

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか

鈴木 彰 雄

はじめに

- 一 別行為の教唆
 - 二 拡張的教唆
 - 三 縮小的教唆
- むすび

はじめに

わが国の刑法六一条一項は、「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」と規定する。ここでいう「教唆」とは、通説によれば、犯罪実行の決意を生ぜしめる行為をいい、利益の提供、誘導、欺罔、威圧、甘言、威嚇、指示、指揮、命令、囑託、慫慂、哀願など、どのような方法でもよく、また、明示的でなく、暗示的・暗示的な方法でもよいとされている。⁽¹⁾

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

しかし、私見によれば、教唆犯が処罰される根拠からみて、あるいは教唆犯が正犯と等しく罰せられることからみて、被教唆者に犯罪実行の決意を生ぜしめる行為が必ずしもすべて教唆行為とされるべきではなく、それが被教唆者に一定の犯罪を実行する決意を生ぜしめるのに適したものでなければならぬ。すなわち、教唆犯の不法は、正犯の不法から完全に独立したのではなく、逆に正犯の不法に全面的に従属するものでもなく、教唆者が正犯者の行為に加功することによって構成要件上保護された法益を間接的に侵害することにあるとする立場（従属的な法益侵害説）から、教唆行為は、「目的指向的な行為の促進」⁽²⁾、すなわち、はっきりと犯罪を行う決意をひき起こそうとする意味をもつた行為でなければならぬと解すべきである。本稿では、このような立場から、すでにある行為を決意していた者を、そそのかして別の行為を実行させた場合に、いかなる範囲で教唆犯が成立しうるかという問題⁽³⁾について考えてみたい。言うまでもなく、教唆者は犯意のない者をそそのかして犯意を抱かせる「造意者」⁽³⁾であるから、すでにある行為を決意していた者を、その行為についてさらに教唆することはできない。たとえば、AがすでにXの殺害を決意しているたTをそそのかしてXの殺害を実行させても、Tの殺意を強化したかぎり殺人罪の精神的幫助が認められるにすぎない⁽⁴⁾。しかし、AがすでにXの殺害を決意していたTをそそのかしてYの殺害を実行させた場合に、Aに殺人罪の教唆犯が成立するか否かは必ずしも明らかでない。

他方で、すでにある行為を決意していた者をそそのかしてまったく別の行為を実行させたならば、そそのかした者に教唆犯が成立することに争いはない。たとえば、AがXの殺害を決意していたTをそそのかしてX宅への放火を実行させた場合に、Aに放火罪の教唆犯が成立することは当然である。では、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそそのかして実行させた行為が、構成要件の評価において部分的に重なり合うようにみえる場合、たとえば、

AがXに対する窃盗を決意していたTをそそのかして、Xに対する強盗を実行させた場合に、いずれの犯罪について、またいかなる範囲でAの教唆犯を認めるべきであろうか。また、これとは逆に、AがXに対する強盗を決意していたTをそそのかして、Xに対する窃盗を実行させた場合にも、そうした疑問が生ずる⁽⁵⁾。

こうした問題はわが国ではほとんど論じられてこなかったので、本稿では以前から議論のあるドイツの理論状況を参照しながら考えてみたい。以下においては、はじめに、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそそのかして実行させた行為がまったく異なる「別行為の教唆」(Unstiftung)の意義を明らかにし、次に、両行為が構成要件的評価において部分的に重なり合うようにみえる場合のうち、軽い罪を決意していた者をそそのかして重い罪を実行させる「拡張的教唆」(Aufstiftung)の問題を検討し、最後に、重い罪を決意していた者をそそのかして軽い罪を実行させる「縮小的教唆」(Absättigung)の問題について私見を述べてみたい。

一 別行為の教唆

(一) 「教唆する」とは、ある行為を決意させることであるから、「すでにある行為を決意していた者」(omnimodo facturus)⁽⁶⁾にその行為を実行するようそそのかしても、教唆行為と被教唆者の決意との因果性が認められないので、教唆犯は成立しない⁽⁷⁾。言いかえれば、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそそのかして実行させた行為が法的評価において同一であれば、その行為を「教唆した」とはいえないが、両行為の同一性が認められなければ、そそのかした者に教唆犯が成立する。では、その同一性をどのように判断すべきであろうか。

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか(鈴木)

私見によれば、その判断の指針となるのは「構成要件の同一性」と「保護法益の同一性」である。すなわち、「従属的な法益侵害説」によれば、教唆犯は正犯の不法を前提とするので（制限従属形式⁽⁸⁾）、「教唆する」とは、まずもって被教唆者に違法行為を決意させることでなければならず、また、違法行為は構成要件という觀念形象によって類型化されているので（違法類型説）、被教唆者がすでに決意していた行為と同じ構成要件に該当する行為を教唆者がそのかしても、被教唆者に違法行為を決意させることはできない。したがって、教唆によって被教唆者に構成要件の変更が生ずれば、教唆者がすでに決意していた行為と教唆によって実行された行為の同一性が認められず、教唆犯が成立すると考えられる。たとえば、Tは恨みを晴らす目的でXの自転車を損壊することを決意していたが、Aが「どうせ壊すならXの納屋を壊せ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってXの納屋を損壊したという場合には、Aは新たな違法行為をそそのかしたことになるので、Aに建造物損壊罪の教唆犯が成立する。これに対して、同じ状況において、Aが「どうせ壊すならXの愛車を壊せ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってXの乗用車を損壊したという場合には、器物損壊罪の教唆犯は成立せず、Tの犯意を強化したかぎりでも、同罪の幫助犯となるにすぎない。

これについて、学説の一部に異論がある。すなわち、構成要件を異にしても、被教唆者がすでに決意していた行為によって侵害される法益と教唆者がそそのかして実行させた行為によって侵害される法益が同等の財産的利益であれば、そそのかした者に教唆犯は成立しないと見る見解である。たとえば、すでに恐喝（ドイツ刑法二五三条一項）を決意していた者をそそのかして、法定刑の同じ詐欺（同法二六三条一項）を決意させて実行させた場合（およびその逆の場合）には、被教唆者が実行した罪の教唆犯にはならず、その罪の幫助犯が成立しうるにすぎないとするのである。⁽⁹⁾しかし、この両罪は、財産的損害という結果は同じであっても、暴行・脅迫ないし欺罔という各罪に固有の行為態様

によって区別されるので、恐喝の決意と詐欺の決意を同一に論ずることはできないであろう。

(二) さらに私見は、「従属的な法益侵害説」の立場から、教唆犯は正犯から可罰性を借用するのではなく、逆に教唆犯の不法だけで成立するものでもなく、正犯行為を介して間接的に違法な結果を惹起するものであるから、教唆犯の不法は教唆行為自体の不法と正犯行為の不法の双方に基づくと解する（混合惹起説ないし構成要件の惹起説。すなわち、教唆行為の不法が認められるためには（正犯行為の不法と区別された意味での）教唆行為に固有の法益侵害性が認められなければならない。そうであれば、教唆犯が成立するためには、被教唆者がすでに決意していた行為によって侵害されうる法益と教唆者がそのかして実行させようとした行為によって侵害されうる法益が具体的に同一であってはならない。したがって、個人的法益に対する罪については、構成要件が同一であっても、教唆によって被教唆者に法益の帰属主体の変更が生ずれば教唆犯を認めるべきである。たとえば、TはXの殺害を決意していたが、Aが「どうせ殺すならXよりYを殺せ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってYを殺害したという場合には、Aは殺人罪の教唆犯になると解すべきである。

