

身分概念の限界

十 河 太 朗

目 次

- 一 はじめに
- 二 問題状況の概観
- 三 事後強盗罪の身分犯性
- 四 身分と実行行為の限界
- 五 具体的帰結
- 六 刑法六五条の適用範囲

一 はじめに

刑法六五条における身分の意義については、「男女の別、内外国人の別、親族関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、統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」というのが判例の立場であり、学説も概ね、この定義に従っている。⁽¹⁾ ⁽²⁾ このように、身分概念は比較的広く捉えられており、たとえば、収賄罪における公務員、強姦罪における男子、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、保護責任者遺棄罪における保護責任者などは、どれも身分に当たるとされてきた。

もつとも、身分の意義をめぐりこれまで全く争いが生じなかったというわけではない。古くから議論されてきたのが、営利拐取罪における営利の目的などの主観的要素が身分に当たるか否かである。その対立の基礎にあるのは、一時的な心理状態も身分に含まれるのか、それとも身分というためには多少の継続性を要するのかという考え方の違いである。⁽³⁾そして、この点に関する対立は、現在においても続いているのであるが、最近では、これに加えて、刑法二三八条にいう「窃盗」が身分といえるかが盛んに論じられている。

この問題が注目を集める契機となったのは、窃盗犯人と窃盗犯人でない者が財物取還を防ぎ逮捕を免れる目的をもつて共同して暴行を加えた事案を扱った裁判例が相次いで出されたことにあつた。事後強盗罪が窃盗犯人のみを主体とする身分犯であるとなると、窃盗犯人でない者は刑法六五条の定めるところに従つて処罰されるのに対し、刑法二三八条の「窃盗」を身分ではなく実行行為であると解すると、事後強盗罪は結合犯であり、窃盗犯人でない者の罪責は承継的共犯の問題として処理されることになる。そのため、「窃盗」が身分といえるか否かが問題となつたのである。

このような問題が生ずる一因は、事後強盗罪が特殊な形式の犯罪類型であるところにあるともいえるが、当該要素が身分か実行行為かという問題は、事後強盗罪に固有のものではない。後述するように、同様の問題は、事後強盗罪と類似の規定形式を採る強盗致死傷罪や強盗強姦罪においても生ずるほか、不真正不作为犯における「保証人的地位」や偽証罪における「法律による宣誓」に関しても、それらの要素が身分なのか実行行為の一部であるのか⁽⁴⁾が争われている。このような現状は、そもそも身分と実行行為との限界はどこにあるのかについて共通の認識が形成されていないことを示しているのである。

身分は行為の主体にかかわる要素であるのに対して、実行行為は行為そのものであるから、身分と実行行為との違いは明白であるようにも思える。しかし、事後強盗罪のように構成要件上複数の行為が予定されている犯罪類型においては、いずれの行為も実行行為であるのか、それとも先行行為は後行行為の主体の性質を決定する要素すなわち身分なのか問題となる。そして、この問題は、以前のような「身分に多少の継続性は必要か」という観点で対応できるものではなく、より根本的に、身分概念の限界はどこにあるか、さらには身分の本質とは何かを問うものにはかならないのである。

そこで、本稿では、身分と実行行為はいかなる基準により区別されるかという問題の検討を通して、身分概念の意義およびその限界を明らかにすることにした。

二 問題状況の概観

最初に、身分と実行行為との区別がどのような場面において問題となるのかを見ておくことにしたい。

(1) 既述のように、この点が最も詳細に論じられているのは、事後強盗罪における「窃盗」に関してである。刑法二三八条は、窃盗が財物の取還を防ぎ、逮捕を免れ、または罪跡を隠滅する目的で暴行または脅迫を加える行為を事後強盗罪として処罰しているが、この「窃盗」は身分なのであるか、それとも実行行為の一部なのであるか。この問題を扱った裁判例としては、新潟地裁昭和四二年二月五日判決⁽⁴⁾、東京地裁昭和六〇年三月一九日判決⁽⁵⁾、大阪高裁昭和六二年七月一七日判決⁽⁶⁾があるが、いずれも、本罪の「窃盗」を身分と解し、窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共同して財物取還防止の目的で暴行を加えた事案につき刑法六五条を適用している。これを最も明確な形で

