



Title	規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（2）
Author(s)	高，泉鼎
Citation	北大法学論集，72(3)，189-225
Issue Date	2021-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82830
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_3_06_Kao.pdf



規範的正犯概念と間接正犯に関する 日台比較法的考察（2）

高 泉 鼎

目 次

第一章 序論

第一節 研究の目的

第一項 問題の提起

第二項 本稿の課題

第二節 研究の方法

第一項 研究の範囲

第二項 規範論からの観察

第三項 比較法的な分析

第三節 本稿の位置付け及び展望

第二章 正犯論における実行行為概念

第一節 従来の実行行為概念とその問題の所在

第一項 実行行為概念の概観

第二項 実行行為概念の問題及びアプローチ（以上、72巻2号）

第二節 不法概念の変遷とその概要

第一項 主観的違法論と客観的違法論

第二項 人的不法論

第三項 結果無価値の体系的地位

第四項 行為無価値の再定位

第三節 実行行為概念への再考

第一項 刑法的評価の要素の一部としての行為

第二項 実行行為性の判断

第三項 共犯と実行行為概念

第四項 判例の検討

第四節	小括	
第三章	間接正犯の構造	
第一節	従来の議論の状況	
第一項	判例の状況	
第二項	学説の状況	(以上、本号)
第二節	自説の構成	
第三節	間接正犯の成立限界	
第四節	小括	
第四章	台湾法における正犯概念	
第五章	台湾法における間接正犯概念	
第六章	結論	

第二節 不法概念の変遷とその概要

第一項 主観的違法論と客観的違法論

かつては、主観的違法論と客観的違法論との対立が存在していた。主観的違法論の代表的論者アドルフ・メルケル (Adolf Merkel) は、法の否定として不法は「法の中に客観化せられている共同意思、或いはその中に表現せられている共同利益の侵害」及び「帰責可能性の要件 (Zurechenbarkeit)」を含んでいると主張する¹。前者については、法規の侵害は、それを定立しその貫徹を自己の權威に依って要求する共同意思の侵害を含んでいることは明らかであるが、ここで我々が何よりもさきに眼中においているところの国家の中に、且つ国家によって実現されている法について言えばその法の尊重の中に、同時に自己の權威の承認を求める。従って、その侵害の中に自己權威の蔑視を感じるのは国家意思である。これは国家によって鎮圧する一切の不法の特徴であり、一部の不法のみの特徴ではないため、このような不法が共同利益の侵害も含んでいる²。後者については、法は法的性質を持った命令・禁止の総体であり、不法は従ってそのような命令・禁止の侵害とみることができるが、

¹ 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）63頁。

² 佐伯・前掲注（1）63-64頁。

この命令は帰責能力のあるに者しか向けられていないため、自然現象や帰責能力のある者の意思に帰責できない人間活動による侵害は、ただそれが向けられている者、その者に対してそれが妥当しようと意欲している者の側においてのみ考えられるからである³。この見解は、命令説を貫徹し、法の本質を人間の意思に対する命令又は禁止であると解し、この命令又は禁止はこれを理解し、これに従って意思決定し得る者即ち責任能力者に対して意味しか持たないものであるので、不法判断の対象が有責行為に限られることになり、その後にもフェルネック (Alexander F.H. Ferneck) やグラーフ・ツ・ドーナ (Alexander Graf zu Dohna) などによって支持され、発展した⁴。

このような行為者意思に基づき責任能力を前提として構築される主観的違法概念に対して、客観的違法論は不法と責任との考察を分離すると主張する。リスト (Franz v. Liszt) は、自然主義・実証主義の因果関係論の立場から、犯罪行為の客観面と主観面とを経験的に区別し、その客観面を構成要件該当性・違法性に、主観面を責任に対応させることにより違法と責任を区別すると主張する⁵。そしてメツガー (Edmund Mezger) の見解によれば、法規範の第一作用は如何なる事実がかかる客観的法秩序と調和・合致し、如何なる事実がそれと矛盾するかという点で法的基準を示し、かかる法的評価の対象たりうるがためには、それがわれわれの法的な、従ってまた国家的な共同生活に関係のある事象であることを要するが、同時にまたそれを以って足りるので、それが責任能力者の行為であるかどうかを問わず、人間以外の動物の態度や自然現象が共同生活に関係がある以上、この評価を受けうるのであり、この立場からはいわゆる違法状態の存在も是認しなければならないとする⁶。よって、メツガーによれば、法規範は客観的評価規範としての側面及び

³ 佐伯・前掲注(1) 64頁。

⁴ 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、第5版、2011年) 139頁、団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第3版、1990年) 190頁。また、フェルネックやドーナなどの理論については、佐伯・前掲注(1) 72頁以下参照。

⁵ 山中敬一『刑法総論』(成文堂、第3版、2015年) 136頁。

⁶ 佐伯・前掲注(1) 30頁。

主観的決定規範としての側面を有し、人間の意思に対して命令・禁止するためには、まず何が許され、何が許されないかを評価しなければならないので、評価規範が決定規範に論理的に先行ことになる。そしてある事実関係において、この評価規範としての側面により法秩序との否定的な価値判断を受けることが「違法」とされる一方、行為者の責任においては、評価規範の違反を前提として決定規範の違反を判断する。即ち決定規範に反するのは責任能力者の行為に限るものとされるが、評価規範による判断にはそのような制限がないである⁷。換言すれば、客観的違法論によれば、法規範の期待に違反するのは行為者ではなく行為であり、不法概念の構築は評価規範の違反を前提とするため、決定規範の違反、即ち行為者に対する非難に関わらないとされることである。

ところで、メツガーの客観的・抽象的違法概念によれば、違法は評価規範としての法に対する違反であり、法的に是認せられた状態の変更或いは法的に否認された状態の招来であるが、一定の状態の法的に上否認せられた招来ではなく、犯罪が違法なのはそれが違法を発生させるからである、という違法の本質を推認しうる⁸。また、違法の判断は評価規範に違反する事態の発生の確認であるとし、人間の行為とは関連付けられないため、法にとって望ましくない客観的事態は因果関連性が存在すれば、違法ということになる⁹。そうすると、故意・過失などの主観的な心理要素は決定規範の違反の問題であり、それがただの客観的不法の状態に対する主観的な投射になるのである。しかし、人間の行為を離れた自然的な利益侵害状態の全てが違法とされる点から見ると、市民の「行為」の存在を完全に捨象した「違法評価」という概念だけにしかならないため、罪刑法定主義に支配される刑法領域において市民の側にとっては可視的な違法判断が不可能になる¹⁰。

⁷ 佐伯・前掲注（1）31頁、福田・前掲注（4）139頁、団藤・前掲注（4）190頁参照。

⁸ 佐伯・前掲注（1）87頁以下参照。

⁹ 井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）256頁。

¹⁰ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）38頁。

第二項 人的不法論

現在では、主観的違法論と客観的違法論の対立は姿が消え、その代わりに客観的違法論の内部での対立へと変容している¹¹。その論争は、客観的違法論の内部で客観的違法論を徹底するか、それとも主観的要素を例外的に或いは全面的に肯定するかという点にある¹²。そもそも、これは、目的的行为論の台頭により、「人」と「責任」との関係を重視し、違法評価を受ける対象が人の行為に限られるとし、そして人的不法論に帰結するという点に由来する。

目的的行为論の創始者ヴェルツェル (Hans Welzel) は、刑法的な行為が個人的意思即ち目的性に基づき、外部的な因果的事象に合致するという前提で、客観的な事態を統制する過程であると理解した上で¹³、「不法は、行為者から内容的にきりはなされた結果惹起 (法益侵害) につきるものでなく、行為は、一定の行為者のしわざ (Werk) としてのみ違法なのである。行為者がいかなる目標設定を目的活動的にその客観的行為にあたえたか、行為者がいかなる気持ちからその行為をなしたか、そのばあい、いかなる義務が行為者に存していたが、これらすべてが、生じるかも知れない法益侵害とともに、行為の不法を決定するのである。違法性とは、つねに、一定の行為者に関係づけられた行為の非認である。不法は、行為者関係的な『人的』行為不法である」と述べている¹⁴。また、目的的行为は、実現意思によって設定された結果に関してのみ存在するとしても、この実現意思によって設定された結果自体は、行為構造の全体において、まさに追求された目的又は適用された手段或いはただ単に実現意思にとりこまれた付随の結果にすぎないため、それは目的的行为の意味内容にとっては重要ではない¹⁵。そして、刑法の任務は、「基本的

