

教唆犯の本質に関する一考察(二・完)

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

(以上四三卷二号)

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

(a) 通説は、教唆犯は構成要件の結果の実現方法としては正犯より軽いとしながらも、「被教唆者の決意の喚起」という点に着目することにより、教唆犯の法定刑を正当化している。前述のごとく、このような通説の立場に従うためには、具体的帰結の妥当性の前に、その理論的基礎について考察する必要がある。しかし、通説は、いかなる論拠にもとづいて「決意の喚起」を教唆犯の要件としているのかについては何ら言明していない。通説は、おそらく「教唆」という語感から無批判に、教唆行為の内容を「決意の喚起」としたものと考えられる。確かに、法文の解釈は、ことばの日常的な用語法に即したものであることが望ましい。しかし、目的論的解釈のためには、ことばの日常的な用語法ばかりでなく、具体的帰結の妥当性も考慮に入れなければならないことは、一般的に承認されている。⁽²⁾したがって、通説が具体的な論拠を示すことなく「決意の喚起」を教唆犯の要件としていることは、批判されなければならない。⁽³⁾もっとも、前述のように、通説が「決意の喚起」を教唆犯の要件とするためにどのような考え方を基礎としているのかは、共犯の処罰根拠に関する議論に現れている。そこで、以下では、この点に着目しながら、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論拠の正当性について検討を加えることにしよう。

(b) すでに確認したように、⁽⁴⁾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対する基本的な考え方としては、その理由を法益侵害以外の要素に見出す立場と、法益侵害の観点から説明しようとする立場とがあっ

た。ここでは、前者の立場から見ていくことにしよう。この立場を採用するのは、責任共犯説と不法共犯説である。これは、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、教唆者が被教唆者を犯罪へと引き込むという点では正犯より責任が重いので、教唆犯の法定刑は正犯のそれと同じであるとする立場であり、考え方としては非常に明快である。そして、この立場は、「決意の喚起」の内容を「被教唆者に対する犯罪への誘致」と把握することになるが、そのような説明は、まだ決意していなかった者に対して犯行へと決意させるという「決意の喚起」の実体を適切に表現するものといえよう。しかし、以下に見るように、この立場には疑問がある。

責任共犯説は、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用される理由を「被教唆者に対する責任と刑罰への誘致」に見出している。しかし、責任共犯説は、制限従属性説に適合しない。ドイツでは、制限従属性説が明文で規定され、わが国でも通説によって主張されている。制限従属性説を採用するのであれば、有責的でない正犯行為に対する教唆も可能になり、教唆者は必ずしも被教唆者を責任と刑罰へと誘致するわけではないということになる。したがって、通説は、墮落思想によって「決意の喚起」の内容を説明する見解を承認しないであろう。

もつとも、ガラスが述べているように⁽⁵⁾、多くの教唆犯の事例は有責的な者を利用して犯罪を実現するというものであるから、その限りで墮落思想を適用すべきだと主張することは制限従属性説に反しない。さらに、わが国では、制限従属性説が明文で規定されているわけではないので、正犯行為に対して有責性を要求することも、解釈論的には可能である⁽⁶⁾。したがって、教唆者が有責的な者を介して犯罪を実現するという事例、すなわち、教唆者が被教唆者を責任と刑罰へと誘致するといえる事例に限って考えてみても、教唆犯の法定刑の基礎づけを墮落思想によって説明する

ことが許容されないのかを確認することが必要となるであろう。そこで、墮落の要素がどのような内容を有すると説明されているのかについて見ることにしよう。墮落の要素の内容については、次のような立場が主張されている。⁽⁷⁾

第一の立場は、墮落の要素の内容を「性格の頹廢」(Charakterverderbnis)に求める。これは、教唆者は被教唆者を責任と刑罰へと引き込むことによって、被教唆者の性格を頹廢させるのだというのである。たとえば、ペルテンは、被教唆者は、一たび内心的な抑止を凌駕して犯罪に足を踏み入れると、通常二度三度と犯罪を行うと述べている。⁽⁸⁾この立場は、墮落の要素を被教唆者に対する攻撃として把握するものであるといわれてよいであろう。しかし、こうした説明に対しては、次のような批判が可能である。第一に、「性格の頹廢」は不明確な概念である。⁽⁹⁾教唆者が被教唆者を犯罪へと誘致したことによって、実際に被教唆者の性格を頹廢させたかどうか、それがどの程度であるのかを証明するのは困難であろう。第二に、「性格の頹廢」の要素は教唆犯に固有のものではない。⁽¹⁰⁾教唆者が被教唆者の性格を頹廢させるというのであれば、仲間を犯罪へと誘致する共同正犯者や、幫助者に武器を提供させる正犯者も他の者を責任と刑罰へと引き込んでいるのであるから、他の者の性格を頹廢させるということになるであろう。⁽¹¹⁾責任共犯説は、教唆者が被教唆者を犯罪へと引き込むという点で教唆犯は正犯より責任が重いと説明しているが、「性格の頹廢」の要素が正犯にも存在しうるとすれば、それは、こうした責任共犯説の主張に反することになるといえよう。

第二の立場は、墮落の要素の内容を「一般的な法的平穩の危殆化」(Gefährdung des allgemeinen Rechtsfriedens)に求める。すなわち、教唆者は被教唆者を墮落させることによって、一般的な法的平穩を危険にさらすのだというのである。これは、墮落の要素を社会一般に対する攻撃と考える立場であるといえよう。たとえば、ビンディン

グは、教唆行為は「遵法的心情に対する攻撃」(Angriff auf die gesetzestreue Gesinnung)であるといっている。⁽¹²⁾

この見解は、教唆者が被教唆者を責任と刑罰へと誘致することによって、被教唆者の「遵法的心情」が侵害され、被教唆者はその後何度も犯罪を行うであろうから、教唆犯は一般的な法的平穩を危殆化することになるというのである。これと同様の主張として、ペルテンの見解がある。ペルテンは、教唆者が被教唆者を墮落させることにより、被教唆者はその後も繰り返し犯罪を行うと考えられるから、教唆行為は「法秩序の出発点となる根幹を侵害し、それによって、他のすべての法益を危険にさらす」ものといえるのであり、したがって、教唆犯は「法秩序の基礎」(Grundlagen der Rechtsordnung)に対する攻撃であると説明する。⁽¹³⁾しかし、第一に、教唆者が被教唆者を犯罪へと引き込むことによって、実際に被教唆者の「遵法的心情」が侵害されたのかどうか、それがどの程度であるのかは、やはり不明確であろう。⁽¹⁴⁾したがって、教唆行為によって一般的な法的平穩が危殆化したのかどうか、証明が困難であるといわなければならない。⁽¹⁵⁾第二に、「一般的な法的平穩の危殆化」は教唆犯に固有の現象ではないとの批判も可能である。⁽¹⁶⁾前述のように、他の者を犯罪へと引き込むという要素は正犯にも存在しうる。したがって、教唆者が被教唆者の「遵法的心情」を侵害するといふのであれば、正犯も他の者の「遵法的心情」を侵害するといふことになり、このことは、他の者を犯罪へと引き込むという点で教唆犯は正犯より責任が重いという責任共犯説の主張と矛盾するであろう。こうして、責任共犯説の主張には従いえない。

これに対して、不法共犯説は、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を「被教唆者に対する不法への誘致」に見出している。確かに、不法共犯説は、教唆者は被教唆者を不法へと誘致するという立場であるから、制限従

属性説に合致しないという批判は回避しうる。しかし、他の者を犯罪へと引き込むのは教唆犯に固有の要素ではないという批判は、不法共犯説にも妥当する。⁽¹⁷⁾ すでに見たように、正犯者が他の者を不法へと引き込む場合もありうる。不法共犯説は、他の者を不法へと引き込むという点で教唆犯は正犯より不法の程度が高いと主張するが、正犯も他の者を不法へと引き込むことは可能なのであるから、不法共犯説はその主張を貫徹しえないのである。⁽¹⁸⁾

(c) こうして、教唆犯の法定刑を法益侵害以外の観点から基礎づける見解は承認しがたいといわなければならない。したがって、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである根拠は、法益侵害の観点から説明すべきであるといえよう。⁽¹⁹⁾ しかし、そのような理論的基礎から、教唆犯の要件として「決意の喚起」の要素を導き出すことが整合性を有するの点については疑問がある。そこで、この点について見ていくことにしよう。「決意の喚起」を教唆犯の要件としながら、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から説明するのは、惹起説を採用するエッサー及びリュエーダーセンの見解と、「決意の喚起」を結果発生危険の点から把握するペルテンの見解である。

惹起説の立場は、「決意の喚起」の内容を「法益侵害の端緒」、あるいは「法益侵害に対する危険」として把握している。エッサーは、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を「法益侵害の端緒」という点に見出している。すなわち、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、一瞬であるとしても正犯者に対する支配者として教唆行為を行うというのである。確かに、正犯者の決意を喚起する行為は正犯者の犯行の原因であるから、教唆者は犯行の精神的な発起者であるといえよう。しかし、教唆者による誘致行為に従うかどうかは、被教唆者の意思に任されているのであるから、被教唆者の決意を喚起したという

だけでは、教唆者が被教唆者に対して支配者になるとはいえないのではないだろうか。誘致行為の時点で教唆者が被教唆者に対して支配者になるというのであれば、それは間接正犯であろう。したがって、教唆者が正犯者に対して支配者となるというエッセーの説明は、「決意の喚起」の実体に適合するものとはいえない。

リューダーセンは、自ら実行行為を行うより他の者を教唆する方が容易に内心的な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説明することによって、教唆犯の法定刑を基礎づける。そして、ここでいう危険とは教唆行為が結果を生ぜしめる蓋然性の程度をいうと説明するのである。確かに、教唆者が正犯者より容易に内心的な躊躇を除去しうるとすれば、教唆者が教唆行為に出る蓋然性は高いといえよう。しかし、ここで問題としているのは、教唆行為による「結果発生」の蓋然性である。そして、教唆行為が正犯行為より高い「結果発生」の蓋然性を有するといえるかは疑問である。リューダーセンがいうように、正犯者が教唆者より躊躇の除去が困難であるとすれば、教唆者が正犯者に犯罪への決意を生じさせて正犯者に犯罪を実行させることも、困難であるということになるであろう。⁽²⁰⁾したがって、教唆行為による「結果発生」の蓋然性は、正犯行為のそれに比べて高くはないといわなければならない。リューダーセンの見解も、「決意の喚起」の実体を正当に説明するものではないのである。⁽²¹⁾

これに対して、責任共犯説を採用するペルテンは、他方で、「決意の喚起」を結果発生の危険という観点から把握する。ペルテンは、教唆犯と精神的幫助は、まだ犯行へと決意していない者に対する知的作用であるか、すでに犯行へと決意している者に対する知的作用であるかということによって限界づけられると主張して、次のようにその論拠を示している。決意とは、犯罪へと駆り立てる動機がそれを阻止する動機を凌駕する瞬間をいうのであり、正犯者が

犯行へと決意することによって、結果発生危険は法的に相当な程度に到達する。このことを前提とすれば、すでに犯行へと決意している者に対する知的作用は、その作用なしでも正犯者は犯罪を行っていたであろうといえるから、通常は犯罪の遂行にとって必要ではない。そのような知的作用が結果発生共同原因ではないというわけではないが、結果発生にとって重要ではないのである。それに対して、まだ犯行へと決意していない者に対する知的作用は、それがなければ正犯者は犯罪へと決意していなかったし、犯行も遂行されていなかったであろうから重要である。⁽²³⁾ こうして、ペルテンは、正犯者の決意を喚起する行為は、すでに存在する決意を強固にする行為より結果発生にとって危険であると主張するのである。このような前提に立てば、教唆犯の法定刑が幫助犯の法定刑より重いことは正当化しうるであろう。

