

タイトル	正犯と共犯（21）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，60(1)：153-185
発行日	2024-06-30

論 説

## 正犯と共犯 (21)

吉 田 敏 雄

### 目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第5章 共犯 (教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性

(以上第54巻第2号～第59巻第4号)

第6章 教唆犯

第1節 概説

第2節 客観的構成要件

1. 教唆者が正犯者と意思交流をもつ必要性
2. 不作為による教唆と不作為犯に対する教唆
3. 教唆行為と教唆結果の因果関係
4. 所為決意の変更
  - A. 所為決意を過大化することによる「教唆」
  - B. 所為決意を過小化することによる「教唆」
  - C. 別物への教唆
    - a. 正犯者の入れ替え
    - b. 犯行態様の変更
    - c. 法益の変更
    - d. 所為客体の変更
5. 継続行為への教唆
6. 予備罪に対する教唆
7. 過失犯に対する教唆

(以上第60巻第1号)

## 第6章 教唆犯

### 第1節 概説

教唆犯とは、「人を教唆して犯罪を実行させ」たことを云い、教唆犯者には「正犯の刑を科する」(刑61条1項)。教唆犯者は、自ら刑法各則の

構成要件を実現するのではなく、故意に他人をその故意の違法な犯罪へと唆す者である。したがって、刑法第 61 条第 1 項は刑罰拡張規定である。刑法各則の定める犯罪の構成要件と同じく、教唆犯の構成要件も客観的構成要件と主観的構成要件に分けられる。

教唆行為は時間的に主犯行為に先行しなければならず、しかも、教唆の可罰性は、その寄与によって正犯者が主犯行為へと唆されたことを要する。教唆の法定刑が幫助に比して重いのは、教唆者にその教唆に基づき、先ず、主犯者の実行行為によって実現された行為不法が帰属され、加えて、主犯行為から生ずる結果不法が帰属されるからである。したがって、「教唆」の概念は、主犯者によって実現された行為不法の帰属を根拠づけるように解釈されねばならない<sup>(1)</sup>。

教唆犯は他人を道具として用いる形態でも可能である。この間接教唆 (mittelbare Anstiftung) では、間接正犯に対応して、背後者の客観的支配は主犯者ではなく直接教唆者に及んでいなければならない。例えば、乙 (教唆者) は、丙 (道具) に対して正当化緊急避難を基礎づける脅迫を用いるとか、欺罔を用いることによって、甲 (正犯者) に所為決意を生じさせる場合である<sup>(2)</sup>。

刑法第 61 条第 2 項は、「教唆者を教唆した者」も正犯の刑に処せられると定める。本条項は一般に間接教唆の規定と理解されているが、正確には連鎖教唆 (Kettenanstiftung) を定めた規定である。間接教唆の概念は前記の教唆形態に留保されるべきである<sup>(3)</sup>。しかし、わが国の判例・通説は「間接教唆」の概念を使用している。その判例・通説に依ると、前記の間接教唆とは異なった意味でのこのいわゆる間接教唆には 2 形態がある<sup>(4)</sup>。乙 (間接教唆者) が甲 (直接教唆者) に対して、丙 (正犯者) を教唆してある犯罪を実行させることを教唆する場合<sup>(5)</sup> と、乙 (間接教唆者) が甲 (直接教唆者) に、ある犯罪を実行するよう教唆したところ、甲は自ら実行せずさらに丙を教唆してその犯罪を実行させた場合である<sup>(6)</sup>。問題は、間接教唆者をさらに教唆するといういわゆる再間接教唆及びそれ以上の間接的教唆 (判例・通説に依ると両者を含めて連鎖的教唆と呼ばれる) の可罰性である。刑法第 61 条第 2 項は、格別間接教唆に限定される必要が無いので、連鎖的教唆にも適用されるとするのが

判例であり、多数説もこれに従う<sup>(7)</sup>。これに対して、連鎖的教唆も処罰されるとなると教唆者の範囲が無限に広がるので、法的確実性の観点から刑法第 61 条第 2 項にいう教唆者とは、同条第 1 項の教唆者、つまり、正犯者を直接教唆した者を指す趣旨であるから、再間接教唆者以上の者は不可罰とすべきとする否定説が主張される<sup>(8)</sup>。「直接的教唆」すらもその要求がある特定の人物に向けられていることを要せず、ある特定の人物集団に向けられていることで足りるところからすると<sup>(9)</sup>、肯定説が妥当である。実際、乙 1 が、反社会的団体構成員乙 2 に丙を殺害するよう依頼したが、乙 2 がさらに同団体の他の構成員乙 3 に依頼してというように、結局正犯者甲と乙 1 との間に 2 人以上の教唆者が介在したとき、乙 1 に教唆犯が成立しないというのは刑事政策上耐え難い結論である。

教唆犯は、複数の教唆者が協働して正犯者に語りかけ、犯行を唆すという「共同正犯的」形態（いわゆる共同教唆。Mitanstiftung）でも可能であるが、これに共同正犯の規定（刑 60 条）が適用されるべきではない。正犯者というのは刑法各則の構成要件に定められた行為主体を指すのに対し、教唆者は正犯者とは異なり、当該構成要件を実現していないからである<sup>(10)</sup>。もっとも、共同正犯規定の適用の適否はそれほど実践的意義をもつものではない。その適用がなくても、ほとんどの場合各人が教唆犯者として、又はすくなくとも幫助犯者として可罰的であるからである<sup>(11)</sup>。

「従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する」（刑 62 条 2 項）。「従犯を教唆する」とは、正犯を幫助する意思のない他人を唆して幫助の意思を抱かせ、且つ、幫助行為に出させることを云う。例えば、甲が住居侵入窃盗の計画を立てていることを知った乙は、丙にそのことを話し、さらに甲のために侵入用の道具を用立てたら喜ぶと伝えたところ、丙はその通り行動した場合には、乙は甲の窃盗罪に対する丙の従犯を教唆した者である<sup>(12)</sup>。

## 第 2 節 客観的構成要件

教唆の客観的構成要件は正犯を必要とする。正犯は故意に遂行されねばならず、**刑罰法令の構成要件を充足し、且つ違法でなければならない**。加えて、教唆犯は教唆行為を要する。教唆犯者は正犯者に犯罪を行う造

意をさせる、つまり、正犯者の所為決意を惹起したことを要する。しかし、「犯罪を行う気を起こさせる＝唆す、使喚する」が正確にいかなる内容を要するのか、つまり、正犯者の所為決意への影響がいかなる態様であってもよいのか、あるいは、ある特定の態様による所為決意への影響に限定されるのか、端的に云うと教唆行為の有能性に関しては見解の一致は見られない。

### 1. 教唆者が正犯者と意思交流をもつ必要性

a. 惹起理論 (Verursachungstheorie) 本理論は、所為決意のいかなる(共)惹起でも十分とする理論であって、「教唆する」には所為決意を単に(共)惹起すればそれで足りるとする。教唆犯の処罰根拠は専ら他人の犯罪を惹起することにあるというのがその理由である<sup>(13)</sup>。正犯者の心理に影響があったか否かだけが重要なので、いかなる形態で、いかなる手段によって「共」惹起が生ずるかはどうでもよい<sup>(14)</sup>。正犯者が教唆行為を認識しているか否かはどうでもよい。単に所為をしようという気にさせる状況を創出する、例えば、罠をしかけるだけで十分である。さもないと、このような犯罪を誘引する巧妙な仕掛けをする者が処罰されないで済むことになるが、こういった場合にも精神的影響が見られると説かれる<sup>(15)</sup>。

[設例 1] 公園内で頻繁に拘り事件が発生していたので、刑事乙はその事件の嫌疑のある拘りを生業とする甲に罠を仕掛けた。乙は公園の椅子に座って自分の財布を外から見えるようにして胸ポケットに差し込んで、居眠りをしているふりをした。予期したとおり、甲は乙の財布を奪い取ったが、張り込んでいた他の捜査官によって逮捕された(広島高判昭和 57・5・25 判タ 476・232 の改変。いわゆる詐術的捜査の例)。

「窃取」という構成要件要素は、乙に構成要件を阻却する了解があるため、充足されないから、甲は窃盗既遂罪を犯したことになるが、(不能)窃盗未遂罪は成立する。問題は、乙は窃盗未遂罪の教唆犯に問擬されうるかにある。かかる教唆の客観的構成要件は先ず故意に遂行された違法な所為を必要とする。[設例 1]では、かかる正犯は窃盗の未遂にある。次に、教唆する(所為決意の惹起)ことが必要である。本説によれば、この条件も充足される。

[設例 2] 乙は小売雑貨店を襲って店員に重傷を負わせ、現金を強奪し逃走した。店内にいた客甲は乙を捕まえようと追跡したが、追いつかれそうになった乙は強奪した1万円紙幣の数枚を路上に捨てた。甲は追跡を放棄して紙幣を拾って財布に入れ、そのまま立ち去った。

乙に強盗傷害罪が成立する。甲には占有離脱物横領罪が成立する。乙は甲の追跡を免れるため甲に紙幣を拾わせる意思でそれを路上に投げ捨てたのであるから、乙には占有離脱物横領罪の教唆行為が認められる。

