

間接正犯論の歴史的考察（４・完）

——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——

市 川 啓*

目 次

はじめに	
第一章 故意ある道具に関する日本の学説の概観	(以上, 366号)
第二章 20世紀前半のドイツにおける故意ある道具を巡る論争 ——目的的行為論の登場後の議論まで	(以上, 367号および368号)
第三章 戦後ドイツにおける間接正犯論の新たな展開と故意ある道具	
第一節 戦後の刑法改正について	
第二節 学説の展開	
(一) ロクシンの見解 (1963年以降)	
(二) ヤコプスの見解 (1983年以降)	
(三) シュタインの緊要性基準と間接正犯論 (1988年)	
(四) レンツィコフスキーの自律性原理と間接正犯論 (1997年以降)	
(五) 中間帰結 ——第六次刑法改正による目的なき故意ある道具の問題の立法的解決	
(六) 決定権者に着目したハインリッヒの間接正犯論 (2002年)	
(七) ハースの行為支配論批判と間接正犯論 (2007年以降)	
(八) ま と め	
第三節 小 括	
第四章 考察ならびに展望	
第一節 各章の総括	
第二節 全体の考察と今後の展望	
(一) 間接正犯論の淵源と故意ある道具	
(二) 間接正犯概念と限縮的正犯論, 形式的客観説の関係	
(三) 義務犯論と身分なき故意ある道具の問題	
(四) 領得目的(不法領得の意思)の解釈と目的なき故意ある道具の問題	
むすびにかえて	(以上, 本号)

* いちかわ・はじめ 立命館大学非常勤講師 國學院大学法学部フェロー

第三章 戦後ドイツにおける間接正犯論の 新たな展開と故意ある道具

前章では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を素材に、20世紀前半の間接正犯論（およびその基盤となっていた正犯原理）の展開を検討してきた。特に、ヴェルツェル以降の目的的行為論では、故意作為犯の正犯概念と過失不作為犯のそれを区別し、前者の領域において目的的行為支配を規準にした間接正犯論を打ち立てた。しかし、問題となる事例において直接行為者は意思形成の自由を有し、背後者と同程度に因果経過を見通しているがゆえに、事象経過という意味での行為支配を背後者に認めることができるのか疑わしいだけでなく、身分なき故意ある道具の事例における間接正犯の成立を説明するためには、行為支配とは異なる原理を援用しなければならなかった⁴³³⁾。そのため、目的的行為論が故意ある道具の利用を間接正犯の一事例であると説得的に説明できなかつたことから、戦後、ロクシンをはじめとする機能的な関与形態論（故意ある道具との関係では、とくに義務犯論）が登場することとなったのである。

さて、このような展開を踏まえて本章では、戦後のドイツにおける間接正犯論および目的なき・身分なき故意ある道具の議論を検討していく。もっとも、議論の主戦場は、エルサレムでのアイヒマン裁判やナチスの不法体制、ソ連の独裁体制を念頭にロクシンが提唱した「組織的権力機構を利用した間接正犯」、いわゆる「正犯の背後の正犯」の問題であったため、目的なき・身分なき故意ある道具という古典的問題は——新たな問題と同様、間接正犯の本質に関わるにもかかわらず——議論の周縁へと追いやられてしまった。しかしながら、ロクシンを嚆矢とする義務犯論の登場は、身分なき故意ある道具の議論に一石を投じ、問題の解決に大きく寄与し

433) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 254, 255 u. 258.

た。また他方で、目的なき故意ある道具の問題は、1998年の第六次刑法改正を通して窃盗罪に第三者領得目的が規定されたことで一定の解決を見ることとなった。

以下では、まず戦後の刑法改正の際に間接正犯論および目的なき・身分なき故意ある道具の問題がどのように議論されたのか概観・検討した上で、諸学説を検討していくこととする。

第一節 戦後の刑法改正について

上述の通り、本節では、1975年の改正で教唆犯規定の文言が変更され、間接正犯規定が導入されるに至るまでの立法動向を概観・検討する。

戦後のドイツでは、連邦共和国の建国後まもなく、刑法の全面改正の作業の再開のため、大刑法委員会が組織された。当初、そこでは1927年草案を出発点に据えつつも、どの程度まで1936年草案からの脱却にメリットがあるのかという点が、1927年草案との比較という形で個別具体的に吟味された。その結果、連邦司法省は、大刑法委員会による第一読会の後に1959年草案Ⅰを作成し、それに引き続いて第二読会の結果や連邦部局などの態度表明を踏まえて1959年草案Ⅱを作成した⁴³⁴⁾。そして、既に1959年草案Ⅰでは、以下のような間接正犯規定が置かれていた⁴³⁵⁾。

434) Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXI f. さらに、野澤・中止犯の理論構造335頁以下、大野・共犯の従属性と独立性111頁参照。なお、1959年草案Ⅱの共犯規定につき Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs E 1959 II nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in zweiter Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz, 1959, S. 27.

435) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1959 I): Nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung zusammengestellt und überarbeitet von Bundesministerium der Justiz, Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt, 3. Titel: Täterschaft und Teilnahme, §29, in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs: Sammlung der Reformentwürfe, Bd. 3, 2008, S. 10. 以下では、*Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3 と記す。

§29 Täterschaft

- (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst ausführt.
- (2) Als Täter wird auch bestraft, wer vorsätzlich die Straftat durch einen anderen ausführt, der ohne Vorsatz oder trotz Vorsatzes schuldlos handelt oder bei dem die besonderen persönlichen Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) oder besondere Absichten fehlen, welche die Strafbarkeit begründen.

(29条 正犯)

- (1) 可罰的行為を自ら実行した者は、正犯として処罰される。
- (2) 故意を欠くか、もしくは故意を有しつつも責任なく行為する他人や、可罰性を基礎づけるところの特別な一身的な身分もしくは関係性、事情(特別な一身のメルクマール)、特別な目的を欠く他人を通じて、可罰的行為を故意に実行した者もまた正犯として処罰される。

§31 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen rechtswidrig begangener vorsätzlicher Tat bestimmt hat.

(31条 教唆犯)

他人を違法に実行された故意の犯行へと故意に決定づけた者は、教唆として正犯と同様に処罰される。

この1959年草案Iの29条では、比較的詳細な正犯の定義が記されており⁴³⁶⁾、とくに2項では目的なき・身分なき故意ある道具の利用も間接正犯の一事例にはっきりと整序されているのだが⁴³⁷⁾、いわゆる正犯の背後の正犯はここに含まれない点が注目されよう。また、教唆犯を規定した31

436) もっとも、当初、委員会の多数は正犯規定の削除を求めているようである。また、委員会の一部は、「可罰的行為を自らもしくは他人を通じて実行した者は、正犯として処罰される」という規定を提案していたことが確認される。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 10 Fn. 14.

437) 付言すれば、1959年草案Iの241条(窃盗罪)では、第三者領得目的が規定されているため、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、狭義の共犯の成立も認められることになろう。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 55.

条では、教唆の手段がもはや列挙されていない。さらに、被教唆者＝正犯が故意に犯罪を実行したこと（いわゆる故意従属）を要件としたため、正犯者の故意について背後者が誤想した場合の処理を33条⁴³⁸⁾に、関与者の可罰性の独立を35条⁴³⁹⁾に規定することとなった⁴⁴⁰⁾。このような規定ぶりにおいては、1943年の刑法調整令を批判し、少なくとも正犯者の故意は共犯の従属対象とすべきだとする目的的行為論⁴⁴¹⁾の影響が見られるであろう⁴⁴²⁾。しかし、この草案と同様、正犯者の故意を錯誤した場合の処理を独立の規定で処理しようとした1919年草案に対して批判が為された通り⁴⁴³⁾、（故意がなくとも教唆になりうると定義するがゆえに、故意なき者を利用する間接正犯の定義とも重なる点で）概念形成における論理的要求を充たしていないのではないかと疑いの余地がある。

いずれにせよ、このような1959年草案はラント委員会での審議に付され、その審議結果を反映したものとして1960年草案⁴⁴⁴⁾が登場した。そして、連邦政府は1960年草案を再度修正し、連邦参議院に1962年草案として提出した⁴⁴⁵⁾。この草案には、現在の間接正犯規定および教唆犯規定に対

438) 33条1項では、正犯は実行の際に故意に行為するであろうと誤想して決定づけた者は教唆と同様に処罰すると規定された（同条2項では、同様のことが幫助に対しても妥当すると規定された）。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 10 f.

439) 35条では、ライヒ刑法典50条1項と同様、全ての関与者は、他人の責任を顧慮することなく、自らの責任に応じて処罰されることが規定された。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 11.

440) 付言すると、幫助犯について32条1項では、他人が違法に実行した故意の犯行を故意に援助した者を幫助として処罰すると規定したため、ここでも故意従属の問題が存在する。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 10.

441) 本稿の第二章第二節（五）を参照されたい。

442) その補強証拠として、ヴェルツェルヤガラスは、1955年に開始された大刑法委員会の構成員であったことを指摘しておこう。Vgl. *Rotsch*, Einheitstäterschaft, S. 91.

443) 本稿の第二章第二節（二）を参照されたい。

444) 1960年草案の共犯規定につき、Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches (E1960) mit Begründung, 1960, S. 15.

445) Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXIII, XXXVI. さらに、野澤・中止犯の理論構造335頁以下、大野・共犯の従属性と独立性111頁参照。

応するものが置かれている点で注目される。もっとも、審議の過程では、スイスとドイツの刑法学者が作成した対案(Altanativentwurf)が1968年に議会で提出され、1962年草案とともに審議されていたのだが⁴⁴⁶⁾、その提案(例えば、教唆犯の任意的減軽、教唆犯における故意従属の否定など)は多くの支持を得られずに終わってしまった⁴⁴⁷⁾。このような事情も踏まえつつ、以下では1962年草案の諸規定⁴⁴⁸⁾とその理由書を検討していく。

§29 Täterschaft

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

(29条 正犯)

(1) 正犯として処罰されるのは、可罰的行為を自らもしくは他人を通じて実行した者である。

(2) 複数人が可罰的行為を共同で実行した場合、みな正犯として処罰される(共同正犯)。

§30 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

(30条 教唆犯)

故意に他人をその故意に実行された違法な行為へ決定づけた者は、教唆者

446) Vgl. Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXVII. および野澤・中止犯の理論構造339頁以下参照。また、対案の共犯規定については、vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt, 3. Titel, §§27 ff., in: Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, 2008, S. 375 f.

447) Vgl. Bettina Noltenius, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, 2003, S. 31. 以下では、Noltenius, Kriterien der Abgrenzung と記す。

448) 原文は以下のものを参照した。Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1962) – Kabinetvorlage –, Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt, 3. Titel: Täterschaft und Teilnahme, §29 u. §30, in: Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 255.

として正犯と同様に処罰される。)

この草案では、1959年草案 I で独立に規定されていた共同正犯⁴⁴⁹⁾が、直接正犯・間接正犯とともに規定されている。また、(1959年草案 I と同様に) 教唆の手段の列挙は不要なものであり、誤解を招くとの理由から削除された⁴⁵⁰⁾。

さらに、1959年草案と同様、直接正犯および間接正犯は明文で規定されている。この点で草案は、個別の関与形態に改めて厳格な外部的輪郭を与え、正犯という概念の本質的なメルクマールを確認しようとした。というのも、至るところで概念的な明確性を獲得しようと努めた草案からすれば、最もよく登場する関与形態＝正犯に言及しないわけにはいかなかったからである。そこで草案は、(1925年草案と同じく) 正犯が教唆犯や幫助犯に優先するという意味での限縮的正犯論を採用しつつも、(1925年草案とは決別して) 学説の通説的見解と一致する形で間接正犯を規定したのであった。そして、物を使おうが人を使おうが可罰的行為を実行するという点では変わらないため、間接正犯を直接正犯と同じように取り扱うことが事物に即しており、また国民の理解に沿うものであると考えた⁴⁵¹⁾。

敷衍して言えば、(1959年草案 I と同様、目的的行為論に影響を受けた⁴⁵²⁾) 1962年草案の理由書では、間接正犯の事例としては、錯誤者や不知の者を利用する場合や、故意はあるが責任のない者を利用する場合だけでなく、目的なき・身分なき故意ある道具を利用する場合も想定されてい

449) 1959年草案 I 30条。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 10.

450) Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode: Drucksache IV/650 (Bonn, den 4. Oktober 1962), S. 150. 以下では、BT Drucks. IV/650 と記す。

451) BT Drucks. IV/650, S. 149.

452) 教唆犯規定において故意従属が再び要件となったこと以外に、「教唆犯の場合、行為支配は教唆者にはなく、正犯行為の行為者に存する。これに対して間接正犯の場合、行為支配は道具にはなく、間接正犯者に存する」との記述にも目的的行為論の影響が見られる。Vgl. BT Drucks. IV/650, S. 150.

た⁴⁵³⁾。しかし、草案は、間接正犯の諸形態の多様性に鑑み、それらを個別に記述することを避け、一般的・包括的に規定するに留めた。しかも、理由書は、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認めたにもかかわらず、(これと同根の問題を抱えるはずの)正犯の背後の正犯の問題に関しては「さらに学問による解明が必要であり、その限りで法の発展を追い越してはならない」と述べ、態度表明を避けたのであった⁴⁵⁴⁾。

このような1962年草案は、その後、刑法改正のための連邦議会の特別委員会(1966年から1969年)において審議された。そして、特別委員会は二つの法律(1969年6月25日の第一次刑法改正法と1969年7月4日の第二次刑法改正法)によって刑法典の改正を実現することを決め、第二次刑法改正法によって新しい総則規定が導入されることとなり、1975年1月1日公布されるに至った⁴⁵⁵⁾。そして、共犯規定に関しては新たに直接正犯と間接正犯の定義規定が置かれることとなったものの、上述の通り、正犯の背後の正犯の問題はその後の学説の展開に委ねられることとなった⁴⁵⁶⁾。

第二節 学説の展開

以上において概観・検討した通り、立法者は新たに間接正犯規定を置いたものの、その主たる関心事は目的なき・身分なき故意ある道具の問題ではなく、正犯の背後の正犯の問題であり、前者は間接正犯の一事例として捉えられていた。

453) 付言すれば、1962年草案の235条(窃盗罪)では、第三者領得目的が規定されている。ゆえに、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、狭義の共犯の成立も認められるであろう。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 304.

454) BT Drucks. IV/650, S. 149.

455) Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXVIII. さらに野澤・中止犯の理論構造340頁以下参照。Siehe auch *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung, S. 31.

456) 付言すれば、目的なき・身分なき故意ある道具の利用についても、間接正犯の規定に該当するかどうかは——理由書の説明とは裏腹に——法解釈の問題として開かれたままであろう。

これに対して学説では、いわゆる自己答責原理を分水嶺に、正犯の背後の正犯（とくに組織的権力機構を利用した間接正犯）を認めるのかどうかにつき、激しく議論が交わされてきた⁴⁵⁷⁾。他方、目的なき・身分なき故意ある道具もこの問題と同様、（当該犯罪の成立にとって目的・身分を欠く）自己答責的な直接行為者が問題となるにもかかわらず、議論は下火となっていた。しかし、本章の冒頭でも述べた通り、ロクシンの義務犯論を契機として、再び身分なき故意ある道具の問題は議論されるようになり、またそれと並んで目的なき故意ある道具の問題についても、目的的行為論の提示した解決の妥当性が疑問視され、第六次刑法改正によって窃盗罪に第三者領得目的が追加されるまでの間、いくつかの解決策が提示された。

以下では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に取り組んだ論者の見解を中心に、戦後の間接正犯論の展開を検討していくこととする。

（一）ロクシンの見解（1963年以降⁴⁵⁸⁾）

最初に検討するのは、ロクシンの見解である。ロクシンは、周知の通り、1963年に教授資格論文として『正犯と行為支配』を上梓して以来、戦後ドイツの間接正犯論の第一人者であり、また行為支配論の「完成者」⁴⁵⁹⁾と称される人物である。特に、「組織的権力機構を利用した意思支配」⁴⁶⁰⁾を認めつつも、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の範疇から排斥した点で一考に値する。

ロクシンによれば、正犯とは「行為事象の中心形態」⁴⁶¹⁾である。すなわ

457) Vgl. *Luis Greco*, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 2011, S.9 ff.

458) 以下で検討の対象とするロクシンの『正犯と行為支配』の初版は1963年だが、変更箇所への言及がない限り、以下では2015年の第九版を引用する。

459) Vgl. *Wolfgang Schild*, in: *Kindhäuser*, u. a. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 1, 2013, Vor §25 Rn. 1.

460) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 242 ff.

461) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 25.

ち、実行行為は当該構成要件の犯罪的中核であり、ゆえにその実現は行為者を否応なしに構成要件的事象の中心に移し、彼に正犯性を付与する⁴⁶²⁾。もっとも、それは単なる形式的な規準にすぎず、立法者の価値観や基礎となる態度の構造、各則構成要件の特色に応じて正犯基準の実質化が図られる⁴⁶³⁾。換言すれば、形式的客観説における自手性への偏向を克服し、構成要件を弛緩して展開される行為支配論⁴⁶⁴⁾では、各正犯形態に対応した基準が打ち立てられる。つまり、直接正犯には行為の支配、間接正犯には意思支配、共同正犯には機能的行為支配という正犯基準が割り当てられる⁴⁶⁵⁾。

しかし、この枠組みは、行為支配によって正犯と共犯が互いに際立つ犯罪類型、いわゆる支配犯⁴⁶⁶⁾の領域において妥当するものであり、構成要件の性質によって区別される義務犯および自手犯では異なる正犯基準が想定される⁴⁶⁷⁾。そして詳言するまでもなく、本稿が問題とする身分なき故意ある道具の事例は、義務犯の領域で語られることとなる。ロクシンによれば、行為の外部的性質を問題とするところの支配犯とは異なり、公務員犯罪など⁴⁶⁸⁾の義務犯の領域では、立法者が制裁の根拠として置くところの行為者の請け負う社会的役割の給付要求⁴⁶⁹⁾、つまり行為者の義務的地

462) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 139.

463) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 26.

464) Siehe *Roxin*, in: Burkhard Jähnke, u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl., S. Lieferung, 1993, §25 Rn. 34; siehe auch *Gallas*, Materialien I, S. 132.

465) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 126.

466) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354; ders., Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 16.

467) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 355 ff., 399 ff.

468) 例として *Roxin*, Tatherrschaft, S. 353 f. では、公務における身体傷害罪(ドイツ刑法典340条)、環境犯罪の特に重い事例(ドイツ刑法典300条)、背任罪(ドイツ刑法典266条)、横領罪(ドイツ刑法典246条)、扶養義務違反の罪(ドイツ刑法典旧170条b)が挙げられている。

469) *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 17.

位（Pflichtenstellungen）によって正犯と共犯は互いに際立つこととなる⁴⁷⁰⁾。そこで問題となるのは、あらゆる犯罪に存する義務ではなく、刑罰法規の名宛人が身分者（Qualifizierten）に限られた犯罪に存するところの義務であり、刑法外の義務、つまり刑罰法規に先行する、他の法領域に由来する義務なのである。ゆえに、ここではそのような義務の違反によって義務保持者は行為事象の中心形態、つまり正犯と見做される⁴⁷¹⁾。

それゆえ、例えば、財産保護義務を課せられた管財人がアメリカに滞在中、ドイツにいる第三者を利用して当該財産を勝手に移転させるという背任罪に関する身分なき故意ある道具の事例では、管財人は財産の移転のために必要な文書偽造罪や詐欺罪について行為支配を行使しえず、教唆犯にとどまるが、これに対して背任罪については財産保護義務に違反しうるのは彼だけであるため、間接正犯となる⁴⁷²⁾。

他方、目的なき故意ある道具の事例（例えば、窃盗罪に関連するガチョウ小屋事例）は、故殺罪や放火罪と同様の方法で支配可能な外部的な事象が問題となっているため⁴⁷³⁾、あらゆる通常の構成要件と同様、行為支配原理に忠実に、直接行為者を正犯、背後者を教唆者と想定することが唯一正しいとされる⁴⁷⁴⁾。もっとも、領得目的が全く考慮外に置かれるわけではない。むしろ、領得目的は「奪取に意味を付与する傾向（sinn-beseelende Tendenz der Wegnahme）」であると理解するロクシンは⁴⁷⁵⁾、直接行為者においても「自己領得目的」の存在を認めた。つまり、直接行為者は、奪取した物をさらに背後者に渡すのかどうかについて強要されることなく、「自

470) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354 f.

471) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354.

472) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 360. 同様のことは、公務員犯罪に関する身分なき故意ある道具の事例でも妥当する。Siehe ders., Tatherrschaft, S. 361.

473) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 343.

474) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 341.

475) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 343; siehe auch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 296.

主的な利用処分」を行っており、それが領得概念を充たすと捉えた⁴⁷⁶⁾。換言すれば、直接行為者は奪取後に背後者に物を渡すことにつき、所有者と同様の処分を行っており、その点で第三者領得も自己領得を前提とするものであると把握されたのである⁴⁷⁷⁾。

従って、目的なき故意ある道具の事例では、領得目的の解釈によって教唆犯の成立が認められ、また身分なき故意ある道具の事例では、義務犯論の定立によって間接正犯の成立が認められるため、目的なき・身分なき故意ある道具という法形象は不要となる。しかし、前者に関して言えば、確かに、プロイセン刑法典の立法者は、まず自ら領得することなしには、第三者に領得させることはできないし、その限りで奪取者は、その物の自由な利用処分 (Disposition) の利益を享受していると考えていたのだが⁴⁷⁸⁾、既にヴァッフエンフェルトやマウラッハの見解を検討した際に指摘した通り⁴⁷⁹⁾、直接行為者が一旦自ら保持することなく第三者に他人の物を渡す事例 (いわゆるガチョウ小屋事例) を捕捉できないという限界が存在する。

また、ロクシンの義務犯論は、刑罰法規の名宛人が限定されているという各則構成要件の特色に着目して、異なる正犯の概念を打ち立てた⁴⁸⁰⁾という点で正当であるとしても、何故に刑法外の義務が援用されうるのか⁴⁸¹⁾について説明できておらず、疑問が残るところである。また、義務犯においては、身分者が彼にのみ課せられた義務に違反することが決定的

476) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 341.

477) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 751. 付言すれば、領得目的をこのように理解するロクシンは、1962年草案のように第三者領得目的を追加することは不要だと論じた。Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 345.

478) Vgl. *Theodor Goldammer*, Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten: aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil II: Den besonderen Theil enthaltend, 1852, S. 467.

479) ヴァッフエンフェルトの見解については、本稿の第二章第三節(→3)を参照、マウラッハの見解については、第二章第五節(→)を参照されたい。

480) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 787.

481) 平山・前掲注 (18) 132頁参照。

であると解するならば、身分なき故意ある道具の事例で間接正犯を認めることは、身分者たる背後者の直接的負責の説明に適さず⁴⁸²⁾、その点に「設計ミス」⁴⁸³⁾が存するであろう。しかも、義務違反が決定的であるならば、その義務をどのような形で違反したのかは重要ではないはずである⁴⁸⁴⁾。それにもかかわらず、他人の媒介という事実的な側面に拘泥して義務犯における間接正犯の成立を認めるのであれば⁴⁸⁵⁾、義務犯においても正犯の種類を決めるために裏口から行為支配を招き入れているとの批判は免れえないであろう⁴⁸⁶⁾。

482) *Javier Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 161 ff, bes. S. 162 f.

483) Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 121), §12 Rn. 40. 付言すれば、シュトラータンヴェルトはこの批判を教科書の第一版以来、維持している。Vgl. *Stratenwerth*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1970, §13 Rn. 856; 2. Aufl., 1976, §12 Rn. 799; 3. Aufl., 1981, §12 Rn. 799; 4. Aufl., 2000, §12 Rn. 40; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, §12 Rn. 40.

