

タイトル	正犯と共犯（22）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，60(2)：55-86
発行日	2024-09-30

論 説

正犯と共犯 (22)

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

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
 - a. 惹起理論
 - b. 意思交流理論
 - c. 教唆概念をさらに限定するその他の理論
2. 不作為による教唆と不作為に対する教唆
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」
 - a. 無価値増加理論
 - b. 分析的分離原則の理論
 - c. 加重犯理論
 - 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54巻第2号～第60巻第1号)

第3節 主観的構成要件：教唆犯者故意

1. 教唆犯者故意の具体化

- A. 正犯者の人物の具体化
 - B. 正犯の具体化
 - C. 教唆犯者に対する正犯者の過剰
 - a. 罪質を同じくする場合
 - b. 罪質を異にする場合
 - D. 正犯者の過少
2. 正犯の既遂ないし終了に向けられた教唆犯者故意の必要性
- A. 教唆犯者の既遂故意—教唆犯者の可罰性の必要条件
 - B. 教唆犯者の終了故意の必要性 — 正犯の終了が教唆犯者の故意に含まれていない既遂正犯への教唆
3. 教唆の錯誤
- A. 正犯者に故意があるとの教唆者の誤信
 - B. 正犯者に故意がないとの教唆者の誤信
 - C. 正犯者に人の錯誤があった場合の教唆者への影響 (以上第 60 卷第 2 号)

第 6 章 教唆犯

第 1 節 概説

第 2 節 客観的構成要件

第 3 節 主観的構成要件：教唆犯者故意

教唆犯者は教唆犯の客観的構成要件を故意で充足しなければならぬ。教唆犯者の故意は、正犯者を犯罪へと教唆する行為及び正犯者による違法な所為と関係しなければならぬ。その際、教唆犯者の故意は正犯について既遂意思を包含しなければならぬ。この既遂意思によって、教唆犯者の間接的法益侵害の主観面が具体化されるからである⁽⁹⁴⁾。教唆犯者は具体化された主犯を故意に惹起させ、それ故、主犯の創始者と捉えられうることから、教唆犯は正犯と等しく処罰される以上、教唆犯者の故意の要件は幫助犯者の故意の要件よりも厳しくなければならぬ。

1. 教唆犯者故意の具体化 教唆は先ず正犯に関係する故意を必要とする。この要求は次のように簡潔明快に表現される：教唆者故意はある特定の正犯者とある特定の所為によって具体化されねばならぬ⁽⁹⁵⁾。この表現は詳細な説明を要する⁽⁹⁶⁾。

A. 正犯者の人物の具体化 教唆犯者は、少なくとも特定可能な正犯

者の人物に関する表象を有しなければならないが、ある個別的に特定された人物に所為遂行を要求することまでの必要はない。すなわち、教唆犯者が、ある特定の人物群のある者に所為をさせる目的で、その特定の人物群へ要求することで足りる⁽⁹⁷⁾。これに対して、見通すことのできない名宛群に向けて、例えば、インターネット、雑誌、ちらし、あるいは、誰もが参加できる大規模集会において、犯罪行為を勧めるのは煽動であって、教唆犯の成立はない。全く不特定の者を対象としているので、正犯者に関係する故意が欠如するからである⁽⁹⁸⁾。

[設例 20a] 国粋主義・人種差別主義団体の指導者乙は外国人人権擁護運動家丙を憎悪していた。乙はその団体集会で、「君たちの中の誰か丙に大和精神を叩き込むことができるか」と言って挑発した。この要求に応じて、後にその団体構成員の一人甲が丙を打ちのめした。

[設例 20b] [設例 20a] の乙は、インターネットの YouTube を通して同趣旨のことを言って挑発した。

[設例 20a] では、甲は傷害罪に問われ、乙はその教唆犯に問われる。乙はその要求をある特定の人物に向けていないからと云って、乙の教唆者故意が欠如するわけではない。というのは、要求の名宛人である、そこに居合わせた構成員は「個々のに特定された人物群」だからである。これに対して、[設例 20b] では、乙の挑発は不特定の人物群に向けられているので、乙には傷害罪の教唆犯は成立しない。

B. 正犯の具体化 正犯者の人物の具体化と並んで、どの程度、教唆犯者の故意が、犯行地・犯行時間、実行行為の態様といった正犯の具体的事情と関係するべきかが問題となる⁽⁹⁹⁾。少なくとも、ごく一般的に犯罪をするように勧めるとか（「ちょっと悪事に手を染めなくちゃ」）とか、単に構成要件を抽象的に言う（「盗みを働いてみたら」）だけでは教唆としては十分ではない⁽¹⁰⁰⁾。このことは、共犯の処罰根拠が、少なくとも正犯によって侵害される法益への間接的侵害にもあることから明らかである⁽¹⁰¹⁾。

一方で、所為客体、所為の場所、時間及び実行行為の態様といったあらゆる個別化要素の認識は必要でないが、それら全ての認識が欠如すると教唆犯者故意の存在は否定される。他方で、教唆犯者がこれら全ての

個別化要素を認識している必要が無いということは、正犯の実行行為は当然のことであるがこれから先の事象であるとともに、主犯者自身が所為支配を有しているのであって、教唆犯者は主犯者に実行行為を委ねており、主犯者に大なり小なり広い自由な活動余地が認められているからである⁽¹⁰²⁾。それ故、教唆犯者故意は、客観的構成要件要素から導かれる「不法特質 (Unrechtsdimension)」、つまり、侵害方向ないし損害の程度の認識があれば足りるとする見解が出てくるが⁽¹⁰³⁾、そうになると、主犯者にかなり大きな自由な活動余地を認める者の可罰性の範囲が広がることになる。しかし、この抽象的・一般的考察方法は、具体的主犯、したがって又共犯の処罰根拠との結びつきを著しく緩和するものであり、加えて、根本は財産犯に合わせて作られた、比較的任意の境界づけ規準を提供するものであって妥当でない⁽¹⁰⁴⁾。教唆犯者故意は、所為を特徴づける要素の中で、少なくとも所為が具体的・個別化可能な事象として認識できる程度の要素を含んでいなければならないと考えるべきである。例えば、教唆犯者がある特定の被害者の殺害を要求するとき、実行行為の場所・時間・態様の詳細な認識が欠如していても、教唆は認められる。殺人罪においては、被害者の個別化が決定的意味を有するからである⁽¹⁰⁵⁾。

[設例 21] 殺人を仕出かした甲は、その友人乙に殺人のことを秘しながらしばらく外国に行きたいがそのための金がなくて困っていると言われ、「金に困っているなら銀行か給油所を襲うのが手っ取り場合じゃないか」と助言した。数日後、甲はある銀行を襲い、銀行事務員一人に拳銃を突きつけて金銭を強奪した。(BGHSt 34, 63 の改変)

[設例 21] と類似事案において連邦通常裁判所は適切にも次のように説示して、重い強盗罪、強盜的恐喝罪の教唆犯者故意の存在を否定した⁽¹⁰⁶⁾。「教唆犯者の故意はある特定の正犯に関連しなければならない。」⁽¹⁰⁷⁾「教唆犯者の故意は、微細に渡らなくともよいが、それでも、本質的な要素又は主要な点において具体化された犯罪の実行と関連しなければならぬ(……)。教唆犯者は被教唆者の所為に対し被教唆者と同様に刑事責任を負わねばならないのだから、必要とされるのは、犯罪が、構成要件類型と犯罪客体の一般的類概念要素で確定されているだけでなく、犯罪が、教唆者の表象においてその事実的な、但しなお微細には練り上げられていないイメージという点で、少なくとも概略的に個別

化された事象として現れることである(……)」。連邦通常裁判所は本事案がこの要求を充たしていないとした。連邦通常裁判所は、乙による甲への教唆を教唆犯者故意の欠如を理由に否定したのである。「被告人乙がある『銀行か給油所を略奪せねばならない』と言っただけではこの要求を満足させない。乙の助言はある具体的犯罪に関連しておらず、単に類概念的に描写された複数の同種の犯罪の可能性に関連したにすぎない。犯罪客体を銀行や給油所に限定していても、それだけでは個別化されうる事象としての正犯を惹起させるにはまだ十分でない。被告人の表象にあったような犯罪イメージは、個別化可能な要素(客体、時間及びその他の犯罪実行状況)が欠けている点ではつきりしなかった。」⁽¹⁰⁸⁾。

C. 教唆犯者に対する正犯者の過剰

a. 罪質を同じくする場合。正犯者が、教唆犯者が生じさせようとした犯罪より重い犯罪を行った場合、この正犯者の過剰を如何に扱うかが問題となる。正犯者が、教唆犯者の故意によって包含されない犯罪行為を遂行する限り、教唆犯の成立はない。教唆犯者に正犯者過剰が帰属されるのは、教唆犯者にそれに対応する教唆犯者故意がある場合に限定される。主犯と教唆犯者故意の間の重要でない相違は意味を有しない。被教唆者が故意に別人から窃取したり、強奪したり、あるいは別人を殺害した場合に重要な相違が認められる⁽¹⁰⁹⁾。この重要性の有無の規準については前述(B 正犯の具体化)を参照されたい。

