

《論 說》

ロクシンの間接正犯論 —統合主義的考察方法とその帰結—

矢 田 陽 一

1. はじめに
2. 統合主義的考察方法
3. 目的合理的(機能的)犯罪論体系
4. 間接正犯論
 - (a) 正犯の一般原理および分類
 - (b) 「強制による意思支配」
 - (c) 「錯誤による意思支配」
 - (d) 「責任無能力者」あるいは「限定責任能力者」の利用
 - (e) 「組織的権力機構による意思支配」
 - (f) 「目的なき故意ある道具」の利用
 - (g) 「身分なき故意ある道具」の利用
5. 若干の考察
6. おわりに

1. はじめに

ドイツ刑法学では、戦前から戦後にかけて、存在論的考察方法が次第に有力化し、その所産である目的的行為論および目的犯罪論体系が形成されて以降、これらを基礎とする(目的的)行為支配説が正犯・共犯論においてきわめて重要な役割を果たしたといわれる⁽¹⁾。すなわち、(目的的)行為支配説は、意思の存在と内容とを行為段階において統合し、犯罪事象を目的的に統制・操縦しようとする行為の意欲的側面を重視する、目的的行為論から必然的に導かれる帰結の1つであると考えられたので

ある⁽²⁾。したがって、理論上両者は密接に結びついており、目的的行為論を前提としてのみ行為支配説は主張可能なものであるという認識が、いわば暗黙の了解となっていたということが出来る。

これに対して、目的的行為論と行為支配説とは不可分の関係になく、行為支配説はそれ自体、目的的行為論によらずとも採用しようということをはじめて詳細に論証したのが、ロクシンであった。ロクシンは、独自の法学方法論および犯罪理論を提唱し、そこから行為支配説を捉え直すことによって、本説にさらなる理論的深化をもたらすことに大きく貢献した⁽³⁾。ロクシンの行為支配説は、その基礎づけがなされてから現在に至るまで、多方面から様々な批判にさらされながらも、ドイツの正犯・共犯論においてなお支配的な地位を保ち続けており⁽⁴⁾、わが国の議論に対しても多大な影響を及ぼしている⁽⁵⁾。したがって、ロクシンの行為支配説と正面から向き合うことなしに、正犯・共犯論を本質的に解明することは、到底不可能であるといわざるをえない。

ところで、正犯・共犯論は犯罪論の構成方法を直接反映するものであり、くわえて犯罪論が時代の哲学・思想的潮流に大きく左右されるものであることから、正犯・共犯論の問題は、論者の犯罪論だけでなく、その背景にある哲学・思想の妥当性すらも判断するための試金石であるといえる⁽⁶⁾。したがって、正犯・共犯論を考察するにあたっては、本問題に対する表層上の議論をなぞるだけではいまだ不十分であり、それらの深奥にある、論者の基本思想をも含めた刑法論全体との関係についてまでも目を向けなければならないのである。

以上を踏まえ、本稿は、ロクシンの正犯・共犯論がいかなる背景をもとにして展開されているのかについて、その特徴が最も明確に現れているとされる間接正犯論を手がかりとして、考察をおこなうものである。具体的には、まず、犯罪論全体を貫いている刑法学の方法論を明らかにしたのち、そこから導きだされた犯罪論およびその体系構造を素描し、正犯・共犯論とりわけ間接正犯論を概観したうえで、さいごに、若干の

考察を試みたいと思う。なお、本稿では、ロクシンの間接正犯論をその背景となる方法論および犯罪論の体系構造という観点から鳥瞰することに主眼を置いているので、個別具体的な問題の帰結に対する当否には原則として立ち入っていない。この点については、また別の機会に詳しく検討する予定である。

2. 統合主義的考察方法⁽⁷⁾

ロクシンによると、学説史上、ドイツには、その時々刑法学とりわけ正犯・共犯論を特徴づけた、3つの哲学潮流を背景とする法学方法論が存在したとされる⁽⁸⁾。すなわち、あらゆる法現象を自然法則とそれに基づく因果の連鎖へと還元し、経験的な観点から感得可能なものだけを学問の対象とすべきとする「自然主義的(因果的)考察方法」⁽⁹⁾、自然科学的実証主義が支配する存在(Sein)の領域と人間の認識の範疇が創出する当為(Sollen)の領域とを峻別し、存在の領域では事物を因果的・没価値的に理解するのに対して、法を含めた当為の領域では、その意味内容は所与としての経験的現実人間精神による目的論的な概念的加工(Umformung)を施すことによってはじめて与えられるものであるとして、概念形成の存在拘束性を原則的に否定する「目的論的(規範的)考察方法」⁽¹⁰⁾、および、あらゆる現実に生じる存在論的な事象は「事物の本性」(Natur der Sache)それ自体においてすでに秩序と形相(Ordnung und Gehalt)とを有しており、それらには事物論理構造(sachlogischer Struktur)において看過しえない差異が原初的に存在するのであるから、学問上の概念構成は、無秩序かつ没価値的な存在的事象を目的論的な観点から自由自在に加工することではなく、あらゆる理論及び認識以前に存在する、有意味な存在それ自体を精確に記述(Deskription)・模写(Reproduktion)することにその本質があるとして、概念形成の存在拘束

性を強調する「存在論的考察方法」⁽¹¹⁾、の3つである。この点、ロクシンは、自然主義的(因果的)考察方法に関して、それは外界の物理現象が因果法則によって支配されていることを示すことには成功したが、法現象たる価値概念の意味内容を明らかにしえない点で「意味ないし価値盲目的」(sinn- und wertblind)であると批判し、現在ではおよそ採用することはできないと一蹴する⁽¹²⁾。これに対して、目的論的(規範的)考察方法と存在論的考察方法とについては、それぞれ正当な部分と不当な部分とがあり、一方にのみ偏重することは許されないとする⁽¹³⁾。すなわち、ロクシンは、第1に、法規則の意味内容は立法者、裁判官や学者ではなく、存在論的、倫理のおよび広い意味での社会的な法則性や展開構造によって予めある程度まで与えられているという点では、存在論的考察方法が正当であり、目的論的(規範的)考察方法はこの限りで誤っているということ⁽¹⁴⁾、第2に、概念の「核心部分」は所与の存在構造に拘束されるという点では存在論的考察方法が正当であるが、その「周辺領域」については広く目的論的な概念構成に委ねられるべきであるという点では目的論的(規範的)考察方法もまた有用である以上、2つの考察方法は互いに補充・補完関係にあるということ⁽¹⁵⁾、第3に、所与の社会的な意味内容は立法者や学者にとってすでに完成され変更不可能なものとして与えられているのではなく、立法目的や学問的認識によって深く影響されうるものである点では、目的論的(規範的)考察方法に正当性があり、厳格な存在拘束性を説く存在論的考察方法はこの限りで誤っているということ⁽¹⁶⁾、などを理由として、2つの考察方法を、良い部分は取り入れつつ、悪い部分は捨て去ることによって止揚しなければならないとし、新たに「統合主義的考察方法」(Synthese sinnerfassender und zwecksetzender Betrachtungsweise)を提唱した。すなわち、ロクシンによると、従来のように目的論的(規範的)考察方法と存在論的考察方法とは二項対立図式的に把握されるべきものではなく、所与の意味内容と意味創設的な価値設定との間には恒常的な相互作用があり、その帰結は硬直的な構造を示

すものではなく、互いに影響し合いながら常に変化し続けるプロセスの総和であるとされ、両者は一定の必然性をもって統合へと至るものとされるとされる⁽¹⁷⁾。このようにロクシンは、両考察方法ともに一方のみではなお不完全であることを論証することによって、それらに和解の途を開いたのであった。

3. 目的合理的(機能的)犯罪論体系

ロクシンは、以上のような法学方法論を前提として、これまでに類例をみない、独創的な犯罪論体系を構築している。以下では、さしあたり、ロクシンが犯罪論体系の礎石である行為論とりわけ目的的行為論についてどのように考えていたのかを浮き彫りにしたうえで、その犯罪論の体系構造全体について、間接正犯論を考察するにあたって必要な範囲内で、素描しておきたいと思う。

