)という語がもつ意味との重なるの程度とを明らかにする。すなわち、〈タート〉の支配だということとは、現に行なわれる「行為」をこえて客体化された「事態」を支配の対象とすることである。このような事情は、「行為支配論」に関する我が国の議論では従来は表面的な言及にとどまっていた誤解されているところが多い部分であると思われる。そして、この作業を通じてこそ「行為支配論」の振幅とその収斂の過程を浮かび上がらせることができると思うのである。

二 マウラッハによれば、故意の犯罪行為は、統制する「目的」な意思と統制された「因果的」な結果発生とによって特徴づけられる。したがって故意犯の目的統制要素である行為の意思は、故意にほかならない。⁽⁴⁸⁾

意識的・無意識的な共働が同一の故意の犯罪行為に対してなされる場合に、誰が正犯となり誰が共犯とされるべきかという問題は、行為支配という客観的メルクマールによって決定される。ここで「客観的メルクマールである」ということが明言されているところに注目すべきである。そして有名な、わたくし自身もここで基本的に採用しようとする「行為支配」の定式が述べられる。すなわち「行為支配」とは、

「故意に包括されて構成要件該当性の事象経過を手中に把持すること、すなわち、行為者に意識されている、目的的な、構成要件を形成する統制可能性」(das vom Vorsatz umfaßte In-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes, die dem Handelnden bewußte Möglichkeit finaler tatbestandgestaltender Steuerung)⁽⁴⁹⁾である。「行為支配」が認められるためには、「各々の共働者が、実際にかつ同人に意識された状況にあり、構成要件の実現を同人の意思に従って経過させたり、妨げたり、中止したりすることができなければならない。そしてこれが、直接正犯(自手的正犯)・間接正犯(他手的正犯)・共同正犯、ならびに故意の同時犯、といった実際の正犯形式を基礎づけることになるのである。」⁽⁵⁰⁾こうして、統一的原理から正犯を理論的に基礎づけるという基本的思考が明らか

になる。

三 これまでのところで、マウラッハの「行為支配」概念が客観的可能性として立てられていることが注目される。上の引用に表われている「手中に把持する (In-Handen-Halten)」ということは、意思的・主観的意欲だけにとどまるものではない。そこでは意思は故意と同じものとして捉えられているのであるから、それに対応する「行為支配」というのは客観的な事態の性質である。すなわち「行為支配」そのものは意思を排除した概念なのである。「手中に把持する」ことは、事実の問題として、そのような可能性を実現するもしないもその共働者の意のままになっている状況のことである。⁽⁵⁾ただし、その「行為支配」は、「故意に包括されて」いなければならぬ。目的的行為論を基礎にした事実的故意は構成要件実現の意思であって、目的統制の事実を包括している。つまり、ヴェルツェルがそうであったように、マウラッハにあっても、「行為支配論」の基礎はこのような主観的契機と客観的契機との総合と均衡にあったことがわかる。「行為支配」は確かに客観的な内容をもつ概念であるが、「行為支配〈論〉」としては、マウラッハの理論も総合的統一的な考察方法を踏襲しており、意思的な側面を軽視しているわけではない。

このように、「行為支配」の概念と「行為支配論」としての理論の構造とを明確に分けて理解することが、マウラッハの「行為支配論」を評価する場合の鍵である。つまり「行為支配」そのものを客観的な概念として構成することは、この「行為支配」が構成要件事実としての性格を色濃く宿していること、したがってそれが「故意の中に包括されて」いることが要請されることの根拠となっている。それによって「行為支配」の概念が客観的に認識可能な事態であることを明らかにすると同時に、主観的構成要件要素に対応する構成要件の内容を「行為支配」として把握する道を開いたものである。ここでも当然、目的的行為論自体の基本的思考方向が基礎になっている。⁽⁶⁾

(二) 間接正犯

一 間接正犯は、マウラッハの表現では「故意に遂行可能な犯罪行為を実行するために他の人間を行動媒介者（道具）として利用する者」⁽⁵³⁾である。「間接正犯の構造的規定は、学説および判例が非常に困難を示してきたところである。それは単独正犯と共犯との確定しがたい限界領域として表われてくる」という指摘は、「行為支配論」以前の理論的営為の不十分なことに對する不満の表明であらう。これに對してマウラッハが示した思考方向は重要である。

「間接正犯が〈正犯〉と共有するのは、間接的行為者が、他人の犯行を惹起したり他人の犯行に共働したりするものではなく、ある人間を自分自身答責的である犯罪行為遂行の『それ自体的確な』主体として介入させることによって、自分自身の犯罪行為を実現することである。〈教唆〉との共通性は、両方の犯罪形態とも、ある人間をこの結果の実現へと誘致することによって構成要件該当性の結果を〈惹起する〉ということである。ということは、単独正犯と共犯との間における間接正犯の位置付けの不明確性は、主として因果性に関連する行為論・犯罪論によっても、正犯理論の実証的基礎づけによっても、なお促進されないわけにはいかなかったわけで、これは否定できない。すなわち、行為の本質が構成要件該当の結果の惹起に存するとするならば、教唆と間接正犯の区別は最終的にはなくてはすむことになる。しかし、旧法では、教唆と幫助とは実定法的な規制を有しているが、間接正犯のためにはなくてはすむことになる。しかし、旧法では、教唆と幫助とは実定法的な規制を有しているが、間接正犯のためにはなくてはすむことにはなかつたため、法律に従う以上、背後者が前景者を犯行へと誘致する場合はすべて教唆の可能性の方に加えられ、間接正犯は、緩やかに広く考察したとしても教唆にはあてはまらないカテゴリーにのみ含ませるだけだが、それは単純すぎる。」⁽⁵⁴⁾

「こうした拡大が実際、明らかに間接正犯に属する事実領域を犠牲にして共犯を不自然に膨張させることを意味することは、……判例に表われている。実際、間接正犯の確固とした輪郭は、法律の恣意的な規定によっても縮小

することができない、刑法の『核心領域 (Kernbereich)』のひつひである。⁽⁹⁶⁾

ここでは、マウラッハは、間接正犯を共犯に解消する間接正犯不要論に対して、間接正犯が本来の正犯として正しく確実に位置付けられる必要を力強く説いているのである。このことは「行為支配論」が等しく思考しているものであって、実は、本来正犯であるものを、正犯として確実にかつまた統一的に理論的な基礎づけを与えることこそが、「行為支配論」の理論上の優位点である。ヴェルツェルが、間接正犯は「間接」正犯ではなく、端的な「正犯」の形態として位置づけられるとしたことが想起される。

二 さて、このような姿勢に基いて、マウラッハは間接正犯について明快に次のような性格づけを与えている。

「間接正犯が、故意の犯罪行為の構成要件の結果の達成のために他人を目的的に利用すること (Zweckverwendung) によって基礎づけられるということは、間接正犯の内容を実質的かつ積極的なしかなたで確立する可能性を提示する。間接正犯は正犯であって共犯ではない。したがって、間接正犯の規定は、およそ正犯そのものの確定によって決定的であるのと同じその基準に従ってこそ成就されるのである。すなわち、間接正犯は、客観的に存するその者に意識された「行為支配」の保持によって特徴づけられる。」⁽⁹⁷⁾

ヴェルツェルの場合と同様、マウラッハの間接正犯論もまた、「行為支配論」の帰結として位置づけられる。ただ、ヴェルツェルの正犯概念が目的的行為論からの直接的な帰結であったことに比べると、マウラッハの議論は、客観的「行為支配」の保持を正犯の本質的規定性として立てた上で、その基準が間接正犯の根拠づけにおいてもそのまま妥当することに結びつけている点で、正犯概念としての「行為支配論」がより大きな役割を果たしている。⁽⁹⁸⁾

ここでマウラッハは、ヘーグラの理論を取り上げて「行為支配論」の考え方を説明する。

「『行為支配』を対象とする間接正犯の概念と正犯者意思に従って規定される間接正犯の概念との中間形態として、

ヘーグラールによって基礎づけられた『優越理論(Ubergewichtstheorie)』が考えられる。犯罪行為を客観的には実行しない者が、その者と前景者との関係において優越関係を示す場合には、間接正犯とならなければならない。これはヘーグラールが主観的不法要素とみなしたものである。⁵⁹⁾

「優越」という概念は確かに「行為支配」を基礎づける重要な要素となる。しかし、マウラッハがこれを「行為支配論」と主観説との中間形態であると特徴づけているのは、「優越」がヘーグラールによって「主観的」不法要素とされている点を取り上げているのである。「優越」は主観的な要素として捉えられており、マウラッハの「行為支配」概念のような客観的状況とは違った概念であるというほかはない。

マウラッハがこの理論の困難な点として挙げているのは、不自由な人間を悪用する場合である。教唆は自由な人間を墮落させることとして記述されているからであるというのである。「行為支配」を有する者だけが他人を犯行実行へと悪用することができる。その役割が「悪い意思」を呼び起こすことによって演じられ、主たる行為者の独立した意思に従属するものである教唆とは反対に、間接正犯は、初めから終わりまで事件の経過をその制御の下に有するのである。間接正犯の場合、独自の答責的な悪しき決心の閃きが、教唆の場合のように行為者に発生するのではないし、またそれ自体比較的稀なことだが、道具がそれ自身も完全に犯罪的に行為する場合に、背後者に直接行為者の、単なる道具としての「差し向け(Einsatz)」の能力を与える力を貯え続けるのである。しかし、多くの場合には、道具を悪用することが(自身有責な正犯の隸属という場合のように)心理的にだけでなく犯罪構成的にも認識可能である。間接正犯の場合には、周知のように、犯行媒介者の行為に本質的な犯罪メルクマールが欠けている例が遥かに多いのである。それに対して共犯、それも特に教唆は、悪用という標識の下にはなく墮落という標識の下に立てられている。すなわち、教唆者の意思方向というのは、その悪い意欲を、自由に行為する正犯に成功裡に転嫁するということ

に向いているのである。⁽⁶⁰⁾

三 現行法によれば、他人の犯行に対する共犯者としての責任は、最低の要請として主たる行為者が問題の行為の客観的構成要件を違法にかつ故意に実現したことを前提としている。そうすると、確かに、ここでは、道具が完全に犯罪的に（責任を負う）行為する場合には間接正犯が常に排除されなければならないとは言われていない。しかし、前景者の行為の主観的ならびに客観的構成要件該当性および違法性が欠けている場合には共犯は成立しないということとは述べられている。この場合は、犯行を誘致する背後者に関して、その責任の問題はもはや教唆の原則に従ってではなく、正犯の原則に従って決定される。前景者の行為に含まれている犯罪が背後者の行為支配を明らかにする。前景者本人に欠けている行為の指揮者として背後者は間接正犯となっている。それに反して、間接正犯と共犯との未解決の限界領域は依然として直接行為者に責任が負わされる（通説に従い、不当な結果に向けられた行態が欠缺している状況も、典型化された緊急状況とみなされるべきである）。ここでは間接正犯と並んで共犯も考慮に入れることができる。

ここでは行為支配を、構成要件該当でない前景者、あるいは違法でない前景者の行為の場合のように、通例、——背後者の故意が構成要件該当の結果に向けられている場合に限り——所与として仮定することはできない。むしろ、行為支配は現実に作用する要素として確定されなければならない。⁽⁶¹⁾

マウラツハが間接正犯の場合として挙げているのは、まず、客観的構成要件が欠ける場合である。ここには「身分のない故意ある道具」も含まれる。この場合が背後者の行為支配を排除するのではないかという考え方もあるが、マウラツハは「行為支配」を規範的な要素としても考えるイェシエタの学説、ヴェルツェルの「社会的行為支配」の概念を引いて積極に解している。また、構成要件的に重要な攻撃傾向を欠く場合として、たとえば自傷・自殺の場合

を挙げている。

次に、主観的構成要件が欠ける場合。道具が客観的構成要件を実現するが、当該の構成要件に必要な意思方向が存在しない場合である。ここには「目的のない道具」が含まれる。また前景者が非故意に行為する場合にも間接正犯となる。⁽⁶³⁾

さらに、合法的に行為する道具を利用する場合がある。

「限縮的正犯概念の立場から、背後者の目的的作用の完全な独立性が認識される場合にのみ、間接的行為者の合法的所為が最終結果の合法性とは独立したものであることが明らかになり、その場合にのみ、合法的に行為する道具による間接正犯の処罰根拠は一にかかって背後者の悪い心情であるという、よくある疑義が論破されるのである。⁽⁶⁴⁾」

犯行答責を欠く道具による間接正犯。これは、背後者が、その圧力の下で前景者がその行為を遂行するという意味の危険の源泉であることを意味するならば、いづれにせよ成立する。そこで、正犯が他人を殺すと威嚇して犯行の遂行へと規定する場合には、背後者が間接正犯となる。⁽⁶⁵⁾

直接行為者が責任無能力者である場合にも背後者が正犯となりうる。不法の意識を欠く場合も基本的に同様である。ただし、これらの場合に常に間接正犯が認められるというわけではない。考察の順序が、共犯の終わるところから正犯が始まるということではなく、間接正犯の成立を初めに吟味しなければならないということである。その基準はあくまで「行為支配」である。⁽⁶⁶⁾

間接正犯が、背後者が行動媒介者を教唆類似の犯罪行為への影響という方法では誘致せず、すでに犯行決意を有していた者に、実行を可能にしました本質的に容易にするだけであるときにも、したがって外見上は幫助行為に限られているような場合にも間接正犯性が存するの否かという問いに答える必要がある。⁽⁶⁷⁾ このような場合であっても、

「行為支配」というメルクマールが見てとれるときには間接正犯性を肯定することができる。これとの関連で問題となる他人の自殺を誘致する場合の間接正犯性の限界については、自殺者自身は自殺行為を行なってもそれ自体構成要件該当性を持たない点が困難である。この場合には、背後者の行為支配という考え方をを用いることによって、通常可罰的とされる間接正犯と不可罰とされる自殺共犯との間の限界づけをより正当に行なうことができるのである。⁽⁶⁸⁾

(三) 共同正犯

一 共同正犯についても、まず、共同正犯が「正犯として」処罰されるのではなく、まさに正犯であるということを確認される。そして内容的には、共同正犯の概念は統一的にその輪郭を描くことができないう。しかし、少なくともこういうことはいえる。すなわち、マウラッハの「行為支配論」によれば、共同正犯の可能性は通説と同様、故意の犯罪行為にのみ限られる。故意に遂行される犯罪構成要件だけが共同正犯の基礎である。

「共同正犯とは、同一の構成要件該当性結果の達成への、意欲され、意識され、分業された、複数の正犯者の共働作用である。」⁽⁶⁹⁾「このような前提条件が全部揃って初めて、共働者の各々の答責的にかつ行為支配をもって行為する者であると特徴づけることができる。」⁽⁷⁰⁾

「共同正犯は正犯である。したがって共同正犯者は相当する構成要件の枠に従ってまさしく正犯として考察に入ってくる。単独正犯が成立しえないとされているその同じ程度において、共同正犯の可能性もまた排除される。」⁽⁷¹⁾つまりこういうことである。「共同正犯は、意欲された共働の場合すなわち『任意性』のある場合、したがってそれ自体単独正犯の形においても遂行されうる構成要件の場合のみ成立する。共同正犯とは別に、つまり複数の者の正犯的共働が構成要件そのものによって予定されていて、そのため「共犯の成立が」行為者の任意には依存していな

いような場合」⁽⁷²⁾、いわゆる必要の共犯の場合を、必要の「共犯」というのは誤解を生じやすく、正しくは必要の「関与」とするべきである旨が述べられる。ここにも、共同正犯が紛れもなく、ほかならぬ正犯であるという確固たる表現が見られるのである。

「共同正犯は意識された共働作用によってのみ基礎づけられる。これは『共同的犯行決意 (gemeinsamer Tatentschluss)』に基き、犯罪行為の共同の実行をこの決意の分業的現実化として表現するようなしかたで行為されなければならぬ。しかし、共同正犯者が他の共犯者の威嚇の圧力の下で共働する意思を示しているだけであるから」といって、その者の共同正犯性が排除されることはない。⁽⁷³⁾

すなわち、「意思の連絡は共同正犯にとって絶対的な本質をなすもの」⁽⁷⁴⁾であり、「意思の連絡は犯罪行為の共同性にかかわるが、共働する行為者が誰であるかという人物の認識は前提とはならない。「誰であるか」ともかく」他人も同一の目標に向って働いているのだという知識が行為者各人に存することで足り、正犯者が、並行的に行為している者が実際に誰であるかということに関して考える必要があるということはない。⁽⁷⁵⁾「人物でなく」犯罪行為に關していえば、関与者が、質的にも量的にも計画されたところの本質をなしているような不法内容に關して一致していることで足りる。⁽⁷⁶⁾「ここでも、マウラッハは正しく意思の連絡の重要性を示しているが、「決意の分業的現実化としての表現」を求めていることが重要である。

二 他の関与者について共同正犯の成立を認めるための前提条件が満たされているといえるためには、どの程度の犯罪的行態を犯罪的行動者の行為が表現していなければならないかについて、マウラッハはこう述べる。

「他の関与者も、少なくとも構成要件に該当し、違法に、犯行答責的に行為した場合にのみ、刑法二五條二項によって「共同正犯の」考慮に入れられるのであることは疑いがない。すなわち、故意なく、あるいはその者自身は

合法的に行爲する者と共に、ひとつの「同一の」構成要件該当結果のために共働する者は、常に、その者単独で行爲支配を有しているので、この場合には間接正犯によって共同正犯が排除される。⁽⁷⁷⁾

「共同的犯罪行爲遂行への決意は、共同正犯の主観的構成要素を形づくる。その客観化がすなわち、『犯罪行爲の共同的遂行』(二五条二項)であって、これによって初めて共同正犯が成立することになる。⁽⁷⁸⁾」

マウラッハは、法律の文言から、共同正犯が客観的マルクマールによって特徴づけられるものであることを確認する。そのメルクマールとはすなわち「犯罪行爲の(共同的)遂行」であり、従来の理論ももちろんそれを共通の前提としてきたわけであるが、こんどはその解釈こそが問題になる。

マウラッハの「実質―客観説」すなわち「目的的―客観説」または「行為支配論」によれば、こうである。まず、この理論は、共同正犯と共犯との区別を正犯者意思というマルクマールによってすることを基本的に否定し、現実の原因力の分担という客観的事象の次元で限界を画するという点において、形式客観説と同様である。「この理論は、『犯罪行爲遂行』という概念に、これが個々の構成要件において現われるように不可分に結びつくのではなく、それを超えてあらゆる種類の故意の正犯を、ということは共同正犯をも包摂した上で、『正犯』という基本概念の全種類を派生概念である『共犯』から限界づけることができるような、実質的原則を求めるものである。行為支配論はこのメルクマールを、正犯における行為支配と、共犯における行為支配の欠缺であると考えるのである。⁽⁷⁹⁾」

この理論は、当然に形式客観説の成果を支持するのであって、形式的に構成要件に結びついた行為支配という性格の規定を含むのであるが、さらに、実質的には、同じ原理が一般的な故意の犯罪行爲のメルクマールともなる。それが、「構成要件該当事象の、正犯による目的統制」というメルクマールである。⁽⁸⁰⁾

「共同正犯とはまず、自ら構成要件メルクマールを実現する者であり、しかも「そうである限り」それぞれの犯

罪行為の法律上の構成要件に記述されている必要条件を超え出る、『結果に対する利害関心』、『その犯罪行為を自分のものとして意欲すること』の、あるいは『行為支配への意思』の表象が、その者に存在していない場合でもかわない。⁽⁸¹⁾」

「しかし、共同正犯とされるのは、形式的な行為支配を共同して保持する者だけではなくて、実質的あるいは『機能的な』行為支配を共同して保持する者も共同正犯である。外形上単に心理的な惹起行為（犯罪の誘致）をすぎるにすぎない者、あるいは外形的に見れば、予備ないし援助活動を行なうにすぎない（犯罪幫助）者であっても共同正犯となりうる。⁽⁸²⁾」

こうして、マウラツハの考え方も、実質的考慮を大幅にとりこんだ形となっている。

三 マウラツハの「行為支配論」が〈客観的〉な性質をもつといっても、その「実質的」考察の場面での結論においては、単に外形的メルクマールに基づく判断だけではなく、実際に犯罪行為を統制することができるか否かという、単なる外形的メルクマールを超えた考慮が、共同正犯性の判断にとって決定的になるのである。

「実質的行為支配の本質は目的的行為概念から明らかになる。行為が、人間の目的努力によって一定の目標に向って統制された意思活動であるならば、共同正犯の形で遂行される行為は、共働者が、各々が同程度に参画している同一の結果に向けられた行為を、その結果が統一された行為の所産として記述されるように相互に協調させているということによって、特徴づけられる。すなわち、共同正犯とは、共働者の各人が他の者の単なる道具として埋没してしまう（この場合には故意に行為する道具による間接正犯である）ことのないような、ある結果への分業的達成努力という形での行為支配の保持者であるということ。「すなわち正犯性の一般的规定Ⅱ行為支配」がここでも維持される。この考え方「行為支配」は、〈故意に包括された構成要件該当事象経過を手の中に収めていること〉

というふう理解されなければならない。全結果の実現をその意思に従って妨げたり経過させたりすることができ共働であれば、そのすべてが行為支配を有することになる。この要件もまた、故意に担われているとはいえず、〈客観的〉性質のものである。単なる『行為支配への意思』が決定的のではなく——それは正犯者意思を言い換えたことの帰結にすぎない——、意思に担われた事実形成 (willensgetragene Tatgestaltung) が決定的なのである。⁽⁸³⁾」

こうした記述には、マウラッハが実質的「行為支配」概念として考えているところがよく表われていると思う。繰り返し強調されるべきは、意思に担われた事実形成というものは、主観的な要素としてではなく、あくまで客観的な状況事実として捉えられていることである。そのような事実の判断基準が、実質的考慮 (犯行経過を「手の中に収めているか否か」という標語で表わされる) なのである。

マウラッハはその限りにおいて、たとえば『知的』共同正犯 („intellektuelle Mittäterschaft)』を排除するものではないのだが、このような類型を狭義の共犯と区別することに関連して、「行為支配」の実質をこう説明している。

「この場合には」共同正犯とは、自ら手を下すことなく、犯行経過を規制し支配して監督する者である。他方、教唆者は、その事実的寄与をもって未だ決意していない者を「犯行へと」傾かせること、補助者は、その共働をもって「既に決意している他人の」犯行決意を強化することを、それぞれ目標とするものであり、「したがって教唆者・補助者の場合は」このような目標が達成されたところで「犯行経過を」『手放す („aus der Hand geben)』のである。⁽⁸⁴⁾」

(四) 批判

以上、少し詳しくマウラッハの行論を追って来たが、それは、「行為支配」という概念が、あくまでも正犯の側か

ら正犯と共犯の限界を画するものであることと、「行為支配」概念が客観的内容を有するものであることを強調したいがためであった。もし、「行為支配」ということで直ちに内容の不明確さやその主観的、心情的傾向に拒否反応を起こす向きがあるとすれば、マウラッハの議論から認識を新たにすることがあるであろう。

ただ、マウラッハが〈客観的〉な要素として「行為支配」を構成しているのであるといっても、それはあくまで、いわば事後的に客観的に判断するという方法の上のことであって、〈客観的〉な事実的寄与を必ずしも要求していない。この点ではさらに、マウラッハのいうような実質的考察という立場をとる場合に不可避免的に随伴する不確実性を何らかの形で解消する方向を目指すことが必要ではないかと思う。もとよりマウラッハの理論それ自体は十分に説得力をもっているが、原理的な問題として理論的次元では妥当であるとしても、それを実際に適用する具体的な判断基準としての実践的次元では、「行為支配」の客観的構成を明確に打ち出した功績が十分に生かされていないうらみが残るように思われる。

この、実質的考察の内容を記述して明確化する方向の一例を、マウラッハの教科書を改訂したゲッセルが示していると思われる⁸⁵。これについては後述するところにゆずるが、ひとことでいえば、マウラッハ自身の議論の中では、「行為支配論」の展開が十分でない創成期の段階であったことに制約されて、主観的な要素と客観的な要素との関係が十分に明確にされていないために、「行為支配」を認めるために客観的寄与をどの程度要求するのが妥当であるのかについての考慮に残したのではないか、というのがゲッセルの評価であると思われる。

つまり、わたくしがマウラッハの見解において一番の問題であると考えるのは、実質的考慮の名の下に、客観的には教唆・補助の活動とみなされるような寄与であっても、共同正犯の「行為支配」を認めるのに十分であるとする点である。われわれの出発点は限縮的正犯概念であった。それはマウラッハ自身も確認したところである。実質的考慮

の外枠を設定する基準としての「行為支配」の役割は、わたくしも当然、これを認めるものであるが、「行為支配」概念そのものが客観的に構成されているにもかかわらず、結論的には、いわば評価的な考慮の不定型性、曖昧さを免れてはいない。客観的にみて構成要件該当の行為を要しないとした場合の「行為支配」の内容は、それによって若干希薄化されていることは否めないのではないか。⁽⁸⁶⁾ わたくしの考えるところによれば、「行為支配」概念のきわめて注目すべき（客観的）定式を提出したマウラツハの理論の価値は決して創始者であるヴェルツェルに劣るものではない。むしろヴェルツェルについての主観的傾向が強調され、「行為支配論」そのものに対しても誤解が生じがちであることに、有力なアンチテーゼを提出しているということもできる。ただし、特に我が国でもヴェルツェルに対して言われたような、概念や判断基準の曖昧さの指摘に対して十分に答えることができていないということは、これを認めるほかはないであろう。

第四節 ガラス——価値関係的行為支配——

(一) 総説

一 ガラスの寄与も無視することはできない。しかも、「実質的考慮」を端的に価値関係的なものとして設定することによって、結論的にはバランスのとれた解決を提示していると思われる。その「行為支配論」の構造的図式は、まず限縮的正犯概念を明示的に採用した上で、この場合に「実行行為」を因果的理解によってではなく目的的行為概念によって理解しなおし実質的正犯概念を構成し、それを「行為支配論」と呼ぶという形になっている。これは、目的的行為論に基く「行為支配」概念の構成としては端的明瞭な構造であって、ひとつの注目すべき形態であると思わ

れる。⁽⁸⁷⁾

ガラスは、限縮的正犯概念に基く正犯論が、「構成要件該当の行為」を行なうことは、既に客観的にその行為を単に促進することとは違う何物かであり、正犯と共犯とは既に価値の外にある現象として区別可能であることを認めるので、限縮的正犯概念論は例外なく客観的共犯論と結びつく⁽⁸⁸⁾と述べている。これはガラスの「行為支配論」が「価値関係の」であることにてらして興味深い記述である。そして、客観的共犯理論の支持者たちが、結果に対してではなくその惹起の様態に対して無価値判断を行なうことを考えるようになったとして、ここから、形式―客観説と実質―客観説とが説明される。法律に犯罪行為を記述して、その記述に合致する者が正犯となるというのが、形式―客観説であり、正犯と共犯とはそれぞれの犯罪行為が分担の一般的な危険性の程度によって、事象的な因果的事象が経験にてらして判断されるというのが実質―客観説である。⁽⁸⁹⁾

ガラスは、このような客観説に対して批判を試みる。

「形式客観説は、構成要件が記述している犯罪行為は因果的事象経過 (Vorgang) であると考えている限りにおいて、なぜこれらの記述において犯罪行為の原因性とは独立した価値尺度が含まれているかを説明することができない。他方、実質客観説のいう危険性の予測は、この説が、単に犯行の因果的側面のみを対象とし、犯行の意味と成功の機会にとって決定的である目的的な契機を看過している限りにおいて、不確実である。⁽⁹⁰⁾」

客観説が対決している相手である主観説はむしろ全体としての犯罪行為を対象にしているのにもかかわらず、客観説は、それが因果的な思考にとどまる限り、結果に対する等価性というテーゼに基く主観説を反駁することができないというのである。

二 「挙動犯の構成要件は『目的的一因果の意味統一体』であり、それは行為を記述するのであって単なる因果経過を記述するのではないという認識⁽⁹²⁾」が必要になる。以下、目的的行為論に基いた犯罪の理解がガラスの議論の前提となるわけであるが、それは単に目的的行為論プロパーの問題として論じられるのではなく、主観説に対抗する正犯理論の構成の問題として論じられるのである。したがって、

「行為は、意思の徴候 (Willenssymptom) ではなく意思の実現 (Willensverwirklichung) である。行為者の意思は客観的なものに向けられており、「そこには」行為という形で客観的に形成され、現実には作用するものであるということが含まれている。この客観的なものへの関係という点において初めて、行為における意味区別 (Sinnunterschiede) が可能になる」⁽⁹²⁾

という議論になるのである。

「挙動犯の領域においては、正犯と共犯とは因果的な結果寄与としては区別されないが、異なった意味内容をもつ〈行為 (Handlung)〉としては区別される」⁽⁹³⁾という議論の背景には、挙動犯の場合には正犯と共犯とは区別ができないのではないかという問題がある。一方、構成要件該当行為の枠を超えて拡張されるのではないかという反論に対しては、限縮的正犯概念を文言解釈から解放するために、目的的行為論が限縮的正犯概念を構成要件の評価的解釈によって「緩和 (auflockern)」⁽⁹⁴⁾するにとどまるという。

続いて、純粹な結果犯についても、犯罪行為を客観的—主観的全体性 (Ganzheit) において把握するならば、——ということは構成要件該当の行態 (Verhalten) を因果的事象経過としてだけではなく、正犯者意思の客観化として、つまりガラスⅡ目的的行為論のいう「行為 (Handlung)」として理解するならば、直ちに挙動犯の場合と同様の正犯概念が妥当することがわかる。

「正犯によって「犯罪実現のために」採用された手段は、少なくとも諸事情についての正犯者の判断からして、構成要件該当の結果の惹起を同人の所業（*Werk*）として現前させることにふさわしいものであり、かつまたその限りにおいて同人を『犯行の支配者（*der Herr der Tat*）』として現前させることにふさわしいものでなければならぬ。したがって、構成要件該当の行為と、それに基づく正犯性とは、〈評価的な（*wertend*）〉、〈相当性〉思考（*Adäquanzgedanke*）に指導された考察方法に従うことによってのみ規定されうるのである。⁽⁹⁵⁾」

「その際採用される尺度は、スローガンの言えは『行為支配』の概念である。この概念においては、この概念が同時に目的のならばに評価的考察方法の帰結であるということを意識し続ける限りにおいて、客観的契機と主観的契機とが相互に結びついている。⁽⁹⁶⁾」

ガラスの「行為支配論」がヴェルツェル以来の「行為支配論」の基本思考を踏襲するものであることが明らかに言されている。わたくしがここで概観している三人の理論は、傾向の上でそれぞれ特徴的ではあっても、一般にそれほど異なった基盤や方法論の上に成り立っているものではなく、全体として目的的行為論に基づく共通の認識に基いているのである。ロクシンの議論について触れた際に、ロクシンの説によって「行為支配論」が収斂に向った、という位置付けを示したが、細部において異なった思考や結論を示していることはその通りとしても、ヴェルツェル以来の「行為支配論」にはやはり共通の方向性がある。ガラスの上の記述はそのことをよく示していると思う。わたくしは、これまでも、「行為支配論」を「行為支配」概念そのものと全体としての「行為支配論」とにおいて分析的に考慮する必要を注意してきたつもりである。

三 さて現行法の解釈としてこの理論が優れているのはどんな点であるか。これについてガラスの議論においては、「この方法によってのみ、全ての故意の犯罪行為についての統一的な形式の正犯概念が獲得されうる」ということと、⁽⁹⁷⁾

「個々の結果犯はその法律上の文言において、特徴づけの区別「にすぎない」としても、とにかく故意の遂行か過失の遂行かが場合に依じて前提されている。しかしこの場合に決定的なのは、狭い正犯概念（ガラスはここで拡張的正犯概念を念頭に置いている―引用者）を基礎に置くことよってのみ、そもそも正犯と共犯とが区別されうることである」⁽⁹⁸⁾ことが挙げられている。

（二）間接正犯

一 ガラスの間接正犯に関する考え方は次のようなものである。

「構成要件該当の行為に方向づけられた正犯概念の枠内では、犯行媒介者に奉仕する行為もまた、「その者の」正犯性を基礎づけることができる。ただし、それは〈直接的遂行と同価値の行為支配の表現〉であるときであって、またそのときに限られる。⁽⁹⁹⁾」

この場合に「間接的遂行が直接的遂行と同価値であること」は、外形的な犯行経過の支配という尺度に依存するだけではなく「犯行の意味内容における合意（Übereinstimmung）にも依存するのであること」⁽¹⁰⁰⁾が確認される。自身犯や、身分犯・目的犯などの場合に、それぞれの正犯条件が欠けている場合には、もとより、間接正犯の成立は除外される。

間接正犯というのは、「行為支配」が〈分かれている（teilen）〉という点にその本質がある。⁽¹⁰¹⁾

「しかし、直接に行為する者の行為支配も背後者の『上位の』（„höherer Stufe“）行為支配を必然的に排除するというわけではない。むしろ、直接行為者が犯罪的行為の経過を、部分的には目的活動的に支配するが、同時に全事象の構成部分とみなされて、その犯行がその者の所業とみられるほどにその目的設定が背後者の意思の方に依存し

ていることが考えられる。背後者の『優越』(„Übergewicht“) (ヘーグラ) によって、直接行為者の行為支配は相対化される。⁽¹⁰⁾

実質的な考慮によって「相対化」されるのであって、単に意思活動を拘束していることではない。

二 われわれの関心は、どのような場合にこのような「行為支配」が認められるのであるかである。ガラスは「それは評価の問題である」として一般的な基準を明示するには至っていない。しかし、ヒントとして、責任阻却の諸規定を援用する。すなわち、確かなことは、「立法者が抵抗が期待されない程に強力なものと考えているような、ある圧力の下に直接行為者を置くときには、「背後の者が」間接正犯となる⁽¹⁰⁾」ということである。同様に、「犯行媒介者が故意に、しかし緊急避難状態で、つまり責任無能力の状態で、または不法の意識なしに行爲し、「一方、背後者の方は媒介者の助けを借りて構成要件を実現するために、緊急避難状態、責任無能力(酒酔い!)または禁止の錯誤を惹起した場合にも」背後者が間接正犯となる。また、既に存在しているそのような事情を利用する場合にも同様である。さらに、故意に行爲するのではあるが、責任が阻却されるような、外形上または内心上の不自由状態で行爲する犯行媒介者を利用する場合も間接正犯となる。

逆に、直接行為者が完全に責任能力ある場合には、背後者が間接正犯とされるような「行為支配」の存在は否定されなければならない。

「純粹に事實的—心理的に考察すれば、確かに背後者がその人的ないし社会的優越によって、有責に故意にその行動を実行する者のものでもあるところの所爲をまさに『支配する』場合が考えられる。それにもかかわらず、『行為支配』という概念は同時にそれが由来するところの構成要件該當行爲という概念に関係し、したがって、人的概念というものは法的評価の目的合理的な側面だけでなく社会倫理的 (sozialethisch) 側面にも関連するのであ

る。しかし、そう考えると、他人を道具として利用する場合の行為支配は、法が、直接行為者の所為を自由かつ人の答責性を基礎づける所為と評価するところにその限界を見出さなければならぬ。というのは、同じ価値秩序の尺度によって測定した場合に、ある行態が、同時に、自由であつてかつ他人に支配されている $\parallel$ 不自由であるということは、ありえないからである。⁽¹⁰⁾

すなわち、直接行為者が自由である限り『行為支配』が排除されること、当然である。

三 間接正犯に関連して、ガラスが特に論じているのはいわゆる身分のない故意ある道具の場合である。この場合には教唆は考えられない。可罰性の根拠になっている正犯標識が欠けている直接行為者の行為は、構成要件該当行為とはなりえないからである。しかし、間接正犯の成立に関しても、限縮的客観的理解によれば（ということはガラスの見解によつても）「支配」は存しない。なぜならこの場合には、背後者は直接行為者を「道具」として扱つてはいないからである。誘致行為そのものは、むしろ背後者の犯行決意の実現に際して、直接行為者に対して背後者を援助するように教唆する、補助への教唆という性格の行為であるとする。もちろん、背後者が構成要件実現に直接関与した場合には、直接正犯（共同正犯）として処罰される。しかし、直接行為者の行為 $\parallel$ 主犯行（Haupttat）が行なわれなかった場合には、それに対する教唆も土台を失つてしまう。そうなれば場合によっては、全体としては構成要件の全メルクマールが実現されることになるにもかかわらず、種々の人間にそれらのメルクマールを巧みに分担させることによつて処罰を免れることができるであろう。あるいは正犯のない犯罪行為という事態が生じうる。⁽¹⁰⁾

「これを解決するには、背後者の正犯性を認めるほかはない。背後者の正犯性は、実際、背後者が全事象の内部にあつて「それを」支配しているという地位によつて肯定される。その者は確かに直接行為者本人に対する支配者ではない。しかし、その犯罪としての性格がその者の身分ないし目的にかかわる限りにおいて、全体としての犯罪

行為に対する支配者である。」⁽¹⁰⁷⁾

「背後者は、その身分ないし目的によって、そもそも犯罪的な事象になるかどうかを手中に収めているのである。こうして教唆行為を行なうことは行為支配を行使することであることになり、したがって構成要件該当の行為を自らの手で行なうことは重要でないということになる。」⁽¹⁰⁸⁾

以上のところから、ガラスの考え方を要約すると次のようになろう。すなわち、身分ないし目的が構成要件上の請要である犯罪においては、背後の者が有する身分・目的によってはじめて構成要件上の要請が満たされるのであるから、その者が関与することがその犯罪を実現するための決定的な条件であることになる。この意味において、背後の者は、構成要件を実現する際に全体としての犯罪行為を「支配」している。犯行媒介者本人の「行為」なり「意思」なりを「支配」するものではなくとも、全体としての犯罪事実を支配していると解するのである。つまり「支配」の有無を判断するに際しても、現象している事実が全体的に考察されることが重要なのである。⁽¹⁰⁹⁾

(三) 共同正犯

一 ガラスは、まず共同正犯の問題性は共同正犯と幫助犯との限界づけに関連して存在すると指摘する。すなわち、純粹に客観的な方向で理解された限縮的正犯論によって、犯罪行為を因果的にのみ把握する場合には、客観的には何ら因果的に変わるところのない行為が正犯・共犯に分けられなければならないことになる。そこで、形式客観説によれば、「事実的寄与が、機械的な意味の『実行行為』ではないが、正犯行為「とすべきであるほど」の実体的重要性に到達している場合には、「その場合を正犯とすることができないので」⁽¹¹⁰⁾「不満足な結論になる」というのである。そこで、ガラスによる共同正犯の定義は次のようになる。

「ここで支持されている目的「主義」の見解によれば、限縮的正犯論の基本的思考——構成要件該当の行為から正犯概念の導出すること——を捨てることなく「この問題を」回避することができる。行為支配という概念の助けを借りて、純粋な結果犯の領域においても正犯と共犯とを異なった実体的意味と異なった客観的重要性をもつ目的的活動として区別することができる。……共同正犯とは、共同の犯行決意に基いて、行為支配の行使への参加(Teilhabe an der Ausübung der Tatherrschaft)として現象する行為を行なう者である。」⁽¹¹⁾

「正犯と幫助犯との限界づけをする場合にもまた、投入された手段を目的的に統制しそれが結果の相当性と結びついていることが決定的になる。」⁽¹²⁾

客観的・主観的な全体として、ある犯罪行為が有する「意味」や「重要性」を判断することが、「行為支配」という概念の本質を形づくっている。ガラスが「行為支配の行使」と言っているのは、外形的に現れたものとしての事実的寄与を表わすものと考えられる。そうすると、「行為支配」は「行使」される対象であることになる。「行為支配」を有しているということは、「行為支配」を行使するということとはとりあらず異なるものであるといつてよいであろう。そうだとすればマウラツハの場合とは事情が少し違っている。マウラツハの理解では、「行為支配」は客観的に存在する事態のことであって、一方それは行為者の故意に包括されているという形であった。⁽¹³⁾これに対してガラスの場合には「行為支配」は、より実体的に行為者自身に結びついている。すなわち、それは行為者が「行使」する対象となっている。

マウラツハが「行為支配」概念を客観的なものとして構成したとき、「行為支配」は積極的に「行使」の対象としては考えられていなかった。すなわち、何らか外形的にみて正犯とされるべき寄与をなさない場合にも正犯性を承認することがあったのである。これに対してガラスにおいては、外形的に「事実的寄与」をなすことが「行為支配の行

「使」として正犯性の条件となっている。ガラスにおいては、「事実的寄与」は目的的行為論から再構成された「実行行為」にはかならずならず、しかも元来、「実行行為」を自ら行なうことが正犯たる条件であるというのが限縮的正犯概念の主張であるからである。この限りにおいて、限縮的正犯概念を基礎とする我が国の通説と同様であろう。

二 ガラスの説明をもう少したどってみよう。

「AとBとがある犯行を共謀した。Bはその共謀に基いて毒を調達してそれをAに手渡し、Aが「意図した通り」それを飲み物の中へ注ぎ入れた場合には、Bは、いわばAの行為にも参加したのであり、Bの行態とBが「犯行現場に」現在することを知っていたAを、Bの連帯性(Solidarität)によって確信させ、それによって『事態に引き付けておく („bei der Stange erhalten“)』作用をもったならば、その犯行はAだけでなくBの所産でもある。

AとBの行態が、そのようなしかたで相互に関連するならば、〈集合的〉能作(Kollektive Leistung)の表現として、評価的な考察によれば両方ともが行為支配の担い手として現われる。^(註)

「したがって、Bを共同正犯にするものは主観的理論の理解とは異なり、単なる正犯たる意欲ではなくむしろその行態の〈実体的意味〉である。このことは、もちろん『行為支配』および『正犯』という価値尺度を、原因連鎖にはなく目的的活動にあててはかる考察方法によってはじめてなしとげられる。それによって、挙動犯の領域においても、確かに事実的寄与は技術的意味の『実行行為』への関与を意味しはしないが、集合的能作の構成部分として、行為支配への参加であることにはなり、それによって共同実行と同価値であると思われる場合にまで共同正犯概念を拡大することが可能になるような、判断の柔軟性を獲得することができるのである。この、そういったければ『目的的一客観的』考察方法の実用性は、筆者の他の寄稿論文の次のような記述によって明らかにされるであろう。

…四七条の構成要件該當行為の『実行』と同価値の行態でなければならぬ。したがって、犯行の計画や予備への関与では足りない。むしろ共同正犯者は、行為支配の〈行使〉へも参加しなければならぬ。犯行の機会をうかがったり、それに必要な道具を調達したりするにとどまる者は、犯行の共同支配者として行為したのではなく、犯行共謀に関与したとしても、幫助として行為したにとどまる。⁽¹¹⁵⁾

ガラスの「行為支配論」を特徴づけている「意味」の考慮が、共同正犯の概念を画定する際にも決定的な役割を演じている。わたくしが純粹素朴な実行行為概念と呼んだ「機械的意味の『実行行為』」と事実的寄与との相違について注意を喚起しておきたい。限縮的正犯概念を基本に据えた「行為支配論」が、等しく前提にしていると思われるのがこの点である。我が国の通説である「実質客観説」がたとえば「構成要件実現の現実的危険を発生させる行為⁽¹¹⁶⁾」というような定義によって「実行行為」概念を構成する場合には、この「実行行為」はガラスが「機械的意味の」という実行行為とはもちろん違ったものである。しかし、ガラスが「行為支配論」を説く場合に、実行行為概念とは別に事実的寄与というものを考えていることには注意する必要がある。「機械的意味の『実行行為』」とは区別した形で行為支配への行使への参加を求めているのである。したがって、ある意味では事実的寄与をもって実行行為ということも可能であるが、そのことによって限縮的正犯概念Ⅱ形式客観説は「緩和」されるのであり、こんどはその「緩和」の基準が新たに要請される。これを「行為支配」として捉えるわけである。

(四) 批判

一 ガラスの「行為支配論」の問題性は、「全体的考察・評価的考察」に際してどのような基準が考えられるのかということである。条理ないし常識的な判断というだけでは明確な基準にはなりえないのではないか。⁽¹¹⁷⁾

これに関連してガラスの議論からもう少し引用しておく。

行為支配論は「構成要件該当行為の目的的活動としての実体的意味を志向し、もって、一方では犯罪行為を単なる因果的事象としてではなく計画的意思の客観化として理解し、他方では客観化の内容に一定の要求を設定する（用いられた手段の『結果への近接性』(„Erfolksnähe“ der angewandten Mittel) 一) ことによって〈従前の主観的・客観的共犯理論を凌駕する。〉⁽¹¹⁸⁾したがって、「行為支配論」は「〈目的的―客観的 (finalobjektiv)〉理論であるということができる。その際、行為支配という概念の〈価値〉要素が看過されてはならない。…行為支配という概念は、構成要件該当行為の解釈の手段として、もとより各犯罪類型の特殊の不法内容に関係するものである。⁽¹¹⁹⁾」

「行為支配の概念に内在する法的評価の契機は、直接的行為者が完全に答責的正犯であり、したがって構成要件を『自然的』(natürlich) 故意をもって実現するだけでなく〈有責性 (schuldhaft)〉実現する場合にも、間接正犯を認めることは、基本的にできないことになる。確かに、背後者がその個人的ないし社会的優越によって直接行為者に強い圧力を及ぼし、純粹に事実に―心理的に考察すれば背後者によって『支配されている』ように見える場合が考えられる。しかし、そのような依存関係があったとしても、法の意味における『行為支配』は基礎づけられない。というのは、我々を自由や責任という概念に、したがって社会倫理的に方向づけている法秩序というものは、それ自身矛盾に陥ることなく一方で直接行為者を正犯として完全な責任性へとたらし、その犯行決意の自由を前提とし、他方、その形態をその背後者によって支配された不自由な形態とみなすからである。⁽¹²⁰⁾」

「結局、正犯とは、形式的には構成要件該当の行為を行なう者であり、実質的には行為支配を行使する者である。この二つの定義は相互に無関係なのではない。むしろ、実質的概念規定は形式的概念規定に結びついている。すなわち、行為支配とはそれに基づいて構成要件該当行為が正犯行為として解釈されるべきであるところの、実体的基準

である。⁽¹¹⁾

これらの議論からは、「行為支配」概念が、主観的・内心的事実としても客観的・形式的な観察の側からも、法的概念として特別の実質的・評価的考慮に基いて規制されるものであることがうかがわれる。そして、そのような実質的・評価的考慮の基準として「行為支配」を導入することによって、限縮的正犯概念を維持することになるのである。すなわち、ガラスが上の引用の中でも強調している通り、因果的に理解された場合には問題がある限縮的正犯概念ではあっても、それに基づいて正犯概念を構成することは依然として可能なのであり、限縮的正犯概念の基礎となっている構成要件該当行為「正犯行為」というものが、「行為支配」という概念を基準とすることによって形式的・機械的な解釈をされるものではなくなり、妥当な範囲で正犯概念を画することも可能になるのである。要するに、「行為支配」とは、全体的・評価的考察に基いて実体的に構成要件該当行為を確定する基準である。そしてこの場合に、機械的な意味に解された構成要件該当の「行為」を正犯の基準とするのではなく、事実的寄与としての「行為支配の行使」を導入するのである。したがって、最初にも述べたように、「行為支配論」は、実行行為とは別のメルクマールを要求せず、実行行為を行なうことがすなわち「行為支配の行使」であることになる。

二 ガラスの方法を図式的に述べれば、限縮的正犯概念を採用した上で、その場合に正犯とは「実行行為」を自ら行なう者であるという規定を、行為自体をその目的的理解に基いて主観的・客観的な全体構造をもつ社会的意味の主体として捉え、この意味で評価の基準であるところの「行為支配」とその「行使」とをもって、正犯概念を確定するのである。目的的行為論と不可分の理解ということもできるが、今日ドイツ刑法学で有力に展開されている社会的行為論にとっても共通の思考であろう。⁽¹²⁾ ガラスが目的的行為論を提出する場合には、行為の存在構造からする理由もさることながら、このような全体性をもってしなければ行為の社会的意味の把握が正しくできない、という認識が強く

出てきているのではないかと思われる。⁽¹²³⁾そしてそれ自体は決して妥当を欠くものではないし、それどころか、わたくしも同様の認識を共有するものであることは、既に何度も表明してきたところである。

しかし、そのような判断の基準が「行為支配」であるというだけで、さて、どのような場合に「行為支配」が存在し、あるいは「行為支配の行使」とみなされるものであるのかという実質については、明確な判断基準を提示するに至っていないのではないかと思われる。もちろん、いくつかの類型について、それが正犯の場合なのか共犯の場合なのかについて説明されているのはあるが、その理由は、「行為支配」を有するから正犯であり、「行為支配」を有さないから共犯であるという説明に終始している。最後の根拠は社会的評価的考察方法であるというのである。これでは、正犯概念の実体的基準を求めて立てられた「行為支配」もいささか内容空虚なものになるのではないか。「行為支配」の内容が漠然として曖昧であるという批判がここでまさに該当するのではないかと思われるのである。目的的行為論に基いて「実行行為」を評価しなおすことによって、ただちに評価の実質内容が妥当な明確性を獲得するとは思われない。「行為支配」をもう少し実体的に基礎づけることが望まれる。

第二章 「行為支配」の現況

——ロクシンの理論を中心にして——

第一節 ロクシンの「行為支配論」

はじめに、ロクシンの「行為支配論」について全体的な特徴を述べておく⁽¹⁾。第一に、正犯論は構成要件に記述されている犯罪主体は誰になるのかを規定するものであるから、構成要件該当行為の自手的実現を正犯性判断の基本とする形式客観説から出発する⁽²⁾。第二に、「行為支配論」を導入することによって、形式客観説の提出する（構成要件行為実現の）「自手性」という要件が克服される。すなわち、ロクシンの理論もガラスの場合と同様、形式客観説の緩和的展開の線上にある。これは「新しい実質客観説」⁽³⁾である。第三に、このような理解をすることに伴ない、「主観的要件」すなわち故意と、自らの支配の基礎となっている全ての事情の認識ということとが同時に考慮されることになり、「行為支配論」は、正犯性を画する上で客観的要素と主観的要素とに同等の考慮を払うものとなるのである⁽⁴⁾。

さて、このような基本的な考え方の上に立って、ロクシンは、「行為支配論」は、何らかの決定的定式によって提供されている記述的要素を定義し、構成要件的行為の種々の現象形態を単純に分類するといった概念ではないことを正面から承認し、「行為支配論」はむしろ正犯を指示する際の指導原理 (Leitprinzip)⁽⁵⁾であると位置づけ、具体的規定については、直接正犯・間接正犯・共同正犯それぞれに異なった徴表によって特徴づけられるべきであるとす

