

正犯形態の現状について

Zum gegenwärtigen Zustand der Täterschaftsformen

秋山 栄一

神奈川県立保健福祉大学

2008年9月15日 受理

- 一、はじめに
- 二、正犯形態の限界付けについての現状
 - 1. 直接正犯と間接正犯
 - 2. 間接正犯と共同正犯
 - 3. 同時正犯
- 三、むすびにかえて

一、はじめに

正犯とは、「狭義の共犯、すなわち、教唆犯および従犯に対する観念である」ということは、周知の事実である⁽¹⁾。狭義の共犯と対置される正犯は、概念それ自体の確定において、種々の論争的になっている。かつて、犯罪の実現に何らかの条件を与えた者は、すべて構成要件に該当する実行行為を行う者であるとする拡張的正犯概念⁽²⁾が存在した。この概念は、すべての結果条件の等価性を前面に押し出す。ここから、正犯と共犯が因果的な考察法によって等価値という関係になるのであれば、両者は客観的側面からは区別不能となってしまふ。結局、両者を区別するためには、主観的側面を拠り所にせざるを得ない。それ故、拡張的正犯概念は、正犯意思と共犯意思とによって正犯と共犯を区別する主

観説⁽³⁾と結びつくことになるのである。このような見解は、周知のように、現在ではその支持を失っている。

また、現在でも、正犯を論じる上で、出発点とするべきであるとされる限縮的正犯概念は、自分の手によって、直接的に構成要件を実現した者だけが正犯であるとするが⁽⁴⁾、この概念は二つの客観説と結びつくことになる。まず、わが国の通説であって、罪刑法定主義の原則を前面に押し出し、構成要件論の普及とともに台頭した形式的客観説は、「犯罪を実行する者、すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者が正犯である」と理解している⁽⁵⁾。しかし、この学説のように、構成要件該当行為を自ら直接的に行う者のみを正犯とするならば、間接正犯の正犯性を正犯に包摂することは困難であろう。他方、このような形式的客観説に対し、わが国の多数説である実質的客観説によれば、構成要件実現ないし結果発生「危険性」を基準として、正犯性を論じようとしている⁽⁶⁾。

上述の見解に対し、ドイツの通説であるのは、行為支配説である⁽⁷⁾⁽⁸⁾。私は、正犯の概念を論ずるにあたり、実質的客観説の主張する危険性のみに着目するのではなく、

Eiichi Akiyama : Faculty of Human Services, Kanagawa University of Human Services, 1-10-1 Heisei, Yokosuka, 238-8522

少なくとも行為支配というものを念頭に置いた見解が妥当であると考えている。それには、いくつかの理由がある。その一つについて⁽⁹⁾、まず、教唆行為及び幫助行為も、結果を発生させる一定の危険性を備えた行為と考えられる。それは、少なくとも正犯行為が既遂に至るならば、結果との間に因果関係が認められる行為である。ただ、それらは各処罰規定の構成要件に該当する行為とはされず、たとえ危険性を備えた行為であっても、そのまま結果へと至ることはない。それ故、結果を実現するために、他人の更なる意思決定が必要とされる行為は、正犯行為とはいえないのではなかろうか。このようなことから、行為支配を基本要素として念頭に置いた正犯それ自体の内部構造を明らかにするために、行為支配説を通説とするドイツの議論に迫る必要があると考える。それは、正犯と共犯の輪郭を明らかにするだけでは、正犯自体の本質に迫ることは不可能であるからである。そこで、本論文は、Georg Küpperの論稿である『Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen』GA 1998, 519』という、いうなればフィルターを通すことによって、ドイツにおける正犯内部での限界付けの現状を概観することを目的とする。この論稿の始めには、次のような趣旨が記述されている。すなわち、「正犯と共犯の間の限界は、既に、度々検討されていた。より深く注意を向けることは、今では正犯の内部で細分化されていることが見出される。事実、正犯形態に関して決定することと結び付かれているのは、本質的な帰結である⁽¹⁰⁾。この論稿は、この領域における限界付けに鮮明な輪郭を付与しようとするものである。」私は、本論文によって、正犯形式内部において問題が提起されている直接正犯と間接正犯、間接正犯と共同正犯、更には同時正犯の限界づけについて、一つの指針を得ることができればと考えている。

二、正犯形態の限界付けについての現状

1. 直接正犯と間接正犯

G. Küpperによれば、ドイツ刑法第25条第1項の二つの現象形態は、その都度、単独正犯と見なされる。それにもかかわらず、相違は、既に、直接正犯者はおのずと行為支配を内に有しているということから明らかになるのに対し、他方、間接正犯の基準及び事例群の場合には、十分には解明されていない。ここでは、無論、それらの到達範囲が分析されるべきではなく、その階層に分割することが直接正犯によって分析されるべきである⁽¹¹⁾。

行為媒介者の行為を分析するにあたり、G. Küpper⁽¹²⁾は、ある者が、行為を行わない客体として行為の遂行のために差し向けられる、例えば、抵抗できない力で突き動かされた場合には、完全に支配的見解は、直接正犯を認める⁽¹³⁾という。

Frank⁽¹⁴⁾が意思のない態度の事例を間接正犯として論ずるのは、ただ、背後者の正犯は、かの概念なくしてもまた是認され得るであろうというほどに、「明白であること」が同時に考えられる場合である。類似のことは、Stratenwerth⁽¹⁵⁾にも妥当する。すなわち、彼は、なるほど、この事例を間接正犯の範囲の中で言及するのであるが、しかし、そこでは単に「限界について」しか言及していない。それ故、この場合、正犯者たり得るのは、初めから、そのような方法に基づいて他人を操る者だけである。Gössel⁽¹⁶⁾にあつては、この事実が、構成要件に該当しない道具の行為の（客観的構成要件において欠如している）場合に、間接正犯として組み込まれる。

しかしながら、それらの主張について、G. Küpperによって強調され得るのは、間接正犯は—共同正犯も同様に—行為の帰属として理解され得るということである⁽¹⁷⁾。この点においては、頻繁に見出すべき「機械的」道具との対比が、ある種の不鮮明さを示す。つまり、他人による遂行は、構成要件の実現が人間の行為によって成立されるということ

を意味する。このことは、間接正犯の本来的補足機能をも証明する。その補足機能は、詳しく言えば、初期に基礎に置かれた極度の従属性という理由で、教唆犯として処罰され得なかった諸事例を把握するものである。制限従属性の場合には、責任を有しない者の誘致は、間接正犯へも、教唆犯へもまた導くことが可能である。ただ、教唆犯は少なくとも実行者の行為を前提とするのであるから、関与形態の代替によってそのことでは変わりようがない。それ故、結論において、直接行為者の側で行為の性質が欠落している場合には、単に背後者の直接正犯のみが与えられるのである。

