

間接正犯概念の淵源と その発展について・概論

市川 啓*

目次

はじめに

- 一. 間接正犯概念の淵源について
 - (一) ドイツ普通刑法学上の関与形態
 - (二) 知的発起者概念の分化に関する議論
 - (三) 立法動向について
- 二. 間接正犯概念の発展について
 - (一) 20世紀初頭の議論
 - (二) 限縮的正犯論 vs. 拡張的正犯論
 - (三) 目的的行為論と間接正犯
 - (四) 義務犯論の登場
 - (五) 自己領得目的の解釈と第六次刑法改正
- 三. 全体の考察と展望
 - (一) 間接正犯の歴史が示唆すること
 - (二) 間接正犯論の素描
 - (三) 営利目的と目的なき故意ある道具
 - (四) 制度的管轄による義務犯論

おわりに

はじめに

本稿は、2018年1月28日に京都大学の吉田キャンパスで開催された刑法学会関西部会での個別報告「間接正犯概念の淵源とその発展について」の

* いちかわ・はじめ 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員 立命館大学授業担当講師

原稿を加筆・修正したものである。ここでは、間接正犯の歴史を紐解くことで間接正犯の基礎となる正犯概念や正犯基準の意義を示しつつ、故意ある道具の問題解決に関連する限りで、新たな視点の下で間接正犯論を素描し、その上で目的犯の理解や義務犯論の意義を述べることにしたい。

従前より我が国では、間接正犯とは、直接自らの手で構成要件を実現した者を正犯とする限縮的正犯概念と極端従属形式が組み合わさることで生じる処罰の間隙を埋め合わせるために生み出されたと理解されてきた¹⁾。しかし、ひとたび目的なき・身分なき故意ある道具の事例²⁾に目を向けると、この理解は疑われる。というのも、この事例では、直接行為者は責任能力を有し、情を知って行為に出ているため、ストレートに間接正犯を認めることができず、あえて故意ある道具を利用した間接正犯という法形象が作出されているからである³⁾。それゆえ、彌縫策として問題になったのは間接正犯一般ではなく、むしろ、故意ある道具を利用した間接正犯ではないだろうか。

1) 例えば、牧野英一『刑法総論：下巻 [全訂第十六版]』（有斐閣・1966年）708頁、木村亀二『刑法総論 [増補版：阿部純二増補]』（有斐閣・1978年）388頁、398頁、佐伯千仞『刑法講義総論 [第三訂]』（有斐閣・1977年）334頁、343頁、中山研一『刑法総論』（成文堂・1982年）474頁、浅田和茂『刑法総論 [補正版]』（成文堂・2007年）430頁、410頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2011年）82頁以下、橋本正博『刑法総論』（新世社・2015年）251頁を参照。Siehe auch z. B. *Paul Wolf*, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 225, 1927, S. 1; *Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1993, 21/17, 21/62; *Bettina Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, 2003, S. 30.

2) 例えば、自己領得目的を持つ背後者Xが、情を知り且つ目的を持たないYに他人の動産を奪取させた場合（目的なき故意ある道具の事例）や、取賄を目論む公務員Aが、情を知る非公務員Bに賄賂を受け取りに行かせた場合（身分なき故意ある道具の事例）が問題となる。前者について言えば、ドイツでは1998年の第六次刑法改正まで窃盗罪（§242 StGB）には第三者領得目的が規定されていなかったことが起因し、ライヒ刑法定後まもなく、目的なき故意ある道具の問題が生じた。

3) Vgl. *Henning Lotz*, Das „absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug“: ein Fall der mittelbaren Täterschaft?: Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur, 2009, S. 7, 449 f.

同様の疑問は既に大塚仁も抱いており、間接正犯の淵源を明らかにしようと苦心した。大塚の研究によれば、19世紀ドイツにおいて知的発起者という概念が教唆犯と間接正犯に分化したのは、結果主義刑法から近代刑法学への発展に伴う必然的所産であったという⁴⁾。しかし、具体的に何が契機となって、間接正犯という概念が生成されたのかは明らかにされていない。それゆえ、20世紀初頭から激しく議論された「故意ある道具」という問題の本質も分からないままとなっているのである。

翻って、限縮的正犯概念の理解にも問題がある。例えば、佐伯千仞は、直接自らの手で構成要件を実現した者を正犯とする限縮的正犯概念の下で間接正犯を認めることは罪刑法定主義に違反するため⁵⁾、共犯の従属性を緩和し、狭義の共犯に解消すべきであると主張した⁶⁾。もっとも、このような限縮的正犯概念の理解が必然的なものではなく、間接正犯概念もこれと矛盾しないということは、一定程度、共有されているように思われる⁷⁾。しかし、なぜそれが必然的な理解ではないと言えるのかという点については十分理解されていないように思われる。

これに関連して、構成要件を自ら実現する者が正犯であるとする形式的客観説も、間接正犯を説明できないとしばしば批判される⁸⁾。しかし、形式的客観説の論者も中斷論や遡及禁止論を援用しながら間接正犯を認めていたことに一瞥を与えるならば、この理解にも疑う余地がある。それゆえ、いま一度、間接正犯と限縮的正犯概念、形式的客観説との理論的關係

4) 大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣・1958年)37頁以下。

5) 佐伯・前掲注(1)343頁以下、346頁以下参照。

6) 佐伯・前掲注(1)337頁以下。

7) 例えば、大塚『刑法概説総論[第四版]』(有斐閣・2008年)159頁、279頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会・2002年)36頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂・2005年)8頁、10頁参照。

8) 例えば、橋本・前掲注(1)236頁以下。Siehe auch *Claus Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., 2015, S. 36; *Friedrich-Christian Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, S. 21; *René Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 118.

を明らかにすべきであろう。

さらに、後述の通り、正犯概念や正犯基準といった正犯論にダイナミックな変遷をもたらしたのは、目的なき・身分なき故意ある道具の問題であった。しかし、このことは、我が国では十分理解されないまま、故意ある道具を利用した間接正犯を認めるのが通説である。その際、背後者が偽造通貨を行使する目的を秘して、直接行為者に通貨の偽造を依頼したという事例がしばしば挙げられているが⁹⁾、もともとドイツで問題になったのは、直接行為者が背後者の目的を認識している事案であった。また、故意ある道具のいずれの事例についても、直接行為者は責任能力者で、情も知っているため、ストレートに道具であるとは言えないとも批判される¹⁰⁾。

他方で、一般に間接正犯とされる事例の多くを、要素従属性の緩和を通して教唆犯に整序しようと試みた、いわゆる拡張的共犯論¹¹⁾は解決策の提示に苦心した。例えば、佐伯は、問題となる事例の直接行為者が目的ないしは身分を欠き、当該犯罪の可罰的違法類型を完全に充足しなくとも、背後者が備える目的ないしは身分によって補填されるとすることで、背後者に教唆犯の成立を認めた¹²⁾。しかし、そのように解すると、公務員という身分のない者も収賄罪の正犯と捉えられるため、当該身分は関与者の誰かに存すればよいという限りで、もはや一身専属的な Täter のメルクマールではなく、客観的な一事実、つまり、Tat のメルクマールに貶められて

9) 例えば、大塚・前掲注(4) 213頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）361頁、西原春夫『刑法総論 [改訂準備版]』（成文堂・1993年）361頁以下、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）[補正版]』（青林書院・1997年）291頁、西田『刑法総論 [第二版]』（弘文堂・2006年）331頁、前田雅英『刑法総論講義 [第六版]』（東京大学出版会・2015年）87頁、川端博『刑法総論講義 [第三版]』（成文堂・2013年）545頁以下、井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣・2008年）449頁、高橋則夫『刑法総論 [第二版]』（成文堂・2013年）417頁、堀内捷三『刑法総論 [第二版]』（有斐閣・2004年）290頁、大谷實『刑法講義総論 [新版第四版]』（成文堂・2012年）147頁参照。

10) Vgl. *Ernst Beling*, Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlung, ZStW 28, 1909, S. 602 f.