これについて、学説において二つの異論がある。その第一は、法益の帰属主体の変更によって教唆犯が成立するのは、生命・身体等の高度に一身専属的な法益に限られ、財産的法益については幫助犯を認めるべきであるとする見解である。⁽¹⁰⁾しかし、個人的法益はすべて、最終的にはその担い手である個人に帰属するものであるから、財産的法益だけを別論とすることはできない。たとえば、TはXの財物を窃取することを決意していたが、Aが「Xの物よりYの物を盗め」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってYの財物を窃取したという場合にも、Aを窃盗罪の教唆犯と

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

するべきである。第二の異論は、高度に一身専属的な法益であっても、例外的に、教唆によって「計画の変更」が生じなければ幫助犯にとどめるべきであると見る見解である。たとえば、Tがテロの目的で政治家Xを殺害しようとしたが、同じテロリストのAが「テロ計画を実行するために政治家Yを殺せ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってYを殺害したという場合には、Aを謀殺罪（ドイツ刑法二二一条）の幫助犯とするのである。⁽¹¹⁾しかし、この見解は、「行為の同一性」を「計画の同一性」に置きかえるものであり、同一性の判断を著しく主観化することになって妥当でないであろう。

国家的・社会的法益に対する罪については、法益の同一性の判断は必ずしも容易ではないが、私見は次のように考える。たとえば、Tは公務員Xに暴行を加えてその職務の執行を妨害することを決意していたが、Aが「体力の劣る公務員Yを狙え」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってYの職務の執行を妨害したという場合には、公務執行妨害罪の保護法益である公務の同一性を基準にして、Xの公務とYの公務が同一でなければAに同罪の教唆犯が成立し、その同一性が認められれば同罪の幫助犯が成立しうるにすぎない。⁽¹²⁾また、TはX宅に放火することを決意していたが、Aが「見つかりにくいY宅に放火しろ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってY宅に放火したという場合には、放火罪の第一次的法益である公共の安全を基準として、X宅への放火によって危殆化される公共の安全とY宅への放火によって危殆化される公共の安全が同一でなければ、Aに現住建造物等放火罪の教唆犯が成立するが、その同一性が認められれば、同罪の幫助犯が成立しうるにすぎない。

- (三) これに対して、構成要件の変更がなく、かつ法益の帰属主体の変更がなければ、教唆によって**具体的な客体**の

変更が生じても両行為の同一性は否定されず、教唆犯は成立しない。たとえば、TはXの貴金属を窃取することを決意していたが、Aが「足がつかない（犯行が露見しない）現金を盗め」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってXの現金を窃取したという場合には、Aは窃盗を決意させたとはいえず、Tの犯意を強化したかぎりでは同罪の幫助犯となるにすぎない。

また、教唆によって具体的な行為態様の変更が生じても両行為の同一性は否定されず、教唆犯は成立しない。たとえば、TはX宅の窓から住居内に侵入することを決意していたが、Aが「人に見られないよう裏口から入れ」とそそのかしたので、Tはその助言に従ってX宅の裏口から住居内に侵入したという場合には、Aは住居侵入を決意させたとはいえない。ナイフを用いた脅迫によって強盗を実行しようとして決意していた者をそそのかして、けん銃を用いた脅迫によって実行させた場合も同様である。犯行態様の変更をそそのかすことによって、そそのかされた者の犯意が強化され、あるいはその実行が容易になることが多いが、それは典型的な幫助行為というべきである。

さらに、教唆によって**犯行場所**や**犯行日時の変更**が生じた場合にも、両行為の同一性は否定されない。たとえば、某日某所での殺人を決意していた者に、「人に見られない場所で殺せ」とか、「犯行を数日延期しろ」などとそそのかした場合はこれである。犯行日時の変更については、被教唆者が遠い将来に実行しようと考えていた犯行を、教唆者がそそのかしてただちに実行させた場合には、教唆犯を認めるべきであるとする見解があるが、そのような被教唆者は、いまだその犯罪を決意していたとはいえず、そそのかされたことによってはじめて犯意を生じたというべきであるから、その意味で教唆を認めることができる。また、殺人罪の不法は人命の短縮にあるという理由で、殺人を決意していた者をそそのかしてその実行を早めた場合には教唆犯を認めるべきであるとする見解もあるが、同罪

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

の不法は人命の断絶にあり、その短縮は断絶の効果にすぎないとみるべきであるから、両行為の同一性の評価に影響しないと思う。

犯行動機の変更についても同様に考えてよい。たとえば、Tは放火の目的でX宅に侵入することを決意していたが、Aが「X宅に入って現金を盗め」とそそのかしたので、Tは窃盗の目的でX宅に侵入したという場合にも、Aは住居侵入を決意させたとはいえず、同罪の帮助犯が成立しうるにすぎない。

(四) このような考え方は、ドイツの判例が採用するところでもある。BGH NSZRR 1996, I にあらわれた事実の概要と判旨は次のとおりである。⁽¹⁵⁾

〔事実の概要〕

被告人は、LおよびFの兄弟とともに、マンハイムからオランダへ旅行するLを見送るために、Fが運転する被告人の乗用車でマンハイム駅へ向かっていたが、その途中で喫茶店に立ち寄った。ところが、Lは、喫茶店の近くで、以前自分にヘロインの取引を強要したSが路上にいるのを見かけていたので、ひとりで喫茶店を出て、持っていたけん銃でSを射殺した。被告人とFはけん銃の発砲音を聞いて路上に出たが、被告人もSと面識があったことから、この事件に関わりたくないと思い、自分の車に戻ったところ、Fがすでに車を駐車場から出して、助手席にLを乗せていたので、自分も後部座席に乗り込んだ。そのときLが、Sを射殺したのですぐにオランダへ逃走したいと言ったが、被告人は、自分の車を使われなくなかったので、このままマンハイム郊外にある被告人の住居へ行くよう求めた。被告人とFは、Lを犯行現場から連れ出すことが、間近に迫った同人の逮捕を免れさせ、オランダへの逃走を容易にするものであることを認識していた。Lは、被告人の住居に短期間滞在した後逮捕された。

本件では、被告人が自分の住居へ行くように求めた時には、FはすでにLを犯行現場から連れ出すことを決意して

いたので、刑の免脱の罪（ドイツ刑法二五八条一項）の教唆となるのか幫助となるのが問題になった。これについて原審は、被告人を同罪の未遂の教唆犯としたが、BGHは原判決を一部破棄して同罪の幫助犯とした。⁽¹⁶⁾

