

# 教唆行為における正犯の所為の 特定性に関する考察（2・完）

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、61巻2・3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（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

一 本章では、教唆行為に特定性が要求される根拠をどこに求めればいいのかにつき、幫助との異同も念頭に置きながら、ドイツの判例や学説を手がかりに検討を進める。

この点を論じた代表的な論稿には、1986年判決以前にドレーアー、1986年判決への応答としてロクシンのものがあるほか、これらに対する評価を加えたインゲルフィンガーの著作を挙げることができる。それぞれの検討に入る前に、1986年判決が行った基礎付けを確認したいと思う。

二 1986年判決は、「銀行あるいはガソリンスタンドをやらなければならない」という提案で教唆の成立にとって十分であるとするなら、「教唆と正犯行為との結び付きが緩められるため、所為に対する教唆者の刑法上の責任は、教唆者と正犯を同列に置くこと（刑法26条）がもはや正当化されないような、当罰性が疑わしい事例にまで拡大されてしまう」と述べ、特定性が必要である理由を、不特定な教唆には正犯と同等の法定刑により処罰するほどの当罰性が欠ける点に求めている<sup>72)</sup>。教唆犯と正犯が同等の法定刑で処罰されること（以下、「教唆犯と正犯の同等処罰」と言う）が、特定性の根拠となると考えているのである。

三 次に、ドレーアーによる基礎付けである。彼の論稿は、ドイツ刑法111条の犯罪行為への公然の煽動<sup>73)</sup>を扱ったものであるところ、煽動を行った者の認識内容との関係で、教唆の特定性の問題にも触れている。彼は、教唆内容の特定は必要としたうえで、その要件に関しては、プロイセン時代以来の判例や文献を引用しつつ、対象とされる所為の種類がその法的な本質（Wesen）により特徴付けられていれば教唆は特定されていると述べるにとどまり、それ

72) BGHSt, 34, 63, S. 65f.

73) 条文および訳は注51参照。

以上の具体化は行っていない<sup>74)</sup>。もっとも、提案が具体的でなく、単純な窃盗か加重窃盗かどちらを意図しているのかわからない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が助けになると主張している。これは複数の構成要件に当てはまりうる教唆行為につき、構成要件による特定を緩和し、軽い方の構成要件に関する教唆を肯定する趣旨と解釈できるけれども、いずれにせよ、どの構成要件間でそれが認められるかについて明示していない。

このように、特定性の要件に関しては目新しさはないものの、ドレーアーは、教唆行為に特定性が要求される根拠につき、「共犯の本質」、および、従属性の観念が要請する「責任の限界」を挙げている点で注目される。前者の「共犯の本質」について、彼は、「被教唆者の抱く決意は具体的な所為に関するものでしかありえない。すなわち、教唆者の教唆行為もその故意と同様に具体的な所為へと向けられていなければならない」と指摘し、共犯は具体的な正犯行為への関与をその本質とするのであるから、そのような具体的な正犯行為の認識を教唆者が有していることが必要であると述べる。後者の、従属性に由来する「責任の限界」については、「具体化されていない所為への決定付けを教唆とみるならば、共犯過剰の限界を確定でき」ず、共犯の従属性を維持できないと説いている<sup>75)</sup>。正犯行為についての認識が不特定でよいとすると、結果として正犯がどのような犯罪を犯すことになっても、広く教唆者に共犯としての責任が認められることになり、「共犯の過剰」という問題は生じないことになる。したがって、教唆者の故意において、正犯行為についての最低限度の具体化が不可欠だと主張するのである。

四 ロクシンは、1986年判決以前から、教唆の特定性に関し、「不法の本質的規模 (wesentliche Dimensionen des Unrechts)」という独自の枠組みを提示していた。彼によると、「不法の本質的規模」は教唆が行われた状況の全体

74) Eduard, Dreher, Der Paragraph mit dem Januskopf, Festschrift für Gallas, 1973, S. 318. なお、犯行の場所、時間、侵害客体の特定を不要とする判例が引用されており、明示はしていないものの同様の立場と推察される。

75) Dreher, a. a. O. (Fn. 74), S. 320.

像から教唆行為を解釈してその存否が判断される。例えば、窃盗により生計を立てればいい、あるいは窃盗により金を調達したらどうかという提案は、正犯と教唆者それぞれの寄与が一定程度確定されている場合には、特定されたといえるのだとしていた。彼は、教唆者の故意が犯罪構成要件と不法の本質的規模の双方を捉えていなければならないとしたのである<sup>76)</sup>。

ロクシンは、1986年判決の評釈において、構成要件のみによるのでは所為の特定性の要求は満たされない、という限りで連邦裁判所の判示に賛成している。そこで彼は不法の本質的規模による限定を試みる。この評釈では、限定の根拠として「量刑のための手がかり」が挙げられており、注目に値する。責任というものは、意識的に惹起した不法の程度に応じている。例えば窃盗の構成要件は、取るに足らない物から非常に高価な物までその窃取を対象とするし、傷害の構成要件も尻への無害な一撃から重い身体的虐待までカバーしている。一口に窃盗や傷害といっても被害の程度や悪質性はさまざまであり、構成要件のみによる特定では、どの程度の不法の量が教唆者に帰属されるべきかが明らかにならず、ひいては共犯を適正に処罰するための資料がないことになる。「〔正犯が〕構成要件を現実化させる方法や、〔それによる被害の〕程度についての表象を教唆者が有していなければ、どのような刑を教唆者に科すことができるかについての十分な手がかりが与えられない」のである（〔 〕内は引用者挿入）。かくして、所為の対象となる客体にどの程度の被害をもたらしたかが「不法の本質的規模」として確定される必要があり、教唆者もその点につき表象していなければならないとする。彼は、損害の程度や侵害の手段・方法を「不法の本質的規模」の中に取り入れる一方、客体、場所、時間による具体化は不要だとして1986年判決を批判する。なぜなら、それらは所為の不法にとって重要でなく、教唆者の当罰性に関連しないからだというのである<sup>77)</sup>。

76) Claus Roxin, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2003, §26, Rn. 47ff.

