

タイトル	正犯と共犯（５）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，56(1)： 1-22
発行日	2020-06-30

論 説

正犯と共犯(5)

吉 田 敏 雄

目 次

第1章 関与理論の基礎

序

第1節 基本概念

1. 出立点
2. 限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念
3. 従属性と独立性

第2節 共犯体系

1. 共犯体系モデル
2. ドイツ刑法における共犯体系
 - A. 現行法
 - B. 正犯と共犯の境界
 - C. 正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性

(以上第54巻2号)

第3節 統一正犯者体系

1. 統一正犯者体系モデル
 - A. 一元的規制モデル
 - B. 統一正犯者体系の種類
2. オーストリア刑法における統一正犯者体系
 - A. 現行法
 - B. 正犯者形態
 - C. 独立性
 - D. 過失犯
 - E. 全体的・個別的量刑
 - F. 統一正犯者体系と共犯者体系の比較

(以上第54巻第3号)

第4節 日本刑法における正犯と共犯の関係

1. 共犯従属性説と共犯独立性説
2. 正犯と共犯の境界
 - A. 構成要件個別特有の正犯と共犯の境界
 - B. 一般犯における正犯と共犯の境界

(以上第55巻第3号)

第2章 直接正犯者（正犯者類型 その一）

第3章 間接正犯者（正犯者類型 その二）

第1節 総説

1. 間接正犯の概念
 2. 間接正犯の正犯性
 - A. 間接正犯無用説
 - a. 共犯独立性説を基礎とする間接正犯無用説
 - b. 拡張的正犯概念と共犯の厳格従属性の結合説
 - c. 限縮的正犯概念を基礎とする間接正犯無用説
 - B. 間接正犯肯定説
 - a. 実行行為説
 - b. 規範的障害説
 - c. 行為支配説
 3. 意思支配としての間接正犯
- 第2節 間接正犯の諸形態
1. 故意なき行為をする道具
 2. 適法行為をする道具 (以上第55巻第4号)
 3. 責任なき道具
 - a) 責任無能力の道具
 - b) 回避不可能な禁止の錯誤にある道具
 - c) 免責緊急避難の道具
 4. 客観的構成要件不該当の行為をする道具
 5. いわゆる「目的なき故意のある道具」といわゆる「資格(身分)なき故意のある道具」
 - a) 目的なき故意のある道具
 - b) 資格(身分)なき故意のある道具 (以上第56巻第1号)

第3章 間接正犯者(正犯者類型 その二)

第2節 間接正犯の諸形態

3. 責任なき道具 間接正犯は、責任を完全に問えない所為媒介者を利用して犯罪を行う者に成立する。いわゆる共犯の極端従属性によれば、正犯の有責性が共犯成立の前提とされたので、このことから生ずる処罰の間隙を埋めるために間接正犯という法形象が考案されたのであるが、いわゆる共犯の制限従属性が通説となって以来、間接正犯の本来の目的はもはや問題とならなくなった。間接正犯か教唆犯かの境界づけ規準として、今日、所為支配の思想がいわば独立した意味を有することになったのである⁽⁵⁴⁾。

a) 責任無能力の道具 故意に刑事未成年者(刑法第41条)又は心神喪失者(刑法第39条)を構成要件該当、違法な所為をするように仕向け

る者に、この犯罪行為の間接正犯が成立することは一般に認められている。なるほど、刑事未成年者や心神喪失者といえども目的合理的に行為する能力を有しており、この限りでこれらの者にも行為支配が認められる。しかし、背後者は自分のために絶対に処罰されることのない責任無能力者を行為させたのであり、それ故、法的には単独で責任を負わねばならないとき、背後者の間接正犯が認められるのである。刑事未成年者が精神的・道徳的早熟であったか否かは重要でない。さもないと、精神的・道徳的晩熟の成年者を利用した場合も間接正犯の成否が問題となり、法的安定性が害される⁽⁵⁵⁾。さらに、責任無能力の所為媒介者を故意に仕向ける以外になお具体的事案のその他の側面が背後者の所為支配を根拠づけるか否かも重要でない⁽⁵⁶⁾。

[設例 10] 成年者甲は 12 歳の乙に、その年齢を知りながら、丙殺害を仕向けたところ、実際乙はそれに従った。

乙は刑事未成年のため不処罰である。甲は故意に、乙を丙殺害へと仕向けたので、間接正犯形態の殺人罪に問擬される。共犯の制限従属性から、乙は構成要件該当の違法な行為を行っているので、甲には殺人罪の教唆犯が成立するのではないかが問題となりうるが、これは否定されるべきである。甲は、乙が体質的に劣位にあることを知っており、乙に甲の意思を押し付けることによって、自分の優越性を利用したと云えるからである。この補充的関与形態である教唆は殺人の正犯と法条競合の関係にある⁽⁵⁷⁾。

責任能力を有しない所為媒介者の所為へ故意に援助することも間接正犯を認めるのに十分である。所為媒介者に責任能力があったなら、この手助けが幫助に過ぎなかったとしても、結論は変わらない。

[設例 11] 成年者甲は、12 歳の乙が丙殺害計画もっているのを知りながら、乙に兇器を持たせる。

甲は、責任なく行為する媒介者を利用したため、乙の所為を自分の犯罪行為として自分に帰属させねばならない⁽⁵⁸⁾。

所為媒介者を故意に仕向ける者も手助けする者も、所為媒介者に責任能力が欠如していることを知りながらそうするのであり、事実的にも規範的にも事態の中心人物である。背後者は刑事未成年者や心神喪失者を利用したが故に所為支配を有しており、道具の責任なき所為を自己の犯罪行為として自己に帰属させねばならない。かくして、「可罰的正犯者なき犯罪行為」という実態にそぐわない結論が避けられるのである⁽⁵⁹⁾。

