



Title	複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論 ( 2 )
Author(s)	岡部, 天俊
Citation	北大法学論集, 71(3), 137-165
Issue Date	2020-09-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/79345">http://hdl.handle.net/2115/79345</a>
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_71_3_04_Okabe.pdf



[Instructions for use](#)

# 複数人の事実的共働による 身分犯の実現に関する理論（２）

岡 部 天 俊

## 目 次

序章 はじめに

第1章 正犯概念と共犯概念

第1節 客観的帰属の質的相違としての正犯と共犯

第2節 共同正犯の位置づけ

第3節 各則構成要件による正犯概念の拡張

第2章 身分犯概念とその具体的内容

第1節 身分犯の定義

第1項 刑法65条から導かれる身分犯の特殊性

第2項 構成要件該当行為自体ではなく

その行為主体を特徴づける要素としての身分

第2節 Sonderdelikte 概念と身分犯概念

第1項 ドイツおよびスイス

第2項 オーストリア

第3項 小括

(以上、71巻2号)

第3節 身分犯概念の具体的内容

第1項 主観的要素

第2項 消極的な主体要素

第3項 法文上明示されない主体要素

第4項 構成要件該当行為の一部なのか

身分なのか問題となる要素

第5項 混合法規 (Mischgesetze) と身分

第6項 行為環境の限定による

反射的な行為主体の限定

(以上、本号)

第3章 身分犯固有の無価値発生機序

第4章 身分犯の単独正犯としての実現

第5章 身分犯の共犯としての実現

終章 おわりに

### 第3節 身分犯概念の具体的内容<sup>1</sup>

第1節では、身分犯の定義を再確認した。すなわち、身分犯とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分を構成要件要素とする犯罪類型である。しかし、こうした身分犯の定義だけをもって、個別具体的な犯罪類型が身分に該当するか否かを判断することは極めて困難である。それゆえにこそ、従来、様々な犯罪類型において身分犯か否かについての争いが引き起こされてきたものとも思われる。そこで、本章では、身分犯性が問題となる局面の各類型に応じた、身分犯性を判断するための下位基準を演繹していくというアプローチで、身分犯概念の具体的内容について検討することとする<sup>2</sup>。

#### 第1項 主観的要素

##### （1）総説

既述のとおり、身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である。とすれば、「一定の主観的状态の者」というかたちでの行為者の特徴づけも十分あり得るということになる。したがって、身分としての主観的要素は存在し得る。とはいえ、身分としての主観的要素が存在し得るのだとしても、すべての主観的要素が身分にあたるわけではないということは、広く共有されてきたように

<sup>1</sup> 個別具体的な要素の身分性について判断を示した判例および学説の展開については、岡部天俊「身分犯概念の再構成とその具体的内容をめぐる考察（1）」北法68巻4号（2017年）150頁以下参照。

<sup>2</sup> なお、ある一つの要素について本章における下位基準を複数用いなければならない場合もあるが、どの下位基準も、それに適合しない要素が身分たり得る可能性を否定するものであるから、ある下位基準には適合するが別の下位基準には適合しないような要素は、身分性が否定されることになる。

思われる。たとえば、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における行使の目的などが身分にあると正面から主張する見解がほとんど見られないことは、このことを示しているといえよう<sup>3</sup>。したがって問題は、いかなる主観的要素が行為者を特徴づけているといえるのかということである<sup>4・5・6</sup>。

## (2) 判断基準の展開

### (a) 客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素

#### ——客観的構成要件該当行為との対応性の基準

身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である。したがって、主観的要素の身分性の判断も、それが構成要件該当行為自体に属する要素なのか、あるいはそうではなく、

<sup>3</sup> 佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その2)」警論68巻4号(2015年)147頁も、「単なる主観的意図や目的を『身分』概念に取り込むならば、各種偽造罪(148条以下)でいう『行使の目的』はもちろん、故意や過失までが身分となりかねない」と指摘する。さらに、日高義博「共犯と身分」川端博先生古稀記念(上巻)(成文堂、2014年)757頁参照。

<sup>4</sup> *Hoyer* も指摘するように、すべての主観的要素が行為主体の人格に関係するという意味において一身の(*persönlich*)であるといえるから(vgl. *Andreas Hoyer*, in: *Hans-Joachim Rudolphi et al.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 35. Lfg., 2001, § 28 Rn. 17)、そのような意味での一身性を身分性の基準とすればすべての主観的要素が身分にあるということになってしまい、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における目的までもが身分に該当することになりかねないであろう。

<sup>5</sup> 判例においても、こうした問題意識が垣間見える。すなわち、大判昭和9・12・17刑集13巻1743頁は旧競馬法における「業として」という主観的要素を「犯罪行為の態様」と解して身分性を否定したのに対し、最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁は旧麻薬取締法における「営利の目的」という主観的要素を「犯人の特殊の状態」として身分性を肯定しており、犯罪行為自体に属する主観的要素と行為者の人格に属する主観的要素との区別を前提としているのである。

<sup>6</sup> オーストリア刑法14条における「特別の一身資格又は関係」と主観的要素の関係をめぐっては、vgl. *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 24; *Hebert Wegscheider*, *Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht*, ÖJZ 1979, S. 66; OGH EvBl 1995/99.

その行為主体に属する要素なのかに依存することになる。そこで、いかなる主観的要素が構成要件該当行為自体に属するのかを探るべく、行為の構造に目を向けてみる。

行為は一般に、客観的側面と主観的側面によって構成されるものと解されている<sup>7</sup>。こうした理解を前提とすれば、行為の客観的側面と対応する意思（行為意思）は行為の内部的側面として把握されることになる。このような考え方は、刑法規範による規制の対象を人間の行為に限定するという「行為」概念の機能から導かれるものである<sup>8</sup>。そうすると、行為の客観的側面と対応する意思は、行為の主観的側面として行為自体に内在するということになる。換言すれば、行為の客観的側面と対応する意思は行為そのものの一部をなしているということになる。

以上のことは、構成要件該当行為についても同様である。すなわち、客観的構成要件該当行為と対応する意思は、構成要件該当行為自体に内在する要素であるということになる。よって、客観的構成要件該当行為<sup>9</sup>と対応する意思は、構成要件該当行為自体を特徴づける要素であり、身分にはあたらないということになる（客観的構成要件該当行為との対

---

<sup>7</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）264頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（成文堂、第3版、1995年）86頁、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959年）143頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）43頁など。

<sup>8</sup> 井田・前掲注（7）246頁。

<sup>9</sup> なお、ここでいう客観的構成要件該当行為とは、狭義の行為（身体的動静）としての客観的構成要件要素だけでなく、行為の不法に影響を与える客観的構成要件要素すべてを含むものである（したがって、いわゆる所為像（Tatbild）に該当する行為である（vgl. *Otto Triffterer*, *Österreichisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 9 Rn. 10)）。なぜなら、狭義の行為としての身体的動静も、そこから生ずる結果やその主体に備わる身分によって刑法上意味づけられるため、そうした要素が行為意思の内容に含まれているか否かによって、行為の主観的側面が変わってくるからである。したがって、客観的な身分を構成要件要素とする身分犯における故意のうち身分に対応する部分にも、客観的構成要件該当行為との対応性が認められることになる（ただし、責任身分は、そもそも故意の対象ではない（vgl. *Triffterer*, a. a. O., Kap. 9 Rn. 10)）。

