

タイトル	正犯と共犯（19）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，59(3)：45-64
発行日	2023-12-30

論 説

正犯と共犯 (19)

吉 田 敏 雄

目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

(以上第54巻第2号～第59巻第1号)

第5章 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性

第1節 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠

1. 共犯の概念

2. 共犯の処罰根拠理論

A. ドイツ語圏刑法学における諸理論

a. 責任共犯理論(墮落理論)

b. 修正責任共犯理論(=不法共犯理論=脱一体化理論)

c. 惹起(因果)理論

aa. 純粹惹起理論(=共犯者の独自の法益侵害理論)

bb. 連帯化理論

cc. 従属性本位の惹起理論

dd. 混合的惹起理論(=独自の従属的法益侵害の理論)

B. 日本刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論

b. 修正責任共犯理論

c. 純粹惹起理論

d. 従属性本位の惹起理論

e. 混合惹起理論

C. 混合的惹起理論とその若干の帰結

a. 正犯者の不法と共犯者の不法の関係

b. 共犯者の独自の不法

(以上第59巻第2号)

第2節 従属性(主犯への依存性)

1. 制限従属性の意義とその原理

2. 客観的構成要件充足の必要性

A. 既遂の教唆、未遂の教唆及び教唆の未遂

B. 正犯者資格なき「主犯者」への教唆

3. 故意の主犯の必要性

A. 概説

B. 個別事例の検討

a. 身分犯の場合

b. 自手犯の場合

c. 教唆者が主犯に故意があると誤認した場合 (以上第 59 卷第 3 号)

第 5 章 共犯（教唆と幫助）の処罰根拠及び従属性

第 2 節 従属性（主犯への依存性）

1. 制限従属性の意義とその原理

共犯（教唆・幫助）は、他人が行う主犯を前提とするので、主犯に従属する。共犯のこの従属性の意義は、他人を何らかの悪事へ「教唆する」とか、その際「幫助する」行為を包括的に処罰することを許さないところにある。共犯の可罰性は、共犯が必ず関係しなければならない主犯の刑罰規定があることによって初めて、法治国的明確性を得ることになる⁽¹⁰²⁾。共犯は、「他人によって故意に行われる違法な所為」に関与することを前提として、かかる主犯とこれに関連づけられる共犯者に故意を要するというのが今日の通説である。主犯へのこの依存性が制限従属性 (Limitierte Akzessorität) と呼ばれる。

従前、従属性の程度（要素従属性）については諸説が見られた。この点に関して、ドイツでは、M.E. マイアーが四つの従属形態を提示していた。第一は、正犯の構成要件該当性に依存することで足りるとする**最小従属形態** (Minimal akzessorische Form) であり、第二は、正犯の構成要件該当性、違法性に依存するとする**制限従属形態** (Limitiert-akzessorische Form) であり、第三は、正犯の構成要件該当性、違法性および責任に依存するとする**極端従属形態** (Extrem-akzessorische Form) であり、第四は、正犯の構成要件該当性、違法性、責任のほか、さらに、正犯者の人的属性に依存するとする**誇張従属形態** (Hyperakzessorische Form) である⁽¹⁰³⁾。M.E. マイアーは、最小従属形態は立法上利用し難く、誇張従属形態は当時のドイツ刑法典第 50 条に反するので採用できず、制限従属形態が最も優れていると論じた上で、ドイツ刑法典が教唆犯・幫助犯の成立要件として正犯の可罰的行為 (strafbare Handlung) を要求しているので、極端従属形態に依らざるを得ないと論じた。しかし、その後、

1943年の刑法の一部改正は、教唆犯・幫助犯の成立要件として、正犯の「刑罰で威嚇された行為 (mit Strafe bedrohten Handlung)」を要求するとともに(第48条1項、第49条1項)、共犯者は、他人の責任には関係なく、自己の責任に応じて処罰されるものとしたので(第50条)、以後、制限従属性が通説となった⁽¹⁰⁴⁾。

1975年施行のドイツ新刑法では、教唆犯・幫助犯は「故意に行われた違法な所為 (vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat)」を教唆・幫助することとされ(第26条、第27条)、「違法な所為」とは、主犯者によって行われる「刑法の構成要件を実現する所為」のことを意味する(第11条1項5号)。また、責任段階における従属性の緩和は、「いずれの関与者(正犯者と共犯者を含む-筆者注記)も他人の責任を考慮することなく、自己の責任に従って罰せられる」とされたことから(第29条)も確認される⁽¹⁰⁵⁾。

わが国の刑法には共犯従属性に関する明文の規定は存しないので、現行法がいずれの従属形態を採用しているかは検討を要する。最小従属形態は、単に構成要件に該当するだけで、違法性を欠く行為に対する共犯を認める点に、共犯の実質を考慮しないものがある。誇張従属形態は、正犯の処罰条件や加重減輕事由が共犯に影響を及ぼさないとしている現行刑法(244条2項、257条2項、65条2項)に適合しない⁽¹⁰⁶⁾。

