

身分犯における正犯と共犯（１）

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
(1) 旧刑法制定時の議論
(2) 学説における展開
(3) 施行後の問題と判例の動向
第二節 現行刑法期
(1) 現行規定成立までの過程
(2) 学説における展開
(3) 総 括 (以上本号)
第二章 ドイツにおける身分犯の関与の問題についての展開
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
第四章 日本における現在の議論
第五章 結 論

序

「刑罰阻却的な一身の要素はそれが存在する者についてのみ有利となり、それとは逆に、刑を基礎付ける要素はそれが存在しない共犯者をも不利に扱う、ということが、そもそもどのようにして正当化されるのだろうか。……何故、刑を加重する要素は帰属されず、他方で刑を基礎付ける要素は影響するのだろうか。この規定を理解させる観念はどこにあるのだろうか」¹⁾。アルミン・カウフマンは、かつてこのように述べた。

いわゆる身分犯について、1969年改正前のドイツ刑法50条によれば、そ

の要素が刑罰を基礎付けるものであった場合には、その正犯に共働した者はその要素の有無に関わらず、正犯と同じ刑とされるのに対し、ある要素が刑罰を加重・減軽・阻却²⁾する場合には、当該要素の効果は、それを有する者にしか影響を及ぼさない。カウフマンはここで、連帯と個別化という全く異なる効果を生じるような規定³⁾が両立していることを意味を問うたのである。

このような状況はドイツに限られるものでなく、日本においても同様である。日本の現行刑法において、身分犯に複数人が共働した場合には65条の問題として取り扱われるが、これによれば、構成的身分犯の場合、非身分者であっても共犯となり得るとされ、また、加減的身分犯については、非身分者には通常の刑を科す、とドイツと同様の規定がなされているからである。この条文を巡っては、カウフマンの指摘する問題を始めとして、他にも以下のような様々な問題が存在する。

まず、この両項の関係からは、上述のように、元々可罰的な行為の加重類型に関与した方が、自分自身だけでは本来可罰的とされていない行為に関与したよりも、有利に扱われるという事態が生じる。具体的な事例としては、最近特に社会的な問題ともなっている児童虐待事件に児童の保護者以外の者が関与したケースが挙げられる。保護責任者遺棄罪(刑法218条)は、遺棄罪(刑法217条)の加重類型であり、非身分者については65条2項の適用領域とされるが、他方で不保護罪の場合には、構成的身分犯とされるがゆえに、非身分者も保護者と同じ不保護罪の共犯として重く処罰されることとなる(前者の法定刑は5年以下の、後者は1年以下の懲役である)。このような帰結は矛盾しているといえないだろうか⁴⁾。

また、虚偽公文書作成罪(156条)は、公務員による虚偽文書の作成を処罰するものであるが、非公務員が公務員と共謀の上、公正証書原本の不実記載をさせた場合、この規定によるよりもむしろ、公正証書原本不実記載罪(157条)を適用すべきだという主張がある。157条では、特定の文書についてのみ、その侵害を公務員以外の者からも保護しているが、これに

対して156条では、行為主体を「公務員」と明確に記述していることから、むしろ公務員に比して違法性が低いと考えられる非公務員に対しては、非身分者と比して軽く処罰される157条の適用がなされるべきであり、これによって、65条1項と2条との矛盾を解消しようというのである。この背後には「共犯の違法性はこの正犯行為の違法性を基礎に、さらに自己だけについて存在する諸種の事情と一括して判断されるべきもの」⁵⁾という思考がある。また、公務員に収賄を教唆した非公務員は、贈賄罪（197条）への共犯と、収賄罪（198条）への共犯、どちらにあたる者として処罰されるべきなのだろうか。ここでも身分犯をどのようなものと理解するかによってその結論は異なり得るであろう⁶⁾。

背任・特別背任事件、さらに事後強盗の際の窃盗犯人を身分者と理解する論者からすれば、事後強盗罪もこの条文の適用範囲に含まれることとなる。前者の例として挙げられる、取締役等の経営責任を問う背任事件、また証券取引法違反等の経済犯罪は、最近でも大きな問題となっているものであり、例えば、住専特別背任事件やイトマン特別背任事件等は社会的にも大きな注目を集めた事件であるが、これらの判決では、取引の相手方に対しても特別背任罪の共謀共同正犯の成立が認められている⁷⁾。しかしながら本来、取引の相手方自身は、取締役等とは異なり、単独では特別背任罪の主体となり得ない者である（会社法第960条）。従って、このような場合に如何にしてその相手方も特別背任罪の共同正犯として認められるのか、その根拠が問われることになる。しかしながら、共謀共同正犯を肯定する立場から、共謀のみをその処罰の根拠付けとして用いるのであれば、その成立範囲は広範に過ぎる恐れがある。

このように、従来、こうした問題の解決を巡っては、様々な意見が提起され、そしてまた多くの議論が為されてきた。そして現在に至るまで学説上の一致をみおらず、なおも混沌とした状況が続いている。

そもそも、このような様々な問題を生じさせる規定が存在しているのは何故なのだろうか。なぜ、身分犯に関与した場合には、通常の共犯の従

属性原理によって正犯と同じように処罰されるということにはならず、あえて65条の1項と2項という規定を設けることによって別に取り扱われることになったのだろうか。共犯者を正犯に従属させるという処理をすれば、上述のような問題は生じなかったにもかかわらず、各々の要素によって取り扱いを分けたことで、「ある要素⁸⁾」の作用を、その法律的な意味内容の性質にはなく、それがまさに問題となっている犯罪類型について可罰性を根拠付けるのか、あるいは単に変更又は阻却するか、という偶然に左右させるような規定は、典型的に法実証主義的で、言葉の悪い意味での概念法学に値するものである⁹⁾とまで称されるような事態が生じることとなった。従って、この問題を明らかにするにあたっては、このような規定が問題を内包したものでありながらも存在しているという事実にどういった意味があるのかという点がまず明らかにされるべきであり、それを踏まえた上で、この身分犯への関与という問題について検討すべき必要があると思われる。

そこで、本稿においては、こうした規定の意義を明らかにし、それによって、身分犯への関与の問題を如何にして理解すべきなのか、さらには上述のような問題をいかに解決することが妥当であるのか、といった点を探ることを目的とする。

身分犯の問題については、ドイツにおいても、上述のカウフマンの言葉に現れているように、日本と同様の規定が立法化されており、したがって、日本刑法と類似した展開を辿って現在に至っている。対してその隣国のオーストリアでは、かつてはドイツと同様の途を採りながらも、現在では日本の有力説¹⁰⁾と同様、違法身分、責任身分という区分を用いることによって、この問題を処理している。

本稿は、日本と同様の問題を抱えてきたドイツの議論を参照し、更には、異なる解決法を採用したオーストリアの規定、及びそれを巡る状況を検討しながら、身分犯への共犯の問題を考察する。その目的は、身分犯がどのようなものとして捉えられていたのか、それへの関与の問題がどのように

処理されてきたのかを探り、そこから、上述の諸問題に対して、日本においてどのような解決が望ましいものとされるべきであるのかについて明らかにしようとするものである。そこに至る考察の前提として、以下では、現在に至るまでの日本の議論状況を確認することにする。

第一章 日本の立法過程

ところで、日本の議論を論じるに当たっては、まず、共犯と身分に関する規定である現行日本刑法65条の成立過程を明らかにすることが必要である。現行刑法以前にも、既に旧刑法において、身分犯に關与した場合の規定が立法化されており、この旧刑法の規定を基礎として、現行65条が制定されるに至ったという経緯がある。従って、以下ではまず、明治13年に成立した旧刑法典の制定過程について概観する¹¹⁾。

第一節 旧刑法期

旧刑法における、共犯と身分に関する規定は、次のようなものであった。

106条「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」

110条「身分ニ因テ其刑ヲ加重ス可キ者附從ト為ル時ハ其重ニ從テ一等ヲ減ス（一項）。正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス（二項）」¹²⁾

この段階で、既に加重身分の個別的取り扱いについては明文化がなされている。しかしながら、106条では共同正犯について明記されている点、減輕・阻却身分の言及がない点、また、現行65条1項に該当する、構成的身分の規定が存在していない点¹³⁾等が、現行法と相違している。このような規定がいかにして生じ、現行のような規定の形へと繋がっていったのだろうか。

(1) 旧刑法制定時の議論

明治維新の後、徳川幕藩体制に代わる新たな政治・社会体制の整備が新政権の最大の課題となり、特に、法制度の「近代化」は当時の不平等条約改正の前提条件として火急の問題であった。そこで政府は、岩倉使節団の一部としてパリに赴いた司法省の一行に対して講義を行った経験のあるフランス人法学者、ポアソナードを日本に招聘し、新しい法典の編纂作業に取り掛かった。その嚆矢となったのが、1875年(明治8年)に開始された刑法典の編纂作業である¹⁴⁾。刑法の編纂は当初、日本人編纂委員を中心として作業が進められたが、これは、ポアソナードによって伝えられたフランス法の知識を基礎としながらも、その他、イギリス、ドイツ、ベルギー等、広く各国の法律を参照しようとの試みがなされたものであった¹⁵⁾。その結果、明治9年に日本帝国刑法初案が作成された¹⁶⁾が、これは不十分なものであるとされたため、その後、司法省は方針を転換し、刑法制定に際しては、ポアソナードによって起草された草案を基に審議を重ね、それを繰り返すことによって最終案を作成する、という手法を採用することとなった。

ポアソナードは、母国フランスの刑法のみならず、ドイツ、ベルギー、イタリア等、ヨーロッパ諸国の刑法も参照しながら、日本刑法を制定しようと試みた。これらの国々は、共犯規定についてみても、各々に特色を持つものであり、特に彼の母国フランスでは、現在の日本において比較的馴染みのあるドイツ型の共犯理論とはかなり相違した理論が展開されていた。そこで考察の前提として、フランスにおける刑法理論を、身分犯の共犯との関係で簡略に述べておくことが適切であると思われるので、以下に示しておくことにする。

当時、フランス刑法における共犯規定は、次のようなものであった。

1810年フランス刑法典

第59条「重罪又は軽罪の共犯は、その重罪又は軽罪の正犯と同一の刑に

処する。ただし、法律に特別の規定があるときは、この限りでない」¹⁷⁾

この59条の文言に基づき、学説及び判例によって、「犯罪性借用説（la théorie de la criminalité d'emprunte）」が展開されてきた。これは、共犯は正犯に対するのと同じ法定刑から処罰されるものであるとされる¹⁸⁾。フランスでは、現行ドイツ、日本刑法のような身分犯の共犯に関する規定というものが別に存在しないために、この原則にしたがって、正犯者に存在する刑の加減事情が共犯に対していかなる影響を持つかが決定されてきた。そして、フランスの判例及び学説によれば、犯罪性借用説の理解に従って、加減事情については次の三つの区分がなされる¹⁹⁾。

まず第一のものが、人的主観的事情であり、その例としては累犯、未成年等が挙げられる²⁰⁾。これは、正犯行為それ自体に影響するものではないため、効果は一身専属的であり、共犯者には影響しないものとされる。第二は、物的客観的事情である。これは行為に内在的なものとされるために、共犯者にも影響することになる。この例として挙げられるのは、殺人罪における予謀、待ち伏せ、毒物の使用、夜間・破壊といった窃盗の場合の加重事情、故殺・傷害の減輕事由であるプロヴォカシオン（挑発）等である。最後に挙げられる複合的事情は、正犯者の一身的事情から生じるにもかかわらず、行為の犯罪性それ自体に影響するものであって、第一と第二が混在しているものとされる²¹⁾。この例としては、尊属殺の際の加重事由である卑属たる地位、文書偽造の際の公務員、墮胎の際の助産婦などがある。そしてこの場合、「客観的性質は一身の性質よりも優越する」とされるが故に、一つ目の客観的事情と同様に共犯にも影響を及ぼすものであると理解されていた。このような第二と第三の事情の場合、通説・判例によれば、共犯者は、正犯者がそうした事情を有しているという認識の有無に関係なく、常に正犯者と同じ犯罪が成立するとされていたのである²²⁾。

ただ、身分犯への共犯の事例において、共犯は正犯に従い成立するとい

う論理を一貫させると、次のような場合に不都合が生じる。例えば、使用人が窃盗を犯すと、使用人窃盗として単純窃盗よりも重く処罰される（この場合の使用人という地位は複合的加減事情である）。そこで、Aが、Bの使用人Cに、「Bの財物を窃取する」よう教唆した場合には、AはCの犯罪性を借用することから使用人窃盗の教唆犯として重く処罰される。しかしここで、AがCと共に窃取行為を行った場合には、共同正犯（これは正犯であり固有の犯罪性を持つ）となり、A自身は使用人ではないため、単純窃盗の正犯として処罰されることになる。つまり、身分のない共犯行為の方が、身分者の正犯行為に従属して成立するために、身分なき正犯行為よりも重く処罰されるという帰結を生じてしまうのである。そこで、1848年、破棄院刑事部は、「重罪の共同正犯は、行為を既遂に至らしめる過程において当然に他の犯罪者を援助するのであって、事の成り行き上その者の共犯となる」と判示し²³⁾、以来、身分のない正犯も共犯と同じく重く処罰されるとしている。このように、フランスの判例では、共犯と身分の問題の解決に限って、共同正犯者は互いにとっての共犯となるという、いわゆる相互共犯の理論²⁴⁾を用い、この場合の共同正犯を共犯とみなすことによって、身分のない共同正犯者も身分のある者と同じく処罰されるという一種の擬制を用いて、上述の問題に対処しているのである²⁵⁾。

このように、1810年フランス刑法典では、正犯「行為」の犯罪性を借用するという犯罪性借用説に従って、犯罪それ自体にかかわる事情であれば、当該犯罪に関与した身分のない共犯者にもその事情は連带的に作用し、身分者と同じように処罰されるという処理がなされていた。ここではつまり、M. E. マイヤーのいう誇張従属形式が採用されていたことになる²⁶⁾。

しかしながら、上述のように、ポアソナードはこのようなフランスにおける共犯についての理解を基礎としつつも、フランス型の規定をそのまま日本に輸入するという方法は採らなかった。彼は、母国の共犯規定を必ずしも望ましいものとは考えていなかったのである。彼自身のフランス刑法に対する見解は、当初の日本人委員らによる編纂作業と平行してすすめら

れた彼の刑法講義²⁷⁾において窺い知ることが出来る。上述のように、フランスでは59条において、共犯は正犯と同一に処罰されるべきものと規定されているが、これについて彼は、「主犯ト附従ト同等ノ罪ニ定メタル少シク酷ニ失スルヤト為ス」²⁸⁾と述べている。というのも、犯罪実行そのものを為す者と、それに単に附随する者とは「道徳ヲ損スルト公益ヲ損スルトニ大ヒニ差別」がある場合があると評価されるからである。

