

経済生活における組織正犯? : 解釈学批判的分析

著者	ブラムゼン イエルク, 前嶋 匠
雑誌名	ノモス = Nomos
巻	21
ページ	15-31
発行年	2007-12-31
その他のタイトル	Organisationstatterschaft im Wirtschaftsleben? : eine dogmenkritische Analyse
URL	http://hdl.handle.net/10112/12966

経済生活における組織正犯？

—解釈学批判的分析—*

イエルク・ブラムゼン**

前嶋 匠 訳***

A. 序論と概観

1962年、連邦通常裁判所は、初めて、完全答責的に自ら行為している者が単なる幫助者であり、(KGB という)「権力機構」における背後者が実行者によって行われた殺人罪の実際の正犯者であると述べたが、それによって構成された間接正犯のもつ意味の潜在的力を誰も予想していなかった。スタシンスキー判決¹⁾は、国家を出発点とする本来の状況から、経済生活にも向けていっそう強く展開されることになる先駆けとなった。その展開は、国境警備兵のほかに国家防衛評議会委員が繰り返し(組織操縦的背後者および間接)正犯とみなされた「壁の射手事件」²⁾によって非常に刺激された。とりわけ、確かに、連邦通常裁判所は、評議会委員を安全保障措置に対して権限ある中央機関の一部であると確認し³⁾、彼ら委員は国境部隊という自分たちが支配している機構による命令実行を確信することができた⁴⁾。しかし、裁判所は、傍論において、そのような「組織的権力機構に基づく正犯」という構造はおそらく経済企業にも同じく適用することができるであろうとも述べた⁵⁾。1997年、裁判所は、木材加工会社の事実上の取締役に対する詐欺訴訟において、両被告人は少なくとも組織支配による間接正犯者たりうるであろうという理由か

* 本稿は2006年12月9日開催された法学研究所第64回特別研究会の報告原稿を公刊用に新たに加筆修正したものである。名誉なことに、私を招待してくださった山中教授、川口教授、葛原教授に対して、原稿作成の準備を手助けしてくれた法学部生シモン・アペル君に対して、翻訳の労をとっていただいた川口教授に対して感謝の念を記しておく。

編集部注** 平成18年度大学院法務研究科招へい研究者、パイロイト大学講師

*** 奈良産業大学ビジネス学部専任講師

1) BGHSt 18, 87ff.: 上官によって詳細に指示され、装備を整えられ、訓練された KGB 情報部員ボクダン・スタシンスキーは、旧西ドイツに生活していた 2 人のソビエト国民を殺害した。

2) BGHSt 40, S.218ff. *Nack GA* 2006, 342, 343f. は、傍論として、経済企業を含める理由を挙げている。

3) BGHSt 40, 218, 237f.

4) BGHSt 40, 218, 238.

5) BGHSt 40, 218, 236; 同様に BGHSt 45, 270, 296f.; 48, 77, 91; BGH NJW 2003, 522, 525 は「全く異なる種類の命令階級」と述べている。BGH JR 2006, 245, 246 は、「組織構造による一定の枠組み条件」を行為の実現に利用するため行為者はこれを創出したと述べている。*Rotsch ZStW* 117 (2005), 13, 16ff. と JR 2005, 248ff. はこれを批判している。

ら、彼らを直接正犯と位置づけることに異議を唱えなかった⁶⁾。その後長い間、経済企業における背後者を組織支配に基づく正犯者であるとはっきり述べることは言葉の上だけのことだったが⁷⁾ 今では適用されている⁸⁾。

「組織的権力機構に基づく間接正犯」という新たな法形態の普及はクラウス・ロクシン (B) の説明アプローチに負っている⁹⁾。「正犯の背後の正犯」(C) の認定とは異なる解決提案、すなわち、共同正犯 (D) または教唆 (E) への位置づけをその後手短に述べていく。全ての見解を批判的に検討し、経済企業における特別な構造を明確に中心に据えた私のアプローチが続く (F)。簡単なまとめと補足的な結語によってこの論述を締めくくることとする (G)。

B. 組織正犯の主役—組織的権力による間接正犯—

I. 出発点への前書き

刑法25条1項によれば、「犯罪行為を自らまたは他人を通じて行った」者は正犯として処罰される。一般に、他人を「通じて」行為する者は背後者、「他人」は間接正犯の道具または行為媒介者と呼ばれる。背後者は、自分に行為支配を与えている行為媒介者の不備を通じて彼をいわばコントロールする¹⁰⁾。脅迫または暴行による強要支配に基づいて、(弁識能力欠如による)責任無能力者の利用に基づいて、および現実に関する誤った表象に際しての優越的認識に基づいて行為を支配する¹¹⁾。この三つ全てのバリエーションは、実行者の行為支配に優越する背後者の意思支配を根拠づける。そのほか、違法かつ有責に行為している直接正犯が刑法の構成要件を実現しているにもかかわらず、行為を統制している背後者にとっての行為媒介者として位置づけられなければならない、従って、背後者を間接正犯とみなすことができるような状況が存在するかどうかを、学説および判例は20年来熱心に取り組んできた¹²⁾。

6) BGH NJW 1998, 769.

7) いわゆる「皮革スプレー事件」(BGHSt 37, 106ff.)および「廃棄物処理事件」(BGHSt 43, 219ff.)、並びに「ワイン混入飲料 (Weinverschnitt) 決定」(BGH NJW 1995, 2933ff.)において、確かに、連邦通常裁判所は、取締役もしくは指導的従業員を各々の行為の正犯と判断したが、組織的権力機構に基づく行為支配という基準に依拠しなかった。むしろ、連邦通常裁判所は「規範的・社会的考察方法」に従った。これに関して *Schlösser Soziale Tatherrschaft* (2004), 49ff.

8) 経済活動として位置づけることができる獣医業務における「厳格な階級組織」の事象に関して BGH JR 2004, 245, 246 mit kritischer Anm. *Rotsch* を参照。

9) *Roxin GA* 1963, 193ff.

10) *Bloy GA* 1996, 437; 私の知るところでは *Hilgenbeutel Die Strafbarkeit des Anordnenden als Täter hinter dem Täter unter besonderer Berücksichtigung der neueren Spruchpraxis des BGH* (Diss. Heidelberg 2005), 11f.