11) 滝川幸辰『犯罪論序説』（文有堂・1938年）280頁参照。

12) 佐伯『共犯理論の源流』（成文堂・1987年）115頁参照。

しまう¹³⁾。

これに対して、植田と中は、理由づけに違いはあるものの、問題となる事例の直接行為者を幫助犯、背後者を教唆犯と捉えた¹⁴⁾。本説は佐伯説と異なり、正犯なき共犯説であり¹⁵⁾、また真正身分犯の身分を一身専属的なメルクマールと解する。しかし、正犯を幫助した者を従犯とする刑法62条との関係で、現行法に矛盾するとしばしば批判される¹⁶⁾。いずれにしても、従属性を緩和すれば間接正犯の領域が相対的に縮小するという拡張的共犯論の前提それ自体、共犯に比した正犯の優先性に反するであろう¹⁷⁾。

このように見ると、通説も拡張的共犯論も問題を抱えている。また、最近では、身分なき故意ある道具の事例において共謀共同正犯の成立を認める見解も有力である¹⁸⁾。しかし、本説は、そもそも単独では身分犯を実現できない非身分者がなぜ身分者と一緒ならば身分犯を実現できるのか、十分に説明できていない。また、収賄罪を例にとれば、本説は、非公務員が公務員と共謀の上、建設会社から賄賂を収受したと捉えるであろう。しかし、それでは、誰が自己の職務に関して賄賂を収受したのか、はっきりしない。そ

13) 同様の問題は、後述の共謀共同正犯説にも存する。

14) 植田重正『共犯の基本問題』（東京三和書房・1952年）89頁以下、同『刑法要説 總論』（三和書房・1952年）248頁以下、中義勝『間接正犯』（有斐閣・1963年）56頁、57頁参照。

15) 佐伯説は植田・中の「正犯なき共犯」説とは異なる。佐伯は、共犯の従属対象たる正犯の要件を緩めたにすぎず、およそ正犯のない共犯を認めたわけではない。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）264頁注（58）、浅田「佐伯・平野刑法学の犯罪論体系（特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義）」法律時報84巻1号（2012年）18頁以下参照。

16) 例えば、平野・前掲注（9）360頁、361頁、大越義久『共犯論再考』（成文堂・1989年）17頁参照。

17) 拙稿「拡張的共犯論について」立命館法学375・376号（2017年）1818頁以下参照。

18) 草野豹一郎『刑法改正上の諸問題』（巖松堂書店・1950年）283頁、西原・前掲注（9）363頁、西田・前掲注（9）328頁、331頁、島田聡一郎「いわゆる「故意ある道具」の理論について（3）」立教法学62号（2002年）92頁、同・『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002年）265頁以下参照。その他、例えば、前田・前掲注（9）87頁以下、333頁注（21）、大谷・前掲注（9）147頁以下。なお、山口厚『刑法総論 [第二版]』（東京大学出版会・2007年）72頁、335頁は、この場合に背後者を直接正犯と評価するが、直接行為者については共同正犯か幫助であると論じている。

れゆえ、誤解を恐れずに言えば、共同正犯説は、身分者が身分犯を犯したという事実認定が曖昧にされたまま、有罪判決が下されてしまう危険を孕んでいるのである。

従って、我が国では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に対する説得的な解決は、いまだ示されていない。そこでは、目的犯や身分犯といった特殊な犯罪類型を包括する、一般的な正犯基準を打ち立てることの困難さという問題の核心が看過されているのではないだろうか。

以上の問題意識の下、まず間接正犯の淵源を明らかにした上で、目的なき・身分なき故意ある道具を巡って展開された、20世紀以降の間接正犯論を概観・検討する。最後に、間接正犯の歴史が示唆することをまとめ、そして間接正犯に関する試論を踏まえて、目的犯の理解や義務犯論の意義を論じることしたい。

一．間接正犯概念の淵源について

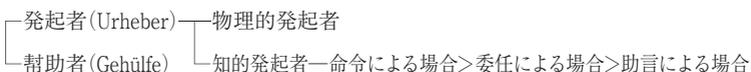
（一）ドイツ普通刑法学上の関与形態

18世紀末から19世紀初頭のドイツ普通刑法学では、犯罪の関与形態として、発起者（Urheber）と幫助者（Gehülfe）が観念されていた。発起者は物理的発起者と知的発起者に区分され、知的発起者については、委任による場合や命令による場合、強要による場合などが一般に認められていた。当時は、行為者の自由な意思決定が帰責論において重要なメルクマールであり、直接行為者がどの程度自由に意思決定できたかということが、背後者の可罰性の程度に関連づけられており、発起者の諸類型にランクが設けられていた。例えば、*Kleinschrod* は、命令者には2倍、委任者には1と2分の1、助言者には4分の3帰責されると考えており¹⁹⁾、これは意思決定

19) *Gallus Aloys Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erster Theil; Von Verbrechen überhaupt und derselbe Zurechnung, 1. ♂

論を主張した *Feuerbach* においても同様であった²⁰⁾。

【*Kleinschrod* や *Feuerbach* の共犯論】



(二) 知的発起者概念の分化に関する議論

ところが、1819年の *Mittermaier* の論文以降、議論が動き出すこととなる。*Mittermaier* は、従前の知的発起者の諸類型のうち、背後者と直接行為者の可罰性を同置してよいものと、背後者の刑を減輕すべきものを区別しようと試みた。その際、彼は知的発起者の諸類型を仕分けする上で、特に直接行為者と背後者の精神的な関係性、つまり、背後者の用いた手段によって直接行為者が意に反して犯罪へと強いられた程度を重視した²¹⁾。

このような知的発起者論の仕分けに影響を受けたのは *Luden* であった。彼は、構成要件メルクマールの総和が自由かつ意識的なものでなければ、行為者に帰属されないと考えることで²²⁾、例えば、強盗犯に脅されて

↘ Ausg., 1794, §192 (S. 283).

20) *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1800, Zweiter Theil, Achstes Kapital, §18 (S. 255 ff.) u. §19 (S. 257 f); siehe auch *ders.*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, §113 (S. 104).

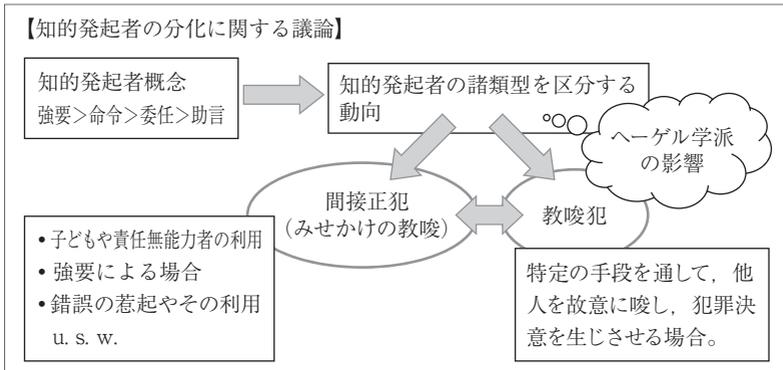
付言すれば、意思決定論を主張していた *Feuerbach* が、なぜ従来の議論通り、知的発起者の諸類型にランクを付けたのかは疑問である。はっきりした理由は分からないが、このランク付けは、行為者が環境等によって予め決定されている因子の多さを意味すると推論される。もっとも、結局は「因子の多さ」を誰かが決めなければならないとすれば、従前の議論とそれほど変わらないのではないと思われる。*Feuerbach* の意思決定論については、高橋直人「意思の自由と裁判官の裁量——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」立命館法学307号(2006年)38頁以下を参照されたい。

21) *Carl Joseph Anton Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 3, St. 1, 1819, S. 125 ff., bes. S. 127 ff.

22) *Heinrich Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 1. Bd., Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1836, S. 3.

金庫の在処を教えた者は強盗罪の共犯ではなく、背後者が単独で強盗罪の発起者になると捉えた²³⁾。

そして更なる展開は、ヘーゲル学派において見られる。例えば、義務と法規を意識しながらも、あえて犯罪実行を選択するからこそ、法を犯す主体は「自由」であり、ゆえに責任を問われると考えた *Köstlin* は、刑法上の行為 (Handlung) を所為 (Tat) のモーメントと意思のモーメントの媒介的統一体であると主張した²⁴⁾。それゆえ、幼年者や重度の精神障害者は恣意を伴って自ら決定する可能性を欠くため、また絶対的強制や錯誤の場合には両モーメントの媒介が欠けるため、被利用者には行為が認められず、利用者は「みせかけの教唆」、つまり、唯一の物理的発起者であるとされた²⁵⁾。



(三) 立法動向について

このような学説の議論は、プロイセン刑法典の諸草案に影響を与えた。例えば、1843年草案では、教唆犯規定には「他人を重罪の実行のために利

23) *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen Teutschen Strafrecht, 2. Bd., Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Recht, 1840, S. 334 f.

