

身分犯における正犯と共犯（４・完）

佐川友佳子

目次

序	
第一章 日本の立法過程	
第一節 旧刑法期	
第二節 現行刑法期	（以上313号）
第二章 ドイツにおける身分犯への関与の問題についての展開	
第一節 ライヒ刑法典制定までの経緯	
第二節 ライヒ刑法典制定後	
第三節 ライヒ刑法典成立以降の草案における展開	
第四節 第二次世界大戦後の動向 刑法改正委員会における議論	
第五節 現在の議論	（以上317号）
第三章 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	
第一節 現行刑法典以前	
第二節 現行オーストリア刑法典	（以上319号）
第四章 日本における現在の議論	
第一節 現行65条を巡る状況とその問題点	
判例の展開	
日本の学説	
改正刑法草案	
第五章 結 論	（以上本号）

第四章 日本における現在の議論

第一節 現行65条を巡る状況とその問題点

ここに至るまで、身分犯への関与の問題を、旧刑法期の日本、ドイツ、オーストリアにおける歴史的経緯を中心に考察してきたが、本章においては、この問題に関する判例、学説の展開を踏まえた上で、現在の日本の65条を巡る議論につき考察し、最終的に、どのような解釈が望ましいのかに

ついて明らかにすることとしたい¹⁾。

既に第一章でも述べたように、日本の現行刑法は、旧刑法からの身分犯の規定を引き継ぎ、さらに、旧刑法にはなかった構成的身分犯の場合について、非身分者も身分者と同様に処罰されるとの規定を置くこととなった²⁾。このような規定に対し、日本の学説は、主として、65条の文言を根拠として、1項を構成的身分犯、2項を加減的身分犯に関する規定と解し、それぞれ、連帯化と個別化という作用を認める適用をしてきた。しかしながら、これに対しては、周知のように、西田教授によって、構成的身分か、加減的身分かという形式的な区分によって全く異なる作用が認められるのは何故かという問題意識から、共犯の従属性に関する制限従属形式を援用して、正犯が違法であれば共犯にもその効果が及ぶとして、違法身分と責任身分という区分を1項と2項の適用基準に対応させるとする説が主張されている。これは、上述のように、現行オーストリア刑法典が採用した規定形式である。また、近年、十河教授によれば、身分犯といえども、身分が構成要件の要素となっている限りで、身分犯ではない通常の犯罪とは異なるものではないとして、通常の共犯原理に従った処理をすべきであるとの主張がなされている。

こうした様々な見解が主張される中で、まずは、實際上、判例がこの問題を如何に取り扱っているのかについて考察することにする。

（1）判例の展開

身分犯の共犯に関する判例は非常に多岐にわたるものであり、これを理論的に一貫性をもって分析することには困難を伴うが、以下では、身分犯

1) 日本の学説については、中西縁「共犯と身分についての一考察（二）」同志社法学35巻3号（1983）105頁以下、十河太郎「身分犯と共犯従属性（一）」愛媛法学会雑誌25巻1号（1998）117頁以下、同「共犯と身分の一考察（一）」愛媛法学会雑誌27巻2号（2001）47頁以下、西田典之『新版・共犯と身分』（2003）も参照。

2) この現行刑法典に至る過程については、前掲・中西論文、朝倉京一「身分犯の共犯に関する規定について」専修法学論集100号（2007）127頁以下も参照。

とされ、65条の適用領域にあるとされてきた様々な犯罪の類型ごとに、判例がどのような態度を示しているかを考察することにしたい。

1) 横領罪

横領罪の場合、65条との関係では、業務上横領罪と委託物横領罪との関係が加重関係にあるか否か、また、遺失物横領罪と委託物横領罪とはいかなる関係にあるか、といったことが問題となるが、特に、業務上横領罪の事例が判例において問題とされてきたものである。

まず、著名な判例として挙げられるのが、明治44年の大審院判決である³⁾。この事例は、村長が、収入役と共謀の上、収入役の保管していた公金を消費したという事実が問題となったものであり、原判決は、村長については非身分者であることから刑法65条2項と252条1項を適用すべきものとした。しかしながら、これに対して弁護人から、被告人の行為は収入役の業務上横領の共犯であって、村と被告人との間には何らの委託関係もなく、ゆえにその行為についてただちに252条を適用すべきではなく、「先以テ刑法253條ヲ適用シ刑期二於テ同65條第2項同252條第1項ヲ適用スヘキ」との主張がなされたのであった。そしてこの点につき、大審院は、被告人を刑法65条第1項により同法253条の横領罪の共犯として論ずべきものであるとした上で、この253条は「横領罪ノ犯人カ業務上物ヲ占有セシ場合ニ特ニ重キ刑ヲ科スルコトヲ規定シタルモノ」であるので、「業務上ノ占有者タル身分ナキ」被告人に対しては、刑法65条2項により、252条1項の委託物横領罪の刑を科すべきものとし、原判決を破棄した。このように、明治44年判決の事例では、業務上物の占有者たる身分なき被告人は、身分者と同じく253条の業務上横領罪の共犯とされるものの、刑は委託物横領罪によるものとされたのであった。

また、昭和15年の大審院の判決によっても、同様の事例において、被告人の所為は「業務上ノ占有者ト云フ身分ニ因リテ構成セラルル」業務上横

3) 大判明治44・8・25刑録17-1510

領行為に加功したものであって65条1項によって共犯として刑法253条に該当するものであるが、「横領罪ハ犯人力業務上ノ占有者ナルト単純ナル占有者ナルトニ因リテ其ノ刑ヲ異ニシ即チ犯人ノ身分ニ因リテ刑ニ輕重アルモノ」であるから、身分のない被告人は単純横領の刑を科されるべきものであるとされている⁴⁾。このように、65条1項によって身分者と同じ犯罪が成立するが、科される刑は65条2項によるとの判断は、その後の最高裁にも引き継がれていくこととなった。

例えば、昭和32年の最高裁判決は、村長と助役が収入役と共謀の上、村の学校建設の寄付金を横領したという事案につき、「被告人兩名は、かかる業務に従事していたことは認められないから、刑法65条1項により同法253条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきもの……しかし……業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法65条2項により同法252條1項の通常の横領罪の刑を科すべき」として、従来の判決と同様、村長と助役に対して、業務上横領の共同正犯となるが、科される刑については、252条第1項の通常の横領の刑によるべきものとしたのである⁵⁾。

このように、業務上横領罪は他人の物の占有者という身分と業務者という身分とを必要とする二重の身分犯であると理解すれば、これに非占有者が関与した場合、65条の適用との関係ではどのように取り扱われるべきかということが問題になるが、上に示したように、判例によれば、大審院以来、65条1項の適用を認めて一旦は非占有者にも業務者と同じ業務上横領罪が成立するとした上で、業務者でない者については65条2項を適用して、軽い委託物横領の刑で処罰されるべきとの処理がなされている。業務上横領の場合、これに関与した非占有者に業務者と同じ刑を科すとすれば、占有者が本罪に関与した場合には65条2項により委託物横領罪となることと

4) 大判昭和15・3・1刑集19-63

5) 最判昭和32・11・19刑集122-287。豊田兼彦「共犯と身分（2）」判例百選 第6版（2008）188頁以下。

比較して、非占有者に対する処罰が重くなってしまうという不均衡が生じることになる。ゆえに判例の処理は、このような不均衡を緩和するという意味においては、意義を有するものではある⁶⁾。

しかしながら、このように、65条の1項と2項の両方を適用するという処理は、成立する罪名と、実際に科される刑とが分離されるという帰結を導くことになる点で批判されている。この事例の場合、非占有者も受託者の行為を通じて、委託された物の所有権を侵害するがゆえに、委託物横領の限度での罪責は負うが、その際、業務者に対して課されている義務は一身的なものであって非業務者には及ばず、ゆえに業務上横領の罪責までは負わないものと考えられる。そこで、判例のように、罪名と科刑を分離することによって身分がないことを斟酌する方法を採るのは妥当ではなく、むしろ非占有者には、65条1項を適用することによって委託物横領罪の共犯の成立を認めるべきものではないかと思われる⁷⁾。ここで、占有者を違法身分、業務者を責任身分と解し、違法の連帯性を前提として65条1項を違法身分に関する規定とみる見解からは、占有者の違法性が連帯するがゆえに非占有者も委託物横領の共犯となると述べられるが⁸⁾、そこでの前提自体に検討の余地がある。

2) 背任罪

背任罪は、「他人のためにその事務を処理する者」を主体とする構成的身分犯であると理解されるがゆえ、事務処理者でない者が事務処理者の背任行為に加担した場合にも、65条1項によって背任罪の共犯となる。そして判例上、共同正犯も65条1項の適用領域にあるとされているために、事務処理者と共謀して背任行為の実行に加功した非身分者についても、背任罪の共同正犯となるものとされている⁹⁾。そしてまた判例においてしばし

6) 福山道義・刑法判例百選 第二版183頁、豊田・前掲188頁

7) 山中敬一『刑法各論』(2004)402頁以下参照。

8) 西田典之『刑法各論・第3版』(2005)220頁

9) 大判昭和8・9・29刑集12-1683

ば問題となるのは、会社法上の特別背任の事例である。取締役の身分がなく、かつ当該会社に対して任務を負わない者が、身分者と共謀して行爲した場合について、「商法第486条（現会社法960条）第1項は、その犯人が、被害会社との間に同条項所定の身分関係を有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるところ……被告人は……会社との間において同条所定の身分関係にないのであるから、普通の、他人のためその事務を処理する者と同視して、刑法第65条第2項により、同法第247条の通常の背任罪の刑を科すべきものと解すべき」としたものがある¹⁰⁾。原審は非身分者に対して、65条1項のみの適用を認めたのであるが、控訴審はこれを不当とし、65条2項によって刑法上の背任罪の刑が科されるべきものとしたのであった。また、近時においても、売買ないし融資取引先の代表者であった被告人に対しては、特別背任罪の共同正犯が成立するが、被告人に身分がないことから65条2項によって通常の背任罪の刑が科されるものとしたものがある¹¹⁾。このように、判例は、特別背任についても同様の構造にある業務上横領の事例と同様に、罪名と科刑を分離するという処理をしている。