である。ここに第一章で概観したような従前の有力な「行為支配論」との決定的な差異が存する。つまり、従前の「行為支配論」は、実行行為などの基本的概念を修正することなく、統一的原理に基いて正犯の三形態を理論的に基礎づけることをめざした。しかしそのために、かえって「行為支配」の内容が曖昧になることがあった。これに対して、ロクシンはその統一的原理を「指導原理」という上位の概念にまつりあげた。その意味で、統一性の要請からは一歩後退することを敢えて顧みず、むしろ「行為支配」概念の内容を明確にし、実質をもった概念とすることに努力したのである。

ロクシンの「行為支配論」研究の重要性については既に繰り返し指摘した。それは「行為支配論」にとって価値があるというだけでなく、一般に正犯・共犯論を考える上で非常に示唆的な内容を含んでいると思われる。

(一) 総 説

ロクシンは、「行為支配論」においては「主観的構成要件すなわち故意と、自分の支配の根拠となる要因全ての認識とがともに、この中で考慮されていること」⁽⁶⁾を指摘する。

「自分が構成要件を充足することについて、ないし自分が指導的役割を演じることにについて何も知らない者は、その事象に対して何らの支配を及ぼすことはできないし、正犯として考慮に入れられることもない。つまり、行為支配論は、正犯を決めるために客観的および主観的要因を同等に重視することになったので、ドルス理論(Dolus-theorie)(歴史的にはここから(ローベとヴェルツェルにおいて)行為支配論が由来している)から出発してもこの考え方に到達する道が開かれた。こうして、行為支配の原理によって客観主義者と主観主義者との和解が可能なる。そしてそのおかげで、学説においてほとんど全面的に「行為支配論」が貫徹するようになったといえるのである。

ある。⁽⁷⁾」

このように、ロクシンもまた「行為支配論」は主観説と客観説との総合・統一という役割を果たすものであると見ている。ロクシン自身は、正犯概念の構成に際しても客観的理解から出発するのであるが、それは形式的な客観的理解にとどまるものではない。むしろいわゆる「ドルス理論」の側からしても「行為支配論」へのアプローチが可能であることにみられるように、主観的要因をも考慮に入れることによって主観説と客観説との総合・統一という性格と役割とを証明しているというわけである。

続いて、「行為支配」概念の内容の曖昧さ⁽⁸⁾について、ロクシンはそれを率直に承認してしまふ。

「もちろん、『行為支配』は、記述的メルクマールをいつも目の前に終局的に述べたてることによって定義されたり、また、正犯的行為の現象形態はどんなものでもその中に簡単に包含させられるというような概念ではない。われわれの生活は非常に多様な形をとるのだからそのような正犯概念はもとと不可能である。したがって、それを求めて、正犯と共犯とに関する学説が長らく図式的な抽象という道に固執してきたことは誤りであった。しかし他方、行為支配は、一般条項(Generalklausel)ないしは単なる『描像』(„Bild“)ではない。むしろ、行為支配を論じる場合に問題になっているのは構成要件該当の事象の『中心人物』: „Zentralgestalt“, または『鍵となる人物』: „Schlüssel figur“, を特徴づけている(指導原理(Leitprinzip))であって、その内実の具体的な規定は全ての法素材(Rechtsstoff)を詳細に検討することをまわって初めて作り上げられなければならないようなものである。したがって、直接正犯における行為支配、間接正犯における行為支配、共同正犯における行為支配というもの、それぞれ異なったメルクマールによって特徴づけられなければならないし、さらに間接正犯の場合については、なおさまざまな異なった形式において「行為支配が」現れる。これらは間接正犯という、同一の概念要素に還元す

ることができない、分節され多様に入りくんだ対象の構造に合うように対応するほか記述しようがない。したがって、行為支配の原理は法素材に即して展開されなければならない。その結果、行為支配の抽象的メルクマールを『かっこの外に括り出す』のではなく、個々に、無数の可能な事件が形成される際に行為支配として理解されるべきものを、注釈の結果として初めて知ることができるようなものなのである。⁽⁹⁾

若干引用が長くなったが、ロクシンの「行為支配論」の特徴を明瞭に示す部分である。ロクシンがとった方法は、具体的な規定の上位にある原理とされた「指導原理」としての「行為支配」の内容を個別的な注釈によって明確化するといふものである。「行為支配」を有するとされるべき場合を書き上げて全てを記述的に明らかにすることが、統一的基礎から正犯を基礎づけることよりも実際上は重要であるという認識に基くものであろう。ロクシンはこのような意味における「行為支配」概念を「開かれた概念としての行為支配」と呼んでいる。開かれた概念という方法自体は、目新しくないかもしれないが、第一章で見たような「行為支配論」が統一的正犯原理を求めてきた道程は誤りであったと決めつけた上で、このように統一の見地からは後退した方法に踏み切ったところが大胆な点である。

ロクシンの「行為支配」概念はさらにその地位を後退させる。

「また、行為支配は、全ての構成要件において例外なく正犯を決める際に関係するような普遍原理 (Universalprinzip) ではない。それどころか諸構成要件のうちふたつのグループにおいては正犯性を始めから別の視点から判断しなければならぬ。すなわち『義務犯』(„Pflichtdelikt“)と『自手』犯 („eigenhändiges Delikt“)との場合である。⁽¹¹⁾」

ここでロクシンが提示している「義務犯」と「自手犯」という構成要件の類型は犯罪形式の分類として正犯概念分析の重要な視点を提供している。これらの類型においては、「行為支配」が正犯性を決定することはできず、もとよ

り別の原理が働くというのである。ロクシンのこの議論に対しては「行為支配」論者の中にも批判的な意見が少なくないが、⁽¹²⁾ロクシンが一貫して「行為支配」概念の実質を明確に記述するという方向に向っていることがよく表われている。「義務犯」と「自手犯」という二つの場合には「行為支配」によっては正犯概念を画することができないと考へ、こうした場合にも正犯概念を「行為支配」に基いて構成しようとして、当初の「行為支配」概念を修正しその外延を拡張するよりは、潔く「行為支配」概念を正犯性判断の場面から退けて、別に明確な原理を立てることの方を選ぶのである。

既に第一章の検討でも明らかのように、「行為支配」という概念を用いて正犯概念を構成する場合には、限縮的正犯概念が当初前提としていた純粹素朴な実行為概念は、少なくともそのままの形では正犯の定義規定から外れることとなり、正犯の決定的基準は「実行為」を行なうか否かではなく、「行為支配」を有するか否か、あるいは「行為支配の行使」があるか否かにその根拠が求められる。それによって、間接正犯や共同正犯の基礎づけが可能になったのである。しかし、「自手犯」という範疇を認めるならば、この場合は、まさに自ら自分の手で犯罪行為を実行することが正犯性の根拠となるのだから、不明確な、「行為支配」概念によって正犯性を判断するのではなく、自分の手で実行することの方を判断基準とした方がよいというわけである。同様にして身分犯をはじめとする「義務犯」においては、法律の上でそれを課すことが認められている義務を有するか否かが決定的な正犯徴表なのであるから、この場合には「行為支配」の有無ではなく「義務」の有無をもって正犯性を判断することが妥当であるといっているのである。⁽¹³⁾

しかし、少なくとも私見によれば、「行為支配」概念を統一的に、しかも明確な内実を備えた基準概念として構成することが目標とされるべきなのである。従前の理論は、なるほど統一的原理に基いて正犯概念を構築することにおいては一定の成果をあげることができたといえる。けれども、前章で述べ、また従来から指摘されているとおり、こ⁽¹⁴⁾

のような正犯概念は正犯性判断の明確な基準を提供するという点においては若干の犠牲を払ってきたといわざるをえない。ロクシンはこのような学説史を踏まえた上でその重点を逆にして、統一的説明を犠牲にしても内容の明確性を重視する方を選んだのである。そのため、「行為支配」によって正犯性を説明できないものは「行為支配論」の射程から除外して、「行為支配」に正犯の統一的根拠たる地位から退かせることを厭わなかった。「行為支配」より明確な基準が適用される領域では「行為支配」とは別の原理を躊躇なく導入したのである。

(二) 直接正犯

一 犯罪行為を「自ら」遂行する者はドイツ刑法二五条一項により正犯である。これが直接正犯であり構成要件の形態の基本的形式である。「法律の文言によれば、ある構成要件を自手的に実現する者は常に正犯である。」⁽¹⁵⁾ロクシンがこのことを確認するのは、こうした理解によれば、第二部で検討するようなドイツ判例が伝統的に採用してきた「主観説」は、もはや法律上の根拠をもたないということを明確にするためである。しかし、「自ら遂行すること」が正犯とされるための十分条件であることは明らかであるとしても、結局どの範囲のものが正犯とされるべきかは、法律の文言からは依然として明確ではない。

「もし、正犯性とは構成要件充足によって規定されるものであり、それに従って直接正犯がその典型であるとするれば、これは特に明らかに単独正犯を表わすものである。一方、他人を利用する場合ないしは苦境から生じた行為の場合には、決して幫助犯にはなりえないとするならば、数人が関与する場合であっても、いかに意思が従属させられていても、いかに外的圧力が加えられていても、この構成要件充足を止揚することはできない。ドイツ刑法三五条による緊急避難状態で行為する者でさえも、責任阻却される正犯であるとはいえ依然として正犯である。その

者は犯罪行為実行をその行為 (Handlung) によって支配する。この際、彼の実行を先導する行為の決意が他人の支配の下に成立しているならば、背後者は間接正犯であることもある。しかしこれは実行行為者の正犯性を止揚するものではない (そうではく必要であれば答責性を止揚するものである)。直接正犯の行為支配はしたがって『行為の支配』(„Handlungsherrschaft“)として特徴づけられる。これは構成要件行為の実行に基く行為支配であって、何らの『例外』(„Ausnahme“)をも容れな⁽¹⁶⁾い。」

既に指摘したように、ロクシンの出発点は限縮的正犯概念である。したがって、構成要件該当行為を自ら行なう者とはどんなことがあっても正犯である。正犯論は構成要件該当性の領域の問題であるから、責任を阻却される場合であってもこのような者が正犯であることは当然である。このように、単独正犯 $\parallel$ 直接正犯を基礎づけるのは自手的構成要件実現であるから、単独正犯の場合にはすなわち構成要件該当の行為を行なうことによって正犯性が認められる。この場合、行為者は行為を行なうことによって犯罪行為を支配しているのである。行為を行なうことが、すなわち犯罪を構成することにはかならない。この意味において、ロクシンは、直接正犯の「行為支配」を「行為の支配」と呼んだのである。

二 ここであらためて注意しなければならないのは、「行為支配」(Tatherrschaft)とどうときの「行為」が〈Tat〉のことであり、直接正犯における「行為支配」が「行為の支配」(Handlungsherrschaft)であるというときの「行為」が〈Handlung〉を表わすということである。既にたびたび注意を喚起してきたところであるが、ロクシンは行為者が自分の行なう「行為」を支配しているということを言っているのではない。そうではなくて、「行為」を自ら行なうことによって「犯罪行為」〈Ereignis〉を支配する、⁽¹⁷⁾と言っているのである。「直接」正犯(単独正犯ではない)というのはまさにそのことを意味している。直接的に行為を行なうことによって犯行を支配するのである。もちろん、行

為者は自分の「行為」を支配している。もし支配することができなかつたならば、そもそも故意の行為とはみなされなかつたはずである。そして、正犯でなく共犯であっても、その共犯行為に対する支配を有している。しかし、正犯性の判断に際して問題になるのは、その故意犯にとって自明の支配ではなく、「行為」を行なうことによる「犯罪行為」の支配なのである。

しかし、「直接正犯は、必ずしも全ての構成要件メルクマールを充足することを前提とはしない。本来の構成要件行為を実現すること、および、法律によって数人の行為者が前提とされている場合にはそれらの者のうちの一人が行うことで足りる。したがって強盗の場合には、暴行か奪取か、いずれかを自ら行なう者は、既に直接正犯となる。⁽¹⁸⁾」

これは少しわかりにくいだが、「単独正犯」ではなく「直接正犯」を基礎づけるためには全構成要件メルクマールを実現する必要はないのである。もとより実際には、共同正犯という規定があるので重要性は乏しい。この場合の直接正犯は現実には共同正犯に包括されて取り扱われる。構成要件行為に参与して直接に犯罪行為を支配している以上、その者は直接正犯なのである。構成要件上重要でないメルクマールを実現する者は、それだけでは正犯とはならない。⁽¹⁹⁾

(三) 間接正犯

一 ロクシンの間接正犯論については詳細に論じればそれだけで大問題になるところであるが、ここでは、その基本的思考を抽出することに努力するとともに、理論の構造を明らかにするという本論文の目的に応じて、概略的にその説くところを要約することとした。⁽²⁰⁾

ロクシンによれば間接正犯は基本的には三つの形のものだけが考えられる。すなわち、①犯行媒介者を強制するこ

とによって事象を支配する。②錯誤を引き起こしたり利用したりすることによって、事象を背後から統制する。③権力機構の操縦によって、強制も欺罔もなく犯行の実行を意のままに指揮する。以上である。(幼児や精神障害者を利用する形のもは、構造的に間接正犯の独自の形態とはいえず、強制および錯誤の場合に近いとされる。)

以上は、一般的ないわゆる「支配犯」(Herrschaftsdelikt)⁽²¹⁾における基本的形式であるが、これと並んで「義務犯」(Pflichtdelikt)の場合には「身分のない故意ある道具」(qualifikationsloses doloses Werkzeug⁽²²⁾)を利用する場合が考えられる。この場合は既に指摘したように「行為支配」による正犯概念とは直接には関係がないことになる。さらにこれに関連して間接正犯の場合であるかどうかの問題とされる類型について、目的犯における「目的のない故意ある道具」(absichtsloses doloses Werkzeug⁽²³⁾)を利用する間接正犯については別に論じるとして、「故意ある幫助道具」(doloses Gehilfenwerkzeug⁽²⁴⁾)を利用する形の間接正犯は承認されない。これは極端—主観説の帰結であり、実行者の正犯性は既に法律上の要請であるから実行する者を正犯としないことはできないとするのである。⁽²⁴⁾直接正犯に例外はない。

さて、これらの間接正犯を基礎づけるのは「意思の支配」(„Willensherrschaft⁽²⁵⁾“)である。⁽²⁵⁾

「構成要件行為を、その実行に関与しなかった背後者に彼の所業として帰属させることができるのは、彼がその優越的意思 (verlegender Wille) によって事象を支配しているとき、すなわち結果の惹起を手の中に収めているとに限定される。そこで、直接正犯の『行為の支配』に対して、支配犯の場合の間接正犯の共通の基準として『意思の支配』を論じることができる。その個々の形態については、この指導原理に基づいて、絶えず法律上の価値判断と各々の法素材の特殊性とを顧慮することによって展開されなければならない。⁽²⁶⁾」

先に述べたように、特に間接正犯については、ロクシンの方法は「開かれた『行為支配』概念⁽²⁷⁾」を提示することで

ある。ロクシン自身が「意思の支配」という「指導原理」を立ててはいるが、その言わんとするところは「背後の者の優越的意思」であって、これが何らか実体的な内容をもつには漠然としすぎていることを認めた上で、細かく諸類型を列挙するという方法をとったのである。

ここでも誤解を避けるために強調しておかなければならない点は、間接正犯にあっても「支配」の対象はあくまで「事象」(Geschehen)である、ということである。「意思の支配」ということばで意味されていることは、〈意思を支配することではなく、「意思の優越」によって〈事象を〉支配することなのである。「行為の支配」という直接正犯の「行為支配」の場合と同様、「行為支配」とは、犯行全体という意味における「事象」を支配することである。だからこそ、ロクシンのいう「義務犯」における議論では、「事象」の支配ということはどう考えても認めることができない「身分のない故意ある道具」を介する間接正犯の場合の「行為支配」の存在を認めないのである。一方では、身分がないだけで、事象の支配においては全く欠けるところのない「直接正犯」を道具として利用するなどということは考えられない。ロクシンは、むしろ「行為支配」概念の適用領域を犠牲にして、この場合を別の原理(身分の存在など)によって正犯とするのである。

以下、ロクシンの間接正犯に関する考え方を概観する。

① 強制による間接正犯(「強制的支配」(Nötigungsherrschaft))

ドイツ刑法三五条には責任を阻却する緊急避難が規定されている。⁽²⁹⁾ ロクシンのいう「強制」(Nötigung)とは、この意味において実行行為者を背後者が強制することである。

「この場合には背後者の正犯性は、『答責原理』(„Verantwortungsprinzip“)から明らかになる。すなわち、立法者は背後者が及ぼした圧力のために直接行為者の責任を軽減しているのであり、そうすることによってその事

象を、背後者に同人の犯行として帰属させようとしているのである。構造上からいえば、実行者は常に故意に構成要件を実現するのであるから、それは、『(責任を阻却された) 正犯の背後の正犯』(Täter hinter dem einschuldigsten Täter) の場合である。強制者は被強制者だけを直接に支配している。被強制者がその側においてその行為によって事象経過を手の中に収めているという理由によってのみ、背後者は犯行自体を間接的に支配しているのである。したがって、間接正犯の意思の支配というのは実行行為者の行為の支配と重なるものである。⁽³⁰⁾

このような考え方からすれば、当然、実行者が責任を阻却されるに至らない場合には、背後者に対しては教唆が考えられるのみであって、間接正犯とはならない。「意思の作用 (Willenseinfluss) では、未だ、意思の支配 (Willensherrschaft) ではない」⁽³¹⁾ のである。また、このような強制状態 || 緊急状態を、背後者が惹起した場合のみならず、別の原因から生じた緊急状態を利用して自らの意図した構成要件を実現した場合にも、背後者の「意思の支配」を論じることができる。ここでは、背後の者が強制によって直接に支配しているのは被強制者であること、しかし、意思の支配によって、間接的には犯行事象が背後の者によって支配されるとされていることが重要である。

自殺・自己傷害の場合がドイツ刑法の下では重要な問題点である。

「被害者がその場合に要求されている行動というのは可罰的でないので、間接正犯と単なる強要との限界づけのためには、三五条の答責原理に直接頼るわけにはいかないからである。目的論的にも、構造は相互に完全に対応してはいない。なぜなら不法行為に対する嫌悪と処罰の恐れとに存する抑止的な反対動機が、ここではなくなっているからである」⁽³²⁾。

しかしながら、ロクシンは強制の場合の正犯原理として、すなわち間接正犯を基礎づける「意思の支配」の原理として、「答責原理」を提示するのであるから、「直接に依拠すること」はできなくとも、「類比的」(analog) にこれを

適用することができるとし（通説でもある）、「強制の被害者・その親族・ないし同人と親密な人物の、身体・生命ないし自由に対する、現在の、他の方法によっては避けえない危険を避けるために、自傷の結果が生じた場合に限り、間接正犯が認められる。」⁽³³⁾

合法的に行為する道具を利用する強制支配⁽³⁴⁾ということも考えられる。すなわち違法性が阻却される正当防衛状態での行為を利用する場合である。AがBに、Cを攻撃するように緊急避難状態で強制した場合には、Cが正当防衛による反撃でBを傷害したときにはBの傷害につき背後者の間接正犯性を認めることができる。

「不自由に行為する道具による間接正犯の場合としての違法拘束命令は、違警罪（*Übertretung*）が削除されて以来刑法にはもはや存在していない。その命令を実行することが重罪ないし軽罪を遂行することになるような命令は非拘束的であり、従う必要はない。」⁽³⁵⁾

これは当然のことであろう。ただし現行法の下では確かに拘束性はないとされる違法拘束命令であるが、これに関連して、いわゆるナチスの犯罪等に関して問題になる違法拘束命令については同列には論じられない。

② 錯誤による間接正犯（錯誤の支配（*Irrtumsherrschaft*））⁽³⁶⁾

これは四つの層にわけて論じられる。1 故意、したがって構成要件行為を否定する錯誤 2 違法性にかかわる錯誤 3 責任阻却事由の条件に及ぶ錯誤 4 自己の所為の真の意味を知らず、背後者が意味のある被覆決定をできる場合 1 の場合は、たとえば情を知らない看護婦に毒入りの注射器を渡すような場合である。この場合には、背後者の事実的寄与が実行者の行動の際の補助にすぎないような場合であっても間接正犯となる。ここで、非故意に行為する媒介者に過失があったかどうかは関係がない。

この場合は、いわゆる「道具」の概念が典型的にあてはまる場合であって、「行為支配論」によっても自然な結論

となる。「犯行媒介者は『盲目的』因果因子として機械的『道具』の性質に従って、背後者によってのみ目的意識的に(『目的的に』)統制される事象経過に拘束されている。背後者のみはその行為支配によって客観的および主観的に構成要件を実現するのであり、そのようにして(間接)正犯となるのである。³⁷⁾」

2の場合には、さらに四つに分けられる。

(ア) 媒介者が合法的な道具として行為する場合。

背後者によって惹起され、または利用された直接行為者の錯誤が、その所為の許容性に関しない場合は間接正犯である。これはたとえば、国家組織の欺罔(不実の告発によりある者を逮捕させる)とか、訴訟詐欺である。欺罔と強制との合成という場合もここに含まれる。

(イ) 媒介者が正当化事由の実体的条件に関して錯誤に陥っている場合。

これは、通説が故意を阻却するとしている限りにおいて、既に故意なく行為する者を利用する間接正犯の場合にはほかならない。しかし、いづれにせよ背後者が事態を見渡しており、それによって犯罪的結果の実現を手の中にもっている唯一の者であるのだから、その間接正犯性は認められる。

(ウ) 媒介者が禁止の錯誤で行為する場合。

これは、ドイツ判例も採用するところとなった、違法性の錯誤に関する「責任説」に従う。禁止の錯誤が避けえなかった場合には、背後者が結果に原因を与えた限り、常に間接正犯となる。実行者は自己の所為の違法性を認識しえず、背後者の行為支配を否定するような、行為しないでいる理由、ということとはつまり抑止的動機を欠いているからである。これは故意を欠く場合と同様である。

さらに、禁止の錯誤が避けえた場合には、行為者が、実質的違法性(≡社会的侵害性)を認識せず自己の行態が全

く「秩序に適う」(in Ordnung)と考えている場合には、間接正犯が認められる。「欺罔される者が、実際は有していなかったところの認識を有しえたであろうということによっても、その行為が許されるものだと言えます者の現実的支配は何ら変更を受けるものではないからである。⁽³⁸⁾」

ということとは、強制の場合に決定的である「答責原理」がここでは妥当しないで、「答責的正犯の背後の正犯」(„Täter hinter dem verantwortlichen Täter“)がありうるということである。すなわち、実行者の方は(責任を軽減された)正犯として処罰され、背後者の方は(責任を軽減されない)正犯として処罰される。そして、これは多層的行為支配(höherstufige Täterschaft)の場合と呼ばれている。

3の場合には、媒介者の錯誤が責任阻却事由の前提条件に(通常は三五条に)関するときである。「行為者に、同人が事態に関する錯誤に基いて犯行へ強制されていると感じており、したがって自分が免責されていることを信じていたときには、自分の所為の法的・社会的意味内容を知らされておらず、一方、背後者の方は、錯誤に陥っている者そのよりすぐれた知識によって手の中に収めていることから、間接正犯性は明らかである。⁽³⁹⁾」実行者の錯誤が避けえなかつたかということとは、また関係がない。

このような構造には、「故意の(免責ないし責任減輕で行為する)正犯の背後の正犯」(Täter hinter dem vorsätzlichen (entschuldigsten oder in geminderter Schuld handelnden) Täter)の場合がある。「錯誤の支配の第三の層で行動する背後者が、構成要件の認識、場合によれば禁止の認識をもつが、免責されていると誤解し、そのため第二の支配の層にある犯行媒介者を、その優越した状況認識によって統制することができる場合である。⁽⁴⁰⁾」そこで、多層的支配が欠けるような同じ錯誤に陥っているときには共犯が可能である。「したがって、AとBとが共同して誤ってAに直接的威嚇のある危険のうちの一つを信じ、AがBに、構成要件該当—違法な行為によってそこから解放されるで

あろうことを忠告するならば、それは教唆にとどまる⁽⁴¹⁾。」

4 の場合というのは、媒介者の錯誤が具体的な行為の意味に関するときである。「実行者は、構成要件に該当し、違法に、有責に行爲し、なおかつこれを認識してもいるのである。しかし、それにもかかわらず、錯誤によって、法的に重要な、犯行の判断にとって決定的な、それを認識することが背後者に状況の支配を許し、同人に構成要件充足を彼の独自の所業として帰属させることを正当化するような事情が、彼には知らされていない。」⁽⁴²⁾これには三つの異なった構造が考えられる。

(ア) 定量化可能な不法・責任程度 (quantifizierbare Unrechts- und Schuldmaße) に関する欺罔がある。

「たとえば、A が、無知な B を唆して、C が持っている非常に価値のあるカンディンスキーの油絵を、それが価値のない代物であるかのように見せかけて投げ捨てさせる。この場合、B は器物損壊 (Sachbeschädigung) の正犯であるが、同人の故意に包括された不法・責任程度は僅かである。それに対して A は、その絵が何千マルクもの価値があることを知っているので、引き起こされた毀損のはるかに大きな部分が同人のみの勘定に数え入れられるべきである。ここでは行為支配の分配 (Teilung der Taherrschaft) が発生している。B の支配は全毀損のうちの小さな部分を、A の支配はその非常に広範な部分を占めている。このような考慮によれば、A が——かなり重く処罰されるべき——独立した器物損壊の間接正犯であり、しかも故意・有責な正犯の背後の正犯ということになる。」⁽⁴³⁾

(イ) 法律上の身分メルクマール (gesetzliche Qualifikationsmerkmale) に関する錯誤を惹起したり利用したりする間接正犯がある。この場合には再び「正犯の背後の正犯」が関わってくる。

連合国部隊の進駐に際して、「この者は『外国人労働者』(Fremdarbeiter)』を射殺した」という真実に反した理由をもって、アメリカの軍の巡察隊に、ある者(エ)を射殺するように要請した者が、当時の状況を利用して

が手続を経ないで殺されることを実現しようと意欲していた場合の事件が挙げられている。アメリカ人の兵士が、その無罪の宣誓を聞くことさえもなく、被告人の申し立てのみに基いてIを射殺した。実際にIは無実で、被告人の復讐心の犠牲になったのである。アメリカ人兵士は故殺 (Totschlag) の直接正犯である。被告人は謀殺 (Mord) の間接正犯である。錯誤があっても直接行為者が故殺の正犯であることには変りがない。しかし、彼は自分の犯行が客観的には別のしかも謀殺であることは知らないのである。身分によって加重される犯罪と並行的な構造を有する。

(ウ) 操作された人的客体の錯誤 (manipulierter error in persona) この場合は、人を取り違えることによって、構成要件の不法の質が別のものになるということが、背後者の間接正犯性を左右する。

「実行者は、『ある』 (sein) 人間の殺害に対する支配を有している。しかし、被害者の死は、その具体的な個別性において背後者のみ責任が負わせられる。それは同人に多層的行為支配を帰属させるのに十分である。というのは、その人的錯誤が直接行為者を〈免〉責するものではなくとも、そうでなければ危険にさらされたはずの他の人間の殺害の実現が、悪意の操作者を、刑法二二二、二二一条にいう意味で〈帰〉責しなければならぬからである。」⁽⁴⁵⁾

ところで、このような錯誤が自殺自傷につながった場合が再び問題になるが、「直接行為者が自己侵害の故意を欠いていた場合には、もちろん間接正犯が成立する。」⁽⁴⁶⁾これは、既に論じられたところと異なるものではない。

③ 未成年者・責任無能力者ないし限定責任能力者を利用する間接正犯。

1 子供、精神病者 (刑罰を論じられない) を利用するならば背後者は間接正犯である。また、少年法で責任なしとされる少年を利用する場合は、常に背後者が間接正犯である。善悪弁別能力を欠く責任無能力とこの認識に従って行爲する能力を欠く責任無能力とが区別される。前者では単なる幫助を行なっても背後者は間接正犯となるが、後者で

は幫助によって実行者の行動を可能にしたときに限り間接正犯となる。この区別は、抑制能力を欠く場合（後者）は「強制の支配」であり、直接行為者は「不自由」に行為するのであるのに対し、不法弁別能力を欠く場合（前者）は「錯誤の支配」であることに対応する。

直接行為者が自分の行為の意味を十分に理解しているか否かによって背後者が教唆となる場合を論じる⁽⁴⁷⁾説もあるが、「十分」であるかどうかは法的尺度によってのみ判断することができる。行為者に責任がないとすれば、「差し向けたこと」(Einsatz)の責任が必然的に刑法上の事象の支配者として帰せられる背後者にかかる⁽⁴⁸⁾。

この議論は、ドイツ刑法典の責任能力に関する規定が二段階になっていることに基いている⁽⁴⁹⁾。ここでの主題ではないが、我が国の議論にとっても示唆的である。

2 限定責任能力者を利用する場合は、実行者が不法認識を有するが抑制能力が減退している場合と、実行者の不法認識能力そのものが減退している場合とがあり、前者では背後者は共犯にとどまり、後者の場合には、禁止の錯誤の場合には常に背後者は間接正犯となる。なお、前者の例では認識が意思を適切に規定しうるかどうかは刑法二〇条による⁽⁵⁰⁾。

3 問題は自己侵害（現実には特に自殺）の誘致や幫助である。自殺者が責任無能力である場合には、背後者が常に間接正犯となる。自殺は「不法」ではないから、直接（不法弁別能力を問題にする）刑法二〇条、少年法三⁽⁵¹⁾条を適用することはできないが、合法・不法の弁別能力を欠く、抑制能力を欠くような場合には、自分の生命保存の価値についてと同様であるということが出来る。

思春期の不安定な精神状態や何らかの葛藤状態などでの自殺は、自殺者に責任能力が完全に認められるが、背後者は通例、間接正犯となる。この場合にも生命の価値についての正しい判断と、それに基づく抑制能力はめったに肯定す

ることではできないからである。成人の自殺はもちろん完全な責任能力があるわけであるが、多かれ少なかれ強迫的な自己破壊衝動があるもので、背後者が故意の責任（間接正犯）を問われることもありうる。

④ 組織的権力機構 (organisatorische Machtapparate) による間接正犯 (「組織の支配」, Organisationsherrschaft)⁽⁵²⁾ がロクシンの独特の観念である。これは、犯罪行為を遂行するための権力機構 (例、ナチス体制) を設置することができる場合に、権力の操縦桿で指令を与える者は、実行者の正犯性と無関係に、独自の行為支配を有する。この場合には、機構の構造自体によって、指令の執行が直接行為者の個性にはかかわりなく保証されている。誰がするにせよ結局指令は実行されるといふわけである。したがって、背後者に「書斎の正犯」(Schreibtschäter)としての行為支配を与えるものは、直接行為者の代替性 (Fungibilität) であるということになる。もちろん、この権力機構は法規範から外れていることが前提であるから、実際には、平常時の状態ではまれである。

⑤ 身分のない故意ある道具を差し向けることによる間接正犯

身分犯の場合に、身分のある背後者 (Interaneus) が身分のない者 (Extraneus) を誘致するときにも、間接正犯が成立する場合となる。身分者は間接正犯であり、正犯身分を欠く直接行為者は幫助犯 (身分なき故意ある道具) である。これはしかし、「行為支配論」による解決ではなく、身分犯の理論に従い、刑法外の特別義務が、「行為支配」や正犯者意思とは無関係に正犯性を基礎づけるのである。実際に、法律上の構成要件が義務に反することを正犯性を基礎づける条件としている表現を含んでいることが多いとされる。⁽⁵³⁾

この考え方も、「行為支配論」内部でも異論のあるロクシンの独自の見解である。既に指摘したように、身分犯に關しては、「行為支配論」は正犯を限界づける基準たりえないことになる。「行為支配」というときに事象の現実的支配を考えている以上、純粹な誘致や単なる放置では「行為支配」が存在しないことは明らかであるといふのである。

これがロクシン一流の徹底性を示す。「行為支配」の概念の内容を実体的・明確なものとするために、この概念を「修正」して身分犯の場合にもこれを正犯性の基準とすることは断念したのである。ロクシンが「行為支配」概念を改善することに果たした寄与については、後に改めて評価することになるが、ここにはその基本的態度が明瞭に表われている。

⑥ 「目的のない故意ある道具」を差し向けることによる間接正犯の問題

特に窃盜の場合に問題とされる。領得の意図をもって行為する背後者が、事態を認識しつつ、客観的構成要件を自らの責任で、しかし領得意図なく充足する他人を利用してする場合である。これをRG判例は、故意ある幫助道具(Doloses Gehilfenwerkzeug)という図式⁽⁵⁴⁾によって間接正犯として基礎づけた⁽⁵⁵⁾。すなわち、正犯者故意と内心的構成要件全部を有する者が、正犯者故意を有さないが外的構成要件メルクマル全部を満たす者を協定によって道具として働かせる場合は、背後者が間接正犯となるというのである。しかし、ロクシンの「行為支配論」では、この場合には間接正犯は問題にならない。というのは、答責的行為者の行動を誘致することは、単に教唆的性格であるにすぎないからである。背後者の支配が基礎づけられないのは、領得意図が内面的事実であって外面的能力を与えないのと同様である。

身分犯のときと同様、この場合に事象に対する支配を背後者に帰することはできない。ロクシンは、正犯に対して一定の身分を要求する犯罪については、別の正犯原理を立てることによって間接正犯の図式を構成したのであるが、「目的のない故意ある道具」の場合には、内心上の事実に関する、超過的内心傾向といわれるものを特別の正犯基準とすることはしないのである。ここにも、ロクシンの姿勢を見ることができる。

このような場合については、1奪取した客体を本来答責的な背後者に交付することが、相応した処分権限の表現

(刑法二四二条にいう)⁽⁵⁶⁾であるとき、自己領得によって十分であると考へるならば、実行者が正犯であり、背後者は教唆犯ということになる。この場合には、「行為支配」という基準が完全に正犯・共犯の区別を律する。2しかし、自分で使用するのではなく自分が奪取した物をさらに交付することは領得にはあたらないとするならば、窃盜の処罰はそもそも問題とならない。すなわち背後者が横領の正犯であり、奪取者は、この犯罪行為の幫助犯であることになる。

1、2のどちらを選ぶかは領得概念の解釈によるので共犯論の範囲外である。しかし、明らかなのは、自ら奪取する者を窃盜の正犯として、誘致者とその教唆者として処罰するということが、刑事政策的に、また正犯論の基本からして、実体的に正当な解釈であるということである。⁽⁵⁷⁾

ロクシンの間接正犯に関する考察は綿密であり、「開かれた概念としての『行為支配』の本領を發揮している。ここでは、その詳細を検討することはできないし、もれなくその説くところを述べることもすらもできないが、⁽⁵⁸⁾以上の素描によっても、その思考の基本的性格と構造とが十分に明らかになったことと思う。そして、「行為支配論」を採用するか否かにかかわらず、正犯の基本的性格を反省するための重要な示唆を提供しているように思われる。

(四) 共同正犯

一 ドイツ刑法二五条の第二項に規定されているところでは、共同正犯とは「犯罪行為の共同的遂行」(gemeinschafliche Begehung der Tat)である。我が刑法典には「二人以上共同して犯罪を実行したる者は皆正犯とす」という規定(六〇条)があるわけであるが、ドイツ刑法の旧総則規定では、〈Begehung〉ではなく〈Ausführung〉⁽⁵⁹⁾という文言が用いられていた。これまで述べてきたところからもうかがわれるかもしれないが、〈Ausführung〉(実行)

という文言は自手的な遂行を暗示するところがある。ロクシンは〈Begleitung〉(遂行)の方が、正犯の三形態の上位にある広義の概念であると特徴づけている。⁽⁶⁰⁾しかし注意すべきは、文言の如何にかかわらず、共同正犯の場合には、「実行」〈Ausführung〉といったところで単独正犯と同様の内実を備えたものとして解釈することはできないということである。なぜなら、共同正犯の場合には単独正犯の場合のように全ての構成要件メルクマールを実現する、すなわち「構成要件的行為」「実行行為」を全部行なうことは必要でないからである。しかも、この共同の犯罪行為に關与する者は相互に意思的連絡を有することも前提となる。したがって、もとより、共同正犯の法的構造には「行為支配論」的なものがあるのである。

「(ドイツ刑法典にいう) 犯罪行為を共同的に遂行する、ということとは、広く現れるところの支配犯の領域においては共同的に行為支配を行使するということを意味する。共同的行為支配が存するかどうかを判断するための基準は、実行段階における分業的共働 (arbeitsteilige Zusammenwirken im Ausfühungsstadium) である。このためには各共同正犯者は、構成要件を実現するに際して、犯罪計画 (意図されたところ) の成就にとって本質的であるような機能 (Funktion) を行使しなければならぬ。そこで、直接正犯の行為の支配、および間接正犯の意思の支配に対して、共同正犯の〈機能的行為支配 (funktionelle Tatherrschaft)〉を論じることができる。⁽⁶¹⁾」

これが共同正犯に関するロクシンの「行為支配」概念である。「機能的行為支配」という文言は一見すると何を意味するか不明確であるが、ロクシンはもともと、直接正犯における「行為支配」も間接正犯における「行為支配」も、それぞれ「行為の支配」「意思の支配」という、一種のスローガンの表現として提示しているのであるから、「機能的行為支配」というのもその実質的内容はさらに「実行段階における分業的共同」等々として述べられている。つまり、犯罪の実現にとって本質的な機能を果たすことが正犯の基準であるという意味において「機能的」なのである。⁽⁶²⁾

誤解はここでも生じうる。それは、「機能的行為支配」というのは関与者の相互的支配関係のことであろうという理解である。しかし、「機能的行為支配」の根本的性格はそこにあるのではない。

「共同正犯の行為支配は、その犯行分担 (Tatanteil) によって同時に全事象を支配しているということに基くのである。考え方としては、関与者の個々の者が離脱 (Ausfall) すると他の者にとっても計画の失敗につながるということがある⁽⁶³⁾。もちろん、この際に適及的な因果の考察を志向してはならない。たとえば、犯行に際して見張りをした者が間接正犯とみなされうるかどうかということが問題になっている場合、犯罪行為が具体的な事件において見張りを立てることがなくても成就されたかどうかということに関して、後からなされた証明を受け入れることは誤りである。むしろ決定的なのは、計画を立てることから見張りが実体的に重要な機能を行使し、彼が『機能すること』(„Funktionieren“) に依存することが場合によってあるかどうかということこれだけである。これは通常は肯定されるので『見張り』は共同正犯である。もし彼の共犯者が、彼を、計画を立てるところから必要とはしなかつた二次的な地位に押しやっていたときは別である⁽⁶⁴⁾。」

ロクシンはこのように計画段階から不可欠のものとして重要視されている場合には「見張り」をも共同正犯として扱うことを認めている。「機能」という概念には未だ不明確なところがあったが、ここにはロクシンがかなり広い意味で「機能」を理解していることがみてとれる。もちろん、「見張り」そのものの性格や役割にも多様なものがあるのだが、「事実的寄与 (Tatbeitrag)」の内容にも関連して問題のあるところである。というのは、「実行行為」という概念を純粋な形のままに解しておきながら、一方で「事実的寄与」の内容がかなり広範にわたるものとなった場合には、「実行行為」概念が曖昧化するのと同様、こんどは「事実的寄与」の概念が曖昧化する、という弊害が生じるからである。既にたびたび指摘したような、ロクシンの「行為支配」概念の明確化の努力とは裏腹に、こんどは「機

能的行為支配」の方が曖昧化するおそれが出てくると思われるからである。

ところで、「全事象」に対する支配ということは、「行為支配」の図式から言うとき次のようなものである。すなわち、各共同正犯者は、なるほど彼自身の犯行分担に対する「行為支配」を有する。この限りに於いて共同正犯者は直接正犯と同様の「行為の支配」を有するのである。しかし、「機能的行為支配」というのは、その支配が、同時に「全事象」の支配となっていることを意味している。⁽⁶⁵⁾したがって、「機能的行為支配」は「行為の支配」を並行的に含むものである。

ロクシンによれば、「共同正犯が行為の支配と意思の支配とに法的効果において等置されるべきであるか否かは立法者の価値決定の問題であるから、刑法二五条二項は全く構成的な (konstitutiv) 意義をもつものである。しかし、それによって機能的行為支配が、個人を単なる『部分支配』(Teilherrschaft) を超えて全犯行の共同支配者とするのである」と、この概念が刑法二五条二項に含まれるべき場合を全て包括するということは何ら変更を受けない⁽⁶⁶⁾のである。新しい共同正犯規定が登場する以前に、共同正犯の本質を機能的行為支配として定立していたロクシンではあるが、ヴェルツェルのように端的な正犯概念に包摂されない「三分法」の色彩が、ここにも表われている。⁽⁶⁷⁾

二 ロクシンが「機能的行為支配」として明確性を担保しようとしているのは、ガラスの議論においても既に見られた「実質的・評価的考察」のことであるといえるであろう。しかしガラスの場合には、既にわたくしが指摘したように、その「評価」の基準について満足することのできる説明がなされていない。ロクシンの議論はそれをいささか明確にしえていると思われるし、判断の手續を暗示してもいる。というのは、ある関与者の寄与を取り去ってしまうと犯行の計画に重大な変更を来たかどうかというような、考え方の道筋が示されているからである。

しかしまた、共同正犯を直接正犯と間接正犯と同等の正犯形式として定立することは立法者の価値判断の結果で

あるとしている点では、上で見た「行為支配論」の展開過程に比べると大きな違いがある。すなわち、ヴェルツェル以来、マウラッハやガラスの「行為支配論」が、正犯の三形態がいずれも〈本来の〉正犯であって（その本来の正犯性を理論的に基礎づけているのが「行為支配」である）、いわば立法者の判断に先立ってその判断を拘束するものであるかの如く考えられているのであったが、ロクシンは、先に述べたように「行為支配」を正犯概念の指導原理にまつりあげて、正犯を統一的に説明することに關しては後退しているのである。誰を犯罪行為の「中心人物」とするかというような問題は、「行為支配論」から直接には出て来ないことになったのである。このような考え方はひとつの見識ではあろう。しかし、「行為支配論」にとって妥当な道であるかどうかは疑問である。

ロクシンの「行為支配論」の特徴である議論は、「身分犯における共同正犯は、共同的な刑法外の特別義務の共同的侵害において成立し、共働者によってなされた事実的寄与のその他の性質には関わらない」というものである。身分犯においては義務違反に正犯性の決定的根拠を置くロクシンの正犯概念によれば、共同正犯の場合にもこのような結論になることは当然である。義務に違反する限り、不作为によって作為の共同正犯に寄与することもありうる。不作為において「行為支配」を論じることができないことはロクシンが間接正犯に關連して「目的のない故意ある道具」などについては「支配」を嚴格に解することを一貫しているところからも明らかなことである。しかし、身分犯の共同正犯においては、その正犯性を決定しているのが「行為支配」ではなく「特別義務」であるから、作為の正犯に対して不作為の寄与によって共同正犯となることが可能になるのである。

自手犯においても、直接正犯・間接正犯において論じられたところが妥当する。すなわち、自手犯においては、本来の性格として自手的に行なわれないという部分を有する共同正犯が成立することはありえない。しかし、逆に共同正犯が成立するはずの犯罪が自手的に行なわれる場合には、共同正犯が成立するかどうかという以前に直接正犯が

成立するので、實際上、自手犯における共同正犯という形態は重要性をもたない。⁽⁷¹⁾ ここにも「行為支配」の概念の純化の姿勢が表われている。

ロクシンは、再び、「正犯性は構成要件に関係しているので、部分的共同正犯も存在する。それは、ひとつの構成要件に関しては共同正犯が成立するが、他の構成要件に関しては共同正犯が成立しないという形である。たとえば、AとBとが住居侵入の共同正犯となるのであるが、Aは、それに続いて家の中で遂行される犯罪（たとえば侵入窃盗(Einbruchdiebstahl)）に際しては幫助にとどまるという場合である」と述べる。⁽⁷²⁾ あくまで、「行為支配論」が構成要件に関係した概念として、したがって限縮的正犯概念を基盤として構成されていることがここでも明確に表われている。

一方が継続的に行為して共同的犯罪行為を実現し、他方は独立した行為でその犯罪行為を実現する場合も共同正犯が成立し、異なった動機による行為でも共同正犯が成立する。また、二つの行為からなる構成要件においては、それぞれの行為を担当することによってひとつの犯罪行為を実現することもできる。これらは我が国でも通説的な理解であるが、⁽⁷³⁾ ロクシンの「行為支配論」によっても当然に認められている。

責任のない行為者との共同正犯というものも認められる。責任のない行為者との関係では間接正犯のみが考えられるのであるが、責任のある者の事実的寄与に関しては共同正犯を妨げられない。「たとえば、ある者が精神障害者と共に謀殺を遂行するときに、その者が被害者を押えつけて、責任能力のない者が刺殺するという形でこれを遂行した場合、刺すことは答責的行為者の間接正犯性を基礎づけ、押えつけることは答責的行為者の共同正犯性を基礎づけることになる。」⁽⁷⁴⁾ ここで、間接正犯も共同正犯も構成要件論上の問題であるから、責任の有無は共同正犯の成立を妨げない。したがって、上の例では、責任のある者に対しては間接正犯と共同正犯とがいわば重疊的に認められ、結局は

謀殺の正犯であるということになる。ここでは、一般に共同正犯における相補的事実的寄与のあり方を、直接に支配との関係で述べていることにも注意すべきであろう。

三 さて、共同正犯の実体的条件に関しては、ロクシンによれば、まず共同正犯の主観的条件として共同的犯行計画ないし犯行決意⁽⁷⁵⁾という基準が挙げられる。もちろん、「行為支配論」はこれらを主観的共犯論の考え方で理解するのではない。

「機能的行為支配を基礎づける分業的共働は、各個人の寄与の『機能』がそこから初めて生じてくるような、侵害の全計画 (vergräufender Gesamtplan) を必要とするからである。もちろん、個々の共同正犯者が実行に際して他の者(たち)と一致して、計画にいわれているように行為し、それによって「当該計画を」共同のものとするにとで足りる。計画の成立時に共働する必要はない。また協調 (Einigkeit) は、共同正犯は事前の共謀 (vorherige Verabredung) を要しない⁽⁷⁵⁾ということを超えて存立する。暗黙の、可罰的行為を行なうことに先行する協調すらも必要ではない。犯行の最中に初めて成立した意思疎通であつてもよい⁽⁷⁵⁾。」

これらの規定には問題はないであろう。ただし、共同正犯に関しても、共犯の過剰であるとか、結果的加重犯であるとか、または共同正犯における錯誤の取扱など、問題となるべき場合が多く、ロクシンも注釈では論じているところであるが、それは別に論じるに足る大問題であるからここでは深入りしない⁽⁷⁶⁾。

第二に、共同正犯における実体的条件として、客観的基準としての、共同的犯行実行 (gemeinsame Tausführung) が挙げられている。ここで問題になるのは、

① 予備段階における共働である。

「正犯性は構成要件実現にはかならないから、共同正犯性もまた、構成要件行為の実現に際しての、すなわち実

行そのものに際しての共同支配 (Mitherrschaft) でしかありえない。予備に際してのみ共働する者は、影響を及ぼすことはできるかもしれないが、支配することはできない。⁽²⁷⁾

どんなに重要な働きをし、『鍵となる人物』とみられるような者であっても、自由にかつ答責的に行為する実行者には従属するというほかはない。「行為支配論」の面目躍如という場面である。これは「行為支配論」の非常に明快なところである。「支配」という観念を提出することによって、予備段階における共働がそれだけでは犯罪行為の「支配」とはならないことが明瞭に理論的に基礎づけられる。

実行段階における分業的共働だけが共同正犯性を基礎づけることができる。これは事実的寄与が同時になされることが不可欠であるという意味ではない。「実行段階」には、実行の着手から犯罪行為の実質的終了までのあらゆる時刻が含まれる。

また、ロクシンによれば、共同正犯者が犯行現場に現在することも必ずしも必要ではない。主謀者が、電話・無線通信・連絡係などを使って、実行者に指示を与えてこれを指揮し、組織していく場合にも共同正犯となる場合がある。このように考えた場合、いわゆる「首領 (Bandencheit)」の事例が解決される。これは、外形的には共働を欠いているにもかかわらず共同正犯性を認めうるかどうかという問題である。こうした場合が、「組織の支配 (Organisationsherrschaft)」という条件を満たすとき、あるいは刑法三五条にいう「従属者 (die Untergebenen)」を手の中にもつときには間接正犯となりうる。犯罪行為の完遂を指導したり意図したりするときは共同正犯ともなりうる。つまりは、一般的な共同正犯の基準に従って解決されることになる。⁽²⁸⁾

実行段階における事実的寄与の重要性という問題についてロクシンはこう論じている。

「実行段階における事実的寄与がなされた場合であったとしても、その事実的寄与が『本質的』 („wesentlich“)

であるとき、すなわち分業的実行の枠内において重要な機能をもつべきであるときにのみ、共同正犯性が基礎づけられる⁽²⁹⁾。」

これはロクシンの「機能的行為支配」の基本的定義から当然の帰結である。ドイツ判例の理論との対立関係でいえば、行為者に「正犯者意思」が欠けていても、事実的寄与が「本質的」であれば正犯（共同正犯）となりうるということである。ただし、この実行段階における事実的寄与が共同正犯性を基礎づけるために十分であるかどうかという問題は、具体的事象経過の事情全てを考慮に入れてのみ、解決することができる。

まだ論じられるべき問題は残っているように、ロクシンの「行為支配論」の基本的思考については、以上の簡単な概観によっても十分明らかになったことと思う。その根本にあるのは、「行為支配」の内容を明確に規定し記述しようという一貫した態度である。それが成功しているかどうかについては、わたくし自身が若干のコメントを付け加えておいたところでもあり、また、ドイツの刑法学においても未だ議論のあるところである。しかし、ロクシンのこのような「行為支配」概念の明確化という姿勢は「行為支配論」の発展にとって大きな意義を有していたし、これからも重要なものであることは、「行為支配論」に対する不明確性を指摘する批判を見ても（ロクシンの議論に対してさえも同様なのだから）、ますます強調されなければならないというべきである。

第二節 批判と他の方向——統一的な正犯理論の構築の観点から——

一 ロクシンの「行為支配論」の批判

(一) 「三分法」の功罪。正犯の(直接正犯・間接正犯・共同正犯)という形態をそれぞれ別の形の「行為支配」によって基礎づけるといふロクシンの方法は、一方では諸正犯形式の詳細な分析の契機となったものといえる。