〔決定要旨〕

「具体的な行為をすでに決意していた者（*ominimodo facturus*）はさらに教唆されることはないが、決意を強化した者には（精神的）幫助が認められる（…）。これに対して、（のちの）正犯者が、すでに決意していた行為の代わりに、別の行為を行うようそのかされた場合には、教唆と評価すべき「別行為の教唆」となる（…）。本件では、被告人が車に乗り込んだ時には、Fは駐車場から車を出して逃走を直接的に開始していたのであるから、FはLを犯行現場から連れ出すことをすでに固く決意していた。」したがって、Fは当初計画していた行為とは別の行為をそのかされたとはいえない。すぐに多数の警官が臨場することが予想される市の中心部からLを車で連れ出すという方法で他人の逮捕を免れさせようという決意に変わりはない。変更したのは運転の目的地にすぎず、運転の目的ではない。…（のちの）正犯者がすでに決意していた行為について、その行為の態様を変更するようそのかしたにすぎない場合には…、幫助であつて教唆ではない。」

このような判断方法について、学説の一部に異論がある。教唆とは教唆者が被教唆者に新たな計画を抱かせることであるから、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそのかして実行させた行為の同一性を「計画支配」という基準によって判断すべきであるという見解である。すなわち、教唆とは被教唆者を動機づけてその計画を支配することであり、この点で、一方で実行行為を支配する間接正犯と区別され、他方で計画支配をもたない幫助犯と区別される。たとえば、Tは客をもてなすためにウイスキーを窃取することを決意していたが、Aが「その客が好むウオッカを盗め」とそのかしたので、Tはその助言に従ってウオッカを窃取したという場合には、客をもてなすというTの計画に変更が生じていないので、Aは窃盗罪の幫助犯にとどまるが、同じ状況において、Aが「その客をビ―

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

ルでもてなし、ウオツカは盗んでから売ってしまえ」とそそのかして実行させた場合には、AはTに盗品を売るといふ新たな計画を抱かせることによつて「計画支配」を獲得したことになるので、窃盗の教唆犯が成立するといふのである。⁽¹⁷⁾しかし、この見解についても、「計画の変更」を基準とする見解と同様に、同一性の判断を著しく主観化することになるといふ批判が当てはまるであろう。構成要件の同一性と法益主体の同一性を指針とする本稿の立場からは支持しえない。後者の事例は単なる動機の変更とみるべきである。

(五) このように解するとしてもなお問題がある。「構成要件の変更」と単なる「行為態様の変更」の区別が必ずしも判然としないからである。たとえば、暴行による財物奪取を決議していた者をそそのかして、脅迫による財物奪取を決議させて実行させた場合（およびその逆の場合）、人を略取しようとして決議していた者をそそのかして、その人を誘拐することを決議させて実行させた場合（およびその逆の場合）、あるいは、人を逮捕しようとして決議していた者をそそのかして、その人を監禁することを決議させて実行させた場合（およびその逆の場合）に、教唆者は被教唆者が実行した行為について教唆犯の責を負うべきであろうか。「構成要件」の概念については多様な理解がありうるので、特定の構成要件概念を前提にして「構成要件の変更」と「行為態様の変更」の区別に腐心するのは賢明な方法ではないと思う。このような場合には、むしろ教唆犯の不法内容をどのように理解すべきかを考えなければならぬ。

思うに、現行刑法が教唆犯に「正犯の刑を科する」こととし、刑の減輕の可能性を認めない理由は、教唆犯の不法は、教唆行為の不法と正犯行為の不法の双方に基づくとはいへ、その程度において正犯に相当する実質を有することにある⁽¹⁸⁾。そうであれば、教唆行為が認められるためには、正犯者の意思形成が教唆者の働きかけに依存していること、

言いかえれば、教唆行為が正犯行為に相当するほどの「目的指向的な行為の促進」といえることが必要である。この点において、刑の必要的減軽を予定する幫助犯との決定的な違いがある。⁽¹⁹⁾しかし、右の三例のいずれにおいても、被教唆者は反抗抑圧によって財物を奪取すること、人を自己または第三者の実力支配内に移すこと、あるいは不法に人の身体活動の自由を拘束することをすでに決意しており、各教唆行為はいずれも正犯と同程度の不法を惹起したといえない。したがって、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそのかして実行させた行為の同一性は否定されず、そのかした者は幫助犯の責を負うにとどまると解すべきである。⁽²⁰⁾

そもそも、構成要件の同一性が認められない場合に教唆犯が成立するのは、教唆行為が正犯行為に相当する不法を有することが、そのような場合に典型的にあらわれているからである。そうであれば、適用される条文が異なっても、教唆行為が正犯行為に相当する不法を有しない場合には、実質的な解釈によって教唆犯の成立を否定しななければならない。たとえば、TはX店の業務を妨害する目的で同店に爆破予告の電話をかけることを決意していたが（威力業務妨害）、Aが「X店の入口に閉店の看板を出して客の入店を阻止しろ」とそのかしたので（偽計業務妨害）、Tはその助言に従って同店の業務を妨害したという場合（およびその逆の場合）、TはX女に暴行を加えて姦淫することを決意していたが（強姦）、Aが「X女が熟睡している間にやってみえ」とそのかしたので（準強姦）、Tはその助言に従って同女を姦淫したという場合（およびその逆の場合）、TはX銀行の窓口で銀行員をナイフで脅して現金を奪うことを決意していたが（一項強盗）、Aが「カウンターの上にある現金を持って逃げ、銀行員に追いかけられたらナイフで脅せ」とそのかしたので（事後強盗）、Tはその助言に従ってX銀行の現金を奪ったという場合（およびその逆の場合）、あるいは、TはXを昏酔させてその財物を盗取しようとして決意していたが（昏酔強盗）、Aが「暴行を加えて奪っ

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

てしまえ」とそそのかしたので（二項強盗）、Tはその助言に従ってXの財物を奪取したという場合（およびその逆の場合）にも、両行為の同一性は否定されず、教唆犯は認められないと解すべきである。

二 拡張的教唆

(一) 拡張的教唆について特に議論があるのは、被教唆者がすでに決意していた甲罪と教唆者がそそのかして実行させた乙罪が構成要件的評価において部分的に重なり合い、両罪が基本類型と加重・減輕類型の関係にあるとみられる場合である。右にあげた窃盗罪と強盗罪のほか、遺失物等横領罪と窃盗罪、あるいは同意殺人罪と殺人罪などが問題になる。ここでは、「別行為の教唆」とは異なり、甲罪と乙罪に違法評価の重複がみられるので、両行為の同一性について、より実質的な判断が求められる。この拡張的教唆のうち、甲罪と乙罪が基本類型と加重類型の関係にある場合の取扱いについて、ドイツでは大別して四つの学説が主張されているので、まずは諸説の概要とその具体的な適用をみてみたい。⁽²¹⁾

第一は、被教唆者がすでに基本的犯罪である甲罪を決意していたとしても、教唆者がその加重的犯罪である乙罪をそそのかして実行させたならば、乙罪の全体について教唆犯が成立すると主張する説である（本稿ではこれを教唆説という）。その理由は、①立法者は加重的犯罪を基本的犯罪とは異なった評価の段階に位置づけており、こうした立法者の判断は法の適用において拘束力をもつので、その評価の違いは具体的な不法評価に先行して認められなければならない。また、②加重的犯罪は、その法定刑が示すように、基本的犯罪の不法と加重的犯罪の「加重」部分の不法と

の単なる合計ではなく、⁽²²⁾別個の独立した不法の単一体であるから、「加重」部分をそのかした者は、その部分の不法のみを惹起したのではなく、行為の同一性が否定されるほどの不法の変更を行ったことになる。③たしかに、すでに基本的犯罪を決意している者をそのかして加重的犯罪を決意させることは、まったく決意していない者をそのかす場合と比較して当罰性が低いのが一般であるが、それは量刑において考慮すれば足りる、と解するところにある。⁽²³⁾

