

Title	独立教唆罪について
Sub Title	On the incitement
Author	青柳, 文雄(Aoyagi, Fumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.8 (1965. 8) ,p.22- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	刑事法学の当面する諸問題 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650815-0022

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

独立教唆罪について

青 柳 文 雄

- 一 比較法的考察
- 二 理論上の問題
- 三 実務刑法からの考察

一 比較法的考察

独立教唆罪は、正犯の実行の着手をまたないで教唆行為そのものを処罰の対象とするものであつて、主観説の論者の特別の規定をまたないで当然に処罰できるとの主張にかかわらず、判例および通説によつて特別の規定がなければ処罰できないと解され、国家公務員法一一一条、地方公務員法六二条、破壊活動防止法三八条等の規定が設けられたし、また改正刑法準備草案が内乱罪について一三二条に、外患罪について一三九条に、殺人罪について二七一条にそれらの罪を犯すことを教唆した者を「それだけで」処罰する旨規定したのも同様の趣旨だと解されている。

これを外国の立法例でみても、教唆を独立罪としてきたイギリス普通法を別とすれば、フランス大革命以後の近世の大陸

法系の刑法は、原則的に教唆を正犯の実行に従属させており、教唆を独立罪とする場合は特別の規定を設けている。ドイツ刑法四九条^aは、重罪の教唆未遂の規定を設けているし、この規定は若干の軽罪（国家に対する危害行為の九〇条三項、虚偽の供述）についての一五九条にも準用されている。フランスでも教唆を含めて共犯は重罪または軽罪のないところにはあり得ないとされ、そこから自殺の教唆、親族相盜の教唆、実行が開始されなかつた教唆、恩赦により犯罪の可罰性が消滅した場合の教唆は何れも特別の規定がなければあり得ないと解されている。特別の規定としては、無政府主義者の殺人等のせん動（一八八一年七月二九日法律）、墮胎教唆（一九〇〇年七月三日法律）、内乱教唆（刑法七七条）等が挙げられる。このように特に重大な犯罪でないならば教唆の未遂を処罰しないということは、権利の侵害ないし法益の侵害を強調した一九世紀以降の近世刑法学での成果であつて、ローマ法では正犯と共犯の区別をしないうで参加者を処罰したのだし、ゲルマン法でも参加者多数の犯罪では正犯も教唆も区別されなかつた。近世に入つてから教唆だけでは権利の侵害ないし法益の侵害から未だ遠いと考えられて教唆の未遂の不可罰が原則的に確立した。⁽¹⁾ドイツでもフランスでも犯罪の着手については主観説が判例、通説であり、原則的に犯意が明確に外部に現われた段階で着手があるとし、不能犯も殆んど認めないのに、共犯の成立上の従属性はなお固執するのであるが、その根拠は恐らく不能犯の場合は結果の発生が客観的に不能な場合であつても、行為者の主観では結果の発生に直接する行為をしているのに対し、教唆の場合はその間に意思の自由のある第三者が介入して客観的にはもちろん主観的にも結果の発生に直接する行為をしていないということにあると思われる。このような理論は刑法の保護的機能よりも保障的機能を重視することの相当性が是認されてはじめて支持されるのであるが、社会学的にはヨーロッパ諸国でこの理論が強調されたフランス大革命前後にはこれら諸国はまだ中世のギルド社会を脱却しておらず、大都市の発達もまだはじまらず、治安の確保について刑法の拡張を要求するまでに至つておらないのに、中世における強力な警察国家への反動は警察力の制限を要求していたことであつたといつてよからう。またこれを訴訟法殊に証拠法の見地で考えると、結果の発生が不