犠牲者の自傷についての G. Küpper⁽¹⁸⁾ の前提は、行為の犠牲者が、欺罔或いは強制の影響下で、自らを傷害又は侵害する場合には、原則的、間接正犯の類型であると考えられている。その場合、犠牲者は、自らに対する道具として行為することになる⁽¹⁹⁾。

例えば、Weber⁽²⁰⁾ は、客観的に構成要件に該当しては決して行為を行わないというよりは、背後者の行為の被害者である事例であるとする。この場合において、行為媒介者が背後者の強制、或いは欺罔によって自殺に若しくは自傷に誘致されるような諸事例を次のように列挙している。まず、RGSt 26, 242 であるが、これは、ある食肉業者が、彼の見習いに対しナイフを前に構え、つい今しがた蓄殺された動物の腸の一片を食すことを強制する場合である。次の Höfeldt 事件⁽²¹⁾ は、両親が、自分達の子どもを計画的な虐待によって自殺へと追い込む事例である。更には、Sirius 事件⁽²²⁾ である。T は彼を盲信する O に対し、彼女の現世での生命を取り去ることによって彼女が他の惑星で、或いはシリウス星でこの先の生活を送るという作り話の下で自殺未遂を誘致するというものである。また、BGH JZ 1987, 474 であるが、これは、F は、彼の夫に対し、彼女が彼と一緒にこの世を去りたいという作り話によって、致死量の

毒を飲むことを誘致する事例である。また、Weigent⁽²³⁾ によれば、この場合、構成要件のない行為をする道具として、間接正犯の成立を承認する。ここでの背後者の行為支配は、錯誤、強制、認識或いは意思の力の欠如によって手中に収めているという点にあるとしている。

しかしながら、上述の見解に対する異論は、とりわけ直接正犯を前提とする Spendel⁽²⁴⁾ によって主張される。その見解によれば、間接正犯の法形象は、次の場合에만承認され得べきである。すなわち、3 人の人間が関係しているのであるが、それは、間接正犯が第三者を傷害するために正犯としてではなく答責的に及び直接的に行為をする他者を用いるというほどに、関係している場合である。けれども、G. Küpper は、そこでの、ドイツ刑法 25 条 1 項の前述の解釈は、納得できないという。というのは、その文言は、まず第一に、他人による遂行のみを要求し、そして正犯としての「他人」は、常に、犠牲者であるからである。

更に、行為媒介者の欠陥、例えば、自らの可罰性の前提が欠落しているということは、ここでは、彼が（既に）構成要件に該当することのない行為をするという状態になる。また、そのことから、これらの現象形態は、自由に従来事例群に組み入れられる。Spendel によって形成された諸事例は、他の判断を導くことはない。

彼が考えることは、犠牲者が、毒杯を手に取り、飲み干すということ、欺罔によって誘致されたのかどうかと考えることは、根本的な相違にはならないということである。というのは、彼は、それを新鮮な飲み物か、或いは、致命的な苦痛のようにみえる患者を救う毒飲料と、誤って見なしたからである⁽²⁵⁾。

この場合、G. Küpper によれば、實際上、行為支配の基準が問題である。第一の二者択一の場合においては、学問上認知された事例は存在するのであるが、他方、変化するのは、その様な動機の錯誤ないしは具体的行為の意

味に関する錯誤で十分であるのかどうかという間である⁽²⁶⁾。間接正犯の根本的な可能性は、そこからは言及されてはいないという。

更に G. Küpper は、ここで問題とする位置付として、未遂の着手の精密化にも触れている。かくして、彼は、OLG München. NSStZ-RR 1996, 71 の「毒薬の事例」を引き合いに出している⁽²⁷⁾。すなわち、OLG München は、仮に、被告人が、毒薬を用意することに伴って、彼が自らの想像によって行わなければならないかつたということを実施したとしても、不可罰の予備行為を承認した。間接正犯の観点からは、OLG は同意していない。BGH は、正犯は、他人の態度の事象の支配に基づいて、彼の結果にとって、有益にさせるということによって、この事例を特徴づけるように見える。よって、そこから生じたことは、間接正犯と「類似の」構造である。未遂の着手は、犠牲者が、行為媒介者の影響の範囲内に入った場合に存在すべきである。間接正犯を前提とするならば、該当し得る成果が更に厳密に基礎付けられ得るのである。つまり、利点と認められる全体的解決、すなわち、道具の行為—ここではつまり犠牲者であるが⁽²⁸⁾—に照準と合わすという全体的解決が導かれるならば、その者が自傷を行おうとする場合に、まずもって未遂は開始されるのである。

故意なき道具の事例について G. Küpper⁽²⁹⁾によれば、構成要件の故意のない（錯誤によって条件付けられた）行為媒介者が行為を行う場合には、一般的に認められる見解に従えば、まさに間接正犯の典型が存在する⁽³⁰⁾。

Weber⁽³¹⁾によれば、故意なき道具の事例として、年齢的に幼い M が、他人の外套をコート掛けから盗むために、善意の W に、M にこの外套を手渡すように依頼するような場合を挙げる。W は、この場合に、違法ではあるが、非故意的に（且つ非目的的に）行為する行為媒介者である。W はまさに、242 条における「他人の」という行為事情について錯誤を犯しており、16 条 1 項による故意排除の結果

を伴うものである。それに対して M は、窃盗の間接正犯である。また、M が善意の W に、その背後に人間がいるということを知っているにもかかわらず、標的をねらって射てみてはどうかと提案する場合には、W は故意に故殺を遂行してはいない。それに対し、M は故意の故殺の間接正犯として、処罰され得る。仮に W が、自分の錯誤を回避可能であるならば、彼は 222 条による過失致死を理由として可罰的であろう。この場合、間接正犯は直接行為者の客体の錯誤（error in obiecto）を利用している。同様にそれは、背後者が行為媒介者を因果の進行について欺罔する場合である。医師が、善意の看護婦を、患者に偽の薬を投与するということに誘致する場合には、彼は、傷害の、場合によっては故殺の間接正犯である。同様のことは次の場合にも妥当する。すなわち、M が W に、W の行為は例えば正当防衛によって正当化されていると信用させたり、W が故意を阻却する違法性に関する事実の錯誤において人間を傷害する或いは殺害する場合である。また、Weigent⁽³²⁾では、犠牲者の自傷の場合と同様に、意図的に行為者を構成要件の錯誤に陥らせるといこと、若しくは既に存在する錯誤を利用することによって行為支配を獲得するとしている。更に、直接行為者が認識のない過失で行為する場合であっても、背後者が、直接行為者とは異なり、ことの次第を知っている場合には、背後者は行為支配を有しているということをも認める。ただ、毀損された絵画の価値等の、実際に自己が実現する構成要件に該当する不法の重さについて、或いは例えば、放火された建造物の住居としての特殊性等の加重行為事情に関して、故意に行為する行為者について錯誤があるのであれば、間接正犯を承認することを拒否すべきであるとする。また、客体の錯誤の喚起も間接正犯ではなく、同一性に関する錯誤によって行為者に他の犠牲者を転嫁した者は、これを行為者に働きかけた場合には教唆犯が、そうでなければ同時正犯であるという。

