

タイトル	正犯と共犯（7）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，56(3)：45-74
発行日	2020-12-30

論 説

## 正犯と共犯（7）

吉 田 敏 雄

### 目 次

#### 第1章 関与理論の基礎

##### 序

##### 第1節 基本概念

1. 出立点
2. 限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念
3. 従属性と独立性

##### 第2節 共犯体系

1. 共犯体系モデル
2. ドイツ刑法における共犯体系
  - A. 現行法
  - B. 正犯と共犯の境界 (以上第54巻第2号)
  - C. 正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性

##### 第3節 統一正犯者体系

1. 統一正犯者体系モデル
  - A. 一元的規制モデル
  - B. 統一正犯者体系の種類
2. オーストリア刑法における統一正犯者体系
  - A. 現行法
  - B. 正犯者形態
  - C. 独立性
  - D. 過失犯
  - E. 全体的・個別的量刑
  - F. 統一正犯者体系と共犯者体系の比較 (以上第54巻第3号)

##### 第4節 日本刑法における正犯と共犯の関係

1. 共犯従属性説と共犯独立性説
2. 正犯と共犯の境界
  - A. 構成要件個別特有の正犯と共犯の境界
  - B. 一般犯における正犯と共犯の境界 (以上第55巻第3号)

#### 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1節 総説

## 論 説

1. 間接正犯の概念
  2. 間接正犯の正犯性
    - A. 間接正犯無用説
      - a. 共犯独立性説を基礎とする間接正犯無用説
      - b. 拡張的正犯概念と共犯の厳格従属性の結合説
      - c. 限縮的正犯概念を基礎とする間接正犯無用説
    - B. 間接正犯肯定説
      - a. 実行行為説
      - b. 規範的障害説
      - c. 行為支配説
  3. 意思支配としての間接正犯
- ### 第2節 間接正犯の諸形態
1. 故意なき行為をする道具
  2. 適法行為をする道具 (以上第55巻第4号)
  3. 責任なき道具
    - a. 責任無能力の道具
    - b. 回避不可能な禁止の錯誤にある道具
    - c. 緊急避難の道具
  4. 客観的構成要件不該当の行為をする道具
  5. いわゆる「目的なき故意ある道具」といわゆる「資格(身分)なき故意ある道具」
    - a. 目的なき故意ある道具
    - b. 資格(身分)なき故意ある道具 (以上第56巻第1号)
- ### 第3節 欠陥なき所為媒介者：正犯者の背後の正犯者
1. 回避可能な禁止の錯誤の状態にある他人の利用
  2. 組織支配による間接正犯(事務室正犯者)
    - a. 国家社会主義犯罪及びドイツ社会主義統一党犯罪における背後者の間接正犯
    - b. 「マフィア類似的」組織犯罪
    - c. 大企業の犯罪行為における間接正犯 (以上第56巻第2号)
    - d. まとめ
- ### 第4節 間接正犯の錯誤
1. 具体的行為意味の錯誤
  2. 関与形態に関する所為指示者の錯誤
    - A. 思い込みの所為支配
      - a. 責任能力にかかわる場合
      - b. 故意にかかわる場合
    - B. 潜在的所為支配
      - a. 責任能力にかかわる場合
      - b. 故意にかかわる場合
  3. 道具の客体の錯誤
- ### 第5節 間接正犯の未遂時期

第6節 不作為による間接正犯

第7節 統一正犯者体系における「間接正犯」の扱い（以上第56巻第3号）

### 第3章 間接正犯者（正犯者類型 その二）

第3節 欠陥なき所為媒介者：正犯者の背後の正犯者

#### 2. 組織支配による間接正犯（事務室正犯者）

d. まとめ 国家社会主義犯罪、ドイツ社会主義統一党犯罪及び「マフィア類似の組織犯罪」といったいわゆる組織支配を利用した間接正犯の成立については、ドイツの判例、一部の学説によって支持されている。その要件として、前面者の「互換可能性」及び/または既に一般的に「所為決意」のあることが挙げられる。ドイツの判例はこの二つの要素を採用する。ドイツの判例はさらに進んで組織的権力装置における「正犯者の背後の正犯者」という法形象を大企業の犯罪にも転用する。しかし、既に指摘したように、この法形象は法律上の基礎に欠けるのみならず、間接正犯の基礎にある答責原理にも悖る。いずれの領域においても、実行為者である前面者に完全な法的責任が問えるとき、背後者は共同正犯者として扱われるべきである<sup>(152)</sup>。なるほど、社会領域において事実として階級的序列関係があるが、しかし、法的には、この上下関係は、共同正犯の特徴である構成要件の分業的実現の妨げにはならない<sup>(153)</sup>。というのも、構成要件実現に向けた所為寄与という面で、直接実行為者を行う関与者と同等の重要な所為寄与を行う者に分業的協働支配が認められるからである（機能的所為支配）（参照、第4章）。なお、機能的正犯者体系では、共犯者体系において「正犯者の背後の正犯者」として扱われるべきとされる事例群は、使唆正犯や寄与正犯として扱われるので、この法形象は不要と解される<sup>(154)</sup>。

#### 第4節 間接正犯の錯誤

1. 具体的行為意味の錯誤 所為媒介者が自己の行為が構成要件該当の不法であることを把握している場合ですら、それを特徴づけるその他の事情に関して錯誤に陥っている場合がある。この点で「具体的行為意味の錯誤」と呼ばれる。この場合、かかる錯誤を直接行為者に生じさせあるいは利用する者の間接正犯を認める見解がある。その主たる根拠は、さもなければ耐え難い処罰の間隙が生ずるというものである<sup>(155)</sup>。

先ず、背後者が所為媒介者を**客体の錯誤**に陥れた場合に「正犯者の背後の正犯者」を認める見解がある。

[設例 21] 甲は、乙が丙を特定の時間、特定の場所で射殺する意図を有していることを聞知する。甲は自分の敵である丁とその同じ場所、時間に会うことを約束する。甲は乙にこちらに来るのが丙だと騙す。乙は丁を丙と見間違えて射殺する。(いわゆる**操られた客体の錯誤**)。(グラフ・ツー・ドーナの設例)

この場合、乙には法的には重要でない客体の錯誤があるにすぎず、直接正犯者として故意殺人罪が成立することには争いが無い。甲の可罰性に関しては、間接正犯<sup>(156)</sup>、同時犯<sup>(157)</sup>、教唆犯<sup>(158)</sup>、幫助犯<sup>(159)</sup>あるいは共犯<sup>(160)</sup>の成立を認める見解がある。乙は殺害について刑事責任を完全に負うのみならず、殺害の決定は専ら乙にかかっているため、甲には殺人の所為支配を有せず、したがって、甲には間接正犯の成立はない。乙の射撃が甲の欺罔行為に起因するということそれ自体をとらえて、甲が乙の射殺行為を支配していたともいえない。又、甲と乙は全く相互独立に殺人に関与しているわけではないので、同時犯の成立もない。やはり、殺意を有する者が殺人行為に出る前に、これに関与する者は共犯者にすぎない以上、このいわゆる操られた錯誤の場合、背後者は教唆にとどまる。背後者甲の欺罔行為があつて初めて、直接行為者である乙がその具体的人物への殺意を持ったのである。客体の錯誤が甲の殺人の故意をなくするものではない。乙には殺人の正犯が、甲にはその教唆犯が成立すると解すべきである。

次に、背後者が構成要件該当の**不法の量**に関して欺罔を働いた場合にも「正犯者の背後の正犯者」を認める見解がある。

[設例 22] 甲が乙に丙所有の高価な絵画を損壊するように促したが、その際、その絵画は無価値な物だと欺いた。

この場合、乙には丙所有の絵画の価値に関する錯誤はあるものの、乙にはその絵画損壊の故意が認められるので、物の損壊罪が成立するのであるが、甲にも間接正犯の形態の物の損壊罪の成立を肯定する見解が見

