

# 身分犯と共犯従属性(一)

十河太朗

- 一 問題の提起
- 二 わが国の議論状況
- 三 ドイツ刑法二八条と共犯従属性
  - 一 ドイツ刑法二八条の問題性(以上本号)
  - 二 特別な一身的要求の本質
- 四 身分犯における共犯従属性
- 五 むすび

## 一 問題の提起

身分犯における身分者の行為に非身分者が加功した場合をいかに取り扱うか。この「共犯と身分」の問題を解決するため、現行刑法六五条は、その一項において、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする」とし、二項で、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者は通常の刑を科する」と規定している。

周知のように、この規定に関しては解釈論上争いが多いが、中でも、一項と二項の関係をどう理解すべきかについては学説の対立が顕著である。法文によると、同じ身分でありながら、一項の身分は非身分者にも連带的に作用し、逆に二項の身分は非身分者に及ばず個別的に作用することとなる。そこで、一項と二項との間に矛盾があるのではないかが問われ、刑法六五条を統一的に解釈するために、これまで活発な議論が展開されてきたのである。判例・通説は、一項は真正身分犯について身分の連带的作用を、二項は不真正身分犯について身分の個別的作用を定めた規定と解している。<sup>(1)</sup>これに対し、反対説として、一項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて身分犯の成立の連带的作用を、二項は特に不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものとする説や、<sup>(2)</sup>構成的身分か加減的身分かという形式的な区別の仕方を否定し、違法身分は一項により連带的に作用するが、責任身分は二項により個別的に作用するとする説などが有力に主張されており、争いは現在でも続いている。<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>

ところで、学説の中には、刑法六五条を「例外規定」だ<sup>(5)</sup>というものがある。刑法六五条は、身分犯に非身分者が関与した場合について、通常の共犯理論による解決とは異なる特別な取扱いを定めた規定であるとする趣旨であら

う。こうした主張の背景には、身分は例外的な取扱いを必要とする特殊な要素であるとの理解があるといえる。しかし、身分も、行為や結果などと同じく構成要件要素であることにかわりはない。それにもかかわらず刑法六五条を身分犯に関する例外規定とするのであれば、その根拠如何が問われるはずである。この問題は、これまで自覚的に議論されることが少なかった。

それでは、身分犯の共犯の場合には通常の犯罪の場合と異なる特別な原則が働くのだろうか、それとも通常の犯罪の基本原理が身分犯の場合にもそのまま妥当するのであろうか。後述するように、従来の議論の内容を改めて見直してみると、この点に関する各学説の認識は微妙に相違していることがわかる。刑法六五条の一項と二項の関係をめぐる議論が錯綜してきた原因の一つは、そのような考え方の違いが十分に意識されてこなかったところにあるように思われるのである。

そこで、本稿では、刑法六五条の一項と二項の関係を説明するための予備的作業として、身分犯の共犯について通常の犯罪の場合と異なる例外的な取扱いをすべきかどうかの問題を検討することにした。なお、刑法六五条の一項と二項の関係をどう理解するかの問題は、要するにいかなる場合に身分者の身分が共犯者たる非身分者に及ぶのかを問うものであるから、これは共犯従属性の問題の一面面にほかならない。<sup>6)</sup>したがって、本稿がもつばら検討の対象とするのは、通常の犯罪の場合における共犯従属性の原則が身分犯の場合にもそのまま妥当するか否かであるということになる。もちろん、本稿の検討だけで刑法六五条の意義が完全に明らかになるわけではないが、右の問題の検討は、刑法六五条の一項と二項の関係について妥当な解釈を得るための一つの重要な手がかりとなるであろう。<sup>7)</sup>

(1) 最判昭和二五年九月一九日刑集四卷九号一六六四頁、最判昭和三年五月二四日刑集一〇卷五号七三四頁。香川達夫「刑法講義〔総論〕第三版」(平成七年)四〇六一四〇七頁、川端博「刑法総論講義」(平成七年)五七八一五七九頁、木村龜二(阿部純)「増補」『刑法総論(増補)』(昭和三五年)四二四一四二三頁、前田雅英「刑法総論講義〔第3版)』(平成一〇年)四四四一四四五頁、中義勝「講述刑法総論」(昭和五五年)二六一頁、曾根威彦「刑法総論(新版補正版)』(平成八年)二八四一二八五頁、内田文昭「改訂刑法I(総論)〔補正版)』(平成九年)三二九頁以下、大谷實「刑法総論」(平成八年)二七三頁。

(2) 団藤重光「刑法綱要総論第三版」(平成三年)四一八頁、藤木英雄「刑法講義総論」(昭和五〇年)三〇三頁、三〇五頁、福田平「全訂刑法総論〔第三版)』(平成八年)二八三頁、日高義博「刑法総論講義ノート」(昭和六三年)二二五頁、西村克彦「共犯論序説(増補)』(平成三年)二二三頁以下、大塚仁「刑法概説(総論)〔第三版)』(平成九年)三一四頁、佐久間修「刑法講義(総論)』(平成九年)四〇三―四〇四頁、植松正「再訂刑法概論I総論」(昭和四九年)三八五頁、三三八頁。なお、正田満三郎「刑法六五条の解釈をめぐって」大東法学七号(昭和五五年)一二頁以下、三〇頁参照。

(3) 平野龍一「刑法総論II」(昭和五〇年)三五七頁、三六六頁、西田典之「共犯と身分」(昭和五七年)一五六頁、山口厚「共犯の処罰根拠と従属性」同「問題探求刑法総論」(平成一〇年)〔初出は、法学教室一九五号(平成八年)〕二四七頁。ただし、平野博士は、違法身分にも例外的ながら一身的なものがあり、そのような身分により刑の軽重がある場合は刑法六五条二項が適用されるといわれる(前掲書三六六頁)。また、山口教授は、加重的身分を有する者が非身分者の行為に加功した場合に、身分者について身分犯の共犯の成立を否定される(前掲論文二四八頁)。なお、大越義久「刑法総論〔第二版)』(平成八年)二四二―二四三頁、同「身分犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(平成二年)四〇七頁、莊子邦雄「刑法総論第三版」(平成八年)四九二頁以下参照。

(4) このほか、刑法六五条は身分が行為の違法性を左右する場合に関する規定であるとの前提から、違法要素としての身分は一応各加担者に連带的に作用するが、厳格にいえば身分本来の性質として、身分者と非身分者に対する法的評価はおのずから軽重の差を

