

教唆犯の本質に関する一考察（一）

十 河 太 朗

目 次

一 序 論

- (1) 問題の所在
- (2) 本稿の目的

二 前提的考察

- (1) 教唆犯と正犯との差異に関する学説
- (2) 教唆犯の法定刑に関する議論状況の概観

三 学説の状況

- (1) わが国の学説
- (2) ドイツの学説
- (3) 小 括

(以上本号)

四 学説の検討

- (1) 決意の喚起を要件とする見解の検討
- (2) 反対説の検討
- (3) 本稿の前提を否定する見解の検討

五 今後の展望

- (1) 教唆犯の概念の検討
- (2) 共犯論の構造との関連

結 語

(以上四三卷三号)

一 序 論

(1) 問題の所在

(a) 教唆犯の法的な特徴は、注目に値する。なぜならば、教唆犯は、法の規定の上で正犯との共通点と相違点を併有しているからである。

教唆犯が有する正犯との共通点は、その法定刑である。刑法六一条一項は、「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」と規定する。この規定は、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを示したものであると解されている。したがって、教唆犯は、正犯と同じ法定刑で処罰されるのである。⁽¹⁾一方、刑法六三条は、「従犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス」と規定している。学説上教唆犯は、幫助犯と同様に共犯であると考えられているが、刑法が幫助犯に対して必要な刑の減輕を規定していることから、教唆犯は、幫助犯より重い法定刑で処罰されるのである。

しかし、法定刑が同じであるとしても、教唆犯が正犯であるとは推論しえない。それは、学説上教唆犯が共犯であると考えられているからというだけでなく、以下に示す現行刑法上の教唆犯と正犯との規定の相違によるためである。第一に、刑法六〇条は、共同正犯について「正犯トス」と規定するが、刑法六一条一項は、教唆犯に関して「正犯ニ準ス」とする。もし刑法が教唆犯を正犯であるとするのであれば、教唆犯に対しても「正犯トス」としたはずである。⁽²⁾刑法は、教唆犯が正犯ではないことを前提とした上で、法定刑については教唆犯を正犯と同様に扱うことを示してい

るのである。第二に、刑法六四条は、拘留または科料のみが科せられる犯罪の教唆者は、特別の規定がなければ処罰されないと規定している。すなわち、教唆犯は、正犯と比べてその適用範囲が限定されているのである。これも、刑法が教唆犯を正犯としていないことを証明するものといえよう。こうして、刑法で用いられている術語と適用範囲の点で、教唆犯は正犯と異なる扱いがなされていると解すべきなのである。

以上のように、刑法は教唆犯に対して、正犯と共通する特徴と共犯としての特徴を付与している。教唆犯の概念及び要件は、このような刑法の規定に適合する要素によって構成されなければならない。したがって、教唆犯の本質を解明するためには、以下の要請について考察することが不可欠となるのである。

第一に、教唆犯が正犯と同じ法定刑で処罰されることを正当化するという要請が生ずる。教唆犯が正犯ではないとすれば、その法定刑が正犯と同じである理由が問われなければならないからである。第二に、教唆犯と正犯との差異を明確にするという要請が生ずる。前述のごとく現行法の解釈上、教唆犯が正犯であるとは推論しえないからである。

(b) こうして、この二つの条件を充足する教唆犯の構成が志向されなければならない。もっとも、教唆犯と正犯との差異がいかなる点に存するのかに関しては、周知のように、間接正犯と教唆犯との限界づけの問題において学説による詳細な議論が存在する。⁽³⁾ それに対して、教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題に関する学説上の検討は、十分であるとはいえない。確かに、教唆犯が共犯であり正犯より軽い犯罪の関与形式であるという点については、学説上ほとんど異論がない。⁽⁴⁾ しかし、教唆犯は、共犯にすぎないとしても正犯と同じ法定刑が適用されるのであるから、それに適合する実体を備えたものでなければならぬであろう。そして、正犯と同じ法定刑

の適用を受けるに値する教唆犯の概念の構成を志向することは、教唆犯の本質を明らかにする上で有益な手段になると思われる。そこで、本稿は、教唆犯が正犯ではないということを承認した上で、なぜ教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであるのかという問題を論ずることによって、教唆犯の実体を考察したい。そのためには、この問題に関する従来の学説の状況を把握し、その妥当性を検証することが必要となる。

ところで、このような問題について検討を加える際には、ドイツの議論を素材とすることが有用である。ドイツにおいても、教唆犯は共犯であるにもかかわらず、正犯と法定刑の点で同様に扱われているからである。ドイツ刑法二六条は、「故意に他人をしてその者の故意で遂行された違法な行為を行うことを決意させた(Bestimmt hat)者は、教唆犯とし、正犯と等しく罰する⁽⁵⁾」と規定し、教唆犯には正犯と同じ法定刑を適用するものとしている。一方、ドイツ刑法二八条一項は、「教唆者または幫助者」(Anstifter oder Gehilfe)を「共犯者」(Teilnehmer)として規定するばかりでなく、二項は、「正犯者または共犯者」(Täter oder Teilnehmer)を「関与者」(Beteiligten)とらっていることから、教唆者を正犯ではないとしていることは明らかである。さらに、ドイツ刑法三〇条は、重罪に関して教唆の未遂を処罰することを規定して、正犯とは異なる扱いをしているのである。

本稿は、以上の観点から、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用される理由に関するわが国及びドイツの学説の現状を概観し、その内容と問題点を考察した上で、試論として、教唆犯と正犯との差異を維持しながらその法定刑が同じである理由を追求することによって、妥当な教唆犯の概念及び要件を模索するものである。

(1) 「正犯ニ準ス」の意味については、共犯独立性説と共犯従属性説で、説明の方法に若干の相違が見られる。共犯従属性説

は、「教唆犯が正犯の行為に適用される構成要件に定められた法定刑の範囲内において処罰される」ことを意味するといっている。小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭和三二年）二二〇頁、瀧川幸辰『犯罪論序説』（昭和二二年）二四七頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）三六〇頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』（平成二年）四一一頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔改訂版〕』（昭和六一年）二七二頁、大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）四四六頁、福田平「教唆犯」団藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ総則(3)』（昭和四四年）七九三頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第二版』（昭和六二年）三六四頁、日高義博『刑法総論講義ノート』（昭和六三年）二〇八頁、内藤謙「共犯論の基礎」法学教室一一四号（平成二年）七〇頁。判例としては、大審院判決（以下、大判と略記する。）明治四三年二月九日大審院刑事判決録（以下、刑録と略記する。）一六輯二二三九頁、大判大正四年二月一六日刑録二二輯一〇七頁、最高裁判所判決（以下、最判と略記する。）昭和二五年二月一九日最高裁判所刑事判例集（以下、刑集と略記する。）四卷一二号二五八六頁がある。それに対して、共犯独立性説は、「教唆者が正犯者であったならば適用される法定刑によって処罰される」という意味に解している。牧野英一『重訂日本刑法上巻』（昭和二二年）四七四頁、木村亀二『犯罪論の新構造(下)』（昭和四三年）三四六頁、坂本武志『刑法総論』（平成二年）一九四頁。もっとも、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年）三七九頁、柏木千秋『刑法総論』（昭和五七年）二九四―二九五頁は、共犯従属性説に立脚しながら、「正犯ニ準ス」の意味については共犯独立性説と同様の説明をしている。この点に関して、安廣文夫「教唆犯」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第三卷』（平成二年）六三四頁は、「制限従属性説による場合には、正犯が有責でなくこれに適用すべき法定刑がない場合がありうるし（最小従属性説の場合にもっと問題が多い）、教唆犯と正犯の成立罪名が異なることもありうる」ので、刑法六一条一項にいう「正犯」とは、「現実の正犯ではなく、『教唆者がもし教唆の内容たる行為の正犯であったならば』と考えた場合の主観的に想定される正犯であると解するのが相当である」と述べる。なお、中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五年）二五七頁参照。

- (2) 団藤・前掲註(1)三七八頁、福田平『全訂刑法総論』（昭和五九年）二三四頁註(二)、香川・前掲註(1)三二三頁参照。
- (3) 間接正犯について詳しくは、大塚仁『間接正犯の研究』（昭和三三年）一頁以下、中義勝『間接正犯』（昭和三八年）一

頁以下、西原春夫『間接正犯の理論』(昭和三七年) 一頁以下参照。

- (4) 団藤・前掲註(1)三三三頁、大塚・前掲註(1)二四三頁、大谷・前掲註(1)四一〇頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三四二頁、大越義久『刑法総論』(平成三年)一九六一一九八頁、日高・前掲註(1)一九三頁、植松・前掲註(1)三八八―三八九頁など。

- (5) 邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料四二四号〔宮澤浩一訳〕(昭和五〇年)五四頁に従った。

(2) 本稿の目的

以上の主張から明らかのように、本稿では、もっぱら教唆犯が検討の対象である。周知のように、共犯論は、学説によって積極的な議論が展開されている領域である。しかし、その場合には、教唆犯と幫助犯に共通する問題を扱うのが通常である。教唆犯に固有の要素とはどのようなものであるのかという問題は、必ずしも学説の注目を浴びてきたとはいいがたい。実務上も、教唆犯が成立する事例は非常に少ないのである。⁽¹⁾しかし、實際上教唆犯の成立する事例が少ないとはいえ、教唆犯の具体的な要件及び成立範囲を確定することは必要である。そして、そのためには、前提として教唆犯の本質の究明が不可欠となるであろう。したがって、教唆犯の本質を論ずることは、教唆犯の具体的な要件及び成立範囲を明確にするという点で重要となるのである。同時に、教唆犯の本質を検証することは、教唆犯の処罰根拠及びその要件を明確にするのに必要であるばかりでなく、共犯論の構造を解明するために、特に次の二点について有益であると思われる。

