

タイトル	正犯と共犯（４）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，55(4)：1-26
発行日	2020-03-30

正犯と共犯(4)

吉 田 敏 雄

目 次

正犯と共犯(4)

- 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
- 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

(以上第五四卷第三号)

第4節 日本刑法における正犯と共犯の關係

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

(以上第五五卷第三号)

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無用説

b 拡張的正犯概念と共犯の嚴格従属性の結合説

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卷第4号)

第2章 直接正犯者(正犯者類型 その一)

正犯者は所為事象を自分の意思によって制御できる、つまり、所為支配を有している者である。直接正犯者はこれを行為支配において実現する。すなわち、直接正犯者(Umittelbarer Täter)とは、犯罪行為を自ら遂行する者、つまり、構成要件を自己の身体活動により(自分の手で、自分の足で)実現する者のことを云う。^①所為を自ら実行する以外の方法でよりうまく所為を支配することはできない。かかる遂行が行為支配という形態の所為支配を、したがって、正犯を基礎づける。^②直接正犯者は、他の正犯者との協働なく構成要件を一人で実現するので、単独正犯者

(Alltäter, Einzeltäter)とも呼ばれる。共同の所為決意なく、相互独立に同一の構成要件の結果を惹起する者は同時正犯者 (Nebentäter) と呼ばれる。例えば、甲と乙は前後して、しかし、相互に認識なく、被害者丙の紅茶茶碗に致死量の毒物を注ぐ場合である。甲も乙も単独正犯者として扱われる(2個の単独正犯)。各人が、自ら客観的、主観的に実現した構成要件によって処罰されるのであって、他の同時正犯者によって実現された構成要件要素が帰属されることはない。⁽³⁾ 同時正犯という概念は、共同正犯と対をなす現象形態全体を一旦とめにする名称に過ぎず、それ以上の独自の意味を有するわけではない。⁽⁴⁾

抗えない力(絶対的強制)を用いて他の者を投擲石代わりに窓ガラスにぶつけ、これが碎けるとか、調教された犬を被害者にけしかけ、この者が咬まれるといった場合、利用された人、物(犬)には「意思によって支配可能な行為」(刑法における行為概念)が認められないので、利用者、つまり、背後者が直接正犯者であって、間接正犯者ではない。⁽⁷⁾

複数の者が所為を「共同で」遂行する場合、その各人が構成要件を自分の手で、すなわち、自ら充足していても、これらの者は**共同正犯者** (Mittäter) である。⁽⁸⁾ このことは未遂の開始に意味を有する。⁽⁸⁾

刑法理論的には、直接正犯(単独正犯)の基本的構成要件該当性の有無が問題となり、これが否定されると、間接正犯の成否が問われ、さらに共同正犯の成否が問われ、最後に共犯(教唆・幫助)の成否が検討されることとなる。

第2章 注

(1) Vgl. W. Botke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 44 (「自分の足」を使って人を殺害することも含める意味で自分の身体的に捉えろ。W. Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, 42 ff. (結果を正犯者の業と理解しなければならぬという客観的帰属論は所為支配論を表している。所為実行の自手性が認められるにもかかわらず実質的に見ていわゆる「行為支配」の意味での所為支配が認められない場合がある。例えば、当人は何らかの従属的態様の活動をしなければならぬ、依存的であらねばならない、奉仕的機能果たさねばならない等。所為の「主」になることを妨げ、所為の「下僕」にするということが要点である。例えば、料理人が異国風のサラダを用意したところ、それには毒果実が入っていたが、給仕はそれが毒果実であることを認識しながら、しかも、誰もが容易に毒果実であることを認識できたのだが、そのまま黙って客に提供し、それを食べた客が死んだという場合、給仕の行動はそれ自体奉仕的性質のものである。注文を受け、料理人に伝え、それから食事を提供する。何らかの独立の機能が給仕に認められない。社会学で云う「無の人 (Nullperson)」、いわば「居合わせていない者」である。給仕はその普通の活動においては刑法第27条の「援助する」の意味における奉仕的行為しかできない。したがって、給仕は、本来の構成要件行為への補助、例えば、料理人の故意の殺人行為への補助者ではない。同じことは、開封したら爆発する仕掛けの爆発物が入っていることを知りながら配達する郵便配達人、乗用自動車の運転者が全く運転不能であることを認識しながらガソリンを給油するガソリン販売店の給油係員にも云え(2)。

(2) Krey/Esser (Fn. I-28), § 26 Rn 871; Kühl (Fn. I-30), § 20 Rn 36 ff.; Roxin (Fn. I-27), § 25 Rn 38; B. Weisser, Täterschaft in Europa, 2011, 32; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. I-130), § 16 Rn 758. ドイツ刑法第25条第1項は「犯罪行為を自ら……遂行する者は、正犯者として罰する。」と規定して、不法構成要件を自らの手で実現する者を正犯者としている。ドイツ連邦通常裁判所は、この規定と矛盾する極端主観説を依然として明確には放棄していないものの、実質的には「スタシンスキー事件」(参照、第1章第2節2Bb)と類似の西ドイツへの逃亡者に発砲した東ドイツ内国境警備兵を正犯者として処罰し、補助者に過ぎないわけではないとしたので(BGHSt 39, I, 31; 40, 218, 232; 45, 270 (296)). 参照、第3章「この事件に関する判決は「スタシンスキー事件」判決から距離をおいたものと理解されてい²⁹。

(3) S. Trechsel, P. Noll, Schweizerisches Strafrecht AT 1, 6. Aufl., 2004, 206.

(4) BGHSt 4, 20; Jescheck/Wengend. (Fn. I-10), § 63 II 3; Kühl, I-30, § 20 Rn 36; Otto, (Fn. I-154), § 21 Rn 54.

(5) *Jahobs*, (I-75), 21. Abschn Rn 62; *Krey/Esser*, (I-28), § 27 Rn 872; *Kühl*, (I-30), § 20 Rn 37a; *Dagegen Mauraach/Gössel/Zipf*, (Fn. I-122), § 48 Rn 49 (間接正犯)。但し *Mauraach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht AT*, T. 2, 8. Aufl., 2014, § 48 Rn 16 (ランチコフスキー執筆) は直接正犯説を採る。鉄道駅のプラットホームで甲が丙に向かってこを突き飛ばし、これによってこは軌道上に転落して進入してきた列車に轢かれたという場合、甲に起因する因果経路において、こは単なる自然因であり、全体事象は因果的に決定されている見ることができるので、甲は直接正犯者である。

(6) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 26 Rn 872; Vgl. BGHSt 14, 152 (犬が旧第223条(危険な傷害罪)の危険な道具に当るか否かが専ら問題とされた事案であるが、人による傷害行為が正犯となる)とが暗黙のうちに前提とされている)。

(7) これに対して、西原春夫『刑法総論下巻』[改定準備版] 1993・359頁は、刑法的行為能力のない者の行動を利用する場合が、「間接」正犯の名に値するかどうかは問題があるとしながら、間接正犯も正犯の一態様であり、その刑法的取り扱いに差別が生じないから、およそ他の「人間」の運動を利用する場合を広く間接正犯と称して差し支えないとする。同旨、大谷實『刑法講義総論』[新版第5版] 2019・143頁。

(8) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 26 Rn 872.

