

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

ベルント・シュースマン

『正犯の背後の正犯』という法形象と
行為支配の段階付けの原理

小 野 上 真 也

1 はじめに

本稿で紹介する論文は、フリードリッヒ・クリスチャン・シュレーダーの古稀祝賀論文集に掲載されたものである。⁽¹⁾本論文では、いわゆる「正犯の背後の正犯」⁽²⁾をめぐる問題、すなわち、利用された直接行為者が正犯として処罰されるときにも、背後者もまた正犯とされ得るか否かの問題が論じられ、シュースマンは「行為支配の段階付けの原理（das Prinzip der Tatherrschaftsstufen）」⁽³⁾という考え方を用いて、「正犯の背後の正犯」が成立し得ることを認めている。そして、「正犯の背後の正犯」は間接正犯の一形態として理解されている。通常、間接正犯は、直接行為者が「道具」のように用いられる結果、その者に犯罪は成立せず、ただ背後者のみが正犯となると理解されるが、これに対して、「正犯の背後の正犯」という考え方によれば、直接行為者と背後者の双方が正犯と評価されるところに、間接正犯の通常理解を超えた特殊性が存在するといえる。

周知のとおり、わが国には、いかなる者が正犯であるかという「正犯規定」は存在せず、刑法典に単独正犯や間接正犯の定義規定をもつドイツとは事情を異にしている。⁽⁴⁾加えて、間接正犯と同様に複数人の関与が問題となる共犯についても、ドイツでは直接行為者に故意があることが明文で要求されているが、わが国ではそのような明文上の要求がないという点においても事情を異にしている。⁽⁵⁾したがって、ドイツで特に議論されている「正犯の背後の正犯」の問題をそのままわが国の議論に引き直すことは、ただちに可能とはいえない。しかし、わが国でも、複数人が事象に関与し、それら関与者が同時犯とされる場合においては、直接行為者が正犯として処罰される場合であっても、背後者が正犯とされるのはなぜかが問題となるのであり、ここでは、実質的には「正犯の背後の正犯」の判断がなされているといえる。さらに、ドイツでは、実行共同正犯が通説とされている

ることから、共謀のみに関わった者を正犯と評価するには、わが国でいう「共謀共同正犯」としてではなく、「正犯の背後の正犯」という法形象によって、間接正犯と評価する必要がある。ここでは、「正犯の背後の正犯」が、実質的には「共謀共同正犯」と類似の法形象として用いられていると評価できよう。⁽⁶⁾ たしかに、ドイツにおいては間接正犯の問題であるとされ、他方、わが国においては、同時犯や、とくに共謀共同正犯の議論に近づくという性質の違いはみられるものの、以上のことから「正犯の背後の正犯」の議論は、わが国にとって全く無関係なものというわけではなく、一定の範囲において考慮に値するものといえよう。

2 シューネマン論文の概要

I. 事後的に実定法上の制度として規定された間接正犯、答責原理によるその伝統的な理由付け、および、現在の展開における答責原理の崩壊

1. 間接正犯という法形象は、事後的に法律に規定された正犯形式であり、各国の刑法典においても明確な輪郭付けはなされていない。ドイツでは、間接正犯は、1975年になってようやく刑法典に明文化されたが、背後者の行為が、いかなる場合に他者を利用した正犯と評価されるか、決定的な基準は提示されていない。この点、他者を「道具として」利用したか否かが間接正犯の基準として用いられ、この基準は、ライヒ裁判所において1880年に用いられて以来、法的な根拠がないにもかかわらず、間接正犯という法形象を特徴付けるものとなった。「道具」概念は、日常用語としては、直接行為者が背後者に完全に従属する場合や、全計画において無意識のうちに利用されるような場合に認められる。これに対して判例や学説は、「道具」概念をより狭く刑法上固有の意味で理解し、たとえば、判例は、直接行為者と背後者の主観の相違に由来して、直接行為者ではなく背後者を特別の根拠により正犯とし得る、としていた。

