HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論
Author(s)	岡部, 天俊
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第13714号
Issue Date	2019-09-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k13714
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76074
Type	doctoral thesis
File Information	Takatoshi_Okabe.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

複数人の事実的共働による
身分犯の実現に関する理論

岡部　天俊

目　次

序　章　はじめに
第１章　正犯概念と共犯概念
　第１節　客観的帰属の質的相違としての正犯と共犯
　第２節　共同正犯の位置づけ
第２章　身分犯概念とその具体的内容
　第１節　身分犯の定義
　　第１項　刑法 65 条から導かれる身分犯の特殊性
　　第２項　構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分
　第２節　Sonderdelikte 概念と身分犯概念
　　第１項　ドイツおよびスイス
　　第２項　オーストリア
　　第３項　小括
　第３節　身分犯概念の具体的内容
　　第１項　主観的要素
　　第２項　消極的な主体要素
　　第３項　法文上明示されない主体要素
　　第４項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素
　　第５項　混合法規（Mischgesetze）と身分

第６項　行為環境の限定による反射的な行為主体の限定
第３章　身分犯固有の無価値発生機序
第１節　問題の所在
第２節　オーストリア刑法 14 条 1 項 2 文とそれをめぐる理論
第１項　総説
第２項　自手犯と特別義務犯
第３項　小括
第３節　ドイツおよびスイスにおける議論
第１項　特別犯概念の細分化
第２項　正犯者メルクマールの区別とドイツ刑法 28 条
第３項　正犯者メルクマールと間接正犯――*Puppe* による指摘
第４項　小括
第４節　不法身分犯固有の無価値と不法身分犯の区別
第１項　直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯
第２項　責任身分犯について
第５節　各論的検討
第４章　間接正犯と身分
第１節　直接実行型不法身分犯
第１項　一般理論の展開
第２項　具体的帰結
第２節　特別義務違反型不法身分犯
第１項　一般理論の展開
第２項　具体的帰結
第５章　共犯と身分
第１節　刑法 65 条の基本的解釈
第１項　刑法 65 条 1 項と同 2 項の関係
第２項　刑法 65 条 1 項における「共犯」の意義
第２節　刑法 65 条 1 項の内在的制約（書かれざる要件）
第３節　具体的帰結
終　章　おわりに

Lehre von Verwirklichung eines Sonderdelikts durch faktische Zusammenwirkung mehrerer

Takatoshi Okabe

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

1. Begriffe von Täterschaft und derTeilnahme
   - 1.1. Täterschaft und Teilnahme als der qualitative Unterschied von der objektiven Zurechnung
   - 1.2. Verortung der Mittäterschaft
2. Begriff von *Mibun*-Delikten und sein konkreter Inhalt
   - 2.1. Definition der *Mibun*-Delikte
     - 2.1.1. Aus jStGB § 65 geleitete Besonderheit von *Mibun*-Delikten
     - 2.1.2 *Mibun* als Merkmale, welche nicht tatbestandsmäßigeHandlungen selbst, sondern die Handlungssubjekt von ihnen charakterisieren
   - 2.2. Begriffe von *Mibun*-Delikten und Sonderdelikten
     - 2.2.1. Deutschland und Schweiz
     - 2.2.2. Österreich
     - 2.2.3. Fazit
   - 2.3. Konkreter Inhalt von *Mibun*-Delikten
     - 2.3.1 Subjektive Merkmale
     - 2.3.2. Negative Subjektsmerkmale
     - 2.3.3. Im Gesetzestext nicht beschriebene Subjektsmerkmale
     - 2.3.4. Merkmale, über welche es in Frage kommt, ob es um ein Teil der tatbestandsmäßige Handlungen oder ein *Mibun* handelt
     - 2.3.5. Mischgesetze und *Mibun*

2.3.6. Automatische Beschränkung desHandlungssubjekt durch Handlungssituationen

3. Mechanismus von Entstehung des *Mibun*-Delikten spezifischen Unwerts

3.1. Einleitung

3.2. ÖStGB § 14 Abs. 1 Satz 2 und Theorie über diese Bestimmung

3.2.1. Allgemeines

3.2.2. Eigenhändige Delikte und Sonderpflichtdeikte

3.3.3. Fazit

3.3. Theorien in Deutschland und Schweiz

3.3.1. Differenzierung vom Begriff von Sonderdelikten

3.3.2. Unterscheiden von Tätermerkmalen und dStGB § 28

3.3.3. Tätermerkmalen und mittelbare Täterschaft – Hinweis von *Puppe*

3.3.4. Fazit

3.4. Unrechtsbezogenen *Mibun*-Delikten spezifischer Unwert und Unterscheidung von unrechtsbezogenen *Mibun*-Delikten

3.4.1. Unrechtsbezogene *Mibun*-Delikte mit unmittelbare Ausführung und unrechtsbezogene *Mibun*-Delikte mit Verletzung einer Sonderpflicht

3.4.2. Über Schuldbezogene Mibun-Delikte

3.5. Konkrete Erwägung

4. Mittelbare Täterschaft und *Mibun*

4.1. Unrechtsbezogene *Mibun*-Delikte mit unmittelbare Ausführung

4.1.1. Entwicklung von der allgemeinen Theorie

4.1.2. Konkrete Ergebnisse

4.2. Unrechtsbezogene *Mibun*-Delikte mit Verletzung einer Sonderpflicht

4.1.1. Entwicklung von der allgemeinen Theorie

4.1.2. Konkrete Ergebnisse

5. Teilnahme und *Mibun*

5.1. Grundlegende Auslegung von jStGB § 65

5.1.1 Beziehung zwischen Abs. 1 und Abs. 2

5.1.2. Bedeutung von „Teilnahme“ in Abs. 1

5.2. JStGB § 65 Abs. 1 immanente Beschränkung

5.3. Konkrete Ergebnisse

6. Schluss

序章　はじめに

身分犯と呼ばれる犯罪が、正犯論および共犯論において、極めて複雑な問題を引き起こしてきたことはいうまでもない。すなわち、身分者と非身分者が事実的に共働する[1]ことによって身分犯構成要件が実現された、あるいは、表見的に実現された場合[2]における各共働者の刑法的評価をめぐっては、論者によって相異なる見解が示されており、今なお様々な見解の対立が続く状況にある。具体的には、まず正犯論の領域においては、身分者を道具とする非身分者による間接正犯が可能であるかという問題や、逆に、身分者が非身分者を利用することで身分犯構成要件が実現された場合における身分者と非身分者の擬律の問題（いわゆる身分なき故意ある道具の問題）が論点として浮上する。また、共犯論の領域においても、非身分者が身分犯構成要件の実現に共犯として関与した場合における非身分者の擬律の問題が、非常に長きに亘って争われてきたのである。

身分犯をめぐる混沌とした状況の背景には様々な要因が存在するであろうが、その最大の要因と考えられるのは、不法身分犯における身分がどのようにして不法に影響を及ぼすのかというメカニズムが十分に解明されていないということであるように思われる。近時、共犯論の領域においては、身分を不法身分と責任身分に区別した上で非身分者の罪責を判断するアプローチが有力化しつつあるが、そのようなアプローチが妥当であるとしても、不法身分がどのような意味において不法に影響を及ぼしているのかというメカニズムは、ただ関与者の誰かにそれが存在していればよいというような単純なものではなく、また、そのメカニズムも必ずしも一様ではないように思われる[3]。そうした不法身分犯における固有の不法発生機序の解明が達成されれば、不法身分犯固有の不法が（その不法発生機序に従って）完全なかたちで生ぜしめられているとの判断を前提とした上で、正犯論および共犯論における一般理論を適用することにより、身分者と非身分者が事実的に共働すること

---

[1] ここでいう事実的共働とは、必ずしも刑法上重要な関与を意味しない概念であり、間接正犯における前面者（道具）の行為をも含む概念である。

[2] 身分犯構成要件が表見的に実現された場合とは、事実的には身分犯構成要件が実現されたようにも見えるが、実際には身分犯構成要件において想定される無価値が実現されていない場合をいう。

[3] 後述のように、このことはとりわけオーストリア刑法 14 条とそれをめぐる解釈論によって強く示唆されるところである。わが国においては、不法身分犯が行為主体を限定している根拠につき、不法身分犯における法益侵害ないし法益危殆化は事実上身分者によってのみ可能であるという点に求める見解と、当該不法身分犯においては身分者にのみ課せられる特別義務への違反が前提とされるという点に求める見解が対立しており、こうした対立はまさに、こうしたメカニズムの非一元性を示唆している。

によって身分犯構成要件を表見的に実現した場合における各共働者の妥当な刑法的評価が導かれることとなろう。そこで本稿は、従来意識的には論じられてこなかった身分犯固有の不法（無価値）発生機序を検討し理論化することを通じて、身分犯が正犯論および共犯論において引き起こしてきた各種の解釈論的問題を包括的に解明することを試みる。

本稿においてはまず、本稿の基礎となる正犯概念および共犯概念について提示し（第 1 章)、次に、従来不明確のままであった身分犯概念とその具体的内容について再検討を加える（第 2 章)。その上で、オーストリアをはじめとするドイツ語圏における議論を参照しつつ、不法身分犯における固有の不法発生機序について分析し、わが国における個別具体的な犯罪類型について各論的な検討を行う（第 3 章)。そして、それまでに得られた知見をもとに、身分犯の間接正犯の成否、および、身分犯の共犯の成否について検討を加え、具体的な帰結を提示する（第 4 章・第 5 章)。

第１章　正犯概念と共犯概念

複数人の事実的共働による身分犯の実現をめぐる包括的な理論は、主に次の 2 つの柱によって構成されることとなる。すなわち、正犯概念および共犯概念の内容と、身分犯固有の無価値発生機序である。なぜならば、複数人が事実的に共働することにより身分犯が実現された場合における各行為者の刑法上の評価は、身分犯固有の無価値が完全に生ぜしめられたことを前提として、各行為者がどのようなかたちでその実現に関与したかという判断を経てなされるものだからである。そこで、本章では、本稿において基礎となる正犯概念と共犯概念についての基本的な理解について提示しておくこととしたい。

なお、現行刑法は、第 11 章「共犯」の中に共同正犯（60 条）という関与類型を規定しており、共同正犯の刑法上の位置づけ（理論上正犯であるのか共犯であるのか）については必ずしも明確ではない。したがって、まずは正犯および共犯という概念がどのような内容を持つものなのかを明らかにした上で、共同正犯という関与類型の位置づけを検討するのが適切であると思われるので、以下では、このような順序で検討を進めていくこととする。

第１節　客観的帰属の質的相違としての正犯と共犯

わが国の刑法は正犯概念自体に関する定義規定を有しないものの、正犯には、直接正犯と間接正犯が含まれると一般に理解されている。巨視的にいえば、直接正犯とは、他人の行為を介在させることなく構成要件を実現する正犯であり、間接正犯とは、他人の行為を介在させるかたちで構成要件を実現する正犯である。しかし、間接正犯が、何らかのかたちで他人の行為を介在させているにもかかわらず、直接正犯と同視されるのはなぜなのであろうか。刑法は、60 条以下においてまさに、他人の行為を介在させることによって構成要件を実現する関与類型を規定しているが、その中に間接正犯に相当する関与類型は規定されていない。それゆえ、間接正犯が直接正犯と同視され得る十分な根拠が示されない限り、他人の行為を介在させて構成要件を実現しているにもかかわらずその構成要件実現を正犯として評価することは、罪刑法定主義に抵触するということにもなりかねないのである[4]。

[4] 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002）93 頁は、「日本の刑法典には間接正犯の規定はないから、直接正犯と間接正犯はともに刑法各則の基本的構成要件のみを根拠に処罰されると考えるべきである。従って、両者の処罰範囲は同じでなけれ

では、間接正犯の場合において、事実的評価としては他人の行為を介在させているにもかかわらず、共犯規定を適用することなく、各則構成要件のみによって、構成要件該当事実が帰属され得る根拠はどこにあるのであろうか。その根拠は、巨視的には、伝統的に説明されてきたように、他人が刑法上道具（Werkzeug）と同視し得るというところに求められるであろう。そうすると、ここでいうところの「他人が刑法上道具と同視し得る」とは、どのような場合を意味するのかが問題となる。直接正犯と間接正犯はいずれも各則構成要件のみによってその可罰性が基礎づけられる単独正犯内部での事実上の区別にすぎない[5]ということを前提とすれば、無論、両者においては、単なる類似性が認められるだけでは不十分であり、刑法上の厳格な同価値性が認められなければならない。そうした刑法上の厳格な同価値性が問題なく認められるのは、刑法的に中立な（*strafrechtlich neutral*）他人の行為を介在させることにより構成要件を実現したという場合、すなわち、構成要件該当事実を客観的に帰属可能な方法で（in *objektiv zurechnenbarer* Weise）惹起したとはいえない他人の行為を介在させることにより構成要件を実現した場合であろう[6]。このような場合における他人の行為は、構成要件をまったく実現していないということになり、いかなる意味においても刑法の評価の対象外に置かれることとなる。その結果、そのような他人の行為を介在させることは、道具を使用することと刑法上同等に扱われ得ることとなる[7]ため、刑法

ばならない」とする。また、同 146 頁も、「わが国の刑法典の解釈としては、間接正犯の正犯性は、あくまで直接正犯と同一の犯罪成立要件を満たすことを論証することによって論証されなければならない」とする。さらに、中義勝『間接正犯』（有斐閣、1963）127 頁も、「間接正犯をも真に正犯として構成しようと思えば、直接正犯に妥当するのと同一の原理…による以外には途は存しないのであって、これと別途の原理によることは依然としてかの悪名高き擬制的正犯の轍をふむことを意味せねばならぬ」とする。

[5] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2016）68 頁。

[6] Vgl. *Andreas Hoyer*, in: Jürgen Wolter (Hg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl., 2017, § 25 Rn. 34 und 36; *Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 21. Abschn. Rn. 38 Fn. 91a; *Reinhard Moos*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 33. Lfg., 2002, § 75 Rn. 33; *ders.*, Anmerkung zu OGH 14. 3. 2000, 14 Os 158/99, JBl 2001, S. 197; *Stephanie Öner/Hannes Schütz*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 12 Rn. 19; *Kurt Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 380; *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994 (zit.: AT^2), Kap. 16 Rn. 51 f.; *ders.*, Die österreichische Beteiligungslehre – eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?, 1983 (zit.: Beteiligungslehre), S. 64 f., 69 und 72 f.; auch *Kai Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht – ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, 2002, S. 403 f.; *Eva Wach*, Versuchsbeginn bei nachfolgender unbewusst selbstschädigender Opfermitwirkung – ein Beitrag zur Auslegung von § 12 und § 15 Abs 2 StGB, ÖJZ 2002, S. 794.

[7] 中義勝『間接正犯』（有斐閣、1963）130-131 頁は、「『自己の手による実行』を厳格に事実的に理解するならば、あらゆる器具の利用や動物の使用さえすでにこの概念からははみだすことになり、もはや『自己の手による実行』とはいえないわけであるが、にもかかわら

的に中立な他人の行為を介在させて構成要件を実現した者は、刑法的評価としてはまさしく、構成要件を直接的に実現した者なのである。

しかしながら、事実的評価としては他人の行為を介在させているにもかかわらず正犯性が認められるのは、刑法的に中立な他人の行為を介在させる場合に限られるわけではない。というのは、たしかに刑法的に非中立な（strafrechtlich *un*neutral）他人の行為を介在させたという場合であっても、刑法上道具と同視し得る他人の行為を通じて構成要件を実現したという評価がなお成り立つ場合があり得るからである。わが国の刑法が正犯と共犯を区別し、共犯を刑罰拡張事由として位置づけていることからすれば、わが国の刑法は、原則として、自身が法益を侵害ないし危殆化しないよう注意することを要求してはいるものの、他人が法益を侵害ないし危殆化しないよう注意することまでは要求しておらず[8]、例外的に後者の注意要求が必要である場合に共犯規定によって介入しているものと解される[9]。しかしながら、この原則自体にも、内在的制約が伴う。刑法は法益の侵害ないし危殆化をもたらすことになる構成要件実現の阻止を目的として行為規範を提示しているが、行為規範を提示することによる働きかけは、各個人が自律的主体であることを前提としている。したがって、自律的でない個人の行為が問題となる局面においては、刑法による第一次的な（正犯に向けられる）注意要求は、その背後の自律的個人へと移行することになる[10･11]。そうであるとすれば、わが国の共犯体系も、他人が自律的に（autonom）行為していることを前提としており、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現した者はなお正犯であるという評価が控えていると解することが可能である[12]。情を知らない者の行為や責任

ず、従来これを『自己の手による実行』と解して疑わなかったのは、逆に規範的にこれらの危惧や動物と同視しうべき人間の行動、あるいは人の物理的意味における存在の利用を含めた『自己の手による実行』が観念されていることを示すもので、このかぎりでは、規範的観察上同一なものを『人間にかかわる』という事実を強調してこれを異視することこそいわれなきことだとせねばならぬ」とする。

[8] Vgl. *Theodor Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 506.

[9] Vgl. *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 68 f.

[10] 島田・前掲注（4）263 頁。Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 72 f.

[11] わが国の刑法 61 条 1 項は「人を教唆して犯罪を実行させた」場合について規定するが、ここでいう「教唆」が他人に犯罪実行の決意を生ぜしめることをいうのだとすれば、教唆犯という共犯類型は、他人による故意行為を通じた構成要件実現を対象とするものであると位置づけられることになるため、刑罰拡張事由としての同項は、「他人の故意行為を介在させることによる構成要件実現は正犯ではない」という内容を含んでいることとなり、自律的な行為の介入が正犯としての帰属を妨げることを示唆している。

[12] 島田・前掲注（4）114-115 頁も、「結果が生じた場合に、事後的にそのような結果が誰の『仕業』であるかを明確にし、そのことを通じて事象に対する『責任』の所在を明らかにすることは刑法の重要な任務の一つといえるだろう。単独正犯性の問題は、そのような観

無能力者の行為を介在させて構成要件を実現する行為は、刑法的に非中立な行為を介在させることによって構成要件を実現するものであるにもかかわらず、背後者に間接正犯の成立を認めるのが通説であるが、そうした結論は、このようにして正当化されるであろう。

よって、端的に表現するならば、正犯とは、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現する関与類型であり、一般的な客観的帰属が問題となるのに対し、これとの関係上、共犯とは、他人の自律的な行為を介在させることにより構成要件を実現する関与類型であり、共犯規定を介した特別の客観的帰属が問題となるのである[13]。その意味で、正犯と共犯の相違は、ある同一内容の無価値についての客観的帰属の質的な相違であって、それぞれの違法評価および責任評価は異なり得るのである。

第２節　共同正犯の位置づけ[14]

以上のように考えれば、複数人の自律的な行為による関与を前提とする共同正犯は、本来的な正犯ではなく、共犯の一種であるということになる。この点に関しては、すでに次のような明確な指摘がなされている。「確かに、共同正犯は『正犯』として取り扱われるのであるが、それは法律効果の点で正犯とされるだけのことであり、その成立要件を直接正

点から見て誰が結果を第一次的に実現した主体と評価できるかの問題である。そして、物理的因果を利用して結果に直近する行為を行った主体が結果を第一次的に実現した主体であることには基本的に争いはない。問題は、結果から遡って考えた時に、ある者の行為と結果との間に人の行為が介在している場合である。この場合に、いかなる場合に、それを自然的因果の利用と同視でき、いかなる場合にそのような評価がもはや許されなくなるのかがここでの問題である。介在者、行為媒介者が完全に自律的に結果を実現している場合には、その者はいわば結果についての完全な責任を意識的に自己の下に取り込んだといえる。そのような場合には、彼は結果について第一次的な責任を負うべきである。そうすると、その背後の者は、もはや『単独で』結果を引き起こしたとは評価できないことになる。それ故、そのような介在事情が存在する場合には、背後者の単独正犯性は否定され、彼には（広義の）共犯としての罪責だけが問題となる。そのような事情がない場合、つまり、直近の行為者が結果について完全に自律的に行動していない場合には、背後者の行為をなお物理的因果の利用と同視して、背後者に第一次的責任を問う余地が生じると考えられる」とする。

[13] 具体的帰結については、島田・前掲注（4）275 頁以下参照。Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 73: „Eine Rechtsgutsverletzung (oder -gefährdung) kann nur demjenigen als sein Werk zugerechnet werden, der in der unendlichen Ursachenkette als letztes autonom handelndes Glied erscheint. Autonomes Handeln begründet also ein Regreßverbot. Umgekehrt gilt: Notwendige Voraussetzung für die Zurechnung der Tat eines Vordermannes zu einem Hintermann ist, daß der Vordermann nicht autonom gehandelt hat."

[14] 山口・総論第 2 版 309 頁も、「共同正犯は、それが『正犯』であるとしても『本来的な正犯形態』ではなく、『拡張された正犯形態』であることを看過してはならない」とする。

犯・間接正犯の要件と全く同じにすることには無理がある。そのような理解は、むしろ単独正犯の処罰範囲の拡張を招きかねなかったのである。翻って考えてみると、日本の刑法典には間接正犯の規定はないから、直接正犯と間接正犯はともに刑法各則の基本的構成要件のみを根拠に処罰されると考えるべきである。従って、両者の処罰範囲は同じでなければならない。事後的に生じたすべての介在事情を規範的評価の対象とし、一定の事情が介在したら背後者の正犯性が否定されるという枠組みは、この場面で妥当する。そして背後者の正犯性が否定された場合には、処罰拡張事由である刑法六〇条以下の『共犯』の成立が問題となる。共同正犯はこの意味では広義の『共犯』の一種である。こうした共犯規定内部での区別の問題――例えば共謀共同正犯論――はまた別次元の問題である。〔……〕ドイツ刑法典のように『正犯』の条文（ドイツ刑法二五条）に直接正犯、間接正犯、共同正犯の三種類が規定されている場合には、これら三つの関与類型は、いずれも成立要件は異なるが一つの上位の指導理念に基づき、その意味でいずれも処罰拡張事由ではない『正犯』であるという考え方や、間接正犯と共同正犯とは、ともに直接正犯よりも処罰を拡張する事由であるという考え方が説得力を持ち得るが、間接正犯の条文が存在せずに、『共同正犯』の規定が『共犯』の章に存在するわが国では、直接・間接の単独正犯が基本的な構成要件に該当する存在であり、その成立要件も同じでなければならないのに対し、共同正犯は基本的には教唆・幇助と同様の処罰拡張事由であるという解釈の方が法典の構造に合致するように思われる」[15]。ここで的確に示されているように、わが国における共同正犯は、理論的には共犯の一種として理解せねばならない。共同正犯は、共犯の一種であるものの、類型的に重い不法を考慮して法律上正犯として扱われる関与類型なのである[16·17]。よって、本稿においては、共同正犯も共犯の一類型として各種の検討を進めることとする。

[15] 島田・前掲注（4）93-94 頁。
[16] さらに、刑法 60 条は、（単独）正犯として評価し得る行為者が一人も存在せず共犯しか存在しないために、正犯が存在しないという事態を回避するという実践的な意義をも有しているといえよう。
[17] Vgl. auch *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 100 ff.

第２章　身分犯概念とその具体的内容

先述のように、複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論を包括的に解明するという本稿の構想は、正犯概念および共犯概念の内容と、身分犯固有の無価値発生機序という 2 つの柱がその基礎をなすことになる。前章において本稿の基礎となる正犯概念および共犯概念が提示されたことから、次に問題となるのが、身分犯固有の無価値発生機序である。もっとも、身分犯固有の無価値発生機序について検討を行うためのさらなる準備作業として、身分犯概念そのものについて検討を行う必要があろう。判例は、刑法 65 条にいう「身分」について、「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」[18]と定義し、学説もほぼ無批判的にこの定義を採用してきたといえよう。しかし、こうした定義自体に特に問題がないのだとしても、極めて多様な要素を包含する身分概念の定義は非常に抽象的であるため、身分犯性が問題となる個別具体的な局面において身分犯性の存否を決定づける基準たり得ない場合が多い。そのため、身分犯概念の定義を正確に理解した上で、その定義から身分犯性のよい具体的な下位基準を演繹しない限り、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るかたちで本来身分犯ではない犯罪類型が身分犯であるとされ、反対に、本来身分犯である犯罪類型が身分犯ではないとされるおそれがある[19]。また、そのおそれが現実のものとなれば、そもそも身分犯としてカテゴライズすべきでないものを身分犯として分析の対象としてしまい、正しい結論が得られなくなってしまうおそれがある。そこで、本章では、身分犯概念の定義を再検討した上で、身分犯概念の具体的内容について検討を加え、次章での分析対象の明確化を試みる。

第１節　身分犯の定義

[18] 最判昭和 27 年 9 月 19 日刑集 6 巻 8 号 1083 頁。

[19] 大越義久『刑法総論』（有斐閣、第 5 版、2012）209 頁は、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。

第 1 項　刑法 65 条から導かれる身分犯の特殊性

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[20]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[21]、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[22･23･

---

[20] 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。

[21] 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。

[22] *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* 流にいえば、「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。

[24]。

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」[25]。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[26･27]。

---

[23] 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。

[24] 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）。

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

[26] 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 1 項の身分はなぜそうされな

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」[28]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[29]、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

いのか、という点に帰着するとも考えられる。

[27] 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* 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*, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2009, S. 162. なお、„Tatbild“を「所為像」とする訳例として、佐川由佳子「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)。

[28] 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。

[29] 十河・前掲注（23）245-246、250-251 頁。

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[30]。

第２項　構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分

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行為主体を特徴づける構成要件要素である[31･32]。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[33]、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

---

[30] 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（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）が、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（23）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。

[31] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第 2 版、2018）102 頁も、「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。

[32] 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。

[33] 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。

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[34]。行為主体の、行為時における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[35]。

第２節　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[36]。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[37]。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いってよいであろう。こうした問題意識から、以下では、„Sonderdelikte“を「身分犯」と和訳せず、「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

---

[34] *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、継続性の存否と行為主体の特徴づけの存否は無関係なのである。

[35] 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。

[36] 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。

[37] 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、佐伯千仭「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。

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 Sonderdelikte 概念とわが国における身分犯概念の異同について確認することとする。

さらに、ドイツおよびスイスと同じくドイツ語圏に位置するオーストリアにおいても、Sonderdelikte という概念が広く用いられている[38]。しかし、興味深いことに、オーストリアにおける Sonderdelikte 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、直接単独正犯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 Sonderdelikte 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 Sonderdelikte 概念と、わが国の身分犯概念との異同についても若干の検討を加え、オーストリアにおける Sonderdelikte 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模索することとする。

第１項　ドイツおよびスイス

（１）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

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）、特別犯（Sonderdelikte）、および自手犯（eigenhändige Delikte）の 3 つに区別されるのが一般的である[39]。そして、普通犯とは誰もが正犯者となり得る犯罪[40]、特別犯とは特

---

[38] オーストリア刑法 14 条の見出しにも用いられている。

[39] *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（36）152-153 頁参照。

[40] *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 39), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 39), § 10 Rn. 24. なお、近時では、特別犯概念を特別の義務的地位にある者のみが正犯者となり得る犯罪として理解する見解も有力となっている（*Helmut Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, Kap. 8 Rn. 23; *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2014, Vor §§ 25 ff. Rn. 82; *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）。

定の主体資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪[41]、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[42]と解されている[43]。したがって、特別犯とは、換言すれば、特定の主体資格を欠く者はいずれの正犯類型にも該当し得ないような犯罪であるということになる。

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いえよう。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[44]。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 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、48a 条における刑の必要的減軽によって考慮される。」[45]

こうして見てくると、わが国における身分犯概念には、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念と決定的に異なる点がある。すなわち、ドイツおよびスイスにおける特別犯では、

---

[41] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 39), § 4 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 39), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 39), § 10 Rn. 25.

[42] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 39), § 4 Rn. 6; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 39), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 39), § 10 Rn. 29.

[43] これに対して *Piotet* は、Sonderdelikte 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。

[44] *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.

[45] *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 44), S. 187.

――間接正犯者および共同正犯者を含む――正犯者の範囲が限定されるのに対して、わが国における身分犯概念では、あくまでも直接単独正犯者としての行為主体の範囲が限定されるにすぎないのである。それを超えて、わが国の身分犯においても正犯者たり得るのは身分者のみであるかという点は論理的に後行する問題であり[46]、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念の定義方法は、同様の問題をめぐる議論がある程度収束したことによるものであろう。したがって、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大幅に異なるものであるため、やはり、ドイツおよびスイスにおける„Sonderdelikte“を「身分犯」と和訳するのは不適切であり、「特別犯」とするのが適切であると思われる[47]。

（２）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、類似の概念と見る見解[48]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。

ドイツ刑法 28 条は、特別の一身的要素[49]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[50]。そこから判例・通説は、行為関

---

[46] つまり、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、あらゆる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ということである。

[47] なお、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。

[48] 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（36）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。

[49] 「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。

[50] *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lerhbuch, 10.

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。

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）にあたるものを除くすべての行為者関係的要素が含まれる[51]。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[52]。

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が、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[53]。

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

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.

[51] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 40), § 28 Rn. 9.

[52] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 40), § 28 Rn. 14.

[53] *Winrich Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 113.

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[54]。

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項　オーストリア

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[55]、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[56]。詳細は後述するところに譲るが、前者は、一身的資格または関係を備える者が直接的に行為を遂行

[54] 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。

[55] *Helmuth Fuchs/Ingeborg Zerbes*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, 10. Kapitel Rn. 36; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 4; *Adrian Eugen Hollaender/Christoph Mayerhofer*, Grundlagen des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil I, 2007, S. 152 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Stefan Seiler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 127; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 3 Rn. 108; EBRV 1971, S. 79; vgl. auch *Schmoller*, a. a. O. (Fn. 6), S. 388 f.

[56] *Ernst Eugen Fabrizy*, in: Frank Höpfel/Eckart Raz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 112. Lfg., 2014, § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 26; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 9 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 891 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 6), Beteiligungslehre, S. 86 ff.; vgl. auch EBRV 1971, S. 81 f.

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[57]。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[58]。

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」[59]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いえよう。

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

[57] *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), Kap. 35 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 16; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 115; EBRV 1971, S. 81.

[58] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 23; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 118.

[59] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 3 Rn. 106.

