

講 演

ドイツ刑法における間接正犯の新しい形態

トーマス・ヴァイгент
高橋 則夫 訳

- I 序説
- II 間接正犯に関する2つの連邦裁判所判決
- III 考察
- IV 結語

I 序 説

ドイツ刑法典には、3つの正犯形態と2つの可罰的共犯形態が規定されている。刑法典25条1項によれば、正犯とは、犯罪を自ら遂行する者（直接正犯）および犯罪を「他人によって」遂行する者（間接正犯）であり、さらに、25条2項によれば、他人と「共同して」犯罪を遂行する者も、正犯として処罰される（共同正犯）。26条によれば、教唆者は、正犯としてではなく、正犯に準じて処罰され、他方、単なる幫助者には刑の減輕可能性が規定されている（49条1項と結びついた27条）。

判例と学説は、これらの異なった犯罪関与形態を相互に区別することに多くの努力を費やしてきた⁽¹⁾。一見すると、このような努力は、実際上の必要性に

(1) いわゆる「統一的正犯概念」は、個々の関与形態間の区別を少なくとも用語上取り除くものであるが、ドイツでは、秩序違反法においてのみ貫徹された（秩序違反法14条1項）。Roxin, in: StGB. Leipziger Kommentar（以下では、LKと略す）、11. Aufl. 1993, vor §25 Rdn. 3-8参照。

よるというよりも、むしろ解釈論的体系化というものへの典型的なドイツの好みから生じているように思われる。なぜなら、法効果の点では、幫助とその他 4 つの犯罪関与形態との間でのみ区別されているからである。にもかかわらず、本来的な正犯（その 3 つの現象形態）と単なる共犯とを不法の次元で区別することは、基本的な意義をもっている。なぜなら、ドイツの立法者は、「制限的な」正犯概念に依拠しており、そのため、犯罪行為に対する非難は、構成要件の行為を自手的に、あるいは他人との計画的な共働によって、あるいは人間を道具として遂行した者だけに直接的に行われる⁽²⁾。これに対して、別の態様で構成要件の実現に寄与した者は、その行為が構成要件の結果の実現にとって事実上不可欠なものであっても、もっぱら「従属的に」のみ帰責されるのである。これは、このような行為者は、違法な行為が他人によって実際に実現され、あるいは少なくとも遂行された場合にのみ処罰されうるということを意味する。したがって、教唆者および幫助者に帰属される不法は、正犯行為から導かれた不法である⁽³⁾。この点は、教唆者および多くは幫助者も、正犯者と同様に構成要件実現に因果的寄与を果たしているという事実にもかかわらず、妥当するのである。この関係がとくに明確となるのは、一定の行為態様を前提とする犯罪、たとえば、窃盗のような場合である。ここでは、多数の犯罪関与者における可罰性の問題は、正犯とその他の関与とを明確に区別する場合にのみ、決定することができる。すなわち、結果惹起に必要な因果的寄与をもたらすだけでは、可罰性にとって明らかに十分ではない。なぜなら、構成要件（242条）はまさに他人の財物の奪取という特定の行為を前提としているからである⁽⁴⁾。

さらに、正犯と共犯のみならず、異なる正犯形態の間も、注意深く相互に区

(2) Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. 1991 (以下では、Sch/Sch と略す), vor §25 Rdn. 6; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 648f.; Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, vor §25 Rdn. 12; Samson, in: Rudolphi/Horn/Günther, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下では、SK と略す), §25 Rdn. 3.

(3) 共犯者の従属的責任の根拠づけについては、個々の点できわめて争われている。Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, S. 639-641; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 657-661; Jescheck/Weigend, Allg. Teil, S. 684-686; Samson, in: SK, vor §26 Rdn. 4-15.

(4) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1994, S. 617f.; Samson, in: SK, §25 Rdn. 61-64参照。

別されなければならない。その理由も、解釈論的な正確性への関心にあるだけではなく、とりわけ、ドイツの立法者が、もっぱら25条に列挙された3つの正犯形態だけを規定しているという事情に存する。これは、（一般的理解によれば、相互に排斥的である）3つの正犯カテゴリーのどれにも「該当」しない者は正犯として処罰できないということを意味する。すなわち、可罰性を異なった正犯形態の不明確な結合というもので根拠づけることはできない⁽⁵⁾。このように、ドイツにおいては、異なった関与形態の適切な性格づけ、とりわけ一定の事態をそれぞれのカテゴリーに整序することに多大な努力を費やしていることが示される。もっとも、その際、原則的な点においてもまた細部の点においても広範な合意が形成されているわけではない。

ずっと以前から論争の中心となっていたのは、「他人による」犯罪の遂行という若干不可解な法形態、すなわち、間接正犯であり、とくにそれと教唆犯との区別であった。この場合、方法的な視点から、3つの限界づけアプローチが区別できる。学説上、第1に、体系的—規範的な限界づけを志向する見解がある。これによれば、まず、法秩序の侵害に対する第一次的な管轄権者が問題とされ、この者が正犯として特徴づけられ、次に、犯罪に対して自らは法的に答責化されえない者が教唆者として考慮される⁽⁶⁾。このような考察方法にとっては、間接正犯は、つねに、その歴史的な意味において「埋め合わせ的機能」を有していた。すなわち、間接正犯は、犯罪遂行の際に自らは背後に留まっている黒幕の可罰性を、以下の場合に（のみ、そしてその場合つねに）根拠づけた。すなわち、直接的な行為者自身が、たとえばその行為が故意のないものあるいは正当化される結果、違法な正犯行為を遂行していないが故に、背後の者を教唆犯として処罰できないという場合がこれである。第2の見解は、規範的な基準というよりむしろ現実的な基準を志向するものである。これによれば、具体的な事象を「中心形態」として掌中におさめた者、それ故「行為支配」を帰属できる者が正犯とされる⁽⁷⁾。この問題の決定のために、この理論は、次第

(5) Roxin, in: LK, §25 Rdn. 1; Wohlers, Der Erlaß fehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft, ZStW 108 (1996), S. 61, 80.