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 二人の者が同一の犯罪に関与するとき、所為を他の者を介して遂行する者、具象的に表現すると、自己の所為のために他人の手を利用する者も正犯である。これが「間接正犯者(Mittelbarer Täter)」であり、背後者(≡利用者≡黒幕)(Hintermann)とも呼ばれる。道具として利用される行為者は「所為媒介者(≡被利用者≡中間者(Tamnitler))」⁽²⁾、「道具としての人(Menschliches Werkzeug)」又は「前面者(Vordermann)」とも呼ばれる。所為媒介者は所為を自分の手で実行することで、「自分の手を汚す」が、背後者は表面に出ず、自分のために「仕事」を

してもらい、「その犯罪とは無関係」だと主張する⁽⁵⁾。しかし、一定の要件が具備されるなら、所為媒介者が、道具によって遂行された所為の正犯者としての罪責を免れることはできない。結局、間接正犯者とは、背後者として、道具としての人を利用して犯罪行為を遂行する者である⁽⁶⁾。

2 間接正犯の正犯性 犯罪理論史上、間接正犯という法形象は元來処罰の間隙を埋める役割を果たしたにすぎなかった。すなわち、間接正犯という法形象によって共犯の厳格（極端）従属性（共犯は正犯が構成要件該当・違法・有責な場合に成立する）に鑑み教唆の廉での処罰ができない場合を捕捉しようとしたのである。例えば、精神病者を利用して人を殺させた場合、限縮的正犯者概念から出立すると利用者は正犯ではなく、そうかといって教唆犯でもなく、無罪だということになる。ここに間接正犯概念の必要性があったのである（消極的根拠づけ）。しかし、今日、正犯は、間接正犯の形態であっても単に間隙を埋める役割を果たすに過ぎないのではなく、共犯に対して優位に立つに至った。共犯の制限従属性によれば教唆としての構成が可能な場合であっても、背後者を間接正犯者として構成することが優先されるのである（積極的根拠づけ⁽⁷⁾）。

わが国では、間接正犯を否定的に捉える見解があるものの、今日、間接正犯肯定論が支配的である。もともと、その根拠づけには異なった見解がある。

A 間接正犯無用説

a 共犯独立性説を基礎とする無用説 共犯独立性の立場からは、教唆犯、従犯の犯罪性及び可罰性を正犯の実行

行為とは関係なく論じられるので、従来間接正犯と解せられている場合はすべて共犯又は共同正犯と解せられこととなり、間接正犯の概念は無用となる。⁽⁸⁾「簡明に、人の行為を利用して、罪を犯す場合はすべて共犯に属するのであるとして見ると、共犯と正犯とは、その実体において趣を異にするところがない」「従属性論と共に間接正犯論も捨てることとが事理の理解を簡明ならしめる」⁽⁹⁾。しかし、本説は、正犯概念が共犯概念に先行すべきところ、共犯概念を前提として、間接正犯の存否を論ずるもので、妥当でない。⁽¹⁰⁾今日、本説の支持者は見られない。

b 拡張的正犯概念と共犯の嚴格従属性の結合説 本説は、伝統的な共犯の嚴格従属性を維持したまま、構成要件の実現に対して何らかの条件を与えた者が正犯であると捉え、正犯の範囲を広げ、とくに法律により正犯から除外された者（共犯）だけがその例外をなすとするので、間接正犯を全て（直接）正犯と捉えることによって、間接正犯概念を無用のものとする。⁽¹¹⁾今日、本説も支持者は見いだされない。

c 限縮的正犯概念を基礎とする間接正犯無用説 今日、わが国では共犯独立性説や拡張的正犯概念から間接正犯概念を消極的に捉える見解はほとんど見られないのであるが、しかし、限縮的正犯概念を基底とする間接正犯無用論が有力に唱えられている。⁽¹²⁾本説によれば、間接正犯という概念は、正犯に関する限縮的正犯概念及び共犯に関する極限従属形式から生ずる処罰上の空白を埋めるために、つまり、「従属犯説の破綻を救う」ために考案されたものである。それはいかにもみずから犯罪を実行するものではないが、責任のない者（例えば、責任無能力者）その他をいわば道具として自分の手足のように使って自分の犯罪意思を実現するのだから、価値的には自分で実行する直接正犯と同じ扱いをしてもさしつかえないと理由づけられるが、犯罪として刑罰を科される行為は、まず刑法各本条に限定されており、それ以外に処罰されるのは共犯規定に該当する場合に限るという罪刑法定主義の原則を堅持するかぎり、正犯でも共犯でもないものを価値的に正犯と同価値だからというだけで正犯として処罰することには無理がある。⁽¹³⁾近時

は、「行為支配」(Tatherrschaft)という観念によって間接正犯をを根拠づける試みがあるが、この観念は戦前に責任の有無判定の基準として提案されたものの、あまりに漠然としているというのではほとんど問題にされなかった観念の焼き直しであって、それが責任より遙かに細かい解釈問題である正犯と共犯の区別基準として役立つとは思われない¹⁴⁾。共犯の制限従属形式から出立して、可罰的違法類型(構成要件)を完全に実現しない他人の違法行為についても可罰的共犯が可能だとする立場をとれば、制限従属形式をとってもなくなるとされた間接正犯の諸場合(例えば、暴力団の親分が絶対的服従の関係にある子分に競争手を襲撃し殺傷するよう指示した場合)、共犯のなかに解消できると¹⁵⁾。しかし、本説は、實際上、正犯の可罰性の範囲を狭めようとした結果、逆に共犯の可罰性の範囲を拡大させるのであるが、理論的には「正犯なき共犯」を認めざるをえなくなるところに問題がある¹⁶⁾。本説は、罪刑法定主義上、間接正犯を認めることに問題があるというのであるが、しかし、間接正犯の明文の規定がなくとも、自己の身体を使うばかりでなく、自己の意思どおりに他人を利用して実行行為を行うことも可能であるから、事実的、規範的観点からこの場合も(間接)正犯として扱うことに問題はない¹⁷⁾。