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、特定の関与形式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。

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。

第４項　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、まったく同一の思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３節　身分犯概念の具体的内容[60]

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

第 1 節では、身分犯の定義を再確認した。すなわち、身分犯とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分を構成要件要素とする犯罪類型である。しかし、こうした身分犯の定義だけをもって、個別具体的な犯罪類型が身分に該当するか否かを判断することは極めて困難である。それゆえにこそ、従来、様々な犯罪類型において身分犯か否かについての争いが引き起こされてきたものとも思われる。そこで、本章では、身分犯性が問題となる局面の各類型に応じた、身分犯性を判断するための下位基準を、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[61]。

第１項　主観的要素

（１）総説

既述のとおり、身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である。とすれば、「一定の主観的状態の者」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、広く共有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[62]。したがって問題は、いかなる主観的要素が行為者を特徴づけているといえるのかということである[63･64･65]。

---

[61] 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。

[62] 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。

[63] *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

（２）判断基準の展開

（ａ）客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素

――客観的構成要件該当行為との対応性の基準

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

までもが身分に該当することになりかねないであろう。

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

[65] 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、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* 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. 55), Z 15 Rn. 19）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. 55), 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。

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[66]。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[67]。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[68]と対応する意思は、構成要件該当行為自体を特徴づける要素であり、身分にはあたらないということになる（客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。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。

（ｂ）一見客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的要素

――仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準

では、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素（主観的超過要素）のすべてが身分にあたるのかといえば、そうではない。一見客観的構成要件該当行為と対応しな

---

66 井田・前掲注（31）264 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・前掲注（5）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。

67 井田・前掲注（31）246 頁。

68 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. *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 9 Rn. 10）。なぜなら、狭義の行為としての身体的動静も、そこから生ずる結果やその主体に備わる身分によって刑法上意味づけられるため、そうした要素が行為意思の内容に含まれているか否かによって、行為の主観的側面が変わってくるからである。したがって、客観的な身分を構成要件要素とする身分犯における故意のうち身分に対応する部分にも、客観的構成要件該当行為との対応性が認められることになる（ただし、責任身分は、そもそも故意の対象ではない。Vgl. *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 9 Rn. 10）。

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[69]。

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[70]。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」[71]という。実質的な前既遂犯にお

---

[69] 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。

[70] *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. 39), § 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いえよう。

[71] *Joecks* はこうした犯罪を「偽装された未遂構成要件（*verkappte* Versuchstatbestände）」と表現する（vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *ders./Klaus Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 36）。もっとも、*Stratenwerth/Kuhlen* が指摘するように、本来の犯罪の予備（Vorbereitung）段階が目的犯というかたちをとって独立の既遂

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、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するか否かによって決せられることになる[72･73]。

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[74]は、「そうした主観的状態の者」というかたちで構成要件該当行為自体ではなくそ

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. 70), § 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。

[72] *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。

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

[74] *Fuchs/Zerbes* は、所為像の実現を超えて伸び出た故意（über die Tatbildverwirklichung hinausreichender Vorsatz）ではない、すなわち更なる法益侵害に対する故意（Vorsatz auf eine *weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung*）ではない、目標（Ziel）・動機（Motiv）・心情（Gesinnung）といった客観的構成要件実現の際における行為者の特定の意思方向（bestimmte Willensrichtung des Täters bei der Verwirklichung des Tatbildes）を、「強化された内心傾向（intensivierte Innentendenz）」と呼ぶが（a. a. O. (Fn, 55), 10. Kapitel 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。

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[75･76]。

（３）判断基準からの帰結

（ａ）判例との関係

本稿の基準によれば、旧競馬法 14 条 3 号における「業として」を身分にあたらないと判断した大審院判例[77]、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[78]は、結論としては妥当であったといえよう。これらの主観的要素の内容の実現はまさに、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味し、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係があると考えられるからである。

また、旧麻薬取締法 64 条 2 項における「営利の目的」を身分にあたると判断した最高裁判例[79]も、結論としては支持することができる。営利の実現自体は保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するものではないからである[80]。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[81]も、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」はその内容が現実化したとしても、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではなく、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[82]。

---

[75] 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. 65), S. 66）。

[76] *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（a. a. O. (Fn. 6), AT^2, 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。

[77] 大判昭和 9 年 12 月 17 日刑集 13 巻 1743 頁。

[78] 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。

[79] 最判昭和 42 年 3 月 7 日刑集 21 巻 2 号 417 頁。

[80] 平野・前掲注（70）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。

[81] 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）。

[82] 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

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[83]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[84]、「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[85]。「営利の目的」を、その実現が必ずしも法益侵害を意味しない内容のものと解する以上、同目的は仮想的な客観的構成要件該当行為と対応せず、身分にあたるということになる。

（ｂ）その他の要素

客観的構成要件該当行為との対応性の基準からは、既遂犯における故意や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[86]。

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[87]。

身分にあたら	（刑法）

のと解されるが、その内容自体が保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するとは言えない。前掲注（73）参照。

[83] 大判大正 14 年 1 月 28 日刑集 4 巻 14 頁。

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

[85] 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。

[86] ただし、知情が収得後であるという事情は身分である。

[87] 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。

ない主観的超過要素	「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）、「行使の目的」（162 条、163 条 1 項）、支払用カード電磁的記録不正作出等の罪（163 条の 2）における「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」（163 条の 2、163 条の 3）、「第 163 条の 2 第 1 項の犯罪行為の用に供する目的」（163 条の 4）、御璽偽造罪（164 条 1 項）における「行使の目的」（164 条 1 項、165 条 1 項、166 条 1 項、167 条 1 項）、不正指令電磁的記録作成等の罪（168 条の 2 第 1 項）における「人の電子計算機における実行の用に供する目的」（168 条の 2 第 1 項、168 条の 3）、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」（172 条）、「有償で頒布する目的」（175 条 2 項）、「第 199 条の罪を犯す目的」（201 条）、「他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的」（208 条の 2 第 1 項）、「生命若しくは身体に対する加害の目的」（225 条）、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」（225 条の 2 第 1 項）、「所在国外に移送する目的」（226 条）、「生命若しくは身体に対する加害の目的」（226 条の 2 第 3 項）、「所在国外に移送する目的」（226 条の 2 第 5 項）、「第 224 条、第 225 条又は前 3 条の罪を犯した者を幇助す

	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）、「生命若しくは身体に対する加害の目的」（同条 3 項）、「第 225 条の 2 第 1 項の目的」（同条 4 項前段）、「第 225 条の 2 第 1 項の罪を犯す目的」（228 条の 3）、「強盗の罪を犯す目的」（237 条）、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」（247 条）[88] （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）[89]、「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
身分にあたる主観的超過要素	（刑法） 「営利の目的」（182 条）、「営利、わいせつ、結婚…の目的」（225 条）、「わいせつ、結婚…の目的」（226 条の 2 第 3 項）、「営利、わいせつ…の目的」（227 条 3 項）、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するため」（238 条）[90]

[88] 本目的は、任務違背行為の故意性を強調するものである。この点ついては、後述参照。

[89] 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。

[90] 財物取還防止目的のみを考えれば、その内容の実現が、不安定な占有を確立するという法益侵害の実現を意味すると解することも不可能ではない。しかし、これらの目的はすべて、窃盗の機会という書かれざる構成要件要素と相まって、強取目的での暴行・脅迫に匹敵するような危険性の高い暴行・脅迫に限定する趣旨のものと解される。そうであるとす

	（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

なお、判例・通説によりその存在が認められている不法領得の意思については、特別の検討を要する。というのも、不法領得の意思は、権利者排除意思と効用享受意思の二つから構成されると一般に考えられており、それらについては個別の検討が必要だからである[91]。

まず、権利者排除意思は、軽微な使用窃盗を不可罰とするための要件と考えられている。そうであるとすれば、権利者排除意思は、一般に権利者が許容しないであろう利用という重い法益侵害を主観的超過要素として取り込んだものであり[92]、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものであるから、身分にはあたらないということになる。

次に、効用享受意思は、毀棄・隠匿罪との区別のために要求される要件と考えられてい

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。

[91] Vgl. *Hoyer*, a. a. O. (Fn. 72), S. 128 f.

[92] 西田（橋爪補訂）・前掲注（84）174 頁参照。

る。そして、具体的には、財物を利用しようという動機から行為を遂行する点に毀棄・隠匿罪との区別を見出そうとする趣旨である[93]ならば、効用享受意思は、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であり、身分にあたるということになりそうである。しかし、ここでいう効用享受意思は、それが書かれざる主観的構成要件とされる趣旨に照らせば、「もっぱら毀棄または隠匿の意思というわけではなかった」という消極的要件と解するのが最も合理的である。したがって、効用享受意思も、結論としては身分にあたらないが、その根拠は、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するからではなく、消極的な主体要素であることから導かれるものである（消極的な主体要素については後述参照)。

よって、不法領得の意思は、それを構成する二つの意思のいずれも身分にあたらないため、全体としても身分にあたらないということになる。

（４）小括

主観的要素の身分性の判断基準は、次のようになる。

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

なお、身分あたらない主観的要素および刑法 65 条 1 項の身分に該当する主観的要素は、通常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

[93] 西田（橋爪補訂）・前掲注（84）172 頁。

したのでなければならないと解している[94]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。

第２項　消極的な主体要素

（１）消極的な主体要素の非身分性

身分犯にいう身分が、構成要件該当行為自体ではなく行為者を特徴づける要素であるとすれば、消極的な主体要素[95]は、特徴づけを欠くということを示すものに他ならないから、身分にはあたらないということになる。消極的な主体要素はいわば、阻却的身分を有する者が行為主体から除かれた痕跡を標識する構成要件要素である（非身分犯としての犯罪類型と阻却的身分犯[96]とを結合させて規定した犯罪類型であるとも言えよう[97]）。

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ことになろうが、そのような結論は不合理である[98]。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

---

[94] 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。

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

[96] 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。

[97] 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。

[98] *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。

いのが通常なものでなければならない」[99]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。

（２）具体的な帰結

そうすると、無免許者や無資格者という属性は身分に該当せず、このように解した判例[100]および裁判例[101]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。前者における他人性は、後述のように一身的刑罰阻却事由を裏側から示したものにすぎず、また、後者における他人性は、阻却的身分を裏側から示したもの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。

第３項　法文上明示されない主体要素

（１）判断基準の展開

行為主体に一定の特徴が要求されることが法文上明示されていなくとも、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるという場合がある。しかし、極端に言えば、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[102]、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

---

[99] 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。
[100] 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。
[101] 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。
[102] たとえば、偽造通貨行使などの行使行為は、行使する客体を所持する者のみが遂行可能である。さらに、いかなる行為も、それを遂行する能力を備える者のみが遂行可能である。

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[103]、行為客体の特徴として潜在している場合が多い。この場合はいわば、行為客体のみが特徴づけられているように見えるものの、実際には、行為主体と行為客体が同時に特徴づけられていると理解することができる。たとえば、横領罪（252 条 1 項）は、「自己の占有する他人の物」が行為客体とされるが、これはまさに行為主体との関係において特徴づけられているものであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる。また、各税のほ脱罪（所得税法 239 条 1 項、法人税法 159 条 1 項など）は、「偽りその他不正の行為により…税を免れる」という法文であり、一見したところ行為客体は行為主体との関係において特徴づけられているわけではない。しかし、同犯罪類型の不法が認められるには、行為客体としての税はおよそ何らかの税であればよいのではなく、自己に課せられた税でなければならないことは当然である。その意味で、やはりここでも、行為客体が行為主体との関係において特徴づけられているのであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる[104]。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

[103] *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（so auch *Einhard Steininger*, Starfrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2012, Kap. 21 Rn. 100）。なお、*Kienapfel* も、「刑法典の特別犯は、常にそうしたものと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」（*Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2007, Z 24 Rn. 28）としている。

[104] Vgl. OGH SSt 50/2.

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体に潜在していると理解することが可能である[105]。

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」[106]、「表見的身分犯」[107]として身分犯から排除することはできないと思われる[108]。

（２）判断基準からの帰結

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

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

---

[105] 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;

[106] 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第 5 版、2017）308 頁、山口・前掲注（5）328 頁。

[107] 泉・前掲注（37）748 頁以下。

[108] 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。

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

（１）判断基準の展開

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[109]。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[110]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[111]、以下のような考え方を展開している。

Hollaender はまず、「言語論理上の同等性（sprachlogische Äquivalenz）」というものを前提とする。すなわち、多くの形容詞（Adjektive）や、すべての形容詞的に用いられる分詞（adjektivisch gebrauchte Partizipien）は、言語論理上同等であるまま、関係文（Relativsatz）その他の文肢文（Gliedsatz）として解消され得るということである。たとえば、「後悔している罪人は、赦しが約束される（*Dem reuigen Sünder* ist Vergebung verheißen）」という文章は、言語論理上同等であるまま、「罪人は、後悔した後、赦しが約束される（Dem Sünder ist

---

[109] 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。

[110] 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。」

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

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[112]。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[113]。

このように、ある犯罪が二行為犯[114]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）[115]。二行為犯か身分犯かが問題となる場合には、身分性が問題となる先行事実自体が、当該犯罪類型の不法を構成するか否かを基準として、その身分性を判断すべきことになる（独立不法構成の基準）[116･117]。すなわち、それ自体が当該犯罪類型

---

112 *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 111), S. 500.
113 *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 111), S. 501.
114 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。
115 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。
116 松原・前掲注（109）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。
117 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（115）217 頁参照)、問題となる先行事実を有

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[118·119]。したがって、ある先行事実が構成要件該当行為の一部であるとともに身分であるということはあり得ない[120]。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[121]。

（２）判断基準からの帰結

そうすると、典型例である、事後強盗罪における「窃盗」については、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

責に惹起する必要があるか否か（松原・前掲注（109）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（109）354 頁参照）などの基準がある。しかし、ある先行事実が処罰を基礎づけること、および、ある先行事実を有責に惹起する必要があるの場合は結局、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。

[118] 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. 111), 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。

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

[120] 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。

[121] *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. 103), S. 159）、こうした趣旨であろう（so auch *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Bd. 2, 2012, Kap. 21 Rn. 103）。

から、当然に身分にはあたらないということになる[122]。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[123]。また、墳墓発掘死体損壊等の罪（191 条）は、墳墓発掘行為と死体損壊行為等の二行為を包括して処罰する二行為犯であるから[124]、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[125]。

（３）必要的共犯の理論に対する影響（補論）

稀ではあるが、先行事実が対向的行為を前提とするものである場合がある。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

---

[122] 山口・前掲注（109）352 頁以下。

[123] 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。

[124] 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、第 3 版、1990）366 頁、西田（橋爪補訂）・前掲注（84）433 頁などが同罪を「結合犯」と解しているのは、これと同旨であろう。

[125] 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。

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[126]。この場合、インサイダー情報の伝達を受けること自体は不法を構成しないから、同法 167 条 3 項は、伝達を受ける行為と取引行為という二つの行為を包括的に処罰する二行為犯ではなく、伝達を受けた者による取引行為を処罰する身分犯であるということになる[127]。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[128]。

第５項　混合法規（Mischgesetze）と身分

（１）混合法規における身分性判断

一つの条文の中に、複数の犯罪類型が含まれている場合がある。このように複数の犯罪類型を含む条文のことを、主にオーストリアでは、「混合法規（*Misch*gesetze）」[129]または「混合犯（*Misch*delikte）」[130]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。

---

[126] 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。

[127] 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。

[128] 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）67 頁以下参照。

[129] *Edmund Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 195 f.; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 105), S. 46; *Rittler*, a. a. O. (Fn. 98), S. 95; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 3 Rn. 71 ff.

[130] *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 10. Kapitel Rn. 56; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), Z 9 Rn. 39 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 55), Rn. 129 f.

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[131]。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）[132]。

（２）不真正不作為犯の身分犯性

わが国では、判例および学説上、不真正不作為犯の処罰が肯定されている。しかし、わが国の刑法は、不真正不作為犯の処罰を一般的に規定する条文を持たないため[133]、不真正不作為犯の処罰を肯定するのであれば、一見したところ作為犯のみを規定する条文の中に不作為犯も規定されていると考えざるを得ないことになる。したがって、不真正不作為犯の処罰が肯定される犯罪類型にのもとでは、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[134]。

---

131 香川・前掲注（36）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。

132 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）。

133 オーストリアでは、不真正不作為犯における作為義務は、特別犯を標識するメルクマールと解されている（*Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 14 Rn. 20 f., 29）。しかし、オーストリア刑法 2 条が、一定の条件のもとでの不真正不作為犯の処罰を規定しているため、オーストリアでは、2 条と各則構成要件が結合した修正構成要件を観念し得るため、上記の理解は導かれやすいといえよう。

134 井田・前掲注（31）156 頁。山口・前掲注（5）389 頁も同旨だが、「不真正不作為犯については同項〔刑法 65 条 1 項＝筆者注〕の適用は必要がないと解される」とする。Vgl. auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6) , AT^2, Kap. 14 Rn. 20

第６項　行為環境の限定による反射的な行為主体の限定

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

たとえば、消火妨害罪（114 条）は、「火災の際」という行為状況を構成要件要素としているが、本罪は見方を変えれば、行為主体が「火災現場にある者」に限定される身分犯であるとも考え得る。しかし、こうした主張がなされることはないと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。

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[135]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[136]。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[137]、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

---

f. und 29.

[135] 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。」

[136] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 44; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 130. Vgl. auch EBRV 1971, S. 81, 197.

[137] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6) , AT^2, Kap. 14 Rn.20.

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[138]および 286 条[139]のみが普通犯であるとしたように[140]、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[141]。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。

---

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

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

140 *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 14 Rn. 20.

141 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/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 11.

第３章　身分犯固有の無価値発生機序

第１節　問題の所在

正犯と共犯の相違が、客観的帰属の質的な相違でしかないのだとすれば、不法身分犯の正犯および共犯の成否は、不法身分犯固有の無価値が完全なかたちで惹起され、その無価値が客観的に帰属され得るかという点に帰着することとなる。しかしながら、不法身分が前面者に備わってさえいれば、非身分者たる背後者に対して必ず不法身分犯固有の無価値が（間接正犯として）客観的に帰属されるとは限らず、また、不法身分が正犯者に備わってさえいれば、非身分者たる共犯者に対して必ず不法身分犯固有の無価値が（共犯として）客観的に帰属されるとは限らない。なぜならば、不法身分がどのような意味において、あるいは、どのようなメカニズムで不法に影響を及ぼすかということに応じて、不法身分犯固有の無価値の発生条件も変動するはずだからである。そこで、わが国における身分犯概念と定義上同じ概念である特別犯概念を採用するオーストリア刑法 14 条およびそれをめぐる議論に目を向けてみると、まさしく、不法身分が不法へと影響するメカニズムには複数の類型があり、それに応じて不法身分の連帯的作用（非身分者への帰属）の要件も一様ではないと考えられている。そのため、オーストリア刑法 14 条およびそれをめぐる議論を参照することは、わが国における不法身分の連帯的作用の内在的制約を明らかにする上で、極めて示唆に富むものといえよう。そこで、以下では、オーストリアにおける議論を中心的に参照することで、身分の連帯的作用の内在的制約について検討を行う[142]。

第２節　オーストリア刑法 14 条１項２文とそれをめぐる理論

第１項　総説

オーストリア刑法 14 条は、次のように規定している。

---

[142] なお、*Schünemann* も、特別犯の不法の分析が十分になされてこなかったことを明確に指摘している（*Bernd Schünemann*, Herrschaft über Hilfslosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte?, GA 2017, S. 678: „*Dass das Unrecht von bestimmeten Voraussetzungen in der Person des Täters abhängen könnte, wurde lange Zeit nicht als eigentliches allgemeines Problem erkannt und analysiert.*“）。

《第 14 条（行為者の資格及び関係）》

① 法規が、可罰性又は刑の量を、所為の不法（*Unrecht* der Tat）にかかわる行為者の一身的な特別の資格又は関係（besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse）に依存させているときは、このような資格又は関係が関与者のうちの一人にだけ存する場合であっても、すべての関与者にこの法規を適用するものとする。ただし、所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者がその所為を直接的に実行し（unmittelbar ausführen）又はその他特定の方法でこれに加功する（sonst in bestimmter Weise mitwirken）ことに依存しているときは、このような条件もみたされていなければならない。

② これに反して、一身的な特別の資格又は関係が専ら責任（*Schuld*）にかかわるときは、その法規は、このような資格又は関係を備えている関与者に対してのみ適用するものとする。

オーストリア刑法 14 条は、特別犯への関与（Beteiligung am Sonderdelikt）に関する規定であり[143]、同条にいう「特別の一身的資格又は関係」とは、特別犯概念のメルクマールを指すものである。本条は、注目すべきことに、特別犯メルクマールが不法に関係するか責任に関係するかに応じて、その作用を決定するという立場を採用している[144]。

オーストリア刑法 14 条 1 項は、1 文において不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用を定めているが、2 文ではその但書に相当する内容が示されている。その意味で、オーストリア刑法 14 条は､不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用を規定しつつも、その連帯的作用には制約が付されているのである[145]。そして、2 文前段の「所為の不法が、一身的な特別な資格又は関係の保持者がその所為を直接的に実行…する（*unmittelbar ausführen*）ことに依存しているとき」とは、「自手犯（eigenhändige Delikte）」を指すものと解されており、2 文後段の「所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者が…その他特定の方法で（*sonst in bestimmter Weise*）これに加功することに依存しているとき」とは、

[143] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 1; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 104; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 115; *Bettina Weisser*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 317; EBRV 1971, S. 81

[144] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 2; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 3, 16 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 5 f., 16; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 115; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 143), S. 317; EBRV 1971, S. 81.

[145] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 26 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 9; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103) , Kap. 21 Rn. 112.

「特別義務犯（Sonderpflichtdeikte）」を指すものと解されている[146]。こうした、不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用の制約はどのようにして生ずると考えられているのであろうか。以下では、その点について検討を進める。

第２項　自手犯と特別義務犯

（１）自手犯

自手犯（eigenhändige Delikte）とは、身分者が一定の行為を直接実行しなければ固有の不法を基礎づける無価値が発生しないような犯罪類型をいう[147]。換言すれば、自手犯とは、身分と一定の行為が分離されてしまえば、不法を観念し得ないような犯罪類型である[148]。それゆえ、自手犯においては、関与者のうちの誰かに身分が備わっていたとしても、身分者が一定の行為を直接実行していない限り、不法が観念され得ず、非身分者たる関与者に対して身分が連帯的に作用することはないということになる。2 文前段はこのことを規定するものと解されている。自手犯の典型例として挙げられているのは、オーストリア刑法 211 条の近親相姦罪（Blutschande）であり、*Steininger* はこれに関して次のように説明している。「自手特別犯の典型例は、必然的に、特別の資格または関係の保持者（この場合、特定の近親者）同士が性交することを前提とする 211 条 1 項ないし 3 項の近親相姦罪である。そうした場合にはじめて、この犯罪の不法が生ぜしめられる。それに共働する第三者は、このような前提のもとにおいてのみ可罰的である。身分者が何らかの方法で加功しなければならないという 14 条 1 項 1 文の一般的規定は制限される。すなわち、たとえば兄（弟）が見張りをしている間に、第三者が彼の妹（姉）と性交したという場合、事態はまったく異なっている。つまり、近親相姦罪の根本的な不法の基礎づけ（prinzipielle Unrechtsbegründung）が欠けているのである。関与者の誰も、すなわち身分者も非身分者も、可罰的ではないのである」[149]。

---

[146] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 13 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 28 ff., 32 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 10; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 112 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 121 ff.; EBRV 1971, S. 81.

[147] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 14; *Hollaender/Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 55), S. 151; *Kieapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 28; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 113; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6) , AT^2, Kap. 16 Rn. 122; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 143), S. 320.

[148] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 113: „Die besondere Eigenschaft des Tatsubjekts und die Tathandlung sind von Unrechtsgehalt derart verwoben, dass sie nicht getrennt werden können, ohne dass auch der typische Unrechtsgehalt entfiele."

[149] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 113.

（２）特別義務犯

次に、特別義務犯（Sonderpflichtdelikte）とは、身分者が故意により特別の義務に違反するかたちで共働しなければ固有の不法を基礎づける無価値が発生しないような犯罪類型をいう[150]。したがって、オーストリア刑法 14 条 1 項 2 文後段にいう「その他特定の方法で」とは、故意により特別の義務へ違反することをいうと解釈されることになる。こうした特別義務犯という不法特別犯のカテゴリーの存在を明確に指摘したのが、*Nowakowski* である。彼は、法益侵害が身分者による故意的関与に依存するような特別犯が存在することは否定できないという主張を展開し、その理由を各論的考察から帰納的に導いている。すなわち、特別犯の中には、オーストリア刑法 311 条のように、明らかに資格者による故意的関与が要求されるものが存在し、これは、その不法が資格者による故意的関与を前提とするような特別犯の存在を示唆しているのであって、そうした特別犯においては、故意のない資格者をして客観的に義務に違反する行為をなさしめたとしても、刑罰が想定する背信（*Vertrauensbruch*, den die Strafdrohung meint）が実現されておらず、不法が生じていないとするのである[151]。特別義務犯の典型例として挙げられるのは、背任罪（オーストリア刑法 153 条）や職権濫用罪（同 302 条）である。両罪においては、資格者が故意的に職権を濫用することが不法の前提とされており、この前提が欠ける場合には不法も欠如すると解されている[152]。

なお、こうした特別義務犯の理解は、非身分者が特別義務犯に対する関与としての罪責を負うための故意の要件にも影響を及ぼすこととなる。すなわち、OGH 判例によれば、非身分者が特別義務犯に対する関与者としての罪責を負うためには、非身分者の故意が、身分者が少なくとも未必の故意をもって義務違反を行うということに及んでいなければならないとされ[153]、こうした理解は学説上も概ね支持されている[154]。

（３）分類の意義――不法身分犯における固有の無価値発生機序の非一元性

---

[150] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 15; *Hollaender/Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 55), S. 151; *Kieapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 32; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 116; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 143), S. 321.

[151] *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 158.

[152] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 34.

[153] OGH SSt 61/116; SSt 58/74; RZ 1987/4; 14 Os 143/09z; EvBl 2001/45; EvBl 1998/80.

[154] Siehe *Margarethe Flora*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 153 Rn. 46; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 39; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 11.

不法身分犯を自手犯と特別義務犯に分類する意義は、不法身分犯においては固有の無価値が発生するメカニズムが一様ではないために、その相違を明らかにするという点にある[155]。そして、そのような固有の無価値発生機序の内容によって、不法身分犯における可罰的関与の要件も導かれることになるのである。*Steininger* は、14 条の構造について、次のように述べている。「包括的な 1 文を背景として、1 項 2 文は、特定の制限を規定している。すなわち、所為の不法が、『特別の一身的資格または関係の保持者が所為を直接的に実行しまたはその他特定の方法でこれに加功することに依存しているときは、こうした前提も満たされていなければならない』。ここでも中心にあるのは、当該犯罪の不法である。特別の関係または資格の保持者（身分者としての行為主体）が所為を直接的に実行し（前段）、または、その他特定の方法でこれに加功した場合においてのみ、犯罪固有の無価値（***deliktstypischer Unwert***）が生ぜしめられるような状況というものが存在するのである。前段が自手（特別）犯を、後段が特別義務犯を規定している。いずれも、14 条 1 項における 1 文に対する制限として理解されねばならない。身分者がこうした特別の方法で加功していないのであれば、身分者もその加功者も不可罰となる」[156]。また、*Kienapfel//Höpfel/Kert* も、「ある特定の犯罪における法益侵害（＝所為の不法）は、特別の一身的資格または関係の保持者が所為を自ら、すなわち直接行為者として実行し（「自手犯」）、もしくは、その他特定の方法で（たとえば故意で）これに加功する（いわゆる特別義務犯）ということに依存し得る」ことから、14 条 1 項 2 文は、自手犯と特別義務犯に関する限りにおいて、1 文を修正しているのだとする[157]。さらに、オーストリア刑法 1971 年草案の理由書も、「関与者のうちの一人が行為主体としての資格を備えていれば、常に所為像的不法が実現されるわけではない」として、不法身分犯における不法が、身分者の関与方法に依存していることを前提としていたのである[158]。

---

[155] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103) , Kap. 21 Rn. 113: „Ob ein solches eigenhändiges Sonderdelikt vorliegt, ist stets durch Interpretation der betreffenden Strafnorm zu ermitteln. Im Mittelpunkt steht, wie bereits angedeutet, die Frage, ob der *besondere Unwert der Strafnorm* erst dann hergestellt wird, wenn der Normadressat das deliktische Verhalten selbst unmittelbar vornimmt.“ und Rn. 117: „Entscheidend ist, dass Intraneus [...] den *Unwert des Delikts* erst dadurch herstellt, indem er gegen eine ihn treffende, besondere Pflicht handelt. [...] Die besondere Mitwirkung des Intraneus an der Pflichtverletzung wird nämlich bei diesen Delikten [Sonderpflichtdelikten] vor allem darin gesehen, dass sich dieser der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst ist. Gerade diese subjektive Komponente stelle den *Unwert der Sonderpflichtdelikte* her.“

[156] *Eihnard Steininger*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 38. Lfg., 2018, § 14 Rn. 20; ebenso *ders.*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 112; vgl. auch *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 18 und 20a.

[157] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 26 f.

[158] EBRV 1971, S. 81 f.: „*Nicht immer wird das tatbildmäßige Unrecht schon dadurch hergestellt,*

（４）自手犯でも特別義務犯でもない不法身分犯の存否

オーストリア刑法 14 条 1 項 2 文は、同項 1 文に対する制約としての機能を担うものであるが、同項 1 文のみが適用され同項 2 文は適用されないような不法身分犯が存在するかについては争いがある。オーストリア刑法 14 条 1 項の構造からすれば、同項 2 文は 1 文に対する例外的な規定と解するのが自然である[159]ことから、条文解釈としては肯定説が妥当であるようにも思われる。しかし問題は、実際にそうした不法身分犯が存在するのかということである。

これを肯定的に解する *Bertel* は、実例としてオーストリア刑法 156 条の詐欺的破産罪および同 158 条の債権者庇護罪を挙げている[160]。*Bertel* はまず、「身分者が何らかの方法で（in irgendeiner Weise）所為像の実現において共働するということで足りる身分犯というものが存在する。そして、身分者がまさに実行行為を実行し（刑法 14 条 1 項 2 文前段）または『その他特定の方法で』所為像の実現において共働しなければならない（刑法 14 条 1 項 2 文後段）身分犯というものが存在する。『特定の方法』の本質は、多くの身分犯においては、身分者が所為像の実現において何らかの方法でということではなくまさに故意で共働しなければならないという点にある。例として用いられ得るのは、背任罪（刑法 153 条）および職権濫用罪（刑法 302 条）である。背任罪は、行為の内的側面において代理権の意図的な濫用を要求しており、職権濫用罪は、統治上の権限の意図的な濫用を要求している。虚偽の証言により裁判官をして誤った判決をさせた証人は、―当該裁判官が正しいと考えて行動しており刑法の意味における職権濫用が存在しない限りにおいて―裁判官による故意でないかたちで遂行された職権濫用に関与したわけではなく、偽証罪（刑法 288 条）を遂行したのである」[161]として、オーストリアにおける身分犯の分類について述べた上で、オーストリア刑法 156 条および 158 条を特別義務犯に分類する *Mayerhofer* の見解[162]を次のよう

---

daß einer der Beteiligten die Qualifikation als Tatsubjekt aufweist. Manchmal kommt es darauf an, daß der Qualifizierte in bestimmter Weise an der Tat beteiligt ist. So insbesondere bei den eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten, deren Unrecht durch den Bruch eines besonderen Vertrauensverhältnisses seitens der qualifizierten Person mitbestimmt wird. [...] Es genügt also nicht, daß die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse bei einem beliebigen Beteiligten vorliegen. *Sie müssen vielmehr so vorliegen, daß dadurch das dem gesetzlichen Tatbild entsprechende Unrecht hergestellt wird.*“

159 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn 26; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 112.

160 *Christian Bertel*, Mitschuld an Kridadelikten, RdW 1991, S. 134 f.

161 *Bertel*, a. a. O. (Fn. 160), S. 134 f.

162 *Christoph Mayerhofer*, Keine Mitschuld des Gläubiger an der Krida des Schuldner – ein Beitrag

に批判している。「刑法 156 条および 158 条は、行為の内的側面として故意を超えるものを要求していない。所為像に該当する不法の客観的要素は、156 条の場合は、債務者がその財産を減少させることによって債権者に損害を与える点に、158 条の場合は、債務者が他の債権者を優先的に満足させることによって債権者の一部に損害を与える点にある。これらの不法要素は、身分者が故意で行為していないとしても実現され得るし、非身分者によりその故意のもとで着手され得る。債権者保護団体の幹部が、たとえば債権者に対して債務者の経済状況が実際よりもよいというなどの作為により、故意で、債務者が赤字の事業を継続することによりその財産を減少させ債権者に損害を与えるのに寄与した場合には、彼が、債務者が義務違反的な事業継続により故意でまたは故意なく遂行した詐欺的破産に対する寄与正犯として可罰的とされるべきでないということの根拠は、法政策的にも刑法理論的にも存在しないのである」[163]。ここで *Bertel* は、オーストリア刑法 156 条および 158 条が特別義務犯に該当しないことから、自手犯にも特別義務犯にも該当しない身分犯として位置づけているようである。しかしながら、オーストリア刑法 156 条は、一般条項的な構成要件該当行為として「その他実際に又は外観上財産を減少させる（sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringern）」を規定しており、*Bertel* が示す事例においても、身分者による直接的な財産減少行為の実行が存在する。また、同 158 条も構成要件該当行為を「ある債権者を庇護する（einen Gläubiger begünstigen）」として規定しており、債務者が故意なく一部の債権者の利益となるようふるまった場合には、債務者による直接的な庇護行為の実行が存在する。このように、結局のところ、オーストリア刑法 156 条および 158 条は、身分者たる債務者が客観的に財産減少行為ないし庇護行為を直接的に実行することを要求するものと解され、オーストリアにいう自手犯に該当することになる。したがって、オーストリア刑法 156 条よおび 158 条は、第三類型としての身分犯の存在の例証にはなっていないと思われる。

これに対して、自手犯にも特別義務犯にも該当しない不法特別犯の存在を否定的に解する見解は、むしろ理論的にそのような不法特別犯が存在しないということを根拠とする。たとえば、*Triffterer* は次のように述べている。「14 条 1 項の文言は、同項 2 文が同項 1 文において一般的に表現された規定に対する制限を含んでいるという印象を与える。しかし刑法典において、たしかに 14 条 1 項 1 文が適用されるが、14 条 1 項 2 文のいずれにも該当し

---

zur Beihilfe am Sonderdelikt, ÖJZ 1989, S. 238; vgl. auch *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 30.

[163] *Bertel*, a. a. O. (Fn. 160), S. 135.

ないような特別犯というのは、不明である。というのも、身分者が（たとえば、身分者が何も知らず単に被害者を犯行場所へと連れて行くなどして）何らかのかたちで因果的に（irgendwie kausal）共働したというだけで足りる場合が存在しないため、その不法が基礎づけられるには（für die Unrechtsbegründung）、身分者と所為像実現との間に（たとえば、直接実行といった）ある特定の事実的関係（bestimmter *faktischer Bezug*）またはある特定の法的関係（bestimmter *rechtlicher Bezug*）が前提とされるからである。したがって、14 条 1 項 2 文の前段・後段は、いずれにも属しないもののない二分割（*abschließende Zweiteilung*）として理解される」[164]。

上記の *Triffterer* の見解は、きわめて説得的であるように思われる。不法特別犯は、身分が関係することによってはじめて生ずる固有の無価値を前提としている以上、身分と構成要件実現との間には特別な結びつきが認められるはずであると解されるからである。肯定説からは、自手犯でも特別義務犯でもない不法特別犯の例として横領罪が挙げられるが、横領は領得意思の発現によって認められ一見他人を通じて実現されたように見えたとしても常に身分者による直接的な実行が問題となるのであり、だからこそオーストリアの通説も横領罪を自手犯として分類しているのである。このように、一部の自手犯においては、その構成要件該当行為が、一見他人を通じて実現させたように見える行為をも含むかたちで設定されているのであって、これをもって自手犯でないとする理由にはならないように思われる。結論としては肯定の立場を採る *Friedrich* が、そうした構成要件はまったく不要であるとする[165]のも、こうした趣旨であろう。

第３項　小括

以上の検討から明らかなように、オーストリアにおいては、特別犯メルクマールがどのようなかたちで不法に影響を及ぼすのかというメカニズムに関しては複数の類型が存在するということが自明の事柄として理解されており、それを前提とした上で、特別犯概念はさらに自手犯と特別義務犯に区別されている。このような区別によって、外形上特別犯の実現に関与した非身分者の罪責は非常に明快に説明されることになる。すなわち、自手犯の場合には、身分者が一定の行為を直接的に実行している限りにおいて、背後において可罰的関与を実現することが可能であるのに対して、特別義務犯の場合には、身分者が故意

[164] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 121.
[165] *Wilhelm Friedrich*, Triffterers Beteiligungslehre – eine vermittelnde Lösung?, RZ 1986, S. 259.