484) Vgl. *Sánchez-Vera*, a.a.O. (Fn. 482), S. 162 f.; Siehe auch *Pizarro Beleza*, Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten, in: *Schünemann*, u. a. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts: Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 273 f. u. S. 274 Fn. 18; *Lars Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten, 2004, S. 120.

485) 近時、ロクシンの義務犯論を継承するアラーナは、身分なき故意ある道具における間接正犯の成立を説得的に説明しようとする。アラーナによれば、支配犯における間接正犯と同様、義務犯における間接正犯も「他人を通じて犯罪を実行」したという点で（つまり、規範的評価の前提となる事実の面で）共通しており、ただ直接行為者の態度を背後者に帰属する根拠が異なるにすぎず、前者では行為支配、後者では義務違反がその帰属の根拠となる。しかも、その際に義務違反は（サンチェスの批判を顧慮して）一身専属的かつ直接的であることを認めつつ、構成要件の結果の惹起に必要な外部的な行為は第三者によって行われていることを強調する。しかし、特別義務者の義務は彼に委ねられた法益の保護に向けられているという理解と、構成要件の結果は他人を通じて生じたと捉えることは、整合するのであろうか。Vgl. *Raül Pariona Arana*, Täterschaft und Pflichtverletzung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, 2010, S. 145 ff.; ders., Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten, in: *Roland Hefendehl*, u. a. (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 469 ff.

486) Vgl. *Lotz*, Werkzeug, S. 589 f.

(二) ヤコブスの見解(1983年以降)

第二に検討するヤコブスは、上述の義務犯論をさらに発展させた人物の一人である⁴⁸⁷⁾。その義務犯論によって故意ある道具の問題の一部は解決したと述べるヤコブスは⁴⁸⁸⁾、目的なき故意ある道具の問題をいかに取り扱ったのであろうか。以下では、ヤコブスの関与形態論を概観した上で、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に関する彼の解決策を検討する。

ヤコブスは、刑法上重要な事象に対する複数人の管轄をいかにして割り当てるのか⁴⁸⁹⁾を課題とする共犯論において、まずもって二つの異なる規範的考慮としての支配犯と義務犯の区分を示す。すなわち、義務犯では正犯的な管轄は制度的に確保された義務の違反によってのみ根拠づけられる(ため、義務づけられていない者は共犯にしかなりえない)が、これに対して支配犯における管轄は特別な義務ではなく、組織化領域を有する者による組織化活動に関係する⁴⁹⁰⁾。より詳しく言えば、支配犯の領域では関与者は(潜在的な)被害者に対して、他人の組織化領域を侵害するところのアウトプットをしない状態に自らの組織化領域を維持すべきだという単なるネガティブな関係しか有していないのである(いわゆる組織化管轄)⁴⁹¹⁾。

では、支配犯の領域ではいかなる正犯基準が打ち立てられるのか。ヤコブスによると、共同正犯が単独正犯と同様に犯行を掌握するということはそもそも認められないという点や、狭義の共犯や通行人であっても犯行の妨害や阻止は可能であるという点に鑑みれば、従来の行為支配論は適切に正犯性を把握していない。そのため、ロクシンにならって行為支配概念は三つに区分される。すなわち、実行行為の遂行による行為支配(形式的な、つまり構成要件に結びつけられた行為支配)と並んで、犯行を為すのかどうかについての決定による行為支配(決定支配としての実質的行為支配)、犯行の

487) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 774, 776.

488) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 42), 21/104.

489) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 42), 21/1.

490) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 42), 21/2 f.

491) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 42), 1/7, 21/16, 21/115; siehe auch ders., Theorie, S. 5.

形成による行為支配（形成支配としての実質的行為支配）が認められる⁴⁹²⁾。このうち、間接正犯論に関係するのは、二つ目である。つまり、間接正犯とは、自らの優越的な決定支配に基づく優先的管轄によって特徴づけられる。より詳しく言えば、道具をして帰属を阻却するような方法での故意犯の構成要件実現の回避を困難にさせたということについて、間接正犯者は管轄を有することとなる⁴⁹³⁾。その帰結として、行為媒介者の行為が故意かつ有責である場合に間接正犯の成立は認められないため⁴⁹⁴⁾、故意ある道具の利用も間接正犯の一事例としては捉えられない。しかも、この場合、犯罪を類型化する正犯メルクマールとしての身分・目的⁴⁹⁵⁾を直接行為者は備えておらず、正犯行為を欠くため、背後者における共犯の成立も否定される⁴⁹⁶⁾。

では、故意ある道具の問題はどのように捕捉されるのであろうか。既に述べた通り、身分なき故意ある道具の問題は、義務犯論を通して解決される。ここで問題となる義務犯とは、行為者が制度的に確保された財の保護

492) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/34 f. 付言すれば、これら三つの行為支配は、完全な管轄を根拠づけるところの組織化活動であるという点で一致する。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 42), 21/35.

付言すれば、支配犯（組織化管轄）の領域における狭義の共犯は、（正犯的な態度を直接に把握する）各則構成要件と密接な関係を持つわけではなく、より弛緩された関係を持つ（つまり、共犯規定は可罰性拡張事由と捉えられる）。もっとも、正犯行為の遂行は共犯者にも彼の仕業として——正犯に比して量的に縮減された形で——帰属される。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 42), 22/6; siehe auch *Jakobs*, *Beteiligung*, in: *Dieter Dolling* (Hrsg.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 571.

493) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/63. 故意なき者を利用する場合（とくに錯誤管轄）に関するヤコブスの見解については、*eingehend ders., Objektive Zurechnung bei mittelbare Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, GA 1997, S. 553 ff. ギュンター・ヤコブス著／松宮訳「故意なき者を利用した間接正犯における客観的帰属」松宮編訳『ギュンター・ヤコブス著作集〔第1巻〕』（成文堂・2014年）167頁以下。

494) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/63, siehe auch 21/94.

495) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/9.

496) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/104.

について保障人として義務づけられている犯罪を指す。この領域では、万人によって実行可能な犯罪である支配犯と異なり、特定の間が自己の組織化領域が財を侵害しないようにするだけでなく、財の状態を一般的に保障しなければならない。つまり、ここではポジティブな義務が問題となる(いわゆる制度的管轄)⁴⁹⁷⁾。ゆえに、財と関与者(義務的地位にある者)との関係は、常に従属的な媒介なしに直接的であり、常に正犯的なものなのである⁴⁹⁸⁾。換言すれば、刑罰法規のベクトルが万人に向けられている支配犯と異なり、義務犯では刑罰法規のベクトルは義務保持者にのみ向けられていると言えよう⁴⁹⁹⁾。従って、具体的な帰結として、身分なき故意ある道具の背後者は、当該犯罪の直接正犯と捉えられることになる。

これに対して、目的なき故意ある道具の事例はどのように扱われるのであろうか。まず、既遂にとって必要な故意とそれを超える故意の平行性(Parallelität)が指摘される⁵⁰⁰⁾。つまり、故意と超過の内心傾向(主観的違法要素)が区分される。後者は、目的概念や「……するために」という定式化によって故意が計画連関(Plannungszusammenhang)として考慮される領域を指す⁵⁰¹⁾。そこでは、一身専属的性格である単なる故意と異なり、超過的な故意は従属的となりうる⁵⁰²⁾。つまり、犯行の目的が犯行の類型を決める以上、当該目的は必要不可欠だが、それが他人の計画連関の中に存すれば十分とされる。換言すれば、自分自身が目的を持っていなくとも、他人が目的を持っていることの認識で足りるとされる⁵⁰³⁾。それゆえ、ヤコブスは、窃盗罪(ドイツ刑法典242条)や横領罪(ドイツ刑法典249条)の成

497) Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 1/7; siehe auch ders., *Theorie*, S. 61 f.

498) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/116.

499) ゆえに、このような性質を持つ義務犯は、より精確には「従属性を飛越する義務による犯罪(Delikte mit akzessorietätüberspringender Pflicht)」と呼ばれる。Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/119.

500) Siehe *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 22/20.

501) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 8/37.

502) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 22/20.

503) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 8/41.

立にとって必要となる領得目的を権利者排除故意（Enteignungsvorsatz）と利用処分目的（Aneignungsabsicht）に分けた上で⁵⁰⁴⁾、目的なき故意ある道具の事例においては後者を問題にし、直接行為者は背後者の利用処分目的を認識している以上、直接行為者は窃盜正犯、背後者はその教唆犯となると評価した⁵⁰⁵⁾。

以上概観・検討してきた通り、ヤコブスの関与形態論は組織化管轄と制度的管轄の区分に基づき、義務犯論を展開することで身分なき故意ある道具の事例における背後者を直接正犯と評価する一方、目的なき故意ある道具の事例では利用処分目的を問題とし、それは他人の目的を認識することで足りるとすることによって、背後者における共犯の成立を説明した。もっとも、直接行為者が背後者の領得目的を認識して犯行に出た点に相互の意思連絡を見出し、共同正犯の成立を認めたメツガー⁵⁰⁶⁾に対してヘクターが批判した通り、領得目的は定義上「自己」に限定される以上、いくら相手方の目的を認識していても、当該目的を有していると思倣すことには無理があるであろう（後述する通り、同様の批判をシュタインはヤコブス説に向けている）。

他方で、ヤコブスの義務犯論は、社会制度に着目し、その円滑な運営のために特定の人に課せられた持続的な義務⁵⁰⁷⁾に基づく管轄を引き合いに出すことで、ロクシンが述べていた「刑法外の義務」や「刑罰法規に先行する義務」の意味内容を明確にし、義務犯の刑罰法規の直接性を強調したという点で進歩的であった。また、古くはフランクも、賄賂の要求罪に関しては、その構成要件の特色に鑑み、背後者は直接正犯になると考えていた⁵⁰⁸⁾。しかし、その帰結が、彼の遡及禁止論や間接正犯論とどのよう

504) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 8/39 u. 8/41. 具体的に言えば、権利者排除故意は、文書偽造罪における「行使の目的」と同じ箇所でも語られるものだとされる。

505) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/104.

506) 本稿の第二章第四節(□)を参照。

507) 平山・前掲注(18)136頁参照。

508) 本稿の第二章第三節(×4)を参照。

な関係に立つのか必ずしも明らかではなかったところ、この点をはっきりさせたのがヤコブスの義務犯論であったと見られる。すなわち、通常の(支配犯の)間接正犯の場合、我々は、直接行為者が「道具」と言っているのか、ないしは彼に自己答責性・自律性が認められるのかを吟味し、それが認められない場合に間接正犯という概念を登場させるのに対し⁵⁰⁹⁾、ヤコブスの義務犯論によれば、当該犯罪の刑罰法規のベクトルは背後者にのみ認められるため(換言すれば、制度的管轄に基づく直接的な義務は、背後者にのみ認められるため)、直接行為者の道具性を問題にすることなく、ストレートに背後者の振舞いを問うるのである。ゆえに、このように刑罰法規の名宛人が特別義務者に限られることを強調することで、支配犯とは異なる帰属構造が明らかにされたのである。

(三) シュタインの緊要性基準と間接正犯論(1988年)

第三に検討するシュタインは⁵¹⁰⁾、行為支配論には一般的な犯罪概念における十分な基礎づけが欠けていることを指摘し、共犯理論の再構成を試みた⁵¹¹⁾。

先ず、シュタインは、刑法ドグマティックも基本法の諸基準に方向づけられなければならないという基本的認識から、基本法の規範を通した機能主義的な刑法体系の内容的鑄造を目指した⁵¹²⁾。シュタインによれば、刑法上の体系構築において考慮が求められる基本法上の三つの原理、つまり比例原理・平等原理・行為責任の原理は、評価構造の内部で態度規範(決定規範⁵¹³⁾)

509) この点は、既にベリングも同様に考えていた。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 597 ff.

510) シュタインの共犯論の包括的な紹介と検討につき、既に高橋直哉「共犯論の新展開——シュタイン理論の検証——」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇)22号(1993年)119頁以下参照。

511) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 679.