第一に、教唆犯の成立範囲を確定することは、その周辺領域である間接正犯及び幫助犯の成立範囲の確定にとって

重要な観点を提供する。周知のごとく、教唆犯と間接正犯との限界づけについては様々な議論がなされているが、この問題についての学説のうち、間接正犯を処罰の間隙を埋めるものとして考慮するのではなく、その正犯性を積極的に論証しようと試みている学説⁽²⁾が注目される。このような学説の傾向は、間接正犯を正犯として正しく捉えなおすという意味で正当なものとして是認しうるのであるが、その場合、もし間接正犯とされる事例の正犯性を確認するだけであるとすれば、それは十分ではない。間接正犯と教唆犯との限界づけの基準をより明確にするためには、教唆犯と間接正犯との構造的な相違を確認しておかなければならないからである。したがって、間接正犯と教唆犯との限界づけの問題については、間接正犯の成立範囲のみならず、教唆犯の成立範囲を確定することが重要となる。そして、そのためには、教唆犯の本質を確認することが不可欠となるのであるから、教唆犯の本質を考察することは、この点で有益であるといえよう。一方、教唆犯と幫助犯との限界づけも重要である。これは、従来ほとんど議論されなかった問題である。しかし、先に述べたように、教唆犯は正犯と同じ法定刑で処罰されるが、幫助犯は必要的にその刑が減輕されるのであるから、その限界設定基準を考察することには意味がある。そして、教唆犯と幫助犯との限界づけの基準は、教唆犯の法定刑を幫助犯の法定刑より重くしている要素は何であるのかという問題を論ずることによって明らかになるであろう。したがって、教唆犯の法定刑の基礎づけという観点から教唆犯の本質を考察することは、この点でも重要である。

第二に、教唆犯の法定刑の基礎づけを論ずることによって、共犯の処罰根拠論の構造を的確に把握することが可能になる。共犯の処罰根拠は、共犯を体系化する試みとして論じられているものである⁽³⁾。たとえば、大越教授は、共犯

論が錯綜する原因の一つは、「従来の共犯論が共犯論の諸問題を統一的な観点から把握しようとしなかった点」⁽⁴⁾に存するのであり、共犯の諸問題を解決するためには共犯の処罰根拠に遡る必要があるといわれる。⁽⁵⁾このような認識から、学説は、共犯論の理論的基盤として共犯の処罰根拠を論じているが、共犯の処罰根拠に関する学説をいかに位置づけるか、また、共犯の処罰根拠論が共犯論上のどのような問題を解決するための議論であるのかについては、依然として対立がある。⁽⁶⁾しかし、後述するように、なぜ教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであるのかという問題に対する説明の仕方の違いは、共犯の処罰根拠に関する学説の対立を基礎としていることから、教唆犯の法定刑の基礎づけという観点から教唆犯の本質を論ずることによって、共犯の処罰根拠についての学説の特徴が明確になると思われる。

こうして、教唆犯の概念及び成立範囲の確定は、共犯論の構造と不可分の関係を有していることが明らかになったのではないかと思う。そこで、以下においては、教唆犯の本質の究明は共犯論の構造を的確に把握するための基礎となるといふ前提を踏まえながら、教唆犯の法定刑の基礎づけを通して、教唆犯の基本概念を明らかにするであろう。

(1) 最高裁判所事務総局『平成二年司法統計年報2 刑事編』第四二表によれば、平成二年の刑法通常第一審事件有罪人員の共犯事件の総数七二九六人において、正犯(教唆もしくは幫助)に対する正犯及び共同正犯)が七〇五〇人、幫助犯が二〇一人であるのに対し、教唆犯は三六六人である。

(2) 大塚仁『間接正犯の研究』(昭和三三年)一一六頁以下、松生光正『錯誤を利用した間接正犯』犯罪と刑罰二号(昭和六一年)四九頁以下、中義勝『間接正犯』法学セミナー一七九号(昭和四六年)一九頁、西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三〇八頁、吉川真理『間接正犯の正犯性に関する一考察——昭和五八年九月二一日の最高裁決定を中心として——』東北学院大学大学院法学研究年誌四号(昭和六二年)一〇二—一〇三頁、前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)三八九頁、内

田文昭「正犯論・共犯論の基礎」Law School 一四号（昭和五五年）一〇—一一頁など。

- (3) 共犯の処罰根拠に関する文献については、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（昭和六三年）九六頁註(5)に挙げられているものを参照。それ以外の文献としては、福田平『大塚仁』対談刑法総論(7)（昭和六二年）一八〇頁以下、曾根威彦「共犯と違法の相対性」研修五一二号（平成三年）五頁以下、堀内捷三「共犯の処罰根拠1」法学教室一二四号（平成三年）五一頁以下、同「共犯の処罰根拠2」法学教室一二五号（平成三年）五一頁、同「共犯の処罰根拠3・完」法学教室一二六号（平成三年）三〇頁以下、大越義久『共犯論再考』（平成元年）一九頁以下、大谷實「共犯に関する諸問題」受験新報四二卷一号（平成三年）二〇頁以下、山中敬一「因果的共犯論」法学教室二三七号（平成四年）二九頁以下、内藤謙「共犯論の基礎」法学教室一一四号（平成二年）七一頁以下などがある。

(4) 大越義久『共犯の処罰根拠』（昭和五六年）一頁。

(5) 大越・前掲註(4)六頁。

(6) 本稿五(1)参照。

(7) 本稿六二頁以下参照。

二 前提的考察

(1) 教唆犯と正犯との差異に関する学説

前述のように、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されたとしても、教唆犯は正犯であるという解釈は現行法上採りえない。そこで、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由に関する学説の状況を見る前に、教唆犯と正犯との差異に関して学説がどのように理解しているのかを見ることにしよう。

教唆犯と正犯との差異がいかなる点に存するかという問題は、特に、間接正犯と教唆犯との限界づけの領域で論じ

られている。その基礎として問題になるのは、正犯と共犯との区別である。これについては、一般に、基本的構成要件に該当する行為、すなわち実行行為によって結果を実現する者が正犯であり、修正された構成要件に該当する行為、すなわち教唆行為及び幫助行為によって正犯に関与し、結果を実現する者が共犯であると説明されている。⁽¹⁾ こうして、実行行為こそ正犯性を特徴づけるメルクマールであるとされているのである。

この正犯概念を前提として、間接正犯と教唆犯との限界づけに関しては、間接正犯は構成要件を実現する現実的危険を有する行為、すなわち実行行為を行うが、教唆犯は他の者に特定の犯罪を実行する決意を生ぜしめることによつて実行行為以外の方法で構成要件を実現するといわれている。⁽²⁾ たとえば、間接正犯について詳細な研究をなされた大塚教授は、「適切な正犯概念は、もちろん、その理論的基礎を伝統的な構成要件論におくものでなければならぬ⁽³⁾」とし、間接正犯の構成要件該当性については、「間接正犯における『実行行為』の存在を論ずべきであり、かつそれをもって足りる⁽⁴⁾」といわれて、間接正犯の正犯性を基礎づけるためには実行行為が必要であるとされるのである。ところで、実行行為とは構成要件を実現する現実的危険を有する行為であるから、実行行為の有無によつて正犯と共犯を限界づける通説の立場からは、正犯と共犯との差異は、構成要件の結果の実現方法の違いとして把握されることとなり、教唆犯は、構成要件の結果の実現の点で正犯より関与の程度が軽いと評価されるのである。

正犯と共犯との差異が構成要件の結果の実現方法の違いという観点から論じられているという状況は、ドイツでも同様である。ドイツでは、正犯性の根拠に関する学説としては、行為支配説(Tatherrschaftslehre)が通説である。⁽⁶⁾ 行為支配説によれば、正犯とは構成要件に該当する事象経過を目的的に操縦する者であり、共犯とは行為支配なしに

他の者の犯行に協働する者である。客観的な正犯要素は、構成要件に該当する事象経過を事実的に手中に収めることである。主観的には、事実的な行為支配への意思が必要である。そして、間接正犯と教唆犯との限界づけについても、通説は、行為支配の有無にその基準を見出している。それゆえ、教唆犯には行為支配が存在しないということになる。⁽⁷⁾ こうして、ドイツでも、教唆犯は構成要件的结果の実現の点で正犯より関与の程度が軽いと一般に理解されている。ロクシンが共犯を「二次的な」概念⁽⁸⁾といい、オットーが正犯を「直接的な法益の危殆化」、共犯を「間接的な法益の危殆化」と表現しているのは、このことを示しているといえよう。⁽⁹⁾

確かに、間接正犯と教唆犯との限界づけの基準については、依然として対立が存在し、その基礎づけも種々のものがある。⁽¹⁰⁾ しかし、ここでは、教唆犯が構成要件的结果の実現の点で正犯より関与の程度が軽いと一般に評価されているということを確認すれば足りる。なぜならば、本稿は、教唆犯が正犯より軽い犯罪の関与形式であるにもかかわらず、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用される理由を問題としているからである。