責任無能力者ではなく**限定責任能力者**が所為媒介者となるとき、限定責任能力は責任無能力と責任能力の間に認められる幅のある概念であるから、背後者の直接行為者への支配態様と程度に応じて、背後者の間接正犯の成立を認められるとする見解も見られる。例えば、少なくとも、所為媒介者に不法の弁識能力が低下している場合、直接行為者は禁止の錯誤に陥っているのであるから、背後者に間接正犯が成立するというのである⁽⁶⁰⁾。この間接正犯肯定説には法的安定性の観点から問題を孕んでいる。やはり、限定責任能力者といえども、自己答責が認められるのであるから、間接正犯の成立は否定されるべきである⁽⁶¹⁾。

b) 回避不可能な禁止の錯誤にある道具 回避不可能な禁止の錯誤の故に責任なく行為する所為媒介者を構成要件該当の違法な所為へ故意に促す者も、事態の事実の側面だけでなく、その不法も認識しているのであるから、答責原理に基づき間接正犯者として可罰的である⁽⁶²⁾。背後者がこういった責任なき所為を援助する場合も同様である⁽⁶³⁾。(回避可能な禁止の錯誤にある道具については、参照、本章第3節1)

c) 免責緊急避難の道具 いわゆる強要緊急避難の場合も間接正犯の成立が考えられる。

[設例 12] 甲は乙に、拳銃を突きつけて言うことを聞かないとお前を殺すと脅して、丙を殺害するように強要した。

甲は、「俺の言うことに従わないと、お前を殺す」と強要することによって事態を支配している。確かに、乙が甲の意思に従うか否かの決定は乙に委ねられている。しかし、自己の生命が危うくなっている状態では、他人の生命を犠牲にしても、その行為は違法ではあるものの緊急状態に

あるため非難されることはなく免責される。甲は所為行為への決定を乙に委ねているが、乙の決定は場合によっては自分の生命を犠牲にすることになる。したがって、丙殺害の決定を下しているのは実際には甲であり、乙は道具として悪用されたのである。甲は乙の免責緊急避難を悪用することによって乙を事実的にも規範的にも乙を意のままにした（強要支配）⁽⁶⁴⁾。したがって、甲には殺人罪の教唆でなく、殺人の間接正犯が成立する⁽⁶⁵⁾。

強要が免責緊急避難の要件に当たらないとき、強要者に間接正犯が成立することはない。

〔設例 13〕 甲はその愛人乙に乙の夫丙を殺害するように要求するが、その際、丙を殺害しないなら別の愛人を探すと言って脅す。

乙は甲を失いたくないので丙を殺害するとき、乙は免責されることはなく、自ら支配した殺人の責めを負わねばならない。乙には殺人罪の直接正犯が、甲には殺人罪の教唆犯が成立する⁽⁶⁶⁾。

4. 客観的構成要件不該当の行為をする道具 自傷、自殺及び物の自損行為をする所為媒介者は構成要件該当行為をしていない。例えば、自殺関与は可罰的である（刑法第 202 条）が、自殺を処罰する構成要件は存在しない。しかし、他人の自殺への関与が、自殺関与に止まらず、実際には、背後者に所為支配があれば、間接正犯形態の殺人罪を成立させる⁽⁶⁷⁾。この場合、背後者によって利用される者は、道具でもあり被害者でもある⁽⁶⁸⁾。背後者の視点からは、「自分自身に対する道具」として利用される被害者は「他人」である。

〔設例 14〕 甲は殺害の意図で乙に毒入り飲料を与え、それと知らずにそれを飲んだ乙は死亡した。

〔設例 15〕 甲は乙に「強力な電撃に耐えられるか？」と言って度胸試しの挑発をした。甲は知っていたのだが、乙は、自分の触る電気ケーブルには致死に至る強力な電流が流れていることを知らずに触れ、死亡した。（コッホの設例）

〔設例 16〕 甲は乙にどちらが酒に強いかを試してみようと提案したが、

自分は秘かに水しか飲まず、乙に血中濃度 4.4 プロミルという致死に至る 45 杯ものテキーラを飲ませた。(キュールの設例)

刑法は他殺と自殺を区別しているので、いずれの設例も、乙が殺人罪の直接正犯者にはなりえない。自殺する者は他人を殺したことにならないからである。客観的には乙は自殺をしているのであり、それに対する構成要件は存在しない。甲は、自己の意思に反して自殺する乙を「自分自身に対する道具」にしたのである。いずれの設例も背後者である甲に優越的認識に基づく錯誤支配による間接正犯形態の殺人罪が成立する⁽⁶⁹⁾。

殺人罪が成立する前提要件は、自殺が自殺者の自由答責的 (freiverantwortlich) 決定でなく、不自由な決定に基づくこと、しかも、背後者にその認識があるということである⁽⁷⁰⁾。こういった不自由の自殺に故意で関与する場合、背後者が事実的にも規範的にも事態の中心人物である。背後者が所為の鍵人物として所為媒介者の行為を支配しており⁽⁷¹⁾、したがって、本来の所為支配を有している。すなわち、被害者自身の自殺行為に適用される構成要件が不存在であるということではなく、背後者に所為支配があるということが背後者の間接正犯を基礎づけるのである。これに対して、背後者が所為媒介者の自殺行為に関して支配的役割を有しないとき、背後者は自殺教唆又は自殺幫助に止まる。他の者を不自由な自殺へ唆す又は自殺の際に手助けすることに間接正犯が成立することの基礎には答責原理があるということである⁽⁷²⁾。例えば、子どもであることを知りながらその子を自殺へ唆すあるいは自殺の手助けをする者は被害者の不自由な自殺を自己の所為として自分に帰属させねばならない。「非答責の自殺」というのは被害者の答責領域に入るのではなく、背後者が道具として被害者を悪用した犯行である⁽⁷³⁾。

ドイツ刑法学説では、自殺や自傷の自由答責性についての判断規準に関して、二つの考え方がある。

①責任阻却規定類推適用説。本説は免責規定を類推適用する。すなわち、自殺が自由答責的でない、つまり、不自由であるか否かの問題には、刑事未成年規定 (ドイツ刑法第 19 条)、責任無能力規定 (ドイツ刑法第 20 条)、免責緊急避難規定 (ドイツ刑法第 35 条) が類推適用される⁽⁷⁴⁾。

少年裁判所法第3条によると、14歳以上の少年については、「精神的及び道徳的成長」の点で、所為の不法を理解し、この理解に従って行動できるほど十分に成熟しておれば、刑事責任を問われるが、そうでない場合は刑事責任を問われないので、本規定は少年が自殺の意味、最終性を理解し、この理解に従って行動できない場合に類推適用される⁽⁷⁵⁾。精神障礙者については、非常に重い抑うつ状態における自殺に責任無能力規定が類推適用される⁽⁷⁶⁾。本説によると、不自由な自殺というのは、被害者が、他人を殺害したとするならば責任阻却されることになる状況の下で自殺をした場合に限定されるのである。

免責緊急避難規定の類推適用の場合として、次の事例が挙げられる。

〔事例〕R将軍はアドルフ・ヒットラーの敵対勢力の一人だった。1944年7月20日の独裁者暗殺計画の失敗（7月20日ヒットラー暗殺未遂事件）の後、Rは親衛隊将校らから、自殺しないと他の反逆罪犯人と同じく絞首刑に処せられ、家族の者は強制収容所へ送り込まれると脅迫されて、自殺を強要された。

