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（2・完）
Author(s)	岡部, 天俊
Citation	北大法学論集, 68(5), 248[25]-198[75]
Issue Date	2018-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68229
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no5_05.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（２・完）

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　（以上、68巻４号）
第３章　身分犯概念の再構成
　第１節　刑法65条の立法趣旨
　第２節　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４章　特別犯（Sonderdelikte）概念と身分犯概念
　第１節　ドイツ
　　第１項　特別犯概念の概要と地位
　　第２項　ドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念
　　第３項　ドイツ刑法28条における「特別の一身的要素」とわが国における身分
　第２節　スイス
　　第１項　特別犯概念の概要と地位
　　第２項　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
　第３節　オーストリア
　　第１項　特別犯概念の概要と地位
　　第２項　オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念
　第４節　小括
第５章　身分犯概念の具体的内容
　第１節　主観的要素
　　第１項　総説
　　第２項　判断基準の展開

第３項　判断基準からの帰結
第２節　消極的な主体要素
第１項　消極的な主体要素の非身分性
第２項　具体的な帰結
第３節　法文上明示されない主体要素
第１項　判断基準の展開
第２項　判断基準からの帰結
第４節　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１項　判断基準の展開
第２項　判断基準からの帰結
第３項　必要的共犯に対する影響（補論）
第５節　混合法規（Mischgesetze）と身分
第１項　混合法規における身分性判断
第２項　不真正不作為犯の身分犯性
第６節　行為環境の限定による反射的な行為主体の限定
第６章　おわりに　（以上、本号）

第３章　身分犯概念の再構成

ここまで、わが国における身分犯あるいは身分犯という犯罪類型を標識する身分をめぐる判例および学説の状況について概観してきた。それを踏まえて、本章では、身分犯概念の再構成を試みることとしたい。

第１節　刑法65条の立法趣旨

刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかという点についての手がかりは、「身分犯」に関する規定である刑法65条に存在する。以下では、刑法65条を手がかりに、刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかを明らかにする。なお、刑法65条は、犯罪行為を構成する「身分」（１項）と刑の軽重を生ずる「身分」（２項）を取り扱う規定であり、必ずしもあらゆる身分を取り扱う規定ではないから、刑法65条を手がかりとして身分犯概念を検討する際には、同条から（１項が適用される身分犯と２項が適用される身分犯のみならず）身分犯全般についての捉え方を分析せねばならないという点に注意が必要である。

では、そもそも刑法はなぜ、身分という要素の取扱いを特別に規定する刑法65条を創設したのであろうか。その理由は、以下のように考えられる。

刑法65条は、同条１項に該当する身分については――他の要素と同様に――従属的に取り扱うこととし、同条２項に該当する身分については――他の要素とは異なって――非従属的に取り扱うこととしている。それゆえ、刑法65条の根底には、「身分という要素には従属的な取扱いが必ずしも妥当しない」という思想が控えているということが明らかとなる。そして、身分という要素に従属的な取扱いが必ずしも妥当しないのは、身分という要素が「誰が」行為を遂行するのか、つまり「どのような行為者が」行為を遂行するのかを特徴づける要素であり、「行為」自体を特徴づける要素ではないからであろう。換言すれば、共犯[1]は、構成要件の全部または一部を他人の「行為」を通じて実現するがゆえに処罰されるところ[2]、身分はその「行為」の外部に存する要素だからであるということになろう[3・4・5]。

---

[1] ここでいう「共犯」が広義の共犯であるか否かも問題となるが、身分犯概念の理解には影響を及ぼさないため、ここでは論じない。

[2] 非身分者による身分犯の共同正犯の成否自体に検討の必要があるが、ここではさしあたり、それが成立し得ることを前提としている。仮に刑法65条１項にいう「共犯」が狭義の共犯のみを意味するとしても、本文のような刑法65条の理解に影響はない。

[3] *Jähring* は、ドイツにおける1968年ライヒ刑法50条２項および３項により把握される「特別の一身的要素」と、それ以外の要素との区別について、「共犯の処罰根拠から出発すると、法益侵害を記述する犯罪部分（物的要素）は、共犯者に対して完全に帰せられるべきである。その他すべての要素は、このような処罰根拠の外部（außerhalb dieses Strafgrund）に存する。そのような要素に基づく刑法の反動は、彼がそれを自身の人格において実現したのでない限り、共犯者に向けられてはならないのである」（*Wolf Axel Jähring*, Die persönlichen Umstände des § 50 StGB, 1974, S. 38）と指摘したが、わが国の刑法65条における「身分」は、行為自体ではなく行為者を特徴づけるものであるがゆえに、*Jähring* 流に言えば、「処罰根拠の外部にある可能性がある」という点で、他の要素と区別されるのである。

[4] したがって、「身分も実行行為や結果と並ぶ構成要件要素の１つであって、何ら特殊な要素ではない」（十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂、2009）249頁）と断定するのは行き過ぎであるように思われる。これに対しては、「身分の問題が通例の共犯従属性に解消されえないものと捉えられ、むしろその一身専属

こうした理解は、現に広く共有されているように思われる。たとえば、ある論者は次のように述べている。「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』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」[6]。つまり、論者によれば、刑法60条から62条の共犯規定は、行為主体を特徴づける要素を想定していないものであり、そうした要素の取扱いを特別に規定するのが刑法65条ということになるのである[7・8]。

性を認める方向で成立したという規定の経緯をまったく考慮していないという指摘が可能である」（佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（４・完）」立命320号（2008）960頁）という指摘がなされているが、より正確に言えば、身分の問題が「必ずしも」通例の共犯従属性に解消され得ないがゆえに刑法65条が存在するのである。

[5] このような刑法65条の趣旨の理解は、同条の沿革にも合致している。すなわち、旧刑法106条および110条の立案過程では、「身分」に基づく刑罰加重事情と「所為」に基づく刑罰加重事情とが区別されて用いられていたのである（早稲田大学鶴田文書研究会＝早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記　第Ⅰ分冊』（早稲田大学出版部、1976）395頁など参照）。

[6] 大越義久「身分犯における身分」神奈46巻２＝３号（2013）25-26頁。

[7] 刑法65条の趣旨が以上のように理解されるとすれば、同条は、身分として把

これに対し、「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

握される要素のうち、１項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができるために従属的に取り扱うべきことを、２項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができないために非従属的に取り扱うべきことを規定したものであるということになろう。そして、刑法65条１項と同条２項との関係をめぐる激しい見解の対立はまさに、同条１項の身分はなぜ「行為」の要素とみなされ、反対に、同条２項の身分はなぜそうされないのか、という点に帰着するとも考えられる。