しかし、例えば尊属殺に卑属以外の者が関与する場合については、「一體人ヲ殺スハ惡ムヘキ所行ナリ其肉親ヲ殺スハ最モ惡ムヘキコトト為ス故ニ夫レヲ助ケ附従ヲ爲シタル者ハ同様最モ惡ムヘキコトニテ其道徳ヲ損スルト公益ヲ害スルコトモ亦最大ナリ」²⁹⁾として、非身分者も身分者たる正犯同様、重く処罰されることを認めている。

またこれとは逆に、他人による親の殺害を幫助する被害者の子の事例では、正犯と被害者の関係は他人となるがゆえに、フランスの通説による59条解釈に従えば、子も通常の殺人への共犯となる。しかしながらポアソナードによれば、他人による親の殺害を幫助する子は「甚タ惡ムヘキ者」であって、「假令他人ハ主犯ニテ其附従ヲ為シタルトモ其子ハ親殺ノ罪ト為シ其他人ハ通常ノ殺罪ニ為スヘシ」³⁰⁾ものとされ、子の卑属たる身分が存在すれば、正犯に科されるべき刑よりも加重されることになる。

こうした評価は、犯罪を社会的害悪、道徳的害悪という両方の側面から捉えることで、行為者各人の責任を個別的に判断するという折衷主義（*école éclectique*）³¹⁾の影響を受けたものと考えられる。当時の折衷主義の代表的論者だったパリ大学のオルトランによれば、処罰とは、生じた損害の程度と、その行為の反道徳性に依じてなされなければならないものであり、それゆえ、行為者各人に依じた処罰が必要とされた³²⁾。このような見解に大きな影響を受けたポアソナードは、フランス流の誇張従属形式、つまり、正犯の身分とは正犯に単純に連帯するものであって、共犯は正犯と同じように処罰されるという見解は採らずに、幫助の刑が減輕すべき場合があることを認め、行為者各人で処罰が異なり得ることを示したのであ

る³³⁾。

ポアソナードがこうした自説を評して、「法律上ニ於テモ正當ト考ヘリ法律中ニ於テ此論ハ未タ明文アラサルナリ」³⁴⁾と述べていることから、彼は、新たに刑法を創ろうとしていた日本においてこの見解を提案し、それが日本草案の規定として実現されたものとみることができる。したがって、このような彼の問題意識を反映した旧刑法の規定は、結果的に元々のフランスの規定形式とはかなり異なるものとなった。

明治9年12月に上申された刑法草案において、身分犯の共犯に関する規定は、当初、次のようなものとなっていた³⁵⁾。

【日本刑法草按 第一稿】³⁶⁾

106条「法律ニ於テ人ノ身分ニ依リ刑ヲ加重スル時連合ノ正犯其罪ノ重カル可キ事ヲ知リタル者ハ同ク加重ノ刑ヲ科ス 然レトモ再犯加重ニ該ル正犯者アル時他ノ連合者ノ之ヲ知ルト雖モ加重ノ刑ヲ科スルコトヲ得ス」

110条「正犯ノ身分又ハ處爲ニ依リ其罪ノ重カル可キ原由アルコトヲ知リタル附従ハ其重ニ從テ減等ス 若シ附従ノ身分ニ依リ重カル可キ原由アリト雖モ之ヲ正犯及ヒ他ノ附従ニ及ホスコトヲ得ス」

まず、106条の1項は、共同正犯の場合にも、他の正犯に加重身分が存在するとの認識があれば、身分がない者についてもその効果が及ぶとする規定である。このような規定は、身分犯に関する明文規定を欠いたがゆえに、上述の相互共犯という理論を生み出さざるを得なかったフランス刑法の影響を受けて、共同正犯についても他の者の身分が影響を及ぼすことを法律上明からにしようとしたものであると推察される³⁷⁾。この点は、共犯に強い従属性を認めるフランス的な解釈の影響を免れなかったとはいえるものの、ポアソナードは、非身分者については身分の認識を加重の要件とすることによって、その効果を限定しようとした。例えば、子による親の殺害に共同した他人が、その共同者が子であることを知らなかった場合、

ここでの他人には、尊属殺の刑は科されないことになる。この認識要件は、従犯についての規定である110条1項でも同様である。彼は、事情を知りながら関与した場合と、知らずに関与した場合とでは、その罪責は明らかに異なるものであると考えたのである。

また106条の2項においては、再犯加重については他の者にその効果が影響しないことが規定されたが、これはフランスでも同様に、一身的な効果のみを持つとされているものである。

上述のように、彼は、加重的身分を持つ者が従犯となった場合に、身分のない正犯に連帯して軽く処罰される場合が生じるフランスのような規定は、各人に応じた処罰を科すことが出来ないとして問題であると考えていた。また、従犯の身分が他の者に影響を及ぼすとすれば、従犯は身分者であっても一等減刑を受けるが、他方で身分のない正犯が加重刑で処断されるという事態を生じることにもなる。そこで彼は、110条の2項で「身分ニ仍テ重ク爲ルコトハ正犯ハ附従ニ及ホシ附従ハ正犯ニ及ホササルノ主意ヲ以テ正犯及附従ノ正篠ヲ起草セントス」³⁸⁾として、従犯の場合には身分を個別化することによって、このような問題を回避しようとしたのである³⁹⁾。この草案第一項の段階で一身的に作用するものとして想定されていたのは、認識のない加重事情、従犯の身分、及びフランス刑法と同じく再犯加重、ということになる。既にこの段階で、彼のフランス法に対する問題意識が反映された形になっている。この案は、その後、校正第一案において、次のようなものとなった。

【校正第一案】⁴⁰⁾

第113条「前二篠ニ記載シタル正犯ノ内法律ヲ以テ人ノ身分ニ依リ一人若クハ數人ノ刑ヲ加重スル情状アルトキ連合ノ正犯其罪ノ重カルヘキコトヲ知りタル者ハ加重ノ刑ニ處ス 前項ニ記載スル種類ノ加重スヘキ情状數箇アルトキト雖[モ]止ターノ重キ加重刑ヲ科ス 然[レ]トモ再犯加重ニ該ル正犯者アル時他ノ連合者ハ之ヲ知ルト雖モ加重ノ刑ヲ

科スルコトヲ得ス」

第115条「正犯ノ身分又ハ所為ニヨリ其罪ノ重カルヘキ情状アルコトヲ
知りタル附從ハ第115[ニ]記載シタル加重例ニ從フ」

第116条「附從ノ身分ニヨリ別ニ重カル可キ原由アル者ハ重[キ]ニ從テ
處斷ス然レトモ之ヲ正犯及ヒ他ノ附從ニ及ホスコトヲ得ス」

この113条の2項にいう、加重事情が複数あっても、その影響は一つに止めるべきとの規定は、複数の加重事情を科する事になると当該事情のない者にとって過酷となるために、ポアソナードが提案したものである⁴¹⁾。しかし、これについては煩雑になる等の反対意見が出される等の議論の末に、「身分ノ加重ヲ他人ニ及ホストノ法ヲ全ク廢スルハ如何」⁴²⁾との意見が鶴田皓から出され、結局ポアソナードもこの見解に従うこととなった⁴³⁾。従って、校正第二案では、113条は次のように改められた。

【校正第二案】

第110条「執行ノ情状⁴⁴⁾ニ依リ刑ヲ加重スヘキトキハ正犯及ヒ教唆者其
處爲ヲ共ニセス又ハ之ヲ豫知セスト雖モ⁴⁵⁾各加重ニ從ツテ處斷ス
正犯ノ身分ニ依リ加等スル者ハ之ヲ他人ニ及ホスコトヲ得ス」

このようにして、加重身分については個別的作用が認められることとなり、それに伴って、再犯加重のみを個別化する旨の規定が削除された。その後の明治10年6月に校正が終わった草案第二稿では、以下のような規定となっている。

【日本刑法草案 第二稿】⁴⁶⁾

第116條「正犯ノ所爲ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯教唆者其
所爲ヲ共ニセスト雖モ之ヲ豫知シタル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス 正犯
ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得
ス」⁴⁷⁾

第120條「人ノ身分ニ依テ罪本重カル可キ者附從ト爲ル時ハ其重ニ從テ

一等ヲ減ス」⁴⁸⁾

第121條「附從ノ所爲又ハ身分ニ依リ刑ヲ加重ス可キ時ハ第116條ニ記載シタル正犯ノ例ニ從フ」

116条では、1項で「所為に関する加重」であれば、それを認識した他の者にも連帯してその効果が及ぶこと、他方で、2項においては、「身分」が一身的な効果を持つものとされた。ポアソナードが、この「身分」の例として尊属殺の卑属、職務犯罪の官吏等を挙げており、また、再犯加重や刑事未成年等、フランスでも当然に一身的な効果を持つとされるものが当初別に規定されていたことからすると、彼は、フランスでは当然に連帯的な作用を持つとされていた複合的の事情の中にも、一身的な作用を持つものがあることを認めていたことになる⁴⁹⁾。他方で、1項では、所為に関する事情の場合には認識を要件としつつ連帯的作用を認め、「犯罪そのものに関する加重」と「身分を有する者の一身上にのみ関する加重」とを区分して、その効果に差を設けようとした。

これについては、彼の師の一人であったオルトランの影響が大きいと考えられる⁵⁰⁾。オルトランによれば、客観的な加重事由の中にも、一つは「行為其モノノ變體情狀ニ附着シ得ル」もの⁵¹⁾で、その事情を知って関与する以上、全ての共犯者に影響を及ぼすものと、もう一つは、「犯人中ノ一人ニ屬シ他ノ人ニ屬セサル所ノ一身上ノ身分ニ附着」するもの⁵²⁾とがあつて、後者のような加重事由は、「其……身分ノ存スル者ニノミ止マリ他ノ者ニ及フヘキニアラサル」ものとされた⁵³⁾。というのも、一身的身分による加重は「常ニ犯罪ニ於テ各犯人ノ有シタル本分ニ平均シテ科セラル」べきもので、身分者に対しては「其全部ヲ科シ」、身分がなく単に幫助しただけの者については、「之ヲ低減シテ科セラルヘキモノナリ」というのである。

このようにオルトランは、フランスにおいては連帯的に作用するとされる客観的の事情の中にも一身的な効果を持つものがあると認めていた。これ

は一般的に一身的效果を持つとされた主観的事情(再犯加重や刑事未成年)よりも広いものであり、現行のドイツ及び日本刑法にいう身分が概ねこれに該当するものである。例えば、フランスでは混合的事情とされて共犯にも連带的に作用するとされる公務員としての地位も、彼によれば公務員自身に対してのみ効果を持つ、一身専属的な事情であるとされていた。

彼の述べる「行為そのものに附着する」あるいは「一身上の身分に附着する」という区分とは、つまり、行為に関係する事情であれば、それは他の者にも影響を及ぼすものであるが、他方、行為者に関係する事情は、犯罪それ自体にかかわるものでなく、従って他の者には影響を及ぼさない、というものであって、このような考えは、オルトラン自身も北ドイツ連邦草案において自説が引用されたと述べているように⁵⁴⁾、ドイツの立法議論にも影響を与えたものである⁵⁵⁾。日本と同時期の立法議論の中でも影響力を持っていたオルトランの考えは、当然、ポアソナードにも様々な点で影響を与えたものと思われるが、共犯と身分の問題に関しても、行為者各人に応じた処罰という観点から身分の一身的作用を認めることとなり、その結果、日本草案においても、「所爲ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時」、「身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時」という形で提案されるに至ったのである⁵⁶⁾。

そしてこの規定は、その後も審議を経て、明治10年11月に出された日本刑法草案においては次のような形となった。

【日本刑法草案】⁵⁷⁾

第119条「正犯ノ所爲ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯教唆者其
所爲ヲ共ニセスト雖モ之ヲ豫知シタル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス」「正
犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ
得ス」

第123条「身分ニ因テ其刑ヲ加重ス可キ者附従ト爲ル時ハ其重キニ従テ
一等ヲ減ス其他第119條ニ記載シタル正犯ノ例ニ同シ」

その後、この草案は、元老院の議定に付する前に、刑法草案審査局の取

調を経ることとなった。この審査局は日本人委員のみで構成されており、ボアソナードはこれに直接参加することはなかったが、審査局の求めに応じてこの草案の注釈書を執筆し⁵⁸⁾、その中で彼の考えが明らかにされている。ボアソナードはこの2つの条文については以下のような解説をしている⁵⁹⁾。

まず、119条は、正犯と智力上の正犯（教唆犯）に関するものであり、第1項は、所為に関する加重事情はそれを認識している者にのみ連带的に作用する旨を規定したものである⁶⁰⁾。ボアソナードは、ヨーロッパ（特に彼の母国フランスを想定したものと思われる）ではこの認識が条件とされていないことを指摘し、これは「厳酷ナル判決ヲ為シ来レリ」ものであって、そこで日本刑法の起草に当たっては「精細ニシテ且寛大ナル本案八唯加重ノ理由アルコト或ハ犯罪ノ衆多ナルコトヲ知レル者ノミニ其刑ヲ加重」することにしたというのである。この認識要件は当初から一貫して彼が主張してきた点である。

そして、第2項は、「加重ノ理由タル唯事情ニ依ルモノノミナラズ犯人ノ身分ニ依ル」場合であって、これはその身分が存在するがゆえに刑が加重されるものであり、「他ノ共犯人及教唆者ニ及フコトナシ而シテ此人々ガ之ヲ知レルト否トヲ論ゼズ」として、他の正犯・教唆者には認識の有無にかかわらず、その加重の影響は及ぶことはないと述べる。その理由について、彼は次のように解説する。加重すべき身分の者に対して教唆する、もしくはその身分者と共同する者というのは、そうした加重事由のない者を教唆する、あるいはその者と共同する者よりも、罪が重いことは疑いがない。しかしながら、そのような身分のない者は、加重身分のある者よりも罪が軽いこともまた明らかである。それゆえに、「眞ニ適當ナル刑ヲ看出タサントスレバ此二刑ノ中間ヲ取ルヲ善シトスト雖此ノ如キ刑アラサルヲ以テ本案ノ起草者ハ正當ナル際限ヲ超ユルヨリ寧ろ之レニ及バサルヲ以テ允當ナリト考ヘタリ」⁶¹⁾として、身分のない者には刑を加重しないこととしたというのである。彼がここで身分の例として挙げている官吏、尊属

殺の場合の子といったものは、上述のように、フランスでは明らかに共犯にも連帯するべきものとして扱われている加重事由である。彼はそういった事情を認識しながら関与した非身分者であっても、身分者と同じ重い刑を科すのは妥当ではなく、むしろ軽い刑で処罰する方が適切であると考えてこの条文を提案したというのである。

彼も、初期の段階では、身分のない者についても、正犯の身分を認識している限りはその加重が及ぶべきものであり、各人に個別的なものとして扱われるものとしては再犯加重等、限られたもののみを挙げていた。しかしながら、審議を経るにつれ、所為に関する加重事情と、身分による加重との相違が意識されるようになり、明文上もその効果が異なることが明らかにされた。つまり、前者は、犯罪それ自体による加重であって、そういった事情のない者にも影響を及ぼすものであるが、それに対して、身分とは一身専属的なものとして取り扱われるべきものとする方が適切であると考えに至ったのである。

