

いわゆる「故意ある道具」の理論について（一）

島田 聡一郎

第一章 はじめに

第二章 いわゆる目的なき故意ある道具について

第一節 議論の射程

第二節 目的概念の精査の必要性

第三節 責任なき者への共犯として解決すべき事例

第四節 小 括（以上、本号）

第三章 いわゆる身分なき故意ある道具について

第四章 おわりに

第一章 はじめに

一 本稿の課題

私は、別稿において、故意作為犯における単独正犯の成立範囲について論じた⁽¹⁾。その論文における検討対象は、主体、目的等が限定されていない通常の犯罪類型のみであった。そのため、ここでは、構成要件該当事実を自らの

手で直接実現した者が直接単独正犯であることは前提とされていた。通常の犯罪類型においては、主体、目的等に特別な限定がないため、結果を直接惹起した者の行為には、常に（客観的）構成要件該当性が認められ、そのことは、（私見及び多数説からは）その者が直接単独正犯となることを意味していたのである。⁽³⁾

私が、同稿において問題としたのは、（客観的）構成要件該当性を満たす行為を行っている直接の結果惹起者が、錯誤に陥っていた場合や、強制状況におかれていた場合に、いかなる要件の下で、背後者も正犯（間接正犯）となるか、ということであった。これは、間接正犯論のいわば基本形に関する議論である。

しかし、ある種の犯罪類型においては、特殊な犯罪成立要件が要求されているために、自然的に見て構成要件の結果に直近する行為を行ったかのように見える者に、構成要件該当性が認められるかどうか疑問が生じる場合がある。⁽⁴⁾

こうした場合の背後者の罪責については、「故意ある道具の利用」という名の下、古くから議論されてきた。例えば、甲が、行使の目的を秘して、教材に使うと欺いて、乙に手形の偽造を依頼し、乙がこれに従った場合（有価証券偽造罪）や、公務員Xが、非公務員Yに命じて、Xの職務に関し、Zからの賄賂を受け取らせた場合（収賄罪）の、甲、Xの罪責が議論されてきたのである。

いずれの場合も、当該犯罪が特別な目的（偽造罪の場合）、あるいは身分（収賄罪の場合）を成立要件としており、それらの要件を満たしていない乙、Yの行為は、一見直接結果を惹起しているように見えるが、同罪の（直接）正犯行為と評価できないように思える。従来の多数説は、こうした場合、被利用者、行為媒介者は、背後者の「故意ある道具」であり、背後者は間接正犯となる、としてきた。⁽⁵⁾ 多数説の理由付けについては、後に詳しく見ていくこととするが、そこでは、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ように思われる。

さしあたり、一例を挙げておこう。従来の多数説は、通常の故意作為犯における間接正犯の成立要件として、背後者の行為の現実的危険性を要求する。そして、例えば、故意なき者の利用について、故意なき者は、規範意識を欠き、行為の法的意味を認識することなく、背後者の誘致に応じて行動するのだから、背後者の行為は、規範的に見れば、直接正犯の場合と変わらない危険性を有し、実行行為性が認められる、と説明する⁽⁶⁾。しかし、すでに指摘されているように、例えば、身分なき故意ある道具の事例においては、「道具」も事情を知った上で、犯罪に関わっているのであり、そのような者は、「規範意識を欠き、行為の法的意味を認識することなく、背後者の誘致に応じて行動する」とは到底言いがたいように思われる。このことは、従来の通説の正犯性の判断基準が、必ずしも一貫したものではなかったのではないか、との疑問を生じさせる。

学説の中には、こうした従来の多数説の矛盾を鋭く指摘して、理論的な整合性を追求しようとする見解も有力である。そうした見解には大別して二つの方向がある。

一つの方向は、通常の構成要件の場合に妥当する正犯性の基準を、身分犯、目的犯の場合にも、そのまま適用しようとする方向である。こうした見解は、我が国においては、すでに多くの有力な論者によって支持されている⁽⁷⁾。しかし、後述するように、多数説は、これまで、こうした有力説に対して、外在的な批判を加えることに終始し、必ずしも十分な検討を加えていなかった。逆に、そのためもあってか、こうした有力説からの通説批判も、最近ではやや停滞気味であり、我が国のこの点に関する議論は、膠着状態に陥っているように思われる。

もう一つの方向は、特に身分犯(厳密に言えばその一部)の正犯性について、特殊なルールを認め、正犯概念を多元化する方向である。この見解は、さらに、従来はこうした問題とは独立した問題領域に属するとされていた、いわゆる「不作為による共犯論」の内、正犯と共犯の区別に関わる議論、より厳密には「作為正犯が存在している場合に、保証人的地位ある者の犯罪不阻止がどのような評価を受けるか」という問題(の全てあるいはその一部)

も、同様の観点から解決しようとしている⁽⁸⁾。この見解は、その内部において多少のニュアンスの差こそあれ、近時のドイツにおいて、通説的地位を占めている。しかし、我が国においては、こうした見解についての検討は、必ずしも十分になされているとはいえないように思われる⁽⁹⁾。

また、我が国の判例においても、こうした故意ある道具の理論を正面から認めたものはなく、こうした事案に対して、我が国の判例が、どのように対処するかについては、必ずしも明らかにされているわけではない。

このように、この古くから議論されてきた問題は、我が国において、未だ満足のいく解決を見ていない。また、ドイツにおいても、我が国の議論にとって有用な新しい観点からの議論が登場してきている。こうした現状に鑑みると、この問題について、現時点において、改めて議論を整理し、そこに検討を加えることにも一定の意義があるように思われる。

この問題は、正犯概念の問題の一環であるから、正犯概念一般についての態度決定が議論の前提となることは当然である。この点については、私がかつて提示した正犯性の判断枠組を前提としたい。つまり、①他人の行為が介入した場合の背後者の罪責については、従来因果関係ないし結果帰属といわれてきた問題領域においても、正犯性を個別の結果毎に検討する必要がある、②ある者が、結果を他人を介することなく実現した場合には、その者は単独正犯である、③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（あるいはそこに関わった）場合には、その背後の者（背後者）は（単独）正犯とはならない、④ただし、第三者たる行為媒介者の行為がなくても、当該具体的結果が発生していたであろう場合には、行為媒介者の自律的決定の有無を検討するまでもなく、背後者は単独正犯である、という基準を、少なくとも通常の故意作為犯における単独正犯性判断の基準としては適用する、ということ为前提として議論することとしたい。

このようにいうと、従来の多数説を前提とする読者は、本稿は前提を異にする無意味なものであると思われるかもしれない。しかし、そうではない。なぜなら、私の枠組みは、本稿のような「故意ある道具の利用」に関しては、従来の多数説と同じ問題の解決を迫られているからである。私の見解を、故意ある道具の利用といわれている場面に適用できるか否かは、③の点をそのままあてはめて、妥当な結論を維持できるか、という点にかかっている。そして、これは、従来の多数説が抱えている問題点と基本的に同じ問題なのである。

というのは、従来の多数説が直面している問題は、通常の犯罪類型において故意なき者の利用の場合を念頭に置いて立てた「背後者の行為の現実的危険性」の基準を、故意ある道具の利用の場面に、そのままあてはめて背後者の正犯性を肯定することができるのか、できないとすれば一貫した解決を提示できるのか、という点であるが、私の見解も、また「行為媒介者の自律的決定の介入が背後者の正犯性を否定する」という命題を、故意ある道具の利用の場面に、そのままあてはめて、背後者の正犯性を肯定することができるのか、できないとすればどうしたら一貫した解決を提示できるのか、という問題に直面しているのである。その意味で、私の以下の議論は、従来の多数説と問題意識を共有している。はじめに、このことを確認しておきたい。⁽¹⁰⁾

二 本稿の構成

本稿では、第二章において目的犯、第三章において身分犯及び不作為犯について検討を加えてゆくことにする。本稿においても、これまでの拙稿におけるのと同様に、比較法の対象としてはドイツ法の議論が参照される。それは、我が国の共犯に関する規定がドイツ刑法典のそれと類似しており、かつ我が国の刑法理論が、ドイツのそれから多大な影響を受けているということの他、そもそも、このようないわゆる「故意ある道具を利用した間接正犯」という概念が、はじめて体系的に議論されたのが、一九世紀末から二〇世紀初頭のドイツ刑法学においてであった

からでもある⁽¹¹⁾。

第二章 いわゆる目的なき故意ある道具について

第一節 議論の射程

本章においては、いわゆる「目的なき故意ある道具の利用」として議論されている事例群に検討を加える。従来、目的なき故意ある道具の具体例として挙げられていた代表的な事例は、以下の二つである。①各種の偽造罪において、背後者が、自己の行使の目的を秘して、行為媒介者に偽造を行わせた場合⁽¹²⁾、②窃盗罪において、自己領得の意思ある背後者が、単に背後者に引き渡すためだけのつもり⁽¹³⁾の行為媒介者に対して、他人の占有を侵害させた場合⁽¹⁴⁾である。これらはいずれも目的が処罰を基礎づける類型⁽¹⁵⁾（いわば、構成的目的犯⁽¹⁶⁾）である。しかし、目的が刑を加重する場合（いわば加減的目的犯⁽¹⁷⁾）についても、同様の事案が想定しうる。例えば、③背後者に営利目的があり、背後者がそれを秘して行為媒介者に未成年者を誘拐させた場合や、④背後者に営利目的があり、背後者がそれを秘して行為媒介者に麻薬を密輸させた場合⁽¹⁸⁾である。

従来の我が国の議論においては、③、④のような加減的目的犯の場合は、背後者には単独正犯が成立せず、（広義の）共犯しか成立しないことが当然視されてきたようである。例えば、大塚仁博士は、「刑を加重する目的を欠如するばあいには、厳密には目的のない故意ある道具ということとはできないとおもう」とされて、目的を有する背後者は、非目的犯（基本犯）の共犯となる、とされている⁽¹⁹⁾。その理由は必ずしも明らかではないが、このような場合には、背後者は（基本犯か目的犯かについては争いがあるが）共犯としては処罰しうるので、処罰の間隙を埋める

必要がなく、間接正犯の構成をとる必要がないと考えられていたからかもしれない。

しかし、間接正犯が単なる処罰の間隙を埋めるための便宜的な概念ではなく、本来的な正犯であるという現在の通説を前提とし、限縮的正犯概念(あるいは第一次的正犯概念)を基礎に置く限り⁽²⁰⁾、共犯の成立可能性は、正犯の成立可能性を排除しないはずである。そして、③、④のような場合であっても背後者に目的があり、かつ行為媒介者に目的以外の犯罪成立要件が備わっているように見えるという点では、①、②の場合と構造は同じなのである。そうだとすると、結論的にこうした場合の背後者を正犯とするか共犯とするかはともかく、少なくとも、①、②の場合と整合的な観点から結論が導かれなければならないように思われる⁽²¹⁾。従って、以下では加減的目的犯の場合も射程に含めて議論することとする。

第二節 目的概念の精査の必要性

一 故意「ある」道具といえない場合——偽造罪を例に

すでに指摘されているように、「目的なき故意ある道具」といわれている場合の、行為媒介者の心理状態については、実は更なる分析、類型化を要する⁽²²⁾。それは、具体的にいえば、「目的なき故意ある道具」といわれている中には、実は(少なくとも)当該構成要件該当事実については、「故意なき道具」というべき場合も含まれている、ということがある。

例えば、有価証券偽造罪において、背後者が、行使の目的を秘して、行為媒介者に偽造有価証券作成を唆した、という事案においては、もし行為媒介者に、背後者が行使の目的を有していることの認識がないのであれば、行為媒介者は行使の目的を欠くのみならず、有価証券偽造罪の故意をも欠く、というべきであるように思われる⁽²³⁾。有価証券偽造罪を含む偽造罪は、文書の(主として成立の)真正についての公衆の信頼に対する危険犯であるが、その

危険性は、誰かが行使する目的を持つていることから生じるところの、客体が流通におかれ人目に触れる可能性によって、始めて基礎づけられる。それ故、そのような人の行使の意図に裏付けられた偽造有価証券流通の危険性は同罪の必要不可欠な構成要件要素であり、その点についての認識がなければ、同罪の不法内容の中核的部分の認識を欠き、故意が否定される、というべきだからである。⁽²⁴⁾ 直接単独正犯の場合には、自己が行使の目的を有していれば、同時にそうした危険性の認識もあるといえるが、複数人が事象に関与している場合には、危険性の存在と、その認識とが分離しうるため、このように分析的に考えることが必要となるように思われる。⁽²⁵⁾

従って、故意なき者の利用は間接正犯であるとする我が国及びドイツの通説、及び行為媒介者が当該構成要件の結果を完全に理解して、それについて自律的に決定した場合に、背後者の正犯性が否定される、と解する私見⁽²⁶⁾からは、行為媒介者が背後者の目的を認識していない場合は、背後者は間接正犯⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾となる。

そして、この場合の行為媒介者は故意を欠くのであるから、当該目的犯の幫助にすらならない、というべき⁽³¹⁾⁽³²⁾である。

二 故意ある「道具」といえない場合——偽造罪を例に

1 問題の所在

逆に、行為媒介者が背後者の目的を認識している場合には、行為媒介者はそのような危険を認識しており、彼に故意は認められる。では、こうした場合には、行為媒介者は「目的なき道具」といえるのだろうか。ここでは、二つの点が問題となる。

一つは、第三者をして偽造罪の客体を流通におく目的も、同罪の「行使の目的」に当たるか、という点であり、もう一つは、背後者の目的を行為媒介者が認識していれば、背後者をして行使させる目的、つまり、第三者をして

偽造罪の客体を流通におく目的が認められるか、という点である。この両者が肯定されれば、行為媒介者に背後者の目的の認識がある限り、彼には「目的」が認められることとなり、そもそも「目的なき道具」とはいえない、ということになる。

