

間接正犯の正犯性に関する若干の検討

—刑事未成年者を利用する場合における実行行為説の有用性について—

秋山 栄一

目次

- I. はじめに
- II. 判例実務の状況について
 - 1. 判例実務の変遷
 - 2. 判例実務の判断枠組の特徴と成立の限界について
 - (1) 判断枠組の特徴
 - (2) 具体的限界
- III. 判例実務における実行行為説の有用性の検討
 - 1. 実行行為説の基本的思考
 - 2. 判例実務における実行行為説の位置づけ
 - (1) 正犯・共犯の判断の順序
 - (2) 成人利用の場合と実行行為説
 - (3) 刑事未成年者利用の場合と実行行為説
- IV. 結びにかえて

I. はじめに

自ら犯罪の実行に出た場合、直接正犯とされるということは、刑法理論上の原則である。加えて、現在の通説的見解は、いわば、他人を道具のように利用して犯罪を実現する場合も存在すると解している。この形態が間接正犯と呼ばれるが、この理論的基礎付けを巡り多くの議論が交わされていることは、周知の通りである。かつて、その生成については、次のように解されていた。すなわち、通常、自ら手を下して、犯罪を実現した者のみを正犯とする制限的正犯概念に立ち、かつ、狭義の共犯における極端従属性説を採用す

る立場から、利用者が責任無能力者である被利用者を誘致して犯罪を実現した場合、利用者は自ら犯罪を実現していないことから正犯とはなりえず、被利用者には責任が欠けているため、教唆犯にもなりえないことになる。その処罰の隙間を埋めるために編み出された救済概念が、間接正犯とされていたのである。しかし現在では、そのようには解されていない。現在の通説的見解は、この犯罪形態を正犯の一種としてとらえ、法的評価とし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と考えている。つまり、構成要件的评价の上で直接正犯と同視され、正面から構成要件該当性が肯定されるものである。それは、抽象的には、正犯が犯罪実現事実を一次的に帰せられる処罰主体であり、中心的存在であることを意味し、共犯が二次的な刑事責任を負うべきことになる⁽¹⁾。制限従属性説が支配的見解化した現在でも、責任無能力者を利用した間接正犯が認められている状況は、このことを裏付けている。

正犯の一形態として理解された間接正犯の正犯性やその成立範囲等を巡り、議論が錯綜している。後者についていえば、被利用者の意思を抑圧して、意思決定の自由を奪ったという事案については、間接正犯が認められることにおよその学説上の一致がみられる⁽²⁾。また前者についていえば、この理論づけに関する従来通説的見解は、実行行為説である⁽³⁾。実行行為とは「構成要件に該当する行為」であり、その内実は「基本的構成要件を実現する現実的危険性」を含む行為であると定義される⁽⁴⁾。本説は、この実行行為概念を犯罪論上の中核的概念として位置づけ、いわば、全ての犯罪現象を説明しようとしてきたといってもよい。

そこで、本稿では、間接正犯の類型でも、刑事未成年者を利用する場合に焦点をあて、間接正犯の正犯性判断の基準とされ、これまでの通説的存在であった実行行為説の妥当性について若干検討するものである。本稿が対象とする刑事未成年者利用の事案では、意思を抑圧する形態が多々みられることから、被利用者が成人の場合も引き合いに出していく。

具体的には、まず、わが国における判例実務の状況を確認し、次に、それがいかなる解決を図っているのかを概観する。さらに、判例実務における実行行為説の有用性について検討し、最後に、本説の有する意義と問題点を明示するものである。

II. 判例実務の状況について

旧刑法典時代のものとして、次の事案があげられる。

1. 判例実務の変遷

① 大判明 32・3・14⁽⁵⁾

「Tハ是非ノ弁別ナク唯畏怖スルニヨリ被告ノ命スル所ヲ肯諾シ放火ヲ為シタルマテニテ刑法第七十五条ノ所謂抗拒スヘカラサル強制ノ事実ナケレハ該条を適用スヘキ案件ニ非サルハ勿論Tハ是非ノ弁別ナケレハ罪ヲ犯スノ決心ナク従テ教唆アリトスルヲ得ス而シテ原判決ハ被告カ是非ノ弁別ナキTヲ用ヒテ放火ヲ為シタル事実ヲ明示シ実行正犯トシテ処断シタルモノ」。

② 大判明 37・12・20⁽⁶⁾

「被告ハOニ対スル借入金弁済ノ責ヲ免レント欲シOノ三男Sカ未タ満十歳ニ達セス是非ノ弁別ナキヲ知ルヨリ同人ニ本件金百円ノ借用証書ヲ自宅ヨリ取出シ来ルヘク告ケタルニ同人ハ事ノ善悪ヲ知ラサル為メ其告ケラレタル証書ノ模様ニヨリ自宅仏壇抽斗ニ蔵シアリタル右証書ヲ取出シ被告方ニ持参シタルニ被告ハ之ヲ受取り窃取ノ目的ヲ遂ケタルモノナリ而シテ右事実ノ認定ニ依レハ被告ハ是非ノ弁別ナキSヲ機械ト為シ証書ヲ窃取シタルモノニシテSカ該証書ヲ取出シタル時窃取ノ行為カ已ニ完成シタルコトハ自ラ明カナルノミナラス被告ハ実行正犯ニシテ教唆者ニアラ〈ス〉」。