的に関与している限りにおいて、背後において可罰的関与を実現することが可能である。こうしたオーストリアにおける理論は、不法身分犯を一緒くたに扱ってきたわが国の議論に対して、非常に大きな示唆を与えるものといえよう。

第３節　ドイツおよびスイスにおける状況

行為主体の制限が、構成要件において前提とされる無価値が事実上一定の者によってのみ惹起可能であることに基づいているのか、あるいは、構成要件において前提とされる無価値が特別の義務への違反をその内容としていることに基づいているのかを区別する考え方は、オーストリア固有のものというわけではない。すなわち、ドイツおよびスイスにおいても、特別義務に由来する正犯者メルクマールとそれ以外の正犯者メルクマールを区別した上で、それを備えない共犯者に対する影響が論じられてきたのである。そこで、本節では、ドイツおよびスイスにおける特別犯論ないし正犯者メルクマール論を検討し、行為主体制限の根拠が必ずしも一元的ではなく、特別義務に由来するものとそうでないものが存在するという理解がドイツ語圏において広く共有されているという点について確認する。

第１項　特別犯概念の細分化

義務犯論の発展に伴い、伝統的な特別犯概念は再考を迫られるに至った。すなわち、正犯者の範囲が一定の資格者に限定される犯罪としての特別犯概念の中に、義務犯という犯罪が存在することが認知されるようになったが、特別犯のすべてが義務犯であるというわけではないということも同時に認知されるようになったのである。*Pariona Arana* は、明確に、次のように述べている。「前述のような新しい正犯概念の特徴づけからは、必然的に、以下のような結論を導き得る。すなわち、義務犯というカテゴリーは、（単純な）特別犯（bloße Sonderdelikte）というカテゴリーとは異なるということである。両カテゴリーは、異なる内容と機能を有している。義務犯は、正犯者の法的な特別の義務との関係において定義される。すなわち、特別の義務（たとえば財産保護義務）の侵害がまさに正犯性の基準であるために、特別の義務が正犯性の決定に際して重要な役割を担うのである。背任罪（刑法 266 条）および枉法罪（332 条）は義務犯である。というのは、正犯性が、これらの構成要件に

おいては、行為者の法的な特別の義務を前提としており、その侵害が正犯性を基礎づけるからである。それに対して、『特別犯』という概念は、正犯者範囲の決定（のみ）を可能にするメルクマールに関係するものであり、このメルクマールは通常、正犯性を決定する基準ではない。たとえば、刑法 332 条における『公務担当者』というメルクマールは、正犯者となる可能性のある者の範囲、つまり規範の名宛人のみを決定している。つまり、『公務担当者』というメルクマールを示す者のみが、当該構成要件の正犯者たり得るのである。しかし、『公務担当者』というメルクマール自体は、正犯基準ではない。」「義務犯論は、特別の義務の決定的な重要性を発見した。さらに、特別の義務の意義は、次のような結果へと至らしめる。すなわち、義務犯というカテゴリーは、たとえば正犯者の人格においてある法的な特別の義務を前提とするすべての構成要件を含むため、特別犯というカテゴリーよりも広範であるということである。これによって、伝統的な見解によれば特別犯ではない犯罪が義務犯の範囲に属するということとなった。それゆえ、正犯者範囲が特定の職業集団に限定されていない犯罪も義務犯である。同様に、義務犯の領域は、特別犯の領域よりも小さい。すなわち、囚人による暴動（刑法 121 条）のように、すべての特別犯が義務犯に属するわけではない。というのは、『囚人』という構成要件メルクマールは、正犯者範囲のみを記述しており、特別の義務には関係していないからである」[166]。このようにして、正犯者の範囲が限定される――ドイツおよびスイス流の――特別犯概念の中にも、特別義務への違反を要素とするものとそうでないものとが含まれているという認識が広がりを見せ、両者の区別を前提とした正犯論が展開されているのである。

こうした考え方を立法上取り入れたのが、スイス刑法 26 条である。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 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」という内容の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としているのである。したがって、スイス刑法の用語法によれば、特別犯とは、正犯者の範囲が制限される犯罪類型一般ではなく、そのうち特別義務への違反が要素とされるものをさすということとなる。

第２項　正犯者メルクマールの区別とドイツ刑法 28 条

[166] *Raúl Pariona Arana*, Täterschaft und Pflichtverletzung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, 2010, S. 77 f.

さらに、ドイツ刑法 28 条の適用の有無をめぐる正犯者メルクマールの区別も、同様の方向を示すものである。すなわち、近時ドイツおいて有力な見解によれば、正犯者メルクマールには、特別義務に由来するものとそうでないものが存在し、ドイツ刑法 28 条が適用されるのは前者のみであるとされているのである。

たとえば、*Puppe* は、正犯者メルクマールの中には行為者の特別義務を示すもの（特別義務メルクマール（Sonderpflichtmerkmale））が存在し、こうした正犯者メルクマールについてはドイツ刑法 28 条の適用がある[167]とした上で、次のように述べている。「特別義務メルクマールと区別されなければならないのは、いわゆる機能上は物的な正犯者メルクマール（*funktionell sachliche* Tätermerkmale）である。［……］それらは、以下の点によって特別義務メルクマールから区別される。すなわち、それらは、それを備える者に対して、高められた一身的な法的義務を課すわけではないということである。したがって、それらに対しては、28 条は適用し得ない」[168]。

Heine/Weißer も、「法規がその可罰性をある特定の人的範囲に限定している場合、このことの根拠は必ずしも、この者が、当該行為が彼らにおいてのみ当罰的またはより当罰的であると思わせるような特別の義務（Sonderpflichten, die die betreffende Handlung nur bei ihnen als strafwürdig(er) erscheinen lässt）を有するという点に存するわけではない。法規は時折、それによって特別の義務およびそれに伴い正犯者を特徴づける特別の不法を表現するというわけではなく、単に構成要件該当行為を特定の生活領域ないし社会的状況に帰すために、正犯者の記述を用いることがある。このような類の事例においては、正犯者範囲の特徴づけによって、同時に法益も決定されているのである。特別の義務が人的不法要素を基礎づけるような事例グループに対してのみ、28 条 1 項の適用が事物に適うと思われるのに対し、第二の事例群においては、従属性原理が適用されなければならない。たとえば、枉法罪等

---

[167] *Ingeborg Puppe*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, §§ 28, 29 Rn. 54.

[168] *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn 58; ebenso *dies.*, Jedem nach seinem Schuld, ZStW 2008, S. 513 ff.: „Es gibt jedoch Tatbestände, die eine besondere Rechtstellung des unmittelbaren Täters voraussetzen, ohne dass diesem daraus eine besondere Vertrauensstellung gerade gegenüber dem verletzten Rechtsgut erwächst. [...] Dass gerade diese Personen als unmittelbare Täter der genannten Straftatbestände in Betracht kommen, liegt nicht daran, dass ihnen die durch diese Tatbestände geschützten Rechtsgüter besonders anvertraut sind, sondern lediglich daran, dass sie die besondere Machtstellung besitzen, die erforderlich ist, um diese Rechtsgüter in der tatbestandlich beschriebenen Weise anzugreifen. Es besteht danach kein Grund, Gehilfen oder Anstifter milder zu bestrafen, wenn sie nicht diesem Personenkreis angehören. Die Zugehörigkeit zu diesem Kreis ist ein reines Unrechtsmerkmal, das voll akzessorisch zu behandelt ist. Man bezeichnet solche Merkmale der Täterperson als „*funktional sachliche*“ Merkmale.“

はまさしく、特別の人的な義務違反という要素によって特徴づけられるため、非資格者に対しては当然に 28 条 1 項が適用され得る。それに対して、執行妨害罪（288 条）においては、たしかに正犯は執行債務者に限定されているが、その人格は行為の不法にとって決定的な意義を有しない。誰でも、執行債務者という状況に陥り得る。正犯者範囲の限定は、債権者に対する何らかの特別な忠実義務（人的不法）から生ずるものではなく、ただ行為が特定の生活状況においてのみ遂行され得るということから生じているのである」[169]とする。

このように、ドイツ刑法 28 条の解釈論においても、正犯者メルクマールの中には、特別義務に由来するものとそうでないものが併存しているということが指摘されるに至っているのである。

第３項　正犯者メルクマールと間接正犯――*Puppe* による指摘

ドイツおよびスイスの通説によれば、正犯者メルクマールが要求される特別犯においては、正犯者範囲が制限されることから、特別犯においては間接正犯はおよそ成立し得ないとされる[170]。しかしながら、こうした結論は、必ずしも十分な基礎が与えられているわけではない。この点について明確に指摘しているのが、*Puppe* である。「すべての正犯者メルクマールが非資格者による間接正犯としての構成要件実現を排除するという事実は、すべての正犯者メルクマールを 28 条 1 項の意味における特別の一身的な義務メルクマールに分類する場合にのみ、規範的に正当化され得る。たしかに、間接正犯者は、道具としての資格者を通じて行為することにより、法益に対する犯罪固有の侵害可能性を獲得する。そうであるにもかかわらず彼が当該構成要件において不可罰であるということは、正犯者メルクマールが間接正犯者には到達し得ない要素を含んでいるということによってのみ説明され得る。そうなり得るのは、侵害法益に対する資格者の一身的な特別義務のみである。しかし、こうした結論は、まったくもって、常に特別犯における間接正犯の構成要件不該当性から導かれるわけではない。完全に従属的に取り扱われる正犯者メルクマールにおいては、非資格者の間接正犯の排除は、刑法の断片的性格の現象形態として説明される。構成要件における不法の類型化の明確さのため、立法者は、非資格者による間接正犯者としての構成要件における類型的な侵害という稀有な事例を、資格者の正犯者としての行為と比

169 *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 40), § 28 Rn. 18
170 Siehe *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 352 f.

較して無価値の相違を示さない構成要件においても、不問に付しているのである」[171]。つまり、*Puppe* によれば、特別義務に由来する正犯者メルクマールが要求される犯罪類型においては、非資格者による間接正犯はそもそも構成要件的に不可能であるのに対して、それ以外の正犯者メルクマールが要求される犯罪類型においては、謙抑性の見地から非資格者による間接正犯が否定されるにすぎずそれが構成要件的に不可能であるというわけではないということである[172]。そうであるとすれば、ドイツにおいても、非資格者による間接正犯の成立の余地を完全に排除する正犯者メルクマールと必ずしもそうではない正犯者メルクマールが併存しているということになろう。

第４項　小括

以上のように、ドイツおよびスイスにおいても、特別の義務に由来する正犯者メルクマールと、そうではなく保護法益に対する侵害の事実的な可能性に由来する正犯者メルクマールとが併存するという理解が広がりを見せており、（不法）身分を細分化せずに扱ってきたわが国の議論に再考を迫るものといえよう。わが国における身分についても、単に法益侵害の事実的可能性に基づくものと特別の義務に基づくものへの区別が妥当し、そのような区別を基礎に置いてはじめて、身分犯への可罰的関与の成否に関する正しい検討が可能となるものと思われる。また、そうした検討にあたっては、正犯者メルクマールの発生根拠次第で、間接正犯の成否をめぐる結論も影響を受けるという *Puppe* の指摘が参考になるであろう。

第４節　不法身分犯固有の無価値と身分犯の区別

第１項　直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯

（１）直接実行型不法身分犯

前節における検討において示したように、オーストリアにおける意味での自手犯[173]が存

[171] *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn 60.
[172] Vgl. auch *Puppe*, a. a. O. (Fn. 168), S. 515.
[173] なお、本稿との関係では直接関係しないが、ドイツ等においては自手犯概念（オーストリアにおける自手犯概念とはまったく異なる内容を有している点に注意を要する）を否定する見解が有力化している。たとえば、*Hoyer* は、「真正自手犯（echte eigenhändige Delikte）

在することは否定できないであろう[174]。すなわち、わが国においても、身分者による一定の行為の（客観的な）直接的な実行が固有の無価値を基礎づけるような不法身分犯が確かに存在しているということである。このカテゴリーの不法身分犯を、「直接実行型不法身分犯」と呼称することとする。直接実行型不法身分犯においては、巨視的にいえば、身分者が一定の行為を直接的に実行していない限り、固有の無価値が発生していないこととなり、それに対する関与は、（間接）正犯であれ共犯であれ、不可能であるという帰結が導かれる

は、以下の点において特徴づけられる。すなわち、それらが、法益侵害を前提としておらず、ある特定の道徳的に非難にされるべき行為形式または不適切な生活方法（bestimmte sittlich verwerfliche Verhaltensform oder verfehlte Lebensweise）がそれ自体のために処罰されているということである。ここでは、法益関係性を欠く、行為と結合した行為者刑法的犯罪（verhaltensgebundene und täterstrafrechtliche Delikte ohne Rechtsgutsbezug）が問題となっており、そうした犯罪においては、その代わりに、古きタブー観念に基づく、ある特別の忌まわしさの想定が処罰根拠をなすのである」（a. a. O. (Fn. 6), § 25 Rn 18）とし、こうした考え方に対しては、「しかしながら、抽象的にすら何らかの法益に対して危険性をもたない行為方法や生活方法は、国家により刑罰の対象とされてはならない（基本法 2 条 1 項）。というのは、国家は、それを遵守することが決して他人の基本権ないし憲法上の秩序のためとなるよう機能するわけでない場合には、刑罰威嚇でもって、個人の行為の基準として特定の道徳的価値観念を選択させることを個人に強いる権限を持たないからである。それゆえ、一見単なる不道徳を処罰の対象としているかに見えるすべての犯罪は、憲法に適合するよう、何らかの法益を考慮する抽象的危険犯（abstrakte Gefährdungsdelikte im Sinne irgendeines Rechtsguts）として理解されねばならず、それに伴い制限的な解釈がなされねばならない」（a. a. O. (Fn. 6), § 25 Rn 19）と批判する。その上で、「そうであるとすれば、173 条は、法的平和にとって抽象的に危険な行為を記述しているということになる。そのような解釈に基づけば、間接正犯または共同正犯としての行為遂行の障害となるものは存在しない。したがって、自手犯を独自の犯罪として認め、特別の正犯原理の下に置くことの必要性は明らかでない。むしろ、不真正自手犯は、偽装された義務犯（verkappte Pflichtdelikte）であり、真正自手犯は、偽装された支配犯（verkappte Herrschaftsdelikte）なのである」（a. a. O. (Fn. 6), § 25 Rn 20）と結論づけている（*Puppe* も、自手犯の概念を否定している（a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn. 75; ebenso a. a. O. (Fn. 168), S. 517））。

[174] この点については、わが国においても各論的なレベルで示唆するものが見られる。すなわち、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（弘文堂、第 3 版、2019）は、「A が患者 C の希望により自己の病名を聞いてきてほしいと依頼されたと医師 B を欺罔して C の秘密を聞き出した場合、そこでは秘密漏示罪（134 条）の構成要件に該当する違法事実が実現されている。もちろん、B の漏示行為は錯誤によるものであるが、秘密漏示罪が医師の守秘義務という職業倫理を保護法益とするものでない以上、構成要件に該当する法益侵害は存在するのである。また、A が深夜、役所に侵入し、公務員 B の机上にある書類の中に内容虚偽の文書を紛れ込ませ、翌日事情の知らない B がこれに署名・押印した場合も虚偽公文書作成罪（156 条）の構成要件に該当する違法事実は実現されている。だとすれば、これらの場合に、A を秘密漏示罪、虚偽公文書作成罪の間接正犯とすることも可能なように思われる」としており、134 条においては、医師による漏示行為の（客観的な）直接実行が、156 条においては、公務員による作成行為の（客観的な）直接実行がありさえすれば、固有の無価値が基礎づけられるとの理解を示すものにほかならないであろう。もっとも、後述のように、本稿の理解によれば両罪ともに特別義務侵害型不法身分犯に相当するものであり、例示されている事例においては間接正犯は成立し得ないことになる。

こととなる。

（２）特別義務違反型不法身分犯

オーストリアおよびドイツ等における議論からも明らかなように、身分者に課せられた特別義務への侵害が固有の無価値を基礎づける不法身分犯が存在すること自体は、わが国においても否定できないであろう[175]。そうであるとすれば、そのような不法身分犯においては、身分者による特別義務への違反が認められることによってはじめて固有の無価値が発生したと評価され、非身分者の可罰性の基礎が生ずることになる。問題は、ここでいう特別義務の内容、換言すれば、どのような犯罪類型が上記のような独自のカテゴリーの身分犯として分類されるべきかということであるが、少なくともドイツおよびスイスにおける義務犯概念はわが国において全面的に受け入れることはできないように思われる。というのは、ドイツおよびスイスにおいては、正犯者に特別のメルクマールが要求される犯罪（特別犯）のうち、その正犯者メルクマールが単に一定の生活領域や行為状況を示しているにすぎないものを除くすべての犯罪として理解される傾向にあるが、そのように広範に把握された義務犯における特別義務のすべてについて、固有の不法（無価値）との連関を明確に説明することは困難だからである。これに対して、オーストリアにおける特別義務犯の概念は、まず一定の具体的な不法（無価値）を前提とした上で、その内容から必然的

[175] わが国においても、各論的なレベルにおいてこのことを示唆するものが散見される。たとえば、大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958）267 頁は、「収賄罪の法益は、職務行為の不可買収性（Unentgeldlichkeit und Unkäuflichkeit der Amtshandlungen）、すなわち公務員の清廉性にあると解せられるべきであるが、公務員が他の公務員または非公務員を道具としてその法益を侵害することはもちろん可能である。だが、非公務員が、故意を欠く公務員、または強制された公務員を利用することによっては、本罪は犯しえぬとおもう。けだし、さような公務員の行為を利用することによっては、そもそも公務の清廉性は害せられないからである」と指摘しており、西田（橋爪補訂）・前掲注（174）334 頁も、「私人 A が公務員 B に『菓子箱』だと誤信させて『現金の入った箱』を渡した場合に収賄罪（197 条）の間接正犯が成立するわけではない。しかし、それは、公務員に『賄賂』の認識が欠けるため収賄罪の構成要件に該当する違法性が実現されていないことによるのである」と指摘している。さらに、青柳文雄『犯罪と証明』（有斐閣、1972）78 頁は、「収賄罪（刑法一九七条）は公務員がその職務に関して賄賂を収受することなどで成立する犯罪であるが、身分者は非身分者を通じてこの犯罪を犯すことができるが、非身分者は故意のない身分者を通じてこの罪を犯すことはできないと解せられている。この罪は公務員という身分があることによって廉潔の義務を負う者についてその義務違反を前に出し、公務員の不可買収性ないし職務の廉潔という法益の保護をその背後においている犯罪であって、義務違反というのは故意の義務違反でなければならないから、故意のない公務員を通じてこの罪を犯すことはできないと解せられる」と明確に指摘している。このほか、滝川幸辰『刑事法判決批評　第二巻』（立命館出版部、1937）135 頁、松宮・前掲注（106）307-308 頁（これについては、本文にて後述する）参照。

に導かれる特別義務が認められるような犯罪として理解されており、固有の不法（無価値）との連関がある程度明確に示されている[176]。よって、わが国においては、オーストリアにおける特別義務犯概念を参考として、身分者に課せられた特別義務への違反が固有の無価値を基礎づけるような不法身分犯というカテゴリーを分析していくことが有益であると思われる。そして、1971 年政府草案理由書や *Nowakowski* が示唆していたように、身分者による特別義務への違反が固有の無価値を基礎づける不法身分犯として認められる犯罪類型は、一般化していえば、一定の個人ないし集団が一定の個人ないし集団に対して向ける信頼が保護法益とされ、信頼が向けられている個人ないし集団の構成員による背信的な行為がそうした法益への侵害を意味するようなものである[177]。その背信的行為が認められるのは、オーストリアの通説によれば、身分者が自己に課せられた特別義務に故意で違反した場合であるとされ、こうした理解は基本的には妥当であると思われる。ただし、これを完全に貫くならば、非身分者が身分者を強制し、故意的な義務違反をなさしめたような場合には、固有の無価値が一応基礎づけられることとなり、背後の非身分者は、このカテゴリーの不法身分犯の間接正犯たり得ることになるが、このような帰結は不当であろう[178]。したがって、このカテゴリーの不法身分犯固有の無価値が基礎づけられるためには、厳密にいえば、身分者が自己に課せられた特別義務に自律的かつ故意的に違反することが必要であるということになる[179]。本稿においては、こうしたカテゴリーの不法身分犯を、「特別義

---

[176] *Fuchs* は、オーストリア刑法 302 条の公務員職権濫用罪において、社会一般が公務員に対して寄せる信頼（Vertrauen, das die Allgemeinheit den Beamten entgegenbringt）の侵害を義務違反行為として捉えており（*Helmut Fuchs*, Probleme der Beteiligung mehrerer, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 14, 1986, S. 23）、こうした信頼を侵害しないという公務員の刑法上の特別義務を想定するものといえよう。

[177] Vgl. EBRV 1971, S. 81 f.

[178] 大塚・前掲注（175）267 頁も同旨。Vgl. *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 150. 現在のドイツ等においても、このような帰結を支持する見解は存在しない（siehe *Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, § 21 Rn. 68; *Javier Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung – zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 174 ff.; *Wessels/Beulke* AT[32] Rn. 543）。もっとも、ドイツ等の通説は、そうした争いのない理解を理論的に根拠づけるべく、例外的に特別の義務地位が唯一の正犯原理として登場すると理解しており、前述の通り、このような根拠づけは不十分である。

[179] *Fuchs/Zerbes* も、公務員職権濫用罪（オーストリア刑法 302 条）に関して、「公務員が粗略（nachlässig）であることは由々しき（schlimm）ことかもしれないが、彼（公務員であり第三者ではない）が意図的に彼の義務に違反した場合に、はじめて 302 条の固有の不法が完全に生ぜしめられるのである」と指摘している（a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 20a; ebenso *Helmut Fuchs*, Probleme der Beteiligung mehrerer, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 14, 1986, S. 23）。もっとも、何をもって保護法益たる信頼が侵害されたといえるかという基準は、各論的解釈によって変動することもあり得よう（vgl. *Bertel*, a. a. O. (Fn. 160), S. 134: „es gibt Sonderdelikte, bei denen der Qualifizierte [...] „sonst in bestimmter Weise“ an der

務違反型不法身分犯」と呼称することとする。特別義務違反型不法身分犯においては、巨視的にいえば、身分者が自己に課せられた（保護法益から導かれる）特別義務に故意的にかつ自己答責的に違反していない限り、固有の無価値が発生していないこととなり、それに対する関与は、（間接）正犯であれ共犯であれ、不可能であるという帰結が導かれることとなる[180]。

さらに、特別義務違反型不法身分犯は、身分者と非身分者が共働した場合について、重要な帰結をもたらすことになる。すなわち、特別義務違反型不法身分犯は、身分者による特別義務への違反によってもたらされる無価値に着目して創設されるものであることから、特別義務違反型不法身分犯に該当する構成要件において、非身分者によっても実現可能な事象が付加的に前提とされている場合、自律的な非身分者を介してそれを実現するような身分者の行為も、当該構成要件に直接該当することになるということである[181]。換言すれば、特別義務違反型不法身分犯に該当する身分犯構成要件は、身分者による他人を通じた共犯的実現をも捕捉しているのである。それゆえ、特別義務違反型不法身分犯においては、その一部を非身分者に実現させたとしても、身分者が正犯であるということになる。こうした考え方は、結論としては、義務犯においては常に特別義務者が正犯となるとするドイツおよびスイスにおける義務犯論と一致することになる。しかし、義務犯論においては、義務犯についてのみ独自の正犯原理を想定するのに対して、本稿は、特別義務違反型不法身分犯では犯罪の構造から導かれる各論的解釈が重要であると理解するものである。具体的な帰結については、後に詳述する。

Tatbildverwirklichung mitwirken muß (§ 14 Abs 1 zweiter Satz zweiter Fall StGB). Die „bestimmte Weise“ besteht bei *manchen* Sonderdelikten darin, daß der Qualifizierte an der Tatbildverwirklichung nicht irgendwie, sondern gerade vorsätzlich mitwirken muß.“）。実際に、旧刑法 150 条は、「看守又ハ護送者」が「懈怠ニヨリ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル時」が処罰対象とされており、故意ではない特別義務違反が処罰根拠の一つとされていたものと見ることが可能である。

[180] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14: „Wirkt der Intraneus nicht mit der vom Gesetz geforderten vorsatzgeprägten Ausführungsart an der Tat mit, so sind die beteiligten Extranei straflos, sofern nicht das Gesetz anderes anordnet“.

[181] Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 15: „Die Strafbarkeit eines Sonderdeliktes mit Missbrauchscharakter erfordert [...] den vorsätzlichen Befugnismissbrauch durch den Qualifizierten. Dieser muss jedoch nicht – wie bei den eigenhändigen Delikten – unmittelbarer Täter sein; es genügt, wenn er in irgendeiner Täterschaftsform des § 12 an der Tat beteiligt ist.“; *Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 27), S. 163; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 159; *Lyane Sautner*, Anmerkung zur Entscheidung des OGH 15 Os 16/02, JBl 2003, S. 333: „[...] als unmittelbarer Täter des Sonderpflichtdelikts nur der Träger der „besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse“ in Betracht kommt. Der Begriff des Missbrauchs ist dabei durchaus weit zu verstehen. Nicht auf das letzte schadenskausale Verhalten kommt es als unmittelbare Ausführungshandlung an, sondern – materiell gesehen – auf ein der Befugnis zuwiderlaufendes Verhalten.“; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 156), § 14 Rn. 28.

（３）その他の不法身分犯の存否

オーストリアにおける議論の検討の中でも既に述べたように、わが国においても、直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯のいずれにも分類されない不法身分犯は存在しないと思われる。不法身分犯としての規定されるのは、身分が一定の行為と何らかのかたちで密接不可分に結びついているためであり、こうした結びつきのない不法身分犯は存在しないであろう[182]。注意を要するのは、一部の直接実行型不法身分犯では、（非身分者を含む）他人を利用する行為をも直接捕捉するかたちで規定されているということであり、この場合、直接実行の対象が拡張されているにすぎない。したがって、非身分者によっても実現可能な行為が前提とされているからといって、直接実行型不法身分犯への分類が否定されるわけではないのである。この点についても、各論的検討の中で詳述する。

（４）わが国における従来の身分犯論（特に義務犯論）との関係

わが国においては、長きにわたって、（不法）身分犯の本質が何であるかについて議論がなされてきた。すなわち、一方では、身分者に課せられた特別義務への違反がその不法をなしているというところに身分犯の本質を見出す考え方[183]が主張され、他方では、身分者によってのみ実現可能な法益侵害がその不法をなしているというところに身分犯の本質を見出す考え方が主張され、それぞれが対立する状況が続いてきたのである。しかしながら、本稿の立場からすれば、いずれの見解も、不法身分犯の本質の一側面を明らかにするものではあるが、それ以上に不法身分犯全体の本質を明らかにするものではないということになる。

とはいえ、近時有力に主張されるに至っている義務犯論は、かつてわが国において意識されてこなかった身分犯固有の無価値を示唆するものとして、大きな意義を有するように思われる。たとえば、「『義務犯』型の身分犯」の存在を指摘する論者は、収賄罪の不法をめぐって、次のように述べている。「どこの世界に、『職務の対価』すなわち賄賂であることを秘匿して公務員に金銭を贈る者がいるであろうか。そんなことをすれば、『賄賂』を贈る意味がなくなってしまう。『賄賂であるとの情を知らない公務員を利用した贈収賄罪の間接正犯』というものはありえない。金銭は、『職務の対価』であるという当事者間の取り決

---

[182] Vgl. *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap 16 Rn. 121; auch *Friedrich*, a. a. O. (Fn. 165), S. 259.
[183] 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（4・完）」立命 320 号（2008）964-965 頁、松生・前掲注（28）114 頁以下、松宮・前掲注（106）307-313 頁。

めがなければ、『賄賂』になりえないのである。したがって、ここでも、賄賂罪の保護法益は、それを公務に対する公衆の信頼と解するのであれ職務の不可買収性と解するのであれ、端的に『公務員の忠実義務』を担保することで保護されることになる。否、むしろ法益と義務とは密接不可分だというべきであろう」[184]。ここでは、不法身分犯において、身分者が単に何らかの行為を直接的に実行するだけでは固有の無価値が基礎づけられるには不十分なものが存在し、むしろ身分者に課せられた特別義務への違反が固有の無価値を基礎づけるものが存在するということが、明確に示されているのである。このように、わが国における義務犯論は、不法身分犯固有の無価値の発生機序の非一元性を示唆したものとしての意義が認められるように思われる。

第２項　責任身分犯について

本章では、不法身分犯に重点を置き、その不法発生機序の非一元性と内容について検討を行ってきたが、身分が責任にのみ関係するような身分犯も存在し得る。しかしながら、オーストリアにおいては既に広く認知されているように、責任身分犯の存在は極めて例外的なものである[185]。わが国においては、特に刑法 65 条をめぐる近時有力な理解を念頭に置きつつ、様々な犯罪類型を責任身分犯として位置づけようとする見解も見受けられるが、こうした傾向に対してはわが国においても的確な批判が向けられている[186]。したがって、身分犯は、直接実行型不法身分犯、特別義務違反型不法身分犯、責任身分犯に区別され、後にも述べるが、責任身分犯に関しては、身分者との関係においてのみ可罰性評価に影響を及ぼすものである以上、非身分者による関与をめぐって困難な問題は生じないことになる。以下では、責任身分犯というカテゴリーも含めた上で、各種の検討を行う。なお、こうした区別によって生ずる、正犯論および共犯論における具体的な帰結については、原則として第 4 章および第 5 章に譲ることとする。

第５節　各論的検討

---

[184] 松宮・前掲注（106）307-308 頁。また、同「身分の連帯作用について」刑雑 38 巻 1 号（1998）83 頁も同旨。

[185] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn 45: „relativ begrenzt“; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 124: „relativ selten“.