この事例に免責緊急避難規定を類推適用すると、Rの自殺は不自由であり、親衛隊将校らが間接正犯の形態の殺人犯人である⁽⁷⁷⁾。

自傷行為についても、被害者が刑事未成年者であるとか、精神障礙者であるとか、緊急避難に相当する状況で行為する者であるとき、自傷行為は不自由であり、間接正犯形態の傷害罪が成立する⁽⁷⁸⁾。

本説は、さらに、被害者に錯誤があつて自分自身が死ぬことになることを知らない場合も不自由な自殺を認める。構成要件の錯誤（ドイツ刑法第16条1項）の類推適用により、「非故意」の自殺も不自由である⁽⁷⁹⁾。

〔裁判例〕BGHSt 32, 38〔シリウス星事件〕〔乙女は自殺をしようとしたが、生き延びた。乙の昵懇の人であり、時には愛人関係もあった甲男は乙に次のように言って騙し自殺を唆していたのである。甲はシリウス星の住民であり、幾人かの立派な人に、だから乙にも、乙の体の滅亡後その魂がシリウス星で生き続けることができるようにする任務を有する。

このために乙は先ず自殺をしなければならない。それから乙はジュネーヴ湖岸のホテルで、そこで乙を待っている新しい、芸術家の体を得て目を覚まし、人として生き続ける。しかし、乙は新しい生活でもお金が必要である。それ故、生命保険に加入し、甲だけを保険金受取人にするようにと告げた。この馬鹿げたことをすべて信じた乙は、甲の勧めに応じて、スイッチを入れた頭髮乾燥器を自分の入っていた湯船に落としたが、故障していたため致死の衝撃電流が生じなかった。乙には、精神的障礙が無いにもかかわらず、自殺を試みる際に、本当に自殺をするのだという認識は無かった。〕

連邦通常裁判所は間接正犯の形態の謀殺未遂罪の廉で甲を有罪とし、その理由として乙に**故意が無かった**ことを指摘した。すなわち、自殺を行うこと又はその試みをする被害者に、それが自分の死をもたらすということを隠蔽する者は、優越的知識による所為支配をもち、これにより錯誤に陥っている被害者を制禦し、「自分自身に対する道具」としている。甲は乙に、乙が自殺した後、「ジュネーヴ湖岸の新しい体」であっても、差し当たり人として生き続けると言って騙した。この欺罔行為のために、乙は、「自殺」によって自分のこの世の命が永遠に終わることの認識が無かったと⁽⁸⁰⁾。本事案は、次に説明される承諾説からは、自殺の「故意」の欠如という考えをとらずとも、「不自由な」自殺が基礎づけられ、やはり間接正犯の形態による殺人罪の成立が認められる。

②**承諾説**。本説によれば、自殺や自傷が自由答責的であるか不自由であるかの問題は、承諾理論の規準に従って決せられる（ドイツ刑法第216条の意味での要望の真摯性と結びついて）⁽⁸¹⁾。自殺や自傷の決定が自由答責的であるのは、自己の死や自己の身体の傷害への自由な且つ真摯な要望の表れと見られる場合である。自殺や自傷は「実際の自己決定の行為」の意味での承諾に基づかねばならない⁽⁸²⁾。刑事未成年者、責任無能力者の場合、承諾に必要な承諾能力が欠如する。免責緊急避難に相当する状況の場合、意思自由が欠如しているため、自己の死への現実の承諾に基づく自殺とは云えない。非故意の自殺の場合、承諾の前提要件としての認識が欠如する。これらの場合、自殺、自傷への承諾は実際の自己決定行為とは見られないので、間接正犯形態の殺人罪、傷害罪が成立する。この限りで、承諾説は責任阻却規定類推適用説と一致する⁽⁸³⁾。

少年（14歳～17歳）は責任阻却されないのが通常である（ドイツ少年裁判所法第3条）。したがって、少年の自殺は少年裁判所法第3条を類推適用して「不自由」であると云うのは矛盾していることになる。したがって、少年に対しても承諾という観点から捉えるのが適切である。少年は、自殺への、自由で、真摯な要望のできる十分な承諾能力を有していたか、自殺が十分な成熟さに基づき本当の自己決定行為だったのか否かが問題とされるべきである。この承諾能力は、責任能力（少裁法3条）と混同されてはならないのであり、承諾能力は欠如しているのが普通であろう⁽⁸⁴⁾。

承諾説が妥当である⁽⁸⁵⁾。本説は責任阻却規定類推適用説よりも広く非答責を認める。「自己の死への自由な、真摯な要求」が欠如した自殺は、「実際の自己決定の行為としての承諾」が欠如しているため、自殺者に答責が認められない。すなわち、暴行による違法な強要に基づく又は耐え難い害悪をもってする脅迫による意思自由の欠如の場合がある。自殺が重大な欺罔による場合も、「本当の自己決定行為としての承諾」があったとは云えない。[シリウス星事件]の場合、乙に自分自身を殺す故意を肯定するときでも、自殺未遂は不自由である。自殺を試みることの社会的意味に関する欺罔のために（シリウス星へ行くのに必要な一步）、最終的に死ぬということの認識が無く、少なくとも自己の死への「実際の承諾」が欠如していた。欺罔されることによって、乙に有効な承諾を妨げる意思欠缺が生じたのである⁽⁸⁶⁾。

もっともいかなる錯誤であっても錯誤状態にある者の自由答責的決定を排除するというわけではない。自殺の場合、誤った動機が生じさせられなかったなら、自害することだけはなかったという場合、動機の錯誤が認められるにすぎない。こういった場合、間接正犯の形態の殺人罪の成立を認める見解⁽⁸⁷⁾もあるが、その妥当性には疑問がある。

[設例 17] 男性医師甲は、丙女と昵懇の間だったが、その夫乙が偶然に甲に診察してもらった。甲は乙が丙の夫であることを知り、乙を片付けるために、乙に不治の癌に罹っており、激痛を伴いながら数週間内に死ぬと騙した。甲の予期したとおり、悲観した乙は自殺した。（コッホの設例）

