

教唆犯と錯誤をめぐる 故意帰属の論理構造について

竹内 健 互

1. はじめに
2. 標準事例とその解決
3. 離隔犯事例とその解決
4. 教唆犯事例とその解決
5. まとめと今後の課題

1. はじめに

共犯論と錯誤論との交錯領域における基本的対立点の1つに、正犯者における客体の錯誤は、教唆者の罪責にとって、いかなる影響を与えるのかという伝統的な論争点がある⁽¹⁾。この問題については、わが国においても古くから議論の蓄積があり、既に主だった理論モデルは提示され尽されたかのように見える。すなわち、教唆犯と錯誤というテーマをめぐるっては、わが国では、大きく分けて2つの理論モデルによる解決が提案されてきた。

まず、いわゆる法定的符合説によれば、行為と結果との間に因果関係が認められる限り、発生事実と行為者の主観的表象との間に食い違いがあっても、両

(1) わが国における文献は枚挙に暇がないが、共犯関係における錯誤を論じた代表的なものとして、松生光正「正犯者における客体の錯誤の共犯者への帰属」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻 過失犯・不作為犯・共犯論』(成文堂, 2006年)593頁以下、井田良「被教唆者の客体の錯誤と教唆者の故意」法学研究65巻12号(1992年)43頁以下、藤吉和史「教唆犯と方法の錯誤」明治大学大学院紀要第24集(1)(1987年)247頁以下、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 第2巻』(成文堂, 1998年)403頁以下、中義勝「ローゼ・ロザール事件」同『刑法上の諸問題』(関西大学出版部, 1991年)152頁以下、西田典之「共犯の錯誤について」『田藤重光先生古稀祝賀論文集 第3巻』(有斐閣, 1984年)93頁以下(同『共犯理論の展開』[成文堂, 2010年]302頁以下に再録)など。

者が構成要件の範囲内で法的に符合していれば、発生結果に対する故意が否認されることはなく、また、共犯事例でも、発生事実との間で問題なく背後者の故意に結果が帰属されることになる。例えば、教唆者Xが被教唆者Yに対し、Aの殺害を教唆したが、YがBをAと勘違いしてBを殺害したという場合、教唆者Xがその教唆行為により故意的に実現しようとした犯罪事実は、法的に見たとき、被害者がAであれBであれ、ともかく殺人罪(199条)の指示する「人」という範囲で一致している以上、教唆者が表象に取り込んだ客体の属性(Aという人)は、被教唆者の客体の錯誤を媒介として最終的に実現された犯罪事実に対する背後者の故意の成否に消長を来すものではないとされる。それ故、法定的符合説からは、正犯者が客体の錯誤に陥った場合、それが教唆者にとって打撃の錯誤だろうが客体の錯誤だろうが、いずれにしてもそのことは、結論的な相違をもたらすものではないということになる。

これに対し、いわゆる具体的符合説に立つとき、上述の事例を客体の錯誤と解するか、それとも打撃の錯誤と解するかは背後者の責任にとって重要な問題となり得る。というのも、この立場からは、客体の錯誤は故意を阻却しない動機の錯誤に過ぎないが、打撃の錯誤は故意を阻却する重大な錯誤と一般に看做されているためである。もし正犯者の錯誤が教唆者にとっても同様に客体の錯誤であるなら、教唆者は殺人既遂の教唆として正犯と同等に処罰され得るであろうが、打撃の錯誤となるなら、せいぜい誤った客体に対する過失致死罪、狙った客体に対する殺人未遂の教唆又は殺人の教唆未遂(わが国では不可罰だが)が(場合によっては競合的に)成立し得るにとどまるということになる。

ネーミングの違いはあるが、事情はドイツにおいてもさして変わらない。すなわち、大きな対立軸として同価値性説(Gleichwertigkeitstheorie)と具体化説(Konkretisierungstheorie)を前提として、既遂説(客体の錯誤説)と未遂説(打撃の錯誤説)が対立しているのである²⁾。

むしろ、こうした二項対立的な理解は、後に示す通り、やや図式的な見方に肩入れし過ぎているであろうが、しかし本稿の主題は、かかる捉え方そのものを相対化することにあるのではない。そうではなく、むしろここでは、従来から単独正犯を念頭に置いた錯誤論における理論モデルが、答責主体として複数の人格主体が犯罪実現に関与する共犯事例における錯誤問題においてもいわば鏡像的にそのまま結論の違いに反映すると半ば無自覚的に受け入れられてきた

という点に批判的な視線を投じることから本稿を説き起こしたい。そのことはまた、共犯と錯誤というこのテーマが、「錯誤理論の試金石」⁽³⁾と名指されることとも無関係ではないように思われる。

もちろん、共犯の処罰根拠をめぐる理論的対立の結果として明らかになったように、正犯と共犯は、その処罰根拠を同じくするものでなければならないとしても、少なくとも表向きは、そのことから両者の犯罪構造や規範論理上に相違があることまで否認されることは通常ないと言って良い⁽⁴⁾。そうだとすると、それらの点に考慮を払うことなく、錯誤理論を安易に共犯論へ転用することはややナイーブな印象を拭えない⁽⁵⁾。各共犯形態の特殊性、特に教唆犯のそれを踏まえて、故意・錯誤理論を再構築する可能性があるとすれば、それは、一体どのようなものであり得るのだろうか⁽⁶⁾。今一度そうした点を掘り下げて検討することが、本稿の主題である。

(2) 教唆と錯誤をめぐるドイツの議論状況について簡単には、Hoyer, in: Systematischer Kommentar, 8. Aufl., 2014, Vor § 26 Rn. 40 ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014, § 26 Rn. 6 f.; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, Vorbem. § § 25 ff., Rn. 38 ff.; § 26 Rn. 25 f. Joecks, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., 2011, § 26 Rn. 36 ff.; Schild, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 26 Rn. 18; Puppe, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 16 Rn. 107 ff. Haas, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2013, § 26 Rn. 75 ff.; Schünemann, in: Leibziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 26 Rn. 84 ff.; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 14. Aufl., 2012, 189 ff.

(3) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）498頁。

(4) この点について、拙稿「教唆犯理論の一断面」『刑事法学におけるトポス論の実践（津田重憲先生追悼論文集）』（成文堂，2014年）129頁以下参照。

(5) 既に同様の問題意識を表明しているのは、松生・前出注(1)593頁以下。

(6) 例えば、殺人禁止規範（199条）と教唆禁止規範（61条）から導き出されるところの「他人を殺害するよう教唆してはならない」という行動規範の内容を、個別的状况との関係で当の教唆者に対しその教唆不法を基礎づける形で義務として具体化するとき、法定的符合説が想定するような抽象的な「人」の殺害の教唆に対する禁止にとどまると考えることはできないし、そのような理解では、故意既遂犯の教唆としての不法判断を過不足なく正当化することは困難であろう。そのことは、また同時に、法定的符合説に対する重大な反対論拠の1つとなり得るであろう。

2. 標準事例とその解決

さて、上に述べたように、教唆犯における錯誤事例は、まずもって単独正犯における錯誤の通常事例を手がかりとして導き出された理論モデルを当てはめる形で解決されるのが通例である。そのため、まずは、それらの事例群における客体の錯誤や打撃の錯誤についての解決策を参照しなければならない。

大抵の場合、標準事例として挙げられるのは、行為者が客体を感覚的に知覚している場合である。例えば、行為者Xは知人Aを殺害しようと考え、被害者を視覚的に知覚し、かつそれを自ら狙っていた客体として表象し、彼を射殺したが、よく見るとそれは知人Aではなく、見ず知らずのBであったという場合や、Xは、視覚的に知覚したAを目標客体として同定し、彼を殺害するためAに向けて発砲したが、弾丸がAから外れ、たまたま傍にいた無関係のBに命中し、Bが死亡したという場合がそれである。言うまでもなく、前者は、客体の錯誤、後者は打撃の錯誤の標準事例である。

ところで、行為者が本来狙っていた目標客体を「動機客体」、攻撃対象となるものを「攻撃客体」、実際に侵害結果が発生したものを「侵害客体」と呼び分けるとすれば、客体の錯誤の標準事例では、例えば、人違いから⁽⁷⁾、動機客体ではない客体、つまり眼前に捉えた攻撃客体を攻撃し、侵害結果は攻撃客体に発生した点で、攻撃客体と侵害客体は同じだが、動機客体と攻撃客体=侵害客体が異なるという様相を呈している。それに対し、打撃の錯誤の標準事例では、因果経過の逸脱として、動機客体と直接の攻撃客体は同一だが、結果は直接の攻撃客体以外の客体に発生していると状況的に仕分けすることができるであろう⁽⁸⁾。

これらの錯誤事例を解決するための理論モデルとしては、大きく2つ、つまり同価値性説と具体化説が主張されているが、ドイツでは、具体化説が通説的な地位を占めていることは、既に公知の事柄に属しよう。

(7) もちろん、人違いが生じる理由は千差万別であろう。外的事情から、つまりローゼ・ロザール事件や農場相続人事件のように、周囲が暗かったことから取り違えることもあろうし、妻の浮気相手を殺害しようとしたが、たまたま妻と一緒にいた男性を浮気相手と誤解したという内的事情に起因する場合もあるが、ここでは差し当たり両者の場合を含むことにする。

まず、ドイツ刑法典16条1項によれば、法定構成要件に属する諸事情に関する錯誤は故意を阻却するところ⁽⁹⁾、同価値性説⁽¹⁰⁾は、例えば、殺人罪の法定構成要件に属するのは、「人」であるということに尽きており、その「人」がAかBかという被害者の個別性や属性は、構成要件外の事情であるとして、客体の錯誤であれ打撃の錯誤であれ、動機客体と侵害客体の食い違いは、行為者が故意的に「人」を殺害したという評価を変更するものではないという。動機客体と侵害客体が同価値、つまり両者が同一の構成要件的「類」(Gattung)に属する限りで、被害者が属性上行為者の動機形成に取り込まれた人物と一致しない場合でも、結果は問題なく故意へと帰属される⁽¹¹⁾。

それに対し、具体化説⁽¹²⁾も、動機客体と侵害客体の同一性は、構成要件外の事情として、重要でない動機の錯誤に過ぎないという点で、つまり客体の錯誤の解決においては、同価値性説と結論を共有する。ただ、その論拠は別様であって、実際に結果の発生した侵害客体に対する故意を是認すべきかどうかの検討に際し、同価値性説のような客体の類的同一性から結論を導き出している

(8) もっとも、ここにいう「動機」とは、通常、意図(Absicht)や犯行計画(Tatplan)を指して使われるものだが、それと故意とは概念的に区別しなければならない。ここでは、真正の故意が結果に対して認められるかどうかの判断が問われているのである。また、「攻撃客体」は、当然にAに限定されるというわけではない。銃口の角度や犯行時の風向き等を考慮して事象を事後的に見た場合には、行為者の主観的な表象にもかかわらず、攻撃客体は当初からBであったと認定することさえできるからである。

(9) ドイツ刑法典16条1項は、構成要件的錯誤の基本原則について、次のように規定している。すなわち、「行為遂行時に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失による遂行を理由とする処罰の可能性は、なお残る」。法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法曹会、2007年)24頁の訳文を参照した。

(10) 代表的な論者として、Puppe, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 1 ff.; dies., Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 10 Rn. 1 ff.; Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 100 ff.; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 479 ff.; Loewenheim, Error in obiecto und aberratio ictus, JuS 1966, 312 ff. 最近でも、Heuchemer/Daleman, Die misslungene Flucht, JA 2004, S. 461 ff.; Heuchemer, Zur funktionalen Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz, JA 2005, S. 275 ff.