第二次世界大戦前は、刑法第61条の「犯罪」という語を根拠として極端従属性説が通説であった⁽¹⁰⁷⁾。しかし、本説は、責任が行為者に向けられた個別的非難であるにもかかわらず、教唆者・幫助者の責任を正犯者の責任に従属させる点に問題がある。そこで、今日、同条の「実行させた」という点を重視して制限従属形態を支持する立場が通説といえよう⁽¹⁰⁸⁾。適法行為をする道具を利用する場合、例えば、背後者が他人の正当防衛状況や緊急避難状況を利用するとき、この他人の行為は構成要件に該当するものの違法ではなく、所為支配という観点から背後者に間接正犯が成立するのであって、教唆犯が成立するわけではないので、違法でない行為への共犯というのは考えられない⁽¹⁰⁹⁾。また、構成要件不該当行為への共犯というのも考えられない。客観的構成要件不該当の行為をする道具を利用する場合、例えば、背後者が殺意をもって他人に致死

量の毒入り果汁を与え、この他人がそれと知らずに飲んで死亡したとき、他人の「構成要件不該当行為」につき、背後者に間接正犯形態の殺人罪が成立する⁽¹¹⁰⁾。

そうすると、正犯者は次の犯罪要素を充足すれば足りる。①客観的構成要件。②主観的構成要件、つまり、故意（及び場合によってはその他の主観的構成要件要素、例えば、窃盗罪における領得目的）。③違法性。主犯は正当防衛のような違法性阻却事由によって正当化されてはならない。これらの3要素が具備されればよいので、主犯者が有責行為をしたことは要件とされない。主犯者に責任阻却事由（刑事未成年、責任無能力）や免責事由（免責緊急避難）があったか否かは考慮されない。もっとも、教唆者が主犯者に責任を免れさせる事実を知っており、それ故、主犯者を自分の道具として制禦することができる時、背後者は間接正犯者である⁽¹¹¹⁾。

2. 客観的構成要件充足の必要性

A. 既遂の教唆、未遂の教唆及び教唆の未遂

主犯の構成要件該当性は、既遂の場合だけでなく、未遂の処罰規定がある限り、未遂でも足りる。

〔設例3〕甲は乙に丙を射殺するよう説得する。乙の丙を狙った一発目は丙に当らなかった。乙は逃走する丙に向けてさらに2、3発撃ったが、いずれも丙に当らなかった。丙は無傷で逃れることができた。（クライ／エッサーの設例）

乙が実際に丙を射殺していたなら、乙に殺人既遂罪、甲に殺人既遂罪の教唆犯が成立する。しかし、乙は丙の射殺に失敗したのであるから、乙に殺人既遂罪は成立しない。殺人罪の客観的構成要件が構成要件的结果の不発生故に充足されていないのである。しかし、乙に殺人未遂罪は成立する。この場合、既遂の主犯が欠けているから、甲に殺人既遂罪への教唆罪は成立しない。しかし、甲は殺人未遂罪の教唆者となる。問題となる犯罪の未遂が可罰的である限り、未遂の所為も「違法な所為」となりうる⁽¹¹²⁾。〔設例3〕を改変して、甲は乙に丙を射殺するよう説得を試み、乙は了解したが、犯行現場に行く途中、殺意を放棄したという

場合、予備の段階に過ぎないので、甲には殺人教唆の未遂しか認められず、これは現行法上不可罰である。

B. 正犯者資格なき「主犯者」への教唆

正犯としての資格を有しない者を教唆しても、教唆犯は成立しない。

[設例 4] 旅行中に自分に強制執行が迫っていることを知った甲は、乙に甲の財物を隠すよう依頼した。甲は強制執行を妨害する目的を有している。乙は甲の依頼に応じ、甲の財物を甲の住居から持ち出した（ヘルツベルクの設例）。

乙に強制執行妨害目的財産隠匿罪（刑 96 条の 2）の成立はない。乙には強制執行妨害の「正犯者資格」が欠けるからである。したがって、甲に同罪の教唆犯は成立しない。所為支配説からは、甲に間接正犯、乙に幫助犯を認めることもできない⁽¹¹³⁾。

3. 故意の主犯の必要性

A. 概説 共犯は正犯に故意のあることを前提とするのであるが、そうすると、下記の身分犯〔設例 5〕、自手犯〔設例 6〕及び主犯に故意があると誤認した場合〔設例 7〕に、処罰の間隙が生ずることになり、このことは刑事政策的に好ましくないのではないかという批判が見られる⁽¹¹⁴⁾。しかし、この批判には説得力が無い⁽¹¹⁵⁾。一方で、現行刑法上、共犯の成立は主犯の故意を要するとの明文に規定はないが、故意は主観的構成要件要素として違法な所為の構成要素であることが指摘されねばならない。他方で、法政策的にもほぼ一般的に認められていることだが、領得目的のようなその他の特殊的主観的構成要件要素は違法な所為の構成要素である。そうすると、その他の特殊の主観的構成要件要素は故意を前提としているのであるから、故意は違法な所為の構成要素であると云える。さらに、故意の主犯が必要であることへの刑事政策的批判は教唆の本質と「教唆する」という構成要件要素と矛盾する。教唆の本質はたんに正犯行為をさせたというところにはない。教唆の本質は、外でもなく所為決意を誘うことによって主犯を惹起させるところにある。さもないければ、教唆と幫助の間の境界づけ、及び教唆と間接正犯の間の境界づけという新たな、解決しがたい問題が生ずるのである⁽¹¹⁶⁾。