[8] なお、（統一的）正犯について規定するオーストリア刑法12条と特別犯（Sonderdelikte; オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念との関係については、後述第４章第３節参照）への関与について規定する同14条との関係について *Mayerhofer/Rieder* は、「12条は、直接的に所為像の動詞に対応するかたちで行為していない者（Personen, die sich nicht unmittelbar entsprechend dem *Tätigkeitswort des Tatbildes* verhalten）を刑罰の下に置く。これに対して、14条は、所為像における意味での主体資格が欠ける者（Personen, denen die *Subjektqualität im Sinn des Tatbildes* fehlt）に対して刑罰を拡張するものである」（*Christoph Mayerhofer/Sepp Rieder*, Das Österreichische Strafrecht, 3. Aufl., 1989, S. 127. なお、„Tatbild“ を「所為像」とする訳例として、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（３）」立命319号804頁など）としており、本稿の考える共犯規定と刑法65条との関係と同様に解されている。現在の関与規定が盛り込まれた1971年オーストリア刑法草案の理由書も、犯罪類型が行為主体のある特別の資格を要件としている場合、その資格を有していない者は正犯として取り扱われ得ないから、統一的正犯体系は特別犯においては機能しないはずであるという、統一的正犯体系に対する批判を想定した上で、これに対しては、「たとえ正犯と教唆を区別するとしても、行為主体の特別の資格を欠く者に対して特別犯の刑を適用し得るには、特別の規定が必要である。正犯と共犯についての一般的な規定は、行為要素における相違（Verschiedenheit im Handlungselement）から出発し、直接的に所為像の動詞（Tätigkeitswort des Tatbildes）に対応するかたちで行為していない者に刑を科すものである。特別犯においては、刑が、所為像における意味での主体資格が欠ける者に対して拡張されねばならないのである」と答え、そうした批判を「論点先取（petitio principii）」と評している（Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP (zit.: EBRV 1971), S. 79）。

可能であろう。……この観点からは、第六五条は従属性原理を修正し、それに対する例外を作り出すための規定として存在意義を有すると解すべきである』[9]とする見解もあるが、刑法65条は、１項に該当する身分については（完全に）従属的に取り扱い[10]、２項に該当する身分については（完全に）非従属的に取り扱うということを規定しているのであるから、従属的に作用する１項身分と非従属的に作用する２項身分とをいわば混ぜ合わせた上で、身分を「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」として捉えることはできないであろう。

なお、刑法65条の見出しにおける「身分犯」という文言が身分という要素を構成要件要素とする犯罪類型を意味すると解されること、同条が構成要件外の一般的な要素についてまで規律の対象とする趣旨とは解されないことから、刑法において前提とされている身分犯にいう身分とは、構成要件要素に限定されることになる[11]。

---

[9] 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（1988）115頁。

[10] 十河・前掲注（４）245-246、250-251頁。

[11] もっとも、刑法65条の前身である旧刑法106条および110条における「身分」には、再犯なども含まれていると解されていたため（江木衷『現行刑法原論』（有斐閣、再版（訂正増補）、1894）117頁、『日本近代刑事法令集　下』司法資料別冊17号（1945）187-188頁など参照）、当初は刑法65条の「身分」もそれらを含むというのが立法者意思であったと言える。しかし、少なくとも、刑法65条に「身分犯の共犯」という見出しが付された現在では、同条における「身分」は犯罪類型を組成する要素に限定されていると解すべきであろう。したがって、現在では、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も刑法65条における「身分」に含まれるとする解釈（十河・前掲注（４）262-263頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）372頁）は採用し得ない。したがって、中止未遂による減免（43条但書）、累犯による加重（56条、57条）、自首による減免（42条、80条、93条但書、228条の３但書）および解放による減軽（228条の２）などについては、身分性は問題とならない。

第２節　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

刑法65条は、行為主体を特徴づけるものであることから必ずしも従属的に作用するわけではない構成要件要素について規律するものである。したがって、刑法において前提とされている身分とは、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[12・13]。それゆえ、身分性の判断における指導的な基準は、構成要件該当行為自体を特徴づけるのか、あるいは、そうではなくその行為主体を特徴づけるのか[14]、ということである。したがって、判例による定義を修正するかたちで身分を定義するならば、「男女の性別、内外国人の別、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特殊の地位又は状態」ということになる。そして、身分犯とは、そのような意味での身分を構成要件要素とする犯罪類型を意味するということになる。

なお、身分犯にいう身分が、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解するのであれば、身分に継続性を要求する理由はない。なぜなら、継続性の存否は、その要素が構成要件該当行為自体を特徴づけるのか、あるいは、その行為主体を特徴づけるのかという判断に、必ずしも影響を及ぼすものではないからである[15]。行為主体の、行為時における

---

[12] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）95頁は、「行為の主体（行為者）」に関する構成要件要素と「行為そのものの性質」に関する構成要件要素の存在を想定するが、「身分」とはまさに、「行為そのものの性質」ではなく「行為の主体（行為者）」を特徴づける要素である。

[13] なお、刑法65条１項における「犯人の身分」という文言からして、刑法における身分犯概念は行為者が自然人であることを前提とするものであると解されるから、自然人であることや法人であることは身分に含まれないであろう。

[14] 後に詳述するが、たとえ一身的な性格を有する要素であっても、必ずしも行為者を特徴づける要素であるとは限らない。

[15] *Gallas* はかつて、1943年ライヒ刑法50条の「一身的資格又は関係」の解釈について、「当該メルクマールの非従属的な取扱いの根拠は、その一身的な性格にある。しかし、このことは、問題となる関係や立場の継続性とは関係がない」（*Wilhelm Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 158）と指摘していたが、継続性の存否と従属性の存否が無関係であるのと同様、継続性の存否と行

一時的な特徴というものも十分想定される以上、――厳格な文理解釈に固執しない限り――行為主体の継続的な特徴のみを身分として理解する理由はないのである[16]。

第４章　特別犯（Sonderdelikte）概念と身分犯概念

わが国における身分犯概念と類似する概念は、諸外国においても確認することができる。たとえば、ドイツおよびスイスでは、„Sonderdelikte“ という概念が存在し、後述のように、特別の資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪類型として一般に理解されている。わが国においては、こうしたドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念を身分犯概念と同視して身分犯を論じる文献が多く見受けられる[17]。しかし、ドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念をわが国における身分犯論の参考とするのであれば、ドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念とわが国における身分犯概念との異同を精確に確認せねばならないであろう。にもかかわらず、いつしか „Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳するのが通例となり、両概念の異同が精確に確認されないまま、Sonderdelikte ＝身分犯という前提が定着してしまったように思われる[18]。そのこともまた、身分犯概念の理解に混乱を来してきたと

為主体の特徴づけの存否は無関係なのである。

[16] 内田文昭「判批」判タ712号（1990）73頁も、「身分犯の身分はこれを行為者の純粋に客観的な『地位』・『状態』に限定して考えるべき合理的根拠はない」と指摘する。

[17] 香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014）10頁も、「わが国における身分概念あるいは身分犯の理解については、ドイツ刑法あるいはスイス刑法におけるそれに依存して展開されているのが通例である」と指摘する。

[18] こうした訳例や前提は多数の文献において見られる。たとえば、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）748頁以下、佐伯千仞「共犯と身分（二・完）――その問題史的概観――」法学論叢33巻３号（1935）57頁以下、田中久智「判批」我妻栄編『刑法の判例』（有斐閣、第２版、1973）154頁以下、外木央晃「身分犯の法的性質」明大院29号（2008）82頁、平良木登規男「共犯（その６――共犯と身分）」警察公論53巻２号（1998）98頁、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第２版、2008）184頁など。おそらく、公刊された文献では上掲佐伯論文が最初ではないかと思われる。

言ってよいであろう。こうした問題意識から、以下では、„Sonderdelikte“ を直訳的に「特別犯」と和訳することとする。そして、本章では、ドイツまたはスイスにおける特別犯論を身分犯論において積極的に参考としてきた、わが国における従来の議論の妥当性を検証すべく、ドイツおよび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の異同を検討することとする。