このような状況にもかかわらず、この場合においてもまた、部分的には直接正犯が承認するものが存在している。G. Küpper は、その理由を、単に背後者のみが故意に行為をしており、それ故、彼のみがまた、目的的行為支配の保有者であるからである⁽³³⁾としている。

Samson⁽³⁴⁾によれば、特に、記述された犯罪行為を備えた犯罪の場合に特殊性が生じる。つまり、正犯が次のような行為、すなわち欺網、奪取及び脅迫という行為の性質が示す行為を事実的に行わなければならなかった場合には、行為支配によって惹起された帰属もまたそれ以上有効ではない。欺網、奪取、その他のもの下では、その度ごとに目的的行為のみが理解され得るが故に、間接正犯の形象は、まさに故意なく行為する道具のその形象の「典型例」の場合には無力である。

けれども、G. Küpper は、更に Samson の見解を検討する。それは、行為の目的性は、目的性の内容とは区別され得るというものである。何も知らないで致死量の毒を注射する看護婦は、確かに目的的行為を行うが、目的的殺害行為をする訳ではない⁽³⁵⁾。あらゆる行為の意思は、同時に、構成要件の故意ではないのである。よって、行為の一般的構造と固有の意味は、慎重に区別されなければならない⁽³⁶⁾。反対に、仮に非故意的な態度が目的性のないものと見なされるならば、故意なき道具の使用は、ほとんど不可能ではなからうか。というのは、この道具である行為者は、どのように構成要件の実現に照準を当てて、指し向けられるべきなのか疑問があるからである。態度の連続する犯罪に妥当するほかないのである。そのようなことから、窃盗の場合には、道具は延ばされた腕であり、詐欺の場合には、いわば背後者の代弁者である。

他方、Jakobs⁽³⁷⁾は、故意なき道具による間接正犯を、次のように客観的帰属可能性の形態として解釈した。すなわち、背後者は、所与の管轄領域の場合にのみ、錯誤の中で実行した仲介者の態度の責を負うというもので

ある。というのは、何人といえども背後者が道具よりも知ることが少ないという理由のみによっては、他人の道具であるわけではない。というよりは、むしろ実行行為者と背後者の間で、法的関係は、一定の義務と両立しなければならない。つまり、責任を基礎付ける義務違反は、その場合には、事実、法侵害の中に存在するのである⁽³⁸⁾。また、今では、確かに、「管轄領域」という概念は、相当な不明確性を伴っている。更に、Jakobs⁽³⁹⁾が容認しなければならないことは、法の厳密な範囲は事実によって拘束されえないし、精密な解決法は主張されえないということである。それに対し、錯誤による支配、及び意思による支配としてのこれまでの記述は、首尾一貫して、明確な輪郭を有している。その記述は、単に、「心理学的に解釈された」理解を意味するものではなく、背後者が優位であるという素材的基礎を指摘するものである。あらゆる正犯の真の要素は、行為支配である。結果的に G. Küpper は、そのような行為支配は、意識の影響下にある道具が背後者の指令に従って行動する場合に、存在するとしている。

2. 間接正犯と共同正犯

G. Küpper 曰く、間接正犯と共同正犯の現象形態は、まず、より多くの人間は、現象 (Geschehen) に関与することによって、純粹に外部的共通性を示すにすぎない。しかし、重要なことは、構造上の区別である。それにかかわらず、様々な観点における限界付けは、未だ最終的には解明されていない⁽⁴⁰⁾。

そこから、まず、彼は、相関の間接正犯としての共同正犯⁽⁴¹⁾という間接正犯と共同正犯の関係について、次のように述べている。すなわち、とりわけ、ドイツ帝国裁判所⁽⁴²⁾はこの結び付けを次のように打ち立てたのであるが、それは、間接正犯の実体は、あらゆる関与者は、間接正犯としての固有の活動を、他人の行為を享受する者の行為によって完全

なものにしようとするということに存在するということである。散発的にはあるが、今日でも、それに賛同しているものがある。よって、人は誰でも、他人によって行為させ、行為の寄与を固有のものとして帰属させなければならぬということには正しい⁽⁴³⁾。ただ、極めて優勢に拒否されるのは、この考察法である。過去に Welzel は、既にも、そのことによれば、共同正犯は複数の単独正犯なのではなからうかという異議を唱えた⁽⁴⁴⁾。けれども、その実体が本質とすることは、あらゆる者は目的的行為支配を総体的に共有することである。一般的に認められているものには、これまで既に、異なった帰属構造が指摘される。つまり、間接正犯は背後者の優位によって特徴付けられ、他方で、共同正犯は犯罪事象を同等に形成することを意味するのである⁽⁴⁵⁾。

帝国裁判所の思考法は明らかに次のことのきっかけとなっている。すなわち、あらゆる共同正犯者は、なるほど行為の実行を為すものであるが、しかし、必然的に構成要件の要素を自らで実現しなければならないわけではないということである⁽⁴⁶⁾。このことは、欠落している構成要素がちょうど共同ということによって導かれるのではなからうかという承認をさせようとすることを可能にする。それと共に、しかしながら、分業による行動は誤解される。いやそれどころか、そのことは、ドイツ刑法 25 条 2 項の帰属規範をまさに必要とする。共同の行為の決意を基礎にして、共同正犯者は、(一体化した力と共に) 共同の行為を支配するが、その他の決意或いはその他の行為の共同は支配しない。更に別の区別は、未だ間接正犯を基礎付けることのない行為の寄与が共同正犯が共同の行為を成功させたということについて確実な意味を備えている限りにおいて、結局のところ、既に共同正犯に達するということから明らかになる⁽⁴⁷⁾。従って、共同正犯の客観的条件は、間接正犯の条件よりも、比較的消極的に評価され得る。