¹¹ 山中・前掲注(5) 442頁。

¹² 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第4版、2018年) 250頁。

¹³ ハンス・ヴェルツェル (福田平＝大塚仁訳)『目的の犯罪論序説』(有斐閣、第3版、1979年) 1頁。

¹⁴ ハンス・ヴェルツェル (福田＝大塚訳)・前掲注(13) 42-43頁。

¹⁵ ハンス・ヴェルツェル (福田＝大塚訳)・前掲注(13) 5頁。

な社会倫理的心情（行為）価値の保護」であり、「基本的な社会倫理的な行為価値を保護することによる法益の保護」であるため¹⁶、不法の中核は「社会倫理秩序違反性」として捉えられ、目的的行为論からの帰結として行為無価値論が展開されたとする¹⁷。よって、目的的行为により社会倫理秩序違反を違反することを行為無価値と捉えるが、法益侵害の実現が刑法的期待に違反することを結果無価値と捉えるとしても、結果無価値は行為無価値においてのみ刑法上意味をもつのである¹⁸、結果無価値は不法の構造において中核的概念ではなく、ただの付随的な効果にとどまる。

この「違法＝社会倫理秩序違反」とする行為無価値及び「違法＝法益侵害・危険」とする結果無価値という対立構造が提唱された後、学説ではこれらの内容を前提に、およそ「結果無価値論」、「違法二元論」、「行為無価値一元論」が主張され¹⁹、不法概念をめぐる論争が激しく展開されている²⁰。

第三項 結果無価値の体系的地位

ヴェルツェルの目的的行为論と人的不法論の展開により、目的的行为が社会倫理秩序違反を違反することが行為無価値、法益侵害の発生が刑法の期待を違反することが結果無価値、という2つの概念で不法概念の

¹⁶ 板倉宏＝内藤謙「違法性における行為無価値と結果無価値」中勝義編『論争刑法』（世界思想社、1976年）21頁。

¹⁷ 川端博「刑事責任の総合的研究一序説一」明治大学社会科学研究所紀要49巻2号（2009年）313頁。

¹⁸ ハンス・ヴェルツェル（福田＝大塚訳）・前掲注（13）43頁。

¹⁹ 学説の概要については、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）2頁以下及び同・前掲注（9）86頁以下、山中・前掲注（5）443頁以下、高橋・前掲注（12）250頁以下など参照。

²⁰ 行為無価値と結果無価値の対立については、板倉＝内藤・前掲注（16）19頁以下と34頁以下、曾根威彦＝川端博「行為反価値性と行為反価値性」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅰ』（勁草書房、第2版、1983年）105頁以下、高橋則夫ほか著『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）313頁以下など参照。

実質的基礎を共同に構築することになる。前述したように、ヴェルツェルの見解によれば、結果無価値は行為無価値の内部においてのみ意義を持つものとして捉えられ²¹、法益侵害又は危険はただ「人的に違法な行為の部分要素」であり²²、法益侵害の重要性は不法の体系的地位において弱体化されたと言える。以下は、この論点を踏まえ、結果無価値の体系的地位についてさらに検討する。

第一款 行為無価値一元論の考え方

ヴェルツェルの弟子であるアルミン・カウフマン (Armin Kaufmann) の見解は、依然として目的的行為論を理論の前提にしたが、行為の存在論的構造を目的性に求めるというヴェルツェルの見解と異なり、規範論の見地から発展されるものであり、結論として不法は行為の志向反価値に尽き、結果無価値は単なる客観的処罰条件に過ぎない、という行為無価値一元論（一元的人的不法論）を主張する²³。

カウフマンは、立法者の規範定立に至る評価過程を三段階に分析し、規範の基礎を明らかにした。第一の評価段階は、既に「肯定的」・「積極的」に評価された「法的状態」(rechtlicher Zustand) すなわち「法益」(Rechtsgut) に関係する。ここでは、保護されるべき状態が先行して確認されたものである。そして、この存在すべきものとれる法的状態、肯定的・積極的な価値判断の総体を「社会的秩序」(soziale Ordnung) と称する。第二の評価段階は、「事象評価」(Wertungen des Geschehens) である。ここでは第一段階で肯定的・積極的に評価された状態が、当該の事象によって維持ないし創出されるか、或いは侵害されるかにより、肯定的・積極的にも否定的・消極的に評価されうる。即ち「法益侵害事象」(否定的・消極的価値判断) 或いは「法益維持事象」(肯定的・積極的価値判断) が問題とされる。第三の評価段階では、「人間の生み出したもの」(Menschenwerk) が問題とされる。その因果的事象が、人間の志向性

²¹ 板倉＝内藤・前掲注 (16) 19頁。

²² 板倉＝内藤・前掲注 (16) 20頁。

²³ 曾根＝川端・前掲注 (20) 110頁。

に依拠する「目的論的な設定関係」にあるかが問われるものである。即ち立法者は、「事態無価値」(Sachverhaltsunwert)を回避し、「事態価値」を実現するため、換言すれば、「法益保護」を目的として、法益侵害を志向する(否定的な)行為を「禁止」(Nicht-tun-Sollen)し、法益維持を志向する(肯定的な)行為を「命令」(Tun-Sollen)することになるのである。またカウフマンは、全ての価値判断は「当為」のモメントを含むとするが、この段階の当為は「あるべしという当為」であり、未だ「すべしという当為」ではないので、当為が全ての義務であるというものではなく、「すべしという当為」はその主体に可能である価値実現にのみ関係というものである²⁴。そしてカウフマンはこの考察から、①すべての規範に一定の価値判断が先行することであり、②この価値判断とその規範とは同一の対象を有することであり、③規範は行為についての価値判断に基づいて形成されることである、という3つの命題を引き出そうとした²⁵。

このように、行為無価値一元論によれば、立法者は「法益保護」の目的に基づき、法益侵害を志向する行為を禁止し、法益保持を志向する行為を命令することになり、法益侵害は規制対象ではなく、法益侵害を志向する人間の行為のみが規範の対象と扱われるため、結果無価値は不法の構造から排除され、客観的処罰条件である、という帰結となる²⁶。すなわち、結果は不法の構造においてその独自の地位を失うことになった。例えば、「殺人行為」を特徴づけるのは、現実の「殺人結果」ではなく、「殺人目的」であるということである²⁷。しかし、この見解は、刑法が何のために命令・禁止規範を設けているかを説明しようとせず、法益保護を刑

²⁴ 以上のカウフマンの見解は、増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢49巻5号(1977年)140-141頁、曾根＝川端・前掲注(20)110-111頁、山中敬一『犯罪論の機能と構造』(成文堂、2010年)92-93頁を参照して集約したものである。

²⁵ 増田・前掲注(24)142頁。

²⁶ 曾根＝川端・前掲注(20)110頁。

²⁷ 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学2005年6号(2005年)297頁。

法の任務とする出発点から逸脱したものと批判された²⁸。

第二款 行為規範・制裁規範の考え方

一、行為規範と制裁規範の対置

ビンディングの規範論では、「規範」と「刑罰法規」が分離されていることをその理論的基礎とする²⁹。ビンディングは、「所謂犯罪は法規の違反である (Das Verbrechen ist Bruch des Gesetzes) なる語は、犯罪的所為を法律の条文 (Rechtsvorschrift) に対立せしむるものであり、[一応] 正確であり且つ適当である。即ちこれに依れば、法規の内容が、これを侵犯する犯行 (Misstat) の内容に対して標準となるのである。而して、その結果は、刑法学は一若しそれが犯罪を、それが犯すことの出来ない法規に対立せしむる限り、一犯罪の内容を誤認し且つ法規の内容を偽造するといふ二重の危険に陥らなければならぬことになる。この事は、犯罪を刑罰法規の違反として考察する限り、刑法学の病弊であった。刑罰法規は、概念上、先づ、違法な所為 (rechtswidrige Tat) を追躡する、換言すれば、刑罰法規の目指すものは、結果であって、其の内容を確定することではない。世の如何なる犯罪も、刑罰法規一之に従って犯罪が処断せられる—は侵犯しないのである、換言すれば、各犯罪は、刑罰法規とは根本的に異なり、近時、『規範』(Norm) と名付けられている一種の法規 (ein Rechtssatz) に違反するものである。」と述べた³⁰。すなわち、全ての犯罪は、刑法により刑を科せられる前に、既に刑法の前提とされている「規範」の命令・禁止に違反した義務侵害により刑罰に値すると見なされ、その「反規範性」すなわち「違反性」に対し、刑法が一定の違法効果すなわち刑を科すべき旨を規定しているにすぎないものであ

