

行為決意者の変容的使喚について

中 義 勝

目 次

- 一、問題の所在
- 二、シュトレーの見解
- 三、ベムマンによる批判
- 四、おわりに

一 問題の所在

一 一九六四年六月三日、西ドイツの連邦裁判所は、すでに単純強盗の決意をしている者にすすめて、棍棒を携帯して、すなわち加重強盗（二五〇条一項一号）の形態でそれを行うよう使喚したという事例を審判している（BGHst. 19, 339 ff.）。同裁判所は、使喚者を全行為、つまりが加重強盗に対する教唆とした模様である。学説上、これに賛成する諸家も多いが（バウマン、ブッシュ、ドゥレーヤー、ラックナー・ロマーセン、シュツルク、ヴェツセルス）、否定する諸家も少なからず（クラマー、エーザー、グリューンヴァルト、イエシエック、レシングート、シェンケリッシュ）。

行為決意者の変容的使喚について

一（二八一）

リーダー、ヴェルツェル)、かつ後者によれば、加重事情がそれだけで犯罪構成要件を充足するかぎり、その加重された事情に対する教唆の成立を認めるが、その他では全行為に対する幫助者としての責任を負うにすぎないとしている。これを上記判例の事例に移して考えると、もし使喉者が携帯した棍棒で被害者に殴りかかるようすすめ、かつそのうされたのであるとすると、それだけで危険な傷害として独立に罰せられるのであるから(二二三条a) 同罪の教唆が成立するが、単に棍棒の携帯をすすめただけだとすると、それだけではなんらの構成要件をも充足せず、したがって教唆を考慮する余地もないということになる。しかし、いやしくも単純強盗を決意している者に働きかけて兇器をたずさえて行くようすすめるということは、行為決意者を精神的に支援し促進することになるであろうから、全行為つまり加重強盗に対する幫助になるという趣旨である。

この問題を、結論として連邦裁判所の見解にしたがって解決すべきだという方向で詳細な検討を試みたシュトラーによれば (Stree, Bestimmung eines Tatenschlossenen zur Tänderung, Heinitz-Festschrift, 1972, S. 277 ff.)、左の見解の相違は、決して理論的な遊びとして片づけられるような周辺問題ではなく、その及ぼす影響は量刑において、また可罰性そのものの存否にも関係する。もしこれを行為全体に対する幫助犯と解することとすれば、幫助犯の刑は未遂犯の処罰に関して定められている原則にしたがって裁量的減輕とすることができ、また一九七三年一〇月から第二次刑法改正法によって必要的減輕が予定されている(現行西ドイツ刑法二七条二項によっても必要的減輕である)。これに対して、もしこれを加重犯全体に対する教唆だと考えれば、その刑は正犯者の刑と等しい(旧四八条二項、現行二六条)。強盗と加重強盗の刑は、法定刑の上限はともに重懲役として変りないが、下限においては後者は五年以上の重懲役とされている(現在は、上限は一五年の自由刑、下限は前者では一年以上、後者では五年以上の自

由刑)。そこで、もし何人かが、もともと単純強盜を遂行すべく決意している者に、そのさい凶器を携帯して行くよう、すなわち加重強盜をするよう使囃したとすれば、加重強盜の教唆が成立するという見解によれば、その刑は最低五年の自由囚だということになり、これを加重強盜の幫助だとする見解によれば、最低遂は、五年つまり六〇月、の四分の一、すなわち一五月の自由剝奪、一九七三年一〇月からは二年に減らされる(現行四九条一項三号でも同じ)。さらに、正犯行為が予備段階にとどまったとか、正犯者が行為変更の申し出に耳をかさなかったというようなときは、もっと強い相違が与えられる。すなわち、単純強盜を決意している者に、念のために武器を隠しもつようにすすめる者は、教唆原則を採る場合には、四九条a、二五〇条によれば重罪に対する教唆未遂として可罰的とされ、これにして幫助原則にしたがうときには不可罰である(この点は、現行三〇条によっても同一である)(Stree, a. a. O. S. 278~279)。

右のうち、わが刑法には共犯(教唆)未遂を独立に処罰すべき旨の規定は設けられていず、また単純強盜に対する加重強盜といった類型も定められていないが、特別刑法には教唆未遂を独立に罰する旨の規定があり、また基本類型に対する加重類型は刑法犯においても特別刑法犯においてもその例が少なくない。さらに、教唆の刑は正犯の刑に準じるが、幫助犯の刑は必要的減輕としていることは周知のところである。したがって、シュトレーが指摘している問題はわが国の刑法の解釈や刑の適用にとっても無関係ではなく、教唆原則をとるか幫助原則にしたがうかによって、実務上重大な相違を来すことになるであろう。これが、本稿でこの問題を考察する第一の理由である。

のみならず、右の見解の対立中、教唆原則に依るべしという論拠は——やがてシュトレー説を吟味するさいに後述・詳論するはずであるが——根本において基本類型と加重(減輕)類型とは基本・派生の關係に立つというよりは、

行為決意者の変容的使囃について

全然別個の不法内容を示す独立の構成要件であると解せられていることに由来するようである。そうすると、もともと基本類型を犯すつもりで行為したところ、その客体に加重事情が含まれていたというような場合（またはその逆の場合）、基本類型に関するかぎりでは既遂犯の成立があると通説的見解は妥当せず、あたかも人を狙って射つたところ、他人所有の物に命中したというような場合の処理と同じく、基本犯に関するかぎり未遂、加重犯に対しては過失が成立するといった擬律を認めねばならないということになる。そうすると、この問題は、法適用上のこのような重大な相違をももたらすのであって、こうした問題関心からいいたずらに傍観視しえないということになる。

二 さらに、ロクレンによれば、シュトラーが、基本類型を犯すべくすでに決意している者に、加重類型を行うようその決意を変更せしめる者を加重類型に対する教唆者であると解するとすれば、加重事情のある背後者がこれを秘匿・欺罔して前置者をして所犯に及ばしめたとする、背後者は加重犯の間接正犯とされることになるであろうとしている。たとえば、AがBに、CがBの妻と姦通していると錯誤させることによって、世間で誰知らぬ者もないほど嫉妬深くまた暴力的な男(B)をしてC殺害の決意を誘発・実行せしめたすると、Aには低劣な動機があり、Bにはこれがなく通常の故殺故意しかなかったということを前提にするとすれば、Aは謀殺の間接正犯になるであろうとしている(Roxin, *Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter" Lange-Festschrift*, 1976, S. 188~189)。けれど、謀殺と故殺とを加重類型と基本類型であると、かつ両者を全然別個・独立の不法内容を示す構成要件であると解するとすれば、右の事例は、あたかも屏風の陰に人が隠れているという事情を知りながらその情を秘し、屏風の破壊を使喚することによってその人を死亡せしめようとした背後者が、殺人の間接正犯とされるといった関係に立つからである。だからといって、右のBが故殺の直接正犯であり、また器物損壊に及んだ者がその直接正犯になるという

ことが否定されないものだとすれば、ここに「正犯者の背後にいる正犯者」という法形象が承認されざるをえぬこととなり、これを認めるロクシンの見解はシュトレーの見解と相互に補完され強化されることになるとしている (Rock, in, a. a. O. S. 189)。

私見によれば、それが殺人になるといふ情を秘しつつ器物損壊を使喚する背後者が殺人の間接正犯とされるという帰結にはにわかにはしたがいが難いものがあるが (拙著「講述犯罪総論」二二三頁以下、同「間接正犯」一七二頁以下)、もしこうした考え方を肯定し、その理由を背後者の行為の不法内容と前置者のそれとを全然別個のものであるとするところに求め、かつ加重類型と基本類型とをまったく別の不法内容を示すものであるとするシュトレーの見解を是認するものとすれば、さきの場合 (ロクシンのあげている事例) にもやはり背後者を加重犯の間接正犯とし、前置者を基本類型の直接正犯とするいわゆる「正犯者の背後にある正犯者」という法形象を認めざるをえないということにあるであろう。したがって、この問題はこうした領域にも波及して影響を及ぼすということになるであろう。そこで、以下では、まず、どうしてシュトレーが加重類型を基本類型とは質的に異なる不法として把握するにいたったかの理由を考えてみることにしたい。(なお、できるだけ、彼の見解の真意に迫るため、自由に私の言葉を補って叙述したい。この点は、ベムマンやロクシンの見解を叙述する場合にも同じである)。

