

# 身分犯と共犯従属性（二・完）

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（以上二五卷一号）
  - 二 特別な一身の要素の本質
- 四 身分犯における共犯従属性
- 五 むすび（以上本号）

## 二 特別な一身の要素の本質

(1) すべての一身の要素のうち、特別な一身の要素とそれ以外の要素はどのような基準によって区別されるのか。ドイツの判例は、その答えを一貫して行為者関係性〔*Anerkennung*〕の有無に求めてきた。当該犯罪要素が行為者に関係している場合には特別な一身の要素に当たりますが、行為に関係している場合には特別な一身の要素に該当しないとするのである。たとえば、一九二六年三月二二日のライヒ裁判所判決<sup>(1)</sup>は、有償による墮胎罪の「有償性」の要素について、行為者ではなく行為の特徴を表す要素であることを理由に特別な一身の要素でないとし、一九六九年五月二〇日の連邦通常裁判所判決<sup>(2)</sup>は、謀殺罪における「下劣な動機」の要素は行為者関係の要素〔*Anerkennung*〕であるから特別な一身の要素に当たりますが、同じく謀殺罪の要素である「公共に危険を生ずべき方法の使用」は行為関係の要素〔*Anerkennung*〕であるから特別な一身の要素ではないと判示している<sup>(3)</sup>。また、学説においても、特別な一身の要素とそれ以外の要素を行為者関係の要素か行為関係の要素かという基準によって区別する立場が通説的地位を占めている<sup>(4)</sup>。

このことから、ドイツの判例及び通説は、特別な一身の要素が他人に連帯しない根拠を行為者関係性に求めるといえる。行為者関係の要素は当該行為者に固有の事情を表すものであるから、これを欠く共犯者の刑は減輕されるが、これに対し、外部的な行為それ自体には何人も関与しうるから、行為関係の要素は他人にも完全に從属的・連带的に作用する。判例・通説はこのように考えるのである。

もつとも、判例及び通説のいう「行為者関係性」とは具体的にどのような概念なのかは必ずしも明らかではない。たとえば、前記一九六九年連邦通常裁判所判決は、「行為者の一身にのみ存在し他人には存在しない要素」をもって行為者関係の要素としている<sup>(5)</sup>。行為者関係性とは、行為者の一身的な特性もしくは事情に関係していることをいう

とする趣旨であろう。確かに、特別な一身の要素の典型とされている「公務担当者」は、まさしく行為者の一身の特性を示す要素であるから行為者関係の要素であるといえよう。しかし、強姦罪や露出症的行為の罪における「男性」も、やはり行為者の一身の特性・事情を表す要素であるにもかかわらず、通説はこれを行為関係の要素であるから特別な一身の要素に当たらないと解している。<sup>(6)</sup> そればかりではない。およそ主観的要素は、行為者の一身の事情に関する要素といえるが、既述のごとく、同じ主観的要素の中にも、謀殺罪の「下劣な動機」のように特別な一身の要素に当たるとされているものと、窃盗罪の「領得の目的」や詐欺罪の「利得の目的」のように特別な一身の要素ではないとされているものとが含まれているのである。<sup>(7)</sup>

他方、判例の中には、行為の客観的特徴を示す要素を行為関係の要素とし、行為者の内心的特徴を表す要素を行為者関係の要素とするものもある。<sup>(8)</sup> しかし、一身の要素のうち、主観的要素が行為者関係の要素、客観的要素が行為者関係の要素であると解することもできない。故意、領得の目的、利得の目的は主観的要素であるが、通説及び判例はこれらを行為者関係の要素と解していないし、逆に、公務担当者、非嫡出子の母親は、客観的要素であるが行為者関係の要素とされているのである。<sup>(9)</sup>

このようにして、行為者関係性概念の不明確性が通説の内部においても自覚されるようになってきている。<sup>(10)</sup> そこで最近では、行為者関係性概念の実質的な内容をいかに明らかにするかという点に議論の重点が移行しつつあるといつてよい。

(2) その中で注目されるのは、行為関係の要素か行為者関係の要素かの区別を法益関係性(Rechtsgutbeziehung)という概念によって説明しようとする立場である。ザムゾン<sup>(11)</sup>は、あらゆる一身の要素のうち、当該構成要件の法益侵害に関係する要素をもつて行為関係の要素とする。たとえば、文書偽造罪における「法律上の取引において

人を欺罔する目的」は、文書の信用という保護法益の侵害に向けられた意思であるから行為關係的要素であるのに対し、謀殺罪における「下劣な動機」は、人の生命という保護法益の侵害とは直接の關係がないから行為者關係的要素である。一九五四年七月一三日及び一九五五年六月二一日の連邦通常裁判所判決<sup>(12)</sup>などが、行為の客観的な危険性に影響を及ぼすことを理由に「集団性」の要素を行為關係的要素に当たるとしていることからすると、判例も、法益侵害に關係する要素かどうかという基準によって行為關係的要素と行為者關係的要素を區別しているとも考えられる<sup>(14)</sup>。こうした主張の背景にあるのは、次のような考え方であろう。一身の要素は、行為主体に固有の事情や属性を表すものであるから他人には連帶しないのが原則である。しかし、一身の要素を欠く者であっても他人を介して間接的に法益を侵害すること自体は可能であるから、当該一身の要素が法益侵害に關係している場合には、それは特別な一身の要素に当たらず、他人にも連帶的に作用することになる。

しかし、この法益關係性説ともいべき見解に対しては、行為者關係的要素と行為關係的要素の違いを法益關係性の有無だけで説明することはできないとの批判が寄せられている<sup>(15)</sup>。たとえば、職務犯罪において行為者が公務担当者としての地位を備えていることは、職務の清廉性という保護法益を侵害するのに不可欠であるから、職務犯罪の公務担当者が法益關係的要素であることは明らかである。それにもかかわらず、公務担当者を特別な一身の要素とすることに異論は見られない。そのほかにも、偽証罪の「証人または鑑定人」や背任罪の「他人との信託關係」のように、法益關係的要素でありながら行為者關係的要素と解されているものは多いのである。

これに対し、法益關係性説の立場から最も徹底した結論を引き出しているのが、グリュンヴァルトである。グリュンヴァルトは、法益侵害に関する事情はすべての関与者に共通するものであるから、通説のいう行為關係的要素とは法益關係的要素という意味に理解すべきであるとして、法益關係的要素は原則として特別な一身の要素とはい

えないことを強調する。<sup>(16)</sup> たとえば、個人の秘密の侵害の罪における「医師、弁護士等」、偽証罪における「証人または鑑定人」、背任罪における「他人との信託関係」などについて、通説はこれらの要素を特別な一身の要素とするのに対し、グリュンヴァルトは、法益侵害に関係している以上これらは特別な一身の要素には当たらないとする。<sup>(17)</sup> ただ、法益関係的要素のうち、職務犯罪における公務担当者だけは例外的に特別な一身の要素に含まれると解している。確かに、公務担当者は法益に関係する要素であるが、立法過程を見ると、立法者が公務担当者の要素に対して二八条を適用しようとしていたことは明らかであるから、これを特別な一身の要素とせざるをえないとするのである。<sup>(18)</sup>

しかし、個人の秘密の侵害の罪における「医師、弁護士等」を特別な一身の要素とすることは通説の承認するところであり、これを否定するグリュンヴァルトの見解は具体的帰結として妥当でないという批判<sup>(19)</sup>のほかに、公務担当者の要素だけを例外として扱うべき理論的根拠は見当たらず、むしろ、グリュンヴァルトが公務担当者の要素を例外として扱わなければならないのは、法益関係性という基準を徹底することの不当性を示すものだという批判<sup>(20)</sup>が、グリュンヴァルトの見解には向けられている。その結果、グリュンヴァルトのように極端な法益関係性説は姿を消しつつあるとみてよい。