[設例 22] 乙は甲に注意散漫に見える高齢者丙に拘りを働くよう唆したが、しかし、甲は丙を殴り倒して金品を奪った。

[設例 23] 乙は甲に丙を散々打ちのめすよう唆したが、しかし、甲は丙を故意に殴り殺した。

教唆犯者は教唆犯者故意の範囲内でしか処罰されることはない。したがって、乙は、[設例 22] では、窃盗罪の教唆に、[設例 23] でも傷害罪の教唆に問擬されるに過ぎない。

[設例 22] や [設例 23] の場合、わが国では、共犯の罪名は正犯のそれに従属すべき(罪名従属性説)か否(罪名独立性説)かが争われている。完全犯罪共同説は、共犯の罪名が正犯の罪名に従属することを要求するので、[設例 22] について、乙の罪名は強盗の教唆であり刑だけが刑

法第38条第2項により窃盗の範囲内に止まるとする。しかし、本説は妥当でない。罪名は、成立する犯罪に対する質的評価の差異を示すもので、罪名と科刑の分離を認めるべきではなく、また、軽い窃盗の意思しかない乙に重い強盗の故意の成立を認めることは責任主義に反するからである。部分的犯罪共同説からは、窃盗罪と強盗罪は窃盗の限度で構成要件が重なっていることから、乙の罪名は窃盗教唆となる。行為共同説は、罪名の独立性を認めるので、乙の罪名は窃盗教唆となる。

正犯者過剰によって招来された結果に関して教唆犯者に過失があったとき、正犯者もその結果に加重結果につき過失があったかどうかとは関係なく、結果的加重犯の教唆が成立する。例えば、教唆犯者が傷害を教唆したところ、正犯者は故意の殺人を行ったという場合、教唆者に傷害致死罪の教唆犯が成立する⁽¹¹⁰⁾。

b. 罪質を異にする場合。正犯者が、教唆犯者が意欲したのとは全く異なった法益を侵害したとき（いわゆる質的過剰）、教唆犯者はその意欲された所為への教唆の未遂（不可罰）しか認められない⁽¹¹¹⁾。

[設例 24] 乙は甲に丙から特定の物を窃取するよう唆したが、甲はその物のある窃盗犯人から購入した。（ロクスイーンの設定例）

[設例 24] では、乙には甲の犯行（故買）に関して故意がない。乙の窃盗教唆は未遂に終わったので、乙は不処罰である。

D. 正犯者の過少。正犯者が、教唆犯者が意欲した犯罪よりも軽い犯罪を行った場合、この正犯者の実行した犯罪が教唆犯者の意欲した犯罪の未遂罪であるとき、意欲した犯罪への教唆は既遂となるが、しかし、正犯者が教唆犯者の意欲した犯罪に関して故意を有しないとき、教唆犯者の意欲した犯罪への教唆は未遂となる⁽¹¹²⁾。

[設例 25] 乙は甲に丙殺害を唆したが、甲は丙を殴って傷害を与えたに過ぎなかった。

[設例 25] では、甲に丙殺害の故意があるとき、殺人教唆は既遂である。甲に丙に傷害を加える故意しかないとき、殺人教唆は、甲に殺人未遂が認められないので、教唆の未遂に過ぎない。

もつとも、[設例 25] で、甲に傷害の故意しかないとき、傷害罪への教唆既遂が成立する。教唆者の意欲した犯罪（殺人）の中に正犯者の故意犯罪（傷害）が包含されているからである。殺人への教唆は傷害への教唆も含意しているので、この結論は肯定されるべきである⁽¹¹³⁾。したがって、次の場合、教唆既遂は成立しない。

[設例 26] 乙は甲に丙への強盗を唆したが、甲は丙の所有物を損壊したに過ぎなかった。

[設例 26] では、甲に強盗罪の未遂も既遂も成立しないので、乙には強盗教唆の未遂しか認められない。物の損壊だけでは強盗未遂になりえないのが普通であり、強盗への教唆には物の損壊への教唆が含まれていないからである⁽¹¹⁴⁾。

2. 正犯の既遂ないし終了に向けられた教唆犯者故意の必要性

教唆犯者の故意は教唆犯者行為（犯罪行為をする意思を惹きささせる）にも正犯者による違法な所為遂行にも関連しなければならない（いわゆる「二重の教唆犯者故意」）⁽¹¹⁵⁾。その際、教唆犯者は正犯の既遂を自分の故意に含めていなければならない⁽¹¹⁶⁾。但し、窃盗罪のように、若干の犯罪、例えば、窃盗罪では、教唆犯者の既遂故意では十分でなく、終了故意が必要である（参照、本節 2 B）。

A. 教唆犯者の既遂故意—教唆犯者の可罰性の必要条件

教唆犯者の故意は、被教唆者に犯罪を実行する決意を生じさせる意思、つまり、未遂故意で足りるか、それとも、被教唆者による犯罪構成要件の実現に向けられるものであること、つまり、既遂故意が必要であるかにつき、見解が分かれる。例えば、下記 [設例 27] とか、捜査官ないしその捜査協力者が、最初から未遂に終わらせる意思で特定の犯罪を教唆し、実行開始と同時に直ちに逮捕するという場合が問題となる。後者はアジャン・プロヴォカテール（教唆する刑事巡査、警察の手先、陥穽教唆・陥害教唆等の訳語が見られる）⁽¹¹⁷⁾ の例である。

①既遂故意必要説。既遂故意を必要とする説は、教唆犯の処罰根拠から導かれる。それは、正犯（他人）の行為を通じて、犯罪構成要件の実現に寄与したところにあるのであるから、教唆犯者の故意は、被教唆者

による犯罪構成要件の実現に向けられることを要する。したがって、初めから未遂に終わらせる意思で他人を唆した場合には、正犯（被教唆者）の行為を通じて、犯罪構成要件の実現に寄与するという教唆犯の性格が欠如し、教唆犯は成立せず、不可罰ということになる⁽¹¹⁸⁾。

②既遂故意不要説（＝未遂故意説）。未遂故意で足りるとする説の根拠は、教唆行為が、基本的構成要件に該当する実行行為ではなく、修正された教唆犯の構成要件に該当する、他人の犯罪の実行にいたらせる行為であるという立場から出立すると、教唆犯の故意も、基本的構成要件の全内容にまで及ぶ必要は無く、被教唆者が実行行為に出ることまでを表象すれば足りるとするところにある。したがって、初めから未遂に終わらせる意思で他人を唆した場合には、未遂罪の教唆犯が成立する⁽¹¹⁹⁾。加えて、①説に従うと、単に教唆犯者が正犯の実行を認識しているにすぎない場合は不可罰となるが、実行行為を惹起させておきながら不可罰となるというのは、犯罪抑止の点からみて不当に処罰を免れさせることになることも指摘される⁽¹²⁰⁾。

このように見解の分かれるところであるが、教唆犯者の故意は正犯の既遂に向けられている、つまり、**既遂故意**を要するとする説が妥当である⁽¹²¹⁾。その根拠として、次の諸点を指摘できよう。

先ず、既遂故意が必要であることは**教唆犯の処罰根拠**から導かれる。未遂の場合、正犯者の意思は法益侵害に向けられている。法益侵害、つまり、結果不法が生じなくても、法益侵害を意欲したという行為無価値はある。ところが、法的根拠（〔設例1〕における警察官の了解）からであれ、事後的根拠から（例えば、警察官の介入）であれ、主犯を未遂に止まらせようとする者にはこの行為無価値は認められない。教唆犯者が正犯の未遂しか意欲していないとき、つまり、保護法益への（正犯者を通じた）間接的侵害を意欲していないとき、教唆犯者故意は構成要件実現に向けられていない。すなわち、共犯不法に必要とされる故意の独自の法益侵害が欠如していると云える。共犯の処罰根拠で検討したように、共犯の不法というのは専ら正犯の不法から導かれるというものではないのである⁽¹²²⁾。

次に、この立場は異論の余地なき「なおさら論証」からも支持される。

教唆犯者は「正犯者に等しく」処罰される。正犯者は犯行が既遂になることを自分の故意に取り入れていなければならない。さもなければ正犯者は故意無く行為することになる。そうすると、「正犯者に等しく」処罰されねばならない教唆者においても、既遂の故意を放棄することはできないと云える⁽¹²³⁾。

最後に、刑事政策的考慮からの必要性もある。組織化された犯罪集団によって行われる重い犯罪またはその他の重い犯罪に対処するために、どうしても挑発分子を投入せねばならない場合がありうる⁽¹²⁴⁾。

[設例 27] 乙は、致死量に足りない毒物であると信じて、甲に対してその毒物を丙に飲ませて殺害するよう唆し、甲が実行に及んだところ、丙は予期に反して死亡した。

[設例 27] では、乙は、丙の死亡を認識・意欲していなかったのであるから、殺人未遂罪の教唆犯の成立はなく、せいぜい過失致死罪の罪責を負う⁽¹²⁵⁾。但し、教唆犯者の故意は被教唆者に実行行為をさせることの認識があれば足りるとする説からは、殺人未遂罪の故意で殺人既遂罪の結果を生じさせたので、事実の錯誤が認められ、両者は法定的に重なり合うから、刑法第 38 条第 2 項により殺人罪についての教唆犯の成立は認められず、殺人未遂罪の教唆犯が成立する⁽¹²⁶⁾。

