慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	間接正犯論の新展開：ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの
Sub Title	Neue Entwicklungen der mittelbaren Täterschaftslehre: die aktuelle deutsche Diskussion und ihre Bedeutung für das japanische Strafrecht
Author	後藤, 啓介(Goto, Keisuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.24 (2012. 10) ,p.163- 233
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20121029-0163

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

間接正犯論の新展開

――ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの――

後　藤　啓　介

一　はじめに――問題の所在
二　ドイツにおける正犯論の状況
㈠　正犯論に関するドイツの判例――主観説？
㈡　正犯論に関するドイツの学説――行為支配論
㈢　間接正犯論をめぐるドイツの基礎的議論――「答責原理」と「正犯の背後の正犯」
三　ドイツの判例における間接正犯の発展――猫王事件とDDR国家防衛評議会事件
㈠　猫王事件
㈡　DDR国家防衛評議会事件
四　ロクシンの「組織支配に基づく間接正犯」とシュレーダーの「行為決意性」
㈠　組織支配に基づく間接正犯の生成
㈡　組織支配に基づく間接正犯の４つの要件
1　命令権――上下関係のある組織の存在
2　法乖離性
3　直接実行者の代替可能性
4　直接実行者の高められた機動性
㈢　ロクシン説とBGHの見解との違い――組織支配を利用した間接正犯は企業犯罪に適用されうるか
五　組織支配に基づく間接正犯の現在――ロクシン説からの乖離と判例の発展
㈠　ロクシン説からの乖離――BGHSt 40, 218後の判例独自の展開
㈡「組織支配に基づく間接正犯」の拡大――BGHによる企業犯罪への適用
1　廃棄物処理事件
2　支払能力がない場合の詐欺事件
3　間接正犯による詐欺の場合の罪数(1)
4　獣医師事件
5　投資詐欺事件
6　間接正犯による詐欺の場合の罪数(2)
7　ブレーマー・ヴルカン造船所事件
8　企業犯罪以外で間接正犯が適用された事例

慶應法学第24号（2012：10）

㈢　通常の経過を利用した間接正犯――判例独自の理論
六　批判と異論――ロクシン説と判例がそれぞれに抱える問題点
㈠　組織支配に基づく間接正犯それ自体を否定し共同正犯ないし教唆犯とする見解
1　共同正犯説
2　教唆犯説
㈡　法乖離性および代替性要件に対する批判
1　法乖離性に対する批判
2　代替性に対する批判
㈢　判例に対する批判――間接正犯の「堕落」か
㈣　最近の新たな問題――間接共同正犯ないし共同間接正犯という概念はありうるか
七　BGHで組織支配に基づく間接正犯が認められず共同正犯とされた事例
八　おわりに――ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの

一　はじめに――問題の所在

本稿の主眼は、ドイツ刑法で最も注目され、かつ、最も議論されているテーマの１つであるにもかかわらず、日本ではほとんど紹介されていない、ドイツにおける間接正犯の最新の展開、とりわけ、組織支配を利用した間接正犯に関する判例・学説の最新の動向を跡づけ、日本刑法の観点から見て示唆するものはないのか、あるとすればそれはどういうことか、若干の検討および考察を加えることにある。

ドイツ刑法が日本刑法にこれまでに与えてきた影響は計り知れない[1)]。それゆえ、今日に至るまでドイツ刑法（学）の比較法的研究は日本刑法学の重要な一翼を担っている[2)]。このように、日本刑法（学）とドイツ刑法（学）は、

1）*Koichi Miyazawa*, Traditionelles und Modernes im japanischen Strafrecht, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft（zit.: ZStW）, Bd. 88（1976）, S. 813; *Haruo Nishihara*, Die gegenwärtige Lage der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: *Theo Vogler*（Hrsg.）, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 1233; *Taira Fukuda*, Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft. Eine historische Studie, in *Gerhard Dornseifer* u.a.（Hrsg.）, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 71 ff.; *Makoto Ida*, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, Berlin 1991.

2）井田良『講義刑法学・総論』有斐閣（2008年）46頁。

依然として密接で友好的な関係にある。

ところが、現在では、両国の刑法（学）で、分野によってはそれぞれに独自の展開が顕著になってきているものがある。例えば、正犯理論の領域である[3)]。もっと具体的にいえば、日本では、周知のように、判例・実務で共謀共同正犯が著しく発達し、学説でも盛んに議論がなされ、間接正犯はそれに比べればさほど重視されていないのに対して、ドイツでは――たしかに共同正犯の重要性は依然として無視できないものの――共同正犯だけではなく、判例・学説で間接正犯が占めている割合が日本のそれと比べて遥かに大きい、ということが指摘できる[4)]。少なくとも、ドイツでは、間接正犯を抜きにしては他の正犯形式（この場合は共同正犯を含む）を論ずることができないほど間接正犯が判例・学説で重要な役割を果たしている。これを象徴しているのが、本稿が主たるテーマとする「組織支配を利用した間接正犯」概念のドイツ判例・学説での著しい発展である。

本稿では、これらの背景を踏まえて、まず、議論の出発点となるドイツにおける正犯概念（とりわけ、主観説と行為支配論）を確認し、ドイツにおける間接正犯の基礎的な議論を整理する（二）。次に、ドイツにおける組織支配に基づく間接正犯の生成について重要な役割を果たしたドイツ連邦通常裁判所（以下「BGH」とする）の判例および学説を概観する（三・四）。その後、ドイツでこの組織支配に基づく間接正犯が判例でどのように発展・受容・拡大されていったのか――とりわけ、判例によるいわゆる企業犯罪等への間接正犯の適用と判例独自の新展開（「通常の経過を利用した間接正犯」）を中心に――俯瞰してから（五）、この関与形式に関連してドイツの判例・学説に対してそれぞれに向けられている批判を検討する（六）。また、この概念に関する判例の謙抑的な姿勢

3）日独の正犯論の比較については、*Soichiro Shimada*, Ein neuer Aspekt der Täterlehre – Erkenntnisse aus der japanisch-deutschen Rechtsvergleichung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht（zit.: GA）2009, S. 469 ff.がある。

4）平良木登規男「共謀共同正犯事例等におけるドイツ判例実務」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会〔編〕『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』成文堂（1998年）所収323頁以下参照。

についても若干触れる（七）。そして、最後に、この組織支配に基づく間接正犯が「日本に示唆するもの」という観点から、幾許かの検討および考察を加えてみたい（八）。

二　ドイツにおける正犯論の状況

まず、議論の出発点として、ドイツの正犯概念をめぐる現状について簡単に素描しておきたい。周知のように、ドイツでは正犯を基礎づける原理について、とりわけ、正犯と共犯の区別――関与形式の区別について見解の相違が問題となるのは、主として、間接正犯と教唆犯との関係および共同正犯と幇助犯との関係である[5]――については、主観説と行為支配論が注目されている。

㈠　正犯論に関するドイツの判例――主観説？

ドイツの判例は、ライヒ裁判所の時代から戦後のBGHの時代に至るまで基本的には主観説を支持しているとされている[6]。この主観説によれば、正犯（Täter）とは、正犯意思（Täterwillen; *animus auctoris*）をもって行為し、かつ、行為を「自己の行為として」行おうとする者とされているのに対して、共犯（Teilnehmer）とは、共犯意思（Teilnehmerwillen; *animus socii*）をもって活動し、かつ、行為を「他人の行為として」促進又は援助しようとする者とされている[7]。

かつて、この主観説は最も極端な形で適用されていた。例えば、浴槽事件（RGSt 74, 84〔1940年２月19日判決〕）やスタシンスキー事件（BGHSt 18, 87〔1962年10月19日判決〕）等である。

5）*Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Aufl., Heidelberg u.a. 2011, § 13 Rn. 510.

6）*Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat（AT II）, München 2003, § 25 Rn. 17.

7）*Wessels/Beulke*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 515.

しかしながら、現在では、後述する行為支配論の影響を受けて、BGHの判例は、このようないわば狭義の主観説から、主観説と行為支配論の中間に位置しているという主観説と客観説の「規範的組み合わせ説」（normative Kombinationstheorie）に移行しつつあるといわれている[8)]。例えば、いささか古い判決（BGH JR 1955, 304［305］〔1955年5月17日判決〕）でも、すでに以下のような判示がなされている[9)]。

〔正犯意思とは〕事実審裁判官が盲目的に確定させることができる心理的な事実なのではない。むしろ、価値的な評価である。このような評価のために本質的に重要な手掛かりとなるのは、関与者がどの程度・どのくらい事象経過を共同支配しているのかということであるので、その結果、行為の経緯および結果は行為者の意思に決定的に左右される。

また、BGHSt 37, 289［291］〔1991年1月15日判決〕によれば、以下のような判示がなされている。

ある関与者が行為と密接な関係にあるかどうかは、関与者の表象によって包含されている全事情に基づいて価値的な考察によって評価されるべきである。本質的に重要な手掛かりとなりうるのは、行為の結果に対する自己の利益・関心の程度、行為関与および行為支配又は少なくとも行為支配のための意思の規模・度合いである。

ロクシンによれば、このアプローチは、その後の判例で具体化され、かつ、すでに確立された判例として次第に定着するようになってきていると評されて

8）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 22 ff.

9）本文中の邦訳は、特段の記載がない限りは、すべて筆者によるものである。なお、原文中にない文言で筆者が補った文言には亀甲括弧を付した。

いる[10)]。いずれにせよ、これらのアプローチによれば、ある関与者が正犯意思を保持しているかどうかの問題は、「全事情に基づく」価値的な考察によって判断されなければならないことになる。また、「意思」について言及がなされていることに鑑みれば、たしかに、依然として主観説の影響は払拭されているわけではない。しかし、「共同支配」ないし「行為支配」という言葉からは、次節で概観する行為支配論の影響が看取されうる。

㈡　正犯論に関するドイツの学説――行為支配論

学説では行為支配説が通説であるといえる[11)]。ここにいう「行為支配」（Tatherrschaft）というのは多義的な概念であって、必ずしも論者によって統一的に理解されているわけではない。また、近時では激しい批判にもさらされている[12)]。しかしながら、見解が概ね一致していると思われるのは、行為支配論は、①直接正犯、②間接正犯および③共同正犯という３つの「正犯」形式に応じて、それぞれを以下の３つの原理で根拠づけようとしているということである[13)]。すなわち、①直接正犯は、自ら犯罪を実行する者が直接的に行為を支配する「行動支配」（Handlungsherrschaft）によって説明される。②間接正犯は、ある者が他の者（行為介在者）（Tatmittler）をあたかも「道具」（Werkzeug）のように利用することで、間接的に（「背後者」〔Hintermann〕として）事象を支配する「意思支配」（Willensherrschaft）ないし「優越的な知識を利用した支配」（Herrschaft kraft überlegenen Wissens）によって根拠づけられる。そして、

10）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 22.

11）*Bernd Schünemann*, § 25 StGB, in: *Heinrich Willhelm Laufhütte* u.a.（Hrsg.）, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1., 12. Aufl., Berlin 2006, Rn. 7. 行為支配論に関する邦文献は多数存在するが、基本的なものには、例えば、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』有斐閣（2000年）がある。

12）*Ernst-Joachim Lampe*, Tätersystem – Spuren und Strukturen, ZStW, Bd. 119（2007）, S. 475 ff.; *Volker Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW, Bd. 119（2007）, S. 519 ff.; *ders.*, Die Theorie der Tatherrschaft und Ihre Grundlagen, 2008, S. 23 ff.

13）区分は、*Wessels/Beulke*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 512を参考にした。

③共同正犯は、分業的に行為している者がもしも自分に分担されている寄与をしない・役割（Funktion）を果たさないのであれば犯罪それ自体が頓挫するという可能性を各人がそれぞれに保持しているという点で事象を共同して支配する「機能的行為支配」（funktionelle Tatherrschaft）によって特徴づけられる。

また、行為支配論によれば、正犯とは、事象の「主役」（＝鍵を握る重要人物）として計画的に操縦する若しくは共同的に形成する行為支配を所持している者、したがって、自己の意思に基づいて構成要件の実現を阻止し、又は進行させることができる者をいうとされているのに対して、共犯とは、自己に固有の行為支配はなく、現実の事象の「脇役」として行為が行われるように促進させ、又はそれ以外の方法で援助した者をいうとされている[14)]。

㈢　間接正犯論をめぐるドイツの基礎的議論――「答責原理」と「正犯の背後の正犯」

本稿との関係で重要なのは、「意思支配に基づく間接正犯」である。間接正犯という概念それ自体は、100年以上前からドイツでも判例・学説によって認められていた[15)]。しかし、1975年の改正によって現行刑法典25条１項後段ができるまでは、ドイツ刑法典に間接正犯に関する規定はなかった。また、ドイツの立法者は、立法時には争いのあった「正犯の背後の正犯」（Täter hinter dem Täter）[16)] の問題について明確な態度決定を避けるため、あえて間接正犯の中身を細かく規定しない方針を採った[17)]。実際、同25条１項後段によれば、間接正犯は、「他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として罰せられる」と簡潔に規定されている[18)]。

14）*Wessels/Beulke*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 513; *Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 10.

15）*Schünemann*, a.a.O.（Fn. 11）, § 25 Rn. 60 f.

16）「正犯の背後の正犯」に関する邦文献には、齊藤誠二「いわゆる『正犯の背後の正犯』をめぐって」警察研究55巻10号（1984年）３頁以下がある。

17）BTDrucks. IV/650 S. 149 sowie die Protokolle des BT-Sonderausschusses für Strafrechtsreform V 1821, 1826.

ロクシンによれば、意思支配に基づく間接正犯は、さらに、以下の３つに区分されている[19]。第１に、直接実行者に構成要件の実現を無理強いすることで、背後者として行為を支配している「強要を利用した意思支配」（Willensherrschaft kraft Nötigung）、第２に、実行者を欺罔し、かつ、この欺罔を通じて自己の犯罪計画を被欺罔者に実現させることで背後から事象を操縦している「錯誤を利用した意思支配」（Willensherrschaft kraft Irrtum）、および、第３に、組織的権力機構内で命令者として恣意的に交換可能な実行者を使役し、かつ、この権力機構を通じて個々の直接実行者に逐一指示することなく事象を支配している「組織的権力機構を利用した意思支配」（Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate）である。

これらの間接正犯は、いわゆる「答責原理」（Verantwortungsprinzip）および「正犯の背後の正犯」と密接な関係を有している。具体的にいえば、そもそも、この答責原理は、「すべての者は、自己の行為についてしか答責性を有さず、他の者が自由意思に基づいて行った行為については答責性を有さない」というテーゼとして理解されている[20]。したがって、このテーゼによれば、完全な答責性を有する正犯の背後の正犯は存在しないとされることになる。なぜならば、被利用者である「正犯」が（完全な）答責性を有して行為を行った場合、背後者はせいぜい共犯にしかなりえないとされているからである[21]。それゆえ、原則として、一方で被利用者である直接実行者の答責性が肯定される場合には背後者の正犯性は否定され、他方で被利用者である直接実行者の答責性が否定される場合には背後者の正犯性が肯定されることになる。よって、こ

18）本条の邦訳をはじめとして本稿におけるドイツ刑法典およびドイツ刑事訴訟法典の訳語は、それぞれ、法務省大臣官房司法法制部司法法制課〔編訳〕『ドイツ刑法典』法務資料461号（2007年）および法務省大臣官房司法法制部〔編訳〕『ドイツ刑事訴訟法典』法曹会（2001年）に依拠している。

19）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 46.

20）*Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Berlin 2004, § 6 Rn. 49.

21）*Luís Greco*, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik（zit.: ZIS）, Bd. 1（2011）, S. 9.

のような意味では、基本的には「答責原理」と「正犯の背後の正犯」とは二者択一的な関係にあるわけである。

この点、そもそもの自由意思が被利用者にないため当初から答責性が問題となりえない「強要を利用した意思支配」は別論としても[22]、ロクシンは、ただの責任減少事由でしかない回避しうる禁止の錯誤の事例（錯誤を利用した間接正犯）と組織的権力機構を利用した事例（組織支配を利用した間接正犯）では答責原理を否定して、「正犯の背後の正犯」への道を切り拓いた[23]。このようなロクシンの見解は、以下で概観するように、ドイツの判例・学説にも重要な影響を及ぼすことになった。

三　ドイツの判例における間接正犯の発展――猫王事件とDDR国家防衛評議会事件

本章では、間接正犯一般についてではなく、意思支配に基づく間接正犯のうち、さらに、前節で言及した「錯誤を利用した意思支配」に基づく間接正犯と「組織的権力機構を利用した意思支配」に基づく間接正犯をそれぞれに受容し、かつ、ドイツのその後の判例に重要な影響を及ぼしている２つの事件――「猫王事件」（BGHSt 35, 347）と「DDR国家防衛評議会事件」（BGHSt 40, 218）――を概観する。

㈠　猫王事件（BGHSt 35, 347〔1988年９月15日判決〕）

まず、猫王事件では、背後者が直接実行者の禁止の錯誤を利用しているという事例について、「正犯の背後の正犯」が肯認され、「錯誤を利用した意思支

22）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 47 ff.