(1) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭和二八年)一〇五頁、大塚仁『刑法概説(総論)(改訂版)』(昭和六一年)二四三頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)三七三頁、大谷實『刑法講義総論第三版』(平成三年)三九八―三九九頁、前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)三八九頁、福田平『全訂刑法総論』(昭和五九年)二三一頁、香川達夫『刑法講義(総論)第二版』(昭和六二年)三〇九―三一〇頁、川端博『集中講義刑法総論』(平成四年)四一六―四一七頁、日高義博『刑法総論講義ノート』(昭和六三年)一九二頁、板倉宏『刑法』(昭和六三年)二〇三頁など。一方、曾根威彦『刑法総論』(昭和六二年)二六二頁は、「実行行為は正犯概念の十分条件ではないが、必要条件である」という。

(2) 小野・前掲註(1)一一七頁、大塚・前掲註(1)一四八頁、前田・前掲註(1)四〇三頁、大谷・前掲註(1)四二一頁、団

藤・前掲註(1)一五五頁、福田・前掲註(1)二四一頁、香川・前掲註(1)三二八頁、川端・前掲註(1)四一六―四一七頁、日高・前掲註(1)一九三頁、板倉・前掲註(1)二二五頁など。

- (3) 大塚仁『間接正犯の研究』(昭和三三年)一二三頁。
- (4) 大塚・前掲註(3)一二四頁。
- (5) 大塚・前掲註(1)一五六頁、大谷・前掲註(1)一五〇頁、前田・前掲註(1)一五六頁。
- (6) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl., 1990, S. 307; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I Die Straftat, 3. Aufl., 1981, S. 217 ff.; Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 247 ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 590 ff.; Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 121 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 100 ff.; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1991, § 25, Rdnr. 17 f.
- (7) Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 25, Rdnr. 101.
- (8) Roxin, a. a. O. (Anm. 7), § 25, Rdnr. 101; ders., a. a. O. (Anm. 6), S. 268.
- (9) Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1988, S. 337.
- (10) 間接正犯の正犯性の根拠については、通説のように、直接正犯と異ならない実行行為性を基礎とする見解のほかに、利用者の構成要件的事実に対する行為支配性によって説明する見解(橋本正博『行為支配論』の構造と展開)一橋大学研究年報法学研究一八号(昭和六一年)二九四頁以下)、被利用者に規範的障害が欠けていることを重要視する見解(西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三〇九頁、曾根・前掲註(1)二六二頁)、「法益侵害への確実性・自動性」と説明する見解(大越義久『刑法総論』(平成三年)一九九頁)などがある。なお、松生光正「錯誤を利用した間接正犯」犯罪と刑罰二号(昭和六一年)七四―七五頁参照。

(2) 教唆犯の法定刑に関する議論状況の概観

以上の考察から認識しうるように、教唆犯と正犯との差異がいかなる点に存するののかという問題は、学説によって詳細に議論されている。それに対して、教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題は、統一的な観点から議論されているとはいえない。そこで、この問題に対する諸説の具体的な内容を見る前提として、学説の現状を概観しておきたい。

(a) 教唆犯が構成要件的结果の実現の点で正犯より関与の程度が軽いということは、一般的に承認されている。しかし、教唆犯にそのような特徴を付与するだけであれば、なぜ教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるのかという問題を説明しえない。それでは、学説はその理由をいかなる点に見出しているのであろうか。もっとも、従来、この問題に対する学説上の検討は十分ではないので、学説上の対立点は必ずしも明確ではない。しかし、次のように整理することは可能であろう。

通説は、教唆犯が成立するためには、①教唆者が他の者に犯罪を実行する決意を生じさせること、②それにもとづいて被教唆者が犯罪を実行することが必要であると説明している。⁽¹⁾この中で、被教唆者の「犯罪の実行」という要件は、教唆者が他の者を媒介として構成要件的结果を実現することを意味すると解され、教唆者と構成要件的结果との関連を問題にするものであるが、この要件は、間接正犯及び共同正犯のごとき正犯のみならず幫助犯にも要求されるところから、この要件との関連で教唆犯と正犯もしくは幫助犯とを区別することは許されないであろう。これに対し、犯行への決意を喚起するという要件は、正犯や幫助犯には見受けられない教唆犯に固有の要件であり、したがって、

この要件こそ教唆犯の重要な特徴であるといわなければならないのである。

このように、通説は、正犯の成立については問題にならない決意の喚起（ここでは、他の者に犯罪を實行する決意を生じさせることを「決意の喚起」といつている。以下、「決意の喚起」ということばはこの意味で用いる。）を教唆犯の要件としていつている。したがって、通説は、教唆犯は構成要件的结果の實現方法としては正犯より軽いものと評価しながらも、「被教唆者の決意の喚起」といつ点に着目することにより、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを正当化していつるように思われる。

このことは、教唆犯と幫助犯との限界づけに関する通説の主張を見れば、より明確になる。通説によれば、教唆犯と幫助犯は正犯より軽い犯罪の関与形式であるといいつ点では共通するのであるから、幫助犯と比べて教唆犯の法定刑を重くしていつ要素は何であるのかといいつことが問題になる。通説は、教唆と精神的幫助との限界づけに関して、まだ決意していつない者に対して具体的な犯行へと決意させるのが教唆であり、すでに具体的な犯行へと決意していつ者に対してその決意を強化するのが精神的幫助であると説明していつ⁽²⁾。そして、それ以外には、その差異を特徴づける要素を提示していつないのであるから、通説は、教唆犯の法定刑を重くしていつ要素は「被教唆者の決意の喚起」であると考えていつるといつてよいつのである。しかし、通説にいつける「決意の喚起」に関する検討は極めて不十分であるといわなければならない。通説は、この要素が教唆犯の法定刑に対してどのような意味を有するののかについては何ら説明していつないのである。したがって、通説がなぜ「決意の喚起」を教唆犯の成立要件としていつのかは判然としないつ。(b) もっとも、なぜ教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるのかといいつ問題が、從來全く論じられなかつ

たわけではない。学説は、この問題を共犯の処罰根拠論の領域で展開してきたのである。そこで、共犯の処罰根拠について確認することにしよう。

共犯の処罰根拠については、惹起説、責任共犯説、不法共犯説が対立しているといわれている⁽³⁾。惹起説は、共犯が正犯を通じて法益侵害・危険を惹起したことをもって共犯の処罰根拠とする⁽⁴⁾。責任共犯説は、共犯者が法益を侵害した⁽⁵⁾こと、及び、教唆・幫助により正犯者を有責な行為に誘い込み処罰される状態に陥れたことをもって、共犯の処罰根拠とする⁽⁵⁾。不法共犯説は、共犯者が法益を侵害し、さらに、教唆によって構成要件に該当する違法な行為を行わせ、または幫助によって正犯の違法行為を促進させることをもって、共犯の処罰根拠とする⁽⁶⁾。惹起説は、共犯の処罰根拠として共犯者による法益侵害のみを考慮するが、責任共犯説及び不法共犯説は、共犯が法益を侵害したこと以外に、正犯者を犯罪へと引き込んだことを重要視しているという点が特徴である。責任共犯説及び不法共犯説の内容については一般に、責任共犯説は、共犯者が正犯者を責任と刑罰へと誘致することを共犯の処罰根拠とする見解であり、不法共犯説は、共犯者が正犯者に法に反する行為を行わせることを共犯の処罰根拠とする見解である⁽⁷⁾。しかし、責任共犯説の主唱者であるH・マイヤーは、法益侵害及び正犯者に対する誘惑の両者を共犯の処罰根拠とすることを明示的に述べている⁽⁸⁾し、レスは、不法共犯説の立場から、教唆犯の不法内容は、法益侵害以外に正犯者を不法へと引き込んだ点にも存する⁽⁹⁾といっている。このように、責任共犯説及び不法共犯説は、実際には、共犯者が法益を侵害した⁽¹⁰⁾ことと正犯者を犯罪へと引き込んだことの両者を共犯の処罰根拠として考慮しているのである。後に述べるように、この点は重要であると考えられる。

(c) こうした共犯の処罰根拠に関する学説の対立は、なぜ教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであるのかという問題の説明の方法に反映している。ここで注意しなければならないのは、通説は、教唆犯の法定刑を正犯の法定刑と同一にする要素は「決意の喚起」であるとする立場から、共犯の処罰根拠を論じているということである。確かに、通説は、なぜ「決意の喚起」を教唆犯の要件とするのかについては直接言及していない。けれども、共犯の処罰根拠に関する議論に教唆犯の法定刑の基礎づけが示されているのだとすれば、それは、通説が間接的に「被教唆者の決意の喚起」の内容を説明したものであるといえるであろう。

一方、このような通説に対して批判的な見解も存在する。これは、「決意の喚起」の要素に明確に反対し、新たな教唆犯の要件を提示することにより教唆犯の法定刑を基礎づける見解である。たとえば、プッペは、實際上教唆者が正犯者の決意を喚起したかどうかを立証するのは非常に困難であると指摘し、「決意の喚起」を教唆犯の成立要件とする通説を批判した上で、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを正当化するためには、教唆者が正犯者と不法の協定を締結し、犯罪行為を行うよう正犯者を事実上拘束することを教唆犯の成立要件としなければならないと主張する。さらに、シュルツも、正犯者の決意を喚起したかどうかによっては教唆犯と幫助犯とを限界づけられないとして、通説の主張を排斥し、教唆者が犯行計画を支配することが教唆犯の処罰根拠であるという立場から、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を「教唆者による計画支配」という要素によって説明しようとするのである。⁽¹¹⁾ こうした見解は、「決意の喚起」を教唆犯の要件とすることに関して積極的な論拠を示していない通説の問題点を指摘するものとして、注目される。