さらに、ドイツおよびスイスと同じドイツ法圏にあるオーストリアにおいても、特別犯という概念が用いられている。しかし、興味深いことに、オーストリアにおける特別犯概念は、同じ名称であるにもかかわらず、ドイツおよびスイスにおけるそれとは大きく異なるかたちで理解されているということが明らかとなる。すなわち、オーストリアでは、直接実行者としての行為主体に一定の一身的資格または関係が要求されるすべての犯罪類型が特別犯として把握されているのである。こうした、ドイツおよびスイスにおけるのとはまったく異なるオーストリアにおける特別犯概念と、わが国の身分犯概念との異同についても検討し、オーストリアにおける特別犯論から得られる、わが国の身分犯論に対する示唆についても検討することとする。

第１節　ドイツ

第１項　特別犯概念の概要と地位

ドイツでは、正犯者となり得る者の範囲（möglicher *Täter*kreis）に応じて、普通犯（allgemeine Delikte）[18a]、特別犯（Sonderdelikte）、および自手犯（eigenhändige Delikte）の三つに区別されるのが一般的である[19]。そして、普通犯とは誰もが正犯者となり得る犯罪[20]、特別犯とは特定の主体資格を有する者

[18a] „allgemeine Delikte“ を「普通犯」とする訳例として、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第３版、2015）190頁。

[19] *Walter Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 4 Rn. 4 ff.; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 266; *Rudolf Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2014, § 10 Rn. 23 ff. この三分説についてはさらに、香川・前掲注（17）152-153頁参照。

[20] *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn.

のみが正犯者となり得る犯罪[21]、自手犯とは実行行為を身体的または少なくとも一身的に遂行する者のみが正犯者となり得る犯罪[22]と解されている[23]。それに伴い、ドイツにおいては、正犯者の範囲が制限される犯罪類型には二つの種類が存在し、その一方が特別犯であり、他方が自手犯であるという整理がなされている。

では、特別犯と自手犯がどのように区別されるかという点についてもう少し詳しく見ていく。

Satzger は、特別犯と自手犯の相違について次のように述べている。

「抽象的に表現すれば、次のように言うことができる。すなわち、特別犯において正犯性を基礎づける（täterschaftskonstituierend）条件の大部分は、特別の方法により法益の保護を義務づけるような、正犯者の義務的地位（Pflichtenstellung）を基礎づける刑法外の資格（außerstrafrechtliche Eigenschaften）と結びつけられているということである。その場合、こうした特別の地位（besondere Stellung）は、具体的な行為の前に（vor der konkreten Tat）すでに存在している。つまり要約すると、特別犯においては、一時的なものにとどまらず、形式化され又は制度化された義務的地位（*nicht nur vorübergehende, formalisierte oder institutionalisierte Pflichtenstellung*）を、本来の実行行為以前にすでに備えている者のみが、正犯者となり得ると言うことができる。その構成要件は、構成要件の実現を、まさにこの特別の地位（Sonderstellung）の存在に依存させなければならないのであり、そのことはまさに公務員犯罪において明らかとなる。」

「それに対して、自手犯は、前もって存在する一般的な特別の義務的地位（*präexistente, generelle Sonderpflichtenstellung*）とは結びついていない。むし

24.

[21] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 19), § 4 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn. 25.

[22] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 19), § 4 Rn. 6; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn. 29.

[23] これに対して *Piotet* は、特別犯を「法律上の定義により、特定の者のみが直接単独正犯（unmittelbar handelnde Alleintäter）として処罰され得る犯罪行為」（*Paul Piotet*, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW 1957, S. 34）とし、後述のオーストリア流の定義を用いている。

ろこの場合、正犯者は、具体的な状況下において、実行行為が介在することで、保護法益とのある特別な関係に立つことで足りる。実行行為自体の特徴づけによってはじめて、正犯者の範囲の制限へ至るのである。その特別の資格（Sondereigenschaft）は、実行行為に基づくものであり、これに依存しているのである。それゆえこうした義務的地位は、永続的なものでもなく（nicht dauerhaft）、少なくとも実行行為の一部の間においてのみ存在するものである。」[24]

つまり、たしかに特別犯においても自手犯においても正犯者の範囲が制限されるのであるが、正犯者の範囲を制限する「義務的地位（Pflichtenstellung）」が行為とは無関係に前もって存在するか否かによって、特別犯と自手犯は区別されるということである。こうした、特別犯概念を特別の義務的地位と結びつける理解は、現在では一般的となっている[25]。

そうすると、行為主体に一定の特徴が要求される場合であっても、その特徴が特別犯を標識する特別の義務的地位にはあたらない場合には、自手犯に振り分けられることになる。

第２項　ドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念

わが国における身分犯概念との異同という観点からは、ドイツにおける特別犯概念について以下のことを指摘することができよう。

第一に、ドイツにおける特別犯概念は、行為主体が特定の者に限定される犯

---

[24] *Helmut Satzger*, Die eigenhändige Delikte, Jura 2011, S. 105.

[25] *Helmut Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, Kap. 8 Rn. 23; *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: *Adolf Schönke/Horst Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 83; *Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, Abs. 6 Rn. 91; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 8 Rn. 15 ff.; *Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 69 f.; *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 27; *Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 129; *Günter Stratenwelth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 4; *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 64.

罪のすべてを含むわけではないということである。ドイツでは、行為主体が特定の者に限定される犯罪のすべてが特別犯に振り分けられるわけではなく、自手犯に振り分けられる場合もある。それに対して、わが国における身分犯概念は、行為主体が特定の者に限定される犯罪類型のすべてを含むものであった。したがって、ドイツの特別犯概念の範囲は、わが国の身分犯概念のそれに比べて、必然的に狭いということになる。

第二に、ドイツの特別犯概念における行為主体の限定とは、――間接正犯者および共同正犯者を含む――あらゆる正犯者としての行為主体の限定を意味しているということである。これに対して、わが国の身分犯概念における行為主体の限定は、あくまでも直接実行者としての行為主体の限定を意味しているものにすぎない[26]。したがって、ドイツの特別犯概念とわが国の特別犯概念はそもそも前提とされている機能の面でも異なっているのである。

そうすると、ドイツにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念と、少なくとも二重の意味において異なるということになる。それゆえ、わが国における身分犯概念とドイツにおける特別犯概念を同視しまたは極めて類似するものと見ることは誤りであり、少なくともわが国における身分犯の一般的意義や具体的範囲を明らかにするという観点においては、ドイツにおける特別犯論の示唆も乏しいように思われる。そして、ドイツにおける „Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳するのは不適切であると思われる。

第３項　ドイツ刑法28条における「特別の一身的要素」とわが国における身分

なお、わが国における身分とドイツ刑法28条にいう「特別の一身的要素（besondere persönliche Merkmale）」を同視し、あるいは、類似の概念と見る

[26] 非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯の成否は、間接正犯および共同正犯の帰属原理ならびに身分の法的性質から明らかになるものであって、身分犯概念自体に、正犯者の範囲を限定する機能が内在しているわけではない。したがって、各関与形式の帰属原理を明らかにすることなく、非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯は成立し得ないとするのは、論点先取である（Vgl. EBRV 1971, S. 79）。非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯の成否については、今後の検討課題とする。

見解[27]が存在するため、両者の関係についても確認しておくこととする。

（1）ドイツ刑法28条における特別の一身的要素の概要

ドイツ刑法28条は、特別の一身的要素[28]の取扱いについて規定しており、同条は、共犯の従属性を修正・緩和する規定であると考えられている[29]。そこから判例・通説は、行為関係的要素（tatbezogene Merkmale）は同条にいう特別の一身的要素に該当せず、行為者関係的要素（täterbezogene Merkmale）のみが同条にいう特別の一身的要素に該当するという基準を採用している。近時はこうした区別基準に対して批判的な見解も多く主張されているが、結局特別の一身的要素とは、他の関与者に対して（少なくとも完全には）従属的に作用しない要素であるということになる。したがって、それ以外の基準も、結局、それを欠く関与者に対しても完全に連帯的に作用すべき一身的要素とそうでない一身的要素との区別基準の設定の仕方が異なるにすぎない。