[設例 28] 乙は甲に拳銃を用いて丙を殺害するように唆した。しかし、乙は事前に弾薬を抜き取っていたのだが、そのことを甲は知らなかった。(ロクスイーンの設例)

[設例 28] では、甲に(可罰的) 不能殺人未遂が成立する。しかし、乙はかかる所為遂行がまったく既遂になりえないことを認識していたので、不可罰である⁽¹²⁷⁾。

同じことは、古典的設例である「泥棒の罟」にも云える。[設例 1] では、乙には主犯者甲との意思連絡が客観的に欠如しているため、教唆は認められず、窃盗罪の教唆犯は成立しない。さらに、教唆する捜査官として私服警察官(「囹」)に教唆が成立しないのは、既遂故意なしに行為したからでもある。というのは、[設例 1] の事情からは、正犯者は(不能) 窃盗未遂しか為しえなかったし、この事情を乙は認識していたから

である。すなわち、その故意は、正犯者による既遂の遂行を含まず、主犯者の窃盗未遂しか含んでいないからでもある⁽¹²⁸⁾。

B. 教唆犯者の終了故意の必要性 — 正犯の終了が教唆犯者の故意に含まれていない既遂正犯への教唆

教唆犯者は正犯の既遂を意欲しているが、正犯の実質的終了に関して、ないし、最終的に損害を与えることに関して故意を有しないときも、教唆者は不処罰とされるべきか否かが問題となる。

〔設例 29a〕 札付きの拘り甲を捕らえるため、警察は甲に罠を仕掛けた。素性を秘匿した捜査官乙は、甲に巧みに取り入り、裕福に見え、ぼんやりした印象を与える、事情の知らない中年の男丙の財布を盗むよう説き伏せた。甲はその言葉通り、気づかれることなく丙の財布を掴み、直ちにそれを自分の外套のポケットに入れ込み、急いでその場を立ち去った。丙はそのことに何も気づかなかった。現場近くで張り込んでいた乙は甲を逮捕できたものの、必死の追跡劇を演じた後のことだった。乙は、甲の逃走を阻止して、丙に財布を戻すことができると確信していたし、実際そうになった。(クライ/エッサーの設例改変)

〔設例 29b〕 札付きの住居侵入窃盗犯甲を捕まえるため、警察は甲に罠を仕掛けた。素性を秘匿した捜査官乙は甲に、丙は出張で自宅を1週間留守にするとの情報を提供し、「やるなら今だ」と云って丙宅での窃盗を勧めた。丙宅近くで張り込んだ乙捜査官らは甲が丙宅を出たところで現行犯逮捕できると思っていたが、盗品を持ったまま逃げられることもありうると考えていた。実際、甲は気づかれることなく盗品をもってうまく逃走できた。しかし、乙捜査官らは、犯行現場で甲を逮捕できなくとも、甲が盗品故買人丁に譲渡するときに逮捕できると考えていたし、実際その通りに逮捕できた。(ハインリッヒの設例改変)

〔設例 29a〕では、甲の窃取行為は既遂に達した。「設例 1」とは異なり、被害者丙は事情を知らない、それ故、「窃取」を排斥する了解が欠如している。警察が犯行を監視していたということも、窃盗既遂の成立の妨げとならない。警察の監視にもかかわらず、甲が財布を自分の外套ポケットに入れ込んだとき、窃取は既遂である。かなり時間のかかった追

跡後ようやく盗品を取り戻すことができたということからもこのことは云える。これにより、盗品の確保による窃盗の終了は妨げられたものの、既遂は妨げられなかった。〔設例 29b〕では、甲は犯行現場を逃走でき、盗品を確保したのであるから、窃盗は既遂を超えて終了の段階に達した。

〔設例 29a〕では、甲の行為は窃盗の既遂に達している、また、〔設例 29b〕では、甲の行為は終了しているのだが、甲を唆した乙に窃盗罪の教唆犯が成立するかが問題となる。これについては、次の諸説が見られる。

①**法益危殆化限度理論** 本理論の基礎には「純粹惹起理論」がある。教唆犯者故意には法益危殆化の表象があれば十分である。この場合、既に共犯者に必要な法益に向けられた侵害が内在しているからである。教唆犯者故意が欠如するのは、教唆者が、所為客体の危殆化を不可能にするようにして正犯をただ未遂にとどまらせるつもりである場合に限定される。挑発分子が所為客体を意識的に正犯者による危殆化に曝し、この危険に甘んずるとき、未遂の意欲しなくても教唆犯者故意は存在する。このことは、教唆犯者が形式的既遂に甘んずるとき、ますます妥当する。これらの場合に教唆犯者を不処罰とすることは法益主体の不利益に繋がる⁽¹²⁹⁾。もっとも、こういった場合でも、共犯理論とは関係のない理由から教唆犯者が不処罰になることはありうる（ドイツ刑法では第 34 条の正当化緊急避難）。本説によると、〔設例 29a〕、〔設例 29b〕のどちらの場合も、乙に窃盗既遂罪の教唆犯が成立する。

本理論は、一方で、「純粹惹起理論」に囚われすぎており、他方で、共犯者不法の独自性を考慮しなさ過ぎるという批判を免れ得ない。教唆する捜査官は、被教唆者とは異なって、自分の行為を法益侵害にまったく向けていなかったのであるが、この事実が無視されている。「設例 29a」では、教唆者の状況からすると、窃盗犯人の逃走を予期せざるを得ないが、これの阻止をあてにできるとき、予期に反して犯罪が既遂に達しても、それは共犯者にとっては典型的な過失不法である。この場合も教唆犯者故意を認めることは、実質的には過失による教唆を処罰することになる⁽¹³⁰⁾。

②**形式的既遂限度理論** 本理論は、教唆者の可罰性の決定的規準を形

式的既遂時点におく。教唆犯者は、正犯の既遂を自己の（未必の）故意に取り入れると、十分な教唆犯者故意を有する。正犯者の故意を所為の実質的既遂に関連させる必要はないのであって、そのことは教唆犯者にも妥当せざるを得ない。これに対して、既遂を生じさせる意思のないとき、教唆者故意は欠如する。既遂時点という規準は構成要件で定められた法益侵害の基準と結合している。但し、教唆する捜査官を不処罰とする刑事政策上の理由から、構成要件の目的論的限定解釈が、さらに、ドイツ刑法では行為による悔悟、正当化緊急避難の適用も考えられる⁽¹³¹⁾。本説に依ると、[設例 29a]、[設例 29b] のいずれの場合も乙に窃盗既遂罪の教唆犯が成立する。

本説に対しては、法益危殆化限度理論にも云えることだが、正犯者の有罪立証を可能とするためには、犯罪が既遂の段階に達するのを待つ方が目的に適っており且つ必要でもある場合のあること、このことはいずれにせよ最後まで残る法益侵害が予期できない場合にも云えるという批判が可能である⁽¹³²⁾。

③実質的既遂限度理論 本理論に依ると、教唆犯者が正犯の未遂だけにとどまらせようとする場合だけでなく、形式的既遂の故意がある場合も、教唆犯は成立しない。教唆犯者が正犯の実質的終了も求めるときにのみ教唆犯が成立する。というのは、教唆犯者には法益主体に結局のところ損害を与える意欲がないからである。それ故、既遂と終了の間で正犯者が捕えられるべき場合、教唆犯者の可罰性を基礎づける実質的法益侵害が見られない。加えて、不処罰の範囲を拡張することは刑事政策的理由からも意味がある。教唆する捜査官は、犯罪の実質的終了も自分の故意の中に取り入れていない限り、教唆の廉で処罰されることはない。教唆する捜査官が実質的終了の故意を有するときは、正当化緊急避難（ドイツ刑法第 34 条）の適用が考えられる⁽¹³³⁾。本説に依ると、[設例 29a] では、乙に窃盗罪の教唆犯は成立しない。乙には、なるほど、正犯の形式的既遂の成立に関しては故意があるが、しかし、盗品確保による実質的終了に関しては故意が無かったからである。[設例 29b] では、乙に窃盗罪の教唆犯が成立する。甲は気づかれることなく犯行現場を去ることができたし、乙はこのことも考慮に入れていたからである。

本説に対して、一方で、①、②説からは、教唆犯の不処罰範囲が広がり過ぎるとして批判される。他方で、④説からは、本説が、[設例 29a]に見られるように、法益の持続的損害の恐れが無いとき教唆犯の成立を否定するのは妥当であるが、しかし、その境界画定が恣意的になりかねないと批判される⁽¹³⁴⁾。