惹起理論に依ると、[設例 1]、[設例 2] とともに教唆犯が成立する。しかし、このように教唆犯の成立範囲を拡大するのは適切でない。実質的不法帰属の観点からは、単に犯罪を行う気にさせる状況を創出させるだけでは許された危険の限度を全く超えていない。教唆者は正犯者と同じく処罰されうるのであるから、教唆犯の不法内実は副次的な寄与では全く足りず、正犯に比肩しうることを要するのである<sup>(16)</sup>。そのためには、教唆者と正犯者との間に「率直な精神的接触」が必要である。すなわち、所為決意の惹起は率直な意思交流 (= 率直な話し合い) から生じなければならないのである。

b. 意思交流理論 = 精神的接触理論 (Kommunikationstheorie, Theorie des geistigen Kontakts) 本理論は、正犯者が教唆者から意思交流的影響を受けることを要すると説く。教唆犯の客観的構成要件は教唆行為のために所為決意の(共)惹起以上のものを要求する。正犯者の意思に「率直な精神的接触」によって影響を及ぼすことを要件とすることによってしか、教唆と幫助の有意義な区別ができない<sup>(17)</sup>。精神的接触による所為決意の惹起というのは、明示的に、又は、身振り、手の合図のような決然とした行動によって推断的に正犯者へ影響を及ぼすことである<sup>(18)</sup>。かかる影響は、刺激を介して生ずる、つまり、所為遂行をする気にさせることを介して生ずるのであり、これを正犯者が受け入れ、自己の所為決意の基礎としうるのである<sup>(19)</sup>。明示的要求の手段として、とりわけ、依頼、脅迫、暴行(行為意思を不可能にする場合は含まれない)及び報酬の約束がある。単なる懇願とか励ましは特別の社会的状況下でのみ可能である<sup>(20)</sup>。推断的要求の例としては、助言を装った要求(例えば、「亡くなった証人は語らない」)<sup>(21)</sup>とか質問を装った隠された要求がある<sup>(22)</sup>。いずれにせよ、[設例 1] のように単に所為を為そうとする状

況を創出する罖を仕掛けるだけではまだ「教唆する」に当らない。

本説が基本的に妥当である。刑法典は教唆と正犯を法定刑の点で等しく扱っている。このことは教唆者を正犯者に比肩できる犯罪「共創始者」と捉えられていることを意味する。それ故、教唆はその不法内実に関して共同正犯に一定の範囲で等値でなければならない。すなわち、教唆行為が認められるためには、正犯実行の明示的、場合によっては推断的要求（Aufforderung）を包含し、被教唆者に、その与えられた刺激に基づく所為決意を可能とする意思交流の影響がなければならない（要求性格をもつ意思交流）。したがって、所為をする気を起こさせる状況を創出することによって単に所為決意を（共）惹起させるだけでは十分でない。意思交流の影響が無く「罖をかけられる」ことで所為挑発的な誘惑状況に屈する者は、規範的に見ると単独で自己の所為決意の責めを負うのである。その誘惑の機会が偶然に生じたか、他人の意図によって生じたかはその限りで重要ではない<sup>(23)</sup>。

共犯の処罰根拠の視点からも次のことが云える。混合的惹起理論<sup>(24)</sup>に基づくと、共犯の不法は主犯の不法に依存するものの、共犯者は独自の不法も具現化するのである。教唆犯にあっては、教唆犯者は、正犯者の法益侵害の（共）惹起しなければならないのみならず、法益を自らも間接的に侵害しなければならない。この間接的侵害は意思交流による所為決意への影響に見られるのである。犯罪をする気のある者を現実に犯罪実行に向けて動機づけうる状況は、意図的に仕組まれていなくとも、日々誰にでも見かけられる。犯罪の誘因となる刺激を単に創出する者は、日常的に生ずる犯行への刺激に多くのことを付け加えておらず、潜在的行為者への影響は、許された危険の限界を超えていない。こういった場合、正犯者の所為決意は、自己答責原理という視点からすると、正犯者自身の「仕業」と見られるのであって、刺激を創出した者の「仕業」とは見られない。これに対して、教唆犯者自身は、「率直な精神的接触」によって正犯者に所為決意を生じさせることによって、中間結果としての正犯者の所為決意が教唆者に客観的に帰属可能となるのである。それ故、助言とか単なる情報提供は教唆とは見られない。ここには、正犯から導かれる不法と並んで、共犯独自の（共犯）不法が見られないからである<sup>(25)</sup>。

また別の側面からも意思交流の影響が必要とされる。他人によって所為へと促される潜在的正犯者は、この影響力の故に、当該所為を断念するか、未遂から引き返すかという問題に直面することが多い。というのは、所為の断念や中止をするなら、正犯者は教唆犯者の期待を裏切ることになろう。失望させることを好む者はいない。つまり、自分自身に対しては「優柔不断の人」、「臆病者」と思われても、他人に対して、例えば、教唆犯者にそう思われることはいやなものである<sup>(26)</sup>。[設例1]では、意思交流が欠如しているので、教唆があったとは云えないし、加えて、教唆者の故意も無い(参照、本章第2節2)。

「裁判例1」BGH Urt. v. 29.5.1979, GA 1980, 183 f. 乙は丙女を強姦した後、側に立っていた、まだ強姦の決意をしていない甲に向かって「お前もする気あるのか?」と問いかけると、甲も強姦の決意をしたという事案。連邦通常裁判所は、意思に影響を与えるならいかなるものも教唆の手段になりうること、これには質問も含まれること、重要なことは、教唆者がその行為態様で正犯者の意思に影響を及ぼしたいこと、あるいは、少なくともこの影響を未必の教唆故意の意味で可能だと考え、認容することであり、本事案ではこれが肯定できると説示した。

本判決は乙に強姦罪の教唆犯の成立を教唆故意の存否の観点から肯定したところに問題がある。問題は、故意が存在しても、客観的に見て「問いかけ」を犯罪の要求と解することができるか否かにある。「お前もする気あるのか?」と言うだけでは、犯行の可能性を示唆したとしか云えず、犯行の要求があったとは云えない。もっとも、この問いかけが客観的に見て、正犯者の犯罪行為を要求する意味をもち、それ以外の独自の意味をもたない場合には、教唆行為と見られる。例えば、具体的状況から、「お前もする気あるのか?」という問いかけから、「臆病者」と見られたくないだろうという期待がはっきり認識できる場合である<sup>(27)</sup>。

c. 教唆概念をさらに限定するその他の理論 これには様々な理論が入る。

①不法契約理論。本説は、教唆犯者に対して正犯者に所為遂行をすることの義務があること、このことの説明を教唆者に要求する<sup>(28)</sup>。教唆犯者は、なるほど法的ではないが、しかし事実上の拘束力をもたせる、犯行の約束や義務を引き受けさせる一種の契約を結ばねばならない。「不



法契約」か否かは次の「発見公式」を用いて説明される。「教唆（心理的幫助というだけではない）が認められるのは、教唆者が共同の不法協定を取り消したときには、正犯者も同様に犯行を放棄したと云える場合である」<sup>(29)</sup>。そうすると、一度きりの影響があるだけで、それ以上は正犯者の任意に委ねられている、拘束力の無い犯行を促しだけでは足りない。本説は、教唆犯の成立を限定しすぎており、加えて、共同正犯と教唆の境界を曖昧であるところに問題がある<sup>(30)</sup>。

②正犯者の所当決意の教唆者意思依存理論。不法契約理論に相応する本説は、教唆者が所為を適切と考えているから、正犯者は所為決意をするということを要求する<sup>(31)</sup>。心理的影響があるのは、正犯者が影響を与える者の意思に依存して決意をし、貫く場合に限定される。すなわち、教唆者はいわば正犯者意思（animus auctoris）をもたねばならない。まだ決意をしていない正犯者がある専門家に助言を求め、この者が正犯者に犯行を敢行すべきという趣旨の発言をするとき、心理的幫助が認められるに過ぎない。それ故、影響を与える者が実行行為者に、その実行にもはや関心がないと伝えたが、それにもかかわらず犯行に出た場合ですら、教唆未遂に過ぎず、心理的幫助にとどまる。

③計画支配理論 本説は、教唆の処罰根拠を「計画支配」に見る<sup>(32)</sup>。教唆を、なるほど正犯と同質ではないが、しかし、それとほぼ「同価値」<sup>(33)</sup>にするのは、計画の支配である。「知的教唆というのは計画を支配することであり、所為の実行を支配することではない。このことが教唆を助言から区別するのである。助言はもっぱら支援する活動であって、支配しておらず、計画にその形や意味を与えるものではない」<sup>(34)</sup>。「幫助者は、正犯によって設定された基準値に助言をもって順応する者であり、教唆者は、基準値を創出するか動機づける者である」<sup>(35)</sup>。

本説は、教唆と幫助の境界づけには有用であるが、教唆それ自体の処罰根拠としては適切でない。本説は、いわゆる助言的教唆しか把握できないところに問題がある。教唆は委任の場合にも認められる。すなわち、受任者に前もって目標だけを与え、それ以外には犯行計画の仕上げを委ねる場合がある。加えて、本説に依ると、幫助者には予備段階でのいかなる支配も認められないのであるが、しかし、こういった者も計画

をするにあって決定的影響を及ぼしうるのである。知識や攻撃手段を持っている者は、これなしには犯行計画の成功がおぼつかないとき、「計画支配」を有しているが、それでも教唆者ではない<sup>(36)</sup>。

④意思決定力理論 本説は、教唆犯の成立を最も狭く解する説であり、正犯者への意思決定力を要求する<sup>(37)</sup>。教唆を構成するのは、正犯者の範囲の広い目的観念を考慮に入れた正犯者の意思を決定する力 (die willensbestimmende Macht über den Täter) である。「構成要件的意思決定は外的行為力の一方的投入にあるが、所為実行に関してではなく、直接的正犯者とその具体的財及び幸福観念の点で教唆者に決定的に依存させることによるものである」。こういった意思決定力は、例えば、不利益をとまなう脅迫、報奨の約束、制度上の権威的依存の利用あるいは欺罔から生ずる。すなわち、他人の目的観念全体への決定的影響は、この者がありうる財・幸福実現の損失を耐え忍ぶか要求された犯行を実行するかを選択を迫られることにある。

これらの理論に共通する関心事は次の点、すなわち、刑に関する（共同）正犯と教唆の等値に鑑み、教唆者の所為支配の欠如は、「気を起こさせる」ことに高度の要求をすることで相殺されねばならないという点にある。なるほど、この関心事は基本的には正しいし、惹起理論を退けることに繋がる。しかし、正犯者の意思交流の影響を超えて、「気を起こさせる」という要素を限定することは、刑事政策的観点からも、「教唆」の字義にも合わないと思われる<sup>(38)</sup>。

