

第5章 「行為支配論」と同様の思考 を示す判例

第1節 「行為支配論」と同様の思考を示す判例

1. BGH NJW 1951, 120 「行為支配」を採用した最初の BGH判例

1950年11月21日第3刑事部判決：

デュッセルドルフ陪審裁判所(Schwurgericht) の認定した事実はおよそ次の通り。

被告人は、1948年4月に、同人が仕立屋として仕事をさせていたが、すぐ近くに自分の住む所を見つけていなかったDを、同人と以前から知り合いであったKのところの地階住居(Kellerwohnung) に住まわせてもらった。Kが、そのあとすぐに数か月の禁固刑に服したときに、Kの妻は、当時まだ被告人のいいなづけ(Braut) であった者をも地階住居にいっしょに受け入れた。Kの妻は闇取引をしており、たくさんの金銭を儲けていたし、立派な服やよい下着、そしていくつかの装身具を思うままに使っていたのを見て、被告人には、Kが不在であることを利用してそれらを強奪しようという考えが浮んできた。同人がそのことを同人の婚約者に伝えたところ、同女もこれに賛成した。最初の計画は、K夫人を睡眠薬で意識を失わせるというものであったが、被告人には睡眠薬を調達することができなかったので、これは遂げることができないことがわかった。そこで、彼らは、K夫人を夜間に手斧(Beil)で頭を殴り、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。

それで、被告人は復活祭の日曜日の前夜に、眠っているK夫人の右のこめかみに向っ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の裏の狭いニッチ(Nische)の中に隠し、目の前にあった金銭と装身具

類、洋服と下着の数々を奪いとり、（ベルリンの）東地区(Ostzone) に行った。

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。この場合には、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、この可能性を、法的理由からではなく原則的に否定するとしても、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て、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及し、それを結局、自分の計画と熟慮に応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、単なる幫助犯性は排除される。外形的及び内心的行動側面(Tatseite)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、同女が精力的・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とも、矛盾するものではない。上告が、被告人はその婚約者に盲従していたし、まさにそのゆえをもってその犯罪行為を遂行したのだと主張する限りにおいて、原判決の認定はこの申し立てに反する。

>コメント<

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」というのは、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51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ない、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、判例は、R.G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素を包括した「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、主観説にほかならない。あるいは、「行為支配」の片面的理解にとどまっているというべきである。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、客観的寄与こそが決定的になるのが、「行為支配論」においても原則である。

(この判例は影響力も大きいし、「行為支配論」の展開にとっての意義も大きいので、少し詳細に引用したい。)

1956年 1月10日第5刑事部判決

第1審：ベルリン陪審裁判所

>理由から抜粋<

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1954年 2月に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夫妻は不和に暮していたので、G夫人は被告人に同女の夫を殺してくれるようにと繰り返し迫った。同人は、それを初めは再三にわたって拒絶したが、しかしついに承諾した。1954年 3月 3日の午後、2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った。同女自身は、2つの大きな煉瓦を買い物袋に入れた。このように準備して、2人はGの仕事場で待機した。そこで彼の妻は、仕事が終わった後で彼らとともに隣村に行き、被告人と共に他人の家具を積み上げることによって金を稼ぐことを提案した。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。途中で、3人はG夫人の提案で近道をして寂しい狭い小道(ザーレ河岸沿いの)へ相前後して進んだ。そこでG夫人は、被告人に取り決めておいた合図(背中を叩く)を出した。それに従って被告人は、斧の鋭くない側で、なお2回から3回、非常に力をこめて頭蓋に打撃を加えた。G夫人は、「もう死んだわ(Jetzt ist er tot.)」といったので、被告人はすぐに走って逃げたが、妻Gが彼を呼び戻したので被告人はこれに従って戻って来た。同女は、その間に死体に持ってきた2つの煉瓦で重しをつけていた。被告人にはひもが緩すぎるように

みえたのでこれを再び剥ぎ取った。それから、2人はザーレ河へと撲殺された死体を転がした。

事実審問で刑事部は、被告人に不利な法的な過誤を判決が含んでいるかどうかを吟味した。実際にはそのような過誤はない。

さらに詳しく記述することは、陪審裁判所が被告人を正当にも謀殺犯として、しかも単なる殺人幫助犯としてではなく〔正犯として〕、有罪判決をしたということに関してのみ必要である。これ以上は、事態がたとえ特別のことを示していようとも、陪審裁判所は詳述していない。

判決理由が伝えるところでは、被告人は、次のようなことにかかわったというのである。すなわち、「彼がその行動を遂行したのは、妻Gが持続的かつ強力に、その夫を殺害するようにと促すことに、もはや抵抗ができなくなったからである。判決は続けて、「G夫人は、彼が結局ついに屈服するほど長く彼を説得した。さらに妻Gは、何らかのしかたで、彼女は不幸な結婚生活をしているので気の毒だと彼に思わせるようにした。被告人は彼女に隷属していたということを否認はしていない。彼女は、自分に大きな引力を及ぼしたという。しかしながら彼は、彼の行為のしかたを人間として理解することができるようにみせるような、同女に対する性的結合を、明示的に拒否している。この逆は、彼に立証されえなかった。しかしながら、当該の事件では、決定的に重要であるのは、被告人の行動への真の動機はどれであったのかということではない。彼の行態は背信的殺人の構成要件を充足している。この形の、法律がその遂行方法によって特徴づけている殺人の場合には、行動への運動根拠は重要性が非常に小さいのである。」

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、同人を賞して「原始的で未分化の人格」であるとした。彼の意味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っており、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。彼にとって絶対的に近い人というのは、彼に

命令を与える、その人なのである。」陪審裁判所は、すべての点において鑑定意見は正当であると確信した。

ライヒ裁判所の判例、とりわけRGSt 74,84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に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、ということを述べている。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。

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（たとえば、Welzel, Strafrecht 4. Aufl S 82; Gallas, in den Materialien zur Strafrechtsreform 1. Band S 121; Maurach, Allg Teil S 527を参照）。この学説は、共同正犯と幫助犯に関与者の内面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。この法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、そうする必要を認めない。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た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、ということは要するに、考察の前景に各々の関与者

の意思方向を置くならば、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ない。すなわち、それは、その者の事實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分担の補完として見せる、そのようなものでなければならない。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、單純な内心の事實ではない。関与者が意欲するものというのは、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ない（Mezger, Leibz Kom §47 Anm 2b; BGHSt 2,150[156]をも参照）。その際、本質的な根拠は、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 JRdsch 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、彼の犯罪行為に対する姿勢は、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、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、に対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、この法の原則に反対する連邦通常裁判所の判決を発見しえなかった。

1950年11月21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のかどうかは、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のであるとしても、「それは、行為者がその意思を他人の意思に完全に従属させ、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 判決の基礎となっている事例においては、被告人Gは、1934年に、SSの下級隊長として、捕えられたユダヤ人4人の移送を指揮したが、これらのユダヤ人は、途中で、命令に応じて後から撃ち殺された。射撃を行なった者は確定されていない。こうした事情について、第1刑事部は、Gが1人上告したが、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4刑事部は、1951年2月13日のある判決(NJW 1951,323)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、1945年4月に2人の囚人を突撃隊長の命令下に射殺した。同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4刑事部は、軍刑法47条によって従順な部下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。同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、それによって同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、同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、道具によるよう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3刑事部判決、1951年7月5日-3 StR 333/51-がこれを認めている。そこでは、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。同人は、職務異動者の命令により、その部下と共に87人の囚人を射殺した。第3刑事部は、これは、同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う。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る。当部はこの事案を上記述べた原則に従って同様に判決したであろう。

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どころでは、同人は行動に対して「正犯者意思」と評価されるべき内面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、同人もまた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ったのである。同人がこれに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に関与し、その独自の利益を追及し、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は「奴にもう2、3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面的能力をわずかしかもっていなかった。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内面的な関係は、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。

>コメント<

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、従来の判例を取り上げて、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隷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いが同人を正犯とするに足りるものであるときは、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ない、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」であるといってよい。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、本判例の議論も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るであろう。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のである。それでも、本判例の態度が、純粹に行爲者の内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」であるということは妨げられないということなのである。

もっとも、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。それは、「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うことである。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、そのことをもって、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。

3. BGH MDR 1960, 939

(自殺者がその自殺行為を終え行為無能力となった時点において、義務に違反した不作為によって意識的にその者の死のための(さらなる)原因を設定する者は、その者にとって他人の死がどうしてもよいことであったときでも、故意の殺人の正犯として責任を負う。)

1960年 7月 5日第5刑事部判決

原審：ヴェルデン陪審裁判所

被告人(女)はその婚約者Oといっしょに生活していた。彼らの間に言い争いが絶えなかったことで、婚約者Oはついに自殺を決意した。新たな口論に際して同人が被告人を殴った後許しを請うた時に、この女は答えて言った。あなたを許すことはできない、自分は今や自分たちの間はもうおしまいだと思う、と。それを聞いてOは被告人に、同人が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のことをたずねた。被告人は筆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2つの動く輪をつくり、これらの輪のうちの1つを、皮紐が他の輪と共に下へぶらさがるように、開き窓の1枚(Fensterflügel)のかんぬきの鍵(Verriegelungshaken)の上に掛けた。この時同女は、Oは自殺の意図をもっているかもしれないという考えをもつようになった。それから、同人が頭をぶらさがっている輪に通して突っ込み、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ァスナーをしめた。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3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。

>理由から<

(BGH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是認する。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。不当にも陪審裁判所は、この無関心さから、被告人が活動しないことによってOの死のための(それ以上の)原因を設定することになるということを了解しはしなかった、と推論することができる。その者が作為せずにいることの原因性[それが死の原因になるという性質]の点に関しては、構成要件該当の結果について、同人に意識された2つの可能性(原因性または非原因性)のうちどちらが適当または生じるか、ということは自分にとって関心がないのであるから、義務に違反して活動しない者は、これら2つの可能性の各々を了解しているというのである。

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 212条の正犯故意(正犯者意思)をもまた排除しない。当部はここで、自分が救助義務があり、その能力があることを知っているのにもかかわらず、自殺を阻止することを怠る者は、どんな場合であっても、同人が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おり、他人の自殺意思に内面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ことを決定する必要はない(それは第1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は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 212条にいう正犯者意思をもっていたことが明らかになる。この際に、自殺に際して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 — 語ることができるかできない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、もっぱら同女のカかることとなった。このような犯罪行為事象(Tatgeschehen)を、同女は全く単独で支配した。

第4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。同人が作為せずにはいたことは同人が他人の自殺意思を尊重(achten)しなければならない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。

>コメント<

この事例も不作為による自殺幫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えることができる。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 BGHSt 8,393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」¹⁰⁾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1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」思考が有力であるために、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1つの理由であろうかと思う。

「どうでもいい」と思っていたことによって行為者の「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か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左であるということである。そして、前に見た「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。

1963年 8月14日第2刑事部判決

原審：デュイスブルク(Duisburg)州裁判所

>理由から抜粋<

被告人と16歳のギーゼラ・D(Gisela D.)とは、深く相互に好意を感じており、二人の間には親密な恋愛関係が発展していた。しかしながら両親たちはこの関係を認めなかった。それどころか、D夫妻はしばらくの間の措置(einstweilige Verfügung)として、被告人に彼らの娘に再び接触することが禁じられたので、その時にギーゼラは自ら生命を絶とうと固く決心した。

同女が1959年 6月 8日の晩に被告人と出会った時に、被告人は同女の年齢不相応に成熟した少女の心を変えようとしたがむだであった。同人はギーゼラを一人では死なせたくなかったので、同女と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。しかし作用が現れなかったので、ギーゼラは他の方法で死ななくてはならないと言った。被告人は排気ガスを車内に送ることを提案した。ギーゼラはそれに同意し、それはよい、自分たちがあまり早く発見されないといいが、と言った(meinen)。被告人はホース(Schlauch)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。ギーゼラは被告人に並んで右の前座席を占めていたが、右のドアに内からカギをかけた。被告人は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。1959年 6月 9日の朝に、被告人とギーゼ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。彼らはくずおれており意識もなかったが、まだ生きていた。しかし被告人だけが救命され、ギーゼラはまもなく死去した。

