

## 学位論文審査要旨

佐川友佳子

### 身分犯における正犯と共犯

審査委員 主査 松 宮 孝 明  
副査 安 達 光 治  
副査 平 野 仁 彦

〔論文内容の要旨〕

#### 1 概 観

本論文は、刑法65条に規定されている身分犯に関する共犯の問題を扱ったものである。現行刑法65条では、一定の身分があることで初めて犯罪となる行為（以下、構成的身分犯と呼ぶ）に加功した非身分者は身分犯の法定刑を基準にして処断されるが（同条1項）、身分によって法定刑の軽重があるだけで、非身分者でも犯罪となる行為（以下、加減の身分犯）に関与した場合は、非身分者用の通常の刑で処断される（同条2項）。その結果、例えば、保護責任者遺棄罪（刑法218条前段）が単純遺棄罪（刑法217条）の加重的身分犯、保護責任者不保護罪（刑法218条後段）が構成的身分犯である、という理解を前提とすれば、前者に関与した非身分者は、65条2項によって単純遺棄罪の共犯となり、対して、後者に関与した非身分者は、65条1項により、保護責任者不保護罪の共犯で重く処罰されることになる。また、虚偽の診断書の作成を国立病院の医師に依頼した場合、虚偽公文書作成罪（刑法156条）の教唆とされ最高10年の懲役で処断されるが、ここで依頼者が開業医であった場合に、虚偽診断書作成罪（刑法160条）が存在することから、65条2項が適用されるとすればその刑は3年以下の禁錮または30万円以下の罰金となり、医師でない者が教唆した場合よりも軽く処罰されることになる。

このように、現在の65条をそのまま適用した場合には、処断刑のうえでアンバランスが生じることがある。それは、65条が、構成的身分犯に関しては同条1項において身分者用の刑の連带的作用を認めつつ、加減の身分犯に関しては同条2項において各罪の法定刑の個別的適用を認めるという矛盾に由来するものである。この矛

盾の解消は古くから議論されてきたテーマではあるが、本論文で筆者は、現行刑法の沿革や母法としてのフランス法、ドイツ法での考え方を検討するばかりでなく、身分を「違法身分」と「責任身分」に分け、前者については連帯作用を認めつつ後者については個別化を認めるという解決方法を採用したオーストリア刑法の考え方を紹介しつつ、その問題点を検討するという新しいアプローチを採用し、その上で、やはり「構成的身分犯」と「加減的身分犯」の区別を前提にしたうえで、前者についても非身分者に減輕の余地を認めるという方法によって解決を図るべきであるという結論に至っている。

以下、その概要を紹介する。

## 2 日本の立法過程

本論文の第1章では、現行刑法成立までの日本の立法過程が検討される。そもそも、日本の旧刑法典は、フランス人法学者ポアソナードの影響下で作成されたものであるが、身分犯の共犯の問題については、彼の母国であるフランス流の規定形式、すなわち、正犯者の身分の効果が共犯者にも連帯するという誇張従属形式は採用されなかった。その背景には、例えば尊属殺の場合に、卑属でない者が尊属殺の刑を科されること、また逆に、他人による殺人に、殺害された者の子が関与した場合、他人である正犯を基準として、子に普通殺の刑が科されることは、不適切であるとするポアソナードの考え方があった。このような考えを基にして、最終的には、加重身分の一身的效果を認める規定が採用されたのである。これは、個々人の罪責に応じた刑を科すべきであるという当時の古典主義の思想を背景として、共犯といえども、正犯に従属して同じ刑を科されるのは適切ではなく、むしろ各人の事情に応じてその罪責を評価されるべき場合があることを斟酌しようとしたものであった。

しかし、旧刑法においては加重身分の一身的效果に関する規定のみが存在したために、構成的身分犯の場合にも、身分の個別化を認めるか否か、という問題を生じることとなった。しかし、構成的身分犯の場合にも身分の一身専属性を認めるとすれば、非身分者が不処罰となることから、むしろこの場合には、非身分者も身分者と同様に処罰される、との扱いが通説によって認められ、実務上もそのように取り扱われていたこと、この取り扱いが、現行刑法典制定時に立法化されるに至ったことが指摘される。また、立法議論の際に、この65条1項の規定は、今日の判例・多数説の考え方とは異なり、共同正犯に対するものではなく、あくまで狭義の共犯についての規定であるという議論がなされたことも指摘される。