## 2. 不作為による教唆と不作為犯に対する教唆

教唆は、教唆者と正犯者との間の意思交流関係のあることを要するので、作為によって為されるのが普通である。このことは明示的要求であれ、推断的要求であれ変わらない<sup>(39)</sup>。したがって、不作為による教唆を否定する見解<sup>(40)</sup>が見られるのも当然である。この見解の根底にあるのは、他人による所為決意の生起を単に不作為によって阻止しないことは、正犯と等しく処罰されうる教唆の行為不法を基礎づけるのに十分でないこと、及び、このことは所為決意を惹起するためには精神的接触を要すると説く意思交流理論になおさら妥当するという考えである。

〔設例 3〕 甲は乙に、乙の父親丙を憎んでおり、丙を殺害するつもりだと打ち明けた。乙はこれに黙っていた。乙はその計画を執行した。

〔設例 3〕では、乙は丙の保護保障人であるから、乙には不作為による殺人罪が成立するので、その限りで不作為による教唆という法形象は不要である<sup>(41)</sup>。

確かに、意思交流理論は作為の教唆との関連で展開された理論であるが、しかし、不作為も推断の所為要求となりうるのである。所為決意の生起あるいは存続を阻止する義務のある者がその義務を果たさない場合、この義務履行の法的期待が裏切られることによって、その不作為が推断の所為要求の意味をもつことになる<sup>(42)</sup>。それ故、監視される者の教唆行為を阻止するために、この者と精神的接触をとる保障人義務のある者には、その違反があるとき教唆犯が成立すると解される<sup>(43)</sup>。

〔設例 4〕 刑事施設の長乙が、受刑者丙が第三者甲宛ての手紙の中で丁への傷害行為を唆しているにもかかわらず、その手紙を差し止めない。

〔設例 4〕では、乙には、監視保障人として、丙の教唆行為を阻止する義務がある。乙の不作為は作為の教唆の行為無価値に等しい。それ故、乙には不作為による教唆犯が成立する<sup>(44)</sup>。

不作為犯に対する作為による教唆については、これを否定する見解がある。「不作為故意」というものは存在しないから、所為決意を生起させるという教唆の本質的要素が欠如するというのがその根拠である。作為命令充足を遮断する (Abstiftung) ことは教唆の反対であって、作為正犯と解されるべきだと云うのである<sup>(45)</sup>。しかし、この説は妥当でない。作為犯における構成要件該当行為を実現する所為決意に対応するのが、不作為犯においては、正犯者に課せられる作為義務を履行しないという所為決意だからである<sup>(46)</sup>。不作為犯に対する作為による教唆は可能である。この場合、教唆者に保障人義務を要しないのは、教唆者是不作為犯でなく、作為犯を実現しているからである。例えば、母親を唆して嬰兒に授乳をさせず餓死させた場合である<sup>(47)</sup>。

### 3. 教唆行為と教唆結果の因果関係

教唆行為は他者の心理に影響を与えることによって具体的犯罪を行う

決意を惹起させなければならない。すなわち、教唆行為と教唆結果である主犯者の具体的所為決意の間に少なくとも(共)因果関係がなければならない。具体的所為の実行にすでに確固とした決意を抱いている者(omnimodo facturus)<sup>(48)</sup>の場合には、「因果的」教唆は欠如する。主犯者の所為決意がすでに存在するからである。教唆行為と所為決意の因果関係の存否の判断にあたっては、具体的形態をとった結果が行為を取り去って考えたなら生じなかったと云えるとき、因果関係が存在するという必然的条件公式が有用である。教唆犯においては、具体的所為を行う決意(教唆犯者から見た中間結果)が所為を遂行する少なくとも推断的要求(行為)を取り去って考えたなら生じなかったと云えねばならない。因果関係が存在しない場合、教唆の未遂(不可罰)か心理的幫助が問題となる<sup>(49)</sup>。

〔設例5〕大規模集合住宅の住民乙は、上階の住民丁の足音が気になっていたので、乙の友人甲に丁を「お灸を据えてくれ」と頼んだところ、甲はすでに丁の隣室丙からも丁宅からの騒音に悩まされているので乙を「とっちめてくれ」と言われていて、その謝礼を約束されている旨を告げた。甲は丁に暴行を働いたが、その際丙にも喜んでもらえると考えていた。

〔設例5〕では、乙の甲への依頼行為を取り去って考えても、甲の丁への暴行の決意は変わらなかったと云える。乙の「因果的」教唆は欠如する。

教唆行為と教唆結果の間に(共)因果関係が存在しなければならないのであるが、そうすると、主犯者は、現実に犯罪を実行するか否かでその気持ちがまだ揺れ動いていたところ、背後者の「強化行為」があつて、実行行為に出たという場合にも、因果関係が認められる。強化(教唆)行為を取り去って考えたなら、具体的な(強化された)決意は生じなかったと云えるからである。このように主犯者になおためらいがあつた場合、なお教唆されうかが問題となる。具体的所為を実行する決意は「教唆犯者の仕業」でなければならないという見地からは、正犯者を所為実行へせきたてる動機が既に「行為を唆す優越」の程度に達していると、教唆はもはや可能でない、つまり、教唆結果の帰属可能性が欠如すると云える。例えば、主犯者は犯罪の実行に関してなお最後のためらいを

もっているに過ぎず、背後者の影響が、ためらいを思いとどまらせることで主犯者に犯罪行為をするよう勇気づけることに限定されている場合である。これは既存の所為決意を強化する心理的幫助にすぎない<sup>(50)</sup>。

〔設例 6〕甲は丙宅への失敗の恐れのある住居侵入窃盗を企て、それを実行に移す直前になって乙にあまり気乗りがしなくなってきたと言ったところ、乙は甲にそういった「馬鹿げた考えを」止めること、犯罪決意をぐらつかせることなく、実行するようせまった。(ブライの設例)

〔設例 6〕では、甲が乙と話をしたときすでに窃盗を行う決意をしていたのであるから、乙が甲の窃盗を唆すことはできない。一度した所為決意の変心をさせないようにすることは教唆ではなく、すでに存在する所為決意を強化することによる(心理的)幫助である<sup>(51)</sup>。

所為決意が背後者の「仕業」と認められるのは、背後者が主犯者に圧倒的なためらいを思いとどまらせるか、逡巡状態が犯罪遂行に有利な形で解消されることによって、背後者がなお犯罪遂行に向けた決定的刺激を与える、つまり、犯罪行為を行うか否かについてキャストイングサポートを握っている場合である<sup>(52)</sup>。

〔設例 7〕妻甲は帰宅した時その夫丙が意識喪失状態で倒れているのを発見した。甲は、愛人乙のところに引っ越したいため、ずっと前から丙を厄介払いしたかった。しかし、甲は乙の「了解」なしには実行したくないので、先ず乙に電話をし、助言を求めた。乙は甲に丙を「放置すること」、自分と新生活を始めるよう助言した。甲は乙の言ったとおりにした。

〔設例 7〕では、丙は救急治療を受けていたなら現実性と境を接する蓋然性をもって助かったといえる場合、甲には不作為による殺人罪が、乙にはその教唆犯が成立する。

以前に行った類の犯罪をする傾向のある者であっても、教唆者の促しに応じて具体的犯罪を行う用意のあったとき、具体的所為への確固たる所為決意はいまだなく、「一般的」犯罪傾向があるにすぎない。こういった者への教唆は可能である<sup>(53)</sup>。

〔設例 8〕遊興費に困っていた甲は乙に、またどこかの店舗に泥棒に入らねばならないと話した。それに応じて、ラーメン店丙でアルバイトをしたことのある乙は甲に、犯行時間は丙店舗閉店後の深夜 2 時すぎが適当であることと売上金の保管場所を教えた。甲は乙の言うとおりに実行し、金銭を窃取した。

〔設例 8〕では、乙には、甲の所為の実行段階では共同支配がないので、共同正犯が成立することはない。しかし、甲はある店舗窃盗遂行の決意をしていたからといって、乙の教唆が否定されるものではない。甲は、丙店舗に侵入するという具体的犯行に関して、まだ確固たる決意をしていなかった。乙は甲にこの所為をする気を起こさせたのである。したがって、乙には（住居侵入）窃盗罪の教唆犯が成立する<sup>(54)</sup>。

このように正犯者に教唆者による誘いに相応するある犯罪の遂行をする一般的用意があるということによって、「教唆する」という構成要件要素が充足されないということにはならない。それは申し込みの誘引 (invitatio ad offerendum) の一例である殺人請負人の例からも明らかである。殺人請負人にある特定の人物の殺害の報酬とし 500 万円を約束する場合、殺人請負人にすでに依頼される前に、報酬と引き換えに殺人を行う一般的用意があっても、特定の人物の殺人を委託することによって殺人の決意を最終的に惹起させた者が教唆犯者である<sup>(55)</sup>。

#### 4. 所為決意の変更

具体的所為の実行に確固たる決意をしている者へ影響を与える場合でも、それによって所為決意が変更され本来計画されていた犯罪とは異なる犯罪が行われるとき、教唆の可罰性の成否が問題となる。

##### A. 所為決意を過大化することによる「教唆」

ある構成要件の実現を決意している者に、より重い形態の犯罪を教唆する者の教唆の可罰性、いわゆる上方惹起 (Aufstiftung, Hochstiftung, Überstiftung) の可罰性が問題となる。

〔設例 9〕甲は日頃そりの合わない丙を素手で殴り倒そうと思った。それを知らされた乙は甲に、素手ではなく短剣を用いたらよいと告げた。甲は乙の勧めに従い丙を短剣で切りつけ、重傷を負わせた。