④回復できない法益侵害理論 本理論は、基本的には、実質的既遂限界理論に属するのであるが、教唆する捜査官の不処罰を最も広く認める説である。教唆犯者は、なるほど、正犯の実質的終了を甘受するが、しかし、究極的には回復できない法益侵害に至らしめるつもりが無いときであっても、不処罰である。それ故、法益侵害を甘受して初めて可罰性が生ずる。これは、教唆犯者が法益主体にとどのつまり損害を加える意思がないということで根拠づけられる。それ故、教唆犯者の可罰性を基礎づける実質的法益侵害が欠如する。この法益侵害は、一法益侵害が短期間であっても一結局毀損され回復できない場合にだけ認められる。[設例 29a]、[設例 29b] のような場合、法益侵害に関して、正犯者が目的物を掴んだか、仕舞ったか、立ち去ったか、はたまた故買者に譲渡した時に逮捕されたかということは問題とならない。法益侵害が永続し、教唆者がこのことも考慮に入れて初めて、教唆犯が成立する。但し、この場合も正当化緊急避難の成立する余地がある⁽¹³⁵⁾。本説に依ると、[設例 29a]、[設例 29b] の何れの場合も、乙に窃盜既遂罪の教唆犯は成立しない。

本理論の問題点は、犯罪が終了の段階に達してもなお教唆犯の成立を否定することで不処罰の範囲が広がりすぎること、さらに、何時「回復できない」法益侵害が生ずるのかが不明確であるところにある。

以上の四説中、実質的既遂限度理論が妥当と云えよう。その論拠として、先ず、教唆犯の処罰根拠を挙げることができる。「混合惹起理論」の見地からは、共犯不法は正犯の不法から導かれるだけでなく、共犯者の独自の法益侵害からも導かれる。そうすると、教唆犯者が法益の実質的侵害を自分の故意の中に入れてないとき、すなわち、終了故意を有せずに行為をしたとき、教唆者には故意の独自の法益侵害が欠如する⁽¹³⁶⁾。法益侵害関係的目的犯のように客観的構成要件要素を超える超過的内心

傾向が主観的構成要件要素として要求されるとき、「目的」が実現していない段階は実質的には未遂に止まっているのであるが、立法技術の点で既遂犯として扱われている。そうすると、教唆者がこの目的を実現させないようにするとき、この者を処罰すべきでないことになる。教唆者には法益侵害の意思が欠如しているからである⁽¹³⁷⁾。

次に、刑事政策的考慮からの基礎づけが可能である。泥棒の罾が仕掛けられ、被害者が事実上の問題からあるいは犯罪戦術上の理由から知らされず、それ故、構成要件該当性を排斥する了解が欠如する場合、警察の介入によってすでに実行行為の段階で窃取の既遂が阻止されるか、窃盗犯人が手にした盗品を取り上げることで窃盗の終了が阻止されるかはとどのつまり偶然に左右されるのである⁽¹³⁸⁾。

最後に、共同正犯との比較も考慮され、共同正犯からの「なおさら」論証が可能となる。窃取の共同支配（機能的所為支配）、つまり、正犯者（甲）との共同遂行の場合でも、教唆する捜査官乙は窃盗罪の関与で処罰されることはない。というのは、窃盗罪の共同正犯は、領得目的が無いために終了故意が欠如し、成立しない。そうなると、乙が窃取をまだ共同支配すらしていないとき、乙を窃盗罪の教唆犯で処罰することは不公平にみえる。すなわち、乙が共同の遂行の欠如の故に共同正犯者ではありえず、教唆者に「すぎない」ということが、乙の不利益に繋がってはならないということである⁽¹³⁹⁾。

終了故意が必要なのは、窃盗罪に見られるような目的犯だけでなく、公衆の健康に対する抽象的危険犯に位置づけられる薬物犯罪にも云える。

[設例 30] 捜査協力者乙は、薬物密売に手を出していると目される甲に覚せい剤の入手を依頼した。乙は、後日、甲から覚せい剤譲り渡しの場所・日時を指定する連絡があり、これを捜査官に通報した。乙が指定の場所に到着し、そこに甲も現れたとき、張り込んでいた捜査官らは甲を覚せい剤所持の現行犯として逮捕した。

[設例 30] では、甲の覚せい剤入手によってすでに公衆の危険に対する抽象的危険が発生している。甲には覚せい剤所持罪が成立する。しか

し、覚せい剤所持罪の教唆を行った乙は、当該薬物が警察の手に入るように配慮し、取引から排除すること、つまり、法益侵害に至らないことを信託していたのである。現に、当該薬物は消費者の手に渡ること無く、捜査官の手に入ったのである。乙には甲の覚せい剤所持につき既遂故意は認められるものの、終了故意が欠如し、教唆犯の主観的構成要件が充足されないのである⁽¹⁴⁰⁾。

3. 教唆の錯誤

A. 正犯者に故意があるとの教唆者の誤信

[設例 30] 乙は、狩猟中に甲に薄明の中で動くもの影(丙)を狙って射撃するように誘導したが、その際、甲が丙を認識し、人を殺害する故意で行為をするのだと誤信した。甲には殺意がなかったのである。丙は乙に射殺された。

[設例 30] では、甲には殺人の故意が無く、過失致死罪の成立の可能性が残る。乙は、故意なき道具(甲)を利用した間接正犯の客観的構成要件を充足したが、しかし、これに関する故意を有しなかった。乙は、甲が事態を認識しているものと誤信していた、つまり、自分の所為支配を基礎づける事実の認識がなかった。殺人の間接正犯は成立しない。乙には殺人の教唆犯も否定される。甲に殺人の故意がなく、したがって、殺人の正犯が認められないので、乙による殺人教唆も否定される。殺人の教唆未遂(不可罰)だけが残る。

B. 正犯者に故意がないとの教唆者の誤信

[設例 31] 乙は甲に動く物体(丙)の射殺を唆す。その際、甲はその物体が人であることを認識したが、しかし、その認識をもったことを甲に気づかせなかった。乙は、甲が薄暮の中でその物体を鹿だと認識するものと誤信した。甲は殺意をもって丙を射殺した。

[設例 31] では、甲は、事態を把握していたので客観的には乙の道具としての性格をもたなかった。それ故、所為支配を有したの者は客観的には故意行為の甲だけであった。甲を支配する意思だけでは間接正犯を基礎づけるのに十分でない。しかし、乙の故意は、甲を非故意の道具として利用して殺人罪を犯すことにあったから、間接正犯の形態の殺人未遂罪が成立する⁽¹⁴¹⁾。

問題は、乙が殺人未遂罪と並んで殺人教唆の既遂でも処罰されるか否かである。なるほど、甲による故意の違法な正犯は存在する。しかも、甲は丙を識別したけれども、その所為決意は、乙によって初めて惹起されたのであるから、甲は事態を認識していたにもかかわらず、まだ確固たる決意をしていなかったといえる。しかし、教唆犯者は故意をもって正犯者をその故意犯罪をする気を起こさせる必要があるところ⁽¹⁴²⁾、乙は甲が事態を認識していないものと誤信していたのであって、甲に殺人の故意を生じさせる意思がなかったのである。乙には教唆者故意がないので、殺人の教唆犯の成立は認められない⁽¹⁴³⁾。

上記の見解に対して、現に発生した結果の法的評価が欠如していると批判した上で、教唆犯者故意は、正犯者のより重くより広範囲の意思の中に本質を同じくする「マイナス」として包含されているとして、乙に殺人の教唆犯の成立を肯定し、間接正犯の形態の殺人未遂罪と競合関係にあるのする見解がある⁽¹⁴⁴⁾。しかし、本説は、実際には教唆犯者故意が欠如しているにもかかわらずその存在を肯定するものであって、妥当ではない⁽¹⁴⁵⁾。もっとも、この争はそれほど実益をもたない。殺人「未遂」の刑は任意減輕であり、教唆者は正犯者と同じく処罰されるからである。

C. 正犯者に人の錯誤があった場合の教唆者への影響

殺人の教唆をされた正犯者が人違いをして教唆者によって殺人の対象とされた者ではない別人を殺害する場合（error in persona）、正犯者には殺人罪が成立することに問題はない。人の錯誤（客体の錯誤の一種）が正犯者の故意に影響を与えることはない。正犯者は狙った者を殺害したのであり、被害者を他人だと認識した場合でもそうである。しかし、この錯誤が教唆犯者故意にとっても無視されるべきか否かが問題となる。教唆者の視点からすると、正犯者は違う被害者を襲ったからである。1859年の「ローゼ/ロザール事件」判決がその古典的事案である。木材売買業者乙（ロザール）はその労働者甲（ローゼ）に乙の反目している前共同経営者丙を射殺するよう唆した。ローゼは被害者を待ち伏せた、しかし、現れたのは丙ではなく、丁だった。乙は丁を丙と取り違えて射殺した。プロイセン最高法院は、正犯者の人の錯誤は教唆者にとっても無視されよという理由から、乙の殺人罪の教唆犯の成立を維持した⁽¹⁴⁶⁾。それから130年と経たないうちに、連邦通常裁判所は「世襲農場

相続人事件] で、類似の事案を審理することとなった。問題は、正犯者にとっては人の錯誤 (= 取り違えの錯誤。Verwechselungsirrtum) であるが、教唆者にとっては方法の錯誤 (aberatio ictus. 攻撃客体の取り違えは無いが攻撃が的を外れた) なのか否かということである。