ただ、判例上、背任の場合には、非身分者にも限りなく背任の共犯の成立が認められているわけではなく、さまざまな視点からこれを限定しようとの試みがなされている。例えば、銀行頭取のした不良貸し付けの相手方となった者に共同正犯としての罪責を負わせるためには、「その際任務を有する者が抱いた任務違背の認識と同程度の任務違背の認識を有すること」が必要であるとしたもの¹²⁾、また、事務処理者である職員の「任務に違背することを明確に認識しながら同人との間に背任行爲について意思の連絡を遂げ、あるいは……積極的に働きかけて背任行爲を強いるなど、当

10) 東京高判昭和42・8・29高刑集20-4-521

11) イトマン事件（最決平成17・10・7刑集59.8.1108）第一審判決。大阪地裁平成13・3・29刑集59-8-1296参照。

12) 東京高判昭和38・11・11公刊物未登載＝千葉銀行事件控訴審判決，日比幹夫『大コンメンタール刑法（第2版）』（2000）13巻216頁。

該職員の背任行為を殊更に利用して借り手側の犯罪としても実行させたと認められるような加功」をしたことを要するとして借り手の共同正犯を否定したものなどがある¹³⁾。近時の「北國銀行事件」の名古屋高裁の差戻審無罪判決においても、「経済取引上の交渉事として社会的に容認される限度を超えない限り」は背任の共犯にならないとの判断がなされた¹⁴⁾。このように、判例上は、当該行為が日常的に行われているような行為を超えて背任に加担したものとして評価できるか、ということが考慮されている。したがって、背任の共犯については、近時のいわゆる中立的行為による幫助の議論等にも注目して、当該行為にそもそも背任としての結果が帰属されるものであるのかが検討される必要があるが、この点、因果的寄与に基づく結果帰属判断を前提とし、背任罪の身分を違法身分として違法の連帯性を肯定する見解¹⁵⁾からは、この場合の非身分者に背任が成立しないと結論を導くのは理論的に困難であるように思われる¹⁶⁾。

3) 尊 属 殺

このように、判例上、業務上横領および特別背任罪の場合には、65条の1項を適用して身分者と同じ犯罪が成立するとした上で、2項によって、身分者とは異なる刑が適用されるべきとされるのに対して、尊属殺の事例では、通常の殺人罪との関係が加重関係にあると考えられ、65条2項のみが適用されていた。周知のように尊属殺の条文自体は既に現在の刑法典においては削除されてはいるが、この規定における卑属たる身分が他の関与

13) 東京地判平成 12・5・12 判タ 1064-254

14) 名古屋高判平成 17・10・28 高刑速報集平成17年285頁。また、松宮孝明「犯罪体系論再考」立命館法学316号(2008)337頁を参照。

15) 西田典之『新版・共犯と身分』(2003)260頁以下

16) 因果的思考に依拠した上で中立的行為による幫助の可罰性を否定する見解の限界を指摘したものとして、安達光治「客観的帰属論 犯罪体系論という視点から」『理論刑法学の探求1』(2008)85頁、豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について」『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として」立命館法学310号(2007)254頁。

者にどのような影響を及ぼすのかということは、既に旧刑法制定時から非常に議論されていた問題であり、ポアソナードも、身分犯の事例につき、尊属殺の例を用いて、卑属と卑属ではない者とが同じように処罰されるのは妥当ではないと述べていたことから、特にこの尊属殺の事例を念頭に置いて、身分者と非身分者との取扱を別にすべきであると考えていたことは既に述べたとおりである¹⁷⁾。したがって、尊属殺の場合、卑属たる身分による刑の影響は非身分者に及ぶものではなく、身分は関与者ごとに個別的に作用するという現在の65条2項に相当する規定が適用されるものとされていたのである。

例えば大審院の大正7年の判決において、刑法200条の罪というのは、「同第156條（虚偽文書偽造）の罪若くは同197條（収賄罪）の罪等と異なり、犯人の身分に因り特に構成す可き犯罪に非ずして単に卑属親たる身分あるが為め特に其刑を加重するもの」であるから、卑属たる身分のない共犯者に対して65条1項を適用した原審の判断を法令適用の誤りであるとし、この場合、非身分者には65条2項を適用して、普通殺人の刑をもって処断するものとされた¹⁸⁾。その後の判例においても、例えば昭和31年の最高裁の判断でも大審院と同様に、刑法200条の尊属殺人は犯人の身分により特に構成すべき犯罪ではなく、単に卑属親たる身分があるため、特にその刑を加重するに過ぎないものであるから、直系卑属でない共犯者に対しては刑法65条2項によって処断すべきものと判断された¹⁹⁾。

このように、判例においては、尊属殺とは構成的身分犯ではなく、ただ、通常の殺人罪に対して、卑属たる身分が存在することによって刑が加重されるという関係にあるものと理解されたことから、上述の業務上横領罪な

17) 拙稿「身分犯における正犯と共犯（１）」立命館法学313号（2007）9頁以下、また、旧刑法期の規定成立の経緯については、朝倉京一「身分犯の共犯に関する規定について」専修法学論集100号（2007）129頁以下が詳しい。

18) 大審院大正7・7・2判決・法律新聞1460-23。但し、この件において被告人は通常の殺人罪を適用されたものの、結局死刑を言い渡されている。

19) 最判昭和31・5・24刑集10-5-734

どの場合とは異なり、非身分者について65条1項を適用することなく、同条2項を用いて、通常の殺人罪としての責任のみを負うべきとしたのである。この尊属殺の場合、卑属でない者の行為は、尊属殺と認められないとしても、基本犯とされる殺人罪の成立は認められるのであって、いずれにしても可罰的であり、この点において、業務者と共同することによって非占有者の行為が可罰的なものとなる業務上横領罪とは異なる構造を有している。ゆえに判例では尊属殺に関与した卑属でない者に対しては、65条1項の適用を認めず、同条2項の問題となり、各人の身分は個別化され、本来の基本犯について処罰されるものとされたのである。いずれにしても、卑属、尊属といった身分はやはり一身専属的なものであり、卑属と共に尊属殺を犯したとしても、その関係に依拠した加重を非身分者にまで拡大することはできないだろう。

4) 常習犯

また、常習犯の場合の常習性についても、65条の適用が問題となる。判例は当初、「刑法第186条第一項ハ...自ら常習トシテ遊戯又ハ賭博ヲ為シタル者ニ限り該条ヲ適用スヘク単ニ他人ノ賭博行為ヲ幫助シタル場合ハ仮令其幫助力賭博ノ常習アル者ナルトキト雖モ常習賭博ノ從犯ヲ以テ論スヘキモノニ非ス」として、賭博の常習者が単純賭博を幫助した場合には、単純賭博の從犯に過ぎないとした²⁰⁾。しかしながらその後、大審院は、常習賭博罪は刑法185条の通常の賭博罪の加重規定であるとした上で、「其加重ハ賭博ヲ反復スル習癖ヲ有スル者ニ限り...犯人ノ一身ニ屬スル特殊状態ニ因ルモノト認ムヘク從テ犯人ノ身分ニ因ル加重」であって、常習者ではない者に対しては、65条2項により、たとえ從犯といえども正犯と同一の刑を科すべきではなく、各人ごとに常習者であるか否かが判断されるべきであるとした²¹⁾。その後も、賭博の幫助または幫助の教唆については、幫助者

20) 大判大正3・3・10 刑録 20-226

21) 大判大正3・5・18 刑録 20-932

または教唆者自身が賭博常習者であるか否かによって、刑法186条1項または185条の刑に照して減輕すべきであるとされ²²⁾、また、正犯が単純賭博とされる場合でも、幫助者が賭博常習者と認められる限り、その者は常習賭博幫助として処断すべきであるとの判断がなされている²³⁾。この点、常習性を行為者の属性であって責任要素であるとし、独自の65条解釈を前提として常習罪について65条2項の適用を否定する見解もあるが²⁴⁾、単純賭博と常習賭博とは加減的身分犯の関係にあると考えられ、ゆえに65条2項の適用が認められると考えられるべきであろう。

5) 目的犯

目的が身分に含まれるか否かという問いもまた、65条の適用にとっては大きな問題である。判例上、「刑法65条にいわゆる身分は、男女の性別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称する」ものとされてきたが²⁵⁾、目的犯にいう目的もこの65条の身分に含まれるかどうかについては議論のあるところである。これが65条の身分に含まれるとすれば、目的のある者の行為に関与した目的を有さない者の取扱いが、2項によって個別化される可能性が生じることとなる。ここでは、判例上、目的が身分となるかどうかが問われた事例について考察することにしたい。

）薬物犯罪

目的犯と身分との関係は、特に薬物犯罪で数多く問題とされてきたものである。例えば麻薬取締法等では、営利目的のある行為を、そうした目的のない行為よりも加重的に処罰するものとしているが、この場合の目的が65条の身分に該当するかどうかということが實際上、裁判において問題となってきた。そして、この点を判断した事例として著名な昭和42年の最高

22) 大判大正7・6・17刑録77-9907

23) 名古屋高判昭和30・5・17高刑特報2-11-522

24) ただ、結論においては同旨。団藤重光『刑法要綱各論（第3版）』（1990）355頁

25) 最判昭和27・9・19刑集6-8-1083

裁判決においては、麻薬取締法64条2項にいう「営利目的」につき、刑法65条2項にいう「身分」に該当するものとされたのであった²⁶⁾。

この事件に対する第一審判決によれば、まず、「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く、麻薬取締法64条2項にいう営利の目的に欠けるところはない」とされ、他の者の営利目的を知った上で密輸入に関与した被告人自身にもこの営利目的輸入罪が認められるものとされた。ゆえに、この段階では、営利目的が65条の身分に該当するか否かという点については争点となっていなかった。そしてさらに第二審においては、被告人が共犯者の営利目的があることを了知しながらこれに加担し共同して実行行為をしたのであるから、この者と共謀共同正犯の関係にあり、よって被告人にも営利目的輸入罪が成立するものとされた。

しかしながらこのように、自身は営利目的から行為したのではない被告人にも営利目的輸入罪を認めた下級審の判断とは対照的に、最高裁は、共犯者に営利目的があったことを知っていただけの者に営利目的があったとすることは妥当ではなく、この麻薬取締法の64条2項とは、同条1項の加重規定であるとし、よって刑法65条2項が適用されるべきものであるとした上で、営利の目的をもつ者ともたない者とが共同して麻薬を輸入した場合には、営利の目的をもつ者に対しては麻薬取締法64条2項の刑を、営利目的をもたない者に対しては同条1項の刑を科すべきものとしたのである。