このような歴史的な展開を筆者は、65条1項2項の両規定に論理的な関連性はな

く、むしろ、身分の一身専属性を定める2項がもともと存在したところに、1項は、身分の一身専属性を貫徹した場合に生じる非身分者の不処罰を回避するための、いわば政策的な規定として成立したものである、と解する。つまり、身分は本来一身的に作用するものであり、共犯といえども、正犯の身分がそのまま当然に非身分者にも効果を及ぼすものではない、というのが現行法の出発点にあった考え方とするのである。

### 3 ドイツにおける身分犯への関与の問題についての展開

筆者は、このような状況はドイツにおいても同様であったとして、第2章では、ドイツ刑法での議論を検討する。

ドイツのライヒ刑法典の実質的な前身であったプロイセン刑法典においては、フランスと同じく誇張従属形式が採用されており、身分犯の共犯についての規定は存在しなかったために、正犯に身分犯が成立する以上、共犯もその犯罪の刑を科されるものとされていた。しかしながら、ドイツの統一刑法典であるライヒ刑法典を制定する段階になって、従来、バイエルン等の他のラントにおいて認められていた加減の身分の一身の・個別的作用を認める規定のみが、新たに50条として採用されることとなった。

しかしドイツにおいても、ライヒ刑法典制定時の段階では、構成的身分犯の場合の規定が存在しなかったために、日本と同様の問題を生じることとなった。立法資料等では、その理由は明らかではないが、通説および判例は、構成的身分犯の場合には、通常の共犯原理に従うものとし、結果的に非身分者も身分者と同じく処罰される、という処理が実際上なされていた。ここでも、日本の現行法における場合と同じく、構成的身分犯という、非身分者にとってはもともと可罰的ではなかった行為に関与した場合の方が、加減の身分犯に関与した場合よりも重く処罰されるという帰結を生じる。ゆえに、学説では、この場合には非身分者に刑の減輕を認めるべきであるとの主張がなされ、また、ライヒ刑法典制定後に出された一連の草案においても、減輕規定が提案された。

その際、筆者は、当時の一連の刑法草案、例えば、1925年およびそれを基にした1927年草案が、とりわけ「身分のない故意ある道具を利用した間接正犯」と呼ばれる問題の解決を図るために、以下のような規定を認めることとなったことを重く見る。すなわち、構成的身分犯の場合、正犯ばかりでなく共犯のみに身分が存在する場合でも、当該身分犯の成立が認められるとしたのである。これは、非身分者も構成的身分犯の共犯となることを肯定するだけでなく、直接行為者に身分がなく、

背後者にのみ身分が存在する場合についても、背後者を身分犯の共犯（＝教唆犯または従犯）とすることを認めるものであった。例えば、医師が、自分が職務上知ることとなったある患者の秘密を偶然に知ってしまった自分の妻に、その秘密を漏らすよう教唆した場合も、その医師は秘密漏示罪の教唆として処罰されるのである。この場合の妻は身分がないために正犯となることはできず、せいぜい、秘密漏示罪の従犯となりうるにすぎない。つまり、この草案は、このような場合に、いわゆる「正犯なき共犯」を認めるものだったのである。しかしながら、これに対しては、正犯の不法が存在しないにもかかわらず、共犯の成立を認めるのは不当であるとの批判がなされた。

これに対して、1930年代には、エバハルト・シュミットに代表される拡張的正犯論が主張されるに至る。これは、犯罪の関与者はすべて原則的に正犯（Tater）であって、共犯規定は制定法によってこれを限定するものである、というものである。よって、従来のように、原則的に直接的な行為者を正犯とした上で、「規範的障害」をもたない者を「道具」とみなして間接正犯を例外的に認めるのではなく、むしろ、すべての関与者は正犯であるから身分犯において身分のない者を介した身分のある者も正犯であることを根拠づけることができた。

この拡張的正犯概念はナチス期の刑法草案においても採用され、さらに、身分犯については、関与者のうちの一人に、つまり背後者にのみ当該身分が存在する場合でも、すべての者が身分犯として処罰されうる、との規定が置かれた。

しかし、本来、拡張的正犯概念と、構成的身分犯に関与した非身分者も処罰しうる、ということは理論的には相容れないはずである。というのも、一定の身分のある者のみが構成要件を実現できるとする身分犯では身分者のみが正犯になりうるのであり、かつ、教唆犯や従犯も本来は正犯であるなら、同じように身分をもってない身分犯として処罰できないことになるはずだからである。しかし、この当時は、このような規定を置くことで、それが可能となるものとされたのである。