られる。具体的所為の不法内実は法益侵害の程度に依存し、この点で、不法の程度に関する「過剰の事態認識」を有する背後者甲は所為媒介者に認められる「具体的行為意味に関する錯誤」を通して事象を掌握しているというのがその理由である<sup>(161)</sup>。但し、どんなに些細な損害高に関する錯誤であっても背後者の所為支配があるというわけではないので、行為意味に関する重要な錯誤と重要でない錯誤が区別されねばならない。その規準として、所為媒介者の錯誤は「本質的ではないとはいえない (nicht unwesentlich)」<sup>(162)</sup>、「重大である (erheblich)」<sup>(163)</sup>あるいは量刑上重要である<sup>(164)</sup>が挙げられるが、いずれも間接正犯と教唆を境界づける規準としては不明確に過ぎると云えよう。

そもそも、乙には錯誤があるが、絵画の価値に何らの関心もないとき、甲の「過剰の事態認識」がその所為支配を基礎づけることはできない。この場合、端から教唆の可能性しかない。絵画が無価値であるが故に乙がその損壊の決意をしたという場合には、間接正犯の成立の認められるこの種の錯誤と間接正犯の成立が否定される動機の錯誤の区別という困難な問題が生ずる。しかし、乙に錯誤が認められるということは損壊罪の正犯者としての可罰性を変えるものではないのであるから、甲は教唆者にすぎない。そのことによって甲の量刑に不都合が生ずるわけでもない。教唆犯の刑は正犯に準ずるからである<sup>(165)</sup>。

これらの事例で正犯者の背後の正犯者を肯定する見解は、いかなる場合に、意思支配を引き合いに出して間接正犯を基礎づけるのに足る欺罔行為といえるのかという困難な且つ不必要な境界づけの問題に繋がるのである<sup>(166)</sup>。

2. 関与形態に関する所為指示者の錯誤 犯罪行為の指示者は、所為支配を有しているか否かによって、間接正犯者か教唆者となるのだが、指示者が、所為媒介者の評価を誤ったために、事態における自己の役割に関して錯誤に陥ることがある。例えば、背後者が、実際には存在しない所為媒介者の「欠陥」の故に、事態を支配していると誤って考える場合がある（いわゆる思い込みの所為支配）。逆の場合もある。所為媒介者が、背後者に気付かれることなく、ある「欠陥」のために従属的立場にあるので、背後者が客観的には事態を支配している場合がある（いわ

ゆる潜在的所為支配)<sup>(167)</sup>。いずれも責任能力にかかわる場合と故意にかかわる場合とがある。

#### A. 思い込みの所為支配

a. 責任能力にかかわる場合。精神病者であると誤認された者を所為へと促すとき、背後者は所為支配を基礎づける事情、つまり、促された者に責任能力がないものと誤認している。現実には、所為を自らの手で遂行する被指図者に責任能力があるから、この者が（直接）正犯者であり、背後者の視点からは間接正犯である。したがって、「間接的・正犯者所為の（不能）未遂」、つまり、間接正犯の未遂が成立する<sup>(168)</sup>。

これに対して、教唆犯の成立を肯定する見解がある。客観的に見て背後者が「所為の支配者」になることはない。間接正犯が成立するためには、背後者が支配的地位を有していることが必要であり、所為支配があるとの思い込みがあるだけでは足りない。客観的には、所為指図によって教唆「だけ」が実現されたのである。背後者は主観的には間接正犯の前提要件を充足しており、背後者の所為支配の故意の中に教唆故意がともに含まれている。精神病者に指図しているものと誤って認識している者は、所為を故意に遂行する者に指図していることを知っている。教唆の客観的要件と主観的要件が具備されているのであるから、「思い込みの所為支配者」は、自分が指図した所為への教唆者として処罰されねばならないと<sup>(169)</sup>。しかし、所為支配の意思の中に教唆故意が含まれていると解することはできない。背後者は前面者に責任能力がないものと理解しているのであって、現実には間接正犯の意思しかなかったのである。

b. 故意にかかわる場合。指図者が、被指図者に事情が知らせていないので、被指図者には故意がないものと誤認して、自分が「所為の支配者」であると考えられる場合がある。

[設例 23] 医師甲は、入院中の自分の継母丙を殺害すべく、毒物の混入した注射器を用意し、これを看護師乙に鎮痛剤入りの注射器だと偽って渡したが、丙に侮辱されそれを根にもっていた乙は、医師甲の思いに反して、毒物混入に気づいたものの、患者に故意で毒物注射をして殺害した。

[設例 23] について、主観説に基づくと、甲は正犯者意思をもって乙を「道具」として利用し、丙の死をもたらしただのであるから、甲は殺人の間接正犯として処罰され、乙は殺人の同時犯として処罰される<sup>(170)</sup>。しかし、本説は所為支配説からは受け容れられない。所為支配説からは、甲には間接正犯の形態の殺人罪の既遂犯は成立しない。乙は事態を把握していたのであるから甲の道具とはいえない、つまり、所為支配は客観的には故意のある乙にあったからである。乙を支配する意思だけでは間接正犯を基礎づけるのに十分でない。しかし、甲の故意は殺人の故意を有しないとされた乙を利用した殺人罪の遂行に向けられていたのであるから、**間接正犯の形態の殺人未遂犯が成立する**<sup>(171)</sup>。

これに対して、殺人罪の教唆犯の成立を肯定する見解もある。その主たる論拠は次の点にある。所為を正犯者として他人を介して遂行したい者には、他人を少なくとも所為遂行へも「教唆する」意思が認められる<sup>(172)</sup>。すなわち、所為支配の意思は教唆者故意よりも重く且つ広範囲に及ぶので、後者は前者の中に本質的に同質の「マイナス」として含まれている<sup>(173)</sup>、ないし、少なくとも所為支配の意思は教唆者故意の代わりとなりうる<sup>(174)</sup>。加えて、背後者は、故意を有しているとは思われなかった所為媒介者を所為遂行へと促す目的を達成しているのであるから、不法内実から見ると、教唆の既遂が認められるのであって、これを間接正犯の未遂で捉えることは適切でない<sup>(175)</sup>。

しかし、本説は妥当でない。たしかに、殺人教唆の客観的要件は具備されている。乙は甲の言動があつてはじめて丙殺害の殺意が生じたからである。しかし、教唆犯の要件は教唆者が故意で主犯者を故意犯へと唆すことである。ところが、甲は乙に殺人の故意がないと考えていたのである。したがって、甲には教唆者故意がない<sup>(176)</sup>。教唆犯肯定説の前提は、正犯者故意を教唆者故意とその他の要素の結合物と捉えるところにあるが、この前提自体が適切でない。間接正犯者の故意は必ずしも前面者の故意所為に向けられている必要はないことから分かるように、正犯者故意は必ずしも教唆者故意を含んでいるものではないからである<sup>(177)</sup>。

## B. 潜在的所為支配

a. 責任能力にかかわる場合。背後者が、所為媒介者の責任無能力を

認識することなく、この者を所為へと促す場合がある。例えば、甲が精神病患者とは認識できなかった乙に丙殺しを指図する場合である。主観的には、指図者は他人を犯罪行為へと教唆しているに過ぎない。しかし、客観的には、被指図者の体質的劣勢の故に、指図者には事態における優越的地位が認められる。しかし、このことから指図者が「所為の支配者」になることはない。所為の支配者となるためには、事態を支配しているという認識が必要であるが（いわゆる所為支配の認識）、これが欠如しているからである<sup>(178)</sup>。したがって、甲に殺人の間接正犯は成立しない。しかし、乙は責任無能力者であっても殺人の正犯者である。甲には殺人教唆の故意が認められるので、殺人既遂罪の教唆犯が成立する<sup>(179)</sup>。

**b. 故意にかかわる場合。**指図者が被指図者に故意があると誤認する場合がある。

[設例 24] 乙は狩猟に際して勢子丙を射殺したが、それは乙が薄明のなかで丙を牡鹿と間違ったからである。甲は乙に丙射殺を誘導していたのであるが、その際甲は乙には丙殺害の認識があった、つまり、人を射殺する故意があったと誤認していた。（クライ/エッサーの設例）

乙には殺人の故意が認められないので殺人罪の成立は無いが、(重) 過失致死罪が成立する。甲には、客観的には故意なき道具乙を利用した間接正犯の要件を充たすが、それについての故意が欠如している。甲は、乙が事情を認識しているものと誤認したのであり、したがって、所為支配を基礎づける事実を知らなかった。また、甲には殺人の教唆も認められない。甲には殺人教唆未遂は認められるが、これは現行法上不可罰である<sup>(180)</sup>。

