

教唆行為における正犯の所為の 特定性に関する考察(1)

小 島 陽 介

- 第1章 はじめに
- 第2章 我が国の判例・学説
 - 第1節 判例
 - 第2節 学説
 - 第3節 小括
- 第3章 ドイツの判例・学説
 - 第1節 判例
 - 第2節 学説
 - 第1款 1986年判決以前
 - 第2款 1986年判決以後
 - 第3款 モンテンブルックの見解
 - 第4款 許された危険の問題と捉える見解
 - 第3節 小括 (以上, 本号)
- 第4章 特定性の基礎付け
 - 第1節 ドイツにおける議論状況
 - 第2節 批判的検討
- 第5章 特定性の要件
 - 第1節 教唆行為の特定性の位置付け
 - 第2節 特定性の内容
 - 第1款 構成要件による特定
 - 第2款 構成要件を超える限定の必要性
 - 第3節 小括
- 第6章 おわりに

第1章 はじめに

「他人に犯罪を実行させる決意を生じさせ、その犯罪を実行させること」を内容とする教唆犯をめぐっては、解釈上さまざまな争点があり、そのうちの1つとして、犯罪を行う決意を正犯に形成させるところの教唆者の挙動（以下、これを「教唆行為」と言う）と、正犯に生じた決意の内容、ひいては正犯により行われた犯罪行為（以下、これを「正犯行為」と言う）との間の関係をどのように考えるかがある。もっとも従来は、教唆の内容と現実に行われた正犯行為とのずれを問う「共犯の過剰」あるいは「共犯者における錯誤」の観点が中心であった¹⁾。だがこれは、教唆行為と正犯行為の関係をめぐる1つの争点にすぎない。すなわち、教唆者は行われるはずの正犯行為を具体的に指示し、それにつき具体的な表象を有しているとの前提に立って、実際に正犯により行われた行為あるいはそれによる結果が教唆者の表象とは異なる場合にどう処理すべきかが論じられる。

それに対し、以上で「前提」とされた教唆内容の具体性、すなわち、「教唆者は教唆行為においてどれだけ犯罪の内容を特定しておかなければならないか」、別の観点でいうと、「教唆者は、どの程度特定して正犯の所為を表象していなければならないか」に関しては、これを正面から論じた学説は必ずしも多くないように思われるし、判例も同様と見られる。しかし、教唆は他人に犯罪行為を行う決意を生じさせ、さらにその者に犯罪を行わせるという特徴を有しているのであるから、実際に行われる正犯行為につき漠然と何かを述べたとい

1) 西田典之「共犯の錯誤について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三巻』93頁以下（有斐閣・1984年）、浅田和茂「教唆犯と具体的事実の錯誤」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第一巻』403頁以下（成文堂・1998年）、松生光正「正犯者における客体の錯誤の共犯者への帰属」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作爲犯論・共犯論』593頁以下（成文堂・2006年）などの文献がある。これらは、いずれも教唆者の持つ具体的な認識・表象と発生した正犯行為・結果との間にずれが生じたケースの処罰に関するものである。

うだけで教唆犯の成立を認めるならば、帰責範囲があまりに広がってしまい、妥当でない。教唆内容ないし教唆者の故意の特定性に関する要件を検討して示すことは、教唆犯の成立範囲を妥当なものにするために必要な作業と思われる。

以上のような問題意識のもとに、本稿では、我が国およびドイツにおける判例や学説の状況を参考にしながら、「教唆行為における正犯の所為の特定性」を論じていきたい。次章では、我が国の判例・学説の状況を確認することにする。

第2章 我が国の判例・学説

第1節 判 例

一 我が国の判例において、正犯に対する指示が不特定でないかが争われた事例は、公刊物を見る限り数件を数えるのみである。

大正5年の大審院判決は、原審の認定によると次のような事案であった²⁾。村長であった被告人Kは、衆議院議員総選挙に出ることを計画していたところ、大正3年12月26日に衆議院の解散を報じる新聞報道に接し、同月26、27日ごろ、助役である被告人Tに対して村長職の辞意を告げた。その際Kは「Tをして同月二十日付被告K名義の辞職届を作成せしめたる上同月二十二日該辞職届を受理し同日適法に村長の職を辞せしものの如く装う為め万事都合よく取計ひ呉れ度旨申向けて其受理月日の遡記文書毀棄及文書偽造行使を教唆し」た、というものである³⁾。本判決の表現によると、KがTに対して、20日に辞職届を提出して22日に受理されたように記録を改竄しろという内容まで申し向けているようにも読める。しかしそうだとすると、行うべき犯罪の構成要件やその行為態

2) 大判大5・9・13刑録22輯1335頁。なお、引用部分については原文の片仮名を平仮名にしたほか、適宜濁点を打ち、旧字体を現在の漢字に改めたところがある。

3) 判決では弁護人の上告趣意に応答するために必要な限度でしか事実を摘示していないので、どのような意味で公文書が「毀棄」されたのか、また、偽造された公文書の行使が備え付けによるものか呈示によるものかなど、詳細は判然としない。

様に至るまで正犯行為は問題なく特定されていて、後述するような「必ずしも其為す可き箇箇の行為に付具体的に之を指示するを要するものに非ず」という本判決の説示は事実関係に合致しない不要のものになってしまう。したがって、実際にはKは「万事都合よく取計ひ呉れ」とだけ述べるにとどまったのではないかと考えられる。

被告人Kにつき教唆の成立を認めた原判決に対し、弁護人は、「被告Tの行為が被告Kの教唆に基づきて遂行せられたるものなりと為さんには其教唆に係る事実具体的に之を表明し且其教唆に係る事実を認識せしむるに足るべき範圍程度は之を説明せざる可らず」と主張して争った。これに対して大審院は、次のように判示してKの上告を棄却した。すなわち、「教唆罪を構成するには被教唆者をして各場合の事情により一定の犯罪行為を為す可きことを了解せしめ得べき程度に於て指示すれば足り必ずしも其為す可き箇箇の行為に付具体的に之を指示するを要するものに非ず……本案事件の事情に照せば被告Kの辞職届を実際の受理前に受理したる如く装はんが為め必要なる行為を為す可きことを教唆し被教唆者は其教唆の趣旨を了解して判示の行為を実行したるものと認むることを得べき」と。

本判決が要求する教唆行為の特定の程度を検討するには、「一定の犯罪行為」の内容が問題となる。本判決では、行われるべき行為の内容が公文書の偽造に関わるものであることはKとTで共通の認識を有していたとして「文書毀棄及文書偽造行使」が認定されているから、大審院は構成要件の特定があれば足りるとする立場を示したと解される。

二 続いて大正13年の大審院決定である⁴⁾。事案は、被告人XがYから金策を依頼され、「何か金圓になるものを持つて来い」と申し向けたところ、Yはその「意味は誰もお前に金を貸す人がないから何か金になるものを盗んで売れと云ふ様に解し」、株券および丸太を窃取した、という経過をたどった。大審院は、「教唆犯の成立には教唆者が被教唆者に対して一定の犯罪行為を為すべ

4) 大決大13・3・31刑集3巻256頁。引用部分の表記については注2を参照。

きことを指示することを要するものなるが故に他人に対して其の如何なる犯罪行為を為すかに付特定せる認識を有することなく漫然犯罪を為すべし若は窃盗罪を犯すべしと命ずるが如きは教唆犯を以て論ずることを得ざるものとす」と判示した。そのうえで本件については、「原判決の挙示したる証拠に依りては被告がYに対して其の為すべき犯罪行為を一定することなく漫然窃盗を為すべきことを勧誘したる事実を認め得られざるに非ざるも判示の如きYの窃盗行為を教唆したる事実を認むるに足らざるを以て原判決は証拠に依らずして犯罪事実を認定したる違法ある」として、原判決を破棄したのである。本決定の特徴は、被告人の発言内容から窃盗という特定の構成要件を読み取れなくはないと認定したにもかかわらず、「窃盗罪を犯すべし」という程度の特定では足りないとして明確に判示し、構成要件レベルを超える特定を要求した点にある。もっとも、それを越えてどのような要素につきどの程度の特定を行うことが必要まで、決定は述べていない。

三 戦後、昭和26年に最高裁判所が次のような判決を出している⁵⁾。事案は、肥料配給公団の職員であった被告人AおよびBが共謀して、傘下にある2つの農業会の会長であったCおよびDに対し、蔵置肥料である硫酸アンモニアを正規の割り当てがないのに蔵出処分することを承認すると表明し、もってCおよびDが農業会の業務に関し肥料を配給および価格統制に違反して売却することを教唆した、というものである⁶⁾。被告人両名は、大正13年決定を引用して、譲渡行為について指示したことも相談にあずかったこともなく、CおよびDに実行の決意を生ぜしめてはいない、と主張して教唆犯の成立を争った。これに対し最高裁は、次のように述べて上告を棄却した。すなわち、「教唆犯の成立には、ただ漠然と特定しない犯罪を惹起せしめるに過ぎないような行為だけで

5) 最判昭26・12・6 刑集5巻13号2485頁。

6) 刑集には、弁護人の上告趣意のみで、原判決は登載されていない。判決文も上告趣意を排斥する趣旨の簡潔なものである。そのため、本文に示した事実関係は弁護人の上告趣意より構成したものである。また、被告人AおよびBの教唆に関する発言内容もその詳細は不明である。

