

間接正犯論の歴史的考察（1）

——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——

市 川 啓*

目 次

はじめに

- (一) 本稿の目的
- (二) 故意ある道具の問題の所在
- (三) 目的なき故意ある道具の解決に関する従来の見解
- (四) 身分なき故意ある道具の解決に関する従来の見解
- (五) 正犯概念の対立と間接正犯
- (六) 故意ある道具の問題を論じる現代的意義
- (七) 本稿の構成

第一章 故意ある道具に関する日本の学説の概観

第一節 大塚博士の見解

- (一) 目的なき故意ある道具について
- (二) 身分なき故意ある道具について
- (三) ま と め

第二節 いわゆる関西共犯論

- (一) 佐伯博士の見解
- (二) 植田博士の見解
- (三) 中博士の見解
- (四) ま と め

第三節 近時の（共謀）共同正犯説

——身分なき故意ある道具に関連して

- (一) 西原博士の見解
- (二) 西田博士の見解
- (三) 鳥田教授の見解
- (四) ま と め

* いちかわ・はじめ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第四節 補論：目的なき故意ある道具に関する島田教授の見解

(一) 概 要

(二) 問 題 点

第五節 小 括 (以上、本号)

第二章 20世紀前半のドイツにおける故意ある道具を巡る論争

——目的的行为論の登場後の議論まで

第三章 戦後ドイツにおける間接正犯論の新たな展開と故意ある道具

第四章 考察ならびに展望

むすびにかえて

はじめに

(一) 本稿の目的

本稿は、19世紀末のドイツより盛んに議論された「目的なき故意ある道具 (absichtsloses doloses Werkzeug)」および「身分なき故意ある道具 (qualifikationloses doloses Werkzeug)」の問題を素材に、ドイツにおける正犯論のダイナミックな展開を考察し、それを通して日本の正犯論に対してのみならず、目的犯・身分犯など各論的な問題に対しても一定の示唆を得ようとするものである。

また本稿は、19世紀半ばのドイツにおいて間接正犯と教唆犯が知的発起者という概念から分化した理論的要因を探究した別稿の続編である。別稿では以下のことを明らかにした。すなわち、それまで知的発起者 (Intellektueller Urheber) という概念の下で委任や命令、強要などの諸形態が十把一絡げに扱われていたが、19世紀前半の学説は直接行為者の意思決定の自由に着目し、例えば、強要によって犯罪を実行させる場合と、委任によって犯罪を実行させる場合の相違を明らかにし、それによって教唆犯と「みせかけの教唆」 (= 間接正犯の原初形態) を区分したこと、そしてその区分が1851年プロイセン刑法典および1871年ライヒ刑法典の共犯規定に影響を与えたことを明らかにした。さらに、このような原理的な区分は、目的なき・身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めるライヒ

裁判所の判例を通じて揺れ動くこととなり、学説上も故意ある道具を間接正犯の一事例として認めるものが登場するに至ったということについても、本稿のプロローグとして手短かに論じた¹⁾。

（二）故意ある道具の問題の所在

はじめに、本稿が素材とする目的なき・身分なき故意ある道具の事例と、その問題の所在について述べておくこととする。

まず目的なき故意ある道具の事例としては、例えば、窃盗罪における自己領得目的をもつ背後者Xが、事情を知っており、そしてその目的を持たない直接行為者Yに他人の動産を奪取させ、そしてそれをXが領得した場合が挙げられる。この問題は、ドイツでは1998年の第六次刑法改正まで窃盗罪に第三者領得目的が規定されていなかったことに起因する²⁾。また身分なき故意ある道具の事例としては、例えば、公務員Aが、事情を知っており且つ非公務員である自身の妻Bに、建設会社Cからの賄賂を受け取りに行かせた場合が挙げられる。

これらの事例において背後者であるXを窃盗罪の、Aを収賄罪の間接正犯とすることはできない。というのも、直接行為者であるYやBは事情を知り、そして自由な意思決定を為して犯行に出た以上、間接正犯の「道具」であると評価しえないからである。他方で直接行為者Yには窃盗罪の成立にとって必要な自己領得目的が欠けており、Bは収賄罪の成立にとって必要な公務員という身分を持たないため、Yは窃盗罪の、Bは収賄罪の

1) 拙稿「間接正犯の淵源に関する一考察（1）（2）（3・完）」立命館法学2015年3号（361号）169頁以下、2015年4号（362号）220頁以下、2016年1号（365号）142頁以下参照。

2) Vgl. *Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 9 Aufl., 2015, S. 751 f. 以下では、*Roxin, Tatherrschaft* と記す。

さらに、穴沢大輔「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」上智法学50巻2号（2006年）103頁以下、松宮孝明「ドイツ刑法学界の近況と日本の刑法学」現代刑事法4巻1号（2002年）56頁以下も参照されたい。

構成要件を充足できず、正犯が存在しない以上、背後者（XおよびA）を教唆犯とすることもできない³⁾。

従って、このように解する限り、背後者をいかようにも処罰できず、刑事政策的にも理論的にも受容れ難い処罰の間隙を生じさせてしまうため、それを回避すべく、背後者を「故意ある道具（故意ある幫助的道具⁴⁾）」を利用した間接正犯であると認める見解が登場したのである⁵⁾。

しかしながら、これらの事例において直接行為者は、事情を知った上で自らの行為を選択している、換言すれば自らの自由な意思決定の下で犯行に出た以上、単純に背後者の道具であると評価することは困難であるし、また本来的には直接行為者は道具であるのか、それとも幫助者であるのかという二者択一の関係にあるところ、その者を道具でもあり幫助でもあると評価することは形容矛盾であり、間接正犯を認める前提に反するであろうと批判されたのである⁶⁾。

さらに敷衍して言えば、この問題は単なる総則共犯論の問題ではなく、

3) 付言すれば、(狭義の) 共犯の成立の必要条件である要素従属性を最小従属形式にまで緩和したとしても、この事例における共犯の成立は認められないことは明らかであろう。

4) 単純な故意ある道具（もしくは故意ある幫助的道具）という法形象が、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁（会社の代表取締役が会社の使用人に命じ、自己の手足として米を運搬輸送させた事案）に関連して挙げられることもある（例えば、山口厚『刑法総論 [第二版]』（東京大学出版会・2007年）72頁）。

しかし、本文で述べた通り、「故意ある幫助的道具」とは独立した法形象ではなく、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において背後者が間接正犯となる場合の直接行為者の法的評価にすぎない。また、取引行為が問題となる上記最判昭和25年のような事案（いわば取引犯罪）では、当該取引契約の当事者は誰かという民法的な視点・発想が重要であり、その取引の主体である背後者を当該犯罪の直接正犯と解すべきである。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）264頁、前田雅英『刑法総論講義 [第六版]』（東京大学出版会・2015年）87頁、拙稿「判例研究」立命館法学356号（2014年）395頁を参照されたい。さらに、団藤重光『刑法綱要総論 [第三版]』（創文社・1990年）159頁も同旨か。

5) Vgl. *Henning Lotz*, Das „absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug“: ein Fall der mittelbaren Täterschaft?: Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur, 2009, S. 7, 449 f.

6) Vgl. *Ernst Beling*, Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlung, ZStW 28, 1909, S. 593.

目的犯や身分犯という各則構成要件の特殊性に起因するものであるため、各論的解釈も重要なウエイトを占めている。ゆえに以下では、目的なき故意ある道具と身分なき故意ある道具に分けてそれぞれ問題の所在を指摘しておくこととする。

（三）目的なき故意ある道具の解決に関する従来の見解

上述の通り、ドイツにおける目的なき故意ある道具の問題は、窃盗罪（ドイツ刑法旧242条）において第三者領得目的が規定されていなかったことに起因するものであったが、第三者領得目的を規定した第六次刑法改正以降は、直接行為者を窃盗正犯、背後者をその（狭義の）共犯とすることが可能となり、一定の解決を見た⁷⁾。

これに対して日本では、第三者領得目的は問題にならないという意識からか⁸⁾、窃盗罪ではなく、各種偽造罪における行使の目的を題材にして目的なき故意ある道具の議論がなされてきた。しかもその際、通貨偽造罪の行使の目的を有する背後者が、直接行為者に「教育上の標本とする」と述べて当該目的を秘し、その者を利用して偽造貨幣を作らせたという事例がしばしば取り上げられてきた⁹⁾。しかし、上記二の「故意ある道具の問題の所在」で示した事例と比較すれば明らかな通り、ドイツで問題にされてきたものとは明らかに本質を異にする。というのも、通貨を偽造した直接行為者は背後者の当該行使の目的を知らず、また自らが通貨偽造罪に関

7) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 752.

8) 例えば、大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣・1958年）215頁参照。以下では、大塚・間接正犯と記す。

9) 例えば、大塚・間接正犯213頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）361頁、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕』（成文堂・1993年）361頁以下、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）〔補正版〕』（青林書院・1997年）291頁、西田典之『刑法総論〔第二版〕』（弘文堂・2006年）331頁、前田・前掲注（4）87頁、川端博『刑法総論講義〔第三版〕』（成文堂・2013年）545頁以下、井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣・2008年）449頁、高橋則夫『刑法総論〔第二版〕』（成文堂・2013年）417頁、堀内捷三『刑法総論〔第二版〕』（有斐閣・2004年）290頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第四版〕』（成文堂・2012年）147頁参照。

わっているという認識もないため、当該犯罪との関係では難なく背後者の「道具」と評価できるからである。それゆえ、これまで日本において目的なき故意ある道具の問題の所在が十分に共有されてきたのか極めて疑わしいのである。

また、第三者領得目的の問題もこれまで十分に意識されてこなかったように思われる。この点、日本刑法の窃盗罪はドイツのそれと異なり、明文上、自己領得目的に限定しておらず、また解釈上要求される「不法領得の意思」も自己か第三者かに拘わらないのだから、第三者領得は特に問題にならないとする見解もある¹⁰⁾。しかし、領得目的が明文で規定されていないからと言って必然的に日本では第三者領得は問題にならないと言えないであろう。また、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物とし(権利者排除意思)、その経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思(利用処分意思)」という不法領得の意思の定義¹¹⁾に鑑みれば、目的なき故意ある道具の事例における直接行為者Yには、「自己の所有物として」振舞う意思もなければ、自ら利用処分する意思もない¹²⁾と解される。