24) *Christian Reinhold Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, §70 (S. 131), §76 (S. 148).

25) *Köstlin*, a.a.O. (Fn. 24), §78 (S. 151), §140 (S. 510).

用した」形態と、「他人を故意に犯罪決意へと唆した」形態が規定されていた²⁶⁾。

【1843年草案63条】

法律上、重罪に対して威嚇された刑罰が科せられるのは、以下の者である。

1. 重罪を自らの行為を通して直接に生じさせた者（発起者）
2. 他人を重罪の実行のために利用した、もしくは他人を故意に犯罪決意へと唆した者（教唆者）
3. 重罪の実行のため、そしてそれを助けるため、現存する事情の下それなくしては重罪は実行されえなかったであろうという援助を供した者（中心的補助者）。

しかし、これに対して *Zachriä* は、背後者が故意に決定づけることによって他人に犯行決意が喚起されたことを「教唆」と捉えるべきであり、「他人を重罪のために利用した」形態は教唆に当たらないと批判した。また、拳銃で人を撃つよう子供や精神障害者を唆す間接的惹起者を特別に処罰したいならば、新たな規定を設けるべきであるとも提案した²⁷⁾。

このような批判を受け、1845年草案では「他人を重罪の実行のために利用した」という文言が削除され、その後の草案でも維持された²⁸⁾。

【1845年草案46条】

重罪に対して威嚇された刑罰は、刑罰で威嚇された行為を自らもしくは他人

26) Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843, Erster Theil, Erster Titel, Fünfter Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern, §63 (S. 12).

27) *Heinrich Albert Zachriä*, Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, in: Archiv des Criminalrechts Neue Folge, Jahrgang 1846, St. 4, S. 569 f., S. 570 f.

28) Vgl. Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1845, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §46 (S. 9); Vgl. Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten u. Des Gesetzes über die Einführung desselben, 1851, Bd. 1, Erster Theil, Dritter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, §31 (S. 9).

と共同して実行する者だけでなく、他人をその実行に教唆する者、さらに重罪の実行のために助言もしくは行為による援助を知りて与えた者にも適用される。

【1850年草案31条】

重罪もしくは軽罪の共犯者として処罰されるのは、

- 1) 正犯者を贈与もしくは約束、脅迫、威信もしくは権力の濫用、錯誤の意図的な惹起もしくは促進、ないしはその他の手段によって重罪もしくは軽罪の実行へと煽るか唆すか、決定づけた者
- 2) 正犯者をして重罪もしくは軽罪の実行のため手ほどきを与えた者や、これと同様、犯行に役立つ武器もしくは道具、その他の手段をそれらが役立つものとして知りて与えた者、犯行を準備するもしくは容易にする、ないしは既遂にするところの行為において正犯者に援助を知りて与えた者。

また、その後の委員会審議においても教唆犯の定義は維持されており、例えば、被欺罔者を利用する者は唯一の発起者であり、彼に共犯規定は適用されないと考えられた²⁹⁾。従って、我々が間接正犯と呼ぶものは、草案の議論の過程で教唆犯規定の範疇から追い出されたのであった。

二. 間接正犯概念の発展について

このように成立したプロイセン刑法典とそれを継承したライヒ刑法典を背景に、学説においても間接正犯という概念とその名称が漸次承認されていった³⁰⁾。しかし、ライヒ裁判所が幾つかの裁判例³¹⁾で目的なき・身分な

29) Vgl. Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Berathung des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, in: Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über die Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, 1851, S. 452.

30) 解釈史において間接正犯という名称を初めて使用したのは *Stübel* であったが、従前の知的発起者を「間接正犯」と言い換えたにすぎなかった。Vgl. *Stübel*, Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen: Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze, 1828, §55 (S. 96). また、ヘーゲル学派にとっても Tat は Handlung の客観面にすぎないため、Täter という用語は使用されず、「みせかけの教唆」は間接正犯とは呼ばれなかった。↗

き故意ある道具を利用した間接正犯を認めたことで、故意ある道具を利用した間接正犯という法形象を認めるべきかについて激しい議論が交わされた。

(一) 20世紀初頭の議論

故意ある道具を利用した間接正犯を否定する論者は、中断論もしくは遡及禁止論に基づいて教唆犯を認めつつ、その裏返しの存在として間接正犯を観念していた。例えば、*Beling* はいわゆる遡及禁止の発想から、自ら構成要件を実現する者に答責されるのが基本であるが、その者に責任能力や故意が欠ける場合には背後者に帰責されると主張していた³²⁾。それゆえ、情を知る責任能力者を間接正犯の道具とすることに異を唱え、各則構成要件の解釈による解決を試みた。例えば、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、自己領得目的をもつ背後者は横領罪の正犯（日本で言うところの遺失物横領罪の正犯）であり、直接行為者はその幫助犯である

▼ その後、1851年のプロイセン刑法典で Täter と Teilnahme が区別されたことに伴い、Schützeは教唆犯規定に該当しない間接的惹起者（みせかけの教唆）を擬制的正犯と呼称した。Vgl. *Theodor Reinhold Schütze*, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869, §34 (S. 196). しかし、これに対しては、より実質的な説明が必要であるとの批判が向けられていた。その中、*Binding* は教唆犯を複数正犯の事例と理解しつつ、背後者のみが正犯となる場合を「間接正犯」と称し、教唆犯と区別される形で「間接正犯」という用語を学説上初めて使用した。Vgl. *Karl Binding*, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869, S. 87 f.; *ders.*, Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, Bd. 1, Einleitung und Allgemeiner Theil, 1878, S. 81.

その後、*Liszt* も教科書で間接正犯という用語を使用し、また当時の法律学事典でも間接正犯という言葉が掲載されるようになった。Vgl. *Franz von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 201.; *Augst Geyer*, Thäterschaft, in: *Franz von Holtendorff* (Hrsg.), Encyclopadie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, Zweiter Theil: Rechtslexikon, Bd. 3, Zweite Hälfte, 3. Aufl., 1881, S. 877.

31) Siehe z. B. RRGSt 6, 416; ERGSt 28, 109; ERGSt 39, 37. 詳しくは、拙稿「間接正犯論の歴史的考察(2)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学367号(2016年)755頁以下を参照されたい。

32) Vgl. *Beling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 597 u. S. 598.

と捉えた³³⁾。しかし、これでは、直接行為者による奪取の不法が捕捉できないことが指摘され³⁴⁾、多くの支持を得るに至らなかった。

また、*Flegelheimer* も各則構成要件による解決を示した。例えば、公務員が非公務員に文書の内容を書かせ、それに署名・押印する場合、補助人である非公務員の活動は法的には重要ではなく、公務員は虚偽の内容だと知って署名・押印する点で、自ら直接に虚偽公文書作成罪を実現しているとした³⁵⁾。さらに、遡及禁止論³⁶⁾を主張した *Frank* も、賄賂要求罪に関する身分なき故意ある道具の事例で（直接）正犯の成立を認めた³⁷⁾。しかし、これらの場合、中間者は自由な意思決定で犯行に出たにもかかわらず、なぜ背後者に直接正犯が認められるのかという点は明らかにされていなかった。

他方で、故意ある道具を利用した間接正犯を認める論者は、中断論ないしは遡及禁止論に否定的ないしは懐疑的であった。例えば、中断論に批判的な立場にあった³⁸⁾ *M. E. Mayer* は、非答責的な者だけでなく、法的な理由から正犯になれない者も道具であるとして、道具の定義を変更した上で³⁹⁾、身分なき故意ある道具の事例では、直接行為者が身分を持たないことを理由に、そして目的なき故意ある道具の事例では、目的を欠く直接行為者が本罪にとって本質的な故意（*Vorsatz*）を欠くことを理由に、間接正犯の成立を認めた⁴⁰⁾。

33) *Beling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 602 u. S. 602 f.

34) Siehe z. B. *Wilhelm Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, S. 135 f.

35) *Eugen Flegelheimer*, Das Problem des "dolosen Werkzeug", *Strafrechtliche Abhandlungen* Heft 164, 1913, S. 67.

36) *Reinhard Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., 1931, S. 14.

37) *Frank*, a. a. O. (Fn. 36), S. 108.

38) *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, 1923, S. 376 Fn. 1. では、教唆犯と間接正犯では同様の因果連関が存在するはずであり、未だに「意思の自由」が学説に持ち込まれるならば、絶望的に混乱に陥ってしまうと批判している。

39) *M. E. Mayer*, a. a. O. (Fn. 38), S. 375 f.