しかしながら、戦後のドイツ刑法改正（実際には、総則のみの全面改正）の際、この拡張的正犯概念は採用されるには至らなかった。というのも、すべての者を正犯として把握することを前提とするのであれば、身分のない非身分者は、彼の一身上ではそれを犯すことはできないのであって、当該身分犯が非身分者にも成立することを理論的に基礎づけられないという批判が有力となったからである。

これは、例えば、以下のような事例で明らかとなる。収賄罪の場合、非公務員自身は収賄するということはありませんが、これは公務員によってその行為が為されるといふ点に犯罪の本質がある。ゆえに、自らは利益を得ることのない者にだけ公務員

身分があったとしても、そもそも収賄罪は成立しようがない。このように、身分犯の場合には、当該身分を備えた者のみがその 収賄してはならないという 義務を侵害し、正犯者たりうるのであって、これに対して非身分者にはそうした義務は妥当せず、ゆえに正犯とはなりえない。

こうして、ドイツでは、刑法典においては、拡張的正犯概念は採用されず、従来の正犯・共犯を区分する体系が維持されることとなった。そして、構成的身分犯の場合に、非身分者も可罰的とするためには別に規定が必要であるとして、新たに規定を創設することとなったが、上述の1927年草案とは異なり、身分犯の成立には、正犯者に身分が存在することが必要であるとされた。同時に非身分者に対する刑の必要的減軽を認めるとの提案がなされた。このように、身分犯の本質を身分者に特別な義務の違反として捉えることは、その後、ロクシンやヤコブス等の義務犯論として展開されていく。筆者は、このような過程をして、「正犯なき共犯」が立法的に否定され、かつ、非身分者への減軽という方法によって、身分犯の法定刑の一身専属的・個別的作用が部分的に承認されたものと解する。

#### 4 オーストリアにおける身分犯への関与の問題についての展開

こうしたドイツに対して、同じような枠組みでこの問題を論じながらも、拡張的正犯概念を発展させた統一的正犯体系の採用という異なる解決を図ることになったのが、隣国のオーストリアであった。そこで、本論文の第3章では、このオーストリア刑法の展開が検討される。

オーストリアの旧刑法では、学説上は、一般に、ドイツと同様、加重的身分犯については身分の一身的效果を認め、他方で、構成的身分犯については、身分の連帯的な効果が認められていた。

しかしながら、オーストリアでも刑法の改正が必要であるとされ、ドイツの草案および学説から様々な影響を受けることとなり、その結果、1927年にはドイツの27年草案と同内容の草案が作成されるに至った。この草案は、ドイツとの法統一を意図したものであり、上述のドイツ草案と同様、身分犯について構成的・加減的身分という区分を設け、また、間接正犯を共犯に解消したことから、背後者にのみ身分が存在する場合に「正犯なき共犯」を認めるものであった。

このような草案の規定は、例えば、限縮的正犯概念を前提とし間接正犯という概念に否定的であったリットラーによる支持を得たが、ツィンマールは、正犯の不法が存在しないにもかかわらず、犯罪の成立を認めることは妥当ではないと批判した。その際、ツィンマールは、ドイツのような構成的身分・加減的身分という区分に

よって、この問題を処理するのは適切ではないと考えた。彼は、「所為の不法に関するものである限り、それを共犯者に帰属することは正当である」とするが、これに対して、責任は、個別的に判断されるべきものであると考えていたのである。ゆえに、身分犯の場合についても、その身分が不法に関するものであるか、責任に関するものであるか、という区分にしたがって、共犯者に対する効果を決定すべきであると主張した。このような不法身分（＝違法身分）、責任身分という区分は、日本では佐伯千仞博士によって示唆されたものであるが、今日では、西田典之教授によって、日本の現行刑法65条の解釈基準として提案されているものである。

