教唆犯の故意と錯誤をめぐって

川端博

一　はじめに
二　教唆犯の故意と共犯の処罰根拠論・未遂の処罰根拠論・故意論との関係
三　教唆犯の故意と共犯の独立性・従属性との関係
四　教唆と錯誤
五　おわりに

一　はじめに

教唆とは、他人を唆して犯罪を実行する決意を生じさせることをいう。したがって、教唆は、教唆犯の故意と教唆行為とから成る。教唆には、未遂があり得る（教唆の未遂）。なぜならば、教唆「行為」が存在する以上、その行為の未遂形態を観念することは可能であるからである。教唆の未遂は、未遂の教唆とは異なる。未遂の教唆は、未遂に終わらせる意図で教唆行為をおこなうことを意味するのである。未遂の教唆については、後で詳細に

論ずるが、教唆の未遂とは、教唆行為はなされたが、それに基づいて被教唆者が犯罪を実現するに至らなかったばあいを意味する。教唆の未遂には、①被教唆者が犯罪の実行を決意したにとどまるばあい、②行為に出たが可罰的行為に達しないばあい、③教唆行為と正犯の行為との間に因果関係が存在しないばあい、④教唆したが被教唆者が犯罪の実行を決意しなかったばあいがある。①②③を「効果のない教唆」、④を「失敗に終わった教唆」といい、両者を合わせて「企画された教唆」という。

共犯従属性説の見地からは、企画された教唆のいずれも教唆犯は成立しない。なぜならば、被教唆者（正犯者）が犯罪を実行していない以上、教唆犯は成立し得ないからである。すなわち、従属すべき「正犯」（未遂犯）が存在しないので、その教唆もあり得ないことになるわけである。これに対して教唆行為それ自体を実行行為と見る共犯独立性説は、教唆の未遂はそのすべてのばあいについて未遂犯の規定が適用されるとする。すなわち、いずれのばあいにおいても、教唆行為自体が完成しておらず、「未遂」と解せざるを得ないのである。(1) 教唆したが被教唆者がすでに犯罪の実行を決意していたばあいは③に含まれ、通説の見地からは、従犯の成否が問題となる。

従来、教唆犯の故意については、共犯従属性説と共犯独立性説との対立の観点から論じられてきたが、現在では種々の観点から議論されるに至り問題が複雑化し錯綜しているので、本稿において問題点を整理しその解明を試みることにしたい。

二　教唆犯の故意と共犯の処罰根拠論・未遂の処罰根拠論・故意論との関係

未遂の教唆と教唆の未遂に関して、浅田教授は、次のように主張される。(2) すなわち、「未遂の教唆という用語

は必ずしも明確ではない。正犯の犯行を最初から未遂に終わらせる意図で教唆する場合を意味するが（ここでもその意味で用いる）、たとえば殺人の教唆をしたところ正犯が実行に着手して未遂に終わった場合も殺人未遂の教唆と呼ばれているからである。他方、教唆の未遂は、一般には、教唆したが正犯が犯意を生じなかった場合および正犯が実行の着手に至らなかった場合を指すが、教唆して正犯が未遂に終わった場合に教唆者が未遂として処罰されることからすると、この場合を指すともいえる。これは私見によれば単なる用語の問題ではない。犯罪共同説（責任共犯論ないし不法共犯論）の発想からすれば、教唆についても正犯の犯罪が基準となり、正犯が殺人未遂であればそれを教唆したものとして教唆者は殺人未遂の教唆と呼ばれることになるのに対し、行為共同説（惹起説）の発想からすれば、教唆者は教唆という方法で殺人罪を行いそれが未遂に終わったのであるから殺人教唆の未遂ということになる。したがって、犯罪共同説からは未遂の教唆に二種類があり（共犯の実行従属性から教唆の未遂は不処罰）、行為共同説からは教唆の未遂に可罰的なもの（教唆して正犯が未遂の場合）と不可罰なもの（実行従属性に欠ける場合）との二種類があることになる。西田教授は、以上のような区別を実行独立性説と実行従属性説に対応させ、後者の立場から『未遂の教唆』に可罰的なものと不可罰なものがあるとしている。むしろ上記のように、行為共同説と犯罪共同説に対応するものとしたうえ、前者の立場から『教唆の未遂』に二種類あると考える方が適切であるように思われる」とされるのである。教授の主張には共犯の本質論との関連で検討されるべき論点が包含されている。

教授が指摘されるように、未遂の教唆と教唆の未遂は「単なる用語の問題」ではない。なぜならば、これは、「共犯」の本質の捉え方の如何によって重要な結論の相違をもたらすからである。さらに、これは「故意」の本質にも関わっていることを看過してはならない。共犯の本質との関連においては「共犯の処罰根拠論」が決定的な意義を有し、故意との関連においては、故意は法益侵害結果の単なる主観面への「反映」なのか、それとも構

成要件的結果の「実現」意思なのか、が重大な論点となる。[3] さらに故意の内容として「未遂」事態を包含できるか否かが、未遂の処罰根拠論の観点から吟味する必要があるとおもわれる。前者を①共犯論の観点、後者を②故意論の観点として検討することにする。

まず①共犯論の観点について、浅田教授は、共犯従属性説と独立性説の対立という図式ではなくて、「犯罪共同説（責任共犯論ないし不法犯論）」と「行為共同説（惹起説）」との対立の図式から捉え直すべきことを主張される。その視点は、理論的にきわめて妥当であるとおもう。わたくしも同じ理解をしているので、大いに賛意を表したい。しかし、その主張内容には賛成し難いものがあり、以下、それを明らかにしていく。両説の基本的な思考傾向は「発想」として捉えられ、それぞれが次のように特徴づけられている。すなわち、犯罪共同説の発想は、教唆についても「正犯の犯罪」が基準となり、「正犯」が「殺人未遂」であればそれを教唆したものとして教唆者を「殺人未遂」の教唆と呼ぶというのである。つまり、教唆者は「正犯の犯罪」を「共同」して実現したものと把握されることになるわけである。ここにおいては、正犯の犯罪に「従属」するのではなくて、正犯の犯罪を共同して実現したものとして評価されている。その意味において、さらにその限度において教唆犯の「独立」性が承認されていることになる。