[設例 10] 甲は丙に 2 発の平手打ちで傷害を与える確固たる決意をしている。それを聞いた乙は甲に（犯行前又は犯行中）3 発の平手打ちをするよう勧めた。

a. 無価値増加理論（Unwertsteigerungstheorie）に依ると、加重構成要件の実現を要求する場合は勿論、同一の構成要件内における重大なないし著しい不法増加を要求するだけであっても、もう全体所為への教唆犯が認められる。教唆者の影響力によって、具体的所為の不法内実が高められるからである<sup>(56)</sup>。本理論に依ると、[設例 9] では、甲には加重傷害罪（「暴力行為等処罰ニ関スル法律第 1 条ノ 2」）が成立する。乙は、加重構成要件が明文化されていることからも明らかなように短剣の利用によって丙に対する危険が著しく増加させたのであるから、加重傷害罪（全体所為）の教唆犯に問擬される。これに対して、[設例 10] では、当初計画されていた 2 発の平手打ちに代わる 3 発の平手打ち、つまり、甲によってすでに確固と計画された所為の不法の増加があったものの、乙の要求によって不法内実の著しい増加があったとは見られないので、乙は傷害罪の教唆ではなく、その（心理的）幫助に問擬されるにすぎない。（但し、乙が 2 発の平手打ち後すでに止めることを決意した甲に要求した場合は異なる。さらに行為を続けることへの教唆、いわゆる「承継的教唆犯」が成立する<sup>(57)</sup>。本理論は、「重大性（Wesentlichkeit, Erheblichkeit）」の規準の精密化を要する<sup>(58)</sup>が、それが明確にされないかぎり、法的安定性の点で不安が残る<sup>(59)</sup>。

b. 分析的分離原則の理論（Theorie vom analytischen Trennungsprinzip）本理論によると、教唆犯が成立するのは、主犯者の教唆される「超過部分」が独立の構成要件を充足する場合に限定される。そうでない場合には、全体所為への（心理的）幫助犯の可能性しか残らない。[設例 8] では、甲は加重傷害罪で処罰される（暴力行為等処罰法 1 条の 2）。問題は乙の可罰性である。本理論に依ると、甲は丙に傷害を与えることをすでに固く決意していた。所為決意を単に増加させることは所為決意を惹起することを意味しない（omnimodo facturus）。この不法部分を教唆者に負わせることは許されない。それ故、傷害への教唆も、したがって、加重傷害への教唆もありえない、つまり、甲は丙を殴り倒そうと既に決意していたのであるから、乙には傷害罪の教唆犯は成立せず、

それ故、加重傷害罪の教唆犯も成立せず、加重傷害罪（全体所為）の（心理的）幫助犯が成立する。加えて、刀剣不法所持罪（銃刀法3条、31条の3）の教唆犯が成立する<sup>(60)</sup>。

「超過部分」が独立の構成要件化されている場合にのみその教唆犯の可罰性を肯定する分析的分離原則理論は、実際には、個別部分から成る所為の独自の重い不法性格を分解することに帰着するのであって、妥当でない<sup>(61)</sup>。[設例5]のような教唆者によって惹起される所為決意の過大化」の場合、加重傷害罪の教唆犯が成立すると考えられる。甲はすでに傷害行為を行う固い決意をしているのであるが、乙は甲に、より重い、危険な形態の所為遂行をする「造意をさせた」のである。甲に加重傷害罪が成立するとき、乙にその教唆犯が成立する。

c. 加重犯理論（Qualifikationstheorie）本説に依ると、元々計画していた犯罪の加重構成要件ないしより重い犯罪構成要件が教唆されるとき、全体所為への教唆犯の成立が肯定される。加重構成要件の実現によって、犯罪同一性に変化が生じたため、全く新たな評価が可能且つ必要となる。[設例5]に見られる加重構成要件の犯罪では、基本犯に単に不法の量が付加されたのではなく、不法の質に変化が生じたと云えるからである。そのことは、加重傷害罪の法定刑の下限が1年であるのに対し基本犯の傷害罪の法定刑の下限が1月であることから明らかである<sup>(62)</sup>。結局、無価値増加理論に見られる法的安定性の欠如、分析的分離原則の理論に見られる処罰の間隙が避けられるという点で、本理論が妥当である。

結合犯、例えば、窃盗罪という基本犯が完全に含まれている強盗罪も、その基本犯である窃盗罪に単に暴行・脅迫が加算されたに過ぎないのではなく、独立した不法内実を有する<sup>(63)</sup>。

[設例11] 甲は、乙と共に歩いていたところ、手提げ鞆の蓋が開いているのを気づくことなく歩いている丙女に秘かに近づき、丙に拘りを働くと告げたところ、乙は甲にそれなら丙を殴り倒して強奪する方が簡単だと勧めた。実際に、甲は丙を殴り倒しその手提げ鞆在中の金銭を奪った。

[設例11]では、甲は当初窃盗を遂行する決意しかなかったが、甲の働



きかけで、質的に異なる不法内実を有する犯罪である強盗（全体所為）の決意をしたのであるから、乙には強盗罪の教唆犯が成立する。

### B. 所為決意を過小化することによる「教唆」

加重犯罪の決意を有する者を、その基本犯に止まるよう勧める者は教唆犯として処罰されることはない（いわゆる下方惹起。Abstiftung）。

[設例 12] 甲はいつも反抗的態度をみせる丙を撲殺するつもりである。甲からその計画を聞かされた乙は甲にその殺害計画を思いとどまり、その代わり丙を打ちのめすように勧めた。甲はその助言に従った。

[設例 13]（「設例 9」の逆事例）甲は丙に短剣で斬りつけ重傷を負わせるつもりである。甲からその計画を聞かされた乙は甲にその計画を思いとどまり、その代わり丙を殴り倒すように勧めた。甲はその助言に従った。

[設例 12] 及び [設例 13] に見られるように、より軽い所為が法的に又事實的（現象的）にも正犯者によって当初計画されたより重い犯罪に対する単なるマイナスである場合、より軽い所為への教唆の構成要件は充足されない。というのは、過小行為を勧める者が正犯者に影響を及ぼし始めたとき、加重犯罪の決意は基本犯の決意も包含しているからである（omnimodo facturus）<sup>(64)</sup>。[設例 13] でも、甲には傷害罪が成立するが、乙に傷害罪の教唆犯は成立しない。これは、経験的危険のないないし規範的に耐えられないほどの経験的危険なしには可罰的行為は認められないという実質的不法帰属理論の帰結でもある。教唆犯の可罰性は、教唆犯者が正犯者による構成要件実現の危険を法的に是認されない方法で増加させたところにあるが、[設例 12] でも [設例 13] でも、その危険を減少させたのである。したがって、教唆犯者の行為の不法帰属が否定される<sup>(65)</sup>。同様に、この実質的不法帰属を排斥する危険減少原則（Grundsatz der Risikoverringerung）に基づき、心理的幫助の可罰性も否定される<sup>(66)</sup>。これによって、積極的に行動を起こして、より大きな不法を阻止する者が、不作為とどまる者（不処罰）——保障人の地位にある者は別だが——よりも不利益な扱いを受けるという不都合な結論が避けられることになる<sup>(67)</sup>。

但し、下方惹起の全ての場合に直ちに心理的幫助の可罰性が否定され

るわけではない。背後者の影響力によって被害者の重い法益侵害の危険性を減少したが、しかし、主犯者がその軽い法益侵害の方が成功の見込みがあり魅力的であると言われた場合、犯行の蓋然性が増加したと云えるので、危険減少原則の適用はない。もっとも、この場合、下方惹起がより重い犯罪の遂行を妨げる唯一の手段であること、より重い法益侵害の危険性の減少という利益がより軽い犯罪遂行の蓋然性の増加という利益を超えていること及び救助意思があると、正当化緊急避難により心理的補助は正当化されうる<sup>(68)</sup>。

[設例 14] 甲は、丙経営のラーメン食堂に客のいなくなったのを確認した上で丙を襲って金銭を強奪するつもりで、その飲食店の近くに立っていた。甲は、丁度そのとき近づいてきた乙に自分の犯行計画を打ち明けた。乙は甲に、人気のある飲食店なので何時来客があるや知れず、うまく行かない可能性が高いから、閉店後に忍び込んで金銭を盗んだ方がいいと進めた。甲はその案に乗った。

[設例 14] では、甲には(店舗)窃盗罪が成立する。乙は甲の強盗計画を窃盗計画に変えさせたことによって、甲の犯行の蓋然性を高めた。したがって、危険減少原則の適用はない。しかも、乙は甲の犯行計画を放棄するように説得することもできたのであるから、正当化緊急避難の補充性の要件が充足されない。乙には窃盗罪の(心理的)補助犯が成立する。

下方惹起は、加重犯から基本犯への方角だけでなく、同一構成要件内でも起こりうる。例えば、拳での暴行を決意している者に平手での暴行を働くよう説得するとか、100万円の現金窃盗を決意している者に50万円の現金窃盗を説得する場合である<sup>(69)</sup>。

これに対して、より軽い所為が、法的、現象的に単なるマイナスではなく、別物(aliquid)である場合、教唆の構成要件は充足される(轉換惹起。Umstiftung)<sup>(70)</sup>。[設例 15] がその例である。

[設例 15] 甲男は別れ話を持ち出した丙女を殺害するつもりであった。甲からその計画を聞かされた乙は甲に、その計画を放棄して、その代わりに丙を強姦するように勧めた。甲はそれに従い強姦を実行した。

[設例 15] では、甲には強制性交罪が、乙にはその教唆犯が成立する。

### C. 別物への教唆

共犯者が正犯者に、正犯者の当初計画した犯罪とはまったく法的過少化・過大化と関係のない「別の犯罪」へ唆す、つまり、別物 (aliud) に向けられる所為決意を惹起させた場合 (いわゆる **転換惹起**。Umstiftung)、共犯者は「転換者」としてこの新たな所為への**教唆者**として処罰される。当初計画された所為が遂行されないということは、共犯の性質にとって意味をもたず、せいぜい量刑で考慮されるにすぎない<sup>(71)</sup>。