旧刑法典における大審院の姿勢は、当時の学説の動向を踏まえ、責任無能力者の場合には、常に間接正犯が成立すると考えられていたとされる。大判明 32・3・14 では、被利用者である 16 歳未満の少年 T が是非の弁別を欠いた点に重きを置き⁽⁷⁾、「唯畏怖スルニヨリ」と利用者である被告人が強制を働いている点も触れながら放火罪の正犯としているとみうけられるものの⁽⁸⁾、このような姿勢はその後の現行刑法典における裁判例にも確認することができる。

③ 仙台高判昭 27・9・27⁽⁹⁾

「被告人は満十三歳に満たない少年を利用して原判示第二の(1)については判示 A 方より瓶に入った煙草光五十箇を盗らせた。同(2)については判

示 B 方より売って金になるような物を盗って来いと言いつけ盗るのを見ていてジャンパー一枚を盗らせた。同 (3) については判示のところにおいて判示の角巻を持ってこいと言付けて盗らせた。同 (4) については判示 C 呉服店より格子縞夜具他三反位を盗らせた。同 (5) については D 呉服店より何か物品を盗って来いと言付けて綿緋一反を盗らせた各事実を認識しうるのであって、被告人は刑事責任なき少年を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきことを俟たない。所論は該少年に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆も成立しないというのであるから、前記 (2) (5) 以外は孰れも特定物件を窃取せしめたことが窺われるが、(2) (5) は孰れも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」。

④ 広島高松江支判昭 29・12・13⁽¹⁰⁾

「被告人は・・・道路上で遊んでいた子供数名（内一名は当時一四才三ヶ月、他の数名は一二才二名、九才一名、八才二名その他）に対し・・・位牌堂から古銅板を窃つて来いと言つたこと、そこでその子供らは皆連れだつて右位牌堂に赴きその壁に張つてあつた古銅板を一人が数枚づつ剥ぎ取つてきたことを窺知することができる。即ち、右の場合右数名の子供らは同時に同所で同一の所有者所有の古銅板を剥ぎ取つて来たものであり、被告人はそれらの子供を使つて一個の窃盗罪を敢行したものと言うべく、たとえその子供らのうちに一人の責任能力を有する子供があつたとしても全体を包括的に観察して被告人に対して一個の窃盗罪を以て問擬するを相当とする」。

仙台高判昭 27・9・27 では、「被告人は刑事責任なき少年を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきことを俟たない」とし、また、広島高松江支判昭 29・12・13 においても「被告人はそれらの子供を使つて一個の窃盗罪を敢行したものと言うべく」としている。特に、前者の被利用者である少年については、被告人の言いつけに従い、金品といえそうなものを窃取してきているという事情を鑑みれば、自ら考えて行動しているとできるし、是非の弁別も認められうる者と評価しうる。それゆえ、本判決は、責任無能力者であれば、その者が是非の弁別能力を有していたとしても、これを利用して実行に出た場合には、間接

正犯の成立を認めたことになろう。しかしながら、両者はいずれも、被利用者が刑事未成年者であった点を示すにとどまり、間接正犯が成立する理由も特に示すことなく、被告人に間接正犯の成立を認めている。このようなことから刑事未成年者を利用する場合には、間接正犯が成立するというのが、当時の判例実務の立場であったと考えられる⁽¹¹⁾。それは、学説が、共犯の成立には正犯の構成要件該当性、違法性そして責任を要求する、当時支配的であった極端従属性説を前提とすることで、責任無能力者には共犯は成立しないとする立場をとっていた⁽¹²⁾ということが強く影響していたと解される。

しかしその後、学説では、刑法 61 条が「実行させた」と規定していること、また「責任は個別的に判断されるべきことなどを根拠として、共犯の成立には正犯の構成要件該当性と違法性のみで足りるとする制限従属性説が通説化することになる⁽¹³⁾。同説によれば、責任のない正犯に対する共犯も成立することになることから、処罰の隙間は生じない。それを受け、判例実務の判断も変動していくことになる。すなわち、単に被利用者が刑事未成年者であったという点のみならず、正犯性を基礎づけるための事情をも考慮しようというものである。

⑤ 名古屋高判昭 49・11・20^{(14) (15)}

被告人（父親）が、満 10 歳の息子に駐車中の自動車から金品を窃取させた事案について、息子が「いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、」・・・息子「が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ、・・・」息子「が自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、・・・父親たる被告人が刑事責任能力のない」息子「を利用して自己の犯罪を実行したものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない」として、被告人を窃盗の正犯とした。

本判決では、被利用者である息子が、まず刑事未成年者であること、そして同人が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたというような事実が認定されている。それらの事情を考慮し、被利用者が主体的に窃取したのかどうかを検討した上で、その主体性を否定して間接正犯を認めているのである。この点において、本判決は被利用者が刑事未成年者であれば、それだけで間接正犯を肯定してきたという、それまでの判例実務とは一線を画した判断をしていると評価されてい

る⁽¹⁶⁾。そして、最高裁もこのような姿勢を打ち出すことになる。

⑥ 最決昭 58・9・21^{(17) (18)}

「被告人は、当時 12 歳の養女を連れて四国八十八ヶ所札所を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせていたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立する」。

本決定は、まず、被利用者である養女は、12 歳の刑事未成年者であったが、すでに初潮もあり、学校の成績も中以上で、かなりの思慮分別を有していることを踏まえ、是非善悪の判断能力に欠けていることはないとしている。そして、意思の抑圧については、利用者である被告人の苛烈な一連の暴行に極度の恐怖心を抱いていたことに併せて、是非善悪の判断能力を一応は備えているとはいえ、同女がはまだ幼く、旅の途上にあつて被告人以外に頼るべき人もいない状況にあつたことなどの事情を根拠としている。すなわち、是非弁別能力の程度と意思抑圧のそれとを総合的に考慮することで、間接正犯を認めたものと考えられる⁽¹⁹⁾。それは、刑事未成年者の利用が直ちに間接正犯の成立につながるというわけではなく、判示程度の意思の抑圧が存在すれば間接正犯になりうる旨を示したものと解しうる。これは意思の抑圧がなければ間接正犯は否定され、教唆犯となるということを示していることにもなる⁽²⁰⁾。このような本決定の態度は、次の高裁判決においても確認されている。