われわれは、ロクシンの議論に沿い、特に新ドイツ刑法総則の規定に基いて、間接正犯の場合を責任能力との関係で分析的に考察する契機を与えられた。間接正犯の理論は、以前から困難な問題として繰り返し論じられているのであるが、ロクシンも、統一的な説明を断念して「開かれた行為支配概念」としての「意思の支配」に甘んじたのである、最終的に満足のいく結論を提出しているとはいえないように思われる。それにもかかわらず、とにかく、こうして間接正犯を詳細に分類し、記述していく過程で、間接正犯の本質についての洞察を与える何らかの示唆を得ることができたのではないか。すなわち、間接正犯においては特に、「行為支配」という考え方がきわめてよく妥当するということである。もとより「行為支配」の内容についてさまざまな問題が残っていること、「行為支配」だけで全て解決するものではないからこそロクシンが「行為支配」の現象形態を個別に記述したのであるという弱点はあるものの、けれども、統一的原理からひとつの実体的基準を立てるためには、実質的・評価的判断の「指導原理」としての「行為支配」という考え方が非常に有力であると、すくなくともわたくしには思われるのである。われわれが間接正犯を正犯として扱う、そのごく常識的・自然な確信は、実は、われわれが暗黙のうちに「行為支配」的思考を行なっていることを、逆に証明しているように思われるのである。⁽⁸⁰⁾

「実質客観説」が、限縮的正犯概念を採用する「形式的客観説」を実質的考慮によっていわば「修正」するものであるとするならば、その実質化を標語的に言い表わしたものが「行為支配論」である。そのことを従前の「行為支配論者」にもまして明確に物語っているのがロクシンの議論である。そう言っておいて、しかし、その内容を実体あらしめるために、「行為支配」で基礎づけることができないものについては惜し気もなくその適用範囲を狭めたのであった。そのいきさつについては前節において概略を見た通りである。

しかしながら、そのような「行為支配」概念の「純化」あるいは「明確化」にもなつて、反対にロクシンの「行為支配論」が「行為支配」概念そのものを内容空虚にする結果になつていないかということが再考されなければならない。というのは、当初から、したがって従前の「行為支配論」論者もそれを前提としてきたし、さらにわたくしも繰り返して述べているところの、〈統一的正犯理論の構築〉という要請からすればロクシンは大義名分の方を犠牲にしていることになるのであり、正犯理論としての「行為支配論」にとっては後退であるというほかはないからである。わたくしはもちろん、ロクシンの労作によって「行為支配」の内容が非常に明確に規定され、「行為支配論」全般にとっての重要な理論的發展をもたらしたことを否定するものではない。しかし、ロクシンに続くものに対しては、ロクシンの議論を土台として、こんどは統一的な正犯理論として、この明確な「行為支配」概念を再構成することが要請されているはずであると思う。学史的な認識からもういふべきであると思うのである。

つまり、いわば、正犯を統一的に基礎づけることができない「行為支配論」では正犯理論として内容が希薄である、という非難を避けることが難しいからである。なぜ「行為支配」というような必然的に内容が曖昧になる概念を用いる必要があるのか、「行為支配論」の優越性はどこにあるのかという問いである。⁽⁸⁾「行為支配」が、単に(何らかの規定を受けた客観的能作 (Leistung) としての)「事実的寄与」で置き換えられるようなものであるとするならば、「事

実的寄与」を「実行行為」として構成した場合の、たとえばガラスの「行為支配論」や、その他我が国における通説的な「実質客観説」と異ならないはずである。もちろん、そもそも異ならないのであるという言い方もあるだろうが、それでは、「行為支配論」が、例の「実行行為」概念を形式的・機械的な解釈にとどめて、曖昧になることを警戒してきた意味が、正犯論において十分に生かされていないことになる。 「行為支配論」が批判の対象としたはずの「実質的客観説」に対するのと同じ批判が、「行為支配論」に対する批判として成立することになるからである。

というわけで、端的に言って、ロクシンの「行為支配論」が正犯形態の「三分法」を採用したことには功罪相半ばするところがある。すなわち、その綿密な検討によって「行為支配論」の内容は豊かに明確になったが、当初に立てられた「指導原理」という位置は、統一的な正犯概念を求める「行為支配」にとって致命的であるといえないことはない。もちろん、内容的にも、ロクシンの理論には問題がないわけではないが、わたくしはここで「行為支配論」の基本的構造を論じるにあたって、ロクシンの方法そのものにも疑問を呈しておきたい。

(二) 間接正犯論について。ロクシンが、おそらく一番苦心した結果として一番成果も大きかった半面、問題も大きいのが、やはり間接正犯に関する議論である。間接正犯は、ドイツ刑法総則ではこんど明文の規定が加えられ実定法上の基礎を得ることになったのであるが、解釈論としてはほとんど従来に比して明確になってはいない。すなわち、「他人を通じて犯罪行為を遂行する」ということが何を意味するかは、あいかわらず明確ではないからである。ロクシンは、ここに三つの「意思の支配」の図式を提示する。いわく「強制」・「錯誤」・「組織」である。典型的な間接正犯の事例として論じられてきた未成年者・精神障害者を利用する形態もこれらの類型に解消されるものとされる。そして、身分犯については、「行為支配」が正犯理論として妥当しない類型として「行為支配」の枠外においやられ、「目的のない故意ある道具」を利用する場合は間接正犯の場合ではないとされる。

問題は、①このように、間接正犯を三つの図式で基礎づけることが妥当であるか、②身分犯には「行為支配」が妥当でないという考え方は妥当か、③「目的のない故意ある道具」・「故意ある幫助道具」を利用する場合の解決は適当か、④「正犯の背後の正犯」を認めることができるか、といったことである。

ロクシンとの対決はそれだけで重大な問題関心であるからここで詳細に検討することはできないが、ロクシンにおいては実質的には「強制」と「錯誤」とに限られる、間接正犯の基本的図式については、わたくしもこれはとりあえずは正当であろうと思う。むしろ、「強制」の場合に「答責原理」(Verantwortlichkeitsprinzip)を導きの糸とする点が重要である。「強制」下で行なわれる行為は責任の問題として扱われている。期待可能性がない、責任がないので、背後の者が「支配」を有するという議論になっている。しかし、正犯・共犯論はあくまで構成要件論の一部であった。正犯・共犯を限界づける際に、責任に関する原理を持ち出すことがはたして妥当であるかどうか疑問がないとはいえない。⁽⁸²⁾我が国において、緊急避難を違法性阻却の問題とするか責任阻却の問題とするかは議論があるが、もし、責任阻却の問題であるとするならば同様の問題が生じてくる。

「強制」というものが類型的に捉えられうるものであるとすると、これを違法でないということが妥当である。特に、侵害者の緊急状態にある法益と被侵害者の法益との均衡を要するのであるから、これは責任の問題というよりは違法性の問題である。そこで、「強制」状態で行なわれた行為は、「強制」状態からの「避難」という意味合いの内容を有する行為者の認識がある限り、これを違法性阻却の場合として考えることが妥当である。したがって、間接正犯における「強制」の類型は、「答責原理」ではなく、「違法性が阻却される実行者」を利用する場合であるといえるべきであろう。ただし、注意しておかなければならないのは、ロクシンが「答責原理」ということで意味しているのは、「責任」そのものではなく「責任を問いうる犯罪成立条件一般」をも包含する「答責性」であるから、ロクシン自身

が構成要件の問題である正犯・共犯論Ⅱ「行為支配論」に責任問題を持ち込んだという批判はあたらないうと
いうことである。「責任原理」ではなく「答責原理」という訳語を採用したのも、そのような事情を考慮したため
である。しかし、それでも、ロクシンが間接正犯の成立を考えていく過程においては、「責任が負わせられない者に対
して正犯性を認めることはできないから背後の者が正犯となる」という形の議論がなされていないともいえない。わ
れわれはこの点に十分の注意を払わなければならない。

②身分犯については、単独正犯においても同様に、「行為支配」が正犯性を基礎づけるのではないということにな
る。しかしこれもまた、そこまでいうことができるかは疑問である。身分犯の正犯となるためには行為者が当該の身
分を有することはもちろん必須の条件であるが、身分さえ有するならばそれで足りるというのではなく、身分者が
身分犯の構成要件実現を「支配」していなければならないはずである。身分を有するということが決定的なのではな
く、身分者が「行為支配」を有するということが決定的なのではないか。それならば、「行為支配」は全ての正
犯形式に共通する正犯理論であることをあきらめる必要はない。ただ「それだけでは足りないところの正犯メルクマ
ール」⁽⁸³⁾であったのである。

③「目的のない故意ある道具」という類型においては、背後の者が当該の犯罪行為事実を「支配」していないこと
は明らかであるから、個人的正犯メルクマールである「目的」を有しない者の行為を「目的」を有する背後者の「支
配」に従属させることはできない。したがって、「行為支配論」をとる限り、この事例が間接正犯ではないとする結
論は当然である。

④「正犯の背後の正犯」という図式の存在は、端的に認められるであろう。正犯が構成要件該当性の領域の問題で
あるとすれば、処罰されない(＝違法性がない・責任がない)正犯という概念は何らの矛盾でもないのだから、理論

的には問題がない。さらに、「行為支配」に重疊的な形式を認める限り、正犯が重疊的に成立することも当然であることになり、同一の犯罪行為に対して複数の正犯を考えることもできることになる。直接正犯と共同正犯との総合という考え方は、責任無能力者との共同正犯という場合を説明する基礎ともなっている。

(三) 共同正犯論について。ロクシンの共同正犯論Ⅱ「機能的行為支配」というものも特徴的な議論である。この概念から生じがちな誤解については既にロクシンの「行為支配論」の概観に際して指摘しておいた。⁽⁸⁴⁾ ロクシンの議論は、共同正犯論の本質をよくついたものであって、わたくしも基本的に賛成する。そのような点でロクシンを批判することは的はずれである。

しかし、「機能的行為支配」ということの内容と具体的な結論には疑問点がある。すなわち、「『実行段階における』分業的共働」によって、構成要件の実現に際して不可欠の本質的機能を果たすことが、「機能的行為支配」の定義なのであるが、このうち、①共犯に「実行」があるのか。なければ共犯に共同正犯は考えられないはずであるし、②「見張り」が、通常不可欠の機能を果たすので共同正犯であるという結論が妥当であるかという問題があり、③犯罪行為の現場に現在することが必ずしも必要でないということについての疑問、これらがそれである。

ロクシンは、共犯形式においても共同正犯が考えられるというのであるが、「実行段階」という「実行」が「実行行為」を意味しているというのならば、共犯にも実行行為が存在するということが前提でなければならぬ。これは若干問題があるが、「修正された構成要件」という考え方を通説としている我が国の共犯論からは、原則として納得できる結論であろう。予備については「実行」の観念がさらに問題となるが、これについては後に私見として述べることにする。

「見張り」が犯行にとって不可欠の重要な役割を担うことは十分に考えられる。したがって、ロクシンの言うよう

に、「見張り」だからといって共同正犯とならないというわけではない。しかし、特に我が国では共同正犯の成立範囲については常に共謀共同正犯との関連でものを考える必要がある。「見張り」は、共謀共同正犯に含まれることが一般であるとしても、そのなすところの事実的寄与の内容としては「構成要件行為」とはみなされえないし、客観的行為として「構成要件行為」と同等ないし類型的同一性があるともいえない。したがって、不可欠の本質的機能という漠然とした物言いによって、通例は「見張り」は共同正犯であることに、いささかの躊躇を覚えないわけにはいかない。

さらに、上の問題にも関連するが、私見によれば、「事実的寄与」の内容が犯行現場に現在することを不可欠の条件とはしていないということも問題である。「事実的寄与」ということの中には、客観的・主観的要素を総合した行為という意味が含まれている。すなわち、実行段階において客観的にも寄与をなしていることが条件であるはずなのである。計画段階からいかに重要で本質的な寄与をなしてきたとしても、犯行現場で何らかの客観的寄与をなしていない場合には、実行段階における「事実的寄与」とはいえず、精神的・無形的な寄与にとどまるというべきであろう。したがって、それらを共同正犯とすることは妥当でないというべきであろう。もちろん共同正犯は単なる直接正犯ではないということ、だからこそ「行為の支配」ではなく「機能的行為支配」という別の原理をその正犯性の基準としたのだということは十分納得できる。しかし、直接正犯における正犯性を出発点として共同正犯の「行為支配」概念を画することを考えると、「事実的寄与」というものは「構成要件行為」ではないにしても、直接的・現実的にかつまた主観的・客観的に、犯罪行為の遂行にとって本質的な寄与をなすことである必要があると思う。

以上、駆け足の批判的検討では十分にロクシンの理論と対決したことにはならないことはもちろんである。ただ、

ロクシンが「行為支配」概念を純粹に保ち、概念の明確性を保つことに急なあまり、「行為支配論」の正犯性の統一原理たる性格を簡単に捨ててしまったように思われることは問題であるということは強調しておきたい。

二 ロクシン以後の注目すべき学説

(一) シュトラーターテンヴェルト

シュトラーターテンヴェルトは、「行為支配論」について、正しくヴェルツェル流の目的的行為論からの直接的説明を継承している。すなわち、正犯とは、他人に「その支配する意思」を認めていない限り、構成要件実現に導く事象に対する支配者のことであるとみられる。他方、幫助者は、正犯に「犯行が完遂されるかどうかを委ねる」ことによってそのような犯行に対する支配を行使しないものである、というヴェルツェルの思想を引用した上で、次のように述べる。

「目的的行為論からは、正犯性の特性を行為支配に求めるということはほとんど自明のことである。人間の行為を目的活動的意思によって支配され目的的に操縦された事象として記述するならば、誰が（構成要件該当の）行為を行なったことになるか、そしてしたがって正犯であるかという問いは、その事象を目的統制の力によって支配した、まさにその者を指示することになる」⁽⁸⁶⁾。

つまり、ヴェルツェルの議論について述べたのと同様シュトラーターテンヴェルトにおいても、正犯の概念は目的的行為論からの直接的・無媒介的な自明の帰結として、「行為支配」によって規定されるというのである。この点で、結論においては異ならないとはいえ、マウラッハやガラスが基本的には形式客観説を明示的に採用した上で目的的行為

論による再構成を試みていたのとは少々性格を異にしている。

「しかし、行為支配の条件についてなお全く疑問がないわけではない。確かに、主観的側面には目的的实现意思 (finaler Verwirklichungswille) としての故意が不可欠であるということは行為論の体系的関連から既に明らかである。非故意に行為する者は、故意の行為犯 (Handlungsdelikt) の正犯ではありえない。しかし、故意だけでは正犯性を基礎づけることはできない。これは行為支配を全く欠いているべき共犯者 (教唆犯・幫助犯) もまた故意に行動しなければならぬことから既に明らかである。」

「行為支配論」に対して、それは主観的要素のみを重視するとし、そこから、実現意思＝故意をもっていることを支配と同視して、共犯もまた自分の行動に支配を有していることは明らかだから「行為支配」という考え方は妥当でないという言説がなされることがあるとすれば、これは全くの誤解から出ているものであることは第一章でも指摘した。このような事情はシュトラーターヴェルトのこの議論からも非常に明瞭である。「支配」は、常に一定の構成要件該事実と結びついて考えられているのである。共犯者は自らの共犯行動に対する「支配」を有する。しかし、そこで論じられている正犯として帰せられるべき犯罪事実に対しては「支配」を有していない。

「行為支配実現につながる事象に対する支配を認めるために故意だけで足りるのは、次のような場合だけである。それは事象経過に誰も他の人物が影響を及ぼさない (作用しない) 場合、したがって、正犯による事象の統制 (Geschehenssteuerung) と他人の統制とが元来競合しない場合である。」

共犯者たちは、なるほど「共同作用」を及ぼす (何ら作用を及ぼさないのならば、そもそも共犯としての関与を論じることができないのだから)。しかし、「支配」を行使するかどうかは故意だけでは決定されないのである。そこで、シュトラーターヴェルトは、次にはこのような故意を超えた契機を説明することになる。

シュトラーターテンヴェルトの「行為支配論」がいわゆる形式客観説を明示的に採用してはいないということは次のような議論からも窺える。「行為支配ということによって答えられるのは、誰が構成要件該当の実行行為を行なうのかという問いだけである。しかし、全ての場合についてこの行為を（故意に）実現することが正犯性にとつて十分であるわけではない。」⁽⁹⁰⁾ここでは、実行行為概念自体が、当然のことながら目的的行为論の立場から構成されている。そしてそのような実行行為を行なった者を確定するために「行為支配」が考慮される。しかし、そのように構成された実行行為を実現したからといって直ちに正犯とされるわけではないのである。

「構成要件は付加的な要請を含む。まず主観的構成要件については、故意をこえた特別のメルクマールを目的(Absicht)・傾向(Tendenz)・心情(Gesinnung)と、う形で包括している場合にそれがあてはまる。」

「次に、同様のことは身分犯の場合にもあてはまる。一定の行為を遂行するだけで構成要件該当の不法が基礎づけられるのではなく、身分義務に反した実行のみがその不法を基礎づける。」⁽⁹¹⁾

「このことは身分犯という図式を認める限り基本的に自明のことである。」⁽⁹²⁾

これはヴェルツェルの説においても登場した特殊的正犯メルクマールである。シュトラーターテンヴェルトがヴェルツェルの「行為支配論」の正当の後継者であるという性格がここにも表われている。ロクシンの場合とはちがって、これらは「行為支配」とは別の正犯メルクマールであるわけではない。ただこれらの構成要件においては、犯罪事実に対する「支配」だけでは正犯とするに足りない、十分ではないのであって、それに加えてさらに、正犯者が有していなければならないという契機なのである。

また、自手犯については、「行為支配」が正犯を基礎づけられない例外の場合であるとしている。⁽⁹³⁾

このように、シュトラーターテンヴェルトの「行為支配論」はヴェルツェルの議論をかなりの程度継承しているのだ

るが、ひとつだけ注目すべき点を挙げる必要があるであろう。それは共同正犯に関する議論である。

「(ドイツ刑法二五條一項は) 共同正犯が他の正犯の形式から区別されるところの実体的特殊性を考慮している。すなわち、個々の共同正犯者は単独では構成要件を充足する事象に対する支配を有してはおらず、他の者とこれを分けあっているのである。明らかなのは、ふたりの銀行強盗のうち、一人が従業員と公衆を武器で牽制し、その間他方が金銭をかき集めるという例である。強盗の構成要件に属している活動は、一方では身体または生命に対する現在の危険をもって威嚇するということであり、他方では他人の所持する物を奪取するということである。こうした活動がここでは異なった人物によってなされており、しかも彼らのうちの一方が他方の道具とみなされることは(ない)のである。したがって、関与者のうちの誰も全体としての犯罪行為に対して支配を及ぼしてはいない。行為支配は、むしろ「集団」(kollektiv) 自体の手中にある。個々の共同正犯者はこの犯罪行為に、単に集団の構成員として関与しただけである。(その限りでは) 二五條一項は正犯責任を拡張していることになる。」⁽⁹⁵⁾

この記述を読むと、我が国においては共謀共同正犯に関する「共同意思主体説」を思い出さなわけにはいかない。シュトラテンヴェルトの認識では、「行為支配」を有しているのは「集団」である。各行為者はいわばその「集団」の機関として関与しているだけである。もちろんそれを基礎づけるのは各個人が共同してなした「共同的犯行決意」であるが、そこには、たとえばロクシンにおいて特に強調しておいたような、全体としての犯罪行為に対する各関与者の直接的な支配という考え方は異なった思考が表われているのである。もっとも、次のような議論からはシュトラテンヴェルトが「共同意思主体説」と全く同様の考え方をとっているとはいえない。

「一般的正犯概念は、もちろん共同正犯の問題においても出発点とならなければならぬ。法律は全く正当にも、共同正犯の場合には犯罪行為の共同的な(遂行) (gemeinschaftliche) Begehung (「共同要件」) を排除してい

る。ただ目下のところ未解決の疑問が残っている。すなわち、どのような条件が満たされれば、ある犯行関与者が、本来の実行に協力 (Teilnehmen) し、共同的に行使された行為支配を分担したということができるといえるのか⁽⁸⁶⁾とある。」

「基本的には、共同正犯の「成立を認める」ためには二つの要件が挙げられる。すなわち、共同的犯行決意 (86) meinsamer Tatentschluss) と共同的 (「分業的」) な行為支配の決意 (Gemeinsame („arbeitsteilige“) Verwirklichung) のこと⁽⁸⁷⁾」

共謀共同正犯が一般に問題とされたまた学説のいう実行共同正犯と対立してきたのは、共謀に参加した者が、実行行為に参加しないのにもかかわらず正犯 (共同正犯) とされる点である。しかし、よく判例に表われる「謀議を遂げた」という場合には単に謀議に参加しただけでは足りないことを示しているものといえることもできる。このような考え方を採ると共謀共同正犯論はシュトラーターテンヴェルトの共同正犯論に近くなる部分もあるが、本来の「共同意思主体説」によれば、実際に何らかの事実的寄与をなさないものであっても正犯とされるべきものである。その限りにおいてシュトラーターテンヴェルトの結論とは異なるものであるし、思考の方法としても同一視することはできない。シュトラーターテンヴェルトにあっても、共同正犯とされるためには主観的要素と客観的要素とが必要なのであって、ただ、部分的な実行 (ないし作用) が全体としての犯罪行為の責任を帰せられる (例の「一部実行—全部責任」の原理) 根拠とされるのは、共同的犯行決意に基づく共同正犯者間の「統一」 (Einheit) であるという説明がなされるのである。集団に属していることが統一性を基礎づけるにしても、各関与者は決意の実現という客観的契機によって現実の犯罪事象を支配していることが必要であるとされている。

シュトラーターテンヴェルトの「行為支配論」については、それがロクシンの場合とは異なりヴェルツェル以来の統一

的な正犯概念への方向を示すものであるところに注目すべきであろう。この場合、その統一の基礎をなす理論が目的的行為論に求められていることは、目的的行為論自体に批判的な論者にとってはおもとよりとるに足りない根拠であるという批判が妥当するように思われるかもしれない。しかし、基本的には目的的行為論と同様の構造を主張することは決して少なくない⁽⁹⁹⁾のであり、目的性という明確な概念を採用するかどうかは別としても、社会的に有為な人間の行為の構造を主観的・客観的要素からなる統一体として理解することの妥当性は十分に認められると思う⁽¹⁰⁰⁾。

(二) ゲッセル

ゲッセルは、マウラッハの刑法教科書の改訂に際してマウラッハの「行為支配論」を再構成し、明快な注目すべき「行為支配論」を提示することとなった⁽¹⁰¹⁾。それは、構成要件を主観的構成要件と客観的構成要件とに分けて考える有力な思考方法を「行為支配論」にも対応させて採用したものである。このような考え方によって以前にもまして明確に、「行為支配」概念が主観的契機と客観的契機とを総合的・統一的に構成したものであるという点の、理論的基礎を与えられたといつてよいと思われる。マウラッハのいう「評価的考察」を、単に漠然とした規範的考察ではなく、構成要件に結びついた実質的なものとするための道を示したということもできよう。そこで、マウラッハの「行為支配論」との比較を念頭において、以下に簡単にゲッセルの説くところを検討し、ロクシン以後の「行為支配論」の展開の一端をみることにしたい。

ゲッセルは、マウラッハにならって「実質客観説」(つまり「目的客観説」ないし「行為支配論」)を採用する。この「実質客観説」は形式客観説に比べて次のように特徴づけることができるとしている。まず、両説に共通しているのは、共同正犯と(狭義の)共犯とを区別する際に正犯意思のみによることを否定し、客観的事象としての複数人

の力の現実的な分配に決定的役割を与えることである。つまり実際に犯罪行為に関与している複数の人間が、その遂行にあたって客観的にみてどのような寄与を分担しているかが正犯判断の決定的メルクマールとなるのである。⁽¹⁸⁾

一方、形式客観説との相違点は、外形的な「犯罪行為遂行」(Tatbegehungen)に依拠するのではなく、より実質的な原則、すなわち正犯諸形式を統一するような原則を求めることによつてこそ、基本概念である正犯を派生概念である共犯から区別することができる、という点である。⁽¹⁹⁾ そのように考えられたメルクマールが、正犯の有すべき「目的的行為支配」である。そしてこれを欠く者が共犯である。

こうした議論は広範にわたつて形式客観説の成果に依拠している。すなわち、形式客観説によつて正犯性が客観的に肯定されるならば、それはここで主張している実質—客観的観察にもあてはまる。つまりこの見方は、狭義の、構成要件に結びついた客観的行為支配の概念を自らの中に包摂するのである。しかしまた実質的には、さらにその同じ原理がすべての故意行為の分析における共通のメルクマールに到達しうるのである。これらはそれぞれ、「形式的」構成要件に結びついた「行為支配」、「実質的」構成要件に結びついた「行為支配」の規定と呼ばれる。この「行為支配」のメルクマールは、故意に包括された構成要件該当の事象経過を手の中に収めていること、すなわち構成要件該当の事象の目的的統制ということである。したがつて、全結果を自分で意思に従つて制止したり進行させたりすることがきるような者はすべて、「行為支配」を有するということになるのである。⁽²⁰⁾

ところで、こうしたマウラッハの議論を踏まえてそれに基いてゲッセルが再構成した「行為支配論」の主眼は、「行為支配」のメルクマールは、客観的要素(外形的要素)と主観的要素(意思的要素)とから構成されるものであるという構造である。

「規範に違背する構成要件的行為を客観的並びに主観的要素から構成すれば、正犯性の問題はそれに尽きている。

行為支配は客観的正犯メルクマールであり、それとともに——その構成要件への帰属のゆえに——同時に客観的構成要件メルクマールでもある。したがってそれは主観的構成要件の客体である。そこで、客観的構成要件における客観的正犯要素には、主観的構成要件における主観的正犯要素が対応しなければならぬ。すなわち、行為支配への意思 (Wille zur Tatherrschaft) である。この、客観的行為支配とそれへの意思とが、目的的行為支配という正犯メルクマールを形づくる。⁽¹⁰⁾

この議論が、正犯概念を主観的要素と客観的要素との総合として構成する意図を明確に示すものであることに注目しておきたい。ゲッセルも、正しく、ヴェルツェル以来の現代的「行為支配論」の線上において理論を構成している。この場合、正犯メルクマールをすなわち「行為支配」メルクマールであるとして、主観的要素と客観的要素とを明瞭に分けた上で、それぞれを客観的構成要件と主観的構成要件とに対応させる、という構図であることに、ゲッセルの構成した「行為支配論」の特徴を見出すことができるであろう。⁽¹⁰⁾ゲッセルの理論も基本的にマウラッハの「行為支配論」を継承しているのでありマウラッハの客観的理解を基礎にしたものであるが、「行為支配への意思」を別に立てる点において、正犯メルクマール全体としてはずっと明晰で、バランスの中庸な理論となっていると思う。

ちなみに、ロクシンが身分犯について「行為支配」を正犯メルクマールとしていないことに関して、ゲッセルはこう述べている。すなわち、身分犯の場合には法律上に指定された犯行主体が要求されているために、「行為支配」だけをもって正犯を規定することはできないことは、ロクシンのいうとおりである。しかし、この場合であっても、「行為支配」はやはりその犯行主体に必要とされる要素であって、ただ必要条件ではあるが十分条件ではないところの正犯性メルクマールなのである。⁽¹⁰⁾

このことは、「行為支配」を正犯理論の万能薬とみなす人にとってはその価値を減ずるように思われるかもしれないな

い。しかし、正犯諸形態を通じて共通する基本的要素を求め、これによって正犯諸形態の法的評価の同等性（つまり、それらが全て「正犯」とされること）を理論的に基礎づけ——これが共同正犯や間接正犯の正犯性という問題にも寄与することは明らかであろう——、もって正犯と共犯との区別を実際的にも明確ならしめようとする立場にとっては重要である。すなわち、正犯たるべき者が等しく有すべきメルクマールとして「行為支配」の地位を確認することによって、このメルクマールによって指示される要素が、正犯という法的評価を基礎づける基本的要素であることが明らかになるのである。身分犯においては犯行主体の身分なり義務なりが基本的であり、「行為支配」とは関係がないとする立場も可能な立場であろうが、やはりこの場合にも「行為支配」の方がより基礎的な部分をなし、正犯にとつて不可欠の要素であると考えられる。もっとも、このとき「行為支配」の概念によって想起されている内容が十分に吟味されなければならないことはもちろんであるが、この思考方法が有益であることはまちがいない。

正犯の主観的メルクマールは「行為支配への意思」であった。故意は一般に「行為支配」という特殊的正犯要素を除いた、客観的構成要件要素にかかわるものである。「つまり「客観的構成要件要素にかかわる事実の認識・認容」である。」このような故意においては、「その（正犯の）本質を示す、意味設定的な、人的要件と人的以外の条件・要因との結合であるような、必然的な事象の披覆決定」は、未だ考慮されていない。「こうしたことは主観的構成要件事実に対応した要素を付加することによって初めて可能なのである。この要素は客観的構成要件のメルクマールに関係しているので、目的どおり故意の中に包含させうるのである。」⁽¹⁰⁾

ここで、ゲッセルが、主観的正犯要素をいわゆる事実的故意（Tatvorsatz）と同視しているのは、主観的正犯要素（「行為支配への意思」）を客観的的行為支配そのものに包括させるものであるが、これは、正犯と共犯とを区別することに關して、行為者の意思だけを決定的なものとする主観的共犯理論へ傾く恐れを防止するための努力からである。

(三) ルドルフイ

「行為支配論」の〈諸相〉といっても、ロクシン以後においては特に、主観的要素と客観的要素との総合的・統一の考察という基本的方向において一致したものが⁽¹⁰⁾あるが、実際にどのような基準を提示するかという点では依然として種々の見解がある。もっとも、従前の理論状況に比べれば細部における議論であるが、既に「行為支配」を構成する際の態度にかかわる、あるいは方法にかかわる問題が横たわっている場合も少なくない。ポツケルマンのフェストシュリフトに寄せられたルドルフイの論文⁽¹¹⁾においては、このようなさまざまな方向のうちでも、限縮的正犯概念―構成要件に関係をもたせた「行為支配論」の構想がみられると思うので、これについても一瞥を与えておくこととする。すなわち、ここでは結論的には「修正された形式客観説」と異ならない議論がなされていると思われるのである。

ルドルフイが原則として立てているのは、「正犯概念の構成要件関係性」である。正犯理論の出発点・基礎となるのは、法律上の構成要件、すなわち可罰的行為の記述である。したがって、「行為支配論」が説くところも、正犯とは常に法律の構成要件の実現を支配する者だけである、ということになる⁽¹²⁾。これは、「犯罪行為を自ら遂行する者」を正犯とするというドイツ刑法二五条一項の規定を、「遂行」という文言ではなく「自ら」という文言に重点を置いて「形式客観説」を言い換えたものにはかならない。ルドルフイは「行為支配」をこのようなものとして理解するのである。「行為支配」の定義に表われる「犯罪行為の成否」(das Ob der Tat)は「構成要件実現の成否」(das Ob der Tatbestand)というふうに理解されなければならない。問題の「犯罪行為」(Tat)を犯罪構成要件よりも拡大することは誤りである⁽¹³⁾。

現在の「行為支配論」においてはこの議論には反対は多くないはずである。しかし、限界的な部分についての解釈

をする場合にはこのことを確認しておくことに意義がある。そのいくつかをルドルフィがとりあげて論じている。

①共同正犯と(狭義の)共犯との区別。まず、予備段階にわたる事実的寄与の共働について「主領」(Bandenchef)事例が挙げられる。共同正犯性を承認する条件は、法律上の構成要件の実現が、複数の者によって共同的に支配されていることである。ロクシンによって的確に述べられた「機能的行為支配」は、犯行計画に従ってなされるべき事実的寄与の質によって判断されるべきである。すなわち、その事実的寄与が構成要件実現にとって不可欠の要素となっていることが必要である。「主領」は、たとえば実行に関与しなくても正犯とするヴェルツェルの考え方は妥当でなく、まさに構成要件実現にとって不可欠の要素である事実的寄与をなしたかどうかによって、扱いは異なるはずなのである。⁽¹¹⁾

②承継的共同正犯。この場合にも、後から加わった者(以下では便宜的にこれを後行者という)のなした事実的寄与が、具体的な犯行計画に従った構成要件実現を左右するものであったかどうか、判断の基準となる。構成要件実現ということは、犯行行為の実質的終了のことであるから、後行者は、共同正犯、すなわち構成要件実現の支配者ではない。形式的既遂の後の事実的寄与が共同正犯性を基礎づける作用となるのは、形式的既遂の後の行態(Vorhandlung)が、それだけでなお法律上の構成要件を実現することになる場合だけである。

後行者の帰責範囲は、判例・通説に反して、後行者が少なくとも共同支配したとみなされる部分に限られるべきである。ただし、全体が不可分の統一的不法である場合(たとえば詐欺罪)には、全体について責任を負わなければならない。⁽¹²⁾

③一方の共犯者が構成要件該当の不法結果を惹起しうるか、あるいは惹起することになっているかどうかということに、他方が依存する場合。これには例が挙げられている。AとBとが共同してMを殺す場合で、実際にはAがなした

事実的寄与によってMの死の結果が生じた場合には、結果惹起のためにA・Bの共働が必要であったとすると、事実的寄与を与えた者の各々は、その者の事実的寄与の力で「全事実の運命を握って」いた（ロクシン）ことになる。したがってBもまた共同正犯とみなされるといいうのが一般である。

しかし、ルドルフイは、共同正犯は常に、法律上の構成要件を実現する際に重疊的（*kumulativ*）な共働を前提とし、択一的（*alternativ*）な共働では足りないはずであるとして、「行為支配論」の立場からこのような場合に共同正犯の成立を認めるとすれば、それは、機能的行為支配の概念を誤解しているか、構成要件を実現する事象を超えた全事象を「行為支配」の有無の判断の手がかりとしているか、のいずれかであると批判している⁽¹⁵⁾。これもまた、「行為支配」概念を、きわめて強く、構成要件と具体的事象に結合させた見解である。

④ 数人が、共通の計画に従って、しかし各人が独立に、目的達成に必要な犯罪行為を行なったとき。たとえば、Aがひとりで盗んできたピストルを使って、B、Cがそれぞれ銀行の出納係を射殺し、それぞれ金庫の鍵を奪い、これをDに交付した上で、Dがそれを使ってひとりで金庫から金を盗む、という場合、正犯を決定する際に、ピストル盗から金銭盗に至る全事象を一つの犯罪行為（*Tat*）とみなすと、全員がこの全事象の共同正犯となる。しかし、個々別々の法律上の構成要件を実現する事象断片に分析すれば、これらに関与者全員がそれぞれ支配しているとはいえないというのである。結局、犯行関与者が、彼らによって分業的に実行された全犯行（*Gesamttat*）を共同的に支配していても、この全犯行の個々の部分行為をも全て支配しているものではないとするのである。上の例では、B・CがDひとりの金銭を領得する意図をもっていた場合には、B・Cの殺人が同時にDの犯行の目的のための暴行であると考えるのであって、したがって、ここでは現実には全体として強盗の構成要件が実現されているが、しかも、B・Cの殺人と、Dの金銭窃盗という事象が共に存在しているのである。結論的には、B・C・Dが強盗の共同正犯であ

り、二つの殺人の正犯はこの場合にもB・Cそれぞれに認められ、Dには事情によって住居侵入が成立する。ルドルフイのことは、強盜構成要件の「かすがい」は他の犯罪構成要件にとっては意味をもたないということである。⁽¹¹⁶⁾

さらに、共同正犯の犯行遂行に際して実行の着手の問題が指摘される。通説が「全行為」(„Gesamthandlung“) (すなわち全共同正犯者の事実的寄与から生じる全事象)を基準にしているのに対して、

(ア) 二、三三条によれば、可罰的であるのは正犯的構成要件実現のみであるから、未遂の構成要件的不法に与る条件である、正犯として構成要件を実現する決意と、その決意を構成要件の正犯的实现に直接着手する行為によって実現することを考えると、各共同正犯の未遂処罰には、その者が直接に、その者の行為支配を基礎づける事実的寄与を開始したことが必要であると批判する。さらに、

(イ) 共同正犯の構造と正犯概念の構成要件関係性の原則について、計画された行為が未遂段階にとどまったとすれば、この未遂の共同正犯は、行為の失敗に至る時点までに、彼の構成要件を基礎づける事実的寄与を既にもたらしたか少なくともその寄与に直接に着手した、その者だけであると指摘し、それは、その未遂行為を支配する者であるというのである。

結論として、共同正犯の場合には、決して、そのうちのひとりだけでも構成要件実現を直接に開始すればその時点で、全ての共同正犯者にとって同時に実行の着手があるということになるのではない。未遂の可罰性は、ここでもまた、むしろ、各々の共同正犯者自身が、構成要件実現(すなわちその者の正犯性を基礎づける寄与の提供)を開始したことを前提とするのである。⁽¹¹⁷⁾

共同正犯においても、各共同正犯者の個別的な事実的寄与とそれに対する個別的な支配を強調しているわけである。これは、共同決意に重点を置いているヴェルツェルやシュトラーターテンヴェルトの共同正犯論とはかなり異なった思考

方向であるというべきである。わたくしが初めに「修正された形式客観説」と特徴づけたのは、「実行行為」を自ら行なう者が正犯であるというかわりに「事実的寄与」を自ら行なう者が正犯であるという定義になるからである。もとより、「実行行為」を「事実的寄与」として再構成したとしても、ルドルフィのような徹底した個別的客観的思考方向をとることと直結するものではない。ただ、「行為支配論」にはこうしたきわめて客観的な考え方も可能なのであるということ強調しておくこともむだではないであろう。

第三節 「行為支配論」の暫定的試案

(一) 正犯・共犯の区別の方法

一 この節では、この研究の全体を通じて提出しようとする形態の「行為支配論」の内容について、第二章までで検討した諸学説の議論に基いて一定の仮説的解答を暫定的提言としてひとまず提示しておくことにする。このようにいわば結論の先取りをする理由は、これが第二部におけるドイツBGH判例の検討において導きの糸として一定の視座を形成することを期待しているからである。また、当初から、一定の方向を設定した上で、諸見解を分析するための視点が存在することも、既に気づかれたであろう。したがって、ここでは暫定的なテーゼを提出するにとどめ、いわばこれを仮説とし、第二部においてそれを論証しようという意図をもって、わたくしが抛り所とする「行為支配論」の輪郭をひとまず示すことを試みる。⁽¹⁸⁾

二 さて、第二章まで、「行為支配論」の基本的な方向性といくつかの代表的論者の具体的な主張とを見た。そこで述べたように、学説の展開と現在の水準とから考えて、我々が正犯理論としての「行為支配論」を考える場合には、

主観的要素と客観的要素とをバランスよく考慮した上で、しかもそれらを単に並行的にとらえるのではなく総合的・統一的なものとしてとらえることが必要である。しかも、正犯とすべき犯罪遂行形態（すなわち単独正犯・間接正犯・共同正犯）を漏れなく包摂し、かつそれらを統一的に基礎づけるという要請に合致することをも必要とする。ここで、どのような範囲で正犯概念を構成するかという、一種の評価的な態度決定が避けられない。既に繰り返し述べたところでもあるが、たとえば共謀共同正犯を正犯として扱うのか否か、もし正犯の概念の中にそれを含ませるとしても、どの範囲が妥当なのか、といった問題について、予め一定の価値判断がはいつてくることになり、結論が先に存在するということもできる。¹⁰⁾とはいえ、正犯概念を形成するに際して、単独正犯を基礎として正犯にとつて本質的な要素であるものを抽出して、本来的に正犯たるべき妥当性をもつ形態を包摂することに努めなければならない。

「正犯」という概念は、単独正犯については問題はない。各則の各々の構成要件において、当然その行為を自ら行なう者が正犯となることが前提とされているのであるから、その限りにおいて何ら疑問は生じない。正犯・共犯の区別に関連した問題として、単独正犯のほかに共同正犯・間接正犯が正犯として扱われるべきであるとされるのは、法律上の規定によって、または学説の展開に依じてなされたものである。¹⁰⁾共同正犯・間接正犯が「正犯」であるのか否かについては異議もあるかもしれない。しかし、我々の立場、すなわち「行為支配論」の立場に立てば、共同正犯・間接正犯が正犯であることは当然の前提であることは、これまでの議論によってわかるとおりである。これは「正犯」ということが用いられているから「正犯」であるという問題ではない。また、「行為支配論」を採ったからそういう結論になるといふものでもない。むしろ問題の本質からしてきわめて自然かつ妥当な見解であろう。いいかえれば「行為支配論」そのものが、学説がこれらを正犯に含めてきたことを踏まえているのである。共同正犯や間接正犯は、犯罪の遂行という観点からみて、社会的評価として当然単独正犯と同価値であるということは、常識的にいってもこ

く自然であるというべきである。

共同正犯・間接正犯における正犯性（すなわちここではほかならぬ「行為支配」である）を考える場合にも、このことから出発しなければならぬはずである。上にも触れたことであるが、共同正犯・間接正犯が正犯とされるのは、それらがあくまで単独正犯と法的に同価値である点にその根拠があるというべきなのであって、「行為支配」の構成にあたってはもとよりそれを忘れてはならない。ロクシンとは異なり、正犯はすべて、本来的に正犯であり、法的扱いとしてはもとより同価値であるという認識を前提にすべきだと思ふのである。

三　そこで、「行為支配」概念を構成する際の方法上の問題は、単独正犯に密着している限縮的正犯概念を共同正犯や間接正犯の関連でどこまで「拡張」することが可能であるのかということになる。ここで「拡張」という言葉を使ったが、単独正犯 $\parallel$ 限縮的正犯概念から出発するという方法を探ることによってわたくしが強調したいのはこういうことである。つまり、単独正犯の場合の限縮的正犯概念において我々がそれを「正犯」であると考える、本質的 $\parallel$ 基本的な契機は何であるかということを反省して、共同正犯や間接正犯にもそれを求めていくことが必要だということである。^(四)そして、「行為支配論」は、その本質的 $\parallel$ 基本的な契機は「行為支配」であると考えるのである。その意味では、「行為支配論」は正犯としての基準を何ら「拡張」するものではなく、むしろ、単独正犯においても、本来、それを正犯とする本質的規定性は実行行為を自ら行なうことではなくて「行為支配」であるというふうに捉え直すのである。その同じ基本的契機が間接正犯・共同正犯においても存在していることが、間接正犯・共同正犯の正犯性の根拠となるという議論である。したがって、ここでもまず限縮的正犯概念を基本的なよりどころとして採用することが前提となる。また、当然、構成要件を基礎として正犯概念を構成することになる。

ところで単独正犯の場合には、行為者は構成要件該当の行為を自らの手で行なうことによってある構成要件該当事

実を実現する。そして、単独正犯の場合にはその他の構成要件現実方法は考えられない。一方、間接正犯の場合には、直接行為者は単なる「道具」として行動し、実質的に構成要件該当事実を実現するのは背後者の方であると評価される。このことは従来から当然の了解であり、もちろん常識的にいってもごく自然である。ではなぜ、この場合には背後者が構成要件該当事実を実現したと考えることが自然なのであろうか。それを基礎づけるのが「行為支配」である。我々はある犯罪事実を実現したというときにこう考えているのではないか。その行為者が「行為支配」を有している、その犯罪行為を「支配」しているから正犯であると。すなわち、その事実を実現させることも、さしあたり中断させることも、あるいはもう止めてしまうことも、あるいはそれをどのように進行させるかも自由に左右することができる者が、あえてその事実をそのように実現したときに、その者を「犯罪事実を実現した者」、すなわち正犯として評価するのではないか。そうだとすれば、このとき、そのような事実の統制・決定の可能性を有することを「行為支配」を有するものであると定義することができるであらう。

(二) 「行為支配」概念の構成

一 以上の考察に基いて「行為支配」の概念を具体的に構成するなら、およそ次のような内容をもつものとなるであらう。すなわち、

① 犯罪行為についての「故意」を有すること。わたくしは、過失犯の領域においても「行為支配論」が正犯理論として基本的に妥当すると考えているが、これについては別に論じる機会を得たい。ここで「故意」を行為支配の要素として挙げた意図は、犯罪行為を②の意味において「支配」する「意思」を有すること、いわば「行為支配への意思」を要素とすることである。したがって、共同正犯の場合にはいわゆる「意思の連絡」を含む。ただしこの言い方は誤

解を招きやすい。注意すべきは、この「意思」は、②の客観的条件を前提として、それに対応するものとして意味をもつのであり、したがって、これはあくまで構成要件該当事実の認識・認容としての事実的故意と重なるものであり、主観説のように「意思」に本質的な重要性を認めて、客観的要件が存在しないときにも主観的要件が存在することをもって正犯性を確定するものではないということである。

②その犯罪行為を進行させ、またはその経過の態様を左右することができる「客観的可能性」⁽¹²⁾を有すること。これは、構成要件における客観的要素に対応するものである。「行為支配」の枠組の中で位置づけると、事実ないし客観的事態としての「行為支配」を意味する。しかしこの客観的側面だけでは一種の可能的・潜在的「行為支配」であるにとどまり、現実の「支配」とはいえない。初めからの前提どおり「行為支配」は意思的側面と統一的に理解されなければならぬのである。

二 これらは正犯諸形態に共通の定式として立てたものであるが、さらに、共同正犯・間接正犯においてはそれぞれの特性に応じて、具体的には特別の表現形態をとることになる。これはロクシンの方法と類似するようであるが、ロクシンの場合には、「指導原理」としての「行為支配」はほとんど無内容で、実質的内容は各正犯形態ごとの規定をまって始めて明確になる、「開かれた概念」⁽¹³⁾であったのに対して、ここでは、抽象的・一般的ではあるが実質的な「行為支配」の定義を示した上で、それぞれの犯行遂行形態に適用するに際してその表現形式をより具体的に記述するという図式を考えているのである。

間接正犯の場合の表現形態は、背後者が直接行為者に優越しているために、背後者の方が犯罪事実を左右することができる状態にあり、しかも「支配意思」も背後者の方にあるとみなされる場合の「行為支配」⁽¹⁴⁾である。「優越」の根拠にはいくつかの類型を設定することができる。しかし、いずれにしても何らかの形で「客観的にみて」犯罪の経

過を左右することのできる事情が認められなければならない。これが従来の学説に基いた「実質客観説」にほかならないことは見やすいであろう。しかし、「実質客観説」を「行為支配論」として主張することは、単独正犯の場合と同じ正犯規定がそのまま妥当するという点において、従来の定式化に比べて正犯の本質に合致するものであり、統一的な根拠を示した上で正犯を基礎づけるといふ目標に近づくものである⁽¹⁸⁾と思う。

共同正犯の場合にはいわゆる「共同的行為支配」という形になる。「共同的行為支配」というのは、ロクシンのいう「機能的行為支配」と同様に考えられている。「行為支配」は関与者の各々に帰属し、各々が個別に正犯としての責任を認定され、それに応じた刑罰を課されることになるのであるが、ひとつの犯罪行為の支配を分析すると、そこに複数の関与者の「行為支配」がいわば共同的に認められる。関与者は、個々にそれぞれが直接に犯罪行為の本質的部分についての現実的「支配」を有し、これによって犯罪行為全体を「支配」していなければならない。すなわち、各々が単独でも犯罪行為を左右することができるのでなければならない。そのような事情を、「本質的機能」を果たすという意味において「機能的行為支配」と称することができる。ただ、「共同的行為支配」は、元来が複数の者が同一の犯罪行為を、主観的には合意に基いて、客観的には分業的に遂行するという場合の「行為支配」であるから、単独正犯の場合とは違ってすべての構成要件該当性行為を自ら為す必要はない。つまり、各関与者が他の関与者と意思を通じていることが独自の性格となっている。

ただし、再び注意を喚起しておけば、各関与者は犯罪行為の本質的部分についてその経過を左右することができるけれども、再び注意を喚起しておけば、これらの者たちが単に意思を通じているだけでは「共同的行為支配」を承認するには足りない。また、現実的「支配」という意味は事実的な寄与によって犯罪行為の進行に本質的影響を与えうることなのであって、計画段階でいかに強大な影響力を行使したとしても、現実の具体的な犯罪の実行を実際に左右すること

ができない状態で単に精神的・主観的に関与しただけでは足りない。

以上のところから、共同正犯たるべき行為者に共同正犯における「行為支配」を認めるためには、その者が、「犯罪行為の実行段階における事実的寄与をもって、犯罪実現にとって本質的な機能を果たし、それによって構成要件実現の行為の遂行を中止し、もしくは進行させ、またはその進行の態様を左右することができる者」でなければならぬことになる。もちろん、「犯罪遂行にとって本質的な寄与」というのは同一の犯罪事実に対する共同的支配という意味であるから、共同的な犯行の決意と犯罪実現への分業的関与が前提とる。つまり、この意味における「意思の連絡」が必要である。付け加えれば、これは共同正犯における主観的構成要件意思、すなわち事実的故意に対応するものであるといえるであろう。⁽¹⁷⁾

以上をもつて「行為支配」に関する暫定的テーゼとし、これに基いてドイツ判例に表われた「行為支配」概念を分析することを通じて、判例に表われた「行為支配」概念がここにいう「行為支配」概念とは異なった実質内容をもつものであること、また、ある場合にはここで考えている「行為支配」概念と同様の思考を表わしていることなどを明らかにする手がかりにしたいと思う。

(序)

(1) もちろんこの言い方は極めて図式的なもので、実際にはさまざまな「相」を示すものであることは言うまでもない。しかし、従来からの正犯理論を主観的・客観的という観点から分類するとすれば、おのずから直線上に位置付けるアナロジーもできてくるであろう。実はこの研究ではそのような観点から「行為支配論」を主観・客観のバランスのとれた理論として、かつまたそれゆえに妥当な正犯概念を画することのできる正犯理論として提示することを目標にしているのである。

(2) ここで実質客観説と言っているのは、もちろん因果関係における原因を条件から分ける考え方のことではない。本文でも

述べたように、いわゆる限縮的正犯概念を基礎にしつつも構成要件行為を形式的にとらえず何らかの実質的考慮を加える考え方をこう呼んでいるのである。

(3) 「行為支配論」または「行為支配」という訳語ないし術語について、どうしてもいささかの紙幅を費やしておかなければならない。実はこの問題がこの論文の主題であると言ってもいいほどである。ここではとりあえず言語上の問題に限って問題点を指摘し注意を促しておくことにする。

「行為支配論」は〈Fatherschaftslehre〉の訳語であり、「行為支配」というのは当然〈Fatherschaft〉の訳語である。実はこの論文を草するにあたってはこれらの基本的な術語の訳語としてどのようなものが最も適当であるかについて迷った。〈Tat〉という語が単に「行為」を指すにとどまるものでないことは〈Tatbestand〉という語を考えてみるだけでも明かであろう。むしろ「事実」という語が妥当することが多い。しかし、「事実」という語は、あるいは〈Tatsache〉という語にあてはめることがあり、また〈Tat〉という場合の行動的側面の意味が十分に表わされないうらみも残る。一方、「行為支配論」という訳語が従来この理論の紹介にあたって広く使用され、既に定訳のようになっていることにも考慮を払わなければならないであろう。そこで、ここではこのような事情を注意した上で「行為支配(論)」という訳語を採用することにしたのである。

しかしまた、「行為」というときに対応するドイツ語としては、たとえば〈Handlung〉、〈Handeln〉、〈Tun〉などが考えられ、それらの訳語との関係で錯綜する場面が出てくるのを避けられない。しかし、とりあえず、上に挙げた〈Handlung〉、〈Handeln〉には「行為」、〈Tun〉には「所為」という訳語を用いるのを原則とした。〈Verhalten〉については「行態」を用いた。その他については当該の箇所において適宜原語を示すこととした。ただし、必ずしも同一の語に同一の訳語をあてることを貫き通すことができない場合も出てくることはやむをえない。このような事情で、訳語または術語について特に注意が必要な場合にはわずらしい面もあるが、いちいち原語を指示することも厭わなかった。

(4) 「行為支配論」の曖昧さには二つの側面がある。ひとつは、「行為支配論」の論者が同じ「行為支配論」という名称の下に相異なった主張を行なっていることであり、もうひとつは、「行為支配」という概念そのものもつ不明確さである。「支配」の概念は意思的主観的側面をいわば不可避的に有する。したがって、その意味で純粹に客観的な要素のみで外形的・形式的に

判断することはできない。しかし、そのような概念をすべて刑法の領域から排除することはできないだけでなく、妥当でもないと考えられる。それは従来客観説がたどってきた道を顧みれば納得するほかはないと思う。

(5) この点については、拙稿「共謀共同正犯と行為支配——団藤説を中心に——」(『一橋研究』第一一巻一頁三二頁以下)を参照せよ。「行為支配論」と共謀共同正犯とは直接に結びつくものではない。しかし、共謀共同正犯をまったく否定したまま、変更の可能性の薄い確立した判例理論を学説の側がそのままにしておくわけにはいかず、何らかの学説が求められていることは否定できない。わたくしの考えでは、「実行」にこだわらない解釈が「行為支配論」によって明確で実質を備えた基礎を得ることになる一方、非常に限定的であるが一定の寄与をなすところの背後のいわゆる大物を共同正犯とすることを妥当とする。「社会的要因」に配慮することも可能にするのではないかと思われる。

(6) 「行為支配論」に関して肯定的展望を明らかにしたが、この研究ではドイツにおける議論を主題的に扱い、その基本的構造を認識することを目標にしている。我が国に特有の問題点等を合わせて検討する点で不十分に終わっている。したがって、結論としても試案にとどまらざるをえない。しかし大まかな方向において妥当な提案ができるものと思う。

(第1章)

(1) Vgl. Roxin [1984] S. 60ff.