11) *Otto Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl. 2004), § 21, Rn.69f. を参照。

12) *Roxin FS-Grünwald* (1999), S.549, 550. *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.14は「正犯の背後の正犯」の事例群を本にまとめている。

II. 間接的組織正犯の基本モデル

ロクシンは、彼の共同正犯論に基づき、間接正犯を認め「ざるをえ」なかった。すなわち、彼の考えによれば、共同正犯を根拠づけうるために、正犯行為を実行するにあたり、未遂開始から既遂までに¹³⁾全ての関与者の協力が必要である。これに対し、予備段階における単なる関与では不十分である¹⁴⁾。その結果、背後者を正犯として処罰するために、間接正犯に関連づけることしか残されていない。彼は、主唱者が国家的に組織された機構に所属していることでそれを正当化している¹⁵⁾。なぜなら、そこでは、機構内でのその時々の上司は、自らの組織に基づき、自分たちが命じた犯罪は確実に実行されるということを確信することができるからである¹⁶⁾。彼は、「組織的権力機構に基づく意思支配」というこの状況を、強要支配や錯誤支配が存在しないため、間接正犯の独自のカテゴリーとして位置づけている¹⁷⁾。

ロクシンにとって、ナチスの黒幕または秘密情報部員が行為結果に対して普通とは異なる影響力をもっていることは「すぐに納得できる」ため、これら背後者を正犯と位置づけることができる¹⁸⁾。すなわち、教唆の場合、基本的に、行為支配論の意味において行為を掌握している正犯のみ行為決意を決定するのに対して、教唆者はその行為を、行為支配を委ねたまさに他人の行為として望んでいる。これに対して、「権力機構」において、犯罪実行命令を出す上司は、行為の「可否」に関して最終的な決定を下す。さらに、彼は、行為の実行が拒否された場合、即座に組織の他の機関が彼の後任を引き受けるであろうということをあてにすることができる¹⁹⁾。それによれば、組織は個々の構成員の本質とは関係なく、命令者が実際に行為を支配し、および／または正犯者意思を抱いている²⁰⁾。ただし、代替可能性と呼ばれ、組織に限定された直接正犯の典型的な交換可能性が存在するときである²¹⁾。これに対して、開かれた構造をもつ組織における構成員同士の単なる人的関係では不十分である。

代替可能性を問題にするために、一少なくとも具体的に実現されなければならない犯罪構成要件に関していえば一関係組織は全体として法秩序の外側で活動していなければならない²²⁾。なぜ

13) *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil II (2003), § 25, Rn.198f.

14) *Roxin* AT II, § 25, Rn.198. 私の知るところでは、この点異なっているのは、例えば *MK-StGB/Joecks* (2003), § 25 Rn.169. .

15) *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft (8. Aufl. 2006), S.242f.; *ders.* FS-Grünwald (1999), S.549, 550.

16) *Roxin* GA 1963, 193, 200; *ders.* Täterschaft (Fn.15), S.245f.

17) *Roxin* Täterschaft (Fn.15), S.243は、「その他、そのような種類の典型的な状況の場合にも」強要支配と錯誤支配は存在しないだろう、ということを描している。*ders.* ZIS 2006, 296.

18) *Roxin* GA 1963, 193, 200; 同じく最近 *ders.* ZStrR 2007, 1, 5f.

19) *Roxin* FS-Lange (1976), S.173, 192ff.; *ders.* FS-Grünwald (1999), S.549, 550.

20) 具体的にはナチス犯罪に対する *Roxin* GA 1963, 193, 200.

21) *LK-Roxin* (11. Aufl. 1992ff.), § 25, Rn.128; *ders.* GA 1963, 200; 賛成者として *Ambos* GA 1998, 226, 245.

22) 法秩序の概念は、国内法秩序および超国家的法秩序（例えば国際法や自然法原則）を指す。*Roxin* Täterschaft (Fn.15), S.250. *Rudolphi* FS-Lackner (1987), S.863, 871および *Schünemann* ZIS 2006, 307も必要的基準として法逸脱性に賛成している。その基準に批判的なのは *Ambos* Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts (2002), S.606ff.

なら、基本的に現行法を遵守している組織内では、違法行為の命令が確実に実現されるわけではないからである²³⁾。すなわち、実行機関をまず行為計画に誘い込まなければならないならば、機構の活動による行為は問題になりえない。それ故、法逸脱的組織として、全体国家的不法あるいは組織犯罪結社が問題になる²⁴⁾。

Ⅲ. 経済企業における組織正犯

経済企業は、一部の学説において、ロクシンの定義を満たすとみなされており²⁵⁾、組織構成員の代替可能性と法逸脱性は、命令権を有する上司と服従義務のある同僚や部下という階級的に組織されたシステムに彼らが属していることから生じる²⁶⁾。すなわち、現実には、労働市場は極端に狭く、専門的な労働力に対してですら現代では代替要員を見つけることができるため、命令は、私経済においても、通常、かなりの確立で従われることになる²⁷⁾。それ故、内部関係において、関係領域に対する命令権と自己責任が存在する限り、「事実上および法律上」上司の命令支配と組織支配が存在する²⁸⁾。さらに、例えば一部法逸脱的に活動することによって、企業も法秩序の外にあり、法逸脱性基準を満たすことができる²⁹⁾。なぜなら、サブシステムと全体システムは、お互い、システムと外界のような関係にあるからである³⁰⁾。企業は、嫌がらせや解雇の脅しによって、具体的行為媒介者の自由を侵害し、それ故コントロールするような圧力をかける³¹⁾。それが、間接的組織正犯を私的経済企業にまで広げることを正当化するのである³²⁾。

Ⅳ. まとめ

組織的権力機構に基づく行為支配は、間接正犯の独自の現象形態を確立している。そのためには、純粹に人的関係を超越した結合作用を示し、機能するために一定の個人に頼る必要のない組

23) *Roxin* GA 1963, 193, 204; *ders.* FS-Grünwald (1999), S.549, 556はこれを具体化している。賛成するものとして *Maier* ZStW 197 (1995), 141, 149.

24) *Roxin* Täterschaft (Fn.15), S.250; *ders.* GA 1963, 193, 205は、例としてマフィアとKKKを挙げている。「組織犯罪」に賛成するものとして *MK/Joelck* § 25, Rn.132; *Muñoz-Conde* FS-Roxin (2001), S.608, 618.

25) 例えば, *Haft* Strafrecht AT (9. Aufl. 2004), S.200; *Jung* Jus 1995, 173, 174; *Knauer* in: Münchener Anwalts Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2006), § 3 Rn.23ff.; *Kuhlen* in: *Amelung* (Hrsg.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten (2000), S.71, 82f.; *Lackner/Kühl* StGB (26. Aufl. 2007), § 25 Rn.2; *Rogall* ZStW 98 (1986), 617f.; さらに *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.119ff. 基本的に *Schlösser* GA 2007, 171f.; *Urban* Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (2004), S.216も。

26) *Rogall* ZStW 98 (1986), 616.

27) *Rogall* ZStW 98 (1986), 616; *Urban* (Fn.25), S.228f.

28) *Urban* (Fn.25), S.231f.; *Schlösser* GA 2007, 172 はより強く役割を基礎においている。

29) *Urban* (Fn.25), S.233f. は、例としてフローテックス(Flowtex)社とコムロード(Comroad)社を挙げている。

30) *Schlösser* (Fn.7), S.153.

31) *Schlösser* (Fn.7), S.155; *Urban* (Fn.25), S.239ff.