2. このような基本思想は、ドイツ刑法学においては「答責原理」として体系化された。答責原理を貫徹すれば、直接行為者自身は客観的構成要件や主観的構成要件を充足しないか、違法・有責に行為していないから背後者の道具であって、直接行為者は当該行為について刑法上答責的であるとはいえず、直接行為者に欠ける答責性は背後者に負わされるという結論に至る。したがって、答責原理によれば、「正犯の背後の正犯」という法形象は認められない。このように、答責原理は体系上明確であり、また、間接正犯と共犯を明確に区別することができるため説得的ではある。しかし、たとえば、ロクシンは答責原理が適用されるのは、背後者による「強制に基づく意思支配」の場合のみであると解し、「認識支配」や「組織支配」の場合には答責原理の適用を否定している。その他にも答責

原理の適用領域を限定する者が多くいる。たしかに、答責原理自体からは、それを適用するか否定するかの区別基準を導き出すことはできない。しかしながら、具体的な事例で答責原理が適用されたり否定されたりしているという状況に鑑みると、答責原理がなおも採用の価値のあるものであるかには疑問が生じよう。

3. a) 「正犯の背後の正犯」を考えるにあたっては、まず、直接行為者に動機の錯誤がある場合が問題となる。たとえば、直接行為者にその近親者が死んだと誤信させ、直接行為者が絶望の余りに自殺した場合である。ここで、答責原理を一貫させると、背後者に間接正犯は成立しない。そうすると、単に教唆しているに過ぎない背後者は、ドイツでは共犯としては不可罰である。これに対し通説は、直接行為者の承諾に着目して、背後者の間接正犯を認める。しかし、①承諾の際、直接行為者の意思の欠缺からくる効果それ自体が問題を孕んでいる点、②この事案では、背後者は間接正犯とされなければ教唆の手段であると評価されるに過ぎないものであるにもかかわらず、直接行為者の動機の錯誤を利用することが、なぜ背後者の正犯性を基礎付けることになるのかという点について、これまで納得のいく理由付けはなされてこなかった。BGHも、このようなケースで背後者の間接正犯性を肯定するが、その論拠としては、直接行為者の準構成要件的錯誤を問題とする立場から、自殺における、背後者の主導的な役割とその悪意ある欺罔とを併せて問題とする立場へと変化した。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

b) 次に、直接行為者の行為が適法となる場面でも、「正犯の背後の正犯」が問題となる。たとえば、事実上即した密告があり、当該国家の法律にしたがって有罪判決が正当に行なわれた場合、手続が適法であれば、密告者を処罰する理由はないはずであるが、背後者の側に直接行為者に欠けている支配があれば、背後者に間接正犯が成立し得る。このことは、事実上反した密告によって下された善意の有罪判決が問題となる場合でも同様である。BGHは、このような場合に、背後者が裁判官を必ずしも支配していたとはいえないにもかかわらず、直接正犯として、「正犯の背後の正犯」というカテゴリーを作り出したといえる。しかし、この事案の処理には根拠がなく、背後者は、教唆ないし幫助を理由としてのみ処罰され得る。

c) 直接行為者に完全な責任がない場合、たとえば、直接行為者が限定弁識能力や限定制御能力しか有しない場合も、しばしば背後者に間接正犯が成立する。さらに通説からも、直接行為者の禁止の錯誤が回避可能であった場合に、背後者の比較的強い事象支配を理由に「正犯の背後の正犯」が認められている。同様に、背後者によって直接行為者に客体の錯誤が引き起こされた場合も一答責原理によれば、せいぜい共犯が認められるに過ぎないにもかかわらず一、通説は背後者に間接正犯が成立するとするのである。

4. a) 「正犯の背後の正犯」が認められる場面として、以上の点を指摘するだけでは不十分であろう。間接正犯は、国家の組織的権力機構を利用する場面でも認められる。そこでは、答責原理の例外として、組織的権力機構の利用による間接正犯という法形象が導かれた。この点につき、BGH は、旧東ドイツでの上官による射殺命令に由来する正犯性の問題を扱い、旧東ドイツ国家防衛評議会 (der Nationale Verteidigungsrat) のメンバーについて、組織的権力機構の利用による間接正犯として、「正犯の背後の正犯」を認めた。その判決で BGH は、「組織機構によって決定された綱領の利用」や、背後者による「規則的な経過の作出 (Auslösung)」を指摘しただけでなく、「直接行為者が構成要件を実現する無条件の用意があることの利用」⁽⁹⁾についても指摘したのである。

b) さらに BGH は、以上のような国家的組織的権力機構の利用のケースを、—当初は傍論としてであったが—企業活動を直接的に管理組織⁽¹⁰⁾の行為と評価することで、企業の経営権力の刑法上の答責性にも適用できるとした。しかし、このように下位の従業員によって遂行された故意の犯罪行為の全てについて一貫して企業経営陣の間接正犯を認めるのであれば、答責原理は最終的に放棄されねばならない。ここでは、間接正犯が答責原理の適用範囲を超えて認められる場合に、その目的論的な基礎がどこに存在するかの解答が与えられねばならない。