B 間接正犯肯定説 間接正犯の理論的根拠に関して一致した見解があるわけではない。わが国では、大別すると、三説が見られる。

a 実行行為説 本説によれば、他人を道具として利用することによって、犯罪を実現する場合が間接正犯である。間接正犯は、制限的(限縮的)正犯概念に立脚し、共犯の極端従属形態(極限従属形式)を採用する立場から生ずる不可罰の場合の不都合さを避けるために、二次的・補充的なものとして考案された弥縫策であると理解されるべきでなく、規範的観点において、直接正犯と同視されるべき、その本質的性格の認識によって生成された観念である¹⁸⁾。間

接正犯の正犯的性格の実体は、その場合に、直接正犯と質的に異ならない実行行為性が認められること、すなわち、背後の利用者の行為には、主観的には、実行の意思が備えられ、客観的には、被利用者の利用に一定の犯罪を実現する現実的な危険性が見出されることにある。本説は、利用行為の「定型性」という概念に不明確性が伴うことから、「定型性」を明確にするために利用行為の「現実的危険性」で補充するのである。しかし、共犯（教唆・幫助）行為といえども結果を発生させる危険性という点では正犯行為に劣らず危険があるのであるから、正犯の規準である「現実的」危険性を共犯行為の「非現実的」危険性から区別することは現実には困難であると云えよう。⁽²⁰⁾

b 規範的障害説 本説によれば、間接正犯とは、他の人間を自己の犯罪の実現に利用する場合であって、これを器具あるいは動物と同じように一方的に利用する点において、共犯と異なる。⁽²¹⁾ 共同正犯は正犯の一態様であるから、間接正犯の成立範囲は、非共犯性と正犯性の両面から追及し、しかも両者の合致したところにその限界がある。抽象的に云うと、その限界を画する基準は、利用される他人が規範的に見て犯罪実現の障害になるか否かという点にある。法秩序は、責任能力のある者に対しては違法行為を避け、適法行為に出ることを期待している。この期待可能な者、換言すると、悪しき行為動機に対して良き行為動機を形成しこれを駆逐する能力を持ち、その能力を発揮する状態にある者が介在した場合、法秩序の立場からは、それは犯罪実現の規範的障害となる。他の人間であっても、それが規範的障害たりえない場合、その利用は自らの手で犯罪を実現すると同様であり、そこに正犯性が認められる。⁽²²⁾ 本説は、一般に共犯の嚴格従属性を前提としつつ、間接正犯の場合についての非共犯性を論ずるものである。しかし、論理的には、正犯概念が共犯概念に先行すべきであり、この点で、本説は問題を含んでいる。⁽²³⁾ この点は別としても、「規範的障害」を判断する規準としての適法行為の「期待可能性」だけで、間接正犯の成立範囲を画するのは不十分と云うべきであろう。⁽²⁴⁾

c 行為支配説 本説は、縮限正犯概念（限縮的正犯概念）の前提を維持するものの、自己の手による実行に換えて「構成要件該当の行為支配」をもって正犯概念の規準とする。これによると、自分自身の挙動によったかどうかは事実的な態様であつて未だ法的に重要でなく、一定の所為が彼の「はたらき」と云えるかどうかが法的に意味をもつ。すでに事実的には道具を使用する態様、動物を使用する態様も利用者のはたらきと見られる以上、ひとの挙動を利用する態様も利用者のはたらきと見ることは一概に否定されない。他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配するとき、他人の挙動を自己のはたらきと見ることができるといふ。共犯は他人の意思支配を通じての間接の結果到達であるのに対し、正犯は意思支配を持たぬ他人を道具とする直接の結果到達である。行為支配には「事実的」側面と「規範的」側面があるが、この点で、犯罪事実の支配、とくに優越的支配の有無という行為支配的な考え方が基本的に有用であり、それは「事実的な」行為支配であると論ずる見解も見られる。⁽²⁶⁾さらに、正犯とは、違法事実の実現について主導的役割を演じた者であるということから出立して、行為支配といつても、因果過程を思うままに左右することまでは必要とされず、実現事実を第一次的に帰せられるべきものとされる程度に大きな役割を演じればそれで足りるとする見解も見られる。⁽²⁷⁾なお、正犯とは、構成要件を実現する現実的危険性のある行為を自ら行うこととことから出立して、間接正犯につき、形式的には実行行為性説が妥当であるが、しかし、実質的には、利用者が被利用者の行為を自己の意思に基づいて支配し、所期の目的を実現する点に間接正犯の根柢があるので、行為支配説が妥当とする見解もある。⁽²⁸⁾

3 意思支配としての間接正犯 間接正犯に関して、ドイツでは、所為支配説が学説だけでなく判例でも支配的となった。連邦通常裁判所は、遅くとも「シリウス事件」判決⁽²⁹⁾（後出、本章第2節4）と「猫王事件」判決⁽³⁰⁾（後出、本

章第3節1)以来、間接正犯者の所為支配を要求している。この所為支配は学説では「意思支配 (Willensherrschaft)」と呼ばれる。背後者が事態の「中心人物」であり、道具が中心人物なのではない。背後者が、その優越的認識又は優越的意思によって、道具による犯罪行為の遂行を支配し、道具を意のままに動かさねばならない。所為媒介者は、構成要件を自らの手で実現するが、劣位にあらねばならない。背後者は、他人の介在にもかかわらず、所為事象を自分の意思によって支配しなければならぬのである。³¹⁾ 例えば、道具としての人が、欺罔されたために故意を有することなく行為をするか(いわゆる強要支配)、正当化される行為をするか、脅迫されたために免責緊急避難行為をするか(いわゆる錯誤支配ないし認識支配)、又は、責任無能力状態で行為するといった場合、背後者はこういった事情を道具としての人を制禦するために利用するのである。³²⁾

間接正犯においては、背後者として所為支配を有する者のみが正犯者である。これに対して、道具としての人は当該故意犯の正犯とはなりえず、不処罰か、場合によって過失犯が成立するに過ぎないか、故意犯への幫助に過ぎないか、又は、間接正犯者によって遂行された犯罪よりも軽い他の犯罪で処罰されるに過ぎない(参照、本章第2節)。それ故、その者自身故意犯の正犯者として可罰的である場合、「道具としての人」の背後にいる背後者を「正犯者の背後の正犯者」と呼び、所為媒介者に故意の直接正犯、背後者に間接正犯を認めることには疑問がある(参照、本章第3節)。