のではない。換言すれば、客体の錯誤の場合、行為者の故意が攻撃客体・侵害客体に及んでいることは、実行の着手段階において行為者がもっぱら眼前にいる当の客体に向けてその故意を具体化したという論拠でもって初めて根拠づけられているからである。本説にあつては、本来、行為者の意図した動機客体と異なるとはいえ、攻撃客体の「感覚的知覚」(sinnliche Wahrnehmung)を通じてその客体を故意対象として表象に取り込み、それによりその客体へ故意を特定したという論拠が決定的なのである。

本説の論者が、行為者が故意を特定の攻撃客体に具体化した場合、その具体化が行われなかったように扱うことは許されないと指摘しているように⁽¹³⁾、行為者による具体化は、結果の故意への帰属範囲を限界づけるという役割を与えられており、打撃の錯誤の場合、感覚的知覚は、客体に対する故意内容の「空間的・時間的な具体化」(raumlich-zeitliche konkretisierung)の重要な契機として位置づけられる。そこで、本説からは、感覚的知覚を伴う場合、客体の錯誤の事例であれば、結果的に感覚的知覚により特定された客体に対し攻撃を行い、当の客体に結果を発生させた以上、結果が故意に帰属されるのに対し、打撃の錯誤の事例は、結果についての故意の帰属が否定されるという形で、重

(11) もっとも、本説の内部で、打撃の錯誤の場合に結果の故意への帰属を肯定し、既遂犯の成立を認めるという結論については一致はあるが、その論拠は一様ではない。本説において打撃の錯誤を因果経過に関する錯誤と捉えるか、それとも客体の錯誤と捉えるかの争いについて、Uwe Murmann, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 2013, § 24 Rn. 56も参照。なお、故意危険 (Vorsatzgefahr) の理論による解決について詳しくは、Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S. 49 ff.; dies., a.a.O. (Fn. 2), § 16 Rn. 95 ff., 104 ff.; dies., a.a.O. (Fn. 10 = AT), § 10 Rn. 59 f. また、Puppeの見解に対する近時の批判として、Dehne-Niemann/Weber, »Über den Einfluß des Irrtums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen«, *Jura* 2009, S. 375 f.

(12) 代表的論者として、Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, 11. Aufl., 2003, § 21 Rn. 13; Herzberg, *Aberratio ictus und error in objecto*, *JA* 1981, S. 369 ff., 470 ff.; Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2009, § 27 Rn. 53 ff.; Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1993, 8/80; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, 44. Aufl., 2014, Rn. 250 ff.; Freund, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 2009, § 7 Rn. 84 ff.; Kühn, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., 2005, § 13 Rn. 32 ff.; Jeschek/Weigend, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., 1996, S. 313 f.; Koriath, *Einige Gedanken zur aberratio ictus*, *JuS* 1997, S. 907.

(13) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 253.

大な結論の相違へと結び付くのである。

もっとも、教唆事例においては、かかる標準事例のアプローチは、そのままでは役に立たない。なぜなら、教唆者は、通常、教唆行為の時点では、当の被害者を感覚的に知覚しているわけではなく、客体に対する教唆者自身の知覚を媒介として客体の具体化を論じる余地は、ここではないように思われるからである。もっとも、このことは、教唆犯に特有の事情であるというわけではなく、単独正犯の場合でも、いわゆる離隔犯における錯誤が問題となる事例（以下、離隔犯事例という）でも等しく妥当しよう。ここでも、具体化の基準をもっぱら感覚的知覚に求めるだけでは、解決は暗礁に乗り上げてしまうためである。

3. 離隔犯事例とその解決

さて、教唆者は、直接実行行為を行う正犯者と違い、教唆行為の時点で、実行すべき犯罪を正犯者に依頼するだけで、その後の犯行実行の際には、犯行現場に居合わせていないのが通常であるから、離隔犯事例と同様に、第一に、感覚的知覚を伴う客体の具体化が原則として問題とならないという点で、また第二に、因果経過の支配を多少なりとも手放すという点で、離隔犯と似通った構造を示している。実際また、一部の理論モデルは、両者の構造的類似性を手がかりとして、離隔犯事例で構想されたアプローチを教唆事例にもそのまま当てはめている。そこで、教唆犯事例の解決に取り組むに先立ち、離隔犯事例の議論状況を参照しておくことは、教唆犯事例の解決にとっても無意味なものではなからう⁽¹⁴⁾。

まず、離隔犯事例としては、例えば、妻Xが夫Aを殺害するため、毒を入れた酒を夫の宿舎に「くれぐれも一人で飲んでね」というメモを付けて送付したが、Xの予想に反して、Aは毒酒を同僚Bに飲ませたため、Bが死亡したという事例（＝毒酒送付事例）⁽¹⁵⁾や、行為者XがAを殺害するため、エンジンを始動したら爆発する仕掛けの爆弾をAの車両に設置したが、翌朝、最初に自動車

(14) 近時、わが国で離隔犯事例の取り組んだものとして、小島透「具体的符合説における客体の特定について」香川法学29巻1号（2009年）8頁以下、専田泰孝「具体的事実の錯誤における攻撃客体の特定と故意の範囲」早稲田法学74巻4号（1999年）503頁以下。

を使ったのは、Aではなくその妻Bであったため、Bが爆発で死亡したという事例 (=自動車爆弾事例)⁽¹⁶⁾を挙げることができよう。

毒酒送付事例では、妻Xは、毒入り酒の発送の時点では、客体を感覚的に知覚していないだけではなく、犯行現場に一度も居合わせてすらいない。自動車爆弾事例でも、爆弾設置の段階で、客体の感覚的知覚を欠くという点では変わりがない。これらの場合について、ともかく本来行為者が意図したのとは異なる客体に結果が発生しているが、その食い違いをいかに評価するかに応じて、結果の故意への帰属の成否が左右される。一方で、Xは、そもそもAを殺害しようとして毒酒を送付したり爆弾を設置したりしたのだから、Xの始動した事象経過は(Bではなく)もっぱらAに向けられており、その後因果経過が逸脱した場合、つまり打撃の錯誤の事例であるように見える。しかし他方で、Xは、Aを感覚的に知覚してはおらず、もっぱらAを名宛人として毒酒を郵送し、またA所有の車両を手がかりとして被害者を特定したと考えれば、それは、いわば被害者の服装や外見から目標客体を選定して被害者を侵害したが、実は人違いであったという客体の錯誤の事例にも類似しているようにも見える。

この点、連邦通常裁判所⁽¹⁷⁾や多数説⁽¹⁸⁾は、「間接的な個別化」(mittelbare Individualisierung) というロジックを媒介として、この場合、原則として故意を阻却しない、つまり重要でない客体の錯誤の成立を認めるにとどまる。すな

(15) いわゆるリンドウ酒事例 (Enzianschnapsfall) である。この事例のバリエーションについて、Jakobs, a.a.O. (Fn. 12), 8/81; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 12), S. 313.

(16) 爆破トラップ事例 (Sprengfalle) とも呼ばれる。類似事例として、政治家が乗った車両が橋を2番目に通過すると考えて、その橋を2番目に通過した車両を爆破するよう誘導装置とカウンターの仕掛けられた爆弾を橋の裏側に設置したところ、実際に2番目に通過したのは、農民のトラクターだったというバリエーションもある。なお、この事例の発案者のJakobsは、農民の殺害は客体の錯誤に過ぎず、故意が認められるとしている。Jakobs, a.a.O. (Fn. 12), 8/81.

(17) BGH NSTZ 1998, 294 f.

(18) 例えば、Stratenwerth, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, in : Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S. 61 f.; Jakobs, a.a.O. (Fn. 12), 8/81 ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O (Fn. 12), Rn. 255 ; Toepel, Aspekte der »Rose-Rosahl« Problematik : Vorüberlegungen, Beachtlichkeit der aberratio ictus beim Einzeltäter, JA 1996, S. 892 f.

わち、連邦通常裁判所は、後述する教唆犯事例としての自動車爆弾事件において、視覚的知覚を欠くといえども、爆破トラップに仕立てられた車両を介して間接的に被害者を個別化しており、それは、被害者そのものを視覚的に知覚していた場合と同じことが当てはまる⁽¹⁹⁾とし、多数説もまた、それを因果経過による攻撃客体の個別化（「最初に自動車を利用する人」など）と看做し、結果について故意の阻却を否認するのである⁽²⁰⁾。

つまり、大方の見解によれば、離隔犯事例では、視覚や聴覚など客体の直接的知覚を媒介とした内的事情ではなく、むしろ爆弾を設置した自動車などの外的事情を手がかりとして行為者による客体の同定が構成される。その結果として、犯行手段との関係で行為者の選択した外的事情による「空間的一場所的具体化」の基準が実際の発生結果と一致する限度で、いかなる同価値の客体にも故意が及ぶことになる。反面、たまたま付近を通りかかった無関係の通行人が爆発に巻き込まれた場合など、この具体化の基準に適合しない客体が侵害された場合に初めて、例外的に打撃の錯誤の余地が生じることになる⁽²¹⁾。

(19) BGH NSTZ 1998, 295. なお、後述するように、具体化説から打撃の錯誤を認める見解も主張されている。

(20) この点、Jakobsは、因果経過による具体化は、構成要件上重要でない付加的個別化（Zusazindividualisierung）に過ぎないとし、客体の錯誤を認める。それに対し、打撃の錯誤が認められるのは、行為者が実際に現実化した危険を認識していなかったような場合である。このことは、Jakobsが、因果経過の逸脱について、実現した危険を認識していなければならないが、しかしそれを介して危険が実現したところの具体的因果経過を認識する必要はないとしていることの理論的な帰結である。この点について、ders., a.a.O. (Fn. 12), 8/81, 8/63を参照。