(2) LK. 9. Aufl.; Vgl. auch Roxin [1978] S. 65.

(3) もちろん学説史を無視することはできないが、ここでの目標は「行為支配論」の基本的思考の構造を明らかにし、そこから我が国の刑法解釈学中で正犯理論として妥当な理論を構築する基礎研究とすることであり、現代の水準を認識する限りにおいて学説史的背景を顧慮するにとどめている。なにより、学説史的記述については Roxin [1984] S. 65ff が詳細である。なお、きわめて不十分なものはあるが、わたくし自身、修士論文『「行為支配論」の展開と現状』(未発表)の中で、ロクシンによりつつ問題点を整理したことがある。

(4) Vgl. Roxin [1984] S. 51-59, 558-598. 本論文の第二部をも参照せよ。

(5) 我が国においては判例・学説ともに、主観説に拠るものは重要ではなくなっているのに対して、ドイツ判例が主観説を維

- 持していることにはもちろん理由がないわけではない。ドイツ判例に現われている問題からわたくしがここで念頭においてるのは、ドイツ刑法に自殺幫助の処罰規定が欠けていること、ナチス時代その他の「軍」関係の事件の取り扱いという問題、あるいは一般的に情状の考慮と正犯・共犯の判断との関係などである。これらについても第二部の判例の概観に際して触れることがあつて。Vgl. Roxin [1984] S. 55 f., 558-598.
- (9) RGSt. 74, 84. 第二部「一」判例。
- (7) BGHSt. 18, 87. 第二部「三」判例。なお、我が国におけるこの判例の一般的な紹介として、香川達夫[1988]『ドイツ判例百選』六四判例、一七八—一八〇頁を挙げておく。これは関連判例についての言及をも含んでいる。また第二部第三章をも参照せよ。ちなみに Roxin [1984] S. 564-568 も見られた。
- (8) Roxin [1978] (LK) Rdn. 19; ders. [1963 b] S. 193; Samson [1985] (SK) Rdn. 16; Schönke-Schröder-Cramer, Rdn. 57, usw.
- (9) いわゆる「主観説」と「利益説」とを厳格に分けることは、前者がいわゆる「アニムス理論」であり後者がその修正版であることを正しく反映するものであつて、それなりに有効なものであることはいうまでもない。しかし、ドイツ判例理論との対抗関係という観点から「行為支配論」の展開過程をあとづけることをめざしている本研究の課題からいうと、ドイツ判例が、「利益」の帰属を「正犯者意思」を認定する主要な要素として捉えているとみなされることを考えあわせて、これらを本質的に異ならないものとして、ひとまとめにして「主観説」として取り扱うことも誤りではないと思う。この間の事情についても判例の概観において、おのずからもう少し明らかになるであらう。Vgl. Roxin [1984] S. 56.
- (10) 「行為支配論」においても、多くの論者が、過失犯の領域では拡張的正犯概念が妥当するとしている。もっとも、それ自体が正当であるかどうかは別問題であり、「行為支配論」の展開上重要な問題となるはずのものであるが、本研究の範囲内では詳細に論じられることはない。
- (11) これも有名な批判であるが、「例外」の存在を認める以上、このことだけで「主観説」にとっての致命的欠陥になるわけではない。なお一般にこのような構成要件として挙げられるものについては、Vgl. Samson [1985], Rdn. 17.

- (12) これに関してたとえば、Roxin [1984] S. 546 ff.; ders. [1978] Rdn. 22; Samson [1985], Rdn. 17; Schönke-Schröder Cramer, Rdn. 57. その他 Rudolph [1979] S. 369; Cramer [1979] S. 391 を挙げておく。
- (13) たとえば前注に挙げたもの。またそのほか多くの教科書・注釈書が同様の認識を示している。なお、ドイツ判例においても若干のニュアンスの変化が認められることについては、第三部第四、第五章を参照せよ。(Roxin [1984] S. 546 以下などは決定的に「行為支配論」の勝利を宣しているようなところがあるが、これには留保をつけたい)
- (14) たとえば、さしあたりヴェルツェル [1965]などを参照せよ。なお福田 [1985] 五七頁以下をも参照せよ。ついでに付け加えれば、このような思考方法が正犯概念を画するためにどのように働くかについては、以下の論述でいくつかの形式を考察することになる。
- (15) このような性格づけについても以下で明らかにするであろう。ちなみに、目的的行為論を基礎に据えた「行為支配論」は、もともと行為の主観的・客観的側面を不可分の統一体であり、両面から成っていて始めて意味をもつ社会的存在なのであるという見方をするのであるから、単に判断基準として主観的要素と客観的要素とを並行的に採用するということにとどまるものではない。
- (16) 本節の記述は、原則としてヴェルツェルの教科書 (Weizel [1969]) に基く。直接引用には引用箇所の注をつけるが、その他の部分についても断わりのない限り、ヴェルツェルの主張として述べられているものは同じ出典によるものである。
- (17) もっとも、「行為支配論」が目的的行為論に基礎を置き、少なくともその基本的思考を継承していることも事実であるが、今日では必ずしも目的的行為論そのものに依拠するものではなくとも、基本的思考を共有する論者によって採用されているのであり(ドイツ刑法学で通説的な「社会的行為論」を採るロクシン、ヴェッセルスなどを挙げておけばよからう)、端的に「行為支配論」という名称の方が妥当であろう。ついでに言えば、たとえば、木村 [1963]では「目的的行為支配論」という記述で「行為支配論」が一般的に取り扱われている。なお、福田 [1985] 二三〇頁も参照せよ。
- (18) Vgl. Roxin [1984] S. 68f. ロクシンの評価では、ヴェルツェルの「行為支配論」は「主観説」に背中を接しているのかのように述べられているが、以下に検討するように、基本的な考え方においては「主観説」とは一線を画するものであることは、

やはり誤解なく認識しておく必要がある。

- (19) Vgl. Welzel [1969] S. 100.
- (20) Vgl. Welzel [1969] S. 101. この言い方は、後述のゲッセルによって明確に用いられている。
- (21) Vgl. Welzel [1969] S. 99.
- (22) Vgl. Welzel [1969] S. 99 f.
- (23) ヴァンソーンの「行為支配論」を本来の「目的的行为支配論」であるとするこの関連で、「支配」の内容の基礎を目的統制力＝目的的行为力として捉えることが「目的的行为支配論」の特徴であるということができる。なお、Welzel [1969] S. 100 ff. を参照せよ。
- (24) Vgl. Roxin [1984] S. 68 f.
- (25) Welzel [1969] S. 102-104.
- (26) Vgl. Welzel [1969] S. 102.
- (27) Welzel [1969] S. 102.
- (28) 旧総則の五二条は「強制緊急避難 „Nötigungsnotstand“」という類型を規定していた。この類型は、強制状態において生命・身体の危険を避けるために行なわれる緊急避難であるが、現在では新総則の三五条の「責任阻却の緊急避難」に包括されるものとして扱われている。
- (29) ヴァンソーンの有名な定式化に引き継がれるこの表現は、„in der Hand“ haben というものである。(Vgl. Welzel [1969] S. 103.)
- (30) Welzel [1969] S. 104.
- (31) Welzel [1969] S. 104.
- (32) Welzel [1969] S. 104 f.
- (33) Welzel [1969] S. 105.

(34) この考え方は、後にロクシンが「行為支配論」を包括的に論じる際に、明確な前提として採用した立場である。すなわち、身分犯の場合に正犯性を基礎づけるのは「行為支配」ではなく、「特別の義務」であると明言することとなったのである。これについては後述第二章を参照せよ。

(35) Welzel [1969] S. 107.

(36) Welzel [1969] S. 107.

(37) Welzel [1969] S. 107.

(38) Welzel [1969] S. 110.

(39) Welzel [1969] S. 110.

(40) Welzel [1969] S. 110.

(41) Welzel [1969] S. 110.

(42) 既に述べたことでもあるが、共同正犯という犯罪遂行形態においては、もともと主観的領域における「意思の連絡」を欠いてはこの本質を理解することができないのであって、いかに客観的理論にしようとも、単独正犯の場合であれば正犯とすることに足りないような寄与をもたらした者であっても共同正犯の場合であれば正犯とされることを認める以上、共同正犯に特有の上のような性格を考慮しないわけにはいかないはずである。ヴェルツェルの議論もこのような事情を反映している部分があると思われる。

(43) ヴェルツェルは、目的的行為論の成立以後もその改良に努め、批判のうちでも取り入れるべきものは採取することを厭わなかったと評されている。福田平教授のヴェルツェル [1965] への訳者あとがき一一九頁以下などを見よ。

(44) 具体的なヴェルツェルの議論からは、確かに主観偏重を言い立てることもできる (Vgl. Roxin [1984] S. 68.)。実体的メルクマールをどう決めるかが実際には重要な問題であるが、本研究では「行為支配論」の基本的思考を取り出して検討するという意味から、ヴェルツェルが基本的にとどのような思考の方向を示していたかを強調しておきたいのである。

(45) 本章は単なる学説史の記述ではなく、学説の流れと今日の時点で採用されるべき土台とを学ぶことを目的としている。そ

ここで、常にこうした主観・客観の均衡というテーゼに即して「我々の」「行為支配」を構築するとすれば何を採り何を捨てるかという点を判断し、評価する作業を行なっているつもりである。

(46) ヴェルツェルの場合と同様、マウラッハの議論を紹介・検討するに際しても特に断わらずにマウラッハの教科書(Maurach [1971])の記述に依拠している。ただし、直接引用の場合と特に必要な場合には引用箇所を指示した。

(47) Vgl. Roxin [1984] S. 69-71. 我が国の最近の教科書である大塚 [1986] 二四二—二四三頁でも、批判的であるが、マウラッハの「行為支配論」を客観的なものと評価している。また木村 [1963] 七三頁を参照せよ。

(48) Vgl. Maurach [1971] S. 626. これは目的的行為論の認識であるが、このように解されたいわゆる「事実的故意」は構成要件該当事実の認識であるから、客観的構成要件と主観的構成要件との対応に基く「行為支配」の概念の構成にとっての手がかりとなる。後述するように、ゲッセルは、マウラッハの教科書の改訂にあたってこのような思考を明確にし、「行為支配への意思」という概念を提出している。この問題については第二章第二節を参照せよ。

(49) Maurach [1971] S. 627. Vgl. auch Schönke-Schröder-Cramer, Rn 69 vor § 25; Samson (StK), § 25 Rn 10, usw.

(50) Maurach [1971] S. 627.

(51) マウラッハの「行為支配論」が客観的であるという評価も、こうした性格に基づいている。木村 [1963] 七三頁以下を参照せよ。

(52) 「タート」の支配とは、「事実的故意に包括された、構成要件該当事実の支配」ということを意味している。したがって、その事実あるいは事象の実現の可否・経過のあり方などを左右することができるといふ、行為者の一種の「立場」あるいは客観的情勢が「支配」である。マウラッハの「行為支配」とはそのような客観的状况にほかならない。一方、全体としての「行為支配論」は「故意に包括された」事象の「手中把持」であるから、客観的状况に対応した認識・認識をも前提としている。この意味で、「行為支配」そのものの概念は客観的に純化されているが、正犯理論の「行為支配へ論」としては、主観的要素との総合にその基礎を置くことになっている。

(53) Maurach [1971] S. 629 f.

- (54) Maurach [1971] S. 630.
 (55) Maurach [1971] S. 630 f.
 (56) Maurach [1971] S. 631.
 (57) Maurach [1971] S. 631.
 (58) 正犯理論としての「行為支配論」というのは、ヴェルツェルが行為の構造から直接に帰責の根拠として「行為支配」を立てることとなるのに対して、マウラッハは客観的「行為支配」の保持を「正犯たる」要件として立てていることを念頭に置いてゐる。もとより両者の「相違」は本質的なものではないのだが、方法論的にいえば、マウラッハは明確に「形式客観説」を出発点として挙げているのであるから、わたくしが「行為支配論」の基本的位置付けとして述べたような、「形式客観説」の修正的原理という性格もマウラッハの場合により適合するであろう。
- (59) Hegler の「優越理論」については大塚 [1958] 一七〇—一七二頁に言及がある。もとより、これとマウラッハの理論とが直接に関係するといふわけではなから。
- (60) Vgl. Maurach [1971] S. 633. この記述には共犯の処罰根拠に関連する問題が含まれているように思われるが、ここでは触れなから。Vgl. Maurach [1971] S. 679 ff.
- (61) Vgl. Maurach [1971] S. 635.
 (62) Maurach [1971] S. 636 f.
 (63) Maurach [1971] S. 637 f. なお、構成要件を分析して客観的構成要件と主観的構成要件とする考え方は、おそらく構成要件の主観的要素と客観的要素という考え方と同様であるが、「行為支配論」にとつて、「行為支配」の内容をそれに対応させて考えることができるのですぐれている。マウラッハは客観的構成要件に対応するものとして「行為支配」の概念を構成しているかと捉えると、その「行為支配論」の構造が明確になる。とくに「故意に包括された」という「行為支配」の定義の文言は、このような把握のしかたによつてよく理解することができるであろう。すなわち「行為支配」は客観的構成要件に対応するものであり「故意」は主観的構成要件に対応するものである。

- (64) Maurach [1971] S. 638 f.
- (65) Maurach [1971] S. 640.
- (66) Maurach [1971] S. 640 ff.
- (67) Maurach [1971] S. 642 f.
- (68) Maurach [1971] S. 642.
- (69) Maurach [1971] S. 646.
- (70) Maurach [1971] S. 646.
- (71) Maurach [1971] S. 646. 単独正犯にならないものが共同正犯になることはない。単独正犯を基本にして、共同正犯もまたとりまねる。正犯であるとする思考は、ヴェルツェルとこれを共有している。統一的な正犯概念の構築という「行為支配論」の目標は、共同正犯・間接正犯がはかならぬ正犯であるということを確認することによってこそ実質的基礎を与えられる。
- (72) Maurach [1971] S. 647.
- (73) Maurach [1971] S. 647.
- (74) Maurach [1971] S. 647.
- (75) Maurach [1971] S. 648.
- (76) Maurach [1971] S. 648.
- (77) Maurach [1971] S. 649.
- (78) Maurach [1971] S. 649.
- (79) Maurach [1971] S. 657.
- (80) Maurach [1971] S. 658. 「行為支配論」の一般的性格ではないが、これらの論者の「行為支配論」においては形式客観説がその基礎となっている。形式客観説はそれ自体全く妥当なものである。単独正犯に関する限り、これほど自明明白な正犯概念はない。わたくしが正犯概念はすべからずこれを基礎にすべきであると考えた所以である。

- (81) Maunach [1971] S. 658.
 (82) Maunach [1971] S. 659.
 (83) Maunach [1971] S. 659.
 (84) Maunach [1971] S. 659.
 (85) Maunach-Gössel-Zipf [1978⁵], [1984⁶] 第二章第二節を参照せよ。
 (86) 「希薄化」というのは実質的考慮の基準を提供するものとしての実体的メルクマールを提示するという平面においてはその内容が乏しいという意味である。繰り返すように、「行為支配」の内容をできる限り記述的に明示することによってこのよくな曖昧さを除去することが必要である。せっかく客観的概念として純粹化されているマウラッハの「行為支配」概念から当然出てくると思われるこの目標が、この点においてどうして後退させられるのか理解に苦しむのである。
 (87) ガラスと同様の理解から出発して「形式客観説」を維持するものと目されるのは福田 [1985] 二三〇頁以下である。限縮的正犯概念を目的的行為論から再構成すると主観・客観は統一的に考慮される。ロクシンによる一般的な論評は Roxin [1984] S. 71-75 参照⁴。
 (88) Gallas [1968] S. 80.
 (89) Gallas [1968] S. 85.
 (90) Gallas [1968] S. 85 f.
 (91) Gallas [1968] S. 86.
 (92) Gallas [1968] S. 86.
 (93) Gallas [1968] S. 87.
 (94) Gallas [1968] S. 87.
 (95) Gallas [1968] S. 89 f.
 (96) Gallas [1968] S. 90.

- (97) Gallas [1968] S. 92.
 (98) Gallas [1968] S. 93.
 (99) Gallas [1968] S. 97.
 (100) Gallas [1968] S. 97.
 (101) Gallas [1968] S. 98. 共同正犯についてのガラスの考え方は後述するところにゆずる。「支配」の重疊性・複合性ということとは、「行為支配論」の思考においてすぐれた有用性を示すものとして注目すべきである。上下の重疊性が間接正犯を基礎づけ、同一平面上の複合性が共同正犯を基礎づける。このような考え方は、「行為支配」思考によらなければ説明しがたい実質をよく説明するものであろう。
- (102) Gallas [1968] S. 98. マウラッハにおいても参照されていたヘーグラートの「優越」理論は、一面において「行為支配論」による間接正犯の基礎づけを支えるものといえる。しかし「行為支配論」においては、「優越」は単に「行為支配」の重疊に關しての上下關係を決定するにすぎない。それによってただちに正犯性が承認されるわけではない。
- (103) Gallas [1968] S. 98.
 (104) Gallas [1968] S. 98.
 (105) Gallas [1968] S. 99.
 (106) Gallas [1968] S. 101.
 (107) Gallas [1968] S. 101 f.
 (108) Gallas [1968] S. 102.
 (109) 全体としての構成要件事実を支配するということは、身分犯の場合には身分者が関与することによる以外にはありえない。身分・目的的存在によつてはじめて身分犯・目的犯の構成要件を実現することが可能になり、したがつてその事実を支配することも可能になる。構成要件を離れた自然的行為としてみれば、これだけの条件では背後の者が事象を支配していたということができないような場合であっても、限縮的正犯概念の基礎となつている構成要件に關連させて事象を全体として評価すれば、

この者に「行為支配」を認めることができるのである。

- (110) Gallas [1968] S. 102.
- (111) Gallas [1968] S. 102f.
- (112) Gallas [1968] S. 103.
- (113) Vgl. Maurach [1971] S. 627. 第三節の記述も参照せよ。
- (114) Gallas [1968] S. 103.
- (115) Gallas [1968] S. 103f. ただし、「他の場所」というのは ders., DRZ 1950, 67 とされている。
- (116) このような実質的定義によれば「事実的寄与」と同様の内容が包括される。たとえば「行為支配論」に否定的な見解を明示している大塚 [1986] 一四八頁(間接正犯の実行行為について)がそうであるが、この定義による「実行行為」が「行為支配論」のいう「事実的寄与」に比してどれほど明確であるかは疑問である。むしろ(間接正犯の要件の記述において欠けるところはなしとしても)それが「正犯」たることを基礎づけるには、それが「実行行為」であるという判断の根拠をこそ示さなければならぬであろう。「行為支配論」によればそれは「行為支配」である。
- (117) もちろんガラスはこのような抽象的基準を示すにとどまらず、いくつかの事例についてそれが「行為支配」の範疇に含まれるものであるかどうかを述べているのではあるが、その判断の基準はやはり明示されない。
- (118) Gallas [1968] S. 139.
- (119) Gallas [1968] S. 139.
- (120) Gallas [1968] S. 141.
- (121) Gallas [1968] S. 141f.
- (122) Vgl. Jeschek [1978] S. 176 ff, 531 f.
- (123) 目的的行為論は社会的に意味ある行為の構造を目的性に求めたということが出来る。ガラスが「行為支配」の概念、したがってその基礎となる行為の概念を価値関係的に構成していることは、このような目的的行為論の社会的有意性への考慮を反

映していると思われる。

(第二章)

(1) 第一章で取り扱った論者たちが統一的原理としての「行為支配」に基いて正犯概念を構成しようとしたのに対して、ロクシンは、各正犯形式に応じた「行為支配」を記述することによってはじめて「行為支配」の内容が明らかになるという立場をとったのである。この方法自体については別に論じるとして、こうした記述主義的分析によって正犯形式の構造がより明確化された。

- (2) Roxin [1978] § 25 Rdn. 26.
- (3) Roxin [1978] § 25 Rdn. 26.
- (4) Roxin [1978] § 25 Rdn. 27.
- (5) Roxin [1978] § 25 Rdn. 28.
- (6) Roxin [1978] § 25 Rdn. 27.
- (7) Roxin [1978] § 25 Rdn. 27.
- (8) マウラッハについてもガラスについても、その「行為支配」概念の内容に評価的判断が含まれる以上、概念自体が不明確になるという点を指摘した。第一章をも参照せよ。
- (9) Roxin [1978] § 25 Rdn. 28.
- (10) Roxin [1984] S. 107-126, 527-539.
- (11) Roxin [1978] § 25 Rdn. 28.
- (12) たてえ *Statenwerth* [1976] Rdn. 796 ff.; *Maurach-Gössel-Zipf* [1984] S. 210 f.
- (13) 「ところでは、ロクシンは「義務犯」と「自手犯」とについて次のように説明している。「義務犯とは、構成要件に先置されている「構成要件とは別にそれ以前に前提されている」刑法外の特別義務を侵害する者だけが正犯となるような構成要件のことである。」(Roxin[1978] § 25 Rdn. 29.)「自手犯とは、構成要件該当行為自体を物理的に企行することによってのみ実現されうる

- 犯罪行為である。この場合には、「自手的ではない性質の共同正犯と間接正犯とは成立しない」。(Roxin [1978] § 25 Rdn. 31.)
- (14) 大塚 [1986] 二四二頁以下を改めて指示しておく。わたくしが繰り返し言及しているように、「行為支配論」への根強いしかも最大の批判点である。このような不明確さについてはたびたび述べたが、具体的に妥当な結論を導くためには最終的判斷を評価的な実質的判斷を委ねることが不可避であった。なおドイツ刑法学においては「行為支配論」の採用が前提となつているので正面からこの形の批判はない。
- (15) Roxin [1978] § 25 Rdn. 38.
- (16) Roxin [1978] § 25 Rdn. 40. なおロクシンに於て詳述は Roxin [1984] S. 127 ff. を参照せよ。この概念は Herzberg, § III 3; Samson (SK), 25, Rdn. 11; Stratenwerth [1976] Rhn. 771; Wessels, 13 III 3 等、新総則公布後も早くから採用されてゐる。
- (17) 『平』注 (3) を参照せよ。
- (18) Roxin [1978] § 25 Rdn. 43.
- (19) Roxin [1978] § 25 Rdn. 43. 「単独正犯」と「間接正犯」とが区別される。間接正犯に対して直接正犯が対立するが、共同正犯も直接正犯として遂行されることがある(実行共同正犯)。しかし共同正犯の場合には実行行為を行なわなくとも正犯となる可能性がある(機能的行為支配)。したがって共同正犯について直接正犯としての性格を考慮することには実際上の利益はないということになるのである。
- (20) ロクシンの『正犯性と行為支配』においても多大の紙幅が費やされている。しかも、ロクシンの方法自体からする帰結として、間接正犯については個々の事例に即して間接正犯性 $\parallel$ 意思の支配の存否が考察されなければならない。これを詳細に検討することは「行為支配論」の基本的構造を認識することを当面の目標としているこの研究の枠を超えるものであるから、ここでは概略の展望に甘んじなければならぬ。
- (21) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 45, auch 28 ff.
- (22) また、詳しくは後述するところを参照せよ。「義務犯」においては法律上の特別の義務を課されているということが正犯

性の決定的根拠となるのであって、「行為支配」によるのではない。

(23) 後述。ドイツ刑法において構成要件上必要とされる窃盜罪の「領得意圖」に関連して、この意圖を欠く者を利用する形の間接正犯が、實際上の問題として重要になる。「目的」を欠いても「義務」を負う者の場合とは違って別の原理によって正犯性を確定することはできなから。

(24) Roxin [1978] §25 Rm. 46. この関連で、いわゆる『浴槽事件』が問題になる。幫助的道具による間接正犯という考え方は、正犯者意思と故意とを分けて正犯者意思を欠く者を幫助犯とするのであるから、これは極端主観説の帰結であるとしていえる。第二部第三章参照。

(25) Roxin [1978] §25 Rm. 48. この術語は、ヴェッセルス、ヘルツベルク等によって採用されている。しかし「意思の支配」という概念は、ロクシン自身が強調するように、一種の便宜的な名称にすぎないのであって、実質は個々の類型において明らかにされるのをまつほかはない。したがって、こうした考え方自体に問題があるとしても可能である。

(26) Roxin [1978] §25 Rm. 48.

(27) Roxin [1984] S. 122 ff.

(28) Vgl. Roxin [1978] §25 Rm. 91 ff.; ders. [1984] S. 352-399.

(29) 念のためドイツ刑法典三五条の翻訳を掲げる。

「①生命、身体または自由に対する、他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険の中において、自己、親族またはその他自己と密接な関係にあたる者をその危険から回避させるために違法行為を行なった者は、責任なく行為したものである。このことは、事情の上で、行為者がその危険を自ら生ぜしめたこと、または行為者が特別な法的関係にあつたことを理由として、その者にその危険を感受することを期待することができた場合には、特にこの限り適用されない。ただし、行為者が特別な法的関係の考慮によるのではなくして危険を感受すべきであったときは、その刑は第四九条第一項によりこれを軽減することができる。」

② 行為者が行為の遂行にあたり、第一項により自己を免責すべき事情があると誤信したときは、その者が錯誤を回避しえ

た場合に限りこれを罰する。その刑は第四九条第一項によりこれを軽減する。」

- (36) Roxin [1978] § 25 Rdn. 49.
- (37) Roxin [1978] § 25 Rdn. 50.
- (38) Roxin [1978] § 25 Rdn. 52.
- (39) Roxin [1978] § 25 Rdn. 52. 上掲のドイツ刑法典三五条の規定を比較参照せよ。
- (40) Roxin [1978] § 25 Rdn. 55.
- (41) Roxin [1978] § 25 Rdn. 56.
- (42) Roxin [1978] § 25 Rdn. 57 ff.; ders. [1984] S. 170 ff.; Vgl. Herzberg § 3 III 3 a.
- (43) Roxin [1978] § 25 Rdn. 59.
- (44) Roxin [1978] § 25 Rdn. 68; ders. [1984] S. 193-205. ロッシンが責任の問題と構成要件論の問題である正犯論とを區別しているのは当然である。一方で責任阻却の緊急状態に基準を求めつつ、他方回避可能な禁止の錯誤において行為した直接行為者を利用する間接正犯を認めているのは、こうした観点から評価しなければならぬ。「行為支配」とは常に現実的なものとして存在を認定することとなる。錯誤が避けえたことを根拠として現実に存在している「行為支配」を云々する必要はない。
- (45) Roxin [1978] § 25 Rdn. 72; ders. [1984] S. 208-211.
- (46) Roxin [1978] § 25 Rdn. 73.
- (47) Roxin [1978] § 25 Rdn. 73.
- (48) Roxin [1978] § 25 Rdn. 74.
- (49) Roxin [1978] § 25 Rdn. 75. 116事例⁴⁵ Herzberg § 3 III 3 c 以下を注意せよ。
- (50) Roxin [1978] § 25 Rdn. 77. (BGHSt. I 368).
- (51) Roxin [1978] § 25 Rdn. 81.

- (46) Roxin [1978] § 25 Rdn. 83.
- (47) Z. B. Welzel [1969] S. 103; Jescheck [1978] S. 544.
- (48) Roxin [1978] § 25 Rdn. 85.
- (49) ドイツ刑法典第二〇条、第二一条の規定の翻訳を掲げておく。
- 「第二〇条 行為の遂行にあたり、病的な精神障害、根深い意識障害または精神薄弱もしくは重大なその他の精神的偏倚のため、行為の不法を弁別しまたはその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。
- 第二一条 行為の不法を弁別しまたはこの弁別に従って行為をする犯人の能力が、第二〇条に列挙された理由により行為の遂行にあたり著しく低減していたときは、第四九条第一項に従ってその刑を軽減することができる。」
- 責任能力の問題では、是非善悪の弁別能力と、それに従って行為を抑制する能力とを明文で区別して規定している。反対動機の形成という観点からみてこれらを明確に分けて論じることによって、おそらくは間接正犯の類型が細部にわたって明確化された。
- (50) Roxin [1978] § 25 Rdn. 88. 前注の条文を参照せよ。
- (51) 少年法 (JGG) 第三条「少年は、行為の時に、道德的および精神的発達が十分成熟していて、行為の不法を弁別しこの弁別に従って行為することができるときには刑法上の責任を負う云々。」
- (52) Roxin [1978] § 25 Rdn. 88; ders. [1984] S. 242-252; ders. [1963b] (GA 1963 193). 「スタシンスキー事件」判決に「すい、香川 [1969] が概観を与えよう。Herzberg § 3 III 8 b を参照せよ。」
- (53) Roxin [1978] § 25 Rdn. 91; ders. [1984] S. 352-399.
- (54) ドイツ刑法典第二四二条の翻訳を掲げておく。
- 「第二四二条① 不法に領得する目的で他人の動産を他人から奪取した者は、五年以下の自由刑または罰金に処する。」
- (55) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 94. (RGSt 39, 37).
- (56) 第二四二条を参照せよ。奪取した物を背後者へ交付すれば、それが「処分権限」の表現であり、「領得」を認めるために

もそれで足りるという意味である。

- (57) Roxin [1978] § 25 Rdn. 95.
- (58) ロクシンの『正犯性と行為支配』については、さしあたり中義勝、「紹介」クラウス・ロクシン『正犯と行為支配』、関西大学法学論集一五巻二号一七二頁以下、一五巻三号二七三頁以下、一七巻五号五二〇頁以下の要領のよい紹介を参照されたい。
- (59) >gegengent < >ausführen < とには本質的な差がないというのがドイツの刑法教科書でも一般である。しかし、ごく図式的にいつて、前者には後者より柔軟性が感じられる。
- (60) Roxin [1978] § 25 Rdn. 107. わたくしはこの認識に賛成する。
- (61) Roxin [1978] § 25 Rdn. 108; ders. [1984] S. 275-305. この概念を採用したものは代表的なものだけで、 Jescheck, S. 512, 516; Samson (SK) § 25, Rdn. 43; Stratenwerth, Rdn. 825; Wessels, S. 96; Schönke-Schröder-Cramer, vor §§ 25 ff. Rdn. 83 などが挙げられる。
- (62) 「機能」的という文言は日本語でも種々の使われかたをすることを思われるが、「機能」の観点からみて「行為支配」を有する、というこの考え方においても、「行為」支配」が「ターゲット (Tat)」の支配であるという一点に注意すれば、分業に基いて「ターゲット」を支配するという「機能」を果たしていることが「機能的行為支配」の実質であることは明らかであろう。したがって、共同正犯の一員としてその「機能」の一部を分担しているということ || 分業そのものに決定的な意義があるのではなく、「ターゲット」に対する支配という次元において本質的な「機能」を果たすことこそが、その実質である。
- (63) これは「考え方」として読むのが正しいと思う。実際にはロクシン自身が「考え方」であると述べているのではない。それにもかかわらずわたくしがこれを強調しようというのは、消去法(シネ・クワ・ノン公式)によって各々の作用のもつ原因性を判断した場合にはすべての条件の等価性を導き出すことになりやすいからである。この意味では、実際の犯罪を後から遡及的に評価したならばどの要素が欠けたとしてもその犯罪はそのようには経過しなかったであろうから、すべての関与・寄与が「機能的行為支配」を基礎づけることになってしまおうであろう。
- しかしロクシンは引用の続く部分でそのような考察方法が誤りであることを明言しているのである。「本質的」機能という

ことが使われるのもそのためである。条件判断にとどまることなく、ここでも実質的な評価が関係するのである。こうした考慮に基いて、「ある者が脱落すれば他の者にとっても計画が失敗することになる」という基準は、形式的に適用されてはならず、ひとつの「考え方」であるにとどまるといふ点を強調しておきたいのである。

(64) Roxin [1978] § 25 Rdn. 108.

(65) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 110.

(66) Roxin [1978] § 25 Rdn. 110.

(67) 第一章第四節、なかんずくその(四)を参照せよ。

(68) もちろんロクシンがこうした判断を全面的に立法者の恣意に任せているというわけではない。「機能的行為支配」によって全関与者が事象の支配者とされる以上、それはまさしく正犯 $\parallel$ 共同正犯として規定されるべきであることになる。立法が人間の文化的営為である以上、先見的に正犯概念が決定されているはずはないのであるから、ロクシンの言うことは当然である。しかし、ドグマーティクとしての論述においてこのような価値判断の「構成的」性格を正面から認めることには、おのずからロクシンの「行為支配論」の(正犯概念を統一的観点から構築することから若干後退するという)性格が反映していると思われる。

(69) 私見については、第二章の最後に暫定的試案を提示し、これを念頭においてドイツ判例を見たあとで一応の提案を行ないたい。その際に基本的な考え方として維持されるのは、できるだけ統一的な正犯概念の原理となるような正犯理論として「行為支配論」を構成することとすることである。

(70) Roxin [1978] § 25 Rdn. 111.

(71) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 113.

(72) Roxin [1978] § 25 Rdn. 115.

(73) たとえば、強盗の構成要件を、一方が脅迫し、一方が財物を奪取することによって共同して実現することもできる。

(74) Roxin [1978] § 25 Rdn. 119.

- (75) Roxin [1978] § 25 Rdn. 119.
- (76) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 121 ff.
- (77) Roxin [1978] § 25 Rdn. 127.
- (78) Vgl. Roxin [1978] § 25 Rdn. 129.
- (79) Roxin [1978] § 25 Rdn. 131.
- (80) すなわち、正犯が正犯たる所以は、実行に表われた犯罪事象の「支配」であるという考え方である。
- (81) 福田 [1983] 二二二頁を参照せよ。
- (82) 続く本文でも注意しておいたように、だからといってロクシンがただ単に責任論の問題で正犯論を論じているということになるわけではなく。「答責原理」そのものは決して単に責任の問題として提出されているのではないからである。
- (83) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1984] S. 241.
- (84) 第二章第一節二' (四) を参照せよ。
- (85) Vgl. Stratenwerth [1976] Rdn. 749.
- (86) Stratenwerth [1976] Rdn. 750.
- (87) Stratenwerth [1976] Rdn. 751.
- (88) たどきと団藤 [1979] 三四七、三四八頁などを参照せよ。
- (89) Stratenwerth [1976] Rdn. 753.
- (90) Stratenwerth [1976] Rdn. 754.
- (91) Stratenwerth [1976] Rdn. 755.
- (92) Stratenwerth [1976] Rdn. 758.
- (93) 第一章第二節 (一) を参照せよ。
- (94) Vgl. Stratenwerth [1976] Rdn. 759.

- (95) Stratenwerth [1976] Rdn. 809.
- (96) Stratenwerth [1976] Rdn. 810.
- (97) Stratenwerth [1976] Rdn. 811.
- (98) 共謀共同正犯の議論は別に論じるに足りるものであるから、とりあえずは近時の学説動向を増補した、下村 [1984] を参照せよ。
- (99) 現代の行為論の状況については、要領のよい展望を福田・大塚『対談刑法総論(上)』一四頁以下が与えてくれる。
- (100) さしてこれが「行為支配論」の基本的思考方法であることも既にくりかえし指摘してきたところである。
- (101) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1978]; Maurach-Gössel-Zipf [1985].
- (102) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (103) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (104) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (105) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 210.
- (106) このころは、『終章』『補説』一七頁で若干の整理を試みておいた。
- (107) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 210-211.
- (108) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 211.
- (109) ロッシンの集大成的研究が「行為支配論」の振幅を収斂させたという認識は大枠として正しいであろう。
- (110) Rudolph: [1979].
- (111) Vgl. Rudolph: [1979] S. 369.
- (112) Rudolph: [1979] S. 370.
- (113) Rudolph: [1979] S. 372-375.
- (114) Rudolph: [1979] S. 375-379.

- (115) Rudolph [1979] S. 379-381.
- (116) Rudolph [1979] S. 381-383.
- (117) Rudolph [1979] S. 387.
- (118) 第二部の記述で「行為支配論」というときには、常にここで提示された「行為支配論」の輪郭が念頭に置かれている。
- (119) 正犯性の判断が価値的・評価的なものであることは避けられない。ただし、評価の基準が記述されていることによって、その評価の恣意性の排除につながるであろう。ガラスの議論について述べたように、その判断基準が評価の問題であって明示しないというのでは「行為支配論」が明確な正犯概念を提示することができなくなる。
- (120) もちろん何度が言及しているように、ドイツ刑法典では間接正犯・共同正犯という正犯形式が明文で認められた。しかし、いずれにせよ単独正犯が正犯の基本であることはいうまでもなく、各則の構成要件も単独正犯を前提としていることも疑いがないのであるから、正犯概念の構築は単独正犯に始まらなければならないはずである。
- (121) いわば、単独正犯の正犯性の分析から出発して「行為支配」に至るといふ考え方の道筋である。
- (122) 第二部の判例の検討の中で「行為支配への意思」が何度か出てくるが、これはここにいふ「行為支配への意思」とは分けて考えておくべきである。判例に表われた「行為支配への意思」は、もっぱらそれのみによって正犯性を判断しようとするものであって、「正犯者意思」を言い換えたものにはかならない場合が多い。詳細は判例についての論述を参照せよ。
- (123) マウラツハの意味の「客観的行為支配」を考えている。
- (124) 第二章第一節二、(三)を参照せよ。
- (125) ヘーグラールの用語によれば「優越的行為支配」であるが、ここでは単独正犯における「行為支配」概念を直接に間接正犯形態に及ぼしてあてはめようとしているのであって、単に「優越」の事実が存在すれば足りるというものではない。
- (126) これはロクシンの用語によれば「機能的行為支配」であるが、実質的には同一の犯罪事実に対して並列的な複数の「行為支配」が存することによる「行為支配」の形態であるから、その存在形態に即して「共同的」という用語を採用しておく。
- (127) 共同正犯においては当然他の者の関与についての認識が構成要件実現に関する認識として必要とされる。

第二部 「行為支配論」の展開

——ドイツ連邦通常裁判所の判例を素材に——

はじめに

第二部では、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例をいくつか取り上げて、「行為支配論」の構造を側面から明らかにする。ここでは、材料とした判例を時系列的に取り扱うのではなく、「行為支配論」との関係に着目しつつ分類を試み、それらに共通する基本的思考を浮かび上がらせることを目標とした。¹⁾

一方、第一部の学説の検討においてしたような、単独正犯・間接正犯・共同正犯という正犯形態ごとの検討は、これを断念しなければならない。典型的な思考を表明していると思われる判例が正犯形態の全てにわたっているとは限らないからである。いずれにせよ、第一部の体裁とは異なり、第二章第三節で暫定的に提示した「行為支配論」の試案を導きの糸として、判例理論を全体として考察していくことになる。

以下において取り上げた判例は、「行為支配論」または正犯論に関連する判例を網羅しているわけではない。判例理論の立場を先鋭に典型的に表明していると目されるものを選び出したものである。ただし、同様の判例が繰り返し返されている場合であっても、それが判例の立場の表明として重要であると判断したときにはそれらをも採用している。

第三章 判例理論としての「主観説」

第一節 判例による「主観説」の定式

ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、ライヒ裁判所（RG）時代以来、正犯・共犯論に関していわゆる「主観説（subjektive Theorie）」を採用して現在に至っている。これはドイツにおける文献上でも一般的な認識である。⁽²⁾ 判例と学説なかんなく「行為支配論」との対抗関係において、正犯・共犯論の展開をあとづけることをめざす第二部では、まず判例理論の基本的な立場をみることから始める。既に触れた「浴槽事件（Badewannenfall）」を始めとして、主観説の帰結はドイツ刑法学においても問題とされたので、例外としてRG判例「浴槽事件」を典型例として示し、主観説を基礎にしたと考えられるBGH判例を対象としてその理論のありかたをみていくことにする。

判例から「主観説」の基本的定式を抽出すると、「正犯とは、正犯者意思（Täterwille）をもって行為する者である。いいかえれば、犯罪行為を自己のものとして意欲する者が正犯である。」ただし、判例のいう「主観説」は、いわゆる「利益説（Interessentheorie）」であるというべきであるかもしれない。両説の関係については後述するとして、「利益説」は、「他人の利益のためではなく、自己の利益のために犯罪行為を行なう者が正犯である」とする。

このような定式は繰り返し用いられており判例の基本的な考え方を示すものであるが、具体的にはこれだけの判断基準で問題をすべて解決することができないことはもちろんである。「主観説」についてさまざまな批判があるにもかかわらず、今日まで「主観説」が判例理論の原則として生き続けてきた背景には、「主観説」の考え方がその許容する範囲を拡大し、いわば自己変遷をたどってきたともいえるべき事情が存すると思われる。それが「利益説」で

あり、また「正犯者意思」概念の改造であるというのが、わたくしの認識である。つまり、正犯・共犯という結論を前提としている「アニムス理論」に対する「利益説」の主張、客観的事情をも考慮する可能性を開くような「正犯者意思」の再構成、これらによって「主観説」はその本来の形態を超えて、さまざまな考慮を包摂する理論として展開されることとなったのである。

第二節 「主観説」判例

「一」一九四〇年二月一九日ライヒ裁判所第三刑事部判決⁴⁾

〈事実〉

上告人(女)は、妹である共同被告人マリア・アンナ・Rと意識的かつ意欲的に共働して、マリア・アンナ・Rの非嫡出子たる新生児を浴槽に入れて溺死させた。ラント裁判所は、上告人を刑法二二一条の謀殺のゆえに有罪とした。上告人が、その子供が生きて生まれたことを認識していたこと、および、その子を浴槽に入れそれによって溺れさせたことが認定されている。したがって、同女は、その子供を故意に、かつ熟慮をも持って殺害したものである。

〈判旨〉

「ラント裁判所が上告人を重罪たる謀殺の故にのみ正犯として有罪であると認めたのは正当である。なぜなら、同女は構成要件に該当する行為を自ら実行したからである。しかし、この法の意図(Rechtsansicht)は正犯(共同正犯)と幫助犯という概念の解釈に関するライヒ裁判所の確立した判例に反する。それによれば、結果のすべての条件は等しく、正犯となるか幫助犯となるかに関して完全に同価値である。実行行為への関与だけを判断のメルクマー

ルとすることはできない。決定的なのはむしろ、被疑者が実行行為を正犯者意思 (Tatortwille) をもって行なったかどうかということ、すなわち、その犯罪行為を自らのものとして意欲したか否か、あるいはその者がそれによって他人の犯罪行為を他人のものとして援助しようとしただけか、ということである。第一の場合だけが正犯の場合であり、第二の場合は幫助犯にとどまる。

ある者が犯罪行為を自らのものとして意欲するかどうかを決めるためには、専らではないとしても、主として、結果における単純な自らの利益の程度による。

マリア・アンナ・Rには「子供を処分することについて上告人より大きな利害関心が存在していた(父親の非難と、未婚の母という公衆の蔑視とを、まさに同女が受けなければならなかったの)」と判示された。他の箇所では、「同女の妹(すなわちマリア・アンナ・R)が子供を産んだことが家庭の中やその土地に知られていたとしたら、ここから不幸な結果が同女に(すなわち上告人)ではなく、まず第一にその妹にふりかかったであろう。同女に対して同女の父親と公衆の蔑視とが向けられたであろう」といわれている。より詳しくこうした考慮をして、このような事情において上告人が正犯者意思をもって行為したものであるかということが問題である。正犯と幫助犯との区別のメルクマールについて明らかな誤解があつてなされたのではないのだから、事態をこの方向からも吟味することを可能にするために、判決は破棄されるべきである。

この際、ラント裁判所は、場合によって次のことに注意しなければならない。

マリア・アンナ・Rがただ刑法二一七条によってのみ罰的であるということは、刑法五〇条によれば上告人に有利ではありえないということである。したがって、同女は、それにもかかわらず、——幫助行為と、それに対応する故意を前提として——謀殺(刑法二二一条)または故殺(刑法二二二条)への幫助に関して判断されるべきである。

この場合に、当の上告人が熟慮をもって行為したか否かということが重要になるのではない。決定的なのはただ単に、上告人が幫助をなした母親の側がどの程度まで熟慮をもって行為した場合であるかということである。たとえこの區別が刑法二一七条自体の構成要件にとつては法律上些細なことであるにしてもである。

〈検討〉

この判例はつとに有名であり、あらためて多言を費やす必要もないと思う。正犯者意思の認定にあたっては行為者の利害関心のありようが重要であり決定的であるという意味において、主観説といわれるものうちでも判例の立場は「利益説」というべきであろう。⁽⁵⁾ つまり、RG時代における判断から既に判例理論としての「主観説」は「利益説」としての性格を内包していたのである。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

〔二〕 一九五一年二月一三日第四刑事部判決⁽⁸⁾

〈事実〉

被告人 Be. は二件の故殺の故に、被告人 Bō. は故殺への教唆の故に有罪とされた。Be. は、それぞれ、ナチス武装親衛隊の伍長 (Rotenführer der Waffen-SS)、および囚人の移送の警衛として、一九四五年四月、それぞれ別の日に、二人の囚人を突撃扇動隊長 (Sturmcharführer) の命令により——被告人 Bō. の事件において——、その軍務銃 (Dienstgewehr) で射殺した。一人の囚人は行進中に衰弱して倒れ、他方は行進統行の前に干し草の中に隠れていて、そこで動けなくなった。なお被告人 Be. は精神薄弱ということである。

〈判旨〉

命令によって行為したとしても、その行為が正当化され、または責任を免れるものではない。

ナチス武装親衛隊は武装権力の一部をなしており、軍事上の特別権力下にあり、陸・海・空軍と同様であった。突撃扇動隊長は、職務の内外において伍長を含む親衛隊メンバー全員の上官であった。周知のこの歴史的事実によれば、B. は二人の囚人を射殺したときには軍事上の上官の職務上の命令で行為したことになる。

当時、効力のあった軍刑法四七条によれば、実行すると刑罰法規に触れるような職務上の命令については、基本的に、命令を下す上官だけが答責的であった。部下は、命令が犯罪的な目的をもつのでこれには拘束されないのだということを認識していなかった限りはそれに従うことができた。こうした確信に至らないうちは、違法な命令にも従ってよかった。兵隊は、職務原則によって、まず、職務上の指示は拘束的であると考えることが許されたからである。これに対して、行動の時にかつ当時の状況の下で、命令が、はっきりと明白に、すなわち、部下にも認識できるように明らかに犯罪的なものともみられたならば、同人がそれにもかかわらず行為した場合には、部下に刑法的答責が認められる。

陪審裁判所の認定によれば、B. は、上官から、〈逃亡する〉囚人は三回の警告の後で射殺してもよい、と命令されていた。彼に与えられた二つの射殺命令は、こうした条件を明らかに欠いているので、犯罪的な刻印が非常に色濃かった。そこで責任能力が減退していたB. でさえもその命令が違法であることを洞察した。彼はまた、それゆえ、最初B. から与えられた命令を実行することをためらったという。こうした考慮は本質的に事実の領域でのものである。法規範に対する違反は何らみられない。

被告人B. は、これまでに確認された事実によれば、同人が違法であると認識した行為へと、その上官の強迫によって強制されたか、あるいは、同人がその行為を現在の生命の危険から逃れるために遂行した（刑法五二、五四条）ということを採用することもできない。というのは、同人はその上官から射殺命令を受けていただけなのであって、