類似の設例を挙げると、甲が乙に第三者の虚偽告訴をするように説得するが、乙は真実であると思いながら客観的には虚偽の申し立てをする場合がある。教唆の故意しか有しない甲に間接正犯が成立することはない。客観的に虚偽の申し立てをする者には故意が無いので、指図者が被指図者を教唆しようとした主犯が存在しない。教唆の未遂は認められるが、これは現行刑法では不可罰である。結局、現行法上、指図者は無罪となる<sup>(181)</sup>。

3. 道具の客体の錯誤 所為媒介者が客体の錯誤の意味で客体を取り違えた場合、それが当人の故意の存否に影響を与えることは無いが、問題は、この客体の錯誤が間接正犯者にいかなる影響を与えるかにある。

[設例 25] 医師甲は、1号病室にいる患者丙を殺害する意図で、毒薬入りであることの気付かれにくい液体の入った注射器をそれとは知らない看護師乙に渡したが、近視の乙は1号病室と7号病室を取り違えて7号病室に入院中の患者丁に注射し、死亡させた。（ヴェッセルス/ボイルケの設例）

[設例 25] のような場合、所為媒介者による客体の錯誤は背後者にとっては方法の錯誤になるという説が見られる。間接正犯において道具としての人が人を取り違えた、つまり、「標的を当てそこなった」というのは、直接正犯において工学的道具が的をはずした、つまり、「標的を当てそこなった」ことに等しい、それ故、実際の因果経路が表象された因果経路から著しく外れており、実際に生じた結果に関係する故意が認められないというのがその理由である<sup>(182)</sup>。この方法の錯誤説に依れば、甲には丙に関して殺人未遂罪と丁に関して（予見可能性があれば）過失致死罪の観念的競合が成立する。これに対して、客体の錯誤と捉える見解もある。[設例 24] のような場合、この**客体の錯誤説**に依ると、背後者は構成要件的に確定した侵害客体（人）を目指す道具を送り出す。背後者は、構成要件要素によって限定された目的の実現をもくろんでいる。この事情は方法の錯誤とは根本的に異なる。方法の錯誤では、同じ構成要件要素に入る客体に当るのは偶然に過ぎない。したがって、出来事の経路の本質的ずれがない限り、所為媒介者の客体の錯誤が背後者の可罰性に影響を及ぼすことはない<sup>(183)</sup>。

しかし、客体の錯誤説は適切でなく、背後者に客体の錯誤が認められる場合と方法の錯誤が認められる場合のあることを区別する必要がある。この**区別説**に依ると、まず、所為媒介者が所為客体の選択に当たって背後者の事前の指図の枠内に止まっているとか、所為客体の個別化を委ねられており、選択の誤りが客観的に予見可能な場合、背後者に**客体の錯誤**が認められるので、背後者は既遂の罪責を負う。次に、背後者が所為媒介者に所為客体の個別化を委ねていない場合、所為媒介者の人の

取り違えは、工学的道具の使用が誤って的要をはずしたのと同様な効果をもつので、背後者には方法の錯誤が認められる<sup>(184)</sup>。〔設例1〕の場合、個別化を委ねていない場合には、乙は甲の具体的指図に反した行為をしたのであるから、方法の錯誤として、甲には殺人未遂罪と過失致死罪の観念的競合が成立する。

〔設例26〕甲は精神病患者であることを知っている乙に丙の射殺を促した。乙には丙の面識がないので、甲は乙に丙の人物写真を渡した。しかし、乙は丙だと思って銃撃したところ、実際は丙ではなく丁を射殺してしまった。(ヴェッセルス/ボイルケの設例)

〔設例26〕では、背後者は所為媒介者に被害者の個別化を委ねたのであるから、この取り違えが具体的事情からなお一般的生活経験から予見可能な限界内にあるとき、所為媒介者の選択の誤りは背後者の客体の取り違え、つまり、客体の錯誤として背後者に帰属されねばならない。

次に、自分自身に対して向けられる道具の場合も間接正犯として扱われるのであるから(参照、本章第2節4)、次の設例のような罍を仕掛ける場合も間接正犯として扱うことができる。

〔設例27〕甲は乙を乙所有と思われた乗用車に爆発物を仕掛けて殺害しようとしたが、実際には、乗用車の本来の所有者丙がこれを利用し、爆発を引き起こしてしまい、その結果、丙は死亡した。

〔設例27〕について、甲は、丙が乗用車を利用するという危険を認識していなかったのであるから、丙殺人の故意が認められないという見解もあるが<sup>(185)</sup>、適切とは思われない。なるほど、甲は乙を殺害しようとして丙を殺害してしまい、そこに被害者の取り違えがある。しかし、甲は明らかに自分の行為の必然的結果として、目的とした乙を殺し損ねた場合には、通常、構成要件上同価値の客体を侵害するだけに終わるものと思っていた、もしくは、「間接的」個別化の場合、具体的結果の発生を意のままにできたので、故意は、行為の作用範囲内にあるどの客体にも向けられていると云える<sup>(186)</sup>。たしかに、甲の意図した客体とは異なり、最初にエンジンを始動させた丙に殺害結果が生じたのであるが、甲は特定の被

害者に向けて具体化された故意を直接的攻撃（例えば、見ながら射殺する）をしたのではなく、被害者を罠に陥らせることによって殺害したのである。この種の知覚に頼れない殺害方法では、故意は、「爆発物の罠」に陥るとの被害者にも及ぶのであり、結局、攻撃客体と侵害客体は一致する<sup>(187)</sup>。

## 第5節 間接正犯の未遂時期

間接正犯者も、他の者を介して所為を遂行させる決意をするとき、未遂に止まることがある。間接正犯の前提要件、特に所為支配は決意（未遂犯の主観的構成要件）にあり、したがって、主観的視点において検証されねばならない。所為支配を包括するこういった所為決意があると、未遂犯の客観的構成要件においてさらに、決意者が構成要件実現に接着した行為をしたか否かが検証されねばならない。この接着行為の時期については見解が分かれる。

### 1. ドイツ語圏刑法学説

[裁判例] BGHSt 30, 363 [塩酸事件] 甲は宝石商の丁を嫉妬から殺害したいが、その殺害計画を殺害の意図を知られることなく、第三者にさせようとした。甲は乙、丙に丁から強奪するように説得できた。乙と丙は、甲から、丁に力づくで麻醉剤を飲ませ、それから宝石を強奪するように言われた。甲は乙と丙に塩酸の混入されたプラスチック壘一本を即効性の睡眠剤が入っていると偽って渡した。しかし、乙と丙は丁のところへ行く途中、好奇心からプラスチック壘のねじ込み栓を開けたところ、きわめて有毒な塩酸が入っているのに気づき、強盗計画を放棄した。

①厳格説。本説は、間接正犯者は道具を介して所為を遂行するのであるから、道具を重視すべきであるということから出立する。この道具は自動機械ではなく、道具としては不処罰であるのが普通だが、構成要件実現に関与する別の行為をする人である。しかし、間接正犯者の行為と道具の行為は一体（全体所為）をなすのであり、間接正犯者が道具を介して所為を実行するとき、この所為の未遂時期は、道具が構成要件実現のための接着行為をする時より早くなることはない。所為媒介者の接着行為によってはじめて未遂段階に達する。所為媒介者がまだ予備段階にあるとき、間接正犯者に未遂犯の成立はない<sup>(188)</sup>。本事案では、所為に関

する甲の表象では、乙はまだ構成要件実現の接着行為をしていないので、甲に間接正犯の形態の未遂罪は成立しない。

②影響説。本説は、間接正犯者の道具への影響力が決定的に重要であるとして、未遂の時期を早い時期に認める。すなわち、背後者の所為寄与は所為媒介者に作用するところにあるから、背後者がこの作用を及ぼすか及ぼし始めたとき、間接正犯者の所為遂行の未遂が認められる<sup>(189)</sup>。本事案では、間接正犯の形態の殺人未遂罪が成立する。

③修正影響説。本説は、基本的には影響説と同じく、所為媒介者への作用を重視するが、それを限定して、間接正犯者が道具への作用を終了して、事態を「手放した」ときに未遂の成立を認める。しかし、手放した時点で、間接正犯者の視点からすると、所為媒介者がなお別の重要な予備行為をしなければならず、したがって、どの時点で被害者に差し迫った危険が生ずるかが不確かである場合、所為媒介者がその予備行為の終了後、接着行為をするとき、間接正犯者に未遂が成立する<sup>(190)</sup>。連邦通常裁判所は本事案において本説の立場から甲に間接正犯の未遂罪の成立を認めた<sup>(191)</sup>。