II. 判例の法理と学説におけるさまざまな理由付け

1. 次に、BGH が、その背後にいかなる法理を有しているかをみてみよう。BGH は、国家的であるにせよ、経営上のものであるにせよ、組織的権力機構を利用する場合、背後者の間接正犯性について「規則的な経過 (regelhafte Abläufe)」という公式を用いて、原則として単なる代替性—直接行為者が容易に替えが効くか否か—に着目し、背後者の優越的な事象支配を間接正犯性の根拠としている。たとえば、組織的権力機構の利用の事案では、直接行為者はたしかに法益を自ら侵害できるが、直接行為者が行為に出ることを拒否したとしても他の誰かが犯罪を実行することになるから、直接行為者自身は法益侵害を阻止できないとされ、BGH によれば、企業内部の実行機関 (Ausführungsorgan) は、経営上の組織的権力機構の利用の事案においても代替的であるから、企業活動においても、上述の基準が取締役会メンバーの間接正犯性を肯定するものとして用いられる。

また、自殺行為の利用や、直接行為者の禁止の錯誤が回避可能である状態を利用するような場合、直接行為者には認知面の瑕疵が存在するが、—そのような瑕疵は直接行為者の刑法上の答責性を否定しないものの—背後者による非常に高度の事象コントロールに準じた事象コントロールを理由に、BGH は間接正犯を成

立させている。このことからみると、BGH は、答責原理の代わりに、より強い事象コントロールによって正犯性を認め、背後者が事象を何らかの点で直接行為者に比べてより見通しており、直接行為者よりもより完全に操縦したというだけで「正犯の背後の正犯」という法形象を原則として認めざるを得ない「行為支配の段階付けの原理（das Prinzip der Tatherrschaftsstufen）」を採用していることが明らかであるといえよう。

2. この原理は、たしかに、以上の事案が検討された当時に主張されていたものでもなければ、ここで取り扱う問題がそもそも間接正犯の問題の1つとして認識されていたわけでもない。しかし我々は、この原理が暗黙裡に肯定されていることを、別のBGH判決のなかに見出すことができる。すなわち、BGH は、HIV 陽性のパートナーと陰性のパートナー間での性交の事例で、陽性のパートナーが自身の感染を知っていたのに対して、陰性のパートナーは相手方の感染の事実を単に計算に入れざるを得なかったにとどまり、それ以上のことは知られていなかったという場合に限り、危険な傷害を理由として陽性のパートナーを可罰的とした⁽¹¹⁾。ここでは結局のところ、被害者を、被害者自身の侵害のために道具として利用する間接正犯の事例が認められているのである。

3. 刑法学が、判例による間接正犯の拡張について体系的な観点からどのように取り組んできたかを考えると、およそ混乱させるようなイメージに突き当たる。ここでは、さまざまな事例群について個別の内容的な位置付けが重要なのではなく、それよりも、「答責原理」に代わる、間接正犯と共犯の区別のための新たな一般的ルールを発見することが、そもそも成功しているのか、あるいは、判決はもはやケースバイケースで下されているに過ぎないのではないかの検討が重要である。正犯性の問題について40年以上にわたってインスピレーションを与え続けてきたロクシンの正犯構想を用いてこれらの検討を行なうと、ロクシンは原則として答責原理を適用しているものの、一定の場合には答責原理の適用を否定して「正犯の背後の正犯」を認め、複雑なかたちで答責原理の例外を用いている。しかし、そこに適切な理由を与えることができないのは明らかである。ロクシンの正犯構想は、答責原理の例外に分類上の公式を提供するものではなく、事案ごとに場合分けされていることに代わりはない。ロクシンの見解は、行為支配という指導的原理を共通の基点に置いているため、純粹に体系的な法発見と純粹に機能的な法発見の間で中庸を保ってはいるが、「間接正犯」には意味論的な形象として何が必要かという問題に答える必要があろう。