²⁸ 山中・前掲注(5) 446頁。

²⁹ Karl Binding (齊藤金作訳) 『「ビンディング」刑法論』早稲田法學別冊 7 卷 (1936年) 3 頁。

³⁰ Karl Binding (齊藤訳)・前掲注(29) 201-202頁。

る³¹。

この「規範」と「刑罰法規」を区別し、「規範」の存在を「刑罰法規」の前提とするというビンディングの見解は、行為規範と制裁規範の区別に一致し³²、行為規範と制裁規範の対置が根拠付けられたと思われる³³。

二、行為規範論における結果無価値の地位

このような行為規範と制裁規範の対置という形式が示している二元的規範論³⁴において、論者は、法益保護という規範の目的から行為無価値と結果無価値との関係を再考した³⁵。本稿も、この論点を踏まえ、行為

³¹ 竹田直平『法規範とその違反』（有斐閣、1961年）75頁。

³² 山中・前掲注（24）83頁。

³³ 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）1頁。

³⁴ 高橋・前掲注（12）1頁。また同書2頁注4は、二元的規範論はドイツの通説であると称する。

³⁵ この点については、中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第3版補訂版、1997年）28-29頁は、実質的な違法性の有無を判断するためには、行為規範の具体的内容を明らかにしなければならないが、その具体的内容を的確に把握することが必ずしも容易ではないので、そこで、法益保護という角度から、行為規範の目的は何らかの法益を保護するか増進するためのものと理解し、法益を保護する行為規範に違反する行為は性質上常に法益侵害性を有しており、刑罰の対象となるが、もしまたそのような行為を行為規範が禁止していないとすれば、その理由は、法益を基準として違法性を判断することにより、法益を保護する必要がないため、或いは他の法益の保護・増進との比較考量の結果である、すなわち法益衡量説と主張する。また、同書32頁注2は、「いわゆる行為無価値の側からは、行為の態様・行為者の心理状態など法益と関係のない事実も違法判断の一つの要素であり、それが行為無価値を形成するといわれるが、これらの要素も、法益という概念を本文のようにやや広く解すれば、結果は法益侵害性すなわち結果無価値の要素に還元して考えることができるはずである。また、そうでなく、法益と全く無関係な違法要素を認め、行為規範は法益保護以外の目的のためにも存在するというのであれば、それは違法性の範囲を不当に広げるものだというべきであろう」として、まさに行為無価値は基本的に結果無価値の側面から基礎づけられなければならないと言える。なお、台湾の学者も結

規範における結果無価値の地位を考察する。

まず行為規範は、法益保護のために市民の行動に指針を与え、一定の行為の評価を基礎とする禁止・命令によって行為を規制するものであり、且つこの規制機能により、事前に犯罪を予防する機能を果たすという意味で、これは行動を規制する規範でありつつも、意思決定を導く規範である。しかしその前に、その規範に従っている限り、原則として正しい行動を採るものであると評価する機能を有しているため、正当な行為を行うよう意思決定させる機能も持っている。よって、行為規範は、評価規範に沿った行為に導く機能として、意思決定規範の機能を果たす³⁶。また、行為規範には、行為の動機が規範に従い得たかどうかは重要でなく、規範が禁止する行為をした者は全て規範違反であるから、個人の意思決定可能性がその前提とならず、ただ正当な行為か否かについて「評価」を下す³⁷。これに対して、制裁規範は、行為規範違反の際、即ちその犯罪予防機能が機能しなかった際に発動するもので、失われた行為規範の妥当性を事後的に回復し、規範に対する将来における信頼喪失を回復するとし³⁸、行為が一定の要件を充たした時に法律効果として一定の制

果と行為無価値との関係を明確に論及している。例えば、蔡聖偉「評2005年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分」政大法學評論91期（2006年）366-369頁、許恒達『『行為非價』與『結果非價』—論刑事不法概念的實質內涵』政大法學評論114期（2010年）243-246頁、蔡孟兼「論行為規範及制裁規範與犯罪評價之論理關係（上）」軍法專刊61卷1期（2015年）165-175頁など。

³⁶ 山中・前掲注（24）55-56頁。

³⁷ 山中・前掲注（24）56頁。

³⁸ 制裁規範に対する理解については、山中・前掲注（24）59頁は、制裁規範の発動は行為規範違反を前提として理解する。これに対して、高橋・前掲注（12）10頁は「名宛人は誰か」という問題から観察し、刑罰法規は、裁判規範であることを前提として行為規範を明示すると共に、その行為規範に違反した場合には刑罰を科すという制裁規範を明示することであり、制裁規範と行為規範違反との間に一定の結びがつけられると理解する。また、両教授は共に、行為規範と制裁規範の対置を犯罪論の基礎に置くという二元的規範論を主張するが、それぞれの基本的理解が異なる。一方、井田・前掲注（9）89頁は、制裁規範それ自体は形式的で無内容なものであり、そこから違法性の実質について何らか帰結が導かれるものではないことを指摘する。

裁が科せられることを定めるものである³⁹。そのため、行為規範は、法益保護の観点から行為に働きかけて犯罪を予防するという事前的予防機能により根拠づけられ、制裁規範は、制裁の賦課が行為規範に違反する行為への反応として適正又は合目的であるかどうかという事後的処理機能により根拠づけられる⁴⁰。したがって、法益保護という規範の目的を達成するために、法は、許されない法益侵害結果の発生の一定の可能性のある行為態様を事前に規定し、且つ刑罰の社会的反応およびその必要性を考え、規範違反者を処罰することにより、事後にその犯罪のもたらした効果を減じ、社会の動揺を抑え、法秩序への信頼を回復し、さらに犯罪予防の効果を補強しうることになる⁴¹。

行為規範違反の内容については、ドイツの学説において、概ね侵害惹起説（客観的規範概念）と規範違反行為説（主観的規範概念）に分かれている。侵害惹起説の主張者キントホイザー（Urs Kindhäuser）とフォーゲル（Joachim Vogel）の見解によれば、各則の構成要件に該当する行為は規範違反行為であり、また規範違反とは、法律の文言と体系に相応して行為者の行為のうちの客観的要素と目的といった特別な主観的規範要素を基礎として事後的に認定されるものであり、故意・過失のような他の主観的規範要素と責任要素がその認定の基礎から排除される⁴²。そこで、例えば、殺人罪のような結果犯において「死の結果を惹起するな」ということが規範の内容とされる⁴³。また、客観的帰属の問題が行為規範の問題とされるが、故意・過失・錯誤などが帰属ルールに属するとされる⁴⁴。この帰属ルールは法律上の規定がある場合に適用され、このよ

³⁹ 山中・前掲注（5）19頁。

⁴⁰ 山中・前掲注（24）59頁、同・前掲注（5）19頁。なお、高橋・前掲注（12）11-15頁は、行為規範と制裁規範の概念に対する基本的理解が山中説と異なるが、それらの正当化根拠を同様に理解し、さらに「法的平和の回復」が被害者の修復、加害者の修復、コミュニティの修復を規範的レベルで把握する可能であることを主張する。

⁴¹ 山中・前掲注（5）19頁。

⁴² 山中・前掲注（24）96頁。

⁴³ 山中・前掲注（24）97頁。

⁴⁴ 山中・前掲注（24）97頁。

うな法律上の規定は刑法総則の帰属ルールと関係する制裁規範と見られるが、法益保護は制裁規範の根拠及びそれと関係する帰属ルールの根拠であるとは見なされないため、法益保護は行為規範の直接的根拠であり、これに対して、刑法上の制裁はまさに法益保護の失敗、即ち法益侵害を前提とし、帰属の目的ないし根拠は、人の行為に対してその責任を問うというのである⁴⁵。そして、行為規範違反のみでは制裁を課することに十分ではなく、刑法上の制裁規範は、規範違反行為が行為者に規範侵害として帰属されうる必要があることになる⁴⁶。