生じざるを得ないとし、二項は、刑の軽重を左右する身分についてのみこれを認め、一項は、構成的身分に関し一律連带的に作用するものと定めているが、解釈上は、一項の構成的身分についても二項の精神が尊重されるべきであり、具体的には刑法六六条の情状酌量などにより刑の減輕をすべきとする見解（佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）三六五—三六六頁）、身分犯における共犯の成立は刑法六五条以前の問題であり、刑法六五条一項及び二項はともに共犯者の処罰を規定したものであって、一項は真正身分犯の共犯の処罰を、二項は不真正身分犯の共犯の処罰を規定したものであるとする見解（西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三五九頁、高橋則夫『共犯と身分』阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻 未遂／共犯／罪数論』（平成四年）一七二—一七三頁）などが主張されている。

（5） 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について」（一）『姫路法学一八号』（平成八年）五頁。

（6） 平野・前掲注（3）三六六頁。

（7） 刑法六五条が狭義の共犯に関する規定なのか、共同正犯にも適用があるのかについては争いがあるが、本稿は、とりあえず考察の対象を狭義の共犯に限定することとする。

## 二 わが国の議論状況

通常の犯罪の場合における共犯従属性の原則は、身分犯の共犯にも妥当するのか。ここでは、この点に関するわが国の学説の態度を見ていくこととする。もともと、「共犯従属性」の用語は論者や場面により異なる意味に用いられており、その内容は必ずしも一義的ではない。松宮孝明教授は、共犯従属性の問題を「正犯要素の連帯性」の問題と「共犯成立の必要条件」の問題に区別されている<sup>（1）</sup>。前者は、正犯行為の要素が共犯者に連带的に作用するのはいかなる場合かを問うのに対し、後者は、共犯成立のために正犯行為はいかなる要素を具備しなければならないか

の問題を指す。ここでも、この分類に従って考察を進めることにしたい。

(1) 最初に、身分犯における「正犯要素の連帯性」の問題を検討する。この問題が生ずるのは、正犯者に身分があり、共犯者がない場合である。たとえば、他人の物を占有していない者が占有者に対してその物を横領するよう教唆した場合や、医師でない者が医師を教唆して墮胎を行わせた場合に、正犯者の身分が共犯者にも連帯的に作用するのかが問われるのである。

まず注目されるのは、通常の共犯従属性の考え方を身分犯の場合にも徹底することにより問題の解決を図ろうとする立場である。これを最も明確な形で主張されるのが、西田典之教授である。西田教授によると、共犯行為の違法性（法益侵害性）は正犯行為の違法性から導き出されるから、正犯行為の違法性に関するすべての事情は共犯者にも及ぶのに対し、犯罪関与者の責任（法的非難可能性）は相互に独立に個別的に判断されるから、関与者の一人の責任に関する事情は他の関与者には影響を及ぼさない。この違法の連帯性及び責任の個別性という事理は、当該事情が身分であつてもかわりないはずである。<sup>(2)</sup> それゆえ、正犯者の身分のうち違法身分は刑法六五条一項により共犯者にも連帯的に作用するが、責任身分は二項により共犯者に及ばず個別的に作用する。<sup>(3)</sup> このように、西田教授の見解は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という共犯従属性の一般原則を共犯と身分の問題に結びつけた点に特徴があるといつてよい。

通常の犯罪の場合における共犯従属性の考え方を身分犯の場合にもそのまま当てはめるといふ点においては、団藤重光博士も基本的に共通の理解に立たれている。団藤博士は、一項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて身分犯の成立の連帯的作用を、二項は特に不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものと解される。<sup>(4)</sup> この見解によると、少なくとも共犯の成立の点については、真正身分犯であると不真正身分犯であるとを問わず正犯者の

身分は共犯者に及ぶこととなる。団藤博士の見解の出発点は、「共犯従属性説に立つ以上、共犯の罪名は常に正犯のそれに従属すべきだ」という厳格な罪名従属性の考え方にある。<sup>(5)</sup> 団藤博士は、この考え方を身分犯の場合にも貫徹され、真正身分犯及び不真正身分犯のいずれの場合についても非身分者たる共犯者には正犯と同じ身分犯が成立するとされるのである。ただし、団藤博士は、不真正身分犯の科刑は個別化するとされている。団藤博士の支持される厳格な罪名従属性の原則を徹底すると、不真正身分犯における非身分者の科刑も身分者のそれに従属するはずであり、その意味で、団藤博士の見解は、不真正身分犯の科刑の点に限り例外的な取扱いをしているともいえる。<sup>(6)</sup>

他方、身分犯の共犯に関して例外的な取扱いをする論者として、佐伯千仞博士を挙げることができる。佐伯博士によると、責任の個別性の原則により責任身分が個別的に作用するのは当然の事理であり、刑法がこのような自明の事項を規定したとは思えない。それゆえ、刑法六五条は責任身分に関する規定ではなく、もっぱら身分が行為の違法性を左右する場合に関する規定である。このような違法要素としての身分は、違法の連帯性の原則から一応各加担者に連带的に作用するが、厳格にいえば身分本来の性質として、身分者と非身分者に対する法的評価はおのづから軽重の差を生じざるを得ない。刑法六五条は、二項において加減的身分についてのみこれを認めている。また、一項は、構成的身分に關し一律連带的に作用するものと定めているが、解釈上は、一項の構成的身分についても二項の精神が尊重されるべきであり、具体的には刑法六六条の情状酌量などにより刑の減輕をすべきである。<sup>(7)</sup> このようにして、佐伯博士は、「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則を基本的に支持されつつも、「身分本来の性質」を理由に違法身分の連带的作用を否定されている。そこでは、通常の犯罪の場合における共犯従属性の原則が身分犯の場合には貫徹されていないのである。

それでは、こうした点について通説はどのような立場を採っているのであろうか。通説は、一項は真正身分犯に

ついて身分の連帯的作用を、二項は不真正身分犯について身分の個別的な作用を定めた規定であるとする。これによると、正犯者の身分のうち構成的身分は共犯者にも連带的に作用するが、加減的身分は共犯者に及ばないこととなる。しかし、このような解決方法が共犯従属性の一般原則といかなる関係に立つのかについて、通説は明確な説明をしてこなかった。

そこで推論するに、正犯要素の連帯性との関連で重要となる共犯理論といえば、まず、罪名従属性の問題であろう。罪名従属性の問題すなわち正犯と共犯の罪名が常に一致する必要があるかに関しては、犯罪共同説と行為共同説の間で考え方に違いがある<sup>(8)</sup>。しかし、正犯の実行行為を通じて構成要件を実現するところに共犯の本質を求める共犯従属性説に立つ以上、正犯者と共犯者の間の認識に食い違いがない限り原則として共犯には正犯と同じ罪名の犯罪が成立するというのが一般的な理解であるといつてよいであろう<sup>(9)</sup>。刑法六一条ないし刑法六三条が正犯の法定刑を基準に教唆犯及び幫助犯の法定刑を定めているのは、こうした罪名従属性の原則を前提としたものであるとされている<sup>(10)</sup>。仮にこのような理解に立つならば、通説が一項について構成的身分の連帯的作用を肯定しているのは、通説の基礎としていたる罪名従属性の立場と一致するといえるが、逆に、二項について加減的身分の個別的な作用を認めている点は、不真正身分犯に関して通常の犯罪の場合と異なる取扱いをするものといわなければならない。「共犯理論に関連させて考えると、第一項が連帯性、第二項が個別性を規定しているという意味において、第一項は従属性説、第二項は独立性説とそれぞれ共通する思想に基づいている<sup>(11)</sup>」といわれるのは、この点を指摘したものであろう。