40) *M. E. Mayer*, a. a. O. (Fn. 38), S. 377 u. S. 379 f.

このように中断論もしくは遡及禁止論を放棄し、故意ある道具を利用した間接正犯を認めることは、間接正犯の概念を拡張する途に進むことになったのだが、これに対しては、情を知る責任能力者の利用も間接正犯の一形態と捉えてよいのか、依然として異が唱えられていた。

(二) 限縮的正犯論 vs. 拡張的正犯論

このような議論状況の中、新たな局面を示したのは拡張的正犯論であった。拡張的正犯論と限縮的正犯論の対置は、刑法改正草案の議論を背景に共犯規定の意味を問い直した *Zimmerl* によって初めて示された⁴¹⁾。その後 *E. Schmidt* によって拡張的正犯論が本格的に展開されたことにより、両説は激しく対立し論争となった。

拡張的正犯論によると、現行法の共犯規定は刑罰拡張事由ではなく、刑罰縮小事由と解される。そのため、結果と条件関係⁴²⁾を有する者は本来みな正犯だが、現行法上の共犯規定に該当する場合には共犯が認められ、これに対して共犯規定に該当しない場合は原則に戻り、背後者は間接正犯となる⁴³⁾。従って、*E. Schmidt* によれば、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において、直接行為者は目的ないしは身分を欠き、当該犯罪の故意を有しないため、背後者は共犯規定に該当せず、それゆえ間接正犯が成立することになる⁴⁴⁾。

しかし、拡張的正犯論では、非身分者が身分者を真正身分犯へと誘致する場合、非身分者は一旦「正犯」とされなければならないはずだが、身分犯には身分者しか該当しえないという前提の下では、この場合に共犯規定

41) *Leopold Zimmerl*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49, 1929, S. 40.

42) 付言すれば、*Mezger* は重要性説に依拠する。Vgl. *Edmund Mezger*, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3 Aufl., 1949, S. 109 ff., bes. S. 122.

43) *Eberhard Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, in: *Augst Hegler* u. *Max Grünhut* (Hrsg.), Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, 1930, Bd. 2, S. 120 u. S. 123.

44) *E. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 43), S. 126 u. S. 128 f.

が刑罰拡張事由として作用することを認めなければならなかった⁴⁵⁾。このような批判を受けた拡張的正犯論は、（少なくともドイツでは）衰退の一途を辿ることとなった。

これに対して、共犯規定を刑罰拡張事由とする限縮的正犯概念をなお維持すべきとする論者も多く存在した。その中でも、*Zimmerl* や *Bruno* の見解は、間接正犯に否定的な態度を執っていたという点で特徴的であった。いわゆる拡張的共犯論の源流もここに認められるが⁴⁶⁾、彼らが間接正犯を否定しようとした背景には刑法改正草案の議論があった。

例えば、1925年草案は、間接正犯と教唆犯との間にまたがる錯誤と故意ある道具の問題を解決するため、27条でいわゆる制限従属形式を採用し、間接正犯をなるべく狭義の共犯に解消することを意図した。他方で、同草案の28条は、行為者の特別な身分が当該行為の可罰性を基礎づける場合があることを認めつつも、他方でそのような身分（つまり、真正身分犯の身分）は正犯か教唆者か幫助者であればよいと規定していた⁴⁷⁾。そのため、前者の命題と後者のそれは二律背反の関係にあり、しかも後者の命題は制限従属形式とも相容れないはずである⁴⁸⁾。

【1925年草案27条、28条】

27条 教唆者と幫助者の可罰性は、犯行を遂行した者の可罰性に左右されな

45) Vgl. *Richard Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 39; *Hans Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939, S. 500; *Reinhard Maurach*, Deutsches Strafrechts: Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil 1954, S. 500; neuerdings *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 14.

46) 詳しくは、拙稿・前掲注 (17) 1818頁以下を参照されたい。

47) Vgl. Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Erster Teil: Entwurf, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§27 f., in: *Werner Schubert* u. *Jürgen Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. 1, Bd. 1, 1995, S. 204.

48) 大野平吉『共犯の従属性と独立性』（有斐閣・1964年）155頁、佐伯・前掲注 (12) 65頁を参照。

い。

28条 特別な身分や関係が犯行の可罰性を根拠づける場合に、教唆犯および幫助犯が可罰的となるのは、これらの事情が彼らもしくは正犯者に存在するときである。このような事情が教唆者に存しない場合、彼の刑罰は減輕される。

特別な身分や関係が刑罰を加重し、減輕し、または阻却すると法律が定める場合、それは特別な身分や関係を有する正犯や教唆者、幫助者に対してのみ妥当する。

そこで、これらの規定の整合的な解釈を示そうとしたのが *Bruns* であった。すなわち、「制限された従属形式」では、不法構成要件を自ら実現する場合が通常であるが、誘致者への結果帰属においては誘致者自身が備える不法メルクマールも一緒に顧慮されてよいとし、目的なき・身分なき故意ある道具の事例では、被誘致者が目的や身分を欠くがゆえに完全な不法構成要件を充足せずとも、それは誘致者が備える目的や身分によって補われるとした⁴⁹⁾。

しかし、既に指摘した通り、このように捉えるならば、真正身分犯における身分は一身専属的な Täterメルクマールではなく、Tatメルクマールとなってしまう、そもそも特別な身分や関係が犯行の可罰性を根拠づける場合を認めた意味が失われる。それゆえ、少なくともドイツでは多くの支持を得るに至らなかった⁵⁰⁾。

(三) 目的的行為論と間接正犯

もっとも、*Bruns* が故意正犯の背後の過失正犯の問題に鑑み、少なく

49) *Hermann Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 62.

50) 支持を表明したのは、せいぜい彼の師である *Grünhut* くらいかと思われる。Vgl. *Max Grünhut*, Grenzen der strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932, S. 366 f. また、既に佐川が論じている通り、真正身分犯における身分は関与者の誰かに存すればよいとする発想は、当時のオーストリーでは *Theodor Rittler* 等から支持を得て、立法化されるに至った。佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯 (3)」立命館法学319号 (2008年) 790頁以下参照。

とも現行法では過失犯において統一的正犯概念が妥当するとして、二元的な正犯概念を主張した⁵¹⁾点は、*Welzel*の目的的行為論に継承された⁵²⁾。

目的的行為論によれば、人間の行為の本質は、盲目的かつ一定の経過秩序である因果をコントロールする目的性（Finalität）にあるとされ、それゆえ故意犯・作為犯においてのみ刑法上の「行為」が認められる⁵³⁾。その際、正犯と共犯は目的的行為支配という基準⁵⁴⁾によって区別され、間接正犯もこの基準に従って判断されることになる。

この目的的行為論の主張者の多くは、故意ある道具を利用した背後者に間接正犯の成立を認めた。例えば、*Gallas*によれば、目的なき・身分なき故意ある道具を利用した背後者は、目的や身分を備えることでその事象が犯罪的性格を帯びるかどうかが掌握しており、その点に行為支配が認められる⁵⁵⁾。しかし、自己領得目的や身分を背後者が備えるからといって、直ちに彼が犯行を支配する中心人物だと評価しえないであろうし、そこでは様々な評価の観点が互に入り交じっている⁵⁶⁾。また、問題となる事例の直接行為者が意思形成において自由であり、背後者と同程度に状況を見通している以上、背後者の事象経過の支配は認められないはずである⁵⁷⁾。

他方で、同じ目的的行為論でも *Welzel* は、異なる説明をした。すなわち、目的犯や身分犯においては目的性に加えて、目的や身分が正犯性を左右するため、これらの犯罪においては、包括的な社会的行為支配が正犯基

51) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 49), S. 68. 付言すれば、*Bruns*と同様の主張を1932年に *Zimmerl* が主張し、その後 *Hellmuth Mayer* が「惹起説」を展開した。Vgl. *Zimmerl*, Von Sinne der Teilnahmevorschriften. ZStW 52, 1932, S. 171 f.; *Hellmuth Mayer*, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 217.

52) 安達光治「客観的帰属論の展開とその課題（二）」立命館法学269号（2000年）254頁参照。

53) Vgl. *Welzel*, a.a.O. (Fn. 45), S. 502, 503.

54) Vgl. *Welzel*, a.a.O. (Fn. 45), S. 542 f.

55) *Gallas*, a.a.O. (Fn. 34), S. 136.