二 シュトレーの見解

一 シュトレーは、まず、背後者がすでに行為決意をしている者の決意内容に非本質的な変更をするようすすめたような場合は、変更された行為に対する教唆を認めることがないであろうとしている。たとえば、前置者が予定し

行為決意者の変容的使喚について

ている拳銃を持って行く代りに、消音器付きのピストルをたずさえて行くようにすすめ、かつこれがききいれられたとしても、背後者は行為を支援しているだけで教唆しているとはいえない。

これは、同一の加重的強盗内部での携帯武器の変更へのみ決意替えが行なわれたもので、基本類型から加重類型へといった本質的な変更に関するものではないとする趣旨であろう。ここに早くも、何を「本質的」な変更と考えるかについての伏線が張らされているものと解せられる。他面、彼によれば、行為決意をしている者に他の種類の行為が使喚されたとすれば、たとえ当初決意されていた行為が事実上行なわれた行為に含まれるとしても、疑いもなく後者に対する教唆が肯定されるとしている。たとえば、もともと決意していたのが傷害であったが、これを殺人へと拡大するように使喚した場合がこれだというのである。これを教唆未遂(四九条a)との関係で論じるならば、前例では、強盗者がこの勧告に耳をかさなかったとしても、それは単に不可罰の幫助未遂にしかすぎないのであるから、この背後者を教唆未遂になるとは解しないであろうし、後例では、正犯者が殺人する者の提案をきき入れなかったとしても、背後者を教唆未遂になるとすることに反対はできないであろうとしている(Stree, a. a. O. S. 279)。

二 そこで、問題を、もともと基本類型を行なうべく決意していた者に加重類型を行なうよう使喚した場合にかぎって論じることとすると、この場合に加重犯に対する教唆が成立するとする諸家の論拠はほぼ以下のようなものである。すなわち、背後者は前置者の行為決意をいちじるしく高め(Maurach, AT. 4. Aufl. 1971, S. 687)、また本来意欲されていたことに対して本質的に高められた不法内容をもつ行為を使喚したとか(BGH St. 19, 339)、あるいは行為者が影響をうける前にはまだ具体的な行為を思い浮べていず、したがって行為決意をしていた者(omnimodo facturus)ではなかったからだとする(Baumann, AT. S. Aufl. 1968, S. 572)、しかし、このような理由づけはなお

ゆるぎなき説得力をもたないことは明白である。すなわち、これらの理由づけは、加重メルクマールをつけ加えたということだけが背後者に帰せられるのに、なぜ彼が全行為に対して教唆者とされるかを十分説明しているとはいえない。のみならず、これらは、たかだか幫助のみが問題となるといった行為変更の事例に対する明確な限界づけ基準を提供していない (Stree, a. a. O. S. 279~280)。

まず、背後者が前置者に働きかける前には、まだ後者は具体的な行為を決意していなかったということが決定的だというのなら、背後者の働きかけによって前置者をはじめて使喚にかかる行為決意を喚起されたとはいえるが、問題はすでに行為決意している者の決意の内容を変更するといった事例についてであり、したがって、もともと後例には不存の前提をもってその教唆性を底礎することができず、逆に後例の場合なぜ背後者を幫助としてはいけなかつたかという十分に答えるものではない。すすめにもとづいて予定されていた拳銃の代りに消音器付きのピストルを携行したという既述の強盗犯人も、意思への働きかけにもとづいてはじめて具体的な行為を想い描いたといえていなくもないが、刑法上の決意内容とは法定的なもので必要かつ十分であって、これをこえた具体的内容のものである必要がない。もしまた、この場合に教唆の成立を否定するための理由として、事実行なわれた出来事の僅かな変更を当初計画されていたものと同視し、かつ具体的な行為を当初から欲せられていたものと同視しようとするなら、加重犯へと移行する場合にも僅かな変更で足る場合もあるからその区分も曖昧となり、また行為決意に変更がある場合に、何時、具体的な行為と最初に意図されていた行為が区分されるかの基準も示されないままだということになる。したがって、この見解は教唆と幫助をシャープに区分するに適しないものとせねばならない (Stree, a. a. O. S. 280)。

そこで、元にもとづいて、行為決意のいぢるしい、昂上ということをとりあげるとすれば、加重事例においてはつね

にこのことが認められるのか、このような観点が行為全体に対する教唆を認めしめるのか、またこの観点がその他でも一般に行爲寄与の位置づけにとつての基本とされるのかが問われることになる。たとえば、当初計画された行為にほんの僅かの量がつけ加えられたために加重犯へと変更されたような場合、「いちじるしい」ということがいえるのか否かが疑問となる。設例としては、何人かがぎっちり一週間の自由剝奪を企てていた人に、それをさらに数時間延長し、もつて二三条二項による加重的自由剝奪（一週間をこえる自由剝奪）へと変更するよう使喚するといった事例が考えられる。この事例はわざとらしいと思われるかもしれないけれども、行為決意の昂上がいちじるしいものとして示されるか否かという基準がいかに問題的なものであるかを明らかにするものである。逆に、当初は僅か教唆時間の自由剝奪を企てていたが、それをさらに六日延長するようにすすめたような場合、これは「いちじるしい」昂上といえぬこともないが、だからといって全行為に対する教唆を認めしめることにはならないであろう。このかぎりでは、問題は不法の量のいちじるしい加重があったか否かという点に存するのではなく、その不法を基本類型から加重類型へと質的に変更せしめたか否かという点にあるということが示唆されているもののように思われる。同じことが、本質的に高められた不法内容ということについてもいえるのであって、何が本質的に高められた不法であるのかを示すのではないかぎり、設例の場合、行為全体に対する教唆になるのか否かの答えは明らかにならない (Stree, a. a. O. S. 280 ~ 281)。

しかし、これらの見解の背景には、行為決意に影響を与え変更せしめることは、その特別の不法の刻印によれば、本来意欲されていたものとはもはや同一ではないとする思想が存しているように思われる。換言すれば、この考え方によれば、基本犯と加重犯とは一個にして同一の犯罪ではないのである。したがって、意思の影響づけによつてまた

らされたものは、当初計画されたものの枠内における単なる修正ではなく、全体としてこの枠をはみだす出来事、それゆえなにか新たるもの、すなわち別の行為、本来決意されていたものとは異質のものだということである。こう考えてこそ、全行為に対する教唆のかどをする責任を正当化するであろう。だとすれば、この法状態は、傷害を決議している者がその攻撃内容を拡大し、殺害をするようすすめられた場合と同一であると考えなければならぬ (Stree, a. a. O. S. 281)。

三 右の同一性問題は、反対説にとっても決定的な点である。しかし、反対説は加重メルクマールに同一性を変更するような包括的な意義を認めていない。むしろ、本説にとっては、不法を修正するモメントが加わったからといって、行為事象は当初意図されたものと同一であるということが保持されている。加重そのものは、それが基本類型の可能なバリエーションとしてなおこれに包摂されるかぎり、加重強盗も強盗の一種として位置づけられ、この加重部分に対する特別の教唆を肯定せしめる場合があるというかぎりで新たなものの附加があるとされるにすぎない。しかし、多くの加重メルクマールにあっては、これだけとりだして教唆としての責任を問う可能性が欠如するのであるから、行為決意の拡大をめぐる働きかけは全行為に対する幫助とされるだけである。もっとも、同一性問題は、反対説のすべて主張者によって右に述べられたような方法によって统一的に解決されているわけではない。たとえば、クラマーは、行為が高度に一身的な法益に向けられているのか、それともその他の法益に向けられているのかによって区別し、後者の場合には上記したのと同一の法状態があると評価するが(幫助原則)、前者の場合には、行為遂行の加重の変更はあらかじめ決意されていた行為に対する質的変更、したがって異質物を伴うことになり、その結果、ここでは教唆原則の適用があるものとしている (Cramer, JZ. 1965, S. 32)。また、グリーンヴァルトによれば、同