したがって、間接正犯の基礎にはいわゆる「答責原理 (Verantwortungsprinzip)」がある。³⁴⁾ これは、背後者が事実的にも規範的にも道具としての人を支配していることを要求する。間接正犯者は所為遂行のために、故意に他人を道具

として悪用するのである。直接的に行為する者が自ら故意犯の正犯者としての責任を負えるなら、この者が同時に背後者の「道具」とはなりえないのである。なるほど直接的に行為をするが、しかし、自らは自分の行動に当該故意犯の正犯者としての責任を負えない場合にはじめて、この故意犯罪は、背後者にその支配的役割に基づき、あたかも道具を利用することなく自分の手で遂行したかのように、自分の所為として帰属されることとなる⁽³⁵⁾。したがって、犯罪の成立要件(構成要件該当性、不法及び責任)はすべて背後者である間接正犯者と関連づけられねばならないのである⁽³⁶⁾。

第2節 間接正犯の諸形態

本節では、所為媒介者を分類した上で、間接正犯の成立する範囲を検討する。

1 故意なき行為をする道具

故意なく行為をする所為媒介者は、所為状況を認識していないか誤った認識をしているので、どういう状況の下で行為をしているかの認識を有しない(所為状況の錯誤)。こういった錯誤に陥っている所為媒介者を優越的認識に基づき支配するのが状況を見通している背後者である(いわゆる錯誤支配)。

先ず、欺罔行為をするとか錯誤状態を悪用する場合がある。背後者が所為媒介者に錯誤を生じさせた場合、間接正犯が認められる。

〔設例1〕医師甲は、患者丙用の注射器に致死性の毒物を混入したにもかかわらず、看護師乙に無害の鎮痛剤が入って

いると騙して渡した。丙はその注射を射たれて死亡した。

〔設例2〕乙は追い込狼のとき、勢子丙を薄明かりの中で鹿と間違えて射殺した。この錯誤を生じさせたのは甲だった。甲はその憎んでいた丙を殺害するための道具として乙を悪用したからである。(クライ／エッサーの設例)

〔設例3〕食堂の客甲は同食堂の乙に、携帯品置き場に客丙が吊り下げていた外套を自分の物だと偽って、渡してもらった。

これらの設例において、乙は殺人罪ないし窃盗罪の客観的構成要件を実現したが、殺害することの認識ないし窃取の認識がないので、構成要件的錯誤があり、これらの構成要件によって処罰されることはない。乙は場合によって過失致死罪に問われるに過ぎない(過失窃盗罪は存在しない)。甲は乙の構成要件的錯誤を利用したので他の者を介した殺人罪ないし窃盗罪を遂行した。殺人行為の際、乙に殺害の認識はあったがその意欲はなかった場合、つまり、認識ある過失の場合ですら、乙は結果の発生を意欲していないので、故意の意欲の面で、つまり、生命という法益を侵害する決意の面で、甲が乙に優越する。結局、背後者だけが事実的にも規範的にも事態を支配していると云える。⁽³⁷⁾ 道具として悪用された乙には、故意殺人罪ないし窃盗罪の正犯者としての答責性は認められず、殺人ないし窃盗は背後者としての甲に自己の犯行として帰属される。甲には間接正犯形態の殺人罪ないし窃盗罪が成立する。⁽³⁸⁾

背後者が所為媒介者にすでに存在する錯誤を利用した場合(参照、「設例5」)も、背後者は「盲目的」所為実行者への錯誤支配を有する。⁽³⁹⁾ その際、所為媒介者に過失があるか否かも問われない。⁽⁴⁰⁾ 所為媒介者に過失犯に関する正犯が認定されても、背後者が引き続き優越的認識により所為媒介者を制禦していると云える。所為媒介者に過失があると

いうことは、過失行為が回避可能であつて、その廉で道具としての人が非難に値するということを意味するに過ぎない。

次に、「部分的間接正犯」という形態が考えられる。所為媒介者が、事情を良く知らされていないため、構成要件的錯誤のためより軽い犯罪を遂行すると思つていたが、実際にはより重い犯罪を故意なく遂行すべく悪用される場合である。

〔設例4〕甲は乙に毒物を渡し、これを丙の紅茶に注いでほしいと依頼した。乙は、毒物が致死性であることを甲の欺罔行為により知らなかった。乙は犯行を実行するが、その際、丙に傷害を生じさせるに過ぎないと思つていた。実際には丙は死亡したので、乙は驚いた。(クライ／エッサーの設例)

乙には、殺人の故意が認められないので、殺人罪は成立しないが、傷害致死罪は成立する。しかし、甲には故意なき道具を利用したことによつて間接正犯の形態の殺人罪が成立する。⁽⁴⁾乙には殺人の故意は無い。乙の構成要件的錯誤を甲は悪用したのである。傷害に関して、甲は乙を唆しているので教唆に間擬される。この点では、乙は故意なき道具とはいえない。この共犯は殺人の間接正犯と観念的競合の関係にある。このように間接正犯は「部分的間接正犯」という形態をとることもある。このことは、正犯者概念が構成要件関連の所為支配 (Tatbestandsbezogenheit des Täterbegriffs) と結びついていることからの帰結であるし、これにより可罰的正犯者のいない殺人という的外れの結論が避けられる。⁽⁵⁾

さらに、事情を知らない他の者を唆す場合だけでなく、背後者が、故意なき道具の所為遂行に当って表面上は手助けをする行為でこの者を悪用する場合も、故意なき道具による間接正犯は可能である。

〔設例5〕狩猟の際に、甲は、乙が鹿だと誤想して勢子の丙を撃とうとしているのに気づいたところ、甲は丙を憎んでいたので、薄明かりの中で自分の猟銃を探していた乙にそれを手渡し、乙は丙を射殺した。乙は自分の錯誤に気づいて驚いた。(クライ／エッサー等の設例)

〔設例6〕甲は、乙が所有権の帰属状況に関して錯誤の陥っており、相続したと誤信した家具を破壊しようとしているとき、このことを知りながら乙に斧を貸す。(シュトラーターテンヴェルトの設例)

