

## 目的犯と共犯

内田文昭

## 一 はじめに

一 目的犯の「目的」を、刑法六五条の「身分」と解することができるかどうかは、一個の問題である。これを全面的に肯定するならば、「目的」が、行為の可罰性を「基礎づける目的犯」の場合——これを「真正目的犯」と呼ぶことにする<sup>(1)</sup>——、目的をもたない者も、目的をもった者に加担することにより、六五条一項によって共同正犯たりうることになる。いわゆる「目的なき故意ある道具」<sup>(2)</sup>の問題性も、六五条の適用をもって、簡単に解決されることになろう。しかし、たとえば、刑法一四八条一項の「行使の目的」をもった者の依頼で、一万円の日本銀行券を「作成」した者は、直ちに同条一項の「通貨偽造罪」の共同正犯となる。その者が、依頼を受けて、単に小学生の教材用に「作成」した場合でも、同じである。これは、余りにも不当であるといわなければならない。「真正目的犯」の「目的」は、六五条一項の「身分」ではないといふべきである<sup>(3)</sup>。

これに対して、「目的」が、可罰性に「強弱を与える目的犯」の場合——これを「不真正目的犯」と呼ぶことに

する<sup>(4)</sup>、目的をもたない者も、目的をもった者に加担したならば、共同正犯たりうるものといつてよい。刑法二二五条の「営利の目的」をもたない者が、「営利の目的」をもった者と共同して、未成年者を誘拐した場合は、刑法二二四条の「未成年者誘拐罪」の共同正犯が成立するといつてよいであろう。<sup>(5)</sup> 不真正目的犯においては、「目的」をもたない者も、すくなくとも「基本犯」の共同正犯たりうることはこれを否定しえない筈だからである。その者には、六五条二項によって、「基本犯の刑」すなわち「通常の刑」を科することにすればよいだけである。「目的」は、六五条二項の「身分」たりうるものといわなければならない。<sup>(6)</sup>

尤も、このような理解は、六五条の「身分」を統一的に把握しないことになる。<sup>(7)</sup> しかし、「真正目的犯」と「不真正目的犯」の本質的な相違からして、当然の帰結といふべきである。<sup>(8)</sup>

二 わたくしは、かねて以上のような見解をとってきたが、「目的をもたない者」の画定につき、不明確なものを残してきたといわなければならない。<sup>(9)</sup> すなわち、共働者に「目的があることを知っている者」も、みずからは目的をもたない場合はこれをすべて「目的をもたない者」としてよいかどうかにつき、明確ではなかったのである。「第三者目的」<sup>(10)</sup> とのかかわりが特に重要である。

ところが、平成一〇年三月二五日の東京高裁判決例タイムズ九八四号二八七頁は、後述するように、この問題の解明に貴重な示唆を与えた。<sup>(11)</sup> 「知っている者」と「目的をもっている者」の関連を中心として、「目的犯」と「共犯」につき、改めて検討を試みるゆえんである。

(1) 「真正目的犯」という名称は一般的なものではない(尤も、木村亀二「阿部純二・刑法総論(増補版)(昭和五三年)四二六頁は、「純正目的犯」という表現を用いられる)。しかし、刑法二四八条一項の「通貨偽造罪」や刑法二四七条の「背任罪」等では、

所定の「故意」のほかに、さらに所定の「目的」が必要とされ、所定の「目的」をもった行為者のみが、犯罪を「実現」しうるものとされている。つまり、可罰性を「基礎づける目的」が要請されるのである。それは、刑法六五条一項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」に共通するものをもっている。「目的」は、犯罪を構成する特殊の「主観的要件であり、「身分」は、犯罪を構成する特殊の「人的要件なのである。わたくしは、この点を考慮し、「真正身分犯」に対応させて、「真正目的犯」という観念を立てたいと思うものである。尤も、真正目的犯の「目的」が、真正身分犯の「身分」に包含されるのであれば、敢てこの「対応」を立てる必要はない。しかし、この点を検討することが、本稿の重要課題なのである。なお、後注(4)。

(2) 「目的なき故意ある道具」については、E. Flegelheimer, Das Problem des „dolsen Werkzeugs“, Str. Abh. H. 164, 1913, S. 1 ff., 47, 48 ff., 71 ff. なお、内田文昭・刑法概要中巻(平成二一)四六四頁以下、四六七頁注(12)。

(3) 内田・刑法概要中巻五四〇頁以下。

(4) 「不真正目的犯」という名称も、一般的なものではない(尤も、木村「阿部・刑法総論(増補版)」四二六頁は、「不純正目的犯」という表現を用いられる)。しかし、刑法典でも、刑法三二五条の「営利目的誘拐罪」のように、「営利の目的」をもって「未成年者」を誘拐した場合には、刑法三二四條の「未成年者誘拐罪」の刑を「加重」するかたちをとることがあり、後にも紹介するが、特別刑法では、同種の立法形式をとるものが多いのである。これは、刑法六五条二項の「身分によって特に刑の軽重があるとき」に相應することになる。六五条二項の「不真正身分犯」に対応させて、「不真正目的犯」という観念を立てるゆえんである。尤も、やがてあきらかにするように、「不真正目的犯」の「目的」は、「不真正身分犯」の「身分」と解してよいことになるから、その点には注意を払ったつもりである。

なお、「目的犯」の「目的」に関する一般的な問題、従来の目的犯の分類については、内田文昭・刑法概要上巻(平成七)二二五頁以下、二五七頁以下、二六四頁注(23)。

ちなみに、刑を「軽くする目的犯」としては、一九九八年第六次刑法改正法による改正前のドイツ刑法三二三条二項の「自己の財産」を守る「目的」による「溢水罪」をあげることができるであろう。Schönke-Schröder, StGB. Kommentar, 25 Aufl. 1997, S. 2115 [P. Cramer].

(5) 詳細は、後に論じることにした。後出二四頁以下、二八頁以下。なお、内田文昭・刑法各論(第三版)(平成七)二二六頁以下。

- (6) 内田・刑法概要中巻五五〇頁以下。なお、後出、三注(5)(6)(14)(23)。
- (7) 西田典之・共犯と身分(昭和五七)一四四頁以下、一七二頁以下。  
これに対して、木村<sup>II</sup>阿部・刑法総論(増補版)一五七頁注(四)、四二六頁は、六五条一項の「身分」は、項の「身分」のよ  
うに狭く解する必要はないとして、「目的」も「身分」たりうるとされる。
- (8) 内田・刑法概要中巻五四〇頁以下、五四九頁以下。
- (9) たとえば、内田・刑法概要中巻四六七頁注(14)、五四四頁注(1)。
- (10) 内田・刑法概要中巻三九九頁注(8)、四六七頁注(14)、五四四頁注(1)、五四四頁注(4)、五五六頁注(6)。
- (11) 酒井安行「目的犯における共犯と身分」平成二〇年度重要判例解説、四七頁以下。

## 二 真正目的犯と共犯

一 真正目的犯において、所定の目的をもった者は、間接正犯・共同正犯たりうるし、教唆犯・幫助犯たりうる。この点に疑問はない。「行使の目的」をもったA・Bが、共同して日本銀行券を偽造したときは、A・Bは「通貨偽造罪」(刑法二四八条一項)の共同正犯であり、BがAの実行を支援したにすぎないときは、Aは通貨偽造罪の正犯であるが、Bはその幫助犯にとどまるのである。

これに対して、共働者のある者に所定の目的がない場合は、その者については、通常は共同正犯も幫助犯も成立しないといふべきである。Bが、Aの依頼を受けて、一万円の日本銀行券を精巧に模写・模造したとしても、Aの「行使の目的」を知らずに協力したにすぎない場合は、Bは共同正犯ではないし、幫助犯でもないのである。Aが間接正犯であり、Bは、まさに「目的なき故意ある道具」にすぎず、通貨偽造罪の関係では「無罪」であるといわなければならないのである。<sup>(1)</sup>

尤も、このような場合には、Bには「故意」もないのではないかという疑いもあろうが、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「通貨偽造罪の故意」に基づくものであることを看過してはならないのである。<sup>(2)</sup>

それでは、Bは、Aの「行使の目的」を「知っていた」が、みずから行使する目的（「自己目的」）も、Aに行使させる目的（「第三者目的」）もなく、専ら名人芸を誇示するために、Aに協力したにすぎない場合はどうか。これが問題である。<sup>(3)</sup>

