

# 教唆概念の構造と位相

竹内 健 互

1. はじめに
2. 教唆犯理論の課題と本質
  - (1) 教唆概念の形成過程
  - (2) 目的因としての教唆犯
  - (3) 墮落と社会的統合解体
3. 制裁化説の諸相
  - (1) サンクションとは何か？
  - (2) 教唆行為の拘束性・指令性
  - (3) コミュニケーション関係と規範的予期
  - (4) 価値コンフリクトと片面的な規範的予期
4. 指令型言語行為としての教唆行為
  - (1) 言語哲学的分析のポテンシャル
  - (2) 言語行為のカテゴリー化とその構造
  - (3) 指令性とサンクションの相互関係
5. 教唆犯の概念論的性格
  - (1) 欺罔不変性と非再帰性
  - (2) 自己教唆と自己幫助
6. 人格的コミュニケーションと操作的コミュニケーション
7. まとめに代えて

## 1. はじめに

「犯行決意の喚起（惹起）」というものは、教唆犯固有のメルクマールを描き出すものとして、古くからわが国の刑法学において重要な地位を認められてきた。例えば、教唆とは「人に犯罪実行の決意を生ぜしめること」<sup>(1)</sup>とか、「犯罪実行の意思のない者に対して犯罪の実行を決意させるような刺激を言語、動作によって与えること」<sup>(2)</sup>、あるいは「犯罪実現の決意を有しない者に対して積極的に精神的な働き掛けを行ない、その者に犯罪実行の意思を起させる行為」<sup>(3)</sup>という〈教唆概念〉の教科書的な定義に示されている通り、教唆概念にとって「決意を惹起する」という事態は、これまでほとんど重大な異論にさらされ

(1) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』（創文社、1990年）403頁。

(2) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）295頁。

(3) 莊子邦雄『刑法総論 [第3版]』（青林書院、1996年）479頁。

ることなく、現在まで堅持されてきた<sup>(4)</sup>。

わが国の判例も学説と大差なく、「教唆罪ハ他人ヲシテ犯罪ヲ決意シ之ヲ実行セシムルニ因リテ成立スルモノ」<sup>(5)</sup>と判示した古い大審院判決に象徴されているように、教唆概念の本質的なエレメントとして、「犯行決意の喚起」というものに依然として大きな比重を置いていることは、今さら指摘するまでもないことであろう。

別稿で既に論じたように、共犯の処罰根拠論の理論的関心は、なるほど一面で共犯規定をめぐる規範論的評価や、(わが国の因果的共犯論のいう)共犯の因果的寄与の必要性と共犯の因果性をめぐる論争テーマの理論的深化を促進した。とはいえ、他面で、不運にも、教唆犯と幫助犯は、狭義の共犯としての消極的性格、つまりいずれの共犯形式も正犯性基準(これについては争いがあるが)を充足しないという点を共有しているに過ぎないということの意味が十分に再検討されることなく<sup>(6)</sup>、個々の行為態様関係的な視角からそれぞれの共犯形式の概念規定や処罰根拠を構築するという重要な検討課題への取り組みが先送りされた。

教唆概念の実務的取扱いに鑑みれば、わが国の刑法学において、〈教唆とは何か〉という問いに対する応答として、前述のような教唆概念を、あたかもそれ以上遡行して解明することが困難な極致的な概念であるかのように無批判的に受け入れ続けることは、ある種やむを得ない事情もあるかもしれない。

(4) 最近のものとしては、多くに代えて、松宮孝明『刑法総論議義〔第5版〕』(成文堂、2017年)282頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015年)272頁など。批判的なものとしては、十河太郎「教唆犯の本質に関する一考察(2・完)」同志社法学43巻3号(1991年)102頁以下、特に132頁以下。十河によれば、構成要件の結果の実現に対して正犯と同じ程度に重要な役割を演じるということが、教唆概念を本質的に規定するとする。それ故、犯行決意の喚起(惹起)という伝統的な要件はそれ自体としては必ずしも教唆犯の成否を検討する上で重要ではないということになる。判例については、最近のものとして、前田雅英「教唆犯の実相」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開(上)』(信山社、2014年)291頁以下、佐伯仁志「絶滅危惧種としての教唆犯」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)171頁以下参照。

(5) 大判明治43年6月23日刑録16輯1280頁。

(6) *Michael Hegmanns, Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung*, GA 2000, S. 473 ff.

ところで、〈教唆概念〉の獲得は、近時、Schroederも指摘しているように<sup>(7)</sup>、近代刑法における伝統的なパースペクティブのラディカルな転換をもたらすものであったが、その概念的な輪郭は、依然として必ずしも明確なものとはいえない。しかし、〈教唆概念〉に関する概念的な整理が不十分なまま、犯罪論の重要論点が複雑にクロスオーバーする教唆犯をめぐる論争問題を終局的に解決することは困難であるといっても過言ではなからう。

この点、ドイツ刑法学における〈教唆概念〉の再検討は、種々の学際的アプローチをも取り込みながら進展していることが注目されよう。そこでは、法社会学、言語哲学、社会心理学などの知見をアプローチの糸口としつつ、単に従来の伝統的な解釈論を失効させるのではなく、むしろ問題を再枠組み化 (Reframing) することによって既存の解釈論の正当性を検証し、裏づけることが追求されているのである<sup>(8)</sup>。もっとも、教唆概念に関するアプローチは、周知の通り、ドイツにおいては、百家争鳴の感があり、そのすべての論者の見解を網羅的に取り上げたり、学説史を概念形成の源流にまで立ち戻って丹念に再検討したりすることはできない。そこで、本論文は、わが国とは対照的に、〈教唆とは何か〉という問いをめぐるのは、目下、改めて活発な議論が展開されているドイツ刑法学の議論のうち、とりわけ近時の理論動向をクローズアップしつつ、教唆概念を精緻化するために必要な検討課題を明らかにしたい。

## 2. 教唆犯理論の課題と本質

### (1) 教唆概念の形成過程

ここでは、教唆概念をめぐる詳細な歴史的素描に代えて、差し当たり、Schroederの見立てを参照しながら、ドイツ刑法学における教唆概念の歴史的な形成過程を手短かに振り返っておくことにしたい<sup>(9)</sup>。

わが国の刑法61条の教唆概念に相当する概念は、ドイツ刑法学においては、ドイツ刑法26条の見出しに用いられた「Anstiftung」という名詞と、罰条にお

(7) *Friedrich-Christian Schroeder*, Die Anstiftung als Erfolgsdelikt, GA 2016, S. 67.

(8) *Oliver Harry Gerson*, Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses-Teil 1, ZIS 2016, S. 184.

いて構成要件の行為を指示する »bestimmen« という動詞であるが、ドイツにおいては、啓蒙期に物理的発起者と並んで「知的発起者」という形象が認められるに至り、19世紀初頭に初めて »Anstiftung« という概念が登場した。一部の地方刑法も »Anstiftung« という概念を用いたものの（1838年のザクセン刑法典、1840年のハノーファー刑法、1845年のバーデン刑法など）、1851年のプロイセン刑法典は、»Anstiftung« という概念を導入せず、「重罪または軽罪の共犯」（34条1項）の下で、»bestimmen« という動詞を用いて教唆犯を把握するにとどまった。その後、»Anstiftung« という概念は、1871年のライヒ刑法典で初めて法規文言として用いられることになるが、Schroederによれば、パースペクティヴの転換は、既に1851年のプロイセン刑法典において、犯罪行為の誘発（Veranlassung）を、第一に、発起者から排除して共犯に格下げし、第二に、幫助犯と共に「共犯」に組み込み、第三に、犯罪へと回顧的に関連づけられることによって遂行された<sup>(9)</sup>。もっとも、今日では、現在のドイツ刑法26条で構成要件の行為を指示する法規文言としての »bestimmen« の意味内容が教唆概念との関係で主題化されるという点については争いが無い<sup>(10)</sup>。

とはいえ、ドイツ刑法学における〈教唆概念〉をめぐる解釈論的論争は、今や様々なトピクス（論点）と密接に関連づけられながら展開されているため、そ

(9) *Schroeder*, a.a.O. (Anm. 7), S. 67 ff. なお、Schoederは、教唆犯は、他者の行為を犯罪行為の結果とする結果犯であると指摘している。*Schoeder*, a.a.O. (Anm. 7), 65. また、主として間接正犯をテーマとするものだが、市川啓「間接正犯の淵源に関する一考察(1)～(3・完)」立命館法学361号（2015年）169頁以下、362号（2015年）220頁以下、365号（2016年）142頁以下も参照。

(10) ドイツ刑法の中では、26条の規定形式ないし規範構造は、通常とは毛色が異なる。通常は、「構成要件→法律効果」（…した者は～される）という形をとるが、ドイツ刑法26条は行為記述が後置されているという特徴がある。Schroederによれば、引き起こされた犯行から回顧的に教唆犯を考察するという手法は、以上のような規定形式に起因するものとされる。*Schoeder*, a.a.O. (Anm. 7), S. 65.

(11) ドイツにおける学説史は、*Michael Redmann*, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, S. 42 ff. に詳しい。立法史は差し当たり、Markus Welz, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe*, 2010, S. 7 ff. 議論状況については、多くに代えて、*Lutz Nepomuck*, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, S. 88 ff.; *Micha Nydegger*, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, 2012も参照。

ここでは、しばしば〈教唆犯の処罰根拠〉、〈教唆犯の本質〉、〈教唆犯の構成要件的行為（教唆行為）〉というものが、厳密に区別されずに、半ば互換のないし混同的に用いられている場合もあり、そのことが議論を混迷させる一因にもなっている。

そこで、差し当たり、教唆犯の本質についていかなるアプローチがあり得るかという問題に視線を投じることから始めよう。教唆犯の本質とは何かについて、しばしば引き合いに出されるものとしては、「起爆」(Initialzündung)や「精神的発起」(geistige Urheberchaft)、「墮落化」(Korrumpierung)という馴染みのメタファーが挙げられよう。

しかし、Puppeも批判しているように、まず「起爆」というメタファーは、道具としての媒介者が犯行の態様や有無に関して判断しないか、少なくとも自由に判断し得ない間接正犯の場合にだけ当てはまるものであって、被教唆者としての正犯者が着手段階で自由かつ答責的に犯行を遂行するか否かに関して判断する決断能力と帰属能力を備えていると考える限り、不適切なメタファーでしかないように思われる。

## (2) 目的因としての教唆犯

それに対して、Joerdenは、かの有名なアリストテレスの4原因説とのアナロジーを用いて教唆犯の本質を解き明かそうとしている<sup>(12)</sup>。4原因とは、アリストテレスの説くところによれば、現象についての4種類の原因であり、以下の4つに区別することができる。すなわち、作用因 (causa efficiens)、目的因 (causa finalis)、形相因 (causa formalis)、質料因 (causa materialis) がそれである<sup>(13)</sup>。

Joerdenによれば、行為者Aが被害者Bを棍棒で撲殺したという単独直接正犯の事例では、Aは4つの形でBの殺害の実行に関して決定したといえる。①第一に、Aは、刑法上重要な結果 (Bの死) を撲殺によって物理的に引き起こしたとすると、AはBの死に対して作用因としての役割を担っている。②また、AはBを殺害することで、例えば、Bの莫大な遺産を相続しようとか、Bを厄

(12) Jan C. Joerden, *Logik im Recht*, 2. Aufl., 2010, S. 272 ff.

(13) アリストテレス (出隆=岩崎允胤訳)『自然学 (アリストテレス全集3)』(岩波書店, 1968年) 53頁以下。

介払いしようとかという一定の目的追求の表象を抱いている。この点で、Aは、B殺害の目的因となり、Aは、「なぜ」ないし「何のため」、要するにいかなる理由からBの死が発生したのかについて決定したのである。③第三に、AはBをどのように殺害するかも決定している。Bを殺害するための具体的な犯行計画を立案することで、AはBが「どのように」ないし「どのような方法で」殺害されるかを決定したのであり、この観点は形相因と関連づけられる。④そして最後に、AはBを撲殺する手段として棍棒を選択した。棍棒は、ここでBに対する殺害の質料因（の少なくとも一部）であるだけでなく、こうした行為手段を選択したAも質料因と呼ぶなら、AはBの殺害が「何によって」ないし「いかなる手段で」引き起こされるのかを決定したといえる。このようにして、AはBの殺害が引き起こされるころの、①内容（dass）、②目的（warum）、③態様（wie）、④手段（womit）に関してそれぞれ決定を行ったのであり、Aは同時に作用因、目的因、形相因、質料因であるということになる<sup>(14)</sup>。

もちろん、以上の4種類の原因ないし役割は、直接単独正犯のように、必ずしも単一の人格の下に統合されるわけではないし、その必然性もない。というのも、上述のAは、このうち1つないし複数の役割を他者へと委ねることもできるからである。例えば、家を建築する場合、作用因の役割を引き受けるのは、大工であり、彼は家が実際に建てられるということに関して決定する。それに対し、建築主は、大工がなぜ家を建てるべきかに関する理由を提供することで（例えば、報酬の支払いを約束することで）、家の目的因となる。建築士は、建築設計図を作り、設計図通りに家が建築されるかを監督することで、形相因となる。質料因は、主として建築資材であるが、建築資材を運搬して提供する者、例えば、建材業者も広い意味で質料因の一部を構成する。まさにこの家の建築の場合がそうであるように、犯罪行為の場合にもそれを実行するために複数人がその実現に関与し、それぞれ異なる役割を引き受けるという場合があり得るのであり、Joerdenは、以上のような役割の区別を、犯罪事象の実現において果たす役割と結びつけることで、正犯および共犯関係におけるその本質的メルクマールを以下のように示している。

すなわちJoerdenによれば、正犯者とは、少なくとも犯行を自ら遂行する者

(14) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 272 f.

