

共犯と身分の一考察（一）

十 河 太 朗

目 次

- 一 はじめに
- 二 わが国の議論状況（以上本号）
- 三 ドイツの議論状況
- 四 解決の方法
- 五 むすび

一 はじめに

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は、どのように取り扱われるべきか。この「共犯と身分」の問題について、刑法六五条は、一項で「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、二項において「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通

常の刑を科する」と規定して、問題の解決を図っている。

周知のように、この規定の解釈をめぐっては争いが多いが、とりわけ一項と二項の関係をどう理解すべきかについて学説は鋭く対立している。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。そのため、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しようと、これまで様々な学説が展開されてきたのである。この点につき通説及び判例は、法の文言を素直に解し、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であるとする。しかし、構成的身分と加減的身分という形式的な區別によって取扱いを異にする理論的根拠が明確でないなど、通説・判例は厳しい批判に晒されている。他方、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、一項は違法身分の連带的作用を、二項は責任身分の個別的作用を定めた規定とする説などが主張されているが、後述するように、これらの見解もそれぞれ問題点を抱えており、多数の支持を得るには至っていない。このように、従来の学説はいずれも十分には成功していないといわなければならないのである。

そこで、本稿は、従来の諸説のどこに問題点があるのか、そして、その問題点をいかにして克服すべきかを明らかにしつつ、刑法六五条の一項と二項の關係について妥当な解釈を示そうとするものである。なお、前稿において筆者は、刑法六五条の一項と二項の關係を説明するための予備的作業として、一般の犯罪の場合における共犯從属性の原則が身分犯の場合にもそのまま妥当するのか、それとも身分犯の共犯の場合には何らかの例外的な取扱いが必要なのかという問題について検討した。¹⁾そこで得られた結論は、身分は行為や結果と並ぶ構成要件要素の一つに

すぎず、何ら特殊な要素ではないから、一般の犯罪の場合における共犯従属性の原則は身分犯の場合にもそのまま妥当するといふものであった。本稿では、こうした考察結果を踏まえつつ、検討を進めていくことにしたい。⁽²⁾

(注)

(1) 拙稿「身分犯と共犯従属性(一)」愛媛法学会雑誌二五卷一号(平成一〇年)一一七頁以下、「身分犯と共犯従属性(二・完)」

愛媛法学会雑誌二五卷二号(平成一〇年)五三頁以下。

(2) 本稿の概要は、拙稿「共犯と身分に関する一考察」刑法雑誌三八卷二号(平成一一年)三二頁以下に示されている。

二 わが国の議論状況

最初に、刑法六五条の一項と二項の関係をめぐるわが国の議論の状況を概観し、従来の主な学説の内容と問題点を整理しておく。

(1) 第一説は、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規定したものとする見解である。この見解は、通説及び判例の支持するところであるが、次のような問題点が指摘されている。⁽¹⁾⁽²⁾

第一は、その理論的根拠が明確でないという点である。第一説は、一項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」を真正身分犯、二項の「身分によって特に刑の軽重があるとき」を不真正身分犯と解するものであり、刑法

六五条の文言に忠実な解釈であるといえる。しかし、一項と二項の間で取扱いが異なる理由を問われて、六五条がそう規定しているからと答えるだけでは問題の解決にならないであろう。一項と二項の間に矛盾があると考えられる以上は、それがいかなる原理に基づくのかを理論的に解明する必要があるはずである。それにもかかわらず、真正身分犯と不真正身分犯という形式的な違いによりなぜ取扱いが異なるのかに関し、第一説は実質的な根拠をほとんど示してこなかったのである。⁽³⁾

もつとも、この点に関する理論的な基礎づけが、第一説において全くなされてこなかったというわけではない。たとえば、植田重正博士は、「いわゆる構成的身分者と非身分者との関係（六五条一項）は、犯罪の内と外との関係であり、したがってこの種の身分は、刑法上の禁止の内容を主体的に限定するものであって、直接その受命者を限定するものでないから、当然非身分者に対し連帶的にはたらくが、しかし、いわゆる加減的身分者と非身分者との関係（六五条二項）は、右のような犯罪の内と外との関係でなく、犯罪内部での特殊と一般との関係であるから、相互に排他的・閉鎖的關係に立ち、したがってまた当然相互に一身の・個別的にはたらく、ということになる。そしてまたその点で、この後者の身分は、前者の身分と異なつて、その受命者自体を限定する⁽⁴⁾」とされた。しかし、たとえば取賄罪では、職務に関連して金品を受領してはならないという規範は公務員のみに向けられているのであるから、不真正身分犯ばかりでなく真正身分犯においても受命者が限定されている⁽⁵⁾というべきであろう。また、植田博士は、真正身分犯においては身分があつて初めて犯罪が成立することを理由に、構成的身分は刑法上の禁止の内容を主体的に限定するものであるとされるのであるが、不真正身分犯も、身分がなければ当該身分犯の構成要件該当性が否定されるという点では真正身分犯と同じであり、したがつて、植田博士の理解によれば、加減的身分も構成的身分と同じく刑法上の禁止の内容を主体的に限定するものということになるはずである。⁽⁶⁾