---

[27] たとえば、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017）333頁は、「ドイツ刑法28条はわが国の刑法65条に相当する規定であり、ここで規定する『特別の一身的要素』がわが国における身分に相当する。そして、特別な一身的要素が『正犯の可罰性を基礎づける』場合には、この要素をもたない共犯（教唆犯、幇助犯）は刑の減軽がなされ（１項）、特別な一身的要素が『刑を加重、減軽、阻却する』場合には、この要素の有無に応じて関与者（正犯、共犯）各自の犯罪が成立する（２項）。１項は真正身分犯における犯罪成立に関する身分の連帯的作用を定め、２項は不真正身分犯における犯罪成立に関する身分の個別的作用を定めた規定であると一般に解されている」とする。また、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）629頁〔川端博〕は、ドイツ刑法28条における特別の一身的要素を念頭において「ドイツ刑法における身分概念」と表現している。そのほか、香川・前掲注（17）10-12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）５頁以下。

[28]「特別の一身的要素」は、ドイツ刑法14条において「特別の一身的資格、関係又は事情（besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände）」と定義されている。

[29] *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lerhbuch, 10. Aufl., 1995, § 32 Rn. 9; *Udo Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, S. 188; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 38 Rn. 22; *Brian Valerius*, Besondere persönliche Merkmale, Jura 2013, S. 17.

また、特別の一身的要素の概念には、通説の理解によれば、29条が適用される一般的責任阻却事由（allgemeine Schuldausschließungs-）および一般的免責事由（allgemeine Entschuldigungsgründe）を除くすべての行為者関係的要素が含まれる[30]。したがって、中止未遂（24条）や議員の免責特権などもこれに含まれることになる[31]。

さらに、わが国においてはあまり意識されていないように思われるが、ドイツ刑法28条によって取り扱われるのは、特別犯（Sonderdelikte）だけではない。この点について *Langer* も、「より正確に見ると、特別犯概念と旧50条２項〔現行刑法28条２項の前身であり、1943年６月15日施行の刑法50条２項を指す＝筆者注〕は相互に依存していないということがわかる。というのは、…一般的な見解によると、この規定は特別犯（Sonderstraftaten）の範囲を超えるものだからである。たとえば、窃盗罪は以下のいずれの場合においても一身的要素による修正があるにもかかわらず普通犯のままであることに争いはない。窃盗罪では、旧244条における再犯（Rückfall）は『刑罰を加重する一身的資格』とされ、248a 条における困窮（Not）は『刑罰を減軽する一身的関係』とされるのである」と指摘している[32]。

（２）ドイツにおける特別の一身的要素とわが国における身分

わが国における身分との異同という観点からは、ドイツにおける特別の一身的要素について以下のことを指摘することができよう。

第一に、ある要素がドイツにおける特別の一身的要素にあたるか否かは、それを欠く関与者に対して完全に連帯的に作用すべき性格を有しているか否かということを基準として判断されるのに対し、ある要素がわが国における身分にあたるか否かは、専ら構成要件該当行為の主体を特徴づけるものであるか否かということを基準として判断され、それを欠く関与者に対する作用とはまったく無関係であるということである。つまり、ドイツにおける特別の一身的要素はそれを欠く関与者に対する作用まで考慮される概念であるのに対し、わが国における身分は専ら行為主体を特徴づけるものであるか否かが考慮される概念

[30] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 25), § 28 Rn. 9.
[31] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 25), § 28 Rn. 14.
[32] *Winrich Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 113.

なのである。

第二に、ドイツにおける特別の一身的要素には、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も含まれるということである。これに対し、わが国における身分は、構成要件該当行自体の行為主体を特徴づける構成要件要素であるから、そうした一般的な要素は含まれないのである。

第三に、ドイツにおける特別の一身的要素に関する議論を参考とする見解は、特別の一身的要素と、(ドイツにおける意味での) 特別犯を標識するメルクマールとが一致することを前提としているのではないかと思われるが、特別の一身的要素は、特別犯を標識する要素の他にも様々な要素を含んでおり、そうした前提には誤りがあるのである[33]。

このように、ドイツにおける特別の一身的要素の概念も、わが国における身分概念とはまったく異なるものである。したがって、特別の一身的要素を身分と表現することも妥当でないように思われる。

第2節　スイス

第1項　特別犯概念の概要と地位

スイスにおける特別犯概念も、基本的にドイツにおけるそれと同じであると言ってよいであろう。スイスでも、特別犯とは、正犯者に特別義務またはそれを伴う資格が要求される犯罪であるとされる[34]。ドイツと異なるのは、こうした特別犯概念が、立法によっても採用されていると評価できる点である。すなわち、スイス刑法26条は、「特別犯に対する共犯 (Teilnahme am *Sonderdelikt*)」という見出しが付され、「可罰性が正犯者の特別の義務 (*besondere Pflicht* des

[33] とはいえ、そもそもドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念が大きく異なるものであることは、既に指摘した通りである。

[34] *Andreas Donatsch/Brigitte Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, S. 96 f.; *Franz Riklin*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2002, § 9 Rn. 20 ff.; *Günter Stratenwelth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 1996, § 9 Rn. 5. Vgl. auch *Jörg Rehberg*, Strafrecht I, 5. Aufl., 1993, S. 57; *Stefan Trechsel/Peter Noll*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., 2004, S. 80 f.

Täters）によって基礎づけられ又は高められるとき、この義務を課せられていない共犯者は、刑が減軽される」という規定となっているため、スイス刑法は、同条にいう「特別の義務」が特別犯を標識するメルクマールであるということを前提したと考えられるのである。*Donatsch* も、スイス刑法26条について次のように説明している。「26条においては、特別の義務に基づいて可罰性が基礎づけられ又は高められる真正又は不真正な特別犯（echtes oder unechtes Sonderdelikt, dessen Strafbarkeit aufgrund einer *Sonderpflicht* begründet oder erhöht wird）への共犯者が、正犯者の犯罪への関与として処罰されるということが規定されている。したがって、真正又は不真正な特別犯への共犯者にとっては、当該特別犯の法定刑が常に重要となる。対応する特別の義務（entsprechende *Sonderpflicht*）が共犯者には存在しないのであるから、このことは自明ではない。こうした事情、つまり特別義務の欠如（fehlende *Sonderpflicht*）は、48 a 条における刑の必要的減軽によって考慮される。」[35]

特別犯と自手犯の関係に対する理解も、ドイツと同様であると言ってよい。たとえば、*Stratenwelth* は、「自手犯は、どちらのカテゴリーにも属する構成要件があるにせよ、ときどき同視されることのある特別犯からは区別されねばならない。自手性（Eigenhändigkeit）においては、特別義務の侵害（Verletzung einer *Sonderpflicht*）が重要なのではなく、人が一身においてのみ遵守しまたは侵害し得るところの行為規範への違反（Zuwiderhandlung gegen eine Verhaltensnorm, die man nur in eigener Person befolgen oder verletzen kann）が重要なのである」[36]とする。つまりスイスでも、特別犯と自手犯は、いずれも正犯者としての行為主体の範囲が限定されるという点で共通するものの、正犯者としての行為主体の範囲が特別義務（またはそれを伴う資格）によって限定されるか否かという点で異なるのである。

第２項　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

したがって、スイスにおける特別犯概念も、わが国における身分犯概念とは、

[35] *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 34), S. 187.