まず、ロクシンは、前法的な行為論が犯罪論において果たしうる体系上位概念(Systemoberbegriff)としての「機能」(Leistungsfähigkeit)について、現在ではもはや「構成上の美的な価値」(architektonisch-ästhetischen Wert)しか存せず、これを犯罪論から取り除いても何らの影響もないと断じる⁽¹⁸⁾。すなわち、刑法上の行為概念は、もっぱら「可罰的な行為を様々な現象形態から抽象化したもの」であり⁽¹⁹⁾、そのような特殊刑法的な性質から離れた、いわゆる一般的行為概念によって刑法上の諸問題をあまねく解決することは、およそ不可能であるとする⁽²⁰⁾。したがって、あらゆる法領域に普遍的に妥当する、前法的な一般的行為概念から刑法上の帰結を導きだすのは適切でなく、むしろ特殊刑法的な行為概念はもっぱら規範的に、すなわち個別の刑罰法規に依拠して構成されなければならないとして、行為論における視点の「コペルニクスの転回」を主張したのであった⁽²¹⁾。

もちろんロクシンは、人間の「因果法則を使役し、実質的な事象経過を被覆決定することによって、予め計画していた目的を実現する」という「人類学的基本カテゴリー」(anthropologische Grundkategorie)としての行為の機能自体は率直に肯定する⁽²²⁾。しかしながら、あくまで「目的であるものは法秩序の目的設定に従わなければならない」⁽²³⁾として、目的的行為論者が構想するような、前法的な行為の中にあらゆる刑法上の現象形態に一般的・普遍的に妥当するメルクマールを見だし、そこから一義的に問題を解決しようとする、演繹的な犯罪論体系には終始批判的であった⁽²⁴⁾。すなわち、ロクシンは、刑罰法規としての各則の構成要件によって個別化された範囲でのみ行為の目的性を顧慮し⁽²⁵⁾、そこから一つ一つの問題に最も適切な解決策を探りだそうとする点で、個々の事例解決により重きを置いた、帰納法的な行為概念および犯罪論体系を志向したのであった。

このような行為論を踏まえ、ロクシンは、目的的行為論から導きだされた様々な刑法上の帰結を一定程度引き継ぎつつも、それらは当該行為論によらずとも基礎づけることが可能であるとし、これを新たに合目的的な刑事政策の要請という観点から規定し直した、いわゆる「目的合理的(機能的)犯罪論体系」(zweckrationale(funktionale)Strafrechtssystem)を構築している⁽²⁶⁾。

ロクシンは、かつてリストによって提唱され、当時のドイツ刑法学においてもなお支配的であった、犯罪の成立要件を体系上概念的に論じる(狭義の意味での)法学である刑法解釈学と、経験的原理に基づき犯罪者の合目的的処遇や犯罪との闘争を目的とする社会学としての刑事政策学とを対置し、刑法学に刑事政策学が入り込むことを極力回避しようとする、形式的・自然科学実証主義的刑法体系⁽²⁷⁾は、個別事案の適切な解決を不可能にする点で妥当でないと批判し、正しい体系構築の方法は「刑事政策的価値決定を刑法体系に導入する」ことにあると主張する⁽²⁸⁾。すなわち、刑法解釈学に要求されていた法治国家的な法的安定性、明確

性や予測可能性と社会国家的な刑事政策的合目的性とは、互いに矛盾するものではなく、むしろ各犯罪成立要件の中で弁証法的に止揚されるべきものであるとするのである⁽²⁹⁾。この点、構成要件該当性では、罪刑法定主義原理 (nullum-crimen-Satz) すなわち「法規の明確性・確定性」(Gesetzbestimmtheit)・刑罰による一般予防および責任主義という指導原理が⁽³⁰⁾、違法性では、個人の利益ないし共同・全体利益が相矛盾する状況下における、それら社会的な「紛争の解決」(Konfliktlösung)・処分あるいはその他の法的効果の結合点となること、および全法秩序と関連させ、その基準となる評価を取り込むことという指導原理が⁽³¹⁾、従来有責性と呼ばれてきた領域では、新たに「答責性」(Verantwortlichkeit)という用語のもとで、責任原理 (Schuldprinzip) とならんで刑罰論における一般予防および特別予防という指導原理が⁽³²⁾、それぞれ刑事政策的観点から解釈指針として設定されなければならないとされる⁽³³⁾。このようにロクシンは、上述した統合主義的考察方法に基づき、従来目的論的(規範的)考察方法が措定していた抽象的な文化価値志向を刑事政策的要請と取り替え⁽³⁴⁾、これを刑法体系へと積極的に導入することによって、体系思考 (Systemdenken) をある程度考慮しつつも、個別事案の柔軟な解決をより優先した、問題思考型 (Problemdenken) の刑事政策的犯罪論体系を構想したのであった⁽³⁵⁾。

このような観点下においてロクシンは、犯罪論の史的発展過程をその順に従って辿りつつ⁽³⁶⁾、そこから得られた帰結をもとにして、各犯罪要素の概念規定をおこなっている。

まず、構成要件該当性に関しては、各則の刑罰法規を違法の「存在根拠」である「不法構成要件」と理解し⁽³⁷⁾、一定の目的・傾向などとならんで故意・過失をも含んだ主観的構成要件要素とともに、規範的構成要件要素の存在を承認する⁽³⁸⁾。この点、およそ不法類型に一致しない行為態様を構成要件から予め排除する「社会的相当性」(Soziale adäquanz) の概念⁽³⁹⁾や、構成要件と違法性とを「不法」のもとで同一視し、違法性阻却事由を

も構成要件の中に取り込もうとする、いわゆる消極的構成要件要素の理論 (Die Lehre von den negative Tatbestandsmerkmalen)⁽⁴⁰⁾にはおよそ否定的な態度を示している。そして、ロクシンの構成要件論においてとりわけ特徴的であるのは、客観的帰属論 (objektive Zurechnungslehre) の新たな展開および「行為犯」(Handlungsdelikt) と「義務犯」(Pflichtdelikt) との区別である。具体的には、従来の犯罪論体系によると、自然主義的観点から行為と結果との間に事実的な繋がりである「因果関係」(Kausalität) が存在していれば足りると解されていたが、ロクシンの目的合理的犯罪論体系においては、合目的構成のさらなる徹底により、行為と結果との間の規範的な結びつきを意味する、「構成要件の範囲内での許されない危険の実現」(Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr innerhalb der Reichweite des Tatbestandes) が認められるか否かという帰属の問題が、構成要件論の中核をなしている⁽⁴¹⁾。また、「行為犯」では、立法者は構成要件において可能な限り外的ないし内的事実を精確に記述することが求められるのに対し、「義務犯」では、立法者が外形的な行為態様ではなく、社会的な役割すなわち「特別な義務」に違反することに重点を置いているという点で、両者の間には本質的な相違があるとされる⁽⁴²⁾。

つぎに、違法性に関しては、たんに法律上の禁止もしくは命令に反することを意味する形式的違法性と、社会侵害的であること、すなわち法益侵害を惹起することを意味する実質的違法性とを明確に区別する⁽⁴³⁾。そして、結果無価値だけでなく、行為無価値をも考慮することによって、主観的違法要素としての故意不法を肯定している⁽⁴⁴⁾。その結果、正当化事情の錯誤については、ドイツ刑法16条を直接適用するのではなく、これを類推適用することによって故意阻却を認める、いわゆる制限責任説 (Die eingeschränkte Schuldtheorie) の立場にたつことを明言している⁽⁴⁵⁾。さらに、正当化事由については、1つの原理から演繹的に説明することは不可能であるとし、「保全原理」・「法確証の原理」・「比例原理」・「利益考量の原理」・「自律性原理」などの組み合わせを中心として、多元