は足りないけれども、いやしくも一定の犯罪を実行する決意を相手方に生ぜしめるものであれば足りるものであって、これを生ぜしめる手段、方法が指示たると指揮たると、命令たると囑託たると、誘導たると慫慂たるとその他の方法たるとを問うものではない」と。本判決は、直接には教唆の方法について判示したものであり、教唆行為の特定性に関する前半の引用部分は傍論に過ぎない⁷⁾。しかしながら、教唆とは「一定の犯罪」を実行する決意を生じさせれば足りるとする点において、大正5年判決との共通性を指摘できると思われる。本件では、判文に被告人両名の発言が記載されていないため指示内容の詳細は不明であるものの、被害物品が確定されていたほか、価格統制違反の売却として構成要件の特定もあったと認定された。

四 引き続いて昭和28年には、次のような事案を扱った最高裁決定が出ている⁸⁾。被告人XはYに対して、牛を盗み、盗んだ牛をXの小屋に入れるように再三依頼したうえ、牛の盗み方を教えた。Yは合計3頭の牛を窃取したものの、誰のどの牛を盗むかについてはXからの指示はなく自ら判断した、というものである。Xを有罪とした原判決に対し、被告人は「其の示唆の内容が抽象的に止まる場合においては、たとい当該抽象的示唆が犯意決定の動機となった場合であっても、之を直ちに教唆を以て問擬するは、尚早輕挙たるを免れ」ないと主張して上告した。最高裁は、Xの発言により「正犯の実行すべき行為は特定されておりこれを教唆とすることは何ら妨げない」と判示して、これを退けた。本件では、Yの犯すべき犯罪の構成要件が明確なほか、被害客体の種類や行為態様も具体的に指示されていることから、被害者（法益の帰属者）が決まっていなくても、犯罪内容の特定として十分であると判断されたものである。

五 さらに昭和57年には、ゲリラ行為の指令に関し次のような高裁判決が出

7) 弁護人が大正13年決定を引用したことについて、本判決は「所論の判例は、一定の特定した犯罪行為を為すべきことを教唆することを要する趣旨であって、その手段方法を指示に限るの趣旨でないこと明らかであるから、本件には適切でない」として排斥している。

8) 最決昭28・3・5 刑集7巻3号510頁。

されている⁹⁾。事案は、被告人Aが、Bに対し、「今度空港関係施設のゲリラ戦がある。集会が9月17日にあるので、その近くでやるから参加してくれないか。休暇を取っておくように」、「小屋に14日の夜か15日の朝までに行くように」などと述べた行為が、兇器準備集合、現住建造物等放火未遂、火炎びんの使用等の処罰に関する法律違反（使用罪）の各教唆罪に問われたものである。このような言動によっては特定の犯罪行為を教唆したとはいえないと主張したAに対し、東京高裁は控訴を棄却した。すなわち、「教唆とは、被教唆者をして特定の犯罪を実行する決意を生ぜしめる行為であるから、正犯のなすべき犯罪が特定していなければならないことは所論のいうとおりであるが、教唆に当たって被教唆者に対し犯罪の日時、場所、客体、方法等について具体的に指示する必要はない」。Bは、「Aから前記のように申し向けられた際同被告人のいう『空港関係施設』とは新東京国際空港に航空燃料等を輸送するパイプラインや鉄道、空港の直接の施設、レーダー関係等の無線施設等を意味するものとして、『ゲリラ戦』については、一般的には火炎びんを使用しての施設に対する攻撃のほか、右各施設の相違に応じて道路や鉄道の往来妨害、火炎車による施設等への突入、各種の施設や設備等の損壊をも含むものとして、『小屋』については、社青同解放派の三里塚現地での拠点ともいうべき大清水団結小屋を指すものとして、それぞれ認識していたことが認められるし、Aも右の点につきBと同様の認識を有していたものと認められるから、被告人Aは、Bに対して前記の如く申し向けることによって、同人に対し、前記諸施設に対して昭和53年9月17日ころ行われる予定の兇器準備集合、放火、火炎びんの使用等の処罰に関する法律違反等の犯罪の遂行を含むいわゆるゲリラ戦に参加するよう慫慂したというほかなく、従って、被告人AのBに対する前記言辞自体によって本犯のなすべき犯罪行為は教唆犯の成立に必要な程度に特定されていたといえるのであって、Bが被告人Aの指示に従い昭和53年9月14日前記大清水団結小屋に赴き、翌15日の午後同所で……本件犯行計画についての指示、説明を受けて初めて実

9) 東京高判昭57・5・20刑月14巻5=6号297頁。

行すべき犯行の対象，方法および実行の日等を具体的に知った事実，右の判断に何ら影響を及ぼすものではない」と。

本件事案の特徴は，被告人の発言内容そのものは集合を指示するものであり，その後行われる個々のゲリラ行為の具体的な内容やその実行方法は含まれておらず，それらに関しては別途別人による指示が予定されていた，というものである。しかし，事案の背景に，被告人らが属する組織のこれまでの活動実績等から，ゲリラ行為の場所や対象，行為態様など，なすべき行為の詳細な内容についても，AおよびBの間で共通の認識があったという点を指摘することができる。東京高裁はこのような事情を認定して，それをもとに被告人の発言により正犯の犯すべき犯罪行為が十分特定されていたと判断している。

第2節 学 説

一 学説でも，「教唆行為における正犯の所為の特定性」は大きくは取り上げられていない。体系書の多くは，前記大正13年決定または昭和26年判決を引用する形で結論のみを述べるにとどまる。すなわち，「教唆は特定の犯罪行為を決意させるものでなければならないから，単に漫然と『犯罪をせよ』，『窃盗をせよ』というだけでは教唆にならない」¹⁰⁾とか，「教唆は『特定の犯罪』を実行する決意を生じさせるものであるから，ただ漫然と『何らかの犯罪をせよ』，『およそ人を殺せ』と命ずるのは教唆ではない」¹¹⁾，あるいは「教唆は，被教唆者に特定の犯罪を実行する決意を生じさせることを要するから，単に，漫然と犯罪をせよと勧めるだけでは教唆とはならない」¹²⁾と述べるのみである¹³⁾。

10) 団藤重光『刑法綱要総論』（第3版）405頁以下（創文社・1990年）。

11) 曾根威彦『刑法総論』（第3版）288頁（弘文堂・2000年）

12) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版）313頁（有斐閣・2008年）

13) そのほか，比較的古いところでは，瀧川幸辰・瀧川春雄・宮内裕『法律学体系コンメンタール編 刑法』102頁（日本評論新社・1950年），瀧川春雄『刑法総論講義』（世界思想社・1960年）194頁，佐伯千仞『刑法講義（総論）』354頁（有斐閣・1968年），比較的新しいところでは，鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』199頁（成文堂・2001年），大谷實『刑法講義総論』（新版第3版）440頁（成文堂・2009年）なども同様である。

また、犯罪の日時・場所・方法などを細部にわたって具体的に指示する必要はないというのも共通して指摘されている。

もっとも、戦前には特定性を不要とする見解も唱えられていた。岡田博士は、「法の精神を探究するに罪の一定せる場合と一定せざる場合との間に区別を設くべき何等の理由を発見せず」として、教唆行為において正犯行為が特定されている必要はないと主張する。理由は2つ指摘される。1つは、「刑法61条は罪の一定せることを要求せず只人を教唆して犯罪を実行せしめたるものは正犯に準ずと規定し一定の罪を犯さしめたるものは教唆犯とする旨の規定を為さず」と、文理解釈を挙げる。もう1つは、「殊に何れかの罪を犯したるものには百金を与ふべしと教唆したる場合は教唆者の意思は刑事法規の全般に亘り窃盗可なり強盗可なり殺人亦可なり犯罪の方法又は其性質如何に不拘苟も罪を犯さしめんとするに在るが故に被教唆者の方面に於て之を行ふや極めて易く従て罪の一定せる場合よりも其危険大なりという可し」と、教唆の内容が不特定である方が危険性が高い場合もあることを挙げる¹⁴⁾。博士は犯罪行為の他の要素による限定も想定していないため、いかなる意味でも特定性を不要とする立場と解される。

二 一方、宮本博士は、次のように主張していた。すなわち、「教唆者が被教唆者に対して指示する所が犯罪たる場合に於ても、其指示が一定の類型に限ることは必要にあらず。相当の程度において不特定または包括的なを妨げず」。なぜなら、「必ずや各場合の事情に因り大概の見当は一定せるもの」だからであり、「漫然罪を犯すべきことを教唆すること」は、「実際問題として……有り得べきことにあらず」と¹⁵⁾。このような博士の見解を、教唆行為の特定を不要としたものと評する論者もある¹⁶⁾。しかし、むしろ博士は、教唆者に

14) 岡田庄作『刑法原論 総論』412頁以下（有斐閣・1920年）。引用部分の表記については注2を参照。

15) 宮本英脩『刑法学綱要 第三分冊』471頁（弘文堂書房、1928年）。引用部分の表記については注2を参照。

16) 植田重正「窃盗教唆の故意」関西大学法学論集4巻2号88頁（1954年）。

よる指示それ自体を見た場合には正犯行為の内容が不特定であっても、背景事情を踏まえると各場合ごとに特定されているのが通例であり、そのような場合には教唆の成立を肯定する趣旨と解すべきであろう。博士は、構成要件のみをメルクマールとはしないものの、特定の必要性自体は否定していないのである。