この点につき、上記判決と同時期に麻薬取締法64条2項の営利目的が問題となった事案がある²⁷⁾。この件では当該条文の目的が刑法65条にいう身分か否かという点については争点とはならなかったのであるが、最終的に共犯者についても営利目的が肯定されたために、自らが営利目的を有している必要があるとした上記判例と整合性を持つものであるのかが問題とされうる余地があった。というのも、この事件は、原審においては被告人に

26) 最判昭和42・3・7刑集21-2-417

27) 最決昭和42・3・3刑集21-2-383。海老原震一『最高裁判所判例解説刑事編昭和42年度』36頁以下。

営利目的が認められるかどうかにつき、「共犯者に営利の目的があることを認識してこれに共同加功することをもって足りる」とされたからである。このような理解は、上記の最高裁の判断とは矛盾するものである。しかしながら、これに対して最高裁は、この条文にいう営利目的とは、「行為の動機が財産上の利益を得る目的に出たことをもって足りるものとし、この事件における被告人の動機が「共犯者に融通していた金員の回収を図ることにあった」以上、被告人自身に営利目的があったと認めることは妥当であるとした。すなわち、この場合、麻薬取引が成功して共犯者が金銭を得れば、被告人にとっても、そこから自分に対する債務の返済が受けられるという事情が存在し、ゆえに、この共犯者の債務の返済を期待したことが犯行の動機となった被告人についても、営利目的が認められるとされたのである²⁸⁾。

このように、薬物犯に関する判例においては、営利目的が共犯者に存在していることを認識しているだけの者についても目的を有しているとは認められないものの、財産上の利益を得ることがその者にとって犯行の動機となっている場合であれば、当該目的は認められるものと理解されたのである。

また、昭和54年の東京高裁判決²⁹⁾は、覚せい剤取締法が問題となった事例であるが、ここでは、被告人が、以前に仲介した覚せい剤の取引において、共犯者に損失を負わせたといういきさつがあったため、本件の取引においてその回復を図るべく、その共犯者に利益をもたらそうとしていたという事情が存在した事案であった。裁判所は、「一般に営利目的犯における営利の目的とは、自己のため財産上の利益を得る目的の外、これを第

28) この点、広島高判昭和29・6・24判決高裁判決特報31-62においては、本件と同じように資金回収のために債務者と共謀して麻薬の売却譲渡をしたという被告人につき、「自己が当然取得すべき貸金とその利息を回収したに止り、売買そのものによっては何らの利益を得ていないのみでなく当初よりその意図はなかったもの」とされ、営利目的が否定されていた。

29) 東京高判昭和54・10・16判時959-131

三者に得させる目的をも含むものである」とした上で、覚せい剤取締法においてこれと同様であるとし、被告人に営利目的を認めたのである。

この場合、この判決と、前記昭和42年判決との整合性が問われることとなる。つまり、昭和42年判決は第三者に利益を得させる目的を「営利の目的」からは除かれるとしたものであるのか、あるいは他利目的も含まれるのではあるが、他者が当該目的を有しているとの認識だけでは足りないのかという点が問題になりうるのである。そしてこの判決においては、麻薬取締法が問題となった昭和42年判決についてもこれを限定的に解釈するのは妥当ではないと述べられ、他利目的も含まれるとされたのであった³⁰⁾。

さらにその後、例えば昭和57年の最高裁決定においては、上記昭和42年の最高裁判決について、「共犯者が営利の目的をもっていることを知っているだけで、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64条2項にいう「営利の目的」の存在を否定したにとどまり……第三者に財産上の利益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」とし、覚せい剤取締法41条にいう営利目的とは「犯人自ら財産上の利益を得、または第三者に得させることを動機・目的とする場合をいう」と示された³¹⁾。

また、東京高裁の平成10年判決は、正犯に営利目的があることを知りながら大麻の輸入を幫助した被告人につき、裁判所は、公訴事実には正犯者に営利目的があり、それを被告人も知っていたとの記載があるのみで、被告人自身に営利目的があるとの記載がなかったことから、営利目的輸入罪は認められず、この場合の被告人には刑法65条2項によって、大麻取締法

30) このような他利目的については、ドイツにおいても横領罪などの領域において問題となり、刑法の第6次改正によって各則の規定として立法化された。しかしながらこのような目的を自己の利益を図る目的と同じように扱うことは、共犯においても新たな問題を生じることとなった。

31) 最決昭和57・6・28刑集36-5-681

24条1項が適用されるべきであるとした³²⁾。これは、昭和42年の最高裁の判断を踏襲したものであるとされている。

）営利目的誘拐罪

薬物犯においては、営利目的も刑法65条2項にいう身分に該当するものとされ、これに関与した者は、自らに営利目的がない場合には、本規定によって通常の犯罪の成立が認められるものとされる。しかしながら、これとは対照的に、他の犯罪においては、目的を知りつつ犯罪に関与した以上、当該目的を欠く共犯者にもその犯罪の成立が認められており、そこにいう目的は65条の身分には該当しないものとされている。

例えば、大正14年の大審院の判決においては、問題となった営利目的誘拐罪について、この営利目的とは65条にいう身分ではないとして、本条の適用が否定されている³³⁾。また、ここでは、営利目的誘拐にいう営利目的として、「誘拐犯人力誘拐ノ結果被拐取者ヲシテ芸妓稼業ニ従事セシメ之二因リ被拐取者ノ取得シ又ハ調達シ得タル金銭ヲ以テ自己ニ対スル債務ノ弁済ニ供セシムルコトヲ期シテ」する場合も含まれるものとされている。このような判断は、上述の麻薬取締法の事案において、債務を回収する目的で関与したことが営利目的にあたる、とした判決と同様のものである。

また、その後の最高裁決定においては、「営利目的誘拐罪における営利の目的とは、誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被拐取者自身の負担によって得られるものに限らず、拐取行為に対して第三者から報酬として受け取る財産上の利益をも包含する」として、財産上の利益を得ることが行為の動機となっている場合でも認められるものとされ³⁴⁾、学説上も、「財産上の利

32) 東京高判平成10・3・25 高刑速報平成10年50頁。斉藤彰子「判例研究」甲南法学41巻1・2号(2001)137頁以下、十河太郎「目的犯における共犯と身分」同志社法学52巻1号(2000)231頁以下、福本修也「実務刑事判例評釈」警察公論55巻3号(2000)79頁以下など。

33) 大判大正14・1・28 刑集4-14

34) 最決昭和37・11・21 刑集16-11-1570

益を自己または第三者にえ、またはえせしめる目的をいう……その利益を、被拐取者の拐取者に対する債務の弁済費用にあてる目的であっても³⁵⁾」良いとされるなど、営利目的誘拐における目的は、比較的広く認められるものであると理解されるのである。

また、その他の目的犯が問題となった事例として、東京地裁の昭和62年判決が挙げられる³⁶⁾。これは、自身が販売の目的を有する者と、それを認識しながら自らは犯罪目的がなかった者とが共同してトルエンを不法に貯蔵したという事実につき、裁判所は、毒物及び劇物取締法3条の販売目的の販売目的は、麻薬取締法、覚せい剤取締法にいう営利目的とは異なるものであり、身分犯として要求されている主観的要素ではなく、刑法155条1項の公文書偽造罪等にいう行使の目的と同様、独立した犯罪要素として要求されている主観的要素であるから身分ではないとした。東京高裁では、公職選挙法235条2項の「当選を得させない目的」は65条にいう身分にはあたらないとし、正犯が当該目的で虚偽事項を公表することを認識して共犯者がこの行為に加功するのであれば、共犯者自身にこの目的がなくとも、犯罪の成立が認められるとされた³⁷⁾。

このようにみると、同じ目的犯でありながら、それが65条の身分とされるか否かについては犯罪類型ごとに判断が分かれ、判例上は薬物犯における目的には65条2項の適用を認めているのであるが、営利目的の内容についてみると、薬物犯においても営利目的誘拐罪においても、その営利目的が行為の動機となっている場合も含まれると理解すれば、両者は同じようなものではないかと考えられるのであり、實際上、覚せい剤取締法が問題となった上記昭和54年の判例においても、目的犯一般の目的と薬物犯とで異なるように解する必要はない旨述べられている。また、このように判断が分かれている点については、営利目的誘拐の場合、成年に対する誘

35) 香川達夫『注釈刑法(5)』(1965)282頁

36) 東京地判昭和62・9・3判時1276-143

37) 東京高判昭和53・5・30高刑集31-143

拐であればこの目的は構成的なものとして作用し、他方、薬物犯罪においては、営利目的が加重的要素となっている点も指摘されている。

こうした薬物犯の事例における営利目的の存否については、例えば、麻薬取締法の営利目的が65条2項にいう身分にあたるとした昭和42年の判決の調査官解説によると、「身分のない者は、身分のある者の可罰的評価の高い行為に加功したものであっても、身分のある者の行為ほどに可罰的評価が高いものとはいえないから、軽い通常の刑を科すのが公平に適する」との説明がなされ、また、営利目的が存在することによって、行為の違法性が大きくなるとも説明される。つまり、経済的利益を目的として行われる場合、行為が反復累行され、あるいは行為自体が大規模かつ積極的に行われる場合が多く、行為自体のもつ社会的危険性がそのような目的なしに行われる場合に比べてはるかに大きいとされるのである。このように「営利目的の違法要素としての側面を重視するならば、その行為によって利得が生み出されるという契機自体が重要視されるべき」であって、自己の利益を図る目的か、あるいは他人の利益を図る目的かといった区分にはそれほど意味はないことになる³⁸⁾。

これに対して、この場合の営利目的の加重根拠を、不当な手段によって利益を得ようとする心情が強い非難に値するという点に見出すとすれば、この目的は心情要素として、自己と他者、いずれの利益を図る目的か、という区分は大きな意義をもつことになる。

前者のように、目的が存在することで行為自体の危険性、違法性が高まることになるとして、これに関与する者についても目的犯への加功として加重的な処罰を肯定するとの考えは、目的を、行為者の主観的な要素とするのではなく、行為の客観的傾向に還元されるとして、それに関与した者に対しても当該目的犯の加功になるとしたツインマールの見解と同様である。例えば、目的は行為の客観的危険に転化でき、目的はそうした危険の