一性問題の解決は、行為事象の修正が始めに欲せられたものより重い形態へとみちびいたにすぎないか、それともその修正が実質的に別の犯罪を生ぜしめたかに依存することとなる。前者の場合には、法侵害の核心にはふれられていず、したがって行為の同一性には手がつけられていない。これに反して、後者の場合には、その修正が質的な変更を生ぜしめ異質物を作成することとなり、背後者には彼に帰せられない部分があるにもかかわらず、全体として教唆の責任が問われることとなる (Grünwald, Jus. 1965, S. 313) (Stree, a. a. O. S. 281 ~ 282)。

まず、クラマーの、関係する法益の種類による区分は基礎脆弱である。それは、合理的考察によるものというよりは、感情的考察にもとづくものというべきである。まず、加重的事情に関する高度に一身的な法益の侵害は正犯者に過剰があった場合にたとえられる。正犯者のこの過剰は共犯者には帰責可能ではない。しかし、共犯者が正犯者にもともと欲せられていたことに対して過剰と評価されるようなことを勧告するといった逆の事例では、クラマーの右の見解によれば、全行為に対する教唆者として責任が問われることになる。他面、その他の法益に対する加害的侵害は、ここでも正犯者が共犯者に表象されていない過剰を行った場合と比較される。背後者は、行為が変更されているにもかかわらず、元のより小なる行為に対する教唆既遂のかどでのみ罰せられる。そして、逆の事例、つまり当初決意されていた基本犯が背後者の使喚にもとづいて加重的な形態において行なわれたときには、全行為に対する教唆のかどでの責任は否定されることになる。これに対して、シュトレーによれば、これはなら合理的根拠にもとづくものではなく、むしろ恣意的・感情的な帰結であるにすぎない。正犯者の過剰が共犯者に帰せられないという点では、高度に一身的な法益がとりあげられているのか、その他の法益が然るのかにかかわりのあるものではなく、したがってその裏返えされた事例においてもその差異が別途の取扱いをする基準となるわけではない。たとえば、他人に危険

な傷害をするようすすめる者は、もし被使喚者が単純傷害で満足しているものとすれば、この単純傷害を教唆するものである。そこで、その他の法益について帰結されることになって推論をこの場合に当てはめれば、単純傷害を決議している者を、それを危険な道具を持って行なうような使喚する何人かは、危険な傷害の教唆とはみなされないであろう。また、窃盗者が、教唆者の知らないうちに勝手に武器を携帯していたとすれば、教唆者がこれに対して答責的でないような過剰が存する。そこで、何人かが、念のために武器を携行するよう窃盗者に使喚するといった事例では、もし高度に一身的な法益の傷害についての見解が正しいものとすれば、武器をたずさえてする窃盗に対する教唆を承認せねばならぬということになるであろう (Stree, a. a. O. S. 282~283)。

私見によっても、クラマーが正犯過剰の事例をその裏返えされた事例と比較し、後者において加重される事情が高度に一身的な法益に関するのか、それともその他の法益に関するのかによって区別することは合理的な考察ではないように思われる。ただし、正犯過剰が教唆者の責任に影響を及ぼしえないとすることは、その過剰が高度に一身的な法益に関するか否かには関係がなく、したがって裏返えされた事例においてこの差異を強調することは正犯過剰における別異の処理を根拠にすることにはならず、もともと何のための比較であったかの理由が不明で、それにもかかわらず裏返えされた事例において高度に一身的な法益であるか否かによって区別することは合理的な根拠にもとづくものではなく、単に恣意的・感情的な帰結を示したものにすぎないと解せられるからである。

しかし、シュトラーによる右のクラマー説に対する批判は多分に誤解にもとづくもののように思われる。クラマーは一九六四年六月三日の BGH 判決の評釈を行なっているが (JZ. 1965, S. 30 ff)、事案はつぎのようなものである。被告人と直接行為者 O、同 S とはある店の女主人である老齢の M の住居から金を盗もうと意図していた。しかし、被

告人はかつて重窃盗のかどで有罪判決されたことがあるので、今回は直接実行には参加しなかったが、戦利品の山分けにはあづかることになっていた。ところで、実行者であるOとSとは、M女の住居の部屋を探し回っているさいに気づかれることを予測し、安全に逃げ帰りうるために彼女を殴り倒そうと思っていた。そこで、被告人は、彼らが棍棒を携行し、かつM女が無意識になるまで彼女の後頭部を殴るべきだと提案した。実行者たちはこのように規定され、そのように遂行した。M女は棍棒(椅子の脚)で彼女の頭蓋に加えられた殴打によって死亡した。これに対して、クラマーは、たしかに実行者たちは当初被襲撃者を殴り倒すべく決心してはいたが、被害者を棍棒をもって意識を失なうほど殴打しようとは思っていなかったものとしている。ここから、クラマーが右に引用した説明に移ることになるが、実はこの点にシュトレーの誤解が存するようである。曰く、「人は高度に一身的な法益の侵害にあつては、その他の犯罪におけるよりは一層容易に本質的な変更へと達するであろう。彼らは、これによつてもともと計画されているものに対していささか新たなものであるこの行為へと教唆されたのである。ここでも、共犯問題への平行性が示される。正犯者の過剰に対しては共犯者は責任を負わない。だとすれば、彼が行為者に、もともと計画されていたものに対して過剰と評価されるような何事かへと勧告するといった逆の事例では、それが独立に把握可能であるかぎり、彼はこの過剰に対して責めを負わねばならない。計画された強盜的襲撃を聞き知り、行為者たちに、彼がこの者と敵対関係にある被害者を身体的に虐待するよう請う者は、刑法二五一条(強盜傷害)へとはないが、傷害へと教唆する者である。同様にして、現在の事例においても、ともかくも二三三条a(凶器を用いてする傷害)に対する教唆は存在するであろう」(Cramer, a. a. O. S. 32)。

このクラマーの説明からは、単純強盜を決意している者に、武器を用いて傷害するよう使喚する者は、強盜傷害

(行為全体) に対する教唆者だとする趣旨はでてこず、むしろ背後者は武器を用いてする傷害というかぎりで教唆する者だとしていることは疑いないであろう。だからこそ、クラマーが正犯者だけが過剰を行なった場合には、共犯者はその過剰に対して責めを負わないとすることと、教唆者が、もともと決意していたことを、過剰と評価されることへと変更するよう使喚したときには、この過剰が刑法上独立に捉えられている限り、この過剰に対してのみ教唆者とされるとし、この限りで平行性が存在するしたのである。なお、本件ではM女は死亡している。そして、判決も認めているように被告人にこの重い結果の予見可能性があるとすれば、彼は傷害致死を教唆したことになる。そこで、クラマーは、結論として、本件では被告人は、もともと実行者たちが決意していた夜間・屋内でした強盗(二五〇条〈重い強盗〉) に対する幫助と傷害致死に対する教唆が成立し、両者は観念的に競合するものだとしている。

これに対して、シュトラーはグリーンヴァルとの区分の方がまだしもまだしと思われたい。すなわち、当初計画されていたものよりも質的に異なる罪として示されるような行為は、その総体において、つまりこれに含まれている変更されない部分をも含めて異質物だと考えられ、その結果、行為を変更すべく前置者を規定づけする者は全行為に対する責任を問われる。たとえば、当初強盗を決意していた者に強盗をするようそのかしたといった事例を考えてみよう。強盗は、つけ加えられた強要の不法内容のためだけその不法内容が高められる単なる加重強盗ではないし、また加重強要とか窃盗と強要部分の総計といったものではない。むしろ、窃盗と強要とは、特別の不法内容をもついささか本質的に新たなもの、すなわち特別の刻印をもつ形象へと融解されているのである。その本質によれば、強盗は、強要に対してもまた窃盗に対してもいささか種類を異にするもの、すなわち独立の犯罪である(通説)。このような観点からは、強盗の枠内で窃盗部分と強要部分のうち、ある部分をつけ加えることが、この部分に対して