これに対して行為共同説の発想は、教唆犯について「教唆」という方法で殺人罪をおこないそれが「未遂」に終わったのであるから殺人「未遂」の教唆の罪責を負うことをみとめるとされる。すなわち、行為共同説においては、教唆犯は正犯の「行為」とは別個に「教唆」行為が「殺人罪」を実現する方法として選択され、正犯「行為」と教唆「行為」が共同しておこなわれ、その教唆「行為」が「未遂」に終わっているから殺人「未遂」の教唆になると理解されている。このような理解によれば、行為共同説においても、教唆行為の独自性、さらに教唆行為の「独立」性が是認されていることになる。

以上のような理解を基礎にして教授は、次のような結論に到達される。すなわち、犯罪共同説からは未遂の教唆に二種類があり、共犯の実行従属性から教唆の未遂は不処罰となる。これに対して、行為共同説からは教唆の未遂に可罰的なもの（教唆して正犯が未遂のばあい）と不可罰なもの（実行従属性に欠けるばあい）の二種類があることになるとされるのである。はたしてこのような理解は妥当であろうか。

まず、犯罪共同説と行為共同説の捉え方であるが、両者の対立の出発点は、共犯は一個の「特定の犯罪」を共同して実現する犯罪現象なのか、それとも数個の「異種類の犯罪」を行為の共同をとおして実現する犯罪現象なのか、にあると解すべきであるとおもわれる。[1] 両者の結論の相違が顕著に現われるのが共同正犯であるから、両者の対立は主として共同正犯論において論じられる。そして犯罪共同説は「数人一罪」として、行為共同説は「数人数罪」として特徴づけられているのである。教唆犯についても両説が妥当するとすれば、この見地から把握されなければならない。そうすると、犯罪共同説においては、「正犯」の「犯罪」を基準として共犯者もその「犯罪」を共同して実現したか否かが重要となることは当然であるといえる。その意味において、正犯がおこなった殺人「未遂」を教唆行為をとおして実現したこととなり殺人「未遂」の教唆として扱われるべきことになるのは当然であるといえそうである。しかし、このような把握は、本来の犯罪共同説の思考枠を超えたものであるとおもわれる。すなわち、犯罪共同説と行為共同説の真の対立点は、共犯の把握として、一個の「犯罪類型」を「共通の故意」に基づいて実現したと解するのか、それとも数個の「犯罪類型」をそれぞれ「異なった故意」に基づいて実現したと解するか、にあるとおもう。つまり、両説は、固有の犯罪類型、つまり「基本的構成要件」に関連して議論されるべきなのである。すなわち、一個の基本的構成要件を「共同の意思」に基づいて実現されたといえるかを重要視するのが犯罪共同説にほかならない。これに対して行為共同説は、異なる数個の基本的構成要件をそれぞれ「異なる意思」に基づいて「行為」を共同して実現したと評価できるか否かを重要視するので

ある。ところが、教唆の未遂においては、特定の基本的構成要件の実現態様を問題にする「修正された構成要件」ないし「構成要件の修正形式」としての「未遂」が論点となるのである。つまり、教唆の「未遂」の可罰性の存否が問われるわけである。これは同一構成要件内における基本的構成要件と修正された構成要件の「量」的差異を問題とするものであって、後に見るように、未遂を教唆したのに正犯の犯罪が既遂に達したばあいの取扱いに関して「錯誤」論として重要な意味を有する。しかし、共犯の「犯罪」性ないし「可罰」性に関してはこの視点は重要ではない。

このように見てくると、未遂の教唆に関して、犯罪共同説と行為共同説との対立を直接、援用して理論的に基礎づけるのは必ずしも妥当ではないことになる。

さらに、犯罪共同説と行為共同説の相違に関して注目すべき指摘として次の点がある。すなわち、浅田教授によれば、犯罪共同説は責任共犯論ないし不法共犯論として特徴づけられ、行為共同説は惹起説として特徴づけられている。

次に②故意論の観点に関する浅田教授の所説を見ることにしよう。教授は、次のように指摘される[5]。すなわち、「未遂の教唆の場合、教唆行為があり、それによって正犯が犯意を生じ実行に着手しているのであるから、教唆犯の客観的要件は充たされている。しかし、正犯の犯行を最初から未遂に終わらせる意図で教唆したという点で、教唆の故意が認められるかが問題になる。すなわち、教唆の故意は、正犯を実行の着手に至らせることの認識で十分なのか、既遂結果の発生についての認識も必要なのかという問題である。これは、教唆とは正犯を実行の着手に至らせることを意味するのか、正犯を通じて結果を発生させることを意味するのかという問題を、教唆者の主観に投影したものであり、教唆は何故に処罰されるのかという教唆犯の根本問題に関わる。この問題は、当初（戦前から）、新旧両派の共犯論の対立を反映するものと位置づけられていた」とされるのである。教唆犯の故意

の内容それ自体については、後で検討するが、ここでは、教唆とは、正犯を実行の着手に至らせることを意味するのか、それとも正犯を通じて結果を発生させるのかという問題を「教唆犯の主観に投影したもの」であると明言されていることに留意しておきたい。これは、故意における反映主義の立場に立たれることを示すものである。わたくしは実現意思説の見地から反映主義には批判的立場を堅持してきているが、しかし、実現意思説の見地からの未遂の教唆に関する思考はヴェルツェルやマウラッハなどの目的的行為論者の所説にも反映している[6]。その批判的検討は故意の内容の個所で触れるが、ここでは浅田教授の所説の中に反映主義がすでに現われていることが重視されるべきなのである。