また、第123条についても、「情状ニヨリテ加重スベキ時ハ……附從ノ者犯罪ニ加功スル時ニ方リテ加重ノ理由ヲ知レバ其刑ヲ加重シ之ヲ知ラサレハ加重セズ」「正犯者加重スベキ身分ノモノナル時附從ハ之ヲ知ルト雖トモ其刑ヲ加重セス」と119条と同様の思考から規定されたものであることが述べられている⁶²⁾。ここで、フランス刑法のように、「正犯ノ刑ヲ基トシテ附從ノ刑ヲ定ムルノ法則」として、正犯に幫助も従属するとしてしまえば、例えば、正犯であれば刑を加重されるべき身分者が従犯である場合、当該身分の加重を免れることとなってしまうし、他方で、正犯が身分者である場合には、従犯は非身分者であっても、身分犯の刑で処罰されることとなる。このような結論を彼は「奇怪ノ結果ヲ生」ずる不合理なものと考えていた⁶³⁾ ために、日本の草案では、各人は各々の身分に応じて処罰されるべきであるとして、例えば他人による親の殺害を幫助する子に対しては、尊属殺の刑から従犯減輕による一等を減じた刑が科されるべきものであり、他方で尊属殺を幫助する他人については通常の殺人罪の刑に一等を

減じるものとして、この条文を置いたと説明するのである。

こうした彼の説明からすると、上述の彼の問題意識を反映して、日本刑法草案をまさに理想的な法律として実現しようとしていたことが窺える。彼は共犯の従属について誇張従属形式を採用した場合には、本来重く処罰されるべき身分者が軽くなり、通常の刑を科されるべき非身分者が重く処罰される等の「奇怪ナ結果」に至る場合があることを問題視していた。したがって、身分を個別化することによって、こうした帰結を回避しようとしたのである。これについては当時、オルトランや、ベルギー刑法、北ドイツ連邦草案にみられるような、身分を個別化すべきという見解がヨーロッパで展開されていたことに鑑みれば、広く各国の刑法を参照した日本の草案過程でこうした考えは当然意識されたものと考えられ、その結果としてポアソナードの起草した案にも大きな影響を及ぼしたものと思われる。

しかしながら、その後、この草案の条文は、上述の刑法草案審査局による審査の中で、さらに形を変えていくこととなる。特に、刑法草案修正稿本⁶⁴⁾においては、実際に旧刑法として成立した条文の形式になる修正が施された。ここにおいて106条の1項（草案では119条1項）である「正犯ノ所為ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯教唆者其所為ヲ共ニセスト雖モ之ヲ豫知シタル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス」との箇所が削除される旨が明らかにされている⁶⁵⁾。この削除については「此項ハ刪テモ豫知ノ者ハ同罪ナルコト分明ナリ」との記述が見られることから、所為に関する加重事情であれば、それを認識しながら関与した者についてもその加重の効果が及ぶことは明白であり、あえて法律上明文化する必要はないとの考慮があったものとみられる。

これにより、続く刑法審査修正の第2稿においては、かつての106条1項における、所為に関する加重事情が他の者にも効果を及ぼすとの規定はもはや存在せず、「正犯ノ身分ニヨリ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」という従来の2項の規定のみが残ることとなった⁶⁶⁾。

このような過程を経て、明治12年6月、刑法審査修正案は完成し⁶⁷⁾、元老院の審議に付された後、明治13年7月、日本帝国刑法として公布されるに至ったのである。

このようにして成立した旧刑法における身分犯の共犯の規定は、当初、フランス流の共犯論を軸にしつつも、ポアソナード自身の見解を反映し、最終的にはフランス刑法とはかなり異なる規定形式となった。これは、諸外国の法を参照し⁶⁸⁾、当時の進んだ議論を採り入れようとした結果である⁶⁹⁾。これが更には草案審査局によって修正され、旧刑法の規定として施行されることとなったのであった。では、このように変遷を経ながら成立した規定に対する学説の理解とはどのようなものだったのだろうか。

(2) 学説における展開

旧刑法期において、特に初期の多くの学者は、フランスに留学していたこと、また、ポアソナードの講義を受けたことから、当初、フランス法の影響を強く受けていた。このような中で、旧刑法の106条及び110条に関する学説は次のようなものであった。

まず、この106条が「刑を加重する身分」のみに言及しているために、減輕身分の場合にはこの条文の適用がないのか、という問題が生じるが、この点について学説は概ね、減輕身分の場合にも加重身分と同じように個別的に取り扱われるべきだとしていた。

例えば、高木豊三は、明治19年の講義⁷⁰⁾において「蓋シ此條ノ正文ニ就テ其裏面ノ義理ヲ探求スルトキハ……其減輕ニ係ルモノハ之レヲ他ノ正犯從犯ニ及ホスヘキモノ」と、減輕身分についてもこの規定は適用されるものであると述べる。彼は、犯罪を幼者と共に為す事例を挙げ、幼者という身分が他の者にも連帯するとした場合には、「……其幼者ノ不論罪トナルノ故ヲ以テ他ノ正犯モ亦不論罪タルニ至ル……」と述べ、このような不当な結果を生じることを立法者が意図したとは考えられず、それゆえ、このような場合にも身分が個別化されると説くのである。減輕について明文

で規定されなかった点については、「立法者ノ不注意ニ由テ之レヲ脱漏シタルモノ」であるとする⁷¹⁾。

この点、ポアソナード自身も、旧刑法の施行後執筆した『刑法草案註釋』の中で、「共犯人又ハ教唆者中ノ一人ノ身分ニ基キタル刑ノ加重〔減輕又ハ免刑〕ハ決シテ他ノ者ニ適用ス可カラス⁷²⁾」として、刑を減輕、免除する場合を新たに追加し、「刑ノ減輕及ヒ免除ハ之ヲ受クル者ト定メタル者ニノミ限ル可シ⁷³⁾」と述べている。

明治16年に逐条解釈として『刑法釋義』を著した堀田正忠も、減輕事由にも106条の規定は適用されるものとする。例えば、16歳以上20歳未満の者と共に侵入窃盗を実行した者についても、その幼者の減輕の効果が及ぶとすれば「最モ其理ニ反スルモノ」であって、減輕事情についても刑の個別化は認められるものとし、実際、大審院の判例でもこれが認められていると述べる。そして彼は「刑法八事ノ最モ明了ナランコトヲ要スレハ立法官ニ於テ速ニ本件ヲ補定セラレンコトヲ希望ス」として、立法論としてはこれを明文化すべきだと主張している⁷⁴⁾。

宮城浩蔵も、知力が不十分な者を教唆して犯罪を実行させるような場合は悪質であり、正犯が減輕を受けるからといってその減輕の効果を連帯させることは適切ではなく、従って本条で減輕の文言がないのは「偶然脱漏シタルモノ」であり、立法者の意図するところではないと述べる⁷⁵⁾。この点は高木と同じである。

磯部四郎は、減輕身分の場合にも刑が個別化すべきという点では上述の説と同様であるが、「宥恕ヲ受クヘキ者ハ自首シタル者ノ外其減輕ヲ受クヘキノ理ナキハ明カナルヲ以テ之ヲ本條ニ明示スルノ必要ナシ⁷⁶⁾」と、明文化する必要はないとしている。

江木衷も、「減輕ニ係ル場合ヲ明定セスト雖刑ノ加重モ減輕モ等シク他ノ共犯者ニ及フコトナキヤ明ナリ」として、110条でも正犯の身分の減免が従犯に及ばないと規定されていることからしても、減輕身分の場合にもこの規定の適用は肯定されるものとしている⁷⁷⁾、また、勝本勘三郎の見

解も、「減輕ノ事八法文之ヲ欠ケトモ解釋上減輕モ亦同一ナラサルヘカヲサル」⁷⁸⁾と、同様である。このように、減輕身分もまた一身的な効果を持つという点については、学説は一致して賛成していた。

他方で、構成的身分犯へ関与した場合の扱いも、旧刑法時代においては明文上存在していなかった。この問題は、最終的に現行刑法典では第65条1項として立法化されるに至ったものであるが、旧刑法下では、学説はこの問題をどう捉えていたのだろうか。

この点、初期の教科書等には構成的身分犯そのものについて論じられていないものが散見される。例えば、上述の高木豊三は、『刑法義解』『刑法講義録』の双方において、構成的身分犯へ非身分者が関与した場合について言及していない。これについては、ポアソナードの影響が強かった初期の学説においては、審査局で削除された「所為に関する事情」という草案の文言を意識し、行為そのものに関する加重事由と、行為者にのみ関係する身分という区分が前提とされ、前者については当該事情のない者についても、認識があればその効果が及ぶものとされていたこともあり、構成的身分犯への関与という問題が当初あまり意識されていなかったのではないかと考えられる。

例えば、堀田正忠は以下のように解説している。彼は、犯罪の「加重ノ模様」には、「人ニ関スルモノト事ニ関スルモノ」との2種類があるとして区分し、前者の人に関する加重の例としては、官吏たる身分、(尊属に対する犯罪の場合の)子たる身分、再犯などが挙げられ、後者の事実に関する加重事例としては(窃盗の際に)凶器を携帯すること、門戸障壁を踰越する場合がこれに該当するとしている⁷⁹⁾。また彼は、オルトランの見解を引用して、「罪自ラノ罪悪ニ関スル模様」⁸⁰⁾の場合は「共犯人皆ナ重ク若クハ輕キ罪ニ加功シタル」ために、全て共犯者に加重減輕の効力を生じるが、「罪ニ影響ヲ及ホスコトナク唯犯人ノ罪過ヲ變更スヘキ原由」⁸¹⁾の場合には、「此加重又ハ減輕ノ模様ヲ具フル人ニ固有ノモノ」であるために、他の者にはその影響は及ばないものとする。しかし、事実に関する加

減事例であっても、それが他の正犯、共犯に「豫知し得ヘカラサルモノナルトキハ」その効果を及ぼすことは出来ないとしている。この点は、加重事由につき認識を要するとした草案、ボアソナードの見解に倣ったものである。一方、構成的身分犯への非身分者の関与の問題についての記述は見あたらない。彼が一身的効果を持つとした「人ニ関スル」加重事由の例として挙げられている、官吏たる身分、卑属たる身分といったものが、構成的身分犯の場合にもそのまま一身的効果を持つとされるとなれば、例えば収賄罪の場合、非身分者は不処罰という結論に至ってしまうことになるが、そうした問題についての言及はなく、構成的身分犯そのものについても何ら述べられてはいない。彼は、条文で規定されている加減的身分犯の事例のみを念頭に置いてこのような解説をしたものと考えられ、構成的身分犯への関与の問題については想定していなかったものと思われる。

また上述の高木豊三も、この条文が起草された意図は、「罪ノ決行（エキセクション）ノ情状ニ因テ生スル加重」と、「正犯又ハ教唆者ノ一人ニ関スル一身上ノ身分ヨリ生スル加重〔減刑又ハ免刑〕⁸²⁾」という二種類の加重の場合を定めることにあり、前者は行為の事実という客観的側面にかかわるものであって、そうした要素のない者にも影響を及ぼすことになるが、対して、身分に関する加重については、「只其身分アル者ニ対シテ其罪ヲ重シト為スノミニシテ他ノ正犯ニ対シテハ豪モ其罪状ヲ変更スルモノニアラサレハナリ」と身分の個別化を認めるのである。彼は、このような区分を明文上明らかにしていた本草案における第一項の条文が削除されたことを、審査局においては事実に関する加重事由が全ての正犯と教唆に影響することは明らかであり、あえてこれを明文化する必要はないとして削除したものであるとしているが⁸³⁾、「是レ起草者ノ用意周到ナルニ心付カスシテ此明文ヲ要スル所以ヲ知ラサリシニ原由スルモノナラン」と述べている。

富井政章も、一身的効果を有する身分を「其刑ヲ加重減輕ス可キ情状ニシテ犯罪事實ノ形状ニ基本ヲ汲ムトキハ犯罪自體ヲ變性セシムルモノナル

二依り共犯者一般ニ影響セサルヲ得」ないものと、「正犯其人ノ身分ニ因り刑ヲ加重減輕ス可キトキハ共犯者ニ對シテ其効力ナキモノ」ものとのに區別する⁸⁴⁾。そして106条と110条2項とは、この原則を条文化したものであると述べるのである。というのも、草案の段階では、「實行ノ模様ニ原因スル加重減輕ト正犯ノ身分ニ原因スル加重減輕トヲ區別シテ其一ハ共犯者ニ影響シ又一ハ影響セサル旨」が明示されていたからである。

このように、旧刑法施行後直後、学説においては、後に削除された草案段階の「正犯ノ所為ニ因り別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯教唆者其所為ヲ共ニセスト雖モ之ヲ豫知シタル者ハ共ニ加重ノ刑ヲ科ス」との条文に依拠して、刑罰を加重する事情にも、認識がある限りは加重事情のない者にも連带的に作用するものと、106条が適用されるべき、個別的な作用を持つものがあるという説明がなされた。つまり、所為に係る加重は他の者にも影響を及ぼすものであるが、身分による加重は身分者の一身にのみ効果を持つものであるという理解が一般的であった。そしてその身分には、構成的身分犯の場合に問題となりうる公務員のような場合も含まれるとされていたのである。しかし、こうした説明の中では、構成的身分へ非身分者が関与した場合にはどう扱われるのか、という点は問題とされていなかった。しかしながら、刑法施行後、次第にこの問題についても意識がされるようになっていく。

例えば宮城浩蔵は、刑を加重する事由には2種類のもの、つまり「犯者ノ有罪ノ度重キニ因テ加重」する場合と、「事実ノ有罪ノ度重キハ因テ加重スルモノ」があるが、この106条は、前者の加重事由はもちろんのこと、後者についても適用があるのか、と問う。彼は、もし後者の場合にも適用するとすれば「実ニ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ル可シ」として、例えば子孫に尊属殺を教唆した者が軽く処罰されるのみならず、收賄罪のような真正身分犯の場合には、共犯者が無罪となってしまうことを指摘する⁸⁵⁾。その上で彼は、「事実ノ重キ者ハ社会ヲ害スルコト大ニシテ道德ニ背クコトモ亦甚タシキニ因リ立法者ハ之ヲ罰スル為メ特別ノ重キ刑ヲ設ケタルモ

ノ」であるから、「事実ノ有罪ノ度重キニ原因スル時ハ他ノ共犯者モ一般ニ加重ス可キモノトス」「事実ノ重キニ因リ刑ヲ加重スル時ハ本条ヲ適用スル能ハス他ノ共犯者モ共ニ加重セサル可カラサルナリ」と主張するのである。

