

タイトル	正犯と共犯（6）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，56(2)：1-18
発行日	2020-09-30

論 説

正犯と共犯（6）

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巻第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) 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節 欠陥なき所為媒介者：「正犯者の背後の正犯者」
1. 回避可能な禁止の錯誤の状態にある前面者の利用
 2. 組織支配による間接正犯(事務室正犯者)
 - a. 国家社会主義犯罪及びドイツ社会主義統一党犯罪における背後者の間接正犯
 - b. 「マフィア類似の」組織犯罪
 - c. 大企業の犯罪行為における間接正犯 (以上第56巻第2号)

第3章 間接正犯者(正犯者類型 その二)

第3節 欠陥なき所為媒介者：「正犯者の背後の正犯者」

間接正犯では、犯罪行為の正犯者は背後者だけであり、道具として利用される者は正犯者ではないのであるが、この例外が認められるのではないかが問題となる。すなわち、所為媒介者自身は故意犯の正犯者として可罰的であるにもかかわらず、その背後者も正犯者として構成され、背後者の間接正犯の成立も可能であるとするなら、「正犯者の背後の正犯者(Täter hinter dem Täter)」という間接正犯の新たな形態が認めら

れることになる。しかし、果たしてそれで良いのかをめぐって、ドイツ刑法学では激しい論争的となっている。以下、どういう場合が問題となるかを事例群に沿って考察する。

1. 回避可能な禁止の錯誤の状態にある前面者の利用 正犯者の背後の正犯者という法形象に関する議論を活性化させる契機となったのが連邦通常裁判所の〔猫王事件〕判決である。この奇怪な事件の判決において、連邦通常裁判所は、回避可能な禁止の錯誤の状態で行為する道具を悪用するとき、回避可能な禁止の錯誤であっても、間接正犯の認められる場合のあることを判示したのである。

〔裁判例〕BGHSt 35, 347〔猫王事件〕〔警察官甲と乙女は〕神経症的関係の絡みあい《の中で同棲していた。乙は、欺罔行為と神秘的祭礼儀式をすることで、甲に《猫王》の存在を信じ込ませた。乙が言うには、猫王は数千年前から悪事の権化であり、世界の脅威である。猫王は、甲に一人の生け贄を、つまり、乙の恋仇である丙女を殺害することを要求している。甲が拒絶するなら、甲は乙を失わざるを得なくなり、しかも猫王は何百万もの人を殲滅することになると。甲は良心の呵責に苦しんだ。しかし、甲にとって決定的だったのは、丙を犠牲にすることにより何百万の人を救うことができるということだった。それ故、甲はナイフを突き刺して丙を殺害しようとしたが、第三者が介入して、丙は生き延びたという事案〕において、連邦通常裁判所は、甲に謀殺未遂罪の正犯の成立を、乙には間接正犯の形態の謀殺未遂罪の成立を肯定した。

甲の罪責については、次のように説示された。①何百万人もの人を救うことに関して、正当化緊急避難（刑 34 条）は現在の危難がないので適用されない。許容構成要件の錯誤としての誤想緊急避難も、同条が「生命対生命」の衡量を許していないので、認められない。②免責緊急避難（刑第 35 条）も、甲が「自己、親族又はその他の自己と密接な関係にある者」を救うことを考えていなかったもので、適用されない。（この部分については、本判決は極めて不正確だと批判される。実際には、現在の危難が無いので、刑法第 35 条第 1 項が考慮されるのではなく、刑法第 35 条第 2 項、つまり、免責事由の事実的前提の誤想のみが問題となるのだが、しかし、かかる錯誤は回避可能だったということである）⁽¹¹²⁾。③超法規的免責緊急避難の適用も無い（上記の批判はここでも妥当する。超法規

的緊急避難の事実的前提要件に関してひょっとして錯誤があったとしても、これには刑法第35条が類推適用されるが、回避可能である)⁽¹¹³⁾。④責任無能力(刑20条)の適用もない。しかし、⑤甲には回避可能な禁止の錯誤(刑17条2文)があった。

乙の罪責については、次のように説示された。①当裁判所は、これまで間接正犯というのは、自分自身が正犯者ではない他人による所為の遂行であると明言⁽¹¹⁴⁾してきたが、それは間接正犯の通常の場合にのみ云えることである。この明言は答責原理に基づいている。しかし、間接正犯は答責原理によって捉えられる事例群を超えている。②本件では、乙には所為支配がある。乙は、回避可能な禁止の錯誤にあつて行為する甲を自分の目的のために道具として利用したからである。「他人の」こういった錯誤の場合、背後者の所為支配は「硬直した準則に従うのではなく、個別事案の事情(とりわけ、錯誤の種類と射程距離、背後者の影響力の強度)に従うのであり、これが本件では乙の所為支配を基礎づける。というのも、乙は甲の錯誤を招来したのを知っていたのであり、それにより事態を惹き起こすことを意欲し、統制し、その結果、甲は「評価的考察からすると」なお道具と見ることができると。