罪名従属性の問題とは別に、共犯の処罰根拠とりわけ違法の相対性の問題も、正犯要素の連帯性の問題と理論的に密接な関連を有している。共犯の処罰根拠については、これを間接的な法益侵害に求める惹起説が通説となつて

いるが、各関与者の違法性を個別的に判断すべきかどうか、すなわち違法の相対性を認めるべきかどうかをめぐる惹起説の内部で対立が生じている。学説は、原則として違法の相対性を否定する修正惹起説（従属性志向惹起説<sup>12</sup>）と、これを肯定する純粹惹起説（独立性志向惹起説<sup>13</sup>）に大別される<sup>14</sup>。しかし、こうした違法の連帯性・相対性の観点も、刑法六五条に関する通説の解釈と完全に結びついてはいない。仮に制限惹起説の主張を徹底すれば、違法身分は常に連帯的に作用するはずであるが、通説によると、違法身分であっても加減的身分であれば個別的に作用することになるから、通説における加減的身分の取扱いは、修正惹起説の主張と相容れない<sup>15</sup>。一方、純粹惹起説に立てば、確かに加減的身分の個別的な作用は容易に説明することができるけれども、逆に、なぜ構成的違法身分が連帯的に作用するのかについて、純粹惹起説は説明に窮することになる。また、修正惹起説と純粹惹起説は、各関与者の責任が相互に独立していると考える点で共通しているが、通説によれば、責任身分であっても構成的身分である限り連帯的に作用することになるから、この点においても、通説の立場は修正惹起説及び純粹惹起説のいずれとも矛盾する。

このようにして、罪名従属性及び違法の連帯性・相対性のいずれの観点から見ても、通説は、共犯従属性の一般原則を身分犯の共犯の場合には徹底していないといえる。

(2) 次に、身分犯の場合における「共犯成立の必要条件」の問題について検討する。この点が問題になるのは、特に不真正身分犯において正犯者は身分を欠くが、共犯者は身分を有している場合である。たとえば、常習者が非常習者の賭博を補助した場合がこれに当たる。この場合、共犯者について身分犯の成立を認めるといのが通説の立場である<sup>16</sup>。右の事例でいうと、正犯者には単純賭博罪、共犯者には常習賭博罪が成立するということになる。

そこで問題となるのは、右のような通説の結論が制限従属性説もしくは最小従属性説の命題と矛盾しないのかと

いうことである。要素従属性の問題に関しては、通説である制限従属性説<sup>(17)</sup>と少数説である最小従属性説<sup>(18)</sup>とが対立しているが、いずれにしても、共犯が成立するために少なくとも正犯行為が構成要件に該当することを要するという点では争いが無い。この原則を先ほどの事例に素直に当てはめると、共犯者に常習賭博罪が成立するためには正犯者の行為が常習賭博罪の構成要件に該当していなければならないはずである<sup>(19)</sup>。それにもかかわらず、通説は、正犯者は単純賭博罪にすぎないのに共犯者には常習賭博罪が成立するとしている。この場合、正犯者は少なくとも単純賭博罪では処罰されるから「正犯なき共犯」を認めることにはならないとするのかもしれない。しかし、正犯行為には当該身分犯の構成要件該当性がないことにかわりはないのであるから、その限りにおいて通説は「正犯なき共犯」を肯定していることになる<sup>(20)</sup>。つまり、通説は、身分犯に関して制限従属性説の考え方を徹底していないといえる。問題は、その根拠であるが、この点について通説は何も語ってこなかったのである。

そこで、従来の制限従属性説の内容そのものを修正することによって右のような通説の結論を理論的に正当化しようとするのが、西田教授である。西田教授は、正犯者に加減的責任身分がなく共犯者のみがこれを有する場合には、責任の個別性の見地から刑法六五条二項の適用を肯定され、共犯者について身分犯の成立を認められる<sup>(21)</sup>。この場合、正犯には身分犯の構成要件該当性がないのに、共犯には身分犯が成立することになるから、このような結論が、西田教授の支持される制限従属性説の命題に抵触しないのが問題になる。この点につき、西田教授は、刑法六五条二項は「単に『責任の個別化』を規定するだけでなく、責任の強弱が身分という形で類型化・構成要件化されている限りにおいては、共犯の構成要件が正犯のそれから独立であることをも規定したもの<sup>(22)</sup>」であるとされる。制限従属性説も結局は責任個別性の原則の帰結にほかならないから、制限従属性説を前提としても、責任身分に関する限り、共犯の成立のために正犯行為の構成要件該当性は必要でないというのである。

これに対し、団藤博士の見解においてはこのような問題は生じない。団藤博士は、共犯従属性説に立つ限り、共犯の成立のためには正犯がその構成要件に該当することが必要であるから、正犯に身分犯が成立しない以上、共犯に身分犯が成立するのは許されないとされる。<sup>(23)</sup> 先ほどの事例でいうと、正犯者が単純賭博罪であれば、共犯者はたとえ賭博の常習者であつても単純賭博罪にすぎないということになる。団藤博士は、身分犯の場合においても制限従属性説の定義に忠実な解釈をされるのである。最近、山口厚教授もこの立場を支持されている。<sup>(24)</sup>

(3) 以上概観してきた結果、刑法六五条の一項と二項の関係をめぐる諸説の中には、一般の共犯従属性の考え方を身分犯の場合にそのまま適用する立場と、身分犯に対して通常の共犯理論による解決方法と異なる取扱いをする立場が存在することが明らかになった。西田教授や団藤博士の見解は、前者の立場を採るものである。この立場は、理論的に明快であるといえよう。身分も行為や結果などと同じく構成要件要素の一つであることにかわりはなく、それゆえ、身分犯を含めたあらゆる犯罪は結局のところ共通の原則によつて解決されるべきだとするものだからである。<sup>(25)</sup>

問題は、後者の立場が身分犯について例外的な取扱いをする根拠を何に求めているのかである。この立場に属するのは通説や佐伯博士の見解であるが、この点についての具体的な説明は見当たらない。たとえば、佐伯博士は、「違法は連帶的に、責任は個別的に」の原則を支持されながら、違法身分について「身分本来の性質として、身分者と非身分者に対する法的評価はおのずから軽重の差を生じざるをえない」と<sup>(26)</sup>とされるが、「身分本来の性質」とは具体的に何を指すのかは依然として明らかではないのである。

