

いわゆる「故意ある道具」の理論について（二）

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（以上、五八号）

第三章 いわゆる身分なき故意ある道具について

第一節 従来通説

第二節 義務犯論（以上、本号）

第四章 おわりに

第三章 いわゆる身分なき故意ある道具について

第一節 従来通説

一 従来通説の主張

本章においては、身分犯において身分者が故意・責任能力等に問題のない非身分者を利用して結果を引き起こし

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

た場合について検討を加える。従来、こうした場合の具体例としては、①公務員が情を知った妻に命じて、職務に関し賄賂を受け取らせた場合、②公務員が情を知ったタイピストに命じて、職務に関し自己名義の内容虚偽文書を作らせた場合があげられてきた。そして、従来の通説は、それぞれ身分者を収賄罪、公文書無形偽造罪の間接正犯、非身分者をその幫助としてきたのである<sup>(1)</sup>。

その際に念頭に置かれていたのは、身分が犯罪構成的な場合であり、加減的身分、阻却(消極的)身分は議論の射程から除かれていた<sup>(2)</sup>。そして、背後者にのみ加重的身分が存在する場合には、非身分者を基本犯の正犯とし、身分者については基本犯か身分犯か<sup>(3)</sup>については、共犯従属性の理解との関係で争いがあるものの、いずれかの共犯とすることにについては一致があった。例えば、通説は、検察官が取調の際に非公務員を唆して被疑者に暴行を加えさせた場合には、検察官を特別公務員暴行の共犯あるいは暴行の共犯とし、前者の間接正犯とはしなかったのである。また、行為媒介者に阻却身分が存在し(例えば、証拠湮滅罪における犯人)、背後者にそのような身分が存在しない場合も、背後者が共犯として処罰可能か否かは議論されてきたが、背後者を間接正犯とする見解は、ごく少数にとどまっていた<sup>(6)</sup>。

また、通説は、身分者が複数関与した場合も、この理論の射程に含めていない。例えば、従来の通説によれば、③Xの財産管理人甲がやはりXの財産管理人である乙に対して、Xの財産を不当に処分するように唆し、乙がそれに従った場合には、行為媒介者乙にも身分がある以上、甲は間接正犯とはならず、共犯にとどまる(共同正犯成立の余地はある)とされていたのである<sup>(7)</sup>。

さらに、通説は——必ずしもすべての論者が明言するわけではないが——背後者の関与が軽微な場合には、背後者、行為媒介者とも不可罰とするようである。例えば、わが国におけるこうした見解の代表的論者の一人である大塚博士は、以下のように言われる。「真正身分犯においては、非身分者の行為がいわゆる身分のない故意ある道具

に当たる場合には、これを利用する身分者の行為は、当該身分犯の間接正犯、非身分者はその従犯となりうるであろう。しかし、それにあたらぬ場合は、身分者も非身分者も不可罰とされるべきである<sup>(8)</sup>。また、ドイツの多数説も、間接正犯の成立には、少なくとも背後者による行為媒介者への「誘致 (Veranlassen)」が必要である<sup>(9)</sup>として、いる。これらの見解によれば、例えば、公務員の妻が、公務員の職務権限と関わりのある業者に金品を要求するよう公務員を説得して、公務員がそれに許可を与え、結局妻が收受した場合には、双方とも賄賂收受罪では処罰されないということになりそうである。

## 二 問題点

### 1 従来通説への批判

以上に述べたような従来通説に対しては、すでにいくつかの疑問が投げかけられている。例えば、加減的身分の場合に、なぜ身分なき故意ある道具の問題とならないのかについての理論的根拠を欠く<sup>(10)</sup>、身分者の関与が幫助的な場合に処罰の間隙が生じる余地があるのは好ましくない<sup>(11)</sup>、などと。

しかし、そうした批判の中で理論的にもっとも重要なものは、以下の批判であろう。つまり、違法な犯罪行為を行うことを自覚して、あえて行為にでている行為媒介者を利用する行為に、故意なき者の利用等の間接正犯の典型的な場合に見られるのと同様の実体が備わっているとは言えないのではないか、言いかえれば、この場合の背後者の間接正犯性を、他の間接正犯が認められる事例群といかにして整合的に説明できるかについての十分な根拠付けを欠くのではないか、ということである<sup>(12)</sup>。

この点に関しては、従来通説の理由付けも一枚岩ではない。その論拠としては、目的犯における目的なき者の利用の場合とほぼパラレルに、以下のようなものがある。つまり、①背後者の正犯意思<sup>(13)</sup>、②行為媒介者の犯罪成立

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

要件の欠如<sup>(14)</sup>、③身分犯の特殊性である。しかし、①、②に対しては、前章において述べたのと同様の批判が妥当するように思われる<sup>(15)</sup>。さらに、①に対しては、客観的な身分の存在と主観的な正犯意思という主観面とは必ずしも一対一に対応しない、という批判も可能であろう。

これに対して、③は、より詳細な検討を要する。ここでは、前述した目的犯の場合のように、単なる主観的な動機の有無が問題となっていないのではなく、身分という構成要件の結果の実現に不可欠な客観的構成要件要素の存否が問題となっているだけに、その特殊性については、目的犯の場合とは別個の観点からの検討が必要なのである。

## 2 身分犯の特殊性——二つの視点

### (一) 総説

身分犯の特殊性から、身分なき故意ある道具利用事例における背後者の正犯性を基礎づけようとする論拠は、大別すると二つある。この二つは、時に同一の論者が併用していることもあるが、基本的発想を異にするものなので、分けて論じる必要がある。一つは、(A)身分犯においては身分者こそが第一次的な規範の名宛人となりうる、という論拠であり、もう一つは、(B)身分犯の構成要件実現には身分者の加功が必要不可欠である、という論拠である。しかし、結論を先にいえば、このどちらの観点からも、従来の通説のような結論を導くことは困難であるように思われる。(A)を論拠とするのであれば、むしろ、後述するいわゆる義務犯論に至るのが一貫しているし、(B)を論拠とするのであれば——少なくともわが国の解釈論としては——後述する身分者と非身分者の共同正犯を認める見解を採用するのが妥当だからである。以下では、それぞれの論拠について、検討を加えてゆくこととする。

### (二) 規範の名宛人の制限という観点から身分犯の正犯性を基礎づける考え方と通説の結論の整合性

まず、(A)の論拠は、身分犯においては身分者のみが規範の名宛人であり、そのような者の一身的な規範違反が身分犯の不法内容の中核と見られるべきだから、身分なき故意ある道具の利用といわれる場合でも、背後にいる身分

者が正犯となる、というものである。

ドイツでは、古くからこのような見解が有力に主張されている。例えば、ナーグラは、身分者に課せられた特別な第一次的服従義務の侵害は身分者のみが行い得るということ論拠に、構成的(真正)身分犯においては、身分者のみが身分犯の正犯となる資格がある、としていた。<sup>(16)</sup>そして、身分者が非身分者を利用した場合には、そのような特別義務に違反した背後者を間接正犯とすべきと主張していたのである。<sup>(17)</sup>わが国でも、このような身分犯の義務犯的理解は、古くから有力な支持を得ている。例えば、木村博士は「純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によって一定の義務を負担させられている点にあり、従って、本条はそのような義務を負担する身分ある者についてだけ」成立する、とされていた。<sup>(18)</sup>さらに、現在でも、例えば、大塚博士は、「資格なき故意ある道具を利用する場合を考えると、われわれはまず、身分犯における命令、禁止は一定の身分者のみにむけられているのであって、非身分者は本来、可罰的な正犯者としての規範に違反しえぬものである」<sup>(19)</sup>(ことを念頭に置かねばならない)として、非身分者の行為が身分犯の「実行行為」といえないことを考慮して、背後者の正犯性を肯定されているが、そこにも同様の発想がうかがわれる。<sup>(20)</sup>

確かに、このような前提に立てば、身分者がどのような形で事象に関与しようとも、その義務違反は一身的なものとして身分者自身に常に結びついているといえるから、身分者は他の関与者の関与形態に関わりなく正犯となり、他方そのような義務を有しない非身分者は第一次的な義務を負っていないのだから、少なくとも正犯とはならず、<sup>(21)</sup>従って身分なき故意ある道具の事例において、身分者を正犯、非身分者を幫助とするという結論を導くことも可能であるように思われる。

しかし、このような説明は、実は通説の帰結と矛盾を来す。前述したように、従来の通説は(責任能力・故意等に問題のない)複数の身分者が事象に関与した場合(例えば、前述した複数の事務処理者による背任の事例)には、背

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

後者を正犯としないのであるが、身分者に課せられた義務違反それ自体を正犯性の根拠とするのであれば、そうした場合であっても、背後者にも身分者としての一身の義務違反はあるのだから、その者も(単独)正犯となるはずだからである。この場合に背後者がなぜ共犯に格下げされるのかについては、以上のような観点からは説明がつかない。現に、後述する現在のドイツの義務犯論は、そのような場合の背後者をも正犯とするのである。その結論の当否については後に検討を加えるが、そちらの方が、身分犯の本質を身分者に課せられた一身の義務違反に求める見解からは首尾一貫しているように思われる。このことは、逆に言えば、こうした義務犯論的理由付けによつて従来の通説のような結論を根拠づけることは無理であるということを物語っているといえよう。

(三) 身分犯の構成要件実現には身分者の加功が不可欠である点を理由とする説と従来の通説の結論の整合性  
 (二) で検討した見解は、身分者個人の義務違反性に着目するものであった。これに対して、構成要件の不法の実現にとつての身分者の存在の重要性という、いわば実現した客観的事象全体に着目する見解も有力に主張されている。例えば、ヴェルツェルは、以下のように述べていた。「真正身分犯においては、誘致行為を行う身分ある背後者がいるからこそ、非身分者に、身分犯の構成要件実現に関する可能性が始めて開かれる。このことが身分ある背後者の非身分者の(身分犯の構成要件を実現する)関与行為に対する支配、そしてその正犯性を基礎づけるのである(社会的行為支配)<sup>(22)</sup>」と。また、ガラスも「背後者が事象全体の中で占めている地位が背後者の正犯性の根拠を提供する。彼は確かに直接行為者その人を支配しているわけではない。しかし、当該所為の犯罪としての特性が、彼が事象の中に組み入れる身分(または目的)<sup>(23)</sup>の存在に依存している限りでは、彼は全体としての所為の支配者とはいえるのである」としていた。このように考えるときは、行為媒介者、直接行為者にも身分がある場合には、背後者の身分の存在は構成要件の結果の実現に不可欠とはいえないから、背後者は共犯となる。双方とも身分がある場合には背後者を共犯とする通説は、むしろこうした発想と調和しやすいようにも思える。

確かに、この見解のいうように、いわゆる違法身分犯においては、<sup>(24)</sup>身分の存在によって始めて法益侵害が可能となるか、身分のある場合が法益侵害がある中でも特に侵害性が高いのであるから、非分分者が身分犯固有の不法内容を實現するためには分分者との共働が不可欠である。それ故、このような身分犯において、分分者が非分分者を利用して構成要件該当事実を實現する場合には、分分者が構成要件該当事実の實現にとって極めて重要な役割を果たしていると言いうる。

