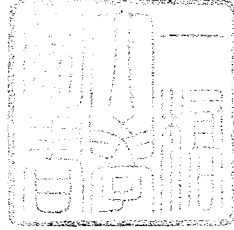


「行為支配論」の構造と展開



橋 本 正 博

「行為支配論」の構造と展開

目次

序 正犯・共犯論の基本的視角	1
第1部 「行為支配論」の構造	9
はじめに	9
第1章 「行為支配論」の諸相	10
第1節 「行為支配論」の基本構造	10
第2節 ヴェルツェル — 目的的行為支配 —	17
A. 一般的規定(18) B. 間接正犯(19)	
C. 共同正犯(23) D. 批判(26)	
第3節 マウラッハ — 客觀的行為支配 —	28
A. 一般的規定(28) B. 間接正犯(30)	
C. 共同正犯(35) D. 批判(39)	
第4節 ガラス — 価値關係的行為支配 —	41
A. 一般的規定(41) B. 間接正犯(44)	
C. 共同正犯(47) D. 批判(49)	
第2章 「行為支配論」の現況 — ロクシンの理論を中心にして —	53
第1節 ロクシンの「行為支配論」	53
1. ロクシンの「行為支配論」の特徴	53
2. ロクシンの「行為支配論」の検討	54
A. 総説(55) B. 直接正犯(59)	
C. 間接正犯(61) D. 共同正犯(72)	
第2節 批判と他の方向 — 統一的な正犯理論の構築の観点から —	80

1. ロクシンの「行為支配論」の批判	80
2. 目的的行為論に基づく統一的説明 助	87
(1) シュトラーターテンヴェルト	88
(2) ゲッセル	91
(3) ルドルフィ	94
第3節 「行為支配論」の暫定的試案	99
A. 正犯・共犯の区別の方法	99
B. 「行為支配」概念の構成	103

第2部 「行為支配論」の展開

— ドイツ連邦通常裁判所の判例を素材に —	107
はじめに	107
第3章 判例理論としての「主観説」	108
第1節 判例による「主観説」の定式	108
第2節 「主観説」判例	110
1. RGSt 74,84 (110) 2. BGH NJW 1951,323 (112)	
3. BGHSt 18,87 (115)	
第4章 「行為支配」概念による「主観説」の再構成	123
第1節 「行為支配」概念を用いた「主観説」判例	123
1. BGHSt 2,150 (124) 2. BGH JR 1955,304 (129)	
3. BGHSt 8,390 (132) 4. BGH MDR 1958.139 (135)	
5. BGHSt 11,268 (137) 6. BGHSt 13,162 (142)	
7. BGH GA 1963,187 (150) 8. BGH NJW 1966,1763 (153)	
9. BGH MDR 1974,547 (156) 10. BGH GA 1977,306 (158)	
第2節 判例に表われた「行為支配」概念と「主観説」	159
第5章 「行為支配論」と同様の思考を示す判例	163
第1節 「行為支配論」と同様の思考を示す判例	163
1. BGH NJW 1951,120 (163) 2. BGHSt 8,393(166)	

3. BGH MDR 1960,939 (174)	4. BGHSt 19,135 (178)	
第2節	ドイツ刑法新総則公布(1975)以後の「行為支配」判例	184
1.	BGHSt 28,346 (184)	2. BGHSt 32,38 (189)
3.	BGHSt 27,205 (195)	
終章	「行為支配論」の展望	199
第1節	「行為支配論」の基本的構成	199
第2節	上位概念としての「行為支配」=広義の「行為支配」	203
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	207
補説	「行為支配論」に関する若干の問題	214
[注]		219
補論	共謀共同正犯と行為支配論	251
	— 団藤説を中心に —	
文献目録		265

1987年1月14日

凡例

1. ドイツ語の引用にあたっては、隔字体(*gesperrt*)の部分を便宜上**音中音**文字で表わしたことがあるほか、強調が示されている部分は次の2に記した用法に従ってこれを表わした。

しかし、引用箇所について特に強調を示す必要がないと思われる場合、あるいは強調箇所が長くこれを一々表わすことが煩瑣に過ぎるときなどには、適宜簡略に従ったところもある。

2. 「かっこ」の用法は原則として次に従う。

() : 通常の方法に従う。すなわち原語の引用・いいかえ・補足的説明等である。

[] : 筆者・引用者の挿入注釈的説明等に用いる。

< > : 原語において斜字体 (*イタリックス*) が用いられている場合の強調を原則に、本文中の引用符号など一般に強調をこれによって表わすことが多い。

> < : 標題・語句の摘示等に用いる。

その他、誤解を招く恐れがないと思われる限り適宜常識的な判断で用いている。上に挙げたものについても同様である。

3. 必要に応じて特に断わらず省略的・補足的に訳したところがある。その他訳語の選択等に関して特に注意が必要な場合には [注] において説明した。

4. 雑誌名の略称は、慣習に従って次のようにした。

BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

in Strafsachen (amtliche Sammlung);

GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß;

JR = Juristische Rundschau;

MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht;

NJW = Neue Juristische Wochenschrift, usw.

「行為支配論」の構造と展開

序 正犯・共犯論の基本的視角

1. 正犯と共犯とを区別するための基準を提供する理論（このような理論を以下、正犯理論(Täterlehre)という）として、いうまでもなく従来からさまざまな理論が説かれてきた。それらをごく図式的に分類するならば、きわめて主観的な理論ときわめて形式的・客観的な理論とを両端にして、その中間に多くの有力な理論が位置づけられることになるだろう⁽¹⁾。しかし、さまざまな正犯理論の工夫によるこうした努力にもかかわらず、一般に正犯とされる3つの形態（すなわち、単独正犯・間接正犯・共同正犯）のすべてを妥当な範囲において統一的に説明するということに関しては、従来の理論は未だ十分に満足できるまでには至っていないように思われる。

たとえば、現在の我が国における通説的な見解と目される形式客観説ないし実質客観説⁽²⁾は、構成要件を基礎とした限縮的正犯概念をその土台としている。しかし、この正犯概念は、「構成要件に該当する行為、すなわち実行行為を自ら行なう者が正犯となる」というのが基本であるから、このままの形では、いわゆる間接正犯の場合を包摂することができない。したがって、限縮的正犯概念を採りつつ正犯を統一的に規定する理論とするためには、実行行為なり構成要件なりの概念を、何らかの形で「実質化」する必要があるということになる。

この意味においては、実質客観説を次のように性格づけることもできるであろう。すなわち、実質客観説というのは、形式客観説に対して、間接正犯を包括することが可能になるような一種の修正を加えるという営為の所産である、ということができるのではないか。もとより、実質客観説といっても多様な主張がありうることはもちろんであるし、いずれにしても実質客観説はそれ自体独自の実質的基礎を有しているのであって、単なる形式客観説の修正にとどまるものではない。ただ、ここでは大まかな学説の展開過程を背景としてとらえた場合に、同じく構成要件論に基く限縮的正犯概念を基礎としながらも、この正犯概念のごく単純素朴なとらえかたに対して、同じ正犯概念に何らかの実質的考慮を含ませ、それによって間接正犯をも包括する正犯概念を構成している、という意味において、このように特徴づけたのである。

しかし、正犯理論が（「正犯性」という）正犯に共通の、いわば正犯の本質を成す性格を反映するべきであるとするならば、理論の基礎をなす正犯概念そのものに、特に間接正犯に関連してこのような一種の修正ともいうべき実質化を加えることが必要であるということ自体が、やはり一つの弱点であるといわなければならない。

問題は、その実質化の内容にある。たとえば、ここで問題にしているいわゆる間接正犯とされる場合についてなされる説明のひとつは、「実行行為を規範的見地から考察する」というものである。あるいは、その際に「構成要件実現の現実的危険性」という、実行行為概念そのものの基本的定義にまでさかのぼって、間接正犯の正犯性を説明することもある。確かに、それは規範的にみて単独正犯の場合と同価値とみることができる場合であり、「構成要件実現の危険性」という点で単独正犯と同等の場合であろう。しかし、漠然とした正犯規定を避けて、できるだけ実体的な内容をもつ正犯概念を提示することをめざすのであれば、間接正犯を説明するために形式客観説を単に修正するというだけでは足りないことはもちろんであるが、それだけでなく、正犯の（単独正犯・間接正犯・共同正犯という）3つの形態を横断的に説明しうる理論を、犯罪実行の実態に即した形で、実体的メルクマールに基いて構成することが要請されるはずである。

端的に言えば、「何がその場合を正犯とする根拠になるのか」ということを、従来の実質客観説の正犯規定よりもさらに明確に記述することが必要ではないかと思うのである。間接正犯に関しての考慮のゆえにその要請が後退してはならない。つまり、「間接正犯とされるその場合は、なぜ『規範的にみて単独正犯と同価値である』とみなされ、『構成要件実現の危険性』という点で単独正犯と同等の場合であると判断されるのか」という問いを、さらに発したいのである。求められる正犯理論は、統一的な基礎に基き、しかもできるだけ実体的なメルクマールをもって、この問いに答えなければならない。その限りにおいては、まさに統一的な正犯理論として提示されたはずの実質客観説も、必ずしも成功しているとはいえないのではないか。むしろ正犯概念を根本的に見直す必要がありはしないか、そのための基礎理論を新しく求めることが必要なのではないか、これがここでの第一の問題意識である。

2. この研究で主題となっている「行為支配論 (Tatherrschaftslehre)」⁽³⁾ は、このような問題に一定の解答を用意する理論である。いわば、「行為支配論」は実質客観説の内容を「実質化」しようとする理論である。すなわち、「行為支配論」は、正犯に共通する基本的性格・実質を「行為支配 (Tatherrschaft)」にとらえ、これをメルクマールとして、行為者が「行為支配」を有するか否かによって正犯性を判断しようというのである。もとより、一口に「行為支配論」といっても、「行為支配」概念に含ませる意味内容はさまざまでありうる。というよりむしろ、従来この理論が批判される場合には、まさにその内容の不明確さこそが第一に挙げられるのが常であったわけである⁽⁴⁾。しかし、とにかく、正犯概念を実質的内容をもったものとして構築することをめざす正犯理論として、さらに実質客観説に実体的・統一的な基礎を提供する理論として、この「行為支配論」に注目するのである。

「行為支配論」は、現代のドイツ連邦共和国（以下、単にドイツという）の刑法学界において、すでに通説的な正犯理論としての地位を占めていると言ってよい⁽⁵⁾。そのこと自体がこの理論の有効性のひとつの証拠ともいえよう。しかしそれだけではなく、我が国においてもこの理論を検討することには独自の意味があると思われる。

我が国の解釈論に対する寄与が期待される場面のひとつを取り上げれば、たとえば「共謀共同正犯」の問題がある。周知のように、共謀共同正犯をめぐるのは学説と判例理論が鋭く対立してきた。今日では「共謀共同正犯」を何らかの形で認める学説も少なくなってきたとみる向きもあるが、実際にはそれほど単純なものではない⁽⁶⁾。しかし、これまでのような学説と判例理論との硬直した乖離状態をそのままにしておくことが、実務上も社会的実体に照らしても法解釈学にとって望ましくないことはいうまでもなく、既に指摘されているとおりである。そこで、このような考慮の下に、従来「共謀共同正犯」に反対の立場を採ってきた論者の中にも、実行行為に関与しない者をも本来の正犯としていわゆる「実行」共同正犯に取り込むために、「実行」の概念を「実質化」しようとする傾向が見られたことも周知のとおりである。

以上のような事情を背景にして、従前の共謀共同正犯否定論を改めて、既に教科書の中でそのような見解を示唆されていた⁽⁷⁾ 団藤重光博士は、最高裁判所の決定に付した「意見」のなかでも、一定の範囲で共謀共同正犯を認め、その範囲を妥当な限度

にするために行為支配論を基本に据えた議論を展開されたのである⁽⁸⁾。そのこと自体の当否や評価はともかく、このような試みひとつをとってみても、「行為支配論」の果たすべき役割の一端を展望することができるであろう。(この点については、後述の『補論』を参照せよ。)

以上で簡単に述べたように、私見によれば、「行為支配論」を探るということは、実質客観説においてどのような基準をもって正犯の概念を画するかという問題へのひとつの態度表明にほかならず、少なくとも、限縮的正犯概念を基礎にしつつも、それを機械的に適用するのではなく、実質的考慮を加えた統一的原理に基づいて正犯概念を画する、という方向においては、従来通説とその軌を一にするものである。それにもかかわらず、これまで「行為支配論」を主題的に取り上げた研究は、我が国ではあまり多くないようにみてとれる。その理由を詮索することはここでの課題ではない。

しかしながら、もし、「行為支配論」に対して懐疑的になるべき特別の理由があるにしても、まずそのいうところをよく検討してみた上で、それに対する批判がなされなければならないであろう。また、従来形態そのままでは妥当を欠く点があったとしても、そのことのゆえをもってただちに、すぐれた点を多く有する理論を否定することも、妥当でなかろう。実際、わたくし自身も、「行為支配論」には肯定的展望を持っているのであるが、これを我が国の刑法解釈論として展開するためには一定の考慮を加えることが必要であると考えている。ここでの検討は基礎研究の域を出るものではなく、「行為支配論」全般にわたって十全になされたものであるとはとてもいえないが、「行為支配論」が注目すべき展望を提示する理論であるということは、示すことができるのではないかと思う。

3. 「行為支配論」の検討にあたっては、この理論がドイツにおいて有力に展開されていることから当然ドイツにおける議論を取り上げて吟味することになる。これまで、「行為支配論」が説かれる場合には、目的的行為論との関係でなされるのが通例であった⁽⁹⁾。それは「行為支配論」の創始者がほかならぬ目的的行為論の創始者でもあるハンス・ヴェルツェル(Hans Welzel) その人であるからであり⁽¹⁰⁾、その後早い時期から「行為支配論」を採用した有力な論者も、基本的に目的的行為論を採用し

た学者であったからである。しかも、そのような当初の有力な論者たちの説く内容にはかなりの隔たりがあり、先にも触れたとおり、同じく「行為支配論」という名称のなかにくられるとしても、実質的にはさまざまな傾向の理論が説かれていたということは否めない。そこで、「行為支配論」に関しては、まず目的的行為論に対する批判に基く疑問が出され、次には「行為支配論」そのものもつ曖昧さが指摘されることになったのである⁽¹¹⁾。

ここでは、初期からの「行為支配」論者としてそれぞれ主要な傾向を代表するとみなされる、ハンス・ヴェルツェル、ラインハルト・マウラッハ(Rainhart Maurach)、およびヴィルヘルム・ガラス(Wilhelm Gallas)という3人の学説を概観し、この理論の構造、射程および性格などを検討する。これらの3人の論者を取り上げたのは、それぞれ「行為支配論」の主観的傾向・客観的傾向・中間的傾向を代表すると考えられることと、またこの理論が紹介されたり批判されたりする際にも、しばしば引合に出されるところとなっていることからである⁽¹²⁾。

そしてそのあと、近時、大著『正犯性と行為支配』⁽¹³⁾において従来の議論を集大成するとともに自ら独自の見解を提示することにより、ドイツ刑法学界における「行為支配論」の通説化に大いに貢献し、さらにその提案の含む革新的内容によってさまざまな論議をひきおこした、クラウス・ロクシン(Claus Roxin)の議論を検討することにより、現在の学説状況とこの理論の水準とを確認する。これらの論者のうち、初めの3人の議論はいずれも目的的行為論との結びつきが強いが、ロクシンは必ずしもそうではない。そして、ヴェルツェルらがそれぞれ主観的傾向・客観的傾向においてかなり異なった内容を「行為支配論」として提示しているのに比べて、ロクシンの議論は、上の3人等の議論を批判的に検討した上で、以前の論者の理論をそのまま踏襲することにとどまるのではなく、独自の形態の「行為支配論」として継承したものであって、ロクシン以前の論者の理論のもっていた性格の主観的または客観的傾きに比して比較的バランスの中庸なものとなっている。また、理論の状況や問題点を整理してみせたことで、その後の理論の展開に与えた影響も少なからぬものがある。その結果、「行為支配論」をめぐる議論は、以後この研究を現在の理論の水準をなす共通の土台として展開されることとなった。そして、「行為支配論」の内容として考えられ

るところもかなりの程度共通の理解が形成されることとなり、初期の「行為支配論」のもっていた多様性ともいえる状況は収斂に向ったのである。

以上は、学説史の大筋の構造に関する私的見解を概略述べたものにすぎないが、このような視点が「行為支配論」の性格・構造に関する洞察を与えるものでもあるという考えに基づいて、以下の記述を進める基礎となっている展望である。

4. 第一部の、学説の検討にあたっては、とりあえず単独正犯・間接正犯・共同正犯それぞれを主題的に取り上げて論じる形をとることになるが、もとより正犯概念を統一的に説明することを目指すという「行為支配論」の構造からして、截然と分けて論じることができない部分も少なくないことは当然であり、形式的には分けて論じるとしても重複や、不完全が生じることを避けられない。しかし、この部分の目標は、各論者の異同を明確にし、また「行為支配論」の基本的な思考を認識しようということであるから、いちおう形式を統一しておくことにしたものである。その点をあらかじめ断っておく。

続いて第二部では、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例を材料として、「行為支配論」が実際の問題解決に際してどのような役割を果たすかを、具体例に即して検討する。その際に、BGH判例が（ライヒ裁判所（RG）以来）基本的に採用して現在に至っているいわゆる主観説と、「行為支配論」とを、判例理論と学説との対抗関係という観点から対比させるとともに、判例に表われた「行為支配」思考の実質内容の分析を試み、それが学説のいう「行為支配論」とどのようにかわるか、その性格の異同や判例理論の変遷を明かにすることをめざす。しかし、この作業にあたっては、BGH判例における正犯理論の表現を網羅的に取り上げることは、この研究の主題である「行為支配論」との関係では必ずしも必要ではないと考える。そこで、まず「主観説」を明らかに示していると思われる判例、つぎに「行為支配」という概念を用いてはいるが実質的には「主観説」にほかならない判例、そして、学説において説かれる形の「行為支配論」と同様の思考を示す判例、これら3つに分けて、主要なものについて検討することにした。

最後に、以上の検討を踏まえた総括的な考察に基づいて、我が国の刑法解釈学におい

てどのような形の「行為支配論」であれば採用するに足るものであるか、試案を提示することにする⁽¹⁴⁾。ひとつのテーゼの形で言えば「行為支配論」は、主観的な契機と客観的な契機とを総合的・全体的にバランスよく考慮に入れた上で、統一的な正犯概念を画することをめざす理論である。この、「主観・客観の総合」という方向そのものは、上に述べたように、従来の主観説・客観説がともに正犯理論として必ずしも成功していないところからも、当然採られるべき道であると思う。もとより、この研究の範囲では「行為支配論」を最終的に評価するには留保が必要である。ただ、我が国においては、共謀共同正犯を含めて正犯理論を根本的に再構成することが実務上も決して疎かにはできない課題であるということは、先にも述べたとおりである。そのために、一方では「行為支配論」を安易に共謀共同正犯の基礎づけに用いることを警戒し、一方では明確な限界を画しつつ、実質的で妥当な範囲を統一的に示す正犯理論としての「行為支配論」の役割を確認することが必要であろうと思うのである⁽¹⁵⁾。

ところで、「行為支配論」の本領は、間接正犯の扱いにあるといってもよい。それは、形式客観説に対して「行為支配論」が主張されるに至る経過からも当然のことであろう。また、共同正犯の説明・限界づけに関しては、ドイツでは既に多くの学説が「行為支配論」を採用している。加えて、「行為支配論」概念を明確化する努力の過程で示された、正犯形態の詳細な類型化などは、「行為支配論」そのものとは離れても示唆的なところが多いと思われる⁽¹⁶⁾。したがって、本来ならば「行為支配論」の研究はそれぞれの正犯形態についての詳細な吟味という作業を通じてこそ意味の大きいものになるはずである。しかし、くりかえしになるが、この研究ではそこまで踏み込んだ議論はできない。ここでは「行為支配論」の本質的な思考を浮彫りにしその構造と限界とを認識することを目標としたのである。未だ「行為支配論」の全般にわたる主題的な研究に乏しい我が国で、「行為支配論」について正面から論じる際には、まずこの理論についての先入観や誤解を取り除くことが先決であると思われるからである⁽¹⁷⁾。

第1部 「行為支配論」の構造

はじめに

第1部では、「行為支配論」学説の中から代表的なものとして、創始者にして主観的傾向を代表すると思われるハンス・ヴェルツェルと、客観的傾向を代表すると思われるラインハルト・マウラッハと、価値的実質的判断を正面にたてたヴィルヘルム・ガラスとを取り上げて、それらの「行為支配論」が基本的にどのような思考方法に導かれており、どのような理論の構造を有しているかを類型的観点から検討する。ここで<類型的>というのは、それぞれが主観的・客観的・価値的等の評価を与えられる基本的構造を、それぞれの理論の考え方の図式によって明らかにしようという意図を意味している。

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

続いて、現在の「行為支配論」の水準を示すクラウス・ロクシンの議論と、その他の傾向について若干の紙幅を費やす。

なお、第1部の最後には、これらの論者の「行為支配論」に基いて一定の暫定的私見を提示し、第2部のドイツ判例に関する記述に際しての「行為支配論」の基本的構造を代表させることとする。

第1章 「行為支配論」の諸相

第1節 「行為支配論」の基本構造

1. 現代的意義の「行為支配論」を創始したのがヴェルツェルであるということは再三述べた。それでは現代的意義でない「行為支配論」とは何であるか。実は、「行為支配」ということばは、初めから一定の意味内容をもって共通の意味了解の下に使われたというよりも、いわば一般的用法の延長上で使われたというほうがふさわしいようである。ロクシンによると、文献上最初期に現われた「行為支配」は、単なる帰責原理として、いいかえれば、ある事実についての責任を問うための要件として「行為支配」という概念が用いられたのである⁽¹⁾。すなわち、この概念自体は実体的な内容をもつものではなく、かくかくの要件を満たす、ゆえに行為者は責任を負う、なぜなら「行為支配」を有するから、という具合の説明の道具になるのである。その後もいくつかの用例があるようであるが、重要なのはローベが「行為支配」を基本的に今日の意味で使ったことである⁽²⁾。つまり、正犯の規定にこの概念が用いられたのである。もっとも、何らかの体系的理論的指向があったというものでもなく、また、ヴェルツェルに対する影響というものも考えられないのであって、学説史的には興味のあるところであるが、現代の「行為支配論」を少しでも実体を備えたものにしようとする努力というここでの課題に関連して言えば、重要性は少ないと思われる⁽³⁾。

2. ところで、従来から説かれてきた諸理論についてここで一瞥を与えておくのが妥当であろう。なぜなら、従来の正犯理論は「行為支配論」にとっても重要な背景をなしており、たとえば今日なおドイツ連邦通常裁判所(BGH)の判例の基本的方向性を規制しているのは「主観説」と目されるのである⁽⁴⁾し、「行為支配論」そのものが基本的に「形式客観説」を土台にしているからである⁽⁵⁾。

図式的に言えば、ドイツ刑法学においても、判例理論である「主観説」がしばしば導き出す極端な結論に対して、学説の側は形式客観説すなわち限縮的正犯概念を主と

して主張してきたといえるであろう。ドイツ判例が伝統的に「主観説」を採用してきたことにはさまざまな理由が考えられるのであって、そのこと自体が法社会学的研究の対象となるはずのものであるから、ここでは立ち入らないが⁽⁶⁾、極端な場合のこの説の帰結にはやはり常識として納得のいかないものがあることも否めない。そのひとつが、有名な、「浴槽事件 (Badewannenfall)」と呼び習わされている判例⁽⁷⁾である。この判例では、ごく常識的にみて殺害行為を行なったところの者が共犯 (幫助犯) とされ、これを教唆ないし囑託した者の方が正犯とされたのである。

その後の判例には、それほど極端に主観的議論をし、結論そのものもいかにも技巧的で納得のいかないものは少ないと思われるが、もうひとつの有名判例であるスタシンスキー事件判例 (Staschynskij-Fall)⁽⁸⁾ が出るに及んで、たとえば「主観説」のルネッサンス⁽⁹⁾ などといわれる「主観説」の回帰が論じられるところとなり、再び学説によって疑問が提出されたのである。

「主観説」というのは、周知のとおり、判例がたびたび援用している定式化によれば、「ある犯罪行為を自分のものとして意欲していたか、単に他人のものとして意欲していたか；いいかえれば、正犯者意思をもって行為を行なったのか、ただ共犯者意思をもって行為を行なったのか」⁽¹⁰⁾ ということを正犯性判断の決定的基準にする理論である。これには一種の異種ともいうべき、「自分の利益のために行なったか他人の利益のために行なったか」によって正犯・共犯を区別するとするものがあり、「利益説」と言われることもある⁽¹¹⁾ が、基本において異なるところはない。というよりも、誰の利益のために行なうかが、ほかならぬ「正犯者意思」を認定する際の重要な材料としてとらえられているとあってよいと思われる⁽¹²⁾。いずれにしても、行為者の内心の姿勢といったものに正犯性判断の最重点が置かれている点が、この「主観説」という理論の特質であるといえるであろう。

よく言われるように、「主観説」の基礎には、因果関係に関して単純な条件説に依拠している等価説がある。ある結果に条件を与えたものはみな同等の価値を有し、外形的には区別することができない。したがって、あるひとつの同一の犯罪に対する関与者が複数いる場合、その関与の度合を区別する必要があるならば、そのための基準は行為者の内面的要素に求められるほかはないというのである。しかし、等価説につ

いては既に批判がなされていることはあらためていうまでもない。なおそれに関連して、等価説によれば元来すべての加功が正犯と評価されねばならず、いわゆる拡張的正犯概念が採られなければならない⁽¹³⁾。この拡張的正犯概念は、いわゆる間接正犯の場合の扱いにすぐれたところがあるが、正犯と共犯とは法的・規範的評価によって法律の規定上区別されているにすぎないのであるから、両者を区別する基準は、やはり依然として曖昧なままであると言わなければならない。

また、理論上の反論としては、既に各則の犯罪構成要件の中に他人の利益のために行為することを予定し前提しているものがあるとする批評がある⁽¹⁴⁾。これは、実は反論としては「主観説」にとって致命的ではないと思われるが、「主観説」の弱点を衝いた議論ではある。

このように概観しただけでも、「主観説」がかなりの無理と不合理さを宿した理論であることは否めないように思われる。そして何より、ドイツ刑法においては（我が国の刑法でも同様であるが）、正犯は、「犯罪行為を、自ら、または他人を通じて遂行する者である」とされている（§ 25 StGB）のであるから、法律の規定に合致しえないという反論⁽¹⁵⁾が出されている。このように、ドイツ刑法の新しい総則が施行されてからは、少なくとも学説上、これを採用することはできないことは一般に認められるところとなっている⁽¹⁶⁾。

3. それでは、他方の有力説である「形式客観説」=限縮的正犯概念はどうか。構成要件論を基礎に据えた犯罪論を採る限り、客観的構成要件を実現する行為—実行行為—をする者を正犯とするこの理論は、最も自然で妥当な考え方を示している。このような理解によれば、当然正犯は客観的・外形的な事実だけによって画され、しかも構成要件に該当する行為を行なう者だけを正犯とする意味において、限縮的正犯概念を前提とする。

しかし、既に指摘されているように、この理解をこのままの形で貫徹させれば、いわゆる間接正犯にあたる場合を正犯概念に包摂することができない。このため、「形式-客観説」では妥当な結論が導き出せないとして、（新）「実質-客観説⁽¹⁷⁾」が主張されることになるのである。その実質化の方法や基準はさまざま提唱されている

が、たとえば、法益侵害の危険性を基準としていわゆる実行行為について実質的考慮を行なおうという考え方では、なるほど法益侵害の危険性という契機そのものは客観的因子であろうが、それを何らか客観的に判断すること、ということはある行為なり態度なりが、同様の質をもった状態であっても、ある程度以上の場合にその危険性が正犯としての評価を受けるに値すると判断することを想定してみるならば、説明としての表面上の妥当性とは違って、決して正犯概念の限界の明晰化にはつながっていないと言わざるをえない。つまり危険性の判断を量的に客観化することがはたして可能であるかどうかは疑問である。また、もし法益侵害の危険性という客観的要素を、実質的考察という観点からさらに修正するとするならば、「形式-客観説」が間接正犯について修正を行なう場合と同様の困難を免れえないであろう。すなわち、これらは言葉の上での説明としての議論にとどまっており、「修正」という観点からの実質化であるという点において本質的に異なる方向性をもってはいないのである。

4. 以上に概観したように、純粋な「主観説」も純粋な「形式客観説」も共に一面的であって、いずれも統一的かつ妥当な正犯概念を構成することに成功していない。のみならず、客観説を種々の原理によって実質化しようという試みも、その「修正」という方向においてつまづきを示している。しかし、何らかのしかたで主観的思考と客観的思考との折衷、または主観的契機と客観的契機との総合的全体的考察方法が取り入れられなければならないことは事実であろう。このような思考の下に、「行為支配論」⁽¹⁸⁾が、その修正原理として登場するのである。いや、新しい正犯原理として登場するのである。このことを、少々議論を先取りする形で展開しておこう。

「行為支配論」が目的的行為論の創始者でもあるヴェルツェルによって創始されたことは既に何度か言及した。目的的行為論の基本的思考を一言でいえば、人間の行為の存在論的構造に着目して、行為が主観＝客観の全体構造をもつものと捉えるということである⁽¹⁹⁾。そこには明白に、行為の有する「主観的要素と客観的要素とからなる全体的構造」という観点が導入されており、この方向から、正犯の概念を構成するにあたって、主観的要件と客観的要件とをバランスよく考慮することによって妥当かつ統一的な正犯概念を構築し、従来の理論の欠陥を除去する道を示したのである。

つまり、単なる折衷でも単なる修正でもなく、主観的契機と客観的契機とを総合したメルクマールとして「行為支配」をたて、これを新しく正犯の本質をなす要素と捉えることにより、従来統一的説明原理としては弱点をもっていた実質客観説を別の形で蘇らせたということができるのである⁽²⁰⁾。これは、正犯概念の規定という次元に新しい方法と原理とをもたらしたものとイえるであろう。

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

ところで、正犯概念がなぜ統一的でなければならないか、ということについて疑問が出されるかもしれない。これはただ単に理論の整合性や、理論としての審美性の次元にとどまるのではないか、ということである。特に近時の傾向である、一種のプラグマティックな問題的思考に基く機能主義によれば無用の要請であるとも思われるかもしれない。しかし、正犯概念を統一的に構成することにはすぐれて実践的な意義もあると考えられるのである。その一つが『序』において触れた共謀共同正犯の問題である。共謀共同正犯を一部なりとも承認したうえで議論を展開しようとするならば、その限界を明確に画しておかなければならない。現実にはそれが実践の場で拡大していく危険がないとはいえないであろう。理論に要請されているのは、理論から外れる例外を少なくし、確実な基礎に基づいて明晰な判断の基準を提供することであるはずである。そこに、先に「修正」的特徴づけた方法の弱点もあろうと思うのである。もっとも「行為支配論」が共謀共同正犯に対してどのような対応をするものであるかは別論である。（これについては『補論』として加えた論稿において、団藤説に即して若干の問題点を論じておいた。）

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

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

第2節 ヴェルツェル — 目的的行為支配 —

ヴェルツェルの「行為支配論」は、本来的な意味において「目的的行為支配論」であるということができる。それは行為論としての目的的行為論から、直接に導き出された正犯概念である。目的的に事象を統制する者が正犯となるというのがごく自然な理論的展開であることは誰の目にも明らかであろう。後に他の論者の議論を扱う時にその相違がより鮮明になるであろうが、ヴェルツェルの場合には従来の何らかの正犯理論を土台にするということではなく、むしろ行為の目的的構造ということから直ちに「行為支配」的思考が出てくるのである。その過程をヴェルツェルの議論⁽²¹⁾に即してたどることから始めよう。

人的不法観によれば、人間の行為は主観＝客観の全体構造を持つ意味に満ちた統一体であって、この行為について不法評価がなされるのである。これを基礎づけているのがいうまでもなく目的的行為である。一方、正犯性は可罰性を基礎づける、いいかえれば（ある行為者に）不法評価を帰属させる原理を提供する。そこから、まさに目的的統制力、すなわち「目的的行為支配」という契機が、正犯性を基礎づける理論的支柱になるのである。ヴェルツェルの「行為支配論」が本来の「目的的行為支配論」であると言ったのはこの意味である。（従来、「行為支配論」というのは即ち「目的的行為支配論」であるとする傾向もあったが、それはこのような創始者自身の議論に基くものであろう。しかし、常にそのような評価をすることはできないことも既に指摘したし、後の論の展開によっても証明されるであろう⁽²²⁾。）

このような考え方は、既に「行為支配論」の基本的思考を鮮明に表わしていると思われる。つまり、正犯概念の構築にあたって、従来の主観的・客観的要素の峻別を前提に、それらの一面からのみ正犯を構成しようというのではなく、ただ単にそれらを合わせて考慮するというのではなく、もとよりそれらが統一体をなしている目的的行為に基いて正犯を規定しているのである。客観的契機と主観的契機とのバランスをとりながらの総合的評価判断という視点が表われているというのである。先にヴェルツェルの「行為支配論」は主観的傾向を示すと特徴つけたが、客観説・主観説それぞれの一面性を止揚して統一的全体的な構造を志向する「行為支配論」の軌道上に正しく

乗るものであることは強調しておかなければならない⁽²³⁾。

A. 一般的規定

1. ヴェルツェルは、まず一般的正犯メルクマールと特殊的正犯メルクマールとを挙げて、そのうちで、すべての構成要件に共通する正犯メルクマール＝一般的正犯メルクマール⁽²⁴⁾として「行為支配」を定位する。すなわち「行為支配」は、ある行為者が正犯とされるための必要条件であって十分条件ではない⁽²⁵⁾。