教唆に妥当することは幫助にも妥当する。幫助犯も、主犯に所為支配を及ぼすことなく、主犯に関与することであり、他人の非故意行為を故意に支援することではない。非故意行為を支援するのは間接正犯となるのが普通である⁽¹¹⁷⁾。

B. 個別事例の検討

a. 身分犯の場合

[設例 5] 医師甲は難病患者丙の治療にあたっていたが、丙の友人乙が、丙の承諾がないにもかかわらずその承諾を得たと言って、甲から丙の病気に関する診断書を入手した。

[設例 5] では、乙に秘密漏示罪（刑 134 条）の教唆犯が成立するか否かが問題となる。

患者の承諾が正当化事由であるとき、誤ってその承諾があると考えた場合は、正当化事情の錯誤（違法性を阻却する事実の錯誤）がある。[設例 5] では、甲に正当化事情の錯誤が認められる。この場合の故意の存否については、諸説によって結論が異なるので、ここでその検討を要する。

①消極的構成要件要素の理論（全体不法構成要件理論）本説に依ると、正当化事由の前提要件は「消極的構成要件要素」である。不法構成要件は、積極的に不法を基礎づける要素（狭義の構成要件）と正当化事由の前提要件の不存在から構成される。したがって、犯罪行為を評価する上で、当該行為が既に構成要件を充足していないのかどうか、構成要件に該当するが、正当化されるのか否かはどうでもよいことになる。いずれの場合も不法構成要件に該当しない。不法構成要件にとって、刑罰規範の構成要件要素は積極的構成要件要素であり、正当化事由の要素は消極的構成要件要素である。この統一的全体不法構成要件において、故意は、一方で、積極的に構成要件要素の全てが存在すること、他方で、消極的に正当化事由の事実的前提要件が欠如していることの認識を要する。したがって、正当化事情の錯誤では不法故意が欠如する。ドイツ刑法の解釈としては、その第 16 条の構成要件の錯誤に正当化事情の錯誤が直接適用され、故意が欠落する⁽¹¹⁸⁾。過失犯の成否だけが問題として残る。正犯に故意がないと、その共犯も存在しない。

本説は支持できない。本説は、ある要素が、例えば、被害者の承諾が構成要件要素として体系化されるか正当化事由として体系化されるかは立法上の意味しかなく、法的評価段階と云う点で変わらないと主張するのであるが、しかし、人殺しと蚊殺しの違いは単なる立法上の意味以上のものがある。加えて、構成要件不該当の行為と構成要件に該当するが、しかし、許容される行為とが価値的に同列扱いされるなら、構成要件によって包摂されない行為であっても必ずしも法秩序によって許容される必要がなく、可罰的不法ではないが、不法でありうることが見逃されてしまう⁽¹¹⁹⁾。結局、不法類型としての構成要件と例外としての違法性阻却事由の機能的相違を見落とし、構成要件と違法性阻却事由を水平化して、構成要件と責任という2段階犯罪理論体系を構築する点に問題がある。正当化事情の錯誤では正犯に故意が欠落するので、悪意の共犯者が不処罰とされるという問題が生ずる。もっとも、間接正犯の成立が考えられるが、しかし、身分犯、自手犯及び義務犯ではそれは考えられない。今日、本説はドイツ刑法学では過去の一学説となった⁽¹²⁰⁾。

② (厳格) 故意説 故意説によると⁽¹²¹⁾、故意行為は現実に不法の意識不法がある場合にだけ考えられるので、不法の意識は故意の一部を構成する。したがって、いかなる錯誤も、回避可能な禁止の錯誤ですらも故意を阻却する。過失犯処罰の可能性だけが残る。本説は、特に、故意を責任要素と位置づける者によって主張された。本説によると、回避可能な禁止の錯誤を含めて、いかなる錯誤であっても故意を欠落させるので、多様な錯誤を分類する意味はない。これと異なるドイツ刑法第17条(禁止の錯誤)は、憲法で保障された責任主義に反するので、その適用はできない。いかなる錯誤にも第16条(所為事情に関する錯誤)が適用される。結局、行為者に不法の意識が無いとき、常に故意は阻却されるので、正当化事情の錯誤も故意が阻却され、したがって、共犯はありえず、間接正犯の可能性だけが残ることになる。

本説は支持できない。基本的に法に誠実な行為者と法秩序とは異なる見解を有する行為者を同列に扱うところに問題があるし、過失犯処罰規定がない場合、処罰の間隙が生ずることになるからである。加えて、ドイツ刑法の場合、同第16条と第17条が構成要件の故意と禁止の錯誤を区別し、不法の意識を独自の責任要素と認めているので、故意説はこれ

に反する。とりわけ、第17条2文は回避可能な禁止の錯誤を故意犯の
廉で処罰している。こういった規定が責任主義に反するとの主張は理解
し難いと批判されるのである。

このような批判に対応して、今日、故意説は修正された形で主張され
るのが普通である。それは**修正故意説**とか**制限故意説**⁽¹²²⁾と呼ばれ、従
前の故意説は**厳格故意説**と呼ばれる。厳格故意説の骨格は維持された上
で、不法の意識の分野で例外が設けられる。すなわち、法敵対性とか法
盲目性から誤想する行為者には、不法の意識が例外的に存在するとされ
るべきである。法敵対性や法盲目性は、正当化事由の錯誤では通例であ
るが、正当化事情の錯誤ではそうとはいえない。不法の意識の欠如が故
意を阻却することには変わりはない。[設例5]では、甲に故意が欠落する
ので、乙に共犯の可能性もない⁽¹²³⁾。しかし、この修正故意説も責任説か
らの根本的批判を免れることはできなかったのである。