ここで宮城は、ポアソナードの本条の理解につき、「先生ノ説ニ依レハ身分ノ為メ刑ヲ加重スル時ハ他ノ共犯者ニ及ホスヲ得ス共犯者ニハ通常ノ刑ヲ科ス可キモノナリ然レトモ身分ニ因リ刑ヲ加重スルニナラスシテ身分ニ因リ罪アル場合ハ共犯者ハ他ニ刑ヲ科ス可キノ刑ナキヲ以テ其身分アル者ニ科ス可キ刑ヲ科ス可キナリ」と述べているが、これを「前後矛盾シ理論ニ適セサル」ものであると評している。加減的身分犯と構成的身分犯という区分によって共犯にその事由の影響が及ぶか否かが決定されるのは、一貫しないものであると彼は捉えたのである。彼からすれば、身分が個別化する場合というのは、再犯加重等の非常に限定的な場合に限られるものであった。それゆえに、宮城は、加重の効果が他の者にも及ぶ「事実ノ有罪ノ度重キニ原因スル」例として、「官吏職務上ニ係ル罪」「子孫祖父母ニ對スル罪」といった、ポアソナードによれば一身的効果を持つとされたものを挙げて⁸⁶⁾。また更に宮城は、明治16年5月9日の司法省内訓に依拠しても、犯罪事実が重いことから加重される場合には、本条の適用がないものと主張したのである⁸⁷⁾。

ここで彼が依拠したこの内訓⁸⁸⁾とは、「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキ者云々トアルハ再犯加重ノ如キ再犯ノ身分ヲ有スル犯者一己ノ有罪ノミ重ク加ヘ犯罪事件別ニ重ク加エサルモノハ他ノ正犯従犯者等ニ及ホスコトヲ得サル」として、106条にいう身分が再犯加重の場合に限られるとするものであった。例えば、もし公務員犯罪にも106条の適用があるものとする、当該犯罪が構成的身分犯である場合には、宮城の指摘するように非身分者は不処罰という結論に至るが、この内訓では「身分ヲ有スル者之ヲ犯スノ故ヲ以テ其事件自ラ重ク加ヘ若クハ罪トナルヘキモノ」であるから、「他ノ正犯者等ハ其身分ヲ有セサルモ自ラ罪ヲ犯シタルモノ」で

あって、106条の適用はないものであるとされている。ただ、「身分ヲ有セサル者ハ身分ヲ有スル者ニ比スレハ有罪ノ度幾分カ輕キ」場合があるので、裁判官は「斟酌ヲ加ヘ減輕ヲ爲スコトヲ得ヘシ」として、身分の無いことをある程度考慮すべきものとしている。

しかしながらこのように106条の適用領域を再犯加重の場合に限定しようとした内訓は、その後の明治17年11月22日訓示⁸⁹⁾において変更される。ここでは、「身分ノ文字ハ官吏又ハ子タル身分等ヲ包含ス可キ」ものであり、単に再犯加重のみを指すものではない、と明らかにされたのである。というのも、非身分者が身分犯に関与した場合、「通常人共犯トナル時ハ均シク其責ヲ受ケサル可カラサルカ如シト雖トモ犯罪ノ情状ニ就テ考フレハ……有罪ノ度稍輕カル可キハ論ヲ俟タス」として、立法者は加重身分の個別化を規定したとするのである。一方で、構成的身分犯に関する取り扱いについての記述もあり、そこでは、「犯人ノ身分ニ因リ罪トナル」場合に非身分者が関与した事例では、「別ニ刑ヲ設ケサレハ適當ナラサルカ如シト雖トモ其明文ナキヲ以テ共犯ト為シ同刑ニ處セサルヲ得ス」とされている。

このようにして、次第に構成的身分犯に関与した非身分者の問題が意識されるようになり、司法省の訓示では、非身分者でも身分者と同じ刑で処罰されるという取り扱いがなされるべきものとされた。この段階で、現行65条1項と同じ扱いが旧刑法期においても既に生じていたことになる⁹⁰⁾。

宮城の見解は、その後の明治26年『刑法正義』においては次のように述べられている。構成的身分犯については、「加減の原由事実の有罪の度に在る時は犯者の如何に拘はらず一般に加減して、他の共犯人に及ぼす可きもの」として、尊属に対して衣食を供給しない卑属の例を挙げ、この場合には、卑属ではない非身分者にも(旧)刑法364条⁹¹⁾の効果が及ぶとする。もしそうしなければ、「奇怪なる結果を生ず可し」として、さらに次のような例を挙げる。例えば、第362条の尊属殺人罪のような不真正身分犯の場合には、子孫と共にこれを犯した非身分者は尊属殺とはならないが通常

の殺人罪になるのでまだ良いとしても、第364条のような真正身分犯の場合、身分が一身的な効果しか持たないとすれば、「固より別に科すべきの刑なし」であるから、非身分者が不処罰となってしまうという不当な結論に至るとされるのである⁹²⁾。

彼は、学説上、刑を加重減輕する事由を「犯者の有罪の度より来る者」⁹³⁾と「事実の有罪の度より来る者」⁹⁴⁾との2つに分け、それによって当該事由が共犯者にも影響を及ぼす場合を決定するという見解が一時非常に勢力を得、司法省に、この106条は事実に関する加重事由の場合には他の共犯者にも及ぼすべし、という内訓を発令させたが、この説に対して、子孫という身分であることこそが重い刑を科す根拠になるのであって、そのような身分のない者に重い刑を科すことは妥当ではない、という反論が為されたことを述べる。それについて、宮城は、後者の説を採用すれば、真正身分犯の場合に非身分者が無罪となってしまうという不都合を指摘した上で、前説のいうように、加減事由を「犯者有罪の度」と「事実有罪の度」とに区別した上で他の共犯者に影響するか否かを決定すべきではないとし、「苟も正犯の身分によりて刑を加重すべき者なる時は悉く之を他の共犯人に及ぼすことを得ずと決定せざる可からず」と主張する⁹⁵⁾。しかし、「身分其者が犯罪の一原素なる時」、つまり、真正身分犯の場合には、非身分者であっても「其罪に該する刑を受けざる可からず」とする。というのも、106条は加重身分の場合のみを規定しているのであって、「正犯の身分によりて罪となる場合は固より本条の予想する所にあらず」であるから、104条及び105条に共同正犯と教唆が規定されている以上、この106条にいう加重身分以外の場合には、「特別の罪と雖も常人をして共に其刑を受けしめざる可からざる」ものだからである。ただ、ここでは、同じ祖父母に対する罪の共犯者であるのに、362条の場合には加重の刑を受けず、364条の場合には、身分者と同じ刑で処罰されることになるという点については、「前後矛盾の甚しき説」ではないかという疑念が生じるが、これは「法文の粗悪の致す所」であって、「我刑法の改正有らざる限りは第6条即ち

『正犯ノ身分二因リ刑ヲ加重ス』云々の精神を飽くまで確守して、加減的身分犯の場合には非身分者は加重刑を受けず、構成的身分犯の場合にはその刑を受けるとするのである⁹⁶⁾。

こうして宮城は、真正身分犯に関する規定が存在しない旧刑法下の状況にあっても、身分のない者は真正身分犯に關与した場合についても身分者と同じ刑で処罰されるという、現行刑法65条1項と同様の解釈を採用するに至った。これは、非身分者を不処罰とすることが實際上の帰結として妥当性を欠いていたことから、身分が一身的効果を持つのは加減的身分の場合に限るものであるとして、不当な結論を回避しようとしたためである。しかし彼においても、やはりこのような処理をした場合に生じる、構成的身分犯と加減的身分犯とで非身分者の取り扱いが矛盾するという問題点は意識されていた。

宮城と同じくポアソナードからフランス刑法理論を学んだ磯部四郎は、106条の加重的身分の個別的作用を評価する⁹⁷⁾。彼は、フランス刑法においては正犯の刑に従属するという誇張従属形式が採用されていることを指摘し、これは、尊属殺の事例で、正犯は非身分者であるが、子供が従犯として關与したという場合に、その子が尊属殺ではなく、通常の殺人への共犯として処罰されることになってしまうという点を不合理であるとし、この点、ポアソナードの理解、草案に対する説明と同様の思考が見出される。そして106条につき、「本條ハ加重ノミニ就キ規定シ即チ正犯ノ身分二因リテ加重セラルルトキハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホサス単ニ其身分アル正犯者ノミニ加重スルニ止マルモノトス」⁹⁸⁾として、「我立法者ハ是等ノ點ニ注意シ人ノ身分ヨリ生スル責任ハ他人ニ影響ヲ及ホササルモノト規定シタルハ其當ヲ得タリト云フヘシ」と、身分の個別化が適切であると説明するのである。

このように、加減的正当身分犯の場合には「常人ノ刑ヲ受ケ」る、つまり、非身分者は、通常の刑で処罰されることになるが、他方で、構成的身分犯へ非身分者が關与した場合はどうなるか、という問題について、磯部は、

「特別罪」、すなわち、真正身分犯の場合には、「其罪ニ該ル刑ヲ受クルニ過キス」として、身分者と同じ刑罰が科されることになるとする。というのも、「身分ニ因テ生スル罪タリト雖モ之ヲ犯スハ悪事タルコトヲ知テ之ニ干與シタル以上八即チ社會ニ害悪シタルモノナリ之ニ該當スル刑ヲ受クル八當然ニシテ豪モ怪ムニ足ラサルナリ故ニ予ヲ以テ之ヲ視レハ是等ノ疑點八深く論スルニ足ラス唯社會ニ害悪ノ所為アル者ヲ罰スト云フノ原則ヲ了知セハ可ナリ」⁹⁹⁾として、身分のない者といえども、身分犯という事実を知りながら関与したのであれば、その罪責は同じであるというのである。この点、非身分者も身分者と同様に処罰されるという処理については宮城と同じであるが、宮城が真正身分犯と不真正身分犯で取り扱いが異なる点を矛盾であると指摘していたのとは対照的に、磯部は特にこの扱いを矛盾したものとは捉えていなかったようである。

このように、学説は当初、犯罪それ自体の加重と、身分による加重、というポアソナードの区分に従って106条を理解していたが、次第に収賄罪のような、構成的身分犯へ非身分者が関与した場合の問題が意識されるようになり、司法省の訓示にあるように、構成的身分と加減的身分という区分が用いられるようになっていくこととなる。以降、学説では、構成的身分犯と加減的身分犯という区分によってその効果を分け、構成的身分犯の場合には非身分者も正犯と同様に処罰されるという処理をする見解がほとんどとなっていった。

江木衷は、正犯の身分によって刑の加重減軽がなされる場合には他の共犯者にその影響は及ばないが、正犯の身分の存在が罪の有無に関係する、あるいは別種の犯罪を構成する時は、他の共犯者にも身分が連帯的作用を及ぼすとする¹⁰⁰⁾。彼は、106条で構成的身分犯への言及がされていないことも、「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々ト云ヒ身分ノ有無ニシテ犯罪ノ存否ニ関シ又ハ別罪ヲ構成スヘキ場合ヲ除キタル所以ナリ」と述べ、その論拠としている。そして例として、収賄罪の際の官吏たる身分、尊属殺の場合の子たる身分を挙げ、これらの身分は、他の教唆者従犯

等に及ぶものとしている。対して、再犯加重等、罪の有無に関係するようなものでない場合には、他の共犯者に影響しないものとしているが、この点については、旧刑法草案の見解と同様である。

また、岡田朝太郎は、当初、法律上の加重減輕には、「主観的ノモノ即チ犯人ノ身分ニ基クモノ」と「客観的ノモノ即チ所為ノ形状ニ基クモノ」とがあり、前者のみが他の正犯に影響を及ぼさないものである¹⁰¹⁾との説を展開していた。彼がここにいう身分に基づく加重の例としては、再犯加重、刑事未成年者を利用した場合の減輕等が挙げられ、他方の所為の形状に基づく加重として、強盗の際の凶器の所持等が挙げられており、この点では、フランス法の影響を大きく受けたものであると思われる。しかしながら後に彼は、この106条はドイツ刑法と同じ原理を採用したものであるとし、ドイツの通説的理解と同様、構成的身分犯に關与した場合には、身分のない共犯も同じように処罰されるべきであると述べている¹⁰²⁾。

しかしながら、構成的身分犯と加減的身分犯とを区分し、後者のみが106条の適用領域であって、構成的身分犯への共犯は正犯と同様に処罰される、との論が展開される中、龜山貞義は、身分犯について（収賄、子が親に衣食を供給しない等の犯罪は）「官吏タリ子タル特別ノ身分ヲ有シ法律上特別ノ義務アルニ之ヲ守ラス反テ之ニ違背スルカ故ニ其罪成立スルモノニシテ常人ハ特別ノ義務ヲ負ハス随テ義務ニ違背スルコトナクレハ如何ニ此罪ヲ犯サント欲スルモ決シテ犯スコト能ハサルモノナリ」と述べ、身分犯は当該犯罪における特別の義務に違反したことを理由に処罰されるというものであり、したがって構成的身分犯へ身分のない者が關与した場合については処罰を否定するという見解を採っていた¹⁰³⁾。

彼は106条においては加重身分が個別化されているのに、もし構成的身分犯の場合には身分が連帯するというならば「理論上彼此矛盾スルモノト謂ハサル可カラス」であるし、もし反対説のいう通りにすれば、被害者の子と共同してその親を傷害し死に至らしめる他人が通常の殴打致死罪から重懲役となるのに、子に親の衣食を供給しないよう他人が教唆し、よって

親が死亡した場合、その他人は死刑に処せられることとなり、前者の方が犯情としては重いにもかかわらず軽く処罰されるとして、科せられる刑に不均衡が生じてしまうという点を指摘し、これが多くの学者が処罰説を採るにもかかわらず自身が不処罰に拘る理由であると述べる。彼は通説に従った場合に生ずる、構成的身分犯と加減的身分犯の刑の不均衡を問題し、これを容認することはできないと考えたのである。

しかしながら、亀山のように身分犯の一身的效果を当該身分者の義務違反という点に求め、そこから非身分者は当該義務が存在しないことから不処罰であるという見解を採る者は少数であった。ほとんどの学者は、非身分者は、正犯にはならないが、共犯としては身分犯に関与することが可能であるとして、真正身分犯への関与を肯定していたのである。そのような中でも特に議論の対象となったのが、非公務員は収賄罪の共犯となり得るか、という問題であった。旧刑法時代には贈賄罪の規定が存在しなかったために、収賄に関与した非公務員がどのように取り扱われるのかという問題は、実務上も大きな意義を有していたのである。ただ、多くの者は、「官吏ニ収賄ヲ教唆シタル一私人ニハ官吏収賄罪ヲ自ラ實行スル所ノ能力ガナクテモ官吏収賄罪ノ教唆者ト為ルコトハ出来ル」¹⁰⁴⁾として、結論の妥当性からも、非身分者を共犯として処罰することを肯定していた。その背景には、次第に影響力を増してきたドイツ刑法学の影響から、「獨逸刑法第五十條八詰リ我邦ノ刑法ノ第百〇六條ニ當ル箇條」¹⁰⁵⁾との理解が浸透し、これに倣った解釈がなされるようになったことも大きい。ドイツでも、非身分者は構成的身分犯の正犯にはなれないものの、共犯としてはこれに関与することが可能であるとの論拠から、処罰が肯定されていたからである。