的なアプローチの必要性を強調する⁽⁴⁶⁾。

さいごに、答責性に関して、ロクシンは、従来行為者に対する処罰の限界を画するものであった、法治国家的要請としての責任は答責性にとって必要条件ではあるが十分条件ではないとして、これに加えて刑法的威嚇である「予防の必要性」という観点を強調する⁽⁴⁷⁾。すなわち、たとえ行為者に責任が備わっていた、すなわち、非難可能であったとしても、たとえば免責的緊急避難(35条)のように、予防的観点から処罰の必要性が認められない場合、彼には答責性がなく、したがって不可罰とされなければならないとされる⁽⁴⁸⁾。このようにロクシンは、自由主義的・法治国家的要請である責任概念と刑事政策的要請としての刑罰論における予防機能とを結びつけ、これまでのような責任の本質を非難可能性とみる規範的責任概念は、予防の必要性という、刑罰による一般ないし特別予防的観点を等閑視するものであって点で妥当でなく、これを新たに「規範的答責性概念」(normativer Verantwortlichkeitsbegriff)へと発展させなければならないとするのである⁽⁴⁹⁾。そして、このような答責性の要件として、責任能力(19条・20条)、不法の認識の可能性(17条)ならびに、一定の危難(35条)・過剰防衛(33条)における行為状況の通常性の欠陥などがあるとされる⁽⁵⁰⁾。

4. 間接正犯論

ロクシンの正犯・共犯論とりわけ間接正犯論は、以上のような法学方法論および犯罪論の体系構造を礎石として展開されている。以下では、さしあたり、彼が正犯・共犯論をどのようなものとして構想したかを、もっぱら正犯の一般原理および分類という観点から明らかにしたうえで、その特殊な一適用領域である間接正犯論へと足を踏み入れることとしたい。

(a) 正犯の一般原理および分類

ロクシンは、上述した統合主義的考察方法に基づいて、正犯概念を規定するための抽象的な枠組みとして、次のような「指導原理」(Leitprinzip)を前もって提示している。すなわち、「正犯とは行為関係的な事象の中心人物である」(Täter ist die Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens) というものである⁽⁵¹⁾。この「中心人物」という指導原理は、正犯性の内容を記述する固定的なメルクマールではなく、あくまで「決定的な法規上の評価基準」を意味すると同時に、「明確に把握可能な前法的区別基準」としても特徴づけられる⁽⁵²⁾、「存在論的および目的論的考察方法の重層的ジントレーゼの産物」とであるとされる⁽⁵³⁾。この点、目的論的考察方法から共犯規定(旧47条～旧49条)を眺める場合、各則の構成要件的行為を「実行する者」(Ausführenden)が犯罪事象における「中心点および鍵となる人物」(Mittelpunkt und Schlüsselfigur)であるのに対して、「規定する者」(Bestimmenden)あるいは「援助する者」(Hilfeleistenden)は、中心の外で彼(実行する者)を取り囲んでいる人物と考えることができるし、存在論的考察方法すなわち「共同意識のなかに生きている具象的な観念」(Eine auch im Gemeinbewußtsein lebende plastische Vorstellung)から見ても、「正犯」は「事象の主たる人物」(Hauptfigur des Geschehens)であり、教唆者や幫助者はその「周辺にある」(am Rande)にすぎないものとされる⁽⁵⁴⁾。そしてこのような観点から、正犯は「第一義的な」(prämir)人物であり、この点から共犯でない者を正犯とする「第二義的な正犯概念」(sekundärer Täterbegriff)は否定されなければならないとするのである⁽⁵⁵⁾。

そしてロクシンは、そのような「中心人物」・「中心点および鍵となる人物」・「事象の主たる人物」であることを基礎づけるのは多くの場合「行為支配」(Tatherrschaft)の概念に他ならないとする⁽⁵⁶⁾。この点、「行為支配」という概念を、具体的事案のあらゆる事情を全体的に考察すること

によって明らかにしようとする「不明確な概念」(unbestimmter Begriff)として捉えることは、裁判官の恣意性ないし法適用の不明確性につながる点で問題があるとして斥ける⁽⁵⁷⁾。また反対に、何らかの確定可能な要素へと還元しようとする「固定的な概念」(fixierter Begriff)として理解することもまた、法素材を暴力的にねじ曲げ、適切な事案解決を不可能にしてしまう点で妥当でないと批判する⁽⁵⁸⁾。そこでロクシンは、「不明確な概念」でも「固定的な概念」でもない、第3の中間的な方法である「開かれた概念」(offener Begriff)としての「行為支配」を提唱する⁽⁵⁹⁾。すなわち、「一方で、常に変化する生活現象を正しく評価しつつ、他方で、かなりの程度明確性を確保しうる」⁽⁶⁰⁾方法として、「記述」(Beschreibung)と「調整」(Regulativen)の概念を用いるのである。この点、構造を異にする様々な典型事例をその特性に応じて1つずつ「記述的に」取りあげることによって、柔軟な事例解決が可能となるとともに、それら事例はある程度詳細に特徴づける「共通の意味的中心」(gemeinsames Sinnzentrum)としての「行為支配」という概念に関係づけられたままである点で、なお不明確性に陥っていないとする⁽⁶¹⁾。くわえて、一般的な解決が禁止されるような、予測不可能な諸事例が現れた場合には、上述した「行為関係的な事象の中心人物」という裁判官に「指針を提供する」(richtunggebend)「調整」の原理によって補われることで、処罰の間隙を埋めることもまた可能となるとするのである⁽⁶²⁾。

ところでロクシンは、このような「行為関係的な事象の中心人物」という指導原理に基づく正犯概念を前提として、ドイツ刑法典上、正犯形態を先述した「支配犯(行為犯)」、「義務犯」にくわえて「自手犯」(Eigenhändige Delikte)の3種に分類し、いわゆる「行為支配」の有無によって正犯と共犯とを区別することができるのはもっぱら「支配犯」だけであるとし、「義務犯」や「自手犯」ではそれ以外の区別基準が別途妥当しなければならないと主張する⁽⁶³⁾。すなわち、「義務犯」では、たとえば背任罪(266条)や不作为犯のように、行為者が各則の構成要件に規定され

た「特別な義務」に違反することによってのみ正犯性は基礎づけられるとされ、このような義務を負わない者はいくら事象に対する行為支配を有していたとしても正犯とはなりえないとされる⁽⁶⁴⁾。また、「自手犯」では、構成要件を「自らの手で」実現した者のみが正犯とされなければならない、他者を通じ(間接正犯)、あるいは他者と協働すること(共同正犯)によってこのような特別な構成要件を実現することは不可能であるとする⁽⁶⁵⁾。そして、「支配犯」の内部でさらに、構成要件に記述された全メルクマールを自らの手で直接実現する「行為の支配」(Handlungsherrschaft)⁽⁶⁶⁾と、強制や錯誤を惹起あるいは利用し、そのような「道具」である他者を通じて構成要件を実現する「意思支配」(Willensherrschaft)⁽⁶⁷⁾と、他者と分業することによって構成要件を実現する「機能的行為支配」(funktionelle Tatherrschaft)⁽⁶⁸⁾とを区別し、それらはそれぞれ順に直接正犯、間接正犯、共同正犯に相応するものであるとする⁽⁶⁹⁾。このようにロクシンは、行為支配概念をあらゆる構成要件に妥当する普遍的な正犯性のメルクマールとして用いるのではなく、各構成要件の性質に応じて、それとは異なる基準で判断されるべき場合があることを認める点で、従来のような、単一の要素による統一的な正犯規定の可能性をはじめから断念しているのである。したがって、ロクシンの「行為支配」概念は、一部の限られた犯罪でのみ正犯性を基礎づけるものにすぎず、その意味でいわば「相対的」なものであるといえる⁽⁷⁰⁾。