未遂の処罰範囲との関連において、①未遂の処罰根拠論と②教唆の故意の理解の仕方から考察すべきことを強調されるのは、前田教授である。教授は、まず共犯従属性と共犯独立性説の「ねじれ現象」について、「従属性説の基本は実行従属性にあり、一定の危険性が生じなければ未遂として処罰すべきではないという考え方を基礎とする。そうだとすれば未遂の教唆の処罰範囲も独立性説よりもむしろ限定的なはずである。ところが、結論は逆で、未遂の教唆の領域では、従属性説と独立性説で処罰範囲に関して、『ねじれ現象』が生じていた」と指摘される[7]。このような「ねじれ現象」が生じていることはまさにそのとおりである。問題は、その現象が生ずる原因は何かであり、それを明らかにする必要があるとおもう。この点については後で明らかにすることにして、今はこの現象を前提にしたうえで、教授の所説を見ることにしよう。

①未遂の処罰の態様について、前田教授は、まず、「客観面として、未遂処罰に必要な実質的危険性をどの程度のものと解するかである。結果発生が絶対に不可能な内容を教唆しても、可罰性は生じない、例えば、小麦粉を飲ませて殺すよう教唆する行為は、死の結果発生の危険を欠くので未遂にはならない。これに対し、致死量に満たない毒を飲ませるよう教唆する行為は、危険性の発生があるので未遂の可罰性が認められる」と指摘されて

いる。[8] これは、結果発生の危険性がみとめられるばあいには、その内容を教唆すれば、教唆の可罰性が肯定されることを意味する。いいかえると、実質的危険性を有する行為を教唆してこれを実行させたばあいには、未遂の教唆として可罰性がみとめられることになるわけである。さらに一般化していえば、被教唆行為（正犯行為）が未遂犯として処罰されるのに必要な「実質的危険性」を有するかぎり、それを教唆する行為は未遂の教唆として可罰性が肯定されることになるのである。[9] 未遂の処罰論の観点からは、この主張は妥当であるとおもわれる。

②教唆の故意に関して、教授は、「教唆の故意をいかに解するかに関しては、従来の従属性説・独立性説の視点より、共犯を『正犯者を犯罪に巻き込む行為』と捉えるか（責任共犯論）、『正犯者を介して結果を発生せしめる行為』とするのか（惹起説）の差、つまり共犯の因果性の重視の程度の視点が重要である。前者であれば、教唆の故意は未遂であろうと正犯が犯罪となることの認識で足りる。しかし、共犯も最終的な結果惹起と無関係に可罰性を考えるべきではなく、教唆の故意には結果発生の認識が必要だとすべきである」と指摘される。[10] ここにおいては、「共犯の因果性の重視の程度の視点」が提示されており注目に値する。なぜならば、教唆の故意の把握に当たっても「教唆の処罰根拠論」がきわめて重要な意義を有するはずであるからにほかならない。

この点について教授は、次のように主張される。すなわち、共犯たる教唆は、「正犯者を犯罪に巻き込む行為」として捉える責任共犯論においては、教唆の故意は未遂犯としてであれ正犯が犯罪となることの認識で足りるとされることになる。これに対して教唆を「正犯者を介して結果を発生させる行為」と捉える惹起説においては、共犯も最終的な結果惹起と無関係に可罰性をみとめられるべきではないから、教唆の故意は結果発生の認識を必要とするとされる。たしかに、共犯の因果性の重視の程度を問題にしたばあい、指摘されるような関係が存在するといえるであろう。しかし、厳密に検討すると、必ずしもそうとは言い切れないばあいが生ずる。まず、惹起説は最終的な結果惹起との関連で考えることになるとされる。このことは当然のように把握されているが、はた

してそのような必然性があるといえるかは、別の観点からの論証が必要であるとおもわれる。

次に、共犯の処罰根拠の把握の視点として、正犯者を犯罪に巻き込むことを重視する立場を責任共犯論として特徴づけられているが、これはむしろ不法共犯論とされるべきである。現在では不法共犯論もその主張内容に変化が生じており、解釈論上の種々の論点において結論の差をもたらしているので、大まかな観点からの性格づけには不正確さが伴うことになる。しかし、教授自身は、責任共犯論との関連において、不法共犯論について次のように指摘されているのである。[11] すなわち、不法共犯論と「類似した考え方として、共犯者が正犯者をして構成要件該当の違法行為を行わしめ（特に行為無価値を惹起し）自己の犯罪を実現した点に共犯の処罰根拠を求める不法共犯論も存在する。理論的には、責任共犯論・不法共犯論は、正犯者の犯行を重視するという意味では、共犯従属性説と方向性を同じくし、特に責任共犯論は正犯者の行為が有責でなければならないという点で極端従属性説に結びつく、そして、正犯行為の反倫理性・行為無価値性を重視するという点では、最終結果との因果性を重視する惹起説に比較して、行為無価値的であることは否定できない」とされるのである。たしかに、不法共犯論が「正犯者の犯行」を重視する点で共犯従属性と方向を同じくするという指摘は、きわめて正当である。しかし、「正犯行為の反倫理性・行為無価値性を重視する点で行為無価値的である」との指摘は、必ずしもすべての不法共犯論にはあてはまらないので、妥当であるとは言い難い。少なくとも正犯行為の「反倫理性」を重視せず、かつ、未遂犯の処罰根拠として実質的な危険の発生を要求する私見は、行為無価値性のみの観点から不法共犯論を主張するものではないのである。[12] そうすると、不法共犯論を性格づけるうえでは、「行為無価値型不法共犯論」と「結果無価値型不法共犯論」とに分類する浅田教授の見解の方がより正確であるようにおもわれる。そこで浅田教授の所説を見ることにしよう。

