HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	身分犯概念の再構成とその具体的内容をめぐる考察（1）
Author(s)	岡部, 天俊
Citation	北大法学論集, 68(4), 130[147]-77[200]
Issue Date	2017-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67718
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no4_07.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

身分犯概念の再構成と その具体的内容をめぐる考察（1）

岡　部　天　俊

目　次

第１章　はじめに
第２章　従来の判例および学説の状況
　第１節　判例
　　第１項　主観的要素
　　　第１款　大審院期
　　　第２款　最高裁判所期
　　　第３款　小括
　　第２項　消極的な主体要素
　　　第１款　大審院期
　　　第２款　最高裁判所期
　　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が
　　　問題となる要素
　第２節　学説
　　第１項　身分犯の一般的意義
　　第２項　主観的要素
　　第３項　消極的な主体要素
　　第４項　法文上明示されない主体要素
　　第５項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが
　　　問題となる要素　（以上、本号）
第３章　身分犯概念の再構成
第４章　特別犯（Sonderdelikte）概念と身分犯概念
第５章　身分犯概念の具体的内容
第６章　おわりに

第1章　はじめに

身分犯という犯罪類型は、正犯論および共犯論との関係において、様々な論点を創出する契機となっている。たとえば、身分を備えない者（以下、非身分者という）は身分犯の正犯たり得るのか、身分を備える者（以下、身分者という）が非身分者を道具とする間接正犯たり得るのかといった論点や、刑法65条1項と2項とでなぜ身分の取扱いが異なるのか、身分者による正犯に非身分者が共犯として関与した場合をどのように取り扱うかといった刑法65条をめぐる論点はまさしくその例である。しかし、そうした問題を検討するにあたっては、まず前提として、そもそも身分犯とはどのような犯罪類型を意味しているのか、あるいは、身分犯という犯罪類型を標識する身分という要素はどのようなものであるのかを明らかにせねばならないであろう。なぜならば、身分犯概念の解明を置き去りにして身分犯をめぐる諸問題を検討することは、検討の対象となる領域が不明であるまま検討を進めることを意味し、机上の空論となりかねないだけでなく、身分犯概念が解明されることによって、身分犯の取扱いとその他の犯罪類型の取扱いとの相違が明確に浮かび上がってくるはずだからである。ところが、これまで身分犯概念の全容は解明されたとは言い難く、むしろ今なお混沌とした状況にあると思われる。そこで、正犯論および共犯論における身分犯の取扱いをめぐる理論を構築していくにあたっては、まずはその基礎として、身分犯概念を解明する必要があろう[1・2・3]。

周知の通り、判例は、刑法65条における身分について「男女の性別、内外国

---

[1] 日高義博「共犯と身分」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂、2014）754頁。

[2] こうした問題意識から、本稿の検討対象は必ずしも刑法65条における「身分」に限定されるものではない。なぜなら、刑法65条は、身分犯という犯罪類型を標識する身分という要素の存在を前提とした上で、一定の身分―犯罪行為を構成する身分（同条1項）および刑の軽重を生ずる身分（同条2項）―について取り扱う規定であり、あらゆる身分を取り扱う規定ではないからである。本稿は、刑法65条の「身分」にとどまらず、身分概念の全容を明らかにしようとするものである。

[3] 身分犯概念の解明は、こうした理論的意義のみならず、刑法65条の適用の可否を明らかにするという意味で実践的意義をも有している。

人の別、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」[4]と定義しており、後述のように、通説もほぼ無批判的にこの基準を支持してきたと言ってよいであろう。この定義自体についても後に検討を加えることになるが、仮にこの定義が妥当であるとしても、これは様々な身分を一括して定義するもので極めて抽象的であるため、これのみによって個別具体的な要素の身分性を判断することには無理があるであろう。そのため、たしかに、身分の定義が、あらゆる身分に通底するものであるという意味において極めて重要であるが、身分性が問題となる局面の類型ごとに身分性を判断するための下位基準がなければ、個別具体的な要素の身分性を判断することはできないであろう[5]。そうした下位基準を用意することなく、身分の定義だけを身分性判断に用いるのであれば、一身的な性格を示すあらゆる要素が身分概念に取り込まれてしまい、本来身分にあたらないはずの要素が身分とされてしまうおそれがある[6]。また反対に、本来身分にあたるはずの要素が身分にあたらないとされてしまうおそれもあるであろう。そうした事態に陥れば、身分犯概念の輪郭がさらに不明確となり、ひいては、正犯論および共犯論における身分犯の取扱いをめぐる理論の構築もますます混迷を深めてしまうように思われる。

そこで本稿は、以上のような問題意識をもとに、身分犯の定義を再検討することに加えて、身分性が問題となる個別具体的な要素についてその身分性を判断することを可能とする下位基準を導き出し、身分犯の具体的内容を解明しようとするものである。具体的には、まず、①わが国における判例・学説が身分犯概念をどのようにとらえてきたのかにつき検討を加える（第２章）。ここでは、従来身分性が問題となってきた局面を、主観的要素、ある身分を備えていない

[4] 最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。

[5] 島田聡一郎「判批」法教248号（2001）90頁。

[6] 大越義久『刑法総論』（有斐閣、第５版、2012）209頁も判例の定義について、「すべての犯罪が身分犯ということにもなりかねないほど、刑法65条の身分を広範に捉えている」と指摘する。また、照沼亮介「共犯と身分（１）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第７版、2014）184頁も判例の定義について、「この定義を字義とおりに解すれば、犯罪成立要件としていかなる性質を有しているかに関わりなく一切の主観的・客観的事情が身分とされることになりかねないであろう」と指摘する。

という意味での消極的な主体要素、法文上明示されない主体要素、構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素の４つに類型化し、それぞれにおいて判例・学説がどのような点に着目して身分性判断の結論を導いてきたのかについて分析を加える。これにより、従来の判例・学説が、個別具体的な要素の身分性を判断する際に、必ずしも指導原理に収束することのない場当たり的な検討を行ってきたことを明らかにする。その上で、②身分犯とは何か、つまり身分犯の定義について、刑法65条を手がかりに再検討する（第３章）。これが、個別具体的な要素の身分性を判断するための下位基準を導き出す上での指導原理となる。次に、そうした下位基準の検討へと移る前に、身分犯概念をめぐる混乱の要因の一つが、長年にわたって身分犯概念がドイツおよびスイスにおける „Sonderdelikte“ と同視されてきたことにあるという問題意識から、③従来わが国における身分犯概念と同視され参考とされてきたドイツおよびスイスにおける Sonderdelikte 概念が、実際には身分犯概念と大きく異なるものであり、むしろわが国における身分犯概念はオーストリアにおける Sonderdelikte 概念と親近性を有するものであるという主張を展開する（第４章）。そして最後に、④身分性が問題となるあらゆる要素について、それぞれの下位基準を演繹した上で、それらの身分性についての検討を試みる（第５章）。それらの基準は、すべて同一の指導原理から導かれているものでありながら、身分性判断を明確にし、従来身分性判断のための決定的な基準が存在しなかった各領域に判断の指針を提供するものとなろう。

第２章　従来の判例および学説の状況

第１節　判例

判例は、刑法65条における身分につき「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの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」[7]と定義し、一

[7] 最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。なお、この定義は、かつて大審院の判示した「男女の性内外国人の別親族の関係公務員たるの資格の如き関係のみに限らす広く一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係たる特殊の地位又は

貫してこれを用いてきた。そして、同条１項はその存在によってはじめて刑罰が構成されるところの構成的身分に関する規定、同条２項はその存在によって刑罰が加重または減軽されるところの加減的身分に関する規定であるとする立場から、たとえば、虚偽公文書作成罪（156条）における「公務員」[8]、偽証罪（169条）における「法律により宣誓した証人」[9]、収賄罪（197条以下）における「公務員」[10]、背任罪（247条）における「他人のためにその事務を処理する者」[11]、横領罪（252条）における他人の物の占有者[12]などを１項の身分とし、常習賭博罪（186条）における賭博常習者[13]、業務上堕胎罪（214条）における医師[14]、業務上横領罪（253条）における業務者[15]などを２項の身分としている。

とはいえ、上記のような広範な定義では当然、身分性を容易に判断できない要素も出てくる。そこで以下では、判例上身分性が問題となった要素を類型化し、①主観的要素、②（ある身分を備えていないという意味での）消極的な主体要素、③法文上明示されない主体要素、④構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素の順に、判例がその身分性につきどのような判断を行ってきたのかについて検討を加える[16]。

状態を指称するもの」（大判明治44年３月16日刑録17輯６巻405頁）という身分の定義を踏襲したにすぎないと考えられる（大越義久「身分犯における身分」神奈46巻２＝３号（2013）５頁）。

[8] 大判明治44年４月17日刑録17輯605頁。

[9] 大判昭和９年11月20日刑集13巻1514頁。

[10] 大判大正３年６月24日刑録20輯1329頁。

[11] 大判大正13年12月５日刑集３巻851頁。

[12] 大判明治44年３月16日刑録17輯６巻405頁、最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。

[13] 大連判大正３年５月18日刑録20輯932頁。

[14] 大判大正９年６月３日刑録26輯382頁。

[15] 大判明治44年８月25日刑録17輯1510頁、最判昭和25年９月19日刑集４巻９号1664頁。

[16] 本稿の検討対象が刑法65条における「身分」にとどまるわけではないという点については、前掲注（２）参照。とはいえ、判例が身分犯という概念をどのように理解しているかという点を検討するためには、判例が刑法65条を離れて身分犯に言及することがない以上、ある要素が刑法65条における「身分」にあたるか否かが問題となった事例を検討する必要がある。

第１項　主観的要素

第１款　大審院期

（１）大審院大正14年１月28日判決[17]

おそらく主観的要素の身分性について初めて言及した判例は、大審院大正14年１月28日判決（以下、大正14年判決という）である。

事案は、次のようなものであった。

被告人Ｘは、借金を弁済させるためにＡ女（当時16歳）を芸妓として抱え置いていたが、同女は無断で逃走し所在不明となった。しかし偶然、被告人Ｙが、同女とその情夫とが書面の取次ぎを行っており、同女が実家にいることを知った。そこでＸは、被告人Ｚ方において、Ｙに対し、同女に右書面取次ぎに関し詰責した上で同女を自らのもとへ連れて来れば、報酬金として100円を与えると告げた。ここで被告人３名は、同女を強いてＸ方その他において芸妓稼業をさせそれによりＸの損害を補填するという利益を得る目的で同女を誘拐することを共謀し、Ｙが同女を誘拐した。

ここでは、誘拐行為の直接実行者であるＹと共同正犯の関係にあるＸおよびＺの罪責を検討する上で、刑法225条における「営利の目的」が刑法65条における「身分」にあたるか否かが問題となるが、この点について大審院は以下のように判示した。

「…Ｙに営利の目的ありたることは論なき所にして又刑法第225条の営利の目的は同法第65条第１、２項の犯人の身分には該当せざるに依り既に此の点に於てＸＺの行為はＹと同じく刑法第225条の営利誘拐の罪を構成するのみならず本来婦女をして芸妓稼業に従業せしめ之を原因として婦女の収得し又は調達し得たる金銭を以て婦女の自己に対する債務の弁済をさしむる目的の下に之を誘拐するは即ち営利の目的を以て人を誘拐するものに該当し其の受くべき利益が不法の利益なることは営利誘拐罪に於ける営利の観念上必要ならず本件の場合は被告人等がＡ女をしてＸ方若くは其の他に於て芸妓稼業を為さしめＸが前借金としてＡ女に交附したる600円の弁済を得てＡ女の逃走に因る損害を補塡する目的に出てＡ女を誘拐し来りて結局…Ｂ方にて芸妓稼業を為すべきことを要

[17] 刑集４巻14頁。

求しＡ女をしてＢと芸妓稼契約に基きＡ女がＢより得たる前借金550円を同人より被告Ｘに交付せしめたるものに係るを以て其の行為は営利を目的としたるものと謂うべく被告人等の目的が債務の弁済を為さしむるに在りたるが故に営利の目的を有せざるものと謂うを得ざるものとす故に原判決判示被告人等の行為は此点に於ても亦刑法第225条に該当するものと謂わざるべからず故に判示事実に対し同法条を適用処断したる原判決は正当にして論旨は理由なし。」（下線は筆者による）

本判決は、営利目的誘拐罪（225条）における「営利の目的」は、刑法65条における身分にはあたらないという判断を示したものである。とはいえ、本判決は、営利の目的が身分にあたらないと判断した理由を示していないことから、「身分」という文理からして、主観的要素は身分に該当しないという前提に立っていたものとも考えられるが、推測の域を出ない[18]。主観的要素の身分性についての判例の具体的な態度を理解するためには、その後の判例を検討するほかないが、後に検討する判例との比較において少なからぬ意義を有することになる[19]。

---

[18] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第２巻』（青林書院、第２版、1999）630頁〔川端博〕も、「本判決は、65条の身分にあたらないという結論を示すだけにとどまり、その理由を明示していないと解されるのである。おそらく、その前提として65条の身分の本質的要素として『継続性』を認めるかどうか、という問題を自覚的に検討してはいないであろう。ただ、直観的に『目的』は人格的特性を意味する『身分』にあたらないと判断したにとどまると推察されるのである」とする。

[19] なお、本判決は、直接実行者であるＹに営利の目的が認められる以上、そのＹと共同正犯の関係にあるＸおよびＺは、独自に営利の目的を有していなくても営利目的誘拐罪の共同正犯となるという考え方に立脚しているものと思われるが、補足的なかたちで、ＸおよびＺも独自に営利の目的を備えていたと評価できることを説明している。しかし、本件において、直接実行者ではないＸおよびＺが営利目的誘拐罪の共同正犯としての罪責を負うために、Ｙに営利の目的があれば足りるのか、あるいは、各々が独自に営利の目的を備えていなければならないのかは、解釈論上重要な問題であろう。この点については、本稿のテーマから逸れるため検討の対象としないが、今後の研究課題とする予定である。

