

教唆の本質と通謀要件

清水晴生

- 一 導入・視座
- 二 学説の議論と検討
 - 1 無制限説(惹起説)
 - 2 精神的接触説(中間説)
 - 3 通謀説
 - 4 計画支配説(シユルツ)
 - 5 不法契約説(義務付け説、動機支配説)
 - 6 私見
- 三 論点の検討
 - 1 誘発状況創出
 - 2 オムニモド・ファクトウルス
 - 3 変更教唆(Umsiftung)
- 四 むすびに代えて、共謀罪について

一 導入・視座

刑法六一条一項は「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」として、教唆犯の処罰を定める。それは正犯と同等の処罰である。他方ドイツ刑法二六条は「他人が故意に犯した違法行為を、故意に他人に決意させた者は、教唆犯として正犯と同等に処罰される」と規定する。即ち教唆行為を、前者は「教唆して犯罪を実行させた」行為であると規定し、後者は「決意させた」行為だと規定するが、一般に両規定の間の意味内容における差異は別段指摘されていない。

例えばドイツ刑法の規定については次のようにいわれる。「刑法二六条によれば、教唆として処罰されるのは、他人にその犯罪行為を決意させた者である。決意させるという概念は、一般的な見解によれば、犯行決意を喚起したという意味である。正犯者が既に犯行を固く決意している場合（オムニモド・ファクトウルス）には、必要となる因果性が欠ける」と。

こうした教唆行為の不法を法益侵害の間接惹起として理解するときでも、先に挙げた正犯と同等の処罰の基礎づけ、即ち「間接性」の中身がどのように把握されなければならないかについては尚説明を要する。

この点については例えば次のように述べられている。「最近、共犯の処罰根拠について論ぜられているが、それは教唆や幫助の共通の処罰根拠とはなり得ても教唆が正犯と同等に処罰され得るための論拠とはなり得ていない。……教唆と正犯とが同等に処罰されるためには、法益侵害にいたる過程において違法及び責任において両者は同等の役割を果たさなければならぬ。同等の役割はどのような場合に認められるべきか。思うに、教唆者は正犯者の犯罪行為の精神的

創造者の役割を、正犯者は教唆者の当該犯罪提案を諒承し、それを決意して身体的実行者の役割を果たし、両者の役割が実質的に等質的であると評価される場合であると解すべきである……。このような場合、背後者の具体的犯罪提案がなければ、当該犯罪は実行されず、しかも各々の役割は両者間の精神的紐帯によつて自覚的に強化されることによつて両者は法益侵害への対等の結託的協同作用として現われる。精神的紐帯がなければ、正犯者は独自に計画した犯罪を行い、背後者は一方的に正犯実行を容易にする役割を果たすに過ぎなくなる。教唆犯の本質をこのように解すると、片面的教唆犯は否定されるべきである。これに対し、幫助はあくまでも脇役であるので、精神的コンタクトがなくてもそれに正犯を容易にすることはできるので、片面的幫助は認めてもよい」と。

つまりこの見解によれば、精神的創造者（当該具体的犯罪計画提案者）たる教唆犯の役割と身体的実行者たる正犯の役割とが法益侵害への対等・同等の結託的協同作用として現れるのは、両役割が両者間の精神的紐帯によつて自覚的に強化される場合に限られる。

しかしそうだとすれば、そこで認められうる精神的創造者たる教唆犯は、当該具体的犯罪計画の立案・提案に関して圧倒的に正犯を凌駕するほど関与したことが必要となるが、正犯が具体的犯罪計画のすべてを立案し、教唆者はただ正犯の決意に至る最後の一滴たる動機づけを与えない場合でも教唆犯は成立しうる。また綿密に設定・創出された誘発状況通りに正犯が行為する場合には、背後者は単に正犯実行を容易にする役割を果たすのみならず精神的創造者たる役割をも果たしうるのであつて、精神的紐帯は精神的創造者たる役割を保証しない。³⁾

ここでの問題を具体化する事例群は次のような文脈において示される。即ち「教唆をより明確に輪郭付けようとする近年の努力の中で、教唆の射程範囲を限定しようとする傾向が注目される。というのも立法者が教唆を、法定刑の点で

正犯と完全に同列に扱っているが故に、教唆は不法内容の点でもある程度正犯と同等とされなければならず、従って余り重大でない形態での犯行の使喚は除外されるべきだという考えが当然生じるのである。そこで今日支配的な見解は、教唆は教唆者と正犯者との間の通謀による意思連絡を前提とする、という立場に立つ。これによれば特に、他人を犯罪の実行へと促す状況の創出は、教唆ではないということになる。それ故、以下のような場合には教唆は存在しない。郵便局員の横領を証明するために、彼に毘の手紙を渡す場合。追われている銀行強盗が、追跡者が落ちた紙幣を拾って自分のものにするように仕向けるつもりで、数枚の紙幣が落ちるにまかせた場合。債権者に督促された商人が、泥棒の侵入によって保険金を得るチャンスを待つために、故意に家の窓を開けっ放しにする場合。嫉妬深い夫が現場を押さえられて慌てる妻の愛人を殴ることを期待して、帰宅を勧める場合。反対説は、まさに犯行を促す非常に手の込んだやり方を処罰しないことにしなければならなくなり、またこうした場合にも精神的感化は存在するから、こうした場合の教唆の否定は満足のいくものではなく、犯行を促す方法や態様は決定的な意味を持ちえない、といった論拠を示す⁴⁾。

右に示された誘発状況創出ケースの取り扱いに関して、学説は一般に三つの立場に分類されている⁵⁾。ヒルゲンドルフが次のようにまとめている。「おそらく尚支配的な見解によれば、犯行決意喚起のあらゆる形態が、教唆の客観的構成要件にとつて十分なものである。従つて教唆者は被教唆者と直接に意思疎通していなくともよい。第二説は犯行決意のあらゆる喚起を十分とするものではなく、言い回しはいろいろであるものの、教唆者が正犯者と意思連絡を有していることを要求し、ときには『精神的感化』まで必要であるとされる。最後に、『決意させる』という構成要件要素を更に狭く解するのが、教唆者と正犯者との間に通謀的協力や、それどころか『不法契約 (Unechtspakt)』まで要求する立場である」と⁶⁾。

ここまでの素描とコラージュとで示された内容が、本稿が少しく掘り下げようとする対象である。一般に三分類される学説をもう少し細かく分けて検討し、その後関連する諸論点の個別の検討に移りたい。⁷⁾

二 学説の議論と検討

1 無制限説（惹起説）⁸⁾

教唆行為と正犯実行との間のいわゆる教唆犯の因果性については、その教唆が当該正犯実行にとって唯一の原因（動機付け）でなくともよいが、正犯の犯行決意にとって決定的なもの、即ちその具体的正犯行為に関して最初で最後の決意喚起であることが必要なことは一般に認められていよう。次のような言い回しもこのことを示している。「二六条の意味での『決意させた』とは、他人に犯行決意を喚起することであり、このとき一般的な因果性ルールにより共同原因で足りる。……教唆犯がどのようにして他人の犯行決意を惹起するか、それ自体は重要ではない。重要なのは専ら、教唆者が正犯者の犯行決意を一般的な因果性ルール（『コンディチオ・シネ・クア・ノン』）上、少なくとも相まって惹起したことである。したがって教唆の方法として、状況の関連全体からその行為が一定の犯行への唆しとして現れる限り、唆し、助言、依頼などのみならず、黙示の行為（例えば贈り物、約束）やあるいは質問も考えられる。さらには、状況の関連全体からその行為が一定の犯行への唆しとして現れるならば、その事態の状況から、その行為によってさらに行為支配が背後者たる『教唆者』に移行したり、あるいは少なくとも相まって移行する場合でない限り、個々の場合にお

いては、威迫や暴力(もつばら強制力という形で理解される)、あるいは錯誤を引き起こすことでの欺罔でも十分でありうる⁹⁾。このように教唆の方法に制限はないと一般にされるのだが、「にもかかわらず、依然としてしばしば争われるのは、二六条の意味での犯行決意の喚起に関して、あらゆる因果惹起ないし相まつての惹起、したがって結局正犯者にそもそも初めてその犯行の考えをもたらすあらゆる行為で足りるのかどうかということである。……あるいは、教唆を認めるために、少なくとも(種類はどうあれ)意思疎通という形での精神的感化が必要かどうか¹⁰⁾」。

この意思連絡要件の要否に関して否定的に答える立場について、例えばゲツペルトにおいては次のように示される。即ち「二六条の『決意させた』という、行為に関して中性的な概念からは、実際、なんらの種類の意思疎通要素への限定も取り出されえないとする。そしてこの拡張説の支持者らは特に、共犯の処罰根拠を他人の法益侵害の共同惹起とし、またここから、暗示的態様の制限のための論拠は全く見出されえない、しかもそうした制限が実際また非常に憂慮すべき処罰の間隙を生みかねないといったことから出発する。これにより、犯行を誘発する状況の創出もまた十分なものとみなされる。状況といっても無論『社会的に相当でない』状況に限られる。これが意味するところは、『相当』で許された危険の限界が超えられるところで初めて、可罰的な教唆不法の限界が超えられるということである¹¹⁾」。

最初の文の「二六条の『決意させた』という、行為に関して中性的な概念からは、実際、なんらの種類の意思疎通要素への限定も取り出されえないとする」という点に関しては、一般的にはむしろ逆に、次のように説かれることが多い。即ち「客観的にも教唆者の視点からしても、犯行決意のあらゆる喚起は、決意という言葉の意味のとおり、精神的接触であると考えられる。なぜなら被教唆者の意思というものはまさに決して物理的な事実ではなく心理的な事実として到達可能なものだからである。この接触が具体的には物理的な媒介物によって得られたかどうかということは関係がない。

そうした例えば手紙のような手段によっても疑いなく教唆がなされる以上、その点はやはり決定的ではありえない¹²⁾。

またゲツベルトが「そうした制限が実際また非常に憂慮すべき処罰の間隙を生みかねない」と述べているのは、次のような理解を指している。即ち「懇願のような単なる行為提案の感化力は、例えば嫉妬心を刺激するといった犯行への刺激を作り出すことのそれよりもしばしば小さい……。更に正犯にさえ犯行に関してはつきりと言わない共犯者は、犯罪論上特に危険である」¹³⁾。「巧みに演出された状況は、言葉で促されるよりもはるかに誘発的に作用しうると反論されている。言葉の場合は通常、相手の心理をコントロールするメカニズムは直ちに断ち切れてしまうと云える。実行を期待される正犯者は尚、行為を犯すかどうかを考える余地がある。精巧に演出された状況は、場合によってはより強力に作用しうる。なぜならそれは人格の深層に語りかけるからである。現場を押えられた間男に由来する犯行への刺激を想起してみよ」¹⁴⁾。

そしてこうした犯罪誘発状況創出のケースについては、通常の場合以上の危険性が認められる場合がある一方で、やはり通常の場合ほどの危険性が認められないと考えられる場合が少なくないことは否定しがたい。だからこそゲツベルトもさらに「犯行を誘発する状況の創出もまた十分なものとみなされる。状況といっても無論『社会的に相当でない』状況に限られる。これが意味するところは、『相当』で許された危険の限界が超えられるところで初めて、可罰的な教唆不法の限界が超えられるということである」と付け加えるのである。

この付言された点につきヒルゲンドルフが敷衍している。可罰的教唆の限界を画する社会的相当性の判断とは、彼によれば、教唆による正犯実行の蓋然性をその内容とした、日常レベルを超える危険増加の有無に関する判断である¹⁵⁾。例えば犯罪の機会があることが伝えられたが、しかしはつきりと犯罪を犯さないように諫められたといった場合には日常

レベル以下の刺激があるにとどまり、逆にある一定の容易に実行されうる窃盗に一万ドイツマルクの報酬を支払うとの申し出は、この窃盗が実際に遂行される蓋然性を通常重大な程度に高めるものだと行うことができる。さらに詳しく述べている。いわく、「比較的危険でない教唆行為と危険な教唆行為とを区別するためには、比較可能な諸事例を顧慮し、具体的に問題となつている事例をどちらかの事例グループに分類することで十分である。他人に故殺の報酬として五万ドイツマルクを約束するものは、その他人が犯行を行った場合、刑法二二二条、二六条上、教唆の基本的ケースを実現するものである。これに対して、裕福で意志の強い人物に同じ行為について五マルクを約束する場合、ここで展開された見解によれば、教唆ないし教唆未遂の客観的構成要件は決して存在していない。なぜなら危険の増加は最小限のものにすぎなかつたからである。問題となる事例は、どちらのグループに分類するかがはつきりしない場合である。この場合裁判官は、日常的な蓋然性認定を手がかりに分類しなければならぬ。他人に屋敷が留守であることを教えたが、しかし同時に侵入しないようはつきりと諫めた者は、尚決して教唆の客観的構成要件を実現するものではない。これに対して忠告がなされなかつたり、それどころか他人に犯行が促されたときには、重大な危険増加が認められるべき場合がありうる。単なる促しの場合にも教唆はありうるし、それどころか場合によつては単に状況を述べる場合(『今夜この家は留守だ』)や法律に関する助言(『この裁判であなたが偽誓を犯しても、ほとんど証明不可能だろう』)であっても、それによつて正犯行為の危険が著しく高められた場合である限り、教唆はありうる。正犯行為の危険が著しく高められたかどうかは、それぞれの場合毎に新たに審査されなければならない」と^①。つまり正犯実行の蓋然性としての危険性の判断に関して、日常的かという以上の指針は何ら示されないのである。

以上概観した無制限説に対する批判の要点は、すでに見てきたように「立法者が教唆を、法定刑の点で正犯と完全に

同列に扱っているが故に、教唆は不法内容の点でもある程度正犯と同等とされなければならず、従つて余り重大でない形態での犯行の使喚は除外されるべきだという考えが当然生じる」とした場合において、無制限説が許容する誘発的状況の創出という方法による教唆のケースに関しては、その正犯と同等の教唆処罰を基礎づけるに足る実質が欠ける（場合が多い）とされる点にある。^①

また誘発状況創出の場合に強力な感化力が認められるとの主張に対する批判も示されている。即ち『悪しき意思による誘発状況の創出は、……たいてい、……犯行の単なる唆しに比べ、より見込みがあり、より手が尽くされていて、従つて攻撃客体にとつてより危険』であり、だからこそいよいよ教唆としなければならぬなどというのは、『危険性理論』を借用した論証であるが、それは、正犯と共犯との区別にとつて重要なものたりえなかつたのと同様に、教唆と幫助との間の限界付けにとつても重要なものたりえない。両共犯形式とも、ありうる危険性のレベルの下限から上限までに置かれうる諸々の行為態様を含んでいる。例えば、犯行を確実に結果へと導く絶対に不可欠な犯行の道具が供給されるという『実行の幫助』の『典型的』な場合を想起せよ^②と。しかし誘発状況創出の方法による場合における、正犯と同等の教唆処罰を基礎づけるに足る実質の不十分さが無制限説に対する批判として示されているのであるから、その場合の感化力の強さ即ち危険性を持ち出すことには理由がある。

思うに、誘発状況創出の場合に正犯と同等の教唆処罰を基礎づけるに足る実質が欠けるのか否か、その場合の感化力ないし危険性がそれを満たすに足りるのか否かの争いは、その実質に対する問いかけを前提としていなければあまり有意義ではない。正犯の犯行決意の最初で最後の喚起という最も基本的な教唆理解が右の同等性を十分基礎づけると解するならば（加えて単に、社会的に相当なあるいは日常的なレベルを超える危険などという純粹に規範的な内容を要請し

たとしても)、その限りにおいて、教唆の方法に関する無制限説は教唆の実質に対する無制限性から正しく導かれうることになるが、教唆の実質に対するその無自覚さが支持されうるものであるかは疑問なしとしない。¹⁹⁾

2 精神的接触説(中間説)

正犯との同等処罰に対する配慮に関して、惹起説が誘発状況創出のケースにおける特段の危険性を持ち出し、通謀説が通謀要件による教唆方法の限定を提案するのに対して、例えば精神的接触説に依拠するシユタインは、精神的接触により媒介される教唆行為の多様な態様が反映されているにすぎないと解するにとどまる。²⁰⁾ シユタインによれば教唆の唯一の基準は「直接行為者に課される行為義務への動機付け作用それ自体に対する侵害」だということであり、ここから「教唆者と正犯者との間の『精神的接触』を要求するところの、学説の『中間ライン』と結論をほぼ同じくするに至る。²¹⁾ その立論は次のようなものである。²²⁾

シユタインの「直接行為者に課される行為義務への動機付け作用それ自体に対する侵害」という教唆像は、責任能力に関する是非弁別能力と制御能力という形象になぞらえた形で分析・提示されている。いわく「教唆者は、直接行為者が行為決意をする際に指針とするところの価値基準に影響を与えることによって、直接行為者に課される義務への評価機能を攻撃点となし、それによりまた、その制御機能の基礎を奪うことができる。つまり教唆者は被教唆者をして、現行法の価値づけから(意識的に)逸脱するにあたり、行為義務が不当なものと感じられ、従ってその違反は個人的な価値感覚に反しないというほどに、法益客体の侵害に存する無価値が最少または反対利益の価値がより高いと評価させるのである」²³⁾、さらに「そしてまた教唆者は、行為義務の行為制御機能を直接侵害することも可能であり、しかもそれ

は、直接行為者が義務の基礎にある価値づけそのものを納得のいくものとみなす場合でも、その逆の場合でもありうる。従つて教唆者が（例えば発覚の恐れはわずかだといつ）被教唆者に、道徳的なためらいは置いておいて、犯行により追求される目的が実現するに任せるという気にさせるということも考えられる。あるいは教唆者は、直接行為者が規範の価値づけを認めず、またはそれに無関心であり、それゆゑ義務の決意付け作用がもはやその違反というありうる否定的帰結に帰着するという事実を利用する。行為を實行した場合に関して、懸念されるデメリットが埋め合わされるようなメリットを約束することで、教唆者は右のようなことを利用しうるのである。畢竟教唆者は、義務の呼び声に義務違反への唆しを対置させることで、法律の權威をその個人的な權威によつて中和しうるのである。こうした唆しは、例えば懇願や促しのように明示的にも、また黙示的にもなされうる（例えば忠告が見せかけだとわかるような場合の『見せかけの忠告』や問いかけによつて）と。