38) 龜山継夫「他人に利得させる目的と刑法第65条」研修376号（1979）65頁

認識であり、責任要素であると構成する立場がある³⁹⁾。このように理解すれば、目的の内容を問うことなく、他の共犯者についての目的の認識があれば、当該目的犯の共犯となることが肯定されうることになる。

西田教授は、動機や目的等の一時的心理状態も、それが行為の法益侵害性を左右する違法要素であれば、1項の「身分」として連带的に作用することになるとする。つまり、この「目的」が、犯罪関与者相互に連帯性を認めるべき要素か否かによって判断されるべきものであるとするのである⁴⁰⁾。ゆえに、西田教授は、上述の最高裁昭和57年6月28日決定を、「実質的には営利の目的の法的性質を責任要素から違法要素に変更したもの」とする。

しかしながら、これに対して、昭和42年判決のように、営利目的の有無を各人ごとに判断して、営利目的のない者については通常の輸入罪で処罰されるという帰結は、この営利目的を65条2項にいう身分と解せずとも可能であるとする見解もある⁴¹⁾。

目的が刑法65条にいう身分に含まれるか否かという問いについては、これを身分とみて、その一身的要素から2項を用いて、他の者にその影響が及ばないとしても可能ではあるが、むしろ、上でみたように、「その利益が犯罪の動機となっていた場合」などにはその者にも目的を肯定し、65条を用いることなくして、その者にも目的犯の成立が認められるが、ただ第三者に利益を得させる目的まではこれに入らず、この場合には当人には目的は存在しないと考えられるべきではないかと思われる。

6) 虚偽公文書作成罪

これは、条文の文言で明らかのように、公務員を主体とする身分犯であ

39) 内藤謙『刑法総論講義(上)』(1983)215頁以下、中山研一『概説刑法』第二版(2000)82頁

40) 西田典之『共犯と身分』(1982)170頁

41) 福田平「麻薬取締法64条2項の「営利の目的」は刑法65条2項にいう身分にあたるか」警察研究第39巻第8号(1968)127頁以下

るが、この場合、非身分者が公務員を利用した事例をどのように扱うかが問題となる。判例上、非身分者による本罪の間接正犯の成立を肯定したものが⁴²⁾、これは、村の助役が虚偽の記載をした選挙記録に、情を知らない作成権者である村長を利用、署名させたという事案であり、この場合の助役は本来の作成権限は持たないものの、当該文書の作成に關する職にある公務員であった。また、作成権限者たる公務員を補佐して公文書の起案を担当する公務員が、行使の目的で内容虚偽の公文書を起案し、情を知らない上司を利用して署名押印させた事例につき、当該職員は「その職務に關し内容虚偽の文書を起案し情を知らない作成権限者たる公務員を利用して虚偽の公文書を完成したもの」として、虚偽公文書作成罪の間接正犯が成立するとしたものもある⁴³⁾。

他方で、私人が虚偽の申し立てをして虚偽の証明書を作成させた事案について、刑法上、「公務員でない者が虚偽の公文書偽造の間接正犯であるときは同法157条の場合の外これを処罰しない趣旨と解するのを相当」とし、本件で問題となった証明書が同条で規定されているもののうちいずれにも当たらないがゆえに、被告人は無罪であるとしたものがある⁴⁴⁾。

このように、私人については本罪の間接正犯は認められず、157条の公正証書原本不実記載罪によって把握される限りで可罰的とされるが、上に挙げたように、156条において、単独では作成権限のない公務員が権限のある公務員を利用した場合につき、これをいかに取り扱うかが問題となる。これについては、157条が一定の文書につき、間接正犯的な行為態様を本条とは別個独立して、大幅に軽い罪で処罰する旨を定めているがゆえに、それ以外に156条の間接正犯を広げることは157条の意義を失うものであるとして、作成権限のある公務員以外の間接正犯を否定する見解がある一方⁴⁵⁾、

42) 大判昭和11・2・14刑集15-113、

43) 最判昭和32・10・4刑集11-10-2464

44) 最判昭和27・12・25刑集6-12-1387

45) 植松正『再訂刑法概論 各論』（1975）167頁、小野清一郎『刑法概論』（1956）251頁

本罪の主体を拡張して理解し、間接正犯を肯定する見解もある。この場合、単独では権限のない補助的な職務を担う公務員も、事実上、上司と共同で作成権限があるものとみられ、その限りでは間接正犯も肯定しうるのはないかと考えられる。すなわち、単独では権限のない公務員も、その文書の内容に関与する権限があれば、作成権限者である公務員と同じように公文書の信用を侵害しうるのであり、この点で公務に関わっていない私人とは異なる評価を受け、本罪を実現したとされうるのである⁴⁶⁾。

また、権限のある公務員と共謀して公文書に不実の記載をさせたという事例につき、判例によれば、刑法65条1項の規定によって、非公務員にも、156条の公務員による虚偽公文書作成罪の共同正犯が成立するものとされている⁴⁷⁾。しかしながら、これに対し、この場合にはむしろ157条の公正証書原本等不実記載罪を適用すべきではないかという見解がある⁴⁸⁾。157条が非公務員の行為をあえて別に規定していることからしても、156条の保護法益とは「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」に過ぎないとするなら⁴⁹⁾、この場合の非公務員は、共謀したとはいえ、その不法は公務員と比較すれば低いものであり、公務員と同じように処罰されるとするのではなく、むしろ、軽い157条に該当すべきものとされる余地はある。つまり、ここでの非公務員の行為は公務員による法益侵害に関与したことをもって可罰的なものであり、当該条文に規定されている侵害行為自体は公務員によってしか犯し得ないものである。ゆえにこのことを成立する犯罪についても反映させ、公務員ではない者については、157条を適用し、軽く処罰されるべきではないかと思われるのである。

7) 偽証罪

偽証罪は、「法律により宣誓した証人」を主体とする構成的身分犯であ

46) 中山研一『新版・口述刑法各論』(2005)276頁

47) 大判明治44・4・27刑録17-687

48) 佐伯・前掲書(1987)169頁、また、西田典之『刑法各論・第3版』(2005)331頁以下。

49) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003)295頁

る。判例においては、法律により宣誓していない者が、宣誓した者と共に偽証することを謀議し、これを遂行した場合について、「訴訟事件二付證人トシテ裁判所二出頭シ宣誓ノ上虚偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ偽證實行ノ衝ニ當ラサル他ノ共謀者モ亦刑法第六十五條第一項ノ規定ト相俟テ偽證罪ノ共同正犯ナリ偽證罪の共同正犯」となることが認められている⁵⁰⁾。ただ、構成的身分犯の場合には身分のない者に共同正犯の成立を認めるのは妥当ではなく、ここでも、謀議のみで宣誓をしていない者は、65条1項によって狭義の共犯とされるべきではないかと考えられる。この点、行為主体の限定を法益侵害の事実上の可能性の制限に由来するものとして、単独正犯領域の限定は非身分者の共同正犯性を一律に否定するものではないとする見解もあるが⁵¹⁾、ここでの宣誓した証人という身分は法益侵害の一条件に過ぎないというものではなく、むしろ、その者の行為であるということが法益侵害の本質をなすものであって、それゆえ、身分者とそれ以外の者の行為とでは法的な評価が異なるものであると考えられる。ゆえに、非身分者は65条1項によって偽証罪の共犯となるにしても、その当罰性は身分者のそれと比較すれば軽いものであり、刑の減輕が認められる可能性が認められるべきものであると思われる。

8) 収 賄 罪

収賄罪などの場合の職務犯罪における公務員という地位は、典型的な身分であると考えられ、これに65条の適用があることについては争いが無い。ただ、収賄に関与した非公務員が刑法上どのように取り扱われるべきであるのかという点については、問題がある。収賄罪は構成的身分犯であるから、これに関与した者は、65条1項により収賄罪の共犯として処罰されるとするのが判例の立場であるが⁵²⁾、しかしながらこの場合、非公務員はむしろ贈賄の共犯として処罰されるべきではないかとの見解が主張されるの

50) 大審院昭和9・11・20刑録13-1514

51) 西田典之『新版・共犯と身分』（2003）264頁以下。

52) 大判大正3・6・24刑録20-1329

である⁵³⁾。

そもそも旧刑法の時代には、贈賄の処罰規定自体が存在しておらず、公務員に賄賂を贈った者については、不処罰とすることも理論的には可能であったが、実務上は、「賄賂收受罪ニ就テハ正犯ニシテ官吏タル身分ヲ有スル以上八従犯ノ身分如何ニ拘ハラズ正従犯罪共ニ成立スルモノナリ」などとして、収賄の共犯として処罰するとの処理がなされていた⁵⁴⁾。そして現行刑法時、収賄とは別に贈賄の規定が新たに創設されることとなり、贈賄者については収賄よりも低く処罰されることとなったのである。このように、非身分者である贈賄者にはもはや収賄の共犯ではなく、贈賄罪が成立し、収賄者と比較すれば軽く処罰されることに鑑みれば、身分のない者が贈賄を仲介した場合についても、収賄の共犯を認めるのではなく、贈賄の共犯とされる余地があるのではないかと考えられる⁵⁵⁾。というのも、収賄罪の保護法益が「公務員の職務の公正とこれに対する社会一般の信頼⁵⁶⁾」であるとすれば、収賄行為に関与した非公務員にとって、この法益はせいぜい公務員を介することによってしか侵害し得ないものであり、よってその不法性の程度は公務員と比較すれば低いものであると考えられるから⁵⁷⁾、これに関与した者を軽く処罰すべきではないかと考えられるからである。この点、公務員に主体が限定されている理由を、非身分者も同じく規範の対象ではあるが、直接単独正犯形式では公務執行の公正という法益を侵害しえないという点に求める見解もあるが⁵⁸⁾、むしろ、収賄罪の可罰性は、当該公務員が賄賂性を認識してそれを收受するという点にこそその本質があるのであって、非身分者も同じようにその法益を侵害しうる

53) 佐伯・前掲書(1987)169頁

54) 大判明治35・3・28刑録8-3

55) 松宮孝明『刑法各論・第2版』(2008)474頁

56) 最高裁判所平成7・2・22判決刑集49-2-1

57) この点、西田教授は、贈賄行為の減輕根拠を、「収賄者に対し贈賄者が弱者の立場にあることを考慮したこと、すなわち責任の類型的な減少に求められるべき」と解する。西田典之『刑法各論・第3版』(2005)458頁