2 第三者が行使する目的でも足りるか

まず、第一の点について検討を加えよう。現在の判例・通説⁽³³⁾は、偽造罪の目的は、他人をして行使させる目的でも足りる、としている。しかし、このような判例・通説に対しては、近時、町野教授が反対論を唱えられている。

町野教授は以下のようにいわれる。「偽造罪における行使の目的が主観的違法要素なのは、通貨等の偽造を行う者に、後にそれを行使する目的があるときには、その時点で通貨が流通におかれる蓋然性が肯定され、行為の法益侵害性が高まるからである。そして、偽造行為者が左右しうるのは将来の自己の行為なのであるから、「行使」の目的は行為者自身が行使する目的でなければならぬ⁽³⁵⁾」。

ここでは、判例・通説も、町野教授も、偽造罪における行使の目的は、その存在によって、偽造された通貨、文書等が流通におかれる危険性を高める主観的違法要素である⁽³⁶⁾、ということは前提とされている。これは、行為無価値論・結果無価値論を問わず我が国の通説であり、私もそのような解釈自体は妥当なものであると考える。しかし、このような同じ前提から、二つの異なる解釈が生じてしまっている。では、それはなぜだろうか。

ここでは、もう少し場合を細かく分けていく必要があるように思われる。「他人をして行使させる目的」といわれている場合には、正確にいうと、二つの異なる類型が含まれているように思われる。一つは、行為媒介者の行為の時点において、背後者等の共犯者あるいは第三者が、すでに目的を有している場合である。従来はもっぱらこの類型が念頭に置かれてきたように思われる。(注(33)にあげた)判例において問題となった事案も、そのようなものであった。こうした場合には、判例・通説の議論の方が説得的である。なぜなら、行使の時点における、通貨

等が真正なものとして流通におかれる危険性は、行使の目的を持った第三者が背後に控えている場合にも十分存在しているからである。そして、そのように客観的に存在する危険性は、誰にとっても同様に存在するのだから、行為者自身が行使する目的の有無によって、危険性が異なることはないように思われるのである。

もう一つは、いまだ他人が目的を有してはいないが、(自己行使目的を欠く)行為者が、他人がそのような目的を抱くであろうことを予測して偽造行為を行う場合である。こうした場合には、その他人が行使の目的を抱くかどうかは、他人の一存にかかっているのだから、危険性はいまだ不確定なものであり、その時点では、行使の目的を欠く、と考えるべきである。⁽³⁹⁾この限度においては、町野教授の指摘されることがあてはまるように思われる。しかし、「目的なき故意ある道具」の議論においては、前者のような類型しか事実上問題とされていないので、本稿においては、もっぱら前者の類型を念頭に置いて議論すれば足りるように思われる。

そのような場合には、行為媒介者に、自己行使の目的がなくても、他人をして行使させる目的が存在すれば、彼には行使の目的が存在し、彼は、構成要件を完全に充足した正犯であるということになる。従って、前述した正犯・共犯の区別に関する通説および私見からは、こうした場合、行為媒介者が正犯であり、背後者の罪責は広義の共犯にとどまる、ということになる。⁽⁴⁰⁾

3 行為媒介者に、第三者が行使する目的の認識があれば、第三者をして行使させる目的があるといえるか

(一) 問題の所在と自説

では、いかなる場合に「他人をして行使させる目的」が認められるか。具体的には、行為媒介者に、背後者が行使する目的の認識があれば、背後者による行使目的があるといえるか、それとも更に積極的な動機等が必要かが問題となる。我が国においては、すでに大審院判例において、「自ら偽造の株券を行使する意思なきも他人が行使の目的を以て株券を偽造するものなることを知りながら其の他人の依頼に応じて株券を印刷する」場合には、行使の

目的が存在する、として、有価証券偽造罪の共同正犯を認めたものがある⁽⁴¹⁾、最高裁の判決においても、同様のものがある⁽⁴²⁾。学説においても、こうした判例を支持する見解が有力である⁽⁴³⁾。また、ドイツの通説も⁽⁴⁴⁾、偽造罪においては、他人の行使目的の認識があれば、その目的は完全に従属的に扱われる、と説明している。ドイツ刑法典においては、我が国の六五条一項に対応する二八条一項において、(身分、目的等の)特殊な人的要素を有しない者に対する刑の必要的減軽が定められているが⁽⁴⁵⁾、ドイツの通説は、こうした目的が正犯者に存在することを共犯者が認識していれば、共犯者にはこの減軽規定の適用すらない、という解釈を採用してきたのである。

しかし、近時、我が国においては、こうした見解に対して批判的な見解も主張されている。例えば、内田文昭教授は、以下のように言われる。「他人の目的を「知っている」ということは、行為者本人の「故意」内容に包含されうるだけであつて、決してその者の「動機」・「目的」の内容をなすものではない(中略)、「他人の違法目的」を支援することは、決して「自己の目的」とはなりえないわけである⁽⁴⁶⁾。そして、内田教授は、行為媒介者が背後者の目的を知つてはいたが、第三者に行使させる「目的」のなかつた場合には、偽造罪の(共同正犯を含む)正犯は成立せず、幫助が成立するにとどまる、とされるのである⁽⁴⁷⁾。

こうした見解に対しては、まず、この見解のいう第三者に行使させる目的と背後者の目的の認識との区別は実際上困難である、という批判が向けられるかもしれない⁽⁴⁸⁾。しかし、内田教授がいわれるように、目的の内容として、積極的な「動機」を要求するのであれば、両者の区別は十分可能なように思われる。背後者の目的を知つてはいたが、異なる動機から行動するということも想定しうるからである。そして、実際、後述するように、判例においても、薬物犯罪における営利目的については、そのように両者を区別した取り扱いがなされているのである。そのことは、そうした区別が実務的にも可能であるということを物語つているように思われる。

しかし、それにも関わらず、私は、偽造罪における行使の目的に関しては、内田教授のような区別を認めるべき

ではなく、現在の通説が正当であると考え。前述したように、偽造罪における行使の目的は、その存在によって、偽造された通貨、文書等が流通におかれる危険性を高める主観的違法要素であった。そして、偽造行為時に、関与者の誰かが行使の目的を有していれば、客観的にはそのような危険性を高める人の意思は存在している。これに対して、動機は、行為にでる以前における行為者の純粋な内心の事情であり、その内容が、行使の時点における偽造文書等の流通の危険性に影響することはない。そうであるならば、そのような危険性をを認識していれば、そもそも「目的はある」というべきであるように思われるのである。⁽⁴⁹⁾

以上のように考えると、結局、偽造罪の場合には、背後者に（第三者によるものも含めた）行使の目的が存在し、行為媒介者がそれを認識していれば、「行使の目的」が存在し、彼は、「道具」ではなく、直接正犯であり、背後者には広義の共犯が成立するにとどまる、ということになる。そして、前述したように、行為媒介者がそうした認識を欠く場合には、行為媒介者には、そもそも故意がないと解すべきであったのだから、結局、こうした犯罪類型においては、「目的なき故意ある道具利用の間接正犯」と呼ばれている事例群は、故意なき道具の利用か、道具でない通常の直接正犯への関与のいずれかに解消されるように思われる。

(二) 他人の行使の目的は認識しているが阻止するつもりがある場合

このように、偽造罪のような目的犯において、他人の目的を認識していれば目的がある、とする見解に対しては、近時、ドイツにおいて、以下のような事例をあげて、批判がなされている。それは、文書偽造罪において、甲が、乙がプロの偽造者であるという嫌疑があるのを知り、警察の依頼を受け、証拠をつかんで警察に引き渡すつもりで、乙に、その意図を隠して偽造行為を行わせた、というように、共犯者に正犯者が既遂に至ること及び正犯者の目的の存在の認識はあるが、実質的な法益侵害は生じないと思っている場合にも、甲が（乙に目的があるのを認識している以上）可罰的となってしまうて妥当でない、というものである。⁽⁵⁰⁾ この見解は、前述した内田教授の見解

とは異なり、こうした場合の甲を不可罰とすべきだ、と主張している。そして、我が国においても、このような事例を念頭に置いて、同趣旨を説かれる見解も有力になりつつある。⁽⁵¹⁾

確かに、こうした場合の甲の当罰性は疑わしい。しかし、ここから、他人の目的の認識では目的に当たらない、という一般論を導くのは、やや飛躍しすぎのように思われる。なぜなら、こうした事案における、甲の当罰性の低さは、甲が乙の行為を阻止する意図を有している点に由来すると思われるが、他人の目的の認識では目的に当たらないと考えるとすると、こうした阻止の意図がない場合まで不可罰となってしまうからである。現に、ドイツでは、こうした場合を不可罰としながらも、偽造罪においては、他人の行使の目的の認識は目的に当たるとする一般論は維持する見解も有力に主張されているのである。⁽⁵²⁾

そうした阻止の意図がある場合のみを特別に扱う理論的根拠は、二通り考えられる。一つは、そのような阻止の意図がある場合には、偽貨・偽造文書等が流通におかれ、他人がそれを真正なものと誤信するという、最終的な法益侵害結果が生じないと思っているのだから、いわゆる未遂の教唆の場合に教唆の故意を否定する論理を前提として、それに準じるものとして、故意を否定することである。そのように考えれば、行為者に阻止の意図がなく、行使の積極的動機等はないが、他人が行使する認識がある場合には、最終的法益侵害結果が生じると思っているのだから、故意がある、ということになる。⁽⁵³⁾

もう一つは、阻止する意図がある場合には、違法阻却事由を認めることである。つまり、検挙困難な犯人を警察に引き渡すという利益との考量により、適法なおとり捜査として、違法阻却を認めるのである。いわゆる未遂の教唆の場合に教唆の故意を肯定する立場からも、このような説明は十分可能である。⁽⁵⁴⁾ 仮に、その後(甲の手違いにより)偽造文書等が社会に出回ってしまった場合にも、甲には、違法阻却事由の認識があるから彼の故意ないし故意責任を否定して不可罰とする余地があるように思われる。⁽⁵⁵⁾

このように、阻止の意図がある場合には、別個の扱いが可能なのであるから、こうした特殊な事例を根拠に、一般理論を修正する必要はないように思われる。

三 偽造罪についての議論の射程範囲

1 総説

以上の議論は、問題となっている目的犯が、①（行為媒介者自身に直接的な目的がなくかつ）背後者に目的があることを行為媒介者が認識していない場合は、行為媒介者に当該構成要件において要求されている法益侵害の危険を基礎づける認識（故意）を欠く、②逆に行為媒介者が背後者に目的がある点を認識していれば、行為媒介者にも目的があつたと解釈できる、ということから導かれた議論であつた。①の事実がある故に、行為媒介者に背後者の目的の認識がない場合には、故意なき道具の利用として扱うことができ、他方②の事実があるが故に行為媒介者に背後者の目的の認識があれば、背後者を構成要件該当性が完全に満たされる者への関与として扱うことができたのであつた。

そうすると、①、②の前提が満たされている目的犯については、（他に特殊な事情がない限り）以上の議論が基本的にあてはまる、ということになる。どのような目的犯がここに含まれるかについては、各則の解釈の問題なので、議論がありうるが、一般的に言えば、いわゆる「後の行為を目的とする犯罪」⁽⁵⁶⁾あるいは「不完全な二行為犯」⁽⁵⁷⁾と呼ばれる犯罪類型（偽造罪もここに含まれる）及び、目的が客観的危険性とその認識に還元できるいわゆる「結果を目的とする犯罪」⁽⁵⁸⁾と呼ばれる犯罪類型には、基本的にこの議論が当てはまるように思われる。

これらの犯罪においては（多数説⁽⁵⁹⁾によれば前者においては目的の存在によって、後者においてはその目的とは関係なく）明文に書かれざる構成要件の結果として、一定の法益侵害の危険性が要求されている。従って、その点の認識

が行為媒介者の故意あるいは構成要件的结果に対する自律的決定の有無に影響すると考えられ(①)かつその認識が満たされれば、多数説からは「目的」がすでにあったといえる(②)からである。

2 「後の行為を目的とする犯罪」の場合

この場合、偽造罪において論じたことがすべて当てはまる。この類型に当たる犯罪類型として、例えば、営利、結婚、猥褻目的拐取罪があげられる。同罪においては、被拐取者の犠牲において利益を上げる目的や被誘拐者に猥褻行為を加える目的によって基礎づけられた被拐取者の生命・身体への危険が、単純な拐取による行動の自由の侵害に付加された法益侵害の危険として、構成要件要素とされていると解すべきである。⁽⁶⁰⁾このように考えなければ、同罪においては、被拐取者の自由の侵害が、監禁罪の場合よりも低くても足りるとされているにもかかわらず、法定刑が同罪より重いことが適切に説明できないからである。それ故、行為媒介者が、背後者が営利等の目的を有していることを知らない場合には、行為媒介者は現に生じた構成要件的结果を完全に認識してはおらず、結果についての自律的決定があったとはいえないから、背後者を営利目的拐取罪の間接正犯とするべきである。⁽⁶¹⁾

他方、行為媒介者に背後者に営利等の目的があることの認識があれば、それ自体が「営利(等)の目的」ということができ、行為媒介者には営利目的拐取罪が成立し、背後者は同罪の(共同正犯を含む)共犯となると解すべきである。我が国の大審院判例には、未成年者(一七歳)を報酬目当て(営利目的)で誘拐した者(甲)と、自ら報酬を得る目的はないが甲の意図を知って関与した者(乙、丙)とを、営利目的拐取罪の共同正犯としたものがあるが、⁽⁶²⁾妥当な結論のように思われる。⁽⁶³⁾

以上に述べたことは、目的が構成的か加減的かには関わらず妥当すると解すべきである。さもないと、例えば、拐取罪の事例で、客体が未成年者か成年者かで、背後者の正犯性について異なる結論となるという不自然な結論となるからである。⁽⁶⁴⁾理論的にも、目的が加減的な場合は構成要件的结果を部分的にしか認識していない者の利用とパ