[設例 16] 甲は、丙から常日頃馬鹿にされていたので、同人をぶちのめすつもりでおり、その計画を親友の乙に話した。乙は、それなら丙の購入したばかりの高級外国製新車を鉄棒で損壊した方がいいのではないかと甲に提案した。甲はこの提案に乗り、その通り実行した。

[設例 16] では、甲は、その本来の計画である傷害行為に代わって損壊行為をするように乙から仕向けられた、つまり、**法益侵害の入れ替え**を仕向けられ、それを実行したのであるから、甲には器物損壊罪が成立し、乙には器物損壊罪の教唆犯が成立する。乙が甲に丙への暴行を思いとどまらせたということは、器物損壊罪の教唆犯の成立を排斥するものではない。

この関連で問題となるのは、どのように、正犯者に新たな所為決意 (別物) をさせる教唆を、単に幫助を基礎づけるに過ぎない犯行計画の変更を誘引することから境界づけられうるかにある。

a. **正犯者の入れ替え** 正犯者の入れ替えはその都度教唆を基礎づける。例えば、乙は甲に丁への暴行を依頼したが、甲は、すでに別人から丁への暴行の依頼を受け承諾していたため、乙の依頼を断ったので、乙は今度は丙に依頼し、丙は承諾した場合とか、当初勧誘した甲に代わって今度は丙を同一の犯行に共同正犯の一員として協働させるとき、この入れ替えは教唆であって、単なる幫助ではない<sup>(72)</sup>。これに対して、正犯者の**犯行動機の変更**を生じさせるだけで、所為客体の入れ替えを伴わない場合は幫助を基礎づけるに過ぎない<sup>(73)</sup>。例えば、甲は客人丙をもてな

すために高級ワインを盗むつもりだったが、それを聞かされた乙はそれならその盗んだワインを売却する方がいいのではと勧める場合、高級ワイン窃盗の犯行計画に変更は無く、窃盗罪の幫助犯が成立する。

**b. 犯行態様の変更** 現にある犯行計画の犯行態様（犯行時間、犯行場所、犯行手段）の変更を勧める場合、背後者は幫助犯にとどまるのが普通である。構成要件はそれらに触れていないのが普通だからである。例えば、仇敵丙の右目を殴る決意をしている正犯者甲に左目を殴るように説得した乙は、別物を教唆したのではなく、(心理的) 幫助をしたに過ぎない。それは新たな犯行計画を創出したとは云えず、既存の犯行計画を手直ししたに過ぎないからである<sup>(74)</sup>。しかし、犯行時間の前倒しのあった殺人罪の場合は異なる。例えば、甲は自分の妻丙を翌年の一緒の休暇旅行中に崖から突き落として殺害する計画を親友の乙に話したところ、乙は今すぐ殺害した方がいいのではないかと説得したため、甲は直ちに実行に移したという場合、犯行態様の変更にもかかわらず、生命のわずかな短縮であっても、そこに独自の殺人不法が見られるので、乙には殺人の教唆犯が成立する<sup>(75)</sup>。もっともこの場合は表見的例外と云えよう。犯行時間の確定なしには具体的所為決意があるとは云えないので、一般的にしか犯罪傾向のない人物の所為決意を初めて造意したとみることができるからである<sup>(76)</sup>。

**c. 法益の変更** 計画された犯罪と実際に実行された犯罪とが構成要件だけでなく保護法益も異なっている場合、実際に実行された犯罪の教唆犯が成立する。例えば、乙は甲に丙を監禁するように依頼したが、甲はすでに別人から丙に暴行を加えることを依頼されていることを告げたところ、乙は甲を説得して丙を監禁させたという場合、乙には監禁罪の教唆犯が成立する<sup>(77)</sup>。問題となるのは、甲は丙から高価な壺を詐取するつもりだったが、それを聞かされた乙は甲に窃取する方が簡単だとだといって窃盗を行うよう説得するといった場合である。詐欺罪と窃盗罪は構成要件上法益侵害態様を異にするとともに保護法益も異にするので、窃盗罪の教唆犯が成立すると解されるべきである<sup>(78)</sup>。

#### d. 所為客体の変更

[設例 17a] 甲は戯れに丙会社の特急電車の車体に噴霧器で落書きをす

るつもりだったが、それを知らされた乙は甲に同会社の普通電車の車体に落書きすることを勧めた。甲はその通り実行した。

[設例 17b] 甲は戯れに丙会社の特急電車の車体に噴霧器で落書きをするつもりだったが、それを知らされた乙は甲に丁会社の普通電車の車体に落書きすることを勧めた。甲はその通り実行した。

[設例 17c] 甲は抗争団体員丙を殺害するつもりだったが、それを知らされた乙は甲に同団体に所属する丁を殺害することを勧めた。甲はその通り実行した。

客体の変更の場合、基本的に、同一構成要件内で客体の変更があったとき、教唆犯は成立しないが、正犯者が背後者の影響を受けて他の一身専属的法益を侵害したときは例外的に教唆犯の成立を肯定する二分説<sup>(79)</sup>に依ると、[設例 17a] はもとより [設例 17b] でも、乙に器物損壊罪の教唆犯は成立しない。[設例 16c] では、生命という一身専属的法益が問題となっているので、乙に殺人罪の教唆犯が成立する。しかし、法益のその主体との結びつきに鑑みると、二分説は妥当でない。[設例 17a] では、同一会社の法益被害が問題になっているので、乙には器物損壊罪の(心理的) 幫助罪が成立するに過ぎないが、[設例 17b] では異なった会社の法益侵害が見られるので、乙に同罪の教唆犯が成立する。[設例 17c] では、乙に殺人罪の教唆犯が成立する<sup>(80)</sup>。

## 5. 継続行為への教唆

上述の「上方惹起」と似ているが、しかし、別に扱われるべきなのが継続行為への教唆 (Anstiftung zum Weiterhandeln) である。すなわち、正犯者甲は、その所為がすでに既遂に達したので止めようとしたとき、それまで側にいたが無関与だった者乙が甲に引き続き行為を継続するよう要求する場合、乙はその時点で正犯者に新たな所為決意を惹きさせたのであり、独自の教唆行為が認められる<sup>(81)</sup>。これに用いられることのある「承継的教唆 (sukzessive Anstiftung)」<sup>(82)</sup> という概念はこの限りで誤解を招くように思われる<sup>(83)</sup>。

[設例 18] 甲は、すでに被害者丙を殴り続けていたが、10 回目に達したところ、「後 2 回殴って終わりにしよう。それで十分だ」と言うと、その側にいながらそれまで関与してなかった乙が「駄目だ、さらに 6 発見舞

え」と言ったので、甲は結局 16 回殴った。(ハインリッヒの設例)

[設例 18] では、甲は 16 回の殴打について一個の傷害罪が成立するが、甲は 12 回目までの暴行についてすでに所為決意をしていたのであり、後の 4 回の暴行については乙の要求に応えたのであるから、乙にはこの 4 回の暴行につき一個の傷害罪の教唆犯が成立する<sup>(84)</sup>。

[設例 19] 結婚記念日のお祝いにワインバーで飲食した後、夫甲は、自家用車を運転して帰宅についたが、かなり酔った状態だったことから運転操作に難が生じたため、運転を断念しようとしたが、同乗していた妻乙はゆっくり走れば大丈夫だと言って家まで運転を続けることを勧めたので、甲はそのまま運転を続けた。

[設例 19] でも、乙には甲が運転を断念しようとした時点から後の運転に関して、酒酔い運転罪の教唆犯が成立する<sup>(85)</sup>。

同じことは不作為犯にも妥当する。甲は丙を監禁していたが、そろそろ開放しようと思っていたところ、乙が甲に丙を引き続いて監禁するように説き伏せる場合である<sup>(86)</sup>。

## 6. 予備罪に対する教唆

予備罪に対する教唆とは、被教唆者が、教唆にかかる犯罪の実行に着手することなく予備行為にとどまった場合のことを云う。この場合の教唆犯の成立に関して見解が分かれる。肯定説は、「予備罪は、基本的構成要件との関係においてはその修正形式の一種ではあるが、それじたいが各本条において構成要件化されているのであるから、やはりそれぞれの『実行行為』を観念することができる」ことを理由とする<sup>(87)</sup>。否定説は、予備行為は、実行行為ではないから、被教唆者が予備行為を為したにとどまるときは、当該予備の処罰規定の有無にかかわらず、その教唆者は不可罰であるとする<sup>(88)</sup>。二分説は、独立予備罪、例えば、刑法第 153 条（通貨偽造等予備罪）のように予備罪の構成要件が明確に独立的に規定されている場合については肯定し、従属予備罪、例えば、刑法第 201 条（殺人予備罪）のように単に構成要件の修正形式として予備の処罰が規定されているに過ぎない場合には否定する<sup>(89)</sup>。肯定説は、実行行為概念の相対性を説くのであるが、しかし、刑法第 61 条の「実行させた」の意味を刑法第 43 条の「実行」の意味を異なった意味で理解しなければな

らない理由はない。共犯の実行行為従属性の見地からは、刑法第 61 条の「実行させた」は正犯者が実行に着手してはじめて、つまり未遂の段階（刑第 43 条）ではじめて教唆犯が成立すると解されるからである。二分説は、独立罪としての予備罪と構成要件の修正形式としての予備罪を区別し、法効果の違いを認めることの実質的根拠が明らかでない。そもそも予備の処罰は例外的であり、それよりもいっそう間接的な予備の教唆行為まで処罰することにより、主犯者の実行行為に到らない段階まで、教唆行為の一般的な可罰性を認めることは刑法の謙抑性に反し適当でなく、否定説が妥当である<sup>(90)</sup>。