のみ教唆だとすることは禁じられるものといわなければならない。所有者に暴力を加えることによってその所有を離脱させようと思っていた者に、物を離脱させること (Sachentziehung) だけで満足しないで、その物を領得するようにそのかしかつこれに成功する者は、領得のなかに存する不法だけを惹き起したのではない。彼には、行為を変更することに於て与えられる別種の不法も帰せられる。こうして、彼は、この不法へと、したがって強盗へと教唆したものである。行為者がすでに強盗を決意しており、その後、他人のすすめにもとづいて戦利品を暴力的に入手することへと移行したときにもこれと異なることはない。ここでも、背後者は単なるプラス以上のことをしているのである。すなわち、彼の介入は強盗部分とプラスの溶解から成る異質物を惹起しているのである (Stree, a. a. O. S. 283 (284))。

四 ところで、行為者が質的に別の犯罪へと移行させられたとき、遂行された行為ともともと表象・決意されていた行為との同一性——または部分的同一性——が否定されるとしても、だからといって当初意図されていたこと加重的モメントがつけ加えられたときに同一性が否定されるとも肯定されるともまだ言われていない。しかし、この場合、行為の同一性を認めるべきとする見解は、強盗を決意している者が武器を携行するようにすすめられたとしても、強盗はやはり強盗だとする皮相な視角のもとのみ推奨されよう。けれども、加重的変更は質的変更とは異なるものだとすることには疑問がある。質を異にする独立の無価値内容をもつ罪は加重的犯罪ときわめて近似しているので、両者をするべく区別することはほとんど不可能のように思われる。たとえば、強盗的窃盗 (事後強盗、二五二条) が加重的窃盗なのか (有力説)、それとも窃盗とは質的に別種の犯罪なのか (マウラッハ、シェンケ＝シュレーダー)、あるいは謀殺は故殺の加重事例なのか、さらには強姦が加重的強要事例と解せられるべきなのか、それとも特別の不法内容を示す独立の罪なのか (ハナック) には争いが存する。そこで、強姦のなかに強要に対する独立の罪と認める

とすれば、これを恐喝に移して考えると、強盜的恐喝（二五五条）が当初計画されていた法侵害が加重的形態においてもたらされたのか、それとも質的に別の種類においてもたらされたのかという問題がでてくることになる。たしかに、強盜的恐喝は恐喝の加重事例だと考えられている（マウラッハ、シェンケ＝シュレーダー）。そこで、恐喝者が当初いちじるしい害悪をもってする威嚇によって恐喝しようと思っていたが（通常の恐喝）、背後者の影響づけにより身体または生命に対する現在の危険をもって威嚇することへと移行せしめられたとすれば（強盜的恐喝）、この背後者は、加重犯説によると基本犯との同一性から出発するから、強盜的恐喝に対する教唆とはされないであろう。これに対して、何人かがいちじるしい害悪をもってする脅迫によってある女性を婚外の性交へと強要しようと思っていたが、背後者が身体または生命に対する現在の危険をもってする脅迫の方が一層成功を約束するものだと納得させたとすれば、この背後者は、強姦は質的に強要から区別されるという見解の下では、強姦に対する教唆のかどで罰せられることになろう。したがって、右の兩事例において、背後者が同一のこと、つまり脅迫の強化を惹き起しているにもかかわらず、結論は別種の関与が存するということになってしまふ。もし背後者の勧告がきき入れられなかったとすれば、結論の相違はもっと明らかになる。恐喝の事例では——幫助未遂となるから——不可罰とされ、強制された性交の場合には、強姦に対する教唆未遂として罰せられることになる（*Stree, a. a. O. S. 284~285*）。

右の疑念だけでは、加重的事情をつけ加えることは、当初計画されていた基本犯との同一性を失なわしめないとする見解に反対するためには、おそらくはまだ十分ではないであろう。もっとも、単純傷害の代りに二二四条（重傷害）や二二五条（意図による重傷害）がすすめられたといった場合、ここでは法益侵害の増加は把握可能であるから、それは損害の単なる程度の差にすぎず、同一性を否定しえないともされるであろう。しかし、このプラスが単に量的に

のみつけ加えられたとは考えないで、このプラスがあることによって行為が質的に転換されたものと考えられる場合には、もはや同一性へと還元されないであろう。たとえば、偽りの供述をしようとしていた者に(一五三条)、加重された事情——偽りの宣誓——をしたうえで偽りの供述をするよう決意変更させる者は、「偽りの宣誓」(一五四条)の教唆ではなく、その単なる幫助とはなしえないであろう(Stree, a. a. O. S. 285~286)。

このプラス、つまり加重された事情だけが背後者の働きかけにもとづくにすぎないときには、加重犯への教唆は否定されるとする見解に対する疑念は、背後者によって惹き起されたプラスが不可罰の不法を刑法上重要な不法へと変え、はじめて可罰性を基礎づけるといった事例ではますます増大されることになる。これを、背後者が、当初予定されていた脅迫の強化へと規定づけるといった事例について考えると、当初予定されていた抵抗が一一三条(公務執行妨害)にあげられている諸行為に達しないものとして不可罰とされ、また二四〇条の可罰的な強要にも当たらないものということが前提されるとすれば、何人かが裁判執行官の執行行為に対してこの種の脅迫によって対抗しようと決意していたが、その後、他人の使喚にもとづいて暴力をもってする脅迫をしたとすれば、この他人の態度は一一三条の意味での国家権力に対する抵抗の教唆と考えられるべきであろう。もし右のような立場に立たないとすれば、反抗者は、もともと刑法上把握されていない程度のものであるとはいえず、ともかくも不適法な反抗をすべく決意していたのであるから、背後者は全行為、すなわち一一三条による行為に対する教唆とはされないことよってしまふであろう。しかし、脅迫を強化することによって、当初予定されていなかったが事実上行なわれたことが、計画されていたことに比し、不可罰的から可罰的になるといった質的にもはや同視されぬほどの変更をこうむっているのである。けれども、人もしここで、この変更を本質的なものと考え、この変更をもたらした背後者を今や可罰的になった行為に対す

る教唆者であると考えたとすれば、同一の判断は基本犯から加重犯へと移行する場合にももたらされねばならない。けだし、加重犯においても出来事は他の評価段階に達しているからである (Stree, a. a. O. S. 286 ~ 287)。

さらなる設例はこのような帰結への傾向を強化するものである。いちじるしからざる害悪の威嚇をもって他人を「恐喝」する者は、たしかに不適法にふるまうものではあるが、まだ刑法の外部に踏みとどまっているものである。しかし、第三者が、当初意図されていた害悪の代りに、いちじるしい害悪をもって威嚇するよう彼に説得したとすれば、この第三者は、今や可罰的恐喝へと彼を規定し、したがってその教唆者として取扱われるべきである。だとすれば、第三者が、二五三条によって予定されている恐喝 (単純恐喝) の代りに、二五五条による強盜的恐喝が行なわれるよう使喚し、これが成功したとすれば、なぜ別様たるべきであり、教唆が存すべきではないのか。時間を延長する場合にも同じことがいえる。防衛刑法一五条によれば、勝手に部隊から立ち去り、もしくは行進する部隊について行かないで残留し、完全に三日以上不在する者は可罰的だとされている。さて、何人かが、二日間勝手に自分の部隊から離れていた兵士を、なお一日以上とどまりつづけるよう説得したとすれば、彼はこの兵士を可罰的領域の限界を踏みこえるよう誤導したものであり、したがって、勝手な不在に対するかどで防衛刑法一五条、刑法四八条 (教唆) によって罰せられるべきである。だとすれば三週と二分の一週後、部隊へ帰ってこようと思っている勝手に不在する兵士に、もう半週帰隊を延期するよう、したがって防衛刑法一五条三項の加重構成要件を充足するようすすめるときには、どうして同じことが言えないのか。同一のことが、第三者の影響づけによって期間を延長し、今や一週間をこえる自由剝奪がなされたときにも当てはまるであろう (Stree, a. a. O. S. 287 ~ 288)。