植松博士は、前記昭和28年の最高裁決定に対する評釈の中で、教唆内容において正犯行為の特定の程度が低いケースについて論じている。博士は、教唆内容は具体的でなければならないと解しつつ、ただし、その趣旨を「具体的であることによつて、教唆意志が明確に示される（、）……換言すれば、教唆の具体性ということは、教唆行為の実行行為に対する関連の緊密度を示す標徴にはかならない」点に求めていることから、「他に関連の緊密度が認められるような事情のある場合には、たとえ具体性の点においては若干欠けるところがあるとしても、教唆犯の成立を認めて差し支えない」と主張している。また、「共犯関係は一種の因果関係にはかならないのであるから」、教唆内容が具体的でなくとも、教唆者の言動や態度によっては実行に対して十分原因力を持つ場合がありえ、そういう場合には教唆犯の成立を認めてよいとも述べている。さらに、教唆の内容と実行された事実の間にずれがあっても、両者が「法的に重要な点」あるいは「刑法上本質的な主要標徴」において一致していれば教唆の故意は阻却されないとの錯誤の処理に従えば、教唆事実の具体性もその限度において存在すれば足りるとも説いている。昭和28年決定の事案については、「窃盗の目的物の種類が限定され、方法が指示され、贓物の処置方法まで明示されていたのであるから、この程度の具体性があれば、教唆意志はすでに明瞭に表示されているのであり、しかも、それにもとづき、それと法的に重要な点において一致する実行行為があったのであるから、教唆と実行との関連の緊密性は疑う余地がない」として判旨に賛同する¹⁷⁾。

このように博士は、因果関係論や錯誤論を持ち出しつつ主張を展開している

17) 植松正「刑事判例研究 被害者の特定しない窃盗教唆」警察研究26巻2号59頁（1955年）。

ものの、そこには疑問が向けられる。教唆内容の特定・不特定にかかわらず、因果関係は必要であるうえ、錯誤を論じる以前に、教唆行為自体の成立が認められなければならない。実行行為との間に「緊密度」が認められたり、教唆意志が明確に示されたりすることが、なぜ教唆の具体性の低さを埋め合わせるのか、そもそも、実行行為との「緊密度」とは何かが明らかでないからである。博士の見解が、特定性要件の位置付けや内容においてあいまいである点は否定できないと思われる。

植田博士は、同じく昭和28年の最高裁決定に対する評釈の中で、被告人Xを教唆犯とした決定の結論には賛成するものの、大正13年決定も併せ考えると、「この特定性を一定の犯罪そのもの——例へば窃盗罪とか殺人罪とかの如き——の特定性ではならず、更にその犯罪の客体や方法などの特定性が必要であると解されてゐる如くであるが、しかしかやうな見解は一体如何なる根拠に基づいてゐるのであるのか」と疑問を呈している。博士は特定性を教唆者の故意の問題と捉え、「理論的に考へても、故意は構成要件に該当する事実の認識(違法性の認識は一応別論として)があれば足るのであるから、苟も何らか他人の物を窃取すべきことを指示勧誘する限り、その財物を特定しなくても、窃盗教唆の故意は存すると解すべき」と主張する。「教唆犯にとつて重要なのは、当該の指示又は命令者の意思が教唆犯としての故意相当性があったか否かの点にあるのであつて、相手方の行為が特定されてゐるか否かにあるのではない。……假りに被教唆者の行為の特定性が十分でなくても、情況上教唆者に於て教唆としての故意が十分存すると解される限り、教唆犯を認めて毫も支障はないといふことになるし、又反対に、如何に行為の特定性があつても根本に於て教唆犯としての故意相当性がないと解される限り、教唆犯は成立しない」というのである¹⁸⁾。

博士は、一見すると教唆行為の特定を不要と解しているかのようであるけれど、教唆の故意とは教唆行為に対する認識であつて、教唆行為の特定とは重な

18) 植田(重)・前掲(注16)83頁。

る面がある。博士が「客体を特定し方法を特定し、或ひは更に被害者を特定して指示するやうに、被教唆者の行為をより具体化して指示すればする程、教唆の故意も确实性を増す」と述べている面からもそのことは知られよう。かくして、博士は実質的には教唆行為の特定性を一定の範囲で要求しているとするべきである。もっとも、その内容は「情況上」の判断とするのみで、それ以上には具体化されていない。

三 近年では安廣教授が、教唆行為の特定性に関し次のように述べている。「教唆される犯罪の特定性の要件は、結局、教唆と被教唆者の実行行為との間の因果関係を確定するためのものであるから、教唆犯が成立するために要求される特定性の程度は具体的事情によって異なるというべきである」。「甲が乙に対し、ただ漫然と『犯罪をせよ』とか『臭い飯を食うようなことを一つくらいはやってみろ』などと言っただけであるのに、乙が殺人に及んだ場合には、特段の事情がない限り」、「甲の行為と乙の実行行為との間には（相当）因果関係がないと解される」。「実際には、甲のそのような言葉がきっかけとなり、乙がある犯罪を実行したと認められるときは、暗黙裡に犯罪はかなりの程度に特定されていると認めるべき特段の事情が存在するのが通常であると思われる」と。そこで安廣教授は、特定性の要件として、「窃盗などの犯罪類型が示されていれば、一般的には、犯罪の特定としては十分といってよい」とする一方、「被害者等が具体的に特定されている場合は、犯罪の種類の特定はかなり概括的であつてもよい」と述べており、宮本博士と同様、必ずしも構成要件のみをメルクマールとするのではなく、各事案の背景事情に応じてそれ以外の要素を勘案して特定の有無を検討すべきであるという立場を示している¹⁹⁾。

植田（博）教授は、「教唆犯の因果構造」と題する論稿の中で、特定性を含む教唆の問題に関し、因果関係、特に心理的因果性に基づく処理を説いている。教授は、教唆の方法に限定を設けない我が国の判例の立場を前提とすると、「教

19) 大塚仁ほか『大コンメンタール刑法 第2版 第5巻』464頁以下〔安廣文夫〕（青林書院・1999年）。

唆行為が如何にして被教唆者の決意をもたらしたか否かということ、それが教唆犯の客観的構成要件の内容をなす」のであり²⁰⁾、その判断の際には、「当該教唆行為の一般的意味にとらわれることなく、具体的な人間関係の中で、その教唆行為が被教唆者にどのように受け取られたか」に着目すべきであるという²¹⁾。そのうえで、「教唆犯についての我が国の判例を分析する視点としては、教唆行為により被教唆者、つまり正犯者が決意する過程を判例がいかに認定しているか」が重要であるとして、大正5年判決および大正13年決定について次のように検討を加えている²²⁾。大正5年判決については、教唆者と被教唆者は村長と助役という関係にあり、村長の希望を十分に承知している助役に対して「万事宜しく取り計らってくれ」という村長の言明は、公文書毀棄および公文書偽造行使の決意に対する教唆行為として十分であり、判決中の「教唆の趣旨を了解して」という文言がそれを表しているとする²³⁾。大正13年決定については、判示の意味するところを、「XおよびYの人間関係その他具体的状況のもとで『金員になるものを持ってこい』というXの言明に基づいて、Yが窃盗を決意することが、我々が理由として承認する……範囲内にあるが、Xの言明は、教唆行為として不充分（犯罪行為の特定性に欠ける）」とするものだと解している²⁴⁾。なお、「理由として承認する……範囲内にある」というのは、Xの発言に基づいてYが窃盗の決意を生じることが了解可能であることを意味し、教授はこのような場合に心理的因果性を肯定する²⁵⁾。教授は、具体的な人間関係など各事案の背景事実を前提として、教唆者の発言の正犯による解釈が了解可能かどうか、すなわち心理的な「相当因果関係」があるかどうかを、教唆の成立に関し重視している。教唆の客観的要素の中核に（心理的）因果関

20) 植田博「教唆犯の因果構造」愛媛法学会雑誌14巻3号66頁（1987年）。

21) 植田（博）・前掲（注20）70頁。

22) 植田（博）・前掲（注20）63頁。

23) 植田（博）・前掲（注20）69頁。

24) 植田（博）・前掲（注20）65頁。なお、植田教授の論稿においては、Xは甲、Yは乙とされている。

25) 植田（博）・前掲（注20）64頁。

係を位置付ける基本姿勢は、教唆の内容が明確とはいえない場合にも貫かれて
いるといえる。

特定性を因果関係の問題と捉える見解に対しては、特定性は教唆行為そのもの
の性質として問われるのであり、因果関係に解消できないのではないかとの
疑問が向けられる。単に「犯罪をせよ」などという具体性に欠ける指示がなされ
た場合、正犯行為との相当因果関係が欠けるのではなく、そのような指示は
そもそも「教唆」に当たらないと解すべきであろう。また、植田教授は、大正
13年決定がXの発言とYによる犯行の決意との間に心理的因果性を認めたもの
と評価しているところ、教唆を否定した結論を不当とはしていない理由を説明
できていないと思われる。そこでは、教唆行為の特定性が（心理的）因果関係
とは異なる問題であるとの前提が採られていないのかとの疑いが提起できるの
である。