教授によれば、「行為無価値型不法共犯論は、正犯をして犯罪を実行するに至らしめ、あるいは正犯の実行を

容易にすることであるとして、正犯による結果の惹起ではなく正犯の実行との関係で共犯を捉える立場である[13]」。たとえば、大塚博士は、不法共犯論を「共犯者は正犯の故意を惹起して違法な犯罪行為にいたらせ、またはその援助行為によって違法な正犯行為を促進したと解する」説であると定義し、それに賛成されたうえで、未遂の教唆については「教唆犯の故意は、自己の教唆行為によって、被教唆者が特定の犯罪を犯すことを決意し、かつ、その実行に出ることを表象・認容することであり」、「教唆行為は、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、他人を犯罪に陥れる行為であるとみる立場においては、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なく、被教唆者が実行行為に出ることまでを表象すれば足り、刑法六一条一項もその趣旨を示している」とされている[14]。大塚博士の所説に対して、浅田教授は、「ここでは、不法共犯論といいつつ、正犯の犯罪行為（行為無価値）の惹起に重点が置かれその法益侵害（結果無価値）の惹起の点は無視されている。教唆が『他人を犯罪に陥れる行為である』とされているところから見ても、本説が責任共犯論に親近性を有していることが窺えるであろう[15]」と評価されている。たしかに、博士の定義によれば、不法共犯論は「違法な犯罪行為」に至らせること、または「違法な正犯行為」の促進に教唆の本質を求めることになり、その限りにおいて「行為」無価値に重点を置いているといえる。また、教唆を「他人を犯罪に陥れる行為」として把握する点において、博士の所説は責任共犯論に「親近性」を有しているといえるであろう。しかし、博士が教唆行為は「修正された教唆犯の構成要件」に該当する行為、いいかえると、「他人を犯罪に陥れる行為」であるとされていることに注意する必要がある。これは、責任共犯論とは無関係である「構成要件論」の見地からの捉え方なのである。わたくしは、構成要件論からの捉え直しは重要であると考える。すなわち、「修正された構成要件」としての「未遂」および「教唆」と構成要件の「故意規制機能」との関係という観点から未遂の教唆における故意を捉えるべきであるとおもう。さらに、行為無価値論、つまり人的不法論を採る以上、このように解

しなければならないわけではない。とくに未遂の教唆の可罰性との関連においては、人的不法論の見地からも未遂犯における結果発生の実質的危険性という「結果無価値」を重視すべきことを主張することも可能なのである。

次に、結果無価値型不法共犯論について浅田教授は、「結果無価値型不法共犯論は、共犯は、正犯の法益侵害に加担するものであり、正犯と共に違法な結果を惹起するものであるとし、共犯の違法性は正犯の違法性に基づくとして違法の相対性を否定する立場である。この立場からも、未遂の教唆は、一般には、正犯行為が可罰未遂の段階に達している以上、可罰的であるとされる」[16]と指摘されている。結果無価値型不法共犯論の見地から、平野博士は、未遂の教唆のばあいも「正犯に未遂行為を行わせることによって、結果発生の危険を生ぜしめたことが、『結果』なのであり、教唆者もその結果の発生を認識していたのであるから、主観的要素としても欠けるところがないのである。したがって、必ず防止されることが具体的に明らかであるときは、不能犯の教唆として不可罰だということもありうる」とされる[17]。

平野博士の所説に対して、浅田教授は、「たしかに（侵害犯たる結果犯の）未遂は具体的危険犯であり、具体的危険結果が発生すれば未遂犯は成立するとする以上、そのような結果を認識していれば教唆の故意としては十分であるようにも見える。しかし、この場合、正犯が未遂になるのは正犯が既遂結果の予見を有しているからであり（とりわけ平野説では、未遂の場合の故意は主観的違法要素であるとされるのであるから、既遂結果の予見は未遂成立の不可欠の要素である）、未遂の教唆が教唆犯とされる場合も、それは正犯について未遂規定がある場合に限って未遂とされる（各本条の未遂規定が適用される）のであるから、教唆者自身に既遂結果の予見がなければならないように思われる」[18]と評価される。

前述の評価の中において、正犯が未遂となるのは正犯が既遂結果の予見を有しているからであると指摘されている。たしかに、正犯としての未遂は、あくまでも正犯自身が既遂結果についての表象・認容（実現意思）を有

し、それとの対応においてのみ肯定され得るのである。それゆえにこそ、平野説においては未遂のばあい故意は主観的違法要素として把握されざるを得ないことになる。しかし、未遂の教唆のばあいには、教唆者自身にとって必ずしも既遂結果の表象・認容を必要としないのである。たしかに、一般論としては未遂は既遂結果との対比においてみとめられる観念であるが、しかし、具体的状況においては、教唆者自身が既遂結果と対比される意味での「未遂」という「法益侵害の実質的危険性」を表象・認容する事態は存在し得るのであり、それを教唆の未遂における故意として把握することは可能なのである。

また、未遂の教唆が教唆犯とされるのは、正犯について未遂犯規定があるばあいに限られていることに、教唆者自身に既遂結果の表象・認容を必要とする根拠が求められている。しかし、これは必ずしも根拠とはなり得ないであろう。なぜならば、未遂の教唆の処罰範囲が正犯について未遂犯処罰規定があるばあいに限定されるのは、共犯の正犯への従属性に由来するのであって、教唆者の故意の内容とは直接関係を有しないからにほかならない。