ヴェルツェルの体系にあっては、犯罪論が故意犯と過失犯とに二分されている。ここで論じる正犯とは故意犯の正犯に限られる。過失犯、つまり構成要件的に重要でない結果に向けられた目的的行為から生じた構成要件の結果については、拡張的正犯概念が妥当し、結果を不注意で惹起した過失犯は、結果に対して条件を与えた者としてすべてこれを正犯として扱うことになる⁽²⁶⁾。この点は目的的行為論と過失犯の問題として別論を構成する大問題である。しかし、目的的行為論を採用する論者はこのような二分体系を採っている場合が多い。一般的にいえば、目的的行為論自体が、過失行為も目的的行為であってここでも犯罪概念の規定を与えるものであるとすることは容認しても、過失犯は構成要件の結果、およびそれに至る因果的経過を統制しているとは言えない。この立場からは、結果に対する目的因果統制が即正犯者要素の地位を基礎づけるという立論に基く「目的的行為支配」を、結果に対する統制を欠く過失犯に認めるわけにはいかないのである。そのことに対する評価はともかく、「支配」という概念がいわば不可避免的に包括する意思的側面を明確に物語る部分と言えよう。この意味で故意犯は「支配犯」である⁽²⁷⁾。

2. 上に見た立論からすれば、ヴェルツェルの「行為支配」概念も自ら明らかになるであろう。すなわち、自然的因果連鎖を認識しこれを適切な手段と行為態様とをもって意図された目的に従って統制すること、これがほかならぬ「行為支配」である。したがって、目的的行為に基く故意犯が正犯たるための条件という観点から「目的的行為支配」と名付けることができよう⁽²⁸⁾。

目的的行為論自体の登場の事情も既にさまざま論じられたところであるが、19世紀以来の自然主義的因果性・自然主義的客観性の偏重の克服という背景に置いてこれを考えてみると、ヴェルツェルの場合にその反動から、今日の視点から見れば若干主観的要素の方を強調しすぎたきらいがなかったとは言えない。そこから主観的という評価⁽²⁹⁾も生まれた。当初から主観説と「行為支配論」との親近性は意識され、まさに主観説の内容を「行為支配」という観念によって再構成して説明することもあったのである。「行為支配」が主観説に接近した理論であろうということは、今日我が国においても最もありふれた「行為支配論」についての印象といえるのではないか⁽³⁰⁾。

B. 間接正犯

1. ヴェルツェルの主観的傾向をもっとはっきりと印象づけるのは、いわゆる間接正犯の正犯性を説明する場面である。ヴェルツェルは、まず間接正犯といわれる場合は、今や「目的的行為支配」の応用例として理解されることを確認し、こうした場合を大きく3つに分けて論じている⁽³¹⁾：

第一は、非故意に行為する第三者を利用する場合で、単独の目的的行為支配に基くもの；第二は、不自由に行為する第三者を利用する場合で、優越的目的的行為支配に基くもの；第三は、身分のない者を利用する場合の身分のある者による間接正犯、以上である。

間接正犯とされる場合が、単一の概念の下にすべて統合されていないことは、一に目的的行為支配といってもその現われ方にはいくつかの場合があり、それらを類型化する必要があるということを示している。これは限縮的正犯概念を基礎とする形式-客観説にあっても同様であり、間接正犯の限界を画するに際しては規範的評価を免れず、種々の類型の列挙をもって確実性を担保するほかはなかったのである⁽³²⁾。しかし、ヴェルツェルの議論において注目すべきは、間接正犯とされる場合はもはや「間接」正犯ではなく、端的に正犯であるということである⁽³³⁾。間接正犯とされる場合も統一的な正犯メルクマールとしての目的的行為支配に基く、本来の正犯として位置づけられることを前提に、間接正犯とされる場合を類型化し、これに包摂されるか否

かの判断基準を提供しているのである。もとより、各類型について、その限界が不明瞭であることはある程度避けられないことである。しかし、ヴェルツェルの類型が従来の考え方を大きく逸脱するものでないことはいうまでもない。むしろ統一的基礎から構成しなおしたというべきであろう。すなわち、「目的的行為支配論」によって、従来の議論をも包摂してその一部となすような、さらに射程の大きな理論を得ることになったのである。

2. もどって、ヴェルツェルの記述をたどればこうである。第一の場合、「目的的行為支配とは、自らの実現意思（構成要件の故意）の目的活動的貫徹である。」⁽³⁴⁾したがって、非故意の直接的行為者が目的的行為支配を欠くことは当然であり、背後者の方が構成要件の結果に対する構成要件の故意をもって、非故意の第三者を通して構成要件を実現させようとするのであるから、背後者の方を正犯とすることができるのである。

第二の場合は、いくつかの類型に下位区分されている。

1. 強制に基く場合

ヴェルツェルが挙げているのは、旧ドイツ刑法総則の52条、いわゆる強制緊急避難である⁽³⁵⁾。このような場合が、直接行為者の「不自由」な意思に基くものであり、實際上直接行為者が目的的行為支配を有していたとしても、実質的には背後者が強制という圧力をもってこの目的的行為支配に優越し、背後者の行為支配が犯罪実現に資するものと評価されるのである。

もうひとつは、自傷（特に自殺）への強制避難である。自傷は構成要件に該当しないので旧52条は適用されないが、他人の意思決定に対しては同様の関連を有するものであるので、これが、強制する背後者の優越的行為支配と、従ってその正犯性とを基礎づけるのである。

2. 道具の非故意性

これは、いわゆる幼児ないし精神障害者等を利用する場合である。被利用者は目的をもって行為するが、他人の意思の内容を自らは無意思的に実行するのであるから、被利用者は完全に正犯の「手中に」ある⁽³⁶⁾。

3. 軍の上官が義務的な違法の命令を下すことによる場合

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

第三の場合は、身分犯における特殊事情である。すなわち、真正身分犯の場合には誘致するところの身分ある背後者があって初めて、身分犯の構成要件実現に共働する可能性ができてくるのであるから、「非身分者の身分犯実現への関与に対する、身分ある背後者の支配（『社会的行為支配』 „soziale Tatherrschaft“）を、したがってまたその者の正犯性を基礎づける。」⁽³⁷⁾（「身分のない故意ある道具」を利用する場合も、非身分者である被利用者は幫助犯にとどまり、背後の身分者が正犯となるのである。）

3. いわゆる「目的のない故意ある道具」の場合については、ヴェルツェルはこう述べている。「可罰性を基礎づける人的正犯メルクマールが問題である。人的正犯メルクマールが刑罰変更的性格のものであるにすぎないときは、直接行為者は基本犯の正犯となる。」⁽³⁸⁾すなわち「行為支配」にあっては、身分犯における身分が構成要件実現の要素として考慮されているのであり、ここでは身分犯特有の技術的取り扱いがなされているというべきなのである。「行為支配論」は「構成要件該当事実」を支配することを対象として正犯性を判断する。身分犯の構成要件は、身分者のみがこれを実現でき、支配でき、したがって正犯となりうるというのである。

特殊問題として、合法的に行為する者を差し向ける間接正犯について、直接行為者に正当化事由がある一方で、誘致者が違法な構成要件実現に対する目的的行為支配を有する場合に、これが認められる⁽³⁹⁾、と述べている。しかし、この場合にも自分に従属する地位に置くことによって直接行為者を「道具」としていなければならない。

この類型にはいるものとして、第一に、裁判官を欺罔することによって被告人を客観的にみて不当に処罰するように誘うことを挙げている。第二には、犯罪構成要件を正当に実現することができる緊急状態に第三者を置くこと、が挙げられている。ここで

は、非故意の道具による間接正犯と不自由かつ合法的に行為する同時正犯とが存在することになる。つまり、直接行為者も正犯となり、背後の間接正犯とは同時正犯の關係に立つというのである。ただし、直接行為しない背後者がこの緊急状態を作り出したのでないときには、目的的行為支配が欠けているので、その者に間接正犯の成立を認めることができない⁽⁴⁰⁾。

4. 以上のところから、単なる悪意や傾向によっては目的的行為支配を認めないとはいえ、特に直接行為者と直接行為しない背後者との間の主観的な認識の相違と、意思の方向とに基礎を置いて、なおかつ間接正犯の場合に、事象を目的設定的に支配統制するための積極的な働きかけを要するとしている点に注目しておくべきであろう。この際、身分犯の扱いは、身分犯独特の技巧的処理を導入している点は、身分犯において正犯性を基礎づける要素は目的的行為支配に尽きるものではなく、身分そのものに本質的意味を持たせている、と見ることができるのである⁽⁴¹⁾。

C. 共同正犯

1. ヴェルツェルの「行為支配論」のもつ主観的傾向を、間接正犯の場合と共に明瞭に示すのが共同正犯に関する議論である。共同正犯は、統一的犯罪事実(Tat) に対する「行為支配」が、複数の人に共同的に存在している点にその特殊性がある。「共同正犯とは、共同的犯行決意の共同の担い手であり、その決意に基いて犯罪の貫徹に共同関与する者である。⁽⁴²⁾」すなわち、ここでは相互間接正犯的構造を明らかに否定している。上に見てきたとおり、間接正犯は基本的に非利用者を「道具」として利用し、事象を背後から支配するものと説明するのであるから、各々が本質的に同じ立場で自由に行為することができる共同正犯の場合を間接正犯の一形態として構成することは明らかに不可能なことである。

なお、いわゆる「一部実行-全部責任」の原則について、ヴェルツェルはこう述べている。「共同正犯は分業の原理に基いている。各々の共同正犯は、自分の行動分担で残余の者の行動分担を補完し、もって犯罪の全体を構成する者である。したがってこの者は全体に対しても責任を負うのである。⁽⁴³⁾」

上の定義にも明らかのように、ヴェルツェルは、旧総則47条の規定から「犯罪行為の共同の実行」を要件としつつ、これを構成する要素として「共同的犯行決意」と「共同的犯行実行」との二つを提示する。わが国で共同正犯の要件として「共同実行の意思」と「共同実行の事実」とが挙げられるのに対応する。わたくしは、ヴェルツェルの「行為支配論」が主観的であると言ってきたが、このような図式そのものは決して主観説と同じではないのである。ヴェルツェルの議論は、「意思の連絡」と「共同実行」とに基く「実行共同正犯論」である。

注意すべきは、共同正犯をめぐるのは、この「主観的」状況が重要視されていることである。このことは、間接正犯でもそうであったように、半断基準の客観化とは別問題として、正犯概念から主観的要素を排除することができないことを示すものである。すなわち、こうすることで、ある犯罪行為を主観=客観の全体として観察したときに、これが単独正犯と同様の法的評価を受け、同じく「正犯」として扱われる根拠を明定することができるようになるのである。

2. さて、共同的犯行決意(gemeinsamer Tatentschluß)というのは、この文言によって与えられる印象よりは広い概念である。これは「相互の明示的ないし黙示的な了解(同意) (44)」であって、これが犯罪行為の過程において初めて形成されること— 承継的共同正犯 — も認めているのである。この場合、ヴェルツェルの説では、後続者は既に終了し、自分が認識していた加重事由について責任を負うことになる。ただし、相互的了解(同意)が及ぶ限りにおいて責任を負うのであって、他人の「過剰」に対しては責めを負わないのである。ただ、客体の錯誤は他の共同正犯には顧慮されない。また、いわゆる片面的共同正犯も承認されない。

「共同実行」というのは、客観説によれば構成要件該当—機械的意味に理解され、構成要件行為の実施にほかならない。一方しかし、「共同正犯と幫助犯との決定的な相違は、主観的領域にある」とする主観説もまた、心情刑法に導く危険性がある。

したがって、「客観説も主観説も十分ではない。なぜなら主観—客観の分離は、行為の問題が論じられているところでは不完全であるからである。というのは、行為というものは客観的契機と主観的契機との不可分の総合であるからである。したがって共同正犯問題は、スローガンの定式化(正犯意思とか実行行為とか)では解決されえないのである。(45)」

3. では、ヴェルツェルが共同正犯性を決定する基準としてもちだすのは何か。ここでヴェルツェルは再び、共同正犯が正犯、ほかならぬ正犯であることを確認する。「したがって、各共同正犯が(客観的および主観的な)人的正犯属性を有し、かつ自手犯の場合には各人が不純な活動を自分で実施しなければならないのである。(46)」そして、もちろん、各人が目的的行為支配の共同の担い手でなければならない。したがって、目的的行為支配を欠いているところの間接正犯の道具が、初めから共同正犯の領域から排除されるのである。すなわち「各共同正犯者は、むしろ主観的には共同の犯行決意の共同の担い手でなければならない。つまり他の者と共に無条件の実現意思をもたなければならない。そして一方、客観的には自らの犯行寄与によって他の者の犯行寄与を一個の統一的な犯行へと補完し

なければならない。⁽⁴⁷⁾」

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

「(人的正犯属性をもち)共同の犯行計画に基いて実行行為を技術的意味において企行する者は常に共同正犯である。なぜなら、意思的・目的活動的企行の中に、独自の無条件の実現意思が最も明らかに表われてくるからである。しかしながら、客観的には単に予備をしたにとどまる者、または幫助したにとどまる者もまた、共同の犯行決意の共同の担い手であれば、共同正犯である。⁽⁴⁸⁾」

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

しかし、実際に目的的行為支配の内容を定式化する際には、重点は明らかに「共同の犯行決意」の側にある。これは、共同正犯に特有の問題から(先に述べたように、共同正犯においては主観的要素を本質的要素とみなす必然性がある)、より強調されているのである⁽⁴⁹⁾。この節の冒頭で、共同正犯をヴェルツェルの主観的指向を明確に示す分野として特徴づけたのはこの意味である。ヴェルツェルの対決した学説が、いわゆる自然主義的思考であったこととの対抗という理由もあってか、若干主観偏重に陥っていることはいなめないであろう。とにかく、客観的行為としては予備ないし幫助であっても、共同の犯行決意の共同の担い手である=目的的行為支配を有する分業形態である限りは、その行為をした者が共同正犯となることを認めるのである。

ただし、注意しなければならないのは、我が国で説かれる実行共同正犯論も、各正犯が構成要件を全部実現する必要はなく、幫助（または準備）的行為をもってしても共同加功とみなしうる余地を認めていることである。これも既に注意を促しておいたように、「共同的犯行決意」という概念そのものが、日本語でこう表現した場合に想起されるものとは重なり合わない部分が多いのである。もっとも、そのことを考慮した上でなお、ヴェルツェル説が主観説に接近したものであるとは言える。しかしながら、ここで念頭に置かれている主たる形は、いわゆる「一党の頭」Bandenschef であることもまた指摘すべきであろう。すなわちここでは、主観的関与の質と量とを実質的に評価することがめざされているのである。そのために、目的活動的な行為支配、すなわち目的的行為支配が統一的指導原理となり、共同正犯を画定する場合にも基礎となるのであって、この目的活動の統制という支配力こそが、正犯の正犯たる中心をなす要素であるはずなのである。

D. 批判

以上、ヴェルツェルの主張を概観し、その特質に関するコメントを加えてきたわけであるが、「行為支配論」の創始者としてのヴェルツェルの議論からは、当初の理論状況と判例との関係とを考慮した上で、今日採用すべきものと捨象すべきものがあることを明らかにしえたものと思う。学説史上、創始者の立場には重大な関心が払われるのであるが、何より理論の彫ちく成長を実践したヴェルツェルその人の学説のあり方からいっても、それを唯一の理論形態として頂くことは妥当でなかろう⁽⁵⁰⁾。また、その理論形態が欠点をもっていることのゆえに、初めからこれを退けてしまうのも早計であるといわなければならない。

繰り返し注意したように、特に日本語に直した後の文言から — これは原語であってもそうなのであるからなおさら — 受ける印象で断定的に物を言うのは誤解のもとである。ここで提唱されている概念は既に総合的で実質的な概念であり、ヴェルツェル自身が認めているとおり、一刀両断的な「スローガンの定式化」とは異なる次元にあるものだからである。したがって、ことはさらにこの概念を承認するための実体的

メルクマールをどこに求めるかに帰着し、その意味でのヴェルツェルの立場の主観偏重をこそ言うべきであると思う。そして、このような観点から考える限り、ヴェルツェルの基本志向は従来の正犯理論の統合の方向にあり、均衡のとれた妥当な方向性をもつものであるとすることができる⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

第3節 マウラッハ — 客観的行為支配 —

A. 一般的規定

1. マウラッハは、早くから目的的行為論を採用した有力な論者としてヴェルツェル以降の「行為支配論」の展開過程において重要な寄与をなした⁽⁵³⁾。ここで特にマウラッハを取り上げてその主張内容を論じようとする理由はこうである。すなわち、前節でみたように、ヴェルツェルの「目的的行為支配論」が、実際の定式化において主観主義的傾向を強く示していたのに対し、マウラッハの議論が、同様の基本認識から出発しても実際の定式化においては、客観的色彩を色濃く反映しているからである。ここに「行為支配論」内部における理論の揺れ、ないしは広がりを見ることができ、また「行為支配論」を論じる際にヴェルツェルをその唯一の型であるとみなす傾向に対して、別の傾向を代表する型を提示する意味も認められるであろう。この意味で、マウラッハの「行為支配論」は、ヴェルツェルの「行為支配論」を「主観的目的的行為支配論」というべきであるとすれば、それに対して、「客観的目的的行為支配論」とでも名付けることができる性格をもつものである⁽⁵⁴⁾。

既にこの論文の初めに簡単に定式化した、「行為支配論」のもつ主観＝客観の統一的把握の内実というものは、ヴェルツェル流の主観的理論とマウラッハ流の客観的理論とを対比してみるとよく理解されるであろう。マウラッハにみられる「目的的行為支配」は、一方では「支配」という語から引き出される印象のもつ主観的色彩を反映しつつも、他方では「行為」という語がもつ意味と原語の“タート”(Tat)という語がもつ意味との重なり程度とを明らかにする⁽⁵⁵⁾。このような事情は、「行為支配論」に関する我が国の議論では従来表面的な言及にとどまっていて誤解されているところが多いと思われる部分を、いささかでも補うことができるという点で、取り上げるに足る議論であると信じる。また、この作業を通じてこそ「行為支配論」の振幅とその収斂の過程を浮かび上がらせることができると思うのである。

2. マウラッハによれば、故意の犯罪行為は、統制する「目的」な意思と、統制

された「因果的」な結果発生とによって特徴づけられる。したがって故意犯の目的的統制要素，行為の意思は，故意にほかならない⁽⁵⁶⁾。

意識的・無意識的な共働が，同一の故意の犯罪行為に対してなされる場合には，誰が正犯となり誰が共犯とされるべきかという問題に対しては，行為支配という客観的メルクマールが決定する。ここで「客観的メルクマールである」ということが明言されているところに注意を喚起しておく。そして有名な，わたくし自身もここで基本的に採用しようとする「行為支配」の定式が述べられる。「行為支配」とは，「故意に包括された，構成要件該当性の事象経過の手中把持，すなわち，目的的な，構成要件を形成する，行為者に意識されている統制可能性」(das vom Vorsatz umfaßte In-Händen-Halten des tatbestandmäßigen Geschehensablaufes, die dem Handelnden bewußte Möglichkeit finaler tatbestandgestaltender Steuerung)⁽⁵⁷⁾である。

「行為支配」が認められるためには，「各々の共働者が，事実上のかつ同人に意識された状況にあり，構成要件実現を同人の意思に従って経過させたり，妨げたり，中止したりすることができなければならない。そして，直接正犯（自手的正犯），間接正犯（他手的正犯），共同正犯，ならびに故意の同時犯，といった実際の正犯形式を基礎づけることになるのである。⁽⁵⁸⁾」こうして，統一的原理から正犯を理論的に基礎づけるという基本的思考が明らかに表われている。

3. 以上のところでは，マウラッハの「行為支配」概念が，客観的な実質を有するもの，客観的可能性として立てられていることに注目するべきである。上に引用したところで述べられている「手中把持(In-Händen-Halten)」というのは，意思的・主観的意欲にとどまるものではない。その意味の意思は，故意と同じものとして捉えられているのであるから，それに対応する「行為支配」というのは，客観的に見た事態の性質である。「行為支配」事態は，意思を排除した概念なのである。「手の中に収めること」は，事実として，そのような可能性を実現するもしないも，その共働者の意のままになっている状況のことなのである⁽⁵⁹⁾。ただし，その「行為支配」は，「故意に包括されて」いなければならない。目的的行為論を基礎にした事実的故意は，構成要件実現の意思であって，目的的統制の事実を包括している。つまり，ヴェルツェ

ルがそうであったように、マウラッハにあって、「行為支配論」の基礎はこのよう
な、主観的契機と客観的契機との総合と均衡にあったことがわかる。「行為支配」は
確かに客観的な内容をもつ概念であるが、「行為支配論」としては、マウラッハ
の理論も、総合的統一的な考察方法を踏襲しているのである。すなわち、意思的な側
面を無視しているわけではない。「行為支配」の概念と、「行為支配論」としての理
論の構造とを明確に分けて理解しないと、マウラッハの「行為支配論」の評価に際し
て、誤解が生じる。つまり「行為支配」そのものを客観的な概念として構成すること
は、この「行為支配」が構成要件事実としての性格を色濃く宿していること、したが
ってそれが「故意の中に包括されて」いることが要請されることの根拠となってるの
である。それによって「行為支配」の概念が客観的に認識可能な事態であることを明
らかにすると同時に、主観的構成要件要素に対応する構成要件の内容を「行為支配」
として把握する道を開いたのである。このことも強調しておかなければならない。こ
こでも当然、目的的行為論自体の基本的思考方向が想起されるべきでもある⁽⁶⁰⁾。

B. 間接正犯

1. 間接正犯は、マウラッハの表現では、「故意に遂行可能な犯罪行為を実行する
ために、他の人間を行動媒介者（道具）として利用する者である」⁽⁶¹⁾。「間接正犯
の構造的規定は、学説および判例が非常な困難を示してきたところである。固定しが
たい単独正犯と共犯との限界領域として表われてくる。⁽⁶²⁾」という指摘は、「行為
支配論」以前の理論的営為の不十分なことに対する不満の表明であろう。マウラッハ
は重要な方向を示している。

「間接正犯は、間接的行為者が、他人の犯行を惹起したり、そのようなものに、共
働したりするものではなく、ある人間を自身で答責的な犯罪行為遂行の『それ自体的
確な』主体として介入させることによって、自ら独自の犯罪行為を実現することを、
[いわゆる] 正犯と共有する。教唆とは、間接正犯は、両方の犯罪形態がある人間を
この結果の実現へと誘致することによって構成要件該当性の結果を惹起するという共
通性をもつ。ということは、単独正犯と共犯との間において間接正犯の位置付けが不

確実であることは、主として因果性に関連した行為論・犯罪論によっても、正犯理論の実証的基礎づけによってもなお、促進されないわけにはいかなかったということは否定できない。すなわち、行為の本質が構成要件該当性の結果の惹起に存するとするならば、教唆と間接正犯の区別は最後には無くてすむことになる。しかし、旧法は教唆と幫助の実定法的な規制を有しているが、間接正犯のための規制は有していなかったため、法律によっては、背後者が前景者を犯行へと誘致する場合をすべて教唆の可能性につけ加え、間接正犯を、緩やかに広く考察したとしても教唆以外にはあてはまらないカテゴリーにのみ含ませることを簡単に試みすぎているのである。⁽⁶³⁾」

「こうした拡大が、実際には明らかに間接正犯に属する事実領域を犠牲にして共犯を不自然に膨張させることを意味することは、…判例が表わしている。実際、間接正犯の確固とした輪郭は、法律の恣意的な規定によっても縮小することができない、刑法の『核心領域 (Kernbereich)』(BGH 2,234) のひとつである。⁽⁶⁴⁾」

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

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

「間接正犯が、故意の犯罪行為の構成要件的结果の達成のために、他人を目的的利用すること(Zweckverwendung)によって、基礎づけられるということは、間接正犯の内容を実質的かつ積極的なしかたで確立する可能性を提示する。間接正犯は正犯であって共犯ではない。したがって、間接正犯の規定は、およそ正犯そのものの確定にとって決定的であるのと同じ、その基準に従ってこそ成就されるのである。すなわち、間接正犯は、客観的に与えられ、その者に意識された行為支配の保持によって特徴づけられる。⁽⁶⁵⁾」

ヴェルトセルの場合と同様、マウラッハの間接正犯論もまた、「行為支配論」の帰

結として、位置づけられる。ただ、ヴェルツェルの正犯概念が、まさに目的的行為論からの直接的な帰結であったことに比べると、マウラッハの議論は、客観的「行為支配」の保持を正犯の本質的規定性として立てた上で、その基準が間接正犯の根拠づけにおいてもそのまま妥当することに結びつけている点で、正犯概念としての「行為支配論」がより大きな役割を果たしている⁽⁶⁶⁾。

ここでマウラッハは、ヘグラー(Hegler)の理論を取り上げて、「行為支配論」の考え方を説明する。「『行為支配』を対象とする間接正犯の概念と、正犯者意思に従って規定される間接正犯の概念の間の中間形態として、ヘグラーによって基礎づけられた『優越理論 (Übergewichtstheorie)』が考えられる。犯罪行為を客観的に実行しない者が、その者を前景者との関係において優越関係と名づける場合には、間接正犯として妥当しなければならない。これはヘグラーが主観的不法要素とみなしたものである。⁽⁶⁷⁾」

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

マウラッハが、この理論の困難な点として挙げているのは、不自由な人間を悪用する場合である。教唆は、自由な人間を墮落させることとして記述されているからである。「行為支配」を有する者だけが、他人を犯行実行へと悪用することができる。その役割が「悪い意思」を呼び起こすことによって演じられ、今や主行為者の独立した意思に従属するものである教唆(BGH 9,380)に反して、間接正犯は、初めから終わりまで事件の経過をその制御の下に有するのである。間接正犯の場合、独自の答責的な悪への決定の閃きが、教唆の場合のように行為者に湧きあがってくるのではないし、またそれ自体比較的稀な、道具が彼自身も完全に犯罪的に行為する場合に、背後者に直接行為者の単なる道具としての「差し向け(Einsatz)」の能力を与える力の貯えを、持ち続けるのである。しかし、多くの場合には、道具を悪用することが(その者

自身有責な正犯の隸属という場合のように) 心理的にだけでなく、犯罪構成的にも認識可能である。間接正犯の場合には、周知のように、犯行媒介者の行為に本質的な犯罪メルクマールが欠けている例が遙かに多いのである。それに対して、共犯、それも特に教唆は、悪用という標識の下にではなく墮落という標識の下に立てられている。すなわち、教唆者の意思方向というのは、その悪い意欲を、自由に行為する正犯に成功裡に転嫁するということに向いているのである⁽⁶⁸⁾。

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

ここでは行為支配を、構成要件該当でない、あるいは違法でない前景者の行為の場合のように、通例、— 背後者の故意が構成要件該当の結果に向けられている場合に限る — 所与として仮定することはできない。むしろ、行為支配は現実に作用する要素として確定されなければならない⁽⁶⁹⁾。

マウラッハが間接正犯の場合として挙げているのは、まず、客観的構成要件が欠ける場合である⁽⁷⁰⁾。ここでは「身分のない故意ある道具」も含まれる。これが背後者の行為支配を排除するのではないかという考え方もあるが、マウラッハはイエシェクの、「行為支配」を規範的に要素としても考える学説、ヴェルツェルの「社会的行

為支配」の概念を引いて積極に解している。また、構成要件的に重要な攻撃傾向を欠く場合として、たとえば事象・自殺の場合を挙げている。

次に、主観的構成要件が欠ける場合。道具が、客観的構成要件を実現するが、当該の構成要件に必要な意思方向がない場合である。「目的のない道具」が含まれる。また、前景者が非故意に行為する場合にも間接正犯となる⁽⁷¹⁾。

さらに、合法的に行為する道具を利用する場合がある。「限縮的正犯概念の立場から背後者の目的的作用の完全な独立性が認識される場合にのみ、間接的な行為者の合法的所為の最終結果の合法性からの独立性が明らかになり、その場合にのみ、合法的に行為する道具による間接正犯の処罰根拠が、一に背後者の悪い心情であるというよくある疑義が論破されるのである。⁽⁷²⁾」

犯行答責を欠く道具による間接正犯。これは、背後者が、同時に、その圧力の下で前景者がその行為を遂行するという意味の、危険の源泉を意味するならば、いずれにせよ成立する。そこで、正犯が他人を殺すと威嚇して犯行の遂行へと規定する場合には、背後者が間接正犯となる⁽⁷³⁾。

直接行為者が責任無能力者である場合にも背後者が正犯となりうる。不法の意識を欠く場合も基本的に同様である。ただし、これらの場合に常に間接正犯が認められるというわけではない。考察の順序が、共犯の終わるところから正犯が始まるということではなく、間接正犯の成立を初めに吟味しなければならないということである。その基準は、あくまで「行為支配」である⁽⁷⁴⁾。

間接正犯が、背後者が行動媒介者を教唆類似の犯罪行為への影響という方法では誘致せず、すでに犯行決意を有していた者に、実行を可能にし、または本質的に容易にするだけであるときに、したがって外見上は幫助行為に限られているような場合にも間接正犯性が存するの否かという問いに答える必要がある。このような場合であっても、「行為支配」というメルクマールが見てとれるときには間接正犯性を肯定することができる。他人の自殺を誘致する場合の間接正犯性の限界については、第一に自殺者それ自身は構成要件該当性を持たない点が困難である。背後者の行為支配の力によって、通常可罰的間接正犯と不可罰的自殺共犯との間の限界づけをより正当に行なうことができる⁽⁷⁵⁾。

C. 共同正犯.

1. マウラッハは、共同正犯についてもまず、共同正犯が「正犯として」処罰されるのではなく、直接にその犯罪行為の原因である者という意味の、まさに正犯であるということを確認する。そして内容的には、共同正犯の概念は統一的にその輪郭を描くことができないという。しかし、少なくともこういうことはいえる。すなわち、マウラッハの「行為支配論」によれば、共同正犯の可能性は、通説と同様、故意の犯罪行為にのみ限られる。故意に遂行される犯罪構成要件だけが共同正犯の基礎である。「共同正犯とは、同一の構成要件該当性結果の達成への、意欲され、意識され、分業された、複数の正犯者の共働作用である。」⁽⁷⁶⁾「このような前提条件が全部揃って初めて、共働者の各々を答責的にかつ行為支配をもって行為する者であると特徴づけることができる。」⁽⁷⁷⁾

「共同正犯は正犯である。したがって共同正犯者は相当する構成要件の枠に従ってまさしく正犯として考察に入ってくる。単独正犯が成立しえないとされているその同じ程度において、共同正犯の可能性もまた排除される。」⁽⁷⁸⁾というのはこういうことである。「共同正犯は、意欲された共働の場合、すなわち『任意性』のある場合、したがって、それ自体が単独正犯の形においても遂行されうる構成要件の場合にのみ存する。共同正犯とは別に、ということは複数の者の正犯的共働が構成要件そのものによって予定されていて、そのため〔共犯の成立が〕行為者の任意には依存していないような場合が存在する。」⁽⁷⁹⁾これはいわゆる必要的共犯であるが、このような場合を必要的<共犯>というのは誤解を生じやすく、正しくは必要的<関与>とすべきである旨が述べられる。ここにも、共同正犯が紛れもなく、ほかならぬ正犯であるという確固たる表現が見られるのである。

「共同正犯は意識された共働作用によってのみ基礎づけられる。これは『共同的犯行決意(gemeinsamer Tatentschluß)』に基いて、犯罪行為の共同的実行をこの決意の分業的現実化として表現するようなしかたで、行為されなければならない。しかし、共同正犯者が、他の共犯者の威嚇の圧力の下で共働する意思を示しているだけであるからといって、その者の共同正犯性が排除されることはない。」⁽⁸⁰⁾すなわち、「意

思の連絡ということは共同正犯にとって絶対的な本質をなすものである。」⁽⁸¹⁾「意思の連絡は犯罪行為の共同性にかかわる。共働する行為者が誰であるかという人物の認識は前提とはならない。〔誰であるかはともかく〕他人も同一の目標に向かって働いているのだという知識が行為者各人に存することで足り、正犯者が、並行的に行為している者が実際に誰であるかということに関して考えている必要があるということはない。」⁽⁸²⁾「〔人物でなく〕犯罪行為に関していえば、関与者が、質的にも量的にも計画されたところの本質をなしているような不法内容に関して一致していることで足りる。」⁽⁸³⁾

2. 他の関与者について、共同正犯の成立を認めるための前提条件が満たされているということが出来るためには、どの程度の犯罪的行態を犯罪的行動者の行為が表現していなければならないかについて、マウラッハはこう述べる。「他の関与者も、少なくとも構成要件に該当し、違法に、犯行答責的に行為した場合にのみ、刑法25条2項によって〔共同正犯の〕考慮に入れられるのであることは疑いがない。すなわち、故意なく、あるいはその者自身は合法的に行為する者と共に、ひとつの〔同一の〕構成要件該当結果のために共働する者は、常に、その者単独で行為支配を有しているので、この場合には間接正犯によって共同正犯が排除される。」⁽⁸⁴⁾

「共同的犯罪行為遂行への決意は、共同正犯の主観的構成要素を形づくる。その客観化がすなわち、『犯罪行為の共同的遂行』（25条2項）であって、これによって初めて共同正犯が成立することになる。」⁽⁸⁵⁾

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

マウラッハの「実質-客観説」すなわち「目的的-客観説」または「行為支配論」によれば、こうである。まず、この理論は、共同正犯と共犯との区別を正犯者意思というマルクマールによってすることを基本的に否定し、現実の原因力の分担という客観的事象の次元で限界を画するという点において、形式客観説と同様である。「この

理論は、『犯罪行為遂行』という概念に、これが個々の構成要件において現われるように不可分に結びつくのではなく、それを超えてあらゆる種類の故意の正犯を、ということは共同正犯をも包摂した上で、『正犯』という基本概念の全種類を派生概念である『共犯』から限界づけることができるような、実質的原則を求めるものである。行為支配論は、このメルクマールを、正犯における行為支配と、共犯における行為支配の欠缺であると考えるのである。」⁽⁸⁶⁾

この理論は、当然に形式客観説の成果を支持するのであって、形式的に構成要件に結びついた行為支配という性格の規定を含むのであるが、さらに、実質的には、同じ原理が一般的な故意の犯罪行為のメルクマールともなる。それが、「構成要件該当事象の、正犯による目的統制」というメルクマールである⁽⁸⁷⁾。

「共同正犯とはまず、自ら構成要件メルクマールを実現する者であり、しかも[そうである限り]それぞれの犯罪行為の法律上の構成要件に記述されている必要条件を超え出る、『結果に対する利害関心』、『その犯罪行為を自分のものとして意欲すること』の、あるいは『行為支配への意思』の表象が、その者に存在していない場合でもかまわない。」⁽⁸⁸⁾ 「しかし、共同正犯とされるのは、形式的な行為支配を共同保持する者だけではなくて、実質的な、あるいは『機能的な』行為支配を共同保持する者も共同正犯である。外形的には単に心理的な惹起行為(犯罪の誘致)をするにすぎない者、あるいは外形的に見れば、予備ないし援助活動を行なうにすぎない(犯罪幫助)者であっても共同正犯となりうる。」⁽⁸⁹⁾