77) Claus Roxin, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. 4. 1986 (BGHSt 34, 63), JZ 1986, S. 908. もっとも、ロクシンは、被告人に教唆の成立を否定した判決の

自らの見解を裏付けるために、ロクシンは2つの事例を提示する。第1は、テロ集団のリーダーLが、グループ内のメンバーに実行方法等をすべて任せた上で銀行強盗を行うよう指示した、というものである。1986年判決の解釈に従った場合、Lの表象の中では犯行の客体は「銀行」という種類以上には特定されていないため、Lは不可罰となる。ロクシンはこれを耐え難い結論だとし、次のように主張する。ここでは、教唆者Lは、どの銀行に押し入るのが最もいいか、いつ押し入るのが一番有利かを正犯に委ねている。しかし、それは単に「犯罪戦略」の問題であり、Lの当罰性に影響を与えない。よって、不法の本質的規模が満たされると。第2は、ある者が、職業的な窃盗犯に高い報酬を払い、その者が選んだ特定の宝石店において、都合のいい日時でよいから、一定の価値のダイヤモンドを盗んでくれと依頼した、という事例である。ここでも連邦裁判所の見解によると不可罰となるといい、ロクシンはその結論を不当だと批判するのである<sup>78)</sup>。

五 インゲルフィンガーも、その基礎付けの問題を視野に入れつつ、教唆行為の特定性について詳細に論じている。まずは彼が特定性に関して立てる要件を見ることにする。

(一) 彼は、教唆者の故意は正犯行為およびその状況に結び付いていなければならないという原則を確認した上で、正犯が「法的な構成要件」に属する事情を認識していなければ故意を認められないこととの比較を試みる。彼は、「共犯者は、原則として特定の構成要件への当てはめを可能とする程度に正犯行為の状況を認識していなければならない」、すなわち、構成要件レベルの特定を必要とするのである（強調は原文<sup>79)</sup>。

---

結論には賛同している。「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」という発言は、法益侵害すなわち目標に向けられた所為の勧奨を意味しないからだという（Roxin, a. a. O. (Fn. 76), §26, Rn. 51)。

78) Roxin, a. a. O. (Fn. 77), S. 909. ただし、ロクシンは、連邦裁判所ならばこのような事例につき教唆者を不可罰とするであろう理由を説明していない。おそらく、教唆の内容に、窃盗の遂行とおおよその被害額しか含まれていない点にあるものと考えられる。

79) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 84, 86.

しかし、インゲルフィンガーは、このことを厳格に貫けば可罰性の隙間が生じるとして、一定程度の「構成要件」の拡張を容認している。すなわち、2つ以上の構成要件が段階的關係（Stufenverhältnis）にある場合には、複数の構成要件にまたがる表象であっても教唆の成立を認める一方、異質的關係（aliud-Verhältnis）にある場合には、教唆の成立を否定する。段階的關係として、一方の構成要件が他方の構成要件に包摂される場合（特別關係）と、一方の構成要件が時間的に他方の構成要件の前段階に位置する場合（補充的關係）を挙げる。例えば、教唆者が正犯行為として刑法223条の傷害を表象し、傷害の具体的な手段について表象していない場合、傷害と特別關係にある刑法224条<sup>80)</sup>の危険な傷害も教唆者の表象の中に含まれ、正犯が危険な傷害を犯したとしても、教唆が肯定される（もともと、224条の加重メルクマールにつき故意がない以上、教唆者は223条の単純な傷害に対する教唆にとどまる）<sup>81)</sup>。さらに、ごく狭い範囲で認められる例外として、刑法249条の強盗と255条の強盗

80) インゲルフィンガーの原文には223条 a とあるが、1998年の改正により、現在、危険な傷害は224条に規定されている。なお、現行の224条は、以下のような条文である（2項は省略）。

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

「(1) 1 毒物若しくは健康を害するその他の物質を投与することにより

- 2 凶器若しくはその他の危険な道具を手段として
- 3 陰險な奇襲を手段として
- 4 他の関与者と共に共同して、又は
- 5 生命を危険にさらす取扱いを手段として

傷害を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に、犯情があまり重くない事案では、3月以上5年以下の自由刑に処する。」（訳は注27の文献に拠った）

81) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 91f.

的恐喝<sup>82)</sup>のように、複数の構成要件の内容が非常に近く、統一的な処罰規定を立法者が作ることも可能な場合や、不法の種類および重さにつき近接性が認められる場合（近接関係）には、表象内容がずれていても教唆が認められるとする<sup>83)</sup>。この限度の「拡張された構成要件」内では特定を認めるというのである。

インゲルフィンガーは、モンテンブルックが提示した、妻が夫に物を「調達」するように決意させる事例につき、次のような解決を提案している。すなわち、この場合には正犯行為として窃盗、盗品等関与、詐欺や恐喝が考えられ、構成要件レベルで特定されていない。確かに、これらの構成要件の間には、モンテンブルックが財産移転犯罪としてまとめるような近しい関係は存在するものの、特別関係も補充的關係もあるとはいえない。必要とされる物を夫がどのような手段——例えば、占有侵害によるのか欺罔によるのか——で獲得するかについて妻が表象していないことからすると、妻の決定付け行為は教唆には該当しない<sup>84)</sup>、と。

インゲルフィンガーは、所為が特定されたといえるためには、さらに「知的優越」が認められる必要があるとする。教唆犯とは、正犯が目標を立てて自らそれに向かって行動するのでは足りず、自ら正犯に目標や計画を提示して正犯を方向付ける「知的惹起者」でなければならないというのである。彼はこれを「操縦のモメント (Lenkungsmoment)」と呼んでいる<sup>85)</sup>。正犯が犯すべき犯罪の内容がより具体的に示されれば示されるほど、知的優越の程度は高くなるものと考えられるところ、このような意味での「操縦」が認められるためには、教唆者が正犯行為につき精確な認識を有していることが要請される。彼は、この意味で構成要件を超える特定が必要であるとし、それは事例に応じて異なる「計画の本質的な要素」であるとする。具体例としては、被侵害客体が厳密に

82) 規定および訳は注27参照。

83) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 105.

84) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 92f.

85) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 147ff.