しかし、こうした観点から背後者を間接正犯とすることには、なお問題がある。すでに、このような見解に対しては、事実的な事象経過を掌中に収めていること、という行為支配の基本概念を放棄するものであり妥当でない<sup>(25)</sup>、構成要件の實現に必要な要素を提供しただけでなぜ事象経過への支配があったといえるかについての説明を欠く<sup>(26)</sup>、このような場合をも「行為支配」という概念に包摂することは、行為支配という概念の内容を極めて希薄化してしま<sup>(27)</sup>う、といった批判がなされている。確かに、行為媒介者が、分分者と共働して、意識的かつ強制されることなく、当該構成要件の予定する結果を直接惹起しているにもかかわらず、背後者を間接正犯とすることには抵抗があるだろう。

そもそも、こうした見解が背後者を間接正犯とする根拠は、事象全体を見ると身分犯の不法内容の實現に分分者が必要不可欠な重要な役割を果たしているという点にあった。しかし、そのような観点からは、非分分者も、直接に身分犯の結果惹起行為を行い、自律的な主体として事象に介入し、当該構成要件實現にとって、やはり重要な役割を果たしているといえるのではないだろうか。こうした見解を代表するガラスも、前述した記述の直後に、「だが、このような場合は、これまで想定されてきた関与形態の典型的な場合とは異なった独自の態様のものである。それは、少なくとも間接正犯を伝統的な行為媒介者に対する支配ということに重点を置いて理解する限りは、どちらかといえば、間接正犯というより共同正犯に近いといえよう<sup>(28)</sup>」、として、このような観点からは、背後者を正犯、

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

行為媒介者を幫助とするという結論よりも、むしろ両者を共同正犯とする方が実体にあうことを認めているのである。

もつとも、現在のドイツ刑法典において構成的身分犯への非身分者の関与について規定した二八条一項は、「正犯の可罰性を基礎づける、特別な人的要素が共犯(教唆または幫助)に欠ける場合には(傍点筆者)」と規定しており、<sup>(29)</sup>そして、共同正犯の正犯性を強調する理解と相まって、非身分者が構成的身分犯の共同正犯となり得るといふ解釈は、ほぼ不可能なものとなっている。しかし、このことは、条文の規定の異なるわが国においては当然には妥当しない。そうであるならば、背後者の正犯性を構成要件実現にとつての重要性という観点から根拠付けるのであれば、むしろ両者の共同正犯の可能性を考えてみるべきではないかと思われる。現に、わが国では、このような場合を共同正犯とする見解が有力に主張されているのである。<sup>(30)</sup>こうした見解の当否については後に詳述するが、以上述べたところから、通説の結論は、このような観点からも説明がつかないように思われるのである。

## 第二節 義務犯論

### 一 総説

このように、通説による身分なき故意ある道具事例における背後者の正犯性の根拠付けからは、その具体的結論を導くことは理論的に困難であった。そこで、前述したように(B)の視点を一貫させることには困難があったドイツにおいては、身分犯の正犯性を身分者に課せられた一身的な義務違反に求める(A)の視点を一貫させる見解が有力になってゆく。もし、このような見解が妥当なのだとすれば、身分犯においては、通常の犯罪についての正犯原理は妥当しないということになる。そこで、以下では、そのような議論が果たして成り立つのかどうか、また仮にそうでないとしても、わが国の解釈論において活かし得る部分はないか、を探ってゆきたい。

こうしたドイツの学説の流れに決定的な影響を与えたのは、ロクシンの義務犯論<sup>(31)</sup>なので、以下では、彼の見解と、それに対するドイツおよびわが国の学説の反応について検討を加えてゆくこととする。

## 二 ロクシンの義務犯論

### 1 ロクシン説の内容

ロクシンは、正犯概念について包括的な検討を加えたモノグラフィである「正犯と行為支配」において、従来身分犯といわれてきた犯罪における正犯概念について、以下のような構想を打ち立てた。以下では、彼の見解をやや詳しく紹介し、検討を加えることとする。

彼は、正犯性は各則の構成要件該当性の問題であるという前提に立ち、身分犯においては、構成要件が一定の外界の事象の変動についての経過のみを記述する通常の犯罪（彼はこれらの犯罪を「支配犯 (Herrschaftsdelikte)」と呼ぶ）の場合の正犯性の基準である行為支配の概念によっては正犯性を決しえない、というところから出発する。例えば、非公務員甲が、公務員乙に対して、被疑者に自白を強要せよと強度の強制を加えた場合であっても、甲にドイツ刑法三四三条の公務員による供述強制罪の間接正犯は——同条が主体が公務員であることを明文で要求している以上——成立しない。<sup>(32)</sup> 甲に強制に基づく行為支配があるにもかかわらず、彼はその罪の正犯とはならないのである。

また、このような犯罪においては、抽象的な「公務員」という「身分」それ自体が正犯性を基礎づけるわけではない。例えば、公務員による傷害すべてではなく、具体的な公務員の職権行使行為と結びついた傷害行為のみがドイツ刑法三四〇条（特別公務員による傷害、わが国における一九六条に近い）に該当することは明らかであろう。ドイツ刑法三〇〇条（秘密漏示罪）や二六六条（背任罪）についても、基本的に同様のことが当てはまる。このように、

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

これらの犯罪類型における正犯性の特色は、具体的な状況の下で一定の者に課せられる、通常刑法外の法規範から生じる刑法規範に論理的に先行する義務の侵害にあると考えられる。例えば、公務員が公法上負っている適切な取調をする義務、医師や弁護士等が負っている依頼人との関係から生じる守秘義務、財産の管理人が委託者に対して負っている善管注意義務、といった義務の侵害がそれぞれの罪の正犯性を基礎づけるのである。<sup>(33)</sup> これらの犯罪の立法目的も、他の犯罪の場合と同様、法益の保護にあることは確かなのだが、これらの罪においては、義務者は非義務者と比べて所為の不法内容に対して特別な関係に立つ者であり、立法者はこの点に配慮して、これらの罪においては義務の侵害を根拠に義務者のみが(共同正犯も含む)正犯となり得ることにしたのである。そして、三四〇条のような加減的身分犯であっても、こうした義務の侵害という構造が当てはまる限り、正犯性については同様の議論が妥当する。<sup>(34)</sup> ロクシンは、以上のように論じて、これらの罪を「義務犯 (Pflichtdelikt)」と名付ける。

さらに、彼は、これらの罪において、義務侵害が正犯性の必要条件であるとしても、それが正犯性の十分条件であるのか、それともさらに行為支配もなければ正犯となりえないのか、<sup>(35)</sup> という点について検討を加える。彼は、具体例を挙げつつ、前者の見解を取るべきであることを主張する。例えば、背任罪において同一人の財産についての二人の財産管理人甲・乙が、甲は財産を不法に処分し、乙はそれを唆したに過ぎない場合、行為支配を欠く乙の行為といえども、背任罪の構成要件にいう「他人の財産的利益を保持する」義務に違反し、「そのことを通じて、彼が委託されている他人の財産に損害を加え」ているのである。それにも関わらず、乙を正犯ではないとする理由はない。また、財産管理人甲が、アメリカから、ドイツにいる非身分者乙に対して、甲が管理すべき金をこっそり取ってしまうよう唆した場合、甲には——単なる行為媒介者の身分の欠如と、背後者にそれがあつたのみをもって「行為支配」ということはできないから——行為支配はなく、他方乙には行為支配はあるが、正犯としての身分を欠いている。このような場合に、およそ正犯が存在しないというのでは明らかに立法者の意思に反してしまうだ

ろう。そうであるならば、行為支配の要件は不要として、義務違反を唯一の正犯メルクマールとするのが妥当である。<sup>(36)</sup>そして、このような解釈の手がかりは、刑法典の各則の条文にも見いだすことができる。例えば、公務員による傷害(三四〇条)においては、公務員自身が手を下す行為に加えて、「傷害が行われるのをそのまま行われるに任せる」ことも、構成要件該当行為とされている。これは立法者が義務犯においては行為支配を欠く行為も正犯行為足りうることを認めたことの現れである、とするのである。<sup>(37)</sup>

そして、こうした正犯性の構造はいわゆる身分犯のみならず、不作為犯にも基本的には当てはまるとされている。<sup>(38)</sup>

## 2 通説との違い

以上のようなロクシンの見解は、身分なき故意ある道具の利用の場合、背後者が正犯となり、行為媒介者が幫助となるという従来の通説的結論を、義務者に課せられた一身的な義務違反が正犯性を基礎づけるという観点から、巧みに説明している。もつとも、彼は従来の通説と異なる主張もしている。それは、まず第一に、加減的義務犯の場合にも正犯性の基準を構成的義務犯の場合と同じとする点である。例えば、公務員がその職権行使に際して、非公務員に命じて、被害者に暴行を加えさせ、傷害を負わせた場合には、公務員には公務員による傷害罪の正犯が成立し、非公務員にはその幫助<sup>(39)</sup>と傷害の正犯が成立する点である。第二に、義務者同士が共働した場合には、全ての義務者を常に正犯とする点である。<sup>(40)</sup>そして、第三に、義務者の義務違反行為の態様はどのようなものでも足りるとし、義務者の方が受動的に関与した場合でも、通説とは異なり、義務者をやはり正犯とし、処罰の間隙を生じさせないという点である。

## 3 検 討

このようなロクシンの見解は、その後のドイツにおいて有力な支持<sup>(41)</sup>を受け、また判例にもこの立場を採用したと

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

解釈できるものもある。<sup>(42)</sup>しかし、同時に批判も受け、通説とまではなっていない。以下ではそうしたドイツの議論をふまえつつ、彼の見解及びそこに含まれている問題点について検討を加えてゆくこととする。

(一) 義務犯においては義務者の共犯があり得ないということへの批判

(1) 批判の内容

まず、義務犯においては義務者は常に正犯であるから義務者の共犯はあり得ない、という結論に対しては、ランガーが二つの点で批判を投げかけている。まず、第一に、このような構成を取ることになると、加重的義務を有する者は常に正犯となってしまうのだから、共犯にのみ加重的身分がある場合というのがなくなってしまう。しかし、それは、正犯または共犯に、加減的または阻却身分がある場合に、当該身分はそれを有する者についてのみ適用される、としているドイツ刑法二八条二項(わが国の六五条二項にほぼ対応する規定)<sup>(43)</sup>の明文に反する。第二に、このように考えると、従来の見解に比べて、未遂の成立時期が早くなる。つまり、義務者による義務者への働きかけが失敗した場合、例えば、会社の取締役が監査役に背任行為を唆したが、監査役がそれを拒絶した場合、本来それは原則不可罰な(ドイツ刑法においては三〇条一項の教唆の未遂の例外的可罰性の範囲で、しかも減輕されて処罰されているにすぎない)教唆の未遂のはずなのに、ロクシンのように義務者を正犯とすると、通常の未遂として処罰されることになってしまう。しかし、それでは共犯の未遂の(原則)不処罰という立法者の決断が潜脱されてしまい不当である、<sup>(44)</sup>というのである。

(2) 検討

しかし、いずれの批判も正当なものとは思われない。まず、第一の批判に対しては、ロクシン自身が反論しているように、二八条二項は正犯と共犯の区別に関する規定ではなく、ある関与が正犯か共犯かが確定されたことを前提として、そうした場合の従属性の緩和について定めた規定であり、ランガーがいうように解釈しなければなら

い必然性はない<sup>(45)</sup>、という反論が可能である。わが国の六五条二項についても同様のことがいえるだろう。第二の批判に対しては、義務者による唆し行為が失敗した場合に未遂として可罰的となるか否かは、背後者が正犯か否かと一対一対応ではない、という反論が可能であろう。つまり、実行の着手時期を行為者の行為時に固定する必然性はなく、法益侵害の危険が切迫した段階において未遂が成立すると構成すれば、正犯性に関してはロクシン説を前提としても、今のような場合を不可罰とすることは十分可能なのである。<sup>(46)</sup>