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

「実質的行為支配の本質は目的的行為概念から明らかになる。行為が、人間の目的努力によって一定の目標に向って統制された意思活動であるならば、共同正犯の形で遂行される行為は、共働者が、各々が同程度に参画している同一の結果に向けられた行為を、その結果が統一された作為の所産として記述されるように相互に協調させて

いるということによって、特徴づけられる。すなわち、共同正犯とは、共働者の各人が他の者の単なる道具として埋没してしまう（この場合には故意に行為する道具による間接正犯である）ことのないような、ある結果への分業的達成努力という形での行為支配の保持者であるということ〔すなわち正犯性の一般的規定＝行為支配〕がここでも維持される。この考え方〔行為支配〕は、＜故意に包括された構成要件該当事象経過を手の中に収めていること＞というふう理解されなければならない。全結果の実現をその意思に従って妨げたり経過させたりすることができる共働者であれば、そのすべてが行為支配を有することになる。この要件もまた、故意に担われているとはいえ、＜客観的＞性質のものである。単なる『行為支配への意思』が決定するのではなく――それは正犯者意思を言い換えたことの帰結にすぎない――、意思に担われた事実形成(willensgetragene Tatgestaltung)が決定的なのである。』⁽⁹⁰⁾

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

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

「〔この場合には〕共同正犯とは、自ら手を下すことなく、犯行経過を規制し支配して監督する者である。他方、教唆者は、その事実的寄与をもって未だ決意していない者を〔犯行へと〕傾かせること、幫助者は、その共働をもって〔既に決意している他人の〕犯行決意を強化することを、それぞれそ目標とするものであり、〔したがって教唆者・幫助者の場合には〕このような目標が達成されたところで〔犯行経過を〕『手から放す(„aus der Hand geben“)』のである。』⁽⁹¹⁾

D. 批判

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

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

この、実質的考察の内容を記述して明確化する方向の一例を、マウラッハの教科書を改訂したゲッセル(Gössel)が示していると思われる。これについては後述する⁽⁹²⁾が、ひとことでいえば、マウラッハ自身の議論の中では、「行為支配論」の展開が十分でない創成期の段階であったことに制約されて、主観的な要素と客観的な要素との関係が十分に明確にされてないために、「行為支配」を認めるために客観的寄与をどの程度要求するのが妥当であるのかについての考慮に問題を残したのではないか、というのがゲッセルの評価であると思われるのである。

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

質的考慮の外枠を設定する基準としての「行為支配」の役割は、わたくしも当然これを認めるものであるが、「行為支配」概念そのものが客観的に構成されているにもかかわらず、結論的には、いわば評価的な考慮の不定型性、曖昧さを免れてはいない。客観的にみて構成要件該当の行為を要しないとした場合の「行為支配」の内容は、それによって若干希薄化されていることは否めないのではないか⁽⁹³⁾。わたくしの考えるところによれば、「行為支配」概念のきわめて注目すべき<客観的>定式を提出したマウラッハの理論の価値は決して創始者であるヴェルツェルに劣るものではない。むしろヴェルツェルについて主観的傾向が強調され、「行為支配論」そのものに対しても誤解が生じがちであることに、有力なアンチテーゼを提出しているということもできる。ただし、特に我が国でもヴェルツェルに対して言われたような、概念や判断基準の曖昧さの指摘に対して十分に答えることができていないということは、これを認めるほかはないであろう。

A. 総説

1. ガラスも、「行為支配論」の展開過程において無視できない寄与をなした。しかも、マウラッハの場合にも見られたような「実質的考慮」を、端的に価値関係的なものとして設定することによって、結論的にはバランスのとれた解決を提示していると思われる。また、その「行為支配論」の構造的図式としては、まず限縮的正犯概念を明示的に採用した上で、この場合に「実行行為」を、いわゆる因果的理解によってではなく目的的行為概念によって理解しなおすことによって、実質的正犯概念が構成されることになり、それを「行為支配論」と呼ぶという形になっている。これは、目的的行為論に基く「行為支配」概念の構成としては端的明瞭な構造であって、ひとつの注目すべき形態であると思われる⁽⁹⁴⁾。

ガラスは、限縮的正犯概念に基く正犯論が、「構成要件該当の行為」を行なうことは、既に客観的その行為の単なる促進とは違う何物かであり、正犯と共犯とは既に価値外的現象として区別可能であることを認めるので、限縮的正犯概念論は例外なく客観的共犯論と結びつくと述べている⁽⁹⁵⁾。これはガラスの「行為支配論」が「価値関係的」であることに照らして興味深い記述である。客観的共犯理論の支持者たちが、無価値判断を、結果に対してではなくその惹起の様態に対して行なうことを考えたことから、形式-客観説と実質-客観説とが説明される。法律に犯罪行為を記述して、その記述に合致する者が正犯となるというのが、形式-客観説であり、正犯と共犯とは犯罪行為分担の一般的な危険性の程度によって、事実的な因果的事象を経験適合的な経過において判断されるというのが実質-客観説である⁽⁹⁶⁾。

ガラスは、このような客観説に対して批判を試みる。「形式-客観説は、構成要件の犯罪行為の記述が因果的事象経過(Vorgang)であると考えている限りにおいて、なぜこれらの記述において犯罪行為の原因性に対して独立した価値尺度が含まれているのかを説明することができない。他方、実質-客観説のいう危険性の予測は、この説が、単に犯行の因果的側面のみを対象とし、犯行の意味と成功の機会にとって決定的

である目的的な契機を看過している限りにおいて、未確定なのである。」⁽⁹⁷⁾

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

2. 「挙動犯の構成要件が『目的的一因果的意味統一体』であり、それは行為を記述するのであって単なる因果経過を記述するのではないという認識」⁽⁹⁸⁾が必要になる。以下、目的的行為論に基いた犯罪の理解が、ガラスの議論の前提となるわけであるが、それは単に目的的行為論プロパーの問題として論じられるのではなく、主観説に対抗する正犯理論の構成の問題として論じられるのである。したがって、「行為は意思の徴候(Willenssymptom)ではなく意思の実現(Willensverwirklichung)である。行為者の意思は客観的なものに向けられており、[そこには]行為という形で客観的に形成され、現実には作用するものであるということが含まれている。この客観的なものへの関係という点において初めて、行為における意味区別(Sinnunterschiede)が可能になる」⁽⁹⁹⁾という議論になるのである。

「挙動犯の領域においては、正犯と共犯とは因果的結果寄与としては区別されないが、異なった意味内容をもつ<行為(Handlung)>としては区別される。」⁽¹⁰⁰⁾ この議論の背景には、挙動犯の場合には正犯と共犯とは区別ができないのではないかという問題がある。一方、構成要件該当行為の枠を超えて拡張されるのではないかという反論に対しては、限縮的正犯概念の文言解釈からの解放のために目的的行為論が構成要件の評価的解釈によって「緩和(auflockern)」⁽¹⁰¹⁾ するにとどまるという。

続いて、純粹な結果犯についても、犯罪行為を客観的—主観的全体性(Ganzheit)において把握するならば、— ということは構成要件該当の行態(Verhalten)を因果的事象経過としてだけではなく、正犯者意思の客観化として、つまりガラス—目的的行為論のいう「行為(Handlung)」として理解するならば、直ちに挙動犯の場合と同様の正犯概念が妥当する。「正犯によって[犯罪の実現のために]採用された手段は、少なくとも諸事情についての正犯者の判断からして、構成要件該当の結果の惹起を同人の所業(Werk)として現前させることにふさわしいものであり、かつまたその限りにお

いて同人を『犯行の支配者(der Herr der Tat)』として現前させることにふさわしいものでなければならない。したがって、構成要件該当の行為と、それに基づく正犯性とは、<評価的な(wertend)>、<相当性>思考(Adäquanzgedanke)に指導された考察方法に従うことによってのみ規定されうるのである。」⁽¹⁰²⁾「その際採用される尺度は、スローガンの言えば『行為支配』の概念である。この概念においては、この概念が同時に目的的ならびに評価的考察方法の帰結であるということ意識し続ける限りにおいて、客観的契機と主観的契機とが相互に結びついている。」⁽¹⁰³⁾

ガラスの「行為支配論」がヴェルツェル以来の「行為支配論」の基本思考を踏襲するものであることが明らかに宣言されている。わたくしがここで概観している3人の理論は、傾向の上でそれぞれ特徴的ではあっても、一般にそれほど異なった基盤や方法論の上に成り立っているものではなく、全体として目的的行為論に基く共通の認識に基いているのである。このことは、ロクシンの議論について触れた際に、ロクシンの説によって「行為支配論」が収斂に向った、という位置付けを示した⁽¹⁰⁴⁾ので誤解を招くことになったかもしれないが、細部において異なった思考や結論を示していることはその通りとしても、ヴェルツェル以来の「行為支配論」にはやはり共通の方向性があるのである。ガラスの上の記述はそのことをよく示していると思う。

3. さて、現行法の解釈としてこの理論が優れているのはどんな点であるか。これについてガラスの議論においては、「この方法によってのみ、全ての故意の犯罪行為についての統一的な形式の正犯概念が獲得されうる」⁽¹⁰⁵⁾ということと、「個々の結果犯はその法律上の文言において、特徴づけの区別[にすぎない]としても、とにかく故意の遂行か過失の遂行かが場合に依りて前提されている。しかしこの場合に決定的なのは、狭い正犯概念(ガラスはここで拡張的正犯概念を念頭に置いている—引用者)を基礎に置くことによってのみ、そもそも正犯と共犯とが区別されうるということである」⁽¹⁰⁶⁾ことが挙げられている。

B. 間接正犯

1. 「構成要件該当の行為に方向づけられた正犯概念の枠内では、犯行媒介者に奉仕する行為もまた、[その者の]正犯性を基礎づけることができる。ただし、それは<直接的遂行と同価値の行為支配の表現>であるときであって、またそのときに限られる。」⁽¹⁰⁷⁾ この場合に、「間接的遂行が直接的遂行と同価値であること」は、外形的な犯行経過の支配という尺度に依存するだけではなく、「犯行の意味内容における合意(Übereinstimmung)にも依存するのであること」⁽¹⁰⁸⁾ が確認される。自手犯や、身分犯・目的犯などの場合に、それぞれの正犯条件が欠けている場合には、もとより、間接正犯の成立は除外される。

間接正犯というのは、「行為支配」が<分かれている(teilen)>という点に、その本質がある⁽¹⁰⁹⁾。「しかし、直接に行為する者の行為支配も、背後者の『上位の』 („höherstufig“) 行為支配を必然的に排除するということではない。むしろ、直接行為者が犯罪的行為の経過を、部分的には目的活動的に支配するが、同時に全事象の構成部分とみなされて、その犯行がその者の所業とみられるほどにその目的設定が背後者の意思の方に依存していることが考えられる。背後者の『優越』 („Übergewicht“) (ヘゲ) によって、直接行為者の行為支配は相対化される。」⁽¹¹⁰⁾

2. われわれの関心は、どのような場合にこのような「行為支配」が認められるのであるか、である。ガラスは「それは評価の問題である」として一般的な基準を明示するには至っていない。しかし、ヒントとして、責任阻却の諸規定を援用する。確かなことは、「直接行為者を、立法者が抵抗が期待されない程に強力なものと考えているような、ある圧力の下に置くときには、[背後の者が]間接正犯となる」⁽¹¹¹⁾ ということである。同様に、「犯行媒介者が故意に、しかし緊急避難状態で、つまり責任無能力の状態、または不法の意識なしに行為し、一方背後者の方では媒介者の助けを借りて構成要件を実現するために、緊急避難状態、責任無能力(酒酔い!)または禁止の錯誤を惹起した場合にも」⁽¹¹²⁾ 背後者が間接正犯となる。また、既に存在しているそのような事情を利用する場合にも同様である。さらに、故意に行為するの

ではあるが、責任が阻却されるような、外形上または内心上の不自由状態で行為する犯行媒介者を利用する場合も間接正犯となる。

逆に、直接行為者が完全に責任能力ある正犯である場合には、背後者が間接正犯とされるような「行為支配」の存在は否定されなければならない。「純粹に事実的一心理的に考察すれば、確かに背後者がその人的ないし社会的優越によって、有責に故意にその行動を実行する者のものでもあるところの所為をまさに『支配する』場合が考えられる。それにもかかわらず、『行為支配』という概念は同時にそれが由来するところの構成要件該当行為という概念に関係し、したがって、人的概念というものは法的評価の目的合理的な側面だけでなく社会倫理的(sozialethisch) 側面にも関連するのである。しかし、そう考えると、他人を道具として利用する場合の行為支配は、法が直接行為者の所為を、自由かつ人的答責性を基礎づける所為と評価するところに、その限界を見出さなければならない。というのは、同じ価値秩序の尺度によって測定した場合に、ある行態が、同時に、自由であってかつ他人に支配されている＝不自由であるということは、ありえないからである。」⁽¹¹³⁾

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

事態が生じうる。(114)

「これを解決するには背後者の正犯性を認めるほかはない。これは、実際、背後者が全事象の内部にあって[それを]支配しているという地位によって肯定される。その者は確かに直接行為者本人に対する支配者ではない。しかし、その犯罪としての性格がその者の身分ないし目的にかかわる限りにおいて、全体としての犯罪行為に対する支配者である。」(115) 「背後者は、その身分ないし目的によって、そもそも犯罪的な事象になるかどうかを手中に収めているのである。こうして教唆行為を行なうことは行為支配を行使することであることになり、したがって構成要件該当の行為を自らの手で行なうことは重要でないということになる。」(116)

以上のところから、身分ないし目的が構成要件上の要請である犯罪においては、背後の者が有する身分・目的によってはじめて構成要件上の要請が満たされるのであるから、その者が関与することがその犯罪を実現するための決定的な条件であることになる。この意味において、背後の者は、構成要件を実現する際に全体としての犯罪行為を「支配」している。犯行媒介者本人の「行為」なり「意思」なりを「支配」するものではなくとも、全体としての犯罪事実を支配していると解するのである。つまり「支配」の有無を判断するに際しても、現象している事実が全体的に考察されることが重要なのである(117)。

C. 共同正犯

1. ガラスは、まず、共同正犯の問題性を共同正犯と幫助犯との限界づけに関連して指摘する。すなわち、純粹に客観的な方向で理解された限縮的正犯論(restriktive Täterlehre)によって、犯罪行為を因果的にのみ把握する場合には、客観的には何ら因果的に変わるところのない行為が正犯・共犯に分けられなければならないことになる。そこで、形式客観説によれば、「事實的寄与が、機械的意味の『実行行為』ではないが、正犯行為[とすべきであるほど]の實體的重要性に到達している場合には、[その場合を正犯とすることができないので]不満足な結論になる」⁽¹¹⁸⁾ というのである。そこで、ガラスによる共同正犯の定義というのは次のようになる。

「ここで支持されている目的の見解によれば、限縮的正犯論の基本的思考 — 構成要件該当の行為からの正犯概念の導出 — を捨てることなく回避することができる。行為支配という概念の助けを借りて、純粹な結果犯の領域においても、正犯と共犯とを、異なった實體的意味と異なった客観的重要性をもつ目的的活動として区別することができる。．．．共同正犯とは、共同の犯行決意に基いて、行為支配の行使への参加(Teilhabe an der Ausübung der Tatherrschaft)として現れる行為を行なう者である。」⁽¹¹⁹⁾ 「正犯と幫助犯との限界づけもまた、投入された手段の目的的統制と結果の相当性との結びつきに決定的に依存する。」⁽¹²⁰⁾

客観的・主観的な全体として、ある犯罪行為が有する「意味」や「重要性」を判断することが、「行為支配」という概念の本質を形づくっている。ガラスが、「行為支配の行使」と言っているのは、外形的に現れたものとしての事實的寄与を表わすものと考えられる。そうすると、「行為支配」とは「行使」される対象である。「行為支配」を有しているということは、「行為支配」を行使するということとはとりあえず異なるものであるとあってよいであろう。ということは、マウラッハの場合とは事情が少し違っている。マウラッハの理解では、「行為支配」は客観的に存在する事態のことであって、一方それは故意に担われているという形であった⁽¹²¹⁾。これに対してガラスの場合には「行為支配」は、より實體的に行為者自身に結びついている。すなわち、それは、行為者が「行使」する対象となっている。

マウラッハが「行為支配」概念を客観的なものとして構成したとき、「行為支配」は積極的に「行使」の対象としては考えられていなかった。すなわち、何らかの外形的にみて正犯とされるべき寄与をなさない場合にも正犯性を承認することがあったのである。これに対してガラスにおいては、外形的に「事実的寄与」をなすことが「行為支配の行使」として正犯性の条件となっている。「事実的寄与」は、目的的行為論から再構成された「実行行為」にほかならならず、しかも「実行行為」を自ら行なうことが正犯たる条件であるというのが限縮的正犯概念の主張であるからである。

2. ガラスの説明をもう少し追ってみよう。

「AとBとが、ある犯行を共謀し、Bはそれに基づいて毒を調達してそれをAに手渡し、Aが〔意図した通り〕飲み物の中へ注ぎ入れた場合には、Bは、いわばAの行為にも参加したのであり、Bの行態とBが〔犯行現場に〕現在することを知っていたAを、Bの連帯性(Solidarität)によって確信させ、それによって「興味を引いておく („bei der Stange überhalten“)」作用をもったならば、その犯行は、AだけでなくBの所産でもある。AとBの行態が、そのようなしかたで相互に関連するならば、〈集合的〉能作(kollektive Leistung)の表現として、評価的な考察についてみれば両方が行為支配の担い手として現われる。」⁽¹²²⁾

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

... 47条の構成要件該当行為の『実行』と同価値の行態でなければならない。した

がって、犯行の計画や予備への関与では足りない。共同正犯者はむしろ、行為支配の<行使>へも参加しなければならない。犯行の機会をうかがったり、それに必要な道具を調達したりすることに限られる者は、犯行の共同支配者としてではなく、犯行共謀に関与したとしても、幫助として行為したにとどまる。」⁽¹²³⁾

ガラスの「行為支配論」を特徴づけている「『意味』の考慮」が、共同正犯の概念を画定する際にも決定的な役割を演じている。わたくしが、「純粹素朴な実行行為概念」と呼んだ「技術的意味の『実行行為』」と事実的寄与との相違について注意を喚起しておきたい⁽¹²⁴⁾。限縮的正犯概念を基本に据えた「行為支配論」が、等しく前提にしていると思われるのがこの点である。我が国の通説である「実質客観説」が、たとえば「構成要件実現の現実的危険を発生させる行為」⁽¹²⁵⁾ というような定義によって「実行行為」概念を構成する場合には、この「実行行為」はガラスが「技術的意味の」という実行行為とはもちろん違ったものである。しかし、ガラスが「行為支配論」を説く場合に、実行行為概念とは別に事実的寄与というものを考えていることには注意する必要がある。

D. 批判

1. ガラスの「行為支配論」の問題性は、「全体的考察・評価的考察」に際して、どのような基準が考えられるのかということである。条理ないし常識的な判断というだけでは明確な基準にはなりえないのではないか⁽¹²⁶⁾。

これに関連してガラスの議論からもう少し引用しておく。

「行為支配論」は、「構成要件該当行為の、目的的活動としての実体的意味を志向し、もって、一方では犯罪行為を単なる因果的事象としてではなく、計画的意思の客観化として理解し、他方では客観化の内容に一定の要求を設定する（用いられた手段の『結果への近接性』! („Erfolgsnähe“ der angewandten Mittel!)) ことによって従前の主観的・客観的共犯理論を凌駕する。」⁽¹²⁷⁾ したがって、「行為支配論」は「<目的的一客観的(final-objektiv)>理論であるということが出来る。その際、行為支配という概念の<価値>要素が看過されてはならない。…行為支配という概念

は、構成要件該当行為の解釈の手段として、もとより各犯罪類型の特殊の不法内容に関係するものである。」⁽¹²⁸⁾

「行為支配の概念に内在する法的評価の契機は、直接的行為者が完全に答責的正犯である、したがって構成要件を、『自然的』(natürlich)故意をもって実現するだけでなく、<有責に(schuldhaft)>実現する場合にも、間接正犯を認めることを基本的に除外することになる。確かに、背後者がその個人的ないし社会的優越によって、直接行為者に強い圧力を及ぼし、純粹に事実的・心理的に考察すれば、これが背後者によって『支配されている』ように見える場合が考えられる。しかし、法の意味における『行為支配』を、そのような依存関係は基礎づけはしない。というのは、我々を自由や責任という概念に、したがって社会倫理的に方向づけている法秩序というものは、それ自身矛盾に陥ることなく一方で直接行為者を正犯として完全な責任性へと引いていき、その犯行決意の自由を前提とし、他方、その行態をその背後者によって支配された、不自由な行態とみなすからである。」⁽¹²⁹⁾

「結局、正犯とは、形式的には、構成要件該当の行為を行なう者であり、実質的には、行為支配を行使する者である。この2つの定義は相互に無関係なのではない。むしろ実質的概念規定は形式的概念規定に結びついている。すなわち、行為支配とは、それに基づいて構成要件該当行為が正犯行為として解釈されるべきであるところの、実体的基準である。」⁽¹³⁰⁾

これらの議論からは、「行為支配」概念が、主観的・内心的事実としても客観的・形式的な観察の側からも、法的概念として特別の実質的・評価的考慮に基づいて規制されるものであることがうかがわれる。そして、そのような実質的・評価的考慮の基準として「行為支配」を導入することによって限縮的正犯概念を維持することになるのである。すなわち、ガラスが上の引用の中でも強調している通り、因果的に理解された場合には問題がある限縮的正犯概念ではあっても、それに基づいて正犯概念を構成することは依然として可能なのであり、限縮的正犯概念の基礎となっている構成要件該当行為=正犯行為というものが、「行為支配」という概念を基準とすることによって形式的・機械的な解釈をされるものではなく、妥当な範囲で正犯概念を画することも可能になるのである。要するに、「行為支配」とは、全体的・評価的考察に基い

て、実体的に構成要件該当行為を確定する基準である。そしてこの場合に、機械的な意味に解された構成要件該当の「行為=Handlung」を正犯の基準とするのではなく、事實的寄与としての「行為支配の行使=Ausübung der Tatherrschaft」を導入するのである。

2. ガラスの方法を図式的に述べれば、限縮的正犯概念を採用した上で、その場合に「実行行為」を自ら行なうという規定を、行為の目的的理解に基づいて主観的・客観的な全体構造をもつ社会的意味の実体として捉え、この意味で評価的基準であるところの「行為支配」とその「行使」とをもって、正犯概念を確定するのである。目的的行为論と不可分の理解ということもできるが、今日、ドイツ刑法学で有力に展開されている社会的行為論にとっても共通の思考である⁽¹³¹⁾。ガラスが目的的行为論を提出する場合には、行為の存在構造からする理由もさることながら、このような全体性をもってしなければ行為の社会的意味の把握が正しくできない、という認識が強く出てきているのではないと思われる⁽¹³²⁾。そして、それ自体は決して妥当を欠くものではないし、それどころか、わたくしも同様の認識を共有するものであることは既に何度も表明してきたところである。

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

第2章 「行為支配」の現況

— ロクシンの理論を中心にして —

第1節 ロクシンの「行為支配論」

1. ロクシンの「行為支配論」の特徴

ロクシンの「行為支配論」研究の重要性については、既に繰り返し指摘してきた。ロクシンが、「行為支配論」の構成にあたって、上に見てきたような、従前の有力な「行為支配論」に対して、独自の寄与をなしたことのひとつは、「単独正犯」・「間接正犯」・「共同正犯」という正犯のそれぞれの形態ごとに、「行為支配」の表現形式を詳しく分析してみせたことであろう⁽¹⁾。それは、「行為支配論」にとって価値があるというだけではなく、一般に正犯・共犯論を考える上で非常に示唆的な内容を含んでいると思われる。

まずロクシンの「行為支配論」についてあらかじめ全体的な特徴を述べておく。

第1に、正犯論は構成要件に記述されている犯罪主体は誰になるのかを規定するものであるから、構成要件該当行為の自手的実現を正犯性判断の基本とする形式客観説から出発する。⁽²⁾

第2に、「行為支配論」を導入することによって、形式客観説の提出する（構成要件行為実現の）「自手性」という要件が克服される。すなわち、ロクシンの理論もガラスの場合と同様、形式客観説の緩和的展開の線上にある。したがって、これは「新しい実質客観説」⁽³⁾である。

第3に、このような理解をすることに伴ない、「主観的要件」すなわち故意と、自らの支配の基礎となっている全ての事情の認識ということが同時に考慮されることになり、「行為支配論」は、正犯性を画する上で客観的要素と主観的要素とに同等の考慮を払うものとなるのである。⁽⁴⁾

このような基本的考え方に立った上で、ロクシンに特徴的なのは、「行為支配論」

は、何らかの決定的定式によって提供されている記述的要素を定義し、構成要件的行為の種々の現象形態を単純に分類するといった概念ではないことを正面から承認し、「行為支配論」はむしろ正犯を摘示する際の指導原理(Leitprinzip)⁽⁵⁾であると位置づけ、具体的規定については、直接正犯・間接正犯・共同正犯それぞれに異なった徴表によって特徴づけられるべきであるとするのである。ここに、第1章で概観したような従前の有力な「行為支配論」との決定的な差異が存する。つまり、「行為支配論」が、実行行為などの基本的概念を修正することなく、統一的原理に基いて正犯の3形態を理論的に基礎づけることをめざし、そのために、ある場合には「行為支配」の内容が曖昧になったりすることがあったのに対して、ロクシンはその統一的原理を、まさに「指導原理」という上位の概念にまつりあげて、その意味では、統一性の要請からは一步後退することを敢えて顧みず、むしろ「行為支配」概念の内容を明確にし、実質をもった概念とすることに努力したのである。

2. ロクシンの「行為支配論」の検討

A. 総説

ロクシンは、「主観的構成要件、すなわち故意と、自分の支配の根拠となる要因全ての認識とが、既にともに考慮されていること」⁽⁶⁾を指摘する。「自分の構成要件充足について、ないし自分の指導的役割について何も知らない者は、その事象に対して何らの支配を及ぼすことはできないし、正犯として考慮に入れられることもない。つまり、行為支配論は、客観的ならびに主観的要因を正犯の規定のために同等な意義を配分することによって、歴史的に(ローベとヴェルツェルにおいて)行為支配論が由来しているところのドルス理論(Dolustheorie)から出発してもそれに到達する道が開かれたのである。こうして、行為支配の原理によって、学説においてほとんど全面的に[「行為支配論」が]貫徹することに貢献したといえる、客観主義者と主観主義者との調停が可能になる。」⁽⁷⁾

このように、ロクシンもまた、「行為支配論」は主観説と客観説との総合・統一という役割を果たすものであると見ている。ロクシン自身は、正犯概念の構成に際して

も客観的理解から出発するのであるが、それは形式的な客観的理解にとどまるものではなく、いわゆる「ドルス理論」の側からしても「行為支配論」へのアプローチが可能であることが主観的理解との関連性を示していることが、上のような（主観説と客観説との総合・統一という）その性格と役割とを証明しているというわけである。

続いて、わたくし自身が上に述べたところ⁽⁸⁾でもある、「行為支配」概念の内容の曖昧さについて、ロクシンは、それを率直に承認してしまうことから始める。

「もちろん、『行為支配』は、絶えず目の前にある記述的メルクマールを終局的に述べたてることによって定義され、また、任意の正犯的行為の現象形態をその下に簡単に包含させるような概念ではない。そのような正犯概念は、生活が形成されるしかたの多様性に照らして、もともと不可能である。そして、それを求めるせいで、正犯と共犯とに関する学説は長らく図式的な抽象という誤った軌道に固執してきた。しかし他方、行為支配は、一般条項(Generalklausel)ないしは単なる『描像』(„Bild“)ではない。むしろ、行為支配を論じる場合には、全ての法素材(Rechtsstoff)を詳細に検討することによって初めて内容を具体的に規定するものにまで作り上げられなければならないところの、構成要件該当の事象の『中心人物』„Zentralgestalt“ または『鍵人物』„Schlüsselfigur“を特徴づける**指導原理**(Leitprinzip)が問題になっているのである。したがって、直接正犯における、間接正犯における、共同正犯における行為支配というものが、それぞれ異なったメルクマールによって特徴づけられなければならない、さらに間接正犯の場合についてだけは、再び、同一の概念要素に還元することができない、分節され多様に入りくんだ対象の構造に適合させて対応することによってしか記述することができないような、さまざまな異なった形式において[行為支配が]現れる。したがって、行為支配の原理は法素材に即して展開されなければならない、その結果、その抽象的メルクマールを『かっこの外に括り出す』のではなく、個々に、無数の可能な事件形成の際にその下に理解されるべきものを、注釈の結果として初めて知ることができるようなものなのである。」⁽⁹⁾

若干引用が長くなったが、これは、従前の「行為支配論」に比べてロクシンの「行為支配論」が有する特徴を明瞭に示す部分である。ロクシンがとった方法は、具体的な規定の上位にある原理とされた「指導原理」としての「行為支配」の内容を個別的

な注釈によって明確化するというものである。「行為支配」を有するとされるべき場合を書き上げて、全てを記述的に明らかにすることが、統一的基础から正犯を基礎づけることよりも、実際には重要であるという認識に基くものである。ロクシンはこのような意味における「行為支配」概念を、「開かれた概念としての行為支配」⁽¹⁰⁾と呼んでいる。このような（開かれた概念という）方法自体は、刑法学の中では「構成要件」概念を始めとしてその例があるわけであるが、第1章で見たような「行為支配論」が統一的正犯原理を求めてきた道程を誤りであったと決めつけた上で、このような方法に踏み切ったところが大胆な点である。

ロクシンの「行為支配」概念は、さらにその地位を後退させる。

「行為支配はまた、例外なく全ての構成要件において正犯の規定へ関係させられるような普遍原理(Universalprinzip)ではない。かえって、諸構成要件のうちふたつのグループにおいては、正犯性を始めから別の視点から判断しなければならない。すなわち『義務犯』(„Pflichtdelikt“)と『自手』犯(„eigenhändiges“ Delikt)との場合である。」⁽¹¹⁾

ここでロクシンが提示している「義務犯」と「自手犯」という構成要件の類型は、犯罪形式の分類としてその分析の重要な視点を提供しており、「行為支配論」に関してということに限らず示唆的なものがある。これらの類型においては、「行為支配」が正犯性を決定する役割を果たさず、もとより別の原理が働くというのである。

ロクシンのこの議論に対しては、「行為支配」論者の中にも批判的な意見が少なくない⁽¹²⁾ではあるが、ロクシンが一貫して「行為支配」概念の実質を明確に記述するという方向に向っていることがよく表われている。「義務犯」と「自手犯」という2つの場合には「行為支配」によっては正犯概念を画することができないと考えた以上、こうした場合にも「行為支配」に基く正犯概念を画するために「行為支配」概念を修正してその外延を拡張することよりは、潔く「行為支配」概念を正犯性判断の場面から退けて、別に明確な原理を立てることの方を選ぶのである。

既に第1章の検討でも明らかなように、「行為支配」という概念を用いて正犯概念を構成する場合には、限縮的正犯概念が当初前提としていた純粹素朴な実行行為概念は、少なくともそのままの形では正犯の規定から外れることとなり、正犯の決定的基

準は「実行行為」を行なうか否かではなく、「行為支配」を有するか否か、あるいは「行為支配の行使」があるか否かにその根拠が求められる。それによって、間接正犯や共同正犯の基礎づけが可能になったのである。しかし、「自手犯」という範疇を認めるならば、この場合は、まさに自ら自分の手で犯罪行為を実行することが正犯性の根拠となるのだから、その場合にも不明確な「行為支配」概念によって正犯性を判断するのではなく、自分の手による実行を正犯原理とした方がよいというわけである。

同じ理屈で、身分犯をはじめとする「義務犯」においては、法律の上でそれを課すことが認められている義務を有するか否かが決定的な正犯徴表なのであるから、この場合には「行為支配」の有無ではなく、「義務」の有無をもって正犯性を判断することが妥当であるというのである。

ところでロクシンは「義務犯」と「自手犯」について次のように説明している。

「義務犯というのは、構成要件に前置されている〔構成要件とは別にそれ以前に前提されている〕、刑法外の特別義務(Sonderpflicht)を侵害する者だけが、正犯となりうる構成要件のことである。」⁽¹³⁾

「自手犯とは、構成要件該当行為自体を物理的に企行することによってのみ実現される犯罪行為である。この場合には、自手的でない〔性質をもつ〕共同正犯と間接正犯と〔の成立〕は除外される。」⁽¹⁴⁾

これらの類型の集合にどのような構成要件が含まれるかは、確かに異論のあるところであるが、このような犯罪類型そのものを認めることはできるであろう。特に、自手犯の観念は一般的に認められているであろう。ここでは、その是非やそれぞれの類型に含まれるべき構成要件の詳細について立ち入って議論することはできないし、また必要でもない。ここではむしろ、ロクシンがこのような思考方法をとったことが、「行為支配論」の概念を明確に構成していくために果たした役割を指摘しておくにとどめたい。

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

いる通り⁽¹⁵⁾、このような正犯概念は、正犯性判断の明確な基準を提供するという点においては、若干の犠牲を払ってきたといわざるをえないのである。ロクシンはこのような学説史を踏まえた上で、その重点を逆にして、統一的説明を犠牲にしても内容の明確性を重視する方を選んだのである。そのため、「行為支配」によって正犯性を説明できないものは「行為支配論」の射程から除外して、「行為支配」に正犯の統一的根拠たる地位から退かせることを厭わなかった。「行為支配」より明確な基準が適用される領域では、「行為支配」とは別の原理を躊躇なく導入したのである。

B. 直接正犯

犯罪行為を「自ら」遂行する者は、ドイツ刑法25条 1項によって正犯である。これが直接正犯であり、構成要件の行態の基本的形式である。「法律の文言によれば、ある構成要件を自手的に実現する者は常に正犯である。」⁽¹⁶⁾ ロクシンがこのことを確認するのは、こうした理解によれば、第2部で検討するようなドイツ判例が伝統的に採用してきた「主観説」は、もはや法律上の根拠をもたないということを明確にするためである。しかし、「自ら遂行すること」が正犯とされるための十分条件であることは明らかであるとしても、結局どの範囲のものが正犯とされるべきかは、法律の文言からは依然として明確ではない。