確定される場合には常に操縦が認められるとしても、それは必要条件ではなく、無差別テロ行為の教唆のように被害者を個人として特定することが本質的でない場合には、場所や時間を通じた特定でも操縦があるといつてよいとする<sup>86)</sup>。

以上に加え、インゲルフィンガーは、知的優越の程度が低くて特定性が足りない事例についても、「意欲的優越」による補完を認めている。これは例えば、教唆者が正犯に害悪を告知して行為をさせるものの、いまだ緊急避難（刑法35条）の要件である「他の方法では回避することのできない現在の危難」に至っていない場合や、教唆者の賛同を正犯が実行の条件にした場合に認められるという。このように教唆者が正犯の意思に強い影響を与えた場合には、知的優越が認められなくても教唆の成立を認めて差し支えないと説く<sup>87)</sup>。しかし、知的優越または意欲的優越が認められる場合でも、「拡張された構成要件」の限度で特定されていなければ、教唆は成立しないと主張するのである<sup>88)</sup>。

(二) 以上述べたところから明らかなように、インゲルフィンガーは、教唆行為の特定性を教唆者の故意に関する要件と位置付けている。彼は、「拡張された構成要件」による特定が必要とする根拠を、故意が持つ「負責限定」機能に求めている。すなわち、特定性の要件を少なくすれば教唆の成立範囲が広がる関係にあり、教唆者の表象内容は適切に限定されなければならない。教唆者は、自らの教唆行為についてだけでなく、正犯行為に関しても故意を有していなければならないため、教唆者は、原則として個別の構成要件に当てはまる正犯行為の状況や、その当てはめのために重要な事情について認識している必要がある<sup>89)</sup>。しかし、教唆者は正犯行為を具体的な事実として認識しているため、正犯行為が具体的にどの構成要件に当てはまるかはしばしば不精確である。個別構成要件の特定を厳格に要請することで処罰の間隙が生じるのであり、段階的關係あるいは近接關係を限度に、構成要件の拡張が許容される<sup>90)</sup>、と。また、

86) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 216f.

87) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 146ff.

88) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 174.

89) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 83ff.

90) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 90ff, 102.



知的優越あるいは意欲的優越が要求される根拠としては、教唆犯と正犯の同等処罰を挙げている。犯罪行為の遂行を指導し、正犯に対して強い影響力を行使するからこそ、正犯と同等の処罰を正当化するほどの当罰性があるというのである<sup>91)</sup>。

以上の知見を踏まえて、インゲルフィンガーは1986年判決の事案を次のように解決する。被告人の表象には犯情の重い強盗（刑法250条）も犯情の重い強盗的恐喝も含まれており、これらは近接的關係にあるので、「拡張された構成要件」としては特定されている。しかし、被害客体などは具体的に明らかでなく、正犯Wに対する知的優越が認められないほか、被告人の発言は単なる助言であって意欲的優越も欠けている、と<sup>92)</sup>。かくして、教唆は否定されるのである。

## 第2節 批判的検討

— 以上で紹介したドレーアーやロクシン、およびインゲルフィンガーの見解には、いくつかの疑問を提起できよう。

ドレーアーは「共犯の本質」および「負責の限界」による基礎付けを図った。このうち、「共犯の本質」については、少なくとも教唆により決意が形成される時点では、正犯の認識においてすら所為は具体化されていない場合が多いという点を指摘できる。時間や場所、被害者など犯行態様は決意形成以後の状況によって変わりうる。加えて、教唆の「本質」上、犯罪実行の詳細は正犯に委ねられており、教唆者はほとんどの場合正犯自身のように所為の正確な表象を有していない。教唆者の持つ表象の内容を正犯と同等とすることには無理があり、もしこれを要求するならば、教唆が不成立となる範囲があまりに広くなる<sup>93)</sup>。

従属性に基づく「負責の限界」については、そこでいう「従属性」とはいわ

91) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 212f.

92) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 229f.

93) Ingelfinger, a. a. O. (Fn.31), S. 39.

ゆる罪名従属性と解されるところ、それは共犯に成立する罪名と正犯のそれとの関係についての議論であって、教唆自体の特定性と直接には関わらないと思われる。不特定な所為への決定付けが教唆に問われるならば共犯の過剰が限界付けられないというのはそのとおりである。しかし、共犯の過剰が適切に限界付けられるように教唆を特定することはできない。両者は別個の議論なのである<sup>94)</sup>。

二 ロクシンには、次のような批判が向けられる。ロクシンは、所為の特定性を認めるために構成要件の特定に加えて「不法の本質的規模」を要求し、その理由として「量刑にとっての手がかり」を得ることを挙げている。なるほど、教唆のもつ「不法の本質的規模」は量刑の手がかりとなるかもしれない。しかし、そうだとすると、量刑に関する事情の全てが「不法の本質的規模」を規定するわけではない点には留意を要する。これは、ロクシン自身による「不法の本質的規模」の構成に表れている。すなわち、ロクシンは犯罪の手段・方法および被害の程度をそこに含める一方で、犯行の場所や時間なども事案によっては「量刑にとっての手がかり」となりうるにもかかわらず、これらを除外している。重要なのは差別的取り扱いの理由であるが、彼はそれを説得的に説明していない。「不法の本質的規模」、ひいては教唆の特定性の内容が恣意的に構成されているとの疑いが残るのである<sup>95)</sup>。

94) なお、インゲルフィンガーは、ドレーアーのいう従属性を要素従属性の問題と解し、「従属性とは単なる法技術的手段であり、〔正犯による〕故意の違法な所為が客観的に存在すれば足りるということを述べるのみである。しかし、そのような所為は教唆者の表象が不特定な場合にも存在している」という批判を加えている（〔 〕内は引用者挿入）。Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 39.

95) また、1986年判決は、次のように述べて、ロクシンの立てた要件が教唆の成立範囲の限定として機能していないと批判している。すなわち、ロクシンの見解によると、「教唆の関連する対象は、もはや教唆者が決意の惹起により関与するところの具体的・個別化可能な所為ではなく、その中に現れる一般的・抽象的な『不法の規模』となる。それにより、教唆と正犯行為の結び付きは極めて緩やかなものとなり、所為に対する教唆者の刑法的責任が、もはや当罰性が疑わしく正犯との同置が正当化されないような事例にまで広がることになる」と。BGHSt, 34, 63, S. 65f.