二 共働者が所定の目的をもっていることを「知っている者」は、「自己目的」には欠けても、すくなくとも「第三者目的」に欠けるところはないといえるのであれば、ことは簡単である。その者の関与形態のいかんにより、共同正犯となろうし、幫助犯ともなるであろう。わが国の判例中には、このようなとらえ方をするものがあつたといえよう。「自ラ偽造ノ株券ヲ行使スルノ意思ナキモ他人カ行使ノ目的ヲ以テ株券ヲ偽造スルモノナルコトヲ知りナカラ其ノ他人ノ依頼ニ応シテ株券ヲ印刷スルハ株券偽造ノ実行ニ加功シタルモノニ外ナラサレハ……原判決カ……共同正犯トシテ処断シタルハ適法」であるとして、有価証券偽造罪（刑法一六二条一項）の幫助犯にすぎないという上告を斥けた大判大正一五年二月二三日刑集五卷五八四頁を挙示することができるのである。<sup>(4)</sup>

だがしかし、「故意」と「動機」・「目的」の実体的相違を直視するならば、このような理解は正当ではないといわざるをえない。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からである。<sup>(5)</sup> Bが、偽貨をAに行使させようとする「目的」をもっていたか、単に自己の技術を示そうという「動機」・「目的」しかなかつたかは、やはり区別されなければならぬのである。ただ、Bが、Aの行使の目的を「知っている」場合は、通貨偽造罪が予定する「公共危険」

を増大させるであろう。「教材作成作業」と、やがて「行使されるであろう偽貨作成作業」とは、その客観的な様相を異にする筈だからである。前者では、「理解しやすさ」が重要であるが、後者では、「本物らしさ」が重要なのである。また、「知っている」ということは、「第三者目的」と重なり合う可能性があることも否定する必要はないであろう。予めAの目的を知りながら、ないしは、途中でAの目的を知った上で、なお模倣作りを続けることは、Bに「第三者目的」があることを推認させることにもなるであろう。しかし、「実行行為」の要件としては、自己目的にせよ第三者目的にせよ、いずれも、B自身にこれが存在しなければならぬのは、当然なのである。「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。<sup>(6)</sup>

したがって、共働者の目的を知って加担しただけの者は、理論的には「幫助犯」にとどまるものといわなければならない。Bが、Aの目的を知っているときは、幫助犯とされるべきである。<sup>(7)</sup>

三 しかしながら、以上のような理解は、真正目的犯において、「目的をもたない者」が「目的をもった者」に加担した場合は、「目的なき故意ある道具」となって「無罪」であるとする態度に修正を迫ることになる。目的をもたない者も、共働者が目的をもっていることを「知っている」限り、すくなくとも幫助罪になりうることになったからである。「目的をもたず」、かつ、共働者に目的があることを「知らない者」のみが、「目的なき故意ある道具」として無罪であるとするのが正確なのである。これに対して、ドイツでは、「目的なき故意ある道具」の中に、「知っている」場合をも包含するのが一般であるから、この場合が「無罪」でありえないのは、当然であるといえよう。<sup>(8)</sup> それは、幫助犯の「故意」に必要な要件を示しているからである。

この「修正」が、教唆犯の場合にも必要となるものであることは、当然であろう。たとえば、ドイツ刑法二四二条のように、「窃盗罪」の成立には「不法領得意図（意思）」が必要であるとする立法形式の下では、みずからは「復讐

の目的」しかもたず、しかし、被教唆者には「不法領得意思」が生じるであろうことを容認しながら盜取行為を實行させた者は、「窃盜教唆罪」の責任を負わなければならないとする<sup>(9)</sup>ことには、異論はない筈なのである。わが刑法二四七条の「背任罪」の場合でも、財産的事務処理者が背任の「目的」を有するに至るであろうことを容認して、任務違背行為に出ることを教唆した者は、みずからは単に世間を騒がせることだけを求めていたにすぎないときですら、なお「背任教唆罪」たりうるわけである。<sup>(10)</sup>

しかし、いずれにしても、「第三者目的」すらも有しない者は、「共同正犯」とはいえないのである。

四 「第三者目的」すらも有しない共働者を、正犯特に共同正犯とするための有効な方策は、真正目的犯の「目的」を刑法六五条一項の「身分」と解することにあるように思われる。しかし、この解決策は、やはり正当ではないといわざるをえないであろう。

そもそも、六五条一項が、「犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ犯罪行為ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」として出発し、「共犯」中に「共同正犯」をも包含するという理解を通説化したことは、理論的には妥当ではなかつたといわなければならないのである。<sup>(11)</sup>

勿論、教唆犯・幫助犯においては、「目的」を「身分」と解するかどうかに関係なしに、場合によっては、「目的」のない者にも、教唆犯・幫助犯は成立しうる。通貨偽造罪の幫助罪や、ドイツの窃盜罪、わが国の背任罪の教唆罪などに関して、さきに確認した通りである。したがって、目的に欠ける共働者を「共同正犯」として構成するためには、六五条一項が、より積極的な意味をもつことになる。「目的」すなわち「身分」のない者も、この規定により、「共犯」すなわち「共同正犯」たりうるのは自明の理となるからである。六五条一項は、「非身分者」を「共同正犯」とするための積極的な規定であるとする通説は、この限りで妥当である。<sup>(12)</sup>

だがしかし、このような理解は、理論的には問題であったといわなければならぬ。「みずからの行為」をもってしては到底実現しえない「真正身分犯」を、身分者に加担したというだけで、非身分者をも「共同正犯」とすることができるというのは、非身分者に、身分者の「違法」・「責任」を極端なまでに「連帯」させる以外の何物でもないといふべきだからである。わたくしが、六五条一項は「強引」であると主張してきたのは、このことである。<sup>(13)</sup>

尤も、真正身分犯の「身分」の意義も一様ではない。たとえば、刑法一七七条の「強姦罪」は、その主体が「男性」に限られる身分犯であるが、「女性」も、暴行・脅迫によって被害者女性の抵抗を抑圧し、その「性的自由」を侵害しうるから、強姦罪の実行行為の「一部」には共同しうるわけであり、したがって、女性も男性と「共同」するならば、これを強姦罪の共同正犯と評価することで容易であるし、<sup>(14)</sup>刑法一三四条の「秘密漏示罪」は、その主体が「医師」等に限られる身分犯であるが、同条の主体として列挙されていない「看護婦」も、患者の秘密を漏示することによる「法益」侵害はこれを充分に実現しうるから、「医師」と「看護婦」の共同正犯を肯定することに、さほどの抵抗はないといえるのである。<sup>(15)</sup>これらの犯罪にあつては、「身分」は、単に、自然的・生理的制約を意味するにすぎないか（強姦罪）、すべての法益侵害を処罰することの必要性の強弱を示すにすぎないか（秘密漏示罪）、そのいずれかかなのである。この限り、真正身分犯の「身分」は、処罰範囲を限定するための実質的な基礎を示すものといえよう。<sup>(16)</sup>

実は、形式的な身分犯の典型とされる「収賄罪」（刑法一九七条以下）についても、同様の考量が妥当しなければならぬ。「公務員」の夫と、「家庭の主婦」である妻とが、共同で賄賂を收受したときは、刑法六五条一項により、身分のない妻にも共同正犯が成立する、と考えるのが通説的見解といえようが、現実に判例に表われた事例は、「公務員」と「一緒に仕事をする非公務員」との「共同」がみられる場合が中心なのである。市役所の「技手」（公務員）と、市の「嘱託」（非公務員）とが共謀の上、市役所庁舎建築工事に関して、現実に賄賂の現金を受領したという事



実につき、六五条一項の適用により「収賄罪の共同正犯」を認めた大判昭和七年五月一三日刑集一一卷六一四頁を、特に挙示しておきたい。<sup>(17)</sup>

「背任罪」でも、事情は同じである。「財産的事務処理者」と、その「身分」をもたない者の間に、六五条一項により「背任罪の共同正犯」を認めた大判昭和八年九月二九日刑集一二卷一六八三頁の事案は、事務処理者において、共謀者たる「非身分者」の利益のために不法に会社の金員を貸与したというのであるから、「非身分者」は、まさに「同罪ノ構成条件タル行為ノ一部ニ加功シタルモノ」にほかならないわけである。さらに、この事件の「非身分者」は、真正身分犯たる刑法二四七条の背任罪の「身分」に欠けるとはいえ、真正目的犯たる同罪の「目的」に関しては、「第三者目的」ではなしに、「自己目的」にも匹敵するものをもっていたといっても過言ではない点をも、ここで改めて強調しておかなければなるまい。<sup>(18)</sup> 「共同実行」はあるが、形式的な「身分」が欠けるにすぎない場合であるならば、六五条一項の意味はこれを敢て強調する必要もない筈なのである。