応性の基準)。それゆえに、客観的構成要件該当行為と対応する意思の内容の問題としての既遂罪における故意や故意の内容に関する主観的要素(知情など)は、身分にあたらぬということになるのである。

### (b) 一見客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的要素 ——仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準

では、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素(主観的超過要素)のすべてが身分にあたるのかといえ、そうではない。一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが多数存在するからである。

その典型は、未遂罪における故意および予備罪における目的である。これらの主観的超過要素が客観的構成要件該当行為と対応していないのは、犯罪成立時期の早期化のために、一部の客観的構成要件要素の実現が断念されたからであるにすぎない。したがって、これらは、本来は客観的構成要件該当行為と対応する主観的要素であり、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失われたにすぎない。それゆえ、こうした主観的要素は、構成要件該当行為そのものに内在するものであり、行為主体を特徴づける機能を有しているわけではないということになる<sup>10</sup>。

このことは、未遂罪における故意および予備罪における目的以外の多くの主観的超過要素においても妥当することになる。未遂罪における故意および予備罪における目的以外の主観的超過要素を含む犯罪の中にも、本来は行為者自身または他人によるさらなる行為の遂行もしくはさらなる結果の発生によって初めて成立するという性格を持つものの、犯罪成立時期の早期化のために、それらの実現が断念されたものが存在す

<sup>10</sup> ドイツ連邦通常裁判所(以下、BGHという)は、「単なる既遂時期の早期化(bloße Vorverlagerung des Vollendungspunkts)によって、それがなければ明らかに行為関係的(tatbezogen)である要素が行為者関係的(täterbezogen)なものになるということはない」(BGHSt 55, 229)と判示したが、犯罪成立時期の早期化が要素の行為関係性を変更しないのと同様、犯罪成立時期の早期化は要素の非身分性を変更しない。

る。こうした犯罪の存在は、特にドイツでは古くから指摘されている<sup>11</sup>。以下ではこうした犯罪を、実質的には本来想定されていた犯罪の未遂または予備の段階にすぎないものが独立の既遂罪として規定されているという意味において、「実質的な前既遂罪」<sup>12</sup>という。実質的な前既遂犯における主観的超過要素も、本来は客観的構成要件該当行為と対応する主観的要素であり、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失わされたものにすぎない。したがって、実質的な前既遂罪における主観的超過要素も、未遂罪における故意および予備罪における目的と同様に、そもそも行為者の特徴づける機能を有していないということになる。

<sup>11</sup> *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 1916, S. 1163 ff.; *Albin Eser/Björn Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, 7. Fall Rn. 32 ff.; *Klaus Gehrige*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 33 ff., 45 ff. u. 79 ff.; *August Hegler*, Anm. zum Ur. des RG v. 3. 4. 1922, JW 1923, S. 609; *Theodor Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, S. 1894; *Marios Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung, 2004, S. 74; *Rudolf Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2014, § 16 Rn. 5 ff.; *Erich Samson*, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, S. 453; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 133 ff.; *Tobias Witzigmann*, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, S. 490 f. なお、短縮された二行為犯（不完全二行為犯）および断絶された結果犯という目的犯類型に言及する国内の文献として、平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972年）124頁などがあるが、これらの目的犯類型はまさに、犯罪成立時期早期化のために一部の客観的構成要件の実現が断念されたものであるといえよう。

<sup>12</sup> *Joecks* はこうした犯罪を「偽装された未遂構成要件 (*verkappte Versuchstatbestände*)」と表現する (vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *ders./Klaus Mießbach* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 36)。もっとも、*Stratenwerth/Kuhlen* が指摘するように、本来の犯罪の予備 (Vorbereitung) 段階が目的犯というかたちをとって独立の既遂罪として処罰されることもあり得るため (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, a. a. O. (Fn. 11), § 8 Rn. 134)、本稿では未遂罪のみならず予備罪をも含む趣旨で「前既遂罪」としている。

以上のように、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが存在するのである。こうした主観的要素はいわば、——犯罪成立時期の早期化がなければ客観的構成要件該当行為として規定されていたはずの——仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものであって、行為主体を特徴づける機能を有していないため、身分にはあたらないということになる（仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。そして、主観的超過要素が仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するか否かは、その主観的超過要素の内容の実現が、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するか否かによって決せられることになる<sup>13-14</sup>。

これに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素<sup>15</sup>は、「そうした主観的状态の者」というかたち

<sup>13</sup> Hoyer が超過的内心傾向の行為者関係性 (Täterbezogenheit) を判断する際に用いる、「追求された外界事象 (angestrebtes Außenweltereignis) が発生した場合に (共に) 保護される法益の追加的な侵害 (zusätzliche Beeinträchtigung (mit)geschützter Rechtsgüter) を表現するかどうか」という基準 (vgl. Andreas Hoyer, Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschießenden Innentendenzen, GA 2012, S. 128) と、かなり近いものとなる。

<sup>14</sup> ある主観的超過要素が法益侵害性を高めるものと理解される場合、そこにはさらに大別して二つのヴァリエーションが含まれている。その一つは「その存在によって典型的に構成要件的行為そのものの法益侵害性が高まる」場合であり、もう一つが「その実現が保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味する」場合である。その内容が直接的には保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではない前者の主観的超過要素のみが身分にあたることになるため、身分犯性の判断においては、主観的超過要素が構成要件に現れるに至る機序が重要となる。

<sup>15</sup> Fuchs/Zerbes は、所為像の実現を超えて伸び出た故意 (über die Tatbildverwirklichung hinausreichender Vorsatz) ではない、すなわち更なる法益侵害に対する故意 (Vorsatz auf eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung) ではない、目標 (Ziel)・動機 (Motiv)・心情 (Gesinnung) といった客観的構成要件実現の際における行為者の特定の意思方向 (bestimmte Willensrichtung des Täters bei der Verwirklichung des Tatbildes) を、「強化された内心傾向 (intensivierte Innentendenz)」と呼ぶが (Helmuth Fuchs/Ingeborg Zerbes, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, 10. Kapitel Rn.



で構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素であり、身分にあたるということになる<sup>15a・16・17</sup>。

### （3）判断基準からの帰結

#### （a）判例との関係

本稿の基準によれば、旧競馬法14条3号における「業として」を身分にあたらないと判断した大審院判例<sup>18</sup>、公職選挙法235条2項における「当選を得させない目的」や毒物劇物取締法3条3項における「販売の目的」を身分にあたらないと判断した下級審裁判例<sup>19</sup>は、結論としては妥当であったといえよう。これらの主観的要素の内容の実現はまさに、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味し、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係があると考えられるからである。

また、旧麻薬取締法64条2項における「営利の目的」を身分にあたりと判断した最高裁判例<sup>20</sup>も、結論としては支持することができる。営利の実現自体は保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するものでは

---

61)、これはまさに、(仮想的な客観的構成要件該当行為と対応しないがゆえに) 身分にあたる主観的超過要素と重なるものと思われる。

<sup>15a</sup> 同旨の見解として、松原芳博「目的犯と共犯」研修864号(2020年)4-5頁。

<sup>16</sup> こうした主観的超過要素は、公務員などの客観的な身分と同様、いわば構成要件該当行為の外部から構成要件該当行為の評価に影響を与える要素であるといえる(vgl. *Wegscheider*, a. a. O. (Fn. 6), S. 66)。