第二は、乙罪に含まれている甲罪に当たる行為を「基本」部分とし、甲罪を超える行為を「加重」部分として、その両者を各別に評価する説であり、次の二つの見解が主張されている。その一は、乙罪をそのかした者は、「加重」部分を独立に処罰する構成要件が存在しない場合には、乙罪の幫助犯のみにとどまるが、その部分を独立に処罰する構成要件が存在する場合には、乙罪の幫助犯を認めつつ、さらに「加重」部分について教唆犯を認めるべきであるとする（これを区別説の一という）。その理由として、①被教唆者は、乙罪の「基本」部分については「すでにある行為を決意していた者」であるから、この者に対してその部分をさらに教唆することはできないが、被教唆者が決意していなかった「加重」部分については教唆することができる。また、②加重的犯罪を教唆する者は、たしかに被教唆者の犯意を強化し、その無価値を増加させるが、それは不法の量的な増加にとどまり、犯意の惹起という不法の質的な変更を加えるものではない。さらに、③教唆説のように、教唆に基づかない「加重」部分を含む乙罪の全体を教唆者に帰属させることは責任主義に反し、また、刑の減輕を予定していない教唆犯の規定（ドイツ刑法二六条）を適用すれば、不当に重い刑を科すことにもなるという。これが現在のドイツの多数説となっている。⁽²⁴⁾

その二は、右の説を部分的に修正して、乙罪の「加重」部分に当たる構成要件が存在する場合には、乙罪の全体に

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

ついで教唆犯を認めるべきであるとする見解である（これを區別説の二⁽²⁵⁾という）。その理由は必ずしも明らかでないが、「加重」部分に当たる構成要件が存在する場合には、甲罪と乙罪は罪質を異にする別罪（*alters*）であると解しているものと思われる。

第三は、被教唆者がすでに決意していた行為の無価値が教唆によつて著しく増加すれば、その「加重」部分について別の構成要件が存在するか否かにかかわらず、すでに決意していた行為とは別個の行為が認められ、その行為は教唆者に帰属されるとする説である（これを無価値増加説という）。この説によれば、同一の構成要件内であっても、教唆によつて被教唆者の行為の無価値が著しく増加すれば教唆犯が成立することになる。たとえば、被害者の顔を一回だけ平手打ちしようとして決意していた者をそそのかして激しい暴行を加えさせた場合や、一ユーロの窃盗を決意していた者をそそのかして一〇〇ユーロを窃取させた場合でも、すでにして両行為の同一性が認められず、そそのかした者は被教唆者が実現した不法内容の全体について教唆犯として責を負うべきことになる。なぜならば、①教唆されて実行した具体的な行為態様は決意されていなかったため、被教唆者はその行為全体について「すでにある行為を決意していた者」ではなかったとみるべきである。また、②行為の無価値を著しく増加させることは、完全な教唆犯としての責任を基礎づけるので、具体的な行為態様を異にする行為をそそのかしてその無価値を著しく増加させれば、それだけで教唆となるからである。さらに、③ドイツ刑法においては、重罪の教唆の未遂は可罰的であるが（同法三〇条一項）、重罪の幫助の未遂は不可罰となるので、區別説によれば、加重的犯罪の教唆が失敗すると是認しえない処罰の欠缺が生ずることになる、という理由もあげられる。したがって、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそそのかして実行させた行為の同一性は、不法の著しい増加という実質的な基準によつて判断されるべきである、

といふのである。⁽²⁶⁾

第四は、教唆によつて被教唆者がすでに決意していた行為に重要な（あるいは本質的な）変更が生じた場合に教唆を認め、その変更が重要でない（あるいは非本質的な）場合には教唆とはいえないとする説である（これを重要性説といふ）。すなわち、①被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそのかして実行させた行為の同一性は、因果関係の判断と同様に、多くの要素を総合的に評価することによつて実質的に判断されるべきであるから、教唆説のように立法者の評価を基準として判断することはできず、また、区別説のように加重部分だけを独立に評価することもできない。むしろ、②因果経過の逸脱に関する諸原則に照らして、被教唆者が決意して実行した加重的犯罪が当初予定していた基本的犯罪から本質的に逸脱している場合には、両行為の同一性を否定して教唆犯を認め、その逸脱が本質的でない場合には、同一性を肯定して教唆犯を否定すべきである、といふのである。⁽²⁷⁾

(二) こうした学説の争いが生ずる契機となつたドイツの判例がある。BGHSt 19, 339⁽²⁸⁾ にあらわれた事実の概要と判旨は次のとおりである。

〔事実の概要〕

被告人は、正犯者となるOおよびS（ただしOは刑事未成年者）から、商店主であるA〇歳をこえたM女の居宅から現金を奪う計画があることを知らされたが、以前に加重窃盗罪で有罪判決を受けたことがあるので、自分はその犯行に加わらず、奪つた現金の分け前にあずかることにした。OとSは、M女の居間で現金を探している間に発見されるかもしれないので、同女に気づかれないように、同女を殴り倒すつもりでいた。そこで被告人は、OとSに、こん棒を持つて同女宅へ行き、同女の後頭部を殴打して意

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

識を失わせることを提案した。OとSはそのように決意して椅子の脚を持って犯行に臨んだが、Oは現場において殺意をもって同女の頭蓋を殴打して同女を死亡させた。

本件の事実関係を要約すれば、正犯者らが当初決意していたのは単純強盗（ドイツ刑法二四九条）であつたが、被告人が凶器を用いた加重強盗（同法（旧）二五〇条一項）をそそのかして実行させたところ、正犯者の一人が殺意をもって被害者を死亡させた、ということになる。これについてBGHは、被告人を加重強盗による強盗致死罪（同法（旧）二五一条）の教唆犯として有罪としたが、加重強盗罪の教唆を認めた理由について次のように判示した。

〔判決要旨〕

「正犯者らはずでに単純強盗の実行を決意していたが、被告人がこん棒を用いて実行するように決意させたことにより、犯行の態様において、その無価値内容が当初の計画より著しく（*erheblich*）増加した（…）。正犯者らは、こうした犯行態様をみずから考えていたのではなく、被告人がはじめてそのような行為をそそのかしたのであるから、単なる精神的幫助ではなく、教唆が認められる。当刑事部の見解によれば、このような評価にとって重要なのは、正犯者らがより重い法定刑をもった他の構成要件の実現をそそのかされたか否かではなく、その行為の法的な評価を変更することがなくとも、危険な実行方法の中にあると認められる不法内容の著しい増加である。」

本判決には、構成要件の変更がなくても「不法内容の著しい増加」があれば教唆犯が成立しうる旨の説示があるので、不法増加説の立場に立つものと思われる。

本件で問題となつた単純強盗と加重強盗の関係をその他の学説からみれば、次のような帰結が得られるであろう。まず、教唆説によれば、加重強盗罪の教唆犯が成立することは明らかである。次に、区別説の一では、被告人がこん