さらに、利益強盗(刑法236条2項)や利益詐欺罪(刑法246条2項)などの二項犯罪では「又は他人にこれを得させた者も」と規定されている点に着目し、これらの規定と同様、窃盗罪(の不法領得の意思)においても第三者領得が含まれていると解する見解¹³⁾も存在するが、これと反対の解釈

10) 大塚・間接正犯215頁、216頁以下注(九)参照。

11) 松宮『刑法各論講義[第四版]』(成文堂・2016年)206頁、山口『刑法各論[第二版]』(有斐閣・2010年)197頁参照。代表的な判例として、大判大正4年5月21日刑録21輯663頁、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁が挙げられよう。さらに、穴沢「不法領得の意思について」刑法雑誌55巻2号(2016年)284頁以下も参照。

12) 穴沢准教授は、第三者領得目的の問題は専ら利用処分意思に関連するとされている。穴沢・前掲注(2)105頁、同・前掲注(11)295頁参照。さらに、同「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察(4・完)」明治学院大学法学研究98巻(2015年)268頁以下も参照されたい。もっとも、穴沢准教授は「共犯の議論との競合を避けるために、盗む行為や着服行為を知らない第三者が物を処分するケースを念頭に置く」との限定を付して論じておられる(同論文・267頁参照)。

13) 例えば、草野約一郎『刑事判例研究[第一巻]』(巖松堂書店・1934年)364頁、泉二ノ

——つまり、二項のない犯罪では第三者領得は除かれるという解釈——も論理的に成り立つ以上、説得力に欠けると言わざるを得ないであろう¹⁴⁾。

では、主観的不法要素の理解に基づき、直接行為者が背後者の不法領得の意思を認識していれば、彼も当該意思を有していると見做すという理解で十分なのであろうか。それとも、さらに不法領得の意思の定義を——第三者領得を含む形に——変更しなければならないのであろうか（詳しくは、本稿第一章参照）。

従って、このように考えれば、我が国の刑法においても第三者領得目的は——十分に意識されていないが¹⁵⁾——問題となりうるのであり、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例についてもそれを論じる意義が認められよう。

（四）身分なき故意ある道具の解決に関する従来の見解

他方、身分なき故意ある道具の問題に関しては近年、（共謀）共同正犯の成立を認める見解が有力となっている（詳しくは、本稿第一章第三節参照）。つまり、取賄を目論んだ公務員と、金銭を取りに行った非公務員は（共謀）共同正犯だと捉えるのである。同種の見解は、ドイツにおいても主張されてきたところである¹⁶⁾。

しかし、このような見解では、取賄罪の成立にとって必要な公務員とい

↘新熊『日本刑法論下巻（各論）』（有斐閣・1939年）728頁以下、牧野英一『刑法研究 第九巻』（有斐閣・1940年）354頁、同『刑法各論：下巻【第八版】』（有斐閣・1965年）579頁以下、裁判例については最判昭和25年5月18日判タ3号50頁参照。

14) 穴沢・前掲注（2）104頁参照。

15) 横領罪の文脈ではあるが、第三者領得を認めていたのは団藤『刑法綱要各論【第三版】』（創文社・1990年）630頁。これに対して、平野『刑法概説』（有斐閣・1990年）226頁は利欲犯の性格を重視し、自己領得に限って処罰すべきと主張していた。同『刑事法研究 最終巻』（有斐閣・2005年）49頁以下も参照。

16) Vgl. *Friedrich Wachenfeld*, Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, ZStW 40, 1919, S. 333; neuerdings *Helmut Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 5. Aufl., 2011, 25/23, 27/41 f.

う真正身分は、当該犯罪に関与する誰かにあればよいということになる¹⁷⁾。そのため、真正身分は行為者(Täter)メルクマールではなく、行為(Tat)メルクマール、換言すれば客観的な一事実として扱われ、真正身分犯の構成要件が名宛人を限定している意味が没却されてしまうのである。さらに、非公務員は単独では公務員犯罪の正犯になることはできないが、公務員と共働すれば公務員犯罪の正犯になれるとする根拠は説得的な形で示されているのであろうか。むしろ、身分犯の特殊な不法内容に着目する義務犯論¹⁸⁾に従い、その名宛人である身分者=背後者(公務員)を直接正犯と捉える方が、理論的な説得のある解釈と言えるのではないだろうか。そしてその意味で、構成要件該当行為を自ら実行した者を正犯とする、いわゆる形式的客観説¹⁹⁾を出発点に、各則構成要件の特色に着目した正犯基準の個別化が必要なのではないだろうか。

(五) 正犯概念の対立と間接正犯

さらに敷衍して言えば、以上において概観した、目的なき・身分なき故意ある道具の事例だけでなく、間接正犯一般を狭義の共犯に解消しようと試みる見解も存在する。例えば、佐伯博士は、正犯を物理的な自手実行に限る限縮的正犯概念を支持された上で、共犯の従属性を緩和し、正犯の行

17) 松宮「犯罪体系を論じる現代的意義：企画趣旨（特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義）」法律時報84巻1号（2012年）8頁参照。

まさにオーストリー刑法14条1項では、真正身分が関与者の誰かにあれば、その不法は連帯すると捉えられているが、それは全ての関与者が独立して「正犯」として扱われる統一的正犯体系と相容れるのか問題となる。この点につき、佐川友佳子「オーストリー刑法学の体系」法律時報84巻1号（2012年）32頁参照。また、統一的正犯論については、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988年）5頁以下、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂・2015年）9頁以下参照。

18) 義務犯論に関してはさしあたり、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂・2005年）123頁以下、豊田兼彦「客観的帰属と共犯の処罰根拠論の関係」刑法雑誌50巻1号（2010年）6頁以下、佐川「共犯論と身分犯の共犯」刑法雑誌50巻1号（2010年）15頁以下を参照されたい。

19) 松宮『刑法総論講義〔第四版〕』（成文堂・2014年）259頁参照。

為は違法でなければならぬが、必ずしもそれ自体で可罰的違法類型を完全に充足する必要はないとの立場を採ることで、間接正犯一般を共犯に解消することを提唱された²⁰⁾。

しかし、このように正犯を物理的の自手実行に限定する限縮的正犯概念は、同概念の必然的な理解ではなく、一部の論者によって主張されたものにすぎないということは、一定程度共有されているように思われる²¹⁾。しかしながら、そのような限縮的正犯概念が登場するに至った理由や、20世紀初頭のドイツにおける限縮的正犯概念と拡張的正犯概念の対立が間接正犯論、とくに故意ある道具の問題にとって決定的であったということは、いまだ十分に論じられていない。

付言すると、正犯を物理的の自手実行に制限する限縮的正犯概念との関連で、形式的客観説と間接正犯の理論的關係も問題となる。この点、日本でも²²⁾ドイツでも²³⁾、さらには国際刑事裁判所（以下、ICC と記す）の裁判例でも²⁴⁾、形式的客観説は間接正犯を説明できないという理由でしばしば却

20) 佐伯千仞『刑法講義総論〔第三訂〕』（1977年・有斐閣）337頁、345頁以下参照。

21) 大塚『刑法概説総論〔第四版〕』（有斐閣・2008年）159頁、279頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002年）36頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・2005年）8頁、10頁参照。以下では島田教授の文献につき、島田・基礎理論と記す。

逆に、限縮的正犯概念とは正犯＝物理的な自手実行に限定する見解であると拘泥しているのは、白木豊「〈判例研究〉正犯概念と共謀共同正犯（１）」上智法學論集32巻1号（1989年）94頁以下、矢田陽一「正犯概念を巡る争いと実行行為：ドイツにおける間接正犯論を手がかりとして」明治大学大学院法学研究論集40巻（2013年）159頁参照。

22) 例えば、橋本正博『刑法総論』（新世社・2015年）236頁以下、矢田「目的論的（規範的）考察方法と実行行為：形式的客観説の理論的背景」明治大学大学院法学研究論集37巻（2012年）23頁参照。

23) Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 36; Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, S. 21; René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 118.

24) ICC 2007年1月29日ルバンガ事件予審裁判部決定（Lubanga, ICC-01/04-01/06, para 333）。これについて詳しくは、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯（１）——2014年12月1日の国際刑事裁判所上訴裁判部ルバンガ事件判決を契機として——」亜細亞法学50巻1号（2015年）157頁以下、同「国際刑事裁判所における行為」

けられている。しかし、既に拙稿にて示した通り、19世紀末の学説は中断論（もしくは後の遡及禁止論）に則って間接正犯を説明していたことや、ビルクマイヤーの見解では原因説と形式的客観説は必ずしも矛盾しないことが示されていたことに鑑みるのであれば、従来の理解が正確であるのか疑問となる。それゆえ、ドイツにおける議論も踏まえた上で形式的客観説と間接正犯の関係性について改めて検証する必要があると思われる。

（六）故意ある道具の問題を論じる現代的意義

最後に、このような目的なき・身分なき故意ある道具の問題を論じることの現代的意義について若干触れておく。周知の通り、戦後ドイツの間接正犯論の主戦場は、いわゆる組織支配に基づく間接正犯（組織的な権力機構の指導者が、その部下を「巨大な機械の単なる歯車」として利用し、犯罪を実現する形態）²⁵⁾であった。また、近時、この概念はICCにおいても援用されていることに鑑みれば²⁶⁾、ICC 規程の一締結国である我が国においてもこの概念を探究する意義が認められよう。

しかしながら、ひとたび間接正犯の歴史に目を向けるのであれば、事情を知った上で当該行為を選択した、つまり、犯行について自由に意思決定をした人間をも間接正犯の「道具」と評価する点で、目的なき・身分なき故意ある道具は、組織支配に基づく間接正犯との関係で歴史的に先行した

ㄨ 支配論の展開：正犯概念との関係を中心に」国際人権（国際人権法学会報）26号（2015年）111頁参照。

25) この概念についてさしあたり、照沼・前掲注（21）107頁以下、後藤「間接正犯論の新展開：ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの」法学（慶應義塾大学）24号（2012年）163頁以下、田川靖純「ドイツにおける正犯概念の一面——組織化された権力機構における正犯の背後の正犯を中心に」早稲田大学大学院法研論集136号（2010年）133頁以下、水落伸介「背後者の正犯性について——「正犯の背後の正犯」は認められないか？」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）40号（2010年）201頁以下参照。