本判決は、その支持説もあるものの、批判を免れることとはできないと云えよう。答責原理からすると、背後者が故意に、禁止の錯誤の状態で行為をする他人を犯罪遂行の道具として濫用するとき、間接正犯が成立するのは、禁止の錯誤が回避できなかった場合、つまり道具の責任が排除される場合に限定されるはずである⁽¹¹⁵⁾。間接正犯が成立するためには、背後者の事実的及び——道具の可罰性が欠如しているために——規範的所為支配が必要とされ、これにより「正犯者なきの犯罪」という帰結が避けられることになるのである。

これに対して、「正犯者の背後の正犯者」という構成による間接正犯の肯定説は、禁止の錯誤の状態で行為をする道具を濫用したとき、どんな場合でも間接正犯の成立を認める、つまり、回避可能な禁止の錯誤の場合でも認めるのである⁽¹¹⁶⁾。本説は、正犯者の背後の正犯者という形態の「他人による遂行」という間接正犯を認めるのである。このいわゆる限定答責理論(sog. Eingeschränkte Verantwortungstheorie)によれば⁽¹¹⁷⁾、所為支配においては、直接的に行為する者が背後者の影響の下に

責任なく屈しているか、あるいは、この影響が責任減少をもたらすに過ぎないかという点は、正犯を認定する決定的規準とはならない。背後者が、所為実行者を自己の支配下へと屈服させることができたか否かが決定的に重要である。このことは、回避可能な禁止の錯誤を招来するか、存分に利用する場合に生じうる。というのは、錯誤者が禁止の認識を実際には有していなかったが、有しえたということは、この者から所為媒介者という性質を奪うものではないし、背後者から支配を奪うものでもない。回避可能な禁止の錯誤にある者であっても、自分の行為が正当化されると思っているのであるから、犯罪行為遂行への唆しに対する抵抗力が弱まっている。このことによって、實際上、この者は、この抑制動機の欠損を自己の目的のために存分に利用する者のために支配されうることとなる。道具としての性質を失わせる「決定の自由」の欠如というのは、責任無能力や回避できない禁止の錯誤の故に責任を阻却させる「決定の自由」の欠如とは必ずしも一致しない。したがって、回避可能な禁止の錯誤に陥っている行為者の責任は故意責任の現象形態であり、故意責任の完全形態ではないということから、直接的に行為する者の欠陥を存分に利用する背後者に間接正犯が成立するということは、答責原理に立脚しても正当化される。厳格答責理論のように、間接正犯を否定するためには禁止の錯誤が回避可能であれば足りるとするなら、実行者に過失の構成要件的錯誤がある場合ですら、背後者の間接正犯を否定せざるを得なくなるが、それは妥当でない。

しかし、限定責任理論は妥当とは思われない。答責原理に基づけば、やはり、刑法上の有責な正犯者としての回避可能な禁止の錯誤の状態で行為をする所為媒介者と並んで、さらに背後者も正犯者としての罪責を問わざるを得ないということの根拠が乏しい。「正犯者の背後の正犯者」という形態の間接正犯を否定するいわゆる**厳格答責理論**（sog. *Strenge Verantwortungstheorie*）⁽¹¹⁸⁾が妥当である。本説によれば⁽¹¹⁹⁾、正犯者が事態の中心人物であり、間接正犯者も同様である。正犯者が所為支配を有し、犯罪行為を遂行する。「他人」（道具）自身が中心人物として機能し、自ら所為を支配する、つまり、犯罪行為を遂行するとき、背後者を事態の中心人物と見ることはできない。答責原理でいう「決定の自由」の意味はドイツ刑法第17条（禁止の錯誤）から導かれる。決定の自由があるといえるためには、許されていないことの認識の可能性があれば足

りる。回避可能な許容錯誤は正犯者の責任を阻却しない。法律が錯誤正犯者になお自由な行為があるということから出立しているとき、この行為を不自由な、背後者によって道具化された行為と見ることはできないのである。過失で事態を誤認する者は故意の欠如の故に支配されうるが、回避できる禁止の錯誤に陥っている者は故意責任に値するのであるから、答責原理を徹底させると間接正犯の成立は否定せざるを得ないのである。すなわち、法的評価を誤った者を故意なく行為する者と同視することはできないということである。複数の関与者が正犯者として犯罪行為をするとき、それは「共同正犯」である。「間接正犯者としての背後者」と背後者によって支配された「直接正犯者としての道具」の協働による犯罪行為の遂行というのは法律のみならず、**共犯理論体系**にも反する。