棒を持っていくよう提案した時点では、正犯者らはずでに単純強盜の決意をしていたので、その罪の教唆犯が成立する余地はなく、加重強盜罪の幫助犯となるが、これに加えて、「加重」部分について適用される危険な傷害罪（ドイツ刑法三二四條）の教唆犯が成立することになるであろう（所為単⁽²⁹⁾）。しかし、区別説の二からは、「加重」部分を処罰する構成要件が存在するので、教唆説と同じく、加重強盜罪の教唆犯が認められることになる。さらに、重要性説からは、被告人の提案によつて単純強盜の因果経過に本質的な逸脱が生じたとはいえないので、兩行為の同一性は否定されず、被告人は加重強盜罪の幫助犯にとどまるものと思われる。

これらの学説をわが国の刑法に当てはめたら、どのような帰結が得られるであろうか。AがXに対する強盜を決意していたTをそそのかして、Xに対する強盜を実行させたという事例で考えてみよう⁽³⁰⁾。

まず、教唆説によれば、Aに強盜罪の教唆犯が成立することになる。次に、区別説の一からは、Aに強盜罪の教唆犯を認めることはできず、同罪の幫助犯にとどまるが、これに加えて、強盜の手段として用いた暴行または脅迫について、暴行罪または脅迫罪の教唆犯が成立する（観念的競合⁽³¹⁾）。しかし、区別説の二からは、強盜罪の教唆犯が認められることになる。また、無価値増加説によれば、強盜をそそのかしたことによつてXの生命・身体等に対する新たな危険が惹起され、強盜の無価値が著しく増加したと評価しうるので、強盜罪の教唆犯が認められるであろう。さらに、重要性説からは、Tが強盜の犯意を抱いて実行しても、すでに決意していた強盜の因果経過に本質的な逸脱があったとはいえないので、Aは強盜罪の幫助犯にとどまるように思われる。

(三) では、右の諸説についてどのように考えるべきであろうか。

まず、重要性説に対しては、どのような場合に被教唆者が決意して実行した加重的犯罪が当初予定していた基本的犯罪から「本質的に逸脱した」といえるのか、その明確な判断基準を見出すことができないという批判が向けられる。因果関係の逸脱の理論を援用しても、因果関係の判断そのものに争いがある以上、やはり一義的な基準を設定するのは困難であり、結局は論者の当罰性の判断に委ねてしまうことになりかねない。また、無価値増加説も、被教唆者がすでに決意していた行為の無価値が「著しく増加した」とする評価が恣意に流れるという批判を免れない。たしかに、両行為の同一性を判断するには実質的な評価を必要とするが、構成要件の類型性を重視する本稿の立場からは、同一構成要件内であっても不法の著しい増加があれば両行為の同一性を否定しようと解することには賛成しえない。

他方で、教唆犯説は、基本的犯罪と加重的犯罪はその不法内容に本質的な相違があり、後者は前者とは別個の独立した不法の単一体であるから、「基本」部分と「加重」部分を切り離して評価することはできないと主張する⁽³²⁾。しかし、何ゆえに「加重」部分だけをそそのかした者に加重的犯罪の全体について教唆犯の責を問うのか、その理由は明らかでない。両罪の違法評価に（部分的にせよ）重複が認められる以上、そこに本質的な相違を見出すことはできないであろう。犯意の「強化」は、その程度がいかに重大なものであっても犯意の「惹起」⁽³³⁾ではない。そうであれば、教唆行為に基づかない乙罪の「基本」部分をも教唆者に帰属させることは、教唆犯と帮助犯の構造的な差異を無視する点で責任主義に反する疑いがある。また、教唆説がいうように、加重的犯罪は基本的犯罪とは別個の独立した不法の単一体であるとするならば、加重的犯罪を決意していた者をそそのかして基本的犯罪を実行させる「縮小的教唆」の場合にも、基本的犯罪の教唆犯を認めなければならないはずである。これらの説と比較して、区別説は、「拡張的

教唆」と「他行為の教唆」の区別が必ずしも明確でないという難点をもつことは否定できないが、法的評価の安定性を保ちつつ、必要的減輕によつて適切な処罰を確保することができるという点で、より合理的な解決を可能にするように思われる。

私見によれば、すでに述べたように、教唆犯が成立するためには、教唆行為が正犯行為に相当するほどの不法を惹起することが必要である⁽³⁴⁾。しかし、拡張的教唆においては、被教唆者はすでに加重的犯罪のいわば「土台」部分を決意しているので、その「上乗せ」部分を決意させても、正犯に相当するほどの不法を惹起したとはいえない。単独正犯となるためには、行為者が「土台」部分と「上乗せ」部分をみずから（直接正犯）または他人によつて（間接正犯）実現することが必要であるから、教唆者がこれと同程度の不法を惹起するためには、被教唆者に「土台」部分と「上乗せ」部分をともに決意させることが必要である。「上乗せ」部分だけをそそのかした拡張的教唆者は、加重的犯罪の全体をそそのかしたとはいえず、その幫助犯にとどまるものと評価するべきである⁽³⁵⁾。このように考えるならば、區別説の二は、「加重」部分を処罰する構成要件が存在する場合に乙罪の教唆犯を認めることによつて、いわば幫助犯を教唆犯に「格上げ」するものであり、教唆説に対するのと同じ批判が向けられるであろう。したがつて、區別説の一を支持すべきであると考える。

右の私見を具体例でみれば、乙罪の「加重」部分に該当する処罰規定が存在しない場合には、乙罪の幫助犯のみが認められるので、たとえば、AがXの遺失物を横領しようとして決意していたTをそそのかして、Xの占有する財物を窃取させた場合には、Aは窃盗罪の幫助犯にとどまる。AがXに対する恐喝を決意していたTをそそのかして、Xに対する強盜を行わせた場合にも、Aは強盜罪の幫助犯となる⁽³⁶⁾。

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

これに対して、乙罪の「加重」部分に該当する処罰規定が存在する場合には、乙罪の幫助犯のほか、「加重」部分に該当する罪の教唆犯が成立するので、すでに述べたように、窃盗を決意していた者をそのかして強盗を実行させた場合には、強盗罪の幫助犯と暴行罪または脅迫罪の教唆犯が成立する。

強盗罪以外の結合犯についても、その取扱いは同じである。たとえば、TがX女の反抗を抑圧してその財物を奪取することを決意していたが、Aが「ついでにX女を強姦してしまえ」と言ったので、Tはその勧めに従って強盗強姦を実行した場合には、Aに強盗強姦罪の幫助犯と強姦罪の教唆犯が成立すると解する（観念的競合）。ただし、強盗殺人罪においては、強盗と殺人の結合が弱く実質的な一罪性が認められないので、AがXに対する強盗を決意していたTをそのかしてXに対する強盗殺人を行わせた場合には、Aに強盗罪の幫助犯と殺人罪の教唆犯を認めるべきであろう。

甲罪と乙罪が減輕類型と基本類型の関係にある場合も、これと同様である。たとえば、TはXの同意を得てからXを殺そうと決意していたが、Aが「どうせ殺すならすぐに殺してしまえ」とそのかしたので、Tはその助言に従って同意を得ずにXを殺害したという場合には、Aは殺人罪の幫助犯にとどまると解すべきである。

三 縮小的教唆

(一) すでに重い罪を決意していた者をそのかして軽い罪を実行させる「縮小的教唆」については、教唆者が同一構成要件内で被教唆者の法益侵害性を減少させた場合、たとえば、AがXの一〇〇万円を窃取しようとして決意している