このように考えてくるならば、ドイツ刑法学の伝統が、「共犯」と「身分犯」に関する旧規定五〇条の解釈論として、真正身分犯においては、非身分者に共同正犯が成立することはないとしてきたことも、すくなくとも形式的な「共働」を前提とする限り充分に理解できるし、新规定二八条一項が、「正犯の可罰性を基礎づける特殊な人的標識が、共犯者（教唆者または幫助者）に欠けるときは、その刑罰は、四九条一項により減輕される」として、殊更に「共同正犯」を排除しているのも、同様の前提に出る限り、充分納得できるものをもっていいるのである。<sup>(19)</sup>

五 以上のような理解は、わが刑法六五条一項の「身分」に、真正目的犯の「目的」を包含して身分概念を形式的に拡張させることを拒否するのが妥当であるとする方向を示すものといえよう。それは、単に、「目的」のような「主観的要素」は、すくなくとも「ある程度継続する客観的な人的特性」に属するものと解してはならないという伝

統的な態度を前提とするものではない。現に、ドイツでは、旧規定五〇条が、身分犯の「身分」につき、可罰性を高め、または、それを低める「特殊な人的特性または人的関係」は、「この特別な事情が存在する共犯者（共同正犯者、教唆者、幫助者）に帰責される」としていたのを、新規定二八条が、一項・二項共に、可罰性を基礎づける正犯の「人的標識」（二項）に拡大し、さらに、「可罰性を高め、低め、あるいは、それを排除する正犯・共犯の「人的標識」（二項）にまで拡大して、「人的標識」は「人的特性・関係」に限定される必要がないかに改正したことを契機として、「目的」などの「主観的標識」も「身分」たりえないという理解がかなり有力になったのである。<sup>(20)</sup>

「目的」は、「真正身分犯」の「身分」とされるべきではないという理解は、より実質的な根拠を有するのである。それは、一方では、「目的なき故意ある道具」で、みずから「目的」を欠き、かつ、共働者に「目的」があることを「知らない」道具を、六五条一項によって、一挙に「共同正犯」としてしまふことの不当さを指摘することである。<sup>(21)</sup>

さらに、他方では、共働者に「目的」があることを「知っている者」は、多くの場合、「第三者目的」はこれを有しているであろうから、その限りで「目的」をもった者であり、六五条一項の適用を俟つまでもなしに「共同正犯」たりうることを指摘できるのである。<sup>(21)</sup>

したがって、残されるのは、共働者に「目的」があることを「知っている」が、なお「第三者目的」すらも有しない場合である。この場合には、さきに確認したように、六五条一項を俟つまでもなしに、教唆犯・幫助犯は成立することでもあり、さらに、同条項によって「共同正犯」が成立しうるとするならば、その「実益」はまさに大なるものがあるといわなければならないのである。

だがしかし、これも、やはり拒否されるべきである。右のような発想によれば、刑法六五条一項は、単に、「真正

身分犯」の場合に「非身分者」を共同正犯とするための根拠規定たりえたばかりでなしに、「真正目的犯」の場合においても、「教唆犯・帮助犯の故意」しかもたない者をも「真正目的犯の共同正犯」たらしめるために機能することになるわけで、これは到底耐え難いところであるといわなければならぬからである。六五条一項といえども、「共犯の故意」しかない者を「正犯」とすることはできないといふべきであらう。<sup>(22)(23)</sup>

「真正身分犯」では、「共同実行」の实体が形成される限り、「非身分者」も六五条一項によって「共同正犯」たりうるといってよいのであるが、「真正目的犯」においては、「目的」を欠く者に「共同実行」の観念は生じえず、せいぜい「真正目的犯」の教唆犯・帮助犯の「故意」しか観念しえないものであることに留意する必要があるわけである。

(1) 内田・刑法概要中巻四六四頁以下。なお、後注(8)。

(2) 尤も、このような場合においても「通貨及証券模造取締法」(明治二八年法律二八号)二条の、通貨等に「紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」の製造・販売罪が成立することがあるのは、別論である。

(3) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, S. 258 f., 338 ff., 346 f.; StGB. Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1993, §25 Rdn. 140 f. [C. Roxin].

(4) 大塚Ⅱ河上Ⅱ佐藤編・大コンメンタール刑法六卷(平成二二二二七頁〔岡田〕は、「第三者目的」を肯定しうる以上は、依頼者が行使する目的をもっていることを「知りながらあえて加功すれば」、共同正犯たりうるとして、この判例を肯定的にとらえながら、単に「知っていただけでは、共同加功の意思が認められないから、せいぜい片面的帮助犯が成立するにすぎない」ともいわれるのである。

なお、東京高判昭和五三年五月三〇日東高時報二九卷五号八九頁も、公職選挙法、三二五条二項の「目的」は六五条の「身分」に当たらないとしながら、共犯者に「目的」があることを「了知」していた以上は、みずから「目的」をもっていったものとしてよいというのである。

- (5) 内田文昭『「故意」と「アプスイヒト (Absicht)」について』(内田文昭・刑法研究二卷)(平成四)二二七頁以下。さらに、G. Jakobs, *Strafrecht*, Allg. T. 2 Aufl. 1993, S. 686f. 後出、三注 (17)。
- (6) G. Jakobs, *Allg. T. 2 Aufl. S.*, 682f., 686f. *zu § 21* 後注 (21)、後出、三注 (19)。
- (7) E. Flegenheimer, *Str. Abh.* 164, S. 58 f.; C. Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, S. 346. *zu § 21* 後注 (19)。
- (8) E. Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg. T. 2 Aufl. 1975, S. 528; Schönke-Schröder, *StGB*. 25 Aufl. S. 413, 431, 440 [P. Cramer]. なお、内田・刑法概要中巻四六七頁注 (12)。さらに、後出、二頁以下。
- (9) LK, §26 Rdn. 44, 66 [C. Roxin]. *zu § 21* 後注 (23)、後出、二頁以下。
- (10) 内田・刑法概要中巻五、四頁注 (1) は、共働者が、「任務違反行為に出るにすぎない」と考えてこれに関与しただけの者には「共犯」も成立しえないとしたが、それは、共働者に「目的」があることを「知らなかった」場合に限定されなければならないのである。
- (11) 内田・刑法概要中巻五三三頁以下、五三九頁注 (14)、五四三頁注 (17)。なお、次注 (12)。
- (12) この点をめぐる学説の詳細については、大塚II河上II佐藤編・大コンメンタール刑法三巻(平成二)七三六頁以下〔川端〕。
- (13) 内田・刑法概要中巻五四三頁以下。ちなみに、いわゆる「共犯の制限従属形式」の下では、共犯は正犯の「責任」には「従属しない」わけであるが、「真正身分犯」において、刑法六五条一項によって成立する犯罪は、まさに当該身分犯のものにはかならないことになるわけであるから、この限りで「責任」をも「連帯」することになるといわなければならないのである。
- (14) 最決昭和四〇年三月三〇日刑集・九卷二号二二五頁。これにつき、内田文昭「共同正犯と身分なき者の加功」(内田・刑法研究三巻)(平成五)三三四頁以下。なお、大塚II河上II佐藤編・大コンメンタール刑法三巻六九九頁、七、三頁以下〔川端〕。
- (15) なお、Schönke-Schröder, *StGB*. 25 Aufl. S.1475 [Th. Lenckner]。
- (16) 内田・刑法概要上巻・七、頁以下。さらに、G. Jakobs, *Allg. T. 2 Aufl. S.* 176。
- (17) その他では、大判大正三年六月二十四日刑録・〇輯三三三九頁も重要である。事案は、「税務属」(公務員)が、土地坪数誤謬訂正願書の作成に関し、便宜を計ってほしい旨の依頼を受け、同じく依頼を受けた「非公務員」と共謀して凶面等の作成に当たり、その報酬として金員を受領したというものである。なお、内田・刑法概要中巻五四七頁注 (19)。
- さらに、「業務上横領罪」において、単なる「占有者」としての「身分」すら有しない者の共働についても、内田・刑法概要中

卷五四八頁注(21)。さらに、後出、四注(3)。

- (18) 銀行の不正融資にかかわる「特別背任罪」(商法四八六条)も、このような形態で行われることが多い。背任罪における「第三者凶利目的」に関する最決平成一〇年一月二十五日刑集五二卷八号五七〇頁もここに位置づけられよう。銀行の顧問弁護士が、銀行役員と共謀の上、不正融資を行なったという事案で、第一審は、顧問弁護士に、刑法六五条一項により、商法四八六条の「共同正犯」の成立を肯定しながら、なお「身分」を欠くという理由で、刑法六五条二項により、刑法二四七条の「背任罪」の「刑」を科するものとしたが(刑集五二卷八号一〇六七頁参照)、銀行役員には当然に商法四八六条の「特別背任罪」が成立し、融資を受けた側も、昭和八年判決の論理に従うならば、すくなくとも、刑法二四七条の「共同正犯」たりうる事案なのである。

- (19) 内田・刑法概要中巻五三五頁以下、五三七頁注(6)、五三九頁注(14)、五四七頁注(18)。

- (20) G. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. T. 3 Aufl. 1981, S. 255 f.; LK, §28 Rdn. 20 ff. [C. Roxin]; Schönke-Schröder, StGB. 25 Aufl. S. 457 f. [P. Cramer]. なお、「常習意思」の「行為者的特性」を肯定したものとすべし。RG. Bd. 25, 1894, S. 266 ff.