「もし、正犯性とは構成要件充足によって規定されるものであり、それに従って直接正犯がその典型であるとすれば、これは特に明らかに単独正犯を表わすものであるが、他人を利用する場合、ないしは苦境から生じた行為の場合には、[構成要件を充足していないので]決して幫助犯にはなりえないとするならば、数人が関与する場合にも、いかに意思が[他人の意思に]従属させられていても、いかに外的圧力が加えられていても、この構成要件充足を止揚することはできない。ドイツ刑法35条による緊急避難状態で行為する者でさえも、責任阻却される正犯であるとはいえ依然として正犯である。その者は、犯罪行為実行をその行為(Handlung)によって支配する。この際、彼の実行を先導する行為の決意が他人の支配の下に成立しているならば、背後者は間接正犯であることもある。しかしこれは実行行為者の正犯性を止揚するものではない(そうではなく必要であれば答責性を止揚するものである)。直接正犯の行為支配(Tatherrschaft)は、したがって『行為の支配』(„Handlungsherrschaft“)として特徴づけられる。これは構成要件行為の実行に基くもの[「行為支配」]であって、何らの『例外』(„Ausnahme“)をも容れない。」⁽¹⁷⁾

既に指摘したように、ロクシンの出発点は限縮的正犯概念である。したがって、構成要件該当行為を自ら行なう者はどんなことがあっても正犯である。正犯論は、構成要件該当性の領域の問題であるから、責任を阻却される場合であっても、このような者が正犯であることは当然である。このように、単独正犯=直接正犯を基礎づけるの

は自手的構成要件実現であって、ということはすなわち構成要件該当の行為を行なうことによって正犯性が認められる。この場合、行為者は行為を行なうことによって犯罪行為を支配しているのである。この意味において、ロクシンは、直接正犯の「行為支配」を「行為の支配」(Handlungsherrschaft)と呼んだのである。

ここであらためて注意しなければならないのは、「行為支配」(Tatherrschaft)というときの「行為」が>Tat< のことであり、直接正犯における「行為支配」が「行為の支配」(Handlungsherrschaft)であるというときの「行為」が>Handlung< を表わすということである⁽¹⁸⁾。既にたびたび注意を喚起してきたところであるが、ロクシンは、行為者が自分の行なう「行為」>Handlung< を支配しているということを言っているのではない。そうではなくて、「行為」>Handlung< を自ら行なうことによって「犯罪行為」>Tat< を支配すると言っているのである。「直接」正犯(単独正犯ではない)というのは、まさにそのことを意味している。直接的に行為を行なうことによって犯行を支配するのである。もちろん、行為者は自分の「行為」>Handlung< を支配している。もし支配することができなかったならば、そもそも故意の行為とはみなされなかったはずである。しかし、正犯性の判断に際して問題になるのは、その故意犯にとって自明の支配ではなく、「行為」>Handlung< を行なうことによる「犯罪行為」>Tat< の支配なのである。

しかし、「直接正犯は、必ずしも全ての構成要件メルクマールを充足することを前提とはしない。本来の構成要件行為を実現することと、法律によって数人の行為者が前提とされている場合にはそれらの者のうちの一人が実行することで足りる。したがって強盗の場合には、暴行か奪取か、いずれかを自ら行なう者は、既に直接正犯となる。」⁽¹⁹⁾

これは少しわかりにくいだが、「単独正犯」ではなく「直接正犯」を基礎づけるためには、全構成要件メルクマールを実現する必要はないのである。もとより実際には、共同正犯という規定があるので、重要性は乏しい。構成要件行為に関与して、直接に犯罪行為を支配している以上、その者は直接正犯なのである。構成要件上重要でないメルクマールを実現する者は、それだけでは正犯とはならない⁽²⁰⁾。

C. 間接正犯

ロクシンの間接正犯論については、詳細に論じればそれだけで大問題になるところであるが、ここでは、その基本的思考を抽出することに努力するとともに、理論の構造を明らかにするという本論文の目的に応じて、概略的にその説くところを要約することとしたい⁽²¹⁾。

ロクシンによれば、間接正犯は基本的には3つの形のものだけが考えられる。すなわち、①犯行媒介者を強制することによって事象を支配する。②錯誤を引き起こしたり、利用したりすることによって、事象を背後から統制する。③権力機構の操縦によって、強制も欺罔もなく犯行の実行を意のままに指揮する。というものである。(幼児や精神障害者を利用する形のもの、構造的に間接正犯の独自の形態とはいえ、強制および錯誤の場合に近いとされる。)

以上は、いわゆる「支配犯」(Herrschaftsdelikt)⁽²²⁾における基本的形式であるが、これと並んで「義務犯」(Pflichtdelikt)の場合には「身分のない故意ある道具」 („qualifikationsloses dolosen Werkzeug“) を利用する場合が考えられる。この場合は、既に指摘したように⁽²³⁾、「行為支配」による正犯概念とは直接には関係がないことになる。さらにこれに関連して間接正犯の場合であるかどうか問題とされる類型について、目的犯における「目的のない故意ある道具」 („absichtsloses dolosen Werkzeug“) を利用する間接正犯についてはとりあえず別論として⁽²⁴⁾、「故意ある補助道具」 („doloses Gehilfenwerkzeug“) を利用する形の間接正犯は承認されない。これは極端—主観説の帰結であって、実行者の正犯性は既に法律上の要請であって、実行する者を正犯としないことはできないのである⁽²⁵⁾。

これらの間接正犯を基礎づけるのは、「意思の支配」 („Willensherrschaft“) である⁽²⁶⁾。「構成要件行為を、その実行に関与しなかった背後者に、彼がその優越的意思(überlegender Wille)によって事象を支配する、すなわち結果の惹起を手の中に収めているときに限って、彼の所業として帰属させることができる。そこで、直接正犯の『行為の支配』に対して、支配犯の場合の間接正犯の共通の基準として、『意思の支配』を論じることができる。その個々の形態については、この指導原理に

基いて、法律上の価値判断と各々の法素材の特殊性とを不断に顧慮することによって展開されなければならない。」⁽²⁷⁾

先に述べておいたように、特に間接正犯については、ロクシンの方法は「開かれた『行為支配』概念」⁽²⁸⁾を提示することである。ロクシン自身が「意思の支配」という「指導原理」を立ててはいるが、その言わんとするところは、「背後の者の優越的意思」であって、これが何らか実体的な内容をもつには漠然としすぎていることを認めた上で、細かく諸類型を列挙するという方法をとったのである。

ここでも誤解を避けるために強調しておかなければならない点は、間接正犯にあっても、「支配」の対象はあくまで「事象」(Geschehen)である、ということである。「意思の支配」ということばで意味されていることは、<意思を>支配することではなく、「意思の優越」によって<事象を>支配するということなのである。「行為の支配」という直接正犯の「行為支配」の場合と同様、「行為支配」とは、犯行全体という意味における「事象」を支配することである。だからこそ、ロクシンのいう「義務犯」における議論では、「事象」の支配ということはどう考えても認めることができない「身分のない故意ある道具」を介する間接正犯の場合の「行為支配」の存在を認めないのである⁽²⁹⁾。ロクシンは、むしろ「行為支配」概念の適用領域を犠牲にして、この場合を別の原理(身分の存在など)によって正犯とするのである。

以下、ロクシンの間接正犯に関する考え方を概観する。

① 強制による間接正犯(「強制の支配 (Nötigungsherrschaft)」)

ドイツ刑法35条には責任を阻却する緊急避難が規定されている⁽³⁰⁾。ロクシンのいう「強制」(Nötigung)とは、この意味において実行行為者を背後者が強制することである。

「この場合には背後者の正犯性は、『答責原理』(„Verantwortungsprinzip“)から明らかになる。すなわち、立法者は直接行為者を背後者が及ぼした圧力のために責任を軽減しているのである、そうすることによってその事象を、同人の犯行として背後者に帰属させようとしているのである。構造上からいえば、実行者は常に故意に

構成要件を実現するのであるから、それは、『(責任を阻却された)正犯の背後の正犯』 („Täter hinter dem (entschuldigtem) Täter“) の場合である。強制者は、被強制者だけを直接に支配している。被強制者がその側においてその行為によって事象経過を手の中に取めているという理由によってのみ、背後者は犯行自体を間接的に支配しているのである。したがって、間接正犯の意思の支配というのは実行行為者の行為の支配と重なるものである。」⁽³¹⁾

このような考え方からすれば、当然、実行者が責任を阻却されるに至らない場合には、背後者に対しては教唆が考えられるのみであって、間接正犯とはならない。「意思の作用(Willenseinfluß)では未だ意思の支配(Willensherrschaft)ではない」⁽³²⁾のである。また、このような強制状態=緊急状態を、背後者が惹起した場合のみならず、別の原因から生じた緊急状態を利用して自らの意図した構成要件を実現した場合にも背後者の「意思の支配」を論じることができる。

自殺・自己傷害の場合が、ドイツ刑法の下では重要な問題点である。「被害者がそのような場合に要求されている行動のしかたというのは可罰的でないので、間接正犯と単なる強要との限界づけのためには、35条の答責原理に直接頼るわけにはいかないからである。目的論的にも、構造は相互に完全に対応してはいない。なぜなら不法行為に対する嫌悪と処罰の恐れとに存する抑止的な反対動機が、ここではなくなっているからである。」⁽³³⁾

しかしながら、ロクシンは強制の場合の正犯原理として、すなわち間接正犯を基礎づける「意思の支配」の原理として、「答責原理」を提示するのであるから、「直接に依拠すること」はできなくとも、「類比的」(analog)にこれを適用することができるとし(通説でもある)、「強制の被害者・その親族・ないし同人と親密な人物の、身体・生命ないし自由に対する、現在の、他の方法によっては避けえない危険を避けるために、自傷の結果が生じた場合に限り、間接正犯が認められる。」⁽³⁴⁾

合法的に行為する道具を利用する強制支配⁽³⁵⁾ということも考えられる。すなわち違法性が阻却される正当防衛状態での行為を利用する場合である。AがBにCを攻撃するように緊急避難状態で強制した場合には、Cが正当防衛による反撃でBを傷害したときにはBの傷害につき背後者の間接正犯性を認めることができる。

「不自由に行為する道具による間接正犯の場合としての違法拘束命令は、違警罪 (Übertretung) が削除されて以来、刑法にはもはや存在していない。その命令を実行することが重罪ないし軽罪を遂行することになるような命令は、非拘束的であり、従う必要はない。」⁽³⁶⁾これは当然のことであろう。ただし現行法の下では確かに拘束性はないとされる違法拘束命令であるが、これに関連して、いわゆるナチスの犯罪等に関して問題になる違法拘束命令については、同列には論じられない。

② 錯誤による間接正犯 (錯誤の支配 (Irrtumsherrschaft)) ⁽³⁷⁾

これは4つの層にわけて論じられる。(1)故意、したがって構成要件行為を否定する錯誤 (2)違法性にかかわる錯誤 (3)責任阻却事由の条件に及ぶ錯誤 (4)自己の所為の真の意味を知らず、背後者が意味のある被覆決定をできる場合。

(1) の場合は、たとえば情を知らない看護婦に毒入りの注射器を渡すような場合である。この場合には背後者の事実的寄与が、実行者の行動の際の補助にすぎないような場合であっても間接正犯となる。非故意に行為する媒介者に過失があったかどうかは関係がない。

この場合は、いわゆる「道具」の観念が典型的にあてはまる場合であって、「行為支配論」によっても自然な結論となる。「犯行媒介者は『盲目的』因果因子として機械的『道具』の性質に従って、背後者によってのみ目的意識的に (『目的的に』) 統制される事象経過に拘束されている。背後者のみはその行為支配によって客観的および主観的に構成要件を実現するのであり、そのようにして (間接) 正犯となるのである。」⁽³⁸⁾

(2) の場合は、さらに4つに分けられる。

(ア) 媒介者が合法的な道具として行為する場合。

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

(イ) 媒介者が正当化事由の実体的条件に関して錯誤に陥っている場合。

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

(り) 媒介者が禁止の錯誤で行為する場合。

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

さらに、禁止の錯誤が避けえた場合には、行為者が、実質的違法性(=社会的侵害性)を認識せず、自己の行態が全く「秩序に適う」(„in Ordnung“)と考えている場合には、間接正犯が認められる。「許容性を見せかける者の現実的支配は、欺罔される者が、実際は有していなかったところの認識を有しえたであろうということによって、何ら変更を受けるものではないからである。」⁽³⁹⁾

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

(3) の場合は、媒介者の錯誤が責任阻却事由の前提条件に（通常は35条に）関するときである。「行為者に、同人が事態に関する錯誤に基いて犯行へ強制されていると感じており、したがって自分が免責されていることを信じていたときには、自分の所為の法的・社会的意味内容を知らされておらず、一方、背後者の方は、錯誤に陥っている者を、そのよりすぐれた知識によって、手の中に収めていることから間接正犯性は明らかである。」⁽⁴⁰⁾ 実行者の錯誤が避けえたかどうかということは、また関係がない。

このような構造には、「故意の（免責ないし責任減輕で行為する）正犯の背後の正犯」（Täter hinter dem vorsätzlichen (entschuldigtem oder in geminderter Schuld handelnden) Täter) の場合がある。「錯誤の支配の第3の層で行動する背後者が、構成要件の認識、場合によれば禁止の認識をもつが、免責されていると誤解し、そのため第2の支配の層にある犯行媒介者を、その優越した状況認識によって統制することができる場合である。」⁽⁴¹⁾ そこで、多層的支配が欠けるような同じ錯誤に陥っているときには共犯が可能である。「したがって、AとBとが共同して誤ってAに直接的威嚇のある危険のうちの1つを信じ、AがBに、構成要件該当—違法な行為によってそこから解放されるであろうことを忠告するならば、それは教唆にとどまる。」⁽⁴²⁾

(4) の場合というのは、媒介者の錯誤が具体的な行為の意味に関するときである。「実行者は、構成要件に該当し、違法に、有責に行為し、なおかつこれを認識しているのである。しかし、それにもかかわらず、錯誤によって、法的に重要な、犯行の判断にとって決定的な、それを認識することが背後者に状況の支配を許し、同人に構成要件充足を彼の独自の所業として帰属させることを正当化するような事態事情が、彼には知らされていない。」⁽⁴³⁾ これには3つの異なった構造が考えられる。

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

「たとえば、Aが、無知なBを唆して、Cが持っている非常に価値のあるキャンディンスキーの油絵を、それが価値のない代物であるかのように見せかけて、投げ捨てさせる。この場合、Bは器物損壊(Sachbeschädigung)の正犯であるが、同人の故意に包

括された不法・責任程度は僅かである。それに対してAは、その絵が何千マルクもの価値があることを知っているのに、引き起こされた毀損のはるかに大きな部分が同人のみの勘定に数え入れられるべきである。ここでは行為支配の分配(Teilung der Tatherrschaft)が発生している。Bの支配は全毀損のうちの小さな部分を、Aの支配はその非常に広範な部分を企てている。このような考慮によれば、Aが、——かなり重く処罰されるべき——独立した器物損壊の間接正犯であり、しかも故意・有責な正犯の背後の正犯ということになる。」⁽⁴⁴⁾

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

連合国部隊の進駐に際して、「この者は『外国人労働者』(„Fremdarbeiter“)を射殺した」という真実に反した理由をもって、アメリカの軍の巡察隊に、ある者(L)を射殺するように要請した者が、当時の状況を利用してLが手続を経ないで殺されることを達成しようと意欲していた場合の事件⁽⁴⁵⁾が挙げられている。アメリカ人の兵士が、その無罪の宣誓を聞くことさえもなく、被告人の申し立てのみに基いてLを射殺した。実際にはLは無実で、被告人の復讐心の犠牲になったのである。アメリカ人兵士は故殺(Totschlag)の直接正犯である。被告人は謀殺(Mord)の間接正犯である。錯誤があっても、直接行為者が故殺の正犯であることには変りがない。しかし、彼は自分の犯行が客観的には別の、それも謀殺であることは知らないのである。身分によって加重される犯罪と並行的な構造を有する。

もちろん、背後者がより多くを知っていることが法律上の身分において除かれている場合には、間接正犯ではなく、動機の錯誤を誘発することによる単なる教唆が存する。

(ウ) 操作された人的客体の錯誤(manipulierter error in persona)。この場合は、人を取り違えることによって、構成要件的不法の質が別のものになるということに、背後者の間接正犯性が依存している。「実行者は、『ある』(„ein“)人間の殺害に対する支配を有している。しかし、被害者の死は、その具体的な個別性において背後者にのみ責任が負わせられる。それは同人に多層的行為支配を帰属させるのに十分であ

る。というのは、その人的錯誤が直接行為者を免責するものではなくとも、そうでなければ危険にさらされたはずの他の人間の殺害の実現が、悪意の操作者を、刑法212、211条にいう意味で過責しなければならないからである。」⁽⁴⁶⁾

ところで、このような錯誤によって、自殺自傷につながった場合が、再び問題になる。「直接行為者が自己侵害の故意を欠いていた場合には、もちろん間接正犯が成立する。」⁽⁴⁷⁾これは、既に論じられたところと異なるものではない。

③ 未成年者・責任無能力者ないし限定責任能力者を利用する間接正犯。

(1) 子供、精神病者（刑罰を論じられない）を利用するならば、背後者は間接正犯である。また、少年法で責任なしとされる少年を利用する場合は、常に背後者が間接正犯である。善悪弁別能力を欠く責任無能力と、この認識に従って行為する能力を欠く責任無能力とが区別される。前者では、単なる幫助を行なっても背後者は間接正犯となるが、後者では、幫助によって実行者の行動を可能にしたときに限り間接正犯となる。この区別は、抑制能力を欠く場合（後者）は「強制の支配」であり、直接行為者は「不自由」に行為するのであり、不法弁別能力を欠く場合（前者）は「錯誤の支配」であることに対応する。

直接行為者が自分の行為の意味を十分に理解しているか否かによって背後者が教唆となる場合を論じる説⁽⁴⁸⁾もあるが、「十分」であるかどうかは、法的尺度によってのみ判断することができる。行為者に責任がないとすれば、「差し向けたこと」（Einsatz）の責任が、必然的に刑法上の事象の支配者として帰せられる背後者にかかる。⁽⁴⁹⁾

この議論は、ドイツ刑法典の責任能力に関する規定が2段階になっていることに基いている⁽⁵⁰⁾。ここでの主題ではないが、我が国の議論にとっても示唆的である。

(2) 限定責任能力者を利用する場合は、実行者が不法認識を有するが抑制能力が減退している場合と、実行者の不法認識能力そのものが減退している場合とがあり、前者では背後者は共犯にとどまり、後者の場合には、禁止の錯誤の場合には常に、背後者は間接正犯となる。なお、前者の例では、認識が意思を適切に規定しうるかどうかは、刑法20条による。⁽⁵¹⁾

(3) 問題は自己侵害（現実には特に自殺）の誘致や幫助である。自殺者が責任無能力である場合には、背後者が常に間接正犯となる。自殺は「不法」ではないから、直接（不法弁別能力を問題にする）刑法20条、少年法 3条⁽⁵²⁾を適用することはできないが、合法・不法の弁別能力を欠く、抑制能力を欠くような場合には、自分の生命保存の価値についても同様であるといえることができる。

思春期の不安定な精神状態や、何らかの葛藤状態などでの自殺は、自殺者に責任能力が完全に認められるが、背後者は通例、間接正犯となる。この場合にも生命の価値についての正しい判断と、それに基く抑制能力を肯定することはめったにできないからである。成人の自殺はもちろん完全な責任能力があるわけであるが、多かれ少なかれ強迫的な自己破壊衝動があるもので、背後者が故意の責任（間接正犯）を問われることもありうる。

④ 組織的権力機構(organisatorische Machtapparate)による間接正犯（「組織の支配」„Organisationsherrschaft“）⁽⁵³⁾がロクシンの独特の概念である。これは、犯罪行為を遂行するための権力機構（例：ナチス体制）を設置することができる場合に、権力の操縦間で指令を与える者は、実行者の正犯性と無関係に、独自の行為支配を有する。この場合には、機構の構造事態によって、指令の執行が直接行為者の個性にはかかわりなく保証されている。誰がするにせよ結局指令は実行されるというわけである。したがって、背後者に「書斎の正犯」(Schreibtischtäter)としての行為支配を与えるものは、直接行為者の代替性(Fungibilität)であるということになる。もちろん、この権力機構は、法規範から外れていることが前提であるから、実際には、通常の状態ではまれである。

⑤ 身分のない故意ある道具を差し向けることによる間接正犯

身分犯の場合に、身分のある背後者(Interaneus)が身分のない者(Extraneus)を誘致するときにも、間接正犯が成立する場合となる。身分者は間接正犯であり、正犯身分を欠く直接行為者は幫助犯（身分なき故意ある道具）である。これはしかし、「行為支配論」による解決ではなく、身分犯の理論に従い、刑法外の特別義務が、「行為

支配」や正犯者意思とは無関係に正犯性を基礎づけるのである。実際に法律上の構成要件が、義務に反することを正犯性を基礎づける条件としている表現を含んでいることが多いとされる。⁽⁵⁴⁾

この考え方も、「行為支配論」内部でも異論の多いロクシンの独自の見解である。既に指摘したように、身分犯に関しては、「行為支配論」は正犯を限界づける基準たりえないことになる。「行為支配」というときに、事象の現実的支配を考えている以上、純粋な誘致や単なる放置では、「行為支配」が存在しないことは明らかであるというのである。これがロクシン一流の徹底性を示す。「行為支配」の概念の内容を実体的・明確なものとするために、この概念を「修正」して、身分犯の場合にも正犯性の基準とすることは断念したのである。ロクシンが「行為支配」概念を改善することに果たした寄与については、後に改めて評価することになるが、ここにはその基本的態度が明瞭に表われている。

⑥ 「目的のない故意ある道具」を差し向けることによる間接正犯の問題

特に領得の意図をもって行為する背後者が、事態を認識し、客観的構成要件を自らの責任で、しかし領得意図なく⁽⁵⁵⁾充足する他人を利用する、窃盗の場合に問題とされる。これをRG判例は、故意ある帮助道具(doloses Gehilfenwerkzeug)という図式によって間接正犯性を基礎づけた⁽⁵⁶⁾。すなわち正犯者故意と内面的構成要件全部を有する者が、正犯者故意を有さない、外的構成要件メルクマール全部を満たす者を、協定によって道具として働かせる場合は、背後者が間接正犯となるというのである。しかし、ロクシンの「行為支配論」では、この場合には間接正犯は問題にならない。というのは、答責的行為者の行動を誘致することは、単に教唆的性格であるにすぎないから、背後者の支配を基礎づけないのは、領得意図が内面的事実であって外面的能力を与えないのと同様である。

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

別の正犯基準とすることはしないのである。ここにも、ロクシンの姿勢を見ることが出来る。

このような場合については、(1) 奪取した客体を、本来答責的な背後者へ交付することが、相応した処分権限の表現（刑法 242条⁽⁵⁷⁾にいう）であるとみなし、自己領得にとって十分であると考えれば、実行者が正犯であり、背後者は教唆犯ということになる。この場合には、「行為支配」という基準が完全に正犯・共犯の区別を律する。(2) 自分で使用するのではなく、自分が奪取した物をさらに交付することは、領得にはあたらないとするならば、窃盗の処罰はそもそも問題とならない。すなわち背後者が横領の正犯であり、奪取者は、この犯罪行為の帮助犯であることになる。

(1),(2) のどちらを選ぶかは領得概念の解釈によるので、共犯論の範囲外である。しかし、明らかなのは、自ら奪取する者を窃盗の正犯として、誘致者をその教唆者として処罰するということが、刑事政策的に、また正犯論の基本からして、実体的に正当な解釈であるということである。⁽⁵⁸⁾

ロクシンの間接正犯に関する考察は綿密であり、「開かれた概念としての『行為支配』」の本領を発揮している。ここでは、その詳細を検討することはできないし、もれなくその説くところを述べることもすらもできない⁽⁵⁹⁾が、以上の素描によっても、その思考の基本的性格と構造とが十分に明らかになったことと思う。そして、「行為支配論」を採用するか否かにかかわらず、正犯の基本的性格を反省するための重要な示唆を提供しているように思われる。

D. 共同正犯

ドイツ刑法25条の2項に規定されているところでは、共同正犯とは「犯罪行為の共同的遂行」(gemeinschaftliche Begehung der Tat)である。我が国の刑法典には「二人以上共同して犯罪を実行したる者は皆正犯とす」という規定(60条)があるわけであるが、ドイツ刑法の旧総則規定では、>Begehung<ではなく>Ausführung<という文言が用いられていた⁽⁶⁰⁾。これまでに述べてきたところからもうかがわれるかもしれないが、>Ausführung<(実行)という文言は自手的な遂行を暗示するところがある。ロクシンは>Begehung<(遂行)の方が、正犯の3形態の上位にある広義の概念であると特徴づけている⁽⁶¹⁾。しかし注意すべきは、文言の如何にかかわらず、共同正犯の場合には、「実行」>Ausführung<といったところで単独正犯と同様の内実を備えたものとして解釈することはできないということである。なぜなら、共同正犯の場合には単独正犯の場合のように全ての構成要件メルクマールを実現する、すなわち「構成要件的行為」「実行行為」を全部行なうことは必要でないからである。しかも、この共同の犯罪行為に関与する者は、相互に意思的連絡を有することも前提となる。したがって、もとより、共同正犯の法的構造には「行為支配論」的なものがあるのである。

ドイツ刑法典にいう「犯罪行為を共同的に遂行するということは、広く現れるところの支配犯の領域においては、共同的に行為支配を行使するということの意味する。共同的行為支配が存するかどうかを判断するための基準は、実行段階における分業的共働(arbeitsteilige Zusammenwirken im Ausführungsstadium)である。このためには各共同正犯者は、構成要件を実現するに際して、犯罪計画(意図されたところ)の成就にとって本質的であるような機能(Funktion)を行使しなければならない。そこで、直接正犯の行為の支配、および間接正犯の意思の支配に対して、共同正犯の<機能的行為支配(funktionelle Tatherrschaft)>を論じることができる。」⁽⁶²⁾

これが有名な共同正犯に関するロクシンの「行為支配」概念である。「機能的行為支配」という文言は一見すると何を意味するか不明確であるが、ロクシンはもともと直接正犯における「行為支配」も間接正犯における「行為支配」も、それぞれ「行為の支配」「意思の支配」という、一種のスローガンの表現として提示しているのであ

るから、「機能的行為支配」というのもその実質的内容はさらに「実行段階における分業的共同」等々として述べられている。つまり、犯罪の実現にとって本質的な機能を果たすことが正犯の基準であるという意味において「機能的」なのである⁽⁶³⁾。

誤解はここでも生じうる。それは、「機能的行為支配」というのは関与者の相互的支配関係のことであろうという理解である。しかし、「機能的行為支配」の根本的性格はそこにあるのではなく、「共同正犯の行為支配はその犯行分担(Tatanteil)によって同時に全事象を支配しているということに基くのである。考え方としては、関与者の個々の者が離脱(Ausfall)すると他の者にとっても計画の失敗につながるということである⁽⁶⁴⁾。もちろん、この際に遡及的な因果の考察を指向してはならない。たとえば、犯行に際して見張りをした者が間接正犯とみなされうるかどうかということが問題になっている場合、犯罪行為が具体的な事件において見張りを立てることがなくても成就されたかどうかということに関して、後からなされた証明を受け入れることは誤りである。むしろ決定的なのは、計画を立てることから見張りが実体的に重要な機能を行行使し、彼の『機能すること』(„Funktionieren“)に場合によって依存することもあるかどうかということこれだけである。これは通常は肯定されるので『見張り』は共同正犯である。もし彼の共犯者が、彼を、計画を立てるところから必要とはしなかった二次的な地位に押しやっていたらば。」⁽⁶⁵⁾

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

ところで、「全事象」に対する支配ということは、「行為支配」の図式から言うと次のようなものである。すなわち、各共同正犯者は、なるほど彼自身の犯行分担に対する「行為支配」を有する。この限りにおいて共同正犯者は直接正犯と同様の「行為の支配」を有するのである。しかし、「機能的行為支配」というのは、その支配が、同時に「全事象」の支配となっていることを意味している⁽⁶⁶⁾。「機能的行為支配」は「行為の支配」を並行的に含むものである。

ロクシンによれば、「共同正犯が行為の支配と意思の支配とに法的効果において等置されるべきであるか否かは立法者の価値決定の問題であるから、刑法25条 2項は全く構成的な(konstitutiv) 意義をもつものである。しかし、それによって機能的行為支配が、個々人を単なる『部分支配』(„Teilherrschaft“)を超えて全犯行の共同支配者とするのだということと、この概念が刑法25条 2項に包含されるべき場合を全て包括するということは何ら変更を受けない。⁽⁶⁷⁾」のである。

ロクシンが、「機能的行為支配」として明確性を担保しようとしているのは、ガラスの議論において⁽⁶⁸⁾も既に見られた「実質的・評価的考察」のことでありといえるであろう。しかしガラスの場合には、既にわたくしが指摘したように、その「評価」の基準について未だ満足することのできる説明がなされていなかった。ロクシンの議論はそれをいささか明確にしえていると思われるし、判断の手續を暗示してもいる。というのは、ある関与者の寄与を取り去ってしまうと犯行の計画に重大な変更を来たすかどうかというような、考え方の道筋が示されているからである。

しかしまた、共同正犯を直接正犯とか間接正犯と同等の正犯形式として定立することは立法者の価値判断の結果であるとしている点⁽⁶⁹⁾では、上で見た「行為支配論」の展開過程に比べると大きな違いがある。すなわち、ヴェルツェル以来、マウラッハやガラスの「行為支配論」が、正犯の3形態がいずれも〈本来の〉正犯であって(その本来の正犯性を理論的に基礎づけているのが「行為支配」である)、いわば立法者の判断に先立ってその判断を拘束するものであるかの如く考えられているのであったが、ロクシンは、先に述べたように「行為支配」を正犯概念の指導原理にまつりあげて、正犯を統一的に説明することに関しては後退しているのである。誰を犯行為の「中心人物」とするかというような問題は、「行為支配論」から直接には出て来ない

ことになったのである。このような考え方はひとつの見識ではあろう。しかし、「行為支配論」にとって妥当な道⁽⁷⁰⁾であるかどうかは疑問である。

ロクシンの「行為支配論」の特徴である議論は、「身分犯における共同正犯は、共同的な刑法外の特別義務の共同的侵害において成立し、共働者によってなされた事実的寄与のその他の性質には関わらない⁽⁷¹⁾」というものである。義務違反に正犯性の決定的根拠を置くロクシンの正犯概念によれば、共同正犯の場合にもこのような結論になることは当然である。義務に違反する限り、不作為によって作為の共同正犯に寄与することもありうる。不作為において「行為支配」を論じることができないことはロクシンが間接正犯に関連して「目的のない故意ある道具」などについては「支配」を厳格に解することを一貫しているところからも明らかである。しかし、身分犯の共同正犯においては、その正犯性を決定しているのが「行為支配」ではなく「特別義務」であるから、作為の正犯に対して不作為の寄与によって共同正犯となることが可能になるのである。

自手犯においても、直接正犯・間接正犯において論じられたところが妥当する。すなわち、自手犯においては、本来的な性格として自手的に行なわれないという部分を有する共同正犯が成立することはありえない。しかし、逆に共同正犯が成立するはずの犯罪が自手的に行なわれる場合には、共同正犯が成立するかどうかという以前に直接正犯が成立するので、實際上、自手犯における共同正犯という形態は重要性をもたない⁽⁷²⁾。ここにも「行為支配」の概念の純化の姿勢が表われている。

ロクシンは再び、「正犯性は構成要件に関係しているので、部分的共同正犯も存在する。それは、ひとつの構成要件に関しては共同正犯が成立するが、他の構成要件に関しては共同正犯が成立しないという形である。たとえば、AとBとが住居侵入の共同正犯となるのであるが、Aは、それに続いて家の中で遂行される犯罪（たとえば侵入窃盗(Einbruchsdiebstahl)）に際しては幫助にとどまるという場合である」⁽⁷³⁾と述べる。これは我が国でも一般に認められているといえる部分的犯罪共同説というのと同様の思考であろう⁽⁷⁴⁾。あくまで、「行為支配論」が構成要件に関係した概念として、したがって限縮的正犯概念を基盤として構成されていることがここでも明確に表われている。

一方が継続的に行為して共同的犯罪行為を実現し、他方は独立した行為でその犯罪行為を実現する場合も共同正犯が成立し、異なった動機による行為でも共同正犯が成立する。また、2つの行為からなる構成要件においては、それぞれの行為を担当することによってひとつの犯罪行為を実現することもできる。これらは我が国でも通説的になっている理解である⁽⁷⁵⁾が、ロクシンの「行為支配論」によっても当然に認められているということを指摘しておく。

責任のない行為者との共同正犯というものも認められる。責任のない行為者との関係では間接正犯のみが考えられるのであるが、責任のある者の事実的寄与に関しては共同正犯を妨げられない。「たとえば、ある者が精神障害者と共に謀殺を遂行するときに、その者が被害者を押えつけて、責任能力のない者が刺殺するという形でこれを遂行した場合、刺すことは答責的行為者の間接正犯性を基礎づけ、押えつけることは答責的行為者の共同正犯性を基礎づけることになる。」⁽⁷⁶⁾ ここで、間接正犯も共同正犯も構成要件論上の問題であるから、責任の有無は共同正犯の成立を妨げない。したがって、上の例では、責任のある者に対しては間接正犯と共同正犯とがいわば重畳的に認められ、結局は謀殺の正犯であるということになる。

さて、共同正犯の実体的条件に関しては、ロクシンによれば、まず共同正犯の主観的条件として、共同的犯行計画ないし犯行決意⁽⁷⁷⁾という基準が挙げられる。もちろん、「行為支配論」はこれらを主観的共犯論の考え方で理解するのではない。「機能的行為支配を基礎づける分業的共働は、各個人の寄与の『機能』がそこから初めて生じてくるような、侵害の全計画(übergreifender Gesamtplan)を必要とするからである。もちろん、個々の共同正犯者が実行に際して他の者(たち)と一致して、計画にいられているように行為し、それによって[当該計画を]共同のものとするだけで足りる。計画の成立時に共働する必要はない。また協調(Einigkeit)は、共同正犯は事前の共謀(vorherige Verabredung)を要しないということを超えて存立する。暗黙の、可罰的行為を行なうことに先行する協調すらも必要ではない。犯行の最中に初めて成立した意思疎通であってもよい。」⁽⁷⁷⁾