(21) 小島・前出注(4)16頁以下は、故意とは因果経過を制御できる「行為」の部分に対する認識であり、客体の特定は、この「行為」の方向により決定されるべきという基本的立場から、行為者の故意は、「イグニッションキーを最初に回す人間」に（のみ）特定されたとする。従って、その人間が行為者の予期に反してAではなくBであったことは、制御の及ばない予測の部分に関する齟齬であり、客体の錯誤となるとする。恐らくこの見解からも通行人の殺傷は、打撃の錯誤として故意を阻却すると解されるのであろうが、しかしいかなる犯行手段を用いるかは行為者が制御可能な内容であり、ここでは敢えて「爆弾」という殺害手段を用いている以上、故意の内容は、「自動車を最初に運転する人間」だけではなく、「自動車の周囲を通りかかる人」、つまり爆発の影響圏内にいる人にも未必的に及んでいるのではなからうか。むしろ、自動車の駐車場所が、家人以外の立ち入りが予定されていない、堅牢な地下ガレージなどであれば、別であろう。

とはいえ、以上のようなアプローチに対して、端的に行為者の表象内容との一致を問うという立論も考え得るところである。実際、Herzbergは、そうした理論モデルに依拠している。すなわち、標準事例では、行為客体を感覚的に知覚されているため、その攻撃がいかなる客体に向けられたかは問題なく決定でき、感覚的知覚が客体の錯誤と打撃の錯誤を境界づける基準となるとしつつ⁽²²⁾、離隔犯事例では、行為者の表象内容との一致に注目しているのである。Herzbergによれば、離隔犯事例では、行為者が行為客体を感覚的に知覚していない以上、ここでは、実行行為の段階でいかなる客体をその心の目の前に表象していたか、つまり同一性の表象が基準となるという⁽²³⁾。そこから導き出される結論はこうである。すなわち、行為者がもっぱら目標客体を表象していた場合、つまり表象内容における爆弾の被害者が、Bではなく、Aであった場合、結果的にBが爆弾の犠牲者となった場合、表象との同一性を欠くため、打撃の錯誤として発生結果を故意に帰属することはできない⁽²⁴⁾。

けれども、行為者の個人的でナイーブな予測的表象をそのまま判断基準に格上げすることはできないであろう⁽²⁵⁾。なぜなら、それは、結果的に動機や願望、行為計画と故意を同置することにならざるを得ないからである⁽²⁶⁾。また、一步譲って、行為者の表象を基準とするとしても、離隔犯事例での表象内容が概括化することなくもっぱら目標客体（A）のみに向けられていたという一義的な認定が可能であるような状況は、かなり例外的な部類に属するように思われる⁽²⁷⁾。

ここでは、なぜ間接的な具体化が感覚的知覚による具体化と規範的に同視可

(22) Herzberg, a.a.O. (Fn. 12), S. 472.

(23) Herzberg, a.a.O. (Fn. 12), S. 473.

(24) Herzberg, a.a.O. (Fn. 12), S. 473.

(25) 故意帰属は、むしろ行為者の個人的能力と無縁ではないが、しかし重い不法評価を基礎づけるものである以上、規範的観点を踏まえた構成的帰属であって、無関心（Gleichgültigkeit）の問題性に現れているように、錯誤問題を行為者の純然たる内的事実からのみ解決することはできない。なお、Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985, S. 191 ff.

(26) 同じ批判は、犯行計画によるアプローチを採用する、Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, Rn. 160 ff. にも当てはまる。

能なのかが問われなければならない。この点、むしろ発想を逆転させ、感覚的知覚に特別な意味合いを見出そうとするアプローチも存在する。例えば、Prittwitzによれば、行為客体を感覚的に知覚している場合、離隔犯事例と比べて、十分な事象経過の制御可能性（Kontrollmöglichkeit）を有しているから、目標客体と異なる意図せざる客体に対する危険が相対的に少なく、ここに評価関係的な相違が見出されることになる⁽²⁸⁾。そして、客体の感覚的知覚を伴う場合に創出される逸脱の危険は、それが無い場合に比べて明らかに少ないということから、行為事象と表象の齟齬が重大と看做されるのは、行為者が感覚的に知覚した攻撃客体に法益侵害結果が発生しなかった場合であるという結論を導き出すのである⁽²⁹⁾。結果的に、毒酒送付事例や自動車爆弾事例のように、行為者が感覚的に客体を知覚していない離隔犯事例では、そもそも重要でない客体の錯誤しか原則として問題とならないことになろう⁽³⁰⁾。

しかしながら、その立論の前提そのものが疑わしい。なるほど、離隔犯事例では、いわば着手後の事象経過を手放し、一定の時間的-場所的な隔たりが生じるが、通常事例でもその種の隔たりも観念できないではない。例えば、銃口から弾丸が射出され、遠方にいる客体に着弾するまでの時間的-場所的な間隔がそれである。むろん、その隔たりは、未遂処罰との関係で客体に対する客観的危険事態の発生には影響を与えるであろうが、それ以上に離隔犯事例で故意阻却を原則として否認するほどの評価関係的な差異は読み取ることはできないように思われる。また、感覚的知覚が存在するから事象経過を十分に制御できるとは限らないだろうし、逆にまた、感覚的知覚がないから事象経過を十分に制御できないとも即断できないように思われる。

(27) Herzbergのアプローチに対しては、例えば、Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 12), S. 58 f.; Rohnfelder, Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz, 2012, S. 133の批判も参照。原理的に見て、ターゲットのAの殺害を意図することは、それ以外の客体に危険が及ぶことを未必的に認識することと相互排他的な関係には立たない。

(28) Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, S. 110 ff., 128.

(29) 批判として、Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 18), S. 60; Rohnfelder, a.a.O. (Fn. 27), S. 141; Toepel, a.a.O. (Fn. 18), S. 891 f. も参照。

(30) Prittwitz, a.a.O. (Fn. 28), S. 130.

以上のように、そもそも離隔犯事例をカテゴリー的に打撃の錯誤が客体の錯誤に分類することは、硬直的で図式的な結論をもたらすことになる。そこで、Hsuは、二者択一的な出発点を疑うことで、離隔犯事例では、彼のいう「二重の個別化の錯誤」(Doppelindividualisierungsirrtum)が問題化され、それを固有のルールに従い解決しようとする。彼によると、離隔犯事例の錯誤は、客体の錯誤と打撃の錯誤の両性質を併せ持ったものである⁽³¹⁾。行為者は、第一に、感覚的知覚なく特定の客体の侵害を計画し、第二に、他者を侵害するに至る因果連鎖を始動する点で、目標客体と因果連鎖の攻撃客体について二重の具体化を行っており、ここに二重の故意、つまり目標客体に対する故意と行為者が計画していた因果連鎖の攻撃客体に対する故意が見出される⁽³²⁾。「二重の個別化の錯誤」⁽³³⁾とは、まさにこの特殊な故意内容のために生じる独自の錯誤形象と位置づけられることになる。

では、二重の個別化の錯誤が認められるにもかかわらず、結果の故意への帰属が認められるのはいかなる場合であろうか。その際、Hsuは、ドイツ刑法典16条1項の「諸事情」(Umstände)概念と「不認識」(Unkenntnis)概念を自己の理論モデル構築の手がかりとする。

まず、行為者は、構成要件該当結果ではなく、構成要件を充足する諸事実を認識しなければならないということから、具体的結果や因果経過の詳細ではなく、その(抽象的な)輪郭、すなわち「構成要件実現の抽象的認識」(abstrakte Kenntnis)があれば、故意の内容として十分であるという帰結を導き出す⁽³⁴⁾。その上で、ドイツ刑法典16条1項の意味での諸事情の「不認識」とは、かかる抽象的な認識を欠くため、「行為の意味内容」(Sinninhalt der Handlung)として認識されなかったもののみを捕捉するもの、つまり無関心から行為事情を認

(31) Hsu, Doppelindividualisierung und Irrtum, 2007, S. 19 ff., 210 ff., 216 ff.

(32) Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 19.

(33) なお、二重の個別化の錯誤は、事実の錯誤と違法性の錯誤の競合事例や客体の錯誤と打撃の錯誤の競合事例で問われるような二重の錯誤とは区別された意味合いで用いられている。なお、いわゆる二重の錯誤については、Jakobs, a.a.O. (Fn. 12), 8/59; Bindokat, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW 1963, S. 745 ff.; Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, S. 430 ff., 588 ff., 659 ff.; Tonio Walter, Der Kern des Strafrecht, 2006, S. 354 ff.

(34) Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 202 ff.

識しなかった場合でも、自己の行為の規範的意味を抽象的認識から獲得し、ないし理解できるような場合には（例えば、人に向けた発砲は、他者の生命に危険を生ぜしめる行為であるということ）、発生結果についての故意は否認されるべきではないと結論づける。そして、故意帰属は、行為者がその行為により規範妥当の不承認を客観的に認識可能な形で表明していると評価することができることを意味するから、抽象的認識の内容として、結果が単にあり得る（möglich）という程度にとどまらず、通常的（regelmäßig）又は必然的（notwendig）に発生するものでなければならない⁽³⁵⁾。

例えば、自動車爆弾事例では、乗用車は、通常、目標客体以外の家族にも利用されるものであり、動機客体とは別の人物が運転したため、爆発の犠牲者となること、つまり乗用車への爆弾の設置はそれを利用する者にとって死の危険をもたらすものであることは、抽象的認識に属するものであろう。従って、行為者の犯行計画からまっぴら目標客体の侵害のみを意図していたということは、単なる願望に過ぎず、それは、重要なものではない。その結果、目標客体以外の客体が運転したことで爆死した場合、その結果が故意に帰属されることになる⁽³⁶⁾。それに対し、例えば、支配不可能な理由から爆弾が予定より早く爆発し、それにより通行人が死傷した場合など、別の客体における結果発生が、ただ「あり得る」という程度に過ぎなかった場合、具体的結果の通常性も必然性も認められず、規範妥当の不承認が行為に表現されていないため、故意は阻却されるべきであるという⁽³⁷⁾。また、毒酒送付事例でも、毒入りの酒が、公園のベンチに置かれた場合と違って、危険がまっぴら夫に限定されている以上、夫が毒酒を他人にプレゼントするとか仲間と一緒に毒酒を飲むとかいうことは、確実に予測できるものではなく、結果に対する故意を認めることはできないとされる⁽³⁸⁾。

しかし本説に対しては、結局、構成要件実現の抽象的認識は、侵害客体における結果発生の予見可能性に還元されるが、結果発生の蓋然性や可能性を認識しながら行為を継続したことは、過失を根拠づけるかもしれないが、故意を根

⁽³⁵⁾ Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 217 f., 220 f.