26) 一例として、ICC のカタंगा事件やペルーのフジモリ大統領の事件が挙げられる。詳しくは、フィリップ・オステン「国際刑法における「正犯」概念の形成と意義——ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博ほか『理論刑法学の探究③』（成文堂・2010年）111頁以下参照。

問題なのである（それは、逆説的に言えば、故意ある道具の問題が現代的なアポリアであることを意味する）。従って、事柄の核心に迫るためには、故意ある道具という古典的な問題を先に探究すべきであると思われる²⁷⁾。

（七）本稿の構成

以上のような問題意識の下、本稿ではまず第一章において目的なき・身分なき故意ある道具に関する日本のこれまでの学説を概観・検討しておく。その上で、第二章では主に20世紀初頭のドイツにおける目的なき・身分なき故意ある道具の議論を——正犯概念の議論と関連させながら——考察する。とりわけペーリングに代表されるように、限縮的正犯概念に立脚した上で間接正犯を認め、目的なき・身分なき故意ある道具を各論的に解決しようとした学説は、日本の議論にとっても多くの示唆を与えるものと期待される。また第三章では、組織支配に基づく間接正犯が議論の俎上に載せられ、主たる議論の対象となった戦後ドイツにおいて、いわば古典的な問題点である目的なき・身分なき故意ある道具はどのように論じられたのか検討する。とくに1998年の第六次刑法改正によって目的なき故意ある道具の問題は一定の解決を見たが、依然として身分なき故意ある道具の問題は依然として残っているのである。さらに、第四章では以上の考察を総括した上で、日本における目的なき・身分なき故意ある道具の解決だけでなく、間接正犯論に関する新たな視座も提示したいと考えている。

第一章 故意ある道具に関する日本の学説の概観

本章では、目的なき・身分なき故意ある道具を巡るドイツの諸学説を考察する前に、これまで日本ではこの問題に対してどのような解決が提示されてきたのか概観・検討する。とりわけ、日本の間接正犯論における代表

27) もっとも、戦後ドイツの議論を考察する際、組織支配に基づく間接正犯の概念には必要な限りで言及するにとどめ、同概念の本格的な分析は別の機会に譲ることとする。

的な先行研究である大塚博士や西原博士の見解、さらにいわゆる関西共犯論と称される佐伯博士や植田博士、中博士の見解のみならず、近時この問題に精力的に取り組まれた島田教授の見解も取り上げている。とくに身分なき故意ある道具の事例において(共謀)共同正犯を認める見解は近時有力であることに鑑み、別立てて検討を加えている。では以下、大塚博士の見解から順に概観・検討する。

第一節 大塚博士の見解

まず最初に取り上げる大塚博士の見解は、目的なき・身分なき故意ある道具の事例における背後者の間接正犯の成立を認める代表格と言えよう。以下で見る通り、博士は従来の故意ある道具を認める見解²⁸⁾に疑問を付されつつも、結局のところ同じ結論を導かれている。

(一) 目的なき故意ある道具について

最初に、目的なき故意ある道具の事例に関する大塚博士の見解を見ていく。まず博士は、この事例における直接行為者は、精神状態および意思状態において健全であり、犯罪事実の認識をもって行為に出ている点で間接正犯の道具と言いうるのか疑問を呈される²⁹⁾。その上で大塚博士は、通貨偽造罪における行使の目的を有する背後者が、直接行為者に教育上の標本

28) 目的なき・身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として肯定する旧来の学説として例えば、滝川幸辰『犯罪論序説〔第六版〕』(有斐閣・1952年)293頁参照。後の時代ではあるが、平野・前掲注(9)361頁、団藤・前掲注(4)159頁参照。そのほか福田平『刑法総論〔全訂第五版〕』(有斐閣・2011年)266頁、香川達夫『刑法講義 総論〔第三版〕』(成文堂・1995年)359頁も参照されたい。

これに対して、目的なき・身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めなかった旧来の学説として、小野清一郎『刑法講義総論〔新訂(五版)〕』(有斐閣・1951年)105頁、210頁。そのほか、草野『刑法總則講義〔第一分冊〕』(南郊社・1935年)213頁以下、泉二『日本刑法論上巻(総論)』(有斐閣・1922年)657頁、664頁参照。

29) 大塚・間接正犯211頁以下。

とすると述べることで自身の目的を秘し、この者を利用して偽造貨幣を作り出させたという事例を取り上げられ、この直接行為者においては「いやしくもその目的を欠如する以上、仲介者は自己の行為の法的意味をわきまえないのであり、厳密には規範意識をそなえないものといわねばならない」³⁰⁾と論じられ、直接行為者を「故意なき道具」とであると評価された。

さらに、背後者は「一定の目的を有し、規範意識をそなえるとともに、仲介者が右のような状態にあることを認識し」「利用して初期の犯罪を実現しようところざすかぎり、彼には正犯者としての故意をみとめうる」とされ³¹⁾、またこの場合「仲介者が犯罪行為に出る過程には、……いつその断絶をみるかも知れぬ危険性がひそむにしても」、最終的に「背後者の予想どおりの過程をたどるかぎり、これを誘致行為の当然の延長と解する」ことができるため、背後者は間接正犯であると結論づけられた³²⁾。

そして直接行為者に関しては、故意ある幫助的道具であると評価されなかった。というのも、従犯の故意は「正犯の実行行為を認識し、かつみずからこれを幫助しようとする意思をその内容とする」ため、上記事例における仲介者は所定の目的を欠如しており、「背後者の実行行為の意味をわきまえるものでなく、したがって、これを幫助しようとする意図があるとはいえない」として、幫助として処罰することを否定されたのである³³⁾。

（二）身分なき故意ある道具について

次に、身分なき道具の事例に関しても大塚博士は、身分犯の性質を論じられた上で、背後者の間接正犯の成立を認められた。すなわち、身分犯とは身分を有する者にだけ向けられた規範である、つまり身分とは一身専属的なものであり、非身分者は身分犯の規範に違反しえず、その行為は実行

30) 大塚・間接正犯213頁。

31) 大塚・間接正犯213頁以下。

32) 大塚・間接正犯214頁。

33) 同上。

行為とは言えないと理解された上で、背後者は、直接行為者が身分を有していないことを認識し利用しているため、「みずから法規範に違反して可罰的行為を行おうとする意図」、すなわち正犯者の故意をそなえていると評価された³⁴⁾。

しかし、直接行為者は健全な精神状態であり、事実を認識して自己の行為の意味をわきまえて行為している以上、間接正犯の典型例とは「かなり趣を異にする」としつつも、この直接行為者の道具性を認められてしまう。すなわち、直接行為者の行為は身分犯の実行行為ではなく、また誘致行為に応じて背後者の初期の犯罪を実現した以上、「これを誘致行為の因果的延長と評価しうる」ため、直接行為者の行為を通じた犯罪の実現を見越して誘致する背後者の行為は構成要件に該当する実行行為であり、ゆえに背後者の間接正犯性が認められるとされる³⁵⁾。これに対して直接行為者は、自らの行為によって、背後者において身分犯が実現されることを認識しつつ、これを援助しているのであるから、共犯(幫助)の成立が考えられ、そしてこの場合に直接行為者は背後者の身分犯としての実行行為に加功していると評価しうることを理由に、刑法65条1項の適用が認められるべきであると結論づけられたのである³⁶⁾。

(三) ま と め

このような大塚博士の見解は、いくつかの問題を抱えていることを指摘しなければならない。ひとつは、目的なき故意ある道具の事例の不適切さである。というのも、従来ドイツで議論されてきたのは、直接行為者が背後者の目的を知り、そして自らが当該目的犯に関与しているという認識をもって当該行為に出た事例だからである(もっとも、この点は既にはしがきで指摘した通り、大塚博士の見解に限ったことではない)。ゆえに、大塚博士の

34) 大塚・間接正犯218頁。

35) 大塚・間接正犯218頁以下。

36) 大塚・間接正犯219頁以下。

説明においては、目的なき故意ある道具の問題の本質に迫った解決が示されていないと言うべきである³⁷⁾。

また、身分なき故意ある道具における直接行為者は、健全な精神状態の下、事情を知って行為に出た点で通常の間接正犯の事例と「趣を異にする」とされながらも、結局のところ背後者の間接正犯を認めてしまう説明には不自然さを否めない。すなわち、実行行為を規範的に理解し³⁸⁾、身分犯とは身分者にのみ向けられた規範であると捉えるのであれば、背後者を直接正犯と評価することもできたはずである。また、直接行為者が従犯として処罰されるということは、「身分犯を幫助してはならない」という従犯の前提となる行為規範に違反していることを意味するため、その限度では「規範的障害」が認められるという問題も抱えているのである。従って、「理論の純粹性を維持するために実体を無視することはもっとも忌むべきこと」³⁹⁾かもしれないが、実体を重視するあまりに理論的説得力を等閑にすることもまた忌むべきことであろう。

さらに付言すれば、間接正犯の正犯性を実行行為の規範的な理解にかからせる大塚博士の見解⁴⁰⁾に対しては、正当にも高橋教授が指摘されている通り、実行行為の内実を明らかにしなければ、問いをもって問いに答えるものである⁴¹⁾。それはつまり、いわゆる形式的客観説（もしくは、いわゆる定型説）だけでは間接正犯を根拠づけることはできないという指摘である

37) もっとも、大塚博士は不法領得の意思不要説に立脚されるため、本来的な目的なき故意ある道具の事例は問題にならないかもしれない。大塚『刑法概説各論〔第三版〕』（有斐閣・2000年）302頁参照。しかし、本権説を採用しつつも、不法領得の意思を必要としないのは、理論的な整合性を欠くのではないだろうか。

38) 大塚博士は自らの立場を「規範主義的限縮的正犯論」と呼んでおられる。大塚・間接正犯124頁以下。そのほか、団藤・前掲注（4）388頁、大塚・前掲注（21）280頁を参照されたい。

39) 大塚・間接正犯146頁。

40) 同上。さらに、団藤・前掲注（4）153頁参照。

41) 高橋・前掲注（9）411頁。さらに、内田『刑法概要 中巻〔犯罪論（2）〕』（青林書院・1999年）456頁参照。

と解される⁴²⁾。誤解を恐れずに言えば、間接正犯性を判断するにあたって形式的客観説は単なる「枠」にすぎず、それを埋める「充填剤」として実質的な理由づけが求められるのではないだろうか⁴³⁾。この点については、ドイツの議論も踏まえた上で改めて論じることにはしたい。

第二節 いわゆる関西共犯論

本節では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を間接正犯に消極的な立場から解決しようと試みた、いわゆる関西共犯論を取り上げる。もっとも、以下で見る通り、一口に「関西共犯論」と言っても、特に佐伯博士の見解は、植田博士・中博士の見解と理論構成が異なるという点に注意すべきである。というのも、植田博士・中博士は、故意ある道具の事例において背後者を教唆、直接行為者を幫助とする、いわゆる「正犯なき共犯」説を主張されたのに対して、佐伯博士は共犯の要素従属性を緩和し、直接行為者を正犯、背後者を教唆であると主張されたからである。以下では佐伯博士の見解、植田博士の見解、中博士の見解の順に概観・検討していく。

42) この点、ヤコブスは、帰属を根拠づける形式的・客観的でない要因が暗黙のうちに前提とされていることを指摘している。Vgl. *Günther Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. 1993, 21/3 ff.