[裁判例 2] BGHSt 37, 214. 1990 年 [世襲農場相続人事件] 乙はその息子丙 (世襲農家相続人) を殺害するつもりである。しかし、乙は、父親として自ら実行することができないので、知人の甲に報酬金を約束して殺害を依頼した。乙は甲に丙の容貌、習慣に関してきわめて詳しい説明をした。さらに、乙は甲に、丙の同一性確認ができるよう、一枚の写真を渡した。丙が帰宅のとき毎晩同じ時刻にプラスチックの袋を手にして来る厩舎で殺害行為が行われるよう、乙は甲に望んだ。約束どおり、甲は犯行の夕方、丙を銃殺するため、厩舎で丙が現れるのを待っていた。外は暗かったが、多少の雪明りはあった。言われた時刻に、厩舎の扉が開いたが、入ってきたのは身長、体格、外貌が丙に似た隣人の丁であり、同じくプラスチックの袋を手にしていた。甲はそれが丙だと誤認して丁を射殺した。

甲には、名前と人物の内的同一性に関する錯誤があるが、標的と被害者の外的個別性が一致しているとき、発生した結果は、甲が誰か他人と考えたある身体的に特定化された者に結果が発生している。被害者の内的同一性の取り違え、つまり、人物としての構成要件の同価値性に関する錯誤は動機の錯誤に過ぎず、これは故意を阻却しない。甲には殺人罪が成立する。問題は乙の罪責である。乙は丙を自らは殺害する意思を有せず、丙殺害を甲に委ね、又、具体的所為に関して支配を有しないので、乙の甲との共同正犯の成立は否定される。そこで、乙に殺人既遂罪の教唆犯が成立するののか、殺人未遂罪の教唆犯か成立すののか、または、殺人教唆の未遂に留まるのかが問題となる。これに関しては、大まかに見ると、次の四説がある。

①無視理論。正犯者にとって無視される人の錯誤は教唆者にとっても無視される (= 厳格従属性)。教唆者は正犯者にある人を殺す決心をさせ、その結果が生じた。しかし、教唆の正犯従属性から、正犯者の錯誤は同じように教唆者に影響を及ぼさねばならない。教唆者は正犯者に所

為決意を生じさせたのであるから、教唆者も被教唆者の錯誤にも責めを負わねばならない。しかも、教唆犯の法定刑が正犯者と同じであるから、正犯者と比較して教唆者を厚遇することは不公平である。教唆が排斥されるのは、被教唆者が過剰行為を行う場合だけであるが、それでも被教唆者が教唆者によってあらかじめ設定された範囲を意識的に無視した場合に限られる⁽¹⁴⁷⁾。例えば、乙は甲に窃盜の教唆をしたが、甲は強盜を行ったとき、乙には窃盜罪の教唆犯しか成立しない。[裁判例2]では、殺人罪の教唆犯が成立する。

本理論に対しては、既に、ビンディングが、正犯者の人の錯誤は教唆者にとって無視されるということであれば、被教唆者が自分の錯誤に気づき、その後も殺人計画を続行し、人違えを繰り返す、つまり、大量殺戮を引き起こす場合、殺人の全件が教唆者に帰属されるという馬鹿げた結論に至ることを指摘していた（大量殺戮一論拠）⁽¹⁴⁸⁾。しかし、この批判は適切でない。「量的正犯者過剰」論とも云われる反論が用意されているからである。無視説に立っても、教唆者が一個の犯罪のみを教唆したとき、正犯者が教唆者の事前説明に沿った複数の犯罪を行う場合でも、教唆者には一個の犯罪しか帰属されえない。教唆者の教唆故意は一個の殺人だけであるから、一個の最初の取り違えて行われた殺人への教唆犯が成立する。教唆者の故意は最初の殺人行為の実行後「費消」されたのである。そうすると、正犯者が自己の錯誤を修正し、さらに殺人行為を行う決意をもつことは、今度は「正しい」被害者に的中した場合ですら、教唆者に帰属させることのできない過剰である⁽¹⁴⁹⁾。

さらに、本理論に対して、教唆者自身が、間違っただけで自分自身によって誘発された攻撃の対象になった場合、例えば、乙が甲に丙を打ちのめす決意をさせたが、甲が誤って乙自身に対して傷害行為に及んだとき、乙自身への傷害既遂罪の教唆犯が成立するという不合理な結論が生ずるといふ批判が向けられる⁽¹⁵⁰⁾。もっとも、こういった場合、乙が正犯者としてならば傷害罪の構成要件該当行為を為しえないのであるから、乙には不法な行為は認められない。そうすると、被害者である乙に甲の乙に対する傷害罪の教唆犯は成立せず、傷害教唆の未遂（不可罰）にすぎない⁽¹⁵¹⁾。

本理論のより根本的問題点は、教唆犯もその独自の不法の故に処罰されるのであるから、教唆犯者の故意の具体化（＝個別化）は正犯者のそれとから独立して考察されるべきであるという視点が欠如しているところにある。正犯者にとっては客体の錯誤（動機の錯誤）であっても、その実際に命中した行為客体が教唆犯者の教唆故意に包含されていたかが問われるのである。

②**本質性理論**。無視理論に限定を加えて、稀な場合に例外を許容したのが連邦通常裁判所の〔世襲農場相続人事件〕判決である。それに依ると、犯罪被害者に関する正犯者の錯誤は、なるほど教唆者にとっても基本的に無視される。しかし、このことが云えるのは、表象された因果経路と実際に生じた因果経路の間に「本質的なずれ」がない場合に限られる。というのは、こういった場合に、多くの可能事、変形事が考えられるから、本質性という規準を有する柔軟な判断尺度だけが満足のいく結論を出すことができ、非本質的ずれがあるとき、教唆者は可罰的である。これに対して、本質的ずれがあるとき、故意がなく、過失の法益侵害と観念的競合にある教唆の未遂しか存在しないと。

この本質性の判断のための様々な解決策が提唱される。その一：連邦通常裁判所は、正犯者による被害者の取り違えが一般的生活経験に従うと予見可能であることの範囲外にあるとき、このずれは本質的であることから出立する。〔世襲農場相続人事件〕はこの範囲外にはない。甲が暗闇の厩舎で自分には見知らぬ丙をある第三者と混同すことの可能性は、完全に生活経験内にあったからである⁽¹⁵²⁾。その二：表象された因果経路と実際の因果経路の間に非本質的ずれしかないとき、その事象は予見可能なことの範囲内にあるのであるから、正犯者の人の錯誤は教唆者にとって顧慮されないが、一身専属的法益にかかわる場合、正犯者にとって特定の人は自分の前にいる人であるが、教唆者にとっての被害者は、教唆者によって正犯者が殺人を唆された具体的人であることに変わりない、それ故、少なくとも一身専属的法益の侵害の場合、正犯者の「人の錯誤」は教唆者の「方法の錯誤」であり、本質的ずれが見られるとする見解もある⁽¹⁵³⁾。その三：どれくらい具体的に教唆者が所為（時間、場所、犯行態様）を表象したか、実行行為がこの表象からどのくらい大きくずれているかに着目し、このずれが些細なとき、教唆犯が成立する。〔世襲

農場相続人事件]の事案では、本質的ずれが認められる。[裁判例2]の事案では、教唆者の具体的表象の故にか且つ実行行為への精密な指図の故に著しいずれが認められ、謀殺罪の教唆未遂しか認められず、これと過失致死罪が観念的競合にある⁽¹⁵⁴⁾。

本理論に対しては、本質性の規準による境界づけが究極的に恣意的になるし、又、適切な境界規準の設定は考えられなという批判が可能である⁽¹⁵⁵⁾。[裁判例2]は、方法の錯誤を因果関係のずれの特別の場合と捉え、相当性をその判断規準としているが、しかし、相当性思想というのは故意の個別化(=具体化)で考慮されるのではないし、その代わりにもなりえず、実質的不法帰属で考慮されるべきものである⁽¹⁵⁶⁾。

③方法の錯誤理論。本理論によると、正犯者にとって顧慮に値しない人の錯誤は教唆犯者にとって基本的に方法の錯誤である。正犯と教唆の従属性はこの場合破られねばならない。正犯者が力学的道具を利用し、これが的をはずしたのと、教唆犯者が「人を道具として」利用し、この者が錯誤に陥る場合との間に違いはないであろう。教唆犯者は常に具体的所為を自己の表象に入れなければならない。しかし、正犯者が本来殺害するはずの者とは違った者を殺害するとき教唆は失敗したのである。[裁判例2]では、乙によって意図された被害者に間しては謀殺教唆の未遂であって、謀殺未遂罪の教唆犯は成立しない⁽¹⁵⁷⁾。

一般に、方法の錯誤では、未遂犯と過失犯の観念的競合が成立するので、本説に立っても、[裁判例2]でも、教唆犯者に過失致死罪と並んで謀殺(不能)未遂罪の教唆犯が成立するという見解もありうる⁽¹⁵⁸⁾。しかし、正犯者が「間違った」被害者(丁)を狙って撃ったことが同時に犯行現場にいない人(丙)への殺人未遂と見ることはできない。錯誤状態にある正犯者は自分が的として狙った人(「間違った」被害者丁)の殺害しか意欲していないからである。乙には、その意図した被害者(丙)との関係では謀殺教唆の未遂、発生した結果(丁の死)との関係では過失致死罪の成立の可能性が残るだけである⁽¹⁵⁹⁾。