三 インゲルフィンガーは、故意の負責限定機能を「拡張された構成要件」レベルでの特定を要することの根拠に用いているところ、教唆は正犯行為の属する構成要件と結び付いていなければならないことを示すものとして、それは適切であると思われる。しかし、彼が立てた「拡張された構成要件」については、まず補充的關係が認められる構成要件がどのようなものかがよくわからない点を指摘できる<sup>96)</sup>。その定義からは、我が国の牽連犯のような場合を含むようでもあり、そうであるならば、全く法益を異にする犯罪の間でも段階的關係が肯定されることになろう。これは妥当でないと考えられる。また、特別關係が基本犯と加重・減輕構成要件との間にしか認められないとすれば、処罰の間隙が生じるように思われる。そこで持ち出されたと考えられる近接關係という例外については、「近接」の範圍が不明確と言わざるをえない。

インゲルフィンガーは、正犯の所為が特定されたといえるためには、「拡張された構成要件」の指示に加えて「知的優越」、すなわち教唆犯による「操縦」を要求している。知的優越の有無は教唆者と正犯の「計画の本質的要素」に応じて判断される。この点は、教唆の特定性が個別事情に左右される面があることを明らかにする意味では支持できると思われる。一方、「意欲的優越」は正犯の意思の側面に着目しているところ、特定性は教唆行為そのものの性質に属すると考えるべきである<sup>97)</sup>ことからすると、特定の有無自体は教唆者による指示の内容とそれに関する背景事情をもとに判断すべきである<sup>98)</sup>。正犯の意思への働きかけの度合いが大きくても、それをもって「特定」の認められる範圍を拡げるべきではないと解される。

四 ここで、幫助との關係を検討することで、教唆の特定性をどのように基礎付けるべきかを考えてみたいと思う。

96) インゲルフィンガーは著作の中で、補充的關係にあるとする例を挙げていないため、本文で指摘した疑問は解消されないと思われる。

97) 前述第2章第3節三および後述第5章第1節参照。

98) インゲルフィンガー自身も、「意欲的優越」は特定性要件の内容をなすものではないと捉えていると推察される。意欲的な支配があることで、「所為の特定性の欠如」が補充されるとしているからである (Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 222.)。

インゲルフィンガーは「操縦」の概念を幫助との関係で次のように説明している。すなわち、幫助犯は正犯の計画を前提として、それに従い援助提供を行うに過ぎないのに対して、教唆犯は新たな犯意を生み出すことにより、正犯の計画を作りあるいは変更するような強さを持っている、言い換えると、幫助犯は正犯の行為計画に対して「従属的」であるのに対し、教唆犯は正犯の計画を「操縦」するのである、と<sup>99)</sup>。知的優越の要件を教唆犯と正犯の同等処罰から導いていることも併せ考えると、彼は教唆と幫助とで特定性は異なると解していることになる。

一方、ロクシンは教唆の（故意における）特定性の根拠として「不法の本質的規模」を挙げていた。しかし幫助においては、「従犯は、所為が当てはまる場所の構成要件を認識していれば足りる」として、これを要求せずに正犯行為の属する構成要件の認識で十分とするような態度を示している<sup>100)</sup>。これには、インゲルフィンガーが次のような批判を向けている。教唆犯の表象における正犯行為の特定性を要求する理由が、教唆犯につき適切な量刑を決定するための手がかりであるなら、同じく他人を通じた犯罪であるところの幫助犯についても、それが等しく要求されるはずである。ロクシンが共犯者の持つ表象の内容について教唆犯と幫助犯で区別しているとすれば、そこに矛盾が見られる、と<sup>101)</sup>。

判例の立場はどうであろうか。1986年判決は、幫助者の表象における正犯行為の特定性については判断を留保しつつ、教唆に関しては正犯との同等処罰に根拠を求めていた。幫助に関しては、1996年の連邦裁判所判決を挙げるものが

---

99) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 156.

100) Claus Roxin, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1985, §27, Rn. 30. なお彼は、それ以降の版においては、教唆犯における特定性の要件と幫助犯におけるそれとの関係について、極めてあいまいにしか述べていない。Roxin, a. a. O. (Fn. 76), §27, Rn. 47.

101) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 70. また、ヘルツベルクは、本稿第3章第2節で指摘したとおり、連邦裁判所やロクシンの見解に対して、教唆以外の他人の所為を誘発する事例に対して妥当させることができないという批判を加えている。Herzberg, a. a. O. (Fn. 61), S. 617f.

できる。同判決は、「共犯者の故意は——教唆犯であれ、従犯であれ——……本質的なメルクマールあるいは根本的特徴により具体化された所為を捉えていなければならない」として、特定性自体は教唆にも幫助にも要求している。もっとも、特定性の内容に関しては、幫助犯は「具体的な被害者や所為の時間を認識していることも、目論んでいる所為の選択肢のうち正犯が最終的にどれを行うと決断するかを知っていることも要しない」と消極的に判示するにとどまっております。被害客体等による具体化が挙げられていない分、教唆よりは特定性を広く認めるように解される<sup>102)</sup>。

同判決は、特定性を必要とする根拠を教唆と幫助の構造的差異を踏まえて述べている点で注目される。すなわち、「結局、共犯者の故意に特定性の要件を立てる根底には、次のことがある。それは、行為計画の本質的な個別事項をすでに知っている共犯者のみが正犯行為の遂行を真剣に考慮に入れている、ということである。正犯行為の遂行を十分に蓋然的にするような行為事情は、共犯者の故意にとって本質的なものと見なされるべきである」、もっとも、「〔教唆と幫助で〕共犯としての構造が異なり、正犯の所為に対する近さに差があること、また法定刑が異なる（教唆犯は正犯と同等であり、従犯は必要的に減輕される）ことから、従犯の故意には教唆犯の故意とは別の基準が立てられるべきである」、とする（〔 〕内は引用者挿入）。判例は、教唆と幫助の構造的な違いを意識しながら、教唆については正犯との同等処罰から特定性を基礎付けていると考えられるのである。

五 以上を踏まえて、教唆において特定性が要求される趣旨を検討する。

狭義の共犯である教唆は正犯行為を通じて法益侵害を惹起するという特徴を有することからすると、インゲルフィンガーが故意の「負責限定機能」から導いたように、教唆行為が正犯行為の属する構成要件と結び付いていなければならない。構成要件が違法行為を類型化したもので（も）あること、違法の実質が法益侵害にあることは、多数の支持を得ていると思われる。特定性は教唆行

102) BGHSt 42, 135.