そこで注目されるのがドイツの議論状況である。ドイツでは、通常の犯罪の場合における共犯従属性の原則は身分犯の共犯には妥当しないと一般に考えられており、その根拠について古くから理論的な検討が積み重ねられてき

たのである。そうした議論の内容を参照することは、わが国の問題解決にとって有益であろう。そこで、次章ではドイツの議論状況を見ていくことにしたい。

## 注

- (1) 松宮孝明「共犯の『従属性』について」立命館法学二四三―二四四号（平成八年）三〇三頁以下。
  - (2) 西田典之「共犯と身分」（昭和五七年）一五五―一五六頁。
  - (3) 西田・前掲注（2）一七一頁以下。
  - (4) 団藤重光「刑法綱要総論第三版」（平成三年）四一八頁。同頁、福田平「全訂刑法総論（第三版）」（平成八年）二八三頁、大塚仁「刑法概説（総論）（第三版）」（平成九年）三二四頁。
  - (5) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」（昭和五〇年）三七五―三七六頁、中山研一「刑法総論」（昭和五七年）四八六頁、西田・前掲注（2）五頁、曾根威彦「刑法総論（新版補正版）」（平成八年）二八五頁。団藤・前掲注（4）四一九―四二〇頁、四二二三頁参照。
  - (6) 西田・前掲注（2）五頁参照。
  - (7) 佐伯千仞「四訂刑法講義（総論）」（昭和五六年）三六五頁。
  - (8) 前田雅英「刑法総論講義〔第3版〕」（平成一〇年）三九三頁以下参照。
  - (9) 団藤・前掲注（4）四一九―四二〇頁、大谷實「刑法講義総論第四版補訂版」（平成八年）四一二頁参照。
  - (10) 西田典之「共犯と身分」再論」「内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況」（平成六年）一八一頁。
  - (11) 小野慶二「共犯と身分」日本刑法学会編「刑事法講座第三卷刑法(Ⅲ)」（昭和二七年）四八四頁。同頁、木村龜二「犯罪論の新構造（下）」（昭和四三年）一四九―一五〇頁、大野平吉「共犯と身分」日本刑法学会編「刑法講座第四卷」（昭和三八年）一六〇頁。
- なお、佐伯千仞「共犯と身分……その問題史的概観……」同「共犯理論の源流」（昭和六二年）（初出は、法学論叢三三卷二号、三

号(昭和一〇年) 一一二頁以下、西田・前掲注(2) 二頁参照。

- (12) 林幹夫「適法行為を利用する違法行為」同「刑法の現代的課題」(平成三年)〔初出は、「団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻」(昭和五八年) 一一一頁、平野・前掲注(5) 三五四―三五五頁、三五七―三五八頁、町野朔「ブレップ刑法第二版」(平成六年) 一九五―一九六頁、二〇五頁、西田・前掲注(2) 一五五―一五六頁、大越義久「共犯の処罰根拠」(昭和五六年) 二五八頁、曾根威彦「刑法の重要問題(総論) 補訂版」(平成八年) 二九三頁以下、内田文昭「改訂刑法Ⅰ(総論)〔補正版〕」(平成九年) 三〇一―三〇二頁、三一九頁。もつとも、これらの論者も、正犯が違法であっても共犯は違法でないという場合が例外的にありうることを認めている。堀内捷三「共犯の処罰根拠?」法学教室一二五号(平成三年) 五三頁、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況(平成六年) 一一一―一二二頁参照。

- (13) 相内信「固有の犯罪性からみた共犯論試論」金沢大学法文学部論集法学篇二六号(昭和五三年) 一九頁以下、浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(平成九年) 二七五頁、中義勝「違法の連帯性と要素従属性」同「刑法上の諸問題」(平成三年)〔初出は、「関西大学法学部百周年記念論文集」(昭和六一年) 四六四頁、四七四頁以下、中山研一「共犯の処罰根拠」同ほか「レヴィジョン刑法Ⅰ共犯論」(平成九年) 一九頁以下、山中敬一「共犯の処罰根拠」論——大越説の検討を中心に——』刑法雑誌二七巻一号(昭和六一年) 一三四頁以下。

- (14) 齊藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』(平成七年) 二五頁、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(昭和六三年) 一六一頁は、違法の相対性を一部肯定一部否定する折衷惹起説(混合的な惹起説)を採る。

- (15) 曾根・前掲注(12) 三四九―三五〇頁は、構成的身分は違法身分であるから連帯的に作用するのに対し、加減的身分は責任身分であるから個別的に作用すると説明している。たとえば、同じ「公務員」という身分でも、収賄罪における「公務員」は構成的身分であり、特別公務員職権濫用罪における「特別公務員」は加減的身分であるが、前者においては、公務員という身分があつて初めて公務の公正という法益が侵害されて違法になるのに対して、後者にあつては、主体が公務員であろうと非公公務員であろうと、

被害者の身体活動の自由という法益を侵害する点では何ら違いがなく、特別公務員がそのような行為を行った場合に非公務員の場合同責任非難が強まるにすぎないという。同旨の見解として、板倉宏『新訂刑法総論』（平成一〇年）三三五頁。しかし、特別公務員職権濫用罪は、身体活動の自由を侵害するだけでなく、主体が特別公務員であることによって国家の作用という法益をも侵害するものであるから、特別公務員職権濫用罪における「特別公務員」は違法身分であるというべきであろう。事実、曾根教授自身、特別公務員職権濫用罪を国家法益に対する罪と位置づけられているのである。曾根威彦『刑法各論「新版」』（平成七年）二九八―二九九頁。

- (16) 藤本英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）三〇六頁、平野・前掲注（5）三七一頁、川端博『刑法総論講義』（平成七年）五八二頁、前田・前掲注（8）四四九頁、中山・前掲注（5）四九四頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三六一頁、野村稔『刑法総論』（平成二年）四二九頁、大谷・前掲注（9）四七二頁、莊子邦雄『刑法総論第三版』（平成八年）四九五頁、曾根・前掲注（5）二八六頁、内田・前掲注（12）三三三頁。

- (17) 団藤・前掲注（4）三八四頁、藤木・前掲注（16）二九七頁、二〇七頁、福田・前掲注（4）二五三頁、香川達夫『刑法講義』（総論）第三版（平成七年）三五三頁、川端・前掲注（16）五二二頁、大塚・前掲注（4）二七二頁、大谷・前掲注（9）四一九頁、高橋・前掲注（14）一六八頁注（6）、内田・前掲注（12）三〇六頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年）三六三頁、山口厚『共犯の処罰根拠と従属性』同『問題探求刑法総論』（平成一〇年）（初出は、法学教室一九五号（平成八年））二四四頁。