[36] *Stratenwelth*, a. a. O. (Fn. 34), § 13 Rn. 18. *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 34), S. 105も同旨。

二重の意味で異なるものである。それゆえ、ドイツにおける特別犯論を参考とすることと同じ問題を指摘することができるのである[37]。

第３節　オーストリア

第１項　特別犯概念の概要と地位

興味深いことに、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なるかたちで理解されている。オーストリアでは、特別犯とは、行為主体がある一身的資格または関係を備える者に限定された犯罪類型として理解され[38] さらに、その一身的資格または関係が行為の不法に関係する特別犯（*unrechts*bezogene Sonderdelikte）は、自手犯（eigenhändige Delikte）と特別義務犯（Sonderpflichtdelikte）に区別される[39]。前者は、一身的資格また

---

[37] 小池信太郎＝神馬幸一訳「スイス刑法典第１編総則」慶應ロー36号（2016）304頁は、スイス刑法26条の見出しにおける „Sonderdelikt“ を「特別義務犯」と和訳しているが、適切であると思われる。

[38] *Helmuth Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2004, Kap. 10 Rn. 36; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2007, E 7 Rn. 4; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 4; *Stephanie Öner/Hannes Schütz*, in: *Otto Leukauf/Herbert Steininger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., § 14 Rn. 1; *Stefan Seiler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 127; *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 3 Rn. 108; EBRV 1971, S. 79. Vgl. auch *Kurt Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 388 f.

[39] *Ernst Eugen Fabrizy*, in: *Frank Höpfel/Eckart Raz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 11. Lfg., 2000, § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 891 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, Die österreichische Beteiligungslehre – Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystem?, 1983, S. 86 ff. Vgl. auch EBRV 1971, S. 81 f.

は関係を備える者が直接的に行為を遂行することによって不法が基礎づけられる犯罪類型、後者は、一身的資格または関係を備える者による義務違反によって不法が基礎づけられる犯罪類型を意味する。オーストリア刑法14条はこうした特別犯概念を前提とする規定であり、同条にいう「特別の一身的資格又は関係（besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse）」とは、特別犯を標識するメルクマールをいうものと理解されている[40]。ただし、オーストリア刑法14条１項１文は、不法に関係する特別の一身的資格または関係が全関与者に対し従属的に作用することを規定しているが、統一的正犯体系の帰結として主観的不法要素は全関与者が独自に備えていなければならないため、少なくとも主観的不法要素は、それが特別犯メルクマールであろうとなかろうと、14条１項にいう「特別の一身的資格または関係」には該当しないとされる[41]。

オーストリアにおける特別犯概念がドイツにおけるそれと異なるという点について、*Triffterer* は、「とりわけ、ドイツの学説においては状況が異なり、普通犯（Allgemein-）、特別犯（Sonder-）、自手犯（eigenhändige Delikte）という三分類（*Drei*teilung）が見られる。しかし、オーストリアの法体系によれば、不法が『行為者の特別の一身的資格又は関係に依存する』すべての犯罪（*alle* Delikte, in denen das Unrecht „von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig“ ist）が、14条において共通の規制を受けてきた。それゆえ、いわゆる自手犯も含まれるところの、14条の適用範囲全体に対して、『特別犯』という名称が定着してきた。それに伴い、自手犯は通常、特別犯の下位グループ（*Unter*gruppe）と見なされる。その意味で、特別犯を上位概念（*Ober*begriff）と見なし、特別義務犯と自手犯とに分割することが、用語法的に意味があると思われる」[42]と明確に指摘している。ドイツおよびスイスでは、正犯者の範囲が制限される犯罪類型の一種を指す概念として特別犯という概念が用いられているのに対して、オーストリアでは、行為主体

[40] *Fuchs*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 35 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 16; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a .O. (Fn. 38), E 7 Rn. 16; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 1; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 115; EBRV 1971, S. 81.

[41] *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 23; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a .O. (Fn. 38), E 7 Rn. 23; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 118.

[42] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 3 Rn. 106.

の範囲が制限される犯罪類型全体を指す概念として特別犯という概念が用いられており、特別犯概念の役割は大きく異なっていると言えよう。

第２項　オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念

このように見てくると、オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念は、定義および機能の両面において一致するものであるということが明らかとなる。

まず、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なり、行為主体に一定の特徴が要求される犯罪類型のすべてを含むものである。わが国における身分犯概念も、そうした犯罪類型のすべてを含むものであり、両者の着目する点は一致しているのである。

さらに、オーストリアにおける特別犯概念は、正犯概念に依存しないかたちで定義されるものであり、この点もわが国の身分犯概念と同様である。ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、特別犯を標識するメルクマールを備えていない者が正犯となり得ないものと理解されていたのとは対照的に、オーストリアにおける特別犯概念は、そのように解されていないのである[43]。

以上のように、これまでわが国においてあまり言及されることのなかったオーストリアの特別犯概念は、定義においても機能においても、わが国の身分犯概念と一致するものである。したがって、わが国における身分犯概念をどのように考えるか、身分犯を犯罪論の中においてどのように取り扱っていくかを検討する上で、示唆に富むものであるように思われる。

---

[43] これに対しては、オーストリア刑法が統一的正犯体系を採用しているからではないかという疑問も生じ得るが、オーストリアにおける有力説（*Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 39), § 14 Rn. 8; *Wilhelm Friedrich*, Triffterers Beteiligungslehre – eine vermittelnde Lösung?, RZ 1986, S. 258 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 7; *Schmoller*, a. a. O. (Fn. 38), S. 389; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38); *ders.*, a. a. O. (Fn. 39), S. 86, 88 f.）が特別犯を標識するメルクマールを備えていない者も直接正犯者となり得ると解していることから明らかなように、オーストリアにおける特別犯概念は直接正犯という正犯形式とすら必ずしも結びつけられていないのである。

第４節　小括

従来わが国の身分犯論において参考とされてきた、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは異なるものであり、身分犯概念の具体的範囲を明らかにするという観点からは、参考としにくい面を有している。異なる概念どうしを同一または類似の概念と考えて比較してきたことが、身分犯概念の解明を妨げてきたとさえ言えるかもしれない。それに対し、従来あまり参考とされてこなかったオーストリアにおける特別犯概念と、わが国における身分犯概念は、まったく同一の発想から導かれた概念である。それゆえ、わが国における身分犯概念および身分犯をめぐる諸問題を解決していくにあたっては、オーストリアにおける特別犯概念こそ少なからぬ示唆をもたらすものと思われる。

次章では、オーストリアにおける特別犯論を適宜参照しながら、わが国における個別具体的な要素について身分性を検討することとする。

第５章　身分犯概念の具体的内容

第３章では、身分犯概念の再構成を試みた。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、こうした身分犯の一般的意義だけをもって、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、身分犯の一般的意義から演繹していくというアプローチで、身分犯の具体的範囲について検討することとする。なお、身分犯性が問題となる局面の類型およびそれらの検討の順序については、第２章に準拠することとし、以下では、主観的要素（第１節）、消極的な主体要素（第２節）、構成要件上明示されない主体要素（第３節）、構成要件該当行為の一部であるのか身分であるのかが問題となる要素（第４節）の順に検討を進める。さらに、補論として、一つの条文中に複数の犯罪類型が含まれる場合の判断方法（第５節）、および、行為環境の限定によって反射的に行為主体が限定されるように見える場合（第６節）