ラレルに考えることができる。そして、そのような場合は、別稿で述べたように、⁽⁶⁵⁾ 背後者を間接正犯とすべきであつたのだから、この場合も間接正犯とすべきと思われる。

同様の議論があてはまる犯罪類型としては、更に、例えば、猥褻物販売目的所持罪や毒物劇物取締法における販売目的の貯蔵、爆発物取締罰則の爆発物の製造等の罪、といった法禁物の流通を前段階で阻止するためにもうけられて⁽⁶⁶⁾いる犯罪類型や、予備罪それ自体、あるいはそれに類似した犯罪（例えば、破壊活動防止法三九条、四〇条の罪や、売春防止法の売春目的勧誘罪等）⁽⁶⁷⁾をあげることができる。

例えば、我が国の下級審判例には、甲が自ら販売する目的を持って、自ら販売する目的はないが甲の販売目的は知っている乙にトルエンの貯蔵を依頼し、乙がこれに従った、という事案において、乙をトルエン貯蔵罪の正犯としたものがある。⁽⁶⁸⁾ ここでは、販売目的が文書偽造罪における行使の目的と同様の主観的要素である、という理由付けがなされているが、その理由付けも含めて、基本的に妥当であるように思われる。⁽⁶⁹⁾

3 予備罪における目的について

予備罪については、これまでかなり議論があるところなので、もう少し説明を加えよう。例えば、甲が殺人の目的を秘して、乙に、自分（甲）が凶器として使うための包丁を準備させた、という場合を考えてみる。この場合、甲の働きかけ行為の時点ではまだ予備として処罰に値するだけの実質的危険が存在していないが、包丁が準備された段階ではそれが存在していると考えられる。⁽⁷⁰⁾ そうすると、甲は殺人予備罪の構成要件に該当する行為を自ら行っていないが、その点についての故意を欠く乙を利用したことを理由として、殺人予備罪の間接正犯となり、乙は予備罪の罪責を問われない⁽⁷¹⁾ということになる。

逆に、乙が甲の予備の目的を知っていた場合は、乙には予備罪が成立すると解すべきであろう。⁽⁷²⁾ この点は、従来は他人予備も予備の正犯といえるか、という形で議論され、多数説は、これに否定的であつた。多数説は自らが犯

罪を犯す意図がない場合には、(通貨偽造準備罪のようないわゆる独立予備罪は別として)「罪を犯す目的」を欠く、⁽⁷³⁾として、他人予備は予備の単独正犯とはならないとしていたのである。

しかし、その実質的な理由は、植田重正博士がいわれるように、自らが犯罪を犯す目的がない場合には、危険性が類型的に低い⁽⁷⁴⁾、という点に求められるであろう。そうであるならば、確かに、単独で、後に第三者を説得して実行させるつもりで準備をしたにとどまる場合は、危険性が類型的に低いので、予備罪として処罰することはできない⁽⁷⁵⁾が、他人が現に犯行を犯す目的でいるときに、その目的を認識して準備行為を行った場合には、そのような危険性もその認識もあるのだから、予備罪それ自体として処罰しうるように思われる⁽⁷⁶⁾。従来の多数説は、目的を有していない者が、目的を有している者と共同した場合に限って、予備罪の共同正犯を認める、という構成をしてきたが、準備行為を行った時点で共同が認められなくても、危険性の観点からは同様に考えられるように思われる。

我が国の近時の下級審判例においても、他の共犯者がサリンを殺人に使うであろうことを認識して、サリンプラント製造に関わった者の罪責について、「殺人予備罪の成立には、自己の行為が殺人の準備行為であることの認識があれば足り、その殺人が自ら企図したものであるか共犯者である他の者が企図したものであるかは、その成否を分ける要件ではないと解される」と明言して、自ら実行する目的は有しないが、他人が実行する目的を有していることを認識していた者を殺人予備罪の(共同)正犯としたものがある⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾。この判決は、目的を有する者との共犯関係があった事案であるが、その論理は、山中教授が指摘されるように「一九九条の罪を犯す目的」を、(中略)「予備の故意」と同視して良いと解しているもの⁽⁷⁹⁾であり、論理としては、準備行為の段階ではいまだ共犯関係がない場合も射程に含みうるものであるように思われる。山中教授は、本判決に対して、「目的」を故意に還元するのであれば、目的犯概念を不要とするものであり、不当である⁽⁸⁰⁾と批判される。しかし、前述したように、実質的な観点からは、このような解釈が妥当であるように思われるし、文理解釈としても、通貨偽造罪において、「行使の目的」

が第三者に行使されることを認識していることで足りるのであるのならば、ここでも、第三者が犯行を犯す目的があり、それを知っているという場合も目的に含まれるとしても、さほど不自然ではないように思われる。

そして、このように解するのであれば、前述した事例において、乙が事情を知っていた場合には、甲は（広義の）共犯にとどまるといふことになろう。甲は共同正犯となることが多いだろうが、理論的には教唆の可能性も否定できないように思われる。⁽⁸¹⁾

従来は、予備罪において、自ら犯罪を犯す目的がある者は常に（単独）正犯であることは暗黙の前提とされてきたように思われるが、予備罪も単なる主観を理由としてではなく、⁽⁸²⁾法益侵害の一定程度の危険という結果を根拠として処罰される犯罪と考えるべきである以上、そのような結果を生じさせたことに複数人が関わっている場合には、既遂、未遂への関与の場合と同様に、一般の正犯・共犯の区別基準によることが妥当であるように思われる。⁽⁸³⁾なお、このように考えたとしても、前述した事案において、甲がその後、乙から包丁を手渡された、という場合には、その時点で、凶器と実行の意図とが組合わさることで新たな法益侵害の危険（別個の予備結果）が発生している、といいうるので、甲も予備の単独犯となりうるように思われる。⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾

4 結果を目的とする犯罪の場合

続いて、いわゆる「結果を目的とする犯罪」、つまり、内乱罪、虚偽告訴罪、強制執行妨害罪、逃走援助罪、職務強要罪、公正な価格を害する目的の談合罪等のように、多数説からは、目的の存在それ自体は結果発生 of 危険性には影響しないが、目的が客観的な危険性とその認識に還元されると理解されている犯罪について検討を加える。

例えば、虚偽告訴罪を例にとつていえば、虚偽告訴によって誤った刑事等の処分を受ける客観的危険性が構成要件要素として要求されていると解される。⁽⁸⁶⁾そして、虚偽性の認識について、単なる未必的認識で足り、また「目的」としても、単なる未必的認識でも足りるとする判例・多数説に従うのであれば、そうした危険性の認識があれ

ば、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」がある、ということになる。このような前提からは、正犯・共犯論に関する限りでは、偽造罪に関して述べたことが基本的に妥当すると考えられる⁽⁸⁸⁾。なぜなら、行為媒介者が客観的な危険性の認識を欠く場合には、その者の故意が否定され、行為媒介者にも認識がある場合には、行為媒介者に目的があったことになるため、前述した偽造罪に関する議論の前提が完全にあてはまるからである⁽⁸⁹⁾。

もつとも、こうした結果を目的とする犯罪(の少なくとも一部)においては、確定的認識⁽⁹⁰⁾、結果発生の意欲⁽⁹¹⁾あるいは、積極的な動機⁽⁹¹⁾といった、特別な主観的要素を要求する見解も有力である。このように考えると、背後者にはそのような特別な主観的要素があったが、行為媒介者には未必的認識しかない(従って不可罰な)場合をどのように扱うべきかが問題となる。そのような見解からは、こうした犯罪類型においては、結果発生⁽⁹¹⁾の客観的危険及びその認識としての故意には解消できない、固有の意味での「目的」が要求されているということになる。そのように考えると、単に他人の目的を認識しているだけでは目的があるとはいえない。なぜなら、他人の動機や確定的認識を認識していても、自分自身に動機や確定的認識があったことにはならないからである。

この問題については、従来、窃盗罪における利用処分意思なき者の利用を念頭に置いて議論がなされてきた。そこで、この点については、その事例を中心に、節を改めて、検討を加えることとする。問題を定式化していえば、「行為媒介者に構成要件該当性及び故意等の一般的な犯罪成立要件はすべて備わっているにもかかわらず、彼が当該犯罪において故意に付加的に要求されている特別な主観的要素を欠くが故に、背後者が正犯とされることがあるか」ということである。

第三節 責任なき者への共犯として解決すべき事例

一 総説

この問題は、従来は、窃盗罪における不法領得の意思（特に、自己が財物を利用処分する意思（Aneignungsabsicht⁽⁹²⁾）なき行為媒介者を、不法領得の意思ある背後者が利用した場合を念頭に置いて、主としてドイツにおいて論じられてきた⁽⁹³⁾。そして、ドイツの伝統的通説は、こうした場合、背後者は間接正犯であり、行為媒介者はその幫助になる、としてきた⁽⁹⁴⁾。こうした見解は、——明言するものは必ずしも多くないが——前述した誣告罪の目的を限定的に理解する場合には、おそらく同様の結論を導くのであろう⁽⁹⁵⁾。

もつとも、こうした結論を導く論拠については、従来の通説の中でも決して一致を見てはいない。それは、①正犯と共犯の区別に関する主観説中のいわゆる利益説に近い立場に依拠し、目的のない者は正犯意思を欠くことを根拠とするもの、②行為媒介者に犯罪成立要件が完全に備わっていないことを根拠とするもの、そして、③行為支配の有無あるいは実行行為の規範的解釈という一般論によって正犯性を判断するという前提に立った上で、目的犯の特殊性を強調するもの、に大別できる。

二 主観説

第一の見解は、正犯とは正犯意思を持つ者ないしは犯罪を自己のために行った者である、という主観的正犯概念を前提として、目的なき者は自己のために行為するのではなく、他人（背後者）のために行為するのであるから、幫助であり、目的がある背後者には正犯意思が認められるから、間接正犯となる、と主張する⁽⁹⁶⁾。しかし、すでに度々指摘されているように、このような正犯論自体妥当でない⁽⁹⁷⁾。また、この見解は、特にここで問題となっている

目的犯との関係で、問題が生じる。それは、具体的には、第三者のためにする目的であつても構成要件該当性が満たされることが条文上明示されている場合(例えば、逃走援助罪、詐欺利得罪等)には、第三者のためにする意思でも正犯となつてしまい、正犯と共犯の区別ができないことになりかねないことである。⁽⁹⁸⁾従つて、このような見解には賛同できない。

三 行為媒介者の犯罪成立要件の(部分的)欠如を理由とする説

第二の見解は、行為媒介者に犯罪成立要件が完全に満たされていないことを理由に背後者の正犯性を肯定する、という考え方である。⁽⁹⁹⁾しかし、別稿において詳述したように、行為媒介者が正犯として処罰されないことの一事をもつて、背後者の正犯性を基礎づけることはできない。前述したように、このような論理からは、被害者の自己侵害行為への関与はすべて正犯となるという、現行法(二〇二条参照)に反する結論にもなりかねないからである。⁽¹⁰⁰⁾

こうした見解の先駆的主張者の一人である、エム・イー・マイヤーは、自説を根拠づけるべく、こうした構成要件上予定されている目的を欠く者の利用は、責任無能力等の「絶対的に」責任を負わない者の利用ではないが、「法的に見れば」責任なき者の利用であり、同様に「道具」の利用である、と主張していた。⁽¹⁰¹⁾しかし、この理由付けに対しては、すでに我が国においても度々指摘されているように、このような、事情を知つて目的を有する者の犯罪に加功する(そして、論者自身によつて幫助の罪責を負うとされている)者を、器具や自然力の利用に準じて考えることは到底できない、⁽¹⁰²⁾という批判が妥当するであろう。

また、エバハルト・シュミットのように、この場合の背後者の正犯性を、行為媒介者に当該構成要件の予定する故意がない、というところから説明する見解もあつた。すなわち、窃盗罪の不法領得の意思のような構成要件上特殊な目的が要求されている場合には、それ自体が当該犯罪の故意として(単なる構成要件該当事実の認識に加えて)

要求される⁽¹⁰⁴⁾。従って、そのような目的を欠く者は故意なき者であり（シュミットの拡張的正犯論からは、そうした場合には背後者に共犯が成立しないが故に）、背後者は正犯となる、というのである。

確かに、前述した通貨偽造罪の場合のように、目的が客観的な危険性の認識を包含する場合には、目的のない者には故意がない、ということができた。窃盗罪の不法領得の意思の中でも、いわゆる権利者排除意思（Enteignung-sabsicht）に関しては、そのようにいうことができるように思われる⁽¹⁰⁵⁾。例えば、背後者が、自分は返還の意思がないのに、ごく軽微な一時使用であると偽って、行為媒介者に他人の物を取ってこさせた場合は、行為媒介者は、可罰的な占有侵害あるいは背後者の意思に裏付けられたその危険性を基礎づける事実の認識を欠くため、故意なき者として扱われ、それを利用した背後者には窃盗罪の間接正犯が成立する、ということができるように思われる⁽¹⁰⁶⁾。そして、そのような場合には、行為媒介者は可罰的に違法な事実の認識を欠くのであり、前述したように幫助としても処罰すべきでないように思われる。

しかし、注（13）に掲げたドイツの判例の事案やドイツの多数説が想定していた事案においては、そのような認識には問題がなく、利用処分意思という内心の動機に関わる心情要素の存否が正犯性に与える影響が問題となっていたのである。そうである以上、こうした心情要素の欠如が、なぜ故意の欠如と同じに扱えるかについては、別個の理論的な説明が必要であるように思われる。しかし、シュミットはそうした点については何ら実質的な根拠付けを与えていない。このように、第二の見解にも問題があるといわざるを得ない。