〔設例5〕では、乙には殺人の故意がなく、過失致死の罪責を問われるのに止まる。これに対して、甲には間接正犯の形態の殺人罪が成立する。乙に丙殺害の故意があったなら、甲は客観的には幫助行為をしたに過ぎないが、そのことは重要でない。⁽⁴³⁾この援助の場合も、唆しの場合と同様に、事実的にも規範的にも、背後者の所為支配が認められる。なるほど、甲は乙に所為決意を生じさせておらず、乙を支援したに過ぎないが、しかし、乙は「自分のすることが分かっていない」ので、甲の優越的認識が甲を「所為支配者」にしている。甲は「盲目の」所為実行者を錯誤支配しているのである。乙に殺人罪は成立しないので、その所為は甲にその犯罪として帰属されねばならない。さもないければ、「殺人者なき殺人」となってしまう。⁽⁴⁴⁾同様に、〔設例6〕では、乙には物の「他人性」に関する認識が欠如するので、物の損壊罪の故意がない。背後者甲の事実的、規範的所為支配が認められる。⁽⁴⁵⁾

2 適法行為をする道具

構成要件の段階だけでなく、違法性の段階でも間接正犯の成否が問題となる。所為媒介者は構成要件該当の、しかし、適法行為をするが、それにもかかわらず背後者が被利用者を介して違法な犯罪行為をしようするのである。その典型的例は、騙された公務員（警察官、裁判官）を道具として悪用する間接正犯である。

〔設例7〕無実の丙を懲らしめるために、甲は虚偽の事実を告げるとともに証拠を捏造することによって警察官乙に丙を緊急逮捕させた。

乙は故意で逮捕監禁罪の客観的構成要件を充足した。しかし、甲の欺罔行為の故に、丙に緊急逮捕要件（刑法第210条）が具備されているとき、乙の行為は違法性が阻却される。しかし、問題なのはこの適法行為でなく、背後者の行為の違法性が問題となる。すなわち、甲が適法に行為する乙の錯誤を悪用したところに、つまり、単に乙に行為をするように仕向けたというところではなく、事態をよりよく認識しているところに甲の所為支配が認められる（優越的認識）。乙は法令上、悪意の甲が目的としている行動をとらざるを得ない。甲には正当化事由がないのであるから、その所為も違法である。甲は適法に行為する乙を道具として故意に悪用している。甲は逮捕の要件が具備されていないことをも知っているのであるから、甲に逮捕監禁行為がその犯罪行為として帰属されねばならない。さもなければ、乙は「犯罪者なき犯罪」としての逮捕監禁の被害者になってしまう⁽⁴⁶⁾。もとより、真実を告げることにより警察官に逮捕させる者に逮捕監禁罪の間接正犯が成立することはない⁽⁴⁷⁾。

次に、いわゆる「訴訟詐欺」も「設例7」と同様に考えられる。

〔設例8〕甲が丙に請求権がないにもかかわらず1000万円の支払いを求めて訴訟を起し、証拠方法を捏造して裁判所乙を騙し、勝訴した。

甲には、乙を騙して「適法な道具」として悪用したことにより、間接正犯の形態の詐欺罪が成立する。乙は騙されたことにより錯誤に陥り、丙の財産を処分したのであり、敗訴した丙は被害者である(三角詐欺)。善意の、適法な財産的処分権限を有する裁判所を故意に悪用したため、甲に裁判所の財産的処分行為が自己の財産的処分行為のように帰属されねばならない。甲は、悪意だったのであるから、裁判所とは異なり、適法に行為しているのではない。甲を処罰することは、実体に適っており、これにより「詐欺犯人なき詐欺」という的外れな結論を避けることができる。⁴⁸⁾

所為媒介者の正当防衛状況や緊急避難状況を利用する間接正犯という形態も可能である。⁴⁹⁾

〔設例9〕甲は、「消して」しまいたい精神病患者丙を挑発して、乙を攻撃させる。乙は丙に反撃して丙を殺害する。(ヴェルツェルの設例)

甲には間接正犯の殺人罪が成立する。甲は意図的に、被侵害者乙が侵害者丙に対する防衛行為をせざるを得ないような正当防衛状況におき、実際に、甲が望んだようにそれが実現したからである。もっとも、因果経路は丙、乙を通

して進行するのであるから、背後者は両者を道具として支配しなければならない。つまり、一方で、被侵害者乙は侵害者丙に対し防衛せざるを得ない状況におかれる必要がある。他方で、侵害者は間接正犯者に対して劣位にいなければならない。したがって、侵害者が精神病者のときには背後者の間接正犯が肯定されるが、そうでないとき、例えば、侮辱があったと嘘をつかれ、侮辱者とされた者へ反撃するように唆された者は動機に錯誤があるにすぎないので、背後者の間接正犯は否定される。⁵⁰ 違法に攻撃を受けた者に防衛行為の助言をしたり、防衛行為の助っ人をしたりした場合、この助言者・助っ人に被侵害者の救助でなく侵害者をやっつけることに関心があった場合でも、適法な主犯への共犯が成立することはない。悪しき心情だけでは適法な主犯への共犯を違法とすることにはならないのである。⁵¹

公務員間において、上司がその部下に内容的に違法な拘束力のある命令によって犯罪へ誘致するとき、上司の間接正犯の成否が問題となる。なるほど、基本的には、違法な命令が拘束力を有することはない。しかし、上司がその内容が違法である命令を下し、その違法性の認識のない部下が当該命令を遂行する場合がある。かかる場合、部下の行為が正当化されないとするなら、部下は、一方で、服従義務を課せられ、他方で、法によってまさに禁止されている行為をすることとなり、解決不能の矛盾が生ずるのだが、服従義務が優越する限り、部下の行為は正当化される。しかし、不法（不正）が法（正）に転化するわけではない。指図をする上司の行為は外的法関係において違法であるが、部下の行為だけが内的法関係において生ずる服従義務に基づいて正当化されるのである。法律上命令に瑕疵のあることを知っている上司に間接正犯が成立する。⁵²