こうした実質をして、教唆が「直接行為者に課される行為義務に従うという動機付け作用そのものを侵害する」行為と定義付けられるとき、そこには故意に関する動機説に類似する表象を認めることができる。そうした規範遵守への動機付け作用そのものへの侵害という唯一の教唆メルクマールは、ことさらに通謀要件を要求するものではなく、またそれが唯一のメルクマールであることから、誘発状況創出において惹起説が「危険性理論」を借りて、通謀説が通謀要件による限定をもつて補償しようとする正犯処罰との同等性も、別個の考慮を要請するものではありえないことになる（「その点はまさに『精神的接触』基準により現れているところ」だという）。

こうした精神的接触説に対する批判として、以下の三点が指摘されている。第一点は、あらゆる教唆（決意喚起）は精神的接触ないし精神的感化であるから、それは教唆の範囲画定の有効な基準たりえないというものである。例えばブ

ロイは次のようにいう。「客観的にも教唆者の視点からしても、犯行決意のあらゆる喚起は、決意という言葉の意味のとおり、精神的接触であると考えられる。なぜなら被教唆者の意思というものはまさに決して物理的な事実ではなく心理的な事実として到達可能なものだからである。この接触が具体的には物理的な媒介物によつて得られたかどうかということは関係がない。そうした例えば手紙のような手段によつても疑いなく教唆がなされる以上、その点はやはり決定的ではありえない」と。

第二点は、精神的接触という基準では心理的幫助との限界を画することができないという批判である。即ち「通説は教唆者による被教唆者への精神的感化を要求しており、言葉やその他の意思連絡が考えられている。こうした限定では尚余りに弱い。なぜなら心理的幫助も意思連絡により作用するものだからである」²⁶⁾、「少なくとも教唆を、心理的に介在された惹起と解することはできない。なぜならそのような連関は、心理的幫助においても存在するからである」²⁶⁾。

第三点はやはりまた正犯処罰との同等性を基礎づけえないとするものである。オットーは「どしゃ降りの中で交通事故を起こし、運転していたKは車を降りて事故の様子を見ようとした。同乗者Aは、この雨の中降りていけば服が汚れてしまうぞと教えた。それでKはそのまま車を走らせた。それがAの意図したことだった」といういわゆる雨事例を挙げ、この事例によつて「正犯者がどういった犯罪的作用をもたらしたか、教唆者の働きがいかにわずかなものだったかを想起すれば、問題性が顕わになる。したがって、ここで必要な不法内容の同等性を保証するためには、『決意させる』という概念を制限的に解釈することが必要である」、それ故「犯罪を犯しようという可能性を単に指摘することが、決意させるということとして十分だとしうるのは適当ではない」と批判する²⁷⁾。

蓋し批判の第一点との関連では、例えば雨事例や早退を促して妻の不倫現場を目撃させ間男を殴るに至らしめる事例、

表面上でだけ相手の犯罪実行を諫める場合などでは、確かに精神的接触・精神的感化が認められる一方、保険金目当てに自宅の窓を開けておいたり店の商品を盗まれやすい死角に置いたりするケース、犯行の道具を放置するケースなどは精神的接触・感化が認めがたいということもできる。しかし盗んだ紙幣の一部を落として追跡者に追跡をやめさせる事例などは、目の前で落とせば精神的接触があるようでもあり、角を曲がったところでそつと落としておいたならば精神的接触がないようでもあり、これは犯行の道具を放置する場合でも実は同様にいうことができる。こうしたことから、個々のケースに関して精神的接触説によればどの場合には精神的接触が認められまたどの場合には認められないことになるのが説明可能でなければならない。さらにその振り分けが適当・合理的なものであるか、またその区別の基準が明確なものであるかという点についても同様である。

批判の第二・第三点との関連では、確かに心理的補助においても（考え方次第では物理的補助でも）精神的接触・感化が認められるとすることができる。したがってその場合、補助との区別基準や質的相違を他の点に見出すにせよ、正犯処罰との同等性という内容がまさに精神的接触という基準の内に汲み尽くされていると考えることはいつそう困難となる。

3 通謀説

a 典型性

正犯処罰との同等性という軀の意味を訊ねる問いに対して、意思疎通・意思連絡といった通謀要件を要求する立場とというのは即ち、教唆の典型性をもってその問いに答えようとするものである。それは冒頭に示したとおりの脈絡におい

てそうであり、繰り返し示すならば次のような言い回しに見て取れる。即ち「教唆をより明確に輪郭付けようとする近年の努力の中で、教唆の射程範囲を限定しようとする傾向が注目される。というのも立法者が教唆を、法定刑の点で正犯と完全に同列に扱っているが故に、教唆は不法内容の点でもある程度正犯と同等とされなければならず、従って余り重大でない形態での犯行の使喚は除外されるべきだ」という考えが当然生じるのである。そこで今日支配的な見解は、教唆は教唆者と正犯者との間の通謀による意思連絡を前提とする、という立場に立つ。これによれば特に、他人を犯罪の実行へと促す状況の創出は、教唆ではないということになる」²⁸⁾。

典型性とは端的にいつて「他人が犯行を犯すように」という促し²⁹⁾こそ教唆だということである。この点は次のように敷衍される。即ち「このことによりまず、すでに上で挙げた、他人の犯行決意を誘発する状況を設定することによつても教唆は犯されうるかという論争についてはノーと答えられるべきことになる。確かにこうした犯行は、例えば嫉妬深い夫を家に帰らせて、そこで妻の愛人を襲い殴り倒すという基本事例などでは、他人に犯行を説得する場合と同等の有効性、それどころかより危険な場合も稀ではないかもしれない。しかし説得と異なり、誘発された行為との連帯という実質が示されない以上、このとき背後者は、それはそうした誘惑に乗つて行爲した他人の事柄であるという立場に下がっていられるのである。……教唆の範囲は、一部で考えられているように、心理的・精神的感化を要するということによつては十分基礎付けられず、この感化が犯行への唆しという一定の思考内容を持つていることが前提とされる」³⁰⁾と。

右に示された「他人に犯行を説得する場合と同等の有効性、それどころかより危険な場合も稀ではないかもしれない」誘発状況創出の場合と典型的な説得の場合との差異が量的なそれであるという認識は、次の引用においてより明確に看取される。「反対説は、まさに犯行を促す非常に手の込んだやり方を処罰しないことにしなければならなくなり、また

こうした場合にも精神的感化は存在するから、こうした場合の教唆の否定は満足のいくものではなく、犯行を促す方法や態様は決定的な意味を持ちえない、といった論拠を示す。しかし通説によれば、正犯者との間の通謀的協力が教唆の条件として維持されるべきである。もつとも単なる状況設定の除外は、教唆の特別の処罰根拠を俟つてではなく、既に共犯の処罰根拠から導かれうる。なぜなら共犯が従属的な法益侵害と理解されるのは、この『侵害』が目的に向けられた犯行促進を前提とするからである。犯行に出る傾向が認められる者に犯罪の実行を動機づける状況というものに、故意に設定されたのではないところで、誰しもが日々の日常の中で抵抗している。ある者が他人を実行へと導きうる状況を創出したところで、その者は日常において常に生じている犯行への刺激にさほど何かを付け加えるというのではないし、潜在的犯罪者に社会的に適合しない形で感化するというものでもなく、具体的な唆しによる場合と比べてはるかに弱い態様で感化するものにすぎない。教唆というものはまだそこにはない。というのも、教唆とは単に他人による法益侵害を可能にするものでなければならぬというだけではなく、自ら正犯者に精神的に『働きかけ』ることにより、あるいは少なくとも直接に促すことによつて、間接的に法益を侵害するものでなければならぬからである。³¹⁾ つまりこれらからわかるように、通謀説においては典型性こそ、右に見た量的差異から質的差異へと飛躍するための飛び板にほかならない。

典型性そのものを噛み砕いて敷衍するならば、次のような言い回しとなる。「実際のところ、立法者が刑法旧四八条一項創設の際想定し、現行二六条にも引き継がれたところの教唆の行為像と一致するのは、幫助と異なり教唆への関与者が、法益侵害に通謀によつて共同加功するということである。この行為像を判例は今日まで引き続いて示してきたし、その輪郭も受け継ぎ、確定させてきた。保護法益の侵害に向けた、関与者間の合意による共同加功の意味での通謀的協

力こそがやはりもつばら、背後者が実行者を一定の意味で動機づけ、あるいはその動機づけに関与し、しかも実行者は尚判断ができる即ち背後者の要請を拒むことも受け入れることもできるということによって特徴づけられるところの教唆事象と調和する³³⁾。しかし典型性が典型性であるが故に直ちに先の飛躍を許すものとはいえない。なぜならここで発せられているのは、その典型性自体を質す問いだからである。

b 同等性

しかし通謀説において、正犯処罰との同等性をもつばら典型性のみによって保証されると考えられているわけではない。もつといえはむしろ、正犯処罰との同等性を保証するのは何であるか、典型性であるのかそれとも創始性ともいうべき初めての(ないしは新たな)決意喚起であるのかそれとも両方であるのかといった点に関して、通謀説において分明であるとはいえない。次のような言い回しがなされるからである。「犯行が決意された瞬間、背後者は実行者にとつての『主人またはボス』として現れ、このとき実行者の犯行決意への決定的なきっかけを与えたのでなければならぬところの通謀的協力が、結局のところ、正犯と同等に処罰されるべく、教唆を当罰的たらしめているものである³³⁾と。さらには通謀説論者によつて次のように言い回されるときには、何が同等性を基礎付けるのかということと同時に(あるいはそれ以前に)、通謀説によつて同等性は基礎付けられているのかということ自体について、通謀説自身において分明ならざる状態にあるかさらには否定的に認識されているものとみなざるをえない。即ち「犯行決意の喚起ないし同一性の変更に及ぶ修正という形での通謀的な犯行の唆しが、依然として教唆の処罰根拠である。行為支配が欠けるにもかかわらず正犯と等しく教唆が処罰されるのは、教唆者が目的に向かって突き進むことによつて犯行をそもそも最初

に引き起こしたということから説明される。つまり教唆者が犯行から離れているということは、教唆者が犯罪実行を『起爆』した⁴⁴ことによつて埋め合わされるのである。この事情が刑事政策的観点から見ても、教唆既遂を『正犯と等しく』処罰することにとつて十分なものは疑う余地がある。教唆の軽微な形態は、正犯よりも幫助に近いからである。このことは既に、教唆と幫助の区別の困難さからも明らかである。それ故、対案二八条二項が規定していたように、教唆に關して任意的減刑を規定する方がよりよいであろう。しかし現行法の規定も容認されないではない（そして比例性や平等原則の観点の下でも、憲法上異論を唱えうるというわけでは決していない）。というのもしばしば⁴⁵当罰性の低い教唆は、量刑上十分に考慮されうるからである」と。

c 「犯行を犯すようにという促し」としての通謀に見る典型性は、質的差異への飛び板たりうるか

同等性を支えうる内実を持つかという点に關しても相対化される典型性は、黙示の教唆の限界を問うにあつてはその本質における相対化に迫られる。

通謀説においても黙示の教唆は否定されない。例えば通謀説に立つロクシンも「示唆を与えてみたり、純粹に理論的な可能性を述べたり、あるいは忠告したりするようなことも、そこにひそかにこうやってやるようにという唆しがある限りでは十分なものである」として、日頃から墮胎をいとわない助産婦に「一刻も早く妻のところに来てくれ」と夫が促す場合は墮胎の教唆である⁴⁶といひ、また同じことは希望を述べたり単に頼む場合にも当てはまるとして、「希望を述べる中に、希望が充足されるのを手助けするという動機を正犯者に対して喚起するということが同時に含まれている場合には、その点に既に犯行を決意させるといふことが存在しうる（農場で働かされているそれぞれの囚人たちを特に監

視することなしに働かせるよう希望することによる、囚人に対する逃走援助の教唆」というが、他方「しかし犯行の際の協力の約束や、機会の提供は、それだけでは未だ教唆ではない」という。³³⁾そこで通謀の意味をなしているのは、「ひそかにこうやってやるように」という唆しがある「こと、あるいは「希望を述べる中に、希望が充足されるのを手助けするという動機を正犯者に対して喚起するということが同時に含まれている」ことといった点である。これらは文字どおりひそかに存在したり含まれているというだけでなく、教唆者の意図が正犯者に認識可能であるということまで要請するものである。ロクシンもさらに述べているように、見かけだけ諫めて逆のことを期待している場合に教唆が存在しうるのは、「声の調子その他から、犯罪を犯すなといいつつ実は犯すことが望まれているということの名宛人が気づくような場合のみ」であり、強姦の際に「お前もやるか」と尋ねた場合に教唆が存在しうるのは、「例えばやらなければ被告人はPを『腰抜け』とばかにしただろうが故に、問いかけは唆しと理解されなければならなかったということが、前後の状況から明らかとなる場合のみである。しかし全くもってよくありうるように、問いかけが単に情報提供的な性格を持つにすぎないような場合には、それが犯行決意を喚起した場合でも教唆ではない」とされるのである。³⁴⁾

オットーはこのことをより明確に述べている。「どしゃ降りの中で交通事故を起こし、運転していたKは車を降りて事故の様子を見ようとした。同乗者Aは、この雨の中降りていけば服が汚れてしまうぞと教えた。それでKはそのまま車を走らせた。それがAの意図したことだった」といういわゆる雨事例について、オットーは「Aは犯行決意を喚起し、関与者間の心理的接触もあった。しかし意思への感化は問題となりえない。Aは可能性を示しはしたが、同時に彼が一定の態様においてKを感化しようとしていたということを認識可能な形で表現してはいなかった。従って教唆は存在しない」と述べ、この点を尚「決意させるといえるのは、教唆者が正犯者の意思に直接的に感化すべく働きかけるところの

行為態様なのである」とバラフレーズし、さらに「AはZを強姦した。そして彼はその場にいた、まだ犯行を決意していないPの方を向いて、『お前もやるか?』と訊ねた。それでPも犯行を決心した。そう訊けば決心するだろうとAは踏んでいた」というケースについても、「教唆が肯定されるのは、ある要請、ないし少なくともPが犯行を犯すことへのAの期待が、Pにとつて認識可能な形で質問の中に表現されていた場合」に限られるとする³⁷⁾。

このように典型性が（意思疎通を前提として含んだ）認識可能性に読み替え可能であるならば、通謀説はその本質において相対化される。なんとすれば誘発状況創出ケースにおいても認識可能性が確保される場合がありうるからである。ロクシン自身次のように述べてこのことを認めている。即ち「生活の中の至るところで現れるような誘惑は、正犯と同等の教唆としては処罰されない。それ故しばしば文献の中で言及される『見かけだけ諫めること』は、たとえよくあるように、いわれた方が勧められたのとは逆のことをするだろうと諫めた者が期待していたとしても、それはまずもってまさに諫めることであつて、従つて教唆と反対のものである。その場合に教唆が存在しうるのは、声の調子その他から、犯罪を犯すなといいつつ実は犯すことが望まれているということと名宛人が気づくような場合のみである。BGH GA 1980, 183f.も必要な区別を怠つてゐる。この事例で被告人は、『自分が証人を強姦した後、その時点ではまだ犯行を決意していなかつたPに『お前もやるか』と尋ねることによつて、同じように証人と彼女の意思に反して性交することを唆した』。この問いかけに教唆が存在しうるのは、例えばやらなければ被告人はPを『腰抜け』とばかりにしただろうが故に、問いかけは唆しと理解されなければならなかつたということが、前後の状況から明らかとなる場合のみである。しかし全くもつてよくありうるように、問いかけが単に情報提供的な性格を持つにすぎないような場合には、それが犯行決意を喚起した場合でも教唆ではない³⁸⁾。つまり、教唆ではない単なる「誘惑」にとどまるかどうかは「声

の調子その他から」あるいは「前後の状況から」、単に「情報提供的な性格を持つ」にすぎないのかどうかによって判断されるのである。だとすればロクシンが「他人を犯罪の実行へと促す状況の創出は、教唆ではないということになる。それ故、以下のような場合には教唆は存在しない」として挙げた、間男を殴らせるべく嫉妬深い夫に早退を勧める場合も、追跡者に横領させるために盗んだ紙幣の一部を落とす場合でさえ、右の「見せかけの諫言」や強姦の場合と同様に、それが単なる「誘惑(的状況創出)」にとどまるものであるかどうかは、「声の調子その他から」あるいは「前後の状況から」、単に「情報提供的な性格を持つ」にすぎないのかどうかによって判断されるし、さらにはそのように判断されてしかるべきということになる。ここに至って通謀説における典型性メルクマールは、典型性であるが故の、誘発状況創出の場合と典型的な説得の場合との量的差異から質的差異への飛び板たりえなかつたことが明らかにされた。それ故通謀説における同等性の基礎付けはその根本において相対化を免れない。

尚教唆方法の限界画定基準としてでなく、(黙示の)教唆犯の成否判断自体の基準として、右典型性ないし認識可能性を捉えたとしても疑問が残る。「やつてもやらなくても本当にどっちでもいい。やるかやらないかは完全に任せるけど、ただもし仮にやるんだつたらそのときにはこれだけの報酬を渡す」という唆しが、「声の調子その他から」あるいは「前後の状況から」も「実は犯すことが望まれているということの名宛人が気づくような場合」でなしに「単に情報提供的な性格を持つにすぎない」ことが明らかな場合について、「ひそかにこうやってやるようにという唆しがある」ということもなく、「他人が犯行を犯すようにという促し」でもないが故に教唆が否定されるのだとすれば、その結論が妥当であるとは思われない。^⑩

4 計画支配説

正犯と同等に処罰される教唆犯を、シュルツはその知的側面を捉える計画支配という基準をもって本質的に基礎付けようとする^⑩。

その出発点はこれまでと同じく「正犯と教唆の法定刑の同等からは、決定的な解釈論上の問題が生じる」ということであり、さらに、教唆は「正犯と同価値とはなるが、同種とはならない」、「同価値性要件は法定刑から、同種性の禁止は教唆の法定形式から強制される。教唆は幫助と同じく他人の正犯行為への関与であり、つまり正犯の特殊形態では決してないのである」という（S. 933）。