③**厳格責任説** 責任説によると、不法の意識は責任の独立の構成要素で
あり、客観的構成要件の実現意思である故意から厳格に分離される。こ
れを徹底させるのが厳格責任説である。違法性にかかわる錯誤は全て禁
止の錯誤として扱われる(**厳格責任説**という呼称はこれに由来する)⁽¹²⁴⁾。
したがって、行為者には故意があるが、不法の認識がないということも
ありうる。違法性にかかわる様々な錯誤を区別することは意味をなさな
い。正当化事情の錯誤は正当化事由の法的要素(存在と範囲)の錯誤と
同じく禁止の錯誤の下で扱われる。ドイツ刑法では、その第16条の直
接適用も類推適用もなく、第17条が適用される。正当化事情の錯誤と
正当化事由の錯誤は行為が禁止されていることの錯誤として不法の意識
にかかわる。行為者は構成要件要素に関して思い違いをしているのでは
なく、行為の違法性に関して思い違いをしているからである。正当化事
由は行為の構成要件該当性を否定するのでなく、違法性だけを阻却する。
行為者は構成要件を認識しているのであるから、不法行為をする認識だ
けが欠如している。不法行為をすることの根拠は無視して差し支えない。
行為者は、認識と意欲をもって法益を侵害するのであるから、特別
の調査義務を負わねばならず、それ故、その錯誤の回避可能性または不
回避可能性の問題だけが適切な結論を導きうる。正犯者の故意行為は、
禁止の錯誤が回避できなかった場合にのみ、責任が阻却される。共犯者

との関連では、正犯者の故意の違法行為があるので、共犯の成立することには問題がない⁽¹²⁵⁾。

しかし、本説も支持できない。誤想防衛のような場合、誤想が回避可能だった、つまり、「過失」に基づいていたかぎり、その誤想者には故意犯が成立することになるが、これは事の実態にそぐわず、理解し難いことだからである。正当化事情の錯誤に陥っている者は法秩序と同じ価値観念を有しているが、その他の禁止の錯誤に陥っている者は法秩序に反する価値観念を持っているのである。この差異は法的評価に反映されるべきなのである⁽¹²⁶⁾。

④制限責任説（構成要件的錯誤との同一処理説） 厳格責任説への批判、及び正当化事情の錯誤と法的評価の錯誤の基本的区別の観点の下、制限責任説が主張される。本説によると、正当化事情の錯誤は最終的には構成要件的錯誤のように扱われる⁽¹²⁷⁾。その根拠は、正当化事情の錯誤の下で行為する者は「もともと法に誠実」⁽¹²⁸⁾である。行為者は、事実の面で、実際に存在するならその行為を正当化することとなる事情を表象している。行為者に非難しうことは、ある特定の事態を正しく理解しなかったということに過ぎず、行為者の思考と行為が法秩序の外部にあるということではない。それ故、この行為者は、結局のところ、法と不法に関する誤った観念に由来する禁止の錯誤より、構成要件的錯誤に近い処にいと評価されうる。ドイツ刑法第 16 条は構成要件的錯誤に関する規定であるので、正当化事情の錯誤については同条が類推適用されることとなる（行為者に有利な類推適用は許容される）。本説に従うと、正当化事情の錯誤では、故意が類推的に欠落し、過失犯処罰の可能性だけが残る。

ドイツ刑法学では、制限責任説の内部で、ドイツ刑法第 16 条の類推適用によって、主観的構成要件要素としての故意、つまり、不法故意が阻却されるとする説が見られる（故意不法否定制限責任説）。本説によると、正当化事情の錯誤の場合に、違法性の段階で単にドイツ刑法第 16 条第 1 項 1 文の類推適用の余地を認められるにすぎない。構成要件要素と正当化事由の間には不法前提要件という視点の下では質的相違は認められない。したがって、正当化事情の錯誤はドイツ刑法第 16 条第 1 項 1 文の

構成要件の錯誤と同じく扱われねばならない。行為者が正当化事情の存在を誤信するとき、誤信が無いときに故意によって基礎づけられるはずの行為無価値が消滅することになるが、それは故意犯の行為無価値が主観的正当化要素(正当化事情の誤信)によって相殺されるからである⁽¹²⁹⁾。

故意不法否定制限責任説は、正当化事情の錯誤の場合に故意不法を否定し、誤信者の行為を正当化するのであるが、これは妥当でない。第一に、行為者が正当化事情を誤認した場合でも、その行為は違法と見られねばならない。さもなければ、行為者が正当化事情の存在を誤信すると、すでにそれだけで当該行為の違法性が阻却されることになるし、被害者は、違法な侵害がないため、正当防衛ができなくなる。この点で、誰がこういった状況で誰に危険負担があるのかが問題とされるべきである。正当化事情があるとの誤信の危険を最終的に負うのは錯誤者であって、侵害された被害者であるべきでない⁽¹³⁰⁾。