第3節 小 括

一 我が国の判例・学説の状況について、ここでまとめておきたいと思う。

判例では、大正13年決定が、漫然窃盗罪を犯すべしといった指示では足りない
と明示して、構成要件を超える特定を要求したのに対し、大正5年判決が、「万
事都合よく取計ひ呉れ」という発言から教唆者と正犯との間に特定の構成要件
に関する相互了解があったとして教唆を認めたほか、昭和57年判決は、テロ行
為の具体的な内容を含まない発言であっても、背景事情を加味すると行為場所
や行為態様など犯行の詳細について特定が認められることから教唆が成立する
とした。傾向としては、必ずしも構成要件のみをメルクマールとして「一定の
犯罪行為」を教唆したといえるかどうかを判断しているわけではなく、「各場
合の事情」に応じて被害者や実行方法などによる特定も加味しているというこ
とができよう。

二 学説においては、戦前には特定を不要とする見解も見られたが、現在は
一定の「具体化」が必要であることについては一致がある。

しかしながら、問題の位置付けに不分明なところが存した。植松博士は、特

定性が必要な根拠を、教唆意志が明瞭に示される、あるいは教唆行為と正犯行為の間の緊密度が高い点に求め、特定性は因果関係の問題であるから教唆内容が具体的でなくても緊密度が認められる場合があるとして因果関係の観点から要件を緩めたほか、教唆行為と正犯行為が「刑法上本質的な主要標徴」において一致していればいいと錯誤論の視点を導入して故意の観点からも特定が認められる範囲を拡大している。しかし、これらの観点がなぜ教唆の具体性の低さを埋め合わせるのかが明らかでないうえ、正犯行為との「緊密度」の内容も不明であるとの疑問が提起できた。植田(重)博士は、教唆者の故意がそれとして相当であれば十分であって、あえて特定性を論じなくてよいとしたものの、教唆の故意は客観的な教唆行為の主観的反映であり、故意に限定を加えることは特定性を一定の範囲で要求していることになると指摘できた。安廣教授は、特定性要件は因果関係を認定するためのものであり、特定が不十分な場合は教唆行為と正犯行為の間の相当因果関係が認められないと主張したほか、植田(博)教授も教唆行為と正犯の決意形成の間における(心理的)因果関係の相当性を重視した。しかしこれらには、教唆行為の性質である特定性と因果関係とは異なる問題であるとの批判が向けられるように思われた。特定性は教唆行為そのものの性質を問うものであり、具体性に欠ける指示はそもそも客観的に「教唆」に該当しないと解すべきだからである。

加えて、「具体化」の内容・判断基準も明らかとはいえない。宮本博士や植田博士は、「状況上」の判断とするのみであった。安廣教授は、犯罪類型が示されていれば原則として十分特定されているとする一方、被害者等が具体的に特定されている場合、犯罪の種類は概括的でかまわないと主張していた。もっとも、構成要件外の要素がどの程度指示されていれば構成要件による特定が不要になるのかまでは説明していなかった。

三 このように、我が国の判例・学説は、構成要件による特定のみを基準とするわけではないという以上には、教唆行為の特定性の詳細を明らかにしていない。被害者や行為態様、行為の場所や方法の指示など、どのような要素を用いて限定を行い、どれほどの要素が揃えば教唆として十分に特定されていると

いえるかにつき、基準の定立を行う必要があるというべきなのである。

第3章 ドイツの判例・学説

第1節 判 例

一 教唆行為の特定性は、ドイツにおいても従来あまり議論のないテーマであった。それがスポットライトを浴びるきっかけとなったのが、1986年に出されたドイツ連邦通常裁判所の判決（以下、「1986年判決」と言う）である²⁶⁾。

被告人が知人Wと会った際、Wは父親とけんかをした後であり、レボルバーを携帯し、自動車に乗って両親の家を出ていた。外国に行こうと思っているとWから告げられた被告人は、金を持っているかと尋ねたところ、Wは持っていないと答えた。被告人はWに対し、持っている自動車かレボルバーを売却するよう提案したが、Wは、レボルバーは売りたいくない、自動車は売ることができないと答えた。そこで被告人は、Wに「それならば、君は銀行かガソリンスタンドをやらなければならない」（“Dann müßtest Du eine Bank oder Tankstelle machen.”）と述べた。その後2人の話は、Wが十分な金銭を払えれば、南アメリカに向けて出国し、国籍に関する偽造書類も用意できるだろう、そのためにはおよそ10,000マルク必要である、というところに落ち着いた。Wは2日後、再び被告人と会う直前に銀行強盗を実行し、39,775マルクを強取した。

Wにより行われた強盜的恐喝（ドイツ刑法255条²⁷⁾）の教唆により起訴された被告人につき、原審は次のように判示して消極の結論をとった。すなわち、

26) BGHSt 34, 63. この判決の紹介として、中村雄一「西ドイツ刑事判例研究(3) 教唆における行為の特定」比較法雑誌22巻3号95頁（1988年）がある。

27) 規定は、次のようなものである。“Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen.”「恐喝が、人に対する暴行を用い又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて行われたときは、行為者は強盜犯人と同一の刑に処する。」（訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会・2007年）に拠った）。

銀行またはガソリンスタンドをやらなければならないとする被告人の言明は、特定された所為と結び付いていない。また、同一の根拠により幫助も成立しない。なぜなら、従犯は正犯行為の有する本質的なメルクマールを認識してそれを促進する者に限られるからである、と。

連邦裁判所は、教唆の成立について単に原判決の結論を維持しただけでなく、教唆に特定性が認められる最低基準についても踏み込んで判示した。すなわち、教唆者の故意は、特定された正犯行為、つまり「本質的なメルクマール (wesentlichen Merkmalen) あるいは根本的特徴 (Grundzüge) において具体化された所為と結び付いている必要がある」。しかし、正犯の所為が「所為の客体の種類 (Gattung) によってのみ限定されている」場合には、特定されていない。「教唆者は、被教唆者の所為につき、被教唆者自身と同様に責任を負うのであるから、所為は、構成要件類型および所為の客体の一般的な種類メルクマールにより確定されているだけでなく、教唆者の表象の中に……少なくとも個別化された事象として現れることが要求される」。本件では、「所為の像 (Tatbild) は、個別化的なメルクマール (客体、場所、時間およびその他の所為遂行の状況) が欠けるために不特定である」、と。そこでは、銀行またはガソリンスタンドという「種類」による客体の限定では、所為は個別化されたことにならず、その他個別化に資する要素による特定もなされていないため、教唆は成立しないと判断されたのである。このような要求は、教唆者が正犯と同様に責任を負うというドイツ刑法26条²⁸⁾の規定により基礎付けられている。

なお、連邦裁判所は、幫助についても原判決の判断を是認したものの、理由については、「いずれにせよ幫助にとって必要な促進意図は証明されておらず、よって幫助による処罰は考慮に値しない」と判示するにとどめており、正犯の

28) 規定は、次のようなものである。“Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.”「違法な行為を故意で行うよう、故意に他の者に決意させ得た者は、教唆犯として正犯と同一の刑で罰せられる。」(訳は、注27の文献に拠った)。

所為の特定性に関して教唆と幫助で同一の基準が妥当するか否かに関しては態度表明を留保している。

二 ドイツの判例は、早くから正犯の所為を特定しない形での教唆の可罰性を否定する一方、1986年判決以前は、教唆者の故意における特定性をかなり緩やかに肯定していた²⁹⁾。

まず、ライヒ裁判所の1879年の判決である³⁰⁾。被告人は、雇い主のために市場で物品を売却してきたWに対し、「機会を利用して密かに儲けないなんて馬鹿だ」(“Du ist dumm, daß du die Gelegenheit nicht nutzt und sich heimlich Geld machst.”)と言ったところ、Wは、次に物品を売却する際に、代金を自ら使うため着服した。この事案についてライヒ裁判所は、Wに対する横領教唆の成立を否定した。すなわち、「教唆は特定の行為に対してのみ関連しうる。しかし、〔被告人の〕言明は……Wが将来どのように行為するかの手指示を一般的に与えるに過ぎない」。被告人の言明は不確定であり、特定の構成要件の表象と結び付いていない。「密かに儲ける」ことは様々な行為により可能であり、窃盗、横領、詐欺などの犯罪構成要件が当てはまりうる、と(〔〕内は引用者挿入)。本判決は、教唆者の故意が特定された正犯行為に関連付けられなければならないことを判示した最初の判決と見られる³¹⁾。本件では、Wが犯すべき犯罪の構成要件だけでなく、客体も行為態様も特定されていない。特定性を要求する限り、教唆を否定せざるをえない事案であったといえよう³²⁾。

また、1887年の判決は、被告人が「おお、君らが酒を持ってきてくれたらな」(“Ja, wenn ihr Schnaps könntet bringen.”)と言ったところ、正犯が酒を窃

29) ドイツの判例の状況に関しては、中村・前掲(注26)100頁以下参照。

30) RGSt 1, 110.