しかし、こうしたペルテンの主張にもかかわらず、「決意の喚起」を結果発生危険という観点から把握する見解は是認しえない。ペルテンは、正犯者が犯行へと決意することによって、結果発生危険が法的に相当な程度に到達すると述べている。しかし、通説によって承認されているように、結果発生危険を客観的に把握するという前提に立てば、⁽²⁴⁾ 結果発生危険があるというためには、行為者による客観的な行為の存在が必要なのであり、正犯者が犯行へと決意するだけで法益侵害危険が発生するとはいえない。したがって、ペルテンが、正犯者の決意により法益侵害危険が発生するとの前提から、正犯者の決意を喚起する行為も結果発生にとって危険であると推論している点は承認しえないといえよう。このように、ペルテンの見解も、「決意の喚起」の実体に適合するものではないのである。

(d) 以上見てきたように、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論拠には問題があると

いわざるをえない。さらに、こうした理論的基礎に関する批判に加えて、通説に対しては、「決意の喚起」を教唆犯の要件とするときの解釈論的帰結に関する問題点を指摘することができる。その問題点は、何よりもまず、教唆犯と間接正犯との錯誤の事例、すなわち、教唆犯の故意で行為したが客観的には間接正犯の結果が発生した場合、あるいは、間接正犯の故意で行為したが客観的には教唆犯の結果が発生した場合である。

利用者は被利用者が事情を認識していると思つたが、実際には被利用者は過失、あるいは無過失で行為するという事例については、通説はこれを教唆犯であるとしている⁽²⁵⁾。しかし、通説の立場からこの場合に教唆犯を認めうるかについては、疑問の余地がある。なぜならば、通説は、教唆犯の客観的要件として「被教唆者の決意の喚起」を要求しているが、この事例ではそれが存在しないからである⁽²⁶⁾。

もっとも、通説は、この事例を抽象的事実の錯誤として扱い、教唆犯を行う意思で客観的には間接正犯の事実を生させたのであるから、刑法三八条二項を適用して軽い教唆犯が成立するとしている。たとえば、大塚教授は、錯誤理論ではいつも規範的評価が行われているとの前提から、利用者は現実には正犯者の決意を喚起していないけれども、間接正犯と教唆犯は「他人を利用するという点において、基本的に共通したものがあ⁽²⁷⁾」るとして、教唆犯を認められる⁽²⁷⁾。ところで、通説である法定的符合説によれば、抽象的事実の錯誤においては、両罪の構成要件が重なり合う限度で発生した事実について故意が認められる⁽²⁸⁾。これを教唆犯と間接正犯について考えると、確かに、他の者を介して構成要件的结果を実現するという点では両者は共通している。しかし、教唆犯は「決意の喚起」を構成要件要素としているが、間接正犯はこれを要件としないのであるから、「決意の喚起」という点に注目すれば、両者の構成要件は重

なり合うとはいえないであろう。もちろん、符合が認められるためには、構成要件が形式的に重なり合うことは必要ではないのであり、実質的な重なり合いがあれば足りる。⁽²⁹⁾しかし、通説のように、教唆者が被教唆者の決意を喚起するからこそ、教唆犯には正犯と同じ法定刑が適用されるのだと考えるのであれば、「決意の喚起」は教唆犯の重要な特徴であるということになり、「決意の喚起」を要件とする教唆犯とこれを要件としない間接正犯の間には実質的な構成要件の重なり合いが認められないといわなければならない。⁽³⁰⁾したがって、通説の立場からは、この場合に教唆犯の成立を認めることは許されないのである。

通説を前提として、この事例における間接正犯及び幫助犯の成立の可能性を考えてみると、第一に、間接正犯は成立しない。なぜならば、間接正犯の主観的要件が欠けているからである。確かに、客観的には、事情を知らない者を利用して犯罪を実現しているのであるから、間接正犯の状況と一致する。しかし、通説によれば、間接正犯が成立するためには、他の者を一方的に利用することを認識していなければならないのであり、⁽³¹⁾ここでは、事情を知らない者を利用しているという認識は利用者には存在していないのである。そして、正犯の主観的要件が存在しない以上、実行行為が認められないから⁽³²⁾間接正犯の未遂にもならないのである。第二に、幫助犯は、被利用者が無過失で行為する場合には成立しない。なぜならば、故意と過失は構成要件要素であるので、⁽³³⁾無過失の行為は構成要件に該当しないのであり、制限従属性説によれば、そのような行為に対する共犯は認められないからである。そのため、被利用者が過失で行為する場合にのみ幫助犯が成立しうることになる。⁽³⁴⁾

一方、利用者は被利用者が事情を認識していないと思ったが、実際には被利用者は故意で行為するという事例につ

いても、通説によって教唆犯の成立が認められている⁽³⁵⁾。しかし、ここでも、通説の立場から教唆犯の成立を認めうるかについては疑問が生ずる。けだし、通説は、教唆犯の主観的要件として「被教唆者の決意の喚起への意欲・認識」を必要としているが⁽³⁶⁾、ここでは、利用者にはそれが存在しないからである。

もっとも、通説は、この事例を抽象的事実の錯誤として扱い、間接正犯の故意は教唆犯の故意を包摂するといえるから、軽い教唆犯が成立するとしている。たとえば、大塚教授は、刑法上の故意は、「行為者の人格に対する非難可能性という観点からの規範的意味をもつ価値判断の帰結であるべきである」という立場から、間接正犯の意思は実際には教唆犯の意思ではないが、被利用者を犯行に誘致しようとする点で教唆犯の意思と基本的に共通するといわれて、教唆犯の成立を認められる⁽³⁷⁾。しかし、通説のように、教唆者が被教唆者の決意を喚起するからこそ、教唆犯には正犯と同じ法定刑が適用されると考えるのであれば、「決意の喚起」は教唆犯の重要な特徴であるということになり、教唆犯と間接正犯との間には、実質的な構成要件の重なり合いが認められないといえよう。したがって、間接正犯の故意と教唆犯の故意とは基本的に共通するとはいえないのである⁽³⁸⁾。

そして、通説を前提として、この事例における間接正犯及び幫助犯の成立の可能性を考えてみると、第一に、間接正犯は成立しない。なぜならば、利用者は、客観的には他の者を一方的に利用していないからである。確かに、利用者には正犯者としての意思が存在するが、実際には、被利用者は事情を認識しているのであるから、間接正犯の客観的要件が欠けているのである⁽³⁹⁾。そして、通説によれば、利用者の行為の時点で実行の着手があったとはいえないであろうから、間接正犯の未遂も成立しないのである⁽⁴⁰⁾。第二に、幫助犯は成立する余地がある。この事例では、被利用者

は故意で行為しているのであるから、被利用者の行為が構成要件に該当して違法であれば、その行為は正犯行為であるといえ、幫助犯は成立しうる。このように、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由を「決意の喚起」の要素によって説明しようとする通説の立場を前提として、教唆犯と間接正犯との錯誤の事例を考えてみると、教唆犯は成立せず、幫助犯、あるいは不可罰となるにすぎない⁽⁴¹⁾。しかし、結果発生を認識しながらこのような重大な関与を行う者が、幫助犯、あるいは不可罰になるのは、法感情に反するであろう⁽⁴²⁾。

以上に述べた批判は、教唆行為後の正犯行為の事例にもあてはまる。教唆者が犯罪の実行を教唆した後、被教唆者と共にその犯罪を実行するときには、教唆犯と共同正犯は基本的な罪質が同じであるから、教唆犯は共同正犯に吸収されて共同正犯のみが成立すると一般に説明される⁽⁴³⁾。確かに、他の者を介して結果を実現するという点では教唆犯と共同正犯は基本的な罪質を同じくするといえよう。しかし、通説のように、教唆者が被教唆者の決意を喚起するからこそ、教唆犯には正犯と同じ法定刑が適用されるのだと考えるのであれば、「決意の喚起」は教唆犯の重要な特徴であるということになり、「決意の喚起」という点に注目すれば、これを要件とする教唆犯と、要件としない共同正犯は、基本的な罪質が同じであるとはいえないであろう⁽⁴⁴⁾。したがって、教唆犯が共同正犯によって吸収されると説明することは、「決意の喚起」を教唆犯の要件とする通説の立場と矛盾するといわなければならない。

(e) 以上の検討によって、教唆犯の法定刑を重くする要素は「決意の喚起」であるとして、この要素を教唆犯の要件とする見解は、その理論的基礎及び具体的帰結の妥当性という点で問題があるということが明らかになった。それでは、これに批判的な見解は妥当な教唆犯の要件を提示しているのであるか。次には、反対説の正当性について

検討を加えることにする。

- (1) 本稿同志社法学四三卷二号八八頁参照。
- (2) 大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）七二頁。
- (3) 本稿同志社法学四三卷二号六二頁以下参照。
- (4) 本稿同志社法学四三卷二号八八頁参照。
- (5) 本稿同志社法学四三卷二号七二—七三頁参照。
- (6) 齋藤信治『極端従属形式』は捨てられるべきか——昭和五八年九月二日最高裁第一小法廷決定を機縁として——」法学新報九一卷八—九—一〇号五五頁以下は、極端従属性説を採用する。
- (7) Fr.-Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 210.
- (8) Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 198, 1918, S. 144.
- (9) Esser, Die Bedeutung des Schuldeinnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, S. 323. Vgl. Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 8 ff.; Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 93 ff., 111 ff.; Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 7), S. 211. なお、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（昭和五九年）一四五—一四六頁、大越義久『共犯の処罰根拠』（昭和五六年）二二—二一頁参照。
- (10) Esser, a. a. O. (Anm. 9), S. 322 f. 大越・前掲註(9)二五七—二五八頁。
- (11) Esser, a. a. O. (Anm. 9), S. 322. なお、F. C. Schlenkerは、過失行為を利用する間接正犯の場合にも、利用者は被利用者を犯罪へと引き込んでいくと主張する。Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 7), S. 214.
- (12) Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1. Band, 1915, S. 276 ff., 322 ff.
- (13) Perten, a. a. O. (Anm. 8), S. 145.
- (14) Trechsel, a. a. O. (Anm. 9), S. 10 f. 山中・前掲註(9)一四六頁。
- (15) 大越・前掲註(9)二二—二二頁参照。

- (16) Trechsel, a. a. O. (Anm. 9), S. 11. 大越・前掲註(6)二二二頁。Vgl. Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 7), S. 212.
- (17) Esser, a. a. O. (Anm. 9), S. 322. 大越・前掲註(6)二五七―二五八頁。
- (18) 責任共犯説及び不法共犯説について、*yo. d. j. Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, S. 133 ff.; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 336 f. 参照。
- (19) 本稿一三〇頁以下参照。
- (20) 大谷・前掲註(2)四一一頁、大塚仁『間接正犯の研究』(昭和三十三年)一一二頁、中義勝『講述犯罪総論』(昭和五五年)二二九頁以下参照。
- (21) ハッサー及びリニューダーセンの見解について、*yo. d. j. Schulz, a. a. O. (Anm. 18)*, S. 135 ff.; Bloy, a. a. O. (Anm. 18), S. 337 ff. 参照。
- (22) Perten, a. a. O. (Anm. 8), S. 147 f.
- (23) Perten, a. a. O. (Anm. 8), S. 150 f.
- (24) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)三五四頁、大塚仁『刑法概説(総論)(改訂版)』(昭和六一年)一五六頁、大谷・前掲註(2)三六四頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三三一頁、前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)一七五頁など。Vgl. Puppe, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, S. 117.
- (25) 福田平『全訂刑法総論』(昭和五九年)二七三頁、団藤・前掲註(24)四二九頁、大塚・前掲註(24)二九七頁、平野・前掲註(24)三九〇頁、大谷・前掲註(2)四七〇頁、前田・前掲註(24)四五二頁、曾根威彦『刑法総論』(昭和六二年)三〇三頁など。なお、仙台高等裁判所判決(以下、高判と略記する。)昭和二十七年二月二十九日高等裁判所刑事判決特報(以下、判特と略記する。)二二二号一〇六頁参照。この問題に関する学説としては、①客観的には間接正犯の結果が生じているのであるから間接正犯が成立するという客観説(竹田直平「間接正犯(三)」立命館学叢五卷二号(昭和八年)一〇三頁)、②主観的には利用者に教唆者としての意思が存在するのであるから教唆犯が成立するという主観説(大場茂馬『刑法総論下巻』(大正二一六年)一〇二七頁)、③教唆犯の故意で実際には間接正犯の結果が生じたのであるから軽い教唆犯が成立するという折