<sup>17</sup> *Triffterer* も、オーストリア刑法141条1項における「困窮から(aus Not)」、「無頓着から(aus Unbesonnenheit)」、および「欲望を満足させるため(zur Befriedigung eines Gelüstes)」、ならびに、同法150条1項における「困窮から(aus Not)」といった動機が、同法14条2項における「特別の一身の資格又は関係にあたりと解しているが(a. a. O. (Fn. 9), Kap. 16 Rn. 419)、これらはまさに、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素であるといえる。

<sup>18</sup> 大判昭和9・12・17刑集13巻1743頁。

<sup>19</sup> 順に、東京高判昭和53・5・30高刑集31巻143頁、東京地判昭和62・9・3判時1276号143頁。

<sup>20</sup> 最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁。

ないからである<sup>21</sup>。また、ストーカー行為罪（ストーカー規制法13条、同法2条）を身分犯とした下級審裁判例<sup>22</sup>も、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」は、その内容が現実化したとしても、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではないと考えるならば、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものではないから、少なくとも結論としては妥当であろう<sup>23</sup>。もっとも、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する」という目的の内容が、一見すると保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味していないとしても、さらなる法益侵害や危殆化をパラフレーズしたものにすぎないとの理解もあり得、そのように考えるならば、ストーカー行為罪を身分犯とした結論は不当であるということになる。

営利目的拐取罪（225条）における「営利の目的」を身分でないと判断した大審院判例<sup>24</sup>については、支持することはできない。たしかに、「営利」を被拐取者の自由を侵害することによる営利というかたちで限定的に解釈するならば<sup>25</sup>、「営利の目的」も、同条におけるその他の目的と同様に、その内容の実現が仮想的な客観的構成要件該当行為における保護法益の侵害を意味することになるため、身分ではないということになる。しかし、大審院は単なる報酬目的をもって「営利の目的」を認定してい

---

<sup>21</sup> 平野・前掲注（11）128-129頁も、法益を侵害するような客観的事実を内容としない主観的要素を「心情要素」と定義した上で、旧麻薬取締法における「営利の目的」を心情要素としている。

<sup>22</sup> 東京地立川支判平成26・3・6LLI/DBL06930064、東京地立川支判平成26・4・16LLI/DBL06930256。

<sup>23</sup> 同目的は、それを備える行為者による各種行為が特に危険であることから規定されたものと解されるが、その内容自体が保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するとはいえない。前掲注（14）参照。

<sup>24</sup> 大判大正14・1・28刑集4巻14頁。

<sup>25</sup> こうした解釈を採用するものとして、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（成文堂、第7版、2018年）89頁。

るため、そのような考え方を前提としていないであろう<sup>26</sup>。「営利の目的」を、その実現が必ずしも法益侵害を意味しない内容のものと解する以上、同目的は仮想的な客観的構成要件該当行為と対応せず、身分にあたるということになる。

### （b）その他の要素

客観的構成要件該当行為との対応性の基準からは、既遂犯における故意や取得後知情行使等の罪（152条）における「それが偽造又は変造のものであることを知って」などは身分にあたらないことになる<sup>27</sup>。

仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準により身分にあたらない主観的要素は、刑法典上のものに限定したとしても、きわめて多数となる。その反面、同基準により身分にあたる主観的要素は、比較的少数である。同基準により、身分にあたらない主観的要素および身分にあたる主観的要素の概要を以下の表にまとめる<sup>28</sup>。

身分にあたらない主観的超過要素	（刑法） 「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法の定める統治の基本秩序を壊乱する…目的」（77条1項）、「外国に対して侮辱を加える目的」（92条1項）、「外国に対して私的に戦闘行為をする目的」（93条）、「公務員に、ある処分をさせ、若しくはさせないため、又はその職を辞させるため」（95条2項）、「強制執行を妨害する目的」（96条の2）、「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的」（96条の3第2項）、「報酬を得、又は得させる目的」（96条の5）、「公正な価格を害し又は不正
-----------------	--

<sup>26</sup> 最決昭和37・11・21刑集16巻11号1570頁も、「刑法225条所定の営利誘拐罪にいわゆる『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、必ずしも被誘拐者自身の負担によって得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含するものと解するを相当とする」と判示している。

<sup>27</sup> ただし、知情が取得後であるという事情は身分である。

<sup>28</sup> なお、表中では、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素よりも、身分にあたる特別刑法上の主観的要素の方が多く列挙されているが、それは、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素が無数にわたるため、筆者が例示的に列挙するもの数を制限したからであるにすぎない。

な利益を得る目的」(96条の6第2項)、「法令により拘禁された者を逃走させる目的」(100条)、「暴行又は脅迫をするため」(107条)、「販売の目的」(136条、137条)、「あへん煙の吸食のため」(139条2項)、「行使の目的」(148条1項、148条2項後段、149条1項、149条2項後段、150条、152条)、「貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的」(153条)、「行使の目的」(154条1項、155条1項、156条、159条1項)、「人の事務処理を誤らせる目的」(161条の2第1項、3項)、「行使の目的」(162条、163条1項)、支払用カード電磁的記録不正作出等の罪(163条の2)における「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」(163条の2、163条の3)、「第163条の2第1項の犯罪行為の用に供する目的」(163条の4)、御璽偽造罪(164条1項)における「行使の目的」(164条1項、165条1項、166条1項、167条1項)、不正指令電磁的記録作成等の罪(168条の2第1項)における「人の電子計算機における実行の用に供する目的」(168条の2第1項、168条の3)、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」(172条)、「有償で頒布する目的」(175条2項)、「第199条の罪を犯す目的」(201条)、「他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的」(208条の2第1項)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(225条)、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」(225条の2第1項)、「所在国外に移送する目的」(226条)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(226条の2第3項)、「所在国外に移送する目的」(226条の2第5項)、「第224条、第225条又は前3条の罪を犯した者を幫助する目的」(227条1項)、「第225条の2第1項の罪を犯した者を幫助する目的」(同条2項)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(同条3項)、「第225条の2第1項の目的」(同条4項前段)、「第225条の2第1項の罪を犯す目的」(228条の3)、「強盗の罪を犯す目的」(237条)、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」(247条)<sup>29</sup>