私見によれば、たとえ違法であってもいまだ不可罰な違法行為を決意している者に可罰的違法行為へと決意の内容

を変更せしめた者は、行為者をして不可罰的な意思内容から可罰的なそれへと、したがってここではじめて故意を誘発したものができうる。そこで、もし故意(可罰的な故意)を誘発することが教唆と考えられるべきものだとすれば、上記の諸事例における背後者は、はじめて故意を誘発しかつこれを実行せしめたものとして、この者をその教唆だとすることはむしろ当然だということになるであろう。しかし、だからといって、これをただちに基本類型の実行を決意している者を加重類型の実行へと決意変更せしめることに移すことには問題があると考ええる。この場合には、前置者によってすでに決意されている意思内容は刑法上故意と評価されるべきものであり、背後者ははじめて故意を誘発したというより、既存の故意にいささかプラスすることによってこの故意を強化・促進したものにすぎないものとして、全行為に対する関係では幫助犯と解すべきであろう。もっとも、このプラスが刑法上独立に罰せられているときには、この部分に関するかぎり教唆が成立し、両者はおそらくは観念的競合の関係に立つであろうとすることは別論である。したがって、シュトレーが、不可罰的な故意をしている者を使囓してはじめてそれを可罰的決意(故意)に高めた背後者の事例との対比において、基本類型を決意している者を加重類型を犯すべく決意内容を変更せしめた者をも全行為に対する教唆だとすることはなお説得力が欠け、むしろ一種の飛躍があると評しうるであらう。

五 もっとも、シュトレーもこうした批判のあることを承知しているものようである。そこで、第三者によって生ぜしめられたプラスが刑を基礎づけるように働くか、それとも加重的に作用するかといった事例を同一に論じることに対しては、可罰性への段階を踏みこえるか、それとも可罰性の内部で他の評価段階に達せしめるかは基本的な相違であるとの反論が期待されるものとしている。しかし、彼によれば、それがどれほど問題の多いものであるかは、

ある犯罪を約束するといった場合に示されるとして、以下のような例をあげている。二人の人々が最初單純恐喝の申し合せをし——輕罪に対する不可罰の申し合せ——後になって第三者の勧告にもとづき、被害者に対して暴力的に立ち向う旨約束したとすれば——二五五条による重罪に対する可罰的な申し合せ——第三者の勧告は強盜的恐喝の申し合せに対する教唆と考えられるべきであろう。なびなら、この者によって惹起された行為計畫の変更がはじめてこの申し合せを可罰性の領域へともたらしたからである。そこで、もしここで教唆が肯定されるものとすれば、かつなんらの馬鹿馬鹿しいことが生ずるべきでないこととすれば、申し合せられた行為が実行されたときにも、同様に教唆が肯定されなければならない。しかし、行為者たちが、第三者が介入する前に、單純恐喝の申し合せをしていたとか、そのような申し合せをすべく決意していたとすれば、反対説によれば、第三者が強盜的恐喝をするよう決意変更すべく使喚したときにも、同罪に対する教唆といったものは否定されることになる (Stree, a. a. O. S. 288)。

私見によれば、西ドイツ刑法旧四九条 a 二項では、單純恐喝は輕罪であるから (二五三条)、その申し合せは不可罰であるが、強盜的恐喝は重罪であるから、その申し合せは可罰的である。前者の申し合せ意思はまだ故意とは称しえないものであるが、後者の申し合せ意思はすでに故意あるものといわなければならない。したがって、第三者ははじめて二人の者に故意を誘発するものとして可罰的教唆とされる。ところで、單純恐喝の申し合せそのものは不可罰であり、したがってその意思は非故意であるが、單純恐喝を実行しようとする意思はすでに輕罪の故意である。したがって、これを強盜的恐喝へと高めるべき使喚は、あらためて恐喝の故意を誘発したのではないから、強盜的恐喝に対する幫助と考えるべきであろう。つまり、單純恐喝を申し合せていた者たちに、強盜的恐喝を申し合せるよう決意変更させた背後者は、前置者たちに強盜的恐喝をすべく決意を変更し、それを行なうべく申し合せさせたとする

れば、そのかぎりでは重罪の申し合せを誘発したものととして背後者にその教唆として可罰的である。しかし、前置者たちがこの申し合せにもとづいて強盜的恐喝をしたとすれば、彼らは恐喝故意をはじめ誘発されたものではないから、背後者は全行為に対する精神的幫助であるにすぎない。このときには、前段の行為、つまり重罪の申し合せをなされたという教唆と、全行為に対する精神的幫助とが觀念的に競合するものと解しても不当ではないと考える。つまり、この場合にも、つけ加えられた変容という加重事情は、それだけで「重罪として刑が定められている行為の協定」として可罰的とされているのであるから（四九条a二項）、その使喚は教唆とされるまでのことで、全体としての強盜的恐喝に対しては精神的幫助が成立するというこれまでの幫助原則の一適用事例であるにすぎない。

六 こうして、シュトレーが基本類型と加重類型とをまったく別個・独立の不法内容を示す構成要件だとする見解は十分に論証されたものとはいえないように思われる。それにもかかわらず、彼は両者をまったく異質のものとし、以下のような結論を示している。

基本部分と加重部分は全体へと合成され、部分としてのその独立性を失っている。加重事情は基本犯の不法の単なるプラスをつくっているといったものではない。加重事情によってその全価値の強さが変えられている。それは基本犯と合体して、その不法の重さは基本犯の不法内容と加重部分のそれとの合計を越えるものがある。こうして、第三者の使喚に帰せられない部分をも含めて、その使喚は全行為に対する教唆とされる。つまり、第三者は加重的メルクマールという形での附加的な不法のプラス以上のことを惹起しているのである。彼は行為の作り変えから生じる修正された不法全体を使喚しているのである (Stree, a. a. O. S. 290~291)。

もっとも、不法の修正がなんら同一性の変更を含まず、したがって加重的行為事情が附加されているにもかかわら

ず、それが基本犯の枠を踏みこえず、やはりこれとの同一性が保たれているときには全行為に対する教唆といったものは与えられない。しかし、その変更が基本犯から加重犯への移行を意味するような場合にはそうではない。これは、たとえば、単純強盗と加重強盗および特に重い強盗に対する法定刑の最下限を比較するだけで明らかに知られよう。これらの罪の最上限はいずれも一致しているが、加重犯の最下限は基本犯のそれよりいちじるしく重いものとされている。さらに、多くの加重犯に対しては実体法的ならびに訴訟法的規定の適用がなされているが、これはかならずしも非本質的ならざる作用であり、別の質的に異なる犯罪行為と解せられているものと考えるならば、人はこの加重によってもたらされる不法の修正に行為の核心に対する副次的意義しか認めないといったわけにはいかないであろう。つまり、加重犯には基本犯とはまったく別の重さが与えられているものと解すべきである (Stree, a. a. O. S. 291)。

だとすれば、加重的メルクマールをつけ加えることによって、行為は出来事全体を他の光の下に投げかけるほどの変容をこうむっているのである。したがって、強盗犯人が補助手段なしに被害者に立ち向うのか、それとも武器をもってそうするのかは、法律的评价のうえでは本質的な相違をなすものである。これによれば、強盗的恐喝が単純恐喝と同視されないように、加重強盗も単純強盗と同一視されない。したがって、他人に対して、強盗にあたって武器をたずさえ、または恐喝的威嚇を強化するようすすめる者は、加重的強盗または強盗的恐喝の創始者として取扱われることになる。たとえ、彼がその行為を核心において使嗾していなくとも、彼には、総じて、いちじるしく変化させられた不法が帰せられるのである (Stree, a. a. O. S. 292)。

そこで、たとえば、当初ぎりぎり一週間にわたる自由剝奪をしようとした者に、時間をもう少し延長するようすすめたとすれば、具体的な不法の昂揚は比較的重要でないとも解せられよう。そうすると、加重犯が基本犯と