（２）大審院昭和９年12月17日判決[20]

大審院が主観的要素の身分性について言及した第二の判例として、大審院昭和９年12月17日判決（以下、昭和９年判決という）がある。

事案は、次のようなものであった。

昭和９年５月19日、Ａ開催の春季競馬において、被告人ＹがＢほか１名の指定した競走馬が優勝した場合には同人らにＡと同率の払戻しを行い、優勝しなかった場合には賭金の９割を自己の所得とするという約旨のもと、Ｂらから賭金の交付を受け、もって同競馬の競争に関し業として賭事を行ったが、被告人Ｘは、「運送」と称する賭金の取次ぎ等の行為を行い、もってＹの犯行を幇助した。原審は、Ｘの行為につき刑法65条を適用することなく旧競馬法[21]14条３号の罪の幇助の成立を認めたが、これに対しＸ側が上告した。

弁護人は上告趣意の中で、旧競馬法14条３号が「犯人の身分により構成せられるべき犯罪」であることは明白であり、身分のないＸによる行為につき刑法65条を適用しなかった原判決は破棄を免れないと主張した。大審院は、以下のように判示して、上告を棄却した。

「競馬法第１条の法人の開催する競馬の競争に関し多数の者に対し財物を以て賭事を為したる者は同法第14条第３号に該当するも均しく競馬の競争に関し多数の者に対し財物を以て為すも業として之を為したるに非ざる者は刑法所定の賭博罪に触るるに過ぎず業として為すと否とに依りて処罰規定を異にし刑に軽重あるも業としてとは反復継続する意思を以て行う犯罪行為の態様にして其の特異の点は犯人に斯る特別の意思ありと云うに止まるを以て刑法第65条に所謂犯人の身分を為すものに非ず是れ常習としてと云う如き専ら犯人の個性に係るものと趣を異にする所なりされば被告人の原判示従犯行為に対しては競馬法第14条第３号刑法第62条第１項第63条を適用処断するを以て足り刑法第65条を適用すべきものに非ず。」（下線は筆者による）

本判決も、主観的要素である「業として」が刑法65条における身分にあたらないとの判断を示したのであるが、その判断の理由が示されている点で大正14年判決と異なっている。注目されるのは、「業として」という主観的要素が「犯罪行為の態様」であるとしてその身分性を否定した点である。このことから、

[20] 刑集13巻1743頁。

[21] 昭和23年７月13日法律158号により廃止。

大審院は少なくとも、「犯罪行為」自体の要素としての主観的要素の存在を認めていたということが窺われる[22]。もっとも、この時点で大審院が、「犯罪行為の態様」ではなく「犯人の個性」にあたる主観的要素の存在をも想定していたかは不明である。

第２款　最高裁判所期

（１）最高裁昭和42年３月７日判決[23]

昭和42年、主観的要素の身分性をめぐる判例の動向は新たな局面を迎えた。すなわち、最高裁が、昭和42年３月７日判決（以下、昭和42年判決という場合がある）において、麻薬取締法[24]64条２項にいう「営利の目的」が刑法65条２項における身分にあたるとする判断を示したのである。

事案は、次のようなものであった。

被告人Ｘは、麻薬を本邦で売却するという営利目的を有していた被告人Ｚから麻薬を本邦に密輸入することを依頼されたため、被告人Ｙ（第一審で有罪確定）と共に麻薬を本邦に密輸入した。ＸはＺに営利目的があることを知ってはいたものの、自身は営利目的を有していなかった。

本判決とは異なり、第一審および原審では旧麻薬取締法64条２項における営利の目的に刑法65条を適用するという取扱いは見られなかったため、まずは第一審および原審の判断を概観し、その上で、本判決を検討することとする。

---

[22] なお、「業として」の身分性は、無免許医業罪および無免許歯科医業罪などにおいても問題となり得るであろう。実際の判例において、これらが問題となり得たものがある（たとえば、大判大正４年10月４日刑録21輯1376頁、東京高判昭和47年１月25日判タ277号357頁、札幌高判平成20年３月６日公刊物未登載LEX/DB 文献番号28145248など）。無免許医業罪（医師法17条）も無免許歯科医業罪（歯科医師法17条）もそれぞれ「反復継続する意思をもって行うこと」を要求するからである。しかし、大審院昭和９年判決以外にこのことを正面から問題としたものはないように思われる。

[23] 刑集21巻２号417頁。

[24] 平成２年法律第33号により「麻薬及び向精神薬取締法」に題名改正。

（a）第一審[25]

第一審・神戸地裁は、以下のように判示して、Xらに対し営利目的麻薬密輸入罪（麻薬取締法64条２項）の共同正犯の成立を認めた。ここでは、刑法65条は適用されていない。

「麻薬取締法64条２項にいわゆる営利の目的とは、自己または第三者のために財産上の利益を得又は得させる目的をいい、必ずしも継続的、反復的に利益を図る目的を必要としないものと解するのが相当である。

……Zが、本件麻薬を本邦で売却しようとする営利目的で被告人Xに密輸入を依頼したことは明らかであり、また被告人Xは同人から借金をするなどして同人とはかなり親密な間柄であることが認められ、同被告人自身過去に密輸事件で処分を受けた前歴があり、被告人Yは被告人Xの本件の麻薬密輸入の意図を了知しながらこれに協力加担しているのであるから、これらの点から考えて、被告人らは当然、Zの右売却の目的を知悉していたものと認めるのが相当である。そうだとすれば、本件麻薬を密輸入することによって、被告人ら自身がどれだけの利益に均霑し、あるいはいくらの報酬を取得するかは必ずしも具体的に明らかではないけれどもZが、本件麻薬を本邦において売却しようとする営利の目的をもつていることを知つたうえで密輸入をした以上、少くとも、第三者に財産上の利益を得させる目的はあつたものというべく、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いわなければならない。」

こうして、第一審判決は、旧麻薬取締法64条２項にいう「営利の目的」が身分にあたるか否かの判断に立ち入ることなく、Xらも少なくとも他利目的としての「営利の目的」を独自に備えていたとして、営利目的密輸入罪の共同正犯の成立を認めたのである[26]。

（b）控訴審[27]

これに対して、Xは量刑不当を理由に控訴したものの、原審・大阪高裁は、第一審の判断を是認し控訴を棄却した。ここでも、刑法65条については言及されていない。

---

[25] 神戸地判昭和41年２月17日刑集21巻２号420頁。

[26] なお、前掲注（19）参照。

[27] 大阪高判昭和41年６月11日刑集21巻２号422頁。

「…所論にかんがみ記録を精査し案ずるに、被告人は原判示のとおり営利の目的（原判決説示の事実関係によれば、Ｚは予てより営利の目的で韓国船員を通じて本邦に麻薬を密輸入していたものであつて、本件麻薬も営利目的で本邦に輸入しようとの意図の下に被告人にその密輸入を依頼したものというべく、被告人はＺの右意図を了知しながらこれに協力加担し、本邦到着後、原審相被告人Ｙと共同して本件麻薬密輸入の実行々為をしたのであるから、被告人及びＹはＺと共謀共同正犯の関係にあるものと認められる。従つて、被告人につき営利目的を肯認した原判決は結局相当である。）をもって356グラム余りに上る多量の麻薬をＹと共同で我国に密輸入したもので、かかる多量の麻薬が我国にもたらすことあるべき害毒の甚大なる点に徴すると、被告人の本件犯行がＺからの依頼に基づくものであること、その他所論の事由を参酌しても、原判決の懲役10年の刑が重過ぎるとは考えられない……。」（下線は筆者による）

本判決は、「被告人は原判示のとおり営利の目的をもって…麻薬を…我国に密輸入した」とし、Ｘが（他利目的としての）「営利の目的」を固有のものとして備えていたかのような表現を用いている。しかし他方で、被告人Ｘに固有の「営利の目的」を認めた第一審判決を「結局相当」として、結論のみを支持することを示唆し、その理由として、Ｚに「営利の目的」が存することを認識しつつＺと共謀共同正犯の関係を構築したことを挙げている。そうすると、本判決はたしかに被告人Ｘが固有の「営利の目的」を有していたかのような表現を用いているものの、旧麻薬取締法64条２項における「営利の目的」を従属的に取り扱おうとした（つまり、通常の行為要素と同様に、正犯者にそれが存することを認識していれば、被告人にも営利目的での犯罪行為の共同正犯として罪責を問うことができると考えた）ものとも理解し得る[28]。いずれにせよ、ここでも刑法65条の適用は不要と考えられていたようである。

（ｃ）本決定

[28] 斉藤信治「身分の意義」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第２版、1984）179頁も、「第二審判決は、乙〔本稿ではＸ＝筆者注〕自身には営利の目的がなくても、また、その目的を第六五条の『身分』と解さなくても、共謀共同正犯理論によれば、全員に営利目的密輸入罪の共同正犯の成立を認めることができる、と考えているかのようである」とする。なお、前掲注(19)参照。

しかし、上告審･最高裁は、原審を破棄し、旧麻薬取締法64条２項にいう「営利の目的」が刑法65条における身分にあたり、自ら営利の目的を有していたわけではないＸには単純麻薬密輸入罪の共同正犯としての罪責のみが認められるという判断を示した。本判決は、営利の目的のような主観的要素は身分にあたらないという従来の一般的な考え方を改めたものであるという意味において、重要な意義を有するものである[29]。最高裁は、そうした判断の理由を以下のように判示している。

「麻薬取締法64条１項は、同法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した者は１年以上の有期懲役に処する旨規定し、同法64条２項は、営利の目的で前項の違反行為をした者は無期若しくは３年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは３年以上の懲役及び500万円以下の罰金に処する旨規定している。これによつてみると、同条は、同じように同法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもつていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によつて、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであつて、刑法65条２項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』に当るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とが、共同して麻薬取締法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した場合には、刑法65条２項により、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、営利の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いわなければならない。」（下線は筆者による）

本判決は、旧麻薬取締法64条２項の「営利の目的」を「犯人の特殊の状態」ととらえて、その身分性を肯定した[30]。この点は、「犯罪行為の態様」であることを理由に主観的要素たる「業として」の身分性を否定した大審院昭和９年判決との関係で注目される。すなわち、本判決の登場により、判例上、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の併存が肯定された

[29] 臼井滋夫「判批」研修227号（1967）84-85頁、坂本武志「判解」最判解刑事篇昭和42年度（1967）50頁。

[30] 以降の下級審裁判例も薬物犯罪における刑罰加重事情としての「営利の目的」を65条２項の身分と解している。たとえば、東京高判平成10年３月25日判タ984号287頁、福岡地小倉支判平成14年４月15日公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L05750552。

ことになると言えよう。

なお、本判決については、営利目的誘拐罪（225条）における「営利の目的」が刑法65条における「身分」に該当しないとした大審院大正14年判決との整合性が問題となる。この点につき本判決の調査官解説は、「営利拐取罪は、犯人に営利の目的がある場合に初めて成立する犯罪であって、営利の目的の有無によって刑に軽重の区別がある場合ではないから、これ〔大審院大正14年判決＝筆者注〕をもって、本件の営利の目的を身分に当たらない根拠とすることはとうていできないものである」[31]と説明しており、また、「もっとも、別に、営利の目的を必要としない、しかも法定刑の軽い未成年者拐取罪（二二四条）の規定もあるが、これは、未成年者についてだけ特別に成立する犯罪であって、拐取罪の一般的な規定ではない」[32]とも述べている。つまり、大審院大正14年判決では刑罰構成的な「営利の目的」が問題となったのに対し、本判決では刑罰加重的な「営利の目的」が問題となっているという点で、本判決と大審院大正14年判決とは抵触しない、ということであろう[33]。しかし、この解説はあくまでも、本判決が大審院大正14年判決と抵触しないことを根拠づけたものにすぎず、主観的要素の身分性の判断基準一般を示したものではない。本判決と大審院大正14年判決との関係については、後に検討を加える。

（d）その後の動向

その後、最高裁昭和57年６月28日決定[34]は、被告人Ｘが、被告人Ｙらが香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的とする組織の一員であることを熟知しつつ、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持ちから同人に協力して積極的に覚せい剤の譲渡しに加担したという事案において、以下のように判示して、Ｘにつき覚せい剤取締法41条の２にいう（固有の）「営利の目的」を認めた。

「弁護人Ａの上告趣意のうち、判例違反をいう点は、原判決の認定によれば、被告人は共犯者Ｙらが香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的

[31] 坂本・前掲注（29）51頁。
[32] 坂本・前掲注（29）52頁。
[33] 十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂、2009）298-299頁参照。
[34] 刑集36巻５号681頁

とする組織の一員であることを熟知しながら、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持から同人に協力して積極的に本件犯行に加担したというのであつて、専ら同人らに財産上の利益を得させることを動機・目的としていたものと認められるところ、所論引用の判例（最高裁昭和41年（あ）第1651号同42年３月７日第三小法廷判決・刑集21巻２号417頁）〔昭和42年判決＝筆者注〕は、麻薬の輸入に関し、共犯者が営利の目的をもつていることを知つていただけで、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、本件のように自己以外の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……。なお、覚せい剤取締法41条の２第２項にいう『営利の目的』とは、犯人がみずから財産上の利益を得、又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解すべきであるから、前記のような本件の事実関係のもとにおいて、被告人につき『営利の目的』を肯定した原判断は、結論において正当である。」