⑦ 大阪高判平 7・11・9^{(21) (22)}

被告人が、是非弁別能力を有している 10 歳の少年に対し、交通事故の現場で 4、5メートル離れたところに落ちているバッグを盗ってこいと指示・命令し、逆らったら何をされるかわからないと思って怖くなった少年が、4、5メートル歩いて行ってバッグを拾い、すぐにもどつて被告人に手渡した事案につき、「少年は事理弁識能力が十分とはいえない 10 歳の刑事未成年者であった」こと、少年「の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からならみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬも

のがある」こと、「そのうえ本件では、被告人の目の前で4、5メートル先に落ちているバッグを拾ってくるように命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であった」こと、また、少年「の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」ことなどを総合すれば、「たとえ少年がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか10歳の少年を利用して自己の犯罪を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である」とした。

本判決も、最決昭58・9・21と同様の方向にある。10歳の少年であれば、一般に是非善悪の判断能力を有しているとも考えられるが、本件の具体的事情のもとでは少年の意思が完全に抑圧されていたと考えている⁽²³⁾。

以上は、刑事未成年者に対する間接正犯が成立した事案であるが、それが否定された事案が次のものである。

⑧ 最決平13・10・25^{(24) (25)}

「スナックのホステスであった被告人は、生活費に窮したため、同スナックの経営者C子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男B(当時一二歳一〇か月、中学一年生)に対し、『ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。』などと申し向け、覆面をしエアガン突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人は、『大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。』などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約四〇万一〇〇〇円及びショルダーバッグ一個等を強取した。被告人は、自宅に戻って来たB

からそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した」。「本件当時 B には是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、B は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」。

本決定では、是非弁別能力を有する、意思が抑圧されていない刑事未成年者を利用する行為は直ちに間接正犯とはならないこと、その場合に刑事未成年者と成人との間に共同正犯が成立しうることが明らかにされている。加えて、本決定が、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて領得したことなど」としていることからすれば、具体的事情によって教唆犯が成立しうるといふ含みもある。このような点から、最決昭 58・9・21 の判断枠組を踏襲していることになろう⁽²⁶⁾。さらに、本決定が、間接正犯を否定したうえで、共同正犯が成立するというを示した点にも注目すべきである。

2. 判例実務の判断枠組の特徴と成立の限界について

(1) 判断枠組の特徴

現在のところ、刑事未成年者を利用する間接正犯の事例における、判例実務の判断枠組は次のようになるだろう。

まず、旧刑法典における大審院では、刑事未成年者は責任能力のない者とし、常に間接正犯が成立すると考えられてきた。それは、戦後の初期の裁判例にも踏襲されている。仙台高判昭 27・9・27 および広島高松江支判昭 29・12・13 では、特に、前者において、被利用者である少年が、自ら考えて行

動しているときどき、是非の弁別も認められうる者とも評価しうる。その場合でも間接正犯が認められているのである。いずれにしても、両者は、被利用者が刑事未成年者であった点を示すにとどまり、間接正犯が成立する理由も特に示すことなく、被告人に間接正犯の成立を認めている。このようなことから、刑事未成年者の利用する場合には、間接正犯が成立するというのが、当時の判例実務の立場であったといえる。

その後、それまでの判断枠組に変化が生じることとなる。すなわち、単に被利用者が刑事未成年者であったという点のみならず、正犯性を基礎づける他の事情をも考慮しようというものである。名古屋高判昭49・11・20では、被利用者である10歳の少年について、自主的・主体的に行為していたかという事情を検討した上で、同人が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたというような、意思が抑圧されていた状態にあるという事情についても考慮されている。最決昭58・9・21でも同様に、被利用者である12歳の養女が是非善悪の判断能力に欠けていることはないとし、一連の暴行による極度の恐怖心、他に頼るべき人がいないという利用者である被告人への依存状況をも総合的に判断している。加えて、大阪高判平7・11・9では、被告人による一定程度の意思の抑圧に加え、10歳の少年に対する被告人の支配の強さ、被利用者の果たした役割の相対的軽微性・同人の消極性、その行為の単純さが考慮されたといえる⁽²⁷⁾。

以上のように、これら三者の判断枠組の特徴は、刑事未成年者にも是非弁別能力が存在することもありうることを肯定した上で、その一定程度の意思抑圧の存在を中心とした他の事情を根拠として間接正犯の成立を検討する点にある。つまり、是非弁別能力を有する刑事未成年者を使用する場合は、常に間接正犯が成立するわけではない。また、最決平13・10・25前には、刑事未成年者を利用する場合に間接正犯の成立を否定するものは存在しなかったという点も目を向けるべきである。これは判例実務の判断枠組を改めて確認したものであると評価できよう⁽²⁸⁾。