第二に、正当化のために、正当化事由を基礎づける客観的事実がもはや全く重要とならず、行為者の表象における正当化だけが重要ということになるが、それは適切でない。

第三に、正当化事情の錯誤をいとも簡単に構成要件の錯誤と同じく評価することはできない。正当化事情の錯誤には構成要件の錯誤に見られない独自の性格がある。正当化事情の錯誤では、客観的構成要件の警告機能が行為者に届いている。この警告は、行為者におよそ許されている行為と一般的に禁止されている行為の境界を越えることを知らせる。自己の行為が不法構成要件を充足すること、特に、第三者を侵害することを知る者は、特別の正当化事由によって自己の行為が正当化されるか否かを確認することが求められる。誤信者が回避可能な誤信をするとき、この者には不法構成要件を実現することを不注意から認識しなかった者よりも大きな非難に値する。そうすると、正当化事情の錯誤が、故意の法益侵害の行為無価値を、たんに減少させるのではなく、完全に消滅させるとは考えにくい⁽¹³¹⁾。

第四に、故意犯の成立が否定されると、構成要件該当かつ違法な故意犯を前提とする共犯が成立しないことになるが、これは妥当でない⁽¹³²⁾。

⑤法効果制限責任説(=法効果指示責任説=故意責任欠如説) 本説は、とりわけ共犯処罰の間隙を避けるために開発されたもので、ドイツ連邦

裁判所はこの理論を説示した⁽¹³³⁾。正当化事情の錯誤では、ドイツ刑法第 16 条第 1 項 1 文の類推適用は可能だが、次の条件付である。すなわち、主観的構成要件要素としての故意は欠落しない。むしろ、当該行為は刑法第 26 条、第 27 条の意味での構成要件該当且つ違法な故意犯である。正当化事由の錯誤によって、故意責任だけが否定される。本説に従うと、正当化事情の錯誤の下にある行為への共犯の成立は可能である⁽¹³⁴⁾。

法効果制限責任説は、制限責任説とは異なり、正当化事情の錯誤が故意責任を否定するとする点で妥当である。行為者には、正当化事由を基礎づける事実について錯誤があるということは、存在面において錯誤があるということである。他方、行為者は、自己の事実表象が正しいとすると、法に誠実な態度をとっているのである。したがって、価値的に見ると、禁止の錯誤として扱うよりも過失犯としての処罰の方が行為者の態度に合致していると云える。それ故、結果的には、当該行為者は、故意を否定する錯誤と同様に扱われることとなる。法効果制限責任説に従うと、[設例 5] では、甲の主観的構成要件としての故意は存在するのであり、その故意責任だけが欠落するので、乙には秘密漏洩罪の教唆犯が成立する。したがって、処罰の間隙は生じない⁽¹³⁵⁾。

⑥故意の二重の地位説 本説は、正当化事情の錯誤の場合に責任故意 (Schuldvorsatz) が欠落することを故意の二重の地位論によって説明する。すなわち、不法の段階では、構成要件の故意はそのまま残るが、責任の段階で、動機 (動因制禦) が非難できないとされる⁽¹³⁶⁾。確かに、正当化事情の錯誤では、故意責任 (Vorsatzschuld) が前提とする悪しき心情が欠落している。また、正当化事情の錯誤には構成要件の故意が存続しているけれども、故意犯としての処罰が適切でないこともその通りである。しかし、それでも本説は支持できない。

行為制禦は不法に関わるが、責任は、故意所為への動因制禦と、まさにこの意思形成を心情無価値として評価すること (期待可能性) に関わる。不法と責任はそれぞれ自身自身の心理的基礎をもたねばならない。不法では、故意は自然的、価値自由の行為故意である。責任でも、故意は故意犯において責任の独自の要素である。動因制禦、結果への行為制

禦及び非難可能性（行為者の動機に関する価値判断）という機能的連関において、故意犯における責任は真正の故意責任である。故意はこの意味で二重の地位を占めるのである。故意は、結果発生を方向づける点で行為不法の本質を特徴づけ、動機の点で責任を特徴づける。不法構成要件における主観的遂行態様（目的の故意、確定的故意、単純故意、未必の故意）は責任においてたんに反映されるだけでなく、責任を直接特徴づける。この故意の種類は心情無価値の等級分けに繋がる。責任の直接的構成要素として、責任故意は構成要件の故意とは異なり、責任能力を前提とする。心情無価値の担い手としての故意で認識できることは、通常、責任能力があり且つ不法の意識のある人に存在する所為遂行への抑制閾を越えたということである。

責任故意は、構成要件の故意の補充的相対物、つまり、構成要件関係的であるので、正当化事情の錯誤の結節点とはならない。正当化事情の錯誤は、行為者にその行為の不法の認識を遮っているのであるから、不法の意識の領域で検証されるべきなのである。もっとも、正当化事情の錯誤は特殊の事実の錯誤が基礎にある、責任阻却の不法錯誤である。この場合、行為者には、故意責任に特徴的な心情無価値が欠如している。それ故、過失犯規定の存在を前提として過失犯の廉で処罰する可能性が残る。もっとも、過失犯としての処罰に問題がないわけではない。構成要件の故意が存続しているのであるから、過失犯処罰は不可能であると考えられる。過失犯として処罰するためには、オーストリア刑法第8条「錯誤が過失に基づき、過失犯規定がある」というような規定が制定される必要がある⁽¹³⁷⁾。