(6) たとえば, Jakobs, Anmerkung, NStZ 1995, 26, 27; Spindel, "Täter hinter dem Täter" – eine notwendige Rechtsfigur?, in: Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 147, 149f.; Welzel, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, S. 645, 650; 原則的に同様, Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1981, S. 226f. を参照。

に一定の典型的な事例群を作り上げてきたが、行為支配を決定するメルクマールの完全なカタログはまだ存在しない状態である⁽⁸⁾。この見解によれば、次のような状況においても、間接正犯の可能性が認められている。すなわち、背後者を法的に教唆者として処罰できるものの、彼が犯罪事象に対して支配的な影響を与えており、「単なる」教唆者として整序することではその事実上の役割を適切に性格づけていないというような状況がこれである。これを、「正犯の背後の正犯」と称している⁽⁹⁾。

第3に、判例は、これらの見解に従うことなく、犯罪の関与形態間の区別は、個別事例の事情に応じて決定されるべき「開かれた評価問題」であり、客観的、主観的および規範的観点を同等に考慮せざるをえないということを何度も強調している⁽¹⁰⁾。裁判所は、このように、衡平な考慮（具体的妥当性の考慮—訳者注）のためにも広範な柔軟性と裁量の余地を維持している。もちろん、この領域における具体的な個別事例の判断を予測することがきわめて困難であるという犠牲を払っている。もっとも、最近、連邦裁判所の判例において、間接正犯の法形態が拡張される傾向が見受けられる。以下では、この点について論じたいと思う。連邦裁判所は、直接行為者自身が正犯として答責化される場合にも、間接正犯が可能であると認めている。これによって、連邦裁判所は、行為支配の構想に方向づけられた、前述した後者の学説上の見解に優位を与えているように思われる。もちろん、それによって、連邦裁判所が行為支配論の諸前提をも全面的に受け入れたかどうかは⁽¹¹⁾、疑問である。

(7) たとえば、Roxin, Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter", in: Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 173, 194; Wohlers, Der Erlass fehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft, ZStW 108 (1996), S. 61, 81を参照。

(8) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 1994, S. 142ff. 参照。Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1994, S. 632-647における概観も参照。

(9) 最初にそう呼んだのは、Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965である。

(10) BGHSt. 35, 347, 352f.; 39, 381, 388f.; 40, 219, 235f.

(11) これをはっきり肯定するのは、BGHSt. 40, 218. Murmann, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, 269, 271 と Roxin, Anmerkung, JZ 1995, 49, 50である。

II 間接正犯に関する2つの連邦裁判所判決

以下で論じる2つの判決の事実は、きわめて異なった素材を扱うが、両者は法政策的にもかなりの注目を集めた。それぞれの事実を要約すると、次のようになる。

1つは、1994年に判示された事件⁽¹²⁾であり、それは、旧東独の職務執行者によってその市民の不利益に遂行された犯罪の「処理」という多様な側面を持つ事件の1つである。起訴されたのは、旧東独の国防委員会（NVR）の様々な構成員であり、この委員会は、政治的および軍事的に高い地位にある指導者から構成され、彼らはとりわけ旧東独の国境の安全を担当していた。国防委員会は、旧東独の国境施設の西側と近接する場所に、数多くの破片地雷を敷き詰めることを指示した。多くの人々が、旧東独から出ていく試みをした際、これらの地雷が作動し、それらによって殺害された。さらに、国防委員会は、国境部隊のメンバーに、逃亡の試みを絶対に阻止すべきことを命令した。その際、逃亡者に対して生じる結果を配慮することなく、自動銃が使用されたのである。この命令の遂行として、多くの人間が国境兵士によって射殺された。ベルリン地方裁判所は、被告人らを故殺罪の教唆犯あるいは幫助犯として有罪判決を下した。すなわち、正犯は、地雷を敷設し、コントロールし、あるいは銃を発砲して死に至らしめた、それぞれの国境兵士であるとされたのである。

（原則として得ることのできない）公的な認可を得ずに旧東独からの逃亡をまさに企図した者を意図的に殺害することは、旧東独内の法律状態にもかかわらず、違法であるということは、連邦裁判所によって、以前の原則的判決において既に確定されている⁽¹³⁾。同様に、国境兵士は、回避できない禁止の錯誤を援用することはできず、それ故その行為は有責であるという事実も確定されている⁽¹⁴⁾。したがって、教唆犯と間接正犯との伝統的な体系的・規範的な限界づけによれば、国防委員会における「背後者達」に対しては、実際上教唆者としての処罰だけが問題とされたであろう。にもかかわらず、連邦裁判所は、原判決を破棄し、被告人らを故殺罪の間接正犯として有罪にした。裁判所は判決理由で次のように述べている。すなわち、たしかに、犯罪が錯誤なくかつ完

(12) BGHSt. 40, 218.

(13) BGHSt. 39, 1; 39, 168. さらに、BGHSt. 40, 241; 41, 101参照。

(14) BGHSt. 39, 1, 33-35; 39, 168, 188-192.

全な責任能力を有して行為する者によって遂行された場合、背後者は通常は間接正犯ではない。しかし、背後者が、国家的、企業的所有いは会社類似の組織構造および、そこに必ず存する、直接行為者の犯罪遂行の用意を利用する場合には、事情が異なりうる。この場合、背後者は行為支配を有することになる⁽¹⁵⁾。背後者を正犯ではなく、単なる教唆者として取り扱おうとするならば、このような事案で、彼の犯罪寄与の客観的重要性を正しく評価しないことになる。この場合、直接行為者が善意かあるいは悪意かは問題とならない⁽¹⁶⁾、というのである。

この判決は、以前から「正犯の背後の（間接）正犯」という構成を主張していた論者の賛同を得た⁽¹⁷⁾。これに対して、この判決は、とくにヤコブスによって批判された。彼は、国境兵士らは法的に被告人らの影響下になかったが故に、本件事案において間接正犯は認められず、むしろ、指揮官らと実行した兵士らとの共同正犯が成立するというのである⁽¹⁸⁾。

もう1つの判決は、1993年に判示されたもので⁽¹⁹⁾、以下のような事実に基づいている。X会社は、フランクフルト市の家庭ごみの捨て場に、大量の営業上の特殊なごみを廃棄することを意図した。この案件の認可権限のある州の環境保護機関の公務員である被告人は、意識的に、内容上不適切な所見を報告した。その結果、計画されたごみ廃棄は環境に対して危険はないとされた。それに基づいて、X会社は、管轄官庁から希望した認可を与えられ、重金属を含むかなりの量のごみが、フランクフルト市のごみ捨て場に捨てられた。X会社の所有者が、被告人によって作成された所見が不適切であることを知っていたか否かは、立証できなかった。連邦裁判所は、被告人を、(旧)326条1項3号によって、環境を危殆化する廃棄物処理の正犯として有罪を確認した。この規定によれば、水、空気あるいは土地を持続的に汚染し、あるいは変化させる傾向のある廃棄物を、権限なしに廃棄した者は可罰的とされている。X会社の所有者が被告人と同様、はじめから、計画された廃棄が許されないことを知っていたような場合には、連邦裁判所によると、2人の関与者の共同正犯が肯定され、これに対して、X会社の所有者が善意であった場合には、被告人の間接正

(15) BGHSt. 40, 218, 236.

(16) BGHSt. 40, 218, 237.

(17) Roxin, Anmerkung, JZ 1995, 49; Schroeder, Anmerkung, JR 1995, 177.

(18) Jakobs, Anmerkung, NStZ 1995, 26, 27.

(19) BGHSt. 39, 381.