⁽³⁶⁾ 参照, Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 217 f.

⁽³⁷⁾ Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 221.

⁽³⁸⁾ Hsu, a.a.O. (Fn. 31), S. 220.

扱づけるものとは必ずしもいえないし、また故意の意的側面を等閑視しているのではないかという批判が提起されている⁽³⁹⁾。

最近、この問題を検討したRohnfelderは、標準事例における客体の錯誤と打撃の錯誤の構造的比較から導き出された、「動機客体の客観的危殆化」(objektive Gefährdung des Motivobjekt)という基準による解決策を模索する⁽⁴⁰⁾。つまり、標準事例では、客体の錯誤の場合、動機客体は客観的に危殆化されていないのに対し(人違いのため、通例、本来のターゲットは犯行現場に現在しないため)、打撃の錯誤の場合には、かかる客観的危殆化が認められ、その侵害行為は、実際に結果が発生した客体と同様に、同等の蓋然性をもって動機客体にも及ぶ得るものであった。いわば動機客体に対する結果発生が仮定的にあり得るかどうかが、二つの錯誤を区別する基準となるというのである⁽⁴¹⁾。

そして、このことは、そのまま離隔犯事例に転用して差し支えないとするが、しかしそれは、彼の主張に反し、大きな問題を抱え込むことになると言わざるを得ない。既に指摘したように、動機客体や意図に焦点化して故意の範囲を画定することは、不当に故意の成立範囲を縮減するものであるし、犯行決意や行為計画などの実行行為前の「行為前意思」を徒に「行為内意思」としての故意に混入させるべきではない。毒酒送付事例でも、夫自身が酒を飲む可能性があった以上、打撃の錯誤が是認されることになる⁽⁴²⁾。

⁽³⁹⁾ Rohnfelder, a.a.O. (Fn. 27), S. 141 f.

⁽⁴⁰⁾ Rohnfelder, a.a.O. (Fn. 27), S. 143.

⁽⁴¹⁾ Rohnfelder, a.a.O. (Fn. 27), S. 143 f.

⁽⁴²⁾ 結論的には、車爆弾事例では、行為者が動機客体Aの乗用車へ爆弾を仕掛けたことで、Aに対する危険を設定したが、この場合、別人Bが乗用車を最初に利用するということが、Aが自ら乗用車を用いることがあり得たのと同様に、偶然に過ぎなかった以上、Aにも結果が発生することがあり得たため、打撃の錯誤を認め、また、毒酒送付事例も夫が酒を飲む可能性があった以上、打撃の錯誤を是認する。これに対し、行為者が爆弾を誤って隣人Cの乗用車に仕掛けた場合には、Aがその乗用車を使うことはあり得ない以上、爆発の犠牲になる危険は、もっぱら隣人Cのみ生じており、客体の錯誤が認められるとする(農場相続人事件も同様)。Rohnfelder, a.a.O. (Fn. 27), S. 144, 145. この点、Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 255によれば、妻が最初に自動車を利用した場合に客体の錯誤になるのなら、取り違えて隣人の自動車に爆弾を仕掛けた場合にはもちろん/なおさら(erst recht)客体の錯誤になるという。

ここで興味深いのは、Rohndelferが、離隔犯事例で展開した自身の理論モデルを教唆犯事例へ転用することを明示的に拒否している点である。教唆犯事例では、教唆者は事象に対する支配を有していない以上、正犯者が教唆者の指示に従ったかどうかという観点から、正犯者による人の取り違いに基づく結果発生を故意的に引き起こしたもとして教唆者に帰属できるかどうかを判断しているのである。問題は、事象経過の支配を欠く、いわゆる正犯性メルクマールとしての行為支配 (Tatherrschaft) を有しないということが、教唆者の故意帰属にいかなる影響を及ぼすかである。

4. 教唆犯事例とその解決

(1) 3つの教唆犯事例

そこで、教唆犯事例について考察することにした。背後者の依頼を受けて犯行を実行した正犯者が客体を取り違え、本来、教唆者が狙ったのとは異なる客体を侵害した場合、その結果発生を正犯者だけではなく、背後者の故意にも帰属することができるのだろうか。

まず、具体的事例に即して、ライヒ裁判所から連邦通常裁判所に至るまでの解決策とその理論的論拠の変遷を簡単に振り返った上で、ドイツにおける代表的立場からの帰結について触れておきたい。

教唆事例として錯誤の問題を取り扱った最初の判例は、かの有名なローゼ・ロザール事件である。事実関係は概ね以下の通りである。

ロザール (教唆者) は、シュリーベを殺害するため、ローゼ (被教唆者) に対し報酬と引き換えにシュリーベを殺害するよう依頼した。ローゼはロザールからシュリーベがいつも帰宅途中に通る場所で待ち伏せたが、薄暗がりのために、ハルニッシュをシュリーベと取り違え、ハルニッシュを殺害した (ローゼ・ロザール事件：第一のローゼ・ロザール事件)。

本件について、プロイセン上級裁判所は、教唆された犯罪の構成要件及び教唆者の可罰性に関して、教唆された正犯者の可罰性に関するのと同様に、錯誤は教唆者にとっても法的に重要なものではないということからロザールについて謀殺罪の教唆の成立を認めた⁽⁴³⁾。

ローゼ・ロザール事件から約130年の時を隔てて、再びいわゆる農場相続人

事件において、連邦通常裁判所は同様の論点について解決を迫られることになった。

農夫Xは息子Aを殺害しようと決意し、Yに対し金を支払う約束をした上で、Aの殺害を依頼した。犯行計画によれば、Aが夜に帰宅した際に馬小屋を通るため、そこが犯行現場に選ばれたが、具体的な殺害方法はAに一任された。Xは、念のため、Aの外見やよく手に袋を携えていることを教え、写真も見せた。犯行当日、Yは馬小屋へ赴き、そこにいたXは再びYがAを同定できるか確認した。かなり暗くなった午後7時頃、隣人のBが馬小屋に入ってきたところ、BはAと体格が似ており、また手に袋を持っていたため、YはBをAと取り違え、Bを至近距離から射殺した（農場相続人事件：第2のローゼ・ロザール事件）。

原審は、Xを謀殺の教唆未遂としたのに対し、BGHは、謀殺の教唆既遂を肯定した。その論拠を簡単に示せば、次のような3点にまとめられる⁽⁴³⁾。

第一に、被教唆者Yの錯誤は、教唆者Xにとって、計画された犯行事象から逸脱したものだが、しかしその逸脱は重要なものではない。なぜなら、その逸脱は、一般的生活経験に照らして予見可能なものの範囲内にとどまり、犯行に対する別様の評価を正当化するほどのものではないからである⁽⁴⁵⁾。つまり、教唆者の表象と現実の事象経過に齟齬が一般的生活経験により予見可能な範囲内にある限り、背後者の故意への結果帰属が認められる。

第二に、本件の事案については、打撃の錯誤に関する規則は適用され得ない。打撃の錯誤に関する規則は—因果的逸脱の特殊事例として—行為者が攻撃客体を眼前に捉えたが、それとは別の客体を侵害したような場合について展開されたものであるから、この規則をそれ以外の事実関係へと転用することは困難をもたらすし、また必要でもない。既に指摘があるように⁽⁴⁶⁾、ここで連邦通常裁判所は、客体の錯誤と打撃の錯誤を区別し別様の法的評価を与えることを教唆

(43) PreiBisches Obertribunal, GA 7 (1859), 332 ff.

(44) BGHSt 37, 214 ff. (Urteil des BGH vom 25.10.1990 - 4 StR 371/90) また、本判決については、Kubiciel, Strafbarkeit des Anstifter bei Personenverwechslung des Täters, JA 2005, S. 694 ff.

(45) なお、BGHSt 7, 325の理由づけも参照。

(46) 井田・前出注(1)48頁。

事例で拒否したのである。

そして、連邦通常裁判所は、もし正犯者が誤った客体を殺害した後、さらに正しい客体をも殺害したとき、2つの殺人結果が帰属されるべきだが、しかし彼は、2つの殺人行為に対する1つの教唆の責任が問われるにとどまるとして、大量虐殺論拠 (Blutbadargument) に対して理論的応答を行った⁽⁴⁷⁾。

最後に、その判断枠組みは、離隔犯事例でしばしば援用される自動車爆弾事例を教唆事例に修正した事案が問題となった事件においても表現を変えて裏書されることになった。いわゆる自動車爆弾事件がそれである⁽⁴⁸⁾。

すなわち、Xは、復讐のため、自分を捜査している警察官Aを殺害させようと考えた。そこで、Xは、報酬と引き換えに、自動車爆弾でAを殺害するようYを説得した。Yは、XからPの名前と住所を教えられ、知人Zを仲間に入れた。ある夜、Yは、Zが見張りをしている中、A宅の横のガレージの前に駐車してある自動車に、最初に車輪が回転した際に爆発するよう細工した手榴弾を仕掛けた。YもZもその自動車はAのものだと思っていたが、実際には、その自動車は隣人Sのものであった。数日後、Sが自動車を発進させたとき、トラップの引き紐が切れたため、手榴弾は爆発しなかった (自動車爆弾事件：第3のローゼ・ロザール事件)。

本件も連邦通常裁判所は、やはり教唆者Xについて、車両の取り違いから生じた被教唆者Y及びZの錯誤は、教唆者Xにとっても重要なものではなく、謀殺未遂の教唆の成立を認めた。連邦通常裁判所は、その論拠として、取り違いは被教唆者と同様、教唆者Xにとっても、「認識された危険の…射程範囲内」 (in der Streubreite ... gesehenen Risiko) にあったということを挙げている。ここでは、被教唆者における取り違いの危険が教唆者Xにとって事前的に認識

(47) 大量虐殺論拠は、周知のように、Bindingに由来する。Binding, Die Normen und ihre Übertretung III, 1965 (Nachdruck), S. 213 f. しばしばそれは、背後者への結果帰属を否認する論拠、つまり、後述する既遂説に対する反対論拠として持ち出される。もしロザールに客体の錯誤を認めるなら、ローゼが錯誤を認識した後、さらに目的を達成するため、その後も立て続けに人違いで殺害し続けた場合、ロザールにその全ての殺人結果について責任が問われ、ナンセンスな帰結が生じるというものである。帰謬法としての大量虐殺論拠が抱える法理論的な弱点については、Dehne-Niemann/Weber, a.a.O. (Fn. 11), S. 377 f. に詳しい。

(48) BGH NSTZ 1998, 294 f. (Urteil des BGH vom 7.10.1997 - 1. StR 635/06)