31) Ralph Ingelfinger, Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, S. 25, 中村・前掲(注26)101頁。

32) 積極的にどの要素が特定されるべきかをこの判決から導き出すのは困難と思われる。これに対して、Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 26, 29 は、構成要件による特定を要するとしたものと評価している。

取したという事件に関するものである³³⁾。ここでライヒ裁判所は、酒の窃盗に対する教唆を肯定した。被告人の言明は一般的な内容しか有していなかったけれど、その故意は窃盗に関連付けられていたので教唆に当たるとしたのである。ライヒ裁判所は、「他人を犯罪的心情あるいは意思方向へと決定付けること (Bestimmung) では十分ではな」という以上の基準は示していない。本件では、被告人の発言において、客体の種類のみが特定され、構成要件や被害者について特定が欠けているところから³⁴⁾、本判決は、直接には故意を肯定したものであるものの、1986年判決よりも特定性を広く認めたと捉えることができる。

1887年の判決では、被告人の故意が窃盗に関連付けられているとして教唆の成立が肯定されていることから、判例は教唆行為の特定性を教唆者の故意あるいは表象の問題と位置付けているとの評価がドイツでは広く見られ³⁵⁾、1901年の判決³⁶⁾がこれを明示的に確認したとされる。被告人は、妻に、婦人病への助言と援助を提供する旨の広告を新聞に出したと告げ、堕胎のために必要となる注射を示した。そのうえで、連絡を取ってくるであろう女性に堕胎を行うよう妻を説得した。妻は当初、連絡があっても堕胎を断っていたが、その後堕胎を行うようになった。ライヒ裁判所は、夫の堕胎教唆を肯定した際、教唆者は「主要なメルクマール (Hauptmerkmalen)」を通じて特定された所為を表象していなければならないとして、特定性を教唆者の故意に位置付けたのである。

ここで重要となるのが、所為を特定する「主要なメルクマール」とは何かである。ライヒ裁判所は、「所為の個々の状況のうち、実行の場所、時間、手段はしばしば本質的でないとみられる。犯罪行為の対象となる者が教唆者にとっ

33) RG Rspr. 9, 107.

34) なお、原審はどのレストランのアルコールが盗まれるかを被告人は認識していたと認定したが、ライヒ裁判所はそのような認識は要求するべきではないと判示している。

35) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 27, Kristian Kühl, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 726.

36) RGSt 34, 327.

て本質的でないということは排除されない」と説示している。本件の特徴としては、妻が行うべき犯罪の構成要件や行為の場所および方法が特定されており、堕胎を行う相手方だけが不特定だったことが挙げられよう。

このように、ライヒ裁判所時代の判例は、教唆者の表象は特定された正犯行為に関連付けられていなければならないという抽象的な定式を立てたうえで、「主要なメルクマール」による特定を要求していた。その際、特定性を緩やかに肯定する態度は窺われるものの、構成要件による特定は不可欠かといった細部は明らかでなかったのである。

三 続いて、連邦通常裁判所の判例を概観する。

まず、1954年に出された判決が挙げられる³⁷⁾。いわゆる「連鎖的教唆」の事案であり、原審が、被告人らは教唆される人を具体的に念頭に置いていなかった、あるいは被告人らの勧誘の相手方がグループとして特定されていなかったとして、教唆を否定したのに対し、連邦裁判所は次のように判示して、これを肯定した。すなわち、「第三者に対して犯罪の遂行を教唆するように他人を決定付ける者は、刑罰により威嚇された犯罪行為を行うように他人〔第三者〕を決定付けているのであり、したがって、その第三者が所為を遂行した場合、教唆への教唆として有責である」。その際、「教唆を行う者は正犯を個人として認識している必要はな」く、「被教唆者により教唆される者が十分明確に表象された所為へと決定付けられることを当初の教唆者が予見し、意図すれば十分」である。また、「勧誘が特定の領域の人物に対して向けられていたかどうか〔が問題であるが、その〕点は、勧誘が同時に多数の者に向けられている場合には意味を持つが、本件では勧誘は個人から個人へと結ばれているため、重要ではない」と（〔 〕内は引用者挿入）。本件の直接の争点は連鎖的教唆の成否であり、被告人らの具体的な発言内容等は判文に詳しく記載されていない。そのため判決がどの要素を重視して教唆の成立を肯定したのかは判然としない。ただし、「旅券課の公務員が、旅券発付の手続を遵守しながらも虚偽の身上報告

37) BGHSt 6, 359.

事項を使用して不正な旅券を発付するよう決定付けられることを、被告人らが認識あるいは認容していたということでも十分であり、「時間、場所、方法および正犯が特定される形で犯罪遂行の態様を」認識している必要はないと判示されている。本件では構成要件を特定した教唆がなされており、本判決は構成要件の特定に重きを置いたと推察できるほか、被教唆者がグループとして確定されていることも要求している。

次に、1961年の判決である³⁸⁾。被告人は、ヌーディズム雑誌の編集者Gに対し、手紙を数通送付して、「性的な」ポーズをとった10歳から12歳の少女の写真を彼のために特別に撮影するよう求めた。その際、彼は、「性的な (intim)」という言葉を用い、「異常に猥褻な (außergewöhnlich unzüchtig)」という意味の表現として用い、Gがそれを理解することを期待していたところ、実際Gはそうのように理解した。しかし、Gは、要求された撮影を行わず、被告人に、彼が自ら持っていた写真の中から、14歳に満たず、性器が明瞭に強調されていた少女の裸の写真を数多く提供した。

本判決は、行為当時の刑法176条1項3号³⁹⁾に対する教唆の未遂により被告人を有罪に処した。その理由は、被告人が特定された所為へと正犯を唆す意図を持っていることは必要であるものの、撮影の対象となる人物の詳細は教唆者にとっては重要でないためそこから除外される。すなわち、正犯行為は「法的な本質」により特徴付けられていればよく、教唆者は、正犯行為が当てはまる場所のメルクマールを通じて構成要件を認識していれば十分である、というものであった。本件では、教唆行為の内容として、被害児童は具体化していなかったものの、構成要件、さらには行為態様も写真撮影という方法により特定さ

38) BGHSt 15, 276.

39) 規定は、次の通りである（1項1号2号および2項は省略）。“Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

3. mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.”「14歳未満の者と猥褻行為を行い、又は14歳未満の者を猥褻行為を実行するように、若しくは受忍するように誘惑した者は、10年以下の重懲役に処する」（訳は筆者による）。

れていた。もっとも、表現上は構成要件に重きを置いているようにも読める判決である。

このように、1986年判決以前の連邦裁判所の判例は、ライヒ裁判所時代の判例と同様、教唆者の故意が「主要なメルクマール」あるいは「法的な本質」を通じて特定された正犯の所為に向けられていることを要求していた。その際、「構成要件による特定があれば十分である」、「時間、場所、被害者による特定は重要でない」といった表現もみられ、構成要件による特定に重きを置いていると読むことは可能である。しかし、構成要件による特定を、それがなければ教唆の成立を否定するという意味で必要条件と見ていたとまではいえないように思われる。

第2節 学 説

第1款 1986年判決以前

— 1986年判決以前の学説でも、教唆は正犯の具体的な所為に結び付いていなければならないと異口同音に唱えられていた。しかも、判例と同様、正犯の所為の特定性を教唆者の故意の問題と位置付けたうえで、これを比較的緩やかに肯定する見解が多かった。例えばイエシェックは、教唆者の故意は具体的な所為および具体的な正犯と関連している必要があり、正犯となる者の人的グループが個別に確定不可能である場合には教唆は成立しないとするものの、「所為の時間および場所も、被害者も、実行方法も」終局的に確定されていなくてもよいと主張していた⁴⁰⁾。

クラマーやドレーアー／トレンドレも基本的に同様であり、判例を援用したうえで、教唆者の故意は犯罪遂行一般ではなく特定された犯罪行為に関するものでなければならない、と記述するのみである⁴¹⁾。ヴェッセルスが、「教唆

40) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., 1978, S. 560.

41) Peter Cramer, Schönke / Schröder StGB, 22. Aufl., 1985, § 26, Rn. 13, Eduard Dreher / Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Aufl., 1985, § 26, Rn. 6.

者の故意は、行為決意の惹起ならびに、特定の正犯もしくは個別的に特定可能な人的グループにより犯される、本質的な根本的特徴(wesentlichen Grundzügen)において具体化された特定の所為の実行および既遂に向けられていなければならない」と述べているのは目を惹くものの、これとても、すでに同趣旨の判示がなされており、判例の枠を超えるものではなかった⁴²⁾。

二 もっとも、少数ながら、特定のメルクマールを明示する見解も主張されていた。ラックナーは、教唆者の故意は「何らかの不特定な所為へと他人を決定付ける場合には十分具体化されているとはいえない」。それは、「本質的な不法内容(wesentlichen Unrechtsgehalt)および侵害方向(Angriffsrichtung)により記述された特定の行為に関連付けられていなければならないが、些細な全ての事情についてまで具体化されていなくてもよい」としている⁴³⁾。これまでに挙げた学説が、「特定された所為」という以上には述べていなかったことと比較すれば、彼の見解は、被害者ないし被害客体を想起させる「侵害方向」というメルクマールを持ち出すことで特定性要件の具体化を図っている。もっとも、被害客体の特定を常に要求する趣旨かは判然としない。また、「本質的な不法内容」というメルクマールも明確化が必要と解される。

このほか、客体による区別を説いた論者にマウラッハがいる。彼は、「教唆者が、遂行されるべき行為を不法内容および侵害方向によりおおまかな枠において特徴付けていれば」、教唆として十分である。したがって、「AがBに、一般的な言い方で『時々窃盗を犯すことで』生計を立てるようにと助言する場合には、いまだ教唆は成立しない」としたうえで、それに続けて、「客体の詳細な特定は、人格的利益に対する侵害の場合に必要となる」と指摘している⁴⁴⁾。殺人・傷害をはじめとする、個人の人格的利益に向けられた犯罪においては被

42) Johannes Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 1985, S. 161. また、ザムゾンは「所為を本質的な範囲において把握していなければならない」という表現を用いているが、基本的にヴェッセルスと同旨だと思われる。Erich Samson, Systematischer Kommentar, 2. Aufl., 1977, § 26, Rn. 7.

