HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論［論文内容及び審査の要旨］
Author(s)	岡部, 天俊
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第13714号
Issue Date	2019-09-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76076
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	doctoral thesis
File Information	Takatoshi_Okabe_review.pdf, 審査の要旨

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学 位 論 文 審 査 の 要 旨

博士の専攻分野の名称　博士（法学）　氏　名　　岡　部　天　俊

審査担当者	主　査	教　授	城　下　裕　二
	副　査	教　授	小名木　明　宏
	副　査	准教授	佐　藤　陽　子

複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論

本論文は、刑法解釈学上「共犯と身分」とよばれてきた問題領域、すなわち複数人が事実的に共働することにより、身分犯が実現された場合、あるいは、表見的に実現された場合における各共働者の罪責につき包括的な検討を行い、新たな理論的帰結を提示しようとするものである。

第 1 章では、本論文の基礎となる正犯概念と共犯概念について、前提的考察がなされている。そこでは、自己答責性の原則に基づくわが国の共犯体系のもとでは、正犯とは、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現する関与形式として、共犯とは、他人の自律的な行為を介在させて構成要件を実現する関与形式として理解されるべきであり、他人の自律的な行為は正犯としての客観的帰属を不可能にする効果を有することから、正犯と共犯はいわば客観的帰属の質的相違であるということが確認されている。

第 2 章では、そもそも不明確のままであった身分犯概念を再検討し、その具体的な内容についても検討を行う。その結果、まずわが国における身分犯は、直接単独正犯としての行為主体に一定の特徴が要求される犯罪を意味する概念であり、それゆえ身分犯を標識する身分とは、構成要件該当行為そのものではなく直接単独正犯としての行為主体を特徴づける構成要件要素であるということが明らかとなった。そして、わが国における身分犯概念自体は、正犯者範囲の制限までをも含意するものではないため、ドイツやスイスにおける特別犯概念とは異なる概念であり、むしろ従来その異同が検討されてこなかったオーストリアにおける特別犯概念と定義上同一であることも明らかとなった。さらに、そのような身分犯概念を基礎として、従来その身分性が不明確であった個別具体的な構成要件要素についての身分性の基準が提示されている。

第 3 章では、オーストリアにおける特別犯論の検討を通じて、不法身分犯における固有の無価値発生機序について分析する。その結果、不法身分犯においては、身分者が一定の行為を直接的に実行することによって不法を基礎づける無価値が発生するもの（直接実行型不法身分犯）と身分者が自己に課せられた刑法上の特別の義務に自律的にかつ故意をもって違反することによって不法を基礎づける無価値が発生するもの（特別義務違反型不法身分犯）の 2 種類が存在していることが明らかにされている。さらに、このことを踏まえ、わが国の刑法上の個別具体的な身分犯が、直接実行型不法身分犯、特別義務違反型不法身分犯、および責任身分犯のいずれに分類されるかについて各論的な検討が展開されている。

第 4 章では、第 3 章までの検討を踏まえ、身分犯の間接正犯の成否および成立要件について論じる。その結果、直接実行型不法身分犯においては、非身分者が身分者を道具とすることによる間接正犯は成立し得るのに対して、身分者が非身分者を道具とすることによる間接正犯はおよそ成立し得ないことが明らかにされる。また、反対に、特別義務違反型不法身分犯においては、非

身分者が身分者を道具とすることによる間接正犯はおよそ成立し得ないのに対して、身分者が非身分者を道具とすることによる（直接）正犯が成立し得ることが提示されている。なお、こうした結論が、従来の判例の立場とも整合的であることも確認される。

第 5 章では、同じく第 3 章までの考察を踏まえ、身分犯の共犯の成否および成立要件について検討している。まず、身分犯の共犯をめぐっては刑法 65 条という実定法上の規定が存在するため、刑法 65 条の基本的な解釈について再検討を行ったところ、刑法 65 条の複雑な沿革を考慮すれば、刑法 65 条 1 項は構成的不法身分に関する規定であり、同 2 項は加減的責任身分に関する規定であるということが明らかにされている。そして、加減的不法身分および阻却的不法身分については刑法 65 条 1 項が、構成的責任身分および阻却的責任身分については同 2 項が準用されるべきであるということも明らかとなり、さらに、刑法 65 条 1 項の「共犯」には共同正犯も含むという判例・通説の立場の妥当性も確認されている。ただし、第 3 章で示された不法身分犯における固有の無価値発生機序に鑑みれば、刑法 65 条 1 項の適用ないし準用による不法身分の連帯的作用には、一定の内在的制約があるはずであり、具体的には、直接実行型不法身分犯であれば身分者が一定の行為を直接的に実行している限りにおいて不法身分が連帯的に作用し、特別義務違反型不法身分犯であれば身分者が自己に課せられた刑法上の特別の義務に自律的かつ故意的に違反している限りにおいて不法身分が連帯的に作用するという内在的制約があるということが明らかにされている。

終章においては、それまでの検討を振り返りつつ、身分犯固有の無価値の発生は身分者が一定の方法で関与することに依存している点を再度強調し、今後の解釈論的展望を述べるとともに、オーストリア刑法を模範とした立法論的な提案も行われている。

このように、本論文は、最終的にはわが国の刑法 65 条の法的性格を明らかにすることを見据えつつ、その前提として、そこでいう「身分」ないし「身分犯」とは何かという問題について、主としてドイツ語圏の国々での議論を参照し、かつ沿革史的な考察をも交えながら精緻に分析したものである。そこで提示された「身分」概念、および刑法 65 条の意義に関する解釈論的帰結は、従来の複数にわたる先行研究を凌駕する鋭い指摘に満ちており、学界はもとより、実務に対しても多くの有益な知見を与えうることは明らかである。特に、不法身分犯の類型化論がわが国においても妥当することを論証し、それに基づいて刑法 65 条 1 項と 2 項の関係性を再構築するとともに、さらには不法身分の連帯的作用に内在する制約の解明へと至る論理的展開は説得力に富んでおり、本論文で採用された見解が、今後の共犯理論をめぐる議論の中で 1 つの確固とした立場を形成していくことは間違いないものと思われる。

他方で、不法身分犯の類型化の基準となる「直接実行型」か「特別義務違反型」かという区別論において、殊に「特別義務」の発生根拠として何が想定されているかは、本論文によっても必ずしも全面的に解明されているわけではない。また、刑法 65 条 1 項と 2 項の関係性についても、一部を同条の「適用」ではなく「準用」に依拠せざるを得ないとの帰結が示されていることは、実は解釈論としては限界線上にあるのではないかとの疑問を生じさせうる。さらに、第 3 章第 5 節、第 4 章第 3 節で論じられている各論的考察は、網羅的ではあるものの、やや簡潔にすぎると思われる箇所も散見され、当然のことながらすべての項目について異論が予想されることから、それらへの対処をも講じた論述にしておくことが望ましいといえるであろう。もっとも、これらの点は、本論文のような従来の議論を果敢にも乗り越えようとする研究には往々にして伴いやすいものであり、些かも本論文の学術的意義を損なうものではない。

以上の次第で、本論文について、3 名の審査委員の一致した見解として、博士の学位を認定する水準を満たしているとの結論に達した。