23）*Bernd Schünemann*, Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen in: *Andreas Hoyer* u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006（zit.: FS-Schroeder 2006）, S. 403もこのように指摘している。なお、同論文はZIS, Bd. 7（2006）, S. 301 ff.（S. 302）に再録されている。

配」に基づく間接正犯が是認された。

本件の事実の概要は以下の通りである。H、PおよびRの３人の被告人は共同生活を営んでいた。Hは、Pと共同して、他人の影響を受けやすいRに、悪の化身「猫王」なるものが存在するとRに信じ込ませた。その後、Hは憎悪と嫉妬から恋敵であるNを――Rの迷信を利用して――Rに殺害させようと決意した。Hは、Pとの黙示の合意に基づいて、Rのせいで「猫王」がNを人身御供として要求しており、要求を断れば「猫王」が100万人の人類を滅ぼす、とRに信じ込ませた。Rは、この要求が謀殺であることまでは認識していたので、十戒のうちの第５戒律「汝殺すこと勿れ」を口実に何とか殺害以外の手段を取ろうとはしたものの、HおよびPに執拗に迫られたため、やむなく行為を決意した。Rは、良心の呵責に苛まれていたにもかかわらず、100万人の人類を救うため、PがHとの合意に基づいてRに与えた助言に従って、刺殺のためにPから手交されたナイフで背後からNを突き刺した。しかし、Nは命を取り留めた。

このように、本件では、Hは、Pと共同して、ドイツ刑法25条１項にいう「他の者（R）」に妄想を信じ込ませ、RにNを殺させようとしてこれを遂げなかった。これに対してBGHは、Rは謀殺未遂の直接正犯である一方で、他方でHとPの両被告人はRを利用した謀殺未遂の間接正犯であるとして、すべての被告人を謀殺未遂の正犯とする原審判決を維持した。

まず、Rについて、BGHは、Rは故意が阻却されない回避しうる禁止の錯誤（ドイツ刑法17条）に陥っていたとした。すなわち、Rは、実際には存在しない人類に対する脅威があると軽薄にも誤信した結果、ドイツ刑法34条（正当化緊急避難）の評価を誤ったというのである。つまり、同34条では、現在の危難があることの他に、保全利益と侵害利益を比較した場合に保全利益が侵害利益を著しく超えることが要求されているため、「生命対生命」の考量は許されないとして、Rがこのような利益の衝突を瑕疵に基づいて考量したことは、評価の錯誤であるから、故意を阻却するわけではなく――行動制御能力が著しく減退していたこと、および、禁止の錯誤に陥ってしまった事情も稀有であるこ

とが勘案されるため、減軽はされるものの――Rは謀殺未遂の正犯であると判示した（BGHSt 35, 347［349 ff.］）。

次に、HとPについて、BGHは、Rがこのように――限定的であるとはいえ――有責的に行動していたことを前提とした上で、有責的に行動している正犯（R）の背後者（HとP）が間接正犯となりうるかどうかという形で、問題を検討した。

これに関しては、前節で概観した答責原理が問題解決の鍵を握ることになった。なぜならば、本件の場合、答責原理が肯定されれば、HとPはせいぜい教唆犯にしかなりえないのに対して、答責原理が否定されれば、HとPは間接正犯となりうるからである。

BGHは、この問題については、たしかに、ドイツ刑法25条1項の条文の文言および間接正犯の体系上の位置づけからは、答責原理が肯定されるのか、あるいは否定されるのか、「どちらが原則的に優先する」とまでは断定できないとして、明言は避けている。しかしながら、BGHによれば、実行者にある行動を許されていると信じ込ませている背後者による行為支配は、実行者が自らの行動をどのように認識していたのかにかかわらず、何ら変更されるものではないとされ、HとPの間接正犯が是認された（BGHSt 35, 347［352 f.］）。したがって、結論からみれば、たとえ被利用者（R）に答責性があったとしても、Rを背後で利用していたHおよびPの（間接）正犯が認められるとされた点で、この判例によって「正犯の背後の正犯」の可能性が肯認されたわけである。すなわち、ロクシンの分類に従えば、HとPには、Rの錯誤を利用した意思支配に基づく間接正犯が是認されたことになる[24)]。

また、BGHが、「答責原理の援用だけで常に〔間接正犯と教唆犯との〕明確な区別が可能になるわけではないことは、権力機構を通じて組織化された犯罪の事例では直接実行者の法的に完全な答責性が考慮されることなく『正犯の背後の正犯』が認められていることによって、この見解〔答責原理を肯定する見解〕

24）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 61 ff.（Rn. 76 ff.）.

の支持者自身も是認している」と判示している部分（BGHSt 35, 347［353］）は、後の判例で「組織的権力機構を利用した意思支配」に基づく間接正犯が受容されることを予期させるものであった[25)]。

㈡　DDR国家防衛評議会事件（BGHSt 40, 218〔1994年７月26日判決〕）

本件では、BGHで初めて組織的権力機構を利用した意思支配に基づく間接正犯が受容され、後の判例のリーディング・ケースとなった[26)]。

本件で認定された事実は、概ね、以下の通りである。旧東ドイツ（以下「DDR」とする）の国家防衛評議会の構成員であった３人の被告人は、DDRの国境を越えて旧西ドイツに亡命しようとした「共和国逃亡者」の亡命を必要であれば射殺によってでも阻止するよう指示していた。本件の対象となったのは、このような亡命防止措置によって犠牲になったすべての者の殺害ではなく、1971年から1989年までの間にDDRからドイツ国内の国境を越えて亡命しようとした７名の殺害であった。これらの７名のうち、当該期間中、２名が国境警備兵（Mauerschützen）に射殺され、５名が壁付近に設置されていた地雷に接触した結果、致命傷を負って死亡した。

原審・ベルリン地方裁判所は被告人らを故殺の教唆犯（および１件については幇助犯）としたのに対して、検察は国境警備兵との共同正犯であるとしていた。しかし、BGHは、３人の被告人を、教唆犯でも、あるいは共同正犯でもなく、故殺の間接正犯として有罪であるとした。この判決で、BGHは被告人らの間接正犯を根拠づけるため、以下のような議論を展開した。

25）*Claus Roxin*, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26. Juli 1994 – Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR für Tötungen an der Mauer, Juristen Zeitung（JZ）1995, S. 49.

26）この判決に関する邦文献としては、鈴木彰雄「組織的権力機構による間接正犯――ドイツ連邦通常裁判所一九九四年七月二六日判決の検討――」関東学園大学法学紀要５巻１号（1995年）87頁以下が詳しい。

たとえ行為介在者が完全に答責的に行動している場合であっても、背後者による寄与によってほぼ自動的・機械的に当該背後者が追求している構成要件の実現がもたらされる事例群も存在している。このような事例は、背後者が組織構造を通じて決定された枠条件を利用している場合であって、この枠条件の内部で背後者による行為寄与が通常の経過を惹起させている場合に存在しうる。このような通常の経過を伴う枠条件が問題となるのは、とりわけ、国家、企業若しくは会社組織の場合および命令と服従に基づく上下関係がある場合である。これらの場合に、背後者が、これらの諸事情を認識しながら行動し、とりわけ、構成要件を充足させようとする直接行動者の無条件の機動性をも利用し、かつ、自分自身の行動の成果としての結果を意欲しているのであれば、背後者は間接正犯の形式での正犯である。背後者は行為支配を保持している。(BGHSt 40, 218 [236])

〔中略〕

このように理解される間接正犯〔組織支配に基づく間接正犯〕は、国家権力の濫用の場合だけではなく、マフィアのような組織犯罪の場合、すなわち、命令を下した答責的な組織のトップと直接行動者との間の時間的、場所的かつ上下関係的な距離の程度が分業を基礎とする共同正犯とは相容れない場合にも問題となる。また、経済企業の活動に際して答責性のある者の問題もこのように解決されうる。(BGHSt 40, 218 [237])

このように、BGHは、背後者が「組織構造を通じて決定された枠条件を利用」し、かつ、「この枠条件の内部で背後者による行為寄与が通常の経過を惹起」している場合には、たとえ直接行為者が完全に罪責を問われうる者であっても、背後者による行為支配を肯定し、組織支配に基づく背後者の間接正犯を認めた。また、これ以外の要件として、BGHは、背後者が「構成要件を充足させようとする直接正犯の無条件の機動性を利用」していることを挙げた（なお、機動性については四㈡4参照）。さらに、行為支配だけではなく、依然として行為支配「意思」も考慮されている。その上、国家、マフィア等による組織

犯罪だけではなく、いわゆる企業犯罪にもこの概念が適用される可能性を示唆した（これについては、四㈢、五㈡および六㈢も参照）[27]。

加えて、共同正犯との関係についても、検察官は被告人らには共同正犯が成立すると主張していたにもかかわらず、BGHは、「答責的な組織のトップと直接に行動する者との間の時間的、場所的かつ上下関係的な距離の程度が分業を基礎とする共同正犯とは相容れない」場合には組織支配に基づく間接正犯になるとして、本件は共同正犯の類型にはなじまないと判示した。もっとも、この文言から、およびこの判決全体からも、ライヒ裁判所以来BGHに至るまで一貫して認められてきた判例――すなわち、共同正犯にとって、正犯意思（二㈠参照）があれば、実行段階での協働までは必要とされず、精神的な協働ないし予備段階での協働でもよいという判例[28]――が排斥されているとはいえないため、本件では、実行を分担するわけではなく、もっぱら予備・計画段階で本質的に重要な寄与をする共同正犯と組織支配に基づく間接正犯との関係性については、どのように区別がなされるのかという課題が残されることになった[29]（さらに、六㈠1および七も参照）。

また、この事件では、いわば「（限定的な答責性を有する）正犯の背後の（間接）正犯」であった猫王事件を超えて、「（完全な答責性を有する）正犯の背後の（間接）正犯」も肯認された。たしかに、BGHは、組織支配論の話題に入る前に、「ある者が錯誤なくかつ完全に有責的に行動している場合、通常、当該者の背後者は間接正犯ではない」と摘示して、広く一般的に「正犯の背後の正犯」を是認しているわけではない（BGHSt 40, 218［236］）。しかしながら、たとえ直接行為者が完全に罪責を問われうる者であっても、組織支配の条件が充足

27）本稿では、以下五㈡で実際の具体的な判例を検討する。なお、川口浩一「組織的支配による間接正犯の理論の企業・環境犯罪への適用可能性」姫路法学27・28合併号（1999年）71頁以下も参照。

28）例えば、BGHSt 11, 268［271］〔1958年1月23日判決〕；14, 128,［129］〔1960年2月3日判決〕；16, 12［14］〔1961年3月10日判決〕；28, 346［347 f.］〔1979年3月13日判決〕；37, 289［291 f.］〔1991年1月15日判決〕；39, 381［386］〔1993年11月3日判決〕等がある。

29）なお、*Roxin*, a.a.O.（Fn. 25）, S. 51 f.; *Schünemann*, a.a.O.（Fn. 11）, § 25 Rn. 181 f.も参照。

される場合には、「正犯の背後の正犯」として、背後者も正犯としての刑事責任を負うとされたのである。

五以下で検討するように、「組織構造を通じて決定された枠条件を利用したこと」および「この枠条件の内部で背後者による行為寄与が通常の経過を惹起させていること」という要件は、今後の判例でも頻繁に引用されることになった。また、この２つの要件は、企業犯罪にこの間接正犯が適用される上で大きな役割を果たすことになった。

四　ロクシンの「組織支配に基づく間接正犯」とシュレーダーの「行為決意性」

本章では、判例のさらなる発展を概観する前に、この組織支配に基づく間接正犯の理解をさらに深め、また、五以降での判例理論との比較で参考にできるようにするため、この概念の生成について簡単に振り返っておきたい。この点、この概念の誕生に決定的な役割を果たした者としては、ロクシンとシュレーダーを看過することはできない。そこで本章では、この２人がどのような背景に基づいてこの理論を発展させたのか、また、この２人の提唱する理論の中身や本質はどこにあるのか、という点について概観してみたい。

㈠　組織支配に基づく間接正犯の生成

この理論は、1963年の論文でロクシンが初めて構想した[30)]。さらに、シュレーダーは、1965年の論文で、ロクシンとは異なる観点から、この理論に関係する新たな要件を検討した[31)]。以下でみるように、この両者の見解は、現在でも完全に調和されているわけでない。しかし、この両者の見解およびその対立が、今日の組織支配論の形成に決定的に重要な影響を及ぼした。

30）*Claus Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, S. 193 ff.

31）*Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, Berlin 1965, insbesondere S. 166 ff.

この理論の生成過程をもう少し敷衍してみれば、ロクシンは、イスラエルで裁判されたアイヒマン事件（エルサレム地方裁判所1961年12月15日判決）を契機として、ナチスの不法体制やソ連の独裁体制（スタシンスキー事件（BGHSt 18, 87〔1962年10月19日判決〕）を念頭に、実行者の代替性と組織の法乖離性を基軸とした「組織的権力機構を利用した意思支配に基づく間接正犯」ないし「組織支配を利用した間接正犯」の理論を構築した。他方で、シュレーダーは、有名なドーナ事例（BがCを襲撃しようとしていることを聞き知ったAは、自己の敵であるDを犯行予定地に送り込んだところ、Bによる人違いの結果、BによってDが射殺されたという講壇事例[32]）を素材に、背後者であるAの正犯性を検討し、すでに確定されているBによる行為決意をAが利用したことをA自身の目的のための行為と看做した[33]。すなわち、「正犯（B）の背後の正犯（A）」から「行為決意性」（Tatentschlossenheit）の要件を浮き彫りにしたのである。

興味深いことに、この両者の議論は、すでにその出発点の時点で、ロクシンはマクロな（かつ現代的な）犯罪を前提としていたのに対して、シュレーダーはミクロな（かつ古典的な）犯罪を前提にしていたという点で、対照的な様相を呈していた。そして、次節㈡でみるように、ロクシンが当初から組織の法乖離性と実行者の代替性を組織支配の要件の根幹に据え、近年になってようやく新たに実行者の行為機動性の要件を一定の制限を加えながらも認めるようになった一方で、他方でシュレーダーは代替性要件を一貫して認めず、行為決意性を組織支配の主軸と看做しているという点で、この対立は現在でもなお完全には解消されていない。

当初、この「組織支配に基づく間接正犯」はさほど重要視されていなかった[34]。しかし、ロクシンの教授資格請求論文である『正犯性と行為支配』[35] によってドイツの学説で行為支配論が通説化すると、この理論も学説の中で通説的地位

32）*Alexander Graf zu Dohna*, Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929, Fall Nr. 36.

33）*Schroeder*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 143 ff.

34）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 108.

を占めるようになった[36]。こうして、この理論は、既述のようにBGHの判例としても、さらにはドイツ国内を越えて中南米諸国の判例としても（とりわけ、ペルーのフジモリ事件）[37]、また国際刑事裁判所（以下「ICC」とする）の予審裁判部でも採用されるに至った[38]。

㈡　組織支配に基づく間接正犯の４つの要件

このロクシンのいう「組織的権力機構を利用した間接正犯」の最大の特徴は、組織の支配者が、機構を支配することを通じて、すなわち、組織支配を通じて、自己の部下をあたかも「巨大な機械の単なる歯車」[39] として利用することによって、自己が目指している犯罪構成要件的結果を自動的・機械的にほぼ確実に惹起させることができるというメカニズムにある。それゆえ、このような結果の確実性という観点からは、近時、組織支配とは、結局のところ、「結果に対する支配」であるともいわれている[40]。

35）*Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., Berlin 2006, S. 242 ff. なお、本稿ではロクシンの主張に一貫性があることを指摘する場合、もっぱら同書８版を引用する。なぜならば、同書３版（1975年）から８版（2006年）までの約30年間、同書１−545頁（１章から11章まで）の主要部分は変更されていないからである。

36）*Günter Heine*, § 25 StGB, in: *Albin Eser* u.a.（Hrsg.）, Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2010, Rn. 25a; *Wolfgang Joecks*, § 25 StGB, in: *Bernd von Heintschel-Heinegg*（Hrsg.）, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2011, Rn. 132.

37）最近の注目すべき判例としては、ペルーのフジモリ元大統領に対して下された一連の判決（Urteil vom 7. April 2009 der Sonderstrafkammer［Sala Penal Especial］des Obersten Strafgerichtshofs Perus［Corte Suprema de Justicia de la República de Perú］, und vom 3. Januar 2010 der ersten Übergangsstrafkammer［Primera Sala Penal Transitoria］des Obersten Strafgerichtshofs Perus［Corte Suprema de Justicia de la República de Perú］）がある。判決の事実認定によれば、元大統領は、複数の事件で「特殊治安部隊を通じて」謀殺、故殺、誘拐等を行ったとされ、有罪とされた。なお、ZIS, Bd. 11（2009）には、*Thomas Rotsch*（S. 549 ff.）; *Kai Ambos*（S. 552 ff.）; *Claus Roxin*（S. 565 ff.）; *Friedrich-Christian Schroeder*（S. 569 ff.）; *Günther Jakobs*（S. 572 ff.）; *Rolf Dietrich Herzberg*（S. 576 ff.）らドイツの刑法学者らによるものを含む判例の評釈ならびに判決（抜粋）の独訳（S. 622 ff.）と原文（S. 658 ff.）が掲載されている。

実際に、ロクシンにこの概念を発展させる契機を付与することになったのは[41]、アイヒマンを審理したエルサレム地方裁判所による以下のような判示であった[42]。

> いずれにせよ、被告人〔アイヒマン〕は可罰的行為の正犯と看做される……。このように巨大かつ多岐にわたっている犯罪の場合には……諸種の命令階層で多数の者が……参加している。例えば、計画立案者、組織形成者、諸種の階級秩序に所属している実行機関等である。〔これらの者に一律に〕教唆および幇助という通常の概念を適用するのは合理的なことではない……。これらの多数の犯罪者の中のある者若しくは他の者が被害者を実際に殺害した者にとって遠い

38）ICC 2007年1月29日予審裁判部決定（*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), paras. 322 *et seq.*; ICC 2008年9月30日予審裁判部決定（*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 495 *et seq.*; *Claus Kreß*, Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht, GA 2006, S. 304 ff.（S. 308); *Henning Radtke*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, S. 350 ff. この点は、ロクシン自身も「私が考案した『組織的権力機構に基づく間接正犯』という法的形態は……国際刑事裁判所の規程の中に受け継がれた」と述べている。クラウス・ロクシン〔著〕＝佐藤拓磨〔訳〕「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌49巻2・3号（2010年）206頁。なお、これらのICCの予審裁判部決定に関する邦文献としては、フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義――ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂（2010年）所収111頁以下、後藤啓介「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察――中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によって捕捉されるべきか――」法学政治学論究87号（2010年）31頁以下がある。

39）*Claus Roxin*, § 25 StGB, in: *Burkhard Jähnke* u.a.（Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1., 11. Aufl., Berlin 2003, Rn. 128.