43) Karl Lackner, Strafgesetzbuch, 16. Aufl., 1985, § 26, Anm. 4a-4b.

44) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 685.

被害者の特定を必要とする一方、財産犯においてはそのような特定は不要として、両者を区別するのである。もっとも、個人の人格的利益を侵害する犯罪に関し、客体の詳細な特定とはどの程度をいうのか、例えば無差別テロのように、行為者にとって被害者が誰かなど関心のない場合、どのように処理されるのかといった点に関し、マウラッハは説明を与えていない。しかし、法益の性質により特定性要件に差異が生じることを指摘した点において、一定の意義が与えられるべきだと思われる。

三 さらに、判例と異なり、教唆行為の特定性を教唆者の故意という主観的要件でなく、客観的要件と捉える見解も主張されている。シュミットホイザーは次のように説く。「〔教唆行為の〕名宛人にどのような行為を〔行うよう〕要求しているのが教唆行為から客観的に理解でき、〔名宛人に〕要求された行為が本質的な点で具体化可能である〔ことを要する〕。当罰性の側面を考慮すると、違法な行為を行うようにと一般的に受け取られる勧誘は、教唆としては可罰的でない。教唆は、名宛人の法に対する忠実（Rechtstreue）への一般的な侵害ではなく、一定程度特定された所為への行為決意の惹起である」と（〔 〕内は引用者挿入）。そのレベルに至らない場合には、客観的に教唆に該当しないとするのである。彼は、特定性の判断基準に関し、教唆行為が具体的な状況のもとで指示として適切に理解されればよいと指摘するにとどめ、詳細は個別事例の判断に委ねている。例として、道路沿いにある5軒の家の家人が皆休暇旅行に行っており、簡単に侵入できると告げる場合には、窃盗の教唆が成立する一方、一般的な休暇の期間を教示して、どこかに侵入できるだろうと言うだけでは、教唆の内容は十分具体化されていないという⁴⁵⁾。前者では被害者となりうる家は5軒にまで特定されており、犯行の時期も近接した将来であると推定できることから、正犯行為は「本質的な点で具体化」されているのに対して、後者では日時が漠然と指定されているだけであり、教唆行為の特定を認め

45) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch 2. Aufl., 1984, S. 310, Rn. 111.

ることはできないというのであろう。

また、パウマン／ヴェーバーは、「他人の犯罪行為を故意に決意させたといえるためには、教唆者の故意が、具体的に実行されるべき、また後に正犯により実行される所為に向いている必要がある」としたうえで、AがBに殺人を犯せと一般的な言い方をしたところBがXを殺害したという事例を挙げて説明する。「この場合にはAと後にBにより実行される犯罪行為との結び付きはあまりに薄く、後の事象はAの行為にもはや帰属されえない」とする⁴⁶⁾。直接行為者による犯行が教唆行為に帰属されるほど強い結び付きを有するといえるためには、教唆行為が具体的なものでなければならないというのである。そこでは問題が客観的帰属に位置付けられていることが窺われる。

第2款 1986年判決以後

従来判例とは異なる厳格な枠組みを提示した1986年判決を受けて、学説がどのような対応をしたのかを見ていくことにする。

イエシェック／ヴァイгентによると、「教唆者の故意は特定された所為および特定された正犯と関連している必要がある。正犯となる者の人的グループが個別に確定不可能である場合には教唆は成立しない。もっとも、所為の時間、場所、被害者や実行方法に関する個々の細かい点は確定されている必要はない」と、1986年判決以前に立てた要件を確認したうえで、新しく同判決を引用して、「教唆者の故意は『本質的なメルクマールおよび根本的特徴において具体化された所為』の遂行と結び付いていなければならない」と主張しており、所為の具体化の中身をやや詳しく述べている⁴⁷⁾。

クラーマー／ハイネは、「教唆者が正犯行為につき〔幫助者に比べ〕より詳

46) Jürgen Baumann / Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 563. 同書では、この場合には他の要件が満たされる限りにおいて、ドイツ刑法111条の犯罪行為への公然の煽動により処罰されるに過ぎないとしている。

47) Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 688.

細な表象を有している場合にのみ」, 正犯を決定付けたと認められる。「これは, 正犯に具体的な侵害方向が与えられていることを要求する。確かに, 全ての行為事情(時間, 場所, 客体, 実行の方法)を〔教唆者が〕正確に認識していることは必要ない。他方で, 犯罪行為一般もしくは単に法定の構成要件により記述された種類の犯罪を行うよう勧誘することは, 26条によっては可罰的でない。同様に, 客体の種類(Gattung)により画定された所為を犯すよう提案することも, 26条では処罰できない」と指摘し, 1986年判決と同様の要件を定立している(〔 〕内は引用者挿入)⁴⁸⁾。

シュトラーターテンヴェルト／ケーレンは, 教唆者の故意がどの程度正犯の所為の個別的なメルクマールを把握していなければならないかという問題について, 次のように答えている。すなわち, 正犯行為の不法内容を決定する具体的な状況の認識が教唆者の故意に含まれなければならない, 正犯の行態が何らかの刑法的に保護された規範を侵害するという抽象的な知情では十分でない。また, 任意の犯罪行為へと他人を決定付ける意思でも足りない。例えば訴訟詐欺と乞食詐欺のように, 同一の犯罪構成要件でも行態が完全に異なるものがあるため, 犯罪の種類のみでの限定では十分でなく, たいていの場合は, 所為の具体的な不法内容にとって決定的な行態をその根本的特徴において認識する必要がある, と。なお, 被害者の特定の要否は, 「一般的に決定することは困難である」とするにとどまる。この人を殺害するよう教唆する場合, 他の人の殺害教唆は含まれないのに対し, 通行人を強盗しろという場合には, 被害者の個性は重要でない, と指摘するのみである⁴⁹⁾。

マウラッハ／ゲッセル／ツイプフは, 教唆行為の特定性を教唆の客観的要件としたうえで, 次のように主張する。すなわち, 刑法26条所定の「『決意させる』は, 所為の具体化を要件とする。……何らかの犯罪を犯すという一般的な内容

48) Peter Cramer / Günter Heine, Schönke / Schröder StGB, 27. Aufl., 2006, § 26, Rn. 17.

49) Günter Stratenwerth / Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, S. 305f, Rn. 147ff.

を持った勧誘は、単に犯罪的な本能を刺激することや、『利益を確保』することの勧誘と同じように十分でない。……教唆者が、遂行されるべき行為を、法益侵害、その他の不法内容、および具体的な被害客体といった具体的な侵害方向により、おおまかな枠において特徴付けていれば、所為の具体化という要件は満たされる」と⁵⁰⁾。

ヨエックスは、「正犯の所為が、不法内容および侵害方向の観点から、共犯者が決定付けようとした所為と本質的に合致している場合」には正犯の所為が共犯者に帰属されるとしている。このとき、正犯により侵害される法益がタイプにより特定されていれば足り、行為の時間や場所、手段、具体的な被害者は特定を要しないとされる。また彼は、111条の犯罪行為への公然の煽動⁵¹⁾があるため、26条の教唆の場合には、被教唆者が個人として特定されていなくてもよいけれども、一定のグループによる限定は必要であると主張している⁵²⁾。

このように、1986年判決以降の学説では、正犯の所為が特定されていることのみを要件としていたそれ以前の学説に比べ、「特定」の内容が詳しく説明されているほか、「侵害方向」による限定を行う立場が広がりを見せている。しかし、「侵害方向」による特定が不可欠の要件なのかは明らかでないほか、限定の根拠付けを述べる学説は少ない。

50) Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl., 1989, § 51, Rn. 6.

51) 規定は、次のようなものである。“(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§11 Abs. 3) zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, wird wie ein Anstifter (§26) bestraft. (2) Bleibt die Aufforderung ohne Erfolg, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Strafe darf nicht schwerer sein als die, die für den Fall angedroht ist, daß die Aufforderung Erfolg hat (Absatz 1); § 49 Abs. 1 Nr. 2 ist anzuwenden.”「(1) 公然と、集会で、又は、文書（第11条第3項）の頒布により、違法な行為へと煽動した者は、教唆犯（第26条）と同一の刑に処する。(2) 煽動が成功しなかったときは、5年以下の自由刑又は罰金に処する。刑は、煽動が成功したとき（第1項）の法定刑よりも重くすることはできない。第49条第1項第2号が適用されるものとする。」（訳は注27の文献に拠った）。

52) Wolfgang Joecks, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 2003, § 26, Rn. 46ff.