そこで、刑事未成年者を利用する場合における、このような状況を踏まえ、判例実務における間接正犯成立の具体的限界はどこにあるのであろうか。

(2) 具体的限界

まず、名古屋高判昭49・11・20および最決昭58・9・21では、利用者で

ある被告人と被利用者である刑事未成年者は親子関係にあり、被告人が日常的な支配・依存関係にあった状況下で刑事未成年者の意思を抑圧して実行させている。とはいえ、刑事未成年者は、絶対的強制下の状況に陥っていたわけではない。その点について判例実務は、多少の自由意思が残されていても被利用者の道具性を肯定している。例えば、近年の事案として、度々暴行を加え、被害者を極度に畏怖させていた被告人が、自動車事故を装った方法により被害者を自殺させて保険金を騙取しようと企て、暴行、脅迫を交えつつ、被告人に港の岸壁から自動車に飛び込むよう執拗に命令し、被害者を岸壁上から自動車のまま転落させたが、被害者は命令に応じて自殺する気持ちがなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れた事案について、最決平 16・1・20 は、被害者は、被告人から再三にわたり港の岸壁から自動車に飛び込むように暴行・脅迫を交え命令されたが、被告人の命令に応じて自殺するつもりはなく、自動車に飛び込んで生きる可能性にかけ、死亡を装って被告人から身を隠そうと考えていたという事情を考慮している⁽²⁹⁾。そして、被害者はそのような状況下で海に飛び込んだのであり、自ら命を絶つというところまでは強制されておらず、命令に応じて自動車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない程度の精神状態に陥っていたということを殺人罪の正犯の根拠としている⁽³⁰⁾。そのような点からは、現在の判例実務による意思抑圧の限界は、「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度のもの」と考えられる⁽³¹⁾。

次に、大阪高判平 7・11・9 では、なるほど、名古屋高判昭 49・11・20 および最決昭 58・9・21 にあるような、被告人が、日頃から刑事未成年者に対して暴行を加えていたとか、親子関係や 2 人だけの旅の途中というような依存関係下にあり、指示・命令等に逆らにくい状況下であったという事情はみられず、端的に、知り合いの域を超えないものであった。その点でいえば、名古屋高判昭 49・11・20 および最決昭 58・9・21 と比較して意思抑圧の程度は高いものではないようにもみえる。しかし、大阪高裁は、「少年は事理弁識能力が十分とはいええない 10 歳の刑事未成年者であった」こと、少年「の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがある」こと、「命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配

から逃れることが困難であった」こと、少年「の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで」あったこと、「自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」ことなどの事情を考慮している。日常的な支配・依存関係がみられなくても、是非の弁別能力が十分でなく、日頃怖い印象を有しており、実行時に睨みつけられたという状況にあった刑事未成年者に対して、機械的動作を内容とする命令・指示をしたような場合には、その未成年者を被利用者として、被告人に正犯性を認めるものと考えられる⁽³²⁾。これは、意思の抑圧の程度が高くないという事情がありながらも、是非の弁別能力の一定の低さを認め、心理的・精神的に未熟な刑事未成年者という事情をも根拠にすることで、刑事未成年者である被利用者は、「他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度の」状態であったということになる。

以上に対して、最決平 13・10・25 では、間接正犯の成立を否定した。すなわち、被告人が、被利用者である 12 歳の長男に対し指示命令したところ、当初長男は嫌がっていたが、「大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。」などと言って説得し、被告人が用意した覆面用ビニール袋、エアガン等を交付した。そして、長男は承諾し、用意されたエアガンを携え 1 人で被害者のスナックに赴き、「ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により被害者を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し」、本件強盗を完遂したという事情が考慮されている。ここでは、暴行や脅迫などは行われておらず、この程度の働きかけでは、長男の意思の抑圧は認められていない。また、同人の関与は犯行現場で臨機応変に対処した等、主体的に行為しており、機械的動作とは言い難い。すなわち、刑事未成年者である被利用者は、「他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度の」状態ではないということである。このような事情を根拠としたことが、これまで間接正犯が成立するとされた事案との違いとなっていると考えられる⁽³³⁾。

Ⅲ. 判例実務における実行行為説の有用性の検討

1. 実行行為説の基本的思考

上述のように、間接正犯は、かつて、被利用者を通じて犯罪を実現した利用者に、被利用者の側の事情のため共犯が成立しない場合に、利用者を正犯と擬制して処罰するための制度（弥縫策）と理解されていた。刑事未成年者の利用の場合に関しては、被利用者に構成要件該当性、違法性、責任がない限り、利用者には正犯は成立しないという、共犯の極端従属性説を前提に、刑事未成年者の利用に関しては、共犯とはならないから常に間接正犯であるというものである。その後、違法は連带的に、責任は個別的にとする責任判断の個別性等を理論的根拠に据え、正犯者に構成要件該当性、違法性が認められれば、利用者は共犯となり得るとする制限従属性説が通説的地位を占める。

ただ、かつての旧通説の思考を制限従属性説に対応させて判断すれば、責任無能力者の行為は、共犯が成立することになりうることとなるが、これは、われわれの法感情と一致しない。というのも、例えば、利用者が5歳児を強制し、利用して窃盗をさせたような場合では、その犯罪の主役は誰であろうか。あくまでも、それは利用者であり、彼が正犯であると考えるのが自然であろう。これが、共犯とならない場合に間接正犯となるという判断枠組を修正させる一つの要因になったと指摘されることになる。すなわち、かつての旧通説のように、共犯の成立を先に検討し、それが成立しない場合に間接正犯が成立するという判断枠組に問題があったとするのである。理論的には、共犯規定は単独犯では処罰できない場合の処罰拡張事由であるとするならば、まず、最初に議論されるべきは、共犯の成立ではなく、正犯のそれである。そして、間接正犯が成立しない場合に背後者が共犯となるかという場面で、共犯の従属性がはじめて問題となるのであり、共犯の従属性についていかなる立場をとるかは、共犯を処罰縮小事由とみる拡張的正犯概念に立たない限り、正犯の成立範囲に直接には影響しない⁽³⁴⁾。実定法上の論理的解釈として、原則から例外へという思考方法を踏まえても、当然、このように考えるべきである。このようなことから、従来通説は、間接正犯の正犯性の判断にあ