次に、組織的支配の問題について、G. Küpper⁽⁴⁸⁾によれば、目下の問題点は、組織的権力機構の領域における正犯に関わるものである。BGH は、そこでしばしば論議された判決⁽⁴⁹⁾の中で、旧東ドイツの国家防衛評議会の構成員を国境地域での亡命者殺害に関する間接正犯者として答責的であるとした。基礎付けが導かれるのは、次のような事例群の場合である。すなわち、無制限に答責的に行為を行う行為媒介者であるにもかかわらず、背後者の寄与は、ほぼ自動的にこの背後者によって追及された構成要件の実現になる場合である。規則的な進行を伴うこの種の枠構造は、とりわけ、国家的な、企業的な或いは法律行為に類似する組織構造の場合と命令の位階構造の場合に問題となるであろう。

それと共に、-Roxin の見解によれば⁽⁵⁰⁾-組織的支配は、(強制による支配と錯誤による支配と並んで) 間接正犯の独立した第三の現象形態として承認されている。彼⁽⁵¹⁾は、組織的支配を次のように理解している組織による犯罪においては、そもそも個々の実行者の属性は、問題とはさていない。例えば、犯罪実行を命令された者が、この命令を拒否したとしても、通常の教唆の場合とは異なり、そのことで計画が失敗するということはないということである。そのような場合には、直ちに他の者が脱落した者の地位に就くことによって犯罪を実現するのであり、その各々実行者を、いずれにしても認識していない背後者は、そのような経緯について何ら知らされることもないのである。この場合には、実行者は権力機構の内部における代替可能な歯車装置にすぎないのであって、これに対して背後者は彼らの存在について考慮することもないうままに、組織を手段として構成要件の結果を支配しているといえる。このような関係が認められるためには、当該不法との関連において、例えば、国家テロ、麻薬組織、マフィア等のような組織構造が、法秩序それ自体に対して敵対的であることが必要である⁽⁵²⁾。

それ故、たとえ配下の人間が代替可能であったとしても、法秩序の範囲内で活動を行っているような企業や病院等の組織においては、まさに「法が違法な命令には従わなければならないように期待している」という関係が働いているが故に、これらの背後者には組織的支配に基づく間接正犯は成立せず、教唆犯が成立するのである⁽⁵³⁾。

G. Küpper は、ここでの命題設定に関する意義は、その著作における分析について、ほぼ排他的に当該正犯形態を歪曲していると見ている。

そうであっても、支配的見解は、間接正犯を承認している⁽⁵⁴⁾。例えば、限定的ではあるが、Weigent⁽⁵⁵⁾ は、実行者が自身で完全に答責的な行為者と見なされ得ない場合に限り、賛成され得るとしている。ただ、実行者がそのような状態にはないのであれば、中心者は、彼が組織を支配しているが故に、共同正犯者である。行為の決意の共通性は、同等の方法による一定の行為或いは複数の行為が主導者の命令に対応してなされるべきであるという主導者及び実行者の意識によって確立されるというのである。

このような、支配的見解に対して、Weber⁽⁵⁶⁾ は、原則的として、共同正犯を承認する。というのは、犯罪集団の首領は、行為支配への意思、及び行為結果の利益に基づいて、同意に基づいて協働するという直接的行為者にも正犯にもまた見なされ得るからである。Weber 曰く、今や、そのような形成物において原則的に共同正犯を承認する論者は⁽⁵⁷⁾、実行者が自ら既遂犯にて行為する場合に、なぜ、いわゆる黒幕的犯人について間接正犯の余地を見ているのか。正しいとは考えられない。実行を協働する個々の者は任意に代替可能であり、犯罪集団の首領は制限された命令権を保有するという事実は、共同正犯の拒否をいずれにしても正当化するものではないとする。

この見解に対して、G. Küpper は、次のように述べている。共同の行為の決意は、組

織への従属によって一少なくとも、結論を確定して一確立されるべきである。既に、共同の行為の決意というものは、不明確に思われる⁽⁵⁸⁾ という。そのことについては、恐らく、共同性というものを断念し、成し遂げるべき活動が知識との関連でもたらされるということ⁽⁵⁹⁾ で十分であると判断される場合には、克服され得る。ただ、そのことについては、根本的な検討からは、生じ得ないであろう。というのは、他人の態度に一面的に結合することは、未だ共通の行為の遂行を明らかにしないからである。客観的観点においては、少なくとも「厳格な意味での」共同正犯の構想にとっては、実行段階における共同が欠落している⁽⁶⁰⁾。更に、G. Küpper は、そのことよっては左右されることなく、遂には決定的な意味をもつことは、共同正犯が「水平の」原理に関わりをもつということであるという。その結果、関与というものが、同じ権限を持つパートナーの役割の中で演じられる。それに対し、国家構造は「垂直の」体系を表わす。その体系は、間接正犯にその刻印を付与するものである⁽⁶¹⁾。それに対しては、確かに、未だ反論にさらされることは、実行者の自己答責的行為の場合には、命令を下すもの優越性は、法的には存在しないことである⁽⁶²⁾。しかしながら、国家防衛評議会の構成員と国境兵士とのこの種の同等な地位は、殆ど主張されないであろうし、位階構造的な命令構造にも異議を唱えられないであろうという。また、G. Küpper は、組織的支配の観念が国家的権限とは別の乱用にも転化され得るのかどうかという点を疑わしいままであると見ている。BGH は、マフィアに類似した組織的犯罪と経済的企業の経営の場合の答責性をその様な事例として考慮に入れた⁽⁶³⁾。文献において、この傾向は恐らく圧倒的に批判され、問題となる社会的な生活領域との相違が指摘されている⁽⁶⁴⁾。かくして、経済的経営においては、任意的代替可能性も法規範による完全な解決も存在しない。犯罪組織においては、優越、従属関係は単に労力

の分配を特徴付けるにすぎない。そこでは、被命令者らが、自由意思により犯罪行為の遂行のために集まるのであれば、これは、共同正犯者の共同の決意であろう。実際、この場合には、「組織の」首領の問題点の場合によく知られるような、(共同)正犯と共犯の限界の枠組みが動かされる。ここで、周知のように、重要であることは、活動の少なさが、組織の多さによって補われることが可能である。それは、関与するという行為を支配と同等の相互運用に使うということである。このことは、命令権者が、自分の部下を使用するところの経済活動的事業に妥当する。それによれば、このことは、意思のない道具に対して低く段階づけられることはない。そのようなことから、G. Küpper は、組織的答責性は必然的に間接正犯へ到達する必要はないのであると結論付けている。