州裁判事部(Strafkammer)の意見では、同人は「殺害行為を欠き、殺害の故意を欠き、重要な行為支配を欠くので、正犯として処罰すべきでなく、また、自殺は可罰性がないので、他人の殺害の幫助犯として処罰すべきでない。」というのである。…すなわち、ギーゼラは、被告人が自分を殺すことを願って近づいたのではない。むしろ同女は自ら死のうと欲していた。同人の事實的寄与は殺害行為の形をとってはいない。薬の服用は、被告人が — 同人が犯罪行為開始の前に保管していた薬を返還することによって — 促進した、ギーゼラの自殺未遂〔自殺の企行〕とみなされるべきである。排気ガスについての経過は他様には判断されえない。ガスを車の中へ引き込んだことは、薬を手渡したことと同様に、ギーゼラの死に対してほとんど原因力をもたなかった。というのは、薬の関係で、ギーゼラが自殺の決意をもって薬を飲んだことが必要であったとするならば、ガスの関係では、同女が車の中に座り、そこに席を占め、ドアを閉めてガスを吸い込んだということが必要であっただろう。それを別にするると、反駁されていない応訴(unwiderlegte Einlassung)によると、被告人は確かに自分自身を殺したがギーゼラを殺してはいない。被告人はむしろ、同女の自らの殺害をそのまま放置しようとしたのである。同女の死について同人は利害関心をもっていなかった。行為支配についても、同人はこれを有してもいなかったしもとうもしていなかった。ギーゼラはむしろ、同人の事實的寄与 — ガスを自動車の中に導き入れること — の後に、生と死とに関する自由な決定を保持していた。特に、同女はたぶん被告人より後になって意識を失ったものであるからなおさらである。

(中略)

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幫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。ルミナール錠の試みが失敗した後で、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しようもなく理解したのである。この真剣な、

その射程（影響範囲）を完全に意識して述べられた願望のせいで、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、そして一同女の自由に、[他の]影響を受けずになされた決心に基いて一同車の中にとどまり、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古女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 216条の構成要件が、共犯論の原則に従って、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は確立された判例とみられる。次のことには異論がない。自殺とそれへの補助とは罰せられないと説明されている。つまり構成要件該当性が欠けるので犯罪行為は存在せず、一方共犯論によれば構成要件該当性の犯罪行為への関与だけが問題なのである。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、「自然的な „natürlich“」意味における行動にも適用することができるものではないというふうには、処罰に依存してはいないからである。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*)の自己の死への「事実的寄与」が他の者に刑法47条を超えて帰責されてはならない、という1つの特殊性が明らかになる。

BGHSt 13,162,166において連邦通常裁判所の第4刑事部は、刑法 216条によれば、死へ導く事象を支配しようとした、すなわち「正犯者意思」をもって行為した者だけが処罰されうると判決した。この判決に明示的に言及しつつ、刑事部は、被告人は行為支配を有してもいなかったしもうと意欲もしていなかったと考えたのである。それにもかかわらず、第4刑事部の判決は結論において別の考慮に基いているので、ここで決定されるべき限界づけの問題には結び付かない。また一般的な共犯論において

「行為支配への意思」というメルクマールに対して広く認められた疑念(Bedenken)も議論されないままである。

当部の見解によれば、いずれにせよ刑法 216条の構成要件的な限界づけという特例には、自殺への不処罰の補助に対して、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、その被告人とが正犯者意思、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の意識的な結合が、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。

そのことが非常に明確になったのはライヒ裁判所の判決 JW 1921,579 である。すなわち、共にガス中毒によって死のうと決意して、その男がガス栓を開き、少女はドアの隙間を塞いだ。男は救出された。同人の要求に基く殺人による有罪判決は、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、この是認が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、どのような事実結びつきうるのかということとは明らかではない。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)」によって自分のすること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か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、ギーゼラの強い性格、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、意思薄弱に対立させているからである。それにもかかわらず、法律はそのような区別を許してはいない。刑法 216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

程度に適用することをなしとけることは不可能である。生活に疲れた者を射殺する者は刑法 216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、抵抗にそれによって打ち勝とうとも、である。

主観的メルクマールによる区別から目を転じると、ただ1つ問題になるのは、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。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“」というのは、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も未だ、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(参: Schönke/Schröder, StGB 11. Aufl. § 216 Anm 14)。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なのである。[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、その完遂の後にもなってお、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ったとしても、自殺への幫助が存在するだけである。既に言及したライヒ裁判所 JW 1921, 579によって判決された事件における事態がそうであった。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・レヴァーから押しのけることができる立場にあったかもしれない。それでも、同女は糸を断つた。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 216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、もとより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。

第2節 ドイツ刑法新総則公布(1975)以後の「行為支配」判例<

1. BGHSt 28, 346

1979年 3月13日第1刑事部判決

原審：ミュンヘン第1州裁判所

>理由から<*

1. 被告人の(共同的に遂行された)(重い)強盜的恐喝(Erpressen)** 未遂による有罪判決は、以下のような認定に基いている。

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Sch.(同居人)は、ミュンヘンにある銀行の襲撃を、翌日の正午に行なうことを、前日の夜になるまで話し合っ共謀した。彼らは、銀行襲撃を既に長い間考慮してきており、被告人とSch.夫人は、既に2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、被告人と二人の夫人とは、まだ夜のうちに銀行を外から下見した。午前中に3人組はその最後の準備を行なった。12時少し前に、彼らは銀行へ出掛けた。被告人は、子供のサングラスをかけており、歩いて、前に乳母車を押して行った。その中には、同人のやっとな15か月になる息子が寝ていた。B夫人とSch.夫人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(Gaspistol)を携帯していた。犯行計画の子定では、女たちは同時に2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、あるいは、いればお客を脅すことになっていた。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を金で満たすように要求することになっていた。

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。銀行の前で彼は「(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)短い口頭による試み(„ein kurzer verbaler Versuch“)」を企てた。少なくとも彼の女友達に犯行意図(Tatvorhaben)を捨てさせるためである。同女はそれに従

わなかったのであるが、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、こんどは被告人は同女に従わなかった。そうせずには同人は乳母車を押して立ち去っていったのであるが、しかし、「二人の女たちの様子を見るために („nach den beiden Frauen zu sehen“)」もう一度戻って来た。同女等はその間に襲撃を成功のうちに貫徹しており、10,210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6,500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。その中には硬貨がはいっていたが、これはB夫人とSch.夫人とが、紙幣と共に要求したものであった。

2. これまでの認定を基礎にすると、被告人の(共同的に遂行された)重大な強盜的恐喝の未遂による有罪判決は考慮されない。同人は — 未遂にとどまっているのではなく、既遂の — 犯行を共同的に同人の女友達とSch.夫人と共に共同正犯者として遂行したか、または同人は彼女等のために幫助犯として、無効にされていない寄与をなしたか、のいずれかである。

a) 刑法24条 2項に設けられている離脱条件(Rücktrittsvoraussetzungen) *** にはかかわらない。被告人が犯罪行為をもはや意欲せず、同人の女友達に犯行意図を「捨てる」ように「短い口頭の試みを企てた」時には、予備の段階は未だ超えていなかった。被告人が、この時点まで、何らさらに作用し続け、あるいはなお効果をもつようになる事後的寄与をもたらしたのでなかったならば、同人の(まず精神的な、それからまた身体的な)離脱(Sich-Absetzen)は、(未遂または既遂の)犯罪行為への関与による処罰を回避するために十分であったであろう。しかし、被告人は、共同の意欲に基いて、構成要件実現を促進する予備行為、および援助行為(自転車盗と犯行場所の探察)を行ない、これらは強盜的恐喝の共同謀議(Mitverabredung)と犯行計画の共同設計(Mitgestaltung)に存する被告人の心理的事實的寄与と同じく、その意義を失っていない。同人が構成要件に該当する実行行為に加担(teilnehmen)しないことを決心した時に、同人は、その結果、同人が自分に与えられた本質的事實的寄与をもたらさず、それゆえ犯罪実現そのものが(しかし、その他の点で全く犯行計画に対応

していた) 犯罪行為仲間によってのみ担当されなければならなかったとはいえ、既遂の犯罪行為に関与している。

当部の理解によればライヒ裁判所は妥当にもこう決定した****。すなわち、構成要件該当の行為の開始以前に、正犯(または共同正犯)に犯行をやめさせるように努力し、他の関与者は外見上は考えを変える試み(Umstimmungsversuch)に応じたようにみせたが、実は犯行計画に固執していて、「離脱の承諾„Rücktrittswilligen“」という形でなされた事實的寄与から、計画の現実化に際して利益を得るときにさえ、関与者は既遂の犯罪行為の責任を負わなければならない。本件被告人は考えを変える試みを行なったが、外見的に積極的な反響すら見出さなかった。したがって、同人の場合は既遂の犯行について責任を負わなければならないことは疑いが無い。

b) 共同正犯の客觀的前提条件を、その促進的事實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どうかは、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。そのどちらかが当て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實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1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はないのである。

(注) * 本判例は判例集搭載の理由を全部引用している。ただし、他の判例または文献の引用は省略した。

** ドイツ刑法 255条。「人に対する暴力・生命・身体への現在の危険による脅迫」を用いた恐喝は強盗と同様に処罰される。

*** 「数人の者が犯行に加わっているときは、自由意思に基き犯行の完成を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。ただし、犯行が、その者の行動がなくても完成しなかったとき、またはその者の以前の行為への加功とは関係なく遂行されたときは、行為の完成を妨げるための任意かつ真剣な努力があればその不処罰にとって十分である。」

**** RGSt 55,105,106.

>コメント<

この判例は1979年のもので、新しい25条の規定によって、従来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、1956年の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、本判例の議論は、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BGHSt 8,393 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1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半断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、BGHSt 8,393 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、最終的正犯性半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だから、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ってきたのである。そのような考慮に基くと、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、本質的に異なるものであるというべきである。

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の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。

1983年 7月 5日第1刑事部判決

原審：バーデン-バーデン州裁判所

>理由<

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(Führung) 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7年間の自由刑の有罪判決を下した。被告人の申告は認められない。(棄却)

事実審理(Sachrüge)において、当部は、その判決を、異議申立の範囲において再吟味した。それはこの吟味に耐えた。

I. 州裁判所の認定は以下のようなものである。

1973年または1974年に、被告人はあるディスコテークで、1951年に生まれた証人(女) H.T.と知り合った。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4歳年長の被告人に対し、強い友情を発展させたが、その中には性的接触は重要でないままであった。関係の対象は主として2、3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、証人の全ての生活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した。彼女は同人を盲目的に信頼し、信用した。

彼らの夥しい哲学的会話が続くうちに、被告人は、自分がシリウス星の住人であることを知らせた。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。自分は2、3の価値ある人間が(その中には証人も含まれる)その人達の身体の崩壊の後で、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ことに注意を払うという任務を帯びて、地球上に送られて来たのだ。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発展することが必要である、
というのである。

被告人が、証人は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に、同人は、この信頼を利用して同女の費用で儲けようと決心した。同人は、証人に、同人の知人のメンヒ・ウリーコ(Mönch Uliko)が、しばらくの間完全な瞑想の中にあなたを移すことによって、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能力を手に入れることができると言った。その瞑想を経験することによって、彼女の肉体は眠っている間にさまざまなレベルを駆けぬけ、その際ある精神的発展を体験することが可能になる。そのためにはもちろん、メンヒが生活している修道院に3万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。同女は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(Bankkredit)によって調達した。被告人は、その金を自分のために費消した。

証人が翌月にウリーコの骨折りについて尋ねたたびごとに、被告人はうまく引き伸ばした。後になって同人は彼女に、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。しかしそれにもかかわらず、何の成功も収めなかった。なぜなら同女の意識(Bewußtsein)が、精神的なさらなる発展に対して強力な障害となるからである。その理由は証人の肉体にある。この封鎖(Blockade)は、古い肉体の抹殺(Vernichtung)と、新しい肉体の調達(Beschaffung)によっ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たことに気がついた時に、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(roter 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ろう、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。それは、彼女が生命保険を25万マルク以上(事故死の場合50万マルク)契約し、同人を変更できない(unwiderruflich)受取人に指定し、見せかけの事故によって彼女の「現在の生命(jetzige Leben)」から離れることによって調達されうる。[保険金が]支払われた後、同人が彼女に保険金額を手