(3) もっとも、「法益侵害は連帯する」という命題それ自体は、一般に支持されている。共犯の処罰根拠は共犯が正犯を通じて間接的に法益を侵害するところであり、法益侵害の有無に関する評価はどの関与者にも共通すると考えられているからである。したがって、もっぱら法益侵害に関係する一身の要素を特別な一身の要素に含めないことは共通の認識となっている。<sup>(21)</sup> その典型例は、強姦罪の「男性」である。たとえば、女性が男性の強姦行為に関与した場合、女性は男性を通じて強姦罪の保護法益を侵害したといえるから、その女性の刑を二八条一項により減輕する必要はない。強姦罪における「男性」の要素は、女性にも完全に連帯的に作用するのである。そのほか、謀殺

罪の「公共に危険を生ずべき方法の使用」、窃盗罪の「領得の目的」、詐欺罪の「利得の目的」も、もっぱら法益侵害に関係する要素であることから、特別な一身の要素に当たらないとされている。

それでは、収賄罪における公務担当者が、法益侵害に関係する要素であるにもかかわらず行為者関係の要素とされているのは、なぜなのであろうか。現在、その理由に関して最も有力で説得力があるのは、特別義務違反(Verletzung der besonderen Pflicht)という考え方である。この考え方によると、公務担当者の要素は、収賄罪の法益侵害に関係する側面と同時に、「職務に関連して利益を受け取ってはならない」という特別な義務の違反を基礎づける側面をも有している。公務担当者の法益侵害としての側面は連帶的に作用するけれども、特別義務違反としての側面は、人的な不法であるから他人には及ばない<sup>(22)</sup>。同様に、虚偽供述の罪の「証人または鑑定人」は真実供述義務、また、個人の秘密の侵害の罪の「医師、弁護士等」は守秘義務という特別な義務をそれぞれ負担しており、それゆえ、それらの要素は、法益関係的要素ではあるが特別な一身の要素に当たらない。つまり、行為者関係性概念の中核は特別義務違反に存するといえるのである。

この特別義務違反説を最も明確な形で主張しているのが、ロクシンである。ロクシンは、特別な一身の要素を成立要件とする犯罪を義務犯(Pflichtdelikte)と呼んでいる<sup>(23)</sup>。特別な一身の要素とは、「一定の者が一定の行為をしてはならない」という特別な義務を負担するところの地位または資格を意味し、特別な一身の要素を有する者が自らに課せられた特別義務に違反するところに義務犯の本質があると論ずるのである<sup>(24)</sup>。ロクシンによると、この特別義務は、刑法以外の規範を根拠として発生する<sup>(25)</sup>。たとえば、枉法罪というと、裁判官は、その社会的な役割に基づいて「法を曲げてはならない」という高度な要求が課せられており、そこから裁判官に対する特別義務が発生する。この特別義務に違反するのは、自らその義務を課せられた者すなわち裁判官に限られる。裁判官でない者は、たと

え裁判官の枉法に関与したとしても、自らは特別義務を課せられていない以上、義務違反という不法を実現したとはいえない。それゆえ、裁判官でない共犯者は、二八条により裁判官に比べ軽い刑の適用を受ける。<sup>(26)</sup> ロクシンは、このように述べて、特別な一身の要素が連带的に作用しないことを正当化しようとするのである。

そのほか、具体的な内容や表現方法に多少の違いはあるものの、ランガー<sup>(27)</sup>、シュトラーターテンヴェルト、ヤコプス、ガラス<sup>(30)</sup>、ラックナー<sup>(31)</sup>、クラマー<sup>(32)</sup>、ヴェツセルス<sup>(33)</sup>、オットー<sup>(34)</sup>、シュミットホイザー<sup>(35)</sup>、ザムゾン<sup>(36)</sup>など多くの論者が、行為者の特別義務を基礎づける要素をもって特別な一身の要素としている。<sup>(37)</sup> こうしたところから、特別な一身の要素が連带的に作用しない根拠に関しては、これを特別義務違反に求める立場が支配的となりつつあると見てよいであろう。

(4) 他方、ヘルツベルクは、判例・通説が基礎としている行為者関係性とは全く異なる観点から特別な一身の要素の本質を説明しようとする。ヘルツベルクによると、特別な一身の要素か否かの区別は、当該犯罪要素が価値関係的要素(wertbezogenes Merkmal)か、価値中立的要素(wertneutrales Merkmal)かによって決定される。価値関係的要素とは、不法及び責任の有無・程度を決定する要素をいい、価値中立的要素とは、あらゆる法益侵害行為のうち典型的でないものを処罰の範囲から除外するための要素にすぎず、不法及び責任の程度とは無関係のものである。<sup>(38)</sup> そもそも二八条が特別な一身の要素を欠く共犯者を軽く処罰しているのは、特別な一身の要素を欠くことによりその共犯者の不法または責任が減少するからである。したがって、不法または責任の程度に影響を及ぼす一身の要素すなわち価値関係的要素は、特別な一身の要素となる。これに対し、価値中立的要素は不法及び責任の程度とは無関係なので、これを欠いても二八条の適用はなく、刑は減輕されることはない。<sup>(39)</sup>

価値中立的要素の具体例として、ヘルツベルクは強制執行免脱罪における「債務者」を挙げている。<sup>(40)</sup> 強制執行を

妨げる行為をしたのが債務者であろうと、第三者であろうと、法益が侵害されることに変わりはなく、それゆえ、行為の主体が誰であるかは、不法の程度に影響を及ぼすものではない。それにもかかわらず、立法者は債務者の行為のみを強制執行免脱罪として処罰し、第三者の行為を不可罰としているが、その理由は、第三者が強制執行を妨げる事態は実際上ほとんど起こらないので、これを不可罰としても差し支えないという点にある。このような意味において、債務者の要素は、単に典型的でない法益侵害行為を処罰の対象から除外するための要素にすぎず、したがって価値中立的要素であるという。同様の理由づけにより、ヘルツベルクは、事故現場から不法に離れる罪における「事故の関与者」、禁制品による船舶の危害の罪における「旅客、船員、船長」、露出症的行為の罪における「男性」、詐欺罪における「利得の目的」などが価値中立的要素に当たるとしている。<sup>(41)</sup>これに対して、背任罪における「信託義務」、収賄罪における「公務担当者」などは、当該法益に対する社会的答責性、不法及び責任の程度に影響を及ぼす要素であるから価値関係的要素に当たるといえる。<sup>(42)</sup>

このように、ヘルツベルクは、特別な一身的要素が他人に連带的に作用しない根拠を価値関係性に求めるものといえる。価値関係的要素は、行為者に固有の不法及び責任の程度に関する要素であるがゆえに他人には連帯しないとするわけである。

こうしたヘルツベルクの見解は、実際上の帰結としては通説と大きく異なるものではないが、価値関係的要素か価値中立的要素かという区別の仕方に対しては、学説上、批判的な見解が大勢を占めている。<sup>(43)</sup>批判は、価値中立性概念の内容に集中した。たとえば、あらゆる強制執行妨害行為のうち、債務者の行為についてのみ強制執行免脱罪が成立し、それ以外の者の行為が不可罰とされているのは、立法者が、前者は当罰性を有し後者はこれを欠くと考えたからである。そして、当罰性の有無は不法及び責任の程度と不可分の関係にあるから、強制執行免脱罪の債務