シュルツは、幫助と区別される教唆を決意概念によって画定しようとする態度はいずれにせよ内在的な困難さから挫折せざるをえず、むしろ次のような基本思考、即ち「教唆犯は正犯に対してある意味で支配的として現れるのでなければならず、他方幫助は下位関係によって特徴づけられる」、「一般的に、正犯者に対する（より精確に画定されるべき）教唆犯の支配こそが、構成要件実現から遠く隔たっているということを埋め合わせることができ、従って正犯と同等の処罰を正当化しうる」といった基本思考（S. 932）を背景に、その支配思考は「優越思考のように、もたらされた不法への関与と関連するのではなく、もたらされた不法に対する立場と関連している。つまり本来的に、それぞれの場合に惹起された決意部分の重要性を判定することが重要なのではなく、決意に対する（共同）原因性の態様が重要なのである」とする（S. 938）。即ち教唆を基礎付ける支配とは、構成要件実現段階に及ぶが故に同種性の禁止に抵触する動機支配ではありえず^⑪、計画形成ないし意思形成局面に限定された計画支配だというのである（S. 938）^⑫。

「最終的には純粹に現象指向的」な計画支配の成否は、規範的次元をも尚包含するところの自然的考察方法の下で、

「犯罪的意味連関 (den deliktischen Sinnzusammenhang) を誰が創出するのかあるいは創出したのか」という問いにおいて判断される (S. 938ft.)⁽⁹⁾。これによれば、恨みを晴らすためにXを殴るつもりだったAに、Xの車のアンテナを折った方がはるかにXを怒らせることができると告げたBは、犯罪的意味連関の規範的側面に鑑みれば教唆を犯したと認められ、また、五年後に妻を殺すつもりでAをして次週の犯行に着手する気にさせたBについては、自然的考察方法により犯罪的意味連関に対する支配が認められる (S. 939)。但し、パーティーに持つていくためにスーパードワインを二五本盗もうとしていたAに、その代わりにワインを売るように説得したBは、構成要件的事象外の動機を変更したに過ぎないから窃盗の教唆ではない (S. 938)。

そしてこうした計画支配基準に疑いが残るとすれば、それは教唆を基礎付ける計画支配が正犯を基礎付ける行為支配と同価値であるかという問いに対し、「行為をやるかどうかの判断は完全に正犯者に委ねられており、従って規範的に見れば、正犯者が決定的な不法条件を設定している」以上、教唆の価値を正犯のそれに最大限近づけることが試みられるにせよ、その問いに対する答えは否定的とならざるをえないという点であるとされ (S. 939)。この点を重視するならば「教唆における少なくとも任意的な刑の減輕を支持しなければならないだろう」という (S. 942)。また計画支配基準は、意思への感化がいつ教唆となるかについて明らかにしておらず (S. 939)、その判断を自然的考察方法に委ねてしまっている点にも疑問が残るといふ (S. 942)。

しかし教唆の知的側面を捉える計画支配を教唆の本質基準と解することには無理があり、すでにロクシンも次のように指摘している。「受託者に目的を与えるだけで、その他の計画の具体化は受託者に任せるといふ委託の場合にも、教唆は存在する。更に、この説によれば予備段階でのいかなる優越も否認されるところの従犯との関係にしても、従犯も

また計画において決定的な影響を發揮しようということが顧みられるべきである。それ故、それなしには結果を期待させる犯行計画が展開されえないような知識や侵害方法を与える者は、『計画支配』は有するが、未だ教唆ではない⁴⁴⁾。

計画支配もまた教唆の典型的側面の一部を捉えるものであるが、右指摘にあるようにそれは一部ではあつても全部ではなく、しかも抜け落ちる部分がわずかであるとはいえない。計画支配を有しない場合をも包摂して教唆を本質的に基礎付けうるところの視座を求めて、われわれは最後に不法契約説の検討に取り組まなければならない。

5 不法契約説

本説の主唱者であるプツペもまた、教唆における正犯との同等処罰の基礎付け如何という問いを出発点とし、そしてその答えとして、契約における義務付けを範型とした正犯実行に対する動機拘束という最も有益な認識を導き出している⁴⁵⁾。

その道すじと帰結とをプツペは次のようにまとめている。「正犯と等しい教唆犯の処罰を根拠付けるためには、共同正犯と単独正犯との等価値を理由付けるために共犯論が展開してきた概念メルクマールを類推して、教唆にも概念メルクマールを付け加える必要がある。その要件は、正犯が教唆者に対して実行の義務を負い、行為実行の際に自由意思からその特定された内容に従うところの、共有された犯行計画という点に見出される。実際上の帰結は、単に助言を与えることや非拘束的に犯行へと促すことを教唆の範囲から除外し、それらを単なる心理的補助とすることにあり⁴⁶⁾」(10)と。

プツペにおいて不法契約に基づく拘束という契機は共同正犯の観察から導かれ、そしてそれは教唆にも転用可能だと

される。即ち「共同正犯者というのはむしろ、行為実行の前に、あるいはその際に、不法契約により相互に拘束し、相互に事実上義務付け合っている。それから各関与者は自身の加功の中で、行為実行に寄与することでこの不法契約を履行し、こうして不法契約の事実的な有効性は現実化する。共同正犯者による仲間の寄与への感化というのはこういうことであり、これに基づいて仲間の寄与は共同正犯者に帰されるのである。こうした考え方は、教唆にも転用される。それによればそもそも、一時点での感化に尽き、他の全ては正犯者の自由な裁量に任されるような、正犯者を『拘束しない』犯行への促し・唆しでは十分ではない。むしろ教唆者もまた、なるほど法的にはないが事実に正犯者を拘束し、犯行計画の放棄を困難にするような、犯行への約束ないし義務づけを正犯者に与えるところの、正犯者との間の一種の契約を結ばなくてはならぬ」(S. 112)。⁴⁷⁾

またこのことこそが、意思連絡ないし通謀が要件とされることの本来的な根拠であると正当にも指摘している。「こうした不法の取り決めは、意思連絡を通してのみ可能である。そしてこうした更なる限定の下でのみ、通説により支持される意思疎通のある感化という要件も有意義となるのである」(S. 113)と。⁴⁸⁾

右のような不法契約による事実的支配の有無についてあえて公式化するというならば、「教唆者が共通の不法の取り決めを棄てたならば、正犯者も同じく犯行を取り止めたであろうという場合には、(心理的補助のみならず)教唆が存在する」(S. 114)ということができる。つまり「正犯者が自由な決断において、教唆者との取り決めを、実行段階において、その自身の(たとえ唯一のものではないにせよ)一つの理由としたということである」(S. 114)。

ここで重要なのはそれが「実行段階において」拘束として作用したという点である。なぜなら「刑法上重要な犯行決意は行為と共に、また行為の中に、初めて存在する。意思があつて初めて行為が成ると同様に、行為があつて初めて

意思も成るのである。そしていまや、教唆が犯行決意の喚起であると言うとき、教唆の結果は、決意が現れるというだけでなくそれが成立するところの行為の開始によって初めて現れる」(S 二二) からである。ヤコブスも「感化はなされなければならないというだけでなく、実際に作用しなければならぬ。……心理的感化が教唆となるのは、正犯について古い主観説のように、正犯者が感化者の意思とは独立にその決意をなし、そしてその決意を実施した場合だけである。そして、感化者の意思が原因となることなく、与えられた知識が正犯をして犯行をする気にさせたに過ぎない場合、あるいは（例えば感化者が実行者に、もう自分は実行に興味がないと伝えるなどして）感化者の作用するはずの意思が実行以前に廃れた場合には、教唆は未遂に過ぎず、（心理的）幫助のみが既遂である。……犯行決意が依存的な決意として決意されまた維持された場合にのみ、心理的感化は励ましや助けや『良い』助言以上のものとなる」とし、ホイヤーも「犯行を犯すつもりがあるというのと犯行を決意していることの上述の区別は、行為の予備段階での正犯者の意思形成に共犯者が行使したところの感化と関連する。教唆犯とは、その感化により、正犯者が行為実行の前に内心において、単に行為をする気があるということから真に犯行決意があるということへの境界を越えることへと至らせた者のみである。しかし決定的なことは、行為実行の時点で、共犯者が正犯に対していかなる感化を有していたかということとでなければならない。なぜなら未遂開始から初めて、正犯者はそもそも行為不法を実現し、共犯者へのその帰責が問題となるからである」といい、アルテンハインも「予備段階に存する犯行決意の非重要性から、正犯に対して不法契約から生じる犯行への事実的義務付けは、犯行着手の瞬間にその動機付けの効力を発揮しなければならないということが明らかとなる。もっともその効力が、犯行への着手後も、教唆者との不法契約に適合する犯行を犯すよう動機付けなければならぬのかどうか、またどの範囲でそうなのかという疑問は残る。その点で、提案されたところの、共同正犯に

おける共通の犯行決意の理解と一致する解釈によれば、犯行中も動機付けを要求することが一貫すると思われる。それ故、正犯者は行為実行中にはもはや不法契約から動機付けられてはいなかったが、にもかかわらず教唆者の表象と一致する犯行を犯したという場合、教唆既遂は考えられないだろう⁴⁹という。

プツペはこの点をオムニモド・ファクトウルス概念の曖昧さ、その状態の不安定さと結び付けて論じる(「不法契約が結ばれる前に、正犯者が自らそうした行為あるいは『具体的』な行為をそもそもまだ考えていなかったか、それとも考えてはいたか、それともオムニモド・ファクトウルスの理論の意味で充分に固くそれを決心していたかは重要でない。決定的なことは、行為の実行の時点で、教唆者との取り決めに充足するという動機が犯行決意を共に担っていた、ということのみである。その時点の前に教唆者が正犯と交わした不法契約を解消した場合、正犯者はもはやこの契約を充足するという動機を持つことができない。これは教唆者が、不法契約の単なる解消によって、刑法二四条二項に反して不可罰の効果を伴って退くことができるということではない。正犯者が教唆した者によって提案された理由の内の一つでも行為実行の動機にした限り、教唆した者は未遂または既遂に対する心理的補助により、依然として共に責任を負う。しかしそれがもはや当てはまらない場合、つまり行為の実行においてはもはや全く他人の提案から影響されていない場合には、心理的補助どころか未遂についての教唆での処罰さえもはや全く基礎付けられず、中止による不処罰如何の問題も始めから生じない」。S. 216)が、むしろ正犯不法との直接的な関連性の意味において、正犯処罰との同等性を基礎付ける一要素として理解すべきである。プツペの見解に対して「あまりにも教唆の余地を狭めすぎている」⁵⁰との批判がなされるが、オムニモド・ファクトウルス概念の採用を拒否するために教唆の同時犯の余地を不当にも無制限に拡大することになる点にむしろ留意すべきである。

ともあれ行為実行に対して作用する動機拘束という基準は、その認定上の困難さは内在的で不可避であることは否定できないにせよ、法の文言に矛盾するところかむしる調和し(『決意させる』という文言も、教唆に関して、非拘束的な提案あるいは誘発的状况による犯行決意への促し以上のものがやはりまさに考えられている、ということを示している)、なにより正犯処罰との同等性を最もよく基礎付け^①え、正当化しうる(S. 114)。即ち「教唆が共同正犯や間接正犯と近づくところのそうした要件とは、正犯が行為実行に関して自由意思から教唆犯に従うという、正犯との間の犯行計画に関する共同関係である。教唆犯は正犯者の何らかの動機を唆さなければならぬだけでなく、正犯者自身が教唆者との間で取り交わした不法契約を充足するという動機を唆すのでなければならぬ。このことが教唆者に、行為実行や、更に犯行結果へと至る『目に見えない因果』の経過への目的的な決定に対する、様々な行為支配形態とは十分に区別されうるところの、まさに心理作用に典型的な支配を与えるのである」(S. 122)。

したがって、「正犯者に犯行を説得し、あるいは更なる犯行動機を提案し、あるいは技術的な助言を与え、あるいは行為の実行に関して正犯者にずっと心理的に影響を与える者は、犯行時に正犯者を単独であるいは相俟つて動機付けるところの不法の取り決めによつて正犯者を犯行へと義務付けなかつた限り、教唆ではなく幫助にすぎない」(S. 118)ことになる。

ホイヤーもいう。「教唆が存在するのは、共犯者が正犯者に犯行のための実体的(金)ないし非実体的(好意)な対価を約束し、正犯者がこれを考慮して犯行を実行した場合である。その場合も、そうした『不法契約』が誰のイニシアチブによつたかは全く重要ではない。たとえ正犯者が共犯者に、一定の対価に対して犯行を犯すことを申し入れ、共犯者は単にこれを受け入れただけという場合でも、単なる幫助ではなく教唆が考えられる。なぜなら共犯者はその考えを

明らかにすることに基づいて、犯行に関する動機支配を實行しているからである」と。²³⁾

6 私見

以上で見てきた依存・拘束を要件とする不法契約説に対して、ロクシンは次のような批判を述べている。「それはまた、刑事政策的観点の下でも狭すぎる。なぜなら、正犯者に、彼自身の特別の利害はないにせよ、唆しがなければ決して行われなかったであろう犯罪行為の実行を動機付ける者が、犯罪を犯す気のある者を金によって義務付ける者よりも処罰に値しないということはないからである。邪魔されることなく愛人と一緒に暮らすことができるために妻を殺すよう説得する者が、心理的幫助による有罪で処罰されることが正しいとはいいたい」、さらに、ブツペ、ヤコブスの「商論者はやはりまた、正犯者が教唆者に従属している、即ち教唆者のために、また教唆者の関心が継続しているという前提の下で犯罪を實行しようとする点で『被教唆者』と見なされるにすぎない正犯者の『自己拘束』というものを持ち出している。しかし当然この自己拘束も再びまた、法的にまた事実上自由意思的性質を有するものである。犯行の促しにより強力でより危険な形で行われた場合には、教唆者は自らが開始した因果経過をもちやその手に有してはならず、つまりもはや正犯者を自由に呼び戻せなくなっていることからすればますます、教唆での処罰を正犯者の自己拘束に依拠させることには納得がいかない」と。

私見によれば、重要なのは不法契約という範型ではなく、依存性・拘束性という本質的要素である。それは行爲者という人物やその意思そのものに対するものではなく、教唆者と被教唆者との関係や行爲態様・行爲状況まで含めた意味での教唆行爲およびその内容（それらが持つ説得力）とに対するものと考えなければならない。即ち依存・拘束性（換

言すれば他発性）とは、（結果発生の意欲・認容のある）行為実行のための決定的な根拠の提供だということになる（それ故背後者が教唆の説得性を全面的に否定した場合、つまりそれが消極的な意味の唆しの内容として提供されまた受容された限りでは、正犯実行は新たな動機によって自発的になされたといわざるをえず、背後者に関しては唆しを通して正犯実行に寄与した限りにおいてせいぜい幫助が問題とされうるにすぎない）。

即ち、正犯者は行為に出るかどうかについて最終的には自発的に決するが、その行為に出ることの決定的・最終的な意味・理由を教唆者が教唆行為によつて与えた場合には、他発的に犯罪を「実行させた」といえる。

そしてオムニモド・ファクトウルスの理論もまた、正犯実行に対する「新たな依存・拘束」の有無という理解によつて修正ないし置き換えられねばならず、それはつまり決定的な依存・拘束性を有するかどうかという、依存・拘束の重
要性判断の契機にはかならない。

したがつてまた意思連絡（通謀）要件も、その典型性ゆえにそれ自体として認められるものではなく、依存・拘束の重要性判断において他発性（依存・拘束性）を決定的に充足する限りで初めて、その帰結として現われるものにすぎない。即ち意思連絡がない場合には、心理上の依存・拘束性（他発性）も認めたい場合が少なくなく、まさに誘発状況創出（というより行為機会提供）の場合には尚自発性が強く認められるのであつて、他発性（依存・拘束性）を満たさないと考えられる場合が少なくないのである。

三 論点の検討

ここまで各説の主張を概観・検討し、あわせて私見も述べた。以下では関連する諸論点について個別に検討する。

1 誘発状況創出

a 先に見たようにいわゆる教唆の方法に関する無制限説によれば、「教唆犯がどのようにして他人の犯行決意を惹起するか、それ自体は重要ではない。重要なのは専ら、教唆者が正犯者の犯行決意を一般的な因果性ルール(『コンディチオ・シネ・クア・ノン』)上、少なくとも相まつて惹起したことである。したがって教唆の方法として、……状況の関連全体からその行為が一定の犯行への唆しとして現れるならば、その事態の状況から、その行為によってさらに行為支配が背後者たる『教唆者』に移行したり、あるいは少なくとも相まつて移行する場合でない限り」十分であり、二六条の「決意させた」という行為に関して中性的な概念からは意思疎通要素へのなんらの限定も取り出されえず、また「そうした制限が実際また非常に憂慮すべき処罰の間隙を生みかねない」ことから、犯行誘発状況の創出も十分なものともみなされるが、「状況といつても無論『社会的に相当でない』状況に限られる。これが意味するところは、『相当』で許された危険の限界が超えられるところで初めて、可罰的な教唆不法の限界が超えられるということである」と説かれる¹⁴⁾。被教唆者の意思というものがまさに物理的な事実としてでなく心理的な事実として到達可能なものであるが故、「客観的にも教唆者の視点からしても、犯行決意のあらゆる喚起は、決意という言葉の意味のとおり、精神的接触であると考えられ」、また「例えば手紙のような手段によっても疑いなく教唆がなされる以上」、「この接触が具体的には物

理的な媒介物によって得られたかどうかということとは関係がない」し、決定的ではありえないとされる。⁵⁵⁾

これに対してその他の立場によれば「単なる誘発的状況の創出は排除されることになる」。⁵⁶⁾ 不法契約説によっても、「犯罪契約の要件は、教唆に関する通説のいろいろの結論に対して簡明な説明を与える。意思連絡のある感化が必要であり、単なる状況による感化は排除されるということも、この要件から初めて意義を有する」⁵⁷⁾ものとなる。こうした態度は「そうした通常ほとんど当罰的でない場合については処罰を制限することが必要であるとの考慮によっても理由付けられうる」⁵⁸⁾し、「即ちここでは共犯者の意思ではなく、好都合な（少なくともそう考えられる）犯行機会が、正犯者にとつての犯行動機となつてはならない」⁵⁹⁾とされる。