43) ここでは「基本的に構成要件該当行為を行った者についてのみ「正犯」としての不法が認められると考える限縮的正犯概念の基本的な妥当性を承認したうえで、では、間接正犯や共同正犯の成否を考えるに当たってその内容をいかに実質化して理解することが可能なか」という問題意識が重要なのである。照沼・前掲注(21)7頁参照。

近時では矢田も、ビルクマイヤーの見解において見られる原因説と形式的客観説の表裏一体性や、リストの見解において見られる因果関係中断論による形式的客観説の実質化を指摘しておきながらも、別の箇所では、形式的客観説(および限縮的正犯概念)では間接正犯を説明できず、また本来的に間接正犯は極端従属形式を採用することで生じる処罰の間隙を埋める彌縫策であるとの従来の理解に囚われており、考察として不十分の感を否めない。矢田・前掲注(22)23頁,21頁。さらに同・前掲注(21)159頁も参照。

（一）佐伯博士の見解

（1）概 要

ここでは、いわゆる「関西共犯論」の嚆矢である佐伯博士の見解を取り上げる。佐伯博士は、目的なき・身分なき故意ある道具の事例における直接行為者は、目的・身分を欠くがゆえに当該構成要件を完全には充足していないが、背後者のもつ目的・身分によって補われることで、共犯の従属対象たる構成要件該当性が認められ、よって背後者はその共犯となるというブルンスの見解⁴⁴⁾を支持された。すなわち、「正犯行為は当該犯罪類型の予想する可罰的違法性を完全に具備すること」を必要とせず、「惹起された行為は少くとも自ら違法で、且法的可罰的違法類型に幾分でも該当し、且惹起者自身に付て存する主観的違法要素又は身分と合して一の完全な違法類型に」なればよいとされたのである⁴⁵⁾。そして、その根拠を、親族または家族ではない者には親族相盗例が適用されないことを定めた刑法旧244条2項（現行244条3項）に求められた。すなわち、親族相盗例における刑の免除を身分に基づく刑罰阻却原因や、責任要素としての期待可能性のない場合と捉えず、行為の違法性を減少させて可罰的価値のないものにする規定と捉えることで、この規定を根拠に現行法が「可罰的違法行為類型性のない行為」に対して共犯を認めていると主張されたのである⁴⁶⁾。

さらに、佐伯博士は一步進めて、間接正犯一般を狭義の共犯に解消すべきであると説かれた（いわゆる拡張的共犯論⁴⁷⁾）。すなわち、直接自らの手

44) Vgl. *Hermann Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 62 f. ブルンスの見解について詳しくは本稿の第二章で取り上げる。

45) 佐伯『共犯理論の源流』（1987年・成文堂）115頁〔初出：「二つの正犯概念」法学論叢32巻4号（1935年）25頁以下および6号（1935年）67頁以下〕。以下では、佐伯・共犯理論の源流と記す。

46) 佐伯・共犯理論の源流69頁〔初出：「いわゆる共犯の制限された従属形式」法学論叢31巻5号（1934年）1頁以下〕。また佐伯博士は教科書においても、刑法旧244条2項や257条2項を根拠に同様の主張を展開された。佐伯・前掲注（20）337頁以下参照。

47) 滝川・前掲注（28）280頁。

で構成要件を実現した者が正犯であるという限縮的正犯概念⁴⁸⁾と極端従属形式を採用することで生じる処罰の間隙を埋め合わせるための彌縫策が間接正犯であるが⁴⁹⁾、罪刑法定主義の原則を堅持する限り、正犯でも共犯でもないものを価値的に正犯と同じだからというだけで正犯として処罰しようとするには無理があるため、可罰的違法類型を完全に実現しない他人の違法行為についても可罰的共犯が可能だとする立場をとり、間接正犯を狭義の共犯の中に解消する方向が望ましいと論じられたのである⁵⁰⁾。

(2) 問題点

しかし、このような佐伯博士の見解は、いくつかの問題を抱えていることを指摘すべきである。まず、故意ある道具の問題の解決に関連して言えば、目的・身分は直接行為者になくとも、背後者に存すればよいのであれば、もはや目的・身分は一身専属的な行為者(Täter)のメルクマールではなく、犯行(Tat)のメルクマール、つまり客観的な一事実となる。しかし、そうすると「身分によって構成すべき犯罪」の共犯を規定している刑法65条1項は単なる確認規定に貶められてしまうばかりか、刑法61条との関係では、何故に目的や身分を欠く者の行為が「犯罪」と言いうるのかという点について説得的に説明することができない。

また、一般違法従属形式に対しては、林教授は「共犯が成立するためには…〔筆者注：中略〕…正犯が構成要件にすら該当することをすら〔筆者

48) 佐伯・前掲注(20)341頁。

49) 同様の理解を示すものとして、牧野『刑法総論：下巻〔全訂第十六版〕〕(有斐閣・1966年)708頁、木村亀二『刑法総論〔増補版：阿部純二増補〕〕(有斐閣・1978年)388頁、398頁、同「正犯と共犯」日本刑法学会編『刑法講座 第4巻〕(有斐閣・1963年)79頁以下、中山研一『刑法総論〕(成文堂・1982年)447頁、西田『共犯理論の展開〕(成文堂・2011年)82頁以下など。

50) 佐伯・前掲注(20)346頁以下。この佐伯博士の見解を一般違法従属説として支持するのは、浅田和茂『刑法総論〔補訂版〕〕(成文堂・2007年)411頁、431頁。その他、中山・前掲注(49)448頁参照。しかし、同『口述刑法総論〕(成文堂・1987年)416頁、432頁では、佐伯博士の見解を支持しているとは断言できない。

注：原文ママ] 要しないとするならば、自傷を教唆した場合とか、可罰的違法性のない程度の暴行を教唆した場合」にも共犯が成立してしまい、共犯の処罰範囲が不当に広がってしまうと批判されている⁵¹⁾。しかしながら、間接正犯を共犯に解消することを意図する佐伯博士の見解にとって、共犯領域の拡大は当然の（むしろ好ましい）帰結なのである。また、佐伯博士の古い見解に従えば、自傷行為への関与や可罰的違法性のない暴行への関与の場合に背後者に共犯が成立することになるのであろうが、後述する通り、この点に関しては見解の変遷が見られる。さらに、背後者の可罰的違法性を直接行為者に合したとしても、なお背後者には共犯としての可罰的違法性は認められないと論じる余地もあろう⁵²⁾。ゆえに、林教授の批判はそれほど当を得たものとは言えないであろう。

むしろ、佐伯博士が、被害者を騙して殺害させた場合には「共犯の他人性は行為者の自己性による欠陥を補って殺人罪の教唆としての処罰を可能にする」⁵³⁾と主張される一方で、（ドイツにおいて処罰規定のある）近親姦については、親が自己の娘と他人を同衾させた場合に関しては「近親姦という可罰類型は近親者の生殖器の結合」を必要とするとして親に共犯成立を否定されている点を問題とすべきである。この点、島田教授が指摘する通り、後者の場合にも「共犯の親族性が行為者の非親族性を補う」と考えることもできるはずである⁵⁴⁾。

もっとも、後に佐伯博士は教科書では、いわゆる被害者利用の事例に関して背後者は正犯であると論じておられる⁵⁵⁾。しかし、そのように解する

51) 林幹人「適法行為を利用する違法行為」『刑法の現代的課題』（有斐閣・1991年）116頁以下。また、同「間接正犯」について板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房・2004年）82頁も参照されたい。

52) 島田「いわゆる「故意ある道具」の理論について（3）」立教法学62号（2002年）99頁注（119）参照。以下では、島田・故意ある道具（3）と記す。

53) 佐伯・共犯理論の源流115頁以下参照。

54) 島田・故意ある道具（3）78頁以下。

55) 佐伯・前掲注（20）342頁。併せて、浅田「佐伯・平野刑法学の犯罪論体系（特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義）」法律時報84巻1号（2012年）18頁も参照した。

ことは自ら物理的に実行する者が正犯であるとの前提と相容れず、一貫性を欠いてしまっていると指摘すべきである。同様の問題は、後述する植田博士の見解においても見られる。

(二) 植田博士の見解⁵⁶⁾

(1) 概要

植田博士は、まず自らの理論構築の出発点として、故意ある道具を認める立場を批判される。すなわち、規範的障害を有する直接行為者をも道具とみなすことは「道具理論の濫用であり、不当な一般化である」⁵⁷⁾と非難され、その上で正犯とは「自ら実行した者」であるという理解から、「ある行為者が正犯たるか否かは、直接にその者が実行者であるか否かを検討し、而してこれが肯定される限り正犯であり、反対にこれが否定される限り共犯(教唆犯)とされる外はない」⁵⁸⁾と論じられた。それゆえ、故意ある道具における直接行為者は、目的もしくは身分を欠くために正犯ではなく、狭義の共犯(背後者の幫助)であるとされ、また直接行為者が従犯であるから背後者が当然教唆犯でないと解することは「標的を外れた議論であつて理論上必然性はなく」、他方で背後者も自ら実行していない以上、正犯ではなく、狭義の共犯(直接行為者の教唆)であると主張された。そして、このような「正犯なき共犯」説を支える理論的な根拠について博士は、「共犯を自己固有の犯罪を犯すものと考へる限り、共犯は自己の犯罪を犯すに当つて他者をしてその『犯罪を実行』せしめれば足りる」とされ、本来的な意味での正犯が存在する必要性はないと論じられたのであった⁵⁹⁾。