渡すように思わせた。証人は、保険契約を被告人の提案のとおり締結した。保険による保証は、1979年12月1日から開始した。月々の保険料は587マルク50〔プフェニヒ〕になった。証人は被告人に4000マルクを現金で交付した。なぜなら、彼女は、同人が彼女に言ったように、レマン湖のほとりでの覚醒(Erwachen)の後、同人が彼女にすぐに手渡すであろう金を、「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(Fön)を風呂水の中に落とすことによって、証人は彼女の「現在の生命」を終らせることになっていた。被告人の要請と指図とに従って、証人はこの計画を1980年1月1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。前もって、被告人の提案に従って、2、3のことをした後で、それは、彼女が生命の中央から引き離されたのが図らざることであることを暗示することになっていた。命にかかわるインパルスは、しかしながら発生しなかった。「技術的な理由」から、証人は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あった。バーデン-バーデンに滞在していた被告人は、同人の監督電話(Kontrollanruf)〔被告人はバーデン-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時には驚いた。約3時間にわたって、同人は彼女におよそ10回の電話〔での会話〕において自殺する試みの続行の指示を与えた。それから同人は、それ以上の努力を断念した。同人は彼女には見込みがないと考えたからである。

証人は、被告人の説明に全面的に信頼をおいて行為した。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。それによって「彼女の生命が永久に終わらさせられる(ihr Leben für immer beendet würde)」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。彼女は自殺を拒む。人間には、そういう権利はない、と。

被告人は、同人に盲従している(hörig)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。

II. 上告が申し立てたのは、被告人は間接正犯での謀殺未遂のゆえに不法であると有罪判決を受けたが、自殺未遂への不可罰の関与のみが考慮に入れられうるだけであるということである。

しかしながら有罪評決(Schuldspruch)は、異議を唱えられえない。

1. 「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20条が挙げる心理的狀態を示しておらず、刑法35条にいう緊急避難狀況にもなく、殺人行為の企図への<偽計(Täuschung)>によって心を動かされた場合には、抽象的にはこれに答えられない。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、自分自身生命にかかわる〔関係にある〕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〕その者自身に対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。

2. 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行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しようとも — まず人間としてその俗世間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、ただ修正を経験するだけだという説得が、T夫人にとっては、彼女に被告人が言ったように、彼女がこの惑星の上にとずっと留まり、その生活費の埋め合わせのための金を必要としたことからのみ生じたのではなく、同人が彼女を、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も生じたのである。T夫人が、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、被告人に保険金額を受け取らせるはずであった。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。本来的な犯罪事実表象もまた、これを何時間も与えられた指示によって決定的に制御した被告人は、その結果、未遂の間接的他殺という犯罪を遂行したのである。この法的認定は、T夫人が全く信頼できない示唆に、彼女が何ら心理的故障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。この出来事の驚異なことは、同人を免責しない。

3. T夫人がレマン湖畔の赤い空間での「覚醒」には、彼女の死が先行しなければならないということ、死んだく後に>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）個性の継続にではなく、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合法であるだろう。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）」に関してのみ欺し、あるいは「単なる動機の錯誤（ein blosser Motivirrtum）」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（これについては Roxin aaO m.w.Nachw.; Samson aaO m.w.Nachw.を参照せよ）。「具体的な行為の意味」に関する欺罔に、死は新しい生命の始まりにほかならないという見せかけが内在していたであろう。それに基く錯誤は、死の不発生に関する錯誤の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、被告人に行為支配を、優越的知識の力によって与えたであろう。

（以下略）

>コメント<

「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⁽¹¹⁾は、その事実の非現実的なことから一般の関心を呼ぶものであろう。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1981年の第2刑事部判決⁽¹²⁾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1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っているので、「優越的知識」によって実際の事象の経過に対して背後の者が「行為支配」を有するとしているのである。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い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することができるであろう。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。

3. BGHSt 27, 205

1977年 6月 7日第1刑事部判決

原審：シュヴァインフルト州裁判所

>理由からく

本件の事実、共同被告人が姦淫を遂げるのを可能にするためにただ被害者の脚を固定していただいで、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という問題の考究に手がかりを与えている。

I. 従前の法によれば、被告人の行為を共同正犯的行為とすることに対しては根本的な疑いが存在した。1973年11月23日の第4次刑法改正法 (BGBl I 1725) の施行前に効力のあった刑法 177条 1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的実現に対しては、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のほか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2幕の全犯罪行為 [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、共同正犯であった。それは「強要行為が構成要件該当性の前景に出てきている」のであるから姦淫行為の方に「決定的な不法が存することが認容されていても、である。

この見解を基礎にして、ライヒ裁判所はRGSt 71, 364, 365 において、自然的考察方法によって、自分では性交を遂げようとしなない関与者の活動は通常は幫助としてのみ現れると述べた。連邦通常裁判所の引用した判例は、犯罪行為への関与者が自分の性的満足を求めることに、すなわち犯罪行為への独自の利害関心をもっていったことが、正犯性を基礎づけるような意欲が存することの十分な状況証拠であると考えているが、他のことは何も言っていない。しかし、この事件のより詳しい理由づけのため

には、この事件がそのような標識を欠いていることを示す必要があるのである。

2. 現行法（第4次刑法改正法の条文による刑法 177条 1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。法律は今や、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るとしている。この構成要件枠（Tatbestandsfassung）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。しかしながら、単独正犯とするのに足りることは、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、その事實的寄与が強制に限られることになっており、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（Erfordernis）（独自の犯行への関心（Tatintetesse）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。それらは事實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。

>コメント<

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、「事實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であるかについて「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25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る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ったにもかかわらず、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。

終章 「行為支配論」の展望

第1節 「行為支配論」の基本的構成

1. 最後に結論として、「『行為支配論』の展望」を私見として述べる。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のであるが、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。わたくしはここで、いわば帰納的に構成されてきた「行為支配論」の試案を提示しようというのである。論証手続はむしろこれまでの論述の中にあるということになる。既に第3章として、「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している。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」の妥当性と、具体的な内容の問題に進んでいくこととする。

2. 第1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、統一的な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3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るべきかという、一種の評価的態度決定がなされている。というのはこういうことである。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うべきである⁽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⁾。

それはともかくとして、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という認識を示しておいたわけであった。いまここで、その理由を繰り返しておけば、第1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⁽⁴⁾。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⁽⁵⁾。

第2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、という認識が挙げられる⁽⁶⁾。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によって、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。

3. 以上のような基本的認識に基づいて、具体的に正犯概念を構成するに際して、「主観説」・「客観説」その他の理論の、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⁽⁷⁾。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のである。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、それ自体として刑法的行為論としての妥当性はともかく、多くの論者にかかなりの一致をみていると言ってよいのではないかと思われる⁽⁸⁾。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と考えるのである。すなわち、「支配」という観念は、客観的な自体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『序』においても述べたように、「行為支配論」は「実質客観説」の一形態にほかならない。ということは、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⁽⁹⁾。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ははいないということを挙げることができる。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形の「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だろうが、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とも思われる⁽¹⁰⁾。

4. しかし、主観的要素を正犯概念に取り込むことによって、不可避免的に概念が曖昧化することもやむをえない。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。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。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・判例の首為を参考にして、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あってよいものと思う⁽¹¹⁾。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、ドイツにおいて通說的になっている「行為支配論」は、我が国において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しえたものと思う。

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、はなはだどころもとないが、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2節 上位概念としての「行為支配」=広義の「行為支配」

1. 上の本論における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⁽¹²⁾。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、疑いなく論理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・妥当性に何の問題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う一点に、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、どのように修正していくことができるかということになる。単独正犯において正犯性の本質的契機は何であ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」であるというのが、「行為支配論」の基本的認識であるといってもよいと思う⁽¹³⁾。

以上のような考慮に基いて考えると、上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Tat）というのは、（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、「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⁽¹⁴⁾というだけでなく、「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「支配」が論じられるのである。

これを、たとえば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3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」していたかどうかが別に吟味されるべきであり、事象を全体として考察するべきではない。つまり、「殺人」の事実についても「支配」が認められたときに始めて、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⁽¹⁴⁾。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、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ぬという原則が、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「構成要件关系的」である⁽¹⁵⁾というのである。「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。

2. 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>Tatbeitrag<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、客観見白的寄与が必要であるという点を強調しているのであるが、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られたところでもあるし、さらに判例に表われた「事実的寄与」という概念からも明らかになるとおりである⁽¹⁶⁾。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である客観的寄与をなすことが必要である。一方、共犯的な副次的寄与、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ない（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⁽¹⁷⁾。「事実的」の「事実」が、例によって「Tat」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⁽¹⁸⁾。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」というべきものである。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、マウラッハやゲッ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、これに対応するものとしての地位を占める。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)⁽¹⁹⁾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⁽²⁰⁾としての『行為支配』概念」であり、各々の正犯形態において、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するのである。以上により、

「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3節 表現形式としての「行為支配」＝「行為支配」の具体的規定

1. 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完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⁽²¹⁾、上位の「行為支配」概念を『指導原理』として、具体的場合に依じて異なる内容の「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、各正犯形態の外延を明確に画することをめざすためである。

ところで、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、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」であることになる⁽²¹⁾。

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。

2. 第1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實的寄与による支配」という「行為支配」の基本的規定⁽²²⁾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・客観的な事實的寄与⁽²³⁾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⁽²⁴⁾に基づく場合が、基本的な類型となるであろう。

これらの類型は、ロクシンに従って⁽²⁵⁾「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⁽²⁶⁾、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的である「組織的権力機構による支配」⁽²⁷⁾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⁽²⁸⁾。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、他方を殺せば助けて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 限りにおいて、間接正犯の図式が妥当すると考えられる⁽²⁹⁾。また、いわゆ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、これに従うことが義務づけられない場合には、もちろん「拘束」

力がないが、直接行為者が現実「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「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、実体的根拠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「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、ということができる⁽³⁰⁾。

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、これらが含まれる。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⁽³¹⁾。

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」とであると解する。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関係するものであり、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⁽³²⁾。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⁽³³⁾。

3. 「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るが、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の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うわけではない。身分の有無が正犯性を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」を有するものでなければならない。すなわち、身分犯においては、正犯性の基準は、「行為支配」だけでは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⁽³⁴⁾。

「目的のない幫助的道具」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ということは、「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うべきであるから、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⁽³⁵⁾。

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は、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⁽³⁶⁾。

4. 第2に、共同正犯の場合の「行為支配」の表現形式を考察することになる。共同正犯においては、共働者が、同一方向に向って共働していることにその特費があるということが出来る。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⁽³⁷⁾。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・主観的に共同的な「支配」がなされる場合の「行為支配」を「共同的行為支配(kollektive Tatherrschaft)」⁽³⁸⁾ないしはロクシンに従って⁽³⁹⁾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」という契機に基いて、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⁽⁴⁰⁾。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「共同的行為支配」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、個々にそれぞれその本質的部分についての、現実の支配⁽⁴¹⁾を有していなければならない。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「共同的行為支配」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⁽⁴²⁾。

5. 「事実的支配」という文言で考えられていることは、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、いまだ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うべきなのである。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、強盗の事例を立てる。Aが強盗の主謀者として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盗を実行したとする。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（ロクシン自身が設定している「実行段階における」という条件⁽⁴³⁾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つた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⁽⁴⁴⁾。

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、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、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⁽⁴⁵⁾。見張りと大きくは異なるものであっても、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。

6. 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、その本質的な機能の内容は、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。ということは、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⁽⁴⁶⁾。

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
れていることが上の記述からも。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、客観的な実行行為遂行ではなく、「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

構成要件においては主観的構成要件と客観的構成要件とが考えられ、それぞれに対応した形で、それぞれの「行為支配要素」が考えられるのだということ、および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。これから述べることは、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。それはわたくし自身が未だ十分な研究・思索を進めていないためである。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、わたくし自身にとっても、その問題点を明らかにする意味で、まったく無駄ということもないと思う。

1. 構成要件論と「行為支配論」の構造

・正犯・共犯論は正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ないのである。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うのである。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ない。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⁽⁴⁷⁾。

目的的行為論によれば、正犯性、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(=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ということである⁽⁴⁸⁾。

2. 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」>⁽⁴⁹⁾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然なのではない。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ないのであって、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かが納得できない⁽⁵⁰⁾。直接行為者は道具であるのではなく、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。