- (18) 前田・前掲注（8）三九九頁。なお、平野・前掲注（5）三五四頁以下参照。
- (19) 団藤・前掲注（4）四二三頁。
- (20) 山口・前掲注（17）二四八―二四九頁。
- (21) 西田・前掲注（2）二〇〇頁。
- (22) 西田・前掲注（2）二〇七頁。
- (23) 団藤・前掲注（4）四二三頁。同旨、福田・前掲注（4）二八八頁、大塚・前掲注（4）三二七―三二八頁、佐久間修『刑法講

義 (総論) (平成九年) 四〇六頁。

(24) 山口・前掲注(17) 二四八頁。

(25) 大谷・前掲注(9) 四六七―四六八頁参照。

(26) 佐伯・前掲注(7) 三六五頁。

### 三 ドイツ刑法二八条と共犯従属性

#### 一 ドイツ刑法二八条の問題性

(1) ドイツにおいてわが国の刑法六五条に相当する規定は、ドイツ刑法二八条(以下、ドイツ刑法の引用は単に条文数のみを示す。)である。二八条は、次のように規定している。

一項 「正犯者の可罰性を基礎づける特別な一身の要素(第一四条第一項)が、共犯者(教唆者または幫助者)にないときは、その刑は、第四九条第一項によって軽減する。」

二項 「特別な一身の要素が刑を加重し、軽減し、または阻却する旨を法律が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者(正犯者または共犯者)にのみ適用される。」<sup>(2)</sup>

ここで「特別な一身の要素」(Besondere persönliche Merkmale)<sup>(2)</sup>とは、わが国の刑法六五条の「身分」に当たる概念である。一項の「可罰性を基礎づける特別な一身の要素」は構成的身分に該当し、二項の「刑罰を加重し、軽減し、または阻却する特別な一身の要素」は、刑罰を修正する特別な一身の要素ともいい、加減的身分及び刑罰阻却身分に相当する。つまり、二八条は、構成的身分と加減的身分・刑罰阻却身分という区別に基づき、一項におい

て、構成的身分の連帶的作用を一応認めた上で非身分者に対しては刑の軽減を定め、二項で、加減的身分及び刑罰阻却身分の個別的的作用を規定したものであり、その内容はわが国の刑法六五条に類似している。

(2) 問題は、二八条の内容が共犯従属性の一般原則といかなる関係に立つかであるが、この点を検討する前提として、そもそもドイツにおいて共犯従属性の問題がどのように取り扱われているのかを確認しておく必要がある。

ここでも、共犯成立の必要条件の問題と正犯要素の連帯性の問題に分けて見ていく。

まず、共犯成立の必要条件の問題については立法的に解決が図られている。教唆犯を規定する二六条及び幫助犯を規定する二七条は、共犯成立の基礎となるべき正犯行為を「故意をもってなされた構成要件に該当する違法な行為」とし、明文をもって制限従属性説を採用している<sup>(3)</sup>。したがって、共犯が成立するためには、正犯行為が構成要件に該当し違法であれば足り、有責的である必要はない。

次に、正犯の不法及び責任が共犯にも連帯するかという正犯要素の連帯性の問題であるが、このうち、責任が各関与者間において独立しているということについては異論がない。この責任の個別性の原則については明文の規定があり、二九条は、「すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に応じて罰する<sup>(4)</sup>」としている。それゆえ、正犯の責任が共犯にまで及ぶことはない。

一方、正犯が不法であれば共犯も必ず不法となるのかについては争いがある。この点については、不法の有無・程度は行為者ごとに判断すべきであるから、正犯の不法と共犯の不法は相互に独立していると見る見解<sup>(5)</sup>も有力に主張されている。しかし、このように不法の相対性を正面から肯定する見解は、現在のところ少数説にとどまっている。共犯が自らは行為支配を有していないにもかかわらず処罰される根拠は、共犯が正犯の行為を通じて間接的に不法を実現するところにある。したがって、共犯の不法は正犯の不法から導き出されるのであり、正犯行為の不法

は原則として共犯にも連带的に作用することになる。こうした理解を前提に、通説及び判例は基本的に不法の連帯性を肯定しているのである。<sup>(6)</sup>

(3) このようにして、ドイツにおいては「不法は従属的・連带的に、責任は個別的に」という原則が共犯の基本原則として一般的に支持されている。それでは、このような共犯従属性の考え方は二八条においても貫徹されているのであろうか。

構成要件要素を不法要素と責任要素に分けた場合、二八条における責任要素の取扱いは共犯従属性の一般原則と合致するものといえる。たとえば、殺人の正犯者と教唆者のうち、正犯者は物欲から殺害行為を行ったが、教唆者には物欲がなかったとする。謀殺罪（二二一条）における「物欲」の要素は刑罰を加重する特別な一身の要素に当たるから、右の場合には二八条二項が適用され、正犯者には謀殺罪、教唆者には故殺罪（二二二条）が成立することになる。しかし、「物欲」は責任要素であるから、仮に二八条二項がなくても、責任の個別性という共犯従属性の一般原則により同様の結論に至るのである。<sup>(7)</sup> また、国家とその象徴に対する侮辱の罪（九〇条a）における「悪意」は可罰性を基礎づける特別な一身の要素であるから、たとえば正犯者には悪意があり教唆者にはなかった場合、非身分者たる教唆者の刑は二八条一項により軽減される。つまり、この場合に「悪意」の要素は他人に完全には連帯しないとされているのであるが、「悪意」は責任に関する要素であるから、この結論も責任の個別性の原則に馴染むものといえよう。<sup>(8)</sup>

これに対し、二八条は、不法要素に関して共犯従属性の一般原則を徹底していない。<sup>(9)</sup> たとえば、裁判官でない者が裁判官の枉法を教唆した場合、枉法罪（三三六条）における「裁判官」の要素は不法に関する要素であるから、不法の連帯性の原則を徹底すると、非身分者たる教唆者は正犯と同じ枉法罪の法定刑によって処罰されるはずであ

る。しかし、実際には、枉法罪における「裁判官」は可罰性を基礎づける特別な一身の要素に当たするため、裁判官でない者には二八条一項により枉法罪の法定刑を軽減した刑が科せられることになる。同様に、公務担当者でない者が公務担当者に職務において傷害を行うよう教唆した場合も、公務担当者であることは不法要素であるから本来なら教唆者にも連带的に作用し、教唆者には正犯と同じ職務上の傷害罪（三四〇条）が成立するはずである。しかし、「公務担当者」は刑罰を加重する特別な一身の要素であるため、公務担当者でない者には、二八条二項により職務上の傷害罪ではなく単純傷害罪（二二三条）が成立することになるのである。