犯が成立する、とされたのである⁽²⁰⁾。

本講演の関連では、とりわけ第2の事実関係が関心を惹く。それは、次のような理由から法的に問題となった。というのは、被告人の後押しで管轄官庁から与えられた、ごみ捨て場へのごみ廃棄の認可は、法的に有効であり、その結果、X会社の所有者には、ともかく善意であった限りで、刑法上の責任を負わせることはできないからである⁽²¹⁾。したがって、被告人を教唆犯あるいは幫助犯として可罰的とすることは、違法な正犯行為を欠くために、問題とならなかった。他方、間接正犯の通常事例に相応するように（たとえば、強要による場合）⁽²²⁾、被告人によってX会社が「道具化」されたという点は、明らかではなかった。むしろ、与えられた認可を実施するか否かはX会社に委ねられていた。にもかかわらず、連邦裁判所は、被告人の間接正犯を認めることについて、次のような考慮によって根拠づけた。すなわち、被告人は、環境法に違反する善意の企業人を通して、構成要件の実現を「自由に開放し」、その結果、環境侵害は客観的におよび主観的に公務員のしわざとして示される⁽²³⁾。たしかに、この公務員は、必ずしも推進力を有する者ではないが、事象について事実的かつ法的な見通しができるため、その中心人物である。本件のような事例で、公務員の間接正犯は、いずれにせよ、その犯罪寄与が事象全体の中できわめて重要で、正犯的地位を占める場合に認められる⁽²⁴⁾、というのである。

この判決に対する反応も分かれた。すなわち、刑法という手段による環境侵害対策の場合に、管轄官庁の公務員を容赦しないという連邦裁判所の努力を賞

(20) BGHSt. 39, 381, 386-388.

(21) 326条によれば、「権限なく」廃棄物を廃棄した者だけが可罰的とされる。通説によれば、形式的に有効な官庁の許可によって、たしかに、ごみ廃棄の構成要件該当性は阻却されないが、その違法性は阻却されるのである（Dreher/Tröndle, StGB, 47. Aufl. 1995, §324 Rdn. 7; Horn, in: SK, §324 Rdn. 6; Lackner/Kühl, StGB mit Erläuterungen（以下では、Lacknerと略す）、21. Aufl. 1995, §326 Rdn. 11; Maurach/Schroeder, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 1991, S. 65; Steindorf, in: LK, 10. Aufl. 1985, §324 Rdn. 72-73; 「権限なく」というメルクマールの「二重機能」に賛成するのは、Lenckner, in: Sch/Sch, §326 Rdn. 16である。

(22) 間接正犯の一般的に承認された事例群（意思支配および知識支配）については、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 665-672; Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 61-127.

(23) BGHSt. 39, 381, 389.

(24) BGHSt. 39, 381, 389.

賛する若干の論者もいるが⁽²⁵⁾、間接正犯の法形態を、(真のあるいは見かけの) 可罰性の間隙を埋めるという周知の目標によって拡張したことに對して批判する論者もいる⁽²⁶⁾。

要約すると、以上簡単に述べた2つの判決についてまずいえることは、連邦裁判所はこれらによって、最終的に(以前の判例たとえば有名な Katzenkönig 判決⁽²⁷⁾で既にこのような方向が準備されていたが) 伝統的な見解、すなわち、間接正犯は、直接行為者自身が刑法上の責任を有する者として考慮されない事案においてのみ認められるという見解から離れたということである。2つの判決において、連邦裁判所は、とりわけロクシンによって展開された行為支配論⁽²⁸⁾、すなわち、犯罪事象についての行為者の法的な支配ではなく、事実的な支配を第一に志向する理論の用語を使用している。同時に、最近の判例では、犯罪に対する関与者の主観的態度という側面、つまり、ライヒ裁判所以来何度も強調されてきた「正犯意思」⁽²⁹⁾の問題は、たとえ、連邦裁判所がこの基準にも言葉上たびたび敬意を払っているにせよ⁽³⁰⁾、背後に退いている。

(25) Horn, Anmerkung, JZ 1994, 636; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 1995, S. 41f.; Kuhlen, Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Wirtschaft und Verwaltung 1992, 215, 294f.; Schall, Zur Strafbarkeit von Amtsträgern in Umweltverwaltungsbehörden, JuS 1993, 719, 721. 以前判示されたフランクフルト上級地方裁判所も連邦裁判所と同旨である。NJW 1987, 2753, 2757; Keller, Anmerkung, JR 1988, 172, 174; derselbe, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Amtsträgers für fehlerhafte Genehmigungen im Umweltrecht, in: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, S. 241, 251f.; Winkelbauer, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NStZ 1986, 149, 151f.

(26) Michalke, Die Strafbarkeit von Amtsträgern usw., NJW 1994, 1693. 既に, Otto, Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, Jura 1991, 308, 314; Papier, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1988, 1113, 1114; Tröndle, Verwaltungshandeln und Strafverfolgungskonkurrierende Instrumente des Umweltrechts?, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 607, 614-616をも参照。

(27) BGHSt. 35, 347.

(28) 基本的なものとして, Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963; derselbe, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 7-10, 30-36.

(29) RGSt. 2, 160; 3, 181, 182f.; 74, 84; BGH 2, 169, 170; 6, 226, 228; 18, 87参照。この見解に現在でも賛成するのは, Baumann/Weber/Mitsch, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, 29/151である。

しかしながら、連邦裁判所がいまや実質的にも経験的な考察方法、すなわち、構成要件実現への事実に影響の客観的強度だけが正犯性を根拠づけるという考え方へとまったく方向転回したであろうということではできない。なぜなら、特殊廃棄物の判決においては、まさにこの要件は存しなかったからである。すなわち、被告人の行動は、環境を危殆化する廃棄に対する法的な障害物を取り除くことに限定されていた。また、特殊廃棄物がどこへ運ばれるかについてのそれ以上の判断を下すことを被告人はできないしまた意欲もしておらず、その結果、事実に考察方法をした場合、直接的な犯罪事象についての支配はもっぱらX会社に存することになる。それ故、おそらく、連邦裁判所は、「正犯かあるいは共犯か」という問題を、結局むしろ直観的な衡平的考慮（具体的妥当性一訳者注）によって決定し、判決理由において論証の根拠を示す必要から、あれこれの学説を使用したに留まっている。これが当てはまるのは、連邦裁判所が、国防委員会判決において、いわゆる「答責性原理」（前面者の完全な正犯的な答責性は背後者のそれを排除する）⁽³¹⁾という解釈論的な拘束を解き放し、「道具」が完全に刑法上答責的である場合にも間接正犯を肯定する余地を創設したことにある⁽³²⁾。

III 考 察

それでは、以上を踏まえて、この2つの判決をどう評価すべきであろうか。

1. 国防委員会の構成員の答責性についての判決は、まず、間接正犯の役割についての原則的な問題を投げかけている。間接正犯を、その歴史的機能の点で、教唆犯あるいは共同正犯が法的根拠から考慮されない事例において、可罰性の間隙を回避するための手段として理解するならば、この判決は、基本的に

(30) たとえば、連邦裁判所は、国防委員会判決において、背後者が「行為支配への包括的な意思」を持っていたことを強調し（BGHSt. 40, 218, 237）、特殊ごみ判決において、環境侵害が「公務員の視点から」「彼のしわざ」として示されると述べている（BGHSt. 39, 381, 389）。しかし、両判決において、これらの主観的な言い回しは、客観的な行為支配を基礎にした諸帰結を確保しようとするものに過ぎない。

(31) これについては、Jakobs, Allg. Teil, S. 631f.; Jescheck/Weigend, Allg. Teil, S. 653, 664; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 73ff. 参照。

(32) BGHSt. 40, 218, 234f.