上記3説の中、厳格説には疑問がある。間接正犯者は法益侵害への全体事象を「意思支配」によって統制しているのであるから、予備と未遂の区別に当り、背後者自身の行為が決定的意味を有するのである。背後者が他人を介して所為を行うということから、間接正犯者の未遂が媒介者の行為よりも早い段階で成立することはないという結論が必然的に導かれるものではない。間接正犯者が被害者への攻撃を企てており、「意思支配」によって全体事象を制禦しているのであるから、予備と未遂を区別するに当って、間接正犯者自身の行為に優先的に着目する必要がある<sup>(192)</sup>。加えて、因果関係という点では、道具の媒介しない因果関係の方が確実に結果を惹起するというものではない。

影響説には、場合によって未遂の成立時期が極端に早くなるのという点に難がある。修正影響説が妥当と云えよう。未遂の可罰性に関しては、常に、(間接)正犯者自身の犯罪意思活動が決定的意味を有する。結果の発生が自然的因果関係を通して生ずるか、所為媒介者を通して生ず

るかは、背後者の視点からはどうでもよい事である。間接正犯者の構成要件該当行為は媒介者への影響力の行使にしか求められない。しかし、このことは、間接正犯者が道具に影響を及ぼし始めるときに初めて、且つそのときは常に未遂が成立するということを意味しない。行為者が道具を利用して所為を既遂へと至らしめるための所為を手放した時点が決定的に重要である。すなわち、間接正犯者が自ら起動させた事態を手放し、所為に関する間接正犯者の表象によると、そこから生ずる法益侵害が重大な別の介入行為がなく且つそれほど長い時間が経過すること無く生ずるということが決定的に重要なのである。間接正犯者が媒介者への影響を終了していない、つまり、間接正犯者の表象によれば、事態がまだ自分の手中にある限り、間接正犯者が構成要件該当の不法結果を惹起するためにさらに部分行為をする必要があるとき、構成要件実現のための接着行為はまだ存在しない。上述したことは、所為媒介者に故意がない場合のみならず、故意はあるが責任無能力である場合にも等しく妥当する<sup>(193)</sup>。

## 2. 日本刑法学説

日本刑法学においても、ドイツ刑法学説の影響の下、従来、以下の三説が見られた<sup>(194)</sup>。

①被利用者基準説。本説は主として結果無価値論の立場から主張され、被利用者が犯罪的行為を開始したときに実行の着手を認める。最近の学説は本説を次のように論拠づける。すなわち、未遂犯の処罰根拠は既遂の現実的・客観的危険にあり、それは未遂犯の独自の結果である（結果犯説）。間接正犯の場合には、一般的な既遂の危険が発生した段階で初めて「実行の着手」が肯定され、未遂犯が成立する<sup>(195)</sup>。また、処罰の対象は利用行為であるが、結果発生 of 具体的危険が発生した段階ではじめて「実行の着手」が認められ、未遂犯の成立が肯定されると論じられる<sup>(196)</sup>。さらには、実行行為の危険性と未遂犯成立の危険性を分離し、背後の利用者による利用行為の開始によって実行の着手が認められ、その後、被利用者が行為を開始することによって初めて法益侵害の具体的危険が発生し、反転して、利用行為について処罰に値する可罰的違法性が認められると論じられたりもする<sup>(197)</sup>。

本説は、いずれにせよ利用者の誘致行為ではなく、被誘致者の行為に着目して未遂犯の成否を判断するのであるが、しかし、規範論的には、行為規範は利用者には働きかけるのであり、したがって違法性判断の対象は利用者の「手放し」行為であるという見地からは支持できない。さらに、本説は、利用者基準説に対し、着手時期を早めすぎると批判する。すなわち、実行行為と実行の着手時期を同視して、行為者が実行行為を行った時点で未遂犯の成立を認めるのは早すぎ、通常の未遂の成立時期と不均衡であると云うのである<sup>(198)</sup>。たしかに、[設例1]の場合、医師甲が看護師乙に注射器を渡した時点ですでに実行の着手を肯定するならば、医師甲自らが患者丙に毒薬を注射するときには、現実注射行為をした時点で実行の着手が認めることとの間に不均衡があるようにようにも見える。しかし、看護師乙を利用する場合には、医師甲は、注射器を看護師乙に渡した時点で、結果発生のために必要とされる行為をすべて終わってしまったのであるから、この時点で実行の着手を認めることができる<sup>(199)</sup>。

わが国の判例は被利用者が道具としての行為を開始したときに、実行の着手を認めているものようである。

[裁判例] 大判大正7・11・16刑録24・1352 [毒物混入砂糖送付事件] は、[被告人は、甲を殺害する目的で毒物混入の砂糖を甲宛に小包郵便で送付した。小包は甲方に配達され、甲がこれを受領したが、調理の際に毒薬混入の事実気づきこれを食するに至らなかったという事案] につき、「他人カ食用ノ結果中毒死ニ至ル事アルヘキヲ予見シナカラ毒物ヲ其飲食シ得ヘキ状態ニ置キタルアルトキハ是レ毒殺行為ニ著手シタルモノニ外ナラサルモノトス……右毒薬混入の砂糖は甲ガ之ヲ受領シタル時ニ於テ同人又ハ其家族ノ食用シ得ヘキ状態ノ下ニ置カレタルモノニシテ既ニ毒殺行為ノ著手アリタルモノト云フヲ得ヘキ」と判示して、被告人に殺人未遂罪の成立を肯定した。

②利用者基準説。本説は主として行為無価値論の立場から主張され、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を始めたときに実行の着手を認める。その論拠として、実行の着手は構成要件を実現する現実的危険性が出現したときに認められるが、間接正犯の場合、「利用者(間接正犯者)

は、被利用者の身体活動を介して当該犯罪を実現しようとして、その身体活動を利用しているものであり、他方、被利用者は、当該犯罪に関する直接の規範意識が欠けているために、利用者の誘致のままに犯罪の実現に向かうものである。規範主義的見地からは、間接正犯における被利用者の道具としての行為は、利用者の誘致行為の当然の延長であり、必然の発展にすぎないものと観念されうるから、利用者が、被利用者に働きかけたときに、構成要件を実現する現実的危険が認められ、ここに、ここに実行の着手がある」と論じられる<sup>(200)</sup>。

③個別説。本説に依ると、間接正犯の行為は、利用行為（作為）と先行行為にもとづく防止義務違反（不作為）とからなる複合的構造のものであるから、「通常の標準にしたがい実行の着手があったとされた時点以降の作為または不作為を、間接正犯における実行行為と考えるべきである。それは、多くの場合被利用者の行為の時点で認められるが、被利用者の行為が利用行為と時間的に接着しており、しかもその遂行がきわめて確実な場合、利用行為の時点で認めることもできよう」<sup>(201)</sup>。しかし、この主張はいかにも技巧的に過ぎるように思われる<sup>(202)</sup>。

ドイツ刑法学説の検討結果から修正影響説が妥当であるとの結論が導かれたのであるが、わが国ではこれに相当するのが修正利用者基準説である。

④修正利用者基準説。本説は、利用者が事態を「手放した」ときに実行の着手を認める。前掲「毒物混入砂糖送付事件」(大正7・11・16)については、郵便小包を係員に渡した時点で実行の着手が認められる。いわゆる「故意のある」道具を利用する間接正犯と呼ばれる場合についても、利用者が結果の発生に必要な行為をすべて終了した場合に実行の着手が認められる。例えば、甲が現住建造物であることを知りつつ非現住建造物であると偽って乙にその焼燬を教唆し、乙が非現住建造物だと誤信してこれに放火したという場合、甲には「現住」建造物放火の故意を有しない乙を利用したことによって間接正犯の形態の現住建造物放火罪が成立するが、実行の着手時期は甲が自己の支配領域から事態を最終的に手放した時点、通常は、乙に偽って非現住建造物放火の誘致行為を終了した時に認められる<sup>(203)</sup>。