についても検討を行うこととする[44]。

第１節　主観的要素

第１項　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、「一定の主観的状態の者」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、広く前提とされてきたように思われる。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た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言えよう[45]。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言えるのかということである[46・47]。

---

[44] 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。この点については、後述本章第１節第３項（２）参照。

[45] 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）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、日髙義博「共犯と身分」川端博先生古稀記念（上巻）（成文堂、2014）757頁参照。

[46] *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的（*persönlich*）であると言えるから（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た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。

[47] 前章において述べたように、オーストリアでは、わが国における身分犯と同一の概念として、特別犯という概念が用いられている。そのためオーストリアでも、主観的要素が特別犯のメルクマールにあたるかという点が問題となり得、実際に、オーストリア最高裁判所（以下、OGH という）やいくつかの学説が、主観的要素と特別犯との関係について見解を示している。

たとえば、OGH は、1995年３月10日決定（EvBl 1995/99）において、主観的要素である営業性（Gewerbsmäßigkeit）がオーストリア刑法14条にいう「特別の一身的資格又は関係」に該当しないとの判断を示し、その理由として、同条の「特別の一身的資格又は関係」に該当するのは、「行為事象に依存せずに（unabhängig vom *Tat*geschehen）、彼〔行為者＝筆者注〕の人格に存在する性質または関係」のみであり、「犯罪類型上要件とされる、行為の際の行為者の特定の動機または心情は、そこに含まれない」と述べている。

学説においてはたとえば、営業性をオーストリア刑法14条にいう「特別の一身的資格又は関係」と解する *Wegscheider* は、その根拠について、「刑法70条の意味での目的は、行為者の内面に由来する（aus dem Inneren des *Täters* kommen）ものであり、そこから行為に現れる（sich von da aus der *Tat* aufprägen）からである」（*Hebert Wegscheider*, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, ÖJZ 1979, S. 66）とする。さらに、*Kienapfel/Höpfel/Kert* は、営業性以外の要素についても言及しており、拡張された故意（erweiterter Vorsatz; 拡張された故意とは、犯罪が、ある特定の、客観的構成要件実現を超える故意を要件とする場合における、その超過的内心傾向をいう。*Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), Z 11 Rn. 23）は特別犯のメルクマールにはあたらないとし、その理由については OGH にならい、それが行為に依存しない（*tat*unabhängig）ものではなく、主体資格（*Subjekt*qualität）ではないからであると指摘している（*Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 24）。

このように、オーストリアでも、主観的要素が特別犯のメルクマールにあたるかということが若干の問題となり、その判断においては OGH も学説も、問題となる主観的要素が行為（あるいは行為主体）とどのような関係にあるかという点に焦点を当てているのである。わが国においても、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要素として定義する限り、主観的要素の身分性判断は、究極的には、問題となる主観的要素が構成要件該当行為とどのような関係にあるのか（つまり、構成要件該当行為自体に属するものなのか、あるいは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体に属するものなのか）という点に帰着する。したがって、問題は、そうした判断を現実的に可能にする基準なのである。

第２項　判断基準の展開

（１）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、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[48]。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[49]。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属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属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[50]と対応する意思は、

---

[48] 井田・前掲注（12）246頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（成文堂、第３版、1995）86頁、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959）143頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2007）43頁など。特に、香川・上掲同頁は明確に、行為は「主観･客観の総合のうえなりたつ」と述べている。

[49] 井田・前掲注（12）246頁。

[50] 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はなく、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. *Trifterer*, a. a. O. (Fn. 38), 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

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犯における故意や故意の内容に関係する主観的要素（知情など）は、身分にあたらないということになるのである。

（２）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ば、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、未遂犯における故意および予備犯における目的である。これらの主観的超過要素が一見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るが、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にすぎない。それゆえ、こうした主観的要素は、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[51]。

このことは、未遂犯における故意および予備犯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。未遂犯における故意および予備

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. (Fn. 38), Kap. 9 Rn. 10）。

[51] 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あり得ない」（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。

犯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[52]。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犯として規定されているという意味において、「実質的な前既遂犯」[53]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、実質的な前既遂犯における主観的超過要素も、未遂犯における故意および予備犯

---

[52] *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 Gehrig*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 33 ff., 45 ff. u. 79 ff.; *August Hegler*, Anm. zum Urt. 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; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 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）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言えよう。

[53] *Joecks* はこうした犯罪を「偽装された未遂構成要件（*verkappte* Versuchstatbestände）」と表現しており（vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *ders./Klaus Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 36）、本稿の表現はここから着想を得たものである。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犯として処罰されることもあり得るため（vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, a. a. O. (Fn. 52), § 8 Rn. 134）、本稿では未遂犯のみならず予備犯をも含む趣旨で「前既遂犯」としている。

における目的と同様に、そもそも行為者を特徴づける機能を有していないということになる。

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、その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か否かによって決せられることになる[54･55]。

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[56]は、「そうした主観的状態の者」というかたちで構成要件該

---

[54] *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ろう。

[55] 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。一つは「その存在によって類型的に構成要件該当行為そのものの法益侵害性が高まる」場合であり、もう一つは、「その内容の実現が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。本稿の基準によれば、その内容の実現が直接的には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。

[56] *Fuchs* 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

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[57・58]。

第３項　判断基準からの帰結

（１）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[59]、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[60]は、結論としては妥当であったと言えよう。これらの主観的要素の内容の実現はまさに、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」を身分にあたると判断した最高裁判例[61]も、結論としては支持することができる。営利の目的の実現

(intensivierte Innentendenz)」と呼ぶが（vgl. *Fuchs*, a. a. O. (Fn, 38), Kap. 10 Rn. 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。

[57] 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言える（vgl. *Wegscheider*, a. a. O. (Fn. 47), S. 66)。

[58] *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「特別の一身的資格又は関係にあたると解しているが（*Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), 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言える。さらに、vgl. *Mayerhofer/Rieder*, a. a. O. (Fn. 8), S. 127.

[59] 大判昭和９年12月17日刑集13巻1743頁。

[60] 順に、東京高判昭和53年５月30日高刑集31巻143頁、東京地判昭和62年９月３日判時1276号143頁。

[61] 最判昭和42年３月７日刑集21巻２号417頁。

自体は法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するものではないからである[62]。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[63]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、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く、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[64]。

ただし、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[65]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[66]、「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」を認定しているため、そのような考え方を前提としていないであろう[67]。「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

---

[62] 平野・前掲注（52）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。

[63] 東京地立川支判平成26年３月６日公刊物未登載（LLI/DB 判例番号 L06930064）、東京地立川支判平成26年４月16日公刊物未登載（LLI/DB 判例番号 L06930256）。

[64] 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、その内容の実現が法益のさらなる侵害ないし危殆化を直接意味するものとは言えない。

[65] 大判大正14年１月28日刑集４巻14頁。

[66] こうした解釈を採用するものとして、西田典之『刑法各論』（成文堂、第６版、2012）80頁。

[67] 最決昭和37年11月21日刑集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。

対応せず、身分にあたるということになる。

（2）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収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[68]。

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こととする[69]。

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

[68] ただし、知情が収得後であるという事情は身分である。

[69] 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の数を制限したからであるにすぎない。

	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）、「営利、わいせつ、結婚又は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）、「わいせつ、結婚又は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条又は前三条の罪を犯した者を幇助する目的」（227条１項）、「第225条の２第１項の罪を犯した者を幇助する目的」（同条２項）、「営利、わいせつ又は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） （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）、「その運転の時のアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる目的」（自動車運転死傷行為処罰法４条）[70]、「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