本説は、方法の錯誤と[裁判例2]の事案の状況が本質的な点で異なっていることを看過しているところに問題がある。方法の錯誤において

は、正犯者は自己の故意を攻撃時点で具体的客体に向けて個別化しながら、その客体を当て損なう。具体的攻撃状況にいない教唆者は、被教唆者が適切な目的に当ててくれることを望んでいるにすぎない。教唆者は自己の故意を自らは基本的に個別化できず、むしろ、具体的状況にいる被教唆者に個別化を委ねるのが普通である⁽¹⁶⁰⁾。

本説に依ると、教唆犯者の具体的故意が実現したと見られる場合にも惹起された犯罪の教唆犯の成立が否定されるが、これは妥当でない。例えば、背後者乙が、実行行為者甲に次に近づいてくる歩行者丙を仇敵丁だと誤認して殺害するように指図するとか、乙は、甲に丁を犯行場所・犯行時間と共に特定して殺害を要求し、甲はそれに従って実行に及んだが、実際には被害者は別人の丙だったという場合には、殺人罪の教唆犯の成立が肯定されるべきである⁽¹⁶¹⁾。

④個別化理論。基本的に本質性理論と一致する本理論は、どの程度教唆者が被害者の個別化を主犯者に委ねたのか、つまり、どの程度教唆者が取り違えを阻止しようと努めたのかという点に着目する。「教唆者にとっても無視されるか否かは、どの程度教唆者が正犯者に個別化を委ねたか、そして、正犯者が教唆者の事前の説明を守ったかによる」⁽¹⁶²⁾。さらに、別の論者は次のような詳細な説明を加える。教唆者が正犯者に被害者の個別化を委ね、正犯者が自己の所為決意に当り、教唆者によって与えられた指図に従うことに努めるとき、連邦通常裁判所の〔裁判例2〕判決と同じ立場が妥当である。その場合、被教唆者が自分にとって無視できる客体の錯誤に出くわし、取り違えが、一般的生活経験に従うと予見可能性の範囲内にあるとき、正犯者の過剰は存在しない。正犯者の無視できる錯誤は教唆者に自分の錯誤のように帰属される。これに対して、被教唆者が個別化を教唆者の明確な事前の説明に従って行なわれねばならない（例えば、「丙を射殺して欲しい、丙はいつも銀行から最初に出てくる」）のに、被教唆者は意識的にこれを守らず、それ故、取り違えが教唆者の視点からもはや一般的予見可能性の範囲内にとどまらない場合、被教唆者の錯誤は例外的に（方法の錯誤の意味で）無視できない。〔裁判例2〕の場合には、謀殺罪の教唆犯が成立する⁽¹⁶³⁾。

「一般的予見可能性」（＝相当性）というのは故意の要素ではなく、客

観的帰属の段階で扱われる問題であることは別論とすれば、基本的には個別化理論が妥当である。自然的故意の個別化(=具体化)にあっては、教唆者の心理が問題なのであるから、その視点から判断されるべきである。次の二つの場合に分けて論じられるべきである。先ず、教唆者の故意は正犯者の故意に関係しなければならず、したがって、正犯者の行為不法は教唆者の故意に相応しなければならない。例えば、背後者乙がその被害者丙殺害を正犯者甲に委ね、甲は乙の指図に従ったにもかかわらず取り違えて別人丁を殺害した場合、その錯誤の危険はすでに乙の説明の中に含まれていると云える。そうすると、正犯者の客体の取り違えは教唆者にとっても方法の錯誤ではまったくなく、無視できる客体の錯誤(動機の錯誤)と云えるのである。その際、教唆者が被教唆者に犯行客体を特定の要素によって詳細に説明したのか、漠然とした説明だったのか、あるいは、正犯者に個別化を完全に委ねたかといった相違は重要でない。いずれの場合でも、正犯者の所為は、故意で具体的所為を使喚する教唆者の指示に対応しているからである⁽¹⁶⁴⁾。こういった場合、自動車爆弾を利用した殺人、つまり、正犯者甲が丙の殺害を意図して丙の利用している自動車に深夜爆弾を仕掛け、翌日、丙がその発進時に爆発するように仕掛けたが、予期に反して、丁がそれを利用して爆死したであっても、丁の爆死に関して故意の具体化が肯定されのと比肩できる⁽¹⁶⁵⁾。

これに対して、正犯者が教唆者の事前の説明から故意又は過失で逸脱し、教唆者の具体化基準に相応しないような形で被害者を個別化する場合、具体的所為は教唆者にとって過剰である。所為はもはや教唆者の犯行計画に対応せず、それ故、正犯の行為不法は教唆者の故意に包摂できないのである。むしろ、正犯者の客体の取り違えは教唆者にとっては方法の錯誤である。殺人教唆の未遂(不可罰)と過失致死罪に問われるにすぎない⁽¹⁶⁶⁾。

[設例 31a] 乙は甲に、甲の面識のない丙を射殺するよう依頼した。甲は、乙から丙がある会社の新入社員宿舎4号室にいることを伝えた。翌日、甲は客を装って4号室に行き、在室の者を丙だと思って射殺したが、実際に丙ではなく別人の丁だった。丙は転居していたのだった。

[設例 31b] [設例 31a]と同様に乙は甲に丙殺害を依頼したが、甲は居室番号を取り違えて5号室に侵入してその住人を射殺した。(ルービッヒ

の設例改変)

個別化理論に依ると、[設例 31a] では、丙と面識の無い甲は乙の説明通りの行動をとったのであるから、乙には殺人既遂罪の教唆犯が成立する。これに対して、[設例 31b] では、甲は乙の表象とは全くそぐわない行動をとったのであるから、乙は教唆の未遂にすぎない⁽¹⁶⁷⁾。

第 6 章 注

- (94) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 17.
- (95) BGHSt 34, 63 (66). Im Anschluss an Welzel - (=JZ 1986, 906 ff., mit Anm. *Roxin*); *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 2b; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 188.
- (96) Vgl. *Satzger*, (Fn. V-19), 519 ff.
- (97) *Geppert*, (Fn. VI-41), 358 f.; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 19; *Jakobs*, (Fn. (I-75), Absch 22 Rn 28; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1052; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 189; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 148; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 48; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 890.
- (98) *Roxin*, (Fn. Fn.-I-27), § 26 Rn 148.
- (99) 正犯の具体化の問題につき、これを客観的構成要件の「教唆」で扱う説もある。*Heinrich*, (Fb. V-15), § 37 Rn 1288; *A. Koch, K. Wirth*, Grundfälle zur Anstiftung, JuS 2010, 203 ff., 205 f.; *J. Kretschmer*, Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnehmerunrecht?, Jura 2008, 265 ff.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 188 ff. しかし、推断的教唆の場合、客観的事情からだけでは具体的正犯についての教唆犯者の表象を推定できないので、具体化の問題は主観的構成要件で扱われるべきである。Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 895.
- (100) 大決大正 13.3.31 刑集 3・256 「教唆犯ノ成立ニハ教唆者カ被教唆者ニ対シテ一定ノ犯罪行為ヲ為スヘキコトヲ指示スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ他人ニ対シテ其ノ如何ナル犯罪行為ヲ為スカニ付特定セル認識ヲ有スルコトナク漫然犯罪ヲ為スヘシ若ハ窃盗罪ヲ犯スヘシト命スル如キハ教唆犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルモノトスル」、最決平成 18・11・21 刑集 60・9・770 「甲は、被告人の相談相手というにとどまらず、自からも実行に深く関与することを前提に、丙の法人税法違反事件に関し、違約金条項を盛り込んだ虚偽の契約書を作成するという具体的な証拠偽造を考案し、これを被告人に積極的に提案していたものである。しかし、本件において、甲は、被告人の意向にかかわりなく本件犯罪を実行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、教唆に当たるといふべきで

ある」。大塚 (I-113) 313 頁。Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1053; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 191; *Roxin*, (Fn. III-60), § 26 Rn 52 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 891. 但し、*G. Wolf*, Anmerkung zum Urt. BayObLG v. 27.3.1991, JR 1992, 427 ff., 429 は、本文 2 例目について、共犯者に、正犯者がある窃盗を行うことについての認識があるとき、教唆犯の成立を肯定する。