[186] 小林憲太郎「西田教授の身分犯論」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017）55 頁。

本節では、わが国における個別具体的な犯罪類型が、直接実行型不法身分犯、特別義務違反型不法身分犯、責任身分犯のいずれに分類されるのかについて検討を行う。こうした検討を行うことによって、非身分者が事実的に共働した場合における正しい刑法的評価を導くことが可能となる。なお、本節においては、原則として刑法上の犯罪類型を検討の対象とし、特別刑法上の犯罪類型については特に重要と思われるもののみを適宜取り上げることとする。

第１項　逃走罪および加重逃走罪

逃走罪（刑法 97 条）は、その行為主体が「裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者」に限定される身分犯である[187]。本罪は、（刑法 98 条に規定される手段を用いることなく）逃走する行為を処罰することにより、国家の拘禁作用を保護するものである[188]。したがって、本罪における身分は、保護の対象とされる国家の拘禁作用を、拘禁から離脱する行為としての逃走行為によって事実上侵害し得る者を特定する趣旨の者を示しているものと解される。したがって、本罪は、身分者が逃走行為を直接実行することによって固有の無価値が基礎づけられる直接実行型不法身分犯である。

また、加重逃走罪（刑法 98 条）も、その行為主体が「前条に規定する者又は勾引状の執行を受けた者」に限定されるで身分犯である[189]。本罪は、所定の手段により逃走する行為を処罰することにより、国家の拘禁作用を保護するものである[190]。したがって、本罪における身分も、保護の対象とされる国家の拘禁作用を、拘禁から離脱する行為としての逃走行為によって事実上侵害し得る者を特定する趣旨の者を示しているものと解される。したがって、本罪も、身分者が逃走行為を直接実行することによって固有の無価値が基礎づけられる直接実行型不法身分犯である。

なお、逃走罪および加重逃走罪をめぐっては、被拘禁者奪取罪（刑法 99 条）や逃走援助罪（刑法 100 条）が存在することから、身分者と非身分者が共働することにより逃走罪または加重逃走罪に該当し得るように見える事象が惹起されたような場合には、やや複雑な

---

[187] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 6 巻』（青林書院、第 3 版、2015）276 頁〔柳俊夫＝河原俊也〕。
[188] 保護法益につき、大塚ほか・前掲注（187）269 頁〔柳＝河原〕。
[189] 大塚ほか・前掲注（187）290 頁〔柳＝河原〕。
[190] 保護法益につき、大塚ほか・前掲注（187）269 頁〔柳＝河原〕。

検討を要することになる。この点については、後に検討を行うこととする。

第２項　看守者等による逃走援助罪

看守者等による逃走援助罪（刑法 101 条）は、その行為主体が「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」に限定される身分犯である[191]。本罪は、いわば逃走に対する一種の共犯行為を独立に処罰するものであるが、その法定刑は、逃走罪（刑法 97 条）や加重逃走罪（刑法 98 条）、逃走援助罪（刑法 100 条）におけるそれよりも著しく高く設定されている。その根拠は、本罪が、国家の拘禁作用に加えて、法令上の根拠に基づき被拘禁者の看守または護送を任務とする者による適正な任務遂行に対する公共の信頼を保護しているからであると解される[192]。そうであるとすれば、本罪は、特別義務違反型不法身分犯であり[193]、法令上の根拠に基づき被拘禁者の看守または護送を任務とする者による適正な任務遂行に対する公共の信頼は、看守者または護送者が自律的かつ故意的に適正な任務の遂行を怠り被拘禁者をして逃走を図らしめることによって侵害されるということになる[194]。

第３項　犯人蔵匿等罪および証拠隠滅等罪

犯人蔵匿等罪（刑法 103 条）は、それ自体としては身分犯ではないものの、自己蔵匿ないし自己隠避は除外されている。そのため、本罪においては、犯人ないし逃走者（自身）という身分が阻却的身分として隠されているという理解も可能である。したがって、本罪において犯人ないし逃走者自身がなぜ行為主体から除外されているのかが問題となる。

この点について、学説においては、犯人ないし逃走者が自己を蔵匿・隠避する行為には、

---

191 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール　刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）254 頁〔小名木明宏〕、大塚ほか・前掲注（187）324 頁〔柳＝河原〕。

192 大塚ほか・前掲注（187）323 頁〔柳＝河原〕は、「本条は、被拘禁者の看守又は護送の任務を有する者が、その職務に反して被拘禁者を逃走させた場合に、これを処罰することとしたものであり、職務違反という点が重視されて法定刑も重く定められている」とする。類似の説明として、西田（橋爪補訂）・前掲注（84）479-480 頁。

193 本罪における保護法益と表裏一体の関係として、法令上の根拠に基づき被拘禁者の看守または護送を任務とする者につき、適正に看守または護送の任務を遂行すべき刑法上の特別の義務が観念されることになる。

194 Vgl. *Fuchs/Zerbes* , a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 20a.

類型的に期待可能性がないとの説明が広くなされてきたといえよう[195]。このような見解によれば、基本的には、自己を蔵匿・隠避する行為であろうと、他人に蔵匿・隠避させる行為であろうと、類型的な期待可能性の欠如が肯定されることから、自己蔵匿・自己隠避は不可罰であるということになる。これに対して、大審院は、自己蔵匿・自己隠避を不処罰としている根拠について、「犯人カ其ノ発見逮捕ヲ免レントスルハ人間ノ至情ナルヲ以テ犯人自身ノ単ナル隠避行為ハ法律ノ罪トシテ問フ所ニ非ス所謂防御ノ自由ニ属ス」[196]と判示しており、その趣旨は必ずしも明らかではないものの、「防御ノ自由」という文言を用いて説明をしているところからすれば、自己蔵匿・自己隠避の不処罰を純粋に責任の観点から理解されていたわけではないと思われる。また、（証拠偽造罪の教唆犯の成否が問題となった事案ではあるが）最高裁平成 18 年 11 月 21 日決定の調査官解説においても、「犯人自身の自己蔵匿・証拠隠滅が不可罰とされる根拠を期待可能性の（定型的）欠如のみに求めることについては、そもそも一般的に、余程の事情があっても期待可能性の欠如による責任阻却を認めていない（過剰防衛、過剰避難さえ可罰的であるとされている。）こととの対比において、立法事実としても余り説得力があるようにも思われないところである。この側面が皆無とはいえないまでも、犯人の刑事手続上の地位なども総合して政策的に定められたものと見ざるを得ないのではなかろうか」[197]との指摘がなされている。

こうして見ると、学説における多数説に対する指摘は、大きな説得力を有しているように思われる。期待可能性の欠如が認められるのは極めて例外的な場面に限られるはずであり、たとえ類型的な判断であるとしても、自己蔵匿等の行為には期待可能性がないという理解は非常に困難であるといわざるを得ない。両罪はむしろ、自己に対する刑事手続上の処分への協力を強制されないという考え方に基づいて、自己蔵匿等を政策的に刑罰の対象外としていると理解され得るように思われる[198･199]。つまり、刑法は、犯人蔵匿等から国家

---

[195] このような説明をするものとして、西田（橋爪補訂）・前掲注（84）484 頁。

[196] 大判昭和 8 年 10 月 18 日刑集 12 巻 1820 頁。

[197] 前田巌「判解」最判解刑事篇平成 18 年度 465 頁。さらに、岩村修二「判批」警論 48 巻 9 号（1995）159-160 頁も、類型的な期待可能性の欠如という点に根拠を求める考え方に疑問を呈しつつ、「刑事実体法独自の観点からは、処罰することも可能であるが、別途の要請により立法政策的に刑罰を科さないこととする場合も存在する。犯人自身が、自ら逃げ隠れしたり、証拠を隠滅したりすることを禁止し、処罰するとすれば、犯人自身に対し、『逃げ隠れしてはならない』、『証拠を隠滅してはならない』という捜査等刑事司法への一般的な協力義務を罰則で強制するということにもなりかねず、一方当事者である被告人あるいは被告人となるべき犯人の立場に相応しくないことが考慮され、いわば刑事手続的観点からの要請に基づき政策的に不可罰とされているとの理解もあり得るように思われる」とする。

[198] 小林・前掲注（186）63-64 頁も、証拠隠滅等罪における証拠の他人性について、「証拠

の刑事司法作用を広く保護しつつも、自己蔵匿等については、政策的な理由からこれを処罰していないものといえよう。したがって、両罪において隠された刑罰阻却は、一種の一身的刑罰阻却事由（ゆえに阻却的身分犯ではない）と解される。

そうすると、犯人ないし逃走者が他人を教唆して自己を蔵匿・隠避させた場合には、他人に蔵匿・隠避をなさしめている点において、犯人ないし逃走者自身はその刑事手続に積極的に協力することを強いられないという政策的な配慮が妥当しないため、一身的刑罰阻却事由は効果を発現せず、犯人蔵匿等の教唆犯が成立するということになる[200]。また、このような理解からすれば、犯人ないし逃走者自身の可罰性が認められるのは、必ずしも教唆犯の場合に限定されるわけではなく、共同正犯や幇助犯の場合であっても可罰性が肯定され得るように思われる[201]。

以上のことは、証拠隠滅等罪（刑法 104 条）においても同様に妥当する。証拠隠滅等罪も、それ自体としては身分犯ではないものの、自己の刑事事件に関する証拠の隠滅等が除外されていることから、本罪においては、当該事件との関係における本人（以下これを単に本人という）が阻却的身分として隠されているという理解が可能である。そして、証拠隠滅等罪においても、多数説によれば、これらの身分を備える者が本罪の行為主体から除外されているのは、期待可能性の欠如が考慮されたからであるとされる[202]が、期待可能性の欠如が認められるのは極めて例外的な場面に限られるはずであり、たとえ類型的な判断であるとしても、自己蔵匿等の行為には期待可能性がないという理解は非常に困難であるといわざるを得ない。証拠偽造等罪もむしろ、自己に対する刑事手続上の処分への協力を

の他人性は、犯人は自己を訴追する者による身柄の確保や証拠の保全に協力する必要はないという原理、すなわち、不法の観点から要求される不法要素だからである」と指摘する。

[199] Vgl. *Diethelm Kienapfel/Kurt Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil III, 2. Aufl., 2009, Vorbem §§ 288 ff Rn 19 ff.; *Christian Pilnacek/Szymon Świderski*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 188 Lfg., 2018, § 299 Rn. 23.

[200] 大判昭和 8 年 10 月 18 日前掲注（196）。そこで大審院は、「他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法第 103 条ノ犯罪ヲ実行セシムルニ至リテハ防御ノ濫用ニ属シ法律ノ放任行為トシテ干渉セサル防御ノ範囲ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ対シ犯人隠避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隠避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言ヲ俟タス」と判示している。

[201] なお、犯人自身が自己隠避を他人と共同したとして教唆犯ではなく共同正犯が問題となる事例において犯人隠避罪の共同正犯としての可罰性を否定したものとして、東京高判昭和 52 年 12 月 22 日刑月 9 巻 1＝2 号 857 頁、京都家決平成 6 年 2 月 8 日家月 46 巻 12 号 82 頁があるが、いずれも共同正犯を通常の単独正犯に引き付けてとらえすぎているように思われる。

[202] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール　刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）258 頁〔金澤真理〕、西田（橋爪補訂）・前掲注（84）485 頁。

強制されないという考え方に基づいて、被疑者ないし被告人自身による証拠隠滅等を政策的に刑罰の対象外としていると理解するのが妥当であろう。よって、証拠偽造等罪において隠された刑罰阻却も、一種の一身的刑罰阻却事由（ゆえに阻却的身分犯ではない）と位置づけられる。したがって、被疑者ないし被告人による自己の刑事事件に関する証拠隠滅等の教唆につき、証拠隠滅等罪の教唆犯の成立を肯定した一連の判例[203]は、結論において妥当であるということになる。さらに、他人が自己蔵匿や本人の刑事事件に関する証拠隠滅に共犯として関与した場合には、犯人蔵匿等罪ないし証拠隠滅等罪の共犯が成立し得ると思われる。

なお、これに対して、刑法 105 条の特例については、期待可能性の欠如による刑の任意的免除を認めたものと位置づけられよう[204]。したがって、刑法 105 条は責任身分を意味するということになる。

第 4 項　秘密漏示罪

秘密漏示罪（刑法 134 条）は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人又はこれらの職にあった者」（1 項）および「宗教、祈祷とう若しくは祭祀しの職にある者又はこれらの職にあった者」（2 項）を行為主体とする身分犯である。本罪をめぐっては、直接実行型不法身分犯であるのか特別義務違反型不法身分犯であるのかについては見解が対立し得るように思われる。すなわち、本罪が行為主体を限定している趣旨が、単に刑法上保護すべき個人の秘密を事実上侵害し得る職業者を示すという点にあると理解するならば、本罪は直接実行型不法身分犯であるということになるのに対して、本罪が行為主体を限定している趣旨が、特に重要な個人の秘密を保護するという観点から、類型的にそうした秘密に接することが頻繁である職業者が秘密を漏示しないよう特別の義務を課すという点にあると理解するならば、本罪は特別義務違反型不法身分犯であるということ

---

[203] 大判明治 45 年 1 月 15 日刑録 18 輯 1 頁、大判昭和 10 年 9 月 28 日刑集 14 巻 997 頁、最決昭和 40 年 9 月 16 日刑集 19 巻 6 号 679 頁。特に、前掲大判昭和 10 年 9 月 28 日は、被疑者・被告人自身による証拠隠滅等が除外されている趣旨につき、「証憑隠滅罪ハ国家刑罰権ノ行使ヲ阻害スルノ罪ニシテ公訴事実ノ有無ヲ判断スル妨ト為ルヘキ一切ノ行為ヲ処罰ノ対象ト為シタルモノナルモ犯人自ラ為シタル証憑隠滅ノ行為ヲ罰スヘシト為スハ人情ニ悖リ被告人ノ刑事訴訟ニ於ケル防禦ノ地位ト相容レサルモノアリトシ刑事政策上之ニ可罰性ヲ認メサルモノニ係ル」と判示している。

[204] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール　刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）259 頁〔金澤真理〕。また、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 6 巻』（青林書院、　第 3 版、2015）380 頁〔仲家暢彦〕参照。

になる。しかし、仮に、前者の理解が妥当するとすれば、本罪の規定方法としては、刑法上保護すべき秘密の内容を詳細に規定すれば足りるはずである。しかも、特別法においても、個人の秘密の内容を限定するのではなく、行為主体を限定するという規定方法が採られていることからすると、秘密漏示罪をめぐる現行法制としては、個人の秘密を有効に保護するという趣旨から、個人の秘密に加えて個人の秘密に接することが極めて多い職業者に対する公共の信頼を保護していると解すべきであろう[205]。したがって、本罪の理解としては後者が妥当であり、本罪は特別義務違反型不法身分犯として解すべきである[206･207]。そして、所定の身分を有する者による秘密保持に対する公共の信頼は、所定の身分を有する者が自律的にかつ故意をもって秘密を漏示することによって侵害されるということになる。こうした考え方に対しては、一定の職業に就く者に対して高度の職業倫理を押し付けることになるとの批判も想定されるが、本罪所定の身分を備える者は、特に重要な個人の秘密を取り扱う機会が類型的に極めて多いことから、本罪所定の身分を備える者による秘密保持に対する公共の信頼をも保護する必要があるというにすぎず、高度の職業倫理を刑法によって押し付けるということにはならないであろう。

第５項　税関職員によるあへん煙輸入等罪

税関職員によるあへん煙輸入等罪（刑法 138 条）は、「税関職員」を行為主体とする身分犯である。本罪は、いわばあへん煙輸入等罪（刑法 136 条）およびあへん煙吸食器具輸入等罪（刑法 137 条）に対する一種の共犯行為を対象とするものであるが、本罪の法定刑は、それらの法定刑よりも重く設定されている。その根拠はやはり、本罪が、刑法 136 条ないし刑法 137 条の法益とともに、税関職員があへん煙ないしあへん煙吸食器具の輸入を許さ

---

[205] 本罪は「守秘義務に刑事罰をつけることによって、そのような専門的職業を円滑に利用することを可能にしている」と説明するものとして、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法　第 2 巻』（有斐閣、2016）〔樋口亮介〕。

[206] Vgl. *Fuchs/Zerbes* , a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 29; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn 43; *Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 27), S. 163, 633; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 159; *Öner/Schutz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn 11; *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn. 64; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 119; a. M. *Clemens Thiele*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 15. Lfg., 2007, § 121 Rn. 123.

[207] 本罪における保護法益と表裏一体の関係として、本罪所定の身分者につき、業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を保持すべき刑法上の特別の義務が観念されることになる（vgl. *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn. 64: „besondere Rechtsbeziehung zwischen dem Schwaigepflichtigen und dem Geheimnisherrn“）。

ないことへの公共の信頼が保護されているからである[208]。したがって、本罪は特別義務違反型不法身分犯であると解される[209]。

第６項　収得後知情行使等罪

収得後知情行使等罪（刑法 152 条）が成立するためには、収得した貨幣等が偽造または変造されたものであることを知った後に当該貨幣等を行使または行使目的で交付する必要がある。収得後に偽造通貨ないし変造通貨であることを知ったという事情でもって、法定刑が著しく軽く設定されているのは、収得した偽造通貨等ないし変造通貨による損害を他人に転嫁することについては類型的に期待可能性が欠けるということが考慮されたためである[210]。したがって、本罪は、収得後に偽造通貨ないし変造通貨であることを知ったという事情は、その事情を備える者の責任を減少させる責任身分であるここでいう知情自体は当然身分ではないが、知情が収得後であるという事情は行為主体を特徴づける身分である[211]。したがって、本罪においては、不法身分犯が問題となるわけではない。共犯の領域における具体的な帰結については、後述する。

第７項　虚偽公文書作成等罪

---

[208] 本罪の趣旨は「あへん煙等の輸入の防圧をはかるため、税関職員によるあへん煙の輸入、又は輸入を許可する行為についての特則を設けたものである」（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 7 巻』（青林書院、第 3 版、2014）398 頁〔河村博〕）などと説明される。問題はその具体的な理解の方法であるが、仮に刑法 138 条の保護法益が公衆の健康に尽きるのだとすれば、それをより危殆化することになる輸入等（刑法 136 条）よりも刑法 138 条の方が法定刑が重い点を説明できないことになる。したがって、むしろ本罪は、あへん煙等の輸入の防圧を図るべく、職務上あへん煙等の輸入を防止すべき税関職員に対する公共の信頼を同時に保護していると解すべきである。

[209] 本罪における保護法益と表裏一体の関係として、税関職員につき、あへん煙ないしあへん煙吸入器具の輸入を許さない刑法上の特別の義務が観念されることになる。

[210] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 8 巻』（青林書院、第 3 版、2014）41 頁〔江藤正也〕、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法　第 2 巻』（有斐閣、2016）365 頁〔佐伯仁志〕。

[211] オーストリアにおいても同様の理解がなされている（siehe *Hubert Hinterhofer/Christian Rosbaud*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl., 2016, § 236 Rn. 1 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 45; *Babek Peter Oshidari*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 11. Lfg., 2004, § 236 Rn. 3 und 22; *Hans Valentin Schroll*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 175. Lfg., 2017, § 236 Rn. 1; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 124）。

虚偽公文書作成等罪（刑法 156 条）は、作成権限のある「公務員」を行為主体とする身分犯である。本罪の趣旨理解としては、大別して 2 つの類型があり得る。すなわち、一つは、本罪は専ら公文書等に対する公共の信頼を保護するものであり、公文書等の無形偽造をその有形偽造と同様に処罰するものであるとする理解であり、もう一つは、本罪は公文書等に対する公共の信頼を保護しつつ、公文書等の無形偽造には職権濫用としての側面があることに鑑み公務員に対する公共の信頼をも保護しているとする理解である。わが国の刑法は、特に私文書等をめぐる規定において明らかなように、文書等の実質的真実性よりも形式的真実性を重視し、文書等の無形偽造よりも有形偽造を広く禁止の対象としている。このことに鑑みると、前者の理解のように、本罪の保護法益を公文書等に対する公共の信頼（厳密には、公文書等の実質的真実性に対する公共の信頼）のみであると解した場合、本罪が対象とする公文書等の無形偽造につきその有形偽造と同じ法定刑が設定されている点を説明できないことになる。むしろ本罪は、公文書等に対する公共の信頼を強力に担保する必要性に鑑み、公文書等の実質的真実性に加えて公務員による実質的真実性を備えた公文書等の作成に対する公共の信頼を保護しているものと解される[212･213]。その意味で、後者の理解が妥当である。したがって、本罪は特別義務違反型不法身分犯として位置づけられることになる[214]。そして、公務員による実質的真実性を備えた公文書等の作成に対する公共の信頼という法益は、公務員が自律的かつ故意的に実質的真実性を欠く公文書等を作成することによってはじめて侵害されるということになろう[215･216]。このような理解によれば、後述のように、情を知らない公務員を通じて実質的真実性を欠く公文書等を作成させた場合、公文書等の実質的真実性自体に対する公共の信頼の侵害は認められ得るとしても、公務員による実質的真実性を備えた公文書等の作成に対する公共の信頼の侵害は認められ得ないこととなり、非身分者による本罪の間接正犯は認められないこととなる。こうした本罪の性質を前提として、実質的真実性自体に対する公共の信頼を独自に保護すべきであ

---

212 本罪の保護法益の理解として類似するものとして、松宮・前掲注（106）307 頁。さらに、団藤重光『刑法各論』（創文社、第 3 版、1990）も、本罪は「公務員の職務犯罪で職権濫用罪の一種という面をもっている」とする。

213 本罪における保護法益と表裏一体の関係として、公務員につき、実質的真実性を備えた公文書等を作成すべき刑法上の特別の義務が観念されることになる。

214 Vgl. *Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 27), S. 163.

215 必ずしも故意的な義務違反が必要でない場合には、旧刑法 150 条のような規定が創設されることになる。

216 *Fuchs/Zerbes* も、身分者による故意共働によってはじめて固有の不法が生ずる犯罪類型として、職務上の虚偽証明（オーストリア刑法 311 条）を挙げており、それゆえに 228 条という特別の規定が必要となるとする（a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 29）

るような特に重要な公文書等の無形偽造を捕捉するのが、公正証書原本不実記載等罪（157条）であると位置づけられよう[217]。

第８項　虚偽診断書作成等罪

虚偽診断書作成等罪（刑法160条）は、「医師」を行為主体とする身分犯である[218]。本罪に関しては、刑法156条との関係における刑法157条のような規定が存在しないため、身分の位置づけをめぐっては見解が対立し得るが、本罪が客体のみならず行為主体を規定している点からすれば、本罪は、特に重要な私文書としての診断書等の実質的真実性に対する公共の信頼に加えて、医師による実質的真実性を備えた公文書等の作成に対する公共の信頼を保護していると解すべきであろう[219]。したがって、本罪は特別義務違反型不法身分犯であり[220]、本罪固有の無価値が発生するためには、医師が自律的かつ故意的に診断書等の作成に関与したことが要求されることになる。

第９項　偽証罪および虚偽鑑定等罪

---

[217] このような関係は、オーストリア刑法311条と同228条およびドイツ刑法348条と同271条においても見出される。たとえば、*Sánchez-Vera* は、ドイツ刑法348条と同271条をめぐって、謀殺の嫌疑がかけられているAが国外逃亡を図るべく偽造文書を用いて公務員Bに偽名パスポートを発行させたという事例を挙げて、「その行為支配を理由としてAを刑法348条において記述される虚偽証明行為の間接正犯と見るとしても、当該規定は正犯を特定の公務員に制限しているため、Aは当該規定によって処罰されない。さらに、Bは故意なく行為しているため、刑法348条の教唆犯も排除される。立法者は、こうした間隙を認知しており、刑法271条1項を用いることでこれを埋めているのである。したがって、刑法271条は、正犯資格を欠く者の『資格者の利用』による『間接正犯』が立法者によって認められていないということの、さらなる証拠である。さもなければ、刑法271条の創設は過剰であるのみならず、まったく不適切なものである。というのは、非資格者により資格者を道具として利用することで間接正犯というかたちで遂行される職務上の虚偽証明（刑法348条）が、5年以下の自由刑または罰金刑を科すことになるため、刑法271条1項の間接的な虚偽証明のより軽い刑罰について納得のいく説明が存在しないからである」と述べている（*Sánchez-Vera*, a. a. O. (Fn. 178), S. 177）。

[218] 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法　第2巻』（有斐閣、2016）477頁〔今井猛嘉〕。

[219] なお、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール　刑法』（日本評論社、第2版、2017）340頁〔成瀬幸典〕も、本罪について、「私文書の無形偽造は、原則として、処罰の対象とならないが、公務所に提出すべき診断書等については、内容が虚偽である場合、公務を誤らせるおそれが高いこと、医師という職務に対する信頼が高度であることから、例外的に、処罰することとされたものである」と説明する。

[220] 本罪における保護法益と表裏一体の関係として、医師につき、実質的真実性を備えた診断書等を作成すべき刑法上の義務が観念されることになる。

偽証罪（刑法 169 条）は、「法律により宣誓した証人」を行為主体とする身分犯であるとされる[221]。本罪は、国家の審判作用の適正を保護すべく、審判の前提となる事実認定にとって極めて重要な地位を占める証人による陳述が虚偽になされる場合を対象とするものである[222]。こうしたことから、本罪の行為主体が「法律により宣誓した証人」に限定される趣旨は、法律により宣誓した証人は類型的に真実の陳述をする可能性が高く、法律により宣誓した証人であるにもかかわらず虚偽の陳述をした場合には、国家の審判作用の適正の保護という観点からもはや刑法上看過できないという点にあるものと解される。そのため、本罪は、法律により宣誓した証人が真実の陳述をするということについての社会一般の信頼を保護する性質のものではない。したがって、本罪は、直接実行型不法身分犯である[223･224]。

もっとも、事後宣誓の場合も本罪に含まれると解する[225]のであれば、本罪の理解は複雑となる。すなわち、虚偽の陳述を行った後に法律による宣誓を行う場合までもが本罪の対象となるのであるとすれば、その場合に限り、単に「証人」という身分を有する者が、構成要件該当行為として虚偽の陳述と法律による宣誓という構造を有することになる。これに対して、事前宣誓の場合と事後宣誓の場合を統一的に理解しようとする見地から、刑法 169 条は全体として単なる「証人」という身分を前提とする身分犯であり、虚偽の陳述と法律による宣誓が構成要件該当行為であるとする見解もある。しかしながら、本罪において事前宣誓として想定されている法律による宣誓は、それ自体として何ら不法を構成するものではなく、身分であると解さざるを得ないように思われる。刑法 169 条という同一条文中においてやや性質の異なる身分犯が併存することにはなるが、「法律により宣誓した証人」を行為主体とする事前宣誓型の偽証罪と単なる「証人」を行為主体とする事後宣誓型

---

[221] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 8 巻』（青林書院、第 3 版、2014）370 頁〔池上政幸〕、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法　第 2 巻』（有斐閣、2016）560 頁〔樋口亮介〕。。判例として、大判昭和 9 年 11 月 20 日刑集 13 巻 1514 頁。

[222] 大塚ほか編・前掲注（221）360-361 頁〔池上〕。

[223] Vgl. *Franz Plöchl/Wilfried Seidl*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hsrg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, 173. Lfg., § 288 Rn. 57.

[224] わが国の刑法において、仮にオーストリア刑法 292 条のような規定が存在するとすれば、むしろ偽証罪は特別義務違反型不法身分犯として理解され得ることになる。すなわち、オーストリア刑法 288 条が通常の偽証罪を規定しているのに対して、同 292 条は、欺罔によって情を知らない証人に虚偽の陳述をさせる行為を独立して規定しているため、情を知らない証人に虚偽陳述させる行為は同 288 条の適用対象外であるということとなり、同条は、証人による故意的な虚偽陳述を前提としていると解し得ることになる（vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn 42; *Alexander Tipold*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hsrg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 16. Lfg., 2007, § 292 Rn. 3）。

[225] そのように解するものとして、大塚ほか編・前掲注（221）375 頁〔池上〕。

の偽証罪が含まれていると解すべきであろう[226]。

「法律により宣誓した鑑定人、通訳人又は翻訳人」を行為主体とする虚偽鑑定罪も同様である。本罪は身分犯であり、国家の審判作用の適正を保護すべく、審判の前提となる事実認定にとって極めて重要な地位を占める証人による陳述が虚偽になされる場合を対象とするものである[227]。それゆえ、本罪の行為主体が法律により宣誓した鑑定人等に限定される趣旨は、法律により宣誓した鑑定人等は類型的に真実の鑑定等をする可能性が高く、法律により宣誓した鑑定人等であるにもかかわらず虚偽の鑑定等をした場合には、国家の審判作用の適正の保護という観点からもはや刑法上看過できないという点にあるものと解される。そのため、本罪は、法律により宣誓した鑑定人等が真実の鑑定等をするということについての社会一般の信頼を保護する性質のものではない。したがって、本罪も、直接実行型不法身分犯である[228]。

第 10 項　監護者わいせつ罪および監護者性交等罪

監護者わいせつ罪（刑法 179 条 1 項）および監護者性交等罪（同 2 項）は、「18 歳未満の者…を現に監護する者」（監護者）を行為主体とする身分犯であり、いずれも直接実行型不法身分犯として分類される[229]。すなわち、両罪は、18 歳未満の者の監護者が当該 18 歳未満の者に対しわいせつ行為または性交等をすることを要件としているが、ここで要求される 18 歳未満の者に対するわいせつ行為ないし性交等は、当該 18 歳未満の者の監護者自身が直接的に実行する必要があるからである。18 歳未満の者の監護者が、その影響力があること

---

[226] なお、別途検討を要するが、「事後宣誓の場合、宣誓してこれまでの証言が真実であったことを確認するのであるから、この確認の供述が偽証行為だとすべきである」（平野龍一「刑法各論の諸問題（18）」法セ 228 号 41 頁）という見解もあり、こうした見解によれば、本罪は統一的に理解されることになる。

[227] 大塚ほか編・前掲注（221）360-361 頁〔池上〕。

[228] Vgl. *Franz Plöchl/Wilfried Seidl*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hsrg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, 173. Lfg., § 288 Rn. 57.

[229] Vgl. *Maria Eder-Rieder*, Juristische Aspekte des sexuellen Missbrauchs an Kindern in Österreich, in: Gabriele Amann/Rudolf Wipplinger (Hrsg.), Sexueller Missbrauch – Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie, S. 948; *Hubert Hinterhofer*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17. Lfg., 2007, § 212 Rn. 55; *Hinterhofer/Rosbaud* , a. a. O. (Fn. 211), § 212 Rn. 14; *Diethelm Kienapfel/Kurt Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil III, 1999, §§ 212-213 Rn. 32; *Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 27), S. 163; *Thomas Philipp*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 4, 151. Lfg., 2016, § 212 Rn. 13; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 115; *Alexander Tipold*, in: Herbert Steininger/Otto Leukauf, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 212 Rn. 11a; a. M. *Fuch/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 156), 35 Kapitel Rn. 29.

に乗じて、当該 18 歳未満の者に、第三者によるわいせつ行為ないし性交等を受忍させる行為等については、監護者自身によるわいせつ行為ないし性交等の直接実行が欠ける結果、両罪の不法を基礎づける無価値は生じないということになる[230]。

第 11 項　重婚罪

重婚罪（刑法 184 条前段）は、「配偶者のある者」（既婚者）を行為主体とする身分犯である。本罪における保護法益は、一夫一婦制というわが国の制度そのものであり[231]、この法益は、既婚者が重ねて婚姻した時点で侵害されることとなる。そして、「重ねて婚姻」したと認められるためにはわが国の民法上有効な法律婚が成立したことが必要であり[232]、婚姻の合意とそれに基づく婚姻届の届出・受理が必要である。したがって、少なくとも婚姻の合意は身分者たる既婚者自身が行う必要があるため、本罪は直接実行型不法身分犯である[233]。その具体的な帰結については後述する。

第 12 項　常習賭博罪

常習賭博罪（刑法 186 条 1 項）は、「常習として」賭博を行った場合に成立する。この常習性が身分であるとして本罪を身分犯と解するか否かは一つの問題となり得るが、ここで

---

[230] 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律――監護者性交等・わいせつ罪（刑法 179 条）を中心に――」立教 97 号（2018）109-110 頁は、「児童淫行罪とは異なり、監護者性交等・わいせつ罪においては、児童との関係を性的関係に転化させてはならない責任、すなわち、児童が監護者自身を性的行為の相手方に選択しないように保護する責任が監護者には課せられており、かかる責任に反して監護者が当該児童に性交等・わいせつな行為をしたからこそ、監護者性交等・わいせつ罪という重い犯罪が成立するのだと考えることもまた、十分に可能であろう」とする。Vgl. auch *Hinterhofer*, a. a. O. (Fn. 229), § 212 Rn. 55.

[231] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール　刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）399 頁〔島岡まな〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 9 巻』（青林書院、第 3 版、2013）114 頁〔亀山継夫＝河村博〕。Vgl. *Ernst Markel*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 4, 153. Lfg., 2016, § 192 Rn. 1 ff.; *Günther Ramsauer*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzbuger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 31. Lfg., 2014, Rn. 9 f.

[232] 大塚ほか編・前掲注（231）114 頁〔亀山＝河村〕。

[233] Vgl. *Kienapfel/Schmoller*,a. a. O. (Fn. 229), §§ 192-193 Rn. 15; *Markel*, a. a. O. (Fn. 231), § 192 Rn. 2; *Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 27), S. 163; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 157; *Ramsauer*, a. a. O. (Fn. 231), § 192 Rn. 13 und 72.

いう常習性とは賭博を反復累行する習癖が存在することをいう[234]のだとすれば、常習性はあくまでも行為そのものを特徴づけるものではなく行為者を特徴づける要素であるから、常習性は身分であり本罪は身分犯と解すべきである[235]。そうであるとすれば、常習性という身分が、不法に影響を及ぼすものであるのか、責任にのみ影響を及ぼすものであるのかが問題となる。不法に影響を及ぼすものとして位置づけようとする見解においては、常習者であることによって賭博の悪質性が高まるという点に根拠が求められているが、仮にそうであるとすれば、立法者は賭博自体の悪質性に関する要素を構成要件内に記述することで加重類型を創設していたはずであり、現行法の理解としてはそうした見解は妥当でないように思われる。むしろ、本罪における常習性は、行為の不法に影響を及ぼすのではなく、行為者の法益を尊重しない態度をより明確に表すという意味において、非難可能性に影響を及ぼすからである[236･237]。具体的な帰結については、後述する。

第 13 項　公務員職権濫用罪（193 条）

本罪は、「公務員」を行為主体とする身分犯である[238]。本罪の保護法益は、第一次的には、公務員の行う職務の公正に対する社会一般の信頼である[239]。より具体的には、公務員が職権濫用として人に義務のないことを行わせまたは権利の行使を妨害することはないということへの公共の信頼が保護されていると解される[240]。こうした保護法益は、公務員のふる

---

234 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 9 巻』（青林書院、第 3 版、2013）156 頁〔中神正義＝髙嶋智光〕。判例として、大判大正 3 年 2 月 17 日新聞 925 号 27 頁、大判大正 3 年 9 月 8 日新聞 967 号 32 頁、最大判昭和 23 年 7 月 29 日刑集 2 巻 9 号 1067 頁など。

235 本罪を身分犯として位置づける判例として、大判大正 2 年 3 月 18 日刑録 19 輯 353 頁、大連判大正 3 年 5 月 18 日刑録 20 輯 932 頁、大判大正 12 年 2 月 22 日刑集 2 巻 107 頁。

236 大塚ほか編・前掲注（234）159 頁〔中神＝髙嶋〕。Vgl. *Diethelm Kienapfel/Kurt Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl., 2017, § 130 Rn. 6 ff., v. a. 6: „rechtsgutsfeindliche Tätereinstellung“; *Martin Stricker*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hsrg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lfg., 2016, § 168 Rn. 105 und 115.