誤った方向にある。すなわち、この判決は同一の刑法上重要な行為（東西ドイツ国境での逃亡者の殺害）に対して、法的に互いに独立した2人の関与者（国境兵士と国防委員会の構成員）をそれぞれ完全に答責的な正犯として位置づけたからである。判例は、直接行為者の刑法上の責任が背後者の正犯的な答責性に対して形成する、若干の論者によって主張されたハードルを跳び越えている⁽³³⁾。この伝統的な見解によれば、同一の犯罪に対して複数の正犯的な帰属が考えられるのは、（本件では存しない）相互独立に引き起こされた2つの因果系列が偶然に共働した場合（同時正犯）⁽³⁴⁾と共同正犯の形態をとった関与者の計画的な共働の場合だけである。本件において、後者の成立は、連邦裁判所によって黙示的に排除された⁽³⁵⁾。

間接正犯を必然的に規範的な要件に結びつける伝統的な見解は、多くの長所を示している。すなわち、この見解によれば、正犯と教唆犯の範囲を明確に境界づけることが可能である。その方法は、第一に考慮されるべき背後者の教唆者としての可罰性が法的根拠から排除された場合にのみ、間接正犯の出番を認めるということによる。また、事実的な影響がどの程度かという困難な状況判断を、この理論に従う裁判官は行う必要はない。さらに、伝統的な見解は、単なる共犯を犠牲にして、正犯的な答責性を極端に拡張することを防止する。というのは、犯罪は「他人によって」遂行されねばならない、という立法者が意識的に曖昧にした条文⁽³⁶⁾を、この「他人」自身がその犯罪の正犯で

(33) 注(31)で挙げた著者を参照。さらに、Samson, in: SK, §25 Rdn. 110; Spendel, in: Festschrift für Lange, 1976, S. 147, 150参照。

(34) Jescheck/Weigend, Allg. Teil, S. 679参照。そこでは、同時正犯が故意犯の場合に生じることは稀であるとの指摘がある。しかし、Bockelmann/Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 191f. は、本文のような事例に対して、同時正犯を認めるように思われる。

(35) BGHSt. 40, 218, 234. 連邦裁判所は、犯罪実行がまったく「道具」に委ねられていること、共同の犯罪決意の代わりに同一組織に所属しているという意識だけが存することを指摘している。同旨、Roxin, Anmerkung, JZ 1995, 49f.; derselbe, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 1994, S. 653f. しかし、命令付与者と実行した兵士との間に共同正犯を認めるのは、Baumann/Weber/Mitsch, Allg. Teil, 29/68, 29/147; Jakobs, Allg. Teil, S. 649; derselbe, Anmerkung, NStZ 1995, 26, 27; Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1992, S. 273である。

(36) 間接正犯と教唆犯との区別の問題は、既に、刑法大委員会による刑法改正審議の際に激しく議論された。それ故、立法者は、それぞれの見解に対する明確

あってはならないという場合に限定するからである。

にもかかわらず、いまや連邦裁判所によっても主張された見解、すなわち、間接正犯の法形態を、単なる埋め合わせとしてではなく、固有の正犯形態として理解する見解に、より妥当な論拠があるように思われる。なぜなら、背後者の同一の行為を正犯あるいは教唆犯として判断することが、彼にとってしばしば偶然的で影響を与えることのできない問題、すなわち、前面者が完全に刑法上答責化されるのか、部分的なのか、あるいはまったくされないのかという問題に何故依存すべきか、ということを理解するのは困難だからである。たとえば、Aが酩酊したBに強力な影響を与えてCの殺害へと至らしめたという事案を考えた場合、Aの可罰性の判断を、Bがなお完全責任能力を有するか、限定責任能力か、あるいは既にまったく責任無能力だったか否かという問題に依存させることは困難である。さらに、立法者は、25条から27条において、正犯と共犯の異なる形態を平等に並列させ、それぞれにとって典型的な行為態様を通して性格づけたことによって、「他人による」犯罪遂行を、可罰性の間隙を埋めるための単なる残りの物的なカテゴリーではなく、5つの固有の犯罪関与類型の1つとして理解していることを明確にしている。このことから、間接正犯に対して、原則として前面者の刑法上の判断から独立し、背後者による重要な事象の事^レ實的支配によって性格づけられる適用範囲を認めることが妥当である。もっとも、その際、間接正犯は、背後者にこの種の事^レ實的支配が存する場合にのみ肯定されるというのが一貫していることになる。すなわち、これは、間接正犯の法形態は、可罰性の間隙を埋めるために自由に使えるものではないことを意味する。たとえば、しばしば主張された見解、すなわち、第3者の財物を自主的に奪取させ、直ちに持ってくるよう、他人をして誘発する者（いわゆる、目的なき故意ある道具の事例）は、窃盗の間接正犯であるという見解は⁽³⁷⁾、上述の間接正犯の理解と調和させることは困難であろう⁽³⁸⁾。

したがって、「正犯の背後の正犯」という法形態を原則的に承認したことに

な態度決定をしなかった。これについては、Roxin, Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 173f. および同所引用の文献参照。

(37) たとえば、Dreher/Tröndle, §25 Rdn. 3; Eser, in: Sch/Sch, §242 Rdn. 72; Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil, 25. Aufl. 1995, Rdn. 537参照。

(38) 同様に否定的なのは、Maurach/Gössel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl. 1989, S. 273; Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 140f.; Stratenwerth, Allg. Teil I, 3. Aufl. 1981, Rdn. 801である。

関して連邦裁判所に賛同できるとした場合、間接正犯と教唆犯の限界づけというきわめて困難な問題が残る。というのは、前面者は構成要件を違法に実現しているの、法的に両方の可能性が考慮されるからである。この問題を解決するために、ドイツの学説は、しばしばやや曖昧なメタファー（隠喩）によって対処している⁽³⁹⁾。すなわち、たとえば、(間接) 正犯は、それが犯罪事象を「支配する」、「中心形態」である、あるいは、構成要件の実現を「掌中におさめる」ということを通して特徴づけられている⁽⁴⁰⁾。これによって、具体的な個別事例の判断が論証的に根拠づけられ、あるいは予測しうのような、間主観的に一様に適用できる基準は何ら示されていない。むしろ、個別的な指導的事例を際立たせることが発展的であり、それによって、間接正犯にとって特徴的な背後者の行為支配が類型化され、新たに生じる事例と比較することができる⁽⁴¹⁾。しかし、すぐ後で述べるように、まさに、国防委員会事例にとって決定的な指導理念である「組織的な権力装置の利用による意思支配」というものから分かることは、この種の指導的事例の（単に偶然的ではない）基本的な要素を明確にすることが、規範的評価によって影響される困難な試みであるということである。