これらの規定には問題はないであろう。ただし、共同正犯に関しても、共犯の過剰

であるとか、結果的加重犯であるとか、または共同正犯における錯誤の取扱など、問題となるべき場合が多く、ロクシンも注釈では論じているところであるが、それは別に論じるに足る大問題であるからここでは深入りしない。(78)

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

①予備段階における共働である。「正犯性は構成要件実現であるから、共同正犯性もまた、構成要件行為の実現に際しての、すなわち実行(Ausführung)そのものに際しての共同支配(Mitherrschaft)でしかありえない。予備に際してのみ共働する者は、影響を及ぼすことはできるかもしれないが、支配することはできない。(79)」どんなに重要な働きをし、『鍵となる人物』とみられるような者であっても、自由にかつ答責的に行為する実行者には従属するというほかはない。「行為支配論」の面目躍如という場面である。これは「行為支配論」の非常に明快なところである。「支配」という観念を持出すことによって、予備段階における共働がそれだけでは犯罪行為の「支配」とはならないことが、明瞭に理論的に基礎づけられる。

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

また、ロクシンによれば、共同正犯者が犯行現場に現在することも必ずしも必要ではない。主謀者が、電話・無線電信・連絡係などを使って、実行者に支持を与えてこれを指揮し、組織していく場合にも共同正犯となる場合がある。このように考えた場合、いわゆる「首領(Bandenchef)」の事例が解決される。これは、外形的には共働を欠いているにもかかわらず共同正犯性を認めるかどうかという問題である。「組織の支配(Organisationsherrschaft)」という条件を満たすとき、あるいは刑法35条にいう「従属者(die Untergebenen)」を手の中にもつときには間接正犯となりうる。犯罪行為の完遂を指導したり意図したりするときは共同正犯ともなりうる。つまりは、一般的な共同正犯の基準に従って解決されることになる。(80)

実行段階における事実的寄与の重要性という問題についてロクシンはこう論じている。「実行段階における事実的寄与がなされた場合であったとしても、その事実的寄

与が『本質的』 („wesentlich“)であるとき、すなわち分業的実行の枠内において重要な機能をもつべきであるときにのみ、共同正犯性が基礎づけられる。⁽⁸¹⁾」これはロクシンの「機能的行為支配」の基本的定義から当然の帰結である。ドイツ判例の理論との対立関係でいえば、行為者に「正犯者意思」が欠けていても、事実的寄与が「本質的」であれば正犯（共同正犯）となりうるということである。ただし、この実行段階における事実的寄与が共同正犯性を基礎づけるために十分であるかどうかという問題は、具体的事象経過の事情全てを考慮に入れてのみ、解決することができる。

まだ論じられるべき問題は残っているが、ロクシンの「行為支配論」の基本的思考については、以上の簡単な概観によっても十分明らかになったことと思う。その根本にあるのは、「行為支配」の内容を明確に規定し記述しようという一貫した態度である。それが成功しているかどうかについては、わたくし自身が若干のコメントを付け加えておいたところでもあり、また、ドイツの刑法学においても未だ議論のあるところである⁽⁸²⁾。しかし、ロクシンのこのような「行為支配」概念の明確化という姿勢は、「行為支配論」の発展にとって大きな意義を有していたし、これからも重要なものであることは、「行為支配論」に対する不明確性を指摘する批判を見ても（ロクシンの議論に対してさえも同様なのだから）、ますます強調されなければならないというべきである。

1. ロクシンの「行為支配論」の批判

(1)「3分法」の功罪。正犯の、<直接正犯・間接正犯・共同正犯>という形態を、それぞれ別の形の「行為支配」によって基礎づけるというロクシンの方法は、一方では諸正犯形式の詳細な分析の契機となったものといえる。すなわち、従前の「行為支配論」においては漠然としたまま論じられてきたような、「行為支配」の具体的・実体的な内容・行使の様態については、画期的な明確性がもたらされた。また、「支配犯」・「義務犯」といった分類が、「行為支配」概念そのものを純化し、ひいてはその内実を明確に記述することを可能にしたことは、既にロクシンの「行為支配論」の概観に際して繰り返し指摘した通りである。

われわれは、ロクシンの議論に沿って、特に、新ドイツ刑法総則の規定に基いて、間接正犯の場合を責任能力との関係で分析的に考察する契機を与えられた。間接正犯の理論は、以前から困難な問題として繰り返し論じられているのであるが、ロクシンも、統一的な説明を断念して「開かれた行為支配概念」としての「意思の支配」に甘んじたのであり、最終的に満足のいく結論を提出しているとはいえないように思われる。それにもかかわらず、とにかく、こうして間接正犯を詳細に分類し、記述していく過程で、間接正犯の本質についての洞察を与える何らかの示唆を得ることができるのではないか。すなわち、間接正犯においては特に、「行為支配」という考え方がきわめてよく妥当するということである。もとより「行為支配」の内容についてさまざまの問題が残っていること、「行為支配」だけで全て解決するものではないからこそロクシンが「行為支配」の現象形態を個別に記述したのであるという弱点はあるものの、けれども、統一的原理からひとつの実体的基準を立てるためには、実質的・評価的判断の「指導原理」としての「行為支配」という考え方が非常に有力であると、すくなくともわたくしには思われるのである。われわれが間接正犯を正犯として扱う、そのごく常識的・自然な確信は、実は、われわれが暗黙のうちに「行為支配」的思考を行なっていることを、逆に証明しているように思われるのである⁽⁸³⁾。

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

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

つまり、いわば、正犯を統一的に基礎づけることができない「行為支配論」では正犯理論として内容が希薄である、という非難を避けることが難しいからである。なぜ「行為支配」というような、必然的に内容が曖昧になる概念を用いる必要があるのか、「行為支配論」の優越性はどこにあるのかという問いである⁽⁸⁴⁾。「行為支配」が、単に(何らかの規定を受けた客観的能作(Leistung)としての)「事実的寄与」で置き換えられるようなものであるとするならば、「事実的寄与」を「実行行為」として構成した場合の、たとえばガラスの「行為支配論」や、その他、我が国における通説的な「実質客観説」と異ならないはずである。もちろん、そもそも異ならないので

あるという言い方もあるだろうが、それでは、「行為支配論」が、例の「実行行為」概念を形式的・機械的な解釈にとどめて、曖昧になることを警戒してきた意味が、正犯論において十分に生かされていないことになる。 「行為支配論」が批判の対象としたはずの「実質的客観説」に対するのと同じ批判が、「行為支配論」に対する批判として成立することになるからである。

というわけで、端的に言って、ロクシンの「行為支配論」が正犯形態の「3分法」を採用したことには功罪相半ばするところがある。すなわち、その綿密な検討によって「行為支配論」の内容は豊かに、明確になったが、当初に立てられた「指導原理」という位置は、統一的な正犯概念を求める「行為支配」にとって致命的であるといえないことはない。もちろん、内容的にも、ロクシンの理論には問題がないわけではないが、わたくしはここで、「行為支配論」の基本的構造を論じるにあたって、ロクシンの方法そのものにも、疑問を呈しておきたい。

(2)間接正犯論について。ロクシンが、おそらく一番苦心し、また結果として一番成果も大きかった半面、問題も大きいのが、やはり間接正犯に関する議論である。間接正犯は、ドイツ刑法総則では、こんど明文の規定が加えられ、実定法上の基礎を得ることになったのであるが、解釈論としては、ほとんど従来に比して明確になってはいない。すなわち、「他人を通じて犯罪行為を遂行する」ということが、何を意味するかは、あいかわらず明確ではないからである。ロクシンは、ここに3つの「意思の支配」の図式を提示する。いわく「強制」・「錯誤」・「組織」である。典型的な間接正犯の事例として論じられてきた、未成年者・精神障害者を利用する形態も、これらの類型に解消されるものとされる。そして、身分犯については、「行為支配」が正犯理論として妥当しない類型として、「行為支配」の枠外においやられ、「目的のない故意ある道具」を利用する場合は、間接正犯の場合ではないとされる。

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

ロクシンとの対決は、それだけで重大な問題関心であるから、ここで詳細に検討することはできないが、ロクシンにおいては実質的には「強制」と「錯誤」とに限られる、間接正犯の基本的図式については、わたくしもこれはとりあえずは正当であろうと思う。むしろ、「強制」の場合に、「答責原理」(Verantwortlichkeitsprinzip)を導きの糸とする点が重要である。「強制」下で行なわれる行為は、責任の問題として扱われている。期待可能性がない、責任がないので、背後の者が「支配」を有するという議論になっている。しかし、正犯・共犯論は、あくまで構成要件論の一部であった。正犯・共犯を限界づける際に、責任に関する原理を持ち出すことがはたして妥当であるかどうか、疑問がないとはいえない⁽⁶⁶⁾。我が国において、緊急避難を違法性阻却の問題であるとするか責任阻却の問題とするかは議論があるが、もし、責任阻却の問題であるとするならば、同様の問題が生じてくる。

「強制」というものが類型的に捉えられうるものであるとすると、これを違法でないということが妥当である。特に、侵害者の緊急状態にある法益と被侵害者の法益との均衡を要するのであるから、これは責任の問題というよりは違法性の問題である。そこで、「強制」状態で行なわれた行為は、「強制」状態からの「避難」という意味合いの内容を有する行為者の認識がある限り、これを違法性阻却の場合として考えることが妥当である。したがって、間接正犯における「強制」の類型は、「答責原理」というような原理ではなく、「違法性が阻却される実行者」を利用する場合であるというべきであろう。ただし、注意しておかなければならないのは、ロクシンが「答責原理」ということで意味しているのは、「責任」そのものではなく、「責任を問うる犯罪成立条件一般」をも包含する「答責性」であるから、ロクシン自身が構成要件の問題である正犯・共犯論＝「行為支配論」に、責任問題を持ち込んだという批判はあたらないであろうということである。「責任原理」ではなく「答責原理」という訳語を採用したのも、そのような事情を考慮したためである。しかし、それでも、ロクシンが間接正犯の成立を考えていく過程においては、「責任が負わせられない者に対して正犯性を認めることはできないから、背後の者が正犯となる」という形の議論がなされていないともいえない。われわれは、この点に十分な注意を払わなければならない。

②身分犯については、単独正犯においても同様に、「行為支配」が正犯性を基礎づけるのではないということになる。しかしこれもまた、そこまでいうことができるかは疑問である。身分犯の正犯となるためには行為者が当該の身分を有することはもちろん必須の条件であるが、身分さえ有するならばそれで足りるというものではなく、身分者が、身分犯の構成要件実現を「支配」していなければならないはずである。身分を有するということが決定的なのではなく、身分者が「行為支配」を有するというところこそが決定的なのではないか。それならば、「行為支配」は、全ての正犯形式に共通する正犯理論であることをあきらめる必要はない。ただ、「それだけでは足りないところの正犯メルクマール」⁽⁸⁷⁾であったのである。

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

④「正犯の背後の正犯」という図式の存在は、端的に認められるであろう。正犯が構成要件該当性の領域の問題であるとすれば、処罰されない（＝違法性がない・責任がない）正犯という概念は何らの矛盾でもないのだから、理論的には問題がない。さらに、「行為支配」に重疊的な形式を認める限り、正犯が重疊的に成立することも当然であることになり、同一の犯罪行為に対して複数の正犯を考えることもできることになる。直接正犯と共同正犯との総合という考え方は、責任無能力者との共同正犯という場合を説明する基礎ともなっている。

(3)共同正犯論について。ロクシンの共同正犯論＝「機能的行為支配」というものも特徴的な議論である。この概念から生じがちな誤解については、既にロクシンの「行為支配論」の概観に際して指摘しておいた⁽⁸⁸⁾。ロクシンの議論は、共同正犯論の本質をよくついたものであって、わたくしも基本的に賛成する。そのような点でロクシンを批判することは的はずれである。

しかし、「機能的行為支配」ということの内容と、具体的な結論には、疑問点があ

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

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

「見張り」が、犯行にとって不可欠の重要な役割を担うことは十分に考えられる。したがって、ロクシンの言うように、「見張り」だからといって共同正犯とならないというわけではない。しかし、特に我が国では共同正犯の成立範囲については常に共謀共同正犯との関連でものを考える必要がある。そのためもあるが、「見張り」は、共謀共同正犯に含まれることが一般であるとしても、そのなすところの事実的寄与の内容としては「構成要件行為」とはみなされえないし、客観的行為として「構成要件行為」と同等ないし類型的同一性があるともいえない。したがって、不可欠の本質的機能という漠然とした物言いによって、通例は「見張り」は共同正犯であるとするには、いささかの躊躇を覚えないわけにはいかない。

さらに、上の問題にも関連するが、私見によれば、「事実的寄与」の内容が犯行現場に現在することを不可欠の条件とはしていないということも問題である。「事実的寄与(Tatbeitrag)」ということの中には、客観的・主観的要素を総合した行為という意味が含まれている。すなわち、実行段階において、客観的にも寄与をなしていることが条件であるはずなのである。計画段階からいかに重要で本質的な寄与をなしてきたとしても、犯行現場で、何らかの客観的寄与をなしていない場合には、実行段階における「事実的寄与」とはいえず、精神的・無形的な寄与にとどまるというべきであ

ろう。そしてそれらを共同正犯とすることは妥当でないというべきであろう。もちろん確かに、共同正犯は直接正犯ではないということ、だからこそ「行為の支配」ではなく「機能的行為支配」という別の原理をその正犯性の基準としたのだということは十分納得できる。しかし、直接正犯における正犯性を出発点として共同正犯の「行為支配」概念を画することを考えると、「事実的寄与」というものは「構成要件行為」ではないにしても、直接的・現実的に、かつまた主観的・客観的に、犯罪行為の遂行にとって本質的な寄与をなすことである必要があると思う。

以上の駆け足の批判的検討では、十分にロクシンの理論と対決したことにはならないことはもちろんである。ただ、ここでとにかく指摘しておきたいと考えたことというのは、ロクシンが「行為支配」概念を純粹に保ち、概念の明確性を保つことに急なあまり、本来、正犯理論として期待され、実際、従前の「行為支配論」者たちが実践してきた「行為支配論」の正犯性の統一原理たる性格を簡単に捨ててしまったように思われることは問題であるということである。

2. 目的的行為論に基く統一的説明ほか

(1) シュトラーテンヴェルト(Stratenwerth).

シュトラーテンヴェルトは、「行為支配論」について、正しくヴェルツェル流の目的的行為論からの直接的説明を継承している。すなわち、正犯とは、他人に「その支配する意思」を認めていない限り、構成要件実現に導く事象に対する支配者のことであるとみられる。他方幫助者は、正犯に「犯行が完遂されるかどうかを委ねる」ことによってそのような犯行に対する支配を行使しないものである、というヴェルツェルの思想を引用した上で⁽⁸⁸⁾、次のように述べる。

「目的的行為論からは、正犯性の特性を行為支配の中に求めるということはほとんど自明のことである。人間の行為を目的活動的意思によって支配された目的的に操縦された事象として記述するならば、誰が（構成要件該当の）行為を行なったことになるか、そしてしたがって正犯であるかという問いは、その事象を目的統制の力によって支配した、まさにその者を指示することになる。」⁽⁸⁹⁾

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

「しかし、行為支配の条件についてなお全く疑問がないわけではない。確かに、主観的側面には目的的实现意思(finaler Verwirklichungswille)としての故意が不可欠であるということは行為論の体系的関連から既に明らかである。非故意に行為する者は、故意の行為犯(Handlungsdelikt)の正犯ではありえない。しかし、故意だけでは正犯性を基礎づけることは未だできない。行為支配を全く欠いているべき共犯者(教唆犯・幫助犯)もまた故意に行動しなければならないことから既に明らかである。」⁽⁹⁰⁾

「行為支配論」に対して、それは主観的要素のみを重視するとし、そこから、实现意思=故意をもっていることを支配と同視して、共犯もまた自分の行動に支配を有し

ていることは明らかだから、「行為支配」という考え方は妥当でないという言説がなされることがあるとすれば⁽⁹¹⁾、これは全くの誤解から出ているものであることは第1章でも指摘した。このような事情は、シュトラーターテンヴェルトのこの議論からも非常に明瞭である。「支配」は、常に一定の構成要件該当事実と結びついて考えられているのである。共犯者は自らの共犯行動に対する「支配」を有する。しかし、そこで論じられている、正犯として帰せられるべき犯罪事実に対しては、「支配」を有していない。

「行為支配実現に導く事象に対する支配を認めるためには、次のような場合にのみ故意だけで足りるのである。それは事象経過に誰も他の人物が影響を及ぼさない（作用しない）場合、したがって正犯による事象統制(Geschehenssteuerung)と他人の統制とが元来競合しない場合である。」⁽⁹²⁾

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

シュトラーターテンヴェルトの「行為支配論」がいわゆる形式客観説を明示的に採用してはいないということは次のような議論からも窺える。「行為支配への言及によって答えられるのは、誰が構成要件該当の実行行為を行なうのかという問いだけである。しかし、全ての場合についてこの行為の（故意の）実現が正犯性にとって十分であるわけではない。」⁽⁹³⁾ここでは、実行行為概念自体が、当然のことながら目的的行為論の立場から構成されている。そしてそのような実行行為を行なった者を確定するために「行為支配」が考慮される。しかし、そのように構成された実行行為を実現したからといって直ちに正犯とされるわけではない。

「構成要件は付加的な要請を含む。まず主観的構成要件については、故意をこえた特別のメルクマールを目的(Absicht)・傾向(Tendenz)・心情(Gesinnung)という形で包括している場合にそれがあてはまる。」「次に、同様のことは身分犯の場合にもあてはまる。一定の行為を遂行することで既に構成要件該当の不法が基礎づけられるのではなく、身分義務に反した実行のみがその不法を基礎づける。」⁽⁹⁴⁾

「このことは身分犯という図式を認める限り基本的に自明のことである。(95)」

これはヴェルツェルの説においても登場した特殊的正犯メルクマール⁽⁹⁶⁾である。シュトラテンヴェルトがヴェルツェルの「行為支配論」の正当的後継者であるという性格がここにも表われている。しかしロクシンの場合とはちがって、これらは「行為支配」とは別の正犯メルクマールであるわけではない。ただこれらの構成要件においては、犯罪事実に対する「支配」だけでは正犯とするに足りない、十分ではないのであって、それに加えてさらに、正犯者が有していなければならないという契機なのである。

また、自手犯については、「行為支配」が正犯を基礎づけない例外的場合であるとしている⁽⁹⁷⁾。

このように、シュトラテンヴェルトの「行為支配論」はヴェルツェルの議論をかなりの程度継承しているのであるが、ひとつだけ注目すべき点を挙げる必要があるであろう。それは共同正犯に関する議論である。

「(ドイツ刑法25条 2項は)共同正犯が他の正犯の形式から区別されるところの実体的特殊性を考慮している。すなわち、個々の共同正犯者は、単独では構成要件を充足する事象に対する支配を有してはおらず、彼らは他の者とこれを分けあっているのである。明らかなのは、ふたりの銀行強盗のうち、一人が従業員と公衆を武器で牽制し、その間他方が金銭をかき集めるという例である。強盗の構成要件に属している活動は、一方では身体または生命に対する現在の危険をもって威嚇することであり、他方では他人の所持する物を奪取することである。こうした活動がここでは異なった人物によってなされており、しかも彼らのうちの一方が他方の道具とみなされることは <ない> のである。したがって、関与者のうちの誰も、全体としての犯罪行為に対して支配を及ぼしてはいない。行為支配は、むしろ「集団」(„Kollektiv“)自体の手中にある。個々の共同正犯者はこの犯罪行為に、単に集団の構成員として関与しただけである。 <その限りでは> 25条 2項は正犯責任を拡張していることになる。(98)」

この記述を読むと、我が国においては共同共同正犯に関する「共同意思主体説」を思い出さないわけにはいかない。シュトラテンヴェルトの認識では、「行為支配」

を有しているのは「集団」である。各行為者はいわばその「集団」の機関として関与しているだけである。もちろんそれを基礎づけるのは各個人が共同してなした「共同的犯行決意」であるが、そこには、たとえばロクシンにおいて特に強調しておいたような、全体としての犯罪行為に対する各関与者の直接的な支配という考え方とは異なった思考が表われているのである。もっとも、次のような議論からはシュトラーターテンヴェルトが「共同意思主体説」と全く同様の考え方をとっているとはいえない。

「一般的正犯概念は、もちろんここ〔共同正犯の問題において〕でも出発点とならなければならない。法律は全く正当にも、共同正犯の場合には犯罪行為の共同的な<遂行>(gemeinschaftliche Begehung)〔という要件〕を排除している。ただ目下のところ次のような疑問が未解決になっている。すなわち、いかなる前提の下に、ある犯行関与者が、本来の実行に協力(teilnehmen)し、共同的に行使された行為支配を分担したとすることができるのかということである。(99) 」

「基本的には、共同正犯の〔成立を認める〕ためには2つの要件が挙げられる。すなわち、共同的犯行決意(gemeinsamer Tatentschluß)と共同的(「分業的」)な行為支配の決意の実現(gemeinsame („arbeitsteilige“) Verwirklichung)とである。(100) 」

「共謀共同正犯」が一般に問題とされ、学説のいう「実行共同正犯」と対立してきたのは、共謀に参加した者が、実行行為に参加しないのにもかかわらず正犯(共同正犯)とされる点である。しかし、よく判例に表われる「謀議を遂げた」という場合には単に謀議に参加しただけでは足りないことを示しているものということもできる。実はこのような考え方を採ると共謀共同正犯論はシュトラーターテンヴェルトの共同正犯論に近くなる⁽¹⁰¹⁾のであるが、本来の「共同意思主体説」によれば、実際に何らかの事実的寄与をなさないものであっても正犯とされるべきものである。その限りにおいてシュトラーターテンヴェルトの結論とは異なるものであるし、思考の方法としても同一視することはできない。シュトラーターテンヴェルトにあっても、共同正犯とされるためには主観的要素と客観的要素とが必要なのであって、ただ、部分的な実行(ないし作用)が全体としての犯罪行為の責任を帰せられる(例の「一部実行-全部責任」の原理)根拠とされるのは、共同的犯行決意に基く共同正犯者間の「統一」(Einheit)

であるという説明がなされるのである。

シュトラーターヴェルトの「行為支配論」については、それがロクシンの場合とは異なりヴェルツェル以来の統一的な正犯概念への方向を示すものであるところに注目すべきであろう。この場合、その統一の基礎をなす理論が目的的行为論に求められていることは、目的的行为論自体に批判的な論者にとってはもとよりとるに足りない根拠であるという批判が妥当するように思われるかもしれない。しかし、今日、ドイツ刑法学において有力に主張されている「社会的行為論」⁽¹⁰²⁾にしても、基本的には目的的行为論と同様の構造を有するものが有力に主張されているのであり、そうでなくとも、社会的に有為な人間の行為の構造を主観的・客観的要素からなる統一体として（目的性という明確な概念を採用するかどうかは別としても）理解することの妥当性は十分に認められると思う⁽¹⁰³⁾。

(2)ゲッセル(Gössel).

ゲッセルは、マウラッハの刑法教科書の改訂に際してマウラッハの「行為支配論」を再構成し、明快な注目すべき「行為支配論」を提示することとなった⁽¹⁰⁴⁾。それは、構成要件を主観的構成要件と客観的構成要件とに分けて考える近時の有力な思考方法を「行為支配論」にも対応させて採用したものである。このような考え方によって「行為支配」概念は主観的契機と客観的契機とを総合的・統一的に構成したものととして、理論的基礎を得たといつてよいと思われる。「評価的考察」を、単に漠然とした規範的考察ではなく、構成要件に結びついた実質的なものとするための道を示したということもできよう。そこで、マウラッハの「行為支配論」との比較を念頭に置いて、以下に簡単にゲッセルの説くところを検討し、ロクシン以後の「行為支配論」の展開の一端をみることにしたい。

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

行為に關与している複数の人間が、その遂行にあたって客觀的にみてどのような寄与を分担しているかが正犯判断の決定的メルクマールとなるのである⁽¹⁰⁵⁾。

一方形式客觀説との相違点は、外形的な「犯罪行為遂行」(Tatbegehung)に依拠するのではなく、より実質的な原則すなわち正犯諸形式を統一するような原則を求めることによってこそ、基本概念である正犯を派生概念である共犯から区別することができる、という点である⁽¹⁰⁶⁾。そのように考えられたメルクマールが、正犯の有すべき「**目的的行为支配**」である。そしてこれを欠く者が共犯である。

こうした議論は広範にわたって形式客觀説の成果に依拠している。すなわち、形式客觀説によって正犯性が客觀的に肯定されるならば、それはここで主張している実質-客觀的觀察にもあてはまる。つまりこの見方は、狭義の、構成要件に結びついた客觀的行為支配の概念を自らの中に包摂するのである。しかしまた実質的には、さらにその同じ原理がすべての故意行為の分析における共通のメルクマールに到達しうるのである。これらはそれぞれ、「形式的」構成要件に結びついた「行為支配」、**「実質的」**構成要件に結びついた「行為支配」の規定と呼ばれる。この「行為支配」のメルクマールは、故意に包括された構成要件該当の事象経過を手の中に収めていること、すなわち構成要件該当の事象の目的統制ということである。したがって、全結果を自分の意思に従って制止したり進行させたりすることができるような者はすべて「行為支配」を有するということになるのである⁽¹⁰⁷⁾。

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

「規範に違背する構成要件的行為を客觀的並びに主觀的要素から構成すれば、正犯性にとっては他には何物もかかわらない[それに尽きている]。行為支配は客觀的正犯メルクマールであり、それとともに — その構成要件への帰属のゆえに — 同時に客觀的構成要件メルクマールでもある。したがってそれは主觀的構成要件の客体である。そこで、客觀的構成要件における客觀的正犯要素には、主觀的構成要件における主觀的正犯要素が対応しなければならない。すなわち、行為支配への意思(Wille zurTatherrschaft)である。この、客觀的行為支配とそれへの意思とが、

目的的行為支配という正犯メルクマールを形づくる。」⁽¹⁰⁸⁾

この議論が、正犯概念を主観的要素と客観的要素との総合として構成する意図を明確に示すものであることに注目しておきたい。ゲッセルも、正しく、ヴェルツェル以来の現代的「行為支配論」の線上において理論を構成している。この場合、正犯メルクマールをすなわち「行為支配」メルクマールであるとして、主観的要素と客観的要素とを明瞭に分けた上で、それぞれを客観的構成要件と主観的構成要件とに対応させる、という構図であることに、ゲッセルの構成した「行為支配論」の特徴を見出すことができるであろう⁽¹⁰⁹⁾。ゲッセルの理論も基本的にマウラッハの「行為支配論」を継承しているのでありマウラッハの客観的理解を基礎にしたものであるが、「行為支配への意思」を別に立てる点において、正犯メルクマール全体としてはずっと明晰で、バランスの中庸な理論となっていると思う。

ちなみに、ロクシンが身分犯について「行為支配」を正犯メルクマールとしていないことに関して、ゲッセルはこう述べている。すなわち、身分犯の場合には法律上に指定された犯行主体が要求されているために、「行為支配」だけをもって正犯を規定することはできないことは、ロクシンのいうとおりである。しかし、この場合であっても、「行為支配」はやはりその犯行主体に必要とされる要素であって、ただ必要条件ではあるが十分条件ではないところの正犯性メルクマールなのである⁽¹¹⁰⁾。

このことは、「行為支配」を正犯理論の万能薬とみなす人にとっては、その価値を減ずるように思われるかもしれない。しかし、正犯諸形態を通じて共通する基本的要素を求め、これによって正犯諸形態の法的評価の同等性（つまり、それらが全て「正犯」とされること）を理論的に基礎づけ — これが共同正犯や間接正犯の正犯性という問題にも寄与することは明らかであろう —、もって正犯と共犯との区別を実際的にも明確ならしめようとする立場にとっては重要である。すなわち、正犯たるべき者が等しく有すべきメルクマールとして「行為支配」の地位を確認することによって、このメルクマールによって指示される要素が、正犯という法的評価を基礎づける基本的要素であることが明らかになるのである。身分犯においては犯行主体の身分なり義務なりが基本的であり、「行為支配」とは関係がないとする立場も可能な立場であろうが、やはりこの場合にも「行為支配」の方がより基礎的な部分をなし、正犯にとっ

て不可欠の要素であると考えられる。もっとも、このとき「行為支配」の概念によって想起されている内容が十分に吟味されなければならないことはもちろんである。ここではただ、この思考方法の有益なことを強調したのである。

正犯の主観的メルクマールは「行為支配への意思」であった。故意は一般に「行為支配」という特殊的正犯要素を除いた、客観的構成要件要素にかかわるものである。

[つまり「客観的構成要件要素にかかわる事実の認識・認容」である。]このような故意においては、「その(正犯の)本質を示す、意味設定的な、人的要件と人的以外の条件・要因との結合であるような、必然的な事象の披覆決定」は、未だ考慮されていない。「こうしたことは主観的構成要件事実に対応した要素を付加することによって初めて可能なのである。この要素は客観的構成要件のメルクマールに関係しているので、目的どおりに故意の中に包含させるるのである。」⁽¹¹¹⁾

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

(3) ルドルフィ(Rudolphi).