- (21) したがって、大判大正一五年二月三日刑集五卷五八四頁など(前注(4))の事案では、「第三者目的」の有無につき、検討を加える必要があったことになる。なお、後出、三注(19)。

- (22) 「故意」は、それをもつ者のみに帰属するのである。決して他の者に「連带的」に作用しえないといわれるゆえんである。G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 683 ff.; LK, §28 Rdn. 70 [C. Roxin].

- (23) ちなみに、一九九八年の第六刑法改正法によって、ドイツ刑法二四二条は、「自己または第三者のために不法に領得しようとする目的」で他人の動産を窃取することにより成立することになったが、以前は、「第三者目的」で足りるかどうかは、規定上明確ではなかった。しかし、当時から、通説・判例は、「第三者目的」で足りるとしてきた(BGH. GA. 1969, S. 306 f.)。したがって、共働者に「領得させる目的」で窃盗行為に加担した者も、実行行為の共同が肯定される限り、共同正犯たりえたのである。だがしかし、このような状況下においても、単に報復の念や憎悪心から他人の窃盗行為に協力したところで、「第三者目的」が肯定されない以上は「共同正犯」たりえず(BGH. NJW. 1985, S. 812 f.)。いわゆる「目的なき故意ある道具」として「幫助犯」にとどまるか(OLG. Celle, MDR. 1965, S. 315 f.)。 「決意」を生じさせたにすぎないときは「教唆犯」にとどまる(OLG. Hamm, MDR. 1955, S. 772)とされていたのである(前注(6))。この点は、改正後の新規定の下でも、変りはないものと思われる(なお、Tröndle-Fischer, StGB. 49 Aufl. 1999, S. 133 ff.)。

したがって、ドイツでも、「第三者目的」・「第三者領得意思」と「故意」すなわち「教唆故意」・「幫助故意」とは区別されるべきであり、「正犯の目的」は「共犯の目的」に連带的に作用しないことになるものと解されよう（なお、LK, §28 Rdn. 70 [C. Roxin]）。

一方、わが国の通説・判例のように、窃盗罪の成立に「不法領得意思」を必要とした上で、この「目的」を刑法六五条一項の「身分」と解するならば、「不法領得意思」は連带的に作用することになる筈であるから、共働者に「不法領得意思」があることを「知りながら」これに協力した者は、「共同正犯」たりうることになるであろう。

尤も、「不法領得意思」不要説（内田文昭・刑法各論（第三版）（平成八）二五三頁以下）に立つならば、窃盗の「故意」をもって実行行為を共同した者は、すべて「共同正犯」たりうるから、以上のような問題は生じないことを付言しておきたい。

### 三 不真正目的犯と共犯

一 真正目的犯の場合と違って、「不真正目的犯」においては、「目的」のない者も、「目的」のある者と共同したときには、「共同正犯」たりうるものというべきである。「目的」のない者も、すくなくとも「基本犯」の実行行為はこれを行なうことができるからである。未成年者誘拐罪の故意しかもたないCが、「営利の目的」をもって未成年者を誘拐しようとするDと「共同」して、未成年の被害者を誘拐した場合は、C・Dに「誘拐罪の共同正犯」が成立するのである。

尤も、この場合、いかなる「誘拐罪」の共同正犯が成立するかについては、見解がわかれるであろう。

部分的共同正犯を考える立場では、Cには「未成年者誘拐罪」（刑法二二四条）の共同正犯が成立し、Dも、未成年者誘拐罪の限度で、Cとの間に「共同正犯」が成立するが、「営利の目的」による「営利目的誘拐罪」（刑法二二五条）が、共同正犯「部分」を含んだかたちで「単独犯」として独立することになるであろう。一方、犯罪行為

共同説の見地では、端的に、Cには「未成年者誘拐罪の共同正犯」が成立し、Dには「営利目的誘拐罪の共同正犯」が成立するものと考えべきである。このような理解に対しては、いわゆる「犯罪共同説」<sup>(2)</sup>からの強い反対も予想されるが、共働者が、相互に補充し合って、みずからの犯罪を実現したといえる限り、異った種類の犯罪——たとえば、強姦罪と強盗罪——についても共同正犯が成立しうるものと考えべきであるから、<sup>(3)</sup>「未成年者誘拐罪の共同正犯」と「営利目的誘拐罪の共同正犯」を肯定することに理論的な支障はないのである。しかし、いずれの立場に立っても、このような場合に、敢て刑法六五条二項を適用する必要はない点に、注意しなければならぬであろう。Cに対して、「営利目的誘拐罪」<sup>(4)</sup>を考へる必要はないからである。

これに対して、完全犯罪共同説の見地では、種々の問題が生じる。第一に、成立する「共同正犯」は、未成年者誘拐罪か営利目的誘拐罪かが問題である。おそらく、営利目的誘拐罪が成立するが、Cは、未成年者誘拐罪の限度で責任を負えば足りることになるであろう。しかし、直ちに、第二の問題が生じる。その根拠は何かである。おそらく、不真正目的犯の「目的」は刑法六五条二項の「身分」であると解し、刑法六五条一項により、D・Cに「営利目的誘拐罪」が成立するが、<sup>(5)</sup>「身分」のないCには「通常の刑」すなわち「未成年者誘拐罪」の利を科することになる、と考へるべきであろう。しかし、さらに、「刑」だけが未成年者誘拐罪のそれなのか、成立する「犯罪」も未成年者誘拐罪なのか、という問題が生じる。尤も、この点は、六五条二項の趣旨は「刑」のみの「個別化」<sup>(6)</sup>を求めたものではないであろうとする<sup>(6)</sup>ことにより、解決されるであろう。

だがしかし、このような方策は、結局、「不真正目的犯」の「目的」を、刑法六五条二項の「身分」と解すること  
を大前提としているのである。はたして、それは妥当であろうか。

二 そもそも、真正目的犯において、「目的」を「身分」と解するべきではないという理解の究極の根拠は、「目的」

がもつ刑法的意義の重大さにあつたといつてよい。これを欠くときは、およそ犯罪を「構成しない」のである。刑法六五条一項によつて、これを「強引」に「犯罪化」することは許されないのである。情を知らない「目的なき故意ある道具」の場合が、これに当たる。情を知っている場合であつても、みずから「第三者目的」すらをも有しない者は、せいぜい教唆犯・幫助犯にとどまるのである。到底共同正犯とされるべきではないといわなければならない。「目的」は、六五条一項の「身分」とされてはならないのである。すでに確認したところである。

これに対して、不真正目的犯の「目的」は、違った意味をもつ。「目的」をもたない者も、「基本犯」の実行行為はこれをなしうるのである。真正目的犯では、「目的」は、犯罪の「本質的」な要件であるが、不真正目的犯では、「目的」は、犯罪を特徴づける「付加的」な要件であるにすぎないといつてもよいであろう。したがつて、不真正目的犯の「目的」を、刑を加重減軽するための「身分」と考え、「目的」をもたない者は、「特徴的・付加的身分」には欠けるが、なお「基本犯」としての「本質的行為」はこれを実行し、共同しうるものとして、すくなくとも「基本犯の共同正犯」を肯定し、あるいは、刑法六五条一項により「加重犯の共同正犯」の成立を認めたと、六五条二項により「通常の刑」を科することに、問題はな<sup>7)</sup>いといふべきである。刑法六五条二項は、このような考え方を是認したことになり、かつ、完全犯罪共同説による解決に、より積極的な根拠を与えることになるものといえよう。