構成要件を自ら充足しない犯罪関与者を正犯とさせるものは一体何かを突き止めることがうまく行かないのであれば、いわば検算をすること、すなわち、いかなる行為態様が教唆者にとって特徴的であるかを問うことが役に立つかもしれない。たしかに、これもまた必ずしも簡単には回答できない。なぜなら、教唆者による犯罪決意の惹起は多種多様な手段で可能であることについては合意が存するからである⁽⁴²⁾。すなわち、その手段は、犯罪の挑発⁽⁴³⁾から、約束、

(39) Stein, Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre, 1988, S. 62-65における正当な批判を参照。

(40) たとえば, Bockelmann/Volk, Allg. Teil, 4. Aufl. 1987, S. 177f.; Cramer, in: Sch/Sch, vor §25 Rdn. 62; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1994, S. 625; Maurach/Gössel, Allg. Teil, Teilbd 2, 7. Aufl. 1989, S. 247; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 25 (もっとも、その際、Roxin, a.a.O. S. 108-126において詳細に示されているように、彼によって構築された概念は「開かれた」ものであり、その内容は、個別的に多くの事例によってはじめて明らかにされる); Samson, in: SK, §25 Rdn. 10; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 100f.; Wessels, Allg. Teil, 25. Aufl. 1995, Rdn. 518参照。

(41) この意味で、さらに、Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 36参照。

被教唆者を脅迫することによる強要⁽⁴⁴⁾にまで及ぶ。しかし、教唆犯の特殊性は、教唆者が他人に、その者が犯罪を遂行するか否か、いかなる態様で行うかという決定を委ねてしまうという点にある。教唆者は、強い動機を提示したり、詳細な犯罪計画を述べるかもしれない、さらに犯罪が遂行されることに多大な関心を自ら抱いているかもしれない。それにもかかわらず、彼は、犯罪遂行についての自律的な決定を被教唆者から奪ってはならず、その点で、間接正犯とは異なり、外部的のみならず、内部的にも、犯罪との距離を維持している⁽⁴⁵⁾。この要件が充足されない場合、たとえば、前面者が犯罪事象の判断にとって重要な錯誤に陥ったような場合、背後者の間接正犯は明らかに肯定されることになる。

以上を基礎として、連邦裁判所が判示した事例における国防委員会の構成員の活動を考えると、単なる教唆犯を認めることは、實際上、被告人らの役割を見誤ることになるように思われる。すなわち、彼らは、意識的に、旧東独において形成された、命令と絶対服従（同時に、公共に対する事象の機密保持を目的としている）という軍隊的構造を利用し、国境兵士が、（何度も言い聞かさ

(42) Jescheck/Weigend, Allg. Teil, S. 687; Samson, in: SK, §26 Rdn. 2, 5. 詳細なのは、Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §26 Rdn. 1-15である。

(43) この点ではもちろん、刑法26条が適用できるかについて争いがある。多くの論者は、正犯者に対する直接的な精神的影響を要求する（たとえば、Cramer, in: Sch/Sch, §26 Rdn. 7; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 345f.; Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101, 112ff.; Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §26 Rdn. 4; derselbe, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 365, 377）。しかし、これは、正犯者に対して、犯罪遂行を圧倒的に誘発する状況を意識的につくりあげることによって暗黙に行われうる（適切にもこのようにいうのは、Samson, in: SK, §26 Rdn. 5. 同旨、Dreher/Tröndle, §26 Rdn. 3である。私は、Jescheck/Weigend, Allg. Teil, S. 686における反対の見解に固執しない）。

(44) ただし、被教唆者がその決意の支配者である場合である。そうでなければ、意思支配による間接正犯が存在する。

(45) Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 240f. は、適切にも、教唆者が、前面者に課された行為義務の動機づけ力を侵害することを、教唆の特徴とみなしている。さらに、この点に教唆者の逸脱行為も限定され、間接正犯のそれとの差異がある。間接正犯は、前面者が可罰的命令を（法的に重要な無知あるいは意思の減弱から）侵害するというはじめから高まった危険を利用するものである。

れた) 軍隊の命令としての性質からして既に、与えられた指示に従い、逃亡者の殺害を自主的に意思決定したことに基づくものでは決してないということを確保したのである⁽⁴⁶⁾。国境兵士が内的な確信に基づいて射殺しあるいは地雷を置いたという場合でさえ、このことは被告人らの視点から見れば重要なことではなかった。すなわち、彼らは、「西側への逃亡」の社会敵対性という喧伝された主張がもつイデオロギー的な説得力をあてにしたのではなく、国境に配置された兵士を操作、統制および威圧する軍隊的系统だけをあてにしたのである。このような理由から、共同正犯にとって特徴的な、命令付与者と兵士との間の計画的共働というものも、本件では問題となりえない。すなわち、共同正犯に対して、犯罪関与者間の直接的な意思連絡もまた本来の犯罪遂行への各関与者の事実的共働も要求しない場合でさえ⁽⁴⁷⁾、発端からして既に、犯罪の決意の際に必要なとされる構造上の同等性を欠いているからである⁽⁴⁸⁾。したがって、連邦裁判所が国防委員会の構成員の行為を間接正犯として位置づけたことは、結論として正当である。なぜなら、彼らは、国境兵士を、自由な決定権者としてではなく、その命令の遂行のための単なる道具として利用したからである⁽⁴⁹⁾。

(46) BGH は、これについて簡潔に（そして適切に）次のように述べている。すなわち、「(被告人は)、国防委員会の議決に基づく命令が遂行されることを知っていた。直接的に殺害に至った行為の遂行者は、その役割が決められている軍隊的な階級制度における部下として行為したのである」(BGHSt. 40, 218, 237f.)

(47) この論争問題については、一方で、Herzberg, *Mittäterschaft durch Mitvorbereitung*, JZ 1991, 856; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. Aufl. 1994, S. 294-305; derselbe, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 179-188. 他方で、BGHSt. 37, 289; Jakobs, *Allg. Teil*, S. 620f.; Jescheck/Weigend, *Allg. Teil*, S. 679f.; Kühl, *Allg. Teil*, S. 657-659参照。

(48) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. Aufl. 1994, S. 653f.; derselbe, JZ 1995, 49, 50. しかし、反対説として、Jakobs, *Allg. Teil*, S. 649; derselbe, *NSStZ* 1995, 26, 27があり、そこでは、国境兵士は命令付与者に対して、法的にではなく単に事実上服していたに過ぎないと指摘されている。同旨、Baumann/Weber/Mitsch, *Allg. Teil*, 29/147; Otto, *Allg. Teil*, 4. Aufl. 1992, S. 273.