ドイツの裁判例には、車道座り込みによる自動車交通の妨害が間接正犯を成立させるか否かが問題とされた事案が

ある。

【裁判例】 BVerfG (I. Senat), Beschluss vom 07.03.2011, NJW 2011, 3020 「座り込み封鎖事件」(アメリカのイラク侵攻作戦に反対して、フランクフルト・アム・マイン近郊の米軍基地前でそこに通ずる車道に座り込んだ示威運動参加者たちが、心理的強制によって停止している最前列の自動車運転者を道具として利用することで、後続車両の走行を停止させたことが、間接正犯の形態での強要罪が成立するかが問題とされた。約40人の示威運動参加者の中一人が起訴された事案)。連邦憲法裁判所は先ず、「示威運動参加者がドイツ刑法第240条(強要罪)の定める「暴行(Gewalt)」を振るったかについて、間接正犯(刑25条1項)と関連して次のように説示した。「示威運動参加者らの行為の刑法第240条の構成要件該当性は、示威運動参加者が自らの手で暴行を働いたことによる直接正犯ではなく、所為媒介者としての最前列の自動車運転者が後続自動車の運転者らに暴行を働いたこと、このことが示威運動参加者に帰属されるところにある。……二列目及びその後続自動車の運転者にとって、最前列の自動車障害となつては、それが自動車運転者自身による停止によるものなのか、第三者の心理的影響によるものなのかはどうでもいいことである」。続いて、同裁判所は、所為支配について次のように説示した。「示威運動参加者らは車道に踏み入ること以最前列の自動車運転者を、それ以上の行動をとる必要もなく、目的どおりに法的板ばさみの状態においた。すなわち、法秩序によって課せられた刑罰を伴う義務、例えば、身体、生命を保護するための第212条(故殺罪)、第224条(危険な傷害罪)、第226条(重い傷害罪)の義務を示威運動参加者の意思に依って後続自動車運転者の意思活動の自由を侵害する以外には解消できない。したがって、後続自動車運転者らとの関係で最前列の自動車運転者には刑法第34条の定める正当化緊急避難が成立し、可罰性が否定されるが、示威運動参加者らはこれに直接の責任を負う」。

本決定に対し、学説は批判的である。本決定は、被告人がその心理的強制だけで停止させられた最前列の自動車運転者を、後続自動車運転者らに対する越え難い物理的障害物を構築する手段として利用したということ、ここから強要を手段として正当化緊急避難状況におかれた者を利用した間接正犯の一例と見ている。しかし、この根拠づけは疑わしいと指摘される。なぜなら、正当化状況は強要や錯誤によって生じた場合にのみ間接正犯の成立が考えられるのだが、本決定において、最前列の運転者に対して強要罪の定める強要が無いにもかかわらず、間接正犯の意味での所為支配があったと見ることの説明がないからである。⁽⁶⁹⁾

第3章 注

- (1) R. Frank (I-48), 106 ff.; F. v. Liszt, Eb. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, 168, 315 ff.
- (2) Jescheck/Weigend, (Fn. I-10), § 62 I, II: Kühl (Fn. I-30), § 20 Rn 39.
- (3) Jakobs, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 62 ff.; Jescheck/Weigend, (I-10), § 62 I, II: Kühl, (I-30), § 20 Rn 39.
- (4) J. Kasper, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2020, § 6 Rn 37.
- (5) Kühl, (Fn. I-30), § 20 Rn 39.
- (6) Krey/Essey, (Fn. I-28), § 27 Rn 873.
- (7) Vgl. Jescheck/Weigend, (Fn. I-10), § 62 I 1.
- (8) 木村 (I-104) 398頁。
- (9) 牧野 (I-109) 712頁、713頁。
- (10) 福田 (I-137) 264頁。
- (11) 参照、竹田直平「間接正犯」立命館学叢4・8 (1933) 53頁以下。
- (12) 浅田和茂『刑法総論』2005・431頁、佐伯 (I-139) 341頁以下、中山研一『刑法総論』1982・474頁以下。
- (13) 佐伯 (I-139) 343頁以下。

- (14) 佐伯 (I-139) 345頁以下。
- (15) 佐伯 (I-139) 346頁。
- (16) 参照、井田良 『犯罪論の現在と目的的行為論』 1995・175頁以下、山口厚 『問題探求刑法総論』 1998・238頁以下。
- (17) 参照、大谷實 (II-7) 140頁。なお、改正刑法草案(1974年)は、第26条第1項に、「みづから犯罪を実行した者は、正犯である。」として、直接正犯の規定を、同第2項に、「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする。」して、間接正犯の規定を設けた。
- (18) 大塚 (I-113) 159頁以下。
- (19) 大塚 (I-113) 160頁、同 『間接正犯の研究』 1958・118頁以下。同旨、内田文昭 『刑法I(総論)』〔改訂版〕 1986・288頁以下、川端博 『刑法総論講義』〔第3版〕 2013・541頁 『間接正犯が正犯であるためには、直接正犯と異なる構成要件実現の現実的危険を含んでいることを要する』、佐久間修 『刑法講義(総論)』 1997・74頁、團藤 (I-113) 113頁、福田 (I-137) 262頁、前田雅英 『刑法総論講義』〔第5版〕 2011・120頁 『直接正犯と同視しうる結果発生の危険性を有する行為』。
- (20) 参照、井田良 『講義刑法学・総論』〔第2版〕 2018・479頁。
- (21) 西原 (II-7) 357頁。
- (22) 西原 (II-7) 358頁以下。同旨、植田 『共犯の基本問題』 1952・73頁以下、曾根威彦 『刑法総論』〔第4版〕 2008・236頁、中義勝 『講述犯罪総論』 1980・193頁、229頁、野村稔 『刑法総論』 1977・405頁、山中敬一 『刑法総論』〔第3版〕 2015・866頁、869頁。
- (23) 参照、大塚 (I-113) 159頁、川端 (III-19) 542頁。
- (24) 高橋則夫 『刑法総論』〔第4版〕 2018・435頁。
- (25) 平場 (I-145) 150頁以下。
- (26) 高橋 (III-24) 436頁。
- (27) 井田 (III-20) 480頁、488頁。
- (28) 大谷 (II-7) 141頁、なお、山口厚 『刑法総論』〔第2版〕 2007・68頁以下。
- (29) BGHSt 32, 38.
- (30) BGHSt 35, 247.