以上のように、ロクシンの間接正犯論は、全正犯形態の一カテゴリーである「支配犯」のさらなる内部での一現象形態を構成するものである。この点、ロクシンによると、「意思支配」を本質とする間接正犯には、直接実行者に構成要件実現を背後から強制することによって犯罪事実を支配する「強制による意思支配」(Willensherrschaft kraft Nötigung)、直接実行者の錯誤を惹起あるいは利用し、背後から事象をコントロールする「錯誤による意思支配」(Willensherrschaft kraft Irrtums)、および、強制あるいは錯誤でなく、組織的な権力機構の指導的地位にあることを利

用して、任意に交換可能な執行機関を用いることで事象を決定的に支配する「組織的権力機構による意思支配」(Willensherrschaft karaft organisatorischer Machtapparate)の3種に分類することができ、かつ、間接正犯の形態はこの3種のみに限られるとする⁽⁷¹⁾。すなわち、従来から間接正犯の一形態として議論されてきた、刑事未成年者あるいは精神疾患患者など「責任無能力者」あるいは「限定責任能力者」を利用する場合は、「強制による意思支配」ないし「錯誤による意思支配」のたんなる組み合わせにすぎないとするのである⁽⁷²⁾。以下では、それら個々の特徴を明らかにしつつ、これまで間接正犯との関係で激しい議論を巻き起こしてきた、「目的なき故意ある道具」の利用(Verwendung eines „absichtslosen dolosen Werkzeug“)と「身分なき故意ある道具」の利用(Benutzung eines „qualifikationslosen dolosen Werkzeug“)の事例についても、その概略を示しておく。

(b) 「強制による意思支配」⁽⁷³⁾

まず、ロクシンによると、「強制による意思支配」に関して、その最も典型的な事例は、背後者が行為介在者を「免責的緊急避難」(35条)へと「強要」する場合であるとされる。たとえば、AがBに、B自身またはその親族を殺害するよう脅迫したり、奇襲を手段として重傷害をおこなうことを強制したりする場合(224条1項3号)がこれに当たるとする⁽⁷⁴⁾。このような場合、Bは直接実行行為を支配している点で、直接正犯であるとされる。すなわち、直接行為者であるBは、たとえ法律上免責されるとしても、あらゆる構成要件要素を自らの手で実現している以上、「行為の支配」を有しており、したがって直接正犯に他ならないとする⁽⁷⁵⁾。そしてAは、Bの意思を支配することによって間接的に実行行為をも支配しており、ここから(間接)正犯性を獲得することになるとされる⁽⁷⁶⁾。このようにロクシンは、強要による緊急避難の事例において「正犯の背後

の(免責された)正犯](Täter hinter dem (entschuldigter) Täter)という概念を原則的に肯定するのである⁽⁷⁷⁾。その意味で、強要による緊急避難の場合、「間接正犯者の意思支配は実行者の行為の支配と層をなしている」とされる⁽⁷⁸⁾。

免責の緊急避難の事例においては、ロクシンによると、強制者が被強制者に対して一定の動機強制をおこなうことが必要となるが、それは「最終的かつ決定的」(letzt und maßgebend)な程度のものでなければならず、たんに被強制者の心理に影響を及ぼすだけでは十分でないとされる⁽⁷⁹⁾。なぜならば、教唆者や幫助者もまた、被強制者に何らかの心理的影響を与えるからである。この点、このような動機強制の程度は、心理的な圧迫の強度という純粋に心理学的な観点からではなく、もっぱら法規を出発点とする規範的な観点から判断されなければならない⁽⁸⁰⁾、その中心をなすものは「答責性の原理」(Verantwortungsprinzip)に他ならないとする⁽⁸¹⁾。すなわち、立法者は、35条の中で、被強制者が本条の要件を充たす場合、彼を構成要件実現の答責性(責任)から解放する一方で、強制者にこれを帰責することを表現しているとみることができるからであるとする⁽⁸²⁾。逆にいえば、強制者の強要が被強制者から答責性を取り去るに至らない程度のものであった場合、強制者は間接正犯ではなく教唆者として処罰されるにすぎないとされる⁽⁸³⁾。このようにロクシンは、強制者による動機強制の程度が一義的に明らかにされえない場合、すなわち、法概念形成の限界領域(周辺領域)においては、上述した目的論的考察方法に従い、規範的な観点から判断すべきことを強調するのである⁽⁸⁴⁾。

そしてロクシンは、このような「強制による意思支配」の事例として、上述した脅迫による免責の緊急避難状況の惹起だけでなく、35条に対応する外部的状況を創出する場合や、すでに存在する免責の状況を自分の目的のため利用した場合も、間接正犯として処罰されうるとする⁽⁸⁵⁾。これに対して、他者の免責の緊急避難行為に第三者として協力したにすぎ

ない場合には、緊急状態を創出したわけでも変更したわけでもないので、狭義の共犯が成立するにとどまるとする⁽⁸⁶⁾。

また、ここでの「答責性の原理」は、上述した他者侵害の場合にくわえて、自己侵害の強要にも同じく妥当するとされる。すなわち、他者に自傷行為や自殺を強制するような場合、彼が35条の要件を充たす範囲内で、強要者は間接正犯として処罰されることになるとする⁽⁸⁷⁾。

(c) 「錯誤による意思支配」⁽⁸⁸⁾

つぎに、「錯誤による意思支配」に関して、たとえば、AがBに対して家の何階かにあるライトのスイッチを入れるよう頼み、何も知らないBがそのスイッチを押したところ、Aが計画したように、スイッチが爆弾に繋がっており、その爆発により人を死亡させた場合、あるいは、AがBに対してアメリカ旅行に行くよう勧めたところ、Bの利用した旅客機が墜落したが、Aがその墜落について事前に知っていた場合などがこれに当たるとされる⁽⁸⁹⁾。ロクシンによると、「錯誤による意思支配」は「強制による意思支配」とその構造をまったく異にし、ここでは背後者の行為介在者に対する「優越的な事情の認識」(überlegene Sachverhaltskenntnis)が間接正犯性を基礎づけるとする⁽⁹⁰⁾。すなわち、「強制による意思支配」の事例では、直接行為者の「行為の支配」すなわち彼が「故意に実行行為を手中に収めること」を利用して、間接的に事象を支配することに本質があり、そこでは立法者が行為介在者から「答責性」を取り去るかどうかが重要であったのに対し、「錯誤による意思支配」の事例では、行為介在者が故意なく盲目的に行為する場合をも含むこと、すなわち、行為介在者の「行為の支配」は常に存在するわけではないことにくわえ、上述の事例によれば、ライトのスイッチを押すBや飛行機旅行に行ったBは自らの意思で行為を決意しており、Aによってその行為にでることを強制されておらず、したがって「答責性の原理」をそのまま転用することがで

きない点に、決定的な相違があるとされる⁽⁹¹⁾。そして、「錯誤による意思支配」においては、背後者の行為支配性は「人間的行為の目的性」、つまり、「事象を目的的に操縦すること」の中にのみあり、このような観点からは、「外的な状況の諸事情、自然法則および人間の行為態様などは背後者の目的追求的な介入によって、それらが彼(背後者)の協働によって意図された結果を惹起」という形で「互いに結びつけられる」こととなるとされる⁽⁹²⁾。以上のように、「錯誤による意思支配」の事例では、劣位する認識しか有しない行為介入者はたんなる因果の一要素にすぎず、そのような行為介入者を事象の因果経過に組み入れ、結果惹起へと操縦する者は常に「中心人物」(spiritus rector)すなわち「意思支配の担い手」(Träger der Willensherrschaft)に他ならないとするのである⁽⁹³⁾。

ロクシンは、以上のような「錯誤による意思支配」の一般的な構造を前提として、行為支配を4つの段階に区分している。すなわち、第1段階は、行為介入者が故意阻却的な錯誤に陥っていた場合、第2段階は、行為介入者が違法性の事実的前提に関する錯誤あるいは禁止の錯誤に陥っていた場合、第3段階は、行為介入者が答責性に関する錯誤に陥っていた場合、第4段階は、行為介入者が行為の具体的な意味内容に関する錯誤に陥っていた場合、である⁽⁹⁴⁾。