可能であったことが結果の故意への帰属を根拠づける論拠となっており、それは、具体的事案に照らし、第一に、Xが名前と住所しか教えず、被害者を十分に特定しなかったこと、第二に、手榴弾という制御不可能な危険な犯行手段を用いたということから根拠づけられている⁽⁴⁹⁾。

(2) 従来の理論モデル

それに対し、客体の錯誤から正犯者が侵害した誤った客体に対する結果を、教唆者の故意に帰属できるかという問題については、結論的に連邦通常裁判所に賛同する見解（既遂説）とそれに真っ向から反対する見解（未遂説）が対立しているが、いずれの見解にしても、その結論を支える論拠は一様ではなく、本稿で、その全てを網羅的に取り上げることはできない⁽⁵⁰⁾。

まず、結果の故意への帰属を認める既遂説によれば、被教唆者の錯誤は、教唆者にとっても同様に重要でない客体の錯誤とされる。その論拠は様々だが⁽⁵¹⁾、近時の代表的なものとしては、同価値性説に依拠するものや、教唆犯（共犯）の処罰根拠に依拠するものもあるが、離隔犯事例と教唆犯事例を同一基準でパラレルに解決できるかという点にとって興味深いのは、Groppのアプローチであろう。

⁽⁴⁹⁾ 本判決に対しては、例えば、Schliebitzは、本判決の評釈において、次のように指摘している。まず、未遂の場合、客体の錯誤と打撃の錯誤の限界づけは必ずしも論じる必要はないにもかかわらず、本判決は、客体の錯誤を認める場合にのみ未遂を肯定することができるかのような印象を与えるものでミスリーディングである。また、客体の錯誤は、「法益の構成要件的同価値性のため」重要でないという本判決の表現は、残念ながら広く用いられるものだが、これも同様にミスリーディングな表現である。なぜなら、重要でないということは、表象された法益と実際に侵害された法益の同価値性から導き出されるものではなく、むしろ故意の具体化により初めて導き出されるものだからである。さらに、本判決は不当にも、農場相続人事件判決は、行為者が被害者を視覚的に知覚した場合にのみ客体の錯誤は重要ではないというテーゼを主張したかのように捉えているが、農場相続人判決によれば、被害者の視覚的知覚は、客体の錯誤を是認するために必要な条件ではなく、むしろ打撃の錯誤を認めるために必要な要件と捉えているなどと批判的所見を提示している。Schliebitz, Error in persona, JA 1998, S. 834 f. を参照。また、Herzberg, Vollender Mord bei Tötung des falschen Opfers ?, NStZ 1999, S. 220 f.

⁽⁵⁰⁾ 詳しくは、Winkelbach, Die Strafbarkeit des Anstifters beim error in persona des Täters, 2004, S. 96 ff. を参照されたい。

Groppは、同価値でない行為客体に対する結果発生偶然性（Zufälligkeit）という彼の主張する独自の基準に照らし、教唆者の故意を是認する⁽⁵²⁾。Groppによれば、同価値の客体の錯誤の場合、行為者は特定の構成要件の類に属する客体（例えば、「人」）を知覚しており、攻撃客体に打撃が命中しているのに対し、打撃の錯誤の場合、攻撃客体に打撃が命中していない。つまり打撃の錯誤の場合、構成要件の結果が同価値の客体に発生したということは、まさに攻撃が同価値でない客体に命中したとか、全く何にも命中しなかったことがあり得ると同様に、単なる偶然であって、打撃の錯誤の特殊性（またその区別基準）は、この結果発生偶然性にあるとする⁽⁵³⁾。この場合、最終的に弾丸の命中した行為客体が偶然にも本来狙っていたのと同じ構成要件の要素に属するというだけの理由から行為者を処罰するなら、それは偶然責任（Zufallhaftung）であって許されるものではない。

Groppの主張を額面通り受け取るなら、もっぱら同価値の客体にしか結果発生があり得ない場合は客体の錯誤が問題となり⁽⁵⁴⁾、同価値でない客体に結果発生があり得る場合、打撃の錯誤として故意の阻却を認めることになろう。そし

51) なお、かつて、「共犯の従属性」の原理に依拠して、既遂説を根拠づけようとするアプローチも主張されたこともあるが（例えば、Loewenheim, *Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte*, 1897, S. 55）、既に過去の学説となっている。というのも、少なくとも「共犯の従属性」の下で理解されているのは、共犯は、構成要件該当の違法な正犯行為をその成立の前提とするということに過ぎない以上、共犯の従属性だけから、正犯者にとって重要でない客体の錯誤は共犯者の可罰性にとっても重要ではないという命題を導き出すことは不当だからである。また、教唆者は正犯者と同等に処罰されるのだから、正犯者の客体の錯誤は教唆者にとっても同様に客体の錯誤であるという従属性原理に依拠した論証は、法律効果でもって教唆者の故意を根拠づけようとする点で、循環論法でもある。

52) Gropp, *Der Zufall als Merkmal der aberratio ictus in: Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, S. 65 f.

53) Gropp, a.a.O. (Fn. 53), 55 ff.; ders., *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2015, § 5 Rn. 75 ff. なお、Groppの見解については、専田泰孝「具体的事実における方法の錯誤(1)」早稲田法学76巻1号（2000年）157頁以下の指摘も参照。

54) Groppの表現を借りれば、動機客体と侵害客体の構成要件の類的符合が「予めプログラムされている」（vorprogrammiert）場合である。Gropp, a.a.O. (Fn. 53), S. 65. また、例えば、電話侮辱事例がそれに当たる。侮辱の行為客体は人間でしかあり得ないからである。

て実際、このことは、教唆犯事例でも等しく妥当するとされる。つまり、被教唆者が客体の錯誤から狙った客体とは異なる客体を侵害した場合、それらが同価値の客体であることは、偶然とは評価されない。なぜなら、教唆者は被教唆者に「人」を殺害するよう依頼しており、その限りで、同価値でない客体に結果が発生するという打撃の錯誤を認めるために必要な偶然性という要素は、教唆事例では、全くもって欠落しているためである。それ故、この場合、正犯者の錯誤は、教唆者にとっても客体の錯誤にしかならないであろう。しかし、かかる正犯者と教唆者の錯誤の平準化は、構成要件的に同価値又は同価値でない類の客体における結果発生を抽象的に比較して偶然かどうかを決定している時点で恣意的であるし、具体的事例における故意内容を問題としていない点で、故意の本質を捉え損なっていると云わざるを得ない⁵⁵⁾。

これに反し、未遂説は、正犯者の客体の錯誤を、教唆者にとって重要な打撃の錯誤として評価する⁵⁶⁾。通説は、教唆者にも打撃の錯誤の規則を適用する本説を支持するものの、その論拠はやはり細かい点で食い違いを示している。例えば、Herzbergは、離隔犯事例とパラレルに、客体の感覚的知覚のない教唆犯事例においても、教唆行為の時点で目標客体について教唆者が抱いていた同一性の表象を問題とする⁵⁷⁾。ローゼ・ロザール事件で言えば、ロザールがローゼに対しシュリーベを殺害するよう教唆した場合、教唆者ローゼは、被害者を「シュリーベ」として表象の上で具体化していたが、実際にロザールが「ハルニッシュ」を殺害した場合、教唆者ローゼから見て、表象された客体と実際に命中した客体が食い違っており、その食い違いをもって打撃の錯誤を認めることになる。しかし、それでは、従来、客体の錯誤に当たるとされてきた事例や典型的な動機の錯誤も方法の錯誤として評価せざるを得なくなり、教唆事例で

55) その他の批判として、専田・前出注54157頁以下、Burchard, Irren ist menschlich, 2008, S. 24 ff.

56) その場合、侵害客体に対する過失犯と動機客体に対する教唆未遂／未遂の教唆としての可罰性が残るに過ぎない。むしろ、動機客体が犯行現場にいない以上、動機客体に対して犯行の直接的着手は認められない。この点、例えば、Dehne-Niemann/Weber, aa.O. (Fn. 11), S. 379は、ローゼ・ロザール事件のロザールはハルニッシュの死に向けられた教唆故意を欠くため、せいぜい過失致死罪でのみ処罰すべきであったとプロイセン上級裁判所を批判している。

57) Herzberg, aa.O. (Fn. 12), S. 473 ff.

背後者に故意帰属が認める範囲は非常に限られたものとなるであろう⁽⁵⁸⁾。

(3) 錯誤と客観的帰属可能性

結局のところ、被教唆者の客体の錯誤の事例を十把一絡げに客体の錯誤か打撃の錯誤かいずれか一方に位置づけようとするところに、つまり出発点において理論的課題を抱え込んでいるのではないか。Burchardによれば、ここでは、両錯誤の「混合形態」(Mischform)が問題となっている⁽⁵⁹⁾。なるほど、教唆者の表象から見ると、狙った客体との食い違いが生じており、そこでは、客体の錯誤との類似点が見出される。しかし他方で、客体の錯誤に陥った正犯者が教唆者の教唆行為と結果発生との間、つまり因果経過に介在しており、教唆者から見て、打撃の錯誤と類比可能な状況も問題となっている。そのため、ここでも、打撃の錯誤で問題と異常な因果経過が生じた場合と同様に、教唆者にとって結果の客観的帰属が否定されるかどうか、まずもって検討されなければならないであろう。しかし、故意既遂犯に対する教唆としての罪責を根拠づけるには、それだけでは不十分であり、その上でさらに、教唆者から見て、正犯者を介して本来狙った客体とは異なる客体に発生した結果を、教唆者の故意へと帰属し得るための規範的根拠も詳らかにしなければならないであろう。

この点に関連して、混乱を招かないようはっきりさせておかなければならないのは、連邦通常裁判所が提示する基準は、故意帰属にとって本来的な基準として捉えるべきではないという点であろう⁽⁶⁰⁾。上で述べた通り、連邦通常裁判所は、農場相続人事件で、逸脱が一般的生活経験に照らして予見可能なものの範囲内にあるため、犯行に対する別様の評価は正当化されないというロジックを、そして自動車爆弾事件でも、正犯者による取り違いが教唆者に認識された危険の射程範囲内にあるかどうかというロジックを、それぞれ用いたのであった。しかしまず、「別様の評価を正当化するか」という規範的基準は、逸脱が同価値と判断することができるか、もっと言えば故意を阻却するほど重大なものかという観点をパラフレーズしたものに過ぎないのであって、それを具体化する下位基準なくしては、内容的に空虚なものにとどまるであろう。その点を

⁽⁵⁸⁾ 松生・前出注(1)607頁。

⁽⁵⁹⁾ Burchard, a.a.O. (Fn. 55), S. 35.