以上、諸説を概観・検討したのであるが、最後に、法効果制限責任説が妥当であることを確認しておきたい。正当化事情の錯誤の場合、構成要件の故意は存在するが、故意責任が阻却されることの理論的根拠が問題となる。責任は常に不法に関連し、責任は不法を前提とし、不法を法に誠実な意思形成の期待可能性という特別の観点の下で行為者に帰属させる。不法では、故意帰属は、結果への行為の心理的（存在的）意思制禦に關係するが、責任では、故意帰属は、価値関連の行為者動機から生ずる不法な行為への動因制禦に關係する。故意の責任への帰属が否定的な結果になると、不法故意としての故意が阻却されることはないものの、しかし、

故意責任が阻却される。その限りで、一種の故意の二重の地位が生ずる。

禁止の錯誤では、責任阻却は錯誤に陥らないという特殊の期待可能性の存否に依存する。錯誤が非難できないとき、法に誠実な動機づけも期待できない。正当化事由を基礎づける事実の錯誤は責任を阻却する。この錯誤は、事実の錯誤が基礎にある不法の錯誤であるので、責任において不法の意識の領域で検証されるべきである。正当化事情の錯誤は、すでに肯定された構成要件の故意及び不法に影響をあたえることはできない。故意責任が否定されるのは、行為者に、なるほど、故意の心理的要素である客観的構成要件を実現する認識・意欲は存在するが、故意責任の特徴である心情無価値が欠如するからである。行為者にはそもそも存在の領域で錯誤にあり、法に誠実である。正当化事情の錯誤には、過失犯規定があることを前提に、過失犯の故に処罰される可能性が残る。もっとも、上述したように、構成要件的故意の存続にもかかわらず、過失犯としての処罰が可能かという問題が残る。過失は正当化事情の錯誤に関係し、構成要件の結果に関係しないからである⁽¹³⁸⁾。

b. 自手犯の場合

[設例 6] 自家用車を運転していた甲は自転車で行っていた丙を不注意から接触して怪我させた。甲はこの事故に気づかなかつたが、しかし、沈黙しながら助手席に座って、すばらしい景観を楽しんでいた甲の妻乙はこの事故に気づいた。甲は誰か(丙)がののしるのを聞いたが、乙は甲に、すべて異常なしと、完全にもっともらしく請合った。甲は乙の言を信じ、氣をとがめることなく走り続けた。(クライ/エッサーの設例)

甲と乙の道路交通法第 72 条第 1 項前段(交通事故の場合の措置)、同第 117 条第 1 項の罪の成否が問題となる。甲は客観的構成要件を充足したが、故意なしに行為をしたので、同規定で処罰されることはない。乙は、「運転者その他の乗務員」ではないので、直接正犯の形態でも間接正犯の形態(善意の道具としての甲を介した所為の遂行)でも、交通事故の不措置罪の正犯とはなりえない。甲は故意のある主犯ではないので、乙は教唆犯で処罰されることもない。そうすると、交通事故の場合の不措置に処罰の間隙が生ずるが、しかし、甲は自動車運転過失致傷罪に間擬されることになる⁽¹³⁹⁾。

c. 教唆者が主犯に故意があると誤認した場合

[設例 7] 乙は甲に丙を射殺するよう唆した。乙は甲が丙を認識して行為に出る、つまり、人を射殺する故意で行為をするものと思ったが、甲にはかかる故意がなかった。(クライ/エッサーの設例)

甲は、殺人の故意を有していないので、殺人罪では無く、過失致死罪に問擬される。乙は、非故意に行為する道具としての乙を利用した間接正犯の形態で客観的構成要件を充足した。しかし、乙には、正犯故意が欠如するので、間接正犯は成立しない。すなわち、乙は甲に殺人の認識があるものと誤認した、つまり、自分の所為支配の基礎づけとなる事実を認識しなかったのである。しかし、間接正犯はこの事実に関して故意を要求するのである。主犯である甲には故意が無いので、乙の殺人教唆罪は成立しない⁽¹⁴⁰⁾。甲は殺人教唆の未遂である(不処罰)。

第 5 章 注

(102) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 134.

(103) *M.E. Mayer*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1923, 391.

(104) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VII 1.

(105) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VII 2.

(106) 参照、大塚 (I-113) 286 頁。

(107) 参照、大塚 (I-113) 286 頁。

(108) 参照、大塚 (I-113) 286 頁。

(109) 参照、第 3 章第 2 節 2。

(110) 参照、第 3 章第 2 節 4。

(111) 参照、第 3 章第 2 節 3。

(112) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 997 ff.

(113) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 1000.

(114) ドイツでは、共犯規定(第 26 条、第 27 条)が主犯の故意行為を要求しているが、これが立法者の失策だと批判される。*Frister*, (Fn. I-132), § 25 Rn 26; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn. 22 Rn 17; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 35 ff.; *der.*, (Fn. I-19), 367 ff.; *Heine/Weißer*, (I-132), Vor 25 Rn 28 f.

(115) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 1002; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 141 ff.; BGHSt 9, 370 (375-382).

(116) BGHSt 9, 370 (375-382).

(117) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 1003.