TをそそのかしてXの一万円を窃取させた場合と、構成要件的評価において重い甲罪を決議していた者をそそのかして軽い乙罪を実行させた場合、たとえば、AがXに対する強盗を決議していたTをそそのかしてXに対する窃盗のみを実行させた場合がある。後者については、窃盗罪と遺失物等横領罪、あるいは殺人罪と同意殺人罪のように、「擴張的教唆」とは逆の諸事例が考えられる。

前者については、こうした縮小的教唆は、教唆はもちろん、幫助にも当たらないとしたドイツの裁判例がある。OLG Stuttgart, NJW 1979, 2573⁽³⁷⁾にあらわれた事実の概要と判旨は次のとおりである。

〔事実の概要〕

原審の認定によれば、弁護士であった被告人は、結婚仲介業を営み、支払意思のない顧客との間でトラブルをかかえていた依頼人Sから相談を求められた。被告人は、これまでもたびたびSに対して、民法の規定によれば、顧客との結婚仲介契約は裁判所をおして主張しうるような法的な拘束力をもたないと説明してきたが、Sはそれまでと同様に、費用の支払を怠った多数の顧客に対して、「仲介サービス」と「助言」を請求原因とする虚偽の支払請求を続けていた。そこで被告人は、Sとの話し合いにおいて、「雑費」を顧客の負担分に応じて分割して請求するよう提案した。それにもかかわらず、Sはその後も、被告人が予見していたように、「雑費」の名目で全費用の支払を請求し続けた。しかし、顧客らはその請求に応ずることなく異議を申し立てたため、Sはその後の請求を断念した。

原審は、被告人を詐欺罪の幫助犯として有罪としたが、上告審であるOLGは、これを破棄して被告人を無罪とした。

〔決定要旨〕

「…被告人はSに対して、将来の支払命令の中で全費用を「雑費」と偽って請求するのではなく、雑費—そのみを—分割して請求するよう勧めたとするならば、その後も全費用を支払命令によって請求しようとするSの決意を強化したとするのは（思考法則

す）すでにある行為を決議していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

により) 困難である。被告人はまさに、黙示的にそれをやめるように勧めたといえるであろう。一方で、Sはその後の行動をいずれにせよ決意していたとするならば、被告人の助言は、もともと顧客に生ずるかもしれない損害を減少させる性質を有するものである。したがってその場合には、被告人はSの企図全体をやめさせる義務はないので――生ずるかもしれない詐欺の損害の程度について「危険の減少」(Gefährminderung bzw. Risikoverringern) があると認められ、幫助犯の寄与について客観的帰属が否定されることになる。」

本決定は、弁護士である被告人の法的助言が、依頼人の顧客に生ずるかもしれない詐欺の損害の蓋然性ないし程度を増加させるものではなく、それを減少させる性質を有するものであるから、その点で詐欺罪の幫助犯を認めることはできないとしたものである。⁽³⁸⁾

(二) では、構成要件的评价において重い甲罪を決意している者をそそのかして軽い乙罪を実行させた場合はどうであろうか。この場合には、被教唆者はすでに甲罪を決意しているので、その中に含まれる乙罪について犯意を惹起することはできず、教唆犯の不法を認めることはできない。⁽³⁹⁾ この帰結は、右のOLG Stuttgartの決定がいうように、客観的帰属の理論からも支持されるであろう。周知のように、この理論によれば、ある結果が行為者にその者の作業(Werk)として帰属されるためには、従来の構成要件要素である行為、結果、因果関係、あるいはその他の構成要件要素が充足されるだけではなく、その行為者が法的に否認された危険を創出し、その危険が構成要件の結果に実現したと評価されることが必要である。したがって、その行為に危険の創出が認められない場合、その行為が許された危険の範囲内にある場合、およびその行為による危険の減少が認められる場合には、構成要件的不法が認められないこ

となる。⁽⁴⁰⁾ 重い甲罪を決意していた者をそのかして軽い乙罪を実行させた場合にも、そのかした者は法益侵害の危険を増加させたとはいえず、あるいは法的に否認される危険を創出したとはいえないので、⁽⁴¹⁾ そのかした者にその行為を帰属させることはできない。

では、軽い乙罪について幫助犯の責任を問うことはできるであろうか。これについて、原則として乙罪の幫助犯を認めるべきであるとする見解がある。⁽⁴²⁾ しかし、被教唆者はすでに甲罪を決意しているので、その中に含まれる乙罪について犯意を強化したということとはできない。たとえば、TがXをナイフで切りつけてその所持する現金を奪おうと決意していたが（強盗傷人）、Tの妻Aが「お願いだから、けがをさせるのだけはやめて」と言ったので、Tはその懇願に従ってXに対する強盗のみを行ったという場合には、法益侵害性を減少させたAに強盗罪の幫助犯の罪責を問うことはできない。この場合にAを幫助犯として処罰するならば、Tの犯行を阻止する義務を負わないAの不作為が不可罰となることと比較して、明らかに均衡を失することになるからである。客観的帰属の理論からみても、被教唆者の危険を減少させた者にその行為を帰属させることはできないであろう。

これに対して、そのかした者が、一方において甲罪の法益侵害性を減少させたが、他方において乙罪の犯意を強化したといえる場合には、そのかきりて乙罪の精神的幫助となりうる。たとえば、同じ状況において、Aが「けがをさせるのだけはやめて。でも現金は欲しいから奪ってきて」と言った場合には、Aを強盗罪の幫助犯としてよいであろう。AはTを精神的に幫助し、Tの強盗の危険を増加させたからである。ただし、Tの犯行を阻止するために他に方法がなければ、Aには緊急避難による違法阻却の余地があると思われる。

もっとも、教唆者が、一方において甲罪の法益侵害性を減少させたが、他方において別罪の犯意を新たに惹起した

場合には、その罪の教唆犯が成立しうる。たとえば、同じ状況において、Aが「Xを切りつけないで、倉庫に閉じ込めて現金を奪ってきて」と言ったので、Tはその提案に従って現金を奪ったという場合には、Aに強盗罪の幫助犯のほか、監禁罪の教唆犯を認めてよいであろう。監禁罪については、Tは「すでにある行為を決意していた者」ではなかったからである。⁽⁴³⁾

むすび

本稿は、すでにある行為を決意していた者をそそのかして別の行為を実行させた場合に、いかなる範囲で教唆犯が成立しうるかという問題について、教唆行為は「目的指向的な行為の促進」でなければならぬという「従属的な法益侵害説」の立場から検討したものである。そこから得られた結論は次のとおりである。

一 被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそそのかして実行させた行為がまったく異なる「別行為の教唆」については、教唆によって被教唆者に「構成要件の変更」または「法益の帰属主体の変更」が生じた場合に教唆犯を認め、同一構成要件内での「客体の変更」、「行為態様の変更」、「犯行場所や犯行日時の変更」および「犯行動機の変更」は教唆犯の成否に影響しない。

二 構成要件の評価において軽い甲罪を決意している者をそそのかして重い乙罪を実行させる「拡張的教唆」のうち、甲罪と乙罪が部分的に重なり合い、前者が基本的犯罪、後者が加重的犯罪の關係にあるとみられる場合には、乙罪