①作用因 (causa efficiens)	正犯者(単独正犯者／共同正犯者)
②目的因 (causa finalis)	教唆者
③形相因 (causa formalis)	幫助者 (知的幫助)
④質料因 (causa materialis)	幫助者 (物理的幫助)

(出典：Jan. C. Joerden, *Logik in Recht*, 2. Aufl., 2010, S. 273を参考に作成)

(ドイツ刑法25条1項の単独直接正犯)であり、結果発生との関係で「作用因」としての役割を担うそれに他ならない。むしろ、それ以外の3つの役割(目的因、形相因、質料因)をその一身において単独で「すべて」実行することもできるが、しかしそれについて別の人格に(間接的に)関与させることもできる。もしその別の人格が作用因に関与する場合、その者も自ら正犯者となる(ドイツ刑法25条2項の共同正犯)。また、正犯者に犯罪遂行の動機を提供し、犯行決意を喚起することで、ある者が目的因としての役割で犯行に関与した場合には、彼は教唆者となる(ドイツ刑法26条)。それに対して、ある者が、犯罪の実行に関して最良の方法や容易な方法を助言することで、「形相因」の役割において犯行に関与した者は、「知的幫助」である(ドイツ刑法27条)。また、犯行道具を提供し、あるいは適当な手段を通じて犯行遂行を容易にすることで、「質料因」の役割で犯行に関与した場合、「物理的幫助」となる(ドイツ刑法27条)<sup>(15)</sup>。

Joerdenは、現行刑法上の共犯体系も以上のような区別を意識して、犯罪の遂行に際して関与者が引き受ける役割を区別していると指摘するが<sup>(16)</sup>、ドイツ刑法上、例えば、法律効果として、教唆犯は正犯と同等処罰が要請される一方、幫助犯には必要的減輕が定められていることなどがそうであるように、以上の説明図式から現行の各関与類型に関する法秩序の無価値判断を全面的に説明することは困難であろうと思われる。そもそもこの手のモデル論は、そこから一定の解釈論的帰結を導出することができるほど具体的内容を伴っているわけではないが<sup>(17)</sup>、教唆犯という共犯形式を「目的因」として看做すことは、差し当たり教唆概念の目的論的解釈との関係では、純然たる物理的な因果関係という

(15) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 274 f.

(16) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 274.

よりむしろもっぱら心理的因果性に媒介される「理由関係」というものが、教唆犯においては主題化されるべきということは、少なくとも示唆されているとは評価することはできるであろう。

### (3) 墮落と社会的統合解体

また、教唆犯の本質との関係では、共犯の処罰根拠論としての惹起説が通説化して以降もなお、ドイツ刑法学では、従来から根強く、「墮落」ないし「社会的統合解体」(soziale Desintegration) という観点がしばしば強調されてきた<sup>(18)</sup>。少なくともわが国では、これらはいずれも、因果的共犯論の頭頭とその通説化とともに、現在では、一種の「アレルギー反応」の原因ともなっているが、興味深いことに、最近、これらのメルクマールを教唆概念に取り込もうとするアプローチが主張されているに至っている。

そこで近時、改めて「墮落」や「社会的統合解体」という視点を再評価しようとするGersonの見解をここで簡単に一瞥しておくことにしたい。

まず、Gersonも、大方の論者と同様に、かの「責任への巻き込み」としての「墮落」というものは、ドイツ刑法29条と相容れない以上、教唆犯の処罰根拠としての古い責任共犯説<sup>(19)</sup>とは決別しつつも<sup>(20)</sup>、(墮落説としてではなく)墮落思考を社会との「病理的ディスクルス」(pathologischen Diskurs)の引き金として理解することで、「墮落」というものを教唆犯の本質を輪郭づけるために実り多いものにすることができるという。彼にあっては、その契機を「社会的統合解体」という例のキータームに見出そうとする<sup>(21)</sup>。Gersonによれば、

(17) この手のモデル論に対する批判は、例えば、事象の「中心人物」(Zentralfigur)と「周辺人物」(Randfigur)という区別にも妥当しよう。Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 335 ff.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 10. それを内容空疎な公式としないためには、その具体的な下位基準の精緻化と具体化とが不可欠であろう。

(18) 例えば、Knut Amelung, Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohlichem Verhalten, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 151, 155 ff.; Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 90, 138.

(19) 言うまでもなく、Hellmuth Mayer, Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 243 ff. に代表される見解を指している。

(20) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 187 f.



ここでの「社会的」という言葉は、社会構造における行為者の地位が問題となっていることを示唆しているところ、あらゆる個人は、役割規範 (Rollennormen) によって特徴づけられる社会的共同生活の中で、固定的な役割観念の枠内で行動する。

そしてこの社会的な共同生活は、Luhmannのいう「不確定性」(Kontingenz)<sup>(22)</sup>というメカニズムを介して機能している。つまり、予期された行動と予期可能な行動が一致することもあれば、食い違うこともあり得るものの、その食い違いが余りに大きい場合には、予期違背および学習のプロセスが生じることになる<sup>(23)</sup>。そこでは、意味付与的な行為は (sinnstiftende Handlung) は、コミュニケーション的要素を含意するが、社会構造における個人の個々の行為は、ディスクルスであると同時に攪乱でもあり、逸脱行動はその点で、純然たる構成としての「病的ディスクルス」(kranker Diskurs) に他ならない<sup>(24)</sup>。例えば、補助金詐欺 (ドイツ刑法264条) という犯罪は、それが「良い」(gut) とか「正しい」(richtig) とかいう理由で存在するのではなく、むしろそうしたものとして「作り上げられた」(erschaffen) からこそ存在しているのであって、犯罪というものは、「消極的予期の束の帰属」(Zuschreibung eines negative Erwartungsbündels) に過ぎない。

Gersonによれば、この病理的ディスクルスにおいては、行為者に対して「な

(21) 周知のように、共犯の処罰根拠の準拠点を「社会的統合解体」に見出したのは、Stefan Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 54 ff. である。同様のアプローチとして、Günter Less, *Der Unrechtscharakter der Anstiftung*, ZStW 69 (1957), S. 43 ff.

(22) Gersonはここで、複雑性 (Komplexität) ではなく、不確定性 (Kontingenz) を前景化しているが、不確定性とは、N・ルーマン (村上淳一=六本佳平訳) 『法社会学』(1977年、岩波書店) 38頁によれば、次のようなことを意味する。すなわち、「不確定性というのは、次に来る体験の可能性として指示されたことが予期されたのとは別様に生起しうるということを指す。つまり、その指示されたことが、はじめから存在しなかったり、あるいは予期にもかかわらず行われえないものだったり、あるいはまた一現実体験できないように予防手段が講じられた場合 (たとえば、人がいなくなってしまった場合) のように一もはや存在しなくなったりすることによって、指示に反する結果が生じうることを、不確定性というのである。」

(23) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 190.

(24) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 190.

ぜそんなことをしたのか」という問いが提起されるどころ、「彼 (= 教唆者) がそれを行うよう説得したからだ」という行為者の回答の一部を本質的に構成するものは、教唆者を措いて他にいないのである<sup>(25)</sup>。それ故、教唆者は、いわば「犯罪へのドア開閉装置」(Türöffner zur Kriminalität) のように、正犯者を社会との病理的ディスクルスへ巻き込ませることで、正犯者を社会的に統合解体するということが、教唆犯の処罰根拠を構成するというのである。

翻って、Gersonにあっては、正犯者を社会との病理的ディスクルスに巻き込み、社会的統合を引き起こす行為 (= 教唆行為) が厳密に〈教唆概念〉との関連で具体化されなければならない。この点については後に取り上げるが<sup>(26)</sup>、差し当たって、Gersonの以上のような処罰根拠に関する構想については、やはりその出発点に疑問が提起されよう。

彼のいう社会との「病理的ディスクルス」というものは、結局のところ、かつての修正責任共犯説の論者と同様にある種の「中間法益」(Zwischenrechtsgut)<sup>(27)</sup>を承認することと不可分的に結びついている。すなわち、解釈の準拠点としての「病理的ディスクルス」への巻き込みというものは、「社会的および刑法上のスティグマ付与からの自由」は、今や自由主義の一民主義的社会においては、漠然とした法益などではなく、むしろ自明のものというべきであろうという論拠によって決定的に支えられているのである<sup>(28)</sup>。

結局、Gersonによる主張の当否は、第一に、そのようなものを、刑法的財として保護すべき正当性を、教唆規範の規範構造との関係で根拠づけることができるのか、第二に、自己答責原理から導き出される被教唆者(正犯者)の自律的な決断能力との矛盾をいかに解消すべきかという点にかかっている。

(25) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 191.

(26) Gersonは、それを「操作」(Manipulation)によって特徴づけようとする。詳しくは、後出6.を参照。

(27) この点について、Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 108.

(28) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 189. もっとも、Gersonにあっては、「墮落化」は、いわゆる「魂の殺害」(Seelenmord)としての道徳心や性格の退廃に由来する被教唆者の「内面」世界への侵害としてではなく、あくまで「外面」世界としての社会的インタラクションの中に見出されているという限りにおいて、伝統的な責任共犯説からは少なくとも距離を置いているとはいえよう。

まず、後者の点については、被教唆者は、教唆者の被害者ではなくいわばその相棒 (Komplize) であって、正犯者は、自己答責的 (自律的) にその社会的統合解体に赴く以上、それは、正犯者による (不処罰の) 「自己危殆化」を促進するものに過ぎないとという批判が既に提起されている<sup>(29)</sup>。それでもなお、Gersonは、教唆状況においては、正犯者は「操作的コミュニケーション」(manipulative Kommunikation) という特殊なインタラクション構造に身を置いていることに鑑みれば、そもそも本当に「自由」にその意思を決定することが「できる」のかということが問われなければならないのであって、被教唆者の現実的な「自律性」は、大抵の場合、深読み (überinterpretiert) されているとして<sup>(30)</sup>、被教唆者の自律的な決断能力の存在に対して懐疑的な立場を示して反論している。

根本的に問題なのは、前者の点、要するに教唆規範を構造的に幫助規範とは全く異なる保護目的に奉仕する規範として理解しようとする点であろう。Gersonの主張には、規範論的考察が欠落しているが、結局はその主張を一貫させるなら、教唆犯は、各則構成要件の保護する刑法的財 (法益) を直接的に保護するものというより、むしろ被教唆者の病理的ディスクルスに起因する「社会的スティグマからの自由」というものを広く保護することに帰しよう。しかし総則共犯規定としての教唆犯規定が、正犯構成要件から導き出される各則の法益に加えて、それとは異なる独自の法益を新たに創出する役割を担っているという理解は<sup>(31)</sup>、少なくとも制限的正犯者概念からも共犯規範の規範論理構造からも当然に導出され得るものではなく、その理論的な正当化は困難であるように思われる。ましてや教唆犯を、抽象的危険犯へと転嫁させるような構想は、教唆犯の処罰根拠について出発点として、あるいは第一の目的論的解釈の準拠点として「惹起説」を基礎に置く場合には、やはり賛同し難いであろう。

(29) *Roxin*, a.a.O. (Anm. 17 = AT), § 26 Rn. 20. *Renzikowski*も指摘するように、構成要件的不法は、人格間に存在する法的関係の侵害にあり、自己侵害は相互人格的關係が欠けており、原則として自己侵害それ自体は不法を構成しないというべきであろう。*Joachim Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 64

(30) *Gerson*, a.a.O. (Anm. 8), S. 189.

(31) *Gerson*, a.a.O. (Anm. 8), S. 189.

それ故、以上のような意味での「墮落」や「社会的統合解体」が教唆犯の不法を根拠づける独自の法益侵害を内在すると捉えることはできないであろう<sup>(32)</sup>。

### 3. 制裁化説の諸相

#### (1) サンクションとは何か？

ところで、現在のドイツ刑法学において、最近、ますます支持者を増やしながらか有力化しているのが、いわゆる制裁化説 (Sanktionierungstheorie) と呼ばれる見解である<sup>(33)</sup>。本説は、被教唆者の動機形成過程における教唆行為の地位をクローズアップし、広義のサンクション性を教唆概念に読み込むことで、教唆概念を捉え直し、〈教唆とは何か〉という問いに制限的な答えを提示しようとするものである<sup>(34)</sup>。

まず、本説との関係では、〈サンクションとは何か〉という問いに取り組むことが先決であろう。本説によれば、サンクション (Sanktion) とは、実質的には、一定の行為 (犯罪行為) の遂行または不遂行と結び付けられる「利益」または「不利益」を意味している<sup>(35)</sup>。例えば、犯罪行為と引き換えに一定の金銭的報酬を約束する場合のように、もし被要求者が犯罪行為を実行したとすれば、その利害関係において将来的に〈積極的—褒賞的〉に作用する結果が予告されている場合は、通例、「ポジティブ・サンクション」 (positive Sanktion) と呼ばれる<sup>(36)</sup>。それに対し、犯罪行為を実行しないと不利益を与えると脅迫を行う場合のように、被要求者が犯罪行為を行わないことに関して、将来的に

<sup>32)</sup> もっとも、「墮落」のモメントを引き合いに出そうとする見解の全てが、以上のような「独自法益の承認」を前提としているとは限らない。この点、Amelungは、「墮落」を「動機形成」とパラフレーズしている。Amelung, aa.O (Anm. 18), S. 155.