例えば、勝本勘三郎も、収賄罪を教唆した私人について、「自ラ其教唆シタル犯罪ヲ爲シ得ルト否トハ毫モ問フ所ニ非ラス」¹⁰⁶⁾として、その処罰を肯定する。さらに彼は、第106条は「罪自體ノ輕重ハ毫モ變スルコトナキモ犯罪者其人ノ身分位地例ハ再犯者、官吏、子、等單二人ニノミ屬スル事情ヨリ犯罪其モノニ付着シタル常刑ヲ加減シテ特別刑ヲ科ス」もので

あって、「犯罪自身ノ輕重又八成不成立ニ八全ク無關係ノモノ」であると述べる。つまり、106条に規定されている加減的身分の個別化は、収賄罪に非公務員が関与した場合のような真正身分犯の事例には関係のないものであって、非身分者であっても、処罰は肯定されるというのである。

このように、ほとんどの学説が結論としては構成的身分犯へ関与した非身分者が可罰的であるという見解を採用してはいた。しかしながら明文としての規定が存在しなかったことはやはり疑問視されていたし、加減的身分犯においては身分の個別化が認められていたゆえに、これが構成的身分犯にも適用されるとして不処罰とする主張も、理論的には同様の説得性を持っていた。ただ、当然、構成的身分犯への非身分者の関与が不処罰となる結論は、多数説には受け容れがたいものであったために、非身分者といえども身分者の共犯となることによって構成的身分犯に関与することは可能であり、それゆえ処罰しうる、という論拠が広く認められ、実際こうした考えが、以下に見るように、改正論議においても採り入れられていくことになる。

(3) 施行後の問題と判例の動向

旧規定の問題点

上述のように、加重的身分犯については、106条と110条という明文規定が存在しており、したがってこれを適用すれば足りることから問題はさほど生じなかった。しかし他方では、構成的身分犯の共犯については規定が存在していなかったために、実務上の取り扱いについて混乱が生じることとなる。そこでこの問題について、司法省は、構成的身分犯に関与した非身分者も正犯と同じように処罰される、という上述の訓示¹⁰⁷⁾を出し、裁判所はこの問題について、以下のような処理をしていた。

明治30年10月22日の大審院判決¹⁰⁸⁾は、旧刑法236条の公選投票詐欺報告罪が問題になった事案である。この236条は「調査ヲ造リ投票ノ結局ヲ報告スル者」を主体とする身分犯であるが、本件では、身分者である選挙長

のみならず、彼と共謀し、実行した身分のない4人についてもこの罪で起訴された。そこで原審は、非身分者たる被告人らについて、非身分者らは「正犯従犯タル罪ヲ構成セサルモノ」として、無罪としたのであった。しかしながら、これに対して大審院は、「刑法236条ノ罪ハ調書ヲ造リ投票ノ結局ヲ報告スル身分ヲ有スル者ニシテ初メテ其犯罪ノ実行ヲ為シ得ヘキ性質ノモノタルハ勿論ナルモ」として、当該犯罪が真正身分犯であることを認めながらも、「其身分ヲ有スル者ヲ教唆シテ其罪ヲ犯サシメ又ハ之ヲ幫助シテ其犯罪ヲ容易ナラシムルニ付テハ假令其身分ナキモノト雖トモ教唆者又ハ従犯者トシテ其犯罪ヲ構成シ得ヘシトス」¹⁰⁹⁾として、原判決を破棄し、被告人らを有罪とした。つまり、下級審判決においては、身分の不存在を理由として、構成的身分犯に対する非身分者の共犯は成立しないとされたにもかかわらず、大審院は、教唆や幫助としては非身分者も当該犯罪実行に共働することが可能であるとして、これを肯定したのである。

その後、収賄が問題となった明治33年11月26日判決では、原審で非身分者の共同正犯の成立が認められた事件につき、大審院は、非身分者は正犯にはなれないとしてこれを破棄したが、「教唆又ハ従犯ハ他人ヲシテ罪ヲ犯サシメ又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルニ因リ成立スルモノナルガ故ニ其教唆ヲ受ケ又ハ幫助セラレタル者ノ行為力刑法上ノ要件ヲ具備シ犯罪ヲ構成スル以上ハ教唆又ハ従犯ナル行為ハ完成スルモノニシテ正犯ニ要スル身分ヲ教唆又ハ従犯ニモ之ヲ要スルニ非ス」として、共犯の成立を肯定した。

また、大判明治35年3月28日においても、「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ハ従犯ノ身分如何ニ拘ハラズ正犯犯罪共ニ成立スルモノナリ」として、市参事員の収賄を幫助した被告人の有罪が認められた。

ただ、明治37年5月5日の大審院の判決¹¹⁰⁾においては、傍論ではあるが、「贈賄ノ行為力収賄行為ノ反面ニシテ其必要的加擔行為タルニ拘ハラズ其行為ヲ為シタル贈賄者ニ何等刑事上ノ責任ナキ以上ハ贈賄者ハ収賄ノ

教唆者トシテモ其従犯トシテモ責任ヲ負フコトナシト論断セサルヘカラス何トナレハ官吏収賄ノ必要的加擔者タル贈賄者ヲ罰セサル所ノ刑法八同一犯罪ノ教唆又ハ従犯トシテモ之ヲ罰セサルノ精神ナリト解釈スヘキ」と述べられている。このように、大審院においても、構成的身分犯の場合の非身分者の処罰が疑念の余地のないものとはされていなかったことには注意を要する。

また、大判明治37年10月11日¹¹¹⁾は、被告人が兵役を免れようとした徴兵適齢者の依頼を受け、薬品を用いて視力を減退させ、一時的に疾病を作為したという事件である。被告人は徴兵令第31条の徴兵忌避の罪¹¹²⁾で起訴されたが、控訴院判決では、身分のない被告人を処罰する明文がないとの理由から無罪とされた。これに対し、本判決では、この徴兵忌避罪は犯人が徴兵適齢者であることを要する真正身分犯であることを認め、非身分者は正犯となることは出来ない、としながらも、「正犯ニ要スヘキ身分カ従犯ニモ具ハルコトヲ要セサレハ」とし、被告人が正犯の兵役忌避を容易にしたとして、被告人は従犯として有罪であるとしたのである。この判決では、収賄罪を例に出し、「……官吏ト共ニ其資格ナキ者力囑託ヲ容レ収賄ヲ收受シタリトスルモ官吏収賄罪ノ実行正犯トシテ之ヲ論スルコト能ハサルカ如シ……」¹¹³⁾と述べて、非身分者は共同正犯となることはないが、身分のある者が正犯として犯行を行う際にそれを容易にさせることは可能である¹¹⁴⁾という理論によって、非身分者の幫助成立を認めたのである。

こうした判決をみると、構成的身分犯の場合でも、非身分者は正犯とはならないが、共犯としての処罰が認められていたものの、下級審判決では無罪とされる事例が存在したこと、また、大審院でも収賄事件において非身分者の収賄の共犯成立を否定する旨述べられていることから、必ずしも非身分者の処罰が疑義のないものとは受け止められていなかったことが窺われる。このように、明治17年の訓示以降も下級審の判断が分かれていた点は、注目すべきものであると思われる。

また、共同正犯の成立に関しては、委託物消費騙取罪¹¹⁵⁾以外の構成的

身分犯については、非身分者について共同正犯の成立が否定されていた¹¹⁶⁾。というのも、身分犯の成立には身分の存在することが第一要件であって、これは正犯者しか満たすことができないものという理解が一般的であったからである。このような、身分者のみが正犯たりうとの理解は、その後の明治40年刑法の成立の際にも影響を持つことになる。

改正論議

「近代的刑事法」への移行とされた旧刑法は、伝統的な刑罰体系とは根本的姿勢において異なるものであり、制定施行当初より実務上の混乱を生じていた。それゆえ旧刑法の施行前後には早くも政府内部において改正が必要であるという認識が広がり、参議らの刑法改正意見が出されるなど、改正に向けての動きが活発になっていった。そのような状況の下、司法省の刑法改正案が作成されるに至ったのである¹¹⁷⁾。それに伴い、共犯と身分の規定も形を変えていくことになる。

第二節 現行刑法期

(1) 現行規定成立までの過程

明治15年（1882年）末から16年初頭にかけて作成された司法省改正案においては、共犯と身分に関する規定は次のようになっていた¹¹⁸⁾。

第106条「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重シ又ハ減免ス可キ時ハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」

第110条「身分ニ因テ其刑ヲ加重ス可キ者附従ト為ル時ハ其重ニ從テ一等ヲ減ス（一項）」

正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ従犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス（二項）」

ここでは、身分の個別化を定める106条において、従来規定されていた刑の加重に加えて、新たに刑の減免も加えられ、この効果も同じく他の共犯者に影響しないものとされた。これは、上で述べた学説、ポアソナード

の意見とも一致するものである。そしてこの規定は、明治16年の参事院委員案にそのままの形で引き継がれた¹¹⁹⁾。しかしながらこの「減免」は、その後の修正委員案で削除され、総会議決議がそれを認めたので、再び加重事由のみに限定されることとなる¹²⁰⁾。この段階では、構成的身分犯への共犯の問題に関する規定はまだ存在していない。これは、上述のように、初期の段階では加減的身分犯、構成的身分犯という区分が意識されていなかったことに起因するものであると考えられる。

また、明治19年(1886年)には、当時ベルリン大学の教授だったベルナー(Arbert Friedrich Berner)による旧刑法に関する意見書の翻訳が出された。これによれば、まず、第106条について、「此條ニ定ムル所ノ如クン八官吏ヲ教唆或ハ幫助シテ純粹ノ職事罪ヲ犯サシメタル非官吏ハ無罪タラサルヲ得サルヘシ」¹²¹⁾として、従来問題とされていた構成的身分犯を教唆、幫助した非身分者が可罰的であることが示され、また、110条が106条と抵触する関係にあるとして削除すべきであり、更に106条は以下のように修正すべきとされている。

「罪ノ有無正犯ノ身分ニ依テ決スルトキハ其教唆者或ハ從犯ニ於テ正犯ノ身分ヲ具有セスト雖トモ亦之ニ其刑ヲ科ス 之ニ反シ獨リ罪ノ輕重正犯ノ身分ニ依テ決スルトキハ其教唆者或ハ從犯ハ各自ノ身分ニ依テ決セラルルモノトス」¹²²⁾

ベルナーの見解については、まず、教唆・從犯と述べているように、共同正犯が含まれず、狭義の共犯のみがその対象とされていることが注目される。旧刑法の草案段階で、ポアソナードは共同正犯にも適用を認めていた¹²³⁾が、ベルナーは、この規定は狭義の共犯に対するものと考えたのである。また、2項は、身分が刑を加重、減輕する場合についてはこれを個別化するとの意見であった。この意見書には、当時のドイツの議論状況が反映されている。つまり、ドイツでは、刑法典50条によって加減的身分を個別化することが認められていたものの、構成的身分犯へ身分のない者が共犯として関与した場合にどのように取り扱われるかについては、日本の

旧刑法と同じく、明文規定を欠いていた。そこで、構成的身分犯への共犯の規定を設けることで、これが可罰的であることを法律上明確にするという意図があったと思われる。彼は、ライヒ刑法典50条の沿革から、立法者は加減的身分と構成的身分とを別個に扱おうと意図していた、と理解していたために¹²⁴⁾、構成的身分の場合であれば、身分のない者も正犯に連帯するものとしていた。したがって、このような規定を望ましいものとして日本刑法についての意見を述べたのだと考えたのだと考えられる。

また、御雇外国人ルードルフの意見も出され、これによれば、第106条が正犯の身分によって刑を加重すべき場合には他の正犯・従犯・教唆者に及ぼすことは出来ないとしているのに対して、第110条2項が正犯の身分によって刑を減免すべき場合に、従犯の刑のみ減免することが出来ない、としているのは不都合であるとして、他の正犯・教唆者の減免も不可とするよう修正すべきであるとしている¹²⁵⁾。

このように、構成的身分犯への共犯の問題が意識され、ドイツ的な解釈の影響が次第に大きくなるにつれ、学説上も、106条、110条が、ライヒ刑法典50条と同様の規定であるとの理解がされるようになった。その結果、構成的身分犯への共犯は正犯者と同じように処罰され、他方で加減的身分犯への共犯はその者自身の身分に従って処罰されるという扱いが生じ、ベルナーも、構成的身分犯への関与規定の存在していなかったドイツの議論を背景として、これを法律として明文化すべきであると述べたのである。

このような意見が出される中、明治23年の改正刑法草案では、第98条において、「犯罪ノ情状ニ因リ刑ヲ加重ス可キ場合ニ於テハ共犯中其事ニ與ラサルモ情ヲ知りタルトキ若クハ豫知シ得ヘキトキハ其加重ヲ免カルルコトヲ得ス 共犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キトキハ他ノ共犯ニ及ホスコトヲ得ス」との規定が提案されるが、これは旧刑法草案と同様のものである¹²⁶⁾。

さらにその後、明治25年から行われた司法省の刑法改正審査委員会で、共犯と身分についての規定は次のような立案・審査過程を辿った。まず、

第50回会議(明治26年11月8日)において、やはり旧106条と同じ内容の76条が提案されているが、同時に、(当時の)法には構成的身分犯の場合と、身分により刑を減輕する場合、それに関与した者の取り扱いについての規定を欠いており、実務上の扱いも一貫しない恐れがあるので、本案においてこのことを規定しようとするものである、と理由で述べられている。その後の会議(第52回・同年11月15日)では第77条が「犯人ノ身分ニ依リ刑ヲ加減ス可キトキハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」とされ、その理由には、本条文は現行法の不十分な点を補うものであるとされたが、他方で、構成的身分犯の共犯者の問題については「各自ノ解釈ニ一任スルコトト為シタリ」とされ、規定は設けられなかった¹²⁷⁾。

しかしながら、更にその後の明治28年草案においては、第81条において次のように規定された。

「犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ罪ヲ共ニ犯シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス 但シ身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス」

つまり、構成的身分に関与した非身分者を可罰的とする規定が新たに創設されたのである。そして、これがそのまま30年草案の83条として受け継がれることになる。これは更に、33年草案の82条となった(30・33年両草案共に、共犯と身分に関する規定の内容は全く同一である)。この条文について、33年草案の理由書には次のようにある。

「本條1項ハ新ニ設ケタル規定ナリ 現行法ニ於テハ此場合ニ關スル規定ナキカ為メ学説ニ派ニ分レハ之ヲ以テ共犯ニ非スト為セトモ修正案ハ第二ノ主義ヲ採リ身分ナキ者カ身分アル者ト共ニ身分ニヨリ構成ス可キ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ共犯ト為スコトトセリ」。

つまり、学説上は、非身分者も構成的身分犯の共犯とされるか否かで争いがあり、改正審査委員会の会議の段階では「解釈に一任する」とされていたものが、28年草案以降は、非身分者についても共犯が成立するという説が採用されることとなり、結局、身分なき者が可罰的とされることが法

律上明記されるに至ったのである。また、理由書は第２項については、現行第106条と110条について減輕に関する補充をしたのみで、同一のものであるとしている¹²⁸⁾。