衷説がある。通説は、折衷説を採用するものである。なお、教唆犯と間接正犯との錯誤の問題に関するドイツの議論状況に
 しては、Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 607f. に詳しい。やはり、高橋則
 夫『共犯体系と共犯理論』(昭和六三年)一九一頁以下参照。

- (26) 西田典之「間接正犯の周辺」Law School 四八号(昭和五七年)四〇頁は、このような事例においては、「過失犯に對する教唆」を肯定せざるをえないと述べている。もっとも、「過失に對する教唆」を原則として肯定する立場も存在する。内田文昭『改訂刑法I(総論)』(昭和六一年)三〇九頁、中・前掲註(20)二五五頁など。さらに、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)三五五頁は、「無過失に對する教唆」も肯定する。このような立場からは、「決意の喚起」の内容は、「他人に違法行為を行う動機を喚起することである」と説明される。

- (27) 大塚仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」『齊藤金作博士還曆祝賀現代の共犯理論』(昭和三九年)一一六頁。
 (28) 団藤・前掲註(24)三〇六頁、大塚・前掲註(24)一九四頁、大谷・前掲註(2)二〇八―二〇九頁。
 (29) 大谷・前掲註(2)二〇九頁。
 (30) 大越義久『共犯論再考』(平成元年)一五九―一六〇頁参照。
 (31) 大塚・前掲註(24)二六六―二六七頁、大谷・前掲註(2)四一一頁、福田・前掲註(25)二三九頁。
 (32) 団藤・前掲註(24)一三四―一三五頁、大塚・前掲註(24)一二四頁、大谷・前掲註(2)一五〇頁。
 (33) 団藤・前掲註(24)一三四頁、大塚・前掲註(24)一二四頁、大谷・前掲註(2)一四二頁。
 (34) もっとも、過失犯に對する幫助を否定する見解によれば、この場合に、幫助犯の成立は認められない。過失犯に對する幫助を否定する見解としては、団藤・前掲註(24)四一三頁註(二)、福田・前掲註(25)二六二頁、莊子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五六年)四四七頁、香川達夫『刑法講義(総論)第二版』(昭和六二年)三五四頁、植松正『再訂刑法概論I総論』(昭和四九年)三八〇頁、曾根・前掲註(25)二九二頁、中山研一『刑法総論』(昭和五七年)四七九頁などがある。これに對して、過失犯に對する幫助を肯定する見解としては、木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(昭和四三年)三五七頁、大谷・前掲註(2)四四九頁、内田文昭「過失と共犯」『総合判例研究叢書刑法(26)』(昭和四〇年)一八四頁、大塚・前掲註(24)

二七八頁、大越義久『刑法総論』（平成三年）二二三―二三四頁、高橋・前掲註(25)二〇七頁などがある。なお、大越・前掲註(30)一二七頁以下参照。

- (35) 大塚・前掲註(24)二九七頁、大谷・前掲註(2)四七〇頁、福田・前掲註(25)二七三頁、西田・前掲註(26)四〇頁、曾根・前掲註(25)三〇三頁、前田・前掲註(24)四五二頁など。学説としては、①客観的には教唆犯の結果が生じているから教唆犯が成立するという客観説（竹田・前掲註(25)一〇三頁）、②主観的には間接正犯としての意思が存在するから間接正犯が成立するという主観説（大塚・前掲註(25)一〇二六―一〇二七頁）、③間接正犯の故意で実際には教唆犯の結果が生じたのであるから軽い教唆犯が成立するという折衷説がある。通説は、折衷説を採用するものである。なお、団藤・前掲註(24)四二九頁、平野・前掲註(24)三九〇頁参照。

- (36) 団藤・前掲註(24)四〇六頁、大塚・前掲註(24)二六六頁、大谷・前掲註(2)四三九頁、曾根・前掲註(25)二八八頁、香川・前掲註(34)三五二頁。

- (37) 大塚・前掲註(27)一一四頁以下。

- (38) Vgl. Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 139.

- (39) 大塚・前掲註(24)二六六―二六七頁、大谷・前掲註(2)四一一頁、福田・前掲註(25)二三九頁。

- (40) 大谷實『刑法講義総論（初版）』（昭和六一年）四五八頁註(6)、曾根・前掲註(25)二六七頁。

- (41) 相内信「固有の犯罪性からみた共犯論試論」金沢大学法文学部論集法学篇二六号（昭和五三年）九頁参照。

- (42) 一九六二年ドイツ刑法草案は、三二条一項で、「正犯者が遂行に際して故意に行為するものと誤信し、他人によって違法になされる所為へその者を故意に規定した者は、教唆犯と等しくこれを罰する」と規定し、教唆犯と間接正犯との錯誤の問題に対して立法的解決を図っている。法務省刑事局『一九六二年ドイツ刑法草案』刑事基本法令改正資料二号（昭和三八年）一四頁。

- (43) 団藤・前掲註(24)四四五頁、大塚・前掲註(24)三〇二頁、大谷・前掲註(2)四七四頁。判例も、同様の立場を採用する。大判明治四二年六月七日刑録一五輯七二二頁、大判明治四四年五月八日法律新聞七三四号二八頁、大判大正三年二月四日法

律新聞九二三号二七頁、大判昭和八年一月二七日刑集一二卷二一三四頁。

(44) Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 7), S. 207.

(2) 反対説の検討

(a) 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、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを説明しようとする。プッペによれば、共同正犯は、不法の協定及び共同による犯罪行為への決意を要件としているために、正犯として扱われる。プッペは、このような共同正犯の特徴を教唆犯にも認めるべきであるとして、教唆犯は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と主張する。教唆者は、正犯者との不法の協定によって事実上正犯者を犯罪へと義務づけなければならないというのである。このようなプッペの理論は、教唆者の行為と結果との関連を明確にすることを企図したものであり、法益侵害の観点を理論的基礎としている点は支持されうる。しかし、プッペの見解は、以下の点で是認しえない。

第一に、プッペは、共同正犯者がお互いに義務づけられていることを立論の前提としているが、実際には、共同正犯においても、共同正犯者がお互いに義務づけられていることが要求されているわけではない。確かに、共同正犯が成立するためには、関与者がお互いの行為を認識しているだけでは不十分である。しかし、お互いの行為を利用しあって犯罪を実現しようとする意思、すなわち、共同加功の意思があれば足りるのであって、関与者がお互いに犯行へ

と事実的に拘束することが共同正犯の要件となっているのではない。⁽¹⁾

第二に、プッペが不法の協定という教唆犯の要件を共同正犯の特徴から推論している点に問題がある。プッペは、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであることを理由として、教唆犯には共同正犯と同じ要素を付与すべきだと主張する。確かに、教唆犯に対して正犯と同じ要素を認めれば、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであることは容易に説明しうる。しかし、共同正犯の正犯性を基礎づける要素を教唆犯に対して認めることによって教唆犯の法定刑を正当化するという理論構成は、教唆犯は正犯ではないという命題に反するものであり、方法的に許容されないであろう。⁽²⁾

第三に、実際に不法の協定を教唆犯の要件とするときは、教唆犯と正犯とを明確に限界づけることが困難になる。⁽³⁾ 教唆犯が共同正犯と同様に不法の協定を要件とするのだとすれば、教唆犯と共同正犯との差異がいかなる点に存するのかが問題となる。さらに、プッペのように、教唆者が事実上正犯者を拘束するというのであれば、教唆犯と間接正犯をいかに区別するのかということが問われるであろう。プッペも、教唆犯が不法の協定を要件とすることによって間接正犯及び共同正犯に接近することを認めているが、⁽³⁾ 教唆犯と正犯との差異という点に関しては詳細には言及していないのである。したがって、プッペの見解は、教唆犯と正犯との差異が曖昧になるといふ批判を甘受しなければならぬ。⁽⁴⁾ こうして、プッペの見解は承認しがたい。

(b) シュルツは、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、教唆犯の法定刑と正犯の法定刑が同じである理由を説明しようとする。シュルツによれば、教唆者が一定の点で支配をもつという考

え方のみが、教唆犯の法定刑を正当に基礎づけうる。しかし、教唆犯は、行為を支配するものではないという点で正犯とは異なる。教唆犯は、まさに犯行計画を支配するのである。このように、教唆者による計画支配を教唆犯の処罰根拠とする見解に立脚して、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理由は、教唆犯が犯行計画を支配するという点にあると主張するのである。先に見たように、シュルツの見解も、法益侵害の観点を理論的基礎とするものと考えられるのであり、この点は正当である。しかし、シュルツの見解に対しては、次のような批判が可能である。

第一に、計画支配の内容に問題がある。シュルツは、正犯行為の「犯罪としての意味」を設定した者が計画支配をもつとして、具体的な事例を示している。酒で客をもてなすために酒を窃取することを決意したが、どのような酒を窃取するかは決意していなかった者に対して、「客はウォッカが飲みたいであろう」と助言する場合には幫助犯が成立する。しかし、酒を窃取することを決意していたが、どのような種類の酒を窃取し、何の目的で窃取するのかが決意していなかった者に対して、「ウォッカを窃取して売ればよい」と助言する場合には教唆犯となる。シュルツによれば、前者の事例では、「酒で客をもてなす」という窃取の目的は助言の以前にすでに存在しており、助言者は、「ウォッカを窃取する」という手段を助言することによって、正犯者が設定した犯行の目標の達成を容易にしたにすぎない。この事例で、正犯行為の「犯罪としての意味」を形成したのは、助言者ではなく正犯者である。したがって、助言者は計画を支配するものではない。それに対して、後者の事例では、助言者は、「窃取したウォッカを売る」という正犯行為の目的と「ウォッカを窃取する」という正犯行為の手段について助言することによって、正犯行為の「犯

罪としての意味」を形成しているので、計画を支配するといえるのである。⁽⁵⁾ このようなシュルツの説明からは、正犯行為の目的を設定したかどうかは計画支配の重要なメルクマールであるという特徴を看取しうる。しかし、「ウォッカを売ればよい」という助言は、実行者に対する動機づけにすぎない。通常、動機は構成要件要素ではないのであり、行為者がいかなる動機で犯行に及んだかは構成要件的评价において重要ではない。⁽⁶⁾ したがって、助言者が正犯者の犯行の動機づけを行ったかどうか、教唆犯の成立にとっては重要ではないといえよう。

もっとも、シュルツは、後者の事例では、正犯行為の目的以外に正犯行為の手段についても助言し、正犯行為の態様に影響を及ぼしているからこそ、助言者は計画を支配するといえるのであり、計画支配は単なる動機づけとは異なると説明している。⁽⁷⁾ しかし、前者の事例でも助言者は正犯行為の手段について助言しているのであるから、前者の事例を幫助犯とし、後者の事例を教唆犯とするのであれば、計画支配の有無の基準は、正犯行為の目的を設定したかどうか、すなわち、正犯者を動機づけたかどうかに帰着することになるであろう。したがって、計画支配の内容は、正犯者に対する動機づけに重点が置かれているのであり、計画支配は、教唆犯の法定刑を正犯のそれにまで重くする要素としては適切ではないといふべきである。

第二に、シュルツのいう計画支配は「支配」とはいえないのではないかという疑問を払拭しえない。シュルツは、教唆者も一定の点で支配をもつという考え方のみが教唆犯の法定刑を正当に基礎づけうるとの前提から、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主張している。ところで、支配とは、一定のことながらを手中に収めることをいう。たとえば、行為支配説の主張を見ると、正犯者は、行為の有無及び態様を自己の意思通りに操縦す

るがゆえに、行為支配が認められる⁽⁸⁾。このことを前提とすれば、犯行計画を支配するというためには、教唆者が犯行計画の内容を自己の意思通りに操縦し、犯行計画を採用するかどうかを手中に収めることが必要であるということになるであろう。しかし、シュルツは、計画支配とは犯行の目的及び手段を設定することであると述べるにとどまり、教唆者が犯行計画を支配していても、犯行計画を採用するかどうかを決定するのは、正犯者であって教唆者ではないと説明している⁽⁹⁾。計画支配の内容がそのようなものであるとすれば、それは、犯行計画の「支配」とはいいがたいのであり、このことは、教唆者も一定の点で支配をもつとするシュルツの前提に反するであろう⁽¹⁰⁾。このように、シュルツの見解も是認しうるものではないのである。

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)三九二頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔改訂版〕』(昭和六一年)二五二頁、大谷實『刑法講義総論第三版』(平成三年)四一七頁。
- (2) 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(昭和六〇年)一五三頁。Gössel, Maurach=Gössel=Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 342.
- (3) Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 101 f., 112.
- (4) Vgl. Schulz, Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986, S. 939 ff.
- (5) Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 146 ff.
- (6) たとえば、動機の錯誤は、故意の成立を否定するものではない。大谷實「法定的符合説弁護」同『刑法解釈論集I』(昭和五九年)九二頁参照。
- (7) Schulz, a. a. O. (Anm. 5), S. 152.
- (8) Gössel, Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm. 2), S. 247 ff.