- (101) Vgl. *Geppert*, (Fn. IV-41), 358 ff.; *Koch/Wirth*; (Fn. VI-99), 205 f.; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 41 Rn 22; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 191.
- (102) *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 49.
- (103) *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 136; *ders.*, (Fn. VI-95), 908; *ders.*, Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes, Salger-FS, 1995, 129 ff., 130 ff.; auch *Hoyer*, (Fn. I-17), vor § § 26-31; *Joecks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 58; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 46.
- (104) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 18; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 895.
- (105) BGH NStZ 2006, 96; BGH NStZ 2005, 382; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 191; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 52.
- (106) BGHSt 34, 63; siehe auch BGHSt 42, 332 (334).
- (107) BGHSt 34, 34, 63 (64).
- (108) BGHSt 34, 63 (66). なお、ザッツガーは、あらゆる事案を一義的に解決できる規準があるとは考えられないので、結論を追体験できるように根拠付けるのに有効な規準としていわゆる「仮定的居合わせ」の規準を提唱する。それに依ると、教唆犯者の故意が十分に具体化されていると云えるのは、教唆犯者が主犯者の犯行を、自分も犯行現場に居合わせたなら自分の意図した犯行と認識でき、他の犯行から境界づけることができる場合である。教唆犯者が、教唆の時点で、自分の決定を可能とする全ての情報をもっている、例えば、主犯者が犯行現場・犯行時間で準拠した選択基準及び具体化方法に関する情報をもっている場合である。 *Satzger*, (Fn. V-19), 519 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 895.
- (109) *Forster*, (Fn. IV-155), Art 24 Rn 46; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 25; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1306; *Krey/Esser*, (Fn. V-148), § 31 Rn 1064; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 198, 200; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 898. 参照、最判昭和 25・7・11 刑集 4・7・1261 「原判決によれば被告人乙は甲に対して判示丙方に侵入して金品を盗取することを使喚し、以って窃盗を教唆したものであって、判示日備電気商會に侵入して強盗をしたものである。しかし、犯罪の故意ありと為すには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致 (符号) することを要するのではなく、右両者が犯罪の種類 (定型) として規定している範囲において一致 (符号) することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも右甲の判示住居侵入強盗の所為が、被告人乙の教唆に基づいてなされたものと認められる限り、被告人乙は住居侵入窃盗の範囲において、右甲の強盗の所為に

ついて教唆犯としての責任を負うべきは当然であって、被告人乙の教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる甲のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人乙に判示甲の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ない」。

- (110) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 25; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 898.
- (111) *Forster*, (Fn. IV-155), Art 24 Rn 46; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 199.
- (112) *Forster*, (Fn. IV-155), Art 24 Rn 47; vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 25.
- (113) *Forster*, (Fn. IV-155), Art 24 Rn 47.
- (114) *Forster*, (Fn. IV-155), Art 24 Rn 48.
- (115) *Geppert*, (Fn. VI-41), 358; *Satzger*, (Fn. V-19), 516; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1303; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1055; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 195; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.; BGH JZ 1999, 156 f.
- (116) *Geppert*, (Fn. VI-41), 358; *Krey/Esßer*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1055; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.
- (117) Agent provocateur とは仏語で字義通りでは「挑発分子」という意味であるが、今日では、逮捕の目的をもって、他人に初めから未遂だけを行わせる意思で、しかし、既遂を生じさせる意思なく犯罪を誘致する者を指称する。この場合、犯罪誘致の役割を果たす者は独語では、囹 (Lockspitzel) とか捜査協力者 (Vertrauensperson) と表現される。
- (118) わが国における**共犯従属性説**の立場からの既遂故意必要説：福田 (I-137) 284 頁「教唆犯の処罰根拠は、間接的に、すなわち、正犯 (他人) の行為を通じて、犯罪構成要件の実現に寄与したところにあるから、教唆者の故意は、被教唆者による犯罪構成要件の実現に向けられるものであることが必要である。したがってはじめてから未遂に終わらせる意思で、他人をそそのかしたばかりには、正犯 (被教唆者) の行為を通じて、犯罪構成要件の実現に寄与するという教唆犯の性格を欠き、教唆犯は成立せず」。前田 (III-19) 512 頁、山口厚『刑法総論』[第 3 版] 2016・317 頁。

わが国における**共犯独立性説**からの既遂故意必要説。木村 (I-104) 412 頁「教唆者とは、いまだ犯罪の決意をしていない他人に対して一定の犯罪行為の決意をさせるのである。従って、教唆者の故意は一定の犯罪行為の認識と、その犯罪行為を他人に決意させるということの認識の両者を包含することを要する」。牧野英一『日本刑法上巻』[重訂版] 1937・442 頁。実際に**統一的正犯概念**に立脚するオーストリア刑法でも、次のように論じられる。*H. Fuchs, I. Zerbis*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2021, 33. Kap Rn 67「教唆正犯者及び寄与正犯者は、**完全な所為故意**を有する場合のみ、故意犯で処罰されうる。それ故、これらの者は、犯罪が (直接正犯者によって) 既遂となるという故意も有しななければならない、特に、その故意は、構成要件該当の結果が生ずることに向けられていなければならない。未遂に向けられた故意では十分でない」。Auch *Fabrizy*; (Fn. VI-65), § 12 Rn 67; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 4 Rn 35 f.

- (119) わが国における**共犯従属性説**からの既遂故意不要説。團藤 (I-149) 406 頁以下「教唆の意思は、被教唆者に犯罪を実行する決意を生ぜしめる意思であることを要し、かつそれで充分であると解すべきである。……教唆行為は基本的構成要件の実行行為ではなく、したがって教唆の意思も基本的構成要件」についての故意ではない。それは、被教唆者に犯罪を実行する決意をおこさせる意思で足りる」。同旨、大塚 (I-113) 310 頁、大谷 (II-7) 435 頁、川端 (I-150) 585 頁、藤木 (III-46) 298 頁。平野 (I-105) 350 頁は、初めから未遂に終わらせるつもりで教唆した場合、正犯に未遂行為をさせることによって、結果発生の危険性を生じせしめた結果の罪責を問われるのであって、教唆者も結果の発生を認識していたと云えるので、主観的要素として欠けるところはなく、可罰的未遂の教唆は可能と論ずる。そうすると、本説に依ると、教唆者が、正犯者の行為によって基本的構成要件的结果の発生の危険性はないと考えていたとき、教唆は不可罰となろう。
- (120) 大谷 (II-7) 435 頁。
- (121) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), 26 Rn 21; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), AT § 41 Rn 24; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1056; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201-203, *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 819.
- (122) *Geppert*, (Fn. IV-41), 360; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1058; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.
- (123) *Geppert*, (Fn. IV-41), 360; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1057.
- (124) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1057; BGHSt 45, 321 (324) m.w.N.
- (125) 福田 (I-137) 286 頁注 12。
- (126) 大谷 (II-7) 436 頁、大塚 (I-113) 312 頁。
- (127) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 2b; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201; *Roxin*, (Fn. III-60), § 26 Rn 67. [設例 28] のような事例につき、②説からは、乙に殺人未遂罪の教唆犯が成立する。内田 (III-19) 316 頁、大塚 (I-113) 312 頁、大谷 (II-7) 436 頁、團藤 (I-149) 407 頁、西原 (II-7) 351 頁、藤木 (III-46) 298 頁。なお、単なる違法行為に対する教唆犯を認めて乙に殺人未遂罪の教唆犯が成立するという見解 (佐伯 (IV-174) 356 頁) があるが、構成要件を離れた単なる違法行為を前提とするところに問題がある。
- (128) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1035 f., 1056; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 201 f.; *Th. Rönau*, Grundwissen – Strafrecht: Agent provocateur, JuS 2015, 19 ff.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 132, 150 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 150.
- (129) *U. Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2001, 213; *Frister*, (Fn. I-132), Kap 29 Rn 16 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 2b; *Plate*, (Fn. V-29), 306 ff.; *Schmidhäuser*, (Fn. V-28), § 14 Rn 108.
- (130) *Geppert*, (Fn. VI-41), 361; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1312a.
- (131) *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 276 ff.; *Jakobs*, (Fn. I-75), Absch 23 Rn 17; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 203; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor § 26-31 Rn 71; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 150.

- (132) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1213.
- (133) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), Rn 1061 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-189), Rn 43; *Otto*, (Fn. I-154), § 22 Rn 42;; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 156;
- (134) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1314.
- (135) *Geppert*, (Fn. IV-41), 362; *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 23; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1315; *R. Maurach, H. Gössel u. H. Zippf*, *Strafrecht AT 2*, 7. Aufl., 1989, § 51 Rn 35; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 71; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 897.
- (136) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1036, 1064; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 164.
- (137) 目的犯において、その目的が保護法益に関連しており、主観的不法要素として既遂を前倒している場合、実質的には未遂の構造を有しているという観点から教唆する警察官（アジャン・プロヴォカテール）の不処罰を導くのが、*Joecks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 59（「法律上の取引において人を欺罔するため」不真正文書を作成するよう他人を教唆する者が、確実に法律上の取引における欺罔に至らないような策を講ずるとき、教唆者故意は存在しない。嫌われ者を窃盗へ教唆する者が、確実にその窃盗既遂の直後に逮捕をできるようにするとき、教唆者故意は存在しない）。同旨、*M. Deiters*, *Straflosigkeit des agent provocateur*, JuS 2006, 302 ff., 303 f.; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 76; auch *Geppert*, (Fn. VI-41), 362.
- (138) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 23; *V. Krey*, *Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler einschließlich des „Lauschangriffs“ zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung*, in: BKA-Forschungsreihe, Sonderband 1993, Rn 532 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1062; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 163.
- (139) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 31 Rn 1063.
- (140) Vgl. BGH StV 1981, 549; *Krey*, (Fn. VI-138), Rn 551 ff.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 157; *ders.*, Anmerkung zum BGH, Uretil v. 18. 11. 1999, JZ 2000, 369 ff., 370; *ders.*, (Fn. III-60), § 26 Rn 72.
- (141) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 33 Rn 1093; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 165.
- (142) A.A. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 87; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 167.
- (143) *Gropp/Sinn*, (Fn. VI-13), § 10 Rn 161; *Herzberg*, (Fn. I-154), 45; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 144 ff.; *H. Kudlich*, *Zur Übung - Strafrecht: Irrtumsprobleme bei der mittelbaren Täterschaft*, JuS 2003, 755 ff., 758; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 43 Rn 82.
- (144) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vor § 25 Rn 76; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 87; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 167; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-189), § 16 Rn 860.
- (145) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 33 Rn 1093; *Kudlich*, (Fn. VI-143), 758.
- (146) Preußisches Obertribunal GA 7 (1859), 322 (331 ff.).
- (147) *Puppe*, (Fn. VI-28), 120 f.; *dies.*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2019, § 27 Rn 8 (抽象的法定符号説の立場から、方法の錯誤に理論的独自性は認められず、正犯者の錯誤が同一の構成要件の客体の錯誤であるとき、教唆者にとっても客体の