この33年草案が法典調査会第３部によって修正を施された後に、第15回帝国議会で提出されたのが、明治34年の「刑法改正案」である¹²⁹⁾。34年改正案において身分犯への共犯について規定する条文は77条となったが、条文の内容、及びその理由書とも言うべき「刑法改正案参考書」における本条文の理由共に、33年草案と同一のものである。さらにこれが、35年草案の同じく77条として提案されたのである。そしてこの規定を巡っては、第16回貴族院特別委員会会議において、以下のように議論がなされた¹³⁰⁾。

まず、三好退蔵から、本条文の文言を次のように修正すべきとする意見が出された。すなわち、77条にいう「共二犯シタル」は、収賄罪のような構成的身分犯の場合、「一方ハ貰フノテアル、一方ハ遣ルノテアルト云フ譯テアリマシテ、チョット共二犯スト云フコトカ如何ナモノテアラウカト云フ疑イ」があるとして、この文言を「犯罪の実行に加わった」という趣旨に改めたい、というものであった。それを受けた政府委員の倉富勇三郎は、この条文において、賄賂を贈る者と受け取る者とを指して共に犯したという主意ではない、賄賂を贈ることは本案において別に罪として規定されており¹³¹⁾、贈賄をした者を指して収賄を共に犯したということではないと述べ、さらに、

「身分ノ無イモノカ其罪ヲ犯スコトハ出来ヌト云フコトハ勿論一應其通りニ相違ナイ、ソレテ本條テ特別ニ其事ヲ共ニ犯シタナラハ身分ノ無イ者ナラハ共犯トスルコトヲ断ツタ位デアリマスカラ、通常人ハ収賄力出来ヌカラ其罪ヲ犯セヌト云フノハ、本條力無カツタナラハ其通りノ決定ニナルデアラウ」

として、収賄罪では、身分のない者はこの条文がなければ収賄を犯せないとし、この規定によって可罰性が始めて基礎付けられる旨を明らかにした。それを受けて三好は再び、

「共ニ収賄ヲ身分ノ有ル者ト無イ者カシタト云フコトニナルノテアリマセウ、サウシマスルト共ニ犯シタト云フコトカ實ニ分カラヌコトニナリハシナイカ.....身分ノアル者ニ依ツテ構成スル罪テアルカラ、身分ノ無イ者カ共ニ犯スト云フ筈ハナイ」

として、「共に犯す」との文言は妥当でない、それ故やはり「構成可キ犯罪行為ニ加功シタルトキ」と修正すべきであるとの主張がなされた。政府委員富井政章も「修正案ノ方カ筋カ立ツテ居ル」とし、最終的に賛成者多数でこの提案が認められた。結局、これが現行規定65条1項として規定されるに至ったのである。

つまりこの議論からは、現行65条1項に相当する規定は、立法当初の考えに従えば、身分がなければ成立しない犯罪に加功した非身分者も可罰的とするために必要とされたものであること、また、非身分者は身分犯を「共に犯す」ということが出来ないので「加功する」と変更されたことから、共同正犯を除く、狭義の共犯の成立を定めたものだったのである、ということが明らかになる。この見解は、上述の判例や学説における考えとも一致するものである。つまり、身分者が犯人であることによって初めて犯罪となる構成的身分犯の場合、非身分者は正犯にはならないが、共犯にはなり得る、として共同正犯を否定し、狭義の共犯成立を認めた判決で述べられているように、身分犯の場合、正犯となり得るのは身分者のみであるという理解がなされていたのである。

他方で65条2項に相当する規定は、上述のように、旧刑法の106条・110条を引き継いだものだとしており、従ってここでは、65条1項2項との間に、独立性、従属性といった何らかの理論的根拠が存在したわけではなく、むしろ、政策的考慮に基づいて形成された規定ではないかとの指摘¹³²⁾が的を得たものであると思われる。

(2) 学説における展開

学説においては、この新たに成立した規定は具体的にはどのように理解

されていたのだろうか。以下では、明治40年刑法成立後の65条に対する学説の理解についてみていくことにする。

田中正身は、各国の刑法典を引用しながら、旧法では構成的身分犯への関与の規定がなかったために、共犯が成立するとする説と、成立しないという説とで「學説二派二分レ」たことから、1項が立法化されたものであって、65条は旧法の106条と110条と同一の規定であるとする¹³³⁾。これは立法の沿革に沿った解説である。

また、小疇伝は「加担ハ附屬的性質ヲ有スル」ことから、「加擔者（教唆、従犯）ノ身分上ノ資格又ハ關係ハ其人ヲ處罰スルニ付全ク關係ナキモノ」として、構成的身分犯の場合には、その者自身の身分の有無にかかわらず、正犯者と同一の犯罪が成立し、従って、加減的身分の個別化を定めた現行刑法65条2項は「例外規定」であるとする。彼は、狭義の共犯にとは異なり、共同正犯はそれぞれ独立して責任を負うべきものであるとするが、但し、65条1項について、共同正犯者中の一人に身分がある場合に、他の者に身分がなくとも当該犯罪の共同正犯として処罰する旨の例外規定であるとする¹³⁴⁾。このような理解は、フランス刑法と同じく、共犯に強い従属性を認めようとした場合に生じる、共犯であれば身分犯が成立するが、共同正犯の場合には不処罰となるという不均衡を回避するために採られた解釈ではないかと考えられる。このように、共犯は正犯に当然に従属するという見解を採れば、加減的身分に関して個別化を認める2項については、例外的なものとせざるを得ないことになる。

泉二新熊は、65条1項にいう加功とは、「一定ノ身分アル者カ正犯アルコトヲ前提トシ之ニ對シテ對等的ニ若クハ附隨的ニ協力スルコトヲ意味スルモノトス」¹³⁵⁾として、共同正犯及び狭義の共犯が成立し得るものとする。彼も小疇と同様、共犯従属性説を前提として、構成的身分犯に教唆、幫助として関与した非身分者は、61条、62条によって処断されるのであって、65条1項は、「身分ハ身分アル者トノ事実上ノ交渉アル限り之ヲ補フコトヲ得ルモノトスル一般の見解ヲ応用シタルモノ」として、従属性原則から

処罰できない身分のない共同正犯についての規定としている¹³⁶⁾。このように、共犯従属性を採ることから、狭義の共犯については65条を適用するまでもなく正犯に従属して犯罪が成立するが、共同正犯についてはそのような従属性が認められないので、1項を共同正犯についての規定と解することで、共同正犯の場合でも非身分者にも身分犯が成立するという結論を採るのである。

勝本勘三郎は、65条については、第1項において、身分のない者であっても身分犯に関与した場合にはこれを可罰的とすることとし、第2項では身分なき者にはその身分の効果が及ばないという両項は「相矛盾スルカ如キモ」、1項は「身分ナシト関与シテ罪ヲ発生セシメタル者ハ原因者ナルカ故ニ責任ヲ負ハサルヘカラスカス」というものであり、2項は、身分による刑の加重減免は身分のない者に適用すべき普通刑法に対する特別刑法であって、従って加減的身分犯の場合には、身分者にのみ特別刑法としての加重減軽が適用されるとするものと述べる。彼はこのように2項を、加減的身分犯の場合の特別な事例を規定した者と解することで、両者に矛盾はないものと捉えたのである。また、彼によれば、刑法上の身分とは、「犯人ノ一身ニ専属スルモノヲ云フ」¹³⁷⁾とされるが、65条1項について、身分のない者も身分のある者と共にであれば共同正犯たり得るかについては、例えば、「第156条ノ犯罪ニ於テ公務員ニ代リ文書図画ノ作製變更ニ従事スルハ犯罪ヲ實行スル者」であって、正犯とされるとしてこれを肯定している¹³⁸⁾。

また、神谷健夫は、まず、身分とは公務員、直系卑属、他人の物の占有者等「犯人ノ品性地位其他犯人ニ付著スル一切ノ事情」¹³⁹⁾であるとする。また、彼は、明治44年判決¹⁴⁰⁾を引用して、構成的身分犯の際に非身分者についても教唆、幫助が成立するのは共犯の従属性から当然の帰結であって、この65条1項は「共同正犯相互ノ間ニ付テノミ規定シタルモノニシテ教唆及従犯ニハ関係ナキモノ」であると述べる。しかし、第2項については、教唆・幫助についても身分が個別化されるものとしている。

このように、共犯の従属性を根拠に、非身分者についても身分者である正犯と同じように処罰されるとすれば、65条2項を例外的な規定であるとみなすことになり、また、共同正犯の共犯性を認めることで、65条1項を、身分のない共同正犯者についても身分犯の成立を認める規定だと解するという事になった。

大場茂馬は、刑法上の身分とは、「犯罪ノ行為者ニ存スル一定ノ資格又ハ關係」であるとする¹⁴¹⁾。そして、構成的身分犯の場合には、理論的には、非身分者は「斯ル身分ナキ以上ハ其犯罪ハ之ヲ構成セサルモノト為ササルヲ得ス」、従って無罪となるが、「純理上ノ結論ノ如クスルトキハ實際ノ必要ヲ充ス能ハサルノ憾アリ」、「従って法律は、構成的身分犯の場合に共犯が当該身分を有していなくとも、「之ヲ有スルト同一ニ処断スヘキ旨ヲ定」めたものであるとする。ここでの共犯は広義の共犯を指すものであり、共同正犯も含まれる。しかしながら、ような「便宜的規定」とは異なり、加減的身分犯の場合には、「一般ノ純理ニ立戻リ」各関与者毎に身分が個別化するものとする¹⁴²⁾。このように、彼は、身分はあくまで個別化すべきあるものとしながらも、それを貫徹すれば非身分者の不処罰という事態が生じることとなり、従って、65条1項という規定を設けることによってそれを回避するが、加減的身分についてはいずれにしる処罰が可能であるために、身分本来の性質から、各人に一身的な効果を持つものであるとするのである。彼が1項を便宜的規定としていることは注目される。規定の沿革からすれば、65条1項は共犯従属性という理論的基盤に基づいたものではなく、むしろ、非身分者が不処罰となることを回避するためになされてきた解釈が立法上実現したものであるという点は明らかだからである。

このように、構成的身分犯への非身分者の関与の問題をめぐって、現行65条1項が創設され、それによって構成的身分犯への共犯は身分者である正犯と同様に処罰されると同時に、他方で、2項では各関与者の身分が個別的に作用する事が認められたが、学説上、これをどのように理論的に根

抛付けるかという問題に対しては、整合性をもって説明する事は困難であった。この両規定の関係は、何らかの理論上の基盤を有するものではなく、加減的身分犯の際の非身分者の取り扱いを個別化した事から生じた構成的身分犯の可罰性の問題に対して、政策的な意図に基づいて置かれたものであるという点は否定できないからである。しかしながら、旧刑法以降、身分の個別化を指示する規定が存在し、その後の草案でも一貫してこれが維持されてきたこと、そして上述の判例、立法議論にもみられるように、構成的身分犯というものが当該「身分」を有する者のみが犯し得るものであって、非身分者にとっては共犯としてしかそれに関与し得ないものであるという理解が一般的であったことからすると、身分犯の場合には、通常共犯従属性の原理¹⁴³⁾とは異なる考慮が働いていたことになる。そして、これ以降も、様々に問題を抱えながら、身分犯の共犯に関する規定は削除されることなく、今なお、共犯論上の争点として議論されているのである。

(3) 総括

以上で概観してきたように、日本の旧刑法及び現行刑法はその成立においてフランス、ドイツその他ヨーロッパ諸国の法の影響を多くの点で受けている。特に、共犯と身分についての規定に関しては、既に旧刑法時代にポアソナードの母国フランスとはかなり異なる規定を採用しており、むしろ外見的にはドイツ型の規定に近いものとなっている¹⁴⁴⁾。これには、当時のフランス刑法59条において誇張従属形式が採用されていることに対するポアソナード自身の疑問を反映したものであること、そしてその後の立法作業における議論の展開等によって、他のヨーロッパ諸国の刑法を学んだ日本人委員らの見解等がさらに立法に影響を与え、最終的に、加重的身分では身分の個別化を認めるに至ったことが明らかにされた。

しかしながら、これに伴い規定の存在しない構成的身分犯へ関与した非身分者の取り扱いを如何にするか、という点が問題となった。この場合に、加重的身分と同様、身分の個別的作用を認めるとすれば、非身分者の不処

罰という帰結を招来してしまうからである。そこで、実務上は、非身分者は、構成的身分犯の場合でも共犯とはなり得る、という理論から、その処罰を肯定していた。しかしながら、明文上の規定を欠いていたことについては疑問が呈され、結局、現行刑法への改正の際に、構成的身分犯へ関与した非身分者は身分者と同様に処罰されるという65条1項が創設されることとなった。しかしながら同時に、なぜ構成的身分犯と加減的身分犯とで取り扱いが異なるのかについての理論的根拠付けに関して、新たに問題を生じることとなった。

このような立法過程は、上述のように、ドイツと同様のものである。ドイツでも当初は構成的身分犯への関与の規定を欠き、実務上は非身分者の処罰を認める扱いがなされていたが、戦後の改正において、ようやく立法上明記されるに至ったからである。

もっとも、ドイツの現行28条¹⁴⁵⁾ではその1項において、構成的身分犯へ非身分者が関与する場合には必要的減輕という効果を認めており、この点では日本の65条とは異なっている。とはいえ、刑を基礎付ける一身的要素と、刑を変更する一身的要素とを区別して取り扱うという問題は、ドイツにおいてもやはり問題とされているのであって、「刑罰阻却的な一身的要素はそれが存在する者についてのみ有利となり、それとは逆に、刑を基礎付ける要素はそれが存在しない共犯者をも不利に扱う……」¹⁴⁶⁾という冒頭にも挙げたアルミン・カウフマンの言葉が、28条の問題がその本質に於いて日本と同様の問題を生じていることを端的に物語るものである。従って、ドイツ刑法28条を巡る議論は、日本の現行刑法65条の問題を解釈するにあたっても有益であり、参考となるものであると思われる。そこで以下ではドイツの共犯と身分を巡る規定の沿革を追いながら、この問題が立法上如何に解決されてきたのかについて考察を行うこととする¹⁴⁷⁾。

1) Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968) S. 36.