56) 以下の植田博士の見解においては、佐伯博士の見解の影響があったことを中博士は指摘されている。中義勝「植田共犯論の学説史的背景と現代的意義」植田『共犯論の諸問題』(成文堂・1985年)266頁注(2)参照。

57) 植田重正『共犯の基本問題』(東京三和書房・1952年)16頁。以下では、植田・基本問題と記す。

58) 植田・基本問題86頁。

59) 植田・基本問題89頁以下。

付言すると、植田博士は間接正犯一般に関しても、その概念内容が——特に故意ある道具や過失者の利用の場合に鑑みて——不備・不統一であり、その根拠も必ずしも正犯を得ていないと批判され、佐伯博士のように間接正犯一般を共犯に解消することに賛同され⁶⁰⁾、間接正犯とされているものの一部は直接正犯（例えば被害者利用の場合）、大部分は共犯とすべきであると論じられたのであった⁶¹⁾。

（2）問題点

このような解決に対しては、当然、現行の共犯規定との整合性が問われるであろう。これに対して、植田博士は批判を想定して以下のように述べられた。すなわち、刑法62条の従犯は正犯の存在を前提としているのではないかとの批判に対しては、「従犯が正犯を幫助した場合にのみ成立し、教唆犯や従犯そのものを幫助した場合は規定がないから無罪であるとするならば格別、さもない限り無意味である」と論じられた。また、利用者を教唆犯とすれば、その刑は実行者たる従犯に準じることになるのは奇妙ではないかとの批判に対しては、「この場合の従犯が教唆者の立場から見られたものでなく（この立場から見れば実行である）、専ら道具自身の立場から見られたものであることを看過したものであつて妥当ではない」と論じられたのである⁶²⁾。

しかし、刑法62条1項に鑑みれば、幫助の成立においては正犯の存在が前提とされており、また刑法62条2項には幫助に対する教唆が規定されているにすぎない以上、明文規定を欠く教唆に対する幫助の処罰を認めることは不合理であろう⁶³⁾。また、背後者から見れば、直接行為者は「実行」

60) 植田・基本問題37頁、40頁以下。

61) 植田・基本問題106頁以下。

62) 植田・基本問題90頁以下。

63) 大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣・1958年）187頁以下参照。もっとも、植田博士は、教唆犯に対する幫助の処罰を認める見解として、泉二博士と小野博士、草野博士の見解を引き合いに出されている。植田・基本問題93頁注（7）参照。

に当たるが、直接行為者からすれば自身の行為は幫助であると解すること(いわゆる規範関係の相対性⁶⁴⁾)の理論的根拠は一体どこにあるのか、必ずしも明らかではない。

また、植田博士も佐伯博士と同様、いわゆる被害者利用の間接正犯の事例において背後者を直接正犯と評価された点で、正犯とは自ら犯罪を実行した者であるという前提⁶⁵⁾と矛盾してしまう⁶⁶⁾。これに対して植田博士は、自己の手による実行も純粹事実に解すべきものではないと反論されたのであるが⁶⁷⁾、そうであるならば、故意ある道具の事例において背後者を(直接)正犯とする余地もあったのではなかろうか。

(三) 中博士の見解

(1) 概要

このような植田博士の「正犯なき共犯」説を受け継ぎ、発展させたのが中博士である。中博士は、先述した佐伯博士の見解(およびブルンスの見解)に対し、身分とは一身専属的なものであり、身分なき者が身分者と共働することによって前者に身分が補充されると考えることには積極的な根拠がなく、無理由を理由とするものであると批判され⁶⁸⁾、身分を客観的な一事実として扱うことで直接行為者(非身分者)の構成要件該当性が充たされるという佐伯博士の見解に理解を示されなかった⁶⁹⁾。そして、故意ある道具を間接正犯の一事例として認める通説も佐伯博士の見解も、「共犯はなんらかの正犯に対する共犯であらねばならぬ」という前提に固執したことに問題があり、その前提的命題を抹殺し、「正犯なき共犯」を認める

64) 宮本英脩『刑法大綱〔總論〕』(弘文堂・1932年)55頁参照。

65) そもそもこの前提自体、証明すべきであると中山博士は指摘されている。中山「植田博士の共犯論について」植田・基本問題288頁参照。

66) 平場安治ほか『刑法理論學〔總論〕』(有斐閣・1950年)218頁参照。

67) 植田・基本問題82頁参照。

68) 中『間接正犯』(1963年・有斐閣)46頁。以下では、中・間接正犯と記す。

69) 中「佐伯千仞博士の共犯論とその現代的意義」共犯理論の源流・321頁参照。

べきであると主張されたのである⁷⁰⁾。

もっとも、中博士は、「正犯なき共犯」の理由づけについて植田博士と少々異なって論じられた。すなわち、『共犯なるものは概念必然的に正犯に從属する』という命題は共犯成立のための原型（Urtypus）であり、共犯成立のための発想方式を物語るにすぎず、ゆえに共犯の從属対象は原則として実行（正犯）行為であろうが、ときには身分を欠く等の理由により実定法上の実行行為とは解しえない、いわば超実定法的・存在論的実行行為の場合もあるとされたのである⁷¹⁾。そこから中博士は、故意ある道具の事例における直接行為者は幫助であり、背後者は教唆であると捉えられたのであった⁷²⁾。

（2）中博士の見解に対する批判

しかし、このような中博士の見解は数多くの問題を抱えている。ひとつは、率直に「正犯なき共犯」という観念に非難が向けられる。すなわち、森井暲博士が指摘する通り、結果帰属の観点からすれば、正犯とは一定の犯罪的結果が自己の「しわざ」として帰属される者であり、他方で共犯

70) 中・間接正犯56頁、57頁。

71) 中・間接正犯17頁。

72) 中博士の見解を支持する見解として、山中敬一「共犯における可罰的不法從属性に関する若干の考察」『中山先生古稀記念論文集（第3巻）刑法の理論』（成文堂・1997年）311頁以下、同『刑法総論 [第三版]』（成文堂・2015年）878頁参照。

付言すれば、中博士の見解と同様、大越義久博士は刑法61条の「人」は法律上の正犯ではなく、「事実上の正犯」であるとの前提から、故意ある道具の事例における直接行為者は「事実上の正犯」であり、背後者はそれに從属する教唆犯であるとされた（ただし、刑法62条との関係で、直接行為者は幫助ではないとされる）。大越義久『共犯論再考』（成文堂・1989年）16頁以下参照（なお、内田・前掲注（9）291頁、同・前掲注（41）463頁以下も身分なき故意ある道具の事例に関しては大越博士の見解と同旨）。

この大越説に対して、正当にも中博士は、「共犯不法は正犯不法に從属するという命題」は必ずしも拘束的なものでないとされてしまい、共犯の概念的從属性も「事実上の正犯」を要するだけで単に名目的なものになってしまうと批判された。中「違法の連帯性と要素從属性」『刑法上の諸問題』（関西大学出版部・1991年）478頁以下参照。

とは一定の犯罪の結果が他人の「しわざ」となるよう当該他人との関係で行為する者であるため、「正犯なき共犯」説においては、法が現実に犯罪の結果を帰属するところの中心的主体が欠けてしまうという点で妥当ではない⁷³⁾。また、「正犯なき共犯」説では直接行為者は幫助とされるが、その幫助が従属するとされる背後者の行為は「超実定法的・存在論的実行行為」と言えない以上、共犯は存在論的意味における実行行為に従属すればよいという前提的命題に反するであろう⁷⁴⁾。

さらに、正当にも西村克彦博士が指摘している通り、「公務員は何の罪の教唆にあたり、非公務員は何の罪の従犯にあたるのか」という点が明らかではない。つまり、公務員を収賄罪の教唆犯とするのであれば、刑法62条との関係で非公務員はいかなる正犯者を幫助したことになるのであろうか⁷⁵⁾。

従って、確かに中博士の正犯なき共犯説も、通説や佐伯博士の見解と異なる解決を提示しようと苦心された結果ではあったが、現行法の共犯規定と相容れないという大きな問題点を抱えていたのである⁷⁶⁾。

(四) ま と め

以上、本節ではいわゆる関西共犯論の各論者の見解に検討を加えた。佐伯博士の見解と植田博士の見解、中博士の見解にはそれぞれ理論構成の点で相違が存在する⁷⁷⁾が、いずれの見解も現行法と相容れないという弱点を

73) 森井暉「間接正犯」中山研一ほか『刑法理論の探究(中義勝先生古稀祝賀)——中刑法理論の検討』(成文堂・1992年)300頁以下。

74) 園田寿「中共犯論についての覚書き」中山ほか・前掲注(73)311頁。

75) 西村克彦「共犯論の進退 中義勝教授の『間接正犯』を読んで」警察研究35巻4号(1964年)19頁。

76) 平野・前掲注(9)361頁参照。

もっとも、後に中博士は、身分なき故意ある道具に関しては改説され、いわゆる義務犯論を採用した上で背後者を不作為正犯(間接正犯?),被利用者を幫助とされた。中「いわゆる義務犯の正犯性」団藤ほか編『犯罪と刑罰(上)佐伯千仞博士還暦祝賀論文集』(有斐閣・1968年)476頁以下。

77) つまり、佐伯博士の見解を「正犯なき共犯」説として括るのは誤りである。佐伯博士の見解では、狭義の共犯が成立するための必要条件である「正犯」の要件を緩和したにす

抱えるものであった。また、いずれの見解も正犯＝物理的な自主実行に限るという立場から間接正犯一般を消極的に捉え、狭義の共犯に解消する方向を目指したものの、いわゆる被害者利用の間接正犯の事例では背後者を直接正犯と捉えてしまうという点で理論的一貫性を欠いていた。

しかし、何故にこのような無理をしてまで間接正犯を否定しようと試みたのであろうか。佐伯博士が参照したブルンスらの限縮的正犯概念のように、間接正犯を否定した上で共犯に解消する見解は、ドイツではどのように受け止められたのであろうか。この点については、第二章において20世紀初頭のドイツにおける議論を考察し、明らかにしようと思う。