これに対して、規範違反行為説の主張者フリッシュ (Wolfgang Frisch) とフロイント (Georg Freund) の見解によれば、行為規範の中核は法益侵害ではなく、「構成要件行為」即ち「客観的に否認された危険の創出」にあることを捉える。それは事前判断によって決定されるものであり、結果発生や客観的帰属は「制裁規範の制裁構想に付加的な要件」にすぎない。行為規範は、未だ存在しない結果を取り込んで構成されるべきでないことである⁴⁷。すなわち結果発生や客観的帰属は行為規範の内容ではなく、ただの制裁規範の前提にすぎないと解される⁴⁸。よって、構成要件該当性は行為規範違反である「構成要件該当行為」と制裁規範の要件を充たす「構成要件該当結果」とに分解され、客観的帰属は後者に属すると説明される⁴⁹。

侵害惹起説に対する批判は、具体的な状況において、禁止された行為と禁止されない行為を選択し決断する時の基準とはならず、また、結果が発生した時には事前的にみて禁止されない行為も規範違反であると扱われる点で広すぎ、さらに結果が発生しなかった時には事前的にみて禁止された行為でも規範違反ではないと扱われる点で狭すぎるなどがあげ

⁴⁵ 山中・前掲注 (24) 97頁。

⁴⁶ 山中・前掲注 (24) 102頁。

⁴⁷ 山中・前掲注 (24) 98頁。また山中は、規範違反行為説は最近ドイツの通説であることを称する。

⁴⁸ 山中敬一「刑法学は何処へ向かうのか—これからのドイツ刑法と日本刑法—」北九州市立大学法政論集44巻1・2合併号 (2016年) 102頁。

⁴⁹ 山中・前掲注 (24) 102頁。

られている⁵⁰。これに対して侵害惹起説からの反論は、結果惹起の禁止ないし結果回避命令も行政指導的に作用するとし、行為がどのようにあるべきか、即ち構成要件の結果に対して原因となつてはならないということは、事前に確定されることであるが、その具体的な行為が結果を惹起するか、それが侵害にとって重要かどうかについて判断が開放的であり、まったく具体的な状況と行為者の知見と能力に依存するとする⁵¹。

第四項 行為無価値の再定位

主観的規範概念の「行為規範違反＝行為無価値」及び「法益侵害結果の発生＝制裁に付加的な要件」という観点から強調すれば、結果無価値は不法の構造において優位的な要素ではなく、法益侵害結果は刑罰と刑事政策の必要性に応じて制裁を科する単なる前提のみとされるため、不法の中核は、行為規範に対する市民の信頼及びその効力を維持することにあると思われる。しかし、刑法は、法益保護を目的として制定されたものであり、刑法の内容から由来する行為規範とは、法益侵害発生を防止するため、一定の行為を禁止・命令するという類型化された行為態様であり、このような行為を禁止し又は命令する理由は、行為後の因果経過において法益侵害が作用することにあり、一定の行為が法益侵害の発生に導かれる時に限り、刑法がこのような行為を禁止・命令すると考えることが正当であると思われ、もし後続の因果経過の発展において法益侵害発生の可能性を考えずに、単に規範違反行為により行為規範の規制の内容を構築するとすれば、刑法を法益保護という目的から引き離すことになる。故に、行為規範としての刑法は市民の行動を導くのみならず、法益侵害や侵害の危険の発生を防止するものであり、行為規範違反は、その行為規範が保護しようとする結果発生のあった時に侵害され、規範違反が認められると解すべきである⁵²。また、一般予防という刑事政策の観点に基づき、行為規範は、行為がもたらした法益侵害の危険の発生

⁵⁰ 山中・前掲注（24）98頁。

⁵¹ 山中・前掲注（24）98頁。

⁵² 山中・前掲注（48）102頁。

及び社会許容性の欠如に対して有効に防止しうるものと思われるが、現実的な法益侵害の確率により行為の適法性を観察することをせずに、行為が行為規範に合致するかどうか、主観的に他人を侵害する意思を有しているかどうかだけが重視されると、不法の判断は法益侵害の実現から行為規範への符合の有無へと移行し、可罰性の根拠も法益侵害の現実的な発生から行為者の主観的な悪性又は客観的な規範への不服従となる⁵³。これは、法益保護機能を持っている刑法に対して、その規制機能の側面を過度に強調し、刑法が単なる行為を統制する規範とされることになる。また、刑法の介入時期が早期化しすぎ、刑法の謙抑性・補充性には合致することができないとも考えられる。

このような考え方によれば、刑法は、法益保護機能に基づき、行為規範としては、事前的に特定の行為態様を法定化し、名宛人である一般市民を規制することにより、法益侵害結果の発生を回避し、制裁規範としては、事後的に行為規範違反行為に刑罰を科し、法秩序又は規範的な効力を回復することにより、法益侵害結果の再発生を回避するため、一般市民としては刑法の示す規範が予見可能又は遵守可能であり、且つ刑法によって自由・人権を保障するものとなる。よって、法益保護以外の目的のために存在する行為規範と制裁規範は刑罰の範囲を不当に広げ、その妥当性をも欠くので、法益保護こそは行為規範と制裁規範の共通の根拠ないし目的である。そうすると、行為規範の妥当性は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられるべきであり、結果無価値は刑事政策又は制裁規範における問題のみならず、刑事不法の構築にあたって結果無価値と行為無価値という両方面の観点から検討すべきであると思われる。また、もしこの規制機能を有する刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から乖離すれば、一般市民が事前的にそれを予見・遵守するのは期待し難いことであり、さらに事後的にこのような予見・遵守し難い行為規範に違反する行為に刑罰を科せば、刑罰の範囲が不当に拡張され、最終的に刑法規範に対する市民の信頼を失い、処罰しても法秩序又は規範的な効力の回復ができず、法益侵害結果の再発生の回避という目的も達成できないことになるので、これが罪刑法定主義の要請及び個人の権利

⁵³ 許恒達・前掲注(35) 251頁は同旨。

の保障に応じられるとは言えない。そして、不法の評価の対象は、自己が統制できる身体行動のみではなく、客観的に予期できる範囲内における行為者自身によってもたらした外在世界の変動も含まれる。よって、具体的な行為が結果惹起又は侵害の重要性の有無によって規範違反を判断するという客観的規範概念は、原則として妥当であると思われる。このような規範論的観点における刑事不法の構築は、「行為規範違反＝行為無価値」を認めるとしても、「法益侵害発生＝結果無価値」をその中核とし、規範違反性による行為無価値が法益侵害性による結果無価値に補強されると考えられる⁵⁴。

第三節 実行行為概念への再考

第一項 刑法的評価の要素の一部としての行為

犯罪の成立と科刑のためは、行為が存在しなければならないが、行為が存在するとしてもその行為だけを処罰の対象とすべきであるので、犯罪は行為に限定される⁵⁵。そのため、実行行為性の判断に入る前に、必

⁵⁴ 高橋・前掲注(33) 51-52頁は、刑法の任務は法益保護であるため、刑罰によって回復すべき規範とは抽象的な規範をいうものではなく、具体的な規範、即ち一般人や被害者を含めたものであり、そういう意味での「法的平和の回復」が刑罰さらにはより広い意味で制裁によって実現されるのであり、このような制裁規範の発動条件として、侵害犯には法益侵害の発生、未遂犯には具体的危険の発生が要求されるべきになるので、行為規範と制裁規範は規範論的に統合されることができ、違法性は行為無価値と結果無価値の総合から構成されることになる」と主張する。これに対して、山中・前掲注(5) 448頁は、制裁規範の作動の前提条件としての犯罪論における不法の構成要素である行為無価値の概念は放逐されるのが良いと考えても、厳密な意味における結果無価値の概念のみでは、可罰性を全て説明できないため、可罰性の不法は、結果無価値からのみならず、「危険」の存在からも根拠付けられなければならないので、このような「危険無価値」の概念に独立した意義をもたせるべきである、結果発生に対する現実的で客観的な危険性のみが「危険無価値」の判断基準であり、不法があくまでも評価規範違反であると主張する。

⁵⁵ 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）106頁。

ず行為概念を解明しなければならないと思われる。

従来の行為概念の論争について、①自然主義の見地から観察して意思に基づく身体の動静を行為と定義する因果的行為論⁵⁶、②目的的意思によって統制・支配可能な範囲内の人の態度としての人間行動と定義する目的的行為論⁵⁷、③行為は社会的に意味のある有為的な人間の身体の動静と定義する社会的行為論⁵⁸、④人格の主体的現実化と定義する人格行為論⁵⁹、という4つの見解が大別される。