直接的に行為する者に**回避できない禁止の錯誤**があるとき、背後者が間接正犯者となる。この場合、背後者の事實的、規範的所為支配が明らかであり、背後者の間接正犯を認め、「正犯者なき犯罪」という帰結が避けられるのである。**回避できる禁止の錯誤**の場合、所為媒介者に刑法上の自己答責が認められるのであるから、背後者の所為支配の規範的要素は少なくとも著しく減少しているし、所為支配の事實的要素もまた状況次第で減少することがある。しかし、そもそも事實的要素が具備されても、それだけで、意思支配としての所為支配を基礎づけるには十分でないのである⁽¹²⁰⁾。**[猫王事件]**判決は、背後者が直接的に行為する者に及ぼす影響の程度、直接に行為する者への非難の重さに応じて、実に様々な状況が考えられるということから、「個々の事案の具体的事情」に応じて、背後者の所為支配の有無が判断されるべきだと判示する。しかし、そうなると法的安定性が失われることになる。この法的安定性の欠如を避けようとするれば、間接正犯の成立を一般的に肯定するか否定するかのどちらかしか残らない。しかし、肯定するとなると、ドイツ刑法第17条が回避可能性のある禁止の錯誤を処罰可能としているのに、直接的に行為する者に、法の要求にどっちみち無関心であるというだけで不法の意識が欠如するとき、他人を所為へと唆す者も間接正犯者となるが、これは合点がいかない。それ故、直接的に行為する者に責任が減少しているに過ぎないとき、間接正犯の成立を否定する厳格答責理論の方が優れている。このことは、直接的に行為する者の禁止の錯誤を意図的に招来す

る場合ですら妥当する。他人を特定の意味で強化する者はもうそれ故に間接正犯者とは思われない⁽¹²¹⁾。

最後に限定答責理論の帰結を看過することはできない。道具に回避可能な禁止の錯誤があるとき、背後者を間接正犯者として扱うと、次の問題が生ずる。すなわち、その外の責任減少の状態で行為をする道具を濫用する場合も、背後者の間接正犯を肯定する必要があるのかという問題がそれである。①限定責任能力の道具の場合、②なるほど、ドイツ少年裁判所法第3条によれば有責であるが、しかし、その責任がその個人的成熟度により成人よりも著しく減少しているように見える場合、③違法に、ドイツ刑法第240条の意味で強要された道具で、ドイツ刑法第35条（免責緊急避難）による免責がない場合、④国の不法体制の枠内で違法な命令に基づき嫌々ながら犯罪を遂行する道具の場合（例えば、国家社会主義者の犯罪ないしドイツ社会主義統一党の射撃命令に基づくドイツ内国境における死に至らしめる射撃）。さらに、一方で、正犯者の背後の正犯者の形態における間接正犯と、他方で、共同正犯ないし教唆の境界づけという不必要な新しい問題も生ずる⁽¹²²⁾。

2. 組織支配による間接正犯(事務室正犯者) この類型では、一般に、国家権能の悪用、マフィア類似の組織化された犯罪行為、及び大企業の経済犯罪行為が問題とされる。

a. 国家社会主義犯罪及びドイツ社会主義統一党犯罪における背後者の間接正犯 ロクシーンは、本来、正犯者の背後の正犯者という法形象を組織的権力装置による間接正犯という事例群のために開発したのである。その際、ロクシーンは、主として、ユダヤ人へのホーロコースト（大量殺戮）のような国家社会主義犯罪を念頭においていたのである。その見解⁽¹²³⁾によると、背後者が権力装置（Machtapparat）を犯罪遂行のために投入できる場合、とりわけ国家社会主義体制の国によって組織化された犯罪の場合に組織支配というものが認められる。「こういった状況の下に権力を握って命令を下す者は、実行者が正犯であるにもかかわらず、自らが所為支配を有する。なぜなら、権力構造は直接行為者の個別性とは関係なく命令が実行されることを保障しているからである」⁽¹²⁴⁾。所為実行者は権力装置内の小さな車輪に過ぎず、他人の意思支

配の手段である強要又は欺罔ではなく、直接正犯者の交換可能性 (Fungibilität, Auswechselbarkeit) が所為支配を生じさせると云うのである⁽¹²⁵⁾。その際、ロクシーンが断言するところでは、組織支配という場合は今日きわめて稀であるが、それは、背後者から動かされる権力装置が全体として法の規範から外れていた (Rechtsgelöstheit) ということ、このことが組織支配の前提となっているからである⁽¹²⁶⁾。「というのは、首脳陣及び執行機関が基本的にこれらとは独立の法秩序に拘束されている限り、可罰行為の命令が支配基礎づけ効力を持ち得ないからである。それと云うのも、法律がより上の序列価値をもち、それ故、背後者の違法な命令の遂行を、したがって、背後者の意思力を排除するのが普通だからである」⁽¹²⁷⁾。したがって、この形態の所為支配として残るのは、国家権力の保持者自身が、「第三帝国」で起こったように、犯罪組織を構築するとか、又は、ギャングシンジケートや数的には多いテロ組織に見られるように、反法秩序志向の「国家内国家」が形成された場合である。外国の諜報機関も、うまく仕上げられた諜報員網によって本部の任務の遂行が確実である限り、問題になる⁽¹²⁸⁾。