<sup>33)</sup> 近時のモノグラフィーでは、教唆概念に関する主要理論として固有の地位が与えられることが多い。例えば、Redmannは、①惹起説、②精神的コンタクトの理論、③支配説、④制裁化説に区分して検討を加えている。Redmann, aa.O. (Anm. 11), S. 42 ff. また、Nydeggerはさらに細分化して、①純粹惹起説、②コミュニケーション的影響説、③公然のコミュニケーション的影響説、④要求説、⑤支配説 (知的支配 [計画支配] / 意的支配)、⑥委任ないし義務づけ説、⑦制裁化説の7説に分類する。Nydegger, aa.O. (Anm. 11), S. 207 ff. もっとも、こうした分類そのものに意味があるわけではないし、特定の理論同士は必ずしも相互排他的なものではないという点には留意すべきであろう。

〈消極的—懲罰的〉に作用する結果が予告されている場合は、「ネガティブ・サンクション」(negative Sanktion) が問題となっており<sup>(37)</sup>、両者は概念的に区別されるのが通例である。

Joerdenによれば、「物質的」(materiell) 不利益の予告だけではなく、「観念的」(ideell) 不利益を与える旨の約束もまたネガティブ・サンクションに含まれる<sup>(38)</sup>。例えば、犯罪者の仲間内で、とにかく犯罪が行わなければ「ならない」という意味での「犯罪者の理性」(Verbrechensvernunft) に対してアピールする場合もまた、被教唆者が、もし要求に従わなかったらその「仕事仲間」か

34) かつてGeyerは、他者によって提供された動機によって被教唆者の意思が喚起された場合でも、教唆者が、自らの支配できる心理力を総動員することで、その動機に優越する反対動機(Gegenmotiv)を対置することができ、そうすることで犯罪的意思を抑圧することができたであろう場合には、被教唆者はその意思に基づいて引き起こされたことについて帰属され得ると主張していた。つまり、他者の働きかけによって被教唆者が教唆行為に対して反作用を行使することができない状態へ置かれ、その結果、自己支配の可能性を喪失していない限り、被教唆者に関して実現された犯罪の帰属可能性が生じることになるというのである。August Geyer, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, Bd. 2, 1871, 339 f. この点、Redmannは、まさにGeyerは、被教唆者の決意が教唆者の創出した「内的コンフリクト」に起因するものであるという点を捉えており、沿革的に制裁化説の端緒として位置づけている。Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 89.

35) Jan C. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 122 f.; Nepomuck, a.a.O. (Anm. 11), S. 168; Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 106 ff.; Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 312. なお, Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 157, 163 ff. も参照。

36) ポジティブ・サンクションは、典型的には「報酬」や「謝礼」だが、むろんそれに限られないであろう。それ以外にも、例えば、一定の集団内で承認されることや受け入れられること、称賛や賛辞を受けること、会社やクラブその他の組織内で昇進することなども、ポジティブ・サンクションとなり得る。Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 313.

37) 典型的なネガティブ・サンクションは、「脅迫」である。この場合も同様にそれ以外にも、例えば、集団内での名誉の失墜、一定の役職からの解任や解雇、降格、身体的罰の威嚇、愛情や好意の剥奪、自宅謹慎の命令などがネガティブ・サンクションとなり得る。Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 315.

38) Joerden, a.a.O. (Anm. 35), S. 123. 結論において同旨, Nepomuck, a.a.O. (Anm. 11), S. 168; Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 315.

らの尊敬を失うであろうということ脅迫されていると解釈できるのであって、それは、ネガティブ・サンクションを用いた犯行に対する要求、つまり教唆行為として理解することができるという<sup>(39)</sup>。そうすると、教唆者が被教唆者に対して予告する利益または不利益は、必ずしも物質的なものである必要はなく、非物質的—観念的なもの(評判や名声、威厳や尊厳など)をも含むという形でかなり広範に理解され得るであろう。

この点に関連して、Amelungは、なぜそれほどまでに多様なものを含み得るのかという点について、一つの回答を提示している。すなわち、彼によれば、教唆者が利害計算に取り込むところの被教唆者の利益または不利益というものの「評価」は純主観的なものであって、その客観的重要性は問題とならない。教唆行為の際に重要となるのは、一定の利害や欲求の一般的な承認の程度ではなく、むしろもっぱらそれが被教唆者にとって法に対する信頼よりも重要なものかどうかという点であって、そうした法遵守に対する優先評価を与えられるものは、経済的生活基盤の確保から友好関係の維持や美しい女性からの好意的な微笑にまで及ぶというのである<sup>(40)</sup>。

もっとも、しばしば指摘されているように、そこで予告される利益または不利益の現実化、つまりサンクションが実現されるかどうかは、教唆者、つまりサンクションの予告者の意思によって左右し得るものでなければならない<sup>(41)</sup>。もっとも、もしそこで予告される利益または不利益が純主観的なものでも十分であるとすると、サンクションの現実化が必ずしも実際にその予告者に起因するものであると考える必然性はなくなるであろう。つまり、Nydeggerも指摘しているように<sup>(42)</sup>、サンクションの現実化が予告者の意思にかかっているかのように見せかけることで十分であろう。それ故、実際には、報酬を与えるつもりはないにもかかわらず、犯罪を実行した暁にはそれを与えるかのように装

<sup>(39)</sup> Joerden, a.a.O. (Anm. 35), S. 123.

<sup>(40)</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 157 f.

<sup>(41)</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 157; Joerden, a.a.O. (Anm. 35), S. 123; Nepomuck, a.a.O. (Anm. 11), S. 167; Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 312. なお、Amelungにあっては、サンクション発動の意思依存性の有無は、教唆手段としての適性を有する「脅迫」と「報酬の約束」から、それを欠く「警告」や「利得の予言」を切り分ける基準と捉えられている。

<sup>(42)</sup> Nydegger, a.a.O. (Anm. 11), S. 312.

い、被教唆者を欺罔して一定の犯罪行為を行わせる場合であっても問題なく、教唆犯は肯定されるということになろう<sup>(43)</sup>。

## (2) 教唆行為の拘束性・指令性

さて、制裁化説は、既に別稿でも触れたように<sup>(44)</sup>、Amelungや、Nepomuckによって支持されており、ここ最近では、NydeggerやRedmannも主としてAmelungの見解に依拠しつつ同様の主張を展開しているが、誰よりもまず、現在主張されているような形で「サンクションによる補強」(Sanktionsbewehrung)というテーマの下で教唆概念を自覚的に展開した論者としては、Joerdenを挙げなければならないであろう。

まず、Joerdenによれば、人格が結果発生に関して直接答責的となり得るのは、結果に至る因果連鎖において彼が結果発生に先立つ最後の自由原因(libera causa)と看做され得る場合に限られる<sup>(45)</sup>。この場合、結果惹起について正犯者により表動された決意(bestätigter Entschluß)を自由原因と看做すことはできるが、教唆概念により特徴づけられる背後者の行動は、この表動された犯行決意の原因、つまり「自由原因の原因」と看做すことはできない。なぜなら、「答責性」(Verantwortlichkeit)の帰属は「自由」原因を前提とする、つまりそれ自体として「惹起されたものではない」(nicht verursachte)(自由)原因を前提としているからである<sup>(46)</sup>。それ故、結果発生から因果連鎖を遡行して、この自由原因に到達した場合には、その段階で遡行手続は中断される。従って、教唆行為は、幫助行為と同様、表動された犯行決意に表現されている自由原因の原因とはなり得ないということになる。こうしてJoerdenは、いわ

(43) 欺罔や錯誤利用による場合も一定のサンクションの予告との関係で把握することができるであろう。例えば、大判明治43年6月23日刑録16輯1280頁は、偽証をしないと煩累を招くという錯誤に陥れ、これを免れるために偽証をさせたというものが、制裁節によれば、「煩累」というものは、一種のネガティブ・サンクションを示唆するものと理解され得るであろう。

(44) 拙稿「教唆犯理論の方法論的基礎に関する再検討」法学研究論集34号(2011年)228頁。

(45) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 253 ff., 271; ders., aa.O. (Anm. 35), S.113 ff. 遡及禁止については、Renzikowski, aa.O. (Anm. 29), S. 157 ff.

(46) Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 113 f.

ゆる遡及禁止を考察の出発点とする。

それでもなお、教唆者は、幫助者と同様、結果発生に関して「間接的」に答責的となり得る。その構造的特徴は、いずれも直接答責的な正犯者の決断を媒介として幫助行為や教唆行為が結果発生の原因とされるということによって明らかにされる。例えば、教唆者が犯罪を遂行する「理由」を正犯者に提供し、この「理由」に基づいて正犯者が犯罪を実行した場合、この理由は、それを実現するためになされる正犯者の決断を介して、発生結果と因果的に結びつけられることになる。Joerdenによれば、この発生結果と理由の間の因果関係（いわば理由関係としての心理的因果性）は、以下の点に表現されている。すなわち、もし関係する理由が正犯者の心理に存在しなければ、この発生結果がいかんして発生したのか「説明する」(erklären) ことができないという点がそれである<sup>(47)</sup>。従って、自由原因の作用に先立つ物理的世界の状態が、結果発生を完全に説明するための一部をなしているように、教唆者が提供し、正犯者によって決意へと取り込まれた理由も、また結果発生を完全に説明するための一部を構成していると考えるのはもっともなことであろう。この点、Joerdenによっても、結果発生の説明というコンテキストの下で重要なのは、正犯者の心理において「実際」にそれによって犯行を決意したところの理由だけであって、最終的な決意に先立つ時点において決意に取り込まれる理由になり「得た」ととどまる理由または反対理由（いわば仮定的代替「原因」に比肩し得る仮定的代替「理由」）というものは、差し当たり実際に発生した結果の説明という課題との関係では重要ではないという点は正しく認識されている<sup>(48)</sup>。

こうして、Joerdenは、教唆行為の本質を、正犯者に対して犯行を実行する（正犯者にとって）決定的な理由 (entscheidender Grund) の提供と定式化する<sup>(49)</sup>。要するに、正犯者はそれがなければ犯行を遂行しなかったであろうと評価されるような決定的な理由であって初めて、正犯者の決断を媒介とした結果との因果関係が結び結ばれることになるのである。

むろん、これだけでは、教唆概念を十分に規定したことにはならない。というのは、ここでは、教唆犯の発生結果に対する間接的答責性を基礎づける因果

(47) Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 115 f.

(48) Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 116.

(49) Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 117.



構造上の地位を示したにとどまるからである。それ故、さらにこうした決定的な理由というものが、そもそもいかなる手段によって提供されなければならないのかという点が主題化されなければならないであろう。Joerdenは、まさにこのコンテキストにおいて、正犯者の心理に影響を与える多くの手段のうち、教唆行為と評価するためには、「要求」(Aufforderung)と呼べるものでなければならないと主張しているのである<sup>(50)</sup>。

Joerdenによれば、要求とは、「拘束性」(Verbindlichkeit)のモメントを有している点が肝要であり、要求に広い意味での「サンクション」を伴っている場合、それが拘束的要求の外的徴候(äußeres Anzeichen)となると指摘している<sup>(51)</sup>。裏返して表現するなら、犯行を遂行す“べき”ということが表明されていない非拘束的な行為提案は教唆行為とはならないということになる。まさに彼がそれは「指令」(Vorschrift)であるとパラフレーズしているように、Joerdenは、教唆行為に正犯行為を行う「べし」という拘束性ないし指令性をその本質的要素として理解しようとしているのである。

それ故、こうした理解からすれば、以下のような場合には、教唆犯の成立は消極的に解されることとなる。

〔事例1〕 Xは、かねてより隣家のOから嫌がらせを受けており、復讐の機会を窺っていたところ、Oが旅行で自宅を留守にすることを知って、プロの窃盗犯人Yに対してその事実を告げた。その後、Yは、Xの目論見通り、O宅に住居侵入の上、窃盗を行った。

この〔事例1〕の場合、XはYに対して有利な犯行機会を教示し、その結果としてYは犯行決意を抱き、窃盗行為に及んでいる以上、Xの教示行為は、犯行決意の形成と因果関係を有し、いわば「犯行決意の喚起」と評価できよう。しかし、こうした「事実の報告」は、「指令的」(規範的)なものではなく、「描写的」(記述的)なものではないというべきであろう<sup>(52)</sup>。実際、〔事例1〕で

<sup>(50)</sup> Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 275 f.; ders., aa.O. (Anm. 35), S. 121 ff.; ders., Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten, in: Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 568 ff.