2) 阻却的身分については日本法65条に明文での規定はないが、解釈によって同じ結論が認められている。例えば、「刑罰阻却身分を有するものが非身分者の行為に加担したときは、

刑罰阻却事由の持つ一身専属の性格から、身分者には刑罰阻却の効果が認められる。例えば、犯人蔵匿罪および証拠隠滅罪に関する親族間の特例の規定(105条)を刑罰阻却事由と解した場合、犯人の親族が自ら行った場合に正犯として刑を免除することができる以上、その一身的效果は親族が第三者を教唆して犯人を蔵匿させたときにも認められる」曾根威彦『刑法総論の重要問題〔総論〕第2版』(2005)374頁。

- 3) 1968年ドイツ刑法§50 「行為に数人が関与している場合、各人は他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に従って処罰される」
「正犯の可罰性を基礎付ける特別の一身資格、関係または事情(特別の一身要素)が共犯に欠ける場合、その刑は未遂の処罰に関する規定に従って減輕する」
「特別の一身要素が刑罰を加重、減輕、または阻却する、ということを法規が定めている場合、その法規はその要素が存在する正犯または共犯に対してのみ適用される」
- 4) この問題については、2項を類推して、不保護の場合にも217条によって処断することにより、刑のアンバランスを解消しようという提案もなされている。浅田和茂『刑法総論』成文堂(2005)450頁。またこの矛盾の問題については、松宮孝明「共犯と身分」『レヴィジョン刑法1共犯論』成文堂(1997)117頁以下も参照。
- 5) 佐伯千仞『共犯理論の源流』(1987)169頁、また、宮本英脩『刑法大綱』(1934)521頁も参照。
- 6) 佐伯・前掲169頁。
- 7) 最決平成17年10月7日刑集59巻8号1108頁、東京地判平成13年10月22日等。
- 8) ドイツにおいては刑法典28条で Merkmal (要素) という表現が用いられているが、これはほぼ日本の65条にいう身分に対応するものである。
- 9) Zimmerl, Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, ZStW 54 (1935), S. 575, 588.
- 10) 西田典之『新版・共犯と身分』(2003年)155頁以下。
- 11) 日本の旧刑法から現行刑法65条に至るまでの沿革史については、中西縁「共犯と身分についての一考察(一)(二・完)」同志社法学35巻2号79頁、3号105頁(1983)が詳しい。
- 12) 本稿においては、文献を引用する際、旧字体を新字体に適宜改めた。
- 13) この点がかつてのドイツ刑法の規定と類似している。後に見るように、ドイツでは1968年の秩序違反法に伴う刑法の改正により、ようやく構成的身分犯の共犯について立法化が達成されたのであって、それ以前は加減の身分、刑罰阻却の身分の個別化のみが規定されていた。これにより、構成的身分犯に非身分者が関与した場合をどう扱うかという問題が生じていたのである。
- 14) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集8 刑法草按注解上』(1992)信山社11頁以下、日本刑法草案会議筆記第 分冊 早稲田大学図書館資料叢刊1(1976)8頁以下参照。
- 15) 当時の司法卿大木喬任の「広く各国ノ律書ヲ研シ比較考証ヲ以テ……」という言葉や司法省刑法草案取調掛の「欧州大陸諸国ノ刑法ヲ以テ骨子ト爲シ……」との記述にもその意思が表れている。西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)91頁。また、同資料8頁資料解題参照。
- 16) この初案の段階では、身分犯の共犯に関する規定は存在していなかった。同『日本立法

身分犯における正犯と共犯（１）（佐川）

資料全集29 旧刑法(1)』(1992)53頁参照。

- 17) 訳については法務資料第394号フランス刑法典を参照した。
現在の共犯に関する総則規定は、第121条 6「犯罪の共犯は、第121 7条においては、正犯として罰する」第121 7条「 重罪又は軽罪の共犯とは、事情を知りながら、援助又は支持によって、重罪又は軽罪の予備又は実行を容易にした者である……」。訳については法務資料第451号フランス刑法典参照。
- 18) 犯罪性借用説については、井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究10巻2号(2003)49頁以下が詳しい。これによると「共犯者の刑罰は……法定刑においては正犯者のそれと同じにもかかわらず、宣告刑においては、通常、正犯に科される刑罰とは異なるという結論に至る」同53頁。
- 19) これについては以下の文献を参照した。井上宜裕・前掲論文54頁、前掲法務資料第376号『ドイツ刑法改正資料第二巻（下） 比較法的研究』法務大臣官房司法部法制調査部（1963年）56頁以下、江口三角「フランスにおける共犯（２）」愛媛大学紀要4巻2号25頁以下、森下忠「共犯と身分」フランス刑法判例百選219頁以下、西田典之・新版・共犯と身分(2003)216頁以下。
- 20) 心神喪失、強制等の帰責不能事由、刑の免除等を挙げる者もいる。井上宜裕・前掲「犯罪性借用説と責任主義」71頁脚注(39)参照。
- 21) ただ、この点につき、現行フランス刑法典では、「大半の学説は、新刑法121 6条に基づいて共犯者の刑が共犯者独自の事情によって加重、減刑されるとして、人的主観的事情と複合的事情とを区別する実益が消滅したと考えている」との指摘がある。井上宜裕・前掲「犯罪性借用説と責任主義」65頁。
- 22) この点は、後に見るように、オルトラン等も批判した所である。
- 23) G. ステファニー他著・澤登俊雄他訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』(1981)221頁以下参照。また、井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究10巻2号(2003)71頁註(47)参照。
- 24) 井上宜裕「正犯と共犯の区別」清和法学研究11巻2号(2004)52頁以下、江口三角・前掲論文25頁以下、西田典之・前掲書218頁以下。
- 25) これについて、現在では事情が異なり「現行刑法では、刑罰の借用が放棄されたことから、複合的事情が一部の者にもみ存在する場合、その者にも影響し、他の者には影響しないこと」になり、また、「刑罰の借用が放棄されたことから、相互共犯の理論は不要になった」と指摘する説もある」井上宜裕・前掲「正犯と共犯の区別」55頁参照。
- 26) 井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究10巻2号(2003)66頁。
- 27) これを筆記したものが『仏国刑法会議筆記』である。59条については、明治8年10月17日及び22日付の箇所にその記述がある。西原ほか編・前掲『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)15頁参照。会議筆記は同資料166頁以下。また、この刊本として司法省蔵版『佛国刑法講義』(1878年)がある。
- 28) 59条については、西原ほか編・前掲『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)212頁以下に記述がある。
- 29) 同『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)212頁。

- 30) 同『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)213頁。
- 31) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史」『講座日本近代法発達史11』(1974)20頁。
- 32) 沢登俊雄「フランス法継受の時代」法律時報50巻4号86頁参照。
- 33) ただ、他方では尊属殺への幫助の場合には重く処罰されるべきとするなど、尊属殺に対しては厳しい態度を示していた。この点は、非身分者の減軽を認めていたオルトランとは見解を異にしている。ユルトラン・井上正一訳『佛国刑法原論 第一秩下巻』(1887 [1999])729頁。ポアソナードのこうした理解は、日本草案にも繋がっていくことになる。ただ、「子ガ親ヲ殺シタ徳義ニ背ク處爲ト他人ガ親ヲ殺セイト云フコトヲ勸メルト……決シテ同ジイトハ言ハヌダラウ……」との西久保弘道の発言にも見られるように、ポアソナードの当初の想定とは異なり、旧刑法では結局、尊属殺の場合、卑属以外の者にその効果は及ばないという身分の個別化が認められることになる。岡田朝太郎ほか「官吏ヲ教唆シテ收賄セシメタル私人ハ有罪ナルヤ否ヤ」法学協会雑誌第14巻第5號(1896)392頁。
- 34) 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)213頁。
- 35) この他、初期のものと思われる草案として、【大日本帝国刑法草案 完】中に、96条「正犯ノ身分又ハ所為ニ依リ其罪重カル可キ原由アルコトヲ知りタル附從ハ其重ニ從テ減等ス 若シ附從ノ身分ニ依リ重カル可キ原由アリト雖モ之ヲ正犯及ヒ他の附從ニ及ホスコトヲ得ス」との規定がみられる。西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集30 旧刑法(2)』(1995)65頁。また、【日本刑法教師元不定按 第一巻】においても、次のような文言がみられる。第100条「……正犯ノ身分ニ依リ加重スル者ハ之ヲ他人ニ及ホスコトヲ得ス」「執行ノ情状ニ依リ刑ヲ加重スヘキトキハ教唆者皆其處爲ヲ共ニセズ又ハ之ヲ預知セスト雖モ各加重ニ從ツテ處ス」。同87頁。さらに、第一稿直前の【日本帝国刑法草案】では、第100条に「正犯ノ内法律ヲ以テ其身分ニヨリ一人又數人ノ刑ヲ加重スルノ情状アルニ於テハ其犯罪ニ組合ヲナシタルトキ其罪ノ重カルヘキノ原由ヲ知りテ之ヲ爲シタル者ハ加重ノ刑ニ處ス 然レトモ正犯ノ内一人再犯加重ニ該ルモノハ他ノ正犯者ニ其加重ヲ及ホス可カラス」同145頁。
- 36) 同『日本立法資料全集30 旧刑法(2)』(1995)245頁。
- 37) この点につき、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97頁。
- 38) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集32旧刑法(3)』(1996)327頁。
- 39) 中西論文の評価によれば、これは彼が道義的非難を中心的観点としたことに起因するものとされている。中西縁・前掲論文(一)98頁以下参照。
- 40) 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集32旧刑法(3)』329頁。[]内は、編者によって補われたものである。
- 41) 同334頁以下。
- 42) 同(1996)337頁。
- 43) この間の議論については、中西縁・前掲論文(一)102頁以下が詳しい。
- 44) この点、「原文執行ノ情状ハ「正犯ノ所爲」ト認メテ可ナリ」との記述がある。西原ほか編・前掲『日本立法資料全集32旧刑法(3)』(1996)338頁。

- 45) この加重事情を予知しなくとも連帯する、という箇所については、議論の末、やはり認識(及びその可能性)が必要であるとして再度改められた。同338頁。
- 46) 西原ほか編・前掲『日本立法資料全集30 旧刑法(2)』(1995)359頁。
- 47) この規定は、その後の【日本刑法草案 完】【日本刑法草案】【確定日本刑法草案】では、第119条となっているものの、文言は同じである。
- 48) この120条並びに次の121条は、その後の【日本刑法草案 完】【日本刑法草案】【確定日本刑法】では同じ条文にまとめられているが、内容は同じである。第123條「身分二因テ其刑ヲ加重ス可キ者附従ト爲ル時八其重キニ從テ一等ヲ減ス其他第119條ニ記載シタル正犯ノ例二同シ」西原ほか編・前掲『日本立法資料全集30 旧刑法(2)』(1995)404頁、西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集30 旧刑法(2)』(1995)768頁。
- 49) この点は、オルトランも同様に解し、尊属殺における卑属、公文書偽造の場合の官吏・公吏の身分、盗罪における家僕などを一身上のものであるとしている。ラルトラン著・井上正一訳『日本立法資料全集別巻135 仏国刑法原論・第一帙下巻』726頁。
- 50) オルトランのこの問題に関する考えは、『仏国刑法原論』において述べられているものを参照した。
- 51) 殺人の場合の予謀、毒物の使用等。
- 52) 尊属殺の卑属、公文書偽造の際の官吏等の例が挙げられている。
- 53) 彼は、「犯人ノ一身上ノ罪過ヲ変更セシムル所ノ原因ノ効果ハ他ニ推及スヘキモノニアラス」「之ニ反シテ犯罪其モノノ罪質ニ附着セル所ノ原因ノ効果ハ他ニ之ヲ推及セサルヘカラス」と述べている。ラルトラン著・前掲『仏国刑法原論・第一帙下巻』726頁。
- 54) 「……此意見ハ獨逸北邦ノ法典第五十條ニ依テ採用サレタリ……」同727頁。
- 55) Werner Schubert, Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 und Motive zu diesem Entwurf, (1869 [1992]) S. 214.
- 56) オルトランは当該事情の認識を加重する際の要件としており、この点についてもボアソナードへの影響がみられる「……加重及ヒ減輕ノ情状ハ之ヲ了知スル所ノ者ニ対スルシテノミ利害ノ結果ヲ及ホスモノ……」ラルトラン著・前掲『仏国刑法原論・第一帙下巻』730頁。
- 57) 吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集 8 旧刑法別冊(1)』(1992)59頁以下。

ボアソナードが元老院に上呈した仏文刑法草案では、以下のような文言となっている。

119. Les aggravations de peines tirées des circonstances de l'exécution sont applicables à tous les auteurs et provocateurs, lors même que quelques-uns d'entre eux n'auraient pas pris part à ces circonstances, pourvu qu'ils les aient connues ou prévus.

Les aggravations de peine tirées des qualités personnelles à l'un des auteurs ou provocateurs ne sont jamais applicables aux autres.

123. Celui qui serait dans un cas d'aggravation personnelle de la peine s'il était l'auteur principal de l'infraction, y est également soumis, bien qu'il n'en ait été que le complice ; sauf l'abaissement d'un degré comme il est dit à l'article précédent.

Les dispositions de l'article 119 relatives à l'influence des aggravations de peine à l'égard des coauteurs sont applicables aux complices.

吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編「元老院上呈仏文刑法草案」『日本立法資料全集31 旧刑法2 - 』(1995)466頁以下。

- 58) 早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』(1984)192頁以下参照。
- 59) 吉井ほか編『日本立法資料全集8 旧刑法別冊(1)』(1992)338頁以下。また、この条文にいう「所為二因り別二刑ヲ加重ス可キ時」と「身分二因り別二刑ヲ加重ス可キ時」という区分は、その後の学説にも影響を与えている。
- 60) 例として数人が共謀して窃盗をする際に、その中の一人が暴行をする事例、あるいは、教唆者が教唆したよりも重い犯罪を実行者が為した事例などが挙げられている。
- 61) 吉井ほか編・前掲『日本立法資料全集8 旧刑法別冊(1)』340頁。
- 62) ここでも「加重理由ノ情状ニ出ツルモノト身分ニ出ツルモノト異ナレルコトヲ再論ス」として、身分による加重と犯罪そのものによる加重とが区分されている。吉井同348頁。
- 63) フランスの規定のこのような帰結に対して、彼は「日本ノ法律ハ全ク之ト相反ス甚タ理アリ」と述べている。同348頁。
- 64) これ以前の、刑法再訂本第一篇においては、草案の119条に当たる第109条に、従来の正犯、教唆者に加えて従犯の文言も挿入する旨が記され、また、「再犯人ハ身分ト見做スヘシ」と、加重身分の個別化規定に伴って削除された再犯加重についての注意書きがある。そして、加重事情がある場合の従犯規定である113条(草案では123条)は、109条に加重事情に従犯も加えられたことから、従来の「其他第119條ニ記載シタル正犯ノ例ニ同シ」との箇所が「刑ヲ減免ス可キ者正犯ト為ルト雖モ附從ノ刑ハ其輕ニ從テ減免スルコトヲ得ス」と、減免の場合にも個別化される旨の明記がなされている。早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』(1984)18頁以下。
- 65) 同62頁。
- 66) 同142頁。
- 67) 再度条文を掲げておく。第106条「正犯ノ身分二因り別二刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」第110条「身分二因り刑ヲ加重ス可キ者従犯ト為ルト時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス(1項)正犯ノ身分二因り刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス(2項)」
また、西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集29 旧刑法(1)』(1992)32頁参照。
- 68) 井上毅の身分犯の共犯に関する質問に対する答えとして「……我カ佛律ノ成文明瞭ナラザルモノニアリ……」「……依ル可キノ規範ヲ求ムルハ……意國ノ新律(第78条)及日耳曼律(第50条)ニ在リ……」との発言がみられる。井上毅「刑法問答」国家学会雑誌4巻45号(1890)641頁以下。
- 69) ボアソナードはこの規定を「第二項ノ身分ノ加重ヲ他ノ共犯ニ及ホサルハ佛國刑法ヨリ寛シテ且ツ簡ナリ」と述べ評価している。早稲田大学図書館資料叢刊1『日本刑法草案会議筆記』第 分冊369頁。中西緑・前掲論文(一)104頁参照。
- 70) 以下の引用は、吉井蒼生夫ほか編『日本立法資料全集別巻110』高木豊三・刑法〔明治