## 第6節 不作為による間接正犯

間接正犯の成立には間接正犯者の所為支配が要件となるので、不作為による間接正犯というのは可能でない。間接正犯は実際の所為支配に基づくのであるが、単なる不作為者は所為媒介者に支配的影響を及ぼしているとはいえず、結果を惹起したとは云えない。この者が罪責を問われるのは、保障人という特別の法的地位に基礎づけられた作為義務違反が認められるからである<sup>(204)</sup>。

### a. 不作為による間接正犯？（背後者の結果回避義務）

〔設例 28〕 精神病院の看護師甲は精神錯乱状態にある精神病患者乙の殺害行為を傍観した。

〔設例 28〕では、事実、甲の不作為による犯罪実現が問題となっている。しかし、甲の正犯は間接正犯ではなく、不作為による直接正犯である。甲は、その所為支配（不存在）によって罪責を問われるのではなく、管理・監督保障人として自らの結果回避義務を怠った故にその罪責を問われるのである<sup>(205)</sup>。それは、義務に違反して中断されることのなかった因果経路が自然現象によって起動された場合と何ら異ならない<sup>(206)</sup>。

b. 不作為への間接正犯（行為義務者の操作） 不作為による間接正犯と呼ばれる形態と区別されねばならないのが行為義務者を操作（不作為への間接正犯）する場合である。間接正犯の手段（強制、欺罔等）を用いて行為意思のある者を不作為へ誘致する者は直接作為正犯者である。結果回避を挫折させる目的で、積極的に事象経路に介入するからである<sup>(207)</sup>。

〔設例 29〕 甲は救助隊員乙に丙は既に死んでいると欺いた。乙はそれを真に受けて救助措置を採らなかった。その結果丙は死亡した。

〔設定 29〕では、不作為による間接正犯の成否が問題となっているのではない。背後者甲は、前面者乙が必要とされる行為をしないように、乙に積極的作為によって影響力を行使している。それ故、甲は作為犯者であり、保障人としての義務違反を問われているのではない。乙の不作為を手段とした甲の積極的作為、つまり、所為支配が認められるのであ

り、したがって、甲には作為犯の形態をとった不作為への間接正犯が成立する<sup>(208)</sup>。

### 第7節 統一正犯者体系における「間接正犯」の扱い

機能的統一正犯者体系においては、共犯者体系において「間接正犯」として扱われる正犯形態は使唆正犯又は寄与正犯として扱われる。機能的統一正犯者体系においては、実行行為は質的従属性の要件を充足する必要が無い。そこで、直接正犯者が刑罰で警告された行為を実行するという事実があればそれで足りる（事実に構造的関連性）。実行行為は刑法上の行為概念を充足すればそれで足り、違法に又は故意に又はその他有責に行為する必要は無いと説かれる。直接正犯者とは結果犯では、結果発生の前に最後の者として因果事象に介入する行為をする者である。因果連鎖でさらに遡る行為をする者は直接正犯者ではない。例えば、他の者に突然突き飛ばす等の絶対的強制を加えて窓ガラスを破壊する場合、被利用者に行為性は認められず、背後者が直接正犯者である。これに対して、他人を道具として投入する者は、この被利用者に行為性が認められる限り、使唆正犯者である。被利用者の行為に構成要件該当性がないとか、故意がないとか、責任が阻却されるとか、正当化されるといったことは何ら問題とならない。背後者は使唆正犯者である。すなわち、直接正犯の基礎にある実行行為の概念は価値中立的に理解されねばならず、とりわけ、行為者が犯罪に特有の行為無価値を実現している必要は無い<sup>(209)</sup>。

しかし、この形式的－自然主義的観点から結果に最近接の行為に焦点を併せる通説に対しては一定の限定を要するとの批判が加えられる。すなわち、道具（「直接正犯者」）の行為が社会的相当のため構成要件不該当であり、「寄与行為者」の行為が社会的不相当のとき、後者は昇格して直接正犯者の役割を果たす。構成要件関連性の無い、つまり、刑法的に全く重要でない行為への寄与というのは法的意味での寄与ではない。背後者が直接正犯者と見られねばならない。機能的統一正犯者体系による役割配分は客観的に帰属可能な行為者の間でのみ可能ということである<sup>(210)</sup>。

道具にとって因果的に充足しうる構成要件がそもそも存在しない場合

の帰結も同じである。

[設例 30] 被害者は、毒物の混入された飲料を飲むとか、毒入りの食物を食べるとか、爆発物を仕掛けられた小包を開けるとかによって、因果連鎖における最後の環として直接的に自分を害する。

通説の主張する結果に最近接の行為という規準によれば、被害者が形式的－自然主義的に見てその法益である生命を抹殺したことになる。しかし、被害者は謀殺に関しても過失致死に関しても直接正犯とは見られない。刑法は、他殺と自殺を区別しているからである。自分自身を殺す者は「他人を殺したる者」に該当しない。この点で被害者は正犯者とは見られない。刑法規範が所為主体（正犯者）と所為客体（被害者）を区別するとき、両者が重なるということは法的にありえない。[設例 30]では、被害者を殺害するために毒薬を盛る等をした者は、謀殺の寄与正犯者となるのではなく、**直接正犯者**となる。なぜなら、この者は因果連鎖における最後の環として、刑法規範によって法益侵害のために前提とされる他殺という行為をするからである。こういった解釈に対して、通説の解釈によれば、寄与行為が結果無価値の招来を介して関係しなければならぬ直接正犯が法的に存在しないことになるから、**寄与正犯者**は刑法的「無」に寄与することになる<sup>(211)</sup>。

[裁判例] 14Os 158/99=SSSt 63/86, EvBl 2000/162 und JBl 2001, 194 [甲（成人）は自殺の決意をした乙（未成年者）に拳銃を提供した。乙はそれを使って自殺した。その際、甲は、乙が必要とされる成熟度が欠けているために自殺決意の結果どうなるのかを理解できないこと、自分の行動を正しい認識に沿って統制できないということを、少なくとも真剣に可能だと考え、それを認容していたという事案]

判例は、甲に謀殺罪の**寄与正犯**の成立を認める。「未成年者に自殺をすることを可能にする意思で拳銃を渡す者は、殺人行為を直接的に実行する者に任せることで、（拳銃を渡す者の視点から）他人を殺害するためのその他の寄与をするものである」。しかし、この判例及び同趣旨の通説は [設例 30] で検討したように批判の対象となった。未成年者が成人によって自殺するように唆されたり、自殺への援助をされたりする場合、

成人の可罰性は自殺関与でなく、**直接正犯形態**の謀殺罪に問われねばならない。これは形式的－自然主義的考察からではなく、**実質的考察**からの帰結である。少年が最終的に自ら自分自身に手を貸した（したがって結果への因果連鎖における最後の環）という事実が決定的なだけでなく、未成年者がそもそも自殺をする、したがって、謀殺罪の要求する他殺という無価値を充足していないという考察が決定的である。未成年者には死の願望のための動機形成をする上での成熟度の意味での完全な理解力（自分の決意の到達距離）が欠けている。それ故、未成年者には自己答責性が認められない。それ故、協働者にとって、すでに客観的に、自殺関与罪が前提とする自己答責能力が存在しない<sup>(212)</sup>。

非故意の所為への故意の使唆の場合については、本章第2節で詳論したように、ドイツでは従属性の問題と絡んだ論争の対象となっているが、オーストリア刑法学でも議論が続いている。通説によると、使唆正犯者を認めるためには、所為実行のきっかけを与えたということでも十分である、つまり、直接正犯者に一般的行為決意を生じさせたという事実があれば十分である。実行正犯者の故意行為は要求されない。

〔設例 31〕 甲が殺害の意図で丙用の茶碗汁に毒薬を混入したが、その事情を知らない乙が丙にそれを飲ませたところ、丙は死亡した。

通説によると、乙に一般的行為決意を生じさせた甲は**使唆正犯者**となる。乙が丙の死亡を過失で惹起したか、無過失で惹起したかは結論に影響を及ぼさない<sup>(213)</sup>。しかし、この解釈も正当でないと批判されるのである。乙に注意義務違反が認められないとき、規範的に見ると、関与の対象となりうる「可罰的行為」が存在しないのである。この場合、直接正犯者は甲のみである。乙が直接正犯者となりうるのは、その行為が保護法益の見地から経験的に危険で規範的に寛大に見られない、つまり、客観的注意違反がある場合に限定される。乙が色とかにおいといった状況から汁に毒薬が盛られていることを認識できたにもかかわらず、検査することなく丙に提供した場合には過失致死罪が、それどころか甲の行為を知っていた場合には謀殺罪が考えられ、乙の行動が可罰的行為であり、**直接正犯者**となる<sup>(214)</sup>。