(d) 以上の考察から、学説の現状について概略的には次のようにいえる。教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題は、これを主題として積極的な議論が展開されてきたとはいえない。しかし、通説の立場を考察してみると、通説はその理由を「決意の喚起」の要素に見出しているといえる。そして、通説がこの要素にかなる内容を付与しているのかは、共犯の処罰根拠に関する議論に注目することによって把握しうるのである。それに対して、このような通説を批判し、新たな教唆犯の要件を提示する反対説も主張されている。次には、こうした点に着目しながら、教唆犯の法定刑の基礎づけに関する学説の主張を具体的に見ていくことにしよう。

- (1) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭和二十三年）二〇七―二〇八頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）三五四―三五六頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』（平成二年）四〇三頁、四〇九頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂版）』（昭和六一年）二六六頁、大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）四三八頁、夏目文雄『上野達彦『犯罪概説』（平成四年）二七〇―二七四頁、安廣文夫『教唆犯』大塚仁『河上和雄』佐藤文哉編『大コンメンタル刑法第三卷』（平成二年）五八六頁、福田平『全訂刑法総論』（昭和五九年）二五七頁、前田雅英『刑法総論講義』（昭和六三年）四三一頁、齊藤金作『刑法総論改訂版』（昭和三〇年）二四四頁、野村稔『刑法総論』（平成二年）四一―四一三頁、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）二九四―二九五頁、曾根威彦『刑法総論』（昭和六二年）二八七頁、香川達夫『刑法講義（総論）』第二版』（昭和六二年）三五―一頁、莊子邦雄『刑法総論（新版）』（昭和五六年）四四六頁、四四九頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年）三七四頁、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）四六八頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三五〇頁、鈴木享子『共犯』福田平『大塚仁編『講義刑法総論』（昭和五五年）二五八―二六〇頁、内藤謙『共犯論の基礎』法学教室一四号（平成二年）七〇頁、中野次雄『刑法総論概要第二版』（昭和六三年）一五六―一五八頁、中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五年）二五五―二五七頁。判例も、同様の立場を採用している。大判明治四三年六月二三日刑録一六輯一二八〇頁、大判大正九年三月一六日刑録二六輯一八五頁、大判昭和九年九月二九日大審院刑事判例集（以下、刑集と略記する。）一三卷

- 一二四五頁、大判昭和十七年二月二四日法律新聞四八二八号八頁、最判昭和二十六年二月六日刑集五卷一三号二四八五頁。
- (2) 小野・前掲註(1)二二頁、木村亀二・阿部純二増補『刑法総論〔増補版〕』(昭和五三年)四一一頁、団藤・前掲註(1)四二三頁、大塚・前掲註(1)二八一頁、大谷・前掲註(1)四五二頁、前田・前掲註(1)四三九頁、福田・前掲註(1)二六二頁、莊子・前掲註(1)四四六頁、四四八頁註(5)、佐伯・前掲註(1)三六二頁、曾根・前掲註(1)二九二頁、香川・前掲註(1)三五二頁、藤木・前掲註(1)三〇二頁、齊藤金作・前掲註(1)二四四頁、植松・前掲註(1)三〇八頁、中山・前掲註(1)四六八頁、大野平吉「教唆と精神的幫助」藤木英雄||板倉宏編『刑法の争点(新版)』(昭和六二年)一四四頁、内藤・前掲註(1)七〇頁、西原・前掲註(1)三五〇頁、夏目||上野・前掲註(1)二七八頁、中野・前掲註(1)一五七頁、中・前掲註(1)二五九頁、鈴木・前掲註(1)二六八頁。判例も、同様の説明を行っている。大判大正六年五月二五日刑録二三輯五一九頁、大判大正七年一月二六日刑録二四輯一五四九頁。
- (3) 日高義博『刑法総論講義ノート』(昭和六三年)一九七頁、前田・前掲註(1)三九四頁、曾根・前掲註(1)二六九頁以下。
- (4) 大越義久『共犯の処罰根拠』(昭和五六年)二六〇頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三五五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(昭和六一年)三〇一頁、曾根・前掲註(1)二七一頁、山中敬一『共犯の処罰根拠』論「刑法雑誌二七卷一号(昭和六一年)一三二頁以下、西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雑誌二七卷一号(昭和六一年)一四四頁以下、齊藤誠二「教唆犯の周辺」Law School 四八号(昭和五七年)二二頁、大塚・前掲註(1)二五一頁、日高・前掲註(3)一九七頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(昭和六三年)一三八頁以下、内藤・前掲註(1)七三頁。
- (5) 江家義男『刑法(総論)』(昭和二十七年)一九〇頁、瀧川幸辰『犯罪論序説』(昭和二十二年)二四六―二四七頁。なお、安平政吉「共犯の刑罰根拠と可罰条件」法律論叢四二卷四||五||六号(昭和四四年)三八七頁以下参照。
- (6) 高橋・前掲註(4)一一一―一二二頁註(23)は、莊子・前掲註(1)四二二頁を不法共犯説として把握する。
- (7) 大越・前掲註(4)二五五頁、曾根・前掲註(1)二六九―二七〇頁、前田・前掲註(1)三九四頁、西田・前掲註(4)一四四頁、日高・前掲註(3)一九七頁。
- (∞) H. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, S. 319.

(9) Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZfZ) ZStW 2
略記する。69 (1957), S. 47.

(10) 本稿五(1)参照。

(11) プツペ及びシュルツの見解については、本稿七八頁以下参照。

三 学説の状況

(1) わが国の学説

(a) 教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を自覚的に展開した議論は、わが国には存在しない。学説が教唆犯の法定刑について説明する場合には、正犯の行為に適用すべき法定刑の範囲内で処罰することであると叙述するにとどまるのが通常である。⁽¹⁾ もっとも、右に述べたように、①正犯の成立には要求されない「決意の喚起」を教唆犯の要件としていること、②教唆犯と幫助犯との限界づけの基準を「決意の喚起」に見出していることから、教唆犯の法定刑を正犯のそれに加えて重くする要素は「決意の喚起」であるという思考が、通説の基礎となっていると考えられる。しかし、「決意の喚起」がいかなる内容を有するのかわかるということになると、学説は全く沈黙しているのである。(b) そのような学説の中で、教唆犯の法定刑が正犯と同じであることを積極的に論証しようとするのは、責任共犯説を主張された庄子教授の旧説と惹起説に立脚される野村教授の見解である。⁽²⁾

庄子教授は以前、共犯は有責的な正犯行為に関与する犯罪であるとの前提から、⁽³⁾ 「教唆犯には、二面の性格をみとめることができる」と主張された。⁽⁴⁾ すなわち、教唆犯は、「正犯と比較し、正犯がおこなった行為に対して遙かにゆ

るい関係に立つ。したがって、教唆行為は、正犯の行為に比較し、緩和した判断をうける可能性をそなえる。しかし、教唆犯は、他方において、正犯を誘惑して行為をおこなわせたという点において、正犯に比較して重い責任をおう可能性をそなえる⁽⁵⁾。したがって、教唆犯は、「誘惑という面を強調すれば、正犯とおなじ程度に犯罪性をそなえたものとみななければならない⁽⁶⁾」のである。莊子教授は、このように述べられることによって、教唆犯の法定刑に基礎を付与された。すなわち、莊子教授は、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由は教唆者が正犯者を誘惑することにあるという見解を主張されたのである。これによれば、「決意の喚起」の内容は、正犯者の「誘惑」ということになる。このように、莊子教授は、教唆者は正犯者を責任と刑罰へと誘致するという責任共犯説を主張されたのである⁽⁷⁾。しかし、責任共犯説に対しては、制限従属性説と合致しないという批判がなされている⁽⁸⁾。わが国では、制限従属性説が通説によって主張されている⁽⁹⁾。制限従属性説を採用するのであれば、正犯行為は構成要件に該当する違法な行為であれば足りるのであり、有責的ではない行為に対する共犯も可能である。そのために、教唆者は、必ずしも正犯者を責任と刑罰へと引き込むわけではないということになる。こうして、責任共犯説は学説上否定されている⁽¹⁰⁾。

一方、惹起説の立場から教唆犯の法定刑に関する注目すべき主張をなされているのは、野村教授である。野村教授は、「正犯とは、自己の犯罪を実現する意思で当該犯罪構成要件を実現し、その実現した犯罪結果につき自ら責任を負う者」であると定義される⁽¹¹⁾。その上で、教唆者の行為は、実行行為ではないので「本来の正犯ではないが、他人が行為をなしたことにより、結局は、自己の犯罪を実現したのであるから⁽¹²⁾」、教唆犯は「正犯の一態様⁽¹³⁾」であると主張される。そして、教唆犯は正犯であるという立場から、教唆犯の処罰根拠としては惹起説が採用されることになる⁽¹⁴⁾。

野村教授は、このような議論を展開されて、刑法六一条一項は、教唆犯について「教唆者が自ら直接に犯罪を實現した場合（直接正犯）と同じに扱う」ことを規定したものであると説明されるのである。⁽¹⁵⁾ 教唆犯は正犯であるという立場からは、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるのは当然であるということになる。

(1) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』（平成二年）四二一頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔改訂版〕』（昭和六一年）二七二頁、大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）四四六頁。