者の要素は、不法及び責任の程度に影響を及ぼすものであって、決して「価値中立的な」要素ではない。そもそも構成要件は、不法で有責的な行為を定型化したものである以上、構成要件要素は、すべて不法または責任の有無・程度に係る価値関係的要素であるというべきであつて、価値中立的な構成要件要素というものはありえないはずである。<sup>(44)</sup>

(5) ところで、以上述べてきた諸説はいずれも、一身の要素の中に「特別な一身の要素」に当たるものと当たらないものがあるとの前提に立ち、両者の区別基準を模索してきた。これに対し、一身の要素すなわち行為者の状態・属性に関する要素は、すべて二八条にいう「特別な一身の要素」と解してよいとする見解も主張されている。シューネマンの見解である。

シューネマンの主張の出発点は、二八条の立法目的にある。シューネマンによると、共犯従属性の原則を徹底したときに生ずる不当な結論を回避し、あるいは可能な限り緩和するところに、二八条の立法目的がある。たとえば、母親が自らの婚姻外の子供を殺害するよう父親を教唆したが、その父親は物欲から殺害したという場合、正犯である父親の行為は謀殺罪の構成要件に該当するから、共犯従属性の原則を素直に適用すると、母親は謀殺罪の教唆となる。しかし、仮にこの母親が正犯として子供を殺害したとすれば、嬰兒殺が成立するにすぎない。つまり、共犯従属性説の考え方を徹底すると、母親は、正犯として行為したときより共犯として行為したときの方がかえって重く処罰されることになる。このような不都合な結論を避けるために、二八条は、その二項において特別な一身の要素の個別的な作用を定めて、この母親には嬰兒殺の教唆が成立するものとしているのである。<sup>(45)</sup>

以上のような理解を前提として、シューネマンは、あらゆる一身の要素の場合において右のような問題は生じると論ずる。一身の要素を欠く者が自ら正犯として行為すれば、不可罰となるか、あるいは軽い犯罪が成立するに

すぎないのに、一身の要素を欠く者がこれを有する者の行為に共犯として加功すれば、共犯従属性の原則により、一身の要素を欠く者には正犯と同じ重い犯罪が成立するからである。それゆえ、そのような不均衡を是正するためには、行為者の一身の事情もしくは属性に関する要素は、すべて特別な一身の要素と解し、二八条を適用する必要があると主張するのである。<sup>(46)</sup>このような見解によると、窃盗罪の「利得の目的」、強制執行免脱罪の「債務者」などは、通説の理解と異なり特別な一身の要素に含まれることになる。<sup>(47)</sup>

このようなシューネマンの見解は、特別な一身の要素が他人に連帯しない根拠をその一身の性格に求めるものといつてよい。つまり、一身の要素とは行為者に固有の事情や属性を示す要素をいうから、一身の要素の効果は、すべてその要素を有する者にのみ及ぶべきだと解するのである。

しかし、シューネマンの見解は様々な批判を受けている。たとえば、ロクシンは、そもそも二八条の立法目的に関するシューネマンの理解の仕方に問題があるという。確かに、刑罰を修正する特別な一身の要素の場合、二八条二項は、完全な個別的作用を定めているから、シューネマンのいうように不均衡を是正しようかもしれない。しかし、刑罰を基礎づける特別な一身の要素の場合には、同条一項により刑の減輕が規定されているにすぎず、シューネマンのいうような不均衡を完全には是正することはできない。刑罰を基礎づける特別な一身の要素を欠く者は、正犯として行為すれば不可罰であるのに、共犯として関与すると、刑は減輕されるものの処罰の対象にはなるからである。したがって、特別な一身の要素を欠く者が正犯として行為したときと共犯として行為したときの不均衡を解消する点に二八条の立法目的があるとは解されない、とロクシンはいう。<sup>(48)</sup>

また、ロクシンは、嬰兒殺における「非嫡出子の母親」のような責任要素の場合には、シューネマンの主張は説得的であるが、不法要素、特に法益侵害に関する要素の場合においては疑問があるという。確かに、女性が自ら正

犯として露出症の行為を行った場合には不可罰となるのに、露出症の行為をするよう女性が男性に教唆した場合に  
 は、共犯従属性の原則を貫徹すると、露出症の行為の罪の法定刑によって処罰されることになる。そこで、シュー  
 ネマンは、共犯である女性には二八条一項により露出症の行為の罪の法定刑を減輕した刑を適用し、不均衡を可能  
 な限り緩和すべきだと主張するのである。しかし、一方で、女性による露出症の行為が不可罰とされているのは、  
 それが實際上ほとんど行われなければかりでなく、男性による露出症の行為の場合ほど社会に不安を引き起こさず当  
 罰性がないことによるものであり、しかも、そのような立法者の判断は妥当なものである。他方、男性による露出  
 症の行為に女性が共犯として加功した場合を見ると、女性は、そのような不法な法益侵害行為を惹起した以上、そ  
 の点について帰責されるのは、共犯の基本原則からいって当然のことであり、その不法の程度は、自ら露出症的行  
 為をした場合に比べてはるかに大きい。ロクシンは、このように述べて、右の場合において女性が正犯として行為  
 した場合と共犯として行為した場合との間に取扱いの差異があつたとしても、それには理由があると反論している。<sup>(49)</sup>

さらに、ヘルツベルクは、シューネマンの見解は奇妙な結論に至ると指摘する。シューネマンの見解に従うと、  
 露出症の行為の罪における「男性」は特別な一身の要素に当たることになるが、そうすると、たとえば男性と女性  
 が第三者に対して露出症の行為をするよう教唆した場合、男性には二八条が適用されず刑の減輕がないのに、「男性」  
 という特別な一身の要素を欠く女性は、二八条一項により刑が減輕されることになるからである。<sup>(50)</sup>

右の批判からもわかるように、シューネマンの見解の最大の問題点は、すべての一身の要素について二八条の適  
 用を認めた結果、もっぱら法益侵害に関係する一身の要素までもが個別的に作用することになってしまふというこ  
 ころにある。既述のごとく、法益侵害連帯性の原則は一般に支持されており、シューネマンの見解はこの原則と明  
 らかに矛盾するのである。<sup>(51)</sup>このようにして、シューネマンの見解は支持者を得るには至っていないというのが、現

状である。

(6) 以上、特別な一身の要素の本質をめぐるドイツの議論の展開をたどってきた。こうしたドイツの議論は、わが国における問題の解決にどのような示唆を与えてくれるのであろうか。次章では、舞台を再びわが国に戻して、共犯従属性の一般原則を身分犯にも適用すべきかどうかについて望ましい解決方法を模索することにする。

## 注

(1) RGSt. 60, S. 158, 159.

