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（1）
Author(s)	岡部, 天俊
Citation	北大法学論集, 71(2), 21-48
Issue Date	2020-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78968
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_2_02_Okabe.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論（１）

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　客観的帰属の形式としての正犯と共犯
　第２節　共同正犯の位置づけ
　第３節　各則構成要件による正犯概念の拡張
第２章　身分犯概念とその具体的内容
　第１節　身分犯の定義
　　第１項　刑法65条から導かれる身分犯の特殊性
　　第２項　構成要件該当行為自体ではなく
　　その行為主体を特徴づける要素としての身分
　第２節　Sonderdelikte 概念と身分犯概念
　　第１項　ドイツおよびスイス
　　第２項　オーストリア
　　第３項　小括　（以上、本号）
　第３節　身分犯概念の具体的内容
第３章　身分犯固有の無価値発生機序
第４章　身分犯の単独正犯としての実現
第５章　身分犯の共犯としての実現
終章　おわりに

序章　はじめに

身分犯と呼ばれる犯罪は、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。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、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点に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、ただ関与者のうち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

[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。

[2] 身分犯構成要件が表見的に実現された場合とは、一見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予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が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、不法身分が

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によって身分犯構成要件が（少なくとも表見的に）実現され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構成要件が（少なくとも表見的に）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

不法に影響を及ぼすに至るメカニズムの非一元性を示唆している。

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確認した上で、共同正犯という関与類型の位置づけを論ず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　客観的帰属の形式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年）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年）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

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

る。

[5] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016年）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*,

のような場合における他人の行為は、そもそも構成要件をまったく実現していないのであり、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、各個人に対し、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

Versuchsbeginn bei nachfolgender unbewusst selbstschädigender Opfermitwirkung－ein Beitrag zur Auslegung von § 12 und § 15 Abs 2 StGB, ÖJZ 2002, S. 794.

[7] 中・前掲注（4）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.

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無能力者の行為を介在さ

---

[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

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

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

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."

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」[14]。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[15・16]。よって、本稿におい

[14] 島田・前掲注（４）93-94頁。

[15] 山口・前掲注（５）307-308頁も、「共同正犯も処罰の拡張形態であり、刑法60条は単なる確認規定、つまり、それがなくても、解釈上認められる結論を確認するための規定にとどまるものではない。共同正犯の正犯性は、単独正犯の正犯性よりも拡張されているのである。このように考えると、共同正犯はあく

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。

第３節　各則構成要件による正犯概念の拡張

もっとも、以上に述べたことは、あくまでも原則にとどまる。というのも、刑法総則において前提とされている正犯概念は、立法者が個別具体的な各則構成要件を創設する際に放棄する可能性があるからである。つまり、立法者が、各則構成要件を創設する際に、本来的には共犯に相当する行為を当該各則構成要件によって正面から捕捉し、総則の正犯概念を拡張する場合があり得るのである[17]。そうした場合には、他人の自律的な行為を利用して構成要件を実現する行為につき、直接正犯というかたちで単独正犯が成立し得る[18]。

たとえば、通運会社の代表取締役であった被告人が、使用人に輸送等が禁止されている米を輸送させたが、当該使用人は積荷が米であるということを認識していたという事案において、最判昭和25・７・６刑集４巻７号1178頁は、被告人の行為につき、食糧管理法違反の罪[19]の単独正犯の成立を肯定した。本判決に関しては、いわゆる故意ある幇助的道具を利用する間接正犯を肯定したものとして位置づける見解もある[20]。し

までも共犯の一種であり、犯罪遂行における関与形態のあり方とその重要度が考慮され、『一次的責任』類型である正犯としての評価を受けていると理解すべきである」とする。

[16] Vgl. auch *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 100 ff.

[17] Vgl. *Christina Juhász*, Zur Reichweite des strafbaren Versuchs bei Beihilfedelikten, ÖJZ 2015, S. 670 f.; *Thomas Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 204 ff.; *Klaus Volk*, Tendenzen zur Einheitstäterschaft －die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs, in: Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 563 ff.