これに関して、オーストリア刑法第12条以下を従属的共犯体系の意味で理解する縮減的統一正犯論は「隠れた直接正犯 (Verdeckte unmittelbare Täterschaft)」(被害者とか事情を知らない道具といった第三者によって、本来所為支配を行うそれ故直接正犯者とみられねばならない正犯者が隠される) という法形象から解決する。制限=質的従属性がオーストリアの関与規定でも決定的な構造原則であるから、第12条の二つの「共犯形態」はドイツ刑法と同じく他の者の故意所為への故意の協働に限定されなければならない。この共犯構成から生ずる処罰の間隙はドイツ刑法で明文化されている「間接正犯」という正犯者形態で埋められねばならない。[設例31]の場合、本説によれば、ドイツで圧倒的支持を得ている所為支配理論に依拠して、甲が所為支配者であり、隠れた直接正犯の形態での丙謀殺の直接正犯に問われる<sup>(215)</sup>。しかし、正当にも、背後者をわざわざ「隠れた」直接正犯者と名づける必要は無いと批判されるのである。[設例30][設例31]に見られるように、法的に無視できないような形で「隠れた」直接正犯者を隠す関与者は存在しないからである<sup>(216)</sup>。

## 注

- (152) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 8; *Kindhäuser*, (Fn. III-135), 7. Aufl., § 39 Rn 40; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 92.
- (153) Vgl. *H. Otto*, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats, *Jura* 2001, 753 ff., 758 f.
- (154) Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 3 Rn 28.
- (155) *Roxin*, (Fn. III-116), 213 ff.; *ders.*, Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“, in: *Lange-FS*, 1976, 173 ff., 1976, 184 ff.
- (156) *Frister.*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 14 (間接正犯にとって重要なことは、実行行為者の錯誤がこの者の可罰性にどのような影響を与えるかでなく、この錯誤が背後者の支配を基礎づけるか否かそしてその程度にあるから、間接正犯が認められる。もう客体の錯誤があるというだけで、背後者には、実行行為者の意思を無視して、自ら所為の遂行を決定することが可能となる); *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 23; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 74; *U. Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., § 27 Rn. 40; *Roxin*, § (Fn. I-27), 25 Rn 102; *Schmidhäuser*, (Fn. I-22), 14/49; *Schroeder*, (Fn. III-116), 146 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 104. 高橋 4 (III-24) 443 頁 (正犯者は殺人罪の構成要件における「人」という抽象的な人間を認識しその結果を惹起している一方、背後者は具体的な人間を認識しその結果を惹起している。この場合、背後者は正犯者よりも「優越的な」事實的支配を有しているので、背後者には殺人既遂の間接正犯が成立する)。

- (157) *Herzberg*, (Fn. I-154), 50 f.; *Schild*, (Fn. III-68), § 25 Rn 104; *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 111; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT., 42. Aufl., 2012, § 13 Rn 525.
- (158) *W. Gropp*, Strafrecht AT., 3. Aufl., 2005, § 10 Rn 53 (所為媒介者に見える者に構成要件該当、違法及び有責の行為とは何ら関係のない欠陥がない限り、間接正犯ではなく、教唆が成立する); *R.D. Herzberg*, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990, 16 ff., 25; *ders.*, (Fn. I-154), 49 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 2; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 937; *H. Otto*, Täterschaft, Mittäterschaft, Mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246 ff., 255; *ders.*, (Fn. I-154), § 21 Rn 90 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 63.
- (159) *Bloy*, (Fn. III-115), 362 ff.; *A. Koch*, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I. Alt. 2 StGB, JuS 2008, 399ff., 402.
- (160) *Jakobs*, (Fn. I-75), 21. Abschn Rn 102; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 78; *Stein*, (Fn. I-39), 295.
- (161) *Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 13 (構成要件の不法の単なる量の錯誤は間接正犯を基礎づける); *Heine*, (Fn. I-162), § 25 Rn 22; *Heinrich*, (Fn. I-59), 224 ff.; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 246; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 75; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 96 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 97 ff.; *U. Neumann*, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“, JA 1987, 244 ff., 250.
- (162) *P. Cramer, G. Heine*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rn 22 (「設例 2」について、乙には自分の行為の射程距離が隠されていたのに対し、甲には量的に「超過する損害」に関する認識があるので、甲が「不法増加」の罪責を負う。「不法増加」の程度に関しては、財産犯だけでなく、健康や自由に対する犯罪を考慮すると「非本質的とはいえない不法増加」が必要)。
- (163) *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 56.
- (164) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 76 f. (直接正犯者に構成要件要素、正当化要素又は責任要素に関係のない錯誤があるとき、それが量刑の面で錯誤者に有利な形で考慮されねばならない場合にのみ、この錯誤は重要な意味を有する。この場合、背後者は間接正犯者である)。
- (165) *Jakobs*, (Fn. I-75), 21. Abschn. Rn 63, 101; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 II 2; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 938; *U. Murmann*, Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, JA 2008, 321 ff.; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 88 ff.; *Renzikowski*, (Fn. III-135), 82; *Stratenwerth/Kuhlen*, 5. A. (Fn. I-61), § 12 Rn 61.
- (166) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 27 Rn 938.
- (167) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 82.
- (168) *Herzberg*, (Fn. I-154), 45; *ders.*, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1974, 574 ff., 575.
- (169) *R. Bloy*, Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle, ZStW 117 (2005), 3

ff. 26; *W. Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 107; *Heine*, (Fn. I-162), Vorbem. §§ 25 ff., Rn 79; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 III 1; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 83; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 16 Rn 788. 大塚 (I-113) 343 頁は、間接正犯の故意は、自ら直接に法規範に違反する意識を含むのに対して、教唆犯の故意は他人を介して法規範に違反する意識を含むに過ぎないから、両者は明瞭に相違するとしながら、実質的な非難可能性の程度に即して考えると、間接正犯の故意は教唆犯の故意を包摂するので、外部的行為が教唆行為の定型にあたる以上、教唆犯を認めるべきだとする。西原春夫『刑法総論』1977・317 頁。

- (170) *J. Baumann*, Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler, JZ 1958, 230 ff., 233 links; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 152.
- (171) *Gropp*, (Fn. III-158), § 10 Rn 77; *Herzberg*, (Fn. I-154), 45; *ders.*, (Fn. III-168), 575; *J. Kreitschmer*, Mittelbare Täterschaft — Irrtümer über die tatherrschaftsbegründende Situation, Jura 2003, 535 ff., 537; *Krey/Esner*, (Fn. I-28), § 33 Rn 1093. これに対して、團藤 (I-149) 429 頁は、乙の看破にもかかわらず、甲の行為は殺人の実行行為に当るので、甲は殺人罪の正犯になるが、同時に、甲の行為によって乙が殺意を生じた点で教唆にもなっており、これは正犯に吸収されると論ずるので、間接正犯の既遂を認めるものようである。同旨、内田 (I-19) 334 頁。平野 (I-105) 300 頁は、教唆の既遂のほかに、場合によっては間接正犯の未遂が認められ、法条競合で既遂の教唆だけが認められるとし、間接正犯の既遂を認めない根拠として、実行の着手はあり、かつその実行行為と結果との間に条件関係はあるが、しかし、被利用者は道具として行動しているのではないことを指摘する。高橋 (III-24) 512 頁は、間接正犯の着手時期を利用者の行為時に、未遂成立時期を被利用者の行為時に認める立場から、間接正犯の実行行為は存在し、未遂結果は発生しているので、間接正犯の未遂が成立するとともに、既遂については教唆犯の結果として生じているので、間接正犯の未遂と既遂教唆の法条競合または観念的競合が成立と論ずる。

なお、近時、過失犯の成立を認める見解もある。思い込みの間接正犯者の故意行為は同時に過失犯の注意義務違反を含み、結果の発生をもって所為行為の危険性が現実化する。背後者は、第三者を自己の目的のために投入するから、第三者の自己答責行為を引き合いに出して帰属を否定することはできない。*W. Küper*, Anmerkungen zum Irrtum über die Beteiligungsform — Die irriige Annahme „tatherrschaftsbegründender Umstände“ als Versuchs-, Teilnahme- und Fahrlässigkeitsproblem, in: Roxin-FS, 2011, 895, 914 f. 未遂犯と過失犯の両罪の成立を認めるのが<sup>3</sup>, *Frister*, (Fn. I-132), 28. Kap Rn 29.