56) Vgl. *Friedrich Nowakowski*, Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956, S. 549.

57) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 8), S. 254.

準になるとし、故意ある道具を利用した背後者に社会的行為支配を認めた⁵⁸⁾。この点、*Welzel* が各則構成要件の特色に目を向け、とくに身分犯における身分者の役割を重視し、通常の行為支配とは別の基準を打ち立てたことは、後の義務犯論の先駆けと評価できるであろう。しかし、これに対して *Roxin* は、支配は現実の事象に、義務は規範に関連するものであるならば、一方を他方に係らせるのは不合理であると批判し⁵⁹⁾、行為支配という一つの正犯基準で全てを捉えることの限界を指摘した。

(四) 義務犯論の登場

そして、目的的行為支配による解決に代わり、新たに義務犯論が *Roxin* によって提唱された。*Roxin* によれば、行為支配によって正犯と共犯が互いに際立つ支配犯とは異なり、公務員犯罪などの義務犯では、立法者が制裁の根拠として置く行為者の社会的役割の給付要求⁶⁰⁾、つまり、行為者の義務者的地位によって正犯と共犯が区別される⁶¹⁾。もっとも、ここでいう義務はあらゆる犯罪に存する義務のことではなく、刑罰法規の名宛人が身分者に限定された犯罪に存する義務であり、そのような義務に違反することで、行為者は行為事象の中心形態と見做される。このようにして *Roxin* は、身分なき故意ある道具の事例における背後者を間接正犯と評価した⁶²⁾。

しかしながら、義務犯では義務者が彼にのみ課せられた義務に違反するということが決定的である以上、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ないし⁶³⁾、その義務をどのような形で違反したのかという点は重要ではないはずであ

58) *Welzel*, a.a.O. (Fn. 45), S. 543 f.

59) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 8), S. 257 f.

60) Vgl. *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., 1973, S. 17.

61) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 8), S. 354 f.

62) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 8), S. 354, 360, 361.

63) Vgl. *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.

ると批判された⁶⁴⁾。

このような議論の中で *Jakobs* は、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捉える義務犯論を展開した。*Jakobs* によると、万人によって実行可能な犯罪が問題となる支配犯と異なり、義務犯の領域では、特定の間人が自らの組織化領域が他人の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という制度的な管轄に基づくポジティブな義務が問題になる⁶⁵⁾。それゆえ、義務者の地位にある者と財との関係は、従属的な媒介を飛び越え、常に直接的、常に正犯的となる⁶⁶⁾。このようにして *Jakobs* は「従属性を飛び越える義務による犯罪」⁶⁷⁾を観念し、通常の犯罪とは異なる正犯基準を打ち立て、身分なき故意ある道具の問題にひとつの答えを与えた。

(五) 自己領得目的の解釈と第六次刑法改正

他方で、目的なき故意ある道具の問題に目を向けると、例えば、*Roxin* は、直接行為者が背後者に贈与するという点に自由な処分を見出し、第三者領得は自己領得を前提にしていると理解することで、問題となる事例での共犯の成立を説明した⁶⁸⁾。もっとも、このような説明は、直接行為者が

64) Vgl. *Sánchez-Vera*, a.a.O. (Fn. 63), S. 162 f.; Siehe auch *Pizarro Belezá*, Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten, in: *Bernd 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.

65) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 1/7.

66) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 21/116.

67) Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 21/119.

68) *Roxin*, Tatherrschaft, S. 341 u. S. 751. このような理解は、古くはプロイセン刑法典の立法者意思に適合するものである。Vgl. *Theodor Goldammer*, Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten: aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil II: Den besonderen Theil enthaltend, 1852, S. 467. また、過去には *Wachenfeld* や *Maurach* も同じ主張をしていた。Vgl. *Friedrich Wachenfeld*, Das Strafrecht, in: v. *Holtendorff/Josef Kohler* (Hrsg.), Encyclopädie der

一旦自分の下に収めることなく背後者に交付する場合⁶⁹⁾を捕捉できないという難点を抱えていた⁷⁰⁾。

これに対して、自己領得目的を権利者排除故意と利用処分目的に区別する見解も有力に主張されていた。例えば、*Jakobs*によれば、既遂にとって必要な故意は一身専属的であるのに対し、超過的内心傾向は従属的となりうるものであり、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⁷¹⁾。それゆえ、問題となる事例において直接行為者は、他人の動産を自ら利用処分する目的を有しなくとも、背後者の目的を認識しているため、直接行為者は窃盜正犯、背後者はその共犯と解される⁷²⁾。この見解は、主観的違法要素たる領得目的の性格を正しく捉えていたのだが、当時の窃盜罪の規定が「自ら」領得することを要求している点を厳格に解する論者から、類推禁止に抵触すると批判された⁷³⁾。もっとも、そのように批判した論者も結局は解決策を示すことができず⁷⁴⁾、議論は行き詰まりを迎えていた。

↘ Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 6. Aufl., 1904, Bd. 2, S. 272; *ders.*, Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, ZStW 40, 1919., S. 323 u. S. 324; *Maurach*, Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1948, S. 130; *ders.*, a.a.O. (Fn. 45), S. 511.

69) 例えば、領得目的を欠きつつも情を知る下男が、領得目的を有する農夫の言いつけに従い、隣家のガチョウを農夫の庭へと追い立てたというガチョウ小屋事例が有名であり、これは ERGSt 48, 58 の事案をモデルにしている。Vgl. *Hugo Meyer/Philipp Allfeld*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1912, S. 237 Fn. 6; *M. E. Mayer*, a.a.O. (Fn. 38), S. 379; *Welzel*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1. Aufl., 1940, §15 (S. 60).

70) *Wachenfeld* の見解に対する批判として Vgl. *Raimund Hergt*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen: Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart, 1909, S. 152; *Beling*, a.a.O. (Fn. 10), S. 591; *Meyer/Allfeld*, a.a.O. (Fn. 69), S. 237.

71) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 22/20, 8/41.

72) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 21/104. 付言すれば、この発想は、主観的違法要素論の展開に大きく寄与した *Mezger* によってすでに示されていた。Vgl. *Mezger*, a.a.O. (Fn. 42), S. 428.

73) *Ulrich Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, S. 370.

74) Ebd.

ところが、いわゆる *Mielke* 事件（BGHSt 41, 187）が起きたことで議論は再び動き出した。この事件では、東ドイツのシュタージ幹部が部下に対し、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。しかし、BGH は、国家（第三者）のために為したことを自己のために為したことと同視できないこと等を理由に、シュタージ幹部における横領罪の成立を否定した⁷⁵⁾。そこで、このような処罰の間隙を埋めるため⁷⁶⁾、1998年に第6次刑法改正が行われ、横領罪（StGB 246条）および窃盗罪（StGB 242条）⁷⁷⁾に第三者領得目的が追加された。これによって目的なき故意ある道具の事例では、直接行為者を窃盗正犯、背後者をその共犯と認める途が開かれ、論争は沈静化することとなった⁷⁸⁾。

三. 全体の考察と展望

以上の通り、19世紀における間接正犯の淵源と20世紀以降の間接正犯論の展開について概観・検討してきた。以下では、間接正犯の歴史が示唆することを要約的に述べた上で、展望を示すことにしたい。

(一) 間接正犯の歴史が示唆すること

まず、間接正犯という概念は刑法の近代化の必然的所産であったという

75) より精確な事実関係および BGH の判断内容については、穴沢大輔「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」上智法学50巻2号（2006年）115頁以下、122頁以下を参照されたい。

76) Vgl. Deutscher Bundestag 13. Wahlperiode: Drucksache 13/8587 (25. 09. 97): Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), S. 18, 43.

77) その他, StGB 249条（強盗罪）, 292条（密猟罪）, 293条（密漁罪）に第三者領得目的が追加された。

78) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 8), S. 752; *Maurach/Renzikowski*, Strafrecht: allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., 2014, §48 Rn. 28.