その際、上官は同人に義務に従うようにと特に促したり、同人を、たとえば、このような精神的な圧力の下に置いたりもしなかったからである。

陪審裁判所は被告人 *Be.* を正犯とみなした。四七条によれば「服従する部下には共犯の刑が」科せられる。そうだとしても、その犯罪を自分のものとして意欲していた限りは、その者の共同正犯性は排除されない。本件の場合がどうであるかについては重大な疑義がある。というのは、*Be.* は「自分の意思をもたずに (*willentlos*)」、同人に向けられた無理な要求に従ってはならなかったということで、同人は非難されることになるからである。事実裁判官 (*Tatrichter*) の確信するところでは、精神薄弱の被告人は、自らの意思から犯罪行為を行なったのではなく、自分の意思を犯行現場に居合わせた上官の意思に完全に従属させていたのであって、同人によって外形的には完全に構成要件が実現されている——通例は共同正犯性にとって有利な事情である——にもかかわらず、その行動の判断に際してはこれを補助とする方に促したように思われる。このように、正犯者意思がこれまでのところ十分に認定されていないので、有罪判決を維持することはできない。

〈検討〉

この判例はナチス時代の犯罪を対象とするものであって、それ自体特別の配慮が必要な場合があるというべきであるが、正犯・共犯論に関しては端的に「正犯者意思」の認定を正犯性の決定的条件として主張しているのであり、その点で「主観説」を典型的に示すものである。すなわち、正犯者意思のある限り正犯としての責任を免れえず、逆に正当化事由・免責事由が存在せず、完全に構成要件を実現したとみなされるべき行為者が、「正犯者意思」の不存在に基いて幫助犯とされることがあることを事実上認めているのである。後にも述べることであるが、ナチス時代の事情を配慮し、被告人の精神薄弱という事情を考慮した結果として「主観説」の結論が導き出されている。これは、先

に「主観説」自体の展開過程として示唆しておいた状況を示すものである。すなわち、「主観説」が判例理論として継続的に採用されているのは、こうした場合の解決として一定の妥当性を示すためであるといえる。しかし、違法命令に拘束されないということは認めるとしても、判示された被告人の個人的事情を考慮すれば、一定の限度において間接正犯の成立こそが問題とされる場合ではないかと思われる。行為支配論による判断を試みれば、被告人は完全に事実を支配していたが、責任の点において減輕ないし免除の考慮ができる。背後の者も事実上の服従関係によって完全な事実支配を有していたということができると思われる。すなわち両者は重疊的な行為支配という関係に立つ。

〔三〕 一九六二年一〇月一九日第三刑事部判決⁽⁹⁾（スタシンスキー事件）

〈事実〉

RとBとは陰謀によって殺された。すなわち謀殺された(刑法二二一条)。Rは、ミュンヘンの最も賑やかな場所に位置している事務所ビルで仕事をしていた。Bは、他人の、通常そして犯罪行為の時にも鍵のかかっていた住居に立ち入った。二人とも行為時に、被告人に対してどのような猜疑の念ももっていなかった。……Sは、この被害者に悪意がなく無防備であることと、そう考えられる全事情とを承知していた。他人は、それを二つの暗殺計画に全く利用し尽くした。他人に対して委託した者は、それを初めから計画にいていた。両方の暗殺計画は、確実にソヴィエトの「高官(höchste Stellung)」の主行為の結果である。少なくとも、政府が背景にあって、当時のソヴィエト連邦の国家保安委員会(KGB)の委員長であったシュレピン(Schlepin)の関与の下に被告人に命令された。

〈判旨〉

一 正犯性。……Sに対する委託者は、二つの暗殺計画を指定するに際して、その本質的なメルクマール(被害者、

武器、対抗手段、利用方法、行動の時、行動の場所、移動)を前もって確認した。つまり、被害者に悪意がなく無防備であることを意識的に利用し、かつこの行動をこのようになしかたで実行することつまり謀殺を表象していること、およびこれらの謀殺を彼らが意欲していたことを示している。法的関係では、特定のどの個人が、この正犯者意思をもっていたかが確定していたかいないかということにかかわらず、行動主謀者(Tatüher)すなわち本来の意味における黒幕(Drattzieher)として、彼らは正犯者意思をもっていた。したがって、これらの本来の行動主謀者が正犯、それも間接正犯である。

二 幫助。Sはどちらの場合にも謀殺幫助としてのみ有罪判決を受けるべきである(刑法四九条)。

幫助犯とは、謀殺の場合も他の犯罪行為為全ての場合と同じく、犯罪行為を自分のものとしては遂行せず、他人の犯罪行為に際して道具あるいは助力者としてのみ共同する者である。このとき重要なのは犯行への内心的姿勢である。既にライヒ裁判所は確立した判例において正犯と幫助犯とをこのようにして限界づけた。それによれば、犯罪行為を完全に他人を通じて実行させた者も正犯として考慮に入れられ、他方、全ての構成要件メルクマールを自らの手で充足したその者であっても、単なる幫助犯として考慮されることがある。この、いわゆる主観的共犯理論は、連邦通常裁判所もまた確立した判例において、当初から、原則においてこれを踏襲したところである。連邦通常裁判所の裁判によれば、特に、全ての構成要件メルクマールを自分の手で充足する者も、そのような犯罪行為共犯者が通例正犯として有罪判決を受けるべきであろうときであっても、単なる幫助犯でありうる。正犯とは、行為支配への意思を有する者であるとか、犯罪行為の成就について共同有責(mitverantwortlich)とみなされる者である、などと説明している連邦通常裁判所の判決も、他様に理解されるべきではない。

この、第五刑事部によってとにかくより明瞭にされた連邦通常裁判所の判例から離反する理由はない。学説のいう

実質上客観説も説得的ではない。この理論は、正犯と共犯（幫助）とを正犯者意思というメルクマールによって區別することは、いかなるものもこれを退ける。決定的なのは、正犯によってなされる実際の事象、すなわち「数人の共働者の間の現実的な力の分担」である。この場合、決定的なメルクマールは、正犯の行為支配であり、幫助犯の行為支配の欠如であることになる。これに反して、単なる行為支配への意思は問題にならない。結果への利害関心がなくとも自ら構成要件メルクマールを実現する者は常に共同正犯となる。直接的な構成要件充足は常に正犯行為である、という。

しかしながら、「何と云っても」とりわけ次のことのためにこの理論には疑問がある。すなわち、この理論が、特に殺人犯罪の場合（しかし決してこの場合だけでなく）、確かに強力に作用してはいるが、一般的犯罪学によっては知られていないような特別の犯行動因（Tatartrieb）を顧慮することを排除するからである。……政治的謀殺は、世界でもドイツでも絶えず生じてきた。最近は、ある近代諸国が、急進的な政治思想の影響下に、ドイツでは国家社会主義（ナチス）の下に、政治的謀殺ないし集団謀殺を実際に計画し、そのような凶行の実行を命令するようになっていったのである。

そのような単なる命令受取人は、その種の職権で命令された犯罪の遂行にあたっては、犯罪学的に研究された、あるいは、いづれにせよ似たような個人的事実的動因には従属しない。むしろ彼らは、巧みな大衆宣伝によって、実際最も非難すべき犯罪の遂行を直接に委任されることが、疑われない権威として多くの人々の前に現れるのが常であるような独自の国家によって、倫理的当惑と、時には逃げようのない情勢におかれている。彼らは、政治的な宣伝ないし命令の権威の影響下で、また彼らの国（反対に、彼らは法と秩序の遵守をその国から期待する権利をもっている）と同様な影響の下でそのような指令に従うのである。この危険な犯罪動機は、命令の受取人ではなく、この権力を濫

用することによって、国家権力の担い手から生じてくる。……

この、国家的に命令された犯罪という特殊な事情は、犯罪行為関与者を決して刑法上の責任から解放はしない。あらゆる国家共同体は、あらゆる人が犯罪から（国家権限の濫用下で求められた犯罪からも）無条件に免かれていないことを求めてよいし、求めなければならぬ。そうでなければ、あらゆる秩序は溶解し、政治的犯罪に扉を開くことになってしまう。責任非難の内在的基礎は、人間が、倫理的円熟に到達するとすぐに、かつ自由な倫理的自律への資質性が、刑法五一条に挙げられていた病的な状況によって、一時的に麻痺させられていたり、長期間破壊されていたりしない限りにおいては、自由で答責的・倫理的な自律を求め、それゆえ法に賛成し、不法に反対するように決め、その態度を法的当為に適合させ、また、法的禁止を回避する能力があることに存している。これは犯罪的政治体制（Regime）についても堅持されるべきである。特別の事情の下では、国家の犯罪命令は、もちろん刑罰軽減事由を提出するかもしれない。しかし、政治的な謀殺扇動によることで屈し、自分の良心を沈黙させ、他人の犯罪的目的を、自分自身の説得と自らの行動の基礎にする者、または自分の職務ないし勢力範囲においてそのような命令が遠慮なく成し遂げられることについて配慮する者、あるいはその際、他の方法で同意を示し、ないしはそのような国家的な謀殺テロを自分の目的のために利用する者は、それゆえ、その委任者の犯罪行為補助者にとどまることを援用することはできない。その者の思考と行為は本来の犯罪行為主謀者のそれらと重なりあうのである。その者は規則通りに正犯である。

しかしながら、法的にはそのような犯罪の命令を認めずそれに反抗するが、しかしそれにもかかわらず、それを人間間の弱さから実行する場合には、問題は別でありうる。なぜならば、彼らは国家権威の優位性に耐えられず、それに抵抗する勇氣や有効な口実を考える聡明さを見つけないので屈服するのだからである。それはまた、たとえば彼

らその良心を一時的に政治的スローガンによってなだめすかすこと、および、自分自身に対して申し開きをすることを試みたとしてもそうである。そのような人間を例外なくかつ必然的に、犯罪行為主謀者すなわち思慮を欠く確信犯と、納得した従順な命令受取人とを、最初から既に関与の形式において同視する十分な法的理由はない。特に、法律は犯罪行為幫助者にもまた完全な正犯刑罰を規定しており、刑罰の可能的軽減が予期されているだけである。

この法原則を、証明された、二つの暗殺計画 (Attentat) における被告人の内心的姿勢に適用して、すべての事情を考慮すると、同人が、これらの行動を自分のものとしては意欲していなかったこと、同人が、これらについて独自の利害関心も独自の事実的意思 (Tatwille) をも有していなかったこと、同人が他人の正犯者意思にしぶしぶ屈服していたこと、同人がその当時の政治的指揮 (politische Führung) の権威に結局自分の良心に反して服従してしまつたこと、そして同人が犯罪行為実行を何ら本質的な点において自分で規定してはいなかったことが明らかにする。

独自の實質的ないし政治的な利害関心は、その正犯者意思の状況証拠 (Tatbeleg) として存在しなかった。同人には、何ら雇われた手伝い人 (Handlanger) のような行動報酬は約束されていなかったし、また事実何も受け取らなかつた。勲章授与は同人を当惑させ反感を感じさせた。同人はそれを辞退することができなかつた。RとBをソヴィエト連邦の片付けられるべき敵」とみなすことは、同人の独自の政治的示唆に起因するものではなかつた。そのような観念は、彼にとって確かな格率 (マクシム) となっていたりその良心を麻痺させたりすることなく、若い時から、實際は、成功することなく吹き込まれてきたものであつた。彼は、それらを根底において、信じたことは一度もなく、犯罪行為時点において、一時的にのみ、それによって自らをなだめようとしたのである。これは、彼にとって全く一時的に成功しただけであつた。……規則通りに、正犯者意思を認めるために有利な、自手的な犯罪行為遂行という標識 (Anzeichen) は、この事情の下では、こうした法的重要性をもたない。Sに対する委託者は、どちらの場合にも、

犯罪行為の成否と方法を支配していた。その者らが、事後的決意を把握し、犠牲者を規定し、武器と毒とを選択し、テストし、被告人に犯罪行為の道具として命令し、彼らが、綿密に計画された「伝説 („Legende) ”」を指定し、Mへの旅行とその期間とを正確に規定し、細部にまでわたってどこで、いつ犯罪行為が実行されるべきであるかを指定したのである。

もちろん、Sは二つの犯罪行為を、委託者の勢力範囲の外で遂行した。しかしながら、このことも同人を正犯とはしない。同人がやはり西側の当局に出頭する必要があると考えたことは真の事情を見誤るといふものだ。被告人にとっては、一一年間を通じて染まりやすい (biltsam) な若者として、絶えずソヴィエトの勢力範囲の中心部で過ごし、そこで教育を受けてきたある者が、西側の生活様式・思考様式を理解すること、その中にはいる術がわかること、故郷・親類そして親しく語る場所を永久に捨てること、そしてそのために未知の事情・危険、そして影響を負うことには、彼がここで、既に個人的な結び付きをもっていたとしても、大きな困難があるのだと考えられるべきである。また、同人はこれまで、食べていくことのできるような職を何ら身につけたことがない。与えられた「重要な政府の委託」のゆえに、彼は、さらに当時暗殺計画の前およびその際に、のんきな「西側」においてKGBによって監視され、宗旨替え (Ubertret) をすればその後、委託者の復讐 (Rache) の「密告者」として見捨てられることを恐れていたと考えるべきである。したがって、全犯罪行為事情の全体像 (Gesamtbild) は、被告人の正犯性には与しない。したがって、同人は幫助犯として (刑法四九条) 有罪判決されるべきであった。

〈検討〉

これは有名な「スタシンスキー事件」判決である。「浴槽事件」判例と並んでドイツ判例における主観説を典型的に示した判決として既に多くの議論的となってきた。「一五」判例にも表われているように、ドイツにおいては「ナ

チス」時代の困難な犯罪に関する問題が判例に登場することも少なくない。このような事情も、ドイツ判例が繰り返す「主観説」に立ち戻る理由の一つであろう。本判例はナチス体制の犯罪ではないが、同様に権力機構が背景にある点において、困難な問題を共有していると思われる。ドイツ判例が主観説を維持しているのも、まさにこのような事例を解決するためであるともいえるであろう。実際、厳格な法律的判断に立つと、客観説に基きつつ本件被告人が正犯性を免れることは困難であろう。判旨の述べるとおり、いかにさまざまな事情が存していても、被告人が完全に当該の事象を自ら責任をもって行なったことは否定しようがない。しかも、具体的事情としてはまことに国家による犯罪であるというほかはないであろう。背後の委託者にとっては、現実に行う者は代替可能であった。事件は実質的には背後の委託者の手に握られていたのであって、当該の事実が具体的に一回的なものとしてはほかならぬ被告人に帰せられるものであったとしても、それではいかにも形式的表面的であるとの批判を免れないであろう。

本判例の以前のBGH判例の推移からみると、後述の「一五」判例の「客観的要素を組み入れた主観説」以来の、いくつかの判例における客観的要素を正犯性判断に際して重視する方向が、それ以前の「主観説」に引き戻されたと考えられ、本判例の出現は「主観説のルネサンス」とも称せられた。

しかし、上にも触れたように、このような類型の犯罪遂行においては通常の犯罪形態の議論とはおのずと違った考慮がはたらくのであり、ロクシンがこのような形態を念頭において「組織的権力機構」(“organisatorischer Macht-apparat”)による間接正犯という図式を立てたのであることは、既にみたところである。したがって、ロクシン(それは今日の「行為支配論」の共通の土台である)の「行為支配論」からいっても、客観的に構成要件行為を自ら実現しているにもかかわらず、その者が正犯とはされない場合もありうる。ただし、「正犯者意思」が決定的なのではなく、客観的支配という意味で直接行為者が道具となり、背後の者が正犯となるという、間接正犯の図式にあてはまる

のである。

このような国家的機構の内部にあって犯罪を実行する場合は、法人による犯罪行為などと同様に、現在の個人を前提とした刑法によっては処理が難しいものである。ロクシンの考え方も問題の困難さを反映したものであろう。わたくしは、基本的にはこうした場合が間接正犯の類型に含められることを肯定する。しかし、それは他の間接正犯類型との対比上、その限りにおいて、特別の間接正犯類型というよりは強制・知識優越による間接正犯類型の特殊の一例とするのが妥当であると思う。反対からいえば、そのような程度の優越があつてはじめて間接正犯となるというべきであろう。この場合には、客観的な事情としての「組織的権力機構」の存在を実質的に判断する必要があることはもちろんである。それによつて、利益の帰属ということではなく、犯罪事実の客観的な支配の程度の問題として、背後者の正犯性を認めることができるであらう。

この判例の考慮が一般に正犯・共犯の区別の基準に言い及んでいる以上、「主観説のルネサンス」という評価も当然であるが、よく考えてみるとロクシンの思考と並行的である部分が少なくないともいえるのではないか。この判例は「主観説」にこだわっているが、「実質―客観説」といわれるもののうちでも、ロクシンの「行為支配論」では、間接正犯の図式にあてはまるとされる場合には、もちろん直接の構成要件該当行為実行をもつて直ちに正犯とするわけではないので、これが正犯概念を画する理論として「狭すぎる」ということはないはずなのである。その限りで、この判例が「実質―客観説」に対して懐疑的であるのはむしろ「行為支配論」に対する誤解に起因しているとも思われる。実際、判示されている内容には、被告人がいかに「上官」の意思に従属的であつたか、それに反抗することがいかに困難であつたかを繰り返し強調しているのであるが、このような事情を考慮にいれられないとすれば、「行為支配論」の統一的・全体的考察という判断方法には意味はないということになる。⁽¹⁰⁾

この論文の冒頭において特徴づけたように、「行為支配論」は「実質客観説」の一つにほかならず、一方「実質客観説」というのは「形式客観説」を修正する過程で確立された理論であるということが出来る。すなわち、単に形式的に構成要件実現を正犯性の本質的メルクマールとするのではなく、より実質的な「実現」をもって正犯概念を画せうとする理論である。そうだとすれば、ここで批判の対象になる正犯理論とは「形式客観説」ではあっても、「実質客観説」なканずく「行為支配論」ではありえないはずである。

もっとも「行為支配論」がかなりの程度振幅をもった理論として誕生し展開し始めていた事情があるので、現在の「行為支配論」の水準から以前の議論を評価することはある意味で妥当ではないということも、既に第一部の議論から明らかであろう。しかし、「行為支配論」の構造と展開という題目で「行為支配論」の基本構造を学説・判例との関係の中での展開過程をあとづけながら、我が国の刑法解釈学としての展望を得る基礎研究として認識していこうというここでの主たる関心からすれば、判例が主張する議論が「行為支配論」とどのような関係にあるかを現在の視点から位置付けることも誤りではなからうと思う。いずれにせよ、本件のようにきわめて従属的であることを避けられない組織的犯罪遂行においては、ロクシンの定式が妥当であると考える。

第三節 「主観説」の評価

一 R G判例の中から紹介した「浴槽事件」は、たとえば強制や緊急避難的な事情が認められないにもかかわらず、外形的構成要件実現者を幫助犯としたという点で、今日に至るまで「主観説」、なканずく「利益説」の典型的な表明であるというべきである。

さらに戦後のBGH判例も、同様の定式を採用して「主観説」を表明していることは前節の一九五〇年判例にみられるとおりである。しかし、ここでは「利益」の帰属というよりも端的に「正犯者意思」を正犯性の根拠として強調している。被告人がナチス時代の状況下で行なった犯罪であるという事情もあるが、自己の意思を他人の意思に従属させることはすなわち共犯者意思であるとしている点で、本来の「アニムス」理論に近づいているといえることができる。

この事例において被告人が命令に拘束されていたものであれば、間接正犯の成立を論じることでも可能であったはずであるが、判示されたところでは、かなり詳細にそうではなかったことが説明されている。したがって、被告人が正犯とされなかったことは正犯性の判断にとつては「主観説」を採用するものであることを典型的に示したものである。事情からいって、これら二つの事件の結論は実際的には納得できる部分もあるが、正犯性の判断が構成要件該当性の領域の問題であることも考えあわせると、理論的にはやはり問題が多いように思われる。期待可能性の考慮をもって正犯性を否定する傾向がみられるからである。同様の結論が、類型的違法性の問題として導出されるような理論構成が必要であろう。

二 「主観説」が判例においては「利益説」であることは以上の例から明らかだろう。「主観説」の中に「利益説」を含めることについては前述したが、繰り返しれば、「正犯者意思」を認定する際に利益の帰属が決定的根拠になるのである。したがって、「主観説」という理論分類の意味するところは、「利益説としての正犯者意思説」である。

ところで、上の判例に関する検討においても述べたように、上述の判例の事例に対して判例が「主観説」を採用して結論を導き出していることには、決して納得のできる理由がないわけではない。たとえばRGの「浴槽事件」においては、姉妹のいずれにも、厳しい父親に対する心情を考えると、情状を汲むべきところがあるのであって、単純に

直接の行為者が嬰兒殺の正犯とするにしのびないという考慮も、心情的には十分に説得力をもっている。また、BGHの「スタシンスキー事件」にしても、具体的状況に身を置いて考えてみれば、直接行為者を正犯とし、背後の者の責任が問われぬというのでは不合理であるとの印象を与えることも事実である。しかも、この場合の背後者は、こちらの側から積極的に刑法上の責任を問題にすることができるとかどうか疑問であるのだから、行為者の主観的要素、利益の帰属において正犯性を確定しようという判例の態度にも、もちろん否定的意義があるだけではない。

しかし、それでもなお、構成要件該当の行為を完全に遂行する者が正犯でなく共犯とされるのは、単独正犯の場合の判断としては、はなはだしく常識を外れた議論であり、概念の構成としては妥当を欠くものといわなければならぬ。これでは客観的に記述された構成要件の犯罪規定の機能と、正犯規定の機能を十分に果たさせることができない。理論的には、こうした技巧的な取り扱いを排除しつつも、現実的に妥当な解決を導き出す正犯理論を構成することが必要になる。⁽¹¹⁾ 理論的な側面から考えて、「主観説」が多くの問題をはらんでいることは、既に別の文脈でもしばしば論じられてきた。こうして、実質的な考慮という観点から、単なる「主観説」ではない包括的正犯理論が要請されることになるのである。

三 しかし何といっても、少なくとも現在の時点からみて、新しく一九七五年に公布されたドイツ刑法典総則の正犯規定によると、もはや「主観説」はその法律上の根拠を失ったというほかはない。もちろん、現行のドイツ刑法典によっても、正犯概念について確定されていない部分が多いのであって、法律の規定に基いて問題が全て解決されたわけではない。しかし、少なくとも「主観説」を基礎づけることだけは不可能になったということは言えるのである。これは、既に新総則が公布されて以後の文献上ではほぼ共通の認識となっている。わたくしも全くこれらの見解に賛成である。

ドイツ刑法典の第二五条の規定が正犯の定義を規定しているものである。念のためにその翻訳を掲げておく。

第二五条第一項 犯罪行為を自らまたは他人によって遂行する者は正犯として処罰される。

第二項 数人が犯罪行為に関与したときは、各々が正犯として処罰される（共同正犯）。

このような規定によれば、少なくとも犯罪行為を自ら遂行する者が例外なく正犯となることは明らかであることになる。すなわち、犯罪行為を自ら遂行するにもかかわらず、主観的要素に基いて共犯とされることはありえない。それはもちろん、「正犯者意思」の判断基準として「利益」を考慮するとしてもかわりはない。こうしたわけで、現行のドイツ刑法典が「主観説」を許容しないことだけは確かなのである。

第一項に規定されている間接正犯も、「他人を通じて遂行する」ことがメルクマールであることに注意するべきである。すなわち、間接正犯においても、「犯罪行為の遂行」が問題にされるのであって、正犯としての意思^{II}「正犯者意思」が問題になるのではない。ここでも「主観説」にとっては致命的な正犯の定義となつていふべきであろう。

第四章 「行為支配」概念による「主観説」の再構成

第一節 「行為支配」概念を用いた判例——「主観説」——
はじめに

B G H判例の中で「行為支配」という概念が使われていることは少なくない。前章に引用した判例においてもそ

うであったように、学説における重要な理論等が判例の中に反映することが我が国におけるよりも普通のことであるという理由のほかにも、実は、「行為支配」概念そのものが「主観説」の立場を再構成する基礎として重要な役割を担うことができたという理由があると思われる。「行為支配論」が主観的傾向を示す例が学説にもあったことを考え合わせると、このような「主観説の再構成」としての「行為支配」概念にも注目しておく必要があるだろう。

以下の判例紹介では、この間の事情を示すと思われるものを取り上げる。すなわち、「行為支配」概念を用いつつ、実質的に「主観説」と同様の判断を行なっている判例を取り上げるものである。いいかえれば、これらの判例は「主観説」にほかならないのであるが、あるいは「正犯者意思」と並んで、あるいは「正犯者意思」のかわりに実質的に同様の概念として、「行為支配」という概念を用いたものである。したがって、ここで表われた「行為支配」概念は、わたたくしが〈導きの糸〉としている、ドイツ刑法学上の「行為支配論」を基礎とした「行為支配」概念とは、その内容を異にしていることに注意しなければならない。

しかし、「行為支配」という概念を用いる以上、そこには「行為支配論」が主張する「行為支配」概念と同様の思考方法が基礎となっている部分が存することも事実であって、そうした両面をみていくこと、それによって、わたたくしが本来の「行為支配論」であるべきであると考えている「行為支配論」との異同を明らかにしていくことが本章の課題である。

〔四〕 一九五二年二月一二日第一刑事部判決⁽²⁾

〈事実〉

被告人の夫は、夫婦間・家族内の軋轢を苦にして首つり自殺（縊死）した。同人が既に意識を失っていたが未だ救

助することはできたという時点で被告人が来合わせ、これを認識したが、自殺している夫を助けずそのままにした。同女は、「自分の援助がなくても始まってしまったことの結果であると思ひ」、また「援助することによって『事態を』変更させようとは思わなかった」のである。同女は不作為の援助行為 (Hilfeleistung) (§330cStGB) によって有罪判決を受けたが、無罪を主張し、「一方」検察官の上告は、故殺による有罪判決を求めている。

〈判旨〉

破棄、差し戻し

……同じ刑法的結果——ここではある人の死——を、数人の者が共同して惹起するということは、違法な行為を行なうことによっても、義務に違背する不作為によっても可能である。そして、その行動結果への姿勢 (Haltnis) (意思方向、行為支配、行動結果についての利害、自らの構成要件実現の範囲) に応じて、共同正犯、教唆犯、あるいは幫助犯とされるのである。この原則は、……自殺への「関与」とその共同惹起にもあてはまる。それゆえ、自殺がドイツ法で不処罰とされていても、自殺についての他の者たちの刑法的答責性を完全に排除するものではない。それはある特定の場合にのみ限られる。

被告人は自殺への「教唆」または間接正犯ではない。「教唆」または間接正犯には被告人が、夫の自ら死のうという意思に対して作用することが含まれており、それはまた、そうした決意を意思的に惹起する (「教唆」) か、または夫が、彼自身に向けられた被告人の殺害行為に際して「行動媒介者」、被告人の道具としてのみ現れるような意思の従属化 (Unterwerfung) による (間接正犯) のどちらかである。しかし、被告人は、その夫の意思にこのような影響を及ぼしてはいない。

自殺への「幫助」をドイツ刑法は認めていない。

ドイツ刑法は、自殺への独立した共犯という特別の構成要件をも認めない。……

しかし、被告人がその夫の死を（独立して）故意または過失の殺害行為によって有責に共同惹起したということはありえないし、したがって、その死について有責でもありえない。被告人の正犯性は、違法な行為によって排斥されるものではない。なぜなら同女は何ら行為していないからである。夫が意識を失って縄の輪で首をつっているのを同女が見つけた時、同女は再び立ち去り、何もしないでいたのである。この不作為は、被告人にとってそれが義務に違背しかつ同女がこれを認識していたときには、刑法上非難されることになる。なぜなら、義務違反の不作為を禁止された行為と不法内容において同等であるからである。ある者が被告人の夫への義務関係を持たずに、その同じ事情の下で被告人と同様に作為しない態度をとったとすれば、刑法三三〇C条の特殊の前提条件を欠き、自殺への幫助の可能性を欠くので、倫理的非難はともかく、刑法的非難にはあたらない。

被告人の場合には事情が異なっている。同女はその夫と共に夫婦共同体をなして生活していたし、そこから、夫に対して特別の義務を負っていた。そのような注意義務に有責に違背するということは、作為によっても不作為によっても可能である。義務違反の不法内容は、どちらの場合にも同じでありうる。

ライヒ判所は、このような法義務の根拠を、緊密な、忠誠の掟 (Treu und Glauben) に支配された生活共同体、なかでも家族に求めた。これは特に夫婦共同体にあてはまる。配偶者は相互に夫婦共同体へと義務づけられている（ドイツ民法一三五三条）。これには通常、生命の危険にあっては相互に力の限り保護し、援助する（少なくとも、どちらの側も別居生活への権利をもたないし、双方が、ここでのように、家族共同体の中で生活している限りにおいて）という法義務が含まれる。この義務が個々にどこまで及び、この義務がどのような努力と危険を、義務を負った配偶者にそのつど課することになるのかは、ここでは吟味する必要がない。なぜなら、被告人はその夫を比較的少ない労力で、

また自分自身にとっては危険なしに、(同女が既に一度、そうしたことがあったように)「縄の」切断によって救助することができたからである。同女は、自分がそうしないと危険な目にあうからとか、援助義務の履行が負担できないと考えたからではなく、同女にとって自殺による夫の死が無関心のこと、あるいはそれどころか、好ましいものであったから、作為に出ないでいたのである。同女は、義務違反して不作為にとどまることによって、同女の夫によって引き起こされた原因経過を中断することをしなかったのである。彼女はそうすることによって夫の死を共同的に惹起したのである。

夫の自殺の意思は、被告人のこの回避義務を排除しはしない。自殺の意思もまた、夫にとって生命の危険を引き起こすものであって、その危険は、被告人が力の限りこれを阻止しなければならなかったのである。

同女が、その夫の死について同意していたというべき場合には、それは単に妨害しないという意欲を著しく越えていく。——内心の事実として、さらに次のことがあてはまる。すなわち、記述された原則によって援助義務をもち、援助能力があり、かつこのことを知り、しかしそれでもなお行動に出なかった者は、故意の作為の正犯として有責である。しかも、その者が、その死を自ら意欲し(故意)、または不作為にとどまることの結果としてありうることとみなし、この場合をも認容する(未必の故意)するときも、また同人が死の結果を意欲はしないが、不作為にとどまることの結果としても予見して生じさせる(彼が他人の自殺意思に内心に反して従うことによって)ときも、である。……通常、援助義務者は、完全な、あるいはとにかく大部分の事情についての支配を有し、それに自分の関与によって決定的な方向転換を与えることができる。彼がこれを義務に反して怠る場合は、この不作為に對しては死を自分の惹起の結果としては意欲していないという内心の留保が無視されている。この留保は、何らの「幫助故意」をも基礎づけるものではない。なぜならば、その法的前提、すなわち他人の正犯意思に従属するということは、特別の義務事

情に従い、被義務者の実体支配 (Sachherrschaft) に直面するときには、問題にならないからである。

これらの原則に従えば、刑法二二二条、二二三条のいずれかが適用される。それに対応する刑法二二一条、二一六条は本件では除外される。

こうした法的帰結は、吟味してきた義務関係それ自体から明らかである。それは自然な考察と、特別の義務は特別の答責性をも制限するものだという原則に対応している。特別の法律上の注意義務をもつか、そのような義務を引き受けた者は、任意の他人とは違って保護をなすべき者を脅かす外面的な危険だけでなく、通常はまた、自殺の危険をもつのである。他人になら未だ責任非難の前提とはならない事態が、その者にとっては可罰的義務違反にまで達することがあるのである。

〈検討〉

不作為犯と「行為支配」との関係については別して論じる必要がある。この判決においても、不作為の正犯を基礎づける際に「行為支配」的文言が用いられているわけであるが、それが不作為犯そのものを基礎づけるものとして捉えられているのか、不作為の領域内において正犯・共犯の区別を問題にしているのか明らかでないところがある。しかし、正犯・共犯の区別を問題にしている部分では、明らかに正犯者故意が問題とされているのであり、その意味で、「行為支配」思考の主観的側面を先鋭化し、まさに主観説の内容を「行為支配」の用語をもまじえつつ構成したものであるというのが妥当である。本件をはじめとして、ドイツ判例に「行為支配」という概念が用いられているときでも、内実はそれを正犯者意思におきかえているものが多い。もとよりのこと、これらが第二章第三節で提示した「行為支配論」の構造図式からは大きく外れたものであることは、あらためていうまでもない。

もちろん、「行為支配論」は主観と客観の両面を総合する理論であるから、それ自体このような主観的側面を有し

ているが、それはあくまで客觀的事実としての「支配」と結び付いた形で、客觀的事実を認識し実現しようとする意思を表わしているのであって、正犯者意思といったものとは内容を異にする。

〔五〕 一九五五年五月一七日第五刑事部判決⁽¹³⁾

〈事実〉

一九五二年二月、前審における共同被告人であった西ベルリンの薬剤師Mは、ベルリンにある合名会社Rから八トンの鉛をキログラムあたり1マルク80プフェニヒ(DMW)の価格で買った。Mは、その会社に電話して、Rの共同経営者である被告人Sの妻と契約した。鉛はベルリン・テンベルホーフにあるT精錬所にストックしてあった。被告人Lはこの工場の主任であったが、買受人Mおよび自動車運転手Eがそれを取りに来たときに、O夫人に唆されて引き渡した。彼らは当局の許可なしにベルリンのソヴィエト地区に自動車でそれ運びこんだ。そこにMのための引き取り人Sch.がいた。

州裁が認定されたところとは、S夫妻は、「八トンの鉛のべ棒の売却を、少なくとも未必の故意をもって、同人等が、許可されていないソヴィエト地区へ持ち去るといふ購入条件の下で企てたこと」である。被告人Lをもまた「同じ意味で有罪と証明された」とみなしている。ベルリン為替規則(Berliner DivisenvO)に対する共同的違反を援用して、同人等を経済事件犯行であると評価した。

〈判旨〉

刑事部は、共同正犯を承認する根拠として、被告人らはいずれもMが不当に鉛を運び出したことを自己の故意に共に受け入れ、この結果を、自分にとって利益になるので、正犯の立場に立って自分のものとして意欲し是認した、と

している。

この型通りの実行は、判決のこれまでの認定においては何ら十分な基礎をもたない。

もちろん外形的な行動分担自体がどんな種類であろうと本質的な問題ではない。したがって、財そのものを領域境界を越えて運び出す者だけが共同正犯となりうるのではない。その者が何らかのしかたで他人のその行為に寄与することと十分である。決定的なのはむしろ関与者の内心的意思方向である。彼ら各人が、自分自身の活動を一人または複数の仲間の行為によって補完し、この共働によって行動の結果全体を惹起しようとしなければならない。したがって、他人の全事象に対する内心的姿勢は、その立場によって、その者の事實的寄与が他人の所為を単に促進するだけではなく、全員の活動の部分、および、それに対応して他の者の行為の部分として、他人の自身の行動分担を補完するものとして現われてくるようなものでなければならない。他人がこのような行動に対する緊密な関係をもっているかどうかは、全事情に従って判断されなければならない。共同正犯とは犯罪行為を「自分のものとして」意欲する者である、という慣例的な表現形式は不明瞭である。この意思方向というは、事実裁判官が羈束的に (bindend) 認定することができるような内心的事実ではない。むしろ、評価的判断が問題なのである。この判断にとっては、関与者がどこまで事象経過を共同支配しており、行動の成り行きと結果とが決定的に他人の意思にも依存しているか、というのが本質的な手がかかりである。

原判決の認定は、上告人がこの原則に従って共同正犯であったということを明らかにしていない。……彼らは、物事のさらなる進展に、判決が認める限り、何の影響も及ぼさなかったし、鉛をMに引き渡すことに利害関心があっただけである。彼らがソヴェエト地区への転売に利害関心をもっていたこと、そこでの買手に法的または事実上の関係の有しており、違法なMの取引とその貫徹に関してさらに詳しい表象を有していたとは、認定されていない。被告

人Sは、確かにMと共に取引を通じて稼ごうとし、判決から、被告人Lが初めからSから弁済を受けることを計算に入れていたことが引用されるべきかもしれない。しかし、このMへ鉛を売却することに利害関心があったとしても、被告人が必然的にそれに続くMの行動に非常に緊密な連関をもっていったことになり、そのため、彼らは既にこの理由から、同人の共同正犯者であったとするものではない。幫助もまた自分自身の利益のためになされるのである。このことは、租税刑法においてあてはまるだけでなく、一般的にあてはまる。……

〈検討〉

ここでは「利害関心 (Interest)」が存することをもってただちに行為者の正犯性を認定することに疑問が提示されている。しかも、前節でみたような「主観説」の定式、すなわち犯罪行為を自己のものとして意欲する」というような契機を不明瞭であるとして退けている点は注目される。とはいえ、やはり決定的なのは行為者の「内心的意思方向」である。ただし、その問題は「行為支配」として論じられている。ここに「主観説」と「行為支配」との関係が表われている。すなわち、「行為支配」という概念は、「主観説」のいう「正犯者意思」の認定において、さまざまな（「利害関心」を含めた）事情から「行為支配」を有すると認められることを重視するという限りにおいて用いられているのであって、いわば「行為支配」概念は「主観説」を不明瞭でなく説明する道具として用いられている。犯罪行為という事象が、各関与者の意思に従属していることを「行為支配」と称しているのである。

しかし、述べられているところでは、この「行為支配」は、内心的事実として認定されるという類のものではなく、全体としての犯罪行為から「評価的に判断」されるべきものである。このような考え方が、単に主観的な内心的意思方向を基準にするだけでなく客観的要素をも基準とする方向を示していることも事実であろう。実際、本判例自身は、当然のことながら明確にしていないのであるが、客観的にみた「統制可能性」を基準として導入することを示唆

しているのである。基本的に「主観説」を脱してはいないにしても、このようにして、「行為支配」という概念が用いられることによって「主観説」が柔軟性を獲得したと思うのである。

〔六〕一九五六年一月一〇日第五刑事部判決⁽¹⁴⁾

〈事実〉

被告人Sは、盗品である牛(Rinder)がその納屋に入れられた後これを屠殺して運び出すことを、Fに約束し、この約束を実行した。

〈判旨〉

事前のSの約束については、窃盗に際しての共同正犯性は認められず、幫助犯のみが認められる。

共同正犯と幫助犯とは、共同正犯が行動を自らのものとして、幫助犯が他人のものとして意欲するということによって区別される。刑事部が繰り返し言い渡してきたように、各々の関与者の犯罪行為に對する内心的姿勢(Beysteilung) (その共同正犯または幫助犯としての性質を決定する)は、全事情に基いてのみ確かめることができる。

ある者が、後に藏匿行為をすると約束することによって共同正犯となりうるか否かという問題を吟味する場合、法律が窃盜者と藏匿者とは全く異なる扱いをしていること、そして、藏匿者となりうるのは、窃盜自体は行なっていない者であるということが考慮されるべきである。それゆえ、刑事大部が BGHSt 7, 104 判決において詳細に説明したように、基本的には、盗品を自分の所有としたりその販売に際して他人に共働するといった、窃盜に際しての共同正犯や、さらにまた藏匿者であるということでは処罰されるべきではない。これに反して教唆犯・幫助犯は別である。

このような見解によれば、不当な結論に至らないためには、基本的に、窃盜の以前に後の藏匿行為をしようと申し

出た者を幫助犯または教唆犯とみなし、窃盜に際しての共同正犯とはみなさないとするほかはない。というのは、そのような行為者は、全く窃盜行為を行なおうとはしていないで、藏匿行為をしようとしているのであるから。その者は法律が（刑事大部が詳しく述べたように）藏匿者の何倍も厳格な処罰を要求している者である。盜品を最終的に領得するのではなく、さらに転売することを意図している窃盜犯は、すべての場合に、それが成功するであろうことの認識が、その者の犯行決意にとって決定的な役割を果たすし、犯罪行為の実行に際してそれを強めるのである。まさにこれが、藏匿者を、それも重く、法律が処罰する理由なのである。藏匿者は、この物品を後に売却することができるという窃盜犯の認識を確信にまで高めることによっては、窃盜の共同正犯とはなりえず、したがって藏匿者としての性格を失うことはない。それゆえ、窃盜の実現に対して、盜品の換価に際して共働することを約束する以上のことはしない者は、常に教唆犯または幫助犯でありうるにとどまる。

〈検討〉

本判例は、主観的共犯論を採用しているとみられてきたR G以来B G H判例の立場からは、少し外れたものといえることができる。もとより、判例は行為者の「内心的姿勢」が正犯・共犯の判断根拠であることを明言しているし、その判断基準は、「犯行を自己のものとして意欲しているか、他人のものとして意欲しているか」という、従来通りの主観説の定式を採用しているのである。しかし、その判断の材料は、全事情に基くものとされ、客観的にどのような事情があったかに重点が置かれるようになっていく。すなわち、行為者の内心の事実を認定するというよりは、客観的な事情を勘案して、後者が犯行を「自己のものとして遂行する」ことになっているかどうかを「評価」するような方向が示されているのである。ということとは、基本的には主観説の立場を崩さないのではあるが、判断の方向は、「行為支配論」に接近しているといえることができる。

繰り返し指摘するように、「行為支配論」は、ここで、主観的契機と客観的契機とを総合的に判断し、さらにそれが実体的な根拠とされることを要求するものとして考えられている。したがって、この判例の議論がそのまま「行為支配論」の議論として通用するわけではない。ただ、「主観的契機と客観的契機とを総合的に判断する」という方向ないし方法において、「行為支配論」に接近するところがあるということである。

判旨の重要な部分は、窃盗と贓物蔵匿との関係の問題が占めているが、これは、両罪が異なる実質をもっていることから、蔵匿を約束することが窃盗に対する関与とは評価されないこと、したがって「犯行を自己のものとして意識した」かどうかの判断にとって、否定的な根拠となることを示しているものである。このような考慮が、純粹に行爲者の内心的事実を認定するというよりは、客観的に表われた犯罪の事情を全面に押し出すものであることは、十分に明らかであろう。

〔七〕 一九五八年一月一〇日第五刑事部判決⁽¹⁵⁾

〈事実〉

Aおよびその他七人の共同被告人は、さらに多数の他の少年等と共に、夕方に繰り返し騒々しくハンブルクの港の海岸通りを通って行った。その際、彼らは、女性と少女とにいたずらし暴力をふるった。この不良たちの騒動のうちの一つに際し——放浪する集団は少なくとも一五人の間から成っていた——Aの共同被告人である五人が地面に倒れていたB夫人に暴力的にわいせつな行為を行なった。そこでAも同じく前の方へ押し進み、Bの上へ同女に襲いかかるように身をかがめた。ここで彼は、同人自身不道徳な行為を行なっていた一三才の「少年」によって妨げられた。事実裁判官は、Aは共同被告人の活動を自分のものとして意欲していたという結論に達し、同人を風俗犯の共同正犯

として、刑法一七六条一項一号により、重い騒擾罪と一行為数罪として有罪判決を下した。

〈判旨〉

BGHはこの判決を維持した。複数人によって共同して行なわれた一七六条一項一号による犯罪の一つに、記述されたようなしかたで関与した者は、同人が自分では不道德な行為を行なっていなかった場合であっても、既遂犯罪の共同正犯である。自ら不道德な行為をその女に行なおうというAの意思は、Aが共同被告人らの不道德な行為を自分のもののように意欲していた、すなわちその限りで行為共同支配への意思 (Wille zur Tatherrschaft) をもって行為したということを除くものではない。双方の意思方向 (Willensrichtung) は並行しえた。

〈検討〉

まずMDRのコメントを引用しておく。

「判決は是認されうる。もちろん『片面的共同正犯』は存在しない。必要なのはむしろ共同的な決意である。とはいえ、共同正犯は、共同行為者が既に開始されたが未だ終了されていない行動に関与するという形においても可能である。BGHは、当該の事情において極度に厳格な意思の合致を宣明することを要求しなかったが、正当である。この場合に重要になるのは、以前の徒党の「行動」経過だけではなく特別な心理的な所与でもある。この所与とは、徒党の犯罪ないし集団犯罪の場合には、さらに他の共犯者が積極的に参加してくれば、誰でも歓迎されるということである。同じ意味において、多数人によって遂行される性的衝動犯罪に際しては、さらに他の者が衝動の渦の中に落ち込んで、愚連隊の仲間に加わるときには誰でも、急に放らつた活動が大きくなったように感じられる。BGHによって判決された事件が示しているのは、意識的かつ意欲的な共同作用ということの証明に際しては、理論一点張りの硬直性からは自由でなければならぬということである。部分的に非常に異なっている行為者の側の心理状況を根拠と

して、生活経験に従って意思の合致が非常にすばやく成立したとみなしうるような犯罪学的犯罪種類が存在する一方、
 他の場合にはより厳格な条件を設定しなければならない。」

このような犯罪学的考慮は説得的なところがあり、それ自体には妥当性があると思われる。しかし、問題は、そのようにして形成された「意思の合致」をもってただちに、客観的に表われた行為の態様を全く顧みることなく、その共同正犯性を認定してよいかということである。この判例ではむしろ端的に「自己のもののように意欲すること」を「共同行為支配への意思」として述べている。このような意味で、こんどは「正犯者意思」が「行為支配への意思」として捉えなおされているということが出来る。しかし、この「行為支配への意思」からは客観的条件への顧慮は出てきにくいであろう。まさに「集団的犯罪」における「意思の合致」であるからこそ、「意思の合致」そのものの存在として欠けるところはないとしても、逆に、そのようにいわば即席の「意思の合致」を客観的に補完するような事実的寄与をなすことが、正犯性の判断にとって重要視されるべきであろう。

さらに、「行為支配」概念がこうした主観的要素のみから成るものとする立場は、わたくしが、単独正犯を出発点にした「行為支配論」の構成として、主観的・客観的要素の総合をめざして提示した「行為支配論」の基本的思考とも相容れないのであり、異なるものである点を強調しておきたい。

〔八〕一九五八年一月二三日第四刑事部判決⁽¹⁶⁾

〈事実〉

被告人Pは、元の共同被告人M及びTと共に、夜間、窃盗をするために各々装填されたピストルで武装して、Aの食料品店に侵入しようとした。被告人がA夫妻の寢室（同人はこれを事務所だと思った）にその窓ガラスから押し込

み、Mが窓の扉を部屋の中の方へ開けたところ、窓のところへ来ていたAは窓の扉を再び閉じ、身振りをして大声を上げて窓の前に立ったので、これに対してMとTとは一発ずつ発射した。その後、彼らは前後して急いで通りに出た。前方の家の角のところでMは後方を見たところ、一人の人物が、同人をせいぜい二、三メートルの距離で追跡しているの気がついた。これは被告人Pであったが、Mは自分を追跡して来た者であると思い、同人によって捕えられることを恐れ、今にも逮捕されるのではないかと推測し、自分の正犯性が暴露することを逃れるために、後ろからやって来る人物に向かって発砲した。その際Mは、その射撃が死の結果を引き起こすことを予期していたし、この可能性を認容していた。弾丸はPの右上腕にあたったが、同人の上着の裏地付きの袖を貫通しただけで、たくし上げられていたシャツの袖の中で引っかけかかっていた。

被告人らは、そうでなくとも、「複数」の窃盜の遂行に際して繰り返して装填された武器を所持していた。彼らはその使用に関しては、共犯者の一人の逮捕の危険がさし迫っている時は、人に対しても発砲することを申し合わせていた。三人の被告人全員のこのような謀議は、Pに対して発射された射撃にも相応した。Mは、Pを推測上の追跡者として消そうと、同人に命中させようとした。こうして、弾丸が当たれば生命にかかわるとしても、弾丸が命中し、当たった者を追跡者として処理しただけであるならば、同人にとっては正当であったのである。

〈判旨〉

刑事部の認定したところでは、まず、被告人Mは、刑法二二一条一項、四三条にいう謀殺未遂の責めを負う。なぜなら、同人は別の犯罪行動、すなわちまさに侵入窃盜の未遂を隠蔽するために、ある人間を殺害しようとしたのであるから。これは法的には異議を唱えることはできない。隠蔽(Verdecken)という概念は、この規定にいう意味においては、犯罪行為を「覆い隠す(Zudecken)」こと、つまり犯罪行為の痕跡を認識できなくすること、またはその暴

露に寄与しうる人間を無害にすることを前提としている。同人の考えたところによれば現行犯として追跡されたMが、同人によって〈条件付で「未必的に」意欲された〉、同人の推測上の追跡者の殺害によってこれを達成しようとしたのである。

一 同人等の合意は、たとえばドイツ刑法が、〈他の〉人間の生命を毀棄することのみを罰していることと対立するものではない。……問題になっている事実では、既に同人によって未必的に意欲された一人の人間の死、という結果が生じなかったのであるから、Mは謀殺既遂で処罰されることはありえない。刑法四三条をこのように適用する根拠には、Pの同時に自分自身が被傷者であるという個人的な事情が加わっている。このことによって、同人の事実的寄与に対しては、第二の法的観点すなわち不能犯の観点からは刑法四三条によってのみ処罰できる、という結果が生じる。

二 このMの推測上の追跡者に向けられた殺人未遂は、Pがこれを自分の行動とみなさなければならぬし、またそのために共同正犯者として処罰させなければならない。このような処罰は、P自身が殺人未遂の法律上の構成要件を実現したということとを前提とはしない。確立した判例に従えば精神的な共働で足りる。それは、共同正犯者が、実行中の犯行仲間を実行行為の前に与えられた忠告によって助けることでも、何らかある時点でその他の方法でその仲間の殺意を強めるといった方法での予備行為でもよい。この場合、同人は、この精神的共働の時に、犯罪行為の一切の結果を自らのものとして共働惹起しなければならぬ。すなわち、当事件では、万一の追跡者の射殺を、同人の事実的寄与によって自己のものとしなければならない。このことは、州裁判所が、切迫した逮捕を妨げるための武器使用がこの度限りは共謀されていたことと、この共謀に基いた三人の共同正犯者全員（これらはMがある程度射殺するように「義務づけていた」）からなる危険共同体 (Gefahrengemeinschaft) を認定して、十分に根拠づけられたところである。

Pは、当該の時にも行為支配に関与していた。同人は、その二人の犯行仲間の空間的な近傍で彼らの所為を常に統制し、今回は共謀に反して追跡者は射殺しないように彼らを促すことができたであろう。同人がこれを射撃の発射に至るまでしなかったということは、同人の発砲についてもその共同責任を基礎づけるものである。この発砲は、それが推測上の追跡者に向けられているのだから全関与者の共謀に適合していし、したがって、被告人の故意に包括されたところの範囲をも超過していなかったし、またそこから「それは」同人に完全に帰されなければならぬ。