この問題について、行為概念を機能的に考えると、刑法上考察の対象となるのは構成要件該当、違法且つ有責な行為であるので、行為は全ての犯罪成立要素を結びつく基底的な概念になり、基本的要素としての機能を持ちつつ、刑法的評価の対象となりうるものの外枠を描き、ある範囲の人間活動を刑法的評価から外し、限界要素としての機能を持つということである⁶⁰。また、犯罪論の構成を考えると、できるだけ客観的・事実的な要素から出発し、次第に価値的・主観的な要素に立ち入るため、行為の判断が構成要件該当性の判断に入る前に、できるだけ没価値的に行われるのは妥当である⁶¹。そして、刑法の評価対象としての行為は、行為者の主観面の意思と結びつき、反射運動など意思によらない行動は刑法評価の対象とするべきではない。よって、実行行為概念は価値的な判断要素とし、ある行為がある犯罪の実行行為に該当するかどうかについて、出発点として、できるだけ社会的な価値判断が除外されるべきである。また全ての犯罪は意思の内容を有するものではなく、認識なき過失による犯罪も存在している。これらの共通の要素は「意思に基づく身体の動静」であるので、因果的行為論が妥当であると思われる。

⁵⁶ 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）42頁以下参照。また、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）90頁は、これを「有意的行為論」と呼ぶ。これに対し、平野・前掲注（55）113頁は、行為を「単に身体の動静」とする「自然的行為論」を主張する。

⁵⁷ 井田・前掲注（19）27頁、福田・前掲注（4）59頁以下参照。

⁵⁸ 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、4訂版、1981年）145頁。

⁵⁹ 団藤・前掲注（4）104頁以下参照。

⁶⁰ 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第5版、2019年）82頁。

⁶¹ 平野・前掲注（55）113頁。

犯罪論体系における「行為」の地位については、構成要件該当性の判断に先立つ独立の犯罪成立要件であるか⁶²、或いは構成要件該当性の一要素であることか⁶³、という見解の対立があったが、本稿では、行為を構成要件該当性の判断に先ずる要素として捉え、事実関係においての人間行動は因果的行為論を通じて、刑法的な評価対象を特定するものである。すなわち刑法上の行為とは問責対象の選択を行う概念である。

第二項 実行行為性の判断

上述のように、因果的行為論を通じて選別された刑法上行為が、実行行為に該当するかどうかについては、さらなる検討すべき問題であると考えられる。すなわち、「正犯＝実行行為＝構成要件該当行為＝危険性のある行為」という形式に簡単に帰結すれば、実行行為概念を維持すべきという前提において、実行行為は実質的な危険を有する構成要件該当行為であると定義しても、その「危険」の内容については特定しなければならない。本稿は、刑事不法は、結果無価値のみならず、行為無価値の観点も考慮するという複眼的立場から規範論的に検討していきたい。

まず、構成要件該当性の判断対象としての実行行為は、各罪の構成要件の示している行為態様に限定されており、すなわち構成要件の定型的な制限を受けている。ここで、構成要件は法益保護のために、行為規範として一般市民の行動に指針を与え得るので、その定型性は、文言解釈を重視し、保護法益の種類とその侵害態様及び常識・社会心理的基礎とする社会通念に基づいて解釈し⁶⁴、一般市民がそれを予見又は遵守し得るものではないなければならない。例えば、殺人罪の構成要件の行為を「他人の生命を奪える如何なる方法」と理解することができる⁶⁵。次に、各々

⁶² 曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第4版、2008年）47頁、内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983年）144頁以下、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）67頁以下、野村稔『刑法総論』（成文堂、補訂版、1998年）82頁以下など参照。

⁶³ 木村竜二『刑法総論』（有斐閣、1959年）125頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第4版、2008年）111頁、福田・前掲注（4）55頁以下など参照。

⁶⁴ 団藤・前掲注（4）121-131頁、171頁参照。

⁶⁵ もちろん、各罪の用語が同じであっても、保護法益及び法益主体の属性や

の構成要件は、法益侵害結果の発生を防止するために法定化されたものであり、且つ法の予想する法益侵害の危険を有しているが、その予想する法益侵害の危険性が、経験則上及び個別の事実関係において、法定化された行為態様によって現実化をしなければならないので、実行行為は、社会の一般人の観点から法益侵害結果の発生を現実化し得る事実的危険性を有している。さらに、このような定型化された行為は、既遂結果が発生した場合に、どこかに何らかの原因が生じていたのであり、その程度の大小の差はともかく、自然的・事実的危険はどこかに存在したことになる。どの段階でどの行為に実行行為性を認めるのかは事実的危険判断だけではなし得ないし、また結果に対する因果性を肯定する以上、常に実行行為性を肯定することになるので、実行行為はそれ自体がもつ事前判断による事実的危険性によっては確定できずに、規範的な評価を基礎に行うことが必要である⁶⁶。そのため、私見によれば、実行行為は事前判断による事実的危険性を持っているだけではなく、法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っていると理解した上で、このような規範的危険性は、規範の予想する法益侵害発生危険性において、行為者自身の行為による外界の変動が客観的に予測できる範囲内に限られる。そして、ここでの「客観的に予測できる範囲内」の判断は、構成要件該当性における厳格な因果関係の判断ではなく、構成要件の行為とそのもたらした事実的危険性との間に、一定の程度の蓋然性が存在しているかどうかに対して事後的に確認することと考えられる。

したがって、実行行為性の判断の枠組みは、事前的な観点により、①構成要件行為の定型性と、②事実的危険性を有することと、③事後判断

状態などが異なるため、構成要件の行為及び定型性が区別されている。また、内山良雄「法益主体（行為客体）側の事情による実行行為の相対化—手段としての暴行・脅迫を中心に—」川端博古稀『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂、2014年）166頁以下は、「当該法益を侵害するのに適した態様の行為を類型化して実行行為を定義しようとする」という「法益侵害適性」の観点から、「犯罪ごと」及び「一個同一の犯罪類型の内部」において実行行為性が相対化しようとして、この点も指摘する。

⁶⁶ 石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻2号（2006年）247頁以下参照。

により規範的危険性を確認すること、という3つの要素を組み合わせることである。このように実行行為は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」と理解できるので、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」に帰結し得る。

第三項 共犯と実行行為概念

現在の通説である因果的共犯論によれば、正犯の行為を介して法益侵害を惹起したことが共犯の処罰根拠とされ、正犯と共犯の差異は法益侵害惹起の態様の差にあるため⁶⁷、共犯が成立するかどうかは正犯の行為と連動している。しかし、正犯と共犯との関係をこの視点から分析した場合、直接的に法益侵害を惹起する正犯は、「直接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」がその実行行為とされ、これに対して、間接的に法益侵害を惹起する共犯は、その「間接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」が同じ実行行為性有すると推論しうるか、すなわち共犯行為にもそれが実行行為であると言えるか、という問題がある。そこで、ここで言う、「間接的」、「定型」、「危険」の内容を分析していきたい。

まず法益侵害惹起の態様の視点から観察すれば、正犯行為でも共犯行為でも、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という同じ基準が通用し、しかし、それぞれの行為態様は実際において異なるものとして示されている。すなわち、現実においてどのように法益侵害を惹起することが、その差異となっているかを検討しなければならない。正犯は、各々の構成要件の示している行為態様によって法益侵害を惹起するものであり、共犯は、正犯に働きかける又は助力を与えることによって法益侵害を惹起するものであるため、教唆・幫助を基本構成要件についての実行行為と見なすことにはならない⁶⁸。次に、責任追及という視点から見れば、直接的な法益侵害の惹起としての正犯は非従属的な「一次的責任」が問われるものであり、正犯を通じて間接的に法益侵害を惹