32) 結論においてはBGHSt 40, 218, 236も。もっとも、ロクシンの組織支配の基準と取り組んでいない。適切にも、*Rotsch* NStZ 2005, 13, 17によって強調されている。

織が必要である。さらに、その組織は、具体的行為に関して少なくとも現行法から自由でなければならぬ。これらの事情のもと、命令に基づいて行為する者は、彼の代わりに他人が確実に行為を実行するならば、代替可能といえる。もっとも、場合によっては、行為媒介者は依然完全責務的かつ可罰的ですからある。そのようにいわば責任を二重に配置することを、判例および一部の学説は経済企業の場合も相当な責任構想であると考えている。

C. 別のモデル—正犯の背後の正犯—

いわゆる「正犯の背後の正犯」も、組織内部の背後者に間接的個別正犯を認めている³³⁾。この別モデルは、彼の正犯性を、要請もしくは影響を及ぼす前に既に基本的に存在している実行者の行為決意要件と結び付けている。背後者が実行者のこの基本的に自由な行為用意 (Tatbereitschaft) を認識し、しかも、意識的にこの用意を自らの行為に取り込んでいるとき、それによれば、後の命令は実行者の活動を惹起する条件でしかない³⁴⁾。それにより、機構の中で上位にいる背後者の正犯性は、結局、行為する用意があり、しかも、はるか上の階級にいる背後者に存在が知られている人物を組織において常に自由に投入できるということから生じる³⁵⁾。教唆者と異なり、結果不発生の危険が彼に残っているのに対し、ここでは、背後者は既に完全に行為決意している者を利用することで、高い程度で結果発生を確信することができる、ということによって正犯性は根拠づけられる³⁶⁾。実行者の常に存在する行為用意としっかり結び付くことで、この考え方は必然的に犯罪組織に限定される。すなわち、通常、法秩序を志向する組織は、影響前に既に存在する構成員の行為用意を形成しないであろう³⁷⁾。

D. 協同アプローチ—共同正犯—

間接正犯的責任モデルとは対照的に、何人かの学者は、背後者と具体的行為実行者はその共同作業のゆえに共同正犯者であると主張している³⁸⁾。犯罪行為の実行は、共同の行為計画および関

33) 基本的に *Schroeder* Der Täter hinter dem Täter (1965), S.107ff. 判例においては、例えば BGHSt40, 218, 237; BGH JR 1999, 205, 208. *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.34ff. は同じようなアプローチの構成をとっている。

34) *Schroeder* JR 1995, 177, 178.

35) *Schroeder* (Fn.33), S.168.

36) *Schroeder* (Fn.33), S.150; *ders.* JR 1995, 177, 178.

37) それ故、*Schroeder* (Fn.33), S.168は「犯罪組織」のみ引き合いに出している。

38) *Baumann/Weber/Mitsch* Strafrecht AT (11. Aufl. 2003), § 29 Rn. 147; *Frister* Strafrecht AT (2. Aufl. 2007), 27. Kap. Rn. 40; *Haas* ZStW 119 (2007), 519, 534ff., 542f.; *Jakobs* NSTz 1995, 26, 27; *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts AT (5. Aufl. 1996), § 62 II 8; *Kindhäuser* Strafrecht AT (2. Aufl. 2006), § 39 Rn.36; *Lampe* ZStW 119 (2007), 471, 492ff., 508ff.; *Otto* Jura 2001, 753, 759; *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht (2. Aufl. 2007), Rn.241; 結論において *Schünemann* FS-F.C.Schroeder (2006), S.401, 412; *ders.* in: LK (12. Aufl. 2007), § 25 Rn.132も同様である。

与者の各々の正犯行為促進的態度によって、表面的には刑法25条2項の全ての責任要件を示している。

I. 共同正犯の要件

1. 共同の行為計画

階級的に組織化された権力機構において、直接実行者より階級が上で、違法な行為を命じ、しかもこのために直接行為者に向けて機構を始動する者は、具体的行為計画もしくは行為の「可否」および「態様」を少なくとも分担してあらかじめしっかりと定める³⁹⁾。このような事前の準則がなければ、実行者が行為の「態様」しか決めないとき、教唆の意味における影響というものを引き合いに出すしかない。

共同の行為計画は二つの方法で行うことができる。第一の場合として、背後者は行為計画を不完全な形で実行者に知らせるため、実行者は計画を補わなければならない。その場合、計画を補完することが行為者の行為計画への寄与である。なぜなら、彼は自身の立案を命令者の事前の準則に合わせることで行為計画を自分のものに行っているからである。命令者は、計画をより綿密なものとするために実行者に個々の部分を委ねた共同計画者である。彼は共同正犯者でもある。というのは、各自他人の行為を事細かに知る必要はないからである。自由に行動する余地は決して排除されていない⁴⁰⁾。

第二の場合として、行為計画は実行者に完全な形で伝えられ、彼は計画通りに実現するつもりである。ここでは、事前の行為計画が共同で立てられたとは思われないが、問題ないと思われる。なぜなら、実行者の従順さではなく、活動中の機構において媒介者として機能することが行為を示す要素とみなされるからである⁴¹⁾。実行者を機構に組み入れることにより、彼はその構成要素となり、機構の目的が抽象的に自分の目的となる⁴²⁾。その場合、犯罪行為命令によって、目的を促進する抽象的な用意は、いわば、命令者のものと同じ具体的行為決意へと形が変わる⁴³⁾。必要的な合意は必ずしも明確に形成される必要はなく、その結果、共同正犯者間の直接または個人的接触は必要ない⁴⁴⁾。もっとも、その機構は、少なくとも、具体的行為に関して法逸脱的に活動していなければならない⁴⁵⁾。さもなければ、機構構成員は、違法行為に関して、十分組織に順応したうで納得しているわけではない。

39) スタシンスキー事件(注1)において、これらの問題はKGB上官についてのみ決定された。

40) 多くのものかわりに *Otto AT*, §21, Rn.60 および *Roxin AT II* §25 Rn.196.

41) *Otto Jura* 2001, 753, 758.

42) *Otto AT* §21, Rn.92; *Tiedemann* (Fn.39), Rn.241.

43) *Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auf. 1991), 21/103; *Otto Jura* 2001, 759.

44) *Bottke JuS* 2002, 320, 323; *Jakobs NStZ* 1995, 26, 27; *Schünemann ZIS* 2006, 307.

45) *Otto Jura* 2001, 753, 759.