は別個の評価段階に位置づけられているということについて、同一性問題にとっては法律的评价が決定打を与えるのか、それともこれから離れて具体的な不法の比較がされているのが問題となるが、これまでの叙述によって前者であることが明らかに知られうるし、もしそうなら、具体的に僅かな不法の変更を与えるものであっても、それが加重犯への移行を意味するものであるなら、いちじるしい行為変化が生じたということになる。そのときには、単純自由剝奪という軽罪から、実体法的小よび訴訟法的にも軽罪とは異なって取扱われる重罪が生じる。したがって、具体的な不法の比較を同一性問題にとつての決定的基準とすることは禁じられることになる。勝手に短時間だけ部隊から離脱する場合に、不法の昂揚は僅かなものであろう、しかし法律的评价の上では、この僅かな時間の離脱の附加が加重犯への移行を意味するときには、行為事象の本質的な変化がなされているのである (Stree, a. a. O. S. 292~293)。

こうして、加重犯は基本犯と同一もしくは部分的に同一のものとしてこれを同視すべきがないということが固持されるべきである。そのさい、個別事例において不法の重さが増大されたか否かということは重要でない。重要なのは、加重事情を附加することによって基本類型が法律的评价のうえで加重類型へと移行したかどうかということであつて、これによって前者が後者から区別されるような変容をこうむっているということである。したがって、行為をそのよきな変容へと決定する者は、新たなもの、すなわち加重犯全体に対する教唆者として責任を問われるべきである (Stree, a. a. O. S. 293)。

七 以上、シュートレーの見解によれば、基本類型と加重類型とはまったく異質の不法として、したがって別個の構成要件として取扱われていることは明らかである。しかも、上述したように、その論拠はかならずしも十分には論証

されていない。いわば、論証もなくそのように断言されているにすぎない。そして、これによると、上記したように、問題は、すでに基本類型を行なうべく決意している者に加重類型を行なうよう使曠したというような場合にかぎらず、たとえば、他人だと思って父親を殺したような場合には、普通殺人未遂と過失尊属殺人(類型なし)、逆の場合には尊属殺人未遂と過失致死(観念的競合)とが認められなければならないということになる。しかし、通説では、両事例とも普通殺人という限度でその既遂が認められている。したがって、シュトラー説はこうした問題にも波及して影響を及ぼさねばならないこととなるが、果して右のような帰結が妥当とされるか否かについては大いに問題があることであろう。

ところで、シュトラーの論文がでた翌年、ベムマンがこれに対して全面的な批判を行ない、まったく対立した帰結に達している。そこで、我々は、以下、その見解をうかがうことにしたい。

三 ベムマンによる批判

一 ベムマンによれば、上記西ドイツ連邦裁判所の見解(BGHst. 19, 339 ff.)はシュトラーによって詳細に検討されかつ全面的に是認されているが、それは少なからざる疑念を喚ぶものである(Bennmann, Die Umbestimmung des Tatenschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, Gallas-Festschrift, 1973, S. 273 ff.)。

彼によれば、教唆があるとするためには、疑いもなく、行為決意を喚起することが必要である。したがって、いわゆる omnimodo facturus、すなわち行為へと確実に決意している者は、もはや教唆されえない道理である。この前提から出発するときには、すでに行為を決意している者の教唆といったものは、行為を決意している者がいさなかつ

加えられたものへと、それゆえ彼が当初考えていたことを越えた何事かへと使喚された部分についてのみ考えられるにすぎないということになる。もとより、附加的な行為部分についてのみ教唆が肯定されるとすれば、その教唆のことで処罰する可能性は行為のこの部分が独立に刑の下に置かれているといった事例にかぎられることになる (Benmann, a. a. O. S. 273)。

したがって、すでに行為決意をしている者により重い犯行方法をとるようその決意を変更せしめた背後者が、連邦裁判所のいうように、全行為に対する教唆者とされるべきか、それとも全行為に対しては補助者としての責任を問われ、ただ重い事情の下になされた行為部分に対しては、それが独立に罰せられているかぎりで、その教唆者として責任を負うのかということが問われていることになる (Benmann, a. a. O. S. 274)。

ところで、連邦裁判所は、関与者が行為決意者を「その無価値内容が本来のプランに対していちじるしく高められた手段と方法により」その行為を遂行すべく使喚したがゆえに、全行為に対する教唆だとしている。もとより、行為を単純形態によってではなく、加重形態において遂行すべく行為決意者に影響づけを行なうことは、行為決意のいちじるしい昂上を意味し、行為の不法内容のいちじるしい昂上を条件づけるものであるということとは否定されない。つまり、法律上の評価によれば、加重犯は基本犯よりもいちじるしい重みをもつということとは、前者が後者より格段に重い法定刑をもつということによって示されているものといつてよい。たとえば、強盗犯人が武器をもって被害者に対しようとしているか、武装せずしようにしているかは、法律上の評価によればいちじるしい相違をなすものである。しかし、だからといって、行為全体に対してではなく、その加重部分に対してだけ働きかける者が、どうして全体としての行為に対する教唆者としての責任を問われねばならないかは、これだけでは明らかになっていないとは

いえない。そもそも、行為決意している者の決意内容を高めることは、およそ行為決意そのものを喚起することより小なることをするものである。この場合にも全行為に対する教唆があるためには、その全行為に対する行為決意を喚起することが必要なのであるから、あたかもクラマーがいつているように (Cramer, JZ. 1965, S. 31) 連邦裁判所の見解は、計画された単純な犯行方法の代りに加重された犯行方法を選ぶように行為決意者を説得することによって、新しい行為決意が喚起されると考えることにより、すなわち本来の計画とは同一でない別の行為への決意が喚起されたと考えることによってのみ理由づけられるということになろう。つまり、加重犯は基本犯に対する関係では全体としていささか別のものであるということ認めることによってのみ、行為を初めのプランとは違って加重の事情の下に実現するよう働きかけることが加重犯に対する教唆を存せしめるという考え方を首尾一貫させることになる (Bemmann, a. a. O. S. 274~275)。

したがって、シュトレーは、基本犯と加重犯との間には本質的な相違があるということ論証しようとしている。彼によれば、両罪は同一ではなく、部分的にも同一ではないとされているのである (Bemmann, a. a. O. S. 275)。

二 ここで、ベムマンは、シュトレーの見解に立ち入る前に、逆の事例、つまり、加重犯へと決意していた者が単純な犯行方法へと気を変えさせられたというような事例が考察されるべきだとしている。もし、基本犯と加重犯とが本当に二つの本質的に相異なる犯罪であるとするれば、当初意図された加重的な犯行方法から単純な犯行方法をとるべく説得することも新しい犯罪決意を喚起したということになるはずである。したがって、加重犯を行なうべく決意している者が、加重犯の遂行を断念すべく、それゆえ単純なやり方で行為を遂行すべく動かされたというような事例においても、原理上、基本犯の教唆のかどで罰せられるということになるであろう。ところで、例外的状況において

は、たとえば、より軽い犯行方法へと気を変えさせることが重く秤りにかかる犯罪実現を防止するための唯一の適切な手段であるときには、その教唆は正当化されもしくは免責されしよう。しかし、そうでない原則的な事例では可罰的だということになるであろう。たとえば、強盗を行なうにさいして武器を携帯すべく決意している者に、武器の携帯を思いとどまるよう勧告する者は、行為を決意している者がこの勧告に耳をかたむけて凶器をもたずに強盗を行なうか、それとも勧告に耳をかさずに武装した状態で強盗を行なうかによって、この見解によれば、単純強盗の教唆既遂または同教唆未遂のかどで罰せられるということになる (Bemann, a. a. O. S. 275~276)。

しかし、ベムマンによれば、このような帰結は不当であり、刑事政策的に不合理である。周知のように、行為決意者の計画を聞いて知つていながら、事柄を成り行きに任せる者は——告知義務の不服従によって罰せられる場合を除いて——この事柄に対する関与の責任を負わない。何もしない者に比べると、行為決意者により軽い方法をとるべく働きかける者の方がより功労者にふるまう者である。したがって、どう考えてみても、後者は前者よりも悪い立場に立たされないはずである。たとえば、自分は他人を殴って不具にするつもりだという行為決意者の告白に全然反応せず、そのため行為決意者が影響をうけることなしに彼によって意図されていた重傷害を行なうことになった場合、告白をうけた者は不可罰にとどまる。だとすれば、行為決意者により控え目にふるまうよう、すなわち他人を大した傷害もなく答打つよう、したがって重傷害の代りに単純傷害を行なうようすすめる者も、固より不可罰にとどまらねばならない(必要とあらば、帮助のかどで罰せられるが、これについては以下で記述する)。もしそうでないとすれば、行為決意者からその行為計画を打明けられた者は、行為決意者に彼のプランのもっとも悪い部分を説得して思いとどまるよう試みることも、何もしないで沈黙していた方がベターだということになるであろう (Bemann, a. a. O.