本決定により、実務上、薬物犯罪における「営利の目的」と共犯の問題は解決されたと言える[35]。すなわち、最高裁昭和42年判決については、「営利の目的」から他利目的を完全に排除したのか、あるいは必ずしもそうではなく、何らかの事情があれば他利目的でも固有の「営利の目的」が認められると考えていたのかが明らかではなかったのであるが、本決定は後者の立場を採ったということになる。つまり、共犯者において正犯者に「営利の目的」があることを単に認識していたにすぎない場合には最高裁昭和42年判決により（固有の）「営利の目的」が否定され刑法65条２項が適用されるのに対し、正犯者に財産上の利益を得させるという積極的な動機・目的を有していた場合には本決定により（固有の）「営利の目的」が肯定され65条２項の適用の余地がないということになったのである[36]。

---

[35] 内田文昭「目的犯と共犯」神奈33巻３号（2000）737頁、十河・前掲注（33）297頁。

[36] そうすると目的犯の中でも、他の関与者が目的を備えてさえいれば固有に目的を備えていない共犯者も目的犯の共犯となる場合と、固有に目的を備えていない共犯者が目的犯の共犯とならない場合があるということになる。こうした、

（2）昭和42年判決後の判例

昭和42年判決後の下級審裁判例にも、主観的要素の身分性について判断を示した注目すべきものが存在する。

（a）東京高裁昭和53年５月30日判決[37]

昭和53年、東京高裁は、公職選挙法235条２項にいう「当選を得させない目的」が刑法65条における身分にはあたらないとの判断を示した。事案は次のようなものであった。

秋田市長選挙の際、当時の現職市長の四選を阻止すべく、対立候補者および選挙関係者が記者Ｘらと共謀し、同市長が社長を務める会社への土地の払下げ等をめぐり不正の事実があったことを掲載した業界紙を有権者に頒布し、さらには、週刊誌に同市長をめぐる女性問題に関する記事を掲載させて有権者に頒布した。なお、Ｘらは、現職市長に当選を得させない目的を固有のものとして備えていたわけではないが、共謀関係にあった対立候補者および選挙関係者にそうした目的があることを認識していた。

公職選挙法上の上記目的が身分に該当しない点について、東京高裁は以下のように根拠づけている。

「公選法１条は、選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明かつ適正に行われることを確保することをその目的の一つとして掲げている。同法235条２項は、右の目的に鑑みると、同項所定の虚偽の事項が公にされると、それが選挙人の公正な判断を誤らせる因となり、選挙の自由公正を害するところが大であるので、かかる行為を処罰の対象とするにあることが明らかである。同項の構成要件に『当選を得させない目的をもつて』としている点について考察するに、公選の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関して、虚偽の事項を公にするという行為は、客観的に選挙の自由公正を害する結果を招来するが故に違法と評価されるのであるが、このように違法と評価される結果を招来する行為に出た者について、どの範囲で主観的にも違法であると判断すべきか

（責任要素としての目的についてはともかく）目的が関与者のうちの誰に存在すれば目的犯への関与として帰責できるかという問題については、今後の検討課題とする予定である。

[37] 高刑集31巻３巻143頁。

の基準として、法は『当選を得させない目的をもつて』その行為に出たことを要すると定めたものと解せられる。したがつて同項にいう『目的』は、刑法65条にいう『身分』には該当しないものであると解せられるから、共犯者において、正犯が同項所定の目的で虚偽事項を公表することを了知認識して、虚偽事項の公表行為に加功するのであれば、行為加功者たる共犯者自身に固有のものとして、『当選を得させない目的』が存在しなくとも、同人を、当選を得しめない目的をもつて虚偽事項を公表した罪の共犯者と認定するを阻げないものと解せられる（通貨偽造罪、文書偽造罪、有価証券偽造罪などにいう『行使の目的』を、自己行使の目的に限らず、自己行使の目的は存在しないが正犯者が行使する目的の存在を了知認識しながら偽造行使に加功した者を偽造罪の共同正犯者としている、最高裁・昭和34年６月30日三小判決、刑集13巻６号958頁、大審院・大正５年12月21日判決、刑録22巻1925頁、大正15年12月23日判決、刑集５巻584頁、大正９年10月28日判決、刑録26巻793頁、東京高裁・昭和28年12月25日判決、高刑特報39号238頁も同旨のものと解せられる。本件のような『目的』の概念については、『一身的な性質又は関係』と対比される『行為に関する違法要素』に属するものであり、『構成要件的結果に向けられた故意』乃至は『行為の違法を修飾する構成要件的結果の主観的反映』と解せられる。*Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 16. Aufl., 1972., S. 415参照。）。」（下線は筆者による）

本判決は、次に検討する東京地裁昭和62年判決とは異なり、当該目的が刑罰構成的であることを直接的な根拠とせず、むしろ当該目的の内容に着目することによって、当該目的の身分性を否定している[38]。その理由づけでは、虚偽事項を公にする行為は客観的に選挙の自由公正を害するがゆえに違法であり、どの範囲で主観的にも違法であるかの基準として当該目的をもって当該行為に出たことを要求しているのであるから、当該目的は刑法65条における身分にはあたらないという論理を展開している。しかし、この理由だけでは、その趣旨が必ずしも明らかでなく、主観的違法要素は刑法65条における身分にはあたらないという考え方のようにも読める。

[38]「当選を得させない目的」も刑法65条１項の「身分」に該当するとするものとして、川端博ほか編『裁判例コンメンタール第１巻』（立花書房、2006）622頁〔西田典之〕。

ところが、本判決が補足的に、*Schönke/Schröder* のコンメンタール第16版の記述を引用していることからすれば、そうした趣旨ではないようである。つまり、同コンメンタールの被引用部分には、「法規が目的（Absicht）を、結果へと向けられた故意（auf den Erfolg gerichterer Vorsatz）としてのみ理解しており、それによって単に、行為の不法を変更する結果の主観的反映（subjektive Widerspiegelung eines das Unrecht der Tat modifizierenden Erfolges）を示している場合は、行為関係的不法要素（tatbezogene Unrechtsmerkmale）が問題である」[39]との既述があり、この内容が、先述の理由を裏づけているようである。そうであるとすれば、本判決は、上記の「結果へと向けられた故意」あるいは「行為の不法を変更する結果の主観的反映」に該当するような目的については、身分性が否定されると考えていたということになろう[40]。

（b）東京地裁昭和62年９月３日判決[41]

続いて昭和62年、東京地裁は、毒物及び劇物取締法３条３項の販売目的は刑法65条における身分にあたらないとの判断を示した。

事案は、被告人Xが、知人Aに頼まれ、Aが販売する目的でトルエンを自室に貯蔵することを容認したとして、同法３条３項違反の罪（同法24条２号）の共同正犯として起訴されたが、X自身には販売の目的がなかったというものであった。東京地裁は、次のように判示して、Xに同法３条３項違反の罪の共同正犯の成立を認めた。

「なるほど、同被告人は、Aらに頼まれ、同人らが業として販売する目的で本件トルエンを自室に貯蔵することを容認していたものであり、同被告人が自らこれを販売するという目的のなかったことは明らかである。しかしながら、毒物及び劇物取締法３条にいう販売の目的は、麻薬取締法64条２項、覚せい剤取締法41条２項等にいう営利の目的とは異なり、身分犯として要求されている

---

[39] *Rudolf Schönke/Horst Schröder,* Strafresetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., 1972, § 50 Rn. 16.

[40] もっとも、ドイツにおける行為者関係的要素（täterbezogene Merkmale）とわが国における身分が、異なる内容を有する概念であるという点については、後述第４章第１節参照。

[41] 判時1276号143頁。

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、独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素であると解せられるから、共犯者が犯罪する目的であることを認識していたにとどまる場合にも販売の目的があったというほかはない。」

本判決を素直に読めば、刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないために、同法３条３項における「販売の目的」の身分性を否定したということになる[42・43]。そのため、この判決が登場してからは一層、判例は刑罰構成的な目的については身分とせず、刑罰加減的な目的については身分としている、という分析が有力化している[44]。そうであるとすれば、客観的な身分には刑罰構成的なものと刑罰加減的なものとが存在するにもかかわらず、なぜ主観的な身分には刑罰構成的なものが存在しないのかという疑問が生ずることになろう[45]。

（ｃ）東京地裁立川支部平成26年３月６日判決[46]と同平成26年４月16日判決[47]

管見の限り、判例においては、身分性が肯定された刑罰構成的な主観的要素

---

[42]「販売の目的」も刑法65条１項の「身分」に該当するとするものとして、川端ほか編・前掲注（38）622頁〔西田典之〕。

[43] 西田典之『共犯と身分』（成文堂、新版、2003）297頁は、主観的違法要素も身分に含まれるという文脈の中で、本判決について「六五条一項は当然の規定であり必ずしも適用法令として明示する必要はないといえるから、実質的には私見と同趣旨のものであるといえよう」とするが、本判決は同目的を「身分犯として要求されている主観的要素ではな」いと明言しているから、そのように考えるのは不可能であろう。

[44] 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017）326頁、337頁、十河・前掲注（33）300頁。内田文昭「判批」判タ712号（1990）71頁も、判例においてそうした形式的基準が採用されている可能性を指摘する。

[45] 伊藤亮吉「目的犯と共犯について（一）」名城54巻３号（2005）62頁、同・前掲注（44）337頁、内田文昭「判批」判タ712号（1990）71頁、日高・前掲注（１）756頁。長島敦「判批」洋法26巻２号（1984）106頁もおそらく同旨。もっとも、後に、内田・前掲注（35）は、「『真正目的犯』の『目的』は、六五条一項の『身分』ではないというべきである」（719頁）としつつ、「『目的』は、六五条二項の『身分』たりうるものといわなければならない」（720頁）とする。

[46] 公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930064。

[47] 公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930256。

は存在しないが、近時、注目すべき下級審裁判例が登場している。すなわち、東京地裁立川支部は、平成26年、２つの判決において、ストーカー規制法13条１項[48]の罪の共同正犯について刑法65条１項を適用したのである[49]。

このうちまず、３月６日判決の事案は、被告人Ｘは、Ａと共謀の上、ＡのＢに対する恋愛感情その他の好意の感情及び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で、平成25年９月24日頃から同年10月６日頃までの間、Ｂに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をした、というものであった。また、４月16日判決の事案は、被告人Ｙは、Ｃと共謀の上、Ｃ

---

[48]《ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成28年法律第102号による改正前）13条》

① ストーカー行為をした者は、６月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

《同法２条（定義）》

① この法律において「つきまとい等」とは、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で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう。

三 面会、交際その他の義務のないことを行うことを要求すること。

四 著しく粗野又は乱暴な言動をすること。

六 汚物、動物の死体その他の著しく不快又は嫌悪の情を催させるような物を送付し、又はその知り得る状態に置くこと。

七 その名誉を害する事項を告げ、又はその知り得る状態に置くこと。

八 その性的羞恥心を害する事項を告げ若しくはその知り得る状態に置き、又はその性的羞恥心を害する文書、図画その他の物を送付し若しくはその知り得る状態に置くこと。

② この法律において「ストーカー行為」とは、同一の者に対し、つきまとい等（前項第一号から第四号までに掲げる行為については、身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる場合に限る。）を反復してすることをいう。

[49] なお、この事案には３名の関与者がいるが、残る１名についての判決（東京地立川支判平成26年３月17日公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930112）では適用法条が省略されている。

のＤに対する恋愛感情その他の好意の感情及び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で、平成25年６月29日から同年８月20日までの間、Ｄに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をし、また、Ｅと共謀の上、ＥのＦに対する恋愛感情その他の好意の感情及び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で、平成25年８月７日から同月12日までの間、Ｆに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をした、というものであった[50]。

ストーカー行為の定義を確認すると、唯一身分性が問題となり得る要素として「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」（法２条１項柱書き）がある。被告人ＸおよびＹは、自身が所定の感情を有しているわけではない相手方に対してつきまとい等を行っているため、この目的を独自に備えることが不可能であった[51]。そこで、東京地裁立川支部は、この刑罰構成的な目的を65条１項の身分として解釈したものと考えられる。これらの判決はいずれも、同目的が身分に該当する理由については触れていないが、いずれにせよこれらの判決の登場により、実務上、必ずしも刑罰構成的な主観的要素の身分性が否定されるわけではないことが明らかとなったといえよう。

第３款　小括

以上、主観的要素の身分性に関する判例を概観してきた。その結果、以下のことが明らかになったものと思われる。

第一に、判例は、身分にあたる主観的要素と身分にあたらない主観的要素とを区別しているということである。その区別の際の基本的な考え方を示唆する

---

[50] ４月16日判決の事案については、便宜上、判示第２および第３の事実のみを取り上げている。なお、本判決の判示第１の事実では、被告人によるつきまとい等の対象が、まさに被告人自身が所定の感情を有する相手方であったため、刑法65条１項の適用なくストーカー行為罪の共同正犯の成立が認められている。

[51]「好意の感情」とは、好きな気持ち、親愛感をいい、「それが満たされなかったことに対する怨恨の感情」とは、特定の者に対して抱いた好意の感情が満たされなかったために生じた怨恨の感情をいう（檜垣重臣『ストーカー規制法解説』（立花書房、改訂版、2006）12-13頁）。

のは、大審院昭和９年判決と最高裁昭和42年判決である。すなわち、前者は「業として」という主観的要素を「犯罪行為の態様」と解して身分該当性を否定したのに対し、後者は「営利の目的」という主観的要素を「犯人の特殊の状態」と解して身分該当性を肯定したのであり、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。

第二に、以上の基本的な考え方が示された後の下級審裁判例がそうした考え方に従っているのだとすれば、ある主観的要素が身分にあたるか否かの判断方法としては、東京高裁昭和53年判決のように主観的要素の内容に着目するものと、東京地裁昭和62年判決のように主観的要素が刑罰構成的か否かに着目するものに分けられるということである。

第２項　消極的な主体要素[52]