三 この枠組の範囲内では、Pが射撃の瞬間にこれ自体に同意していたかどうかは問題にならない。同人がその以前の事実的寄与によって正犯者故意をもって着手した後では、気持の変化があっても未遂の中止(中止未遂)(刑法四六条)の原則に従ってのみ、同人を不処罰とすることができただけであろう。しかし、これについては同人が、同人の共同行為者たちをも、彼らの殺害故意を放棄させるように規定するか、そうでなければ、何らか他のしかたで同人自身的事実的寄与から、他の者がさらに可罰的所為をさせる原因作用を取り去るか、ということが前提とされるであろう。この事案ではこれらのことは起きておらず、被告人がむしろ終了に至るまでかつ発砲の時に、他の二人と共に彼らの元来の共謀への確固変らぬ共働に固執していた、ということは、州裁判所の明晰な認定から明証されるのである。

〈検討〉

共同正犯においては、共謀に従って行なわれた具体的行為は、基本的に他の行為者(正犯)にも帰属させられることになる。本件では、追跡者がある場合には銃でこれを殺害することが共謀されており、実際、発砲されたのであるが、その対象が(客体の錯誤で)共同正犯者のひとりである被告人となったものである。確かに、被告人が発砲者の具体的行動をも左右することもできた場合には、被告人に発砲行為に対する支配を認定することができるであろう。その限りで、本判例の議論は「行為支配論」に合致する。しかし、少なくとも表面的には、判例はここでも発砲者の

行動を「自己のものとして意欲し」たことをもって被告人の正犯性を確定する。したがって基本的には「主観説」であることに変わりはない。

我が国の刑法実務からみると、この事例では共謀（Verabredung）という概念を用いて「危険共同体」が構成されていることを認定し、この「共同体」が「正犯者故意をもって」犯罪の実行に着手した以上、共謀に従ってなされた行動を自己のものとして意欲していたことになるとする根拠となっていることが注意を引くところである。これが「共謀共同正犯」と同様の思考であると考えられるからである。共謀による殺人という場合には、共働者のうちのひとりが客体の錯誤で他の共働者を殺害した場合には、観念的な「共同体」の犯罪として行なわれたことになり、一方その責任は各人に及ぶということになるのである。

「共同決意（gemeinsamer Entschluss）」という要件を共同正犯性にとって本質的であると考える立場からは同様の帰結が導き出されやすいであろう。しかし、「機能的行為支配」という判断基準を採用すると結論は異なると思われる。共謀だけでは正犯性を基礎づけるには十分ではない。加えて、そもそもまず、被告人の死を惹起した発砲行為は共謀の内容には含まれないとすることが妥当である。なんとすれば、被告人等が共謀していたところは「追跡者」を射殺するということであって「共同者」を射殺することではなかったからである。もとより、直接に行為を自ら行なった者については客体の錯誤が直ちに故意を阻却することにはならないが、他の共同者については、故意の範囲を、したがって「行為支配」の範囲を逸脱しているというべきであろう。ここで「行為支配」として言及されているものの実質ははっきりしないが、「行為支配論」の考え方と共通する思考と正犯者故意という従前からの主観説の定式とが共存しているということが出来る。その限りでは正犯者故意というものが「行為支配」として構成されているともいえるであろう。

〔九〕一九五九年五月一日第四刑事部判決⁽¹⁷⁾

〈事実〉

陪審裁判所の認定した事実は次のようである。

エリーザベト・S夫人——上告人の姑——は、一九五七年七月七日に、いわゆるクローネンベルクの「ハンマー池」(Kronenberger „Hammerteich“)において死体で発見された。

S夫人は、「顕揚欲的精神病質者」(geltungsbedürftige Psychopatin)であつて、「以前にも」既にしばしば自殺未遂を演じてみせたことがあつた。被告人は「魯鈍の意味における先天的精神薄弱」である。「同人は、感情の冷たい、神経質な精神病質者である。」

一九五七年七月六日の午後、被告人、その妻、彼らの二人の幼い子供、および被告人の妻の母親である四二歳のS夫人は、バスに乗るための金を持っていなかったため、ハルファー(Halver)からキールスベ(Kierspe)に向つて(全区間は約十キロメートル)歩いて行つた。非常に暑かつた。S夫人は、養老院(Altersheim)から被告人の家族を訪問するためにハルファーに連れて来られていた。途中でS夫人は、もう養老院には戻りたくない、と打ち明けたが、被告人二人は、自分たちは夫人をずっと引き受けるつもりはないということをはのめかした。するとS夫人は、誰のやっかいにもなりたくない、自分は死ぬつもりだ、そのためにケルススペースレ(ダム)(Kerspe-Spore)に行きたい、と言つた。被告人はそれをまじめにはとらなかつたが、小さな人工池にやつて来ると、S夫人がここで入水したいと言つたので、被告人はついに彼の義理の母親の求めに応じることにした。彼はまだ別の池を知っていたので、クローネンベルクのハンマー池(S夫人が認めたように、回り道であつた)に行き、その近くに座つた。S夫人は被告人らに、そこにおいて自分が死ぬまで待つてくれるようにと述べて、コッフアダムに向つて行つた。そこで被告人

(女)は子供等と共に遠くに離れていった。彼女は、その母親の願いを、母親が自分の自殺に際して妨げられないことを真摯に望んでいるのだというふうに理解したのである。

S夫人は堰堤に向って行きそこに座って脚を水の中へと垂らした。この時点で初めて、被告人(男)はS夫人が自殺することを意図していたのだということをまじめに信じた。同人が彼女の後からダムの上へ出て来たところ、S夫人は同人に、今、自分を「水の中へ突き落としてくれるようにと促した。彼女がそれを実際に意欲していたのかどうか、あるいは彼女が被告人(男)に反抗させて、自分を再び家へ受け入れるように心を動かすためにそう言っただけであったのかどうか、ということは確認することができなかった。被告人(男)はこの要求には応じなかったが、少なくともそれを妨げないことによって彼女を自殺の促進しようと思った。S夫人は中へ突き落とすようにもう二回要求を繰り返してから水の中へ落ち込んだ。それがどのように起こったのかは確認することができなかったが同女は溺れて死んだ。起訴された夫以外には誰もほかに居合わせてはいなかった。——陪審裁判所は、「S夫人が無条件(無限定)または条件付の(限定された)自殺意思をもって池の中へはいっていったのか、あるいは真摯な自殺意思をもちたずに、すなわち被告人が彼女を助けてくれるだろうという確固とした期待をもって入水したのか、あるいは彼女は自殺を装った際に水の中にはいる意思なく落下したのであるか」ということは、これを解明することができなかった。

事実裁判官の述べるところはこうである。被告人は、その姑をその意思に反して殺したのではなく、同女の自殺——場合によっては同女の外見上の自殺(Erfohr)——を放置(zulassen)し、前へつんのめるようにと忠告することによって援助しただけである。同人は、同女が生命の危険の中にあることを認識していたけれども同女を池から引き上げることもしなかった。これらすべては義務に違反していたし、同人は自殺の防止への義務を認識していたが、知りつつそれに違背した。同人の態度には、——反駁されず——明示的、かつ少なくとも真摯だと考えられた、姑の水の中

へ突き落としてくれという要求によって規定されていた。この要求がなかったならば、同人はS夫人を殺しもしなかっただろうし、同女が池の中に落ちてそこで溺れているのを何もせずに傍観しもしなかっただろう、というのである。量刑にあたっては、とりわけ、被告人が精神薄弱で限定的にのみ責任能力があるにとどまる（刑法五一条二項）ということ、および「要求に基く殺人の場合が通例そうであるように、同人が直接的に作為してS夫人を殺害したのではなく、同女の自殺を放置し、自分の忠告で援助しただけであるということ」とが減輕的に考慮された。

〈判旨〉

上告には理由がある。

要求に基く殺人に対する刑罰規定（刑法二一六条）においては、謀殺と故殺と（刑法二一一、二一二条）に対して独立した故意の殺害という場合が問題になっているのである（BGHSt 2, 258）。この規定は行為者が被害者をその要求によって殺害したことを前提としている。陪審裁判所は、被告人が二重のしかたで殺害したこと、すなわち一方では忠告を与えることによる作為の行態という形において、他方では義務違反の不作为という形で作為しないではないことによって、それぞれ殺害したということを理由として有罪評決を支持した。

明示的で真剣で確実に作用する被害者の要求がその死を妨げないことを求めている場合には、要求による殺人が義務違反の不作为によっても遂行されうるということは正当である。陪審裁判所はS夫人のそのような要求を認定した。しかし、事実裁判官は被告人が正犯者故意をもって行為したことは十分に証明しなかった。陪審裁判所の認定によると、むしろ同人がその義理の母親の死につながるところの、同女によって独立して惹起された事象を——同女の自殺の場合でも、水の事故の場合でも——支配しようとは意欲していなかったということ、したがって同人には「正犯者意思」(BGHSt 8, 393 ff, 396)が欠けていたというべきである。この意思は不作为による要求に基く殺人の遂行にあ

たっても必要とされる。それは、いずれにせよ不作為者が救助的干渉 (rettendes Eingreifen) への可能性を有していない場合には、行為すべき法義務の認識によってそれを置き換えることはできない。しかし、ここでは事情はまさにそうである。S夫人は、被告人のためにまず何をしなければならぬかを規定していた。実際、同女が助けを呼ぶまででさえそうであった。この瞬間において既に、破棄された判決が強調するように、助けるためには遅すぎたのである。事実裁判官は、確かに法的評価の枠内では被告人によって「意欲された結果」(S夫人の死)に言及している。しかしながらこの転換は形式的で、事実によって証明されてはいない。被告人に特に帰せられたS夫人に対しての「自ら前に倒れよという忠告」は、この場合、いずれにせよ——「上に」説明された理由から——考慮の外に置かれたままであった。しかしまさにその時被告人に反駁されていない事情が残っている。すなわち同人が不作為の態度をとってS夫人の死を生じさせたということである。同人はまた死の結果に単に同意していただけである。しかし、それでは同人が義理の母親の死を、正犯としての同人の行態によって惹起ないしは発生させようと意欲したということとを承認するには足りない。万一自殺への「幫助」が出てくるとしても、それは自殺そのものに対する刑罰が規定されていないため不可罰である。

実際、もちろん第一刑事部は、(BGHSt 2, 125 以下において) 自分が協力しなくても為されたはずの夫の自殺に同意しており、そのため不作為にとどまった妻に殺害の犯罪行為の正犯たる可能性を認めた。陪審裁判所はこの判決に従ったものである。第一刑事部によって支持されている見解に無条件に依ることができたのかどうかは確かでないだろう。当部の意見では、従来のドイツ刑法は他人の自殺への共犯に対する独自の刑罰規定を欠いているからといって、正犯概念を拡張して適用し、行為支配 (Tatbeherrschung) への意思を欠くような自殺への関与者に対しても均衡を求めるならば、同女が正犯とされる危険を引き起こすであろう。そこには法律に対応しない不均衡な法適用が存

在している。なぜなら、このようにして他人の正犯者意思の下に同等に従属しているにもかかわらず、刑罰が規定されていない主行動に対する幫助犯という作為によって他人の自殺を促進することは不処罰であるのに反して、不作為による促進は事情によっては正犯性をもつ殺人として可罰的になるからであり、さらに、第一刑事部の見解を基礎づけるにあたっては、その同じ不作為が——同じく他人の正犯者意思に従属している場合——他殺に関するならば幫助犯としても、それに反して自殺にかかわるならば正犯性をもつ殺害行為として処罰されうるであろうからである。

これらの問題に関しては「判例変更にはあたらないので」、本件を刑事事件大法廷へ移送する必要はない。なぜならここで判断されるべき事況はその事件とは別の形をとっていたからである。その事件では、妻がやって来た時には生活に疲れた男はもはや事象の支配者ではなかった (BGHSt 2, 150, 154; Gallas JZ 1952, 372, 373)。本件の事件では、S夫人は自分が助けを求めるまでは支配者であった。さらに同女は、既に述べたように、被告人に——同人によって真摯であると理解された——自分を救助してくれるという要求を向けていたので、当該の法的事情は刑法二一六条によって判断されるはかなかった。

それにもかかわらず、これまでの認定によれば、刑法二一六条の適用は問題にはならない。謀殺は既に陪審裁判所が否定したところである。その同じ理由から故殺もまた除外される。

したがって、上告人に対する判決は、認定によれば、同人が有罪判決を受けた限りにおいて破棄されなければならぬ。さらに、審理について注意しておくべきであるのは、

一 これまでの認定によれば、本件では過失致死 (刑法二二二条) も除外される。被告人がまた——行為支配を欠くので——正犯としてではなく、かつ——自殺が可罰的でないので——他人の自殺の幫助犯としてでもなく、処罰されうるとすれば、その他人によって要求されたこの自殺 (その成就を同人は確かに承認した) を促進することに対す

る同人の姿勢 (Einstellung) は、何といつても情を知った不作为による助力者の姿勢ということにとどまるであろう。つまり、それは故意を基礎づけるメルクマールを包括していた。被告人のこの姿勢によれば、同人がその同じ態度のゆえに殺人の結果について過失の正犯として責任を負うことはありえない。

二 しかしながら事実裁判官は被告人が不作为の幫助行為の非難 (§330c StGB) を負わなければならないかどうかを吟味しなければならないであろう。他人の自由な自殺への共犯について刑罰が規定されていないことは、刑法三三〇条の適用を妨げない (BGHSt 6, 154, 155)。同様に援助を必要としている者の救助の断念も妨げない (BGH JR 1956, 348)。被告人の援助義務は、S 夫人が、同人に認識された自殺意図をもって水のすぐ近傍に赴いた時に既に課されていたであろう。そこから「事故」が始まる。助力は、その成果「II 死」が初めから不確実であったならば、必要でもありえた。S 夫人による救助するなという要請と、被告人の精神薄弱に直面して、その間に同人に対する期待可能性 (Zumutbarkeit) の問題を特別に吟味する必要があるだろう。

〈検討〉

自殺に対する不作为の関与という問題は、ドイツ刑法において自殺幫助が処罰されないこともあって、判例においてもたびたび問題になっている。本判例自体も、既にこの論文においても取り上げた事例をも引用して論じているところである。「行為支配論」との関連で指摘すべきことは、ここでも「正犯者意思」が正犯性の決定的根拠とされていることである。不作为による要求殺人においてもこの意思は必要であるという。ここで出てくる「行為支配への意思」(Wille zur Tatbeherrschung) という概念は、学説において展開されてきた(したがってここでわたしが導きの糸としている)「行為支配論」のいう「行為支配」(Taterrschaft)とは異なり、「正犯者意思」を言い換えたものにほかならない。したがって、『行為支配』がないので正犯とはならない」ということの意味も、『正犯者意思』

がないので正犯とはならない」ということと同じである。判決理由の中で不作為にとどまる者が結果の発生を是認していたかどうかを詳しく論じる必要も、正犯として、ということとは主たる立場において結果の発生を意欲していたかどうかを確定する必要から出てくる。

もっとも、元来が義務違反に基礎を置く保証者の地位に基く不真正不作為犯の性格は、「行為支配」的思考によってよく説明されるところがある。すなわち、発生する結果をそのまま発生するにまかせることも、中止させることも、あるいは別の方向に向けることもできるような地位こそが、保証者の地位であるということができるからである。その意味において、本判決が「行為支配」について言及している場面においては「行為支配論」の思考と同様の考慮がないわけではない。しかし、「行為支配への意思」に決定的重要性を認める限り、正犯理論としての「行為支配論」と同視することはできない。

〔一〇〕 一九六二年六月一五日第四刑事部判決⁽¹⁸⁾

〈事実〉

自動車運転手Aはほろ酔い状態で、ある歩行者に突き当たった。その歩行者は衝突によって不運にも自動車の上に投げ上げられたので即死した。しかし、車両と、衝突によって開いていた右のドアとの間に片方の足が挟み込まれたので、身体は自動車から下へは落ちなかった。それにもかかわらず運転手は停止せず、同人の右方に並んで座っている被告人にその挟まっている足を外すように要求した。被告人は、被害者はまだ生きているということを前提に、走っている乗用車から投げ飛ばされれば被害者が死ぬかもしれないということを認識していたにもかかわらず、これをしたものである。同人は、この結果をも認容していた。

陪審裁判所は被告人を共同正犯のゆえに有罪と判決したが、上告は容れられた。

〈判旨〉

BGHは、BGHSt 8, 336という判決において、事實的寄与の法的評価に際しては基本的に行為者の意思から出発すべきこと、しかし、とりわけライヒ裁判所の判例（なかなずく RGSt 74, 84, 85）において用いられた、「共同正犯とは犯罪行為を自分のものとして意欲するものである」という表現は誤りであることを詳しく述べた。関与者が意欲することは同人の表象に包括された（全て）事情に基いて、裁判所によって評価的に探究されなければならず、この際本質的な手がかりとなるのは、同人がどこまで事象経過を共同支配していたか、そしてその結果犯罪行為の貫徹と実行とが、決定的に同人の意思にも依存していたかどうかとどうことである（BGHSt 2, 150, 151, および BGH JR 1955, 304, 305; 包括的には 4StR 359/56 vom 8. November 1956）と云ふのである。

そこから明らかになるのは、外形的構成要件実現ということが決してそれだけで決定的ではないのであって、全ての事情から、なかなずく事實的寄与の範囲からも推論されるべき行為者の内心的姿勢も合わせて顧慮されなければならないということである。もし、これが、行為者が幫助者故意（Gehilfenvorsatz）をもって活動したということになれば、同人は「外形的構成要件実現にもかかわらず」幫助者として有罪判決を受けるだけであることもありうる。したがって、陪審裁判所がそうしたように、被告人は幫助者故意をもって、しかし全ての構成要件の前提条件を自分の手で充足したのだから、正犯として処罰されなければならない、と主張することは、法律上の過誤である。

認定された事態を評価して明らかになることは、被告人だけが関与した同乗者の唯一人として、謀殺未遂の外形的構成要件の前提条件を充足したのではないということである。不能である客体（untaugliches Objekt）に対する未遂が問題になっている、ということとはつまり被告人が初めて活動した時には被害者は既に死んでいたもので、もちろん、

既にその限り被害者がまだ生存していることを一致して承認していた関与者たちの表象にさかのぼられなければならない。出発点となりうるのは、車の同乗者たちは、止まっている自動車の泥除け(Koufänger)から落ちてくること、それだけで既に被害者の死を惹起しうることを承認していなかったということ、彼らはむしろ、この結果はより高速で走行中の車から転落しなければおこらないと考えていたということである。しかし自動車の運転手はKであった。したがって、関与者たちの表象によれば、Kと被告人の共働によらなければ被害者を殺すことはできなかった。被告人は、その事実的寄与を自分の決意から行ったのでもなく、Kによってそれを求められたのである。Kの利害関心においてのみ犯罪行為の結果があった。なぜならKが事故を有責的に惹起した者であったからである。被告人は事故の露見について何ら恐れる必要がなかった。どんなことがあっても逃げたかったKの願望を満たすことのために、被告人はKの意思に自分を従属させたのである。

こうした事情においては、陪審裁判所が、被告人は援助しようとしただけであると述べたことは正当であるが、だがしかし、それなら、それにもかかわらず共同正犯性をそこから結論してはならず、補助者故意を認めなければならなかったであろう。

〈検討〉

この判決は全面的に「IH」(BGHSt 8, 396)判例に依拠している。しかしその受け取り方は全く「主観説」的である。「関与者が意欲することは、同人の表象に包括された〈全ての〉事情に基いて、裁判所によって評価的に探究されなければならず、この際本質的な手がかりとなるのは、同人がどこまで事象経過を共同支配していたか、そしてその結果犯罪行為の貫徹と実行とが決定的に同人の意思にも依存していたかということである」という文言から、「外形的構成要件実現ということが決してそれだけで決定的ではないのであって、全ての事情から、なかなんぞく事実

的寄与の範囲からも推論されるべき行為者の内心的姿勢も合わせて顧慮されなければならないということである。もし、これが、行為者が幫助者故意をもって活動したということになれば、同人は幫助者として有罪判決を受けるだけであることもありうる」という結論を引き出すのである。

これは、外形的構成要件実現を決定的な正犯メルクマールと認めない点で、現在の「行為支配論」の結論とは一致しない。「行為支配」という文言も「正犯者意思」と異なる意味あいで使用されているものではない。「全ての事情」に基くという考え方から、客観的な要素を考慮に入れる方向に進むというよりは、客観的な要素があっても主観的な要素がなければ正犯とはならないという結論を導き出す以上、「主観説」が「一五」判例においても意図されていたとみる可能性がここで現実のものとなっているとすることができる。BGHの態度が（一般的に）「客観説」の側に歩みだしたとはいえないのであって、主観的意思についての情状の考慮が正犯性と共犯性の判断に大きな影響を有していることがうかがわれる。

こうした考慮からみて、本判例は「行為支配」概念を用い、「一五」判例に依拠していながら、やはり実質においては「主観説」の再構成という性格にとどまっているというべきである。「一五」判例のもつ両面性と、連邦通常裁判所判例の推移が時系列的に単線的ではないことに、改めて注意を喚起しておきたい。

「一一」 一九六六年七月五日第五刑事部判決⁽¹⁹⁾

〈事実〉

ある飲食店で、一人の男が若い女性に二度ダンスの申し込みをしたところ断わられたので、その男を含む四人の常連客が、相手の若い女性の頭髮および陰毛の一部を強いて切断した。その店の店主であった被告人（女）はこれを見

逃した。

〈判旨〉

一 被告人は四人の若い男の行ないを止めるように法的に義務づけられていた。被告人が飲食店を経営していたということから、同人が処理処分権能 (Vertügnungsgewalt) をもっていた場所において秩序を守るという法的義務、特に、客をここで起きたような他の客の暴力行為から保護するという法的義務が生じていた。

二 さらに、刑事部が、四人の男たちとは違って自らは作為しなかったにもかかわらず、被告人をその共同正犯として有罪判決したことも法的には問題はない。

(a) 上告によれば、このような場合には「共同正犯ではなく」原則的に幫助犯の規定に従った処罰だけが考慮されるはずであるという。上告は、「これにつき」 Schönke-Schröder StGB 12. Aufl. Vorbemerk. 109 vor §47 を引用する。しかしながらこの見解は B G H の判例に矛盾する。判例の見解によると、数人の人物が「共同して刑法的結果を惹起する場合にはさまざま方法がありうる。すなわち、禁止された行為「作為」によることも、義務に反した不作為によることもある。あるいは、彼らの犯罪行為と犯罪行為結果とに対する内心的姿勢(意思方向・行為支配・犯罪行為結果への利害関心・独自の構成要件実現の範囲)に依じて、共同正犯・教唆犯または幫助犯としてその同じ刑法的結果を惹起することができる。」(BGHSt 2, 150, 151; BGHSt 4, 20, 21) (b) これらの区別メルクマールを原判決は正当に評価している。その認定によれば被告人は何も行なおうとはしなかった。「なぜなら、同女は、証人「被害者」が以前に「同女に対して」失礼な振る舞いをしたからである。同女は、四人の男の正犯の行ないを是認し、彼らの行為のなりゆきを愉快に思っていたことから認識できるように、彼らと一体感をもっていった。」この事実によれば同女の共同正犯性を承認することが正当である。刑事部はとりわけ、上告がいうように「被告人が共

同被告人らの犯罪行為を自分ものとして共働 (Mittwirken) しようとしたことを認定」してはならなかった。州裁が、その詳論の中で共同を強制することに関して何か似たようなことを言っていることを別にすれば、このような「意思の」方向転換は必要でもないしそれだけで十分でもない。共同正犯を幫助犯から区別するところの意思方向は、「認定 „feststellen“」されるような単純な内心的事実ではない。「関与者が意欲したことは、むしろその者の表象によって包括された全ての事象に基いて、裁判所によって評価的に確定されなければならない」(BGHSt 8, 393, 396)。

したがって、事実についての判断の結果と法的評価とが問題になるのである。

〈検討〉

本判決もまた「一五」判例に依拠して、いわゆる「意思方向」に関して客観的状況をも含めた全体的・評価的な判断を示している。しかしその現実の結論を見ると、客観的徴表として現れた主観的「意思方向」を「認定」していることに変りはない。特に、行為の正犯者と自己とを同一視するという一点をもって不作為者の共同正犯性を正当化しているのは、明らかに共同正犯性の前提として客観的寄与を必要としないことを述べているものであって、その実質は全く「主観説」の考え方であるといつてよい。ここにいう「秩序維持の法的義務」の存在は、確かに被告人の「不作為犯」の成立を基礎づけるが、そのまま共同正犯の成立すなわち「行為支配」を基礎づけるものではない。判決の考察の道筋を追っていくと、その主張はことごとく「不作為犯」の成立に関するものであり、「共同正犯」の成立にとっては十分な基礎づけがなされていない。ここでは、「共同正犯」の成立の問題にとって決定的であるのは、被告人自身が、被害者がやられてしまえばいい、あるいはやられて愉快だと思っていた、という内心的・主観的事情であり、これは被告人が四人の男たちと自己を一体として感じていたことであるとし、その一点をもって被告人の共同正犯性を認めているにすぎない。判決の文中に出てくる「行為支配」はここでも決して「行為支配論」の意味における

解釈をなされてはいない。「二五」判例が客観的契機を正犯性判断に包括する可能性を開いたとはいえ、依然として「主観説」的な解釈が可能であり、この判例をもってドイツ連邦通常裁判所判例の基本的態度は何らの変更を来たしてはいないのである。ここではむしろ「行為支配」が「不作為犯」の成立の根拠となっている。

「二二」 一九七四年三月一二日第一刑事部判決⁽²⁰⁾

〈事実〉

C(一六歳)は、共同して関与したAおよびBと共に不浪者Xを襲う合意をしていた。Cは、Xが頭を殴られ、ナイフで刺傷され、足蹴にされて虐待される様子を見ていた。さらに、Xが中が満たされている瓶で背後から頭を殴られるのも目にとめた。しかし、同人は関心がなかったのでその殴打には関与せず、反対にBにその虐待をやめるように促したのであったが、BがCにナイフを握らせて、「臆病者でないならおまえも刺せ」(„Sei kein Feigling, komm stich auch“)と言ったのでやっと、Cは既に地面に倒れていた被害者の腹にナイフの刃を突き刺したが、そのまま放置した、共同関与者Aは、その後さらに数回、腹のさまざまな場所を刺した。

〈判旨〉

この認定によれば、疑いなく謀殺の承継的共同正犯とするには十分でない。当該の認定に際して、事実裁判官は、Cが幫助犯として行為したかどうかという問題を説明すべきであった。すなわち、〈幫助と共同正犯との限界づけ〉については共犯者の内心的意思方向が決定的である。この意思方向は、共同正犯の場合には、その者の事実的寄与が他人の所為の単なる促進としてではなく全員の活動の一部として現れ、それに対応して他の者の行為が同人自身の犯罪行為分担の補完として現れる、そのような状況でなければならぬ。ある関与者が犯罪行為に対してのこうした緊

密な関係を望んでいるかどうかは、全事情から判断されなければならない。そのために本質的となりうる手がかりは、犯罪行為の結果への独自の利害関心の程度、事実に寄与の範囲、および行為支配あるはとに少なくとも行為支配への意思であるから、犯罪行為の完遂と結末とは同人の意思にも決定的に依存するのである。自手的に実行することとは、確かに正犯性または共同正犯性を承認するに有利なことである。しかしこれは絶対的に妥当するわけではない。というのは、全ての構成要件メルクマールを自分自身で充足する者でさえも、その意思が他人の犯罪行為を授助することのみに向っている限りでは、単なる幫助犯とみなされうるからである（BGHSt 8, 393, 896; 14, 123, 129; 18, 87, 89; BGH, Übersicht MDR 1954, 529; BGH Urt. v. 23. 9. 1969-1StR336/69）。他人に臆病者と思われなために自分の手で刺すことは、むしろ同人が彼らの意思に服従したことを認定する方に有利である。また、犯罪行為の場所に居合わせたこと、および他人の行動（Vorgehen）を知っていたというだけでは、いかに後から是認したとしても、その共同正犯性を承認するには足りない。

〈検討〉

本件判例は基本的には後出「一五」判例を基礎にしている。しかし、みられるようにその実質は明らかに「主観説」である。すなわち、「自主的な構成要件的行為の実行」をもって自ら構成要件を実現する者であっても幫助犯とされることがありうることを認め、その根拠は例の「意思方向」に求められているからである。繰り返し述べることになるが、「一五」判例に用いられている「行為支配」という概念は、まさに「意思方向Ⅱ正犯者意思」として解釈されることがありうる。そこに述べられているように、その認定に際して、本人が実際に他人の意思に従属する意思をもっていかどうかにかかわらず、客観的事情をも含めた評価的判断によって確定されるものであるといっても、「行為支配」が「意思方向Ⅱ正犯者意思」にはかならないとされ、客観的にみて構成要件該当行為を自ら遂行する者を正

犯としない場合があるという以上は、「行為支配論」の主張とは全く異なった基盤の上にある議論であるというほかはない。判旨中に引用されている判例も、本論文の中では「主観説」の代表的判例として取り上げたものである。これらの「主観説」判例をそのまま踏襲しているところからも、本判例が「主観説」に立つものであることが明らかであるというだけではなく、一九七四年の時点でも依然として連邦通常裁判所の拠って立つ正犯理論が「主観説」であることを確認することができる。

「三」 一九七七年三月一七日第一刑事部判決⁽²¹⁾

〈事実〉

被告人は、それなしには犯罪行為が遂行されえないか、あるいはとにかくそのようには遂行されえなかったような一連の促進的性質の寄与をなした。すなわち、まず「犯行のための」自動車を奪取するに際して共同正犯として共働した。共犯者たちはその車に乗って犯行現場に赴き、同人はそれに乗って、奇襲の後犯行現場から離れた。すなわち同人は、その乗用車(PKW)を逃亡車として提供し、それを運転した。同人はさらに、犯行に使われた武器(散弾銃)の銃身を切って短くし、その危険性を高めた。

〈判旨〉

これらの本質的寄与の各々を基礎とすると、被告人は、犯罪行為を自分のものとして意欲したならば共同正犯とみななければならない。本件がそうであったかどうかは、被告人の表象によって包括されていた全ての事象に基いて、〈評価的〉考察において確認されなければならない問題である。同人が犯行に対して心理留保を有していたことや、犯行現場から離れていたことに関する被告人の供述によっても、こうした評価的考察とその帰結とにほとんど影響

をもたない。意思の標識として、同人は犯罪行為に対して独自の（盗品への分け前に与かることに基礎づけられた）利害関心を有しており、同人の正犯性、および事象経過の成否と様態の共同支配とは、不確実にされることはない。

〈検討〉

「二五」判例以後の判断には、そこに表われていた「評価的考察」が中心的な役割を演じていることがうかがえる。しかし、ここでも、強盗の現実の実行時には幫助的な行為をなしたにとどまるにもかかわらず、当該犯罪行為から自らに帰属すべき利害関心が正犯性の核心的な要素であるかのような考え方を示しており、依然として「行為支配」概念が一面的なものとして捉えられる傾向を残している。つまり、現実とその事象経過の成否と態様とを左右することができるような客観的状況にあった場合が、「行為支配」を基礎づけるとするのが、わたくしがここで考える「行為支配」概念なのであって、それは関与者の意思の如何を必要条件とするが、関与者の意思をその核心とするものではないのである。

第二節 判例に表われた「行為支配」概念と「主観説」

一 上にみたくつかの判例に表われた「行為支配」概念は、ひとつには、「主観説」のいう意味における「正犯者意思 (Täterwille)」の認定の基礎として、全体的・評価的な判断を表わし、他方「行為支配への意思 (Wille zur Täterschaft)」という形で「正犯者意思」を構成しなおしているのである。というのは、これらの判例は明示的に「主観説」の定式を採用し、「犯罪行為を自己のものとして意欲する」ことを正犯性の根拠としているからである。したがって、これらは「行為支配」ということばを使っているが、実質はこれが「主観説」であると評価すること

とが妥当である。すなわち、これらの判例において示された「行為支配」概念は、わたくしが導きの糸として採用し、第三節で諸学説の基本的思考に基いて概略を述べたような「行為支配論」の主張とは、根本的に性格を異にしているのである。

第三章でみた判例にあらわれた典型的な「主観説」のように、「正犯者意思」という概念を「犯罪行為を自己のものとして意欲すること」として理解すると、この場合の判断基準として「利益」の帰属が問題になるという図式が判例の基本的立場であった。しかし、上の判例の記述にもあるとおり、これが具体的にみて妥当な結論に導くものでない場合には、判例自らこの考え方は不明瞭であるとし、実は「行為支配」の有無をもって正犯概念を規定することを「正犯者意思」と言っているのだ、という説明に発展する。とすれば、「行為支配」とは、基本的には「犯罪行為を自己のものとする意思」のことであるといつてよいと思われる。そうすると、「行為支配」の内容は何らかの実体を有するものではなく、評価的判断を担保するための「正犯者意思」のいいかえとまったく異なることになる。後出「[一五]判例の「評価的考察」という方法は、事実上、客観的な情勢をも評価の対象とすることに道を開いたのであり、この意味で、「主観説」自体が考え方を修正し、行為者の内心の態度をそれ自体主観的事実として認定するのではなく、「正犯者意思」が客観的事実をも含めた全事象に基いて判断される可能性を示唆している。実際、この方向が既に言及した「三」のBGH判例につながったということができる。この意味で「[一五]判例の両義性と、判例理論の主観説的傾向の強さ」に注意すべきである。この判例の可能性は、決して、客観的方向にばかり向いていないわけではない。

二 しかし、「行為支配」という戦後有力化した理論の概念を採用する以上、そこには学説の説く「行為支配論」の主張を基礎としている部分が存することも事実であろう。その観点からすれば、いわば「行為支配論」の主観的側

面のみを抽出して、もっぱらこれをもって「正犯者意思」を認定することに行っているということができよう。

前章において取り上げられた典型的な「主観説」と比べると、この章において取り上げた判例は、確かに「主観説」にはかならないものとはいえず、「支配」の観念を導入することによって、客観的要素を正犯の根拠とする可能性を内在させた「主観説」となることになった。これを少し詳しく述べれば、純粹な「主観説」によれば、端的に外形的な正犯行為に基くのではなく、主観的な「意思」＝「正犯者意思」が正犯性のメルクマールとなっていたのに対して、「行為支配」概念を用いた「主観説」においては、本来、主観的・客観的要素の総合から成っている「支配」のうち、「行為支配への意思」という主観的要素のみを取り出すことになり、正犯性のメルクマールとしては「行為支配への意思」が重要視されているということである。

すなわち、「行為支配」概念を採用したことに基いて、「正犯者意思」の認定の背景ないし土台には、当然客観的事実の考慮が存することになったのである。しかし、客観的にみて外形的には構成要件を実現したものと認められ、正犯性に欠けるところがない場合であっても、「行為支配への意思」が存在しないことをもって正犯性が否定される可能性を残しているのである。そしてこれが、「行為支配」概念を用いてはいるものの、これらの判例が「主観説」にかならないという評価を与える所以でもある。いいかえれば、学説のうち有力な「行為支配論」が第一部でみただうに「客観説」を出発点としていることと対照的に、「主観説」から出発した「行為支配」概念は、判断の基礎に常に主観的基準の方を重視する姿勢を保持しているのである。

これを図式的に言えば、これらの判例の採用した「行為支配」概念は、主観的基準を第一義的・必要条件とし、客観的基準は第二義的条件としている。したがって、主観的要件が欠ければ正犯性は認められないが、客観的要件が欠けても正犯性が認められる可能性がある。一方、わたくしが依拠しようと考えている「行為支配論」は、客観的基準

を主観的基準と並んで（総合的概念として）不可欠の正犯性の必要条件であると考えているのである。

三 以上が、これらの判例に表われた「行為支配」概念と「行為支配論」の説く「行為支配」概念との関係についての私見である。これをどう評価するかという問題は、「行為支配論」を展開していく上で注意しなければならない難しい問題である。というのは、確かに、これらの判例に示された「行為支配」が、学説によって展開されつつあった「行為支配論」の説く「行為支配」概念に基いていることは事実としても、判例は、それを一面的に解しているのであって、その限り「主観説」の再構成という性格をもつものであるので、「行為支配論」において説く「行為支配への意思」とは異なるものであるにもかかわらず、判例の述べる「行為支配への意思」と混同される恐れもあるからである。

また一方、判例の展開に沿っていくと、上にも触れたように、BGH判例における「客観的要素を組み入れた主観説」の提唱にもつながる方向に歩みだす基礎となつているという意味において、「行為支配論」思考への過渡的性格をも有している。

いずれにしても、これらの判例の「行為支配」という概念は、「主観説」の刻印が強く押されているものであって、そのことから、「行為支配論」の基本的思考が主観的・客観的要素を総合的に考慮するものであることが、反面から浮彫にされることを期待するものである。それはまた、逆にいうと、判例が明示的に「主観説」の立場を堅持しながらも、「行為支配論」による一定の影響を受けつつあることを示唆するのであろうと思われる。そして、我々の検討も、続いて「行為支配論」と同様の議論を展開しているとみなしうる判例へと進んでいくことになる。

第五章 「行為支配論」と同様の思考を示す判例

第一節 「行為支配論」と同様の思考を示す判例

「一四」 一九五〇年十一月二日第三刑事部判決⁽²²⁾（「行為支配」を採用した最初のBGH判例）

〈事実〉

被告人は、一九四八年四月に、同人が仕立屋として仕事をさせていたDを、同人と以前から知り合ひであったKの
 ところの地階住居 (Kellerwohnung) に住まわせてもらった。Kが、そのあとすぐ数か月の禁固刑に服したときに、
 Kの妻は被告人の婚約者 (Braut) をも地階住居にいっしょに受け入れた。Kの妻は闇取引で、多額の金銭を得て、
 立派な服や下着そして装身具を思うままに使っていた。これを見て、被告人は、Kが不在であるうちにそれらを強奪
 しようと考えた。そのことを婚約者に伝えたところ、同女もこれに賛成した。彼らは、夜間に手斧 (Beil) でK夫人
 の頭を殴り、無防備になった同女を締め殺す (erwürgen) ことで意見が一致した。

そこで、被告人は眠っているK夫人の右のこめかみに向けて手斧の鈍い側で力一杯一撃を加え、それから手斧を投
 げ捨てて、打撃を受けて意識を失った被害者「の首」を、後ろから両手で同女が窒息死するまで数分間にわたってし
 っかりと握り締めて締め殺した。それから同人とその婚約者とは、死体を階段の昇り口裏の狭いニッチ (Nische)
 の中に隠し、金銭と装身具類、洋服と下着の数々を奪いとり、(ベルリンの) 東地区 (Ostzone) に逃げた。

〈判旨〉

上告趣意は、陪審裁判所が被告人を当時の婚約者の幫助犯としてではなく共同正犯として不法であるとみなしたの

は共同正犯の概念を誤解したものであると言うが、これは妥当でない。この場合に、被告人のようにある可罰的行為の内心的及び外形的構成要件を完全に自分の行態によって実現する者を、共同正犯でなく単に幫助犯とみなすことがそもそも法的に可能であるのか否かという問題が解決される必要はない (RGSt 74, 84)。もし、そのようなことが法的に可能であるとしても原則的には否定されるとすると、この可能性が認められるためには、行為者がその意思を他人の意思に完全に従属させていることから、自分自身の行態によってすべての構成要件メルクマールを完全に実現したのにもかかわらず、この他人の方に対して完全な行為支配を帰属させることを前提とするであろう。このような前提条件は陪審裁判所によれば本件では存在していない。というのは、犯罪のための計画が既に被告人の頭で考え出されたものだからである。同人はこの計画を自分の目的に役立つものとしてさらに追求し、それを結局、自分の計画と熟慮に應じて貫徹したのである。同人の外形的行態に関する、ならびに同人の行動への内心的関係すなわち同人の意思方向に関するこのような認定によれば、被告人は単なる幫助犯であるとはいえない。外形的及び内心的行動側面 (Tatsache) に対しての記述によれば、むしろ共同正犯性を承認することだけが許される。これは、被告人がその婚約者と協調し、共働して行為し、犯罪行為の実行に際して同女の影響下にあり、同女が積極的・目的意識的であって、その点で簡単に影響されやすい被告人を凌いでいたことも、矛盾するものではない。

〈検討〉

この判例は、初めて「行為支配」の観念を用いたものといわれている。しかし、第一部で検討したような、学説上の「行為支配論」とは異なる意味を担って使われていることが明らかである。上の引用の中では省略したが、ここに言われている「盲従関係」は性的な従属関係という意味で考えられている。それが何らかの「強制」となっていたとすれば、ドイツ刑法五一条により責任を減免され、または共同正犯を認めることができず、というのが上告の主張

である。本判決は、それを否定しているわけであるが、確かに、「外形的・内面的側面の記述」によって被告人の共同正犯性を承認する点において、「行為支配」の観念と共通のものがある。しかし、判旨は、RGの「浴槽事件」を引いて、主観説の立場の是非を論じることは必要でないとしているのであり、「意思方向」という観点を捨ててはいない。その上で、「すべての構成要件メルクマールを実現したにもかかわらず」他人に「行為支配」を帰属させることを正犯性の条件であるとしているのである。このような意味における「行為支配」が、決して、構成要件と関連した客観的要件を包括した「行為支配論」の主張と一致するものではないことは明らかである。

「行為支配」を犯罪行為の主観的・客観的全体性において捉えることを前提とするならば、構成要件メルクマールを完全に自らの手で実現する者は、常に例外なく正犯となるはずである。それにもかかわらず、その行為者を狭義の共犯であるとするのは、正犯性の決定的基準を主観的要素に求める考え方であって、「行為支配」という名称で呼んだとしても、その実質は主観説にほかならない。あるいは、「行為支配」の一面的理解にとどまっているといふべきである。特に、行為者が犯罪行為の実現に対して直接に事実的寄与を与えた場合には、「行為支配論」においても、客観的寄与こそが決定的になるのが原則である。

「二五」 一九五六年一月一〇日第五刑事部判決⁽²³⁾

〈事実〉

陪審裁判所は、被告人を以前の彼の仕事仲間であった労働者Gに対する謀殺(Mord)によって有罪の判決を下した。被告人はGと友情を結んでいた。被告人が一九五四年二月、宿をもっていなかったときに、Gはその当座彼を引き受けた。G夫妻は不和であったので、G夫人は被告人に夫を殺してくれるようにと繰り返し迫った。同人は、初めは

再三にわたって拒絶したが、ついに承諾した。一九五四年三月三日の午後、二人は、G夫人によって考えられた犯行計画を協議し、すべての細目を確定し、以下のようにそれを実行した。

被告人は、その衣服の下にG夫人が同人に与えた斧を隠し持ち、同女自身は、二つの大きな煉瓦を買い物袋に入れて準備した後、二人はGの仕事場で待機した。彼の妻は、仕事が終わった後でいっしょに隣村に行つて、被告人と共に仕事をして金を稼いだらどうかと提案した。Gは、それが口実にすぎないことを予感せず、よろこんで同意した。途中、三人はG夫人の提案で近道をして寂しい狭い小道（ザーレ河沿いの）へ相前後して進んだ。そこでG夫人は取り決めておいた合図（背中を叩く）を被告人に出した。それに従つて被告人は、斧の鋭くない側で、なお二回から三回、非常に力をこめて頭蓋に打撃を加えた。G夫人が、「もう死んだわ（Get'st du's）」といつたので、被告人はすぐに走つて逃げたが、妻Gが彼を呼び戻したので被告人はこれに従つて戻つて来た。同女は、その間に持つてきた二つの煉瓦で死体に重しをつけていた。それから、二人はザーレ河へと撲殺された死体を転がした。

裁判医の鑑定人（陪審裁判所が被告人の精神状態に関して訊問した）は、同人は「原始的で未分化の人格」であるとした。彼の意思と彼の感情とは十分に発達していない。彼はもはや見とおしがきかない状況におかれると、わずかの「遂行傾向しか」思うままにはできなかった。注目すべきは、同人が「日常」生活において常に従属的な活動を行なつており、大方は自分を道具であると感じていたことである。彼は「強情な命令の受取人の典型である。彼にとつては、彼に命令を与えるその人こそ、絶対的に近い人であることになるのである。」

〈判旨〉

ライヒ裁判所の判例、とりわけR G七四、八四判決から出発するならば、被告人を殺人幫助犯とみなすことができるとどまることは明らかであろう。この判決においてライヒ裁判所は、何人も「構成要件該当の行為を自ら実行し

た」からということのゆえだけで殺人犯として処罰されてはならない、ということ述べている。結果に対する条件はすべて一様に、正犯としようが共犯としようが全く同等である。したがって、実行行為への関与は、それだけでは共同正犯と幫助犯との間の区別のための適当なメルクマールではない。決定的なのは「むしろ被疑者が実行行為を正犯意思をもって行なった、すなわち、その行動を自分のものとして意欲したのか、そうすることによって単に他人の行動を援助しようとしたのか、ということである。」このことは、「主として、排他的というのではないにしても、その者の結果への自らの利害関心の程度に」従うということである。

しかし、これらの原則は文献においてほとんど一致して否定されている。当刑事部もそれら「の原則」には従うことができない。

ライヒ裁判所の「主観説」に対して、特に、「目的客観的」または「実質客観的」と自称する（比較的）新しい学説が異議を提出している。この学説は、共同正犯と幫助犯を関与者の内心的立場によるだけでなく、彼らの意欲した共働の実体的な重要性、すなわち、いわゆる行為支配における彼らの分担によって区別する。この見解が採用されるかどうかは、ここでは決定される必要はない。本件においてはその必要を認めない。いずれにせよ、「主観説」はライヒ裁判所が上に挙げた判例でしようなしかたで理解され、適用されてはならない。

この判決から出発するならば、ということとは要するに、各々の関与者の意思方向を重視するならば、この意思方向とは、共同正犯の場合、次のようなものでなければならぬ。すなわち、その者の事実的寄与を他人の所為の単なる促進としてではなく、全員の活動の一部として、またそれに対応して他人の行為を自分自身の犯罪行為の補完として表わすものでなければならぬ。ある者が、この密接な犯罪行為への関係をもとうと欲しているかどうかは、全事情に従って判断されなければならない。共同正犯とは、犯罪行為を「自らのものとして」意欲する者であるという

方向転換は謬見である。この意思方向は単純な内心の事実ではない。関与者が意欲するものというものは、むしろ、その者の表象に含まれるすべての事情に基いて、裁判所によって評価的に確認されるのでなければならぬ。その際、本質的な根拠となるのは、その者がどこまで事象経過を共同支配しているか、したがって、犯罪行為の遂行と結果が決定的にその者の意思にも依存しているかである (BGH JRSch 1955, 304 [305])。その者が、犯罪行為の結果に自ら独自の利益がなかった場合、彼の犯罪行為に對する姿勢は、それにもかかわらず「正犯者意思」以外の理由から判断されうるのである。特に、既にその法律上の構成要件によって、他人のために、たとえば他人に財産的利益を生み出すというような意図で遂行される可罰的行為が存在するのだからである。逆に、関与者が、その犯罪行為が実行されるかどうか、いつ実行されるか、どのように実行されるか、に對して十分な影響をもっていないならば、独自の利益といってもそれだけでは「正犯者意思」を基礎づけはしないのである。

当部はこの法の原則に反對する連邦通常裁判所の判決を發見しえなかつた。

一九五〇年一月二日の判決 (NJW 1951, 120) は、明示的に、「可罰的行為の完全の内心的及び外形的構成要件をその行態によって実現する」場合に、ある者を「幫助犯とのみみなし、共同正犯とはみなさないことが」そもそも法的に可能であるかどうかは、未解決のままにしている。この判決は、この可能性が法原則上は否定されないものであるとしても、「行為者がその意思を他人の意思に完全に從属させ、この意思に比例してこの他人に完全な行為支配を与えるということを、やはり前提するであろう」と述べている。

BGHSt 2, 251 判決の基礎となつている事例においては、被告人 G は、一九三四年に S S の下級隊長として、捕えられたユダヤ人四人の移送を指揮したが、これらのユダヤ人は、途中で、命令によって後から撃ち殺された。射撃を行なつた者は確定されていない。こうした事情について、第一刑事部は、G 一人が上告したが、これがたとえば、

謀殺の共同正犯であり、陪審裁判所が認めたように、より上のSS隊長の「殺人正犯に対する」単なる殺人幫助犯ではなかったのかどうか、ということは、吟味する機会をもたなかった。

第四刑事部は、一九五一年二月一三日のある判決 (NJW 1951, 333) において、次のような事態に直面した。被告人は、武装親衛隊の伍長のおよび監視人として、一九四五年四月に二人の囚人を突撃隊長の命令下で射殺した。被告人は陪審裁判所によって正犯として有罪判決を受けた。第四刑事部は、軍刑法四七条によって従順な部下の共犯者の刑罰に該当するという理由でこれを是認しない。被告人もまたその犯罪を自らのものとして意欲している限り、それによって他人の共同正犯性は排除されない。しかし、事実裁判官の確信するところでは、心神耗弱の被告人は、行動への自らの意思から行為するのではなく、その意思を居合わせた上官の意思に完全に従属させなければならなかったのであるから、外形的な構成要件を十分に実現し、このことは共同正犯性に通常有利であるにもかかわらず、被告人を幫助犯として判決することは容易に理解できる、というのである。

この判決もまた当部の見解と合致しうる。厳格な軍隊の命令力、命令に異議なく服従せよという兵士の教育、そして大抵はこの義務の限界に関して欠けている教訓といったものは、上官が可罰的行為をある部下を通じて道具による如くに実行したのであり、この行動への部下の関係は上に述べられた意味における「正犯者意思」とは判断されえないということにつながりえたのである。

こうした事件においては、さらに細かい事情がかかわってくる。それは、未公刊の第三刑事部判決、一九五一年七月五日 (3 StR 333/51) がこれを認めている。ここでは、SSの主隊長が謀殺の共同正犯として有罪判決を受けている。被告人は、職務異動者の命令により、その部下と共に八七人の囚人を射殺した。第三刑事部は、これは、被告人が外形的構成要件を自らの手で完全に実現する場合にもあてはまるといふ。しかし、このことは通常、重大な正犯者意

思の徴候である。陪審裁判所が認定したところでは、被告人は、命令を承認しただけでなくそれを「同人自身のこととなした」のであり、射殺に際して特別の熱心さを示し、火酒で自ら供応させ、行動のあとそれを自慢したという。この判断とも当部は異ならない。当部はこの事実を上に述べた原則に従って同様に判決したのである。

その判断を、今判断されるべき事態へ適用すれば、陪審裁判所が被告人を正犯とみなしたことが正当であることが明らかになる。同人はG夫人の共同正犯であった。

認定によって承認される場所では、同人は行動に対して「正犯者意思」と評価されるべき内心的姿勢を有していた。これは、同人の表象に包括された事情から明らかである。同人は、被害者を自らの手で撃ち殺すことを引き受け、これに対して特に重要な事実的寄与を成就したのである。Gの殺害は、同人も意識していたような、決定的な影響をそれに対してもつように計画され、そのように推移した。すなわち、同人がいなければこの殺害は準備したような方法では起こりえなかつたのである。同人がこれより行動に対してその意思とともにもっていた緊密な関係によって、同人は共同正犯とされる。