をそのかした者をその罪の幫助犯としつつ、基本的犯罪を超えた「加重」部分については教唆犯を認めるべきである（區別説の一）。また、甲罪と乙罪が部分的に重なり合い、前者が減輕的犯罪、後者が基本的犯罪の關係にあるとみられる場合も同様である。

三 構成要件の評価において重い甲罪を決意している者をそのかして軽い乙罪を実行させる「縮小的教唆」については、甲罪の中に含まれる乙罪について犯意を強化したとはいえず、法益侵害の危険を増加させたともいえないので、教唆犯も幫助犯も認められない。ただし、そのかしたことにより乙罪の犯意を強化した場合には乙罪の幫助犯となり、別罪の犯意を新たに生じさせた場合にはその罪の教唆犯が成立しうる。

本稿は、教唆犯は正犯と同等の不法を惹起しなければならないという立場からこの問題を論ずることを意図したが、その理論的基礎づけにはさらに周到な論証が必要である。とりわけ教唆犯の処罰根拠については、学説による精緻な理論が蓄積されており、その包括的な検討によって私見の根拠を再考しなければならぬであろう。また、与えられた紙数の範囲内で右の三類型の具体的な適用事例を十分に示すことができず、各類型について問題となりうる典型的な刑法犯のみを例示するにとどめた。しかし、基本類型と加重・減輕類型の關係にある構成要件が多く規定されている特別刑法犯では、さらに困難な問題が生ずる。これについても他日の検討に委ねたい。

(1) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（一九九〇年）四〇五頁。大判明治四三年六月二三日刑録一六輯一二八〇頁、大判昭和九年九月二九日刑集一三卷一二四五頁、最判昭和二六年一月六日刑集五卷一三号二四八五頁も同旨。

(2) したがって、教唆犯が成立するには、教唆者と被教唆者との「通謀」による相互的な意思の連絡がなければならない。こ

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか（鈴木）

- れについて、拙稿「教唆行為の意義」関東学園大学法学紀要一三号（一九九六年）一九頁以下を参照。
- (3) 古くは、泉二新熊『改正日本刑法論「訂正三版」』（一九〇八年）三七七頁が、教唆者は「元來犯罪ノ意思ナキ他人ヲ教唆シテ犯罪ノ意思ヲ造形セシムルモノ」（所謂造意者）ニシテ其情状ニ於テ豪モ実行者ト區別ス可キ理由ナキカ故ニ之ヲ正犯トシテ処分スルコトヲ規定シタルモノナリ」と説明していた。
- (4) 大判大正六年五月二五日刑録二三輯五一九頁は、「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間擬ス可キハ亦明白ナリ」とする。
- (5) 本稿が問題にするのは、被教唆者がすでに決意していた行為と教唆者がそのかして実行させた行為との関係であるから、「抽象的事実の錯誤」における符合の範囲の問題や、「共犯と錯誤」における共犯の成立範囲の問題とは関連性がない。
- (6) この概念はローマ法に起源をもち、中世イタリヤ法やドイツ普通法を経て、今日のドイツ刑法学でも一般に使われている。詳しうは、SleencDie Rechtsfigur des omnimodo facturus : ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe (2011), S. 123ff.; Bock, Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen—zum Begriff des »alius« oder »omnimodo facturus«, JR 2008, S. 143ff.; Welz, Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe (2010), S. 117ff. を参照。わが国の文献として、竹内健互「「い」の「アポリア」としての教唆犯における犯行決意と「う」の「omnimodo facturus」の理論を批判的に検討して」法学研究論集（明治大学大学院）三五号（二〇一一年）一六五頁以下がある。
- (7) もっとも、「決意させる」とは、人の心理に働きかけてある行為を実行する意思を生じさせることであるから、ここでいう教唆行為の因果性とは、教唆行為が被教唆者の決意にとって唯一ないし絶対的なものである必要はなく、条件関係の判断（*conditio sine qua non*-Formel）と同様に、教唆行為がなかったならば被教唆者はその行為を決意しなかったであろうという蓋然性を問題にする仮定的な判断である。
- (8) 周知のように、共犯の処罰根拠については諸説があるが、本稿は、共犯は正犯によって惹起された法益侵害について因果性を有するがゆえに処罰されるとする因果的共犯論の立場から、共犯が成立するためには正犯行為が違法でなければならぬとする通説的見解を支持する。正犯行為が適法であれば、正犯行為から生じた結果も適法であり、共犯者が（間接的にせよ）法益を侵害したとはいえないからである。ただし、正犯行為の違法性は共犯成立の必要条件であるが、その十分条件ではない。
- (9) Vgl. Roxin, in: LK, 11. Aufl. (1993), § 26 Rn. 32; Hoyer, in: SK, 7. Aufl. (2000), § 26, Rn. 24; Joecks, StGB, Studienkommentar.

10. Aufl. (2010), § 26 Rn. 17.

(10) Vgl. Ingelinger, *Vorsatz und Tatbestimmtheit* (1992), S. 191ff.

(11) Roxin, *Strafrecht AT II* (2003), § 26 Rn. 97.

(12) この場合には、XとYが具体的職務権限を異にすれば、同一性を否定して同罪の教唆犯を認めてよいと思われる。したがって、同じ状況において、AがTに公務執行妨害と傷害をそそのかして実行させた場合には、XとYが具体的職務権限を同じくすれば、Aに公務執行妨害罪の教唆犯は成立しないが、傷害罪については教唆犯が成立することになる。

(13) Vgl. Schulz, *Die Bestrafung des Ratgebers* (1980), S. 163; Ingelinger, a.a.O., S. 188ff. ♪同旨。

(14) Joecks, a.a.O., § 26 Rn. 17; Hoyer, a.a.O., § 26 Rn. 24; Heinrich, *Strafrecht AT*, 4. Aufl. (2014), Rn. 1296a. ♪同旨。

(15) *Beschl. v. 8. 1. 1995-1 StR 377/95 = StV 1996, 1*; vgl. Geppert, *JK 1996, StGB, § 26/5*.

(16) 本件では、しは被告人の住居に短期間滞在した後に逮捕されたので、刑を「免れさせた」とはいえず、同罪の未遂にとどまる。

(17) Vgl. Schulz, a.a.O., S. 137ff., 146ff.; Roxin, in: LK, § 26 Rn. 28f. わが国では、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』【第二版】第五卷(一九九九年)「安廣文夫」四七四頁が、「助言者が正犯による犯行を計画支配したとみられるときも、教唆犯が成立すると解するのが相当であろう」とする。中村雄一「教唆と精神的幫助の限界づけについて—J. Schulzの見解を中心に—」中央大学大学院研究年報一三号I—二(一九八四年)八四頁も、Schulzの「計画支配説」を支持する。

(18) 曲田統「教唆犯の従属性と従犯の従属性」刑法雑誌五三卷二号(二〇一四年)一二八頁以下は、この点を指摘して、刑法六一条に該当する行為は、被教唆者の動機形成において支配的影響を与えた教唆行為に限定することが適切であるとする(ただし教唆犯には最小従属形式が妥当すると主張する)。