さらに、ツィンマルは、このような身分犯についての考え方が目的犯についてもパラレルに妥当すると考える（注：今日のドイツ・オーストリアでは、目的犯における目的などの主観的不法要素も、身分犯における身分と同じく正犯を画する要素と考えられており、両者は「一身的要素」として同様に扱われる。日本においても、「目的」は「身分」に含まれるとする見解は有力である）。彼はまず、目的犯を真正目的犯と不真正目的犯とに区分し、前者には例えば、通貨偽造の際の行使目的等が挙げられ、これは目的の内容が法秩序によって阻止されようとする害悪に属するがゆえに、可罰的違法類型に属するとする。この場合、正犯行為が構成要件の実現への客観的な傾向を示すことが必要ではあるものの、実際に正犯者が当該目的を有しているかどうかは問題ではない。つまり、彼は、目的そのものを主観的要素とするのではなく、あくまでこれをその行為の客観的傾向であるとして、「主観的違法類型要素は客観的なものに還元される」としたのである。これに対して、不真正目的犯とは、目的の向けられた事実自体は、法秩序が阻止しようとする害悪でないものであり、例としては誘拐罪における結婚目的等が挙げられる。この場合には、違法要素ではなく、責任要素が問題となっているとするのである。

以上のように解することにより、ツィンマルは、目的犯の場合にも、身分犯と同様に共犯の問題を捉えることができるとした。つまり、真正目的犯の場合には、構成要件要素が問題となっているがゆえに、その効果は共犯者にも帰属されるが、不真正目的犯の場合には、その目的は責任要素であるがゆえに、その目的を有する者についてのみ問題となるとするのである。

筆者によれば、その背景には、主観的違法要素をできるだけ排斥し、違法を客観的なものとして把握するという考え方があった。オーストリアでは、犯罪体系において、違法は客観的、外部的なものとして捉えられ、主観的な要素はもっぱら責任においてのみ考慮されるべきものとする伝統的なベリンク体系が維持されてきたために、例えば上述のツィンマルは、目的犯の場合の目的を違法要素とするので

はなくて、行為の客観的傾向と解したり、責任要素と解したりしたのである。そのように考えると、通常の犯罪の共犯の場合と同じく、目的をもたない者を介した目的のある背後者を、前者では目的犯の共同正犯、後者では目的犯の教唆犯ないし従犯として処罰できる。その点につき、筆者は、ドイツでは非常に大きな力を持ち、その後の刑法体系に多大な影響を及ぼした目的的行為論は、オーストリアにはほとんど影響を与えてこなかったと見る。この点では、犯罪の本質を社会的に有害な外部的態度に見出す客観主義学派と、行為者の社会的に有害な内心こそが犯罪にとって本質的なものとみる主観主義学派とで相違はなかった。例えば、主観主義学派の代表者であるノヴァコフスキーも、「ある行為は、それが法益を侵害することのみ常に違法なのである」として、目的犯については、「主観的要素は完全に客観化されている」と主張していたのである。

なお、ノヴァコフスキーは、不能未遂の場合のように、客観的に対応する不法が存在しないにもかかわらず処罰される場合には（注：ドイツおよびオーストリアでは、今日では、不能未遂をも未遂犯として処罰する）、責任非難は行為に対する行為者の内部的関係に対する評価で十分であるとして、「不法なき責任」という概念を認める。つまり、客観的には適法でも、有責で可罰的な態度が存在するとし、不能未遂の可罰性を理論づけようとしたのである。筆者によれば、これは、不法を客観的な法益侵害および危険性として捉えた場合の、ひとつの極端な見解の現れである。

このように、オーストリアはドイツとは異なる展開を辿り、その結果、1974年の新刑法典に至る立法論の中で、共犯については統一的正犯体系が採用されることとなった。これは、前述の拡張的正犯概念を出発点として、犯罪への関与者のすべてを正犯として把握し、その法定刑の範囲内で適切な処罰を担保しようとするものである。

その際、共犯と身分の問題については、オーストリア新刑法典14条の1項において、違法身分はすべての関与者にその効果が及ぶ一方で、同条2項において責任身分については、個別的に作用することが規定された。これは、上述のごとく、ツィンマールによって提案され、その後、ノヴァコフスキーらによっても支持された区分である。

しかしながら、これに対しては、身分犯に関与した場合、その身分が不法に関係するものとはいえ、非身分者にとってもその効果が同様に妥当するということは、それぞれの関与者の他の関与者に対する独立性という統一的正犯体系の前提とは相容れないのではないかという指摘がなされた。例えば、キーンアプフェルは、当初、