(2) BGHSt. 22, S. 375, 378. ドイツの判例は、とりわけ謀殺罪の各要素の取扱いにおいて行為者関係の要素か行為関係の要素かという基準を展開してきた。二二一条は、①殺人嗜好、性欲の満足、物欲、その他の下劣な動機から、②背信的に、残酷に、公共に危険を生ずべき方法を用いて、又は、③他の犯罪行為を可能にし、隠蔽するために、人を殺した場合を謀殺罪としているが、このうち①と③は行為者関係の要素であるから特別な一身の要素に含まれ、②は行為関係の要素であるから特別な一身の要素に当てはまらないのが判例の立場である。Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 16. Lieferung, 1994, § 28, Rdnr. 23 ff. なお、山本光英『ドイツ謀殺罪研究』(平成一〇年)二八九頁以下参照。

(3) そのほか、同様の見解に立つ判例には、RGSt. 23, S. 378; 26, S. 3, 4; BGHSt. 6, S. 260, 262; 8, S. 70, 72; 8, S. 205, 209; 17, S. 215, 217; 23, S. 39, 40; 23, S. 103, 105; 24, S. 106, 108; 25, S. 287, 290; BGH, NSStZ 1981, S. 299; BGH, NJW 1982, S. 2738; BGH, NJW 1994, S. 271, 272 などがある。特別な一身の要素か否かの区別基準をめぐるラインの判例の状況については、Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 21 ff.; Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992, S. 51 ff. を参照。

(4) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, § 32, Rdnr. 9; Ebert, Strafrecht,

- Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 189; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1996, S. 204; Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale", 1994, S. 100; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 658; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1997, § 30, Rdnr. 154; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Aufl., 1997, § 28, Rdnr. 3 ff.; Matt, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1996, S. 54; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1993, § 28, Rdnr. 16 ff.; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 28, Rdnr. 10, 15; Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl., 1997, § 28, Rdnr. 2, 6; Vogler, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 267 f., 275; Welzel, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952, S. 75; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl., 1997, Rdnr. 558.
- (10) BGHSt. 22, S. 378.
- (11) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28.
- (12) Herzberg, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 (1976), S. 78 f.; Roxin, a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28; Schünemann, Die Bedeutung der "besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (1. Teil), Jura 1980, S. 360.
- (13) RGSt 23, S. 378; 26, S. 4; BGHSt. 3, S. 72; 22, S. 378; 25, S. 289. Vgl. Schwerdtfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 95.
- (14) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, § 53, Rdnr. 149 f.; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28; Wessels, a. a. O. (Anm. 4), Rdnr. 558.
- (15) Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 6; Samson, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 16, 19; Vogler, a. a. O. (Anm. 4), S. 275 f. この通説以外の立場から行為者關係の要素が行為關係の要素かという基準を曖昧に察するべきである
- (16) Herzberg, a. a. O. (Anm. 7), S. 78 f.; Langer, Zum der "besonderen persönlichen Merkmale", Festschrift für

Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 250 f.; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 9), § 53, Rdnr. 149; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28; Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), S. 359 f.; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 932.

(11) Samson, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 19 ff.

(12) BGHSt. 6, S. 262.

(13) BGHSt. 8, S. 72. この点から刑罰阻害の意義の客観的な認識は困難であると認めざるを得ない。この点については、本論文の脚注13を参照せよ。

(14) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 29; Schwerdfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 97 ff.

(15) Herzberg, a. a. O. (Anm. 7), S. 81 f.; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 30; Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), S. 362; ders., Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, S. 338; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 10), Rdnr. 932. Vgl. Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 218 f.

(16) Grünwald, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 559.

(17) Grünwald, a. a. O. (Anm. 16), S. 563.

(18) Grünwald, a. a. O. (Anm. 16), S. 561 f.

(19) Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 88 f., 97 f., 107 ff.

(20) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 32.

(21) Gallas bei Grebing, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrrertragung 1975 in Göttingen, ZStW 88 (1976), S. 174 f.; Geppert, Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82

- (1970), S. 64 f.; Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 97 ff.; Jakobs, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW 1969, S. 492; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 4; Langer, a. a. O. (Anm. 10), S. 261; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 9), § 53, Rdnr. 154; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 70; Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 18, 20; Vogler, a. a. O. (Anm. 4), S. 268; Wessels, a. a. O. (Anm. 4), Rdnr. 558. *そのほか* Schwerdtfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 197 ff. *また* 法律(Rechtsgut)を「潜在望む」(Potential)と表現したところ、その錯誤と回避の区別を述べた。
- (22) Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 97 ff. *これらに対して* シリエンツムルトは「職務犯罪にせよ法律侵害としての側面と義務違反としての側面とを切り離すことは許されず、非公務員が公務員の行為に加工した場合に於て、法律侵害と同時に義務違反をも間接的に実現したものと考へるべくあり得よう」と述べた。 Grünwald, a. a. O. (Anm. 16), S. 561 f.
- (23) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, S. 352 f., 663 ff.
- (24) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997, § 10, Rdnr. 128 ff.
- (25) Roxin, a. a. O. (Anm. 23), S. 354; Roxin, a. a. O. (Anm. 24), § 10, Rdnr. 128.
- (26) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 54. *ただし* ロンミンは「行状者関係性論に於てのみならず、特別義務違反を行状者関係性の内容として捉えようとする必要はない」と述べた。 Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 28.
- (27) Langer, Sonderverbrechen, 1972, S. 380 ff., 484 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 261. Vgl. ders., Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, in: Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 335 ff. *また* 大越義久「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)四〇一頁以下参照。
- (28) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 10), 935; ders., Der Versuch des untauglichen Subjekts, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 65 ff.
- (29) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991/21/119, 23/14 ff., 29/57 ff. *社会生活秩序への重大なる侵害(In-*

stitutionen)を根拠として課せられる義務が特別な一身の要素に当たるとする。なお、ランガー、シュートラー、テンヴェルト、ヤコブスの見解については、塩見淳「主体の不能について」(・完)法学論叢一三〇巻六号(平成四年)一七頁以下参照。

- (30) Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 150 f.; ders. bei Grebing, a. a. O. (Anm. 21), S. 175 f.
- (31) Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 4.
- (32) Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 17.
- (33) Wessels, a. a. O. (Anm. 4), Rdnr. 558.
- (34) Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Aufl., 1996, § 22, Rdnr. 18 f.; ders., Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), S. 596 f.
- (35) Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 10/38.
- (36) Samson, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 19.
- (37) そのほか、特別義務違反説を立てるものとして、Ebert, a. a. O. (Anm. 4), S. 189; Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 101 ff.; Schwerdtfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 250 ff.; Stein, a. a. O. (Anm. 15), S. 249 ff., 332 ff.; Vogler, a. a. O. (Anm. 4), S. 270 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62. これに対し、ダイヒマンは「たとえば被拘禁者暴動罪の「被拘禁者」も刑法以外の規範により特別な義務が課せられているのに特別な一身の要素と解されておらず、特別義務の有無によって特別な一身の要素かどうかを区別することはできないこと、義務違反と法益侵害は表裏一体の関係にあり、両者を異なる次元のものとするのは妥当でないことなど」、特別義務違反説の問題点を指摘している。Deichmann, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 17 ff., 28 ff. その上で、ダイヒマンは「ランガーの見解に従いつつ、①行為者が法益と密接な関係にあり、強い影響を及ぼしうる社会的地位にあること、②法益を保護すべき特別な任務を法共同体がその行為者に課していることという要件を具備したときに、その要素は特別な一身の要素となるだろう。A. a. O., S. 4 ff., 32 ff. しかし、その内容は特別義務違反説のそれと実質的にはほぼ同じと見てよ



346の立場から。A. a. O., S. 39.

- (38) Herzberg, Der agent provocateur und die "besonderen persönlichen Merkmale" (§ 28 StGB), Jus 1983, S. 739.
- (39) Herzberg, a. a. O. (Anm. 7), S. 84 f.; ders., a. a. O. (Anm. 38), S. 738 ff.
- (40) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 126.
- (41) Herzberg, a. a. O. (Anm. 7), S. 82 ff., 93.
- (42) Herzberg, a. a. O. (Anm. 7), S. 88.
- (43) Jakobs, a. a. O. (Anm. 29), 23/11; Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 96; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. (Anm. 9), § 53, Rdnr. 151; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 45; Sanson, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 18 b; Schönlke/Schröder/Cramer, a. a. O. (Anm. 4), § 28, Rdnr. 16; Schwerdfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 181; Vogler, a. a. O. (Anm. 4), S. 277 f. 「これによつて Steinke, Welche persönlichen Merkmale des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?, MDR 1977, S. 366 f.に「ロニンの見解に無関係である。」
- (44) ロニンの「 Herzberg, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, S. 176 に於てロニンの見解を修正して「ロニンの見解は、その実質的な内容が認められたロニンの立場に於て回帰せしめられなければならない。」 Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 46 ff.
- (45) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), S. 365; ders., a. a. O. (Anm. 15), S. 339.
- (46) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), S. 365, 367.
- (47) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), S. 357 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 15), S. 340 f. Vgl. ders., Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchrW 1978, S. 149 ff.
- (48) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 37. So auch Herzberg, a. a. O. (Anm. 38), S. 742; Schwerdfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 151.