消極的な主体要素、すなわち「ある身分を備えていない」という要素が身分にあたるか否かについて、判例は大審院期から一貫して否定的な立場を採っている。消極的な主体要素については、これまで刑罰構成的なものだけが問題とされてきたため、それが身分に当たる場合には刑法65条１項が適用され、身分に当たらない場合には一般の構成要件要素と同様に連帯的に取り扱われることとなるから、主観的要素と身分の問題に比べれば実益のある議論ではないが、身分概念の捉え方が顕著に表れる部分であるため、本稿においてはこれについても検討する必要がある。

第１款　大審院期

（１）大審院大正４年10月４日判決[53]

先述のとおり、判例は一貫して否定的な立場を採ってきたのであるが、消極的な主体要素が問題となった事例のほとんどは、免許を有しない者による犯罪

[52] この問題に関しては「消極的身分」という文言を用いるのが一般的であるが、ここではまさに身分に該当するか否かが問題であるから、本稿は「消極的な主体要素」という文言を用いる。

[53] 刑録21輯1376頁。

行為に免許を有する者が関与したという事案であった。そうした事案に属する判例のうち公刊されたものとして最も古いものと思われるのが、大正４年10月４日の大審院判決である。

事案は、歯科医師の免許を有する被告人Ｘが、歯科医師の免許を有しない者による無免許営業を情を知って幇助したというものであった。

大審院は、次にように判示して、Ｘに対し無免許営業罪の幇助犯の成立を認めた。

「凡従犯は単に正犯を幇助するに因て成立するものなれば苟も他人が歯科医師の免許を受けずして歯科医業を為すの情を知りて之を幇助するときは自ら有免許者たると無免許者たるとを問わず歯科医師法違反罪の従犯たるは免れざるは勿論にして此趣旨に依れる原判決の擬律は少も違法にあらず論旨は理由なし」

本判決は、刑法65条については明示的に述べてはいない。それはまさに、無免許であるということは身分に該当しないということを前提としているものであろう。

（２）大審院昭和12年10月29日判決[54]

昭和12年10月29日の大審院判決は、次のような事案に関するものであった。すなわち、選挙事務長である被告人Ｘが、無資格運動者Ａと共謀して、議員候補者Ｂに当選を得させる目的で、選挙運動者に対し金員を供与したというものであった。原審は刑法65条１項を適用したものの、大審院は以下のように判示して、刑法65条１項の適用を否定した。

「原判決に於て被告人Ｘ等に対し無資格選挙運動を為したる点に付きても法律の適用を為したるは正当なるも刑法第65条第１項をも直接適用せるは失当なり叙上判例〔大判昭和12年２月17日刑集16巻92頁＝筆者注[55]〕は同条の趣旨を酌

[54] 刑集16巻1417頁。

[55] 本判決も選挙委員が無資格運動者と共謀した事案に関するものであり、そこで大審院は、「選舉委員は候補者の爲適法なる選舉運動を爲し得べきは言を俟たずと雖無資格運動者の無資格運動に加功するは選舉委員として爲すべき選舉運動の範圍に屬せずと認むべきを以て無資格運動者と共に共犯に關する規定の適用を受け前示罪責に任すべきもの」として、刑法65条１項を適用することなく選挙委員に対し無資格運動の共同正犯の成立を認めた。

み其の精神に則るべきことを示したるに過ぎず」

本判決も、大審院大正４年判決と同様、無資格であるという消極的な主体要素を身分ではないことを前提としている。本判決は、刑法65条を適用した原審の判断を「失当」として斥けており、消極的な主体要素は身分に含まれないという考えがより顕著に表れているといえよう。

第２款　最高裁判所期

（１）東京高裁昭和47年１月25日判決[56]

大審院の考え方は、最高裁判所期においても基本的に維持されてきた。

昭和47年、東京高裁は、医師である被告人Ｘが医師でないＡと共謀して無免許医業を行ったという事案で原審が刑法65条１項を適用した点につき、「原判決が右60条のほか刑法第65条第１項をあわせ適用していることは所論のとおりであるが、医師法第17条、第31条第１項第１号で規定する無免許医業の罪において、その犯人に医師の資格がないということは、刑法第65条第１項にいう身分にはあたらないのであるから、その犯人の無免許医業に協力、加功しても、同法条にいわゆる身分により構成すべき犯罪行為に加功したことにはならないのであり、従つてその無免許医業に共謀共同正犯の態様において加功した者に対し、法令の適用をするには、関係罰条のほか刑法第60条を適用すれば足り（医師の資格があるからといつて、他人の無免許医業に協力、加功することまでを許されているわけではないのであるから、医師が他人の無免許医業に加功すれば、その加功の程度に応じた責任を負うのは当然である。）、同法第65条第１項をもあわせて適用する必要はない」と判示している。

（２）札幌高裁平成20年３月６日判決[57]

また、平成20年、札幌高裁も、医師である被告人Ｘが歯科医師Ａに医療行為をさせたという事案で、無免許医業罪は刑法65条１項にいう身分犯であるという控訴趣意について、「医師の免許は、免許のある者が自ら医業を行うことを許容するに過ぎないから、医師が医師免許のない者と共謀の上、免許のない者

[56] 判タ277号357頁。

[57] 公刊物未登載 LEX/DB 文献番号28145248。

が医業を行ったときは、医師も医師法31条１項１号にいう無免許医業罪の共同正犯になるというべきである。また、医師法31条１項１号、17条における医師の資格がないことは刑法65条１項にいう身分には当たらない」として斥けている。

（３）最高裁昭和23年11月25日判決[58]

さらに、無免許や無資格といった要素が問題となった事案ではないものの、消極的な主体要素の身分性が問題となった事案として、昭和23年11月25日の最高裁判決がある[59]。

事案は、被告人Ｘは、被告人Ｙ（第一審で確定）ら３名と共謀して、当時家出をしていた実父方に、共犯者にはその実父の家であることを告げず、強盗の目的を以て侵入した、というものであった。原審・東京高裁は、住居侵入罪を身分犯として65条１項を適用したが、最高裁は以下のように判示して、原審を破棄した。

「住居侵入の罪は故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し又は要求を受けてその場所から退去しないことによつて成立するものであつて、犯人の身分により構成され又は刑の軽重を来たすべき犯罪ではない。唯犯人と被害者との間に、特別な身分関係―例えば親子の関係―が存在するようなときは、かかる身分関係のない者の場合よりも、その侵入が『故なく』為されたものでないと見るのを相当とする場合が比較的多いであろうといい得るに過ぎない。本件において、原審は『被告人が第一審相被告人等３名と共謀して、当時出奔していた実父Ａ方に、共犯者にはその実父の家であることを告げず、午後11時30分頃強盗の目的を以て侵入した』との事実を認定しているのである。この場合、もし被告人が家出したことを後悔して父に謝罪するつもりで涙の帰宅をしていたものとすれば、たといかかる深夜戸締りを破つての侵入であつたとしても、父にとつてそれは迷える羊の帰還であり、心からの歓喜そのものであつたかも知れないのであつて、もとより住居侵入罪の成立しよう筈はないのである。しかし、これが強盗の目的で、しかも共犯者３名をも帯同して深夜家宅内に侵入したとあつては、たといそれが嘗ては自らも住み慣れたな

[58] 刑集２巻12号1649頁。

[59] 本判決は、法文上明示されない主体要素の問題でもあるが、便宜上、消極的な主体要素の問題として分類している。

つかしい実父の家であるとしても、父としても、世間としても、これを目して正当な『故ある』家宅の侵入とは認めえないであろう。されば原審の確定した被告人等の右所為は、数人共同して住居侵入罪を実行した場合に該当すること勿論であつて、刑法第130条第60条により問擬せらるべきものなのである。しかるに、原審は右事実を認定しながら刑法第60条を適用せず、犯人の身分により構成すべき犯罪行為に加功したその身分なき者をなお共犯とする同法第65条第１項を適用したのは論旨主張の通り擬律の錯誤あるものといわざるを得ない。原判決はこの点において全部破棄を免れ得ないのである。」

要するに原審は、住居侵入罪が被告人やその実父などの人物以外の者にしか遂行し得ない犯罪であるため同罪は身分犯であると考え、本件は（被害者の息子ではないという身分を有する）身分者（Ｙら）と（被害者の息子ではないという身分を有しない）非身分者（Ｘ）との共同正犯という構造を見出したものと思われる。しかし、本判決において最高裁は、被害者と親子関係のような特別の関係にある者による侵入が「故なく」（現行法では「正当な理由なく」）なされたものと評価できない場合が事実上多いというにすぎないとして、このような考え方を明確に否定したのである。もっとも、そう解したとしても、住居侵入罪は住居権者以外の者にしか遂行し得ない犯罪であるとして身分犯と解する余地も残るが、その点については、事案の解決に不必要であるため、本判決では触れられていない。そうした身分犯の存在が肯定されれば、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りかねないため、理論的には重要な問題であろう[60]。この点については、後に検討する。

第３項　法文上明示されない主体要素

法文上は主体が限定されていないものの、構成要件該当行為の性質から主体

[60] 大塚ほか編・前掲注（18）622頁〔川端博〕は、「本判決が指摘しているように、身分関係が本罪の成否に影響を及ぼす場合はありうるであろう。しかし、それは『身分』の有する特質から生ずるものではなく、むしろ住居侵入罪の保護法益の侵害と解されうるかどうかに関する判断資料の一要素にすぎないのである」とした上で、「原判決は、…安易に65条１項の適用を肯定してしまったといえるであろう」とする。

が限定されるという場合がある。そのような意味での主体要素（以下、法文上明示されない主体要素という）の身分性について判例はどのように考えてきたのであろうか。

（１）最高裁昭和40年３月30日決定[61]

法文上明示されない主体要素の身分性について判断を示した判例の中で、最も古いものと思われるのが、昭和40年３月30日の最高裁決定である。

事案は次のようなものであった。

被告人Ｘ女が、同女の夫と情を通じていたＡ女に対する嫉妬のあまり、被告人Ｙおよび被告人Ｚ（第一審で確定）とＡ女を姦淫することを共謀し、ＹはＡ女を強いて姦淫し、Ｚはその目的を遂げなかった。

本件では、強姦罪の単独正犯たり得ないＸ女が、強姦罪の共同正犯たり得るのかが争われたのであるが、最高裁はこの点について次のように判示した。

「…強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法65条１項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによつて、強姦罪の保護法益を侵害することができるから、身分のない者が、身分のある者と共謀して、その犯罪行為に加功すれば、同法65条１項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである。従つて、原判決が、被告人Ｘの原判示所為に対し、同法177条前段、60条、65条１項を適用したことは、正当である。」

強姦罪には男性という主体が明示されているわけではなく、主体が事実上男性に限定されるにすぎないとして、本決定に対しては異論も強い。たしかにそのような考え方もあり得ようが、「女子を姦淫」するという構成要件該当行為からすれば、男性という主体が明示されていないとはいえ、実際には男性という主体に限定されているという考え方もあり得えよう[62・63]。主体が法文上明示さ

---

[61] 刑集19巻２号125頁。

[62] なお、本決定の調査官解説は、強姦罪が身分犯であるとする点については、「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られる犯罪であるから、右判例によれば、身分犯と解すべきである」（堀江一夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和40年度（1965）22頁）という説明にとどまっている。

[63] 強姦罪を身分犯と解すれば、女性による同罪の間接正犯が成立し得なくなるという見解もあるが、必ずしもそうではないように思われる。従来、少なくと

れていない場合であっても、構成要件が特徴づけられた主体を前提としている場合と純粋に事実上特徴づけられた主体が前提とされる（構成要件は特徴づけられた主体を前提としていない）場合とで分けて検討してゆく必要があると思われる。この点については、後に検討する。

（2）最高裁昭和45年12月18日判決[64]

昭和45年12月18日の最高裁判決では、旧所得税法70条10号[65]の検査妨害罪が身分犯に該当するか否かについて判断を示した。

事案は次のようなものであった。

も黙示的には、身分犯概念は正犯性と結びつけられて考えられてきたが、そもそもそのような結びつき自体検討を要するからである。

[64] 刑集24巻13号1773頁。この判例の調査官解説として、田尾勇「判解」最判解刑事篇昭和45年度（1970）369頁以下。また、旧所得税法70条10号の罪を身分犯と解し被告人には身分がなかったとした控訴審判決についての評釈として、藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968）62頁以下がある。

[65]《旧所得税法（昭和40年法律第33号による全部改正前）63条》

収税官吏は、所得税に関する調査について必要があるときは、左に掲げる者に対し質問し又はその者の事業に関する帳簿書類その他の物件を検査することができる。

一　納税義務者、納税義務があると認められる者又は損失申告者（第29条第３項に規定する申告書で損失申告書に相当するものを含む。）を提出した者

二　第61条又は第62条に規定する支払調書、計算書、調書又は源泉徴収票を提出する義務がある者

三　第１号に掲げる者に金銭若しくは物品の給付をなす義務があったと認められる者若しくは当該義務があると認められる者又は第１号に掲げる者から金銭若しくは物品の給付を受ける権利があったと認められる者若しくは当該権利があると認められる者

《同法70条》

左の各号の一に該当する者は、これを１年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。但し、第４号の規定に該当する者が、当該所得税について第69条の３の規定に該当するに至ったときは、同条の例による。

十　第63条の規定による帳簿書類その他の物件の検査を拒み、妨げ又は忌避した者

Ａ商工会事務局員である被告人Ｘは、①昭和38年９月11日、木型製造業Ｂ方において、川崎税務署所得税第二課第一係長収税官吏Ｃが、Ｂに関する昭和37年分所得税青色申告に関する調査のため、帳簿、書類その他の物件の検査をしようとするのに対し、Ｃの面前に立ち塞がり、顔を同人の顔面に近づけ数回に亘り大声で「帰れ」と怒鳴りつけてこれを妨げ、②同年同月17日、Ｄと共謀の上、同所において、Ｃが前記のような検査をしようとするのに対し、同人の面前に立ち塞がり、顔を同人の顔面に近づけ大声で「又来たのか、早く帰れ、何度来たら判るのだ」などと怒鳴りつけてこれを妨げた。