2. 共同の行為促進

直接行為者の実行寄与は計画された犯罪行為を事後的構成要件的に実行することである。命令者にとって、主観面を強調した正犯論を支持する者は、先に行われ、正犯者意思に基づいた全ての行為寄与で十分であるとしている⁴⁶⁾。例えば、壁の射手事件において、犯罪を開始する下部組織 (Infrastruktur) を用意することである。客観面をより強調した行為支配論によれば、単なる予備行為では十分でなく、むしろ実行段階において本質的に行為に寄与する必要がある⁴⁷⁾。それによれば、命令者が一度も具体的行為に関与しなければ、従って彼の行為が常に予備段階にすぎなければ、共同正犯を認めることは、実際、失敗することになるであろう。しかし、組織的権力機構の場合、重要な行為寄与のために例外が作られる。なぜなら、ここでは、背後者の純粋な予備行為は機構の性質にとっていわば特徴的なものだからである⁴⁸⁾。直接行為者および彼の行為が「部分行為」にすぎないと思われるほど、事前の行為寄与が行為の実現にとって重大である場合、その寄与は本質的なものといえる⁴⁹⁾。予備段階におけるこのような行為寄与は、ナチス殲滅産業 (Vernichtungsindustrie) において機構を整えること、または旧東ドイツ国境部隊の装備を施すことに対して認められた。

II. まとめ

命令者と実行者との共同正犯は、この解決アプローチの支持者によれば、以下のことを要件としている。行為計画は、少なくとも、受け取った命令から大まかに読み取ることができなければならない。実行行為以前の命令者の行為寄与は本質的なものでなければならない。実行者は、構成員であることによってこの計画を自分のものにしなければならない。2人の認識によれば、権力組織は具体的行為に関して少なくとも法逸脱的でなければならない。

E. 動機起因者モデル—教唆—

I. 命令：共犯者の選定行為？

刑法26条によれば、完全答責的に行為している正犯への影響は教唆である⁵⁰⁾。正犯に行為決意を誘発している組織内部の命令は、この要件を問題なく満たしている。すなわち、命令者のみが実行者を知っており、さらに、調査された行為者がどのような人的範囲から選ばれたのかを認識している限り、一般に、教唆者は実行者を知らなくても問題ないとみなされている⁵¹⁾。決意させ

46) 例えば *Baumann/Weber/Mitsch* AT § 29 Rn.147; *Jescheck/Weigend* AT, § 63 III 1 を参照。

47) *Roxin* AT II § 25 Rn.198f.; *Schönke/Schröder-CRAMER/HEINE* StGB (27. Aufl. 2006), § 27, Rn.7.

48) *Lampe* ZStW 119 (2007), 471, 494ff., 510ff.; *Otto* Jura 2001, 753, 759; 同様に *Jescheck/Weigend* AT § 62 II 8; これに対して否定的なのは *BGHSt* 48, 331, 341f.

49) *Lampe* ZStW 119 (2007), 471, 511ff.; *Otto* (Fn.48).

50) 刑法26条における「決意させる」の解釈に関して詳しくは *Amelung* FS-F.C.Schroeder (2006), 147ff.

51) *BGHSt* 6, 359; *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar (55. Aufl. 2008), § 26 Rn.3a; *Lackner/Kühl* § 26 Rn.5.

る行為の存在は、内部的組織系統図を完璧に認識することとも関与した全ての人的つながりを認識することとも関係ない⁵²⁾。

さらに、教唆を認めることに対して、壁の射手事件やナチス独裁制における命令者は自分達が望んだ行為を行為者が実現することを確信することはできない、ということが持ち出される⁵³⁾。むしろ、国境警備兵ばかりでなく、殲滅施設 (Vernichtungseinrichtungen) の収容所長も、逃亡者を射殺しないもしくは殲滅予定者を自らの考えで救うことができたであろう⁵⁴⁾。それにより、行為の「可否」に関して行為者が自由答責的に決定した場合、間接正犯者と異なって教唆者が負担することになり、しかも彼を共犯者として間接正犯者からはっきりと区別するようなもっと多くの典型的な「危険」が実現される。

II. 権力機構の内と外の命令

「教唆モデル」⁵⁵⁾の従来の支持者にとって、彼らの見解によれば、教唆者ならびに命令者は行為支配論の意味における行為を「放棄」していることが重要である。それ故、教唆者にとって犯罪を促された個人—すなわち、行為がはるかに予測のつかない行為実行への媒介物—に相当するものが、命令者にとっては組織機構とその階級性である⁵⁶⁾。

しかし、そのような同じ状況は同じように扱われなければならない。しかし、その場合、組織支配は内容空疎な基準になる。なぜなら、組織支配は「組織から自由に」、すなわち古典的個人的に行為が誘発された場合、全く存在することができないからである。同時に、非常に信頼できる正犯に影響を及ぼす場合、教唆者が間接正犯者になるならば、教唆は空洞化される⁵⁷⁾。または、組織から自由な影響と組織中心的な影響の両状況において、それぞれ常に故意かつ自己答責的に行為している者が可罰的結果を惹起しながら、教唆のみ認められる⁵⁸⁾。しかし、(間接)正犯と異なり、教唆者は行為支配⁵⁹⁾も(主観説の意味における)正犯者意思ももっていない。しかし、直

52) 私の知る限りでは、BGHSt 6, 359, 361f.; *Lackner/Kühl* § 26 Rn.8を参照。

53) *Herzberg* in: *Amelung* (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten* (2000), S.33, 39; *Rotsch* NStZ 2005, 13, 14f.; *ders.* NStZ 1998, 491, 493.

54) *Herzberg* (Fn.53), S.39f.

55) 例えば *Herzberg* (Fn.53); *Köhler* *Strafrecht AT* (1997), S.510f.; *Renzikowski* *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (1997), S.89ff.; *Rotsch* NStZ 1998, 491, 492f.; *ders.* ZStW 112 (2000), 518ff.; *ders.* NStZ 2005, 13ff.; *Zaczyk* GA 2006, 411, 414; その他の「教唆決定」は *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.40ff., 145ff. および *Roxin* ZIS 2006, 295.

56) *Herzberg* (Fn.53), S.47f.

57) *Herzberg* (Fn.53), S.48f.

58) *Herzberg* (Fn.53), S.48は「ヒトラー、ヒムラーおよびホーネッカーは、彼らが命じた殺人を正犯として行ったのではなく、教唆者として指示した。というのは、命令と結果との間に、他人による故意かつ自己答責の実行が介在していたからである」。同じく *Rotsch* ZStW 112 (2000), 562; *Schlösser* (Fn.7), S.359; 教唆を根拠づけている実行者の完全自己答責性について *Köhler* AT, S.519f. が賛成している。

59) *Joecks* *Studienkommentar StGB* (7. Aufl. 2007), § 26, Rn.2.

接行為者の自己答責性は行為支配を排除し⁶⁰⁾、それ故、「組織的機構における背後者」⁶¹⁾の場合ばかりでなく、古典的な教唆の状況においても教唆から出発することができる。

Ⅲ. まとめ

組織的権力機構においても、間接正犯と教唆は、普遍妥当的な原則によって区別することができ、また区別しなければならない。自由答責的な直接正犯の行為からは、命令者の間接正犯を認める余地はない。ここでは、そのほかのように、外部からの主唱者を教唆者と位置づけることができる。

F. 批判と自らのアプローチ

I. 幫助の排除

基本的に、刑法27条1項の幫助は、ありうる分類アプローチの範囲から排除されなければならない。これは、従属的なその帰属形態という特徴から明らかになる。幫助者は、助言、行為または「心理的支援」⁶²⁾によって正犯を援助する。確かに、彼は刑法25条2項の共同正犯者と類似しているが、彼には、行為支配論の観点からは行為支配が、主観説の観点からは正犯者意思が欠けている⁶³⁾。刑法25条の正犯者とは異なり、幫助者は行為を自ら実行するわけでも他人を通じて実行するわけでもなく、自己の行為として望んでいるわけでもない⁶⁴⁾。彼は教唆者のように行為するよう仕向けていないため、常に彼は他人がコントロールしている事象の「脇役」⁶⁵⁾でしかなく、それにより「組織支配者」として示されていない。

Ⅱ. 間接正犯的組織支配の不当性

1. 一般的弱点

a. 代替可能性

「組織的権力機構に基づく間接正犯」は、(国際的にも)非常に多くの者によって無制限に支持

60) Herzberg (Fn.53), S.51. ders. Jura 1990, 16, 23は正反対のことを述べている。

61) BGHSt 40, 218ff. の原審である LG Berlin, JR 1994, 205, 208は教唆に賛成している。しかし、そこには明白な根拠づけがほとんどない。

62) 詳細は争われている。私の知るところでは Geppert Jura 1999, 266ff.; Fischer § 27 Rn.11f. を参照。

63) Joecks (Fn.59), § 27, Rn.1.