<sup>(51)</sup> Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 122.

は、犯行を遂行することに関してXによってYに対して何らかの対価や報酬が約束されているわけではないし、その逆に犯行を遂行しなかったからといってYがXから何らかの不利益を受けるという事情も認められない。もちろん、例外的に「事実の報告」に要求的性格や指示的モメントが含意される場合はあり得るだろうが、通常は、そういうケースは稀であろう。それ故、犯行決意の形成に因果的影響を与えるもののうち、以上のような指令性を内在するものとするでないものが区別されなければならない。Joerdenは、このような場合を、犯行を遂行すべきかどうかに関する決断を正犯者に「指示」するのではなく、それを完全に正犯者に委ねているに過ぎない場合として、「決断援助」(Entscheidungshilfe)と呼んで区別している<sup>(53)</sup>。いずれにしても、既に述べたように、Joerdenは、要求性(規範性・指令性)を、拘束性のモメントと結び付け、その外的徴候として「ネガティブ・サンクション」や「ポジティブ・サンクション」<sup>(54)</sup>を位置づけているのである。

### (3) コミュニケーション関係と規範的予期

Amelungもまた、行為願望の表明に「ポジティブ・サンクション」または「ネガティブ・サンクション」が内在している場合に初めて、一定の犯罪行為を行うよう働きかける行為が教唆行為として評価されると主張しているが、彼はまず〈教唆とは何か〉という問題に関して、教唆犯と幫助犯の相違は、その「社会的レヴェル」ないし「インタラクション」という点において見出されなければならないとし、教唆犯は「コミュニケーション関係」(社会的関係)を創出するという観点を、その考察の出発点に置く<sup>(55)</sup>。その上で彼は、この「コ

<sup>52)</sup> Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 123 f.; ders., aa.O. (Anm. 50), S. 569.

<sup>53)</sup> 「決断援助」については、後出5. (1)を参照。

<sup>54)</sup> もっとも、Bettina Noltenius, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 286 f. は、教唆手段として法益侵害の威嚇があれば十分であるとしつつ、「報酬の約束」だけでは十分ではないとする。こうした見解からも示唆されるように、ポジティブ・サンクションとしての「報酬の約束」が教唆行為性の賛成論拠となるということは、必ずしも自明なことではないし、Nolteniusによれば、法益侵害の威嚇という下限を下回るネガティブ・サンクションも、教唆行為とは評価されないということになるであろう。それに対して、前出注36および37も参照。

コミュニケーション関係」を詳しく規定するために、「規範的予期」(normative Erwartungen) というキータームを導入する<sup>(56)</sup>。言うまでもなく、このコンセプトは、ルーマンによる「認知的予期」と「規範的予期」の区別を参照したものである。

ところで、「認知的予期」とは、ルーマンによれば、予期違背が生じた場合に現実への適合 (Wirklichkeitsanpassung) が行われるような予期であるのに対し、「規範的予期」とは、その反対に予期が現実へと適合せしめられることなく、予期に反する行動が行われても、その予期は放棄されることがなく貫徹されるような予期として定義される<sup>(57)</sup>。

ルーマンの挙げている用例を引き合いに出すなら<sup>(58)</sup>、上司が新任の女性秘書に初めて会うことになっており、上司はその秘書が若く、美しく、金髪であるということを予期していた場合、そこには、認知的予期と規範的予期という2つの予期が介在しているといえよう。第一に、認知的予期だが、もし仮に目の前に現れた秘書の容姿がその上司の予期に全くそぐわないものであったとしても、その予期の誤りを、女性の責めに帰せしめることはできないし、ましてや秘書が金髪であることに固執したり、さらにはその女性に染髪するよう要求したりすることはできない。この場合、好ましい容姿の秘書に関する予期は、現実へと適合するよう放棄されなければならない。それに対し、規範的予期は、秘書は一定の仕事ができるということに関わるものである。もしこの女性秘書が、基本的な事務作業さえできず、期待はずれに終わったとしても、上司はその予期が誤っていたという感じを持たないであろう。この場合、上司の予期は固持され、現実とのギャップは女性秘書の責めに帰せられることになる。

また、予期を固持するか放棄するかという点に関連して、認知的予期は、共同体の社会的相互作用によって形成されるが、その際、認知的予期は、現実への適合の必要性と予期の不変性の間の妥協によって規律される。認知的予期は、必ずしも意識的されているとは限らないが、「学習」の用意ができていていることによって特徴づけられる。それに対して、規範的予期は、予期違背から学ばな

55) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 163 f.

56) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 166.

57) ルーマン・前出注2249頁以下。

58) ルーマン・前出注2250頁。

いという決意に特徴があり、それはむしろ、破棄（変更）し得ない行動原則としての地位を占めるのである<sup>(59)</sup>。

翻って、Amelungによれば、規範とは、「抗違背的な行動予期」(enttäuschungsfeste Verhaltenserwartungen) に基づくところ、他者に一定の行動を要求し、その名宛人が予期違背的な行動を行った場合でも、自己の予期を変更する用意のない者は、いわば「規範的予期」を抱いている<sup>(60)</sup>。そして、Amelungは、教唆者が、こうした規範的予期をコミュニケーションへと結びつけ、サンクションを伴う行為願望の表明ないしアピールによって、他者に一定の行為形成を強制するという点に、「教唆とは何か」という問いに対する自身の答えを見出すのである<sup>(61)</sup>。

以上のようなAmelungの主張を具体的に理解するために、彼の提示する事例を参照しておきたい<sup>(62)(63)</sup>。

[事例2] ハンターXは、ムフロン（野生ヒツジの一種）を狩猟するため、国境付近に狩猟地区を所有している。ある日、Xは、数多くのムフロンの死体を発見し、その死体と発見された動物の足跡の写真を野生生物研究所に送付し、ムフロンの生息数を維持するために何ができるかを質問した。野生生物学者Yは、このXの問い合わせに対し、「それはオオヤマネコのものだ。隣接する土地を監視したところ、オオヤマネコが狩猟地区に移住すると直ちにムフロンの生息数が減少することが判明した。オオヤマネコを狩猟することを勧めたいが、しかしオオヤマネコを狩猟することは禁止されている。」と回答した。

59) ルーマン・前出注2250以下を参照。

60) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 166.

61) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 163 ff.を参照。

62) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 162.

63) 以下の事例で問題となっている「オオヤマネコ」の狩猟行為は、ドイツ連邦狩猟法38条、22条2項に違反するものであり、[事例2]および[事例3]のいずれの事例にも共通して、ハンターXは、[事例2]ではYの発言後に、[事例3]ではZの発言後に、ドイツ連邦狩猟法違反の狩猟行為を決意し、実際にそれを遂行したということを前提としておきたい。

〔事例3〕同じ状況で、Xは、自己の狩猟エリアの隣接地の所有者であり、またXも所属するムフロン協定猟場の創設者であるZに対して同じ質問をした。XはやはりZからも野生生物学者とほぼ同じ回答を得たが、しかしZは「ムフロン協定猟場のメンバーとして何をしなければならぬかはあなた自身がよく知っているでしょう。」と付言した。

Amelungによれば、〔事例2〕のYは、自分自身が影響を与えることのできない「オオヤマネコ」という危険源に関する「警告」を行っているに過ぎず、動物生物学者としての知見から経験的に導き出される「オオヤマネコを狩猟すべきだ」という提案は、その直後に「オオヤマネコの狩猟は禁止されている」という規範的理由により撤回されている。それに対して、〔事例3〕のZは、同じ内容の言明を、可罰的行為の婉曲的な要求（＝付言された言明内容）と結びつけており、Aは教唆犯となり得るという<sup>(64)</sup>。

というのも、XとZのコミュニケーション関係において、まさにZは、一定の「規範的予期」と結びつくコミュニケーションを行い、他者（X）が一定の態様で行動してほしいという願望を表明しているからである。この「行為願望」ないし「アピール」は、既に述べたように、他者を一定の社会的強制下に置くものであって、Zは、このコミュニケーションを通じて、「協定猟場のメンバーは連帯して行動すべきであり、従ってXはZの望むように振舞うべきである」という規範を基礎として、「オオヤマネコを狩猟すべきだ」という規範的当為を示唆しているのである<sup>(65)</sup>。これは、Aの行為願望を補強することになる。というのも、もしXがZの期待通りに振舞わなければ、Xに対して協定猟場のメンバーによる不利益な制裁が加えられるということが暗に予告されているからである。同じことは、報酬のように、相手方に利益を約束する場合にも当てはまるであろう。

以上のように、Amelungは、予期違背時の対応として「ネガティブ・サンクション」または「ポジティブ・サンクション」により、自己の行為願望を強化することを通じてなされる犯罪行為の要求、別言すれば他者に対して一定の

(64) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 162.

(65) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 164.

社会的強制を発生させるコミュニケーション的關係を創出することを、教唆概念の本質的なエレメントとして理解すると同時に、それを教唆犯と幫助犯の区別基準としても理解しようとする。

#### (4) 価値コンフリクトと片面的な規範的予期

最近、〈教唆概念〉と〈教唆類似概念〉について検討したRedmannも、主としてAmelungの見解に依拠しながら、制裁化説に与している。彼によれば、ある言明に、要求性ないし指令性が与えられ得るのは、ネガティブなサンクションやポジティブなサンクションを予告することによってであるとする<sup>(66)</sup>。彼によれば、教唆行為の創出する社会的状況というものは、被教唆者の価値体系(Wertsystem)に関係する内的コンフリクトを引き起こすような選択状況(Wahlsituation)であり、教唆者は被教唆者の既存の価値体系を変更するよう働きかけるものであって、もし被教唆者が犯行を実行した場合には、まさに不処罰利益(Straffreiheitsinteresse)という一方の価値と比較して、教唆者によって新たに設定された価値に高い位置価が認められたということになると指摘している<sup>(67)</sup>。それに対して、この選択状況においては、被教唆者は、彼に要求された犯罪行為を実行しないことで教唆者の要求を拒否することは、明示的または黙示的に予告されたサンクションの発生という重大なリスクを冒すことになる。

Redmannは、ここで教唆者が引き起こす「価値コンフリクト」(Wertkonflikt)の中にあつて教唆者が新たに設定した価値を社会学的意味における「規範」と理解しつつ、それをやはりAmelungと同様にルーマンを援用しながら、教唆者の「片面的な規範的予期」と特徴づける<sup>(68)</sup>。

ここで「規範的予期」が「片面的」であるとは、以下のような意味である。すなわち、聞き手の行動が教唆者の指示から逸脱する場合、その予期を現実へと適合させることは問題とならない。つまり、認知的予期の場合に見られるよ

<sup>(66)</sup> Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 111 ff.

<sup>(67)</sup> Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 107 f.

<sup>(68)</sup> Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 108 ff. もっとも、彼は、「片面的な規範的予期」という表現とともに、「行為強制」(Handlungsdruck)という表現も互換的に用いている。Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 90, 102.

うな現実への適合の必要性と予期の不変性との間で妥協を図るというようなストラテジーは、ここでは排除されている<sup>(69)</sup>。この場合、「教唆者」から見て、抗違背的予期というものが存在しているのであって、被教唆者が自己の行為願望を実行しない場合でも、やはり教唆者はその予期を放棄するものではなく、制裁的エレメントが規範的予期という性格を根拠づけるのである<sup>(70)</sup>。

それに対して、「被教唆者」から見た規範的予期は不要である。既存の価値体系に新たな影響を与え、将来の行動に関して動因を設定するエレメントとなっているのは、教唆者が予告したサンクションなのであって、新たに設定された規範の法的または道徳的な評価ではない。それ故また、被教唆者が新たに設定された規範の目的を承認したかどうかは重要ではなく、むしろサンクションの現実化をあり得るものと考え、それが行動に影響を与える適性を有するものであると看做したということと十分であるとする<sup>(71)</sup>。

もちろん、AmelungやRedmannの参照するルーマンの理論に基づく「規範的予期」という構想に対しては、異論がないわけではない。例えば、Gersonは、ルーマンの「超理論」(Supertheorie)は、中間レベルとマクロレベルとを説明するものであって、なぜ個々の人間が教唆者から逃れ難いのかを説明するためには、心理的ないし相互作用的にマイクロレベルでの論証を展開しなければならないとして、ルーマンのテーゼを個人心理の局面へと直ちに転用し得るのかという疑問を提起しているのである<sup>(72)</sup>。

---

(69) Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 110.

(70) Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 110 f.

(71) Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 110 f. 彼は、その例証として旧東ドイツの国民の用例を挙げる。それは、次のようなものである。つまり、東西冷戦下の東ドイツの国民は、東ドイツの体制を承認していたわけではない。しかしそれでも、現行の法律(独裁者の規範的予期)によってそれに適合するように振舞うことを強いられていた。しかしそれは、東ドイツの政治体制を承認していたことに起因するのではなく、むしろもっぱらあり得るサンクションの発生にのみ起因するものに過ぎない。Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 111.