(118) *A. Merkel*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, 82; *K. Engisch*, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, ZStW 76 (1958),

566 ff, 583; *Arthur Kaufmann*, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653 ff; *ders.*, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtumm JZ 1956, 353 ff.; *ders.*, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 562 ff.; *F. Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 386 ff.

ドイツ刑法は構成要件の錯誤と禁止の錯誤に関する規定を有するが、正当化事情の錯誤に関する規定を有しない。

ドイツ刑法第 16 条（行為事情に関する錯誤）第 1 項「所為の遂行に当り、客観的構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為をしたものではない。過失の犯行を理由とする可罰性は、そのままとする。」

同第 17 条（禁止の錯誤）「行為者に、所為の遂行に当り、不法を為す認識を欠くとき、行為者がこの錯誤を回避し得なかった場合、責任なく行為した者である。行為者が回避しえたときは、その刑は第 49 条第 1 項に従って、減輕することができる。」

- (119) *V. Krey, U. Hellmann u. M. Heinrich*, Strafrecht BT, Bd. 1, 16. Aufl., 2015, Rn 566; *Th. Rönnow*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn 13; *H. Welzel*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955), 196 ff., 210 f.
- (120) Vgl. *H.J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 13 Rn 73; *C. Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn 70; *J. Wessels, W. Beulke u. H. Satzger*, 51. Aufl., 2021, § 14 Rn 745.
- (121) *D. Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, 184 ff.; *H. Schröder*, Vorsatz und Schuld, MDR 1950, 646 ff.; *ders.*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178 ff., 192.
- (122) *E. Mezger*, Unrechtsbewusstsein im Strafrecht, NJW 1951, 500 ff., 502; *Otto*, (Fn. I-154), § 15 Rn 5 ff; *Schmidhäuser*, (Fn. V-28. Studienbuch), § 7 Rn 87.
- (123) *Otto*, (Fn. I-154), § 15 Rn 5, § 22 Rn 30.
- (124) *P. Bockelmann*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 1979, 129; *Hirsch*, (Fn. V-120), 314 ff.; *ders.*, Der Streit im Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Teil II, ZStW 94 (1982), 239ff., 257 ff.; *Welzel*, (Fn. I-55), § 22 III 1 f.; *F.-Ch. Schroeder*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, LK-11. Aufl., 2003, § 16 Rn 52.
- (125) *R. Maurach, K.H. Gössel u. H. Zipf*, Strafrecht AT, 2. Tb., 1989, § 51 Rn 25; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 50 Rn 39.
- (126) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), Rn 743; *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-119), Rn 613; *C. Roxin, L. Greco*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2020, § 14 Rn 65; *D. Sternberg-Lieben, F. Schuster*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 16 Rn 15; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-120), Rn 748.
- (127) BGHSt 3, 105 (106); 3, 357 (364), 31, 264 (286 f.); OLG Düsseldorf, NStZ 1994, 343 f; *Frister*, (Fn. I-132), § 14 Rn 30 f; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. V-36), § 29 Rn 19; *J. Eisele*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vor 13 Rn 19; *Sternberg-Lieben/Schuster*, (Fn. V-126), § 16 Rn 16 ff;

Roxin/Greco, (Fn. V-126), § 14 Rn 55, 64 ff.

(128) BGHSt 3, 107.

(129) *J. Eisele*, (Fn. V-127), vor 13 Rn 19; *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-119), Rn 508; *Kindhäuser*, (Fn. III-135), § 29 Rn 19; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 13 Rn 72 f.; *Roxin/Greco*, (Fn. V-126), § 14 Rn 64, 73; *Sternberg-Lieben/Schuster*, (Fn. V-126), § 15 Rn 35; § 16 Rn 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 9 Rn 166.

わが国で、故意不法の阻却を認める説。藤木 (III-104) 222 頁以下は、正当化事情の錯誤につき、「事実は行為者が誤認したとおりとすれば、正当行為になる場合には行為者が自己の行為を違法だと意識することは一般に期待されないから、その結果惹起された被害は、正当行為にともなう偶発事故と見るべきであり、単なる事実の錯誤である」と論じて、違法性阻却を認め、その錯誤につき過失があれば過失犯が成立する。川端 (I-150) 402 頁以下は、正当化事情の錯誤を厳格責任説と同じく違法性の錯誤と捉えた上で、人的不法論の観点から、正当化事由の客観的要件の存在について行為時の「事前的判断」を要求し、一般人の見地から正当化事情の錯誤が避けられなかった場合には、行為の「故意不法」が阻却され、違法性が阻却を認めるが、避けえた場合には故意不法が肯定され、厳格責任説と同様に故意犯の成立を認める (二元的厳格責任説)。

(130) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 31 Rn 1133.

(131) *Bessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-120), Rn 754.

(132) この点につき、ドイツ刑法学では、同一処理説と差異化説の対立が見られる。前者は、正当化事情の錯誤の場合に故意を否定することは刑法第 26 条、第 27 条の意味での故意も否定することに繋がるとする説である。正当化事情の錯誤者に刑法第 16 条の類推適用を認め構成要件の錯誤者と同じく故意犯の成立を否定するとき、それにもかかわらず共犯者の処罰に関しては主犯者を故意犯として扱い共犯の成立を肯定することは、共犯者を不利益に扱うことになり許されないと説かれる。*Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff Rn 29, 32; *Herzberg*, (Fn. I-154), 111; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vorbem. §§ 26-31 Rn 37; *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-119), Rn 579.