(19) 十河太朗「教唆犯の本質に関する一考察(二・完)」同志社法学四三卷三号(一九九二年)一三二頁以下は、惹起説の立場から、教唆犯に「正犯の刑を科する」ことの理論的根拠は、教唆犯が正犯と同じ程度に構成要件の結果の実現に対して重要な役割を演ずることにあるとして、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ないとする。しかし私見は、教唆行為に内在する法益侵害の危険を重視するので、「正犯者の決意の喚起」こそが教唆行為の不法を基礎づける要素であると解する。付言すれば、共犯は一般に、自由意思を有する正犯者という規範的障害を介在させる点で、直接正犯および間接正犯と比較して結果に至る蓋然性ないし危険性の程度が低いので(この点で正犯と区別される)、教唆犯に

すでにある行為を決意していた者を「教唆する」ことはできるか(鈴木)

「正犯の刑を科する」ためには、教唆行為自体の不法が正犯行為の不法に相当するものでなければならぬ（この点で幫助犯と区別される）と考える。

- (20) 盗品有償譲受け罪における運搬・保管等、あるいは境界損壊罪における境界標の損壊・移動等のように、同一条文中に複数の行為態様が選択的に列挙されている構成要件については、一般にそのうちの一つに考慮してよいであろう。
- (21) 学説の詳細については、Schünemann, in: LK, 12. Aufl. (2006), § 26 Rn. 31ff.; Joecks, in: MK (2003), § 26 Rn. 31f.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 26 Rn. 9.; Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 26 Rn. 18f.; Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 26 Rn. 5を参照。
- (22) たとえば、単純強盗罪（ドイツ刑法二四九条）の法定刑の上限は、単純窃盗罪（同法二四二条）のそれと単純傷害罪（同法二二三条）ないし脅迫罪（同法二四一条）のそれとの合計より重くなる。
- (23) 基本的にこの説を支持するのは、たとえば Fischer, a.O., § 26, Rn. 5.; Frister, Strafrecht, AT, 6. Aufl. (2013), 28. Kapitel Rn. 19.; Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 22 Rn. 38.
- (24) 基本的にこの説を支持するのは、たとえば Eser, Strafrecht II, 3. Aufl. (1999), Nr. 43, Rn. A8.; Freund, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (2009), § 10 Rn. 119f.; Gropp, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (2001), § 10, Rn. 123.; Heine/Weißer, a.O., § 26, Rn. 9.; Heinrich, a.O., Rn. 1302.; Hoyer, a.O., § 26 Rn. 20.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5. Aufl. (1996), § 64 II 2c.; Joecks, a.O., § 26 Rn. 16.; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 6. Aufl. (2013), § 41 Rn. 14.; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 20, Rn. 183.; Murmann, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (2013), § 27 Rn. 108.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, 6. Aufl. (2011), § 12 Rn. 145.; 本國では、中義勝「行為決意者の容容的使喚について」関西大学法学論集四〇巻二号（一九九〇年）三二頁がこの説を支持する。
- (25) 基本的にこの説を支持するのは、たとえば Haft, Strafrecht, AT, 9. Aufl. (2004), S. 217.; Krey, Strafrecht, AT, 5. Aufl. (2012), S. 263.
- (26) 基本的にこの説を支持するのは、たとえば Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 11. Aufl. (2003), § 30 Rn. 34f.; Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl. (2014), § 26 Rn. 2a.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, T. b. 2, 8. Aufl. (2006), § 51 Rn. 11.; Rengier, Strafrecht, AT, 6. Aufl. (2014), § 45 Rn. 38.; Roxin, Strafrecht, AT II (2003), § 26 Rn. 105.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 44. Aufl. (2014), Rn. 571. わが国では、大塚仁ほか編前掲書「安廣文夫」四七四頁が、同じ窃盗罪であっても、具体的助

- 言によって正犯の本来の計画よりも著しく被害額が増大する犯行が敢行された場合には、教唆犯を認めるべきであるとする。
- (27) 基本的にこの説を支持するのは、たとえば Geilen, *Strafrecht*, AT. 5. Aufl. (1980), S. 202 ; Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht*, AT. 5. Aufl. (2012), Rn. 1047 ; Welzel/Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), § 48. 2.
 - (28) BGH Urt. v. 3. 6. 1964-2 StR 14/64=NJW 1964, 1809.
 - (29) Vgl. Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl. (2011), § 25 Rn. 11.
 - (30) ただしドイツでは、単純強盗罪と加重強盗罪は基本的犯罪と加重的犯罪の関係にあるが、窃盗罪と強盗罪は罪質を異にする別個の構成要件であるとする見解もある。Vgl. Natus, *Probleme der Deliktsstruktur und der Ansiftung beim räuberischen Diebstahl* (§ 252 StGB), *Jura* 2014, S. 772ff.
 - (31) AがTにけん銃等を用いるようにさせたかして実行させた場合には、銃刀法違反の罪の教唆犯も成立しうる。
 - (32) Vgl. Stree, *Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung*, *Festschrift für Heinitz* (1972), S. 281ff., 293.
 - (33) Vgl. Bemann, *Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungweise*, *Festschrift für Gallas* (1973), S. 278ff.
 - (34) 1の合理的な理由から Kahlo, *Bestimmt, wer aufstiftet, zur Tat des schwereren Delikts?*, *Festschrift für Seehode* (2008), S. 176, 178 は、教唆者が被教唆者に対して「意思支配」をもつ場合にのみ、正犯に相当する意思決定力 (Bestimmungsmacht) をもつという。しかし、今度は間接正犯との区別が微妙になるであろう。
 - (35) Vgl. Hardtung, *Aufstiftung bei Unrechtsintensivierungen und Unrechtsverknüpfungen*, in : *Strafrecht zwischen System und Telos*, *Festschrift für Herzberg* (2008), S. 420ff. 440.
 - (36) ただし、脅迫を手段とする恐喝を決議していた者をそのかして、暴行を手段とする強盗を実行させた場合、あるいは暴行を手段とする恐喝を決議していた者をそのかして、脅迫を手段とする強盗を実行させた場合には、その「加重」部分となる暴行ないし脅迫について教唆犯が成立する余地がある。
 - (37) OLG Stuttgart, *Beschl. v. 19. 6. 1979-3 Ss (8) 237/79*.
 - (38) もっとも、本決定は、Sに詐欺罪の正犯行為が認められないという理由で無罪としているので、引用した判示部分は傍論に属するものと思われる。

すでにある行為を決議していた者を「教唆する」ことはできるか (鈴木)

- (39) Vgl. Freund, aa.O., § 10 Rn. 122.
- (40) 客観的帰属の理論が狭義の共犯にも適用されることについて、Roxin/Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Stree u. Wessels (1993), S. 380ff. を参照。
- (41) Vgl. Kühl, aa.O., § 20 Rn. 185; Heine/Weiber, in: Schönke/Schröder, § 26 Rn. 10.
- (42) Vgl. Jescheck/Weigend, aa.O., § 64 2 c); Joecks, aa.O., § 26 Rn. 14.
- (43) Vgl. Kudlich, Die Abstufung, Jus 2006, S. 594f.

〔追記〕

尊敬する斎藤信治先生の古稀をお祝いする論文集に、こうした文字どおりの拙稿を掲載させていただくのは内心忸怩たるものがあるが、先生から多くのご教示を賜った中央大学の後輩の一人として、先生のますますのご健勝をお祈りする次第である。

(本学法学部教授)