40）*Claus Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: FS-Schroeder 2006, S. 399 f. なお、同論文はZIS, Bd. 7（2006), S. 293 ff.（S. 299 f.）に再録されている。また、批判的な文脈では、*Thomas Rotsch*, Neues zur Organisationsherrschaft, Neue Zeitschrift für Strafrecht（zit.: NStZ）2005, S. 13 ff.（S. 16）も参照。

41）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35), S. 246 f.

42）*Aver W. Less*（Hrsg.), Schuldig – Das Urteil gegen Adolf Eichmann, Frankfurt am Main 1987, Rn. 197.

か近いかということは責任の程度にはまったく影響を及ぼしえない。むしろ、責任の程度は……実際に凶器を手中にしている者から離れれば離れるほど、かつ、命令階層が上にいけばいくほど……増大する。

結局、アイヒマンは共同正犯として有罪であるとされ、組織支配に基づく間接正犯で有罪とされたわけではない。しかし、ロクシンは、この判決を手掛かりに、大規模犯罪に多数人が関与している場合に、アイヒマンのような典型的な「黒幕」(Schreibtischtäter)、すなわち、「犯罪計画を立案したが、自ら直接は手を下さない者」を念頭に置いて、組織支配概念を構築していったのである。

これまでロクシンは、組織支配論それ自体の要件論を必ずしも体系的に論じてきたわけではない。この概念が誕生してからの半世紀近くもの間、ロクシンは、あるときは自説を補完するという形で、またあるときは批判に応酬するという形で、漸次的・断片的に持論を展開し、自説を浮き彫りにしてきた。こうして、時の試練を経て、さまざまな試行錯誤が凝らされた結果、現在では、ロクシンは、組織支配の要件として、以下の４つの条件を挙げるようになっている[43)]。すなわち、(1)命令権（Anordnungsgewalt)、(2)権力機構の法乖離性(Rechtsgelöstheit des Machtapparates)、(3)直接実行者の代替性（Fungibilität der unmittelbar Ausführenden）および(4)直接実行者の本質的に高められた行為機動性（wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden）である。ただし、(4)については、以下当該箇所で概観するように、(1)から(3)までの組織支配を根拠づける３つの基本的な要件とは若干異なる要件であるとされている[44)]。

以下ではこの４つを参考にして、ロクシンのいう組織支配の内容を具体的に検討する。

43）*Claus Roxin*, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht（ZStrR）, Jg. 125（2007）, S. 11 ff.

44）*Claus Roxin*, Zur neuesten Diskussion über Organisationsherrschaft, GA 2012, S. 396.

1　命令権――上下関係のある組織の存在

まず、一般的に「組織支配を利用した間接正犯」を認めるためには、何よりも、上下関係（上官と部下）に基づく上命下服・上意下達の構造を有する組織が存在している必要がある。ロクシンによれば、組織支配に基づく間接正犯とは、厳格に指導されている組織の内部で命令権を保持し、かつ、構成要件を実現させるために当該命令権を行使する者のみをいうとされている[45)]。

したがって、行為をそもそも「行うか否か」（ob）、また「どのように」（wie）行うのかは、このような命令権の保持者（すなわち、ロクシンの比喩的な表現によれば、組織的権力機構という「大きな機械」の枠内で直接実行者という交換可能な「小さな歯車」の組み合わせを選択する「権力のシフトレバーを掌握している者」）が決定する[46)]。さらに、これによれば、自己の指揮命令下にある組織の一部を操縦することができるという限度では、上司も部下も存在する組織の中間管理職に位置するアイヒマンのような者にも、自己の部下を介して実行される行為に対する支配が認められる。

また、アイヒマンと強制収容所の看守等がそうであったように、場合によっては、背後者と直接実行者との間に直接の面識がある必要さえもなく、最上級の者から最下級の者まで「正犯の背後の正犯」が数珠繋ぎのようになる連鎖的ないしは順次的な行為支配というものも認められることになる[47)]。すなわち、このような「行為支配」の総体が「組織支配」の根幹を成していると思われる。事実、ロクシンは組織的権力機構それ自体を「本来的な行為の道具」と看做している[48)]。

さらに、支配の有無という視座が提供されていることによって、組織的権力機構内にいる手先として実行行為を担当する直接正犯とそれ以外の幇助犯が存在しうるということも理論的に説明することができる。実際、ロクシンによれ

45）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 11 ff.

46）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 391 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 295.

47）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 245, 248 f.

48）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 392 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 296.

ば、機構を自律的に起動させ続けるものではないあらゆる活動は狭義の共犯を根拠づけるものでしかないとされている[49]。したがって、単なる助言的な役割でしか関与していない者、絶滅計画を構想はしたものの何らの命令権も保持していない者、又は謀殺の手段を提供した者等は、幇助犯にしかならない。事実、BGHによれば、DDRの壁の射殺事件で、実際に「共和国逃亡者」を撃ち殺した国境警備兵の上官（中尉）が兵士に哨戒訓練（Vergatterung）を施したにすぎない場合、この上官は故殺の幇助犯であるとされた（BGH 47, 100［103 f.］〔2001年８月７日決定〕）。他方で、構成要件に該当する行為を直接的に実現した者は、いわゆる実行行為を行う従犯ではなく、直接正犯である。事実、BGHによれば、実際に「共和国逃亡者」を撃ち殺した国境警備兵は、単なる幇助犯ではなく、正犯であるとされた（BGHSt 39, 1［31 f.］〔1992年11月３日判決〕）。

ロクシンによれば、組織的権力機構を利用した間接正犯にいう組織には、国家的な組織（例、ナチス体制、ソ連のスターリンやDDRが率いていた共産主義の独裁体制およびペルーの旧フジモリ政権等）だけではなく、非国家的な組織（例、テロ組織、レジスタンス組織、マフィアのような組織およびアフリカの民族紛争で見受けられる民兵集団のような軍事組織等）も含まれるとされている[50]。しかし、これとは反対に、個人的な関係だけで成立しているような犯罪者集団は組織的権力機構には含まれないとされている[51]。また、ロクシンの見解によれば、たとえ組織内に上下関係があったとしても、通常の企業ないし医療機関等での緩やかな上下関係程度では厳格な命令権は認められないため、これらの組織の場合にも原則として組織支配に基づく間接正犯は適用されないことになる。さらに、組織には構成員の変遷に左右されることなく存続している部分がなければならず、ある程度の規模の人員・人数がいなければならないとされている[52]。

49）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 249.

50）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 250 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 408 f.

51）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 30）, S. 206; *ders.*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 409.

2　法乖離性

ロクシンは、組織が「法乖離的」であるときに結果の発生がより確実になるとして、組織は「法乖離的」でなければならない、すなわち、組織は法秩序の外部で作動していなければならない、と組織支配を提唱した当初から一貫して主張してきた[53]。また、現在では、この法乖離性の背後にあるのは、実行者がいかなる刑法的な結果からも自分は保護される〔すなわち、組織の命令による行為であればたとえ殺害行為であっても自分の行為は違法ではない〕と信じているため、法の外で作動している組織は命令を何ら妨げられることなく実施・貫徹しうる」という考え方であると主張している[54]（なお、このようなロクシンの考え方を突き詰めてみれば、法乖離性の有無を判別する上では――ロクシンがこれを明言しているわけではないものの――体制内で刑事訴追にさらされる危険性の有無も一定の役割を果たしているものと思われる）。さらに、ロクシンは、法乖離性があるからこそ組織内のいずれの階層でも組織に対して行使される支配が堅牢になる、すなわち、法乖離性によって組織内で上級・中級に位置している者による支配も強化される、という見解にも依拠している[55]。

この場合、このような「法乖離性」ないし「法秩序」にいうところの「法」がそもそも一体何を指しているのか、また、どの程度そのような「法」から乖離している必要があるのかが問題となる。まず、後者の問題、すなわち、法乖離性の程度については、ロクシンは、当初、組織は「全体として」法に乖離していなければならないと一貫して主張していた[56] にもかかわらず、最近では

52）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 409. なお、*Kai Ambos*, Zur „Organisation“ bei der Organisationsherrschaft, in: *Manfred Heinrich*, u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin, New York 2011（zit.: FS-Roxin 2011）, S. 848 f. および *Carolin Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, Osnabrück 2004, S. 159 ff., 263 f.も参照。

53）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 249 ff.

54）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 409 f.

55）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 410.

56）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 249 ff.

ヘルツベルクによる批判[57] の影響もあるのか、以下のように微妙に説を修正している[58]。すなわち、ロクシンの近時の見解によれば、第１に、権力機構は、ありとあらゆる関係で法から乖離している必要はなく、第２に――これは前者の問題、すなわち、法乖離性にいうところの「法」とは何かという問題に関係しているが――法乖離性を判断する際には、旧体制からの観点ではなく、今日の法的評価からの視点が重要であるとされている。たしかに、ロクシンが指摘しているように、DDR体制も、あるいはナチス体制でさえも、あらゆる行為が「不法」であったとまではいえない。また、DDRによる壁での射殺行為も、あるいはナチスによる「ユダヤ人問題の最終解決」という迫害行為・大量虐殺でさえも、体制にとっては、場合によっては法律で、「正当化された」行為であった。

また、法乖離性にいうところの「法」とは何かという問題に関しては、壁の射殺事件に関連して、BGHSt 41, 101［105］〔1995年３月20日判決〕が、以下のように判示していることが興味深い。

> DDRからの退去禁止を実施・貫徹するという正当化事由は、DDRでは武装していない逃亡者を故意に殺害することが許されていたことによって人間の生存権に優先するとされていたにもかかわらず、基本的な正義の要請に対する明白かつ耐え難い違反であって、かつ、国際法で保護されている人権にも違反しているため、無効である。この違反は極めて重大であるため、この違反はすべての諸国民に共通する人間の価値および尊厳に関連する法的確信を侵害する。このような場合、実定法は正義に譲歩しなければならない（いわゆる「ラートブルフ公式」[59]）。

57）*Rolf Dietrich Herzberg*, Mitterbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: *Knut Amelung*（Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, S. 36 f. また、ヘルツベルクによる批判については、本稿の六㈡１も参照。なお、引用の論文を含む同書の邦訳には、クヌート・アメルング〔編〕＝山中敬一〔監訳〕『組織内犯罪と個人の刑事責任』成文堂（2002年）がある。

58）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40), FS-Schroeder 2006, S. 396 f. = ZIS, Bd. 7（2006), S. 297 f.

さらに、ロクシンは、「組織支配の構造形式は、法治国家的に統治され、かつ、国内的に安定した共同体の枠内では実際にはほとんど登場しえない」とも述べている[60]。また、最近では、ロクシンも上記BGHSt 41, 101を意識しているのか、「自己の住居移転の自由を行使しようとしている者〔いわゆる「共和国逃亡者」〕の殺害は」、たとえDDRの国境法によって合法化されていたとしても、「人権に反しているため、国家を超える法に対する違反として、違法かつ可罰的である」と主張している[61]。したがって、これらのことからは、ロクシンのいう「法」というのは、必ずしも国内法秩序だけにとどまるものなのではなく、広く一般的に認められた国際法秩序まで観念されうるものなのではないかと思われる。

次に、「法乖離性」の要件では、上記のような「法」の内容それ自体だけではなく、むしろ、どのような主体であれば「法乖離的に」行動しうるのかという組織の規模についても問題となる。これに関しては、ロクシンは、以下を例に挙げている。すなわち、国家機関又はそれに比肩しうる規模の組織（犯罪団体、テロ組織等いわゆる「国家の中の国家」等）である[62]。これらについていえることは、これらの組織はいずれも国家それ自体であるか又は国家に比肩しうるものであって、かつ、もはや正常な法治国家としての仕組みが機能していないか又はその機能を及ぼされえない、というほどの「規模性」を備えているということ、すなわち、組織それ自体が秩序と化しているため、法治国家的な法秩序の枠外にあるということである。たしかに、マフィアのような組織につい

59）*Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung（SJZ）1946, S. 107; *Arthur Kaufmann*, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, Neue Juristische Wochenschrift（NJW）1995, S. 83; *Gerhard Sprenger*, 50 Jahre Radbruchsche Formel oder – Von der Sprachnot der Juristen, Neue Justiz（NJ）1997, S. 5 f.

60）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 252.

61）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 409.

62）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 249 ff.（S. 250）.

ては異論の余地があるのかもしれない。しかし、アイヒマン事件ないし壁の射殺事件等は、国家体制が崩壊しなければ、訴追・処罰されることは極めて困難であった。また、アルカイダのような国際規模のテロ組織も場合によっては国内法秩序の範疇には収まりえない。さらに、ロクシンの指摘するように[63]、ユダヤ人の虐殺ないし壁の射殺事件等は、もしもそれらが一個人による侵害行為であったとすれば、ここまで悲惨なことにはならなかったのかもしれない。すなわち、大きな機構が体系的に、一丸となってこのような「不法」に向けて邁進していなかったとすれば、これらの犯罪はここまで大規模には起こりえなかったのかもしれないのである。したがって、ロクシンの「法乖離性」の基準からは、組織支配に基づく間接正犯の場合には、法乖離的に行動しうるだけの規模ないし実体のある組織が要求されているといえる。

3　直接実行者の代替可能性

直接実行者の「代替可能性」とは、背後者が組織的権力機構内のある直接実行者をまた別の直接実行者にいつでも任意に交代させ若しくは交換することができる、ということである。ロクシンは、「法乖離性」要件だけではなく、この「代替性」ないし「交換可能性」の要件も、組織支配を構成する重要な柱であるとして、組織支配を提唱した当初からこの要件が必要であると一貫して主張してきた[64]。

ロクシンによれば、組織に直接実行者の代替性がある場合、背後者はいつでも実行者になりうる者を任意かつ自由に使役することができるため、たとえ実行者の１人が背後者の命令を拒否したり又はその他の理由で命令の遂行に失敗したりしても、構成要件の実現が阻害されないことから、結果が確実に実現されるとされている[65]。この場合、疑いの余地がないのは、組織が大きければ大きいほど十分な数の部下が供給されるので、背後者たる組織支配者にとって

63）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 396 f. = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 298.

64）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 245.

65）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 13.

はより確実に犯罪の結果を実現できるということである。すなわち、Ａが駄目でもＢが、Ｂが駄目でもＣが、Ｃが駄目でも……という具合に、ある部下が脱落しても、また別の部下が取って代わることによって、結果の発生には何らの支障もないという点で、背後者は、より確実に結果を支配している[66)]。

しかしながら、ロクシンによれば、例えば、ナチスによる大量虐殺と壁の射殺事件を比較した場合、両者の代替性には程度の差がありうるため、代替性の基準だけで組織支配に基づく間接正犯を是認するのは賢明ではないとされている[67)]。

４　直接実行者の高められた機動性

この「直接実行者の高められた機動性」の要件は、ロクシン理論の変遷を象徴している。なぜならば、ロクシンが1963年に組織支配に基づく間接正犯を考案したとき、ロクシンはこの要件についてまったく言及していなかったばかりか、むしろ以前は舌鋒鋭く批判してさえもいたからである[68)]。しかし、すでに前節３で触れたように、ロクシンは「代替性の基準だけで組織支配に基づく間接正犯を是認するのは賢明ではない」として、シュレーダーの見解のみならず、最近の議論をも加味しながら[69)]、この要件を組織支配の４番目の要件として付け加えることで、奇しくもシュレーダーの古稀記念論文集で自説を修正した[70)]。もっとも、ロクシンは、必ずしもこの機動性の基準をこれまでの３

66）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 245; *ders*., a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 394 ff. = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 296 f.

67）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 396 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 297.

68）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 25）, S. 51; *ders*., Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: *Erich Samson* u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 549（S. 551）.; *ders*., a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 134.

69）とりわけ、*Manfred Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002, S. 271 ff.（S. 273）; *Jan Schlösser*, Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, Berlin 2004; *Urban*, a.a.O.（Fn. 52）等は現在のロクシン説に大きな影響を及ぼしている。

つの前提条件と同列に論じているわけではない。すなわち、アンボスが「行為機動性の基準は、組織支配の一貫した理解……とは両立しえない。なぜならば、この基準では、視点が組織にではなく……行為介在者に置かれているからである」と主張していることにも影響を受けながら[71)]、ロクシンは、この要件は「組織支配の独自の前提条件ではなく、他の３つの前提条件から導出されるべき前提条件である」として[72)]、この要件の取扱いを副次的なものと看做していることには注意する必要がある。

このような経緯があるため、ロクシンの見解を明確に定義づけることは実際には極めて困難である。しかし、あえて現時点でのロクシンの見解を要約して端的にいうとすれば、直接実行者の高められた機動性とは、「背後者からの指示があれば直接実行者はいつでもすぐに行為に取り掛かることができるという準備が（物理的にも心理的にも）完了した状態」ということができるのかもしれない。

いずれにせよ、現在では、ロクシンはこの「直接実行者の高められた機動性」という要件を以下のように根拠づけている[73)]。すなわち、ロクシンによれば、法乖離的な組織的権力機構の内部で構成要件を充足する最終の直接行為者は、組織から多大な影響を受け、かつ、組織に感化されていることで――このような組織の影響があるからといって実行者の答責性それ自体が否定されるわけではないものの――自立している他の単独正犯と比較してみれば、背後者からの指示があればすぐに行為に取り掛かることができる（機動力がある）という点で、結果の蓋然性を高め、背後者による行為支配に寄与しているとされている。また、組織に加入していることで１人では思いもよらないような無謀

70）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 397 f. = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 298 f.

71）*Ambos*, a.a.O.（Fn. 52）, S. 840.

72）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 412. なお、*ders.*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 675も参照。

73）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 16 ff.; *ders.*, Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft, in: *Knut Amelung* u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, Stuttgart 2010（zit.: FS-Krey 2010）, S. 462 ff.