さらに、二八条によると、特別な一身の要素において制限従属性説の考え方は妥当しないこととなる。<sup>(10)</sup>たとえば、殺人の実行行為者と幫助者のうち、実行行為者は、被害者の明示の真剣な要求にもとづいて殺害を決意したが、幫助者は、そうではなかったとする。この場合、正犯行為は要求による殺人罪（二一六条）の構成要件に該当するにすぎない。そうすると、制限従属性説による場合には、幫助者は、要求による殺人罪の幫助犯となるにすぎないはずである。しかし、要求による殺人罪における「被害者の明示の真剣な要求を受けたこと」は刑罰を軽減する特別な一身の要素に当たするため、実行行為者には要求による殺人罪しか成立しないにもかかわらず幫助者には二八条二項により謀殺罪または故殺罪が成立することになる。

以上見てきたように、「不法は従属的・連带的に、責任は個別的に」という共犯従属性の一般原則は、特別な一身の要素の場合には当てはまらない。その原因は、二八条が、二項において刑罰を修正する特別な一身の要素の個別的作用を定めると同時に、一項において刑罰を基礎づける特別な一身の要素を欠く共犯者の刑の軽減を規定しているところにある。つまり、真正身分犯であると不真正身分犯であるとを問わず、およそ身分犯において非身分者は身分者に比して軽い刑によって処罰するとされているために、責任身分ばかりでなく不法身分も全面的には他人に

連帯しないことになるのである。このようにして、二八条は、共犯従属性の一般原則を緩和しないし修正する例外規定と位置づけられている。<sup>(11)</sup>

(4) そこで問題となるのが、特別な一身の要素が他人に連帯しない根拠はどこに求められているのかということである。その答えは、特別な一身の要素とそれ以外の要素との区別基準をめぐる議論を見れば明らかになる。それは、次のような事情による。

特別な一身の要素の内容は、わが国の身分概念とかなり異なっている。わが国の刑法六五条にいう「身分」とは「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たるの資格のような關係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に關する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指稱する」というのが、判例・通説である。<sup>(12)</sup>このように、身分の概念は比較的広く解されており、行為者の一身の属性、事情、性質を示す要素はすべて身分に含まれるといつてよい。たとえば、強姦罪における「男性」、横領罪における「他人の物の占有者」、背任罪における「他人の事務処理者」、業務上横領罪における「業務者」、偽証罪における「証人」などは、どれも身分に当たるとされているのである。<sup>(13)</sup>

これに対し、ドイツにおいては、行為主体の属性や事情に關する要素がすべて特別な一身の要素に当たると解されているわけではない。確かに、嬰兒殺人罪（二一七条）の「非嫡出子の母親」、<sup>(14)</sup>妊娠中絶罪（二一八条三項）の「妊婦」、<sup>(15)</sup>収賄罪（三三二条）、利益供与罪（三三一条）及び職務上の傷害罪の「公務担当者」、<sup>(16)</sup>枉法罪の「裁判官」、その他の公務担当者または仲裁人、<sup>(17)</sup>密猟罪等の「常習性」<sup>(18)</sup>（二九二条三項）などは特別な一身の要素に当たるとされている。しかし、強姦罪（一七七条）及び露出症的行為の罪（一八三条）の「男性」、<sup>(19)</sup>事故現場から不法に離れる罪（一四二条）の「事故の関与者」、<sup>(20)</sup>破産の罪（二八三条）及び強制執行免脱罪（二八八条）の「債務者」、<sup>(21)</sup>質物の不法使用の

罪（二九〇条）の「質營業者」<sup>(22)</sup>、禁制品による船舶の危害の罪（二九七条）の「旅客、船員、船長」<sup>(23)</sup>、道路交通に対する危害行為の罪（三一五条c）及び交通における酩酊の罪（三一六条）の「乗物の操縦者」<sup>(24)</sup>などは、どれも行為者の地位や状態を表した要素であるにもかかわらず、通説はこれらを特別な一身の要素ではないとしている。さらに、宣誓によらない虚偽供述の罪（一五三条）等の「証人または鑑定人」<sup>(25)</sup>、不真正不作為犯の「保障人的地位」<sup>(26)</sup>、個人の秘密の侵害の罪（二〇三条）の「医師、弁護士等」<sup>(27)</sup>、背任罪（二六六条）の「他人との信託関係」<sup>(28)</sup>などについて、多数説は特別な一身の要素に当たると解しているものの、他方において、これを否定する見解も有力である。そのほか、重婚罪（一七一条）の「既婚者」<sup>(29)</sup>、親族間の性交の罪（一七三条）の「親族」<sup>(30)</sup>、被拘禁者の共同暴挙の罪（二二一条）の「被拘禁者」<sup>(31)</sup>、集団窃盗罪（二四四条一項三号）の「団体の構成員」<sup>(32)</sup>などに関しても、これらの要素を特別な一身の要素に含めるべきか否かをめぐり肯定説と否定説が対立している。

また、ドイツでは、目的、動機、心情のような一時的な心理状態も特別な一身の要素に含まれるということ自体に異論はないが<sup>(33)</sup>、すべての主観的要素が特別な一身の要素に当たると解されているわけではない。たとえば、同じく「目的」であっても、謀殺罪の「他の犯罪行為を可能にし、または隠蔽する目的」<sup>(34)</sup>は特別な一身の要素であるのに反し、窃盗罪（二四二条）及び強盗罪（二四九条）の「領得の目的」<sup>(35)</sup>や、恐喝罪（二五三条）及び詐欺罪（二六三条）の「利得の目的」は特別な一身の要素に当たらないというのが、通説の立場なのである。

このように、特別な一身の要素は、わが国の身分概念に比べ狭く捉えられているといつてよい。その法的根拠は、二八条の「特別な」という文言に求められている<sup>(36)</sup>。たとえば、収賄罪における公務担当者及び強姦罪における男性は、ともに行為主体の属性・事情に係る要素であり、その意味で両者は「一身の」要素であることにかわりはない。それにもかかわらず、公務担当者のみが特別な一身の要素に当たるとされているのは、公務担当者は「特別な」一

身的要素であるのに対し、男性は「特別な」一身の要素とはいえないからである。

このようにして、一身の要素の中にも「特別な」一身の要素と「特別なでない」一身の要素があるということになるが、両者を区別する基準は、法文では明らかにされていない。そのため、あらゆる一身の要素のうち特別な一身の要素とそれ以外の要素をいかに区別すべきかが、古くから活発に議論されてきたのである。ところで、先述のごとく、特別な一身の要素の特徴は、共犯従属性の一般原則からすると連带的に作用すべき場合にも他人への完全な連带的作用が認められないところにある。したがって、特別な一身の要素とそれ以外の要素とをいかに区別するかの議論は、特別な一身の要素が他人に連帯しない根拠は何かを追求することにほかならないのである。