(49) BGH (NJW 1996, 2042, 2043) の最近の判決によれば、関与者が軍隊的な上官（連隊の司令官）と単なる兵士という関係にあることは、共同正犯を認めることに支障がなく、他方、同様な関係では、(部下への軍隊の命令の付与による) 間接正犯も可能であるとされた。これは矛盾しているように思われる。

もちろん、この判決の先例効果がどの範囲にまで及びうるかは、別の問題である。歴史的展開によって、ドイツ判例が、旧東独体制に対する責任者の有罪判決の機会をもつに至ったのはるか以前に、ロクシンは、ナチスおよびソビエトの独裁制における諸事情を考慮して、「組織的な権力装置に基づく」行為支配という言い回しを形成し、それには2つの特徴があるとした。すなわち、1つは、法治国家の限界を超える強固な組織が存在すること、2つは、実行機関がいつでも代替できることがこれである。後者については、この代替可能性によってはじめて、命令付与者の指図が特定の部下を個別的に考慮することなく遂行されるということが確保されるからである⁽⁵⁰⁾。連邦裁判所は、この理論を、引用した判決の傍論において言及し、次のことを指摘した。すなわち、命令の階層制の利用による行為支配は、国家的な権力装置の指導者の場合のみならず、「マフィア類似の組織犯罪」および経済活動の内部においても考慮されるというのがこれである⁽⁵¹⁾。

もっとも、ロクシンによって提出された基準が実際に命令権力による行為支配の本質を特徴づけるかどうかは、疑問のように思われる。なぜなら、命令を受ける者の「代替可能性」は⁽⁵²⁾、たしかに、比較的大きな権力装置の場合には事実上ありえるが、それは、次のような場合、間接正犯の根拠づけのために必要ではないからである。すなわち、命令付与者が、別の理由から、たとえば、すべての部下へのイデオロギー的教化あるいは威圧が完全に成功していることを理由として、直接行為者がなお自分で内容を考慮することなく、その指図が遂行されることを確信できるという場合がこれである。他方、組織の綱領

いずれにせよ、同格的な共働（共同正犯）と命令・服従構造の「単なる」利用（間接正犯）との限界をどこにひくかという問題を解明することに、判例はいまだ成功していない。

(50) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 242-248.

(51) BGHSt. 40, 218, 237.

(52) この点に注目するのは、さらに、Herzberg, Täterschaft und Tatherrschaft, 1977, S. 42f., Kühl, Allg. Teil, S. 644およびStratenwerth, Allg. Teil I, S. 226である。ロクシンは、この条件を次のことで根拠づける。すなわち、背後者の正犯性を根拠づけるためには、組織の確固たる「機能」が決定的に問題となるというのがこれである（JZ 1995, 49, 51）。この要件は、さらにまた、個々の組織構成員が（たとえば、特別な専門知識を有するが故に）代替できない場合にも存しうる。適切にも、既にこのようにいうのは、Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 168である。

的な超法治制 (Rechtsferne)⁽⁵³⁾も必要な要件ではなく (まさに旧東独の例がそれを示している)、決定的に重要なことは、拘束的と宣言された法規範の内容である。最後に、連邦裁判所が認めたように思われる、絶対的で疑いのない服従という条件が、ドイツ企業における下部の会社員に充足されていること⁽⁵⁴⁾の証明は困難であるように思われる⁽⁵⁵⁾。

以上のことから、ナチ体制および旧東独体制において存在した状況、すなわち、犯罪者的な国家目的の遂行のために、すべての個人に極端な圧力を与えるという状況を、その他の事例群に拡張して一般化することは不可能であることが示される。これらの事例では、直接行為者の自律的な決定可能性が意図的に排除されたことによって、間接正犯の要件が存在したという考え方でさし当たり満足し、類似の事例が判断されるべき場合には、典型的な教唆犯状況としてもはや語り得ないほど強力な圧力が行使されたか否かが検討されなければならないであろう。

2. 環境を危殆化するごみ廃棄の事案における連邦裁判所の判決の背景には、重要な環境保護領域における最終決定権をめぐる、環境行政と刑事訴追機関との既に長く続いている争いが看取できる⁽⁵⁶⁾。この判決は重要な政治的次

(53) 組織支配を「法離反的な装置」に限定することについては、Roxin, Täter-schaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 249-251参照。

(54) BGHSt. 40, 218, 237. BGHは、ここでは、きわめて楽観的な主張をしている。すなわち、「経済的企業の活動における答責性の問題もこのように (すなわち、間接正犯を認めることにより—著者注) 解決できる。」と。

(55) 判決のこの点に対して詳細に批判するのは、Murmman, GA 1996, 269, 275, 279-281である。

(56) これについては、法曹大会 (in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages 1988, S. L 1ff.) における詳細で一部きわめて論争的な議論を参照せよ。さらに、Heine/Meinberg, Das Umweltstrafrecht -Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform, GA 1990, 1, 30; Michalke, Die Strafbarkeit von Amtsträgern usw., NJW 1994, 1693, 1698 (BGHが、行政官庁から「創造性と独創性」を除去した点を非難する); Papier, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1988, 1113, 1115f. (刑事訴追機関は、「典拠の疑わしい上級専門官庁」の役割を引き受けた); Pfohl, Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, NJW 1994, 418, 423; Tröndle, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 607, 611, 615 (不適法に付与された許可を利用する場合に公務員の正犯性を認めることは、「馬鹿げた帰結」であろう)。ときおり、環境法における行政公務員に対する特別

元を有している。すなわち、環境行政の決定権者も刑法上の免責特権を享受するものではないこと、いずれにせよ、当該行政法によって付与されている判断および裁量の範囲外で行動する場合にはそうであることを、この判決は明確にした⁽⁵⁷⁾。もちろん、この政治的なシグナルのために、間接正犯の限界を、連邦裁判所がしたように、きわめて広く拡張することが必要であったか否かは、別の問題である。ともかく、代替策として、被告人を不作為による幫助犯（あるいは正犯）として可罰的とすることも問題となったであろう。すなわち、被告人は、彼によって惹起された客観的に違法な、ごみ廃棄の認可を再び却下するために何もしなかったということによって問題となるのである⁽⁵⁸⁾。

この場合も、被告人の態度が教唆犯の典型的な特徴を示しているか否かという問題から出発するならば、自ずと肯定的な答えに至る。すなわち、内容的に誤った所見を報告することによって、被告人は、X会社の所有者に対して、産業廃棄物のためにごみ捨て場を使用するという強い動機を与え、その結果、こ

な刑罰法規の導入も考慮された。これについては、Keller, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Amtsträgers für fehlerhafte Genehmigungen im Umweltrecht, in: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, S. 241, 242; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 1995, S. 41, 47; Kuhlen, Wirtschaft und Verwaltung 1992, 215, 290; Papier, NJW 1988, 1113, 1116参照。

(57) 行政公務員が、彼に与えられた裁量の限界内で行動する場合、彼の態度が刑事裁判所によって「無権限」と見なされることは許されない。OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2756f. さらに、公務員の決定の自由を尊重するのは、Meinberg/Möhrenschlager/Link, Umweltstrafrecht, 1989, S. 269-277; Papier, NJW 1988, 1113, 1115f. である。