為そのものの性質として問われるのであり、まず違法行為の類型である構成要件を指標として可罰領域を限界付けることが要求される。

上の点は同じく狭義の共犯である幫助にも認められるところである。これに加え、正犯と同等に処罰される教唆の場合、それに見合う当罰性が必要である。我が国の刑法61条やドイツ刑法26条が教唆犯の法定刑を正犯のそれと同じくしていることの根拠を巡ってはさまざまに論じられるが<sup>103)</sup>、十河教授は、「教唆犯が正犯と同じ程度に構成要件的结果の実現に対して重要な役割を演ずる」点を指摘している<sup>104)</sup>。教唆犯が演ずる「重要な役割」とは、まさにインゲルフィンガーがいう「新たな犯意を生み出すことにより、正犯の計画を作りあるいは変更する」ことといえよう。すなわち、教唆は正犯の犯行をいわば作り出し、犯罪現象に「原因力」を強く持つものである<sup>105)</sup>。この点を重視すれば、そのような強い原因力が認められるほどの実体が伴っている場合に初めて教唆の成立を認めるべきだと考えることになる。教唆が具体的であれば、法益侵害をもたらす正犯行為の危険性が高まるといえるのに対して、抽象的な内容にとどまれば、犯罪の内容の多くを正犯が自ら決定することとなり、教唆者が設定した危険が正犯行為、ひいては法益侵害に実現したとはいえない、言い換えれば、「原因力」がない。

要するに、教唆行為に特定性が要求される根拠は、狭義の共犯の特徴として、教唆行為が正犯行為の属する構成要件と結び付いていなければならないこと、および、特定されることで教唆行為の危険性が高まり、正犯と同等の重い処罰に見合う実体が認められることにあると解される。

次章では、以上のような基礎付けを踏まえて、具体的にどのような要件を課すべきであるかを検討する。

---

103) 詳しくは、斉藤誠二「教唆犯をめぐる管見——その概念と処罰の根拠」中央大学法学新報103巻4・5号33頁以下(1997年)、十河太郎「教唆犯の本質に関する一考察(一)」同志社法学43巻2号67頁以下(1991年)参照。

104) 十河太郎「教唆犯の本質に関する一考察(二・完)」同志社法学43巻3号132頁。

105) 斉藤博士はこのことを、犯罪結果の惹起に対し「イニシアティブをとって火をつけたもの」と表現している(斉藤・前掲(注103)45頁)。

## 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

教唆はなぜ特定されなければならないかという基礎付けを経て、本章では、特定性要件自体について検討を進める。まず、特定性は犯罪論体系上どこに位置付けられるべきなのか<sup>106)</sup>。

ドイツにおいては、一部の学説が、特定性を教唆の客観面に位置付ける、すなわち、教唆行為の性質として、客観的帰属の問題として、あるいは教唆行為の持つ許されない危険の一場面として扱っていた。しかし、判例および多数説は教唆者の故意の問題として、すなわちその表象内容の具体性という点からアプローチしている。これに対し、我が国の判例は、大正13年決定が、「教唆者が……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」と述べているものの、多くは指示の内容が特定されているかどうかを問うていることから、一般に教唆行為の性質として特定性が考えられていることが窺われる。学説でも、体系書などにおいて「教唆行為の意義」ないし「教唆の方法」の項目のもとに記述されることが多いことからすると、特定性の問題を客観的な教唆行為の性質の問題として扱う傾向が強いことは指摘できると思われる<sup>107)</sup>。もっとも、教唆の故意としての相当性と捉える見解のほか、因果関係や錯誤の視点を指摘する見解や、因果関係を確定するための要素とする見解も見られ、特定性の問題の位置付けが固まったとは言いがたい。

先に指摘したように、教唆行為が特定されていれば、正犯行為を通じた法益侵害の危険性が高まり、正犯と同等の処罰を正当化する実体が備わるという関

106) なお、インゲルフィンガーは、正犯行為に関する教唆者の表象と客観的な教唆行為の内容は密接な関係にあり、両者の具体化の程度はほとんどの場合同一であるため、特定性の問題を解釈学上どこに位置付けるかは、現実的にはさほど重要でないとする。Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 75.

107) 奈良俊夫『概説刑法総論 第3版』315頁（芦書房・1998年）、中山研一『刑法総論』469頁（成文堂・1982年）、安廣／大塚・前掲（注19）464頁以下、団藤・前掲（注10）405頁、大谷・前掲（注13）462頁、鈴木・前掲（注13）199頁など。

係にあった<sup>108)</sup>。この点からすると、特定性要件は危険の増加と結び付いており、構成要件ないしは違法性のレベルで捉えることが適切であると解される。また、正犯が特定の犯罪行為を行う決意を形成するための材料は、教唆犯の認識・表象内容ではなく、教唆犯の挙動であるところの教唆行為である。さらに体系論的には、客観的要素である教唆行為が主観的要素である（教唆の）故意よりも前に確定される必要がある点、ならびに、我が国の学説の検討で述べたように<sup>109)</sup>、教唆の特定性を因果関係に位置付けることには疑問がある点も挙げられよう。

## 第2節 特定性の内容

### 第1款 構成要件による特定

一 教唆行為の特定性につき、どのような要件を定立すべきかが次の課題である。教唆行為が十分な危険性を持つといえるためには、正犯行為が「個別化された事象として」、あるいは「本質的なメルクマールにより」特定されていることが必要である。その内容を明らかにする。

まず、構成要件による特定が必要かどうかについては、前述した通り<sup>110)</sup>、狭義の共犯である教唆は正犯行為を通じて法益侵害を惹起するものであるから、教唆行為は正犯行為の属する構成要件と結び付いていなければならない。すなわち、原則として構成要件による特定が必要である。当罰性の観点から言っても、構成要件を特定しない場合には、犯罪の細目は正犯に委ねられているのであり、正犯行為を通じて現実化する教唆行為の危険性の程度は相対的に小さく、教唆とするには足りないものと言わざるをえない。