(49) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 40 f. So auch Schwerdtfeger, a. a. O. (Anm. 3), S. 152 f.

(50) Herzberg, a. a. O. (Anm. 38), S. 742.

(51) Vgl. Hake, a. a. O. (Anm. 4), S. 97; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 28, Rdnr. 36, 38, 41.

#### 四 身分犯における共犯従属性

(1) 前章の検討から明らかになったように、ドイツにおいて身分犯は共犯従属性原則の例外とされている。「不法は連帯的・従属的に、責任は個別的に」というのが一般の犯罪における共犯の基本原則であるにもかかわらず、身分犯においては責任要素ばかりでなく不法要素であっても他人に連帯的に作用することはないのである。すでに見た通り、これと同様の立場は、わが国においても存在している。罪名従属性あるいは違法の連帯性を共犯従属性の一般原則としながら身分については例外的に個別的作用を認める立場である。そこで、以下では、本来の共犯従属性の原則からすれば連帯的に作用すべき場合に例外的に身分の個別的作用を認める立場が妥当かどうかについて吟味することにした。

こうした立場の基礎になっているのは、身分は本来一身的な要素であり、その効果は身分を有する者のみ及びべきだとの理解であるといつてよい。問題は、そのような理解が正しいといえるかどうかである。

身分の連帯的作用を認めることに否定的な見解は、わが国において以前から広く主張されてきた。すなわち、現行刑法六五条二項は、加減的身分について個別的作用を定めているが、立法論としては、加減的身分ばかりでなく構成的身分についても連帯的作用を認めるべきでないとする見解<sup>(1)</sup>が、学説においては有力である。構成的身分及び

加減的身分を通じおよそ身分は本来一身性的のみ作用すべき要素であり、真正身分犯においても身分を欠く関与者について刑の減軽を規定することが望ましいとするのである。改正刑法草案はこのような考え方を明文化し、その三一条は、二項において加減的身分の個別的な作用を定めると同時に、一項で構成的身分を欠く共犯者について任意的な刑の減軽を規定している。<sup>(2)</sup>

また、立法論のみならず現行刑法の解釈としても構成的身分を欠く共犯者について刑の減軽を認めようとする見解も少なくない。たとえば、佐伯博士は、身分本来の性質として身分者と非身分者の法的評価はおのずから軽重の差が生じざるをえないとの立場から、刑法六五条一項は構成的身分について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、構成的身分を欠く共犯者について刑法六六条の情状酌量などによる刑の減軽の余地を認めるべきであると論じられる。<sup>(3)</sup> さらに、公務員に収賄を教唆した非公務員は、収賄罪(刑法一九七条)ではなく贈賄罪(刑法一九八条)の規定により律すべきであり、<sup>(4)</sup> また、公務員と共謀して、公正証書の原本に不実の記載をさせた非公務員は、刑法一五六条の公務員による公文書偽造の規定ではなく、刑法一五七条の公務員に不実の記載をさせる犯罪の規定により処断されるべきであるといわれるのである。<sup>(5)</sup>

(2) それでは、なぜ身分はそれを有する者にのみ作用する要素だとされるのであろうか。この点について、わが国の学説は、「身分は本来一身性的なものである<sup>(6)</sup>」とするのみで、その具体的な根拠を明らかにしていない。確かに、身分とは行為者の一身的な事情、資格または地位を意味するから、身分がそれを備える者にのみ作用するのは当然であるようにも思える。しかし、行為者の一身的な事情に関する要素はすべて他人に連帯しないと解することには疑問がある。シュートネマンの見解を検討した際に明らかになったように、もっぱら法益侵害に係るような身分

は、たとえ行為者の一身的な事情にかかわるものであっても、非身分者に連带的に作用するものと解されるからである。

さらに、身分以外の構成要件要素の中にも一身的なものはありうる。たとえば、XがYを教唆して殺人を行わせた場合、殺人という行為を行ったのはYであつてXではない。その意味では、構成要件的行為も一身的な事情を表わすものといえるが、だからといつて、構成要件的行為が本来個別的に作用すべきものとされているわけではなく、当然のことながら、Xは殺人罪の共犯としての罪責を負うのである。したがつて、身分が行為者の一身的な事情を表す要素であることのみを理由に身分の個別的な作用を正当化することは許されないとすべきであらう。

ところで、ドイツでは、身分が一身的にのみ作用する根拠に関して古くから様々な議論が展開されてきたが、前章で指摘したように、その中で最も説得力のある見解は特別義務違反説であるといつてよいであらう。したがつて、わが国において身分の連带的作用を否定する見解の背後にも、特別義務違反説のような考え方が控えているとも推測されるのである。

事実、身分犯の本質を義務違反に求める見解は、わが国においても有力に主張されている。その主唱者は木村亀二博士である。木村博士によると、「総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態」という判例及び通説における身分の定義は、構成的身分の定義としては妥当でない。真正身分犯の本質は、一定の身分ある者がその身分によつて一定の義務を負わされている点にあり、真正身分犯とは、本来そのような義務を負担する身分ある者についてだけ、その義務違反によつて犯罪の成立がある場合である。それゆえ、構成的身分とは、収賄罪における公務員又は仲裁人、背任罪における事務処理者、偽証罪における法律により宣誓した証人のように、社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位または資格を意味することになる。<sup>(7)</sup>

同様の見解は、最近、川端博教授によっても主張されている。川端教授は、「真正身分犯を「法益侵害犯」として捉える判例・通説の立場と、これを「義務犯」と見る木村博士の立場とを対置された上で、後者を支持し、次のようにいわれる。「たしかに、一般論としては、犯罪を義務違反として把握するのは、『義務思想』を強調することになって妥当でなく、犯罪は第一次的に法益侵害として捉えられるべきであるといえる。しかし、真正身分犯について『義務犯』性を肯定しても、それは身分犯という『特殊な』犯罪についての問題であり、けっして犯罪一般を『義務犯』とすることにはならない。したがって、身分犯を例外的に義務犯と解することは、ただちに『義務思想』の強調になるとはいえず、むしろ真正身分犯の特質に適合する解釈といえる」<sup>(9)</sup>。

このように、木村博士及び川端教授は、真正身分犯についてその本質を義務違反に求められるのであるが、他方、不真正身分犯については通説・判例の定義するところの身分概念が妥当し、加減的身分は刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であれば足りるとされる<sup>(10)</sup>。これに対し、真正身分犯と不真正身分犯を通じてその本質を義務違反の観点から説明しようとされるのが、大塚仁博士である。大塚博士は、身分犯も第一次的には法益侵害に本質があるが、それだけでは身分犯の性質を十分に理解することができないので、第二次的に義務違反の面も考慮すべきであるといわれ、真正身分犯であると不真正身分犯であるとを問わず、およそ身分犯は義務犯の一種であるとされる<sup>(11)</sup>。すなわち、「真正身分犯においては、刑法は、一定の行為を、ある身分を有する者に対してのみ禁止しているのである。そこには、身分者によってのみ遵守されるべき義務が定められて<sup>(12)</sup>」おり、また、不真正身分犯においても「身分者に対する加重処罰の点は、やはり、身分者に課せられた重い義務の違反ということによって説明されることが必要<sup>(13)</sup>」である。これと同様の見解は、福田平博士<sup>(14)</sup>、野村稔教授<sup>(15)</sup>、高橋則夫教授らによっても主張されている<sup>(17)</sup>。