(58) 類似の事案において、BGHSt. 38, 325は、1992年に管轄公務員の不作為犯を認めた。さらに、OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2757; Horn, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?, NJW 1981, 1, 5-8; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, S. 42; Kuhlen, Wirtschaft und Verwaltung 1992, 215, 295-299; Otto, Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, Jura 1991, 308, 315; Pfohl, NJW 1994, 418, 421; Rudolph, Anmerkung, NSTz 1994, 433, 435; Schall, Zur Strafbarkeit von Amtsträgern in Umweltverwaltungsbehörden, JuS 1993, 719, 721-723; Winkelbauer, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NSTz 1986, 149, 151. 環境に対する「防衛的保障者」として環境公務員の保障的地位を認めることに反対するのは、Tröndle, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 607, 619f.; 詳細な論稿として、Sangenstedt, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989参照。

の所有者は、廃棄によって環境法に違反し、それにより可罰的となるまでに至るいろいろ不利益な帰結を招来することを、もはや恐れる必要がなくなったというわけである（X会社の所有者が、既に所見の報告以前に、問題の廃棄をどんなことがあっても遂行することを決意していたといえるかは、彼が善意であったことから、それほど蓋然的なことではない。それ故、教唆犯ではなく、幫助犯が問題となり得るような事実の変形を考慮の外に置きたいと思う）。しかし、廃棄物に対してどのように処置すべきかという最終決定は、被告人の活動の後もX会社に委ねられていた。X会社は、生態学的、経済学的あるいはその他の何らかの動機から、廃棄物問題に対して別の解決を上手に選択できたかもしれない。しかしながら、被告人は、典型的な教唆行為を遂行したにもかかわらず、教唆犯として処罰することはできない。すなわち、ドイツの行政法によれば、管轄官庁によって付与された実質的に違法な認可も、原則として形式的には有効であるので⁽⁵⁹⁾、X会社は、326条が規定するように、廃棄物を「無権限で」廃棄しておらず、それ故、構成要件をとにかく違法には実現していない。つまり、被告人の教唆が関係し得る正犯行為が欠けることになる。というのは、教唆行為が、奇妙にも同時に、教唆された行為に対して有効な正当化を付与したということになるからである。

それでは、被告人とX会社の所有者との間に共同正犯が考慮の対象となるであろうか。X会社が、自己の行為の適法性を信じており、被告人がこれを認識していたという事案の場合には、それは確実に問題とならない。すなわち、この場合、違法な行為を遂行するという、関与者間の共同の決意が欠けることになる（ちなみに、X会社の所有者が同じく自己の行為の適法性を信じていなかったという事案であっても、本件連邦裁判所によって肯定された共同正犯⁽⁶⁰⁾は、いずれにせよ、犯罪時の法状態によればまったく疑問である。なぜなら、X会社の所有者が、認可を下すことは許されないことを知っていたとしても、その形式的な有効性については知っていたからである。また、連邦裁判所が考えたように⁽⁶¹⁾、被告人と共働したことを理由に、その正当化のためにこの有

(59) この原則の例外については、Keller, Festschrift für Rebmann, 1989, S. 241, 247-251; Paeffgen, Verwaltungsakt-Akzessorietät im Umweltstrafrecht, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 587, 592ff; Winkelbauer, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NSTz 1988, 201, 205f. 参照。

(60) BGHSt. 39, 381, 386f.

効性を援用できないということは、決して確かなことではなかった⁽⁶²⁾。もっとも、1994年に追加された330条 d5号の新規定によれば、いまや、「共謀によって得た」認可に基づく行為は、認可のない行為と明確に同置されている。

それ故、被告人を不正な所見の報告を理由に処罰しようとするならば、間接正犯の形態に依拠することが残る。もちろん、これに依拠することは、連邦裁判所によってもともと望まれた結論からだけ「根拠づけ」られている。すなわち、被告人に対してその態度を正犯として帰属できない説得的根拠が明らかではないとか、また、公務員の間接正犯は、その犯罪寄与が「正犯的地位」をもつ場合に認めることができるというようにである⁽⁶³⁾。被告人の役割の「正犯的地位」を認めることを支持する説得的根拠を、裁判所は、残念ながら怠っている。このような根拠づけに代えて、学説上、および示唆的ではあるが連邦裁判所判決⁽⁶⁴⁾においても、1981年にホルン⁽⁶⁵⁾によって作られた事例が何度も取り上げられており、それは、本件のような事案における公務員の行為支配を明らかにさせるものである。すなわち、踏切番として働いていた者が、踏切遮断機

(61) BGHSt. 39, 381, 387.

(62) その違法性（さらにその有効性）を知りつつ許可を得ることは、若干の論者により、十分な根拠に基づいて、有効性を排除する「濫用」とはまだ見なされなかった。Rudolphi, NStZ 1994, 433, 436; Tröndle, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 607, 624; Wohlers, Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide usw., ZStW 108 (1996), S. 61, 65f. しかし、BGH（権利の濫用を理由に許可を無効とした）と同旨なのは、Horn, NJW 1981, 1, 3; Keller, Festschrift für Rebmann, 1989, S. 241, 249; Kuhlen, Wirtschaft und Verwaltung 1992, 215, 294f. である。ちなみに、公務員の共同正犯としての故意の点でも疑問が生じうる。というのは、公務員は、犯罪遂行をその詳細について共同決定するつもりもなかったし、犯罪遂行から何らかの利益を得ることも期待していなかったからである。同旨、Michalke, NJW 1994, 1693, 1697; Schall, JuS 1993, 719, 721.

(63) BGHSt. 39, 381, 389.

(64) BGHSt. 39, 381, 388.

(65) Horn, NJW 1981, 1, 4. 踏切番の事例を、BGH がここで判決した事案にはっきりと適用するのは、Rudolphi, NStZ 1994, 433, 435である。すなわち、公務員は、「結局（許可を得た者の代わりに）、構成要件に該当する環境危殆化的な廃棄物処理に対して答責的」とする。それ故（/）、環境危殆化的な廃棄物処理について答責的に決定した公務員も同様とされる。もちろん、廃棄物処理に対して答責的なのは市民ではなく、「結局」公務員であることの根拠を、Rudolphi は挙げてはいない。

を予定より早く上げ、踏切前で待っていた自動車運転手に走行を可能にさせ、ごう音を立ててやってきた列車との衝突によって、(未必の故意をもって)その運転助手を殺害したというものである。この事例は、関与者の心理に関してあまり明白に構成されていないだけ、そこから望まれた法的帰結、すなわち、踏切番あるいは公務員における間接正犯の特別形態を根拠づけることを導くことは困難である。というのは、踏切番も運転手も共に、運転助手の死を可能なものと認容して予見していた場合には、彼らは、黙示的な合意で行為し、それ故、共同正犯とされる。他方、運転手が列車との衝突の可能性を認識していない場合には、優越的な知識による踏切番の行為支配という比較的簡単な事案となる。なぜなら、彼は、運転手の誤認、つまり遮断機が高くなっている場合は、自分自身あるいは運転助手にとって危険は存しないという認識を利用しているからである⁽⁶⁶⁾。この二つのまったく「伝統的な」行為支配類型の他に、「制限の除去」ということによって、踏切番もまた環境行政の公務員も正犯となることはあり得ないのである。