## 7. 過失犯に対する教唆

いわゆる過失犯に対する教唆と呼ばれる法形象には 2 類型がある。その一は、故意に他人の不注意を惹起して過失犯を実行させた場合である。例えば、医師甲が致死性毒物を混入した注射器を看護師乙に無害の鎮痛剤が入っていると欺いて渡し、患者丙に注射させた場合である。過失犯に対する教唆犯を肯定する見解もあるが、しかし、このような場合、乙は「故意なき行為をする道具」であるから、甲には間接正犯が成立すると解すべきである<sup>(91)</sup>。

その二は、過失犯に対する過失による教唆である。不用意な言動で他人に所為決意を惹起させた場合、教唆犯としての可罰性は否定され、場合により、過失の単独正犯が成立する。教唆とは、故意に他人をその故意の違法な犯罪へと唆すことと解すべきであるからである<sup>(92)</sup>。加えて、現行法上、そもそも過失による教唆を処罰する規定が存在しないのである（刑 38 条ただし書き）<sup>(93)</sup>。

---

### 第 6 章 注

- (1) 参照、第 5 章第 1 節 C。
- (2) 大塚 (I-113) 315 頁。Vgl. BGHSt 8, 137 (139); *Joecks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 102; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 194; *B. Schünemann, L. Greco*, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 2019, 30. Aufl., § 26 Rn 103.
- (3) 團藤 (I-149), 411 頁注 21 は、正当にも、「間接教唆」は、「間接正犯」に対応する場合、例えば、犯罪を教唆する手紙を情を知らない者に託して被教唆者に届けられる場合に限定されるべきだと指摘する。ドイツ語圏刑法学でも、

このような形態の教唆が「間接正犯」と呼ばれ「連鎖教唆」から区別されるのが普通である。もっとも、「間接教唆」が「連鎖教唆」と呼ばれることもないわけではない。例えば、BGHSt 6, 359 (361)。

- (4) 大判大正 3・11・7 刑録 20・2046、大判昭和 6・12・18 刑集 10・793。
- (5) 大判明治 37・4・15 刑録 10・801 (証書奪取の教唆事件)、大判明治 43・12・9 刑録 16・2139 (暴行教唆事件)。
- (6) 大判明治 37・12・22 刑録 10・2429 (氏名詐称による投票の教唆事件)。なお、最判昭和 28・6・12 刑集 7・6・1278。
- (7) 大判大正 11・3・1 刑集 1・99 (被告人 K は被告人 L に対し、市議員 M ほか 3 名の居宅に投石し、亦、市会において宴席消費税案につき高率の課税の議決をさせるため、同人等に脅迫を加えるよう教唆したところ、L はさらに被告人 N 外 5 名と共謀し、各自手分けして脅迫することにし、被告人 L 外 1 名は M 方に暴行を加え、他の市議員方には共謀者等が各分担暴行をし、予期どおりの脅迫を為したという事案)「然レトモ教唆者ヲ教唆シタル者亦一ノ教唆者ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ教唆シタル者亦同条項ニ所謂教唆者ヲ教唆シタル者ニ該当スルノミナラス元來教唆者ハ正犯者ニ犯意ヲ惹起セシメタルモノニシテ事実上犯罪ノ根源ト云フヲ得ヘク再間接教唆ノ場合ト雖其ノ教唆行為ナカリセハ正犯ノ犯罪行為行ハレサリシモノニシテ前者は後者ニ対スル一ノ条件を成シ事実上相当ナル因果ノアルカ故ニ之ヲ不問ニ付スルカ如キハ法ノ精神ニ適合セサルモノト謂ハサルヘカラス。要之同条項は教唆關係ヲ間接教唆ノ限度ニ制限セントスル旨趣ニ非シテ再間接教唆以上ノ場合ヲモ包含セシメ処罰スヘキモノト解スルハ豪モ失当ニ非ス」。大谷 (II-7), 441 頁、木村 (I-104), 418 頁、西原 (II-7), 402 頁、平野 (I-105), 352 頁、藤木 (III-46), 300 頁。
- (8) 大塚 (I-113), 317 頁、植松 (IV-16), 379 頁、川端 (I-150), 571 頁、瀧川 (IV-175), 248 頁、團藤 (I-149), 410 頁、福田 (I-137), 287 頁以下。
- (9) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 33 Rn 1098.
- (10) 参照、大塚 (I-113), 314 頁、植松 (IV-16), 379 頁、川端 (I-150) 591 頁、佐久間『刑法総論』2009・387 頁、福田 (I-137), 285 頁注 1、山中 (III-22) 890 頁。Vgl. *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 50 Rn 79 ff.

判例は、数人が教唆することを共謀し、その一部の者が現に教唆を行ったとき、教唆行為をしなかった他の者も教唆犯者になるかどうかにつき、共謀共同正犯理論の適用を認めて、教唆犯者になるとする (いわゆる共謀共同教唆犯)。大判明治 41・5・18 刑録 14・539「共謀者中ノ一人ノ犯罪行為ニ就テハ他ノ共謀者亦其責ニ任セサルコトハ当院判例ノ認ムル所ナリ而シテ原院ノ認定ニ依レハ亦弥惣吉喜ハハ徳次郎銚造等ト共ニ鈴木伝治ヲ教唆シ窃盜ヲ為サシメント協議シ徳次郎銚造等ハ其協議ニ從ヒ鈴木伝治ヲ教唆シテ窃盜ヲ為サシメタルモノナレハ原院カ弥惣吉喜ハハ徳次郎銚造等ト等シク窃盜教唆罪ニ間擬シタルハ相当ニシテ」、大判昭和 6・12・3 刑集 10・677 (乙と丙が放火及び保険金詐欺を共謀し、乙が実行することを打ち合わせたが、乙は自ら教唆せずに、甲を教唆して放火させた場合、乙も放火罪の教唆犯となる)。判例を支持するのが、大谷 (II-7), 439 頁、西原 (II-7), 401 頁。しかし、いわゆる



共謀共同教唆では、単なる共謀者は教唆犯者を教唆した者として扱えば足りる。

- (11) Vgl. *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 101.
- (12) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 39 Rn 1343. 参照、大塚 (I-113), 317 頁以下。
- (13) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 30 Rn 63; *R. Bloy*, Die Beteiligungsreform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 329; *W. Gropp*, A. Sinn, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2020, § 10 Rn 270 ff.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 53, 146 f.; *U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2015, 7. Aufl., § 41 Rn 10.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 170 f.; *K. Lackner*, *K. Kühl u. M. Heger*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., 2023, § 26 Rn 2. Ebenso wohl BGHSt 41, 242 (245); 45, 373 f., BGH NStZ 2017, 401 (402).
- (14) BGHSt 45, 373 f.
- (15) *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht (V-140), § 26 Rn 22, 25; *Herzberg*, (Fn. I-154), 53, 146 「挑発的状况を故意に創出することは多くの場合、犯行を要求するだけよりも成功する見込みが高く、巧妙であり、したがって、侵害客体にとってより危険である」; *Kindhäuser*, (Fn. VI-13), § 41 Rn 5, 9 f.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 171; *Lackner/Kühl/Heger*, (Fn. VI-13), § 26 Rn 2. わが国でも、共同正犯と加担犯としての教唆犯との性質の違いから、被教唆者が教唆されている事実を知っている必要はないとして、片面的教唆犯を肯定するのが、大塚 (I-113) 315 頁、大谷 (II-7) 442 頁、井田 (III-20) 542 頁注 23、木村 (I-104) 413 頁、佐久間 (VI-10) 386 頁、高橋 (II-24) 492 頁、前田 (III-19) 508 頁、福田 (I-137) 286 頁注 9。
- (16) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1290; *U. Kindhäuser*, *T. Zimmermann*, Strafrecht AT, 10. Aufl., 2022, § 41 Rn 7; *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 31 Rn 1036; *H. Satzger*, Der »omnimodo facturus« — und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!, JA 2017, 1169 ff., 1171; *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 45; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 881.
- (17) BGH NStZ 2009, 393 (「意思交流行為」が必要であり、これは、単に所為遂行の可能性を単に打ち明ける以上のものであらねばならない)。
- (18) 大判昭和 9・9・29 刑集 13・1245 「刑法ニ所謂教唆行為ノ成立ニシテ人シテ一定ノ犯罪ヲ決意実行セシムルノ意思アルコトヲ要スルハ所論ノ如クニシテ教唆犯ニ造意犯ノ称アルニ依リテモ之ヲ知ルヲ得ヘヘシ。然レトモ法律ハ教唆ノ方法ニ何等ノ制限ヲ設クル所ナキヲ以テ苟クモ犯意ナキ者ニ対シ一定ノ犯罪ヲ決意実行セシムルノ意思ヲ以テ示唆スルニ於テハ縦シヤ其ノ示唆カ明示的ノモノニ非スシテ暗示的ノモノニ過キサルトキト雖之ヲ教唆ト解シテ毫モ妨ナキモノト謂ハサルヘカラス。原判決カ教唆行為トシテ挙示セル『オ前ハ火災保険ニ入ツテ居ルテハナイカ。オ前ハ心易イノテ云フカ誰ニモ云フテハ困ル。話スコトハ話スカ勸メルノテハナイカラオ前ノ考ニセヨ。大キナ蠟燭ヲ買フテ来テ夫レニ火ヲ点ケテ云々』ノ一節ノ如キニ至リテハ至極巧妙ナル教唆行為ト称スルノ外ナク之ヲ目シテ単ナル事実ノ説明ト解スルヲ得ず」。 *Freund/Rostalski*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2019, § 10 Rn 116 f.; *Frister*, (Fn. I-1322), 8. Kap Rn 22; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 1; *Krey/Esser*,