〔裁判例〕BGH, DRiZ 1966, 59. 元ナチス突撃隊将官である被告人はヒムラー自身の、総統府との連絡将校だった。ヒムラーの指図で被告人はワルシャワのゲットーに住んでいたユダヤ人をトレ布林カ強制収容所へ搬出する手配をし組織した。被告人には認識があったのだが、かくして 30 万人のユダヤ人が殺害された。

判例の採る「極端主観的共犯理論」によれば、きわめて重いナチス犯罪ですら正犯者がいないという場合がありえたのである。所為を自己のものとして意欲する者が正犯者だったのであり、所為への内的態度が決定的意味を有したのである。自らの手で殺害するときでも幫助しか認められない場合が普通だった。実行者は所為を自己のものとして意欲せず、政治指導部の意思に屈した場合がそうであった (参照、「スタシンスキー事件」)。背後で行動する組織者ですら所為を自己利益から計画、命令したのではなく、単に最上位の国家指導部のために行為をしたに過ぎない。本事案において、連邦通常裁判所は、被告人を正犯者とは見なかった。その理由は、「被告人はヒムラーから自分に与えられた類例のない且つ限定された任務を履行することでヒムラーの役に立とうとしたから」であり、自己の所為支配を有したのでなく、「ヒムラーの正犯者意思

に時折従属的な助けをしたに過ぎない」からである⁽¹²⁹⁾。

これに対して、ロクシーンによると、国家的不法体制の機構の交換可能な歯車として所為を自分の手で遂行した者はなるほど正犯として可罰的であるべきである。この限りで、この構想は正当にも連邦通常裁判所の〔スタシンスキー事件〕判決の幫助犯・解決と異なっている。しかし、同時に、背後者（ヒトラー、ヒムラー等）も正犯者、それも**間接正犯者**であるべきであると。この正犯者の背後の正犯者という扱いはロクシーンによって組織的権力装置による所為支配という命題で基礎づけられた⁽¹³⁰⁾。したがって、その限りで、つまり、命令を発する「権力を握っている」背後者の間接正犯という考えで、ロクシーンは〔スタシンスキー事件〕判決と一致する⁽¹³¹⁾。

ロクシーン説は、その発表から30年以上も経過してから、かつてのドイツ内国境線での必殺射撃の廉によるドイツ社会主義統一党体制の政治責任者に対する刑事事件で連邦通常裁判所によって基本的に受容された。但し、連邦通常裁判所は、システムの道具化が重要なのではなく、所為に無条件の用意のある所為媒介者の利用が重要なのだというシュレーダー説を援用することで、正犯者の背後の正犯者の適用範囲をロクシーン説以上に拡大する可能性を留保したのである。

〔裁判例〕Das Urteil des 5. Strafsenats des BGH vom 26. 7. 1994, BGHSt 40, 218 ff.=NStZ 1994, 537=JuS 1995, 173 Nr. 11 [国家防衛評議会事件]〔ドイツ民主共和国（東ドイツ）の国家防衛評議会決議によって、ドイツ連邦共和国との国境においては、東ドイツからの逃亡者による国境突破はいかなる場合であれいかなる手段を使っても阻止されるべきこととなった。他の手段では国境突破を阻止できない場合には、逃亡者の殺害も甘受された。事実、この射殺命令に基づき国境警備兵は逃亡者を射殺したという事案。国境警備兵自身に完全に有責な故殺罪が成立する場合⁽¹³²⁾でも、指図をした者に間接正犯、共同正犯又は教唆犯が成立するかが問題となった〕「BGHSt 35, 347（猫王事件）において、連邦通常裁判所は、回避可能な禁止の錯誤状態にあった、——限定的に——有責に行為する所為媒介者の場合に、間接正犯の成立を肯定し、その理由として、いづれにしてもその事案のような場合、所為媒介者が有責に行為をしてい

るか否かが問題とされるのではなく、背後者の正犯者意思によって担われた客観的所為支配が問題となっているのだと説示した。かかる境界づけは、直接正犯と共犯の間の境界づけの規準ともなる原則に対応している。

bb) 当刑事部は、これにより間接正犯の場合に適切な境界づけ規準が示されていると考える。

(1) 錯誤なく且つ完全に責任能力のある者が行為するとき、その背後者は間接正犯者とならないのが普通である。このことは、直接的に行為をする正犯者が法的だけでなく、とりわけ事實的にも事象を包括的に支配し、支配する意欲もある場合に特に妥当する。そうすると、背後者は所為支配を有しないのが普通である。