このように、特別義務違反説は、わが国でもその支持者を増やしつつあるといつてよい。これらの見解は、その

理論的帰結として、強姦罪の男子や一時的な心理状態である目的などを身分の範疇から除外し、あるいは非身分者が真正身分犯の正犯となることを否定するのである<sup>(19)</sup>が、他方、身分は本来それを有する者にのみ作用すべき要素なのかどうかということに関しては、わが国の特別義務違反説はこれまでその態度をあまり明確にしてこなかった。

その中で注目されるのが、松宮教授の見解である。最近の論稿において、松宮教授は、責任身分はもちろん違法身分の場合にも、本来その効果は非身分者にまで及ぶべきではないと主張されている<sup>(20)</sup>。松宮教授によると、誇張従属形式が現在では支持されていないこと、また、わが国の改正刑法草案三一条一項やドイツ刑法二八条一項が構成的身分を欠く共犯者について刑の減輕を規定していることから明らかなように、「この一世紀のドイツおよびわが国の刑法学の歩みは、違法身分を含むすべての身分犯について、身分の個別化作用を認める方向にあった<sup>(21)</sup>」。したがって、立法論的にも解釈論的にも身分の個別的作用の範囲を拡大する方向が望ましい。このような松宮教授の主張の基礎にあるのは、特別義務違反の考え方であるといつてよいであろう。松宮教授は、収賄罪の本質を公務員の忠実義務違反に求めるなど、身分犯の多くを義務犯と捉えられており、その上で、たとえば特別公務員でない者が特別公務員陵虐罪に関与した場合について、「その違法性は、みずから義務に違反する特別公務員のそれには比ぶべくもないのであって、それを量刑上適切に評価するためには、二項の適用を認めるべきなのである<sup>(23)</sup>」と説明されているのである。

(3) それでは、このような特別義務違反説の主張は支持されるべきであろうか。身分犯の本質を特別義務違反に求めることが妥当かどうか自体、一つの大きな問題である<sup>(24)</sup>が、本稿はその点には立ち入らない。ここでは、仮に身分犯の本質を特別義務違反に求めたとして、そのことを根拠に、共犯従属性原則の例外として身分の連带的作用を否定することが可能かどうかという点に絞って検討することにしたい。結論からいうと、その答えは否であるよう

に思われる。その根拠は、次のような点に求められる。

第一に、特別義務違反を理由に身分全般について個別的作用を肯定する見解は現行刑法の内容との整合性を欠くという点である。先述のごとく、ドイツ刑法二八条は、二項において加減的身分及び刑罰阻却身分の個別的作用を規定するだけでなく、一項で構成的身分を欠く共犯者の刑を減軽するものとしている。このように、ドイツにおいては、構成的身分、加減的身分を通じあらゆる身分についてその連帯的作用が否定されていることから、身分の効果がその身分を有する者のみ及ぶのはなぜかが問われ、その理由を身分犯の特別義務違反性に求める見解が有力となっているのである。これに対して、わが国の刑法六五条一項は、構成的身分を欠く者の刑の減軽を規定しておらず、非身分者には身分者と全く同じ法定刑が適用されることになる。つまり、構成的身分は非身分者にも完全に連帯的に作用するというのが、わが国の現行刑法の建て前なのである。そうだとすると、たとえ身分犯の本質を特別義務違反に見出したとしても、それを根拠に、身分全般について個別的作用を認めるべきだとする見解は、立法論としてならともかく、少なくとも現行刑法の解釈としては無理があるといわざるをえない。

仮に特別義務違反を理由に身分の個別的作用を基礎づける立場を刑法の規定の内容と調和させようと思えば、刑法六五条二項の適用を受ける不真正身分犯のみが特別義務違反としての性格を有すると解するほかはない。しかし、たとえば、特別公務員陵虐罪は特別義務に違反するところに本質があるが、収賄罪はそうではないとする合理的根拠はないというべきであろう。事実、既述のように、真正身分犯についてのみその本質を特別義務違反に見出す立場は存在しても、その逆の立場は見当たらないのである。

第二に、理論的に見ても、身分犯の本質を特別義務違反に求めることが、身分犯を共犯従属性原則の例外として扱う根拠になるとは解されない。そもそも構成要件は違法で有責な処罰に値する行為の類型であり、主体、客体、

行為、結果、行為の状況などの各構成要件要素を具備することによって構成要件の徴表する類型的な違法性・責任が実現されることとなる。<sup>(25)</sup> その意味では、身分も、他の構成要件要素と同じく当該犯罪の類型的な違法性・責任を基礎づける要素の一つにほかならない。植田重正博士がいわれたように、身分は、「もしその所定の身分を欠けば刑法上放任される行為を、とくにその身分を具えることによつて、可罰的違法行為たらしめるものに外ならないのであるから、その点では恰も、猥褻行為が『公然性』を具えることにより、性的交渉が原則として『暴行・脅迫』等を伴うことにより、また偽貨の作成が『行使の目的』を有することによつて、はじめて可罰的違法行為（刑法上の禁止内容）を構成するのと同じ」<sup>(26)</sup>なのである。このことは、身分犯の本質を特別義務違反に求めたとしても全く同じであるといえる。特別義務違反説において特別義務違反がなぜ身分犯の本質とされているかといえば、それは、社会的な地位や資格に基づいて一定の作為または不作為を高度に要求されている者がそうした要求に反する行為をすれば、刑法上の処罰に値する違法な事態が発生するからであろう。<sup>(27)</sup> つまり、特別義務としての身分も、結局は、当該犯罪の類型的な違法性を基礎づける要素の一つであるという点で行為や結果など他の構成要件要素と何ら異なるところはないはずである。そうだとすると、身分犯の本質を特別義務違反と解する立場においても、共犯の基本原則を適用する場面において身分と他の構成要件要素とを特に区別すべき理論的根拠は乏しいように思うのである。

これに対し、特別義務違反説はこう説明している。身分者が法的に特別義務を負担する根拠は、身分者がその地位や資格のゆえに一定の作為または不作為を社会的に期待・信頼されている点に存するところ、そのような社会的な期待・信頼は、身分者の特別義務違反行為によつてはじめて侵害されるものである。非身分者にはそのような社会的な期待・信頼が向けられていないので、非身分者が身分犯に関与しても非身分者の行為それ自体によつて社会



的な期待・信頼が損なわれることはない。たとえば、公務員でない甲が乙を教唆して収賄をさせた場合、職務の公正に対する信頼が裏切られたと一般市民が感ずるのは、公務員である乙の収賄行為に対してであつて、非公務員である甲の教唆行為に対してではない。それゆえ、非身分者の実現する違法性の程度は身分者のそれに比べて軽いと評価され、このことを根拠に、身分犯を「違法は連带的に」の原則の例外として位置づけることができる。<sup>(28)</sup>