(2) もっとも、それ以外にも教唆犯の法定刑の基礎づけについて言及している見解は見受けられる。たとえば、安平政吉『新修刑法総論』（昭和四五年）三九二―三九三頁は、教唆犯は、正犯者の決意を喚起し正犯者に犯罪を行わせるという点で犯罪行為の原因者であり、「社会観念的に眺める」とき実質的に正犯と異なるから、刑法は法定刑について教唆犯を正犯と同様に扱っていると説明する。泉二新熊『日本刑法論上巻（総論）』（大正一二年）六八二頁も、同様の主張をしている。しかし、自ら実行行為を行わない教唆犯がなぜ正犯と実質的に異ならないといえるのかは、依然として明らかではない。なお、現行刑法に関する政府提出案理由書は、「正犯ニ準ス」と規定した理由について、「是教唆者ハ実行正犯ニ非サルモ其責任ニ於テハ正犯ト同一ナルコトヲ明ニスルモノナリ」と説明している。高橋治俊・小谷二郎編『刑法沿革綜覧』（大正一二年）二一五頁。

(3) 莊子邦雄『刑法総論』（昭和四四年）七二三頁。

(4) 莊子・前掲註(3)七二七頁。なお、本稿三(1)註(10)参照。

(5) (6) 莊子・前掲註(3)七二七頁。

(7) 大越義久『共犯の処罰根拠』（昭和五六年）七二頁、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（昭和五九年）九五頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（昭和六三年）一〇二頁。

(8) 大塚・前掲註(1)二五一頁、高橋・前掲註(7)一一九―一二〇頁、齊藤誠二「教唆犯の周辺」Law School 四八号（昭和五七年）二〇頁、曾根威彦『刑法総論』（昭和六二年）二七〇頁、内田文昭「正犯論・共犯論の基礎」Law School 一四号

(昭和五五年)七頁。

- (9) 団藤・前掲註(1)三八四頁、大塚・前掲註(1)二四九頁、大谷・前掲註(1)四〇八―四〇九頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三五六頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和三三年)二〇〇頁、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二九七頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和四九年)三六三頁、福田平『全訂刑法総論』(昭和五九年)二三八―二三九頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第二版』(昭和六二年)三二五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ〔総論〕』(昭和六一年)三〇六頁、川端博『集中講義刑法総論』(平成四年)四一八頁、曾根・前掲註(8)二七六頁。

(10) 莊子教授は、その後改説され、制限従属性説を採用された(莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』(昭和五六年)四二三―四二四頁)。しかし、教唆者は正犯者を犯罪へと誘致するという主張は、依然として莊子教授の教唆犯に関する叙述の中に見受けられる。すなわち、「教唆犯は、自分自身の手を汚さずに正犯に実行行為をさせた者ではあるが、他人を犯罪行為の道に誘惑して犯罪を実現させたという点において、正犯と同様な犯罪性を認め得る余地がある」(莊子・同書四二二頁)。

(11) 野村稔『刑法総論』(平成二年)三七七頁。

(12) 野村・前掲註(11)三八〇頁。

(13) 野村・前掲註(11)三八九頁。

(14) 野村・前掲註(11)三八九頁、同「共謀共同正犯」芝原邦爾Ⅱ堀内捷三Ⅱ町野朔Ⅱ西田典之編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』(平成二年)二四〇頁。

(15) 野村・前掲註(11)四一四頁。

(2) ドイツの学説

(a) ドイツでは、教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題について、わが国より明確な議論がなされている。ドイツでも、①正犯の成立については要求されない「決意の喚起」を教唆犯の要件とすること、

②「決意の喚起」を教唆犯と幫助犯との限界づけの基準とすることが一般的に承認されているので、通説は、教唆犯の法定刑を重くする要素は「決意の喚起」であるという立場を採用していると考えられる。もっとも、通説は、なぜ「決意の喚起」を教唆犯の成立要件とするのかについては直接言及していない。しかし、前述のように、通説の基礎となっている思惟は、共犯の処罰根拠に関する議論に示されているといえる。そこで、共犯の処罰根拠論に注目しながら、「決意の喚起」を教唆犯の要件とする通説の主張を見ていくことにしよう。

(b) 教唆犯と正犯の法定刑が同じである根拠に関して積極的に言明しているのは、責任共犯説(Schuldteilnahme-theorie)である。責任共犯説は、共犯者が正犯行為に協働すること、及び、正犯者を責任と刑罰へと誘致することが共犯の処罰根拠であると考える。このように、他の者を責任と刑罰へと誘致することを共犯の処罰根拠として考慮する見解は、墮落思想(Korruptionsgedanke)といわれる。

たとえば、H・マイヤーは、教唆者は法益侵害及び他の者の誘惑という二重の方法で過誤を行うと主張する。H・マイヤーによれば、確かに、教唆者の行為も法益を侵害するといえるが、教唆者の行為は、客観的にも主観的にも法益侵害の点では正犯者の行為より当罰的ではないと評価される。しかし、「教唆者は、他の者を誘惑した……」ので、より重い責任を負う⁽²⁾。そして、誘惑という観点を考慮すれば、教唆者の行為は正犯者の行為と同様に犯罪的であるといえるのである。教唆犯の特徴についてこのように述べた後、H・マイヤーは、「教唆者が正犯者と同様に処罰されること」は、法益侵害及び他の者の誘惑という両者の観点を考慮することによってのみ正当化されると説明している⁽³⁾。

ペルテンも、教唆犯に対して法益侵害及び他の者の犯罪への誘致という二つの特徴を付与する。ペルテンによれば、教唆者は、正犯行為を通じて法益を侵害するばかりでなく、他の者を犯罪へと誘致することによって法秩序の基礎を攻撃するのである。したがって、「教唆犯は、教唆された正犯者の犯行によって侵害される特別な法益に対する攻撃と並んで、法秩序の基礎に対する攻撃も包括する」⁽⁴⁾。このような立場から、ペルテンは、教唆者の行為は正犯者の行為より結果発生危険が少ないが、他の者を犯罪へと誘致することによって法秩序の基礎を攻撃するという点で正犯より犯罪的であるといえるので、「教唆者の処罰は、正犯と同様でありうる」のだというのである。⁽⁵⁾ なお、ペルテンは、「決意の喚起」の要素を結果発生危険という観点から説明しているが、この点については後に述べる。⁽⁶⁾

このように、教唆犯は、法益侵害の点では正犯より関与の程度が少ないが、他の者を責任と刑罰へと誘致するという点で正犯より責任が重いので、正犯と同じ法定刑が適用されるというのが、責任共犯説の立場である。すなわち、責任共犯説は、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を法益侵害以外の要素によって説明しようとするのである。そして、H・マイヤー及びペルテンは、「決意の喚起」を教唆犯の要件とするのであるから、責任共犯説は、結果の惹起とは独立した要素として「決意の喚起」を把握し、その内容を「責任と刑罰への誘致」としていると考えられる。

しかし、ドイツでは、制限従属性説が明文で規定されている。⁽⁸⁾ したがって、責任共犯説は、刑法の規定に適合しないと批判されている。⁽⁹⁾ それに対して、ガラスは、制限従属性説を採用するドイツ刑法の下でも、墮落思想は教唆犯の法定刑を基礎づける理論として有効であると主張する。ガラスの論拠は、以下の通りである。間接正犯と教唆犯との

相違が行為支配の有無であるという前提に立てば、有責的でない者を利用して犯罪を実現する場合には、通常、行為支配が認められ、その利用行為は原則として間接正犯となる。したがって、制限従属性説を前提としても、實際上教唆犯の成立する多くの事例は有責的な者を利用する事例なのであり、その場合には、教唆者は被教唆者を責任と刑罰へと誘致しているといえる。このように、教唆犯の大部分については、その法定刑の基礎づけを墮落思想によって説明することができる。⁽¹⁰⁾ もちろん、教唆犯の中には、有責的でない者を利用して犯罪を実現するという事例もありうる。すなわち、非身分者である背後者が有責的でない身分者を利用する場合、あるいは、自手犯において第三者が有責的でない者に犯罪を実行させる場合には、間接正犯ではなく、教唆犯が成立する。確かに、ここでは、教唆者は他の者を責任と刑罰へと誘致しているわけではないので、墮落思想は適用しえない。しかし、このような事例における教唆者のように、正犯の可罰性を基礎づける特別の一身上の要素を欠く共犯者に対しては、刑法によって刑の減輕が規定されているのであるから、教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題はそもそも生じないのであり、不都合はない。⁽¹²⁾ このようにガラスはいうのである。

(c) 明文によって制限従属性説が規定されたことから、これに適合するために主張されたのは不法共犯説 (Df. rechtsteilnahmetheorie) である。不法共犯説は、共犯者が結果を発生させたこと及び正犯者を不法へと引き込んだことに共犯の処罰根拠を求める。この立場を採用するのは、レス及びスイスのトレクセルである。

レスは、法は教唆者を正犯者と同様に処罰するのであるから、教唆犯が正犯者意思のない法益侵害であるとするれば、教唆犯の不法内容は法益侵害の共同惹起という点にのみ存するとはいえないと主張する。⁽¹³⁾ しかし、制限従属性説を採