四 目的犯の特殊性を強調する説

1 総説

これに対し、最近まで通説的地位を占めていた見解は、正犯・共犯の区別の一般論としては、行為支配説や、そ

れと類似した実行行為の規範的解釈という手法を取りながらも、目的犯においては、目的を持った者がいなければ当該犯罪の実現は不可能であるという点において、目的の存在が犯罪の実現に極めて重要であるから、行為媒介者に目的がない場合には、目的を持った背後者が犯罪実現における主役となる(あるいは社会的行為支配がある)、と論じる。⁽¹⁷⁾そして、行為媒介者に目的がなく、背後者に目的があることを背後者の正犯性の要件とするのである。

しかし、この議論には二つの点で疑問がある。第一の疑問は、このような場合の背後者は間接正犯としての実体を欠くのではないか、という点であり、第二の疑問は、目的を欠く行為媒介者を幫助とすることはできないのではないか、という点である。以下、それらの点について検討を加えながら、若干の私見を述べることにする。

2 背後者の正犯性に関する疑問

(一) 問題点

まず第一に、このような場合の背後者に間接正犯としての実体があるか、という問題がある。例えば、前述した虚偽告訴罪を例にとってみよう。虚偽の確定的認識または被告訴者に誤った刑事処分を受けさせる積極的意欲が同罪の成立要件と考える立場を前提として、こうした見解を適用すると、背後者にそのような認識あるいは意欲があり、行為媒介者には未必的認識しかなかった場合に、背後者は間接正犯とされることになる。つまり、行為媒介者が、国家の刑事司法作用を誤らせ、被告訴者に誤った刑事処分による不利益が生じる危険性があることを完全に認識しているにもかかわらず、背後者が間接正犯とされるのである。また、窃盗罪においても、この見解は、行為媒介者が、自己が財物を利用処分する意思は有していないものの、被害者の占有が可罰的な程度に侵害されることは十分理解している場合に、背後者を間接正犯とすることになる。このような場合の背後者の正犯性の根拠は、単なる動機や認識の程度の差である。正犯概念をここまで微妙な内心の意図にかからせるでは、実質的には、前述した主観的正犯概念に帰着してしまうように思われる。そして、前述したように、そのような正犯概念は問題が多いの

であった。

最近のドイツにおいては、もっぱら窃盗罪における自己領得の意思なき者への占有侵害の唆しを念頭に置いて、いわゆる「目的なき故意ある道具」の場合には背後者は、行為支配を欠いているので、間接正犯ではない、という見解が有力になっているが、それもこのような点への疑問によるものである。

(二) 検討

では、具体的にどのように考えるべきか。別稿において述べたように、⁽¹⁰⁸⁾正犯性は構成要件該当性の問題であり、背後者の正犯性を否定する行為媒介者の自律的決定も、構成要件的结果についての決定とされるべきであった。そうだとすると、背後者の正犯性を、行為媒介者の構成要件的结果実現への自律的決定とは関係しない、結果の認識以上の主観的要素の存否にかからしめるべきではない、といえる。そして、行為媒介者が、特別な主観的要素を欠いている場合、彼は、確かに（少なくとも正犯として）処罰されることはないが、彼の行為は、背後者についての共犯の成立要件である（客観的）構成要件該当性を満たしており、かつ違法な行為である。それ故、共犯の成立要件として極端従属性説を採用していない現在の通説からは、背後者を（責任なき者に対する）共犯として処罰することができる。そうであるならば、前述したような特殊ルールを認めずとも、妥当な処罰範囲を確保できるように思われる。

具体例をあげよう。例えば、誣告罪について、虚偽性の確定的認識、あるいは他人に刑事処分を受けさせることの意欲を要求する見解は、その根拠を、告訴制度の実効性を保つために、政策的に特に予防の必要性が高い場合に処罰範囲を限定する⁽¹⁰⁹⁾、という点に求めている。そうだとすれば、そうした主観的要件を欠く者の利用は、一定の政策的要請から免責の範囲が拡張されている者を利用する場合（例えば、実質的な不法弁識能力、行為制御能力はあるが不可罰とされている刑事未成年の利用）とパラレルに考えることができる。そして、後者の場合には、背後者に（広

義の) 共犯が成立すると考えるのが通説なのだから、前者の場合も同様に共犯が成立すると解すべきである。⁽¹²⁾

窃盗罪等の領得罪に関しても、不法領得の意思の内、いわゆる利用処分意思を予防の必要性の高さの観点から要求されている特別な責任要素であると考えるのであれば、自己領得の意思なき者へ占有侵害を唆した背後者は、(自己に領得意思があれば) 責任なき者に対する窃盗の共犯ということになる。

もつとも、領得罪における利用処分意思の位置づけについては、これとは異なる見解も有力である。それは、利用処分意思を持って行われる行為の方が財産秩序全体に対するより大きな脅威である、ということ根拠として、利用処分意思も主観的違法要素であると位置づける見解である。⁽¹³⁾ このような見解を前提とするのであれば、その点についての認識を欠く者の利用は前述したように、(財産秩序全体に対する侵害についての認識を欠いているということから) 部分的に結果についての認識を欠く者の利用とパラレルに考えられることになる。つまり目的なき行為媒介者は、そうした財産秩序侵害性の認識を欠くので不可罰(ないしは毀棄・隠匿罪の解釈によつては同罪)、背後者は窃盗の間接正犯とされることになる。逆に、行為媒介者が背後者の目的を認識していれば、行為媒介者に単独正犯が成立し、背後者は、その共犯ということになる。

3 共犯の従属性との関係

なお、ドイツにおいては、窃盗罪における自己領得の意思なき者への占有侵害の唆しの事例において、背後者に共犯の成立を認めるには、その前提として、不法領得の意思に第三者に領得させる意思ないしは他人にさらに交付する意思を含むと解釈する必要がある、とする理解が一般的である。⁽¹⁵⁾ そして、一九九八年の刑法改正においては、その点をも意識して、窃盗罪の不法領得の意思に第三者領得の意思も含まれるということが明言された。⁽¹⁶⁾ こうした理解は、共犯の成立には(故意) 構成要件に該当する(違法な) 正犯行為が必要である(制限従属性)、という前提の下で、領得意思を構成要件要素と考えることに由来する。

確かに、類型的責任を考慮して犯罪成立要件とされている要素の中でも、証拠湮滅罪における証拠の他人性のように客観化された要素に関しては、構成要件要素と考えざるを得ないであろう（犯人が他人の証拠であると誤信して自己の証拠を隠滅しても——期待可能性自体は一見ありそうだが——罪刑法定主義の観点から不可罰である⁽¹¹⁷⁾）。しかし、もし前述した不法領得の意思における利用処分意思を、責任要素としての動機と理解する見解に立てば、そのような純粋な主観的要素についてまで、このように解する必然性はないように思われる。この場合には、内心の意図の有無のみが問題となるのであり、責任判断の個別性から、単純に各人にその存否を問えば足りるからである⁽¹¹⁸⁾。

そうであるならば、行為媒介者の利用処分意思の存在は、背後者の共犯の成立要件とはそもそもならないから、不法領得の意思に第三者領得の意思が含まれるか否か、という不法領得の意思についての各論的解釈問題の肯否に関わりなく、背後者に共犯の成立を認めることが可能であるように思われる（第三者領得の意思が含まれないとすれば、背後者は責任なき者への共犯ということになる⁽¹¹⁹⁾）。

そして、前述したように、目的が構成的であるか加減的であるかによって、正犯性の判断を変えるべきではないから、例えば、覚せい剤等取締法等の薬物犯罪における「営利目的」を、予防の必要性が高い動機であることを根拠とした加重的責任要素と考えるのであれば⁽¹²⁰⁾、そこでも右に述べたことが妥当する。つまり、営利目的に他利目的が入るか否かに関わらず⁽¹²¹⁾、行為媒介者にそれ以外の犯罪成立要件に問題がない場合、背後者には営利目的の罪の間接正犯ではなく（共同正犯も含む）共犯が成立するということになる⁽¹²²⁾。この結論は従来から問題なく認められてきたところであろう。逆に言えば、そのことは——目的が構成的か加減的かという立法の偶然により、背後者の正犯性に差が設けられるべきではないとすれば——目的が構成的な場合の私見の妥当性を裏書するものであるともいえるように思われる。

4 行為媒介者に幫助を認めることへの疑問

(一) 総説・幫助の因果性との関係

以上のような背後者の正犯性に関する疑問に加えて、こうした従来の通説が、目的を欠く行為媒介者に幫助を認める点にも疑問がある。

まず第一に、こうした場合には、行為媒介者に共犯としての因果性すなわち正犯の行為を介した結果の惹起⁽¹²³⁾があるといえるかどうか問題となる。つまり、こうした場合には、(従来の通説によれば)正犯である背後者の行為終了後に、行為媒介者が関与しているのに、共犯の成立要件である正犯行為を介した結果との因果性があるのか、という問題である。しかし、この点の解決は可能であろう。まず、次章で詳述するように、六五条一項を、正犯行為を介した因果性がなく、結果と直接の因果性しか存在しないにもかかわらず、他の構成要件要素の不存在から、単独正犯とはなり得ない者について、共犯の成立を認めた特別の規定である、と解釈し、かつ、構成的な目的を六五条一項の身分に含めるといふ解釈を採用すれば、このような結論を導くことが可能である。また、窃盗罪等の財物の占有を侵害する罪に関しては、行為媒介者が背後者に目的物を手渡し、その後背後者が領得する行為をも、正犯行為に含め、行為媒介者は、そのような正犯行為を幫助していると構成することもできるかもしれない⁽¹²⁵⁾。

(二) 幫助の成立には構成要件に規定されている目的は不要か

(1) 総説

第二の、より重要な問題は、このように内心の動機としての目的を欠き、単に背後者の目的の存在を認識している正犯としては処罰できない者を、なぜ幫助としてならば処罰することが許されるのか、ということである。

こうした見解は、目的等を(主観的)正犯要素と解して、従属共犯である幫助にはそのような目的は必要なく、むしろ共犯従属性の原則から、そうした正犯者の目的の認識さえあれば、幫助として処罰される、と考えているよ

うである。このような見解の嚆矢をなすランゲは、正犯の場合には（結果との相当因果関係及び正犯意思に加えて）各構成要件の予定する特殊な人的紐帯が必要であるが、補充的な法益保護のための規定である共犯の場合には、そのような要件は不要である⁽¹²⁷⁾、としていた。こうした見解は、その後ヴェルツエルらにも受け継がれ、ドイツにおいては通説的立場を占めるに至っている⁽¹²⁸⁾。

(2) 批判

しかし、前述したように、ここでの目的が予防の必要性の高さや、非難可能性の高さを基礎づける要素であるのならば、そのような目的は、責任判断の個別性から考えて、関与者各人に備わっていなければならないはずである⁽¹³⁰⁾。つまり、共犯においても個人責任の原則が基本的に妥当すべきである以上、たとえ幫助としてであろうとも、自らが当該犯罪において特別に要求されている責任要素を満たさない限り、処罰されるべきではない、と考えるべきであるように思われるのである。このことは、共犯の処罰根拠に関する惹起説あるいは因果的共犯論を採用し、共犯を犯罪遂行の方法的類型と考えることから導かれる。そのような前提からは、共犯はあくまで不法類型の実現の仕方について構成要件を修正するものであるにとどまるから、主観的側面については、少なくとも正犯に要求される要件と基本的に同様の要件が要求されるべきなのである⁽¹³¹⁾。

現に、通説も、目的が加減的要素の場合はこのことを認めている。例えば、営利目的を持たない者と持つ者とが麻薬輸入行為に関与した場合に、目的なき者に、麻薬輸入罪の共同正犯に加えて、営利目的麻薬輸入罪の幫助が成立するとは考えられていない⁽¹³²⁾。そうであるならば、同じ理由から要求されている目的が、構成的に働く場合には幫助には不要とされるのは、妥当でないように思われる⁽¹³³⁾。

(3) ヘルツベルクの見解

このような心情要素による加減的目的犯に関する結論から、心情要素による構成的目的犯に関する結論を導く議

論の仕方に対しては、近時、両者の差異を論証することで、反論を試みようとする見解が主張されている。ヘルツベルクの見解がそれである。ヘルツベルクは以下のように述べる。このような法益侵害性と関係のない構成的な(身分)目的は、特に類型的に起こりがちで、立法者が立法に当たって典型例としてまず考えつくような事態のみを想定して条文を規定したが故に付加された、純粹に類型化のための要素にすぎない⁽¹³⁴⁾。そうであるならば、そのような目的を有していたかどうかが価値的に重要なわけではないから、現にそのような類型的事態が(正犯行為によって)生じており、そうした類型的事態に関与していることを共犯者が認識している以上、共犯者自身は目的を有しなくとも、処罰できる。これに対して、立法者が、目的がある場合とない場合の双方を念頭に置いて、あえて加減的な目的を規定して、両者に差を設けている場合には、そこに、何らかの意識的な価値判断が常に伴っている。それ故、そのような場合には、目的を当人が有していたかどうかは重要になる、というのである。

しかし、構成的な目的であっても、立法者が処罰を一定の場合に限定しているのは、そこに、予防の必要性の高さ等の何らかの実質的理由があるはずだからである⁽¹³⁵⁾。少なくともそうした実質的理由の存否という点に関して、目的が加減的な場合との間に、質的な差異を見いだすことは困難であるように思われる⁽¹³⁶⁾。従って、このような見解も、構成的な目的と加減的な目的との異なった扱いについての合理的な説明とはならない、といわざるを得ない。