#### 4. 指令型言語行為としての教唆行為

##### (1) 言語哲学的分析のポテンシャル

以上のような法社会的アプローチと並んで、次に言語哲学的なアプローチの可能性を模索することにしたい。実際、同様の問題意識は、いくらかの論者によっても既に共有されているといえよう。

例えば、Amelungによれば、教唆は、(片面的幫助のように)正犯者に認識されずとも提供され得る幫助と違って、教唆者と被教唆者の間の「コミュニケーション関係」、「社会的関係」を創出することを前提としているのであり、コミュニケーション的行為としての「要求」は、「社会的状況」を「(再)形成する」ところの言語行為に他ならない<sup>(72)</sup>。

既に別稿でも論じたように<sup>(74)</sup>、教唆行為というものは、通例、言語行為を介してなされる以上、ある具体的行為が、発話状況依存的なコンテクストの下で、どのような意味内容を有するかを明らかにするためには、その語用論的分析が必要不可欠であるといえよう。そのために、言語行為論(語用論)は、刑法解釈論上(また、刑事事実認定との関係においても)実り多い分析視角を提供することができるだけの十分なポテンシャルを備えていると思われる。

そこで、教唆行為の構造を、言語行為論の成果をも踏まえて捉え直そうというアプローチを詳細に展開しているのが、Redmannである<sup>(75)</sup>。彼は、直前で言及したように、いわば第一の軸足をルーマンの理論に置きつつ、Searleによって展開された言語行為のクラス分けないし発語内行為のカテゴリー化をいわば第二の軸足として〈教唆概念〉にアプローチしようとしているのである。

もっとも、そもそも〈教唆とは何か〉という問いを言語哲学的な位相において捉え、規定していくこと自体、刑法解釈論的に見れば、必ずしも自明なことではないし、その主張を正しく把握するためには、それに先立ってSearleによって展開された議論を正確に振り返っておくことが必要となるであろう。

(72) Gerson, a.a.O. (Anm. 8), S. 190.

(73) Amelung, a.a.O. (Anm. 18), S. 163 f.

(74) 拙稿・前出注44217頁以下を参照。

(75) Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 92 ff.



## (2) 言語行為のカテゴリー化とその構造

さて、Searleは、発語行為、発語内行為、発語媒介行為などという言語使用の局面を区別するだけでなく、言語行為（発語内行為）が適切に遂行されるに先立って充足されるべき条件ないし規則について議論を展開している<sup>(76)</sup>。いわば「適切性条件」とでも呼ぶべき条件には様々なものが含まれるが、少なくとも言語行為のカテゴリー化、ひいては教唆関係的な言語行為とその他の言語行為とを区別するために重要となるのは、①発語内目的 (illocutionary point)、②誠実性条件 (sincerity condition)、③適合方向 (direction of fit) という3つの条件である。

まず、①「発語内目的」（言語行為の目的）とは、例えば、依頼の発語内目的は、指令のそれと同様に、いずれも「聞き手に何かを行わせようとする試み」であると定義されるように、特定のカテゴリーの言語行為の目的を特徴づける要素である。また、②「誠実性条件」（心理状態）とは、例えば、「感謝」をする話し手は「感謝の気持ち」を抱いていないと「感謝」とはならないように、それぞれの発語内行為を遂行することで表現される命題内容に関する一定の心理状態のことを指示している。最後に、③「適合方向」（命題内容）とは、言語と世界間の「適合のベクトル」を意味しているが、これは、Searleの用例を用いて説明する方が分かりやすいであろう。

仮に、男がスーパーマーケットに行き、彼は「豆、バター、ベーコン、パン」という言葉の掛かれた買い物リストを手を持っているとしよう。男は、ショッピングカートにリストに記載された品目を選んで入れている。このとき、男は、探偵によって尾行されており、その探偵もまた、男が何を購入したかを書き留めているとしよう。彼らが店を出るとき、買い物をした男と探偵は同一のリストを持っているだろうが、この2つのリストの機能は全く異なっている。買い物をした男のリストの場合、男は世界（つまり男のショッピングカートの中身）を彼の買い物リストにある言葉に適合させているのであり、このリストの目的

(76) ジョン・R・サール（山田友幸監訳）『表現と意味』（誠信書房、2006年）1頁以下。なお、サールの言語行為論については、拙稿・前出注(44)216頁以下においてもごく簡単に言及した。適切性条件については、さらにダニエル・ヴァンダーヴェーケン（久保進訳）『発語行為理論の原理』（松柏社、1995年）25頁以下、同（久保進監訳）『意味と発語行為』（ひつじ書房、1997年）126頁以下も参照。

は、いわば世界を言葉と合致させることにある。つまり買い物をした男のリストは、「世界を言葉へ」(world-to-word)という適合方向を持つ。それに対して、探偵のリストの場合、探偵は言葉(探偵が書き留めること)を世界に適合させているのであり、男のリストとは逆に、「言葉を世界へ」(word-to-world)という適合方向を持つのである<sup>(77)</sup>。

さて、これらのカテゴリー化のための道具立てを用いて、Searleは、発語内的な言語行為を5つのクラスに分類した。すなわち、陳述型(assertives)、指令型(directives)、行為拘束型(commisives)、表現型(expressives)、宣言型(declarations)がそれである<sup>(78)</sup>。

第一のクラスの陳述型(例えば、「言明する」、「記述する」、「記録する」など)に属する言語行為は、世界の状態を叙述することを目的とし、その叙述は真か偽かという形で評価可能であり得る。適合方向は、「言葉を世界へ」であり、表現されている心理状態は、「信じていること」(信念)である(例えば、「日本刀がテーブルの上にある!」)<sup>(79)</sup>。通常、このタイプの言語行為は、話し手は聞き手に対して世界の状態を、単なる情報伝達という意味で伝えようとしているに過ぎず、現実世界を自己の言語行為により表明される命題内容(言葉)へと適合ないし変更させようとするものではないといえよう。

第二の指令型(例えば、「命令する」、「依頼する」、「指示する」など)の目的は、「話し手が当の行為によって聞き手に何かを行わせるよう試みること」である。それは、いわば聞き手に未来の行為を実行するよう義務づけようとする話し手の意図を含んでいよう<sup>(80)</sup>。それにより話し手は、一定の「期待」を表明していると言っても良い。適合方向は、「世界を言葉へ」であり、表明される心理状態は、「欲求」や「願望」となる(例えば、「テーブルにある日本刀を使え!」)<sup>(81)</sup>。

第三のクラスは、行為拘束型(例えば、「約束する」、「宣誓する」、「取り決

(77) サール・前出注(76)5頁。

(78) 以下の言語行為の各クラスに関する説明は、サール・前出注(76)19頁以下を参照。また、Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 94 ff. も参照。

(79) サール・前出注(76)19頁以下。なお、以下に登場する「日本刀」の用例は、サールによるものではなく、Redmannの用例を手がかりとして考えたものである。

(80) Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 95 f.

(81) サール・前出注(76)21頁以下。

める』)は、話し手へと聞き手をいわば片面的に義務づけことを伴う指令型とは異なり、話し手は自分自身が義務づけられるという関係にある。適合方向は、指令型と同様に、「世界を言葉へ」であるが、表明される心理状態は、「意図すること」である(例えば、「このテーブルにある日本刀でお前の敵を討つと約束する!」)<sup>(82)</sup>。

第四のクラスとしての表現型に属する言語行為(例えば、「感謝する」、「祝う」、「詫げる」など)の目的は、命題内容において特定される事態に関する、誠実性条件で特定されるような心理状態を表現することであるが、表明される状態が真であることが前提となっているため、適合方向を持たない(いわゆる空の適合方向)という特徴がある(「テーブルの上にある日本刀を見ているとイライラする!」)<sup>(83)</sup>。

最後に、宣言型(「洗札を施す」、「有罪を宣告する」、「宣戦布告する」など)の言語行為が適切に遂行されるためには、通常、一定の制度が必要となる。また、このクラスは、二重の適合方向を持つ(「世界を言葉へ」と同時に「言葉を世界へ」)。しかも宣言型は、誠実性条件を持たない。つまり、話し手の心理状態の表明は問題とならない(例えば、警察官が「このテーブルにある日本刀を押収する」と言うこと)<sup>(84)</sup>。

では、以上のような言語行為のカテゴリー化とその分析は、〈教唆とは何か〉という本論文のテーマに対して、どのような帰結をもたらすのであろうか。差し当たり、刑法61条の法規文言から次のようなことは問題なく看取できるように思われる。すなわち、「人を教唆して犯罪を実行させた」(刑法61条)と規定されていることから明らかなように、教唆者は他者に違法な犯行を教唆しなければならぬが、これは、「教唆して」という文言によって指示される場所の受け手に対する教唆者の何らかの働きかけによって遂行されなければならない。これを時系列的に見れば、その「働きかけ」に後続して、つまりその働きかけの帰結として、被教唆者が特定の具体的な犯行の決意を抱き、その決意に基づいて具体的な犯行に着手し、場合によっては(既遂)構成要件を実現するという一連の事象経過がそこでは前提とされていよう。

82) サール・前出注(76)22頁以下。

83) サール・前出注(76)24頁以下。

84) サール・前出注(76)27頁以下。

だとすると、ここでは、背後者の教唆行為によって引き起こされる現実の世界というものは、被教唆者の行為（犯行決意）を介して、教唆者の「言葉」（命題内容）へと適合するものに変更するということが、当罰的な事態として措定されているといえよう。このような「世界を言葉へ」という適合方向を持つのは、従って指令型と行為拘束型だけであるから、もはやそれ以外の言語行為クラスへの教唆行為の位置づけは、既にこの時点で問題とはなり得ないように思われる。

既に述べたように、誠実性条件、つまり心理状態としては、指令型の発語内行為は、「欲求」、「願望」と結びつき、行為拘束型は、「意図」を内容とするが、Redmannはここで義務づけの方向の違いに着目する。すなわち、「指令型」の言語行為は、いわば他者に対する義務づけを引き起こすものとして、聞き手を話し手に対して義務づけるのに対して、「行為拘束型」は、いわば自己に対する義務づけとして、話し手が聞き手に対して自分自身を義務づける関係にあると考えられるからである<sup>(85)</sup>。そして、Redmannは、他者に故意かつ違法な正犯行為を教唆する者は、その教唆行為の命題内容となっている具体的行為の実現に対する「行為願望」ないし「期待」を表明しているのであって、そこでは話し手に対して聞き手を片面的に義務づけるということが問題となっているのだというのである<sup>(86)</sup>。従って、彼によれば、ドイツ刑法26条の法規文言により規範化されている教唆者と被教唆者の間のコミュニケーション関係というものは、いわば片面的な義務づけを伴う指令型の発語内行為によるそれとしてのみ理解することができるということになる。

### (3) 指令性とサンクションの相互関係

さて、既にJoerdenやRedmannによって正当にも指摘されているように、教唆行為とは、言語行為としての「指令性」（規範性）をその重要な特徴としていえることができるであろう。つまり、教唆者と被教唆者のコミュニケーションの内容としては、（明示的または黙示的に）一定の遂行「できる」犯罪行為が示されているだけでは十分ではなく、むしろ一定の遂行す「べき」

<sup>(85)</sup> Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 99.

<sup>(86)</sup> Redmann, a.a.O. (Anm. 11), S. 99 f.

犯罪行為が示されていなければならない<sup>(87)</sup>。

まさにJoerdenも繰り返し指摘しているように<sup>(88)</sup>、教唆行為を他の共犯形式から区別する決定的なポイントとなるのは、背後者が犯行遂行に関して「指示言語」(vorschreibende Sprach)ないし指令型の言語行為(direktives)を用いて、「正犯行為が遂行されるべき」(soll)という意思を表明することによって、犯行決意を形成させる点にあるのであって、いわゆる「記述言語」(beschreibende Sprach)によってなされる正犯者とのコミュニケーションは、仮にそれが犯行決意の喚起と因果関係を有するとしても、教唆性を有するものではなく、せいぜい幫助犯としての可罰性を基礎づけるにとどまると解すべきこととなろう<sup>(89)</sup>。この点は、Jakobsも、遂行され「得る」(kann)行為に関するコミュニケーションではなく、遂行される「べき」(soll)行為に関するコミュニケーションが教唆に属すると指摘しているところである<sup>(90)</sup>。つまり、教唆行為と評価するためには、単に犯行決意の惹起に因果関係を有するというだけではなく、むしろ以上で述べたような「指令的性格」が教唆者と被教唆者のコミュニケーションに内在していることが必要になると考えられる<sup>(91)</sup>。

しかしその上での問題は、果たしてこうした指令的性格を認めるために、制

<sup>(87)</sup> もちろんそれは、決して明確な言語形式で表明されるとは限らないものの、ともかく一定の具体的な犯罪行為を指示する「命題」を伴ったコミュニケーションが前提とされることも同時に含意している。命題構造を備えた行為理由と非命題的な動機については、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)145頁以下。

<sup>(88)</sup> Joerden, aa.O. (Anm. 50), S. 568 f. 同旨, Joachim Renzikowski, Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 8. Aufl., 2014, § 51 Rn. 18.