用する法の規定から、他の者を責任と刑罰へと引き込むことが教唆犯の不法内容であるとは考えられないとして、責任共犯説を否定するのである。⁽¹⁴⁾ レスは、教唆犯の不法内容は、「教唆犯が犯罪行為を惹起するだけでなく、法仲間を不法へと引き込み、法に敵対する事実状態に置き、それによって、その者の社会的な完全性を侵害する」ことであると主張して、教唆犯の「二重の不法内容」の理論 (Lehre vom "doppelten Unrechtsgehalt" der Anstiftung) を提唱するのである。⁽¹⁵⁾ レスによれば、「確かに、一方では、教唆者は正犯者意思で結果を惹起するものではないので、教唆者の不法は正犯者の不法より少ないが、他方で、教唆者は他の者を法秩序に反するように誘致し不法へと引き込むので、大きいのである」⁽¹⁶⁾。教唆者は、他の者に不法な行為を行わせることによって人格に対する尊重と人格の自由な発展という法益を侵害するのである。⁽¹⁷⁾ 「不法、法秩序に対する攻撃へと誘致することは、被誘致者が責任無能力もしくは責任を阻却する錯誤によって非難に相当しない場合にも、やはり社会的に耐えがたい行為であり、社会的平和の攪乱であり、人が受ける社会的な尊重の危殆化である」⁽¹⁸⁾。レスは、このように述べて、教唆犯の「二重の不法内容」の理論は制限従属性説に適合するといっているのである。

トレクセルによれば、教唆犯の法定刑は正犯のそれと同じなのであるから、それに対する何らかの基礎づけが必要である。⁽¹⁹⁾ そして、教唆犯は行為支配がないという点で正犯より当罰的ではないという前提に立てば、結果の惹起以外の要素を教唆犯の処罰根拠として考慮しなければならぬ。⁽²⁰⁾ ところで、明文で制限従属性説が規定されている以上、「責任と刑罰への誘致」を教唆犯の処罰根拠とする見解は承認しがたい。⁽²¹⁾ そこで、トレクセルは、教唆犯の処罰根拠は、「教唆者が他の者を重大な社会的統合解体 (soziale Desintegration) にさらすという意図で、違法かつ構成要件

に該当する行為に対して故意に原因を設定する」ことにあるという。⁽²²⁾ すなわち、トレクセルは、構成要件に該当する違法な結果を惹起したこと以外に、他の者を「社会的な統合解体」へと引き込んだことを教唆犯の処罰根拠とすることによって、教唆犯の法定刑を正当化しようとするのである。「社会的統合解体」の具体的な内容について、トレクセルは次のように説明している。教唆者は、被教唆者に構成要件に該当する違法な行為を行わせることによって、被教唆者を社会、特に刑事訴追機関との鋭い葛藤に引き込む⁽²³⁾。さらに、教唆者は、責任無能力者を犯罪へと誘致するときにも、刑事訴追もしくは処分という損害をその者に付与するといえる⁽²⁴⁾。したがって、「社会的統合解体」という概念は、制限従属性説にも合致するのである。⁽²⁵⁾

このように、教唆犯は、結果の惹起の点では正犯より不法の程度が低いが、他の者を不法へと誘致するという点で正犯より不法の程度が大きいので、正犯と同じ法定刑が適用されるというのが、不法共犯説の立場である。レス及びトレクセルは、「決意の喚起」の要素を否定しないので、⁽²⁶⁾ これを教唆犯の要件とすると考えられるから、これら不法共犯説によれば、「決意の喚起」は「不法への誘致」を意味することになる。

確かに、不法共犯説は、制限従属性説との適合に重点を置く理論であり、教唆者は正犯者を責任と刑罰へと引き込むと説明する責任共犯説を否定している。しかし、教唆犯は法益侵害の点では正犯より関与の程度が軽いことから、法益侵害以外の要素を教唆犯に対して付加することによって教唆犯の法定刑を正当化しているという点で、不法共犯説は責任共犯説と共通の理論的基盤に立つものといえよう。したがって、不法共犯説は、責任共犯説と同様に、「決意の喚起」を法益侵害とは独立した要素と考えているのである。

(d) これに対して、惹起説 (Verursachungstheorie) によれば、「共犯の処罰根拠は、共犯者が構成要件に該当する違法な行為を事実的故意の喚起によって惹起し、あるいは、助言または行為によって援助し、その際に、自ら有責的に行為するという点に存する⁽²⁷⁾」。ドイツでは、共犯の処罰根拠に関する学説としては、惹起説が通説である⁽²⁸⁾。しかし、教唆犯の法定刑がなぜ正犯のそれと同じであるのかという問題について、責任共犯説と不法共犯説が明確にその主張を展開しているのに比べて、惹起説には、この問題に言及したものはほとんど見受けられない。教唆犯の法定刑の基礎づけという問題が学説によって積極的に論じられてこなかった原因は、通説である惹起説がこの問題を重要視しなかった点にあると見てよいであろう。その中で、惹起説の立場から教唆犯の法定刑の基礎づけについて論究しているのは、エッサー及びリューダーセンの見解である。

エッサーは、責任共犯説を否定し、惹起説を採用した上で、教唆犯と正犯が法定刑において同様に扱われるのは、教唆者の行為が因果連鎖の端緒という特別な意味を有するからである⁽²⁹⁾。その具体的な内容について、エッサーは、教唆行為は法益侵害の端緒であり、教唆者は犯行の精神的な発起者であるといえるから、教唆者は、正犯者に対する作用の時点では、一瞬にすぎないとしても正犯者に対する支配者となるのだと説明している⁽³⁰⁾。

リューダーセンは、自ら実行行為を行うことを決意するより他の者を教唆する方が容易に躊躇を除去しうるので、教唆者は正犯者より危険であることが多いと述べて、⁽³¹⁾ 教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由はその点にあると主張する。リューダーセンによれば、ここでいう危険は、具体的な法益侵害に関連する危険であり、それは、教唆行為により結果が生ずる蓋然性の程度の問題として把握されるものである⁽³²⁾。したがって、このような教唆犯の法定刑

の基礎づけは、結果の惹起のみを共犯の処罰根拠とする惹起説の立場と適合するといふのである。

このように、惹起説は、法益侵害のみが共犯の処罰根拠であることを前提として、教唆犯の法定刑の基礎づけも法益侵害の観点から行うのである。⁽³⁸⁾ 惹起説を採用する見解も、「決意の喚起」を教唆犯の要件とし、それによって教唆犯と幫助犯を限界づけるので、「決意の喚起」の要素によって教唆犯の法定刑を正当化する立場であると考えられる。したがって、惹起説によれば、「決意の喚起」は法益侵害に関連する要素であり、その内容は「法益侵害の端緒」、あるいは「法益侵害に対する危険」であるということになるであろう。

もつとも、立法論的には教唆犯に対して正犯より軽い法定刑を規定することも可能である。惹起説の立場には、法益侵害のみが共犯の処罰根拠であり、教唆犯は法益侵害の点では正犯より関与の程度が軽いのであるから、教唆犯に對しては正犯より軽い法定刑を規定すべきであると主張する見解が散見される。

第一に、一九六六年対案二八条二項は、教唆犯に関して任意的な刑の減輕を規定する。⁽³⁴⁾ 対案は、その理由として、「法定刑において正犯と教唆犯を例外なしに同様に扱ふことは、教唆者が正犯者を責任へと引き込んだ、すなわち、犯罪へと誘致したことについて教唆者に刑を加重して責任を負わせる場合にのみ、正当化されうる」のであり、それは責任共犯説の立場であるから制限従属性説と合致しないという点を指摘している。⁽³⁵⁾

第二に、シュトラーターテンヴェルトも、犯行傾向がない正犯者を犯罪へと決意させることによって、教唆者が完全に不法の眞の発起者になるといえる場合には、軽く処罰される理由はないが、たとえば、教唆者の作用が正犯者の犯行決意を誘発する多くの要素の中の一つにすぎないときには、教唆犯と正犯が同様に扱われることは不当なこともある

という。⁽³⁶⁾したがって、シュトラーターテンヴェルトは、教唆犯の事例の中には、正犯と同様に処罰すべきものと正犯に比べて刑を減軽すべきものがあるという見解を採るといえる。

第三に、F・C・シュレーダーは、「正犯者の背後の正犯者」の形態を肯定するという立場から、従来教唆犯とされてきた事例の中で、免責事由の限界領域で行為する者を利用する事例のように、背後者の関与の程度が重大である事例について背後者の間接正犯の成立を認めることによって、こうした事例を教唆犯の領域から放逐する⁽³⁷⁾。そして、背後者の関与の程度が重大ではないために教唆犯の領域にとどまる事例に関しては、立法論的に必要的または任意的な刑の減軽を規定することを支持する⁽³⁸⁾。

(e) 以上論述してきた見解は、「決意の喚起」を教唆犯の要件とすることを前提とした議論であった。それに対して、新たな教唆犯の要件を提示する見解も主張されている。プッペ及びシュルツの見解がこれである。

プッペは、不法の協定を教唆犯の要件とすることによって、教唆犯の法定刑の基礎づけを試みている。プッペの論拠は、以下の通りである。

教唆者の行為と結果との関連は、心理的因果関係であるから、本質的に正犯者もしくは共同原因的な物理的幫助者の行為と結果との関連より弱く、不確定である⁽³⁹⁾。それにもかかわらず、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるのだとすれば、付加的なメルクマールを教唆犯の要件としなければならない⁽⁴⁰⁾。ところで、共同正犯者は、法的な意味で自由な仲間の行為を介して結果を実現するにもかかわらず、正犯として扱われる。その基礎となっているのは、共同して犯罪行為を実行しようとする決意がある⁽⁴¹⁾という点である。この「共同による犯罪行為への決意」が形成され