<sup>29</sup> 本目的は、任務違背行為の故意性を強調するものである。この点については、後述参照。

	<p>(特別刑法)  「向精神薬を…譲り渡す目的」(麻薬等取締法66条の4第1項)、「薬物犯罪を犯す意思」(麻薬特例法8条)、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的」(職業安定法63条2号)など</p>
<p>身分にあたる主観的超過要素</p>	<p>(刑法)  「営利の目的」(182条)、「営利、わいせつ、結婚…の目的」(225条)、「わいせつ、結婚…の目的」(226条の2第3項)、「営利、わいせつ…の目的」(227条3項)、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するため」(238条)<sup>30</sup></p> <p>(特別刑法)  「営利の目的」(麻薬等取締法64条2項、同法64条の2第2項、同法64条の3第2項、同法65条2項、同法66条2項、同法66条の2第2項、同法66条の3第2項、同法66条の4第2項)、「営利の目的」(覚せい剤取締法41条2項、同法41条の2第2項、同法41条の3第2項、同法41条の4第2項)、「営利の目的」(大麻取締法24条2項、同法24条の2第2項、同法24条の3第2項)、「営利の目的」(銃刀法31条の2第2項、同法31条の4第2項、同法31条の7第2項、同法31条の9第2項)、「営利の目的」(武器等製造法31条2項、同法31条の2第2項)、「営利の目的」(入管法74条2項、同法74条の2第2項、同法74条の4第2項、同法74条の6、同法74条の6の2第2項、同法74条の8第2項)、「営利の目的」(旅券法23条2項)、「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的」(破壊活動防止法39条、40条)、「自己の性的好奇心を満たす目的」(児童ポルノ禁止法7条1項)など</p>

<sup>30</sup> 財物取還防止目的のみを考えれば、その内容の実現が、不安定な占有を確立するという法益侵害の実現を意味すると解することも不可能ではない。しかし、これらの目的はすべて、窃盗の機会という書かれざる構成要件要素と相まって、強取目的での暴行・脅迫に匹敵するような危険性の高い暴行・脅迫に限定する趣旨のものと解される。そうであるとすれば、これらの目的は、単なる動機を意味するものにすぎず、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものではないから、身分にあたるということになる。なお、これらの目的が身分に

#### (4) 小括

主観的要素の身分性の判断基準は、次のようになる。

まず、客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素は、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない(客観的構成要件該当行為との対応性の基準)。そして、一見客観的構成要件該当行為と対応関係にないが、その内容の実現がさらなる法益侵害を意味するような主観的要素も、実質的には客観的構成要件該当行為と対応関係にあり、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない(仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準)。それに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的超過要素は、構成要件該当行為自体ではなくその行為者を特徴づけるものであるから、身分にあたることになる。

なお、身分あたらない主観的要素および刑法65条1項の身分に該当する主観的要素は、通常構成要件要素と同様に従属的な性質を有するのに対し、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素は、非従属的な性質を有することになる。したがって、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素が共犯者にも帰責されるためには、共犯者が自らその主観的要素を備えていたの でなければならぬから、正犯者にそれが存在することを認識していたというだけでは不十分ということになる。最高裁が、薬物犯罪における「営利の目的」による刑罰加重を共犯者にも及ぼすためには、共犯者が正犯者においてそれが存在することを認識していたことではならず、共犯者自身が営利を「犯行加担の動機」としたの でなければならぬと解している<sup>31</sup>のも、まさにこのことによるものと思われる。もっとも、先述の通り、主観的要素のほとんどは身分にはあたらぬ、共犯者はそれが正犯者に存することを認識してさえいれば、共犯者にも帰責されることになる。

---

あたる可能性を指摘するものとして、佐伯仁志「事後強盗罪の共犯」研修632号(2001年)8頁。

<sup>31</sup> 最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁および最決昭和57・6・28刑集36巻5号681頁参照。

## 第2項 消極的な主体要素

### （1）消極的な主体要素の非身分性

身分犯にいう身分が、構成要件該当行為自体ではなく行為者を特徴づける要素であるとするれば、消極的な主体要素<sup>32</sup>は、特徴づけを欠くということを示すものに他ならないから、身分にはあたらないということになる。消極的な主体要素はいわば、阻却的身分を有する者が行為主体から除かれた痕跡を標識する構成要件要素である（非身分犯としての犯罪類型と阻却的身分犯<sup>33</sup>とを結合させて規定した犯罪類型であるともいえよう<sup>34</sup>）。

このことは、形式論理にとどまるものではない。まず、消極的な主体要素が身分にあたるとするれば、権利者自身が主体から除かれる財産犯、ひいては、法益主体が主体から除かれる個人的法益に対する罪はすべて身分犯であるということになるが、そのような結論は不合理である<sup>35</sup>。

---

<sup>32</sup> Von Weber は、消極的な構成要件要素を「その内容がある状況の存在の否定 (Verneinung des Vorliegens eines Sachverhaltes) によって決定されるような構成要件要素」(Hellmuth von Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, in: Karl Engisch/Reinhart Maurach (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 184) と定義するが、消極的な主体要素とはこのうち行為主体に関係するものである。

<sup>33</sup> 阻却的身分者は、少なくとも直接単独正犯という関与形式では犯罪が成立しないのであるから、「阻却的身分犯」という表現は不自然であるが、便宜上これを用いる。

<sup>34</sup> 非身分犯としての基本犯と阻却的身分犯とを結合させて規定した犯罪類型を創設する場合と、それらを独立させて規定する場合(たとえば、235条と244条)とに分かれるのは、前者の場合は、単に身分者につき刑罰が阻却されることを記述すればよいのに対し、後者の場合は、それでは足りない(たとえば、105条では、「これらの者〔犯人又は逃走した者〕の利益のために」という主観的要素に加え任意的刑罰阻却を規定する必要がある、244条では、身分者についての刑罰阻却を記述する(1項)だけでなく、その場合の親告罪化(2項)および共犯への適用(3項)を規定する必要がある)からであると思われる。後者の場合にのみ、阻却的身分が明文として出現することになる。

<sup>35</sup> Rittler は、財の所有者以外の者(vom Eigner des Gutes verschiedene

このような意味において、「身分は、これを有するのが特殊で、有しないのが通常なものでなければならない」<sup>36</sup>という指摘は、的確である。また、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、ある身分犯が存在する場合、それと表裏の関係にある、「その身分がない」という刑罰加減の身分または刑罰阻却の身分というものが観念されることになるが、これもやはり不合理である。このように、消極的な主体要素を認めることは、実際上も不可解な結論を導くことになる。

## (2) 具体的な帰結

そうすると、無免許者や無資格者という属性は身分に該当せず、このように解した判例<sup>37</sup>および裁判例<sup>38</sup>は妥当である。これらの場合はむしろ、有免許者や有資格者という特徴が阻却の身分であり、そうした身分を有する阻却の身分者が犯罪の主体から除外された結果として、無免許者・無資格者という補集合が現れるにすぎないのである。

犯人蔵匿罪(103条)の客体は他人でなければならず、証拠隠滅罪(104条)の客体は他人の刑事事件に関する証拠でなければならぬが、こういった他人性は身分にあたらぬ。また、財産犯の客体も他人の物でなければならぬが、こういった他人性も身分にあたらぬ。前者における他人性は、後述のように一身の刑罰阻却事由を裏側から示したものにすぎず、また、後者における他人性は、阻却の身分を裏側から示したものにすぎないからである。

---

Person) にしか犯すことのできない、個人の財に対する侵害 (Angriff auf die Güter des einzelnen) としての犯罪を身分犯ととらえるかのような記述を展開していたが (vgl. *Theodor Rittler*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, S. 279)、疑問である。