237 もっとも、責任は不法の量の枠内においてのみ観念され得るものであるとすれば、便宜的には「責任加重類型（身分）」と呼称されるものであっても、同一の不法の量を前提とした場合におけるその枠内での責任評価類型の一つに過ぎないという点に注意を要する。したがって、厳密な意味においては、「責任加重類型（身分）」というものは存在しない。賭博に関していえば、賭博の不法に対してあり得る責任の幅の中で、重い部分が常習賭博であり、軽い部分が単純賭博であるということになる。

238 大塚ほか編『大コンメンタール刑法　第 10 巻』（青林書院、第 2 版、2006）111 頁〔古田佑紀＝渡辺咲子＝五十嵐さおり〕。

239 大塚ほか編・前掲注（238）99 頁〔古田＝渡辺＝五十嵐〕。

240 こうした法益と表裏一体のものとして、公務員につき、職権を濫用して人に義務のない

まいに依存する性質を有しており、公務員が公務員に対して向けられた信頼に背くようなかたちで強要に関与した場合、すなわち自律的かつ故意的に強要に関与した場合にのみ侵害されるものと解される。したがって、本罪は、公務員が自律的かつ故意的に強要に関与することによって固有の無価値が発生することになる特別義務違反型不法身分犯である。正犯論および共犯論の領域における具体的な帰結は、後述する。

第 14 項　特別公務員職権濫用罪（194 条）

本罪は、「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」を行為主体とする身分犯の一つである。本罪の保護法益も、第一次的には、公務員の行う職務の公正に対する社会一般の信頼である[241]。より具体的には、裁判官等の公務員が職権濫用として人を逮捕または監禁することはないということへの公共の信頼が保護されているものと解される[242]。こうした保護法益は、裁判官等のふるまいに依存する性質を有しており、裁判官等の公務員が公務員に向けられた信頼に背くようなかたちで逮捕・監禁に関与した場合、すなわち自律的かつ故意的に逮捕・監禁に関与した場合にのみ侵害されるものと解される。したがって、本罪は、裁判官等の公務員が自律的かつ故意的に逮捕・監禁に関与することによって固有の無価値が発生することになる特別義務違反型不法身分犯である。正犯論および共犯論の領域における具体的な帰結は、後述する。

第 15 項　特別公務員暴行陵虐罪（195 条）

本罪は、「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」（1 項）または「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」（2 項）を行為主体とする身分犯である。本罪の保護法益も同様に、第一次的には、公務員の行う職務の公正に対する社会一般の信頼である[243]。より具体的には、本罪では、裁判官等の公務員が職権濫用として被告人等に対して暴行等を加えることはないということへの公共の信頼が保護されている

ことを行わせまたは権利行使を妨害してはならないという刑法上の特別の義務が観念されることになる。

[241] 大塚ほか編・前掲注（238）99 頁〔古田＝渡辺＝五十嵐〕。

[242] こうした法益と表裏一体のものとして、裁判官等の公務員につき、職権を濫用して人を逮捕ないし監禁してはならないという刑法上の特別の義務が観念されることになる。

[243] 大塚ほか編・前掲注（238）99 頁〔古田＝渡辺＝五十嵐〕。

ものと解される[244]。そのため、ここでの保護法益も、裁判官等の公務員のふるまいに依存する性格を有しており、裁判官等の公務員が、裁判官等の公務員に向けられた信頼に背くようなかたちで、すなわち自律的かつ故意的に被告人等への暴行等に関与することによって固有の無価値が発生することになる特別義務違反型不法身分犯である。正犯論および共犯論の領域における具体的な帰結は、後述する。

第 16 項　収賄罪（197 条乃至 197 条の 4）

収賄罪は、単純収賄罪（197 条 1 項前段）、受託収賄罪（同項後段）、事前収賄罪（同条 2 項）、第三者供賄罪（197 条の 2）、事前加重収賄罪（197 条の 3 第 1 項）、事後加重収賄罪（同 2 項）、事後収賄罪（同 3 項）およびあっせん収賄罪（197 条の 4）によって構成されるが、これらは全体として、公務の公正性およびそれに対する社会一般の信頼であると解される[245･246]。そうすると、少なくとも公務の公正性に対する社会一般の信頼という保護法益は、公務員のふるまいに依存する性格を有し、公務員が、公務員に向けられた信頼に背くようなかたちで、すあわち自律的かつ故意的に収賄に関与することによって固有の無価値が発生することになる特別義務違反型不法身分犯である。正犯論および共犯論の領域における具体的な帰結は、後述する。

第 17 項　同意殺人罪（202 条後段）

本罪は、嘱託殺人罪と承諾殺人罪によって構成される。このうち、嘱託については、必然的に名宛人を伴うものであることから、嘱託を受けたことは身分であるといえよう。これに対して、承諾については、必ずしもそうしたものではないことから、承諾を得たことは身分ではない。したがって、同意殺人罪のうち嘱託殺人罪は身分犯として位置づけられることになる。

問題は、嘱託殺人罪がどのような性質の身分犯であるかということである。嘱託に基づ

---

[244] こうした法益と表裏一体のものとして、裁判官等の公務員につき、職権を濫用して被告人等に暴行等を行ってはならないという刑法上の特別の義務が観念されることになる。
[245] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 10 巻』（青林書院、第 2 版、2006）60 頁〔河上和雄＝渡辺咲子〕。
[246] こうした法益と表裏一体のものとして、公務員につき、職権に関し賄賂を受け取ってはならないという刑法上の特別の義務が観念されることになる。

いて殺害する行為のみを考えれば、202 条後段は、同意があることに基づく不法の減少と特殊な状況に基づく責任の減少の双方を考慮したものと理解することも可能である[247]。しかしながら、202 条後段が嘱託殺人と承諾殺人を同等に取り扱っていることからすれば、立法者は、類型的には、あくまでも嘱託殺人も承諾殺人と同様に不法減少類型としてとらえていると解するのが自然であるように思われる。そうであるとすれば、嘱託殺人罪は、嘱託を受けた者が他人を殺害することを前提として不法減少が認められる、直接実行型不法身分犯である[248]。本罪の行為主体は、被害者から嘱託を受けた者ないし被害者の同意を得た者であり、これらの者が殺害行為を直接的に実行するのでない限り、不法の減少は認められないからである[249･250]。

第 18 項　自己堕胎罪（212 条乃至 215 条）

---

[247] Vgl. *Diethelm Kienapfel/Hans Valentin Schroll*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., 2016, § 77 Rn. 2.

[248] Vgl. *Helmut Fuchs/Susanne Reindl-Krauskopf*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl., 2018, S. 17; *Kienapfel/Schroll*, a. a. O. (Fn. 247), § 77 Rn. 5; *Reinhard Moos*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 34. Lfg., 2002, § 77 Rn. 45; auch *Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 216 Rn. 6 und 17.

[249] Vgl. *Diethelm Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil I, 3. Aufl., 1990, § 77 Rn. 6: „[...] liegt die Privilegierung des § 77 nur vor, wenn der Aufgeforderte die Tat begangen hat. Insoweit wird daher – anders als bei § 75 – idR *eigenhändige* Vornahme der Tötungshandlung vorausgesetzt; hat die Tat, etwa weil der Angeforderte verzagt, ein Dritter durchgeführt, kann für diesen § 75 in Betracht kommen“; *Kienapfel/Schroll*, a. a. O. (Fn. 247), § 77 Rn. 5; *Moos*, a. a. O. (Fn. 248), § 77 Rn. 21: „Der vom Opfer speziell dazu ausersehene Täter muss die Tat *selbst ausführen*. Insoweit erheischt das Verlangen *Eigenhändigkeit*. Wird der Adressat durch einen Dritten ersetzt, an den sich das Opfer nicht (auch) gewendet oder den es nicht erkennbar in sein Verlangen eingeschlossen hat, so fehlt es am Verlangen und liegt Mord vor.“; OGH SSt 15/59; SSt 18/60; SSt 21/42 = EvBl 1950/438.

[250] ただし、本罪は、199 条に対する単なる減軽類型ではないという点に注意を要する。というのは、本罪（および自殺関与罪）は、パターナリズムの見地から生命処分意思を完全には承認せず限定的にのみ承認することで、生命処分意思につき一定の不法減少を肯定するというものではなく、有効な生命処分意思に基づかない生命侵害の危険性を処罰根拠とする危険犯だからである（vgl. *Petra Velten*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 38. Lfg., 2018, Vorbem §§ 77, 78 Rn. 13 ff., v. a. 16: „Die Verbote der Tötung auf Verlangen und der Mitwirkung am Selbstmord sind demnach *Gefährdungsdelikte*: Auch ex post ernsthaft konsentierte Tötung ist verboten, weil ex ante stets unsicher ist, ob ein echter Konsens besteht. Das Verbot schützt das jeweils einzelne Opfer vor der *Gefahr einer nichtkonsentierten Tötung*.“）。つまり、本罪は、有効な生命処分意思に基づく生命侵害にもなお可罰性を肯定しているのではなく、有効な生命処分意思に基づいていない可能性のある生命侵害に可罰性を肯定しているのである（そして、こうした可能性が完全に排除されるということは、現実的にはほとんど想定し得ないがために、積極的安楽死等が可罰的とされるのである）。したがって、嘱託を得た者ないし同意を受けた者という身分は、199 条の不法を単に減少させる身分というよりも、侵害犯から危険犯へと転化させることにより不法を減少させる身分であるといえよう。

妊婦自身が行為主体となる自己堕胎罪（212 条）は、堕胎罪の中でも最も法定刑が軽く設定されており、妊婦自身が堕胎を行うか、他人に堕胎を行わせることによって成立するものと解されている[251]。そして、本罪における法定刑が軽く設定されている根拠は、妊婦自身が堕胎に関与する場合における類型的な非難可能性の低下に求められよう。したがって、本罪は責任身分犯である。

第 19 項　同意堕胎罪（刑法 213 条）

同意堕胎罪（刑法 213 条前段）は、妊婦の嘱託を受けまたは妊婦の承諾を得て堕胎を行った場合に成立する。このうち、嘱託堕胎については、嘱託殺人と同様に、嘱託を受けた者自身が堕胎を行うことによって不法の減少が認められる犯罪類型と考えられることから、直接実行型不法身分犯として位置づけられる。これに対して、承諾堕胎は身分犯ではないということになる。

第 20 項　業務上堕胎罪（刑法 214 条）

業務上堕胎罪（214 条前段）は、「医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者」を行為主体とする身分犯である[252]。本罪が身分犯として規定され、その法定刑が通常よりも重く設定されている趣旨は、所定の職業者についてはむしろ職務上胎児の保護を強く要請されることに鑑み、所定の職業者による堕胎をより強く禁止することによって一層の胎児保護を図るためである[253]。したがって、ここでは、堕胎罪一般における保護法益のみならず、医師等が胎児の保護を図るということについての社会一般の信頼も保護されていると解され、その意味で、本罪は特別義務違反型不法身分犯として位置づけられる[254]。そして、こ

---

[251] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 11 巻』（青林書院、第 3 版、2014）228 頁〔横畠裕介〕。
[252] 大塚ほか編・前掲注（251）233 頁〔横畠〕。
[253] 大塚ほか編・前掲注（252）232 頁。
[254] なお、オーストリア 96 条においては、医師（Arzt）による堕胎（1 項）よりも非医師（Nichtarzt）による堕胎の方が法定刑が軽く設定されており、その理由は、医師による堕胎の場合には妊婦に及ぶ危険性が減少する点に求められており（*Alois Birklbauer/Marianne Johanna Hilf/AlexanderTipold*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 2017, §§ 96-98 Rn. 22: „Das Unrecht ist *wegen der vermuteten mangelnden Gefährdung der Schwangeren* hier geringer.“; *Maria Eder-Rieder*, in Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 139. Lfg.,

こでいう医師等が胎児の保護を図るという公共の信頼は、医師等が自律的かつ故意的に堕胎に関与することによって侵害されたものと判断されることになる。

なお、業務上堕胎が妊婦の嘱託に基づいて行われる場合、すなわち業務上嘱託堕胎の場合には、嘱託を受けた医師等自身が堕胎を行う必要があることから、直接実行型不法身分犯としての側面をも有することになる。

第 21 項　保護責任者遺棄等罪

保護責任者遺棄等罪（刑法 218 条）は、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者」（保護責任者）を行為主体とする身分犯である。本罪は、要扶助者の生命を保護法益とするものであり、要扶助者に対する保護が類型的に最も期待される保護責任者による遺棄ないし不保護については要扶助者の生命の危殆化の程度が飛躍的に高まることに鑑み、重い法定刑を設定しているものと解される。そうであるとすれば、本罪における遺棄ないし不保護は、保護責任者自身によって直接実行されることが前提とされており、そうした前提が充たされることによってはじめて、本罪固有の無価値が発生することとなろう。したがって、本罪は、直接実行型不法身分犯の一つとして位置づけられる[255]。

第 22 項　身の代金受要求等罪（225 条の 2 第 2 項）および収受者による身の代金要求等罪（227 条 4 項後段）

身の代金要求等罪（225 条の 2 第 2 項）は拐取者を行為主体とする身分犯であり[256]、収受者による身の代金要求等罪（227 条 4 項後段）は被拐取者の収受者を行為主体とする身分犯

2016, § 96 Rn. 32 f.; *Kienapfel/Schroll*, a. a. O. (Fn. 247), S. 246）、着眼点がまったく異なっている。

[255] Vgl. *Manfred Burgstaller/Ernst Eugen Fabrizy*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 189. Lfg., 2018, § 82 Rn. 21; *Marianne Hilf*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17. Lfg., 2007, § 82 Rn. 47; *Robert Jerabek*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 141. Lfg., 2016, § 92 Rn. 3 und 21; *Kienapfel*, a. a. O. (Fn. 249), § 92 Rn 6 u 35; *Rainer J. Nimmervoll*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 82 Rn. 12; *ders.*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 92 Rn. 7a; *Wolfgang Zagler*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesezbuch, 7. Lfg., 2002, § 92 Rn. 4.

[256] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 11 巻』（青林書院、第 3 版、2014）554、556 頁〔山室惠〕参照。

である[257]。こうした行為主体の限定は、端的に、身の代金を交付させることおよびその要求がこれらの身分者のみが実行可能であるということに基づくものであると解される。したがって、両罪はいずれも直接実行型不法身分犯であり、身分者が直接的に交付させる行為ないし要求行為を実行することが本罪固有の無価値の前提となっているといえよう。

第 23 項　背任罪（247 条）

オーストリアにおける背任罪が特別義務犯の典型例として挙げられているのと同様に、背任罪は、特別義務違反型不法身分犯である。本罪は、本人との間の信任関係に違背することを固有の不法として含んでおり、そうした固有の不法はまさしく、行為者（身分者）が自律的にかつ故意をもって本人との間の信任関係に違背することを前提としているものと解される[258]。さらに、わが国における背任罪は、「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」を独自の主観的要件として規定しており、本稿の立場からすれば、本要件はまさに、本罪の性質上必然的に身分者による故意的関与が必要であるということを確認するものであると位置づけることが可能であるように思われる。

第 24 項　横領罪および業務上横領罪

横領罪（刑法 252 条）は、他人の物を委託に基づいて占有する者を、業務上横領罪（刑法 253 条）は、業務上他人の物を委託に基づいて占有する者を行為主体とする身分犯である。両罪においては、委託信任関係に基づいて占有を託された所有権が保護されており[259]、この保護法益は、委託信任関係に基づく占有者が横領行為を直接実行したことをもって侵害されると解されることから、両罪は直接実行型不法身分犯としての性格を有することになる[260]。より厳密にいえば、委託信任関係に基づく占有者という身分は、直接実行型不法身分犯性を基礎づける身分であるということになる。

---

[257] 大塚ほか編・前掲注（256）581、582 頁〔山室〕。
[258] Vgl. *Flora*, a. a. O. (Fn. 154), § 153 Rn. 46; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 32 und 34; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 103), Kap. 21 Rn. 117.
[259] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 13 巻』（青林書院、第 3 版、2018）547 頁〔小倉哲浩〕。
[260] Vgl. *Kienapfel/Schmoller*, a. a. O. (Fn. 236), § 133 Rn. 113; *Farsam Salimi*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 177. Lfg., 2017, § 133 Rn. 120; *Eva Wach*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hurbert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 23. Lfg., 2010, § 133 Rn. 70.

これに対して、いわゆる業務者の身分は、これと事情が異なるように思われる。業務上横領罪が単純横領罪よりも重い法定刑を備えているのは、業務として他人の物を占有する者に対しては類型的に特に強い信頼が寄せられるのであって、経済取引の促進という観点からみてもこうした信頼を付加的に保護するが重要であると考えられたことによると解される。そうであるとすれば、「業務上」他人の物を占有する者による横領の場合には、こうした業務者が信頼を損ねるような方法で横領行為を行ったのでない限り、刑法 253 条において予定されている固有の無価値は発生しないということになろう。その意味で、いわゆる業務者の身分は、特別義務違反型不法身分犯性を基礎づける身分であるということになる。

このように、本稿の理解によれば、業務上横領罪においては、委託信任関係に基づく占有者という身分と業務としての身分者という 2 つの身分が含まれており、それぞれ性格の異なる身分であるとして位置づけられることになるが、このような理解はスイスにおいても見られるところである。すなわち、スイス刑法 138 条は、その 1 項においてわが国における単純横領罪に相当する犯罪類型が規定されており、2 項においてわが国における業務上横領罪に相当する犯罪類型が規定されているところ、通説は、1 項と 2 項に共通する「委託された（anvertraut）」は物的要素（sachliches Merkmal）として従属的に取り扱われているのに対して、2 項の加重身分は刑罰を加重する特別義務であると解しているのである[261]。

第 25 項　不法身分犯としての目的犯

不法身分犯として分類される目的犯も、直接実行型不法身分犯に分類される。不法身分犯としての目的犯における固有の無価値は、所定の目的を備える者が一定の行為を直接実行することによって基礎づけられるからである[262]。

第 26 項　不真正不作為犯[263]

---

[261] *Marc Forster*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, 4. Aufl., 2019, § 26 Rn. 19 und 21; *Bernhard Sträuli*, in: Robert Roth/Laurent Moreillon (Hrsg.), Code pénal I, 2009, Art. 26 Rn. 20.

[262] Vgl. *Kurt Seelmann/Christopher Geth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 404.

[263] *Marianne Hilf*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 59. Lfg., 2005, § 2 Rn. 14 u 164; *Einhard Steininger*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hurbert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Lfg., 2003, § 2 Rn. 28; *ders.*, a. a. O. (Fn. 156), § 14 Rn. 36.

不真正不作為犯は、作為義務者を行為主体とする身分犯である。不真正不作為犯が身分犯たる所以は、その構造からして必然的に、作為義務者のみが、要求される作為の懈怠という構成要件該当行為を実行し得るからである。そして、不真正不作為犯の不法内容は、作為による構成要件実現の場合の不法内容と基本的に同じである。したがって、不真正不作為犯の無価値は、作為義務者による自律的かつ故意的な義務違反によって基礎づけられのではなく、単に作為義務者が客観的に不作為を実行することによって基礎づけられるものである。よって、不真正不作為犯は、直接実行型不法身分犯の一種であるということになる[264]。

[264] *Martin Stricker*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., § 2 Rn. 15; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT[2], Kap. 14 Rn. 29.

第４章　間接正犯と身分

前節における検討の結果、不法身分犯における固有の無価値の発生機序が一様ではなく、その無価値発生機序に基づき、不法身分犯はさらに、直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯という二つの類型に区別されることが明らかとなった。直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯は、それぞれ独自の無価値発生機序を備えていることから、必然的に、複数人が事実的に共働することによってそれを実現したかに見える場合において各共働者の可罰性が認められるための条件も異なることになる。そこで、本章においてはまず、間接正犯の領域における共働者の可罰性の条件について検討を行う。具体的には、直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯のそれぞれにおいて、身分者を道具とする非身分者の可罰性、および、非身分者を道具とする身分者の可罰性について検討を行う。

第１節　直接実行型不法身分犯

第１項　一般理論の展開

（１）身分者を道具とする非身分者による間接正犯の成否

直接実行型不法身分犯については、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は、成立し得る。すなわち、直接実行型不法身分犯は、身分者が一定の行為を直接実行することが固有の無価値の前提となっているような不法身分犯を指し、この類型の不法身分犯においては、「身分者が一定の行為を直接実行した」という事実自体が、当該犯罪類型の不法の基礎をなす無価値にとって重要である[265]。そうであるとすれば、規範的に道具とみなされる身分者、つまり少なくとも自律的に行為していない身分者であっても、一定の行為を直接実行することによって固有の無価値を惹起することが当然に可能であるから、身分者による無価値の惹起という事実を正犯的に実現する非身分者には、身分者を道具とする間接正犯が成立し得ることになる[266･267･268]。

---

[265] したがって、逆に、背後者自身が身分を備えているか否かは、無価値判断にとって何ら重要でない。

[266] 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法　第 1 巻』（有斐閣、2010）801 頁〔嶋矢貴之〕は、身分犯の間接正犯を否定した最大判昭和 26 年 1 月 17 日刑集 5 巻 1 号 1 頁および最判昭和 27 年 12 月 25 日刑集 6 巻 12 号 1387 頁につき「これらの判例は、いずれもやや特殊な

ただし、間接正犯という構成によって非身分者を身分犯の構成要件によって処罰することに対しては、（身分が明示されている構成要件においては）罪刑法定主義違反であるという批判が向けられることが予想される。しかしながら、間接正犯を認める以上、構成要件に一見該当しないように思われる行為が正犯として処罰されることは当然であり、形式的には自らは充足していない行為自体に関する要素が他人の非自律的な行為を通じて帰属されるのと同様、形式的には自らは充足していない行為主体に関する要素が他人の非自律的な行為を通じて帰属されることはあり得るのである[269]。さらに、たとえば、幼児に店の商品を店外まで持ってくるように指示して商品を領得する場合、事実的には窃取行為を実行していない者を窃取した者として取り扱うことになるにもかかわらず、広く窃盗罪の間接正犯の成立が認められている。そうであるとすれば、非身分者による身分犯の間接正犯を認めることも、罪刑法定主義に抵触するとはいえないであろう。

（２）非身分者を道具とする身分者による間接正犯の成否

これに対して、直接実行型不法身分犯については、身分者を道具とする非身分者の場合とは逆に、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は、およそ成立し得ない。すなわち、繰り返しになるが、直接実行型不法身分犯は、身分者が一定の行為を直接実行することが固有の無価値の前提となっている不法身分犯を指し、この類型の不法身分犯においては、「身分者が一定の行為を直接実行した」という事実自体が、当該犯罪類型の不法の基礎

ものではある。すなわち、封鎖預金の判例〔前掲最大判昭和 26 年 1 月 1 日＝筆者注〕では、被告人は必要的共犯の対向犯に類似する関係にあったし、156 条の場合は、157 条との関係が問題となるからである」とした上で、「これらの判例から直ちに、判例が、全ての身分犯で、非身分者による間接正犯を否定するとは断言できない」と指摘している。

[267] 古くは、大塚・前掲注（175）283 頁が、「身分者も非身分者を利用して犯すことはできないが、非身分者も身分者を利用することによつて犯しうる」身分犯を指摘しており、まさに本稿のいう直接実行型不法身分犯が示唆されていたといえよう。また、瀧川幸辰『刑事法判決批評　第二巻』（立命館出版部、1937）134 頁は、一律に身分犯の間接正犯を否定する考え方の問題点を指摘している。なお、本稿の理解によれば、第一として挙げられていた「非身分者が身分者を利用するばあいにはもちろん、身分者が他の身分者または非身分者を利用することによつても犯しえないもの」は、存在しない。

[268] Vgl. *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 105), S. 103. なお、*Puppe* は、正犯者メルクマールが法益に対する事実的な侵害可能性に基づいている場合については非身分者による間接正犯が成立し得ることを示唆しつつ、結論としては刑法の断片的性格（fragmentarischer Charakter des Strafrechts）からこれを否定している（a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn. 60）。

[269] Vgl. *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 105), S. 102. *Nowakowski* は、身分犯構成要件につき、身分者として一定の事実を発生させる者（wer als Qualifizierter bewirkt, daß [...]）のみを処罰の対象としているという解釈に加え、身分者に一定の事実を発生させる者（wer bewirkt, daß ein Qualifizierter [...]）をも処罰の対象としているという解釈も可能であることを示唆している。

をなす無価値にとって重要である。したがって、そもそも非身分者を道具とする場合には、「身分者の一定の行為を直接実行した」という事実がおよそ認められないため、背後者にとっての帰属の対象としての無価値も惹起され得ないということになる。それゆえ、直接実行型不法身分犯においては、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は成立し得ないのである。

第２項　具体的帰結

前項において示されたように、直接実行型不法身分犯においては、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は成立し得るのに対して、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は成立し得ない。以下では、刑法上の犯罪類型を中心に、具体的な帰結を検討する。

（１）逃走罪および加重逃走罪の間接正犯

逃走罪および加重逃走罪は、先述のように直接実行型不法身分犯である。したがって、理論的には、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は成立し得る[270]。もっとも、間接正犯が問題となる方法によって被拘禁者を逃走させるなどした場合には、特別法としての被拘禁者奪取罪（刑法 99 条）や逃走援助罪（刑法 100 条）が成立することになる。

これに対して、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は成立し得ない。

（２）偽証罪および虚偽鑑定等罪の間接正犯

直接実行型不法身分犯として位置づけられる偽証罪および虚偽鑑定等罪においては、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は成立し得る[271]。たとえば、A が、宣誓証人 B を強制して虚偽の陳述を行わせた場合には、偽証罪の間接正犯が成立することになる。

これに対して、非身分者に偽証を実現させるということはあり得ないため、非身分者を道具とする身分者による間接正犯はおよそ成立し得ない。

（３）監護者わいせつ罪および監護者性交等罪の間接正犯

監護者わいせつ罪および監護者性交等罪は直接実行型不法身分犯であることから、身分

[270] 大塚・前掲注（175）269 頁。
[271] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 8 巻』（青林書院、第 3 版、2014）334 頁〔池上政幸〕。

者を道具とする非身分者による間接正犯は成立し得る。たとえば、第三者である A が、B（18 歳未満）の監護者 C を強制して B と性交をさせたという場合には、監護者性交罪（刑法 179 条 2 項）の間接正犯が成立し得ることになる。

これに対し、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は成立し得ない。たとえば、B（18 歳未満）の監護者 C が、B に情を知らない第三者 A と性交をさせたという場合には、監護者性交罪（刑法 179 条 2 項）の間接正犯は成立し得ない[272]。本罪の無価値は、監護者自身が 18 歳未満の者に対し性交等を行うことを前提としており、上記の事例ではその前提が欠けることとなるからである[273]。

（４）重婚罪の間接正犯

重婚罪も直接実行型不法身分犯であるから、理論的には、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は成立し得ることになる[274]。たとえば、A が、既婚者 B を脅迫して、前婚の離婚届を偽造・提出させた上、C との新たな婚姻届を提出させたという場合は、A の行為につき（私文書偽造・同行使罪の間接正犯のほか）重婚罪の間接正犯が成立し得ることになる。

これに対して、未婚者が「重ねて婚姻」するという行為を実行することはおよそ不可能であることから、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は成立し得ない。

（５）嘱託殺人罪の間接正犯

嘱託殺人罪は、被殺者の嘱託を受けた者を行為主体とする直接実行型不法身分犯であり、

---

[272] 「監護者性交等・わいせつ罪においては、児童との関係を性的関係に転化させてはならない責任、すなわち、児童が監護者自身を性的行為の相手方に選択しないように保護する責任が監護者には課せられており、かかる責任に反して監護者が当該児童に性交等・わいせつな行為をしたからこそ、監護者性交等・わいせつ罪という重い犯罪が成立する」という考え方からは、「監護者が自ら児童と性交等・わいせつな行為をしない場合には、監護者性交等・わいせつ罪ではなく児童淫行罪が成立するに留まり、性交等・わいせつな行為の相手方たる第三者にも児童淫行罪が成立することになる」とするものとして、深町・前掲注（230）109-110 頁参照。

[273] *Hinterhofer* は、オーストリア刑法 212 条をめぐって、「権力者が、権力の下に置かれる者と第三者との間での性的行為について共働したという場合、そこには 212 条への関与は存在しない。というのは、権力者はこの場合において、自手的には（eigenhändig）性的行為に関わっていないために、犯罪固有の不法（deliktsspezifisches Unrecht）が生じていないからである」（a. a. O. (Fn. 229), § 212 Rn. 55）としており、わが国の刑法 179 条とオーストリア刑法 212 条には類似する構造を有している。Vgl. auch *Kienapfel/Schmoller*, a. a. O. (Fn. 229), §§ 212-213 Rn. 32 f.

[274] 大塚・前掲注（175）271 頁。

これらの身分者が直接殺害を実行することが本罪の（減少した）不法の前提とされている。したがって、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は可能である。

これに対して、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は不可能であり、たとえば、被殺者から嘱託を受けた者が殺害の実行を躊躇したために第三者を強制して殺害を実行させたという場合には、嘱託を受けた者は、嘱託殺人罪の間接正犯ではなく、通常の殺人罪の間接正犯となる[275]。

（６）嘱託堕胎罪の間接正犯

嘱託堕胎罪は、妊婦の嘱託を受けた者を行為主体とする直接実行型不法身分犯であり、これらの身分者が直接堕胎を実行することが本罪の（減少した）不法の前提とされている。したがって、身分者を道具とする非身分者による間接正犯は可能である。たとえば、妊婦の嘱託を受けていない A が、妊婦の嘱託を受けたにもかかわらずそれを認識していない B に、当該妊婦の堕胎を行わせたという場合、A には、不同意堕胎罪の間接正犯ではなく本罪の間接正犯が成立することになる。

これに対し、非身分者を道具とする身分者による間接正犯は不可能であるから、妊婦から嘱託を受けた A が、当該妊婦の嘱託を受けていない B を強制して堕胎を行わせたような場合には、本罪の間接正犯ではなく、不同意堕胎罪の間接正犯となる[276]。

（８）保護責任者遺棄等罪の間接正犯

保護責任者遺棄等罪（刑法 218 条）についても基本的に同様である。すなわち、第三者が、保護責任者に要扶助者を遺棄するよう、あるいは、保護しないよう強制したという場合には、保護責任者遺棄等罪の間接正犯が成立し得[277]、保護責任者が、第三者が要扶助者を遺棄するよう、あるいは、保護しないよう強制したという場合には、保護責任者遺棄等罪の間接正犯は成立し得ない（単純遺棄罪（刑法 217 条）の間接正犯のみが成立し得る）。

ただし、保護責任者が、第三者に要扶助者を遺棄するよう、あるいは、保護しないよう

---

[275] Vgl. *Kienapfel/Schroll*, a. a. O. (Fn. 247), § 77 Rn. 5: „§ 77 setzt idR – anders als § 75 – eigenhändige Vornahme der Tötungshandlung voraus. Führt ein Dritter die Tat aus, etwa weil der Aufgeforderte verzagt, kann für ersteren § 75 in Betracht kommen“.