なことにも参加できるため、いつでも構成要件を充足しようという行為決意が完了した状態にあるとされる。そして、このような決意には、積極的なものと消極的なものがあるとされ、前者は、出世欲・自己顕示欲・嗜虐志向等何らかの理由で率先して仕事をこなそうとする熱意ないし熱心さであるのに対して、後者は、「どうせ自分がやらなくても、きっと他の誰かがやるだろう」という無関心ないし諦めの気持ちであるとされている。また、とりわけ、後者の消極的な行為決意性こそが、代替性にも通底しているとされているのである[74)]。

このように、現在ではロクシンもこの要件を自説で是認しているにもかかわらず、また、組織支配論の創始者はロクシンであるにもかかわらず、この要件の最大の功労者はやはりシュレーダーであると見るのが公平であると思われる。なぜならば、以下で概観するように、シュレーダーこそがこの要件を形成した（少なくとも端緒を作った）と考えられ、また、すでに本節の冒頭でも言及したように、ロクシンも後になってからようやく自説を修正し、この要件を一定の制約の下で自説に付け加えたからである。実際、ウルバンも「BGHは、ロクシンとは反対に、権力機構の法乖離性および実行者の代替性については言及せず、実行者の無条件の行為機動性について言及することで、内容的には強くシュレーダーの概念に依拠していた」と指摘している[75)]。

シュレーダーは、本章の冒頭で言及したようにすでに1965年の時点で、ドーナ事例を素材に「正犯の背後の正犯」を根拠づける「行為決意性」、すなわち、いわばいつでも構成要件を充足しようという行為決意が完了した状態を「有条件の行為決意性」という形で浮き彫りにしていた。シュレーダーは、この要件をBGHSt 40, 218のいう「無条件の行為機動性」と比較して、これらの要件の間には「条件性の有無」という「小さな違い」しかないとする[76)]。すなわち、

74）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 73）, S. 464.

75）*Urban*, a.a.O.（Fn. 52）, S. 129.

76）*Friedrich-Christian Schroeder*, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis – Zugleich Besprechung zum Urteil des BGH v. 26. 7. 94 – 5 StR 98/94 –, Juristische Rundschau（JR）1995, S. 179.

シュレーダーの見解を敷衍すれば、「行為決意性」といういわばいつでも構成要件を充足しようという行為決意が完了した状態と「行為機動性」といういわば背後者からの指示があればいつでもすぐに行為に取り掛かることができるという準備が完了した状態との間には大した違いはなく、これらが「有条件」であるか「無条件」であるかという「条件性の有無」に（だけ）「小さな違い」があるということになる。その上で、シュレーダーは、この「条件性」の要件について、「動作としてはまだ生じていないものの、それ以外は――とりわけ、背後者の出動指示で足りるという程度の――行為決意性がすでにあるという場合のみを意図していた」として、判例のいう「構成要件を充足させようとする直接正犯の無条件の機動性を利用」したという要件は、基本的には自説によって根拠づけられると説明するのである[77]。そして、ロクシン自身もこの説明は「的確」であると評価している[78]。

たしかに、すでにDDR国家防衛評議会事件の時点で、判決の学問上の根拠をめぐっては、ロクシンの議論に基づいていたのか、シュレーダーの議論に基づいていたのか熾烈な争いがあった[79]。すなわち、ロクシンは「法乖離性」と「代替性」という２本の柱が組織支配論の中核的要素であるとし、「行為決意性」ないし「行為機動性」はまったく必要ないとしていたのに対して、シュレーダーは「行為決意性」だけを重視していたのである。しかしながら、既述のように、ロクシンは自説を修正し、行為機動性を副次的な要件として従来の諸要件に付け加えるようになった。もっとも、シュレーダーは――ロクシンによる修正を評価しつつも――いまだに代替性は不要であると主張している[80]。

これに関連して、近時シューネマンは、ロクシン説とシュレーダー説の調和

77）*Schroeder*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 150, 152, 156; *ders.*, a.a.O.（Fn. 76）, S. 179.

78）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 15 mit Fn. 45.

79）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 25）, S. 50; *Schroeder*, a.a.O.（Fn. 76）, S. 179. なお、*Thomas Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft – zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009, S. 374 も参照。

80）*Schroeder*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 570.

を試みている。すなわち、シューネマンによれば、ロクシンのいう代替性メルクマールとシュレーダーのいう直接実行者の行為決意性メルクマールとは矛盾せず、かつ、同一の尺度で測りえないわけではないとされている[81)]。また、BGHSt 40, 218では「代替性」という文言は一言も使用されていないにもかかわらず、BGHによる「通常の経過」に関する指摘は、代替性を承認したものであるとされている[82)]。

㈢　ロクシン説とBGHの見解との違い――組織支配を利用した間接正犯は企業犯罪に適用されうるか

結局、前節のロクシンの見解を要約すれば、これらの４つの要因が相俟って背後者がほぼ「自動的・機械的に」結果を確実に惹起させられることによって、背後者は結果を支配しているということになる。この場合、このようなロクシン説とBGHがDDR国家防衛評議会事件で詳述した見解との間にはいくつかの部分で違いがある。しかも、この違いは単なる理論的な説明の仕方の違いにとどまるものではなく、「組織支配に基づく間接正犯」が経済企業にも適用されるかどうかという点で、実質的な結論（処罰範囲）にも違いをもたらしている。すなわち、BGHはこの理論をいわゆる企業犯罪（この場合、「企業犯罪」とは、企業が経済活動を行うのに際して利益追求等のために行うすべての犯罪行為のことであって、組織犯罪の一種である）にも適用できるとして、次章で概観するように、実際にこの理論を経済企業の経営陣にも適用しているのに対して、ロクシンはこれを一貫して批判しているのである[83)]。

ロクシン説とBGHの見解との相違について、さらに要件論のレベルで具体的にいえば、以下のようになる。まず、BGHは、DDR国家防衛評議会事件の

81）*Bernhard Schünemann*, Unternehmenskriminalität, in: *Claus Roxin* u.a.（Hrsg.）, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Strafrecht Strafprozessrecht, München 2000（zit.: BGH-Festgabe 2000）, S. 629 f.

82）*Schünemann*, a.a.O.（Fn. 23）, FS-Schroeder 2006, S. 407 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 304.

83）*Claus Roxin*, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: BGH-Festgabe 2000, S. 192 ff.

判決では、ロクシンの「法乖離性」要件および「代替性」要件については一言も言及せず、その代わりに、背後者が「組織構造を通じて決定された枠条件を利用」し、かつ、背後者による行為寄与が「枠条件の内部で通常の経過を惹起」させている場合、および、「構成要件を充足させようとする直接行動者の無条件の機動性をも利用」している場合には、背後者に間接正犯が認められるとした。また、この間接正犯によって「経済企業の活動に際して答責性のある者の問題も解決される」として、組織支配に基づく間接正犯を、国家による大規模な組織犯罪だけではなく、企業犯罪にまで拡張させて適用しようとする姿勢を示した。これに対して、ロクシンは、一般の経済企業には「法乖離性」要件も「代替性」要件もないという理由で、BGHとは反対に、組織支配に基づく間接正犯の適用範囲からは、企業犯罪を明確に排除している[84)]。もっと具体的にいえば、ロクシンは、ナチス体制下ではユダヤ人の殺害行為に関与した者であってもナチス体制下では刑事訴追される懸念がなかったのに対して、企業犯罪の場合は当該犯罪が発覚すれば体制下でも企業は常に刑事訴追にさらされる虞があるという点で、すなわち、このような法乖離性（ないし体制内で刑事訴追にさらされる危険性）の有無等を基軸にして、企業犯罪には組織支配に基づく間接正犯は適用されないと主張しているのである[85)]（なお、判例に対する批判については六㈢参照）。

五　組織支配に基づく間接正犯の現在――ロクシン説からの乖離と判例の発展

前章で概観したように、ロクシンらの理論が組織支配に基づく間接正犯の端緒となったことに疑問の余地はない。ところが、BGHは、ロクシンらの議論をそのまま踏襲しているわけでもない。実際、既述のように、すでにBGHSt

84）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 397 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 298; *ders.*,（Fn. 43）, S. 17 ff.

85）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 410.

40, 218の時点で、判決の学問上の根拠をめぐっては、ロクシンの議論に基づいていたのか、シュレーダーの議論に基づいていたのか熾烈な争いがあった。この対立は、現在でもなお完全には解消されていない。また、BGHSt 40, 218で、BGHは、ロクシンが組織支配の中核的要素として主張していた「法乖離性」と「代替性」の要件についても言及しなかった。それどころか、ロクシンが反対している「企業犯罪」への適用さえも示唆した。これらのことから、近年では、当初はロクシンに由来していたはずの組織支配に基づく間接正犯は、すでにロクシン説から乖離し、判例独自の路線に突き進んでいるのではないか、という指摘がなされるようになってきている[86)]。

以下では、前章までのロクシンの4要件を踏まえて、BGHSt 40, 218以降の判例の――いわば「独自の」――展開とその中身を跡づけてみたい。

㈠ ロクシン説からの乖離――BGHSt 40, 218後の判例独自の展開

BGHの判例でロクシンの挙げている4要件からの乖離傾向がいっそう顕著になったのは――DDR国家防衛評議会事件からわずか2カ月も経たないうちに判決が下された――いわゆる治療中断事件（BGHSt 40, 257〔1994年9月13日判決〕）である。この事件では、脳に重大な損傷があり、3年前からもはや会話することもできなくなっていた老婦人の息子Sおよび担当医Tの両被告人が、ケアマネージャー（介護支援専門員）に、母親・患者である老婦人の人工栄養補給を中止するように指示したことについて、両被告人の故殺未遂の間接正犯が是認された。

本件で、BGHは、両被告人が、いつ・どのように老婦人を死に至らしめるかを共同して決定し、ケアマネージャーに対する両被告人による署名入りの指示書を通じて、事象の経過を惹起させたと判示した。そして、BGHは、息子

86）*Thomas Rotsch*, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW, Bd. 112, 2000, S. 536 ff., 561; *ders.*, a.a.O（Fn. 79）, S. 387 f.; *Schünemann*, a.a.O.（Fn. 23）, FS-Schroeder 2006, S. 406 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 304; *ders.*, Schrumpfende Basis, wucherner Überbau? – Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren, in: FS-Roxin 2011, S. 803 ff.（S. 805）.

であり、かつ、代理権限のある介護人でもあるという被告人Ｓの身分ないし担当医であるという被告人Ｔの身分に鑑みれば、この両被告人の命令および指示に拘束されるというケアマネージャーらの従属的な役割からも、両被告人に、正犯意思という主観的な基準および行為支配という客観的な前提条件があることには疑問の余地はないとして、両被告人は故殺未遂の教唆犯ではなく、間接正犯であることを肯認した（BGHSt 40, 257［268］）。

ロクシンは、この判決を以下のように批判している[87)]。

〔本件の場合、〕背後者による行為支配というものはそもそもの議論の対象とはなりえない。たしかに、医者および患者である老婦人の息子は何らかの指示権能を有していた。しかし、そのような命令権は最初から法適合的な命令がある場合にのみ存在している。また、病院というものは法乖離的に活動する施設であるということを主張することもできない。このことは、主任ケアマネージャー〔病院関係者〕が命令の実行を拒否して、栄養補給を中止させないよう区裁判所に相談したという本事例の中で、すでに説得力をもって摘示されている。また、実行行為者の代替性も欠如している。というのも、他の実行者が存在していたわけでもなければ、そのような者を獲得することもできなかったからである。同様に、本事例で指摘されているように、病院関係者の高められた機動性というものもほとんど存在していなかった。それどころか、本件の病院関係者は既存の方法に対して良心の咎めさえも感じていた。なぜならば、彼ら〔病院関係者〕は、このような場合にどんなに容易に刑事裁判に巻き込まれうるか、ということを知っていたからである。

したがって、本件では、わたくしが組織支配の存在と関連づけた４つの前提条件は、ことごとく存在していなかったのであるから、せいぜい未遂の教唆（スイス刑法24条２項、ドイツ刑法30条１項）の観点から評価がなされるべきであった。

87）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 18. なお、*Rotsch*, a.a.O.（Fn. 79）, S. 377も参照。

ここで最も注目すべきは、ロクシンがいみじくも自ら指摘しているように、本件の場合には、ロクシンが自ら設定した組織支配の４つの前提条件（前記・四㈡参照）は、ことごとく存在していなかったにもかかわらず、間接正犯が是認されたということである。たしかに、この判例が組織支配の典型例としての間接正犯を是認したのかどうかには一考の余地がある。しかしながら、いずれにせよ、こうして判例は、明らかにロクシンの当初の意図からは離れて、大規模な組織犯罪だけではなく、企業犯罪等にも間接正犯を適用してゆくようになったのである。

㈡ 「組織支配に基づく間接正犯」の拡大――BGHによる企業犯罪への適用

BGHの判例による「組織支配に基づく間接正犯」の拡大傾向を最も特徴づけているのは、BGHがいわゆる企業犯罪にもこの間接正犯を適用していることである。とりわけ、この場合には、行為支配と正犯意思だけではなく、すでに三で概観したDDR国家防衛評議会判決でBGHが判示した「組織構造を通じて決定された枠条件を利用したこと」および「この枠条件の内部で背後者の行為寄与が通常の経過を惹起させていること」という２つの要件が大きな役割を果たしている。以下では、時系列順に目ぼしい事案を概観し、これらの事案から間接正犯が実際の事例でどのように適用され、判例として形成されていったのかを浮き彫りにしてみたい。

１　廃棄物処理事件（BGHSt 43, 219 = NStZ 1997, 544〔1997年６月６日判決〕）

本件では、車両や家電製品等を破砕機によって粉砕した後の残骸からさらに資源を分別することで廃品のリサイクルに従事していた有限責任会社Ｅ社の経営者２人（父と息子）が、破砕後の残骸である廃棄物に基準値を超える高濃度の環境汚染物質（ポリ塩化ビフェニル）が含まれていることを知りながら、低価格で廃棄物を処理するため、認可を受けていない他の業者に自社の汚染廃棄物の処理を一任したことについて、ドイツ刑法旧326条１項（環境を危険にさら

す廃棄物の無許可取扱い）等の責任を問われた。フランクフルト・アム・マイン地方裁判所は、被告人らの有罪を是認し、父の方には、執行猶予付きの１年６カ月の自由刑および10万ユーロの罰金刑（刑法40条に基づく日数罰金）を言渡したのに対して、息子の方には、執行猶予付きの１年６カ月の自由刑および１万5,000ユーロの罰金刑（同様の日数罰金）を言渡したところ、被告人ら親子が上告した。

これに対してBGHは、被告人らによる上告を退けて、原審の判断を維持した。さらに、BGHは、どのような前提条件であれば「他の者を通じて」犯罪行為を行ったといえるのか（刑法25条１項）については、過渡期にある未解決の評価問題であるとしながらも、行為介在者が有責的に行動しているかどうかが決定的に重要なわけではないと指摘した上で、被告人らの正犯意思と行為支配に疑問の余地はなく、いかに費用がかさむとはいえ、被告人らが認可を受けていない他の業者に汚染廃棄物の処理に委ねたことで、廃棄物が違法に処理される可能性に先鞭をつけてしまった（den Weg eröffnet und vorgezeichnet）と判示して、被告人らを同条の間接正犯として有罪であるとした（BGHSt 43, 219 [231 f.]）。

２　支払能力がない場合の詐欺事件（BGH, NJW 1998, 767 = NStZ 1998, 56〔1997年12月11日判決〕）

本件では、Ｃ社およびＩ社等、複数の会社の経営を実質的に管理していたＲおよびＪの両被告人が、このままではＩ社の経営が立ち行かなくなること、および、Ｉ社にはもはや最終的な支払能力がないことを事前に知っていたにもかかわらず、Ｉ社に対するＣ社の未回収の売掛金を回収するため、Ｉ社の業務を続行するよう決定し、通常業務の枠内でＩ社の形式的な経営者であるＢらに下請業者に対して新しい注文をさせることで、真実に反する支払能力および意思があると下請業者らに偽装し、商品を納入させたことについて、ドイツ刑法263条詐欺罪の成否が問われた。パーダーボルン地方裁判所は、被告人Ｒには、詐欺の教唆を理由に１年６カ月の自由刑を言渡したのに対して、被告人Ｊに

は、詐欺（正犯）を理由に執行猶予付きの10カ月の自由刑を言渡したところ、被告人らが上告した。

これに対して、BGHは、被告人らによる上告を退けて、原審の判断を維持した。さらに、BGHは、両被告人の罪責は、直接行為者（Bら）が注文の時点でＩ社に支払能力がないことを知っていたのかどうかに左右されるものではないと述べた上で、BGHの判例によれば、「背後者が追求している構成要件の実現をもたらし、かつ、通常の経過を惹起させている組織構造を通じて決定された枠条件を利用している者には、行為支配を利用した正犯が問題となる」と判示し、企業活動についてもこれは肯定されていると説示して、本件でも、組織支配に基づく間接正犯が企業犯罪に適用されることを明示的に確認した（BGH, NJW 1998, 767［769］= NStZ 1998, 568［569］）。

3　間接正犯による詐欺の場合の罪数(1)（BGH, StV 2000, 196 = wistra 1999, 23〔1998年９月１日決定〕）

本件で、BGHは、組織支配の間接正犯の罪数処理の問題について、興味深い判断を示した。すなわち、ドイツ刑法52条〔行為の単一〕、53条〔行為の複数〕にいう１つの行動が存在しているのか、又は複数の行動が存在しているのかという問題に関しては、間接正犯の場合にも、間接正犯である本人の行為寄与に基づいて判断される、というのである。

事実認定によれば、被告人は、以下のように詐欺行為に寄与したとされた。すなわち、３人の経営者のうちの１人である被告人は、自らは投資家との間の契約――基本債務の準備時には何らのリスクもなく莫大な利回りが得られるとの虚偽の内容であった――を締結しなかったものの、講習によって、会社のための投資販売をしていた従業員に、さまざまな契約の種類、利回りの可能性、投資の安全性、ならびに、契約に含まれている賠償義務の詳細等について、教育を施していたとされた。そして、本件の場合、２つの異なる投資の形式があったことに鑑みれば、２つの所為が存在していたとされた。すなわち、被告人は、1992年11月から1995年末までの期間、資本投資に関する129の契約を締