<sup>36</sup> 小野慶二「共犯と身分」日本刑法學會編『刑事法講座第三卷』(有斐閣、1952年) 493頁。

<sup>37</sup> 大判大正4・10・4刑録21輯1376頁、大判昭和12・10・29刑集16巻1417頁。

<sup>38</sup> 東京高判昭和47・1・25判タ277号357頁、札幌高判平成20・3・6LEX/DB28145248。



### 第3項 法文上明示されない主体要素

#### （1）判断基準の展開

行為主体に一定の特徴が要求されることが法文上明示されていなくとも、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるという場合がある。しかし、極端にいえば、いかなる構成要件該当行為についても、それを遂行可能な行為主体の範囲というものを想定し得るため<sup>39</sup>、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能である場合すべてにおいてその特徴に身分性を肯定してしまえば、すべての犯罪類型が身分犯であるということにもなりかねない。それゆえ、一定の特徴を有する者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるが、その特徴が法文上明示されていない場合についても、身分犯性の判断基準が必要となる。

身分犯にいう身分を構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素として理解する以上、問題となる特徴に身分性が認められるか否かは結局、その特徴が行為主体を特徴づける構成要件要素として当該構成要件に潜在しているか否かによって決定されることになる（行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在性の基準）。

法文上明示されない、行為主体を特徴づける構成要件要素は、*Nowakowski* も指摘するように<sup>40</sup>、行為客体の特徴として潜在している場

<sup>39</sup> たとえば、偽造通貨行使などの行使行為は、行使する客体を所持する者のみが遂行可能である。さらに、いかなる行為も、それを遂行する能力を備える者のみが遂行可能である。

<sup>40</sup> *Nowakowski* は、「ある犯罪類型が主体の特別な性質 (*besondere Qualität des Subjekts*) を要求しているということは、常に言語上の構造から一見して明らかであるというわけではない (*nicht immer schon nach dem sprachlichen Aufbau auf den ersten Blick ersichtlich*)。そのため、主体が言語上は一般的な „Wer“ により特徴づけられているものの、客体が、主体を詳細に記述するような主体との関係 (*Beziehung zum Subjekt, die dieses näher beschreibt*) によって特徴づけられているということもあり得る」(*Friedrich Nowakowski, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch extranei, in: Zum neuen Strafrecht, Bd. 1, Österreichische Richterwoche 1974, S. 150 f.*) と指摘

合が多い。この場合はいわば、行為客体のみが特徴づけられているように見えるものの、実際には、行為主体と行為客体が同時に特徴づけられていると理解することができる。たとえば、横領罪(252条1項)は、「自己の占有する他人の物」が行為客体とされるが、これはまさに行為主体との関係において特徴づけられているものであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる。また、各税のほ脱罪(所得税法239条1項、法人税法159条1項など)は、「偽りその他不正の行為により…税を免れる」という法文であり、一見したところ行為客体は行為主体との関係において特徴づけられているわけではない。しかし、同犯罪類型の不法が認められるには、行為客体としての税はおよそ何らかの税であればよいのではなく、自己に課せられた税でなければならないことは当然である。その意味で、やはりここでも、行為客体が行為主体との関係において特徴づけられているのであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる<sup>41</sup>。これに対して、偽造通貨行使罪(149条2項)は、「偽造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使する」という法文であり、これに該当する行為を遂行可能であるのは偽貨を所持する者のみである。しかし、同犯罪類型の不法(または責任)が認められるには、行為客体としての偽貨はおよそ何らかの偽貨であればよい。その意味で、同罪の行為主体が偽貨を所持する者に限られるのは、単なる事実上の問題にすぎず、構成要件上の問題ではない(つまり、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められない)ということになる。

もっとも、行為主体を特徴づける構成要件要素は、必ずしも行為客体の特徴として潜在しているとは限らない。たとえば、かつての強姦罪(旧177条)は、「暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫する」という

---

する(so auch *Einhard Steininger*, *Starfrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2012, Kap. 21 Rn. 100)。なお、*Kienapfel* も、「刑法典の特別犯は、常にそうしたものと容易に認識し得るわけではない。このことは、より詳細な犯罪の解釈の際に初めて明らかとなる場合が多い」(*Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2007, Z 24 Rn. 28)としている。

<sup>41</sup> Vgl. OGH SSt 50/2.

法文であったが、「姦淫」という行為自体が男女という行為主体と行為客体を同時に含むものであるから、行為主体が男性に限られるのは、単なる事実上の問題ではなく、構成要件上の問題である。その意味で、ここでは、行為主体を特徴づける構成要件要素が行為自体に潜在していると理解することが可能である<sup>42</sup>。

以上のことから、法文上、主体が特徴づけられた行為者に限定されていない犯罪類型を、「疑似身分犯」<sup>43</sup>、「表見的身分犯」<sup>44</sup>として身分犯から排除することはできないと思われる<sup>45</sup>。

## （2）判断基準からの帰結

そうすると、行為主体が法文上明示されていないにも拘わらず、強姦罪や横領罪を身分犯と解した判例は適切であったと言えよう。

これに対し、最高裁が身分犯性を否定した特別刑法上の犯罪類型は、結局、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められないもので

---

<sup>42</sup> オーストリア刑法201条1項は、1974年の同法制定以来、女性 (*Person weiblichen Geschlechtes*) を暴行等により婚姻外の性交のために利用する (*zum außerehelichen Beischlaf mißbrauchen*) という犯罪類型であったが、1989年の刑法改正 (BGBl 1989/242) により、人 (*Person*) を暴行等により性交またはそれと同視される性的行為の実行または受忍へ強要する (*zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigen*) という犯罪類型となっている。そのため、オーストリアでは、旧201条1項は（特別犯の一種である）自手犯であると解されていた (vgl. OGH SSSt 54/58; NRsp 1994/56)。旧オーストリア刑法の強姦罪については、vgl. *Friedrich Nowakowski*, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, S. 103;

<sup>43</sup> 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第5版、2017）308頁、山口・前掲注（7）328頁。

<sup>44</sup> 泉健子「身分犯概念について——表見的身分犯との関連——」一法98巻5号（1987年）748頁以下。

<sup>45</sup> 藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968年）65頁による「犯罪の性質上、特別の地位、身分、関係にある者でなければ違法を犯し得ないものについては、とくに明文によって行為の主体を限定していなくても、身分犯と解しなければならぬことは当然である」との指摘も、本稿と同旨であると思われる。

あったため、ここで身分犯性を否定した判断も適切であったということになる。

#### 第4項 構成要件該当行為の一部なのか身分なのか問題となる要素

##### (1) 判断基準の展開

これまでも確認したように、ある先行事実としての構成要件要素が構成要件該当行為自体の一部であるのか、あるいは、身分であるのかと争いとなる場合がある。そうした場合も、身分性の判断における指導的な基準は、その要素が構成要件該当行為自体を特徴づけているのか、行為者を特徴づけているのかであるが、さらに具体的な下位基準が導かれ得る。

こうした要素の身分性を判断する際に重要なのは、既に複数の論者が的確に指摘しているように、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要があるか否か、ということである<sup>46</sup>。ある要素が身分であるとすることは、すなわち、その要素が当該犯罪類型の前提状況にすぎず、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要がないと理解することを意味するからである。

オーストリアの *Hollaender* は、この点についてさらに詳しく述べている。*Hollaender* は、オーストリア刑法81条1項2号<sup>47</sup>の犯罪が二行為犯 (zweiaktiges Delikt) であるのか、あるいは、特別犯であるのかとい

<sup>46</sup> 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）410頁。また、表現は異なるが、山口厚「『共犯の因果性』の一断面」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、2006年）352頁以下も同旨。