このように見てくると、結果無価値型不法共犯論には妥当なものがあると解される。わたくしは、二元的人的不法論の見地からも、この見解を採り得ると考えている。

三　教唆犯の故意と共犯の独立性・従属性との関係

教唆犯の故意の内容をめぐって、学説は、次のように分かれている。[19] すなわち、①自己の教唆行為によって被教唆者が特定の犯罪を犯すことを決意し、その実行に出ることを表象・認容することとする説と、②教唆行為の結果、被教唆者が基本的構成要件を実現することの認識をも要するとする説とに分かれているのである。②説は、教唆犯の故意も一定の犯罪自体についての故意でなければならないから、教唆者は、被教唆者の行為に基づいて、

基本的構成要件の実現、すなわち、とくに犯罪的結果が発生することも表象・認容すべきであると解している。

この点についてわたくしは、前にも述べたように、次のように考えている。すなわち、教唆行為は、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行為、すなわち、他人に対して違法行為をおこなわせる行為であるから、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なく、被教唆者が実行行為に出ることを表象・認容すれば足り、六一条一項もその趣旨を示していると解すべきである。たしかに、教唆犯の故意としては、通常、②説が説くような内容を充足するばあいが多いといえるが、しかし、被教唆者がたんに実行行為に出ることを表象・認容してなされた教唆行為を不可罰とするのは、当罰性の要請に合致しないとおもわれる。

一般的傾向としていえば、共犯従属性説が、教唆を実行行為を惹起させる行為と解し教唆の故意は実行行為を生じさせることの認識で足りるとするのに対して、共犯独立性説は、教唆自体を独立の実行行為と解して教唆の故意には結果発生の認識が必要であるとする。しかし、共犯従属性説のなかにも、被教唆者の実行行為を通じて結果を実現する認識が必要であるとする立場もあるので、この問題は、必ずしも共犯従属性・独立性の問題と結びついていないことになる。しかし、教唆犯の故意と共犯独立説との論理的関係の存在を強調されたのは、木村博士である。従来、博士の主張に対する詳細な検討はなされていなかったので、ここで検討することにしたい。

木村博士の立論の前提には、共犯従属性説は教唆者の故意を不当に看過してきたという認識が存在する。すなわち、博士によれば、「教唆者の故意については、従来の共犯従属性の見地にあっては往々にして看過せられ、論ぜられなかったといってもよい。その理由は、従属性の見地においてはもっぱら被教唆者たる正犯者の行為たる正犯の犯罪性だけが理論的出発点とせられ、教唆者における教唆行為の意思内容についてはほとんど論ぜられるところがなかったことに由来するのではないかと考えられる」とされるのである。[20] これは、共犯従属性説にお

いては、教唆犯の「犯罪性」は正犯に従属する以上、犯罪性の基礎にある「正犯」の「故意」に重点が置かれ、教唆犯の故意には重大な関心が寄せられなかったということを指摘するものと解することができる。たしかに、関心の所在という観点からいえば、そのとおりであろう。しかし、木村博士自身がみとめられているように、従属性説内において、教唆犯の故意について独立の意義を見出していた見解も主張されていたのである。すなわち、博士は、「同じく従属性の見地に立つ説にあっても、教唆の未遂と未遂の教唆を区別し、未遂の教唆は教唆者において構成要件的結果を実現する意思がないから故意を欠き可罰的な教唆の未遂が成立せず、これを不可罰と解する見解にあっては、教唆者自身においても構成要件的故意を必要とすると解していた。たとえば、フランクは、教唆者自身においても、その故意は犯罪自体の実行を意欲すると解することをもって不可避的結論であるとし、また、エー・シュミットも教唆者の故意は正犯者の故意と同様に犯罪の実行に向けられねばならないとしていたのである」と述べられたのであった(21)。ここにおいては、正犯者の故意との対比において教唆犯の故意の内容が考察されていることに注意する必要があるとおもわれる。すなわち、教唆犯の故意は、正犯の故意と同じく構成要件的結果の発生を表象・認容すべきであるとされているのである。そうすると、未遂の教唆のばあい、構成要件的結果の発生（既遂）の表象・認容が欠如するので、教唆犯の故意の内容を欠くとされることになる。

さらに、「従来の従属性の理論は、もっぱら正犯行為を出発点とし、それを基礎として教唆行為の性質および教唆者の意思を論じたために、教唆者における彼自身の教唆せんとした犯罪の構成要件的故意の必要を看過したもの」であり、「そのような従来の従属性の見地にあっては教唆行為それ自体は不可罰的な予備行為だとせられたことは周知のとおりである。しかし、教唆行為がたとえそれ自体不可罰的な予備行為だとしても、その予備行為は構成要件実現の意思すなわち構成要件的故意に担われた行為であるから、教唆者の意思が当然教唆しようとした犯罪の構成要件的故意を包含することは否定しえない筈である。それにもかかわらず、教唆者の意思を論ず

る際に全然これを考慮しなかったのは理論的に重大な過誤を犯したものといわねばならない」とされる。(22)

ここにおいては、まず、従来の従属性の理論が①もっぱら「正犯行為」を出発点としたこと、②正犯行為を基礎として「教唆行為の性質および教唆者の意思」を論じたことが、教唆者において自らが教唆しようとした犯罪の構成要件的故意の必要性を看過したことの原因とされている。たしかに、①および②の観点が「教唆行為」の独自性を相対的に弱めるものであることはみとめざるを得ないであろう。共犯の従属性を前提とするかぎり、正犯行為に重点が置かれるのは当然であるといわなければならない。しかし、そのことと教唆者の故意をいかに解すべきであるかは、論理必然的には結び付かないはずである。なぜならば、教唆における「故意」の内容は、共犯「従属」性を前提として考えたばあいにも、それ自体として独自に検討されるべきであるからである。このような見地においては、共犯としての教唆犯の犯罪性が正犯に「従属」することを主張しているにすぎない。かりに「従属」性の範囲を拡張して、教唆犯の故意についても、その「内容」も正犯の故意に従属すべきであるとすれば、逆に従属性説の方が教唆者における自らの教唆しようとした犯罪の構成要件故意の必要性を容易に基礎づけ得るということになりかねないであろう。むしろ理論的傾向としては、そのようにいえると解されるのである。もしそうだとすれば、木村博士の右の指摘は、いわば藪蛇の結果をもたらすのであり、共犯従属性説における教唆の故意に関する一般的批判としては必ずしも正鵠を射たものとはなり得ない。