もつとも、義務犯論者の中には、こうした背後の義務者の働きかけ行為がなされた段階で、すでに義務犯の未遂を成立させるべきだと積極的に主張する論者もいる。<sup>(47)</sup> ロクシンのように義務犯においても処罰根拠は法益侵害（ないしその危険）の防止にあると考えるのではなく、処罰根拠自体も義務侵害の防止にあると考えるのであれば、（後述のように賛成はできないが）これも一つの見解ではある。こうした見解については後述するが、以上のように、少なくともロクシンのように考える限りは、義務犯において義務者に共犯の成立の余地がないことを理由としたラングラーの二つの批判には理由がないということが明らかになったように思われる。

## （二） 行為態様による限定が取り払われてしまうことへの批判

### （1） 批判の内容

近時のドイツにおいて、ロクシンらの見解に向けられるもつとも有力な批判は、以下のようなものである。確かに、背任罪のような、構成要件該当行為が無限定な犯罪においては、義務違反があり、その結果として構成要件的结果が発生しさえすれば、ロクシンのいうように、義務者は構成要件の解釈として正犯として処罰されると解される。例えば、財産管理人甲が、第三者乙を唆して、自己の管理する財産を領得させた場合には、甲に背任罪の正犯が成立するといえる。「任務違反行為」という背任罪の実行行為は、そのような唆し行為も含むような広い概念だからである。しかし、構成要件該当行為が限定的に記述されている犯罪においては、いかに軽微な関与でも義務違

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

反があれば構成要件に該当するというのでは、罪刑法定主義に違反する。従って、そのような行為態様が限定されている犯罪においては、義務違反に加えて当該構成要件該当行為に対する(故意なき者の利用や強制等の)通常の意味での行為支配がない限りは身分者を正犯とはできない。ロクシンの見解はこうした場合にまで背後者を間接正犯とする点が妥当でない、というのである。<sup>(48)</sup>

このような見解は、例えば(ドイツでは明文で債務者による身分犯とされている)<sup>(49)</sup>強制執行妨害罪においては、その行為態様が「隠匿」という形で限定的に記述されているから、債務者が、第三者を唆して、自己の財産を隠匿させた場合、債務者には身分があるが行為支配を欠き、他方第三者には行為支配はあるが身分を欠くので、両者を不可罰とせざるを得ない、とするのである。<sup>50)</sup>わが国で類似の例を求めれば、過怠破産罪(破産法三七五条)において、債務者が、第三者に命じて商業帳簿を隠匿させた、あるいはそこに不実の記載をさせた、といった場合があげられるだろう。

この見解は、構成要件該当「行為」に対する「支配」が、正犯性のメルクマールであるという前提に立った上で、身分犯においても、構成要件該当「行為」が広く規定されている場合には、身分者はたとえ背後にいても結局現実にそのような「行為」を自ら実行したことになるから、そうした場合に限って身分者に(単独)正犯としての「支配」が存在する、しかし、そうでない場合には、身分者はそのような行為に対する「支配」を欠く以上正犯とは認められない、とするものといえよう。

## (2) 検討

しかし、この見解に対しては、まず、実質論として、行為態様が限定されている身分犯の場合に、身分者・非身分者ともに不可罰となるという結論がいかにも不当である、という批判が妥当するだろう。ロクシンが適切に指摘するように、「この見解に従うと、(こうした場合に)身分者はどんな場合でも、構成要件該当行為の遂行に非身分

者を用いさえすれば、不可罰となってしまう。しかし、それは刑事政策的に全く耐え難い、立法者の意思にも明らかに反するような結論である！」<sup>(51)</sup>といわざるをえないように思われる。

また、この見解には理論的な観点からも疑問がある。この見解は構成要件該当行為が限定されていない背任罪のような場合には、いかなる関与でも背後者は正犯となるとする。しかし、そうした場合であっても、信任関係に裏打ちされた財産の侵害という不法内容を基礎づける構成要件の結果は、やはり非身分者の行為を通じて生じさせられているのである。<sup>(52)</sup> そうだとすれば、こうした犯罪と行為態様が限定されている破産犯罪等の間に質的な差はなく、両者の正犯性判断に差を設ける規範的根拠は乏しいように思われるのである。より一般化して言えば、正犯性が構成要件該当性の問題であり、構成要件該当性は行為のみならず結果をもその要素としている以上、いわゆる「実行行為」を自らの手で行ったとしても、そのことのみをもって既遂結果との関係での正犯性を基礎づけることは当然にはできず、結果との間に介入した主体の規範的属性についての検討がなお必要であると解すべきである。<sup>(53)</sup> そうだとすれば、行為態様が一見限定されているように見えるかどうかによって、正犯性の判断基準を変えるべきではないのである。

逆に、前述した過怠破産罪においても、「商業帳簿の隠匿」という行為は、文理解釈としては、商業帳簿が隠されてしまったことと相当因果関係ある一切の行為、と解釈することも十分に可能なのであり、その意味では背任の場合と質的な差異はないはずである。そうだとすれば、背任罪において拡張的な構成要件解釈を行うのであれば、ここでもそれを排除する理由は全くなくなってしまう。<sup>(54)</sup> いずれにせよ、この見解のように、構成要件に規定されている行為の語感が与える印象の差によって、処罰範囲を著しく変更するのは、実際上も妥当でなく、また、理論的な根拠も欠けているように思われる。

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

#### 4 ロクシン説の批判的検討

##### (一) 総説

以上のように、現在のドイツの学説がロクシンの見解に対して向けている批判は必ずしも適切なものではなかった。以上の点をふまえ、以下では、このような義務犯論の理論的根拠について、さらなる検討を加えてゆきたい。行為媒介者の構成要件の結果への自律的決定を介して結果が発生している(あるいは、行為媒介者が独立の行為支配者であり背後者の支配性を排除する)ように見えるにも関わらず、通常の犯罪の場合とは異なり、背後者が間接正犯とされることの理論的根拠はいつい何なのだろうか。そして、この点についてのロクシンの根拠付けは、果たして成功しているのだろうか。こうした点については、ロクシンも前述した実質論に加えてさらなる体系的根拠付けを行っている。また、近時ヤコブスやシューネマンらによる新たな説明が見られる。以下では、こうした試みに検討を加えてゆくこととしよう。

##### (二) 身分犯・義務犯の処罰根拠を服従義務違反に求めることによる根拠づけ

##### (1) 内容

この点、前述したように、身分犯の処罰根拠それ自体を身分者に課せられた一身的な服従義務の違反につきると考えるのであれば、義務犯において義務者が常に正犯となることの説明は一応可能である。そのような義務は一身的なものであるが故に、違反したか否かの判断に当たっては他の関与者を考慮する必要はない、従って結果との間になかなる主体が関与したかに関わらず義務者は正犯となる、というわけである。

##### (2) 批判

しかし、そのような見解に対しては、すでに平野博士<sup>(55)</sup>や西田教授<sup>(56)</sup>が適切に指摘されておられるように、刑法の任務が法益の保護にある以上、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る、とい

う根本的な批判が妥当するだろう。

また、このような立場に立つと、因果共犯論ないし惹起説による限り、身分犯における非身分者の共犯の成立可能性を合理的に説明できなくなってしまうという問題もある。つまり、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、共犯成立のためにもそのような義務違反が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ない、ということになる。しかし、それはわが国の六五条一項の明文に正面から抵触し、現行法の解釈論としては採用できない見解であるといわざるを得ない。<sup>(57)</sup>

### (3) 松宮教授の反論とその検討

こうした批判を意識されて、近時、松宮教授は、身分犯の本質を（完全に法益侵害性との関連性を断ち切られるわけではないが基本的には）義務違反性に求められた上で、因果共犯論ないし惹起説からは、非身分者は、本来身分犯の共犯にもなれないはずであるが、法益の一層の保護のために、身分者の義務侵害を誘発・促進することを処罰するという特別な政策的考慮から、（狭義の）共犯として処罰されると説明される。<sup>(58)</sup> この見解は二通りの理解が可能である。

第一の理解は、通常の犯罪における共犯の処罰根拠としては、因果共犯論ないし惹起説が妥当するが、身分犯の場合には、それと全く異なる、不法共犯説的な共犯の処罰根拠論を妥当させるという主張と理解することである。しかし、このように考えるのはあまりに便宜的であり、一貫性を欠く。また、身分犯においては、共犯の処罰根拠と関連する他の論点について、松宮教授が通常の犯罪においては不当であるとされている結論が導かれてしまうことになる。例えば、松宮教授は、通常の犯罪においては未遂の教唆を不可罰とされる。しかし、身分犯では不法共犯論が妥当するというのであれば、身分犯に対する未遂の教唆は可罰的ということになってしまう（具体的には、

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

ある大株主が気に入らない取締役を陥れるために、自ら差止請求(商法二七二条)を行って、会社の損害は阻止するつもりで、監査役に背任行為を唆した場合、彼は背任未遂教唆として処罰されることになる。また、松宮教授は、構成的身分犯に関与した非身分者の刑の減軽を主張されるが、もしこのように考えるのであれば、非身分者であっても、不法共犯的な処罰根拠は完全に満たされているのだから、減軽の必要もないということにならないだろうか。

第二の理解の仕方は、通常の犯罪においても、共犯の処罰根拠には正犯の不法の誘発・促進という側面と自らにとって違法な結果の(間接的)惹起という側面があるが、身分犯においては後者が欠ける、という主張と理解することである。平山氏が、「非身分者は、自身で、「特別な義務(ポジティブな義務)」を担うわけではないが、「特別な義務」の保持者が「ポジティブな制度」の侵害に至るプロセスを組織化行為によって分業した場合には、その範囲で部分的に負責される」とされるのも、ややわかりにくい表現であるがおそらく同趣旨であろう。

確かに、このように考えるのであれば、非身分者は自らが制度的義務を負っていない以上、構成要件の結果が自らにとって違法でなく、あくまで義務者の違法行為に加担しているにすぎないということになる。比喩的に言えば、共犯としての処罰根拠のいわば「半分」しか満たしていないことになり、そのような理由で刑が減軽される、という結論はそれなりの説得力を持つようにも思える。しかし、通常の犯罪における共犯処罰に関しては、処罰根拠が全て満たされてはじめて共犯として処罰することが可能なのである。「半分」満たされていれば減軽して処罰できるというものではない。もし、処罰根拠の「半分」が満たされていれば減軽して処罰できるという論理を認めてしまうと、通常の犯罪においても、正犯不法の誘発・促進さえあれば、いわば処罰根拠の「半分」は満たされているのだから、刑を減軽して処罰するという結論になりかねないように思われる。例えば、未遂の教唆でも、不可罰ではなく減軽処罰ということになり、また、自己の切腹の介錯を唆した者も、それが失敗すれば自殺関与罪(未遂)の共犯として減軽して処罰されることになってしまう。しかし、そのような結論は松宮教授の意図さ

れるところからかなり外れてしまうのではないだろうか。

このような批判に対し、平山氏は、おそらく「そのような場合には、共犯者は制度を攻撃することを意図している（未遂の教唆）か、あるいは自らが制度を攻撃できる資格を欠く（被害者）のだから、組織化に関与しているとは言えない」と反論されるのであろう。しかし、身分犯・義務犯の処罰根拠を、身分者・義務者に課せられた特別な義務違反に求めるということは、そもそもそのような構成要件においては、身分なき共犯者はおよそ立法者が意図した最終的な結果（＝義務違反）には到達できないということを認めることである。それ故、身分犯における非身分者の共犯成立の可能性をおよそ否定しない限り、共犯の処罰根拠は、義務者の義務違反「行為」に担うることと考えるを得ない。このことは、いかに「制度」「組織化」といった用語を用いようとも本質的には変わらない。そうだとすれば、最終的結果と関連する要素を欠けば共犯者を直ちに不可罰とするという結論は論理的に導き得ないと思われる。