結した従業員を指導し、さらに、被告人は、1993年の下半期以降、15の契約を顧客と締結した選抜された従業員に、講習を実施していたとされた。

BGHは、これらの事実に基づいて、被告人は、行為を自手犯的に実現したものとして、法的にも間接正犯として処理されるべきであると判示した上で、BGHの確立した判例によれば、ドイツ刑法52条、53条にいう１つの行動が存在しているのか、又は複数の行動が存在しているのかの問題に関しては、被告人の行為寄与に基づいて判断されるとした（なお、本決定ではBGH NJW 1995, 2933〔1995年７月19日判決〕等が引用されている）。

したがって、この決定によれば、たとえ前面者自身が被告人以上の複数の所為をなしていた場合でも、被告人はあくまでも自分の行為寄与に基づいて、行為の単複が判断されるとされたのである。これは、以下６の決定にも引き継がれている。

４　獣医師事件（BGH, JR 2004, 245 = NStZ 2004, 457〔2003年７月３日判決〕）

本件では、10人前後の獣医師らを雇い、医薬品会社からのリベートを目当てに、できるだけ多くの医薬品を売り上げることを目標としていた被告人が、薬品ラベルの改竄（Umbenennung）および自己が雇用している獣医師らに対する指示を通じて、処方箋の記入が義務づけられていた医薬品ないし獣医師の使用は許可されていない医薬品を診療所内薬局（Hausapotheke）から持ち出し、被告人に雇用されているわけではない他の獣医師や一般のペット飼い主等に売却したこと等について、薬事法違反等の罪に問われた。レーゲンスブルク地方裁判所は、薬事法違反等を理由に、被告人に執行猶予付きの２年の自由刑を言渡した。さらに、15万ユーロ相当の代価の剝奪が命令された。これに対して、被告人および検察の双方から上告がなされた。

BGHは、それぞれの上告を一部認めたものの、基本的には被告人の有罪を維持した。とりわけ、BGHは、まず、「BGHの確立した判例によれば、通常の経過を惹起させている組織構造を通じて決定された枠条件を創出した者が、自

らが追求している構成要件を実現するため、このような枠条件を利用した場合には、行為支配を利用した正犯になりうる」として間接正犯の一般的な要件を確認した。さらに、BGHは、「このような基準に基づいて、直接正犯が有責的に行動しているかどうかにかかわらず、企業活動の場合にも間接正犯が肯定されている」ことも改めて明示的に指摘した。その上で、BGHは、被告人が、医療実務という厳格な上下関係のある組織を通じて、すなわち、薬品ラベルの改竄および自己が雇用している獣医師らに対する指示を通じて、枠条件を創出しただけではなく、自己が雇用している獣医師らには取扱いが許されていない医薬品を獣医師らに売り渡させるため、この枠条件を意識的に利用したと判示して、被告人の間接正犯を是認したのであった（BGH, JR 2004, 245［246］）。

5　投資詐欺事件（BGHSt 48, 331 = NStZ 2004, 218〔2003年８月26日決定〕）

本件では、N、ＢおよびＳの３人の被告人が、不動産取引のための資金を調達するため、相場よりも３％ポイント高い高利率の配当を謳って、独立の代理店（freie Handelsvertreter）を介して、被告人らの経営する合名会社の匿名持分（stille Beteiligungen）を投資家に売却したこと等が、刑法263条詐欺等の罪に問われた。このとき、被告人ら自身は、投資家には接触せず、被告人Ｎが講習を実施して、代理店に販売の手順および顧客との交渉方法を伝授していた。また、被告人Ｎは、代理店に自分を信用させることで、支配的な立場を強め、代理店に積極的な影響を及ぼしてもいた。ベルリン地方裁判所は、被告人らによる詐欺罪を肯認し、被告人Ｎに対しては５年の自由刑を言渡したのに対して、被告人Ｂおよび被告人Ｓに対してはそれぞれ３年の自由刑を言渡したところ、被告人らが上告した。

結局、BGHは、被告人らの上告を一部是認して、刑訴法260条３項に基づいて地方裁判所の判決の一部を破棄し、一部を差戻しとしたものの、ここでも「行為介在者が故意をもって行動していたのか又は善意であったのかどうかは、さほど重要ではない」と指摘した上で、被告人らの行為については、「このよ

うに構成された事例の場合には組織支配を利用した間接正犯しか問題とならない。このような間接正犯が存在しているのは、背後者を通じて行為が操縦されている場合である。この背後者が組織構造を通じて創出された枠条件によって犯罪事象に決定的な影響を及ぼしうる場合、この背後者は行為支配を保持している」と判示して、組織支配に基づく間接正犯が適用される可能性を示唆した（BGHSt 48, 331［342］）。

なお、共同被告人ＢとＳについては、Ｎと会社の経営を分業的に組織していたとして、「たとえＮだけが代理店の操縦に専念していたとしても、地方裁判所の事実認定に依拠すれば、少なくとも、共同被告人らは刑法25条２項に基づく共同正犯である」と説示している（BGHSt 48, 331［342 f.］）。

６　間接正犯による詐欺の場合の罪数⑵（BGH, wistra 2004, 264〔2004年３月30日決定〕）

本決定は、前記３の決定を改めて確認する決定であった。すなわち、間接正犯が１つの所為しか行っていないのであれば、たとえ情を知っていた前面者自身が複数の所為をなしていた場合でも、ドイツ刑法52条１項にいう行為の単一性が存在している、というのである。

事実認定によれば、被告人は、投資家らの前には姿を見せることなく、共同被告人Ｔに、被告人が発展させた融資モデルの紹介も投資額についての交渉も委任していたものの、投資家の募集時にはＴを指導する等、投資の世話をしていたとされた。

BGHは、これらの事実に基づいて、前記３の決定と同様に、被告人は、行為を自手犯的に実現したものとして、法的にも間接正犯として処理されるべきであると判示した上で、またしても、BGHの確立した判例によれば、刑法52条、53条にいう１つの行動が存在しているのか、又は複数の行動が存在しているのかの問題に関しては、被告人の行為寄与に基づいて判断されるとした。なお、本決定では前記３の決定も引用された。

したがって、この決定でも、たとえ前面者自身が被告人以上の複数の所為を

なしていた場合でも、被告人はあくまでも自分の行為寄与に基づいて、行為の単複が判断されるという決定が確認されたのである。

これらの決定（3と6の決定）は、企業犯罪に関する複雑な事案での罪数を処理する上で、一定の役割を果たしているものと思われる。

7　ブレーマー・ヴルカン造船所事件（BGHSt, 49, 147 = NStZ 2004, 559 = wistra 2004, 341〔2004年5月13日判決〕）

本件では、株式会社ブレーマー・ヴルカン造船所の経営陣ら3人が、いわゆるキャッシュ・マネジメント・システム（コンピュータやネットワークを通じて経営の最適化を図るために銀行口座等を一元的に集中管理するシステム。このシステム自体は一般的な経営手法であるため、何ら違法ではない）を導入・利用して、子会社である2つの東ドイツの造船所のために投入された公的資金を経営が危機に瀕していた親会社（ブレーマー・ヴルカン造船所）の損失を補塡するために流用したことについて、ドイツ刑法266条の背任罪の成否が問われた。ブレーメン地方裁判所は、3人の被告人をそれぞれ背任の共同正犯を理由に執行猶予付きの2年の自由刑を言渡したところ、被告人らが上告した。

BGHは、ドイツ刑法266条1項にいう「財産保護義務」の内容について地方裁判所とは異なる判断をしたため、原審判決を破棄・差戻したものの、差戻し審の内容について指摘する中で、子会社の「存在を危険にさらすような干渉〔キャッシュ・マネジメント・システムによる資金の流出〕が子会社に負担をもたらし、かつ、被告人らもこれを知っていた……のであれば、組織支配を利用した間接正犯が採用されてしかるべきである」と判示して、本件でも、組織支配に基づく間接正犯が適用される可能性を示唆した（BGHSt, 49, 147［163］= NStZ 2004, 559［561］= wistra 2004, 341［347］）[88)]。

88）ただし、本稿六㈣も参照のこと。

8　企業犯罪以外で間接正犯が適用された事例

本稿ですでに取り上げたDDR国家防衛評議会（BGHSt 40, 218,［236, 237 f.］= NJW 1994, 2703 = NStZ 1994, 537〔1994年７月26日判決〕）、治療中断事件（BGHSt 40, 257［268］〔1994年９月13日判決〕）および前記１から７の判例以外にも、とりわけ、一連の壁の射殺事件について組織支配に基づく間接正犯が是認されDDR政治局の構成員が有罪とされたDDR政治局事件（BGHSt 45, 270〔1999年11月8日判決〕）および不作為による間接正犯が肯認されたSED中央委員会事件（BGHSt 48, 77〔2002年11月６日判決〕）等も重要である。なぜならば、これらの判決でも、BGHは、「完全に答責的に行動している正犯の背後者は、組織構造を通じて決定された枠条件を利用している場合であって、この枠条件の内部で背後者による行為寄与が通常の経過を惹起させているには、間接正犯となりうる」（BGHSt 45, 270［296］und BGHSt 48, 77［91］）と判示して、BGHSt 40, 218［236］で使用された言い回しをほぼそのまま踏襲するという形で、組織支配に基づく間接正犯を明確に是認しているからである。

㈢　通常の経過を利用した間接正犯――判例独自の理論

以上のように、BGHでは、企業の経営陣が間接正犯であると説示される判決が蓄積された。これらを小括すれば、BGHのいう間接正犯とは、もはやロクシンの提唱した「組織支配に基づく間接正犯」というよりは、むしろ、「枠条件の創出」と「枠条件の利用」の２つを要件とする「通常の経過を利用した間接正犯」とでもいうべき新たな概念であると結論づけることができるのかもしれない。当初、DDR国家防衛評議会事件（三㈡）では、「背後者が組織構造を通じて決定された枠条件を利用している場合であって、この枠条件の内部で背後者による行為寄与が通常の経過を惹起させている場合」（BGHSt 40, 218［236］）には、当該背後者は間接正犯となるという理由に基づいていた。しかし、獣医師事件（前節㈡４）では、さらにBGHは、「BGHの確立した判例によれば、通常の経過を惹起させている組織構造を通じて決定された枠条件を創出した者が、自らが追求している構成要件を実現するため、このような枠条件を

利用した場合には、行為支配を利用した正犯になりうる」（BGH, JR 2004, 245［246］）と要件をより明確にすることで、議論をいっそう独自の方向に進めたわけである。

ところで、このようなBGHによる間接正犯の拡張傾向については、BGHの裁判官であるナック（1994年当時、BGHSt 40, 218を担当し、2012年現在、BGH第１刑事部裁判長）は、当時の様子を以下のように述懐している[89)]。

> BGHの第５刑事部は、ロクシン……の間接正犯……をさらに定義するために事件の機会を得た。判決の起草者であったわたくしは――判決を共同執筆したのであるが――協議休憩の間、同僚のゲーアハルト・シェーファーと交わした会話のことをまだよく覚えている。わたくしども両名は、ある――実務的には最も重要な――事例群が付加されなければならない、という点では意見が一致していた。すなわち、ある企業の上司によって指示された犯罪行為（とりわけ、詐欺）の場合に、企業の従業員らが「指示に従って」行動している事例群である。とくに、納入業者による詐欺の場合、判例では、長年の間、容易に――たとえ公刊された下級審の決定がほとんどないために学説からのコメントがほぼなかったとしても――上司を間接正犯として有罪としてきた……。たとえ個別の具体的な指示をしなかったとしても、上司は、自己の普段の営業活動が――まさに上司が自分で組織したように――展開されることを信頼している……。
>
> わたくしどもはこのような構造の事例を捕捉する定義を探していた。行為介在者の代替性という基準はこれには適していなかった。このような犯罪形式にとって典型的な中小企業の場合、上司はまさに「仕事を知っている」従業員らを必要とする。この上司は従業員らを任意に交換することはできない。むしろ、この意味での他の従業員らによる行動はほとんど信用できない。したがって、第５刑事部は、極めて意識的に――たとえ傍論であったとしても――企業およ

89）*Armin Nack*, Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, GA 2006, S. 343 f. なお、ナックの肩書については、BGHのHP（http://www.bundesgerichtshof.de）を参照した（最終閲覧日：2012年９月30日）。

び会社等の組織構造をこの定義に採用したのである。

このことからは、BGHの判決では、ロクシンの意図とは異なり、当初から企業犯罪が念頭に置かれていたことは明白である。すなわち、ロクシンもBGHも共に「組織支配に基づく間接正犯」という名称を使用しているにもかかわらず、すでに両者の要件論は全然違っている。とりわけ、BGHは、ロクシンの提唱する「法乖離性」や「代替可能性」の要件ではなく、もっぱら「組織構造を通じて決定された枠条件を利用したこと」および「枠条件の内部で背後者の行為寄与が通常の経過を惹起させていること」という２つの独自の要件を手掛かりに、「枠条件の創出」と「枠条件の利用」の２つを要件とする「通常の経過を利用した間接正犯」とでもいうべき新たな間接正犯を企業犯罪にまで拡張しているのである。

また、BGHは、立法時には議論の余地のあった「答責原理」も完全に葬り去ろうとしているかのような印象を受ける[90)]。というのも、BGHは、「直接正犯が有責的に行動しているかどうかにかかわらず」（BGHSt 43, 219［232］〔前節㈡1〕）という表現や「行為介在者が故意をもって行動していたのか又は善意であったのかどうかは、さほど重要ではない」（BGHSt 48, 331［342］〔前節㈡5〕）という言い回しを再三繰り返しているからである。したがって、このように直接正犯や行為介在者の答責性が問題とされないことからは、その分だけ背後者が共犯とされる余地が排除され、正犯とされる余地が拡張されているという意味でも、いっそう間接正犯の拡大傾向に拍車がかかっていると見ることもできる。

六　批判と異論――ロクシン説と判例がそれぞれに抱える問題点

前章までですでに明らかであるように、ドイツでは、組織支配に基づく間接

90）*Schünemann*, a.a.O.（Fn. 23）, FS-Schroeder 2006, S. 406 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 304.

正犯という概念の枠組みそれ自体は――既述のように内容に相違はあるものの――判例・学説によって支持されている。しかし、さまざまな次元で批判もなされ、異論も提唱されている。

以下では、これらの批判と異論について次のような順序で検討する。まず、㈠では、組織支配を利用した間接正犯という枠組みそれ自体を否定・批判して、組織支配に基づく間接正犯ではなく、〔1〕共同正犯ないし〔2〕教唆犯であるとする見解を概観する（この場合、アンボスのように基本的に組織支配を利用した間接正犯を是認しつつも、部分的に共同正犯を採用する見解もある）。次に、㈡では、組織支配の個別の要件に対して批判と異論を提唱する見解について、ロクシンが提唱している〔1〕法乖離性と〔2〕代替性に向けられている批判について、それぞれ敷衍する（なお、この場合には、(i)組織支配論を否定する立場から個別の要件論について批判することもできるし、(ii)組織支配論を肯定しつつも、個別の要件論については争うということもできる）。さらに、㈢では、判例がいう間接正犯、とりわけ、企業犯罪への拡張についての学説からの批判について検討する。最後に、㈣では、最近の新たな問題――間接共同正犯ないし共同間接正犯という概念――について、若干の考察を試みる。

㈠　組織支配に基づく間接正犯それ自体を否定し共同正犯ないし教唆犯とする見解

既述のように、組織支配に基づく間接正犯に関する批判には、組織支配を利用した間接正犯という枠組みそれ自体を否定・批判する見解がある。この見解の支持者によれば、背後者は、間接正犯ではなく、以下の〔1〕共同正犯、又は〔2〕教唆犯のいずれかであるとされる。これらの見解は、いずれも、完全な答責性を有する正犯の背後にはさらなる正犯はありえない、という前提に基づいている。なお、以下１では、背後者が組織支配を利用した間接正犯であることまでは否定せず、組織内で中間に位置している者と直接実行者との共同正犯を肯認するアンボスの見解――むろんこのような見解によれば「正犯の背後の正犯」は否定されないため、そのような意味ではアンボスの説は他の諸説とは毛色が

異なる――にも言及する。

1　共同正犯説

組織支配の事例は、間接正犯ではなく、共同正犯で処理されるべきであるとする論者としては以下の者らが挙げられる。まず、イェシェック＝ヴァイゲントは、「実行者自身が答責的な正犯ではない場合にしか命令者の間接正犯は認められない。しかし、命令者とは、まさに組織を支配している中心人物なのであるから、共同正犯である。行為決意性の共同性は、指導者と実行者の意識を通じて形成されるので、指示に従って同種の方法で行われる一定の行為若しくは複数の行為は指導部によってもたらされているというべきである」としている[91)]。また、オットーも、「自己答責的に犯罪の命令を実行している者は支配をしているのではなく、むしろ、自己の行態によってさまざまな計画に黙示的に合意している。したがって、直接行動者および権力者は共同正犯と看做されるべきである」と説示する[92)]。さらに、バウマン＝ヴェーバー＝ミッチュは、共同正犯では行為関与者が個人的に接触していることまでは要求されておらず、かつ、共同の計画も必要ではないのであって、「黙示に形成された合意」でも十分である、と主張している[93)]。加えて、ヤコブスも、共同の行為決意という基準を放棄することで、共同正犯を支持している[94)]。

これらの批判に対して、ロクシンは以下の３つの理由から、背後者は、共同正犯にはならないと主張している[95)]。すなわち、第１に、背後者には、25条２

91）*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 62 II. 8 (S. 670).

92）*Otto*, a.a.O. (Fn. 20), § 21 Rn. 92.

93）*Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 29 Rn. 68, 147 mit Fn. 222.

94）*Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, § 21 Rn. 103 mit Fn. 190, 191; *ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 7. 1994 – Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats, NStZ 1995, S. 27.