<sup>47</sup> オーストリア刑法81条「①過失により、(二)単なる過失によるにせよ、所為前にアルコールの飲用又はその他の麻醉薬の使用によって責任能力を阻却しない酩酊状態に陥り、しかもその者が、このような状態においていったんその種の挙動をとれば他人の生命、健康又は身体の安全に対する危険を招来し又は増大することのあり得るような挙動をとりやすいことを予見していたか、又は予見し得たであろうことにより、他人の死を招来した者は、3年以下の自由刑に処する。」

うことをテーマとした論文において<sup>48</sup>、以下のような考え方を展開している。

*Hollaender* はまず、「言語論理上の同等性 (sprachlogische Äquivalenz)」というものを前提とする。すなわち、多くの形容詞 (Adjektive) や、すべての形容詞的に用いられる分詞 (adjektivisch gebrauchte Partizipien) は、言語論理上同等であるまま、関係文 (Relativsatz) その他の文肢文 (Gliedsatz) として解消され得るということである。たとえば、「後悔している罪人は、赦しが約束される (*Dem reuigen Sünder ist Vergebung verheißen*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「罪人は、後悔した後、赦しが約束される (*Dem Sünder ist Vergebung verheißen, nachdem er bereut hat*)」という文肢文にも解消され得る。また、「酔った後に他者を殺害した者は、可罰的である (*Strafbar ist derjenige, der einen anderen tötet, nachdem er sich angetrunken hat*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「酔った者が、他者を殺害した場合、可罰的である (*Der Angetrunkene ist strafbar, wenn er einen anderen tötet*)」という文にも解消され得る。*Hollaender* によれば、こうした言語論理上の同等性は、二つの表現方法の対等な代替可能性 (gleichwertige Kommutabilität) を生じさせるという。つまり、純粋な言語論理上、すべての特別犯は二行為犯となり得、反対に、すべての複数の行為を含む犯罪 (mehraktiges Delikt) は特別犯となり得るということである<sup>49</sup>。それゆえ、このような言語論理上の同等性によって、二行為犯か特別犯かという「解釈上の二者択一 (Deutungsalternative)」が生ずることがある。そこで *Hollaender* は、ある先行事実が二行為犯における第一行為であるのか、あるいは、特別犯を標識するメルクマールであるのかを決定する際に、当該先行事実自体が無価値を構成するか否かを基準とする。つまり、当該先行事実自体が無価値を構成するのであれば、それは二行為犯における第一行為であり、反対に、そのような無価値の構成が認められずそのような状態 (先行事実が発生した状況) での行為がはじめて無

<sup>48</sup> *Adrian Eugen Hollaender*, Strukturelle Kommutabilität von zweiaktigem Delikt und Sonderdelikt bei § 81 Abs 1 Z 2 StGB?, AnwBl 2005, S. 497 ff.

<sup>49</sup> *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 48), S. 500.

価値を構成するのであれば、それは特別犯を標識するメルクマールであると<sup>50</sup>。

このように、ある犯罪が二行為犯<sup>51</sup>か身分犯かについては、文理だけでは決定し得ない(言語論理上の同等性)<sup>52</sup>。二行為犯か身分犯かが問題となる場合には、身分性が問題となる先行事実自体が、当該犯罪類型の不法を構成するか否かを基準として、その身分性を判断すべきことになる(独立不法構成の基準)<sup>53-54</sup>。すなわち、それ自体が当該犯罪類型の不法を構成する先行事実は、まさに構成要件該当行為の一部をなすものであるから、身分にはあたらないということになる。それに対して、それ自体は当該犯罪類型の不法を構成しない先行事実は、構成要件該当行為の一部をなすものではなく、構成要件該当行為の主体に要求される状態

---

<sup>50</sup> *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 48), S. 501.

<sup>51</sup> 理論上は、二行為犯にとどまらず、三つ以上の行為が一つの犯罪を構成する多行為犯もあり得る。

<sup>52</sup> 文理のみをもって身分犯か否かを決するのは、「形式的な論理の問題であるに過ぎない」(中森喜彦「判批」判評353号(1988年)217頁)のである。

<sup>53</sup> 松原・前掲注(46)410頁も同旨であろう。なお、岡本勝『犯罪論と刑法思想』(信山社、2000年)327-328頁も、身分犯と非身分犯の区別について、「『身分』を有していることが既に犯罪を構成するものであるか否かの基準によって決せられるべきである」としており、本稿の基準と近いものと思われるが、先行事実それ自体が何らかの犯罪を構成していないからといって、必ずしも身分にあたらないということにはならないと思われる。それ自体が何らかの犯罪を構成していない先行事実であっても、それ自体が不法を構成し、その不法と後の行為による不法とが結合してはじめて、刑法上重要な不法が生ずるという場合があり得るからである。

<sup>54</sup> 同旨と考えられる見解の中でも、基準の表現に差異がある。すなわち、問題となる先行事実が不法を構成するか否か(中森・前掲注(52)217頁参照)、問題となる先行事実を有責に惹起する必要があるか否か(松原・前掲注(46)410頁参照)、問題となる事実が処罰を基礎づけるか否か(山口・前掲注(46)354頁参照)などの基準がある。しかし、ある先行事実が処罰を基礎づけること、および、ある先行事実を有責に惹起する必要があるのは結局、その先行事実自体が不法を構成するからであろう。そのため本稿は、問題となる事実が不法を構成するか否かということを経験則として定式化することが最も確かつ明快であると考えこれを採用している。

を意味することになるから、身分にあたるということになる<sup>55-56</sup>。したがって、ある先行事実が構成要件該当行為の一部であるとともに身分であるということとはあり得ない<sup>57</sup>。二行為犯も、第一行為をなした者のみが遂行し得る犯罪であるから身分犯であるという論理は、たしかに当該第一行為を消去する限りでは成り立ち得るが、それは二行為犯としての一つの犯罪を正しく評価するものではないのである<sup>58</sup>。

## （2）判断基準からの帰結

そうすると、典型例である、事後強盗罪における「窃盗」については、

---

<sup>55</sup> これは、*Hollaender* も示唆するように、あらゆる身分において貫かれていることがらであるといえよう。なぜなら、言語論理上の等価により、たとえば「公務員が」という文言も、「公務員になって」というかたちで——純粋な言語論理上は——第一行為として解釈することも不可能ではないからである（vgl. *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 48), S. 500）。その意味で、すべての身分が、それ自体は当該犯罪の不法を構成しない要素なのである。

<sup>56</sup> したがって、たとえば、興行場法4条1項は「入場者は、興行場において、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」と規定しており、これに対する違反の罪（同法10条）は身分犯であるが、仮に同法4条1項の文言が「興行場に入場して、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」という形式となっていたとしても、これに対する違反の罪は依然として身分犯である。なぜなら、興行場への入場自体は何ら不法を構成するものではないからである。

<sup>57</sup> 坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判時1202号（1986年）20頁も、「身分犯という身分は、刑の軽重あるいは犯罪の成否を決めるという意味で犯罪の成立要件の一つであるが、実行行為ではなく、実行行為の主体となるべきものの備えるべき地位ないし資格であるにすぎない。従って、ある特定の一つの犯罪においては、実行行為と身分とは別個のものであって、実行行為が同時に身分であるとか、身分が実行行為を兼ねるなどというようなことはない」と明確に指摘する。