- 錯誤である)、auch *Welzel*, (Fn. V-193) § 13 I 3d γ , § 16 II 5; *Gropp/Sinn*, (Fn. VI-13), § 10 Rn 283.
- (148) *K. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, 214 FN 9.
- (149) *K. Geppert*, Zum „error in persona vel objekto“ und zur „aberatio ictus“ insbesondere vor dem Hintergrund der neuen „Rose-Rosahl-Entscheidung“ (=BGHSt 27, 214 ff.), Jura 1992, 163 ff., 167 f.; *J. Kaspar*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn 84; *I. Puppe*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 25.10.1990, NStZ 1991, 124 ff., 125; *dies*, (Fn. VI-147), § 27 Rn 15; *Rengier* (Fn. VI-43), § 45 Rn 61.
- (150) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1308.
- (151) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 27.
- (152) BGHSt 37, 214; BGH NStZ 1998, 294; *K. Geppert*, (Fn. VI-149), 167; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 33 Rn 1096; *R. Maurach, H. Zupf*, Strafrecht AT 1, 8. Aufl., 1992, § 23 Rn 26.
- (153) *Otto*, (Fn. I-154), § 22 Rn 46 u. FN 27.
- (154) *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. I-47), § 30 Rn 89 f.; auch *F. Toepel*, Aspekte der Rose-Rosahl Problematik: Zurechnungsstrukturen und Irrtumsfolgen bei mehreren Beteiligten, JA 1997, 248 ff., 254; *ders.*, Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik: Die Perspektive des Hintermannes, das Blutbadargument und die veersuchte Anstiftung, JA 1997, 344 ff.
- (155) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1309.
- (156) Vgl. *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg., § 5 Rn 131.
- (157) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1311; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 4; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 209 f.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 117 ff.
- (158) *Freund/Rotalski*, (Fn. VI-18), § 10 Rn 132; *G. Strathenwerth, L. Kuhlen*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2004, § 8 Rn 98.
- (159) *Geppert*, (Fn. VI-149), Jura 1992, 167; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 37 Rn 1311; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 II 4 u. FN 32; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 210. なお、中 (V-73) 287 頁以下、314 頁、326 頁 (乙が甲に丙殺害の教唆をしたところ、甲は人の取り違えで丁を殺害したとき、甲が客体の錯誤をした瞬間にその方向を誤り、ここで齟齬・挫折したものであるから、甲の客体の錯誤は乙にとっては方法の錯誤であり、教唆の未遂で不可罰である。第一の行為において乙の教唆故意が未遂に終わったのであるから、甲がさらに丙を殺害した場合、教唆の故意に、何度失敗しても飽くまで成功するまで行為を続行すべしといった指示が含まれているような特殊な場合を除き、第二行為は乙の教唆に基づくものではなく、甲の自分のした失敗を補填しようとする別の故意に基づくものである)。同旨、浅田 (III-12) 472 頁。西田典之『刑法総論』[第3版] 2019・244 頁 (教唆者が日時、場所等のみによって客体を表示した場合、正犯の客体における錯誤は教唆者にとっても客体の錯誤であるということもありうるが、客体の名前も告知され、表示意思の内容になっている場合には、教唆犯にとっては方法の錯誤である。乙が甲に単に「丙を殺せ」

とのみ指示し、甲が丙だと思って丁を殺害した場合、乙は丙殺人予備の教唆と丁過失致死の正犯である)。教唆犯の実行従属性という観点からすると、殺人予備の教唆を認める点にも問題がある。

- (160) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-189), § 16 Rn 901.
- (161) Vgl. *Steininger*, (Fn. V-143) 25. Kap Rn 317.
- (162) *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 58.
- (163) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-189) § 116 Rn 898; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 41 Rn 35 ff.; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 51 Rn 27.
- (164) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 18; *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor § § 26-31 Rn 49 ff.; *Joecks*, (Fn. V-12), § 26 Rn 72 f.; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 42 Rn 37. 参照、平野 (I-105) 387 頁以下は、具体的法定符号説の立場から、「A が B に、『X を殺せ』と言って、X の容貌を説明したところ、B が X を探しまわり、それらしい要望の者を X と思って殺したところ、それは Y であったという場合、B にとっては客体の錯誤であるが、A にとっては、方法の錯誤ではないか疑がある。しかしこの場合も、A が指示した者を B が殺したのであるから、やはり A にとっても客体の錯誤というべきである」と論ずる。但し、本説は、乙が甲に丙の家に侵入して窃盗をすることを教唆したところ、甲は丁の家を、指示された丙の家だと思って侵入し窃盗をした場合でも、乙にとっても客体の錯誤と論ずる。同旨、山口 (VI-118) 362 頁。参照、大判「大正 9・3・16 刑録 26・185」*「教唆ハ犯罪能力者ニ対シテ一定ノ犯罪ヲ実行スル意思ヲ生セシメ因リテ該犯罪ヲ実現セシムルヲ以テ成立ス具体的ニ犯罪実行ノ手段方法其他犯罪の場所時期又ハ目的物等ヲ限定スルコトヲ必要トセス而シテ教唆者ニ於テ叙上ノ事項ニ付指定シタル場合ニ在テ被教唆者カ其指定ニ違背シ教唆者ノ意思ト被教唆者ノ実行行為トノ間ニ齟齬アリタルトキト謂被教唆者カ指定ノ違背ニ付キアリタルト否トヲ論セス苟教唆ヲセラレタル一定ノ犯罪行為ヲ実現シシメタル以上ハ仍ホ教唆罪ノ成立ヲ妨ケス」*、
- (165) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 26 Rn 18. 吉田 (IV-316) 77 頁以下、山口 (VI-118) 362 頁。
- (166) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), Vor § § 26-31 Rn 49 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 42 Rn 38. なお、平野 (I-105) 388 頁 (丙と丁が並んで立っているとき、乙が甲に「右に立っている丙を殺せ」と言ったところ、甲は乙に「左に立っている丙を殺せ」と言われたと思って、これを殺したときは、甲にとっては客体の錯誤であるが、乙にとっては方法の錯誤である。抽象的法定符号説をとらない限り、教唆の既遂は認められない)。
- (167) Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 41 Rn 36 ff.; *S. Lubig*, Die Auswirkungen von Personenverwechslungen auf übrige Tatbeteiligte - Zur Abgrenzung von Motiv- und Tatbestandsirrtümern, *Jura* 2006, 655 ff., 658 f.; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 59.

Täterschaft und Teilnahme (22)

Toshio YOSHIDA

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

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. Anschiftung zum Vorbereitungsdelikt

G. Anstiftung zum Fahrlässigkeitsdelikt und Anstiftung durch Fahrlässigkeit zum Fahrlässigkeitsdelikt

(Band 54, Nr. 2 - Band 60, Nr. 1)

3. Die subjektiven Voraussetzungen der Anstiftung

A. Anforderungen an die Konkretisierung des Anstiftervorsatzes

a. Konkretisierung der Person des Täters

- b. Konkretisierung der Haupttat
- c. Exzess des Haupttäters gegenüber dem Anstifter
 - aa. Quantitativer Exzess
 - bb. Qualitativer Exzess
- d. Geringfügigere Tat des Haupttäters gegenüber dem Anstifter
- B. Notwendigkeit eines auf Vollendung bzw. Beendigung der Haupttat gerichteten Anstiftervorsatzes — agent provocateur
 - a. Volledungsvorsatz des Anstifters
 - b. Erfordernis eines Beendigungsvorsatzes des Anstifters
- C. Irrtumsfragen bei der Anstiftung
 - a. Irrige Annahme, des „Anstifters“, die Haupttat sei vorsätzlich
 - b. Umkehrung: „Anstifter“ verleitet einen Bösgläubigen, den er irrig für gutgläubig hält
 - c. Auswirkungen des error in persona des Haupttäters auf den Anstifter

(Band 60, Nr. 2)
(Die Fortsetzung folgt.)