G夫人もまた、非常に本質的にその夫の殺害を関与し、その独自の利益を追究し、その計画を立て、被告人をその強力な影響力に基いて徐々に納得させ、同人の宿命的な打撃を最初は約束した合図によって、それから同人のことば「奴にもう二、三発くらわせろ」によって引き起こした、ということに関しては何らかわるところはない。判決の認定によれば、被告人は確かに、意思があまり発達していなかったし、困難な状況において自己を貫徹するような内心的能力はわずかしかもっていないかった。同人は、日常生活において常に従属的な活動を行なってきたし、おおむね自分分は道具だと感じていたし、彼に命令を与える人が、彼にとって「絶対的に親しい人」であるような、愚鈍な、重要性をもたない「命令受取人」である。同人はG夫人に「隷属」していた。しかし、それは、同女が「彼に対して大き

な魅力を及ぼし」ていたという意味で、そうであるだけである。Gの死に関して彼は独自の利益を有してはいなかった。けれどもしかし、それはすべて、同人の被害者の自らの手による撲殺に際しての「正犯者意思」を否定するものではない。同人の行動に対する肉心的な関係は、特に、その上官の犯罪的命令をその上官の単なる道具として実行しようとする兵士のそれと対比することはできないのである。

〈検討〉

この判例は、主観説にくさびを打ち込み「行為支配論」への接近を決定的にしたという意味で画期的であるとされ、後の判例理論にも大きな影響を与えた判例としてつとに有名なものである。判例集搭載の判決理由を比較的詳細に引用したのもそのような意義を考慮してのことである。また、みられるように、従来判例を取り上げて、論評していることも異例のことであり、それが判例の立場を理解する上で重要性をもつものと考えられるからである。

ところで、判決の基礎となる事例そのものを一瞥すると、被告人のこのような隸属関係というものに若干の事実認定上の問題があることは別として、意思能力・行為能力を有していた被告人のような場合、正犯たる資格は十分に有していたものと考えられる。また、判決もそれを前提としているからこそ被告人が正犯であるとされたのである。被告人のG夫人に対する従属の度合が同人を正犯とするに足りる程度にとどまるときは、被告人の「意思方向」によって正犯性と共犯性とが判断されることになる。

本判例が述べているのは、本件被告人のような従属の程度では本人の「正犯者意思」を否定することにはならないということである。注意しておかなければならないのは、本判例も正犯性の判断根拠を「正犯者意思」としていることである。その限りでは、本判例も従前の判例理論と異なるところはない。ただし、「正犯者意思」の判断に際しては、全事情に基いて裁判所が評価的に確定しなければならぬという要請を加えることによって、「正犯者意思」が

純粹に行爲者の内心的事実であるにとどまらず、客観的状況からも認定されるべき評価であることになったのである。これは、ある種の「行爲支配論」であるといつてよい。もっとも、「行爲支配論」であれば、「正犯者意思」が正犯の最終的判断基準とはならず、端的に「行爲支配」がその基準となるはずなのである。その意味では、本判例の議論も従来の判例理論である主観説を変更したものとはいえない。

しかし、この判決が、「主観説は、従来のように理解されてはならない」としているように、ここでは主観説が「行爲支配論」として構成されなおしていると評価することができであろう。ここは、少し面倒な記述になるが、この判例が「主観説」であることはこの判例自体が承認しているところであり、本判例が「行爲支配論」を採用したものとはいえない。それでも本判例の態度が、純粹に行爲者の内心的事実を認定するにとどまらず、客観的事情から本人を正犯とするに足る犯罪行爲に対する関連性が存在するかどうかを評価的に確定するという点において、これは一種の「行爲支配論」であるといふことは妨げられないといふことなのである。

もっとも、注意すべきは、わたくしが主張しようとしている「行爲支配論」とはかなり距離があるといふことである。つまり、「行爲支配」を主観的要素と客観的要素との総合として捉える立場とは隔たりがあるといふことである。すなわち、被告人が当該の犯罪行爲に関して独自の利益を有するかというようなことは問題ではなく、被告人が構成要件を自ら実現したという、そのことをもつて、直ちに正犯とされるべきである。もちろん、被告人は、G夫人とともに、同女の指示のもとに犯行を遂行したのであるから、共同正犯とされるのが当然であることは言うまでもない。本判例は主観説を採用しつつ「行爲支配論」と同様の結論を導き出すために、さまざまな方策を講じたと言えなくもない。そこで、本判決によって明示的に主観説が否定されたのではなく、また「行爲支配論」が採用されたのでもない、むしろ、主観説を「行爲支配論」に近い形で展開したものである。したがって、この考え方を踏襲したとしても、

依然として極端な主観説の結論を導くことが不可能ではないと思われるし、現にそうであったことは既にみた。

「一六」 一九六〇年七月五日第五刑事部判決⁽²⁴⁾

〈事実〉

被告人(女)はその婚約者Oといっしょに生活していたが、互いの間の争いが絶えなかったため、婚約者Oはついに自殺を決意した。口論に際して同人が被告人を殴った後許しを請うたところ、この女は答えて、あなたを許すことはできない、もう自分たちの間はもうおしまいだと思う、と言った。それを聞いてOは、被告人に、しばしば荷物を同人のスクーターに縛り付けるために使っていた皮紐を出すように頼んだので、被告人は箆筒から皮紐を取り出してそれをOに与えた。すると同女の目の前で、Oは皮紐の中に二つの動く輪をつくり、これらの輪のうちの一つを、皮紐が他の輪と共に下へぶらさがるようにして、開き窓の一枚のかんぬきの鍵の上に掛けた。この時同女は、Oは自殺の意図をもっていても、おもしろくないという考えをもった。それから、同人が頭を輪に突っ込み首をつって縊死したのを見た。彼女はその死を阻止するためには何も行わなかった。それどころか落ち着き払って自分のスカートをはいてフアスナーをしめた。Oは、輪が結ばれてくる作用と彼の体重の作用のために、首をつってから比較的短い時間のうちに意識を失い、行為能力を失った。被告人は、Oが既に行為無能力になってから部屋を離れた。Oが首をくくった時点の後でも三分間以内に処置をしたならば、確実性(Sicherheit)に近い蓋然性(Wahrscheinlichkeit)をもって、なお同女はその死を避けることができたはずであった。

〈判旨〉

(B G H)は、まず陪審裁判所の認定、すなわち被告人はOの死を阻止することが法的に義務づけられておりそう

する能力もあったということをは認する。また、無条件ではなく条件付の殺害故意だけが考慮に入れられるという理解には疑問の余地がないという。

しかし、Oの死が被告人にとって無関心事であったからといって、未必的な殺害故意も存在しないという見解は、法律上の過誤である。……Oの死が被告人には無関心であったという事情は、陪審裁判所の理解に反して、刑法二二条の正犯故意（正犯者意思）をもまた排除しない。自分に救助義務がありその能力があることを知っているにもかかわらず自殺を阻止することを怠る者は、どんな場合であっても、死の結果を、意欲してはいないが自分が不作為にとどまることの帰結として予見はしているのであって、他人の自殺意思に内心的に義務違反的に従属することによってこれを生じさせるときにも、故意に行為する正犯として同人が責任を負うかどうかという問題があるが、これを、ここで決定する必要はない（それは第一刑事部（BGHSt 2, 150））。正犯故意（正犯者意思）は、惹起者（共同惹起者）の構成要件該当の結果の発生についての独自の利害関心を無条件に前提するものではない。正犯者故意にとって決定的な、積極的所為または義務違反によって構成要件該当の結果を共同惹起する者の意思方向というものは、同人の故意に包括されていたすべての事情を基礎として、評価的に探究されなければならない。この場合に本質的な手前がかりは、同人がどこまで事象経過を共同支配（mitbeherrschen）し、その結果、犯罪行為の貫徹と実行とを決定的にその意思にも依存させているかである（Vgl. BGHSt 8, 393）。

この原則を当事件に適用すると、被告人が二二条の正犯者意思をもっていたことが明らかになる。この際に、自殺の場合の自殺者自身の行為支配について——およびそれに対応して他人の行為共同支配（Tatmitherrschaft）についても——論じることができるかということを探究する必要はない。被告人はいずれにせよ、Oが自分の殺害行為を終えてしまっていた時点、すなわち輪の中へ首を突っ込んで縊死し、意識を失い、行為無能力となっていた時点から

は、完全かつ単独の行為支配を有していた。この時点から、Oが、同女が不作為にとどまることによって死ぬか、またはその死が同女の処置によって阻止されるかということが、もっぱら同女の意味にかかることとなった。このような犯罪行為事実 (Tatgeschehen) を、同女は全く単独で支配した。

第四刑事部が、BGHSt 13, 162 において附随的に述べた考慮は——いずれにせよ本事例では——維持しえない。それは自殺を阻止することを義務に反して怠る者が、その際他人の正犯者意思に従属する諸場合を他の場合と比較することに基いている。被告人は、他人の正犯者意思には何ら従属していなかった。同人が作為せずにいたことは同人が他人の自殺意思を尊重 (achten) しなければならぬと考えていたことに基くのではなく、——既に意識を失い、行為無能力となっていた——Oが死ぬか否かということが、同女にとってどうでもよいことだったということに基いていた。

〈検討〉

この事例も「四」判例と同じく不作為による自殺補助という類型にはいるものであり、本判例が引用している BGHSt 13, 162 「九」と同様の、不作為犯と「行為支配」との近親性が背後にあるということができる。ここでは相変わらず主観説の定式を採用してはいるものの、その解釈については、例の「一五」判例を引用して、「行為支配論」と同様の考察方法を示している。そして、ここでは実際の議論においても「行為支配論」と合致する部分が大きいと思われる。すなわち、「正犯者意思」が「行為支配」として構成されなおしているといってもよいかもしれない。特に、結果が発生することに関して、行為者が独自の利害関心を有していたことが無条件に前提とされるわけではないとして、いわゆる「利益説」を退ける形になっていることは、以前の判例の議論における理論とはかなりの程度ニュアンスを異にする結果になった。

不作為犯においては、「可能的行為支配」とでもいうものがその者の正犯性を判断する大きな要因となる。ただし、不作為犯の問題では、そもそも不作為犯が成立するか否かという点が一つの問題であり、さらにその先に正犯性の判断があるというべきである。そのどちらにおいても「行為支配」思考が有力であるということが、判例において「行為支配」思考が示されるのが不作為犯論を扱う事例の場合であることの一つの理由であろうかと思う⁽²⁵⁾。

「どうでもいい」と思っていたことよって行為者の「正犯者意思」が欠けるとするのは妥当でないとしたこの判決では、「正犯者意思」という概念を借りてはいるものの、「支配」ないし「支配への意思」をもって「正犯者意思」を認定しようとする方向を明確に示している。そして、判例の事例に関する限り、被告人の意思方向は、おそらく「正犯者意思」ということはできないはずのものであろうと思われるので、この判例の議論は「行為支配論」の議論と、少なくとも外形的・結論的には同様のものとなっているといえる。すなわち、客観的情勢から言って、行為者が事象の経過を本質的な部分において左右することができると否かが正犯性判断の決定的基準となるのである。この意味において、この判決に表われた議論は従前の判例理論に表われた「行為支配」思考に比してもよりいっそう「行為支配論」への接近という性格を色濃くしていると思われる。

このような判例の経過が、学説上有力化していた「行為支配論」の思考を背景にしていることは当然考えられることであるが、判例理論が決して明示的に「主観説」を捨てて「行為支配論」に依拠することになったわけではなく、「主観説」の定式を守りつつ「行為支配論」と同様の見解を示すことができた（もっとも、ここではもはや「正犯者意思」というものの実質が維持されていないと思われるが）ことに注意しなければならない。それは、「主観説」と「行為支配論」との近親性を示すと同時に、その本質的相違にも意を用いなければならないことの証拠であるということである。こうした事情を背景として、前に見た「三」「スタシンスキー判決」がこの後に現れることになったの

である。

「一七」 一九六三年八月一四日第二刑事部判決⁽²⁶⁾

〈事実〉

被告人と一六歳のギーセラDの間には親密な恋愛関係が発展していたが、両親たちはこの関係を認めなかった。D夫妻が被告人にしばらくの間娘に接触しないようにということになったので、その時にギーセラは自ら命を絶とうと固く決心した。

一九五九年六月八日の晩、被告人は同女の心を変えようとしたがむだであった。同人はギーセラを一人では死なせたくなかつたので、共に死に就こうと決意した。二人は同人らの両親に宛てて遺書を書き、それからある駐車場へ(車で)行き、被告人の自動車の中に座ってルミナル錠を飲んだが作用が現れなかつたので、ギーセラは他の方法で死ななくてはならないと言った。そこで、被告人は排気ガスを車内に引き込むことを提案した。ギーセラはそれに同意し、それはよい、あまり早く発見されないといいが、と言った。被告人はホースを排気管に接続し、それを左側の窓から車内へ導いた。それから同人は左の車扉を外から閉めて右からその車に乗り、運転者席に腰を下した。左側の車窓は、同人がホースがはいる程度にまで閉めた。ギーセラは被告人に並んで右の前座席を占めており、右のドアに内からカギをかけた。被告人がエンジンを始動させ、流れ込んできた一酸化炭素のために同人が意識を奪われるまでアクセルをいっぱい踏んだ。一九五九年六月九日の朝に、被告人とギーセラとはまだエンジンが動いていた自動車の中で発見された。彼らはずおれており意識もなかつたがまだ生きていた。被告人だけが救命され、ギーセラはまもなく死去した。

〈判旨〉

責任問題の決定に関しては、被告人の活動が自殺に対する不処罰の補助として判定されるべきか、可罰的な要求に基く殺人として判定されるべきか、ということだけが問題である。……まず、被告人がとにかく明示的かつ真摯な少女の〈要求〉によって犯罪行為へと規定されたのだということが明らかにされなければならない。ルミナル錠の試みが失敗した後、ギーゼラがきっぱりした態度で、特に、被告人の提案はよい、あまり早く発見されないようにと言ったので、同女が自分が提案した方法での死を求め意欲していることを同人は誤解なく理解したのである。この真剣な、その射程を完全に意識して述べられた願望のために、同人は同時に自分も自殺しようという決意を固めるように規定された。被告人はこれを充足しようとしたのである。同人がしたことはへもともと、少女の死のためでもあった。ギーゼラがこの行為を望んでいたこと、そして——同女の自由に、「他の」影響を受けずになされた決心に基いて——車の中にとどまり、流れ込むガスを吸引することによって効果あらしめたことは因果関係を排除もしないし、それによって被告人の〈故意〉が不確実になることもない。双方の (Beiderseitig) 死を惹起することができると考えて、必要な技術的準備を行ない有毒なガスを流入させたことによって、同人は意識的にかつ意欲して、すなわち故意に、生じた部分結果すなわちギーゼラの死への原因をも設定したことになるのである。

刑法二一六条の構成要件が、共犯論の原則に従う自殺に対する不可罰の補助と区別されなければならないということとは確立された判例とみられる。自殺とそれへの補助とは罰せられないことには異論がない。つまり共犯論によれば構成要件該当の犯罪行為への関与だけが問題である一方、構成要件該当性が欠けるので犯罪行為は存在していない。というのは、共犯論によって提案された区別のメルクマールは、概念上「本来的な」意味の行動には適用することができないわけではないからである。その限りにおいてのみ、自殺が不可罰であるということから、生活に疲れた者

(Lebensmüde) が自殺する「事実的寄与」が、他の者に刑法四七条を超えて帰責されてはならない、という一つの特殊の取り扱いが明らかになる。

当部の見解によれば、いずれにせよ刑法二一六条の構成要件的な限界づけという特例には、自殺への不処罰の幫助に対して、主観的に規定された基準、つまり行為者がその犯罪行為を自分のものとして意欲したか、その被告人が正犯者意思、行為支配への意思を、あるいはその犯罪行為について独自の利害関心をもっていたかなどは、役にたつ意味のある結論を保証するものではない。このことはなかでも「一方だけ失敗した二重自殺」にあてはまる。なぜなら、ここでは、自由で真剣な、共に死ぬという決意が、すなわち双方の運命的意識的な結合が、まさに内心的姿勢の合致へと導いているからである。こうした一致があることは、主観的メルクマールによる区別によれば特に疑わしく思われる。

それが非常に明確になったのはライヒ裁判所の判決「W. 1921, 579」である。すなわち、共にガス中毒によって死ぬと決意して、その男がガス栓を開き、少女はドアの隙間を塞いだが、男は救出された。同人が、要求に基く殺人によって受けた有罪判決はライヒ裁判所によって是認された。理由は、その男は犯罪行為を自分のものとして意欲したという事実裁判官の認定は法的には異議を唱えるべきでないからである。それにもかかわらず、共同の決意という点から、そしてその完遂への双方向的になされた寄与という観点から、どのような事実からは認しうるのであるかは明らかではない。結論は必然的に恣意的で統制不可能になる。行為者に、いわば自ら「特別の意思行為 (Besonderer Willensakt)」によって自分の行動から離れることを許そうとするならば、その判断は、生活に疲れた者または生存者の相手はどのような強さと頑固さをもって自殺決意をたどったのか、そしてどの程度に生存者が相手の意思に屈服し従属したにかからなければならない。

刑事部は明らかにそこから出発している。なぜなら、刑事部は繰り返し強調して、ギーセラの強い性格、目的努力性、不屈の意思を、被告人の不安定性、影響されやすさ、意思薄弱に對立させているからである。それにもかかわらず法律はそのような區別を許してはいない。刑法二一六条は、構成要件上、他人の意思の下への従属をまさに前提している。それゆえ、当部の見解によれば、それを個々の場合に、この従属の程度に適用しとげることが不可能である。生活に疲れた者を射殺する者は刑法二一六条によって可罰的である。同人がまずどれほど非常に抵抗したとしても、また殺された者がどれほど頑固にかつ根気よく実行へとせきたて、それによって抵抗に打ちかとうとも、である。

主觀的メルクマールによる區別を採らないとすると、唯一問題になるのは、死へ導く事象を實際に支配したのは誰かということである。それについて個々の場合に決定的になるのは、死んだ者がその運命を自由に処理できたその方法である。その者がじつと耐えて他人から死を受け取ろうとして他人の手に自分を委ねたのであれば、この他人の方が行為支配をもつであろう。それに反して、最後まで自分の運命に関する自由な決定を保持していたならば、他人の助けを借りたとはいえ、自ら死んだのである。この「決定の留保 „Vorbehalt der Entscheidung“」と云うのは、一方が失敗した二重自殺の場合には、当部の見解によればもちろん、一方が他方の寄与の（後に）未だ事実上生と死とに関する決定を有していたことと絶対に同一視されてはならない。そうでなければ、この判断は事象経過のいろいろな偶然性に依存することになってしまう。特に、関与者の所為が後になって初めて、結果からして、殺害行為として特徴づけられることになる。

そこで、問題はむしろ全計画である。「その計画」が、ある関与者の寄与が結果の発生に至るまで意思の統制を受けて持続するようなものではなく、原因系列のみによって、その完遂の（後に）なつてなお、他の関与者に作用を免れたり作用を終らせたりする完全な自由が残っているように進行させるものであれば、全作為がこの寄与だけであつ

たとしても、自殺への幫助が存在するだけである。しかし、本件では全計画は異なっていた。被告人は全事象を最後まで手に握っていたし、双方の死を目的とする実行行為を自分の意識喪失の現出に至るまで続けたのである。ギーゼラは、まず右の車のドアを再び開きまたは被告人の足をアクセル・レヴァーから押しつけることができる立場にあつたかもしれない。それでも、同女は〈継続した〉。死を目的とした被告人の行為をじっと耐えて受け容れることに決心し、いつ死の作用を免れることがもはや不可能になるのかを知ることもなく、被告人はそれを全て知っていた。同人が全計画の実行に際して果たした役割は、刑法二一六条によれば、正犯の役割であった。同人がギーゼラより先に意識を失ったか後に失ったかというようなことは重要ではない。この初めから不確かさが全計画で予定されているような偶然的事情に判断がかかわってはならないのである。

〈検討〉

自殺への幫助はドイツ刑法上不可罰である。それに対してドイツ刑法二一六条の「被害者の明示の真摯な要求による」殺人はもちろん可罰的である。ここでの問題は「心中」の一方が生き残った場合に、これがどちらにあたるかということである。判旨はかなり微妙な事例をたどりながら、被害者が自ら自殺行為を行なったというよりは、被害者が死にたいという固い決意を有していたことよって被告人が自ら「心中」を決意するに至ったこと、それゆえ被告人は被害者の自殺を援助したのではなく自らの「自殺」によって（それはもともと被害者のためであった）被害者の死への客観的寄与をなしたことになるといういきさつを明らかにしている。すなわち自殺幫助ではなく要求殺人の正犯であることを認めたのである。

本判決は主観説に対して「行為支配」的思考を全面に押し立てた判断を示したものとすることができる。「主観的」に規定された基準、つまり行為者がその犯罪行為を自分のものとして意欲したか、その被告人が正犯者意思、行為支

配への意思を、あるいはその犯罪行為について独自の利害関心をもっていたかなどは、役にたつ意味のある結論を保証するものではない。「問題になるのは、死へ導く事象を実際に支配したのは誰かということである。それについて個々の場合に決定的なのは、死んだ者がその運命を自由に処理できたその方法である。その者がじっと耐えて他人から死を受け取ろうとして他人の手に自分を委ねたのであれば、この他人の方が行為支配をもつであろう。」という二箇所は、確実に「行為支配論」への一步を進めたものといふべきであろう。前の方の引用箇所で、「行為支配への意思」をも排除していることは、従前の判例におけるこの概念の用いられかたからしても画期的である。すなわち、「行為支配への意思」という形で主観説が実質的に維持されていたところ、これを排除することによって主観説がいう正犯者意思が正犯を規定する際の中心的契機の座を下りることとなるからである。

そして、判旨として引用した最後の部分で、事象を最後まで左右することができた者が正犯となるべきであろうという考え方が提出されていることは、これまでの判例に表われた「行為支配」概念が実際には主観説の再構成として捉えられるべきであったのに対し、ドイツ学説上の「行為支配論」と同様の思考を明確に主張するものとして注目し、客観的な事情としての「行為支配」を問題にしているからである。「行為支配」のこの側面を確立しない限り、正犯概念を主観・客観の両面から構成するという「行為支配論」の基本的構造を体しているとはいえない。第一部でも何回か問題になったように、自殺幫助と要求殺人とは一般的な共犯・正犯理論の限界にある特殊の論点であるということもできるが、まさにこのような場面において「行為支配論」の思考が採用されていることは、正犯理論として主観説にかわる地位を与えられつつあるということを意味しているのではないかと思われる。

第二節 ドイツ刑法新総則公布（一九七五）以後の「行為支配」判例

「一八」 一九七九年三月一三日第一刑事部判決⁽²⁷⁾

〈事実〉

被告人と共同被告人B（被告人は同女と共同生活し同人の子供をもうけていた）、共同被告人S（同居人）は、ミュンヘンにある銀行の襲撃を共謀した。被告人とS女は、既に二台の自転車（これは犯行現場への往復の際に使用されることになっていた）を盗んでいた。共謀に従って、一二時少し前に彼らは銀行へ出掛けた。被告人は、一五か月になる息子が寝ている乳母車を押して歩いて行った。B女とS女とは盗んだ自転車で銀行へ行った。同女らはいずれも弾丸を装填したガス銃を携帯していた。犯行計画の予定では、女たちは同時に二つの顧客入口を通して銀行内にはいり、ピストルで従業員とお客を脅し、被告人は、勘定台を超えて跳ね上がり、持参したビニール袋に金を満たすように要求することになっていた。

実際には、この犯行計画の実行は変更されなければならなかった。被告人は疑いをもつようになったのである。銀行の前で、同人は、「犯行計画をそのまま遂行することを思いとどまらせるように」口頭で短く試み（ein kurzer verbaler Versuch）した。少なくとも彼の女友達に犯行意図を捨てさせるためである。同女はそれに従わなかったが、同女が顧客ロビーに押し入りながら二人の銀行員にガスピストルを向けた時には、こんどは被告人が同女に従わずに、乳母車を押して立ち去っていった。しかし、「二人の女たちの様子を見るために」もう一度戻って来た。同女等はその間に襲撃に成功しており、一〇、二一〇マルクを奪って犯行場所から立ち去っていた。恐喝された金の中から共同被告人Bは、六、五〇〇マルクを受け取った。その金額は、借金を返すためと共同の生活設計費用のために使うこと

に決まっていた。被告人は硬貨の小袋を家に隠させたが、これはB女とS女とが紙幣と共に要求したものであった。

〈判旨〉

共同正犯の客観的前提条件を、その促進的事実的寄与に基いて充足した被告人が、幫助犯とみなされるべきか、または共同正犯とみなされるべきかは、同人が犯罪行為を自分のものとして意欲していたのか、自分のものとしては意欲していなかったのか、ということに依存する。そのどちらが当たっているかどうかということは、被告人の表象に包括されていた全ての事情に基いて、評価的考察において決定されなければならない。判断にとって重要になるのは、これまでの認定に基くと、一方では、犯行へと駆り立てる被告人（借金返済と生活の必要を満たすために金員を必要としていた）独自の利害関心と、他方では、被告人が本来の事象経過の成否と方法を、共に支配してはいなかったという事情とである。確かに、構成要件実現への着手（Ansetzen）、犯罪行為の貫徹と結末とが、もはや被告人の意思には依存していないという事情は、それをもって同人がその事実的寄与をもたらしたところの内心的姿勢を何ら変えるものではない。しかし、内心的姿勢は、評価的考察にとっては、他と並ぶ一つの視点にすぎないのであるから、被告人が共同正犯であったのか幫助犯であったのかという問題は、この予備の段階を超えて続くものではない姿勢に基いてただちに決められるものではないし、またそれだけで決められるものでもないのである。

〈検討〉

この判例は一九七九年のもので、新しい二五条の規定によって従来の判例の立場であった「主観説」を維持することが法律の文言上不可能になったとされる状況下での判断である。論点の中には中止犯の成立と共同正犯からの離脱という問題が含まれているが、正犯を規定する基準としては、一九五六年の「一五」判決（BGHSt 8, 393）に従った説明がなされている。これは、いわば総合的評価という漠然とした内容を有するにとどまるのではあるが、既に指摘

したように、「行為支配論」の考え方と共通の要素を含み、客観的因子を正犯判断基準として包括する可能性を開いたのであった。

実際、本判決の議論は、依然として文言上は「主観説」の伝統を維持し（加えて客観的要件が存在すればただちに正犯性が認められるのではなく、総合的評価の中にはたとえば「利害関心」も重要な要素として含まれている）、明らかに「主観説」を否定したものではないが、上に引いた「二五」判決が主張したのと同様に、「主観説」の定式とされてきたもの（犯行を自己のものとして意欲する云々）は「行為支配」の意味に解されるべきであるという言い換えを行なうことによって、実質的には「行為支配論」の議論を採用しているものとみることができる。

それは、上の引用の最後に現れる「内心的姿勢は、正犯性判断の一つの基準にすぎない」という決定的表明によって明らかである。ここに至って、共同正犯における正犯性は、「内心の姿勢 (innere Haltung)」を決定的基準として判別されるものではないことが明言されたのである。

既に指摘したように、「二五」判例に示された議論は考え方としては「行為支配論」と共通の部分を持っていたのであるが、最終的正犯性判断の根拠が主観的要素、すなわち「正犯者意思」であるとする「主観説」の土台を離れてはいなかった。しかし、その点に関してBGHの判断が変更されたということは、実質的に「行為支配論」が判例にも一定の影響を与え、事実上この理論を採用したものと評価してもよいと思われる。

もっとも、判例には「行為支配」の概念が既に一再ならず用いられていたのであって、この意味では、判例はつとに一種の「行為支配論」を採用していたのだということもできる。しかし、わたくしはこの論文を通じて、わたくしが「行為支配論」として考えているいくつかの基準を明らかにして、これと判例との立場を比較する作業を行なってきたのである。そのような考慮に基づく、従来の判例の議論と、ここに至って明確にされた議論とは、本質的に異なる

るものであるといふべきである。

こうして、「行為支配論」の基本的構造を受け入れた議論として、主観的・客観的因子を同様に総合的に判断基準として採用する正犯理論が判例上にも登場することになったものではあるが、共同正犯にとって計画段階の寄与にとどまる関与者が、実行段階に関与しなかったときの取り扱いという問題が残っている。この判例では、共同正犯からの離脱という観点から問題にされているが、現実の寄与として、実行段階における関与を必要とするべきではないかと思われる。文言に表われたところでは、計画段階を超えるものではないところの「内心的姿勢」が「行為支配」を基礎づけるものであるかどうかが評価されることが示されているにすぎない。わたくしは、「内心的姿勢」の有無は、客観的寄与が存在しない以上決定的な問題ではないと思う。このように、判例が「主観説」の側から「行為支配論」へと接近したことは、未だその色を残しているのである。

〔一九〕 一九八三年七月五日第一刑事部判決⁽²³⁾(シリウス事件)

〈事実〉

州裁判所は、被告人を謀殺未遂、詐欺、ならびに故意の身体傷害のゆえに、権限なく学位を管理したことおよび民間治療士法 (Heilpraktikergesetz) に対する違反との観念的競合により、全七年間の自由刑の有罪判決を下した。被告人の上告は認められなかった。

州裁判所の認定は以下のようである。

一九七三年または一九七四年に、被告人はあるディスコテークで、一九五一年生まれの証人(女) H・Tと知り合ったが、同女は「当時まだ自立していない、コンプレックスを背負った若い女」であった。同女は四歳年長の被告人

に対する強い友情を發展させたが、性的接触は重要でなかった。関係の対象は主として、二、三か月の間隔で会う際と、しばしば、時には数時間に及ぶ電話での会話の際になされた、心理学と哲学に関する討論であった。時がたつうちに、被告人は、証人の生活全ての問題において教師かつ相談役となった。同人は常に彼女のために存在するようになり、彼女は同人を盲目的に信頼し、信用した。

哲学的会話が続くうちに、被告人は、自分はシリウス星の住人であると言い出し、シリウス人は哲学的に人間よりずっと高い段階に立つ人種であること、そして、自分は二、三の価値ある人間が（その中には証人も含まれる）肉体が崩壊した後で、彼らの魂と共に他の惑星またはシリウスの上で生き延びることができるようになるという任務を帯びて、地球上に送られて来たのであり、その目的を達するために、証人はもちろん、精神的、かつ哲学的にさらに發展することが必要である、と述べた。

証人が自分に完全な信用を捧げているということを認識したとき、被告人はこの信頼を利用して儲けようと決めた。同人は証人に、知人のメンヒ・ウリーコ (Mönch Uiko) が、あなたをしばらくの間完全な瞑想の中におくことによつて、死後、今のものとは別の天のものなる身体 (Himmelskörper) にはいつて生き続ける力を得ることができると言った。そのためにはもちろん、メンヒが生活している修道院に三万マルクを支払わなければならない、と。証人は被告人を信じたが、十分な金を所持していなかったので、必要な額を銀行当座貸越 (Bankredit) によつて調達した。被告人はその金を自分のために費消した。

証人がウリーコについて尋ねると、被告人はうまく引き伸ばしていたが、後になって同人は、次のように説明した。メンヒは彼の試みに際して大きな危険を冒したが、それにもかかわらず、何の成功も収めなかった。それは同女の意識が、精神的なさらなる發展に対して強力な障害となつてからである。その理由は証人の肉体であり、この封鎖

ckade) は古く肉体を抹殺 (Vernichtung) し、新しい肉体を調達 (Beschaffung) するによつてしか取り除くことはできない、と。

被告人が、証人が自分の説明の正当性についていまなお完全に納得していることに気がついたので、同人は彼女の信頼からさらに金融上の利益を得ようという計画を抱いた。被告人は彼女に、レマン湖畔にある赤い空間 (rote Raum) に、彼女のために新しい肉体が既に存在している。もし自分の古い肉体と離れるならば、そこでは自分が芸術家になっているのを再発見するであらう、と嘘をついた。しかしながら、彼女の新しい生活 (Leben) にも金が必要である。その金は、生命保険を二五万マルク以上 (事故死の場合五〇万マルク) 契約し、被告人を変更できない (unwiderruflich) 受取人に指定し、見せかけの事故によつて彼女の「現在の生命 (jetzige Leben)」から離れば手にはいるから、「保険金が」支払われた後で彼女に保険金額を手渡すと欺した。証人は、保険契約を被告人の提案のとおり締結し、保険による保証は、一九七九年二月一日から開始した。月々の保険料は五八七マルク五〇「プフェニヒ」になった。証人は被告人に四〇〇〇マルクを現金で交付した。なぜなら、彼女は、レマン湖のほとりで覚醒 (Erwachern) した後、同人が彼女にすぐに手渡すであらう金を、「出発資金 (Startkapital)」として必要としたからである。保険金額の支払は遅延するかもしれない。被告人の最初の計画によれば、見せかけの自動車事故で、後の計画では、彼女が浴槽にはいって、スイッチを入れたヘアドライアを風呂水の中に落とすことによつて、証人は彼女の「現在の生命」を終わらせることになっていた。被告人の要請と指図とに従つて、証人はこの計画を一九八〇年一月一日に、彼女のヴィルトバート (Wildbad) にある住居で実行に移そうとした。しかし、「技術的な理由」からヘアドライアを浸した時に身体にかゆみを感じただけで、致命的なインパルスは発生しなかった。バーデナーバーデンに滞在していた被告人は、監督電話 (Kontrollanruf) 「被告人はバーデナーバーデンから証人に対して電話で指示を与えてい

たものと思われる」を、死んだはずの証人が受け取ったので驚いた。約三時間にわたって、同人は彼女におよそ一回の電話「での会話」において自殺する試みの続行を指示したが、見込みがないと考えてそれ以上の努力を断念した。証人は、被告人の説明に全面的に信頼をおいて行爲した。彼女は、すぐに新しい肉体の中で目覚めることを期待して、ヘアドライアを水の中に落としたが、それによって「彼女の生命が永久に終わらせられる」ような「本来の意味における自殺」という考えは、この場合、彼女の念頭にはなかった。彼女は、人間にはそういう権利はないとして自殺を拒む。

被告人は、同人に盲従している (Morde) 証人が、全く、同人が欺して見せかけたこと (Vorspiegelungen) と指示 (Anweisungen) とによって規定されていたことを知っていた。

〈判旨〉

「可罰的な殺人の正犯と不可罰の自殺の共犯」との限界づけという問題 (Roxin, Dreher-Festschrift S. 331, 332) は、他人の影響下または他人の共働下で自殺する者が、刑法二〇条が挙げる心理的状态を示しておらず、刑法三五条にいう緊急避難状況にもなく、殺人行爲の企図への「欺罔 (Täuschung)」によって心を動かされた場合には、抽象的にこれに答えることはできない。その限界づけは、個々の場合において錯誤の種類と射程とに依存する。同人が、自分自身の生命にかかわる「関係にある者」者に、同人がその者の死のために原因を設定するのだという事実を「隠して」偽装する場合には、錯誤を引き起こし、その錯誤の助けで被欺罔者の死へ導きあるいは導くことになる事象を意識的にかつ意欲して表出させた者が、被欺罔者を操縦する優越的知識の力によって、「被欺罔者を」その者自身に對する道具となしているところの(未遂または既遂の)殺人罪の正犯である。

それが本件の場合である。事実裁判官の認定によれば、被告人は、その被害者に、死の扉を通して超越的存在には

いっていくのだということを見せかけたのではなく、たとえ肉体的および精神的に変化して星のような実存へのより高度な発展が保証されているとしても、——外見上遺体としてタブの中に横たわっていようと——まず人間としてその俗世間的的人生航路を続けることになる、という錯誤に陥れたのである。彼女の身体的—心理的同一性と個人性は修正を経験するだけだという説得は、T女にとっては、彼女に被告人が言ったように、彼女がこの惑星の上にはずっと留まり、その生活費の埋め合わせのための金が必要になることからだけではなく、彼女がレマン湖畔の赤い空間で鎮静剤を、そして隣の部屋で必要な書類を見出すであろう、ということを示したことから生じたのである。T女が気付かず、意欲しなかったことを、被告人は手に入れようとした。すなわち、——二人によって確実なものとして期待されていた——電撃（インパルス）が、被欺罔者の生命を終わらせ、被告人に保険金額がはいるはずであった。それについて被害者は、それが新しい人生の経済的基盤になると考えていた。何時間も与えられた指示によって本来的な犯罪事実表象も決定的に制御した被告人は、その結果、間接的他殺未遂という犯罪を遂行したのである。この法的認定は、T女が全く信頼できない示唆に、彼女が何ら心理的障害を見せていないにもかかわらず屈したということによって問題にされたりはしないであろう。被告人は被害者の精神をこの示唆のために開拓したのである。この出来事が驚異であっても同人は免責されない。

T女がレマン湖畔の赤い空間で「覚醒」するためには、一旦死が先行しなければならぬということ、死んだ（後に）ひとつの生命にはいる（その生命は、彼女をその（多かれ少なかれ修正されただけの）個性の継続ではなく、ある他の（より高い）実存として導かなければならない）だろうということを想像していたとしても、被告人の有罪判決は正当であるだろう。そのような性質の錯誤の場合にも、被告人が被害者を「具体的な行為の意味 konkreter Handlungssinn）」に闕してのみ欺し、あるいは「単なる動機の錯誤 (ein blosser Motivirtum)」を惹起したのか、

そしてそのような錯誤が、その者の行為支配を基礎づけるのに足りるかということが問題になったのではない。「具体的な行為の意味」に関する欺罔には、死は新しい生命の始まりにはかならないというように見せかけることが含まれるであろう。それに基く錯誤は、死の不発生に関する錯誤という価値をもつであろう。後者に劣らず、前者は被害者を決定的に動機づけ、優越的知識の力によって被告人に行為支配を与えたであろう。(以下略)

〈検討〉

「シリウス事件」という名で呼ばれるほどの有名判決となったこの事例は、その事実の非現実的なことから一般の関心と呼ぶものであろう。⁽²⁹⁾ また、本件は、間接正犯についてロクシンの見解を大幅に採用した画期的な「行為支配」判例である。本件判決によってB G H判例は本格的に「行為支配論」への方向を進み始めたといつてよい。法律上の問題としては、自殺の意味を誤解していた錯誤、それとドイツ刑法典の自殺関与処罰規定の欠缺との関係、被害者自身を利用する間接正犯の成立の如何等々と、困難な問題が錯綜している。

連邦通常裁判所は既に一九八一年の第二刑事部判決⁽³⁰⁾において間接正犯について「行為支配論」的思考を示していたのであるが、本判決においては、第一刑事部がいっそう明確に「行為支配論」的思考に基いた議論を展開している。すなわち、一般には想像しがたいこととはいえ、自己の「現在の肉体」を抹殺することによってより高度の生活が可能になると被害者は現実信じていたのであり、その限りにおいて被告人が「優越的知識」に基く「支配」を有し、その結果間接正犯とされることになっているのである。

もし「主観説」によって間接正犯性を基礎づけるとすれば、背後の者が「自殺の事実を自己のものとして意欲していた」ことが認定されなければならないところであるが、少なくともこのような思考は表面に現れていない。たとえば、いわゆる「動機の錯誤」の問題について、とにかくこの事件の場合、「具体的な行為の意味」に関しての錯誤が

結局死という結果は発生しないと信じるに至る錯誤となつていたので、「優越的知識」によつて實際の事象の経過に對して背後の者が「行為支配」を有するとしてゐるのである。ここでこれが「意欲」の問題ではなく、ロクシン等を引用した上で「行為支配論」を念頭に置いた「支配」の問題として論じられてゐる点に注意すべきである。

このようにして、ドイツ刑法典新総則の正犯規定が施行されて以来、ドイツ連邦通常裁判所の判例にもようやく決定的な転機が訪れつつあるということができようであろう。既に繰り返し指摘したように、少なくともこの規定の下で「主観説」を採り続けることはできない。しかし、だからといって「行為支配論」を採用する必然性もないのであるが、ドイツ判例は明らかに学説の影響下に「行為支配論」への方向に踏み出しているといえよう。

もちろん、相変わらず、明示的に主観説を排除したり「行為支配論」採用を明示したのではないが、優越的知識によつて間接正犯の行為支配が認められることを示していることは、用語の点からいっても考え方の図式からいっても、ドイツ刑法学説の行為支配論に全面的な影響を受けてゐることはまちがひなく、實際上も主観的・客観的寄与に基づく自殺に對する「支配」を詳細に跡づけた判旨は、少なくともこの限りにおいてわたくしの考へてゐる「行為支配論」と重なるものである。もっとも、この方向が確定的なものであるかどうかは依然として明らかではないが、新総則の規定がなされた後の判例の傾向からして、この方向が有力化しているといふことはできようであろう。「行為支配論」によつても妥当な結論が得られることが、判決中にも引用されているのであるが、特にロクシンの研究によつて明確にされてきたことが背景にあるといふべきであらう。

ロクシンについての概観において述べた、錯誤による意思の支配に基く間接正犯の場合であり、その錯誤は具体的な行為の意味に關して生じているとしても、結局諸事情から死の不発生を信じるという錯誤に導くものであるので、自殺の故意を排除することになり、背後の者に間接正犯としての行為支配を認めることができるというのである。こ

れが決定的に「行為支配論」の図式であることは明らかであろう。しかし、行為支配を明確に示すためには、この事例の異例の経過を詳細にたどる必要があった。その過程で、客観的事情の上で被告人が承認に対して優越的知識を有しており、このために行為支配を有するということが認められ、被告人が間接正犯であることを肯定したのである。被告人が自殺を行なったのではないということから、自殺関与ではなく謀殺未遂として扱われているところにも注目すべきである。自殺・自己傷害がドイツ法上問題であることは何度も述べたが、客観的には自殺の行為を行なう者が決して自殺するつもりではなかったことが客観的事情に基いて証明され、一方、被告人がそのことをはっきりと認識し、こうした事情を全面的に利用したことも認定された上で、間接的殺人行為として間接正犯の図式にのせられているのである。

〔110〕一九七七年六月七日第一刑事部判決⁽³¹⁾

〈事実〉

被告人は、共同被告人が姦淫を遂げるのを可能にするために被害者の脚を固定していただけで、自分では性交を果たしもしなかったし果たそうとも思わなかった。にもかかわらず、被告人を強姦の共同正犯として有罪判決を下すことが許されるか。

〈判旨〉

従前の法では、被告人の行為を共同正犯的行為とすることに對しては根本的な疑いが存在した。一九七三年一月二三日の第四次刑法改正法（BGBl—1725）の施行前に効力のあった刑法一七七条一項の文言は、可罰的行為の記述として、ライヒ裁判所と連邦通常裁判所によって支持された見解、すなわち、強姦の構成要件の共同の実現に對して

は、共同正犯性についての一般的前提条件が無条件に妥当するという見解以外はほとんど許容しないものであったからである。共同的意欲に基いた事実的寄与をなした者は、同人が二段階の犯罪行為「暴行をもって反抗を抑圧し、姦淫すること」を自分のものとして意欲したときのみ、共同正犯とされた。「強要行為が構成要件該当性の前景に出てきている」ので姦淫行為の方に「決定的な不法が存することが認定されていても」、である。

現行法（第四次刑法改正法の条文による刑法一七七条一項）は、強姦の構成要件に関して、その共同正犯的行為の前提条件を改正した。今や法律は、行為者が、「同人（または第三者との）」情交へと強制する場合で足りうるとしている。このような構成要件の枠組（Tatbestandfassung）には、既に判例の理解によってこれまでに実定法として行なわれて来たことが明確化されているだけである。法律の条文に客観化された立法者の意思は、明白に、構成要件該当の行態とされるのは、他の者に対してその情交を可能にするような強制行為に限られることを述べている。然るに、単独正犯とするのに足りるのであれば、共同正犯にとっても十分である。すなわち、強姦においては、その事実的寄与が強制に限られ、かつ実際に強制を行なうにとどまったような犯罪行為の共同者もまた、強姦を遂行するものであることになる。付加的な要件（独自の犯行への関心（Tatintresse）または行動を自分のものとして意欲することのような）は、単独正犯の場合と同様に重要ではない。それらは事実的寄与が構成要件にいう強制行為でないような行態に限られている場合にのみ、その役割を果たしうる。

〈検討〉

ここでは、各則上の強姦罪の規定の改正によって強制行為が強姦罪の構成要件的行為として明文で規定されるようになったことから、その限りにおいて共同正犯の成立範囲が明確にされたことが述べられている。以前の規定では他人の脚を押えつけているような行為が強姦罪の正犯行為であるかどうか疑問であったが、現行法では明文でそれが正

犯行為であるとされたのである。その限りで判例の態度には何ら問題はない。しかしよくみると、この判決は強姦罪についてはこの度の改正によって従来の判例の見解が確認されたというだけであって、「事実的寄与が構成要件にいう強制行為でないような行態に限られている場合」には「独自の犯行への関心または行動を自分のものとして意欲すること」のような要件が役割を演じ、このような構成要件に記述されていない行為をもって寄与する者を正犯とする可能性を認めているのである。この限りにおいては、どこまでが正犯とされるのかについて「主観説」的な考え方を容れる余地を残しているともいえる。「行為支配論」によれば、いずれにせよこのような主観的契機だけでは正犯性を肯定することはできないのであるから、判例の態度が「行為支配論」に接近したと直ちに言うことはできない。いずれにしてもこの問題は本判決の判断事項ではないから何ともいえない。

むしろ重要なことはその反面であって、構成要件的行為を行なった者は常に正犯とされるということである。本判決が刑法総則の改正後のものであるということもそのような考え方の基礎にあるはずである。既に繰り返し指摘したように、現在のドイツ刑法典二五条によれば自ら犯罪行為を遂行する者は常に正犯とされる。そしてこの限りで「主観説」を採用することはもはやできないといわれている。そこで、本判決の事例においては、強制という構成要件に規定された行為を行なった以上は「犯行への利害関心」や「自己のものとしての意欲」などによらず、端的に正犯とされることになるはずなのである。この点において本判決の議論を従来の判例の議論とくらべると、ただ単に「自己のものとする意欲」や「独自の利害関心」をもって正犯性を判断するのではなく、客観的に行なわれた構成要件的行為を基礎にして正犯性を判断する考察方法が明確に示されているといえるであろう。

この判決の中では「行為支配」という文言は用いられておらず、またその必要もなかったのであるが、正犯性の判断が客観的に構成要件的行為の存否にかかわるものであることを明示したことは、少なくとも正犯性判断の方法上の

変化を感得する根拠となるであろう。すなわち、本判例にも引用されていたRG判例のように端的に「正犯者意思」をもって正犯性を認定してもよかつたにもかかわらず、それらの判例が構成要件的行為について述べていないことを指摘し、現行法が構成要件に記述している行為を行なったが故に、主観的契機に関わらず正犯となるという議論をしているからである。

まとめ

このように、特に新総則規定の下で、判例の見解にはようやく「行為支配」思考の基本的な構造を包摂する傾向がみられるようになってきた。もとより、そこに問題が皆無というわけではないことはそのたびに指摘してきたとおりであるが、主観説の色彩を色濃く残しながらも、新たな展開の傾向を明らかに示すものが表われてきたことも事実である。また、判例に表われた理解の種々相をみることによって、行為支配論についての一面的理解に基づく誤解のありようについても一定の認識が得られたものと思う。元来の、主観的要素を「行為支配」として再構成する一面的理解が、多様な方向をはらみつつ総合的評価の概念として展開しているといえるであろう。この研究全体を貫く「導きの糸」としてくりかえし強調してきた行為支配論の基本的思考、すなわち主観的契機と客観的契機との統一に基づく包括的正犯概念Ⅱ正犯理論の構築という課題が、判例の展開過程の中で他面から明らかにされるといふ目標に接近していれば幸いである。

終章 「行為支配論」の展望

第一節 「行為支配論」の基本的構成

一 最後に結論として、「行為支配論」の展望」に関する私見を述べる。もとよりのこととして、ここで述べることは依然として暫定的な構想にとどまるほかはないが、これまでの検討から、「行為支配論」を構成する際に妥当と目される一定の基本的方向を学ぶことができたと思う。既に第二章第三節で「行為支配論」の基本的思考のテーゼを提出しておいたが、ここではこれをもう少し体系的に再構成することをめざす。さらに細部について完成度を高め、残された問題点を検討することは別の機会にゆずるとして、以下においては、若干の前提的事項を確認した上で、「行為支配論」の方法論上の基本的構造とその妥当性、さらに具体的な内容の問題に進んでいくこととする。

二 第一に、われわれの出発点は、正犯を、したがって理論の次元の問題としては正犯〈概念〉を、統一的概念として基礎づけることであった。つまり、正犯とすべき犯罪遂行形態を漏れなく包摂すると共に、かつそれらを統一的な原理によって基礎づけることを目標としたのである。具体的にいえば、単独の直接正犯・間接正犯・共同正犯という三つの正犯の形態を、統一的な原理に基いて説明し実体的に基礎づけることである。⁽¹⁾

ついでにいえば、間接正犯や共同正犯を正犯概念の中に包摂すべきであるという前提を立てる限りにおいて、また各々の正犯の成立範囲を決定する上においても、どのような範囲で正犯概念を確定すべきかという、一種の評価的態度決定がなされている。というのはいかようなことである。直接―単独正犯が正犯とされることには特別の問題はない。これは「正犯」というものを認める以上、もはや〈論理的に〉前提とされているといふべきである。⁽²⁾しかし、共

同正犯は総則上の規定によって正犯とされるのではあってもその具体的な判断基準は十分に明らかでないので解釈が必要とされるのであり、そして特に間接正犯は、我が国の現行刑法典にはこれを正犯とする明文の規定が存在しないところの正犯形態であるのだから、どのような正犯形態としてこれらを構成するかという問題は依然として解決されずに残っているのである。もちろんこれが「正犯理論」が必要とされる所以である。したがって、正犯理論として「行為支配論」を採用し、これを妥当な正犯理論として構築するという場合にも、あらかじめ結論の評価がなされることはもちろんである。⁽³⁾

それはともかく、いずれにしても、このような課題に答える正犯理論を構築することが必要である。いまここでその理由を繰り返しておけば、第一に、従来の通説的見解である「形式客観説」ないし「実質客観説」の弱点として、間接正犯を他の正犯形態と統一的に基礎づけることが困難であったということがある。間接正犯が正犯とされる実体的理由を明確に示すことが、少なくともわたくしには不十分であり、あるいは不自然であるように思われたのである。⁽⁴⁾