二 もっとも、教唆行為において特定の構成要件を指示しなければならない

108) 第4章第2節五参照。なお、本稿では、教唆犯の因果関係の対象が正犯の行為か結果かという問題や、教唆犯の故意が正犯の行う行為の結果に及んでいなければならないかという問題については、判断を留保する。

109) 第2章第2節参照。

110) 第4章第2節五参照。



とすれば、教唆が成立する範囲があまりに狭くなるという問題がある。例えば、AがBに、「Xの持っているバッグを手に入れろ」と指示した場合、Bが行うべき犯罪としては、窃盗、強盗、恐喝などを考えることができる。このような場合、Aの発言によりBが行為に出る危険性は十分高いといえるのであるから、複数の構成要件を想定できるからといって、Aに教唆の成立を否定するのは、許されない処罰の間隙を生むものといえる。

ドイツでも、同質的な構成要件間であれば、なお教唆を成立させる論者が見られた。近接する関係にある複数の構成要件から共通する不法内容を取り出して「超法規的な根本構成要件」を作るとしたモンテンブルック<sup>111)</sup>、「段階的關係」および「近接關係」にある構成要件間では教唆者の表象が複数の構成要件にまたがっていても特定されているとしたインゲルフィンガー<sup>112)</sup>である。しかし、両者ともそれらを認めるための下位基準を示していなかった。かくして、構成要件間に段階的關係や近接關係を認めることができるような同質性があるのはどのような場合かを提示しなければならないこととなる。

この点は、構成要件の概念から考えていくべきだと思われる。構成要件が違法行為の類型であり、違法の実質が法益侵害にあることからすると、構成要件間の同質性判断には法益が重要な役割を果たすこととなる。加えて、刑法を行為規範と解する立場からは、行為類型としての観点を外すことはできないと考えられる。以上より、複数の構成要件であっても特定を認めるためには、法益および侵害行為の態様において共通する「同質構成要件」であることが必要であると解される。

以上から、教唆行為は、まず同質構成要件による特定を要することが確認される<sup>113)</sup>。

111) 第3章第3節参照。

112) 第4章第1節五参照。

113) もっともこれは、「人を殺せ」、「物を盗め」と明言することを要求する趣旨ではない。背景事情を加味して、教唆者の言動が、ある同質構成要件を指していること客観的に受け取られうるなら十分である。例えば暴力団の組長Xが配下のYに対

## 第2款 構成要件を超える限定の必要性

一 続いて、同質構成要件による特定に加えてさらに要件が立てられるべきかを検討する。

先に述べたように、ドイツの1986年判決は、構成要件レベルの特定では足りないとして、被害客体等による限定をも行っていた。また、我が国の大正13年決定は、漫然と「窃盗をなすべし」といった特定の仕方では不十分だと判示して、構成要件を超える特定を要求していた。一方、昭和57年判決は、構成要件ではなく行為態様など犯行内容の詳細についての共通認識の存在により教唆を認めていた。

犯罪をその「主要なメルクマール」により特定することを要すると解する立場が多数であったドイツの学説では、構成要件を超える限定に関しては、「侵害方向」、すなわち被害者や被害客体による特定を挙げる見解が有力である。その反面、場所や時間、行為態様については、特定の有無を判断するに際して重視しない立場が大勢を占めている。

それに対し、我が国では構成要件を超える特定は不要と明言する論者が少なくない。安廣教授は、「窃盗などの犯罪の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ってよいであろう」<sup>114)</sup>としていたほか、伊達教授も、大正13年決定を念頭に、「被教唆者に対して犯罪行為を一定することなく漫然窃盗をなすべきことを勧誘したのみでは教唆たり得ないとしている判例があるがやや狭きに失する」<sup>115)</sup>と、同旨の主張をする。奈良教授も、「判例・通説は、『窃盗をせよ』というだけでは、なお教唆に当たらないとするが、犯罪の類型を示してその実行をそそのかす以上、教唆行為としては十分であろう（たとえば、無差別テロの指示とか、サラ金の貸金取り立てのための盗みの強

---

し、「Aにヤキを入れてこい」と言った場合、Yはその発言が少なくとも「傷害してこい」という内容を持つことを普段のXとYの関係から認識できるのであるから、Xの発言は傷害を教唆したと評価できる。

114) 安廣／大塚・前掲(注19) 466頁。

115) 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書 刑法 第三版』199頁〔伊達秋雄〕(有斐閣・1980年)。

要などを考慮する必要がある)<sup>116)</sup>と述べている<sup>117)</sup>。

しかし、被害者も何も示すことなく、ただ「人を殺せ」、「盗みをやってこい」などと言うだけの場合、なお犯罪の詳細は正犯が決定していると評価できるから、教唆行為の持つ危険性は小さく、教唆犯を成立させるには足りないように思われる。そのような場合、同質構成要件によるのでは十分でなく、さらなる要素による特定が必要であると解すべきである。

二 この点を巡り、教唆犯が正犯を「操縦」することを教唆の重要な要素としたインゲルフィンガーは、次のように主張している。教唆犯は所為の遂行を正犯に委ねるのであるから、細部にわたって正犯と同様の認識を教唆犯に要求することはできず、所為の本質的なメルクマールを認識していれば十分である。本質性の判断に当たっては、「〔正犯の所為の〕どの要素が教唆犯によって修正された場合に〔所為の〕同一性が失われるか」という基準が、犯罪のどの要素を教唆者が作り出したと言えれば操縦が認められるかを判断するに際して参考になる<sup>118)</sup>（強調は原文、〔 〕内は引用者挿入）、と。確かに、教唆者による働きかけが、被教唆者のすでに有していた決意の内容を変更したと見られうる場合、正犯行為およびそれを導いた教唆行為の危険性も以前のものとは異なる

116) 奈良・前掲（注107）315頁。

117) 錯誤に関し具体的符合説に立つ中山教授は、「判例は犯罪の特定性を要求し、通説もこれに従うので、『およそ人を殺せ』というのは殺人の教唆とはいえないことになる。しかし、判例・通説の立脚する法定的符合説は、『およそ人』であれば故意はみとめられるとするのであるから、その間に矛盾がないのかという問題が生ぜざるをえないように思われる」として、教唆の特定性の観点から法定的符合説を批判する（中山・前掲（注107）470頁）。確かに、犯罪事実の認識を構成要件のレベルで抽象化する法定的符合説は教唆犯の故意においても貫徹されねばならない。しかし、特定性を教唆行為の客観面に位置付けるならば、例えば「人を殺せ」と言うだけでは、教唆犯として処罰するだけの危険性を発生させたか疑わしいと思われる。このように考えると、法定的符合説の立場からも、構成要件を超える特定を要求する余地は残ると思われる。

118) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 185ff. このような正犯の決意変更は、ドイツでは“Umstiftung”と呼ばれ一般に認められている（例えば、Kühl, a. a. O. (Fn. 35), S. 722ff.）。一方我が国ではコメントされることは少ないものの、これが否定されているわけではないと思われる。なお、山中敬一『刑法総論』（第2版）886頁以下（成文堂・2008年）参照。

と評価できる。この意味で、正犯の所為の同一性に関わる要素が特定されているかどうかは、教唆行為の危険性の判断を左右すると考えられるのである。

インゲルフィンガーは、結果犯の場合、実行の場所、時間、手段方法を別のものにしても操縦したとはいえないが、被害者や被侵害法益を変更させる場合には、操縦が認められるとする。その理由として彼は、犯罪の「社会的意味内容」を挙げている。彼によると、「Aが、Xの殺害を決意しているTに、代わりにYを殺害するよう助言し、Tがそれに従った場合、AはY殺害の教唆により処罰される。法益は被害者と不可分の関係にあり、Xの殺害とYの殺害は社会的意味内容が異なるからである」<sup>119)</sup>。したがって、「それぞれの法益において、被害者〔の特定〕を通じて所為はその社会的意味内容を獲得する」。これに対して、「犯行の場所、時間、手段方法というメルクマール……は、行為により侵害されあるいは危殆化される具体的な被害客体を特定する役割を果たすことはほとんどない」<sup>120)</sup>（〔 〕内は引用者挿入）。

社会的には、犯罪は被害者あるいは被侵害法益を重要なメルクマールとして識別されるのであるから、それらを教唆者が変更させた場合には、正犯に新たな犯罪を決意させたと評価することができる。この点から、被害者および被侵害法益が、特定性の、ひいては教唆行為の危険性判断の要素として重要であるとするインゲルフィンガーの見解は支持できるように思われる。

三 このように、教唆の特定性判断において、被害者ないし被侵害法益の具体化が大きな役割を果たすとしても、常にこれを要求するのは、無差別テロや通り魔殺人を教唆する場合のように、被害者が誰であるかが教唆者にとっても正犯にとっても重要でない事例でも教唆が不成立となり、妥当でない。このような場合、教唆によって正犯行為の危険性は高まっていると見る余地がなお存在するからである。そこで、被害客体によらない特定が可能かどうかを検討する。

119) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 192.

120) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 196f.

窃盗などの財産犯は、一見すると被害者の特定が重要でないように思われるケースである。特に金銭を窃取などする場合、当事者の関心はどれだけの金額を得るかにあって、誰から奪うかではないことが多いといえる。この点に関し、マウラッハは、被侵害法益の性質により特定性の要件を区別すべきであり、人格と結び付いた法益の場合は被害者の確定が要件となるが、財産など人格と直接に結び付かない法益の場合にはそれは不要とした<sup>121)</sup>。一方インゲルフィンガーは、財産犯の場合でも、犯罪行為により不利益を受けるのは被侵害者（Verletzte）であるから、所為は被害者により社会的に区別されると説いている<sup>122)</sup>。被害者ないし被侵害法益が具体的な犯罪を識別する機能を持つことは、財産犯でも変わるところがない。この場合には、犯行計画も含めた背景事情を加味したうえで、盗まれる物や金額、あるいは行為場所や時間といった要素により被害者の特定を行うべきである。

また、被侵害法益が人格に結び付いている構成要件において被害者の個別性が犯罪の実行にとって本質的でない場合につき、インゲルフィンガーは、「爆弾テロの事例を操縦の観点から考えるならば、爆弾を爆発させる条件（例えば、具体的な百貨店、指定された歩行者専用通路）は、犯行内容の本質的な部分を構成する。危殆化され、侵害されるのは、爆発の時点にこの場所に滞在した人間だけである。被害者が個人として特定されていないとしても、空間・時間的な座標により確定されている」と指摘する<sup>123)</sup>（強調は原文）。このように、犯行計画上、個々の被害者が誰かが重要でない場合、被害者は場所ないし時間を通じて特定されていればよいと解される。

以上から、教唆行為は、構成要件により特定されていることに加えて、被害者や被害客体による特定が重要であるといえる。ただし、犯罪計画上、個人として被害者を特定することが重要でない事案においては、行為場所や時間などを通じた被害者の特定でも足りると解される。

121) Maurach, a. a. O. (Fn. 44), S. 685.

122) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 193.

123) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 216.

四 なお、被害者の特定がなされている場合であっても、それに加えて同質構成要件による特定を要求すべきである。

我が国では、宮本博士や植松博士、安廣教授のように、構成要件外の要素により犯罪の内容が具体的に示されていれば、必ずしも構成要件が特定されていなくてもよいとの立場が主張されている。被害者等が具体的に指示されている場合には、教唆犯の成立を認めてよいというのである。一方、インゲルフィンガーは、「拡張された構成要件」の表象は「最低限度の要件 (Mindestvoraussetzungen)」であって、常に求められると主張する。例えば、教唆者が正犯に「犯罪行為で生計を賄えばいい」と述べる場合、正犯が犯すことになる犯罪は窃盗や強盗など財産犯一般に及ぶ。ここで教唆を認めるならば、教唆の成立範囲が際限なく広がってしまい、責任原理と両立しないとするのである<sup>124)</sup>。

ここで、XがYに「Aを困らせてやれ」と発言する事例を考えてみる。この事例では、XおよびYにとっては、被害者Aの特定が重要であり、場所や手段は問題ではないから、構成要件は不特定でも「犯罪」の内容は特定されているともいえる。しかし、Yが行うべき行為は、窃盗、詐欺、名誉毀損、放火、傷害、殺人などが選択肢として考えられる。このような場合、実際に何をどのように行うかはYが自発的に決めたというべきである。言い換えると、同質構成要件による特定がなされていない場合、他の要素による特定があったとしても、Xの発言が持つ危険性は低く、少なくとも教唆を成立させるに十分とはいえない。Xの教唆犯の成立は否定すべきである。