S. 276)。

この帰結、したがって、これが依拠している見解がきわめて問題の多いものであるということは、以上によって理解をされるであろう。知られるかぎりでは、シュトレーの外では、これまで何人も基本犯と加重犯とを二つの基本的な相異なる罪として把握することなくみしていない (Bemann, a. a. O. S. 276)。

三 ところで、シュトレーは、基本犯と加重犯との間にはなんらの同一性も、また部分的な同一性もないとする見解を、結局、両犯罪の「不法内容の不同一性」をもって基礎づけようものと信じているようである。つまり、加重犯の不法は基本犯の不法から本質的に区別されるというのである。基本犯に対して加重事情によってつけ加えられる増加は、ただにいちじるしい不法の加重へとみちびくのみならず、基本的な不法修正へとみちびくものだとする。加重事情が基本犯につけ加わると、その不法の重さが基本犯の不法内容と加重事情のそれとの合計を越え、または越えるような一体へと融合しているというのである。加重犯の基本犯に対する関係は、複数の罪から成る罪の個々の罪に対する関係にたぐえられ、たとえば、強盗の窃盗または強要に対する関係にもたぐえられている。強盗が窃盗または強要に対して別種の不法であり、他の刻印を有する不法であるように、加重犯も基本犯に対して「不法に関係づけられた視点の下では総じて他の光のなかに」現われるものだとしている。一方では基本犯、他方では加重犯を対置することは、両罪を同一のものともみることができないほど大きな「不法内容の相違」があるということをしめるものだといふのである (Bemann, a. a. O. S. 277)。

四 さて、シュトレーが「不法内容の相違」というとき、それは不法の重さの相違と同一だと解されていないことは確実である。犯罪の全価値を秤量するにあたって、重さの異なるものとして示されているか、それとも等しいものは

とされているかは、不法の同一性の問題にとっては決定的なことではありえない。ただし、重さの等しい不法をもつが、それにもかかわらず同一でない犯罪というものが存するということは疑いないからである。たとえば、誹毀と器物損壊とは同一の重さの不法をもつが、同一の犯罪とは評価されていない。したがって、本来欲せられていた誹毀の代りに器物損壊を行なうよう行為決意者に説得することによって新しい行為決意が喚起されるということには疑いがない。このような説得は「Umstufung」として示している説得の事例では、教唆責任が肯定されることは自明のことである (Eser, Studienkurs, Strafrecht, II, 1971, Nr. 43, A, 11) (Bemmann, a. a. O. 277)。

こうして、犯罪の同一性の問題にとつては、その犯罪が不法の重さにおいて一致するか否かは重要ではなく、その不法内容において一致するか否かが重要であるということが明らかになる。このことは、以下の考察によって確認される。現行法は一定の行為に対する教唆だけを知っており、これこれの重さの行為ではあるが、任意の内容の行為をなすべき旨の要請は具体的な目標設定を欠くので教唆ではないとされている。ただし、行為の特定性をなすものは明らかにその内容であり、その対象的性質だからである。したがって、行為がその内容によって個別化されるときは、行為が同一であるか否かの問題は、その行為が同一の内容をもつか否か、その対象的性質において同一であるか否かに依存しなければならない (Bemmann, a. a. O. S. 277~278)。

ここから、基本犯と加重犯とは、よし完全にはなくとも、部分的には同一だということが明らかになる。両罪は、その対象的性質に関しては、相互に包摂関係 (Einschlussverhältnis) に立つ。つまり、基本犯は加重犯の一部を成すしたがって、加重犯は基本犯との関係では異質的 (aliud) ではなく、いわば濃縮されたもの、一つのプラスを示すものである。それゆえ、基本犯を遂行すべく決意している者が加重犯を遂行するよう説得されることによって、ならん

新たななる、いかなる場合にも完全に新たな行為決意を喚起されているものとはいえない。むしろ、既存の行為決意は新しい部分のために補充され、加重事情へと拡大されるにすぎない。したがって、もし教唆が問題になるとすれば、この加重事情についてのみ考察にのぼるにすぎない (Bennann, a. a. O. S. 278)。

もっとも、加重事情が基本犯との一体へと融合され、そのさい多かれ少なかれ強い不法の修正が行なわれるということは認めてもよい。ここから、行為決意者を行為の加重へと説得する者は、加重的行為部分のみならず、全行為に関与していると考ええることも可能である。しかし、だからといって、この関与がただちに教唆という性質をもつものだとすることはでてこない。その関与は単に幫助たるにすぎない。それゆえ、行為を單純形態においてではなく加重形態において行なうよう行為決意者を使喚する関与者は、行為全体に対して幫助者として答責的たらしめられるにすぎない (Bennann, a. a. O. S. 278)。

さらに、加重犯の基本犯に対する関係は、合成犯とその肢節を成す罪との関係にたとえられる。加重犯と基本犯との間にみられるように、合成犯とその肢節を成す罪とは相互に包摂関係に立つ。前兩者間におけるように、後兩者間においても部分的同一性が存する。したがって、たとえば窃盜を決意している者に、奪取を力づくで行なうよう使喚する者は、強盜に対する教唆ではなく、ヴェルツェルがとっているように、強盜の幫助と強要の教唆のかどで罰せられるべきである (Welzel, Strafrecht, II. Aufl., 1965, S. 116) (Bennann, a. a. O. S. 279)。

五 以上によれば、逆の事例、すなわち加重された行為を決意している者が、加重された形態においてではなく、基本的形態においてのみこれを実現するよう動かされた場合にも、どのように決定されるかが容易にでてくる。基本犯が加重犯の一部を成し、加重犯との関係では異質物ではなく一つのマイナス、つまりいささか減弱されたものなの

であるから、加重された実現方法を断念し、その他では犯罪実現をするよう説得する者は、なんら新たな犯罪決意を喚起するものではない。かえって、現存する犯罪決意は制限され、基本犯へと通減されている。したがって、加重犯の犯行へと決意している者は、彼が単純な犯行方法へと規定し替えられることによって、基本犯へと教唆されているのではなく、加重犯の実行からいけば翻意すべく教唆 (abgestiftet) されているのである。そして、これは原則として可罰的ではなく (Bemmann, a. a. O. S. 279)。

もっとも、加重的な実行方法をとらないように教唆された行為決意者は、基本犯を遂行しようという残存する決意において強化されているということはありえよう。この場合には、行為決意者に働きかける者は、彼が残存する行為決意の強化を故意に惹き起したということを前提にし、かつ正当化事由も免責事由も存在しないというさらなる前提の下に、基本犯に対する幫助のかどで可罰的とされる (ブッシュ、シェンケリシュレーダー、エーザー) (Bemmann a. a. O. S. 297)。

同じことが、合成犯の遂行を決意している者が、ただその支節を成す罪の一つだけを行なうよう使喚されたというような場合にも妥当する。たとえば、強盗を決意している者が、完全に行為を放棄するようというわけではないが、計画されていた実力行使を抑制するようにとすめられたとすれば、それはただか窃盗の幫助として可罰的たりうるにすぎない (Bemmann, a. a. O. S. 279～280)。

六 以上を要約すれば、つぎのようになる。重い犯行方法へと規定し替える事例では、行為決意をしている者に働きかける者は、行為全体に対する幫助のかどで、かつ重い事情から成る行為部分が独立に刑の下に立たされているかぎり、この行為部分に対する教唆のかどで罰せられる。軽い犯行方法へと規定し替える場合には、行為決意者