95）*Roxin*, a.a.O. (Fn. 6), § 25 Rn. 120 ff.

項にいう「共同して……行った」という共同正犯の前提条件である共同の行為決意がなく、第２に、背後者には共同の行為実行もなく、さらに、第３に、背後者が共同正犯とされてしまえば、間接正犯の構造は（経過が上意下達である、すなわち、惹起者から実行者に伝達されるという意味で）垂直的であるのに対して、共同正犯の構造は（共同正犯が同時に共存しているという意味で）水平的であるという、間接正犯（「他の者を通じて」行われる、25条１項）と共同正犯（「共同して」行われる、25条２項）との間にある構造上の差異が看過されてしまうからであると反論している[96)]。

たしかに、共同実行の意思についていえば、壁の射殺事件からも明らかなように、通常、組織支配の事例では、背後者と実行者との間には、相互に１度も面識はなく、黙示でさえも共同実行の意思を形成しようがない。また、共同実行の事実というものも欠如している。しかしながら、共同正犯は必ずしも実行行為段階での行為寄与には限定されないというのであれば、共同正犯が是認される余地は、なお残されているのかもしれない。実際、すでに三㈡でも言及したように、共同正犯にとって、正犯意思があれば、実行段階での協働までは必要とされず、精神的な協働ないし予備段階での協働でもよいという判例は現在でも何ら変更されていないのである。

もっとも、ロクシン自身は[97)]、予備段階の協働は構成要件を充足する行為とはいえないこと、および、予備段階の協働には行為支配がないこと等を理由に、このようなBGHの判例には疑問を投げかけている。そして、共同正犯とは、あくまでも相互補充の行為配分を通じての分担型の共同作業なのであるとして、共同正犯を厳格に解釈して、組織支配の事例では共同正犯は問題にならないとしている。

なお、アンボスのように[98)]、組織のトップの場合にしか組織支配を利用し

96）*René Bloy*, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 440 もロクシンと同趣旨である。

97）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 122, 203; *ders.*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 4 f.

98）*Ambos*, a.a.O.（Fn. 52）, S. 850 f.

た間接正犯は考慮されず、中間に位置している命令者（例、アイヒマン等）と直接実行者との関係では、共同正犯が採用されるべきであるとする見解もある。すなわち、アンボスによれば、組織内の上下関係の中間に位置している命令権者は、組織のトップにいる者と比べて、自己の裁量の余地が限定されていることから、組織内では自分で管理している一部分にしか関与しえない（部分的な行為支配しかない）のであって、組織全体に対する支配ないし組織のトップに対する支配を行使しうるわけではないため、組織の中間に位置している者（命令者兼受命者）が保持しているような部分的な支配では組織支配を十分には根拠づけることができない、というのである。

これに対して、ロクシンは[99]、以下のように反論して、組織の中間に位置しているようないわば命令者兼受命者である者も、組織のトップにいる者と同様に、組織支配に基づく間接正犯が是認されると主張している。すなわち、ロクシンによれば、上下関係の中間に位置している者による行為支配は、これらの者の裁量権に依拠しているのではなく、これらの者が自己の命令権を利用して自己に服属している機構を保持し、かつ、あたかも組織のトップにいる者と同様に、構成要件の実現を手中にしていることに依拠している、というのである。また、ロクシンは、構成要件が実現される場合、組織のトップは、行為の実行者だけに指示をするわけではなく、命令を伝達し、具体化し、かつ、履行する、組織の中間に位置している者らにも指示をしている、ということを指摘し、「大きなものは小さなものなくしては大きくはない」というヤコブスの格言に依拠しながら[100]、これと同様に「大きなものは中間に位置している者なくしても大きくはない」として、中間に位置している者がいなければ組織は機能しえないことを理由に、中間に位置している者の命令権も、組織支配を利用した間接正犯を根拠づけるとしている。

99）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 413 f. なお、*ders*., a.a.O.（Fn. 35）, S. 248 f.も参照。

100）*Jakobs*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 574.

2　教唆犯説

組織支配に基づく事例の背後者は教唆犯として処罰されるべきであるとする論者には以下のような者がいる。すなわち、ヘルツベルクは、ドイツ刑法26条〔教唆犯〕の文言――同条では行為を「故意に他の者に決意させる」ことが要求されている――と両立しうるとして、「ヒトラー、ヒムラーおよびホーネッカーは自分たちが命令した殺害行為を正犯として行ったのではなく、教唆犯として惹起させたのである」とする[101)]。また、ロッチュも、壁の射殺事件は「難なく」教唆犯が採用される事例であったと主張している[102)]。さらに、ツァチクも、たしかに、ヒトラーやスターリンは行為をめぐる諸事情を強力に支配してはいたものの、行為を個人的に実現させたわけではないとして、間接正犯でもなく、また共同正犯でもなく、教唆犯になると指摘している[103)]。加えて、レンツィコフスキーも、自律性原則（Autonomieprinzip）に関する独自の見解に基づいて教唆説を根拠づけている[104)]。

これらの主張に対しては、ロクシンは以下のように痛烈に反論している[105)]。すなわち、教唆犯では、法乖離的に活動する権力機構内の命令と命令に基づく実行との重大性を正当に評価できない。たしかに、教唆犯は実行者の行為決意を惹起させてはいる。しかし、教唆犯は、事象の更なる展開については、事象を決定づけ、かつ、左右することができる行為支配を１人で有している被教唆者に委ねざるをえないのに対して、組織支配の場合はまさにその逆である。す

101）*Herzberg*, a.a.O.（Fn. 57）, S. 48; *ders*., a.a.O.（Fn. 37）S. 576 ff.

102）*Thomas Rotsch*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, S. 491; *ders*., a.a.O.（Fn. 75）, S. 518.

103）*Rainer Zaczyk*, Die „Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ und der BGH, GA 2006, S. 414.

104）*Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997, 87 ff.

105）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 391 f. = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 295; *ders*., a.a.O.（Fn. 43）, S. 5 ff.

なわち、背後者が事象をするかしないか（ob）、また、どのようにするのか（wie）を決定する。さらに、たとえおよびドイツ法に基づく教唆犯が正犯に科せられているものと同一の刑罰によって処罰されるとしても、権力のシフトレバーを掌握している者の方が、教唆者よりも、結果の惹起に対して客観的な影響をより支配的に及ぼしている。ゆえに、このことは事象を支配している程度が弱い教唆犯では正当に評価することはできない。そして、ヒトラーおよび他の独裁者らは、自らがいつでも自由に使用できる機構を介して、通常の教唆犯とはおよそ比肩しえないくらい強固に事象を支配していた。それゆえ、もしもヒトラーらの支配権力はせいぜい教唆犯の影響力と同一の程度でしかないとするならば、事物の重大な差異が規範的にはあまりにも単純に矮小化されてしまうことになるとして、教唆犯説を批判している。

㈡　法乖離性および代替性要件に対する批判

ロクシンの要件論に対する批判は、従来、ロクシンが「法乖離性」と「代替性」を組織支配の２つの支柱としていたこともあってか、もっぱらこの２つに議論が集中している。そこで、以下では、この２つの要件に対する批判について概観する。

１　法乖離性に対する批判

ロクシンに対する第１の批判は、法乖離性の要件は組織支配には不要であるというものである。この場合も、批判はさらに２つに分類される。すなわち、(ⅰ)組織支配を否定するために法乖離性を不要とする見解と(ⅱ)組織支配は肯定するものの法乖離性は組織支配の要件ではないから不要であるとする見解とである。

まず、(ⅰ)の立場にいる者としては、教唆犯説を支持するヘルツベルクが挙げられる。これに対してヘルツベルクは、ロクシンの見解には内部的な一貫性がないと手厳しい批判を浴びせた[106)]。すなわち、ロクシンの以下のような主張

106）*Herzberg*, a.a.O.（Fn. 57）, S. 36 ff.

はもはや維持しえないことを指摘したのである。具体的にいえば、ロクシンは[107]、かつて、組織は全体として法秩序の外部で作動していなければならない、と主張してきた。そして、その理由としては、「指導部および実行機関が自分たちとは独立した法秩序との結び付きを維持している限りは、法律の方により高度な秩序的価値があるため、通常の場合、違法な命令の実施・貫徹とそれによってもたらされる背後者の意思力が排除されるので、可罰的行為の命令は背後者の支配を根拠づけるように作動することはないから」としていたのである。ところが、ロクシンがDDR国家防衛評議会事件（BGHSt 40, 218）を是認したことによってこの論理は破綻してしまった。なぜならば、たとえDDRといえども、組織が全体として法秩序の外部で作動していたわけではなかったからである。その結果、ロクシンは、すでに四㈡２で概観したように、自説を微妙に修正しているのである。

次に、(ii)の見解を代表する論者としては、アンボスが挙げられる。アンボスは[108]、組織支配は、当該組織の構造と交換可能な行為介在者の総数だけに依拠していること、および、機構それ自体が法秩序若しくはその一部である場合の方が、機構が――法乖離性によって要求されているように――「法秩序の外部」に存立している場合よりも、背後者の行為支配がずっと強力であるとする。このよう理由から、アンボスによれば、法乖離性は、組織支配の十分条件ではあっても、必要条件ではないとされている。

２　代替性に対する批判

ロクシンに対する第２の批判は、交換可能性に関するものである。この場合も、批判はさらに２つに分類される。すなわち、(i)組織支配を否定するために代替性（交換可能性）を不要とする見解と(ii)組織支配は肯定するものの代替性

107）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 249 ff. なお、ロクシンがBGH 40, 218 判決を基本的に是認していることについては、*ders.*, a.a.O.（Fn. 25）, S. 49を参照。

108）*Kai Ambos*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, GA 1998, S. 241 ff.

（交換可能性）は組織支配の要件ではないから不要であるとする見解とである。

まず、(i)の立場に分類され、共同正犯を支持しているヤコブスは、ペルーのフジモリ事件を参考に、以下のようにロクシン説を批判する[109]。それによれば、ヤコブスは、組織的な権力機構に属している「交換可能な小さな歯車」、すなわち、直接実行者も法的には背後者と客観的に共同実行をしたために責任があるとする。また、個別の実行者なくして全体の組織も存在しえないことから、組織的な権力機構を利用した間接正犯という理論構成では、組織犯罪の場合のこのような客観的な相互依存性が覆い隠されてしまうとされる。そして、ヤコブスによれば、国家元首等の背後者は、共同正犯ないし義務犯となるとされている。

次に、(i)の立場にいる者としては、教唆犯説を支持するヘルツベルクが挙げられる[110]。すなわち、ヘルツベルクは、壁の射殺事件を引き合いに出しながら、直接実行者は、いわゆる共和国逃亡者（被害者）に向けて発砲しないで、被害者を見逃してやることができるので、直接実行者だけが結果の発生に単独の支配を保持しているのであるから、代替性はそもそも話の俎上に載りえないのではないか、としてロクシンの見解を批判する。

これに対してロクシンは、以下のように反論している[111]。すなわち、被害者を見逃すようなことはナチス体制時にもDDR体制時にもほぼありえなかったとして、ヘルツベルクの事実認識に疑問を呈する。また、仮にこのようなことがありえたとしても、それは組織が「機能不全に陥っている」、「故障している」（Panne）ということにすぎない、として、組織支配の失敗事例であるとしている。しかし、同時に、ロクシンは、このような機能不全は極めてまれであるとしながらも、ナチスによる大量虐殺を壁の射殺事件と比較した場合には、犯罪組織での代替性には程度の差がありうるため、代替性の基準だけで間接正

109）*Jakobs*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 573 f.

110）*Herzberg*, a.a.O.（Fn. 57）, S. 37 ff.

111）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 395 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 297; *ders.*, a.a.O.（Fn. 44）, S. 410 ff.

犯を是認するのが賢明でないとして、すでに四㈡4で概観したような「直接実行者の機動性」という新たな要件を副次的な要件として付け加えるようになっていったのである。

次に、(ii)の見解を代表する者としてはシュレーダーがいる。シュレーダーは、「行為決意性」を重視するため、これこそが組織支配の要件なのであって、交換可能性は不要であるとして、交換可能性について以下のような批判を展開する[112)]。すなわち、組織犯罪の中にはしばしば代替不能な専門家を必要とする犯罪がある。しかし、必要とされる専門家の育成には長い時間と労力がかかり、かつ、このような組織それ自体の成長にも通常は大幅に時間がかかる。それゆえ、代替性の要件が具備された程度では、せいぜい、いつでも行為機動的な道具の調達ができるようになるにすぎない。したがって、代替性は、行為支配を獲得するための1手段にすぎないので、組織支配に基づく間接正犯を根拠づける十分な理由にはならない。また、組織機構の利用を通じての行為実現時に本質的に重要なメルクマールとなるのは、直接実行者の行為決意性ないし行為機動性を背後者が利用したことである、というのである。

これに対しては、ロクシンは、以下のように反論している[113)]。すなわち、単独犯でも専門家は雇えるのであるから、シュレーダーの主張は大規模犯罪の定型にそぐうものではない。それゆえ、強要等で専門家を支配しているのでもない限りは、専門家にしかできないような犯罪の背後者はせいぜい教唆犯にすぎない、というのである。

しかし、シュレーダーはなおも再批判を諦めていない[114)]。すなわち、まず、組織の最末端にいる者にさえも代替性があるのかは疑問であるとする。さらに、代替性は、とりわけ、第2の機関およびそれ以上の中間機関に欠如してい

112）*Schroeder*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 168. なお、*Manfred Heinrich*, Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen, in: FS-Krey 2010, S. 158 f. も組織支配に基づく間接正犯それ自体の枠組みは是認しつつも代替性に懐疑的である。

113）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 40）, FS-Schroeder 2006, S. 394 f. = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 297.

114）*Schroeder*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 570.

ると批判する。例えば、ペルー元大統領フジモリは、信頼できる側近と共に、軍、諜報機関および警察のトップを独占していた。しかし、信頼できる側近というのは、ほとんど代替しえない、というのである。

中級以上の幹部の代替性についてロクシンは言及していない。たしかに、シュレーダーの指摘するように、余人をもって代えがたい中級から上級の幹部がいるかもしれない。しかし、ロクシンが問題にしているのは、あくまでも「直接実行者」の代替可能性である。この場合、中級幹部以上の者が直接実行者であることは考えにくい。例えば、Schreibtischtäter、すなわち、「犯罪計画を立案したが、自ら直接は手を下さない者」であるアイヒマンがそうであった。したがって、このような観点からは、シュレーダーの批判とロクシンの問題意識がそもそも噛み合っているのかどうかについても、なお検討の余地がある。

また、同じく(ii)の立場ではあるものの、ナックは、間接正犯概念の企業犯罪への拡張という観点から、代替性要件を不要であるとする[115)]。すなわち、典型的な中小企業の場合、上司はまさに「仕事を知っている」従業員らを必要とするため、この上司は従業員らを任意に交換することはできないし、むしろ、この意味での他の従業員らによる行動はほとんど信用できない、というのである。

いずれにせよ、ロクシン説に対する批判は、少なからずロクシンによる近年の自説の修正に影響を与えている。また、判例のように、組織支配に基づく間接正犯の企業犯罪への拡張を認めるのであれば、代替性要件と法乖離性の要件は、不要とされる傾向にある。

(三) 判例に対する批判——間接正犯の「堕落」か

批判の矛先はロクシンの見解にだけではなく、判例にも向けられている。BGHが組織的権力機構を利用した間接正犯の法概念を企業犯罪に転用していることについては、学説からの支持[116)]は多くはなく、学説の多数は反対[117)]している。しかし、実際には、この批判の背景には、もっと根深い問題が潜ん

115) *Nack*, a.a.O. (Fn. 89), S. 344.

でいるようにも思われる。すなわち、裁判所が複雑な事案を処理するにあたって、この「組織支配に基づく間接正犯」が、実務でも望ましいとされる結論を説明するのに適している（便利である）ために、好んで多用されているのではないか、というものである。

以下では、批判を具体的に概観したい。まず、ロクシンは、既述のように、判例がことごとく自説の4要件を遵守していないこと、とりわけ、経済企業に

116）*Roland Hefendehl*, Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, S. 577 ff.; *Uwe Hellmann/Katharina Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2010, Rn. 935; *Wilhelm Krekeler*, Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?, in: *Udo Ebert* u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin/New York 1999, S. 651; *Lothar Kuhlen*, Strafrechtliche Produkthaftung, in: BGH-Festgabe 2000, S. 671 f.; *Andreas Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, Heidelberg 1996, S. 46 ff.; *Wolfgang Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, Berlin/New York 1994, S. 23; *Jan Schlösser*, Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen – Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26. 8. 2003 und Urteil vom 13. 5. 2004, GA 2007, S. 172.

117）*Ambos*, a.a.O.（Fn. 108）, S. 239; *Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O.（Fn. 93）, § 29 Rn. 147; *Nikolaus Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, Baden-Baden 2002, S. 251 ff.; *Wilfried Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Heidelberg 1992, S. 73; *Heine*, a.a.O.（Fn. 36）, § 25 Rn. 25b; *Heinrich*, a.a.O.（Fn. 112）, S. 153 ff.; *Joecks*, a.a.O.（Fn. 36）§ 25 Rn. 150 ff.; *Arnd Koch*, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, Juristitsche Schulung（zit.: JuS）2008, S. 498 f.; *Georg Küpper*, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, S. 525; *Reinhard Merkel*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW, Bd. 107（1995）, S. 555; *Francisco Muñoz-Conde*, Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen „nichtrechtsgelöster“ Organisationen?, in: *Bernd Schünemann*, u.a.（Hrsg.）, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 620 ff.; *Uwe Murmann*, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, S. 278 ff.; *Otto*, a.a.O.（Fn. 20）, § 21 Rn. 92; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2011, § 43 Rn 69; *Renzikowski*, a.a.O.（Fn. 104）, S. 90 ff.; *Rotsch*, a.a.O.（Fn. 40）, S. 16 ff.; *Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 17 ff.; *Uwe Schulz*, Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – eine notwendige Rechtsfortbildung?, JuS 1997, S. 113; *Schünemann*, a.a.O.（Fn. 81）, S. 631; *Wessels/Beulke*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 541; *Zaczyk*, a.a.O.（Fn. 103）, S. 414 f.