⁶⁷ 山口・前掲注(56)310頁。

⁶⁸ 同じ見解として、団藤・前掲注(4)379頁以下参照。

起するとしての共犯は派生的・従属的な「二次的責任」が問われるものであるため⁶⁹、制限従属形式において、共犯の成立にとって、正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備えていることが必要である。よって、「直接的」と「間接的」の意味は、実際の行為態様の差異を指し、これも構成要件が示している「定型」によって見分けることができる。そして、共犯が有する危険の内容は、「結果としての危険」と「行為としての危険」に分かれている。前者は、共犯処罰の時期に関する実行従属性の問題である⁷⁰。すなわち共犯の既遂は正犯による結果発生時となり、共犯の未遂は正犯による具体的危険の存在した時に成立するということから実行従属性が根拠づけられることになり、この具体的危険の存在する前には抽象的危険しかない⁷¹。後者は、共犯処罰の軽重に関する正犯・共犯の区別の問題である⁷²。すなわち基本構成要件か修正された構成要件かによって、処罰対象は法益侵害に対する危険な行為であることは変わらないので、正犯行為・共犯行為の実質は法益侵害に対する危険にあり、その危険性の量と程度の差により、重く処罰されるのが正犯、軽く処罰されるのが共犯と区別されることになる⁷³。よって、共犯の「結果としての危険」は共犯の可罰性の外部的限界をづける機能を有し、共犯の「行為としての危険」は共犯の可罰性の内部的限界づけの機能を有するということになる⁷⁴。

したがって、正犯と共犯には、「直接的」又は「間接的」という犯罪定型の差、及び危険の質と量の差が存在しているので、共犯行為は本稿のいう実行行為とはならない。

⁶⁹ 山口・前掲注(56) 307頁。

⁷⁰ 大越義久『共犯論再考』(成文堂、1989年) 192頁。

⁷¹ 高橋則夫「共犯における危険概念」刑法雑誌33巻2号(1993年) 238頁。

⁷² 大越・前掲注(70) 192頁。

⁷³ 大越・前掲注(70) 193頁。

⁷⁴ 高橋・前掲注(71) 244頁。

第四項 判例の検討

本稿の研究重点は、正犯の一種である間接正犯がどのような視座から理解すべきかに置く。結論から言えば、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」を前提に、間接正犯の正犯性は実行行為性によって判断すると考えられる。個別の事実関係において、行為者の複数の行為が法益侵害の発生につながる、どの行為が間接正犯の実行行為とされるかを検討するのが本稿の主な課題である。そのため、以下は、一連の行為に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款 大判大正12年4月30日刑集32巻387頁（砂吸引事件）

本件の事実の概要は、被告人甲は、殺意をもって被害者Xの首を絞めた後、死体遺棄の意思に基づきXを海岸に放置したが、実際にはXが生きており、首絞めと遺棄された後の砂吸引により死亡したというものである。

大審院は、「被告甲ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ノ後被告甲カXヲ既ニ死セルモノト思惟シテ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニシテ此ノ行爲ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照シ被告甲ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲トXノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正當トスヘク被告甲ノ誤認ニ因リ死體遺棄ノ目的ニ出テタル行爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非サルヲ以テ被告甲ノ行爲ハ刑法第百九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、Xの首を絞めた第一行為は、事前判断により、首絞め行為が殺人行為の定型を有し、また経験則により首絞め行為がXの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断

により、首絞め行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の第二行為の介入事情が存在していたことを合わせて考えれば、第一行為と後続の第二行為による死亡結果との間で一定の程度の蓋然性が存在しており、殺人罪の予想する法益侵害発生の危険性において、両行為とXの死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、第一行為が本件の殺人の実行行為であると解される。

第二款 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁(クロロホルム事件)

本件の事実の概要は、被告人Aが、被告人B、C、Dらと共に謀し、Aの夫である被害者Eに対しクロロホルムをかがせて意識を失わせ（第一行為）、車ごと海中に転落させて殺害しようとした（第二行為）が、Eはクロロホルムを吸引させた時に既に死亡したというものである。

最高裁は、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてEを失神させた上、その失神状態を利用して、Eを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯3名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてEを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第二行為の前の時点でEが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、事前判断により、クロロホルムをEに吸引させた第一行為と車を転落させた第二行為は時間的場所的近接性があり、第一行為が第二行為を確実且つ容易に行うために必要不可欠なもの

であるため、ここで両行為を合わせて考えると、第一行為は第二行為の前提とし、既に殺人行為の定型を有し、また経験則によりEの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有した上、事後判断により、第一行為が確実に死亡結果を惹起したので、第一行為が本件の実行行為であると解される。

第三款 東京高判平成13年2月20日判時1756号162頁（ベランダ転落死事件）

本件の事実の概要は、被告人Aは、妻Bを包丁で数回突き刺した後、ベランダの手すり伝いに隣室に逃げ込もうとした同人を連れ戻そうとして掴みかかり、Bをベランダから転落させて死亡させたというものである。

東京高裁は、「被告人Aの犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえない難いが、本件においては、被告人Aとしては、被害者Bを掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人Aから逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人Aには具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者Bを掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。更に、被告人Aの被害者Bを掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。以上によれば、被告人Aが殺人既遂の罪責を負うのは当然である」（下線部は著者によ

る)と判示した。

本件では、私見によれば、最初の刺突行為は、事前判断により殺人行為の定型を有し、また経験則によりBの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断により、刺突行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の出血死させる行為、ガス中毒死させる行為、ベランダから転落死させる行為という一連の行為が、最初の刺突行為のもたらした事実的危険性を「補強」したものと考えられる上、殺人罪の予定する法益侵害発生の危険性において、刺突行為と死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、刺突行為が本件の実行行為であると解される。

第四款 最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁(被害者利用殺人事件)

本件の事実の概要は、被告人Aは、自動車の転落事故を装い被害者Bを自殺させて保険金を取得する目的で、犯行の前日と当日において、極度に畏怖して服従していたBに対し、暴行・脅迫を交えつつ、岸壁上から車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、BがAの命令に応じて自殺以外を選択することができない精神状態に陥らせていたが、犯行当日にBが命令に応じて自殺する気持ちがなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れたというものである。

最高裁は、「被告人Aは、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人Aを極度に畏怖して服従していた被害者Bに対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人Aの命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる。被告人Aは、以上のような精神状態に陥っていた被害者Bに対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者Bに命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人

罪の実行行為に当たるといふべきである」(下線部は著者による)と示した。

本件では、犯行の前日と当日において、A がそれぞれに B に命令して自殺させた計 2 回の行為のうち、犯行当日の行為のみが殺人罪の実行行為と認められると思われる。というのは、犯行前日の行為は、事前判断により、A の執拗な命令は殺人行為の定型を有していたとしても、B の哀願及びまだ実際に自殺を行わなかったことにより、B の死亡結果に対する事実的危険性を有していたとは言えない。これに対して、犯行当日の行為は、事前判断により、A の執拗な命令は殺人行為の定型を有し、また経験則により B の自殺行為が自身の死亡結果に対する事実的危険性を有し、そして事後判断により、殺人罪の予定する法益侵害発生の危険性において、B の自殺行為と自殺による死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、それが本件の実行行為であると解される⁷⁵。

第四節 小括

「正犯＝実行行為者」を前提に正犯概念を解明しようとする、実行行為概念は正犯概念の中核に存在する要素であることになる。実行行為概念に関しては、実行行為概念維持の立場で実行行為を実質的に理解しようとする見解も、実行行為概念批判論の立場で結果帰属を中心に刑法理論を組み立てようとする見解も、論者の指摘のように、まだ説得的な

⁷⁵ また、本件の判示事項は「本件現場の海は、当時、岸壁の上端から海面まで約1.9m、水深約3.7m、水温約11度という状況にあり、このような海に車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして、車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出に成功したとしても、冷水に触れて心臓まひを起し、あるいは心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった」、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為が被害者自身を死亡させる「現実的危険性の高い行為」であると示したので、おそらく最高裁は「行為危険説」に基づいて本件の実行行為性を判断したと思われる。なお、行為危険説については、本章第一節第一項第三款一、参照。

見解となっていないように思われる⁷⁶。このような指摘に対して、本稿は、規範論的な観点からこれを分析することにより、刑法の評価対象になれる正犯行為は、法益保護の目的に基づき、構成要件の定型性に制限されつつ、法益侵害発生の事実的危険性を有し、且つ法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っている行為を理解することで、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という結論に至った。

ところで、本稿の研究の重点である間接正犯は、正犯の一種類として、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造が示されている。背後者を呈する正犯と扱われる根拠は、その利用行為が実行行為性を有することにある。他方で、利用行為が実行行為性を有するとし、背後者の正犯性が根拠づけられ、被利用者の被利用行為が間接正犯の構造においてどのように位置づけるかという問題については、次章においてさらに検討していきたい。