しかし、このような説明も納得できるものではない。従来、違法の連帯性が肯定されてきた根拠は、共犯は自ら実行行為を行わなくても正犯の実行行為を通じて違法な結果を実現しうるところにあるといつてよい。<sup>(29)</sup> たとえば、XがYを教唆して窃盜を行わせた場合、Xは、自らは窃取行為を行っていないが、Yの窃盜行為に加功することにより窃盜罪の構成要件を間接的に実現したがゆえに窃盜罪の共犯として処罰されるのである。この考え方を身分犯にも当てはめれば、非身分者も身分者の行為を通じて特別義務違反という違法を間接的に実現しうると解することも可能なのではないだろうか。たとえば、非公務員の甲が公務員の乙に収賄を教唆した場合、確かに、甲は、特別義務の基礎となる社会的な期待・信頼を自らの行為によって直接侵害したとはいえないかもしれない。しかし、甲は、乙の収賄に関与することによって特別義務違反という違法な事態を間接的に実現したといえる。したがって、「違法は連带的に」の考え方を前提とする限り、たとえ身分犯の本質を特別義務違反に求めたとしても、身分者による特別義務違反という違法が非身分者に連带的に作用すると解することは十分に可能であるように思われるのである。

(4) 以上のように、共犯従属性の本来の原則によれば連带的に作用すべき場合に例外的に身分の個別的作用を認める立場には疑問がある。もっとも、身分犯が共犯従属性原則の例外として扱われるのは、このような場合ばかりではない。既述のように、たとえば、純粹惹起説に立ちつつ構成的違法身分の連带的作用を認め、あるいは責任の

個別性を原則としながら構成的責任身分の連帯的作用を認めるといふように、共犯従属性の本来の原則からすると個別的に作用するはずであるにもかかわらず身分の連帯的作用を肯定する立場も存在するのである。しかし、右に述べてきた本稿の理解からすると、このような立場も支持することはできないであろう。

右の考察から明らかになつたのは、身分も実行為や結果と並ぶ構成要件要素の一つであつて、何ら特殊な要素ではないということである。確かに、身分犯は、刑法が一定の身分を有する者に対して一定の行為を命令・禁止している犯罪類型であるから、構成要件の行為規範としての側面に着目すると、規範の名宛人が限定されている点において身分犯が特殊な犯罪類型であることは否定できない。しかし、構成要件は、国民に対する行為規範という実質的機能と同時に、犯罪論体系においては、違法で有責な処罰に値する行為の類型としての理論的機能をも有している。<sup>(30)</sup> この構成要件の理論的機能の観点から見ると、身分は何ら特殊な要素ではない。身分も、他の構成要件要素と同じく当該犯罪の類型的な違法性・有責性を基礎づける要素の一つにはかならず、しかも、身分、実行為、結果などの各構成要件要素はどれ一つを欠いてもその構成要件が実現されない点で全く同価値だからである。<sup>(31)</sup> ところで、共犯従属性の問題は、要するに共犯が実現した違法性及び責任はどのようなものかを問うものであるから、共犯従属性の一般原則が身分犯にも妥当するか否かを確定する上で重要となるのは、構成要件の行為規範としての側面ではなく、犯罪論体系における違法・責任類型としての側面であるといふべきであろう。このように考えると、共犯従属性の原則を適用する場面において、身分は他の構成要件要素と比べて何ら特殊な要素ではなく、身分について例外的な取扱いをする必要はないことになる。そうだとすれば、違法の相対性、責任の個別性を共犯従属性の一般原則とする立場においては、違法身分、責任身分はそれぞれ常に個別化すると解するのが本筋であるように思われるのである。<sup>(32)</sup>

注

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)四三三頁注(一〇)、木村光江『刑法』(平成九年)一六〇—一六一頁、前田雅英「共犯と身分」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』(平成二年)二五五頁、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』(平成四年)一七四頁。
- (2) 法務省刑事事務局編『改正刑法草案の解説』(昭和五〇年)七七頁は、「不真正身分犯について身分のない者に対する刑が身分のある者に対する刑よりも軽い場合には、第二項により身分のない者には軽い刑が科せられることとの均衡を図るため、真正身分犯については刑の裁量的軽減を認めるのが適當であるとされた」としている。
- (3) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)三六五頁以下。同旨、瀧川幸辰『犯罪論序説』(昭和二年)二五四—二五五頁、中義勝『講述刑法総論』(昭和五五年)二六二頁、中山研一『刑法総論』(昭和五七年)四八八—四八九頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第三版)』(平成九年)三一九頁注(二三)、浅田和茂ほか『刑法総論(改訂版)』(斉藤豊治)(平成九年)三二七頁。このような主張に批判的な見解として、香川達夫『刑法講義(総論)第三版』(平成七年)四〇九頁注(12)。
- (4) 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)〕一六九頁。同旨、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)三三八頁、三三一頁、宮本英脩『刑法大綱』(昭和一〇年)五二二頁。
- (5) 佐伯・前掲注(4)一六九頁。同旨、松宮・前掲注(4)三二八頁、宮本・前掲注(4)五五七頁。
- (6) 中山・前掲注(3)四八八頁。同旨、浅田ほか(斉藤・前掲注(3)三二七頁。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Ⅳ』(昭和二七年)四八九頁は、「刑法の個人責任の原則から、可罰性に関係する一身の性質ないし関係は、責任要素であるにせよ違法要素であるにせよ本来これを備えている個人に対してのみ作用すべき」とするが、その具体的な根拠は明らかではない。
- (7) 木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』(昭和五三年)一五六頁。同旨、阿部純二「判批」刑事判例研究会編『刑事判

例評釈集第二七卷（昭和四八年）四四頁、西本晃章「判批」阪大法学五八号（昭和四一年）一四二頁。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）一六七頁も同旨か。

(8) 川端博『刑法総論講義』（平成七年）五七四―五七五頁。

(9) 川端・前掲注(8)五七五頁。

(10) 川端・前掲注(8)五七四―五七五頁、木村(阿部増補)・前掲注(7)一五六―一五七頁。同旨、阿部純二『刑法総論』（平成九年）二五四―二五五頁。なお、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）二七二―二七三頁、三〇三頁参照。

(11) 福田平『大塚仁』『対談刑法総論(下)』（昭和六二年）二四五頁、大塚・前掲注(3)八八頁。

(12) (13) 福田『大塚・前掲注(11)』二四五頁。

(14) 福田『大塚・前掲注(11)』二四四頁。

(15) 野村稔『刑法総論』（平成二年）八九頁、四二八頁。

(16) 高橋・前掲注(1)一七二頁。

(17) 上野幸彦「身分犯への一視座——地位概念の分析を手がかりとして——」法学紀要（昭和六一年）一八三―一八四頁、同「事後強盜罪と刑法第六五條適用の当否——事後強盜における中途関与者の罪責をめぐって——」法学紀要三〇卷（平成元年）四三九―四四〇頁も、特別義務違反説と類似の見解を展開している。これによると、身分という観念は、本来、社会関係に由来するから、身分概念の分析のためには、社会関係とは何かを明らかにすることが必要となる。個人が社会とのかかわりをもつ場合に、その結節点ともいうべきものが「地位」であり、地位とは、行為者が他の行為者との関係において社会体系に占める位置をいう。これを過程的に捉えると、「役割」が具わっているということにほかならず、この意味において、役割とは「地位の動的側面」である。身分も社会における一定の地位を示す概念であるから、こうした地位の性質は、身分の概念にもそのまま妥当する。したがって、「身分犯」の核心は、当該地位に基づく役割の違背に求められるべきであることになる。たとえば、背任罪でいうと、事務処理者は、事務処理を委ねた本人との相互関係において、委任者に対して適切な任務遂行という役割を担っており、意図的に委任者本人