<sup>58</sup> *Nowakowski* が、二行為犯は第一行為（*erster Akt*）が第二行為（*zweiter*）にとっての特別の主体資格（*besondere Subjektqualität*）をなすものであるとしつつ、オーストリア刑法14条は適用されないと考えていたのも（*Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 40), S. 159）、こうした趣旨であろう（vgl. auch *Steininger*, a. a. O. (Fn. 40), Kap. 21 Rn. 103）。

まさに「窃盗」とその後の暴行・脅迫が一体となって事後強盗という法益侵害行為と評価されるのであるから、当然に身分にはあたらないということになる<sup>59</sup>。同じく、強盗致死傷罪(240条)や強盗強姦罪(241条前段)、強盗強姦致傷罪(241条後段)における「強盗」は身分にあたらない<sup>60</sup>。また、墳墓発掘死体損壊等の罪(191条)は、墳墓発掘行為と死体損壊行為等の二行為を包括して処罰する二行為犯であるから<sup>61</sup>、同罪における「第189条の罪を犯して」と身分として解釈することはできない。そのほか、自動車運転死傷行為処罰法2条1号における「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態」、同法3条1項における「アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」、同法3条2項における「自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」などは、そうした状態にあること自体は当該犯罪の不法を構成するものではないから、身分にあたることにならう<sup>62</sup>。

### (3) 必要的共犯の理論に対する影響(補論)

稀ではあるが、先行事実が対向的行為を前提とするものである場合が

<sup>59</sup> 山口・前掲注(46)352頁以下。

<sup>60</sup> なお、林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ2号(2006年)52頁は、「最判昭和24・3・24刑集3・3・376は、強盗傷人罪は、『強盗たる身分を有する者』による『強盗罪と傷害罪との結合犯』だとしたが、そのような理解は十分に成り立ち得る」と指摘するが、強盗傷人罪も身分犯であるという趣旨であれば妥当でない。当該最高裁判決も、強盗傷人罪が、強盗という身分を有する者が傷害行為を行った場合に強盗罪と傷害罪を結合犯として処罰するものとしたにすぎず、強盗傷人罪が身分犯であると判示しているわけではないと思われる。

<sup>61</sup> 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、第3版、1990年)366頁、西田(橋爪補訂)・前掲注(25)433頁などが同罪を「結合犯」と解しているのは、これと同旨であろう。

<sup>62</sup> なお、同法2条3号における「その進行を制御する技能を有しないで」は、消極的な主体要素であることから身分に該当しない。また、同法第6条各号における無免許運転による刑罰加重事情の趣旨は、無免許運転行為と当該各行為を二行為犯として併せて処罰する趣旨であると解されるから、ここでの無免許運転という事情は身分に該当しない。



ある。その場合、当該先行事実が構成要件該当行為の一部であるのか、あるいは、身分であるのかということは、必要的共犯の理論にも影響を及ぼすことになる。つまり、対向的行為を前提とする先行事実が身分である場合、当該先行事実自体は不法を構成せず、当該先行事実自体が処罰されているわけではないということになるため、当該先行事実の成立にとって不可欠な対向的行為が処罰の対象からは除外されているという論理が成り立たなくなるのである。たとえば、金融商品取引法167条3項のインサイダー取引罪が成立するためには、インサイダー情報の伝達を受けて取引を行うことが必要とされる。しかし、かつては伝達をした者のための罰則が存在しなかったため、伝達行為者を167条3項の共犯として処罰できるかが問題となった<sup>63</sup>。この場合、インサイダー情報の伝達を受けること自体は不法を構成しないから、同法167条3項は、伝達を受ける行為と取引行為という二つの行為を包括的に処罰する二行為犯ではなく、伝達を受けた者による取引行為を処罰する身分犯であるということになる<sup>64</sup>。そのため、「伝達を受ける行為は処罰の対象とされているのに、伝達する行為は処罰の対象とされていないのであるから、伝達する行為は共犯としても処罰しないというのが立法者の意思である」という論理は成り立たないのである<sup>65</sup>。

<sup>63</sup> 東京高判平成27・9・25LEX/DB25541270およびその原審である横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁参照。

<sup>64</sup> 横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁も、情報伝達者たる被告人に第一次情報受領者によるインサイダー取引罪の教唆犯の成立を認める際に刑法65条1項を適用している。

<sup>65</sup> 金商法167条3項のインサイダー取引罪が、仮に伝達を受ける行為自体をも含めて処罰する二行為犯であるとした場合、伝達行為が不可欠であるにもかかわらず受伝達行為のみが可罰的行為とされていることになるから、伝達行為者は同法167条3項の罪への関与については必要不可欠な程度を超えない限り不可罰ということになろう。伝達行為者による同法167条3項の罪への可罰的関与の可能性を肯定した東京高判平成27・9・25LEX/DB25541270およびその原審である横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁は、結論としては妥当であった。しかしいずれも、インサイダー情報の伝達行為を不可罰とする実質的理由がないという点については詳細な理由づけを展開しているものの、一定の関与行為が形式的な観点から不可罰となる場合があるとする従来の必要的共犯の理

## 第5項 混合法規 (Mischgesetze) と身分

### (1) 混合法規における身分性判断

一つの条文の中に、複数の犯罪類型が含まれている場合がある。このように複数の犯罪類型を含む条文のことを、主にオーストリアでは、「混合法規 (Mischgesetze)」<sup>66</sup>または「混合犯 (Mischdelikte)」<sup>67</sup>と呼ぶ。前者の方が実態を的確に示した表現であると思われるため、本稿では前者の呼称を用いることとする。

混合法規のもとでは、そこに含まれる犯罪類型の一部は身分犯でないものの、一部は身分犯であるということもあり得る。それゆえ、混合法規のもとでは、身分犯か否かは、その混合法規に含まれる各犯罪類型ごとに検討されるべきことになる<sup>68</sup>。たとえば、毒物劇物取締法3条3項本文は、「毒物又は劇物の販売業の登録を受けた者でなければ、毒物又は劇物を販売し、授与し、又は販売若しくは授与の目的で貯蔵し、運搬し、若しくは陳列してはならない」と規定し、これに対する違反につき罰則 (同法24条1号) が存在するが、このうち販売罪および授与罪については身分犯性が問題とならないとしても、販売目的での貯蔵等の罪は別個身分犯性が問題となり得るのである (ただし、ここでの目的が身分

---

論がなぜ適用されないのかという点についての説明が不足していたと思われる。そもそも伝達行為および伝達を受ける行為自体は無価値判断の対象とされていなかったということが、その点についての説明となろう。なお、現在では伝達行為自体に対する罰則 (金商法197条の2第15号、同法167条の2第2項) が存在するが、これも結局、第一次情報受領者により実際に取引がなされたことを条件とするものである。この問題については、岡部天俊「判批」北法67巻6号 (2017年) 67頁以下参照。

<sup>66</sup> *Edmund Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 195 f.; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 42), S. 46; *Rittler*, a. a. O. (Fn. 35), S. 95; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 3 Rn. 71 ff.