能の未遂では、その行為から犯意を推定できるようなものが裁判の場に登場するので、着手を主観的に理解し未遂として処罰するとしても、事実認定を誤る危険性をもつことはむしろ少ないのに対して、正犯が実行に着手しない教唆の場合には、主観主義の伝統を引く大陸法的な訴訟法では捜査官なり、予審判事なりの取調べによつて、被疑者はその主観的なものを追及され、その間に起きる供述のくいちがい、平素の素行等は証拠法の制限のない大陸法の諸国で事実の認定を誤らせる危険が少なくはない。フランス大革命後一時イギリスの制度を模倣したフランスの訴訟法もナポレオン法典によつて治安の維持のために公判開始前は主観主義、公判開始後は当事者主義という構造を採用したが、証拠法の制限は殆んどない。ここでは実体法を制約する方向が好まれることになる。

イギリス法では正式起訴を要する重大犯罪 *indictable offence* を犯すことを教唆すればそれだけで軽罪であるとされる。それ以外の犯罪の場合には、そのような教唆があつたところで、その罪が犯されなければ教唆もまた犯罪ではないが、もしその罪が現実に行われれば教唆者も同様に処罰される。そして結果が発生すれば、重罪なら事前従犯として、軽罪なら正犯者として処罰される。そしてこのような教唆行為の処罰は星室裁判所 *Court of Star Chamber* の強引な判例法の拡張によつて未遂、共謀と混合して発達したのにはじまり、未遂、共謀、教唆の觀念がそれぞれ区別されるようになったのは漸く一九世紀の終り頃であつたとされている。イギリスでは重罪の教唆はその重罪が行なわれたときに正犯と同様に処罰されるとの原則が古くから存在したが、独立教唆の判例法はそれほど古いものではない。²⁾このようにヨーロッパ大陸で教唆の成立に制限を加えようとの動きがある頃になおイギリスではむしろこれを拡張する方向にあつたといふことは、社会学的には大陸諸国に一步先んじた産業革命、大都會の発達に比較して警察力が微弱であつて治安の維持のために教唆の未遂も処罰する必要があつたことが挙げられ、訴訟法的には被疑者を取調べの対象としない伝統と伝聞証拠の制限、性格証拠の制限等各種の証拠法上の制約から、捜査の行き過ぎ、人權の侵害の危険が少なかつたからである。イギリスでは主観主義的な刑法理論

からこのような拡張が要求されたわけではないのは明らかである。

このように独立教唆罪の解釈上の是非ないし特別規定の要否は、客観説、主観説という刑法体系上の観点から割り切るだけで足りるのでなく、社会学的には国民性にまで立ち入り、訴訟法殊に証拠法の運用を斟酌して定められなければならない。そのような観点から独立教唆罪の検討をしてみたい。

二 理論上の問題

教唆犯が処罰される根拠としては拡張的正犯論のほか主観説が主張する共犯独立性説と客観説の多数者によつて主張される共犯従属性説とがある。拡張的正犯論が間接正犯の処罰の説明のために工夫されたものであつて、その理由も実定法が偶然に教唆、補助として規定したものだけが正犯概念から除かれるというに止まつて、教唆犯の処罰についての根拠を説明するのに不十分であるの⁽³⁾に對して、共犯独立性説は行為者の悪性格による犯意の現われが犯罪であると主張し、それ故に教唆者は教唆行為を終つたことによつてなすべき全行為を終り、その後の正犯の行為は因果の流れに過ぎないとして、教唆行為の処罰について一応明確な基礎を提供している。犯罪を以てその者の悪性に基づく悪い意思の現われであると見る思想がその根底にあるが、人はすべて潜在的犯人であるともいわれるように、社会に危険な悪い性格はすべての人が持つてゐるといつて差支えない。その悪い性格は自然犯については身体的動作で示すことは少なくとも、言語でならばより軽率に、より安易に示される。言語で示された悪い性格は必ずしも直ちに矯正を必要とする社会的危険性を示すものではない。教唆を犯罪の実行行為と同視することはこの両者の差異についての十分な検討をした上であるとはいえないであらう。また教唆が正犯の実行行為に日時、場所において近接し、正犯が教唆者の監視と影響の下にあるときは別であるが、実行に移ると否とがなお被教唆者の自由に委されているときは、教唆者は教唆行為に出たということとそのなすべきことをすべて終つたのではなく