- (172) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 97.
- (173) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 III 1; *Heine*, (Fn. I-162), Vorbem §§ 25 Rn 79.
- (174) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 16 Rn 790.
- (175) *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 97. なお、西田典之『刑法総論』2006・311 頁は、間

接正犯の「実行の着手時期」についての被利用説の立場から、間接正犯の未遂成立前に被利用者は情を知るに至ったので、間接正犯の未遂を認める余地は無く、刑法第38条第2項により軽い殺人既遂教唆として処罰されるべきだとする。同趣旨、曾根（III-22）242頁。井田（III-20）558頁は、実現された事実は教唆犯の事実であり、同一犯罪に関する間接正犯の故意は教唆犯の故意を包摂するので、発生事実について故意ありとされ、**教唆犯の成立を肯定し、同時に成立する間接正犯の未遂は重い既遂の教唆犯に吸収されるとする**。大塚（I-113）344頁、福田（I-137）301頁「間接正犯の故意は、教唆の故意を含む」。同旨、川端（I-150）624頁以下。参照、松山地判平成24・2・9判タ1378・251〔被告人は、事情を知らない中古車販売業者甲らをして、乙所有の全油圧式パワーシャベル1台（本件ユンボ）を窃取させ、甲はこれを丙社に売却したという事案〕「乙が被告人に処分権限のないことを知りながら、丙社に対して本件ユンボを売却し、情を知らない同社従業員らにその搬出を依頼した行為は、窃盗（間接正犯）の実行行為に該当するから、甲は、窃盗の正犯に当たるといふべきである。この点、被告人が甲に正犯意思があったことを認識していれば、黙示の共謀（共同実行の意思）を認定することができ、窃盗の共謀共同正犯に当たるといふべきであるが、被告人が甲の正犯意思を認識していない場合は（すなわち、間接正犯の故意であった場合は）、被告人は、甲に本件ユンボの売却方を依頼し、その結果、甲が本件ユンボを売却するという窃盗の実行行為に及んでいるのであるし、間接正犯の故意はその実質において教唆犯の故意を包含すると評価すべきであるから、刑法38条2項の趣旨により、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪が成立する」。なお、「間接正犯の未遂」については、本章第5節参照。

- (176) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 33 Rn 1093.
- (177) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 145.
- (178) *Gallas*, (Fn. III-169), 107; *C. Roxin*, *Täterschaft und Teilnahme*, 8. Aufl., 2006, 556.
- (179) *Wessels/Belke/Satzger*, (Fn. I-30), § 16 Rn 787. 團藤（I-149）179頁、平野（I-105）389頁以下。参照、仙台高判昭和27・2・29高裁刑特報22・106〔刑事未成年者と知らないで窃盗を教唆した事案〕「被告人は犯罪の実行意思のなかった原判示甲及び乙を唆かして窃盗を決意、実行せしめたことを優に窺いえられるのであって被告人が自己のために実行々為をなすべく行動したものでないと認めるべきであるから原審が被告人の右事実を窃盗の教唆と認定したのは相当である。なお被告人は当時乙は刑事責任能力者として思惟していたが事実は刑事責任年齢に達していなかったことが確認しえられるのでこの点は窃盗の間接正犯の概念をもって律すべきであるが刑法第38条第2項により被告人は結局犯情の軽いと認める窃盗教唆罪の刑をもって処断されるべきが相当である」。
- (180) *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 33 Rn 1092. 西田（III-175）312頁は、本設例につき、甲は客観的には殺人の間接正犯であるが、刑法第38条第2項によって、甲の罪責は殺人教唆に止まること、その前提として、過失正犯に対する故意の教唆犯を認めざるを得ないと論ずる。なお、井田（III-20）558頁、559頁注

- 16。
- (181) Vgl. *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 89; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 16 Rn 789.
- (182) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 21 Rn 15; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 III 2; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 149.
- (183) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 165.
- (184) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 53 ff; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn. 21 Rn 106; *U. Kindhäuser, T. Zimmermann*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2020, § 39 Rn 81; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 33 Rn 1095; *G. Stratenwerth*, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, in: *Baumann-FS*, 1992, 57 ff., 65; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 16 Rn 792.
- (185) *R. Herzberg*, Vollendeter Mord bei Tötung des falschen Opfers?, NStZ 1999, 217 ff., 221.
- (186) BGH NStZ 1998, 294 [爆発物の罨事件] (保護法益の構成要件上の同価値の故に動機の錯誤として法的に無視される被侵害所為客体の取り違え(客体の錯誤)であり、正犯者はなるほどその被害者を自分の目で見ていないが、爆発物の仕掛けられた自動車によって間接的に個別化した)。*Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 7 Rn 371.
- (187) *Kühl*, (Fn. I-30), § 13 Rn 27; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 8 Rn 96 f.
- (188) *Köhler*, (Fn. III-118), Kap II 7.1.1; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 42 Rn 1239; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 91, 97; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 48 Rn 112 ff; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 12 Rn 103 ff.
- (189) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 155. なお、かつて、故意ある道具への作用と故意なき者による実行とを区別する見解があった。*Welzel*, (Fn. III-157), 191「故意のある道具を利用する場合、所為媒介者が接着行為をしたときにはじめて未遂が成立するが、それ以外の場合、機具を利用するのと同じように、間接正犯者が道具によって既遂を成し遂げるためにに所為を手放す時点で未遂が成立する」。
- (190) *Th. Hillenkamp*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 22 Rn 153 ff.; *Jäger*, (Fn. III-74), Rn 304; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 62 IV 1; *Roxin*, (I-27), § 29 Rn 226, 230, 244; *Th. Rönau*, Grundwissen — Strafrecht: Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten, JuS 2014, 109 ff., 112; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 17 Rn 872.
- (191) BGHSt 30, 363 (間接正犯者がその計画に基づき所為媒介者に接着して実行させようとし、保護法益がすでにこの時点で危険になっているように、間接正犯者は所為媒介者への作用を終了していなければならない); auch BGHSt 40, 257 (268 f.) (間接正犯では、正犯者がその表象によれば所為媒介者への必要な作用を終了したときに、未遂の始期が認められるのが普通である。その際、正犯者は、道具が所為をさらなる作用を与えられなくとも所為を実行するから、いまや事態をその成り行きに任せることができると確信していなければならない)。

- (192) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 17 Rn 873.
- (193) 吉田敏雄『未遂犯と中止犯』2014年・73頁以下。Vgl. *A. Eser*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 22 Rn 54a; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-30), § 17 Rn 874.
- (194) 間接正犯の実行の着手時期に関する利用者基準説と被利用者基準説につき、従前、前者は主観説（牧野（I-109）364頁、木村（I-104）349頁）、後者は客観説（勝本勘三郎『刑法要論総則』[訂正3版]1915・396頁）に基づくと理解されてきたが、この理解は正当でなく、現在では、実行行為概念の19世紀的な、自然主義的・物理的な見地からは被利用者基準説が、20世紀における実行行為概念の規範主義的見地からは利用者基準説（実行の着手に関する客観説からも：團藤（I-149）355頁注5、香川達夫『刑法講義〔総論〕』[3版]1995・296頁）が導かれるのであり、近時は、結果無価値論から被利用者基準説が導かれていると説かれる。参照、大塚（I-113）173頁以下、福田（I-137）229頁以下。
- (195) 山口（III-28）270頁、平野（I-105）318頁。
- (196) 西田（III-175）310頁以下。同旨、川端（III-19）547頁、斎野彦弥「危険概念の認識論的構造」（『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』1994・所収）79頁、山中（III-22）764頁以下。
- (197) 曾根（III-22）240頁以下。同旨、高橋（III-24）405頁。
- (198) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』2013・341頁。
- (199) 参照、井田（III-20）442頁以下。
- (200) 福田（I-137）230頁。同旨、大塚（I-113）174頁、但し、誘致行為と被利用者の行う犯罪行為との間に時間的・場所的離隔が著しいため、誘致行為自体には犯罪実現への現実的危険性が認められない場合には、利用者の不作爲犯として、被利用者の犯罪的行為開始時に着手がある（175頁注17）、團藤（I-149）355頁注5、野村（III-22）336頁以下。
- (201) 西原（II-7）367頁。
- (202) 福田（I-137）232頁注5。
- (203) 参照、第3章第2節1及び注41。佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』2016・235頁以下。なお、基本的に修正利用者基準説に立つ井田（III-20）443頁は、本設例につき、背後者の誘致行為が完了しても、なお結果発生の自動性が肯定できず、そのため結果発生の時間的切迫性が生ずる時点まで待つ必要があることを理由に、例外的に、被利用者の行為を基準とする。Vgl. *Welzel*, (Fn. III-157), 191.