512) *Ulrich Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 65. 以下では、*Stein*, Beteiligungsformenlehreと記す。

513) 決定規範とは、それに基づいてある特定の態度が適法か違法か宣言される規範を指す。Vgl. *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 67; siehe auch *Hans-Ludwig Günther*, ↗

と（刑法上の）制裁規範の区別を強いる⁵¹⁴⁾。そして、具体的な状況で具体的な人間に向けられた禁止もしくは命令である個別的な、そして多数の態度義務から明らかとなる⁵¹⁵⁾態度規範は、名宛人の状況に置かれた「客観的な観察者」の厳格な事後的観点から決せられる。その際、立法者もしくはその解釈による態度規範の定立は、潜在的に法益を侵害する態度作用と何かしら潜在的に法益を保護する態度作用との包括的な利益衡量に基づくこととなる⁵¹⁶⁾。また、より具体的な性質をもつ態度義務が定立されるのは、行為義務に有利に働く観点と不利に働く観点との衡量の結果、前者が優越する場合であり、その優越性を決する尺度が「緊要性」なのである⁵¹⁷⁾。

以上のような前提の下、態度不法を強調したシュタインは⁵¹⁸⁾、共犯論を態度規範のレベルで語ろうとする。というのも、異なる行為態様を示す関与形態の区別は、生じるであろう法益侵害の因果経過の仕方に存するということに対応し、異なる態度規範に依拠するからである⁵¹⁹⁾。従って、正犯とは正犯的な態度規範に、教唆犯とは教唆犯的な態度規範に、幫助犯

↘ Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 95, 99 f.

514) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 65 f. なお、二つの規範を区分するのはフリッシュの影響である。Vgl. Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandmässigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausser-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellung, 1983, S. 502 ff.

515) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 67.

516) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 97. 別の箇所では「態度規範のレベルでは、(比例原理の意味で)態度義務と態度の自由との均衡のとれた体系を独立させることが重要である」と述べられている。Vgl. ders., Beteiligungsformenlehre, S. 71.

517) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 76, 97. 付言すれば、「緊要性」は優先順位とも訳しうるが、さしあたり先行研究に做った訳語をあてておく。高橋・前掲注(510)122頁、島田・基礎理論133頁、照沼・前掲注(21)23頁などを参照されたい。

518) Vgl. Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 81; dazu eingehend Heiko Hartmut Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 228 ff.

519) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 98.

とは幫助犯的な態度規範に違反する者だと理解される⁵²⁰⁾。

より具体的に言えば、正犯的な態度規範は、禁じられるべき態度規範の全体集合のうち、緊要性(および射程)という点で低減された規範への分類が考慮されない、つまり最も緊要性の高い態度規範である⁵²¹⁾。そのうち、直接正犯的な態度規範では「その危険性が、将来的に義務違反となる他人の態度を媒介しない行為態様」の一部が禁じられており、また他方で間接正犯的な態度規範では「その危険性が将来的に義務に適合する他人の態度を媒介する」行為態様と、「その危険性が将来的に義務違反となる他人の態度を媒介しない行為態様を媒介するが、直接行為者に課せられた態度義務が十分と評価される(vollwertig)ものではない、および/または直接行為者に義務遵守能力の欠如が存在する」行為態様が想定される⁵²²⁾。

では、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯はどのように扱われるのであろうか。その出発点として、「法益客体の侵害もしくは危殆化に向けられた目的」⁵²³⁾と「それ自体として反価値的でない事態に向けられた目的」⁵²⁴⁾の区別の下、後者に分類される窃盗罪の領得目的は「所有権者の継続的な排除の故意」と「物を利用処分する行為者の目的」に区分され

520) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 238 ff., 241 ff., 243 ff.

521) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 238 f.

522) Vgl. Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 239 f., eingehend S. 284 ff., 293 ff. これに対して、共犯者の態度規範によって把握される行為態様は、その危険性が将来的に義務違反となる他人の態度を媒介する。それゆえ、当該他人に課せられた態度義務は、法益客体の「防壁」として機能する。その際、直接行為者の態度は、十分と評価される態度義務(eine vollwertige Verhaltenspflicht)によって禁じられており、彼は完全なる義務遵守能力を備えている。Vgl. ders., Beteiligungsformenlehre, S. 241.

523) 例えば、被保護者の虐待罪(ドイツ刑法典225条)や強要罪(ドイツ刑法典240条)、処罰妨害罪(ドイツ刑法典258条1項)などが挙げられる。Vgl. Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 355. 付言すれば、この種の目的が問題となる場合でも、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯は否定されている。Siehe ders., Beteiligungsformenlehre, S. 360 f.

524) 例えば、窃盗罪(ドイツ刑法典242条)や強盗罪(ドイツ刑法典249条)の領得目的のほか、恐喝罪(ドイツ刑法典253条)や詐欺罪(ドイツ刑法典263条)の利得目的などがこれに該当する。Vgl. Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 365.

る⁵²⁵⁾。そして、このような前提の区分に従い、犯罪故意の構成要素（Tatvorsatz-Komponente）である排除の故意と異なり、本来的な「目的の構成要素」である利用処分目的を欠く直接行為者を利用する間接正犯は、正犯論の評価体系に組み込まれない。というのも、直接行為者は自らの態度の客観的な危険性を完全に認識し、また不法の弁識と制御能力をもって行為している以上、背後者には共犯者的な禁止しか向けられていないほど、直接行為者に課せられた義務によって被害者は広く保護されているからである⁵²⁶⁾。もっとも、シュタインは「関与者自身が特別な目的をもって行為する場合にのみ、正犯的な態度規範の違反が正犯として処罰される」と考え、上述のヤコブス説は——窃盗罪の文言によれば、「自ら違法に領得する目的で」物を奪取したことが求められる以上——類推禁止に抵触すると批判するも、代替策を提示しえなかった⁵²⁷⁾。その限りで、目的なき故意ある道具の事例では背後者も直接行為者も不可罰となってしまった。

また、身分なき故意ある道具を利用した間接正犯という法形象も否定されることになろう。この文脈では、正犯メルクマールとしての特別な人的メルクマールを「一般的な」正犯基準と重ね合わせると、ジレンマを生じさせてしまうことが指摘される。すなわち、財産擁護義務を持つ者が第三者に内部情報を与えたという背任罪（ドイツ刑法典266条）の事例では、財産擁護義務者（背後者）は「一般的な」正犯基準を充たさないため、彼には「身分者的・幫助犯的な態度義務」が妥当するのに対し、第三者には、低減された緊要性をもつ「非身分者的・幫助犯的な態度義務」が妥当することになり、「正犯なき共犯」に陥ってしまう⁵²⁸⁾。そのためシュタイン

525) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 366.

526) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 360, 369.

527) Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 370.

528) より詳しく言えば、第一にそのような状況では、幫助犯的な態度義務しか存在しないため、態度義務を通じた法益保護は全体として、法律の基本的な評価によって測定されるレベルを下回ってしまうこと、第二にドイツ刑法典26条や27条の意味での正犯行為が欠如

は、(客観的な)特別な正犯メルクマールが存在する限りで、それを唯一の正犯メルクマールであると解する、つまり身分者という立場と正犯者という立場を平行させることが妥当であり、(別の箇所では批判したにもかかわらず⁵²⁹⁾結論的には義務犯論と一致すると述べた⁵³⁰⁾。従って、具体的な帰結として、身分なき故意ある道具の事例の背後者に直接正犯の成立が認められることとなろう⁵³¹⁾。

以上の通り見てきたシュタインの見解では、基本法の規範をベースに関与形態を捉えようと試みられており、その点は傾聴に値するであろう。しかし、彼の見解に対しては、その根本的問題が指摘されている。例えば、シュタインは、態度義務をその緊要性の程度によって段階づけているが、そもそも不法な態度は多いか少ないかではなく、ただ単に禁じられているだけなのであって、シュタインの見解を突き詰めるならば、共犯形態を一般的な量刑規定に貶めてしまう⁵³²⁾。また、共犯の場合、保護されるべき法益に対して相対的に頑丈な「防壁」として機能する正犯(の態度義務)が存在するにもかかわらず、何故に共犯は緊要的なのか明らかではないであろう⁵³³⁾。

さらに、故意ある道具の問題の解決に関しても問題を抱えている。すな

↘するため、あらゆる関与者が不可罰になってしまうこと、第三に「正犯なき」犯行は日常用語法に反し、それゆえ内面化できない概念形成であることが指摘されている。Vgl. Stein, *Beteiligungsformenlehre*, S. 254 f.

529) Siehe Stein, *Beteiligungsformenlehre*, S. 209 ff.

530) Stein, *Beteiligungsformenlehre*, S. 254 f. もっとも、シュタインによれば、「義務違反」とは(法的)態度義務の違反であり、(意識的か、少なくとも回避可能なのに認識していない)具体的な法益客体への攻撃に他ならないため、その限りで身分犯において身分者の負担となる義務違反は、通常犯罪の正犯者もしくは共犯者が為す義務違反と区別されない。Vgl. ders., *Beteiligungsformenlehre*, S. 210.

531) Vgl. Lotz, *Werkzeug*, S. 574.

532) Vgl. Roxin, *Tatherrschaft*, S. 680 f.

533) Vgl. Tobias Witzigmann, *Das „absichtslos-dolose Werkzeug“: eine umfassende Analyse einer bis heute umstrittenen Fallgruppe mittelbarer Täterschaft*, 2009, S. 246. 以下では、Witzigmann, *Werkzeug* と記す。

わち、目的なき故意ある道具の問題に関しては、ヤコブスと同様、権利者排除の故意と利用処分目的を区分するものの、当該事例では直接行為者が背後者の利用処分目的を認識していれば足りるとするヤコブス説は、類推禁止に抵触すると批判するのだが、その結果、当該事例では間接正犯も教唆犯も成立せず、関与者はみな不処罰となってしまうということは、理論的にも政策的にもあまり得策ではない。他方で、身分なき故意ある道具の事例において、背後者を直接正犯と解するのは正当であるとしても、身分犯の正犯基準に関して緊要性基準はもはや重要視されていないという点で、緊要性基準の限界が示されているのではないだろうか。

（四）レンツィコフスキーの自律性原理と間接正犯論（1997年以降）

最後に検討するのは、1997年に『限縮的正犯論概念と過失的関与』というモノグラフィーを上梓し、自律性原理を手がかりに限縮的正犯論の再構成と行為支配論の再定式化を目指した⁵³⁴⁾レンツィコフスキーの見解である。

彼の見解においてキー概念となる自律性原理は、「三つの礎石」を有する。すなわち、1) 人間を自由と自己答責を備えた人格として理解する基本法的人間観⁵³⁵⁾と、2) 個々人には法的に保障された自由の領域が割り当てられていることに着目する人的法益論⁵³⁶⁾、3) 個々人に対して法的に保障されている自由とその答責を限定する態度規範（第一次的規範）⁵³⁷⁾か

534) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 151.

535) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 67.

536) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 68.

537) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 68 f. 付言すれば、レンツィコフスキーはペンディングの規範論を引き合いに出し、態度規範（第一次的規範）と制裁規範を区別する。すなわち、第一次的規範とは、社会生活の法益秩序を確定するものであるのに対して、制裁規範とは第一次的秩序の攪乱に対するリアクションとその諸要件を規定する。Vgl. *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 54 f. なお、ペンディングの規範論に対する批判については、vgl. *M. E. Mayer*, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, *Strafrechtliche Abhandlungen* Heft 50, 1903, S. 130 ff.