⁽⁶⁰⁾ Toepel, a.a.O. (Fn. 18), S. 890 ; Dehne-Nieman/Weber, a.a.O. (Fn. 11), S. 376 f.

踏まえ、連邦通常裁判所も、一般的生活経験による予見可能性の範囲内や認識された危険の射程範囲内にあるかという経験的な基準を提示しているものの、それだけでは結果に対し故意既遂犯としての責任を正当化するにはなお不十分なものと言わざるを得ない。打撃の錯誤の事例をめぐって既に指摘されているように⁽⁶¹⁾、そもそも予見し得ない因果経過が介在する場合には、(故意帰属以前の問題として)客観的帰属可能性が否定されるのであって、故意への帰属という問題は生じないだろうからである。それに、そもそも予見可能性が否認される場合には、過失帰属も否定されるべきであろう。

それ故、教唆事例における第一の理論的課題は、精確には、次のような形で定式化されるべきである。つまり、故意帰属の検討に先立ち、正犯者が客体の混同に陥った場合における客観的帰属⁽⁶²⁾が教唆結果と教唆行為に関して理論的にいかにして行われるか、或いは排除されるのかを検討することが先決問題として提起されよう。実際、いくつかの理論的モデルは、教唆者が与えた「指示」からの齟齬ないし逸脱に焦点を合わせるアプローチを示しており、第一の理論的課題の解決にとって興味深い視点を提供しているのである。

既にStratenwertは、正犯者の客体の錯誤が教唆者にとって客体の錯誤となるか打撃の錯誤となるかは、教唆者が与えた指示の内容とそれに対する媒介者の行動から解答を与えることができると考えた。彼によれば、指示そのものも、もともと教唆者が意図したのとは別の客体に及ぶほど曖昧なものであり、正犯者もその指示通りに振る舞った場合には、たとえ正犯者が客体を取り違えたとしても、その取り違いをもって背後者を免責することはできず、この場合、正

(61) Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, 1984, S. 123 f. (「不法の客観的帰属と人的帰属」中山研一＝浅田和茂 [監訳]『現代刑法体系の基本問題』[成文堂, 1990年] 115頁以下 [葛原力三訳]) Wolterの見解についてさらに、Hoyer, Die aberration ictus als Sonder- und Extremfall der Kausalabweichung, in: Festschrift für Jürgen Wolter, 2013, S. 419 ff.

(62) 例えば、Roxinは、それを次のように定義していた。すなわち、行為者が惹起した結果が客観的構成要件に帰属可能なのは、次のような場合に限られる。すなわち、行為者の行動が行為客体に対して許される危険によりカバーされない危険を創出し、その危険が実際に具体的結果に実現した場合である。Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 47.

犯者の錯誤は、教唆者にとっても客体の錯誤として扱われるべきであるが、正犯者が、教唆者の与えた指示内容を誤りと看做し、その明確な指示を無視した場合には、正犯者の客体の取り違いは、教唆者にとって打撃の錯誤として扱われるべきである。なぜなら、この場合、それにより生じた客体の取り違いは、教唆者ではなく、もっぱら正犯者のみに帰属されるべきものだからである⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾。

さらに一步踏み込んだ形で教唆事例における結果帰属の問題を主題化したのが、WeBlauである。彼女によると、結果帰属にとって重要なのは、教唆者がその行為により一定の法益に対して事前的に認識可能な危険を創出し、それにより創出された危険が結果へと実現したことであり⁽⁶⁵⁾、教唆犯事例における因果経過の逸脱は、まずもって、教唆者による規範関係的な危険設定の不存在の問題として定位されるべきであり、ここでは、正犯者が犯行手段や行為客体について教唆者により要求された行為態様から逸脱する場合、教唆者の創出した危険が実現したのかどうか、それはどの程度実現したのかが問われなければならない⁽⁶⁶⁾。従って、教唆犯事例における問題の本質は、正犯者が他者の発言や行動により何らかの仕方で行行決意を抱いたという教唆者の行動と正犯者の犯行決意との間の因果連関そのものではなく、むしろその発言や行動の具体的内容に関して重要な危険創出 (relevante Gefahrschaffung) を認めることができるかどうかという点に見出されることになる⁽⁶⁷⁾。

その際、WeBlauは、重要な危険創出の判断基準として、具体化要件 (Konkretisierungserfordernis) に着目し、具体的な行動提案がなければ、そもそも教唆行為としての危険創出がなく、そもそも教唆行為が成立しないし、具体的に特定された指示の範囲内にしか教唆が成立する余地はないという。一方で、

⁽⁶³⁾ Stratenwerth, aa.O. (Fn. 18), S. 65.

⁽⁶⁴⁾ Stratenwerthによれば、攻撃客体の選択のための指示が目の粗いものであればあるほど、そして状況からして取り違いの可能性が高ければ高いほど、直接行為者の客体の錯誤を背後者や共同正犯者にそれだけ容易に帰属することができ、逆に状況からして取り違いが非蓋然的なものであればあるほど、直接行為者の錯誤は、背後者にとってそれだけ容易に打撃の錯誤と看做される。Stratenwerth, aa.O. (Fn. 18), S. 65.

⁽⁶⁵⁾ WeBlau, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), S. 125.

⁽⁶⁶⁾ WeBlau, aa.O. (Fn. 65), S. 126.

⁽⁶⁷⁾ WeBlau, aa.O. (Fn. 65), S. 128 f.

具体的な行動提案がなされ、正犯者とその取決め通りに行動したものの、それでも客体の取り違いに陥った場合には、まさにその取り違いは、教唆者が与えた行動提案に内在していた取り違いの可能性の現実化に他ならず、教唆者にとって、行動提案により創出された危険の実現として評価されるべきである⁽⁶⁸⁾。それに対し、正犯者が行動提案により示された具体化指針を逸脱し、その逸脱の結果、客体を取り違えた場合には、行動提案により創出された危険は実現されたと評価することはできない⁽⁶⁹⁾。

教唆行為としての危険創出が否認されるのであれ、教唆結果の帰属（なお、犯行決意の喚起と最終の結果）が否認されるのであれ、客観的帰属性が否認されるケースを検討する際には、具体的な指示内容のバリエーションを踏まえなければならないであろう。そこで、以下では、5つの事例群に場合分けを行い、教唆犯の客観的構成要件の充足、つまり結果の客観的帰属の当否を検討しているWinkelbachの見解に依拠しつつ⁽⁷⁰⁾、問題の全体像を大まかに把握しておくことにしたい。

〔事例1〕教唆者Xは正犯者Yに対し、目標客体に関して詳細だが誤った指示を与えたが、正犯者はこの指示を厳格に遵守した。

この事例群は、教唆者自身が客体の錯誤に陥っており、既にその指示内容からして教唆者の動機の錯誤を媒介として誤った客体に向けられている。それ故、誤った客体の殺害を、教唆犯の客観的構成要件に帰属することに特段の問題はないであろう⁽⁷¹⁾。

〔事例2〕教唆者Xは正犯者Yに対し、意図した客体にも実際に侵害された客体にも当てはまる曖昧な指示を与えた。

教唆者は、意図した客体と誤った客体に対し許されない危険を設定しており、かかる教唆行為により創出された客観的危険性は、意図した被害者の侵害によっても、また、誤った被害者の殺害によっても、等しく実現されたと評価す

(68) WeBlau, a.a.O. (Fn. 65), S. 130.

(69) WeBlau, a.a.O. (Fn. 65), S. 130 f.

(70) Winkelbach, a.a.O. (Fn. 50), S. 169 ff.

(71) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 18), S. 68; Winkelbach, a.a.O. (Fn. 65), S. 169 f. 最近でも、Penñranda Ramos, Error in persona des Täters und Haftung des Anstifters, in: Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 483 ff. が同様の主張を展開している。

ることができる場合、原則として客観的帰属可能性が是認されるだろう⁽⁷²⁾。もっとも、その指示の曖昧さゆえに、正犯者が指示を誤って具体化した結果、指示から過剰的な逸脱が発生する可能性も存在する以上、Winkelbachとは反対に、例外なく誤った客体の客観的帰属を無条件に認めることはできないように思われる⁽⁷³⁾。

〔事例3〕教唆者Xは正犯者Yに対し、詳細で正確な指示を与えたが、正犯者が聞き間違いをし、それにより誤った指示を受け取った。

この場合、Winkelbachによれば、指示を伝達する際に生じる問題は、教唆者の危険領域に属するため⁽⁷⁴⁾、誤った被害者の殺害は、教唆犯の客観的構成要件に帰属され得る。もちろん、正犯者が難聴や色弱であるということを教唆者が認識していた場合は別論であろうが、客観的に見て、それが一義的に明確な指示であるような場合にまで、正犯者の一身に帰せられるべき聞き間違いや見間違いをも教唆者が創出した危険の内容に取り込むべきか、重大な疑念が残る。

〔事例4〕教唆者Xは正犯者Yに対し、詳細で正確な指示を与えたが、正犯者が細かい点でこの指示から逸脱した。

最も問題が多いのが、この事例群である。例えば、正犯者が教唆者は被害者の記述の際に勘違いをしていると考えたとか、指示された犯行機会に代えてより有利な機会を利用すべきだと考えた場合など様々な場合を考えることができるが、ともかくこの場合には、正犯者は、教唆者により具体化された目標客体を侵害しようとしている点で、意識的又は無意識的な過剰を犯した場合と同列に論じることはできないように思われる。Winkelbachは、この事例群では、個別事例の状況を踏まえたとき、既にその指示において取り違いの可能性が内在していたかどうか結論は依存するとする⁽⁷⁵⁾。つまり、一方で、もし正犯者が教唆者の指示に忠実に従ったのなら、客観的事前の考察からして、正犯者の錯誤がほとんど排除されているといえるような場合には、実際に侵害された客体に対して法的に許されない危険の設定は否認されるが、他方で、依頼に忠実に犯行を実行した場合であっても、取り違いの危険がなお存在したであろう場

(72) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 18), S. 65; Winkelbach, aa.O. (Fn. 65), S. 170.

(73) この点について、Penranda Ramos, aa.O. (Fn. 71), S. 493も参照。

(74) Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 170 f.

(75) Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 171 f.