(2) しかし、所為媒介者が無限定に責任を問われるにもかかわらず、背後者の寄与によってほとんど自動的にこの者によって追求された構成要件実現の達成される事例群がある。背後者が組織構造を通じて特定の外枠条件を利用し、その枠内で背後者の寄与分担が規則通りの推移を惹き起こす場合がそれである。規則通りの推移を伴うこういった外枠条件は特に国の、企業の又は業務類似の組織構造及び命令序列組織に見られる。こういった場合、背後者がこの事情を知りながら行為をし、特に、直接行為者に構成要件を充足する無条件の用意のあることも利用し、しかも、結果を自分自身の行為の所産として意欲するとき、背後者は間接正犯の形態の正犯者である。

背後者は所為支配を有する。間接正犯が躊躇なく受け容れられる他の事例群においてもこの所為支配は必要であるが、それよりもはるかに背後者は事象を事實的に支配している。他の事例群としては、例えば、無制限に責任を問われる道具を利用したが、この道具が特別の人的義務を負わないとか構成要件の要求する特別の目的を有しないという理由だけで正犯者たりえない場合がある。錯誤に陥っている又は責任無能力の道具を利用する場合でも、間接正犯者の結果発生への支配の度合いが上記のような場合よりもはるかに劣っている事例群が見られる。

本件のような場合でも、所為媒介者によってこれから下されねばならない、しかし、外枠条件によって前もって与えられている、法に反する決断が、背後者が意欲する結果の実現の障害とはならないということを背後者が知っているとき、背後者は所為支配への包括的意思を有している。

こういった場合に背後者を正犯者として扱わないなら、その所為寄与の客観的重さにそぐわないことになる。それというのもとりわけ、答責が犯行現場から離れるほど減少するのではなく、増加するがよくあることだからである（F.C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, S. 166）。

このように理解された正犯は国の権力濫用の場合ばかりでなく、マフィア類似の組織的犯罪の場合にも問題となろう。この場合、命令の責任を負う組織首脳部と直接行為者の間の空間的、時間的及び階級的距離という点で、分業的共同正犯の成立は否定される。企業の経営における答責の問題もこのように解決できる。加えて、このように理解された間接正犯は、BGHSt 3, 110 の裁判の基礎にある事実におけるように、正犯者が違法に行為をする国の機構を自己の目的のために意識的に利用する場合にも問題となる。

具体的事案において場合によっては答えるのが難しい、直接正犯者の善意、悪意という問題は、この解決策にあっては考慮の外にある。

cc) これらの原則によると、被告人3名全員、Aも含めて、間接正犯の形態で故意の殺人を犯したことに疑いの生ずる余地はない（§ 212 I, § 25 I StGB）¹³³⁾。

本判決は、ドイツ民主主義共和国国境警備兵による国境突破逃亡者への射殺事件¹³⁴⁾に関連して、ドイツ民主主義共和国の国家防衛評議会（1994年）及びドイツ社会主義統一党政治局員（1999年）の殺人罪の刑事責任が問われた一連の判決の一つである。本判決は、国境警備兵は直接正犯者であるが、ドイツ民主主義共和国高級幹部も正犯者である、それも間接正犯の形態であり、これらの者は**正犯者の背後の正犯者**であると判示したのである¹³⁵⁾。なるほど、道具自体が問題の犯罪行為の正犯者に間擬されるとき、間接正犯は存在しないのが普通であるが、しかし、この通例の例外となるのが、国家権力の濫用による背後者の所為支配の場合であると。

正犯者概念について主観説を採ると、他人を所為遂行へと仕向ける者は、この所為遂行を自分のものとして意欲するとき、所為媒介者が所為を自己のものとして意欲する場合でも正犯者とならざるを得ないのであるが、本判決はこの道を選ばなかった¹³⁶⁾。本判決は、正犯者意思ではなく客観的事態を重視して、所為支配説に基づいて背後者の正犯性を基礎

づけたのである。それ故、所為支配説に要求されるべきは、自由に且つ自己の所為に対して完全に責任を負う所為媒介者がすでに支配している構成要件該当の所為事象を、背後者がこれを意のままにできることの根拠である。

本判決は、所為支配の基礎づけとして、背後者が組織構造によって明確にされた外枠条件を利用し、自分の所為寄与の中で規則通りの推移を惹き起こすことから、所為支配が生ずると論ずる。指図権者が組織構造内において重きを成すのであって、道具の代替可能性が指摘される。その所為寄与によってほぼ自動的に追求された構成要件実現が達成されると。この点で、学説でも、この自動性について、「結局のところ構成要件を自らの手で実現する者は、権力装置の仕組みの中の代替可能な小さな車輪にすぎない。これが抜けると直ちにこの者の代わりに他の者が現れるのであり、したがって、たいていの場合命令者は実行者個人を全く知らない」と説明される⁽¹³⁷⁾。これに対して、ヘルツベルクは、組織化された権力構造内の指図では、個々の、直接的に行為をする者の答責が問題なのではない、つまり、道具は個々人ではなく、「装置」とであると論ずる⁽¹³⁸⁾。シュレーダーは無条件に所為の用意のあることが決定的だと論ずる⁽¹³⁹⁾。