統一的正犯体系を採用する以上、このように違法身分が非身分者についても影響することは矛盾ではないかと指摘し、この14条は統一的正犯体系における例外であるとし、また、レーダーも、この条文は統一的正犯体系と矛盾するものであるから削除すべきであると主張した。しかしこの点につき、多くの論者は、非身分者には身分者の不法が帰属されるのではなく、自身の不法が帰属されるという説明によって、統一的正犯体系とは矛盾するものではないと主張している。

しかしながら、この他にも、身分犯の問題に関するこの14条は、様々な点で、統一的正犯体系を修正するものではないかという指摘がある。例えば、14条1項の2文は、自手犯と特別義務犯の場合を規定したものであるとされるが、前者の自手犯とされる犯罪、たとえば近親相姦や偽証罪の場合には、犯罪の成立が直接的な行為者によって実行される、ということに左右される。また、特別義務犯とされるもの、例えば公務員の職権濫用罪、そして背任罪などは、法益侵害は、身分のある者が犯行に故意で関与した、ということに左右されるものとされる。これにつき、ノヴァコフスキーは、「公権力の濫用、および虚偽証言の不法は、それぞれ、主観的な成分を内容としている。『濫用』とは、言葉の上だけではなくて、その実質的な内容からも故意による誤った利用なのである」と述べ、特別義務犯の場合には、身分者が故意で行為したことが不法にとって決定的であるとする。このように考えれば、特別義務犯の場合には、ただ、客観的に身分者が関与したというだけでは充分ではないことになる。実際、判例においても、このような場合に、非身分者も処罰するには、身分者がその行為について故意で行為し、非身分者もその行為を確実なものと認識していることが必要であるとされた。筆者によれば、このようなノヴァコフスキーや判例の解釈は、結局、統一的正犯体系を修正するものではないかという指摘を受けているとのことである。

また、ここで挙げたノヴァコフスキーの見解自体、従来の彼の説から大幅に転換したことが指摘される。すなわち、上述のように彼は、かつて、違法とは客観的なものであって、主観的な要素はここから排除されるものであるとしてきた。ゆえに、彼の不法概念によって処罰を根拠付けられない場合には「不法なき責任」といった概念を持ちだしてまで、その客観性を維持しようとしてきたのである。しかしながら、彼は、こうした特別義務犯の場合、身分者が故意で行為したことが違法にとって決定的であり、さらに故意を不法に位置付けるべきであるとして、従来の説を変更するに至った。そしてさらには、かつて自らが批判していた「人的不法論」にしたがうとしたのである。このような彼の見解の変容の背景には、このような場合には、従来のように不法を外部的な客観的法益侵害としてのみ捉えることには限界が

あり、やはり身分者がその行為を意識的に実行することが不法にとっても必要である場合が存在する、ということが意識されるに至ったことがある。

筆者によれば、このようなオーストリアの状況に対しては、統一的正犯体系を採っているとしながら、「『正犯』という不当なレッテルの下で、まさに古典的な共犯規定を創設している」という批判がなされているとのことである。つまり、各人を正犯として把握し、各関与者はそれぞれに独立するものであるとしながらも、結局のところ、こうして様々な点において従属性を認めている点については、実質的に、従来の共犯体系と同じではないかという批判である。筆者は、統一的正犯体系を採用するのであれば、むしろ、「自身では義務者的地位にない非身分者は、彼がそれに共働したとしても、決して義務侵害の正犯ではあり得ず、そのような共働は、少なくとも身分者による義務侵害とは異なって取り扱われなければならない」とするレーダーの主張が妥当なものであるとする。

また、筆者によれば、責任身分についても、実務上、14条2項の事例として認められているのは、ほとんど従来の加減的身分の場合でしかない、ということも指摘されているとのことである。つまり、責任身分を広く認めた場合には、結局、非身分者が不処罰となる事例が多くなってしまふことから、構成的身分犯の場合には、当該身分は不法身分であるとみなすことによって、このような帰結を回避しているのだというのである。筆者は、このような事態をして、オーストリアにおいても、結局は、構成的・加減的身分犯という区分を採用した場合と同様の帰結が生じていると見る。

## 5 日本における現在の議論

こうしたドイツ、オーストリアの考察を踏まえた上で、第4章では、日本の65条の解釈が考察される。

そこでは、日本の判例および多数説が採用する構成的身分(65条1項)、加減的身分(同条2項)という区分に対する反対説の当否が検討される。

まず、65条1項は両身分犯を通じての共犯成立の問題、同条2項は特に不真正身分犯だけについて科刑の問題を規定したものであるとする団藤重光博士の見解に対して、筆者は、罪名と科刑を分離する点が批判されているばかりでなく、冒頭に述べた科刑上のアンバランスが解消されない点も問題であるとする。