(6) Schulz, a. a. O. (Anm. 5), S. 142.

(10) もっとも、犯行計画を採用するかどうかを手中に収めることが計画支配の内容であるとすれば、計画支配と行為支配との差異が不明確になり、したがって、計画支配を教唆犯の処罰根拠とするシュルツの立場からは、教唆犯と正犯との限界づけが困難になるであろう。Vgl. Gössel, Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 2), S. 342. なお、フリッツ・ロース＝大野平吉(訳)「ドイツ共犯論の新展開」専修法学論集五三号(平成三年)七四頁以下参照。

(3) 本稿の前提を否定する見解の検討

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前提とした。これに対して、この前提自体を否定する見解も存在する。そこで、このような見解が現行刑法の下で可能な解釈であるといえるのかについて考察することにしよう。

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批判しているのは、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いう。しかし、現行刑法は教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を規定するのであるから、このような主張は立法論にとどまる。そもそも本稿は、現行刑法の下で教唆犯の概念はいかにあるべきかを問題としたのである。⁽¹⁾したがって、現行刑法が教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を規定している以上、そのような規定に適合する教唆犯の概念を追求することこそ、本稿の課題なのであり、右のような見解は現行刑法の解釈としては有効ではない。さらに、教唆犯に対して正犯より軽い法定

刑が適用されるのだとしても、なぜ教唆犯の法定刑が幫助犯の法定刑より重いのかという問題が残る。けだし、教唆犯に対しては幫助犯より重い法定刑が適用されるべきであるという見解が、一般的であると考えられるからである。⁽²⁾一九六六年対案も、幫助犯については二九条で必要的な刑の減輕を規定して、教唆犯より軽い扱いをしているのである。⁽³⁾

一方、教唆犯は正犯ではないという前提を否定するのは、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。これによれば、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を論ずる必要はない。けだし、教唆犯が正犯であるとすれば、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だからである。しかし、教唆犯を正犯とする見解は、明らかに刑法の規定に適合しない。前述のように、⁽⁴⁾刑法六一条一項が教唆犯に対して「正犯トス」と規定していない点、刑法六四条が正犯と比べて教唆犯の適用範囲を限定している点で、刑法は教唆犯に対して明確に正犯とは異なる扱いをしているのである。野村教授は、教唆犯が「直接正犯に準じて処罰されるからには、その違法性の実体・構造は直接正犯と同じものでなければならぬ⁽⁵⁾」といわれる。しかし、教唆犯に対して正犯とは異なる扱いをしている刑法の規定に注目すれば、むしろ、教唆犯が正犯ではないことを承認した上で教唆犯の実体を論ずるのが本筋であろう。

こうして、本稿の前提を否定する見解は、現行刑法の下で可能な解釈とはいいがたい。刑法の規定に適合する教唆犯の概念を追求するためには、第一に、教唆犯が正犯ではないこと、第二に、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じであることを前提としなければならないのである。

(1) 本稿同志社法学四三卷二号五〇頁以下参照。

(2) 改正刑法草案も、現行刑法と同様に、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を規定し(二七条二項)、幫助犯に対して必要的な刑の減輕を規定している(二八条二項)。わが国では、伝統的に、犯罪意思の形成に重要な役割を演じた者は「造意者」として罪責が重いという考え方が基礎にあると指摘されている。前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)四一五頁、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭和二八年)一〇六頁、西村克彦『犯罪論講話(増補版)』(昭和五六年)一九二—一九三頁。なお、安廣文夫「教唆犯」大塚仁∥河上和雄∥佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第三卷』(平成二年)五七〇頁、五七二頁参照。

(3) 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。

(4) 本稿同志社法学四三卷二号五〇頁以下参照。

(5) 野村稔「共謀共同正犯」芝原邦爾∥堀内捷三∥町野朔∥西田典之編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』(平成二年)二三九頁。

五 今後の展望

(1) 教唆犯の概念の検討

以上の考察によって、教唆犯の法定刑の基礎づけに関する従来の学説の内容と問題点が明らかになったと思われる。このような考察から得られた認識を踏まえた上で、望ましい教唆犯の概念及び成立要件の構築を志向することが、以下の論述での主題となる。ここでは、教唆犯の法定刑の基礎づけを行い、それにもとづいて教唆犯の成立要件に関する原則的基準を示すことにしたい。

(a) 教唆犯の法定刑に関する基本的な考え方としては、次の二つのものがあることをすでに確認した。すなわち、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見出すものと、法益侵害の観点から説明しようとするものである。⁽¹⁾この説明方法の相違は、共犯の処罰根拠に関する学説の対立を基礎としている。そして、この点に注目して共犯の処罰根拠論を眺めると、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と思われる。そこで、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の検討に入る前に、教唆犯の法定刑の基礎づけと共犯の処罰根拠との関連について触れておくことにしよう。

共犯の処罰根拠論は、共犯論上の個々の問題を統一的な観点から把握することによって、混乱した共犯論を体系化しようとして主張されたものである。共犯の処罰根拠に関する学説としては、共犯者が正犯者を責任と刑罰へと引き込んだことに共犯の処罰根拠を求める責任共犯説と、共犯者が正犯者を通じて法益を侵害したことに共犯の処罰根拠があるとする惹起説とが、基本的に対立すると一般に説明されている。⁽²⁾そして、責任共犯説に立脚するか、惹起説を採用するかは、共犯論上の諸問題の解決に対して影響を及ぼすといわれてきたのである。⁽³⁾

しかし、責任共犯説か、惹起説かという図式に対しては、疑問が提出されている。第一に、責任共犯説の主張と惹起説のそれは必ずしも相容れないものではないという指摘がある。すなわち、責任共犯説も実際には惹起説と同様に、共犯者による法益侵害を共犯の処罰根拠としているというのである。⁽⁴⁾そして、この指摘の正当性は、本稿での考察からも確認されたと思われる。⁽⁵⁾責任共犯説は、共犯者による法益侵害を共犯の処罰根拠とすることを否定しているのではなく、共犯者が法益を侵害することのほかに正犯者を責任と刑罰へと引き込むことも共犯の処罰根拠であると主張

しているにすぎないのである。したがって、責任共犯説と惹起説との差異はそれほど大きくないともいえよう。第二に、責任共犯説と惹起説との対立という観点からのみでは、共犯論上の個々の問題を解決しえないという主張がある。⁽⁶⁾ たとえば、責任共犯説と惹起説との対立がもっとも顕著に現れるといわれている問題として、未遂の教唆が挙げられよう。未遂の教唆とは、教唆犯の主観的要素として正犯行為の既遂の結果を認識していることが必要であるのか、それとも、正犯行為が未遂となることを認識していれば足りるのかという問題である。これに関しては、責任共犯説からは、正犯者に未遂行為を行わせれば正犯者を責任と刑罰へと引き込んだといえるから、教唆犯の主観的要素としては正犯者が実行行為を行うことの認識があればよく、未遂の教唆は可罰的であるが、これに対して、惹起説に立脚すれば、共犯者が法益を侵害することに共犯の処罰根拠があるのだから、教唆者も既遂の結果を認識していることが必要なのであり、未遂の教唆は不可罰であるというのが一般的な説明である。⁽⁷⁾ しかし、惹起説にも、未遂の教唆を可罰的とする見解がある。この見解は、正犯者が未遂行為を行い結果発生危険が生ずることが教唆犯の「結果」なのであり、教唆者はその結果の発生を認識しているのであるから、未遂の教唆についても教唆犯が成立するというものである。⁽⁸⁾ したがって、未遂の教唆の取扱いは、惹起説と責任共犯説の対立のみを基礎としてはいいがたい。同様の指摘は、片面的共犯についてもなされている。⁽⁹⁾ このようにして、責任共犯説と惹起説を対置させることによって共犯論上のすべての問題を解決しうるわけではないのである。

こうした事情から、責任共犯説と惹起説との対立という把握の有効性は疑問視されている。そこで、共犯の処罰根拠に関する諸説をいかに位置づけるかが問題となるのであるが、これについては依然として一致を見ない。たとえば、

不法共犯説とはどのような学説であるのかに関しては、共犯者が正犯者を不法へと誘致することを共犯の処罰根拠とする学説として不法共犯説を把握する見解⁽¹⁰⁾がある一方で、不法共犯説という名称を惹起説の意味で用いている見解⁽¹¹⁾もある。さらに、惹起説として主張されている学説の一部に対しては、それは責任共犯説的思考もしくは不法共犯説的思考を採用するものであるとの指摘⁽¹²⁾もなされている。このような議論状況は、何ををもって責任共犯説というのか、何ををもって不法共犯説というのか、何ををもって惹起説というのかについて、統一的な理解が形成されていないことを示すものである⁽¹³⁾。

しかし、教唆犯の法定刑をいかに基礎づけるかという点に注目して共犯の処罰根拠論を眺めると、共犯の処罰根拠に関する学説の特徴が浮き彫りになると思われる。すでに確認したように、教唆犯の法定刑の基礎づけに関しては、責任共犯説及び不法共犯説の思考と惹起説のそれには重大な差異が存在する。すなわち、責任共犯説及び不法共犯説は、共犯者による法益侵害のほかに他の者に対する犯罪への誘致が共犯の処罰根拠であるとする立場から、教唆犯は、法益侵害の点では正犯より関与の程度が低いが、正犯者を犯罪へと引き込んだという点で正犯より犯罪的であるので、正犯と同じ法定刑が適用されると説明する。これは、法益侵害以外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いえよう。これに対して、惹起説は、共犯者が正犯者を通じて法益を侵害したことのみが共犯の処罰根拠であるという立場から、教唆犯の法定刑を法益侵害という観点から基礎づけようとするのである。したがって、責任共犯説及び不法共犯説と惹起説との対立は、依然として重要であるといわなければならない。

もっとも、責任共犯説、不法共犯説及び惹起説は、共犯者による法益侵害を共犯の処罰根拠とする点では共通して

いる。すなわち、その対立点は、共犯者による法益侵害を共犯の処罰根拠とするかどうかにあるのではない。責任共犯説及び不法共犯説と惹起説との差異は、共犯者による法益侵害を共犯の処罰根拠とすることを前提とした上で、それ以外の要素を共犯の処罰根拠として付加的に考慮するかどうかという点に見出すべきなのである。こうして、惹起説のように法益侵害のみを共犯の処罰根拠とするのか、責任共犯説及び不法共犯説のように法益侵害以外の要素を共犯の処罰根拠として付加的に考慮するのかという観点から共犯の処罰根拠論を見ることによって、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と思われる。もちろん、これだけで共犯の処罰根拠に関する学説のすべての特徴が明確になるというわけではない。⁽¹⁴⁾しかし、そのような観点は、共犯の処罰根拠に関する学説の特徴を認識する上で一つの有効な基準となるであろう。

(b) このようにして、教唆犯の法定刑の基礎づけと共犯の処罰根拠との関連を確認しえたと思われる。こうした共犯の処罰根拠論の構造を踏まえた上で、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を検討してみたい。