述べているのが、東京地裁昭和六〇年判決である。すなわち、「被告人Xは、被告人Yが事後強盗罪の構成要件の一部である窃盗を終了してから、被告人Yの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭（飲み代）の取還を防ぐべく、被告人Yと意思相通じて被害者に暴行を加え、その結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考え方も、あり得ようが、事後強盗罪は、窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であつて、被告人Xはその身分がないのであるから、本件では、承継的共同正犯の問題ではなく、共犯と身分の問題として把握すべきである」と判示したのである。

こうした判決例を契機として、学説においてもこの問題が注目を集めるところとなつた。学説は、身分犯説と結合犯説に分かれている。⁽⁸⁾ 前者は、刑法二三八条の「窃盗」を身分と解し、所定の目的をもつてする暴行・脅迫のみを事後強盗罪の実行行為と見る。その論拠は、①刑法二三八条の文言上、本罪の行為主体は窃盗犯人に限られていること、②判例・通説の身分概念からすると、窃盗を行ったことを身分に含めることは可能であること、③本罪の実行の着手時期は暴行・脅迫の開始にあるから、暴行・脅迫をもつて本罪の実行行為と解すべきであること、などに求められている。

これに対して、後者は、事後強盗罪の主たる保護法益は財産であるから、他人の財物を侵害する行為である「窃盗」は実行行為そのものであり、このことは、判例および通説において本罪の既遂と未遂の区別が窃盗の既遂・未遂によって決まると解されていることから明らかであるという。その上で、窃盗犯人のように誰でも随意・随時にその行為に出さえすれば獲得しうるものは身分とはいえないとして、身分犯説を批判する。他方、結合犯説は、身分犯の本質を義務違反に求める見解からも主張されている。身分とは、特別な義務もしくは社会関係における一定の役割の基礎となる地位をいうとの前提から、事後強盗罪の「窃盗犯人」はそのような特別な義務や社会関係に

おける役割を負担するものとはいえないので身分ではないとするのである。

(2) 同様の問題は、事後強盗罪と類似の規定形式を採る強盗致死傷罪や強盗強姦罪においても生ずることになる。従来、強盗致死傷罪は強盗罪と殺人・傷害罪の結合犯であり、強盗強姦罪は強盗罪と強姦罪の結合犯であると理解されてきたといつてよい。これによると、強盗致死傷罪や強盗強姦罪における強盗は、実行為の一部であるということになる⁽⁹⁾。しかし、刑法二四〇条および二四一条は、強盗致死傷罪および強盗強姦罪の主体を強盗と規定しているのであるから、仮に事後強盗罪における窃盗が身分に当たるとすると、これと同様に、強盗致死傷罪や強盗強姦罪における強盗も身分であると解することも不可能ではない。事実、このことを明示的に肯定する見解も存在しているのである。

身の代金要求罪も事後強盗罪などと同様の規定形式を採っていることから、それが身分犯か結合犯かという問題が生ずる。刑法二二五条の二第二項は、人を略取し又は誘拐した者が被拐取者の安否を憂慮する者の憂慮に乘じ財物を交付させ又は要求する行為を、また、二二七条四項後段は、被拐取者を収受した者が同様の行為をした場合を処罰している。法文を素直に読む限り、この身の代金要求罪は、拐取者および収受者を主体とする身分犯であるということになり、現に、多くの学説はこのことを認めている⁽¹¹⁾。しかし、事後強盗罪を身分犯ではなく結合犯であるとする立場においては、略取・誘拐行為自体、人の自由を侵害する法益侵害行為であるから、略取・誘拐は、身の代金要求行為と並ぶ実行為の一部であって、身の代金要求罪は身分犯ではないと解することになるはずであろう。たとえば、団藤重光博士は、身の代金要求罪を身分犯であるとされながらも、同時に、「本条は身分犯の形式をとっているが実は身分犯ではなく、略取・誘拐も本罪の構成要件的行為に属する、という理論構成も、あるいは可能であるかも知れない⁽¹²⁾」と述べられている。