このように、身分犯の処罰根拠を義務違反に求めながらも、共犯の処罰根拠にこのような修正を加えて、非身分者の共犯の成立可能性を根拠づけようという試みも、成功していないといわざるを得ない。そうである以上、身分犯の処罰根拠それ自体を身分者に課せられた義務違反に求めることにはやはり問題があるように思われる。身分犯の処罰根拠それ自体はやはり身分犯の構成要件において保護されている法益の侵害またはその危殆化の防止にあると考えるべきであろう。

そうすると、今度は、このように身分犯の処罰根拠を法益保護に求めることと、正犯原理として義務犯論を導入することとの関係、いかえれば義務犯論を刑法の目的との関係で理論的に根拠づけること、が不可欠となるはずである。以下ではこの点について検討を加えてゆくこととする。

### (三) 義務犯においては禁止の素材が支配の対象となりえないことを根拠とする見解

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

(1) 内 容

前述したように、ロクシンは、義務犯においてもその処罰根拠は法益の保護にあるとして、義務犯論には正犯原理としての意味のみを持たせていた。そして、介在事情への評価と無関係に、義務侵害の有無のみで正犯性が決まるということについて、前述した実質的根拠に加えて、以下のような理論的説明も行っている。

まず、彼は一般の犯罪(いわゆる支配犯)においては、行為支配を正犯性のメルクマールとし、その判断に際しては、行為媒介者の性質も精査する。彼はそのことの根拠を以下の点に求める。「刑罰法規は基本的に法益の保護を任務とする。そして、そうした法益はみな、人の行為を通じて侵害される。構成要件はそうした法益を侵害する行為経過を記述しているのである。そして、そのような事象における「中心人物」はだれか、と聞かれたら、それは、そうした経過を支配している者だという答えが当然のごとく返ってきてしかるべきである<sup>(62)</sup>。このことは、逆に言えば「立法者によって当罰的であるとされた態度がおよそ支配可能なものである場合に限って、行為支配の概念によって、犯罪の「中心人物」を記述することができる<sup>(63)</sup>」ということである。そして、処罰の対象となっている作用が物質的(殺人、傷害、器物損壊、放火、窃盗等)または心理的(強要、欺罔、脅迫等)な領域にある場合、それらは外界から影響を与えることによって支配可能である。しかし、精神的な存在の領域あるいは価値的評価の領域においては、このような外部的な支配の可能性は存在しない。そして義務犯における義務違反という要素はここに属する。例えば、強制や錯誤の利用等によって他人の義務違反を支配することはできない。そのような場合には義務違反それ自体が欠けてしまうからである。従って、義務犯においては、行為支配の原則はおよそ適用されない<sup>(64)</sup>ということになる。

彼の論拠を端的にまとめれば、義務犯においては禁止の対象となっていて当罰的態度が外部的に支配可能でないから、その支配可能性を前提とする行為支配の考え方はそもそも適用の前提を欠く、というものであるといえよ

う。しかし、ここで問題なのは、「支配の対象となりえない」、「義務違反それ自体が欠けてしまう」ということの具体的な意味である。

(2) 法益侵害(危険) 自体を欠くことを意味する場合

確かに、身分犯においては、身分者が強制されたり錯誤に陥ったりしていた場合、身分犯の不法内容が実現されていないことがあり得ることは否定できない。例えば、甲が公務員乙に対して、それが乙の職務の対価であることを秘して、丙が提供した金員を受け取るように唆した場合、甲は収賄罪の正犯はもちろん、故意なき者に対する共犯を仮に一般論としては肯定するとしても、収賄罪の教唆犯にもならないだろう。<sup>(6)</sup> この場合には、収賄罪の予定している法益侵害の危険(公務員の職務の公正及びそれに対する社会の信頼あるいは職務の不可買収性)が発生していないからである。このような場合を称して「義務違反が欠けてしまう」というのであれば、その結論自体は正当であろう。

しかし、このことを理由として、ロクシンのような義務犯における正犯概念の特殊性を根拠づけることには論理の飛躍があるといわざるを得ない。確かに、背後者による支配があることよって結果的に義務犯の不法内容が実現されない場合が存在することは否定できない。しかし、そのことと身分犯の不法内容が現に実現された場合に、そのような事象に関与した者の内、誰を正犯とすべきかという問題とは、別次元の問題のほずである。そして、身分犯において、身分者が(自由に行為する)非身分者を利用して構成要件的結果を生じさせた場合に身分者が正犯となるか、という問題は、身分犯の不法内容が実現されていることは前提とした上で、身分者が正犯となるか、という後者の問題であったはずである。そうだとすれば、前述したような理由付けによって、義務犯の正犯性の特殊性を根拠づけることはできないといわざるをえない。

(3) 法益侵害自体はあるが、構成要件上の主体の制限故に単独正犯の成立が否定される場合

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

さらに、「義務犯」とされている犯罪類型すべてにおいて、(2)で述べたような解釈が妥当するわけではない。例えば、看護婦が患者が公表に承諾していると偽って、医師に対して、彼が職務上知った患者の秘密を漏示させた場合<sup>(66)</sup>を考えてみる。通説のように、秘密漏示罪の不法内容を、個人の秘密の中で被害者の側からの開示が不可欠であるが故に特に要保護性の高いものを、そのような秘密を委ねられ、その侵害が容易な者が侵害することであると考える<sup>(67)</sup>のであれば、看護婦は、そのような不法内容を、医者を通じて実現しているのだから、少なくとも共犯としての当罰性はありと解すべきであろう。ロクシン自身も、義務犯においては、(通常の犯罪の場合と異なり、非義務者による故意なき義務者の利用が間接正犯となりえないから)故意なき者に対する共犯を認める必要がある、としているのである<sup>(68)</sup>。そうだとすると、このような場合においては、「義務違反が欠ける」ないし「支配の対象となりえない」というのは、単に、非身分者・非義務者が身分犯・義務犯の間接正犯とはなりえない、ということを意味するに過ぎないことになる。

このような場合、秘密の漏示という結果の惹起は疑いなく「支配可能」である。看護婦が間接正犯とならないのは、結果惹起過程を「支配」していないからではなく、単に——(単独)正犯性を行為者による基本的構成要件案現の問題につきると考える限りは——<sup>(69)</sup>構成要件上要求されている身分を欠くが故に、基本的構成要件該当性が満たされないからに過ぎない。そうだとすると、このような法益侵害結果が身分者の認識あるいは自由な行為の存在に依存していない「義務犯」においては、その構成要件の結果は、通常のいわゆる「支配犯」の場合と同様に支配可能であるということになる。従って、ロクシンの根拠付けはここにおいてはそもそも成り立たないといわざるをえないように思われる。

以上のように、ロクシンのいう、義務犯においては処罰の対象となっている当罰的態度が支配不可能である、という論拠は、結局の所、①法益侵害の存否の問題と、②非身分者は身分犯の基本的構成要件該当性を満たし得ない

という当然の命題とに帰着する。そうだとすると、これらのことをもって、身分犯・義務犯において特殊な正犯原理が妥当することの論拠とはできないように思われる。以上のようにロクシンによる理論的根拠付けは成功しているとは言い難い。

この二つの異なる次元の問題を一体として論じて、義務犯の特殊性の論拠とする手法は、他の義務犯論者においても見られる所である。例えば、最近、わが国において身分犯の義務犯性を強調され、そのことから非身分者の共同正犯の成立可能性を否定され、さらに教唆・帮助の場合でも非身分者の必要的減輕を主張される松宮教授の見解<sup>(71)</sup>にも、①の議論と②の議論の混同が見られるように思われる。まず、②の議論から、①の結論を論理必然であるかのように導いておられることがある。松宮教授は、私人が故意なき公務員を利用して公文書の無形偽造を行わせた場合、私人に公文書無形偽造の間接正犯は成立しない、とされる。そこでは「公務員でないものに「公務員が」と書いてある規定を適用することはできない<sup>(72)</sup>」ということが理由とされている。その結論自体には私も賛成である。しかし、これは②の議論であり、非身分者は身分犯の間接正犯とはならないということを意味するにすぎない。それ故、この段階では、私人に共犯が成立するかどうかについてはまだオープンなのである。特に、松宮教授自身も採用される、故意なき者に対する共犯肯定説<sup>(73)</sup>からは、このような場合に、私人には公文書無形偽造の共犯が成立するという結論も、論理的には十分採用可能なはずである。しかし、松宮教授は右の論拠からただちに、同罪が「公務員の真実義務で担保できる限りでの公文書の内容の正確性」を保護している義務犯である、という結論を導かれ、その結果、身分者の真実義務の違反がない場合には、非身分者を（一五七条の場合を除き）不可罰とされるのである。しかし、以上のように、そこには論理の飛躍があるといわざるを得ない<sup>(74)</sup>。

逆に、①の議論から、当然に②の結論が導かれるとされている記述もある。松宮教授は、情を知らない公務員を利用して収賄（約束・收受）罪の間接正犯は認められない、とされる<sup>(75)</sup>。その結論は前述したように正当である。し

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

かし、これは、構成要件的结果自体が生じていないというだけのことである(①)。それ故、結果が生じた場合に、非身分者が身分犯の(ことに共同)正犯として処罰されるべきか否か(②)の問題とは関係がないのである。そうだとすれば、この点を根拠に正犯性の問題を論じることができないはずである。

以上のように、ロクシン・松宮教授の議論は、結果の存否の問題と、結果が生じた場合の正犯性の問題とを同じ問題として議論されている点に疑問があり、その理由付けは成功しているとは言いがたいように思われる。

ロクシン説のこのような問題点を意識してか、ドイツの義務犯論は、二つの方向に分化する。一つの方向は、支配犯・義務犯の二元的構成を正面から承認した上で、義務犯の特殊性を積極的に論証しようとするものである。こうした方向性を代表する論者として、ヤコブスらがいる。もう一つの方向は、義務犯といわれている類型を支配犯と統一的な原理に服させようとするものである。その主唱者としてはシューネマンがあげられる。後述するように、これらの学説にはいづれも完全には賛成できないが、そこにはわが国の解釈論を考えるに当たっても興味深い問題提起も含まれている。そこで、以下ではこうした見解について検討を加えてゆくこととする。

#### (四) 社会制度に基づく義務の特殊性を根拠とする見解

##### (1) 内 容

ロクシンの義務犯論の基本的構想を受けて、独自の体系から、そこにより積極的な根拠付けを与えるのが、ヤコブスである<sup>(16)</sup>。彼は以下のように論じて、義務犯においては、支配犯の場合とは異なり、義務者はいかなる態様で事象に関与しようとも常に正犯である、ということを中心とする。

まず、彼は、作為であると不作為であるとを問わず、行為者が刑法上の責任を負うのは、結果がその者の権能の範囲内に存し、それ故に責任を負う場合、言いかえれば行為者に結果についての「管轄 (Zuständigkeit)」がある場合である、という前提から出発する。通常の場合には、このような管轄は、行為者が被害者との関係で、「他人に