第二に、上のこととも関連するが、そもそも正犯が正犯とされることの、いかえれば基本的に帰責の対象とされることの根拠を明確に示す点において、従来の正犯理論には不十分であると思われる部分があり、そのために、間接正犯の基礎づけ・説明の問題、「共謀共同正犯」の是非あるいは成立範囲の問題、共同正犯と幫助との限界の問題などが、明確な基準を与えられなかったのではないかと、という認識がある。⁽⁵⁾ もちろん、刑法解釈論として一刀両断的に一義的な基準を定立することは不可能であるが、解釈の指針としてできる限り実体的メルクマールを記述することを目標とするべきであろう。これは従来からごく自然で常識的な、したがって基本的に異論のない妥当な正犯形態とされてきた（加えてドイツ刑法典では明文の規定を得た）単独正犯・間接正犯・共同正犯を、正犯の本質を洞察することによって明確に基礎づけることができないか、という認識と結び付いている。すなわち、正犯が正犯である根拠が示

されることよって、限界的事例の判断に対して寄与が可能であると考えるのである。一方では正犯形態を横断的に説明する正犯理論が求められ、こんどは、これを前提として、明確な正犯規定が得られるというわけである。両者はもちろん表裏をなすものであるが、一応、前者が理論的に先行するであろう。

三 以上のような基本的認識に基いて具体的に正犯概念を構成するに際して、「主観説」・「客観説」その他の理論、またとりわけ「行為支配論」そのものの展開過程を土台としてここから学ぶと、主観・客観の両面の要素を均衡させ、かつ総合的統一的に考察し構成することが不可欠であるということが理解される。このような認識が特にドイツ刑法学においても一般的な趨勢であることは、既に本論においても何度か言及したところでもある。⁽⁶⁾ 純粹に主観的、純粹に客観的という思考方法では妥当な正犯概念を画することができないということは、学説史からも認めないわけにはいかない。加えて、目的的行為論が主張されて以来、行為の構造としての主観・客観の全体構造については、それ自体の刑法的行為論としての妥当性はともかく、多くの論者にかなりの一致をみていってよいのではないかと思われる。⁽⁷⁾ 人間の行為の考察において一面的判断では無理が生じ、結局のところ判断の曖昧化を招きかねないという結果に導く恐れがあるというのが、わたくしの認識である。そして「行為支配論」はこのような要請に応えることができるのである。すなわち、「支配」という概念は、客観的な事態であると共に主観的な意思として把握されるからである。

そこで、既に述べたように「行為支配論」は「実質客観説」の一形態にはかならない。ということとは、基本的思考において現在の我が国の刑法学における通説と異ならないということである。いわば「行為支配論」は「実質客観説」を新たな視点から構成しなおす説明理論である。⁽⁸⁾ このような再考が必要である理由を再び指摘するとすれば、たとえば先にも挙げた「共謀共同正犯」の問題が依然としてその重要性を失っていないということがある。以前には徹底

して、いわゆる「実行共同正犯」を主張していた学説の側も、もはや全面的に「共謀共同正犯」の概念を否定するものではなくなったとはいえ、いやむしろそれだからこそ、「共謀共同正犯」を認めるにせよ認めないにせよ、正犯を画する新たな妥当な正犯理論を考える必要があるというべきである。わたくしが考えている「行為支配論」は、おそらく「共謀共同正犯」のごく一部を正犯に包摂することになるが、実務をも射程に含めた正犯理論への「行為支配論」の寄与は、我が国においては特にこの問題においてもっとも先鋭に表われるということができるかもしれない。

四 しかし、主観的要素を正犯概念に取り込むことにより不可避免的に概念が曖昧化することもやむをえない。曖昧化を避けることが刑法解釈学にとって重要であることももちろんである。けれどもだからといって主観的要素を正犯概念に包摂することをやめるわけにはいかない。そこで、「行為支配論」の構成にあたっては、概念の外延を明確にし、法的安定性・確実性を担保することを怠ってはならない。そのための要請として、構築された「行為支配論」は、その内容を実体的要素をメルクマールとして記述することに努める必要が生じてくる。これは、従来も「行為支配論」に対する第一の批判点であった内容の多義性・不明確性を克服することである。統一的に、なるべく単純かつ明瞭な原理に基いて正犯概念を画するという最初の目標と、曖昧さを避けて記述的に概念を構成するということを調和させることは非常に困難である。しかし、上に本文の中で検討してきたような学説・判例の営為を参考にし、特にロクシン以後の学説状況を土台として、このような方向が切り開かれたといつてよいものと思う。実際、その成果が十全なものではないにせよ、この研究を通じて、ドイツにおいて通説的になっている「行為支配論」は、批判されるほどに内容の曖昧な空虚な理論ではないことを明らかにしたと思う。

わたくしの「行為支配論」試案がどの程度上の目標に迫るものであるかはなほだこころもとないが、いずれにせよ以上のような点を「行為支配論」の基本的構成として前提しておくことは、その妥当性を疑われないであろう。

第二節 上位概念としての「行為支配」— 広義の「行為支配」

— 本論でした議論をみればわかるように、「行為支配論」の基礎には限縮的正犯概念がある場合が多かった。⁽¹⁰⁾ 限縮的正犯概念は構成要件論を基礎にした正犯概念であって、わたくしもこの考え方が妥当であると思う。何よりも、疑いなく理論的前提であるところの単独正犯の正犯性を確定する場合には、限縮的正犯概念の明確性・妥当性に何の疑いもないのであるから、限縮的正犯概念が正犯性の本質の一面を適切に捉えた概念であるという点には異論はないであろう。したがって、「行為支配論」の構成にあたっては限縮的正犯概念を基礎に据え、ここから出発することが適当である。「行為支配」という概念が単独正犯を正犯とすると同時に間接正犯・共同正犯をも正犯とする基礎となりうるのは、あくまで、「行為支配」が間接正犯・共同正犯を単独正犯と同価値たらしめるといふ一点に、その根拠が求められるはずなのである。

そこで、「行為支配」概念を構築する際には、単独正犯に密着している正犯概念である限縮的正犯概念を、間接正犯・共同正犯に対して、どのような形で貫徹させることができるかという問いから出発することが必要である。そして端的に言えば、単独正犯の場合に限縮的正犯概念が妥当であるとされるのは、単に構成要件該当行為・構成要件実現行為を自ら行なうことに基くのではなく、むしろ、間接正犯・共同正犯にも求められるところの「行為支配」であるというべきであり、これこそが「行為支配論」の基本的認識であるといつてよいであろう。⁽¹¹⁾

以上のような考慮に基いて考えると、このような意味で構成要件に関係した概念としての「行為支配論」を構築す

るべきであることになる。具体的に言えば、「行為支配」という語に含まれる「行為」(ドイツ語では「*Handlung*」)とは、(各則上の)「構成要件該当事実」である。これは、ただ単に「支配」の対象の問題として、つまり「構成要件該当」でない事実についての「支配」が問題にならないというだけでなくて、「構成要件該当事実」の範囲で「支配」が論じられるという意味でもある。すなわち、全体としての犯罪的事象を漠然と広義に捉えるのではなく、各則の構成要件ごとにそれぞれに対する「支配」が論じられるのである。

これを、簡単な強盗殺人の事例を示して考えることにする。A・B・Cの三人が共同で強盗を行なうことを計画し、Aが脅迫のための拳銃を用意し、Bがそれを用いて被害者を脅迫し、被害者が観念して差し出した金銭をCが奪取した。ところが、Bは後に被害者の口から自分たちの犯行が暴露するのを恐れてその場で殺意を生じ、被害者を撃ち殺したとする。

ここで、これらの一連の犯罪的事実を全体として把握すれば、A・B・Cが、みな「強盗殺人罪」の共同正犯であるという結論を引き出すこともできる。しかし、上に述べたような、構成要件ごとに考察するという観点からは、A・CがBの行なった殺人という事実を「支配」していたかどうか別吟味されるべきなのであり、事象を全体として考察するべきではないことになる。つまり、「殺人」の事実について「支配」が認められたときに初めて、それらの者が「強盗殺人罪」の共同正犯となる可能性が問題とされるべきである。もちろん、この場合には、「主観的『行為支配』要素」であるところの「故意」または「行為支配への意思」が具体的な構成要件該当事実をどこまで包摂していたかも吟味の対象となる。これは、故意の及ばない範囲の責任は問われないという原則が共同正犯の場合にも貫徹するという意味である。以上のような意味で「行為支配」概念は「構成要件關係的」である⁽¹³⁾のである。「支配」の範囲が、客観的にも、主観的にも「構成要件」によって規制されているわけである。

二 次に、「支配」という概念を構成することの基礎には主観的・客観的要素の総合という考慮が存在している。したがって、上の例でも触れたように、まず客観的状況として構成要件該当事実を支配しているとみなされることが必要である。わたくしは、これをドイツで主張されている〈Tatbestands〉にならって「事実的寄与」と呼びたいと思う。「事実的寄与」という表現をする場合に、わたくしは特に、「行為支配」の存在が承認されるためには〈客観的〉寄与が必要であるという点を強調しているのであって、単なる〈事実上〉の寄与で足りるという意味ではない。このことは、本論における学説の検討において論じたところでもあるし、さらに判例に表われた「実実的寄与」という概念⁽¹⁴⁾からも明らかになるとおりである。すなわち「行為支配」が認められるためには各則上の構成要件を実現するために重要な客観的寄与をなすことが必要である。一方、正犯的な副次的寄与、単に主観的・精神的寄与が認められる(幫助犯・教唆犯)だけでは足りないし、構成要件の実現という現実の事象に対しての現実の寄与がなければならぬ(つまり予備段階での寄与では足りない)。さらにまた、「事実的寄与」はあくまで法的な概念であって、「構成要件実現」と結び付けて考えられなければならない。⁽¹⁵⁾すなわち、社会学的類型としてのいわゆる「定型性」の判断が関係する。この際、「事実的寄与」の「事実」が〈Tatsache〉であることに再び注意を促しておく。

したがって、「事実的寄与」には主観的要素と客観的要素とが含まれる。わかりやすくするために、一方を「客観的行為支配」と呼び、他方を「主観的行為支配」と呼ぶこともできるだろう。前者は「客観的構成要件」に、後者は「主観的構成要件」に対応する。⁽¹⁶⁾既に触れたように、「主観的行為支配」の実体は「事実的故意」または「行為支配への意思」といふべきものである。すなわち、構成要件該当事実を認識しこれを実現する意思である。ヴェルツェル流の「実現意思」を念頭に置き、マウラツハヤゲツセルの思考を受け継いでいるが、必ずしも目的的行為論に拠らなくともこのような考え方を是認することができるであろう。

「客観的行為支配」は、客観的状況・事情としての「行為支配」である。「主観的行為支配」は、これに対応する地位を占める。現実には、構成要件該当の事象の成否・様態を「手の中に収めること」(In-den-Handen-Halten)⁽¹⁷⁾である。もう少し詳しく言えば、ある犯罪行為を、行なうか行なわないか、あるいは遂行中にも、それを進行させるか中止するか、進行させる場合にもどのように進行させるか、どうやって進行させるか、こういったことを自由に左右することができる、「客観的可能性」能力が認められる一種の地位である。もちろん、どのような事情が構成要件該当の事象の成否・様態を「手の中に収めること」であるのかは、これだけでは十分に明らかでない。いわば、これは、正犯の各形態に共通する。正犯性を承認するための基本的根拠である。その意味で、これは「上位概念⁽¹⁸⁾としての『行為支配』概念」であり、各々の正犯形態においては、さらに具体化され実体的メルクマールとして記述される必要がある。しかし、基本的定義として、この意味の「行為支配」概念は実質的内容を有し、直接に正犯概念を規定するものである。以上のところから、

「正犯とは、犯罪行為に対する『行為支配』を有する者である。すなわち、各則の構成要件に該当する事象(事実)を、『事実的寄与』によって支配する者である。」

第三節 表現形式としての「行為支配」Ⅱ 「行為支配」の具体的規定

一 前節において提示された「行為支配」の一般的規定はさらに具体的な規定によって補充されなければならない。正犯に共通の基礎としての「行為支配」は、現実には間接正犯・共同正犯においてそれぞれ特別の表現形式をとることになるからである。しかし、これはロクシンがそうしたように、上位の「行為支配」概念を『指導原理』として解

積上の指針とするにとどめ、具体的場合に応じて異なる内容の「行為支配」を改めて規定するものではない。わたくしが前節で定立した「行為支配」概念はそのままの形で各正犯形態に貫徹するものであるが、それが現実に表現する具体的場合をさらに実体的に記述しようというものである。すなわち、できるだけ実体的なメルクマールを示すことによって明確な判断基準を提供するとともに、各正犯形態の外延、どのような場合が正犯であるかを明確に画することをめざすためである。

ところで、先にも述べたように、単独正犯の正犯性は問題なく認められる。正犯という概念を立てることそのものが既に単独正犯を前提にしているのであるから、単独正犯が正犯であることは解釈や理論によるまでもなく、概念の意味からする結論である。しかし、単独正犯における「行為支配」が何であるかは本来的に自明であるというわけではない。上に定立した「行為支配」の規定は、単独正犯の場合には、具体的には自ら構成要件を実現すること、そのための「事実的寄与」をなすことにほかならない。そして、それは構成要件メルクマールを全て、自分の手で実現するということであるから、本来の意味での実行行為を自ら行なうこと以外には考えられない。構成要件実現を支配する、つまりその成否・経過を左右するということは、自ら行為することによらずしてはありえない。したがって、単独正犯の場合の「行為支配」は実行行為の遂行という事実的寄与による「支配」であるほかはなく、「行為支配」メルクマールそのものも「自分の手による実行行為遂行」⁽¹⁹⁾であることになる。すなわち、単独正犯の場合、『行為支配論』は『限宿的正犯概念論』と一致する。

このような議論を前提にした上で、以下では、間接正犯と共同正犯の場合の「行為支配」の現実的表現のありかたについて論じることとする。

二 第一に、間接正犯における「行為支配」の表現を考えることとする。もとより、間接正犯をめぐる問題につい

てはつとに研究の数も多く、困難な問題として論じられてきているのであるから、「行為支配」をここで提示したからといって直ちに問題が雲散霧消してしまうというわけではない。しかし、従来の問題をいささかでも明瞭にすることができると思う。

ところで、上で定立した「基本的構成要件該当事実の事実的寄与による支配」という「行為支配」の基本的規定によれば、間接正犯の形態であっても、背後の誘致者が主観的・客観的な事実的寄与によって構成要件該当事象を左右しうる限り、すなわち支配者の地位にある限り、これを正犯とすることは当然の帰結となる。具体的には、①客観的・主観的な「強制」による場合、②事態の認識・知識の優越に基く場合が、基本的な類型となるであろう。⁽²²⁾

これらの類型は、ロクシンに従って「意思の支配 (Willensherrschaft)」という名称で一般に呼ばれているものを基礎にするものであるが、細部においてロクシンとは見解を異にし、さらに、ロクシン説の特徴であり議論の的である「組織的権力機構による支配」⁽²⁵⁾はこのままの形では認められない。いずれにしても、「客観的」にみて、犯罪の経過を左右することができるという実質的考慮が必要である。

①「強制」による支配。これは、基本的には、違法性を阻却する「緊急避難」と同様の状況において為される行為は、その行為に誘致する背後者に「行為支配」を認める根拠となるとするものである。これについては、「行為支配」の基本的思考にてらしても異論のないところであろう。⁽²⁶⁾これは、背後の者がこのような「強制状態」を惹起する場合だけでなく、既に別の原因で発生している「緊急状態」を誘致者が利用する場合でもよい。たとえば、ふたりの溺れている者がある場合に、その一方に対して、他方を殺せば助けやると言って殺させた場合には、背後の者が正犯とされる。ロクシンのいう「組織的権力機構による支配」の事例も、この類型に該当する限りにおいて、すなわち直接行為者が違法・有責に行為したのではない場合に限りにおいて、間接正犯の図式が妥当すると解する。⁽²⁷⁾また、いわゆる

る違法拘束命令の場合にも、最終的にはこのような「強制」の有無を判断基準とすることになる。一見して違法であって、明らかにこれに従う義務がない場合にはもちろん「拘束」力がないが、直接行為者が現実に事実上「強制」状態にあったとみられるのであれば、その限り、間接正犯が成立する場合であるといえる。

② 「知識の優越」に基く支配。問題は②の類型である。このような場合に、背後の者に犯罪行為に対する支配、すなわち現実に犯罪行為の成否・様態を左右することができる地位を与えるものであると評価するための実体的根拠があることを明確に説明する必要があるだろう。一般的にいえば、具体的な事実の意味を把握している者が、犯罪行為を現実に犯罪行為たらしめているのであるし、かつ目標の結果に向けて統制することができるものである点に、それを求めることができる。⁽²⁸⁾

ここには、構成要件に該当しない行為「道具」を利用する間接正犯、客観的構成要件には該当するが故意「主観的構成要件」を欠いて行為する者を利用する間接正犯などが含まれる。構成要件該当ではあるが違法性がない行為を行なう者を利用する場合もここに含めることができるであろう。しかし、正当化事由が背後の者にまで及ぶ場合には、間接正犯は成立しない。⁽²⁹⁾

責任を欠く行為者を利用する場合には、直接行為者が正犯であり、背後の者は「正犯の背後の正犯」であると解する。もっとも、直接正犯の方は、結局犯罪の成立が認められないのであるが、正犯概念は構成要件概念に係するものである、責任を欠くことが直ちに正犯性を否定することにはつながらないと思うのである。構成要件該当事実に関する錯誤は、直接行為者の故意に関するもので、これを利用する場合には間接正犯の成立を肯定することができる。⁽³⁰⁾しかし、「具体的な行為の意味」を知らない者を利用する場合には、構成要件該当事実の認識に欠けるところはないので、これを間接正犯の類型とすることはできないと思う。⁽³¹⁾ もっとも、「現実的な行為の意味の錯誤」によって、構成

要件的事実の重大部分について認識を欠く場合には別である。

三 「身分のない故意ある道具」を利用する場合。背後の者は身分を有している結果犯罪行為を構成要件該当とすることができ、直接行為者は身分を有していないのであるから、構成要件該当の行為を遂行することは論理的に不可能である。したがって、「道具」が当該事象を支配するということも論理的に不可能である。しかし、身分が正犯性の決定的基準になるといっわけではない。つまり身分の有無が正犯性を最終的に決定するのではない。背後の身分者は、身分を有することに加えて、上に述べた間接正犯の「意思の支配」を有するのでなければならぬ。すなわち、身分犯においては、正犯性の基準は「行為支配」だけでなく身分でもあるという関係に立っている。身分犯においては、正犯性にとって「行為支配」は十分条件ではないが、やはり必要条件ではある⁽³²⁾。

「目的のない補助的道具」を利用する場合。「事実的寄与」として、構成要件に含まれる「目的」を欠く者を利用する場合は、「知識・意思の優越」という「意思の支配」の基本的規定に合致しないといふべきであるから、これを間接正犯とすることは妥当ではないであろう。これも、背後の者が他の類型と同様の「強制」ないし「知識の優越」という、「行為支配」の内容を有するときに限り間接正犯となるものと解する。すなわち、この場合も身分犯の場合と同様に、「行為支配」が必要条件である。

間接正犯の表現形式は、以上のように「行為支配」によって統一的に基礎づけられる。そして、これが「基本的構成要件該当事実の事実的寄与による支配」という定式の具体化にほかならないことを確認しておきたい。

なお、間接正犯において「実行行為」は何であるのか、つまり直接行為者の行為であるか、背後者の「事実的寄与」であるのかという問題があるとすれば、それは名称の問題である。「構成要件該当事実」を支配する行為を「実行行為」と呼ぶならば、背後者の事実的寄与が実行行為にほかならない。しかし、「実行行為」の概念を、具体的に各則

の基本的構成要件に記述された行為標識を実現することであると解するとき、直接行為者の行為だけが「実行行為」たりうるということになる。そして、「道具」の行為が「実行行為」性を欠く場合には、事実上の（「道具」の）行為を客観的・主観的に統制する者にこの行為が帰属し、全体としての犯罪行為が、背後者の実行行為として評価されることになるものと考ええる。この議論は複雑であるが、「実行行為」概念そのものは、できるだけ純粋な形にとどめておくべきであろう。したがって、間接正犯における実行の着手時期については、現時点での私見としては、背後者の事実的寄与ではなく直接行為者の行為着手時であるというべきであることになる。⁽³³⁾

四 第二に、共同正犯の場合の「行為支配」の表現形式を考察する。共同正犯の場合は共働者が同一方向に向けて共働していることにその特質があるということができよう。ここではまた、各共働者の、相互的補完関係・補完意思によって、全関与者が正犯たる地位を占めることになる。ということは、本論においても繰り返したように、共同正犯においては関与者の主観的因子、すなわち共同の意思が本質的な役割を演じている。したがって、共同正犯の規定に際しても正犯の主観的・客観的要因を総合的・統一的に把握することが不可欠である。この意味で、「基本的構成要件該当事実の事実的寄与による支配」という定式は、共同正犯においても貫徹させられなければならない。

同一の犯罪事象に対して、主観的・客観的に共同的な「支配」がなされる場合の「行為支配」を「共同的行為支配 (kollektive Tatherrschaft)」⁽³⁴⁾、なすしはロクシンに従って⁽³⁵⁾その現実的な内容を名称に取り入れれば、「機能的行為支配」と呼ぶことができると思う。「行為支配」は各関与者に帰属し、各関与者が個別に正犯たる責任を問われることになるのではあるが、「共同的」という契機に基く全体としての「共同的行為支配」をその基盤としているというべきである。注意すべきは、「行為支配」があくまで各関与者において個別的に評価される正犯メルクマールであることである。ということは、各関与者は独立して、個別的に、直接に犯罪行為に対する「支配」を有していなければならない

らない。⁽³⁶⁾ しかもこの「支配」というものが、主観的・客観的な事実的寄与による支配であることが要請されるのである。

それでは、どのような場合に、実際に「共同的行为支配」あるいは「機能的行為支配」が存在するのであるか。各関与者は、当該の犯罪行為に対して、個々にそれぞれの本質的部分についての、現実の支配を有していなければならぬ。つまり、個々人が、それぞれ犯罪事実の全体を左右することができなければならない。ただし、共同正犯という正犯形態は、単独正犯とは異なり、同一の犯罪事実に対して複数の関与者が共同的に作用しているのであるから、そのための「事実的寄与」としては、構成要件実現にとって必要な寄与のすべてを自ら行なうことである必要はない。各関与者は他の関与者と意思を通じ、相互補完的な分業を（明示的であれ黙示的・自発的であれ）行なっているものである。意思的側面と、それに対応した客観的行動とを総合的に考察すれば、これを承認することができるであろう。

いわゆる「一部実行—全部責任」という共同正犯の原理を理論的に説明することも、このような「共同的行为支配」によって可能になると考える。一部実行で正犯性にとって十分であるというのは、主観的・客観的な共同のもつ統一的契機に基づくのである。それがまた側面から全部責任を基礎づける。しかし、全体に対する責任の本質的な基礎は、部分的な寄与によって関与する者であっても犯罪行為全体に対する「支配」を有することが要件となっている、まさにこのことである。⁽³⁸⁾ 各関与者がそれぞれ犯罪行為を左右しうることを、「支配」の実質として、くりかえし強調する所以である。

五 「事実的支配」という文言で考えられているのは、現実の犯罪行為の進行に対して本質的な影響力を有することとであって、計画段階での寄与は、それがいかに強大であってもそれだけでは具体的な犯罪の経過を左右するに足りないものとされる限り、「事実的支配」には至らないものといふべきである。これは、たとえば、いわゆる「共謀共

同正犯」の事例を念頭に置いている議論である。

再び強盜の事例を立てる。Aが強盜の主謀者としてB・Cを計画に誘い、Bは武器を調達し、Cはそれを用いて実際に強盜を実行したとする。この場合、B・CはAに対しては従属的な地位を占めていたものとする。さて、Bは、実行段階において事実的寄与をなしていないから共同正犯とはされない。ロクシンの定式を（ロクシン自身は設定しているのであるが、「実行段階における」という条件³⁹を外して）無限定に適用したとすると、あるいはBの寄与がなければこの犯罪行為は始めから不可能になったはずであるから、Bの寄与はこの犯行にとって本質的・不可欠のものであり、それゆえBも共同正犯となるという結論を引き出すこともできるかもしれない。しかしながら、先に述べたような、「具体的な」犯罪行為の実行・経過を「支配」することができなかったBは、共同正犯とされるべきではない。この意味で、予備段階における寄与は、共同正犯を基礎づけるには足りないというべきである⁴⁰。

一方、Aは、場合によってその地位が異なるものと解する。すなわち、もしAが計画段階における主導的立場を有するにとどまり、具体的犯罪行為遂行に際しては何ら実体的寄与をなしていない場合、たとえば犯行現場には赴かず計画の実行を待っていたような場合には、Aは具体的犯罪行為の本質的部分を左右することができたとはいえないので、共同正犯とされるべきではない。しかし、このAが犯行現場において現実に指導的役割を果たしたとすると、それが基本的構成要件の本質的部分を形成するような寄与ではない場合であって、たとえば計画の開始の指示とか、計画の進行を監視するとかいう、実行行為の分担とは言えない寄与である場合であっても、Aを共同正犯とすることができると思うのである⁴¹。その限りで、客観的行為としては単なる見張りとは大きくは異なるものであっても、実質的な寄与として重要であるときには共同正犯とされることがある。

ただし、指導的役割ではない単なる「見張り」を行なうだけでは、共働に際しての事実的寄与として十分ではなく、

具体的な構成要件実現を現実的に左右することができるとはいえないであろう。したがって、このような単純な見張りについて「行為支配」を認めることは、原則としてできないものと思う。

六 以上の規定を要約すれば、共同正犯における「行為支配」は、「犯罪行為に対する実行段階における事実的寄与によって、構成要件実現のために本質的な機能を果たす」者にこれを認めることができる。そして、その本質的機能の内容は、構成要件実現の成否を決定し、進行中にはそれを中止し、あるいは経過させ、または経過の態様を左右することができることを意味している。理論的には、「共同的行為支配」という前提からして、共同的な犯罪実現の意思、すなわち「共同的行為支配への意思」と、犯罪実現への分業的関与、すなわち「事実的寄与」とが必要とされる。この場合、「共同的行為支配への意思」というのは、修正された構成要件としての共同正犯の構成要件の故意にほかならない。ということ(42)は、これらをそれぞれ共同正犯における「主観的構成要件」と「客観的構成要件」として理解することができる。

共同正犯における事実的寄与としては、基本的に「実行行為の一部分担」が考えられていることが右の記述からも明らかであろう。これは、最初に立てられた方法論に基き、単独正犯において必要とされる典型的な正犯寄与である「実行行為の遂行」が、共同正犯においても原則であることからの帰結である。ただし、正犯性にとって本質的であるのは、客観的な実行行為の遂行それ自体ではなく、「事象の支配」であるから、必ずしも「実行行為」を遂行することが条件とはならないのである。

補説 「行為支配論」に関する若干の問題

未だ十分な研究・思索を進めていないため本論文の範囲内では十分に論証することができなかった若干の補足的な論点についてここで述べておくことにする。しかし、これらの論点に関する一応の展望なり、思考の道筋なりとも示しておくことで、将来的な「行為支配論」の展開への可能性を考えるきっかけとしておくことは、その問題点を明らかにする意味をもつであろうと思う。

一 構成要件論と「行為支配論」の構造

正犯・共犯論はまさしく構成要件論の問題である。ある者が正犯であるか共犯であるかは、「その者が構成要件を実現したか否か」という問題にほかならない。したがって、当然に、正犯の画定にあたっては限縮的正犯概念から出発しなければならぬのである。ただし、この場合に「実行行為を行なうこと」と「構成要件の実現」とは同一のことを意味しない。わたくしは、「実行行為」の概念を「構成要件実現の現実的危険性のある行為」として実質化することは、それ自体は全然誤りではないが、間接正犯の誘致行為を広範に包括するとすると、「行為」や「実行行為」の概念の外延を不明確にするもとであると考えるので、単純素朴な意味で構成要件該当の行為と規定しておくべきだと思ふのである。端的に構成要件的行為を「実行行為」と称するのである。「実行行為」を実質的考慮によって拡張的に解釈することには慎重でなければならぬ。何らかの別の原理を立てる必要はない。単独正犯の場合には「実行行為」の全体を自ら遂行することによって、間接正犯の場合には優越的立場に基く事実的支配（優越的支配）によって、共同正犯の場合には、本質的で不可欠の機能を果たすことにより構成要件的事実を客観的に惹起したものと認め

られる「機能的行為支配」によって、それぞれ正犯性が特徴づけられる。それらは、ひとつの明確な原理、すなわち「行為支配」によって統一的に説明される。⁽⁴³⁾

目的的行為論によれば、正犯性の根拠、つまり構成要件の〈実現〉としての「行為支配」は、犯罪事実の目的統制によって特徴づけられる。いいかえれば、故意に包括されて(vom Vorsatz umfasst)、事実Ⅱ(構成要件該当事実)を〈手の中に収めていること(In-den-Handen-Halten)〉である。「故意に包括されて」ということは事実的故意という主観的構成要件要素に対応し、「客観的な構成要件事実の〈手中把持〉」ということとは客観的事実寄与という客観的構成要件要素に対応するのである。

この客観的構成要件と主観的構成要件との関係の議論は、我が国の刑法学ではあまり自覚的に論じられてこなかったが、「行為支配論」を展開するに際しては現代の水準として強調しなければならない。このような議論によって「行為支配論」はさらに明確な概念として構成されることが可能になったといえるのである。それは、構成要件論において主観的要素と客観的要素とを論じることによって、「行為支配」の主観的契機・客観的契機相互の関係の構造が明確になり、構成要件に対応したものであるとしての「行為支配」概念を明確に特徴づけることが可能になった⁽⁴⁴⁾ということである。

二 間接正犯と共同正犯の「行為支配」についての補足

間接正犯において「優越的行為支配」という考え方をするならば、共同正犯において実行段階における事実的寄与がなぜ必要なのか、という問いがあるかもしれない。しかし、犯行現場に現在してして直接的に指示をすることと、たとえば遠隔地から無線で指示をすることとは、寄与の現実的具体的危険性の点で全く異なるというべきであろう。

もし完全に事実上の寄与が不要なほど支配力を有していたならば、それは端的に間接正犯なのであって、共同正犯ではない。

〈重疊的「行為支配」⁽⁴⁵⁾〉の場合には「正犯の背後の正犯」という図式も認められる。ただし、最終的に正犯として処罰される者が複数になることが必要なのではない。責任がない者を利用すれば、正犯は複数でも処罰されるのは責任のある者だけであることは当然である。相互間接正犯的議論の弱点もそこにある。つまり相互に利用するというならば間接正犯のように道具でなければならぬのであって、道具でないものを利用するのがなぜ間接正犯と同様に解されるのが納得できない⁽⁴⁶⁾。直接行為者は道具ではなく、道具として利用されるのである。道具概念は説明の便宜上提出されたものにすぎない。実行行為を拡張するために行動媒介者を道具であると構成したのである。「行為支配論」による説明では、直接行為者を通じての背後の者が直接に事実を支配するのである。その者が完全に責任を負いうる形で犯罪を行なったとしても、媒介者は利用されるのである。したがって正犯の背後の正犯という図式も考えられるのである。「行為支配」は重疊的にも成立しうる。

三 過失犯における「行為支配」

過失犯の場合に行為支配をどのように考えるかは非常に困難な問題である。現実には過失犯の構成要件というものがあるので、その事実を支配したものが正犯となるというべきである。そこで問題は、「行為支配」というときには「支配者」は結果を含めて犯罪事を支配するというふう⁽⁴⁷⁾に構成していることである。構成要件にとって重要でない結果に向けられた行為というものに「支配」の観念をいれることができるかどうかはきわめて疑問である。わたくしは過失行為には共同正犯を認めることを原則としたいと思うのでその点について述べてみよう。

過失犯では、結果を含めた支配を考えることはやはり不可能である⁽⁴⁷⁾。しかし、実行行為と考えられる行為、そのものについては、それへの支配を論じる余地が十分にあるものと思う。したがってこの場合には事実の支配のうちでも端的に「行為」の支配が問題になる。過失犯の場合には構成要件の評価はまさに、客観的注意義務に違反し、非故意に事実を実現することなのであるから、結果の発生は客観的構成要件要素にほかならないのだが、支配の対象は過失の「行為」そのものであるということになる。

くりかえすが、過失犯において結果を支配するということはもとより不可能であろう。もしそれを「支配の可能性」というような形でなんとか取り込もうとすれば、マウラッハの行為支配を素朴に解したときのような、単なる可能的「行為支配」としての非現実的な潜勢態を「行為支配」とする考え方にならざるをえない⁽⁴⁸⁾。「行為支配能力」というならともかく、「行為支配」があったかなかったかという判断の場面に、しようと思えばできたというような仮言的な規定を適用することはできないと思うのである。したがって、過失犯では「行為」を支配することで正犯・共犯を分けることができるし、またそれで十分であり、妥当な考慮であると思う。過失犯の場合にはなぜ結果発生に対する支配が不要なのか、実現意思としての「行為支配への意思」という「行為支配」の主観的要素を前提とする「行為支配」の一般的規定に反しないかが問題になる。しかし、わたくしは、実現意思といっても通常の事実的故意、すなわち構成要件の事実に関する認識認容として「行為支配への意思」を構成するのが妥当だと考えるので、この批判は当たらないと思う。過失犯の構成要件は、結果を発生させることの認容を必要とはしていないからである。もとより、この考察は複雑な印象を述べたものにすぎない。さらに思索を深めたいと思う⁽⁴⁹⁾。

四 不作為犯における「行為支配」

不作為犯はどうか。不作為は狭義の「行為」ではないという立場にたつと、上位の「行態」という概念に包摂される不作為について「行為支配」を論じることになる。不作為犯は、通説的になった「保証人説」によれば一種の身分犯であるが一般の身分犯については、身分のあるものについてさらに通常の意味の「行為支配」を考へることはごく自然であるのに対して、不作為犯の保証人的地位というものは、その「身分」があつたとしても、外界の一定の事態に対して何らかの積極的な働きかけをするのではなく、自分からは事象に対して事実的寄与を与えずに、ということとは新たな原因力行使せしめずに放置するところにその本質的意義があるのだから、一般の身分犯と同列には論じられないのである。「行為支配」概念そのものについても、少し違った角度から考察する必要がある。

しかし、過失犯に比べれば、故意の不作為犯は結果に対する支配を有するということがいいやすい場合であるといえるであろう。それにしても保証人的地位は、「行為支配」の内容とは全く別個の正犯条件である。つまり身分犯一般の場合の身分と同様に、「行為支配」と並んで正犯として必要とされる別の条件である。ただし、いずれにしても正犯とされるためには「行為支配」を有していなければならない。不作為犯における支配は事実的寄与を欠いた支配であるが、保証人的義務とあいまって正犯性を基礎づける。目的的行爲論の思考方法を基礎にすれば、ある行態を為しうる「目的的行動力」の範囲内にある作爲をしなかつたという意味において、不作為犯は、あえて事実をそのように経過させたという支配を有したのである。必要であればあるいは何らかの事実的寄与を与えることによって、事象の経過を変へることができるのであるから。しかし、この意味の「行為支配」が例によって潜在的、ないし可能的「行為支配」となるのではないか、「行為支配能力」のようなものになるのではないか、という恐れがある。けれども、今述べたような「行為支配」概念は現実的であると思う。不作為にとどまることによって既にある条件を利用し、まさに現実的事象を、ほかならぬそのようなしかたで進行させ、結果を発生させたのである。

かくかくの結果を実現しようという意思の下に、まさにそのような結果を発生させるような手段を講じて、そのような結果を実現したのである。いわば「支配」という概念の有用さはこのようなところに表われる⁹⁰⁾。これは「支配」概念が何でも入れられる漠然とした概念であるという意味ではない。「支配」が正犯の共通のメルクマールであるということの証拠だという意味である。

第二部 (第三章)(第四章)(第五章)

- (1) ドイツ判例に関する網羅的な記述は、Roxin [1984]に見出されるであろう。ここではむしろ主要な判例について比較的詳しくその内容を紹介し、そこに表われた判例理論としての「行為支配」概念の構造を明らかにすることを意図している。
- (2) Vgl. Roxin [1984] S. 558-599.
- (3) 第二節「一」判例。
- (4) RGSt. 74.84.
- (5) 第四章第二節を参照せよ。
- (6) この判例については判決を下した裁判官による戦後になってからの注釈がある。ここでは極端主観説といわれるこの判決の判断に至る事情が、被告人等の心情にも触れて明らかにされている。Vgl. Hartung]Z. 1954, 430.
- (7) 第四章第二節を参照せよ。
- (8) BGH NJW 1951, 323.
- (9) BGHSt 18, 87.
- (10) その意味で、ここに述べられていることは「行為支配論」に対する批判とはなっていない。第一章注(8)に掲げた文献を参照せよ。
- (11) ロクシンにおいては「組織的権力機構」による間接正犯という類型が構成されている。第二章第一節二(三)を参照せよ。
- (12) BGHSt 2, 150.

- (1) BGH JR 1955, 304
- (4) BGHSt 8, 390.
- (51) BGH Bei Darllinger MDR 1958, 139.
- (9) BGHSt 11, 268.
- (17) BGHSt 13, 162.
- (18) BGH GA 1963, 187.
- (9) BGHSt NJW 1966, 1763.
- (22) BGH Bei Darllinger MDR 1974, 547
- (12) BGH GA 1977, 306.
- (22) BGH NJW 1951, 120.
- (23) BGHSt 8, 393.
- (24) BGH MDR 1960, 939.
- (25) この問題について若干の指摘は『終章』に付した「補説」四にある。
- (26) BGHSt 19, 135.
- (27) BGHSt 28, 346.
- (28) BGHSt 32, 38.
- (29) 判例評釈もかなり出ている。一応挙げれば、Schmidhäuser, Eberhard, JZ 1984, 194-196.
- (30) BGH bei Holtz MDR 1981, 631 f.
- (15) BGHSt 27, 205.

(終章)

(1) 正犯理論として要請されることは、正犯概念を画する判断基準として明確なものであることであり、そのためには評価的

な不確定さを避けつつ、正犯メルクマールをできるだけ実体に即して記述することをめざすべきであろう。

(2) 先にも述べたように、各則の構成要件は単独正犯の形で構成要件に記述された行為類型を実行する者を前提として規定されており、この者を正犯とする以上、単独正犯が正犯であることは〈論理的に〉当然のことである。

(3) ロクシンが、共同正犯の規定は立法者の価値決定の決果であると述べたのは、この意味に近いと思われる。もっとも、ここでわたくしが言っているのは、共同正犯を単独正犯・間接正犯と並んで正犯とするかどうかではなく、共同正犯の成立範囲のことである。

(4) 間接正犯では、被利用者が単なる道具として行動するのであって、それが因果的な経過として考慮される。したがって背後の者の誘致行為がそのまま「実行行為」であるという捉えかたは、「実行行為」の概念が不明確となり、判断基準としての明確性が低下するよう思われる。

(5) 共同正犯については、拙稿「共謀共同正犯と『行為支配論』——団藤説を中心に——」(『一橋研究』第一一巻第一号、三一頁以下)で若干述べた。

(6) 特にロクシンについての第二章第一節を参照せよ。

(7) 最近のドイツ刑法学における行為論の概観については、福田平・大塚仁『対談刑法総論(上)』(一九八六)有斐閣一四頁以下を参照せよ。

(8) マウラッハ、ロクシンらが自らの「行為支配論」を実質客観説と名付けていることは既にそれぞれの「行為支配論」に関して述べた。

(9) ロクシンの議論が徹頭徹尾概念の明確化をめざしていると評価することができるということは、既にわたくしが強調したところである。

(10) 第一章で扱った三人は、基本的にこのような立場に立っているものといえるし、ロクシンも同様である。

(11) 「行為支配論」においては「実行行為」ではなく「事実的寄与」が問題になることが多い。とはいえ、もとより「事実的寄与」をもって「実行行為」を定義することも可能であるから、ことばそれぞれ自体は重要ではない。しかし、「実行行為」を行

なうことによる「行為支配」ということを考える以上、「実行行為」の概念は機械的・素朴な捉えかたで理解しておくことがよさと思う。

(12) Vgl. Rudolph [1979].

(13) Rudolphi [1979].

(14) たとえば、第五章第二節「一八」判例を参照せよ。

(15) 「行為支配」の「構成要件関係性」を思い起こすことができる。注(13)の文献を参照せよ。

(16) 以前にも述べたが、構成要件を主観的構成要件と客観的構成要件とに分析し、それぞれに主観的行為支配と客観的行為支配とを対応させると、「行為支配」概念そのものの主観的・客観的要素の総合という構造を明確にすることができると思う。

Vgl. Maunach-Gössel-Zipf [1984] S. 210 ff. なお、『補説』一をも参照せよ。

(17) Vgl. Maunach [1971] S. 659.

(18) ロクシンの『指導原理』(Leitprinzip)ではなく『上位概念』すなわち Oberbegriff であって、ロクシンの方法とは異なり、上位の「行為支配」概念を各正犯形態に即して適用し、具体化するという方法をとるのである。

(19) ロクシンの用語では「行為の支配」> Handlungsherrschaft<。

(20) これは「上位概念としての『行為支配』の定義」である。

(21) この表現は選択的ではない。「事実的寄与」というときには客観的ならびに主観的寄与である。

(22) ここでの議論は、ロクシンの間接正犯論に基本的に従っている。

(23) Roxin [1978] § 25 Rdn. 48.

(24) この術語は「意思を」支配するという誤解に誘いやすいので、「事実の」支配をその本質とする「行為支配」を明確にするためには、ロクシンの名称をそのまま引き継ぐことに躊躇があるが、ロクシンに関しても述べたように、これはとりあえずの名称であって、それ自体は何ら問題はない。

(25) Roxin [1978] § 25 Rdn. 88.

- (26) ここで、「支配」の本質は「強制」そのものにあるのではなく、「強制」に基く「犯罪事実の支配」にある。
- (27) Vgl. Samson (StK) Rdn. 36.
- (28) ただし、「知識の優越」が間接正犯を基礎づけるためには、その知識が構成要件に関する本質的部分を構成していなければならぬ。
- (29) Vgl. Roxin [1978] §25 Rdn. 65.
- (30) Vgl. Roxin [1978] §25 Rdn. 59 ff.
- (31) 構成要件論を基礎にする限り、構成要件に関する本質的認識に欠けるところがない以上は正犯性にとっても十分であると「うはかはなごであらう」。
- (32) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1984] S. 211.
- (33) この記述は十分に吟味されていなご。これについてはさらに思索を深める必要がある。
- (34) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1984] S. 252 ff. なち、「集合的」より、「共同的」の方が個別性を表わすと考える。
- (35) Vgl. Roxin [1978] §25 Rdn. 108.
- (36) ロクシンが「うはなご」に、「共同正犯は「直接正犯」である。
- (37) 「可能的行為支配」では足りず、現実に左右する立場にあったことを要する。
- (38) 犯罪行為全体を左右する「支配」がその罪責の根拠である。共同正犯の正犯性は、このようにして「行為支配論」に基くことによつて明快に基礎づけられる。
- (39) Vgl. Roxin [1978] §25 Rdn. 108ff.
- (40) Vgl. Roxin [1978] §25 Rdn. 125 ff.
- (41) 「共謀共同正犯」の一部がこうして共同正犯の範囲に入るのであるが、それは、別の側面から正犯性の本質的契機を求めた結果であつて、「共謀共同正犯」を承認することを前提とした議論ではないことをくりかえし強調しておく。
- (42) 注(16)を参照せよ。

- (43) 『終章』の中でも注意しておいたように、あくまで統一的正犯理論として「行為支配論」を構成することがめざされるべきである。したがってここで各正犯形態ごとに名付けているのは便宜的なものにすぎない。
- (44) 第二章第二節二(一)でゲッセルの理論を扱った部分を参照せよ。
- (45) 第二章第二節一(二)でもごく簡単に触れたが、基本的にはロクシンの考え方に賛成する。
- (46) 中 [1964] を参照せよ。
- (47) ただし、ゲッセルは、過失犯における「行為支配」を論じている。Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 213f.
- (48) 客観的「行為支配」と可能的「行為支配」とは同一視されてはならない。客観的「行為支配」はあくまで現実的な「支配」であって、そのために一で述べたような主観的構成要件に対応する「行為支配への意思」を「行為支配」の一面として承認することにもなっている。
- (49) ここに述べられた考え方をまとめるに際しては、一九八六年一〇月に一橋大学で行なわれたゲッセル教授の講演に多大の示唆を得ている。
- (50) 不作為犯においても正犯性の基準として「支配」の観念が役に立つということは、「行為支配論」が考えたように、正犯が正犯たる所以が単純素朴な「実行」ではなくて「行為支配」の方にあることの傍証ではないだろうか。

文献目録抄

引用に際しては著者名とこの目録に示された年号とで引用するのを原則とした。

(ドイツ)

Bockelmann, Paul [1957]: >Zur moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme<, in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtkongress in Athen vom 26. 9-2. 10. 57. Sonderheft der ZStW (1957) 167 ff.

Cramer, Peter [1979]: >Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme<, Bockelmann-Festschrift, 1979, SS.

389-403

Gallas, Wilhelm [1954]: ›Täterschaft und Teilnahme‹, Mat. 1. Bd., Gutachten der Strafrechtslehre.=ders. [1978] S. 78-129.

——[1957]: ›Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme in Strafrecht‹, in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 16. 9-2. 10. 1957, Sonderheft der ZStW 69 (1957)=ders. [1968]S 130-164.

——[1968]: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, Berlin.

Gössel, Karl Heinz [1985]: ›Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftslehre‹, in: Jescheck-Festschr., 1. Bd., 1985, S. 537-558.

Herzberg, Johannes [1977]: Täterschaft und Teilname, 1977.

Jacobs, Günter [1983]: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Der Grundlagen und die Rechnungslehre, 1983.

Jescheck, Hans-Heinrich [1978]: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1978.

Maurach, Rainhart [1971]: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1971.

Maurach-Gössel-Zipf [1978]: Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 5. Auflage, 1978.

Maurach-Zipf [1984]: Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, 1985.

Maurach-Gössel-Zipf [1985]: Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 6. Auflage, 1985.

Roxin, Claus [1963]: Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Auflage, 1963.

——[1963 b]: ›Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate‹, GA 1963, 193-207.

——[1973]: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage, 1973.

——[1973 b]: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973.

——[1978]: Strafgesetzbuch, Leibziger Kommentar, 10. Auflage, 2. Lieferung 1978, §§ 25-32.

——[1984]: Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Auflage, 1984.

Rudolph, Hans-Joachim [1979]: >Zur Tatherrschaftsbeziehung des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft<. Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 369-387.

Samson, Erich [1985]: Systematischer Kommentar zum StGB. Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 6. Lieferung, 1985.

Schönke-Schröder-Cramer [1982]: Strafgesetzbuch, 21. Auflage, 1982.

Stratenwerth, Günter [1976]: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Auflage, 1976.

Wenzel, Hans [1969]: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969.

Vessels, Johannes [1976]: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 1976.

(日本)

ヴェルツェル、ハンス [1965] 『目的的行为論序説』(福田平・大塚仁訳) 一九六五、有斐閣

(= Das Neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961.)

井上正治 [1951] 『刑法学(総則)』 一九五一、朝倉書店

内田一郎 [1964] 『ドイツにおける共犯論』(『現代の共犯理論』三七一一四〇八頁)

大越義久 [1979] 『共犯の処罰根拠』 一九七九、青林書院新社

大塚 仁 [1958] 『間接正犯の研究』 一九五八、有斐閣

大塚 仁 [1982] 『犯罪論の基本問題』 一九八二、有斐閣

大塚 仁 [1986] 『刑法概説(総論)』改訂版』 一九八六、有斐閣

大野平吉 [1964] 『正犯と従犯の区別』(『現代の共犯理論』二七九一三〇八頁)

香川達夫 [1979] 『結果的加重犯の本質』 一九七九、慶応通信

木村亀二 [1967] 『正犯と共犯』(日本刑法学会編集『刑法講座第四卷未遂・共犯・罪数』、五八一八九頁)

下村康正 [1984] 『共謀共同正犯と共犯理論(増補版)』 一九八四、学陽書房

- 下村康正 [1983] 「共謀共同正犯論の軌跡」、《『研修』四二三号、三一—二頁》
- 竹田直平 [1964] 「共犯における犯罪概念要素——間接行為者の罪責の根拠——」、《『現代の共犯理論』一—三〇頁》
- 団藤重光 [1979] 『刑法綱要総論（改訂版）』、一九七九、創文社
- 団藤重光 [1986] 『実践の法理と法理の実践』、一九八六、創文社
- 中義 勝 [1964] 「共同正犯の正犯性——相互間接正犯的構成とその批判的考察」、《『現代の共犯理論』一六三—一八六頁》
- 中野次雄 [1985] 「共謀共同正犯にあたることされた事例（特に団藤裁判官の意見）」、《『刑事判例研究四二三』『警察研究』五六
卷一号、七〇—八二頁》
- 西原春夫 [1964] 「共同正犯における犯罪の実行」、《『現代の共犯理論』一一九—一六二頁》
- 平野竜一 [1972] 『刑法総論Ⅰ』、一九七二、有斐閣
- 平野竜一 [1975] 『刑法総論Ⅱ』、一九七五、有斐閣
- 平場安治 [1952] 『刑法総論講義』、一九五二、有信堂
- 平場安治 [1964] 『刑法における行為概念の研究』、一九六四、有信堂
- 福田 平 [1964] 「共犯と錯誤」、《『現代の共犯理論』六九—八二頁》
- 福田 平 [1975] 『刑法解釈学の基本問題』、一九七五、有斐閣
- 福田 平 [1983] 『全訂刑法総論』、一九八三、有斐閣
- 福田平・大塚仁 [1979] 『刑法総論Ⅰ（有斐閣大学双書）』、一九七九、有斐閣
- 福田平・大塚仁 [1984] 『新版刑法の基礎知識Ⅰ（有斐閣双書）』、一九八四、有斐閣
- 藤木英雄 [1984] 『可罰的違法性の理論』、一九八四、有信堂
- 藤木英雄 [1975] 『刑法講義総論』、一九七五、弘文堂
- 『現代の共犯理論』（齊藤金作博士還暦祝賀論文集）、一九六四、有斐閣
- 『注釈刑法』、団藤重光責任編集、一九六三—四、有斐閣