3. 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実を支配することというふう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も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⁽⁵¹⁾。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的評価は正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⁽⁵²⁾。「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的事実的故意、すなわち構成要件的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、この考察は粗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⁽⁵³⁾。

4. 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的構成がなされることになる。しかし、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」を考え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」があったとしても、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、ということは新たな原因力を行使せ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。

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はいえるであろう。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。目的的行為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」の範囲内にある作為をしなかっ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ていたのである。必要であればあるいは何らかの事實的寄与を与えることによって事象の経過を変えること妨げ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、まさに現実に実際に事象を、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⁽⁵⁴⁾。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。

〔注〕 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し、本論での記述に従って明らかになることでもある。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」と言っているのは、>Tatherrschaftslehre< の訳語であり、「行為支配」というのは当然、>Tatherrschaft< 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長く迷ったのである。>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のである。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、すで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、繰り返すが、「行為支配（論）」ということばづかいが誤解を招きやすいものであることは事実である。また、「行為」といったときには、対応するドイツ語として、たとえば、>Handlung<、>Handeln<、>Tun< などが考えられるのであり、それらの訳語との関係でいささか錯綜する場面が出てくるのを避けられない。>Tat< については、場合によって異なる訳語を当てることも考えたが、このような基本的な術語はできるだけ一定の訳語に固定するのが望ましい。そこで、とりあえず「犯行」という語をあてるのを原則とした（ただし、前後のつながりなどによっては、「犯罪行為」とした場合もある）が、この方法が最善であると考えているわけではない。また、全ての場合に、この訳語を用いることもできなかったし、またこだわるのが妥当でない場合も多いのである。この点、重ねて注意を喚起しておくとともに、識者の教示を仰ぎたいと願うものである。

なお、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。また、>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を行った。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。

なお、このことに関連して、「行為支配論」の内容については、それが「行為を支配すること」と解されることに起因する誤解がやはり根強いように思われる。つまり「支配」が純粹に主観的な、意思的な「傾性」であるかのように解されるのである（その一端は後述の「補論」においても窺われるであろう）。

- (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のもつ不明確さである。本文でも述べたとおり、「支配」の概念は意思的主観的側面をいわば不可避免的に有する。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に、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) Vgl. Roxin [1984] S. 599, LK [1978]; Schönke-Schröder-Cramer [1982] Rdn. 68ff. vor § 25; Samson, SK [1985] § 25, Rdn. 10ff.. そこにも表われているように、多くの有力な教科書が採用するところともなっている。
- (6) この点については後述の『補論』を参照せよ。なお、ここで「共謀共同正犯」という「 」づきの表記をしているのは、「共謀共同正犯」の概念の中にどのような犯罪遂行形態を含ませるか、あるいは、どのような形でそれらを包摂するかということが、それ自体問題だからである。本文の以下の記述に表われているように、純粋な「実行共同正犯」に限らず、実行を分担しない者をも共同正犯として扱おうとする議論はある。しかし、それがただちに「共謀共同正犯」肯定論であるとは言えないのである。これについても『補論』において述べておいた。
- (7) 団藤 [1979] 372頁を参照せよ。
- (8) 最高裁判所第一小法廷決定昭和58年 7月16日刑集36巻 6号 695頁。これについては他に団藤 [1986] 220頁以下、および 443頁以下も参照せよ。
- (9) たとえば、木村 [1963] 73頁以下を参照せよ。
- (10) このように解することは、既に一般に認められている。Vgl. Roxin [1984] S. 64.
- (11) たとえば、大野 [1964] 298頁以下、大塚 [1958] 109頁以下、[1964] 96頁以下、木村 [1963] 73頁以下などを参照せよ。
- (12) たとえば木村 [1964]。また、これらの諸家が他の論者に与えた影響も大きいということは、マウラッハの「行為支配」の定義が Schönke-Schröder-Cramer [1982] などによってそのままの形で使われていることなどを見ても明らかであろう。
- (13) Roxin, [1963¹], [1984⁴]: Täterschaft und Tatherrschaft.
- (14) 「行為支配論」に関して、既に肯定的展望を明らかにしておいたが、この研究ではドイツにおける議論を主題的に扱い、また我が国に特有の問題点等を合わせて検討することが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。こ

れについては、以下の第3章で一定のテーゼを提出する。

- (15) 『補論』でも述べるように、「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、団藤博士の論にもあるとおり、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、何らかの対応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は「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」に応えることも可能にするのではないかと思われる。詳しくは『結論』を参照せよ。
- (16) ロクシンは、間接正犯における「行為支配」の表現形態を、間接正犯となる場合を詳細に類型化して列挙する形で示した。Vgl. Roxin [1984] S. 142ff.
- (17) 注10に掲げた文献等を参照せよ。最近では、大塚[1982]91頁以下がロクシンを取り上げた上で、否定的見解を述べている。わたくしが、この研究を通じて、ドイツで説かれている「行為支配論」のどれかをそのまま支持することはできず、それを批判的に摂取して再構成することによって、妥当な「行為支配論」を定立することが可能になると考えて論を展開していることは既に述べた。「行為支配論」がドイツの専売特許である必要はないのであるから、既に存在している「行為支配論」に欠陥があることをもって、ただちにこれを否定することはできないであろう。

現に、ロクシンの「行為支配論」に否定的な大塚説の特徴である「優越支配共同正犯」という類型（大塚[1986] 265頁。ちなみに、これは「共謀共同正犯」とは別の類型である旨が明言されている）は、私見によれば、まさに「行為支配論」の帰結であると思われるのである。ただ、「行為支配論」による場合には、これを特殊の類型とせず、統一的な正犯概念の中で取り扱うことになるのである。これについても後述の『補論』および『結論』を参照せよ。

[注] (第1章)

- (1) Vgl. Roxin[1984] S. 60ff.
- (2) LK, 5. Aufl.; Vgl. auch Roxin[1994] 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て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こととどめているわけである。なお、学説史的記述についてはRoxin [1984] S. 65ff, および不十分なものはあるがロクシンによりつつ問題点を整理したわたくしの修士論文「『行為支配論』の展開と現状」を挙げさせていただく。
- (4) これは既に共通の了解であるので、特に指摘するまでもない。Vgl. Roxin[1984] S. 51-59, 558-598. 本論文の第2部をも参照せよ。
- (5) 「行為支配論」が形式客観説を土台にしているかどうかは問題のあるところであり、このように言い切ってしまうのは乱暴である。ここでは、わたくしが基本的な思考として採用する「行為支配論」の形態を念頭に置いている。しばらくの間論証なしに「行為支配論」をこのように特徴づけておくと、この論文の全体、なかんずく第1部の論述を通じてこのことが明らかにされていくであろう。なお、Vgl. Roxin [1984] S. 119ff.
- (6) 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いるのは、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。これらについてもごく表面的には第2部の判例の概観に際して触れることがあろう。Vgl. Roxin[1984] S. 55f., 558-598.

- (7) RGSt 74,84. 第2部第4章をも参照せよ.
- (8) BGHSt 18,87.(Staschynskij-Fall) 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[1969] (『ドイツ判例百選』) 64判例,178-180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2部第4章をも参照せよ.さらにRoxin[1984]S.564-568をも見られたい.
- (9) Roxin[1978](LK)Rdn.19; ders.[1963b]S.193; Samson[1985](SK)Rdn.16; Schönke-Schröder-Cramer,Rdn.57,usw.
- (10) RGSt 74,84(85). 一般的には第2部第4章を参照せよ.また,これについてもRoxin[1984]S.51以下を参照せよ.
- (11) この区別も一般に理論の分類として引用されるものであるから,特に参照文献を挙げないが,念のために原語を示しておくとして「利益説」というのは>Interessentheorie<の訳語である.理論の詳細についてはRoxin[1984]S.55fなどに詳しい.
- (12) 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って,それなりに有効なものであることは指摘するまでもない.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と考えあわせて,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,第2部の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ろう. Vgl.Roxin[1984]S.56.
- (13) 「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(第1部を参照せよ).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.ただ,『結論』において若干の言及がなされ

るだけである。

- (14) 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.
- (15) これに関してはたとえば, Roxin[1984]S. 546ff.; ders. [1978]Rdn. 22; Samson[1985], Rdn. 17; Schönke-Schröder-Cramer, Rdn. 57.その他 Rudolphi [1979]S. 369; Cramer[1979]S. 391をも挙げておく。
- (16) たとえば注(15)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2部第5, 第6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。)
- (17) このような「実質客観説」の位置付けについては、既に『序』において簡単に示したが、これは因果関係において原因と条件とを区別することを前提とする理論とは異なることを重ねて注意しておく。
- (18) >Tatherrschaftslehre< を「行為支配論」と訳すことについては、『序』の注で少し詳しくその問題点を指摘しておいたが、「行為」の「支配」が「事実」の「支配」という意味を含むものであり、むしろ「事実支配」こそが「行為支配」の本質的特性であることは、以下の記述でも強調したところである。なお、「行為支配論」が「実質客観説」であることは、「行為支配論」論者が自ら命名しているところでもある(以下の記述をみよ)。
- (19) 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]57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。
- (20) 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にとどまるものではない。

- (21) 本節の記述は、原則としてヴェルツェルの教科書(Welzel[1969])に基く祖述である。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。
- (22) もっとも、「行為支配論」が目的的行为論に基礎を置き、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为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、ゲ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「目的的行为支配論」という記述で「行為支配論」が一般に取り扱われている。なお、福田[1985] 230頁も参照せよ。
- (23) 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。
- (24) Vgl.Welzel[1969]S.100.
- (25) Vgl.Welzel[1969]S.101.この言い方は、ゲッセルによって明確に用いられている。
- (26) Vgl.Welzel[1969]S.99.
- (27) Vgl.Welzel[1969]S.99f.
- (28) ヴェルツェルの「行為支配論」を本来の「目的的行为支配論」であるとする事との関連で、「支配」の内容を目的制力=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出来る。なお、Welzel[1969]S.100ff.を参照せよ。

- (29) Vgl. Roxin [1984] S. 68f. また注(23)をも参照せよ。
- (30) 「行為支配」を主観的な意思としてのみ捉えると、「行為」(Tat)を自ら行なう「行為」(Handlung)のこととして捉える誤解とあいまって、「主観説」と同様の議論であることになってしまう。しかし「行為支配論」が「形式客観説」に対しても対抗関係にあったことを考えあわせれば、「行為支配論」の当初の形が主観的傾向を強く帯びていたことも納得がいくであろう。「行為支配論」の本旨はそこにあったのではないということは改めて指摘しておかなければならない。
- (31) Welzel [1969] S. 102-104.
- (32) もちろん、「道具理論」などで一般的な規定をしているのではあるが、どのような場合が直接行為者を「道具」とするものであるかについては、具体的な類型について検討する必要があるのである。
- (33) Vgl. Welzel [1969] S. 102.
- (34) Welzel [1969] S. 102.
- (35) 旧総則の52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35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。
- (36) マウラッハ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.)
- (37) Welzel [1969] S. 104.
- (38) Welzel [1969] S. 104. (なお、原文が隔字体 (g e s p e r r t) である場合、ここでは便宜上、**倍中文字**を用いてある。
- (39) Welzel [1969] S. 104f.
- (40) Welzel [1969] S. 105.
- (41) 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2章を参照せよ。

- (42) Welzel[1969]S.107.
- (43) Welzel[1969]S.107.
- (44) Welzel[1969]S.107.
- (45) Welzel[1969]S.110.
- (46) Welzel[1969]S.110.
- (47) Welzel[1969]S.110.
- (48) Welzel[1969]S.110.
- (49) 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よろうとも、単独正犯の場合であれば正犯とする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。
- (50) 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撰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 119頁以下などを見よ。
- (51) 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。
- (52) 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ことを判断し、評価する作業を行なっているつもりである。