- (31) Kühn, (Fn. I-30), § 20 Rn. 40.
 - (32) Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn. 874.
 - (33) Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn. 876.
 - (34) R. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungsstypus im Strafrecht, 1985, 347 ff., 351; *Jakobs*, (Fn. I-75), 21, Abschn. Rn. 63 「道具は故意犯の構成要件実現を回避するものが妨げられ、帰属すべきならぬので、」の妨げにこのことは間接正犯者が管轄する。つまり、間接正犯は「このは所為媒介者の完全な答責のあり（故意かつ有責の）行為の場合にはありえない」。; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 I, 2, 3, II 5, 8, V. *Krey*, Examensklausur Strafrecht, Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes, Jura 1979, 316, 325; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn. 880; *M. Mairwald*, Literatur Bericht, Strafrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, ZStW 93 (1981), 864 ff., 892 f.; *G. Stratenerth*, Schweizerische Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2011, § 13 Rn. 20; 回論「BGHSt 2, 169 (170), 30, 363 (364) (間接正犯者)は、自ら正犯者として可罰的にならぬ他の者を介して所為を遂行する者である」。これに批判的なのは、BGHSt 35, 347 (353 ff.), 40, 218 (232 ff.); *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn. 87; *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn. 71 ff.; *G. Küper*, Mittelbare Täterschaft, Verbotstratum des Tätmittlers und Verantwortungsprinzips, JZ 1989, 935 ff., 948 ff.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn. 62, 79, 82; 回論「*Heinrich*, (Fn. I-59), 219 u. *Ch. Jäger*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 6 Rn. 241, 444 参照; 島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」2008, 88頁以下。
 - (35) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn. 21 Rn. 63, 94, 101, 103; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 I 2, 3, II 5, 8; *Krey*, (Fn. III-34), 325; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn. 880; *Stratenerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn. 52 ff.; *Kühn*, (Fn. I-30), § 20 Rn. 42, 参照; 山口(III-8), 69頁。
 - (36) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 I 3.
 - (37) *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn. 16.
 - (38) Vgl. BGHSt 30, 363, 364 f.; *Heinrich*, (Fn. I-59), 214 ff.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 17 ff.; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn. 21 Rn. 69 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn. 886; *Kühn*, (Fn. I-30), § 20 Rn. 52; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn. 63.
- 故意のない者を利用した場合にこそ、実行為説からは、構成要件要素としての故意がないとき間接正犯が成立する。團藤(1-113) 141頁。大塚(1-113) 161頁(過失行為を利用する場合も間接正犯が成立)、同旨、川端(III-19) 543頁、福田(1-137) 265頁。規範的障害説からも、看護師の過失、無過失を問わず、行為動機に対して反対動機を形成することができないとはいえないのではないかとの疑問がありながらも、結局、「非利用者」が現に過失に陥って犯罪事実を実現した場合、そこには利用者による被利用者の一方面的利用關係を認めることができるとして、間接正犯の成立が認められる(西原(II-7) 359頁以下)。同旨、曾根(III-22) 237頁。但し、野村

- (38) 407頁は過失行為を規範的障害とする。行為支配からも間接正犯が成立する。平場(Ⅰ-145) 151頁、大谷(Ⅱ-7) 143頁、高橋(Ⅲ-24) 438頁(過失のある者を利用した場合でも、優越的支配という犯罪事実支配がある)。間接正犯無用説からは、看護師の過失、無過失を問わず教唆犯が成立する。佐伯(Ⅰ-139) 355頁、浅田(Ⅲ-12) 431頁以下(被利用者に規範的障害が認められない場合、利用者は直接正犯であるが、被利用者に規範的障害(過失)が認められるときは教唆犯)。なお、中(Ⅲ-22) 235頁は、直接正犯と同等の確実性を保障し得ないことを理由に教唆犯とする。
- 大判大正11・4・1刑集1・194(他人を錯誤に陥れて倉荷証券に虚偽の記入をさせた者は、有価証券虚偽記入罪の間接正犯)、最決昭和31・7・3刑集10・7・955(他人の所有管理にかかる物件につき、管理処分権のない者が不法領得の意思をもってあたかも自己所有物のように装い、これを善意の第三者に売却搬出させる行為は窃盗罪にあたる)。
- (39) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 69, 72, 74; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 890; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 64; 大判明42・11・15録15・1580(情を知らない他人をして有効な乗車券なしに乗車をさせた者に「さ」鉄道営業法29条1項1号の無賃乗車罪が成立する)。
- (40) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 74; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 890; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 52; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 63, 65; (41) Vgl. BGHSt 30, 363, 364 f.; *Heinrich*, (Fn. I-59), 223 f.; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 67; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 75; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 892; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 66.
- 実行為説から、團藤(Ⅰ-113) 143頁注13も、甲(利用者)が屏風の背後にいる乙を殺す目的でそれを知らない丙(被利用者)に屏風を射つことを命じたとき、丙には器物損壊罪が、甲には殺人の間接正犯が成立する。青柳文雄『刑法通論Ⅰ 総論』1965・29頁、120頁注1。行為支配説からも、井田(Ⅲ-20) 491頁、高橋(Ⅲ-24) 438頁(甲には優越的支配があるので殺人罪の間接正犯が認められる)。大谷(Ⅱ-7) 144頁、山口(Ⅲ-28) 71頁。規範的障害説から、山中(Ⅲ-22) 872頁(甲には殺人教唆罪が成立する。ただし、器物損壊の程度があまりにも低く、可罰的違法性を欠き、「可罰的規範的障害」がないとき、殺人罪の間接正犯)、中義勝「間接正犯」1963・172頁以下。間接正犯無用説から、丙には規範的障害が認められるので道具とはいえず、甲は殺人の教唆犯、丙は器物損壊罪と過失致死罪の観念的競合)。規範的障害説から、西原(Ⅱ-7) 360頁は、甲が現住建造物であることを知りつつ非現住建造物であると偽って乙にその焼燬を教唆し、乙が非現住建造物だと誤信してこれに放火したという場合、結果として現住建造物放火となったところの同一の放火行為について故意があった以上、乙はすでに甲の道具たりえず、甲乙については共犯関係が成立し、共犯の錯誤の場合として甲については現住建造物放火の教唆犯、乙については非現住建造物放火の正犯の責任を認めるべきだとする。同頁、

野村(Ⅲ-22) 408頁。行為支配説からも同様の結論を導くのが、大谷(Ⅱ-7) 144頁。但し、規範的障害説からも、間接正犯を認める見解がある。曾根(Ⅲ-22) 237頁。なお、本設例につき、実行行為説から、大塚(Ⅰ-113) 162頁注22(甲には殺人罪の間接正犯(非現住建造物放火教唆罪との観念的競合))が、ここには非現住建造物放火罪が成立すべし。

(42) Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn 892; Kühl, (Fn. I-30), § 20 Rn 53; B. Schünemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2006, § 25 Rn 84.

(43) Freund, (I-51), § 10 Rn 58; Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn 894; Kühl, (Fn. I-30), § 20 Rn 52; Roxin, (Fn. I-27), § 25 Rn 64; a.A. Schmidhäuser, (Fn. I-22), 14/42.