たり、共犯の要素従属性の問題を混同することなく区別して、共犯の成立に先立って検討する思考を導いている。以上のような点を論拠として、実行行為説は、次のように主張する。

すなわち、「実行行為」概念の実質を「基本的構成要件を実現する現実的な危険性」とし、犯罪論上の中核的概念とする。本説の基本的立場からは、正犯には、直接(単独)正犯、間接正犯、共同正犯が含まれることになる⁽³⁵⁾が、本稿の対象である間接正犯の正犯性にもこの「実行行為」概念が、当然、採用されている。利用者自身は、事実的には、構成要件に該当する行為は行っていないが、実行行為を「基本的構成要件を実現する現実的な危険性」のある行為として、規範的・実質的にとらえることによって構成要件該当行為とする。つまり、利用者の誘致行為が「基本的構成要件を実現する現実的な危険性」を備えているとされる場合に、規範的評価としては、当該誘致行為は「直接正犯と質的に異なる実行行為性が認められる」ことから、利用者には正犯性が認められるとするのである⁽³⁶⁾。そして、被利用者については、刑法理論上一般的には「道具」と表現されるが、例えば、銃口をはなれた弾丸が、目標に向かって予定された弾道上を飛行する事態等にも対比すべきものとして、背後に立つ利用者の誘致行為から当然に延長されたものであり、必然的に発展したものであると理解するのである⁽³⁷⁾。換言すれば、誘致行為による法的因果の延長と考えているとしてよいであろう。このような本説の思考を前提として、以下検討していく。

2. 判例実務における実行行為説の位置づけ

(1) 正犯・共犯の判断の順序

第一に、正犯性判断を共犯の成立とは混同することなく区別し、正犯性の判断は共犯のそれに先行して判断するという正犯と共犯の基本的理解についてみていくと、例えば、前掲最決昭和58・9・21は、「被告人が自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して・・・各窃盗を行ったと認められるのであるから、・・・同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については・・・窃盗の間接正犯が成立する」としている。また、最判平13・10・25では、「本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、

Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない」とされている。そして、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」判示されている。前者では、誘致行為についての共犯の成立とは区別して、誘致行為の正犯性を判断しており被利用者である養女に是非の弁別能力が認められたとしても、同女の意味が抑圧されていたことを根拠として、利用者である養父には間接正犯が成立し、教唆犯は成立しないとされた。後者では、最初に、Bについて、間接正犯の成立を検討し、それが成立しないとしたうえで、共同正犯か教唆犯かの成立を論じている。両者とも、はじめに正犯の成立を検討し、その後、共犯の成立を論じるという段階を経ている。これは、本説の基本的立場と一致しているし、加えて、現在の支配的見解の思考順序に沿っているといえよう。

(2) 成人利用の場合と実行行為説

第二に、本説の判例実務への有用性についてであるが、判例実務が、実行行為概念を参考にして解決を図っていると見受けられる事案が存在する。それは、例えば、最決平成 16・1・20 および最決令和 2・8・24 である。特に、後者は、「難治性疾患の子を持つ母親が、その治療を標榜する被告人に対し妄信状態であったため、主にインスリンの不投与という同人の指示に従わざるを得ない状態にあったことを理由として、母親の道具性を肯定し、被告人に刑法 199 条の殺人罪の間接正犯の成立を肯定した」ものである。本決定では、「被告人は、生命維持のためにインスリンの投与が必要な 1 型糖尿病にり患している幼年の被害者の治療をその両親から依頼され、インスリンを投与しなければ被害者が死亡する現実的な危険性があることを認識しながら、医学的根拠もないのに、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執拗かつ強度の働きかけを行い、父親に対しても、母親を介して被害者へのインス

リンの不投与を指示し、両親をして、被害者へのインスリンの投与をさせず、その結果、被害者が死亡するに至ったものである」。ただ、被告人の母親に対する具体的な働きかけそれ自体は、いずれもメールや口頭といった手段の指示であったとされている⁽³⁸⁾。この点からは、暴行・脅迫などをともなうような肉体的・精神的な強度の抑圧の程度には至っていないとも評価できる。いずれにしても、このような事情において、本決定は、被告人である利用者のインスリンを投与しないよう指示する強度の働きかけは、それを投与しなければ被害者が死亡するという現実的な危険性を認識している誘致行為であると判示した。そこでは、「現実的な危険性」を内在する一定程度の働きかけが、母親である被利用者を媒介して、必然的に死亡の結果を発生させたものであると理解できよう。換言すれば、誘致行為による法的因果の延長と考えているとしてよい。よって、規範的にみれば、本決定の被告人の利用者に対する働きかけには、直接正犯と質的に異ならない実行行為性が備わっていると判断しているといえる。

なるほど、これまで本稿が対象としてきた刑事未成年者を利用する場合と本決定などの成人の場合とでは、一般的に、それぞれの意思の抑圧に対する両者の精神的耐性が異なることから、対応関係を有するものとして考えることはできないのではないかともいえる。確かに、精神の成熟性という観点からは、刑事未成年者は、未だ十分とはいえない。たとえば、少年法においては、少年に対して「人格の可塑性」が考慮され、成人の場合と異なり、特別の対応が図られているのは、周知の通りである。