3. 同時正犯

G. Küpper によれば、同時正犯の概念は、大抵の場合、消極的に決定されるにすぎない⁽⁶⁵⁾。つまり、重要なのは、法律上規定された現象形態の条件が—間接正犯或いは共同正犯—存在するのではなく、単独正犯による(偶然な)重なり合いである。それ故、同時正犯には、独自の解釈学的価値は、主として否認される⁽⁶⁶⁾。それにもかかわらず、同時正犯が、共同正犯との対比において、実務上重要な限界機能を獲得する。というのは、同時正犯の事例では、あらゆる被告人に専ら個々の行為の寄与が帰属され得るのであり、そして責任の範囲がその寄与に応じて制限され得るからである⁽⁶⁷⁾。いずれにしても、限界を設けることは、正犯の構造を更に精密化することにもまた寄与し得る。

まず、共同正犯か同時正犯かを見極めようとする G. Küpper⁽⁶⁸⁾ によれば、共同正犯の基礎を構築するのは、共同の行為の決意である。そのことによるのみ、同時正犯を特

徴付けている「並立というもの」が、共同正犯の「相互というもの」への行為の(事實的)寄与に結合され得る。これは、特に承継的共同正犯についてもまた妥当する。すなわち、事後的な(場合によっては、決定された推論を可能にする)相互の同意の外では、単に「偶然的な共同の支配者」が存在するにすぎない⁽⁶⁹⁾。責任を基礎付けるということと並んで、共同の行為の決意は、最終的にはある限界なず機能を有する。よって、そのことを越えることは、過剰なものとして他の関与者に責任を負わせられ得ないのである。

それに対して、近時、次のような見解が支持されている。つまり、共同正犯を基礎付けるためには、いわゆる合致への決意(Einpassungsentschluß)で足りるという見解である⁽⁷⁰⁾。そのことにとって決定的なことは、行為の寄与が客観化された作用連関、換言すれば客観的目的連関である。そこでは、単に片面的な並列化及び結合化が、第一の行為者からでも、並びに第二の行為者からでもまた生じ得るのである。しかしながらこの発想は、G. Küpper によれば、全面的に放棄されているという。それは、既に、概念的に、片面的共同正犯の観念は、それ自体、矛盾を意味する。よって、単純な「個別的構想の蓄積」は、まさに不十分なものである。関与者の一人が、なぜ、他人の—彼に認識されていない—態度の帰属をそもそも受けることになるのか。それ故、そのような事例においては、同時正犯が重要となる。それによって、同時に次のことが証明される。すなわち、この現象形態は、少なくとも補充概念として初めから機能を有していないということではないということである。

久しい以前から、議論が交わされていることには、過失共同正犯の可能性がある。しばしば、講壇事例として有用なのは、次のようなものである。すなわち、二人の建設作業員が、作業場のけた組から角材を投下し、その角材が通行人に命中したというものであり、

更に、二人乗り自転車の運転者が、挙げられるのであるが、速度超過の運転のために子供を傷害させたというものである。従来では、過失共同正犯は、主として認められない。その理由は、共同の行為の決意が欠けているからである。よって、その場合には、同時正犯が存在する⁽⁷¹⁾。Weigent⁽⁷²⁾もまた、同時犯を、複数の人々が、互いに独立して、同一の行為に正犯として関与するという事とした上で、共同の行為の決意を通して結びつくことはなく、複数の者が構成要件に該当する結果を共同して惹起する場合であるとす。そこから、同時犯の成立は、故意行為の場合にはまれであるとしているが、それに対して過失の場合には、複数の者による過失の共働は日常的な現象であって、この場合には共同正犯は問題とはならないが故に、しばしば生じるとしている。

しかしながら、G. Küpper は、共同正犯を過失犯の場合にも承認し、その場合には、共同する義務違反に照準を合わせようとする見解が顕著になっている⁽⁷³⁾としている。彼は、この法形象の要件は、特に、犯罪結果にとっての単独行為の不明確な因果性の場合に、明白になるという。また、比較的新しい判例は、種々にこの間いと関わりあった。失火罪の判決において、確かに、作為の行為による遂行は否定されたが、その場合に、不作為の可罰性が先行行為（Ingrenz）を理由として考慮された⁽⁷⁴⁾。スイス連邦裁判所は⁽⁷⁵⁾、二人の行為者に対し、過失致死の故に、判決を下した。その行為者は、山腹から岩塊を転がし落とし、それによってある者を殺害したというものである。最後に、「Rederspray」判決は、BGH が共同正犯を過失の領域の中で承認したという趣旨で解釈された。すなわち、その理由付けは、明示的に次のような命題を掲げ所にする。それは、一般的に、刑法的に重要な結果は複数の正犯者の態度の寄与の重なり合いから明白になるにすぎないというそのような事例形成の評価に妥当するというものである⁽⁷⁶⁾。

過失共同正犯を承認することに対する異議は、明白に、犯罪的結果が共同して得ようとはされていないという点に基づいている。G. Küpper は、それにもかかわらず、その異議は、行為に照準を合わせるのであれば、一掃され得ると考えている。というのは、過失犯の場合もまた、重要なのは目的的一—この場合、注意義務違反として評価されるべき—行為であり⁽⁷⁷⁾、更にそのような行為は、より多くの関与者によって共同して実行され得るからである。それ故、その限りで、共同正犯の「純粹に規範的な」基礎付けもまた、必要とはされない⁽⁷⁸⁾。なるほど、行為の意思は構成要件的结果には向けられてはいないが、認識され意欲された共同的作用には向けられている。このことは、明白に BayObLG (NJW 1990, 3032) の判決において、ろうそくによる火災の危険性の設置について示されている。そこでは、次のようにいっている。すなわち、「一本、或いは二本のろうそくの裸の炎の使用は、それによって二人の被告人の意思が一致するというに依拠する。」その結果として、容易く、共同の行為計画が確立され得る。それは、不作為の構成を持ち出す必要なくである⁽⁷⁹⁾。