(44) Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn 894; Kühl, (Fn. I-30), § 20 Rn 52. Dagegen Schmidhäuser, (Fn. I-22), 14/42; H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 89 ff. (自己答責の原則故に背後者が所為を引_レ起_ル支配_ハ必要)。

(45) Sraßenwerth/Kuhlen, (Fn. I-61), § 12 Rn 36.

(46) Jakobs, (I-75), Abschn 21 Rn 81; Jeschek/Weigend, (Fn. I-10), § 62 II 3; Krey/Esser, (Fn. I-28), § 27 Rn 895 f.; Kühl, (Fn. I-30), § 20 Rn 57 f.; Roxin, (I-27), § 25 Rn 68; BGHSt 3, 4 (5) L. 10, 306, 307; BGH NJW 1997, 951.

大判昭和14・11・4刑集18・497(被告人が警察署員に丙が阿片の密輸出をしていると虚偽の申立てを行い、情を知らない署員をして丙を留置場に拘禁せしめたという事案。監禁罪が成立)。本事案については、一般に「適法」行為を利用した間接正犯と解される。藤木英雄『刑法講義総論』1975・276頁、西原春夫『犯罪実行為論』1998・198頁、282頁。教唆犯説に、浅田(Ⅲ-12) 434頁(「のような誤認逮捕は、事後的に見れば「違法」行為であって、被告人は教唆犯、警察署員は無罪(過失による監禁)と解すべき)。その他、林幹人『刑法の現代的課題』1991・127頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』1975・362頁、中(Ⅲ-41) 155頁、山中(Ⅲ-22) 880頁、警察官や裁判官は、その職席上、偽証者の虚言を一応は疑い、その要求を拒むことができた。但し、偽証により死刑判決・執行させた場合、死刑執行自体は適法でも、偽証者の行為は違法であり、間接正犯が認められる)。なお、最決平成9・10・30刑集51・9・816(被告人は、国際宅急便を利用して大麻を密輸しようとしたが、航空貨物の税関検査の際、大麻の隠匿が発覚したため、麻薬特例法によるコントロールド・デリヴァーが実施され、捜査当局と打ち合わせた配送業者が貨物の宛先に配送し、それを被告人が受け取ったという事案)、「通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依

- 頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される。そうすると、本件禁制品輸入罪は既遂に達したものと認めるのが相当である。本事案につき、配送業者が事情を知った時点で、被告人には事実的支配がなくなっていたので、間接正犯の既遂ではなく、未遂が成立するといえよう。参照、山口(Ⅲ-28)73頁。
- (47) *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 27; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 43.
- (48) *Heinrich*, (Fn. I-59), 217; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 86; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 3; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 897; *Kuhl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 57 f.; *R. Rengier*, Strafrecht BT I, 14. Aufl., 2012, § 13 Rn 113; *Roxin*, (Fn. I-27), § 23 Rn 68; *P. Cramer, W. Perron, Schönke/Schröder* Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn 69.
- (49) 実行行為説からは、適法行為を利用するのは間接正犯。團藤(Ⅰ-113)143頁、大塚(Ⅰ-113)163頁。規範的障害説からも間接正犯が成立。西原(Ⅱ-7)361頁。ただし、規範的障害説からでも、教唆犯説がある。植田(Ⅲ-22)102頁以下(甲は丙を殺害する意図で丙に乙を攻撃させ、それに対するこの正当防衛を利用して、丙を殺害した場合、丙に対するこの殺人の教唆であり、丙は実行行為に出てくるから、この時点ですでに実行行為に従属して可罰的である。中(Ⅲ-22)236頁。行為支配説からも間接正犯が成立。高橋(Ⅲ-24)439頁。しかし、間接正犯無用説からは、他人の適法行為を利用するのは、他人に適法行為をさせるのではなく、自己の犯罪行為を実現するために他人の行為を利用するのであるから、違法性の相対性からしても、利用者の側からは違法行為の利用として、これを教唆と見るべき。中山(Ⅲ-12)47頁注5、佐伯(Ⅰ-139)356頁。
- 大判大正10・5・7刑録27・257(妊婦から堕胎の囑託を受けた者が、自ら堕胎手術を施したため堕胎の結果が生じないのに妊婦の身体に異常を来たし、医師によって胎児を排出しなければ妊婦の生命に危険を及ぼすおそれが生じたのに乗じ、医師をして妊婦の生命に対する緊急避難の必要上やむをえず胎児を排出するにいたらしめたという事案で、医師の正当業務行為を利用した同意堕胎罪の間接正犯が成立)。但し、この裁判例については、被告人は既に堕胎罪の実行の着手をしているので、因果関係の問題(第三者の行為の介入)であって、間接正犯の問題とはいえないと云える。平野(Ⅲ-46)362頁。山中(Ⅲ-22)880頁。参照、植田博「間接正犯」(阿部純二等編『刑法基本講座第4巻』1992・所収)79頁以下、86頁。最決昭和44・11・11刑集23・11・1471(麻薬施用者である医師に対し激しい胃痛腹痛を仮装して麻薬の注射を求め、疾病治療のために必要であると誤信した医師に麻薬を注射させた場合は、みずから麻薬を施用した者として麻薬取締法27条1項の麻薬施用罪が成立する)。
- (50) *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 28; *R. D. Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßiger oder unverbotten handelndem Werkzeug, 1967,

29. *Jeschek/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 3; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 59; *Sanson*, (Fn. I-157), § 25 Rn 81. 上記の限定をめぐって、*Maunach/Gössel/Zipf*, (I-122), § 48 Rn 72 f. なお、井田 (III-20) 49頁 (強制や錯誤の利用等) 背後者の正犯性を基礎づける特別の事情がある場合を除き、間接正犯は認められなく、浅田 (III-124) 34頁は「本文「設例9」で、丙が健常者である場合、丙にも乙にも規範的障害があるので、丙に対する殺人の(丙及び乙を道具とする)間接正犯ではなく、乙に対する殺人の教唆犯に止まるとする。中 (III-22) 236頁。なお、参照、林幹人「適正行為を利用する違法行為」(『團藤重光博士古稀祝賀論文集・第一卷』所収・1983) 244頁以下。
- (51) *Welzel*, (Fn. I-55, Strafrecht), 105.
- (52) Vgl. *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 29; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 50; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 59; Th. *Lenckner*, D. *Sternberg-Lieben*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbem. § 32 ff. Rn 89; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 58.
- (53) *Ch. Täger*, Wo Gewalt Recht hat, hat das Recht keine Gewalt, JA 2011, 553 ff., 554; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 59; vgl. *M. Jahn*, Strafrecht BT, Nötigung durch Sitzblockade, Jus 2011, 563 ff.