さらに、右の指摘においては、従来の従属性の見地からは、①教唆行為それ自体は不可罰的な予備行為とされたこと、②その予備行為は「構成要件実現の意思」すなわち「構成要件的故意」に担われた行為であることが是認されているにもかかわらず、教唆者の意思を論ずるに当たってこれを考慮しなかったのは「理論的に重大な過誤」を犯すものであるとされている。この点について検討することにしよう。

まず①の命題であるが、これは共犯従属性の真義に必ずしも合致するとはいえないと考えられる。たしかに、

共犯「従属」性にとっては、教唆行為それ自体は独立した「犯罪」性を基礎づける「実行行為性」を有しない。その意味においてその「犯罪」性は正犯に従属することになるわけである。つまり、実行行為性を具備しないという点において、教唆行為は、その前段階である「予備」行為として評価されるわけである。しかし、そのばあい、正犯を前提として教唆犯の犯罪性を考えている以上、教唆行為を不可罰的な予備行為として把握しているわけではないことに注意しなければならない。すなわち、理念型として考察したばあいには、正犯が有する「実行行為」性が教唆行為に欠如するので、教唆犯は「正犯」と同様に扱うことはできないため、不可罰とならざるを得ず、しかも行為としての性格は「予備行為」に止まると把握されるにすぎないのである。それは、あくまでも一定の条件を付した理念論にとどまる。その条件とは、現実の解釈論として正犯が存在するばあいには、教唆行為も「犯罪性」および「可罰性」を有することを前提としないというものである。共犯従属性説においては、現実の解釈論としては、教唆行為の「犯罪性」および「可罰性」は肯定されているのである。したがって、木村博士の右の指摘は、不当な前提に基づく立論であって妥当でないとされることになる。

ところで、木村博士は独自の立場から積極的な理由づけを展開された。すなわち、「故意の教唆にあっては、教唆者の意思が、被教唆者たる正犯者をして一定の犯罪の実行を決意させる意思と、正犯者をしてその犯罪の決意にもとづいて実行行為に出させる意思のほかに、教唆者自身においてその教唆しようとする犯罪行為の認識すなわち構成要件的故意を包含すると解することが何故に必要であるか」について、主たる理由が三つあるとされたのである[23]。そこで、それぞれについてさらに検討していくことにする。

第一の理由は、「教唆者の構成要件的故意の有無によって教唆の未遂と未遂の教唆の区別が可能になるということにある」とされる。教唆の未遂および未遂の教唆における正犯者に未遂犯が成立する点については、学説上、争いはない。争いは、未遂の教唆について生ずる。この点について木村博士は、次のように指摘された。すなわ

ち、「共犯従属性の見地においても不可罰的な未遂の教唆と可罰的な教唆の未遂の区別を重要視する説もすくなくないが、古い従属性の見地にあっては、いやしくも正犯が未遂に終わったときはすべて教唆の未遂と解し、教唆の未遂と未遂の教唆の区別を考慮することなく、正犯の未遂の処罰に従属して可罰的であると解している。しかし、その教唆の未遂と未遂の教唆の区別を考慮しない理由については共犯が従属的なものだからという以外に何らの合理的な説明をしていない。その意味において、教唆の未遂と未遂の教唆の両者を区別する見解は、正犯者ではなく、教唆者自身において構成要件的故意があったか否かを根拠として教唆の未遂犯の成否を決定するのであるから、両者の区別を認めることと共犯従属性の見地をとることとが相矛盾することはいうまでもない。したがって、両者の区別を認める従属性の見解はさらに徹底して共犯独立性の見地に立たないかぎり、不徹底だという批判を免れない。その意味において、教唆の未遂と未遂の教唆の区別を認めることは必然的に共犯独立性の見地にいたり、両者の区別は共犯独立性の見地の必然的結論であることを看過してはならない」とされたのである。(21)

右の指摘の中には重要な問題点がいくつか存在するので、それらを抽出して検討することにしたい。

右の指摘には、①不可罰的な「未遂の教唆」と可罰的な「教唆の未遂」を区別することの重要性、②両者を区別することは共犯従属性説にとって可能か、③可能であるとしてもその理論的根拠は何か、④両者を区別することは共犯独立性説の必然的結論といえるか、という諸問題が包含されている。

まず、①の点であるが、「未遂の教唆」と「教唆の未遂」の観念をみとめることが重要であることについては、現在では異論がない。両者は、それぞれ異なる内容を有する観念であり、理論的観点から見ても重要な意義を有するものである。しかし、これらの観念をみとめることと未遂の教唆が「不可罰的」であり、教唆の未遂が「可罰的」であることとは必然的に結びつくものではない。未遂の教唆についてはその可罰性を肯定する余地は十分

にあり得るのである。問題は可罰性を基礎づける理論的根拠にあるといわなければならない。また、教唆の未遂に可罰性がみとめられるにしても、いかなる範囲でこれをみとめるかが問題となる。いいかえると、教唆の未遂の観念の中に「企図された教唆」を包含させるべきかどうかを検討する必要があるのである。このように見てくると、①については未遂の教唆と教唆の未遂の可罰性の理論的根拠を明らかにすることの方が重要であることが分かる。