一方、第一説に立たれる曾根威彦教授は、構成的身分は違法身分であるから連带的に作用し、加減的身分は責任身分であるために個別的に作用すると説明されている。⁽⁷⁾しかし、構成的身分がすべて違法身分であり、加減的身分がすべて責任身分であるとはいえない。⁽⁸⁾たとえば、特別公務員職権濫用罪における特別公務員のように、加減的身分の中にも違法身分は存在するし、逆に、暴力行為等処罰法二条二項の常習的面会強請罪における常習者のように、構成的身分でありながら責任身分とされているものもあるのである。この点、曾根教授は、構成的身分である収賄罪の「公務員」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から違法身分といえるのに対し、加減的身分である特別公務員職権濫用罪の「特別公務員」においては、主体が公務員であろうと非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より責任非難が強まるにすぎないから責任身分であるとされる。⁽⁹⁾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つ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ふべきであろう。⁽¹⁰⁾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。⁽¹¹⁾

さらに前田雅英教授は、第一説を支持され、構成的身分と加減的身分との取扱いの違いを次のように正当化される。すなわち、真正身分犯であると不真正身分犯であるとを問わず、身分犯は非身分者の関与によつて実現しうるから、六五条は、非身分者が身分者に加功して犯罪を実現した以上は身分犯が成立するということを明らかにした規定と解すべきであり、一項は、真正身分犯についてそのことを規定した。そして二項も、この原則を当然の前提とはしているが、ただ、不真正身分犯は身分の有無に応じて刑を変更することを明示した犯罪類型であることから、二項は、その趣旨を構成要件において明らかにするため、不真正身分犯について犯罪の成立の個別化を規定したの

である。⁽¹²⁾しかし、この見解のいうように、「非身分者も身分者を通じて犯罪を実現した以上は身分犯が成立する」という原則が不真正身分犯の場合にも当然の前提となつているのであれば、加減的身分も非身分者に連帯するはずであり、なぜそうならないのかという疑問が生ずる。この点について前田教授は、不真正身分犯は身分に依じて刑の変更を明示する犯罪類型であるから加減的身分は個別的に作用すると説明されるのであるが、もしそうだとすれば、真正身分犯は身分のない者には刑を科さないことを明示した犯罪類型ということになるから、この見解を徹底すると、構成的身分も他人には連帯せず、構成的身分を欠く関与者は不可罰ということになつてしまふであらう。

このように、一項と二項の取扱いの違いを構成的身分と加減的身分という区別により正当化しようという理論的な試みは、いずれも十分なものとはいいがたい。そして、こうした理論上の欠陥は、実際上も不当な結論となつて現れる。これが、第一説の二つめの問題点である。この問題が生ずるのは、たとえば保護責任者遺棄罪と単純遺棄罪の場合である。⁽¹³⁾保護責任者遺棄罪の実行行為は遺棄と不保護の両者が含まれるのに対し、単純遺棄罪の実行行為は遺棄のみであるから、保護責任者遺棄罪における保護責任者という身分は、遺棄については単純遺棄罪との関係において加重的身分となるが、不保護について見ると、構成的身分ということになる。したがって、保護責任者でない者が保護責任者に遺棄をするよう教唆した場合は、六五条二項によつて単純遺棄罪の教唆になるが、これに対し、保護責任者でない者が保護責任者の不保護を教唆した場合には、六五条一項によつて保護責任者遺棄罪の教唆が成立する。つまり、同じく保護責任者でない者が保護責任者遺棄罪を教唆しても、教唆したのが不保護か遺棄かによつて結論が変わつてくるといふ不均衡が生ずることになるのである。⁽¹⁴⁾