また、G. Küpper は、一致する状況は結果的加重犯の場合にも明らかになるとする。共同正犯は、ここでは、重い結果に関して、基本犯に（故意的に）関与することと（過失の）同時正犯で構成されている⁽⁸⁰⁾。既に、故意犯の中心者が存在しているが故に、これに関して、ドイツ刑法 25 条 2 項を回避することは、困難ではない。今や、基本犯の遂行（作為）が、過失犯における注意義務に違反する行為と比較されるのであれば、一少なくとも、構造的に一一致することが明らかになる。あくまでも、言うことができることは、共同正犯と同時正犯に分離することなく、結果的加重犯が、あわせて共同正犯にて遂行されるということである。この結合は、共犯、とりわけ教唆犯の場合に大きな意義をもつ。結局のところ、この場合に重要なのは、異なった関与

形態、つまり基本犯に対する教唆犯と加重された結果の同時正犯である⁽⁶¹⁾。この区別は、次のような理由から、不可欠のものである。すなわち、故意の行為に対してのみ教唆犯が存在し、他方では、共同正犯の場合にも、いづれにしても法律の文言は矛盾するものではない。

最後に、間接正犯と同時正犯⁽⁶²⁾の限界付けの問いは、G. Küpperによれば、特に、他人の行為の決意が利用される場合、すなわち、その場合に実行者による人の錯誤が惹き起こされた場合に、設定される。講壇事例として挙げられるものは、しばしば議論された次のような「Dohnaの事例」である。すなわち、AはBを殺害するために暗闇で待ち伏せする。Bは、その殺害について知ることになり、敵であるCを当該暗闇に行かせた。AはCをBと見なし、Cを射殺したというものである。

この事例について、Bが共犯であることは散発的に承認されるにすぎない⁽⁶³⁾。全く主導的な見解は、正犯から議論を始める。ただ、その場合、二つの、いかなれば同等に優勢な学説群は、「正犯の背後の正犯」の形態における間接正犯⁽⁶⁴⁾、或いは同時正犯⁽⁶⁵⁾のいずれかを支持する。

前者の見解を採用するWeber⁽⁶⁶⁾によれば、この事例の場合、確実なことは、直接的行為者である射殺者は、故意の殺害犯の正犯者である（彼には、重要でない人の錯誤が存在している）という。この形成物は、今や、Bを教唆者と見なすのか、ということに到達する。正犯の基礎付けは、直接的行為者の態度や主観的表象に左右されないのであるが、Bは、この場合、（彼は事象の経過を見通しており、犠牲者を条件関連の中に介入させていることから）行為支配への意思を備えているのであるが故に、Bには、正犯は、宣言され得ないとするのである。よって、彼は間接正犯である。それに対して、Weigent⁽⁶⁷⁾は、例えば、毀損された絵画の価値等の、実際に自己

が実現する構成要件に該当する不法の重さについて、或いは、例えば、放火された建造物の住居としての特殊性等の加重行為事情に関して、故意に行為する行為者について錯誤があるのであれば、間接正犯を承認することを拒否すべきであるとする。また、客体の錯誤の喚起も間接正犯ではなく、同一性に関する錯誤によって行為者に他の犠牲者を転嫁した者は、これを行為者に働きかけた場合には教唆犯が、そうでなければ同時正犯であるという。それ故、このDohnaの事例においては、A及びBの同時正犯を承認することになる。

G. Küpperは、また、合致への決意を共同の遂行で足りるとするこれらの論者は、本来、共同正犯に至らなければならないという。というのは、Bは自分の態度を、いづれにしても、客観的にAの意図と同等にし、他人の計画に合致させたからである。この種の片面的共同正犯は、Dohnaの事例において、かつて、すでに一度肯定されていたのであるが、今日では、—その限りでは、明白に—完全に承認されていない。

この事例における間接正犯は、とりわけRoxinによって次のように詳細に基礎付けられた⁽⁶⁸⁾。すなわち、間接正犯は、構成要件的不法の性質が人間を取り違えることによって他人のものになるということに基づいている。実行者は、「一人の」人間の殺害に関する支配を有するという。ただ、犠牲者の具体的個人における彼の死は、単に背後者に責任が負われる。それに対して、人の錯誤は、更には一般的に、不法の性質を変化させることない重要でない動機の錯誤と見なされるということが概して言えるという。

この見解に対して、G. Küpperは、故意に実行する者の自己答責性が背後者の行為支配と対立するという異議が残ることになっている。このことから、犠牲者に関する支配に注目するという見解の変更は当を得ていると考えている。彼によれば、そのような見方は、当然の帰結を引き出すことなく、異なるかたちで受け入れられ得るのである。かく

して、Gallas⁽⁸⁹⁾は、類似の事例において、次のような結論に至った。すなわち、Bは、なるほどAの行為について支配的ではないが、しかしCの死の運命についてはそうではない。Cの生命を、Bは、次のように同様の方法で手中に収めている。それは、BがCをあたかも単なる自然力、たとえば猛獣の前に置き去りにしたかのようである。また、Herzberg⁽⁹⁰⁾は、背後者を正犯者と見なす。その理由は、Bは彼の敵を不自由な状態になる欺罔行為によって、その敵が第三者の陰謀の犠牲になるという状況に追い込んだからである。結果的に、策略が被欺罔者を、正確な射撃に導くのか否か、或いは隠された陰謀に向かわせるのか否かということは、区別され得ない。二人の論者は、それにもかかわらず、同時正犯のみを承認しようとする。

しかし、G. Küpperが認めるのは、背後者が犠牲者を死に至る事態に誘惑する場合には、背後者は、間接正犯であるということである。その理由は、彼は、善意の犠牲者を支配するからであるという。更に、そこへ生ずるのは、実行者と比較するならば、同時正犯である。それ故、正犯形態を区別することは、行為において重なり合っている。この種の混合形成物は、他の状況においてもまた見出される。そのようなことから、G. Küpperは、国家防衛評議会の構成員が「間接的共同－正犯者の背後の正犯」として特徴付けられるとし、更に、支配的見解によれば、結果的加重犯の場合において、共同正犯（基本犯）と同時正犯（結果犯）とが組み合され得るとするのである。