III. 体系的概念、問題点の列举、あるいは、型（Typus）としての間接正犯？

答責原理を貫徹すれば、背後者の優越的地位を理由として、刑法上答責的では

ない直接行為者の利用による間接正犯を体系的な概念で包摂することができるが、それでは、近時の判例の流れに反することになる。それを回避するために、答責原理を一部は維持しつつ、一部は放棄するという方策をとったとしても、融通の利く解決策を導き出すことはできるが、各事例群においてなお議論の余地が残ってしまう。そこで、最後に、このようなジレンマを打破すべく、少しばかり検討を加えたいと思う。

1. 現在でも答責原理を貫徹する者の1人に、ヤコブスがいる。ヤコブスは、答責原理が帰謬法によって裏付けられていたことを前提に、「いったい誰が、一定の法益侵害について優先的な管轄を有するか」というように正犯原理を公式化するが、そのような考え方からは、「関与者の一方のみが管轄を有し、それゆえ正犯として評価されるべきである」という結論が—本来は論証が必要であるにもかかわらず—先取りされている。

これに対して、一般予防によって法益保護を実現するという刑法の基本理念から、多くの人間が、法益の完全性に関して重要な地位にある限りにおいて、異なる正犯形式が同時に現れる可能性があることを肯定すれば、各個人の答責性は、法益に関する各個人の地位によって決定され、他者の答責性が否定されるか否かに必ずしも左右されない。直接行為者が刑法上答責的であるものの、事象コントロールやその責任が減少している場合には、最適の法益保護を求める刑法は、直接行為者のこのような欠陥を支配する背後者を等しく答責的であると説明しなければならず、かつ、この場合に、背後者について単に教唆犯の成立を認めるだけでは足りないのである。ここで、たとえば、直接行為者を禁止の錯誤に陥らせた背後者は、自ら事象を支配するものといえる。この場合、直接行為者が禁止の錯誤を回避することが可能であり、法益侵害について答責的であったか否かは、背後者が法益侵害について答責的か否かの判断には全く関係が無い。なぜならば、背後者の事象支配の有無の判断にとっては、直接行為者が実際に錯誤に陥っていたか否かという事情だけが重要だからである。それゆえ、答責原理よりも、判例において直観的に実践されている「行為支配の段階付けの原理」こそが、刑法の法益保護の任務にとって、より適うモデルである。

2. 以上のように答責原理を放棄した以上、「正犯の背後の正犯」を、もはや体系的な概念から説明することはできないが、それでもなお、個々の事案に関係する問題点 (Topoi) を列挙するだけでも足りないであろう。正犯性というものは、近時の法理論においてようやく具体化された型 (Typus) であり、段階付け可能な複数のメルクマールを伴う概念である。そこでは、様々なメルクマールが、それぞれの強度 (Ausprägung) をもって並存しているものであり、それゆえ、あるメルクマールの強度が弱くとも、他のメルクマールの強度が強ければ、具体的

事例では、相互に補い合って当該類型の一現象形態として正犯とみなされる。ここでは、全正犯形式の基本類型が、刑法の法益保護任務から「結果の原因の支配」というかたちで導き出される。そのことから、「正犯の背後の正犯」というかたちをとった間接正犯にとって、直接行為者の行為と同様に背後者によってコントロールされた条件も、等しく「結果の原因」として評価されることになる。このことについて、以下で若干の具体例を概観しよう。

a) 第三者に対する法益侵害の場合、直接行為者の動機は、通常は法的な禁止によって「遮断されている」ものであるから、背後者の行為が「結果の原因」として評価されることはない。これに対して、自殺の場合には、自殺者自身は、自傷はおろか自殺に対しても、法的な禁止によって「遮断されている」ものではなく、自殺をするなどという障害に打ち勝つ必要もない。したがって、直接行為者に自殺を決意させたり、そこへ至る動機を設定した場合には、これは背後者にとって「結果の原因の支配」となる。それゆえ、欺罔によって直接行為者に自殺意思を引き起こした背後者は、間接正犯として答責的であるということが出来る。