なるほど、乙の決定自由が制限されているとは云えるものの、乙の決定が實際上甲によって下されたと云えるほど制約されているわけではない。このような診断が不可避的に自殺に繋がるとも、自殺に繋がるのが普通だともいえない。乙はこの診断内容を他の方法で確認することができたし、そうすれば生きながらえることができたのである。欺罔行為に起因する動機の錯誤があるだけでは甲に乙の自殺への所為支配があるとは云えず、甲は自殺教唆に止まる⁽⁸⁸⁾。

しかし、欺罔に加えて、行為者が付加的影響力を行使することによって被害者の反応を行為者の望ましい方向へと導くことで、被害者の決定自由を狭めた場合、殺人罪の間接正犯が成立する。被害者には、理論上は撤退の道は残されているが、実際上は選択肢が残されていないので、自由答責的決定があったとは云えない（錯誤支配）。ここに欺罔者の行為支配が認められるので、殺人罪が成立する。したがって、いわゆる偽装心中の場合、行為者は、一緒に命を犠牲にしたいと偽るだけでなく、被害者の絶望感から出た精神的圧迫による心身消耗状況を利用して、「所為状況全体を具体化し、相手の『自殺』をいわば監督」した場合には、殺人罪が成立する⁽⁸⁹⁾。

〔裁判例〕BGH JZ 1987, 474=GA 1986, 508〔甲夫人はその夫乙に低劣な動機から心中をもちかけた。乙は、甲と一緒に死にたいと騙されたのを気付かず、甲の用意してあった致死量の毒物を飲み込んだという事案〕で、連邦通常裁判所は、不自由な自殺へと唆したことを理由に、間接正犯形態の謀殺罪の成立を認めた。本判決は、実質的には、責任阻却規定類推適用説から離れて承諾説へきたことを意味する。本事案の欺罔は「非故意」の自殺を生じさせたものでなく、実際の自己決定行為として自己の死を承諾したとは云えないからである⁽⁹⁰⁾。

さらに、被害者が「ひどい絶望」から抑うつ状態で責任無能力規定の閾値以下にあるとき、承諾能力が欠如しているので、自由答責的自殺は排除される⁽⁹¹⁾。重い酩酊状態にある者の自殺も、責任無能力規定の境にまだ達していないとしても、背後者によって容易に統制されうるのが普通である⁽⁹²⁾。

5. いわゆる「目的なき故意のある道具」といわゆる「資格（身分）なき故意のある道具」

a) 目的なき故意のある道具。故意とは別に特定の目的を要求するいわゆる目的犯においては、かかる目的を有する者だけが正犯者となりうる。所為媒介者は、構成要件実現の故意を有し、所為事象を支配しているものの、正犯者とはならない。この場合、背後者に間接正犯が成立するかが問題となる⁽⁹³⁾。例えば、窃盗罪において、故意はあるが、自己領得目的なく行為する所為媒介者を通した所為遂行という現象形態の間接正犯が認められるか否かに関しては見解が分かれる⁽⁹⁴⁾。

[設例 18] 農夫甲は、他人の鶏を領得する目的で、その事情を知っている下男乙に他人の鶏を甲の畜舎へ追い込ませた。（ヴェルツェルの設例）

自己領得目的のない所為媒介者乙を窃盗罪の正犯として刑事責任を問うことはできない。それだからと云って、この事情だけではなお背後者の所為支配を基礎づけることはできない。故意なき道具の場合とは異なり、唆した者に優越的認識による所為支配があるとは云えないからである。窃盗罪の所為状況の認識という点で、直接的に行為する乙と唆した甲との間に違いは無い。しかも、所為事態は実際には直接行為する者によってのみ支配されている。間接正犯の所為支配は事実的且つ規範的に基礎づけられねばならないのである⁽⁹⁵⁾。

所為支配説によってこの背後者の間接正犯を基礎づけることは難しい。そこで、自己領得目的の存在に犯罪の成否が依存しているとき、その目的を有している背後者の関与なしには所為媒介者が犯罪行為に出ることはありえず、したがって、背後者に所為事態における支配的地位が認められるので、この規範的所為支配があればそれで十分であり、背後者に間接正犯が認められるとする見解⁽⁹⁶⁾が現れる。しかし、専ら目的によって基礎づけられる規範的所為支配説は適切でない。所為媒介者が故意に、違法且つ有責に窃取を自ら遂行するとき、背後者に所為支配は無いのである。背後者による事実的に単独で所為事態を支配することの結節点となりうる認識の欠如、意欲の欠如といったものが所為媒介者には認められないということである。所為媒介者に目的が欠如しているが、背後者には自己領得目的があるからと云って、そのことが背後者に

所為媒介者及び所為への継続的支配力を与えるものではない⁽⁹⁷⁾。

こういった場合、「事實的・規範的所為支配説」によれば、窃盜の正犯が存在しないことになるので、自己領得目的を有する者に窃盜教唆犯が成立せず、当該盜品を受け取ったときに占有離脱物横領罪が成立し、所為媒介者にはその幫助罪が成立することになる⁽⁹⁸⁾。「規範的所為支配説」によれば、背後者には窃盜罪の正犯が、「目的なき故意ある道具」には窃盜罪の幫助犯が成立することになる。しかし、ドイツでは、刑法第242条（窃盜罪）は、1998年の第6次刑法改正法によって、それまでの「自己のために領得する目的」という主觀的構成要件要素が「自己又は他人のために領得する目的」という主觀的構成要件要素へと拡大された。例えば、甲が乙に丙の庭から丙所有のゴム鞠を取ってくるように頼んだという場合〔ゴム鞠事件〕⁽⁹⁹⁾には、ドイツ現行刑法によると、乙に第三者領得目的のある窃盜罪の正犯が、甲にはその教唆罪が成立する。したがって、故意に、しかし、領得目的なしに物を背後者のために窃取する目的なき故意ある道具という法形象は実践的必要性がかなり減少したと云える⁽¹⁰⁰⁾。

それでも、窃取行為者に凡そ領得目的が無い場合がありうる。

〔設例 19〕 経営状態のよくない建築会社の経営者甲は、従業員乙に丙社の大規模建築現場から秘かに丙所有の丸鋸盤を持ってくるように頼んだ。乙は甲の指図を嫌々ながら聞いたが、面倒になることを避けたいためその指図に従った。（グロップの設例）

乙には丸鋸盤を自己又は他人のために領得する目的が無い。乙は、甲が当該物品を領得したいことを知りながら、故意に行為をしている。甲は自ら窃取行為をしていないので、甲に窃盜罪は成立しない。甲に間接正犯が成立するためには、甲の乙への統制が前提となる。しかし、乙は他人の物を窃取することを認識しており、しかも、乙は甲から「意のままに動かせられる」に足る圧力を受けたわけでもない。したがって、甲にも乙にも窃盜罪は成立しない⁽¹⁰¹⁾。しかし、乙が甲に当該物品を引き渡した段階で、甲に占有離脱物横領罪、乙にその幫助罪が成立する。（規範的所為支配説によれば、甲は窃盜罪の正犯者となり、乙は窃盜罪の幫