第三章 間接正犯の構造

間接正犯は、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を呈示している。このような利用行為の正犯性の判断には、犯罪に関与した者は皆正犯となる統一的正犯概念、若しくは二元的正犯概念における共犯を刑罰縮小原因と捉える拡張的正犯概念から見ると、被利用行為の介入があったとしてもその正犯性の存在を阻害しないと考えられている。ところで、共犯を刑罰拡張原因と捉える限縮的正犯概念及び共犯の処罰根拠に関する可罰性借用説から導かれた極端従属形式においては、共犯者の可罰性は有責である正犯者から借用するもののため、責任無能力者を教唆して犯罪を実行させた者は教唆犯として論ずることできないので、間接正犯は、このような処罰の間隙に対する解決策とされるものであった⁷⁷。しかし、現在の通説の制限従属形式において、こ

⁷⁶ 中森喜彦「実行行為の概念について」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）197頁以下参照。

⁷⁷ 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）82-83頁。

のような処罰の間隙を埋めるために考え出された「補充概念」⁷⁸又は「救済概念」⁷⁹は現在の間接正犯の処罰に通用するものではなく、むしろ間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠が必要となる⁸⁰。

第一節 従来の議論の状況

第一項 判例の状況

極端従属形式から制限従属形式への変遷の背景においては、元々処罰の間隙を埋めるためのことから生じた間接正犯概念について、それを正犯として扱う積極的根拠及び理論の変遷は、「刑事未成年者の利用」類型の間接正犯を中心に検証することができるものと思われる。そのため、以下、「刑事未成年者の利用」に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款 処罰の隙間を埋めるための間接正犯

旧刑法と戦前の判例において、責任年齢だけでなく是非弁別能力の有無で教唆犯と間接正犯とを区別していた。例えば、大判明治32年3月14日刑録5輯64頁「是非弁別能力がなくただ畏怖して被告人の命ずるところに従う少年に命じて放火させた行為を放火罪の実行正犯とした」（下線部は著者による）及び大判明治37年12月20日刑録10輯2415頁「満十歳に達せず是非弁別能力ない者に命じて窃盗を行わせた行為を窃盗罪の教唆ではなく実行正犯とした」（下線部は著者による）例が挙げられる。

その後、戦後初期の判例において、仙台高判昭和27年9月27日判特22号178頁は、「被告人Aは満13才に満たない少年Bを利用して原判示第二の(1)については判示Cより瓶に入った煙草光五十箇を盗らせた。同(2)については判示Dより売って金になるような物を盗って来いと

⁷⁸ 植田博「間接正犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座4巻』（法学書院、1992年）80頁。

⁷⁹ 西田・前掲注（77）83頁。

⁸⁰ 浅田和茂『刑法総論』（成文堂、2007年）430頁。

言いつけ盗るのを見ていてジャンパー一枚を盗らせた。同 (3) については判示のところにおいて判示の角巻を持ってこいと言付けて盗らせた。同 (4) については判示 E 店より格子縞夜具地三反位を盗らせた。同 (5) については E 店より何か品物を盗って来いと言付けて綿緋一反を盗らせた各事実を確認しうるのであつて、被告人 A は刑事責任なき少年 B を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきこと言を俟たない。所論は該少年 B に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆も成立しないというのであるから、前記 (2) (5) 以外は孰れも特定物件を窃取せしめたことが窺われるが、(2) (5) は孰れも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」(下線部は著者による)としている。このような13歳未満の少年の利用の事件で、下級審判例は当時有力であった極端従属性説を前提にして、間接正犯を共犯が成立しない場合に処罰の隙間を埋めるための制度と理解して、責任無能力者の利用は共犯としないから、間接正犯となると考えていた。

第二款 意思抑圧の事情を実質的に判断

畏怖により意思が抑圧された刑事未成年者の利用について、名古屋高判昭和49年11月20日刑月 6 卷11号1125頁は、「…もつとも、所論の如く被告人 A が B に対し、具体的に一一金品窃取の命令、指示等した事実は認められないが、原審で取り調べた各証拠によれば被告人において、駐車中の自動車内にある金品を B に盗って来させようと思った時には、特に被告人 A が『盗って来い』といわなくても『あれ』とか『何かある』とか『財布があつた』等といえ、B はすぐ被告人が盗って来いといっている趣旨であることを理解し、その自動車内から金品を盗んで来たこと、B が盗む際、被告人は自動車から離れた場所で見張りをし、B が窃取して来た金品をすぐ受取り、これで B に玩具、菓子、衣類等を買いつけたりしていたこと、更には窃取に必要な道具として、細工した針金等を B に渡していることなどから見ると、被告人 A が B と意思を疎通しているばかりでなく、B が被告人の意思を体して行動していたこ

とを優に肯認することができる。また、Bは原判示第一の犯行当時は八歳であつたけれども、原判示第二の各犯行当時は一〇歳に達しており、一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達している如くみられるが、いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、前掲各証拠によればBが金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ（この認定に反する被告人の当審公判廷における供述はにわかに措信できない）これらの事実をも併せ考えると、所論の如くBが自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局本件は、父親たる被告人が刑事責任能力のないBを利用して自己の犯罪を実行したものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない…」（下線部は著者による）とした。本判例は、10歳の少年Bであった刑事未成年者が是非善悪判断の年齢に達していたとしても、背後者Aの暴行に畏怖し意思を抑圧されており、犯行当時に指示されたり道具渡しされたりして、その窃盗行為が背後者Aの意思を体现したとしたため、背後者Aは間接正犯が成立すると認める。

また、最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁は、「原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人Aは、当時一二歳の養女Bを連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていたBに対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人Aが、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているBを利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のようにBが是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人Aについては本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」（下線部は著者による）とした。本判例は、12歳の少女であった刑事未成年者Bが精神的に未熟であることや生活面で背後者Aに依存していたことなどの事情を考慮し、Bが是非弁別能力を有したとしても、B背後者Aの日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されていたため、背後者Aは間接正犯が成立すると認める。

そして大阪高判平成7年11月9日高刑集48巻3号117頁は、「Bは、事

理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であつたのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人 A から加えられるような状態ではなかったとしても、右の B の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、B は、被告人 A の目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにえってこれに抵抗して被告人 A の支配から逃れることが困難であつたと思われ、また、B の行つた窃盗行為も、被告人 A の命令に従つてとつさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったといふことができる。そして、そのような状況の下で、被告人 A は、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から、自己が直接窃盗行為をする代わりに、B に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ B がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人 A には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行つたものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である…」（下線部は著者による）とした。本判例は、10歳の少年であつた刑事未成年者 B が A に対する日頃からの怖い印象及び犯行当時の状況により、自己利得の意思なしに命令に従つただけで機械的に動いたため、ある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、その窃盗行為は判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったと言えるため、背後者 A には間接正犯が成立すると認める。

第三款 限縮的正犯概念と制限従属性説の通説化の影響

これに対して、最決平成13年10月25日刑集55巻 6 号519頁は、「…スナックのホステスであつた被告人 A は、生活費に窮したため、同スナックの経営者 C 子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男 B（当時12歳10か月、中学1年生）に対し、『ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言つて、モデルガンを見

せなさい。』などと申し向け、覆面をしエアーガンを突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人Aは、『大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。』などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアーガン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアーガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人Aから指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約40万1000円及びショルダーバッグ1個等を強取した。被告人Aは、自宅に戻って来たBからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。…本件当時Bには是非弁別能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人Aにつき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人Aは、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人Aについては本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）とした。本判例は、是非弁別能力があり、意思を抑圧されていない12歳の少年であった刑事未成年者Bを利用する行為は、直ちに間接正犯とはならず、刑事未成年者と成人との間に共同正犯関係が成立するが、具体的事情によっては教唆犯の成立の可能性もあり責任無能力者に対しても狭義の共犯が成立しうるため、間接正犯の正犯性は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく他の事情から根拠づけられるということが指摘されている⁸¹。