単なる犯行機会の設定であつてせいぜい幫助が成立しうるにすぎない場合であるのか、それとも教唆行為としての実体を備え、それに対する依存・拘束を認めうる教唆犯成立可能な場合であるのかの区別は、私見によれば、当該唆しが次のような三つの基準を満たしうるかどうかによつて判断されるべきである。即ち、①具体的な状況において、人の意思表現として受け取られうるものであつたこと。②その意思表現の内容が特定の行為に関するものとして受け取られうるものであつたこと。③その特定の行為について、行為に出るといふ方向での具体化が特になされたこと（特になされた」とは、行為に出ない方向での具体化もわずかなされた場合であつても、むしろ行為に出る方向での具体化が重点的になされた場合であれば足りるといふこと）。これらを満たす場合、当該唆しは、教唆行為としての実体を備え、それに対する依存・拘束を認めうる教唆犯成立可能な場合であるといえる。

b 犯行誘発状況創出（ないし行為機会提供）の事例としては、やや抽象的な事例類型と具体的な設例とが共に議論

の対象・素材とされている。まず、やや抽象的な事例類型としては、例えば次のようなものがある。

「法的助言を単に与える」場合について、通謀説に立つシューマンは、何が適法かに関する情報提供は他人の不法との連帯とはなりえないということから、「実行者がそれに基づいて犯行を決意するだろうことを助言者が認識していたとしても教唆とはならない」とし、それは結局のところ「教唆は、正犯者がある故意行為へと促すという背後者の意思を表現するのだからなければならない」ということの帰結とされる。したがってこの態度は、背後者の意思がいくらかでも表出し、他人の不法との連帯となりうる場合には、法的助言を与えるのであってもそれは「単に」与えるのとは異なるという余地を残すものと考えられる。

確かにここにおいて決定的なことは、その法的助言を与える行為において、そこで特定されている行為について「行為に出るといふ方向での具体化が特になされた」かどうかである。

「可能性の教示」の場合に関しても同様に行うことができる。ここでもシューマンは「思考上の感化も単なる誘惑として、構成要件に該当しないこととなりうる。例えば他人の上手くいった犯行の話聞き、あるいは犯罪で稼げるチャンスがあることを話すのを聞いて、正犯者が同じ行為を犯す気になり、決意させられ、故意を持つに至ったという場合がそうである。教唆の範囲は、一部で考えられているように、心理的・精神的感化を要することによつては十分に基礎付けられず、この感化が犯行への唆しという一定の思考内容を持つてることが前提とされる」という。不法契約説に立つ論者らも同様に、例えばヤコブスは「正犯者に犯行の機会が伝えられ、犯行状況が好都合であったことから正犯者が犯行を行ったという場合は、(心理的) 幫助に過ぎない。また決意していない正犯者が、犯行をあえて行うべきだと述べるプロの助言を受け取る場合も、同じく(心理的) 幫助に過ぎない。なぜなら正犯者に興味を抱かせたのは

実施の可能性に関する意見だつたに過ぎず、感化者の実施意思ではなかつたからである」とし、アルテンハインも「不法契約の締結を目指す、明示または黙示に示される教唆者の申し入れこそ、真剣に構成要件実現を促す唆しであり、その唆しにより教唆者は、正犯行為実行に係る自身の関心を示すのである。従つて犯行のアイデアを単に与えることも、教唆者は確かにその実現を勧めたが、結局のところはどうでもよい（そのことを正犯者が分かっている）ような一定の犯行を提案することも排除される」とする。⁶³

ここでもそうした可能性の教示という形での、特定の行為に関する意思表示において、その行為について「行為に出るといふ方向での具体化が特になされたこと」が認められれば、教唆が成立しうる余地がある。それは必ずしも、正犯者が行為に出ることを教唆者が支持しているということが明示されなければならないわけではない。注意深い教唆者はあくまで自分は支持するわけではないという態度を保つて、支持していることを悟られるのを避けるということも考えられる。行為に出るといふ方向での一定の具体化が特になされたことによつて、支持意思を明示しなくとも被教唆者を方向付けることは可能であるから、それで十分と解すべきである。

「見せかけの諫言」の場合に関しても同様に考えることができる。「いわれた方が勧められたのとは逆のことをするだろうと諫めた者が期待していた」場合について、ロクシンは「それはまずもつてまさに諫めることであつて、従つて教唆と反対のものである。その場合に教唆が存在しうるのは、声の調子その他から、犯罪を犯すなどいいつつ実は犯すことが望まれているということの名宛人が気づくような場合のみである」といい、シューマンも「犯行をする気がある者に発覚の危険をはつきりと示しながら、ひそかに巧みに相手の反抗心をあてにしていた場合だつたとしても、犯行を思いとどまるよう忠告する場合には、刑法二六条上いよいよ不可罰である。なるほど学説は……『見せかけだけやめる

ようにいうこと』も教唆になりうるとしている。しかしこれが妥当となるのは、例えばやめるようにという忠告が見せかけのものであるということや、その代わりに本当に意図しているところが、冗談めかしたその語り口調から、少なくとも相手には分かるという場合に限られる⁶⁵⁾とする。

ここでもやはり「見せかけだけやめるようにいう」という形での、特定の行為に関する意思表示において、その特定の行為について「行為に出るという方向での具体化が特になされたこと」が認められれば教唆を認めうる余地がある。この事例で教唆者の支持意思は明示されないが、右に挙げた通謀説の論者らがいうように少なくとも暗示されたことが必要かといえれば必ずしもそうとは思われない。通謀ないし意思連絡関係に基づく暗示、黙示の教唆が特段なされたという場合でなくとも、行為に出るという方向での一定の具体化が特になされたことを通して、被教唆者に対する促し、方向付けは可能であるから、それをもつて十分だと解することができる⁶⁶⁾。

c 誘発状況創出(行為機会提供)のケースとして、いくつかの具体的設例がくりかえし論じられてきている。その中には(少なくともここで取り上げる諸設例の中には)、先の三基準に照らせば、そもそも①具体的な状況において、人の意思表示として受け取られるものでなかった場合。②意思表示はあるが、その内容が特定の行為に関するものとして受け取られるものであったとはいえない場合。さらに、③その特定の行為について、行為に出るという方向での具体化が特になされたかどうか(「特になされた」とは、行為に出ない方向での具体化もわずかななされた場合であっても、むしろ行為に出る方向での具体化が重点的になされた場合であれば足りる)ということによって決せられる場合の三つの事例類型が混在していると考えられる。その分析の内容を以下で順に示す。

「紙幣ばらまき」事例ともいうべき有名なケースに関しては、「具体的な状況において、人の意思表示として受け取られるものでなかった」という場合と「受け取られるものであった」という場合の両方のケースが考えられる。ロクシンが示す「追われている銀行強盗が、追跡者が落ちた紙幣を拾って自分のものにするように仕向けるつもりで、数枚の紙幣が落ちるにまかせた場合」⁽⁶⁷⁾であるならば、その行為は未だ、具体的な状況として人の意思表示として受け取られるものでなかったといわなければならない。これに対して同じ具体的設例を示そうとするものではあるが、オットーにより次のように示されたケースであった場合、即ち「Aは銀行強盗の後、群衆に追われていた。彼は千マルク紙幣を一つかみ後方に投げた。追っ手の大部分は追うのをやめ、金を持って逃げ去った。これこそAが意図したところだった」⁽⁶⁸⁾という場合では、Aによる一つかみの千マルク紙幣を後方に投げるといふ作爲は、Aによる何らかの意味での意思表示と捉えられなくもない。しかしその意思表示については、その内容が、放られた千マルク紙幣を横領するという特定の行為に關するものとして受け取られるものであったということではできない⁽⁶⁹⁾。

「窓開放」事例、即ち「債権者に督促された商人が、泥棒の侵入によつて保険金を得るチャンスを得たために、故意に家の窓を開けつ放しにする場合」⁽⁷⁰⁾も同じように、その行為自体がそもそも、具体的状況において人の意思表示として受け取られるものとはいえないという場合が少なくないと思われる一方、例えば冬の夜の住宅街といった具体的状況においては、その行為自体が何らかの意思表示であるとまったくいえないというわけではなく、しかしながらその表現内容は、必ずしもその家への侵入窃盗という特定の行為に關するものとして受け取られるものではない場合だといえる。

「畏書簡」事例、即ち「郵便局員の横領を証明するために、彼に畏の手紙を渡す場合」⁽⁷¹⁾は後者のケースであり、何ら

かの意味での意思表現があるといえなくもないものの、その表現内容はその手紙の横領という特定の行為に関するものとして受け取られるものではないといわなければならない。

「不倫現場」事例、即ち「嫉妬深い夫が現場を押さえられて慌てる妻の愛人を殴ることを期待して、帰宅を勧める場合」²⁷ という有名な設例のケースについても同様にいうことができる。その行為は何らかの意味での意思表現といえるが、その表現の内容が妻の愛人に対する暴行という特定の行為に関するものとして受け取られるものだとはいえない。²⁸

さらに、次の二つの有名な設例のケースは、特定の行為に関する意思表現が認められ、「その特定の行為について、行為に出るといふ方向での具体化が特になされたかどうか（「特になされた」とは、行為に出ない方向での具体化もわずかなされた場合であっても、むしろ行為に出る方向での具体化が重点的になされた場合であれば足りる）によって決せられる場合」である。

「強姦」事例、即ち「AはZを強姦した。そして彼はその場にいた、まだ犯行を決意していないPの方を向いて、『お前もやるか?』と訊ねた。それでPも犯行を決心した。そう訊けば決心するだろうとAは踏んでいた」という場合について、オットーは「教唆が肯定されるのは、ある要請、ないし少なくともPが犯行を犯すことへのAの期待が、Pにとって認識可能な形で質問の中に表現されていた場合」に限られるとする。²⁹ ロクシンも同様の場合について、「この問いかけに教唆が存在しうるのは、例えばやらなければ被告人はPを『腰抜け』とばかにしただろうが故に、問いかけは唆しと理解されなければならなかったということが、前後の状況から明らかとなる場合のみである。しかし全くもつてよくありうるように、問いかけが単に情報提供的な性格を持つにすぎないような場合には、それが犯行決意を喚起した場合でも教唆ではない」という。³⁰

教唆者の支持意思が明示ないし暗示されず、「問いかげが単に情報提供的な性格を持つにすぎないような場合」であっても、行為に出るといふ方向での具体化が特に（ないしは比較的的重点的に）なされたならば、教唆は考慮されうる。この事例では、現に強姦がなされた直後のその現場であり、行為をしようと思えば実行が容易と考えられるといふ具体的状況において、その状況を踏まえて、「実行しようと思えば容易に可能であるが、その状況を利用して実行する気があるか」といふ意味を内包した問いかげをなしたと考えられることから、この具体的状況においてこうした問いかげがなされたことをもって、目の前の被害者に対する強姦という特定の行為に関して「行為に出るといふ方向での具体化が特になされた」場合であると認めることができる。行為に出ないといふ方向での具体化が凌駕的になされたと認めうる事情が存在した場合には、異なる結論に至ることとなる。

「雨」事例、即ち「どしゃ降りの中で交通事故を起こし、運転していたKは車を降りて事故の様子を見ようとした。同乗者Aは、この雨の中降りていけば服が汚れてしまうぞと教えた。それでKはそのまま車を走らせた。それがAの意図したことだった」という場合についても、オットーは教唆者の支持意思が明示されたことを要求して、「Aは可能性を示しはしたが、同時に彼が一定の態様においてKを感化しようとしていたということ認識可能な形で表現してはいなかった。従つて教唆は存在しない」とする。⁷⁶⁾

しかし重要なのは、当該具体的状況において、行為に出るといふ方向での具体化が特に（ないし比較的的重点的に）なされたと認めることができるかどうかである。ここでは、事故の状況を確認せずに立ち去るといふ特定の行為に関して、その具体的状況においてむしろ確かめることを思いとどまるべき情報のみを積極的に与えていることから、「行為に出るといふ方向での具体化が特になされた」場合であると認められる。

2 オムニモド・ファクトウルス

誘発状況創出のケースを素材としてここまで検討してきた教唆の成否ないし教唆の本質に関する議論は、これから取り上げるいわゆるオムニモド・ファクトウルス概念の取り扱い如何及びいわゆる変更教唆 (Unstiftung) のケースの処理如何といった問題と接続する。なぜならばそれらが、教唆の実効性あるいは競合の観点において考慮を迫るところの、教唆の成否に関するまた別の重要な側面であるが故にである。

オムニモド・ファクトウルスに関する議論は一般的に次のように規定される。即ち「正犯者が既に具体的な犯行を決意しているいわゆるオムニモド・ファクトウルスの場合、教唆はもはや不可能である。なぜなら正犯者はもはや『決意付け』^①られないからである」。

このような一般的規定に対して、これまで取り上げてきた誘発状況創出ケースの処理に関する諸説はそれぞれ異なった対応を示している。

犯罪的意味連関を与えたか否かという意味での計画支配を教唆の本質的要件だとするシュルツは、「望むのであれば、既に犯罪的意味連関を創出した正犯者をオムニモド・ファクトウルスと呼ぶことはできる」と述べているように、右に見た一般規定の規定構造は引き継ぎながらも、決意内容の具体性・特定性如何の評価に代わって、(規範的次元も含めた自然的考察の下での) 犯罪的意味連関の内外如何(つまり支配が及んでいる犯罪的意味連関であるかどうか)の評価が問題となるとする^②。

ロクシンにおいては「すでに決意があるか」という点について、独自の具体化が主張される。即ち「教唆が付け加わ

りうる『行為を犯す気があること』と、もはや心理的幫助しか認められない『犯行決意』との間に境界を引かなければならぬとすれば、それは犯罪へと突き動かす動機が正犯者の心理の中ではつきりとした優勢を獲得したという点に求められよう。このことが当てはまる場合には、仮に最後の懸念や疑念が残っていた（そしておそらく犯行全体を通して引きずるであろう）としても、犯行決意は存在している¹⁹⁾として、いわゆる最後の一滴による決意喚起は否定されている。具体的には次のような処理がなされる。「確かに既に自ら犯罪のチャンスを探っていたが、しかし尚これに対しては圧倒的に懸念を抱いていた者が犯行を決意づけられた場合、教唆が存在する。のちの正犯者が『気持ちが目まぐるしく決意がつかない』と言っていたので、今やある者が説得により、正犯者の心の中の犯罪に向かう気持ちを優勢なものにした場合、同じく教唆が肯定されうる。これに対して、ある者が友人に『自分は犯罪の実行を九〇パーセント（あるいは、ほとんど）決意したが、まだ問題がある』と話し、この友人が疑念を取り去った場合、友人は幫助であり、教唆ではない。ある者が最初は『絶対に』決意は固かったのだが、その後しかし懸念が生じ、今ではもはや彼の決心は確固としたものとは言えないとなった場合も、正犯者を説得して懸念を取り去り、彼を勇気づけた者は、心理的幫助にすぎない。最初は（今までに述べた意味で）決意した正犯者がその後決意の点で単に『揺れている』というだけでなく（ここまでは）、彼の気持ちを『鼓舞すること』はまだ幫助である）、更に懸念が再び優勢となり、口語的な言い回しがぴったり来るように『気持ちが一八〇度変わった』場合に初めて、右に見てきた場合と異なり、犯罪を犯すという方向に新たに気持ちを変えさせることは教唆となる²⁰⁾」。

不法契約説を唱えるプツペにおいて通説的な一般規定は次のように批判される。即ち「刑法上重要な犯行決意は行為と共に、また行為の中に、初めて存在する。意思があつて初めて行為が成ると同様に、行為があつて初めて意思も成

る」といえるとき、オムニモド・ファクトウルスの理論には、「犯行決意とは別の概念、まさに犯行の前段階のあるときにオムニモド・ファクトウルスが達するところの固く決心した状態というものから出発していることについての根拠付けが全くない」と。そして不法契約説によれば「正犯者に犯行を説得し、あるいは更なる犯行動機を提案し、あるいは技術的な助言を与え、あるいは行為の実行に関して正犯者にずっと心理的に影響を与える者は、犯行時に正犯者を単独であるいは相俟つて動機付けるところの不法の取り決めによつて正犯者を犯行へと義務付けなかつた限り、教唆ではなく補助にすぎない。このことに関して、その不法契約が結ばれる前に、正犯者が自らそうした行為あるいは『具体的』な行為をそもそもまだ考えていなかったか、それとも考えてはいたか、それともオムニモド・ファクトウルスの理論の意味で十分に固くそれを決心していたかは重要でない。決定的なことは、行為の実行の時点で、教唆者との取り決めに充足するという動機が犯行決意を共に担っていた、ということのみである」となる。

蓋し、ここでのプツペの主張はむしろ不法契約要件の本義であつた正犯処罰との同等性を再び見失うことに至る。私的自治によつていずれの契約も有効に教唆を成立させるとすることはできず、正犯と同等に処罰される教唆の実質を満たす関係性のみが教唆として成立しうるものと解さなければならない。

したがつて基本的にはロクシンの主張を、決意喚起に関しては正犯実行時における動機拘束と読み替えた上で支持することができる。但し、単なる最後の一滴にすぎなかつたという段階を超えて、まさに踏み切らせたといえるほどの少なくない拘束的作用が認められる場合には、その重要性が故に、他の主たる本来の動機との比較においてどれを決定的とすべきかの衡量にあたり十分に吟味の対象としなければならない。

3 変更教唆 (Umstiftung)

オムニモド・ファクトウルス概念の問題から派生する変更教唆に関する個別事例の処理についても概括的に触れておきたい。

a 変更教唆

つり下げ教唆 (Abstiftung) 及びつり上げ教唆 (Aufstiftung; Uebersteigerung) に関しては後に触れるとして、そうではない変更教唆の内、唆しにより正犯実行の内容が別のもの (alind) となるが故に幫助ではなく教唆が成立するとされるケースとして比較的広く認められているのが、被害法益の変更及び法益の担い手・法益主体の変更の場合である。⁽⁸³⁾