身分犯における正犯と共犯(1)(佐川)

13年) 講義録(1986[1999])452頁以下。

- 71) 彼は次のように述べる。「左レハ前ノ疑問ハ旧草案ニ於テモ均シク之レヲ免レサル所ナリ 而カモ己ニ起草者其人ニ於テ後此一句ヲ追補シタルヲ見レハ旧草案ニ於テ減刑并ニ免刑ノコトヲ云ハサリシモノハ之レヲ脱漏シタルモノナルコトハ得テ知ルヘキナリ 随テ又刑法ノ正文ニ於テ単ニ加重ノコトノミヲ記シテ其他ニ及ハサリシ所以ノ原因モ亦推知シ得ヘキナリ 故ニ曰フ刑法第百六条ニ於テ減刑及ヒ免刑ノコトヲ記セザリシハ別ニ理由アルニアラスシテ必竟立法者ノ不注意ニ由テ之レヲ脱漏シタルモノナリト」前掲『高木豊三・刑法〔明治13年〕講義録』455頁。
- 72) ボアソナード『刑法草案註釋(上巻)』(1986[1988])482頁。
- 73) 同509頁。これに該当するものとして、暴行を受けた者がその相手を殺傷する場合の宥恕、姦通の宥恕、親族相盗の免刑が挙げられている。
- 74) 堀田正忠『日本立法資料全集別巻176刑法釋儀・第壹篇』(1983[2000])904頁。
- 75) 宮城浩蔵『日本立法資料全集別巻79刑法〔明治13年〕講義〔4版〕第1巻』(1887[1998])632頁。
- 76) 磯部四郎『日本立法資料全集別巻139改正増補刑法 明治13年 講義』上巻第二分冊(1893[1999])1011頁以下。
- 77) 江木衷『現行刑法原論』(1894)117頁以下。
- 78) 勝本勛三郎ほか「官吏ヲ教唆シテ収賄セシメタル私人ハ有罪ナルヤ」法学協會雑誌第14巻第10号(1896)913頁。
- 79) 堀田正忠『刑法釋儀・第壹篇』日本立法資料全集別巻176(1983[2000])900頁。
- 80) 加重事例は、窃盗を公道にて犯す場合、殺人を予め謀る場合、減輕事例としては身体に暴行を受けた場合等が列挙されている。
- 81) 加重事例として再犯、減輕事例として幼年者たることが挙げられている。
- 82) 上述のように刑の減免の場合も含むとされている。
- 83) 前掲・吉井蒼生夫ほか編『高木豊三・刑法〔明治13年〕講義録』457頁。これは上述の刑法草案修正稿本における記述と一致する。
- 84) 富井政章『刑法「明治13年」論綱』(1989[1999])。
- 85) 旧刑法期には、贈賄についての規定が存在しなかった。「官吏ヲ教唆シテ……賄賂ヲ收受セシメタルカ如キ其教唆者ハ官吏タル自分ナキニ因リ無罪トナルニ至ル」。宮城浩蔵『日本立法資料全集別巻79刑法〔明治13年〕講義〔4版〕第1巻』(1887[1998])635頁。
- 86) 宮城浩蔵『刑法講義』(1884)455頁。
- 87) 宮城浩蔵『日本立法資料全集別巻79 刑法〔明治13年〕講義〔4版〕第1巻』(1887[1998])636頁。また、従犯の場合については、正犯が20歳未満である場合や、貨幣を偽造変造する場合に正犯が自首した場合を挙げ、その減免の効果は一身的で、共犯者には及ばないものとする。しかし、犯人蔵匿の際に親族を幫助したような場合には、自己のためではなく、親族のために幫助したに過ぎないのだから、本条の適用はないものとしている。同645頁。
- 88) 司法資料『日本近代刑事法令集・下』(1945)187頁。
- 89) 同『日本近代刑事法令集・下』(1945)188頁。

- 90) この点については、中西前掲論文(二)116頁参照。
- 91) 旧刑法第364条「子孫其祖父母父母ニ対シ衣食ヲ供給セス其他必要ナル奉養ヲ欠キタル者八十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ処シニ円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス(1項)因テ疾病又ハ死ニ致シタル者ハ亦前条ノ例ニ同シ(2項)」。
- 92) 「第362条の刑は常人たる共犯に科せざるも尚ほ常人には別に殺人罪若くは自殺に関する罪あれば、此等の刑を科するを得べし。これに反して第364条は身分によりて罪となる者なれば常人には固より別に科すべきの刑なし。因て已むを得ず之を無罪とせざる可からざるが如き実に奇怪なる結果を生ずるに至る」宮城浩蔵『刑法正義 上巻 明治26年』(1981)326頁。
- 93) この例としては、再犯加重、宥恕減輕、自首減輕が挙げられている。
- 94) 強盜が強姦をした場合が例として挙げられている。
- 95) 宮城浩蔵『刑法正義 上巻 明治26年』(1981)327頁。
- 96) 同328頁以下。
- 97) 磯部四郎『日本立法資料全集別巻139改正増補刑法 明治13年 講義』上巻第二分冊(1893[1999])1010頁。
- 98) 同1011頁以下。
- 99) 磯部四郎『改正増補刑法 明治13年 講義』上巻第二分冊・日本立法資料全集別巻139(1893[1999])1018頁。
- 100) 江木衷『現行刑法原論』(1894)116頁。
- 101) 岡田朝太郎『日本刑法論(総則乃部)[改訂増補3版]復刻叢書法律学編24』(1895[1995])1117頁以下。
- 102) 岡田朝太郎『刑法講義』(1905)386頁。
- 103) 龜山貞義『刑法(明治13年)講義 卷之一』日本立法資料全集別巻251(1898[2002])417頁以下。
- 104) 岡田朝太郎・宮尾舜治ほか「官吏ヲ教唆シテ収賄セシメタル私人ハ有罪ナリヤ否ヤ」法学協会雑誌14巻2号(1896)100頁。
- 105) ビンディング等多数の意見が援用されており、またライヒ裁判所でも、1886年8月29日の判決以来、非官吏の処罰が肯定されているとの主張がなされている。岡田朝太郎・宮尾舜治ほか「官吏ヲ教唆シテ収賄セシメタル私人ハ有罪ナリヤ否ヤ」法学協会雑誌14巻2号(1896年)104頁。
- 106) 勝本勳三郎「官吏ヲ教唆シテ収賄セシメタル私人ハ有罪ナルヤ」法学協会雑誌第14巻第10号(1896)908頁。
- 107) 前述の明治17年訓示。「犯人ノ身分ニ因リ罪トナル可キ者身分ヲ有セサル者共犯トナリタルトキモ亦別ニ其刑ヲ設ケサレハ適當ナラサルカ如シ雖モ其明文ナキヲ以テ共犯トナシ同刑ニ処セサルヲ得ス」司法資料別冊17号「日本近代法令集」(下巻)189頁。この期の司法省の対応については、中西縁・前掲論文(一)106頁以下参照。
- 108) 大審院刑事判決録3輯9巻114頁。
- 109) 大審院刑事判決録3輯9巻116頁。
- 110) 大審院刑事判決録10輯955頁。

身分犯における正犯と共犯（１）（佐川）

- 111) 大審院刑事判決録10輯1874頁。
- 112) 徴兵令第31条「兵役ヲ免レシキ者ハ逃亡シ又ハ潜匿シ若クハ身体ヲ毀傷シ疾病ヲ作為シ
其他詐欺ノ所為ヲ用ヒタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ処シ三圓以上三十圓以下ノ罰
金ヲ附加ス。」
- 113) 大審院刑事判決録10輯1877頁。
- 114) 「……従犯ノ罪ハ他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルニ因テ成立スルモノニシテ正犯ニ要スヘ
キ身分カ従犯ニモ具ハルコトヲ要セザレハ……」大審院刑事判決録10輯1878頁。
- 115) 旧刑法：第395条「受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタ
ル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス 若シ騙取拐帯其他詐欺ノ所為アル者ハ詐欺取財
ヲ以テ論ス。」
- 116) 中西・前掲論文（一）111頁も参照。
- 117) 内田文昭・山火正則・吉井蒼先生編『日本立法資料全集20 刑法〔明治40年〕(1)』
(1999) 4頁参照。
- 118) 同95頁。
- 119) 同190頁。
- 120) 同295頁。
- 121) ベルネル氏「日本刑法ニ関スル意見書」（明治19年，宮島鈴吉訳）内田ほか編『刑法
〔明治40年〕(1)』・日本立法資料全集20』482頁。
- 122) 同460頁。
- 123) これは上述のように，身分犯の明文規定が存在せず，共同正犯の場合に相互共犯の理論
を用いざるを得なかったフランスの問題点を意識したものであると考えられる。
- 124) 彼の教科書にも，真正公務員犯罪の場合に，非公務員は正犯者たり得ないとの記述が見
られる。Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1886, S. 162.
- 125) 内田ほか編・前掲『刑法〔明治40年〕(1)』28頁参照，「第106条109条及ヒ110条ニ付
キ目ニ遮リタル一義アリ他ニ非ス該條々ノ中ニ包含セラレテ各種共犯ニ通用スヘキ所ノ其
加重及ヒ減輕ノ理由ハ僅ニ身分ニ基クモノニ過キサレハ自己ノ身分ニ於テ之ヲ有セサル共
同正犯教唆犯及ヒ従犯ノタメニハ利益トナルコトモナク又不利トナルコトモナシト云ヘ
ル原則カ加重ノ一邊ニ関シテハ共同正犯教唆犯及ヒ従犯ヲ通シテ正犯ト題スル一節中ノ第
106条ニ於テ表明セラレタレトモ減輕ノ一邊ニ関シテハ第110条ノ第2項ヲ以テ唯従犯ニ
ミ適用セラレタルコト即チ是ナリ蓋シコノ不都合タル無主義ニモ本章ヲ分テ正犯従犯ニ
節トナシタルニ職由スルモノナレハ此分チ方ヲ廢シテハ正犯教唆犯及ヒ従犯ノ三区別ヲ
……」同507頁。
- 126) 倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修『刑法沿革綜覧（一）』（1923）87頁。ただ，こ
こでは贈賄の規定も同時に提案され，非身分者が身分者と同様に処罰されることが明らか
にされている。第205条「賄賂ヲ贈与，提供シ因テ官吏，公吏，議員若クハ仲裁人ヲシテ
不正ノ所為ヲ行ハシメ若クハ相當ノ所為ヲ行ハシメス又ハ不正ノ裁判ヲ為サシメタル者ハ
其官吏，公吏，議員，仲裁人ト同一ノ刑ニ処ス。」
- 127) 内田文昭・山火正則・吉井蒼先生編『日本立法資料全集21 刑法〔明治40年〕(2)』
(1993) 95頁以下。

- 128) 同528頁。
- 129) 内田文昭・山火正則・吉井蒼先生編『日本立法資料全集22 刑法〔明治40年〕(3)』16頁以下参照。
- 130) 刑法沿革総覧(二)942頁以下参照。
- 131) 旧刑法とは異なり、収賄と贈賄が別個に規定されていた。
- 132) 中西・前掲論文(二)118頁。
- 133) 田中正身『改正刑法釋義・上巻』(1907[1994])713頁。
- 134) 小嶋伝・新刑法論(1910)513頁以下。
- 135) 泉二新熊『日本刑法論(13版)』(1911)386頁。
- 136) 「身分ヲ要スル犯罪ニ付テモ苟クモ身分アル者ト事実上ノ交渉アル以上八身分ナキ者モ亦其罪種ノ主体タルヲ得ヘク……第65条第1項ノ規定亦亦身分八身分アル者トノ事実上ノ交渉アル限りヲ補フコトヲ得ルモノトスル一般の見解ヲ応用シタルモノ」泉二新熊『日本刑法総論』(1927)645頁以下。
- 137) 例として、公務員や業務上の特別義務のある者、また、累犯及び重犯等を挙げているが、強姦罪における男子は65条にいう身分には含まれないものとする。勝本勘三郎『刑法要論上巻総則』(1913)450頁。
- 138) 勝本勘三郎『刑法要論上巻総則』(1913)448頁以下。
- 139) 神谷健夫『刑法詳論』(1913)416頁。
- 140) この判決においては、教唆は当然に正犯に従属して成立するものであって、第65条1項は、共同正犯に関する例外規定であるとされた。大審院明治44年10月9日大審院刑事判決録17輯1653頁。
- 141) 占有者等はこれに含まれないが、例えば横領罪の場合には、実際上生じる帰結は同じであるとされる。大場茂馬『刑法総論・下巻』(1918[1994])1081頁以下。
- 142) 大場茂馬『刑法要綱』(大正7)289頁以下。また、彼は、他国の立法を引用して、1902年のロシア刑法においては、身分犯の問題につき、構成的身分、加減的身分ともにこれを一身的なものとして扱い、純粹に理論的な扱いをしていること、またドイツ刑法素案及びオーストリア草案、そしてリストらの作成した草案も加減的身分について一身であると認めていること等を挙げている。大場茂馬『刑法総論・下巻』(1918[1994])1081頁以下。
- 143) 身分犯以外への関与の場合には、その者自身が身分を有しているか否かは問題とならず、共犯成立の要件としては一般的に、正犯が構成要件に該当し、かつ違法であることが共犯成立に必要であるとされる。
- 144) 西田教授も、ポアソナードの師オルトランがその教科書において、望ましい立法例としてドイツ刑法50条を引用しているところからも、日本の旧刑法立法にあたって彼がドイツの規定を参考にしたものではないかとしている。西田・前掲14頁以下。
- 145) 現行ドイツ刑法28条の規定は以下の通りである。
- 第28条(特別な一身上の要素)第1項「正犯の可罰性を基礎付ける特別な一身上の要素(第14条第1項)が、共犯(教唆または幫助)にないときは、その刑は第49条第1項によって減輕する。」第2項「特別な一身上の要素が刑を加重し、減輕し、または阻却する旨を法律が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者(正犯者ま

身分犯における正犯と共犯（1）（佐川）

たは共犯者）にのみ適用される。」

146) Armin Kaufmann, a. a. O. S. 36.

147) ドイツにおける身分犯と共犯を巡る規定の沿革については、佐伯千仞『共犯理論の源流』(1987) 59頁以下、西田・前掲17頁以下が詳しい。

付記：本稿執筆の際、立命館大学法学部と、ミュンヘン大学法学部の協定に基づく DAAD（ドイツ学术交流会）のプログラムにより、4ヶ月間のミュンヘン留学の機会を得た。本稿はその研究成果の一部である。留学中、ミュンヘン大学の Helmut Satzger 教授、助手の Maria Karger 氏、また、本学の渡邊惺之教授には大変にお世話になった。この場を借りて、御礼申し上げる次第である。