は「法乖離性」要件も「代替性」要件もないことを批判として指摘している（四㈢および五㈠も参照）。また、ロクシンは、廃棄物処理事件（五㈡1）および支払能力がない場合の詐欺事件（五㈡2）を具体例に挙げつつ、判例では、経営者らが個別的に何をやっていたのかについては1度も言及されず、どの程度の行為支配が存在していたのかということが詳細に根拠づけられているわけでもないのに、経営陣のあらゆる責務を行為支配であると評価するために、壁の射殺事件判決で展開された言い回しが形式的に繰り返されるという形で、行為支配という文言が使われているにすぎないと批判している[118)]。

この点、ツァチクは、BGHによって行われた拡張はロクシンの概念を「堕落」させたものであると評している[119)]。また、ボッシュも、組織支配概念では経営者の一般的な正犯性を根拠づけることはできない、と異議を差し挟んでいる[120)]。さらに、シューネマンも「あまり好意的でない定式化をすれば、この〔判例の〕間接正犯概念は、明らかに結果的には正しい正犯としての十分な処罰をできるようにするための内容的には基準のない手段である」[121)] として、判例の基準の甘さを指摘している。加えて、ロッチュも、BGHが判例で組織支配を通じて創出される「枠条件」の「創出と利用」だけを引き合いにしていることから、このような「枠条件」の「創出と利用」だけで正犯性を根拠づけるのであれば、規範的な全体評価という方法で、間接正犯の要件を容易に緩和して、ほぼ任意に内容を充足させることができるとしている[122)]。さらにロッチュによれば、BGHは、このような方法によって、この間接正犯以外の他の正犯形式が適用された場合には証拠法上の理由から立証が困難となりかねないような複雑な事実関係を蠱惑的なまでに簡単な方法で解決する可能性を開いた、と指摘している[123)]。

118）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 43）, S. 18 f.

119）*Zaczyk*, a.a.O.（Fn. 103）, S. 412.

120）*Bosch*, a.a.O.（Fn. 117）, S. 252.

121）*Schünemann*, a.a.O.（Fn. 23）, FS-Schroeder 2006, S. 413 = ZIS, Bd. 7（2006）, S. 307.

122）*Rotsch*, a.a.O.（Fn. 79）, S. 385 f.

123）*Rotsch*, a.a.O.（Fn. 79）, S. 386 f.

したがって、判例に対するこれら学説の批判を要約すれば、「組織構造を通じて決定された枠条件を利用したこと」および「組織内部で背後者の行為寄与が通常の経過を惹起させたこと」、換言すれば、枠条件の「創出」と「利用」という２つの要件が、複雑な事案を簡単に処理するため、かつ、実務で望ましいとされる結論を導き出すために、裁判官に大幅な裁量の余地を与えていることに対して向けられているといえるのである。

㈣　最近の新たな問題――間接共同正犯ないし共同間接正犯という概念はありうるか

BGHの判例のように、直接正犯の背後者による間接正犯が是認される場合、共同正犯との関係では、間接正犯と共同正犯とが共存ないし併存する可能性がある[124)]。すなわち、間接正犯の背後者が複数人いる場合、背後者は直接実行者との関係では「間接正犯」であるのに対して、背後者相互の関係では「共同正犯」になる余地があるのである。換言すれば、１人の背後者が１人（以上）の直接実行者を支配する従来の「正犯の背後の正犯」（Der Täter hinter dem Täter）の問題を超えた複数の背後者がいる場合の問題、換言すれば、「複数の正犯の背後の複数の正犯」（Die Täter hinter den Tätern）の問題である。

まず、この問題を猫王事件（三㈠参照）に即して概観してみると以下のようになる。すなわち、同事件の事実認定によれば――被告人ＨおよびＰとの関係について特段に論証されることなく――Ｐは、Ｈと「共同して」、刑法25条１項にいう「他の者を通じて」、本件の場合にはＲを通じて、行為を行ったとされている。したがって、背後者である被告人ＨおよびＰの関係だけを切り離してみれば、25条１項ではなく、同条２項の共同正犯が問題とされる余地があるようにも読める。しかし、適用条文としては25条１項だけに言及がなされ、２項については何ら言及されることもなく、すべての被告人が謀殺未遂の正犯として有罪とされたのであった（ただし、本件の場合、Ｈが自分を有罪であると認

124）なお、*Shimada*, a.a.O.（Fn. 3）, S. 482 f.も参照。

めているため、BGHがわざわざHについて言及する必要はなかったことを考慮する余地はある)。

もっと複雑な事案としては、国家防衛評議会事件（三㈡参照）ないしブレーマー・ヴルカン造船所事件（五㈡7参照）等が挙げられる。たしかに、国家防衛評議会事件では、BGHは、国家防衛評議会の構成員の共同正犯を正面から是認したわけではない。しかし、評議会の構成員らが共同してDDRの権力機構を通じてなされた「共和国逃亡者」の殺害という構成要件の実現を支配していたという側面が事実上あることは否定しえない。また、たしかに、ブレーマー・ヴルカン造船所事件でも、BGHは、間接正犯の可能性を指摘した。しかし、実際には、間接正犯だけではなく、共同正犯の可能性も示唆していたのである。すなわち、BGHは、キャッシュ・マネジメント・システムの採用時には、取締役会で重要な決定がなされ、又は少なくとも取締役会が賛成であることは認知されていたという原審の事実認定を是認しつつ、このような事実認定によれば、被告人らが個別の資本の移送を知っていたかどうかにかかわらず、被告人らが企業内の親会社の機関として議決を「共同して」行ったことから、被告人らの共同正犯が根拠づけられる可能性もあると判示した。さらに、この判示との関連では、BGHは、製造物責任が問われ、かつ、企業取締役の不作為による共同正犯が肯認された「皮革用スプレー」事件判決（BGHSt 37, 106〔123 ff.〕〔1990年7月6日判決〕）も引用している。

結局、これらの問題は、これまでの間接正犯の議論が、もっぱら前面者の答責性の有無に集中し、背後者の複数性にまで考慮が及んでいなかったことに起因している。すなわち、これまでは、「直接実行者（前面者）と間接正犯（背後者)」の関係がもっぱら注目され、組織支配の間接正犯の場合に「複数いる背後者同士」の関係については、ほとんど問題視されてこなかったのである。

この間接正犯における背後者の複数性の問題については、近時、国際刑法の領域で、ICCの予審裁判部が、ロクシンの組織支配に基づく間接正犯論に依拠しながら、「間接共同正犯」（indirect co-perpetration）という従来の処罰範囲を拡張するとされる新たな概念を提起した[125)]。ヴェルレ＝ブルクハルトは、こ

のような国際刑法の発展を受けて、このICCでの新たな概念を以下のさらに2つに分類した。すなわち、間接共同正犯（mittelbare Mittäterschaft）と共同間接正犯（mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft）である[126)]。さらに、驚くべきことに、ヴェルレ＝ブルクハルトは、これらの概念が、国際刑法だけではなく、（ドイツ）国内刑法でも適用される可能性についてさえも示唆している[127)]。

これらの概念は、既存の3つの正犯概念（直接正犯・間接正犯・共同正犯）に加えて、複数人いる背後者の正犯性を根拠づけるため、共同正犯と間接正犯を組み合わせて考えてみようとする、いわば第4の正犯概念である。

まず、間接共同正犯についていえば、以下のようなケースが想定される。すなわち、Ａという集団のボスであるＸとＢという集団のボスであるＹが「共同して」、ＡとＢという独立の集団（Ａ集団はＸの命令にしか服従せず、Ｂ集団はＹの命令にしか服従しないので、ＸはＢ集団に、また、ＹはＡ集団にそれぞれ単独では支配を行使しえない）を通じて、それぞれの組織をお互いに利用し合って犯罪を行った場合である。ヴェルレ＝ブルクハルトによれば[128)]、この間接共同正犯を通常の共同正犯とは区別することで、少なくとも1人以上の共同正犯

125）ICC 2008年9月30日予審裁判部決定（*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 490 *et seq.*; ICC 2009年3月4日予審裁判部決定（*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09), paras. 213 *et seq.*; *Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl., Tübingen 2012, Rn. 516 ff.（とくに、従来の処罰範囲を拡張するとの指摘についてはRn. 521)。なお、オステン（前掲注38)）131頁、139頁以下も参照。

126）*Gerhard Werle/Boris Burghardt*, Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerrecht?, in: *René Bloy* u.a.（Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, S. 849 ff. なお、*Roxin*, a.a.O.（Fn. 25), S. 52でも、「共同正犯的な間接正犯」(„mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft“）について若干の示唆がなされ、*Walter Gropp*, Die Miglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern“? – BGHSt 40, 218, JuS 1996, S. 13 ff. では、「正犯の背後の間接共同正犯」という表題が付けられている。さらに、ロクシンは、*Roxin*, a.a.O.（Fn. 44), S. 414 f. で、関連するICC予審裁判部の諸決定およびヴェルレ＝ブルクハルトによる評釈を是認し、かつ、評価している。

127）*Werle/Burghardt*, a.a.O.（Fn. 126), S. 862.

128）*Werle/Burghardt*, a.a.O.（Fn. 126), S. 861 f.

が、自らの手によってではなく、行為介在者を通じて自己の行為寄与を行っているということが明確に説明されるとされている。

次に、共同間接正犯についていえば、国家防衛評議会事件ないしブレーマー・ヴルカン造船所事件等のケースが想定される。すなわち、Aという組織の幹部 X_1 から X_5 が「共同して」、Aという組織を通じて犯罪を行った場合である。この共同間接正犯の場合、ヴェルレ＝ブルクハルトによれば[129]、権力機構の頂点に立つ者が、個別の個人ではなく、複数人から構成されている機関である場合若しくはそのような機関に準ずる複数人から構成されている場合が、まさに問題となるとされ、権力機構内部で共同して行われる決定に拘束力がある場合には、複数の同僚から構成されている機関による組織支配であるということができるとされている。そして、この場合、指導部に属するあらゆる構成員によって行われた正犯性を根拠づける行動の本質は、議決を共同して行った点にあるとされている。また、この共同間接正犯は、複数人による共同作業があるという点で「古典的な」間接正犯の事例から概念上区別され、どのような行動が背後者に帰属されるのかという実質的な処罰根拠を現象学的に明確にし、かつ、このような関与形式がなければ背後者に責任を問いえない場合があるとされている。

ヴェルレ＝ブルクハルトが示唆しているように、このような関与形式がなければ背後者に責任を問いえない場合があるとすれば、この法概念には処罰を拡張するという実質的な意義がある。しかし、この２つの新しい概念には以下の３つの未解明の部分が残されている。すなわち、①間接共同正犯と共同間接正犯との区別の必要性、②背後者間の内部関係性および③「議決」というメルクマールと従来の判例・通説との不整合性である。

①についていえば、間接共同正犯と共同間接正犯との区別の必要性についてはそれほど自明のことではない。たしかに、この両概念を比較した場合、前者はAとBという複数ある独立の行為介在集団を利用しているのに対して、後者

129）*Werle/Burghardt*, a.a.O.（Fn. 126）, S. 862 f.

はAという１つの独立した集団を利用しているという相違がある。この点、ヴェルレ＝ブルクハルトは、共同間接正犯の特徴について、ブロイの見解に色濃く影響を受けながら[130]、１人若しくは複数の行為介在者に対する行為支配若しくは統御（コントロール）が複数人による共同の協働作業によって行使されるということであるとされ、組織支配を行使する操縦主体とは、集団なのであって、個別の個人ではないという――まるで日本の共同意思主体説を彷彿とさせるような――ことを指摘しつつ、組織のトップが１つの意思決定機関として機能していることに重点を置いている。そして、ヴェルレ＝ブルクハルトは、「個人である被告人だけでは権力機構に対する組織支配を行使しえないのであるから、さらに指導部の他の構成員による行為寄与も行われることによって〔被告人に〕帰属され、かつ、共同して行使される組織支配に基づく機能的行為支配のようなものが構成される場合にのみ、被告人の行為は間接正犯として捕捉されうる」としている[131]。しかし、このように、結局は「機能的行為支配」に依拠するのであれば、わざわざ共同間接正犯を持ち出すまでもなく、同じく「機能的行為支配」原理に服している（間接）共同正犯だけで足りるはずである。また、周知のように、「機能的行為支配」原理については批判も少なからずある[132]。

②についていえば、ヴェルレ＝ブルクハルトが背後者相互の関係性をも何らかの原理で捕捉しようとしていることについては評価できる。しかし、その内部関係が「一律に」共同間接正犯として把握されうるのかには、なお検討の余地がある。たしかに、一般的にいえば、すべての人間関係が一律平等ということは考えられず、古典的な分担型の共同正犯相互の間にさえも、微妙な上下関係がありうる（例、実行行為を分担している者が大学の先輩と後輩の関係にある場

130）*Bloy*, a.a.O.（Fn. 96）, S. 434 ff.

131）*Werle/Burghardt*, a.a.O.（Fn. 126）, S. 863.

132）*Rolf Dietrich Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, München 1977, § 5 I（S. 56 ff.）; 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか〔編〕『平野龍一先生古稀祝賀論文集　上巻』有斐閣（1990年）所収365頁、佐伯仁志「共犯論（2）」法学教室306号（2006年）49頁等参照。

合等）ため、いずれかの行為寄与がない場合には犯罪が頓挫させられうるといえる場合には、ある程度の上下関係は捨象され「機能的行為支配」でも十分に説明が可能であるのかもしれない。また、ヒトラーとアイヒマンのように背後者間に明確な上下関係がある場合までは別段としても、内閣をはじめとする国家の最高機関等の段階にまでいけば（例、大統領と副大統領等）、これ以上これらの背後者の間にまで、あえて間接正犯として理論構成して上下関係を明確化する実益はないのかもしれない。しかしながら、このような上下関係の程度はどこまで相対化することが許されるのであろうか。実際、組織の指導部の中にも、その内部でさらに上下関係がある場合（例、会議での発言権に役職・勤務年数等に応じて差異がある場合等）は確かに存在している。それゆえ、これらの場合に、場合によっては、組織の内実が十分に検討されることなく、指導部に所属し、会議ないし議決に参加していたというだけで、犯罪行為を積極的に阻止しなかったことを理由に責任を問われてしまう虞はないのか、あるいは、複数人いる組織背後者の個別の関係性を各人の行為寄与等に応じてさらに具体化する余地はないのか、なおいくつかの検討課題が残されているように思われる。

③についていえば、共同間接正犯について正犯を根拠づける本質的な要素とされるのが「議決」であるというのも、この概念をよりいっそう不明確なものにしている。なぜならば、議決がなくても、共同正犯は成立しうるからである。すなわち、ドイツの通説・判例によれば、共同正犯の行為計画は、共同で作成され、かつ、決定される必要はなく、さらに、行為の開始時又は行為の開始後に初めて合意がなされ、かつ、「黙示に」なされたとしても、十分であるとされている[133)]。また、プッペによれば、このような黙示の行為謀議は、「意思疎通の過程」でなければならず、「関与者によって黙示の行為謀議時になされる意思疎通の過程は、俗語・口語の言葉遣いだけではなく、自己の合意を形成し、かつ、意思を表示するためになされる言語以外の仕種」も含まれるとされている[134)]。したがって、なぜこの概念にはこのような通説的理解があては

133）*Roxin*, a.a.O.（Fn. 6）, § 25 Rn. 192.

134）*Ingeborg Puppe*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS, Bd. 6（2007）, S. 238.