第三節 近時の（共謀）共同正犯説

——身分なき故意ある道具に関連して

ここでは、身分なき故意ある道具の事例に関して共謀共同正犯説の成立を認める見解の代表的な論者である西原博士と西田博士、さらに島田教授の見解を取り上げ、それぞれ概観・検討する。

（一）西原博士の見解

（1）概 要

まず共謀共同正犯説の嚆矢として⁷⁸⁾西原春夫博士の見解⁷⁹⁾を取り上げる。

ゝぎないからである。松宮・前掲注（4）264頁参照。

78) 共同正犯説の原点は、草野博士にまで遡る。博士は道具理論に基づく間接正犯論の立場から、故意ある道具の事例を間接正犯と認めることを否定され、「『資格なき故意ある道具』など云ふことほど、凡そ意味のないことはないのであつて、私は夙に、刑法第六五条一項の規定が存して、非公務員が公務員と公務員なる身分に因つて構成すべき犯罪を共同して行ふと云ふ意思連絡の基に一體となることによつて、公務員たる身分を取得するものと看做さるる以上、公務員が非公務員に情を明かして其の職務に関し虚偽の文書を作成せしめたる場合に於ては、非公務員が刑法百五十六条の実行正犯を以て処罰せらるべき」と論ぜられていた。草野『刑法改正上の諸問題』（巖松堂書店・1950年）283頁参照。

79) 西原春夫『間接正犯の理論』（1962年・成文堂）では、身分なき故意ある道具の事例

西原博士は規範的障害説に立脚して、自らが何をするものか理解していない者は、規範的障害に直面するものではなく、それゆえ法からみて適法行為に出ることを期待される人間ではないため、「道具」であるが、これに対して事情を理解して行為に出る者は、規範的障害に直面しており、適法行為に出ることを期待される主体であるため、道具にはなりえないと論じられ⁸⁰⁾、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例に位置づけることを否定される⁸¹⁾。

そこで西原博士は、例えば、公務員が自身の妻（非公務員）を唆して賄賂を受け取りに行かせるという身分なき故意ある道具の事例⁸²⁾に関して、共謀共同正犯による解決を提唱される。すなわち、公務員である背後者と非公務員であるその妻が共謀して収賄罪を犯しているのであるから——刑法65条1項には共同正犯も含むという理解を前提に——両者は収賄罪の共謀共同正犯になると論じられた⁸³⁾。

(2) 問題点

ところが、西原博士は、何故に非身分者であっても身分者と共働することによって、当該身分犯の正犯になりうるのかという理由については一切言及されていない点で、説明不足の感を否めない。また別の箇所では、上述の共同正犯が認められない場合、背後者である公務員に教唆犯、直接行為者である非公務員に従犯の成立が認められると論じられており⁸⁴⁾、その

ㄨにおける共謀共同正犯説を主張されていない。

80) 西原・前掲注(9)358頁以下。

81) 西原・前掲注(9)362頁。

82) 西原・前掲注(9)361頁。他方で、目的なき故意ある道具の事例としては大塚博士と同様、印刷工をして映画撮影の材料であると誤信させて通貨を偽造させる事例を取り上げられ、その上でこの事例における間接正犯の成立を認めておられる。同書361頁以下参照。しかし、そのような事例は目的なき故意ある道具の事例として相応しくないことは、既に指摘した通りである。

83) 西原・前掲注(9)363頁、古くは同『刑法総論』(成文堂・1968年)257頁以下、同『刑法総論』(成文堂・1977年)313頁参照。

84) 西原・前掲注(9)409頁以下。

限りで植田博士・中博士の「正犯なき共犯」説を支持されているが、そもそも何故に共謀共同正犯が成立しない場合に「正犯なき共犯」説が妥当することになるのかという点についても何ら説明されていない。それゆえ、西原博士の見解は説得力に欠けるものと言わざるを得ないであろう。

（二）西田博士の見解

（1）概 要

以上のような西原博士と同様、西田博士も身分なき故意ある道具の事例において公務員と非公務員の共謀共同正犯の成立を主張された。すなわち、間接正犯の理由づけについて西田博士は「正犯とは構成要件該当事実を実現するうえで支配的地位にある者をいうという意味において行為支配説を支持する」と述べられた上で、身分なき故意ある道具における直接行為者は自己の行為の意味を十分に理解しているのであるから、背後者によって支配されているとは言い難いことを理由に間接正犯の成立を否定され、その上で共謀共同正犯の成立を認められたのである⁸⁵⁾。

そのため西田博士は、身分を一身専属的なものと捉える義務犯論を否定される。すなわち、団藤博士のように⁸⁶⁾、公務員と非公務員とが共働して賄賂を収受しても「法律的な目で見れば、非公務員にとっては、その目的物は『賄賂』ではないし、これを受け取ることは『賄賂の収受』の実行行為ではないと考える場合、収賄罪の禁止規範が、公務員のみを名宛人とし、非公務員にはおよそ向けられていないという義務犯的理解を前提とするであろうが、そこでは「正犯原理たる実行行為概念の内に身分の存在をとり込むことにより、非身分者の共同正犯性は、ア・プリオリに排斥されている」点で妥当ではないと批判され、その上で「非公務員にも収賄の禁止は及んでいるが、直接単独正犯の形式では事実上、この禁止に違反しえないのだとすれば、公務員との共同がある場合、その目的物は、非公務員

85) 西田・前掲注 (9) 328頁, 331頁。

86) 団藤・前掲注 (4) 322頁参照。

にとってもやはり「賄賂」というべきである」と論じられたのである⁸⁷⁾。

またその後の著書でも、上述の義務犯論的な理解によれば、「非公務員は幫助としても不可罰だといわねばならない」と非難され、「より妥当な解決は、西原教授が既に指摘されているように、共同正犯を考えてゆく方向であろう」と論じられ、非公務員は単独では公務員犯罪の主体になりえないが、公務員と共働する場合には当該犯罪の主体になりうると主張されたのである⁸⁸⁾。

(2) 問題点

しかし、このような西田博士の見解においても西原博士のそれと同様、なぜ非身分者も身分者と共働する限りで身分犯の主体になりうるのかという点について説得的な理由づけが示されていない。つまり、身分の一身専属性を否定し、当該身分犯に関与した者の誰かに身分があればよいと解すること、そのように身分を客観的な一事実へ解消してもよい根拠は一体どこにあるのであろうか。

それについておそらく西田博士は、制限従属形式を援用し、「違法は連带的に、責任は個別的に作用する」という命題の下、刑法65条1項を違法身分、2項を責任身分と捉える点に自説の論拠を求められるであろう。つまり、公務員という身分は違法身分であるがゆえに、共犯者に連带的に作用すると解されると主張されるであろう。しかしながら、既に佐川准教授が批判されている通り⁸⁹⁾、違法の連帯性・責任の個別性という命題の根拠を制限従属形式に求めるのは誤りである。というのも、そもそも制限従属形式は共犯成立の必要条件を物語るものにすぎず、論理必然的に正犯の違法が共犯に連帯ないし連動するわけではないからである⁹⁰⁾。それゆえに、

87) 西田『新版 共犯と身分』(2003年・成文堂)183頁以下。

88) 西田・前掲注(49)86頁以下。さらに、西田・前掲注(9)331頁参照。

89) 佐川「身分犯における正犯と共犯(4・完)」立命館法学320号(2008年4号)53頁以下、59頁参照。

90) 松宮・前掲注(4)267頁も見よ。

西田博士の見解も証明すべきものを既に前提としてしまっているという意味で不当前提であり、説得力を欠くものと言わざるを得ない。

（三） 島田教授の見解

（１） 概 要

最後に、近時において故意ある道具の問題に精力的に取り組まれた島田教授の見解を検討する。島田教授は、故意ある道具の利用を間接正犯と認めてきた従来の通説に対して、「実質的には、通常の構成要件における正犯性の判断基準から乖離した基準が用いられてしまっている」と批判された上で、「他人（行為媒介者）の行為が介入していた場合、行為媒介者が現に生じた結果について自律的に決定した、つまり結果の意義と射程を十分理解した上で強制されることなく結果を引き起こした（あるいはそこに加わった）場合には、その背後の者（背後者）は（単独）正犯とはならない」⁹¹⁾とのテーゼとの関係で故意ある道具の問題を捉えられた。

その上で島田教授は、身分なき故意ある道具における共同正犯の成立を肯定され、上述の西田博士の見解をより説得的なものにしようと試みられた。すなわち、島田教授は、西田博士と同様、身分を一身専属的なものと捉える立場を否定され⁹²⁾、その上で刑法197条の単純収賄罪における「収賄」は、非公務員であっても為し得ると主張される。例えば、収賄罪に関する身分なき故意ある道具の事例の場合、「収賄するなかれ」という規範は国民一般の関心事であるのだから非公務員にも及んでいるため⁹³⁾、非公

91) 島田「他人の行為の介入と正犯成立の限界——故意作為犯を中心に（五・完）」法学協会雑誌117巻6号（2000年）809頁参照。

92) 島田「いわゆる「故意ある道具」の理論について（２）」立教法学60号（2002年）67頁以下参照。

93) 島田・故意ある道具（３）88頁。付言すると、同様の説明は、構成的身分犯に加担する非身分者を共犯とする現行法の趣旨に関する中博士の説明においても見られるが、既述の通り、中博士は真正身分犯の身分を一身的な行為者のメルクマールと解されておられるため、その点で島田教授とは理解が異なる。中『刑法総論』（有斐閣・1971年）252頁。

公務員が相手方から金銭を受け取ることも刑法197条にいう「收受」である——つまり「收受」は物理的な受け取りで足りる⁹⁴⁾——とされ、ゆえに非公務員と公務員が共謀の上、当該收受行為に及んでいるのであるから、両者は刑法197条の共同正犯になると結論づけられたのである⁹⁵⁾。