第1段階である、行為介入者が故意阻却的な錯誤に陥っていた場合、行為介入者は機械的な「道具」の性質に応じた「盲目的な」因果の一要素でしかなく、彼は「背後者によって目的意識的(目的的)に操縦された事象経過へと引き入れられる」にすぎないとされる⁽⁹⁵⁾。そしてこのことは、背後者が錯誤を惹起した場合だけでなく、これをたんにそれと知って利用するにすぎない場合にも、何ら変わるところがないとする⁽⁹⁶⁾。ロクシンは、このような場合、背後者のみはその行為支配に基づいて客観的にも主観的にも構成要件を実現する者、すなわち、間接正犯者であるとする⁽⁹⁷⁾。また、行為介入者がかりに故意を有していた場合には教唆あるいは幫助行為にしかかなりえない行為であっても、実際に彼が故意を有し

ていなければ、先ほどと同じように、背後者のみが事象全体を見通している点で、行為介在者はたんなる盲目的な因果の一要素にすぎないとして、背後者に間接正犯性を肯定する⁽⁹⁸⁾。さらに、行為介在者が過失によって行為した場合、それが「認識なき過失」にすぎない場合はもちろんのこと、「認識ある過失」であった場合でも、背後者は問題なく間接正犯となりうるとする。なぜならば、このような場合、一般的に背後者は行為介在者よりもさらに多くの事情を認識しているといえるし、結果が発生しないことを軽率にも信じた者には、結果発生への「制動動機」(Hemmungsmotiv)が欠けるからであるとされる⁽⁹⁹⁾。

第2段階は、行為介在者が違法性の事実的前提に関する錯誤あるいは禁止の錯誤に陥っていた場合である⁽¹⁰⁰⁾。この点、ロクシンは、正当行為や被害者の承諾のような違法性阻却事由の前提事実に関する錯誤において、背後者がこれを惹起あるいは利用した場合にも、間接正犯の成立を認める⁽¹⁰¹⁾。そして、このような帰結は、違法性阻却事由の前提事実に関する錯誤に故意阻却を認める制限責任説だけでなく、故意犯の刑罰だけを認める見解や、さらには故意を認める厳格責任説の立場でも、何ら異なることはないとする。なぜならば、このような場合、背後者のみが事態を見通し、犯罪結果を手中に収める唯一の者であるということは疑いないからであるとされる⁽¹⁰²⁾。この意味で、行為介在者に対する背後者の優越的な認識さえあれば、背後者を事象の中心人物、したがって間接正犯として処罰することは可能であるとするのである。

また、行為介在者が禁止の錯誤に陥っていた場合、その錯誤が回避不可能であった場合だけでなく、回避可能であった場合にも、間接正犯の成立を肯定する。なぜならば、ここでもまた、背後者によって行為介在者の制動動機が阻止されたかどうか重要であり、禁止の錯誤においても、行為介在者は背後者の欺罔により制動動機を働かせることが実際できないからであるとされる⁽¹⁰³⁾。

第3段階は、行為介在者が答責性に関して錯誤に陥っていた場合であ

る⁽¹⁰⁴⁾。具体的には、背後者が、行為介在者の側で35条のような免責的緊急避難の状況あるいは超法規的責任阻却事由の状況にあると勘違いさせたり、それと知って利用したりする場合など、責任阻却事由の事実的前提に関する錯誤の惹起あるいは利用する場合を指すとされる⁽¹⁰⁵⁾。ロクシンは、このような場合、行為介在者において、その行為の「法的に社会的な意味内容」(rechtlich-sozialer Bedeutungsgehalt)は「閉じられている」(verschließen)と信じられているのに対し、背後者はそれについて優越的な認識に基づいて錯誤者を手中に収めている点で、間接正犯の成立を認めることができるとする⁽¹⁰⁶⁾。というのも、ここでもまた行為介在者は、刑事上責任を問われることはないという認識と錯誤による心理的圧迫とによって、制動動機を欠くことになるからであるとされる⁽¹⁰⁷⁾。

第4段階として、行為介在者が行為の具体的な意味内容に関する錯誤に陥っていた場合が考えられるとする⁽¹⁰⁸⁾。ロクシンによると、行為介在者が構成要件該当性、違法性および答責性をすべて備えている場合、原則として背後者は狭義の共犯として処罰されるにすぎないが、例外的に、背後者が行為介在者の次のような錯誤を惹起あるいは利用した場合には、なお間接正犯の成立を肯定しうるとされる。すなわち、違法性あるいは責任の程度に関する錯誤、刑の加重を基礎づける事情に関する錯誤、および、被害者の同一性に関する錯誤の3種である⁽¹⁰⁹⁾。ロクシンは、これらの場合もまた、行為介在者の認識に比して背後者のそれが優越している限り、背後者が事象を手中に収めているといえるので、背後者が事象の中心人物であり、したがって行為支配者であるとするのである。

(d) 「責任無能力者」あるいは「限定責任能力者」の利用⁽¹¹⁰⁾

責任無能力者である刑事未成年者あるいは精神疾患者を利用する場合、ロクシンによると、上述したような「強制による意思支配」と「錯誤による意思支配」とに用いられる原理が基本的に妥当するとされる⁽¹¹¹⁾。

すなわち、これらの者に不法を認識する能力としての「事理弁識能力」が欠けるか、あるいは、その認識にしたがって自らの行動をコントロールする能力である「行動制御能力」が欠けるかした場合には、それを利用した背後者に間接正犯の成立が認められるとする。この点、行為介在者が「行動制御能力」を欠く場合、この者はいわば「不自由」(unfrei)であるといえるので、「強制による意思支配」に妥当する原理すなわち「答責性の原理」が使用可能であるのに対し、行為介在者が「事理弁識能力」を欠く場合、彼は回避不可能な禁止の錯誤に陥っているといえるので、「錯誤による意思支配」に妥当する原理すなわち「優越的な事情の認識の原理」がそのまま作用することになるとされる⁽¹¹²⁾。これとは対照的に、行為介在者がそのような能力を有していた場合には、背後者は狭義の共犯として処罰されるにすぎないとする。そしてこのような区別は、行為介在者が限定責任能力しか有していなかった場合もまた、同様であるとする⁽¹¹³⁾。

(e) 「組織的権力機構による意思支配」⁽¹¹⁴⁾

ロクシンは、上述した「強制による意思支配」と「錯誤による意思支配」とならんで、第3の間接正犯形態である「組織的権力機構による意思支配」の存在を認める。たとえば、ユダヤ人根絶の権限を与えられた官庁役所および国外の秘密諜報機関が諜報部員であるスタシンスキーに殺人を命じ、指示通りそれが実行された場合、当該機関を殺人の間接正犯として処罰しようかという形で問題となるとされる⁽¹¹⁵⁾。ここでは、行為介在者は、背後者による強制や錯誤なくして、すなわち、完全に犯罪成立要件を充たしているにもかかわらず、国家等による組織的権力機構の命令により、たんなる機械的な「歯車」(Rädchen)の一つとして行為するという点に、大きな特徴を有するものであるとする⁽¹¹⁶⁾。また、このような場合の行為介在者は、国家の命令に従わない場合、別の誰かと簡単に交

代できるという点で、「代替可能性」(Fungibilität)があり、教唆犯のように、行為の決断が行為介在者に依存しないことでも、決定的な相違が生じるとされる⁽¹¹⁷⁾。背後者である国家は、行為介在者を命令により一方的に支配できるが、行為の遂行は行為介在者に必然的に依存するという意味で「机上の正犯」(Schreibtischtäter)とも呼びうるとする⁽¹¹⁸⁾。「机上の正犯」は、その命じた犯罪の支配的な中心人物であるのに対して、行為介在者は、その「行為の支配」によって同様に正犯としての責任を負うが、命令者には「権力装置の操縦」という観点から導かれる、より高次の意思支配が認められるということとを争うことはできないとされる⁽¹¹⁹⁾。