まらないのかは解明されなければならない。また、背後者による議決という関与の形態は、企業取締役の不作為による共同正犯が肯認された「皮革用スプレー」事件判決を彷彿とさせるものであるため、不作為犯による理論構成についても考察する必要がある。

本章でみてきたように、依然として組織支配に基づく間接正犯には多くの課題が残されている。たしかに、ある意味では、間接正犯と共同正犯では「行為支配」の程度が違う・強弱があるので、検討の対象としては間接正犯が先に検討され、共同正犯はその後で検討されるから、これらが併存することはないといえるのかもしれない。また、機能的行為支配の重要な内実は上下関係の有無・程度ではなく、あくまでも「犯罪を頓挫させうるかどうか」という点にある。しかし、たとえそうであるとしても、間接正犯の背後者が複数人いる場合、このような背後者の相互の関係はどうなるのかについては、以上のように、興味深い事例も実際に存在していることから、今後ともさらなる検討を重ねてゆくだけの余地が大いにあるのである。

七　BGHで組織支配に基づく間接正犯が認められず共同正犯とされた事例

前章㈣で間接正犯と共同正犯とのそれぞれの行為支配理論を組み合わせるという新たな試みがなされていることからも示唆されているように、間接正犯と共同正犯には併存・重複の可能性がある。また、三㈡でも言及したように、BGHSt 40, 218では、もっぱら予備・計画段階で本質的に重要な寄与をする共同正犯と組織支配に基づく間接正犯との関係性については、どのように区別がなされるのかという課題が残されていた。この点で示唆に富んでいるのが、BGHで組織支配に基づく間接正犯が認められず共同正犯とされた事例（BGH, NStZ 2008, 89〔2007年11月２日決定〕）である。

事実の概要は以下の通りである。Aは、Bの右腕として、また、経営者として、Bと設立したいくつかの会社の経営していた。会社の経営は信用貸し（Kredit）だけで維持されていた。会社グループがもはや信用貸しを得られな

くなったので、Ｂと被告人は、資金を確保するため、不動産所有者 D_1 から D_6 を募集した。D_1 から D_6 の者らは報酬を得る対価として銀行と金銭消費貸借契約を結んで会社に出資するよう義務づけられていた。これらの借入金は、自己の不動産に対する抵当権によって担保され、かつ、会社のためにＡとＢが自由に使用することができた。ＡとＢが予測していたように、ＡとＢは信用貸しの支払いができなくなったので、会社は倒産した。銀行からの借入金については、もともと会社グループによる支払いが滞りがちであったこともあって、土地所有権者（D_1 から D_6）は、利息の支払いはもちろんのこと、ましてや元本の償還もままならなかったので、土地を売却するか、又は強制執行にかけられるかせざるをえなくなった。

起訴状によれば、Ａは D_1 から D_4 までの４件についての詐欺で起訴されていた。Ａは、D_1 から D_4 までの契約には経営者として自ら署名し、又はＢと共に準備し、かつ、契約締結時にも在席していた。一方、Ｂは、D_1 から D_4 までについてだけではなく、同種の詐欺行為で D_5 および D_6 に損害をもたらしたことについても、起訴されていた。この場合、Ａは、D_5 および D_6 については、直接的に欺罔行為に関与していたわけではなかった。それにもかかわらず、ダルムシュタット地方裁判所〔原審〕は、Ａが「契約の締結に先行して裏方に徹していた」ことを理由に、D_5 および D_6 についても、行為の単一性がある１つの「組織犯罪としての詐欺」行為であったとして、Ａを D_1 から D_6 までのすべての詐欺ついて答責的であると看做した。すなわち、原審は、Ａが D_1 から D_4 までの４件の詐欺についてしか起訴されていなかったにもかかわらず、Ｂしか起訴されていなかった D_5 と D_6 も含めた D_1 から D_6 までの６件の詐欺を理由に、先にハーナウ地方裁判所の判決によって科されていた自由刑と併せて、合計で２年10カ月の自由刑をＡに言渡したのである。Ａが上告した。

BGHは、原審の判決を破棄し、有罪判決を D_1 から D_4 までの４件の詐欺に限定し、かつ、量刑のために原審に差し戻した。残りの D_5 および D_6 の２つの詐欺との関係では、Ｂしか起訴されていなかったとして、刑訴法206条a に基づく訴訟障害を理由に手続が打ち切られた。

このとき、BGHは、原審で組織犯罪が是認され、かつ、D_1からD_6までのすべてに行為の単一性があるとされたことは、Aに不利益となっているとして、以下のように判示して、Aの間接正犯を否定し、起訴されていたD_1からD_4までの4件の詐欺についてのみBとの共同正犯を是認した。

> 「組織犯罪」であると認定された〔原審による〕事実関係の評価は、法的な事後審査に耐えられない。判例は、特定の間接正犯形式によって組織犯罪という概念を捕捉している（BGHSt 40, 218, 236 ff.; 45 270; 296 ff.; vgl. S/S-Cramer/Heine 27. Aufl., § 25 Rn. 25 f.）。これらの事例では、背後者は、国家的、企業的又は会社的な組織構造を利用しているのであって、このような組織構造の内部では背後者による行為寄与が通常の経過を惹起させている。背後者が、これらの諸事情を認識しながら行動し、構成要件を充足しようという直接行動者による無条件の行為機動性をも利用し、かつ、自己のものとして自己の直接行動者による結果を意欲しているのであれば、背後者は、行為支配を保持し、かつ、間接正犯である。このように理解される間接正犯は、命令を下した答責的な組織のトップと直接行動者との間の時間的、場所的かつ上下関係的な距離の程度が分業を基礎とする共同正犯とは相容れない場合にも問題となる。本件の場合、これらの前提条件は存在していない……。被告人〔A〕は、組織支配を利用して詐欺行為を惹起させたわけではなく、Bと共同して行為を行ったのである。（BGH, NStZ 2008, 89［90］）

いずれにせよ、この決定で最も興味深いのは、「このように理解される間接正犯は、命令を下した答責的な組織のトップと直接行動者との間の時間的、場所的かつ上下関係的な距離の程度が分業を基礎とする共同正犯とは相容れない場合にも問題となる」という判示部分である。たしかに、これはある意味では、実際にはとくに目新しい判示ではない。というのも、すでにBGHSt 40, 218の時点でもほぼ同様の文言が繰り返されていたからである（BGH 40, 218［237］）。しかしながら、本件の場合、場所的、時間的および上下関係的な離隔

性が、大規模な組織犯罪だけではなく、企業犯罪でも共同正犯と間接正犯とを区別するメルクマールとなることが再度確認とされ、間接正犯がこのような理由で実際にも適用されなかったことには一定の意義があると思われる。

この点、クリューガーは、事実上の行為寄与が詳細に認定されない場合には、実務でも企業犯罪で組織支配に基づく間接正犯を性急に使用することが控えられ、また、共同正犯又は（狭義の）共犯が問題となる場合には、組織支配を利用した間接正犯を根拠づけるための余地がないことが本件で初めて明確にされた、という趣旨の評釈をしている[135)]。

もちろん、これだけで、実務での間接正犯の拡大傾向（企業犯罪への適用）に歯止めがかけられるのかどうかには疑問の余地がある。また、共同正犯が原則であって、組織支配に基づく間接正犯が例外であるのかも定かではない。さらにいえば、どの程度の離隔性があれば、背後者がもっぱら予備・計画段階で本質的に重要な寄与をしていた場合であっても、共同正犯とはならず、組織支配に基づく間接正犯となるのかも結局は明らかではない。しかしながら、もしもこのような「離隔性」の要件が、間接正犯と共同正犯を区別する基準の１つであるとするならば、事実上の行為寄与と相俟ってBGHによる企業犯罪での間接正犯適用のいわゆる「拡大傾向」を阻止する上で一定程度の重要な役割を果たすことになるのかどうか、さらに注視してゆく必要がある。

八　おわりに――ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの

最後に、これまでに本稿で概観されたドイツ刑法における組織支配を利用した間接正犯に関する判例・学説の最新の動向を踏まえて、日本の刑法との関係で示唆するものはないのか、あるとすればそれはどういうことか、若干付言してみたい。

135）*Rolf Krüger*, Keine mittelbare Täterschaft bei sonst nur mittäterschaftlichem Zusammenwirken – BGH, Beschl. v. 02.11.2007 – 2StR/ 384/07, Rechtsprechungsübersicht（RÜ）2008, S. 100.

まず、日本の間接正犯の一般的な現状について、日本の間接正犯が他の関与形式との関係でどのように位置づけられるのか極簡単に掻い摘んで確認してみれば、基本的には、以下の３つの立場に整理されるとされている[136)]。すなわち、(A)直接正犯のみを本来の正犯として把握し、間接正犯・共同正犯を処罰拡張事由とする立場、(B)直接正犯・間接正犯・共同正犯はいずれも等しく正犯であって、処罰拡張事由である狭義の共犯との関係で区別されるとする立場および(C)直接正犯および間接正犯は各則の構成要件に該当するのに対して、共同正犯は処罰拡張事由であってこれらとは成立要件が異なるとする立場である。

また、間接正犯それ自体の成立要件についても、(a)考慮すべきいくつかの要件を列挙する見解（帰納的方法）、(b)統一的な指導原理から個別の要件を導出する見解（演繹的方法）、および、(c)間接正犯の中核概念を示し、そこから要件を抽出する見解等があるとされている[137)]。

このように、日本でも、間接正犯は、たしかに、一般的には是認されている。しかしながら、実際には、ドイツと比較した場合、日本の間接正犯は、さほど重要性はなく、明文の規定もなく、実践的な意義には乏しいのかもしれない。事実、「正犯として処罰する、という結論に差がないのに、わが国における長年に渡る判例の業績を無視し、わざわざそれと異なる解釈論や、特別立法を設ける立法論を展開することは、解釈論としても、立法論としても全く実践的でない」[138)] という指摘は傾聴に値する。

それにもかかわらず、本稿でこれまで検討してきた「組織支配に基づく間接正犯」という法概念のドイツでの展開を踏まえた場合、比較法的・理論的な３つの観点――(Ⅰ)この法概念に関する条文の単純な比較、(Ⅱ)この法概念をめぐる判例（問題解決の論理）の比較および(Ⅲ)この法概念に対する学説の比較――からは、以下のことが示唆されうる。すなわち、日独の正犯原理、とりわけ、実

136）橋本正博「正犯性――間接正犯と共同正犯の間」刑法雑誌43巻３号（2004年）524頁。
137）橋本（前掲注136））524頁。
138）島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」斉藤豊治ほか〔編〕『神山敏雄先生古稀祝賀論文集　第一巻　過失犯論・不作為犯論・共犯論』成文堂（2006年）所収453頁。

務上日本の中心的概念である共謀共同正犯をドイツ法と比較する場合、従来のようにドイツの共同正犯だけを比較の対象とするのであれば、それでは十分な比較をしたことにはならない。少なくとも――日本の文献でよく見受けられるような――ドイツの組織支配に基づく間接正犯をほとんど検討の対象にしないで、もっぱらドイツの共同正犯の議論だけを参照して、日本の（共謀）共同正犯との議論に結び付けるような手法は――以前はともかく――もはや今日では牽強付会な議論方法である。

まず、(I)については、日独では、条文での位置づけ方が大きく異なるため、日本では、少なくとも条文からは、「組織支配に基づく間接正犯」を展開するよりも、むしろ共謀共同正犯を展開する方が条文上の根拠が説明しやすい。具体的にいえば、ドイツではドイツ刑法25条によって直接正犯（25条１項前段）・間接正犯（25条１項後段）・共同正犯（25条２項）はすべて「正犯」として規定されているのに対して、日本では直接正犯・間接正犯に関する明文の規定はなく、60条の共同正犯だけが「共犯」の章に規定されている。したがって、形式的に条文の規定振りだけを見れば、ドイツ刑法は上記の分類の(B)と親和的であるといえるのかもしれない。一方、日本刑法はどちらかといえば、異論の余地はあるものの、共謀共同正犯それ自体の根拠が弱いという一部学説からの批判も勘案すれば、少なくとも明文上の根拠を提示することができるという点で、(C)のアプローチの方が説明をしやすいとはいえるのかもしれない。

また、ドイツ刑法では、３つの「正犯」がすべて25条に規定されているという条文上の体系的な位置づけ方からも共通する指導原理（行為支配概念）を探求する傾向（すなわち、(b)の方法）が強くなるのに対して、日本刑法では、条文の構造上この３つを関連させて理解する必然性がない（あるいはドイツほどはない）ので、個別の要件論を抽出してゆく方（すなわち、(a)ないし(c)の方法）が好まれる傾向にあると考えられることも、日本で共謀共同正犯が発達しているのに対して、ドイツでは組織支配に基づく間接正犯が発達していることに影響を及ぼしていると思われる。もっとも、ドイツでは1975年の刑法改正によって25条が導入され間接正犯が明文化される以前から行為支配論に関する議論が

活発であったことに照らしてみれば、ここには日独両国の法文化の差異もあるのかもしれない。

次に、(Ⅱ)についてみれば、日独の（共謀）共同正犯と組織支配に基づく間接正犯を比較してみた場合、前者の方が後者に比べて、実務での適用範囲が圧倒的に広いといえる。とりわけ、日本では、強制下にある者を「利用した」殺人、刑事未成年者を「利用した」強盗等、一見すると古典的な間接正犯として処理されるような事例から、いわゆるスワット事件のような組織的な犯罪に至るまで、幅広く（共謀）共同正犯が使われているのに対して[139]、ドイツには「共謀共同正犯」という概念は存在しないため、このような日本の共同正犯の幅広い機能は別の概念がそれぞれカバーしてゆかざるをえない。それゆえ、ドイツでスワット事件のような事態が発生した場合には、暴力団組長は共同正犯としてではなく、「組織支配に基づく間接正犯」として処罰されることになると考えられる。その一方で、日本でDDR国家防衛評議会事件のような事案が発生した場合、これはやはり共謀共同正犯で捕捉されると思われる。実際、このような指摘は、すでに日独の刑法学者の双方からそれぞれになされている[140]。したがって、このことからも、実務上日本の中心的概念である共謀共同正犯をドイツ法と比較する場合に従来のようにドイツの共同正犯だけを比較の対象とするのであれば、その分だけいっそう日本の共謀共同正犯がカバーしている重要な部分を見落としてしまうことになる。

さらに、(Ⅱ)について補足すれば、ドイツでは間接正犯が大きな役割を果たしている（とりわけ、五(二)で概観したように、企業犯罪等への適用事例も判例として

139）東京地判平成８・６・26判タ921号93頁（極限状態にある者による殺人）、最決平成13・10・25刑集55巻６号519頁（未成年者による強盗）、最決平成15・５・１刑集57巻５号507頁（スワット事件）。

140）*Bloy*, a.a.O.（Fn. 96）, S. 439 f.ではDDR国家防衛評議会事件の場合には、日本の「共謀共同正犯」が参考になると指摘されている。また、平良木（前掲注4））330頁も同事案は日本であれば「当然」共謀共同正犯として起訴されるとされる。他方で、スワット事件についてドイツであれば「組織支配に基づく間接正犯」が適用される可能性を示唆しているのは、*Shimada*, a.a.O.（Fn. 3）, S. 480である。

蓄積されている）にもかかわらず、依然としてドイツでの共同正犯の役割はまったく失われていない。実際、三㈡等で言及したように、共同正犯にとって、正犯意思があれば、実行段階での協働までは必要とされず、精神的な協働ないし予備段階での協働でもよいという以前からのBGH判例と組織支配に基づく間接正犯を明確に是認するBGH判例との関係性については、どのように区別がなされるのかという課題が残されている。また、七で概観したように、ドイツでは組織支配に基づく間接正犯が認められず共同正犯とされた事例が存在している。一方、日本では、判例において間接正犯はそれほどの重要性はなく、むしろ正犯の中心は共同正犯であるといわれている[141]。このことからは、少なくとも機能においては、日本の共同正犯にはドイツの共同正犯だけではなく、間接正犯とも重複・併存する部分があるのではないかということが推測される。具体的には、日本の共謀共同正犯には、「支配型」と「分担型」との２つの類型があるとされているところ[142]、このうちの前者がドイツでは間接正犯として処理され、後者はドイツでも依然として共同正犯として処理されているものに部分的には対応している箇所もあるように思われるのである。

その結果、㈢についても――日本での行為支配論を是認するにせよ、否定するにせよ――日本の共同正犯（とりわけ、共謀共同正犯）をドイツの議論を参考に検討する場合、ドイツの共同正犯の議論だけを取り上げて、組織支配に基づく間接正犯をほとんど検討の対象にしないというのであれば、それだけでは不十分であるということは明白である。少なくとも、ドイツにおける「組織支配に基づく間接正犯」の現状を踏まえなければ、日独の「共同正犯」を比較することはできない。

また、行為支配論を是認する場合には、二㈡で概観したように、ドイツの学説では行為支配論が通説であり、判例にも影響を及ぼしていること、また、三から五にかけても縷々言及したように、行為支配論を理論的な支柱としている組織支配に基づく間接正犯が判例・通説で――中身の相違があるにせよ、ま

141）井田（前掲注2））445頁注28。

142）後藤（前掲注38））41頁以下でも言及している。

た、判例が独自の展開を遂げているように見受けられるにせよ――是認されているという現状にも注意しなければならない。もっと具体的にいえば、もしも日本でも（明らかにドイツから継受された）行為支配論が採用できるというのであれば、そしてそれが共謀共同正犯にも応用できるというのであれば、以下の問題を検討する必要がある。すなわち、ドイツではもっぱら共同正犯の原理であるとされている機能的行為支配だけで日本の広い（共謀）共同正犯の原理としては説明が十分であるのか、十分であるとすればなぜなのか、ドイツでは組織支配に基づく間接正犯が意思支配という原理に支えられている部分はなぜ日本では考慮しなくてもよいのかという問題である。また、このようにドイツの共同正犯は日本の共謀共同正犯概念が果たしている役割のすべてを担っているわけではないことからは、すでに日本の実務・学説でも指摘されている共謀共同正犯の支配型・分担型という２つの側面には、すでにそれぞれに異なる行為支配原理が働いていることを示唆しているのかもしれない。

また――これは㈡と㈢の双方に跨っていえることであるが――日独の正犯概念を比較する場合、すでに四㈢および五で検討したように、少なくともドイツでは、ロクシンの提唱した「組織支配に基づく間接正犯」の概念がBGHによって独自の展開を遂げているようにも見えることが注目される。とりわけ、五㈡で検討したように、ドイツの判例が組織支配に基づく間接正犯を企業犯罪にも拡張していること、また、六㈢で言及したように、このような判例の拡張傾向に対しては学説から激しい批判がなされていること、そして、その背景には複雑な事案を解決するための実務でのある種の「使い勝手の良さ」があると指摘されていることには注意すべきである。さらに、三㈡等で言及したように、共同正犯にとって、正犯意思があれば、実行段階での協働までは必要とされず、精神的な協働ないし予備段階での協働でもよいという以前からのBGH判例が依然有効であること、六㈣および七で概観したように、ドイツ刑法の場合、共同正犯と間接正犯との結合と区別という問題が提起されていることからも、六㈣で若干示唆した不作為犯の問題とも相俟って、判例・学説で今後どのように正犯論が展開されてゆくのかが注視される。

近時、日本刑法の領域では、日独刑法の比較については関心が薄れ、もっぱら実務に注目する傾向が強まっているといわれている[143)]。しかしながら、これは比較法の意義それ自体の没却を意味しているわけではない[144)]。したがって、本章で言及した日独の差異に十分に注意しながらドイツの組織支配に基づく間接正犯をも日本の刑法（とりわけ、60条の共同正犯）との関係で比較・検討の対象にするのであれば、日独の正犯原理の解明という観点からは、日本にさらに有益な示唆をもたらしてくれる可能性があると考えられる。このように日独刑法の比較にはなお依然として考察を重ねてゆくだけの十分な魅力があるように思われる。

143）井田良「最近の刑法学の動向をめぐる一考察」法学研究84巻９号（2011年）225頁。

144）ドイツ法と日本法との比較の意義については、井田良「ドイツ刑法の現状と比較刑法研究の今日的意義」ジュリスト1348号（2008年）172頁以下、フィリップ・オステン「ドイツ法研究の意義――なぜ日本において必要なのか」法学雑誌タートンヌマン８号（2006年）77頁以下等がある。