- (Fn. V-148), § 31 Rn 1037; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 51 Rn 16; *Rengier*, (Fn. V-147), § 45 Rn 30; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 74 ff.; *E. Schlüchter, G. Duttge*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 30.4.1997, NStZ 1997, 595 f.; *Schmidhäuser*, (Fn. I-22), § 14 Rn 101, 104; *G. Heine, B. Weißer*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 26 Rn 1, 4; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 143. *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 881 f. Ebenso wohl: *Otto*, (Fn. I-154), § 22 Rn 32 ff.
- (19) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 885 *M. Krüger*, Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB, JA 2008, 492 ff.
- (20) 大判明治 43・6・23 刑録 16・1280、最判昭和 26・12・6 刑集 5.13・2485。Vgl. *K. Amelung*, Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbarem Verhalten, Schroeder-FS, 2006, 147 ff, 169; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 80; BGH Urt. v. 14. 2. 1957, MDR 1957, 395.
- (21) *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 31 Rn 1037.
- (22) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 175 zu BGH GA 1980, 183 f (乙は丙を強姦した後、まだ強姦の決意をしていない甲に向かって「お前もやるつもりか」と問いかけ、甲も犯行の決意をしたが、乙はこの甲の決意を予期していたという場合、犯行が可能であることを示唆したとしか見られない場合が多いが、但し、具体的状況から甲のために、「臆病者」でないことの証明の為されないことの期待を明らかに表したときは別である) ; auch *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 82; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 886.
- (23) *Krey/Esser* (Fn. V-148), § 31 Rn 1038; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 886.
- (24) 参照、第 5 章第 1 節 2C。
- (25) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 988 f. 1038; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 3; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 76; S/S *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 3 ff.; vgl. auch *Gerson*, (Fn. V-17. Teil 2), 295 ff; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1169; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 885.. フリッシュはその客観的帰属論から、「人をひきつける状況を用意するだけでは」許されない危険の創出とは認められない、というのは、「犯罪の決意を惹起することに向けられた行為の明白な意味内容」が欠如していたからだと論ずる。W. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1982, 333 ff.
- (26) *Krey/Esser* (Fn. V-148), § 31 Rn 1039.
- (27) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 175; *Roxin*, (Fn. III-60), § 26 Rn 58, 60; *ders.*, (Fn. I-27), § 26 Rn 82 (具体的状況から、問いかけが要求として理解されざるを得ない場合のみ、例えば、乙が甲をその外嘲笑した場合には教唆は認められるが、問いかけが情報的性格を有するにすぎないと教唆は認められない) ; auch *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 53.
- (28) *I. Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101 ff., 112 ff.; *dies.*, Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, 55 ff., 517 ff.; zustimmend *Hoyer*, (Fn. I-154), § 26 Rn 12 ff. (教唆犯者は正犯者の「動機支配」を有しなければならない) ; in diese Richtung auch *Renzikowski*, (Fn. I-120), §

51 Rn 18 (拘束的要求)。

- (29) *Puppe*, (Fn. VI-27. Anstiftung), 112.
- (30) *Wessels/Beule/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 885.
- (31) *Jakobs*, (Fn. I-75), 22. Abschn Rn 21 ff.
- (32) *J. Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, 137 ff.; *ders.*, Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986, 933 ff., 937 ff.
- (33) *Schulz*, (Fn. VI-32. Ratgeber), 112.
- (34) *Schulz*, (Fn. VI-32. Ratgeber), 142.
- (35) *Schulz*, (Fn. VI-32. Ratgeber), 145.
- (36) *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), LK § 26 Rn 5 f.
- (37) *M. Köhler*, Strafrecht AT, 1997, 521 ff. ケーラーに依ると、教唆者と正犯者が法定刑の点で同列に置かれているのは教唆と正犯が等価であることに基づく。教唆者はその意思決定力の点で正犯者に等しく、「知的(共同)正犯者(intelektueller(Mit-)Täter)である」(9. Kap II 4.1)。したがって、教唆の処罰根拠は(共同)正犯とのこの等価にある。教唆は、所為決意の惹起以上のものを要するものであり、率直な精神的接触、つまり、教唆者の正犯者との意思交流を要する場合でもそうである(4. Kapitel 2, 4. Kapitel 4.3)。通謀(Kollusion)、つまり、両者間の不法契約ですら教唆者行為にとってなお必ずしも十分と云えない。むしろ、教唆に構成的なのは正犯者に対する「意思決定の力」である。これは正犯者の計画が教唆者行動に外部的に依存することで成立する(4. Kap 1, 2, 4.3)。
- 本理論に対しては、次の批判が為される。本理論は、法定刑に関して、刑事政策的に間違った、憲法上疑問のある教唆者と正犯者の等価から最良のものを作り出す努力をしている。しかし、本説が試みる第26条の「唆す(Bestimmen)」という教唆者行為の限定が極端に過ぎる。教唆者は「知的(共同)正犯者」ではなく、他人の構成要件該当、違法な所為に所為支配することのない共犯者である。「意思決定の力」という誤った言い回しで、現行法上、正犯者のみが主犯を遂行する(25条)ということを変更することはできない。
- Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 30 Rn 993.
- (38) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 31 Rn 1041.
- (39) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 4; *Heinrich*, (Fn. V-15) § 37 Rn 1293; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 6; *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 38 Rn 1184a; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 86; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 886.
- (40) *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, (V-140), § 26 Rn 28; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 6; *Krey/Esser*, Fn. IV-3), § 38 Rn 1184a; *S. Trechsel. P. Noll*. Schweizerisches Strafrecht AT, 6. Aufl 2004, 263. 大塚 (I-113) 314 頁「教唆行為は他人に積極的に働きかけて犯罪意思を生じさせるものであるべきであるから、否定説が正当であろう」、佐久間 (VI-10) 387 頁、前田 (III-19) 533 頁。
- (41) *K. Geppert*, Die Anstiftung (§ 26 StGB), 2. Teil, Jura 1997, 358 ff., 365; *Roxin*, (III-60), § 26 Rn 63.
- (42) *U. Murmann*, in: *H. Satzger, W. Schluckebier u. G. Widmaier* (Hrsg.),

- Strafgesetzbuch. Kommentar 2. Aufl., 2014, § 26 Rn 3; *Roxin*, (I-27), § 26 Rn 86.
- (43) *R. Bloy*, Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490 ff., 493 ff.; *Gepfert*, (VI-41), 365; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 4; *R. Rengier*, Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 36 Rn 28 ff. わが国では、肯定説：勝本勘三郎『刑法要論総則』[訂正3版] 1915・415頁。
- (44) 吉田敏雄『不真正不作爲犯の体系と構造』2010・206頁以下。Dagegen, *H. Otto*, Anstiftung un Beihilfe, JS 1982, 557 ff., 560 f.
- (45) Vgl. *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 190 ff.; *Welzel*, (V-17), 206.
- (46) *Otto*, (Fn. VI-44), 559; eingehend dazu *Roxin*, (Fn. I-19), 510 ff.
- (47) *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 38 Rn 1184a; *Trechsel/Noll*, (Fn. VI-39), 263. Dagegen *Welzel*, (Fn. V-17), 206. わが国では、肯定説：大塚 (I-113) 315頁、内田 (III-19) 310頁、川端 (I-150) 592頁、佐久間 (VI-10) 387頁、平野 (I-106) 396頁。
- (48) この法形象の史的展開につき、*D. Bock*, Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen — Zum Begriff des »alias« oder »omnimodo facturus«, JR 2008, 143.
- (49) BGH NStZ 1994, 29 (30); BGHSt 45, 373 (374); *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 6 m.w.N.; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1295; *Joecks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 26 ff.; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1042; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 177, *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 65, 67; *Satzger*, (Fn. VI-16), 171; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 885.
- (50) *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 19; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1172.
- (51) *H. Blei*, Prüfe dein Wissen, Strafrecht AT, 7. Aufl., 1975, 167 Fall 288; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 178.
- (52) *Satzger*, (Fn. VI-16), 1172.
- (53) 参照、最決平成18・11・21刑集60・9・770 (被告人乙が代表取締役であるK法人の法人税法違反事件に関して、甲が具体的な証拠偽造を考案し、これを積極的に乙に提案していたとしても、「甲は、被告人の意向にかかわらず本件犯罪をするまでの意思を形成していたわけではないから、甲の本件証拠偽造の提案に対し、被告人がこれを承諾して提案に係る工作の実行を依頼したことによって、その提案どおりに犯罪を遂行しようという甲の意思を確定させたものと認められるのであり、被告人の行為は、人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせたものとして、教唆に当たる。)。Vgl. BGH 37, 172, BGHSt 45, 373 (374); BGH NStZ 2017, 401 (402); *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 6; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1295; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1042; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 179.
- (54) *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1042; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 887.
- (55) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 6; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1295a; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1043; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1173; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 887.

- (56) BGHSt 19, 339 (340 f.); *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 102, 105.; *Schünemann/Greco* (Fn. VI-2), § 26 Rn 34 f.
- (57) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1047.
- (58) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1300.
- (59) *Satzger*, (Fn. VI-16), 1178.
- (60) *Heine/WeiBer*, /Fn. VI-18), § 26 Rn 9; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 2c; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. V-36), § 41 Rn 14; *L. Nepomuck*, Anstiftung und Tatinteresse, 2008; 276.
- (61) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1046; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 104; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 889.
- (62) *J. Kaspar*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2020, § 6 Rn 82 f.; *Krey/Esser* (Fn. IV-3), § 31 Rn 1047; *Lackner/Kühl/Heger*, (Fn. VI-13), § 26 Rn 2a; *Rengier*, (Fn. VI-39), § 45 Rn 38; *Roxin* (Fn. I-27), § 26 Rn 104; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1169; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 885.
- (63) Vgl. *Satzger*, (Fn. VI-16), 1178.
- (64) Vgl. *Heine/Wieier*, (Fn. VI-18), § 26 Rn10; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1297; *Hoyer*, (I-154), § 26 Rn 17; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1048; *H. Kudlich*, Die Abstiftung, JuS 2005, 592 ff.; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1175; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147) § 16 Rn 890.
- (65) 吉田 (IV-316) 142 頁以下。Vgl. *E. E. Fabrizio*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2000, § 12 Rn 45; *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 51; auch *E. Hllgendorf*, Was meint „zur Tat bestimmen“ in § 26 StGB?, Jura 1996, 9 ff.
- (66) *K. Geppert*, Die Anstiftung (§ 26 StGB), Jura 1997, 299 ff., 304; *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 10; *Krey/Esser*, (Fn. Fn. IV-3), § 31 Rn 1048; *Kühl*, (Fn. IV-3) § 20 Rn 185; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 28; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1176; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 890.
- (67) *Geppert*, (Fn. VI-66), 304; *Rengier*, (Fn. VI-39), § 45 Rn 43; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1176; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 28.
- (68) *Geppert*, (Fn. VI-66), 304 f.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 185; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 30; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1176; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 890.
- (69) *Heine/WieBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 10; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 186; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 69; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1175; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 28.
- (70) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1296; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1049; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 69; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 891.
- (71) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1296; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1049.
- (72) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 8; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 23.
- (73) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 8; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 26 Rn 23; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1049; *Schünemann/Greco* (Fn. VI-2), § 26 Rn