しかしながら、最決令和2・8・24における被告人によるそれほど強度ではない誘致行為の程度と母親の特殊な妄信状態との関係・構造と、名古屋高判昭49・11・20以降に示された利用者と心理的・精神的に未熟な刑事未成年者である被利用者とのそれは、共通の性格を有しているといえるのではなからうか⁽³⁹⁾。すなわち、両者は、被利用者が、「既に減退している或いは減退の方向性をもった心理的・精神的な判断力に対して威迫・・・を行うことにより、被利用者が道具化する場合」と考えられるのである⁽⁴⁰⁾。このような理解からは、本稿の対象である刑事未成年者の事案において、いわゆる「意思抑圧型」と考えられるものは、成人の場合と同様の性格をもつものとして理解すべきであることになる。

(3) 刑事未成年者利用の場合と実行行為説

第三に、これまでみてきたように、判例実務の判断枠組は、かつて、刑事未成年者の場合でも、刑事未成年者というだけで責任無能力者を評価し、常に間接正犯が成立すると結論づけていたが、その後、被利用者が刑事未成年者であったという点のみならず、正犯性を基礎づける他の事情をも考慮しようという姿勢がみられた。例えば、名古屋高判昭 49・11・20 では、被利用者である 10 歳の少年は刑事未成年者ではあったが、自主的・主体的に行っていたかという事情を検討した上で、同人が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたというような、意思が抑圧されていた状態にあるという事情についても考慮している。また、最決昭 58・9・21 でも同様に、被利用者である 12 歳の養女が是非善悪の判断能力に欠けていることはないとしながらも、一連の暴行による極度の恐怖心や被告人への依存状況を総合的に判断している。実行行為説からは、両者ともに、被告人の刑事未成年者に対する一連の強度の意思の抑圧行為に内在する現実的危険性が、心理的・精神的に未熟な刑事未成年を通じて実現したと、一応説明可能であろう。

とりわけ、大阪高判平 7・11・9 では、少年「の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがある」こと、「そのうえ本件では、被告人の目の前で 4、5 メートル先に落ちているバッグを拾ってくるように命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であった」こと、また、少年「の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけ」とされている。被告人の少年に対する指示・命令は、直ちに危害を加えられるような状態ではなく、意思の抑圧の程度自体は、名古屋高判昭 49・11・20 や最決昭 58・9・21 よりも弱いものである。このように、被告人による意思の抑圧がそれほど強くなくても、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかった等、心理的・精神的に未熟な 10 歳の少年という事情が存在しているのである。

本説からは、被告人の一連の行為に内在する現実的危険性は、刑事未成年の具体的事情を通じて実現したのもであると一応説明可能であろう。しかも、

それはその抑圧行為自体がそれほど強くないものであったとしても、心理的・精神的に未熟な刑事未成年者の具体的事情が考慮されている点が重要である。そして、すでにみたように、判例実務における利用者の誘致行為は、絶対的強制下といえる意思の抑圧までの強度の支配は要求されていない。ここでも、上述で検討した成人の場合と同様の関係・構造をみることができる。

IV. 結びにかえて

「現実的危険性」をその内容とする実行行為説は、本稿の対象である、刑事未成年者を利用する間接正犯の事案を説明可能であるとしているし、現に判例実務によって採用されたといってもよい面がある。しかしながら、本説に対しては、複数の批判が投げかけられているのも事実である⁽⁴¹⁾。

特に、危険性概念自体についていえば、正犯行為、狭義の共犯行為ともに、一定の危険性を有する行為であって、しかも、結果との間に法的因果関係があることを前提とした上で、当該行為者が正犯であるのか、共犯であるのかの問題となるが、そうすると、危険性概念で両者を区別することはできないのではないかと、いうものがある⁽⁴²⁾。

なるほど、実行行為説の論者は、上述のように、利用者の誘致行為が「基本的構成要件を実現する現実的な危険性」を備えているとされる場合に、規範的評価としては、当該誘致行為には「直接正犯と質的に異ならない実行行為性が認められる」ことから、利用者には正犯性が認められるのであって、それはあたかも、拳銃の引き金を引いて弾丸を発射する行為などと同様に、利用者の行為から必然的に延長されたものであるとする。他方、例えば、「被教唆者によって事後的に、犯罪の結果を避けて中絶させられる可能性を含む教唆行為とは、その危険性の必然度、すなわち現実度において明らかに異なる」としている⁽⁴³⁾。確かに、危険性概念に程度・段階づけを見出すことによって、判断基準を提供するということも考えられよう。

しかしながら、利用者が是非の弁別能力のない者を誘致するときと責任能力のある職業的犯罪者をそうするときとを比較した場合、前者の方が後者よりもその実現の可能性、危険性が高いとはいえない実態が存在することも否

定できない⁽⁴⁴⁾。仮に、後者を教唆犯と構成するならば、利用者が犯罪の主役であって、職業的犯罪者は被利用者にもかかわらず、彼が正犯、すなわち、犯罪実現事実の一次的処罰主体と評価されるべき事態となってしまうのではなからうか。そうであれば、「間接正犯は、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というべきである」という本説の基本的視座との整合性が問われることになると指摘できる。加えて、例えば、最決昭 58・9・21 では、養父である利用者の意思の抑圧がなければ間接正犯は否定され、教唆犯となるということが暗に示されていた。本決定における間接正犯の正犯性は、実行行為説で説明可能というようにもみえたが、正犯と共犯の区別という観点からは、危険性概念を用いてそれが可能であるのかどうか、理論的に検討する必要がある。しかも、そもそも危険性という概念は、程度付けが可能なものであろうか。その基準は如何なるものなのか。それを根拠づける必要がある。それにもかかわらず、危険性概念で説明可能というのであれば、それは純粋なものではなく、それとは異質の要素を取り込んだ上で判断しているのではなからうか⁽⁴⁵⁾。