「行為支配論」の<諸相>といっても、ロクシン以後においては特に、主観的要素と客観的要素との総合的・統一的考察という基本的方向において一致したものがあるが⁽¹¹²⁾、実際にどのような基準を提示するかという点では依然として種々の見解がある。もっとも、従前の理論状況に比べれば細部における議論であるが、既に「行為支配」を構成する際の態度にかかわる、あるいは方法にかかわる問題が横たわっている場合も少なくない。ポッケルマンのフェストシュリフトに寄せられたルドルフィの論文⁽¹¹³⁾においては、このようなさまざまな方向のうちでも、限縮的正犯概念—構成要件に関係をもたせた「行為支配論」の構想がみられると思うので、これについても一瞥を与えておくこととする。すなわち、ここでは結論的には「修正された形式客観説」と異なる議論がなされていると思われるのである。

ルドルフィが原則として立てているのは、「正犯概念の構成要件関係性」である。正犯理論の出発点・基礎となるのは、法律上の構成要件、すなわち可罰的行為の記述である。したがって、「行為支配論」が説くところも、正犯とは常に法律の構成要件の実現を支配する者だけである、ということになる⁽¹¹⁴⁾。これは、「犯罪行為を自ら遂行する者」を正犯とするというドイツ刑法25条1項の規定を、「遂行」という文言ではなく「自ら」という文言に重点を置いて「形式客観説」を言い換えたものにほかならない。ルドルフィは「行為支配」をこのようなものとして理解するのである。「行為支配」の定義に表われる「犯罪行為の成否」(das Ob der Tat)は「構成要件実現の成否」(das Ob der Tatbestand)というふうに理解されなければならない。問題の「犯罪行為」(„Tat“)を犯罪構成要件よりも拡大することは誤りである⁽¹¹⁵⁾。

実は、現在の「行為支配論」においてはこの議論には反対は多くないはずである。しかし、限界的部分についての解釈をする場合にはこのことを確認しておくことに意義があるのである。そのいくつかをルドルフィがとりあげて論じている。

①共同正犯と(狭義の)共犯との区別。まず、予備段階にわたる事実的寄与の共働について「主領者」(Bandenchef)事例が挙げられる。共同正犯性を承認する条件は、法律上の構成要件の実現が、複数の者によって共同的に支配されていることである。ロクシンによつて的確に述べられた「機能的行為支配」は、犯行計画に従ってなされるべき事実的寄与の質によって判断されるべきである。すなわち、その事実的寄与が構成要件実現にとって不可欠の要素となっていることが必要である。「主領者」は、たとえば実行に関与しなくても正犯とするヴェルツェルの考え方は妥当でなく、まさに構成要件実現にとって不可欠の要素である事実的寄与をなしたかどうかによって、扱いは異なるはずなのである⁽¹¹⁶⁾。

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

実現することになる場合だけである。

後行者の帰責範囲は、判例・通説に反して、後行者が少なくとも共同支配したとみなされる部分に限られるべきである。ただし、全体が不可分の統一的不法である場合（たとえば詐欺罪）には、全体について責任を負わなければならない⁽¹¹⁷⁾。

③一方の共犯者が構成要件該当の不法結果を惹起するか、あるいは惹起することになっているかどうかということに、他方が依存する場合。これには例が挙がっている。AとBとが共同してMを殺す場合で、実際にはAがなした事実的寄与によってMの死の結果が生じた場合には、結果惹起のためにA・Bの共働が必要であったとすると、事実的寄与を与えた者の各々は、その者の事実的寄与の力で「全事実の運命を握って」いた（ロクシン）ことになる。したがってBもまた共同正犯とみなされるとするのが一般である。

しかし、ルドルフィは、共同正犯は常に、法律上の構成要件を実現する際に重疊的(kumulativ)な共働を前提とし、択一的(alternativ)な共働では足りないはずであるとして、「行為支配論」の立場からこのような場合に共同正犯の成立を認めるとすれば、それは、機能的行為支配の概念を誤解しているか、構成要件を実現する事象を超えた全事象を「行為支配」の有無の判断の手がかりとしているか、のいずれかであると批判している⁽¹¹⁸⁾。これもまた、「行為支配」概念を、きわめて強く、構成要件と具体的事象に結合させた見解である。

④数人が、共通の計画に従って、しかし各人が独立に、目的達成に必要な犯罪行為を行なったとき。たとえば、Aがひとりで盗んできたピストルを使って、B、Cがそれぞれ銀行の出納係を射殺し、それぞれ金庫の鍵を奪い、これをDに交付した上で、Dがそれを使ってひとりで金庫から金を盗む、という場合、正犯を決定する際に、ピストル盗から金銭盗に至る全事象を1つの犯罪行為(„Tat“)とみなすと、全員がこの全事象の共同正犯となる。しかし、個々別々の法律上の構成要件を実現する事象断片に分析すれば、これらを関与者全員がそれぞれ支配しているとはいえないというのである。結局、犯行関与者(Tatbeteiligte)が、彼らによって分業的に実行された全犯行(Gesamttat)を共同的に支配していても、この全犯行の個々の部分行為をも全て支配しているものではないとするのである。上の例では、B・CがDひとりの金銭を領

得する意図をもっていた場合には、B・Cの殺人が同時にDの犯行の目的のための暴行であると考えられる。したがって、ここでは現実には全体として強盗の構成要件が実現されているが、しかも、B・Cの殺人と、Dの金銭窃盗という事象が共に存在しているのである。結論的には、B・C・Dが強盗の共同正犯であり、2つの殺人の正犯はこの場合にもB・Cそれぞれに認められ、Dには事情によって住居侵入が成立する。ルドルフィのことは、強盗構成要件の<かすがい>は他の犯罪構成要件にとっては意味がないということである⁽¹¹⁹⁾。

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

a) 22,23条によれば、可罰的であるのは正犯的構成要件実現のみであるから、未遂の構成要件の不法にとっての条件である、正犯として構成要件を実現する決意と、その決意を構成要件の正犯的实现に直接着手する行為によって実現することとを考えると、各共同正犯の未遂処罰には、その者が直接に、その者の行為支配を基礎づける事実的寄与を開始したことが必要であるはずであると批判する。さらに、

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

結論として、共同正犯の場合には、決して、そのうちのひとりだけでも構成要件実現を直接に開始すればその時点で、全ての共同正犯者にとって同時に実行の着手があるということになるのではない。未遂の可罰性は、ここでもまた、むしろ、各々の共同正犯者自身が、構成要件実現(すなわちその者の正犯性を基礎づける寄与の提供)を開始したことを前提とするのである⁽¹²⁰⁾。

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

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

第3節 「行為支配論」の暫定的試案

A. 正犯・共犯の区別の方法

1. この節では、この研究の全体を通じて提出しようとしている形態の「行為支配論」の内容について、第2章までで検討した諸学説の議論に基いて、一定の仮説的解答を暫定的提言（テーゼ）としてひとまず提示しておくことにする。このように、いわば『結論』の先取りをする理由は、これが、第2部におけるドイツBGH判例の検討において導きの糸として、一定の視座を形成することを期待しているからである。したがって、最終的にはこの論文全体の『結論』においてわたくしなりの見解を主張することとして、ここでは暫定的なテーゼを提出するにとどめ、いわばこれを仮説とし、第2部においてそれを論証しようという意図をもって、わたくしが拠り所とする「行為支配論」の輪郭をひとまず示すことを試みておく⁽¹²¹⁾。

2. さて、第2章までで、「行為支配論」の基本的な方向性といくつかの代表的論者の具体的な主張とを見てきた。そこでも述べたように、学説の展開と現在の水準とから考えて、我々が正犯理論としての「行為支配論」を考える場合には、主観的要素と客観的要素とをバランスよく考慮した上で、しかもそれらを単に並行的にとらえるのではなく総合的・統一的なものとしてとらえることが必要である。

しかし、この「統一性」というのは、正犯とすべき犯罪遂行形態（すなわち、事実上は「単独正犯」・「間接正犯」・「共同正犯」）を漏れなく包摂し、かつそれらを統一的に基礎づけるという要請に合致することをも必要とする。ここで、どのような範囲で正犯概念を構成するかという、一種の評価的な態度決定が避けられない。既に繰り返し述べたところでもあるが、たとえば「共謀共同正犯」を正犯として扱うのか否か、もし正犯の概念の中にそれを含ませるとしても、どの範囲が妥当なのか、といった問題について、予めの問題として明らかに一定の価値判断がはいってくることになるのである。いわば、結論が先に存在するということができるであろう⁽¹²²⁾。と

はいえ、正犯概念を形成するに際して、単独正犯を基礎として正犯にとって本質的な要素であるものを抽出して、本来的に正犯たるべき妥当性をもつ形態を包摂することに努めなければならない。いずれにしても初めにそれを確認しておく。

「正犯」という概念は、各則の各々の構成要件において、当然その行為を自ら行なう者が正犯となることが前提とされているのであるから、その限りにおいて、単独正犯については何の問題もないのだといってよい。正犯・共犯の区別に関連した問題として、単独正犯のほかに「共同正犯」・「間接正犯」が正犯として扱われるべきであるとされるのは、法律上の規定によって、または学説の展開に応じてなされたものである⁽¹²³⁾。ただし、「共同正犯」・「間接正犯」が「正犯」であるのか否かについては異議もあるかもしれない。しかし、我々の立場、すなわち「行為支配論」の立場に立てば「共同正犯」・「間接正犯」が正犯であることは当然の前提であることは、これまでの議論によってわかるとおりである。これは「正犯」ということばが用いられているから「正犯」であるという問題ではない。また、「行為支配論」を採ったからそういう結論になるというものでもない。むしろ問題の本質からしてきわめて自然かつ妥当な見解であろう。いいかえれば「行為支配論」そのものが、学説がこれらを正犯に含めてきたことを踏まえているのである。「共同正犯」や「間接正犯」は、犯罪の遂行という観点からみて、社会的評価として当然単独正犯と同価値であるということは、常識的にいってもごく自然であるというべきである。

このあたりまえのことを改めて確認したのは、「共同正犯」・「間接正犯」における正犯性、すなわちここでは「行為支配」を考える場合にも、このことから出発しなければならないはずだからである。上にも触れたことであるが、「共同正犯」・「間接正犯」が正犯とされるのは、それらがあくまで「単独正犯」と法的に同価値である点にその根拠があるというべきなのであって、「行為支配」の構成にあたってそれを忘れてはならない。

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

ところで単独正犯の場合には、行為者は構成要件該当の行為を自らの手で行なうことによってある構成要件該当事実を実現する。そして、単独正犯の場合にはその他の構成要件事実方法は考えられない。一方、間接正犯の場合には、直接行為者は単なる「道具」として行動し、実質的に構成要件該当事実を実現するのは背後者の方であると評価される。このことは従来から当然の了解であり、もちろん常識的にいってもごく自然である。ではなぜ、この場合には背後者が構成要件該当事実を実現したと考えることが自然なのであろうか。わたくしの認識では、それを基礎づけるのが「行為支配」である。我々はある犯罪事実を実現したというときにこう考えているのではないか。その行為者が「行為支配」を有している、その犯罪行為を「支配」しているから正犯であると。すなわち、その事実を実現させることも、さしあたり中断させることも、あるいはもう止めてしまうことも、あるいはそれをどのように進行させるかをも自由に左右することができる者が、あえてその事実をそのように実現したときに、そ

の者を「犯罪事実を実現した者」、すなわち正犯として評価するのではないか。そうだとすれば、このとき、そのような事実の統制・決定の可能性を有することを「行為支配」を有するものであると定義することができるであろう。このようにして、我々は、「行為支配」概念、したがって「行為支配論」を構成する方法を確認することとなった⁽¹²⁴⁾。

B. 「行為支配」概念の構成

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

①犯罪行為についての「故意」を有すること。これは、いわゆる「事実的故意」と同じである。構成要件における主観的要素に対応する。これを先に示したのは、「行為支配論」が正犯を規定するのは、とりあえず、故意犯の領域に限られるということをも初めに明らかにするためである。ただし、わたくしは、将来的には過失犯の領域においても、「行為支配論」が正犯理論として妥当する可能性を追求したいと思っている。これについては若干の展望を後に示しておくこととする。

さらに犯罪行為を②の意味において「支配」する「意思」を有することもこれに含まれる。いわば「行為支配への意思」⁽¹²⁵⁾ということもできる。共同正犯の場合にはいわゆる「意思の連絡」を含む。ただしこの言い方は誤解を招きやすい。注意すべきは、この「意思」は、②の客観的条件を前提として、それに対応するものとして意味をもつのであり、したがって、これはあくまで構成要件該当事実の認識・認容としての事実的故意と同じものであり、主観説のように「意思」に本質的な重要性を認めて、客観的要件が存在しないときにも主観的要件が存在することをもって正犯性を確定するものではないということである。

②その犯罪行為を進行させ、中止し、またはその経過の態様を左右することができる「客観的可能性」⁽¹²⁶⁾を有すること。これは、構成要件における客観的要素に対応するものである。これは、事実ないし客観的事態としての「行為支配」を有することを意味する。しかしこの客観的側面だけでは一種の可能的・潜在的「行為支配」であるにとどまり、現実の「支配」とはいえない。「行為支配」は意思的側面と統一的に理解されなければならない。

これらは正犯諸形態に共通の定式として立てられるものであるが、さらに「共同正犯」・「間接正犯」においてはそれぞれの特性に応じて、具体的には特別の表現形態をとることになる。これはロクシンの方法⁽¹²⁷⁾と類似するようであるが、ロクシン

の場合には、『指導原理』としての「行為支配」がほとんど無内容で、実質的内容は各正犯形態ごとの規定をまっけて始めて明確になる、「開かれた概念」であった⁽¹²⁸⁾。のに対して、ここでは、抽象的・一般的ではあるが実質的な「行為支配」の定義を示した上で、それぞれの犯行遂行形態に適用するに際してその表現形式をより具体的に記述するという図式を考えているのである。

2. 間接正犯の場合の表現形態は、背後者が直接行為者に優越しているために、背後者の方が犯罪事実を左右することができる状態にあり、しかも「支配意思」も背後者の方にあるとみなされる場合の「行為支配」である⁽¹²⁹⁾。「優越」の根拠にはいくつかの類型を設定することができる。しかし、いずれにしても何らかの形で「客観的にみて」犯罪の経過を左右することのできる事情が認められなければならない。これが従来の学説に基いた「実質客観説」にほかならないことは見やすいであろう。しかし、「実質客観説」を「行為支配論」として主張することは、単独正犯の場合と同じ正犯規定がそのまま妥当するという点において、従来の定式化に比べて正犯の本質に合致するものであり、統一的な根拠を示した上で正犯を基礎づけるという目標に近づくものであろうと思う。

3. 共同正犯の場合にはいわゆる「共同的行為支配」という形で現象する⁽¹³⁰⁾。「共同的行為支配」というのは、ロクシンのいう「機能的行為支配」と同じものである。「行為支配」は関与者の各々に帰属し、各々が個別に正犯としての責任を認定され、それに応じた刑罰を課されることになるのであるが、ひとつの犯罪行為の支配を分析すると、そこに複数の関与者の「行為支配」がいわば共同的に認められるのである。関与者は、個々にそれぞれが直接に犯罪行為の本質的部分についての現実的「支配」を有し、これによって犯罪行為全体を「支配」していなければならない。すなわち、各々が単独でも犯罪行為を左右することができるのでなければならない。そのような事情を、「本質的機能」を果たすという意味において「機能的行為支配」と称することができるのである。ただ、「共同的行為支配」は、元来が複数の者が同一の犯罪行為を主観的には合意に基いて、客観的には分業的に遂行するという場合の「行為

支配」であるから、単独正犯の場合とは違って、すべての構成要件該当性行為を自ら為す必要はない。つまり、各関与者が他の関与者と意思を通じていることが独自の性格となっている。

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

以上のところから、共同正犯たるべき行為者に共同正犯における「行為支配」を認めるためには、その者が、「犯罪行為の実行段階における事実的寄与をもって、犯罪実現にとって本質的な機能を果たし、それによって構成要件実現の行為の遂行を中止し、もしくは進行させ、またはその進行の態様を左右することができる者」でなければならぬ。もちろん、「犯罪遂行にとって本質的な寄与」というのは、同一の犯罪事実に対する共同的支配という意味であるから、共同的な犯行の決意と犯罪実現への分業的関与が前提となる。この意味における「意思の連絡」が必要である。付け加えれば、これは共同正犯における主観的構成要件意思、すなわち事実的故意に対応するものであるといえるであろう⁽¹³¹⁾。

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

第2部 「行為支配論」の展開

— ドイツ連邦通常裁判所の判例を素材に —

はじめに

第2部として、以下ではドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例をいくつか取り上げて、「行為支配論」の構造を反面から明らかにする作業を行なう。一般に判例を主題的に扱う場合に、これらを素材として、どのように議論を展開するかが問題であるが、ここでは、材料とした判例を時系列的に取り扱うのではなく、「行為支配論」との関連という観点から、分類を試み、それらに共通する基本的思考を浮かび上がらせることを目標とした。

一方、このような方法にともなって、第1部の学説の検討においてしたような、単独正犯・間接正犯・共同正犯という正犯形態ごとの検討は、これを断念しなければならない。その理由の一端には、典型的な思考を表明していると思われる判例が、正犯形態の全てにわたっているとは限らないこともある。いずれにせよ、第1部の体裁とは異なり、第3章で暫定的に提示した「行為支配論」の試案を導きの意図として、判例理論を全体として考察していくことになる。

以下において取り上げた判例は、「行為支配論」または正犯論に関連する判例を網羅しているわけではもちろんない⁽¹⁾。『序』にも断わっておいたとおり、「行為支配論」の基本的構造を反面から明らかにするという観点から、判例理論の立場を先鋭に典型的に表明していると目されるものを、諸文献等をも参考にして選びだしたものである⁽²⁾。ただし、同様の判断が繰り返されている場合であっても、それが判例の立場の表明として重要であると判断したときには、それらを合わせて材料として採用している。判断が同様の思考に基いていることが示されていること自体にも意義があるからである。

第3章 判例理論としての「主観説」

第1節 判例による「主観説」の定式

ドイツ連邦通常裁判所（BGH）がライヒ最高裁判所（RG）時代以来、正犯・共犯論に関しては、いわゆる「主観説(subjektive Theorie)」を採用して現在に至っていることは、ドイツにおける文献上でも一般的な認識である。判例と学説、なかんずく「行為支配論」との対抗関係において、正犯・共犯論の展開をあとづけることをめざす第2部では、まず、判例理論の基本的な立場を認識することから始める。既に何度か触れた「浴槽事件(Badewannenfall)」⁽³⁾を始めとして、主観説の帰結に対してはドイツ刑法学においても問題とされ、これとの対決において「行為支配論」も発展してきた経緯から、最初に、RG判例であるが、正犯・共犯論においては必ずといっていいほど、いわばまくらことばのようにして引合に出される判例として、唯一の例外として「浴槽事件」を典例として示し、その後、同様に主観説を基礎にしたと考えられるBGH判例を並べて、その理論のありかたをみていくことにする。

判例が判示している「主観説」の基本的定式を抽出しておけば、正犯とは、「正犯者意思(Täterwille)をもって行為する者である。いかえれば、犯罪行為を自己のものとして意欲する者が正犯である」ということになる。ただし、判例が採用している「主観説」は、いわゆる「利益説 (Interessentheorie)」であるというべきであるかもしれない。両説の関係については後述する⁽⁴⁾として、「利益説」の定式は、「他人の利益のためにするのではなく、自己の利益のために犯罪行為を行なう者が正犯である」ということになる。

このような定式は、判例において繰り返し用いられており、判例の基本的な考え方を示すものであるが、具体的には、これだけの判断基準で問題をすべて解決することができないことはもちろんである。「主観説」についてのさまざまな批判にもかかわらず、今日まで「主観説」が判例理論の原則として生き続けてきた背景には、「主観説」の考え方が許容する範囲を拡大し、いわば自己変遷をたどってきたともいうべき

事情が存すると思われる。

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

第2節 「主観説」判例

1. RGSt 74, 84 (Badewannenfall)

(この判例は、既に我が国においても有名なものであると思われ、改めて紹介するまでもないかもしれないが、体裁上一通りの紹介を行なっておく⁽⁵⁾。)

1940年 2月19日ライヒ裁判所第3刑事部判決：

上告人(女)は、妹である共同被告人マリア・アンナ・Rと意識的かつ意欲的に共働して、マリア・アンナ・Rの非嫡出子たる新生児を浴槽の中に入れて溺死させた。この事実についてラント裁判所は、上告人を刑法 211条の謀殺のゆえに有罪とした。上告人が、その子供が生きて生まれたことを認識していたこと、および、その子を浴槽に入れそれによって溺れさせたことが認定されている。したがって、同女は、その子供を故意に、かつラント裁判所の詳細な事実認定によって推測されるところでは、熟慮をも持って殺害したものである。

「ラント裁判所が、上告人を重罪たる謀殺の故にのみ正犯として有罪であると認めたということは正しい。なぜなら、同女は構成要件に該当する行為を自ら実行したからである。しかし、この法意図(Rechtsansicht)は、正犯(共同正犯)と幫助犯という概念の解釈に関するライヒ裁判所の確立した判例に反する。それによれば、結果のすべての条件は等しく、それが正犯を措定したか幫助犯を措定したかということに関しては、完全に同価値である。実行行為への関与だけを判断のメルクマールとすることはできない。決定的なのはむしろ、被疑者が実行行為を正犯者意思(Täterwille)をもって行なったかどうかということ、すなわち、その犯罪行為を自らのものとして意欲したか否か、あるいは、その者がそれによってただ単に他人の犯罪行為を他人のものとして援助(unterstützen)しようとしたのか、ということである。第一の場合だけが正犯の場合であり、第二の場合は幫助犯にとどまる。

ある者が犯罪行為を自らのものとして意欲するものであるかどうかは、専らではないとしても、主として、結果における単純な自らの利益の程度に関連している。

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

この際、ラント裁判所は、場合によって次のことに注意しなければならない。

マリア・アンナ・Rが、ただ単に刑法 217条によって可罰的であるということは、刑法50条によれば上告人にとって好都合ではありえないということである。したがって、同女は、それにもかかわらず、— 幫助行為と、それに応じた故意を前提として— 謀殺(§ 211 StGB)または故殺(§ 212 StGB)への幫助に関して判断されるべきである。この場合に、当の上告人が、熟慮をもって行為したか否かということが重要になるのではない。決定的なのはただ単に、どの程度までそのことが、その犯罪行為に上告人が幫助をなした母親の側にあった場合であるかということである。たとえこの区別が刑法 217条自体の構成要件にとっては法律上些細なことであるにしてもである。

>コメント<

正犯者意思の認定にあたって、行為者の利害関心のありようが重要で、決定的であるという意味において、主観説といわれるもののうちでも判例の立場は「利益説」というべきであることが明らかであろう⁽⁶⁾。

2. BGH NJW 1951, 323

1951年 2月13日第4刑事部判決：

原審：ハノーファー陪審裁判所(Schwurgericht)

被告人Be. は2件の故殺の故に、被告人Bö. は故殺への教唆の故に有罪とされた。Be. は、それぞれ、ナチス武装親衛隊の伍長(Rottenführer der Waffen-SS)として、および囚人の移送の警衛として、1945年の 4月の別の日に、2人の囚人を突撃扇動隊長(Sturmscharführer)の命令により — 被告人Bö. の事件において —、その軍務銃(Dienstgewehr)で射殺した。1人の囚人は行進中に衰弱して倒れ、他方は行進続行の前に干し草の中に隠れていて、そこで動けなくなったのである。

>理由から・抜粋<

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

ナチス武装親衛隊は、武装権力の一部をなしており、軍事上の特別権力下にあり、陸・海・空軍と同様であった。突撃扇動隊長(Sturmscharführer)は、職務の内外において、伍長を含む親衛隊メンバー全員の上官であった。周知のこの歴史的事実によれば、Be. は2人の囚人を射殺したときには、軍事上の上官の職務上の命令で行為したことになる。

当時、効力のあった軍刑法47条によれば、その実行によって刑罰法規が侵害されるような職務上の命令については、基本的に、命令を下す上官だけが答責的であった。部下は、その命令が犯罪的な目的をもつゆえに命令に拘束されないことを認識していなかった限りは、それに従ってもよかった。この確信に至るまでは、同人は違法な命令にも従ってよかった。その理由は、兵隊は、職務原則によって、まず、職務上の指示は拘束的であると考えることが許されたからである。これに対して、行動の時にかつ当時の状況の下で、命令が、はっきりと明白であったならば、すなわち、部下にも認識できるように明らかに犯罪的なものとみられたならば、同人がそれにもかかわら

ず行為した場合には、部下に刑法的答責が認められる。

陪審裁判所の認定によれば、移送の開始についての独自の応訴(Einlassung)によれば、Be. は、上官によって、逃亡する囚人を3回の警告の後で射殺してもよい、と命令されていた。彼に与えられた2つの射殺命令は、こうした前提を明らかに欠いているために、犯罪の刻印が非常に色濃く押されていたので、Be. でさえも、その減退した責任能力でもってその命令が違法であることを洞察した。彼はまた、それゆえ、まず、Bö.によって与えられた命令を実行することをためらったという。こうした考慮は、本質的に事実の領域でのものである。それらによると、法規範に対する違反は何ら認識できない。

(この間、軍刑法その他についての戦後の効力が問題になっているが、被告人に不利な解釈を許さないとする以上、法律が廃止されたとしても、以前には処罰されなかった行為を可罰的とすることはできないとされている。)

被告人 Be.は、これまでに確認された事態によれば、同人が違法であると認識した行為へと、その上官の強迫によって強制されたか、あるいは、同人がその行為を現在の生命の危険から逃れるために遂行した(刑法52, 54 条)、ということ援用することもできない。というのは、同人はその上官から射殺命令を受けていただけなのであって、その際、上官は同人に義務に従うようにと特に促したり、同人を、例えば、このようなしかたで精神的な圧力の下に置いたりもしなかったからである。示されたのは、上官が、彼らの意思を武器またはその他の適当な威嚇によって強要する準備をしたとき初めて存在することになるであろうような類の危険であった。そのようなことは2件のうちのどちらにおいても、暗示的だけにしても問題にはならなかった。

陪審裁判所は、被告人 Be.を正犯とみなした。47条によれば「服従する部下には共犯の刑が」科せられる。このことによっても、その犯罪を自分のものとして意欲していた限りは、その者の共同正犯性は排除されない。本件の場合がそうであるかについては、陪審裁判所の認定によれば重大な疑義がある。というのは、Be.が「自分の意思をもたずに(willenslos)」、同人に向けられた無理な要求に従ってはならなかったと

いうことは、同人を非難することになるからである。事実裁判官(Tatrichter)の確信するところでは、精神薄弱の被告人は、自らの意思から犯罪行為を行なったのではなく、自分の意思を犯行現場に居合わせた上官の意思に完全に従属させていたのであって、同人によって外形的には完全に構成要件が実現されている — 通例は共同正犯性にとって有利な事情である — にもかかわらず、その行動の判断に際して、これを幫助とする方に促したように思われる。このように、正犯者意思がこれまでのところ十分に認定されていないので、有罪判決を維持することはできない。

Be.に対する有罪言い渡しにおける瑕疵によって、Be.を教唆したことについてのBö.の有罪判決についてもその根拠が失われた。従って、原判決はこちらの上告においても破棄されるべきである。

>コメント<

この判例は、ナチス時代の犯罪を対象とするものであって、それ自体特別の配慮が必要な場合がある⁽⁷⁾ というべきであるが、正犯・共犯論に関しては、端的に「正犯者意思」の認定を正犯性の決定的条件として主張しているのであり、「主観説」を典型的に示すものである。すなわち、正当化事由・免責事由が存在せず、完全に構成要件を実現したとみなされるべき行為者が、「正犯者意思」の不存在に基いて幫助犯とされることがあることを事実上認めているのである。

3. BGHSt 18, 87 (スタシンスキー事件)

1962年10月19日第3刑事部判決 (Staschynskij-Fall)

>理由から<

RとBとは陰謀で殺された。すなわち謀殺された (§ 211 StGB)。

陰謀によって殺した者とは、被害者を意識的に、その悪意なく無防備なことにつけて殺した者のことである。正犯となるには、この、悪意がなく無防備であること (Arg- und Wehrlosigkeit) を、知りつつ惹起したり強めたりしたことは必要でない。悪意がないとは、少なくともこの時、この行為者からは、何らの攻撃も予想しない人である。

RはBと同様、犯罪行為実行の瞬間には、上に述べた意味での悪意はなかった。Rは、ミュンヘンの最も賑やかな場所に位置している事務所ビル (ここで同人は仕事をしていた) に、Bは、同人の、通常そして犯罪行為の時にも鍵のかかっていた住居に立ち入った。2人は行為時に、被告人に対しては、どのような猜疑の念ももっていなかった。... St.は、この、被害者が悪意がなく無防備であることとそれが基いていた全事情とを承知していた。同人は、それを2つの暗殺計画に全く利用し尽くしたのである。同人に対して委託した者は、それを初めから計画にいれていた。

1. 正犯性。両方の暗殺計画は、確実にソヴィエトの「高官(höchste Stellung)」の主行為の結果である。少なくとも、政府の基礎の上に、当時のソヴィエト連邦の閣議における国家保安委員会 (KGB) の委員長であったシェレピン(Schelepin) の関与の下に、被告人に命令された。... St.に対する委託者は、2つの暗殺計画を指定するに際して、その本質的なメルクマール (被害者、武器、対抗手段、利用方法、行動の時、行動の場所、移動) を前もって確認した。彼らは故意に行為した。彼らの下知によって作りあげられた、「既に何回も、常に成功をもって使われた」毒銃は、行動任務と行動指令を個々に示している。つまり、被害者が悪意がなく無防備であることを意識的に利用し、かつこの行動をこのようなしかたで実行することつまり謀殺を

表象していること、および、これらの謀殺を彼らが意欲していたことを示している。法的関係では、どの個人が、この正犯者意思をもっていたかが確定していなければならないということなく、行動主謀者(Tatuerheber)、すなわち本来の意味における黒幕(Drahtzieher)として、彼らは正犯者意思をもっていた。したがって、これらの本来の行動主謀者が正犯、それも間接正犯である。

2. 幫助. St. はどちらの場合にも謀殺幫助としてのみ有罪判決を受けるべきである(刑法49条)。

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

この、第5刑事部によって、とにかくさらに明瞭にされた連邦通常裁判所の判例から離反する理由はない。それは法学説によって、「客観的要素を作りつけられた主観説 „subjektive Theorie mit Einbau objektiver Elemente“ 」と名付けられている(Schönke/Schröder, StGB, 10. Aufl., Vorbem. VIII 2 vor §47) が不適當である。特に、この点で単一ならざる学説において支持されている実質-客観説は、それに対して説

得的な動機を提供しない。この理論は、正犯と共犯（幫助）とを正犯者意思というメルクマールによって区別することは、いかなるものもこれを退ける。決定的なのは、正犯によってなされる実際の事象、すなわち「数人の共働者の間の現実的な力の分担 „ reale Kräfteverteilung unter den mehreren Mitwirkenden “」（Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1958, S. 515, 516）である。この場合、決定的なメルクマールは、正犯の行為支配であり、幫助犯の行為支配の欠如であることになる。これに反して、単なる行為支配への意思は問題にならない。結果への利害関心がなくても自ら構成要件メルクマールを実現する者は常に共同正犯となる。直接的な構成要件充足は常に正犯行為である、という。

ここで基準とされている行為支配という区別のメルクマールが、狭すぎるのがなく、いわば、関与者におけるあらゆる心理的所与と、あらゆる心的な圧力ないし強制とを除外して、単に明白な共働として理解されているのかどうかは明らかでないようである。それならば、確かにそこには正犯と幫助犯との便利な区別のメルクマールがあることになろうが、しかし同時に、あらゆる事実的関与を可能な限り正当に判断することがもはやできないという重大な粗雑化、それとともに危険もあるであろう。

しかしながら、[何といても]とりわけ次のことのために、この理論には疑問がある。すなわち、この理論が、特に殺人犯罪の場合に（しかし決してこの場合だけでなく）、確かに強力に作用してはいるが、一般的犯罪学によっては知られていないような特別の事実動因(Tatantrieb)を顧慮することを排除するからである。…実質-客観説は、ひょっとして、単に犯罪行為関与者が、どのような、刑事学的に知られた事実的動因によっているのか、それも背景において本質的になお統一的な道徳的な、一般性の見解と、ある程度固定した政治的-国家的関係に従っているのかを最終判決されるべきであるならば、より明確だっただろう。この理論は、それが明らかに現代の犯罪の一部にはまだあてはまるのだということを見捨てる。政治的謀殺は、世界でもドイツでも、絶えず生じてきた。最近では、ある近代的諸国が、急進的な政治思想の影響下に、ドイツでは国家社会主義（ナチス）の下に、政治的謀殺ないし集団謀殺を実際に計画し、そのような凶行の実行を命令するようになっていったのである。

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

この、国家的に命令された犯罪という特殊な事情は、犯罪行為関与者を決して刑法上の責任から解放はしない。あらゆる国家共同体は、あらゆる人が犯罪から、国家権限の濫用下で求められた犯罪からも、無条件に遠ざかっていることを求めてよいし、求めなければならない。そうでなければ、あらゆる秩序は溶解し、政治的犯罪に扉を開くことになってしまう。責任非難の内在的基礎は、人間が、倫理的円熟に到達するとすぐに、かつ自由な倫理的自律への資質性向が、刑法51条に挙げられていた病的な状況によって、一時的に麻痺させられていたり、長期間破壊されていたりしない限りにおいては、自由で答責的・倫理的な自律を求め、それゆえ法に賛成し、不法に反対するように決め、その態度を法的当為に適合させ、また、法的禁止を回避する能力があることに存している。これは犯罪的政治体制(Regime)に関しても堅持されるべきである。特別の事情の下では、国家の犯罪命令は、もちろん刑罰軽減事由を提出するかもしれない。しかし、政治的な謀殺扇動によるこんで屈し、自分の良心を沈黙させ、他人の犯罪的目的を、自分自身の説得と自らの行動の基礎にする者、または自分の職務ないし勢力範囲において、そのような命令が遠慮なく成し遂げられることについて配慮する者、あるいはその際、他の方法で同意を示し、ないしはそのような国家的な謀殺テロを自分の目的のために利用する者は、それゆえ、その委任者の犯罪行為補助者にとどまることを援用することはできない。その者の思考と行為は、本来の犯罪行為主謀者のそれらと重なりあうのである。その者は規則通りに正犯である。

しかしながら法的には、そのような犯罪の命令を認めず、それに反抗するが、しかしそれにもかかわらず、それを人間の弱さから実行する場合には、問題は別でありうる。なぜならば、彼らは国家権威の優位性に耐えられず、彼らが抵抗する勇気や有効な口実を考える聡明さを見つげださないのだからである。それはまた、たとえば彼らがその良心を一時的に政治的スローガンによってなだめすかすこと、および、自分自身に対して申し開きをすることを試みたとしてもそうである。そのような人間を例外なくかつ必然的に、犯罪行為主謀者すなわち思慮を欠く確信犯と、納得した従順な命令受取人とを、最初から既に関与の形式において同視する十分な法的理由はない。特に、法律は犯罪行為幫助者にもまた完全な正犯刑罰を規定しており、刑罰の可能的軽減が予期されているだけである。

この法原則を、証明された、2つの暗殺計画(Attentat)における被告人の内心的姿勢に適用すると、全ての事情を考慮すると、同人が、これらの行動を自分のものとしては意欲していなかったこと、同人が、これらについて独自の利害関心も独自の事実的意思(Tatwille)をも有していなかったこと、同人が他人の正犯者意思にしぶしぶ屈服していたこと、同人がその当時の政治的指揮(politische Führung)の権威に結局自分の良心に反して服従してしまったこと、そして同人が犯罪行為実行を何ら本質的な点において自分で規定してはいなかったことが明らかになる。

独自の実質的ないし政治的な利害関心は、その正犯者意思の状況証拠(Indiz)として存在しなかった。同人には、何ら雇われた手伝い人(Handlanger)のような行動報酬は約束されていなかったし、また事実何も受け取らなかった。勲章授与は同人を当惑させ反感を感じさせた。同人はそれを辞退することができなかった。RとBをソヴェト連邦の片付けられるべき敵 „zu beseitigende Feinde der Sowjetunion“)とみなすことは、同人の独自の政治的示唆(Eingebung)に起因するものではなかった。そのような観念は、彼に、それが彼にとって確かな格率(マクシム)となっていたりその良心を麻痺させたりすることなく、若い時から、実際は、成功することなく吹き込まれてきたものであった。彼は、それらを根底において、信じたことは一度もなく、

犯罪行為時点において、一時的にのみ、それによって自らをなだめようとしたのである。これは、彼にとって全く一時的に成功しただけであった。だから、犯罪行為責任は、彼の良心をさらに唆しただけである。…規則通りに、正犯者意思を認めるために有利な、自手的な犯罪行為遂行という標識(Anzeichen)は、この事情の下では、こうした法的重要性をもたない。St.に対する委託者は、どちらの場合にも、犯罪行為の成否と方法を支配していた。その者らが、事後的決意を把握し、犠牲者を規定し、武器と毒とを選択し、テストし、被告人に犯罪行為道具として命令し、彼らが、綿密に計画された「伝説 („Legende“)」を指定し、Mへの旅行とその期間とを正確に規定し、細部にまでわたって、どこで、いつ犯罪行為が実行されるべきであるかを指定したのである。

もちろん、St.は両方の犯罪行為を、同人の委託者の勢力範囲の外で遂行した。しかしながら、このことも同人を正犯とはしない。同人がやはり西側の当局にのみ現れる必要があったと考えることは真の事情を見誤るというものだ。被告人にとっては、11年間を通じて染まりやすい(bildsam)な若者として、のべつまくなしに、ソヴィエトの勢力範囲の中心部で過ごし、そこで絶えず植え込まれてきたある者が、西側の生活様式・思考様式を理解すること、その中にはいるすがわかること、故郷・親類そして親しく語る場所を永久に捨てること、そしてそのために未知の事情・危険、そして影響を負うことには、彼がここで、既に個人的な結び付きをもっていたとしても、大きな困難があるのだと考えられるべきである。また、同人はこれまで、食べていくことのできるような職を何ら身につけたことがない。与えられた「重要な政府の委託 „wichtiger Regierungsauftrag“」のゆえに、彼は、さらに当時暗殺計画の前およびその際に、のんきな(sorglos)「西側」においてKGBによって監視され、宗旨替え(Übertritt)をすればその後、同人の委託者の復讐(Rache)の「密告者Verräter」として見捨てられる(ausgesetzt)ことを恐れていたと考えるべきである。したがって、全犯罪行為事情の全景(Gesamtbild)は、被告人の正犯性には与しない。したがって、同人は幫助犯として(§49 StGB)有罪判決されるべきであった。

>コメント<

これは有名な1962年の「スタシンスキー事件」判決である。「浴槽事件」判例と並んで、ドイツ判例における主観説を典型的に示した判決として既に多くの議論的となってきた。1950年判例にも表われていたように、ドイツにおいては我が国の場合とは異なり、「ナチス」時代の困難な犯罪に関する問題が判例に登場することも少なくない。このような事情も、ドイツ判例が繰り返し「主観説」に立ち戻る理由の一つであろう。本判例はナチス体制の犯罪ではないが、同様の権力機構が背景にある点において、困難な問題を共有していると思われる。