- (53) 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ている。
- (54) Vgl. Roxin[1984]S. 69-71. 最近の我が国の教科書である大塚[1986] 242-243 頁でも、批判的であるが、マウラッハの「行為支配論」を客観的と評価している。また木村[1963]73頁を参照せよ。
- (55) このもってまわった言い方で表現したいことというのは、「行為」という語と「ターゲット」という語とは、その概念が完全に一致するものではなく、「行為支配論」が「ターゲット」の支配ということを問題にするときには「行為」の支配を考えているだけではないのだという、繰り返し指摘している事情を、マウラッハ説を概観することによってより明確に示すことができるであろうということである。
- (56) 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」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のである。この問題については第2章第3節を参照せよ。
- (57) Maurach[1971]S. 627. Vgl. auch Schönke-Schröder-Cramer, Rn69 vor § 25; Samson(SK), § 25 Rn10, usw.
- (58) Maurach[1971]S. 627.
- (59) マウラッハの「行為支配論」が客観的であるという評価も、こうした性格に基いている。木村[1963]73頁以下を参照せよ。
- (60) 「ターゲット」の支配ということは、「事実的故意に包括された、構成要件該当事実」の支配ということの意味している。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う、一種の行為者の「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、客観的状況に対応した認識・認容をも前提としている。この意味で、「行為支配」概念は客観的に純化されているが、「行為支配論」としては、主観的要素と客観的要素との総合にその基礎を置くことになっている。

- (61) Maurach[1971]S. 629f.
- (62) Maurach[1971]S. 630.
- (63) Maurach[1971]S. 630f. (翻訳引用にあたって、マウラッハによる他文献の指示などを省略している。以下原則として同様である。)
- (64) Maurach[1971]S. 631.
- (65) 正犯理論としての「行為支配論」という場合に、わたくしは、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」を立てることになるのに対して、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いる。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ということである。
- (66) Heglerの「優越理論」については大塚[1958]170-172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うわけではない。
- (67) Vgl. Maurach[1971]S. 633. こ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、ここでの主題ではないので触れない。Vgl. Maurach[1971]S. 679ff.
- (68) Vgl. Maurach[1971]S. 635.
- (69) Maurach[1971]S. 636f.
- (70) Maurach[1971]S. 637f. なお、客観的構成要件と主観的構成要件という考え方は、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、目的的行為論を基礎にする構成要件論においては前者が

一般的であるとともに、「行為支配論」にとっても「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。マウラッハが客観的構成要件に対応するものとして「行為支配」概念を構成していると捉えることによって、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っ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。「行為支配」が主観的な意思にとどまるものではないことが一目瞭然であろう。

- (71) Maurach[1971]S. 638f.
- (72) Maurach[1971]S. 640.
- (73) Maurach[1971]S. 640ff.
- (74) Maurach[1971]S. 642f.
- (75) Maurach[1971]S. 642.
- (76) Maurach[1971]S. 646.
- (77) Maurach[1971]S. 646.
- (78) 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もなおさず正犯なの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・間接正犯がほ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。
- (79) Maurach[1971]S. 647.
- (80) Maurach[1971]S. 647.
- (81) Maurach[1971]S. 647.
- (82) Maurach[1971]S. 648.
- (83) Maurach[1971]S. 648.
- (84) Maurach[1971]S. 649.
- (85) Maurach[1971]S. 649.
- (86) Maurach[1971]S. 657.

- (87) 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くこれを基礎にすべきであると考えた所以である。
- (88) Maurach[1971]S.658.
- (89) Maurach[1971]S.659.
- (90) Maurach[1971]S.659.
- (91) Maurach[1971]S.659.
- (92) Maurach-Gössel-Zipf[1978⁵],[1984⁶]. 第2章第2節を参照せよ。
- (93) 「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態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う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粋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。
- (94) 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] 230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 を見よ。
- (95) Gallas[1968]S.80.
- (96) Gallas[1968]S.85.
- (97) Gallas[1968]S.85f.
- (98) Gallas[1968]S.86.
- (99) Gallas[1968]S.86.
- (100) Gallas[1968]S.87.
- (101) Gallas[1968]S.87.
- (102) Gallas[1968]S.89f.
- (103) Gallas[1968]S.90.

- (104) 『序』を参照せよ。ヴェルツェル・マウラッハ・ガラス等を「行為支配論」者の代表としたのは、既に断わっておいたように、これらの学説に「行為支配論」の傾向としての典型が表われているとみることができ、一方、それらの多様性がロクシンの研究成果を共通の土台とすることによって収斂の過程をたどったという学説史的展望に基いているのであった。
- (105) Gallas[1968]S.92.
- (106) Gallas[1968]S.93.
- (107) Gallas[1968]S.97.
- (108) Gallas[1968]S.97.
- (109) 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」の重畳性・複合性ということは、「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。すなわち、上下の重畳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。
- (110) 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一の「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」の重畳に関しての上下関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。
- (111) Gallas[1968]S.98.
- (112) Gallas[1968]S.98.
- (113) Gallas[1968]S.99.
- (114) Gallas[1968]S.101.
- (115) Gallas[1968]S.101f.
- (116) Gallas[1968]S.102.
- (117) 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・目的的存在によってはじめて身分犯・目的犯の構成要件を実現することが可

能になり、したがっ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っている構成要件に関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。これはガラスの価値関係的概念構成を反映するものともいえる一方、実際には形式的判断を可能にしているともいえる。

- (118) Gallas[1968]S.102.
- (119) Gallas[1968]S.102f.
- (120) Gallas[1968]S.103.
- (121) Vgl.Maurach[1971]S.627. 第3節の記述をも参照せよ。
- (122) Gallas[1968]S.103.
- (123) 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。
- (124) 『序』において、形式客観説・実質客観説にいう「実行行為」がまさに構成要件に記述されている外形的行為を自ら行なうという意味に限定することを注意しておいた。たとえば、目的的行為論に基いて行為の概念を再構成した場合の「実行行為」は、ここでいう「事實的寄与」として捉えられるべきである。ガラスの議論においては「実行行為」と「事實的寄与」とはとりあえず区別されている。
- (125) このような実質的定義によれば「事實的寄与」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] 148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「事實的寄与」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いとしても)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ないであろう。「行為支配論」によれば、それは「行為支配」である。
- (126) ここでは詳しく引用しなかったが、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。

- (127) Gallas[1968]S.139.
- (128) Gallas[1968]S.139.
- (129) Gallas[1968]S.141.
- (130) Gallas[1968]S.141f.
- (131) Vgl. Jescheck[1978]S.176ff, 531f.
- (132) 目的的行为論は社会的に意味のある行為の構造を目的性に求めたといえることができる。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为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2章)

- (1) 第1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、こうした記述主義の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、不明確になるということを指摘した。第1章注(93),(126)等をも参照せよ。
- (9) Roxin[1978] § 25 Rdn.28.
- (10) Roxin[1984]S.107-126,527-539.
- (11) Roxin[1978] § 25 Rdn.28.
- (12) たとえば Stratenwerth[1976]Rdn.796ff; Maurach-Gössel-Zipf [1984]S.210f.
- (13) Roxin[1978] § 25 Rdn.29.
- (14) Roxin[1978] § 25 Rdn.31.
- (15) 大塚[1986] 242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本章注(8)にも述べたが、具体的に妥当な結論を導くためには最終的判断を評価的な実質的判断に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」の採用が前提となっているので正面からこの形の批判はない。

- (16) Roxin[1978] § 25 Rdn.38.
- (17) Roxin[1978] § 25 Rdn.40.なおロクシンによる詳述は Roxin[1984] S.127ff を参照せよ。この概念は Herzberg, § 3III3; Samson(SK), § 25,Rdn.11; Stratenwerth[1976]Rdn.771; Wessels,§ 13III3 等で、新総則公布後も早くから採用されている。
- (18) 『序』注(3) を参照せよ。
- (19) Roxin[1978] § 25 Rdn.43.
- (20) Roxin[1978] § 25 Rdn.43.「単独正犯」と「直接正犯」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。
- (21) 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=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とし、ここでは概略の展望に甘んじなければならない。
- (22) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.45,auch 28ff.
- (23) 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。
- (24) 後述。ドイツ刑法において構成要件上必要とされる窃盗罪の「領得意図」に関連して、この意図を欠く者を利用する形の間接正犯が実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い。
- (25) Roxin[1978] § 25 Rdn.46. この関連でいわゆる『裕槽事件』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る。第2部第3章参照。

- (26) Roxin[1978] § 25 Rdn.48. この術語については誤解が生じがちであるが、ヴェッセルス、ヘルツベルク等によって採用されている。「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する 것도 可能である。
- (27) Roxin[1978] § 25 Rdn.48.
- (28) Roxin[1984]S.122ff.
- (29) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.91ff; ders.[1984]S.352-399.
- (30) 念のためドイツ刑法典第35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難の中にあつて、自己、親族またはその他自己と密接な関係にある者をその危難から回避させるために違法行為を行なつた者は、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、その者にその危難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つたときは、その刑は第49条第1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1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49条第1項によりこれを軽減する。」

- (31) Roxin[1978] § 25 Rdn.49.
- (32) Roxin[1978] § 25 Rdn.50.
- (33) Roxin[1978] § 25 Rdn.52.
- (34) Roxin[1978] § 25 Rdn.52. 注(30)のドイツ刑法典35条の規定を比較参照せよ。
- (35) Roxin[1978] § 25 Rdn.55.

- (36) Roxin[1978] § 25 Rdn.56.
- (37) Roxin[1978] § 25 Rdn.57ff; ders.[1984]S.170ff.; Vgl.Herzberg § 3III3a.
- (38) Roxin[1978] § 25 Rdn.59.
- (39) Roxin[1978] § 25 Rdn.68; ders.[1984]S.193-205. ロク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区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ない。「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になる。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のである。
- (40) Roxin[1978] § 25 Rdn.72;ders.[1984]S.208-211.
- (41) Roxin[1978] § 25 Rdn.73.
- (42) Roxin[1978] § 25 Rdn.73.
- (43) Roxin[1978] § 25 Rdn.74.
- (44) Roxin[1978] § 25 Rdn.75.この事例は Herzberg § 3 III3cによる旨が注意されている。
- (45) Roxin[1978] § 25 Rdn.77. (BGHSt.1 368).
- (46) Roxin[1978] § 25 Rdn.81.
- (47) Roxin[1978] § 25 Rdn.83
- (48) Z.B.Welzel[1969]S.103; Jescheck[1978]S.544.
- (49) Roxin[1978] § 25 Rdn.85.
- (50) ドイツ刑法典第20条、第21条の規定の翻訳を掲げておく。

「第20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21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20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49条第1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。

- (51) Roxin[1978] § 25 Rdn.88. 前注の条文を参照せよ。
- (52) 少年法(JGG) 第3条 「少年は、行為の時に、道徳の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。」
- (53) Roxin[1978] § 25 Rdn.88; ders.[1984]S.242-252; ders.[1963b] (GA 1963 193). 「スタシンスキー事件」判決について香川[1969]が概観を与えている。Herzberg § 3III8b をも参照せよ。
- (54) Roxin[1978] § 25 Rdn.91; ders.[1984]S.352-399.
- (55) ドイツ刑法典第242条の翻訳を掲げておく。
「第242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、5年以下の自由刑または罰金に処する。」
- (56) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.94. (RGSt 39,37).
- (57) 注(55)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」を認めるためにはそれで足りるという意味である。
- (58) Roxin[1978] § 25 Rdn.95.
- (59) 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』(-)-(三), 関西大学法学論集15巻 2号 172頁以下, 15巻 3号 273頁以下, 17巻 5号 520頁以下の要領のよい紹介を参照されたい。
- (60) >begehen< と >ausführen< 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、ごく図式的にいて、前者には後者より柔軟性が感じられる。
- (61) Roxin[1978] § 25 Rdn.107. わたくしはこの認識に賛成する。

- (62) 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もJescheck,S.512,516; Samson (SK) § 25,Rdn.43; Stratenwerth,Rdn.825; Wessels,S.96; Schönke-Schröder-Cramer,vor §§ 25ff,Rdn.83 などが挙げられる。
- (63) 「機能」的という言葉は日本語でもいろいろな使われかたをされると思われるが、「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。
- (64) 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」機能ということば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う点を強調しておきたいのである。
- (65) Roxin[1978] § 25 Rdn.108.