そこで、次節では、特別な一身の要素とそれ以外の要素の区別基準をめぐる議論を参照することによって、特別な一身の要素が他人に及ばない根拠をドイツの学説・判例が何に求めているのかを探ることにしたい。なお、すでに述べたところから明らかなように、一身の責任要素が個別的に作用するのは責任の個別性の原則からいって当然のことであるから、一身の要素のうち責任要素が原則として特別な一身の要素となることに異論はないといつてよい。<sup>(37)</sup>つまり、特別な一身の要素に当たることが実上問題となるのは、主として不法に関する一身の要素の場合であることに注意を要する。

注

(1) 邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料四三九号（宮澤浩一訳）（昭和五七年）一三頁を参考にした。

(2) 一四条一項は「特別な一身の要素を」特別な一身の属性、関係または事情「(Besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse und Umstände)と規定している。「属性」とは、年齢、男女の別、妊娠の状態のように、行為者の本質と不可分に結びついた精神

的、身体的、法律的要素をいう。「関係」とは「公務担当者・裁判官・重人などの資格、親族関係、他人との委託関係のよう」に他の者、機関、物との外部的な関連を指す。「事情」とは「属性」及び「関係」以外のすべての人的な要素が含まれる。動機・心情などの主観的要素「道義性」普遍性などないこと前提とする。RGSt. 25, S. 266, 269 f.; BGHSt. 6, S. 260, 262. Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 16. Lieferung, 1994, § 28, Rdnr. 59; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 28, Rdnr. 12 ff.; Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl., 1997, § 28, Rdnr. 4 f.

- (3) Baumann / Weber / Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, § 30, Rdnr. 11, § 31, Rdnr. 7; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 655 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Aufl., 1997, Vor § 25, Rdnr. 9; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Aufl., 1996, § 22, Rdnr. 1; Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 8. Lieferung, 1993, Vor § 26, Rdnr. 23; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1993, Vor § 26, Rdnr. 2; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), Vorbem. § 25 ff., Rdnr. 22; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), Vor § 25, Rdnr. 9; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl., 1997, Rdnr. 553. Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, § 53, Rdnr. 90 ff.
- (4) Jeschek/Weigend, a. a. O. (Anm. 3), S. 660 f.; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 29, Rdnr. 2; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 29, Rdnr. 1; Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 29, Rdnr. 1; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 29, Rdnr. 1.
- (5) Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 117 ff.; Meyer, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, S. 252 ff.; Sax, Zur Problematik des "Teilnehmerdelikts", ZStW 90 (1978), S. 927 ff.; Schmihäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 10/15 f.

- (6) Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 3), § 30, Rdnr. 3 ff.; Jeschek/Weigend, a. a. O. (Anm. 3), S. 685 f.; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), Vor § 25, Rdnr. 8; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 57; Otto, a. a. O. (Anm. 3),

§ 22, Rdnr. 8; Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 29, Rdnr. 14 ff.; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), Vorbem. § 25 ff., Rdnr. 17; Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 115; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 552.

(7) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 52.

(8) もっとも、責任の個別性の原則を徹底すれば、構成的責任身分を欠く共犯者は不可罰となるはずであるから、構成的責任身分を欠く共犯者について単に二八条一項による刑の減軽を認めるのは、厳密に言えば責任の個別性の原則に反することになる。そこで、二八条はもっぱら不法要素に関する規定であって責任要素に関する規定ではないとして、構成的責任身分を欠く共犯者は責任の個別性の原則を定めた二九条により不可罰になるとする見解が有力である。Hake, Beteiligungstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 161; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 23/5; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 3), S. 659; Langer, Zum Begriff der „besondere persönliche Merkmale“, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 260; Otto, a. a. O. (Anm. 3), § 22, Rdnr. 18; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 559. 以下「通説」  
 二九条は総則上の責任要素に関する規定にすぎないから、二八条は不法身分ばかりでなく責任身分にも適用があると解しているため、本文のような結論となる。BGHSt. 8, S. 205, 209. Laekner/Kuhl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 1; Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 12; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 2 ff.; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 926 f.; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 3; Vogler, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unrechten Unterlassungsdelikt, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 267. なお、中間的な見解として、責任身分のうち構成的責任身分には二九条が適用され、加減的責任身分には二八条が適用されるとするものがある。Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 122; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 19. Vgl. Küpper, „Besondere persönliche Merkmale“ und „spezielle Schuldmerkmale“, ZStW 104 (1992), S. 559 ff.; Niedermair, Tatenstufungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW 106 (1994), S. 388 ff.

(9) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 1.

- 論
- (10) Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), Vorbem. § 25ff., Rdnr. 23.
- (11) Hart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1996, S. 204; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1997, § 30, Rdnr. 147 ff.; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 127ff.; Otto, a. a. O. (Anm. 3), § 22, Rdnr. 13; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 1 ff.; Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 2 f.; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 8 f.; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 2 f.
- (12) 最判昭和二十七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。岡藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)四一八頁注(二)・大谷實『刑法講義総論第四版補訂版』(平成八年)一三二頁。
- (13) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三卷』(川端博) (平成二年)六九八頁以下参照。
- (14) BGHSt. 1, S. 235, 240; BGHSt. 17, S. 215, 217. Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 10; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 52, 81; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 12; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 8), Rdnr. 940; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 5.
- (15) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 81; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 4.
- (16) BGHSt. 22, S. 375, 377. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 3), § 32, Rdnr. 20 f.; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 107 f.; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 5, 9; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 51, 60; Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 21; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 5; Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 386 ff.; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 558.
- (17) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 54; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 18; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 8), Rdnr. 938; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 5.
- (18) RGSt. 23, S. 378; RGSt. 25, S. 266, 268; BGHSt. 17, S. 215, 217. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 3), S. 658; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 5, 9; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 157; Roxin, a. a. O.

- (Anm. 2), § 28, Rdnr. 52, 72; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 6, 9.
- (21) Grünwald, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 560; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 114; Herzberg, Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, ZStW 88 (1976), S. 82 f.; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 177, Rdnr. 2, § 183, Rdnr. 1 a; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28, 67; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 18. 凶犯並みより Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1995, § 183, Rdnr. 7.
- (22) Deichmann, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 188; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 6; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 113 f.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1995, § 49, Rdnr. 65; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 68; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 18; Steinke, Welche persönlichen Merkmale des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?, MDR 1977, S. 367. 凶犯並みより Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 142, Rdnr. 14.
- (23) Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 113; Jakobs, a. a. O. (Anm. 8), 23/24; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 283, Rdnr. 25, § 288, Rdnr. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O. (Anm. 20), § 47, Rdnr. 11, § 48, Rdnr. 19; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 4. Aufl., 1995, S. 210; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 56, 68; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 18. 凶犯並みより Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1987, § 283, Rdnr. 28, § 288, Rdnr. 25; Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 21. Lieferung, 1996, § 283, Rdnr. 228; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 283, Rdnr. 38, § 288, Rdnr. 14.
- (24) Jakobs, a. a. O. (Anm. 8), 23/24; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 68.
- (25) Herzberg, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, S. 180; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 67.