(3) 仮に複数の行為が構成要件の内容とされている犯罪類型を身分犯と捉えることが可能であるとすれば、これまで結合犯とされてきた犯罪も身分犯と解する余地が生ずることになる。たとえば、刑法一九一条は、「第九十九条の罪を犯して、死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得」する行為を墳墓発掘死体損壊等罪として処罰しているが、一般に、本罪は墳墓発掘罪と死体損壊等罪の結合犯であると解されている⁽¹³⁾。その基礎には、墳墓発掘の行為および死体損壊等の行為はいずれも実行行為であるとの理解があるといつてよい。しかし、事後強盗罪における身分犯説のように、何らかの犯罪行為を行ったことも身分に当たるとする立場を徹底すると、墳墓発掘死体損壊等罪において、墳墓発掘罪を犯したことは死体損壊等という実行行為の主体を表す要素となわち身分であると解する余地も出てくるであろう。仮に刑法一九一条の文言を、「第八十九条の罪を犯した者が、死体……を損壊し、遺棄し、又は領得したときは、……」というように身分犯であるかのような規定の仕方に変更したとしても、その実体は全く変わらないのであり、そうだとすると、墳墓発掘死体損壊等罪を身分犯と解しても不合理ではないともいえるのである。

(4) 身分か実行行為かは、偽証罪における「宣誓」に関しても問題となっている。刑法一六九条は、「法律により宣誓した証人が虚偽の陳述をしたときは」偽証罪として処罰すると規定しており、判例および通説は、その文言のとおり、偽証罪を、主体が「法律により宣誓した証人」に限られる身分犯であると解している⁽¹⁴⁾。これに対して、本罪の主体は単に証人であれば足り、宣誓したことは身分ではなく実行行為の一部であるとする見解も主張されている⁽¹⁵⁾。①証人が宣誓という行為と偽証という行為をして初めて偽証罪の構成要件を充足するものであること、②事後宣誓も偽証罪を構成すると解すべきであり、この場合には宣誓が実行行為であると考えなければならぬことが、その根拠である。ここでも、構成要件の内容とされている複数の行為のうちの一つが実行行為なのか身分なの

かが争われているのである。

(5) このほか、構成要件上複数の行為が予定されているわけではないが、当該要素が行為者の特性を表しているのか、行為そのものの態様に關係しているのが問題となる場合も存在する。不真正身分犯における保証人的地位が、その例である。不真正不作為犯の成立に要求される作為義務に關しては、構成要件の結果が発生しないようにするための法律上の義務を有する者すなわち保証人的地位にある者の不作為についてのみ不作為犯の成立を認める保証人説が通説的地位を占めている。⁽¹⁶⁾これによると、不真正不作為犯は、保証人的地位という身分を有する者についてのみその成立が認められる身分犯であるということになる。⁽¹⁷⁾しかし、学説においては、作為義務の有無の判断は、当該不作為が作為と同価値性をもつて構成要件該当性を有する否かの問題であり、特別の身分犯を構成するものではないとの見解も有力である。⁽¹⁸⁾保証人的地位は、行為主体の属性を表すものではなく実行行為性を基礎づける要件であるとする趣旨であろう。このように、不真正不作為犯における保障人的地位は身分なのか実行行為の要素なのか争われているのである。

また、「業として」の要件に關しても議論がある。法人が開催する競馬に關し「業として」多数の者に対し財物をもつて賭事をなす行為を処罰する旧競馬法一四條三号につき、大審院昭和九年二月一七日判決は、⁽¹⁹⁾「業トシテトハ反復繼續スル意思ヲ以テ行フ犯罪行為ノ態様ニシテ其ノ特異ノ点ハ犯人ニスル特別ノ意思アリト云フニ止マルヲ以テ刑法第六十五條ニ所謂犯人ノ身分ヲ為スモノニ非ス是レ常習トシテト云フ如キ専ラ犯人ノ個性ニ係ルモノト趣ヲ異ニスル」と判示した。「業として」とは、身分ではなく実行行為に係わる要素であるというのである。しかし、同じく行為の繼續を意味する要素であるのに、常習性は身分であつて、「業として」は身分でないのはなぜかが問われるであろう。何らかの行為を業として行うことは、行為者の一身的な属性・事情であるともいえるからで