- 26.
- (74) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 8; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1296 a; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1049; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 100; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 27.
- (75) BGH StV 1996, 2; *D. Bock*, Akzessorietätslockerungen der §§ 28, 29 StGB, JA 2007, 599 ff., 602; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1296a; *SK-Hoyer*, (Fn. I-154), § 26 Rn 24; *Satzger*, (Fn. VI-16), 1180; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 27; a.A. *Jakobs*, (Fn. I-75), 22. Abschn Rn 26.
- (76) Vgl. *Satzger*, (Fn. VI-16), 1180.
- (77) Vgl. *Satzger*, (Fn. VI-16), 1180.
- (78) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 8; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 26 Rn 22; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1049; *Schulz*, (Fn. VI-31. Ratgeber), 164 ff.; *ders.* (Fn. VI-31. Anstiftung), 938; *Satzger*, JA 2017, 1180; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 23.
- (79) *A. Koch, K. Wirth*, Grundfälle zur Anstiftung, JuS 2010, 203 ff., 207. なお、ヤープスに依ると、所為客体の入れ替えは、正犯者にとって客体の同一性が重要でなくても、常に所為同一性を変更する。例えば、正犯者が、当初計画していた、街灯の明るい本通り側の窓硝子を壊すのではなく、照明の暗い裏通りを選ぶように勧められた場合である。但し、正犯者は背後者の意思に依存して決意をしなければならない(そうでなければ心理的幫助に過ぎない)が、こういった場合、この要件が充足されないであろうと論じられる。*Jakobs*, (Fn. I-75), 22. Abschn Rn 26.
- (80) Vgl. *Satzger*, (Fn. VI-16), 1181. シューネマンは次のように2類型に分けて論ずる。甲は客人丙をもてなすために、ウイスキーを盗むつもりだったが、それを知らされた甲の親友乙は、丙がワイン好きなのを知っていたので、甲に高級ワインを盗んだ方がいいと勧めた場合、乙には窃盗罪の幫助犯が成立するにすぎない。犯行客体の変更は甲の犯行計画に組み込まれており、これを前よりもよくするものだからである。これに対して、乙が甲にウイスキーでなくワインを盗み、これを売却して甲の財産を増やすこと、どっちみち自宅にあるビールで客人丙を歓待することを勧めるとき、窃盗罪の教唆犯が成立する。乙は新たな計画を示し、これにより新たな犯行を教唆したと云えるからである。*Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 24.
- (81) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302a; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1050. 上方惹起と捉えているようなのが、*W. Mitsch*, Strafrecht BT 2, 3. Aufl., 2015, § 1 Rn 34.
- (82) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 11.
- (83) Vgl. *Hierzu R. Börner*, Die sukzessive Anstiftung, Jura 2006, 415 ff.; *S. Grabow*, Die sukzessive Anstiftung, Jura 2009, 408 ff.; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302a; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1050; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 176a; *Lackner/Kühl/Heger*, (Fn. VI-13), § 26 2b.
- (84) Vgl. *R. Börner*, (Fn. VI-77), 416; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302a; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1050. dagegen *S. Grabow*, (Fn. VI-77), 408 ff.;

- 幫助犯説 *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 11; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 35.
- (85) *Börner*, (Fn. VI-77), 416; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302a; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), 1 Rn 1050; 幫助犯説 *Gabow* (Fn. VI-77), 411; *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 11.
- (86) *Börner*, (Fn. VI-77), 514; *Grabow*, (Fn. VI-77), 408; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1302a FN 52.
- (87) 内田 (II-19) 316 頁、大谷 (II-7) 440 頁、川端 (I-150) 593 頁、平野 (I-105) 350 頁、平場 (I-145) 161 頁以下。
- (88) 浅田 (III-12) 485 頁、大塚 (I-113) 316 頁、植松 (IV-16) 374 頁。
- (89) 佐久間 (VI-15) 388 頁、福田 (I-137) 258 頁注 7。
- (90) 浅田 (III-12) 485 頁、大塚 (I-113) 316 頁。
- (91) 参照、第 3 章第 2 節 1。井田 (III-20) 541 頁、大塚 (I-113) 315 頁、川端 (I-150) 592 頁、佐久間 (VI-10) 385 頁、前田 (III-79) 509 頁。なお、高橋 (III-24) 493 頁は、本文の看護師の事例では間接正犯が成立するが、故意行為を教唆したが、正犯者が過失行為を遂行した場合には過失行為に対する教唆犯が成立するとする。教唆犯説：浅田 (III-12) 446 頁以下 (看護師に規範的障害が認められる以上教唆犯が成立する。現行刑法は、正犯の故意を要求していないので、過失犯に対する故意の教唆を認めることに支障はない)。
- (92) 参照、井田 (III-20) 541 頁、大塚 (I-113) 313 頁、植松 (IV-16) 375 頁、佐久間 (VI-10) 384 頁、高橋 (III-24) 492 頁、團藤 (I-149) 403 頁、平野 (I-105) 360 頁、前田 (III-19) 509 頁。過失犯に対する教唆 (過失犯に対する過失による教唆及び故意による過失犯への教唆) の可罰性を否定した裁判例として、東京高判昭和 26・11・7 判特 25・31 「職権をもって按ずるのに被告人につき有毒飲食物等取締令違反の教唆罪として原審において認定せられた事実の要旨は、被告人が、その製造した一立方センチメートル中メタノールに二ないし三ミリグラムを含有する焼酎約三石四斗の売却方を情を知らない原審相被告人 H に依頼し、よって同女をしてその内容約一石四斗七升を他に販売させて同女の犯行を教唆したというのであり、右 H の犯行として原審において認定せられた事実の要旨は、同女が右焼酎につきその規定量を超えるメタノールを含有する飲料水であるということを確認するに足る方法を講ずべき注意義務があるにもかかわらず、これを怠り、その情を知らずしてその内約一石四斗七升を販売したというのであるから、結局被告人は右 H の過失による有毒飲食物等取締令違反罪を教唆したという訳になる。然るに教唆とは他人をして犯罪を起こさせることを要素とする行為であるから過失犯に対する教唆というこれを認める余地がない。ところで起訴状の記載を見るに被告人が、右飲料水を製造し且つその売却方を右 H に依頼するにあたりまた同女がこれを販売するにあたり被告人及び H はいずれもこれが、一立方センチメートル中二ミリグラム以上のメタノールを含有することを認識していたという趣旨にとれるように示されている。しかしながら右 H が同飲料水を販売するにあたり右のような認識のなかったことは前記のとおり原審において既に確定した事実であり記録に徴して既に確定した事実であり記録に徴しても右認

定が誤であると思われる点はない。そこで若し被告人が規定量を超えるメタノールを含有するものであることを認識しながら右飲料水を前記Hの過失を利用して販売するという犯意を有していたとしたら被告人にいわゆる間接正犯の責を問うで然るべきであるが被告人にかかる犯意あったことを記録上これを認定することができないから被告人の所為を間接正犯であるとする訳にも行かない。」。肯定説に、佐伯 (IV-174) 355 頁 (教唆により惹起された決意は、必ずしも厳格な意味での故意であることを要しないので、本文の看護師に毒薬を渡した例とか、料理番が不注意で腐敗した食事を女中をして客に勧めさせ、客を罹患させた場合には、教唆犯が成立する)、木村 (V-151) 412 頁。

(93) 参照、佐久間 (VI-10) 384 頁、前田 (III-19) 509 頁。





## Täterschaft und Teilnahme (21)

Toshio YOSHIDA

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I. Einführung in die Problematik

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)

Kapitel V. Teilnahme - Anstiftung und Beihilfe

(Band 54 Nr. 2 - Band 59, Nr. 4)

Kapitel VI Anstiftung

1. Definition und Kennzeichnung

2. Die objektiven Voraussetzungen der Anstiftung

A. Notwendigkeit einer Kommunikation des Anstifters mit dem Haupttäter

a. Verursachungstheorie

b. Kommunikationstheorie

c. Weitergehende Restriktionen zum Begriff „Bestimmen“

B. Anstiftung durch Unterlassen und Anstiftung zum Unterlassungsdelikt

C. Kausalität zwischen Anstiftungshandlung und Anstiftungserfolg

D. Bestimmen zu einer Entschlussänderung

a. Bestimmen durch Übersteigerung des Tatentschlusses („sog. Aufstiftung“)

aa. Unwertsteigerungstheorie

bb. Analytisches Trennungsprinzip

cc. Qualifikationstheorie

b. Bestimmen durch Abschwächen des Tatentschlusses („sog. Abstiftung“)

c. Anstiftung zu einem aliud („sog. Umstiftung“)

E. Anstiftung zum Weiterhandeln („sukzessive Anstiftung“)

F. Anstiftung zum Vorbereitungsdelikt

G. Anstiftung zum Fahrlässigkeitsdelikt und Anstiftung durch Fahrlässigkeit zum Fahrlässigkeitsdelikt (Band 60, Nr. 1)

(Die Fortsetzung folgt.)