それでは、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ようとする立場のいずれを採用すべきであろうか。すでに明らかになったように、前者の立場は承認しがたい。この立場は、教唆犯は結果の惹起という点では正犯より関与の程度が少ないが、他の者を犯罪へと引き込むという点で正犯より責任が重いので、教唆犯の法定刑は正犯のそれと同じであるとする責任共犯説及び不法共犯説の主張である。確かに、この見解は、考え方としては非常に明快である。そして、教唆者は他の者を犯罪へと引き込むのだという説

明は、通説が教唆犯の要件としている「決意の喚起」の内容を適切に表現するものであるといえよう。しかし、他の者を犯罪へと引き込むという要素は、教唆犯に固有のものではない。同じ要素は、正犯にも認められる。したがって、教唆犯は他の者に犯罪を行わせるという点で正犯より責任が重いのだという責任共犯説及び不法共犯説の主張は、矛盾に逢着せざるをえないのである。⁽¹⁵⁾

もっとも、このような批判に対しては、行為無価値論の立場から次のような反論があるであろう。行為の違法性の判断においては法益侵害という結果無価値だけではなく、行為者の主観的要素や行為の態様といった行為無価値も考慮されるのであるから、教唆犯の法定刑の基礎づけについても、法益侵害という点以外に、他の者を犯罪へと引き込んだという点も考慮すべきであるというものである。確かに、他の者を犯罪へと引き込む行為が、社会的に許容されないものであることは否めない。しかし、それは、責任共犯説及び不法共犯説の思考を正当とする理由にはならないであろう。責任共犯説及び不法共犯説のように、「他の者に対する犯罪への誘致」という要素によって教唆犯の法定刑を正当化し、この要素を共犯の処罰根拠とするときには、他の者を犯罪へと引き込んだという点は犯罪の成立要件として考慮されることになる。前述のように、同じ要素は正犯にも認められるが、正犯の場合には、この要素は成立要件としてではなく量刑の問題として考慮されるにすぎない。したがって、教唆犯の場合にのみ、これを犯罪の成立要件とする理由はないといわなければならないであろう。他の者に犯罪を行わせたという事情は、教唆犯の場合にも、量刑の問題として考慮すれば足りると考える。⁽¹⁶⁾

こうして、法益侵害以外の要素を共犯の処罰根拠として付加的に考慮し、法益侵害以外の要素によって教唆犯の法

定刑を正当化する立場が排斥されなければならないのだとすれば、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から基礎づける立場が妥当であると思われる。そして、この立場は、刑法の任務は法益の保護にあるという刑法の基本思想からも承認されるであろう。もっとも重要な刑法の任務が法益の保護にあることは、結果無価値論⁽¹⁷⁾ばかりでなく、行為無価値論⁽¹⁸⁾によっても肯定されているのである。

そして、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から基礎づける立場が採用されるべきであるとするれば、教唆犯の処罰根拠についても、惹起説が基本的に正当であるといわなければならない。惹起説は、共犯の処罰根拠に関する通説として主張されているが、教唆犯の法定刑の基礎づけという点に注目することによって、惹起説の正当性が一層明確になったといえよう。しかし、教唆犯の法定刑の基礎づけに関して惹起説が積極的に言及してこなかったという事情は、惹起説に反省を促す機会となるであろう。もっとも、惹起説が主張された意図は、法益侵害のみが共犯の処罰根拠であることを確認するという点にあり、惹起説は、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答える責務を負うものではないともいえる。しかし、責任共犯説及び不法共犯説は教唆犯の法定刑の基礎づけに関して積極的に言明しているのであるから、惹起説が責任共犯説及び不法共犯説を攻撃するのであれば、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の挙証責任は、惹起説にもあるといわなければならない。

それでは、共犯の処罰根拠に関して惹起説を採用し、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から基礎づける立場を採用するときには、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同じである理由をいかに説明すればよいのであろうか。この問題に答えるために法定刑という概念の意味に遡ってみると、構成要件は、違法類型⁽²⁰⁾または違法・責任類型⁽²¹⁾であり、構成要件

に規定されている法定刑は、その構成要件に該当する行為の類型的な違法性または責任の程度を反映したものであるといえよう。したがって、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されるということは、教唆犯の類型的な違法性及び責任の程度が正犯の法定刑の適用を受けるに値するものであることを示していると考えられる。問題は、こうした特徴を有する違法性及び責任とはどのようなものであるのかであるが、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から説明するという基本的立場からは、教唆犯の類型的な違法性及び責任も法益侵害の観点から評価する必要がある。そして、そのような評価は、構成要件的结果の実現に対していかに重要な役割を演じたかを基礎とするといっべきであろう。このように考えてくると、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用される理由は、教唆犯が正犯と同じ程度に構成要件的结果の実現に対して重要な役割を演ずるといふ点にあるという帰結に到達するのである。

(c) 以上の検討によって、妥当と思われる教唆犯の法定刑の基礎づけを提示した。そこで、このような教唆犯の法定刑の基礎づけにもとづいて、教唆犯の基本概念及び成立要件を考えてみると、以下のようにいいうるのである。教唆犯は、構成要件的结果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演ずるからこそ、正犯と同じ法定刑が適用される。すなわち、そのような特徴を有するものでなければ教唆犯とはいえないのである。したがって、構成要件の実現に対して正犯と同じ程度に重大な関与を行うことは、教唆犯の成立要件であるといっべきであろう。そして、教唆犯の成立要件をこのように定立すれば、教唆犯の成否を判断する際には、当該行為が構成要件的结果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演じたといえるかどうか、吟味されなければならないということになる。

以上のような一般原則に立脚すれば、正犯者の決意を喚起したかどうかは、教唆犯の成立にとって必ずしも重要で

はない。もちろん、教唆犯は、「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメ」るものであるから、教唆犯が他の者の心理に対して何らかの働きかけを行うことによって結果を実現する犯罪であるという原則は否定しえないであろう。しかし、本稿の認識を基礎とすれば、教唆犯が成立するためには、結果の実現に対して重要な役割を演ずるといえるような心理的な働きかけを行うことが必要となる。したがって、まだ決意していない者に犯罪を実行する決意を生じさせる場合であっても、そのような「決意の喚起」が結果の実現に対して重要な役割を演ずるといえなければ、教唆犯の成立は否定される。逆に、すでに具体的な犯行へと決意している者に対して犯行に関する指示を行う場合であっても、そのような指示が結果の実現に対して重要な役割を演ずるといえれば、教唆犯の成立が認められる余地はありうるであろう。⁽²²⁾

もちろん、このように抽象的基準を示すだけでは、問題の解決に役立たない。この基準を適用可能なものにするためには、その具体的な内容を明らかにすることが要求される。そして、そのためには、判例を通して具体的事例に関する検討を行うことが不可欠となるであろうが、とりあえず、ここでは、教唆犯の法定刑の基礎づけという点に着目することによって、前記のような教唆犯の基本概念が得られたということを確認するにとどめたい。

(1) 本稿同志社法学四三卷二号八八頁参照。

(2) 平野龍一「責任共犯論と因果共犯論」同『犯罪論の諸問題(Ⅱ)総論』(昭和五六年)一六七頁以下、野村稔『刑法総論』(平成二年)三八八―三八九頁、中山研一『刑法総論』(昭和五七年)四四三頁、四四七頁、四五二頁、大塚仁『刑法概説(総論)』〔改訂版〕(昭和六一年)二五〇―二五二頁、大越義久『刑法総論』(平成三年)二〇六頁以下、日高義博「幫助の因果関係」植松正Ⅱ川端博Ⅱ曾根威彦Ⅱ日高義博『現代刑法論争Ⅰ』(昭和五八年)三三四頁以下など。

- (3) 平野・前掲註(2)一六七頁以下。
- (4) 相内信「固有の犯罪性からみた犯罪論試論」金沢大学法文学部論集法学篇二六号(昭和五三年)九頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(昭和六三年)一一六頁註(4)、齊藤誠二「教唆犯の周辺」Law School 四八号(昭和五七年)二二頁。Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 47, Anm. 1; Plate, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), S. 297, Anm. 9; Küper, Der "agent provocateur" im Strafrecht, GA 1974, S. 323 f.
- (5) 本稿同志社法学四三卷二号七一頁以下参照。
- (6) 堀内捷三「共犯の処罰根拠1」法学教室一二四号(平成三年)五四頁、前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)三九四頁。
- (7) 野村・前掲註(2)三八八―三八九頁、西田典之「アジャン・プロヴォカトゥール(未遂の教唆)」藤木英雄||板倉宏編『刑法の争点(新版)』(昭和六二年)一四六頁、内藤謙「共犯論の基礎」法学教室一一四号(平成二年)七三―七四頁。
- (8) 平野龍一『刑法総論II』(昭和五〇年)三五二頁。
- (9) 堀内・前掲註(6)五四―五五頁。
- (10) 高橋・前掲註(4)九八頁、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(昭和五九年)一四八頁、日高義博『刑法総論講義ノート』(昭和六三年)一九七頁。
- (11) 大塚・前掲註(2)二五〇頁、大谷實『刑法講義総論第三版』(平成三年)四〇〇頁、平野・前掲註(8)三五五頁。なお、高橋・前掲註(4)一一六頁註(5)参照。
- (12) 大越義久『共犯の処罰根拠』(昭和五六年)一九九頁以下は、定型説を責任共犯説として位置づけている。同旨、平野・前掲註(2)一七二頁、高橋・前掲註(4)一〇二頁。これに対する反論として、福田平||大塚仁『対談刑法総論(下)』(昭和六二年)一八〇頁以下がある。なお、この点については、相内信「わが国における“惹起説”の問題状況」金沢法学二九卷一||二号(昭和六二年)四一二頁以下、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)二三―二四頁参照。
- (13) 相内・前掲註(12)四〇三―四〇四頁、堀内・前掲註(6)五五―五六頁、山中敬一「因果的共犯論」法学教室一三七号(平

成四年)二九頁。一方、香川教授は、共犯に関する諸問題を単一の観点だけで解決しようとする場合には疑問があるとして、共犯の処罰根拠論を批判される。香川達夫『共犯処罰の根拠』(昭和六三年)三頁以下。

(14) 大越・前掲註(12)六七頁以下参照。

(15) 本稿一〇四頁以下参照。

(16) 惹起説には、「他の者に対する犯罪への誘致」という要素を量刑の問題としても考慮すべきではないとする見解がある。

Fr.-Chr. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 205 ff. 以下に對しつゝ、惹起説の立場から、この要素を量刑の問題として考慮することを明示的に肯定する見解も主張されている。Esser, *Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem*, GA 1958, S. 333; Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, 5. Aufl., 1990, S. 273. Vgl. Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 15 ff.