ある。また、業務上横領罪における業務が身分に当たるとされていることからしても、「業として」を身分と捉えることも不可能ではないとも考えられよう。⁽²⁰⁾

三 事後強盗罪の身分犯性

以上のように、様々な場面において身分と実行行為との区別が問題となりうる。それでは、両者はどのように区別されるべきであろうか。この問いに対する答えを見出す手がかりとして、まず、最も活発な議論が展開されている事後強盗罪の身分犯性について検討することにした。⁽²¹⁾

(1) 事後強盗罪における「窃盗」は身分なのであるか、それとも実行行為なのであるか。刑法二三八条の規定の仕方からすると、暴行・脅迫こそ事後強盗罪の実行行為であって、「窃盗」はその主体にすぎず、実行行為そのものではないようにも見える。しかし、事後強盗罪の第一次的な保護法益が個人の財産であることは疑いがないのであり、その法益の侵害は、暴行・脅迫ではなく、それに先行する窃取行為によってなされる。通説が事後強盗罪の既遂・未遂の区別基準を窃盗の既遂・未遂に求めているのも、その点を考慮しているからであろう。このように考えると、窃取は、暴行・脅迫と並ぶ実行行為であると解さざるをえないように思われる。その意味で、事後強盗罪は、窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯であるということになる。

このような考え方に対しては、窃取行為の時点で事後強盗罪の実行の着手を認めることができない以上、「窃盗」を実行行為と解することは許されないと批判が寄せられている。確かに、通常、結合犯においては実行行為の一部が開始された時点で直ちに当該犯罪の実行の着手が認められるとされている。⁽²²⁾たとえば、強盗罪においては、暴

行・脅迫の開始が実行の着手時期である。しかし、すべての結合犯についてそのようにいえるわけではない。たとえば、同じく結合犯とされる強盗殺人罪の実行の着手時期は、強取行為の開始ではなく殺人行為の開始に求められているし、強盗強姦罪の場合も、姦淫行為の開始時が実行の着手時期である。⁽²³⁾ このように結合犯の中で実行の着手時期について取扱いが異なるのは、構成要件実現の現実的危険の発生する時期が違うからである。実行の着手とは、構成要件実現の現実的危険を惹起すること⁽²⁴⁾をいうが、強盗罪の場合には、強取の意思で暴行・脅迫を開始すればその時点で財物奪取の現実的危険が発生するのに対して、強盗殺人罪や強盗強姦罪の場合には、強取行為だけでは致死や強姦の点についての現実的危険は認められず、そうした危険は殺人行為や強姦行為が開始されることによって初めて発生するのである。

事後強盗罪は、後者の類型に属するといえよう。たとえ最初から事後強盗の意思を持って強取行為を行ったとしても、その時点では事後強盗罪の構成要件が実現される現実的危険は発生していないため、暴行・脅迫の開始を待つて実行の着手が認められるのである。⁽²⁵⁾ そもそも実行の着手とは、構成要件実現の危険がどの程度切迫した段階で刑法が介入すべきかという問題であるから、実行行為の開始時点で切迫した危険が発生するとは限らず、実行行為の開始時点と実行の着手時期とが一致しない場合もありうるというべきである。⁽²⁶⁾

(2) 他方、事後強盗罪を身分犯とすることも誤りではないように思われる。刑法二三八条は、窃盗犯人が窃盗の機会に暴行・脅迫を加えたときに事後強盗罪が成立するとしており、その文言上、事後強盗罪の主体を窃盗犯人に限定しているからである。そして、窃盗犯人であることは、行為者の一身的な事情・属性にほかならないから、判例・通説の身分概念を前提とする限り、これを身分に含めることは可能であるといえよう。

事後強盗罪を身分犯とする見解に対しては、事後強盗罪の既遂・未遂を身分の内容にかからせることになって妥

当でないとの批判も向けられている。しかし、窃盗犯人は身分ではあるものの、先述のように、窃盗犯人の行った窃取行為自体は、事後強盗罪の実行行為である。そうであれば、窃盗の既遂・未遂をもって事後強盗罪の既遂・未遂を決するということは、窃取という実行行為から財物の奪取という結果が生じたかどうかによって既遂と未遂を区別することにはかならず、右の批判は当たらないのである。