<sup>(89)</sup> 例えば、有名なBGHSt 34, 63では、証人から外国への逃亡の可能性について質問された被告人が、証人に対して金は持っているのかどうか尋ね、証人がそれを否定したので、「それなら銀行かガソリンスタンドをやらないといけない」(Dann müsstest Du eine Bank oder Tankstelle)と述べた行為が、その後証人により遂行された重大な強盗の恐喝の教唆となるかが問題となった。一般に本件は、教唆故意の特定性との関係で議論されるが、そもそも被告人の本件助言は、本文で述べたような指令的性格を帯びたものか疑問の余地がある。本件では、仮にそれが証人の犯行決意の形成に因果的寄与をもたらしたとしても、教唆行為性は否認されるべきであるように思われる。

<sup>(90)</sup> Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 22/22.

裁化説が主張するような何らかのサンクションが内在ないし随伴されていなければならないのかという点にあらう。

このことは、一見すると肯定的に回答すべであるようにも思われる。こうした見立ては、刑罰法規の論理構造とのアナロジーから導き出されるであろう。刑罰法規（各則構成要件）は、構成要件内在的機能としての「行動規範」という形で、一定の犯罪行為に関する禁止や命令をその本質としつつ、一定の行動規範違反的な行動を差し控えるよう「指令」（規範）を発している。もしその指令（行動規範）に従わない場合には、一定の可罰性の条件の充足（例えば、構成要件の結果の発生）を要件としつつ、その行動規範違反行為に対して、法律効果としての「刑罰」をサンクションの内容とする「制裁規範」が発動されることになる。刑罰法規においては、一定の質量によって規定された「刑罰」という不利益（ネガティブ・サンクション）を予告しつつ、同時に終局的には法益保護目的に奉仕するため、一定の法益侵害（危殆化）の回避行為（命じられた作為または不作為）を規範遵守という形で要求しているのであるから、ここではまさに、「行動規範」と「制裁規範」とが相互に構造的・機能的に関係づけられている。それに対して、教唆行為の構造は、制裁化説によれば、そこで要求されているものが、法益侵害（危殆化）行為（刑法秩序によって禁止された作為または不作為）であるという点において決定的な相違が認められるものの、教唆者によって発せられた要求に従わない場合にサンクションが予告されているという限りにおいて、「教唆行為」と「サンクション」とが機能的に関係づけられている。制裁化説は、以上のような刑罰法規の構造との類比関係をも踏まえることで、教唆行為が一定のサンクションと結び付けられることが教唆行為の指令性を認めるためのミニマムな条件と理解しているように思われる。

けれども、サンクションとの結びつきは、一定の犯罪行為を遂行す「べき」であるという教唆行為の「指令性」を是認する上で、必ずしもミニマムな構成要素とはならないというべきであろう。厳密に言えば、それらのサンクションの有無は、指令性を推認させるヒューリスティックな判断基準であるか、間接事実（Indiz）の一つに過ぎないように思われる<sup>(92)</sup>。このことは、以下のよう

(91) Nydeggerも一定程度の「拘束性」（Verbindlichkeit）を要求する。Nydegger, a. a.O. (Anm. 11), S. 289 ff. を参照。

な帰謬法（背理法）によっても例証することができよう。例えば、未成年者飲酒禁止法1条1項は、「満20年ニ至ラサル者ハ酒類ヲ飲用スルコトヲ得ス」と規定し、それに対応する罰則規定（制裁）を有してはいない。しかし、もしこの場合に、指令性（規範性）を認めるためのミニマムな要件として制裁（典型的には「刑罰」だが）を要求しなければならないとするなら、未成年者の飲酒禁止は、ここでは指令的・規範的性格を否認され、結局のところ、単なるスローガン的一种と化してしまうであろうし、同法3条で、未成年者による飲酒に関連する各種の行為（1条2項および3項）が処罰対象とされる根拠もまた、説明困難なものとなるであろう。仮言的ではなく定言的に、サンクションを伴わない指令というものも十分に観念することができるであろう<sup>92)</sup>。

以上のことから、なぜ教唆犯が他の関与形式との比較において固有の地位を有しており、そしてまた他の共犯のカテゴリーによって十分にその特徴が把握され得ないのかということも同時に説明できるように思われる。教唆者は、幫助者とは異なり、教唆行為によって、本来であれば被教唆者が遵守すべき国家的な、あるいはフォーマルな刑罰法規に内在する当為命題（行動規範）に対抗するインフォーマルな規範（指令）を創出していると捉えることができるであろう。Joerdenもまた、教唆者は、国家的当為秩序（犯罪行為をなすべきではない）と対抗関係に立つところの新たな別様の当為秩序（犯罪行為をなすべきである）を被教唆者に突き付けることで、国家的当為秩序との競合関係（対抗関係）を創出するという点に教唆犯の固有の役割が認められると指摘している<sup>94)</sup>。もし被教唆者が実際に被教唆者に従って犯罪行為を実行した場合、それ

92) なお、Nepomuck, a.a.O. (Anm. 11), S. 65 f. が教唆犯の特徴として挙げる「優越的犯行利益」(übergeordnetes Tatinteresse) もせいぜい間接事実に過ぎないと思われる。

93) Joerden, a.a.O. (Anm. 50), S. 572. も、サンクションとの結びつきは、犯行を遂行す「べき」であるという教唆行為の指令性に関して「必要」条件とはならないと明言するに至っている。もっとも、Joerdenによれば、この場合、サンクションの唯一の名残となるのは、規範違反それ自体の認定（および批判）であり、被教唆者が教唆者によって設定された規範に対する「違反」の事実を（少なくとも付随的に）教唆者によって明確に認識させられ、もし被教唆者が要求された行為を遂行しなかったのなら、その違反の事実に対して「責めを負う」(schuldig) ことになるということが決定的であると指摘している。Joerden, a.a.O. (Anm. 50), S. 572.

94) Joerden, a.a.O. (Anm. 50), S. 569.

は国家的規範の遵守を求める国家の要求に背く意思決定を行ったということになるし、その場合、規範の名宛人にとって自己の行動の決定的動機を提供しているのは、もはや立法者ではなく、教唆者であるということになるであろう。こうした観点は、「価値コンフリクト」として教唆を捉え直そうとする Redmannの構想にも一脈通じるものであるようにも思われるが、いずれにしてもそれは、一層厳密に、各則構成要件に内在する刑法上の行動規範の「義務づける機能」や「動機づける機能」をも考慮に入れつつ、被教唆者の動機形成プロセスとの関係でさらに具体化して捉え直されなければならないであろう。

## 5. 教唆犯の概念論理的性格

### (1) 欺罔不変性と非再帰性

さて、教唆概念については、その指令的性格と並んで、非再帰的性格を強調しておくことも重要であろう。というのも、それによって教唆犯が提供し得る寄与の性格が概念論理的に浮き彫りにされるように思われるからである。

この点、Joerdenは、犯行決意の形成に関係を持つ背後者の寄与のうち、教唆と決断援助 (Entscheidungshilfe) とを区別し、その寄与の特徴を詳細に論じている。ここで「決断援助」というものは、図式的に説明するなら、「教唆」と「幫助」(物理的幫助, 知的幫助) という2つの円が重なり合う交錯関係にある関与事象を指している。両者は、いずれも犯行決意の形成や喚起に因果的影響を有するものだが、しかし一方は教唆として正犯との同等処罰が、他方は決断援助として終局的には幫助犯規定により回収され、刑の必要的減軽を受けるという点において、実際的にも重要な区別となる。

まず、教唆と決断援助という共犯形態は、いずれも「欺罔不変性」(Täuschungsinvarianz) という特徴を共有している。例えば、以下の[事例4]および[事例5]においては、いずれにおいても広い意味での「助言」が問題となっている<sup>(95)</sup>。

[事例4] Xは、Yに対して「Zがお前の悪口を言っていた。お前は一度Z

(95) 以下の設例については、Joerden, aa.O. (Anm. 35), S. 133.



を殴り倒すべきだ」と述べたところ、YはZを殴り倒した。さらに、そのヴァリエーションとして、以下の2つの場合があり得る。(a)ZがYを中傷したのは事実その通りであった。(b)Xは嘘をついた。ZはYを中傷していない。

[事例5] Xは、YがZを殺害したいと考えていることを知りつつ、Yに対して、「Zはいつも決まって午後1時に薄暗い林道を通って町へ行く。そこで彼を待ち伏せすることができる」と言った。さらに2つのヴァリエーションがあり得る。(a)Zが午後1時にその道を通って町へ行くことは真実であり、YはそこでZを待ち伏せ、彼を撲殺した。(b)Xは嘘をついた。Yは実際にはYが待ち伏せしているのとは別の道を通って町へ行った。

[事例4] では、Zが悪口を言っていたことが真実であろうとなかろうと、Xの行動はYの犯行決意を媒介として結果発生の原因となっていると評価することができるのに対して、[事例5] に関してそうしたことを主張することは困難であろう。なぜなら、[事例5] では、(a)の場合には、結果発生に対するXの行動の因果性は認められるが、(b)の場合には、そもそもXの行動は結果に対して何ら因果的寄与をもたらしていないからである。その際、重要なことは、[事例5] がそうであるように、結果に対してそれが有効な寄与となり得ることが、その助言によって示された内容が事実と合致しているということに依存している場合が存在するということである。

こうしてJoerdenは、[事例4] のような場合を「欺罔不変的」(täuschungsinvariant), [事例5] のような場合を「欺罔不変的でない」(nicht täuschungsinvariant)として区別し、前者([事例4])を「教唆」および「決断援助」に、後者([事例5])を物理的幫助や知的幫助に配属することで、構造的な区別を提示しようとする<sup>96)</sup>。

しかしここでは、そうした帰結そのものより、むしろさらに遡って、なぜそうした構造的相違が導き出されるのかという問いが重要となるであろう。その根拠については、次のように考えることができるであろう。[事例4] におけるX(背後者)の行動(言語行為)は、Y(前置者)がXの提供した理由を、

<sup>96)</sup> Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 276 ff.; ders., aa.O. (Anm. 35), S. 132 ff.

自身の行為選択の決定的理由として組み込もうとするYの犯行決意を媒介にすることによって初めて結果発生と因果関係（理由関係）を持つものであるから、この場合には、理由と結果発生とを因果的に結びつけて媒介するものは、もっぱらYの「心理」（決断）を措いて他にはないであろう<sup>(97)</sup>。背後者によって伝達された事実が客観的に真実であるか虚偽であるかが取り立てて重要ではないという理由は、以上の点に起因するものと思われる。

それに対して、[事例5]におけるXの行動は、結果発生に対して因果的寄与をもたらすためには、それが真実らしく装われるだけでは不十分であり、実際に真実であることが必要となる。同じことは、物理的幫助の場合にも（むしろ一層顕著に）当てはまるであろう。例えば、住居侵入を企てている者が高い塀の前で佇立していたところ、ある者がハシゴを提供したものの、実際にはそのハシゴはネジが緩んでおり、窃盗犯人がその後ハシゴを使おうと足を掛けた途端に壊れてしまったという場合には、そもそも犯行（窃盗）を促進したとはいえないであろう<sup>(98)</sup>。

典型的な教唆行為の場合には、やはり事情は異なる。例えば、一定の対価と引き換えに殺人行為を依頼する場合でいえば、教唆者は、被教唆者が殺人行為を実行した後、行方をくらまして実際に報酬を支払うつもりが全くなかったとしても、被教唆者に対して「もし犯罪を実行したら報酬を支払うのでこの人物を殺害してもらいたい。」と言うことはできるであろう。決断援助の場合も同様で、背後者が正犯者に対し、妻が別の男と浮気をしており、夫を裏切ったと述べた結果、背後者の予想通り、正犯者はその浮気男を殺害したという場合、仮に妻が浮気をしたという事実が事実無根の虚偽であっても、それを正犯者が真に受ける限り、正犯者の具体的な殺害決意の形成を促進することは十分に可能であろう。あるいは、正犯者に犯行遂行の決意を容易にする状況を指摘するなどの「決断援助」もまた、行為者が欺罔されたかどうかに関わりなく因果的に機能するのである<sup>(99)</sup>。

---

<sup>(97)</sup> Joerden, a.a.O. (Anm. 35), S. 134.