(17) 平野龍一『刑法総論I』(昭和四七年)五一頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(昭和五八年)一〇七頁、曾根威彦『刑法総論』(昭和六二年)八六頁など。

(18) 福田平『全訂刑法総論』(昭和五九年)一三三頁、大塚・前掲註(2)三一八頁以下、西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)一一〇頁など。野村稔『未遂犯の研究』(昭和五九年)一一五頁以下参照。

(19) 本稿同志社法学四三卷二号七六頁参照。

(20) 構成要件を違法類型として把握するのは、平野・前掲註(17)一九六頁、福田・前掲註(18)六七頁など。

(21) 構成要件を違法・責任類型として把握するのは、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭和二八年)一九頁、大谷・前掲註(11)一一八頁、前田・前掲註(6)一〇五頁以下など。

(22) 草野豹一郎『刑法要論』(昭和三一年)一二六頁、一三二頁は、共同意思主体説の立場から、教唆犯は犯罪の成立に重大な役割を演ずるものであり、幫助犯は重要でない役割を演ずるものであるとしながらも、教唆とは「責任能力ある他人をして一定の犯罪を実行するの意思を生ぜしむべく示唆することである」と定義する。しかし、正犯者の決意を喚起する行為が

すべて、結果の実現に重要な役割を演ずるとはいえないのではないだろうか。この点については、本稿一四二頁以下参照。

(2) 共犯論の構造との関連

以上の考察から、望ましい教唆犯の基本概念を明らかにしえたと思われる。すでに指摘したように、教唆犯の概念をいかに構成するかは、共犯論の構造と密接な関連を有する。そして、このことは、正犯、教唆犯、幫助犯の各関与形式間の限界づけ及び共犯の処罰根拠という二つの点で特に顕著である。このうち、教唆犯の法定刑の基礎づけと共犯の処罰根拠との関連についてはすでに言及した。ここでは、本稿が主張する教唆犯の概念を前提とした場合に、各関与形式間の限界づけについて問題となると思われる点を若干指摘しておきたい。

(a) 最初に、教唆犯と正犯との限界づけから論ずることにする。教唆犯と正犯との区別の問題が實際上生ずるのは、他の者を介して犯罪を実現する場合であるから、教唆犯と正犯との差異が具体的に問題となる場面としては、教唆犯と間接正犯との限界づけ、及び、教唆犯と共謀共同正犯との限界づけの二つが考えられる。以下、順次吟味していきたい。もっとも、教唆犯と正犯との限界づけの基準を確定するためには、その前提として、正犯概念及び共犯概念という基本的な問題を考察することが必要となるが、ここでは、本稿が採用する教唆犯の概念との関連で問題となる点について述べるにとどめたい。

教唆犯と間接正犯をいかに限界づけるかは、古くから議論されてきた問題であり、現在でも鋭い対立が存在する。

しかし、行為の意味を認識し規範的障害を有する者を利用することによって犯罪を実現する場合に、原則として間接

正犯は成立せず教唆犯にとどまることは、ほぼ共通の認識となっている⁽¹⁾。すなわち、間接正犯は、正犯ではない者を利用して結果を実現する犯罪であるというのが一般的な理解である⁽²⁾。これに対して、「正犯者の背後の正犯者」の概念を承認し、正犯として行為する者を利用する場合であっても間接正犯の成立を肯定してよいという見解も現れている⁽³⁾。この見解は、従来教唆犯であるとされてきた事例の中にも背後者の関与の程度が著しく高いものがありうることに注目して、そのような事例の背後者は間接正犯とすべきだと主張するのである。この「正犯者の背後の正犯者」の理論は、本稿の教唆犯の概念についての認識との関連で問題となる点があると考えられるので、これについて考察してみたい。「正犯者の背後の正犯者」の形態が問題になるのは、以下の事例である。

第一は、いわゆる概括的故意の利用の事例である⁽⁴⁾。たとえば、AがBを殺す意思でBを殴ったところ、ぐったりしたので、誤ってBが死亡したと思ったが、これを見ていてBが生きていることを知っているCが、Aの錯誤を利用してBを殺そうと思い、Aに「その死体を川に棄てた方がよい」といって、AにBを川に投げ込ませて、Bを溺死させたという場合である。

第二は、原因において自由な行為の利用の事例である⁽⁵⁾。たとえば、AがBを殺す意思で飲酒して心神喪失の状態になり、Bを殺そうとしているのを見たCは、Aを利用してDを殺そうと思い、Aに対してDをBだといってDを殺させたという場合である。

第三は、責任阻却事由の限界領域で行為する者の利用の事例である⁽⁶⁾。これは、責任は阻却しないがそれに近い状態で行為する者を利用して犯罪を実現する場合である。たとえば、会社の社長Aが、子供が多い社員Bに対して、「辞

めさせるぞ」と脅して犯罪を実行させる場合がこの事例に該当する。

第四は、禁止の錯誤の利用の事例である。⁽⁷⁾これは、構成要件的事実は認識しているがそれが法律上許されていると誤信する者を利用して犯罪を実現する事例である。たとえば、弁護士であるAが、Bに対して「その行為は適法である」と欺罔して、構成要件的事実を認識しているBに犯罪行為を行わせるという場合である。

第五は、具体的な行為の意味に関する錯誤の利用の事例である。⁽⁸⁾これは、構成要件的事実を認識しているがその不法と責任の程度を誤信して行為する者を利用して犯罪を実現する事例である。たとえば、AがBに対して、実際には高価な財物であるにもかかわらず、「安いものである」と欺罔して、Cの財物をBに廃棄させるという場合である。

第六は、組織的な権力による個人の利用の事例である。⁽⁹⁾たとえば、全国的な組織暴力団のボスAが、手下Bに対して殺人を命令するという場合である。

「正犯者の背後の正犯者」の概念を肯定する見解は、以上のような事例の背後者について間接正犯の成立を認めている。しかし、通説の前提をこのような事例に適用すれば、背後者は間接正犯とはならないであろう。通説によれば、背後者が他の者の意思を抑圧する程度の強制を用いる場合、あるいは、構成要件に該当する事実を認識していない者を利用する場合には、背後者は間接正犯となる。しかし、強制を用いるとしてもそれが被利用者の意思を抑圧する程度に達しない場合、⁽¹⁰⁾あるいは、錯誤を用いるとしてもそれが構成要件的事実に関する錯誤でない場合⁽¹¹⁾には、教唆犯が成立するにすぎない。右の各事例で、直接行為者は、その自由な意思を完全には抑圧されずに、かつ、構成要件的事実を認識しながら行為しているのであるから、通説は、背後者における間接正犯の成立を否定するであろう。

一方、「正犯者の背後の正犯者」の形態に関して、構成要件的結果の実現に対する関与の程度という点に注目してみると、背後者のそれが重大であることは明らかである。確かに、直接行為者は有責的に行為しているのであるから、背後者が直接行為者を一方的に利用しているとはいえない。⁽¹²⁾しかし、背後者は、直接行為者の責任無能力を利用し(第二の事例)、具体的な事情に関する直接行為者の不知に乘じ(第一の事例、第四の事例、第五の事例)、直接行為者に対して強力な威圧を加える(第三の事例、第六の事例)ことによって、適法行為を行うことが著しく困難な状況に直接行為者を置き、それを手段として自己の意思を実現している。したがって、結果の発生は、直接行為者が自ら実行行為を行ったこと以上に、背後者が強力な働きかけを行い自己の意思通りに直接行為者を利用したことを原因としているといつてよいであろう。このように、結果の実現に対する背後者の関与の程度は、直接行為者のそれと異ならないか、あるいはそれより大きいとさえいえる。⁽¹³⁾

このように結果の実現に対する背後者の関与の程度が重大であるという点に注目すれば、背後者の間接正犯の成立を認めることは、必ずしも不当であるとはいえないであろう。しかし、「正犯者の背後の正犯者」の概念を肯定する見解が、背後者の関与の程度の重大性のみを理由として背後者の間接正犯の成立を認めているのだとすれば、それには問題がある。本稿の認識によれば、教唆犯は、結果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演ずるがゆえに、正犯と同じ法定刑が適用される。すなわち、教唆犯は、自ら実行行為を行うものではないけれども、構成要件的結果の実現に対する関与の程度という点では正犯と異なることから、刑法は教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を用意していると考えられる。このような立場を前提とすれば、結果の実現に対する背後者の関与の程度が重大である

としても、背後者に対しては教唆犯を認めれば足り、間接正犯を肯定する必要はないともいえる。⁽¹⁴⁾ もちろん、正当な正犯概念を構築した上で、「正犯者の背後の正犯者」の形態がその正犯概念に包摂されうるものであることが立証されれば、そのような間接正犯の類型も認められよう。⁽¹⁵⁾ しかし、その際に注意しなければならないのは、教唆犯と間接正犯との相違は、「結果の実現に対する関与の重大性」とは異なる観点にもとづいて追求する必要があるということである。なぜならば、本稿が採用する教唆犯の基本概念を前提とすれば、教唆犯と間接正犯は、結果の実現に対する関与の程度という点では区別されないからである。したがって、正犯概念を確定する際にも、この点が考慮されなければならぬと思われる。

同様の指摘は、故意ある幫助的道具の事例に対しても可能である。単なる機械的事務処理者を利用して犯罪を実現する場合には、事実上背後者は直接行為者を一方的に利用しているといえるから、背後者の間接正犯を認めるべきであるとの主張がなされている。⁽¹⁶⁾ しかし、教唆犯は構成要件的結果の実現に対する関与の程度という点では正犯と異なるらないことから、刑法は、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を用意しているのである。このような前提に立てば、故意ある幫助的道具の事例における背後者が結果の実現に対して重大な関与を行うとしても、背後者には教唆犯を認めれば足りるということもできる。それにもかかわらず、この事例の背後者について間接正犯の成立を認めるのであれば、そのような背後者の行為が妥当な正犯概念に包摂されるものであるということを示す必要があるであろう。そして、本稿の認識によれば、教唆犯と間接正犯は、結果の実現に対する関与の程度という点では区別されないのであるから、故意ある幫助的道具の事例における背後者の正犯性は、「結果の実現に対する関与の重大性」とは異なる

観点にもとづいて追求する必要があるのである。

教唆犯と共謀共同正犯との限界づけを見ることにしよう。共謀共同正犯は、周知のように、判例上確立された概念であり、現在、学説上も共謀共同正犯肯定説が有力に主張されている⁽¹⁷⁾。共謀のみに参加した共同正犯者は、自ら実行行為を行うものではないという点で教唆者及び幫助者と共通するのであるから、共謀共同正犯を肯定するのであれば、共謀共同正犯と教唆犯及び幫助犯との差異をいかに確定するのかが問題となる。これについては依然として対立があるが、その中で、共謀共同正犯と教唆犯との限界づけは、共謀共同正犯と幫助犯との限界づけと比べて詳細に議論されてきたとはいえない。しかし、判例には、依頼や命令といった教唆行為に類似した形態の共謀にもとづく共同正犯の成立を認めたものがあり⁽¹⁸⁾、共謀共同正犯と教唆犯との差異がいかなる点に存するのかも、実際には重要となるのである。

共謀共同正犯の概念が認められてきた背景には、実行行為に関与しない者であっても犯罪の実現に対して重要な役割を演ずる場合があるとの認識があるといわれている⁽¹⁹⁾。これに対して、本稿の認識によれば、教唆犯は正犯と異ならない程度に結果の実現に対して重要な役割を演ずるといえるので、刑法は、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑を用意しているのである。したがって、実行行為に関与しない者が重要な役割を演ずる場合であっても、教唆犯の成立を認めれば足り、共同正犯を肯定する必要はないともいえよう。

もっとも、いわゆる教唆型の共謀共同正犯の類型については教唆犯として正犯と同じ法定刑を適用する余地もあるが、相互幫助型の共謀共同正犯の類型に関しては、一方で、まだ犯行へと決意していない者に対して決意を生じさせ

たとはいいがたいので、教唆犯を認めることは困難であり、他方、共謀のみに関与した者も重要な役割を演じているので、これを幫助犯として刑の必要的減軽を認めるのも適切ではないという考慮も、共謀共同正犯肯定説の基礎となつているといわれている⁽²⁰⁾。しかし、本稿が採用する教唆犯の基本概念を前提とすれば、教唆犯の成立要件としては、結果の実現に対して重大な関与を行ったといえれば足り、正犯者の決意を喚起することは必要ではないのであるから、相互幫助型といわれる類型についても教唆犯を認めることは可能である。それにもかかわらず、共謀共同正犯の概念を肯定するのであれば、妥当な正犯概念及び共犯概念を確定し、それにもとづいて共同正犯の構造と教唆犯のそれとの本質的な相違を明確に示すことが不可欠となると思われる。

以上のような指摘との関連で問題となるのは、犯罪の実現に対して重要な役割を演じたかどうかを共謀共同正犯と共犯との限界づけの基準とする見解⁽²¹⁾である。前述のように、教唆犯が結果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演ずるものであるとすれば、正犯と教唆犯は、結果の実現に対する関与の程度という点では区別されないということになる。したがって、犯罪の実現に対して重要な役割を演じたかどうかによって共謀共同正犯と教唆犯を限界づける見解には、問題があると思われる。共謀共同正犯の概念を肯定するのであれば、共謀共同正犯と教唆犯との差異は、「結果の実現に対する関与の重大性」とは異なる観点から考察しなければならぬのである。もっとも、右の見解が想定している「重要な役割」と、本稿が教唆犯の成立要件としている「重要な役割」とでは内容が異なると解する余地もありうる⁽²²⁾。この点も、正犯概念及び共犯概念について考察した上で論じなければならぬ問題であろう。