そもそも、不法とも責任とも関わりのない単なる政策的な処罰限定要素が存在しているということは、好ましいことではないはずである。ヘルツベルク自身も、このような要素の積極的存在意義は見いだしがたい、としている⁽¹³⁷⁾。ということは、逆に言えば、ある要素が犯罪成立要件として合理的なものとして存在意義が認められている場合には、その要素は、可及的に不法ないし責任の観点から説明されるべきである、といえるだろう。従って、前述した利用処分意思や、誣告罪の確定的認識等も、予防ないし責任の観点から説明できるのであれば、そうした観点を還元して説明すべきであり、合理的な理由はないが、特別に構成要件上要求されており、正犯の成立要件とし

ては必要だが、共犯の成立には不要な要素と考えるべきではないように思われるのである。⁽¹³⁸⁾

以上のように、行為媒介者に責任ないし予防の必要性の観点から要求されている単なる認識以上の特殊な目的がない場合には、その者の行為は共犯の成立要件としての（違法な）構成要件該当性は満たしているが、責任がないため、幫助としても処罰されない、と解すべきである。⁽¹³⁹⁾

このような結論は一見すると不当に処罰範囲を狭めるように思えなくもない。しかし、現実には、多くの場合「目的」が認められるのであり、実際上は不可罰となる範囲はそれほど広くはないように思われる。例えば、領得罪における利用処分意思には第三者に利用させる意思も含まれる、と解釈するのであれば、⁽¹⁴⁰⁾ 現実に起こりそうな事例のほとんどにおいて、行為媒介者に目的はあるということになる。仮に、自己領得の意思に限ると考えると⁽¹⁴¹⁾ も、背後者に利益を得させ、その後に分け前にあずかる意思が認められる等の事情があれば十分であるように思われる。また、薬物犯罪における営利目的についても、第三者に財産上の利益を得させる目的も含むのが判例であるし、⁽¹⁴²⁾ 仮に自利目的に限る立場を前提としたとしても、その行為自体から直接利得する目的でなく、例えば、後に共犯者から何らかの利益を得ることを目的としていた場合にもそれは満たされるのであるから、⁽¹⁴³⁾ 悪質な事案が不可罰に（あるいは法定刑が軽く）なるわけではないように思われる。

第四節 小 括

ここまで述べてきたことは、以下のようにまとめられる。目的犯における正犯概念を考察するに当たっては、①目的が法益侵害の客観的な危険とその認識に還元できる場合と、②目的が非難可能性の高さや予防の必要性等から要求されている単なる認識以上の特殊な主観的要件である場合とを区別して考えるべきである。これに対して、目的が構成的か加減的かは正犯性には関係がない。①の場合は、目的がない、とされている場合は結局故意がないこ

とに帰着し、逆に故意がある場合は目的がないとはいえない。そして、目的犯において、正犯性について特殊ルルを認める見解には十分な理由がなく、通常の犯罪における正犯性判断の基準を当てはめるべきであったから、背後者は、前者の場合は間接正犯、後者の場合は(広義の)共犯となる。②の場合は行為媒介者に目的が欠けている場合、その者は不可罰、背後者は(責任なき者に対する広義の)共犯となる。

(1) 島田聡一郎「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(一)——(五・完)」法学協会雑誌一一七卷一号一—五二頁、一一七卷三号三九〇—四五七頁、一一七卷四号五二六—五九六頁、一一七卷五号六八六—七三四頁、一一七卷六号八〇五—九〇〇頁(二〇〇〇年)。
 (2) ここでいう最終的結果惹起者は、それ自体を取り出してみれば未遂行為に当たる行為を行った者という意味での「実行行為者」と同じではない。それより狭く、既遂結果に至るまでに更なる他人の行為を介入させていない者のことである。例えば、甲が乙に殺意をもって斬りつけ、その後通りがかった丙が、まだ生きている乙にピストルでとどめを刺した場合には甲ではなく丙のことである。Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 650 (以下では「ドイツの教科書、コンメンタール類は、二度目以降の引用においてはJakobs, AT」といった略称で引用する)。

(3) なお、いわゆる単純な故意ある道具という概念を認める見解からは、本文中に述べたようにはいえない。そうした見解は、直接の結果惹起者に(基本的)構成要件該当性・違法性・責任があったとしても、「正犯意思」を欠く場合には、その者を幫助とするからである。しかし、こうした見解には賛成できない。この概念については、島田・前掲論文注(一)(四)六八八頁以下において詳しく検討したので、本稿において再び論じることはいない。

(4) 以下のような問題意識のため、本稿では、いわゆる自手犯の問題は扱わない。いわゆる自手犯においては、直接的自手実行の欠如を根拠に、通常であれば間接正犯の成立要件を満たしているかのように見える背後者に、間接(あるいは共同)正犯の成立を否定すべきか否か、が問題となっているのであり、本稿が問題とする身分犯、目的犯の場合とは、問題の所在を異にするからである。自手犯についての最近の包括的検討として、藤澤牧子「自手犯論(一)(二・完)」上智法学論集四三巻二号六三頁以下、同三号二一〇頁以下(一九九九年)がある。

(5) 例えば、団藤重光「刑法綱要(総論)第三版」(一九九〇年・創文社)一五九頁、平野龍一「刑法 総論II」(一九七五年・有斐閣)三六一頁、大塚仁「刑法概説(総論)第三版」(一九九七年・有斐閣)一五六頁、福田平「全訂・刑法総論(第三版)」(一九九六年・有斐閣)二五八頁、大谷實「新版・刑法講義総論」(二〇〇〇年・成文堂)一六九頁、大塚仁他編「大コンメンタール刑法(新版)」(一九九九年・青林書院)六五頁(高窪貞人)、川端博「刑法講義総論」(一九九五年・成文堂)五一五頁(以下では、日本の教科書類は、二度目以降の引用においては、団藤・総論といった略称で引用する)。

- (6) 代表的なものとして、大塚仁「間接正犯の研究」(一九五八年・有斐閣) 一一八頁(以下、本章においては大塚・研究、として引用する)。
- (7) 例えば、植田重正「共犯の基本問題」(一九五二年・三和書房) 八四頁(以下、本稿では植田・基本問題、として引用する)、中義勝「間接正犯」(一九六三年・有斐閣) 一六三頁(以下、本稿では、中・間接正犯として引用する)、中山研一「刑法総論」(一九八二年・成文堂) 四七六頁、西原春夫「刑法総論(改訂準備版)」(一九九一年・成文堂) 三五八頁、齋藤信治「極端従属形式は捨てられるべきか」法学新報九一巻八「九」一〇合併号八八頁(一九八五年)、内田文昭「改訂・刑法I(補正版)」(一九九七年・青林書院) 二七六頁、大越義久「共犯論再考」(一九九〇年・成文堂) 一七頁、園田寿「中共犯論についての覚え書き」『中義勝先生古稀祝賀論文集・刑法理論の探究』(一九九二年・成文堂) 三一一頁、野村稔「刑法総論・補訂版」(一九九八年・成文堂) 四〇八頁、浅田和茂他「刑法総論・改訂版」(一九九七年・青林書院)(齊藤豊治) 三一一頁、山中敬一「共犯における可罰的不法従属形式に関する若干の考察」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(一九九七年・成文堂) 三〇頁、同「刑法総論II」(一九九九年・成文堂) 七七六頁。
- (8) もつとも、この「不作為による共犯論」の抜本的解決のためには、不作為による幫助を基礎づける保証人的地位の範囲についても考察しなければならぬ。そのためには、不作為犯論それ自体に関する本格的な検討を要する。それ故、この問題の抜本的解決は、別稿による検討に譲らざるをえない。なお、不真正不作為犯の成立要件、特に保証人的地位の限界について、近時、複数人の関与の場合を念頭に置いて、斬新な視点から、鋭い分析を加えた注目すべき論文として、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号三四三頁以下(二〇〇〇年)がある。
- (9) 近時の我が国における、こうしたドイツの見解に関する包括的かつ優れた検討として、平山幹子「義務犯について」(二・完)——不作為と共犯に関する前提的考察」立命館法学二七〇号四八四頁以下、二七三号二〇二七頁以下(二〇〇〇年)がある。
- (10) 本稿では、行為媒介者に目的があるが、背後者にはない場合、例えば、行為媒介者には不法領得の意思があるが、背後者は直ちに返却する意思であった場合の背後者の罪責や、いわゆる未遂の教唆の可罰性の問題等については必要な限度で言及するにとどめる。こうした場合には、背後者が(単独)正犯とならないことに争いはなく、その共犯としての可罰性が、共犯の処罰根拠論と関連して問題となるにすぎないため、本稿のテーマの本題からやや外れるからである。この点に関しては、Rolf-Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 129ff.; ders., Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA1991, S. 151ff.; Rainer Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 223ff.; Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für Walther Stree/Johannes Wessels, 1993, S. 357f.が、近時のドイツの特に重要な文献である。
- (11) 身分者への非身分者の加功についても、非身分者への身分者の加功の場合と関連を有すると思われる範囲で論じることとする。
- (12) 故意ある道具概念の生成過程に関して、詳しくは、大塚・研究一三六頁以下参照。
- (12) 我が国では目的なき故意ある道具の例として、こうした偽造罪の事例が挙げられるのがほとんどである。例えば、大塚・総論一五六頁、平野・総論II三六一頁、内田・総論二九二頁、川端・総論五一五頁、前田・総論四〇六頁。ドイツではz.B. Eugen Flegenheimer, Das Problem des "dolosen Werkzeugs", 1913, SS. 58-59.

(13) この事例はドイツの帝国裁判所において実際に問題とされた。RGSt 39, 37. 生け垣のある他人の庭に赤い丸い物が転がっているのを見たXが、ゴムボールと思い、自分の妹にやるために、Yにとってくるように頼み、Yはこれに応じて、生け垣を壊し、取りに入ったが、実は木の球だったのでそこに放置した、という事案でXが加重窃盗の未遂の間接正犯とされた、という判例である。このこともあってか、ドイツにおいては目的なき故意ある道具の具体例としては、この事案が念頭に置かれていることが極めて多い。Z.B. Ernst Beling, Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen, ZStW 28 (1908), S. 589ff.; Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 378; Eberhard Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard Frank, Bd II, 1930, S. 127; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 104.; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 1987, S. 273; Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn141 (Claus Roxin); ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 338ff.; Hans Heinrich Jeschek/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 606; Adolf Schönke/Horst Schoder, Strafgesetzbuch, 25. Aufl., 1997, § 25, Rn19 (Peter Cramer).

(14) 我が国の判例において、このような事案を直接扱ったものは存在しないが、近時の高裁判例で、刑事未成年者(一〇歳)に命令して、気絶した被害者のハンドバッグを取ってこさせた、という事案において、行為媒介者に自ら利得する意思がなかったことも、背後者の正犯性肯定の理由の一つとしているものがある(大阪高判平七・一一・九判時一五六九号一四五頁)。また、共同正犯と幫助の区別において、利益の帰属の有無が問題とされることも多いが、これは目的犯の問題ではないので、本稿では扱わない。

(15) 内田文昭教授は、これを、「真正目的犯」と名付けられている(内田文昭『刑法概要(中巻)』(一九九九年・青林書院)五四〇頁、同「目的犯と共犯」神奈川法学三三巻三号七一九頁(二〇〇〇年))。内田教授は、このような真正目的犯である通貨偽造罪などにおいては、行為媒介者が、背後者が通貨を使用する可能性を認識していたが、自分が行使する目的も、背後者に行使させる目的もなかった場合には、行為媒介者は共同実行を欠くので、共同正犯とはならず幫助に止まる、とされる(前掲論文一一頁)。この見解の当否については、後述する。

(16) もっとも、文書偽造罪の場合とはかく、通貨偽造罪の場合には、行使の目的がなくとも、通貨及証券模造取締法の通貨模造罪には当たるのであるから、厳密に言えば、むしろ、加減的目的犯ともいえそうである(中・間接正犯一六五頁、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(一九九六年・青林書院)四六一頁、山中・総論II七七六頁等参照)。しかし、我が国においては、通貨模造罪の存在を念頭に置いて、通貨偽造罪を加減的目的犯である意識して議論されていた論者は必ずしも多くなかったように思われる。また、窃盗罪の場合も、利用処分意思を欠く占有侵害行為は毀棄罪に当たる、という我が国の判例・通説を前提とすれば、行為媒介者に毀棄罪が成立する余地もある。いずれにせよ、私のように、構成的目的犯と加減的目的犯とで、正犯性の基準を変えない見解からは、両者の区別はあまり重要でない。

(17) 内田文昭教授は、これを「不真正目的犯」と名付けられている(内田・概要(中)五四九頁)。

(18) 最判昭四二・三・七刑集二二巻二四一七頁参照。

(19) 大塚・研究二〇五頁。vgl. Welzel, LB, S. 104. なお、この場合に、背後者に目的犯の共犯の成立を認められないのは、共犯の従属性を重視され、正犯に加重身分がなく、共犯者にのみそれが存在している場合には、六五条二項を適用しないという解釈をとられる大塚博士の立場から

は、一貫されている(大塚・総論三二〇頁参照)。

(20) 限縮的正犯概念の意義については、島田・前掲論文注(1)(二)三二頁以下参照。そこでも述べたように、この概念は構成要件該当行為の物理的自手実行をその内容に含まない。

(21) Schönke/Schröder (Cramer) § 25 Rn20; Claus Roxin, Bemerkung zum "Täter hinter dem Täter", Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 184.