<sup>(98)</sup> Joerden, a.a.O. (Anm. 12), S. 277; ders., a.a.O. (Anm. 35), S. 131 f. なお、Joerdenは、物理的幫助の用例として、被害者を殺害するための道具として武器を提供したが、そこに弾丸が装填されていない場合、知的幫助の用例としては、銀行強盗犯人に銀行の「裏口」を教えたが、それが実際には間違いであった場合を挙げている。

ただ、この欺罔不変性という共犯形式の区別にとって重要なメルクマールは、以上からも明らかなように、教唆と物理的補助や知的補助を区別するには役立つかもしれないが、いずれも同様に犯行決意の形成に因果的寄与をもたらす教唆と決断援助を区別するには有益なものではない。

そこで、Joerdenは、教唆概念を際立てる第二のメルクマールとして、「再帰性」(Reflexivität)というインディケーターに着目する。Joerdenによれば、「…の教唆者」という関係は、「非再帰的」(irreflexiv)なものであるのに対して、「…の補助者」(決断援助を含む)の関係は、「部分再帰的」(partimreflexiv)であるということが導き出されるとする<sup>(100)</sup>。端的に言えば、「自己補助」(Selbsthilfe)は論理的—概念的に思考可能だが、「自己教唆」(Selbstanstiftung)は思考不可能であるという点が教唆概念の輪郭を明らかにする上で斟酌されなければならないと主張するのである。

## (2) 自己教唆と自己補助

それでは、「自己教唆」はあり得ないが、「自己補助」はあり得るというテーゼは、そもそもどのようにして根拠づけられるのであろうか。また、こうした見立ては、刑法解釈論上、〈教唆概念〉の精緻化という課題との関係で、どのような意義を有するものであろうか。

まず「自己補助」があり得るという点については、容易に理解できよう。例えば、大金の入った金庫のある豪邸へ侵入して窃盗を行おうと決意した者に対して、その住居へ侵入するために住居の「スペアキー」を提供した者は、それによって住居侵入窃盗が遂行された場合、その物理的補助となる。あるいは、侵入した住居内にある金庫の「暗証番号」を事前に教示した者の場合には、知的補助が問題となろう。このとき、窃盗犯人が、犯罪を実行するために役立つ物理的な犯行手段(スペアキー)を自分自身で調達したり、犯行の実現のため

99) また、哲学者マンフレート・リーデルも指摘しているように、遂行的(performativ)、つまり指令型言語行為として、一定の行為(犯罪)を要求することは、事実関係に関する言明と異なり、真理値を持たない、つまり真でも偽でもないような行為に他ならない。マンフレート・リーデル(河上倫逸ほか訳)『解釈学と実践哲学』(以文社、1984年)211頁を参照。

100) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 277 ff.; ders., aa.O. (Anm. 35), S. 125 ff.

に必要不可欠な情報（暗証番号）を何らかの形で自ら入手したりすることは、容易く想定することができる。

この事情は、「決断援助」の場合でも変わらない<sup>(101)</sup>。例えば、窃盗の目的物の価値を教示することで、窃盗を実行することで手に入る利益に関して助言をした者は、助言によって正犯者に窃盗の具体的な行為客体に関して犯行決意を抱く理由を提供しているものの、客体の目的物の価値という情報は、それ自体として原理的に自分自身で入手することも考えることができるから、その限りで他者によって提供された寄与を自分自身によってまかなうことができる。

とはいえ、実際には、例えば、殺人の手段としての禁制品としての武器の調達がそうであるように、（外国ではともかく少なくともわが国では）一般人にとって自分自身で一定の犯行手段や情報を入手することが現実的に困難であるということはあるが、しかしJoerdenによれば、それは、正犯者が自分自身で自己の犯罪計画の実現に役立つ情報や実現にとって必要不可欠な犯行手段を調達し「得る」という場合がなお原理的に思考可能である以上は、「自己補助」の可能性を論理的・概念的に排除するものではないとする。つまり、正犯者が背後者の行動を自分自身の行動に置き換えることが「できた」というパラレルな事例が原理的に「思考可能」であるかどうかが問題となさなければならないのであり、そこでは、事実的な「可能性」（Können）が問題となっているのではなく、むしろ背後者の行動に取って代わる行為者の行動の概念論理的な思考可能性（Denkbarkeit）が問題となっているのである<sup>(102)</sup>。

それに反し、「自己教唆」は、そもそも原理的に思考不可能であろう。その根拠について、Joerdenは、人は義務づける者であると同時に義務づけられる者となることはあり得ないし、一定の行為を遂行するよう自分自身を義務づける場合とは、常にその行為を遂行することを既に決意していると考えられる場合に他ならないと指摘している<sup>(103)</sup>。例えば、XがYに対して、Oを殺害したらその報酬として100万円を支払うと約束して殺害を依頼したところ、Xの思惑通り、Yがその報酬を得たいがためにOを殺害したとしよう。この場合に、殺人の正犯者Yが、Oを殺害したら100万円の報酬を支払うと「自分自

(101) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 279; ders., aa.O. (Anm. 35), S. 131 f.

(102) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 129.

(103) Joerden, aa.O. (Anm. 12), S. 277 f.; ders., aa.O. (Anm. 35), S. 129 f.

身 (Y)」に対して約束し、その依頼の後にOの殺害を決意するというパラレルな事例を考えることはできない。それは、自己幫助の場合に問題となっていたような実際上の困難ではなく、むしろ概念論理的な事情に基づくものということができるであろう<sup>(104)(105)</sup>。

こうした観点を積極的に推し進めるとき、教唆者の提供する寄与と幫助者の提供する寄与との間に構造的な相違を見出すことに帰着するように思われる。この点で注目に値するのは、Nepomuckの見解である。彼は、〈教唆概念〉に関して正犯との同等処罰を正当化するほどの刑法投入の緊要性を示すため、刑罰目的合理的解釈(法定刑体系的解釈)の一貫として、教唆犯の諸特徴(Anstiftungsspezifikum)を示すという課題との関係で、「類型的に代替不可能な犯行誘因」(tipischerweise unersetzbaren Tatanreiz)を介在させることを教唆犯の特徴として挙げている<sup>(106)</sup>。そこから、例えば、金に困った者に使用者の金銭を横領するよう説くことは、「類型的に代替可能な犯行誘因」を設定したに過ぎず、こうした代替可能な寄与をなしたに過ぎない者に対する刑法投入の緊要性は、せいぜい幫助犯としての処罰に値するほどしか認められないという帰結が導き出される<sup>(107)</sup>。

<sup>(104)</sup> 例えば、リーデルも「自己要求」(Selbstaufforderung)の困難性を指摘している。もちろん、刑法的コンテキストとの関係で検討されているものではないが、彼によれば、「自己要求」というものは、それ自体ある実際の行為の遂行に先立つ「行為」なのだと考えてはならない。もしそう考えると、自己要求にはそれに対する自己要求が次々に先行しなければならず、無限後退に陥ることになってしまい、ついに行為には到達することもできないからである。マンフレート・リーデル(宮内陽子訳)『規範と価値判断』(御茶の水書房、1983年)38頁以下を参照。無限後退の問題について、A・ショーペンハウアー(前田敬作ほか訳)『倫理学の2つの根本問題(ショーペンハウアー全集9)』(理想社、1996年)59頁以下。また、I・カント(塚井正義=池尾恭一訳)『人倫の形而上学(カント全集11)』(岩波書店、2002年)286頁以下も参照。

<sup>(105)</sup> 前出注89で挙げた「それなら銀行かガソリンスタンドをやらないといけない」という助言は、仮にそれが実際に正犯者に銀行強盗またはガソリンスタンド強盗の犯行決意を喚起することになったとしても(実際には、群貯蓄銀行を襲撃したが)、通例、銀行やガソリンスタンドを強盗のターゲットとするという認識に至ることは、正犯者自身によっても十分に可能である以上、客観的に幫助行為に位置づけられるべきであるように思われる。

<sup>(106)</sup> *Nepomuck*, a.a.O. (Anm. 11), S. 58 ff. を参照。

問題は、Nepomuckが「代替不可能な犯行誘因」と「代替可能な犯行誘因」をどのように区別しているか、またなぜ両者の区別を教唆犯と幫助犯の区別に転用することが正当化されるのかということである。前者の問いについて、Nepomuckによれば、「代替可能」と評価されるのは、実際に発生した正犯結果が代替原因によって同時にまたは少し後に同様に発生していたであろうという蓋然性が認められる場合に限られず、広く一般的に見て、代替的な犯行要因が抽象的に存在する可能性で足りる<sup>(108)</sup>。それ故、正犯者自身によってでなくとも、第三者や外部的事情から背後者が提供したのと同様な犯行誘因作用（寄与）をもたらされることがあり得るという場合には、その寄与は、「代替可能な犯行誘因」と評価されることになる。従って、Nepomuckの見解は、結論的にはJoerdenとほぼ同じ解決策が提示されることになるだろうが、後者の問いに関連して、Joerdenとはアプローチを異にしている。彼は、むしろ概念論理的な可能性ではなく、むしろ「刑罰目的合理性」という観点から寄与が代替不可能なものであることを導き出しているからである<sup>(109)</sup>。

## 6. 人格的コミュニケーションと操作的コミュニケーション

最後に、教唆とは「操作行為」（Manipulationshandlung）または「操作的コミュニケーション」（manipulative Kommunikation）であるというテーゼを取り上げることにしたい。

Timpeは、主としてJakobsの理論に依拠しつつ、次のように主張している<sup>(110)</sup>。まず、規範妥当は、犯罪行為の前領域における行動によってではなく、構成要件実現によって初めて否認されるものであるところ、教唆者は、構成要

<sup>(107)</sup> *Nepomuck*, a.a.O. (Anm. 11), S. 59.

<sup>(108)</sup> *Nepomuck*, a.a.O. (Anm. 11), S. 59.

<sup>(109)</sup> Nepomuckは、代替可能な犯行誘因が教唆犯の法律効果を正当化し得ない点を、刑法投入の緊要性の減少と紐づけ、抑止効果（Abschreckungseffekt）、信頼効果（Vertrauenseffekt）、平穩化効果（Briedungseffekt）というスペクトルの下で分析している。*Nepomuck*, a.a.O. (Anm. 11), S. 59 ff.「緊要性」（Dringlichkeit）という概念については、*Stein*, a.a.O. (Anm. 27), S. 75 ff.を参照。

<sup>(110)</sup> *Gerhard Timpe*, Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung (§ 26), GA 2013, S. 145 ff.

件実現の前段階でのみ関与をしている、つまり教唆者の行動は、「殺害する」(töten)や「傷害する」(körperverletzen)を意味するものではなく、従って不法を意味するものではない<sup>(111)</sup>。しかし、それでも教唆者が従属的責任を問われるという場合、実行行為者による規範の妥当根拠の否認が教唆者に関係のあるということを前提としているのであり、それはつまり、教唆者は、犯罪的継続(deliktsche Fortführung)を指示する、つまり「殺害する」や「傷害する」という意味を伴った行動を遂行すべきであるということの意味する行動を通じて、実行行為者の決意を喚起し、それにより教唆者は他者の将来の行動に関して管轄を持つてはならないという責務(Obliegenheit)に違反しているのである<sup>(112)</sup>。

従って、Timpeによれば、教唆とは、構成要件実現へと接続されるべきという客観的意味を備えたところのコミュニケーション的に重要な行動を通じて実行行為者の犯行決意に管轄を持つ、つまり実行行為者が教唆者の行動に依存して犯行決意を形成したということに管轄を持つということの意味している<sup>(113)</sup>。この教唆者の行動により初めて、犯罪行為の実行は、実行行為者だけの問題ではなく、いわゆる共同管轄によって教唆者の問題ともなるのである<sup>(114)</sup>。以上のような形で、犯行決意の意味媒介的喚起(sinnvermittelte Hervorrufen)が、実行行為者における「意思の誤り」(Wollensfehler)<sup>(115)</sup>に対する教唆者の共同管轄を介して構成要件実現へと取り次がれる場合、その犯行決意の喚起が教唆犯として正犯者と同等に処罰されるべきことになるのである<sup>(116)</sup>。

こうしてTimpeは、教唆犯の共同管轄を根拠づけた上で、教唆と幫助の「コ

(11) Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 157. この点について、Günther Jakobs, Mittäter-schaft als Beteiligung, in: Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 547 ff., 552.

(12) Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 157. さらに、この点について、Günther Jakobs, Erfolgsunwert und Rationalität, in: Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 43 ff., 53; ders., Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung, in: Festschrift für Rüping, 2008, S. 17 ff., 20も参照。

(13) Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 157 f. なお、周知のように、Jakobsは、「心理的な働きかけが教唆となるのは、行為者がその意思を、働きかけを行う者の意思に依存して形成し、それを固持した場合に限られる。」と指摘していた。Jakobs, a.a.O. (Anm. 90), 22/22.

(14) Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 158.

コミュニケーション」の性質の違いについて次のように論じている。すなわち、  
 幫助は、実行行為者を、犯罪を遂行し得る状態に置くものであるが、しかし犯  
 行が遂行されるべきかどうかに関する決断は実行行為者に委ねられており、少  
 なくとも実行行為者を形式上人格として尊重している。それに対して、教唆は、  
 実行行為者を部分的に脱人格化するため<sup>(117)</sup>、人格的 (personal) コミュニケー  
 ションではなく、道具的 (instrumentell) コミュニケーションの一形式であり、  
 教唆者は、報酬やサンクションを予告することで、実行行為者が犯行決意を抱  
 くように彼を賢明に自己の好機を計算する個人 (klug seine Chancen kalkulier  
 endes Individuum) として純認知的に操作する点に幫助との相違が認められ  
 るとする<sup>(118)</sup>。それ故、教唆犯には、犯罪行為を遂行し「得る」ではなく、遂  
 行す「べき」という内容を持つ操作的コミュニケーションが要求されることにな  
 ろう<sup>(119)</sup>。

例えば、不法侵入者に対して自己の土地から退去するよう要求した者は、も  
 し侵入者が土地から出ていくとき隣家の庭を通して近道をするであろう (つま  
 り住居侵入行為に及ぶ) ということを考慮に入れていた場合、確かに、住居の  
 平穏侵害の決意に関して管轄を持つとはいえるが、侵入者に犯行 (住居侵入)  
 を賢明な利害計算の帰結として遂行するよう働きかけたわけではないから、住  
 居侵入の教唆とは評価され得ない<sup>(120)</sup>。

<sup>(115)</sup> 「意思の誤り」と「認識の誤り」(Wissensfehler) の区別について、Günter Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), S. 516 ff.; ders., Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, Rechtswissenschaft 2010, S. 283 ff. 後者の文献については、翻訳として、ギュンター・ヤコブス (玄守道訳) 「刑法上の故意概念に関する新しいものと古いもの」龍谷法学45巻2号 [2012年] 295頁以下がある。

<sup>(116)</sup> Timpe, aa.O. (Anm. 110), S. 158.