でその影響力を持続するための何らかの活動を必要とすることが少なくない。この場合には教唆があつたからといつてなすべきことがすべて終つたのではない。共犯独立性説はこのようなことを看過している。これに対して共犯従属性説といわれ
るものにはいろいろある。共犯が正犯から犯罪性と可罰性を借りるとの理論はローマ法、カノン法にあつたが、これを徹底
するとすれば正犯の身分にも従属せられることになつて不当だといふのでこの理論は今日では残つていない。⁽⁴⁾ 教唆は犯人
を製造したもので、それ故に処罰されるとの思想もカノン法にあつたが、近時多数説となりつつある正犯の責任性まで要求
しない制限従属形式は、この理論で説明し尽すことができない。⁽⁵⁾ 近世の共犯従属性の理論はフランス大革命後の権利の侵害
ないし法益の侵害を重大視して、犯罪成立の範囲を限定しようとする思想に発し、そのような侵害は正犯の実行為によつ
てはじめて生じるので、教唆行為はその侵害の危険を惹起するものではあるが、しかしその危険はなお余りに遠く、法益侵
害の重大性の故になおその危険が違ひのにもかかわらず処罰する必要を立法者が特に認めた場合以外は処罰しないと考
える。この思想の下でもなお二つの考え方があるように見える。一つは法益の侵害またはその危険を違法性の中核に置く考
え方に発し、正犯の実行為を中心と考え、教唆者は法益侵害へと正犯に決意させ、実行に至らせるものであり、補助者は
法益侵害の危険を促進、強化するものであるから処罰されるとするものである。この場合には違法性は客観的な法益の侵害
ないしはその危険に帰着するので、教唆行為の違法性、補助行為の違法性が別個に考えられるわけではない。この立場では
主観的違法要素はできる限り限定的に考えられることになるし、また厳密にいえばその主観的違法要素は正犯のものが考え
られ、教唆者、補助者はその認識と認容で足りるといふことになるであらう。表現犯、傾向犯はもとより、目的犯も略々同
様に考えられる。他の一つは違法性を義務違反と考える立場である。義務違反といふ以上は共犯者各自の義務違反を考える
ことになるであらうし、そうなれば違法性も共犯者それぞれについて論じられることになるから、共犯の従属性を否定して
しまうことさえ本質的には可能であつて、従属性を承認するにしたらとて誤りのない処罰のための政策的なものであるか

ら、正犯の実行着手は処罰条件であり、従つて教唆者の意思と正犯の実行行為とのくいちがいは抽象的符合説に従つて、常に教唆が認められることにならう。⁽⁶⁾私は違法性の中核を法益の侵害またはその危険であると考えるのが刑法の保障的機能を担保し、罪刑法定主義を實質化して捜査官、裁判官の恣意的判断を避けられると考えるので前の立場を採るが、以下これによつて生じるいくつかの理論的問題を検討してみよう。

改正刑法準備草案一三二条は、内乱教唆を独立罪としている。内乱罪のような集会的必要的共犯に刑法総則共犯の規定が適用されるのかは議論があるが、必要的共犯者相互の間には刑法総則共犯の規定の適用は排除され、部外者については教唆の規定の適用があると解する⁽⁷⁾と、この準備草案の規定は部外者についての正犯の実行着手前の規定であつて、正犯が実行に着手した以上は刑法総則共犯の規定によることになるであらうし、またそのことから自らも内乱に参加する意思で他人を教唆した者は、準備草案一三一条の予備、陰謀罪になるので、独立教唆罪ではないということになると考える。正犯が実行に着手後は必要的共犯者として正犯の観念中に包括されるような者が、実行着手前には独立教唆罪であるというのは、正犯概念と教唆概念の混乱を生じると思われるからである。これに対して内乱罪では常に総則共犯の規定が排除されるとの学説によると準備草案の独立教唆罪の規定は特殊の教唆概念で予備陰謀に近いものと解する⁽⁸⁾ほかない。