対して害悪を加える事なかれ」という義務に違反して、被害法益の状態を不良に変更した、言いかえれば自己の支配領域を他人の支配領域へと不法に拡大したことに基づいて生じる（組織化に基づく管轄）。このことは、通常の犯罪を作為で犯す場合や、先行行為、危険源監督義務違反の場合の不作為犯の場合に妥当する。

これに対して、行為者が、そうした消極的な義務にとどまらず、法益との間に存する特別な制度上の地位に基づいて、特定の法益の存立を全面的あるいは一定の性質の危険から保護し、維持する、積極的な義務を負う場合がある。例えば、親子関係に基づいて親が負う子の生命・身体の安全を保護する義務や、公務員が負う公法上の義務などがこれに当たる（制度に基づく管轄）。そして、このような場合には、行為者は地位それ自体に基づいて義務を負っているのであり、法益との関係は、他人の存在を介しておらず、常に直接的である。それ故に、彼は、他人により法益が侵害されるのを放置したとしても、少なくとも不作為による正犯にはなり、また軽微な作為による関与であっても、その地位故に、常に正犯として処罰されるのである。<sup>(77)</sup>

## (2) 検 討

彼の議論には、三つのポイントがある。まず、第一に①支配犯とは異なる、義務犯というカテゴリーを認めることの実質的な根拠付けを、社会制度上の特別な積極的義務という観点から行っている点、第二に②そのような義務を負う者が、常に正犯となるという結論を、義務者と結果との関係が常に直接的であることから説明している点、そして第三に③そのような直接性を論証する際に、不作為犯との対比が重視されている点である。

この②、③の点には極めて重要な指摘が含まれている。まず②については、別稿でも述べたように、<sup>(78)</sup>物理的な事象としては、一見すると、身分者が非身分者を介して結果を生じさせたように見えても、実は構成要件の結果は身分者の下で発生しており、事実関係を構成要件の評価というフィルターを通してみると、非身分者が身分者に関与していると評価される場合は、確かに存在する。ヤコブスがあげている例<sup>(79)</sup>を借りれば、例えば、公務員が、その職

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

務上作成すべき自己名義の文書を非公務員に依頼して作成させた場合、名義人の意思には基づくが内容が虚偽な公文書が成立するという構成要件の結果は、無形偽造の主体である作成者、つまり——偽造罪における現在の通説である作成者に関する観念説を前提とすれば——当該公務員の下で発生しているから、彼と結果との関係が直接的であり、従って、正犯として処罰されるというべきであろう。<sup>(81)</sup> また、例えば、賄賂約束罪において、公務員がメッセンジャーを使つて贈賄者との約束を取り付けた場合、「約束」という結果は、公務員と贈賄者との間で締結されたのであり、公務員と結果との結びつきが直接的だといえるように思われる。<sup>(82)(83)</sup>

しかし、このような議論の射程は、實際上、構成的身分犯(の一部)に限られるであろう。なぜなら、加減的身分犯においては、基本犯が——その定義上——それ自体として処罰されているのであり、そのことは(非身分者が実行している)基本犯自体に固有の法益侵害性があるということを意味している。そうだとすれば、少なくともその部分の結果を直接生じさせたのは、実際に手を下した非身分者であるといわざるを得ない。それ故、身分者に「単独」正犯としての完全な構成要件該当性を肯定することはできないのである。例えば、警察官が、逮捕の際に非公務員を唆して被疑者に(必要な限度を超えて)暴行を加えさせた場合、被疑者の身体に対する侵害は(後述する不作為の問題はあるが、それが認められないときは)、直接には非公務員によって引き起こされていると考えざるを得ないであろう。

③については、確かに、ある行為者の作為後に更なる不作為が介入することにより、構成要件該当性、正犯性の判断が異なってくることはあり得る。例えば、甲が乙の子丙を殺そうとして、重傷を負わせたが、甲の行為が終了し、甲が立ち去った後、なお救助可能性があった乙が救助を怠り死亡させたという場合に、乙に丙を救助する作為義務<sup>(84)</sup>があれば、乙の行為が結果に直近の問責行為であり、乙の行為を不作為正犯と考える余地はある。<sup>(85)</sup> そうであるならば、乙がさらに甲の行為以前に甲にナイフを手渡していたとしても、前の例よりも有利に扱われる合理的理由

はないから、乙を殺人正犯とすることができらるだろう。この点については、不作為犯の正犯概念も絡むので、本格的な検討は別稿に譲らざるを得ないが、いずれにせよ「結果との直接の結びつき」という観点は、ヤコブスのように支配犯と義務犯を峻別するという前提に立たず、両者を統一的に理解したとしても、以上に述べた②、③の限度では十分に活かし得るように思われるのである。

しかし、彼が「結果との結びつきが直接的」というのは、このような場合にとどまらない。彼は、②の議論によつて対処できないはずの) 加減的身分犯が義務犯である場合を認めているし、また、構成的身分犯についても、例えば、財産管理人甲が他人乙に対して、被管理者の財産を盗むように唆した、あるいは盗むのを見ていたが放置した<sup>(86)</sup>、といった場合にも、甲と被害者との関係は「直接的」であるとして、甲を背任正犯とするのである<sup>(87)</sup>。もちろん、背任罪の財産上の損害は経済的観点から評価するというのが、わが国の判例<sup>(88)</sup>であるから、意図された終局的な事実は他人を通じて実現した場合であっても、身分者の行為の時点ですでに財産上の損害が発生していたといえる場合はある。また、前述した不作為犯の議論を応用し、身分者に窃取された後にも財産を回復する義務があるとすれば、やはり「直接」という余地はあるかもしれない<sup>(89)</sup>。しかし、ヤコブス自身は、そのような限定を特に付さずに、身分者・義務者は常に正犯であるとするのである。では、それは一体どのような理由に基づくのだろうか。

彼の理論は、二通りの理解が可能である。一つは、彼は、(あ) 結果との関係で不作為犯の構成が不可能な場合であっても、義務の存在が当然に法益との「直接性」を根拠づけると構成していると理解することである。もう一つは、彼は、(い) ③で述べた、他人の行為後の不作為による関与が認められる限度で、行為者と結果との結びつきの直接性が認められるのだ、という前提に立った上で、不作為犯における作為義務は社会制度上の義務それ自体によつて当然に根拠づけられると構成している、と理解することである<sup>(90)(91)</sup>。

しかし、いずれの構成にも問題があるように思われる。まず、(あ) の構成は、そのような特殊ルールを認める

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

積極的な理論的根拠、つまり、構成要件というフィルターにかけてみても、それでもなお結果との間に自律的に決定する主体が介入しているにもかかわらず、なぜ「直接」といえるか、という点についての理論的根拠が問題となる。この点、ヤコプスの弟子レッシュは、以下のように述べている、「内部者(義務者)の義務侵害(予期への違背)は、内部者が、単なる法益の消極的存続への要求を越えた、より積極的な、最高度に一身的な地位によって定義づけられるところの委託された法益との関係を否認する点、さらには、そのような関係を積極的に作り出さない点に求められる、従って義務侵害を通じて引き起こされたすべての事象は、内部者に(故意の及ぶ範囲で)直接帰属される」(一) (内原文)<sup>(92)</sup>、と。つまり、内部者はその地位故に一身的な義務を当然に負うのであり、それに違反した以上、その違反から生じたことはすべて一身的なものとして帰属される、というのである。しかし、この論拠は、結局前述した身分犯の処罰根拠を身分者に課せられた一身の服従義務の違反ととらえる見解の単なる言い換えに帰着するよう思われる。法益保護を目的とする刑法において、法益に対して侵害を加えないということ并要求する一身的な義務が、不作為犯の一般理論の観点からは作為義務が根拠づけられない場合であるにもかかわらず、なぜ身分者に課せられるのか、また、そのような義務の違反がある場合には、なぜ本来の処罰根拠であるべき法益侵害(あるいは危険)結果との関係を無視して正犯性を判断してよいのか、これらの点についての説得力ある説明は、結局なされていないのである。

他方、(い)の構成は、「直接性」の判断において、構成要件上重要な要素である結果との関係をなお考慮するという点では妥当であるが、その前提とする不作為犯論に疑問がある。つまり、不作為犯における作為義務論において、いわゆる形式的法義務説を採るのであればともかく、そうではなくて、ある者に刑法上の法益保護の観点から結果との関係で特に作為が要請される特殊な状況が存在して始めて不作為犯の保証人的地位が基礎づけられるという近時の通説的立場<sup>(93)</sup>に立つ限り、行為者が一定の社会生活上の地位に基づく義務を負っているということのみか

ら、不作為犯における保証人的地位を導くことは当然にはできないのである。<sup>(94)</sup>

以上のように、ヤコブス等の見解は、結果との直接性を判断する際に、単に物理的な現象のみに着目すべきではなく、当該構成要件的結果が何かという規範的観点が必要となるとする点、および、身分者に不作為犯が成立する場合には、正犯性に関しては、その不作為の点も考慮に入れるべきであるとする点においては、貴重な指摘を含むものであるが、そのような要件が満たされない場合であっても、背後者をなお正犯とする点については、その理論的根拠に疑問があり、賛成できないといわざるを得ない。

そこで、以上のような問題を踏まえ、(い)の構成を、さらに洗練させてゆこうとする見解が登場する。つまり、近時の、行為者と法益の関係を重視する不作為犯論をふまえた上で、身分者の正犯性を不作為による正犯の観点から根拠づけようとする試みである。以下では、そうした立場を代表するシューネマンの見解について検討を加えてゆくこととする。

#### (五) 「支配」による不作為犯の根拠付けとその身分犯への移行

##### (1) 内 容

シューネマンは、不真正不作為犯において、行為者に保証人的地位が認められるのは、行為者が「結果の基盤を支配している場合」であるという前提に立った上で、さらにそれを「本質的な結果原因に対する支配」(危険物の管理義務等がここに含まれる)と、「被害者(法益)が容易に侵害されそうな弱い状況にあること」(Anfälligkeit、以下「脆弱さ」と訳す)への支配(親の未成年の子の生命に対する保護義務等がここに含まれる)とに二分する。<sup>(95)</sup>そして、多くの身分犯においては、身分者に、被害者の脆弱さへの支配が認められるとする。そのような場合には、直接の結果実現行為は他人によって行われていても、身分者に作為正犯の場合と同様の結果に対する「支配」が認められ、そのことによって正犯性が根拠づけられるというのである。例えば、背任罪においては、身分者に委託行為に

いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

よって承認された他人の財産に対する保護者としての地位と法益への近接性が認められ、そこに「他人への財産委託行為に基づく被害者の部分的脆弱さ」に対する支配(従来「保護の引き受け」とされてきた類型)の場合と同様の「支配」の構造が認められる。それ故、身分者にそうした地位に基づく作為義務の違反があれば、常に正犯となる。また、秘密漏示罪の場合も、その成立範囲は被害者がそのサービスを受けるためには、その者に秘密を告げざるを得ないような主体に対して秘密を委託した場合、つまり、身分者に当該法益に対する委託に基づく支配がある場合に限られている。従って、そのような主体の行為には、結果に対する「支配」があり正犯性が認められる、<sup>(97)</sup>のである。