<sup>(117)</sup> Timpe, aa.O. (Anm. 110), S. 160. Timpeによれば、教唆犯は、合規範的行為の優先性を根拠づけることができない規範的秩序 (規範的予期) の弱点を暴くものでもある。

<sup>(118)</sup> Timpe, aa.O. (Anm. 110), S. 159 f. また、Redmannも同様に、教唆者の働きかけは、道具化的なもの (instrumentalisierte Art) であり、ここでは、人格的コミュニケーションは背景へと退き、少なくとも、例えば、事実上操作的なコミュニケーションによって置き換えられると指摘している。Redmann, aa.O. (Anm. 11), S. 108.



いずれにしても教唆概念に「操作」というモメントを持ち込むことは、同時に間接正犯との限界づけの問題を提起することになるであろう。そこで両者を切り分ける「操作」(Manipulation)概念に取り組んだのが、Gersonである。彼も教唆を「操作的コミュニケーション」と理解するが、その出発点となるのは、現実に対する一定の立場決定、つまり構築主義的アプローチであり、「一階の現実」(Wirklichkeit erster Ordnung)と「二階の現実」(Wirklichkeit zweiter Ordnung)の区別である<sup>(121)</sup>。

Gersonの挙げる用例を取り上げよう。まず、「Xが平手でOの頬を引っ叩いた」という状況があるとすると、その存在論的な現実<sup>(121)</sup>は明白である。つまり、「XはYを殴った」のであり、現実と知覚は真理対応的に一致(korrespondenztheoretische Übereinstimmung)していると<sup>(121)</sup>する。これが一階の現実(現実の世界)であるが、しかしGersonによれば、この存在論的な一階の現実<sup>(121)</sup>は個人が立ち入れるものではない。というのも、個人というものは、周辺世界(Umwelt)を解釈的に知覚する、つまりアクティヴに記述と発見のプロセスとして経験するからである<sup>(122)</sup>。それ故、人間というものは、導出された二階の現実についての知覚しかできないが、その二階の現実<sup>(121)</sup>は、いわば解釈によ

(119) もっとも、彼の立論の出発点には、異論があり得ようし、正犯と共犯の区別は重要ではなく、分離的分業(遡及禁止)と結合的分業(関与)の区別だけが法的に重要であるという指摘も受け入れがたいように思われる。Timpeは、正犯と共犯の区別は、量刑段階で意味を持つ量的なものに過ぎないと理解しているようである。Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 158. しかし果たしてそれが「正犯および共犯」(わが国では単に「共犯」だが)という見出しの下に関与形式(ドイツ刑法25条以下)を配属する実定法や制限的正犯者概念(から導出される共犯概念の二次的性格)と両立し得るかは疑わしい。正犯と共犯の区別が事物論理構造であるかどうかについては、ここでは触れない。この点について、正犯と共犯の区別や共犯の従属性を事物論理構造であると明言するのは、Heinz Koriath, Zum Strafgrund der Anstiftung, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 421. また、Sussanne Selter, Warum unterscheiden wir Täter und Teilnehmer?, ARSP 2011, S. 251 ff. も参照。

(120) Timpe, a.a.O. (Anm. 110), S. 161. それ以外にも、犯行誘発状況の創出や虚偽のアリバイの約束なども教唆とは認められないとする。

(121) Oliver Harry Gerson, Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses-Teil 2, ZIS 2016, S. 302 ff.

(122) Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 303.

て構成されたものであるため、その時々個人の個人を取り巻く随伴事情や個人の有する情報量に応じてそれぞれ別様の現実（二階の現実）として構成される。上で示した「Xが平手でOの頬を引っ叩いた」という一階の現実には、例えば、次のような主観的世界として解釈（経験）される<sup>(123)</sup>。

① XはOを侮辱し、しかも両者が喧嘩で取っ組み合になっているという場合には、XはOを攻撃し、暴行・傷害を遂行したといえる。この場合に導出される二階の現実には、「Oに対する平手打ちによるAの攻撃」ということになる。

② それは演劇のシーンであり、XとOは役者であるという場合には、なるほど、平手打ちはそれとしてなお存在するが、その行為に対する解釈は別様となる。すなわち、Oは侮辱されたわけではないし、保護法益に対するさらなる攻撃が存在するわけでもない。このことを構成要件的に考えてみても、Oは、少なくとも暴行・傷害について同意を与えているし、それに承諾している。この場合に導出される二階の現実には、平手によるBに対するAの攻撃ではなく、全く無害な「演技のシーン」ということになる。

③ 今度は、Oの頬に今にも針を刺しそうなスズメバチがとまっているが、両手が重たい買い物袋で塞がっており、そのため自分でスズメバチを追い払うことができないという場合にも、事態は別様に評価される。Xの殴打行為は、この場合、平手打ちではなく、激痛を伴う昆虫に針で刺されることを回避するために必要な手助けである。この場合に導出される二階の現実には、Oに対するXの攻撃ではなく、「好ましい手助け」ということになる。

以上から明らかなように、Gersonによれば、3人の観察者は、異なる3つの二階の現実としての「主観的世界」（①～③）をそれぞれ経験（解釈）しているが、各人の解釈が実際の現実世界（1階の現実）と一致するかどうかは、もっぱら偶然の産物であり、個人の主観的世界は、その個人の理解力や情報状態により決定されるとする<sup>(124)</sup>。

<sup>(123)</sup> Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 303.

それでは、このことは、〈教唆とは何か〉というコンテクストの下で何を示唆するのであろうか。Gersonは、まず「広義の操作」には、説得する、動機づける、急き立てる、脅迫するなど、第三者の意思形成プロセスに対して影響を与えるあらゆる形式の行為が含まれるが、そこでは、主観的世界に関するイメージの一致を前提としているということが重要であるという。動機づける者と動機づけられる者は、同一の生活世界について語っている。なぜなら、脅しは、脅される者が差し迫った害悪を「了解している」場合に初めて脅しとしての意味を持つからである。それに対して、「狭義の操作」とは、影響を与えられる者における偶然的でない2階の現実の構成に寄与する事情について意識的に秘匿する、再解釈を行う、あるいは教え込むという行為に他ならない。ここでは、影響を与える者の操作によって、操作する側の生活世界と操作される側の生活世界とは別様のものとなっており、生活世界の（支配的な）社会的コンセンサスに関して「誤解」が引き起こされるという<sup>(125)</sup>。

その上で、Gersonは、こうした「操作」の二義、つまり「狭義の操作」と「広義の操作」に、間接正犯と教唆犯の区別を結びつけようとする。つまり「狭義の操作」には「間接正犯」が、「広義の操作」には「教唆犯」が対応するというのである。

今一度、「Xが平手でOの頬を引っ叩いた」という状況を引き合いに出しながら、Gersonの主張を確認しておこう。例えば、別の人物AとBがこの状況を観察しているとして、Aはそれが演劇のシーンだと認識し、同時にBはそれに気が付いていないと分かったとき、AはBに対して認識上の優位ないし解釈の優位（Interpretationsvorsprung）を有している。このとき、もしAがその立場を利用してBに対して、OはXから攻撃されているためOを助けるためにXを押し退けるよう要請した場合、AはBを（狭い意味で）操作しているといえよう。ここでAは、Oは救助が必要な状況にあるとの確信に至らしめる現実構成を引き起こす情報をBに与えている。Aは正しく、状況は演劇のシーンであり、救助なども必要のない状況であることを認識しているのに対し、Bは、Aの影響によりOは攻撃されていると解釈し、誤想的にドイツ刑法32条の緊急

(124) Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 303.

(125) Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 303 f.

救助を行っている（許容構成要件の錯誤）。それ故、Aは、狭義の操作によりBを道具として利用しているのであり、間接正犯が成立するとする<sup>(126)</sup>。

それに対して、AとBが演劇のシーンであると認識している場合、Aの二階の現実構成とBの二階の現実構成は同一のものとなるし、両者がいずれも誤解をしている場合（実際にはXがOを攻撃していた）にも、両者の二階の現実は一貫していることになる。しかし、もしこの状況でAがBに対してXを攻撃するよう要請する場合には、それは、知覚された事情の誤解にのみ起因するものではない。というのも、AとBの二階の現実が一貫している場合には、狭義の操作が問題となる場合とは違って、AはBに対して解釈の優位を有していないからである。その代わりに、AとBとの間で認知的（コミュニケーション的）取り決め（Übereinkunft）が行われており、「精神的コンタクト」としての認知的取り決めにより、両人が同一の現実構成を知覚し、被教唆者は教唆者により提案された犯罪遂行への賛同を引き起こすことになるという<sup>(127)</sup>。

以上のようなGersonの見解は、操作の強度によって〈教唆概念〉を規定しようとするものであり、一方で、操作する側と操作される側が同一の二階の現実から出発している場合に限り、教唆犯の成立を認め、他方で、操作する側の解釈優位の下、操作される側が異なる現実構成を引き起こされ、それにより道具として操作された場合には、優越的知識ないし認識による行為支配が認められ、間接正犯が成立するというものであろう。

けれども、結局、教唆行為を概念規定するためにGersonの導入した「操作」という概念は、確かに学際的観点によって下支えされたものではあるかもしれないが、共犯論のコンテストの下で十分に具体化ないし精緻化されているようには思われない。また、教唆者による働きかけの強度は、しばしば強要支配としての間接正犯との限界づけの問題を生ぜしめる。この点、多くの見解がその限界づけ基準としてドイツ刑法35条の免責ルールを指示しているが、彼のいう間接正犯（狭義の操作）が果たしてそれとどのような関係にあるのかも明らかではない。しかも、Gersonは、教唆犯にいう操作は、結局のところ、「公然の精神的コンタクト」（*offene geistige Kontakt*）であるとも述べているが、もし

<sup>(126)</sup> Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 304.

<sup>(127)</sup> Gerson, a.a.O. (Anm. 121), S. 304.

その主張を額面通り受け取るなら、本説に向けられる批判がそのまま妥当することになろう<sup>(128)</sup>。いずれにしても、教唆事例において背後者と前置者の二階の現実構成の一致を前提と考えるのなら、教唆手段としての欺罔や錯誤状況の利用などは、Gersonのいう解釈の優位が認められる場合であるから、適性のある教唆手段とはそもそも認められないこととなろう。

## 7. まとめに代えて

〈教唆とは何か〉という問いは、近時ますます多くの論者の関心を惹きつけているものの、既に明らかなように、その概念の精緻化は、未だ道半ばにあると言わざるを得ない。とはいえ、ドイツ刑法学における見解の多くは、犯行決意の喚起（惹起）という因果機能的な〈教唆概念〉の定義では、教唆犯としての処罰がその正犯との同等処罰に照らし、耐え難いほど拡大するという点を問題意識の出発点として共有し、教唆とは犯行決意の惹起に尽きるという惹起説を乗り越えようとしているのである。

そして、本論文で示したように、〈教唆概念〉をめぐるのは、刑法解釈学へ様々な学際的アプローチが取り込まれ、従前に比して一層混迷の度を増しているが、その中であって、何よりもまず〈教唆概念〉の言語行為論的ないし概念論理的な分析が、その出発点に置かれるべきであろう。相互理解に「共通言語」が欠かせないように、〈教唆とは何か〉という問題に関しても、徹底的な討議を続行し、議論を不発に終わらせないために今、必要なことは、その依って立つ共通の理論的基盤の確認であり、それは、何を差し置いても、実定法解釈論においては、「法規文言」を措いて他にはないと思われる。

もっとも、本論文で様々な観点から論じた、教唆行為の「指令的性格」に関するテーゼは、依然として一方では、あり得る教唆手段や具体的状況との関係で十分に具体化されてはいない<sup>(129)</sup>、他方では、行動規範の義務づける機能

(128) Nydegger, aa.O. (Anm. 11), S. 220 ff. を参照。本説によれば、正犯者は、自分が「教唆」されていることを、認識しなければならないことになろう。

(129) 問題状況については、事例群の類型化も含めて、Nepomuck, aa.O. (Anm. 10), S. 171 ff.; Redmann, aa.O. (Anm. 10), S. 123 ff.; Joerden, aa.O. (Anm. 50), S. 571 ff. を参照。

と動機づける機能や動機形成プロセスとの関係でも再検討されなければならない。具体的な法的問題状況への説得力ある解決策を提示するために、これらの残された課題については、今後も引き続き検討していくことにしたい。

※なお、本稿は、駿河台大学法学会若手研究者支援プログラム（2016年度）の研究成果の一部である。記して謝意を表したい。