第3款 モンテンブルックの見解

— このような学説状況の中、教唆の特定性を立ち入って論じているのは、モンテンブルックである。モンテンブルックは、「実現した所為からの共犯者の表象の逸脱」と題する論稿において、教唆者の表象が具体的でない場合についても論じている⁵³⁾。彼の見解の特徴は、「超法規的な根本構成要件 (außergesetzlicher Grundtatbestand)」という概念を構想したことにある。彼によれば、超法規的な根本構成要件は、「可罰的な行為の法的な描写 (Deskription) とではなく、実質的な不法内容と結び付く」。「この結び付きが体系的に意味するのは、2つの法規定の統一的な解釈を通じて、形式的に1つの新しい超法規的な構成要件が形作られることである。この構成要件は、実定法化された諸規範との関係においては、根本構成要件の性格を有する。この方法により、形式的には基本構成要件と加重構成要件の關係に相当する段階的關係が成立する」⁵⁴⁾。例えば、1998年改正前の244条1項1号と2号を組み合わせた根本構成要件は次のようになる。「〔窃盗を犯すに際して、〕暴力又は脅迫を用いて他人の抵抗を排除するために有用な道具を携えていたときには、6月以上10年以下の自由刑に処する」(強調は原文、〔 〕内は引用者挿入)⁵⁵⁾。当時の同条同項1号は「窃盗を犯すに際して、行為者若しくはその他の関与者が銃器を携えていたとき」、2号は「窃盗を犯すに際して、暴力により若しくは暴力をもつてする脅迫により他人の反抗を阻止し若しくは抑圧するために、行為者若しくはその他の関与者が、凶器、その他の道具若しくは手段を携えていたとき」に、6月以上10年以下の自由刑に処するとしていた⁵⁶⁾。モンテン

53) Axel Montenbruck, Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 1972, S. 323ff.

54) Montenbruck, a. a. O. (Fn. 53), S. 336.

55) Montenbruck, a. a. O. (Fn. 53), S. 337.

56) 訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典』(法曹会・1982年)による。なお、規定の原文は次のとおりである。“(1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer
1. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Schußwaffe bei sich führt,

ブルックは、他人の抵抗を排除する手段を携えて窃盗を行う点に1号と2号の共通した不法内容を見出し、根本構成要件を作出したのだと解される。

二 ここでモンテンブルックは、想定される複数の構成要件が近接した関係にある場合と、そうでない場合とに区別して検討を進めている。前者の例は、妻が夫にいくつか物を「調達する (besorgen)」よう決意させる、そのため、窃盗、詐欺、盗品等関与、場合によっては強盗や恐喝までも考えられる、というものである。この事例につき彼は、「財産移転犯罪 (Vermögensverschiebungsdelikten)」という根本構成要件を観念でき、それについての表象があればすでに教唆犯として処罰できると主張する。したがって、上の事例では妻に教唆犯が成立する。後者の例としては、ある女性がひどく名誉を傷つけられたと感じたため、「復讐」を他人に頼んだ。その結果、侮辱から傷害、さらには殺人も問題となる、というものを挙げている。名誉や身体的完全性といった一身の権利の侵害は、財産移転犯罪という根本構成要件を想定できる先のような場合と異なり、一致した不法内容に基づく非難を「教唆」者に向けることができない。ここでは本質的に共通する不法内容を持つ根本構成要件を作り出すことができないため、具体的な犯罪の教唆ではなく、111条が定める犯罪行為の公然の煽動による処罰がせいぜいであると彼は述べる⁵⁷⁾。

このように、根本構成要件は複数の実定法上の構成要件から共通する不法内容を取り出してまとめたものであるから、個別構成要件の表象を欠く教唆でも根本構成要件に相応する認識があれば教唆が成立する。このような処罰範囲の拡張に配慮して、モンテンブルックは、「保護されるべき法益が同一である根本構成要件〔が構想できる場合〕でも、〔教唆が成立するためには〕具体的な表象により補われなければならない。対応する所為の像 (Tatbild) が共犯者

2. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden” (以下省略)

現行のドイツ刑法244条1項1号のa)とb)にほぼ相当する。

57) Montenbruck, a. a. O. (Fn. 53), S. 339ff.

の表象の中になければならない」としている（強調は原文，〔 〕内は引用者挿入）⁵⁸⁾。しかしながら，所為の像を表象するとは何かについては，教唆者が正犯となる「人的グループを把握し，正犯が犯罪を行う対象となる物あるいは被害者のおおよその（ungefähr）表象」を有することだという以上には述べていない。

三 モンテンブルックは，「条文」としての個別構成要件レベルでの特定を明確に不要とし，「根本構成要件」の表象でも足りるとする方向を目指した。しかし，「超法規的な根本構成要件」の表象があれば教唆が特定されているとする理由が十分に示されているようには思われない。また，インゲルフィンガーからは，モンテンブルックの構想に対して，構成要件の個別化機能や故意規制機能，類推禁止や責任原理と調和しないとの批判が向けられている⁵⁹⁾。教唆者の表象が個別構成要件を越えてもよいとするのは，責任原理に基づく負責の限定の枠を取り去ることを意味するというのである。さらに，根本構成要件を形作るための「実質的な不法内容」をどの範囲で認めるかも問題となる。「近接的な関係にある複数の構成要件」といっても，どの要素をもって「近接性」を判断するかをモンテンブルックは明らかにしていない。そのため，根本構成要件の判断が恣意的となり，教唆の成立範囲が不透明だとの批判が当てはまると思われる⁶⁰⁾。

また，教唆を限定する基準とされる「所為の像」の内容も不明確といわざるをえない。根本構成要件の概念を承認する以上は，「詐欺なのか，恐喝なのか，あるいは窃盗なのか」という意味での「所為の像」であるとは考えられない。「おおよその表象」とはどの要素をどの程度重視するのかを彼自身は明らかにしていないのである。

58) Montenbruck, a. a. O. (Fn. 53), S. 340.

59) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 36.

60) 例えば，強盗殺人罪は，「財産奪取罪」と「生命侵害罪」のいずれのグループに属するのか，前者としても，根本構成要件としては，「財産奪取罪」なのか「財産移転罪」なのかは明らかでない。

第4款 許された危険の問題と捉える見解

判例を含めて多くの学説が、教唆行為の特定性に関し、教唆者の表象におけるそれに着目している中、教唆行為が「許されない危険」を創り出した場合に教唆を肯定する見解も一部で主張されている。

主唱者の一人がヘルツベルクである。彼は1986年判決の評釈において、客観的構成要件の中に解決を求めるべきことを表明している。その際に彼がメルクマールとしたのは、「法的に重要な危険」である。「教唆者が、行為決意の惹起を越えて被教唆者が所為を犯すことについての許されない危険を創設した場合にのみ」、教唆が認められると主張した。ヘルツベルクは、問題を危険増加の局面に移すことにより、「所為の特定性」を論ずる必要はないと説いたのである⁶¹⁾。

許された危険の判断方法に関して、彼は1986年判決の事案に即して次のように述べている。「教唆者にとっての結果は、被教唆者が所為を犯すこと」であるから、「被告人の提案が作り出した危険の法的な重要性という問題に、Wが行おうと決意した強盗の危険の程度をもって答えるのは誤りであろう。被告人に帰属されるべき危険は、彼の提案がWにおいて犯罪を実行させるように影響する程度に限られる」。「銀行またはガソリンスタンドをやらなければならない」と言うだけでは、Wが金員を手に入れる機会や、その機会にWが金を手に入れようと試みる危険を増大させていない。被告人の発言は動機付けの力としては小さく、その危険は法的に無視することができる、というのである⁶²⁾。ヘルツベルクは、正犯行為が有する危険ではなく、教唆行為そのものの危険性を基準にそれが許されているかを判断すべきであるとは述べるものの、どの程度の危険であれば「法的に重要」といえるのかについて、具体的な判断基準は示していない。

61) Rolf Dietrich Herzberg, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat - BGHSt 34, 63, JuS 1987, S. 617ff.

62) Herzberg, a. a. O. (Fn. 61), S. 620f. なおヘルツベルクの論稿では、被告人はAと表記されている。

また彼は、1986年判決や、構成要件に加えて「不法の本質的規模」を要求し、それに行為態様や被害の程度を取り込む形で教唆の成立範囲を限定する、後述のロクシンの見解⁶³⁾に反論するため、外国からの難民の身体を虐待するよう依頼し、実行が証明された分に報酬を支払うと約束する、という事例を設定する。1986年判決の見解によれば、所為の客体は種類（難民）によってしか特定されていないため、事象は個別化されておらず教唆は不成立となる。またロクシンの見解によっても、不法の本質的規模を構成する犯行手段や被害の程度についての表象が教唆者に欠けるため、傷害教唆は成立しない。しかし、それは不当であり、「法的に重要な危険」は創出されているから教唆を肯定すべきだとヘルツベルクは主張する⁶⁴⁾。さらに彼は、1986年判決やロクシンの見解は、他人の所為を誘発する別の事例—— 幫助、間接正犯、犯罪行為の公然の煽動（ドイツ刑法111条）—— には妥当させることができないとの批判も加えている。例えば、AがBに「銀行強盗をするからピストルを貸してほしい」とのみ述べてピストルを借り受けた事例では、所為客体は種類以上に個別化されておらず、あるいは被害の程度なども確定されていないため、連邦裁判所やロクシンの見解では幫助は不成立との支持しがたい結論に至るというのである⁶⁵⁾。

ヘルツベルクは、問題を許された危険の局面に移すことによって、所為の特定性を論じる必要はないとした。しかし、正犯行為が特定されているかどうかは、むしろ教唆行為について許された危険を判断する一要素として考慮されるべきものと解される。なぜなら、正犯行為が特定されていればいるほど、正犯行為を惹き起こすという教唆行為が孕む危険性は高いものとなるからである。例えば、1986年判決の事案では許された危険は発生していないとしても、仮に被告人が銀行名を指定したり、方法を指示したりして行為を特定したとすれば、動機付けの力は強まり、Wによる犯行の危険は許されない程度に高まったとすることを、ヘルツベルク自身も否定しないであろう。すなわち、許された危険

63) 第4章第1節四参照。

64) Herzberg, a. a. O. (Fn. 61), S. 618.