64) 確かに、彼の故意は正犯行為の客観的構成要件に達しているが、これを単に支援するという自己の役割にも及んでいる。Fischer § 27 Rn.20ff.; Joecks (Fn.59), § 27, Rn.10; Lackner/Kühl § 27 Rn.7. を参照。

65) Otto AT, § 21, Rn.7はこの点に適切にも幫助者を見出している。

されたにもかかわらず⁶⁶⁾、同じくいくつもの基本的な懸念がそれに対して述べられている⁶⁷⁾。これらの懸念は、輪郭がはっきりせず、正犯問題にとって全く非生産的な行為支配概念⁶⁸⁾への関連づけという受け入れがたい出来事のほかに、行為媒介者の代替可能性⁶⁹⁾、すなわち彼の任意の交換可能性という基準設定的基準から既に始まっている。すなわち、行為媒介者が全て完全に答責である場合、具体的に補うことのできない実行者が常に行為を決定するため、原則として代替可能性は役に立たない⁷⁰⁾。この基準は、適切にも、「うわべだけ」、「単純な」、「あいまいな」あるいは「役に立たない」と呼ばれている⁷¹⁾。

第三者の側からの修正案は、的確性も実用性もそれほど高くない⁷²⁾。例えば、このことは、表向き行為支配を基礎づけている水平または垂直階級的で、しかも行為者に自己の行為責任のほかに同じく全ての機構の活動に対する責任も負わせるような組織構造に関して妥当する⁷³⁾。権力機構への統合によって直接正犯に「影響を及ぼし」、それを利用することに対して背後者に責任を負わせる「動機づけ力」を指摘したり⁷⁴⁾、「惹起されうる結果に対する代替原因の用意による背後者の意思支配」のように誤った明確化をして⁷⁵⁾も、それほど輪郭がはっきりするわけではない。

それにより、言及された行為者の事実に交換可能性が明らかに問題であるということは、基本的に維持される⁷⁶⁾。加えて、この者が、(例えば、逃亡中の家族を越境に際して傷つけないという)ほかの事象経過に関心を抱いていたならば、彼の信頼性はまったくもって疑わしく、ほとんど予

66) 多くのものかわりに Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 25 Rn.25a および LK-Schünemann § 25 Rn.126; 国際法に関して Ambos Internationales Strafrecht (2006), § 7 Rn.29ff.; ders. (Fn.22), S.590ff.; 刑事国際法の意義と観点について批判的なのは Kreß GA 2006, 304, 305ff.

67) 批判的意見をまとめ、検討しているのは Hilgenbeutel (Fn.10), S.96ff., 119ff.; 最近では Haas ZStW 119 (2007), 519, 542 および Lampe ZStW 119 (2007), 471, 505ff.

68) この基準なき「中心概念」を批判するものとしてとりわけ Brammsen NStZ 2000, 337, 339f.; Haas ZStW 119 (2007), 519, 523ff.; Lampe ZStW 119 (2007), 471, 475ff.

69) 私の知るところでは、その本来の形態において支持しているのは Merkel ZStW 107 (1995), 555 および Langneff Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern (2000), S.157; Hefendehl GA 2004, 575, 578 も。

70) Bosch Organisationsverschulden in Unternehmen (2002), S.236; Schlösser (Fn.7), S.150; SK/Hoyer (7. Aufl. 2000), § 25 Rn.91f.; Brammsen in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten (2000), S.105, 140ff. および最近、権力理論的衡量に基づいた Sinn Straffreistellung aufgrund Drittverhalten (2007), S.151f. も見よ。

71) Radtke GA 2006, 350, 355f.; Schroeder (Fn.33), S.168; Urban (Fn.25), S.214のみ参照; Ambos (Fn.22), S.598 も。もっとも、ders. Strafrecht (Fn.66), § 7 Rn.30f. はそれと対照的である。

72) 今ではロクシンは、機構における「実行者の著しく高められた行為用意」を、間接正犯を形成する事情と考えている; FS-F.C.Schroeder (2006), S.387, 397; ders. ZStrR 2007, 1, 15ff. 参照。この大まかさという点でこれは納得いかない; Rotsch ZIS 2007, 261 も批判的である。

73) Bloy GA 1996, 440f. Schlösser GA 2007, 168ff., 172 も見よ。

74) Korn NJW 1965, 1206, 1208f.

75) MK/Joicks § 25, Rn.130: 彼は答責性原則違反をはばかっているため、この歩みは、従来の彼自身の枠をはるかに超えているように思われる。それ故、彼は、実行者を「厳しい制裁」で脅している場合にのみ適用している。強要支配との限界を著しくぼやけさせている。

76) 同様に Radtke GA 2006, 350, 355.

測することができない。予測可能性や「動機づけ力」等はこれまで問題なく証明できたことはほとんどなく、それ故、組織に所属している構成員の間接正犯を肯定するのに適切な構成要素ではなかった。いずれにせよ、輪郭のはっきりしないこの正犯形態を拡張する危険は明白であり、内容を厳格に限定することによってのみ、あまりに拡張しがちな傾向に対処することができる。

b. 法逸脱性

法逸脱性の基準もあまり賛成者はおらず、同様により正確な法的認識をほとんど示していない。その基準は、一方で、一般に不能それ故全く重要でない⁷⁷⁾と説明され、他方で、それは確かに維持されるがその具体的な適用は全く統一されていない。その際、昔から、幸運にも稀な例ではあるが、「諸国家の中の国家」⁷⁸⁾あるいは「不法国家」⁷⁹⁾として実行し、十分に法から逸脱した大きな犯罪的組織がその典型である。そのような—それが意味あることならびに支持できることはここでは新たに明らかにしないが—「法逸脱性」は、せいぜい、法をいわば一般に歪曲する国家機構と団体機構に対して確認することができる。しかし、(例えば命令や公的な立法活動もしくは行政活動によって) 不法がともかくさまざまな形で法の代わりをするならば、そのようなひょっとしたら異議を唱えられずに既に何十年にもわたって存在している不法システムの権力に服従している者が自分の行為が実質的に違法であることを知っているか否かもしくは知ることができるか否かは、非常に疑わしくなる。結局、その場合、解明されなければならないこの問題は、法逸脱性基準から、領域に固有の(間接正犯的に) 普遍的に妥当する正犯構成要素としてのその基準の有効性を奪っている⁸⁰⁾。

c. 未解明の評価の弱点

最後に、間接正犯的答責性地位という構成は、しばしば断定的に述べられ、まだ一部で主張されているものの、結論において全く不相当な背後者の単なる「関与者」としての位置づけの必要性について懸念が表明されている⁸¹⁾。それにより、さもなければ、背後者もしくは「黒幕」はいわば「処罰されない」または「処罰が非常に軽くすむであろう」という印象が暗黙のうちに呼び覚まされる⁸²⁾。しかし、彼を、依然、少なくとも教唆者として、すなわち(以前の惹起) 正犯の

77) *Gropp JuS* 1996, 16; *Urban* (Fn.25), S.229.