[18] 後述のように、公務員犯罪等においては、各則構成要件による正犯概念の拡張が認められる。したがって、そもそも「身分なき故意ある道具」による間接正犯という理論構成はそもそも不要であり､直接正犯の問題になると解される。

[19] 厳密には、食糧管理法９条を根拠とする同法施行令11条の４に基づく同法施行規則23条の７（いずれも犯行当時）への違反が問題となった。

[20] たとえば､大塚仁『総合判例研究叢書　刑法 (21)』(有斐閣､1963年) 47-48頁、

かし、本判決はむしろ、当該罰条の特殊性から、当該罰条において問題となる「輸送」が運搬担当者に運搬させる行為なども含まれると解されることから、運搬を自ら実行していない被告人が直接「輸送」を実行したと評価されたものとして位置づけることも十分に可能である[21・22]。具体的には、①「運搬」とは区別して「輸送」の文言が用いられていることや、②法定除外事由としての食糧管理法施行規則23条の７各号において「市町村農業會」等による「輸送」が予定されていることなどから、「輸送」には、運搬担当者を通じて運搬させる行為なども含まれると解し得ることとなり、各則構成要件による正犯概念の拡張が看取し得ることになる[23]。

こうした各則構成要件による正犯概念の拡張の存否は、個別具体的な各則構成要件の解釈に委ねられることとなる。重要なことは、仮にこうした拡張が肯定される場合には、他人の自律的な行為を通じて構成要件を実現する行為につき、間接正犯ではなく直接正犯の問題となり、被利用者は刑法上道具と同視し得るかといったことは重要でないということである[24]。したがって、ある行為の正犯性を検討する際には、原則としての、総則における正犯概念のみを前提とするのではなく、当該各則構成要件における正犯概念の拡張の存否についても考慮する必要があるという点に、留意が必要であろう。

福田平＝大塚仁（編）『演習刑法総論』（青林書院新社、1983年）271頁〔大野平吉〕。

[21] 香川達夫「判批」ジュリ666号（昭和52年度重判解）（1978年）156頁、刑事判例研究会（編）『刑事判例評釈集　第12巻』（有斐閣、1950年）132-134頁〔高田義文〕、藤木英雄「幇助利用の間接正犯」研修343号（1977年）15頁参照。

[22] なお、譲渡の概念につき、vgl. *Christoph Mayerhofer/Herald Salzmann*, Nebenstrafrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2017, SMG § 27 Rn. 3c.

[23] 本判決が、使用人たる運搬担当者らが「その情を知ると否とにかゝわらず被告人の行爲が運搬輸送の実行正犯たることに変りはないのである」とする点は、このような趣旨とも解し得る。

[24] 前掲最判昭和25・7・6の事案に関して、藤木・前掲注（21）15頁は、「間接正犯というまでもなく、実行正犯そのものだと解釈することもできる」とする。また、山口・前掲注（５）73頁も、「第三者に構成要件要素である身分がない場合には、背後者に直接正犯が成立し、第三者についてはその共犯（共同正犯又は幇助）が成立しうる」とする。

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。そのうちの後者、すなわち、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」[25]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、こうした定義は、それ自体として問題があるわけではないとしても、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なものとならざるを得ないため、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。それゆえ、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り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[26]。また、そのようになってしまえば、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

[25] 最判昭和27・9・19刑集６巻８号1083頁。

[26] 大越義久『刑法総論』（有斐閣、第５版、2012年）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年）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。

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

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しなけれ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[27]、身分はその「行為」の外部に存する要素だからであるとい

[27] 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

うことになろう[28・29・30]。

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

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。

[28] *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。

[29] 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年）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年）960頁）という指摘がなされているが、より正確にいえば、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。

[30] 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年）395頁参照）。

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」[31]。つまり、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[32・33]。

---

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

[32] 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いのか、という点に帰着するとも考えられる。

[33] 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、

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」[34]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[35]、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

„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（2008年）804頁）としており、本稿の理解する共犯規定と刑法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）。