b) 他方、共同正犯の類型については、分業による相互の事象支配のほか、共通の所為決意にも依拠しており、そこでは2つのメルクマールの強度は異なり得るものであり、また、相互に補完し合うことができるものである。それゆえ、一方共同者の共通の所為決意が弱かったとしても、それだけで共同正犯性が否定されるわけではなく、事象支配の強度によって補完され、共同正犯性が肯定されることもある。ここでは、上部機関からの一般的な指示が与えられた後に実行機関によってその指示が実施に移される場面や、上司が資料を提供し部下がそれを加工するという場面が想定でき、間接正犯か共同正犯のいずれかの成立が考えられるが、これは共同正犯とすべきであろう。なぜならば、組織的権力機構の利用による間接正犯が認められるためには、間接正犯の型として、直接行為者の代替性を基礎付ける背後者の明らかな優越性が必要だからである。

c) また、複数の異なる所為寄与に関しては、企業間の壁を越えた場合も問題となる。たとえば、犯罪的な行為の指示が他の独立した経営者に与えられ、かつ、指示を与えた者が同時に自身の保障人的義務に反した場合（具体的には、環境を汚染する廃棄物を他の企業に譲渡して、違法に貯蔵させる場合）に、BGHは、指示を与えた者の間接正犯を肯定したが、それは妥当ではない。以上のような事案で、BGHは、背後者の「正犯意思に担われた行為支配」によって間接正犯性を肯定したが、これは背後者の予備段階での共働から正犯性を基礎付けるものであり、背後者の優越性を放棄するものである。この場合には、共働支配は有害物質の最終的な貯蔵段階では欠如しており、両者を共同正犯とすることはできず、違法な貯蔵を決意した経営者に対して廃棄物を譲渡した場合に、当該譲渡が「除

去」の一形態として刑法326条に包摂される場合に限って処罰が可能である。

IV. 結語

これまでの考察によれば、私見からは、以下の点が明らかとなる。すなわち、間接正犯を肯定するに際して、その根拠を、「答責原理」から「行為支配の段階付けの原理」にまで拡張することは、正犯を類型概念として把握する場合、方法論としても妥当な、原則として承認に値するものであるということである。しかし、その根拠を「行為支配の段階付けの原理」にまで拡張することによって、判例が「正犯の背後の正犯」を逸脱的に肯定するおそれもまた生じ得るのである。

3 若干のコメント

シューネマンは、本論文で、「正犯の背後の正犯」を認めるために、判例を分析することで得られた「行為支配の段階付けの原理」を新たに採用している。他方、シューネマンは、「答責原理」を採用する学説が、「正犯の背後の正犯」を認めるために、同原理を例外的に否定してきたことを批判した。すなわち、いかなる根拠で、また、いかなる基準でそのような例外が認められるかが不明確であると指摘したのである。

答責原理に対するシューネマンの批判は、間接正犯が、その出自において極端従属形式による背後者⁽¹³⁾処罰の間隙を埋めるために編み出された形式であることとも関係すると思われる。制限従属形式が明文化されているドイツや、通説とされるわが国では、直接行為者に有責性がない場合においても、背後者には正犯か共犯かのいずれかの選択肢がありうるのであるから、背後者の正犯性の判断については他者の答責性の有無は影響しないとするシューネマンの指摘は、妥当であるといえよう。さらに、「答責原理」と「行為支配の段階付けの原理」には、次のような性質の差異が認められる。すなわち、前者が一ロクシンのように一直接行為者の禁止の錯誤が回避可能であったか否かという、直接行為者側の主観面に関する仮定的判断を背後者の正犯性判断にかからしめるのに対して、後者は、そのような主観面の仮定的判断は背後者の正犯性判断に影響を与えないとする。このように「行為支配の段階付けの原理」は、背後者が事象に対していかなる支配を及ぼしたかという観点から、答責原理に比べて正犯性をより客観的に判断していると思われる。

他方、ここでいう一直接行為者と背後者で分属的な行為支配を想定する—「行為支配の段階付け」という基準が、いかなる「段階付け」を想定しているかは、段階付け可能な複数のメルクマールの強度の相互補完という以外は、本論文から