たといえるためには、共同正犯者が「犯罪行為を実行する以前に、あるいは、犯罪行為を実行する際に、不法の協定 (Unrechtspakt) によって相互に拘束され、事実上お互いに義務づけられている」⁽⁴²⁾ ことが必要である。

このような共同正犯と同じ特徴は、教唆犯にも認められなければならないであろう。すなわち、教唆犯も、法的に自由な者を利用して結果を実現するにもかかわらず、正犯と同じ法定刑が適用されるのであるから、共同正犯と同様に不法の協定及び共同による犯罪行為への決意をその要件としなければならない。「教唆者も、正犯者と一種の協定を締結し、犯罪を行うよう約束または義務を正犯者から取りつけなければならないのであり、それは、確かに、正犯者を法的には拘束するものではないが、事実上拘束し、正犯者が犯行計画を放棄するのを困難にする」⁽⁴³⁾ ののである。そして、「教唆者は、犯罪行為の実行には関与していないけれども、立案には関与しているのであり、そのような関与は、共同して犯罪行為を実行するものとはいえないとしても、共同正犯と同様に、共同して犯罪行為を計画するものといえなければならない」⁽⁴⁴⁾。したがって、教唆犯の成立要件としては、教唆者が正犯者と不法の協定を締結し、犯罪行為を行うよう正犯者を事実上拘束することが必要なのである。この不法の協定と共同による犯行計画を要件とすることによって、教唆犯は共同正犯に接近する。そして、立案の際や実行の際にも正犯者がある程度教唆者に従属するといふ点で、間接正犯にも接近する⁽⁴⁵⁾。

一方、不法の協定を教唆犯の要件とするのであれば、教唆犯と幫助犯との差異もこの点から説明されることになる。この問題について、通説は、すでに存在する犯行決意を強化するにすぎない単なる幫助者と、まだ動揺している正犯者の最終的な犯行決意を惹起する教唆者とを区別する。このような通説の立場からは、被教唆者の決意は実行行為の

開始の以前に存在していなければならない。しかし、未遂論で承認されているように、犯行決意は未遂成立の要件であり、被教唆者の決意は実行行為の以前に存在するものではなく、実行行為の開始の時点で発生するのである。したがって、「決意の喚起」を教唆犯の要件とする見解は、未遂論や故意論の基本思想にも合致しない。⁽⁴⁶⁾さらに、通説の前提に立てば、教唆犯が成立するためには、教唆行為の時点で被教唆者がまだ決意していないことが必要となるが、被教唆者がいつ決意したのかは非常に不明確であり、被教唆者が教唆行為の時点ですでに決意していたかどうかを立証するのは困難である。⁽⁴⁷⁾このように、通説の立場には従いえない。教唆犯と幫助犯との限界づけにとって重要なのは、不法の取り決め(Unrechtsvereinbarung)によって正犯者を犯行へと義務づけていたかどうかであって、正犯者の決意を喚起したかどうかではないのである。⁽⁴⁸⁾プッペは、このように主張している。

(f) 教唆者が犯行計画を支配することが教唆犯の処罰根拠であるとする立場から教唆犯の法定刑を正当化しようとするのは、シュルツである。シュルツは、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを正当化するためには、教唆犯の処罰根拠を論ずる必要があると述べて、⁽⁴⁹⁾以下のような議論を展開する。

従来教唆犯の法定刑に関して主張されてきたすべての見解は、教唆者は正犯者に対して一定の点で優越しているのだという支配思考(Dominanzgedanke)を基礎としている。⁽⁵⁰⁾そして、もし教唆者が犯行のすべての段階で正犯者に従属していると考えるのであれば、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであることと矛盾するから、教唆犯が正犯と同様に処罰されることを正当に説明しうるのは支配思考のみである。⁽⁵¹⁾すなわち、教唆者は、一定の点で支配をもつのであるが、行為を支配するものではない。教唆犯は、まさに犯行計画を支配するのである。したがって、教唆者が犯

行計画を支配することが教唆犯の処罰根拠なのであり、⁽⁵²⁾ 教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由は、その計画支配 (Planherrschaft) ⁽⁵³⁾ にあるということになる。

このような解釈は、教唆犯は正犯ではないという原則に反するものではない。なぜならば、教唆犯は計画を支配するが、正犯は行為を支配するというように、教唆犯と正犯には依然として差異が存在するからである。⁽⁵⁴⁾ したがって、教唆犯に対して計画支配という特徴を付与しても、間接正犯と教唆犯との差異は維持されうる。すなわち、間接正犯の場合には、背後者は、行為を支配することによって実行の点についても被利用者に優越しているのであり、自己の意思通りに犯罪を実現するといえる。それに対して、教唆犯の場合には、確かに、教唆者は犯行計画を支配するが、行為を支配するのは被教唆者であって、教唆者ではないのであるから、その計画を承諾するかどうかは被教唆者に任されている。犯行を実行するかどうか、いかに実行するかを決定するのは、被教唆者なのである。⁽⁵⁵⁾

それでは、計画支配とは、どのようなものなのであろうか。計画支配の具体的な内容は、教唆犯と幫助犯との限界づけの問題を論ずることによって明らかになる。通説は、正犯者の決意を喚起したかどうかによって教唆犯と幫助犯を限界づけるが、そのような通説の立場には疑問がある。第一に、通説は、教唆行為とは正犯者の決意の原因となる行為であると説明しているが、⁽⁵⁶⁾ 「決意」が正犯者の具体的な犯行立案をいうのだとすれば、幫助行為も正犯者の犯行立案に影響を及ぼすから正犯者の決意の原因となるのであり、⁽⁵⁷⁾ 通説の説明では教唆犯と幫助犯は限界づけられない。第二に、通説は、すでに具体的な犯行へと固く決意した者に対する誘致行為は教唆犯ではないとしているにもかかわらず、正犯者の犯行計画がどの程度詳細であれば「具体的な犯行」といえるのか、正犯者がどの程度強く犯行へと意

欲していれば「固く決意した」といえるのかについては何ら説明していない。⁽⁵⁸⁾このように、「決意の喚起」は、教唆犯と幫助犯との限界づけの基準として有効であるとはいえないのである。

教唆犯の処罰根拠は教唆者が犯行計画を支配することであるとすれば、教唆犯と幫助犯との差異は計画支配の有無に見出される。正犯者に対して犯罪行為に関する助言を行うという事例について考えてみると、助言者が犯行に関する助言をしたにもかかわらず、正犯者が犯行計画を支配し、助言者は犯行計画を支配しない場合には、助言者は幫助者にとどまるが、助言者が助言することによって犯行計画を支配するといえる場合には教唆犯が成立する。⁽⁵⁹⁾そこで、いかなる場合に犯行計画を支配するといえるのが問題となるが、これについては次のような基準が示されうる。正犯行為の犯罪としての意味 (*deliktischer Sinnzusammenhang*) を設定する者が犯行計画を支配する。⁽⁶⁰⁾そして、正犯者に対し犯行の目標と手段に関して助言する場合には、正犯行為の犯罪としての意味を設定するといえる。これに対し、正犯者の既存の目標を達成させるためにその手段について助言する場合には、正犯行為の犯罪としての意味を設定するものではない。⁽⁶¹⁾シェルツは、この主張するのである。

- (一) Gössel, Maurach=Gössel=Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 344 f.; Cramer, Schönke=Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl., 1988, § 26, Rdnr. 4 f.; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I Die Straftat, 3. Aufl., 1981, S. 245 ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1988, S. 341, 343 f.; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 623 f.; Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 26, Rdnr. 2 ff.; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 19. Aufl., 1989, S. 167; H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 321; Welzel, Das Deutsche

- Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 116; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1991, § 26, Rdnr. 2 f.; Letzgus, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 32 f. ケーソンの判例が「決意の喚起」を教唆犯の要件としよう。° Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, (以下) RGSt. 及び記号 No°) 13, 121 (122); 37, 171 (172); Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, (以下) BGHSt. 及び記号 No°) 9, 370 (379 f.); Oberlandesgericht (以下) OLG 及び記号 No°) Köln, Monatsschrift für deutsches Recht (以下) MDR 及び記号 No°) 1962, S. 591. やないで 教唆犯と幫助犯との境界についての基準を「決意の喚起」に見出しよう。° RGSt. 13, 121 (122); 36, 402 (404); 59, 26 (27); 72, 373 (375); Bundesgerichtshof (以下) BGH 及び記号 No°) bei Dallinger, MDR 1957, S. 395; BGH bei Dallinger, MDR 1972, S. 569; OLG Hamburg, Juristenzeitung (以下) JZ 及び記号 No°) 1952, S. 48. Vgl. BGH Neue Juristische Wochenschrift (以下) NJW 及び記号 No°) 1951, S. 451.
- (2)(3) H. Mayer, a. a. O. (Anm. 1), S. 319.
- (4) Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 198, 1918, S. 145.
- (5) Perten, a. a. O. (Anm. 4), S. 146.
- (6) 本稿(1)参照。
- (7) H. Mayer, a. a. O. (Anm. 1), S. 321; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1967, S. 160; Perten, a. a. O. (Anm. 4), S. 148.
- (8) ドイツ刑法二六条、二七条は、「正犯行為は「故意で遂行された違法な行為」であると規定する。そして、二九条は、「すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って罰する」としている。法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料四二四号〔宮澤浩一訳〕(昭和五〇年)五四頁。
- (9) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), Vor § 26, Rdnr. 8; Otto, a. a. O. (Anm. 1), S. 335 f.; Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1), S. 324; Jescheck, a. a. O. (Anm. 1), S. 620; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 1), S. 241. Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 207 ff.