(f) 「目的なき故意ある道具」の利用⁽¹²⁰⁾

ロクシンは、従来から激しく議論されてきた「目的なき故意ある道具」の事例、たとえば、背後者Hが、行為介在者Vに、Hのためにある物を窃取し、強取し、または横領することを唆した場合について、第6次刑法改正法によって、これまで「自己領得」に限られていた規定が「第三者領得」と同置されることとなり、Vが直接正犯、Hが教唆犯として処罰されることが立法的に明らかにされた結果、このような事例は実際のところごくわずかしかなかったとする⁽¹²¹⁾。すなわち、実行者が第三者領得の場合に、それに向けられた意図ではなく、単純な故意または未必の故意で行為した場合と、実行者が、自身が窃盗行為のために利用されていることを知らない場合、のおおよそ2種類に限られるとし、現在ではほとんど困難は発生しないとされる⁽¹²²⁾。

(g) 「身分なき故意ある道具」の利用⁽¹²³⁾

上述したように、ロクシンは、正犯の一形態として、行為支配性の有無が正犯性を基礎づける「支配犯」とならんで、「特別な義務」に違反する

ことを正犯性の要件とする「義務犯」という概念を承認する。この点、これまで長らく議論されてきた「身分なき故意ある道具」の事例、たとえば、財産管理義務者が損害を加える行為をおこなう(266条)目的で、または、医師が打ち明けられた秘密を漏示する(203条)目的で、単独で実行し、それゆえ「行為の支配」を有する部外者を利用する場合、身分者すなわち「特別な義務」を負う部内者としての背後者は、行為支配を有しないにもかかわらず、まさしくその義務に違反するということだけで、間接正犯として処罰されうるとする⁽¹²⁴⁾。ロクシンのこのような理解は、その思想の中心をなす刑事政策的な理論構成から説明しうるものである。というのも、行為支配という観点から眺めると、部外者は身分を有しないことによって不可罰となり、身分者である部内者もまた、部外者たる正犯が不可罰となることにより狭義の共犯として不可罰となるが、このような帰結は刑事政策上我慢ならないものであるし、立法者もまたそれを望んでいないといえるからである⁽¹²⁵⁾。このようにロクシンは、「身分なき故意ある道具」の事例を「義務犯」の一適用領域として理解し、難なく背後者に間接正犯の成立を認めることによって、この事例群に一律的な解決の可能性をもたらしたのである。

5. 若干の考察

ここまで、ロクシンの間接正犯論について、その前提をなす統合主義的考察方法と目的合理的(機能的)犯罪論体系との関係に留意しつつ、概略的に眺めてきた。以下では、これまでの分析をふり返りつつ、なお若干の考察を試みたいと思う。

まず、法学方法論に関して、上述のようにロクシンは、新カント学派とりわけ西南ドイツ学派が志向した、人間精神による概念の規範的構成を推進し、概念形成の存在拘束性を原則として否定する目的論的(規範

的)考察方法と、前法的な事象の事物論理構造に着目し、それによる概念形成の拘束性を重視する存在論的考察方法との止揚を企図し、新たに統合主義的考察方法を提唱した。そして、それら方法論の止揚から必然的に導かれる正犯性の一般的な判断枠組みとして、「行為関係的な事象の中心人物」という「指導原理」を措定する。さらに、このような「指導原理」のもとで、「支配犯」においては「目的論的考察方法と存在論的考察方法の重層的ジテナーゼの産物」であり、なおかつ「開かれた概念」でもある「行為支配」が、「義務犯」においては行為者に課せられた「特別な義務」の違反が、「自手犯」においては「自らの手」による構成要件の実現が、それぞれ正犯性を基礎づけるとする。この点、間接正犯は「支配犯」の一カテゴリーである「意思支配」に位置づけられており、これはさらに、「強制による意思支配」、「錯誤による意思支配」および「組織的権力機構による意思支配」の3種に分類される。また、これらの区分は、彼の目的合理的(機能的)犯罪論体系の中で、「記述的」な方法により、個別具体的な事案に応じて、さらに細分化され、整序されている。

まず、ロクシンが主張した統合主義的考察方法については、法学方法論の歴史的展開を踏まえた、正当な発展方向を示している点で、基本的には支持しうるものである。すなわち、目的論(規範論)と存在論とは、互いに対立し合うものではなく、むしろ常に影響を及ぼし合っている点で、相互に補充・補完しあう関係にあるといわなければならない。その意味で、彼のいうとおり、両者の一方のみに偏重することは許されないと解すべきである。また、正犯性の判断枠組みとして、「行為関係的な事象の中心人物」という指導原理を用いることについても、行為事象に関しては、常に正犯は(狭義の)共犯よりも重大な寄与を果たしているという意味で、その本質を一定程度捉えており、おおよそのところは認しうるものであるといえよう。しかしながら、「行為関係的な事象の中心人物」という「指導原理」から直ちに「支配犯」、「義務犯」および「自手犯」を区別し、それらにはそれぞれ異なる正犯性の基準が用いられるべきで

あるとする点については、なお疑問の余地があるといわなければならない。なぜならば、たとえば、A女およびその子BとA女の恋人C男とが同居し、A女がBに虐待として暴行を加えていたところをC男がただ無関心に黙認していたという事例において、かりにC男にBに対する作為義務が認められる場合、すなわち、ロクシンによると「義務犯」の一種であるとされる不作為犯において、C男はこの行為事象において何ら主導的な役割を果たしていないにもかかわらず、「特別な義務」を負っていたということだけで不作為による暴行罪(あるいは傷害罪)の正犯として処罰するのは、およそ説得的とはいえないからである。すなわち、ここでいうC男の作為義務は、不作為一般の不法を基礎づけはするが、「正犯」固有の不法を基礎づけるわけではない。換言すれば、「特別な義務」の違反は正犯・共犯に共通する不法要素でしかなく、この義務に違反する者をそれだけで「行為関係的な事象の中心人物」と見なすことは妥当でないというべきである。したがって、このような事例では、自由な自律的存在として犯罪行為を決定したA女が事象の「中心人物」であり、その「周辺」に位置するCはたんに不作為による幫助犯として処罰されるにすぎないといわなければならない。結論として、「行為関係的な事象の中心人物」という指導原理から論理必然的に「支配犯」と「義務犯」とを区別し、それぞれ異なる正犯性の基準が用いられるべきであるとする帰結を導きだすことはおよそ妥当ではないと考える。

そしてこのことは、義務犯ではないが、それに類似する過失犯についても、同様に妥当する⁽¹²⁶⁾。すなわち、統一的正犯概念が妥当するとされる過失犯においても、ロクシンがいう「行為関係的な事象の中心人物」という指導原理は用いられるべきであり、このような観点から見ると、たんなる結果惹起あるいは注意義務違反だけで正犯性を基礎づけるのは十分でなく、行為事象において主導的な役割を果たす者のみが正犯であるといわなければならない。したがって、過失犯においても正犯と共犯との区別は認められるべきである。

また、ロクシンが行為支配説を当然の前提として、「支配犯」においてのみ「行為支配」の概念が正犯性を基礎づけ、それ以外の「義務犯」である不作為犯、過失犯、あるいは「自手犯」に関して本概念は妥当しないとする点にも、重大な問題があるといわざるをえない。すなわち、上述したように、ロクシンの「行為支配」概念は特定の犯罪にのみ用いることができるという意味で相対的なものにすぎず、すべての犯罪に共通する普遍的な正犯性の要素となりえていないのである。したがってロクシンの行為支配説は、正犯概念に看過しえない深刻な分裂状態をもたらし、正犯性の判断に統一的な基準を与えることができない点で、およそ使用不可能であるというほかない。そもそも「正犯とは何か」ということが、たんなる抽象的な指導原理だけでなく、具体的な犯罪要素との関係からも、明らかにされなければならない。