(2) 問題点

しかしながら、非公務員による金銭の受取も「收受」であるとするならば、例えば、本稿のはしがきで取り上げた事例において、公務員Aは、直接行為者の妻Bと別居していたため、家計が別であったところ、贈賄者Cは当初よりBに贈り物をしたいと言ってきたので、AがBに受け取った方が良くと助言して受け取らせた場合はどうであろうか⁹⁶⁾。鳥田教授の見解によれば、この場合にも、職務に関連した対価としての利益が一切帰属していない公務員Aも、Bとともに収賄罪の共同正犯であると認めなければならないことになるであろう。ゆえに、収賄罪における「收受」とは、職務関連性ある対価を公務員が受け取ることの意味する(まさにそれゆえに「袖の下」と言われる)と解すべきであろう。

また、真正身分を行為者メルクマール、すなわち一身専属的なメルクマールと捉える義務犯論に対して鳥田教授は、「刑法の任務を法益の保護に求める立場」からすれば「一部の犯罪とはいえ犯罪の処罰根拠を法益関連性を切断された義務違反に求めることは疑問」であり、「共犯の処罰根拠も正犯のそれと基本的に同様である(因果的共犯論ないし惹起説)と考え、かつ身分犯の処罰根拠を身分者に課せられた一身の義務違反に求めるのであれば、共犯の場合でもそのような義務違反が処罰のために必要であるということになり、非身分者は身分犯の共犯にすらならず、現行法(刑法

94) 鳥田・故意ある道具(3)102頁注(161)参照。

95) 鳥田・故意ある道具(3)92頁。さらに、同・基礎理論265頁以下参照。

96) もちろん、あらかじめAとCの間で公共事業の入札に関して便宜を図る約束をしており、その限りで職務関連性が認められることを前提とする。

65条1項）の立場と相容れないと批判される⁹⁷⁾。

しかし、共犯の処罰根拠として因果的共犯論と惹起説を同視することの問題はひとまず措くとしても⁹⁸⁾、義務犯論を支持する場合に（混合）惹起説では刑法65条1項を説明できないということは既に意識されていたし、それゆえに「身分者に特別に課せられた義務（特別義務）の違反を誘発しまたは促進する」という別原理による説明が試みられたのである⁹⁹⁾。ゆえに、島田教授の義務犯論批判は的外れであると言わねばならないであろう。

（四）ま と め

以上、身分なき故意ある道具の事例において（共謀）共同正犯の成立を認める西原博士と西田博士、島田教授の見解を取り上げ、それぞれ検討を加えた。これらの論者の他にも共同正犯説の支持者が確認される¹⁰⁰⁾。その限りでは、近時の有力説と言ってよいであろう。しかし、既に何度も指摘している通り、身分者との共働下では非身分者も真正身分犯の正犯になれると主張することは、真正身分を行為者（Täter）のメルクマールではなく、行為（Tat）のメルクマールにしてしまう、つまり客観的な一事実

97) 島田・基礎理論266頁。

98) 豊田「共犯の因果性——承継的共犯の問題を中心に——」刑事法ジャーナル44号（2015年）4頁以下、同・前掲注（18）6頁以下参照。

99) 松宮・前掲注（19）305頁以下。そのほか金子博「真正身分犯の共犯について——共犯の処罰根拠の観点から——」浅田ほか編『自由と安全の刑事法学：生田勝義先生古稀祝賀論文集』（法律文化社・2014年）299頁以下も参照されたい。

100) 例えば、前田・前掲注（4）87頁以下および333頁注（21）、大谷・前掲注（9）147頁以下参照。さらに、齋野彦弥『刑法総論：基本講義』（新世社・2007年）293頁も同旨か。もっとも、いずれの教授も、背後者が直接行為者を一方的に支配した場合には、背後者を間接正犯、直接行為者を幫助と評価されている。

しかし、前田教授の見解に関して言えば、既に前掲注（4）で述べた通り、取引犯罪では取引の主体を——「実質的実行行為理解」に基づいて——正犯であると主張されるのであれば、収賄罪に関連する身分なき故意ある道具の事例においても、収賄という取引の主体を直接正犯と捉える余地もあるのではないだろうか。このような発想については、本章第五節参照。

に貶めてしまうことを意味するのである(既述の通り、この点は佐伯博士の見解においても問題となったところである)。確かに、このように考えれば、真正身分は関与者間で共有可能なものになり、関与者の誰かに身分があればよいということになる。しかし、それでは「身分によって構成すべき犯罪」の共犯を規定する刑法65条1項は単なる確認規定に貶められてしまうであろう。

また、いずれの見解も刑法65条1項は、狭義の共犯だけでなく、共同正犯も含まれるということに依拠している。島田教授は、立法者意思に依拠して刑法65条1項に共同正犯は含まれないとする見解¹⁰¹⁾に対して、以下のように批判される。すなわち、「共ニ犯ス」という文言が、「言葉が妥当ヲ缺キハセヌカ」との動議によって「加功シタル」に変更されたのは言葉のニュアンスの問題であり、また動議を出した三好退蔵が共謀共同正犯を肯定していたことに鑑みれば、非身分者による身分犯の実行共同正犯を否定する趣旨であって、非身分者による共謀共同正犯を認める余地はあったと¹⁰²⁾。

しかし、立法段階でのこのような動議による変更は、単なるニュアンスの問題なのであろうか。むしろ、共に犯すことができないとは、非身分者は身分者と一緒になって身分犯を——実行共同正犯という形であれ、共謀共同正犯という形であれ——犯すことができないということの意味し、そうであるからこそ加功する(=加担する)という言葉に変更されたと捉えるべきであろう。ゆえに、刑法65条1項に共同正犯も含まれると解することは立法者意思に反するものとして重く受け止めなければならない¹⁰³⁾。

101) 松宮・前掲注(4)298頁参照。そのほか、同「共犯論(特集 刑法典の百年)」ジュリスト1348号(2008年)56頁、同「共犯論の再構築をめざして」川端『現代刑法理論の現状と課題:川端博対談集』(成文堂・2005年)282頁参照。なお、立法の当時の議論については、佐川「身分犯における正犯と共犯(1)」立命館法学313号(2007年)33頁以下が詳しい。以下では、佐川・身分犯における正犯と共犯(1)と記す。

102) 島田・故意ある道具(3)90頁以下。さらに、同・基礎理論267頁以下参照。

103) 佐川・身分犯における正犯と共犯(1)33頁以下、38頁参照。また、刑法65条1項に

第四節 補論：目的なき故意ある道具に関する島田教授の見解

（一）概 要

ここでは補論として、目的なき故意ある道具に関する島田教授の見解を考察することとする。とくに島田教授は、目的犯の特色を踏まえて各論的に論じられた点で注目に値する¹⁰⁴⁾。

まず島田教授は、有価証券偽造罪などにおける行使の目的が主観的不法要素であるとの前提の下、関与者の誰かが当該目的を有することによって、偽造された客体が流通におかれ人目に触れる危険性が基礎づけられると解された上で、直接行為者が背後者の行使の目的を認識していない場合、直接行為者は同罪の不可欠の構成要件要素である危険性を認識してい

↘は共同正犯も含まれるという主張においてしばしば引用される大判明治44年10月9日刑録17輯1652頁は、原判決が非身分者に偽証罪の教唆犯を認める際に刑法65条1項の摘示を忘れたことを救済したものであって、必ずしも立法者の意思に沿ったものではない。浅田ほか編『レヴィジョン刑法I 共犯論』（成文堂・1997年）50頁〔松宮〕131頁参照。

付言すれば、ここでは法解釈方法論における主観説の意義が問題となる。これに対して島田教授は、法は立法者から独立した客観的な存在であり、当初予想したような趣旨に解決することが妥当でないことが起こりうること（筆者注：客観説における独立性・可変性・現在性論拠）、また立法者意思は実はそう明らかではないこと（筆者注：客観説における意思論拠）を指摘し批判されている（島田・故意ある道具（3）90頁以下、同ほか『法解釈入門』（有斐閣・2013年）23頁参照）。しかし、三権分立に基づく立法権（議会制民主主義）と司法権の関係に目を向けるならば、過去の時点での国民代表の意思に裁判官は拘束されるとみるべきであろう（価値観や事実関係の根本的変化などにより、どうしてもその意思に従うことができないならば話は別かもしれないが）。また、後者の批判においても、しばしば立法者の意思と立案担当者のそれとの混同が指摘されるが、それは議員が、立案担当者らがそのテキストに託しかつそれを「立法理由」の中で表明した意味を議決の段階で承認していると捉える協約説（Paktentheorie）から反論が可能である。

もっとも、ここでは主観説・客観説のいずれかの妥当性ではなく、いかなる法解釈方法論が妥当であるのかが問題であるため、これ以上の言及は差し控え、今後の課題とする。

以上につき、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣・2007年）468頁以下を参照した。

104) 島田「いわゆる「故意ある道具」の理論について（1）」立教法学58巻（2001年）84頁以下。以下では、島田・故意ある道具（1）と記す。

ない、つまり同罪の不法内容の中核的部分を認識していないのであるから、故意を欠くと主張された¹⁰⁵⁾。

これに対して、直接行為者が背後者の行使の目的を認識している場合、偽造通貨の流通の危険性は誰にとっても同じく客観的に存在する以上、直接行為者自身が当該目的を有するかどうかに左右されない、つまり、自ら行使する目的でなくとも、第三者が行使する目的でよいとの通説的理解に基づき、直接行為者が背後者の当該目的を認識していれば、彼には行使の目的が存在し¹⁰⁶⁾、それゆえに直接行為者は当該犯罪の正犯であり、背後者は広義の共犯になると主張されたのであった¹⁰⁷⁾。

さらに鳥田教授は、このような理論構成が他の目的犯¹⁰⁸⁾にも同様に当てはまると論じられたにもかかわらず¹⁰⁹⁾、おなじく主観的不法要素であるはずの窃盗罪の不法領得の意思に関しては異なる説明をされた¹¹⁰⁾。というのも、鳥田教授が不法領得の意思のうち権利者排除意思に関しては主観的不法要素であるが、利用処分意思は予防の必要性の高さから要求されている特別な責任要素であると理解されたからである¹¹¹⁾。それゆえ、窃

105) 鳥田・故意ある道具(1)89頁以下。さらに、同・基礎理論281頁参照。

106) 同様の理論構成を示すものとして、山口・前掲注(4)72頁以下参照。松宮・前掲注(103)129頁、同・前掲注(19)301頁も同旨か。判例としては、大判大正14年1月28日刑集4巻14頁、大判大正15年12月23日刑集5巻584頁、最判昭和34年6月30日刑集13巻6号985頁参照。