- (66) Vgl. Roxin[1978] § 25 Rdn.110.
- (67) Roxin[1978] § 25 Rdn.110.
- (68) 第1章第4節, なかんずくそのDを参照せよ.
- (69) 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=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, ドグマティッ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.
- (70) 私見については, 第2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」を構成するということである.
- (71) Roxin[1978] § 25 Rdn.111.
- (72) Vgl. Roxin[1978] § 25 Rdn.113.
- (73) Roxin[1978] § 25 Rdn.115.
- (74) もちろん部分的犯罪共同説というもののありかた自体については論議があるが, それは本稿の主題ではない. ロクシンが述べているこのような議論が部分的犯罪共同説と<同様の>考え方であることを注意しているにすぎない.
- (75) 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.
- (76) Roxin[1978] § 25 Rdn.119.
- (77) Roxin[1978] § 25 Rdn.119.
- (78) Vgl. Roxin[1978] § 25 Rdn.121ff.

- (79) Roxin[1978] § 25 Rdn.127.
- (80) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.129.
- (81) Roxin[1978] § 25 Rdn.131.
- (82) ロクシンの「行為支配論」との直接の対決の上に構築された「行為支配論」のいくつかについては、第2節2に若干の言及がある。
- (83) 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。
- (84) 福田[1983] 231頁を参照せよ。
- (85) 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い。「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。
- (86) Vgl.Maurach-Gössel-Zipf[1984]S.211.
- (87) 第2章第1節2，Dを参照せよ。
- (88) Vgl.Stratenwerth[1976]Rdn.749.
- (89) Stratenwerth[1976]Rdn.750.
- (90) Stratenwerth[1976]Rdn.751.
- (91) たとえば団藤[1979]347,348頁などを参照せよ。
- (92) Stratenwerth[1976]Rdn.753.
- (93) Stratenwerth[1976]Rdn.754.
- (94) Stratenwerth[1976]Rdn.755.
- (95) Stratenwerth[1976]Rdn.758.
- (96) 第1章第2節Aを参照せよ。
- (97) Vgl.Stratenwerth[1976]Rdn.759.
- (98) Stratenwerth[1976]Rdn.809.
- (99) Stratenwerth[1976]Rdn.810.
- (100) Stratenwerth[1976]Rdn.811.
- (101) 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。
- (102) 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）』14頁以下が与えてくれる。

- (103) そしてこれが「行為支配論」の基本的思考方法であることも既に繰り返し指摘してきたところである。
- (104) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf [1978]; Maurach-Gössel-Zipf [1985].
- (105) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (106) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (107) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 209.
- (108) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 210.
- (109) これについては『終章』に付した「補説」1において若干の整理を試みておいた。
- (110) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 210-211.
- (111) Maurach-Gössel-Zipf [1985] S. 211.
- (112) ロク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。
- (113) Rudolphi [1979].
- (114) Vgl. Rudolphi [1979] S. 369.
- (115) Rudolphi [1979] S. 370.
- (116) Rudolphi [1979] S. 372-375.
- (117) Rudolphi [1979] S. 375-379.
- (118) Rudolphi [1979] S. 379-381.
- (119) Rudolphi [1979] S. 381-383.
- (120) Rudolphi [1979] S. 387.
- (121) 第2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。
- (122) 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えないというのでは「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。

- (123) もちろん何度か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を入れないのであるから、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。
- (124) いわば、単独正犯の正犯性の分析から出発して「行為支配」に至るという考え方の道筋である。
- (125) 第2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、これはここにいう「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ほ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。
- (126) マウラッハの意味の「客観的行為支配」を考えている。
- (127) 『指導原理』と、わたくしのいう3分法、間接正犯に関する『開かれた概念』としての「行為支配」などである。
- (128) 第2章第1節2，Cを参照せよ。
- (129) 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。
- (130) 本文でも触れたように、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。
- (131) 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2部 (第3章) (第4章) (第5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) RGSt 74, 84. 第2節, 1.
- (4) 第4章第2節を参照せよ。
- (5) 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, JZ 1954, 430.
- (6) 第4章第2節を参照せよ。
- (7) 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2章第1節2, Cを参照せよ。
- (8) 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1章注(8)に掲げた文献を参照せよ。
- (9) この問題について若干の指摘が『終章』に付した「補説」4にある。
- (10) 注(9)をみよ。
- (11) 判例評釈もかなり出ている。1つ挙げれば, Schmidhäuser, Eberhard, JZ 1984, 194-196.
- (12) BGH bei Holtz MDR 1981, 631f.

(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結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) さしあたり『序』を参照せよ。
- (5) 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、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に思われる。これについても『序』で若干述べた。
- (6) 共同正犯については『補論』を参照せよ。
- (7) 特にロクシンについての第2章第1節を参照せよ。
- (8) 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)』(1986)有斐閣 14頁以下を参照せよ。
- (9) 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。
- (10) 『補論』において若干の展望を示しておいた。
- (11) 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は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。
- (12) 第1章で扱った3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。

- (13) 「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」とそうでない「行為支配」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いと思う。
- (14) Vgl. Rudolphi [1979].
- (15) Rudolphi [1979].
- (16) たとえば、第5章第2節1を参照せよ。
- (17) 「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(14)の文献を参照せよ。
- (18) 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. Maurach-Gössel-Zipf [1984]S.
- (19) Vgl. Maurach [1971]S.
- (20) 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。
- (21) ロクシンの用語では「行為の支配」> Handlungsherrschaft < .
- (22) これが「上位概念としての『行為支配』の定義」である。
- (23) 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。
- (24) ロクシンの間接正犯論に基本的に従っている。
- (25) Roxin [1978] § 25 Rdn. 48.
- (26) 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、ロクシンに關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。

- (27) Roxin[1978] § 25 Rdn.88.
- (28) ここでも、「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。
- (29) Vgl.Samson(SK)Rdn.36.
- (30) 「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ない。
- (31) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.65.
- (32) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.59ff.
- (33) 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いうほかはないであろう。
- (34) Vgl.Maurach-Gössel-Zipf[1984]S.211.
- (35) 必要条件が欠けるので間接正犯ではない。
- (36) これについてはさらに思索を深める必要がある。
- (37) 共同正犯の本来的に有する性格としてたびたび言及した。
- (38) Vgl.Maurach-Gössel-Zipf[1984]S.252ff.
- (39) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.108.
- (40) ロクシンがいうように、共同正犯は直接正犯である。
- (41) 「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。
- (42) 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」に基くことによって明快に基礎づけられる。
- (43) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.108ff.
- (44) Vgl.Roxin[1978] § 25 Rdn.125ff.
- (45) 「共謀共同正犯」の一部がこうして共同正犯の範囲に入る。
- (46) 注(18)を参照せよ。

- (47) 『終章』の中でも注意しておいたように、あくまでも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。
- (48) 第2章第2節2(2)でゲッセルの理論を扱った部分を参照せよ。
- (49) 第2章第2節1(2)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。
- (50) 中[1964]を参照せよ。
- (51) 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-Zopf[1985]S.213f.
- (52) 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1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。
- (53) ここに述べられた考え方をまとめるに際しては、1986年11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。
- (54) 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。

補論 共謀共同正犯と行為支配論

— 団藤説を中心に —

はじめに

団藤重光博士は、最高裁判所の決定¹に付された意見（以下、単に「意見」という）において、これまでの共謀共同正犯否定論を改めて、肯定論の立場を採ることを明らかにされた。否定論の指導的論者であった団藤博士のこともあり、共謀共同正犯肯定論は学界の通説としてますます力を得たように見える²。しかし、単純にそう考えることには疑問が残る。また、団藤説の基礎となっている、あるいは少なくとも団藤説の形成に大きな契機を与えたと目されている、いわゆる「行為支配論」についても、上の決定に関する評釈などで疑問が提出されている。こうした事情に鑑み、「行為支配論」が正犯論で果たすであろう役割に一定の肯定的展望をもって検討をするにあたって、共謀共同正犯と「行為支配論」とをめぐる若干の問題について検討を加えておくことにする。

1. 共謀共同正犯について

(1) 背景

周知の通り、判例理論として展開されてきた共謀共同正犯は、すでに確固として確立されている。これに対して学説は、当初から否定的見解が有力であり、いわゆる「実行共同正犯」が共同正犯論の大勢を占めてきたといえることができる。しかし、有名な練馬事件大法廷判決³において、改めて共謀共同正犯の理論的根拠づけがなされ、従来とかく批判の対象となっていた成立範囲の拡大傾向に歯止めをかけたとされるに及んで、学説の側でも、共同意思主体説と並んで、たとえば相互間接正犯類似的の説明などに基く肯定説が有力に主張されるようになった⁴。こうした背景をもつての団藤説の変転という事情から、上で触れたような、肯定説の通説化という学説状況の

認識も生まれてくるわけである。

ところで、このような肯定論の多数化を評価するに際して前もって明らかにしておかなければならないのは、共謀共同正犯肯定論とはどのような説を称しているのか、ということである。とにかく、実行行為（の一部）を分担しない者をも何らかの形で共同正犯とする、このような見解はすべて肯定説であるとするならば、確かに共謀共同正犯肯定説は多数説であるかもしれない。判例と学説との隔たりは、以前に比べて小さくなったとはいえるであろう。しかし、両者の間に重大な見解の対立はない⁵とするのは早計に過ぎる。上に述べた意味の肯定説の中には、どこまでを共同正犯に包摂するかという範囲にも差があるし、何よりも思考の基本的方向を異にするような見解がひとまとめにされているからである。

たとえば、共同意思主体説を基礎にした肯定説は、共謀によって共同意思主体が形成されることを前提にするのであるから、共謀共同正犯を肯定することの方が原則となっているといえることができる。もちろん、この説に立つ論者が共同正犯の成立範囲を限定的に考えることもあろうが、共同意思主体というものを考える以上、思考の方向としては、共謀の事実だけで共同正犯の成立を認めることが基本になるはずである。一方、たとえば大塚説⁶をとってみると、ここで承認されているのは「優越支配共同正犯」といわれているものであって、共謀共同正犯はこれを承認しないことの方が原則であり、ただ例外的に実行共同正犯でない類型をも共同正犯として考えようとするものといえる。いわば、これらの見解はその思考の向きにおいて反対であるといふべきなのである。しかも、上の意味で肯定説としてくくられている学説のうちには前者のような（本来の）肯定説は多くはないであろう。

このことを別の面から考えると、学説のうち上述の後者の方向を採るものは、いわば、従来の「実行共同正犯」の範囲を実質的に拡大し、共謀共同正犯だけに包摂されるような類型の一部を実行共同正犯の中に取り込むことによって、上にいう意味の肯定説となっているのである。この意味では、学説の多くは「実質的実行共同正犯」を説いているのであって、実行共同正犯だけを共同正犯とする姿勢を基本的に維持しているといふべきであろう⁷。このような思考方向は、決して共謀共同正犯を肯定することを原則としたものではない。要するに、上述の意味で同じく「肯定説」といわれ

るものであっても、なるほど共謀共同正犯の一部（または全部）を肯定し、妥当な限界を画定するという結論においては一致するかもしれないが、共謀共同正犯を基本的に肯定した上で限定的な解釈を行なうものと、実行共同正犯を基本的な考え方とした上で実質的な拡張を承認するものがあるのだ、ということである。そしてここには本質にかかわる方法論的な相違があるというべきである。なぜなら、この相違はただ単に理論的次元での問題にとどまらず、実際的な判断にも影響を与えられるからである⁹。

（２）行為支配論との関係

団藤説の基礎をなすと目される「行為支配論」は、これまでも特に目的的行為論に附随して、「目的的行為支配説」として、正犯を〔狭義の〕共犯から画する理論＝正犯理論の一角を形成していた⁹。しかし、今日のドイツ刑法学界で論じられている「行為支配論」は、目的的行為論と必然的に結び付くものではない。もちろん、現代的意義における「行為支配論」は、目的的行為論と不可分のものとしてまずハンス・ヴェルツェルによって創始され、その後も目的的行為論の思考とよくなじむものとして目的的行為論者が中心となって展開されてきた。けれども、今やこの理論は「目的的一」ではなく、端的に「タートの支配」として捉えられているのである。

さて、「行為支配論」をこのように理解すれば、この理論が正犯理論としてもつ性格もおのずと明らかになるであろう。すなわち、後にもう少し詳しく検討するように、上にのべた思考の方向でいえば、「実行共同正犯」概念の実質化の方向を目指すものだということである。あくまで関与者各々について、直接に事実としての支配を論じる理論なのである。したがって、共謀共同正犯を肯定するための理論としてこれと直接に結び付けることはすべきでないのである。