(22) すでに、大塚・研究二一四頁、中・間接正犯一六四頁、Roxin, TuT, S. 338ff.等参照。

(23) 我が国では、すでに井上正治『刑法学総則』(一九五二年・朝倉書店)二二〇頁は、背後者の目的を認識していない行為媒介者は故意を欠く、としていた。また、最近でも、佐久間教授が、この点を指摘されている(佐久間修『刑法講義総論』(一九九七年・成文堂)七六頁)。

(24) 中山研一「主観的違法要素の再検討」『刑法の論争問題』(一九九一年・成文堂)三一頁参照。もともと、中山教授が、行使の危険性とその故意があれば、行使の目的が満たされる、とされているのは、若干誤解を招く表現であるように思われる。この点を批判される論者として、内藤謙『刑法総論講義(上)』(一九八三年・有斐閣)二一八頁、中義勝「主観的違法要素の全面的否認説について」法学教室一〇六号八四頁(一九八九年)、振津隆行「主観的違法要素全面的否認説の検討」『中山研一先生古稀祝賀論文第三卷』(一九九七年・成文堂)一六一頁、曾根威彦「主観的違法要素——中・中山論争に寄せて——」『刑事違法論の研究』(一九九八年・成文堂)六二頁)。他人のすでに存在する行使目的を認識していれば、その認識自体、行使の目的といえる、という表現の方が誤解を招きにくいように思われる。

(25) なお、背後者自身にも行使の目的がない場合を、どう扱うべきかも問題となる。第三者が当該偽貨を真正なものとして利用する意思があり、そのことを背後者が認識している場合には、後述するように目的それ自体が存在するといえる。しかし、そうした認識すらない場合は、他人が行使することによる偽貨の流通の危険性という構成要件の結果がまだ発生していないのだから、通貨偽造罪の不法内容が満たされていないというべきであろう。

(26) 島田・前掲論文注(1)(五・完)八〇九頁。

(27) ドイツでこのような観点から、背後者を間接正犯であると明言するのは、Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungssformlehre, 1988, S. 374である。

(28) これに対して、他の犯罪についての認識を有する者が介入すれば、背後者の正犯性は否定されるという見解に従えば、有価証券偽造罪や文書偽造罪の場合は、背後者は間接正犯となるが、通貨偽造罪の場合は、通貨偽造罪が行為媒介者に成立するから、背後者は共犯にとどまる(通貨偽造罪の正犯に対する通貨偽造罪の教唆犯)ということになる(山中・総論II七七六頁)。

(29) 過失行為の介入であっても背後者の正犯性が否定されるとする立場からは、行為媒介者に背後者の目的があることの認識可能性がある場合には、背後者の正犯性は否定されるということになる。このように明言されるのは、例えば、中・間接正犯一六五頁、浅田他・総論三一一頁(斉藤豊治)。

(30) 注(28)、注(29)の見解に対する私の評価については、島田・前掲論文注(1)(五・完)八〇七頁以下。

- (31) 大塚・研究二一四頁、内田・総論二九一頁、同・概要(中)五四一頁、同・前掲論文注(16)四頁、浅田他・総論三一二頁等が、行為媒介者に幫助が成立しない旨を明言される。なお、内田・前掲論文注(16)四頁は、「通貨発行権者以外の者が、通貨類似物件を「作成」すること自体が「通貨偽造の故意」に基づくものであることを看過してはならない」とされ、この場合の行為媒介者に故意は否定できない、とされる。確かに、「構成要件の故意は、社会生活の常識的な意味で、「殺す意思」、「盗む意思」、「損壊する意思」として確認されるだけの意思を指称する」(内田・総論一一二頁)という内田教授の立場を前提とされれば、このような説明は一貫しておられる。しかし、故意には、行為の法益侵害性を基礎づける事実の認識がなければならないとする通説の立場を前提とすれば、こうした場合はやはり故意を欠くように思われる。
- (32) 団藤・綱要一五九頁、野村稔『刑法総論・補正版』(一九九八年・成文堂)四〇九頁等においても、いわゆる「身分なき故意ある道具」の箇所においては行為媒介者が幫助となるとされつつ、「目的なき故意ある道具」の箇所においては、行為媒介者の罪責にふれられていないのも同趣旨であろうか。なお、前田・総論四〇六頁は「幫助にすらならない場合が多い」とされる。
- (33) 例えば、最判昭三四・六・三〇刑集一三卷六号九八五頁(外国通貨偽造罪に関する判例)。
- (34) 古くは、例えば、大場茂馬『刑法各論(下)』(一九一七年・中央大学)二五三頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論(第三版)』(一九四九年・有斐閣)九三頁、最近でも大塚・各論四一四頁、大谷実『新版・刑法講義各論』(二〇〇〇年・成文堂)四二七頁、西田典之『共犯と身分』再論』(内藤謙先生古稀祝賀論文集) (一九九四年・有斐閣)一九六頁、前田雅英『刑法講義各論(第3版)』(一九九九年・東大出版会)三五〇頁。
- (35) 町野朔『刑法総論講義案I(第二版)』(一九九五年・信山社)一八二頁。
- (36) 主観的違法要素を認めることの可否及び範囲に関しては、注(24)に掲げた文献の他、滝川幸辰「刑法における構成要件の機能」刑法雑誌一卷二号二六頁(一九五〇年)、佐伯千仞「主観的違法要素」刑法における違法性の理論(一九八一年・有斐閣)二三一頁以下、特に二六九頁、中義勝「主観的違法要素について」関大法学論集三七卷五・六号一一九頁以下、特に一二三三頁(一九八七年)、August Hegler, Die Merkmal des Verbrechens, ZStW36, 1915, S. 184ff.; Edmund Mezger, Die subjektive Unrechtselemente, GS89 (1924), S. 214ff.; ders., Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926; Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 40ff.等々を参照。
- (37) 例えば、佐伯・前掲書注(36)二六八頁、二六九頁、平野・総論I一二四頁、同「結果無価値と行為無価値」刑法の機能的考察(一九八四年・有斐閣)三三二頁、中・前掲論文注(36)一二三三頁、西田・前掲論文注(34)一九五頁、振津・前掲論文注(24)一六一頁等参照。責任要素と解する見解として、内藤・総論上二二七頁、中山・前掲論文注(24)三二頁、前田・総論六七頁等。しかし、行使の目的が存在することが、なぜ非難可能性を基礎づける(あるいは高める)のかについては、積極的な説明がなされていないように思われる(平野・前掲論文三三三頁)。
- (38) 町野教授御自身もこのことを認められている(町野朔「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的状況(一九九四年・有斐閣)一一〇頁)。なお、町野教授は未遂犯における既遂の故意を主観的違法要素と解された上で、未遂の教唆について、教唆者自身に既遂の故意を欠いても、正犯者に既遂の故意があることを認識している限り、教唆者は可罰的となる余地がある、とされるが、(同・一二

(二頁)、このような結論と通貨偽造罪における結論とは整合するのであろうか(もつとも、未遂の故意を主観的違法要素につぎると考えることには疑問がある。詳しくは、鈴木左斗志「方法の錯誤」金沢法学三七卷一号八六頁(一九九五年)参照)。

(39) もちろん、そうした他人に対して、偽造された通貨等を真正なものと偽る場合には、それ自身が「行使」である。本文中に述べたのは、他人に対しては、真実を告げて、流通におくことを唆す場合等、それ自身が「行使」とはいえない場合に関するものである。なお、そうした場合に他人が現に通貨等を流通においた場合には、唆した者は行使罪の共犯の罪責を負うと考えられる。

(40) 同旨、大塚・研究二一五頁。なお、共謀共同正犯を認める立場からは、背後者に共同正犯の成立の余地もある。Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1. Aufl. 1933, S. 426; Heiko Hartmut Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 289. 林幹人「刑法総論」(二〇〇〇年・東大出版会)四二二頁。

(41) 大判大一五・一二・二三刑集五卷五八四頁。

(42) 前掲最判昭三四注(33)。

(43) 例えば、西田・前掲論文注(34)一九六頁、中山研一他「レヴィジョン刑法I・共犯論」(一九九七年・成文堂)一二七頁(松宮孝明)(もつとも、他人の目的を認識してはいるが、自らが行使する目的を有していない者に、従犯減輕を認める可能性も「一考の余地はある」とされている)。

(44) Statt vieler, Schönke/Schröder (Cramer) § 28 Rn20.

(45) 「行為者の可罰性を基礎づける特別な要素(一四一条一項)が狭義の共犯者(教唆または幫助)に欠けている場合には、その者の刑は四九一条一項の規定するところに従って減輕する」(ドイツ刑法二八一条一項)。前半部分も、構成的身分犯において非身分者の共同正犯の成立可能性を認める我が国の判例・通説の解釈とは大きく異なった内容である。この点については、次章において検討する。

(46) 内田・前掲論文注(16)五一六頁。

(47) 目的がない者に、幫助の成立を認められることには疑問がある。この点は、後に検討を加える。

(48) 西田・前掲論文注(34)一九七頁参照。

(49) なお、行使の目的を、行使の危険性とその認識に還元して、責任要素とする少数説(注(24)参照)からも、結論は同じになる(松宮・前掲論文注(43)一二九頁)。

(50) Vgl. Herzberg, aa.O., (Anm. 10) S. 131; ders., Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW88, (1976), S. 95ff.; LK (Roxin) § 26 Rn79ff.

(51) 例えば、山名京子「未遂の教唆」『中義勝先生古稀祝賀論文集』(一九九二年・成文堂)三八八頁、齋藤誠二「共犯の処罰根拠についての管見」『下村康正先生古稀祝賀論文集上』(一九九五年・成文堂)三六頁、中山研一他「レヴィジョン刑法I・共犯論」(一九九七年・成文堂)九三頁(浅田和茂)。

(52) Z.B. Schönke/Schröder (Cramer) § 26 Rn20, § 28 Rn20.

- (53) ドイツの有力説の説明は、そのようなものである。いわば、この問題を、未遂の教唆、幫助の延長線上にとらえるのである。なお、ドイツでは、未遂の教唆を共犯の故意を欠くことを理由に不可罰とする見解が多数説である。Statt vieler, Schönke/Schröder (Cramer) § 26 Rn20; SK (Samson) § 26 Rn50.
- (54) Keller, a.a.O. (Anm. 10), S. 277ff.
- (55) 長井圓「コントロールド・デリバリー」町野朔他編『現代社会における没収・追徴』(一九九六年・信山社) 一九二頁参照。
なお、防衛効果の生じなかった正当防衛についても違法阻却を認める近時の有力説(例えば、林・総論一九九頁)からは、逮捕に失敗した場合であっても、違法阻却を認めるという解釈もありうるかもしれない。
- (56) August Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen der allgemeinen Verbrechensbegriff, Festgabe für Reinhard Frank Bd I, S. 312f.; 佐伯・前掲書注(36) 二六九頁、平野・総論一二二四頁。
- (57) Mezger, a.a.O. (Anm. 36), S. 33.
- (58) 平野・総論一二四頁。
- (59) 例えば、佐伯・前掲書注(36) 二六八頁、二六九頁、平野・総論一二二四頁、中・前掲論文注(36) 一二三三頁。
- (60) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年・東大出版会) 一七七頁、西田典之『刑法各論』(一九九九年・弘文堂) 七五頁、町野・総論一八四頁。
このような観点からは、営利目的は被拐取者の犠牲において利益を得る意思と解釈されるべきことになる。これに対し、判例は、一般論としては、誘拐行為によって利益を得る動機があれば足り、被誘拐者自身の負担によって利益を得る場合に限られない、としている(最決昭三七・一・二二刑集一六卷一一号一五七〇頁、もつとも、その事案は被誘拐者をストリップパーとして引き渡し、報酬を得ることを目的として未成年者を誘拐した、というものであるから、限定的な理解からも十分営利目的が認められるものであった(西田・各論七五頁参照)。もし、このような一般論を前提とするのであれば、正犯性に関しては、後述する麻薬輸入罪の場合と同じ議論が妥当することになる。
- (61) 島田・前掲論文注(1)(五・完) 八一頁。なお、このように、単独犯の成立要件が満たされている場合であっても、背後者と行為媒介者とは共犯関係にあることを明示するために、六〇条を適用することは問題ないから、客体が未成年者の場合で、行為媒介者に、背後者の目的の認識がない場合には、二二五条と二二四条の共同正犯という適条をすることも可能であろう。
- (62) 大判大一四・一・二八刑集四卷一四頁。この判例は、二二五条にいう営利の目的は六五条一項、二項にいう身分ではない、という理由付をしている。身分に当たるとすると加減的身分であるから六五条二項を適用することになり、乙、丙を単純拐取罪でしか処罰できないという不当な結論になりかねない、という考慮が働いたのであろうか。しかし、第三者の営利の目的を知っていればそれ以上に特別の動機等を要求することなく、営利の目的があつたと解することができるのであれば、そもそも乙、丙にも営利目的があることになる。この点のみを指摘すれば十分だったように思われる。
- (63) なお、労働派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備に関する法律五八条違反について、同旨の判例として、横浜地判昭六三・五・二五判時一二七七号一六九頁がある。