助者となる)。

但し、次の場合には背後者に所為支配が認められ間接正犯の形態の窃盗罪が成立する。まず、窃取行為者が背後者の欺罔行為により単に一時的に所有者から物を離脱させるものと誤信していた場合、例えば、甲が乙に丙の傘を持ってくるように頼み、その際、その傘を借りるに過ぎないと請合うが、実は手元に置くつもりであるといった場合、乙は目的なき故意ある道具であるが、甲が正犯者である。引き渡される傘を一時的に使用した後その持ち主に戻すつもりであるという欺罔行為があり、そこに優越的知識による所為支配があるからである（錯誤支配）⁽¹⁰²⁾。背後者に領得の「違法性」に関する欺罔があるとき、例えば、買い取った物を要求する権利があると騙す場合も同様である⁽¹⁰³⁾。

「目的なき故意のある道具」とは異なるのが「故意のある幫助者道具(Doloses Gehilfenwerkzeug)」である。これはドイツのライヒ裁判所の判例で形成された法形象（例えば、[湯船事件]）であって、故意はあるが、自分のためにする意思はなく、ただ他人のためにする意思で、構成要件に該当する行為をする者を利用する場合、その利用者を間接正犯と解するものである。しかし、被利用者は、故意をもって構成要件該当の行為を行っているのだから、利用者は、間接正犯ではなく、教唆犯と解すべきである⁽¹⁰⁴⁾。

b) 資格(身分)なき故意のある道具。いわゆる資格なき故意のある道具においても間接正犯の可能性が問題となる。特別犯(身分犯)では、相応の特別義務を有する者だけが正犯者たりうる（参照、第1章第2節2 Ba α）。非資格者(外部の者)が特別義務者(内部の者)の指示に従って構成要件該当行為を行うとき、非資格者が所為事象を支配することがあるが、非資格者は資格を有していないので正犯者とはなりえない。事實的・規範的所為支配説によれば、特別義務者には教唆犯は成立しない。教唆犯は正犯を前提とするからである⁽¹⁰⁵⁾。

そこで、正犯者資格を有する背後者がそのいないところで、故意に行為をする正犯者資格なき道具によって所為行為をさせる場合、有資格者の協働がなければ犯罪はなされえなかったということを指摘して、この

者の間接正犯を規範的支配によって基礎づける説が現れる。例えば、ドイツ刑法では、強制執行免脱罪（刑 288 条）の正犯者は、強制執行が迫っている者で、その財産構成部分が問題となっている者だけである。この正犯者資格を有する背後者が故意に行為する正犯者資格なき道具によって所為行為をさせる場合、間接正犯の成立（規範的所為支配）を肯定する見解が見られる⁽¹⁰⁶⁾。しかし、この規範的所為支配説は表見的解決策に過ぎず、妥当でない⁽¹⁰⁷⁾。

〔設例 18〕 非公務員丙から登記簿記載のための虚偽の申し立てがあったのに対して、記載権限を有する公務員甲はその虚偽であることを知りながら、やはりその事情を知っている非公務員乙に虚偽記載をさせた。

本設例においても、甲には所為支配が欠如している。所為支配というのは事實的、規範的に基礎づけられねばならないからである。なるほど、乙は正犯者資格を有しないため公正証書原本不実記載罪（刑 157 条。これに相当するのがドイツ刑法第 347 条）の刑事責任を問われることは無い。しかし、乙は所為行為を自らの手で故意に遂行したのである。このことによって、背後者に所為支配を認める事實的基礎がなくなるのである⁽¹⁰⁸⁾。

仮に、甲の間接正犯を認めるなら、法の定める特別義務が所為事象への支配を認める一要因と理解されることになる。しかし、これは表見的解決策でしかない。それ故、「義務犯」においては一般的な「支配犯」におけるのとは異なった正犯者概念を基礎におき、専ら特別義務の違反に着目し、所為支配に着目しない学説が現れることになる⁽¹⁰⁹⁾。これによると、甲（内部の者）は正犯者、乙（外部の者）は幫助者となる。しかし、自ら企てた内部の者が、構成要件を充足する行為にきわめて遠く離れた協働しかなかった場合でも、どの行為も正犯へ昇格されるなら、それは「犯罪なければ刑罰無し」の原則に反する。他人に単に他人に公正証書不実記載を仕向ける者は何も証書記載していないのである⁽¹¹⁰⁾。

もっとも、背任罪（刑 247 条）のように、特定の所為行為を要求せず、いかなる特別義務違反でも足りる構成要件では、事務処理者がその任務に違背して、委託者の財産に損害を加えるよう他人に仕向ける、あるいは

は援助するとき、内部の者（事務処理者）も構成要件を実現する。但し、この場合、内部の者は直接正犯者である⁽¹¹¹⁾。

第3章 注

(54) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 46.

(55) *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 77 f.; *Heinrich*, (Fn. I-35), § 33 Rn 1252 f.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 29 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 4; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 898; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 66 f.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 140 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 48 f. Abweichend: *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 96; *Schmidhäuser*, (Fn. I-22), 14. Kap Rn 48. 同旨、規範的障害説から、西原（Ⅱ-7）364頁以下。これに対し、**実行行為説**から、團藤（I-113）140頁以下（高度の精神病者や幼児のように是非の弁別能力を全く欠く者を利用する場合は間接正犯であるが、たとい責任無能力者であってもすでに是非の弁別能力のある者（たとえば12、3歳の少年）に犯罪を実行させるのは教唆犯である）。大塚（I-113）160頁、福田（I-137）264頁。**行為支配説**からも、平場（I-145）152頁（責任無能力者も目的支配をもつことがあり、これを利用した者は共犯）。大谷（Ⅱ-7）142頁（刑事未成年者の利用については、一般に一方的な利用関係は認めにくいので、教唆犯）、井田（Ⅲ-27）489頁、山口（Ⅲ-28）71頁。なお、**間接正犯無用説**からは、人間の物理的利用（死せる道具）と心理的利用を分けて、前者は直接正犯、後者は教唆犯とする。中山（Ⅲ-12）477頁注2。浅田（Ⅲ-12）432頁は規範的障害を規準とする立場から下記裁判例⑤、⑧の事案を教唆犯とする。