とはいえ、以上のような問題点を抱えてはいるが、本説には、通説的見解の地位を長らく維持してきたという事実が存在し、わが国における犯罪論に極めて多大な影響を与えてきたことは、いうまでもない。しかも、その根底には、近代刑法学の基本原理である罪刑法定主義を強く意識し、人権保障機能を強調する姿勢が存在する。特に、実行行為概念を犯罪論の中核概念に据え、犯罪論上の理論的統一性を追究し、あわせて、問題解決の具体的妥当性を担保しようという試みは、評価すべきであろう⁽⁴⁶⁾。

最後になりますが、桐蔭横浜大学に多大な貢献をされた河合幹雄先生のご冥福を、心よりお祈り申し上げます。

【注】

- (1) 大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣・1958年)1頁以下参照、同『総合判例研究叢書刑法(21)』(有斐閣・1963年)14頁、同ほか編『大コンメンタール刑法(第5巻)〔第3版〕』(青林書院・2019年)32頁(高窪貞人執筆)参照、同『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣・2008年)158頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社・1990年)154頁、西田典之ほか編『注釈刑法〔第2版〕』(有斐閣・2010年)786頁(島田聡一郎執筆)、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016年)68頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣・2018年)487頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣・2020年)48頁以下など。
- (2) 大塚・前掲注1)『概説』155頁、曾根威彦『刑法総論〔第3版〕』(成文堂・2000年)266頁以下、井田・前掲注1)『講義刑法学』489頁、成瀬幸典『「意思の抑圧」と間接正犯」小田中聰樹先生古稀記念論文集『民主主義法学・刑事法学の展望〔下巻〕』(日本評論社・2005年)174頁など。
- (3) 代表的論者として、団藤・前掲注1)139頁以下、大塚・前掲注1)『概説』148頁以下。
- (4) 大塚・前掲注1)『概説』149頁。
- (5) 刑録5輯3巻64頁。
- (6) 刑録10輯2415頁。
- (7) 旧刑法典75条1項は、「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所為ハ其罪ヲ論セス」と規定し、また、同法典80条は、「罪ヲ犯ス時満十二歳以上十六歳ニ満サル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス」としていた。
- (8) このような指摘として、大塚・前掲注1)『総判研』14頁、大塚ほか編・前掲注1)『大コメ』43頁参照。
- (9) 高刑判特22号178頁。
- (10) 高刑集7巻12号1781頁。
- (11) このような指摘として、大越義久『昭和五八年度重要判例解説』ジュリスト815号(1984年)148頁、大塚ほか編・前掲注1)46頁、西田ほか編・前掲注1)787頁など。
- (12) 泉二新熊『日本刑法論・上巻(総論)』(有斐閣・1939年)659頁、齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』(有斐閣・1955年)233頁、瀧川幸辰『刑法講話・新版』(日本評論社・1987年)262頁など。また、本文のような理解を示すものとして、大塚ほか編・前掲注1)『大コメ』14頁(大塚仁=中山善房執筆)参照。その他、亀井源太郎『判例タイムズ』1104号(2002年)24頁、西田ほか編・前掲注1)787頁。
- (13) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1975年)344頁以下、団藤・前掲注1)381頁

以下、大塚・前掲注 1) 『概説』 284 頁以下、川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』(成文堂・2013 年) 552 頁以下、山口・前掲注 1) 326 頁以下、井田・前掲注 1) 『講義刑法学』 483 頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第 5 版補訂版〕』(成文堂・2018 年) 287 頁、大塚ほか編・前掲注 1) 『大コメ』(安廣文夫 = 中谷雄二郎執筆) 556 頁など。

- (14) 刑月 6 卷 11 号 1125 頁。
- (15) 本判決の評釈として、木村栄作『警察学論集』 28 卷 4 号 (1975 年) 163 頁。
- (16) 大越・前掲注 11) 『重判解』 148 頁、園田寿『刑法判例百選 I・総論〔第 4 版〕』(1997 年) 148 頁など。
- (17) 刑集 37 卷 7 号 1070 頁。
- (18) 本決定の評釈等として、内田文昭『判例タイムズ』 530 号 (1984 年) 64 頁、大越・前掲注 11) 『重判解』 147 頁、東條伸一郎『研修』 427 号 (1984 年) 59 頁、齊藤誠二『法学教室』 44 号 (1984 年) 94 頁、神山敏雄『法学セミナー』 363 号 (1985 年) 146 頁、齋藤信治『法学新報』 91 卷 8 = 9 = 10 号 (1985 年) 55 頁、奈良俊夫『法学新報』 91 卷 8 = 9 = 10 号 (1985 年) 407 頁、山本輝之『警察研究』 56 卷 9 号 (1985 年) 70 頁、渡邊忠嗣『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 58 年度』(1987 年) 275 頁、園田・前掲注 16) 148 頁、品田智史『刑法判例百選 I・総論〔第 8 版〕』(2020 年) 150 頁など。
- (19) 渡邊・前掲注 18) 279 頁以下、中山研一『判例タイムズ』 926 号 (1997 年) 68 頁、平木正弘『最高裁判所判例解説刑事篇平成 13 年度』(2004 年) 155 頁など。なお、被利用者の意思決定自由がかなり失われていたとはいえ、完全に奪われていたとはいえないことから「意思抑圧型」の間接正犯は肯定できないとするものとして、奈良・前掲注 18) 414 頁、山本・前掲注 18) 75 頁など参照。
- (20) なお、渡邊・前掲注 18) 278 頁以下参照。
- (21) 高刑集 48 卷 3 号 177 頁。
- (22) 本決定の評釈等として、中山・前掲注 19) 62 頁、高橋則夫『判例セレクト '96』(1997 年) 35 頁など。
- (23) 曾根威彦『平成 8 年度重要判例解説』ジュリスト 1113 号 (1997 年) 135 頁。
- (24) 刑集 55 卷 6 号 519 頁。
- (25) 本決定の評釈等として、島田聡一郎『平成 13 年度重要判例解説』ジュリスト 1224 号 (2002 年) 156 頁、同『法学教室』 259 号 (2002 年) 124 頁、高橋則夫『現代刑事法』 43 号 (2002 年) 94 頁、齊藤彰子『判例セレクト 2002』法学教室 270 号別冊 (2002 年) 31 頁、亀井・前掲注 12) 23 頁、十河太郎『同志社法学』 55 卷 1 号 (2003 年) 272 頁、平木・前掲注 19) 152 頁、前田雅英『警察学論集』 65 卷 7 号 (2012 年) 165 頁など。
- (26) 平木・前掲注 19) 152 頁、西田ほか編・前掲注 1) 788 頁以下など参照。
- (27) 亀井・前掲注 12) 25 頁。