なお、間接正犯の犯罪実現に至る途中で被利用者が事情を知るに至った場合につき、間接正犯の既遂を認めた最高裁決定がある。最決平成9・10・30刑集51・9・816は、〔被告人は輸入禁制品である大麻を輸入しよう企て、マニラから大麻を隠匿した航空貨物を被告人が共同経営する東京都内の居酒屋宛に発送したところ、右貨物が新東京国際空港に到着した後、税関検査で大麻が隠匿されていることが判明したので、麻薬特例法4条に基づくコントロールド・デリヴァリーが実施されることとなった。配送業者が、捜査当局と打ち合わせの上、右貨物を受け取って、上記居酒屋に配達し、被告人がこれ

を受け取ったという事案]につき、「配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人からの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される。そうすると、本件禁制品輸入罪は既遂に達したものと認めるのが相当」と説示して、禁制品輸入罪（既遂）の成立を認めた。しかし、捜査機関から事情を知らされ、その監視の下に行動する配送業者はもはや被告人の道具として当該行為を行ったとはいえず、したがって、被告人の支配の下にあるとはいえないので、本件禁制品輸入罪は未遂に止まるものといえよう。参照、本決定の遠藤光男の意見、大塚（I-113）344頁注27、福田（I-137）302頁注3。

- (204) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 145; *Heinrich*, (Fn. I-35), § 33 Rn 1210; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 38 Rn 1185; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 267; *Roxin*, (Fn. I-27), § 31 Rn 175. これに対して、不作為による間接正犯を肯定するのが、*Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 118 f.; *Frister*, (Fn. I-132), § 27 Rn 47; *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 29 Rn 101, 103, 105; *U. Kindhäuser*, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2015, § 39 Rn 41; *J. Brammsen*, *Anmerkungen zu BGHSt 40, 257*; So auch: *BGHSt 40, 257* (266).
- (205) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 144; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 60 III 1; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 267; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 108; *Roxin*, (I-27), § 33 Rn 175.
- (206) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 57; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 14 Rn 14.
- (207) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 58; *Krey/Esser*, (Fn. I-28), § 38 Rn 1185; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), § 14 Rn 14.
- (208) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 142; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 60 III 1; *Kühl*, (Fn. I-30), § 20 Rn 267.
- (209) *E.E. Fabrizio*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2000, § 12 Rn 19; *W. Friedrich*, *Strafbare Beteiligung — akzessorische oder originäre Täterschaft? Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 12 bis 15 öStGB*, in: *Triffterer-FS*, 1996, 43 ff., 58（自傷行為の場合にも使唆者の視点からは、「他人を、—すなわち自分自身を—傷害する」「他人」がいる）; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 3 Rn 3, E 4 Rn 19; vgl. *E. Steininger*, *Strafrecht AT*, Bd. 2, 2. Aufl., 2019, 21. Kap Rn 29.
- (210) *R. Moos*, *Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht*, in: *R. Leitner* (Hrsg.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, 1996, 85 ff., 101; *ders.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 33.
- (211) *Moos*, (Fn. III-210. WK), § 75 Rn 33; *Steininger*, (Fn. III-204), 21. Kap Rn 30.
- (212) *Steininger*, (Fn. III-209), 21. Kap Rn 30.
- (213) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. Fn. I-1), E 4 Rn 22 ff.
- (214) *Steininger*, (Fn. III-209), 21 Kap Rn 32 f.

- (215) *M. Burgstaller*, Zur Täterschftsregelung im neuen StGB, RZ 1975, 13 ff., 14, 16; *H. Zipf*, Die mittelbare Täterschaft und Beitragstäterschaft (§ 12 2. und 3. Alt StGB), ÖJZ 1975, 617 ff., 620. これに対して、*Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 3 Rn 24 ff. 「隠れた直接的正犯」という法形象は、統一的正犯者体系では不必要であり、それ故無くてもよいと批判される。それに、刑法典にも刑法改正資料にもまったくその支柱となるものが見出されないと。
- (216) *Moos*, (III-210), § 75 Rn 33; *Steininger*, (III-209), 21. Kap Rn 33.



## Täterschaft und Teilnahme (7)

Toshio YOSHIDA

### Kapitel I. Einführung in die Problematik

#### I. Grundlegende Begriffe

1. Ausgangspunkte
2. Reduzierter Täterschaftsbegriff und Extensiver Täterschaftsbegriff
3. Akzesorität

#### II. Teilnahmesystem

1. Modell des Teilnahmesystems
2. Teilnahmesystem des deutschen Strafrechts
  - A. Geltendes Recht
  - B. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme (Band 54, Nr. 2)
  - C. Vernachlässigung der Strafbemessung

#### III. Einheitstätersystem

1. Modell des Einheitstätersystems
  - A. Monistisches Regelungsmodell
  - B. Varianten des Einheitstätersystems
2. Einheitstätersystem des österreichischen Strafrechts
  - A. Geltendes Recht
  - B. Täterformen
  - C. Unabhängigkeit
  - D. Fahrlässigkeitsdelikte
  - E. Maximale Individualisierung der Strafe
  - F. Zusammenfassung (Band 54, Nr. 3)

#### IV. Täterschaft und Teilnahme im japanischen Strafrecht

1. Akzesorität oder Unabhängigkeit der Teilnahme
2. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme
  - A. Tatbestandsspezifische Abgrenzung
  - B. Abgrenzung bei den Allgemeindelikten (Band 55, Nr. 3)

### Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

### Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

1. Allgemeine Kennzeichnung
  - A. Begriff der mittelbarer Täterschaft
  - B. Täterschaft der mittelbarer Täterschaft
2. Konstellationen der mittelbaren Täterschaft

- A. Das unvorsätzlich handelnde Werkzeug
- B. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug (Band 55, Nr. 4)
- C. Das ohne Schuld handelnde Werkzeug
  - a. Das ohne Schuldfähigkeit handelnde Werkzeug
  - b. Das im unvermeidbaren Verbotsirrtum handelnde Werkzeug
  - c. Das im entschuldigenden Notstand handelnde Werkzeug
- D. Das objektiv tatbestandslos handelnde Werkzeug
- E. Das absichtslose dolose Werkzeug und das qualifikationslose dolose Werkzeug (Band 56, Nr. 1)
- 3. Tatmittler ohne „Defekte“: der „Täter hinter dem Täter“
  - A. Ausnutzen eines im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermanns
  - B. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft („Schreibtischmörder“)
    - a. Mittelbare Täterschaft der Hintermänner von NS- und SED-Verbrechen
    - b. „Mafiaähnlich“ organisiertes Verbrechen
    - c. Mittelbare Täterschaft bei Straftaten in großen Wirtschaftsunternehmen (Band 56, Nr. 2)
    - d. Zusammenfassung
- 4. Irrtumsfragen bei der mittelbaren Täterschaft
  - A. Ein den konkreten Handlungssinn betreffender Irrtum
  - B. Irrtum des Tatveranlassers über die eigene Beteiligungsform
    - a. Eingebildete Tatherrschaft
    - b. Potenzielle Tatherrschaft
  - C. Objektsverwechslung durch den Tatmittler
- 5. Versuchsbeginn
  - A. Teheorienstreit im deutschsprachigen Raum
  - B. Theorienstreit bei uns
- 6. „Mittelbare Täterschaft“ im funktionellen Einheitstätersystem (Bd. 56, Nr. 3)  
(Die Fortsetzung folgt.)