合には、被教唆者の独断 (Eigenmächtigkeit) は教唆者を免責するものとはならない⁽⁷⁶⁾。帰属可能性の問題については、どの程度、空間的及び時間的指示からの正犯者による独断的逸脱が正犯者の客体の錯誤にとって因果的であったか、或いは客体の錯誤を少なくとも促進したかという点が決定的であるという⁽⁷⁷⁾。

〔事例5〕教唆者Xは正犯者Yに対し、正しい指示を与えたが、正犯者がその指示を無視し、別の人物を故意的に殺害した。

いわゆる意図的な過剰の場合であり、誤った客体の侵害は、教唆者に客観的に帰属され得ないであろう。教唆者は、その指示により目標客体を問題なく具体化しており、客観的事前的考察からして取り違いは予測することができなかった。それ故、背後者は、その指示により実際に打撃の命中した客体に対し法的に許されない危険を創出したものではない。別の人物の殺害は、自己答責の主体としての正犯者の自律的意思決定に基づく新たな危険の創出の現実化であるから、被害者の殺害は、もっぱら正犯者のしわざとして彼に帰属され得るであろう⁽⁷⁸⁾。

さて、ここで暫定的な結論を示しておくことにしたい。上述のように、教唆犯事例においても教唆者の指示内容やそれに対する正犯者の行動を手がかりとして、まず許されない危険創出とその結果への実現という客観的帰属連関に注目するアプローチは、出発点として基本的に妥当なもののように思われる。言い換えれば、教唆犯事例でも、純然たる因果関係の認定にとどまらず、結果の客観的帰属を問題とすべき余地があり、犯行決意の喚起と因果連関を有する教唆行為がすべて教唆犯の客観的構成要件を充足するものと看做すべきではない⁽⁷⁹⁾。

一方で、客観的帰属判断の第一段階としての許されない危険創出については、

(76) Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 172 f. Penñranda Ramosによれば、この場合の解決策は、2つの仮説のうちのいずれが実現したかにかかっている。すなわち、実行された犯行が依頼と一致する場合、結果が教唆者に帰属されるが、犯行が依頼から逸脱すると事後的に認定される場合、教唆者に結果を帰属することはできない。なお、スペインでも、赤道ギニアの反対派事件やイビサのタクシー事件において、同種の問題が提起されているようである。両事件について詳しくは、Penñranda Ramos, aa.O. (Fn. 71), S. 488 Anm. 30, 31.

(77) Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 172.

(78) Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 172 f.

予測的-仮定的な因果経過が刑法上許されない結果を惹起する一般的適性があるのかどうかを事前的に判断し、他方で、第二段階としての許されない危険の結果への実現については、実際に発生した事象を、客観的観察者の見地から行為者に帰せられる刑法上の行動規範違反により創出された危険が具体的結果に実現したかどうか事後的に判断するという視点の違いはあるけれど、そのことは、教唆犯事例でも基本的に妥当するというべきである。特に、教唆行為が、いわゆる一般的生活危険を超える程度の危険性を有するかどうか、また、許された危険の範囲内にとどまるかが、事前的に理性的観察者の見地から検討されるべきである。なかんずく、許されない危険の創出それ自体が認められない事例群においては、そもそも教唆行動規範に対する違反そのものが否認されるべきであろう。また、自己答責な正犯者の独断により教唆者の指示から客観的に逸脱する形で創出された危険が正犯者の客体の錯誤をもたらし、その錯誤を通じて誤った客体を侵害したという場合には、その結果は既に客観的に「教唆」結果としてカバーされるものではないというべきであろう。

ただ、単独正犯の場合とは違い、「指示」概念を手がかりとして、そこに一定の帰属中断効果を見出す一部の見解も、当の「指示」概念そのものを教唆犯の犯罪構造上適切に位置づけられていないように思われるが、その点は、次のように理解すべきであろう。すなわち、正犯者に具体的な犯行決意を喚起させた上、大なり小なり客体の具体化を正犯者に委ねつつ、それを通じて法益侵害を間接的に惹起するという点に教唆犯の構造的的特殊性とその処罰根拠を求めるのなら、問題の教唆行為が教唆行動規範を発動して禁止すべきだけの客観的危険性を有するかどうかは、教唆行為の時点における教唆行為の意味内容に依存していると考えられる。通例、教唆者は、被害者の氏名や住所、外見的特徴など、手がかりとなる外的事情に言及し又は記述することで被害者を具体的に描写するのだが、相互主観的な教唆行為の意味内容は、必ずしももっぱら教唆者が発言し又は記述した内容に限られるものではなく、意味内容ないし指示を具体的に確定するに際しては、字義通りに解釈するのではなく、教唆者の発言内容だけでなく、ノンバーバルなものも含め、教唆行為が遂行された状況的コ

(79) しかし、Lubig, Die Auswirkungen von Personenverwechslungen auf übrige Tatbeteiligte, Jura 2006, S. 658 f. は、そのように捉えているようである。

ンテキストなどから当事者の知識内容も踏まえていかなる意味内容が当事者間に推認されるのかを考えなければならない⁽⁸⁰⁾。

(4) 教唆結果の故意への帰属

繰り返しになるが、教唆行為により創出された危険が誤った客体に結果として実現しているということでもって直ちに、故意既遂犯の教唆の成立を認めるわけにはいかない⁽⁸¹⁾。それは、教唆犯の客観的構成要件の充足を根拠づけるものに過ぎず、そこからは、せいぜい個人的過失が認められる場合に、(それが可罰的な限りで)過失犯としての可罰性が導き出せるに過ぎないからである。

では、教唆犯事例では、いかなる場合に結果の故意への帰属が認められるのであろうか。この第二の理論的課題に対し、Winkelbachは、結果を教唆者の故意に帰属するためには、教唆者が創出した危険を少なくとも未必の故意で認識しかつ意思していたということでも十分であるとする⁽⁸²⁾。しかし、なぜ故意の認識対象が危険の抽象的認識で足り、その現実化たる結果に及ぶ必要がないのか、その論拠を彼の主張から読み取ることにはできない⁽⁸³⁾。またそれは、教唆行為(犯行決意の喚起)についての故意と、正犯行為の既遂、つまり法益侵害結

80) 例えば、教唆者Xが浮気者の夫Aの殺害を正犯者Yに依頼した際、「ジムで青いウィンドブレーカーを着た男」という曖昧な指示を与えた場合も、それを文字通りに解釈すべきではない。なるほどそれ自体としては別の客体をも含むような曖昧な指示ではあるかもしれないが(たまたまそこに居合わせた水道工事業者や宅配業者も青いウィンドブレーカーを着ているかもしれない)、少なくとも当の状況下における当事者のコミュニケーション的な意味内容として、それが特定の被害者に限定される(通常ジムにいたることが予定される青いウィンドブレーカーのトレーナーや利用客など)ことが明らかな場合には、そのようなものとして取り扱うべきであらう。

81) もっとも、打撃の錯誤を認め得ることを前提としつつ、客体の取り違えの危険が予見可能であった場合、教唆者に侵害客体に対する故意を認めるべきだという主張もある。Schlehofer, Der error in persona des Haupttäter - eine aberration ictus für den Teilnehmer ?, GA 1992, S. 317 f.

82) 5つの事例群についての当てはめも含めて、Winkelbach, aa.O. (Fn. 50), S. 173 ff.

83) 松生・前出注(1)625頁も、Winkelbachのアプローチは、結局、その指示に含まれた危険の及ぶ対象全てに対する故意を認めるもので、正犯と共犯の構造的差異を無視するものだと批判している。

果についての故意が要求されるどころの教唆犯における二重の故意に関する通説的な理解とも平仄が合わないであろう。同じ批判は、客体の取り違いについて教唆者の未必の故意が及んでいた場合に、結果の故意帰属を認めるToepelの立論にも等しく妥当しよう⁽⁸⁴⁾。

他方、教唆犯事例でも離隔犯事例で展開されたアプローチを転用するという立場もあり得るであろう。例えば、Herzbergの見解からは、打撃の錯誤となるであろうし、Groppの偶然性基準からは、自ずから正犯者と共犯者に対する結論は、通常、同一のものとなる。しかし既に示したように、それらのアプローチそのものに対する疑念を払拭できないだけでなく、離隔犯事例と教唆犯事例をナイーブに同置することは、教唆行為の構造的特質を捉え損なうものである。

この点、正犯者に対する事前的指示によって具体化された範囲内の客体に対する侵害であれば、その客体の侵害を教唆者が意図したかどうかに関わりなく、既に教唆者の故意の内容となるという主張も見受けられる⁽⁸⁵⁾。本説に依拠するならば、例えば、教唆者が被害者を空間的-時間的に特定して指示を行った場合、その指示の具体化を充足する範囲内で、故意帰属が肯定されることになろう。

離隔犯事例と教唆犯事例は、客体を実感的に知覚していないという意味で、構造的に類似性はあるものの、教唆犯事例では、教唆者による危険の制御能力は、正犯者を媒介とするがゆえ、離隔犯事例に比して限定的なものにとどまらざるを得ない。教唆者は、自らが創出した危険を自己の手から意識的に正犯者の手中へと譲り渡すことで、事象を手放し、また、正犯者の独断の可能性を増大させる⁽⁸⁶⁾。教唆者は、自己の失敗や技術的失敗だけではなく、当然ながら正犯者の行為や取り違い、独断をも考慮に入れなければならない。

故意帰属を考える際に出発点とすべきは、Erbも指摘しているように⁽⁸⁷⁾、故意の対象は、立法者が構成要件的行為をそれにより記述したところの法概念そ

⁽⁸⁴⁾ Toepel, Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik : Zurechnungsstrukturen und Irrtumfolgen bei mehreren Beteiligung, JA 1997, S. 251 f., 255.

⁽⁸⁵⁾ 松生・前出注(1)627頁以下。

⁽⁸⁶⁾ Rohndelfer, a.a.O. (Fn. 27), S. 152, 154 f.

⁽⁸⁷⁾ Erb, Zur Unterscheidung der abberatio ictus vom error in persona, in : Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 389.