(71) Deichmann, a. a. O. (Anm. 20), S. 210; Herzberg, a. a. O. (Anm. 23), S. 183 f.; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 67.  
編 (72) 青野龍彦『』 Deichmann, a. a. O. (Anm. 20), S. 108; Jakobs, a. a. O. (Anm. 8), 23/25; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 111 f.; 142  
Herzberg, a. a. O. (Anm. 19), S. 103 f.; Rudolph, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil,  
1994, Vor § 153, Rdnr. 9; Langer, Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, in: Festschrift für Ernst  
Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 355; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 62. 青野龍彦『』 Grünwald, a. a. O. (Anm. 19),  
S. 563; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 6; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Anm. 2), Vorbem. § 153,  
Rdnr. 42.

(73) 青野龍彦『』 Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 3), § 32, Rdnr. 18; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 109; Langer, a. a.  
O. (Anm. 8), S. 262; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 161; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 64 ff.;  
Samson, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 21; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 8), Rdnr. 935; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28,  
Rdnr. 6; Vogler, a. a. O. (Anm. 8), S. 282 f.; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 558. 青野龍彦『』 Geppert, Zur Problematik  
des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82 (1970), S. 73; Jescheck/  
Weigend, a. a. O. (Anm. 3), S. 658; Matt, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1996, S. 54; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), §  
28, Rdnr. 6; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 19; Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechts-  
merkmale, 1992, S. 252 ff.; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsfornenlehre, 1988, S. 337. 54号『』 青野龍彦『』  
『』 共犯論』 (平成六年) 六三八頁以下參照。

(74) 青野龍彦『』 Haft, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., 1997, S. 76; Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 108; Krey, Straf-  
recht, Besonderer Teil, Band 1, 10. Aufl., 1996, Rdnr. 483; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 203, Rdnr. 2; Otto, a. a. O.  
(Anm. 21), S. 126; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 51, 56, 61; Samson, a. a. O. (Anm. 21), § 203, Rdnr. 51; Tröndle,  
a. a. O. (Anm. 2), § 203, Rdnr. 35; Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil/2, 21. Aufl., 1997, § 12, Rdnr. 552. 青野龍彦『』

- Grünwald, a. a. O. (Anm. 19), S. 563; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Anm. 2), § 203, Rdnr. 73; Schwerdtfeger, a. a. O. (Anm. 26), S. 232 f.
- (28) 榎波龍之介『Hake, a. a. O. (Anm. 8), S. 109; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 5; Otto, a. a. O. (Anm. 21), S. 254; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 56; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 266, Rdnr. 15; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 558. 榎波龍之介『Grünwald, a. a. O. (Anm. 19), S. 563; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Anm. 2), § 266, Rdnr. 52.
- (29) 榎波龍之介『Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 171, Rdnr. 5. 榎波龍之介『Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 171, Rdnr. 8; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 68; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Anm. 2), § 171, Rdnr. 11.
- (30) 榎波龍之介『Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. 3), § 32, Rdnr. 18; Otto, a. a. O. (Anm. 21), S. 325; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 173, Rdnr. 5. 榎波龍之介『Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 173, Rdnr. 6; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 67; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Anm. 2), § 173, Rdnr. 8; Wessels, a. a. O. (Anm. 3), Rdnr. 558.
- (31) 榎波龍之介『Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 161; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 5. 榎波龍之介『Jakobs, a. a. O. (Anm. 8), 23/24; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 6; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 67.
- (32) 榎波龍之介『BGHSt. 12, S. 220, 226 f. Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 3), § 28, Rdnr. 9; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 3), § 53, Rdnr. 161; Tröndle, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 9. 榎波龍之介『BGHSt. 6, S. 260, 261 f.; BGHSt. 8, S. 70, 72; BGHSt. 8, S. 205, 209. Otto, a. a. O. (Anm. 21), S. 172; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 73; Schönke/Schröder/Eser, a. a. O. (Anm. 2), § 244, Rdnr. 28; Vogler, a. a. O. (Anm. 8), S. 278.
- (33) 以前は「動機」目的「心情のうち」とき一時的な心理状態が特別な一身的要素に含まれるかどうかに関して学説上対立が見られた。その原因は、「一九六八年の改正前における刑法の規定の仕方にある。現行二八条に相当する旧五〇条は、「特別な一身的要素」に当たるとして「特別な一身的属性または関係」という表現を用いていた。そのため、「属性または関係」という文言の文理解

釈として、「特別な一身の属性または関係」とは一時的な心理状態では足りず、多少の継続性が必要であるとする見解が支配的であったが、他方、「一身の」という文言に着目し、主観的要素も行為者の一身にのみ存するものである以上は旧五〇条を適用してよいという見解も、次第に有力に主張されるようになってきたのである。こうした争いは、立法により解決が図られることとなり、一九六八年の刑法一部改正によって、旧五〇条は従来の規定に「事情」の文言を付加し、「特別な一身の属性、関係または事情」とした上で、これを総合して「特別な一身の要素」と表現するに至った。立法者は、一時的な心理状態を含むうる「事情」の文言を用いることにより、主観的要素も特別な一身の要素となりうることを明らかにしたのである。すべに見たように、現行二八条も同様の規定の仕方を採用している。こうしたポイントの議論の流れについては、西田典之『共犯と身分』（昭和五七年）三六頁以下に詳しく、なお、前掲注(七)参照。

- (47) BGHSt. 23, S. 39, 40; BGHSt. 25, S. 287, 290; BGH bei Holz MDR 1980, S. 628. Hake, a. a. O. (Ann. 8), S. 136; Lackner/Kühl, a. a. O. (Ann. 3), § 211, Rdnr. 16; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Ann. 3), § 53, Rdnr. 158; Roxin, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 75; Welzel, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952, S. 75; Wessels, a. a. O. (Ann. 3), Rdnr. 558. 凶器器用して Tröndle, a. a. O. (Ann. 2), § 211, Rdnr. 14.
- (48) BGHSt. 22, S. 375, 380. Hake, a. a. O. (Ann. 8), S. 139; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Ann. 3), § 53, Rdnr. 156; Roxin, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 70, 75; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 16, 20; Stratzenwerth, a. a. O. (Ann. 8), Rdnr. 934; Tröndle, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 6; Wessels, a. a. O. (Ann. 3), Rdnr. 558. Vgl. Samson, a. a. O. (Ann. 21), § 28, Rdnr. 20.
- (49) Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Ann. 3), § 32, Rdnr. 11; Geppert, (Ann. 26), S. 50, 52; Grünwald, a. a. O. (Ann. 19), S. 557; Lackner/Kühl, a. a. O. (Ann. 3), § 28, Rdnr. 4; Langer, a. a. O. (Ann. 8), S. 258; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Ann. 3), § 53, Rdnr. 147; Roxin, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 28.
- (37) Roxin, a. a. O. (Ann. 2), § 28, Rdnr. 52.