そればかりではない。たとえば、業務者でない単なる占有者が占有者に対し単純横領を教唆した場合には、当然のことながら単純横領罪の教唆になるが、他方、業務者でない占有者が業務上の占有者に対し業務上横領を教唆し

た場合には、第一説によると、六五条二項が適用され、単純横領罪で処罰される。つまり、同じ占有者が単純横領を教唆した場合と、より重い業務上横領を教唆した場合は、いずれも同じ法定刑によって処罰されるのである。しかし、後者の場合の方が前者の場合より重い結果を生じさせているのに両者が同じ法定刑で処罰されるというのは、実際上の帰結として妥当でないように思われる。

(2) 第二説は、一項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共犯の成立を、二項は特に不真正身分犯について科刑の方法を規定したものであるとする。⁽¹⁵⁾この見解の主唱者は、⁽¹⁶⁾「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がある。団藤博士は、この考え方を身分犯全体に徹底され、真正身分犯及び不真正身分犯のいずれについても非身分者たる共犯者には六五条一項により正犯と同じ身分犯が成立し、ただ不真正身分犯においては同条二項により科刑が個別化するにすぎないといわれるのである。こうした主張の文理上の根拠としては、①不真正身分犯も犯人の身分があつて初めて当該犯罪が成立することにかわりはないから、一項にいう「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為」には真正身分犯ばかりでなく不真正身分犯も含まれること、②一項が「共犯とする」と述べ、二項が「刑を科する」としているのは、前者が共犯の成立の問題、後者が科刑の問題を定めたものと解されること、が挙げられている。⁽¹⁷⁾

この見解は、共犯の成立の点で真正身分犯と不真正身分犯の取扱いを同じくすることによつて第一説の欠点を克服すると同時に、一項は共犯の成立の問題、二項は科刑の問題というように、一項と二項を次元の違う問題と捉えることによつて両者の矛盾を解消しようとするところにその特徴がある。しかし、この見解は次のような批判を免れないように思われる。

第一は、犯罪の成立と科刑が分離するという周知の批判である。たとえば、業務者でない占有者が業務者に横領を教唆した場合、この見解によると、罪名としては一項によって業務上横領罪の教唆が成立するが、科刑は二項によって単純横領罪の刑が適用されることになる。しかし、罪名は、成立する犯罪に対する質的評価を示すものであるから、科刑は、成立する犯罪の法定刑を基本とすべきであり、犯罪の成立と科刑が分離するのは望ましくない。⁽¹⁸⁾ 罪名として業務上横領罪の教唆が成立するというのであれば、業務上横領罪の法定刑を適用するのが筋であろう。

もつとも、これに対しては、第二説に立たれる大塚仁博士からの反論がある。刑法は、不真正身分犯において身分者を非身分者より重く処罰しようとしているのであるから、一項で共犯の成立を認め、二項でその共犯中各関与者の身分に適した科刑を論ずることは何ら不当ではないというのである。⁽¹⁹⁾ しかし、そうだとすれば、第二の疑問が生ずる。それは、不真正身分犯の科刑のみが個別化する根拠が明らかでないということである。この見解によると、真正身分犯において非身分者は身分者と同じ刑で処罰されるのに対し、不真正身分犯の非身分者は六五条二項により通常の刑を科せられる。つまり、真正身分犯の科刑は連帯するのに、不真正身分犯のそれは個別化することになるのであるが、第二説の論者は、その根拠を全く示していないのである。したがって、構成的身分と加減的身分という形式的な区別によって取扱いが違うのはなぜかという問題は、この見解においても依然として未解決であるといわざるをえない。⁽²⁰⁾

第三に、具体的帰結の妥当性という点に関しても疑問が残る。この見解は、真正身分犯の科刑は連帯し、不真正身分犯の科刑は個別化するのであるから、非身分者に現実に適用される刑という点から見ると、結局は第一説と同じ結論になる。したがって、先に第一説について指摘した具体的帰結に関する問題点は、第二説にもそのまま妥当することになるのである。

(3) 第三説は、共犯の成立は六五条以前の問題であり、同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解する。この説を主張されたのは、西原春夫教授である。西原教授によると、共犯における成立上の犯罪は、必ずしも罪名によって表示された犯罪というように細かく類型化されるものではなく、せいぜい罪質を同じくする何らかの違法行為というので十分である。たとえば、甲と乙が共同して甲の親を遺棄した場合、成立するのは甲の親の遺棄という違法行為であり、ただ甲についてはその身分との関係で二一八条の責任を問われ、乙については六五条二項により二一七条の責任のみを問われる。また、公務員甲がその妻乙と共同して賄賂を收受した場合、成立するのは収賄という違法行為であって、公務員についてはその身分との関係で一九七条の責任がただちに生じ、妻乙については六五条一項を通して同じく一九七条の責任が生ずる。⁽²¹⁾