次に、身分を違法身分と責任身分に区別し、かつ、構成的であるか加減的であるかにかかわらず、65条1項は違法身分に妥当し同条2項は責任身分に妥当するとする西田典之教授の見解に対しては、制限従属形式は、ただ共犯の成立には正犯の不法

が前提とされる，という必要条件を示すものに過ぎないのであって，ここから正犯の違法が共犯に論理必然的に連帯ないし連動するわけではない上，違法性阻却事由について部分的に関与者ごとの違法の相対化を認めるとするその立場との間に一貫性を欠いているのではないかという従来の批判を確認する。その上で，筆者はさらに，オーストリアの状況を検討した際に明らかとなったように，極端な客観的違法を主張していたノヴァコフスキーですら，特別義務犯の場合には，身分者が故意でそれに関与したということが不法にとって決定的であるとし，人的不法論を認めるに至ったこと，不法（＝違法）身分，責任身分という区分は，これを主張したノヴァコフスキー自身も認めていたように，その都度各論の構成要件解釈によって定められなければならないがゆえに，構成的・加減的身分という区分ほど明確ではないことを指摘し，オーストリアの判例実務においても，結論的には，ドイツの構成的身分犯，加減的身分犯の区分に非常に近いものとなっているという指摘があることから，實際上，違法身分と責任身分という区分に依拠するメリットがあるかどうかは疑問であるとする。

最後に，65条1項は構成的・加減的身分犯を通じた身分の連帯的作用を規定したものであり，2項は「構成要件該当性の後に判断される違法性及び責任」について，その身分を有する者にのみ一身的に作用することを規定したものだ と解する十河太郎教授の見解に対しては，このような解釈は，身分の問題が通例の共犯従属性に解消されえないものとされ，むしろその一身専属性を認める方向で成立したというこの規定の成立経緯を考慮していない点が問題であるとする。

## 6 本論文の結論

以上のような考察を踏まえ，第5章では，筆者の結論が示される。そこでは，身分犯の場合には，その身分者がその行為をしたことにその犯罪としての本質的な意義がある点を正面から認めるべきであり，不法といえども，関与者相互にその評価は異なりうるものであって，身分とは本来，個別的に評価されるべきものであり，身分者が関与した場合は，通常は，非身分者よりその不法は重いものであると主張される。

すなわち，身分犯における共犯の問題は，共犯従属性の一般原理には解消されえず，これとは異なる思考が要求されるのであり，立法的にも，その身分の一身専属性を維持しようとの思考が存在したのであって，オーストリアの現行刑法のように，違法身分，責任身分という区分を採用したとしても，やはり，特別義務犯とされるものについては，身分者の義務侵害という観点を排除することはできず，同様の問

題に直面せざるをえないということ、また、この場合に生じる実際上の帰結も従来の構成的・加減的身分という区分とさほど代わらないか、むしろ、責任身分が狭く解釈されることから、多くの場合に違法身分であるとされ、処罰範囲が拡大するという懸念があるというのである。しかも、そもそも、「違法身分は連帯する」という解釈は現在の条文の文言からは引き出されえないものであって、これを根拠にして処罰を認めることには、罪刑法定主義上の疑念が存在するのであり、こうしたことを考慮すれば、以前から認められている構成的身分犯、加減的身分犯という区分を維持することにも、一定の合理性があるとする。

その上で、筆者は、非身分者が構成的身分犯に関与した場合も、法的に中立な行為とはならず、身分者の特別義務違反の促進等を理由として処罰されうるのであって、このことが1項によって認められているが、ただ、通常、非身分者は身分者と比較すれば不法が低いことが考慮されるべきであって、ゆえに、この場合には、非身分者に減軽を認める方向で量刑上斟酌すべきであり、最終的には、改正刑法草案にもみられるように、減軽規定を立法化することが適切であるとする。