しかしながら、犯罪行為共同説にとつても、六五条二項の意義がないわけではない。「目的」をもたない者すなわち「非身分者」には、加重・減軽身分犯の共同正犯は決して成立せず、専ら「基本犯」の共同正犯しか成立しえないという趣旨を明言したものと<sup>8)</sup>して、消極的ながら、なお重要な機能を果たすことになるからである。元来、六五条二項は、「共犯は常にみずからの犯罪につき責任を負うべきである」という当然のことを宣言したものにほかならないのであるが——この意味では、六五条一項は「例外」を規定したわけである——、「不真正身分犯」としての「不真



「正目的犯」についても、この当然の事理を確認したものととして、なお充分の意義を有するわけである。部分的犯罪共同説の見地でも、ほぼ同様の理解が可能である。共同正犯は、「部分的な基本犯」について成立しうるにすぎないということをあきらかにしたのが、六五条二項にはかならないと解しうるからである。

不真正目的犯の「目的」はこれを刑法六五条二項の「身分」と解するのが妥当である。大判大正一四年一月二八日刑集四卷一四頁は、刑法二二五条の「営利の目的」は刑法六五条一項・二項の「身分」には当たらないとされていたが、二項の「身分」には当たることを改めて強調しなければならぬと思われ<sup>(9)</sup>る。

三 わが国の判例も、近時、このような方向を積極的に示すようになったといえよう。

まず、最判昭和四二年三月七日刑集二二卷二号四一七頁は、「麻薬及び向精神薬取締法（旧麻薬取締法）」六四条二項が、「営利の目的」をもってする麻薬等の輸入・輸出・製造等につき、同法六四条一項の同種行為の「刑を加重」していることに關して、それは刑法六五条二項にいう「身分によって刑に軽重があるとき」を前提とするものであつて、「営利の目的」をもってしている者には六四条二項の刑が科され、「営利の目的」がない者には、六四条一項の刑が科されるものといわなければならないとした上で、「共犯者である（甲）が営利の目的をもってしているものであることを知っていただけで、みずからは営利の目的をもっていなかった（乙）に対して、同条二項の罪の成立を認め、同条項の刑を科している」原判決は同条項および「刑法六五条二項の解釈適用を誤った」<sup>(10)</sup>ものであるとして、これを破棄・自判したのである（乙の上告に應えて、懲役一〇年を破棄し、懲役八年に処した<sup>(10)</sup>）。事案は、韓国船員乙・丙が、甲から、日本在住の某女に大量の麻薬を渡すよう依頼され、甲が「営利の目的」で麻薬を売却しようとしていることを熟知しながら、その依頼通り、神戸港で三五六・五五四二グラムの麻薬を陸揚げして密輸入したというものであり、第一審は、乙・丙が実際にどの程度の利益を取得しようとしていたかはあきらかではないにしても、甲が「営利の目

的をもっていることを知ったうえで密輸入をした以上、少なくとも、第三者に財産上の利益を得させる目的はあったもの」というべきであるとして、乙・丙に「営利目的麻薬密輸入罪の共同正犯」を認め、原審も、結論的にはこれを維持したのであった。<sup>(11)</sup> 最高裁は、さきに紹介したような論理で、これを否定したことになるわけである。

昭和四二年の最高裁判決に対しては、「目的」を「身分」と解することの是非や、「身分」概念の不統一をめぐる批判のほか、営利目的誘拐罪の「営利の目的」は六五条の「身分」ではないとしていた大正一四年判決との不整合の点などに関して、多くの批判があるが、<sup>(12)</sup> いずれも、正鵠を射ていないといわなければならない。すでに検討したところからして、容易に確認しうるであろう。<sup>(13)</sup>

さらに、昭和四二年判決は、乙に対して、旧麻葉取締法六四条一項の「共同正犯」の「成立」しか肯定していないのであって、同法六四条一項の「科刑」はこれを拒否したことになる点に注目しなければならない。すなわち、この判決は、前述の「完全犯罪共同説」による解決策には出なかつたことになるのである。この点は、余り重視されていないが、極めて重要なことであるといふべきであろう。<sup>(14)</sup>

しかし、昭和四二年判決には、残された深刻な問題があつたといわなければならない。第一審は、甲に「営利の目的」があることを「知っている」以上は、乙・丙に、すくなくとも「第三者目的」を認めることができるとしていたのに対して、最高裁は、単に、それだけでは「自己目的」があつたとはいえないと説示しただけではないのか、という疑問がそれである。「第三者目的」はこれを排除する趣旨ではないのかといつてもよい。<sup>(15)</sup> 「みずからは営利の目的をもつていなかった(乙)に対して」営利目的密輸入罪を認めることは許されないとこの判示からも、これを窺うことができよう。

この点を明確にしたのが、最決昭和五七年六月二八日刑集三六巻五号六八一頁<sup>(16)</sup>である。最高裁は、「原判決の認定

によれば、被告人は共犯者（丁）らが香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的とする組織の一員であることを熟知しながら、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持ちから同人に協力して積極的に本件犯行に加担したというのであって、専ら同人らに財産上の利益を得させることを動機・目的としていたものと認められるところ、所謂引用の判例（最高裁昭和四一年（あ）第一六五一号同四二年三月七日第三小法廷判決・刑集二二卷二四一七頁）は、麻薬の輸入に関し、共犯者が営利の目的をもっていることを知っていただけで、みずからは財産上の利益を得る動機・目的のないままに犯行に加担した場合について、麻薬取締法六四条二項にいう『営利の目的』の存在を否定したにとどまり、本件のように自己以外の第三者に財産上の利得を得させることを犯行加担の動機とした場合について『営利の目的』を否定する趣旨までも含むものとは解されないから、所論は前提を欠き、……適法な上告理由に於かない」として弁護人の上告を斥けた上で、「覚せい剤取締法四一条の二第二項にいう『営利の目的』とは、犯人みずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする場合をいうと解すべきである」と明言するのである。

昭和五七年決定によって、昭和四二年判決の問題性は、一応解消したものといえよう。「知っているだけでは営利の目的ありとはいえない」という場合の「営利の目的」は、「第三者目的」を排除するものではないという理解が示されたからである。残されたのは、知っているが、第三者目的もないから、「およそ営利の目的はない」といえる場合の処理である。

ここでも、やはり、「故意」と「目的」の相違が強調されてしかるべきであろう。昭和五七年決定は、正当にも「営利の目的」を「みずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする」こととしてとらえるのであり、それは、「故意」を生み出す動機・目的にほかならないと解することになるものといえようから、昭和

四二年判決の事案で、乙・丙に「第三者目的が認められない場合は、旧麻薬取締法六四条二項の犯罪に「加担する故意」はこれを肯認できても、同罪に必要な「動機」・「目的」に欠けるため、結局、同罪「実行の故意」を欠くことになるものとして、旧麻薬取締法六四条一項の成立しか肯定されないという結論が導かれるのである。つまり、昭和四二年判決の結論はこれを支持しうるわけである。

ところが、乙・丙は、甲の依頼を受けて、麻薬の運搬・陸揚げを実行したというのであるから、すくなくとも明確な「第三者目的」があったとはいえないであろう。「とにもかくにも神戸まで運んでやろう」として密輸入を実行した可能性はある。これに対して、昭和五七年決定の事案では、被告人に「第三者目的」を認めることは、容易である。丁から受けたかねての「恩義に報いるなどの気持」は、「丁の利益を図る目的」そのものにはかならないからである。<sup>(18)</sup>

四 共働者に所定の「目的」があることを「知りながら」これに加担する者は、多くの場合、「第三者目的」をもっているといえよう。この点では、真正目的犯と不真正目的犯とで相違はないといわなければならない。<sup>(19)</sup>しかし、「知ってはいるが第三者目的はない」場合も存在しないわけではないのである。この点でも、真正目的犯と不真正目的犯とで相違はないといわなければならない。昭和四二年判決は、このことをあきらかにするための貴重な示唆を与えたことになる<sup>(20)</sup>といって過言ではないであろう。

そもそも、立法者は、不真正目的犯については、所定の「目的」をもって犯罪を実行した場合と、その「目的」をもたずに犯罪を実行した場合とで、法益侵害ないしは法益危殆化の程度に差異があるものとして、両者の可罰性に強弱を付したものと解されるが、この差異は、たとえば、誰かに利益を「得させよう」として密輸入に加担する場合と、そのような明確な目的なしに、単に密輸入に加担する場合にも、当然に認められる筈なのである。昭和四二年判決と昭和五七年決定は、このような視座において、いずれも支持されるべきであろう。<sup>(21)</sup>勿論、「知ってはいるが第三者目