ら自律性原理が導出される。そこにいう自律性とは、自己答責的な決定に対する自由であり⁵³⁸⁾、「それぞれの法的領域を相互に承認する、人々の連なりとしての法共同体という構成はその構成員の自律性を前提とする」⁵³⁹⁾と主張される。

このような自律性原理を前提に、間接正犯論が構築されることとなる。すなわち、レンツイコフスキーによれば、法益侵害（もしくは法益の危殆化）は、終わりなき原因連鎖の中で最終的に自律的に行為した一節（Glied）として現れる者にのみ、彼の仕業として帰属され、よって遡及禁止論が根拠づけられる。裏を返せば、直接行為者の犯行を背後者に帰属するための必要不可欠の前提は、直接行為者が自律的には行為しなかったことなのである⁵⁴⁰⁾。

従って、自律性原理に基づく間接正犯論からすれば、その具体的な帰結として、故意ある道具の利用はその一事例として認められないであろう。しかし、この点について（少なくとも1997年の時点では）レンツイコフスキーは多くを述べなかった。すなわち、義務犯論は、特別義務の違反というものによって、支配犯で妥当した正犯基準を押し退け、特別義務を通じた答責の個別化が図られるという点を評価しつつも、それを唯一の正犯メルクマールとすることに反対したのだが⁵⁴¹⁾、身分なき故意ある道具の事

538) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 72. そこには二つの段階（シュトラーターテンヴェルトの言葉を借りれば、手段的可能と法的可能）が想定されている。つまり、第一の段階では、ある人間が行為したのか、そしてどのように行為したのかが問題とされ、自らの態度について選択肢を有している場合には自由であると見做される。そして第二の帰属の段階では、ある人間が自らの行為を法的な基準に適合させ、そして自らの態度をこのような弁識に方向づけることができたのかどうかの問題とされる。Vgl. *Stratenwerth*, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: *Theo Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1. Hb., 1985, S. 288, 293.

539) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 72 f.

540) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 73. 同頁の Fn. 90 では、バーリングの1909年の論文（*Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 599）が引用されている点も注目すべきである。

541) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 27, 28; siehe auch *Maurach/Karl Heinz Gössel*/

例については概して言及しなかった。もっとも、2014年に出版されたマウラッハの教科書の改訂版の中では、身分なき故意ある道具の事例に関して、規範的に解した行為支配を特別義務者（背後者）に帰せしめることで、間接正犯の成立を認めている⁵⁴²⁾。しかし、それは目的的行為論の論者によって主張された見解の二番煎じにすぎないであろう。また、目的なき故意ある道具の問題に関しては、自律性原理に依拠し、間接正犯の成立を否定した上で、(1997年の段階では窃盗罪の領得目的がまだ「自己」に限られているにもかかわらず、何故に直接行為者が領得目的を有すると言えるのか説明することもなく) 教唆犯の成立を認めた⁵⁴³⁾。

以上見てきたレンツイコフスキーの見解は、「限縮的正犯概念は、行為の自由の裏面としての自己答責性の原理に依拠している」とする点で、ヤコブスの組織化管轄の発想との近接性も認められるが⁵⁴⁴⁾、彼の間接正犯論の諸類型においては自己答責原理が貫徹されていないとの批判を受けている⁵⁴⁵⁾。また、故意ある道具という各論的問題に対しても、十分説得的な解決を提示できていないように思われる。さらに、組織化管轄に並んで制度的管轄を置くヤコブスの見解との比較で見れば、自律性原理ひとつで全ての現象を捉えることの限界が示されているのではないだろうか。

↘ *Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Renzikowski*, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, Teilbd. 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., 2014, §47 Rn. 161 f. 以下では、*Maurach/Renzikowski*, *Strafrecht AT II*, 8. Aufl. と記す。

542) *Maurach/Renzikowski*, *Strafrecht AT II*, 8. Aufl., §42 Rn. 82.

543) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 73; siehe auch *Maurach/Renzikowski*, *Strafrecht AT II*, 8. Aufl., §48 Rn. 28.

544) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 386), S. 68 f. また、レンツイコフスキーと同様に、行為者の自律性に着目するノルテンニウスの見解を比較検討した文献として、竹内健互「間接正犯と教唆犯の区別基準について——媒介者の自律性と間接正犯の成立範囲——」明治大学社会科学研究所紀要51巻2号（2013年）141頁以下参照。

545) Vgl. *Witzigmann*, *Werkzeug*, S. 187; siehe auch *Noltenius*, *Kriterien der Abgrenzung*, S. 120.

(五) 中間帰結

——第六次刑法改正による目的なき故意ある道具の問題の立法的解決

以上の通り、1998年の第六次刑法改正前の諸学説を検討してきた。目的なき故意ある道具の事例に関して見れば、直接行為者は（奪取してきた物を背後者に渡すという）任意の利用処分を為したがゆえに、領得目的を有するとして、彼を窃盗正犯であると解するロクシン説は、歴史的に見れば、ヴァッフエンフェルトやマウラッハの主張の繰り返しである。そのため、この見解は、以前から批判されてきたように、直接行為者が一旦自らの下に物を置くことなく背後者に引き渡す事例（ガチョウ小屋事例）を捕捉できないという限界を有していた。他方、直接行為者には、少なくとも権利者排除意思は認められるという前提の下、背後者の利用処分意思を認識していれば足りるとするヤコブス説は、主観的違法要素たる領得目的の性格を正しく捉えているかもしれないが、条文上「自ら」領得することが要求される点を厳格に解する論者から類推禁止に抵触するとの批判を受けることとなった。

このような議論状況の中、目的なき故意ある道具の問題は、以下の事件を契機とした第六次刑法改正⁵⁴⁶⁾によって大きな変化を迎えることとなった。すなわち、当時の東ドイツの国家保安局（シュタージ）の幹部が部下に対し、西ドイツから届く郵便物の中から金品を引き抜いた上で国庫に納めるよう指示し、実行させていたという事件に関して、BGH (BGHSt 41, 187) は、当該指示を出した被告人に自己領得目的が認められないことを理由に横領罪の成立を否定した。つまり、関与者の誰もが第三者のために横領行為に及んだ場合、自己領得目的しか規定していなかった当時の規定では、処罰の間隙を生じさせていたことが明らかとなったのである。そのため、この間隙を埋め合わせるべく⁵⁴⁷⁾、1998年1月26日の第六次刑法改

546) 松宮・前掲注 (2) 58頁以下、より詳しくは穴沢・前掲注 (2) 114頁以下を参照されたい。Siehe auch *Pierre Hauck*, *Drittzueignung und Beteiligung*, 2007, S. 29; *Witzigmann*, *Werkzeug*, S. 281 f.

547) Vgl. Deutscher Bundestag 13. Wahlperiode: Drucksache 13/8587 (25. 09. 97): Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform

正により、ようやく窃盗罪・横領罪に第三者領得目的が規定されたのである。

この改正に対しては、利他的である第三者領得が幫助から正犯に格上げされたことに対する批判もあるし⁵⁴⁸⁾、自己領得の共犯と第三者領得はどのように区別されるのかという問題も残されているのだが⁵⁴⁹⁾、少なくとも目的なき故意ある道具の問題に関しては、「今日もはや存在しない」と宣言されることとなった⁵⁵⁰⁾。

他方で、身分なき故意ある道具の問題は、この改正の影響を受けることなく、1998年以降も議論が続けられた。とくに、ロクシンによって主張され、その後ヤコブスによって展開されていった義務犯論は、その後どのように受け止められたのか見ていく必要がある。以下では、決定権者（*Entscheidungsträgerschaft*）を基準とするハインリッヒの見解と、近時の行為支配論批判の代表的論者であるハースの見解を検討していくこととする。

（六）決定権者に着目したハインリッヒの間接正犯論（2002年）

ここでは、行為支配説を批判して、それに代わる「決定権者」という独自の正犯基準から、目的なき・身分なき故意ある道具の事例における間接正犯の成立を認めたハインリッヒの見解を検討していく。

↘des Strafrechts (6. StrRG), S. 18, 43.

548) Vgl. *Gunnar Duttge/Willi Fahnenschmidt*, §246 StGB nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand?, ZStW 110, 1998, S. 904.

549) Vgl. *Wolfgang Mitsch*, Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, ZStW 111, 1999, S. 86 f.

550) Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 752; siehe auch *Christian Jäger*, Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, S. 652; *Maurach/Renzikowski*, Strafrecht AT II, 8. Aufl., §48 Rn. 28.

付言すれば、今なお残された目的なき故意ある道具として挙げられている事例（例えば、直接行為者が第一次的には所有権者に損害を与えたい、もしくは背後者のいらいらを発散させようとした事例）は、本来の目的なき故意ある道具の事例とは異なるものであり、242条の目的概念の解釈の問題である。Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 752.

はじめに、ハインリッヒは、自説を展開するにあたって行為支配説を批判していく。彼によると、行為支配は全ての犯罪類型に適用できず、また支配犯の枠組みの中であっても、一貫した正犯・共犯の区別基準を保証せず、(直接正犯はともかく)共同正犯や間接正犯の説明に窮するという⁵⁵¹⁾。そこでハインリッヒは、このような問題を抱える行為支配に代わって、全ての事例において一元的かつ内容的にも一貫した判断を可能ならしめる正犯基準を打ち立てるべきとし⁵⁵²⁾、「決定権者」という基準を援用する。この見解によると、決定権者、つまり正犯と認められるためには、1) 行為者が具体的な状況において当該刑罰法規の名宛人であること、2) その名宛人たる行為者が——いわばその都度の刑罰法規という基本座標(Grundkoordinaten)と対応する形で——構成要件に向けられた決定を為していること、3) 具体的な構成要件的事象が、構成要件に向けられた決定の直接的な転換(Umsetzung)と見做されることが、求められる⁵⁵³⁾。そして、これら三つの要件を満たし、決定権者と見做されるところの正犯はその諸類型に応じて論じられ、直接正犯は「本来的な決定権者」、間接正犯は「決定の引受け(Entscheidungsübernahme)」、共同正犯は「決定を為す集合体(Entscheidungsverbund)」として観念される⁵⁵⁴⁾。

このように想定されるハインリッヒの関与形態論によれば、間接正犯とは、直接行為者の規範的障害(Hemmschwelle)の克服を主導するか、もしくは直接行為者に存する規範的障害にとって重要な決定上の欠陥(Entscheidungsdefizit)を利用する者、つまり決定の引受けによる正犯と定義される⁵⁵⁵⁾。そして、身分なき故意ある道具の利用も間接正犯の一事例として取り扱われることになる⁵⁵⁶⁾。その際、ハインリッヒによれば、行

551) *Manfred Heinrich*, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 33. 以下では、*Heinrich*, Rechtsgutzugriff と記すこととする。

552) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 73 ff., 350.

553) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 152 ff., 154 ff., 162 ff., kurz dargestellt S. 182, 353.

554) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 199 ff., 202 ff., 285 ff.

555) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 208.

為支配説に基づいてこの事例における間接正犯の成立を認めるためには、行為支配の概念を歪曲しなければならない点で一貫性を欠いており、また義務犯論はその領域において行為支配概念を完全に破棄せねばならず、ゆえに正犯的な構成要件実現のあらゆる態様に関連した一元的な正犯論に永久に別れを告げなければならないという問題を抱えている⁵⁵⁷⁾。

これに対して、ハインリッヒ自身の見解に従えば、このような解釈学的な導出の路線変更をせねばならないという根本的問題を生じさせることなく、当該事例における背後者の間接正犯性を説明するという⁵⁵⁸⁾。すなわち、この事例における直接行為者は、当該刑罰法規の名宛人ではないため、決定権者を認めるための第一の基本的要件を充たさず、当初より規範の服従に反する形で振舞うことができないため、その正犯性は否定される⁵⁵⁹⁾。他方で、背後者は、管財人や公務員などの特別な地位を根拠にした、規範の名宛人であり、そして構成要件に向けた自己の決定に基づき、直接行為者を通じた法益侵害の実行を目指すという点で、彼の決定は、構成要件に向けられた規範の名宛人によるものである（基本的要件の最初の二つが充たされる）。ゆえに、この事象は、まさに背後者の決定に直接に起因するものと見做され、正犯的に惹起された不法な事象として背後者に帰せしめられると考えた（第三の基本的要件が充たされる⁵⁶⁰⁾）。

556) 付言すると、ハインリッヒの見解によると、目的なき故意ある道具の事例においては、目的を欠くという点で直接行為者は最初からその目的犯の構成要件に向けられた決定を為しておらず、また背後者はその事情を利用しているのであるから、間接正犯の成立が認められるとする。もっとも、そこで問題とされている事例は、直接行為者が（第六次刑法改正によって導入された）第三者領得目的さえ持っていないというものであり、古くから論じられてきた事例とは異なる。Vgl. *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 269.

557) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 264, siehe auch S. 307 f.

558) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 264.

559) 付言すれば、直接行為者は当該規範の名宛人ではない以上、たとえ法益侵害それ自体字を認識していたとしても、規範への服従に条件づけられた反対動機は当初から形成されないのである。この点に目的なき故意ある道具の事例との相違が見出されるであろう。Vgl. *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 265.

560) *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 264.

以上のように、決定権者という基準に依拠した間接正犯論を打ち立て、身分なき故意ある道具の事例においても間接正犯の成立を認めるハインリッヒの見解は、具象的な特徴づけであると評価される一方で、行為支配論との親近性を否定できず、その具体化においてロクシンの体系に従っていると揶揄される⁵⁶¹⁾。また、間接正犯の定義づけの際に規範的障害の不存在もしくは著しい低減が重要視されているが、教唆犯の場合であっても、唆すことによって直接行為者の規範的障害を引き下げているし、直接行為者がそもそも誘惑に弱い場合、その引き下げられた規範的障害が利用されているのであるから、規範的障害に着目した決定の引受けという基準によって間接正犯は説明されうるのか疑問視されている⁵⁶²⁾。

さらに、身分なき故意ある道具の事例における間接正犯の成立を説明する際に、背後者の特別な地位を強調する点に関して言えば、義務犯論を入り口で断っておきながら、裏口から招き入れるに等しいであろう⁵⁶³⁾。つまり、結局のところ、ハインリッヒの見解においても、特別義務に違反する者の決定が直ちに正犯性を根拠づけているのであるから、義務犯論と同じ理論構造が存在するのである⁵⁶⁴⁾。しかも、直接行為者が身分を欠くがゆえに正犯ではないということから、身分者たる背後者の正犯性が消極的に逆推論されているという点で、循環論法の感は否めず、正犯者身分の存在と正犯性（正犯とは、正犯になりうるものであるということ）が混同されているのではないかと批判される⁵⁶⁵⁾。ゆえに、以上のような問題点を鑑みれば、身分なき故意ある道具の利用をも間接正犯の一事例と捉えるハインリッヒの見解は、説得力を欠くものと言わざるを得ないであろう。

561) *Roxin*, Tatherrschaft, S.687; siehe auch *Schild*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2005, §25 Rn. 59.

562) Vgl. *Witzigmann*, Werkzeug, S.200; Siehe auch *Roxin*, Täter und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 688.

563) Vgl. *Lotz*, Werkzeug, S. 498.

564) 松生・前掲注(253)471頁参照。

565) Vgl. *Lotz*, Werkzeug, S. 537.

（七）ハースの行為支配論批判と間接正犯論（2007年以降）

最後に、近時行為支配論の批判を展開するハースの間接正犯論において、身分なき故意ある道具の問題はどのように取り扱われるのか検討していく。

まず、ハースによれば、行為支配論は一方で構成要件実現に関する事実的な支配に着目しつつ、他方で、例えば強要の事例のような場合、再び純粹規範的に論じているという点で、全く首尾一貫せず、また合理的に追試不可能な形で、規範性と事実性との間を揺れ動いており⁵⁶⁶⁾、しかも行為支配というカテゴリーにおいては、ロクシン説に従う限り、そこから個々の概念形態が導出されるどころの概念ではなく、法素材全体を通過して初めて、内容的に具体化された定義へと彫琢されるところの概念が問題となると批判する⁵⁶⁷⁾。その上でハースは、少なくとも間接正犯の根拠づけにおいては⁵⁶⁸⁾（以前ブーリによって主張されたものと異なるが⁵⁶⁹⁾）主観説の合理的核心への立ち返りを正当であるとする⁵⁷⁰⁾。ハースによれば、主観説の唯一正当な核心は、「特殊な態度帰属」という構成にある。すなわち、（委任ないしは命令、強要のいずれであれ）代理という形式の下、客観化された間接正犯者の意思に行為媒介者が従属することによって、自ら結果を惹起していない、もしくは自己の態度を通じて構成要件を充足していない背後者に直接行為者の態度が帰属される、つまり法的擬制によってあたかも彼が構成要件を自ら実現したかのように扱われるのである⁵⁷¹⁾。

566) Vgl. Haas, a.a.O. (Fn. 305), S. 26; Siehe auch *Renzikowski*, Zurück in die Steinzeit? – Aporien der Tatherrschaftslehre, in: FS-Schünemann, a.a.O. (Fn. 484), S. 495 f.

567) Vgl. Haas, a.a.O. (Fn. 305), S. 32; Siehe noch weiteren Kritik in *ders.*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119, 2007, 523 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 387), Vor §§25 ff., Rn. 10 ff. 以下では、二つ目の文献につき、以下では、*Haas*, ZStW 119 と記す。

568) 付言すれば、ハースは、直接正犯という概念において形式的客観説が生き残っていると理解する。Vgl. *Haas*, ZStW 119, S. 545.

569) Vgl. *Haas*, ZStW 119, S. 541.

570) Vgl. *Haas*, ZStW 119, S. 520; *ders.*, a.a.O. (Fn. 305), S. 8.

571) Vgl. *Haas*, ZStW 119, S. 542; siehe auch *ders.*, a.a.O. (Fn. 305), S. 111; *ders.*, a.a.O. (Fn. 387), Vor §§25 ff., Rn. 14 ff., §25 Rn. 5.

このように理解される間接正犯論の下で、身分なき故意ある道具の事例は、以下のように取り扱われる。まず、刑法上重要な事象は背後者の身分を介して初めて生じるということを引き合いに出す、規範的な行為支配によって間接正犯の成立を認めようとする見解は、循環論法に陥っている。また、この場合の身分者による指示それ自体は何ら構成要件メルクマールを充足するものではない以上、直接正犯の成立は排斥される。さらに、特別義務は、非身分者の決定に対してではなく、保護された法的地位に対する直接的な答責を根拠づけるものにすぎない以上、特別義務違反を理由とした間接正犯の成立も排斥される⁵⁷²⁾。その上で、ハースによると、直接行為者である非身分者は身分を欠くがゆえに構成要件を充足できず、(保護された法的地位が構成要件によって把握される限りで)法的地位を侵害しえないという事情は、非身分者によって実行された態度の帰属を妨げるものではなく、この場合に見られる指揮命令関係を間接正犯として整序することでのみ、処罰の間隙を埋め合わせることができるとする⁵⁷³⁾。

しかし、このようなハースの間接正犯論および故意ある道具の理解に対して、まったく疑問なしとはしえない。まず、ロクシンが批判する通り、ハースの見解では委任者はドイツ刑法典25条1項にいう「他人を通じて」犯行を実行したと解釈される点で⁵⁷⁴⁾、故意に実行された違法な犯行へ他人を決定づけた者を教唆者とするドイツ刑法典26条と矛盾するし、また共同正犯を相互的な間接正犯と捉える点で⁵⁷⁵⁾、ドイツ刑法典25条2項に独

572) Vgl. Haas, ZStW 119, S. 543; ders., a.a.O. (Fn. 387), §25 Rn. 55.

573) Vgl. Haas, a.a.O. (Fn. 305), S. 109; ders., a.a.O. (Fn. 387), §25 Rn. 55.

付言すれば、第六次刑法改正以降であっても、少なくとも強盜的窃盜罪(ドイツ刑法典252条)では、第三者のための占有保持は規定されていない以上、依然として目的なき故意ある道具は問題となるという理解の下、(身分なき故意ある道具の場合と同様)行為媒介者を通して背後者の意思が代わりに遂行されることに着目し、行為媒介者に欠けている目的は、間接正犯者の意思に付き従っていることの証跡であると捉えることで、間接正犯の成立を認める。Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 305), S. 109; ders., a.a.O. (Fn. 387), §25 Rn. 31.

574) Vgl. Haas, a.a.O. (Fn. 305), S. 104.

575) Vgl. Haas, ZStW 119, S. 534 ff.

立の関与形態として共同正犯が規定されていることと相容れない（つまり、ハースの見解を貫徹するならば、制定法上の共同正犯規定は不要となってしまう）という点で、ハースの見解は現行法と相容れないであろう⁵⁷⁶⁾。さらに、ハースの間接正犯論では教唆犯との区別ができないとの指摘をより敷衍するならば、彼の見解は、代理に依拠するという点で（後期）ビンディングの間接正犯論⁵⁷⁷⁾や、知的発起者論への先祖返りではないかとの疑問を抱かざるを得ない。というのも、19世紀後半の理論動向に目を向ければ分かる通り、少なくとも直接行為者が自由な意思決定で犯行に出た委任の事例は、間接正犯ではなく、教唆犯の事例に整序されてきたからである⁵⁷⁸⁾。付言すれば、ハースは代理構成的な間接正犯論に基づき、身分なき故意ある道具の事例における間接正犯の成立を認めようとするが、非身分者は身分を欠くがゆえにそもそも負責（もしくは結果帰属）されえないにもかかわらず、身分者の代理を根拠に直接行為者の態度を背後者に帰属する構成を何故にここに見出すことができるのか疑問が残る。以上の理由から、ハースの見解も説得力を欠くものと言わざるを得ないであろう。

（八）ま と め

以上の通り、本節では、戦後のドイツ刑法学において目的なき・身分なき故意ある道具の問題に取り組んだ代表的な論者による間接正犯論を概観・検討してきた。

一方で、窃盗罪に自己領得目的しか規定されていなかったことに起因する目的なき故意ある道具の問題に関しては、1998年の第六次刑法改正前にはロクシンもヤコブスも十分説得的な解釈学的な解決を示すことはできなかったが、同改正を通して第三者領得目的が追加され、背後者における共

576) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 689.

577) ビンディングの見解について詳しくは、本稿の第二章第三節(2)を参照。

578) 19世紀ドイツにおける知的発起者概念が、間接正犯と教唆犯という概念に分化した理論的要因に関する学説および立法動向の検討につき、前掲注（1）に示した拙稿を参照されたい。

犯の成立が可能となった。ゆえに、処罰の間隙を埋め合わせるために作出された目的なき故意ある道具という法形象は、(少なくとも窃盗罪に関しては)これ以上論じる必要がなくなったのである。

他方で、身分なき故意ある道具の問題に関しては、義務犯論が登場したことで、問題解決に一筋の光が差し込んだ。この理論によれば、万人に向けられた犯罪類型とは異なる、義務犯という刑罰法規においては、その名宛人は特別義務を負う者に限定されるため、その違反が正犯性を根拠づける。もっとも、既に指摘した通り、刑罰法規のベクトルが特定の義務者にのみ向けられているという義務犯論の前提を貫徹するならば——同理論の提唱者であるロクシンと異なるが——身分なき故意ある道具の事例の背後者は直接正犯と捉えられるべきであろう。これに対して、論者の中には全ての犯罪類型に共通の一元的な正犯基準を打ち立てることに苦心した者もいたが、いずれの見解においてもその限界が示されている。結局のところ、そのような試みは、中身を知らずして括弧の前に数字を括り出す因数分解に等しいのではないだろうか。いずれにせよ、各則構成要件の性格を顧慮し、支配犯とは異なる正犯原理を打ち立てた義務犯論には、その射程に関する問題が残されており⁵⁷⁹⁾、更なる各論的検討を要するのだが、後述の通り、帰属論上の大きな意義を有するのである。

第三節 小 括

本章では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を素材に戦後の立法動向と学説における間接正犯論の展開を概観・検討してきた。そのうち学説の動向に関しては、この問題に解決を与えようと苦心した論者の見解を検討したにとどまっており、不十分の感は否めないけれども、以下に記した通り、戦後の間接正犯論の動向の一端を見ることができよう。

579) 松生・身分なき故意ある道具480頁参照。Siehe auch Lotz, Werkzeug, S. 593 ff.