2. 団藤説について

（１）前提

団藤博士が理論上共謀共同正犯肯定論への転向を示唆されたのは、1979年刊行の著

書『刑法綱要総論（改訂版）』（372頁）においてであった。今回の「意見」は、その思考を実際の事件に具体的に適用することで、その旨を明確に示すとともに若干の理論的補強をされたものであるということが出来る。したがって、団藤説を検討するに際しては、『綱要』における記述（その一部は「意見」の中にも引用されている）と「意見」とを照らしあわせて総合的に考察するのが妥当であろう。しかし「意見」は何よりも決定に付された補足であって、いわゆる事実判例としての意義からすれば異例の長文といえるものであっても、もとより十分な洞察を与えるものではない。そこで、以下に述べるところも、団藤説に詳細に立ち入って、その理論的構造を批判するなどというものではない。むしろ、ここでの本来の主題である「行為支配論」との関係において、本決定の対象となった事実について、団藤説の結論と「行為支配論」とを考察することに焦点を置いている。つまり、団藤説が提起した問題を契機として、共謀共同正犯と「行為支配論」との関係を論じようとするものである。

（２）「社会的要因」について

まず、団藤説について問題となる点をいくつか取り出して整理することから始めることとして、少し長い「意見」から引用しておく。

「わたくしは、もともと共謀共同正犯の判例に対して強い否定的態度をとっていた。しかし、社会事象の実体に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも少なくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的に言って、法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり、共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。もちろん、罪刑法定主義の支配する刑法の領域においては、軽々に条文の解釈をゆるめることは許されるべくもないが、共同正犯についての刑法60条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が充分にあるようにおもわれる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行きすぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれのとる

べき途ではないかと考える。」

この部分では、次の2点が重要である。

第一は、「社会的事象」あるいは「法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子」といわれているものが、具体的には何を指すものであるか、ということである。これについては、団藤博士自身が、かつてから「実行者の背後関係にしばしばいわゆる大物がいることは社会的事実であって、判例の見解はそこに実質的な理由をもっている」¹⁰と述べていることが思い出されるべきであろう¹¹。この、よく知られた共謀共同正犯肯定の根拠が、団藤説の基礎の一端を形成するものであるとするならば、上の引用の後半で「正当な限度」といわれている肯定の範囲もこのような見地から画する方向が目指されるべきことになる。

第二の（第一の点とも関連する）問題は、団藤説が、基本的に共謀共同正犯を肯定した上で、その成立範囲を合理的な範囲に限定しようとするものか、従来の見解の延長線上で、実質的に共謀共同正犯の一部を取り込もうとするものか、ということである。これはつまり先に述べた「思考方向」の問題である。後に考察するように、「意見」に述べられているところは、正犯なканずく共同正犯の概念そのものを拡張することによって共謀共同正犯の一部を肯定するということであるから、「思考の方向」としては後者に近いが、方法としては先に述べたような「実行概念の実質化」とはいえないように思われる。そして「意見」が承認している結論からすると、その限界がどのように定められるかを確定するに際して微妙なところがあり、思考方向の点でも前者に接近するところがあるといわなければならないであろう。これについては、本事例について具体的に考察する際にもう一度少し詳しく述べることになる。

（3）理論的基礎について

団藤説の基礎に「行為支配論」があることは、すでに多くの論者がこれを指摘している¹²が、博士自身は「行為支配論」を採用する旨を明言されていないのであるから、とりあえず一線を画しておくのが正しいであろう。したがって、団藤説に対して疑問を提出するとしても「行為支配論」を前提してするならば、団藤説にとっても「行為支配論」にとっても不本意ということになるといわなければならない。

この点を見るために再び「意見」から引用する。

「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯のばあいには、みずから実行行為（基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す行為）そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身その犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもった者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者——が正犯である』としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347-348 頁参照）、この趣旨にほかならない。」

この中には、確かに「支配」ということばも使われており、正犯の定義を述べた部分も「行為支配論」のそれとあってよいほどである。加えて、「意見」の上の部分に引用されているところは別の、共謀共同正犯を論じた箇所では、共謀共同正犯を控制する理論としてさしあたり行為支配論の応用を考えている旨が述べられてもいる¹³のである。したがって、団藤説の形成にあたって「行為支配論」が果たした役割を否定することはできないであろう。すでに注意しておいたように、「意見」によっても団藤説の全容は明らかでないというべきであるが、団藤博士が『綱要』で参考になる見解として挙げているロクシンの説く「行為支配論」とは、少なくとも結論において一致しないと思われるのである。これについては後にもう少し詳しく述べるが、団藤説を（有力な論者であり博士自身が引用するロクシンのそれと同様の）「行為支配論」と断じることには慎重である実質的な理由のひとつが、このことなのである。

さて、「意見」のこの部分で注意すべき点を2つ（ただし、これらは相互に関連する）挙げておく。

第一は、正犯という概念の本質的規定として、「基本的構成要件該当事実の実現」

をおいていることである。先にも触れたことであるが、それは原理上正犯規定から「実行行為」を除くことを意味している。だからこそ単独正犯の場合には「実行行為」を自ら行なうことが必要であることを特に注意してあるのだし、共同正犯の場合には「実行行為そのもの」を自ら行なったのではなくても、正犯（共同正犯）の規定にあてはまる場合があることになるのである。この議論は確かに実行概念の実質化という方向をおってはいないであろう。実行共同正犯を前提とするのではなく、実行とは別の正犯原理を立てることによって共同正犯の概念を実質的なものとする形だからである。いずれにせよ、構成要件該当事実の実現者とは、その事実について支配をもった者、実現について自ら主となった者、とされているのであるから、「支配」の対象は構成要件該当事実であること、このことはここで特に確認しておきたい¹⁴。

第二は、上のような「支配」を認定するにあたって重視されている条件が、「本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ」ることであるとされている点である。このことは、「意見」の後半で本決定の事実に関して具体的にこの条件を適用している場面では次のように考えられている。すなわち、第一に、被告人がかなりの大麻吸引暦をもっていて、自ら大麻を入手したい欲求にかられ、代金相当額の資金を提供した、ということから、被告人がこの犯罪を自分のための犯罪として考えていたこと；第二に、実行者は被告人より五、六才年下で、被告人がかねてから面倒をみていたいわば弟分であったところ、外国旅行を熱望していたのに目をつけてタイ行きを快諾させた上自分の身代わりとしてこの弟分に実行させたこと；これらを総合的に判断して、被告人は大麻密輸入罪の実現について自らもその主体となったものとみるべきである、と結論している。

つまり、「構成要件該当事実」に対する支配の有無を判断する重要な要素として、主として非実行者の（実行者が行なう）「行為」に対する支配が考えられている。要するに、図式的にいえば、究極的には「事実」の支配が問題になるはずであるが、判断の場面では「行為」の支配が重要視されているとみられるのである¹⁵。

3. 「行為支配論」について

(1) 前提

既に共謀共同正犯との関連で述べたところであるが、「行為支配論」（わたくし自身が理解し、あるべき理論の姿として考えている「行為支配論」）の性格について、前提的なことを述べておく¹⁶。

第一に、「行為支配論」は正犯概念を画する理論である。すなわち、単なる帰責原理であったり、実行行為概念を規定する理論であったりするものではない。

第二に、「行為支配」という場合の「行為」とは、「事実」、より正確には「構成要件の評価の対象となるべき犯罪的事実」である。したがって「行為支配」概念そのものは、構成要件判断とは一応区別される。つまり構成要件に該当すると判断された事実について、行為者が支配を有するか否かが問題になる。

第三に、「行為支配論」は、主観的要素と客観的要素とを総合的にバランスよく考慮して正犯概念を画することをめざすものである。この点については本論で詳しく論じたところである。

(2) ロクシンの「機能的行為支配」

共同正犯に関して、「行為支配論」の支持者たちは近時ほぼ一致してロクシンの提唱にかかる「機能的行為支配」の考え方を採用している。それが団藤博士の『綱要』にも引用されていることは既に指摘した。

「機能的行為支配」についても本論において論じたところであるが、ここで主たる論点を指摘しておくならば：各行為者、すなわち共同正犯は、それぞれ自らの行動分担(Tatanteil)を通じて、同時に、全事実(Gesamtat)を支配することが基準とされる。団藤博士が引用されたように、定義的に言えば、「共同正犯とは、実行段階における分業的共働に基く共同行為支配によって、構成要件実現の際に犯行計画の成就にとって本質的な機能を果たした者」である¹⁷。

私見によれば、ここで、実行行為そのものは、いわゆる形式-客観説の理解を基礎にしている。つまり端的に、形式的に、「基本的構成要件に該当する行為」である。

「実行段階における」という文言もこのことに由来する。逆にいえば、「実行行為」をもってでなくとも、「本質的機能」をもって犯行計画の成就に寄与するならば、その寄与者を共同正犯とするのである。

もうひとつは、「支配」の対象は「構成要件事実」・「犯行計画の具体化」の「全体」であるということが重要である。ロクシンの文言にも表われているように、「支配」は、単に意思の次元において、他人の行為を利用しようと考えことや、思うように行動させようとする内容を内容にしているのではなく、自分の行動寄与（事実寄与）をもって「事実」の成否を左右するような本質的「機能」を果たすことが必要とされているのである。明らかなように、「意見」で表明された思考とはかなり意味あいを異にしている。ロクシンのいう基準を適用した場合に、本件の被告人が「実行段階において、分業的共働に基く共同行為支配によって、犯行計画の成就にとって本質的な機能を果たした」とは言えないであろうから、少なくとも結論において団藤説とは一致しない。ここに、団藤説がロクシンのいう「行為支配論」とは異なり、ということ、かなりの賛成者をもつ「機能的行為支配」という考え方を採用しているとは言えないのだ、という理由の最たるものがある。もっとも、団藤説も一種の「行為支配論」であるということ自体には何ら妨げはない。ただ、『綱要』に引用もされているロクシンの「行為支配論」との関係だけに、そしてロクシンの「機能的行為支配」という考え方が有力であるだけに、その相違を強調したのである。

(3) 条文について

団藤説は何より日本の刑法の解釈論として提出されているのであり、「意見」の中でも改めて刑法60条の解釈として共謀共同正犯の肯定の余地を認めた旨が述べられている。そこでこの点について若干の記述を費やしておく。

「二人以上共同して犯罪を実行したる者は…」という刑法60条の文言は、一方では、「実行」を必要条件としている意味であるという方向から、いわゆる実行共同正犯の根拠として援用され、他方、「実行」という文言には重点を置かず「共同して」という文言を強調して共謀共同正犯を認める根拠とされる。しかし、ここではその議論に立ち入ろうというのではない。「犯罪の実行」ということが「構成要件事実の実

現」ないし「構成要件事実についての支配」ということと整合性をもって解釈されるのかという問題について考えようというのである。前に述べたように、「実行」の意味を実質的に解して、共謀共同正犯の一部をいわゆる実行共同正犯の概念の中に包摂する解釈も、一つには、従来から共謀共同正犯批判に際して刑法60条の文言をもちだしていたことを配慮する事情があるものと思われる。しかし、ロクシンの「行為支配論」も団藤説も「実行」とは別の原理で正犯を規定しようとしていることは、これまでも指摘してきたところである。ドイツ刑法学で論じられてきた「行為支配論」がどのような解釈論を展開するのかは別に述べるとして、団藤説について考えてみよう。

上で述べたところから、「意見」で「解釈上の余地が充分にある」といわれているのは、「実行」を各関与者の「実行行為の分担」とは考えない解釈が可能だということの意味していると考えざるべきではない。加えて、本件の被告人が実行段階において重要な寄与をなしたとも言えないので、結局、団藤説はいわゆる実行共同正犯説からは決定的に離れたといわなければならない。実行行為を自ら行なわない場合にも正犯性を承認することが可能であるという「意見」の趣旨からはまさにそうなる。既に述べたように、共同正犯という犯罪遂行形態の本性上、実行行為の概念は多かれ少なかれ実質的理解を避けられないのであるから、このような見解そのものを否定してしまうわけにはいかない。しかし、基本的には、いわば単独正犯と同様の「価値」を有する寄与であれば、これをも（形式的には実行でなくとも外延を広げて）「実行」に含めるということではなければならない。繰り返すが、つまりはその範囲、どのような寄与までを正犯に含めるのかということが問題なのである。したがって、文言との関係で解釈論上このような理解が可能であるかどうかは、一に係って、この範囲の如何による。団藤説がそれを満たしているかどうかを最終的に評価するには情報が足りないと思うが、この決定の事実在即して言えば、やはり疑問の念を禁じえない。「行為支配論」の採用にあたって常にもこの点に注意することが要請される。