58) 西田典之『新版・共犯と身分』(2003)264頁以下。

と考えることは困難であろう。ここで非身分者は、身分者の収賄行為に加担したことをもって可罰的であると評価することができるのであって、賄賂を供与した贈賄者が収賄の共犯とはされないのと同様に、贈賄罪の成立を認め、身分者よりも軽く処罰されると考えることも可能ではないかと思われるのである。

9) 事後強盗罪

事後強盗罪につき、これを窃盗犯人を主体とする身分犯であるとする見解があるが、まず、そもそもこれを身分犯と解するか否かという点が争われている。この問いは、窃盗行為後の暴行・脅迫に参与した共犯者の取扱をめぐって問題となるものであるが、窃盗は暴行・脅迫に先行する行為であるに過ぎないとして結合犯とする見解⁵⁹⁾、あるいは行為の際の客観的な行為状況とする見解⁶⁰⁾、また、身分犯と理解する見解においても、これが構成的身分犯であるのか⁶¹⁾、あるいは加減的身分犯⁶²⁾いずれになるのかについて争いがあり、判例上も判断が分かれている。例えば、東京地裁では、「事後強盗罪は窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であって、被告人はその身分がないのであるから……共犯と身分の問題として把握すべきであり、身分のない被告人には刑法65条1項により強盗致傷罪の共同正犯となるものと解するが、その刑は同法65条2項によって傷害の限度にとどまる」とされたが⁶³⁾、他方、大阪高裁においては、本罪は「暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わって刑が加重される罪ではなく、窃盗犯人たる身分を有する者が、刑法238条所定の目的をもって……

59) 高橋則夫「事後強盗罪の構造」『規範論と刑法解釈論』(2007)211頁,中森喜彦『刑法各論・第2版』(1996)132頁以下,西田典之『刑法各論・第3版』163頁以下,山中敬一『刑法各論』(2005)289頁,山口厚『刑法各論』(2003)229頁。

60) 小田直樹「事後強盗罪の共犯関係」刑法雑誌38巻1号97頁

61) 前田雅英『刑法各論講義・第4版』(2007)242頁

62) 内田文昭『刑法各論・第3版』(1984)285頁,大谷實『刑法各論講義・新版第2版』(2007)238頁,松宮孝明『刑法各論・第2版』(2008)218頁

63) 東京地判昭和60・3・19判時1172-155

暴行、脅迫を行うことによってはじめて成立するもの」であって、構成的身分犯であるから、窃盗を行っていない者には65条1項の適用を認めて事後強盗致傷の共同正犯の成立を認め、65条2項を適用すべきではないとした。判例のように身分犯であるという理解を前提とした場合、これを構成的身分犯であると理解すれば、窃盗が未遂であった場合、逮捕を免れる目的等での暴行にのみ関与した者も事後強盗未遂とされうることになり、その範囲が非常に拡張されるという帰結を生じる点は問題であると思われる。いずれの解釈を採るにしても、この犯罪が強盗として論じられることからすれば、処罰範囲を広く認めることは適切ではないだろう⁶⁴⁾。本罪を身分犯と理解するにしろ、結合犯と理解するにしろ、逮捕を免れるあるいは罪障隠滅の目的で事後的に関与した者の罪責は、暴行・脅迫に止まるべきであると思われる。

10) そ の 他

共謀共同正犯という類型を判例において認めている日本においては、刑法65条1項の適用領域に共同正犯も含まれるものとして、実務上の運用がなされてきた。そこでは、現行刑法典の立法段階での議論とは異なり、当初、この65条1項とは共同正犯のみに適用されるべき規定とされ、その後、狭義の共犯にも適用があるものとされてきたのである。

しかしながら、そのような中で、判例上、県農林水産部林務課造林係員が造林事業補助金の交付につき、単に補助的な事務を執っていたにすぎず、その交付決定を処分することについては左右する地位になかった場合には、その者は補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律29条2項⁶⁵⁾という交付する者にあたらないとし、不正交付受付罪は構成的身分犯であると

64) 松宮・前掲『刑法各論』217頁参照

65) 補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律29条「偽りその他不正の手段により補助金等の交付を受け、又は間接補助金等の交付若しくは融通を受けた者は、5年以下の懲役または100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」前項の場合において、情を知って交付又は融通した者も、また前項と同様とする」

した上で、65条1項によっては構成的身分犯の場合に非身分者が共同正犯となることは認められないとして、教唆であるとの補足意見を付したものがある⁶⁶⁾。これは上でも見てきたように、公務員等の職務犯罪、あるいはその他様々な判例において、構成的身分犯の場合の非身分者が共同正犯となりうるとしている判例とは明らかに異っている。例えば、下田裁判官の補足意見には次のようにある。「補助事業者等又は間接補助事業者等の身分を有しない被告人……は同罪の正犯とはなりえないものであり、またその身分を有する相被告人と共謀したからといって、同罪の共同正犯となることもありえないと考える」。団藤裁判官も、「刑法65条1項は、真正身分犯の共同正犯については、性質上適用を制限される」とし、この場合の被告人は受交付罪の教唆犯であるとした⁶⁷⁾。判例上、補足意見ながら非身分者には共同正犯の成立が認められないとしたことは従来の判例理論からして異質なものであり、注目に値するが、他方で、岸・岸上裁判官の補足意見においては、従来通り、65条1項は共同正犯にも適用があるものとされた。これは、判例上の共謀共同正犯論によれば共謀のみの関与者でも共同正犯となることが認められるのであるから、非身分者も身分者と共同加功することで身分犯の共同正犯となることが認められるとしている。西田教授はこの事案につき、「本件受交付罪における行為主体の限定＝身分の意味を、法益侵害の一条件にすぎないと思えるならば、非身分者の共同正犯性も一律にこれを否定するのではなく、それぞれの正犯原理に応じてその成否を決することになる」として、「非身分者の共同正犯性はこれを肯定する方向に赴く」としている⁶⁸⁾。しかしながら、身分犯における行為主体限定の意義を法益侵害の事実上の可能性という点に還元してしまうこと

66) 最高裁昭和52・3・16刑集31-2-80

67) この点、この犯罪を構成的身分犯とみること自体を否定する見解もある。「造林業者以外の者であっても、造林事業を行ったと偽って交付金を受け取ったときは、本条違反の犯罪が成立する」。平野龍一「必要の共犯について（上）」警察研究49巻3号（1978）6頁註（2）

68) 西田・前掲「共犯と身分」340頁

は、身分犯そのものの意義を失わせてしまうことになる。むしろ、その者の一身専属的な身分にしたがった処罰を意図するものとして65条2項が規定された経緯からしても、非身分者の正犯性は、身分者と共同するにしても認められないのではないかと考えられる。本件受交付罪が身分犯か否かについては議論の余地があるが、いずれにしても、この判例で問題とされた、身分犯における非身分者の共同正犯性という論点は改めて検討されるべき問題であろう。

(2) 現在の学説

判例の展開は、以上のように、犯罪類型ごとに様々な特色がみられた。基本的には1項2項の構成的身分、加減的身分という区分に従った上で、これに関与した者に身分がどのように影響するかを決定しているのである。他方で学説においては身分犯と共犯の問題をどのように解釈すべきであると考えられているのだろうか。現在の日本刑法65条をめぐる解釈としては、以下のようなものが挙げられるだろう。

1) 構成的身分・加減的身分という区分による説

これは、判例同様、65条の1項を構成的身分犯に対する規定、2項を加減的身分犯に対する規定と解釈するものであり、65条の文言に忠実な見解といえる。しかしながらこれに対しては、そのように構成的身分犯と加減的身分犯とで取り扱いを異にすることについて、実質的な根拠付けがなされていないとの批判がある。このように65条を理解する場合には、以下のような問題を生じることになるからである。

例えば、保護責任者遺棄罪が単純遺棄罪に対して加重的身分犯であるとすれば、ある者が幼児の母親に、彼女の子供を遺棄しよう教唆した場合、この母親は保護責任者遺棄罪の正犯とされるが、教唆者は2項で単純遺棄罪の教唆とされる。他方で、母親に、ネグレクト、つまり世話をしないよう教唆した場合には、母親は保護責任者不保護罪とされ、教唆者は、この

場合には構成的身分犯に関与したこととなり、１項によって保護責任者不保護の教唆として前者の事例よりも重く処罰されることになる。

何故、このように同じような事例で生じる結論がまったく異なるのか、65条の文言に依拠するだけでは合理的な説明がなされないのである。ゆえに、以下のような見解が主張されることとなった。

2) 罪名と科刑を分離する見解

小野は、刑法65条の規定を「現行刑法の共犯観念において共同責任の理念と個人的責任の理念との競合していることを表現するものとして特別の興味」⁶⁹⁾があるものとして、次のように本条文を解釈する。まず、ここにいる「共犯」とは、狭義の共犯を指すものである。というのも、共同正犯は本来正犯であって、身分犯には身分のある者のみが実行し得るのであり、現に文言上からも、『加功』とは実行以外の加功であるから、『共犯』とは教唆犯又は幫助犯を意味することになる」からである。したがってこの点、判例とは反対の立場であることを明らかにしている⁷⁰⁾。そして１項については、自身の共犯の従属性についての理解から、当然に共犯は正犯に従属して成立することを規定したもの⁷¹⁾、２項は、不真正身分犯の場合に、科刑の点で正犯の身分が共犯に影響のないことを認めたものであり、その限度で共犯の独立性が認められるのだ、とするのである⁷²⁾。

団藤も小野と同様に、構成的身分犯にしる、加減的身分犯にしる、どち

69) 小野清一郎『新訂・刑法講義・総論』（1948）214頁

70) 「大審院の判例は全ての共犯形式を含むものと解し、身分のない者が共同正犯たることを認め、例えば宣誓した証人でない者が偽証罪の共同正犯であり、公務員でない者が収賄罪の共同正犯たることを認めている。しかし、共同正犯は本来正犯、すなわち実行者であり、身分犯はその身分ある者のみが実行し得るものと解するときは（193頁）、げんにいわゆる『加功』とは実行以外の加功であり、『共犯』とは教唆犯又は幫助犯を意味することになる」小野清一郎・前掲書、214頁以下

71) 「この規定は畢竟共犯を統一的な事実として観察し、その加功者に対して共同責任を帰せしめるものに外ならない。この場合共犯者の可罰性は明らかに身分ある者の実行に従属せしめられるのである」小野・前掲書、214頁以下