#### 〔論文審査の結果要旨〕

本論文の扱うテーマである身分犯の共犯については、すでに、旧刑法立案作業に始まるわが国の議論、および1969年新総則に至るまでのドイツの議論を素材とした優れた先行研究が存在する。その中で、冒頭で述べたような65条1項と2項との間に生ずる科刑上のアンバランスを解消するために、本学名誉教授である佐伯千仍博士や東大の西田典之教授によって「違法身分」と「責任身分」という区別が提唱された。すなわち、65条2項が科刑の個別化を認めているのは、主として責任身分によって刑の軽重がある場合であり、それは「責任の個別化」という基本原理によるものであって、反対に65条1項が身分のない共犯者も身分のある正犯者の法定刑で処断できるとするのは、違法身分によって身分者の行為が犯罪となる場合であり、それは「違法の連帯」という原理によるものであると主張されたのである。

もっとも、その際、佐伯博士は、身分というものの性質上、違法身分の中でも加減的違法身分では科刑は個別化するのであり、かつ、構成的違法身分でも、刑の減軽規定を新設することで刑の個別化を認めることが適切であると主張していた。これに対して、近年の西田教授に始まる見解は、違法身分である以上、加減的關係にあっても65条1項を適用すべきであり、その結果、従来65条2項の適用があるものと解されてきた特別公務員職権濫用罪（刑法194条）と逮捕監禁罪（220条）との関係でも、身分のない一般市民が特別公務員の職権を濫用した逮捕監禁に関与した場

合は、法定刑の重い194条で処断されるべきであると主張する。しかも、それが「違法は連帯し、責任は個別化する」という命題に忠実な考え方だとするのである。この見解に対しては、65条の文言を無視したものであるとか、「違法の連帯」は正犯の違法性が共犯の必要条件であることを表現したものに過ぎないという批判がなされているが、論争の決着は、まだついていないのが現状である。

そのような中で、冒頭で述べたように、本論文で筆者は、現行刑法の沿革や母法としてのフランス法、ドイツ法での考え方を検討するばかりでなく、身分を「違法身分」と「責任身分」に分け、前者については連帯作用を認めつつ後者については個別化を認めるという、わが国の有力説に似た解決方法を採用したオーストリア刑法の考え方を紹介しつつ、その問題点を検討するというアプローチを採用した。それは、従来あまり知られていなかった、オーストリア刑法の共犯論の考え方とその矛盾点を明らかにする方法であり、わが国の有力説の問題点をも浮き彫りにすることを可能とするものである。その研究方法は着実かつ緻密であり、資料の読解・解釈も正確であって、さらに、その結論も説得的である。

もちろん、そこにはまだ、オーストリア刑法のさらに詳細な議論の経過やその背景にある理論を分析する余地があり、かつ、わが国における矛盾の解決のためにふさわしい立法提案を行なうという課題もある。しかしながら、以上を総合評価すれば、本論文は、身分犯の共犯問題に関する新しいアプローチを開拓したのとして、高い学問水準に達しているものということができよう。以上の次第で、審査委員会全員一致により、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〕

本学位請求者の研究内容は、2008年2月8日、本学において公聴会が開催され、報告検討された。そこでは、本学教員および大学院学生の出席の下、活発な質疑応答が行われた。とりわけ、ドイツおよびオーストリアで有力となった「人的不法（＝違法）論」の意味および身分犯における不法（＝違法）の本質をどのように見るか、オーストリアにおいて目的的行為論の影響が小さかった理由は何か、ノヴァコフスキーの改説に象徴されるようにオーストリアの刑法理論が共犯者ごとの不法（＝違法）の相対性を認める転機となった問題はやはり身分犯の共犯問題か、刑法65条1項を構成的身分犯に関する規定と解する通説と違法身分に関する規定と解する有力説とで結論に相違が出るのはどのような場合か、身分犯の共犯問題が刑法体系の試金石となる理由は何か、65条1項のような構成的身分犯に対する共犯を認める考え方を単なる政策的な考慮と片付けてよいのか、行為者類型説と身分犯との関係

如何，ドイツにおける謀殺メルクマールの解釈との関係如何，正犯概念と不法概念との関係といった質問が出された。これに対して，報告者は，いずれの質問に対してもしっかりとした受け答えをした。本学位請求者は，本学学位規程18条1項該当者であり，本博士学位請求論文に加えて，公表済みの論文「身分犯における正犯と共犯(1)」(立命館法学313号〔2007年〕1頁以下)の水準，上記の公聴会における質疑応答に基づき，博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することが確認された。

以上の次第で，審査委員会全員一致で，本学位請求者に対し，博士(法学 立命館大学)の学位を授与することを適当と判断した。