本判例の以前のBGH判例の推移からみると、後述のBGHSt.8,393 という「客観的要素を組み入れた主観説」以来、いくつかの判例における客観的要素を正犯性判断に際して重視する方向が、それ以前の「主観説」に引き戻されたと考えられ、本判例の出現は、「主観説のルネサンス」とも称せられた。

しかし、上にも触れたように、このような類型の犯罪遂行においては、通常の犯罪形態の議論とはおのずと違った考慮がはたらくのであり、ロクシンが、このような形態を念頭において「組織的権力機構」 („organisatorischer Machtapparat“) による間接正犯という図式を立てたのであることは、既に第1部においてみたところである。したがって、ロクシン（それは今日の「行為支配論」の共通の土台である）の「行為支配論」からいっても、客観的に構成要件行為を自ら実現しているにもかかわらず、その者が正犯とはされない場合もありうる。しかし、それは「主観説」とは全く異なり、「正犯者意思」が決定的なのではなく、客観的支配という意味で、直接行為者が道具となり背後の者が正犯となるという、間接正犯の図式にあてはまるのである。

この判例の考慮が一般に正犯・共犯の区別の基準に言い及んでいる以上、「主観説のルネサンス」という評価も当然であるが、よく考えてみると、ロクシンの思考と並行的である部分が少なくないともいえるのではないか。この判例は「主観説」にこだわっているが、「実質-客観説」といわれるもののうちでも、ロクシンの「行為支配論」では、間接正犯の図式にあてはまるとされる場合には、もちろん直接の構成要件該当行為実行をもって直ちに正犯とするわけではないので、これが正犯概念を画する理論として「狭すぎる」ということはないはずなのである。その限りで、この判例が

「実質－客観説」に対して懐疑的であるのは、むしろ「行為支配論」に対する誤解に起因しているのではないかとも思われる。実際、判示されている内容には、被告人がいかにか「上官」の意思に従属的であったか、それに反抗することがいかにか困難であったかを繰り返し強調しているのであるが、このような事情を考慮にいれられないとすれば、「行為支配論」の統一的・全体的考察という判断方法には意味はないということになる。

わたくしが既にこの論文の冒頭において特徴づけたように、「行為支配論」は「実質客観説」の1つにほかならず、一方「実質客観説」というのは「形式客観説」を修正する過程で確立された理論であるということが出来る。すなわち、単に形式的に構成要件実現を正犯性の本質的メルクマールとするのではなく、より実質的な「実現」をもって正犯概念を画そうとする理論である。そうだとすれば、ここで批判の対象になる正犯理論とは「形式客観説」ではあっても、「実質客観説」なかでも「行為支配論」ではありえないはずである⁽⁶⁾。

もっとも「行為支配論」がかなりの程度振幅をもった理論として誕生し展開し始めていた事情があるので、現在の「行為支配論」の水準から以前の議論を評価することはある意味で妥当ではないということも、既に第1部の議論から明らかであろう。しかし、「行為支配論」の構造と展開という題目で「行為支配論」の基本構造を学説・判例との関係の中での展開過程をあとづけながら、我が国の刑法解釈学としての展望を得る基礎研究として認識していこうというここでの主たる関心からすれば、判例が主張する議論が「行為支配論」とどのような関係にあるかを現在の視点から位置付けることも誤りではなからうと思う。

いずれにせよ、本件のようにきわめて従属的であることを避けられない組織的犯罪遂行においては、ロクシンの定式が妥当であると考えられる。

第4章 「行為支配」概念による 「主観説」の再構成

第1節 「行為支配」概念を用いた判例 — 「主観説」 —

はじめに

BGH判例の中で「行為支配」という概念が使われていることは少なくない。前章に引用した判例においてもそうであったように、学説における重要な理論が判例の中に反映することが、我が国におけるよりも普通のことであるという理由のほかにも、実は、「行為支配」概念そのものが「主観説」の立場を再構成する基礎として重要な役割を担うことができたという理由があると思われる。「行為支配論」が主観的傾向を示す例が学説にもあったことを考え合わせると、このような「主観説の再構成」としての「行為支配」概念にも注目しておく必要がある。

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

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

第1刑事部1952年 2月12日判決

原審：ミュンヘン第2陪審裁判所

被告人の夫は、夫婦間および家族内の軋轢を苦にして首つり自殺（縊死）した。同人が既に意識を失っていたが未だ救助することはできた時点で、被告人が来合わせ、これを認識したが、自殺している夫を助けずそのままにしておいた。同女は、「自分の援助がなくても始まってしまったことの結果であると思い」、また「援助することによって〔事態を〕変更させようとは思わなかった」のである。同女は不作為の援助行為(Hilfeleistung)(§330cStGB)によって有罪判決を受けたが、無罪を主張し、〔一方〕検察官の上告は、故殺による有罪判決を求めている。原判決は破棄され、事件は差し戻されなければならない。

刑法330c条の事故というのは、重大な損害を人または物に加え、また、さらに損害を引き起こすことの脅迫という、突然の外形明白な出来事である。この外形的事件は、事故にあった者の意思とは関係がない。…いずれにせよ、自殺行為が生命の危険を本質的に彼が表象したとおりに形成する限りにおいて、事故ということは概念上、言語上、排除されている。…したがって、被告人には事故からの330c条による援助義務は生じない。現判決はしたがって破棄されなければならなかった。

…同じ刑法的結果 — ここではある人の死 — を数人の者が共同して、さまざまなかたで惹起するということは可能である。禁止されている行為を作為することによっても、義務に違背する不作為によっても可能である。そして、その行動と行動結果への姿勢(Haltung)（意思方向、行為支配、行動結果についての利害、自らの構成要件実現の範囲）に応じて、共同正犯、教唆犯、あるいは幫助犯とされるのである。この原則は、…自殺への「関与」とその共同惹起にもあてはまる。それゆえ、自殺がドイツ法で不処罰とされていることもまた、自殺についての他の者たちの刑法的答

責性を完全に排除するものではない。それはある特定の場合にのみ限られる。

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

自殺への「幫助」をドイツ刑法は認めていない。他人の生命を奪うことだけを〔処罰の〕対象にしているのもあって、自分のそれではない。自殺は、一致した見解によれば、犯罪行為ではなく、その行為への幫助というものも可罰的な主犯行(Haupttat)がないので問題にならない。またそれはいつ自殺への援助が行なわれたかにかかわらない。共犯の制限従属性という原則は、このことを何ら変えるものではない。この原則もまた主犯行を前提としている。

ドイツ刑法は、自殺への独立した共犯という特別の構成要件をも認めない。...

しかし、被告人がその夫の死を**独立して**故意または過失の殺害行為によって有責に共同惹起したということとはありえないし、したがって、その死について有責でもありえない。被告人の正犯性というのは禁止された行為によって排斥されるものではない。なぜなら同女は何ら行為していないからである。夫が意識を失って縄の輪で首をつっているのを同女が見つけた時、同女は再び立ち去り、何もしないでいたのである。この不作為は、被告人にとってそれが義務に違背しかつ同女がこれを認識していたときには、刑法上非難されることになる。なぜなら、義務違背の不作為は禁止された行為と不法内容において同等であるからである。ある者が被告人の夫へのなお明らかにされるべき種類の義務関係を持たずに、その同じ事情の下で被告人と同様に作為しない態度をとったとすれば、刑法330c条の特殊の前提条件を欠き、自殺への幫助の可能性を欠くので、倫理的な非難はともかくとして、刑法的非難にはあたらない。

被告人の場合には法的事情が異なっている。同女はその夫と共に夫婦共同体をなし生活していたし、そこから、夫に対して特別の義務を負っていた。刑法は既に長く関与者、またはその者によって互いにもしくはとにかく他方のために味方すること、そして一定の事情の下では他方の生命の危険をもまた回避する義務関係に置かれるという法的義務を負わされている者を、緊密な義務関係にあると認めている。…そのような注意義務に有責に違背するということは、作為によっても不作為によっても可能である。義務違反の不法内容は、どちらの場合にも同じでありうる。…

ライヒ裁判所は、このような法義務を、緊密な、忠誠の掟(Treuebot)に支配された生活共同体、なかでも家族にもその根拠を求めた。これは特に夫婦共同体にあてはまる。配偶者は相互に夫婦共同体へと義務づけられている：ドイツ民法1353条。これには通常、生命の危険にあつては相互に力の限り保護し、援助する（少なくとも、どちらの側も別居生活への権利をもたないし、双方が、ここでのように、家族共同体の中で生活している限りにおいて）という法義務が含まれる。この義務が個々にどこまで及び、この義務がどのような努力と危険を、義務を負った配偶者にそのつど課することになるのかは、ここでは吟味する必要がない。なぜなら、被告人はその夫を比較的少ない労力で、また自分自身にとっては危険なしに、（同女が既に一度、そうしたことがあったように）[縄の]切断によって救助することができたからである。同女は、自分がそうしないと危険な目にあうからとか、援助義務の履行が負担できないと考えたからではなく、同女にとって自殺による夫の死が無関心のこと、あるいはそれどころか、好ましいものであったから、作為に出ないでいたのである。同女は、義務違反して不作為にとどまることによって、同女の夫によって引き起こされた原因経過を中断することをしなかったのである。彼女はそうすることによって夫の死を共同的に惹起したのである。

夫の自殺の意思は、被告人のこの回避義務を排除しはしない。自殺の意思もまた、夫にとって生命の危険を引き起こすものであつて、その危険は、被告人が力の限りこれを阻止しなければならなかったのである。…判決に関連していうと、夫が自殺したのは、同人が家庭内の争いが続き、そこで妻、娘、そして「婿(Schwiegersonn)」に対して、いつも繰り返し負けて、あきあきしていた（しかも、まさにそのような争

いのひとつに直接関連していた) からである。これは、保護義務から何らの例外をも正当化しない。

陪審裁判所は、この保護義務侵害が**有責**であったかどうかを、さらに吟味しなければならないであろう。特別の法根拠に基く義務を有責に侵害しうるのは、— 作為によるのであれ、不作為によるのであれ — その義務を認識し、自分がそのものに差し向けることが何であるかを知っている者だけである。義務違反の不作為には、このことは特にあてはまる。義務の認識には、しかし被告人が正しい顧慮をなしたこととか、そのような能力があったとかいうことは含まれない。...

特別の保護が、事実の内側の方の吟味をその他にも求めている。不作為の犯罪行為(Unterlassungstat)の本質は、行為者の**作為**から行為者(正犯)の責任を引き出すということを許さない。この責任は、他の、外形的な経過の外にある根拠からのみ導き出すことができる。このことには、特に故意または過失に関する、したがって故殺または過失致死に関する決意にかかわる、特別の慎重さが必要である。陪審裁判所は、被告人がその夫の死を自らの**作為**の結果としては「決して惹起しなかつた」、そうではなく、彼の確固とした自殺しようとする意思を「邪魔をしないでおこうと思」ったということ、他の立場では、夫によって始められた原因経過を、彼女は促進しようとはせず、同女が夫に(単に?)「同意」しており、経過を援助行為によって変更しまいと思ったということについて、詳述している。

同女が、その夫の死について同意していたというべき場合には、それは単に妨害しないという意欲を著しく越えている。— 内側の事実には、さらに次のことがあてはまる。すなわち、記述された原則によって援助義務をもち、援助能力があり、かつこのことを知り、しかしそれでもなお行動に出なかつた者は、故意の**作為**の正犯として有責である。しかも、その者が、その死を自ら意欲し(故意)、または不**作為**にとどまることの結果としてありうることとみなし、この場合をも認容する(未必の故意)するときも、また同人が死の結果を意欲はしないが、不**作為**にとどまることの結果としても予見し、生じさせる(彼が他人の自殺意思に内心に反して従うことによって)

ときも、である。…通常援助義務者は、完全な、あるいはとにかく大部分の、事情についての支配を有し、それに自分の関与によって決定的な方向転換を与えることができる。彼がこれを義務違反的に怠るならば、この不作為に対しては死を自分の惹起の結果としては意欲していないという内心の留保が無視されている。この留保は、何らの「幫助故意」をも基礎づけるものではない。なぜならば、その法的前提、すなわち他人の正犯意思に従属するということは、特別の義務事情に従い、被義務者の実体支配(Sachherrschaft)に直面して、等閑に付されているからである。

問題になっているのは、被義務者にとってどのような意味が、その不作為にとどまることに内心上存在しているかである。だからそのような場合において正犯故意が存するのである。…

これらの原則に従えば、刑法 212条、222条のいずれかが適用される。それに対応する刑法 211条、216条は本件では除外される。

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

1955年 5月17日第5刑事部判決

1952年 2月, 前審における共同被告人であった西ベルリンの薬剤師Mは, ベルリンにある合名会社R.u.Co. から8tの鉛をキログラムあたり1マルク80プフェニヒ(DMW)の価格で買った。Mは, その会社に電話して, R.u.Co. の共同経営者である被告人Sの妻と契約した。鉛は, この商社のためにベルリン・テンベルホーフにあるT精錬所にストックしてあった。被告人Lはこの工場の主任であったが, 買受人Mおよび自動車運転手Eがそれを取りに来たときに, O夫人に唆されて引き渡させた。彼らは自動車で当局の許可なしにベルリンのソヴィエト地区にそれを運びこんだ。Mは, そこに引き取り人Sch.を有していた。

州裁が認定されたとしているところは, S夫妻は, 「8tの鉛の棒の売却を, 少なくとも未必の故意をもって, 同人等の, 許可されていないソヴィエト地区への持ち去りという購入条件の下で企てたこと」である。被告人Lをもまた「同じ意味で有罪と証明された」とみなしている。ベルリン為替規則(Berliner Divisenv0)の第1条1号(d)と2号(b)に対する共同的違反を援用して, 同人等をN.WStG(a.F.)の6号2項による経済事件犯行と評価した。

被告人兩名の上告の事実責問(Sachrüge)は承認された。

(中略。ここではもっぱら被告人の商人たる性格について判示している。)

刑事部は, 共同正犯を承認する根拠として, 被告人らはいずれも, Mによる認められていない鉛の運び出しを, 自己の故意に共に受け入れ, この結果を期待された功のゆえに, 正犯の立場をもって自分のものとして意欲し是認した, としている。

この一部, 型通りの実行は, 判決のこれまでの認定においては何ら十分な基礎をもたない。

もちろん, 外形的な行動分担そのものの種類は, 本質的に問題ではない。したがっ

て、共同正犯たりうるのは、財自体を領域境界を越えて運び出す者だけではない。むしろ、他人がこれをするのにその者が何らかのしかたで寄与することで十分である。同人は特に商品に関して処分権限(Verfügungsgewalt)を、領域を離れる瞬間に、もはやもっていないことを必要とする。

決定的なのはむしろ、関与者の内面的意思方向である。彼らの各人が、自分自身の活動を1人または複数の仲間の行為によって補完し、この共働によって行動の全体結果を惹起しようとしなければならない。したがって、同人の全事象に対する内面的姿勢は、その立場によって、同人の事実的寄与が他人の所為の単なる促進ではなく、全員の活動とそれに対応して他の者の行為の部分として、同人の自身の行動分担の補完として現われてくるようなものでなければならない。同人がこの、行動に対する緊密な関係をもっているかどうかは、全事情に従って判断されなければならない。慣例的な表現形式である、共同正犯とは、犯罪行為を「自分のものとして」意欲する者である、というのは不明瞭である。この意思方向は、事実裁判官が的確に(bindend)認定することができる内面的事実ではない。むしろ、評価的判斷が問題なのである。この判断にとっては、関与者がどこまで事象経過を共同支配して、行動の成り行きと結果とが決定的に同人の意思にも依存しているか、というのが本質的な手がかりである。

原判決の認定は、上告人がこの原則に従うと共同正犯であったということを明らかにしてはいない。...いずれにせよこの判決は、彼らが、Mがいつどのようにして鉛を境界を越えて持っていくのかを知っていたこと、そして、彼らがそれに関して何らかのしかたで共同することができ、かつそう意欲したことについては、何物も明らかにしていない。彼らは、物事のさらなる進展に、判決が認める限り、何の影響も及ぼさなかったし、鉛をMに引き渡すことに利害関心があっただけである。彼らがソヴィエト地区への転売に利害関心をもっていたこと、そこでの買手に法的または事実上の関係を、そして違法なMの取引とその貫徹に関してさらに詳しい表象を有していたことは、認定されていない。被告人Sは、確かにMと共に取引を通じて稼ごうとし、判決から、被告人Lが初めからSから弁済を受けることを計算に入れていたことが引用

されるべきかもしれない。しかし、このMへの鉛の売却への利害関心は、被告人を必然的にそれに続くMの行動に非常に緊密な連関につれ来たし、そのため、彼らは既にこの理由から、同人の共同正犯者であったとするものではない。幫助もまた自分自身の利益のためになされうるのである。このことは、租税刑法においてあてはまるだけでなく、一般的にあてはまる。...

ところで、共同正犯と幫助の間の区別は、経済刑法においては司法上処罰可能な不法を秩序違反(Ordnungswidrich)から画する際にも役割を果たす。

>コメント<

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

しかし、述べられているところでは、この「行為支配」は、内心的事実として認定されるという類のものではなく、全体としての犯罪行為から「評価的に判断」されるべきものである。このような考え方が、単に主観的な内心的意思方向を基準にするだけでなく、客観的要素をも基準とする方向を示していることも事実であろう。実際、本判例自身は、当然のことながら明確にしていけないのであるが、客観的にみた「統制可能性」を基準として導入することを示唆しているのである。基本的に「主観説」を脱してはいないにしても、このようにして「行為支配」という概念が用いられることによって、「主観説」が柔軟性を獲得したと思うのである。

1956年 1月10日第5刑事部判決

第1審：ヴェルデン州裁判所

被告人の既遂未遂の窃盗についての有罪判決に対しては正当な疑義が存する。

被告人Sch.の活動は、既遂の事例では、牛(Rinder)がその納屋(Scheune)に入れられたあとで、これを屠殺して運び出すことを、Fに約束したこと、そしてこの約束を実行したこと、ここにある。

刑事部は、さらに、屠殺を、窃盗の、法的既遂にはないとしても、実質的な終了(Beendigung)に属すべき行為であると認定する。これには賛成することはできない。確かに、窃盗が形式的・法的に既遂となったその瞬間に、実質的に終了しているようになっていないということが適切である。窃盗の終了ということには、むしろ行為者〔正犯〕が保管に一定の確保をすることが属する。しかし、窃盗の終了の時点もまた、窃盗と蔵匿(Hehlerlei)とが可能な限り明確に相互に限界づけられなければならないということをまさに顧慮して、そのように(前へ)置くことはできない。正犯の必要な保管の一定の確保は、いずれにせよ、正犯が窃取した者を自分自身の領域にもたらした場合には常に存する。しかし、Sch.は、その家畜をこの時点の後で初めて屠殺することになっていたのである。

それゆえ、窃盗の際の共働という観点からは、その開始以前に引き渡されたSch.の、後から屠殺と販路を引き受けるという言明をのみ評価されるべきである。この言明によって、判決が認定したように、Fはその計画とその実行において意を強くしたのである。

これらの事前のSch.の約束においては、しかし窃盗に際しての共同正犯性は認められず、幫助犯のみが認められる。

共同正犯と幫助犯とは、共同正犯が行動を自らのものとして、幫助犯が他人のものとして意欲するということによって区別される。刑事部が繰返し言い渡してきたように、各々の関与者の犯罪行為に対する内心的姿勢(Einstellung) (その共同正犯ま

たは幫助犯としての性質に関して決定する)は、全事情に基いてのみ確かめることができる。

ある者が、後に蔵匿行為をすると約束することによって共同正犯となりうるか否かという問題を吟味する場合、法律が窃盗者と蔵匿者とを全く異なって扱っているということ、そして蔵匿者となりうるのは、窃盗自体は行なっていない者であるということが考慮されるべきである。それゆえ、刑事大部がBGHSt 7,134 判決において詳細に説明したように、基本的には盗品を自分の所有としたり、その販売に際して他人に共働するといった、窃盗に際しての共同正犯や、さらにまた蔵匿者であるということでも処罰されるべきではない。これに反して教唆犯・幫助犯は別である。

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

この同じことが、窃盗未遂[の場合]にもあてはまる。ここでも被告人は、窃盗の既遂(Vollendung)と終了(Beendigung)の後に活動にうつることのみを約束していた、すなわち、その家畜が屠殺上に到着し次第、販売に際して共働することを約束していたのである。

>コメント<

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

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

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

1958年 1月10日第5刑事部判決

Aと、その他7人の共同被告人は、もっと多数の他の少年等と共に、夕方に繰り返し、騒々しくハンブルクの港の海岸通りを通っていった。その際、彼らは、女性と少女とにいたずらし暴力をふるった。この不良の騒動のうちの1つに際し — 放浪する集団は少なくとも15人の人間から成っていた — Aの共同被告人である5人が、地面に倒れていたB夫人に暴力的にわいせつな行為を行なった。そこでAも同じく前の方へ押し進み、Bの上へ同女に襲いかかるように身をかがめた。ここで彼は、同人自身不道徳なしかたでその女にかかわりをもって（いじりまわして）いた13才の〔少年〕によって妨げられた。事実裁判官は、Aは共同被告人の活動を自分のものとして意欲していたという結論に達し、同人を風俗犯の共同正犯として、刑法 176条 1項 1号により、重い騒擾罪と一行為数罪で有罪判決を下した。

BGHはこの判決を維持した。複数人によって共同して行なわれた 176条 1項 1号による犯罪の1つに、記述されたようなしかたで関与した者は、同人が自分では不道徳な行為を行なっていなかった場合であっても、既遂犯罪の共同正犯である。自ら不道徳な行為をその女に行なおうというAの意思は、Aが共同被告人らの不道徳な行為を自分のもののように意欲していた、すなわちその限りで行為共同支配への意思 (Wille zur Tatmitherrschaft) をもって行為したということを排除するものではない。双方の意思方向 (Willensrichtung) は並行しえたというのである。

>コメント<

まずMDRのコメントを引用しておく。

「判決は是認されうる。もちろん、『片面的共同正犯』は存在しない。必要なのはむしろ共同的な決意である。とはいえ、共同正犯は、共同行為者が、既に開始されたが未だ終了されていない行動に関与するという形においても可能である。BGHは、与えられた事情において、極度に厳格な意思の合致を宣明することへの要求を、正当

にもつげなかった。この場合に重要になるのは、以前の徒党の経過だけではなく、特別の心理的な所与でもある。この所与というのは、徒党の犯罪ないし集団犯罪の場合には、さたに他の共犯者が積極的に参加してくれば、誰でも歓迎されるということである。同じ意味において、多数人によって遂行される性的衝動犯罪に際しては、さらに他の者が衝動の渦の中に落ち込んで、愚連隊の仲間に加わるときには誰でも、急に放らつな活動が大きくなったように感じられる。BGHによって判決された事件が示しているのは、意識的かつ意欲的な共同作用ということの証明に際しては、あらゆる理論一点張りの硬直性から自由でなければならぬということである。部分的に非常に異なっている行為者の側の心理的状況を根拠として、生活経験に従って意思の合致が非常にすばやく与えられたとみなしうるような犯罪学的犯罪種類が存在する一方、他の場合にはより厳格な条件を設定しなければならない。」

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

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

1958年 1月23日第4刑事部判決

原審：ドルトムント州裁判所

>理由から、抜粋<

州裁判所は被告人P, その他を謀殺未遂で有罪と判決した。これに対してなされた同人の上告は容れられない。

被告人Pは、原審における共同被告人M及びTh.と共に、夜間に、窃盗をするためにAの食料品店に侵入しようとした。その際、同人等は各々装填されたピストルで武装していた。被告人がA夫妻の寝室（同人はこれを事務所だと思った）にその窓ガラスから押し込み、Mが窓の扉を部屋の中の方へ開けた時には、Aは窓のところへ来ており、窓の扉を再び閉じ、身振りをして大声を上げて窓の前に立っていた。それに対してMとTh.とが、1発ずつ発射した。その後、彼らは前後して急いで通りへ出た。前方の家の角のところで後方を見たところ、Mは、1人の人物が同人をせいぜい2ないし3メートルの距離で追跡しているのに気がついた。これは被告人Pであったが、Mは自分を追跡して来た者であると思い、同人によって捕えられることを恐れた。推測される切迫した逮捕を免れ、また自分が正犯であることが暴露するのを逃れるために、Mは同人の後ろからやって来る人物に向かって発砲した。その際同人は、その射撃によって死の結果が引き起こされることを予期していたし、この可能性を認容していた。弾丸はPの右上腕にあたったが、上着の裏地付きの袖を貫通しただけで、たくし上げられていたシャツの袖の中で引っかかっていた。

被告人らは、この事件だけでなく、現在までに併合して最終判決を下された〔複数の〕窃盗の進行に際して、繰り返し弾丸を装填された武器を所持していた。彼らはその使用に関しては、共犯者の1人の逮捕の危険がさし迫っている時は人に対しても発砲することを申し合わせていた。3人の被告人全員のこのような謀議はPに対して発射された射撃にも相応した。Mは、Pを推測上の追跡者として消す(ausschalten) ために、同人に対して発砲した。Mは、身体の中の場所であろうと、いずれにせよPに

命中させるように注意した。こうして弾丸が当れば生命にかかわるとしても、弾丸がそもそも命中し、当たった者を追跡者として処理しただけであるならば、同人にとってはそれが正当であったのである。

刑事部の認定したところでは、まず、被告人Mは、刑法 211条 1項、43条にいう謀殺未遂の責めを負う。なぜなら、同人は〔窃盗以外の〕別の犯罪行動、すなわち、まさに侵入窃盗の未遂を隠蔽するために、ある人間を殺害しようとしたのであるから。これは法的には異議を唱えることはできない。隠蔽(Verdecken) という概念は、この規定の意味においては、犯罪行為を「覆い隠す(Zudecken)」こと、つまり犯罪行為の痕跡を認識できなくすること、またはその暴露に寄与しうる人間を無害にすることを前提としている。これを、現行犯として追跡されていると考えたMが、同人によって〈条件付で〔未必的に〕意欲された〉、推測上の追跡者を殺害することによって達成しようとしたのである。

しかし、被告人Pの、この犯罪的未遂についての共同正犯性もまた、異議なく確認されている。

1. 同人等の合意は、たとえばドイツ刑法が、〈他の〉人間の生命を毀棄することのみを罰していることと対立するものではない。しかしここでは、仲間たちの射撃はP自身に向っていた。Mは同人の推測上の〈追跡者〉を殺そうという決意を、自分のピストルからの発砲によって実行に移したのである。

既にこのMの行動が、考慮に入れられ承認されていた死の結果を生じなかった、そこで未遂にとどまっていた、という事情は、付加的に被告人Pの関与にとってのみ有効である〈不能の〉未遂〔=不能犯〕という法的観点を隠蔽する。もし、たとえば窃盗犯が、その追跡者を殺さないで、たとえば目眩ましの目的で、そのような攻撃を受けた者の健康が破壊されるというその物の性質を彼らが知っていた毒物または他の物質を、彼らの目に吹き付けることによって無害にすることを協定していたならば、また、もしMが〈そのような〉共謀に基いてPを〔自分の〕追跡者だというふうと考えてそのように攻撃したのであれば、上告人Pの事実寄与は、法的には〈未遂の〉犯罪として刑法 229条によって記述されることになる。それに反してMは、〈既遂の〉犯罪として、この規定によって罪となることをしたのである。というのは、同人が故

意に、他人に刑法 229条に示された物質を与えたのであるから、この他人が犯罪行為の共犯者であったということは、Mによって法律上の構成要件が完全に実現されたということに何らの変化ももたらさないであろう。つまり、その限りにおいて、この場合には — 殺人共謀(Mordabrede)の場合においてと同様 — 攻撃された法益が不等価である場合のみが刑法的に重要であることになる事情、すなわちいわゆる客体の錯誤(取り違い Objektsverweckselung)が問題になるであろう。しかし、Pにとっては同人自身が負傷者であるという事実、すなわち先の規定にいう意味の「他人」ではないという事実は、「事実の欠缺(Mangel am Tatbestand)」であろう。これはしかし、行動を不能犯と判断することとは対立しないであろう。なぜならば、Pは、その事実的寄与(行動を共謀することと、現場にいることによってそれを積極的に援助すること)によって、ある — 当時はまだ知られていない — 人間に毒を与えるというMの決意とこの決意の実現とを共同惹起し、自分自身の〔他の者と〕同価値の行動分担を補完するものとして初めから意欲していたであろうから、Pの不能犯が刑法的に保護された法益を何ら危険にしていなかったということもまた、異議をさしはさむことはできないであろう。なぜなら、法律は、正犯(行為者)本人の健康を同人自身に対して保護してはいないのだから。というのは、不能犯の場合には、法的に保護されている秩序に対する一般的な反抗が既に危険なものであるとされるのだから、一定の現在の法益の危険が問題になるのではないからである。

問題になっている事案では既に、同人によって未必的に意欲された1人の人間の死という結果が生じなかったのであるから、Mは謀殺既遂では処罰されることはありえない。刑法43条をこのように適用する根拠には、P自身の、同時に自分自身が被傷者であるという個人的な事情が加わっている。このことによって、同人の事実的寄与に対しては、第二の法的観点すなわち不能犯の観点からは刑法43条によってのみ処罰できるという結果になる。

2. Mの推測上の〔誤想的〕追跡者に向けられたこの殺人未遂は、Pがこれを自分の行動とみなさなければならないし、またそのために共同正犯者として処罰させなければならない。このような処罰は、P自身が殺人未遂の法律上の構成要件を実現したということ为前提とはしない。確立した判例に従えば、それには精神的な共働で足り

る。それは、共同正犯者が実行中の犯行仲間を実行行為の前に与えられた忠告によって助けることでも、何らかある時点でその他の方法でその仲間の殺意を強めるといった方法での予備行為でもよい。この場合、この精神的共働の時に、犯罪行為の一切の結果を自らのものとして共働惹起しなければならない。すなわち、当事件では、万一追跡者があればそのときはその追跡者の射殺を同人の事實的寄与によって自己のものとしようとしなければならない。このことは、州裁判所が、切迫した逮捕を免れるための武器使用がこの度限りは共謀されていたことと、この共謀に基いた3人の共同正犯者全員（これらに対してはMが射殺するようにある程度「義務づけていた」）からなる危険共同体(Gefahrgemeinschaft)を認定したことによって、十分に根拠づけられたところである。

Pは問題の時間にも行為支配に関与していた。同人は、その2人の犯行仲間の空間的な近傍で彼らの所為を常に統制し、共謀に反して今回は追跡者を射殺しないように彼らを促すことができたであろう。同人が射撃の発射に至るまでそうしなかったということは、同人の発砲についても共同責任を基礎づけるものである。この発砲は、それが推測上の追跡者に向けられているのだから全関与者の共謀に適合してはいたし、したがって、被告人の故意に包括されたところの範囲をも超過していなかったし、またそこから〔それは〕同人に完全に帰されなければならない。

3. 上告の主張する見解に反して、この〔問題の〕枠内では、Pが射撃の瞬間にこれ自体に同意していたかどうかは問題にならない。同人が、その以前の事實的寄与によって正犯者故意をもって着手した後では、心情の変化があったとしても、未遂の中止（中止未遂）（刑法46条）の原則に従ってのみ同人を不処罰とすることができたであろう。しかし、これについては同人が、同人の共同行為者たちをも、彼らの殺害故意を放棄させるように規定するか、そうでなければ、何らか他のしかたで同人自身の事實的寄与から他の者にさらに可罰的所為をさせる原因作用を取り去るか、ということが前提とされるであろう。この事案ではこれらのことは起きておらず、被告人がむしろ終了に至るまで、かつ発砲の時に、他の2人と共に彼らの元来の共謀への確固変らぬ共働に固執していたということが、州裁判所の明晰な認定から明証されるのである。

>コメント<

共同正犯においては、現実に行なわれた具体的行為は、それが共謀に従って行なわれた限りにおいて基本的に他の行為者（正犯）にも帰属させられることになる。本件では追跡者がある場合には銃でこれを殺害することが共謀されており、実際に発砲されたのであるが、その対象が客体の錯誤で共同正犯者のひとりである被告人となったものである。確かに、被告人が発砲者の具体的行動をも左右することもできた場合には、被告人が発砲行為に対する支配を認定することができるであろう。しかし、ここでも「支配」は主観的・客観的な実質として把握されておらず、発砲者の行動を「自己のものとして意欲し」たことをもって被告人の正犯性を確定する。したがって「行為支配」という文言が用いられているにもかかわらず、基本的には「主観説」であることに変わりはない。

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

「行為支配論」によっても、「共同的決意 (gemeinsamer Entschluß)」という要件を共同正犯性にとって本質的であると考えられる立場からは、同様の帰結が導き出されやすいであろう。しかし「機能的行為支配」という判断基準を採用すると、共謀だけでは正犯性を基礎づけるには十分ではない。加えて、そもそも被告人の死を惹起した発砲行為は共謀の内容には含まれないとすべきであると思う。被告人等が共謀していたところは「追跡者」を射殺するということであって「共同者」を射殺することではなかったからである。もとより、直接に行為を自ら行なった者については、客体の錯誤が直ちに故意を阻却することにはならないが、他の共同者については、故意の包括する範囲、したがって「行為支配」の範囲を逸脱しているというべきであろう。

1959年 5月15日第4刑事部判決

原審：ハーゲン陪審裁判所

>理由<

I. 被告人は、その他の点で無罪の言い渡しを受けた上で（「鼠毒-事件」）、囑託による殺人（「池-事件」）のゆえに、刑法51条第2項を適用して4年間の懲役の有罪判決を受けた。同人の妻は、囑託による殺人の未遂（「鼠毒-事件」）についておよび囑託による殺人の既遂（「池-事件」）について、懲役4年の併合刑の有罪判決をされている。

被告人等のうち夫のみが有罪判決を受けた範囲で上告した。この上訴は実体刑法の法規違反をその根拠として破棄を求めている。

陪審裁判所の認定したところによれば事実は次のようである。

エリーザベト・Schw.夫人 — 上告人の姑 — は、1957年7月7日に、いわゆるクロネンベルクの「ハンマー池」(Kronenberger „Hammerteich“)において死体で発見された。