この事案では、旧所得税法70条10号の罪が身分犯であるかが争点となった。仮に身分犯であるとすれば、上記事実①においては、Ｘは身分を欠くために不可罰となり、上記事実②においては、Ｘが身分を欠くだけでなく共犯関係にあるＤも身分を欠くために不可罰であるということになる。第一審・横浜地裁は、同罪を身分犯とせずＸを有罪としたのに対し、原審・東京高裁は、同罪を身分犯としてＸを無罪とした。これに対して最高裁は、以下のように判示して、原判決を破棄した上で差し戻した。

「旧所得税法70条10号の定める当該帳簿書類その他の物件の検査を妨げる罪は、同法63条１号ないし３号所定の者に対し、収税官吏による必要限度の検査を受忍すべき義務の履行を間接に強制しようとするものであることはもちろんであるが、これにとどまらず、適法な検査を保護し、検査の実効性を確保して、適正公平な課税権の行使に資し、税制の目的を達成するため、これに必要な限度で、ひろく一般人をも対象とし、公務執行妨害罪にいたらない程度の行為を禁じようとするものであつて、公務執行妨害罪の補充的規定たる性格をも有し、同条各号所定の者の行為のみを処罰するいわゆる身分犯を定めた規定ではないと解するのが相当である。右70条10号の規定の文言に徴しても、同号が犯罪の主体につき、なんらの限定をも加えていないことは明らかである。もつとも、同号所定の行為のうち、検査を拒み、あるいは忌避する行為は、同法63条１号ないし３号所定の者や、当該帳簿等を所持する者など、一定の身分のあるものをその主体として予想しているといえないこともないが、かりにそう解したとしても、それは、単に、その性質上、かかる身分を有する者でないとなしえない類型の行為が犯罪構成要件とされているというだけのことであつて、なんぴとにおいてもなしうる類型の行為につき、特に右のような身分を有する者のみを処罰すべきことが定められているのではない。そして、検査を妨げる行為は、

その性質上、なんぴとにおいてもなしうる行為であり、かつ、前記のとおり、その主体につき、法文上、なんらの限定も加えられていないのであるから、これをもつて一定の身分のある者のみを処罰する趣旨であると解する余地は全く存しない。また、検査を妨げる行為が、たまたま、検査を拒み、あるいは忌避する行為と同一の条項に規定されているからといつて、そのことゆえに、行為の性質上の差異を無視し、法の趣旨を没却してまで、これらを統一的に解釈しなければならないとすることもできないのである。」

本判決は、旧所得税法70条10号の罪の身分犯性を否定した。その理由の中で注目されるのは、主体が法文上明示されていないことが、一つの考慮要素としてのみ取り扱われているということである。すなわち、本判決は、同罪の立法趣旨を検討したうえで同罪が何人によっても遂行可能な犯罪であることを指摘し、その結論を補強するかたちで、法文上も主体が明示されていないということを考慮しているのである。したがって、最高裁はやはり、法文上主体が明示されているか否かということを絶対的な基準としているわけではなく、法文上主体が明示されていない犯罪についても、構成要件該当行為の性質に照らして、当該構成要件が主体を限定する趣旨を含んでいるか否かを検討しているのである。

（3）最高裁平成６年７月20日決定[66]

平成６年７月20日の最高裁決定では、相場操縦罪（旧証券取引法[67]125条２項１号後段、３項[68]）が身分犯に該当するか否かについて判断が示された。

---

[66] 刑集48巻５号201頁。

[67] 昭和63年法律第75号による改正前のものをいう。現在、金融商品取引法。

[68]《証券取引法（昭和56年法律第62号による改正前）80条》

② 証券取引所は、会員組織とする。

《同法（昭和63年法律第75号による改正前）107条》

有価証券市場における売買取引は、当該有価証券市場を開設する証券取引所の会員に限り、これをなすことができる。

《同法125条》

② 何人も、有価証券市場における有価証券の売買取引を誘因する目的を以て、左に掲げる行為をしてはならない。

一 単独で又は他人と共同して、当該有価証券の売買取引が繁盛である

事案は、東証１部上場企業Ａ社の役員である被告人ＸおよびＹが、大手証券会社Ｂの幹部である原審相被告人Ｚないし Ｃと共謀し、株価を人為的に高騰・維持させる目的で、被告会社の資金で自社株を買い付ける等の方法により相場操縦をした、というもので、証券取引法（現金融商品取引法）上の相場操縦罪が刑法65条１項にいう身分犯に該当するか否かが争点の一つとなった。同罪が「何人も」と規定されているにもかかわらず身分犯性が争点となったのは、同法の規制枠組みによれば、証券取引を行えるのは証券取引所の会員のみであった（同法170条）ため、同罪の主体は証券取引所の会員に限定されていると考えることも不可能ではなかったからである。第一審・東京地裁が刑法65条１項を適用しなかったのに対し、原審・東京高裁は第一審が同条項を適用しなかったのは法令適用の誤りであると指摘した。そこで最高裁は、この点について以下のような職権判断を示し、同罪の身分犯性を否定した。

「原判決は、証券取引法125条２項１号後段に関する本件第一の変動操作の罪及び同条３項に関する本件第二の安定操作の罪は、いずれも有価証券市場における売買取引をしたことを内容とするものであり、同法107条（昭和63年法律第75号による改正前のもの。以下同じ。）によれば、有価証券市場における売買取引は、証券取引所の会員に限られるのであるから、右各罪は証券取引所の会員によってのみ犯すことができる、刑法65条１項にいう身分によって構成すべき犯罪であって、証券取引所の会員としての身分のない被告人Ｘ及び同Ｙの本件第一の変動操作の罪及び同第二の安定操作の罪については、いずれも同条項を適用すべきであったのに、これを適用しなかった第一審判決には法令の適用に誤りがある旨判示している。

しかし、証券取引法125条２項及び３項は、いずれも禁止行為の主体を「何人も」と規定しており、証券取引所の会員以外の者は右会員に委託することによって有価証券市場において売買取引を行うことができるのであるから、証券

と誤解させ、又はその相場を変動させるべき一連の売買取引又はその委託若しくは受託をすること

③　何人も、単独で又は他人と共同して、政令で定めるところに違反して、有価証券の相場を釘付け、固定し、又は安定する目的を以て、有価証券市場における一連の売買取引又はその委託若しくは受託をしてはならない。

取引所の会員以外の者も右各条項の保護法益を侵害することができるのである。また、同法107条の趣旨は、同法80条２項により証券取引所が会員組織であることを要することから、証券取引所の会員に限って有価証券市場における売買取引を行うことができることとしたにすぎず、同法125条２項及び３項の規制の対象まで証券取引所の会員に限定する趣旨のものであるとは解されない。右の諸点にかんがみると、同条２項１号後段の変動操作の罪及び同条３項の安定操作の罪は、いずれも刑法65条１項にいう身分によって構成すべき犯罪ではないというべきである。」

同罪は、構成要件該当行為の性質上、主体が証券取引所会員に限定されているとも考えられるため、同じく構成要件該当行為の性質上、主体が男性に限定されていると考えられる強姦罪を身分犯とした最高裁昭和40年決定との整合性が問題となり得る。しかし、強姦罪は「姦淫」という文言を用いており、この構成要件自体が主体を男性に限定しているといえるのに対して、相場操縦罪は「何人も」と規定しており、主体に限定を設けないという趣旨が明らかとなっているから、本決定と昭和40年決定とは矛盾しないであろう。

本決定の調査官解説は、「名宛人が『何人も』と規定されている場合には、被適用主体に限定はないと解するのが自然な解釈であろう」と指摘している[69]。さらに、「実際上、相場に人為的な操作を加え得るのは、証券取引所の会員である証券会社だけではなく、会員でない証券会社や機関投資家、いわゆる仕手筋など多種多様であって、自由な公開市場を確保する義務についていえば、法125条で規定するように『何人』にも課されていると解される」こと、「法益侵害の観点からみても、証券取引所の会員でなければ、事実上、法益を侵害することができないものではなく、実際上、相場操縦はいわゆる仕手筋や株式の上場や増資に絡んで関連会社である非会員が主導的に行う場合が少なくなく、場合によっては、非会員が相場操縦の情を知らない証券会社を通じて相場操縦をなし得ると解されるのであって、法125条の罪を身分犯と解さなければならない理由はない」こと、「身分犯説が根拠とする法107条の規定の趣旨については、証券取引所が会員組織であることを要する組織上の要請から、会員だけに有価証券市場における売買取引を行う権利を認めることになったにすぎないものと解されるのであり、それ以上に、法107条が刑罰法規である法125条の明文『何

[69] 小倉正三「判解」最判解刑事篇平成６年度99頁。

人も……してはならない。』に反してまで、同条の犯罪主体を証券取引所の会員に限定することを規定したものであるとまで解しなければならない理由はない」ことを指摘している[70]。

本決定も、当該構成要件から、主体を限定する趣旨が読み取れるか否かを指導的な基準としているものと思われる。法文上主体が限定されているか否かが指導的な基準であるとすれば、「何人も」と規定する同罪の身分犯性を検討する理由はないからである。そのほか、行為主体を問わずに当該構成要件該当行為による法益侵害が発生するか否か、当該構成要件を身分犯と解釈すべき法律の枠組みとなっているか否かを検討しているのも、法文が指導的な基準でないことを示唆している。

（４）最高裁平成12年11月27日決定[71]

さらに、平成12年11月27日の最高裁決定は、収支報告書虚偽記載の罪（旧政治資金規正法[72]25条１項、12条１項[73]）が身分犯ではないという判断を示した。

---

[70] 小倉・前掲注（69）99-100頁。

[71] 刑集54巻９号874頁。調査官解説として、山口雅髙「判解」最判解刑事篇平成12年度246頁以下。

[72] 平成６年法律第４号による改正前のものをいう。

[73]《政治資金規正法（平成６年法律第４号による改正前）25条》

① 第12条若しくは第17条の規定に違反して報告書若しくはこれに併せて提出すべき書面の提出を怠り、又は第12条、第17条若しくは第19条の５の規定に違反して第12条第１項若しくは第17条第１項の報告書若しくはこれらに併せて提出すべき書面に記載すべき事項の記載をせず、若しくはこれらに虚偽の記入をした者は、５年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

《同法第12条》

① 政治団体の会計責任者は、毎年12月31日現在で、当該政治団体に係るその年における収入、支出その他の事項で次に掲げるもの（これらの事項がないときは、その旨）を記載した報告書を、その日の翌日から３月以内（その間に衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の公示の日から選挙の期日までの期間がかかる場合には、４月以内）に、第６条第１項各号の区分に応じ当該各号に掲げる都道府県の選挙管理委員会又は自治大臣に提出しなければならない。

事案は次のようなものであった。

大阪府東大阪市役所市長公室参事兼秘書課長事務取扱の職にあった被告人Xは、当時同市役所市長公室長Aおよび同市市長Bを推薦・支持する政治団体である「Cの会」の会計責任者の職務代行者であるD、Bの私設秘書であり同政治団体の会計実務を担当していたE、同政治団体の代表者であるFならびに同政治団体の名義上の会計責任者であるGと共謀の上、平成6年3月中旬頃、同市役所において、政治資金規正法12条1項の規定により、大阪府選挙管理委員会に提出すべき同政治団体の平成5年分の収支報告書を作成するにあたり、同報告書の同年分の収入額について、その実際額が5,469万9,588円であったにもかかわらず、これが2993万円であった旨虚偽の記入をして、これを同月23日、大阪府選挙管理委員会に提出した。

判旨は以下の通りである。

「なお、本件は、平成6年法律第4号による改正前の政治資金規正法12条1項に基づいて提出された報告書を作成するに当たり、それに虚偽の記入をしたというものであるところ、何人が右報告書に虚偽の記入をしても、政治資金の収支を公開することにより政治活動の公明と公正を確保するという同法の目的が没却されることに変わりはないのであって、右改正前の同法25条1項により右行為が処罰されるのは、特定の者に課せられた義務に違反するからではないというべきである。したがって、同条項が定める前記報告書に虚偽の記入をする罪は、その主体が限定されたものではなく、犯人の身分によって構成すべき犯罪ではないと解されるから、原判決が、これと同旨の見解の下、会計責任者との共謀による被告人の本件所為に対して平成7年法律第91号による改正前の刑法65条1項を適用しなかった第一審判決を正当とした判断は、これを是認することができる。」

本判決も、平成6年決定と同様に、当該構成要件から、主体を限定する趣旨が読み取れるか否かを判断基準としており、その中で、行為主体を問わず当該構成要件に該当する行為による法益侵害が発生するか否かを考慮しているものと思われる。

第4項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素

身分性が問題となる要素の中には、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、ということが問題となるものも存在する。実際の判例において問題となったのは、事後強盗罪における「窃盗」である。したがって、以下では、この要素の身分性について判例がどのように考えているかを検討する。もっとも、この問題領域がこれに限られるわけではないことは当然である。

（１）東京地裁昭和60年３月19日判決[74]