[276] ただし、当該第三者に対しても嘱託が及んでいたと評価される場合には、同意堕胎罪の間接正犯となる。

[277] 大塚・前掲注（175）273 頁も、「保護責任者を強制して老幼不具疾病者の生存に必要な保護をさせないようなばあいには（刑法二一八条）、保護責任のない者にも、刑法二一八条一項後段の罪の間接正犯者となりうるであろう」とする。

強制した場合については、保護責任者不保護罪の直接正犯が成立する余地がある。つまり、表見的には、保護責任者が遺棄ないし不保護の行為を直接的に実行しておらず、他人に実行させているように見える場合であっても、不保護という行為の特殊性から、刑法 218 条の（直接）正犯が成立する余地がある。第三者が要扶助者を遺棄するよう、あるいは、保護しないよう手配することも、十分「その生存に必要な保護をしなかったとき」に該当し得るように思われる。

（９）身の代金要求等罪等の間接正犯

身の代金要求等罪および収受者による身の代金要求等罪は直接実行型不法身分犯であるから、非身分者による身分者を道具とする間接正犯があり得る。たとえば、拐取自体にはまったく関与していない者が拐取者を脅迫して拐取者に身の代金の要求を実行させたというような場合には、非身分者たる第三者の行為につき、身の代金要求罪の間接正犯が成立することになる。これに対して、身分者が非身分者を利用する間接正犯は成立し得ないことになる。もっとも、一見非身分者のように見える者であったとしても、拐取自体に関与した者については「人を略取し又は誘拐した者」（225 条の 2 第 2 項）に該当する余地があり、また被拐取者の収受自体に関与した者については「略取され又は誘拐された者を収受した者」（227 条 4 項）に該当する余地があるため、注意を要する。

（10）横領罪の間接正犯

横領罪は直接実行型不法身分犯である。したがって、非身分者による身分者を道具とする間接正犯があり得ることになる。たとえば、非身分者が身分者を欺罔することにより、身分者をして客観的に横領行為に該当する行為を実行させたような場合には、非身分者の行為につき、横領罪の間接正犯が成立することになる。これに対して、身分者が非身分者を利用する場合、たしかに非身分者に客観的な横領行為を実行させるということはおよそ不可能であるが、身分者による横領行為は、非身分者を利用する行為自体に見出される場合があり得る。それゆえ、横領罪に関しては、横領という構成要件該当行為の特殊性から、外形的には身分者が非身分者を通じて横領を実現したという場合であっても、身分者の行為につき、横領罪の直接正犯があり得るということになる。

（11）不法身分犯としての目的犯の間接正犯

不法身分犯としての目的犯は直接実行型不法身分犯であるから、理論的には、非身分者（目的を備えない者）による身分者（目的を備える者）を道具とする目的犯の間接正犯はあり得る。しかしながら、現実的には、規範的に道具と評価される非自律的な行為媒介者が行為時に目的を備えていたと評価し得る事案はほとんど存在し得ないように思われる。これに対して、身分者（目的を備える者）による非身分者（目的を備えない者）を道具とする目的犯の間接正犯は、理論的にも不可能である[278]。

なお、不法に関係する目的が要素とされていながら不法身分犯ではない目的犯においては異なる帰結が導かれる。そうした目的犯に分類されるのは、既遂時期の早期化のために仮想的な構成要件該当行為の一部が主観的超過要素とされた犯罪類型であるが、このような犯罪類型においては、目的を備える者が一定の行為を直接実行することが固有の無価値の前提条件となっているわけではない。所定の目的を備える者が、正犯的に客観的構成要件を実現することにより、固有の無価値が基礎づけられるのである。したがって、不法身分犯に分類されないものの目的が不法に関係する目的犯においては、目的を備える者が、目的を備えない者を道具として利用することにより客観的構成要件を実現した場合には、目的犯の間接正犯が成立することになる[279]。

（12）不真正不作為犯の間接正犯

不真正不作為犯は、全体として、直接実行型不法身分犯の一種として分類されることから、まず、非身分者（非保証人）による身分者（保証人）を道具とする間接正犯は成立し得ることになる。たとえば、X が Y に対し Y の子 A に食物を与えずに餓死させるよう強制したという場合、X には不作為による殺人罪の間接正犯が成立することになる。これに対して、身分者（保証人）による非身分者（非保証人）を道具とする間接正犯は成立し得ない。もっとも、保証人が非保証人を利用する行為自体が、不真正不作為犯としての構成要件該当行為として評価され得るような場合においては、保証人において不真正不作為犯の直接正犯が成立する余地がある。

---

[278] 不法要素ではあるが不法身分ではない目的を要素とする目的犯においては、目的を有する者による一定の行為の直接実行が固有の無価値の前提ではないため、目的を有する者による目的を有しない者と道具とする間接正犯が可能である。

[279] この場合、行為媒介者が目的犯における客観的構成要件に対応する故意を備えていたとしても、不法を基礎づける目的を備えていない以上、情を知らない者と同様に扱われ得る。また、行為媒介者が、背後者に目的があることを認識していた場合には、行為媒介者自身に目的の存在が認められることになろう。これらについては、島田・前掲注（4）280-281 頁参照。

第２節　特別義務違反型不法身分犯

第１項　一般理論の展開

（１）身分者を道具とする非身分者による間接正犯の成否

特別義務違反型不法身分犯においては、非身分者が身分者を道具とする間接正犯は、成立し得ない。すなわち、特別義務違反型不法身分犯とは、身分者が、自らに課せられた特別の義務への違反を、自律的にかつ故意をもって実現することが固有の無価値の前提となっている身分犯であり[280･281]、この類型の不法身分犯においては、「身分者が一定の行為を直接実行した」という事実自体ではなく、「身分者が自律的にかつ故意をもって特別の義務に違反した」という事情こそが、当該犯罪類型の不法の基礎をなす無価値にとって重要である。そうであるとすれば、規範的に道具とみなされる身分者、つまり自律的に行為していない身分者が固有の無価値を惹起するということはおよそ不可能である。それゆえ、背後者に帰属される固有の無価値は、道具たる身分者によっては惹起され得ず、非身分者が身分者を道具とする間接正犯は成立し得ないことになる[282･283]。

（２）非身分者を道具とする身分者による（間接）正犯の成否

これに対して、特別義務違反型不法身分犯については、非身分者が身分者を道具とする

---

[280] *Pariona Arana*, a. a. O. (Fn. 166), S. 80 f. und 147 f.; *Sánchez-Vera*, a. a. O. (Fn. 178), S. 175: „Eine solche Pflichtverletzung kann jedoch auch nicht dadurch begründet werden, daß er einen Intraneus als Werkzeug zur Durchführung des verpönten Aktes benutzt. Denn aus der Höchstpersönlichkeit der Pflicht ergibt sich die Konsequenz, daß der Hintermann entweder verpflichtet ist und damit per se zum Täter wird, oder daß er es eben nicht ist, ihm dann aber – als Extraneus – die Tatbestandsverwirklichung unzugänglich bleibt. Ein physisches Mittel kann der Extraneus jederzeit beschaffen, die rechtlichen Veraussetzungen positiver Institutionen aber nicht.“ Ähnlich *Lars Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflichtdelikten, 2004, S. 164: „[...] es keine Rolle für Strafbarkeit spielt, mittels welcher Verhaltensform die Sonderpflicht verletzt wird.“; *Jürgen Seier*, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JA 1990, S. 383: „Das Gesetz läßt für die Tatbestandserfüllung jedes beliebige Handeln des Sonderpflichtigen ausreichen.“

[281] Vgl. *Seier*, a. a. O. (Fn. 280), S. 383: „[...] der *tatbestandliche Unwert* gerade in einer *besonderen personalen Pflichtenverletzung* bestehen muß.“

[282] Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 56), § 14 Rn. 19: „Wirkt der Intraneus nicht mit der vom Gesetz geforderten vorsatzgeprägten Ausführungsart an der Tat mit, so sind die beteiligten Extranei straflos, sofern nicht das Gesetz anderes anordnet“.

[283] 古くは、大塚・前掲注（175）283 頁が、「身分者が他の身分者または非身分者を利用して犯すことは可能であるが、非身分者が身分者を利用することによつては犯しえないもの」を挙げており、本稿のいう特別義務違反型不法身分犯が示唆されていたといえよう。

場合とは逆に、身分者が非身分者を道具とする正犯は成立の余地がある。すなわち、特別義務違反型不法身分犯は、特別義務への違反という身分者のみが実現可能な要素と、非身分者を通じて実現可能な要素の組み合わせによって構成されている場合があり、そのような場合には、後者については非身分者を道具として利用することにより、正犯として罪責を負うことがあり得る。もっとも、先述のように、特別義務違反型不法身分犯においては、特別義務への違反が固有の無価値を決定的なかたちで特徴づけていることから、非身分者によっても実現可能な構成要件要素は、非身分者を通じて実現する行為をも前提としていると解される。したがって、特別義務違反型不法身分犯に関して、身分者が、非身分者によっても実現可能な構成要件要素を、非身分者を通じて実現した場合、身分者は間接正犯ではなくむしろ直接正犯として評価した方がより適切であるように思われる[284]。よって、いずれにせよ、特別義務違反型不法身分犯においては、身分者が非身分者を道具とする正犯は成立し得ることになる。

第２項　具体的帰結

（１）秘密漏示罪の間接正犯

秘密漏示罪は、所定の身分者が自律的かつ故意的に秘密を漏示しなければ固有の無価値

[284] Vgl. *Jyh-Huei Chen*, Das Garantensonderdelikt – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, 2006, S. 52 f.: „[...] ist es bei den Tatbeständen, die nur eine Pflichtverletzung durch eine beliebige Handlung voraussetzen [...] oder die Mitwirkung ohne Tatherrschaft [...] ausdrücklich oder konkludent der Begehungstäterschaft gleichstellen, auf der Grundlage des Pflichtgedankens richtiger, von *unmittelbarer Täterschaft* zu sprechen, weil die *Pflichtverletzung*, welche ja die Täterschaft des Sonderpflichtigen begründen soll, nicht durch die Mitwirkung eines anderen vermittelt wird, sondern *unmittelbar durch die Mitwirkungshandlung des Intraneus begangen wird*."; *Günther Jakobs*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 62 f.: „Im Bereich positiver Pflichten gibt es keine Beteiligung, vielmehr nur Ausführung."; *Manfred Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale" – ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 1994, S. 70 Fn. 14: „Diese [= Pflichtverletzung] begeht der Täter *unmittelbar durch seine Mitwirkungshandlung*."; *Heiko Hartmut Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 299 f.; *Henning Lotz*, Das „absichtlos/qualifikationslos-dolose Werkzeug": ein Fall der mittelmaren Täterschaft? – Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur, 2009, S. 593; *Teresa Pizarro Beleza*, Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?, in: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias, Baustein des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 273 f.; *Sánchez-Vera*, a. a. O. (Fn. 178), S. 148 ff.; *Wolfgang Schild*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, § 25 Rn. 72. なお、西田ほか編・前掲注（266）802 頁〔嶋矢〕、松生光正「身分なき故意ある道具」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）480 頁も、こうした理解を示唆している。さらに、松宮・前掲注（106）258-259 頁参照。

が発生しない特別義務違反型不法身分犯である。したがって、非身分者による本罪の間接正犯は成立し得ないことになる。これに対して、「A が患者 C の希望により自己の病名を聞いてきてほしいと依頼されたと医師 B を欺罔して C の秘密を聞き出した場合」、「B の漏示行為は錯誤によるものであるが、秘密漏示罪が意思の守秘義務という職業倫理を保護法益とするものでない」ため、「構成要件に該当する法益侵害は存在する」として、本罪の間接正犯を肯定する見解[285]もある。しかしながら、非身分者により利用される身分者（上記の設例においては医師）には自律的かつ故意的な秘密漏示が存在せず、身分者による特別義務違反、すなわち医師等が職務上知り得た秘密を漏示することはないということについての社会一般の信頼に背きその信頼を損ねるような事態として認められないからである[286]。よって、たとえば A が、職務上知り得た患者 B の秘密を教えるよう医師 C を脅迫した結果、B が A に対し C の秘密を漏らしたという場合、A の行為につき、刑法 134 条 1 項の間接正犯は成立し得ず、強要罪などの犯罪が成立する余地があるにとどまる。

これに対して、身分者が非身分者を通じて秘密を漏示した場合には、身分者の行為につき秘密漏示罪の直接正犯が成立し得る。なぜならば、特別義務違反型不法身分犯である本罪の固有の無価値は、身分者による、職務上知り得た個人の秘密を保持すべき義務への自律的かつ故意的な違反によって決定的に基礎づけられることから、本罪においては、身分者が単独で秘密を漏示したのか他人を通じて秘密を漏示したのかという点は重要でないからである。たとえば、医師 A が、情を知らない事務員 B に指示し、患者 C の秘密が記載されたカルテを第三者に閲覧させたような場合には、A の行為につき、秘密漏示罪の直接正犯が成立することになる。

（２）虚偽公文書作成等罪の間接正犯

前述の各論的検討の中で示した通り、虚偽公文書等作成罪（刑法 156 条）は、特別義務違反型不法身分犯に属するものであり、公文書等の実質的真実性自体に対する社会一般の

---

[285] 西田（橋爪補訂）・前掲注（174）334 頁。

[286] Vgl. *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 29: „wer einen Geheimnisträger durch Täuschung dazu veranlasst, das Geheimnis gutgläubig preiszugeben, kann daher *mangels Verwirklichung des deliktsspezifischen Unrechts* nicht als Beteiligter an diesen Delikten [Verratsdelikten] bestraft werden.“; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 43: „Da zwischen Preisgabe und Auskundschaften deliktspezifisch zu unterscheiden ist (zB §§ 121 ff), sind Extranei, die einen Geheimnisträger zur gutgläubigen Offenbarung eines Geheimnisses veranlassen, nicht als Beteiligte am Verrat aufzufassen. Der Intraneus handelt zwar objektiv unrecht. Das genügt aber nicht, um einen solchen Extraneus in Anwendung des § 14 Abs 1 wegen Beteiligung zu bestrafen.“

信頼に加えて、公務員による実質的真実性を備えた公文書等の作成に対する社会一般の信頼を同時に保護するものと位置づけられる。そうであるとすれば、本罪における後者の保護法益は、本罪の行為主体たる公務員による自律的かつ故意的な関与によってはじめて侵害されるのであるから、本罪の行為主体たる公務員以外の者が、本罪の行為主体たる公務員を道具として利用することにより虚偽の公文書等を作成した場合には、本罪が前提としている法益侵害が観念し得ないために、本罪の間接正犯は成立し得ないことになる。実際にも、虚偽公文書等作成罪の保護法益を「公務員の真実義務で担保できる限りでの、公文書の内容の正確性」であることから、非身分者による同罪の間接正犯が否定されるとする的確な指摘がなされている[287]。したがって、私人による虚偽公文書等作成罪の間接正犯の成立を否定した判例[288]の立場は妥当であったといえよう[289]。ただし、特に重要な公文書等については、その実質的真実性自体に対する社会一般の信頼そのものを保護する必要がある。そこで刑法上用意されているのが、公正証書原本等不実記載罪（刑法 157 条）であるということになろう。本罪は、特に重要な公文書である公正証書原本等の実質的真実性自体に対する社会一般の信頼を保護するものであり、公務員による適正な文書作成に対する社会一般の信頼については保護しておらず、それゆえに、身分犯として規定されておらず、法定刑も 156 条と比較して軽く設定されているものと思われる[290]。156 条と 157 条の関係を

[287] 松宮・前掲注（106）307 頁。もっとも、論者は、「『公務員が』と書いてある規定を公務員でない者に、いったいどうしたら適用できるというのであろうか」と指摘するが、前述のように、条文の形式自体は間接正犯を否定する決定的な理由にはならないように思われる。

[288] 最判昭和 27 年 12 月 25 日刑集 6 巻 12 号 1387 頁。本判決において最高裁は、「刑法は、いわゆる無形偽造については公文書のみに限つてこれを処罰し、一般私文書の無形偽造を認めないばかりでなく、公文書の無形偽造についても同法 156 条の他に特に公務員に対し虚偽の申立を為し、権利義務に関する公正証書の原本又は免状、鑑札若しくは旅券に不実の記載を為さしめたときに限り同法 157 条の処罰規定を設け、しかも右 156 条の場合の刑よりも著しく軽く罰しているに過ぎない点から見ると公務員でない者が虚偽の公文書偽造の間接正犯であるときは同法 157 条の場合の外これを処罰しない趣旨と解するのを相当とする」と判示している。さらに、旭川地判昭和 36 年 9 月 21 日判時 289 号 39 頁、甲府地判昭和 38 年 2 月 13 日下刑 5 巻 1＝2 号 91 頁も同旨。

[289] 後に最判昭和 32 年 10 月 4 日刑集 11 巻 10 号 2464 頁は、起案担当者が情を知らない作成権限者を利用して虚偽公文書を作成する行為につき虚偽公文書作成罪の間接正犯の成立を認めているが、これはあくまでも、起案担当者をも 156 条の行為主体に含めたためであり、非身分者が身分者を道具とする間接正犯の成立を認めたものではないと解される（佐々木史朗「判解」ジュリ 151 号（1958）60 頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 8 巻』（青林書院、第 3 版、2014）177 頁〔波床昌則〕）。

[290] Vgl. *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 35. Kapitel Rn. 29; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 41; *Diethelm Kienapfel/Hans Valentin Schroll*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 170. Lfg., 2017, § 228 Rn. 3; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 157; *Florian Roitner*, in: Otto Triffterer et al. (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch,

このように理解するならば、私人が虚偽公文書等作成罪の行為主体たる公務員と共謀の上で虚偽の申立てをした場合に、当該私人を（公正証書原本等不実記載罪ではなく）虚偽公文書等作成罪の共同正犯とした判例[291]の立場も、当然の結論であるといえよう。

これに対して、虚偽公文書等の作成・変造自体は非身分者が実行することも可能であることから、身分者が非身分者を道具として利用することにより本罪を実現する場合があり得る。このような場合には、先述のように、本罪の特別義務違反型不法身分犯としての性格から、本罪にいう「作成」および「変造」自体に、身分者自身による作成・変造のみならず身分者が他人に作成・変造を行わせることまでもが含まれていると解されることから、本罪の間接正犯ではなくむしろ直接正犯が成立することとなる[292]。

（３）虚偽診断書作成罪の間接正犯

特別義務違反型不法身分犯である虚偽診断書作成罪においては、非身分者による本罪の間接正犯は成立し得ない[293]。これに対して、本罪における診断書への虚偽記載自体は、非身分者が実行を担うことが可能であることから、身分者が非身分者を道具として利用することにより本罪を実現することがあり得る。このような場合には、本罪の特別義務違反型不法身分犯性から、本罪にいう「記載」は非身分者に記載させることをも含むと解されるため、身分者において本罪の直接正犯が成立する。

（４）公務員職権濫用罪の間接正犯

公務員職権濫用罪は特別義務違反型不法身分犯であるため、非身分者による本罪の間接正犯は成立し得ない。たとえば、私人 A が、警察官 B を脅迫し、被疑者 C に対する違法な捜査（C に義務のないことを行わせるような捜査）をさせた場合であっても、身分者である B において自律的かつ故意的な関与が認められない以上、A の行為につき本罪の間接正犯は成立し得ない。

---

36. Lfg., 2016, § 228 Rn. 127. わが国の刑法 156 条と 157 条の関係は、オーストリア刑法 311 条と 228 条の関係と極めて類似しており、善意の（gutgläubig）公務員に虚偽の公文書を作成させた場合には、311 条ではなく 228 条が適用され軽い法定刑の対象となるが、その理由はまさに、公務員に特別義務の侵害という不法が欠けるからであるとされる。

[291] 大判明治 44 年 4 月 27 日刑録 17 輯 687 頁。

[292] *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 158 Fn. 45: „Der vorgesetzte Beamte kann die Falschbeurkundung durch einen ihm untergebenen, gutgläubig handelnden Beamten ausführen lassen.“

[293] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第 8 巻』（青林書院、第 3 版、2014）226 頁〔任介辰哉〕参照。

これに対して、本罪においては、非身分者を通じての実現が可能な権利妨害等の結果が必要とされており、こうした構成要件要素を身分者が非身分者を通じて実現した場合にも、本罪の直接正犯が成立し得る。先述のように、特別義務違反型不法身分犯においては、特別義務への違反が固有の無価値を決定的なかたちで特徴づけていることから、非身分者によって実現可能な構成要件要素は、非身分者を通じた実現をも含むかたちで変質することとなる。したがって、公務員 A が職務を濫用して私人 B に指示し、B をして C に対する権利妨害等を実現させたという場合、非公務員を通じた権利妨害等の実現も、本罪の構成要件に直接該当することになるため、公務員には本罪の（直接）正犯が成立することとなる。

（５）特別公務員職権濫用罪の間接正犯

特別公務員職権濫用罪は特別義務違反型不法身分犯であるため、非身分者による本罪の間接正犯は成立し得ない[294]。たとえば、私人 A が、警察官 B を脅迫し、根拠なく C を逮捕させた場合であっても、身分者である B において自律的かつ故意的な関与が認められない以上、A の行為につき本罪の間接正犯は成立し得ない。

これに対して、本罪においては、非身分者を通じての実現が可能な逮捕・監禁の結果が必要とされており、こうした構成要件要素を身分者が非身分者を通じて実現した場合にも、本罪の直接正犯が成立し得る。したがって、第三者として警察官を利用した事案ではあるが、警察官 A が、証拠を捏造して B を覚せい剤所持容疑で現行犯逮捕した上、情を知らない警察官 C に B の身柄を引き渡し留置させるなどした場合には、一部は情を知らない第三者を通じて監禁を実現しているものの、A に本罪の直接正犯が成立することになる[295]。

（６）特別公務員暴行凌辱罪の間接正犯

特別公務員暴行凌辱罪も特別義務違反型不法身分犯であるため、非身分者による本罪の間接正犯は成立し得ない[296]。たとえば、私人 A が、警察官 B を脅迫し、被疑者 C の取調べにおいて C に対し暴行を加えさせた場合であっても、身分者である B において自律的かつ故意的な関与が認められない以上、A の行為につき本罪の間接正犯は成立し得ない。

これに対して、本罪においては、非身分者を通じての実現が可能な暴行・凌辱・加虐が必要とされており、こうした構成要件要素を身分者が非身分者を通じて実現した場合にも、

---

294 大塚・前掲注（175）267 頁。
295 東京地判平成 9 年 10 月 17 日判タ 958 号 289 頁参照。
296 大塚・前掲注（175）267 頁。

本罪の直接正犯が成立し得る。たとえば、警察官 A が、B を現行犯逮捕するにあたり、B が何ら抵抗していないにもかかわらず、B が抵抗しているかのように見せかけて、付近を通行していた私人 C に指示して B に暴行を加えさせたという場合、A には本罪の（直接）正犯が成立することとなる。

（7）収賄罪の間接正犯

典型的な特別義務違反型不法身分犯である収賄罪においても、一般理論に基づき、非身分者が身分者を道具とすることによる間接正犯はおよそ成立し得ないということになる[297]。本罪においては、身分者たる公務員が自律的かつ故意的に収賄に関与することが前提とされている以上、公務員が、賄賂として供与された利益をその賄賂性を認識せずに受け取った場合などは、そうした前提が満たされていないからである[298]。

しかしながら、本罪においては、身分者が非身分者を道具として利用することによる直接正犯は成立し得ることになる。特に「収受」に関しては、身分者たる公務員以外の者を通じて実現することが可能であり、公務員の妻が代わりに賄賂を受け取ったような場合に、公務員と妻の行為をどのように擬律するかが問題となってきた。これがまさに、いわゆる身分なき故意ある道具の問題である。この点、まず身分者と非身分者が共同正犯の関係に立つ場合には、特に問題はないであろう。この場合、非身分者は、刑法 65 条 1 項の適用を通じて、収賄罪の共同正犯となる[299]。これに対し、収賄罪における賄賂の収受自体については、非身分者によっても実現可能であることから、非身分者が賄賂の収受を担っているものの、身分者と非身分者との間に共同正犯関係までは認められない場合の擬律が問題となる[300]。本稿の理解によれば、収賄罪は特別義務違反型不法身分犯であり、その固有の無価値が身分者による自律的かつ故意的な特別義務への違反によって決定的に特徴づけられていることから、非身分者によっても実現可能な賄賂の収受については、身分者自身が直接実行する行為も非身分者に実現させる行為も同価値である。このことは、形式的には賄賂を供与されたのが身分者たる公務員以外の第三者である場合であったとしても、その賄

---

[297] 大塚・前掲注（175）267 頁。Vgl. auch *Pariona Arana*, a. a. O. (Fn. 166), S. 72.

[298] 西田（橋爪補訂）・前掲注（174）358 頁は、「私人 A が公務員 B に『菓子箱』だと誤信させて『現金の入った箱』を渡した場合に収賄罪の間接正犯が成立するわけではな」く、それは「公務員に『賄賂』の認識が欠けるため収賄罪の構成要件に該当する違法性が実現されていないことによる」とする。

[299] 島田・前掲注（4）265 頁、西田（橋爪補訂）・前掲注（174）354 頁。

[300] なお、島田・前掲注（4）265 頁や西田（橋爪補訂）・前掲注（174）354 頁においては、非身分者が共同正犯とはなり得ない事例は想定されていないようである。

賂が当該公務員の実力支配内にあり、かつ当該公務員がそれを容認することによって「収受」が認められると解されていることによっても示されている。こうした拡張解釈は、本罪の特別義務違反型不法身分犯としての性格からしても合理的なのである。したがって、上記のような事例においては、身分者は収賄罪の直接正犯となる。このような解決であれば、刑法上の道具とは到底評価し得ないはずの非身分者を刑法上の道具として取り扱ったり、正犯なき共犯を認めたりする必要がなく、結論的な妥当性も担保されるように思われる。

（８）業務上堕胎罪の間接正犯

業務上堕胎罪は、妊婦の嘱託ないし承諾を受けた医師等を行為主体とする特別義務違反型不法身分犯であり、医師等が、胎児の保護を図るという義務に自律的かつ故意的に違反したことが固有の無価値とされている。したがって、非身分者による本罪の間接正犯は排除されることになる[301]。たとえば、堕胎の嘱託を受けた（刑法 214 条所定の身分を有しない）A が、医師 B を強制して堕胎手術を行わせたという場合、A においては、本罪の間接正犯は成立し得ず、同意堕胎罪の間接正犯が成立し得るということになる。

これに対して、身分者が非身分者を通じて堕胎を実現することによる本罪の直接正犯は可能である。たとえば、薬剤師 A が、刑法 214 条所定の身分を有しない B に堕胎用の薬品を交付した上、指示を与えて堕胎を行わせたという場合、A においては、本罪の直接正犯が成立し得るということになる。

（９）背任罪の間接正犯

背任罪は特別義務違反型不法身分犯であることから、身分者を道具とする非身分者による間接正犯はおよそ成立し得ない。身分者が自律的かつ故意的に（客観的な）任務違背行為を実行することが、特別義務違反型不法身分犯としての本罪固有の無価値の前提となっているからである。これに対して、非身分者を利用した身分者による（直接）正犯は成立しうる。本罪の特別義務違反型不法身分犯性から、非身分者によっても実現可能な財産上の損害においては、自身で直接実現する行為も非身分者に実現させる行為も同価値だから

[301] 妊婦から嘱託を受けて堕胎を行おうとしたものの途中で当該妊婦に異常が発生したため医師に緊急避難として堕胎を行わせたという事案において、本罪の間接正犯ではなく同意堕胎罪の間接正犯の成立を肯定した判例として、大判大正 10 年 5 月 7 日刑録 27 輯 257 頁。

である。

（10）業務上横領罪の間接正犯

先述の通り、業務上横領罪は、直接実行型不法身分犯としての性格を備えつつ、特別義務違反型不法身分犯としての性格をも備えている。したがって、業務上横領罪については、非身分者による身分者を道具とする間接正犯は成立し得ない。なぜならば、本罪の特別義務違反型不法身分犯性から、業務上の占有者が自律的かつ故意的に関与していない限り、本罪固有の無価値が生じないからである。そのため、たとえば、非占有者が業務上の占有者を強制して占有物を自己の元へ運搬させたような場合には、単純横領罪の限度においてのみ、間接正犯が成立することになる。これに対して、身分者が非身分者を利用する場合には、身分者が自律的かつ故意的に関与している限り、身分者に本罪の直接正犯が成立することになろう。

第５章　共犯と身分

本稿では、正犯概念と共犯概念を再構成した上で、不法身分犯固有の無価値の発生機序について検討を行ってきた。その結果として、正犯と共犯が、構成要件該当事実がどのように客観的に帰属されるかの違いでしかなく、非身分者を含むある行為者が身分犯の正犯ないし共犯たり得るためには、不法身分犯固有の無価値が完全なかたちで惹起され、それが当該行為者に対して客観的に帰属され得るかどうかが重要であるということが明らかとなった。以下では、このことにつき、共犯と身分の問題と、間接正犯と身分の問題に区別した上で、具体的な帰結を展開することとし、本章では、まず前者を取り扱うこととする。

共犯とは、本来的には、構成要件該当事実が客観的に帰属され得ないものの、共犯規定という特別の帰属規範によって、それが客観的に帰属されるような関与形式である。したがって、身分犯の共犯が成立するためには、正犯が身分犯固有の無価値を完全なかたちで惹起し、かつ、その正犯行為が共犯の成否が問題となる行為者に対し客観的に帰属され得ることが必要である。

しかしながら、このことは、あくまでも一般理論であって、わが国の刑法においては、共犯と身分の問題を取り扱う刑法 65 条が存在することから、解釈論としては当然に、同条との調和が問題となる。そこで、本章においては、まず刑法 65 条の基本的な解釈について検討を行った上で（第 1 節）、同条との調和を保ちながら、本稿の理論から導かれる帰結を示すこととする（第 2 節）。

第１節　刑法 65 条の基本的解釈

第１項　刑法 65 条 1 項と同 2 項の関係

（１）従来の議論

（ａ）構成的身分・加減的身分の区別に着目する見解

通説は、刑法 65 条 1 項は構成的身分の連帯的作用を、同 2 項は加減的身分の個別的作用を規定したものであると理解する。判例も、基本的にはこうした考え方を採用している。こうした考え方は、刑法 65 条の文理からして最も自然であるともいえ、前提となる構成的身分・加減的身分の区別も比較的容易であるという意味で明快である。しかしながら、身

分も他の要素と同様に不法ないし責任との連関を有するはずであるにもかかわらず、なぜ身分のみが刑罰構成的か刑罰加減的かという単なる規定の様式によってその作用を決せられるのかという点については、理論的な根拠がないという、決定的な批判が向けられている[302]。また、こうした問題意識は、「特別の一身的メルクマール（besondere persönliche Merkmale）」が刑罰構成的（straf*begründend*）である場合には当該メルクマールは準従属的（*semi*akzessorisch）に作用し、刑罰修正的（straf*modifizierend*）である場合には当該メルクマールは非従属的（*un*akzessorisch）に作用すると規定するドイツ刑法 28 条のもとにおいても受け入れられ、理論的な基礎を与えようとする試みが展開されている[303]。すなわち、ドイツの判例・通説は、一身的メルクマールのうち、行為関係的ではなく行為者関係的なもの、すなわち、行為自体の評価に影響を与えるものではなく行為者自身のみの評価に影響を与えるもののみを「特別な（besonder）」一身的メルクマールに該当するとして、刑法 28 条の解釈において、刑罰構成的か刑罰修正的かという形式的な観点を超えた実質的な観点を盛り込んでいるのである[304]。このように、条文上は同じく刑罰構成的―刑罰加減的という区別が採用されているにもかかわらず、解釈上理論的な基礎を与えようとする試みが見られるドイツと比較すると、わが国の判例・通説は、あまりに後進的であるように思われる。

このほか、刑法 65 条 1 項は、構成的身分犯および加減的身分犯のすべてにおいて罪名従属性を徹底させる規定であり、同 2 項は、加減的身分犯における科刑の個別性を規定するものであるという見解も、有力である。判例および裁判例においても、特定の身分犯の処理において、こうした考え方を取り入れているかに見えるものが存在している（そのような取扱いについては、後に検討を加える）[305]。しかし、この見解に対しては、上記の判例・通説に対する批判が基本的にはそのまま妥当することとなる。なぜならば、この見解は、刑法 65 条 1 項を構成的身分犯および加減的身分犯のいずれにおいても罪名従属性を徹底させる規定と解することで判例・通説の考え方による不均衡を解決しているかに見えるが、

---

[302] オーストリア刑法 14 条は、まさにこうした批判のような考え方を基礎に創設されたものである。Vgl. *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 103), S. 149: „[...] ist diese Lösung nicht überzeugend. Theoretisch läßt sie sich schwerlich begründen.“; EBRV 1971, S. 82: „Diese Auffassung läßt sich aber weder dogmatisch noch rechtspolitisch rechtfertigen.“.

[303] Vgl. z. B. *Sánchez-Vera*, a. a. O. (Fn. 178), S. 182 f.; *Sönke Gerhold*, Einschränkung und Durchbrechungen des Prinzips der Akzessorietät der Teilnahme im deutschsprachigen Raum, ZStW 2018, S. 947.

[304] Siehe *Karl Lackner/Kristian Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 28 Rn. 4.