78) *LK/Roxin* § 35, Rn.129; *MK/Joelcks* § 25, Rn.132.

79) *Schumann* *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip des Selbstverantwortung der Anderen* (1986), S.75.

80) 私の知るところでは *Amelung/Brammsen* (Fn.70), S.142f.—残念なことにしばしば誤解しているのは、例えば *Ambos* (Fn.22), S.606.

81) すでに *Roxin GA* 1963, 200; *Ebert FS-Hanack* (1999), S.501, 534; *Gropp JuS* 1996, 17; *MK/Joelcks* § 25, Rn.129も見よ。

82) 新たに、「黒幕」の日常語的概念とはっきり関連づけたものとして *Roxin ZStrR* 2007, 1, 8. 「黒幕的教唆者」という概念が教唆による解決の支持者によって用いられないのは、ロクシンが意味深長にコメントしているように、その日常語的概念が刑法上の関与形態というよりも、むしろ、詳細には決められない背後における

ように処罰することができる⁸³⁾。さらに、行為媒介者が完全に答責的であった場合、命令等を間接正犯と評価することは答責性原則の明らかな違反であり、従ってその正当性においてとうてい明白とはいえないため⁸⁴⁾、そのように決定するには、決定的な観点とその重要性を明らかにするような、しかも客観的にあとづけできるような根拠づけが必要である。むしろ、挙げられた全ての評価要因および基準設定的指導原理が全く存在していないことにより、結論を志向することが法政策的にのみ動機づけられているという印象を呼び覚ます。しかし、結論への志向によって、刑法の均衡の取れた共犯システムは、間接正犯のカテゴリーを拡張・強化することで任意に解釈できるという、無用の危険にさらされている⁸⁵⁾。

2. 経済企業の統合における特別な弱点

a. 算入する理由なし

従って、間接的組織正犯は、その基本構成において既に同時にいくつもの重大な弱点を明らかにしているため、この正犯形態を私的経済企業に拡張するならば、さらにまだ新たな不当性が加わることになる。従って、連邦通常裁判所が、個々の成立要素を当てはめるという古典的方法で、自ら認めた組織正犯的地位を法方法論的に適切に確認しているわけでもなく、実際に具体的に論証したり少なくともさらなる根拠づけ連関を若干なりとも指摘したわけでもないのは奇妙である⁸⁶⁾。むしろ、連邦通常裁判所は、この正犯形態の存在を単に述べているだけであり⁸⁷⁾、それと同時に、学界においてすぐに継承された⁸⁸⁾。「代替可能性」や「法逸脱性」のような輪郭のはっきりしない基準を具体化する必要性がほとんど争われないことにかんがみて、中心的な責任ある地位を当然のように決定することは異例のことであり憂慮すべきことである。ともかく、一般に結果発生に場所的・時間的に離れたところにいる者は、その地位によってのみ、刑法上の正犯責任を負う。

b. 私的法生活および経済生活における代替可能性欠如

さらに、実際、「国家不法」における特異性が、私法もしくは経済法においても認められた責任地位にその形を変えると同時に、実質的に性質を変えるということが十分予測できるならば、述べられた懸念は強まる。すなわち、私企業の場合、個人には、優位にあり、しかも、ほかの方

もしくは背後からの積極的関与を示している、という点にある。

83) *Bloy* GA 1996, 439.

84) *Amelung/Brammsen* (Fn.70), S.140; *Baumann/Weber/Mitsch* AT § 29 Rn.147; *Köhler* AT, S.510; *Schünemann* ZIS 2006, 305f.; *Zaczyk* GA 2006, 411, 414のみ参照。

85) *Schulz* JuS 1997, 111も同様である; 同じく *Zaczyk* GA 2006, 411, 414f.

86) 裁判所は「結論から」思考したため、これは驚くことのほどではない。*Nack* GA 2006, 342, 343f.を参照; これに対してははっきり反対しているのは *Roxin* ZStrR 2007, 1, 17ff.

87) 例えば *BGH NJW* 1998, 767, 769または *BGHSt* 49, 163f.を参照。

88) 例えば *Jung* JuS 1995, 174; *Kuhlen* BGH-Festgabe Bd. IV (2000), S.647, 671; *Lackner/Kühl* § 25 Rn.2; *Nack* GA 2006, 342, 344.

法で保障された代用品によってあらゆる抵抗を最初から無意味な企てにする機構に対峙するということは容易にできることではない。むしろ、全く逆に、法秩序は、企業に所属する労働者に要求された犯罪計画に対して彼らが抵抗することを期待しており⁸⁹⁾、違法な命令やそれと結びついた脅迫に対しては、介入する権限のある刑事訴追当局によるさまざまな手段をいつでも投入する。

それに対して、自分の雇用者に対する告発は民法626条⁹⁰⁾の重大な解雇理由であり、諸刃の剣である、ということは反論としてもち出すことができない。一つには、法秩序は、個人に、時々、その上はつきりと、もっと強く介入することを期待している。例えば、第三者の利益が優越する場合、刑法34条1項によって身体的介入は甘受されなければならない⁹¹⁾。それ故、職場喪失という脅しは、「それ自体」、刑法240条1項における「甚だしい害悪」と評価することはできない—現在の職に匹敵しうる職に就く機会が一般に悪く、同時に非常に多額の債務を負うということが考えられるような例外は別である⁹²⁾。他方、違法な命令の不実行もしくはそういう趣旨の抵抗は、今日の憂慮すべき労働市場情勢の下ですら、明らかな解雇理由ではなく、その結果、実行名宛人は、通常、違法な行為をする気はないであろう。もっとも、彼の「説得」に成功したならば、行為決意は彼の中で初めて生じたに違いないため、古典的な教唆が存在する。しかし、彼は、命令者の視点から、実際、「行為計画におけるより確実な要因」たりえなかった。以上により、表向き正犯媒介的な代替可能性を引き合いに出すことは、現代産業国家の私法的経済生活において全くのフィクションである⁹³⁾。

—行為寄与が小さいか企業における行為経過が極めて複雑であるため—実行者は自らの行為の可罰性を認識することなく行為したならば、故意に命令した者は優越的知識に基づく間接正犯者である。しかし、その場合、上述した組織的権力機構に基づく行為支配は、認められた欠陥の下位事例として、結局、不必要である⁹⁴⁾。組織支配に基づく正犯は経済企業において存在しない⁹⁵⁾。

3. 補遺：正犯の背後の正犯

「正犯の背後の正犯」構成に対して、その構想の類似性から、特別なことは妥当しない。行為へと誘う前に基本的に既に決意していた実行者との用意を故意に自らの行為に取り入れた背後者は、経済生活における「組織正犯」に対して述べられたのと同じ懸念からうまくいかない。この法形態も、正犯ならびに行為支配を納得のいくようまた論理的に根拠づけることはできない。

89) *Roxin* JZ 1995, 45, 51.