五 最後に、本稿の立場からドイツの1986年判決の事例を検討してみると、以下のようになる。

「銀行かガソリンスタンドをやらなければならない」という被告人の発言は、Wが金を必要としていたという背景事情を勘案すると、強盗を教唆したものと評価することが可能であり、同質構成要件による特定はあったといえる。しか

124) Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 31), S. 84, 223f. もっとも、本文の事例は犯罪の場所や行為態様などの点でも特定されておらず、インゲルフィンガーの立場では、「知的優越」がないという理由によっても教唆の成立を否定できる事案である。

し、襲撃対象は「銀行またはガソリンスタンド」という限度でしか特定されておらず、時間や場所による限定もないことからすると、被害者が特定されたとはいいがたく、被告人に教唆は成立しないと解すべきである。

### 第3節 小 括

一 本章では、特定性の内容に検討を加えた。

まず、特定性の位置付けをめぐっては、ドイツでは、許された危険など客観面とする理解は少数にとどまり、教唆者の故意という主観面で捉える見解が多数であった。一方、我が国では、客観的な教唆行為の性質として扱う傾向が強いものの、教唆の故意としての相当性と捉えたり、錯誤や因果関係の視点を指摘したり、因果関係を確定するための要素であるとしたり、その位置付けは固まっていない状況にあった。教唆は正犯行為を惹起する危険性を具備していることを要し、特定されていることはこの危険性に関わるといえる。また、体系論上の要請からも、特定性の要件は教唆行為の（許されない）危険の問題として客観的なものと考えることが妥当である。

二 特定性の内容に関して、まず構成要件による特定が必要かについて考察した。教唆者は正犯行為を通じて法益侵害を惹起する点にその本質があるのであるから、原則として構成要件による特定は必要である。もっとも、そこでの構成要件は同質構成要件の程度にまで抽象化される。構成要件の同質性の判断基準は、違法の実質を法益侵害に求め、かつ、行為規範性を重視する立場から、保護法益とその侵害に向けられた態様を共通にするかどうかにかねて懸念がとられる。

三 続いて、構成要件を超える特定が必要かをめぐっては、ドイツでは被侵害客体による特定を重視する見解が見られる一方、我が国では構成要件を超える特定は過剰な要求であるとする立場が有力である。この点に関しては、構成要件の特定だけでは教唆行為の持つ危険性が低く、教唆犯を成立させるには足りないことから、同質構成要件を超える特定が必要であると解したうえで、その基準については、正犯行為のどの要素が変更されれば新たな決意が生じたと

いえるかという観点が参考になる。一般的には、被害者あるいは被害客體の変更は新たな教唆といえるのであり、したがってそれらの特定は重要ということになると解される。もっとも、財産犯や無差別テロの教唆など、犯罪計画上必ずしも被害者の個別性が意味を持たない場合も考えられる。そのような場合でも、構成要件による特定のみでは教唆行為の危険性は十分とはいえず、それを超えて、行為の場所や時間によって、あるいは被害物品や金額などを通じて被害者を特定していなければならない。

なお、構成要件以外の事情により「特定」がなされていても、同質構成要件による特定は常に必要である。正犯への働きかけが、複数の（同質）構成要件の実現を内容とするケースでは、実際に正犯が行うべき行為を決定しているのであり、その働きかけは正犯行為を惹起するという教唆としての危険性を内在していないといえるからである。

## 第6章 おわりに

本稿では、教唆はどの程度正犯行為の内容を特定してなさなければならないかについて検討を加えた。その結果を最後にまとめておきたい。

我が国の判例は傾向として、教唆行為の特定性は必要であるとしたうえで、各事案の背景事情を加味して犯罪行為の特定の有無を判断しているといえる。学説でも一定の限度で特定性を要求することには意見の一致がある。しかし、問題の位置付け自体が未整理であり、特定性の根拠や判断基準も示されてこなかった。

ドイツの判例は、構成要件に一定の重きを置くものの、それ以外の要素も含めて「主要なメルクマール」により（教唆者の表象における）正犯行為の特定の有無を判断する傾向があったところ、1986年判決が、構成要件類型および種類による客體の限定だけでは、所為は個別化されたことにならないとして、より厳格な立場を打ち出した。学説では、被侵害客體を重視するもの、「超法規的な根本構成要件」の概念を用いて構成要件による限定を緩和するもの、「許



されない危険」を創出したかを基準とするものなどが見られたが、説得力ある一般的な基準が提示されたとはいえなかった。

そこで、そもそもなぜ特定性が要求されるのか検討し、狭義の共犯としての性質から教唆行為は正犯行為の構成要件と結び付いていなければならないこと、教唆犯は正犯と同等の法定刑により処罰されるのであり、教唆行為にはそれに見合った実体を伴う相応の危険性が必要であることが導かれた。

特定性要件の犯罪論上の位置付けは、教唆行為が正犯行為を通じて法益侵害の危険性を高めるものであるというその根拠から、教唆行為の性質である（許されない）危険の一側面と捉えるのが適切と思われる。特定性の内容については、構成要件による特定は必要であることを前提として、教唆者の指示が複数の構成要件にまたがる場合であっても、それらが同質的な関係に立つならば、なお構成要件的に特定がなされていると評価されてよい。同質性の判断基準としては、保護法益と行為態様の共通性が挙げられた。構成要件を超える特定については、被害者および被侵害法益による特定が一般的に重要であることが導かれた。それらの限定が重要でない場合には、行為者らの犯罪計画などの背景事情を考慮して、行為の場所や時間、行為態様を通じた被害者ないし被侵害法益の特定を要求するべきである。しかし、それらが特定されている場合でも、同質構成要件による特定がなされていないければ、教唆行為による危険が正犯行為に実現したと評価できないため、教唆犯の成立を否定すべきである。

本稿では、教唆行為と正犯の決意形成あるいは正犯行為との関係の一場面として、教唆内容が具体的でない場合についての教唆犯の成否について論じた。本稿の立てた基準は、これまでの見解よりは詳しくなっていると考えるものの、個別事案への適用に耐えるような一層の精密化を図ることが、今後の課題である。