後者は、主犯が正当化事情の錯誤にある場合も、その故意はあるとする説である。すなわち、刑法第 26 条、第 27 条の意味での故意は、狭く解釈され、構成要件に関連する現実化意思つまり、構成要件の故意があればそれで十分である。不法故意というのは、正当化事由の事実的事情を伴うので、客観的構成要件の事実的事情に関連する構成要件の故意以上のものを包含する。それ故、不法故意がなくとも、共犯には十分な構成要件の故意はありうる。正当化事情の錯誤では構成要件の故意は欠落しない。*I. Puppe*, Strafgesetzbuch. Nomos-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, § 16 Rn 136; *Roxin*, (Fn. V-120), § 14 Rn 70, *ders.*, (Fn. III-60), Vor § 26 Rn 27; *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2002, § 16 Rn 10 ff. 本説に従うと、[設例 5] では共犯の成立が肯定される。本説には、構成要件の錯誤にも正当化事情の錯誤にも故意犯の行為不法が欠如するとしながら、故意不法が欠如する行為に刑法第 26 条、第 27 条の意味で故意の違法な行為を肯定すること

は評価矛盾があるとの批判が可能である。Hoyer, (Fn. I-154), vor § 26 Rn 36 f.; Krey/Hellmann/Heinrich, (Fn. V-119), Rn 581.

- (133) Vgl. BGH NSTz 2012, 272 (Hells Angels v. Bandios).
- (134) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-120), Rn 708.
- (135) Vgl. *R. Moos*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, 1996, 85 ff., 111 f., *ders.*, Kommentar des § 4 StGB: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt.“ 2004, § 4 Rn 117.
- (136) *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 ff., 45 f.
 わが国では、大塚 (I-113) 465 頁以下が、故意を構成要件的故意と責任故意の両面から捉える必要のあることを前提に、正当化事情の錯誤について、責任故意の阻却を認める。「違法性阻却事由である事実についての錯誤は、違法性に関する事実を誤認している場合であり、いわゆる事実の錯誤の一種であって、規範としての違法性そのものについての錯誤ではない。そして、その錯誤によって行為者は自己の行為が法的に許されたものと考えているのであるから、そこに、行為者の直接的な反規範的人格態度を認めることはできないのである。」違法性阻却事由である事実の錯誤は、構成要件の錯誤でも違法性の錯誤でもない、いわば第三の錯誤である。「それは、責任故意の要件である違法性に関する事実の表象が欠ける場合にほかならないから、犯罪事実の表象を欠く場合である構成要件錯誤が構成要件の故意を阻却するのと同様な意味において、責任故意を阻却する」。
- (137) Vgl. *Moos*, Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition, ZStW 93 (1981), 1023 ff., 1031 ff.; *ders.*, (Fn. V-136), § 4 Rn 114;
- (138) Vgl. *Moos*, (Fn. V-135. Irrtumsproblematik), 109 f.
- (139) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 1004.
- (140) *J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, u.J. Eisele*, Strafrecht AT, 13. Aufl., 2021, § 26 Rn 13 f.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 30 Rn 1006.

Täterschaft und Teilnahme (19)

Toshio YOSHIDA

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I. Einführung in die Problematik

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)

Kapitel V. Teilnahme – Anstiftung und Beihilfe

1. Begriff und Strafgrund der Teilnahme

2. Strafgrund der Teilnahme

A. Die Theorien vom Strafgrund der Teilnahme im deutschsprachigen Raum

a. Schuldteilnahmetheorie (= Korruptionstheorie)

b. Modifizierte Schuldteilnahmetheorie (= Unrechtsteilnahmetheorie = Desintegrationstheorie)

c. Verursachungstheorie

aa. Reine Verursachungstheorie

bb. Solidarisierungstheorie

cc. Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie

dd. Gemischte Verursachungstheorie (= Theorie des selbständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs)

B. Die Theorien vom Strafgrund der Teilnahme bei uns

a. Schuldteilnahmetheorie

b. Modifizierte Schuldteilnahmetheorie

c. Reine Verursachungstheorie

d. Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie

e. Gemischte Verursachungstheorie

C. Gemischte Verursachungstheorie und ihre einigen Forgerungen

a. Das Verhältnis des Hauptatunrechts mit dem Unrecht der Teilnahme

b. Eigenständiges Unrecht der Teilnahme

(Band 54, Nr. 2 - Band 59, Nr. 2)

2. Akzessorietät (Abhängigkeit von der Haupttat)

A. Grundsatz der limitierten Akzessorietät

B. Notwendigkeit der Erfüllung des objektiven Tatbestandes

- a. Anstiftung zur Vollendung, Anstiftung zur Versuch und versuchte Anstiftung
- b. Anstiftung eines „Haupttäters“ ohne Täterqualifikation
- C. Zum Erfordernis der vorsätzlichen Haupttat
 - a. Allgemeines
 - b. Einzelheiten bei speziellen Straftaten
 - aa. Sonderdelikte
 - bb. Eigenhändige Delikte
 - cc. Irrige Annahme des „Anstifters“, die Haupttat sei vorsätzlich
(Band 59, Nr 3)
(Die Fortsetzung folgt.)