準備草案一三九条の規定する外患罪に関する独立教唆、二七一条の規定する殺人の独立教唆には、必要的共犯をめぐつての困難な問題はない。ただ外患罪の場合には殺人罪にくらべれば事実上集團犯となる傾向があつて、教唆者と予備、陰謀者との区別が必ずしも明らかであるとはいえない。そこにまた準備草案が外患罪の独立教唆は、予備、陰謀の次条に同一の刑で規定し、これに対して殺人罪の独立教唆は予備陰謀の前条に、より重い刑の規定を設けた理由があらう。殺人罪の教唆は陰險、悪辣なものであつて、教唆者が自ら実行行為に参加することは甚だ少ないと考えられるからである。

独立教唆罪の規定が設けられている罪について被教唆者が教唆された罪より軽い罪を犯した場合例えば準備草案二七一条

の殺人の教唆をしたところ、被教唆者が傷害の決意をし傷害を行なつた場合が次の問題である。構成要件が合理的に符合する限度で殺人の独立教唆罪と傷害教唆の観念的競合と解すべきであろう。⁽⁹⁾ 殺人を教唆された正犯が傷害の意思で暴行を加え被害者の死を惹起した場合には問題がある。主観説に従えば教唆と結果の発生との間に因果関係があればよいのであるから、仮に相当因果関係を要求するとしても、その暴行行為の強度如何によつてこれを認めることができるから殺人教唆を承認することになる。共犯従属性説に従うと傷害致死の重い結果について過失を必要とするのか否かで結論が異なる。過失を必要とする多数説によれば教唆者に過失が認められる限度で殺人の独立教唆罪と傷害致死教唆罪の観念的競合を認めることになろう。正犯の実行着手を処罰条件とする程度の共犯従属性説によれば、主観説と同じ結論がとられることになると思われる。

独立教唆罪の規定がある場合に教唆者が教唆後正犯の実行を阻止するため真剣な努力をしたときに中止犯の規定の適用があるのかは議論が分れることであろう。ドイツ刑法四九条a三項のような明文がないわが国では予備罪に中止犯の規定の適用があるかという問題と同様の議論になる。準備草案一三三条は内乱の独立教唆について暴動前の自首を要件として刑の軽減または免除を認め、外患罪の独立教唆にはこの種の規定を設けず、二七一条の殺人の独立教唆には情状による免除の規定を設けている。このように立法者がそれぞれの独立教唆の中止に異つた規定を設けていることは、中止犯に関する準備草案二四条の適用を排除する趣旨であると解せられる。⁽¹⁰⁾ 多数説は中止犯の規定の準用を認めることになろう。⁽¹¹⁾ そしてこれを積極的に認める以上は正犯が他の理由で実行を阻止され、または教唆と無関係に実行行為が行なわれたときも、教唆者が真剣な努力をした以上中止犯の規定の準用を認めることの方が一貫することであろう。⁽¹²⁾

教唆罪に関連してアジャン・プロヴォカトールの可罰性が論じられるが、独立教唆罪についてもこれが問題になる。主観説によれば教唆者は自ら犯罪を実行する意思を有しないので、その可罰性が否定され、⁽¹³⁾ 共犯従属性説によれば一般的に肯定

されることにならう。⁽¹⁴⁾もつとも共犯従属性を肯定したところで、ドイツ刑法の通説は教唆者が犯罪遂行への意思をもたなければならぬとして、これのないアジャン・プロヴォカトールの処罰を認めないし、⁽¹⁵⁾また共犯従属性説をとつたところで正犯の実行が処罰条件に過ぎないとの説に従えば、アジャン・プロヴォカトールの処罰は否定されるのではないかと考える。