107) 鳥田・故意ある道具(1)93頁以下。さらに、同・基礎理論281頁参照。

108) 例えば、刑法225条の営利目的・結婚目的・わいせつ目的の拐取罪、刑法175条のわいせつ物販売目的所持罪、毒物劇物取締法3条3項(罰則は24条)における販売目的による貯蔵、爆発物取締罰則3条における爆発物不法製造・所持罪等、予備罪一般、破壊活動防止法39条(政治目的のための放火の罪の予備等)および40条(政治目的のための騒乱の罪の予備等)、売春防止法6条2項における売春目的勧誘罪など。

109) 鳥田・故意ある道具(1)97頁以下。

110) 鳥田・故意ある道具(1)102頁以下参照。

111) 鳥田・基礎理論281頁以下参照。同様の見解として、芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー336号(1983年)116頁以下、平野「不法領得の意思をめぐって(1)」警察研究61巻5号7頁、山口・前掲注(11)203頁、同『問題探究 刑法各論』(有斐閣・1999年)122頁、西田『刑法各論[第六版]』(弘文堂・2012年)147頁、大谷『刑法講義各論[第

盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、直接行為者は利用処分意思を欠くがゆえに有責性がないため不可罰にとどまり、背後者は責任なき者に対する共犯になると主張されたのである¹¹²⁾。

（二）問題点

このような島田教授の見解では、（本稿のはしがきで指摘した）従来の日本の議論において示されてきた「目的なき故意ある道具の誤った事例」だけでなく、本来問題とすべき事例を挙げて検討している点や、偽造罪を代表に各則構成要件の特色を把握しながら総則共犯論を援用していくという点で優れていると評価できよう。

しかしながら、島田教授の見解は以下の点に問題を抱えている。まず島田教授は、不法領得の意思のうち利用処分意思を責任要素と捉えることから、「行為媒介者に利用処分意思があるかないかは、共犯の成立に関係がない以上、不法領得の意思に第三者領得の意思が含まれるかどうかという各論的解釈問題の肯否にかかわらず、背後者に共犯の成立を認めることが可能」と論じられているが、本稿のはしがきで指摘した通り、当該事例における直接行為者は自ら所有権者として振舞う意思（権利者排除意思）さえ有しないと捉えるならば、問題を根本的に解決したとは言えないであろう。また、利用処分意思を責任要素と捉えるならば、通常の窃盗罪の教唆の事例において、教唆者は正犯者の利用処分意思を知らなくとも窃盗の教唆犯になるという不自然さが残ってしまうのである。

さらに、偽造罪における行使の目的を関与者の誰かが有していれば、それを認識している者も当該目的を持ったと見做されるという理論構成が主観的不法要素の性質から導かれるのであれば、それは同じく主観的不法要

↘三版】（成文堂・2009年）191頁、林『刑法各論〔第二版〕』（東京大学出版会・2007年）195頁参照。ただし、平野博士の旧説では、不法領得の意思につき利用処分意思で足りるとされていた。平野・前掲注（15）207頁、同「刑法各論の諸問題8」法学セミナー211号（1973年）129頁以下。

112) 島田・故意ある道具（1）107頁以下参照。さらに、同・基礎理論282頁参照。

素である不法領得の意思にも妥当するはずである¹¹³⁾。確かに歴史的に見れば、主観的不法要素の理論の発展に大きく寄与したメツガーは、窃盗罪における身分なき故意ある道具の事例において、直接行為者が背後者の領得目的を認識している場合、背後者と直接行為者は相互の了解の下、一方は主観的な、他方は客観的な構成要件に該当する犯行寄与をそれぞれ為しているため、共同正犯が成立すると主張していた¹¹⁴⁾。つまり、主観的不法要素たる目的は当該犯罪の関与者らにおいて分担可能なものであると捉えられていたのである。しかしながら、第一の批判と同様、このような解決が決定的であり、また十分であるならば、上述の改正など必要なかったはずであろう。また、メツガーは「他人の目的を認識していれば、当該目的を持っていなくとも、有していると見做される」とは述べていない点も問題となろう。これらの点については、ドイツにおける主観的不法要素ならびに目的なき故意ある道具に関する議論を考察した上で、改めて検証しようと思う。

第五節 小 括

一 本章では目的なき・身分なき故意ある道具に関するこれまでの日本の議論状況を概観・検討してきた。以下では、その総括を記すとともに、第二章以下において考察を進めるにあたっての問題点を改めて確認しておくこととする。

二 まず、目的なき故意ある道具の問題に関して、これまで日本で論じられてきた事例は、従来ドイツで問題にされてきたものと本質的に異なっており、それゆえに事の本質に迫った解決は提示されてこなかった。もっと

113) この点、島田教授も権利者排除意思に関しては上述の論理が妥当すると述べておられる。島田・基礎理論281頁参照。

114) Vgl. *Edmund Mezger*, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 3 Aufl., 1949. S. 428.

も、この点について島田教授は気づいておられたかもしれないが、教授の見解もいくつかの問題を抱えていた。それゆえ、当該目的を背後者が有していることを直接行為者が認識していれば——たとえ当該目的を有していても——有していると見做されるという理論構成の妥当性について、および第三者領得の問題への応用可能性について——不法領得の意思における利用処分意思の体系的位置付けの問題も含めて——これまでのドイツの議論を踏まえた上で検証すべきである。

三 他方、身分なき故意ある道具に関して、大塚博士ならびに植田博士・中博士は真正身分を行為者（Täter）のメルクマール、つまり一身専属的なものと解しておられたのに対し、佐伯博士の見解および（共謀）共同正犯説では、真正身分は行為（Tat）のメルクマールとして解され、客観的な一事実として扱われることとなる（つまり、真正身分は関与者間で共有可能なものとなり、関与者の誰かに身分があればよいとの理解に至る）。確かにそのように解すれば、非身分者が身分者と共働すれば当該身分犯の正犯となることを説明できるかもしれないが、そのように解することは刑法65条1項に関する立法者意思に反するという点に大きな問題を抱えていた。また、この見解によるならば、「身分によって構成すべき犯罪」の共犯を規定する刑法65条1項は単なる確認規定以上の意味を有しないことになってしまうのである。

四 それでは、他に解決策はありうるであろうか。その一つは、行為支配説¹¹⁵⁾である。例えば、正犯基準として「事実的な行為支配（犯罪事実の優越的支配）」を採用される高橋教授は、身分なき故意ある道具の事例において公務員の行為に、非公務員の実現する犯罪事実に対する優越的な支配を肯定され、公務員の間接正犯を認めておられる¹¹⁶⁾。また、橋本教授も意

115) 以下で取り上げる高橋教授と橋本教授の見解以外に、鈴木茂嗣『刑法総論【第二版】』（成文堂・2011年）213頁も参照されたい。

116) 高橋・前掲注（9）412頁，417頁。

思の優越的支配によって間接正犯を根拠づける立場から、身分とは「当該構成要件の不法内容の核心をなす要素」であるから、身分者こそ「当該構成要件の「不法内容」実現という事実を支配している」がゆえに間接正犯であると主張されている¹¹⁷⁾。

しかし、当該犯罪の不法にとって決定的なメルクマールを背後者が有していることに着目し、背後者の正犯性を説明するのであれば、それはもはや「事實的」ではなく「規範的」な説明ではないのか。しかも事實的に見れば、犯行に出ないことも選択しうる直接行為者が犯行を支配しているとも言えるであろう¹¹⁸⁾。また、この場合に背後者に意思の優越的な支配を認めるのは、身分を有することが当該犯罪の不法にとって決定的であることを意味するにすぎず、何もかも行為支配で一括りに説明しようとすることの困難さを露呈してしまっているように思われる。

五 さらに、その他の解決策として直接正犯説が存在する。この見解は「収受」という実行行為の解釈に重点を置き、民法的な視点から賄賂という——民法90条の公序良俗違反によって無効となるが——取引の主体である公務員こそ、職務の対価として「収受」することで、それゆえに彼が直接正犯であると解する¹¹⁹⁾。この見解は、収賄罪の各則構成要件の解釈に基づいているだけでなく、身分犯の特殊な不法内容に着目し、身分のない者を正犯領域から排斥する義務犯論と親和的であると解されうる。ただ

117) 橋本・前掲注(22)238頁以下、244頁。

118) 内田・前掲注(41)463頁参照。さらに、林『刑法総論【第二版】』(東京大学出版会・2008年)414頁、西田・前掲注(9)331頁参照。

119) 松宮・前掲注(4)264頁以下、同・前掲注(19)256頁以下、この見解を支持するものとして園田「間接正犯と教唆犯(特集 正犯と共犯)」現代刑事法1巻2号(1999年)37頁参照。

そのほか山口教授も背後者を直接正犯と評価されているが、直接行為者については共同正犯か幫助であるとされている。山口・前掲注(4)72頁、335頁。また、小林教授も原則的には共同正犯説に立たれながらも、背後者が直接正犯になる場合を認められておられる。小林憲太郎『刑法総論』(新世社・2014年)141頁参照。

し、ここで答えを提示するのは性急に過ぎるであろう。義務犯論の意味内容および妥当性について、上述の各則構成要件の解釈との関係等は、ドイツの議論の考察を踏まえて改めて検討することとする。

六 最後に、これまでの日本の議論の前提となっている正犯概念の理解も問題となる。すなわち、一方で関西共犯論のように正犯を物理的な自主実行に限定し、間接正犯一般を狭義の共犯に解消しようとする限縮的正犯概念は、何故に登場したのか疑問として残るところである。また他方で、そのような限縮的正犯概念が必然的な理解ではないとすれば、これと異なる限縮的正犯概念において間接正犯はどのように根拠づけられてきたのか明らかにすべきである。さらに付言すれば、定型説（形式的客観説）に則って間接正犯の根拠づけを実行行為に掛からせるだけでは足りず、一定の実質化を可能にする理論が求められるという点も意識すべきであろう。従って、限縮的正犯概念と間接正犯の関係性および形式的客観説と間接正犯の関係性についてドイツの議論を参照し明らかにすべきと思われる。

以上の問題意識を踏まえ、第二章・第三章では目的なき・身分なき故意ある道具を素材に、ドイツにおける間接正犯論の展開を考察し、その上で第四章ではその総括をすることとする。