西原教授の見解は、身分犯における共犯の成立を六五条の規定とは無関係の問題と解し、真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共通の原理に基づき共犯の成立を確定することによって、両者の矛盾を解消しようとするものである。しかし、この見解は第二説と同じ欠陥を抱えているように思われる。

犯罪の成立と科刑が分離するというのが、第一の問題点である。先ほども述べたように、科刑は、成立する犯罪の法定刑を基本とすべきであり、犯罪の成立と科刑は一致するのが原則である。しかし、西原教授の主張のように、犯罪の成立の判断においては具体的な罪名を特定せず、「甲の親の遺棄」とか「収賄」といった漠然としたものにとどめながら、科刑の段階において一定の犯罪類型の法定刑を適用するというのでは、成立する犯罪と無関係に科刑が決められることになろう。そもそもある行為を処罰するためには、その行為が特定の犯罪類型（構成要件）に該当することを確定し、その犯罪類型に規定されている法定刑をもとに科刑を行うことを必要とするというのが、罪

刑法定主義の原則であるから、行為に成立する犯罪の罪名を具体的に確定しないまま処罰の方法を決定するという西原教授の見解は、罪刑法定主義の点で疑問があるように思われる。⁽²²⁾

第二に、真正身分犯と不真正身分犯との間の矛盾は、この見解においても残されたままである。確かに、この見解は、共犯の成立の点については真正身分犯と不真正身分犯とを統一的に取り扱っている。しかし、真正身分犯における非身分者は一項により身分者と同じく処罰され、不真正身分犯における共犯の処罰は二項により身分に応じて個別化するというのであるから、この見解も、共犯の処罰の点に関しては構成的身分と加減的身分という形式的な区別により異なる取扱いをしているといわなければならない。それにもかかわらず、その根拠は全く明らかにされていないのである。

第三は、その具体的帰結の妥当性に疑問があるという点である。この見解は、真正身分犯における非身分者は身分者と同じ刑により処罰され、不真正身分犯における非身分者には通常の刑が科せられるのであるから、非身分者に対する処罰の方法は、第二説の場合と同じになる。したがって、第一説及び第二説について述べた具体的帰結に関する問題は、第三説においても当てはまることになるのである。

(4) 以上の見解は、いずれも一項と二項の取扱いを真正身分犯と不真正身分犯の違いに基づいて区別しようとしたのであるが、右に述べてきたように、そうした見解には疑問があるといわざるをえない。そこで、構成的身分か加減的身分かという形式的な区別に代えて、違法身分か責任身分かという実質的な区別を前提に六五条の意義を解明しようとするのが第四説である。一項は違法身分の連带的作用、二項は責任身分の個別的な作用を規定したものであるというのである。この見解を提唱された西田典之教授によると、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っても変わりないはずである。それゆえ、正犯者の身分のうち違法身分は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。⁽²³⁾このように第三説は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という制限従属性説の命題を身分犯の場合にもそのまま適用したものであり、理論的に明快な主張であるといえる。

確かに、従来は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」の原則から、違法性の判断は共犯者間において共通すると考えられてきた。しかし、最近では、違法要素の中にも他人に連帯しないものがありうるのではないかという違法の相対性の問題が様々な形で議論されており、第三説が前提としている「違法は連帯的に」の原則自体、必ずしも自明のものとはいえない。⁽²⁴⁾ただ、この点は違法性の本質あるいは共犯の処罰根拠にかかわる大きな問題であるので、ここでは措くとして、なお第三説に対しては次のような批判が可能である。

第一は、實際上、違法身分と責任身分を明確に区別することは困難であるということである。たとえば業務者という身分のように、当該身分が違法身分なのか責任身分なのかについて見解が分かれる場合も少なくないし、そもそも構成要件要素とは、違法性や責任、さらには政策的な観点など、様々な考慮が混在したものであるから、ある身分が違法性だけに関係するとか、あるいは責任だけに関係するというように、あらゆる身分を違法身分と責任身分に完全に区別することはできないように思われる。⁽²⁵⁾