(b) 次に、教唆犯と幫助犯との限界づけについて論ずることにする。教唆犯と幫助犯は、自らは実行行為を行わ

ずに正犯者の行為に関与することによって犯罪を実現するという点で共通している⁽²³⁾。しかし、教唆犯には正犯と同じ法定刑が適用されるが、幫助犯はその刑が必要的に減輕される。したがって、教唆犯の法定刑を幫助犯の法定刑より重くする要素は何であるのかが問題となるのである⁽²⁴⁾。すでに確認したように、教唆犯は、構成要件的結果の実現に対して重要な役割を演ずるがゆえに、正犯と同じ法定刑が適用される。このような基本的立場からは、教唆犯の法定刑を幫助犯の法定刑より重くする要素は「結果の実現に対する重大な関与」であるといえるであろう。したがって、教唆犯と幫助犯との限界づけの基準も、結果の実現に対する関与の程度という観点から把握すべきであるということになる。抽象的にいえば、結果の実現に対して重要な役割を演ずる者が教唆犯であり、そうでない者が幫助犯である。それでは、具体的にはいかなる場合に、結果の実現に対して重要な役割を演じたといえるのであろうか。以下においては、判例に現れた事案を素材としながら、この問題について見ていくことにしたい。

判例も、学説と同様に、正犯者の犯行への決意を喚起したかどうかを教唆犯と幫助犯との限界づけの基準としている。刑事責任が生ずるのではないかと思ひ、偽造した選挙人名簿にもとづく選挙を行うことを躊躇していた者に対して、弁護士である被告人が、刑事責任は生じないと助言して、実行の意思を固めさせたという事案について、大審院は、「助言ヲ以テ他人ノ犯罪ニ加功シタル場合ニ於テ該助言カ他人ヲシテ犯行ノ故意ヲ決定セシメタルモノトスレハ之ヲ教唆罪ニ問擬ス可ク之ニ反シテ特ニ他人ノ犯意ヲ決定セシムルコトナク単ニ他人ノ既発ノ犯意ヲ強固ナラシメタルニ止マルモノトスレハ之ヲ從犯ニ問擬ス可キ⁽²⁵⁾」であると判示したのである。

これに対して、先に述べた本稿の一般原則を前提とすれば、正犯者の決意を喚起したかどうかは、教唆犯と幫助犯

との限界づけの基準としては必ずしも重要でない。もちろん、まだ決意していなかった者に対して具体的な犯行へと決意させる場合には、当該誘致行為がなければ、正犯者は犯罪を實行せず結果は発生しなかったであろうから、通常は、正犯者の決意を喚起する行為は結果の実現に対して重大な関与をしたといえる。しかし、正犯者の決意を喚起する行為がすべて、結果の実現に対して重要な役割を演ずるとは必ずしもいえないのではないだろうか。この点が特に問題となるのは、犯罪を實行するかどうかについて動揺している者に対して、犯罪を實行するよう助言してその意思を固めさせたが、実行行為の方法や手段については何ら指示しないという事例である。前記の大審院判決も、このような事例だったのである。学説上は、浮動状態にある犯意を決意にまで高めるのは教唆であるとする見解と、浮動状態にある者もすでに犯行へと決意しているといえるから、浮動状態にある者に対する助言は幫助にすぎないとする見解⁽²⁷⁾が対立している。

このような事例について、実際に教唆犯の成立を認めた判例が存在する。事案は、次のようなものである。Aは、麻薬の輸入を手伝ってくれという依頼をBから受けていたが、輸入した麻薬の引き受け先に困るので、Bの依頼を承諾するかどうかを迷っていた。そこで、Aは、輸入した麻薬を引き受けしてくれるかどうかを被告人に尋ねたところ、被告人がこれを承諾したので、Aは、Bの依頼に応じて麻薬の密輸入を行うことを確定的に決意した⁽²⁸⁾。このような事案に対して、東京地裁は、輸入を行うことを渋っていたAは、被告人が麻薬の引き受けを承諾したことによって、Bの依頼に応ずる意思を固めたのであるから、被告人の行為は、「AにBの依頼に応じて麻薬を密輸入する決意を生ぜしめた点で密輸入の教唆となる」と判示した。この事案で、被告人は、Aが輸入した麻薬の引き受けを承諾したにす

ぎないのであり、Aに対して輸入の方法や手段について指示したというわけではない。この点について、本判決は、被告人によるAの決意の喚起があったという理由で、教唆犯の成立を認めている。本判決の立場は、犯行を躊躇している正犯者に対して確定的に犯行への意思を固めさせる行為は、実行行為の方法や手段について指示するものでなくとも、正犯者の決意を喚起したといえるので教唆犯が成立するというものである⁽²⁹⁾。

これに対し、行為の実行へと確定的に決意していない者に対して犯行への意思を固めさせたという事例について、教唆犯の成立を否定した判例もある。事案は、森林主事である被告人が、Aから、国有林の立木払下げの前にその立木を伐採して小屋を建てることを承諾してほしいと依頼されて、これを内諾したところ、Aが国有林の立木を伐採したというものである⁽³⁰⁾。原判決は、被告人が内諾することによってAに対して盗伐の意思を執行するに至らしめたとして、被告人の行為に対して森林法八四条（当時）の教唆犯の成立を認めた。それに対して、弁護側は、被告人が承諾する前にAはすでに伐採の意思を有していたのであるから、幫助犯が成立するにすぎないと主張し、上告した。そして、大審院は、「被告ハAヲシテ国有林ノ土木ヲ盗伐スルコトヲ決意セシメタルモノニ非スAニ於テ自ラ進テ盗伐スルノ意思ヲ有シ唯之ヲ執行スルニハ被告ノ内諾ヲ必要ナリトシテ被告ニ依頼シ其内諾ヲ得テ自ラ犯意ヲ決定シタルモノニシテ被告ノ教唆ニ依リ犯意ヲ決定シタルモノニ非サルヤ明ナリ故ニ被告ノ内諾ハAノ犯罪ヲ容易ナラシメタルニ止リAヲシテ犯罪ヲ執行セシメタルモノト云フヘカラス」と判示して、森林窃盗の教唆犯の成立を否定し、幫助犯にすぎないとしたのである⁽³¹⁾。

判例の中には、この大審院判決以外にも、行為を実行するかどうかについて確定的に決意していない者に対して助

言を行い、その犯行への意思を固めさせたという事案で、幫助犯の成立を認めているものが見受けられる。たとえば、①Aは、県有の並木を伐採しようとしたが、地域の実力者である被告人三名の承諾を得なければその実行が困難であると考えて、被告人三名に事情を述べ、承諾してもらいたいといったところ、被告人三名はAの申し込みを承諾し、「並木伐採ニ付テハ差止め又ハ告発等ヲ為ササルハ勿論境界ハ自分等ノ外知ルモノナキニヨリ伐採スルモ大丈夫ナリ」と助言し、Aは犯行に及んだという前記の大審院判決と同様の事案のほかに、②甲は、小麦を窃取しこれを売却して金銭を調達することを企図したが、自ら売却することは困難だと思ひ、被告人にその事情を述べて売却の周旋を依頼し、被告人がこれに応じたために、甲は窃盗への犯意を固めたという事案、⁽³³⁾さらに、③XがYらに殺人を依頼し、その成功謝金額について「五万円出す」、「五万円は安い、一〇万円出せ」、「九万円で辛抱しろ」と折衝を重ねていた際に、これを聞いていた被告人が「その位でやってやれ、礼金は引受けた」と助言したことによって、XからYらに謝金として九万円を支払う約束の下に殺害の謀議が成立し、Yらがこれを実行したという事案⁽³⁴⁾で、幫助犯の成立が認められている。これらの事案で、被告人は、犯行へと確定的には決意していなかった者に対して助言を行い、その意思を固めさせたといえる。しかし、判例は、被告人の行為は正犯者の犯行を容易にしたので幫助犯が成立すると述べるにとどまり、なぜ教唆犯が成立しないのかについては説明がない。

このように、行為を実行することを確定的に決意していない者に対して助言し、その犯行への意思を固めさせたけれども、実行行為の方法・手段については何ら指示しないという事例に関し、判例には、正犯者の犯行への決意を生ぜしめたとして教唆犯の成立を肯定するものと、正犯者の犯行を容易にしたとして幫助犯の成立を認めるにすぎない

ものがある。前述のように、判例は、正犯者の決意を喚起したかどうかを教唆犯と幫助犯との限界づけの基準としているが、このような事例における助言者が正犯者の決意を喚起したといえるのかについて、判例は必ずしも一貫した立場を採っているとはいえない。

一方、結果の実現に対して重要な役割を演じたといえるかどうかを教唆犯と幫助犯との限界づけの基準とする本稿の立場からは、このような事例は原則として幫助犯にとどまると思われる。教唆犯は、結果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演ずるからこそ、正犯と同じ法定刑が適用されると考えるのであれば、教唆犯は、正犯と異なる程度に重大な関与を行うといえるときにのみ、その成立が承認されるということになる。このような前提に立てば、自ら実行行為を行う正犯と同じ程度に重大な関与をしたというためには、教唆犯は、積極的かつ主体的に犯罪行為に関与することが必要となろう。そして、このことが肯定されるためには、正犯者の犯行を認容・承諾・激励するだけでは不十分であり、それ以上に、実行行為の方法・手段について助言することによって、積極的かつ主体的に犯罪行為に関与するという事情が原則として認められる必要があるというべきであろう。もっとも、実行行為の方法・手段について何ら指示しない場合であっても、脅迫・威圧・優越的な地位を利用するというように、正犯者に対する誘致行為が積極的かつ強力になされるときには、結果の実現に対する関与の重大性が認められる余地はありうるであろう。なお、前記の東京地裁の事案では、被告人は「麻薬王」といわれる大物であったことから、必要的に刑が減輕される幫助犯は認めたいという考慮があったのかもしれない⁽³⁵⁾。このような事情が教唆犯の成立に影響を及ぼすのかについては、検討が必要である。

さらに、実行行為の方法・手段を指示する助言であっても、必ずしも結果の実現に対して重大な関与を行うとは限らないのではないだろうか。この点が問題となったのが、次の判例である。

被告人は、Aから強盗の話を持ちかけられたが、こういうところもあるというつもりで、「前に自分が船に乗っていたとき船長をやっていたBという人が退職金を沢山貰って今は会社の重役をしておられる、ここに行けば昼間は年老いた奥さん一人しかおられない」と述べた。Aは、その話を聞いて、B方から金品を強取しようとの意思を生じ、さらにB方の内情の詳細について尋ねてきたので、被告人は、AがB方で強盗をするかもしれないことを察知しながら、Aが質問する通りにAが出した手帳にB方の模様及び道順を記入し、「家は平野の辺りで表は門構えになっている、家の中の玄関の近くに犬がいる、家の中へ入れば犬は吠えない、家族は三人だけで子供は昼間は学校へ行っている、奥さんは優しい人であり数日前も主人から五〇〇〇円を借りたことがあるが、バス通りから大分離れたところだから交番も遠い」などと説明した。Aは、B方の留守居の奥さんを殺害した上金品を強取しようとして計画し、その後、Cとその計画に従いその実行について綿密な協議を行い、強盗殺人を⁽³⁶⁾実行した。このような事案に対して、神戸地裁は、被告人の行為はAらの犯行を容易ならしめたとして、強盗致死罪の幫助の成立を認めた。

本件で、Aは、被告人の助言の後にB方での強盗の意思を生じているのであるから、本件は、被告人が正犯者の犯行への決意を生ぜしめたといえる事案であった。さらに、被告人は、犯行の客体について助言しているのであるから、その助言は実行行為の方法・手段に関するものであったといえよう。それにもかかわらず、本判決は、教唆犯の成否には言及せずに幫助犯の成立を認めている。したがって、本判決は、正犯者の決意を喚起したかどうかを教唆犯

と幫助犯との限界づけの基準とするという立場を徹底していないともいえる。⁽³⁷⁾

本件では、被告人の助言の後、正犯者であるAらが犯罪の実行について綿密な協議を行ったという事情が認められる。したがって、実行行為の方法・手段について計画したのは、もっぱら正犯者であり、被告人は、犯行のわずかな部分を指示したにすぎない。このような事情を重要視すれば、被告人は、犯罪の実現に対して積極的かつ主体的に関与したとはいえないから、幫助犯にとどまるとすることも可能であろう。

(1) 大谷實『刑法講義総論第三版』（平成三年）四四一頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三〇九頁、曾根威彦『刑法総論』（昭和六二年）二六二頁など。

(2) 改正刑法草案二六条二項は、「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」と規定している。

(3) 「正犯者の背後の正犯者」の概念に関する文献は、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（昭和六三年）八七頁註(9)、八八頁註(20)に挙げられているものを参照。それ以外には、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）七四頁以下がある。ドイツで「正犯者の背後の正犯者」の概念を肯定するの³⁸⁾ Kohlrausch=Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, Vorb. I. 5. B. 1 vor § 47; Fr.-Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 107 ff.; Roxin, Bemerkungen zum “Täter hinter dem Täter”, Festschrift für Lange, 1976, S. 173 ff. ³⁹⁾ それに対して「正犯者の背後の正犯者」の概念を否定するの⁴⁰⁾ Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 625; Spendel, Der “Täter hinter dem Täter”—eine notwendige Rechtsfigur?, Festschrift für Lange, 1976, S. 147 ff. ⁴¹⁾ である。

(4) Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 3), S. 177; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl., 1990, S. 216.