戦前及び戦後初期の判例は、刑事未成年者を利用する行為を間接正犯と解する傾向にあった。①大判明治37・12・20刑録10・2415（被告人甲は丙に対する借用金弁済の責を免れんと欲し、丙の三男であるまだ満10歳に達しない幼児乙をしてその自宅から借用証書を持ち出させて、これを受け取ったという事案）「被告ハ是非ノ弁別ナキ乙ヲ機械ト為シ証書ヲ窃取シタルモノニシテ乙カ該証書ヲ取出シタル時窃取ノ行為カ己ニ完成シタルコトハ自ラ明カナルノミナラス被告ハ実行正犯ニシテ教唆者ニアラ」ず、②仙台高判昭和27・9・27判特22・178（満13歳に満たない少年に対して、特定物を指定し、又は場所を指定して金になるものの盗みを命じた事案）「被告人は刑事責任なき少年を利用して自己の犯罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきこと言を俟たない。所論は、該少年に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆犯も成立しないというのであるから、前記（2）（5）以外はいずれも特定物件を窃取せしめたことが窺がわれるが、（2）（5）はいずれも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」。しかし、その後、刑事未成年者に対する意思抑圧の有無や程度といった事情をも考慮して間接正犯の成否を判断する裁判例が現れてきた。③名古屋高判昭和49・11・20刑月6・1125（父親が8歳（第1犯行）から10歳（第2犯行）の息子乙に、金品を窃取してこない場合には、拳固や平手で殴

打したり足蹴りしたりなどして金品を盗ませた事案)「乙は、……一応盗みに
ついて罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達している如くみられる
が、いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、前掲各証拠によれば乙が金
品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴り
などされていたことが認められ、これらの事実をも併せ考えると、所論の如
く乙が自主的、主体的に窃取行為をしたものとは到底認められず、結局本件
は、父親たる被告人が刑事責任能力のない乙を利用して自己の犯罪を実行し
たものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない」、④最決昭和
58・9・21 刑集 37・7・1070 (養父である被告人が、12 歳の養女を連れて、
四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる
都度顔面にタバコの火を押し付けたりドライバーで顔をこすったりする等の
暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に 13 回にわたり金員等を
窃取させたという事案)「被告人が自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧され
ている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ
所論のように同女が是非善悪の判断能力を有すものであったとしても、被告
人については本件各窃盗の間接正犯が成立する」、⑥大阪高判平成 7・11・9
高刑集 48・177 (自分の言動に畏怖し意思を抑圧されている 10 歳の少年に命
じ、交通事故で倒れている被害者のバッグを取ってくるように指示・命令し
てこれを拾わせたという事案。間接正犯)。なお、⑦最決平成 13・10・25 刑集
55・6・519 (スナックのホステスであった母親が、スナック経営者の女性か
らの金品強取を企て、13 歳 10 ヶ月の長男乙に、覆面をしエアーガンを突きつ
けて脅迫するなどの方法で同女から金品を奪い取るように指示・命令して、
強盗を実行させたという事案)「本件当時、乙には是非弁別能力があり、被
告人の指示命令は乙の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、乙は自ら
の意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂
したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告
人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは認められない。そして、被
告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、乙に対し犯行方法を教示する
とともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、乙が
奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人について
は、本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立する」。結局、判例は、意思抑
圧の程度に達しておれば間接正犯、その程度に達していなければ共同正犯と
解する傾向にあると云えよう。

- (56) *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 77 f.; *Heinrich*, (Fn. I-59), 252 ff., 255 f.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 29 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 4; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 66 f.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 898; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 140 ff; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 48 f. Abweichend: RG St 61, 265 (267); *Welzel*, (Fn. I-55. Strafrecht), 103 (通常、背後者は幼児、精神病患者を「意のままにできる」が、しかし、子ども (12 歳くらい) や精神病患者といえども自己の意思を述べるができることもある。この場合、背後者に教唆犯、幫助犯が成立する); *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 96; *Schmidhäuser*, (Fn. I-22), 14. Kap Rn 48 a.A. *Maurach/Gössel/Zipf*, (I-122), § 48 Rn 79 f.

- (57) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 66. 間接正犯と教唆犯の法条競合を認めるのが、*Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 900.
- (58) *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 899 FN. 49, 901.
- (59) *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 899; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 67.
- (60) 二分説：弁識能力の減少は常に禁止の錯誤となつてに現れるから、間接正犯の成立が認められる。制禦能力が減少しているとき、間接正犯の成立は否定される。*Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 41; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 68; *C. Roxin*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 25 Rn 120; *B. Schünemann*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 25 Rn 115a. 全面肯定説：弁識能力の低下の場合も制禦能力の低下の場合も、限定責任能力者を犯罪行為へと促すことが間接正犯と評価するのが正当と思われるほど、思慮のある意思形成を著しく損ねている。*Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 35.
- (61) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 94; *Jeschek/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 4; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 52.
- (62) *Jeschek/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 6; *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 903, Rn 924 ff., 927 ff.; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 69; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 53 f.
- 規範的障害説から、西原（II-7）365 頁によれば、違法性の意識の可能性を欠くも規範的障害たりえないから、これを利用する者は間接正犯。なお、大判昭 14・11・4 集 18・497（警察官が職務執行を装い、情を知らない他の警察署の署員に依頼して不法に人を留置させたときは、不法監禁罪の間接正犯に当る）。
- (63) *Frister*, (Fn. I-132), § 27 Rn 10; *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 903; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 78.
- (64) *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 69; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 48.
- (65) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 63.
- (66) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 64; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 57; anders, *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. I-122), § 48 Rn 86.
- (67) *K. Kühl*, Beteiligung am Selbsttötung und verlangte Fremdtötung, Jura 2010, 81, 82. 最決昭和 27・2・21 刑集 6・2・275（被害者が通常の意思能力もなく、自殺の意味を理解せず、しかも被告人の命ずることは何でも服従することを利用して、被害者に縊首の方法を教えて縊首させて死亡させた場合、殺人罪が成立）。
- (68) したがって、間接正犯者の問題としてではなく、直接正犯者の問題として、客観的帰属の理論から解決を試みることも可能である。*R. Ingelfinger*, in: *D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 3. Aufl., 2013, § 25 Rn 33; *W. Schild*, in: *U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, § 25 Rn 26, 47 ff.; *K. H. Schumann*, Der Täter und sein Opferwerkzeug, in *Puppe-FS*, 2011, 990 ff.
- (69) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 48.
- (70) BGHSt 32, 38 (40-43); BGH JZ 1987, 474; *Heinrich*, (Fn. I-59), 329 f.; *Hoyer*, (Fn.