72) 小野・前掲書、214頁以下

らも行為者が身分を有することによってはじめてその罪が構成されることに変わりはなく、従って、第 1 項は両身分犯を通じての共犯成立の問題、第 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⁷³⁾。ただ、2 項との権衡からいって、構成的身分犯に対する身分のない者の加功については、刑の減軽が規定されるべきであるとしている⁷⁴⁾。

またさらに、65条にいう共犯が共同共犯まで含むか否か、という問題についても、小野と同様に、教唆・幫助のみを指すものと理解する。そして、正犯者に身分がなく、共犯者にのみ身分の存在する場合には、共犯に当該身分犯は成立せず、正犯の罪名と科刑に従うとする⁷⁵⁾。つまり、この場合は、65条の問題ではないとするのである。

しかしながら、このように罪名と科刑とを分離することによって65条を統一的に解釈しようとする見解に対しては、周知のように、罪名と科刑との分離がそもそも妥当ではないとの批判がなされる。確かに、罪名は成立する犯罪に対する質の評価であり、科刑はそれを前提とすべきであるし、何故加減的的身分犯についてのみ刑が個別化されるのか、という点についても根拠が示されておらず、このような解釈は採用し得ないものである。

ただ、この65条が狭義の共犯に関する規定であるとする点については、本稿第一章でも検討された立法上の経緯を見ても、また、共同正犯そのものの理解からしても、妥当なものであると考えられる。

3) 1 項を違法身分、2 項を責任身分に関する規定とする見解

滝川は、当初、共犯従属性の立場から、65条 1 項は従属性の帰結を明文化したものであり、2 項はその例外である、と解していたが⁷⁶⁾、後に、共犯成立の要件として正犯の構成要件該当性及び違法性を要件とする制限従

73) 団藤重光『刑法要綱』391頁以下

74) 団藤・前掲書397頁

75) これに対し、平野博士は、「片面的誇張従属形式を認めるものだ」との批判を加えている。平野龍一「刑法の基礎22・共犯」法学セミナー142号29頁以下

76) 滝川幸辰『刑法講義(改訂版)』(1930)、171頁以下

属形式から、「違法は連带的に、責任は個別的に」作用するものであると解することとなった。ゆえに、１項の構成的身分は「身分が行為の違法性を規制する要素となって居る場合」、２項の加減的身分は「身分が行為の責任を規制する要素となって居る場合」であり、従って、１項の連带的扱いと２項の個別的扱いとに矛盾はない、とするのである⁷⁷⁾。

平野もこの見解に立ち、「このように考えると65条は制限従属性説をとることの妨げとなるものではなく、むしろ間接的ながらこれを基礎づけるものだとことさえできる⁷⁸⁾」と述べているが、ただ、「違法性のなかにも、例外的ながら、一身的なものがある」として、「一身的な違法性の有無によって刑の軽重がある場合には、刑法65条２項が適用される⁷⁹⁾」としている点は注目に値する。つまり、限定的ではあるが、違法の相対化を認めるのである。

他方、西田は、滝川説が「構成的＝違法」「加減的＝責任」と区別している点が批判的になったとして⁸⁰⁾、これを更に進めて、構成的であるか加減的であるかにかかわらず、１項は違法身分の連帯性を、２項は責任身分の個別性を定めたものであるとしている。西田教授は、これを立法的に実現したオーストリアの規定を高く評価し、日本の65条の解釈もこのようになされるべきであると主張する⁸¹⁾。また、１項にいう「共犯」には共同正犯も含まれるか、という点につき、西田は、身分犯を義務犯的に理解することは妥当ではない、とすることから、65条１項は共同正犯にも適用されるべきであるとする⁸²⁾。

しかし、正犯の違法性が共犯に影響するのは、従属形式緩和の理論からではなく、共犯の処罰根拠から説明されなければならないのであって、制

77) 滝川幸辰『犯罪論序説』（1947）、254頁

78) 平野龍一『刑法総論』（1975年）357頁

79) 平野・前掲『刑法総論』366頁

80) 西田典之『新版・共犯と身分』（2003）11頁以下

81) 西田・前掲注52）159頁以下

82) 西田典之『刑法総論』（2006）387頁

限従属形式からは「違法の完全な連帯」は帰結されない、というのもこれは単に、共犯成立の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、との指摘がなされる⁸³⁾。

さらに、西田の主張する、この「違法は連帯する」というテーゼ自体、必ずしも貫徹されているわけではない。教授は、「関与者間に共通なのは、あくまでも惹起された実体としての法益侵害」だとし、例えば、違法性阻却事由の場合について、「複数の犯罪関与者がいる場合には、各人について違法評価が異なることもあり得るように思われる」として、その相対化が認められうるとするからである⁸⁴⁾。したがって、違法身分であるがゆえに共犯者にも連帯して作用すべきとする主張は、一貫性を欠いているように思われる。

また、西田は、暴力行為等処罰法2条2項の常習面会強要罪⁸⁵⁾を公正的責任身分の例として挙げられるが、實際上、こうした規定の適用はほとんどみられず、結局のところ、構成的違法身分が拡大するという懸念がある。

4) 両項とも違法身分に関する規定であるとする見解

佐伯は、制限従属性から責任が個別的に判断されるのは当然であり⁸⁶⁾、「……共犯の行為の違法性はこの正犯の行為の違法性を基礎に、さらに自己についてだけ存在する諸種の事情と一括して判断されるべき」であって、正犯・共犯は、それぞれにその違法性・責任性を判断されるべきものとす⁸⁷⁾。そして65条1項においても、非身分者の違法性は身分者の加担と比

83) 松宮孝明「共犯の従属性について」『刑事立法と犯罪体系』(2003)267頁

84) 西田・前掲『刑法総論』371頁以下

85) 本罪は、当初、旧警察犯処罰令1条4号「左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ30日未満ノ拘留ニ処ス 4.故ナク面会ヲ強請シ又ハ強談威迫ノ行為ヲ為シタル者」を加重したものであったが、今日、この法を引き継いだ軽犯罪法が同趣旨の規定を持たないために、独立罪となっている。

86) 佐伯・前掲書167頁以下

87) 佐伯・前掲書169頁

べて少ないので、裁判官が量刑にあたって酌量減輕の規定（66条,68条以下）を用いてこのことを考慮すべきとし、また立法論としても非身分者の減輕規定の採用が妥当であるとした。この見解は、それぞれの者の身分の有無によって違法性が異なりうるものであり、それは刑法上の評価に反映させるべきものであるとし、65条はこのことを定めているとするのである。この説は、共犯といえども、正犯の違法性に完全に連帯するものではないとして違法の相対化が認められるとする。この点、松宮も以下のように述べる。「構成的身分犯に対する身分なき共犯を処罰するのは、非身分者も身分者とともに法益を攻撃できるからではなくて、非身分者が身分者の特別義務の違反を誘発または促進するからだということになりそうである」⁸⁸⁾。また、松生も以下のように説明する⁸⁹⁾。65条が適用される身分犯の問題となるのは、法により一定の地位にある者の一身的な遂行のみが要求されている場合であり、その意味で「義務」を課せられている、すなわち、特別義務によって正犯者の範囲が限定されている場合であるとする。そして、法が一定の地位にある者の一身的な遂行を要求していることは、共犯者もそのような義務違反に完全に関与し得ないことを意味するものではないとする。社会においては、例えば、国家における公務員の職業義務違反など、全体システムにとって重大な関心をもたざるをえない場合に限定して、関与行為も可罰的であるとするのである。ただ、一定の人的な関係に基づく行為義務の履行を期待される者と、そのそれ以外の者とは、そうした義務に違反する犯罪に関与した場合でもその違法性は異なる。このような意味で、法益の侵害性すなわち、身分犯の場合には、身分者のみが本来的な規範に違反するものであって、非身分者による法益侵害は身分者を通して可能となり、可罰的とされるのである。このように、身分犯における身分の有無による違法の相対化を、身分者に対する義務という観点から明らかにする義務犯論は、身分の一身専属性をうまく根拠付けうる点

88) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003）294頁

89) 松生光正「刑法第65条の身分概念について（2）」姫路法学23・24号（1998）116頁以下

で説得性を有する。違法性とは、すべての関与者にとって必ずしも等価なものではなく、相対化が認められると考えられるのである。

5) 身分犯の場合も、一般の共犯原理に従うべきとする見解

十河教授は、次のように述べる。「身分も、結局は他の構成要件要素と同じく当該犯罪の類型的な違法性・有責性を基礎付ける要素の一つにほかならず……従って、共犯従属性の点に関し身分犯とそれ以外の犯罪とで異なる取り扱いをすべき合理的な理由は存在しない……⁹⁰⁾」として、身分が構成要件要素である限りは、身分の連帯的作用が認められるものとする。

従って、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って、さらにここには、共同正犯も含まれるものとしていいる。そして、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は、各行為者の事情に応じて個別的に判断する必要があるといえる……そのような意味において、実質的な違法性及び責任に関する身分は、その身分を有する者にのみ一身的に作用する⁹¹⁾」ことを規定したものだとするのである。これには、責任能力、中止犯の任意性、累犯、親族相盗例や犯人蔵匿・証拠隠滅罪の特例における親族などが当てはまるとされる。

しかしながらこのような解釈は、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捉えられ、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経緯をまったく考慮していないという指摘が可能である。もちろん、「法は立法者より賢明でありうるし、さらには賢明でなければならぬ」が、この説を採用した場合に結果として生じる具体的帰結が従来の見解と比して妥当な結論を示しているといえるかは、甚だ疑問である。

例えば、非常習者と常習者とが賭博をした場合、従来の見解によれば常習者のみに常習賭博が成立することになるが、十河説によれば、両者に常

90) 十河太郎「共犯と身分の一考察(二)」愛媛法学会雑誌28巻1号(2001)49頁以下

91) 十河・前掲論文56頁

習賭博の罪が成立することになる。この場合の常習性は、行為者に対する責任非難を高めるものと理解され、むしろ、各人ごとに異なる評価がなされるべきであると考えられるにもかかわらず、非常習者にもその罪が成立するとするのは不当であると思われる⁹²⁾。むしろ、身分犯の場合にはこれは一般の共犯従属性原理とは異なる原理が要請されているのであって、このことを65条は定めたものであると認めるべきである。