もっとも、本件において、最後に考慮された、優越的な知識による行為支配という類型を考えることができるように思われる⁽⁶⁷⁾。なぜなら、まさに被告人は、X会社の所有者と異なり、廃棄することが環境法上許されないことを知っていたからである。しかし、問題は、この知識を認可受領者が欠いていることが、彼を被告人の「道具」にし、彼から、犯罪遂行についての自律的な決定を奪ったか否かである。326条の意味でのごみ廃棄の権限にとって重要なのは、認可の付与だけであり、その実質的な適法性ではないという事情は、以上の仮定に反する。このように考えると、被告人の所見が正しいか誤っていたか、被告人に認可の付与の権限があったか否かは、X会社にとって刑法上の区別はなく、その結果、これに関する誤認は重要ではなかったことになる⁽⁶⁸⁾。したがって、優越的な知識に基づく被告人の行為支配は、X会社にとって、たとえば、

(66) 批判的なのは、Papier, NJW 1988, 1113, 1114; Schall, JuS 1993, 719, 721; Tröndle, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 607, 614f. である。

(67) このような意味なのは、たとえば、Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 1995, S. 41f. さらに、Winkelbauer, NStZ 1986, 149, 151参照 (もちろん、間接正犯を錯誤支配で根拠づけるわけではなく、さらに、市民が悪意の場合にも認めている。というのは、市民は公務員によって、刑法上自己の行為に対する答責化を免れるからとされる)。

(68) このような意味なのは、Rudolphi, NStZ 1994, 433, 435; Wohlers, ZStW 108 (1996), S. 61, 71 である。

公共においてその態度を受容してもらおうという理由から、現行の環境法上の規定に従って行為することが本質的に重要であったことが仮定される場合にのみ肯定できる。そして、このような場合でさえ、なお次のような、付加的な規範的な仮定をしなければならないであろう。すなわち、自己の行為の適法性についてのこのような「刑法外的な」錯誤は、遂行された行為の「社会的意味」に影響を与え、事象に対する支配は、もはや直接行為者ではなく、錯誤を（意識的に）引き起こした者に帰属されうるとするのがこれである⁽⁶⁹⁾。このような解決を初めから排除しようとは思わないが、被告人の間接正犯の肯定は、きわめて困難な追加的要件に依存し、その存在は連邦裁判所の判決において何ら明示されていないことを確認するにとどめておくことにしたい。

もっとも、公務員の間接正犯を根拠づけるその他の方法は、明らかなものではない⁽⁷⁰⁾。しかし、被告人を、その態度がたしかに是認されるべきでないことから（その他に懲戒法上罰することができるが）、正犯として処罰しようとする者は、「規範的な行為支配」⁽⁷¹⁾という疑問のある構成に逃避しなければならない、それは結局、実りある解釈論の基礎のない、言葉上応急に覆い隠した裸の処罰要求を表すものに他ならない。

IV 結 語

間接正犯の法形態は、前述のように、その純粹かつ独立な適用範囲を持っている。それは、ある者が犯罪行為を自ら遂行せず、他人を構成要件の実現へと誘発し、この他人が、教唆犯の場合とは異なり、犯罪実現の有無およびその方法を自律的に決めることができないという場合である⁽⁷²⁾。このように抽象的

(69) 「具体的な行為意味」についての錯誤の（きわめて争いのある）取扱いについては、既に、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 212-225; derselbe, Festschrift für Lange, 1976, S. 173, 184-189に詳しい。批判的なのは、Jakobs, Allg. Teil, S. 648である。

(70) 公務員は、一般に、組織構造の経過を利用しないし、既に一般的に行為を決定している前面者を自己の目的のために使用しない。Wohlers, ZStW 108 (1996), S. 61, 73f. 参照。

(71) この点について批判的なのは、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 256-259; 同旨、Jakobs, Allg. Teil, S. 649f.; Roxin, in: LK, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 137-141; Samson, in: SK, §25Rdn. 109である。

(72) 間接正犯の構造メルクマールは、背後者が直接的に行動する前面者に対して

でなお不十分に既述された事例形態を、理念型的な指導的事例の作成を通して詳しく限界づけていくことが方法論的に最善である。このような指導的事例に属するものとして、以前から認められていた、直接行為者を事実関連のあるいは規範関連的に欺いたり、または強要したりすることによる事象の支配状況と並んで、強力に権威づけられ、かつ厳しく統制された階級制度内部での命令服従の構造を介した影響も挙げられる。間接正犯の成立にとって十分な支配のあるその他の形態は、現在のところ、明らかではない。理念型にあまり類似しているわけではない事例形態の場合に、構造上の理由から間接正犯の法形態を援用することは許されないし、まして、見かけの可罰性の間隙を埋めるという意図であればなおさらのことである。

(訳者あとがき)

本稿は、ケルン大学法学部のトーマス・ヴァイгент教授が、1996年6月27日に早稲田大学比較法研究所の主催で行った講演の原稿を邦訳したものである。原題は、*Neue Formen der mittelbaren Täterschaft im deutschen Recht?*である。

ヴァイгент教授は、1949年4月11日ドレスデンに生まれ、67年から72年にかけて、ハンブルク大学およびフライブルク大学において法律学を学び、72年73年にシカゴ大学に留学し、比較法の修士を取得した。その後、73年から86年まで、イエシエック教授の助手およびマックス・プランク外国・国際刑法研究所のアメリカ法担当研究員として研究を続けた後、86年にケルン大学正教授に就任した。

著作は数多いが、博士論文は、*Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Lagalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, 1978であり、教授資格論文は、*Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989である。その他、現在まで数多くの論稿があり、そのテーマは、刑法・刑事訴訟法・犯罪学・被害者学・比較刑法など広範囲に及ぶ。昨年、ドイツ刑法の代表的な教科書であるイエシエック教授の『刑法総論』の第5版がヴァイгент教授との共著として刊行された (*Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 5. Aufl., 1996*)。

本講演のテーマである間接正犯については、その正犯性をいかに根拠づけるかという困難な基本的問題がある。本講演においては、旧東独の国家的犯罪や環境犯罪といった近時のセンセーショナルな事件が、間接正犯論というきわめてドグマティックな論点に及ぼしている影響という興味深い問題が論じられており、間接正犯論の新展開を提示するものといえるであろう。

優越する地位を有し、それに基づき、前者は他人に統制された道具の役割にされるという事情である。明確にこのようにいうのは、Wohlers, *ZStW* 108 (1996), S. 61, 81である。