思うに、正犯性の基準は、故意作為犯、不作為犯、過失犯ならびに自手犯などすべての犯罪に共通する、特定の犯罪要素によって与えられなければならない。結論のみを述べるならば、それは、わが国の犯罪論においていまなお重要な役割を果たしている「実行行為」概念において他にないというべきである。すなわち、「行為關係的な事象の中心人物」とは、常に「各則の構成要件の該当行為をおこなう者」、換言すれば、「実行行為をおこなう者」であるということができる。したがって、「正犯とは実行行為をおこなう者である」と定義することができ、また、定義されなければならない。そしてこのような定義は、故意作為犯、不作為犯、過失犯ないし自手犯、さらには間接正犯においても何ら変わることはない。すなわち、間接正犯とは、「他者を道具として実行行為をおこなう者」に他ならない。

ところで、実行行為概念を正犯性の中核に据える形式的客観説に対して従来から繰り返し叫ばれてきた批判、すなわち、実行行為概念では自らの手で構成要件的行為を行わない間接正犯や共同正犯を説明することができないという批判に対しては、次のように反論することができよ

う⁽¹²⁷⁾。これまでの形式的客観説は、意思の存在と内容とを峻別し、行為の段階ではその存在のみを要求し、責任の段階ではじめてその内容を問題とする、自然主義的(因果的)行為論を前提とし、これを概念的に反映させた基本的構成要件該当行為すなわち実行行為概念を構想したことにより、本概念は文字通り、きわめて形式的・客観的な性質しか有することができなかった。その結果、実行行為概念は自然主義的なものとして理解され、実行行為をおこなうということは、物理的に自らの手で構成要件に記述された行為をおこなうことのみを意味することとなった。たしかに、このような実行行為概念を前提とする限り、自ら実行行為を行わない間接正犯や共同正犯を説明することはおよそ不可能となってしまうであろう。しかしながら、ここで批判されるべきは、実行行為概念を正犯性の基準とすることではなくて、自然主義的(因果的)行為論を実行行為概念の基礎とすることである。すなわち、前提をなす行為論を再構成し、実行行為概念を実質化することで、このような批判を回避することは十分可能である。したがって、目下のところ問題となるのは、いかなる行為論が実行行為概念の基礎とされるべきであるかということである。

先述したようにロクシンは、目的的行為論に対して、ここから刑法上のあらゆる問題の解決を導きだすことは不可能であるとして、その採用を明確に拒否する。もちろん、このような批判は正当であり、自身も、目的的行為論を実行行為概念の基礎とすることはおおよそ妥当でないとして解する。なぜならば、目的的行為論はおおよそ「行為」というものを「意思に基づく因果事象の被覆決定」としてのみ理解しており、その本質の一面面しか捉えていない点で、いまだ不十分であるとの誹りを免れないからである⁽¹²⁸⁾。しかしながら、そのことから直ちに、ロクシンが刑法体系において一般的行為概念の果たすべき体系上位概念としての「機能」(Leistungsfähigkeit)を一切認めないとするには、およそ賛成することができない。というのも、ここで問題視されるべきは目的的行為論を

体系構築の土台に据えることであって、これとは異なる行為論が体系の礎石とされてはならないことを意味するものではないからである。すなわち、ロクシンは、目的的行為論の否定から直ちに一般的行為論の体系的機能を否定しており、この点に重大な論理の飛躍があるといわざるをえない。

したがって、いままさに必要とされているのは、目的的行為論に取って代わる、新たな刑法体系の礎としての行為論に他ならない。本稿は、自説の詳細な展開を主たる目的とするものではないので、ここではその要諦のみを示すにとどめるが、そのような行為論を構想するにあたって、まずもって考慮されるべきは、個々人が生来有している「人格の自律性」、すなわち、「自由な意思に基づく自己決定」あるいは「自由な法主体による自己決定」という要素である⁽¹²⁹⁾。行為の本質は、「因果事象の被覆決定」の中ではなく、むしろここでいう「自律的な人格ないし法主体による自由な自己決定」の中に見いだされなければならない。換言すれば、刑法上の行為とは「自由な法主体による人格の表出」と定義することができよう。そして、この前法的な行為の人格的要素は、当為の領域に属する構成要件論の解釈指針として、その存在拘束性を発揮することとなる。換言すると、このような行為論を概念的に反映した実行行為こそが、刑法の諸問題とりわけ正犯・共犯論の基礎に置かれなければならないと考える。

6. おわりに

本稿では、ロクシンの正犯・共犯論とりわけ間接正犯論について、その背景をなす統合主義的考察方法および目的合理的（機能的）犯罪論体系との関係に焦点を当てて、考察することを試みた。上述したように、ロクシンの正犯・共犯論は、その「行為関係的な事象の中心人物」という判

断粹組みから「支配犯」と「義務犯」という区別を論理必然的に導きだすことができないという点に比べ、その行為支配説は犯罪のごく一部にのみ妥当するものであり、あらゆる犯罪に妥当する普遍的な要素たりえず、したがって正犯概念に深刻な分裂状態をもたらしている点に重大な問題があるといえよう。そもそも「正犯とは何か」について、抽象的な粹組みだけでなく、具体的な犯罪要素という観点からも、明らかにされなければならない。そしてその役割を果たすのは、まさしく再構築された行為論を基礎とした実質的な実行行為概念に他ならないと考える。実行行為概念は、近時わが国において様々な観点から批判が加えられているものの、正犯・共犯論における地位はいまだ揺るぎないものであるように思う。もちろん、問題はその内容いかんであるが。この点については今後さらに研究を深め、また別の機会に詳しく論じることとしたい。

- (1) 存在論的考察方法の正当性を高調したのは、ヴェルツェルがはじまりである。Vgl. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 29ff. 存在論的考察方法、目的的行為論および目的犯罪論体系とそれらに基づく正犯・共犯論とりわけ間接正犯論については、拙稿「存在論的考察方法と間接正犯」『法学研究論集』41号(平26年・2014年)97頁以下参照。
- (2) Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, in: (o. Fn 1), S. 159ff.; ders., *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 100.
- (3) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Aufl., 1963 - 9. Aufl., 2015.
- (4) ロクシンによると、さしあたりほぼすべての文献が、部分的には多少の相違を示しつつも、行為支配説に従っているとする。Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, in: *Leipziger kommentar Lfg § 25-27*, 11. Aufl., 1992, S. 15. 以下、LKと略す。代表的なものとして、Laufhütte/Saan/Tiedemann/Schünemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd1, 12. Aufl., 2006, S. 1848.; Heintschel-Heiegg/Joecks, *Münchener Kommentar zum*

Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, S. 1232.; Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Paeffgen/Schild, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd1, 4. Aufl., 2013, S. 1083.; Rudolphi/Samson/Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2014, § 25, S. 5.; Matt/Renzikowski/Haas, Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, S. 318.; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, Täterschaft und Teilnahme, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, S. 495.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Murmann, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., S. 228.; Schwarz/Dreher/Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl., 2017, S. 254.; Kühl/Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, S. 211.; Dölling/Duttige/Rössner/Ingelfinger, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl., 2013, S. 294f.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb2, 8. Aufl., 2014, S. 403ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 651f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 760f.; Wessels/Beulke/Satzger, 47. Aufl., 2017, S. 270. なお、国際刑事法上もロクシンの行為支配説がもっとも説得的なアプローチであるとされる。Vgl. Ambos/Bock, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, S. 173.