(5) Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 3), S. 174 ff.; Maurach, Fragen der actio libera in causa, Jus 1961, S. 380 f.

- (9) Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 3), S. 123 ff. Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 3), S. 175 ff.
- (7) Fr.-Chr. Schroeder, a. a. O. (Anm. 3), S. 126 ff.; Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 1978, III, 3, d, bb zu § 25. Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 3), S. 178 ff.
- (8) Roxin, a. a. O. (Anm. 3), S. 184 ff.; Cramer, Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl., 1988, § 25, Rdnr. 22.
- (9) Roxin, a. a. O. (Anm. 4), S. 242 ff.
- (10) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)一五七頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔改訂版〕』(昭和六一年)一四九頁、大谷・前掲註(1)四一二頁。
- (11) 大塚・前掲註(10)一四九頁、大谷・前掲註(1)四一三頁。団藤・前掲註(10)一五八頁は、構成要件要素としての故意はあり責任が阻却されるにすぎない者を利用するときには、教唆犯が成立すると明示的に述べる。
- (12) 大谷・前掲註(1)四一一頁。
- (13) 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)五六九―五七〇頁、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)三五八頁参照。
- (14) Jescheck, a. a. O. (Anm. 3), S. 625.
- (15) ドイツで「正犯者の背後の正犯者」の概念を肯定する見解は、通常、行為支配説に立脚し、利用者の行為支配を基礎としてその正犯性を認めている。
- (16) 莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』(昭和五六年)四二九頁、大谷・前掲註(1)四一四―四一五頁。判例としては、最判昭和二五年七月六日刑集四卷七号一一七八頁、横浜地方裁判所川崎支部判決昭和五年一月二五日判例時報八四二号一二七頁、大津地方裁判所判決(以下、地判と略記する。)昭和五三年一月二六日判例時報九二四号一四五頁がある。
- (17) 共謀共同正犯に関する判例・学説については、安廣・前掲註(13)四五四頁以下参照。
- (18) 命令によるものとして、仙台高判昭和二九年一月一〇日高等裁判所刑事裁判特報一卷二一四七四頁、懇請によるもの

として、札幌高判昭和二六年四月三〇日高等裁判所刑事判例集（以下、高刑集と略記する。）四卷四号四四四頁がある。教唆犯と共謀共同正犯との差異が問題となった判例としては、仙台高等裁判所秋田支部判決昭和三五年四月六日下級裁判所刑事裁判例集（以下、下刑集と略記する。）二卷三〇四号三五五頁、東京地判昭和三五年四月三〇日下刑集二卷三〇四号六二二頁、名古屋高判昭和二六年一月三〇日判特二七号一五頁、名古屋高判昭和二四年一月二五日判特六号七九頁、仙台高判昭和五九年一月二六日高等裁判所刑事裁判速報集（以下、高検速報と略記する。）昭和五九年五月五五六頁、仙台高等裁判所秋田支部判決昭和六〇年五月一四日高検速報昭和六〇年二月三七一頁、東京地判昭和四二年一月一二日判例タイムズ二〇七号一八七頁などがある。

(19) 西田典之「共謀共同正犯論」刑法雑誌三一卷三号（平成二年）三五頁、前田雅英『刑法総論講義』（昭和六三年）四一七頁など。

(20) 野村稔「共謀共同正犯理論の総合的研究——はじめに——」刑法雑誌三一卷三号（平成二年）七頁など。

(21) 西田・前掲註(19)三五頁、西原・前掲註(1)三四六—三四八頁など。

(22) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌三一卷三号（平成二年）五九頁参照。

(23) 団藤・前掲註(10)三七三頁、大塚・前掲註(10)二四三頁、大谷・前掲註(1)三九九頁。

(24) Schulz, Die Bestrafung des Raubers, 1980, S. 137ff.

(25) 大判大正六年五月二五日刑録二三輯五一九頁。なお、本判決については、鈴木享子「教唆犯と幫助犯」西原春夫Ⅱ宮澤浩一Ⅱ阿部純二Ⅱ板倉宏Ⅱ大谷實Ⅱ芝原邦爾編『判例刑法研究4未遂・共犯・罪教』（昭和五六年）一九二—一九三頁参照。

仙台高判昭和三二年一月三〇日高刑集一〇卷一号五〇頁も、同様の立場である。

(26) 正田満三郎『犯罪論体系』（昭和四四年）一五七頁。ドイツでも、このような場合には、教唆犯の成立を認めるのが一般的である。Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 26, Rdnr. 2; Cramer, Schönke-Schröder, a. a. O. (Anm. 8), § 26, Rdnr. 5; Gossel, Maurach=Gossel=Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 344. 動搖している者の「決意の喚起」について教唆犯の成立を認めた判例として RGSt. 37, 171 (172);

BGH bei Dallinger, MDR 1972, S. 569 があり、漠然と決意している者に対する「決意の喚起」について教唆犯の成立を認めた判例として、BGH bei Dallinger, MDR 1957, S. 395 がある。

(27) 鈴木享子「共犯」福田平Ⅱ大塚仁編『講義刑法総論』(昭和五五年)二六八頁。なお、シュミットホイザーは、特定の目標を達成しようとしていれば、具体的な犯行計画を立案していなくても、行為者は「決意」しているといえたと説明する。Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 313 f.

(28) 東京地判昭和三五年四月三〇日下刑集二卷三Ⅱ四号六二二頁、判例時報二三一号二五頁。

(29) もっとも、本件は、共謀共同正犯の成否が問題となった事案であり、本判決は、共謀共同正犯の成立を否定し、教唆犯の成立を認めたものである。

(30) 大判大正六年五月二八日刑録二三輯五七七頁。

(31) 鈴木・前掲註(25)一九四頁参照。

(32) 大判明治四三年九月二〇日刑録一六輯一五二二頁。

(33) 大判昭和九年一〇月二〇日刑集一三卷一四四五頁。瀧川幸辰「窃盜罪の共犯と贓物に関する罪」刑事法判決批評第一卷(昭和十二年)三五九―三六〇頁は、本件は教唆犯とすべき事案であったという。

(34) 最判昭和二五年七月一九日刑集四卷八号一四六三頁。

(35) 本稿五(2)註(28)参照。

(36) 神戸地判昭和三六年四月八日下刑集三卷三Ⅱ四号二九五頁。

(37) もっとも、本件では、強盜殺人罪の教唆からその幫助に訴囚変更されていることから、審理においては、教唆の成否も問題となったと考えられる。

結 語

本稿は、教唆犯の法定刑の基礎づけを行うことによつて、望ましい教唆犯の概念の究明を目指したものである。刑法の規定に適合する教唆犯の概念を追求するためには、第一に、教唆犯は正犯ではないこと、第二に、教唆犯に対して正犯と同じ法定刑が適用されることを前提としなければならない。本稿は、このような認識に立脚して、教唆犯は正犯ではないということ承認した上で、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じたのであるが、ここで改めて本稿で主張しようとしたことを整理し、本論文を閉じることにした。

従来の学説の主張を見ると、教唆犯の法定刑の基礎づけという問題に関する基本的な考え方としては、次の二つの立場があることが確認された。すなわち、教唆犯の法定刑を法益侵害以外の要素によつて正当化する立場と、教唆犯の法定刑の基礎づけを法益侵害の観点から説明する立場である。前者の立場は、教唆犯は法益侵害の点では正犯より関与の程度が低いけれども、他の者を犯罪へと引き込む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ふものである。しかし、他の者を犯罪へと引き込むのは、教唆犯に固有の要素ではない。同じ要素は、正犯にも認められる。したがつて、教唆犯は他の者を犯罪へと引き込むという点で正犯より責任が重いという主張は、説得的であるとはいひがたい。

こうして、教唆犯の法定刑を法益侵害の観点から説明していく立場が妥当であると思われる。この立場は、刑法の任務は法益保護にあるという基本思想にも合致するであろう。このような立場からは、教唆犯は構成要件的结果の実

現に対して重要な役割を演ずるがゆえに、正犯と同じ法定刑が適用されると考えられる。そして、結果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演ずること自体が、教唆犯の成立要件となるべきであるということになる。通説は、「被教唆者の決意の喚起」を教唆犯の成立要件としているが、本稿の基本的立場からは、被教唆者の決意を喚起したかどうかは教唆犯の成立にとって必ずしも重要ではないのである。

このような教唆犯の基本概念は、共犯論の構造と密接な関連を有する。第一に、教唆犯の概念をいかに構築するかは、正犯、教唆犯、幫助犯の各関与形式間の限界づけの点で重要である。まず、教唆犯と正犯との限界づけの基準については、これを「結果の実現に対する関与の重大性」とは異なる観点にもとづいて追求する必要があるという帰結を得た。本稿の認識によれば、教唆犯と正犯は、結果の実現に対する関与の程度という点では区別されないからである。次に、教唆犯と幫助犯との限界づけの基準は、結果の実現に対して重要な役割を演じたかどうかという点に見出される。教唆犯は、結果の実現に対して重要な役割を演ずるがゆえに、正犯と同じ法定刑が適用されるのであり、このような基本的立場からは、教唆犯の法定刑を幫助犯の法定刑より重くする要素は「結果の実現に対する重大な関与」であるといえるからである。第二に、教唆犯の法定刑の基礎づけという点に注目することによって、共犯の処罰根拠に関する学説の特徴が明確になる。責任共犯説及び不法共犯説は、共犯者による法益侵害のほかに他の者に対する犯罪への誘致が共犯の処罰根拠であるとする立場から、教唆犯は、法益侵害の点では正犯より関与の程度が低いが、正犯者を犯罪へと引き込んだ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説明する。これに対して、惹起説は、共犯者が正犯者を通じて法益を侵害したことのみに共犯の処罰根拠であるという立場から、教

唆犯の法定刑を法益侵害という観点から基礎づけようとするのである。そして、教唆犯の法定刑を法益侵害の点から説明する立場が支持されるべきであるから、教唆犯の処罰根拠についても、惹起説が基本的に正当であると考えられる。

もちろん、このような主張は試論にとどまる。こうした試論が支持を得るためには、その理論的基礎を確固たるものにすると共に、實際上適用可能な具体的原則を定立することが必要となるであろう。そのための検討を今後の課題としなければならない。さらに、本稿は、教唆犯の本質を論ずることによって共犯論の構造を的確に把握することが可能になるという認識から、教唆犯の法定刑の基礎づけという問題を考察したのであった。したがって、本稿の考察によって明らかになった教唆犯の概念にもとづいて、共犯論の構造を究明するという課題が残されることになるのである。