65) Herzberg, a. a. O. (Fn. 61), S. 617f.

の判断の中に特定性が実質的に織り込まれているのであり、許された危険を論じることが特定性要件を否定する根拠にはならないと思われる。

ヤコブスもヘルツベルクと同様の見解を唱えている。彼は1986年判決について、「どのように金銭的困窮に手を打てるかという質問に対し、それなら自動車を売るか、銀行もしくはガソリンスタンドの襲撃を計画するようにと答える者は、許されない危険を創り出していない」として、教唆の成立を否定する⁶⁶⁾。ただし、ヤコブスは、1986年判決は「所為が十分に具体化されていないため、すでに責任が否定される事案であった」として、所為の特定性の観点からも論じている⁶⁷⁾。彼は、「教唆においては、被教唆者をして所為を行うよう彼を墮落させる (korrumpieren)⁶⁸⁾という影響を与えることが重要であって、被教唆者の犯罪的傾向を一般的に強化するだけでは足りないのだから、所為は特定されたものでなければならない」としたうえで、特定性が認められるための要件としては、「被害者(所為の客体)、手段、場所および時間の具体化に関する格率(Maximen)を認識している必要がある」と主張する(強調は原文)⁶⁹⁾。ヤコブスは、正犯に対する影響という意味での教唆行為の危険性に着目しており、正犯行為を構成する上記のような要素を確定させることが教唆行為の危険性を高めるものと位置付けている。もっとも、そのような点が確定されてさえいれば特定を認めるのか、加えて、構成要件による特定を要求するのかについては語っていないほか、列挙された全ての要素につき確定が必要なのか、あるいは要素間に優劣をつけて一部が確定されていれば足りるとするのかについても明らかにしていない。

特定性を許された危険の観点から検討する見解は、問題を客観的な側面により、すなわち教唆行為そのものの性質として捉える点で、注目に値すると思わ

66) Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 24. Abschn. Rdnr. 17.

67) Jakobs, a. a. O. (Fn. 66), 24. Abschn. Rdnr. 17 の注27c.

68) ヤコブスは「墮落」という表現を使っているが、共犯の処罰根拠につき責任共犯論を採る趣旨ではない。Jakobs, a. a. O. (Fn. 66), 22. Abschn. Rdnr. 1f.

69) Jakobs, a. a. O. (Fn. 66), 22. Abschn. Rdnr. 27.

れる。もっとも、これにはインゲルフィンガーより、共犯者の表象における所為の特定性を「許された危険」のもとで扱うのは適切ではないとする批判が加えられている。許された危険の法理は、行為の危険性と社会的有益性とを比較衡量すべき場面で妥当する。教唆行為により生じる危険が社会的有益性を有することはありえず、はじめから「許されない」、というのである⁷⁰⁾。

しかし、具体性に乏しい「教唆」は、例えば日常会話における冗談などでもなされることがあり、これを処罰すべきでないことは論を俟たない。言い換えると、市民は「発言の自由」を有しているのであり、これは社会的有益性を持つ。教唆行為においても、その危険性と社会的有益性とは比較衡量される。インゲルフィンガーの批判には理由がないといわねばならない。

第3節 小 括

一 本章では、ドイツの判例、学説について検討を加えた。

判例では、ライヒ裁判所、連邦通常裁判所の両時代を通じて、教唆者の表象は具体的な正犯行為に結び付いていなければならないとしたうえで、その特定の方法としては、構成要件による特定に重きを置いていると理解できる裁判例も見られたものの、全体の傾向としては各事案の特徴に応じて、「主要なメルクマール」または「法的な本質」により正犯行為が特定されていればよいとする態度が示されていた。

ところが、1986年判決は、教唆内容において特定の構成要件が指示されていない事案につき、構成要件の類型および被害客体の種類による特定だけでは足りず、客体、場所、時間やその他の状況により「個別化された事象として」教唆者に表象されなければならないことを要求した。具体的には、被害客体が「銀行またはガソリンスタンド」という種類によってのみ特定されているのでは足りないとしたのである。

二 学説では、1986年判決以前、十分な理由付けをしないまま判例の立場を

70) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 62ff.

是認するのが大勢であった。ただし、ラックナーなど、「侵害方向」という表現を用いて被害客体による個別化に考慮を払った見解や、人格的法益とそうでない法益で要件を区別するマウラッハの主張も見られた。また、一部には特定性を教唆の客観的要件と位置付ける立場もあった。シュミットホイザーは特定性が乏しい場合にはそもそも教唆行為に該当しないと主張し、バウマン／ヴェーバーは問題を客観的帰属のルールにより解決しようと試みた。

1986年判決以降では、「特定」の内容の説明に意を払う傾向が見られたほか、「侵害方向」による限定を指摘する論者が増えた。そのような中、独自の定式化を目指したのがモンテンブルックであった。彼は「条文」としての個々の構成要件による限定を放棄し、複数の構成要件に共通する不法内容を取り出して作った「超法規的な根本構成要件」により、特定性判断の外枠を画しつつ正犯の「所為の像」を教唆者が表象していなければならないとして絞りをかける途を採った。

さらに、ヘルツベルクは、教唆行為を「法的に重要な危険」を創設するものと捉えたうえで、教唆者の故意における正犯行為の特定性をそのような許されない危険の問題に解消するという独自の道を進んでいる。ヤコブスは、被害者や行為の手段・場所・時間といった正犯行為を構成する要素が確定されていることが教唆行為の危険を許されないものへと高めると主張し、その特定が必要であると説く。

三 しかし、これらの判例・学説の展開によっても、教唆行為の特定性の判断が精緻になったとは思われない。1986年判決以前の判例および多数説は、「主要なメルクマール」といった一般的な表現を用いたにとどまり、どれが「主要なメルクマール」か、どの程度の特定を要するかについて明らかにしていなかった。この点、1986年判決は確かに一定の行為状況の特定を要求した。しかし、抽象的な判断基準が示されたわけではなく、判例としての立場は明らかでないままである⁷¹⁾、「所為の客体の種類を超える表象」が特定ありといえるため

71) BGHSt 42, 135 は、判例の現状につき「どのような行為事情が各事案において正犯行為の本質的なメルクマールとみなされるべきかは、これまで事件ごとに判断

の必要条件といえるかについては、なお検討の余地があるように思われる。

1986年判決以降の学説も、満足な解決法を提示したとは思われない。判例の立場を是認する見解には、判例に向けられたのと同じ疑問を向けることができる。特定性を厳格に認定しようとする試みも見られるものの、判断に際して考慮すべき要素を指摘するにとどまるのか、認定のために充足を要する基準とする趣旨なのかについて明確でないところがある。

モンテンブルックに対しては、「根本構成要件」の認識で足るとすることは責任原理に抵触する恐れがあり、そこに属するとされる個別構成要件の範囲があいまいなため、教唆犯の成立が広汎に及ぶのではないかと批判が向けられていたほか、限定の基準とされる「所為の像」も内容が不分明であると指摘することができた。

特定性を「許された危険」の観点により捉えようとする見解は、特定性の判断を教唆行為の性質という客観面に位置付けるもので注目に値する。そのうち、ヘルツベルクは「許された危険」に特定性問題を解消しようとする。しかし、教唆が許されるかどうかを判断する一要素として特定の程度が考慮されるのであり、特定性についての判断が不要になるわけではないとの疑問が残るほか、その点を度外視しても、許された危険の具体的な判断基準はなお不分明といわざるをえない。ヤコブスは、被害者、場所、時間、手段などの要素を取り出したうえでそれらの点の確定を必要とするものの、それに加えて構成要件による特定を要するとするのか、また上述の要素が全て確定されている必要があるのかといった点が不明であるといえる。

以上のように、判例・学説が個別事例の解決を越えて一般に妥当する基準を定立することができないできた背景には、なぜ教唆行為に特定性が要求されるのかという基礎付けの議論が十分に展開されていなかったことにも一因があるように思われる。特定性の位置付けや判断基準は、特定性がなぜ必要なのかと

されてきており、一般的に妥当する基準が展開されることはなかった」と述べている。

いう根拠に立ち返って論じることで初めて説得力を持つといえよう。次章では、教唆行為の特定性の基礎付けを試みる見解を紹介し、検討を加えることにする。