教唆一般についてその犯罪地、犯罪の日時、罪数をどう考えるのか議論があつて、判例は正犯の実行地、実行の日時、罪数を基準として教唆者についてもその犯罪地、犯罪の日時、罪数を定めるものとしていて、⁽¹⁶⁾これに賛成する説もある。⁽¹⁷⁾これに対して教唆行為自身が犯罪であるとの立場を強調する主観説は当然に教唆行為の場所、日時、行為数で定めるべきであるとし、共犯従属性説でも従属性をそこまで拡張するのは正当でないとして教唆行為の場所、日時、行為数を標準とすべきであると説く説もある。⁽¹⁸⁾独立教唆罪の場合には正犯たるべき者が犯罪の実行に着手せず、場合によつてはこれを拒否する場合も含むから、独立教唆罪の犯罪地、犯罪日時、犯罪数を正犯のものによることは困難である。一般の教唆犯と全くその性質を異にするものとして犯罪の場所、日時、個数を定めることは、独立教唆罪が正犯の実行着手によつて一般の教唆犯に変化した場合に犯罪の場所、日時、個数まで変化することになつて適当でないから、独立教唆罪は一般の教唆罪の亜型として共通に場所、日時、個数を考えるべきものであらう。この見解に従うときは判例の立場によれば、独立教唆罪の場所は正犯が実行を予定された場所であり、日時は正犯が実行を予定された日時であり、犯罪の個数も正犯に予定された個数であるということになつて、甚しく法的安全性を害する。土地管轄も明らかでなく、公訴時効の進行も時点が確定せず、一事不再理の効果もその範囲が明らかでないことになるからである。このように考えると独立教唆罪の場合もとより、一般の教唆罪の場合もその犯罪地、犯罪の日時、犯罪の個数とも教唆行為を中心として考えるのが正しいということになる。

準備草案の規定する独立教唆罪については問題ではないが、将来独立教唆罪の範囲が拡張された場合に備えて身分犯の独立教唆罪について考えてみたい。まず真正身分犯について考えると主観説によれば収賄罪を例にとると、非公務員が公務員

に取賄の教唆をしても不可罰であるが、公務員が非公務員に取賄の教唆をすると可罰的であるということにさえなりかねない。教唆行為が犯罪の実行であると解する以上はそのような結論を承認することになろう。共犯従属性説によれば逆の結論になり、非公務員が公務員に取賄の教唆をすれば可罰的であるが、公務員が非公務員に取賄の教唆をしたところで自手犯であるために処罰されないということになる。独立教唆罪がこれらの罪について認められることになつても同様であろう。不真正身分犯について考えると特別公務員逮捕監禁罪の例で、主観説によれば非公務員による特別公務員の教唆は逮捕監禁教唆罪であり、特別公務員による非公務員の教唆は特別公務員逮捕監禁教唆罪であることになる。共犯従属性説によれば非公務員による特別公務員の教唆は逮捕監禁教唆罪であり、特別公務員による非公務員の教唆は、一般の教唆罪については説が分れることにはなるが、この場合には人の自由の侵害という法益侵害は同じであつて、刑罰の加重は義務違反が加わるだけであるから、特別公務員逮捕監禁教唆罪と考えることができよう。その他常習というような行為者の属性としての意味の強いものの場合には加重は正犯、共犯を問わずその身分のある者についてだけである。²⁰

準備草案の規定とは関係ないが、被害者が独立教唆罪を犯すことができるかは、場合を分けて考えなければなるまい。それが被害者の承諾として構成要件該当性を阻却する場合には可罰性がない。窃盜の被害者の承諾のような場合である。また被殺者の殺害の囑託は囑託殺人罪の教唆ではない。これと同様に被害者の承諾が行為の違法性を阻却する程度の例えば傷害における被害者の同意の場合の被害者の教唆も独立教唆罪としての可罰性を欠くであろう。その他の場合には被害者の承諾は法律上意味をもたないから、被害者の教唆もまた独立教唆罪として処罰の対象になり得ることであろう。主観説によれば被害者の承諾による傷害の例における被害者の教唆は自傷行為として構成要件不該当となろう。