昭和60年、東京地裁は、事後強盗罪における「窃盗」を刑法65条の身分と解した。事案は次のようなものであった。

被告人ＸおよびＹが公園で飲酒していたところ、酒に酔ったＡが同公園に来合わせ、その後酒が残り少なくなったことから、酒を買う金を捻出するため、ＸはＡから酒代を出してもらおうと考え、そばで飲酒していたＹに対しＡから酒代を出してもらおうという趣旨のことを誘いかけ、Ｙもこれを了承して、ＸおよびＹはベンチに腰を掛けていたＡの前に赴き、ＸはＡに対し「酒を買うから金貸してくれ」と話しかけ、これに対しＡが酒に酔った状態で所持していた財布を取り出し、「これしか持っていない」などと言いながら同財布を被告人らに示したところ、Ｘは同財布内から千円札３枚を素早く抜き取りこれを窃取したが、その直後にＡがＸに対し「金を返してくれ」と言って金銭の返還を求めるや、その取還を防ぐ目的をもってＸおよびＹは意思を通じ、Ｘによる現金抜取りを傍で目撃していたＹはＡに対し「てめえ、兄貴に何言ってるんだ」などと言いながら、Ａの顔面を平手で１回殴打し、Ｘも履いていたスニーカーでＡの頭部を１回殴り、さらに被告人ＹはＡの胸倉を掴んで同人を同公園の隅方向に約４、５メートル引きずって行き、ＸがＡの腹部を蹴ろうとしてＡに足を取られ同人とともに転倒した際、同人の顔面を１、２回手拳で殴打し、なおも金の返還を要求するＡに対し、Ｘは同所にあった空の一升瓶でその頭部を１回殴打するなどの暴行を加え、その際、右暴行によりＡに対し全治１週間を要する傷害を負わせた。

判旨は以下の通りである。

「…被告人Ｙは、被告人Ｘが事後強盗罪の構成要件の一部である窃盗を終了してから、被告人Ｘの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭（飲み代）の取還を防ぐべく、被告人Ｘと意思相通じて被害者に暴行を加え、その

[74] 判時1172号155頁。

結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考え方もあり得ようが、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Ｙはその身分がないのであるから、本件では承継的共同正犯の問題ではなく、共犯と身分の問題として把握すべきであり、この解決が本件事案の実態に即しているものと考える。それ故、身分のない被告人Ｙ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判断するのが相当である。」[75]

本件は、窃盗既遂犯人による取還防止目的での暴行にのみ関与し、窃盗既遂自体には関与していない者の取扱いが問題となったものである。本判決を見ると、承継的共犯の問題と共犯と身分の問題が重なり合うものではないということを前提としているようである。この点は、後述のように、一部の学説が両者が重なり合い得ると主張していることとの関係で注目される。次に、本判決は、共犯と身分の問題として解決することが「本件事案の実際に即している」というのであるが、その趣旨は明らかでない[76]。とはいえ、本判決が事後強盗罪を身分犯と解した根拠は、「窃盗が」という文言にあることは明らかである。

（２）大阪高裁昭和62年７月17日判決[77]

昭和62年、大阪高裁は、事後強盗罪における「窃盗」を刑法65条１項の身分と解した。事案は次のようなものであった。

被告人Ｘは、共犯者２名と共謀の上、サイドリングマスコット１個を窃取し、その直後、警備員Ａから逮捕されそうになるや、逮捕を免れる目的で同人に対し、こもごも殴る蹴るの暴行を加え、同人に加療約10日間を要する傷害を加えたが、共犯者２名による関与は、被告人の窃盗が既遂に達した後であった。

おそらく原審は、事後強盗における暴行・脅迫にのみ関与した者の擬律を、承継的共犯の問題として扱ったようである。しかし、大阪高裁は、職権判断として、原審の法令適用の誤りを指摘した（結論としては、控訴棄却）。

---

[75] なお、こうした考え方はすでに、新潟地判昭和42年12月５日判時509号77頁においても見ることができる。

[76] 中森喜彦「判批」判評353号（1988）70頁。

[77] 判時1253号141頁。

「…原判決の法令の適用について考えるのに、原認定のように、共犯者２名が被告人の犯行に関与するようになつたのが、窃盗が既遂に達したのちであつたとしても、同人らにおいて、被告人が原判示マスコットを窃取した事実を知つた上で、被告人と共謀の上、逮捕を免れる目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない同人らについても、刑法65条１項、60条の適用により（事後）強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから（なお、この場合に、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、身分のない共犯者に対し更に同条２項を適用すべきであるとの見解もあるが、事後強盗罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わつ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条所定の目的をもつて、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによつてはじめて成立するものであるから、真正身分犯であつて、不真正身分犯と解すべきではない。従つて、身分なき者に対しても、同条２項を適用すべきではない。）、傷害罪の限度でのみしか刑法60条を適用しなかつた原判決は、法令の解釈適用を誤つたものといわなければならない…。」

本件も、窃盗既遂犯人による取還防止目的での暴行にのみ関与し、窃盗既遂自体には関与していない者の取扱いが問題となったものである。事後強盗罪を真正身分犯と解した点で東京地裁昭和60年判決と異なるが、同罪を身分犯とする考え方は同判決と異ならないようである。

第２節　学説

次に本節では、従来の学説について検討を加え、従来の学説が身分犯をどのような概念としてとらえてきたかという点について明らかにする。学説においては、個別具体的な犯罪類型が身分犯にあたるかという問題だけでなく、身分犯の一般的意義自体についても争われてきた。そこで、本節ではまず、身分犯の一般的意義をめぐる学説を検討した後に、前節での判例の検討と同様、身分性が特に問題となってきた要素ごとに検討を加えることとする。

第１項　身分犯の一般的意義

（1）行為主体を限定する要素のすべてを身分とする見解

一般的に、身分犯とは、一定の身分を備える者だけが犯罪の主体となり得る犯罪類型であるとされるが、身分犯概念を最も広くとらえる見解によれば、この身分犯という犯罪類型を標識する身分は、後述のような文理や義務によって制限されるものではなく、およそ何らかのかたちで行為主体を限定する要素であれば足りるとされる[78]。後述のように、この見解からは基本的には、身分性が問題となる要素の多くが問題なく身分にあたるという結論に至ることになる。

（2）文理によって身分の範囲を制限する見解

これに対して、刑法65条の「身分」という文言を根拠に、身分犯という犯罪類型を標識する身分とは、行為主体を限定する要素であり、かつ、一定の継続性を有するものであるとする見解もある[79]。しかし、法解釈においては、必ずしも日常用語的語義に合致する解釈が選択されるわけではないはずであるか

---

[78] たとえば、西田典之『刑法総論』（弘文堂、第２版、2010）75頁、同・前掲注（43）170頁など。

[79] 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第４版、2008）329頁注（二）、小野慶二「共犯と身分」日本刑法學會編『刑事法講座第三巻』（有斐閣、1952）493頁、福田平『刑法総論』（有斐閣、第４版、2004）284頁、日髙・前掲注（１）758-759頁、前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第４版、2006）468頁など。さらに、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第２版、2008）942頁は、主観的要素の身分性との関連において、「主観的要素を『身分』概念に含める意義は、いうまでもなく、65条２項を適用することによって、『営利の目的』をもたない者に『通常の刑』を科するためである。自らの『共犯論』を前提にして、合理的な結論を導くためには、『身分』概念を拡大して65条２項を適用し、これにより、理論的帰結を修正する必要があったのである。つまり、罪名従属性を前提にすれば、とくに教唆犯ないし従犯の場合に、正犯の罪名に従属せざるをえず、これを避けようとすれば、身分犯として65条２項の適用により、教唆犯・従犯には通常の刑を科するものとしなければならないとするのである」と指摘した上で、罪名独立性説の立場を前提とすると「65条２項の適用によらなくても、目的のような主観的要素はいわゆる『個人的要素』であって、教唆犯・従犯に目的が存在しない場合には、理論上当然、通常の密輸入罪の教唆ないし幇助が成立する」から、「身分概念の本来の意義に立ち返って、その内容を定めることができる」としており、ここでも、主観的要素は本来刑法上の身分概念に含まれないということが前提とされているが、それはまさに「身分」という文理に基づくものであろう。

ら、こうした解釈手法の説得力は限定的であろう。

アプローチは異なるものの、実質的には、身分概念を文理によって限定していると考えられる見解もある。そうした見解の論者は、「単数或いは複数の行為者の考えている意味が他の人々の行動と関係を持ち、その過程がこれに左右されるような行為」である社会的行為、および、この社会的行為が現実化され互いに他者を客体とする相互行為を前提とした上で、相互行為が繰り返し行われることで、行為者相互間に一定の行動パターンが成立し、「われわれの社会生活は、絶えずこのような一定のパターンを基礎にして営まれている」のだとする[80]。そして、このようなパターンにおける両極を「地位」、そして、その地位に具有する権利・義務を実行に移すことを「役割」の遂行とし[81]、この「地位」および「役割」の概念が「身分犯の考察にとって基本的な枠組を提供するものと言えよう」とする[82]。そしてこの見解の論者は、「われわれは、既に、地位＝身分概念が、社会関係から導かれること、また、地位占有者は、他者との相互過程においてその地位にふさわしい役割をもっていることを弁えている。このような視座から、身分犯は、その身分を有する者の役割逸脱行動として捉えることができる。したがって、われわれの分析を前提とする限り、目的犯における目的は、身分概念に包摂され得ないと言わなければならない」と結論づけている[83]。しかしながら、論者は、「地位＝身分」として地位概念と身分概念を同視しているのであるが、その根拠は明らかでない。たしかに、論者の分析による地位概念によって、いくつかの身分犯について説明がつくかもしれないが[84]、だからといって、ただちにその地位概念が身分概念そのものであるということにはならない。あるいは、地位＝身分とした根拠が、両概念の文言上の意味がきわめて近似しているという点に求められているのだとすれば、それは結局、言語的な類似性を根拠に「身分」と「地位」を結びつけるものであり、「身分」という文言から継続性要件を導出する見解に対する「単に言葉の語義を説くだ

---

[80] 上野幸彦「身分犯への一視座―地位概念の分析を手がかりとして―」日大紀要27巻（1985）181頁。

[81] 上野・前掲注（80）182頁。

[82] 上野・前掲注（80）183頁。

[83] 上野・前掲注（80）190頁。

[84] 上野・前掲注（80）183頁以下参照。

けでは、説得力を持ち得まい」[85]という論者自身の批判がそのまま妥当することとなって、矛盾しているように思われる。

（3）義務によって身分の範囲を制限する見解

（a）刑法65条１項における身分の範囲は義務により制限されるとする見解

この見解からは、身分は一括して定義できるものではなく、「刑法第六五条第一項に規定せられている身分犯は純正身分犯であって、純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によって一定の義務を負担させられている点にあり、従って、本来は、そのような義務を負担する身分ある者についてだけ、その義務違反によって、犯罪の成立があり、その意味において、『身分ニ因リ犯罪ヲ構成スル』犯罪とせられるのである。故に、刑法第六五条第一項に規定する『身分』の意義は、例えば収賄罪における『公務員又は仲裁人』とか、背任罪の『他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者』とか、偽証罪の『法律ニ依リ宣誓シタル証人』とか等のように、社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まないものと解すべきである」と主張される[86]。こうした見解は、一定の支持を得ている[87]。

この見解の論者は、*H. Mayer*[88]や *Welzel*[89]、*Kohlrausch/Lange*[90]らの見解を引用しており、これらの被引用部分の記述を参照してみると、„Sonderdelikte“ についての説明がなされており、この概念は正犯者が特別の義務を負担する者に限定される犯罪であるとされている。ところが、そもそもドイツにおける Sonderdelikte を身分犯と同視してよいのかという点が検証されねばならず、後述第４章にて示すように、結論として、ドイツにおける Sonderdelikte とわが国における身分犯は、まったく異なる内容を持つに至った概念なのである。

---

[85] 上野・前掲注（80）190頁。

[86] 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959）156頁。

[87] 大野平吉「共犯と身分」日本刑法学会編『刑法講座第４巻（未遂・共犯・罪数）』（有斐閣、1963）167頁、川端博『刑法総論』（成文堂、第３版、2013）122頁。

[88] *Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Tei, 1953, S. 69 f.

[89] *Hans Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, 58.

[90] *Eduard Kohlrausch/Richard Lange,* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 41. Aufl., 1956, S. 137.

にもかかわらず、両者の同一性を前提としたこの見解には問題がある。

上記のような同一視の問題を措くとしても、わが国における身分犯を義務のみと結びつけることはできない。なぜなら、ドイツにおけるSonderdelikte概念が義務と結びつけられているのは、真正（刑罰構成的）なSonderdelikteと不真正（刑罰加重的）なSonderdelikteの双方の不完全な従属性を説明する必要性があったためであったと考えられるのに対し、わが国の刑法65条は、1項において完全な従属性を持つ身分犯の存在を認めている以上、そうした必要性が欠けるからである。ドイツ刑法では、1968年10月1日施行の旧50条2項が新設されるまでの間、「特別の一身的資格又は関係（besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse）」のうち、刑罰加重的・刑罰減軽的・刑罰阻却的なもののみが取り扱われており、こうした特別の一身的性質または関係はそれを備える者に対してのみ作用する旨規定されていた（1943年6月15日施行旧50条2項、1872年1月1日施行旧50条）。そして、不真正なSonderdelikteのメルクマールもここに含まれると解されていたのであった。しかし、刑罰構成的な「特別の一身的資格又は関係」は同規定において取り扱われていなかったためにこの取扱いが問題となったが、当時の伝統的な見解は、特別の一身的資格または関係のうち、刑罰加重的・刑罰減軽的・刑罰阻却的なものは非従属的に作用するという規定を反対解釈し、刑罰構成的な特別の一身的資格または関係はそれを備えない関与者に対しても従属的に作用すると解していた。ところが、とりわけ戦後になって、こうした反対解釈に異議を唱える見解、すなわち、不真正なSonderdelikteのメルクマールが非従属的に作用するにもかかわらず真正なSonderdelikteのメルクマールが一転して従属的に作用するというのは不合理であるという見解が主張されるようになり[91]、有力化したのである。このように、おそらくドイツでは、不真正なSonderdelikteと真正なSonderdelikteの取扱いの不均衡を是正する必要性が重視されたという経緯から、Sonderdelikteと義務が結びつけられるに至ったと言えよう。しかし、本文でも述べたように、わが国の刑法は、65条1項において、身分が完全に従属的に作用する場合があることを正面から認めている以上、ドイツと状況がまっ

[91] たとえば、*Edmund Mezger*, in: *Ludwig Ebermayer/Adolf Lobe/Werner Rosenberg*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl., 1957; *Adolf Schönke/Horst Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 1959, S. 275 f.