のものではなく、むしろ法概念が包摂され得るところの個別事例の現実的な具体的事情でなければならない。むしろ、このことは、教唆犯の場合に、自己の教唆行為の結果、いかなる事象展開を経て構成要件が実現されるかという「正犯行為」に関する予測的表象が介在することを否定するものではない⁽⁸⁸⁾。それ故、行為者により故意に取り込まれた事象の限界を決めるのは、それが未必的な形であれ、行為者の個人的な認知能力や判断能力を踏まえ、行為者の表象が事実上どの範囲にまで及んでいたかということに他ならない。

裏返して言えば、行為者の表象により捕捉されていない事情も抽象的に同一構成要件に包摂することができるからといって、少なくとも未必の故意の要件を充たさないような形で行為者に表象されていない事象を故意の一部へと変容させることはできないというべきであろう。ただし、教唆犯の場合、その現実的な具体的事情の内容は、故意の対象としての正犯行為に関する限り、その大部分が予測的表象であるから、ある程度、概括化・抽象化せざるを得ないであろう。

結論から言えば、教唆者の行為が自己の教唆行為により設定した危険を媒介として正犯行為により直接的に法益に対して設定された危険をもカバーする形で、教唆者の故意が最終的に実現された構成要件実現を「表現」しているという場合に初めて、教唆者の意思内容に取り込まれた危険、つまり教唆者が許されない形で設定した危険が結果へと「故意的に」実現されたと考えるべきである⁽⁸⁹⁾。それ故、被教唆者の単なる客体の取り違いだけではなく、それに起因して無関係な第三者が侵害され得るという点にも未必的に故意が及んでいる場合でなければ、教唆者の故意帰属を肯定することはできない。表象されていないものを表象されたことにする、つまり意思内容に取り込まれていない危険の実現を故意的に創出されたものと看做すことは⁽⁹⁰⁾、錯誤論を故意がないところに故意を擬制するための特別規則の体系に変質させるものであって、責任主義の

⁽⁸⁸⁾ この点について、小島・前出注(14)23頁は、教唆者は、客体に対する因果経過を少なくとも認識することはできず、故意はやはり、因果経過を制御することができる「行為」の部分しか及ばない以上、教唆犯事例では、教唆者が直接制御することができるのは、被教唆者に対する働きかけの段階までであるとする。

⁽⁸⁹⁾ この点について、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)227頁以下を参照。

観点から受け入れることができないし、そもそも顧慮するに値しない構想と思われる。

端的に言って、教唆結果の故意への帰属のためには、結果に行為者の故意が、概括的であれ重疊的であれ、未必的に及んでいれば、必要にして十分である。その場合、教唆犯事例の特殊性としては、教唆結果は犯行決意の喚起とそれを通じた正犯行為による法益侵害結果から構成されるところ、中間結果のみならず、最終結果にも故意は及んでなければならないという点に求められよう。単に正犯者が何らかの人違いに陥るということに未必的な故意が及んでいるだけでは足りない。

例えば、自動車爆弾事例を修正して、教唆者Xが正犯者Yに自動車爆弾を仕掛け、Aを殺害するよう指示し、正犯者は、間違いなく指示通りにAの乗用車に爆弾をしかけたが、実際に自動車を最初に利用した妻のBと通行人Cが爆発の犠牲となったという場合、特段の事情のない限り、いずれの結果についても教唆者が故意的に設定した危険が実現したと言って差し支えない。しかしそれは、その錯誤が重大なものだからではなく、端的に教唆者が故意的に創出した危険が実現しているからである。

そのことにとって、第一に、「自動車爆弾」という犯行手段を内容とした正犯行為を指示した点について、教唆者にいかなる危険性の表象や意思内容が帰属されるかが重要であろう。通常、理性的な判断能力を有する者であれば、「自動車」というものが人の利用に供される移動手段であるということに容易に思いを致すことができるはずであり、A以外の者に結果が発生しないような特別な危険防止措置を講じたり、A以外の者がその自動車を利用することがないというような特別の状況的保証があることを認識していたりするものでない限り、教唆者にとって、自動車を利用する者に向けて故意は概括化し得ると思われる。また、「爆弾」というものが、広く周囲の者を巻き込む殺傷能力の非常に高い武器であるということを押さえれば、そうした犯行手段を用いた殺害行為を正犯者に教唆した段階で、既に無関係の通行人や隣人にも死傷結果が発生し得るということは、犯行手段の選択それ自体に既に織り込み済みの危険が教

90) この点、小島・前出注④14頁は、錯誤論はそもそも未必の故意すら認められない場合に故意の符合を論じるものであるとして、錯誤論を故意のないところに故意を擬制する特別規則と捉えている点には、到底賛同できない。

唆行為を通じて正犯行為の内容となり、その危険が最終的な結果に故意的に実現したものとして評価することができるだろう。

しかしこの場合、教唆者の故意の概括化は、必ずしも無限定なものではないということもまたここで強調しておかなければならない。例えば、教唆者Xが正犯者Yに病院の10号室にいるAをピストルで射殺するよう指示したが、Yが早とちりして部屋番号を取り違い、その結果、9号室の別の患者が誤って射殺されたという場合⁽⁹¹⁾、Xが、Yの取り違いの危険とそれにより誤った客体の侵害に至る事象展開の可能性をその個人的知識や能力から特に認識していたのでない限り、教唆者の故意への結果の帰属は、原則として否定されるべきであろう。なぜなら、ここでは、指示内容としての「10号室に入院している患者」に故意内容が具体化され、その客体に対して結果が発生しているわけではないし、また、犯行手段も「爆弾」の場合と異なり、病院内の患者や見舞客、病院関係者の生命に制御困難で拡散可能性の高い危険が及ぶものを選択していたわけではないからである⁽⁹²⁾。ただし、教唆事例では、教唆者に最終的な客体の特定を委ねるが故に、往々にしてその取り違いの危険は未必的に認識されている場合も多いとは言えよう。

もっとも、このような理解に対しては、狙いが外れば他の客体に結果が発生するのが確実だと分かっている、狙いが外れることなどあり得ないと教唆者が考えていた場合にまで、誤った客体に対する発生結果に故意を認めることはできないのではないかという異論が予想される⁽⁹³⁾。しかし、教唆者も、一定

(91) 部屋番号の取り違い事例について、Fahl, Lichtensteinische Erpressung, ZJS 2009, S. 63 ff.

(92) 言うまでもなく、このことは、「拳銃」という犯行手段が危険でないという意味ではない。そもそも一般的生活危険や許された危険の範囲内にとどまる程度の危険しか含まないような正犯行為の教唆は、仮にそれを誤解して正犯者が異なる危険な犯行手段を選択したとしても、そのことにより発生した結果は教唆者には既に客観的に帰属不可能である。例えば、著名な落雷事例を教唆事例に修正すれば、このことは明らかであろう。この場合、許されない危険の創出が否定され、定義上、「教唆行為」と呼び得ない。ここでの趣旨は、「爆弾」と「拳銃」とでは、それ自体としての危険の程度が相対的に異なり、それにより発生結果について未必的故意が表現されていると看做し得る場合、つまり結果の故意帰属が認められる範囲に若干の相違をもたらすという点にある。

(93) やや文脈は異なるが、専田・前出注54159頁を参照。

の因果法則や因果予測などの前提的知識を踏まえて、正犯者に特定の犯行を教唆するのであって⁹⁴⁾、その際、教唆者が自己の教唆行為の危険性とその内容をなす正犯行為の危険性について、手持ちの個人的知識や経験則をアクティブに活用しなかったことで、上述のような意思を抱いているのだとすれば、それは、故意の成否を検討する際に無意味な希望的観測や願望の一種として無視して差し支えないであろう。

5. まとめと今後の課題

本稿では、近時のドイツ刑法学の議論状況を参照しつつ、教唆犯事例における錯誤の取り扱いについて、一定の理論モデルが示唆された。すなわち、教唆犯事例では、それに先立つ教唆行動規範の禁止する許されない危険の創出とその実現が客観的に確認されて初めて、錯誤・故意問題の検討が行われるべきである。その際、教唆犯は、自己答責的な正犯者の故意の正犯行為を媒介として構成要件を実現する点に特徴があり、かかる正犯行為を具体化する教唆行為の意味内容（又は指示）に即して、その当否が判断されるべきである。

その上でさらに、教唆者の故意が最終的に実現された構成要件実現を「表現」しているという場合に初めて、教唆者の意思内容として取り込まれた危険、つまり教唆者が許されない形で設定した危険が結果へと「故意的に」実現されたと考えるべきである。その際、端的に未必的な故意が及んでいるかどうかを慎重に検証することがまずもって行われるべきであり、安易に故意を擬制するような錯誤論の理解に依拠することは峻拒されるべきである。

また、錯誤事例における結果の帰属を考える際には、そこで故意「そのもの」が阻却されるのか、それとも故意「処罰」が阻却されるのかを明確に区別して論じなければならないであろう。というのも、両者は規範論的に見て体系的に異なる領域に属する問題であるように思われるからである。すなわち、例えば、案山子を人と間違えたというようないわゆる構成要件の錯誤の事例は、故意それ自体を阻却するものとして、行動規範の内容の問題であるのに対し、夫に毒酒を送ったが別の者がそれを飲んだというような齟齬の事例は、殺人の行動規

94) この点について、拙稿・前出注(4)141頁以下。

範違反行為が終了した後の結果帰属しか問題とならないという点で、故意そのものというより、故意犯としての処罰を阻却するかどうかという制裁規範の問題であろう⁽⁹⁵⁾。

とはいえ、本稿では、数多くの問題が手つかずのまま残されている。故意帰属や客観的帰属というものそれ自体の理解やその相互関係だけではなく、具体的に教唆行為としてのミニマムに要求される具体性の程度や教唆故意の構造的把握などについて緻密で立ち入った検討を行うことは、残念ながら十分にできなかった。また、厄介なことに、そもそも錯誤論においては、「錯誤」(Irrtum)という基本概念についてさえ万全な共通理解が形成されているわけではなく⁽⁹⁶⁾、「齟齬」(Diskrepanz)、「逸脱」(Abirrung)などの錯誤論を取り巻く論争的諸概念の整理整頓⁽⁹⁷⁾も未だ理論的に「道半ば」の感が否めない⁽⁹⁸⁾。今後もドイツやわが国の議論展開を注視しつつ、常に基本概念や通俗的理解を問い直し、問題点を洗い出すことでしか、問題の核心に迫ることはできないことを、やはり教唆犯と錯誤の事例群も明らかとしたように思われる。それ故、そうした方向で引き続き未解明の問題に取り組み続けることが、本稿に残された大きな課題である。

⁽⁹⁵⁾ 教唆犯の行動規範と制裁規範については、拙稿・前出注(4)134頁以下。

⁽⁹⁶⁾ 例えば、打撃の錯誤という概念を同価値の客体の場合に限るものとして、例えば、Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung, 1985, S. 95.

⁽⁹⁷⁾ これらの概念について、Loewenheim, a.a.O. (Fn. 10), S. 311; Hettinger, Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände, JuS 1988, S. 71 ff.; Koriath, a.a.O. (Rn. 12), S. 901; Driendl, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, S. 253 ff. など。

⁽⁹⁸⁾ なお、同じことは、教唆犯論でも随所に見られる現象である。例えば、「犯行決意」という概念がその好例であろう。従来、犯行決意という概念はともすれば勢い故意と同視されがちであったが、しかし犯行決意は「予測的表象」(prognostische Vorstellung)でしかなく、故意とは異なる概念であるということは、既にいわゆる omnimodo facturus との関係で指摘したところである。拙稿「一つのアポリアとしての教唆犯における犯行決意というもの」法学研究論集35号(2011年)165頁以下。