- (5) わが国で行為支配説を支持するものとして、橋本正博『行為支配』と正犯理論(平12年・2000年)1頁以下、同『刑法総論』(平27年・2015年)238頁。なお、福田平『刑法総論』[第5版](平23年・2011年)252頁、井田良『講義刑法学・総論』(平21年・2009年)438頁、446頁、山中敬一『刑法総論』[第3版](平27年・2015年)847頁、前田雅英『刑法総論講義』[第6版](平27年・2015年)324頁参照。
- (6) 西原春夫「正犯と共犯との区別」『刑事法研究』第2巻(昭42・1967年)171頁、川端博「正犯と共犯の区別の基準」『現代刑事法』1巻2号(平11年・1999年)同『共犯論序説』(平13年・2001年)に所収47頁参照。
- (7) ロクシンの法学方法論およびそこから導かれた間接正犯論について批判的な観点から分析・検討をおこなうものとして、Vgl. Bettina Noltenius, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 74ff.; さらに、Murmann, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 89ff., Lars Kutzner, Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, 2004, S. 37f.; Stein, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, 196ff.

- (8) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 4ff. 以下、TuTと略す。
- (9) 自然主義的(因果的)考察方法とこれに基づく間接正犯論については、拙稿「間接正犯と教唆犯との限界づけ」『法学研究論集』34号(平22年・2010年)43頁以下参照。
- (10) 目的論的(規範的)考察方法とこれに基づく間接正犯論については、拙稿「目的論的(規範的)考察方法と実行行為」『法学研究論集』37号(平24年・2012年)1頁以下、同「正犯概念を巡る争いと実行行為」『法学研究論集』40号(平25年・2013年)141頁以下参照。
- (11) 拙稿・前掲注(1)参照。
- (12) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 6f.
- (13) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 19ff.
- (14) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 20.
- (15) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 23.
- (16) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 25.
- (17) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 25.
- (18) Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 74. 以下、Kritikと略す。
- (19) Roxin, Kritik(o. Fn 18), S. 73.
- (20) その結果、もし立法者が過失行為者を刑法から取り除こうとする場合、行為概念もそれに応じて即座に変更されなければならないとする。Roxin, Kritik(o. Fn 18), S. 73.
- (21) Roxin, Kritik(o. Fn 18), S. 107.
- (22) Roxin, Kritik(o. Fn 18), S. 81.
- (23) Roxin, Kritik(o. Fn 18), S. 82.
- (24) Noltenius, (o. Fn 7), S. 75.
- (25) ヴェルツェルとは異なり、ロクシンにとって「目的性」とは存在論的なものではなく、あくまで目的論的に解釈されるべき概念であった。Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 319. この点について、Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 17(Fn 49).
- (26) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973. S. 1ff. 以下、KuSと略す。ロクシンの目的合理的(機能的)犯罪論体系については、Vgl. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in:

Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 46ff.

- (27) リストの「刑法は、刑事政策が乗り越えることのできない牆壁である」という言葉は、このことを端的に示している。Liszt, Ueber den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrecht, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1905, S. 80f.
- (28) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 10.
- (29) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 10.
- (30) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 15.; ders, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, 4. Aufl., 2006, S. 223. 以下、St AT I と略す。
- (31) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 15.; ders, St AT I (o. Fn 30), S. 224.
- (32) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 15f.; ders, St AT I (o. Fn 30), S. 226f.
- (33) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 16; ders, St AT I (o. Fn 30), S. 227ff.
- (34) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 207.
- (35) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 221ff.
- (36) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 200ff.
- (37) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 284ff.
- (38) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 283, 284f.
- (39) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 2295ff, 299f.
- (40) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 290fff.
- (41) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 206.
- (42) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 17. 行為犯は支配犯 (Herrschaftsdelikt) と呼ばれている。間接正犯と行為犯・義務犯との関係については、後述する。
- (43) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 601ff.
- (44) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 319ff, 325.
- (45) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 626.
- (46) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 617.; ders, KuS(o. Fn 26), S. 27.
- (47) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 851ff, 855.
- (48) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 852.
- (49) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 858.
- (50) Roxin, St AT I (o. Fn 30), S. 851.
- (51) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 25.
- (52) oxin, TuT(o. Fn 8), S. 25.

- (53) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 319.
- (54) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 26. そして、このような考え方は、1975年に共犯規定が抜本的に改正された後も基本的に維持されている。ders, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd II, 3. Aufl., 2003, S. 9. 以下、St AT IIと略す。
- (55) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 26f.; このような観点から、拡張的正犯概念は妥当でないとする。
- (56) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 108.
- (57) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 108ff, 118.
- (58) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 119ff. 121.
- (59) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 122ff.
- (60) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 122.
- (61) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 123f.
- (62) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 125f.
- (63) Roxin, KuS(o. Fn 26), S. 20f.; ders, LK(o. Fn 4), S. 25.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 9f.
- (64) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 352ff, 459ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 10, 106ff.
- (65) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 399ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 27ff.; St AT II (o. Fn 54), S. 10, 114ff.
- (66) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 127ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 19ff.
- (67) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 141ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 22ff.
- (68) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 275ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 77ff.
- (69) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 126. 正犯・共犯論の全体像については、ebenda, 527ff.
- (70) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 25.
- (71) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 23.
- (72) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 33.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 23.
- (73) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 143ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 36ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 23ff.
- (74) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 23.
- (75) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 143.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 23.
- (76) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 23.

- (77) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 143.; ders, LK(o. Fn 4), S. 36.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 23.
- (78) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 36.; ders, TuT(o. Fn 8), S. 143.
- (79) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 144.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 23f.
- (80) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 146.
- (81) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 147.; ders, LK(o. Fn 4), S. 36.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 24.
- (82) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 24.
- (83) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 36.
- (84) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 24.
- (85) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 37.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 25.
- (86) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 37.
- (87) もっとも、自殺自体は違法とはいえず答責性の問題が発生しない点で、35条は直接適用されるのではなく、準用されるにすぎないとされる。Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 26.
- (88) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 170.; ders, LK(o. Fn 4), S. 40ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 29ff.
- (89) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 170.
- (90) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 41.
- (91) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 171.; ders, LK(o. Fn 4), S. 41.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 29.
- (92) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 172.
- (93) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 172.
- (94) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 40f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 29.
- (95) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 41f.; ders, TuT(o. Fn 8), S. 178.
- (96) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 41.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 30.
- (97) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 41.
- (98) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 178.; ders, LK(o. Fn 4), S. 41.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 30.
- (99) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 42f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 30f.
- (100) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 193ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 44ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 34ff.
- (101) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 44ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 37.

- (102) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 44.
- (103) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 37.
- (104) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 208ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 48f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 40f.
- (105) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 48ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 40.
- (106) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 48.
- (107) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 40.
- (108) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 211ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 49ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 41ff.
- (109) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 42.
- (110) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 233ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 57ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 58ff.
- (111) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 57f.
- (112) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 58.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 58f.
- (113) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 237f.; ders, LK(o. Fn 4), S. 58f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 62f.
- (114) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 242ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 61ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 46.
- (115) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 243.
- (116) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 61.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 47.
- (117) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 61f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 47.
- (118) Roxin, LK(o. Fn 4), S. 61.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 47.
- (119) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 245.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 47.
- (120) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 338f.; ders, LK(o. Fn 4), S. 66f.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 64ff.
- (121) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 751.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 64ff.
- (122) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 65f.
- (123) Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 360ff.; ders, LK(o. Fn 4), S. 63ff.; ders, St AT II (o. Fn 54), S. 108ff.
- (124) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 108f.; ders, LK(o. Fn 4), S. 64.; ders, TuT(o. Fn 8), S. 360f.
- (125) Roxin, St AT II (o. Fn 54), S. 109.; ders, TuT(o. Fn 8), S. 361.
- (126) かつてロクシンは、過失犯もまた義務犯の一種と理解していたが、現

在では、過失犯においては特別な身分者にのみ課せられる義務の違反ではなく、市民一般に課せられる結果回避義務の違反が問題となるにすぎないとして、義務犯ではないという考えに改めている。Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 774f.

(127) ドイツでは、このような理解が一般的である。Schönke/Schröder/Heine/Weißer, (o. Fn 4), S. 494.; Roxin, TuT(o. Fn 8), S. 36f.; Maurach/Gössel/Zipf, (o. Fn 4), S. 402.

(128) Noltenius, (o. Fn 7), S. 77.

(129) Noltenius, (o. Fn 7), S. 77.