第二の問題点として、この見解の主張は六五条の文言と合致しないという点を指摘することができる。同条一項は「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」と規定しているにすぎないから、これを違法身分に関する規定とするのは、その文言の解釈としては無理がある。また、二項は「身分によって特に刑の軽重があるとき」としており、

これを責任身分に関する規定と読むのも困難であろう。要するに、法文を前提とする限り、六五条が一項と二項の取扱いを違法身分と責任身分という違いに基づいて区別しているとは考えられないのである。⁽²⁶⁾

第三に、この見解によると、實際上、妥当でない結論に至る場合がある。この見解を徹底すると、構成的責任身分を欠く共犯者は不可罰ということになる。しかし、正犯による構成要件の実現に関与していながら全く処罰されないというのは、一般の法感情に反するのではないだろうか。そして、そのような結論は何よりも、六五条一項が「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であつても、共犯とする」と規定している趣旨に反するといふべきであろう。⁽²⁷⁾

(5) 第五説は、佐伯千仞博士の見解である。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、厳格に言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えない。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である。⁽²⁸⁾ こうした佐伯博士の見解は、違法身分、責任身分という身分の実体的性質に基づいて六五条の意義を明らかにしようとした点で注目し値するものであるが、次のような点で疑問が残る。

第一に、違法身分の連帯的作用を否定する根拠が明確でない。佐伯博士が前提とされる「違法は連带的に、責任

は個別的に」の原則からすれば、違法身分は非身分者にも連帶的に作用するはずである。それにもかかわらず、佐伯博士は、加減的違法身分は個別的に作用し、構成的違法身分についても非身分者の刑を減刑すべきだと主張される。しかし、このように身分犯が共犯従属性の一般原則の例外として扱われる理由は明らかではない。この点につき佐伯博士は、「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」と述べられて²⁹いるが、「身分本来の性質」とは具体的に何を指すのかということになると、その答えは見当たらないのである。

第二は、構成的身分と加減的身分の取扱いを異にしている点である。佐伯博士の見解によれば、加減的違法身分は六五条二項により完全に個別的に作用するのに対し、構成的違法身分の場合は同条一項により一応連帶的に作用し、非身分者の刑が減軽されるにすぎない。しかし、このように構成的身分と加減的身分とで取扱いが異なる理由は、やはり明らかにされていないのである。もし「身分本来の性質として」身分は他人に連帯しないというのであれば、構成的身分についても加減的身分と同じく個別的な作用を認め、構成的身分を欠く共犯者を不可罰とするのが一貫しているのではないだろうか。³⁰

(6) 以上、刑法六五条の一項と二項の関係をめぐる学説の状況を概観してきた。その結果、これまで主張されてきた諸説はいずれも理論的な問題点を有しているばかりでなく、実際上の帰結という点においても妥当でないということが明らかにされたように思われる。

〔注〕

(1) 木村龜二〔阿部純二増補〕『刑法総論（増補）』（昭和三五年）四二四―四二三頁、中義勝『講述刑法総論』（昭和五五年）二六一

- 頁、香川達夫『刑法講義（総論）第三版』（平成七年）四〇六―四〇七頁、川端博『刑法総論講義』（平成七年）五七八―五七九頁、曾根威彦『刑法総論（新版補正版）』（平成八年）二八四―二八五頁、前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（平成一〇年）四四四頁、内田文昭『改訂刑法I（総論）（補正版）』（平成九年）三一九頁以下、大谷實『新版刑法講義総論』（平成一二年）四八〇頁。
- (2) 大判大正二年三月一八日刑録一九輯三五三頁、最判昭和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。ただし、後述の第二説に立つと見られる判決例も存在する。新瀨地判昭和四二年二月五日判時五〇九号七七七頁、東京地判昭和六〇年三月一九日判時一七二号一五五頁。
- (3) 西田典之『共犯と身分』（昭和五七年）一一―一三頁、井田良『丸山雅夫「ケーススタディ刑法」』（井田）（平成九年）三〇〇頁。
- (4) 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）一四二頁。
- (5) 大塚仁『刑法概説（総論）（第三版）』（平成九年）三三四頁。
- (6) 山中敬一教授は、植田博士の見解を発展させて、次のように主張される。真正身分犯は、各則上の法益と並んで、その法益を侵害しないという「信賴」をも保護法益としており、この「信賴」という法益は、非身分者たる共犯者も正犯行為を通じて因果的に侵害しうるから、真正身分犯の受命者には身分者だけでなく非身分者も含まれる。これに対し、不真正身分犯の本質は、犯罪行為回避の期待に反する点にあるが、その「期待」の名宛人は身分者に限られ、身分者のみがその「期待」を侵害しうる。山中敬一『刑法総論II』（平成一一年）八七〇―八七一頁。しかし、真正身分犯における「信賴」は非身分者によっても侵害可能であるが、不真正身分犯における「期待」は非身分者によって侵害されえないとする根拠が明らかではない。結局、この見解も、植田博士の見解に対する批判がそのまま妥当するよう思われる。
- (7) 曾根・前掲注（一）三四九―三五〇頁。同旨、長島敦『判批』東洋法字二六卷二号（昭和五八年）九九頁以下、板倉宏『刑法総論』（平成六年）三二八頁。
- (8) 西田・前掲注（三）八頁、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）〔初出は、法学