[305] 最判昭和 32 年 11 月 19 日刑集 11 巻 12 号 3073 頁、東京高判昭和 42 年 8 月 29 日高刑 20 巻 4 号 521 頁。

結局科刑のレベルにおいては、構成的身分は連帯的に作用し、加減的身分は個別的に作用することになり、判例・通説と結局のところ同じ内容を有しているからである。さらに、この見解に対しては、罪名と科刑が分離する根拠が明らかでなく、罪名を決定したうえで刑を導出するという一般の過程が放棄される点についての説明がなされていないという批判が加えられている。

（ｂ）身分者に課せられた特別の義務に着目する見解

刑法 65 条は全体として不法身分のみに関する規定であるとする見解も有力である。もっとも、この見解には、複数のアプローチが存在している。第一のアプローチは、刑法 65 条 1 項は義務犯たる構成的身分犯のみを対象とする規定であるとし、同項の立法趣旨を「身分者による義務違反の処罰だけでは法益保護にとって十分でないとみられる場合に、非身分者による身分者の義務違反の誘発・促進を処罰することで、法益保護のいっそうの充実を図る」という点に見出し、同項を政策的規定ととらえるものである[306]。そして第二のアプローチは、刑法 65 条の身分とは、「制限的にあるいは不完全に従属的な要素」であり、ひいては「システムの存続に向けられた、組織あるいは制度と関連した義務」をいうとするものである[307]。

まず、第一のアプローチは、非身分者が本来は義務犯型の構成的身分犯の共犯になり得ないことを前提として、刑法 65 条 1 項を政策的規定とするが、同項はむしろ理論的に導かれる帰結を示した規定であると思われる。義務犯型の身分犯（本稿にいうところの特別義務違反型不法身分犯）が存在するという点は本稿も支持するところである。しかし、こうした身分犯の特徴は、前提とされる法益侵害の発生が、身分者が自らに課せられた特別の義務に違反することに依存している点にあり、特別義務への違反自体を直接実現し得るのは身分者のみであるが、非身分者であっても、身分者による特別義務への違反に関与することにより、義務犯型の身分犯における法益を侵害することが可能である。したがって、義務犯型の身分犯であっても、非身分者は本来的にその共犯となり得るのである。さらに、論者は、非身分者による共犯が可能である強姦罪（旧 177 条）については刑法 65 条 1 項の対象から除外することを試みているが、強姦罪も、――その無価値発生機序に相違があるものの――構成要件該当行為を直接実現し得るのは身分者のみであるが、非身分者もそれに関与することによって法益の侵害に関与し得るという意味において、論者のいう義務犯

306 松宮・前掲注（106）308-309 頁。
307 松生・前掲注（28）115-119 頁。

型の身分犯と同様の構造を有しており、義務犯型の身分犯も強姦罪のような身分犯も刑法65条1項の適用対象に含まれると解すべきであろう。

第二のアプローチは、先述のように、刑法65条の身分を、従属的な要素と非従属的な要素との間に位置する要素としてとらえる点に問題がある。また、その帰結として、身分が従属的に取り扱われることに争いのない強姦罪のような身分犯を刑法65条の適用対象から除外する点についても、問題があろう。

（ｃ）不法身分・責任身分の区別に着目する見解

近時極めて有力に主張されるに至っているのは、刑法65条1項は不法身分に関する規定であり、同2項は責任身分に関する規定であるとする見解である[308]。

この見解は、強固な理論的基盤を有しており、高い説得力を備えているといえよう。しかしながら、この見解の論者は、「正犯行為の法益侵害性を基礎づけ、加重または減軽する身分は全て正犯から共犯に連帯的に作用し、身分なき共犯も身分ある正犯と同一の罰条によって処罰されることになる」[309]とするが、本稿におけるこれまでの検討の結果に照らせば、不法身分は、たしかに非身分者に対して連帯的に作用する可能性を内包しているものの、正犯者（共同正犯の場合には共同正犯者のうちの一人）に存在しているだけでは連帯的作用は発現しない。こうした点をも見据えた解釈が必要であろう。また、この見解は、理論的な基盤を重視するあまり、刑法65条の文言や沿革との整合性が軽視しているきらいがある。たしかに、巨視的にいえば、刑法65条1項は身分の連帯的作用を規定し、同2項は身分の個別的作用を規定しているところ、連帯的に作用し得るのは不法身分であり、個別的に作用するのは責任身分である。しかしながら、この見解においては、刑法65条の具体的な文言や沿革との緻密な関係は構築されていないように思われる[310]。

（ｄ）構成要件段階における身分・

---

[308] 西田典之『新版　共犯と身分』（成文堂、2003）171 頁以下。なお、井田・前掲注（31）565-571 頁は、やや修正したかたちで、「65 条 1 項は、身分者に対する特別な義務づけについて独立の保護法益を観念できる場合の身分、すなわち、連帯可能な（一身的でない）違法身分に関する規定である」とし、そのような身分であれば不真正身分であっても 1 項の適用対象であるとする。

[309] 西田・前掲注（308）171 頁。

[310] たとえば、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」とは、犯人の身分によって不法を構成する犯罪行為と解釈し得るとする見解がある。たしかに、文理的にそのように解釈することは不可能ではないであろうが、その文言の背景・趣旨をも考慮して解釈する場合には、そのような解釈には無理があるといわざるを得ないであろう。

違法性または有責性段階における身分の区別に着目する見解

以上のほか、構成要件段階における身分についてはすべて刑法 65 条 1 項が適用され、刑法 65 条 2 項は、実質的な違法性や責任に関する一身的な事情に関する規定であるとする見解が主張されている[311]。

まず、この見解は、刑法 65 条 2 項の適用対象として、実質的な違法性や責任に関する一身的な事情に関する規定であるとし、具体的には、心神耗弱（刑法 39 条 2 項）や中止犯における任意性（刑法 43 条但書）、累犯（刑法 56 条乃至 59 条）、自首・首服（刑法 42 条）などがこれに該当するとする[312]。しかしながら、先述のように、刑法 65 条は、構成要件該当行為そのものではなくその行為主体を特徴づける要素として犯罪類型を構成する要素を対象とする規定であり、論者が挙げている刑法 65 条 2 項の適用対象たる身分は、そもそも刑法 65 条とは無関係である。

また、この見解は、構成要件段階における身分についてはすべて刑法 65 条 1 項が適用されるとする[313]が、この点については一定の説得力を有しているように思われる。論者の指摘するように、少なくとも一般の犯罪においては、共犯は正犯を通じて間接的に構成要件を実現したと評価されることから、共犯は正犯に適用される各則構成要件を基礎に刑事責任を負うのであり、このことは、基本的には身分犯においても変わりないといえよう[314]。しかしながら、そうであるからといって、責任身分についてまで刑法 65 条 1 項が適用されることまでは正当化されないように思われる。論者は、こうした批判に対して、純粋に責任のみに関係する身分が存在するかどうかが疑わしく、仮にそうした身分が存在したとしても「構成要件」要素とされている場合には従属的に取り扱うべきであると応えている[315]。本稿においては、先述のように、責任にのみ関係する身分は極めて例外的とはいえ存在すると理解しているが、そのような身分を従属的に取り扱う根拠は存在しないであろう[316]。責任身分は構成要件要素であるという理解における「構成要件」と、共犯は正犯を通じて間接的に構成要件を実現するという理解における「構成要件」は、自ずと内容が異なる[317]。たしかに、共犯は正犯を通じて構成要件を間接的に実現するがゆえに正犯に適用される各則構成要件によって評価されるが、正犯と共犯に共通するのはあくまでも不法構成要件の

311 十河・前掲注（23）252 頁以下。
312 十河・前掲注（23）262-263 頁。
313 十河・前掲注（23）254-256 頁。
314 十河・前掲注（23）252-254 頁。
315 十河・前掲注（23）268-269 頁。
316 比較法的にみても、こうした理解はほとんど争いなく認められているといえよう。
317 Vgl. *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 55), 10. Kapitel Rn. 21 ff.

実現にすぎない。責任身分の効果の発現の有無が形式的に判断されるということも、これを覆す理由にはならない。

（２）刑法 65 条 1 項と 2 項の関係の検討における基本的視座

以上、刑法 65 条 1 項および同 2 項の関係をめぐる従来の理解について概観してきたが、その結果として、両項の関係をめぐる議論の現状は次のように把握することができるように思われる。

まず、刑法 65 条の文言を徹底するのだとすれば、判例および伝統的通説の理解に到達することは否定できないと思われる。すなわち、刑法 65 条 1 項の文言からすれば同項は構成的身分に関する規定であり、刑法 65 条 2 項の文言からすれば同項は加減的身分に関する規定であることは、否定できないであろう。そして、このような理解は、後述する刑法 65 条の沿革にも、一見合致しているのである。

これに対して、犯罪論における不法・責任の区別とそれに応じた思考プロセスが身分という構成要件要素にのみ妥当しないとする根拠がない以上、刑法 65 条の文言との整合性という重大な課題を内包しているものの、理論的には、近時の有力説、すなわち不法身分と責任身分の区別を刑法 65 条に対応させる見解に相当の説得力があるように思われる。

このように、文言および形式的に捉えた沿革との整合性を重視するか、理論的な妥当性を重視するかに対応した両極端が、判例・伝統的通説と近時の有力説であると言えよう。とはいえ、他の様々な刑法上の規定においてもそうであるように、刑法 65 条 1 項は構成的身分に関する規定、同条 2 項は加減的身分に関する規定であるという文理解釈が徹底されるべき程度は､刑法 65 条という規定の根底にある立法趣旨によって変動するものであって、文理解釈を可能な限り徹底するということが必ずしも立法趣旨を最大限実現することになるわけではないであろう。他方で、理論的な妥当性を徹底し条文を軽視することも、条文の存在価値を否定することにつながり、当然望ましい解釈態度とは言えないであろう。刑法 65 条 1 項は不法身分に関する規定、同条 2 項は責任身分に関する規定であるという理解は、刑法 65 条の文言との齟齬を免れられない以上、その理解を刑法 65 条という条文の中においてどの程度反映し得るかを模索する必要があろう。

そこで次に、刑法 65 条の立法趣旨を解明すべく、刑法 65 条がどのようにして現在のかたちへと至ったのかについて、先行研究を踏まえつつ改めて検討を加えることとしたい。

（３）刑法 65 条の沿革の再検討[318]

かつて、唐律においては、犯罪関与者を主導的な役割を果たす造意者とそれ以外の随従者に区別し、随従者に対しては一等を減じた刑が科されるというシステムが採用されていたが、複数の者がある身分を前提とする犯罪に関与したという場合には、造意者も随従者も、各々の自らの身分に対応した犯罪を基準とした刑が科されることとなっていた[319]。したがって、唐律における身分の取扱いは、形式的には現行刑法 65 条 2 項と合致することになるが、こうした唐律による身分の取扱いは、わが国の律に取り入れられ、明治時代に編纂された仮刑律、新律綱領および改定律例でもそのまま受け継がれており[320]、旧刑法および現行刑法においても若干の修正を受けつつ残存してきたのである[321]。この中で注目に値するのは、先行研究も指摘しているように、身分を個別的に取り扱うという唐律の考え方の背景には、儒教的な家族道徳観が控えていたということである[322]。わが国においても取り入れられ強固に定着することとなった身分の個別的な取扱いは、そうした道徳的事情を考慮することによるところが大きく、（後に登場することとなる）そうした道徳的事情に基づかない身分との関係では不合理な結論を招く契機を内包していたといえよう。

身分の個別的な取扱いがわが国において強固に定着していたことを特に強く窺わせるのは、旧刑法の完成に尽力したボアソナードが、旧刑法において、加重的身分が非身分者に対しても連帯的に作用するという趣旨の条文を盛り込もうとしたところ、日本人委員からの猛反対を受けたためにこれを断念したという事実である[323]。

さらに、当時太政官刑法草案審査局大書記官であった井上毅は、漢律につき「残酷ニ失スルコトハ世ノ周ク知ル所ニシテ我國ニ於テ今日ハ既ニ死物トナリタリ」などと評しつつも、「人其ノ浩瀚ナル條章ノ内ニ就テ一二ノ甚タ平允正當ニシテ却テ現今歐律ノ内ノ或ル點ニ向テ適當ナル改正ノ摸範ヲ與フルニ足ル者アルコトヲ知ラサルヘカラス」とし、その一例として、漢律における「共ニ罪ヲ犯シ、首從本罪各々別ナル者ハ、各々本律ノ首從ニ依

---

[318] 刑法 65 条の詳細な沿革については、中西縁「共犯と身分についての一考察（一）（二・完）――歴史的展開を中心として――」同志社 35 巻 2 号（1983）197 頁以下、35 巻 3 号（1983）371 頁以下参照。

[319] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）91-92 頁。

[320] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）92-93 頁。

[321] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）94-105 頁参照。

[322] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）92 頁。

[323] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）102-103 頁は、この事実を踏まえて、「その時点でわが国が模範としていたフランス刑法には存在しないこのような取扱いが突然主張された背景には、加重的身分は他の関与者に影響しないという、わが国の伝統的な共犯と身分の取扱いが幾分関係していたのではないだろうか」と指摘する。

テ論ス」という取扱いを挙げており[324]、ここからも、身分はそれを備える者にのみ作用するという考え方が強固に定着していたことが窺われるのである。

こうして誕生したのが、以下の刑法 106 条と 110 条であった。

《旧刑法 106 条》

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

《旧刑法 110 条》

① 身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者従犯ト為ル時ハ其重キニ従テ一等ヲ減ス

② 正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ従犯ノ刑ハ其軽キニ従テ減免スルコトヲ得ス

このように、身分はそれを備える者にのみ作用するという考え方が強く反映された旧刑法 106 条および 110 条であったが、旧刑法施行直後に発出された司法省の内訓・訓示によって、106 条および 110 条の運用は変容していくこととなる。

まず、司法省は、旧刑法施行翌年の明治 16 年（1883 年）5 月 9 日、一つの内訓を発出している（以下、「明治 16 年内訓」という）。内容は次の通りである。

「刑法第百六條正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキ者云々トアルハ再犯加重ノ如キ再犯ノ身分ヲ有スル犯者一己ノ有罪ノミ重ヲ加ヘ犯罪事件別ニ重ヲ加ヘサルモノハ他ノ正犯従犯者等ニ及ホスコトヲ得サルヲ云ヒシモノニシテ刑法第二百五條第三百六十三條第三百六十四條等ノ罪ノ如キハ身分ヲ有スル者之ヲ犯スノ故ヲ以テ其事件自ラ重ヲ加ヘ若クハ罪トナルヘキモノナレハ此ノ事件ノ他ノ正犯者等ハ其身分ヲ有セサルモ自ラ其加重シタル罪ヲ犯シタルモノナリ故ニ右等ノ正犯者ハ總テ各本條ニ依リ所斷シ第百六條ヲ適用スルノ限ニ在ラス然レトモ身分ヲ有セサル者ハ身分ヲ有スル者ニ比スレハ有罪ノ度幾分カ輕キ時アルヲ以テ裁判官ハ其刑期及金額中ニ就テ斟酌ヲ加ヘ減輕ヲ爲スコトヲ得ヘシ此旨内訓ニ及候也」[325]（傍点は筆者による）

明治 16 年内訓においては、「犯者一己ノ有罪ノミ重ヲ加ヘ」る身分と「犯罪事件別ニ重ヲ加ヘ」る身分への区別を前提とした上で、旧刑法 106 条にいう「身分」とは前者の身分のみであるとした。そのような解釈から、典型的な加重的身分を旧刑法 106 条の身分から

[324] 井上毅「刑法問答」国家 4 巻 45 号（1890）635-637 頁。
[325] 司法資料別冊 17 号（日本近代刑事法令集　下）187 頁。

除外し連帯的作用を認め、再犯加重のようなもはや個別具体的な犯罪類型の要素ではないものが旧刑法 106 条の身分であるとした。このように、旧刑法施行の翌年に発出された明治 16 年内訓は、それまでのわが国において伝統的に重んじられてきた身分の個別的な取扱いをほとんど脱却しようとするかのような内容となっている[326]。明治 16 年内訓の立場によれば、多くの加重的身分が「犯者一己ノ有罪ノミ重ヲ加ヘ」る身分ではなく「犯罪事件別ニ重ヲ加ヘ」る身分なのであり、「犯罪事件別ニ重ヲ加ヘ」る加重的身分が要素とされる犯罪に非身分者が共犯として関与した場合には、身分者と同様に、加重的身分犯の共犯としての罪責を負うべきであるということになる。

ところが、司法省は、翌年 11 月 22 日、新たに以下のような訓示を発出している（以下、「明治 17 年訓示」という）。

「曩ニ本會ニ付セラレタル刑法第百六條正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時トハ如何ナル場合ナル乎其區域如何ノ件審議ノ末左ノ通決定ス刑法第百六條ニ正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々トアルハ身分ノ文字ハ官吏又ハ子タル身分等ヲ包含ス可キ者ニシテ單ニ再犯加重ノ如キ再犯ノ身分ヲ有スル者ノミ指シタルニ非サルハ刑法第二編第四章第八節ノ標題ニ身分云々トアルヲ以テ知ル足ル可シ且同法第百十條ニモ身分ノ文字アリ是亦再犯ノ身分ヲ有スル者ノミヲ指シタルモノニ非サルハ言ヲ俟タサルナリ由之考フレハ第百六條ノ身分ノ文字ノミ單ニ再犯ノ身分ヲ有スル者ヲ指シタル者ト解釋スルノ不當ナルコト明カナリ若シ法律ノ精神如何ニ拘ハラス唯其ノ條理上ヨリ論スレハ官吏ノ犯罪若クハ子ノ其父母ニ對スル犯罪ハ其事件自カラ重キヲ加フ可キ者ナルヲ以テ通常人其共犯トナル時ハ均シク其責ヲ受ケサル可カラサルカ如シト雖トモ犯罪ノ情狀ニ就テ考フレハ身分ヲ有セサル者ハ之ヲ有スル者ニ比スレハ有罪ノ度稍輕カル可キハ論ヲ俟タス故ニ身分ヲ有セサル者ニ適用ス可キ刑ハ別ニ之ヲ設ルニ非サレハ情法其當ヲ得難シ然ルニ立法者ニ於テ其條ヲ設ケス第百六條ニ正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々ト明文ヲ示シタルハ身分ヲ有セサル者ハ身分ヲ有スル者ト共ニ罪ヲ犯スモ刑ヲ加重スルニ及ハスト認メタル者ナルハ疑ヲ容ルヽニ足ラサル可シ又犯人ノ身分ニ因リ罪トナル可キ者ニ身分ヲ有セサル者共犯トナリタルトキモ亦別ニ其刑ヲ設ケサレハ適當ナラサルカ如シト雖トモ其明文ナキヲ以テ共犯ト爲シ同刑ニ處セサルヲ得ス因テ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者ノ共犯人ハ其刑ヲ加

[326] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）107 頁は、司法省が旧刑法施行直後にこのような内容の内訓を発出した理由について、「わが国では 106 条と 110 条に加重的身分の個別的取扱いが規定されているだけなので、同条を規定のない構成的身分と共犯の問題に準用されれば、構成的身分犯に関与した非身分者を不可罰とせざるを得ないことを司法省は恐れたのであろう」とする。

重セスシテ通常ノ刑ニ處シ身分ニ因リ罪ト爲ル可キ者ノ共犯人ハ其身分ヲ有セサルモ身分ヲ有スル者ニ適用ス可キ刑ニ處ス可キ者トナシ其身分ノ文字ハ官吏若クハ子タル者等ヲ包含ス可キ者トス」[327]

この明治 17 年訓示により、明治 16 年内訓のような「身分」の解釈は否定されることとなった。すなわち、「犯者一己ノ有罪ノミ重ヲ加へ」る身分と「犯罪事件別ニ重ヲ加へ」る身分があり旧刑法 106 条にいう「身分」とは前者の身分のみであるというのが明治 16 年内訓の立場であったが、このような技巧的な解釈は否定されるに至ったのである。その上で、明治 17 年訓示は、「犯罪ノ情狀」について考えれば身分者と非身分者の「有罪ノ度」には相違があるため、その点を考慮したのが旧刑法 106 条であり、構成的身分犯の場合には規定がないので非身分者も構成的身分犯の共犯として罪責を負うとした。つまり、構成的身分も加重的身分も、「其事件自カラ重キヲ加フ可キ者」であるからそれに共犯として関与した非身分者も身分犯の共犯としての罪責を負うべきであるかに見えるものの、情状という点で非身分者は身分者よりも「稍輕カル可キ」であることから旧刑法 106 条において身分の個別的取扱いが定められているのだとするのである。この段階で、身分は個別的に取り扱われるという原則は、もはや原則としての地位を失ったに等しい状況となっており[328]、この点からも、司法省が構成的身分が個別的に取り扱われることに対して並々ならぬ懸念を有していたことが看取されるように思われる。

この段階で、後の刑法 65 条による解決が確立したこととなり、旧刑法期において司法省の主導によって確立した身分犯の取扱いは、後に現行刑法 65 条として明文化されるに至ったのである。

（４）刑法 65 条の立法趣旨と解釈

（ａ）刑法 65 条 1 項の解釈

刑法 65 条 1 項は、文理解釈としてだけでなく、構成的身分を非身分者に対しても連帯的に取り扱うよう指示した旧刑法下における司法省の明治 17 年訓示によって確立した身分の取扱いが明文化されたものである。こうした形式的な沿革からすれば、刑法 65 条 1 項は、

---

[327] 司法資料別冊 17 号（日本近代刑事法令集　下）188-189 頁。

[328] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）106-107 頁は、旧刑法 106 条および 110 条は「加重的身分の連帯的取扱いから生じる矛盾を回避するために、日本人委員が提案した加重的身分の個別性を採用した者であったはず」であるにもかかわらず、明治 17 年訓示により「身分は原則として共犯にも連帯的に作用し、106 条と 110 条は情状による減軽規定にすぎないという解釈」が採用されるに至ったとする。

構成的身分の連帯的作用を定めた規定であるという解釈には相当の説得力があるといえよう。しかしながら、先述の刑法 65 条の沿革をより詳細に見れば、刑法 65 条 1 項のそうした硬直的な捉え方は必ずしも適切なものとはいえないように思われる。

刑法 65 条 1 項の創設にとっての決定的な契機となった明治 17 年訓示は、かつてわが国において伝統的に採用されてきた身分の個別的作用の原則を構成的身分にまで徹底させた場合、構成的身分犯に関与した非身分者がすべて不可罰となってしまい、そうした帰結は不合理であるという判断に基づくものであろう[329]。また、仮に刑法 65 条 1 項が、「身分はそれを備える者にのみ作用する」という原則を保持しつつも処罰の間隙を生じさせないということのみを目的としていたとすれば、非身分者に対する刑についての減軽規定が創設されたはずであるところ、そうした減軽規定を含んでいない。したがって、刑法 65 条は、構成的身分について、――明治 16 年内訓のいうところの――「犯罪事件別ニ重ヲ加ヘ」るもの、つまり正犯行為そのものの評価に影響を与えるものであると理解しているものと考えられる。よって、刑法 65 条の沿革に鑑みれば、むしろ 1 項は、構成的身分が正犯行為そのものの評価に影響を与える身分であること、つまり不法身分であることを前提として、構成的身分の連帯的作用を規定したものと位置づけられよう。そして、刑法 65 条 1 項は、あくまでも上記の前提に基づく規定である以上、――これが存在するかどうかはともかく――構成的責任身分に対しては適用し得ないということになる[330]。より端的にいえば、刑法 65 条 1 項は構成的不法身分の連帯的作用を規定するものであり、そのように理解された同項の反対解釈により、同項は構成的責任身分には適用されないということになる。

（ｂ）刑法 65 条 2 項の解釈

刑法 65 条 2 項は、刑法改正案理由書において明記されているように、減軽的身分の場合が補充されたのみで、旧刑法 106 条および 110 条とまったく同趣旨の規定である。そして、それらの規定の淵源はというと、唐律における共犯規定にまで遡る。したがって、沿革を形式的に捉える限りにおいては、刑法 65 条 2 項は、形式的には、加減的身分の個別的作用を定める規定であるといえよう。しかしながら、刑法 65 条の沿革を詳細に見ると、刑法 65 条 2 項の形式的な捉え方についても疑義が生じることとなる。

唐律において身分の個別的作用が採用されていた背景には、儒教的道徳観の強い影響があり、道徳的事情はそれを備える者のみに作用するという思想があったと考えられる。そ

[329] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 2 号）106 頁。
[330] ただし、構成的責任身分という身分が現実に存在するかについては疑問がある。

してわが国は、大宝律によって導入されて以来一貫してこれを採用してきたため、旧来の刑法理論のなかでも、固定観念となっていたようにも思われる。たとえば、①旧刑法編纂時にボアソナードによって導入される予定であった加重的身分の連帯的作用に対して日本人委員が批判をなした際、個別的作用を採用すべき実質的根拠は挙げられていなかったこと（不当な帰結に陥るといった根拠のみが挙げられていた）、②井上毅が漢律の多くの部分に対し批判的でありながらも、加重的身分の個別的作用に関しては、漢律を参考にすべきであるとしていたこと、③司法省訓示を答申した法律諮問会が、旧刑法 106 条および 110 条の趣旨について、非身分者の可罰性が身分者のそれと比較して軽いことにつき「論ヲ俟タス」としていたこと、などから明らかである。

そうすると、刑法 65 条の沿革に鑑みれば、2 項は、形式的には加減的身分の個別的作用を定めた規定であるが、そこでは、――明治 16 年内訓がいうところの――「犯者一己ノ有罪ノミ重ヲ加ヘ」るもの、つまり正犯行為そのものの評価には影響を与えない身分が前提とされていると考えられよう。現行の刑法 65 条による取扱いにとって決定的な契機となった明治 17 年訓示においては、構成的身分も加重的身分も共通して「其事件自カラ重キヲ加フ可キ者」ではあるが、情状を考慮すれば非身分者の「有罪ノ度」が「稍輕カル可キ」であるという理解であったが、この理解が現行刑法においても貫かれているのだとすれば、刑法 65 条 1 項において減軽規定が追加されていたはずであり[331]、それがない以上、刑法 65 条 2 項は上記のように理解するのが妥当であろう。そして、これを現代の刑法理論に沿っていえば、刑法 65 条 2 項は、身分が行為の不法に影響を及ぼさず責任にのみ影響を及ぼすものであることを前提として、加減的身分の個別的作用を規定したものであり、より端的にいえば、加減的責任身分の個別的作用を定めた規定であるということになろう。したがって、加減的身分であったとしても、行為の不法に関係するものである場合には、上記のように理解された 65 条 2 項の反対解釈により、2 項は適用されないということになり、1 項が準用されるべきことになる。

こうした解釈に対しては、次のような批判が向けられることが想定される。すなわち、刑法 65 条 2 項は、加減的身分は個別的に作用する旨を明文で規定しているのであるから、不法に関係するという理由で加重的不法身分を連帯的に作用させる解釈は、罪刑法定主義

[331] 中西・前掲注（318）（同志社 35 巻 3 号）118 頁は、現行刑法 65 条 1 項をめぐって、「司法省訓示の時点で既に、非身分者に任意的減刑を認めるかどうかが問題となっていたのに、現行法作成時にはこの点について一言も触れられていないのは、不思議という他ない」と述べている。

に反するという批判である。しかしながら、刑法 65 条の沿革および文言に照らしても、そうした批判は当たらないと思われる。というのは、従来ほとんど指摘されてこなかったように思われるが、刑法 65 条 2 項には「特に」という文言が含まれているところ、この文言の趣旨は、刑法 65 条の沿革からして、刑罰加重または刑罰減軽の一身専属性（行為者の人格との結びつき）を強調するという点にあると解されるからである。つまり、刑法 65 条 2 項の「特に」は、旧 106 条の「別ニ」を受け継いだものと解されるところ、この「別ニ」は、身分が行為そのものの評価に影響を与えるわけではなく行為者の評価に影響を与えるものであることを強調するものと考えられるため、いわば責任にのみ関係するということを指し示していると解釈し得るからである[332]。したがって、不法に関係する加重的身分を刑法 65 条 2 項の適用対象から除外し、他の共犯者に対し連帯的に作用させることは、可能なのである。

（５）本項の小括

以上の刑法 65 条の立法趣旨の検討を簡潔にまとめると次のようになる。

まず、形式的には構成的身分の連帯的作用を規定する 1 項の本質的な立法目的は、身分の個別的作用の原則を採用することによって生じる不合理を解消する点にあった。しかし、構成的身分であっても連帯的に作用するとかえって不合理である場合もあり、そのような場合には、1 項は前提を欠き適用されない。立法者が想定した不合理が生じる場合とはまさに、構成的身分犯と共犯の問題だったのであり、それゆえに、連帯的に作用する身分として構成的身分のみが明文で規定されたのである。だとすれば、連帯的に作用することが合理的である構成的身分は 1 項を適用して問題ないが、連帯的に作用することがかえって不合理である構成的身分については、1 項は前提を欠き適用し得ない。さらに、1 項の立法趣旨を徹底する限り、もはや構成的身分という文言に拘束される合理性はなく、構成的身分に限らず連帯的に作用することが合理的である身分について、1 項を適用し得ると解する。

---

[332] この解釈をめぐっては、ドイツ刑法 28 条における「特別な（besonder）」の解釈が参考となる。すなわち、ドイツ刑法 28 条は、「特別な一身的メルクマール（besondere persönliche Merkmale）」の準連帯的作用（1 項）と個別的作用（2 項）を規定し、当該メルクマールの完全な連帯的作用を否定している。しかしながら、ドイツの判例・通説によれば、すべての一身的メルクマールが 28 条の適用を受けるわけではなく、そのうち「特別な」もの、すなわち行為者関係的な（*täter*bezogen）もののみが 28 条の適用を受けるとされる。したがって、ドイツでは、「特別な」の目的論的解釈によって、一身的メルクマールの一部を 28 条の適用対象外に置くことで、28 条の理論的正当性を担保するという試みがなされているのである。

そして、刑法 65 条 2 項は、唐律を継受していた時代から伝統的に採用されてきた加減的身分の個別的作用を規定するものであるが、その理論的根拠が非身分者の「有罪ノ度」が身分者と比較して軽いことに求められている以上、そのような事情が認められない場合には、2 項は前提を欠くため、加減的身分であっても 2 項は適用し得ない。さらに、構成的身分であっても連帯的に作用するとかえって不合理であるような場合、原則である 2 項に立返るべきこととなるから、2 項が適用されると解する。

刑法 65 条の沿革を一見すると、古くから採用されてきた 2 項の身分の個別的作用が原則であり、それを修正する形で 1 項に身分の連帯的作用が規定されたように見える。しかし、厳密には、1 項の連帯的作用と 2 項の個別的作用はそれぞれが根底に持つ基本原理がおよそ異なっており、単純に 1 項が原則としての 2 項を修正する規定ととらえることはできないのである。そこで、立法者は、65 条 2 項の規定する身分の個別的作用を原則として採用しているが、身分の個別的作用を徹底すると不合理が生じる場合に、1 項によって身分の連帯的作用を認めているのであり、立法者が不合理が生じる場合として想定したのが構成的身分だったのである。しかし、後に詳しく検討するが、理論的にみると、構成的身分であるからといって直ちに連帯的に作用すると導かれるべきではないし、また、加減的身分であるからといって直ちに個別的に作用すると導かれるべきではない。そうすると、構成的身分は連帯的に、加減的身分は個別的に作用すると直ちに決定する立法者の想定を形式的に取り入れることとなれば、著しく理論的妥当性を欠いた結論が導かれることとなる。

そこで、わが国が伝統的に採用してきた身分の個別的作用を原則としつつ（2 項）、その原則の徹底により生じる不合理を解消すべく身分の連帯的作用という迂回路を認める（1 項）、という刑法 65 条の本質的な立法趣旨を徹底した解釈によって、立法者の想定していた形式的処理を解釈によって修正することも可能であるように思われる。

第２項　刑法 65 条 1 項における「共犯」の意義

先の検討において示した通り、共同正犯は理論上はあくまでも共犯の一類型であることから、身分犯の共犯の問題を規律する刑法 65 条が共同正犯には適用されないとする根拠は存在しない。したがって、刑法 65 条 1 項にいう「加功」とは、広義の共犯に該当するすべての関与方法を含むことになる[333]。これに対しては、刑法 65 条 1 項の制定過程からして、

[333] 十河・前掲注（23）260-261 頁、西田・前掲注（308）190 頁など。

刑法 65 条 1 項にいう「加功」には共同正犯は含まれないとする見解が有力に主張されているが、その制定過程は、必ずしも刑法 65 条 1 項が共同正犯の場合には妥当しないとすることが前提とされたものとは理解し難いように思われる[334]。

第２節　刑法 65 条 1 項の内在的制約（書かれざる要件）

前章において示したように、不法身分犯における固有の無価値の発生機序は一様ではなく、不法身分犯はその無価値発生機序に基づいて直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯に区別される。したがって、それぞれにおける固有の無価値発生機序に従い、非身分者たる関与者が不法身分犯の共犯としての可罰性を備えるための条件も変動することとなる。

まず、直接実行型不法身分犯に属する身分犯の共犯が問題となる場合、非身分者の罪責を判断するに際して刑法 65 条 1 項を適用ないし準用するためには、身分者が（身分者による直接実行が要求される）一定の行為を直接実行していることが書かれざる要件となる。このことは、特に共同正犯の事例において重要であり、共同正犯者のうちの誰か一人に身分が存在すれば全員が直ちに不法身分犯の共同正犯となるわけではなく、共同正犯者のうち身分を備える者が（身分者による直接実行が要求される）一定の行為を直接実行することによってはじめて全員が不法身分犯の共同正犯となるということになる。

次に、特別義務違反型不法身分犯に属する身分犯の共犯が問題となる場合、非身分者の罪責を判断するに際して刑法 65 条 1 項を適用ないし準用するためには、身分者が（当該犯罪類型において要求される）自律的かつ故意的に関与していることが書かれざる要件となる。

第３節　具体的帰結

以上で示した通り、刑法 65 条 1 項は構成的不法身分に関するものであり、それ以外の不法身分に対しても同項が準用されると解すべきである。また、刑法 65 条 2 項は加減的責任身分に関するものであり、それ以外の責任身分に対しても同項が準用されると解すべきである。ただし、刑法 65 条 1 項は、不法身分に対して機械的に適用ないし準用され得るわけ

[334] 島田・前掲注（4）267-268 頁。

ではなく、そこには既述のような書かれざる要件が内在している。このような理解から具体的にどのような帰結が導かれるのかについて、以下検討を進める。

（１）逃走罪および加重逃走罪の共犯

本罪は直接実行型不法身分犯であり、被拘禁者の身分は構成的身分であるから、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、被拘禁者自身が 97 条または 98 条所定の逃走を実行する必要がある。

（２）看守者等逃走援助罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯であり、看守者等の身分は構成的身分である[335]から、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、看守者等が自律的かつ故意的に逃走に関与していることが必要である。

（３）秘密漏示罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯であり、医師等の身分は構成的身分である[336]から、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、医師等が自律的かつ故意的に漏示に関与していることが必要である。

（４）税関職員あへん煙輸入等罪の共犯

本罪は前段の罪と後段の罪に区別され、いずれも特別義務違反型不法身分犯であるが、税関職員の身分は、前段の罪おいては加重的身分であり、後段の罪においては構成的身分である[337]。したがって、前段の罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が準用され、後段の罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が適用されるということになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用ないし準用には、税関職員

---

[335] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）253、254 頁〔小名木明宏〕。
[336] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）306 頁〔金尚均〕。
[337] 浅田＝井田編・前掲注（336）310 頁〔金〕。

が自律的かつ故意的に輸入に関与しまたは輸入を許可していることが必要である。

（５）収得後知情行使等罪の共犯

本罪は責任身分犯である。よって、身分としての知情が収得後であるという事情が減軽的身分であるとすれば、本罪の実現に共犯として関与した非身分者については、刑法 65 条 2 項の適用により、偽造通貨行使等罪の共犯としての罪責を負うこととなる。たとえば、A と B が偽造通貨を収得した後、共謀の上、当該偽造通貨を行使したが、当該偽造通貨の収得時に当該偽造通貨が偽造通貨であることを認識していたのは B のみであったという場合には、A には偽造通貨行使罪（刑法 148 条）の共同正犯が成立し、B には刑法 65 条 2 項の適用により収得後知情行使罪（刑法 152 条）の共同正犯が成立するということになる。

（６）虚偽公文書作成等罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯であり、公務員の身分は構成的身分であるから、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては､刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、公務員が自律的かつ故意的に虚偽公文書等の作成・変造に関与していることが必要である。

なお、本罪における虚偽公文書等の作成・変造自体は、非身分者が実行を担うことが可能であることから、非身分者が虚偽公文書等の作成ないし変造を実行し、身分者はそれに関与したが、身分者と非身分者との間に共同正犯関係までは認められない場合の擬律が問題となる。こうした場合には、先述のように、本罪の特別義務違反型不法身分犯性により、本罪にいう「作成」および「変造」には、他人にこれを行わせることも内在していると解されることから、身分者が正犯となり、非身分者はその幇助犯ということになる。

（７）虚偽診断書作成等の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯であり、医師の身分は構成的身分である[338]から、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては､刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、医師が自律的かつ故意的に診断書への虚偽記載に関与していることが必要である。

なお、本罪における診断書への虚偽記載自体は、非身分者が実行を担うことが可能であ

[338] 大塚ほか編・前掲注（293）223 頁〔任介〕。

ることから、非身分者が虚偽記載を実行し、身分者はそれに関与したが、身分者と非身分者との間に共同正犯関係までは認められない場合の擬律が問題となる。ここでも、本罪の特別義務違反型不法身分犯性より、本罪にいう「記載」は身分者自身による記載のみならず非身分者に記載させることも含むと解されるため、身分者が正犯、非身分者はその幇助犯となろう。

（８）偽証罪および虚偽鑑定等罪の共犯

偽証罪および虚偽鑑定等罪はいずれも直接実行型不法身分犯であり、宣誓証人および宣誓鑑定人等はいずれも構成的身分であるから、非身分者が偽証罪ないし虚偽鑑定等罪の実現に共犯として関与した場合には、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。なお、刑法 65 条 1 項の適用には、偽証ないし虚偽鑑定等を身分者自身が直接実行することが必要である。

（９）監護者わいせつ罪および監護者性交等罪の共犯

繰り返しになるが、監護者わいせつ罪および監護者性交等罪は直接実行型不法身分犯であり、監護者自身が被監護者に対して直接的にわいせつ行為ないし性交をすることが固有の不法の前提となっている[339]。したがって、こうした前提が満たされていない限り、関与者の誰かに監護者の身分が備わっていたとしても、刑法 65 条 1 項は適用されず、逆に、こうした前提が満たされていれば、刑法 65 条 1 項の適用により、正犯者ないし共同正犯者の監護者たる身分が非身分者に対して連帯的に作用することとなる。そのため、たとえば、監護者 A と第三者 B が共謀し、B が被監護者 C と性交したというような事例では、B についても刑法 65 条 1 項により監護者性交罪の共同正犯が成立しそうであるものの、監護者による直接的な性交の実行が欠けるため、刑法 65 条 1 項は適用の前提を欠くということになる[340]。

（10）重婚罪の共犯

本罪は直接実行型不法身分犯であり、既婚者の身分は構成的身分であるから、本罪の実

[339] Vgl. *Hinterhofer* , a. a. O. (Fn. 229), § 212 Rn. 55.