まず、戦後のドイツ刑法学において目的なき・身分なき故意ある道具の問題は周縁へと追いやられていたことが指摘されよう。というのも、立法者にとっても学説にとっても、間接正犯論において最も論じるべきと問題は、いわゆる正犯の背後の正犯の問題だったからである。もっとも、本章の冒頭で述べた通り、いずれの問題においても直接行為者は自らの自由な意思決定をもって犯行に出ているという点で共通しているという点を看過してはならないし、故意ある道具の問題は戦後になってよりラディカルな形で現れたと見られよう。

いずれにせよ、目的なき・身分なき故意ある道具の問題それ自体に目を向けるならば、一方は第六次刑法改正を通した第三者領得目的の追加という立法的解決が為されたことで、一世紀以上もの間、多くの学者の頭を悩ましてきたアポリアは消えることとなった。これに対して、身分なき故意ある道具の問題に関しては、（背後者における直接正犯の成立を認める）義務犯論に依拠すれば、理論的に十分な説得力をもった解決がもたらされるであろう。また、既に指摘した通り、義務犯論によれば、当該犯罪の刑罰法規の名宛人は背後者だけである（つまり、制度的管轄に基づく直接的な義務は背後者にのみ認められる）ため、（刑罰法規の名宛人が万人に向けられている）支配犯の場合のように直接行為者の道具性を問題にすることなく、ストレートに背後者の振舞いを問うるのであり、その点で義務犯と（義務犯以外の）支配犯との帰属構造の相違が明らかになったのである。もっとも、義務犯論に関してはその射程を見極める必要もあるが、これと区別されるべき支配犯に関しても（ヤコブスの言う）組織化管轄や（レンツィコフスキーのいう）法共同体における相互承認を前提とした自律性原理だけで全ての正犯的事象を説明しうるのかという点について——各則構成要件の特色に鑑みて——再検討する余地が残されているように思われる。

第四章 考察ならびに展望

本稿では、19世紀末にライヒ裁判所の裁判例を通して現れた目的なき・身分なき故意ある道具の問題を素材に、20世紀以降の立法と学説における間接正犯論およびその根底にある正犯原理の展開を詳らかにしてきた。ここでは、まず各章の総括を手短かにまとめ、全体の考察と今後の展望を記しておくこととする。

第一節 各章の総括

一 まず、20世紀初頭に始まった立法活動では、当初ライヒ裁判所の主観説が支持されていたこともあって、目的なき・身分なき故意ある道具の問題は真摯に受け止められていなかった。むしろ、立法者の主たる関心事は、直接行為者の責任能力・故意についての背後者の錯誤の問題（いわゆる間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題）を解決することであった。その中でも1919年草案は、関与者における錯誤の問題を明文規定で解決しようと試みたものの、間接正犯の定義と教唆犯のそれとの論理的整合性がとれなかった。そこで1925年草案は、共犯の可罰性の独立（つまり、極端従属性の放棄）を規定し、従来の間接正犯を狭義の共犯に解消することで、上記錯誤の問題を解決しようと試みた。ゆえに、後述する通り、間接正犯を否定的に捉える論者の見解が登場したのは、このような立法動向を背景にしたものであり、正犯とは構成要件該当行為の物理的な自手実行であるという厳格な理解に拘泥したからではない。

もっとも、共犯の可罰性の独立を規定する（つまり、共犯の従属性を緩和する）論理必然的な結果として間接正犯が消滅するという理解は、1936年草案には受け継がれなかった（より子細に見れば、既に1927年草案の理由書も間接正犯の概念の全面的な否定は控えていた）。

二 次に、議論の主戦場が正犯基準（主観説 vs. 客観説）であった1920年代までの議論の中では——間接正犯の根拠を中断論・遡及禁止論に求めることの賛否に対応する形で——故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と認めるかどうかの論争が繰り返されてきた。殊に反対派の学説は、歴史的淵源に忠実な形での間接正犯論と決別し、新たな根拠づけを提示しようと試み、その概念拡張の趨勢は、拡張的正犯論の誕生の契機となったと見受けられる（ヘークラーに対する E. シュミットの批判を見よ）。

三 その後、草案の議論を背景に共犯規定の意味を問い直したツインマールが、構成要件を限縮的に解釈する見解と拡張的に解釈する見解を対置した頃から、正犯論の主戦場は、正犯基準から正犯概念へとシフトしていった。もっとも、議論の主戦場のシフトは、それまでの見解が限縮的正犯論に立っていなかったことを示すものではなく、それまでの前提となっていた限縮的正犯論とは反対の、拡張的正犯論の存在が意識されたことを意味する。

ところで、1920年代の限縮的正犯論の中でも特にツインマールとブルンスは、立法動向に対応する形で、共犯の従属性の緩和によって間接正犯概念を教唆犯に解消することを試みたが、故意ある道具の問題を十分説得的に解決できなかった。例えば、直接行為者は目的・身分を備えず、不法構成要件を完全に充足せずとも、背後者の有する目的・身分によって埋め合わされると主張する見解によれば、もはや真正身分犯の身分は、正犯の一身専属的なメルクマールではなく、単なる客観的な一事実で解消されてしまうという問題を抱えていた。

これに対して、1930年前後に共犯規定の一つの解釈のあり方として現れた拡張的正犯概念は——等価説もしくは重要性説を前提に——結果と因果関係を有する行為者は、本来的には正犯だが、共犯規定に該当する限りでは共犯となり、これに該当しない場合は、原則に戻って正犯であると捉えることで、故意ある道具の問題や故意正犯の背後の過失正犯の問題を解決

しようと試みた。ところが、真正身分犯や自手犯の場合には、共犯規定を刑罰拡張事由と解さなければならない点で一貫性を欠いていると批判されたこともあり、多くの支持者を得ることはなかった。また、少なくとも故意犯の領域では限縮的正犯論を維持すべきだと考えられたように見受けられる。

四 その後、1930年の終わりに登場した目的的行為論によれば、故意・作為犯と過失・不作為犯は、既に構成要件の段階で区別され、それに対応する形で正犯概念を二元化し、前者の領域にのみ（目的的行為支配という基準による）正犯と共犯の区別を認めた。そして、目的的行為論の論者の多くは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例においても、背後者の目的的行為支配を認めようと苦心した。しかし、自律的な意思決定を為す直接行為者が介在するにもかかわらず、その他の間接正犯の事例と同様、背後者に行為支配が認めるとは難しいのではないかと批判され、また行為者の特別義務の違反と事象経過の掌握を混同していると非難されたのであった。殊に後者の批判は、行為支配という正犯基準では捉えきれない犯罪類型が存在することを示しており、その後の義務犯論の登場する契機となった。

五 最後に、戦後の議論に関して言えば、1998年の第六次刑法改正を通して第三者領得目的が窃盗罪（および横領罪）に追加され、目的なき故意ある道具の事例においては、直接行為者を窃盗正犯、そして背後者をその共犯と捉えられるようになった。もっとも、それまでの解決策も、多くの示唆を与えるものであった。例えば、ヤコブスは、直接行為者が背後者の利用処分（aneignen）の意思を認識していれば足りるとすることで、窃盗正犯（と背後者における教唆犯）の成立を説明したことは、確かにシュタインが批判した通り、自己領得目的に限られていた窃盗罪の規定の下では類推禁止に抵触するかもしれない。しかし、領得目的が関与者の誰かに存すれば、それによって窃盗罪の法益侵害の客観的危険性が基礎づけられるとい

う主観的不法要素の理論と目的の定義内容の関係性や、一身専属的なメルクマールである身分と目的との性質の相違が明らかにされたと見られよう。

他方、ロクシンによって鑄造され、それをヤコブスが発展させた義務犯論によって、身分なき故意ある道具の事例における直接正犯の成立が認められた。もちろん、戦前の論者の中には、賄賂の要求罪に関する事例では背後者が直接正犯になることを認める者もいたが、遡及禁止論との関係は明らかにされていなかった。この点、既に述べた通り、義務犯論と（それ以外の）支配犯の区別により、以下のような関係が明らかとなった。すなわち、支配犯の領域では、直接行為者も刑罰法規の名宛人である以上、彼が答責的なのか、それとも単なる「道具」なのかを問うるのに対して、義務犯の領域では、刑罰法規の名宛人は身分なき故意ある道具を利用する背後者だけであり、直接かつ一身的な彼の負責を問うことになるため、ここでは遡及禁止論も間接正犯論も登場する余地はない。そして、この限りで一元的な正犯原理を定立することの限界が示されているのである⁵⁸⁰。もっとも、義務犯論はその射程に関して更なる各論的検討を要するし、また支配犯に関しても組織化管轄や自律性原理といった基準で全ての現象形態を説明しうるのか検討する余地があろう。

第二節 全体の考察と今後の展望

以上の各章のまとめを基に、ここでは論文全体から得られた帰結を記していくこととする。もっとも、複数の理論線が相互に絡み合うがゆえに読者に混乱を生じさせかねないことにも配慮し、歴史的な淵源に忠実な間接正犯論との関係で故意ある道具の問題は何を意味するのかをまず確認した上で、各論的な問題に言及していくことにしよう。

580) 付言すれば、既に拡張的正犯論やブルンス・ツィンマールの限縮的正犯論、目的的行為論も、犯罪類型の特色に鑑みれば、一元的な正犯概念が打ち立てられないことを示唆していた。

(一) 間接正犯論の淵源と故意ある道具

すでに別稿で明らかにした通り、知的発起者概念が間接正犯と教唆犯に分化したという理論的要因は、直接行為者の意思決定の自由であり、また間接正犯は処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策として誕生したものではなかった。むしろ、彌縫策の性格が強く現れるのは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において間接正犯の成立を認める場合である。というのも、目的・身分を欠く直接行為者は自らの自由な意思で犯行に出ることを決断している点で（歴史的淵源に忠実な）本来的な間接正犯論ではカバーしきれず、刑事政策的・理論的に受け入れ難い関与者の不処罰という帰結を回避すべく、無理に「故意ある道具を利用する間接正犯」という法形象を打ち立てたからである。

もっとも、このような問題が生じた原因は、本来的な間接正犯・教唆犯の区別に対する異論というよりも、目的犯・身分犯といった構成要件の特殊性にある。つまり、あらゆる犯罪類型にとって共通の、一元的な正犯原理を打ち立てることの限界が示唆されている。換言すれば、20世紀以降の間接正犯論の展開も、巨視的に見れば、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として把握しようとして多くの英知が注がれてきたのだが、結局は失敗に終わり、義務犯論のように各則構成要件の特色に目を向けた解決に向かわざるを得なかったのである。

(二) 間接正犯概念と限縮的正犯論、形式的客観説の関係

ところで、間接正犯概念は、限縮的正犯論および形式的客観説と相容れないものではない。確かに佐伯博士は、限縮的正犯論を支持し、正犯の要件として物理的な自手実行を求めていた⁵⁸¹⁾。しかし、博士が影響を受けたツインマールやブルンスの限縮的正犯論は、「正犯 = 自手実行」を理由に間接正犯を否定したわけではない。むしろ、彼らが間接正犯を否定的に

581) 但し、被害者利用のケースについては背後者を正犯であると述べておられる点で、博士自らその限界を認めておられたようにも思える。佐伯・前掲注(20) 342頁参照。

捉えた背景には、間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題を念頭に、共犯者の可罰性の独立を規定することで、間接正犯概念を教唆犯に解消しようとした立法動向があった⁵⁸²⁾。

さらに、20世紀初頭のペーリングらの見解から分かる通り、構成要件該当行為を自ら実行した者が正犯であるとする形式的客観説も、間接正犯を説明しえないわけではなく、精確には、因果関係の中断論や遡及禁止論などの別原理を介在させなければ、間接正犯を説明できないのである。その証に、行為支配論の論者（ガラス、ロクシン）は、自手的な構成要件該当行為を弛緩させる役割を行為支配に認めていた。ゆえに、このように見る限りで、形式的客観説には正犯性判断の枠を与えるという、出発点としての役割が認められるであろう。付言すれば、形式的客観説 vs. 実質的客観説というありふれた構図にも大した意味はなく、既にビルクマイヤーが考えていた通り⁵⁸³⁾、両者は表裏一体の関係にあり、相関概念⁵⁸⁴⁾だと捉えるべきであろう。

（三）義務犯論と身分なき故意ある道具の問題

このように形式的客観説を正犯性判断の出発点として捉えるならば、各則構成要件の特色を踏まえて正犯性を判断することになる。その意味で、義務犯論も（刑罰法規の名宛人が特別義務者に限られているという）各則構成要件の性格に依拠する以上、形式的客観説の手の中にあるとも言うる。もっとも、このように考えることは、正犯原理の散逸化を意味するわけではなく、全ての正犯性判断の出発点である形式的客観説の下に置かれる、

582) 付言すれば、ツィンマールが間接正犯を否定した理由も、その客観主義的思考にあった。つまり、客観的に見れば、他人を介して犯罪を実現する点で一致する間接正犯と教唆犯を直接行為者の主観に基づいて別異に扱うことは体系違反であると考えていた。Vgl. Zimmerl, Aufbau, S. 143. 従って、ツィンマールらは正犯＝物理的の自手実行に拘泥していたとする島田教授の記述は不可解である。島田・基礎理論37頁、60頁以下参照。

583) Vgl. Birkmeyer, a.a.O. (Fn. 128), §40 (S. 96 f., siehe auch S. 98, 99).