しかし、この「交換可能性」、「自動性」の説得力は限られている。というのは、逃亡状況の時間的、場所的制約から云えることだが、所為実行のために常に限られた数の国境警備兵しか考慮されないものであり、したがって、個々のあるいはそれほど多くない兵隊の服従次第と云うことになる。具体的状況において、無数も同然の所為用意のある人が配置されているなどと云うことは論外である。つまり、具体的な国境突破の状況においては、全ては、具体的に現場にいる国境警備兵が命令を実行するか否かにかかっている。そうすると、背後者の間接正犯を認める上で、「代替可能性」というのは決定的意味を有しないこととなる⁽¹⁴⁰⁾。

次に、本判決は、組織を結果発生の実効性を保障するシステムとして理解し、所為支配を組織連関が機能することとして理解しているが、有責に行為する媒介者が障害となりうることを考慮していない。すなわち、所為媒介者は自由であり、その所為に責任を負うと同時に、不自由

であり、この者を通して事象を支配する背後者の道具でもあるという矛盾が解消されていないのである。これにつき、ヘルツベルクは、個々の所為媒介者の答責ではなく、**生命なき「装置」**が問題なのだと論ずる⁽¹⁴¹⁾。確かに、個々人は「装置」に組み込まれているし、又、個々人の代替可能性、全体システムの機能の指摘は全く根拠がないわけではない。しかし、ムルマンが適切にも指摘するように、きわめて厳格な組織であつてすら、自由な人間の行為を基本的には予測できない。このことは、違法な要求に抵抗する大勢の人の決断があつて初めて背後者の計画を失敗させることができるということによっても変わらない。組織構造の中に組み込まれている人を、生命なくその仕事を実行する装置の一部として特徴づけることは間違っている。個々人はその機能において代替されうるからといって、システムが人の結合したものであることに変わりない。つまり、個々人は常に他者によってしか代替されず、したがって、自由から生ずる予測不可能性は依然として残る。直接的に行為する者がその自由の使用を上司の命令にあわせるということは、経験上、蓋然的であるかも知れないが、しかし、確実とは云えない。犯罪行為の予期が経験上根拠づけられるに過ぎないのに、何故このことが正犯の答責を基礎づけるのかが問われるべきである。規範的に正当な要求は、所為媒介者が背後者の無理な要求に対抗し、適法な動機づけを行うという予期だけである。法の基礎にこの予期があるとき、何故予期に反する違法な行為が正犯帰属を基礎づけるのかが明らかでない。「生命なき装置」という観念を真摯に受け取るなら、装置の個々の部分も、つまり、所為実行する人も、この装置の自己力動を指摘することによって答責から免れうるという結論を導き出すことはできない⁽¹⁴²⁾。

なるほど、組織支配による間接正犯というものを、強要、錯誤を利用する間接正犯と異なる第3類型の間接正犯として捉えることができないではない。すなわち、組織支配による間接正犯では、背後者の所為支配を、所為媒介者が構成要件該当行為を遂行するということによって基礎づけることはできないとすると、背後者の所為支配は所為媒介者を交換する可能性で基礎づけられることになる。しかし、直接正犯者の行為支配が重要でないとき、その帰結として、背後者が所為媒介者による構成要件該当行為の遂行を間接的に支配するということもありえない。そうすると、組織支配というのは構成要件該当行為を支配することではなく、

もっぱら構成要件の結果の支配を前提としていることになる。しかし、もっぱら結果関係的、構成要件該当行為の遂行から離された所為支配には、正犯者というのは「構成要件該当の実行行為を実現するに当たっての中心人物」という命題は当てはまらない。背後者の行為と結果の発生の間に大勢の所為媒介者が介在しうること、この者の中から最後の者が結果をもたらす行為をするということによって、背後者の行為は本来の構成要件実現から完全に切り離されてしまう⁽¹⁴³⁾。

教唆との比較からも背後者の正犯性を基礎づけることはできない。教唆者が被教唆者の所為遂行を経験上確実に予期するということはあることであるから、構成要件の結果発生の確実性が教唆と間接正犯を区別する規準とはなりえない。すなわち、他人に**所為の用意**のあることが確実に予期されるからといって、それが所為支配を基礎づける十分な理由とはなりえないのである。例えば、背徳的、無責任な政治家甲が政治集会でその、なにかの組織に組み込まれているわけではない大勢の熱狂的支持者に向けて、その敵対者である政治家乙の殺害を促し、報酬を約束するとき、甲は確実に所為の実行を当てにできる⁽¹⁴⁴⁾。1対1の関係の場合ですら、自分のために特定の物を「有利な値段で」で「調達」するよう職業窃盗犯に促す者は、「100%」事案の状況に応じて所為の遂行を当てにできるのである⁽¹⁴⁵⁾。

