

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第 8 条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	市川 啓 (いちかわ はじめ)
○学位の種類	博士 (法学)
○授与番号	甲 第 1155 号
○授与年月日	2017 年 3 月 31 日
○学位授与の要件	本学学位規程第 18 条第 1 項 学位規則第 4 条第 1 項
○学位論文の題名	間接正犯概念の淵源およびその発展に関する歴史的考察 ——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に
○審査委員	(主査) 松宮 孝明 (立命館大学大学院法務研究科教授) 安達 光治 (立命館大学法学部教授) 高橋 直人 (立命館大学法学部教授)

<論文の内容の要旨>

本論文は、「目的なき、および身分なき道具を用いた間接正犯」という問題を素材として、ドイツ刑法学における間接正犯をめぐる学説史を検討し、それを通じて、日本刑法学における間接正犯論や、目的犯・身分犯に対する共犯という各論的問題についても、有益な示唆を得ようとするものである。

「間接正犯」という法形象は、直接に犯罪結果を実現した者（以下、「直接行為者」と呼ぶ。）に責任能力がないか、または当該犯罪の故意がない、さらには強制によって当該行為を止めることができないなど、当該犯罪に及ぶに際してその妨げとなる「規範的障害」のない者（「道具」）を背後者が利用して、自己が意図する犯罪を実現する場合の背後者を意味する言葉である。したがって、この場合、直接行為者は、その引き起こした結果について、過失責任は別として、故意犯（正犯または共犯）としての罪責は負わないのが通常である。しかし、身分のない者を利用した身分犯の間接正犯では、直接行為者には通常、このような「規範的障害」が存在する。また、ドイツにおける目的なき故意ある道具を利用した間接正犯では、たとえば自己が不法領得するのではなく他者に不法領得させるために他人の財物を奪う人物には、1998 年改正までは不法領得の意思が自己領得の目的に限定されていたため、この自己領得の目的がなく、彼に奪取を依頼した背後者に自己領得目的があることから、背後者を「目的なき故意ある道具」を利用した窃盗罪の間接正犯とすることが可能かどうか議論されていた。そして、この場合でも、直接行為者には「規範的障害」は存在する。したがって、これらの場合において、背後者を間接正犯とすることが

できるかどうか、激しく議論されてきたのである。

本論文は、その第一部において、このような問題が生まれてくるまでのドイツの間接正犯論の発生史を検討している。その第一章および第二章では18世紀末までの立法と学説を、第三章ではフォイエルバッハの共犯論および彼が起草した1813年のバイエルン刑法典を検討し、当時は知的発起者と呼ばれていたものが、第四章で検討するフランス刑法典の影響を受けた1851年プロイセン刑法典等を背景にしたヘーゲル学派により、直接行為者の自由意思の有無によって教唆犯と「みせかけの教唆」（今日の間接正犯）に分化していった経緯が示される。そして、それが1871年のライヒ刑法典に継受される（第五章）。つまり、そこでは、直接行為者の自由意思の有無が、この分化の理論的要因であったとされるのである。

本論文の第二部では、このようにして形成された間接正犯論が、ライヒ裁判所が故意ある道具を利用する間接正犯を認めたことで動揺を来し、学説上の論争となっていたことが示される。その第一章ではライヒ裁判所の判例が、第二章では刑法典全面改正という立法動向が分析され、当初は各論的な個別規定の改正による解決が目指されたことが示される。しかし、第三章以下で示される諸学説から、この問題は総論的な正犯概念・犯罪体系論にまで波及していったこと、具体的には、共犯規定は刑罰縮小事由であって、犯罪の関与者は原則として正犯であるとする拡張的正犯概念や、身分は行為者（正犯）の属性ではなく関与者のうちの誰かが持っていれば足りるとする行為属性であるとする見解の登場などである。しかし、1960年代に登場した「義務犯」という考え方により、身分犯では背後者の特別義務違反が正犯の基準であって直接行為者を「道具」と考える必要はないと考えることで、身分なき故意ある道具の問題解決が見出されたとされる。また、目的なき故意ある道具では、窃盗罪等における不法領得の意思の中に、他者に領得させる目的も含むとする刑法の明文改正によって、各論的な問題解決が図られたことが示される。