的ではない」ばかりか、実行行為を「支援」したにすぎない場合は、不真正目的犯においても、単に「幫助犯」が成立しうるにすぎないことは、今や多言を要しないであろう。<sup>(22)</sup> この点を確認したのが、冒頭に紹介した東京高判平成一〇年三月二五日判例タイムズ九八四号二八七頁である。事案は、正犯が、「営利の目的」をもって大量の大麻を密輸入しようとするのを「知りながら」、その犯行を容易にしてこれを「幫助」したというものであった。

東京高裁は、原判示は「被告人自身が営利の目的をもっていたことを含んでおらず、営利の目的をもつ者の大麻の密輸入を営利の目的をもたない者が幫助したことを判示したにとどまるから、営利の目的をもたない被告人に対しては、刑法六五条二項により、刑法六二条一項、大麻取締法二四一条一項を適用すべきであった。しかるに、原判決は、刑法六二条一項、大麻取締法二四一条二項、一項を適用し、被告人に対し同条二項の罪の幫助罪の成立を認めているから、原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の適用の誤りがある」として、これを破棄・自判し、改めて被告人に一年一〇月の懲役を言渡したのである。

平成一〇年の東京高裁判決が、昭和四二年判決、昭和五七年決定の流れに沿うものであることはあきらかであろう。情を「知りながら」加功したというだけでは、「目的」があったということの判示にはならないとした点に、明白である。判文上は明確ではないが、この「目的」から「第三者目的」を排除する趣旨も窺えないから、「知っている」ということと、「目的がある」ということとは違うという判断を示したものであるといわなければならないまい。加えて、このような関係は、「共同正犯」の場合に限らず、「幫助犯」の場合についても、同様に妥当するものであることを明確にした点で、重要な意義を有するわけである。さらに、不真正目的犯の共犯関係において、加重目的のない者には、刑法六五条二項により、「基本犯」の「共犯」しか成立しない<sup>(23)</sup>ということを再確認した点は、当然のことながら、正当な理解の上に立つものであるといわなければならない。

しかしながら、この判決には、看過しえない問題が潜んでいるのである。真正目的犯の場合には、「知っているだけの者」も、「当該目的犯」の教唆犯・幫助犯たりえたのに、不真正目的犯の場合には、「基本犯」の教唆犯・幫助犯たりうるにすぎないというのは、不整合ではないかという疑問である。

五 たしかに、真正目的犯の共犯との均衡上では、「知っているだけの者」にも、「加重犯」の共犯を認めてしかるべきであろう。しかし、「目的」(身分)は、本来、「従属」してはならないものである。「不真正身分犯」について、刑法六五条二項が規定するところは、まさにこの点なのである。共同正犯については、昭和四二年の最高裁判決で、この点が明確にされた。このことは、教唆犯・幫助犯にも推及されるのが筋道であるといわなければならない。平成一〇年の東京高裁判決は、この点までも示すことになったといえよう。しかし、真正目的犯の共犯との間では、不調和が残る。はたして、いかに考えるべきであろうか。

教唆犯・幫助犯の「故意」の観点だけからするならば、「不真正目的犯」においても、共働者に所定の「目的」があることを知って加功した者に対しては、当該目的犯の教唆犯・幫助犯を肯定してしかるべきである。この関係で興味深いのが、一九二二年一〇月一〇日のドイツ帝国裁判所第一刑事部判決<sup>(24)</sup>である。被告人は、専ら復讐の目的で、X・Yに対して、商人・Zは暴利を貪る高利貸したが、大量のフランス紙幣を持っていると虚言を弄し、ピストルを与えるなどして「恐喝」の決意を生じさせ、これを「実行」させたが、フランス紙幣を持っているとでも言わなければ、X・Yは犯行を決意しないであろうと考えていたという事案であった。勿論、X・Yは、紙幣を取得することはできなかったが、原判決は、X・Yに「強盜的恐喝罪」を認めながら、被告人に対しては、「利得目的」がなかったという理由で、「強要教唆罪」の成立しか認めなかったのである。これに対して、帝国裁判所第一刑事部は、すくなくとも被告人には「第三者目的」が認められるべきであるという検察官の主張はこれを排斥しつつも、恐喝罪の「教

唆故意」としては正犯の恐喝実行を「知っている」ことで充分であり、みずから「利得目的」をもつ必要はないとした上で、X・Yが現実に「利得目的」を達成したかどうか、恐喝罪の成否に影響を与えるわけではないのであって、「強要罪の教唆犯」しか認めなかった原判決には事実誤認と法適用の誤りがあるといわなければならないと判示し、これを破棄し、事件を原審に差戻したのである。

ロクシンやエーザーは、この判決を、「恐喝罪の教唆故意」につき説示したものととして、肯定的に引用しているが、<sup>(25)</sup>平成一〇年の東京高裁判決とは明白な対照をなすことになるものといわなければならない。はたして、東京高裁も、被告人に、大麻取締法二四條二項の帮助犯を認めるべきであったらうか。

だがしかし、東京高裁の態度は、やはりこれを維持するのが妥当であると思われる。加重目的犯の教唆・帮助の「故意」の存在にもかかわらず、みずからは「第三者目的」を有しなかった者に対しては、所定の「目的」を六五條二項の「身分」と解した上で、その「身分」を欠く者として、「基本犯」の教唆犯・帮助犯にとどめようとするのが、同条項の趣旨でもあると考えることは決して背理ではないと思われるからである。すなわち、刑法六五條二項は、加重目的犯の「共犯の故意」を「基本犯の共犯の責任」の限度のみで考慮させることを通して、共同正犯の場合と同様、「共犯の従属性」を弛緩させることになったと考えてしかるべきなのである。<sup>(26) (27)</sup>

東京高裁判決の事案で、被告人が、真に「第三者目的」すらをも有していなかったならば、やはり大麻取締法二四條一項の罪の「帮助罪」が成立するのみであるといわなければならない。

(1) 内田・刑法概要中巻四九一頁以下。さらに、詳細は、内田文昭「部分的共同正犯について(一)(二)」警察研究六三巻七号三頁以下、同八号三頁以下。

- (2) ベーリングに代表される「完全犯罪共同説」(E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 390 ff., 408 ff.) については、内田・警察研究六二巻七号・四頁以下、八号六頁以下。なお、内田・刑法概要中巻四七六頁以下。
- (3) 内田・警察研究六二巻八号・〇頁注(17)、一三頁以下。なお、内田・刑法概要中巻四七七頁以下。
- (4) これに対して、西田・共犯と身分・七三頁以下は、刑法三二五條の「営利の目的」は三二四條に対する関係では「加重身分」ではあるが「違法身分」であるから、「連带的」に作用し、その結果、営利の目的をもたない者が、営利の目的をもった者と共同して未成年者を誘拐した場合には、刑法六五條一項により、目的をもたない者も、三二五條の「共同正犯」たりうるとされる。「目的」は違法性を高めるとすることは、妥当である(内田・刑法概要中巻五四〇頁以下)。本稿でもこの理解を前提としている。しかし、「目的」を六五條一項の「身分」とすることの問題性、そこまで「違法を連帯」させて重刑を加えなければならぬものかどうかの疑問もさることながら、六五條一項は「違法連帯」を規定したことになるものと割り切ることに、基本的な問題があるといわなければならない。なお、後注(9)(13)。
- (5) これが、従来の通説的見解(わが国の「完全犯罪共同説」であったといえよう。岡藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平成二)四・八頁、福田 平・全訂刑法総論〔第三版〕(平成八)一八三頁以下、大塚 仁・刑法概説(総論)〔第三版〕(平成九)三二四頁。
- (6) 内田・刑法概要中巻五五五頁注(1)。なお、後注(14)。
- (7) 前注(5)(6)。さらに、内田・刑法概要中巻五四九頁以下。なお、後注(13)。
- (8) 内田・刑法概要中巻五五〇頁。
- (9) 内田・刑法概要中巻五五二頁、五五六頁注(6)。なお、前注(4)、後出、四注(5)。
- (10) 福田 平「麻薬取締法六四條二項の『営利の目的』は刑法六五條二項にいう身分にあたるか」刑事判例評釈集二九巻(昭和五二)六一頁以下、亀山継男「他人に利得させる目的と刑法第六五條」研修三七六号六三頁以下、中谷謹子「筑間正泰「麻薬取締法第六四條と刑法第六五條二項にいう『身分』に因り特ニ刑ノ軽重アルトキ」」法学研究四三巻五号・〇八頁以下。
- (11) 尤も、原判決は、乙は「(甲)の右意図を了知しながらこれに協力加担し、本邦到着後、原審相被告人(丙)と共同して本件麻薬密輸入の実行行為をしたのであるから、被告人及び(丙)は(甲)と共謀共同正犯の関係にあるものと認められる」というのであるから、「目的」・「身分」の問題としてではなくして、専ら「共謀共同正犯」の問題として解決しようとしたのではないかと