b. 「マフィア類似の」組織犯罪 1994年の連邦通裁判所第5刑事部判決は、傍論で、シュトラテンヴェルトにならってこう強調する⁽¹⁴⁶⁾。国家権力の濫用の場合の間接正犯の説明は「マフィア類似に」組織された犯罪にも当てはまる。この場合も、命令階級組織は直接的に行為する者の無条件の忠誠心を伴う。これによると、例えば、マフィアの親分によって命令された謀殺の場合、所為を実行するマフィア構成員は直接正犯者であり、親分は間接正犯者ということになる。

c. 大企業の犯罪行為における間接正犯 これについても、1994年の連邦通常裁判所第5刑事部判決は、——かなり簡潔であり、又、国家犯罪、組織犯罪の場合よりも学説の反対がおおきいのだが——「企業の経営における責任の問題もこのように解決できる」と説示する⁽¹⁴⁷⁾。連邦通常裁判所によれば、業務指揮機関が責任をもつ外枠条件が下位の社員

による犯罪遂行を強く勧めるに過ぎない場合でも、所為支配には十分である⁽¹⁴⁸⁾。したがって、社員が支払い不能を知りながら債務過剰な企業の存続のために必要な物品を引き続き注文するとき、納入業者を被害者とする間接正犯の形態の詐欺罪が成立する⁽¹⁴⁹⁾。

連邦通常裁判所はbとcで見たように、国の組織的権力装置における間接正犯の法理をマフィア類似の組織犯罪及び企業犯罪に転用させる。しかし、社会的には全く異なった生活領域が問題となっており、これら全ての生活領域において上位/下位関係が見られるという事実だけで、これらの関係が国の権力装置で獲得された結論を検討もせず転用することを許さない様々な性質を有していることに変化が生ずるわけではない⁽¹⁵⁰⁾。マフィア類似の組織犯罪、大企業の組織経済犯罪にも、「正犯者の背後の正犯者」という形態の間接正犯の成立を認めることは、法的安定性をきわめて動揺させ、所為支配の希薄化に繋がる。それは次の問題から明らかとなる。いかなる場合に十分な命令組織階級があるのか。いかなる場合に犯罪行為者一味が「マフィア類似に」なるのか。いかなる場合に、国家社会主義体制、ドイツ社会主義統一党あるいはマフィアと等値されるほどの企業となるのかといった問題である⁽¹⁵¹⁾。

注

(112) Vgl. *W. Küper*, Die dämonische Macht des „Katzenkönigs“ oder — Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Grenzen, JZ 1989, 617 ff., 624.

(113) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 925; *Küper*, (Fn. III-112), 626 f.

(114) BGHSt 30, 363 (364).

(115) *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 351; *W. Bottke*, Der praktische Fall — Strafrecht: Marderfall(e), JuS 1992, 765, 768 f.; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 96; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 927; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 53 ff.

(116) *Frister*, (Fn. I-132), Kap 27 Rn 2 ff, 37; *Heinrich*, (Fn. I-35), § 33 Rn 1254 ff.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 12 f, 23 f., 42 f.; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 241; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, 193 ff. u. 233 ff.; *ders.*, (Fn. III-60), § 25 Rn 87 ff.; *ders.*, (Fn. I-27), § 25 Rn 61, 94 ff., 110 ff.; *F.-Ch. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, 119 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 118 u. 89 ff.; *Wessels/Beulke*, (Fn. III-102), § 13 Rn 541 f.

(117) Vgl. *Th. Hillenkamp*, (Fn. I-158), 129 f.

(118) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 63, 94, 101, 103; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10),