最後に、このような歴史的考察の帰結として、以下のことが強調される。すなわち、1）目的犯・身分犯といった各則構成要件の特性が故意ある道具の問題を招いたこと、2）これらの各則構成要件の特色に鑑みるならば、他の犯罪と共通する一元的な正犯基準の定立は困難であること、3）目的なき・身分なき故意ある道具の事例は、前者については不法領得の意思の定義ないし解釈によって、後者については義務犯論の採用によって解決することである。このような所見を基にして、間接正犯の他の諸事例に関する更なる研究に加え、総論と各論の対話による共犯体系の再構築が展望されて、本論文が締めくくられる。

<論文審査の結果の要旨>

本論文は、目的なき・身分なき故意ある道具を用いた間接正犯という法形象を素材としてドイツ間接正犯論の理論史を丹念に押さえ、日本における同様の問題の理論的解決に向けた有益な示唆を与えるものである。その特徴は、何よりも、ドイツの理論史研究が詳細なことである。たしかに、ドイツの間接正犯論に関する先行研究はこれまでも存在した

が、本論文ほど原典を丹念にかつ網羅的に押さえた研究は、これまで存在しなかった。次に、その切り口を「目的なき・身分なき故意ある道具」という、「規範的障害」があるのに「道具」とされるものの問題性に置いたことが注目される。これにより、単純に間接正犯の正犯性を論証する、または否定するといった従来の間接正犯研究と異なって、「自由意思」ないし「自己答責性」に着目して構築された近代刑法の体系の持つ意味と矛盾点を浮き彫りにしたことが注目される。さらには、そこから、近年のドイツ刑法学における「義務犯」の考え方や各則改正を示すなどして、多元的な解決の方向を示唆している点も、注目に値する。

とはいえ、残された課題も多い。とりわけ、詳細な歴史研究に比して解決提案が性急で論証が深められていない点は気になる点である。また、近時の組織的権力機構を通じた間接正犯の考え方をどう見るか、故意または過失の監督責任を根拠とする背後者の正犯性の論証をどのように評価するのかといった課題が残されている。また、日本の最高裁判例には現れていないが、下級審では、どのような解決方法が示唆されているのかについても、分析を深める必要があろう。

もっとも、このような問題点や課題は、今後の申請者の研究においてさらに検討されるべきものではあるが、このことは、本論文の意義やその独創性を左右するものではない。本論文は、日本刑法学における間接正犯研究に新しいページを開くものとして、その意義は高く評価されるべきものである。

以上により、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、審査委員会は一一致して、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

<試験または学力確認の結果の要旨>

公聴会は、2017年2月7日（火）17時から19時まで末川会館第3会議室において開催され、学位申請者から本論文の概要の報告の後、以下のように参加者との質疑応答が活発になされた。まず、日本刑法においては目的なき故意ある道具の問題はどのように現れているのか、とりわけ不法領得の意思の明文規定がない日本の刑法では、他者に領得させる目的や他者の領得目的の認識があるだけでも、とくにこれを問題視することなく、直接行為者に不法領得の意思が認められているのではないかという点が問われた。これに対して申請者からは、日本ではこれまで問題が明確に意識されてこなかっただけで、近年は他者に領得させる目的でも（単独）正犯たりうるとするための解釈提案がなされており、議論の意味はあることが示された。次に、身分なき故意ある道具では、日本では刑法65条1項を介して共謀共同正犯で処理することで問題なしとすることになるのではないかという質問がなされた。これに対して申請者からは、この場合「身分者による犯罪実行」が論証されないままになっており、そこには、身分を行為者（正犯）の要素とするのか、それとも、関与者の誰かにあればよいという意味での行為の要素とするのかという問題が潜在していることが示された。また、これに関連して、日本において身分なき故意ある道具を共

謀共同正犯で解決するという方法は、下級審では一般的な傾向なのかという質問も出された。これに対して申請者は、必ずしもそのような事例は一般的ではないという回答がなされた。さらに、身分なき故意ある道具の解決方法として「義務犯」を用いることの妥当性が論証されているのかという質問がなされた。これに対して申請者は、本研究では「義務犯」という考え方が一つの解決方法を示していることを論証したまでで、その他の解決方法も含めて、その妥当性の論証は今後の課題であるという回答がなされた。

これらの質問や意見に対して、学位申請者は、真摯かつ適切に応答をしており、また今後の自らの研究の課題についても十分に認識していることが判断できた。本論文は日本とともにドイツを主要な対象としており、学位申請者のドイツ語文献の読解力が相当優れたものであることが示されている。また、今回の公聴会での報告とそれに対する質疑からも、学位申請者は優れたドイツ語能力を有することが確認できる。

したがって、審査委員会は、本学学位規程第 18 条第 1 項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断する。