(3) このようにして、事後強盗罪の「窃盗」は実行行為であると同時に身分でもあるということになる。これまでの学説の多くは、事後強盗罪を身分犯と見るか結合犯と解するかを二者択一の問題と捉えてきたといつてよい。しかし、近時の学説においては、両者は必ずしも矛盾するものではないとの理解も有力である。たとえば、西田典之教授は、窃盗犯人でない者が事後強盗の暴行・脅迫のみに関与した場合の取扱いにつき、共犯と身分の問題として刑法六五条を適用するか、承継的共犯の問題の理論によって解決するかは理由づけの問題にすぎず、この二つの理論構成は互いに排斥しあうものではないと述べられている⁽²⁷⁾。また、伊東研祐教授は、刑法二三八条の「窃盗」が身分か実行行為かは定義値をめぐる争いであり、それ自体で決着させることは困難であるとされ、島田聡一郎助教も、身分犯説および結合犯説の論拠はいずれも論理的に可能な説明であり、問題解決の決め手にはならないといわれる⁽²⁹⁾。これらの見解が、刑法二三八条の「窃盗」が身分であると同時に実行行為でもあることを肯定する趣旨であるとすれば、妥当である。

四 身分と実行行為の限界

(1) 以上、事後強盗罪の身分犯性について検討してきたところからすると、身分と実行行為との関係については

次のようにいえるであろう。

事後強盗罪のように複数の法益侵害行為によって構成される犯罪において、法文上、先行行為をした者が後行行為の主体とされている場合には、これを身分犯と解することができる。「統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」を身分とする判例・通説の身分概念からすると、一定の法益侵害行為をしたことを身分とすることは十分に可能であろう。他方、先行行為も法益を侵害する行為である以上、これを後行行為と並ぶ実行行為と解すべきである。つまり、先行行為は実行行為であるが、それと同時に、これを行ったことは後行行為の主体すなわち身分でもあるということになる。

(2) もっとも、事後強盗罪の身分犯性をめぐる議論を見ると、本稿のような理解に対しては次の二つの観点から批判がありうると思われる。

第一は、判例・通説の採用する身分概念自体に異論を唱えるものである。特に重要なのは、義務違反説であろう。この見解は、行為者が自らに課された特別な義務に違反するところに身分犯の本質を求める。たとえば、身分犯の典型である収賄罪は、公務員が「職務に関連して賄賂を受け取ってはならない」という義務に違反する点にその本質があるというのである。これによると、身分とは、「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」と定義されることになる。このような立場からは、犯罪行為を行うことは何ら特定の義務を負担するものではないから、身分とはなりえないとされる。⁽³⁰⁾

しかし、身分の意義をそのように限定的に解する必要はないであろう。⁽³¹⁾ このことを明らかにするためには、刑法六五条の法意にまで遡る必要がある。個人責任の原則から、行為者に固有の事情に係わる一身の要素は、本来それを有する者にのみ作用するはずである。しかし、公務員の収賄行為に非公務員が加功した場合のように、一身の

な要素であつても共犯者たる他人にその効果が及ぶと考えられる場合がありうる。そこで、行為者の一身的な要素が、それを欠く共犯者にも影響を及ぼすのはどのような場合かを示したのが、刑法六五条であると解される。同条の趣旨をこのように理解すれば、身分とは行為者の一身的な事情に係わる要素であれば足り、これを「義務を負担するところの地位または資格」に限定する合理的根拠は存在しないように思われる。また、義務違反説は、その論理的帰結として、自ら特定の義務を課されていない非身分者たる共犯者の刑は減輕すべきであると主張するのであるが、刑法六五条一項は、非身分者も身分者と同様に処罰するものとしてしているのであるから、義務違反説の主張は現行法の建前と合致しないといわざるをえない。⁽³²⁾

このようにして、「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」を広く身分とする判例・通説の身分概念は支持されるべきであり、このような身分概念を前提とすると、実行行為を行ったことを身分に含めることは何ら不当ではない。