Schw.夫人は、「頭揚欲的精神病質者(geltungsbedürftige Psychopatin)」であって、[以前にも]既にしばしば自殺未遂を演じてみせたことがあった。被告人は「魯鈍(Debilität)の意味における先天的精神薄弱」に悩んでいる。「同人は、感情の冷たい、神経質な精神病質者である。」

1957年7月6日の午後に、被告人、その妻、彼らの2人の幼い子供、および被告人の妻の母親である42歳のSchw.夫人と[5人]は、ハルファー(Halver)からキールスベ(Kierspe)に向かって(全区間は約10km)歩いて行く道中にいた。非常に暑かった。

Schw.夫人は、養老院(Altersheim)から被告人の家族を訪問するためにハルファーに連れて来られていたのである。彼らはバスに乗るための金を持っていなかった。途中でSchw.夫人は、もう養老院には戻りたくない、と打ち明けた。そのうち、被告人2人は、自分たちは夫人をずっと引き受けるつもりはないということを彼女にほめか

した。すると Schw.夫人は、誰のやっかいいもなりたくない、自分は死ぬつもりだと
言った。そのために、ケルススペースレ (ダム) (Kerspe-Spere)に行きたいのだと説
明した。しかし被告人はそれをまじめにはとらなかつた。それから彼らは小さな人工
の池にやって来たところ、 Schw.夫人はここにはいたいと言った。被告人はついに
彼の義理の母親のこれに関する求めに応じた。彼はまだ別の池を知っていたので、そ
れから彼らはクローネンベルクのハンマー池 (Schw.夫人が認めたように、回り道で
あった) に行き、その近くに座った。 Schw.夫人は被告人らに、自分をそこにとどま
らせ、自分が死ぬまで待ってくれるようにと、内心を述べて、コッフアダムに向つて
行った。それに従つて被告人 (女) は子供等と共に遠くに離れていった。彼女は、そ
の母親の願いを、母親が自分の自殺に際して妨げられないことを真摯に望んでいるの
だというふうに理解したのである。

Schw.夫人は堰堤に向つて行き、そこに座つて脚を水の中へと垂らした。この時点
で初めて、被告人 (男) は Schw.夫人が自殺することを意図していたのだということ
をまじめに信じたのである。同人が彼女の後からダムの上へ出て来たところ、 Schw.
夫人は同人に、今、自分を [水の] 中へ突き落としてくれるようにと促した。彼女が
それを実際に意欲していたのかどうか、あるいは彼女が被告人 (男) に反抗させて、
自分を再び家へ受け入れるように心を動かすためにそう言っただけであつたのかどう
か、ということは確認することができなかった。被告人 (男) はこの要求には応じな
かつたが、少なくともそれを妨げないことによつて彼女の自殺を促進したように感じ
た。 Schw.夫人は中へ突き落とすようにもう 2 回要求を繰り返してから彼女は水の中
へ落ち込んだ。それがどのように起こつたのかは確認することができなかったが、同
女は溺れて死んだ。起訴された夫以外には誰もほかに居合わせてはいなかつた。 —
陪審裁判所は、「 Schw.夫人が無条件 (無限定) または条件付の (限定された) 自殺
意思をもって池の中へはいつていったのか、あるいは真摯な自殺意思をもたずに、す
なわち被告人が彼女を助けてくれるだろうという確固とした期待をもって、はいつて
いったのか、あるいは彼女は自殺を装つた際に水の中にはいる意思なく落下したので
あるか」ということは、これを解明することができなかった。

事実裁判官の述べるところはこうである。被告人はその姑をその意思に反して殺し

たのではなかった。そうではなくて、同女の自殺 — 場合によっては同女の推測上の（外見上の）自殺(Freitot) — を放置(zulassen)し、前へつんのめるようにと忠告することによって（これについては、この判決のII aについての詳述を参照せよ）援助しただけである。同人は、同女が生命の危険の中にいることを認識していたけれども同女を池から引き上げることも怠った。これらすべては義務に違反していたし、同人は自殺の防止への義務を認識していたが、知りつつそれに違背した。同人の態度には、— 反駁されず — 明示的、かつ少なくとも真摯だと考えられた、同人の姑の水の中へ突き落としてくれという要望によって規定されていた。この要望がなかったならば、同人は Schw.夫人を殺しもしなかっただろうし、同女が池の中に落ちてそこで溺れているのを何もせず傍観しもしなかっただろう、というのである。

量刑にあたっては、とりわけ、被告人が精神薄弱で限定的にのみ責任能力があるにとどまる（刑法51条 2項）ということと、「要求に基く殺人の場合が通例そうであるように、同人が直接的に作為して Schw.夫人を殺害したのではなく、同女の自殺を放置し、自分の忠告で援助しただけであるということ」とが減輕的に考慮された。

II. 上告は理由がある。

要求に基く殺人に対する刑罰規定（刑法 216条）においては、謀殺と故殺と（刑法 211, 212 条）に対して独立した故意の殺害という場合が問題になっているのである（BGHSt 2, 258）。この規定は行為者が被害者をその要求によって殺害したことを前提としている。陪審裁判所は、被告人が二重のしかたで殺害した、すなわち一方では忠告を与えることによる作為の行態という形において、他方では義務違反の不作为という形で作為しないことによって、それぞれ殺害したということを理由として有罪評決を支持する。

a) 有罪判決の2つの基礎からすると、忠告を与えたことに関する認定は法の違反に基いている。まず初めに注意をひくのは、事態の叙述(Sachverhaltsschilderung)においてはこの忠告には言及されていないということである。それは、被告人の応訴(Einlassung)の記述において初めて引用される。この申立は反駁されないものとされている。それから、陪審裁判所は、応訴の正当性についての最終的な[拘束力ある]

確認に反する、ある疑念を表明している。同部はさらに、「それにもかかわらず被告人の反駁されなかった応訴は鑑定を基礎にされなければならない」とする。そこではこう言われている。「被告人は Schw.夫人を池の中へ突き落としたというのは明白ではない。しかし、その時同人は同女に前へつんのめるように忠告を与え、同女が池に落ち入りそこで溺れるのを何もせずに見過ごしたのである。」この「しかし、その時同人は同女に云々」という文言で始まる文は首尾一貫していない。被告人が Schw.夫人を池に落としたというのは明白でないということから必然的に、同人が同女に「しかし、その時」意識的な忠告を与えたのだという結論になるものではない。さらに、有罪評決(Schuldspruch)は裁判所の完全な確信に基かなければならない。ここでのような手続局面、すなわち不利な事態が証明されていないものとみなされる場合には、裁判所は少なくともより重大でない事実形成(Sachgestaltung)が与えられていたことを確信するものでなければならない(疑わしきは被告人の利益に)。ここでは、有罪判決が「基礎としている」忠告は、事実裁判官の確信にではなく、証明の被告人の負担への転嫁にのみ基いていた。既にこのことが実体的・法的な破棄理由である。

b) 明示的で真剣で確実に作用する被害者の要求がその死を妨げないことを求めている場合には、要求による殺人が義務違反の不作为によっても遂行されうるということは正当である。陪審裁判所は Schw.夫人のそのような要求を認定した。しかし、事実裁判官は被告人が正犯者故意をもって行為したことは十分に証明しなかった。陪審裁判所の認定によると、むしろ同人がその義理の母親の死につながるころの、同女によって独立して惹起された事象を — 同女の自殺の場合でも、水の事故の場合でも — 支配しようとは意欲していなかったということ、したがって同人には「正犯者意思」(BGHSt 8, 393ff, 396) が欠けていたということが支持される。この意思は不作为による要求に基く殺人の遂行にあたって必要とされる。それは、いずれにせよ不作为者が救助的干渉(rettendes Eingreifen)への可能性を有していない場合には、作為への法義務の認識によって置き換えることはできないのである。しかし、ここでは事情はまさにそうになっている。Schw.夫人は、被告人のためにまず何をしなければならないかを、実際そうであったように、同女が助けを呼ぶまででさえ規定していた。この瞬間において既に、破棄された判決が強調するように、助けるためには遅すぎたの

である。事実裁判官は、確かに法的評価の枠内では、被告人によって「意欲された結果」(Schw.夫人の死)に言及している。しかしながらこの転換は形式的で、事実によって証明されてはいない。被告人に特に帰せられた Schw.夫人に対しての「自ら前に倒れよという忠告」は、この場合、いずれにせよ — [上に]説明された理由から — 考慮の外に置かれたままであった。しかしまさにその時被告人に反駁されていない事情が残っている。すなわち同人が不作為の態度をとって Schw.夫人の死を生じさせたということである。同人はまた死の結果にただ同意していただけなのである。しかし、それでは同人が義理の母親の死を、正犯としての同人の行態によって惹起ないしは発生させようと意欲したということを確認するには足りない。万一自殺への「補助」が出てくるとしても、それは自殺そのものに対する刑罰が規定されていないため不可罰である。

実際、もちろん第1刑事部は、BGHSt 2,150 以下において、自分が協力しなくても為されたはずの夫の自殺に同意しており、そのため不作為にとどまった妻に殺害の犯罪行為の正犯たる可能性(mögliche Täterin)を認めた。陪審裁判所はこの半決に従ったものである。第1刑事部によってそこで支持されている見解に無条件に依ることができたものかどうかは確かでないだろう。当部の意見では、従来のドイツ刑法が他人の自殺への共犯に対する独自の刑罰規定を欠いているので、正犯概念を拡張して適用することによって、行為支配(Tatbeherrschung)への意思を欠くような自殺への関与者に対しても均衡を求めて、同女が正犯とされる危険を引き起こすであろう。その中には、法律に対応しない不均衡な法適用が存在している。なぜなら、このようにして他人の正犯者意思の下に同等に従属しているにもかかわらず、刑罰で威嚇されていない主行動に対する補助犯としての作為によって他人の自殺を促進することは不可罰であるのに反して、不作為による促進は事情によっては正犯性をもつ殺人として可罰的であるからであり、さらに、第1刑事部の見解を基礎づけるにあたっては、その同じ不作為が — 同じく他人の正犯者意思に従属している場合 — 他殺に関するならば補助犯としても、それに反して自殺にかかわるならば正犯性をもつ殺害行為として処罰されうるであろうからである。

これらの問題に関しては[判例変更にはあたらないので]、本件を刑事事件大法廷

(der Große Senat für Strafsachen) (§ 136 Abs.1 GVG)へ移送する必要はない。なぜならここで判断されるべき事況はその事件とは別の形をとっていたからである。その事件では、妻がやって来た時には生活に疲れた男はもはや事象の支配者ではなかった (BGHSt 2,150,154; Gallas JZ 1952,372,373)。本件の事件では、Schw.夫人は自分が助けを求めるまでは支配者であった。さらに同女は、既に述べたように、被告人に — 同人によって真摯であると理解された — 自分を救助してくれるなどという要求を向けていたので、法的事情は刑法 216条によってしか判断されえなかった。

それにもかかわらず、これまでの認定によれば、刑法 216条の適用は問題にはならない。謀殺は既に陪審裁判所が否定したところである。その同じ理由から故殺もまた除外される。

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

1. これまでの認定によれば、本件では過失致死 (刑法 222条) も除外される。被告人がまた — 行為支配を欠くので — 正犯としてではなく、かつ — 自殺が可罰的でないので — 他人の自殺の幫助犯としてでもなく、処罰されうるとすれば、その他人によって要求されたこの自殺 (その成就を同人は確かに承認した) を促進することに対する同人の姿勢 (Einstellung) は、何といっても不作為による情を知った助力者の姿勢ということにとどまるであろう。つまり、それは故意を基礎づけるメルクマールを包括していた。被告人のこの姿勢は、同人がその同じ態度のゆえに殺人の結果について過失の正犯 (Täter) として責任を負うことがあるということは排除する。1954年 9月 2日のBGH 1StR 325/54 判決 (JR 1955,104ff) はこの見解に対立するものではない。これは、自分の新婦の自殺を過失で防止しなかったことだけに責任を負った被告人に関するものである。BGHSt 7,268 以下において吟味されている事情は、同様に本質上ここで認定された事態とは異なっている。そこでは過失致死の非難は、頼りのない子供の — それは被害者にほかならなかつた — 夫と父とが、同人によって是認されなかつた妻と母親とによつての共同の殺害を、義務に違反して防止しなかつたと

いうことに基いている。したがって、その限りにおいてこれもまた自殺の場合が問題になっているのではない。同様に夫によって意欲されていなかったところの妻の自殺を過失で惹起することが考慮された限りにおいては、この判決は、妻の決意に原因を与えた家庭共同体(häuslicher Gemeinschaft)の放棄には違法性が欠けていることのゆえに夫の可罰性を否定したのである。

2. しかしながら事実裁判官は被告人が不作為の帮助行為の非難(§ 330c StGB)を負わなければならないかどうかを吟味しなければならないであろう。他人の自由な自殺への共犯について刑罰が規定されていないこと(Straflosigkeit)は、刑法330c条の適用を妨げない(BGHSt 6,154,155)。同様に、援助を必要としている者の救助の断念も妨げない(BGH JR 1956,348)。被告人の援助義務は、Schw.夫人が、同人に認識された自殺意図をもって水のすぐ近傍に赴いた時に既に課されていたであろう。それによって、「事故(Unglücksfall)」が始まる。助力は、その成果が初めから不確実であったならば、必要でもありえた。Schw.夫人による救助するなどという要請と、被告人の精神薄弱に直面して、その間に同人に対する期待可能性(Zumutbarkeit)の問題を特別に吟味する必要があるだろう。いずれにせよ、同人自身は、同人がSchw.夫人を連れ戻さなければならなかったということの方へ応訴したのである。

>コメント<

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

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

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

1962年 6月15日第4刑事部判決

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

>理由から<

BGHは、BGHSt 8,396 という判決において、事實的寄与の法的評価に際しては基本的に行為者の意思から出発すべきこと、しかし、とりわけライヒ裁判所の判例(なかなんずくRGSt 74,84,85)において用いられた、「共同正犯とは犯罪行為を自分のものとして意欲するものである」という表現は誤りである(mißverständlich)であるということを詳しく述べた。関与者が意欲することは同人の表象に包括されたく全ての>事情に基いて、裁判所によって評価的に探究されなければならない、この際本質的な手がかりとなるのは、同人がどこまで事象経過を共同支配していたか、そしてその結果犯罪行為の貫徹と実行とが、決定的に同人の意思にも依存していたかどうかということである(BGHSt 2,150,151, およびBGH JR 1955,304,305;包括的には4StR 359/56 vom 8.November 1956)というのである。

そこから明らかになるのは、外形的構成要件実現ということが決してそれだけで決定的ではないのであって、全ての事情から、なかなんずく事實的寄与の範囲からも推論されるべき行為者の内面的姿勢も合わせて顧慮されなければならないということであ

る。もし、これが、行為者が幫助者故意(Gehilfenvorsatz)をもって活動したということになれば、同人は〔外形的構成要件実現にもかかわらず〕幫助者として有罪判決を受けるだけであることもありうる。したがって、陪審裁判所がそうしたように、被告人は幫助者故意をもって、しかし全ての構成要件の前提条件を自分の手で充足したのだから、正犯として処罰されなければならぬと主張することは、法律上の過誤である。

認定された事態を評価して明らかになることは、被告人だけが関与した同乗者の唯一人として、謀殺未遂の外形的構成要件の前提条件を充足したのではないということである。不能である客体(untaugliches Objekt)に対する未遂が問題になっている、ということつまり被告人が初めて活動した時には被害者は既に死んでいたのも、もちろん、既にその限り被害者がまだ生存しているということを一貫して承認していた関与者たちの表象にさかのぼられなければならない。出発点となりうるのは、車の同乗者たちは、止まっている自動車の泥除け(Kotflügel)から落ちてくるのが、それだけで既に被害者の死を惹起しうることを承認していなかったということ、彼らはむしろ、この結果はより高速で走行中の車から転落しなければおこらないと考えていたということである。しかし自動車の運転手はKであった。したがって、関与者たちの表象によれば、Kと被告人の共働だけが被害者を殺すのに適していた。被告人は、その事実的寄与を自分の決意から行ったのでもなく、Kによってそれを求められたのである。Kの利害関心においてのみ犯罪行為の結果があった。なぜならKが事故を有責的に惹起した者であったからである。被告人は事故の露見について何ら恐れる必要がなかった。どんなことがあっても逃げたかったKの願望を満たすことのために、被告人はKの意思に自分を従属させたのである。

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

>コメント<

この判決は全面的にBGHSt 8,396 判例に依拠している。しかしその受け取り方は全く「主観説」的である。「関与者が意欲することは、同人の表象に包括されたく全ての>事情に基いて、裁判所によって評価的に探究されなければならない、この際本質的な手がかりとなるのは、同人がどこまで事象経過を共同支配していたか、そしてその結果犯罪行為の貫徹と実行とが決定的に同人の意思にも依存していたかということである」という文言から、「外形的構成要件実現ということが決してそれだけで決定的ではないのであって、全ての事情から、なかんずく事実的寄与の範囲からも推論されるべき行為者の内面的姿勢も合わせて顧慮されなければならないということである。もし、これが、行為者が幫助者故意(Gehilfenvorsatz)をもって活動したということになれば、同人は〔外形的構成要件実現にもかかわらず〕幫助者として有罪判決を受けるだけであることもありうる」という結論を引き出すのである。

これは、外形的構成要件実現を決定的な正犯メルクマールと認めない点で、現在の「行為支配論」の結論とは一致しない。「行為支配」という文言も「正犯者意思」と異なる意味あいでも用いられているものではない。「全ての事情」に基くという考え方から、客観的な要素を考慮に入れる方向に進むというよりは、客観的な要素があっても主観的な要素がなければ正犯とはならないという結論を導き出す以上、「主観説」がBGHSt 8,396 においても意図されていたとみる可能性がここで現実のものとなっていることができる。BGHの態度が<一般的に>「客観説」の側に歩みだしたとはいえないのであって、主観的意思についての情状の考慮が、正犯性と共犯性の判断に大きな影響を有していることがうかがわれる。

こうした考慮からみて、本判例は「行為支配」概念を用い、BGHSt 8,396 判例に依拠していながら、やはり実質においては「主観説」の再構成という性格にとどまっているというべきである。BGHSt 8,396 判例のもつ両面性と、連邦通常裁判所判例の推移が時系列的に直線的ではないことに、改めて注意を喚起しておきたい。

1966年 7月 5日第5刑事部判決

第1審：ベルリン州裁判所

>理由からく

ある飲食店で、1人の男が若い女性に2度めのダンスの申し込みをしたところ断わられたので、その男を含む4人の常連客が、相手の若い女性の頭髮および陰毛の一部を力づくで切断した。その店の店主であった被告人（女）はこれを見逃した。この4人の若い男たちと被告人とは、危険な身体傷害(gefährliche Körperverletzung)と、強要(Nötigung)および侮辱(Beleidigung)との観念的競合により、それぞれ1年の禁固(Gefängnis)に処せられた。このうち4人の男たちは上告を提起せず、被告人のみが上告した。

上告は実体法の法規違反を主張するが、認定されたところから従えば有罪判決を維持するのが妥当である。

1. 被告人が4人の若い男の行ないを止めるように法的に義務づけられていたことを州裁が認めているのは正当である。州裁はそれについて飲食店・旅館法(GaststG)の2条1項1号および12条2項1号を引用している。この規定の援用が正当であるかどうかはともかく、いずれにせよ、被告人が飲食店を経営していたということから、同人が処理処分権能(Verfügungsgewalt)をもっていた場所において秩序を守るという法的義務、特に、客をここで起きたような他の客の暴力行為から保護するという法的義務が生じていた。上告趣意もまたこれを疑わない。

2. さらに、刑事部が、4人の男たちとは違って自らは作為しなかったにもかかわらず、被告人をその共同正犯として有罪判決したことも法的には争われない。

a) 上告によれば、このような場合には〔共同正犯ではなく〕原則的に幫助犯の規

定に従った処罰だけが考慮されるはずであるという。上告は、これについてSchönke-Schröder StGB 12. Aufl. Vorbemerk. 109 vor § 47を引用する。しかしながらこの見解はBGHの判例に矛盾する。これは連邦検事長が言及しており、当部もこれを支持するところである。判例の見解によると、数人の人物が「共同して刑法的結果を惹起する場合に、さまざまな方法がありうる。すなわち、禁止された行為[作為]によることも、義務に反した不作為によることもある。あるいは、彼らの犯罪行為と犯罪行為結果とに対する内面的姿勢（意思方向・行為支配・犯罪行為結果への利害関心・独自の構成要件実現の範囲）に応じて、共同正犯・教唆犯または幫助犯として、その同じ刑法的結果を惹起することができる。」(BGHSt 2,150,151; BGHSt 4,20,21)

b) これらの区別メルクマールを原判決は正当に評価している。その認定によれば被告人は何も行なおうとはしなかった。「なぜなら、同女は、証人[被害者]が以前に[同女に対して]失礼な振る舞いをしたと思ったからである。同女は、4人の男の正犯の行ないを是認し、彼らの行為のなりゆきを愉快に思っていたことから認識できるように彼らと自己を同一視した[一体感をもっていた]。」この事実によって同女の共同正犯性を承認することが正当化される。刑事部はとりわけ、上告がいうように「被告人が共同被告人らの犯罪行為を自分ものとして共働(Mitwirken)しようとしたことを認定」してはならなかった。州裁が、その詳論の中で共同を強制することに關して何か似たようなことを言っていることを別にすれば、このような[意思の]方向転換は必要でもないしそれだけで十分でもない。共同正犯を幫助犯から区別するところの意思方向は、「認定 „feststellen“」されるような単純な内的事実ではない。「関与者が意欲したとことは、むしろその者の表象によって包括された全ての事象に基づいて、裁判所によって評価的に確定されなければならない」(BGHSt 8,393,396)。したがって、事実についての判断の結果と法的評価とが問題になるのである。これを刑事部は法律上の過誤なく行なったのである。

3. 上告が、被告人がその暴力行為を阻止することができたということを疑問視する限りにおいて、上告の主張は判決に述べられている事情から遠ざかるので認容できない。以下の認定には何の矛盾も存在しない。すなわち、若い女性が見を守ろうと抵

抗したために陰部の付近に刺傷傷害を被り出血し始めた後で、4人の男たちは同女を放り出し見捨てた。そのおよそ同じ時に、被告人は面倒になること(Weiterungen)を避けるために、[証拠となる]はさみを返させた。このことは、「同女がはさみを返還することを求め、有無を言わず事が先走りすぎた時にはそれを押しとどめようともした事」が原審の認定に示されているのであるから、上告が言うように被告人が善意でその女性を「男の正犯たちの攻撃から保護する」状態境遇にいたという他の認定とは合致しえないということはない。

>コメント<

本判決もまた、BGHSt 8,393 判例に依拠して、いわゆる「意思方向」に関して客観的状況をも含めた全体的・評価的な判断を示している。しかしその現実の結論を見ると、客観的徴表として現れた主観的「意思方向」を「認定」していることに変わりはない。特に、作為の正犯者と自己を同一視するという一点をもって不作為者の共同正犯性を正当化しているのは、明らかに共同正犯性の前提として客観的寄与を必要としないことを述べているものであって、その実質は全く「主観説」の考え方であるといえてよい。ここにいう「秩序維持の法的義務」の存在は、確かに被告人の「不作為犯」の成立を基礎づけるが、そのまま共同正犯における「行為支配」を基礎づけるものではない。判決の考察の道筋を追っていくと、その主張はことごとく「不作為犯」の成立に関するものであり、「共同正犯」の成立にとっては十分な基礎づけがなされていない。「共同正犯」の成立の問題にとって決定的であるのは、被告人自身が、被害者がやられてしまえばいい、あるいはやられて愉快だと思っていた、という内面的・主観的事情であり、これは被告人が4人の男たちと自己を一体として感じていたことであるとし、その一点をもって被告人の共同正犯性を認めているにすぎない。判決の文中に出てくる「行為支配」は、ここでも決して「行為支配論」の意味における解釈をなされていない。1956年判例が客観的契機を正犯性判断に包括する可能性を開いたとはいえ、依然として「主観説」てきな解釈が可能であり、この判例をもってドイツ連邦通常裁判所判例の基本的態度は何らの変更を来たしてはいないのである。ここではむしろ「行為支配」が「不作為犯」の成立の根拠となっている⁽⁹⁾。

1974年 3月12日第1刑事部判決

事実裁判官は、犯行時に16歳であったCを<承継的共同正犯>の形での共同的謀殺のかどで有罪判決した。[これは]以下の認定に基く。すなわち、Cは共同関与したAおよびBと一緒に不浪人Xを襲ってぶちのめすことを合意していた。Cは、Xが頭を殴られ、ナイフで刺傷され、また足蹴にされて虐待される様子を観察していた。同人はまた、Xが背後から中味がいっぱいはいった瓶で頭を殴られるのも目にとめた。しかし、同人はそれには関心がなくだったのでその殴打には関与せず、反対にBにその虐待をやめるように促したのであった。BがCにナイフを握らせて、「臆病者でないならおまえも刺せ」 („Sei kein Feigling, komm stich auch“)と言った時初めて、Cは既に地面に倒れていた被害者にナイフの刃を腹に突き刺し、それをそこに刺したままにした。共同関与者Aは、その後さらに数回、腹のさまざまな場所を刺した。

これらの認定はBGH (1StR 569/73, 1974. 3. 12 判決) にとっては、疑いを容れず謀殺の承継的共同正犯性を採用するには十分でなかった。当該の認定に際して事実裁判官は、Cが幫助犯として行為したかどうかという問題を解明されないままにはすべきではなかったという。同部はこう述べる。すなわち、<幫助と共同正犯との限界づけ>については共犯者の内面的意思方向が決定的である。この意思方向は、共同正犯の場合には、その者の事実的寄与が他人の所為の単なる促進としてではなく、全員の活動の一部として現れ、それに対応して他の者の行為が同人自身の犯罪行為分担の補完として現れる、そのような状況でなければならない。ある関与者が犯罪行為に対してのこうした緊密な関係を望んでいるかどうかは、全事情から判断されなければならない。そのために本質的となりうる手がかりは、犯罪行為の結果への独自の利害関心の程度、事実的寄与の範囲、および行為支配あるいは、とにかく少なくとも行為支配への意思であるので、犯罪行為の完遂と結末とは、同人の意思にも決定的に依存する

のである。自手的な実行は、確かに正犯性または共同正犯性の承認に有利である。しかしこれは絶対的に妥当するわけではない。というのは、全ての構成要件メルクマールを自分自身で充足する者でさえも、その意思が他人の犯罪行為を援助することのみに向っている限りでは、単なる幫助犯とみなされうるからである(BGHSt 8,393,396; 14,123,129; 18,87,89; BGH,Übersicht MDR 1954,529; BGH,Urt.v.23.9.1969 -1StR 336/69)。他人に臆病者と思われないうえに自分の手で刺すことは、むしろ同人が彼らの意思に服従したことを認定する方に有利である。また、犯罪行為場所に居合わせたこと、および他人の行動(Vorgehen)を知っていたというだけ、あるいは後から是認したとしても、共同正犯性を承認するには足りない。

こうして、異議申立された判決は認定に従って破棄された。

>コメント<

本件判例は基本的には1956年の BGHSt 8,393判例を基礎にしている。しかし、みられるようにその実質は明らかに「主観説」である。すなわち、「自主的な構成要件的行為の実行」をもって自ら構成要件を実現する者であっても幫助犯とされることがありうることを認め、その根拠は例の「意思方向」に求められているからである。繰り返し述べることになるが、1956年判例に用いられている「行為支配」という概念は、まさに「意思方向=正犯者意思」として解釈されることがありうるのである。そこに述べられているように、その認定に際して、本人が実際に他人の意思に従属する意思をもっていただどうかにかかわらず、客観的事情をも含めた評価的判斷によって確定されるものであるといっても、「行為支配」が「意思方向=正犯者意思」にほかならないとされ、客観的にみて構成要件該当行為を自ら遂行する者を正犯としない場合があるという以上は、「行為支配論」の主張とは全く異なった基盤の上にある議論であるというほかはない。引用されている判例も、本論文の中でも「主観説」の代表的判例として取り上げたものである。これらの「主観説」判例をそのまま踏襲しているところからも、本判例が「主観説」に立つものであることが明らかであるというだけでなく、1974年の時点でも依然として連邦通常裁判所の拠って立つ正犯理論が「主観説」であることを確認することができるのである。

1977年 3月17日第1刑事部判決

>理由から<

I. 共同正犯の客観的前提条件は、共同意欲の基礎の上に、予備行為または援助行為に限られ、心理的なしかたでなされうところの、単に構成要件実現を促進する寄与である。

被告人は、それなしには犯罪行為が遂行されえないか、あるいはとにかくそのようなには遂行されえなかったような、一連の促進的性質の寄与をもたらした。すなわち、同人はまず〔犯行のための〕自動車を奪取するに際して共同正犯として共働した。共犯者たちはその車に乗って犯行現場に赴き、同人はそれに乗って奇襲の後、犯行現場のすぐ近くから離れたのである。すなわち同人は、その乗用車（PKW）を逃亡車として提供し、それを運転した。同人はさらに、犯行のための武器（散弾銃）の危険性を、銃身を切って短くすることによって高めた。

II. これらの本質的寄与の各々を基礎として、被告人は、同人が犯罪行為を自分のものとして意欲したならば共同正犯とみなされなければならない。本件がそうであったかどうかは、被告人の表象によって包括されていた全ての事象に基いて、評価的な考察において確認されなければならない問題である。この評価的な考察と、その帰結とに対しては、同人の心理留保と離隔とに関する被告人の供述は、ほとんど何の意味もない。意思の標識としての同人の独自の（盗品への参加に基礎づけられた）犯罪行為に対する利害関心が、同人の正犯性および事象経過の成否と様態の共同支配とは、それによって不確実にされることはない。このことを刑事部は誤認した。そこで、新しい審理に基いてもう一度、被告人が共同正犯とみなされうかどうかを吟味することが必要である。

第2節 判例に表われた「行為支配」概念と「主観説」

1. 上にみたいいくつかの判例に表われた「行為支配」概念は、「主観説」のいう意味における「正犯者意思(Täterwille)」の認定の基礎として、ひとつには全体的・評価的な判断を表わし、他方「行為支配への意思(Wille zur Tatherrschaft)」という形で「正犯者意思」を構成しなおしているのである。というのは、これらの判例においては、明示的に「主観説」の定式を採用し、「犯罪行為を自己のものとして意欲する」ことを正犯性の根拠としているからである。したがって、これらは「行為支配」ということばを使ってはいるが、実質はこれが「主観説」であるとして評価することが妥当である。すなわち、これらの判例において示された「行為支配」概念は、わたくしが導きの糸として採用し、第3節で諸学説の基本的思考に基いて概略を述べたような「行為支配論」の主張とは、性格を根本的に異にしているのである。

第4章でみた判例にあらわれた典型的な「主観説」のように、「正犯者意思」という概念を「犯罪行為を自己のものとして意欲する」こととして理解すると、この場合の判断基準として「利益」の帰属が問題になるという図式が判例の基本的立場であった。しかし、上の判例の記述にもあるとおり、これが具体的にみて妥当な結論に導かない場合には、この考え方が不明瞭であり、実は「行為支配」の有無をもって正犯概念を規定することを「正犯者意思」と言っているのだという説明に発展する。とすれば、「行為支配」とは、基本的には「犯罪行為を自己のものとする意思」のことであるといつてよいと思われる。そうすると、「行為支配」の内容は何らかの実体を有するものではなく、評価的判断を担保とするための「正犯者意思」のいいかえと、まったく異なるところばないことになる。

評価的判断という方法は、事実上、客観的な情勢をも評価の対象とすることに道を開いたのであり、この意味で「主観説」自体が、考え方を修正し、行為者の内心の態度をそれ自体主観的事実として認定するのではなく、「正犯者意思」が客観的事実をも含めた全事象に基いて判断される可能性を示唆している。実際、この方向が、既に言及した1962年のBGH判例につながったということができる。

2. しかし、「行為支配」という、戦後力を得てきた理論の概念を採用する以上、そこには学説の説く「行為支配論」の主張を基礎としている部分が存することも事実であろう。それは、いわば「行為支配論」の主観的側面のみを抽出して、もっぱらこれをもって「正犯者意思」を認定することになっているのである。

前節において取り上げられた典型的な「主観説」と比べると、この説において取り上げた判例は、確かに「主観説」にほかならないものとはいえ、「支配」の観念を導入することによって、客観的要素を正犯の根拠とする可能性を内在させた「主観説」となることになった。

これを少し詳しく述べれば、純粋な「主観説」によれば、端的に外形的な正犯行為に基くのではなく、主観的な「意思」＝「正犯者意思」が正犯性のメルクマールとなっていたのに対して、「行為支配」概念を用いた「主観説」においては、本来、主観的・客観的要素の総合から成っている「支配」のうち、「行為支配への意思」という主観的要素のみを取り出し、正犯性のメルクマールとしては「行為支配への意思」が重要視されているということである。

すなわち、「行為支配」概念を採用したことに基いて、「正犯者意思」の認定の背景、土台には、当然客観的事情の考慮が存することになったのである。しかし、客観的にみて、外形的には構成要件を実現したものと認められ、正犯性に欠けるところがない場合であっても、「行為支配への意思」が存在しないことをもって正犯性が否定される可能性を残しているのである。そしてこれが、「行為支配」概念を用いてはいないものの、これらの判例が「主観説」にほかならないという評価を与える所以でもある。いいかえれば、学説のうち有力な「行為支配論」が第1部でみたように「客観説」を出発点としていることと対照的に、「主観説」から出発した「行為支配」概念は、判断の基礎に常に主観的基準の方を重視する姿勢を保持しているのである。

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

ると考えているのである。

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

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

いずれにしても、これらの判例の「行為支配」という概念は、「主観説」の刻印が強く押されているものであって、これをもって直ちに「行為支配論」と結び付けて論じることには慎重さが必要であるということだけは、繰り返し注意しておきたい。その上で、「行為支配論」の基本的思考が主観的・客観的要素を総合的に考慮するものであることを、反面から浮彫にされることを期待するものである。それはまた、判例が明示的に「主観説」の立場を堅持しながらも、「行為支配論」による一定の影響を受けつつあることを示唆するのではないかと思われる。そして、我々の検討も、続いて「行為支配論」と同様の議論を展開しているとみなしうる判例へと進んでいくことになる。