三 実務刑法からの考察

既に述べたように独立教唆罪は証拠法の制約のある英米法は別として、大陸法では例外的に理解されている。証拠法の制約を設けずに被疑者を取調べの客体とする場合には独立教唆罪の処罰は、それによつて得られる法益の保護に比べて、法的安全性を失なう危険の方が大きいということが実質上の理由であろう。以下この点を掘り下げて立法上の参考にしたと思う。

独立教唆を広く認め、その刑を軽くすることによつて法的安全性を維持することが可能であるかのように説く説がある⁽²¹⁾。しかし、英国普通法のように重罪の教唆をそれだけで軽罪として処罰するという場合は、単に刑が軽いということに止まるのではなくて、歴史的には重罪犯人が法の保護外に置かれ、手続の面でも証人を立てる権利がなく、弁護人も制限されていたのに、軽罪の犯人には全面的にこの権利が認められていたという相違があつたことや、令状なしの逮捕についても重罪では合理的な疑いさえあれば何人でも行なうことができたが、軽罪の犯人は裁判官の令状がなければ逮捕されなかつたし、また重罪犯人は保釈の権利がなかつたのに対して、軽罪犯人はこの権利をもつていた⁽²²⁾という手続の差がむしろ重要であつたことを見逃すことはできない。刑法総則の教唆にくらべて多少刑を軽くしたぐらいで濫用の危険が防げるなどということは現実の量刑が法定刑の下限附近に集中していることを考え、またこの程度の法定刑の差異では手続上の相違を生じないことを考えると全くの空想論に過ぎない。

英国の警察力の歴史的な威力は独立教唆罪の検討についても社会学的に少なからざる影響を与えていることを指摘しなければならぬ。それがために重罪犯人を逮捕するのは国民すべての義務であつて、これを敢えてしないことが犯人隠避²³罪⁽²⁴⁾の罪に問われ、また警察官は治安理事の命令の執行機関であつて、法秩序の守護者であると考えられているので、犯

人が逮捕に當つて抵抗してこれを死に致すならば、殺害の故意がなくても謀殺 *murder* とされて重く処罰される。⁽²⁵⁾ そのような夜警的性格の警察は大都市の発達に伴つて近代警察へと次第に脱皮はしたが、なお伝統的に被疑者を乱問の対象とはしていない。証拠を取得するための事実上の取調べは行なわれているが、⁽²⁶⁾ なお警察国家の歴史をもち、被疑者を取調べの対象としてきた大陸法諸国とは格段の差があつて、捜査の能率という点では大陸法にくらべて低いが、人権保障という点ではかなり高いものがある。わが国の警察は明治以降この大陸法の制度を模倣し、国の秩序の維持者として強力な組織をもち、戦前は被疑者は取調べの対象とされて何ら怪しまれなかつた。戦後は警察機構の改革があつて警察は戦前の権力を大幅に失ない、また日本国憲法によつて被疑者の供述拒否権が明定され、現行刑訴は一九八条の取調べに當つて供述拒否権を告げることにはしているが、情緒的な国民性の影響もあつて自由は依然として相当に高い率を占めている。このような制度と訴訟法の運用の下で独立教唆罪を広く認めることは治安の確保のために差し迫つた必要性がないのに、証明力の評価に困難な自白なり供述を生み、法的安全性を害することになると思われる。