（３）改正刑法草案

改正刑法草案においても、やはりこの身分犯の共犯をどのように扱うかということが問題となった。昭和36年の改正刑法準備草案では、現行法とまったく同じ条文が30条に存在するが、その理由書において、平野博士は以下のように述べておられる。

「第一項については、刑を減輕する旨の規定をおいた方がいいかも問題とされた。第一次案では『刑を減輕する』ことになっていたが、後に削除された。公務員という地位にある者でなければ公務の廉潔性を侵害することができないために、公務員という身分が犯罪の構成要件にされているにすぎないとすれば、その構成要件は、その構成要件は、『賄賂を収受して公務の廉潔性を侵した者』とも書き換えられるのであって、いわば、本来的な身分犯ではない。そして身分のない共犯者も、公務の廉潔性の侵害に原因を与えた点では、公務員とかわりはなく、刑を減輕する必要はないことになる。とくに、身分のない者は正犯となりえないとすると、そうである。刑を減輕する旨の規定が採用されなかったのは、このような理由によるものといってよいだろう。しかし、構成的身分犯の中には、もっと一身的なもの、ないし責任要素的なものもある。例えば、単純賭博を処罰せず、常習賭博だけを処罰すると、常習賭博罪は構成的身分犯になるが、これを教唆した非常習者は常習賭博と同じに処罰されることになる。現在では、加

92) 西田・前掲『共犯と身分』306頁

重的身分犯であるから単純賭博の刑で処罰される。単純賭博を処罰しなくなったことによって、非常習者の教唆者が重く処罰されるようになるのは不合理である……わが国では、身分という概念はかなりひろく用いられているので、ドイツ法のように一律に刑を減輕するのは、あるいは適当ではないかもしれないが、少なくとも軽減できるようにすべきではなかったろうか⁹³⁾

この準備草案の理由書では、法益侵害に原因を与えた場合には、その者自身の身分の有無にかかわらず可罰性は等しいものとされるが、ただ、責任身分の場合についてもこれを徹底することは適当ではなく、したがって、この場合には刑の減輕を認めるべきではなかったか、と述べられている。公務員の職務犯罪のような典型的身分犯の場合にも非身分者の違法性は同じであり、ただ責任身分の場合に不都合が生じるとの指摘は、いわゆる違法身分と責任身分という区分を前提としたものであるが、非身分者の方が刑が重くなってしまう場合が生じうる点を問題とし、刑の減輕規定をおくべきだったとの指摘がなされている点は注目に値する。

その後、法制審議会刑事法特別部会の改正刑法草案では、その31条1項において、「身分によって構成する犯罪に加功したときは、身分のない者でも共犯とする。但し、その刑を減輕することができる」として、任意減輕の規定がおかれることとなった。この規については「量刑の問題として解決すれば足り、特殊な刑の減輕規定をおく必要はないとする考え方もあったが(第一次案第30条第1項B案)、不真正身分犯について身分のない者に対する刑よりも軽い場合には、第2項により身分のない者には軽い刑が科せられることとの均衡をはかるため」とであると説明されている⁹⁴⁾。

93) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案・附同理由書』(1961)114頁

94) 法曹会『法制審議会刑事法特別部会・改正刑法草案・附同説明書』(1972)120頁。その後の法制審議会の草案も同じである。法務省『法制審議会・改正刑法草案・附同説明書』(1974)124頁。

（４） 総 括

かつては、65条 1項が共犯従属性説の、2項が共犯独立性説の理論と共通の思想に基づくものといわれたが⁹⁵⁾、本考察においても明らかとなったように、条文の立法過程を見ても、学説の主張を見ても、このような結び付きが必然的なものではないことが明らかである⁹⁶⁾。つまり、立法時には共犯の独立性・従属性といった観点からの議論はなされておらず、また、学説においても、共犯独立性説に立ちながら65条 1項を原則と見る主張も存在していたからである。

しかし、規定の文言通りに、1項を構成的身分犯の、2項を加減的身分犯の共犯の規定として捉える場合には、何故1項と2項とで異なる取り扱いがなされるのかが明らかではないとして、不均衡な65条の両規定の異なる取り扱いを、罪名と刑を分離させることによって説明する、小野・団藤博士らの主張が生じた。しかしながら、この見解に対しては、周知のように、罪名と刑を分離する点、及び何故犯罪成立についてのみ身分が連带的に作用することになるのか⁹⁷⁾、という点が批判的となった。

現在、違法身分は連带的に、責任身分は個別的に作用するとして、西田教授を中心に主張されている見解は、共犯の制限従属形式をその根拠とするものであるが、その問題点は上述した通りである。西田教授の、「『共犯の従属性』はまさに『証明の対象』（Beweisthema）であって『証明の根拠』（Beweisdrund）ではありえない」⁹⁸⁾との指摘は、まさに、自身の見解の問題性についても妥当するように思われる。

そもそも、1項を違法身分、2項を責任身分についての規定とする点に關しては、そもそも条文の文言と合致せず、罪刑法定主義から要請される

95) 小野慶二「共犯と身分」『刑事法講座 3巻』（1952）483頁、大野平吉「共犯と身分」『刑事法講座 4巻』（1963）160頁

96) 中西縁「共犯と身分についての一考察（二・完）」同志社法学35巻2号（1983）128頁参照。

97) 西田典之『新版・共犯と身分』（2003）・5頁以下

98) 西田・前掲書143頁

刑罰法規の明確性に抵触するものであるし、また、違法身分と責任身分を明確に区別することは困難であり、論者によって争いのある理論体系上の関係に結び付けて、身分の連帯化・個別化を判断することは、法的安定性を欠くものであって、実務の運用上、好ましいものではない、という問題点も指摘されている⁹⁹⁾。

更に、身分も構成要件要素の一部に過ぎず、通常の共犯論一般の原理が妥当する、とする十河説には、次のような問題がある。十河教授は、「本来、相当因果関係が認められる限り、自己の行為によって引き起こした結果はすべてその行為者に帰責されるはずである……加減的身分犯の非身分者が身分犯に加功した場合、非身分者は身分犯の構成要件を間接的に実現したといつてよいのであり、そうである以上、その結果を非身分者に帰属するのは、むしろ当然であると思われる」¹⁰⁰⁾とするが、身分犯の本質はまさに、単なる因果的寄与によつては説明できないところにその特徴があり、それゆゑ、上述のように、拡張的正犯概念の主張者らからは非身分者の可罰性を否定する主張がなされ、ゆゑに現行ドイツ刑法制定時にも採用されなかったのだつた。つまり、身分犯の場合には、単なる因果的惹起ではなく、身分者の行為遂行という点に意味があるものとされ、非身分者はそれには直接かかわることは出来ず、身分者の行為を通じてのみこの身分犯の侵害には関与し得るに過ぎない、と考えられていたのである。

その点からすると、身分を特別義務として把握し、身分者に対する不法と非身分者に対する不法とは異なるものであると考え、そこから65条の問題を考えることが妥当な方向ではないかと考えられる。すなわち、身分犯の場合、明らかに非身分者は自身だけでは当該身分犯を犯し得ないのであり、身分者、すなわち特別義務を負った者の犯行に関与することで可罰的となるが、その違法性は義務のある者よりは低いとすれば、共犯といえども、違法が正犯から完全に連帯するのではなく、やはりその者自身の身分

99) 前田雅英「共犯と身分(上)」法学セミナー416号(1989)80頁以下

100) 十河太郎「共犯と身分の一考察(二)」愛媛法学会雑誌28巻1号(2001)55頁

によって異なりうると考えられるのである。

第五章 結 論

ここまでの考察によって、日本、次いでドイツおよびオーストリアにおける身分犯と共犯の問題の展開が明らかになった。いずれの国も、身分犯という犯罪カテゴリーを認めた上で、これを、通常の共犯とは異なるように処理して来たことについては一致している。つまり、身分がない者については、通常の共犯の処理とは異なり、身分者とは異なる処罰がなされるべきであるという考えが存在したのである。

日本の旧刑法においては、フランス人学者ポアソナードの存在があったにもかかわらず、彼の母国であるフランスのように、正犯に身分が存在する限りその効果が共犯者にも及ぶとする誇張従属形式が採用されることなく、加重身分の一身専属性が認められることとなった¹⁰¹⁾。そして現行刑法においても、加減的身分の一身的效果は前提とされた上で、規定の存在しなかった構成的身分の非身分者の関与については、これを可罰的とすることが立法上明文化されることとなった。

そして、現在に至るまで日本刑法学が大きな影響を受けているドイツにおいては、身分犯というものが、身分犯ではない通常の犯罪とは性質の異なるもの、すなわち、「身分者という、一定の立場にある者のみが侵害できる領域の犯罪」として捉えられた上で、非身分者も、身分者を介してであればその侵害に関与できるものと構成された。ただ、この場合には、構成的身分犯と加減的身分犯とで、後者のみに身分の一身的效果を認めることから、構成的身分犯への関与者の処罰が加減的身分犯と比較すれば重くなるという問題が生じた。ゆえに、戦後の刑法改正においては、非身分者

101) 日本の旧刑法期の展開については、中西縁「共犯と身分についての一考察（一）」同志社法学35巻2号（1983）79頁以下、朝倉京一「身分犯の共犯に関する規定について」専修法学論集第100号（2007）127頁以下が詳しい。

は可罰的ではあるけれども、その不法は身分者と比較すれば低いものであり、よって、その処罰も軽くなるべきものであって、構成的身分犯へ関与した非身分者の処罰は減刑されるべきものとされたのである。これが最終的に、非身分者の刑を減輕するというドイツ刑法典28条1項の規定として認められることとなった。

このように、ドイツの議論はこうした区分を前提とした上で理論を展開させていったが、他方、オーストリアにおいても、ある時期まではドイツと同様、構成的身分と加減的身分という区分に従い、これに対応する形で共犯の問題も処理しようとの試みがなされてきた。しかしながらオーストリアにおいては、伝統的ないわゆる古典的犯罪体系を前提とした上で、主観的違法要素といった従来の体系からすれば異質なものを認めず、あくまで不法は客観的なもの、責任は主観的なものとして区分されうるものであるという傾向が強かった。そこから、構成的、加減的という区分によって身分犯の問題を決定するのは妥当ではなく、むしろ、違法・責任という区分を用いることによって、刑法体系との理論的整合性を図ろうとするツィンマールのような見解が主張されることとなった。そしてこれが、戦後、身分犯を違法身分と責任身分とに区分した現行刑法典の規定に結実することとなった。しかしながら、このベーリング流の古典的体系を前提として構成されたオーストリアの犯罪体系論も、最終的に身分犯の領域においては、違法の相対化を認めざるをえない状況を生じることとなり、また、実際の判例上も、依然として、従来、構成的身分犯と加減的身分犯に対して言われたような問題を完全に免れることにはなっていないのである。