90) 雇用者に対する告発は当事者間の信頼を破壊するということが出発点である。信頼の破壊は民法626条1項における重大な解雇理由である。Bamberger/Roth/Fuchs Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.2 (2. Aufl. 2008), § 626, Rn.62のみ参照。

91) 刑法34条との関連における重大な傷害について、多くのものかわりに *Fischer* § 226 Rn.16.

92) それに関して詳細は *Urban* (Fn.25), S.248.

93) 「解雇のテーマ」について *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.141ff. も見よ。

94) 同様に *Urban* (Fn.25), S.225も。

95) すでに *Amelung/Brammsen* (Fn.70), S.142f. を参照。

Ⅲ. 共同正犯の不当性

1. 一般的弱点

間接的組織正犯とは対照的に、法律界において昔から知られており、その基本要件は争われていないが、共同正犯を認めることと実行者の何らかの代替可能性とは何の関係もない。直接行為している犯罪者として彼は完全に答責的な正犯である。しかし、共同正犯による解決も、「共同の行為計画」および「共同の行為実行」という要件において、著しく不当なものである。両（正犯的）解決アプローチは、解釈学的に懸念があるという点で、お互い全くひけをとらない。

a. 行為決意における弱点

共同の行為決意に対して、背後者と命令に従う実行者との間に一貫して存在する場所的・人的隔たりによって共同の行為決意は克服できないほど阻害されている、ということが繰り返し反論としてもち出された。「命令はまさに共同の行為決意とは逆のものである」⁹⁶⁾。それに対して、共同正犯による解決の側から、行為媒介者が法逸脱的組織における構成員であることがいわば行為計画を認めるための前提であると反論された⁹⁷⁾。—従って、実行者は背後者の計画を既に事前に自分のものにしてきた。

「システムへの加入」によってそのような認識が存在するというでっち上げ解釈は納得できない⁹⁸⁾。なぜなら、その解釈は、不法組織において、ひょっとしたら自ら将来「協力する機会」があるかもしれないというせいぜい抽象的に存在する認識を、共同正犯の行為決意にとって必要な具体的認識と簡単に同列に扱っているからである。しかし、未必の故意における類似の問題性を比較すれば簡単に分かるように、認識に関する相違をこのように広く均等化する実質的な理由はない。そこでも、正犯的地位の責任を根拠づけるために、単に抽象的な危険状態に限定された正犯者意思ではなく、具体的な危険意識における危険実現意思が必要である⁹⁹⁾。

さらに、「加入に基づく」行為計画の認定および行為決意の認定（より正確には先取り）の内容が虚構であることを以下の例が明らかにしている。会計係は、不法政権の事務局において、部局の用具用現金と筆記用具を管理していた。ある日、彼の上司は、彼に、「特別部」に所属している病気の同僚の代わりに、電話を処理するよう命じた。電話を処理する経過の中で、彼は、捕虜 V と Z に対して「いつものように」せよという指示を伝えることになっていた。彼は、昔から仕事において特に信頼されていたため、この任務のために選ばれた。さらに、会計係は、「いつものこと」が関係者の処刑であることを知っていた。これまで、会計係は、組織内で、法的に正当なもしくは中立的な領域を担当していた。部局は同じであり、命令者も常に彼に事務上の需要を伝える人物であった。これらの事情の下、会計係が「中立的な」任務地位に就いただけで、

96) *Roxin* FS-Grünwald, S.549, 553; *Küpper* GA 1996, 524も見よ。

97) *Otto* AT, § 21, Rn.92.

98) それに関して *LK-Schünemann* § 25 Rn.129および *Roxin* ZIS 2006, 295も批判的である。

99) それによって主張された危殆化理論について詳しくは *Brammsen* JZ 1989, 79ff. および *Otto* AT § 9 Rn.34ff., 44f.

不法機関における行為計画の先取りが実際に既に行われたとするのは理由がない。

b. 行為実行における弱点

上述の事例における命令のような行為は一般に予備段階で行われているにすぎず、それ故、共同正犯的実行の意味において効果的に行為に寄与していないということによって、命令「システム構成員」と実行「システム構成員」との共同実行行為の存在は争われている¹⁰⁰⁾。事実、一般に、機構を単に「始動させること」が常に既に責任を根拠づける行為寄与と位置づけることができるのか否かは、まったくもって疑わしい¹⁰¹⁾。ある晩、将校が国境警備兵に電話または文書による命令によって、万が一逃亡者がいた場合、場合によっては射殺せよと鼓舞するのは、行為寄与としてすでに十分であろうか？ 結局、この問いを肯定することは規範的にのみ根拠づけることができ、それにより、未解明の評価に対しては、例えば「代替可能性」と同様に未解決である。その形態によれば、むしろ、そのような行為は教唆（刑法26条）の意味におけるまさに古典的な影響行為を示している—それは、勧告または命令は2人の間の純粹に知的な接触であるということが考慮されるとき、もっと容易に認識することができるようになる。コミュニケーション形態およびコミュニケーション行為、それどころか、命令を具体化する方法ですら等しく、単にその精神的內容が異なっているにすぎない。しかし、コミュニケーション的影響による知的接触はまさに教唆を特徴づける要素である¹⁰²⁾。それにより、権力機構を単に動かすことは、それ自体、共同正犯的行為ではない。むしろ、階級構造を備えたシステムや組織において、「刺激提供者」（Impulsgeber）に自らの「刺激」に対して正犯地位を認めうるためには、影響力を行使できるような内部的により高い地位、さらなる支援措置および現実の絶対的形成権もしくはコントロール権のような、まだその他の最低限の要因が必要である。

2. 経済固有の弱点

私的経済企業における命令に対して特別なことは妥当しない。共同の行為計画および共同の実行行為に関する上述の欠点は、自分たちの視点から合法的に活動している企業において労働を開始し、そこで法順応的に活動している労働者にも当てはまる。一般に、彼らは、違法な活動をせよという不当な要求を拒否するであろう。もし拒否されなければ、背後者は教唆者であるか、正犯行為の実行に彼が協力した場合には共同正犯者である。その場合、確かに、実行者は背後者の命令と結び付いた自らの行為によって彼の行為計画を引き受けるが、それが「自動的な」先取りであるということとはできない。合法的経済企業において、共同正犯は合目的的に実用できる解決策でも、解釈学的に支持できる解決策でもない。

100) Bloy GA 1996, 434, 443; LK-Schünemann § 25 Rn.129.