- (64) 西田典之『共犯と身分』(一九八二年・成文堂)一七二頁参照(以下、本稿においては、西田・身分、として引用する)。
- (65) 島田・前掲論文注(1)(五・完)八一頁。我が国の多数説でもある。
- (66) なお、凶器準備集合罪も予備的な性格を有する犯罪類型であるが、ここに位置づけてよいのかについては、更なる検討を要する。具体的には、共同加害の目的を有する背後者が、事情を知らない複数の者に命じて、凶器を準備させて、集合させた段階で、背後者に、凶器準備集合罪の間接正犯となるかが問題となる(いわゆる用法上の凶器の場合には、このような事案も考えられる)。ここでは、「共同加害の目的」の内容が問題である。まずここでは、「共同して害を加える目的」が認められるか否か、が問題となる。学説においては、「行為者自らが加害行為を行う目的があることを必ずしも要しない」(例えば、中森・各論二三頁、大谷・各論四四頁。学説の状況について、詳しくは、渡辺咲子『大コンメンタール刑法八巻』(一九九一年・青林書院)二六〇頁参照)、とする見解が有力であり、判例もそのような立場であるという理解が有力であるが(最判昭五二・五・六刑集三一巻三九五四頁をこのように理解するのが多数説である)、ここでは、自ら実行する目的を有する者が集合している状況が存在することは前提とされている(団藤重光『刑法綱要(各論)第三版』(一九九〇年・創文社)四二二頁参照)。本罪が、後述する殺人予備の場合とは異なり、目的と結びついた形で行態様を限定していることからすると、そうした状況が存在しない場合には、そもそも本罪の構成要件該当性が満たされないと考えるべきであろう(大谷・各論五〇頁も参照)。むしろ、こうした場合には、その後、背後者が、事情を告げて、凶器を準備した者が共同加害の目的を抱いた時点において、背後者に、結果罪が成立すると解すべきであるように思われる(名古屋高金沢支判昭三六・四・一八高刑集一四巻六号三五二頁参照。なお、間接正犯的に凶器を準備させたことで「凶器を準備して」の要件は満たされていると思われる)。
- (67) 未遂については、未遂と既遂の関係、実行未遂と着手未遂の違い等についての更なる検討を要するので、本稿では扱わない。
- (68) 東京地判昭六二・九・三判時一二七六号一四三頁。もともと、本判決は、この目的を身分に当たらない、としているが、あえてそのようにいう必要があったかどうかは疑問である。
- (69) 西田・前掲論文注(34)一九六頁。
- (70) 東京地判昭三九・五・三〇判タ一六三三号二二九頁参照。
- (71) 乙が用意したのが、包丁ではなく、日本刀・あいくち等の銃刀法で規制される物であった場合には、乙に銃刀法三条一項違反の罪が成立する。同罪の法定刑は、殺人予備罪よりも高いが(三年以下の懲役または五〇万円以下の罰金)、そのことは、甲に殺人予備罪の間接正犯を認めることの妨げとはならない(島田・前掲論文注(1)(五・完)八〇九頁)。
- (72) 小暮得雄他編『刑法各論講義』(一九八八年・有斐閣)三二頁(町野朔)参照。
- (73) 例えば、齋藤誠二『予備罪の研究』(一九七一年・風間書房)四三〇頁以下、板倉宏『予備罪と共犯』阿部純二他編『刑法基本講座第四巻』(一九九二年・法学書院)一三三頁、西田典之『実行及び正犯の概念と共犯成立の限界』香川達夫先生古稀祝賀論文集(一九九六年・成文堂)三三三頁、中山研一他『レヴィジョン刑法I・共犯論』(一九九七年・成文堂)一七四頁(浅田和茂)、小田直樹『予備の共犯』西田典之他編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇年・有斐閣)一一〇頁及びそこに掲げられた文献参照。

(74) 植田重正「予備と狭義の共犯」『共犯論上の諸問題』(一九八五年・成文堂)二二二頁。なお、未遂の場合には、法益侵害の危険を基礎づける意思である行為意思と、既遂故意とは分離しえ、そこから、直接実行者の行為意思および既遂故意を認識しており、かつ、背後者に阻止の意図がなくても、背後者に殺人の既遂故意が認められない、という事態が生じうる。予備罪の場合も、同様の事態が考えられないではないが、本稿の課題を越えるので論じない。なお、行為者に阻止の意図がある場合には、第二節二3(二)の議論によって対処すべきである。

(75) ただし、正田満三郎「間接共犯と予備罪」『犯罪論或問』(一九六九年・一粒社)一七頁は、このような場合であっても予備罪とするようである。

(76) 西田・前掲論文注(73)三五四頁参照。西田教授は共同正犯であるとされる。なお、他人の偽造行為に材料等を提供する目的での通貨偽造準備罪に関する大判大五・一二・二二刑録二二輯一九四三頁も参照。

(77) 東京高判平一〇・六・四判時一六五〇号一五五頁。

(78) なお、単独正犯の成立要件が満たされる場合に、背後者との共犯関係を明示するために六〇条を適用することは、何ら問題がないし、むしろ適切であろう。島田・前掲論文注(1)(二)四五四頁注(222)参照。

(79) 山中敬一・判批・『平成一〇年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊二一五七号一四六頁(一九九九年)。山中教授は、予備の幫助を認めるべきであった、とされる。しかし、目的のない者に、なぜ幫助の成立を認めてよいのかについては十分な説明がないように思われる。特に、山中教授の前提とされる、純粹惹起説(山中・総論II七六三頁)からは、共犯者にも、正犯と同様の人的要素が備わっていなければならないはずであるから、このような結論を導くことは困難であるように思われる。

(80) 山中・前掲評釈注(79)一四六頁。

(81) なお、予備罪の共犯の成否それ自体については、本稿の課題から若干はずれるので、詳論は避けるが、近時の通説が指摘するように、否定説には、形式的な「実行概念」を維持するという理由以外に、合理的な理由はないように思われる。学説の状況については、注(73)に掲げた文献参照。

(82) 予備の共同正犯を認めたりリーディングケースといわれている最決昭三七・一一・八刑集一六卷一一号一五二二頁の原審である名古屋高判昭三六・一一・二七高刑集一四卷九号六三五頁は適切にもこの点を強調している。

(83) 小田助教教授は、「判例が共同正犯にこだわるのは、予備罪に「客観的に相当の危険性の認められる程度の準備」という一種の「結果」を要求しており(東京高判昭四二・六・五高刑集二〇・三・三五二)、そこに至るまでの寄与度を考えると、実行意図だけで正犯を決めるのではなく、予備に「結果」を指摘される(小田・前掲論文注(73)一一二頁)。

(84) 西田・前掲論文注(73)三五四頁参照。なお、それ以前に成立していた予備の共犯は共罰的事前行為となる。

(85) なお、ドイツにおいてはこうした場合がドイツ刑法三〇条一項、二項(重罪の教唆の未遂、重罪の共謀)によって捕捉されているため、現在では、もっぱらそれらの条文の解釈として議論がなされている。我が国及びドイツのこの問題に関する包括的な研究として、齋藤・前掲書注(73)がある。

(86) 例えば、強制執行妨害罪の強制執行を免れる目的に関する、最判昭三五・四・二八刑集一四卷六号八三六頁、破壊活動防止法三八条二項二号の罪の内乱の罪を実行させる目的に関する大阪高判昭四一・四・二一高刑集一九卷三号三〇八頁(上告審である、最判昭四二・九・二二判時四九六号七六頁も支持)参照。いずれも、目的を認めるためには、客観的にその目的が実現される蓋然性を要求する。

(87) 大判大六・二・八刑録二三輯四一頁(目的について)、最判昭二八・一・二三刑集七卷一号四六頁(虚偽性の認識について)。学説として、例えば、平野・概説二九一頁、前田・各論四七九頁。

(88) もつとも、この場合、危険の存在は行為媒介者ないし背後者の主観に影響されないのだから、背後者にも行為媒介者にも目的がない場合であつても、不法構成要件該当性は満たされるといいうるであろう。

(89) その他、同様の解釈が妥当すると解される犯罪類型として、例えば、爆発物取締罰則の爆発物使用罪や、公職選挙法の虚偽事項公表罪等があげられる。前者については、最判昭五〇・四・一八刑集二九卷四号一八頁が、爆発物を他人に交付して使用させる意思であっても、同罪にいう、「人の身体、財産を害せんとする目的」に当たるとして、後者については、東京高判昭五三・五・三〇判時九二〇号二三四頁が、共犯者に「当選を得させない目的」があることを認識している場合も、同罪にいう「当選を得させない目的」に当たると明示している。いずれの場合も、客観的な危険性が存在し、そのことを認識していることで足りる場合といえよう。

(90) 例えば、松宮孝明『刑法総論講義(第二版)』(一九九九年・成文堂)一七二頁。

(91) 例えば、団藤・各論一一一頁、福田平『全訂刑法各論(第三版)』(一九九六年・有斐閣)四〇頁、内田文昭「故意」と「アブズイヒト」について『犯罪構成要件該当性の理論』(一九九二年・信山社)二二六頁。

(92) ドイツ刑法二四二条は最近まで窃盗罪における不法領得の意思を「自己に(sich)」領得する意思に明文で限定していた。このためこうした事例が特に問題とされたのである。なお、同条は一九九八年に「自己または第三者に(sich oder einen dritten)」領得させる意思と改正された。この点についてはさらに詳述する。

(93) 他に、このような特殊な「目的」が要求されているとも解する余地がある犯罪の代表例として、背任罪がある。同罪のいわゆる「図利加害目的」の位置づけについては、最決昭六三・一一・二一刑集四二卷九号一二五一頁をきっかけに議論が活発化している。その詳細については、例えば、香城敏磨「背任罪の成立要件」阿部純二他編『刑法基本講座五卷』(一九九四年・法学書院)二六四頁、上畠一高「背任罪における図利加害目的」「背任罪理解の再構成」(一九九八年・成文堂)二六二頁以下、山口厚「問題探究刑法各論」(一九九九年・有斐閣)六九頁以下、田中利幸「背任罪における図利加害目的の意義」西田典之他編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇年・有斐閣)二〇〇頁等を参照。この目的の具体的内容についての学説は複雑に分化するので、すべての見解からの帰結をここで述べることはできないが、背後者に目的があり、行為媒介者がそれを欠いている場合について、代表的な見解からの帰結を述べると、以下のようになる。

まず、この目的が確定的認識であると考える見解(例えば、大谷・各論三二六頁)や、本人図利の動機の不存在を意味すると解する見解(例えば、香城・前掲)に立てば、本節で述べることが基本的に妥当する。また、この場合を違法性の錯誤の特別な場合を規定したもの(上畠・前掲書二六七頁)あるいは本人に対し損害を埋め合わせるだけの一種の違法阻却事由的な事情の認識がある場合についての規定(山口・前掲)と

解するならば、それぞれ違法性の錯誤に陥っていた者の利用ないしは違法阻却事由の錯誤に陥っている者の利用についての議論が基本的に受許する(したがった)場合の背後者の正犯性に関し、詳しくは、島田・前掲論文注(一)(五・完)八一八頁以下参照)。

ただし、背任罪は目的犯であると同時に身分犯でもあり、身分犯における正犯概念をいかに解するかにかんじて、最終的な結論は変わっていく。この点は次章において論じることにする。

(54) それぞれの見解の詳細については、後述の検討を加えるが、代表的な論者として、*z.B.* Theodor Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Theilnahme und die mittelbare Täterschaft nach deutsch-preussischem Recht, 1888, S. 91; Konrad Petri, Die mittelbare Täterschaft, 1911, S. 27; Max-Ernst Mayer, AT, S. 379; August Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, Festgabe der RG Bd5, 1929, S. 309; Eberhard Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard Frank, 1930, S. 127; Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1934, S. 216; August Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug, 1934, S. 97; Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW58 (1939), S. 542; Wilhelm Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 102. 既述のとおり、*z.B.* Peter Cramer, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 398; Hermann Blei, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 257f.; Peter Hünnerfeld, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der BRD, ZStW99 (1987), S. 239; Jescheck/Weigend, AT, S. 670; Johannes Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1996, Rn537.; Schönke/Schröder (Eser) § 242 Rn72. など、煩雑となるので、ここでは、他の領得罪の場合と同様の事例が想定を認むる。

(55) Vgl. Stein, a.a.O. (Anm. 27), S. 364, S. 368.

(56) 詳しうは、島田・前掲論文注(一)(一)三〇頁以下、(四)六九〇頁以下。

(57) 詳しうは、島田・前掲論文注(一)(一)三〇頁以下、(四)六九〇頁以下。

(58) Statt vieler, Roxin, TrT, S. 56.

(59) Petri, a.a.O. (Anm. 94), S. 27; Max Ernst Mayer, AT, S. 379; Schmidt, a.a.O. (Anm. 94), S. 127; Allfeld, AT, S. 216. なお、背後者の行為媒介者に欠けている目的が存在するかどうかを重視する、この見解と第三の見解との過渡的な見解として、Hegler, a.a.O. (Anm. 94), S. 309.

(60) 島田・前掲論文注(一)(四)六九六頁以下。

(61) 現にエンソルト・シヨットとクーベラーは、そのように解している。Schmidt, a.a.O. (Anm. 94), S. 124; August Hegler, Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelperson, Festgabe für Richard Schmitt, 1932, S. 77.

(62) Max Ernst Mayer, AT, S. 378.

(63) 植田・基本問題一六頁以下、大塚・研究一六四頁、中・間接正犯二三頁等参照。

(104) Schmidt, a.a.O. (Anm. 94), S. 127; Liszt/Schmidt, AT, 25. Aufl., S. 218. なお、彼は身分犯においても同様の説明をしている。

(105) もともと、権利者排除意思の体系的位置づけは、財産罪の既遂時期をいかに解するかによって変わってくる。もし、財産罪の既遂時期を占有の取得時と考え、権利者排除意思は内心的超過要素であると考えるのであれば（最近では、例えば、中森喜彦「不法領得の意思」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開・各論』（一九九六年・日本評論社）一八四頁、西田・各論一四九頁、山口・各論一六頁等）、次の行為を目的とする犯罪型の目的となる。そうではなくて、占有侵害が可罰的な程度に継続した段階で既遂と考えるのであれば（最近では、例えば、平川宗信『刑法各論』（一九九五年・有斐閣）三四七頁、前田・各論一六二頁、曾根・各論二二〇頁、鈴木左斗志「詐欺罪における交付について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上』（一九九八年・有斐閣）五八一頁（ただし、鈴木教授は権利者排除意思の有無を既遂時期の判定に当たって考慮される点で平川教授等の見解とは異なる））、結果を目的とする犯罪型の目的（あるいは純粋な故意）となる。

(106) Roxin, TuT, S. 684; Stein, a.a.O. (Anm. 27) S. 368.