こうした国々の歴史的展開をみれば、従来のような構成的身分、加減的身分という区分にしたがって身分犯の領域の問題を決定することにも一定の合理性があるのではないかと考えられる。日本の現在の規定は、既に触れたように、その成立史からすれば旧刑法期からの規定を継受したものであって、現行刑法制定時に、非身分者を身分者と同様に処罰されるもので

あると立法上も規定することとなった¹⁰²⁾。この点で、戦後構成的身分犯の規定を置き、非身分者の刑を減輕するとした現行ドイツ刑法典とは相違している。

ドイツ刑法28条1項と2項、及び日本刑法65条の1項と2項との関係は、もともと2項の内容が規定されていたように、身分は本来一身的に作用するものであって、各関与者毎に、個別的に判断されるべきであると考えられていた、ということ、しかしながら、このように、身分の一身専属的な性質に従って、個別化を徹底させた場合には、構成的身分犯に関与した者を不処罰とすることになるが、それは実際上の帰結としては承認し得ないものであり、そこで構成的身分犯への関与についての規定がなかった時期にも、実際の運用上は、身分のない者であっても共犯としての関与は可能であるとして、非身分者が可罰的であることが判例及び学説の多数において認められていた、ということである。よって、現在の構成的身分犯への関与者を処罰するという1項の規定は、従来も実務において認められていたこうした帰結を、法として明文化したものであった。その背後には、非身分者も身分者の行為に加担することによってであれば、その侵害結果に関与し得るのであり、「非身分者の行為も法的に中立なものではない」という考えがあった。

しかしながら、こうした処理は、非身分者は正犯者に成立する犯罪、すなわち構成的身分犯の法定刑から処罰されるという帰結に至り、加減的身分犯への関与の場合と比較すれば、本稿の冒頭で示したような不合理な結果を生じることになる。構成的身分犯への関与の規定、つまり日本の65条1項に相当する条文がなかったドイツでも、実際上の取り扱いとしては日本と同じ問題が生じており、立法上の解決が望まれていた結果、1968年改正によって、減輕規定を伴って、非身分者を正犯者と同じ犯罪から処罰するとの規定が設けられたのだった。つまり、1項は2項を維持すべきとし

102) 拙稿「身分犯における正犯と共犯（１）」立命館法学313号（2007）675頁以下。

た結果生じた、苦肉の策であり、両項は本来的に矛盾を背負ったものであるということが明らかになる。

このような問題を生じながらも、なおも2項が存続すべきものと考えられた理由は、身分が、それを有している者の一身専属的に作用するものと考えられ、他人には帰属されえないものと考えられてきた点にあった。「構成要件が特別な性質的な又は法的な資格を伴った人格に制限されている」¹⁰³⁾ 身分犯というものは、そのもの自身が何らかの地位等、身分を有すること自体が意味を持つものであり、「犯罪能力のある人格の限界付けられたカテゴリーに対してのみ一身専属的な服従を基礎付けるような特別規定に対する違反」¹⁰⁴⁾ であると考えられ、そして、身分者にしか関係していない何らかの特別な領域は、本来、身分者にしか関わらないものであるが、非身分者も身分者と協働することによってであれば侵害結果に関係しうる事から、身分者に限定されない面からの攻撃に対しても保護が要求されており、身分者の共犯としては可罰的であると考えられ、判例、学説でも認められてきたのだった。

この点、一時盛んに議論された拡張適正犯概念によれば、各人を正犯として把握するがゆえに、構成的身分犯の場合に非身分者の可罰性を根拠付けられず、実際、拡張的正犯論者からは、非身分者の不処罰が主張されたのである。しかしながら、拡張的正犯論は、裁判官の裁量の拡大、といった実務上の問題と共に、理論的にもこの身分犯の場合に問題性を有するものとされ、ゆえに、ドイツでは、刑法典においては共犯体系を維持するものとされたのである。対して、秩序違反法では、統一的正犯体系を採用することとなったが、結局、実際上の運営においては、刑法に適合する形で、限定的な解釈がなされていることが指摘された。

対して、オーストリアでは、刑法において統一的正犯体系が採用された

103) Herrmann Roeder, Exklusiver Taterschaft und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW Bd.69, 1957 S.24.

104) Johannes Nagler, Sonderverbrechen, 1903.S.18.

が、不法関係の身分の場合にはその効果が非身分者にも及ぶとして、非身分者の可罰性が肯定されている。この不法身分の連帯性については、オーストリア刑法学において顕著であった違法の客観的把握、ゆえに全関与者におなじように妥当するのである、ということによって説明された。しかしながら、これも、実際には様々な修正を認めることとなっており、特に義務犯とされる背任などの場合には、当該義務者の故意による遂行が必要であるとされている。つまり、この場合には、身分者がその犯行をしなくてはならず、それが欠ければ犯罪そのものが成立しないとされたのである。

では、一身専属的な身分の本質とは何であるのか、それがナーグラによれば規範の名宛人を制限した「特別規範」を向けられたものであり、これにはその規範を向けられていない者は侵害し得ない「特別義務」があるとされたのである。例えば、枉法は裁判官ではない者は犯すことが出来ない。これは、司法制度そのものを保護しているものであって、裁判官のみがこうした司法に対する信頼を負っているものであり、それ以外の者、例えば、ある者が教唆して、裁判官に誤った判決をさせたとしても、その者は司法制度に対する信頼を失わせてはいない。しかしながら、司法制度に対する攻撃は、裁判官を介せば、そうではない者によっても可能であり、従って、これは非身分者に対しても保護されているということが出来る。それ故、非身分者も身分を有する者への共犯としてであれば、身分犯に関与することも可能であると考えられてきたのである。

従って、私見によれば、身分というものは、その身分を有するものに対してのみ作用するものであり、日本刑法65条2項においては、加減的身分の場合の、このような身分の一身性を規定しているものだとすることが出来る。ただ、身分は一身の専属的なものではあるが、当該構成要件の保護対象とされるものが身分者を介して非身分者からの攻撃に対しても保護されるべき場合も現実には存在し、限定的ながら、構成的身分犯への非身分者の関与も可罰的とすることが可能ではないかと考えられる。規定の沿革からしても、65条1項はそのような場合を規定したものであると考えられ

る。しかしながら、構成的身分犯に関与した非身分者の共犯としての当罰性は、身分者のそれと比しては当然に程度の低いものであり、従って、量刑の際にこのことが考慮されるべきであり、立法上の解決が望ましいが、上述の佐伯博士に見られる主張のように、66条の酌量減輕等の規定を用いることにより現状でもこのことを斟酌することが可能ではないかと思われる。このような解決は、現在の規定の文言によって生じている不合理な帰結（構成的身分犯への非身分者の関与が、加減的身分犯への関与の場合と比して不利益に扱われている）についても緩和が望める点で、利点を有するものである。

現在の日本が、「共謀共同正犯の観念によって、実質的には正犯概念はくずれてしまっているのだから、少なくともドイツよりも統一的正犯概念にゆきやすいだろう」¹⁰⁵⁾という状況にあることは否定できない。ゆえに、西田教授が主張されるように、従来の構成的・加減的身分犯という区分に固執するよりもむしろ、オーストリアのように、違法・責任身分という区分を認め、これによって身分犯の関与の問題を考えることも可能であるかもしれない。

しかしながら、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、その解決を採用した場合にでも問題は残る。違法が客観的なものであると捉え、ゆえに関与者すべてにこれが妥当するものであるとした場合でも、いわゆる特別義務犯とされる犯罪については、その限界を露呈することとなったからである。

例えば、違法は客観的であり、責任は主観的であるという立場を極端なまでに維持しようとし、例えば客観的には不法が存在しないとされる不能未遂の処罰を認めるために、不法なき責任という構成をとっていたノヴァコフスキーすら、最終的には、身分犯の場合の不法には身分者が故意でそれに関与したということが決定的であるとし、人的不法論を認めるに至っ

105) 平野龍一「オーストリア刑法草案について」『犯罪者処遇法の諸問題』(1963)190頁。

た、という点にこの問題は象徴的に現れている。オーストリアのような構成を採用するにしても、このノヴァコフスキーと同じような問題に直面することは不可避である。

むしろ、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、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、身分者が関与した場合は、やはり非身分者よりはその侵害は重いものと捉えられるべきものであると思われる。したがって、違法は連帯し、責任は個別化する、というテーゼに単純に依拠することによっては、妥当な解決には至り得ないものであると考えられる。現に、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のである。

こうしたことを考えれば、限縮的正犯概念を前提とし、ドイツや日本で現在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思われる。その場合には、構成的身分犯に関与した非身分者に減軽を認めるなどの規定を定めることが望ましいと考えられるが、これは構成的・加減的身分という区分の欠陥ではなく、立法技術的な困難さに由来するものである。

ゆえに私見では、日本刑法65条の規定は、1項が構成的身分犯、2項が加減的身分犯に関する規定であるが、1項については、非身分者が関与した場合にはこれに減軽を認める方向で量刑上これを斟酌すべきであると考ええる。

改正刑法草案においても、この構想が実現されていたことは周知の通りである。すなわち、改正刑法草案31条1項では以下のように規定されていた。

「身分によって構成する犯罪に加功したときは、身分のない者でも共犯とする。但し、その刑を減軽することができる」

身分犯という犯罪カテゴリーを認め、これに関与する非身分者の取扱を

どのようにするのかについては様々な選択肢があり得る。本稿では、日本、ドイツおよびオーストリアの身分犯規定について、その歴史展開をみてきたが、もはや誇張従属形式へ回帰するのではなく、その身分の個別化を認めた上で、解決する方向に向かって来たことが明らかにされた。つまり、この問題が、共犯従属性の一般原理には解消され得ない、これとは異なる思考が要求されるものであること、そして、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一貫して存在していたのであり、日本の65条にはその思考が表現されているのである。