101) Schroeder (Fn.33), S.169は、十分複合的な行為として「始動」に対して検討を加えている。

102) 共同正犯と教唆の区別の状況について、私の知るところでは、多くのものかわりに Lackner/Kühl § 26, Rn.2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 26 Rn.4; Wessels/Beulke Strafrecht AT (37. Aufl. 2007), § 13 Rn.568; BGHSt 48, 331, 341f. も見よ。

IV. 有効な道具：教唆

完全答責的に行為している者に犯罪を命令する者は、一般に、問題なく刑法26条の教唆者と確認することができる¹⁰³⁾。すなわち、命令は外部的に明白な形で第三者の意思に操作して影響を及ぼすことであり、その影響は、それが成功した場合、要求者が違法で故意に実現されることを望んでいる要求された行為決意を実行者に惹起する（ことができる）。

しかし、この分類には、二つの明白な欠点があり、実際、この見解により、それが正犯を拡大しようとする理由となっている。すなわち、一つには、軽罪が対象となっている場合、正犯行為の実行が失敗した際の、法的に命じられた（刑法159条における虚偽の陳述の教唆の未遂または不正競争防止法17条以下による秘密保護犯罪は例外である¹⁰⁴⁾）不可罰性である。すなわち、犯罪行為へのそそのかしが失敗した場合、刑法30条、12条1項により、一般に、それが重罪のときのみ処罰される¹⁰⁵⁾。また、刑法28条による身分犯に参与した者の扱いが問題となる。なぜなら、第三者側からの身分犯の実現は法律により処罰されていないからである¹⁰⁶⁾。しかし、両結論は克服することができる。「組織正犯」が適用された事例は常に計画された犯罪に関係しており、（一般に受け入れられるならば）組織正犯は経済犯罪の領域においても計画された犯罪に限定されるべきである。加えて、正犯行為が未遂段階に達するならば、実際、「組織的権力機構」またはそのほかの（私経済的）組織において、なぜ軽罪の教唆の未遂がこの種の団体以外の場合より無条件に処罰される必要があるのかに関して、重要な理由があるわけではないことは明らかである。その際、まれな例外事例は受け入れなければならない。同じく、教唆は、正犯行為と同様、共同で行うことができるため、経済界に存在する決定委員会（例えば、株式会社の取締役、有限会社の取締役、監査役）の複数のメンバーが下した違法行為命令を教唆と捉えることができる¹⁰⁷⁾。その理由からも重大さからも、取り立てていうほどの処罰の間隙は存在しないため、複雑な構成や解釈学的に疑わしい正犯者地位は必要ない。処罰が一般に受け入れられるならば、背後者の責任を教唆者として根拠づけることは体系的にも内容的にも納得がいく。

G. まとめとあとがき

「組織的権力機構に基づく間接正犯」という形態は、経済活動やその他の場合において、組織

103) *Hilgenbeutel* (Fn.10), S.148ff.; *Schlösser* (Fn.7), S.359; *Zaczyk* GA 2006, 411, 414も同様である。

104) 不正競争防止法19条1項は、他人に、秘密を漏示（不正競争防止法17条）させまたは原型を盗用（不正競争防止法18条）させることに失敗した場合を、独自の犯罪構成要件において特別な処罰を科している。それに関して詳しくは *MK-UWG/Brammsen* (2006), § 19 Rn.17.

105) たった今挙げた例外は、法秩序は軽罪の失敗に終わった可罰的教唆を規定し、それ故、刑法30条は関与者処罰体系の乗り越えることのできない原則を定義していないことを示している。Schönke/Schröder/*Lenckner* § 159 Rn.1/2を参照。

106) *MK-StGB/Joecks* § 29 Rn.51の事例を参照。

107) 私の知るところでは *Kühl* Strafrecht AT (5. Aufl. 2005), § 20, Rn.194; Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 26 Rn.6. を参照。

支配の行使が限定責任実行者の強要支配と評価することができる時のみ、認められる。しかし、それは、一般に認められた強要支配の純粋な下位事例として、決して独自の意義があるわけではない¹⁰⁸⁾。背後者と実行正犯との共同の行為決意の欠如、ならびに、同じく、共同の行為実行の欠如という点から、共同正犯を再び取り上げることはできない。機構を単に「動かすこと」では法律上の行為としては不十分である。むしろ、命令は正犯への知的影響であり、それが刑法26条の教唆の処罰に該当するということは、経済企業内でも、問題なく、しかも適切なことである。

それに対して連邦通常裁判所は、組織的権力機構における背後者を論じるにあたり、全ての決まった型によって解決した¹⁰⁹⁾。このことは、危険源とみなされる領域を単にシンボリック的政策的に鎮静化するという疑念を抱かせる¹¹⁰⁾。すなわち、人または集団は、組織の統合効果と相対的匿名性を誤って確実に犯罪行為に利用することができるであろう—従って、組織は犯罪目的を実現するための道具であろう¹¹¹⁾。この恐れは、ナチス国家およびドイツ社会主義統一党政権の犯罪に関して捜査・手続き期間が長期化したことにかんがみると、全く根拠がないとはいえないかもしれないが、それらの事件は、その間、かなり処理され、処罰されている。それ故、将来の事件はむしろおそらく経済犯罪の領域に関係するであろうということが推測される。それ故、連邦通常裁判所およびそれに従う学説は、なぜそしてどの範囲で経済企業における命令者が正犯として責任を負わなければならないのかについて、自らの考えを具体化するように求められている¹¹²⁾。いずれにせよ、これまで示された根拠づけアプローチから、解釈学的要求として不十分であることが証明された。それらの要求には、全て、そこに必要な実質的でそれ自体決定的な負荷能力が欠けている。刑法における正犯責任には、現象学的な考えや宣伝的な（黒幕）像以上のものが必要である。というのは、正犯責任は精神的な（犯罪）惹起以上のもの、すなわち、実際に実現された（犯罪）惹起の意味における肉体的現実的惹起を処罰するからである。

108) すでに *Schulz* JuS 1997, 109; *Hefendehl* GA 2004, 575, 584ff. も見よ。

109) *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 561; 今ではより簡潔に *ders.* ZIS 2007, 263ff.; *Schünemann* ZIS 2006, 304 も見よ。

110) 組織的権力機構の「正しい」処理をめぐる論争を解決するために、正犯体系の改正を支持するものとして *Botke* JuS 2002, 320, 323f.; これまで支配的なモデルからの転向を支持するものとして *Wolf* FS-F.C. *Schroeder* (2006), 415, 418ff., 429f. も。

111) 機構を比喩的にピストルと比較している *Bosch* (Fn.70), S.235がこの比較を行っている; 同じく、しかしより強く「機会志向的」なのは、*Sinn* (Fn.70), S.186ff. の期待可能性アプローチである。

112) *Schlösser* GA 2007, 171ff. は、共同正犯的な作為責任と不作為責任に共通の役割中心的組織支配を説いている。しかし、それにより、経済生活における一般義務と特別義務との相違は、一般に認められたその不法修正効果を失うことになる。