例えばゲツペルトは被害法益の変更及び法益主体の変更について、構成要件の変更の場合をも含めて、「新たな行為が始めに計画されたものとその本質的な部分で同一でなければ、『別異の』行為、即ち不法の点で別異のものが存在し、したがって教唆が存在することになる。このことは、背後者による感化によって、別異の法益、つまりまったく異なる犯罪構成要件が侵害されるに至った場合のすべての背後者について肯定されえよう」と述べ、被害者の変更の場合も同様だとする。⁽⁸⁴⁾ あるいはシュルツにおいても、「例えば、AはXに対する恨みを晴らすためにXを殴るつもりだったが、Xの車のアンテナを折った方がはるかにXを怒らせることができる」とBがAに告げる場合、BはAの目的表象を最適化したにすぎないにもかかわらず、Bは教唆を犯したものである」⁽⁸⁵⁾ などとされている。

ホイヤーは「被害法益の取り替えは、相互に取り替えられた犯罪の重さに関わらず、どんな場合でも犯行の同一性を

失わせる。……例えばCの代わりにBへの傷害というように、犯行により侵害される法益の担い手の取り替えの場合も、犯行の同一性は存続せず、従って再びまた二六条が介入する」としつつも、但し「例えば同じ所有者から、白ワインの代わりに赤ワインを盗む場合のように、行為客体の取り替えの場合は別である。この場合は通常、心理的幫助が認められるに過ぎない」とし、キユパーも「少なくとも被害者の取り替えの場合には、一般的に教唆を認めてよいと思われる。なぜなら全ての法益は結局、その担い手の人格と結びついているからである」としながらも、Aがパーティーのためにウイスキーを盗もうとしていたBにウォッカを盗むように唆した場合については、「依然同じ所有者が窃盗の被害者であるのか（その場合には財産侵害の非本質的な修正に過ぎない）、それとも別のものが被害者に選ばれたのか（この場合には本質的な犯行変更があり、従って教唆となる）が重要となろう」という。⁸⁷ 逆にヤコブスは「行為客体の変更も同様に、正犯者にとって客体の同一性が重要でなかったとしても、同一性の変更となる。例えば正犯者が、計画されていたように非常に明るい市街道路で窓ガラスを割るのではなく、むしろ明かりの少ないわき道でやるように助言された場合」というが、但し「しかし正犯者の故意は変更教唆者の意思によって抱かれたものでなければならぬ（でなければ幫助に過ぎない）のだが、この行為客体変更の場合にはたいそそれが欠けるだろう」という。⁸⁸

やはり本質的にはヤコブスがいうように、教唆と正犯実行との結びつきに立ち返らなければなるまい。被害法益や法益主体（ないし被害者）、行為客体の変更はその徴憑にとどまる。当該正犯実行の（本質的な点での）同一性の範囲内についてすでに決意がある（オムニモド・ファクトウルス）ならばもはや決意を喚起できないというのは、創始性に依拠する発想と考えることができるが、事の本質に立ち返るならば、むしろ当該教唆と正犯実行との間に依存・拘束性が認められるかどうか（決意を基準にする場合でも、新たな決意があるかどうか）が判断されなければならない。正犯者

が犯罪の成功を求める以上、右のような実行内容の変更は直ちに新たな重大な依存・拘束性を認めうる根拠とはなりえない。

右の諸事例とは逆に、唆しにより正犯実行の内容が別のものになったとはいえないが故に、一般に、尚幫助にとどまるとされる主なケースとして、行為態様の変更の場合がある。

例えばヤコブスも、行為手段、行為の時間、あるいは行為の場所の変更は、「それが（絶対的にあるいは相対的に）付随事情に過ぎないのでない限りは、同様に同一性の変更となる」としながらも、「無論通常正犯者はこうした態様の単なる変更を、変更を教唆するものの意思に依存して行なうのではなく、専ら自分にとってよりやりやすくするために「行うだろう」という⁸⁹⁾。ゲツペルトはより端的に「変更がその法益侵害の類型内部にとどまり、決意の変更が外部的な行為態様（例えば行為の日時、場所、比較的同じように危殆化する手段など）に限定される場合には、なお『同一の』行為であり、したがって単に（心理的）幫助にすぎない。例えば、Aが侵入を決意した者に、選んだところの邸宅は二日後に休暇をとるために留守になると教え、これにより正犯者が犯行を二日先延ばしにした場合⁹⁰⁾」がそうであるという。

他方で、右と同様に正犯実行の日時や場所、手段といった行為態様の変更は一般的には同一性に抵触しないが、ゲツペルトが例示している行為時期の前倒しのケースに限っては、正犯実行の内容が唆しによって別のものとなり教唆が成立しうるとする立場も示されている。ホイヤーは行為の時間や場所、方法といった行為態様の変更の場合には依然として心理的幫助が考えられるに過ぎないとしながら、「もつとも共犯者が正犯者に、正犯者が共犯者と関わらずに計画した殺人を、あさってではなく明日犯すように動機付けた場合、共犯者は教唆として答責される。なぜなら『殺人』とい

うのはまさに、それがなければ期待されえた死期を前倒しにすることであり、その更なる前倒しの決意を共犯者は正犯者に喚起したからである。つまり犯行態様の修正は追加的な不法結果ともなりえ、そしてこれにより変更教唆はつり上げ教唆に変わるのである」という^⑩。シュルツも同様のケースについて次のようにいう。即ち「AはBに、彼は妻を殺すつもりであるが、ただ五年後、子供たちが『家を出て』からだと教えた。Bは、Aの妻がいずれにせよ子供の面倒を見る能力がないことを指摘して、もう次の週に犯行に着手する気にさせた。最適化思考を図式的に引き継げば、Bは幫助となるにすぎない。彼は新たな犯罪的意味連関を創出したのではなく、Aの表象に従属している。しかしそれでは、五年後を予定する計画が長い時間の経過によって、例えばそもそもその対立が解消したり、あるいは他の方法で解決されたために、通常頓挫するということが看過されていよう。これに対してBは、計画を間近に実現可能な状態、従って現実味があり差し迫った状態に移している。このように見るならば、おそらく自然的考察方法によれば、Bには犯罪的意味連関に対する支配が認められよう」と^⑪。

こうした行為態様の変更のケースに関しても、先の被害法益ないし法益主体・被害者・行為客体の変更のケースに關してと同様、当該教唆と正犯実行との間に依存・拘束性が認められるかどうかの判断が本質的であり、行為態様の変更の点はその手がかりと解すべきである。行為時期の前倒しに關しても同様に考えることができるが、五年後に実行する計画を次週に実行させる唆しのほとんどの場合では、やはり新たな依存・拘束を認めることができるだろう。

一般に尚幫助にとどまるとされるところ一つの主なケースとして、行為動機の変更の場合がある。キュパーは「通説によれば、犯行動機の変更も非本質的と評価される。例えばAが、客をもてなすために飲み物を盗むつもりだったBに、

その代わりに瓶を売るように説得したという場合⁹³」がそうだという。なるほどホイヤーも「例えば他人のための窃盗ではなく自分のための窃盗というように、単なる犯行動機の取り替えは、別の犯行を基礎付けることはできない。従ってこの場合は依然常に心理的幫助が考えられるに過ぎない」といい、シュルツも「動機支配と計画支配とは、後者は常に構成要件的事象内で行われなければならない点で区別される。助言者が未遂開始と既遂との間の経過に影響を与えることなしに、動機を変更したにすぎないとき、彼は全く教唆ではない。処罰される不法を変更することなしには、仮に新たな動機によつて新たな手段・目的関係が作られたとしても、正犯と同等の処罰は正当化されえない。そのとき正犯者意思の強化により幫助が存在するかは別問題である。例えばAがパーティーに持つていくためにスーパーでワインを二五本盗もうとしていたという場合、その代わりにワインを売るように説得したBは窃盗の教唆ではない⁹⁵」とする。

確かに教唆は「構成要件的事象」について依存・拘束の有無が問われなければならないが、しかし「未遂開始と既遂との間の経過に影響を与えること」がなかったとしても、当該正犯実行が新たな依存・拘束性によるものであったならば、それは「犯罪を実行させた」のであつて教唆が成立しうる。したがつて例えば「犯行目的（中間目的あるいは動機）の変更は通常、新たな教唆と結合した中止教唆⁹⁴と言えよう。例えば爆弾での暗殺を決意したアナキストが、革命を世界に広げるためではなく、国家統一のために爆破するように気持ちを換えられた場合、教唆となる⁹⁶」といったヤコブスの見解は、当該正犯実行が新たな依存・拘束性によるものである限り支持できる。

b つり下げ教唆

つり上げ教唆に関して判断を示したBGHSt. 19, 339は、つり下げ教唆に関しては、「最初に計画していたものより

も不法内容の点でよりわずかである実行態様を正犯者らが唆された場合に、教唆が存在しうるか、またいかなる条件下でかということについては、ここにおいて同様に判断されうるわけではない」と述べて、その判断の提示を留保した。しかし学説は一般に教唆の成立を否定しているといえる。

例えばホイヤーは「この場合正犯者はその本来の計画に反して、加重構成要件の実現をやめ、その代わり基本犯で十分とし、あるいは同一構成要件内で、より危険な実行形式をやめ、その代わりにより危険ではない行為態様を選ぶ（パUNCHの代わりに平手打ち）のである。その場合つり下げ教唆者の動機支配は、正犯者がより重い不法の量を実現しないというように消極的に限定する。つり下げ教唆者は、ともかくより軽い不法の量に至るといように積極的な形で動機支配を実現するものではない。なぜならそのより軽い不法について答責的な動機というのは、つり下げ教唆者の感化とは独立して成立したものである。従つてこのケースはどんな場合でも、教唆処罰は排除されねばならない」という。キュパーも同様に「加重された犯罪について決意した正犯者が、ただ基本犯を実行するように唆された場合（例えば危険な傷害の代わりに単純な傷害）、教唆処罰は欠ける。なぜならより軽い実行形態に関して、正犯者は既にオムニモード・ファクトウルスだからである。感化が量的軽減に至る場合、つまり例えばより僅かな損害に至る場合にも、同じことがあてはまることになる」といい、さらに「もつとも犯行決意の強化による心理的幫助の考慮は、依然として残る。この点に関しては、原則不処罰の結果とするようないろいろの可能性が論及される。例えば、客観的帰属論に由来する危険減少原理が持ち出される。即ち、犯罪結果を減弱させる者は、何もせずにいる者よりも悪くは扱われないだろうとされる。もつともそうした結論へは、『幫助する』（二十七条）というメルクマールの意味の正しい解釈により、既に至りうる。というのも法益侵害が容易化され強められるのではなく、むしろ困難にされより弱められる場合に、

「正犯行為を促したと考えるのは端的に困難である」という。⁹⁹⁾ ゲッペルトも「教唆ではなく、まさにある種の『つり下げ教唆』となるのは、（曖昧な犯行傾向があるだけでなく、すでに）犯行を決意した正犯者が背後者の感化により、犯行態様を重くするのではなしに、不法のより軽い犯罪を実現するように、つまりたとえば強盗（二四九条）のかわりに窃盗（二四二条）のみを、危険な傷害（二二三 a 条）のかわりに単純な傷害（二二三条）を犯すように唆される場合である。この場合背後者は二重の理由から、軽い犯罪についての教唆として処罰されえない。一つには、加重された重い犯罪実行に向けられた正犯故意は軽い犯罪の前提も含む（『より大なるものからより小なるものへ』の逆推論）、言い換えれば、そのことによって正犯者は軽い犯罪に関しても『オムニ・モド・ファクトウルス』だからである。また一つには、危険減少の考え方によっても、軽い結果は共犯者に帰責されえない。保護法益の状態を悪くするのではなく良くする行為を（ここでは教唆者に）禁じるのはおかしいだろう。このように考えることで、特にロクシンが説く、客観的帰属論を共犯に関しても有益なものとすべしとの主張はかつていつそう確証されたのである。というのも、教唆者が本当に『つり下げ教唆』として行動し、すでに犯行を決意した正犯者へのその感化により、被害者に対する侵害危険が減少する場合、彼は法的に許されない危険を創出していないからである」というが、他方で「しかし単に『つり下げる』背後者の行為は、不法の軽い犯罪に対する心理的幫助として処罰される。背後者が単に被害者に対する危険を減少させることにとどまらず、より軽いとはいえ犯罪の実行をまさに勧めた場合、侵害の危険は確かに減少しているものの、実行の危険は強化されている」ともいう。¹⁰⁰⁾

心理的幫助に関しては、例えば実行の中止を説得するような場合では、キュパーがいうように「法益侵害が容易化され強められるのではなく、むしろ困難にされより弱められる場合に、正犯行為を促したと考えるのは端的に困難である」

と確かにいえても、しかしそうではないケースにおいては、ゲッペルトがいうように「背後者が単に被害者に対する危険を減少させることにとどまらず、より軽いとはいえ犯罪の実行をまさに勧めた場合、侵害の危険は確かに減少しているものの、実行の危険は強化されている」が故に幫助が成立しうる場合がないとはいえない。それどころかつり下げられた正犯実行が新たに決定的に当該(つり下げ)教唆との依存・拘束関係の下でなされたならば(行為実行の決定的な根拠の新たな提供があつたならば)、教唆が成立する余地さえないとはいえない(実際にはほとんど考えられないだろうが)。したがって、ホイヤーは「つり下げ教唆者の動機支配は、正犯者がより重い不法の量を実現しないというように消極的に限定する。つり下げ教唆者は、ともかくより軽い不法の量に至るといふように積極的な形で動機支配を実現するものではない。なぜならそのより軽い量の不法について答責的な動機というのは、つり下げ教唆者の感化とは独立して成立したものだからである」というが、これは必ずしもすべての場合にあてはまるわけではない。「つり下げ」の認識のないつり下げ教唆者の場合を想起すれば明らかであろう。

c つり上げ教唆

つり上げ教唆に関して BGHSt. 19, 339で問題とされた事案は、すでに強盗について決意していた正犯者らに、教唆者が武器を携行して行うように提案して実際そのとおりに行われたというものであった。BGHは次のとおり判示した。

「正犯者らが既に強盗を犯す決意を持っていたとしても、なお被告人は、こん棒を使用するということで、その行為の不法内容がもともとの計画よりも著しく高められた態様において行為を実行することを彼らに決意させたのである。そのことにより被告人は彼らの犯行決意をつり上げたのである。正犯者らがこの実行態様について自らはまた決意して

いなかつた以上、被告人が初めて彼らをそれへと促したのであって、心理的幫助にとどまらず、教唆が成立する。われわれ刑事部の見解は次のとおりである。即ち、右評価にとって決定的に重要なのは、正犯者らがより重い処罰の規定された別の構成要件の実現を唆されたかどうかではない。行為の法的評価には変わりがないにせよ、危険な実行態様にも存在しうるところの著しく高められた不法内容こそが重要なのである。しかしここではこの問題について、これ以上詳しく論及する必要はない。いずれにせよ、強盗を決議している正犯者らに、単純な強盗ではなく武器を持った強盗を犯すことを決意させた者は、刑法二五〇条一項一号上の犯罪についての教唆の責を負う⁽⁹⁾。

つり上げ教唆が問題となる場合としては、構成要件内の場合と異なる構成要件間の場合とがあり、後者の中には特に基本犯から加重犯へのつり上げの場合、及び基本犯を同じくする一方の加重類型から他の加重類型へとつり上げる場合⁽¹⁰⁾が含まれる。

BGHは構成要件の内外を問わず、「行為の法的評価には変わりがないにせよ、危険な実行態様にも存在しうるところの著しく高められた不法内容こそが重要なのである」として、しかも「被告人は彼らの犯行決意をつり上げたのである。正犯者らがこの実行態様について自らはまだ決意していなかつた以上、被告人が初めて彼らをそれへと促したのであって、心理的幫助にとどまらず、教唆が成立する」という論証を示して、つり上げた部分のみを分割して考慮するのではなく、つり上げにより不法内容が「著しく高められた」全体についての教唆を認めた。

この総合説と呼びうる判例の立場の方が、つり上げ部分のみを分割して教唆を認めようとする理解(分析的分割原理)よりも、学説上多くの支持を集めているように思われる。

計画支配説に立つシユルツも、「助言により、正犯者が窃盗から強盗へと変更教唆されたという事態に至った場合には、強盗に関して教唆が存在する。確かにこの場合、助言者は強盗の所有権や占有といった要素を支配していない。なぜならそれらは二四二条によっても同じように把握されているからである。しかし、少なくとも同等の重要性のある強要素に関しては別なのである。整理すれば、この結論は、二四九条が窃盗と強要とが機能的に新たな一致へと融合するところの独立の犯罪 (delictum sui generis) であるということから導き出されるのではない。それは専ら、この規定上、意思自由への侵害は価値において、所有権や占有への侵害に引けを取らないということに基づくものである」と述べて、つまりつり上げ後の全体の内容が「著しく高められた」(別の)ものである(だから部分的にもオム二モド・ファクトウルスは考えられない)からではなく、強盗という行為において強要素もまた「所有権や占有への侵害に引けを取らず」(規範的次元において犯罪的意味連関をなし、そうした犯罪的意味連関に対する支配があつた(換言すれば犯罪的意味連関を規範的次元において支配した)という理由からではあるが、結論としては総合説と同様の帰結に至る。

シユタインも構成要件内の場合についてB G Hの立場と一致するが、但し量刑上の考慮はなされるべきとする。即ち「例えば、AがBに対して、計画していた以上に激しく殴り倒すように唆したが、しかしそれはまだ二二三a条との限界を超えてはいなかったという場合である。許されない行為と許される行為との区別という一般的な規準に従つて、その行為が単に許される危険を基礎付けたにすぎないというのでない限り、Aは単純傷害(二二三条)の教唆を犯したことになる。同様にして、棍棒で殴り倒そうとしていたBに、もつと棍棒を使うようにAが唆した場合も、危険な傷害についての教唆が存在する。ここでAはBに、もつとも計画していた傷害行為よりもつと危険な傷害行為を決意させて

いる。このとき危険性のつり上げは、二二三 a 条の意味での『危険な道具』を使用する態様の点に存在し、そのことにより、二二三 a 条によつて前提とされている類型性が現れるのである。特に、A が B に、拳ではなく棍棒で殴り倒すように決意させたという場合に、同様に危険な傷害についての教唆が認められることには、もはや疑いの余地がない。もつとも、常に留意されるべきは、A に帰せられるところの、処断刑の上限を画する行為責任の量は、教唆行為に基づく危険性つり上げの程度に決定的に依存し、従つてそれは、危険性のつり上げが比較的わずかなものに過ぎなかつた場合には、正犯行為の行為責任の量よりも格段にわずかなものとなるという点である」と。