たく異なっているのである[92]。

また、わが国の刑法は、身分犯という犯罪類型を標識する身分が刑罰を減軽する場合をも想定しているところ、身分犯と義務を結びつける場合には刑罰を減軽する身分というものがあり得ないこととなり、現行法と矛盾することになる。それゆえ、この見解の論者は、刑法65条２項における「身分」とは、身分犯という犯罪類型を標識する要素としての身分だけでなく、それにはあたらない一身的な刑罰減軽要素を含んでいるのだと主張することになるが、「身分犯」という見出しを付された刑法65条における「身分」に身分犯という犯罪類型を標識する要素としての身分以外の要素を含ませる解釈には、無理があろう。

（b）身分全体の範囲が義務により限定されるとする見解

この見解は、「〔刑法65条の＝筆者注〕文言に素直な解釈によると、ここで言われている『身分』とは、完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素ととらえることが可能であろう」とした上で、以下のように主張する。

「およそ刑法上の構成要件において、正犯者の資格が何らかの形で制限されている場合、それが全て第六五条の身分に該当すると解することはできない。なぜなら、正犯者の範囲を制限することによって、法益の侵害性あるいは法益侵害の危険性、言い換えると直接的な社会侵害性が定義されている場合がありうるのであり、そのような場合、共犯者は正犯者を通じて、そのような法益侵害ないし社会侵害に因果的に完全に関与しうるからである。」[93]

「これに対し、第六五条の『身分』が問題となる場合とは、そのような法益侵害あるいは法益侵害の危険に直接関係しない、つまり直接的な社会侵害性を持たない行為でなければならない。言い換えると法により一定の地位にある者の一身的遂行のみが要求されている場合である。このような関与者に本来的に一身的にのみ帰せられる違法要素の法的性質については、既に検討したように、行為者人格との結びつき、社会倫理的な非難性、人的な行為不法というような

[92] ほぼ同様の指摘として、十河・前掲注（33）245-246頁。

[93] 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（二）完」姫路23＝24号（1998）115頁。

基準では充分な根拠を提供できないのであり、一定の資格を持つ者の一身的遂行のみが法的に要求されるという意味で特別な『義務』が課せられる場合であるという基準が解釈論的に説得力をもつであろう。したがって、第六五条の『身分』といいうるのは、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。」[94]

しかし、この見解によっても、身分犯という犯罪類型を標識する身分が義務によって制限されることを基礎づけることはできないと思われる。

第一に、論者は、刑法の想定する身分とは、「完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素」であるとするが、こうした、刑法65条1項の身分と同条2項の身分とをいわば混ぜ合わせることによって身分の特殊性を導くという解釈手法には、問題があるように思われる。なぜなら、刑法65条は、端的に言えば、1項の身分は従属的に作用し、2項の身分は非従属的に作用するということを規定しているに過ぎず、それ以上のことを規定しているわけではないからである。論者自身も、「『身分』が特別義務に限定され、従属性が緩和されるとしても、第六五条の第一項が完全な従属を命じていることとの不整合はなお残っている」としつつ、「これについては、特別義務が構成的身分である場合、関与行為も全く違法でない行為とはいえないわけであるから、立法者には完全に従属させるか、従属させずに無罪とするかの道しかなければ前者を選択せざるをえなかったであろうという立法政策的根拠と、組織あるいは制度と関連した義務が構成的に身分とされる、つまりその義務違反だけが犯罪とされるのは、それは本来、純粋に下位システム内の規範なのであるから、公務員の職務義務違反のように、全体システムにとっても重大な関心をもたざるをえない場合に限定されるという例外性を一応の説明とすることができるであろ

[94] 松生・前掲注(93)116頁。このほか、高橋則夫「共犯と身分」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻（未遂／共犯／罪数論）』（法学書院、1992）172頁も、「六五条は矛盾関係を内包する不合理性を有し、また画一的な処理をもたらすものであるが故に、六五条の問題領域を限定する必要があると考える。したがって、身分概念をできるだけ限定することが必要であるように思われる。この意味で、一項と二項を通じて、身分を『社会的・法律的などの人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格』と定義づけることが妥当と考える」とする。

う」とするが[95]、こうした説明が刑法65条１項との不整合を正当化するかは疑問である。

第二に、刑法65条２項は刑罰を減軽する身分犯の存在を前提としているが、この見解からは、前記（ａ）の見解と同様に、この点を説明することができないと思われる。

（４）小括

ここまで、学説における身分犯の一般的意義についての理解を検討してきた。その結果、身分犯という犯罪類型を標識する身分を継続性のあるものに限定する必要はないし、また、身分を義務と結びつけることは不可能であるということが明らかとなったと思われる。それを踏まえて、以下では個別具体的な犯罪類型の身分性についての議論を検討していくが、そこでは、文理や義務によって身分の範囲を限定しない見解からの主張を中心に検討していくこととする。

第２項　主観的要素

主観的要素が身分犯にいう身分にあたるかという問題は、旧麻薬取締法における「営利の目的」が身分にあたるとした最高裁昭和42年判決を契機として盛んに論じられるようになった。本項では、学説が主観的要素と身分性についてどのように考えてきたのかを検討する。

（１）主観的要素も身分にあたり得るとする見解

現在では、主観的要素も身分にあたり得るとする見解が多数を占めているが、その根拠は一様ではない。

おそらく、主観的要素も身分にあたり得ることの根拠として最も一般的であるのは、判例による身分の定義を前提とした上で、主観的要素も「犯人の人的関係である特殊の…状態」にあたるということであろう[96]。

---

[95] 松生・前掲注（93）119-120頁。

[96] 十河・前掲注（33）301-302頁。ただし、論者は、判例による身分の定義を無批判的に受け入れることを批判した上で、刑法65条の趣旨につき「個人責任の原則から、行為者に固有の事情に係わる一身的な犯罪要素は本来、それを有

また、刑法65条１項は不法身分の連帯的作用を規定したもの、２項は責任身分の個別的作用を規定したものと解する立場から、「動機や目的等の一時的・心理状態も、犯罪論の体系上、それが、行為の法益侵害性を左右する違法要素であれば、一項の『身分』として連帯的に、行為者に対する責任非難とのみ関係する要素であれば、二項の『身分』として個別的に、作用することになる」とする見解もある[97]。しかし、ここでは、主観的要素が「身分」にあたることが前提とされてしまっており、そもそもそのこと自体が一つの問題である。こうしたところからも、主観的要素の身分性判断の困難さが窺える。

さらに、「行為者の主観的な目的などを身分から除外する場合、それを欠く関与者にも当該犯罪の共犯が成立することになるから、結局、刑法65条１項を適用した場合と同じになる。この意味で、ある構成要件要素を『身分』と解するか否かは、刑法65条２項の適用において実際上の意義があるといえる。他方、行為者の目的などが責任要素としてとくに要求されている場合に、それが身分でないとし、目的などを欠く関与者についても当該犯罪の共犯の成立を認めることには実質的な問題がある。この意味で、『身分』という日常用語的理解からは若干離れることになるが、判例のように、身分の意義を広く解し、その性質に応じた扱いを行うことにも妥当性が認められるといえよう」とする見解もある[98]。すなわち、責任要素である主観的要素の作用を各関与者に対して個別的に取り扱うためには、刑法65条２項を媒介しなければならないから、その意

する者にのみ作用するはずである。しかし、公務員の収賄行為に非公務員が加功した場合のように、一身的な要素であっても共犯者たる他人にその効果が及ぶと考えられる場合がありうる。そこで、行為者の一身的な要素が、それを欠く共犯者にも影響を及ぼすのはどのような場合かということを明らかにしたのが、刑法65条であると解される」とし、「同条の趣旨がそのような点にあるとすると、行為者の一身的な事情に係わる要素は、すべて同条にいう『身分』に含まれることとなり、『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または状態』を広く身分と捉える判例・通説の立場は妥当であるといってよいであろう」と結論づけるものである（同302頁）。学説が判例による定義を無批判に受け入れているという他の指摘として、香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014）２頁、松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（一）」姫路18号（1996）４頁。

[97] 西田・前掲注（43）170頁。

[98] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016）348-349頁。

味で、主観的要素を「身分」とすることは妥当であるという趣旨かと思われる。しかし、ある主観的要素が身分にあたるかという問題と、その主観的要素が関与者間においてどのように取り扱われるかという問題は別問題であり、これらを結びつけることはできないように思われる[99]。

（2）主観的要素は身分にあたらないとする見解

（a）身分の範囲を制限する見解からの帰結

前記（1）において示した、文理によって身分の範囲を制限する見解および義務によって身分の範囲を制限する見解からは、主観的要素の身分性が否定されることになる。前者からは、身分には継続性が要求されるところ、一時的な状態でしかない主観的要素はこれに含まれないとされ[100]、後者からは、一定の主観的要素を備えること自体は行為主体に課せられる特別の義務を基礎づけるわけではないため、身分ではないとされる。

（b）行為者の属性ではないとして主観的要素は身分にあたらないとする見解

身分を文理や義務によって制限しない見解からも、主観的要素の身分性が否定される場合がある。たとえばある論者は、刑法65条の趣旨について「刑法第六五条第一項は、身分犯への加功は『身分のない者であっても、共犯とする』

---

[99] 伊藤・前掲注（44）338頁は、「目的の身分性が肯定されると、目的犯の共犯は刑法65条によって処理される。目的が真正目的か不真正目的か、あるいは、違法目的か責任目的かで目的の身分性の肯否をわけることも考えられる。しかし、この基準でもって目的の身分性の結論に差異を生じることは奇異な現象である。目的の真正・不真正性は立法政策の問題にすぎず、また目的の違法性・責任性は犯罪体系や法解釈の問題であり、身分性の肯否を決定するものではないからである。真正身分・不真正身分、違法身分・責任身分をどのように区別するとしても、目的が法律上どのような機能を有するかとは無関係に身分性は決定されるべきである。つまり、目的犯への刑法65条（特に２項）の適用の是非の前に、目的の身分性は決定されなければならないのである」と的確に指摘する。また、香川・前掲注（96）139頁は、「目的をもって身分とし、さらには身分犯とすることによって、六五条経由による処理を容易にしようとする発想自体わからぬわけではないが、そのこと自身、便宜論の域をでるものではない」と指摘する。

[100] 前掲注（79）のほか、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第３版、2016）495頁。

と規定する。この規定の前提には、その文言から、『身分のある者の身分犯への加功は、共犯である』との考えが控えていることが分かる。刑法第六五条第一項は『……であっても……とする』としており、『身分のない者は、共犯である』とは規定していないからである。ここから、刑法は、身分犯と非身分犯は、『犯罪主体』が異なるので、範疇が異なるものと理解していることが分かる。そうすると、共犯規定は『行為態様（関与形態）』に着目して処罰を拡張する規定にすぎないので、刑法第六〇条～同法第六二条の共犯規定が適用されるのは、『非身分者が非身分犯に加功した場合』と『身分者が身分犯に加功した場合』に限られることになる。換言すれば、『非身分者が身分犯に加功した場合』と『身分者が非身分犯に加功した場合』には、刑法第六〇条～同法第六二条の射程外ということになる。そこで、その欠落を補充すべく刑罰拡張規定として規定されたのが刑法第六五条というわけである。したがって、非身分者が身分犯に加功した場合と身分者が非身分犯に加功した場合は、刑法第六五条と刑法第六〇条～同法第六二条によって刑罰が二重に拡張され、はじめて可罰的になるのである」と説明した上で、身分は「行為者の属性」であるとする[101]。そこから、論者は、「身分の定義は『内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような特殊の地位』ということにな」り、結局、「他の法律における身分と同じく、『社会的地位』を意味するものに他ならない」とする[102]。

しかし、この見解では、目的犯における目的のような主観的要素が「行為者の属性」とはなり得ないことが前提とされているように思われるが、その点自体についても検討が必要であると思われる。

（c）継続性を欠くために行為者の属性ではないとして主観的要素は身分にあたらないとする見解

類似の見解として、「身分は、一身的なものであるから、判例が『……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』と言ったのであり、したがって、単なる行為の属性にすぎないものは身分に当たらず、行為者の属性を帯びてはじめて身分になるものと考える。その意味で、現象として見る限り、継続性が必要である。こうして、『営利の目的』は、行為の属

[101] 大越・前掲注（7）25-26頁。
[102] 大越・前掲注（7）26頁。

性であって行為者の属性ではないから、一般的には身分に当たらないものと考える」[103]とするものもある。

この見解では、継続性がなければ「行為者の属性」とならないことが前提とされているが、なぜ継続性がその前提となるのかが明らかでない。ここではまさに、何をもって「行為者の属性」と評価されるのかが問題なのである。

（3）小括――主観的要素の身分性判断における基準の不存在

以上のように、主観的要素も身分にあたり得ることについては、現在では広く認められているところである。しかし、このような見解に立つ論者においても、すべての主観的要素が身分に該当するとは解されていない。そのことは、各種偽造罪における「行使の目的」や各種予備罪における目的を身分と解する見解がほとんどないということから明らかである[104]。したがって、主観的要素も身分にあたり得るとする見解においても、すべての主観的要素が身分にあたるというわけではなく、一定の性質をもつ主観的要素のみが身分に該当するということが、暗に前提とされているように思われる。一方、主観的要素は身分にあたらないとする見解も、その根拠として継続性などの一定の性質がないことを挙げるが、そうした一定の性質がなぜ要求されるのかは十分明らかにされていない。そうした「一定の性質」が何であり、なぜ要求されるのかが、主観的要素の身分性判断において特に重要となってくるように思われる[105]。