の財産的利益を侵害する場合について事務処理者の役割違背に可罰性を認めるところに背任罪の本質がある。なお、船山泰範ほか編『スタッフ刑法総論』(上野幸彦) (平成九年) 三二五頁は、身分犯を義務犯と捉えるべきだとしている。

- (18) 強姦罪の男子を身分に当たらないとするものとして、阿部・前掲注(7) 四四頁、西本・前掲注(7) 一四三頁、船山ほか編(上野)・前掲注(17) 三一五頁など。また、目的などの一時的な心理状態を身分から除外するものとして、福田平『全訂刑法総論(第三版)』(平成八年) 二八三―二八四頁注(一)、木村(阿部増補)・前掲注(7) 二五六頁、大塚・前掲注(3) 三二二頁注(二)、高橋・前掲注(一) 一七二頁など。

- (19) 福田・前掲注(18) 二八五頁、大塚・前掲注(3) 三二四頁。

- (20) 松宮孝明「共犯と身分」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1共犯論』(平成九年) 一二三頁以下。

- (21) 松宮・前掲注(4) 三二八頁。

- (22) 松宮・前掲注(20) 一二二頁以下。

- (23) 松宮・前掲注(20) 一二六頁。

- (24) 平野龍一『刑法総論II』(昭和五〇年) 三六七頁以下参照。

- (25) 大谷實『刑法講義総論第四版補訂版』(平成八年) 一二二頁以下参照。

- (26) 植田重正「共犯と身分」について「同」共犯論上の諸問題(昭和六〇年)〔初出は、『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰(上)』(昭和四三年)〕 二三〇―二三一頁。

- (27) Roxin, Straßengesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 16. Lieferung, 1994, § 28, Rdnr. 53 f.

- (28) Hake, Beteiligungstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale", 1994, S. 101 f.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 23/25; Roxin, a. a. O. (Anm. 27), § 28, Rdnr. 53 f.; Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992, S. 238 ff., 250 ff.

- (29) 平野・前掲注(24) 三五四―三五五頁、曾根威彦『刑法の重要問題(総論) 補訂版』(平成八年) 二九三―二九四頁参照。

(30) 大谷・前掲注(25)一〇八一—一〇九頁、一二四頁以下参照。

(31) 大谷・前掲注(25)三九—一頁参照。

(32) Vgl. Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 137; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 10/38.

## 五 五 五 五 五

刑法六五条の一項と二項の関係をどう捉えるかをめぐり、学説は鋭く対立している。その議論の内容を改めて見直してみると、通常の犯罪の場合における共犯の基本原則とりわけ共犯従属性の原則が身分犯にも妥当するのに関し、学説の理解は一定していないように思われる。刑法六五条の一項と二項の関係をめぐる議論が混乱してきた原因の一つは、そのような諸説の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のではないだろうか。こうした問題意識から、本稿は、一般の犯罪の場合における共犯従属性の原則を身分犯にもそのまま適用すべきかどうかについて検討を加えることにより、「共犯と身分」の問題を解決するための糸口を見出そうとしたものである。最後に、これまでの検討から明らかになった点を整理し、今後どのような課題が残されているのかを確認することにした。

刑法六五条の一項と二項の関係をめぐる諸説の内容を概観した結果、そこには、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ことにより問題の解決を図る立場と、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とが存在することがわかった。このうち、前者の立場は、「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則あるいは厳格な罪名従属性の考え方を身分犯の共犯にも徹底するものである。その基礎にあるのは、身分犯もそれ以外の犯罪も結局は同じ基本原則に基づいて解決されるべきだとする考え方であり、理論的に明快な主張であるといえよう。これに対し、後者の立場は、罪名従属性や違法の連帯性を共犯従属性の一般原則としながら例外的に身分の個別的な作用を肯定し、あるいは違法の相対性や責任の独立性を原則としつつも身分の連帯的作用を認める。問題は、こうした立場が身分犯について例外的な取扱いをする根拠はどこにあるのかである。しかし、この点は、従来、わが国においてはあまり正面から論じられてこなかったといつてよい。

そこで、ドイツの議論状況を参照すると、ドイツでは、「不法は連带的・従属的に、責任は個別的に」というのが共犯従属性の一般原則であるにもかかわらず、身分犯の共犯について、こうした共犯従属性の一般原則は当てはまらないとされている。すなわち、ドイツ刑法二八条は、二項において加減的身分及び刑罰阻却身分の個別的な作用を定めると同時に、一項において構成的身分を欠く共犯者の刑を減輕すると規定し、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されるとしているために、責任身分ばかりでなく不法身分も、全面的には他人に連带的に作用しないことになるからである。責任身分が個別的に作用するのは、責任の個別性の原則からして当然のことであるが、問題は、不法身分がなぜ連带的に作用しないのかである。その根拠としては、これを特別義務違反に求める見解が現在のところ最も説得力を有する考え方であるといつてよい。この見解によると、身分とは、一定の者がその社会的・制度的な役割に基づいて特別な義務を負担するところの地位や資格をいい、身分犯の本質は、その特別義務の違反にある。特別義務に違反しうるのは、その義務を自ら負担する者すなわち身分者だけであり、身分を欠く者は、たとえ身分者の行為に関与したとしても、特別義務を負担していない以上自ら特別義務に違

反することは不可能である。それゆえ、非身分者の実現する不法の程度は、身分者が他人に連帯しない根拠を、特別義務違反説はこのように説明するのである。

これと同様の見解は、わが国にも存在している。しかし、特別義務違反説は、わが国の現行刑法の解釈としては妥当でないように思われる。第一に、わが国の刑法六五条一項は、ドイツ刑法二八条一項と異なり構成的身分を欠く者の刑の減輕を規定していないため、構成的身分は非身分者にも完全に連带的に作用するというのが、わが国の現行刑法の建て前であるといえる。したがって、たとえ身分犯の本質を特別義務違反に見出したとしても、それを根拠に、身分一般についてその連带的作用を否定する見解は、立法論としてならともかく、少なくとも現行刑法の解釈としては無理がある。第二に、理論的に見ても、特別義務違反の考え方が身分犯を共犯従属性原則の例外として扱う根拠になるとは解されない。罪名従属性あるいは違法の連帯性を肯定する見解は、共犯は自ら実行行為を行わなくても正犯の実行行為を通じて違法な事態を実現しようという考え方を基礎としている。このような共犯従属性の考え方からすれば、非身分者は、自らは特別義務に違反しなくても身分者の行為に加功することにより特別義務違反という違法を間接的に実現したこととなり、この点を捉えて、特別義務としての身分が非身分者にも連带的に作用すると解することは十分に可能である。

このようにして、共犯従属性の原則を適用する場面において、身分犯を一般の犯罪と異なる取扱いをする必要はない。身分も、他の構成要件要素と同じく当該犯罪の類型的な違法性・有責性を基礎づける要素の一つにほかならず、しかも、身分、実行行為、結果などの各構成要件要素はどれ一つを欠いてもその構成要件が実現されない点で全く同価値だからである。このような本稿の立場からは、当該身分が連带的に作用するか個別的に作用するかは、身分の特性からではなく、共犯従属性の一般原則の内容によって決定されることになる。たとえば、罪名従属性を



肯定する立場においては、身分はすべて連帶的に作用するはずであるし、「違法は連帶的に、責任は個別的に」を共犯従属性の一般原則とする立場は、常に違法身分は連帯し、責任身分は個別化すると解するのが本筋であるということになる。このように考えると、今後に残された最大の課題は、身分の連帶的作用と個別的作用の限界を決定すべき共犯従属性の一般原則としてどのような考え方が妥当なのかであるといえる。この点についての検討は、他日を期したい。