他方で構成要件間の場合に⁽¹⁶⁾関しては、場合分けをして一部に分割原理を取り入れてくるものの、それは矛盾を含んだ恣意的な処理となっている。

シユタインにおいて構成要件間の場合の問題性は「関与形式の問題性に根ざすものというよりも、主に、個々の部分行為の不法内容や個々の部分行為相互間の関係の分析に根ざすものである」とされる。したがつて具体的な場合における解決では、まずその前提として「例えば、（正犯の）強盗（二四九条）は、三つの無価値要素を含む。一つめは、第一の部分行為となる、被害者の意思形成の自由や行動の自由に対する侵害である。二つめは、第二の部分行為に含まれる窃盗の不法であり、最後に三つめは、意思形成や行動の自由侵害と窃盗の実行との結合という点に存する特殊な無価値である。従つて、二四九条、二六条による教唆の禁止に違反するのは、教唆という関与形式特有の態様において、同じようにこれら三つの無価値の観点を實現した者のみだということになる」と述べた上で、次のようにいう。

「例えば B は、O を意識を失うまで殴ることを決意していたが、A は B に、暴力を振るうという B の計画には何らの手も加えず、それに引き続き O から札入れを盗むことを決意させたという場合、A は上掲の無価値要素の第一のものを

実現しておらず、またAは、目の前の意識を失っている人から盗む正犯者に準じて扱われるべきであるから、彼は即ち、窃盜教唆(二四二条、二四三条一項六号)で処罰されるべきである。

Bは暴行を用いない窃盜を決意していたが、AがBに成功の確率を高めるために始めから殴り倒しておけと助言した場合には、別様に(つまり強盜教唆として)判断されるべきである。この場合、教唆行為は、意思自由への攻撃の無価値や、窃盜実行との関連性を含んでいるだけでなく、暴力を用いることで、窃取行為の結果の蓋然性が高められるが故に、窃盜に特有の無価値も含んでいる。

したがって後者の例とパラレルに考えられるBGHSt. 19, 339の事案に関しても、「窃盜のための暴行をより強めたとか窃盜結果の蓋然性を高めたというにとどまらず、……正犯者が暴行のための武器を携行することに存する特別の危険性もまた、Aの行為に帰される」として、判例の立場が支持される。

更に詐欺の事例については逆に前者の例とパラレルに捉え、「詐欺の正犯者規範は、錯誤を喚起あるいは維持することにより財産を奪うことを禁じているに過ぎず、財産の交付を誘発するために、既に存在している錯誤を単に利用することは禁じてはいない。従ってAが、Oを欺罔することを決意しているBに、欺罔の計画それ自体には何ら影響を与へることもなく、財産の交付の誘発に欺罔を利用するよう唆した場合には、Aは詐欺教唆を犯したのではない」とする。

強盜においては「意思形成や行動の自由侵害と窃盜の実行との結合という点に存する特殊な無価値」が第三の無価値要素としてあり、この点を付け加えつり上げたのであるから分析的分割原理は妥当しないとするのが総論の基本的な考え方である。シュタインは窃盜の成功の確率を高めるために始めから殴り倒しておくようにと助言した場合は「窃取行為の結果の蓋然性が高められるが故に」、あるいは、強盜を予定していた正犯者らに被害者が意識を失うまで棍棒

で殴り倒すことを提案した場合については「窃盗のための暴行をより強めたとか窃盗結果の蓋然性を高めた」というにとどまらず、正犯者が暴行のための武器を携行することには「特別の危険性」が存するが故に、この考え方を妥当させる。

他方、被害者が意識を失うまで殴ることを決意していた正犯者に「暴力を振るうという計画には何らの手も加えず、それに引き続き被害者から札入れを盗むことを決意させた」という場合については、教唆者は「目の前の意識を失っている人から盗む正犯者に準じて扱われるべき」とし、あるいは、被害者を欺罔することを決意している正犯者に「欺罔の計画それ自体には何ら影響を与えることもなく、財産の交付の誘発に欺罔を利用するよう唆した場合」についても、「詐欺の正犯者規範は、錯誤を喚起あるいは維持することにより財産を奪うことを禁じているに過ぎず、財産の交付を誘発するために、既に存在している錯誤を単に利用することは禁じてはいない」からとして、右の基本的な考え方が妥当しないものとしている。

しかし前者の場合につき「意思形成や行動の自由侵害と窃盗の実行との結合という点に存する特殊な無価値」を認めるとき、後者の場合でも「暴力を振るうという計画には何らの手も加えず」とはいえず、「それに引き続き被害者から札入れを盗む」ことを決意させている以上、あるいはまた、「欺罔の計画それ自体には何ら影響を与えることもなく」とはいえず、財産の交付の誘発に「欺罔を利用するよう」に唆している以上、やはり「意思形成や行動の自由侵害と窃盗の実行との結合という点に存する特殊な無価値」を認めざるをえず、両者の場合の間で基本的な考え方の適用を異にしているのは一貫しておらず、曖昧で恣意的な区別であるといわなければならない。

またオットー⁽¹⁰⁾もつり上げ教唆について、犯罪はその不法内容において、法益侵害によつてのみならず侵害態様によつ

でも特徴づけられるから、犯行決意は法益侵害の意図に汲み尽くされるものではなくその態様をも把握するものであり、したがっていま重要である犯行決意は前もって存在していたものではないとして、基本犯を犯す決意のある行為者が加重される実行態様の実現を決意づけられた場合も、唆し後の行為全体について教唆が肯定されうるとする。

このことについて更に、「加重構成要件は、その不法内容において、基本犯の不法と加重部分のそれとに分けられ、右のような場合に、基本犯についての心理的幫助のみと、加重部分の実現が独立に把握される限りにおいて、加重部分を独立に罰している構成要件についての教唆が考慮されるといった結論に至りうるものではない。不法は本質的な部分では、依然として基本犯により特定されるものであるにもかかわらず、加重は不法に付け加わった部分と解されるのみならず、質的にも不法を変えるものなのである。従って正犯が別の加重犯を狙うように決意させられた場合、この加重が元々の加重と同じ加重構成要件に規定されているものであったとしても、相違が不法の量の点ではなく質の点に存在するのである。例えば正犯が二四四条一項三号の集団窃盜の代わりに二四四条一項一号の武装窃盜を犯すよう決意させられた場合である」と付け加えて、基本犯から加重犯へのつり上げの場合のみならず、基本犯を同じくする一方の加重類型から他の加重類型へと変更する場合についても、総合説の理解が妥当するものとしている。

しかし他方でオットーがつり下げ教唆に関しては「加重犯について決意している者が、基本犯のみを犯すように決意させられた場合、教唆は考慮されない。この不法の実現について、正犯は既にその前に決意していたからである。このことは、彼が不法の質をも変更するより以上の不法を実現しようとしていたことによつては何ら変更されない。なぜならその不法も、依然として基本犯により類型化される不法であったからである」と述べるとき、右で「不法は本質的な部分では、依然として基本犯により特定されるものであるにもかかわらず、加重は不法に付け加わった部分と解される

のみならず、質的にも不法を変えるものなのである。従つて正犯が別の加重犯を狙うように決意させられた場合、この加重が元々の加重と同じ加重構成要件に規定されているものであつたとしても、相違が不法の量の点ではなく質の点に存在するのである」と述べて、変更後の行為全体についての教唆を認めていたのとは矛盾するものといわざるをえない。

キユパー^⑧も場合分けを行うが、その区別基準はつり上げ・変更後の犯罪が「独立の犯罪」であるかどうか、換言すれば、質的に別の犯罪であるかどうかに求められている（キユパー自身はこれを、重い犯罪行為が独立の犯罪であるかどうかに注目する「中間説」だとする）。即ち「例えば正犯者が窃盗（二四二条）の代わりに強盗（二四九条）を犯すように唆された場合、強盗が質的に別の犯罪である以上、感化者は強盗教唆で処罰されるべきである」とする一方、「これに対して単に加重メルクマルが付け加わっているに過ぎない場合には、犯行は核心においては依然として同じものである以上、教唆は存在しない」とし、更にオットーとは異なり、この後者の場合の結論は「加重された犯行を決意した者が、同じ犯罪構成要件に規定される別の加重類型について決意させられた場合に、いよいよ妥当しなければならぬ。ここで重要なのは、評価において一致する犯行態様の範囲内の単なる変更教唆に過ぎないということである」とする。逆に前者にあたる他の例として、単純な傷害から重い傷害へとつり上げられた場合が挙げられている。後者にあたるつり上げ教唆に関しては、独立の犯罪の決定的な区別基準が「まさに、構成要件該当の法益侵害それ自体が強化され、この『増強』が独立した評価を受けるといふ点にある」ことから、これと異なり、二四九条の単純強盗から二五〇条の重い強盗へのつり上げ教唆の場合には「犯罪の性格に変化はなく、加重的犯行方法が付け加わつても、強盗の全体的な特徴を与えるところの財産と意思自由への侵害にむしろとどまつている」とする^⑨。

独立した犯罪といえるかどうかでないし質的同一性の範囲を超えるかどうかといった発想は総合説とも親しみやすく、シュタインが強盗における三つめの無価値要素として挙げていた「意思形成や行動の自由侵害と窃盗の実行との結合という点に存する特殊な無価値」といった考えと結びついて、総合説的な帰結へと至りうる。その独立性・異質性の限界について、BGHSt. 19, 339 (341) は「決定的に重要なのは、正犯者らがより重い処罰の規定された別の構成要件の実現を唆されたかどうかではない。行為の法的評価には変わりがないにせよ、危険な実行態様にも存在しうるところの著しく高められた不法内容こそが重要なのである」とし、あるいはオットーは、犯罪はその不法内容において、法益侵害によつてのみならず侵害態様によつても特徴づけられるから、犯行決意は法益侵害の意図に汲み尽くされるものでなくその態様をも把握するものだとしていた。これらに対しキュバーはむしろ「著しく高められた不法内容」の構成要件的な類型性をより重視すると同時に、基本犯を同じくする一方の加重類型と他の加重類型との関係では尚質的同一性の範囲内であるといった限界線を引くのである。

ホイヤー⁽¹⁰⁾は分析的分割原理を支持する。「この場合確かに教唆者の積極的な動機支配が存在するが、それはしかし不法の全体量の一部と関連するに過ぎない。従つてやはり、いわゆる分析的分割原理によれば、つり上げ教唆者には、正犯者により実現された不法の当該つり上げ部分しか帰責されえない」という。

具体的には次のように展開する。「その場合教唆処罰が肯定されうるかどうかは、帰責可能な不法部分の構成要件的な独立性による。例えば正犯者が本来は単なる強要を計画しており、その後つり上げ教唆者の意思表示に基づき強盗に移行したという場合には、窃盗についての教唆が存在しよう。同時に尚強盗についての心理的補助も存在するものとさ

れる。同じように、最初に計画していた一〇〇マルクの代わりに一〇〇〇マルク窃取するように動機付けられた場合も、窃盗教唆が考えられ、もつともこの場合教唆者には、九〇〇マルクの窃盗の不法が帰責されるに過ぎない。これに対して窃盗が、その心配する妻が懇願するので、犯行時に棍棒を携行したという場合には教唆はない。棍棒の携行による不法の加重は構成要件的に独立していない以上、その場合には二四四条一項aについての幫助が考えられるだけである」と。

そして総合説に対しては次のように批判する。「正犯と等しい教唆の法定刑に鑑みれば、分析的分割原理が優越すべきであるように思われる。心配する妻がその夫の窃盗の前にどうにもしようがなくなつてひそかに彼の鞆に棍棒を忍ばせたという場合、ただそれ故に彼女を二四四条一項aの間接正犯と評価するのは誤りであろう。共同正犯の場合も同様に、関与者らがその共通の犯行決意において互いに動機付けあつた行為寄与のみが相互に帰責される。そして教唆の場合もいよいよ、不法の帰責が、他の関与者により専ら片面的に決意された行為寄与にまで拡大されるということはない」。

ホイヤーの思考と批判の基本的な方向性は支持しうるが、やはり重要なのは、当該教唆と正犯実行との間に新たな重大な依存・拘束性が認められるかどうかである。したがつて例えば最初に計画していた一〇〇マルクの代わりに一〇一マルク窃取するように動機付けられた場合、その一マルクについての窃盗教唆を認めることは通常困難であり、場合によりその一マルクについての幫助があるいは全体についての幫助が認められうる。

四 むすびに代えて、共謀罪について

a 本稿はここまで、誘発状況創出事例を巡り展開されている議論の検討を通して、教唆犯の本質的要件としての通謀要件や不法契約等の当否、さらに関連するオムニモド・ファクトウルスや変更教唆について考察してきた。

退けられた通謀要件は畢竟「他人が犯行を犯すようにという促し」としての典型性ないし認識可能性を本質的内容とし、本質において行為性を要求するものではない。通謀性は意思連絡に対する内容上の評価に過ぎない。

b (行為性) 内閣提出の「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」(第一五九回国会閣法第四六号)が規定するいわゆる共謀罪について質疑応答がなされた二〇〇五年七月一二日の第一六二回国会衆議院法務委員会において、大林宏政府参考人(法務省刑事局長)は「この法案により新設する組織的な犯罪の共謀罪は、あくまで二人以上の者が重大かつ組織的な犯罪を実行しようと共謀する行為を処罰するものでございまして、人の内心にとどまる意思や思想を処罰するものではなく、憲法の保障する思想、良心の自由を侵害するようなものではないと考えております」といい、南野知恵子法務大臣も「共謀する行為を処罰するもの」とくり返し述べた。

しかし右の意味において共謀の行為性は副次的・周延的なものにとどまる。順次共謀や黙示の共謀といったものが語られることにもこれが示されている。「謀議する行為」と規定する場合であってもその性格が変わるところはない。当該犯行について直接指示を下す「行為」がなくても、相手の認識を互いに「承知」してさえいれば、「黙示的に意思の連絡があつた」として共謀が認められてしまう場合がありうることを判例も認めている。¹⁰⁾

行為性を本質的に欠き、それ故思想処罰に直結する点で、原則化・一般化された共謀罪規定は尚「我々の法原則と両立しない」ものであるし、憲法三一条、二一条一項に違反する。この点同委員会での、平成一五年二月五日付法制審議会部会長報告に対する漆原良夫委員の次の発言内容は正しい。いわく、

「共謀罪の成立にオーバートアクトを付するのは我が国の法制になじまない根拠として、この部会長が言っているのは、現行法上の共謀罪においては一般に共謀に加えてこの種の行為が要件とされていないというこの一点だけなんです。ね。」

だけれども、先ほど申し上げましたこれらの共謀罪、陰謀罪、この犯罪行為は、むしろ我が国の法体系からいうと、これは例外に属する部分に位置するわけですね。法理論上からは例外に位置するところにあるわけだから、これをもつて、ここが実行行為を要求していないから、だから我が国の法制は要求しないんだと全部に敷衍して言うようなやり方は、原則と例外を逆に行っている。¹¹⁾

c (具体性、特定性、現実性) 共謀の認定について南野法務大臣は次のように述べた。

「単に漠然とした相談程度ではこれは足りずに、目的とか対象とか手段、実行に至るまでの手順、また各自の役割など、具体的な犯罪計画を現に実行するために必要とされる各種の要素を総合的に考慮して、具体性、特定性、現実性を持った犯罪実行の意思の連絡があることが必要であり、かつ、それで足りる」。

「目的とか対象とか手段、実行に至るまでの手順、また各自の役割など」といったものが「具体的な犯罪計画を現に実行するために必要とされる各種の要素」である以上、意思連絡の「具体性、特定性、現実性」が肯定されるためには、それら必要な要素の全てについて個別的に明確に認定されなければならない。「総合的に考慮」すれば「具体性、特定

性、現実性」は当然失われる。いわゆる練馬事件最高裁判決が「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。……『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」と述べて、共謀について「くわしい判示」は不要としたことが顧みられるべきである。

d (組織要件) 本法案で共謀罪の成立にオーバート・アクトが要求されていないことにつき、大林政府参考人は次のように述べた。

「オーバートアクトにつきましては、これを要求する法制もございしますが、これについては法制審議会でも議論されましたけれども、既に共謀罪については厳格な組織性の要件がかけられており、処罰範囲が不当に広がるおそれはないこと等に照らし、このような要件を付する必要はないとされた経緯がございします。このようなことを考えまして、政府案におきましては、組織的な犯罪の共謀罪について、条約の言う、合意の内容を推進するための行為を伴うという要件を付してはおりません」。

しかし説明を聞く限り、ここでの組織性要件は何ら厳格なものではない¹⁰⁾。

「組織」要件について同参考人は「犯罪行為を実行するための組織を持つことのない市民団体や労働組合等の正当な団体に属する人が仮に犯罪を共謀したとしても」共謀罪は成立しないという。しかし「組織」とは「指揮命令に基づき、

あらかじめ定められた任務の分担に従つて構成員が一体として行動する人の結合体をいう」に過ぎないから、団体の中で一定の役割を与えられている構成員が一体としてある行為を実行する場合には、その団体はもはや、当該「行為を実行するための組織を持つことのない」団体ではないことになり、それは「市民団体や労働組合等」であつたとしても「正当な団体」とはいえないとして、憲法三二条、二二条一項に違反して濫用される危険が大いにあるといわなければならない。

e（団体要件） また同参考人は「団体」要件についても次のようにいう。

「正当な共同の目的のために活動している市民団体や会社等については、仮に、たまたまその団体の幹部がその団体の意思決定として特定の犯罪を実行することを共謀したとしても、組織的な犯罪の共謀罪は成立しないと考えておられません。

すなわち、法案の共謀罪は、団体の活動として行われ、かつ、犯罪行為を実行するための組織により行われる犯罪を実行することを共謀したことを要件としておりますけれども、「団体の活動として、」という要件を満たすためには、犯罪行為を行うことを共同の目的を有する団体として意思決定することが必要であり、したがつて、犯罪行為を行うことがその団体が有している共同の目的に沿うものであることが必要であると考えられます。

言いかえれば、団体が有している共同の目的が犯罪行為を行うことと相入れないような正当な団体については、仮に、たまたまその団体の幹部が相談して犯罪行為を行うことを決定したとしても、共同の目的を有する団体として意思決定したとは言えないため、『団体の活動として、』という要件を満たさず、共謀罪は成立しないと考えております。