- (9) Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 147 f.; ders., Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 1958, S. 71.
- (11) ドイツ刑法二八条一項。
- (21) Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 32.
- (31) Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), S. 43.
- (41) Less, a. a. O. (Anm. 13), S. 45.
- (51)(9) Less, a. a. O. (Anm. 13), S. 47.
- (71) Less, a. a. O. (Anm. 13), S. 52.
- (81) Less, a. a. O. (Anm. 13), S. 54.
- (61) Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 46.
- (82) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 49 f., 54.
- (12) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 32, 53 f.
- (22) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 32.
- (32) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 61.
- (42) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 55.
- (52) Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 32.
- (62) Less, a. a. O. (Anm. 13), S. 43 ff.; Trechsel, a. a. O. (Anm. 19), S. 1 ff.
- (72) Jescheck, a. a. O. (Anm. 1), S. 620 f.
- (82) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 1), S. 241; Roxin, a. a. O. (Anm. 1), Vor § 26, Rdnr. 7; Otto, a. a. O. (Anm. 1), S. 336; Esser, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, Goldammer's Archiv für Strafrecht (三六) GA 九三號(一九五八) 1958, S. 333; Jescheck, a. a. O. (Anm. 1), S. 620 f.; Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O.

- (Anm. 1), S. 325; Cramer, Schönke = Schröder, a. a. O. (Anm. 1), Vorbem. § 25 ff., Rdnr. 22; Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119 ff.; Wessels, a. a. O. (Anm. 1), S. 163; Sax, Zur Problematik des "Teilnehmerdelikts", ZStW 90 (1978), S. 927 ff.
- (29)(30) Esser, a. a. O. (Anm. 28), S. 325.
- (31) Lüderssen, a. a. O. (Anm. 28), S. 58. なお、リューダーセンの見解については、相内信「クラウス・リューダーセン著『共犯の処罰根拠について』(一九六七年)」金沢法学一九卷一—二号(昭和五十一年)一〇〇頁以下参照。
- (32) Lüderssen, a. a. O. (Anm. 28), S. 59.
- (33) Otto, a. a. O. (Anm. 1), S. 341, 343 f.; Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1), S. 344 f.; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 1), S. 245 ff.; Roxin, a. a. O. (Anm. 1), § 26, Rdnr. 2 ff.; Cramer, Schönke = Schröder, a. a. O. (Anm. 1), § 26, Rdnr. 4 f.; Jescheck, a. a. O. (Anm. 1), S. 623 f.
- (34) 法務省刑事局『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案』刑事基本法令改正資料一—二号(昭和四三年)一一頁。
- (35) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1969, S. 67, 69. Vgl. Roxin, Literaturbericht Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), S. 233; Gallas, a. a. O. (Anm. 12), S. 32; Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), S. 37; Schulz, Anstiftung oder Beihilfe, Juristische Schulung (コト) Jus の語(記号) 1986, S. 941 f.
- (36) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 1), S. 248 f.
- (37) Fr. -Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 119 ff.
- (38) Fr. -Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 37), S. 215.
- (39) Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 104 ff. なお、同論文の詳細な内容については、佐久間修「インゲボルク・プップ『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(昭和六〇年)一三一頁以下参照。

- (40) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 101.
- (41) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 111 f.
- (42)(43)(44) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 112.
- (45) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 113.
- (46) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 116 ff.
- (47) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 117.
- (48) Puppe, a. a. O. (Anm. 39), S. 118 f.
- (49) Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 132.
- (50) シドマン⁴⁵⁾ H・トニーヤー⁴⁶⁾ ノスト⁴⁷⁾ トレントセン⁴⁸⁾ マッサー⁴⁹⁾ リューダーセン⁵⁰⁾などの見解を採用している。Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 133 ff. Vgl. Bloy, a. a. O. (Anm. 9), S. 336 ff.
- (51) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 140 f.
- (52) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 142; ders., a. a. O. (Anm. 35), S. 937 ff. Vgl. Bloy, a. a. O. (Anm. 9), S. 343.
- (53) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 144.
- (54) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 142.
- (55) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 143 f.
- (56) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 1), S. 246; Dreher = Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl., 1991, § 26, Rdnr. 3; Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1), S. 344. シドマンの判例が同様の説明を行っている。BGH bei Dallinger, MDR 1970, S. 730.
- (57) Schulz, a. a. O. (Anm. 35), S. 933 f.; ders., a. a. O. (Anm. 49), S. 125 f., 149 f.
- (58) Schulz, a. a. O. (Anm. 35), S. 934; ders., a. a. O. (Anm. 49), S. 126.
- (59) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 145.

(9) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 149 f.

(19) Schulz, a. a. O. (Anm. 49), S. 145 ff.

(3) 小 括

以上、本稿が考察すべき問題に関する学説の立場を概観した。そこで、以上の諸説の考え方の筋道を整理し、その妥当性をいかに検証すればよいのかについて考えることにしたい。

(a) 本稿は、現行刑法の規定を踏まえて、①教唆犯が正犯ではないこと、②教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを議論の出発点としてみた。しかし、この前提自体を否定する見解も存在する。まず、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるという前提を否定するのは、ドイツ一九六六年対案に代表される立場である。この立場は、教唆犯は正犯より軽い犯罪の関与形式なのであり、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであるという刑法の規定自体が不当であるとして、教唆犯に対しては刑の減輕を規定すべきだと主張する。これに対して、教唆犯は正犯ではないという前提に反対するのは、野村教授の見解である。野村教授は、教唆犯は正犯であり、刑法六一条一項は教唆犯を正犯と同様に扱うことを規定したものであると主張されるのである。こうした見解の正当性を論ずる際には、その主張が現行刑法の解釈上可能なものであるのかに関して検討を加えることが必要となるであろう。

(b) 本稿と同様に、教唆犯は正犯ではないとしながら教唆犯の法定刑の基礎づけを試みている学説としては、「決意の喚起」を教唆犯の要件とする立場とこれに反対する立場とがあることが確認できた。通説は、教唆犯は構成

要件的结果の実現方法としては正犯より軽いものと評価しながらも、「被教唆者の決意の喚起」という点を重要視することによって、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであることを正当化する立場である。もちろん、通説に従うためには、「決意の喚起」を教唆犯の要件とするときの具体的帰結の妥当性を検証することが必要となるであろう。

しかし、ここで注意しなければならないのは、責任共犯説、不法共犯説及び惹起説は、それぞれ異なる観点から教唆犯の法定刑の基礎づけをしているという点である。すなわち、責任共犯説及び不法共犯説は、教唆犯は法益侵害の点で正犯より関与の程度が軽いことから、法益侵害以外の要素を教唆犯に対して付加することにより教唆犯の法定刑を基礎づけている。これは、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を法益侵害以外の要素によって説明するものといえよう。これに対して、惹起説は、法益侵害のみが共犯の処罰根拠であるという前提に立って、法益侵害の観点から教唆犯の法定刑を基礎づけようとするのである。このように、「決意の喚起」を教唆犯の要件とする見解の内部にも異なる基礎づけが存在する。こうした事情は、「決意の喚起」を教唆犯の要件とするときの具体的帰結は妥当であるのかという問題の前に、いかなる理論的基礎に立脚して教唆犯の法定刑を基礎づけるのかという問題を論ずる必要があることを示している。そして、責任共犯説、不法共犯説及び惹起説の対立に注目してみると、教唆犯の法定刑の基礎づけに関する基本的な考え方としては、教唆犯の法定刑を法益侵害以外の要素によって正当化する立場と、これを法益侵害の観点から説明していこうとする立場とがあるということが確認された。教唆犯の法定刑の基礎づけを論ずる上で、いずれの立場を理論的基盤とするかは重要な問題となるであろう。以上のような理解から、通説の正当性を検証する際には、まず、通説が「決意の喚起」を教唆犯の要件とするために用いている理論的基礎が是認

しうるものであるのかを論ずることにしたい。そして、この問題を考慮した後に、「決意の喚起」を教唆犯の要件としたときの解釈論上の具体的帰結は正当なものかを見ていくことにする。

一方、「決意の喚起」を教唆犯の要件とすることに反対するのは、不法の協定を教唆犯の要件とするプッペの見解及び、計画支配を教唆犯の処罰根拠とするシュルツの見解である。こうした反対説の正当性を考察する際にも、具体的帰結の妥当性という問題の前に、その理論的基礎について論ずる必要があるであろう。前述のように、教唆犯の法定刑の基礎づけに関する基本的な考え方としては、これを法益侵害の観点から論ずる立場と、法益侵害以外の要素によって説明する立場とがあった。プッペは、教唆者の行為と結果との関連が曖昧であるという問題提起にもとづいて、その関連を明確にするために、不法の協定を教唆犯の要件としている。⁽¹⁾ プッペの見解は、法益侵害の観点とした理論なのである。シュルツも、構成要件の結果をいかに実現するかに関する助言をするのでなければ計画支配があるとはいえない⁽²⁾ として、法益侵害の観点を理論的基盤としているといえよう。このような点を確認した上で、こうした反対説の理論構造及び具体的帰結の正当性について考察することにする。

(1) Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 111 f.

(2) Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 151 f.