に働きかける者は、必要とならば、行為に対する幫助のことで罰せられるべきである (Benmann, a. a. O. S. 280)。私見によっても、このベムマンの見解は、シュトラー説に対する上記補足的な私の批判的意見を除いては、全面的にこれを是認することができるものである。

四 おわりに

一 以上によれば、冒頭に示された問題の帰趨もおのずからにして明らかであろう。それは、上記三の六でベムマンがこれを要約したところに尽きるものであるといつてよい。したがって、ロクシンが右のシュトラー説と緊密に符合する見解の上に立って、加重的事情を秘匿し、したがって、この点に関しては前置者を欺罔して行為せしめるといった背後者を加重類型に対する間接正犯とし、前置者を基本類型にとつて直接正犯として構成し、この意味では正犯者の背後にある正犯者という法形象を認めようとするにも基本的に賛成しえないということになる。そこで、最後に、この点に関するロクシンの所説をきいてみることにしよう。

かつて、連邦裁判所は以下のような事例を審判したことがある (BGHSt. 1, 368 B)。被告人 A は連合軍が進駐してきたさい、アメリカの軍巡羅隊に、地方治安警察隊長 L を逮捕し銃殺するよう要請した。その理由として、彼は、真実に反して、L は多くの外国人労働者を銃殺したからだと述べた。被告人は、当時の状況を利用して、L が正式の手続も踏まれないままに、また彼の主張の正しさを検証することもなしに殺されることを願っていたし、事実このことは成功した。アメリカの兵士たちは、L が無責だと断言するのに対しても耳をかさず、ただ A の申し立てのゆえにのみ、L を銃殺したのであった (BGHSt. 1, 369)。

行為決意者の変容的使慥について

連邦裁判所は、アメリカの兵士たちを故殺のかどで有責だとし、またAを——彼に低劣な動機があるにもかかわらず——故殺の教唆者として有罪判決した。ロクソンによれば、判例が謀殺を故殺との関係では独立の構成要件とみなしているのであるから、この結論は首尾一貫していないように思われるとしている。むしろ、Aは謀殺の間接正犯者として有罪判決されるべきであったというのである。というのは、彼は、低劣な動機から、欺罔の助けをかりて、謀殺の構成要件を充足していない兵士らを通じて一人の人を殺しているからである。けれども、支配的かつ是認に値いする見解にならって、謀殺を故殺の加重事例だと考えるときにも、我々はここで謀殺の間接正犯、すなわち「故殺者の背後にある謀殺者」を認めるべきであるように思われるとロクソンはしている。アメリカの兵士たちは「具体的な行為の意味」について錯誤していた。すなわち、彼らは謀殺者を射殺しようと思っていたのであるが、自らは謀殺者ではなく、背後者Aの意のままに無責者を謀殺するための「道具」として使われていたのである。この錯誤があるからといって、兵士らを故殺の正犯者とするものではないが、しかしこの錯誤は、背後者にのみ責が帰せられる別の行為、つまり謀殺になるということとを彼らに隠蔽するものである (Roxin, a. a. O. S. 186~187)。

ここでは、背後者と直接実行者との間には無価値のうえで重大な径庭があり、兵士たちの行為を、真の状況を見通しておりかつ支配しているAの道具と思わしめるような落差が存するという点では、本例も先にかかげた諸事例(たとえば、AがBをしてXの所有するきわめて値の高いキャンディンスキーの絵を、安物の下手くそな絵だと欺罔することによって破壊するよう使喚するといった例)と同一である。ただ、相違は、問題の事例ではかならずしも損害が多いというわけではないから、この無価値の落差がびったりと数量化せしめられないという点だけである。しかし、こ

れを埋め合わせるためには、一方では謀殺、他方では故殺または軽故殺間に存する法定刑の相違のなかに十分表現されているような法律上の評価の相違が存在する。すなわち、直接実行者には比較的軽い自由刑が帰せられるのに対して、背後者にはなんらの減輕にも値いしない「終身」のそれが待ち設けられている (Roxin, a. a. O. S. 187)。

こう考えると、背後者が実行者を質的な事情について欺罔するときにはつねに間接正犯が存するというテーゼを認めうることになる。けだし、わざわざ加重類型を設けているということは、立法者が出来事を、同一の基本的構成要件にもかかわらず、その無価値内容において質的にいささか別のものだと思わせるといふこと、すなわち独立の刑枠を必要とし、したがってまた独立の正犯的判断をなさしめるものと思わせるところを立証するものだからである (ロクシンも、Aが自分だけが低劣な動機をもっていただけで、単に兵士たちに殺人を唆したにすぎないときにはこれを教唆者とし、ただ二八条によってこうした事情〈低劣な動機〉はAにだけ帰せられるとしている。しかし、本件では、Aが事態の事情についての錯誤を喚起するよう欺罔し利用したことにつき有責たらしめられ、したがって実行者とは別様に加重構成要件を充足しているから間接正犯とされるところ。Roxin, a. a. O. S. 188 Anm. 47) とくろび、加重類型なるものは——右の連邦裁判所の事例とは違って——一般には損害の拡大による落差においても共に条件づけられていることが普通であり、この点で先のカンディンスキーの絵の事例と交叉させられる。たとえば、背後者Aが直接行為するBに、第三者に対して噴霧ガンをもって無害な催涙ガスを撒きちらすよう要請したが、実は、Aはその化合物が視力の破滅を惹き起すものだという事情を知っていたものとする。ここでは、背後者を間接正犯たらしめるに足る損害の昂上が存し、かつこれは法律上の加重類型のなかに沈澱しており、Aはこの理由からも正犯者の背後の正犯者たらしめられる。つまり、Aは意図による重い傷害(二二五条)の間接正犯とされ、Bは單純傷害(二二三

条)の直接正犯とされる (Roxin, a. a. O. S. 187~188)。

これに反して、AがBに、CがBの妻と姦通していると思ひこませることによって、Cに対して平手打ちをくわせるように使喚したとすれば、欺罔があるにもかかわらず、Aはその教唆犯とされるにすぎないであろう。たしかに、ここでも、Aの態度は、彼の加功によって、Bには知られていず、支配もされていない無価値を示すものではある。しかし、この無価値は数量化可能的にもまた加重類型によっても法律上客観化されていないのであるから、別の犯罪的性質を認めるに足る確定的な基準が欠如しているというべきである。したがって、これを動機の錯誤の誘発とみなし、Aを教唆者として罰してもよい (ロクシンはこの限度で Täterschaft und Taherrschaft, 3. Aufl. 1975, S. 212, 218 の記述を訂正するとしている) (Roxin, a. a. O. S. 188)。

二 しかし、AがBに、自らは低劣な動機にもとづき、このような動機をもたぬ乱暴者のBをして、CがBの妻と姦通していると偽ってこれを殺さしめたという冒頭にかかげた事例では、ロクシンはAを謀殺の間接正犯であり、Bを故殺の直接正犯であるとしている。ただし、ここでは、損害の程度はかならずしも数量的に格差を示すものではないが、すでにして低劣な動機をもってしたか否かは、謀殺と故殺という法律上客観的に区分しうる基準によって質的に分たれているとされているからである。そして、基準類型と加重類型をめぐらうとした見解は緊密にシネトラー説と一致し、両説は相互に補充し強化すべきものであるとすることはロクシン自身が表明するところでもあったのである。しかし、両類型は相互に包摂関係に立つ基本的に同一の不法内容を示すものであることは、右にベムマンの指摘するところであり、その理由のあることも否定されないとと思われる。したがって、私は、すでに基本類型を遂行すべく決意している者に加重事情の下にそれを行なうべくする場合やその逆の場合につき、ベムマンが達した帰結

を是認すべきであると考えただけでなく、ロクソンがあげているような、加重事情を陰蔽・欺罔して前置者をして基本類型を犯さしめた背後者をも、基本類型に対する直接正犯者の背後に存する加重類型の間接正犯者とする帰結には、にわかには賛成しがたいもののように思われる。