英国普通法では共犯の供述の証明力に関し、裁判官が陪審員に注意を与えるものとしてゐるし、アメリカでは証明力自体を制定法で制限しているところが多い。⁽²⁷⁾ その理由は共犯者が自己の責任を他に転じて自ら免れることを恐れるのと、捜査官がこの心理状態を利用して証拠を獲得しようとするからであるといわれている。ここでも共犯者を装つて犯罪団体に潜入した捜査官の供述には補強を必要としないとされてゐて、そこからも警察官に対する信頼度をうかがうことができる。わが国は共犯者の供述の証明力について特段の規定を設けていないし、判例も一般の証人の供述と異なることはないとして、その補強を要求していない。⁽²⁸⁾ 恐らくわが国では伝聞証拠の例外が広いので、公判廷における証言を獲得するために共犯者の一部と取引する必要がないこと、情緒的な国民性は、自己の利益のために他の共犯者にすべてを押しつけるほど割り切る態度をとり得ないこと、共犯者の自由に補強証拠を必要とすることによつて得られる法的安全性より、失なわれる刑法の保護的機

能が遙かに大きいと考えられること、供述拒否権があるといてもこれを特に利用する者は少なく、特に利益を与えられない限り供述しないという共犯者は稀であること等によると考えられる。⁽²⁹⁾ このような場合に供述の証明力の評価が重要であるだけに独立教唆罪の拡張と引替えに共犯者の供述の証明力を制限することは全体として刑法の保護的機能を余りに犠牲に供することにならう。

このように種々の角度から考えて独立教唆罪の規定の新設は特に必要のある場合に限られなければならない。独立教唆罪を設ける場合に刑罰の面、或いは訴訟手続の面でこれを制限することが困難である以上、刑法の保護的機能を考慮して構成要件の面でこれをしぼることが最後に考えられる。被教唆者が実行に着手前に何らかの準備行為に出たことを要件とするのがその一つの方法である。準備草案の規定する内乱、外患、殺人は何れも予備をも処罰しているから、このような規定を設けることにより他人を陥れるために虚偽の申告をし、証言をすることは自らの処罰の危険を冒すことになるのでかなり防止できよう。しかし、その反面このような規定を設けることは申告を減少させて折角の独立教唆罪の効用を明らかに減殺することになる。或いは被教唆者が犯罪実行を決意したことを要件とするに止めることが次に考えられる。決意だけでは右の諸罪においても可罰性はないので刑法の保護的機能の犠牲において保護的機能の拡張を図ることになる。しかし、実務上は決意の証明は何らかの準備行為、陰謀行為を伴つてはじめて証明されるので、二つの要件の差がそれほど大きいとは思われないが、強いていえば後の方法をとる場合は法律上予備とまではいえない実行のための計画が証明されれば決意があつたものとされようから、その程度でやや広く独立教唆の処罰をすることが可能とせらう。⁽³⁰⁾

要するに独立教唆罪を設けるかどうか、どの範囲で設けるのがよいかは、理論上の問題であるよりは、刑法の保護的機能と保護的機能の調和の問題であり、訴訟手続、国民性をも考慮に入れて慎重に決定されることが必要なのである。

(一) ドイツ法によつて H. Wald, Das Deutsche Strafrecht 7 Aufl. S. 103 f. フランス法によつて Vidal et Magrol, Cours de Droit Criminel