[340] これに対して、松田哲也＝今井將人「刑法の一部を改正する法律について」曹時 69 巻 11 号（2017）3450 頁は、「身分のない共犯者が身分のある者に加功した場合、すなわち、例えば、18 歳未満の者を現に監護する親とその知人とが共謀の上、18 歳未満の者を現に監護する親であることによる影響力があることに乗じて、両者がそれぞれ実行行為に及んだ場合はもとより、いずれかが 18 歳未満の者に対しわいせつな行為に及んだ場合であっても、刑法第 65 条第 1 項が適用され、監護者わいせつ罪の共同正犯が成立し得る」とする。

現に共犯として関与した非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が適用され、本罪の共犯となる。たとえば、A が、偽造された離婚届を提出した B に対し、C との婚姻届を提出するよう勧めたという場合、A は刑法 65 条 1 項の適用により本罪の共犯となる。なお、当然のことながら、重婚の相手方は、刑法 184 条後段の直接正犯となる。

（11）常習賭博罪の共犯

常習賭博罪は、常習者による賭博の場合には賭博罪における保護法益を尊重しない態度が明白で非難可能性がより高いことを考慮するものであり、その意味で、常習者という身分を要素とする責任身分犯である。そして、常習者という身分は、単純賭博罪（刑法 185 条）との関係における加重的身分である。したがって、常習者による賭博に対して共犯として関与した非常習者は、刑法 65 条 2 項により単純賭博罪の共犯となり[341]、非常習者による賭博に対して共犯として関与した非常習者は、刑法 65 条 2 項により常習賭博罪の共犯となる[342･343]。

（12）公務員職権濫用罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯であり、本罪における公務員の身分は構成的身分である[344]。したがって、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用され本罪の共犯となる[345]。たとえば、私人 A が、警察官 B に対し、被疑者 C に対する違法な捜査（C に義務のないことを行わせる捜査）を行うよう勧めたという場合には、A は刑法 65 条 1 項の適用により本罪の共犯となる。

（13）特別公務員職権濫用罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯である。「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」（特別公務員）の身分については、これを加重的身分ととらえ

---

341 大判大正 7 年 1 月 16 日刑録 24 輯 1 頁参照。

342 このような結論を採る判例として、大連判大正 3 年 5 月 18 日刑録 20 輯 932 頁、大判大正 7 年 6 月 17 日刑録 24 輯 844 頁、大判大正 12 年 2 月 22 日刑集 2 巻 107 頁、名古屋高判昭和 30 年 5 月 17 日裁特 2 巻 11 号 522 頁。

343 Vgl. *Stricker*, a. a. O. (Fn. 236), § 168, Rn 115.

344 西田（橋爪補訂）・前掲注（84）506 頁も、本罪の「結果の部分の文言は、強要罪と同一であるが、本罪の方が法定刑が低いのであるから、同罪の特別類型や補充類型と考えるべきではなく、65 条 2 項の適用はない」とする。

345 大塚ほか編・前掲注（238）111 頁〔古田＝渡辺＝五十嵐〕。

る見解[346]が有力である。しかしながら、本罪は、逮捕・監禁のみを構成要件該当行為として規定しているのではなく、職権濫用をも構成要件該当行為として規定している以上、特別公務員の身分は加重的身分ではなく構成的身分と解すべきであろう[347]。したがって、本罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。

なお、特別公務員が職権を濫用し、非特別公務員に指示を与え同人に逮捕・監禁を実行させ、かつ、特別公務員と非特別公務員との間に共同正犯関係が認められないような場合においては、特別公務員が本罪の正犯、非特別公務員が本罪の幇助犯となる。なぜならば、本罪は、特別義務違反型不法身分犯として、公務執行の適正に対する信頼の保護に重点を置くものと解されるため、本罪における逮捕・監禁は、刑法 220 条における逮捕・監禁とは異なり、必ずしも正犯的実現を意味しないと解されるからである。

（14）特別公務員暴行陵虐罪の共犯

本罪は特別義務違反型不法身分犯である。「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」（特別公務員）の身分については、暴行罪に関する限りにおいては加重的身分であるとする見解もあるが、職務行為性が要求されるなど身分以外の点においても暴行罪と異なるのであるから、構成的身分である[348]。

（15）収賄罪の共犯

刑法 197 条乃至 197 条の 4 の収賄罪はいずれも特別義務違反型不法身分犯であり、各身分は構成的身分であるから、非身分者が（贈賄以外のかたちで）収賄の実現に共犯として関与した場合には刑法 65 条 1 項が適用されることになる。

ただし、いわゆる身分なき故意ある道具の問題として論じられてきた事例、すなわち、公務員 A が妻 B に賄賂を受け取らせたといった事例においては、やや複雑な考察を要する。まず、公務員と非公務員との間に共同正犯の関係が成立するような場合には、困難な問題は生じない。そうした場合には、公務員と非公務員に収賄罪の共同正犯が成立することに

[346] 西田（橋爪補訂）・前掲注（84）511 頁。
[347] 本罪は「逮捕・監禁罪の単純な加重類型ではない」とするものとして、浅田和茂＝井田良『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）417 頁〔橋爪隆〕。Vgl. *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167) §§ 28, 29 Rn. 39 f.
[348] Vgl. *Puppe*, a. a. O. (Fn. 167), §§ 28, 29 Rn. 39 f.

なる[349]。これに対して、外形的には非公務員が賄賂を収受し、かつ、公務員と非公務員との間に共同正犯の関係が成立しないような場合の取扱いが問題となるが、本稿の理解によれば、公務員には収賄罪の直接正犯が成立し、非公務員には刑法 65 条 1 項の適用により収賄罪の幇助犯が成立することになる。先述のように、特別義務違反型不法身分犯においては、その固有の不法が身分者による（自律的かつ故意的な）特別義務違反によって決定的に特徴づけられることから、非身分者によっても実現可能な要素については、他人に実現させる行為も構成要件的に直接把握されていると解される。

（16）嘱託殺人罪の共犯

嘱託殺人罪は直接実行型不法身分犯であり、嘱託を受けた者者が殺害行為を直接的に実行することが本罪の不法の前提となっている。したがって、嘱託を受けていない者が、嘱託を受けた者による殺人に共犯として関与した場合には、刑法 65 条 1 項の準用により、嘱託殺人罪の共犯が成立することになる。これに対し、たとえば、A から嘱託を受けた X が、A から嘱託を得ていない Y と共謀し、A の殺害を Y に実行させたという場合には、嘱託を受けた者による殺害の直接実行が欠けることから、刑法 65 条 1 項は準用されず、A には、通常の殺人罪の共同正犯が成立することになる[350]。

（17）堕胎罪の共犯

まず、妊婦自身が堕胎を実行したという場合には、妊婦自身には自己堕胎罪（刑法 212 条）が成立するが、それに共犯として関与した妊婦以外の者の擬律が問題となる。ここで注意を要するのは、自己堕胎罪はたしかに責任身分ではあるものの、同罪における「堕胎した」とは自身の堕胎を意味するのに対し、（業務上堕胎罪を除く）他の堕胎罪における「堕胎させた」とは他人の堕胎を意味するため、自己堕胎罪とその他の堕胎罪は、そもそも構成要件該当行為の点で合致していないということである。それゆえ、妊婦自身による堕胎に共犯として関与した者につき、その身分に応じて刑法 65 条 2 項の適用により同意堕胎罪や業務上堕胎罪の共犯が成立するとする見解[351]もあるが、それは妥当でなく、あくまでも堕胎させる行為ではなく堕胎する行為の共犯である以上、自己堕胎罪の共犯が成立するに

---

[349] 島田・前掲注（4）265 頁参照。

[350] Vgl. *Kienapfel/Schroll*, a. a. O. (Fn. 247), § 77 Rn. 5: „§ 77 setzt idR – anders als § 75 – eigenhändige Vornahme der Tötungshandlung voraus. Führt ein Dritter die Tat aus, etwa weil der Aufgeforderte verzagt, kann für ersteren § 75 in Betracht kommen“.

[351] 同意堕胎罪の共犯が成立するとするものとして、西田（橋爪補訂）・前掲注（84）21 頁。

とどまることになる[352・353]。なお、妊婦自身による堕胎に、刑法 214 条所定の身分者が関与した場合には、これとは異なる結論に至るものと解する。すなわち、先述の通り、業務上堕胎罪は、堕胎罪一般の保護法益に加えて、医師等が胎児の生命を尊重するということについての社会一般の信頼を保護しているとすれば、医師等自身による堕胎への関与そのものが業務上堕胎罪固有の無価値にとって重要であるということになる。そうであるとすれば、刑法 214 条における「堕胎させた」とは、自身が堕胎を施す行為のみならず、種々の方法により堕胎に関与する行為をも含むと解される。したがって、妊婦自身による堕胎に、刑法 214 条所定の身分者が関与した場合（たとえば、薬剤師が妊婦自身が堕胎を行えるように薬品を交付した場合）には、妊婦自身には自己堕胎罪が成立し、刑法 214 条所定の身分者（薬剤師）には業務上堕胎罪（直接正犯）が成立することになる。

次に、妊婦の同意のもと、妊婦以外の者で、かつ刑法 214 条所定の身分者以外の者が堕胎を実行したという場合には、妊婦には自己堕胎罪が成立し、堕胎を実行した者には同意堕胎罪が成立する[354]。ここへさらに、刑法 214 条所定の身分者がこれに共犯として関与していたのであれば、その関与者には業務上堕胎罪（直接正犯）が成立し、堕胎を実行した者は刑法 65 条 1 項の準用により業務上堕胎罪の共犯となる。

さらに、妊婦の同意のもと、刑法 214 条所定の身分者が堕胎を実行したという場合には、妊婦には自己堕胎罪が成立し、堕胎を実行した者には業務上堕胎罪が成立する。

（18）保護責任者遺棄等罪の共犯

本罪は遺棄罪（前段）と不保護罪（後段）に区別され、いずれも直接実行型不法身分犯であるが、保護責任者の身分は、遺棄罪においては加重的身分であり、不保護罪においては構成的身分である[355]。したがって、保護責任者遺棄罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が準用され、保護責任者不保護罪の実現に共犯として関与し

---

[352] 妊婦自身による堕胎を支援した第三者につき、自己堕胎罪の幇助犯の成立を認めた判例として、大判昭和 10 年 2 月 7 日刑集 14 巻 76 頁、大判昭和 15 年 10 月 14 日刑集 19 巻 685 頁。

[353] なお、刑法 212 条においては、妊婦という身分によって責任の減少も考慮されているとすれば、そうした責任減少が本来妥当しない妊婦以外の者まで同条の法定刑のもとで評価されることとなり不当にも思われるが、そもそも自己堕胎という構成要件該当行為を対象とするのが刑法 212 条のみであり現行法上はやむを得ないであろう。

[354] 妊婦が他人に堕胎を実施させた場合につき、自己堕胎罪の正犯の成立を認めた判例として、大判大正 8 年 2 月 27 日刑録 25 輯 261 頁。

[355] 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社、第 2 版、2017）470、472 頁〔十河太朗〕。

た非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が適用されることとなり、いずれにせよ結論としては、刑法 218 条の罪の共犯としての罪責を負うこととなる。なお、刑法 65 条 1 項の適用ないし準用には、保護責任者が直接的に遺棄ないし不保護を事項していることが必要である。たとえば、C の親 A が、自身が C の親である子とを秘して B に C の遺棄を依頼して実行させたという場合、B の故意は単純遺棄罪の限度でしか認められないことから B は単純遺棄罪の正犯ないし共犯となるのに対し、A については、自身の子の遺棄を他人に依頼している点で不保護の実行が認められ得ることから、保護責任者不保護罪の正犯となり得る。

（19）身の代金要求等罪等の共犯

拐取者身の代金要求等罪および収受者身の代金要求等罪は、いずれも直接実行型不法身分犯であり、拐取者および収受者の身分はそれぞれ構成的身分である。したがって、拐取者身の代金要求等罪ないし収受者身の代金要求等罪の実現に関与した非身分者に対しては刑法 65 条 1 項が適用されることになる。

（20）背任罪の共犯

背任罪は特別義務違反型不法身分犯であり、他人のための事務処理者という身分は構成的身分である。したがって、背任罪の実現に共犯として関与した非身分者に対しては、刑法 65 条 1 項が適用されることになる。ただし、刑法 65 条 1 項の適用には、他人のための事務処理者が自律的かつ故意的に任務違背を行っていることが必要である。また、それに伴って、非身分者が背任罪の共犯としての罪責を負うためには、非身分者の故意が、身分者が自律的かつ故意的に任務違背に関与することについて及んでいることが必要と解される。

背任罪に関しては、その加重類型としての各種特別背任罪[356]が存在していることから、下級審裁判例においては、特別背任罪を二重の身分犯（複合的身分犯）ととらえ、特別背任罪の実現に共犯として関与した非身分者については、刑法 65 条 1 項を適用することにより罪名上は特別背任罪の共犯としつつ、刑法 65 条 2 項をさらに適用することにより科刑上は（刑法上の）背任罪の共犯を限度とするという処理が定着している。しかしながら、各

[356] 会社法上の特別背任罪以外の特別背任罪として、金融機関の合併及び転換に関する法律 71 条、保険業法 322 条、同 323 条、金融機関等の更生手続の特例等に関する法律 551 条、資金の流動化に関する法律 302 条、同 303 条、民事再生法 257 条、会社更生法 268 条、破産法 267 条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 334 条がある。

種特別背任罪は、二重の身分犯ではない。たとえば、会社法 960 条 1 項は、本文において「次に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、当該株式会社に財産上の損害を加えたとき」と規定し、各号において取締役（3 号）などを列挙しているが、刑法上の背任罪に取締役などの身分が付け加わって刑が加重されている身分犯ではなく、他人のための事務処理者のうち特別の範囲の者を選び出して規定した身分犯なのである。したがって、特別背任罪の実現に共犯として関与した非身分者は、刑法 65 条 1 項の適用により、（科刑上も）特別背任罪の共犯としての罪責を負うことになる[357･358]。

さらに、背任罪の共犯の成立をめぐっては、経済取引の相手方としての非身分者に関しては、一定のより厳格な要件が課されるとする見解が有力に主張されているところである。経済取引の相手方における背任罪の共犯に関し特別の要件が現れるかという点については本稿の論題との関係上論じないが、本稿の理解によれば、背任罪の特別義務違反型不法身分犯性から、背任罪の固有の無価値は、身分者による自律的かつ故意的な関与に依存していると解されるため、非身分者が背任罪の共犯としての罪責を負うためには、非身分者において、身分者が自律的かつ故意的に任務違背行為を行うことについての故意を備えていなければならない。そうであるとすれば、自ずと非身分者による背任罪の共犯の成立範囲が過度に広範となるという懸念は大きくないように思われる。

（21）横領罪および業務上横領罪の共犯

横領罪は直接実行型不法身分犯、業務上横領罪は特別義務違反型不法身分犯であり、占有者および業務上占有者の身分はいずれも構成的身分である。したがって、単純横領罪の実現に関与した非身分者は刑法 65 条 1 項の適用により単純横領罪の共犯となり、業務上横領罪の実現に関与した非身分者は刑法 65 条 1 項の適用により業務上横領罪の共犯となる。さらに、刑法 65 条 1 項の適用には、横領罪と業務上横領罪のいずれにおいても、占有者が客観的な横領行為を直接実行することが必要であるが、たとえば、占有者が非占有者に指示を与えることにより横領を実現したような場合には、占有者が非占有者に指示を与えて

[357] 特別背任罪につき実際にそうした結論を示したものとして、新潟地新発田支判昭和 42 年 4 月 15 日高刑 20 巻 4 号 524 頁（東京高判昭和 42 年 8 月 29 日高刑 20 巻 4 号 521 頁の原審）。

[358] なお、特別背任罪をめぐっては、刑法 65 条 1 項と同 2 項の同時適用を是認した最高裁判例は存在しないようであるから、最高裁が今後このような結論を採る余地も十分にあると思われる。

いる点において、不法領得の意思の発現が認められることから、占有者による横領行為の直接実行が問題となる場面はほとんどないように思われる[359]。また、業務上横領罪に関して刑法 65 条 1 項が適用されるためには、業務上占有者が横領行為を自律的かつ故意的に実行していることが必要となる。

身分犯である単純横領罪との関係における加重類型として業務上横領罪が存在することから、判例は、業務上横領罪の実現に共犯として関与した非身分者は、刑法 65 条 1 項を適用し罪名上は業務上横領罪の共犯とした上で、さらに刑法 65 条 2 項を適用し科刑上は単純横領罪の共犯とする処理を採用している[360]。しかしながら、業務上横領罪は、二重の身分犯ではない。「業務上」という要素はあくまでも占有の形態を特徴づけるものにすぎないのであって、占有者という身分に業務者という身分が付け加わっているわけではない。それゆえ、業務上横領罪は、「業務上他人の物を占有する者」という 1 つの身分を要求する身分犯なのである。そして、この身分は構成的不法身分であるから刑法 65 条 1 項が適用され、本罪の共犯には、まったく刑法 65 条 2 項は関係しないのである。もっとも、そもそも判例が業務上横領罪を二重の身分犯であると認めているとは必ずしも断じ得ないであろう。というのは、業務上横領罪における業務上占有者の身分につき、大審院明治 44 年判決も最高裁昭和 32 年判決も刑法 65 条 1 項を適用しているからである。それでは、判例が同時に刑法 65 条 2 項を適用した根拠がどこにあるのかといえば、すでに指摘がなされているように[361]、二重の身分犯における身分の一つを備える者が刑法 65 条 2 項により軽い法定刑によって処断されるにもかかわらず、まったく身分を備えない者には刑法 65 条 2 項が適用されず重い法定刑によって処断されるという帰結が不合理だと考えられたからであろう[362]。判例による刑法 65 条 1 項と同 2 項の同時適用の理由が上記の点にあるのだとすれば、そのよう

---

[359] Vgl. *Wach*, a. a. O. (Fn. 260), § 133 Rn. 70.
[360] 大判明治 44 年 8 月 25 日刑録 17 輯 1513 頁、
[361] 谷川久「判批」ジュリ 451 号（1970）146 頁。
[362] このことは、東京高裁昭和 42 年判決において、最もよく表れているように思われる。すなわち、東京高裁昭和 42 年判決は、「商法第 486 条第 1 項は、その犯人が、被害会社との間に同条項所定の身分関係を有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるところ、被告人渡辺は、被害者である第一興業株式会社との間において、原判示の身分関係を有するから、同被告人に対する右適条は、まさにそのとおりであるけれども、被告人早川は、前記のとおりで、右第一興業株式会社との間において同条所定の身分関係にないのであるから、普通の、他人のためその事務を処理する者と同視して、刑法第 65 条第 2 項により、同法第 247 条の通常の背任罪の刑を科すべきものと解すべきである」と判示し、あえて非身分者を「他人のためその事務を処理する者と同視」しているが、こうした非身分者を身分者する特別な取扱いは、こうした観点からのみ説明がなされるように思われる。

な理由は誤った解釈に基づくものといわざるを得ない。そもそも、単純占有者が業務上横領罪の実現に共犯として関与した場合に、刑法 65 条 2 項の適用によって単純横領罪の共犯となるという結論自体が誤りである。なぜならば、業務上占有者の身分は構成的不法身分であるため、単純占有者が業務上横領罪の実現に共犯として関与した場合には、刑法 65 条 1 項により業務上横領罪の共犯が成立するからである。したがって、本稿の理解によれば、非占有者が業務上横領罪の実現に共犯として関与した場合も、単純占有者が業務上横領罪の実現に共犯として関与した場合も、同様に業務上横領罪の共犯が成立する以上、単純占有者の罪名よりも非占有者のそれが重くなるという不均衡は発生しないのである。よって、業務上横領罪の実現に関与した非占有者は刑法 65 条 1 項（のみ）の適用により業務上横領罪の共犯とするべきであるように思われる。

（22）不法身分犯としての目的犯の共犯

不法身分犯としての目的犯の実現に共犯として関与した非身分者は、当該目的が刑罰構成的な要素であれば刑法 65 条 1 項が適用され、それ以外の要素であれば刑法 65 条 1 項が準用されることにより、目的犯の共犯としての罪責を負うこととなる。ここで重要なのは、不法身分犯としての目的犯は直接実行型不法身分犯に分類されることから、目的を有する者が一定の行為を実行しない限り固有の無価値が発生しないということである。したがって、共同正犯が問題となる場合には、共同正犯者のうちの誰か一人に目的が存在するだけでは刑法 65 条 1 項の適用ないし準用にとって不十分であり、一定の行為の直接実行を担う者に目的が存在しなければならない。こうした観点からは、「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」を有する者が、他人と共謀し、他人に客観的にはストーカー行為に該当する行為を実行させた事案において、刑法 65 条 1 項の適用によりストーカー行為罪の共同正犯の成立を肯定した裁判例は妥当ではないと思われる。

（23）不真正不作為犯の共犯

不真正不作為犯は作為義務者を行為主体とする不法身分犯の一種であり、作為義務者の身分は刑罰構成的な作用を有するものと解される。したがって、非作為義務者が不真正不作為犯の実現に共犯として関与した場合には、刑法 65 条 1 項の適用により、不真正不作為犯の共犯としての罪責を負うことになる。その際、不真正不作為犯が直接実行型不法身分

犯であることから、作為義務者自身が構成要件に該当する不作為を実行していることが前提となる。なお、非作為義務者も不真正不作為犯としての罪責を負うという点についてはほとんど異論がないように思われるが、刑法 65 条の適用が必要であるかについては若干の議論がある。たしかに、不真正不作為犯は、真正不作為犯と異なり、作為義務者が行為主体となる犯罪類型が明文として存在するわけではないから、そこに刑法 65 条 1 項を適用するということに違和感があることは否めない。しかしながら、解釈上、作為義務者が行為主体となる犯罪類型を読み込むのであれば、非身分犯としての犯罪類型と身分犯としての犯罪類型が併存していると解することに他ならないのであるから、やはり刑法 65 条 1 項を適用することが望ましいように思われる。また、オーストリアにおいては、不真正不作為犯に関与した非作為義務者について刑法 14 条は適用されないと解するのが通説である[363]が、それは、不真正不作為犯に関する総則規定としてオーストリア刑法 2 条が存在しており、関与者の罪責も含め同条から導かれると解されているからであるところ、わが国においてはそうした規定がないのであるから、非作為義務者の罪責を基礎づけるべく、刑法 65 条 1 項の適用が必要であるように思われる。

第４節　小括

本章の内容を要約するならば、以下のようになる。

まず、刑法 65 条は、その沿革からしても、1 項では構成的身分について、2 項では加減的身分について規定していると解さざるを得ない。しかし、その立法趣旨に照らせば、刑法 65 条 1 項は､構成的身分のうち行為の不法に関係するものについて規定するものであり、同 2 項は、加減的身分のうち行為者の責任に関係するものについて規定するものである。したがって、構成的不法身分には刑法 65 条 1 項が適用され、加減的不法身分および阻却的不法身分には刑法 65 条 1 項が準用されるべきであり、加減的責任身分には刑法 65 条 2 項が適用され、構成的責任身分および阻却的責任身分には刑法 65 条 2 項が準用されるべきである。しかしながら、不法身分は、関与者の誰か一人に存在するからといって、必ずしも刑法 65 条 1 項の適用ないし準用によって他の関与者に対して連帯的に作用するわけではない。つまり、問題となる犯罪類型が直接実行型不法身分犯である場合には、当該不法身分を備える者が（当該不法身分を備える者による直接実行が要求される）一定の行為を直接

[363] Siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 14 Rn. 29.

実行している限りにおいて、当該不法身分は連帯的に作用することとなり、問題となる犯罪類型が特別義務違反型不法身分犯である場合には、当該不法身分を備える者が当該犯罪類型において要求される義務違反的行為を自律的にかつ故意をもってなしている限りにおいて、当該不法身分は連帯的に作用することとなる。

終章　おわりに

本稿では、複数人が事実的に共働することにより、少なくとも表見的には身分犯が実現された場合における各共働者の罪責につき包括的な検討を行ってきた。最後に、本稿によって得られた成果を要約すると、次の通りである。

第 1 章では、本稿の基礎となる正犯概念と共犯概念についてあらかじめ提示した。そこでは、自己答責性の原則に基づくわが国の共犯体系のもとでは、正犯とは、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現する関与形式として、共犯とは、他人の自律的な行為を介在させて構成要件を実現する関与形式として理解されるべきであり、他人の自律的な行為は正犯としての客観的帰属を不可能にする効果を有することから、正犯と共犯はいわば客観的帰属の質的相違であるということが確認された。

第 2 章では、そもそも不明確のままであった身分犯概念を再検討し、その具体的な内容についても検討を行った。その結果、まずわが国における身分犯は、直接単独正犯としての行為主体に一定の特徴が要求される犯罪を意味する概念であり、それゆえ身分犯を標識する身分とは、構成要件該当行為そのものではなく直接単独正犯としての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。そして、わが国における身分犯概念自体は、正犯者範囲の制限までをも含意するものではないため、ドイツやスイスにおける特別犯概念とは異なる概念であり、むしろ従来その異同が検討されてこなかったオーストリアにおける特別犯概念と定義上同一であることも明らかとなった。さらに、そのような身分犯概念を基礎として、従来その身分性が不明確であった個別具体的な構成要件要素についての身分性の基準が提示された。

第 3 章では、オーストリアにおける特別犯論の検討を通じて、不法身分犯における固有の無価値発生機序について分析した。その結果、不法身分犯においては、身分者が一定の行為を直接的に実行することによって不法を基礎づける無価値が発生するもの（直接実行型不法身分犯）と身分者が自己に課せられた刑法上の特別の義務に自律的にかつ故意をもって違反することによって不法を基礎づける無価値が発生するもの（特別義務違反型不法身分犯）の 2 種類が存在していることが明らかとなった。さらに、このことを踏まえ、わが国の刑法上の個別具体的な身分犯が、直接実行型不法身分犯、特別義務違反型不法身分犯、および責任身分犯のいずれに分類されるかについて各論的な検討を行った。

第 4 章では、第 3 章までの検討を踏まえ、身分犯の間接正犯の成否および成立要件につ

いて検討を行った。その結果、直接実行型不法身分犯においては、非身分者が身分者を道具とすることによる間接正犯は成立し得るのに対して、身分者が非身分者を道具とすることによる間接正犯はおよそ成立し得ないことが明らかとなった。また、反対に、特別義務違反型不法身分犯においては、非身分者が身分者を道具とすることによる間接正犯はおよそ成立し得ないのに対して、身分者が非身分者を道具とすることによる（直接）正犯が成立し得ることが明らかとなった。なお、こうした結論は、従来の判例の立場とも整合的であることも確認された。

第 5 章では、同じく第 3 章までの検討を踏まえ、身分犯の共犯の成否および成立要件について検討を行った。まず、身分犯の共犯をめぐっては刑法 65 条という実定法上の規定が存在するため、刑法 65 条の基本的な解釈について再検討を行ったところ、刑法 65 条の複雑な沿革を考慮すれば、刑法 65 条 1 項は構成的不法身分に関する規定であり、同 2 項は加減的責任身分に関する規定であるということが明らかとなった。そして、加減的不法身分および阻却的不法身分については刑法 65 条 1 項が、構成的不法身分および阻却的責任身分については同 2 項が準用されるべきであるということも明らかとなり、さらに、刑法 65 条 1 項の「共犯」には共同正犯も含むという判例・通説の立場の妥当性も確認された。ただし、第 3 章で示された不法身分犯における固有の無価値発生機序に鑑みれば、刑法 65 条 1 項の適用ないし準用による不法身分の連帯的作用には、一定の内在的制約があるはずであり、具体的には、直接実行型不法身分犯であれば身分者が一定の行為を直接的に実行している限りにおいて不法身分が連帯的に作用し、特別義務違反型不法身分犯であれば身分者が自己に課せられた刑法上の特別の義務に自律的かつ故意的に違反している限りにおいて不法身分が連帯的に作用するという内在的制約があるということが明らかとなった。

わが国においては必ずしも意識されてこなかったように思われるが、オーストリアにおいて明確に指摘されているように、身分犯をめぐる問題は、身分犯に分類される犯罪類型そのものに内在するものであり、特定の関与規定が採用されたことによる産物というわけではない[364]。（不法）身分犯は、その固有の不法が、身分者の関与方法に依存しているという点で、他の犯罪と決定的に異なっている。そうした固有の不法を基礎づける身分者の関与方法が各論的に解明された後に、はじめて各種身分犯の間接正犯ないし共犯の成否が帰結されることになるのである。こうした知見が刑法総則において明確に取り入れられてい

[364] *Kienapfel/Höpfel/Kert,* a. a. O. (Fn. 55), E 7 Rn. 2: „Die bei den Sonderdelikten auftretenden Probleme sind *dieser Deliktsgruppe immanent* und *keine Konsequenz einer bestimmten Beteiligungsregelung*.“; vgl. auch EBRV 1971, S. 79.

るオーストリア刑法 14 条は非常に先進的であり、将来的には、わが国の刑法 65 条も、これを参考とするかたちで改正がなされることが望ましいと思われる。本稿では、前述の各論的な検討をも行った上で、各種身分犯における間接正犯および共犯の成否について論じたが、当然のことながら、それらに関しては様々な批判や異なる理解があり得る。今後、身分犯をめぐっては、身分犯においては身分者の関与方法がその固有の不法にとって決定的であるという点が意識されたかたちでの様々な検討がなされ、比較法的にまだまだ後進的と評価せざるを得ないわが国の身分犯論が発展していくことが本稿の願うところである。

【付記】

本稿は、日本学術振興会特別研究員奨励費（18J12250）の助成を受けたものである。