この点についても「組織」要件に関して述べたのと同様のことがあてはまる。当該行為の実行を団体幹部が団体の活

動のために意思決定した以上、当該行為は「団体が有している共同の目的」と「相入れない」とは必ずしもいえないとされ、したがって当該「行為を行うことを共同の目的を有する団体として意思決定」したといえなくもないとされ、市民団体や会社等であったとしてもその活動目的は右の限度内において「正当な共同の目的」であったとはいえないとして、やはりまた憲法三一条、二一条一項に違反して濫用される危険は全く排除されていない。

このように組織要件、団体要件は何ら厳格な要件ではない。

f (職業的犯罪集団性) 濫用の懸念を払拭すべきと漆原委員はいう。いわく、

「要するに、先ほどの質問の中で、労働組合は対象にならない、市民団体も対象になり得ない、会社の幹部も職員も対象になり得ないというわけですよ。絶対対象にならぬわけですよ。それは、その会社というのが犯罪を行うことを共同目的としているわけじゃないからなんですよね。まあ、犯罪を行うことを共同目的としている会社、詐欺会社と言いましたね、それはなりますよ。それ以外の会社はならないんですから。」

そういう意味では、この法律は犯罪集団が対象なんだというふうにはつきり言ってあげた方が皆さん安心しますよ。団体が含まれるなんと言うものだからわけわからなくなつて、組織性の方からぐるぐるといろいろな理屈をこねて、結局、犯罪集団なんだよということをよく局長説明しているんだけれども、もう頭から、犯罪集団が規制の対象ですというふうにおっしゃつたらどうでしょう。いかがでしょうか。

これに対して大林政府参考人は「確かに委員がおっしゃるように、一般の方々にとっては非常にわかりにくい構成要件であろうということも、私ども、そこは理解しているところでございます」と答えている。一般人にとって「非常にわかりにくい構成要件」は憲法三一条に違反するものである。それと知りながら立法するのではなく、一般人にとって

明確な構成要件であつて初めて憲法三一条に適合するということにも理解を及ぼさなければならない。

g（越境性、国際性） 更に組織性に付け加えることを考えなければならないのが、越境性・国際性という要件である。大林法務省刑事局長はいう。

「国際組織犯罪防止条約は、別段の定めがある場合を除くほか、共謀罪等の条約が犯罪化を求める犯罪または重大な犯罪であつて、性質上国際的なものであり、かつ、組織的な犯罪集団が関与するものの防止、捜査及び訴追について適用するとされております。条約三条の1です。

しかしながら、その一方で、犯罪化に関しては、別段の定めとして、条約三十四条2が、共謀罪等の犯罪化を求める五条の規定により組織的な犯罪集団の関与が要求される場合を除き、締約国の犯罪化義務に対応する国内法の内容を国際的な性質または組織的な犯罪集団の関与とは関係なく定めると規定しております。

この条約三十四条2の規定は、条約交渉の過程で種々の議論を経て、仮に犯罪化に当たつて国際性や組織性を要件とすると、対象となる犯罪事象が組織犯罪の実態に照らして不当に狭くなる上、早期かつ的確な検挙、処罰が困難となり、ひいては、一層効果的に国際的な組織犯罪を防止するという条約の趣旨、目的を没却してしまうことになりかねないとの考え方が交渉国に受け入れられて設けられたものと承知しております。

即ち「一層効果的に国際的な組織犯罪を防止するという条約の趣旨、目的」を没却しないために、犯罪化が義務付けられた犯罪については「国際的な性質」を要件とみなすことなく、また条約五条を適用する場合のほかは「組織的な犯罪集団の関与」とは関係なく定めるといふのである。

しかしこれではたとえ条約の趣旨に沿うことはできても、それ以上に刑法は謙抑的でなければならないという国内刑

法の基本原則を著しくないがしろにすることになる。むしろ、国際的な性質と関係なく定めるとされるのが「条約が犯罪化を求める犯罪または重大な犯罪」即ち「共謀罪等」という個々の態様における個別の犯罪それ自体である以上、それらとは別個に規定されるところの、これまで見てきた組織性要件のうちの団体要件において、「ただし、共謀罪の罰条においては、常習として越境的に長期四年以上の懲役又は禁錮の刑が定められている罪に当たる行為を犯したものに限る。」と定めることによつて初めて、組織性の点に限つていへば、少なくとも法文上は国内刑法の基本原則と条約の趣旨、目的とが全く調和しないとまではいえないことによりやくなりうる。しかしその他の点で国内法秩序と全く調和していないことはすでに見たとおりである。

h (共謀の共謀) 津川祥吾委員が指摘したように、共謀の共謀の成立する余地が明示的に否定されていない点も厳しく批判されなければならない。教唆・幫助の共謀や共謀の教唆・幫助についても同じことがあてはまる。行為性という実体はないにもかかわらず、その影だけが途方もなく大きく広がっているとわなければならない。

i 条約に応じた共謀罪の新設は、国際的な組織犯罪という形で対象が限定されているながら、逆に行為刑法という根本原理を無視して刑法体系そのものを崩壊に至らしめるものである。

またこれは行為刑法無視、実定法無視で判例法を気取つた裁判所が作り出した、そして多くの学説が追従した共謀共同正犯を更に大きく一步進めるものであるともいえる。共謀共同正犯によつてその成立範囲を極端に狭くした教唆犯における教唆者と被教唆者とは、共謀罪の下にあつては、その従属性や拘束性を論じる余地すらないものとなる。

行為性の無視とは即ち不法という事実の無視にほかならない。

- (1) Georg Kuepper, Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung, Jus 1966, S.23.
- (2) 神山敏雄・法学教養二九号一二二頁。論者はこのとき共謀共同正犯を否定する立場に立つことも明言している。
- (3) さらに連鎖教唆における中間(仲介)教唆者の基礎づけも困難となる。精神的創造者としての役割を十分果たしえないことになるからである。連鎖教唆の処罰根拠については「未だ完全にはつきりとはしてゐない」(Kuepper, aa.O., S.25)ともいわれるが、間接惹起性を担保しているためにはまた次のような考慮が必要となる。即ち「正犯行為についての教唆が、教唆を正犯者へと仲介する人物を通して行われた場合(連鎖的関与)」、正犯者や他の教唆者がその決意を依存的に果たしたという関与者のみが、教唆犯として扱われるべきである。他の者は「おろかな補助である」(Guenther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Aufl., 1991, 22. Abschn., S.670, Rn.30) あるいは「背後者が被教唆者に教唆行為を決意を伝えることにより、間接的に正犯者を感じて、共同で動機付けた場合ならば、被教唆者と同じく、共犯が可能な正犯行為についての教唆として処罰される」(Andreas Hoyer, SK StGB I 34, Lfg. 7. Aufl., Paragraph 26, Rn.32)。
- (4) Claus Roxin, LK StGB, 11. Aufl., S.120f., Paragraph 26, Rn.2f. 鈴木彰雄「教唆行為の意義」関東学園大学法学紀要一三号二〇頁以下参照。
- (5) 二つの立場に分けるのは、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」西原他編『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』三二頁以下。
- (6) Eric Hilgendorf, Was meint „zur Tat bestimmen“ in Paragraph 26 StGB?, Jura 1996, S.9; Vgl. Harro Otto, Anstiftung und Beihilfe, Jus 1982, S.560. 鈴木・前掲三二頁以下参照。
- (7) さらに斉藤・前掲や鈴木・前掲の先駆的研究もあることから、本稿は比較的最近の議論を主な対象とする。
- (8) 純粹なる惹起説あるいは非限定説とも呼ばれる。鈴木・前掲三二頁以下参照。また後で取り上げるヒルゲンンドルフの危険増加説は、(教唆の方法の)無制限説の亜種とも考えらる。
- (9) Klaus Geppert, Die Anstiftung (Para. 26 StGB), Jura 1997, S.303.
- (10) Geppert, aa.O., S.303.
- (11) Geppert, aa.O., S.303f.
- (12) Rene Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S.329. ノロイも「正犯におけると同様教唆にせうては犯罪を主導する力が示され、教唆犯そのものも潜在的な将来の教唆犯による新たな教唆を阻止するためにはこの力に対処しなければならぬ

い。このことが、目的達成のための教唆と正犯との同等の処罰を根拠付ける。(S.34)との認識を持ちながらも、精神的接触の要件を要求するならば、「その場合には、規定されている法定刑の正当化は、正犯と共犯との類型論的な対置を部分的に解消してしまうことによつてなされることとなる。法定刑がもつぱら実定法上の与件である一方、関与の諸類型が規範的な実体類型でありそれゆえ任意に形成(変形)可能であると考えられるならば、それはあまりに高い代償を払うことになる」(S.29)という。

(13) Hoyer, aa.O., Rn.11.あるいは「正犯行為者さえ気づかないという意味で背後者にとつてリスクが少ないという、まさに巧みな感化の方法が除外されることとなる」(Ingeborg Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S.102.)などされる。

(14) Hilgendorf, aa.O., S.9.「現場を押えられた間男に由来する犯行への刺激」とは、帰宅を促されて発見した嫉妬深い夫が逆上して、教唆者の思惑通り間男を殴り倒す場面を想定したものである。

(15) Hilgendorf, aa.O., S.9ff.「日常的な刺激レベルを超えることは、もはや社会的に相当な危険増加とは解されえない」(S.10). 鈴木・前掲三三頁以下参照。

(16) Hilgendorf, aa.O., S.12f.

(17) 例えば、「そうした通常ほとんど当罰的でない場合については処罰を制限することが必要である」(Klaus Rogall, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1979, S.12).「この争点に対する判断は、二六条の正犯と等しい法定刑が、教唆がそれに相応しく評価される適用領域にとどまる場合でのみ説明がつく」ということを基礎に組み立てられなければならない」(Hoyer, aa.O., Rn.12). 鈴木・前掲二八頁参照。

(18) Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungslehre, 1988, S.271f. しかもそうした強力な感化力は「そもそも経験的にはほとんど確証されえないように思われる」(S.272)と付言する。

(19) この点に関するブツペの問題意識及び指摘は重要である。いわく「犯行を決意させる」とは、確かに要求されたような限定的な意味で理解されることも可能だが、しかし必ずしもそう解さなければならぬというわけではない。教唆を意思連絡のある感化に限定するため持ち出される実質的な論拠の方がはるかに薄弱である。こうした限定は「当罰性という観点の下で」あるいは「正犯と同等の教唆犯の可罰性を指摘する下で要求されているが、なぜ犯罪の提案が犯行決意を誘発する状況の設定よりも当罰的であるのか、更にまた、そのことはあらゆる犯罪提案に当てはまるのか、といったことについては詳細に述べられていない。また行為提案による感化には特別の強力が認められ、提案者には状況的感化には認められない行為に関する支配が認められている。しかしこうしたことはどこに基礎付けを置くのか、そしてそれはあらゆる行為提案について言えることなのか。誘発的状況の設定の場合に、正犯者に対するよりいっそう強力で支配的な心理的感化が存在するということはありえないか。こうした疑問の解明には、教唆の客観的構成要件の別の要素、即ち教唆行為と、その結果である、正

- 犯行為者が抱きそして実行に移したところの犯行決意との間の関連を分析する必要がある。こうした関連の画定には、近年あまり注意が向けられていない。一般的に、その関連を『犯行決意の喚起』のことであるとすることで十分としており、そのことよって、外的結果を客観的に帰属するための基本的前提として要求されるところの因果性と同じ意味のものが考えられているのか、それとも別の種類の関連というものが考えられているのかは明らかにされていない。教唆の方法を限定することに反対の論者らだけが、はっきりと犯行決意の惹起ということを述べている一方で、特徴的とも言えようが、その支持者らはこの表現を避けている（Puppe, aaO, S102f）。
- (20) Stein, aaO, S271f.
- (21) Stein, aaO, S273, 271.
- (22) 以下、シュタインによる教唆の実質に対する基礎付けについては、Stein, aaO, S270ff.
- (23) それ故「実際にはこのことは、その行為規範がそもそも比較的あまり受け入れられておらず、また法政策上争いがあるような行為規範であるといった場合（例えば税法、環境法等）に、特に現れよう」（S270）という。
- (24) Boy, aaO, S329. ヒルゲンドルフによる批判も同様のものである。いわく「例えば保険が支払われれば好都合であることから、泥棒のために屋敷の窓を開けつ放ししておく家主は、正犯者の侵入と同等の不法を犯すものではない。しかしまた、家主が知り合いの泥棒に、自分の屋敷が侵入しやすいことを話し、それに基づいて泥棒が次はそこに『侵入』しようと決心した場合には、不法の程度の低い場合が問題となる。これらの事例が示すことは、精神的感化という基準は、軽度の不法の場合と、教唆者により犯された不法が正犯者のそれと同等の場合とを区別するのに適さないということである。その外、誘発状況の創出もまた、精神的感化である。刑法二六条では他人の犯行決意の喚起が罰せられるのであり、このことはまさに精神的感化によつて可能である。従つて精神的感化というものは、そもそも諸々の原理的な根拠から、区別基準として有効なものとはいえない」と。Vgl. Hilgendorf, aaO, S10. 鈴木・前掲二四頁も参照。
- (25) Jakobs, aaO, S666, Rn.21f.
- (26) Roxin, aaO, S120, Rn.1.
- (27) Otto, aaO, S560.
- (28) Roxin, aaO, S120, Rn.2f.
- (29) Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, (1986), S51. あるごは「はっきりと犯罪をひき起こさうとする意味をもつた行為」（鈴木・前掲四一頁）など。斉藤・前掲三八頁参照。
- (30) Schumann, aaO, S52. 斉藤・前掲三八頁も「たしかに、正犯を犯罪行為に駆りたてるインフォメーションや状況は日常生活の経験に属するものであるが、こういうインフォメーションをあたえたりそういう状況をつくりだしたりする行為も法益を侵害するものではある。

しかし、こういういわば(人を犯罪に)『駆りたてる状況』が偶然に生まれたものであるにせよ、故意につくりだされたものであるにせよ、そういう、状況に反応することは、そういう状況に反応した者だけの責任にもつくことである。そういう状況をつくりだした者にはそれに反応することには責任のないことである。それで、こういう場合には「教唆」は認められない」という。しかしここで問われているのはまさに「そういう状況をつくりだした者にはそれに反応することには責任のないこと」(またはあること)であるか、だとしたらそれはなぜかという点である。

- (31) Roxin, aaO, S.121, Rn. 3f.
 (32) Dieter Meyer, Anstiftung d u r c h Untertassen?, MDR 1975, S.984.
 (33) D-Meyer, aaO, S.984, 上の点。神山・前掲一―二頁は冒頭に挙げたように次のように述べている。「教唆と正犯とが同等に処罰されるためには、法益侵害にいたる過程において違法及び責任において両者は同等の役割を果たさなければならない。同等の役割はどのような場合に認められるべきか。思うに、教唆者は正犯者の犯罪行為の精神的創造者の役割を、正犯者は教唆者の当該犯罪提案を諒承し、それを決意して身体的実行者の役割を果たし、両者の役割が実質的に等質的であると評価される場合であると解すべきである(筆者は共謀共同正犯を否定する)。このような場合、背後者の具体的犯罪提案がなければ、当該犯罪は実行されず、しかも各々の役割は両者間の精神的紐帯によつて自覚的に強化されることによつて両者は法益侵害への対等の結託的協同作用として現われる。精神的紐帯がなければ、正犯者は独自に計画した犯罪を行い、背後者は一方的に正犯実行を容易にする役割を果たすに過ぎなくなる」と。ここでは教唆者の精神的創造者たる役割と典型性とは、精神的紐帯によつて自覚的に強化される結託的協同作用という形で有機的に結び付けられているといえる。しかしそこで典型性の部分をなす「典型的」な役割分担がなされる場合に限られない。背後者は必ずしも具体的犯罪提案をなすものではなく、教唆の成立はそうした「典型的」な役割分担がなされる場合に限られない。背後者は必ずしも具体的犯罪提案をなすものではなく、両者の役割を自覚的に強化し結託的共同作用として表出せしめるほどの精神的紐帯(「精神的媒介による相互理解」)が両者間に於いて必ずしも存在するわけではない。神山敏雄「不作為による教唆」岡山大学法学会雑誌三二巻三・四号五一―頁参照。
- (34) Roxin, aaO, S.123f, Rn.15.
 (35) Roxin, aaO, S.136, Rn.58.
 (36) Roxin, aaO, S.136, Rn.59f.
 (37) Otto, aaO, S.560.
 (38) Roxin, aaO, S.136, Rn.59f.
 (39) 通謀説に立つシニューマンはいう。「結局、『他人の故意の不法との連帯』という処罰根拠の、ここで述べられるべき最後の帰結は、教唆は、

- 正犯者ある故意行為へと唆すという背後者の意思を表現するのになければならない、ということである。これが重要となるのは、唆しが危険な（認識ある過失によっても未必の故意によっても犯されうる）行為を単に示しているにすぎない場合である。問題となるのは、例えばラックマンの射的場事例である。射的をする者に、射的場の女性にガラス球を投げたら二〇マルク払うと約束した者は、したがってそれが背後者の内心の意図したところと一致して、射的場の女性に対する未必の故意での傷害に至った場合でも、教唆として処罰されない」と。Schumann, aaO, S.54.
- (40) Joachim Schulz, *Anstiftung und Beihilfe*, Jus 1986, S.833ff. 知的側面を捉えるという点について、S.939. シュルツの見解を紹介したものと、中村雄一「行為決意者に対する助言による介入と関与形態」秋田法学一九九二〇二頁以下、宮川基「条件付故意について（二・三）」法学六三巻四号五六〇頁参照。
- (41) Vgl. Bloy, aaO, S.342.
- (42) Vgl. Bloy, aaO, S.339f. 神山・前掲一二二頁参照。
- (43) Vgl. Bloy, aaO, S.341. フリッシェも、許されない危険創出に加えて「行為を許されない危険創出として示すということが証拠付けられ正当化されうる」といふ追加的な基準が「行為の犯罪的な意味づけ (dem deliktischen Sinnbezug des Verhaltens)」に見出されるとするが、その意味するところはシュルツのそれとは異なり、その意味内容を教唆に即してより精確にいうならば「行為がその意味内容上、明確に犯罪決意喚起へと向けられてゐること」だとしている。Vgl. Wolfgang Frisch, *Tatbestandsmessiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, S.340. ければならぬロクマンの立場と近似す。Vgl. Roxin, aaO, S.121, Rn.5.
- (44) Roxin, aaO, S.122, Rn.7.
- (45) Ingeborg Puppe, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, S.101ff. 佐久間修「インゲボルク・プッペ『教唆犯の客観的構成要件』（一九八四年）」産大法学一九卷二号二六七頁以下参照。プッペの認識とほぼ同趣旨と解される認識をロガールは「名宛人の個別的特定可能性」として示す。即ち「犯罪行為を他人に決意させることというのは、目的的概念である。教唆犯は目的的な法益侵害を實行する。教唆犯が処罰されるのは、彼が『ある』他人による』犯行の実現をもたらしたことによって、目的を意識しながら法益の侵害ないし危殆化を惹起したからである。つまり教唆犯は犯行自体を帰責されるのである。このことは、教唆者が特定可能な個人に行為実行を唆す場合、多かれ少なかれ因果経過を操縦・支配しようというところに根拠を見出す」、教唆者が正犯者と知り合ひであるとかましてやその名前を知っているとかいうことは全く必要ではない。ただザムゾンが支持されてよいのは、刑法二六条の本質により、行為事象の教唆者による支配可能性や操縦可能性が、決定的な区別基準だとする点である。しかしザムゾンとは異なり、正犯者の表象は二義的に初めて、しかも行為の内的側面の範囲で重要となるのである。第一には、客観的考察方法において、教唆者が行為事象を必要な範囲で支配し操縦しえた

かどうかが吟味されなければならない。これが肯定されるのは、教唆者が正犯者ないし正犯者らを知らない場合でも、彼らをさして困難なく見つけることができ、場合によっては行為をやめさせることもできるといふ場合である。Rogall, aaO, S.12ff.