- § 62 I 3, II 8; *J. C. Joerden*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.5.2000 — 3 StR 101/00, JZ 2001, 310, 311 f.; *M. Köhler*, Strafrecht AT, 1997, 9. Kap II 2.4. 2.2; *V. Krey*, Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes, Jura 1979, 316 ff, 325; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 877; *V. Krey, M. Nuys*, Der Täter hinter dem Täter — oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel, Amelung-FS, 2009, 203 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 53 ff.; *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., § 13 Rn 34.
- (119) Vgl. *Hillenkamp*, (Fn. I-158), 127 ff.
- (120) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 928.
- (121) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 54.
- (122) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 929.
- (123) *Roxin*, (Fn. III-116), 242 ff., 677 ff.; *ders.*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193 ff.; *ders.*, Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“, in: Lange-FS, 1976, 173 ff, 192.
- (124) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 128.
- (125) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 128.
- (126) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 129.
- (127) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 129.
- (128) *Roxin*, (Fn. III-60), Rn 129.
- (129) *A. Koch*, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, 496 ff.
- (130) *Roxin*, (Fn. III-116), 242 ff.; *ders.*, (Fn. I-27), § 25 Rn 105 ff.; auch *Herzberg*, (Fn. I-154), 42 f.; *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. I-122), § 48 Rn 88; *Schroder*, (Fn. III-116), 166 ff.
- (131) *Roxin*, (Fn. III-116), 242 ff.
- (132) BGHSt 39, 1, 31 f.=MDR 1993, 61=NJW 1993, 1932 (直接的に行為をする国境警備兵は幫助者でなく、正犯者である)。
- (133) 連邦通常裁判所第3刑事部も本判決に従うことを明確にした。BGH StrVert 1995, 70, 71.
- (134) BGHSt 39, 1 (31 a. E. f.) (国境警備兵は直接正犯者である)。本判決の理由づけに「必殺射撃のある程度の行為裁量」とあるが、これに対してはわざとらしい、というのもスタシンスキーにもこういった裁量の余地はあったからであるとの指摘がある。*Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 933.
- (135) BGHSt 40, 218 (234, 236 f.); 45, 270 (296); auch BGHSt 42, 65 (68 ff.). Zustimmend *Freund*, (I-51), § 10 Rn 90 ff. (mit abweichender Begründung); *W. Gropp*, Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern“?, JuS 1996, 13 ff.; *Heinrich*, (Fn. I-59), 271 ff.; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 249; *C. Roxin*, JZ 1995, 49; *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 25a; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 65 ff; *Wessels/Beulke*, (Fn. III-102), § 13 Rn 541. Ablehnend *Frister*, (Fn. I-132), Kap 27 Rn 49; *R. D. Herzberg*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: *K. Amelung*

- (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, 33 ff.; *G. Jakobs*, Zur täterschaftlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der früheren DDR für die Tötung von Flüchtlingen, NStZ 1995, 26 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 8; *U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 39 Rn 36; *Köhler*, (Fn. III-118), 9. Kap. II 2.4.2.2.; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 92; *J. Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 87 ff.; Zweifelnd *Hoyer*, (I-154), § 25 Rn 92.
- (136) Vgl. *U. Murmann*, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, 271.
- (137) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 128; *ders.*, (Fn. III-116), 242 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 127; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 75 f.
- (138) *Herzberg*, (I-154), 42 f.
- (139) *Schroeder*, (Fn. III-116), 168 f.; *ders.*, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, 177 ff., 178 f.
- (140) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 90; *Murmann*, (Fn. III-136), 273; *ders.*, Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, JA 2008, 321 ff., 325.
- (141) *Herzberg*, (Fn. I-154), 42.
- (142) *Murmann*, (Fn. III-136), 274.
- (143) *Th. Rotsch*, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, 13 ff., 16.
- (144) *Rotsch*, (Fn. III-143), 14.
- (145) *Murmann*, (Fn. III-136), 274.
- (146) BGHSt 40, 218 (234, 236 f.). Zustimmung u.a.: *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 25-25a; *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 90 ff.; *Heinrich*, (Fn. I-59), 283 ff.; *Roxin*, (Fn. III-135), 51; *ders.*, (Fn. III-60), § 25 Rn 129; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 249; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 65 ff.; *Wessels/Beulke*, (Fn. III-102), § 13 Rn 541. Ablehnend *Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 40; *Jakobs*, (Fn. III-135), 26 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 8; *Kindhäuser*, (Fn. III-135), § 39 Rn 36; *Köhler*, (Fn. III-118), 9. Kap II 2.4.2.2.; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 92; *Renzikowski*, (Fn. III-135), 87 ff.
- (147) BGHSt 40, 218 (237). Zustimmung u.a.: *Heine*, (I-162), § 25 Rn 25-25a; *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 90 ff. Ablehnend u.a.: *Dierlamm*, NStZ 1998, 569 f.; *Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 40; *A. Hoyer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1998; *ders.*, (Fn. I-154), § 25 Rn 89, 92; *Jakobs*, (Fn. III-135), 26; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 8; *Kindhäuser*, (Fn. I-135), § 39 Rn 36; *Köhler*, (Fn. III-118), 9. Kap II 2.4.2.2.; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 92; *Renzikowski*, (Fn. III-135), 87 ff.; *C. Roxin*, Mittelbare Täterschaft bei Tatausführung durch vollverantwortliche Tatmittler, JZ 1995, 49 (51 f.); *ders.*, (Fn. III-60), § 25 Rn 129 ff.; *Th. Rotsch*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, 491 ff., 495; grundsätzlich ablehnend auch

Heinrich, (Fn. I-59), 282 f.; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 249; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 73 b, 73c, 73d. Einschränkend (Vorrang der Mittäterschaft) jetzt aber BGH NStZ 2008, 89 (90).

(148) BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (146 f.)

(149) BGH NStZ 1998, 568.

(150) *Murmann*, (Fn. III-136), 275.

(151) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 936.