[34] 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年）115頁。

[35] 十河・前掲注（29）245-246、250-251頁。

要素を構成要件要素とする犯罪類型を意味すると解されること、同条が構成要件外の一般的な要素についてまで規律の対象とする趣旨とは解されないことから、刑法において前提とされている身分犯にいう身分とは、構成要件要素に限定されることになる[36]。

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[37・38]。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、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

---

[36] 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年）117頁、『日本近代刑事法令集　下』司法資料別冊17号（1945年）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（29）262-263頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）372頁）は採用し得ない。したがって、中止未遂による減免（刑法43条但書）、累犯による加重（同56条、57条）、自首による減免（同42条、80条、93条但書、228条の３但書）および解放による減軽（同228条の２）などについては、身分性は問題とならない。

[37] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第２版、2018年）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。

[38] 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。

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[39]。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[40]。

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[41]。しかし、ドイツ

---

[39] *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。

[40] 内田文昭「判批」判タ712号（1990年）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。

[41] 香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014年）10頁も、「わが国における

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[42]。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。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

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。

[42] 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年）748頁以下、佐伯千仞「共犯と身分（二・完）――その問題史的概観――」法学論叢33巻３号（1935年）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年）154頁以下、外木央晃「身分犯の法的性質」明大院29号（2008年）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年）98頁、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第２版、2008年）184頁など。おそらく、公刊された文献では前掲・佐伯が最初ではないかと思われる。

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[43]。そして、普通犯とは誰もが正犯者となり得る犯罪[44]、特別犯とは特定の主体資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪[45]、自手犯とは実行行為

---

[43] *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（41）152-153 頁参照。

[44] *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 43), § 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）。

[45] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 43), § 4 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 43), § 10 Rn. 25.

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[46]と解されている[47]。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[48]。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

---

[46] *Gropp*, a. a. O. (Fn. 43), § 4 Rn. 6; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 43), § 10 Rn. 29.

[47] 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。

[48] *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.

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。」[49]

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、――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[50]、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[51]。

（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

---

[49] *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 48), S. 187.

[50] 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。

[51] 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年）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」と和訳しており、適切であると思われる。

念と見る見解[52]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[53]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[54]。そこから判例・通説は、行為関係的要素（tatbezogene Merkmale）は同条にいう特別の一身的要素に該当せず、行為者関係的要素（täterbezogene Merkmale）のみが同条にいう特別の一身的要素に該当するという基準を採用している。近時はこうした区別基準に対して批判的な見解も多く主張されているが、結局特別の一身的要素とは、他の関与者に対して（少なくとも完全には）従属的に作用しない要素であるということになる。したがって、それ以外の基準も、結局、それを欠く関与者に対しても完全に連帯的に作用すべき一身的要素とそうでない一身的要素との区別基準の設定の仕方が異なるにすぎない。

---

[52] たとえば、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017年）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５巻』（青林書院、第３版、2019年）769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（41）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年）５頁以下。

[53] 「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。

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

また、特別の一身的要素の概念には、通説の理解によれば、29条が適用される一般的責任阻却事由（allgemeine Schuldausschließungs-）および一般的免責事由（allgemeine Entschuldigungsgründe）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[55]。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[56]。

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[57]。

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

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

---

[55] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 44), § 28 Rn. 9.

[56] *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 44), § 28 Rn. 14.

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

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[58]。

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[59]、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）

---

[58] 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。

[59] *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.

に区別される[60]。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[61]。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[62]。

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

[60] *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. 59), E 7 Rn. 26; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 9 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 59), 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.

[61] *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 59), Kap. 35 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 59), 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.

[62] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 59), E 7 Rn. 23; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT^2, Kap. 16 Rn. 118.

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」[63]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、極めて近似するものであるということが明らかとなる。

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

さらに、オーストリアにおける特別犯概念は、あくまでも直接単独正犯としての実現に着目した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、わが国の身分犯概念と極めて近似するものである。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。

---

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

第3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いえるかもしれない。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、少なくとも定義としては同一の概念である。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。

【付記】

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