次に、②の点であるが、共犯従属性の見地においても未遂の教唆と教唆の未遂を区別することは可能であると解すべきである。正犯の未遂が可罰的であるばあいには、共犯従属性の見地からは、その「正犯行為」としての「未遂犯」を教唆することを観念することには、何ら支障は存しない。なぜならば、正犯の未遂犯が存在する以上、それを教唆することの犯罪性および可罰性は正犯に従属することになるからである。また、共犯従属性の見地からも、共犯としての教唆犯において、教唆「行為」を観念することができるので、その行為の未遂を観念することは可能である。しかし、その教唆「行為」が正犯とまったく独立して独自の意義を有し得るか否かは、これとは別個の問題であることに注意しなければならない。この問題は、共犯独立性説と共犯従属性説の当否の問題にほかならない。したがって、ここでこれ以上議論する必要はないことになる。

かりに、共犯従属性説の見地から教唆の未遂の観念を肯定できるとしても、教唆の未遂の可罰性をみとめなければならないのかが問題となるが、これについてはすでに①において検討した。

さらに、③について見ることにしよう。これは、未遂の教唆と教唆の未遂をみとめることと共犯従属性説をとることが「相矛盾」するという主張である。その論拠は、両者を区別する見解が、「正犯者ではない、教唆者自身において構成要件的故意があったか否か」を両者の区別の基準としていることに求められている。すなわち、教唆者自身が構成要件的故意を有するか否かが決定的であり、正犯者の故意を基準としないから、共犯従属性説

とは相容れないと解されているわけである。たしかに木村博士の分類によれば、「不可罰的な」未遂の教唆と「可罰的な」教唆の未遂が対置されているのであるから、共犯従属性説の見地において未遂の教唆の不可罰性を教唆者の構成要件的故意の不存在に求める見解に対しては、右の批判は妥当するであろう。なぜならば、少なくとも正犯者ではなくて教唆者の構成要件的故意の有無を基準とするかぎり、正犯への従属性の観点は欠落してしまうからである。しかし、前にも述べたように、未遂の教唆の可罰性は共犯従属性説の見地からも基礎づけられ得るのであり、不可罰性を前提とする点において、なお疑問が存する。その点はおくとしても、教唆者の故意は正犯者の故意を包括すべきであると解することによって正犯への従属性を基礎づけることは、けっして不可能ではないのである。

最後に④の問題を検討しよう。これは、共犯従属性説の見地から教唆の未遂と未遂の教唆の区別をみとめるのは「不徹底」であり、両者の区別をみとめることは論理必然的に共犯独立性に至るということを主張するものである。しかし、この主張には理論的な飛躍があるようにおもわれる。すでに繰り返し述べてきたように、共犯従属性説の立場からも両者を区別することは理論的に可能なのである。しかも両者において可罰性の範囲に差が生じ得ることも、共犯従属性説の見地から理論的に基礎づけ得るのである。むしろこれらの点を看過している点において、共犯独立性説に基づく両者の区別には重大な疑問が存することになる。

以上の検討をとおして、次のことが明らかになったとおもわれる。すなわち、未遂の教唆の可罰性は、共犯独立性説と共犯従属性説の対立とは直接の関係を有せず、現在通説となっている共犯従属性説の見地においても、独自の意義を有するのであって、それを理論的に根拠づける必要があるのである。いいかえると、いかなる観点から未遂の教唆の可罰性を理論的に根拠づけるかが重要な問題となるわけである。

四　教唆と錯誤

未遂の教唆との関連で教唆と錯誤について簡単に触れておくことにしたい。

まず、未遂の教唆により結果が発生したばあい、すなわち、教唆者が、被教唆者の行為が未遂となるべきことを信じて教唆したところ、予期に反して既遂となったばあいをどのように取り扱うべきかが問題となる。

次のようなばあいが、これに当たる。たとえば、Aは、Cが防弾チョッキを着用していることを知っていて、Bに対して、Cをピストルで射殺するように教唆したところ、防弾チョッキが用をなさなかったためCが死亡してしまったばあいである。このばあい、その点についてAに過失があったときは、過失による教唆をみとめAは殺人罪の過失による教唆、すなわち、過失致死罪の教唆の責任を問われるとする説、②過失による教唆犯をみとめず、端的に過失致死罪が適用されるとする説、③Aについて殺人未遂罪の教唆犯をみとめる説が主張されている。

わたくしは、③説が妥当であると考えている。[25] すなわち、教唆の故意は被教唆者の実行行為を生じさせることの認識で足りるのであるから、殺人未遂罪の故意で殺人既遂罪の結果を生じさせたこととなり、そこに一種の事実の錯誤があることになる。未遂と既遂は構成要件の実現態様であるから、その錯誤は構成要素に関する構成要件的事実の錯誤そのものとはいえない。しかし、未遂の方が既遂よりも軽く処罰されるので、量的比較において未遂罪と既遂罪を「軽い罪」と「重い罪」と解することができる。そこで三八条二項を類推適用して、次のように解すべきである。すなわち、両者は殺人未遂の限度で法定的に重なり合うので、三八条二項により重い殺人罪について教唆犯の成立をみとめることはできず、殺人未遂罪の教唆犯が成立するにとどまることになる。

次に、未遂の教唆との関連において、アジャン・プロヴォカトゥールが問題となる。アジャン・プロヴォカト

ウールとは、元来、他人を犯罪に陥れることを職業とする警察の手先を意味するが、刑法上は、犯人として処罰を受けさせようとして、最初から未遂に終わらせる意思で一定の犯罪を教唆する者をいう。とくに薬物犯罪の捜査に関連して用いられる囮捜査などがその典型例としてあげられる。

アジャン・プロヴォカトゥールの取扱いに関して学説は、これを未遂犯の教唆とする説と、これを不可罰とする説とに分かれている。両者の対立は、教唆犯の故意の内容に関する見解の対立に由来するが、教唆犯の故意について結果発生の表象・認容を必要と解しつつ、アジャン・プロヴォカトゥールの可罰性をみとめる見解もある。判例は、囮捜査に関して、傍論ながら、「誘惑者が場合によっては……教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別」と判示している。