説明は、曖昧不明確かつ不十分である。間接正犯とは、限縮的正犯論と極端従属形式を採用することで生じる処罰の間隙を埋めるために生み出された概念ではなかった。19世紀の初頭、帰責論上の重要なメルクマールであった行為者の自由な意思決定を基準に知的発起者の諸類型のランクが示されていたが、その後プロイセンをはじめとする領邦法典の立法動向が盛んとなる中、知的発起者の諸類型を仕分けする動きが活発となり、ヘーゲル学派の行為論の助けを借り、間接正犯と教唆犯が分化的に生成された。その際、自由な意思決定は、その具体的内容に関して各論者の見解に若干の差はあったものの⁷⁹⁾、間接正犯と教唆犯を概念上区分する上ではキー概念であった。そうであるからこそ、責任能力もあり情を知る者（換言すれば、自由答責的な者）を道具と見做すことが物議を醸すことになったのである。それゆえ、彌縫策として問題になったのは間接正犯一般ではなく、むしろ故意ある道具の問題であった。

また、間接正犯概念は限縮的正犯論と矛盾するものではないということも明らかである。確かに、間接正犯と教唆犯との間の錯誤や故意ある道具の問題に直面し、間接正犯を可能な限り共犯に解消しようとした20世紀初頭の立法動向を背景に、間接正犯概念に対して否定的な論者も存在した。しかし、彼らは構成要件の物理的な自手実行に拘泥していたわけではない⁸⁰⁾。そもそも限縮的正犯概念とは、構成要件を限縮的に解釈し、共犯規定を刑罰拡張事由と解する見解⁸¹⁾であり、（正犯に当たらなければ共犯になりうるという意味での）共犯に比した正犯の優先性を示すにすぎない。それゆえ、間接正犯を積極的に論証しさえすれば、同概念は限縮的正犯論に反す

79) 例えば、命令による犯罪遂行の場合に直接行為者の意思決定の自由を認めるかどうかという点について見解の相違が見受けられる。

80) 付言すると、Zimmerl が間接正犯を否定した理由は、極端な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はずの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, a.a.O. (Fn. 41), S. 47, 48; ders., Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 143.

81) Vgl. Zimmerl, a.a.O. (Fn. 41), S. 45.

るものではない⁸²⁾。

さらに、正犯概念を正犯基準と混同してはならない。*Bloy* の言葉を借りれば、正犯概念とは、その範囲に従った関与形式の関係を指すものであるのに対し、正犯基準とは、その内部構造に従った関与形式の関係を示すものなのである⁸³⁾。もっとも、形式的客観説では、間接正犯を説明できないわけではない。確かに20世紀初頭の論者は、構成要件を自ら実行する者を正犯の中核に据えていたが、その下で中断論や遡及禁止論などの手を借りて間接正犯を認めていたのであり、その限りで自ら実行は意味に即して規範的に捉えられていたのである⁸⁴⁾。それゆえ、このことから、形式的客観説だけでは間接正犯を説明できないということが明らかとなる。つまり、間接正犯という概念を認めるためには、「構成要件該当行為を自ら実行した」という形式を充たすための実質的な原理が必要なのである⁸⁵⁾。その限りで、形式的客観説と実質的客観説は対立するものではなく、むしろ両説は表裏一体の関係にあると考えられる⁸⁶⁾。

最後に、目的なき・身分なき故意ある道具という問題の本質は、目的犯や身分犯を含む、あらゆる犯罪類型を包括的に把握する一元的な正犯基準を打ち立てることの困難さにあったと考えられる。それは、義務犯論の登場が示唆するところである。それゆえ、この問題の解決においては、各則構成要件の特殊性に着目することが望ましいであろう。

82) 小林憲太郎「刑法判例と実務 第二一回 間接正犯」判例時報2337号（2017年）124頁参照。

83) Vgl. *Bloy*, a.a.O. (Fn. 8), S. 116.

84) Vgl. *Schütze*, a.a.O. (Fn. 30), §34 (S. 196). より進んで言えば、国家法が代表、民法が代理といった制度を發展させてきたにもかかわらず、刑法だけが自然主義的な自手性・他手性に固執することは不合理である。Vgl. *Jakobs*, Akzessorietät, in: Rechtsstaatliches Strafen: Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, S. 109. この論文の翻訳として、*Jakobs* 著／川口浩一訳「従属性」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂・2017年）604頁を参照されたい。

85) このことは、大塚説に対する批判として既に述べられてきたことである。高橋・前掲注(9) 411頁、内田『刑法概要中巻 [犯罪論 (2)]』（青林書院・1999年）456頁参照。

86) Vgl. *Karl Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, §40 (S. 96 f., siehe auch S. 98, 99).

(二) 間接正犯論の素描

もつとも、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に対する解決を示す前に、間接正犯をどう捉えるべきか（構成要件を自ら実現したのは背後者であるとする実質的原理は何か）手短かに論じておこう。

歴史的な生成過程に照らせば、原初形態としての間接正犯は、自由で帰属能力のある者（=恣意と自己決定という本質を有する者）を利用する場合にその成立が否定された⁸⁷⁾。この点、責任能力もあり情も知る人間が介在すれば、初期の犯罪計画は頓挫するという意味での「規範的障害」⁸⁸⁾を彷彿する論者もいるであろう。しかし、そのように結果貫徹力という形で規範的障害を理解することは——その名称に反して——自然主義的であり、刑法的規範のひとつである共犯規定の背後にある社会的評価の広がりを見無視してよいのか疑われるところである⁸⁹⁾。

そこで、より規範主義的に「道具」を理解するならば、自己答責原理もしくは自律性原理が想起されるであろう。これによれば、「確かに何人も、保護された法的財を自ら侵害しないということに留意しなければならないが、他人がこれを為すことには留意しなくともよい。何故なら、それは彼の「管轄」の下にのみあるから」⁹⁰⁾である。つまり、自由に自己決定する能力を持つ者は皆、自らの態度の帰結に自ら責任をとらなければならない、それゆえ、他人の誤った態度に対して答責的とはならないのである。このような考え方から、遡及禁止論が演繹されている⁹¹⁾。

しかし、このような遡及禁止の理解では、社会的視座は等閑にされてい

87) Vgl. Schütze, a.a.O. (Fn. 30), §34 (S. 196).

88) 例えば、中『刑法総論』（有斐閣・1971年）222頁、224頁以下、中山・前掲注（1）475頁以下。

89) 園田寿「中共犯論についての覚書き」『刑法理論の探究：中義勝先生古稀祝賀——中刑法理論の検討』（成文堂・1992年）315頁参照。

90) Theodor Lenckner, Technische Normen und Fährlässigkeit, in: Paul Bockelmann, u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 506.

91) Vgl. Heibert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 6.

る。すなわち、高度に匿名的な社会的接触を保障しなければならない社会が、それを通じた個人の生活形成を可能にするためには、関与者の答責領域を「分離する分業」を承認しなければならない⁹²⁾。というのも、関与者間での交換の後に追求される目的が分離されたままとなっている（つまり、給付の受け手が給付対象で何をするのかということに気をかける必要がないとされる）場合のみ、様々な目的設定を伴う人格相互間の財の効率的な交換が可能になるからである⁹³⁾。例えば、ある者が隣人にハンマーを貸したところ、隣人はそれを使って両親の所有する鏡を掛けようとしたが、名だたる不器用さゆえに自分の指を打ち、さらには鏡を割ってしまったという場合、貸し手はこのような事態が起こりうる予見していたとしても、器物損壊罪や傷害罪の間接正犯ではないであろう。何故なら、ハンマーを隣人に貸すという行為は、許された社会形成に属するリスクを創出するにすぎず、ハンマーを貸与した背後者に結果帰属は遡及しないからである⁹⁴⁾。

このようにして許された危険の理論⁹⁵⁾の下、許された社会形成に属しないリスクを創出することが間接正犯論の出発点に据えられる。そのうえで、背後者を間接正犯と評価するためにはどのような要件を立てれば良い

92) Vgl. *Gerhard Timpe*, Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung (§26), GA2013, S. 155.

93) Vgl. *Timpe*, Beiträge zum Strafrecht, 2014, S. 104.