- I-154), § 25 Rn 54 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 906; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 54 ff., 70 ff., 144 ff.
- (71) BGHSt 32, 38 (42 f.), BGH JZ 1987, 474; *Herzberg*, (Fn. I-154), 35 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 906.
- (72) *Herzberg*, (Fn. I-154), 35 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 906; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 46.
- (73) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 906.
- (74) *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 54 ff.; *ders.*, Die Mitwirkung beim Suizid — ein Tötungsdelikt?, in: *Dreher-FS*, 1977, 331 ff., 346 f.; auch *W. Botke*, Suizid und Strafrecht, 1982, 250 ff.; *Ch. Jäger*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 6 Rn 247.
- (75) ドイツ少年裁判所法第3条によれば、14歳以上の少年には刑事責任を問えるのが普通であるが、それにもかかわらず本条を類推適用して、少年の自殺は非答責的であるのが普通だと論ずるのが、*Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 144, 147.
- (76) *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 145 f.
- (77) *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 54 f.; auch *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 54, 56, 60.
- (78) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 909.
- (79) *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 70; BGHSt 32, 38, 42.
- (80) BGHSt 32, 38 (42); vgl. *Hoyer*, (I-154), § 25 Rn 80; *Jäger*, (Fn. III-52), § 6 Rn 247; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 70.
- (81) *Krey/Esser*, (Fn. I-27), § 27 Rn 913.
- (82) *Krey/Esser*, (Fn. I-27), § 27 Rn 913; *V. Krey, M. Heinrich*, Strafrecht BT, 14. Aufl., 2008, Rn 89.
- (83) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 364, 914.
- (84) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 915; *Krey/Heinrich*, (Fn. III-82), Rn 89.
- (85) 参照、吉田敏雄『被害者の承諾』2018・3頁以下。
- (86) *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 98; *Heinrich*, (Fn. I-59), 331 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 916.
- (87) *Frister*, (Fn. I-132), § 27 Rn 22「錯誤に基づいて下される、自己の法益を自ら毀損するしないし自殺をする決定を、単に当人にのみ帰属されうる自己損傷と評価することはできない」; *Heinrich*, (Fn. I-35), § 35 Rn 1264; *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. I-122), § 48 Rn 91.
- (88) *A. Koch*, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, 399, 400 f.; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 49; *R. Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, 46; *F. Zieschang*, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: *Otto-FS*, 2007, 505, 521 f.
- (89) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 50; *ders.*, (Fn. III-67), 82; *Zaczyk*, (Fn. III-87), 46.
- 大判昭和8・4・19刑集12・471、最決昭和27・2・21、最判昭33・11・21刑集12・15・3519、最決平成16・1・20刑集58・1・1（ホストクラブにおいてホストをしていた被告人が、客であった被害者（女性）が遊興費を支払うことができなかったことから、被害者に対し、激しい暴行・脅迫を加えて支払いを迫り、そのうち、被害者に多額の生命保険をかけた上で自殺させ、保険金を取得しようと企て、自己の言いなりになっていた被害者に対し、車ごと

海中に飛び込むことを執拗に要求したところ、被害者は、自殺の決意には至らず、生き残りたいと思っていたが、死亡を装って被告人から身を隠そうと考え、命じられるままに漁港の岸壁上から乗車した車ごと海中に転落したが、車が水没する前に車から脱出して死亡を免れたという事案」(被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為にあたる)。神戸地判平成27・11・13判時2337・97。参照、山口(Ⅲ-28)70頁。

- (90) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 1; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 917; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 50; ablehnend *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 71.
- (91) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 918; *Krey/Heinrich*, (Fn. III-82), Rn 86 f.; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 47.
- (92) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 918; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 47.
- (93) 「目的なき故意ある道具」について、**規範的障害説**から、西原(Ⅱ-7)363頁(目的犯に必要とされる目的のない被利用者には、刑法の禁止の対象である行為を行うという認識はなく、したがって、行為動機に対する反対動機の形成の可能性はないので、利用者に間接正犯が成立する)。**実行行為説**から、團藤(I-113)143頁(被利用者に目的を欠くとき、間接正犯)。大塚(I-113)362頁、川端(Ⅲ-19)546頁、福田(I-137)266頁。前田(Ⅲ-19)124頁。内田(Ⅲ-19)291頁以下は、「目的なき故意ある道具」の場合(たとえば、通貨偽造罪)には、「資格のない故意ある道具」とは異なり(参照、本章注105)、「故意」があるとはいえ、通貨偽造罪の主観的要件として決定的に重要な「目的」に欠けており、被利用者は、いわば「情をしらない者」に類するので、利用者に間接正犯が成立する。**行為支配説**から、平場(I-145)151頁(事情を知らない印判屋に注文して他人の偽印を造らせた場合、直接行為者に構成要件的目的への意思の方向づけを欠き、背後人の構成要件的目的への目的支配の一部を構成するに止まる。間接正犯が成立)。大谷(Ⅱ-7)144頁、井田(Ⅲ-20)491頁、高橋(Ⅲ-24)442頁。山口(Ⅲ-28)72頁。これらの説に対して、**間接正犯無用説**から、目的のない故意のある道具の行為は違法(一般違法)と解されるので、目的のある者は教唆犯、そうでない者は無罪。浅田(Ⅲ-12)433頁、中山(Ⅲ-12)477頁注4。なお、「目的のない故意ある道具」、「資格(身分)のない故意ある道具」を問わず、実質的に見て、被利用者の道具性に疑問があるので、目的や身分のみを欠く行為を実質的な正犯(実際には従犯又は不可罰)として、これへの教唆を認めるべきだとするのが、植田(Ⅲ-22)83頁以下、中(Ⅲ-22)235頁以下。
- (94) 肯定説: *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 7; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 54-56a; *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 18 f. 否定説: *Freund*, (I-51), § 10 Rn 69 ff.; *Gropp*, (I-27), § 10 Rn 59; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 104; *Roxin*, (Fn. I-19), 339, 345 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 37.
- (95) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 921; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 54.
- (96) Vgl. *P. Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme,