[70] 本罪については、証拠隠滅罪（刑法104条）との関係において、困難な問題を生ずる（永井善之「いわゆる『中間類型としての危険運転致死傷罪』および過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪について――アルコール影響類型を中心に――」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016）719頁以下参照）。というのは、自己の刑事事件に関する証拠の隠滅行為が証拠隠滅罪において処罰されない根拠は、類型的な期待不可能性にあるというのが一般的な理解であるところ、本罪はまさに自己の刑事事件に関する証拠

身分にあたる主観的超過要素	（刑法） 「営利の目的」（182条）、「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）[71]、「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） （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

の隠滅行為が処罰されているからである。本稿においては、この点についての詳細な検討に立ち入ることはできないが、「その運転のときのアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる目的」がある場合にのみ、そうした類型的な期待不可能性の考慮が放棄されているものと解さざるを得ないと思われる。そうであるとすれば、本罪における主観的超過要素としての目的は、「更にアルコール又は薬物を摂取すること、その場を離れて身体に保有するアルコール又は薬物の濃度を減少させることその他その影響の有無又は程度が発覚することを免れるべき行為」により「その運転のときのアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる」という客観的構成要件を一旦仮想した上で、後者の部分を主観的要素として取り込むという構造から生じたものということになる。

[71] 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

第４項　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、身分に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、通常の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ということである。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ないから、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足らず、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ないと解している[72]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ず、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。

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）８頁。

[72] 最判昭和42年３月７日刑集21巻２号417頁および最決昭和57年６月28刑集36巻５号681頁参照。

第２節　消極的な主体要素

第１項　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れば、消極的な主体要素[73]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[73a]。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[74]とを結合させて規定した犯罪類型であるとも言えよう[75]）。

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

---

[73] *V. 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。

[73a] Vgl. *Eckhart Rainer*, in: *Otto Triffterer* et al. (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Lfg., 2004, § 157 Rn. 3.

[74] 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。

[75] 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り、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。

ことになろうが、そのような結論は不合理である[76]。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」[77]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」という刑罰加減的身分または刑罰阻却的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。

第２項　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[78]および裁判例[79]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的身分であり、そうした身分を有する阻却的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ないが、こういった他人性は身分にあたらない。また、財産犯の客体も他人の物でなければならないが、こういった他人性も身分にあたらない。これらの犯罪では、被疑者自身や権利者自身が阻却的身分者として犯罪の主体から除外されているにすぎないからである。不法領得の意思における効用享受意思については、先述の通りである。

---

[76] *Rittler* は、財の所有者以外の者（vom Eigner des Gutes verschiedene 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。

[77] 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。

[78] 大判大正４年10月４日刑録21輯1376頁、大判昭和12年10月29日刑集16巻1417頁。

[79] 東京高判昭和47年１月25日前掲判タ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。

第３節　法文上明示されない主体要素

第１項　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、極端に言えば、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[80]、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[81]、行為客体の特徴として潜在している場合が多い。この場

[80] 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。さらに言えば、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。

[81] *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.）と指摘する。な

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[82]。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、強姦罪（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」という法文であるが、「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

お、*Kienapfel* も、「刑法典の特別犯は、常にそうしたものとして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」（*Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 24 Rn. 28）としている。Vgl. auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38); Z 9 Rn. 45 ff.

[82] Vgl. OGH SSt 50/2.

体に潜在していると理解することが可能である[83]。

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」[84]、「表見的身分犯」[85]として身分犯から排除することはできないと思われる[86]。

第２項　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節　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１項　判断基準の展開

---

[83] 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 SSt 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.

[84] 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第４版、2009）、山口・前掲注（48）328頁。

[85] 泉・前掲注（18）748頁以下。

[86] 藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968）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。

これまでにも確認したように、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、身分であるのかが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[87]。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[88]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うことをテーマとした論文において[89]、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

---

[87] 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013）410頁。また、表現は異なるが、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）352頁以下も同旨。

[88] 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酔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。

[89] *Adrian Eugen Hollaender*, Struktuelle Kommutabilität von zweiaktigem Delikt und Sonderdelikt bei § 81 Abs 1 Z 2 StGB?, AnwBl 2005, S. 497 ff.

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[90]。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する[91]。

このように、ある犯罪が二行為犯[92]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）[93]。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

[90] *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 89), S. 500.

[91] *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 89), S. 501.

[92] 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。

[93] 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）217頁）のである。

準）[94·95]。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[96·97]。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

---

[94] 松原·前掲注（87）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）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。

[95] 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（93）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（87）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（87）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場合は結局、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基準として定式化することが最も的確かつ明快であると考えこれを採用している。

[96] 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. 89), 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。

[97] 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

身分であるということはあり得ない[98]。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[99]。

第２項　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、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[100]。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[101]。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

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。

[98] 坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判時1202号（1986）20頁も、「身分犯にいう身分は、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。

[99] *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. 81), S. 159）、こうした趣旨であろう。

[100] 山口・前掲注（87）352頁以下。

[101] なお、林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ２号（2006）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。

行為犯であるから[102]、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ろう[103]。

第３項　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[104]。この場合、インサイダー情報の伝

[102] 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、第３版、1990）366頁、西田・前掲注（66）409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。

[103] 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。

[104] 東京高判平成27年９月25日公刊物未登載 LEX/DB 文献番号25541270およびその原審である横浜地判平成25年９月30日判タ1418号374頁参照。

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[105]。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[106]。

第５節　混合法規（Mischgesetze）と身分

第１項　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

---

[105] 横浜地判平成25年９月30日判タ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。

[106] 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年９月25日公刊物未登載 LEX/DB 文献番号25541270およびその原審である横浜地判平成25年９月30日判タ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）190［67］頁以下参照。

（*Misch*gesetze）」[107]または「混合犯（*Misch*delikte）」[108]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[109]。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にはあたらないことは、先述の通りである）[110]。

第２項　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[111]、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

---

[107] *Edmund Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 195 f.; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 83), S. 46; *Rittler*, a. a. O. (Fn. 76), S. 95; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 3 Rn. 71 ff.

[108] *Fuchs*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 10 Rn. 56; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 9 Rn. 39 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), Z 9 Rn. 39 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 129 f.

[109] 香川・前掲注（17）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。

[110] 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年３月７日刑集21巻２号417頁参照）。

[111] 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してオーストリア刑法14条にいう「特別の一身的資格又は関

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のもとでは、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[112]。

第６節　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言ってよいであろう。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。

係」に該当すると解されている（*Fabrizy*, Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen, 12. Aufl., 2016, § 2 Rn. 9; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 29 Rn. 16; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn. 20 f., 29; aM *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 31）。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観念し得るため、上記の理解は導かれやすいといえよう。

[112] 井田・前掲注（12）144頁。山口・前掲注（48）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。

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[113]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[114]。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[115]、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[116]

---

[113]《オーストリア刑法79条（出産の際における嬰児殺）》
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。

[114] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 112), § 14 Rn. 3; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 44 f.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 44 f.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 130. Vgl. auch EBRV 1971, S. 81, 197.

[115] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn.20.

[116]《オーストリア刑法95条（援助を怠ること）》
① 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。

および286条[117]のみが普通犯であるとしたように[118]、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言えよう。

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[119]。つまり、過失犯は、行為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。

第６章　おわりに

本稿は、身分犯概念、すなわち、身分犯の一般的な意義および具体的な範囲

---

[117]《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 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。

[118] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn. 20.