## (2) 検討

このシュネマンの見解は、不作為犯の成立範囲を法益保護の観点から限定的に根拠づけ、その上で、身分犯の場合にも、身分がそうした不作為犯の成立要件と同様の観点から要求されることに着目して、その正犯性を根拠づけようとするものであり、かなりの説得力を持つ。その不作為犯の具体的成立範囲の当否については、本稿の課題を越えるので省略せざるを得ないが、確かに、彼のいうように、身分と保証人的地位とが現実<sup>(98)</sup>に一致し、それ故身分者に作為者の行為後にも更なる作為義務違反行為が存在する場合は想定できる。このような場合に不作為者に正犯が成立すると考えることは、不作為による関与は原則として正犯であるという見解に立つのであればもちろん、そうではなくて、通説のように、作為犯への不作為による加功はそれ自体としては原則として共犯にすぎない、とする立場からも、十分可能である。<sup>(98)</sup>

しかし、問題はその先である。身分者に、常に「結果への支配」を根拠づけるだけの事情が備わっているとは限らない。<sup>(99)</sup>特に、近時のわが国においては、(不真正)不作為犯の成立範囲を限定的に画する動きが有力であり、<sup>(100)</sup>そうした見解に従えば、このような構成がカバーする範囲はかなり狭くならざるを得ない。また、身分者が当初の共

犯的な作為の後に作為可能性を失った場合や、身分・保証人的地位を失った場合にも、このような構成によることは不可能である。<sup>(10)</sup>

シューネマン自身は、これらの場合の解決については明言していない。しかし、このような論理を一貫させれば、以上のような場合には、身分ある背後者は（私見からは非身分者による結果の射程を理解した自律的決定に基づく法益侵害行為の介入により、ドイツの通説からは背後者の行為支配の欠如により）単独正犯とはならず、他方、行為媒介者も、身分の欠如から、単独正犯としては処罰されないことになる。<sup>(11)</sup>

そうすると、こうした場合には両者ともに不可罰とすべきなのであろうか。確かに、ドイツにおいては教唆・幫助の成立には、正犯の構成要件に該当する違法な故意行為の存在が必要とされているから、正犯行為が存在しない場合には、教唆・幫助の成立もあり得ない。また、前述したように身分犯への非身分者の関与について定めた二八条一項の解釈として、非身分者が身分犯の共同正犯となり得ないということは、まず動かしがたい。従って、こうした場合に両者ともに不可罰とするという見解<sup>(12)</sup>が主張されるのも理解できないではない。しかし、それでは、前述したように、身分者は情を知った非身分者を利用しさえすれば処罰を免れることになってしまい、処罰の不当な間隙が生じてしまう。

これに対して、わが国には共犯の従属性についてドイツほど明確な規定はなく、六一条・六二条ともかなり多様な解釈の余地がありそうである。また、身分犯への非身分者の関与を定めた六五条一項から、文言上明示的に共同正犯が排除されているわけでもない。そこで、わが国独自の議論として、こうした場合に背後の身分者を教唆犯<sup>(13)</sup>、行為媒介者たる非身分者を幫助犯とする見解、及び両者を共同正犯とする見解が、いずれも有力に主張されている。そこで、続いて、これらの見解について検討を加えてゆくこととしよう。



- (11) 齋藤・総論二九〇頁、vgl. Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 253.
- (12) わが国では、例えば、植田重正「共犯の基本問題」(一九五二年・三和書房)一六頁、中義勝「間接正犯」(一九六三年・有斐閣)一六三頁、西原春夫「間接正犯の理論」(一九六二年・成文堂)二二〇頁、同「総論三二二頁、内田・総論二七六頁、齋藤・総論二九〇頁、大越・総論一七四頁。ドイツはこの点を手厳しく批判し、従来の通説をその座から追い落としたのは、Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, S. 352ff (初版は、一九六三年)。以下、Roxin, TuTと略称する)である。ロクシン自身も、結論的には従来の通説と同様、身分者による非身分者の利用を間接正犯とするが、その理論的根拠及び具体的帰結(例えば、複数の身分者の関与の場合の背後者の正犯性)は異なっている。彼の見解については後に詳細な検討を加える。古くから、こうした場合の背後者を間接正犯とすることに懐疑的だったのは、z.B. Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld, Bd II, 1907, S. 625; Wachenfeld, LB, S. 197; Eugen Fliegenheimer, Das Problem des "lolosen Werkzeugs" 1913, S. 46; Hermann Bruns, Kritik der Lehre von Tatbestand, 1932, S. 62; これらの見解の内、ハール・ブルンスは、背後者を教唆犯と、ウマツハンフェルト、フレーゲンハイマーは不可罰とする。これらの見解の当否についても後述する。
- (13) 島田・前掲論文注(1)注(96)に掲げた文献の他、z.B. Eduard Kohrausch/Richard Lange, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, Vor § 47 I B1.
- (14) 島田・前掲論文注(1)注(99)に掲げた文献参照。ただし、同所引用文献中、リストは、目的犯の場合とは異なり、身分犯については、こうした理由付けを用いず、行為媒介者が責任無能力等でない限り、身分者、非身分者とも不可罰となるとしていた時期もあった(Liszt, LB, 21u. 22. Aufl., 1919, S. 210)。しかし、拡張的正犯論者となったシュミットが関与した後のLiszt/Schmidt, LB, 26. Aufl., 1932, S. 332においては、行為媒介者の犯罪成立要件の欠如を理由とした間接正犯説に改説している。
- (15) 詳しくは、島田・前掲論文注(1)一〇二頁以下。
- (16) Johannes Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903, S. 7ff. 彼の規範の名宛人制限論には、師ベンディングからの強い影響が見られる。Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd1, 2. Aufl., 1890, S. 127.
- (17) Nagler, aa.O. (Anm. 16), SS. 69-70.
- (18) 木村竜二(阿部純二増補)『刑法総論』(一九八二年・有斐閣)一五六頁(ただし、木村博士は、共犯独立性説の立場から、間接正犯概念には否定的である)。木村説を支持するのは、例えば、大野平吉「共犯と身分」日本刑法学会編『刑法講座四卷』(一九六三年・有斐閣)一六七頁、阿部純二「判批」警研三七卷一―一三頁(一九六六年)、最近でも、例えば、小田直樹「事後強盗罪の共犯関係」刑法三八卷一―九八頁以下(一九九八年)。
- (19) 大塚・研究二一八頁。
- (20) 基本的に同旨と思われる見解として、例えば、団藤・総論一五九頁、四二〇頁。
- (21) これに対して、川端教授は、真正身分犯を義務犯とされながらも(川端・総論五七五頁、同「新・判例コンメンタール刑法三」(一九九六年・三省堂)三五五頁)、身分犯において、非身分者にも身分犯の共同正犯が成立し得るとされる(同・総論五七六頁)。非身分者の共同正犯の

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

- 成立可能性を肯定される結論には私も賛成である。ただ、これは、従来の義務犯説とは異なる内容の見解であるので、ここでは、もっぱら従来の義務犯説を念頭に置いて検討を加えることとする(共同正犯の問題については、次号において詳論する)。
- (22) Weizel, LB, S. 104. もともと、彼や後述するガラスらにおいても、身分者の義務違反性が正犯性を基礎づけるという発想がみられる部分もある。 Vgl. ders., LB, S. 100.
- (23) Gallas a.a.O. (Anm. 1), S. 102; Jescheck/Weigend, AT, S. 670.
- (24) 西田・身分一九三頁以下参照。
- (25) ZB, Roxin, TuT, S. 253ff.; Rolf-Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 32.
- (26) ZB, SK, 5. Aufl., (Samson) § 25 Rn 109; Jakobs, AT, S. 650.
- (27) Vgl. Roxin, TuT, S. 257.
- (28) Gallas a.a.O. (Anm. 1), S. 102.
- (29) この条文は、(完全に現在と同じ位置、文言となったのは一九七五年のことであるが、実質的には)一九六八年改正によって導入された。しかし、それ以前は、ドイツにはわが国の六五条一項に相当する条文はなく、非身分者が身分犯の共犯となることは、共犯の従属性の観点から根拠づけられていた。それ故、その当時においても、非身分者は従属性の妥当しない共同正犯にはなり得ないと考えられていたのである。詳しくは、西田・身分一七頁以下。
- (30) 西原・総論三五八頁、西田・身分一九〇頁、同「間接正犯論の周辺」Law School 三八号三五—三六頁(一九八二年)、前田・総論四〇七頁、林・総論四二二頁、山口厚『刑法総論』(二〇〇一年・有斐閣)六九頁。
- (31) ロクシンの義務犯論の詳細な紹介・検討として、中義勝「いわゆる義務犯の正犯性」『佐伯千仞先生還暦祝賀論文集(上)』(一九六八年・有斐閣)四六三頁以下がある。さらに、平山幹子「義務犯」について(一)―(二・完)立命館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)も参照。
- (32) Roxin, TuT, S. 352
- (33) そのことから逆に、条文上主体が一定の者に限定されていても、それが特別な義務を負うが故ではなく、単なる非類型的な事態の排除という観点からの限定に過ぎない場合には、義務犯ではないということになる。いかなる場合がこうした非義務犯型身分犯に当たるかについては争いがあるが、例えば(一九九四年改正によって削除されたが)、男性のみを対象としていた同性愛行為はこれに当たるとされていた(Vgl. Schönke/Schröder, 25. Aufl., (Cramer) § 25 Rn 5なお、同罪は自手犯でもあるというのが有力な見解であった)。
- (34) 以上はRoxin, TuT, S. 352-355の要約である。
- (35) 前述したように、ヴェルツェルは、身分犯においては一般的な正犯性の要素である行為支配に加えて特殊な正犯性の要素が必要である、としてこうした見解を取っていた。しかし、行為媒介者に身分がなく、背後者に身分があれば、そのことだけで、前述した社会的行為支配が根拠づけられる、としたのである。 Vgl. Weizel, LB, S. 104.

- (36) もともと、義務犯が同時に自手犯であるような場合(ロクシンはこの例として偽証罪をあげる)には、まさに自手実行がなければ正犯性は満たされなかつた。Roxin, TuT, S. 393f.; Jakobs, AT, S. 656.
- (37) 以上はRoxin, TuT, S. 355-360の要約である。
- (38) Roxin, TuT, S. 459. なお、ロクシンは、かつて過失犯は全て義務犯であることについては、(ders., TuT, 2. Aufl., S. 527ff.)、現在では、故意犯の基礎にもあるすべての国民が遵守すべき結果回避義務違反が不法を構成している場合には義務犯ではなく、かつて過失犯一般を義務犯とすることは批判的である(TuT, S. 697; Vgl. ferner, ders., Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 241ff.)。
- (39) 非身分者に公務員傷害の補助を成立させるのは、ロクシンが加減的身分犯に非身分者が加功した場合においても非身分者に加減的身分犯の成立を認め法定刑のみを基本犯のそれにとりおけるといふ解釈を採用しているためである。Vgl. LK (Roxin) § 28 Rn 4.
- (40) その意味では身分者(義務者)の内部においては統一的な正犯概念が妥当するともいえる。Vgl. Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 27.
- (41) Z.B. Blei, AT, S. 255; Heinz Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 70; Peter Cramer, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für Paul Bockelman, 1979, S. 395f.; Wessels, AT, S. 141; Stein, a.a.O. (Anm. II), S. 258; Schönke/Schröder (Cramer/Heine) Vor § 25 Rn 84. 後述するように、若干異なる議論ではあるが、Jakobs, AT, S. 655ff.; Javier Sanchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999.
- (42) BGHSt 38, 325. 市長が、議会の勧告を受けながらも、市民が不法な排水を行っているのを知りつつ長期間に渡って阻止しなかった、という事案で、市長に作為義務違反があることだけを指摘して、正犯意思や行為支配といった概念に言及せず、端的に三二六条の「環境に危険な廃棄物投棄罪」の不作為正犯を認めた判例。ロクシンはこれを自説を採用した判例と理解している(Claus Roxin, Anmerkung zu BGHSt 40 218, JZ 1995, S. 51)。ロクシンはさらにBGHSt 9, 203(会社役員の本任罪)についても、義務犯論によって始めてその趣旨を正しく理解できるといふ( TuT, S. 357)。しかし、ランガーが正当にも指摘するように、この判決は、身分犯においても正犯意思を問題とした上で、身分者には通常は正犯意思がある」としているだけなのだから、ロクシンの理解はやはり我田引水の感がある(Langer, a.a.O. (Anm. 7), S. 223)。
- (43) Langer, a.a.O. (Anm. 7), S. 224(正確には、二八条二項と同趣旨の旧五〇条二項に反すると思われる)わが国への批判を支持されるのは、大越義久「身分犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上』(一九九〇年・有斐閣)三九五頁。
- (44) Langer, a.a.O. (Anm. 7), S. 224.
- (45) Roxin, TuT, S. 696.
- (46) Vgl. Roxin, TuT, S. 696は「義務侵害は(およそ処罰する範囲の内部において)正犯性の基準を提供するだけで、処罰の根拠を提供するわけではない。義務犯の処罰根拠も、やはり法益侵害にあるのである。未遂を根拠づけるのは、義務犯の場合でも他の犯罪の場合と同じように、構成要件化された法益侵害へまさに直接取りかかろうとするところなのである」とする。もともとders., Der Anfang des beendeten Ver-