<sup>67</sup> *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 15), 10. Kapitel Rn. 56; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), Z 9 Rn. 39 ff.; *Stefan Seiler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 129 f.

<sup>68</sup> 香川・前掲注(7) 160頁以下は、同一の条文中に真正身分犯と不真正身分犯が共存し得るかという問題について論じており、論者自身はこれにつき肯定的である。

にはあたらないことは、先述の通りである）<sup>69</sup>。

## （2）不真正不作為犯の身分犯性

わが国では、判例および学説上、不真正不作為犯の処罰が肯定されている。しかし、わが国の刑法は、不真正不作為犯の処罰を一般的に規定する条文を持たないため<sup>70</sup>、不真正不作為犯の処罰を肯定するのであれば、一見したところ作為犯のみを規定する条文の中に不作為犯も規定されていると考えざるを得ないことになる。したがって、不真正不作為犯の処罰が肯定される犯罪類型にのみとは、実際には、作為犯としての犯罪類型と不作為犯としての犯罪類型が共存しているということになり、当該不真正不作為犯を規定する条文はまさに混合法規をなすものであるということになる。

そうすると、不真正不作為犯は、ともに混合法規をなす作為犯が身分犯でないとしても、別個に身分犯性が問題となり得る。そして、不真正不作為犯は、その行為主体が法益との関係において保障人的地位にある者に限られる犯罪類型である以上、身分犯であるということになる<sup>71</sup>。

---

<sup>69</sup> 同じ条の中に、非身分犯である項と身分犯である項が共存し得るということは、少なくとも暗黙裡に認められていると思われる（最判昭和42・3・7日刑集21巻2号417頁参照）。

<sup>70</sup> オーストリアでは、不真正不作為犯における作為義務は、特別犯を標識するメルクマールと解されている（*Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20 f., 29）。しかし、オーストリア刑法2条が、一定の条件のもとでの不真正不作為犯の処罰を規定しているため、オーストリアでは、2条と各則構成要件が結合した修正構成要件を觀念し得るため、上記の理解は導かれやすいといえよう。

<sup>71</sup> 井田・前掲注（7）156頁。山口・前掲注（7）389頁も同旨だが、「不真正不作為犯については同項〔刑法65条1項＝筆者注〕の適用は必要がないと解される」とする。Vgl. auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20 f., 29.

## 第6項 行為環境の限定による反射的な行為主体の限定

以上のほか、一見身分が存在するように見えるものの、それは行為が特定の環境のもとでなされることが要求されることによって作り出される虚像にすぎない場合がある。本節では、これについて若干の検討を加える。

たとえば、消火妨害罪(114条)は、「火災の際」という行為状況を構成要件要素としているが、本罪は見方を変えれば、行為主体が「火災現場にある者」に限定される身分犯であるとも考え得る。しかし、こうした主張がなされることはないといつてよいであろう。ではそれがなぜかと言えば、「火災の際」などの行為状況は、もっぱら行為自体の環境を特徴づけるものであり、行為主体が限定されているように見えるのは、その反射的な帰結に過ぎないからである。

これに対して、一見行為状況とも考え得るオーストリア刑法79条<sup>72</sup>における「出産の間 (*während der Geburt*)」および「まだ出産の影響を受けている間 (*noch unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs*)」は、一般に特別犯のメルクマールと解されている<sup>73</sup>。それは、これらの要素が直接特徴づける対象が、行為自体の環境ではなく、母親という同罪の行為主体そのものだからである。

こうした考え方から、真正不作為犯には、例外的に身分犯ではないものがあり得る。*Triffterer* が、「立法者は、わずかな例外的場面においてのみ、何人 (*jedermann*) に対しても作為義務を認める」ものの、「その他すべての不作為犯は、行為者の範囲が、特別の事情により (*durch besondere Umstände*) 作為が義務づけられた者に制限されるため」特別不作為犯 (*Sonder-Unterlassungsdelikte*) であるとして、真正不作為犯

<sup>72</sup> オーストリア刑法79条(出産の際における嬰兒殺)「子を、出産の間又はまだ出産の影響を受けている間に殺した母親は、1年以上5年以下の自由刑に処する。」

<sup>73</sup> *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 44; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 16 Rn. 130; vgl. auch Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP, S. 81, 197.

に非身分犯と身分犯が併存することを指摘していたように<sup>74</sup>、真正不作為犯には、行為主体と法益との間の特別の事情に基づくことなく、一定の状況に基づいて作為義務を基礎づけるものが存在するのである。そうした真正不作為犯も、一見行為主体が作為義務者に限定される身分犯であると考え得るが、実際には、そこには身分としての構成要件要素は存在せず、行為の環境を特徴づける構成要件要素が存在するだけなのである。

さらに、*Triffterer* が、オーストリア刑法における真正不作為犯としては95条<sup>75</sup>および286条<sup>76</sup>のみが普通犯であるとしたように<sup>77</sup>、わが国においても、非身分犯としての真正不作為犯は少数であると思われる。例としては、軽犯罪法1条18号の罪が挙げられる。本罪における申告義務は、自己の占有する場所内に要扶助者等が存在するという環境下において何人に対しても発生するものである。それゆえ本罪は、非身分犯としての真正不作為犯であるといえよう。

過失犯が注意義務を身分とする身分犯であるとされることがないのも、ここでの考え方に基づくものであろう<sup>78</sup>。つまり、過失犯は、行為

---

<sup>74</sup> *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn.20.

<sup>75</sup> オーストリア刑法95条（援助を怠ること）1項「災害又は公共の危険（第176条）に際し、死亡又は著しい身体傷害若しくは健康侵害の危険から人を救助するために明らかに必要な援助を行うことを怠った者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、援助を怠った結果、人の死亡を生じさせるに至ったときは、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、行為者に援助を期待できないときはこの限りでない。」

<sup>76</sup> オーストリア刑法286条（刑罰を科せられるべき行為の阻止の懈怠）1項「刑を科せられるべき行為が故意になされるであろうということを認識しながら、その直接切迫し又はすでに着手された実行を阻止することを怠り、又は、通知があれば阻止が可能となる場合に、官庁（第151条第3項）又は危険の切迫した者に通告することを怠った者は、可罰的行為が少なくとも着手されかつ行為に1年を超える自由刑が科されているときは、2年以下の自由刑に処する。ただし、その刑は、種類と量において、阻止されなかった所為について法律が予告している刑よりも重いものであってはならない。」

<sup>77</sup> *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20.

<sup>78</sup> もっとも、当然、過失犯においても何らかの身分が要求される身分犯があり

主体が注意義務者に限定されるという意味において身分犯であるという理解も一見あり得ないではないように思われるが、過失犯における注意義務も、一定の環境下において何人に対しても発生するものである以上、行為主体を特徴づける性質のものではなく、行為自体の環境を特徴づけているのである。換言すると、過失犯における注意義務の存否の判断は、過失犯としての可罰性が問題となる行為が、注意義務が発生する状況においてなされたか否かについての判断であり、それは、消火妨害罪としての可罰性が問題となる、消火用の物を隠匿するなどの行為が「火災の際」になされたか否かについての判断と同様なのである。

### 【付記】

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2019年9月25日授与)「複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、日本学術振興会特別研究員奨励費(18J112250)の助成を受けた。

---

得る。これについては、vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 11.