ドイツ刑法における問題について一言だけ付け加えると、現行のドイツ刑法典の第25条は正犯を規定するにあたり「犯罪行為の遂行」(Begehung der Straftat) という概念を用いている。これは旧総則の47条において、通常いわゆる「実行」の意味で用

いられる >Ausführung<を用いていたのを改めたものであるから、少なくともそれとの比較において「行為支配論」的思考になじみやすいということだけは言ってよいのではないかと思われる¹⁸。

4. 「行為支配論」と共同正犯論 —まとめにかえて

既に述べてきたように、「行為支配論」は共同正犯の理論にとどまらず、正犯一般を基礎づけようとする理論である。ましてや、もちろん共謀共同正犯を説明する“ための”理論ではない。そうではなく、「行為支配論」が正犯を統一的に理論づけることによって、正犯の本質を明らかに示すことになるろうし、逆に正犯の理論は共同正犯や間接正犯を含めた、正犯形態の実態に即して考え構成されるべきであろう。この点に注目するならば、共同正犯においても単独正犯の場合と本質的な等価性をもつ者だけが、共同正犯としての評価を受けるべきであることは先にも強調した。

こうした観点からロクシン流の「機能的行為支配」をとらえてみると、大筋において首肯できるものがある。「機能的行為支配」論によれば、実行行為を分担することなく「実行段階」における行動寄与（事実寄与）とは、通常「予備段階」であるところの共謀に参加するだけでは（共謀に際していかに指導的な役割を果たしたとしても）、それだけでは正犯（共同正犯）とするには足りないのである。すなわち「機能的行為支配」という考え方を採る限り、「行為支配論」によっても、共謀共同正犯の大部分は共同正犯に含まれないことになるはずのものであったのである。そして、この事例の場合でも、被告人を正犯とすることは妥当でないように思われる。

被告人が、いかに実行者をもその思うように行動させてにしても、被告人が果たした役割は、犯行の計画において代金に引き合う額の資金提供と、自分に代わる実行者の斡旋といったことに限られている。これは、その寄与を欠けば犯罪事実全体の経過に影響を及ぼすような本質的機能を果たしたとは言えないし、「実行段階」において何らかの事実に寄与をなしたということもできないであろう。

このように、「行為支配論」は共同正犯論においてだけ特別の考察方法を導入しようというのではない。むしろ、単独正犯の場合の思考方法を、いかに合理的妥当性を

もたせつつ間接正犯と共同正犯の場合に推し及ぼして、形式的でなく実質的な判断を的確に行なうことができるかを重視し、そのための基準を提示しているのである。わたくしも、団藤博士が『綱要』で説かれているとおり、共同正犯の場合にも構成要件概念を基礎として正犯性を論じるべきであると考え、それは単独正犯の場合と何ら選ぶところがない。しかし、だからこそ、共同正犯の場合に特別の考慮をするにあたって、正犯としての実体的特質を備えていることを厳しく要請しなければならないはずである。

「行為支配論」についての理解は異なるとはいえ、共謀共同正犯という問題を抱えている我が国においては特に、妥当な正犯理論を再構成するということが重大な課題であることは、団藤博士の指摘をまつまでもなく明らかであろう。その意味で団藤説の展開は意義深く、また行為支配の議論によって提出された問題点をさらに研究し、この課題に答えることが、我々に課された義務でもあらうと思うのである。

[注]

- 1 最高裁判所第一小法廷決定昭和57年 7月16日(刑集第36巻第 6号 695頁)。
- 2 たとえば、下村康正「共謀共同正犯論の軌跡」『研修』昭和58年 9月号、第423号、3-12頁参照。また、木谷明最高裁調査官による本決定の解説(『法曹時報』第35巻第 5号、114頁以下)でも、否定説が少数説になったという認識を示している。
- 3 最大判昭和33年 5月28日刑集12巻 8号1718頁。
- 4 たとえば、莊子邦雄『刑法総論[新版]』、青林書院新社、1981年、440頁；藤木英雄『刑法講義総論』、弘文堂、1975年、285 頁以下。
- 5 木谷明、前掲解説 153頁など。
- 6 大塚仁『刑法概説(総論)[改訂版]』、有斐閣、1986年、260頁以下、特に 265頁；『犯罪論の基本問題』、有斐閣、1982年、339頁以下。肯定説が多数派になったという論者は、当然にこの説をも肯定説の中に数えているわけで

あるが、ここにいう「優越支配共同正犯」は共謀共同正犯とは別物である旨が明言されている（『刑法概説（総論）〔改訂版〕』265頁）。したがって、大塚説は、本来、肯定説とはいえないものである。

7 このことは、後に簡単に述べるように、我が国の刑法60条の文理解釈という点からも自然な解釈である。また、「実行」を実質的に解することは、すでに「実行共同正犯」論においても、共同正犯という形態のもつ性質上、ごく当然に認められてきたところでもある。たとえば、他の共犯者が実際に強迫行為を行なっているときに傍らに佇立していることは、単独では実行とはみられないが共同正犯とするには足りる、とすることなどを思い起こせばよい。問題は、その実質的判断の限界をどこに求めるか、そのためにどのような基準を立てるか、ということである。

8 たとえば、「見張り」をどう評価するかを考えると、共謀への参加によって共同意思主体に帰属し、原則的に正犯となるとする方向では見張りは基本的に正犯として扱われるであろう。しかし、実行を基礎にして考える方向では「見張り」は基本的に共同正犯ではないとされるであろう。とくに、平野説（平野龍一『刑法総論Ⅱ』、有斐閣、1975年、405頁）のように、共謀共同正犯を認めるにしても教唆型と幫助型とを分ける考え方によればそうであろう。このことは、「思考の方向」という問題がかなり重要であることを物語っている。

9 一例だけ挙げれば、平場安治『刑法総論講義』、有信堂、1952年。

10 団藤『刑法綱要総論（改訂版）』、創文社、1979年（以下では『綱要』と略す）、371頁。

11 香川達夫「大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例」、『判例時報』1064号、205頁以下参照。この評釈でも指摘されているように、この立場で立てられた理論が、一般的に適用されるようになるという危険には常に注意しなければならない。その意味で、注9で挙げた平野説や、中野次雄「共謀共同正犯にあるとされた事例（特に団藤裁判官の意見）」、『警察研究』、第56巻第1号、70頁以下の評釈中に示された「支配型」と「分担型」などの分析には、重要な示唆があるというべきである。

- 12 これまでに挙げた解説・評釈は、ほとんどそれを前提としている。
- 13 団藤『綱要』,372頁。
- 14 実際、団藤博士自身が、「目的的行為支配」についての疑問を提示されつつ「教唆者・幫助者が教唆行為・幫助行為についての支配をもたなければならないことは、同様であるべきはずである」；「正犯と共犯との区別の標準は、行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかに求められなければならない」（『綱要』,347,348頁）と強調しているとおりののである。
- 15 この形で「事実」の支配を論じるところからも、基本的指向が「背後大物正犯論」であることが見てとれる。しかし、「思うように行動させる」ことができる場合というのであれば、間接正犯との限界はどこに求められるのかという以前からの疑問が残ることも否めない。また、本文で触れた団藤博士自身が紹介されているロクシンの共同正犯規定の試案「共同正犯者とは、実行段階における作業分担的な共働にもとづき非本質的とはいえ事実寄与をした者である」（『綱要』,375頁、注(29)）とも、かなり異なった考え方になっていることも、ここで指摘しておく。
- 16 これは本論での主張の基礎をなす諸点としてこの小論を最初に草したときの暫定的なテーゼである。その趣旨は本論において少し詳しく述べた。
- 17 Roxin[1978] § 25,Rdn.108. 但しそのままの訳ではない。
- 18 Cramer[1979],S. 392. 主題的にこのことを取り上げているわけではないが、同様の認識を示しているものと思う。

文 献 目 録 抄

原則として本文・注に引用された文献を中心に掲げる。これらの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 Strafrechtskongreß in Athen vom 26.9-2.10.57, Sonderheft der ZStW (1957)167ff.
- 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 Strafrechtslehrer. =ders. [1968] S. 78-129.
- [1957]: >Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im 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 Teilnahme, 1977.
- Jacobs, Günter [1983]: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die 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,1984.
- Maurach-Gössel-Zipf[1985]: Strafrecht, Allgemeiner Teil 2,6.Auflage,1985.
- Roxin,Claus[1963]: Täterschaft und Tatherrschaft,1.Auflage,1963.
- [1963b]: >Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtatapparate<,
GA 1963,193-207.
- [1973]: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,2.Auflage,1973.
- [1973b]: Strafrechtliche Grundlagenprobleme,1973.
- [1978]: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,
10.Auflage, 2.Lieferung 1978, §§ 25-32.
- [1984]: Täterschaft und Tatherrschaft,4.Auflage,1984.
- Rudolphi,Hans-Joachim[1979]: >Zur Tatbestandsbezogenheit der Tatherrschafts-
begriffs 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.
- Welzel,Hans[1969]: Das Deutsche Strafrecht,11.Auflage,1969.
- Wessels,Johannes[1976]: Strafrecht,Allgemeiner Teil,6.Auflage,1976.

(日本)

- ヴェルヴェル,ハンス[1965]:『目的的行為論序説』(福田平・大塚仁訳),1965.有斐閣
(=Das Neue Bild des Strafrechtssystems,4.Aufl.1961.)
- 井上正治[1951]:『刑法学(総則)』,1951.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』371-408頁.
- 大越義久[1979]:『共犯の処罰根拠』,1979.青林書院新社
- 大塚仁[1958]:『間接正犯の研究』,1958.有斐閣
- 大塚仁[1982]:『犯罪論の基本問題』,1982.有斐閣
- 大塚仁[1986]:『刑法概説(総論)[改訂版]』,1986.有斐閣
- 大野平吉[1964]:「正犯と従犯の区別」,『現代の共犯理論』279-308頁.
- 香川達夫[1979]:『結果的加重犯の本質』,1979.慶応通信
- 木村亀二[1963]:「正犯と共犯」,日本刑法学会編集『刑法講座第4巻 未遂・共犯
・罪数』58-89頁.
- 下村康正[1984]:『共謀共同正犯と共犯理論(増補版)』,1984.学陽書房
- 下村康正[1983]:「共謀共同正犯論の軌跡」,『研修』423号(1983.9)3-12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』1-30頁.
- 団藤重光[1979]:『刑法綱要総論(改訂版)』,1979.創文社
- 団藤重光[1986]:『実践の法理と法理の実践』,1986.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』163-186頁.
- 中野次雄[1985]:「共謀共同正犯にあたとされた事例(特に団藤裁判官の意見)」,
(刑事判例研究 423)『警察研究』56巻 1号(1985.1),70-82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』119-162頁
- 平野龍一:[1972]『刑法総論Ⅰ』,1972.有斐閣
- 平野龍一:[1975]『刑法総論Ⅱ』,1975.有斐閣
- 平場安治[1952]:『刑法総論講義』,1952.有信堂
- 平場安治[1964]:『刑法における行為概念の研究』,1964.有信堂

- 福田平[1964]: 「共犯と錯誤」, 『現代の共犯理論』69-82 頁.
- 福田平[1975]: 『刑法解釈学の基本問題』, 1975. 有斐閣
- 福田平[1983]: 『全訂刑法総論』, 1983. 有斐閣
- 福田平・大塚仁[1979]: 『刑法総論 I (有斐閣大学双書)』, 1979. 有斐閣
- 福田平・大塚仁[1984]: 『新版刑法の基礎知識 (1) (有斐閣双書)』, 1984. 有斐閣
- 藤木英雄[1964]: 『可罰的違法性の理論』, 1964. 有信堂
- 藤木英雄[1975]: 『刑法講義総論』, 1975. 弘文堂
-
- 『現代の共犯理論』(齊藤金作博士還暦祝賀論文集), 1964. 有斐閣
- 『注釈刑法』, 団藤重光責任編集, 1963-4. 有斐閣