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

- suchs, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 229) は構成要件の種類によっては、背後者の行為時に未遂の成立を認める。また、彼の間接正犯の実行の着手に関する一般論であるいわゆる「手放し説」からは、一般にかなり早期に実行の着手が肯定される傾向がないではない。しかし、これは義務犯であることによつて当然に着手時期が早まるという趣旨ではない。
- (47) Jakobs, AT, S. 656.
- (48) ZB, Stratenwerth, AT, 4. Aufl., S. 307f.; René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 241f.; Maurach/Gressel, AT, S. 249; Wilfried Borke, Täterschaft als Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 115; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1997, S. 283; Renzikowski, a.O. (Anm. 40), S. 28.
- (49) なお、わが国の判例においては、強制執行妨害罪は非身分犯であるとされている(大判昭一八・五・二刑集二二卷一三〇頁)。明文で主体が限定されていないことを理由とするのであろう。もつとも、条文中「強制執行を免れさせる目的」ではなく、「免れる目的」と規定されていることに着目し、そのような心理状態を持ち得るのは債務者だけであるという理由で身分犯とする説も有力である(例えば、西田・身分一九四頁)。
- (50) Herzberg, a.O. (Anm. 25), S. 31の設例である。
- (51) Roxin, TuT, S. 701, わが国でも、平山・前掲論文(二・定)(注)二〇五二頁。
- (52) SK (Hoyer) § 25 Rn 22.
- (53) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年・東京大学出版会) 六一頁。
- (54) 島田・前掲書注(53) 一〇二頁。
- (55) 平野・総論II三五五頁。
- (56) 西田典之「共犯と身分」中山研一他編『現代刑法講座三卷』(一九八二年・成文堂) 二七三頁。内田文昭教授もこの点を強調される。内田文昭『刑法における過失共働の理論』(一九七三年・有斐閣) 四七頁。
- (57) 現に「このような立場に立つシュミットホイザーは、かつて非身分者は身分犯の共犯としてすら処罰されない」としていた(Schmidhäuser, AT, 1. Aufl., 1970, S. 438)。しかし、その結論は、ドイツ刑法二八条一項の明文に正面から反するため、彼もその可罰性を認めざるをえなげなところである(Ders., AT, 2. Aufl., 1975, S. 546)。しかし、依然として「このような規定は一般の共犯理論からは説明できないものがある」としており立法論としては批判的である(同旨の見解をLanger, a.O. (Anm. 7), S. 468; Maria-Katharina Meyer, Tatbegriff und Teilnehmersdelikt, GA 1979, S. 260)。こうした見解に対する詳細かつ説得的な批判として、西田・身分一三九頁。
- (58) 松宮孝明「身分の連帯作用について」刑法三八卷一四頁(一九九八年)(以下、松宮・連帯、として引用する)。
- (59) 松宮・連帯八六頁。
- (60) 松宮教授の他の箇所での主張も考え合わせると、こちらの理解の方が適切であろうか。松宮孝明「共犯の処罰根拠について」立命館二五六号(一九九七年)参照。

- (61) 平山・前掲論文(二・完)(注31)二〇八〇頁。
- (62) Roxin, TutT, S. 336.
- (63) Roxin, TutT, S. 337.
- (64) Roxin, TutT, S. 337.
- (65) 町田行男「自手犯(一)」警研五九卷四号四四頁(一九八八年)、斎藤信治「正犯と共犯」阿部純二他編『刑法基本講座四卷』(一九九二年・法学書院)六九頁等参照。実はこれは身分犯ないし義務犯に特有のことではない。町田氏もいわれるように、例えば、甲が乙、丙を失職させるつもりで、チョコレート数枚を賞品にするという約束で、そのチョコレート箱に多量の札束を入れて、両者に賭けゴルフを行わせた場合、賭博罪において必要な法益侵害(射幸心の助長による勤労観念の麻痺)は生じていないから、甲は不可罰と解すべきであろう(町田・前掲四三頁)。これに対して、故意なき者に対する共犯の成立を認めると、本文中の事例にまで共犯が成立してしまう、として、故意なき者に対する共犯を肯定する見解を批判する論者として、Welzel, LB, S. 113; Galiss, a.O. (Ann. 1), S. 117; Maurach/Gessle, AT, S. 269; 井田良「故意なき者に対して教唆犯は成立するか」『犯罪論の現在と目的行為論』(一九九五年・成文堂)一八二頁等がある。
- (66) 類似の事案で秘密漏示の教唆の成立を肯定したドイツの判例としてBGHSt 4, 355がある(さらに故意なき者に対する臍物罪幫助についての肯定判例としてBGHSt 5, 49)。この判決を契機に、ドイツにおいては故意なき者に対する共犯の成否について激しい議論が展開された。当時の特に重要な議論として、Hans Welzel, Anmerkung zu BGHSt 4, 355, JZ 1953, S. 763ff.; Herbert Trendle, Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, GA1956, S. 122ff.; Richard Lange, Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ1959, S. 560ff. の事案については、故意なき者に対する共犯を否定する代表的論者であるヴェルツェルも、医師の錯誤を違法性の錯誤と解釈すること、背後者の可罰性を肯定していることに注意しなければならない(Welzel, a.O., S. 763)。もっとも、その後、ドイツの判例は故意なき者に対する共犯を否定してしまっている(BGHSt 9, 370)。現在は明文で教唆犯・幫助犯の成立には正犯の故意行為が必要であると規定されている。この当時のドイツの議論を的確に分析された論文として、大越義久「非故意行為への教唆」『共犯論再考』(一九八九年・成文堂)一一九頁以下がある。
- (67) 例えば、佐伯仁志「名譽とブライヴアシーに対する罪」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)九六頁。
- (68) Roxin, TutT, S. 378; 406にHans-Joachim Rudolph, Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr, GA 1970, S. 353ff. は酩酊運転罪を例にとり、ロクシンの見解を詳細に敷衍する。もっとも、処罰範囲の明確性の確保等の外在的な理由により、故意なき者に対する共犯の可罰性を否定するべきかは別論である。
- (69) これに対して、間接正犯を、背後者の優越的地位に基づいて行為媒介者の行為を背後者に帰属させる特別なルールに基づく制度と考える立場からは、非身分者にも間接正犯が成立すると解釈する余地はある。このような見解については、島田・前掲書注(53)一一二五頁以下参照。
- (70) なお、この点について、松宮教授は、六五条二項との均衡という理由付けもなされている(中山研一他『レイヴィジョン刑法』(一九九七年・成文堂)一一二頁(以下、レイヴィジョンと略称する))。この均衡論については次号において後述する。
- (71) 松宮孝明「共犯の『従属性』について」立命館二四三・二四四号一五四頁以下(一九九六年)、同・連帯八三頁、同・レイヴィジョン一一

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

四頁参照)等。もっとも、松宮教授が、正犯性についてロクシンのように身分者が非身分者を通して結果を惹起した場合、常に身分者が正犯であると考えられるのかどうかは明らかでない。

(72) 松宮・レヴィジョン一三二頁。

(73) 松宮孝明「非故意行為に対する共犯」立命館二二二・二三二号一四七頁以下(一九九四年)。

(74) なお、一五七条は、日常的に起こりがちな私人による申し立て行為について、責任減少の観点から軽く処罰している(西田典之「公文書無形偽造の間接正犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集三卷』(一九九八年・成文堂)二七四頁参照)と考えれば、一五六条を義務犯と考えなくとも、同罪の法定刑が軽いことの説明は付く。

(75) 例えば、松宮・連帯八三頁。

(76) Jakobs, AT, S. 655ff.; ders. Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996; 同「支配犯及び義務犯における関与」法学五七巻三号四〇頁以下(一九九三年)。レッシェ、サンチェスも「ヤコプスの見解には全面的に賛成する。Heiko Hartmann Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 199; Sanchez, a.O. (Ann. 41), S. 29. わが国でも平山・前掲論文注(31)二〇八九頁が、「ドイツ刑法二三条のような不真正不作為犯に関する総則規定が存在しないわが国においては、「通常の犯罪が」「制度的管轄にもとづく義務」に違反した不作為によってなされた場合については、そもそも当該構成要件に該当することができるかどうかの問題とされねばならない」という留保をしつつも、基本的にヤコプスの見解を支持する。

(77) 例えば、親が、他人が自分の子を殺そうとしているのに対して、ナイフを渡し、他人がそれで子を殺した場合、親は殺人(故殺・謀殺)の作為による正犯であるとする(vgl. Jakobs, AT, S. 849. なお、平山・前掲論文(一)注(31)五〇六頁、五〇八頁も参照)。これに対し、ロクシンは、親の単なる不作為の場合には親を正犯とするが(ただし、ドイツ刑法二三条二項の不真正不作為犯一般についての任意的減輕規定を利用して、刑は幫助の限度にとどめる)、この場合には親は作為による幫助となるとしている(Roxin, TzT, S. 503)。理論的にはヤコプスの方がより徹底しているように思われる。平山氏は、この両者の差異を強調された上で、ヤコプス説が「関与が作為であれば共犯が成立するのに不作為であれば正犯が成立する」という矛盾を回避している、としてヤコプス説を高く評価される(平山・前掲論文(一)注(31)五〇七頁)。

(78) 島田・前掲書注(53)二二八頁。

(79) Jakobs, AT, S. 649; Lesch, a.O. (Ann. 76), S. 71.