94) Vgl. *Timpe*, a.a.O. (Fn.93), S.105; *Jakobs*, Objektive Zurechnung bei mittelbare Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997, S.561. 二つ目の文献の翻訳として、*Jakobs* 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）を参照されたい。

95) *Pawlik* によれば、いかなる行為規範も、刑法上重要な結果を惹き起すような行為の全てを絶対的に禁止しているわけではない。権利侵害の可能性のある行為の全てを行わないよう要請する法を認めようとするれば、人は自らの目的の追求を完全に妨げられ、また他人とのあらゆる交流を断念させられることになるからである。Vgl. *Michael Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, S.336. また、本書の該当ページの翻訳として、*Pawlik* 著／飯島暢・川口監訳、一原亜貴子訳『ミヒャエル・パヴリク『市民の不法』(16)』関西大学法学論集67巻3号(2017年)719頁も参照されたい。

であろうか。この点、優越的な「意思」の支配を援用する⁹⁶⁾ことは、一方の統制可能性と他方の統制力に対する心理学的な期待に囚われるという限りで、客観性を欠き不合理である⁹⁷⁾。また、当該構成要件の不法内容の核心である身分を有するからといって、身分なき者を利用する身分者に優越的意思支配を認める⁹⁸⁾ことに対しては、様々な評価的観点を十把一絡げにしており、恣意的であるとの批判を免れないであろう。

それゆえ、間接正犯が成立するのは、背後者が許されないリスクを創出する社会的接触を通して、帰属欠缺(行為媒介者に結果を帰属できないこと)に対して第一次的な管轄を持つ場合だと考えるのが適切であろう⁹⁹⁾。この見解によれば、例えば、強要¹⁰⁰⁾や錯誤¹⁰¹⁾、器質的な欠缺¹⁰²⁾を理由とした行為媒介者の帰属欠缺に対して、もしくは強制下や錯誤状態にある行為媒介者の態度¹⁰³⁾に対して——少なくとも当該社会的コンテクストにおいては——背後者が第一次的に管轄を有するという場合が間接正犯の事例として想定される。そのような場合、自己の組織化の形成を通して他者を侵害しないというネガティブな義務¹⁰⁴⁾に違反したのは背後者と見られるのである。

(三) 営利目的と目的なき故意ある道具

このように描出された間接正犯論によれば、目的なき故意ある道具の事例における直接行為者は責任能力も有し、強要や錯誤の状態に陥っていな

96) 例えば、高橋・前掲注(9)412頁、橋本・前掲注(1)238頁以下。

97) Vgl. *Timpe*, a.a.O. (Fn. 93), S. 105 f.

98) 例えば、橋本・前掲注(1)244頁以下。

99) Vgl. *Timpe*, a.a.O. (Fn. 93), S. 107.

100) 自己侵害の事例ではあるが、*Timpe*, a.a.O. (Fn. 93), S. 116 ff. が参考となる。

101) 直接行為者の錯誤と背後者との関係ゆえに、前者の行動を計算に入れることが背後者の責務となる場合について、vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 94), S. 564.

102) Vgl. *Timpe*, a.a.O. (Fn. 93), S. 109 f.; *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 94), S. 568; *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 75.

103) 直接行為者の態度と背後者との関係ゆえに、前者の錯誤を顧慮することが背後者の責務となる場合について、vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 94), S. 562 ff.

104) Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 1), 1/7, 21/16, 21/115.

いという点で、背後者が顧慮すべき帰属欠缺は存在しない。従って、ここでは間接正犯は問題とはならない。むしろ、当該目的犯の成立にとって必要となる「目的」の性格に着目した解決を図るべきと考えられる。

そもそも目的なき故意ある道具という問題は、ドイツの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していたが、これに対して我が国の窃盗罪は、解釈上、不法領得の意思を要求するにすぎないため、第三者領得は潜在的な問題にとどまる¹⁰⁵⁾。

むしろ、日本で問題となるとすれば、営利目的に関する事例であろう。例えば、被拐取者を働かせて利益を得ようという背後者の目的を知り、彼から報酬を得るために直接行為者が成人を誘拐したという場合が考えられる。この点、最決昭和37年11月21日刑集16巻11号1570頁¹⁰⁶⁾によると、営利目的誘拐罪における営利の目的とは、誘拐行為によって財産上の利益を

105) もし問題になるとすれば、不法領得の意思をどう理解するかが重要である。例えば、島田は、不法領得の意思のうち、権利者排除意思を主観的不法要素であるとしつつ、利用処分意思を予防の必要性の高さから要求される特別な責任要素と捉えた上で、「責任なき者に対する共犯」の成立を認めた。島田「いわゆる「故意ある道具」の理論について（1）」立教法学58巻（2001年）107頁以下、同・前掲注（7）281頁以下参照。しかし、そうすると窃盗教唆の場合、教唆者は正犯者の利用処分意思を知らなくとも窃盗の教唆犯になるという不自然さが残ってしまう。

他方で、例えば、山口『刑法各論 [第二版]』（有斐閣・2010年）198頁のように、「権利者を排除して他人の物を自己のものとする」意思を権利者排除意思と捉えるなら、目的なき故意ある道具（直接行為者）には権利者排除意思さえも認められない。それゆえ „Enteignung“ の語義に忠実に、「権利者を排除する」意思を権利者排除意思、他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用処分する意思を利用処分意思と捉えるべきである。その上で、直接行為者には利用処分意思がなくとも、背後者に存する利用処分意思を認識することで所有権侵害の危険が高まると解すれば、直接行為者に窃盗正犯、背後者にその共犯が認められるであろう。もっとも、利用処分目的は法益侵害の危険に還元しきれない動機・心情要素も含まれるところ、この目的を欠く者には量刑上の減軽を認めるべきである。松宮『刑法総論講義 [第五版]』（成文堂・2017年）303頁参照。

106) 事案は、被告人Aが、Cからその経営するストリップ劇団にストリッパーになる女性を連れてくれば、将来ストリップ劇団を持つよう援助してやる旨いわれたことから、同人の援助を得て将来独立のストリップ劇団をもって利益を得る目的で、被告人Bと共謀し、女性らを誘拐したというものである。

得ることを動機とする場合であり、その利益は被拐取者自身の負担によって得られるものに限らず、拐取行為に対して第三者から報酬として受け取る財産上の利益をも含むという¹⁰⁷⁾。しかし、このように報酬を得る目的を含める形で営利目的を拡張すれば、例えば、別居中の夫が他人に金を払い、妻のもとにいる幼児を誘拐させた場合、夫は未成年拐取罪の共犯ではなく、営利目的拐取罪の共犯になってしまう。それゆえ、「営利目的」は被拐取者の行動および意思決定の自由の制約に結びついて違法性を高める要素であるとの前提の下、背後者が営利目的を有し、それを直接行為者が認識している点で¹⁰⁸⁾、拐取罪における不法は根拠づけられていると考えれば、直接行為者は営利目的拐取罪の正犯、背後者はその共犯になると解される¹⁰⁹⁾。

他方で、同じ「営利目的」であっても異なって判断されるものもある。例えば、最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁によれば、麻薬取締法64条2項は同条1項の加重規定であるところ、営利目的を有する者とそれを有しない者が共同して麻薬を輸入した場合、同目的を有する者に対しては麻薬取締法64条2項の刑が、同目的を有しない者に対しては同条1項の刑を科すべきだという。ここでは、薬物事犯における営利目的が65条の身分に含まれるどうかは大した問題ではない¹¹⁰⁾。むしろ、薬物事犯における営利目的は、不当な手段によって利益を得ようとする心情が強い非難に値するという意味での加重的心情要素であり¹¹¹⁾、それゆえ、目的を有し

107) 既に大判大正14年1月28日刑集4巻14頁は、拐取者に対する被拐取者の債務の弁済費用に充てる目的も営利目的に含まれるとしていた。

108) その認識は、未必の故意におけるそれとバラレルに考えられると指摘するのは、松宮「目的犯」と危険運転致死傷罪における「通行妨害目的」松原芳博ほか(編)『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』(勁草書房・2018年)342頁。

109) 松宮『刑法各論講義[第四版]』(成文堂・2016年)106頁、島田・前掲注(105)97頁を参照。

110) わざわざ大麻取締法における営利目的を65条2項の身分と解する必要はないのである。福田平「麻薬取締法64条2項の「営利目的」は刑法65条2項にいう身分にあたるか」警察研究39巻8号(1968)127頁以下、中山・前掲注(1)475頁注(5)、松宮・前掲注(105)302頁参照。

111) 平野・前掲注(9)372頁、松宮・前掲注(105)302頁、同・前掲注(108)353頁。

ているかどうかは関与者ごとに判断されるという点が重要なのである。従って、大麻取締法64条2項の営利目的を欠く故意ある道具の事例を想定するならば、直接行為者は64条1項の正犯となり、営利目的を有する背後者は64条2項の共犯になると解される。

（四）制度的管轄による義務犯論

これに対して、身分なき故意ある道具はどう取り扱われるべきか。解釈学史的に見れば、この問題が行為支配論では解決できないことをひとつの契機として義務犯論が *Roxin* によって彫琢され、さらに *Jakobs* らによって展開された。*Jakobs* によれば、相当程度に複雑に形成されたすべての社会では、ネガティブな義務を伴う一般的な地位と並んで、特別な地位を持つ者に対するポジティブな義務も知られている。前者では、潜在的な被害者と義務を負う者との関係は——態度自由と結果答責の引き換え（*Synallagma*）という、社会を作り上げている制度を背景にして——自己の組織化の形成を通して他者を侵害しないというネガティブなものに汲み尽くされる¹¹²⁾。もっとも、諸人格がその役割を自由なものとして不安なく果たすことができるのは、特別な必要のある一定の場合には扶助が求められるということを確認しうる場合だけである¹¹³⁾。それゆえ、社会にとって放棄しえない制度を機能させ、そして維持させるため¹¹⁴⁾、換言すれば、自律的な生活や人格的な自由の基盤となる枠条件の維持のため¹¹⁵⁾、一定の地位にある者にのみ賦課される義務（ポジティブな義務）が存在するので

112) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 102), S. 83.