⁸¹ 西田典之ほか編『注釈刑法第一巻総論』（有斐閣、2010年）787-789頁〔島田聡一郎〕参照。

第四款 形式的判断から実質的判断へ

このような刑事未成年者の利用をめぐる判例から観察すれば、早期の判例の動向と学説は、「刑事未成年者＝是非弁別能力の欠如」という形で責任無能力者の利用と扱われており、極端従属性説に基づいて処罰の間隙を埋めるために、それを間接正犯としていたと理解できる⁸²。しかし、前述したように、現在の通説の制限従属形式に基づき、それを正犯として扱われる積極的根拠が必要であるという点から見ると、刑事未成年者は政策的考慮から年齢を基準に画一的に責任無責任者としたので、是非弁別能力や是非善悪の判断能力を有していない幼者だけではなく、同能力を一定程度備えている者も含まれ、個別具体的な被利用者の状況を考慮する必要が生じる⁸³。そのため、現在の判例は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく、意思が抑圧されていたかどうか、または判断及び行為の独立性ないし自主性の欠如かどうかなどの事情に基づき実質的に判断するという理論の変遷が窺われる。

このような実質的判断により間接正犯の正犯性を根拠付ける見地も、他の間接正犯類型の事例に見うけられる。例えば、大判昭和8年4月19日刑集12巻471頁「被告人Aが被害者Bが愚鈍にして被告人Aを信ずること厚きを奇貨としてBを欺きB自らの手をかり死に至らしめて殺害し真実自殺せるが如く装い以て保険金を騙取せんと企て、被害者Bに対し恰も仮死状態に陥るべき薬品なるが如く欺きて含糖ペプシンに食塩を混じ水に溶解したものを服用せしめ詐言を弄してBをしてその儘頸部を縊るも一時仮死状態に陥るに止まり、更に被告人Aより他の薬剤を使用して蘇生せしめらるべしとの錯誤を生ぜしめた結果遂にBをして自ら頸部を縊りて死亡するに至らしめ以て殺害の目的を遂げ…」(下線部は著者による)という被害者が背後者の詐言により自殺の結果不発生を誤信して自ら頸部を縊った事例において、本件Bは責任能力を有していたが、Aの欺罔行為により自己の死亡結果に対して認識できず

⁸² 西田ほか編・前掲注(81)787頁[島田]。

⁸³ 品田智史「間接正犯」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選I』(有斐閣、第8版、2020年)150頁。

に自殺したので、Aが間接正犯と扱われる根拠は自己の欺く行為によりBを自縊させた点にあるとした。また最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁「…本件被告人Aの犯罪当時Bは僅かに5年11月の幼児に過ぎざること明白にしてまだ自殺の何たるかを理解するの能力を有せず従って自己を殺害することを囑託し又は殺害を承諾するの適格なきものと認むべきを以って、Bに於て本件殺害行為を囑託し又は之を承諾したるものとは到底之を認むるを得ず…」（下線部は著者による）という通常の意味能力なき被害者が自殺の結果を理解せずに背後者の命令に従って自縊した事例において、Bは14歳に満たない責任無能力者であり、自殺による死亡結果を理解する能力も有しないため、AがBの死亡結果に対する不認識を利用して自縊させた行為は殺人罪の間接正犯と扱われるべきであるとした。

第二項 学説の状況

第一款 学説の状況の概要

間接正犯の正犯性の積極的根拠をめぐっては、被利用者の道具性に求める伝統的な道具理論⁸⁴のほかに、直接正犯と異ならない実行行為性を求める見解⁸⁵、犯罪事実の優越的意思支配という行為支配を根拠とする見解⁸⁶、規範的責任論の観点から被利用者に対する規範的障害の不存在

⁸⁴ 団藤・前掲注（４）154-156頁は、間接正犯は人を道具にを使って犯罪を実行すると定義し、責任無能力者の教唆を肯定する上、是非弁別能力欠如者の利用を間接正犯とする。

⁸⁵ 団藤・前掲注（４）155頁、福田・前掲注（４）256頁、大塚・前掲注（63）160頁、樋口亮介「実行行為概念について」西田典之献呈『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）32頁、内田文昭『刑法〈1〉総論』（青林書院、1997年）288頁など参照。

⁸⁶ 平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1961年）150頁、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』（弘文堂、第3版、2019年）350頁、井田・前掲注（19）2296頁以下、高橋・前掲注（12）434頁、大谷・前掲注（60）141頁など参照。

を根拠とする見解⁸⁷、遡及禁止の観点から被利用者には自律的決定又は自己答責性が存在しないことを重視する見解⁸⁸などがある。

しかし、「道具性」説においては、その判断が如何なる内容を有するののかについて明確であるとは言えない⁸⁹。すなわち事実に判断が規範的判断かという問題である⁹⁰。また「実行行為性」説において、その中核は定型性が危険性か或いはその他を明らかにしなければならないため、明確な判断基準であるとは言えない⁹¹。さらに「行為支配性」の概念は「事実的な支配」なのか「規範的な支配」なのか、曖昧であり⁹²、「行為支配性」の判断は現実的危険性又は自己答責性など下位基準を通じてケースバイケースの判断となる⁹³。一方、「規範的障害」説においては、共犯性と正犯性を観察し、「利用しようとする他人が規範的にみて犯罪実現の障礙となるかどうか」で正犯と共犯の区別とし⁹⁴、法秩序の立場から「実行行為を行う被利用者に実行行為をやめる規範的な可能性」がない限り間接正犯となり、そうでない場合は狭義の共犯とするが⁹⁵、このような「規範的障害」を正犯と共犯の区別基準とする考え方には疑いがないとは言えない⁹⁶。そして「自律的決定不存在」説において、「『正犯性＝実行行為性』の判断において、将来の介在事情をいかなる根拠で、どのような範囲で

⁸⁷ 西原・前掲注(62)309頁、曾根・前掲注(62)236頁、山中・前掲注(5)866頁。松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第5版補訂版、2018年)256頁など参照。

⁸⁸ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002年)391頁、山口・前掲注(56)69頁参照。

⁸⁹ 山中・前掲注(5)866頁。

⁹⁰ 高橋・前掲注(12)435頁。

⁹¹ 高橋・前掲注(12)435頁、山中・前掲注(5)866頁。また山中の批判においては、本稿のいう「実行行為性」を「現実的危険性」と称する。

⁹² 山中・前掲注(5)866頁。

⁹³ 高橋・前掲注(12)436頁は、犯罪の関与形態の区別問題は元々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」として、ケースバイケースの判断が当然であると考えの上、事実的な行為支配(犯罪事実の優越的支配)であることを主張する。

⁹⁴ 西原・前掲注(62)309頁。

⁹⁵ 曾根・前掲注(62)236頁。

⁹⁶ 高橋・前掲注(12)435頁。

考慮する」⁹⁷という観点から、事後判断により背後者の行為後に介入した事情の性質に着目する考え方で間接正犯の正犯性を判断する、すなわち被利用者の自律的決定又は自己答責性の有無により背後者に対する結果帰属を遮断し得るかどうかによって決まるとし⁹⁸、遡及禁止論に基づき正犯性の判断を事後的帰属判断とするものである⁹⁹。それに対して、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という本稿の立場からすれば、その正犯性の判断の見方とは明らかに異なることであり、間接正犯の実行行為性、すなわちその正犯性を「自律的決定不存在」に求めるのは本稿にとって通用できないことが当然であると考えられる。

第二款 補助的な判断基準による間接正犯の正犯性

以上の検討から、利用行為の評価に偏重する「実行行為性」説、被利用者の評価に偏重する「道具性」説と「規範的障害」説と「自律的決定」説、及び犯罪事実全体の評価に偏重する「行為支配性」説に概ね分類できる。しかし、どの立場から背後者と被利用者の関係を分析すべきかという問題に対し、結局それがケースバイケースの判断の問題であり、そのような「道具性」、「実行行為性」、「行為支配性」、「規範的障害」又は「自律的決定」の概念は法益侵害結果の発生と責任帰属としての補助的な判断基準になるに過ぎないように思われる。よって、本稿の「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という立場からすれば、個別事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求めているも、他の補助的な論点から判断されるべきである。

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2020年3月25日授与）「規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」を加筆・

⁹⁷ 島田・前掲注（88）2頁。

⁹⁸ 島田・前掲注（88）391頁以下参照。

⁹⁹ 山口厚「実行行為と責任非難」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）203頁以下参照。

修正したものである。なお、執筆にあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人ロータリー米山記念奨学会奨学金の助成を受けた。記して謝意を表したい。