いう疑問がある（亀山・研修三七六号六七頁以下）。

しかし、共謀共同正犯の論理によって、「身分」をもたない者も「共謀」した以上は「共同正犯」たりうるとするのは、到底許されないとはいわなければならない。内田・刑法概要中巻五四七頁注（19）。

（12） その詳細な紹介は、大塚Ⅱ河上Ⅱ佐藤編・大コンメンタール刑法三巻七〇九頁以下〔川端〕。

（13） 特に、前注（7）（9）。なお、内田・刑法概要中巻五五〇頁以下。

ちなみに平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭和五〇）三七二頁は、「営利の目的」を「責任要素」と解されることにより、昭和四二年判決に賛成される。しかし、「違法は連帯」し、「責任は個別化」しなければならぬという割り切り方に問題があるといわなければならないのである。前注（4）。

（14） 尤も、福田・刑事判例評釈集二九巻六五頁以下は、「部分的犯罪共同説」的見地（前注（1））に立つならば、甲・乙に旧麻薬取締法六四条一項の「共同正犯」が成立し、甲には、さらに同法六四条二項の単独正犯とが「法条競合」することになるわけであるから、「営利目的」を敢て「身分」と考えなくても、判旨と同じ結論に達しうるとされる。また、亀山・研修三七六号七一頁以下は、「完全犯罪共同説」的見地（前注（5））から、刑法六五条一項により、乙にも旧麻薬取締法六四条二項の「罪」が成立するが、刑法六五条二項により、「刑」は旧麻薬取締法六四条一項のそれが科されるべきであろうとされる。

たしかに、右のような理解も充分に可能である。すでに確認した通りである。しかし、それらが、昭和四二年判決の真意でないことを看過してはならないであろう。

（15） 亀山・研修三七六号六七頁。なお、宇都呂英雄「他利目的による『営利の目的』」警察学論集三五巻一一号一七五頁以下、一七八頁以下。さらに、森本益之「覚せい剤取締法四二条の二第二項にいう『営利の目的』の意義」判例評論二八八号二四頁以下、二一六頁以下は、昭和四二年判決の判示をめぐっては、「他利目的」を排除したという理解、「他利目的」を排除したわけではないが、単に共働者に「目的」があることを知っていただけでは「他利目的」があったとはいえないという理解が、なお可能なものとして残されたといわれる。

ちなみに、大阪地判昭和五六年八月二七日判例時報一〇三四号一四三頁は、昭和四二年判決は「第三者目的」を排除する趣旨のものであるとしてとらえ、これに反対しつつも、共働者に「営利の目的」があることを「察知」しながらこれに積極的に協力した共同者には、「第三者目的」が認められるから、覚せい剤譲受罪の共同正犯たりうるといっているのである。しかし、「察知」していれば、

- 直ちに「第三者目的」があるという理解に出たもののように思われる（森本・判例評論二八八号二一八頁）。なお、後注（18）。
- (16) 宇都呂・警察学論集三三巻一七五頁以下、森本・判例評論二八八号二一四頁以下。
- (17) 前出、二注（5）。
- (18) 宇都呂・警察学論集三三巻一七九頁。これに対して、森本・判例評論二八八号二一八頁は、この点の認識が必ずしも明確ではないように思われる。また、大阪地判昭和五六年八月二七日判例時報一〇三四号一四三頁（前注（15））が、「察知」していれば「第三者目的」がある、という理解に出たのであれば、それは正当ではなかったといわなければならない。
- (19) 東京高判昭和五四年一〇月一六日判例時報九五九号三三三頁は、「被告人もまた本件取引全体によって応分の口利き料乃至利益の配分にあずかるべき立場にあったものであることは、取引上の通念に照して当然のことと認められ、……また自らブローカーであり、当初からその経緯を十分承知して本件取引に介入した被告人においても、自己の取引上の立場を十分認識し、ひいて利益の分け前にあずかるべきことの認識を有していたものであるとの推認を免れない」として、「自己目的」と「第三者目的」を「推認」し、被告人に対しても、覚せい剤取締法四一条の二第二項の罪の共同正犯の成立を認めた。これは、これまで度々指摘したように（前出、二注（6）（21）、「知っている」ということは「目的がある」ということを「推認」させる状況証拠たりうることを確認したものとえよう。そして、この点では、「真正目的犯」と「不真正目的犯」とで、相違するものといわなければならないのである。
- (20) 内田・刑法概要中巻五五〇頁以下、五五二頁以下。
- (21) 亀山・研修三七六号六五頁以下、宇都呂・警察学論集三三巻一七九頁以下。
- (22) 前出、二注（7）（8）（9）（10）。
- (23) 前注（3）（6）（8）（14）。
- (24) RG. Bd. 56, 1922, S. 171 ff.
- (25) LK, §26 Rdn. 66 [C. Roxin]; Schönke-Schröder, StGB, 25. Aufl. S. 1774 [A. Eser].
- (26) ロクシンは、ドイツ刑法二四一条の「窃盗罪」などの「真正目的犯」に關し、「目的」は、「目的をもたない者」自身もまた、当該犯罪を実現しようと欲していなかった限りにおいて「従属」しないが、この「非従属性」は、二八条一項から導かれるものではなくして、専ら「共犯の処罰根拠」から導かれるものであるという（LK, §26 Rdn. 70 [C. Roxin]）。また、「不真正目的犯」に

において、「目的」は、「不法」にかかわるものではなくして、個人の「責任」と「危険性」を高めるものであるから、たとえば、正犯が、「低劣な動機」から殺人を実行するに当たり、幫助犯が、そのような動機なしに加功したにすぎないような場合は、二八条二項により、正犯にはドイツ刑法二二一条の「謀殺罪」が成立するが、幫助犯には、二二二条の「単純殺人罪の幫助罪」しか成立しえず、逆に、幫助犯に「低劣な動機」があるのに、正犯にはこれが欠けるような場合は、正犯には「単純殺人罪」が成立し、幫助犯には「謀殺罪の幫助罪」が成立するというのである（LK, §28 Rdn. 10 ff., 26, 51 ff., 71 ff., 74 ff. [C. Roxin]）。これに対して、二二一条の「陰險な」・「残忍な」・「公共に危険な手段で」という要件は、完全に「従属的」であつてよいという（LK, §28 Rdn. 74 ff. [C. Roxin]）。

ロクシンは、「違法は連带的に作用するが、責任は個別化されなければならない」という伝統的な理解に忠実であろうとするものである。それ自体は正當である。しかし、「違法連帯」をどこまで徹底するかが問題である（内田・刑法概要中巻五四一頁、五四二頁以下、五五〇頁以下）。すでに強調したところでもある（前出、二注（6）（13））。したがつて、「故意」や「目的」は、「違法要素」ではあるが、それらを共働者に連帯させるべきではないのである（G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 686 f.）。

したがつてまた、ロクシンは「真正目的犯」においては、「目的をもたない共働者」が、当該犯罪の実現を「欲しない」限り、「目的」は「従属」しないというが、不正確であるといわなければならない。「知つていても第三者目的に欠ける」者は、「欲しなかった」が故に、「目的」に欠けることになるものというべきであり、「目的」は「連帯しない」というべきなのである。それは、「共犯の故意」を、ドイツ刑法二八条二項の趣旨により「制限」することにほかならないのである（なお、後出、四注（1））。

「恐喝罪の教唆故意」についても、同様の理解が可能である。「恐喝」を教唆した者には、「恐喝教唆罪」の故意がある。しかし、その者に、「利得目的」がなかった場合には、「強要教唆罪」の限度に「責任」を限縮させるのが、ドイツ刑法二八条二項の趣旨でもあると考えてよいと思われるのである。一九二二年一〇月一〇日の帝国裁判所判決よりも、原判決の方が妥當であつたというべきであろう。

なお、「目的」、「動機」などの「主観的要素」と「共犯の従属性」の問題については、D. Herzberg, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA. 1991, S. 145 ff., 149 ff., 151 ff., 160 ff., 177 ff.