- (46) そうしては無論一定の構成要件的特定が内在されていなければならない。またその点に関する共通認識も必要である。Vgl. Karsten Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht, Band 17, 1994, S.137f.
- (47) Vgl. Hoyer, aaO, Rn.13 (「間接正犯ももかく欺罔や強制によりその犯行仲介者を動機付けており、共同正犯者は自らの違法行為を約束して仲間を動機付け、従って教唆者も同様に、正犯と等しい不法を実現するためには、他の関与者に対する動機支配を持たなければならない。教唆者は(場合によっては報酬を約束して)彼にもたらされるべき成果としての行為実行を要求しなければならない。正犯者は(場合によっては対価を得るために)要求された成果を教唆者にもたらそうとして犯行を犯すのでなければならない」); Altenhain, aaO, S.122f. アルテンハインは「二六条の『決意させた』を不法契約の締結と解することが望ましい」(S.123)といひ、また教唆を不法契約の締結と解するならば共同正犯との限界が失われるとの批判に対しては、「共同正犯に必要な共通の犯行決意も、そうした不法契約として把握されまたそう呼ばれうる……。実際教唆と共同正犯とは、共同正犯の場合には全ての関与者間で相互に存在する意思拘束が、教唆では、教唆者に対しての正犯者意思の拘束というものが一面的に存在するという点で、同様のものである。更に(正犯)行為の予備段階では、共同正犯者は皆、他の者に対する教唆者であるという意味において、教唆と共同正犯とは構造的に一致する。しかしそれらは実行段階においては区別される。ここでは教唆者には、いかなる行為支配も欠けるのである」(S.124)という。しかし必ずしも「行為の予備段階では、共同正犯者は皆、他の者に対する教唆者である」とはいえない。共同実行者の一方が義務付け他方が義務付けられるという関係が想定可能だからである。プツベもアルテンハイン同様、「このことからあらゆる共同正犯者は、彼が犯行計画を促したかそれとも計画に従っただけにかかわらず、彼の仲間に対する教唆犯(ないし共同教唆犯)だということになる。なぜなら彼は実行行為において作用し動機付けたところの不法契約を取り結んでいたからである。これによって共同正犯においては、他人の行為寄与の帰責の基礎が与えられる。しかしかといって、共通の犯行計画さえあれば仲間の寄与を帰責するに十分であるから、行為実行への共同正犯者の関与にはそれ以上何も要求されないなどというのがこの見解の帰結ではない。教唆と正犯との価値の差は処罰の同等性の故に完全に否定されるのだとするのであれば、そうした帰結も正しいであろう。しかし教唆犯は行為から離れており正犯者が行為を左右するのだということによって、ここで提案したように教唆を更に限定する場合でも、価値の差と言ふものは存在する。共同正犯の場合そうした価値の差は、共同正犯者各自の行為寄与の重要性によって調整されるのでなければならず、従ってその寄与はまた幫助のそれを超えるものでなければならぬ」(S.119, Fn.8)というが、これに対して同じ批判があげはまる。確かに共同正犯者間においても拘束性は見出されうるが、それは相対的な現象にとどまり、共同正犯を本質的に基礎付けるものではない。

- (48) このときブツベによれば、提案者による犯罪の支持を要求することによつてはほとんど何も変わりはず、この支持が正犯者にとつてどんな意味を持つかということが重要でないままならば、このことは単に情情的な要素にとどまる(S.113)。他方ヤコプスは正犯決意の依存対象として「感化者の実施意思」(被教唆者の故意がまさに行為の不可欠性に關する教唆者との意思連絡を通して実現したのでなければならぬ。教唆者が犯行を適当なものとみなすということが、被教唆者にとつて犯行の一つの理由でなければならぬ)を要求し(Jakobs, aaO, S.666f, Rn.22)。アルテンハイムも正犯者における意思拘束に対応する教唆者の支持意思を認める(Altenhain, aaO, S.134f)。しかし支持なき依存・拘束の場合を想定することは可能であるから、ブツベがいうとおり依存・拘束性にとつて支持要素は本質的なものではない。
- (49) Jakobs, aaO, S.666f, Rn.22; Hoyer, aaO, Rn.8; Altenhain, aaO, S.129.
- (50) Roxin, aaO, S.123, Rn.11; 鈴木・前掲三〇頁および佐久間・前掲二九〇頁参照。
- (51) ホイヤーもいう。「ロクシンはこつた教唆構成要件の限定を、『刑事政策的観点からは狭すぎる』という。しかし同時に彼は、その自身の広い構成要件解釈を基礎とした上で、法律上規定された正犯と等しい法定刑を必ずしも適当とは思わせないような』(しばしば程度の低い教唆の当罰性)というものを指摘している。上述してきた意味での、より限定的で厳格な、正犯不法を指向した二六条解釈によれば、ともかくもこつた問題はもつともよく取り除かれる」(Hoyer, aaO, Rn.15)と。しかしヤコプスは尚「刑法二六条によれば、教唆犯は『正犯と等し』処罰される。この規定は、こゝで選び出した狭い教唆解釈においてさえ不十分なものである(従つて通説の広い解釈は維持不可能なものである)。教唆犯は『犯行への決定的な促し』を与えたという通常の理由付けは、体系的な位置上の価値を欠いた、バラバラで即物的な考慮でしかない。この意味では不可欠の補助もまた決定的なものであるが、より弱い責しか負わないし、全ての単独正犯は決定的であるのみならず、更に行為支配をも有するものであるのに、より厳しく負責されるわけでもない。それ故、対案二八条二項にあるように、任意的な刑の減輕を規定した方がよい」という(Jakobs, aaO, S.670f, Rn. 31)。
- (52) Hoyer, aaO, Rn.14。ブツベにおいては動機拘束とされた正犯者に対する義務付けをホイヤーはこのように動機支配といい、ヤコプスはそれを上掲のとおり依存的決意という。シュルツはこれらの主張内容を委託という原理の内に包摂する(Schulz, aaO, S.939ff)。
- (53) Roxin, aaO, S.123, Rn.12, 14; 鈴木・前掲三〇頁参照。
- (54) Geppert, aaO, S.303f.
- (55) Bloy, aaO, S.329.
- (56) Stein, aaO, S.271。但しロクシンは次のようにいう。「まづとも単なる状況設定の除外は、教唆の特別の処罰根拠を俟つてではなく、既に共犯の処罰根拠から導かれる。なぜなら共犯が従属的な法益侵害と理解されるのは、この『侵害』が目的に向けられた犯行促進を前提

とするからである。犯行に出る傾向が認められる者に犯罪の実行を動機づける状況というものを、故意に設定されたのではないところで、誰しもが日々の日常の中で抵抗している。ある者が他人を実行へと導きうる状況を創出したところで、その者は日常において常に生じている犯行への刺激にさほど何かを付け加えるというのではないし、潜在的犯罪者に社会的に適合しない形で感化するというものでもなく、具体的な唆しによる場合と比べてはるかに弱い態様で感化するものにはすぎない。教唆というものはまだそこにはない。というのも、教唆とは単に他人による法益侵害を可能にするものでなければならぬというだけではなく、自ら正犯者に精神的に『働きかけ』ることにより、あるいは少なくとも直接に促すことによつて、間接的に法益を侵害するものでなければならぬからである。その点にこそ独自の共犯不法の一部があるのであつて、この点をなおざりにすれば、教唆は、正犯不法と結びつく、より隔たった因果連関に限定されないこととなる。不処罰が共犯の処罰根拠から導かれることから、犯行を可能とする外的状況の創出は幫助としても全く不可罰であることが明らかとなる」⁷⁰。Roxin, aaO, S.122, Rn.4. 齊藤・前掲三八頁も、人を犯罪に駆り立てる状況に反応することは、そうした状況に反応した者だけの責任に基づいてであつて、そうした状況をつくりだした者に責任はないとする。

- (57) Puppe, aaO, S.122f.
 (58) Rogall, aaO, S.12.
 (59) Hoyer, aaO, Rn.14.
 (60) Schumann, aaO, S.52ff.
 (61) Schumann, aaO, S.52. 同じく通説に立つ論者でも、オットーは「決意させるというのは、教唆者が正犯者の意思に直接的に感化すべく働きかけるための行為態様なのである。犯罪を犯すことの可能性を単に教えるだけでは十分ではない」(Otto, aaO, S.560) という。フリッツシュは「他人が犯罪を決心することを期待して、金の運搬に関する秘密の情報や犯罪の計画を教える場合」でさえ、必要とされる「明確な犯罪的意味連関を認めるのは早計」だとする (Fritsch, aaO, S.312)。
 (62) Jakobs, aaO, S.667, Rn.22.
 (63) Altenhain, aaO, S.132. 但し「恐らく、行為の可能性の提示を伴う犯罪の支持の場合にも教唆は認められる」(S.134) とする。
 (64) Roxin, aaO, S.136, Rn.59.
 (65) Schumann, aaO, S.53f.
 (66) ヒルゲンドルフは「諸々の言葉による働きかけもまた、日常的な刺激レベル以下のものともなりうる。これがあてはまるのは例えば、犯罪の機会があることが伝えられたが、しかしはつきりと犯罪を犯さないように諫められたとつた場合である」(Hilgendorf, aaO, S.10) というが、この場合も同じように考えることができる。

- (67) Roxin, aaO, S.120, Rn.3.
- (68) Otto, aaO, S.560.
- (69) フリッシュは「窃盗犯が盗んだものの一部を故意に落として、追跡者らが落ちたものをくすねて、彼を追うのをやめるように仕向けたという周知の事例がある。それが盗んだものの一部を所有者に返すつもりで行われた場合でも、同じように行為する外なかつたであろう」(Frisch, aaO, S.341) とする。
- (70) Roxin, aaO, S.120, Rn.3. ロクシンがさらに挙げている「旅行に出る隣人と、隣人宅の郵便受けから郵便物を預かつておくことを約束したが、溢れる郵便箱を見て他人が侵入窃盗を動機付けられることを期待して約束を果たさない」(S.137, Rn.62) という場合はそもそも不作為のケースであるが、これもまた「具体的な状況において、人の意思表示として受け取られるものでなかつた場合」である。
- (71) Roxin, aaO, S.120, Rn.3.
- (72) Roxin, aaO, S.120f, Rn.3. vgl. auch Schumann, aaO, S.52.
- (73) フリッシュは「他人の配偶者に関する過ちを悪しき意図を持って報告する場合についても同様であり、家族法上の解決の基礎を与えようとした者どもは、別様には行為できないのである」(Frisch, aaO, S.342) とする。
- (74) Otto, aaO, S.560.
- (75) Roxin, aaO, S.136, Rn.60.
- (76) Otto, aaO, S.560.
- (77) Otto, aaO, S.561. マーティンとは尚「この場合三〇条一項による処罰だけが考慮される」(S.561) ことになる。
- (78) Vgl. Schulz, aaO, S.938f.
- (79) Roxin, aaO, S.124, Rn.18. 宮川基「条件付故意について(二・完)」法学六三巻四号五六一頁以下も参照。
- (80) Roxin, aaO, S.125, Rn.19.
- (81) Puppe, aaO, S.117f.
- (82) Puppe, aaO, S.118f.; vgl. zustimmend Hoyer, aaO, Rn.8f.; Altenhain, aaO, S.127ff.
- (83) このほか改正犯(被教唆者)の変更の場合も挙げられているが、変更教唆の事例として扱ふべきかには疑問が残る。Vgl. z.B. Jakobs, aaO, S.688, Rn.26; Kuepper, aaO, S.23; Geppert, aaO, S.305.
- (84) Geppert, aaO, S.305. 「例えば、攻撃的で暴力的な者が、外国人を殴って半殺しにする(二二三条、二二三a条)代わりに窓ガラスを割る(三〇三条)など唆された場合」(S.305)。

- (85) Schulz, aaO, S.939.
- (86) Hoyer, aaO, Rn.22f.
- (87) Kuepper, aaO, S.24.
- (88) Jakobs, aaO, S.668, Rn.26.
- (89) Jakobs, aaO, S.668, Rn.26.
- (90) Geppert, aaO, S.305.
- (91) Hoyer, aaO, Rn.24. ホイヤーはさらに「態様の変更が法益侵害の規模と関わない場合、構成要件の変更の場合でさえ、行為の同一性は維持せらる」とし、従って恐喝から詐欺への変更教唆は教唆ではなく、二六三条の詐欺の幫助であり、詐欺から恐喝への変更教唆の場合には二五三条の恐喝幫助と共に、二四〇条の強要の教唆も成立するとする (Rn.24)。こうした立場に対してキユバーは「これは批判されるべきである。犯罪行為は結果(右の場合なら財産侵害)によつてのみならず、特殊の実行態様によつても特徴付けられるものだからである」したがって恐喝から詐欺への変更教唆の場合、「強要(二五三条)についての犯行決意は、欺罔(二六三条)についてのそれを含まないがゆえに、後者の決意は教唆者によつて初めて喚起されたのである」という。Vgl. Kuepper, aaO, S.23. 正犯実行と教唆との依存・拘束性の有無が本質的な問題である以上、新たな依存・拘束が認められない限り、変更後の正犯実行についての教唆を認めることはできない。恐喝から詐欺への変更の場合では、尚単に実行手段ないし実行態様に関する助言幫助であるにとどまり、当該実行について新たな依存・拘束は認められないという場合がほとんどであろう。
- (92) Schulz, aaO, S.939. これに続けて「決心という意思面に着目しても、同じ結論に至ることはできるかもしれない。Aはまた犯行意思を持っていなかった。そのように見えたのは、夢想や拘束力なき希望的観念にすぎなかった。しかしいつ希望が意思に変わるかというのは、支配問題よりも判断が難しい。更にその点についての基準を求めるといふのは、解釈論の根本的な構成原理からすれば困難である。求めるところとしても、その区別基準はそのつどの問題状況との関連において存在するものである。」(S.939) という。
- (93) Kuepper, aaO, S.23.
- (94) Hoyer, aaO, Rn.23.
- (95) Schulz, aaO, S.938.
- (96) Jakobs, aaO, S.669, Rn.26.
- (97) BGHSt.19, 341.
- (98) Hoyer, aaO, Rn.17.

- (9) Kuepper, aaO, S21.
- (10) Geppert, aaO, S304f.
- (11) BGHSt19, 340f.
- (12) 同一構成要件内の別（加重）類型といわれ方もなされるが。Vgl. zB. Otto, aaO, S561; Kuepper, aaO, S24.
- (13) Schulz, aaO, S939.
- (14) Stein, aaO, S267f.
- (15) Stein, aaO, S268f.
- (16) Otto, aaO, S561.
- (17) Kuepper, aaO, S24.
- (18) キュパーがつり下げ教唆について「加重された犯罪について決意した正犯者が、ただ基本犯を実行するように唆された場合（例えば危険な傷害の代わりに単純な傷害）、教唆処罰は欠ける。なぜならより軽い実行形態に関して、正犯者は既にオムニモド・ファクトウルスだからである。感化が量的軽減に至る場合、つまり例えばより僅かな損害に至る場合にも、同じことがあてはまることになる」（Kuepper, aaO, S24）と述べていることと、少なくともこの例に関しては矛盾してはいない。
- (19) Hoyer, aaO, Rn18ff.
- (10) 最一小決平成一五年五月一日刑集五七卷五号五〇七頁。
- (11) オーバート・アクトについて、松宮孝明『共謀罪』および国際組織犯罪対策のための刑事立法の動向』法学セミナー五九〇号六二頁も「たしかに、アメリカの共謀罪（conspiracy）では、麻薬関係や組織犯罪に対処する制定法では、『顕示行為』は要件になっていない。また、イギリスのコモン・ローでも、犯罪成立要件としては、必ずしも要求されてはいないようである。しかし実際には、誰かが客観的に共謀を兆表するような行為をしなければ、そもそも証拠がないから警察は動かない。だから、建前上は不要にみえても、実は必要だとみたほうがよい。ゆえに、日本法やヨーロッパ大陸法の発想で、実体刑法の要件として『顕示行為』が要求されていないからということで話を済ませてはならない。運用の実態を重視するなら、この要件は実体刑法の中に入れるべきことになる」という。
- (12) 最大判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁。
- (13) 南野法務大臣も別の文脈で次のように述べている。
- 「この法案では、死刑または無期もしくは長期四年以上の懲役もしくは禁錮の刑が定められている犯罪であって、かつ、厳格な組織性の要件を満たすものに限っている、その共謀を処罰することとしているということだ」。

（114）

組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律一条一項に付け加える。

（本学法学部専任講師）