(80) 観念説については、林幹人「有形偽造の考察」『現代の経済犯罪』(一九八九年・弘文堂)一〇三頁以下、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察」(四)法協一六巻六号九四八頁(一九九九年)等参照。なお、現在の判例・多数説は、基本的には観念説を採りつつも、文書の性質によって、名義人による「自署」がない限りは偽造であるとする(例えば、最決昭五六・四・八刑集三五巻三号五七頁参照)。そうした見解に従えば、本文中にあげた例においても、「自署性」が要求される文書であれば、作成者は私人ということになり、彼は公文書有形偽造の正犯、公務員はその共犯(場合によっては共同正犯)ということになる。もっとも、このような「自署性」概念の当否については本稿の課題を越えるので論じない。

(81) また、例えば、秘密漏示罪において、医師が、看護婦に対して、彼女が知らない患者の秘密の内容を告げて、それを第三者にも告げるように唆した場合にも、同罪は秘密を知らない一人に告知することも既遂になるとされている(大塚・各論一三〇頁、前田・各論一三〇頁等)から、看護婦に対する告知の時点で医師には秘密漏示罪の単独正犯が成立する。なお、看護婦がさらに秘密を他人に告知した場合、単独正犯としては不可罰であるが、後述するように医師との共謀が認められれば、六五条一項により共同正犯として処罰される。

(82) 賄賂收受罪に関しても、このような解釈が可能かどうかは一個の問題である。確かに、金品の收受は公務員が背後にいるからこそ「賄賂」としての意味を持つとは言い得る。しかし、そうだとすると、そのような意味を持った結果を直接自律的に実現しているのはあくまで非公務員ではないかとの疑問があるからである。もつとも、単に第三者が金品を受け取ったにすぎない場合は、第三者供賄罪で限定的に捕捉されているから、通常の收受罪が成立するのは、そのように単に第三者が結果を実現しただけではなく、最終的な利益が公務員に帰属する場合でなければならぬといえるかもしれない。そうだとすれば、公務員の下で「收受」結果が発生しているとも言える。この点は賄賂罪についての理解とも関わるので、更なる検討を要する(中森・各論三四一頁も参照)。

(83) なお、松宮・前掲論文注(71)一五六頁は、ロッキード事件一審判決(東京地判昭五八・一〇・一二判時一一〇三三頁)が、賄賂罪における公務員の正犯性を、收受結果が公務員の領域において発生しているか否かの解釈として扱っている、つまり非公務員の心理状態等を問わずに公務員を正犯とするという論理を採用している、と理解されておられる。しかし、同事件においては、行為媒介者である秘書に賄賂性の認識がなく、結果が秘書の下で発生していると考えても、総理大臣を正犯とできたのであるから、秘書に故意があった場合にまで、総理大臣が単独正犯とされるか否かについては、この判決は何も語っていないように思われる。松宮教授は、判決において間接正犯という文言が使われていないことも根拠とされているが、判例においては間接正犯と直接正犯の区別が必ずしも厳密に為されていないこともあるので(詳しくは、島田・前掲書注(53)一三頁以下)、この点は論拠とはならない。

(84) 以下では、法益保護・危険源の監督のために一定の作為を命じられている者を保証人と呼び、その者が具体的状況下において負う義務を作為義務と呼ぶ。

(85) 保証人が不作為により他人の作為による犯罪を阻止しなかったことそれ自体については、原則として補助しか認めない見解においても、本文にあげた場合のように、その後、保証人にさらに結果の回避が可能であった場合には、不作為正犯を肯定する見解が多い。わが国では、例えば、斎藤・総論二六七頁、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法三六卷一六二頁(一九九七年)、前田・総論四五三頁(ただし、作為正犯が致命傷を与え、被害者が危篤状態にある場合、不作為者が結果防止措置をとらなかつたとしても、正犯としては評価し得ないという留保がある。結果回避可能性を欠くからであろうか)、橋本正博「不作為犯と共犯」西田典之他編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇年・有斐閣)一一九頁(作為者と共同正犯とされる)。ドイツでは、z.B. Gerhard Kielwein, *Unterlassung und Teilnahme*, GA1959, S. 227; Wilhelm Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung*, JZ 1960, S. 687; Jan. C. Joerden, *Struktur des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, S. 111; Jeschek/Wegand, *AT*, S. 696. なお、不作為正犯の成立を肯定した場合の背後者(作為者)の罪責については、未遂か既遂かが問題となるが、本文のような事例であれば、既遂とすべきであろう(島田・前掲書注(53)三四九頁参照)。

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

れに対し、このような場合であっても、不作為者をなお幫助とする説として、例えば、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(一九九四年・成文堂 一八七頁、松宮・レヴィジョン九一頁)。

(86) なお、高松高判昭二七・九・二〇高判集五卷一十一号一八六四頁は、このような事案で背後者に背任罪の成立を認めている。

(87) ヤコブス・前掲論文注(76) 四五頁。Lesch, a.a.O. (Anm. 76), S. 302.

(88) 例えば、最決昭五八・五・二四刑集三七卷四号四三七頁。

(89) このような見解に立つのは、例えば、中・前掲論文注(31) 四七三頁、Schmidhäuser, AT, 14/51; SK, 5. Aufl., (Samson) § 25 Rn 109.

(90) 両者の具体的な結論の差は、他人の行為の終了後に、行為者が身分を失った場合(大判大二・五・二刑録一九輯六二六頁参照)や作為可能性がなくなった場合に生じる。(い)の構成からは、その点についての正犯としての罪責は問われないが、(あ)の構成からは正犯として処罰される。なお、ヤコブス自身はこうした場合の解決については明言はしていないが、(あ)の構成に親和的と思えないでもない記述もある(Jakobs, AT, S. 848)。

(91) また、この点は従来必ずしも十分な議論はなかった点であるが、保証人的地位の存在は必ずしも結果の回避のための可能な限りのすべてのことを義務づけるのではないという前提の下、作為義務の内容が一定の行為を行うことに限定される場合があると考えられるのであれば(Vgl. z.B. Schönke/Schröder (Stree) § 13 Rn 14, 21; näher, Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 227ff. 30以下、林幹人「監督過失」『刑法の現代的課題』(一九九〇年・有斐閣) 一八頁も参照)。(あ)の構成と(い)の構成で差が出てくる場面がさらに生じ得る。例えば、犯罪の阻止義務を負っていても、当該犯罪行為終了後の法益保護措置については義務を負っていない場合には、(あ)の構成からは、特別な社会的地位があれば正犯となるが、(い)の構成からは、犯罪不阻止の点について、せいぜい共犯の罪責を問われるにとどまることになりそうである(Vgl. Jürgen Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 276f.)。なお、作為犯に対する不作為による関与を常に正犯とする見解の多くが、意識的かどうかはともかく、こうした理解とは逆に、作為義務の種類は一種類で、常におよそ結果の回避を命じている、という前提に立っていることも興味深い所である(z.B. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 297; LK (Roxin) § 25 Rn 212; Rene Bloy, Anstiftung durch Unterlassen?, JA1987, S. 491)。以上の点について、松生・前掲論文注(85) 一六一頁も参照。なお、最決平三・一・一四刑集四五卷八号二二二頁は、本稿の直接の検討対象ではない過失犯の事案ではあるが、取締役に、取締役会の決議を通じて、代表取締役に防火設備を備えるよう進言する義務を否定した。仮に、判旨にいうような「特段の事情」があり、進言義務が認められる場合であっても、そのような進言をしたにもかかわらず、代表取締役が設備を備えなかったという時に、取締役にさらに結果回避措置を義務づけることができるかどうかは、議論の余地があるだろう。このような事態をもふまえると、以上に述べた点は、今後議論すべき問題のように思われる。

(92) Lesch, a.a.O. (Anm. 76), S. 299.

(93) ハイムはこのような見解はルドルフィー、シュネン等によって積極的に展開された(Hans-Joachim Rudolph, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 112ff.; Bernd Schünemann, Grund und Grenzen

der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 235ff.)。わが国においても、こうした議論は、堀内捷三「不作為犯論」(一九七八年・青林書院)二五〇頁)や西田教授(西田典之「不作為犯論」芝原邦爾他編「刑法理論の現代的展開」総論I)(一九八八年・日本評論社)六七頁以下)等によって更なる展開を見て、現在では圧倒的な通説となつていってよい(例えば、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」本郷法政八号三五七頁以下(一九九九年)の学説分析を参照)。

(94) Bernd Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars. 2. Teil, GA1986, S. 332. シューネマンの批判は直接にはロクシンの義務犯論を対象としているが、私には、ヤロプスの見解を本文中に述べたように理解するときには、この批判がもっともよく妥当するように思われる。なお、平山・前掲論文注(31)は、ドイツにおいてヤロプス説に対して向けられた批判に対して詳細な反論を展開しているが、本文中に述べたような観点からの批判に対応する記述はない。わずかに、(一・完)二〇四四頁において、伝統的な法と道德の区別には限界がある、という指摘がなされているが、議論のそれ以上の具体的展開は見られない。

(95) シューネマンの不作為犯論の詳細については、Schünemann, a.a.O. (Ann. 93), S. 229ff.; S. 281ff

(96) なお、彼は、前者の「本質的な結果原因への支配」の類型においては、不作為者は原則として共犯にとどまるとしている。Schünemann, a.a.O. (Ann. 93), S. 377.

(97) Schünemann, a.a.O. (Ann. 94), S. 333.

(98) 注85参照。もともこの点については、不作為による共犯論についての根本的な態度決定が必要であり、更なる検討を要する。

(99) 中・前掲論文注(31)四七五頁は「義務犯は概念必然的に不作為によっても犯しうるものとする検証なき限り、右の(筆者注——ロクシン説)「事理を全面的に義務犯一般に押し及ぼすことにはなお疑問がある」とされていた。

(100) 注93に掲げた文献の他、わが国の最近の文献として、例えば、神山敏雄「保証人的地位の発生根拠」『森下忠先生古稀祝賀論文集・上』(一九九五年・成文堂)一八九頁以下、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『香川達夫先生古稀祝賀論文集』(一九九六年・成文堂)九六頁以下、酒井安行「不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』(一九九八年・成文堂)一三三頁以下、松宮孝明「保障人説について」刑法三六巻一号一六五頁以下(一九九七年)、山口・前掲書注(3)四二頁以下等を参照。

(101) また、わが国においてはさほど議論はないが、構成要件上行為態様が限定されている等の理由で、不作為によっては実現できない犯罪類型が存在するという立場に立つのであれば、そのような犯罪類型においても、この構成は使えないことになる。この点については、岩間康夫「同価値性論」刑法三六巻一号一〇七頁以下(一九九七年)、Schönke/Schröder (Stree) § 13 Rn. 4.

(102) これに対して、草野博士は、共同意思主体説を前提として、共犯関係がある場合には、刑法六五条一項が一種の連帯責任を認めていることから、他の共犯者に身分があれば、身分なき者についても、その身分の欠如は脱落してしまい、直接正犯となると主張されていた(草野豹一郎『刑法要論』(一九五六年・有斐閣)一三八頁、同『刑法改正上の諸問題』(一九五〇年・有斐閣)二八一頁、なお、共同意思主体説は明確に拒否されるが、結論としては同旨、佐伯千仞『刑法講義総論』(一九四四年・有斐閣)三五二頁)。しかし、直接正犯として処罰される場合の適条

## いわゆる「故意ある道具」の理論について(2) (島田聡一郎)

は、あくまで各則の条文のみなだから、主体が明文上限定されているにもかかわらず、その要件を満たさない者を直接正犯とするのは、罪刑法定主義に反する嫌いがある。

(103) 現に、例えば、SK (Hoyer) § 26 Rn 22, 54 は、背任のような実行行為が広く規定されている場合も含めて、背後者に(+)支配犯における意味での(+)行為支配がない限り、いわゆる(構成的な)身分なき故意ある道具事例における背後者、行為媒介者を不可罰とする。

(104) ドイツでもかつてブルンスらは、このような場合でも背後者に教唆犯が成立するとしていた。Hermann Bruns, Kritik der Lehre von Tatbestand, 1932, S. 62 (もっとも非身分者の罪責については必ずしも明らかでない) また、ドイツ刑法の一九二五年、一九二七年の改正草案も)のような立場であった (Begründung zum Entwurf 1925, S. 28)。