アジャン・プロヴォカトゥールのばあい、教唆者は、被教唆者が実行の着手に出ることを表象・認容しているのであるから、教唆の故意に欠けるところはなく未遂犯の教唆をみとめるべきである。ただし、捜査上やむを得ない手段としてその行為が違法性を阻却されるばあいがある（麻薬五八条参照）。

五　おわりに

本稿において、教唆犯の故意をめぐる諸問題について検討を加えてきた。「教唆犯」における「故意」の問題であるから、「共犯」の処罰根拠論と「故意」の本質論が交錯することは、当然のことといえる。しかし、共犯の処罰根拠を論ずるばあい、その射程には論者によって自ずと差異が生ずる。すなわち、そこには犯罪共同説と行為共同説の視点、および、共犯従属性説と共犯独立性の視点があり、それらが教唆犯の「故意の内容」にどのように絡むかについて見解の対立が生ずるのである。それらの関係についての詳細な検討の結果、教唆の故意の

問題は、一定の条件によって限定された意味においていずれの視点とも論理的には関連性を有することが明らかになった。しかし、重要なのは、どの立場がより多くの合理性を有するかにあり、その観点からの立場決定が求められることになる。その際、種々の学説を特徴づけるに当たって、いかなる点に中核を見出し、それがいかなる内包を有する概念によって基礎づけられているかを明らかにすることが大事である。そうすることによって、初めて問題の闡明が可能となることを忘れてはならない。ステレオタイプの学説理解を排し、その学説の真意ないし真義を捉えたうえで、その当否を検討しなければならないのである。

未遂の教唆の問題に関してそのことが明らかになったとおもわれる。すなわち、そこにおいては「因果性」の重視の程度が重要な視点となったが、その視点は、じつは「自然科学主義」の優位性にほかならないことに注意する必要があるとおもう。未遂の故意の内容に関して、物的不法論としての「結果」無価値論が、近代学派に由来する共犯独立性説と同様に、正犯結果の表象・認容を要求するという「奇妙な一致」をもたらし、人的不法論としての「行為」無価値論が正犯行為の表象・認容で足りるとすることによって、前者よりも故意の内容が緩和されるという主観面における「逆転現象」が生じている。この原因は、因果性の重視ないし自然科学主義にあるのではなくて、「法益侵害」という「結果」のみを基準にして故意の内容を確定すべきであるとする「結果」主義にある。すなわち、物的不法論は、故意論における反映主義の見地から、共犯独立性説や目的的行為論は目的意識的な実現意思の見地から、それぞれ法益侵害の結果の表象・認容を故意の内容に取り込んでいるのである。未遂犯の処罰根拠を踏まえたうえで、未遂犯を構成要件の修正として捉え未遂犯において修正された構成要件の「故意規制機能」を基礎にして未遂の教唆における故意の内容を確定すべきであるとおもう。ここに視点の転換が存するのであり、わたくしは、二元的人的不法論の立場から、結果発生の実質的危険性の発生を未遂犯の構成要件的結果として捉え、教唆者の故意もその構成要件的結果を表象・認容する実現意思として理解することが可

能であり、かつ妥当であると考える。

本論文を敬愛する加藤久雄教授に捧げることができたのは、わたくしの大きな喜びとするところである。

(1) 佐伯仁志「教唆の未遂」阿部純二・板倉宏・内田文昭・香川達夫・川端博・曽根威彦編『刑法基本講座第4巻』(一九九二年)二一〇頁参照。

(2) 浅田和茂「未遂の教唆」中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジオン刑法Ⅰ』(一九九七年)八三―四頁。

(3) 反映主義と実現意思については本稿では論及しない。この点については、拙稿「方法の錯誤」植松正・川端博・曽根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅰ』(一九八三年)第二版(一九九七年)一八四―五頁参照。

(4) 拙著『刑法講義総論』第二版(二〇〇六年)五〇二頁。

(5) 浅田・前掲注(2)八四頁。

(6) とくに木村博士がこの点を強調された、木村龜二『犯罪論の新構造(下)』(一九六八年)三三四―五頁。これに対して井田教授は、惹起説の見地から法益侵害意思を強調される、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)三二二―三頁、三七八頁。

(7) 前田雅英『刑法総論講義』第四版(二〇〇六年)四五八頁。

(8) 前田・前掲注(7)四五八―九頁。

(9) 佐伯・前掲注(1)二一〇頁参照。

(10) 前田・前掲注(7)四五九頁。

(11) 前田・前掲注(7)四〇八頁。

(12) 拙著・前掲注(4)二八六―七頁、四五九―六三頁、五〇八―九頁。

(13) 浅田・前掲注(2)八七頁。

(14) 大塚仁『刑法概説(総論)』第三版増補版(二〇〇五年)二六六頁以下。

(15) 浅田・前掲注(2)八七―八頁。

(16) 浅田・前掲注(2)八八頁。

(17) 平野龍一『刑法総論II』（一九七五年）三五〇頁。平野シューレの多くが師の説を離れて、未遂の教唆のばあいには故意を欠き不可罰であると解しているのは、興味深い現象である、前田・前掲注(7)四五九頁、山口厚『刑法総論』第二版（二〇〇七年）三一八頁、西田典之『刑法総論』（二〇〇六年）三一八頁など。

(18) 浅田・前掲注(2)八九頁。

(19) 学説の状況については、拙著・前掲注(4)五六二頁参照。

(20) 木村・前掲注(6)三三四頁。

(21) 木村・前掲注(6)三三四頁。

(22) 木村・前掲注(6)三三五頁。

(23) 木村・前掲注(6)三三五―六頁。

(24) 木村・前掲注(6)三三七頁。

(25) 拙著・前掲注(4)五六七頁。