セミナー四一六号(平成元年) 二五三頁。

(9) 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)補訂版』(平成八年) 三四九―三五〇頁。

(10) 西田・前掲注(3) 一七二頁。

(11) 曾根威彦『刑法各論「新版」』(平成七年) 二九八―二九九頁。

(12) 前田・前掲注(1) 四四四頁。同旨、大谷・前掲注(1) 四七九―四八〇頁。この見解の内容について詳しくは、大谷實『前田雅英「エキサイティング刑法総論」』(平成二年) 三〇七頁以下参照。

(13) 西田典之「共犯と身分」中山研一ほか編『現代刑法講座第三卷』(昭和五四年) 二六七頁注(1)。

(14) 同様の問題は、未成年者拐取罪と営利拐取罪においても生ずる。西田・前掲注(13) 二六二―二六三頁。

(15) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和四九年) 三八五頁、三八八頁、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年) 三〇三頁、三〇五頁、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、日高義博『刑法総論講義ノート』(昭和六三年) 二一五頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成三年) 四一八頁、西村克彦『共犯論序説(増補)』(平成三年) 二二三頁以下、福田平『全訂刑法総論(第三版)』(平成八年) 二八三頁、大塚・前掲注(5) 三二四頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(平成九年) 四〇三―四〇四頁。井田・前掲注(3)は、この見解が解釈論として欠点の最も少ない学説であるとする。

(16) 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(3) 五頁、曾根・前掲注(1) 二八五頁。団藤博士の厳格な共犯従属性の考え方は、団藤・前掲注(15) 四一九―四二〇頁、四二三頁に示されている。

(17) 福田平『大塚仁「対談刑法総論下」』(昭和六二年) 二二九―二三〇頁、団藤・前掲注(15) 四一八頁、佐久間・前掲注(15) 四〇三頁。

(18) 植田・前掲注(4) 二三七―二三八頁、曾根・前掲注(9) 三五〇頁、大谷・前掲注(1) 四七九頁。

(19) 大塚・前掲注(5) 三二四―三二五頁注(五)。同旨、福田・前掲注(15) 二八四頁注(三)、佐久間・前掲注(15) 四〇八頁注(6)。

- (20) 西田・前掲注(3)五一―六頁。
- (21) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三五九頁。同旨、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。
- (22) 大塚・前掲注(5)三二―三五頁注(六)。
- (23) 西田・前掲注(3)一五六頁、同「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)一八六―一八七頁。同旨、平野・前掲注(16)三五七頁、三六六頁、大越義久「共犯の処罰根拠」(昭和五六年)二六一頁、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。同旨、大越・前掲書二六一頁)。また、山口教授は、不真正身分犯において非身分者の行為に身分者が加功した場合に、身分者について身分犯の共犯の成立を否定される(前掲書二四八―二四九頁)。
- (24) 違法の連帯性を否定するのは、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、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、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、浅田和茂「共犯論叢書」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(平成九年)二七五頁、中山研一「共犯の処罰根拠」同ほか『レヴィジョン刑法1共犯論』(平成九年)一九頁以下など。
- (25) 前田・前掲注(1)四四六頁、大谷・前掲注(1)四七九頁。
- (26) 山中・前掲注(6)八六八頁。
- (27) 前田・前掲注(8)二五四頁。
- (28) 佐伯千仞「四訂刑法講義(総論)」(昭和五六年)三六五頁。
- (29) (30) 西田・前掲注(3)七頁。