- (28) 十河・前掲注 25) 278 頁。
- (29) 刑集 58 卷 1 号 1 頁以下参照。
- (30) さらに、広島高判昭 29・6・30。加えて、大判大 10・5・7 刑録 27 輯 257 頁は、妊婦から墮胎の囑託を受けた被告人が自ら墮胎手術を施したところ、墮胎の結果を生じない前に妊婦の身体に異常が生じ、その生命に危険を及ぼす虞をきたしたので、医師に胎児の排出を求め、医師に妊婦の生命を救うための緊急避難としての墮胎をさせたとした事案であるが、この場合、緊急避難を利用した間接正犯として、被利用者に補充性がその前提となる。
- (31) 成瀬・前掲注 2) 184 頁以下、小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂・2007 年）219 頁参照、松生光正『刑法判例百選 I 総論〔第 7 版〕』（2014 年）151 頁、高橋・前掲注 25)『現刑』96 頁など。
- (32) 島田・前掲注 25)『重判解』157 頁、十河・前掲注 25) 280 頁、亀井・前掲注 12) 25 頁等。高橋・前掲注 22)『法教』35 頁は、この刑事未成年者の行為について、一種の反射運動的な道具と評価されたとしている。他方、名古屋高判昭 49・11・20 および最決昭 58・9・21 と比較して、本件大阪高裁における少年の意思抑圧の程度は弱く緩やかであり、その内容も具体的に示されていないことから、同名古屋高裁判決および同最高裁決定の場合と同視することに疑問の余地があるものとして、中山・前掲注 19) 64 頁以下。
- (33) 亀井・前掲注 12) 26 頁、島田・前掲注 25)『重判解』157 頁など。
- (34) 例えば、島田・前掲注 25)『重判解』156 頁以下、橋爪・前掲注 1) 49 頁など参照。
- (35) なお、共同正犯の本質的役割を共犯とすべきとする見解として、平野龍一「責任共犯論と因果的共犯論」『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣・1981 年）167 頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（有斐閣・2002 年）93 頁以下、橋爪・前掲注 1) 41 頁以下・328 頁以下など。
- (36) 大塚・前掲注 1)『間接正犯』118 頁以下参照など。
- (37) 大塚・前掲注 1)『間接正犯』121 頁参照。なお、この「危険性」という概念について、規範的概念というよりは、むしろ事實的・没価値の概念であると指摘するものとして、例えば、井田良『法学教室』137 号（1992 年）27 頁。
- (38) 刑集 74 卷 5 号 517 頁。
- (39) 同旨、亀井源太郎『刑法の争点』（2007 年）102 頁以下など。
- (40) 拙稿『秋田法学』62 号（2021 年）122 頁。
- (41) 本説に対する全面的あるいは部分的批判として、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌 45 卷 2 号（2006 年）226 頁以下参照。さらに、高山加奈子「『実行行為』概念の問題性」『法学論叢』162 卷 1 = 6 号（2007 年）204 頁以下、小林憲太郎『法学教室』415 号（2015 年）39 頁以下、井田・前掲注 1)『講義刑法学』479 頁、照沼亮介「わが国における正犯論とその現代的課題」内田文昭先生米寿記念『刑事法学の系譜』（2022 年）549 頁以下など。

- (42) 井田・前掲注 1) 『講義刑法学』 479 頁。
- (43) 大塚・前掲注 1) 『間接正犯』 121 頁。
- (44) 島田・前掲注 25) 『重判解』 157 頁。
- (45) 島田・前掲注 42) 『実行行為』 227 頁、井田・前掲注 1) 『講義刑法学』 497 頁。
- (46) ドイツ刑法学における正犯の本質的議論について、法律学における理念である「法的安定性と正義の調和」を思想的基盤におき、その二律背反性を Hegel 哲学の弁証法を用いて克服しようとするものとして、Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S.1ff. また、本著第 10 版の翻訳として、吉田宣之訳「クラウスロクシン『正犯の本質と行為支配』」(成文堂・2023 年)も参照されたい。

(あきやま・えいいち 桐蔭横浜大学法学部准教授)