(107) Z.B. Berges, a.a.O. (Anm. 94), S. 97; Weizel, a.a.O., (Anm. 94), S. 542; Gallas, a.a.O. (Anm. 94), S. 102; Jescheck/Weigend, AT, S. 670; Wessels, AT, Rn537; Schönke/Schröder (Cramer) § 25 Rn20. 我が国では、例えば、大塚・研究二一四頁。

(108) Z.B. Roxin, TuT, S. 338ff.; ders., LK § 25 Rn140; Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 88; Hans-Joachim Rudolph, Der Begriff der Zueignung, GA 1965, S. 42f.; Manfred Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 244; Herzberg, a.a.O. (Anm. 10), S. 34f.; Stratenwerth, AT, Rn799ff.; Jakobs, AT, S. 649; René Bloy, Die Beteiligungsforn als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 241ff.; Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 92.

古くからこのような見解は少数ながら有力に主張されてきた。Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, 1907, S. 626; Beling, a.a.O., (Anm. 14), S. 589ff.; Friedrich Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 197; Flegelheimer, a.a.O. (Anm. 13), S. 52. こうした見解の多くは、後述するように、背後者に窃盗の共犯の成立を認める。しかし、それを否定しつつ、背後者を（占有離脱物）横領の共犯、行為媒介者とその補助とする見解（Beling, a.a.O.（ただし立法論としては従属性を緩和して背後者に窃盗教唆を認めるべきとしていた）; Flegelheimer, a.a.O. 最近では、Maiwald, a.a.O.; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Bd II, 9. Aufl., 1993, S. 36.）もある。背後者に（占有離脱物）横領を認めるとは理論的には可能であろう（ただし、窃盗の共犯が成立すれば、罪数論上どちらに吸収される）。しかし、行為媒介者とその補助とすることには後述するように問題がある。

(109) なお、マウラツハルゲツセルは、背後者の正犯性の根拠はあくまで事象を事実的意味で掌中に収めていることである、という前提に立ちつつも、行為媒介者に目的がなく、背後者に目的があることは、背後者の行為支配の徴表（Indiz）であるとする。これは、従来の通説と近時の有力説の中間的立場である（Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teil 2, 7. Aufl., 1989, S. 273.）。しかし、主観面の問題である目的が、なぜ客観的な事象の掌中把握の徴表になるのかについての理論的説明は見られない。

(110) 島田・前掲論文注（一）（五・完）八一頁。

- (11) 我が国では、例えば、団藤・各論一一一―一二頁、西田・各論四五〇頁(確定的認識についての)。Vgl. Wolfgang Frish, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 497; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1993, § 16 Rn543 (Hans-Joachim Rudolph).
- (12) 学説の状況については、詳しくは、島田・前掲論文注(一)(五・完)八三五頁以下。
- (13) 我が国では、例えば、芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー三三六号一―一六頁(一九八三年)、平野龍一「不法領得の意思をめぐって(一)」警察研究六一巻五号五頁(一九九〇年)、大谷・各論一八六頁、町野・総論一八四頁、西田・各論一四八頁、林幹人「刑法各論」(一九九九年・東大出版会)二〇三頁、山口・各論二二二頁、ケインズはz.B. Eberhard Schmidhäuser, Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978, S. 363; Stein, a.a.O. (Anm. 27) S. 368; SK (Samson) § 28 Rn20.
- (14) 我が国では、例えば、前野育三「不法領得の意思」中義勝編『論争刑法』(一九七六年・世界思想社)二九二頁、中森・前掲論文注(10)一八四頁、ケインズはz.B. Ernst Joachim Lampe, Das personale Unrecht, 1969, S. 236.; LK (RuB) § 242 Rn32; Schönke/Schröder (Eser) § 242 Rn46 (ケインズは「この見解が通説である」)。
- (15) Z.B. Roxin, TuT, S. 338ff.; SK (Samson) § 25 Rn109; Schönke/Schröder (Cramer) § 25 Rn19. ケインズは「このように指摘して」たのは Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 106.
- (16) 二四二条はそれ以前は sich rechtswidrig zuzueignen (自己に不法に領得するために)となっていたが、改正によつて sich oder einem dritten rechtswidrig zuzueignen (自己または第三者に不法に領得するために)とされた。このように、自己領得の意思と第三者領得の意思が等置されてしまうと、今まで目的なき故意ある道具とされていた事案においても行為媒介者に犯罪成立要件が完全に満たされてしまっていることになるから、前述した旧通説のような理論構成は今後は一層困難となるであろう (vgl. Roxin, TuT, S. 684)。この改正のきっかけについては後稿注(14)参照。
- (17) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(一九四七年・有斐閣)四五三頁以下、西田典之「構成要件の概念」西田典之他編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇年・有斐閣)一五頁参照。さらに詳しくは、豊田兼彦「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察(二・完)」立命館法学二七三号一九七二頁以下(二〇〇〇年)も参照。
- (18) 六五条二項の身分には、継続性を持たない目的も含まれると解釈する現在の通説(平野・総論II三七二頁、西田・身分一七〇頁等参照)からは、六五条二項の適用ないし(構成的身分だということ)準用によることにならう。
- (19) なお、直接の実行者に利用処分意思があり、背後者にはそれが欠ける場合には、利用処分意思を責任要素と考える見解からは、背後者には後述するように毀棄罪の共犯が成立しうるにとどまる、ということにならう。
- (20) 平野・総論II三七二頁、松宮・前掲論文注(43)一二九頁。なお、西田・前掲論文注(34)一九七頁も参照。もともと、営利の目的の存在により、薬物の輸入等が反復継続的、かつ大規模に行われる可能性が高まり、薬物拡散の危険性も高まるから、営利目的が存在している場合には薬物濫用による国民の保健衛生への危険が高い、ということを根拠に、主観的違法要素であるとする見解も有力である(例えば、香城敏磨『注解特別刑法(五)―II(第二版)』(一九九二年・青林書院)四五頁、高木俊夫「寛せい刑取締法四一条の二第二項にいう『営利の目的』の意

義」『最高裁判例解説刑事編・昭和五七年度』二二七頁、齋藤彰子・判批・甲南法学四一巻一〇二二号一四七頁(二〇〇〇年)。そのような立場を前提とすれば、正犯性に関しても、前述した営利目的拐取罪に関する議論が妥当することになる。ただ、この見解は、外国で麻薬を売却する目的で国内に麻薬を輸入した場合であっても、営利の目的であるとした、最決平五・一一・九刑集四七巻九号一一一頁との整合性が問われることになろう(西田典之・判批・ジュリスト一〇八八号一二四頁(一九九六年)参照)。あるいは同罪の保護法益について、世界主義的に考えるべきだということなのだろうか。

(121) 我が国の判例は、麻薬取締法六四条二項について、単に共犯者が営利目的を有していることを認識しているだけでは足りない(最判昭四二・三・七刑集二一巻三号四一七頁(共同正犯の事例)、最近でも、東京高判平一〇・三・二五判時一六七三三〇一五七頁(幫助の事例))としつつも、覚せい剤取締法四一条の二第二項について、自利目的がなくとも、他人に財産上の利益を得させることを犯行加担の動機とした場合は、営利の目的があったといえる(最決昭五七・六・二八刑集三六巻五号六八一頁、なお東京高判昭五三・五・二七判時九〇二号一二三頁も参照)、としている。この二つの判例は論理的な矛盾はないが、実質的に整合的なものかどうかについては評価が分かれる。この点については、福田平『刑事判例評釈集二九巻』(一九七六年・有斐閣)六一頁以下、高木・前掲解説注(120)二二七頁、長島敦・判批・東洋法学二六巻二九号九一頁以下(一九八三年)、香城・前掲注(120)四五頁以下、西田・身分一九七頁、同・前掲論文注(34)一九六頁、山口厚「共犯と身分をめぐって」司研論集一〇三号六六頁(一九九九年)等参照。

(122) 島田・前掲論文注(1)(五・完)八二二頁。

(123) 島田・前掲論文注(1)(二)四一七頁、さらに、照沼亮介「いわゆる承継的共犯をめぐる議論——ドイツの判例・学説の状況」慶大院法学政治学論究四六号五五二頁以下(二〇〇〇年)も参照。

(124) 山中・前掲論文注(7)三一二頁参照。

(125) 照沼・前掲論文注(123)五六二頁も参照。

(126) 前述したように、こうした「目的なき故意ある道具」の利用の場合、背後者の正犯性には疑問があり、その意味で、こうした見解の適用の前提が欠けるのではないかとの疑問もある。ここで述べているのは、背後者の正犯性が仮に肯定できたとしても、目的なき行為媒介者を幫助として処罰することには、なお問題があるといわざるをえない、という趣旨である。

(127) Richard Lange, Die Notwendige Teilnahme, 1940, S. 64ff.

(128) Welzel, LB, S. 100は「目的犯における目的を特別な「正犯性」の要素であると明言する。

(129) 注(94)に掲げた文献参照。さらに、シューネマンは、二八条にいう「特別な」とは、通常の正犯性の要件である行為支配に付加されたという意味で特別な正犯性のメルクマルである、と主張する。Bernrd Schünemann, Die Bedeutung der "Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertererhaftung I, Jus 1980, S. 367. 我が国においても、このような見解が有力である。最近、この点を明言されるのは、内田・前掲論文注(16)一一頁。

(130) 異なった体系からであるが、この点を厳しく批判するのは、Paul Pieter, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre,

ZStW69 (1957), S. 23f.

(131) vgl. LK (Roxin) § 26 Rn79. 前述した、次の行為を目的とする犯罪の場合にも、このことは同じである。私は、単独犯の場合にも、共犯の場合にも、他人が次の行為に出る意思が存在することを認識していることを「目的」としているからである。なお、共犯の故意については、共犯が処罰拡張事由であることに対応して、正犯行為が介入することの予見が要求されている点で、単独犯の場合よりも、むしろ要件が加重されている(島田・前掲論文注(一)(二)四二六頁)。

(132) 内田・前掲論文注(16)二九頁も、営利目的拐取罪を例に取られて、目的が加減の場合には、目的を有しない共犯者は、非目的犯の共同正犯となるが、目的が構成的な場合には、目的を有しない共犯者は、目的犯の補助となる、とされた上で、その両者の差異は、「合理的な説明は困難である」と、自認されている。

(133) 西田・身分一五一頁以下も参照。

(134) Herzberg, a.a.O. (Anm. 10), S. 124ff.; ders., GA 1991, S. 178. 彼は、このような要素を「価値中立的な (wertneutral) 要素」と名付ける。Jakobs, AT, S. 280, S. 686. も、結論的には同意。なお、注(50)に掲げた議論は、「目的が法益侵害性に関わる場合に関するものであるから、ヘルツベルクが矛盾した見解を唱えているわけではない。」

(135) Vgl. LK (Roxin) § 28 Rn45; SK (Samson) § 28 Rn18b.

(136) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 136f.

(137) Herzberg, a.a.O. (Anm. 10), S. 126.

(138) なお、六五条一項は刑法上の禁止の内容を限定するに過ぎないから、連带的に作用するが、六五条二項は、犯罪内部において、規範の受命者を限定するのであるから、一身的なものである、という植田博士の見解(植田重正「共犯と身分」について)「佐伯千仞先生還暦祝賀論文集上」(一九六八年・有斐閣 四九三頁)からも、このようなヘルツベルクの見解のような帰結が導かれうる。しかし、この見解には、なぜ六五条二項のみが受命者の範囲を限定するものなのかについて、実質的な説明を欠いているという問題がある。

(139) 自己領得の意思のない行為媒介者に対して、占有侵害を唆すという事例において、「目的なき故意ある道具を利用した間接正犯」の構成を否定して、背後者を(占有離脱物)横領の正犯、行為媒介者をその補助とする見解(z.B. Beiling, a.a.O. (Anm. 14), SS. 602-603; Flegenhaimer, a.a.O. (Anm. 13), S. 53)には、この点で疑問がある。なぜ領得の意思がない者が横領の共犯としてならば、処罰できるのであろうか。

(140) 我が国の判例には、このような一般論を述べているものがある。横領罪について、第三者領得の意思を含む、とした判例として、大判大一一・一二・一刑集二巻八九五頁、大判昭八・三・一六刑集一一・二七五(窃盗罪に関する最決昭三一・七・三刑集一〇巻七号九五五頁もそのように理解することも可能かもしれない)。学説として、この点を明言されるものとして、例えば、中森・各論一一八頁。もつとも、学説においては、第三者領得が、実質的に行為者自身が領得するのと同視しうる場合(西田・各論二二七頁)、あるいは行為者と特殊な関係を有する第三者に領得させる場合、に限定する見解(大谷・各論三〇七頁)が有力である(なお、ドイツの近時の判例においては、旧東独秘密警察の職員が西独から東独に送られてきた金品を東独の国庫に入れた行為が横領となるかが争われ、判例が分かれていたが、連邦最高裁判所は、ちょうどわ

が国の上述した見解のような立場によって、これを否定する方向で統一した(BGHSt41・187)。この判例の存在も、九八年改正の一つのきっかけとなっている。こうした見解は、判例が第三者領得を認めた事例も実質的には自己領得と同視しうる場合であったことを強調することが多い(例えば、平野・概説二二四頁、西田・各論二二七頁、林・各論一九四頁)。詐欺罪に関する大判大五・九・二八刑録二二輯一四六七頁も参照。なお、この点に関する最近のドイツの論文として、Thomas Rönaau, Die Dritt-Zueignung als Merkmal der Zueignungsdelikte, GA 2000, S. 541がある。

(141) 前注参照。

(142) 前掲最決昭五七注(120)。

(143) 例えば、中谷瑾子・筑間正泰・判批・慶大法学研究四三巻五号一一〇頁(一九七三年)、斎藤信治・判批・平野龍一他編『刑法判例百選I(第二版)』(一九八四年・有斐閣)一七八頁、西田・前掲論文注(34)一九七頁、松宮・前掲論文注(43)一二九頁。

(144) 薬物犯罪における営利目的の具体的内容について、詳しくは、香城・前掲書注(120)四五頁以下、中谷雄二郎「薬物犯罪における事実」小林充他編『刑事事実認定(下)』(一九九五年・判例タイムズ社)三六八頁参照。