584) この点、レンツィコフスキーは、行為支配概念が構成要件実現という意味での犯行（Tat）に関係する相関概念であることを指摘している。Vgl. Renzikowski, a.a.O. (Fn. 566), S. 500.

複数の下位事例ごとの共通項を探究する作業過程にある。

いずれにせよ、義務犯論によれば、支配犯との帰属構造の相違が認められるということは、既述の通りであるが、具体的な帰結としては以下の通りである。つまり、非公務員に賄賂の金品を受取りに行かせた公務員は、収賄罪(刑法197条1項)の直接正犯であり、その金品を職務の対価として「収受した」のは公務員自身だということになる⁵⁸⁵⁾。また、口頭で虚偽の公文書の内容を非公務員に伝え、その作成を頼み、署名も押印もさせる公務員は、虚偽公文書作成罪(刑法156条)の直接正犯であり、「作成し」たのは公務員本人である⁵⁸⁶⁾。さらに、看護師を通じて患者の診断内容を流布させた医者は、秘密漏示罪(刑法134条1項)の直接正犯であり、医者本人が「漏示した」こととなる。

これに対して、日本の有力説は、(立法者意思に反する解釈である疑いは免れないが)刑法65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれるという理解に基づき、身分なき故意ある道具の事例における(共謀)共同正犯の成立を認める。しかし、既にはしがきで述べた通り、それでは真正身分犯における身分を正犯の一身専属的なメルクマールではなく、犯行という客観的な一事実のメルクマールと捉えることになり、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」の共犯を規定する刑法65条1項を単なる確認規定に貶めてしまう。ゆえに、各則構成要件の特色も鑑みることなく、共同正犯の成立を認めれば問題を解決できると安直に考えることは厳に慎むべきであり、制度的管轄に基づく義務犯論の役割を認めた上で、義務犯論の射程など更

585) 取引の主体に着目してこれと同様の帰結を導くのは、松宮・前掲注(4)264頁以下、同・前掲注(11)256頁以下、園田・前掲注(119)37頁。さらに、情を知らない秘書に収賄物を受け取らせた内閣総理大臣に受託収賄罪の直接正犯が認められた事例(いわゆるロッキード事件)東京地判昭和58年10月12日判時1103号3頁、東京高判昭和62年7月29日高刑集40巻2号77頁、最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁も参照されたい。

586) もっとも、「作成者」の解釈につき観念説を採用すれば、この公務員の意思・観念が筆記者である非公務員を通じて文書に表示されたと捉えられ、同様の帰結に至ると思われる。観念説につき、松宮・前掲注(11)381頁以下、同「文書偽造罪における作成者と名義人について」立命館法学264号(1999年)349頁以下参照。

なる各論的検討を進めていくことが発展的であると考ええる。

（四） 領得目的（不法領得の意思）の解釈と目的なき故意ある道具の問題

これに対して、目的なき故意ある道具の問題は、ライヒ刑法典（より正確に言えば、プロイセン刑法典）の制定以来、窃盗罪における自己領得目的が災いして生じたものであったが、1998年の第六次刑法改正により窃盗罪（および横領罪）に第三者領得目的が規定されたことで、遂にピリオドが打たれた。他方で日本では、はしがきでも触れた通り、通貨偽造罪における行使の目的を持つ背後者がそれを直接行為者に秘して通貨偽造を依頼するという、本来の目的なき故意ある道具の事例とは本質を異にする事例を念頭に議論されてきたこともあり、日本ではこの問題に関する理論的蓄積が少なくように思われる。

では、はしがきで触れた通り、日本においても目的なき故意ある道具の問題が潜在するという前提に立つならば、どのような解決策が考えられるであろうか。ひとつは、自己領得は、第三者領得を前提にすると捉える途であるが、このような解釈では、直接行為者がガチョウを追い立てて背後者に領得させたというガチョウ小屋事例の場合、直接行為者は自ら一旦物を受け取っていない以上、彼に自己領得目的（ないしは不法「自己」領得の意思）を認められない。

次に、「又は他人にこれを得させた者も」と規定されている、利益強盗（刑法236条2項）や利益詐欺罪（刑法246条2項）と同様、窃盗罪（の不法領得の意思）においても第三者領得が含まれていると解する途が考えられる。しかし、既にはしがきで指摘した通り、これと反対の解釈（つまり、二項のない犯罪では第三者領得は除かれるという解釈）も論理的に成り立つ点で説得力を欠くであろう。もっとも、詐欺罪の一項では自ら利得する場合に限られているが、二項では第三者利得も含むことになるというのは不可解であるとの再批判を想定するならば、解決策としての妥当性を完全に否定することは難しいかもしれない。

最後に、第三の途は、不法領得の意思の主観的違法要素としての特性に着目し、関与者は他人の目的を認識していれば、狭義の共犯の成立にとって十分であると解することである⁵⁸⁷⁾。つまり、他人の物を勝手に我が物にしようとする不法領得の意思があつて初めて窃盗罪の不法が基礎づけられると考えるならば、直接行為者が背後者の当該意思を認識している以上、関与行為の違法性(ヤコブスによれば、法益侵害の危殆化の程度・方法)に違いはないと考えられ⁵⁸⁸⁾、この点に領得目的と一身専属的な(真正身分犯)身分との性格の相違が見出される。しかし、この見解は、窃盗罪に自己領得目的しか規定されていないという前提の下では、目的を持っていることと認識していることは異なるはずだとの批判は免れえないであろう。つまり、主観的違法要素の理論を援用するにしても、当該目的の定義内容を無視しえないのである。

そこで、今一度、不法領得の意思の定義を検討しなければならない。というのも、「権利者を排除して他人の物を自己のものとし」までを権利者排除意思と捉えるならば⁵⁸⁹⁾、ガチョウ小屋事例においてガチョウを追い立てるだけの直接行為者はガチョウを「自己のものとし」していない以上、彼に権利者排除意思を認めることができなくなってしまう⁵⁹⁰⁾。ゆえに、権利者排除を„Enteignung“の語義に忠実に、「権利者を排除し」までを権利者排除意思と捉えるべきであり⁵⁹¹⁾、その上で主観的違法要素の理論

587) もっとも、このような理解は、ブルンスや佐伯博士のように、直接行為者の目的不存在による構成要件の不充足が背後者の目的によって補われると考えるわけではない。

588) 日本では、偽造罪の「行使の目的」の文脈であるが、島田・基礎理論281頁。さらに、山口・前掲注(4)72頁以下参照。松宮・前掲注(103)129頁、同・前掲注(19)301頁。

589) 例えば、松宮・前掲注(11)214頁、山口・前掲注(11)198頁、穴沢・前掲注(11)284頁以下など参照。

590) ゆえに、「権利者を排除して他人の物を自己のものとし」までを権利者排除意思と捉えながら、第三者領得目的は利用処分意思の問題であるとするのは、ミスリーディングであろう。穴沢・前掲注(2)105頁、同・前掲注(11)295頁参照。さらに、同・前掲注(12)268頁以下も参照。

591) 正当にも、藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂・1978年)280頁は「権利者を排除し、他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従い、ほしいままにそれを利用した」

を援用すべきと考える⁵⁹²）。

むすびにかえて

以上の通り、本稿では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を素材に、20世紀以降のドイツの間接正犯論を歴史的に考察することで、間接正犯論の根底にある正犯原理の本来的な意味内容を明らかにし、その考察から得られた帰結を日本刑法学においてどのように活かすことができるのかについて述べてきたところである。

既述の通り、ドイツでは目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例に位置づけようと多くの英知が注がれてきたが、いずれも失敗し、結局は問題となる各則構成要件の性質に鑑みた解決を提示することとなった。これらの英知の集積を謙虚に受け止めるならば、正犯性判断の出発点を形式的客観説に求めつつ、各則構成要件の特性に目を向けながら実質的な原理を探究すべきであろう。

もっとも、本稿には今後の課題がいくつか残されている。ひとつは、その他の間接正犯の諸事例（強要による場合、錯誤を利用する場合、被害者を利用する場合、さらには組織的権力機構を利用する場合など）を検討し、それを踏まえて一般的な間接正犯論を鑄造することである。もちろん、その検討の際には、本研究で明らかにした間接正犯概念の淵源、つまり直接行為者における自由な意思決定の不存在がひとつの視座を提供するであろう。

もうひとつは、既に述べた通り、義務犯（制度的管轄に基づく犯罪）の射程を各論的に検討するとともに、これと区別される支配犯（組織化管轄に基づく犯罪）の再検討が必要であろう。例えば、本来はある犯罪の共犯であるものを一つの犯罪類型として独立に規定したもの（例えば、看守者等に

↘は処分する意思」と定義していた。

592) 最後に付言しておく、営利目的拐取罪（刑法225条）の「営利の目的」に関する目的なき故意ある道具の事例も想定しうるのであろうが、今後の検討課題とする。

よる逃走援助罪)や、条文の文言それ自体に「させた」という形態が規定されているもの(例えば、爆発物取締罰則1条)があるように、支配犯の中には、その各則構成要件の性質上、間接正犯ではなく、直接正犯で語るべきものが存在するのではないだろうか⁵⁹³⁾。

最後に、いみじくも浅田教授が仰っている通り、刑法とは徹頭徹尾、歴史的産物であり⁵⁹⁴⁾、また山中教授の言葉を借りれば、学問の将来の方向性を見定めるためには、「過去から現在の方向を見定めて、それを延長して、新たな変数を考慮に入れて法則に当てはめて行う」⁵⁹⁵⁾ことが重要であろうと考えるところ、本稿のような間接正犯論の歴史的研究が、今後日本の関与形態論の発展に寄与することを願っている。

593) これ加えて、既に前掲注(4)で述べた通り、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁などの取引が問題となる事案では、問題となる取引契約の当事者は誰かという民法的な視点・発想から、取引の主体である背後者を当該犯罪の直接正犯と解することができよう。また、出版社の代表取締役らが書店において書籍を陳列した行為について、未承認医薬品の広告禁止罪の間接正犯の成立を否定した事例である横浜地判平成25年5月10日判タ1402号377頁に関しても、本件書籍の陳列・販売が誰にとつての「広告」であるのかという観点から考えれば、被告人らを広告禁止罪の(共同)直接正犯と捉える余地があろう。

594) 浅田「私の刑事法研究・三九年：「途上としての学問」について(浅田和茂教授 退任惜別記念号)」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)465頁参照。

595) 山中「刑法学は何処に向かうのか——これからのドイツ刑法と日本刑法——」北九州市立大学法政論集44巻1・2号(2016年)82頁参照。