ちなみに、東京高判昭和五三年六月二十七日判例時報九〇二号二二二頁は、「覚せい剤」の取引に加功した者が、「第三者目的」をもつていた場合について、刑法六五条二項の適用なしに、覚せい剤取締法四一条の二第二項の罪の幫助罪が成立すると判示した。

「第三者目的」をもって以上は、「身分」をもって以上は、六五条二項の適用が不必要なのは、至極当然であると  
 いわなければならない。なお、亀山・研修三七六号六八頁以下。

#### 四 むすび

一 刑法六五条一項は、形式的には、すくなくとも真正身分犯の共同正犯につき、非身分者に「過重な責任」を負わせるものといわなければならない。この見地からして、「真正目的犯」の場合には、「目的をもたない者」を共同正犯とするための方策として「目的」を「身分」と解することは許されないと考えるべきである。

これに対して、六五条二項は、特に「不真正目的犯」(不真正身分犯)の教唆犯・幫助犯につき、非身分者に「恩恵を与える」ものといわざるをえない。加重犯の「共犯の故意」にもかかわらず、基本犯の共犯の「責任」しか認めないことになるからである。しかし、「目的」は従属してはならないのであるから、この「恩恵」は、この限り当然のことといわなければならない。

したがって、真正目的犯の場合にも、教唆犯・幫助犯に関して、ドイツ刑法二八条一項や昭和四九年改正刑法草案三一条一項のような「減輕規定」の趣旨を尊重する必要があると思われる。尤も、不真正目的犯(不真正身分犯)の場合と違って、基準となる「刑」が存在しないから、刑法六八条による単純な「減輕」を考えることは、却って問題であろう。差し当たっては、量刑面での配慮を試みるべきであろうか。<sup>(1)</sup>

二 さらに問題なのは、成年に達した女性を、「営利の目的」をもった者と「営利の目的」をもたない者とが共同で「誘拐」したような場合である。<sup>(2)</sup> 客体が未成年者の場合は、「営利の目的」をもたない者も、刑法二二四条の共同正犯たりえた。すでに検討したところである。しかし、客体が成年に達した者であるときは、二二四条の問題は生じ

ない。専ら、二二五条の問題となるだけである。この限り、二二五条の「営利目的誘拐罪」は「真正目的犯」となる。

この場合、これまでの考量からするならば、「営利の目的」をもたない者は、二二五条の共同正犯たりえず、二二四条の共同正犯でもないということになる。二二五条の「幫助犯」にとどまるであろう。客体が未成年者の場合は、すくなくとも「未成年者誘拐罪」の共同正犯たりえたのに、何故、同じ行為が、成年に達した者に対して実行された場合には、「営利目的誘拐罪」の「幫助犯」にすぎず、かつ、右に一言したように、「減輕」に値するのか。合理的な説明は困難である。「知っている」だけの支援者が、「営利目的誘拐罪の幫助犯」であることとの整合性も、問題であろう。やはり、量刑面での配慮しかないのであろうか。

今世紀初頭、カントロヴィッツやビンディングは、「共犯論」を「絶望の章」と呼んだ。ここでも、その感を深くするといわざるをえない。しかし、「絶望」しないうための努力は、決して無駄ではないのである。

(1) 一九七五年一月八日のドイツ連邦裁判所第二刑事部決定 (BGH, Bd. 26, 1977, S. 53 ff.) は、ドイツ刑法二六六条の「背任罪」に關し、「誠実義務」を欠くだけの理由で「幫助犯」にとどまる被告人に対しては、幫助犯の減輕(二七条二項)と「身分」を欠くことによる減輕(二八条一項・四九条一項)の規定にもかかわらず、「一回の減輕」しか認められるべきではないとしながら、さらに、単なる「幫助意思」による「些少の寄与」しか認められないときは、二回の減輕も可能であろうと説示した (BGH, 26, S. 56)。

勿論、ドイツ刑法二六六条は、わが刑法二四七条と違って、「真正目的犯」ではない。しかし、この判例は、「真正身分犯」に加担した「非身分者」の幫助罪の処断刑につき、貴重な示唆を与えるものといつてよからう (LK, 828 Rdn. 88 [C. Roxin])。わが刑法二四七条の下では、単に世間を騒がせるだけの「目的」で背任罪の正犯に加担したにすぎない「非身分者」に対しては、刑法六三条の「減輕」の上に、さらに、草案三二条一項の「趣旨」を汲んだ「減輕」を考慮することになるといえるようか。なお、前出、

二注(10)。

(2) この場合、「営利の目的」をもたない者が、さらに「誘拐の故意」にも欠けていたときは、「散歩」に誘ったようなものであり、幫助犯の成立もないことに注意しなければならない。したがって、問題となるのは、「営利の目的」には欠けるが、共働者に「営利の目的」があることはこれを「熟知」しており、しかし、みずからは、単に恋敵を困惑させようとしたにとどまるような場合に限定されよう。

(3) 内田・刑法各論(第三版) 二二七頁以下。

ちなみに、この関係は、「業務上横領罪」(刑法二五三条)に加功した者が、「委託物横領罪」(刑法二五二条)の「身分」すらもたない場合と類似した面をもっているといえよう。この場合、「非身分者」として、業務上横領罪は「二重の真正身分犯」のかわちをとるが、「業務上の占有者」に共同した以上は、刑法六五一条一項により、二五二条の共同正犯たりうるものといわざるをえないのである。しかし、判例は、この場合、刑法六五一条一項により、二五二条の共同正犯の「刑」を科するものとしている(内田・刑法概要中巻五四八頁注(21))。単なる「委託物占有者」が「業務上占有者」と共同した場合には、業務上横領罪は単純横領罪の「加重身分犯」の關係に立つから、単なる「占有者」は、六五一条一項により、二五二条の共同正犯たりうるにとどまるのに、全く身分をもたない者は、二五二条の共同正犯になるというのは不均衡であると考えられたからであろう。しかし、判例に表われた事例は、「非身分者」とはいいながら、実は、「準身分者」と呼んでよい者の「共同実行」が肯定されうる場合であることに、注意を要しよう(最判昭和三十一年一月十九日刑集二二卷二二号三七三頁(元村長・元助役が収入役と共謀して、収入役が保管中の公金を費消した)。なお、内田・刑法概要中巻五四八頁注(21)、前出、二注(17)(18))。

一方、成年女性に対する「営利目的誘拐罪」に加功した「目的のない者」も、「誘拐」に関しては「共同実行」が可能である。しかし、「目的」がない以上、二二五条の「共同正犯」とすることはできない。さりとて、「横領」の場合と違って、二二四条の「共同正犯」とすることもできない。成年に達した者に対する「単純略取誘拐罪」は存在しないからである。したがって、問題は、「横領」の場合よりも、なお複雑となる。おそらく、現行法を前提とする限り、「営利の目的」なしに、「営利目的誘拐罪」に加担した者は、「誘拐の共同実行」が認められるときには、すくなくとも「未成年者誘拐罪」の限度で「共同正犯」たりうるものといわざるをえないであろう。

(4) 二二四条の限度で、共同「正犯」を認めるわけであるから、「知っている」だけで二二五条の幫助に出たにすぎない者が、二二

五条の「幫助罪」の責任を負うにとどまるのとは、不均衡を生じさせないのである。

- (5) ちなみに、大判大正一四年一月二十八日刑集四卷一四頁(前出、三注(9))の事案は、芸妓に抱えた未成年女性が逃げ出したので、三人共謀の上、欺いて同女を連れ戻したというものであり、「情を知って」犯行に加担した者につき、二二五条の「共同正犯」が成立するかどうか争われたのである。客体が「未成年者」である点で、このような問題(前注(4))を生じさせないわけであり、情を知って犯行に加担した者にも、「自己目的」はともかくとして、「第三者目的」の存在はこれを否定しえない筈であるから、(前注(2)参照)、この限りで、刑法六五条一項一項の問題とならないのは、当然なのである(内田・刑法概要中巻五五六頁注(6))。なお、この判例をめぐる諸見解については、大塚Ⅱ河上Ⅱ佐藤編・大コンメンタール刑法三巻七〇八頁以下〔川端〕。
- (6) H. Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. 7, 1910, S. 257 ff., 306; K. Binding, Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 251 ff., 253.

(平成二十二年一月二十五日稿)