[119] 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得る（たとえば、刑法211条）。これについては、vgl. *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 11; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 11.

について検討してきた。その結果、身分犯とは、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身分が一構成要件要素とされる犯罪である、ということが明らかとなった。そして本稿は、身分性が問題となり得るすべての要素についてその身分性を検討し、一応の解答を示したつもりである。

本稿の概略は、以下の通りである。

第２章では、判例および学説が身分犯あるいは身分犯という犯罪類型を標識する身分をどのようにとらえてきたのかについて検討を加えた。その結果、判例（第１節）では、まず主観的要素（第１項）については、一定の実質的基準に基づいて身分にあたるものとそうでないものとの区別を行ってきたことが窺えることが明らかとなった。そして、消極的な主体要素（第２項）については、一貫して身分性を否定してきており、法文上明示されない主体要素（第３項）については、法文上明示されていないという事情を特別視することなく、問題となる犯罪類型が一定の特徴を備える者のみを行為主体とする趣旨を含んでいるか否かによって、身分性を判断してきたということが明らかとなった。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４項）については、事後強盗罪に関する下級審裁判例しか存在しないものの、身分性を肯定するものが存在していることを確認した。学説（第２節）では、そもそも身分犯概念の一般的意義（第１項）について激しい対立があることを確認し、身分犯を標識する身分という要素の範囲を文理や義務によって制限する見解の問題点を指摘した。主観的要素（第２項）については、身分犯の一般的意義についての理解の対立が大きく反映されるが、特に、身分の範囲を特に制限しない見解の多くが、主観的要素も身分にあたり得ることを前提としながら、どのような主観的要素が身分にあたり、どのような主観的要素が身分にあたらないのかを示していないという点から、主観的要素については身分性の判断基準が存在していないことを指摘した。そして、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）、および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５項）については、それぞれにおいて、身分概念のとらえ方の相違が鮮明に表れていることを確認した。

第３章では、刑法65条を手がかりに、わが国の刑法において前提とされている身分犯の一般的意義を明らかにした。これにより、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り、身分犯とは、こうした意味での身分を構成要件要素とする犯罪類型であると結論づけた。

第４章では、従来わが国における身分犯概念と同一視され参考とされてきたドイツおよびスイスにおける特別犯概念を検討し、これらの概念とわが国における身分犯概念の異同を検証した（第１節、第２節）。その結果、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは、定義および機能の面において異なっており、両者を同一視することはできないことが明らかとなった。これに対し、オーストリアにおける特別犯概念が、同じ特別犯という名称を付されながらも、ドイツやスイスにおけるそれとは大きく異なるものであり、わが国における身分犯概念と定義および機能の面において一致するものであるということが明らかとなった（第３節）。

第５章では、オーストリアにおける特別犯概念を参考としつつ、第３章において明らかにした身分犯の一般的な意義から、身分犯性が問題となる局面に応じた身分犯性の判断の下位基準を導き出すことを試みた。具体的には、まず主観的要素（第１節）については、犯罪類型において主観的要素が要求される根拠から、行為自体の一側面となっている主観的要素とそうではなく単に行為主体の心理的状態を特徴づけている主観的要素に区別することを試み、後者は身分にあたると結論づけた。そして、こうした基準からすると、身分にあたる主観的要素は極めて限定された数にとどまり、従来の理解にも合致していることが明らかとなった。消極的な主体要素（第２節）については、行為主体の特徴に関係する要素であっても、それがある事実の否定によって定義される場合には身分にあたらず、むしろその事実が阻却的身分をなしていると結論づけた。法文上明示されない主体要素（第３節）については、法文上明示されないものであっても一般的に身分と解されてきた要素があることを指摘しつつ、あくまでも決定的な基準は、そうした要素が構成要件要素としてその犯罪類型に潜在しているか否かであると結論づけた。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４節）については、身分があくまでも行為主体に要求される前提としての事実であることから、ある要素が構成要件該当行為の一部であると同時に身分であるということはあり得ず、問題となる要素の実現自体が不法を構成するか否かによって身分性が判断されるべきであると結論づけた。加えて、従来わが国において検討されてこなかった、混合法規における身分性の判断方法（第５節）、および、行為環境の限定によって反射的に行為主体が限定される場合についての考え方（第６節）についても言及した。

以上が本稿の概要である。

第１章でも述べた通り、身分犯は特に正犯論および共犯論との関係において、さまざまな争いを生み出してきた。その争い自体が極めて激しいものとなっているのだが、そもそも身分犯とは何なのかという根本問題が解決されていなかったことが、そうした状況を促進する大きな理由の一つであったとも思われる。本稿は、身分犯とは何なのかという根本問題に一応の解答を与えたものであり、身分犯と正犯論および共犯論をめぐる諸問題の解決に一定の役割を果たすものと思われる。

最後に、本稿の研究で得られた展望を述べることとしたい。本稿の研究により、身分犯にいう身分とは、構成要件該当行為自体ではなく行為主体を特徴づける構成要件要素であるということが明らかとなった。刑法65条は、各則において規定される構成要件該当行為の主体要件を欠く関与者をどのように取り扱うかを規定し、各則において規定される構成要件該当行為を直接的に遂行していない関与者をどのように取り扱うかを規定するその他の共犯規定を補完するものだからである。したがって、ある構成要件要素が身分であるか否かの区別は、不法や責任という実質的な観点から行われるものではない。そして、現在の判例・通説のように、刑法65条１項を構成的身分犯に関する規定、同条２項を加減的身分犯に関する規定として解する場合には、身分概念においても、身分の同条１項または同条２項への振分けにおいても実質的な観点が取り込まれないということになってしまう。これに対して、オーストリアでは、刑法14条における「特別の一身的資格又は関係」を形式的にとらえつつ、同条１項は不法関係的な特別の一身的資格または関係の連帯的作用を、同条２項は責任関係的な特別の一身的資格または関係の個別的作用を規定するものとして、「特別の一身的資格または関係」の同条１項または同条２項への振分けの段階で実質的な観点が取り込まれている。また、ドイツでも、刑法28条は「特別の一身的要素」が刑罰構成的である場合は準連帯的に作用し、刑罰修正的である場合は個別的に作用するとして、オーストリアとは反対に振分けが形式的に行われるものの、一身的要素が「特別の一身的要素」に該当するかどうかを判断する段階では、完全に連帯的に作用する一身的要素がそこに含まれないことになる行為者関係性の基準が採用されており、「特別の一身的要素」の概念の中に実質的な観点が取り込まれている。このように、わが国の（少なくとも現在の判例・通説の下での）刑法65条は、「身分」自体への該当性判断においても、１項身分および２項身分への振分けにおいても、実質的な観点が排除されているといえ、

こうした状況は、オーストリアやドイツと比較してきわめて後進的であると言えよう。そこで、今後の展望としては、本稿から明らかとなったように、わが国の刑法が想定する身分犯にいう身分自体は行為者を特徴づけるかという形式的な観点から判断される以上、身分概念それ自体以外の領域において、実質的な観点を取り込むことのできる解釈論が模索されるべきであろう。その際、オーストリアにおける議論が示唆するように、連帯的作用の可能性を内包している身分であっても、実際に連帯的に作用するための条件は一様ではないということが参考となるのではないかと思われる[120]。こうした点も含めて今後の研究課題としていきたい。

【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。

[120] Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 39), § 14 Rn. 13 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 39), S. 86 ff.