は必ずしも明らかではない。この点、シューネマンは、機能主義的な刑法体系を志向することから、各判例の集積こそが重要であると考えているようにも思われる。⁽¹⁴⁾しかし、それでは、いかなる場合に「正犯の背後の正犯」が認められるかの判断が曖昧になってしまうであろう。もっとも、正犯性が認められるには、いかなる程度まで支配があれば十分であるかを完全に明確にすることもまた困難である。したがって、「行為支配の段階付けの原理」が正犯性判断にとって明確な基準となり得るかにつき、判例の分析を通じて、ある程度の指導原理を導き出すことが必要であるように思われる。

しかし、そうであるとはいえ、ある事象について直接行為者ならびに背後者が同時に支配を及ぼしている場合、たとえば、同時犯の場合や—基本的には正犯であるのか共犯であるのかの争いはあるが—共謀共同正犯の場合などは、複数関与者は結果に対して正犯として評価される事象支配を有しているともいえ、その際、「行為支配の段階付けの原理」は、複数関与者が正犯とされるためには、各個人に結果に対する支配が必要であるということを示したのであり、その点において、なお有益な見解であるといえよう。⁽¹⁵⁾このように考えると、「行為支配の段階付け」という考え方は、—ドイツでは間接正犯における正犯性判断の基準として用いられているものの—わが国では、同時犯ないし共謀共同正犯における複数関与者が、すべて正犯と評価されるためには、問題となる事象に対していかなる支配を有する必要があるかを判断する一要素ともなり得ると思われ、今後の検討に値するといえよう。

- (1) Bernd Schünemann, Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S.401ff.
- (2) ドイツにおける「正犯の背後の正犯」の議論を検討したわが国の文献として、たとえば、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、松生光正「錯誤を利用した間接正犯」犯罪と刑罰2号（1986年）49頁以下、同「間接正犯と教唆犯の限界付け—Katzenkönig 事件（BGH, NJW 1989, 912）—」姫路法学4号（1989年）33頁以下、川口浩一「組織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、松宮孝明「（紹介）ギュンター・ヤコブス『故意なき道具を利用した間接正犯における客観的帰属』」立命館法学258号（1998年）87頁以下、岡上雅美「ドイツにおける間接正犯論の新展開—客観的帰属論の応用—」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第2巻（成文堂、2000年）195頁以下、鈴木彰雄「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園大学法学紀要11巻2号（2001年）113頁以下など。
- (3) 齊藤・前掲注（2）8頁。
- (4) ドイツ刑法25条1項は「犯罪行為を自ら又は第三者によって遂行する者は、正犯として罰する」としている。
- (5) ドイツ刑法26条は「他人をしてその者の故意で遂行された違法な行為を行うことを故意に

決意させた者は、教唆犯とし、正犯と等しく罰する」とし、同27条1項は「他人をしてその者の故意で遂行された違法な行為を犯すのを故意に幫助した者は、従犯として罰する」としている。

- (6) 川口・前掲注(2) 81頁。
- (7) BGHSt 32, 38, 42f.
- (8) BGH GA 1986, 508.
- (9) BGHSt 40, 218, 236.
- (10) BGHSt 40, 218, 237.
- (11) BGHSt 36, 1.
- (12) BGHSt 43, 219, 231f.
- (13) ドイツにおける答責原理を詳細に検討した、わが国の近時の文献として、たとえば、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002年) 234頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年) 74頁以下など。
- (14) Bernd Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 51f. (邦訳として、ペルト・シューネマン(松生光正訳)『刑法上の体系思考に関する序論』中山研一・浅田和茂監訳『現代刑法体系の基本問題』(成文堂、1990年) 1頁以下)。もっとも、シューネマンのこのような機能主義的志向に対して、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ(井田良訳)「ドイツにおける理論刑法学の現状について」刑事法ジャーナル6号(2007年) 54頁は、機能主義の立場は、刑法学の将来を指し示す意味を持つものとは到底いえず、シューネマンの主張する方法論的立脚点からは、いかなる本質的に新しい結論も得られないと批判する。
- (15) わが国では、共謀共同正犯が認められる場合として、共謀者間で対等に共働する対等型ないし分担型の共謀共同正犯と、共謀者の内、優越的な行為者が存在する支配型の共謀共同正犯があるとされている。仮に「正犯の背後の正犯」の議論を、実質的には「共謀共同正犯」を認める議論であると理解したとしても、この場合、背後者自身には、結果に対して一定程度の支配が要求されることから、「正犯の背後の正犯」は、実質的には支配型の共謀共同正犯のみを射程としているとも考え得る。