第３項　消極的な主体要素

（1）消極的な主体要素も身分にあたるとする見解

[103] 筑間正泰「身分犯の共犯について」斉藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003）393頁。

[104] もっとも、川端ほか編・前掲注（38）622頁〔西田典之〕は、通貨偽造罪および文書偽造罪における「行使の目的」を身分と解する。

[105] 後述のように、刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないが、刑罰加減的目的は身分に該当するという基準を定立する見解があるが、刑罰構成的な身分と刑罰加減的な身分とが存在する以上、―刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないことが多く、刑罰加減的な主観的要素は身分に該当することが多いということはあり得るとしても―こうした基準は説得力を欠くといえよう。

学説では、たとえ消極的なかたちであっても行為主体を限定するものであることには変わりはない以上、消極的な主体要素も身分にあたると考える見解も有力である。

たとえば、ある論者は、医者が第三者の無免許医業を幇助した事案につき刑法65条1項を適用しなかった判例を念頭に置いた上で、「この場合、医者には『特別の義務』がないのに対し、一般の人には『特別の義務』があるといえるし、また医者の資格を持つ者は無免許医業の法益を侵害することができず、『一般の人』であってはじめて法益の侵害ができるという点では、構成的身分犯、とくに疑似身分犯の場合と差異はない。したがって、医者による共同正犯の成否、間接正犯の成否についても、構成的身分犯の場合と違って取り扱う理由はない。六五条一項の適用を拒否する必要があるか疑問である」[106]としている。

しかしこの見解によれば、「身分を欠く」という状態を構成的身分と解することにより、同時に「身分を有する」という状態が阻却的身分となるため、消極的な主体要素が含まれる構成要件には常に構成的身分と消極的身分が併存することとなるが、こうした事態を刑法が予定しているかという点については疑問がある。また、法文上明示されない主体要素についての考え方にもよるが、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、個人的法益に対する罪は法益主体自身によって遂行することはできない以上、すべての個人的法益に対する罪が身分犯となりかねないように思われる[107]。

---

[106] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）369頁。ただし、ここでいう「疑似身分犯」とは、同368頁が「法益の侵害（および危険）が違法性の実質だとすると、一定の身分の者についてだけ犯罪が成立するのは、その身分を持った者でなければ、事実上、その法益を侵害することができないからだということになるであろう。強姦罪の主体が男に限られるのは、まさにこのような理由によるといってよい。このような身分犯を疑似身分犯とよぶことができる」と述べていることから、身分犯の一種としての意味のようである。刑法65条が適用される点については、西田・前掲注（78）404頁、山口・前掲注（98）349頁も同旨。なお、西田・前掲注（78）404頁は、実質的区別説の見地から、「消極的身分が行為の違法性を基礎づけるものである場合には、すでに述べたように、65条1項を適用しなくても、それを法令適用の誤りとまではする必要はないように思われる」とする。

[107] これらの点は、行為者の罪責という意味での結論には影響しないであろうが、身分犯概念の理解にとって重要である。

（2）消極的な主体要素は身分にあたらないとする見解

判例と同様、消極的な主体要素の身分性を否定する見解も有力であり、この立場の論者からは、「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」[108]ため、「特徴づけを欠く」ということを示すに過ぎない状態は身分にあたらないとされる。

また、「消極的身分とは、一定の身分をもたない非身分者一般を指すとか、犯罪の主体としての特定の地位・状態にある『人』が限定されている場合はこれをすべて『身分犯』と考えてよいとし、たとえば、無免許医業罪は、犯罪の主体が医師でない者に限定されているから、同罪は『身分犯』であるという理解も行われている。しかし、前者は、結局は『非身分者』を『消極的身分者』と呼ぶだけであって、刑法六五条の関係では『身分のない者』にほかならないのであるから、『消極的身分』という観念を立てる必要は全くないといわざるをえないであろう。また、後者では、六五条一項は、これを『犯人の身分（無資格という消極的身分）によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者（資格ある者）であっても、共犯とする』と読むべきことになるが、それは、結局、『無い者』を『有る者』とする論理であり、人間社会では背理であるといわざるをえないのである」[109]、「本来、身分犯は、その身分を具備することが特別な場合で、それを具備しない多数の一般人の存在を予定するものであり、『一定の身分を欠く』という身分を想定することは身分概念の崩壊を招きかねない。加えて、消極的身分を構成的身分化させて処理することは、構成的身分と区別された独自の概念として存在する消極的身分を無用視させるだけでなく、責任阻却的な消極的身分の場合には同じような捉え方ができないところに、この解釈の難がある。即ち、現行法上、犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の主体は『犯人以外の者』に限定され、犯人が逃げ隠れしたり自己の刑事事件に関する証拠を隠滅しても、同罪の構成要件該当性が否定されるため犯罪の成立する余地はないが、その実質的理由は犯人にかかる行為をしないよう期待することができない、つまり犯人という身分が責任阻却的身分であることに求められている。ここで、違法阻却的な消極的身分と同様、『犯人以外の者』であって初め

---

108 小野・前掲注（79）493頁。

109 内田文昭「消極的身分と共犯」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集上巻』（信山社、2001）20頁。

て犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の主体になれると解し得るにもかかわらず、犯人による場合も国家の司法作用が等しく侵害され違法行為の存在が肯定されるため、『犯人以外の者』という消極的身分が刑法65条１項の身分であるとは言い得ない。かといって、この消極的身分は刑を加重するものでない以上同条２項の身分であるとも言い得ないから、結局、『犯人以外の者』という消極的身分を想定すること自体無意味であり、正面から『犯人』という身分が責任阻却的な消極的身分であると捉えざるを得ないのである」[110]などといった肯定説に対する痛烈な批判もある[111]。

消極的な主体要素は身分にあたらないとする見解は、肯定説における問題が生じず自然な捉え方であると思われるが、「身分を欠く」という状態が身分にはあたらないとする根拠については、さらに検討する余地があると思われる。

第４項　法文上明示されない主体要素

法文上明示されない主体要素についても、その身分性が争われている。この問題はとりわけ、強姦罪が身分犯であるかという論点において現れることになる。

（１）法文上明示されない主体要素は身分にあたらないとする見解

この見解の論者によれば、「身分犯とは違い、法文上主体は限定されておらず、限定された構成要件的行為を実行することが事実上一定の属性を備えた者に限られる犯罪」は「疑似身分犯」であり、身分犯ではないとされる[112]。また、別の論者によれば、「真正身分犯であれば、身分の存在それ自体で犯罪としての成立は規制され、逆にそれを欠くかぎり、その成立自体が排除される。だか

---

[110] 鋤本豊博「消極的身分と刑法65条」岩井宜子先生古稀祝賀『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社、2011）334頁。

[111] さらに、吉田淳一「判批」警論26巻７号（1973）192頁。

[112] 山口・前掲注（98）346頁。なお、論者は、「不作為犯は一種の身分犯、しかも違法身分犯ということになる」としつつ、「真正不作為犯については刑法65条１項の適用が必要となるが、不真正不作為犯については同項の適用は必要がないと解される」（同389頁）とするのも、不真正不作為犯が「疑似身分犯」にあたるからであると思われる。

らこそ、構成的身分犯というとされるのなら、そこで要求される身分とは、当然にそれ自体が法文上の主体として明記され、また具備されていることが要件となってこよう。もっともこの点は、不真正身分犯においても変わらない。不真正身分犯に他の法条の登場が要求されるのは、刑の軽重を比較するためではあっても、身分犯としての主体の明記自体を不要としているわけではないからである」[113]とされている。

しかし、身分が法文上明示されていなければならないことの根拠は不明である。書かれざる構成要件要素の存在を認める限り、書かれざる身分を否定するには、強い根拠を要するように思われる。

（2）構成要件該当行為の物理的限界を示す主体要素は身分にあたらないとする見解

「ある犯罪が身分犯であるとされるためには、身分なき者について、その特別構成要件の実現が、絶対的に、法的に不可能でなければならない」とし、「非身分者が直接に行為を実現することが、絶対的に物理的に不可能であるとされる構成要件」については、「一定の行為者に存する生来的な、身体的不可能性が、直接の構成要件実現を絶対的に阻止する機能を有し、しかもこの不可能性は、自然的な自明性から明らかにされるものであって、身分犯のように実定法上の明示的な規定によって導き出されるという性質のものではない」ため、「この種の犯罪は純粋な身分犯とはいえない」とする見解もある[114]。

この見解は、スイスにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念を同視することにより、構成要件該当行為の法的限界を示す主体要素のみが身分にあたるという結論に至っているものと思われるが、後述のようにそもそもスイスにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念を同視することはできず、前提としての、わが国における身分犯概念の捉え方に問題がある。

（3）法文上明示されない主体要素も身分にあたり得るとする見解

これに対して、法文上明示されない主体要素も身分にあたり得るとする見解

---

[113] 香川・前掲注（96）152頁。さらに、同152-158頁参照。

[114] 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）755頁。

も有力である。たとえば、ある論者は、「法律上、行為の主体が特別の地位、身分、関係にある者に限る旨が明示されていない場合にも、身分犯と解すべき場合があるか否か」を問題とした上で、「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。刑法二五二条の横領罪は、ただ『自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ…』と定めるだけであるが、行為の性質上、他人の物の占有者という関係になければ横領行為は犯し得ないことから、身分犯と解されている」[115]と述べている。

この見解が示している通り、構成要件が正面から主体を限定しているわけではない横領罪も一般に身分犯と解されている。そのことから明らかなように、やはり構成要件の規定形式が身分犯性にとって決定的であるわけではないということは広く認められている。とはいえ、法文上明示されない主体要素の身分性を否定しないことが正当であるとしても、そうした要素の身分性を適切に判断する基準がなければ、様々な犯罪類型が身分犯へと転化しかねない。その意味で、ここでも具体的な判断基準が問題となる。

第５項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素

構成要件該当行為自体の一部であるのか、あるいは、身分であるのかということが問題となる要素もある。こうした要素が身分にあたるか否かは、学説上どのように考えられているのであろうか。考え方としては、大きく分けて以下の二つのアプローチが存在していると言えよう。

（1）構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解

構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解によれば、たとえば事後強盗罪における窃盗は、身分に該当しないとされる。論者は、その理由を次のように述べている。「窃盗という事実を身分という形で捉えることは、その法益侵害結果が事後強盗罪の処罰を基礎

[115] 藤木・前掲注（64）65頁。

付けることを否定することを意味するからであり、そのようなものとして事後強盗罪を理解・解釈することはできないからである。」[116]

また、別の論者も、「身分犯における『身分』は、消火妨害罪（114条）における『火災の際』といった行為状況と同様の法益侵害の前提条件（違法身分）、または、行為者の責任非難を基礎づける外部的、内部的な条件（責任身分）であって、いずれも行為者の行為によって有責に惹起されることを要しない事情である」（傍点、原文まま）と指摘する。その上で、事後強盗罪における『窃盗』の事実は、それ自体が同罪で評価されるべき法益侵害の内容の一部であって、行為者によって有責に惹起されることを要する事情であるから、単なる『身分』ではなく、『実行行為』の一部とみるべきである」として事後強盗罪を結合犯と解している[117]。

このように、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解は、身分と犯罪評価の対象となる事象としての行為を厳格に区別しており、それゆえにそうした排斥関係を導いているものと思われる。この見解によれば、窃盗後の暴行のみに関与した者の罪責を決定するにあたって、刑法65条は介入しないことになる。

（2）構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係はないと考える見解

それに対して、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係はないと考える見解を主張する論者によれば、「事後強盗罪のように複数の法益侵害行為によって構成される犯罪において、法文上、先行行為をした者が後行行為の主体とされている場合には、これを身分犯と解することができる。……他方、先行行為も法益を侵害する行為である以上、先行行為は、後行行為と並ぶ実行行為と解すべきである。つまり、先行行為は実行行為であるが、それと同時に、これを行ったことは後行行為の主体すなわち身分でもあ

[116] 山口厚「『共犯の因果性』の一断面」斉藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、2006）354頁。中森・前掲注（76）217頁が、「事後強盗も強盗であり、盗取行為はまさに財産犯としての強盗の不法を構成する」として事後強盗罪の身分犯性を否定するのも同旨であろう。

[117] 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013）410頁。

るということになる」[118]とする。

さらに別の論者も、「本罪〔事後強盗罪＝筆者注〕を結合犯と解することは、ただちに身分犯でないということを意味しない。学説上は一般に結合犯か身分犯かを問題としているが、それらは異なる範疇に属するものであって、どちらでもありうるものである」[119]とする。

こうした見解においては、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解とは異なり、身分と犯罪評価の対象となる事象としての行為は厳格には区別されておらず、この点に決定的な相違がある。また、この見解によれば、窃盗後の暴行のみに関与した者の罪責の決定には、刑法65条が必要であるということになる。窃盗後の暴行にのみ関与した者の罪責をある要素が構成要件該当行為の一部でもあり身分でもあるということがあり得るのかについては、身分の本質を解明することによってのみ明らかとなるように思われる。

【付記】　本稿は、北海道大学審査修士（法学）学位論文（2017年３月23日授与）「身分犯の一般的意義と具体的範囲について」に加筆・修正したものである。

[118] 十河・前掲注（33）326頁。同323頁以下も参照。なお、論者は、「確かに、身分は行為の主体であるのに対して、実行行為は行為そのものであるから、本来、１つの犯罪要素が身分と実行行為の両方を兼ねるということはありえない」（同328頁）としつつも、構成要件の機能に照らせばある要素が身分であるとともに実行行為の一部であることがあり得るとする（同328-330頁）。

[119] 林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ２号（2006）52頁。