- in: Bockelmann-FS, 1979, 398; *W. Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 102; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 7; *R. Rengier*, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 43 Rn 22. その他、間接正犯の基礎づけとして、所為支配でなく、「構成要件的正犯者資格の保有」を重視し、これには「主観的・正犯者要素としての目的」も含まれるとする説が見られる。*U. Ebert*, Strafrecht AT 3. Aufl., 2001, 195 f.
- (97) *Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 42; *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 69 ff.; *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 128; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 47; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 921; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 153 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 37.
- (98) *V. Krey, U. Hellmann*, Strafrecht BT II, 11. Aufl., 1997, § 1 Rn 82 ff.; *R. Rengier*, BT I, 2. Aufl., 1998, § 2 Rn 56.
- (99) RGSt 39, 37.
- (100) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 920; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 56a.
- (101) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 125 ff.
- (102) *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl., 2012, § 13 Rn 537; *Joecks*, (Fn. I-132), § 25 Rn 26; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 FN 90; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 56a.
- (103) *M. Krüger*, Ein Klassiker bleibt ein Klassiker!, Jura 1998, 616; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 56a.
- (104) 中山(Ⅲ-12) 484 頁注 1、福田(I-137) 266 頁以下、平野(Ⅲ-46) Ⅱ 362 頁、山口(Ⅲ-28) 72 頁。わが国の裁判例として、最判昭 25・7・6・刑集 4・7・1178 (会社の代表取締役が当該会社の使用人に命じて、その運転するトラックで米を不法に運搬させたという事案につき、右使用人が「その情を知ると否にかかわらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはない」として、右代表取締役を食糧管理法第 31 条及び同施行規則第 23 条の 7 違反罪の実行正犯としている)。本判決は、右使用人を幫助犯としているわけではないが、故意ある道具を利用した間接正犯を認めたものと解される。構成要件の解釈として、「輸送」が自ら行うばかりでなく、背後者の指示により他人を介しておこうなう場合も含むと解される限りで、背後者を間接正犯としうる。井田(Ⅲ-20) 492 頁、大谷(Ⅱ-7) 146 頁、その他、莊子邦雄『刑法総論』[3 版] 1996・461 頁。高橋(Ⅲ-24) 442 頁「背後者に優越的な事実的支配が認められるならば、間接正犯を肯定することができる」、藤木英雄『刑法講義総論』1975・278 頁。反対、山中(Ⅲ-22) 879 頁(被利用者には故意があるので、規範的障害があり、利用者は教唆犯)。参照、上田(Ⅲ-49) 86 頁。下級審判例として、横浜地川崎支判昭和 51・11・25 判時 842・127「被告人が覚せい剤 50 グラムを丙に手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、甲の丙に対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく(・・・)、これを正犯に問擬することはできない」。
- (105) わが国では、一般に、公務員が自己の妻(非公務員)をして賄賂を収受させる

行為をめぐる論争がある。規範的障害説から、西原(Ⅱ-7) 362 頁以下(正犯の側から見て、公務員の妻は金品の收受が公務員との関係において刑法の禁止する対象であることを知っている者であり、法秩序の立場から、反対動機形成の期待される者である。したがって、公務員たる夫に間接正犯を認めることはできない。共犯の側から見ると、刑法第 65 条第 1 項を共同正犯にも適用あるものと考えるべきであり、そうすると、共謀共同正犯の理論の承認を前提として、本事例については、共同正犯が成立する)。実行行為説から、團藤(I-113) 143 頁(被利用者に身分を欠くとき、被利用者は情を知っているかぎり幫助犯として処罰されるが、正犯ではない。利用者が間接正犯である。大塚(I-113) 162 頁、川端(Ⅲ-19) 545 頁(「非身分者の行為は、それ自体としては構成要件に該当しないのであり、それゆえ、身分者にとっては道具として評価され得る」)ので、間接正犯が成立する)。福田(I-137) 266 頁。行為支配説から、平場(I-145) 152 頁(上例の妻は公務員宛の賄賂の伝達機関に過ぎず、当該構成要件の予想する程度の実行行為とはいえないので、公務員が正犯)、井田(Ⅲ-20) 491 頁。大谷(Ⅱ-7) 145 頁(狭い範囲ではあるが間接正犯の成立する余地はある。その場合には、利用者は間接正犯、被利用者は幫助犯。道具的利用とはいえない場合、共謀共同正犯)、前田(I-19) 124 頁。山口(Ⅲ-28) 72 頁(贈賄者から妻が賄賂を收受した段階で公務員が收受したと見ることできる場合はこの段階で公務員に収賄罪が成立するが、そうでない場合は、妻から公務員が賄賂を現実に受領した段階で、公務員について収賄罪の直接正犯が、妻について収賄罪の共犯が成立する)。間接正犯無用説からは、贈賄者は、公務員の妻を通じて贈賄しているので、公務員の妻の行為は構成要件意には該当しないが違法であり、また、この者には規範的障害もあるので、公務員が収賄罪の教唆、その妻は幫助とする。浅田(Ⅲ-12) 432 頁以下、中山(Ⅲ-12) 477 頁注 3。なお、内田(Ⅲ-19) 291 頁も、非身分者は「身分」を欠くということから、法律上「正犯」足り得ないというだけであって、事実上「正犯」としての実(たとえば、公務員の妻としての誤れる内助の功)をあげているから、事実上の正犯(法律上の幫助犯)と教唆犯の関係が認められると論ずる。しかし、そうなると、現行法の想定しない「正犯」なき教唆犯・幫助犯を認めることになる。参照、平野(Ⅲ-46) 361 頁。内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』2002・1339 頁(非公務員が単なる使者の場合は収賄罪の直接正犯、非公務員が重要な役割を果たした場合は共同正犯)。

- (106) *Heinrich*, (Fn. I-59), 269; *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 18 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 7; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 56b; *Welzel*, (Fn. I-55, *Strafrecht*) 104; ロクスイーンは「義務拘束」を重視することによって、構成要件要素の「除去する」に「除去させる」を含めて理解するので、結論的には間接正犯の成立を肯定する。*Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 275 ff.; *ders.*, (I-19), 746 ff.
- (107) Vgl. *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 73; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 104; *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 922; *Krey/Hellmann*, (Fn. III-98), Rn 291 ff.; *Roxin*, (Fn. I-19), 253 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), § 12 Rn 38 ff.
- (108) Vgl. *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 27 Rn 922.
- (109) *Cramer*, (Fn. III-96), 399; *Herzberg*, (Fn. I-154), 33; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21

- Rn 104, 116; *Heine*, (Fn. I-162), vor §§ 25 ff., Rn 84; *Roxin*, (Fn. I-19), 360 ff.
(110) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), 12 Rn 40.
(111) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-11), 12. Rn 40.