- (10) 大審院判大正五年五月四日・刑録二二輯六八五頁、最高判昭和二十九年一月二〇日・刑集八卷一号四一頁は、何れも予備罪に中止犯の規定の適用はないとしている。同旨 拙著・刑法通論Ⅰ総論 三四六頁。
- (11) 予備罪につき団藤・刑法綱要総論 二七五頁。
- (12) *Wakui op. cit. S. 104* 前出団藤総論 二七四頁。
- (13) 前出木村 四一七頁、教唆の未遂は可罰的であるが、未遂の教唆は不可罰であると表現する。前出江家 一九〇頁は犯人の製造という観点からアジャン・プロヴォカートルの可罰性を肯定するが、正犯が決意はしたが、実行にとりかからなかったときにまでこの理論が妥当するのかは疑わしい。
- (14) 前出団藤総論 三一〇頁。この場合に官憲による教唆行為が違法性を欠くかどうかは、恐らく単に犯罪の機会を与えたのに過ぎないのかがで区別すべきであろう。前出 刑法通論Ⅰ総論 三八五頁。
- (15) *Wakui op. cit. S. 67 ff.* ドイツ刑法で中止犯が不可罰とされることと関連があると思われる。
- (16) 大審院判大正十一年三月一日・刑集一卷一四四頁、大審院判明治四四年六月二三日・刑録一七輯二二五二頁、大審院判大正十二年三月一日・刑集二卷二一八頁。
- (17) 前出斎藤 二四五頁。
- (18) 前出団藤総論 二九二頁、前出 刑法通論Ⅰ総論 三六七頁。
- (19) 前出団藤総論 三二五頁、教唆者だけに身分があつて、被教唆者に身分がないときに教唆者に加重を認めると、刑法六五条二項は身分のないことを以て一つの身分と解しなければならぬ旨批判する。ドイツ刑法五〇条二項のように一定の事由のある正犯または共犯にのみ加重規定等が適用されるとしているのと異つて、わが刑法六五条二項はその点を明規していないので問題があるが加重が一定の義務違反に基づくときは、それが正犯であると教唆であるを問わずその義務違反のある者だけが加重されると解することは可能である。前出 刑法通論Ⅰ総論四〇〇頁。
- (20) 前出団藤 三二六頁も常習が責任要素であつて本来の構成要件要素でないということから、刑法六五条二項によらないでその常習性をもつ者についてだけ加重規定の適用があるとする。この場合には義務違反による場合ではないから、刑法六五条二項の適用によつてそのような結論になるのではないと解することもできる。前出 刑法通論Ⅰ総論 四〇一頁。
- (21) 前出木村 三九六頁、同教授は、前出団藤総論二八五頁が共犯独立性説を批判する一つの根拠として破防法三九条が政治的目的に出る殺人の教唆を五年以下の懲役、禁錮で処罰していることを挙げ、共犯独立性説に従つて当然教唆の未遂が可罰的であるとすれば、政治的目的に出た民主主義を破壊する殺人教唆の未遂が何故特に軽く処罰されるのか不明であると批判するのに対して、濫用の危険を防止するために一般の未遂の刑罰よりも軽く処罰することにしたものであると反論している。

- (22) Kenny op. cit. p. 93
- (23) *Ibid.* Kenny p. 95
- (24) *Ibid.* Kenny pp. 322
- (25) *Ibid.* Kenny p. 122
- (26) 摘著 新訂刑事訴訟法通論 九九頁、二四一頁。
- (27) 右同 六七八頁。
- (28) 最判大昭和三三年五月二八日・刑集一二卷八号一七一八頁。
- (29) 英米法で行なわれているように共犯者の供述の補強証拠の範圍を、罪体の補強証拠よりもゆるやかに理解して、共犯者の自白によって不利益な影響を受ける被告人自身の沈黙とか、逃口上という一種の承認と見られる態度で足りると解すれば、自由心証主義を強調する訴訟法の下では一面証拠法による制約はさしたる働きをしないことになるとともに、他面わが国のように事実誤認が上訴理由となる法制の下では上級審による審査を困難にする。そのような態度を訴訟記録に現わすことは困難だからである。
- (30) 獨立教唆罪の構成要件をこのように制限することは、共犯獨立性説の立場からいって矛盾であるし、正犯の決意ないし予備行為は一種の処罰条件として政策的に考へることにならう。共犯從屬性説の立場からはこれに関する構成要件をどのようなものにするかは全く立法者の自由であつて、国民性、捜査機關殊に警察力の強弱、訴訟法殊に証拠法則の関連で適宜決すればよいので構成要件によつて區別することも可能となる。