三、むすびにかえて

以上のように、ドイツにおける正犯形態の内実について、G. Küpperの論稿から概観してきた。彼の見解を要約すれば、次の通りである。

直接正犯と間接正犯との限界は、行為媒介者の行為が、構成要件の実現が機械的道具と

の対比において人間の行為によって成立することを認める。そこから、責任を有しない者の利用は、直接後者の側で行為の性質が欠落しているならば、単に背後者の直接正犯のみが認められるとする。次に、間接正犯と共同正犯を論じるあたり、相関的間接正犯としての共同正犯を検討している。共同の行為の決意を基礎にして、共同正犯者は、（一体化した力と共に）共同の行為を支配するが、その他の決意或いはその他の行為の共同は支配しない。更に別の区別は、未だ間接正犯を基礎付けることのない行為の寄与が共同正犯が共同の行為を成功させたということについて確実な意味を備えている限りにおいて、結局のところ、既に共同正犯に達するということから明らかになる。従って、共同正犯の客観的条件は、間接正犯の条件よりも比較的消極的に評価され得るとしている。そこから、組織的支配については、決定的な意味をもつことは、共同正犯が「水平の」原理に関わりをもち、それに対し、国家構造は「垂直の」体系を表わすのであるが、その体系は、間接正犯にその刻印を付与するものである。ただ、経済的経営においては、任意的代替可能性も法規範による完全な解決も存在せず、犯罪組織においては、優越、従属関係は単に労力の分配を特徴付けるにすぎない。それ故、組織的答責性は必然的に間接正犯へ到達する必要はないのであると結論付けている。であれば、どのような基準をもって、判断するのであろうか。そのあたりは不明である。

最後に、彼は、同時犯について、第一に、共同正犯か或いは同時正犯かという限界付けを検討している。承継的共同正犯の場合については、「偶然的な共同の支配者」が存在するにすぎないとし、片面的共同正犯の場合では、「関与者の一人が、なぜ、他人の－彼に認識されていない－態度の帰属をそもそも受けることになるのか？」というように疑問を呈し、これらの場合には、共に同時正犯が問題となるとする。それに対し過失共同正犯については、その成立を認めようとする。従来

のドイツの通説とは対立することになるが、その場合、共同する義務違反に照準を合わせるならば、犯罪的結果が共同して得ようとはされていないという通説からの批判は、克服可能であるとしている。更に、過失共同正犯の承認から進展した結果的加重犯の場合にも言及している。そもそも、共同正犯からの結果的加重犯成立の構造は、通常であれば、「重い結果に関して、基本犯に（故意的に）関与することと（過失の）同時正犯で構成されている。」そこで、彼は、基本犯の遂行が過失犯における注意義務に違反する行為と比較されるのであれば、一少なくとも、構造的に一一致することが明らかになり、共同正犯と同時正犯に分離することなく、結果的加重犯が、あわせて共同正犯とすることが可能であるとしている。また、この結合は、教唆犯の場合にも大きな意義をもつとし、この場合に重要なのは、異なった関与形態、つまり、基本犯に対する教唆犯と加重された結果の同時正犯であるとしている。

また、彼は、間接正犯と同時正犯の限界付けとして、重要である講壇事例の「Dohnaの事例」を引き合いに出し、背後者が犠牲者を死に至る事態に誘惑する場合には、背後者は、間接正犯であるとするのであるが、その理由は、善意の犠牲者を支配するからであるという。他方、実行者と比較する場合には、同時正犯が見出されることから正犯形態を区別することは、行為において重なり合っているという結論を見出している。この種の混合形成物は、他の状況においてもまた見出されるとしている。それは、国家防衛評議会の事例において、その構成員が「間接的共同正犯者の背後の正犯」として特徴付けられていることであって、更に、上述の結果的加重犯の場合においては、支配的見解が見出している共同正犯（基本犯）と同時正犯（結果犯）との組み合わせの形成が、彼のいう、この種の混合形成物であるという。

当然のことながら、ドイツにおける議論と比較した場合に、わが国のものと共通の議論

がなされている領域が見出されていた。しかしながら、構造論として、積極的には意識されていない論点も見出されたと思われる。たとえば、過失共同正犯の承認から進展した結果的加重犯の場合などについては、そういつでもよいのではなからうか。

本論文は、ドイツの議論を概観することにとどまるものである。私は、これらの論点の解明を今後の課題とすることによって、更なる研究を進めて参りたい。

- (1) 大塚仁『刑法概説 総論〔第三版〕』（有斐閣・2005年）155頁、317頁、福田平『全訂刑法総論〔第四版増補〕』（有斐閣・2004年）245頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（成文堂・2007年）399頁等。
- (2) わが国における拡張的正犯概念の詳細な研究としては、大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣・1958年）71頁以下参照、西原春夫『間接正犯の理論』（成文堂・1962年）71頁以下参照。また、過失共同正犯からの検討として、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973年）167頁以下参照。島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版・2002年）36頁以下。
- (3) かつての、RGの判例とされる。RG 3, 181 [182f].
- (4) わが国における限縮的正犯概念の詳細な研究としては、大塚仁 前掲論文集『間接正犯の研究』前註(2) 58頁以下参照。また、過失共同正犯からの検討として、内田文昭 前掲論文集『刑法における過失共働の理論』前註(2) 147頁以下参照、島田聡一郎 前掲論文集『正犯・共犯論の基礎理論』前註(2) 36頁以下。
- (5) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社・1990年）154頁、372頁、373頁以下、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣・1953年）108頁以下、植松正『再訂刑法総論』（勁草書房・1974年）320頁、香川達夫『刑法総論講義〔第三版〕』（成文堂・1995年）296頁、吉川経夫『三訂刑法総論〔補訂版〕』（法律文化社・1996年）233頁等。
- (6) 大塚仁 前掲書 前註(1) 154頁以下、福田平 前掲書 前註(1) 154頁以下、川端博『刑法総論講義』（成文堂・1995年）510頁以下等。
- (7) ドイツにおける代表的な論者として、

- Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 19ff.; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 142ff., 170ff., 242ff.; ders., Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 8. Lieferung: § 25 Rdn. 36; Hans Heinrich Jescheck/Tomas Weigent, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 651ff.; Vgl. Jürgen Baumann/Ulrich Weder/Wolfgang Misch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, S. 681ff.; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I 5. Aufl. 2003, S. 267ff.; Prter Crammer/Günter Heine, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rdn. 71.; Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1991, 21/35ff.; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl. 2004, S. 291ff.; Herbert Tröndle/Tomas Fischer, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetz, 52. Aufl. 2004, § 25 Rdn. 1b.; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 104.; Reinhard Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl. 1989, S. 249, 等多数。
- (8) わが国における代表的な論者として、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』(有斐閣・2000年) 1頁以下参照、井田良「正犯概念」法学教室 137号(1992年) 27頁以下、同『犯罪論の現在と目的的行為論』(成文堂・1995年) 192頁、同『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年) 296頁以下、成瀬幸典「正犯・共犯」法学教室 280号(2004年) 81頁以下、平場安治『刑法総論講義』(有信堂・1960年)、福田平 前掲書 前註(1) 245頁等。
- (9) 井田良 前掲書『刑法総論の理論構造』前註(8) 294頁以下。
- (10) Georg Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, 519.
- (11) G. Küpper, GA, 519(Fn.10).
- (12) Vgl. G. Küpper, GA, 519f (Fn.10).
- (13) Jakobs, AT, 21/61(Fn.7.); Jescheck/Weigent, S.666 Fn.11 (Fn.7) .
- (14) Reinhard Frank, Das Strafrechtsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931. Vorb III I vor § 47.
- (15) Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I 3. Aufl. 1981, Rdn.762.
- (16) Maurach-Gössel-Zipf, AT 2, S.249 (Fn.7),
- (17) この点について、文献の紹介がある René Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, 242.
- (18) Vgl. G. Küpper, GA 1998, 520ff (Fn.10).
- (19) Jescheck/Weigent, S.665 (Fn.7.); 例えば、RGSt 26, 242f.; BGHSt 32, 38/42.
- (20) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. 2003, S.702 (Fn.7).
- (21) Welzel の場合においては, ZStW 58 [1938], 491, 544.
- (22) BGHSt 32, 38.
- (23) Jescheck/Weigent, S.665ff (Fn.7) .
- (24) Günter Spindel Jus 1974, 75if.
- (25) Spindel, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, 75if.
- (26) Roxin, LK, 11. Aufl. 1993, § 25 Rdn. 106(Fn.7).
- (27) OLG München. NStZ-RR 1996, 71.; BGH. NJW 1997, 3453, JZ 1998, 211 (Roxin の評釈付き)。
- (28) この点について、より詳しくは、文献紹介のある G. Küpper, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, 447.
- (29) Vgl. G. Küpper, GA 1998, 521f (Fn.10).
- (30) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S.646 (Fn.7).
- (31) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. 2003, S.703ff (Fn.7).
- (32) Jescheck/Weigent, S.666f (Fn.7).
- (33) Jakobs, AT, 21/74 (Fn.7.); Welzel, Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.109 (Fn.7).
- (34) Samson, SKStGB, 5. Aufl. 1993, § 25 Rdn.63.
- (35) Welzel, Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.36 (Fn.7).
- (36) この点について、より詳しくは、G. Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S.53f.
- (37) Jakobs, Objektive Zurechnung bei Mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997, 563ff.
- (38) Jakobs, GA 1997, 564f (Fn.36).
- (39) Jakobs, GA 1997, 566 (Fn.36).
- (40) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.522 (Fn.10).
- (41) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.522f (Fn.10).
- (42) RGSt 58, 279; 63, 101/103; 66, 236/240.
- (43) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. 2003, S.688 (Fn.7).
- (44) Welzel, ZStW 58 (1939) , 550.

- (45) Vgl. Crammer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Komment. 27. Aufl. 2006, § 25 Rdn.; Jakobs, AT, 21/40 (Fn.7).
- (46) RGSt 66, 236/240.
- (47) この点について、既に、G.Küpper, JR1993,293.
- (48) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.523f (Fn.10).
- (49) BGHSt 40, 218, NStZ 1995, 26 (Jakobsの評釈付き) ;Roxin JZ 1995, 49.
- (50) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 60ff (Fn.7); ders., JZ 1995, 49 (Fn.49).
- (51) Roxin, AT II, S. 46ff (Fn.7);; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 242ff (Fn.7);; ders., Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 550f.
- (52) Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, S. 556 (Fn.51).
- (53) Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, S. 558 (Fn.51).
- (54) Roxin, AT II, S. 46ff (Fn.7);; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 242ff (Fn.7);; Stratenwerth/Kuhlen, AT I 5. Aufl. 2003, S.282f (Fn.7);; Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 48/88 (Fn.7).
- (55) Jescheck/Weigent, S670f (Fn.7); Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 52. Aufl. 2004, § 25 Rdn. 3e (Fn.7).
- (56) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11.Aufl.2003, S.706f (Fn.7).
- (57) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 52. Aufl. 2004, § 25 Rdn. 3e (Fn.7).. ;Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 49/36 (Fn.7).
- (58) Roxin, Bemerkung zum "Täter hinter dem Täter", in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 193.
- (59) Jakobs NStZ 1995, 27 (Fn.49).
- (60) Roxin, JZ 1995, 27 (Fn.49);; Jakobs NStZ 1995, 27 (Fn.49).
- (61) Bloy, GA 1996, 440 (Fn.17).
- (62) Jakobs NStZ 1995, 27 (Fn.49).
- (63) BGHSt 40, 218/237.
- (64) Roxin, JZ 1995, 51f (Fn.49).
- (65) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.525f (Fn.10).
- (66) Jescheck/Weigent, S679 (Fn.7);; Roxin, AT II, S. 105 (Fn.7).
- (67) このことに重きを置くのは、BGH, NStZ 1996, 227, 228.
- (68) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.525f (Fn.10)..
- (69) RGSt 8, 42.
- (70) Vgl. Jakobs, AT 21/43 (Fn.7).
- (71) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11.Aufl.2003, S691f (Fn.7);; Jescheck/Weigent, S654 (Fn.7).
- (72) Jescheck/Weigent, S654 (Fn.7).
- (73) Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Handlungen, 1997, S282ff.;Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 281ff.
- (74) OLG Schleswig, NStZ 1982, 116.; BayObLG NJW 1990,3032.
- (75) BGE 113 IV58, Jura 1990. 47 (Ottoの評釈付き) .
- (76) Vgl. BGHSt 37. 106/130f.
- (77) この点について、より詳しく紹介のある G. Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S.54.
- (78) Otto, Spendel-FS, 1992, S. 281ff (Fn.73).
- (79) Renzikowsk, S. 289 (Fn.73).
- (80) Welzel, Strafrecht, 11. Aufl.1969, S.122.
- (81) Vgl. BGHSt 19, 339/341 (Fn.73).
- (82) Vgl. G. Küpper, GA 1998, S.528ff (Fn.10).
- (83) 例えば、教唆犯としてはOttoが⁸、従犯としては、Bloyが挙げられる。
- (84) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11.Aufl.2003, S.706 (Fn.7);; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 212ff (Fn.7).
- (85) Jescheck/Weigent, S.667 (Fn.7);; Stratenwerth, AT I 3. Aufl. 1981, Rdn784 (Fn.15).
- (86) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11.Aufl.2003, S706 (Fn.7).
- (87) Jescheck/Weigent, S.667 (Fn.7).
- (88) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 212ff (Fn.7).
- (89) Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrennslehre, 1968, S. 107.
- (90) Rolf Dietrich Herzberg, Grundfälle zur Tatherrschaftlehre, Jus 1974, 576f.