113) *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 63.

114) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 113), S. 5.

115) Vgl. *Pawlik*, „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“ —Bemerkungen zur Lehre von den Garantenpflichten, in: *Schünemann*, u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, S. 943. この論文の翻訳として、*Pawlik* 著／川口・山下裕樹訳『『総則の解釈論における最も暗黒の章』——保障人義務についての覚え書き』関西大学法学論集63巻2号（2013年）298頁以下を参照されたい。

ある。

このようにしてポジティブな義務を負う者は、他者もしくは人的集団、または「公共」に対し、自らに固有の組織化が侵害的に作用しないよう保障するだけでなく、それに加えて包括的に(全ての生活領域において)配慮するか、もしくは特定の場合には(例えば、安全や健康などを)変更のない状態に配慮するか、それどころか他者の組織化の促進に配慮しなければならない¹¹⁶⁾。それゆえ、ポジティブな義務を負う者は——作為であろうが不作為であろうが——侵害経過から引き離されず、彼の態度は「侵害する」を意味する。つまり、侵害経過は常に彼の世界の中に存しており、何かを媒介することなく、彼は常に侵害の正犯となるのである¹¹⁷⁾。

これに対しては、義務犯論を採用せずとも同じ結論を導出しようとの疑問も提起されるであろう。確かに、背後者を収賄罪の直接正犯とする結論それ自体は、各則構成要件の解釈に(のみ)依拠する論者からも主張されている¹¹⁸⁾。しかし、(帰属欠缺もない)自律的な主体が介在するにもかかわらず、なぜ背後者を正犯と見ることができるのかと言えば、それは当該犯罪においては背後者にのみ賦課されている義務が専ら問題であり、そのような義務を負わない直接行為者が答責のかどうかは重要ではないからである。ゆえに、その限りで、一般的に普及した意味での遡及禁止論はここで登場する余地はないと見られる。

116) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 102), S. 83. ちなみに、ポジティブな義務の例として、両親が世話をする義務や緊急病院における医師の義務、判決言渡しの際の中立性に関する裁判官の義務、さらには(すべてではないが)多くの財産管理人の義務が挙げられる。Siehe auch *ders.*, a.a.O. (Fn. 113), S. 63 f.

117) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 102), S. 85.

118) そのような見解は、すでに20世紀初頭に *Frank* などが主張していた。日本では松宮・前掲注(15) 264頁以下、同・前掲注(105) 258頁以下、園田「間接正犯と教唆犯(特集正犯と共犯)」現代刑事法1巻2号(1999年) 37頁参照。また近時、小林・前掲注(82) 128頁は、「公務員宅で雇われている手伝いの者が、来訪者から情を知りつつ公務員宛の賄賂を受け取った」場合、「職務の対価としての利益供与により不可買取性の侵害」という意味での収賄罪の不法は「利益が公務員に移るという事態の規範的な把握によって、公務員のもとで直接、発生していると強化することも可能であろう」とする。

付言すれば、制度的管轄に基づく義務犯論については、さらなるポテンシャルが発揮されうる。例えば、ペルーの大統領であったフジモリが、特殊治安部隊による殺人行為を通して謀殺、故殺、誘拐などを行ったことにつき、ペルーの最高裁は「組織的権力機構を利用した間接正犯」を認めて有罪判決を下したのだが¹¹⁹⁾、これに対しては、フジモリのポジティブな義務に着目し直接正犯を認めるべきとの見解も主張されている¹²⁰⁾。

最後に、このような義務犯論¹²¹⁾とは異なり、身分なき故意ある道具において共同正犯の成立を認める見解では、当該身分は関与者間で分担可能な客観的一事実（犯行メルクマール）と捉えることになる。しかし、そうなれば、「法が特に身分を有する者の行為遂行のみを不法とした趣旨を全く見失わせてしまう」¹²²⁾であろう。

また、破産管財人たる弁護士が、破産者および破産会社から破産手続全般につき委任を受けていた司法書士（被告人）に破産者の財産について問い合わせたところ、これに対して虚偽の説明を受けたとして、破産法の虚偽説明罪（破産法268条、40条）で告訴をした事件において裁判所¹²³⁾は、被告人が破産会社の清算人でもあった破産者およびその妻と共謀のうえ、破産管財人の請求があったときに破産に関して虚偽の説明をしたと認定し、虚偽説明罪の共謀共同正犯の成立を認めた。もっとも、当初、被告人は破産法40条2号にいう「破産者の代理人」であるため、同法268条1項の説明義務者であるとして起訴されたが、第一審裁判所（徳島地判平成28年3月24日 LEX/DB 文献番号 25545236）により、彼は「破産者の代理人」に当た

119) 判決文の独訳につき、vgl. ZIS 2009, S. 622 ff.

120) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 102), S. 86 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 113), S. 64 Fn. 9; *ders.*, Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori, ZIS 2009, S. 574 f.

121) 注意的に述べておくと、身分犯のすべてが義務犯というわけではない。Vgl. *Heiko Hartmut Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 295 ff.

122) 松生光生「身分なき故意ある道具」松宮ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂・2016年）466頁参照。

123) 最決平成29年6月7日 LEX/DB 文献番号 25546821 は、原審である高松高判平成29年2月7日 LEX/DB 文献番号 25545029 を支持した。

らないとされ、その結果、訴因が変更されたのである。それゆえ、ここでは説明義務者が義務違反を犯したという事実が認定されないまま、共同正犯の成立が認められてしまっている。つまり、仮に非身分者は65条1項を介して真正身分犯の共同正犯になれると解したとしても、身分者自身が身分犯を犯していない限り、そもそも犯罪の成立自体がありえないのである。その限りで、共同正犯説には、義務者が義務に違反したということを正確に認定できないという落とし穴が待っているのである¹²⁴⁾。

おわりに

以上の通り、本稿では間接正犯の歴史的な淵源とその発展を紐解き、この概念の基礎となる正犯概念や正犯基準の本来的意義を明らかにした上で、社会的視座に基づく間接正犯を素描し、目的犯の理解や義務犯論の意義を示してきた。概念の発展や議論の積み重ねを回顧的に検証することでこそ、あるべき将来の方向性を示すことができると思われる。繰り返しになるが、間接正犯は、限縮的正犯概念と極端従属形式を組み合わせることで生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策として生み出された概念ではないし、限縮的正犯概念は間接正犯と相容れないわけではない。さらに、間接正犯は、社会的視座の下、直接行為者の帰属欠缺に対する背後者の管轄を通して把握される概念として理解するのが妥当であろう。

もっとも、時間と紙幅の都合上、不十分な検討に終わっている箇所があることは否めない。また、社会解釈図式たる客観的帰属論に基づいた間接正犯の理解を貫徹した場合に、教唆犯をどう捉えるのか、そして間接正犯と教唆犯との間の錯誤をどう捉えるのかという問いへの回答は留保されたままであるし、組織化管轄が問題となる犯罪類型の中でも（帰属欠缺なき

124) 松宮「現代刑法の理論と実務——総論(1)」法学セミナー759号(2018年)71頁、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.124 (文献番号 z18817009-00-071241570) 4頁参照。

者が介在したとしても）背後者を直接正犯として把握しうるもの¹²⁵⁾があるかもしれないが、それに関する検討も手つかずのままである。これらの点については、今後の課題としたい。

125) この点、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見解もある。松宮・前掲注（15）264頁、前田・前掲注（9）87頁、拙稿「判例研究」立命館法学356号（2014年）395頁。さらに団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社・1990年）159頁、小林・前掲注（82）128頁も同旨か。