(3) 第二の批判は、必ずしも判例・通説の身分概念を否定するわけではないが、当該構成要件要素が実行行為と評価される以上はこれを身分とすることは許されないとするものである。すでに見たように、事後強盜罪を結合犯とする見解の多くは、窃取をしたことが判例・通説の身分概念に包摂されうことは認めつつも、「窃盜」は実行行為であつて身分ではないとし、「窃盜」の身分性を否定する根拠を、それが実行行為であることに求めている。その基礎にあるのは、身分か実行行為かは二者択一の問題であつて、同一の犯罪要素が身分であると同時に実行行為でもあるということはありえないとの理解であろう。学説の中には、「ある特定の一つの犯罪においては、実行行為と身分とは別個のものであつて、実行行為が同時に身分であるとか、身分が実行行為を兼ねるというようなこととは⁽³³⁾ない」と明言するものも存在する。

確かに、身分は行為の主体であるのに対して、実行行為は行為そのものであるから、本来、一つの犯罪要素が身分と実行行為の両方を兼ねるといふことはありえない。しかし、われわれは、ここで、構成要件に様々な機能があらうことを想起する必要がある。

まず、構成要件の機能の一つに、犯罪個別化機能がある。これは、犯罪の成立要件を主体、行為、客体などに分析し、どのような事実がどのような犯罪に当たるとするかを明らかにする機能である。⁽³⁴⁾問題は、どの時点を基準に犯罪の各成立要件を分析するかであるが、その基準は、当該犯罪の開始時期すなわち実行の着手時期に求められるべきであろう。たとえば事後強盗罪の成立要件につき、結合犯説は、事後強盗罪は窃取および暴行・脅迫という二つの行為から成り、主体について特に制限はないとする。しかし、事後強盗罪の実行の着手時期は暴行・脅迫の開始時であり、仮に事後強盗の意思で窃取を開始しても単に窃盗罪が成立するにすぎない。つまり、窃盗犯人が暴行・脅迫を行うことにより事後強盗罪という新たな犯罪が開始されるのである。そうだとすると、事後強盗罪の成立要件の分析は、窃取の開始時点ではなく暴行・脅迫の開始時点を基準としてなされるべきであり、したがって、暴行・脅迫が事後強盗罪の行為であり、その行為の主体は窃盗犯人であるということになるのである。

また、構成要件は、国民に行為の基準を示すことにより、その行動を規律するという側面を有している。⁽³⁵⁾この行為規範としての側面に着目した場合、一般の犯罪においてはすべての者が規範の名宛人であるのに対し、身分犯は、規範の名宛人が一定の者に限定されている点に特徴がある。規範の名宛人が制限されているか否かも、当該犯罪の開始時を基準に決定すべきであろう。法は、未だ犯罪行為を開始していない者に対してそのような行為を開始しないよう命令するものであるからである。もちろん、法は、すでに実行行為を開始した者に対してもその行為を止め結果発生を防止するよう求めているともいえるが、それは、各構成要件の行為規範機能の問題ではなく中止犯の

問題にすぎない。事後強盗罪を例にすると、刑法二三八条は、窃盗犯人に対し、「財物の取還を防ぐなどの目的で他人に暴行・脅迫を加えてはならない」と命令しているのであり、このように実行の着手時において規範の名宛人が制限されていることから、事後強盗罪は身分犯であると解されるのである。もともと、事後強盗罪においては、すべての者に対し、「窃盗を行い、その機会に暴行・脅迫を加えてはならない」という規範が向けられているのであって、規範の名宛人は制限されていないといえなくもない。しかし、刑法二三八条の趣旨は、窃盗犯人が現場を離れる際に暴行・脅迫を加えることが多いという事態に着目し、これを防ぐために強盗罪に準じて扱うということにあるのであるから、同条は、特に窃盗犯人を名宛人とし、窃盗の機会に暴行・脅迫を加える行為を禁止しているというべきであろう。

他方、構成要件の理論的機能として、違法・責任徴表機能が挙げられる。これは、当該行為の類型的な違法・責任の内容を示す機能である。³⁶⁾ この機能に関しては、その行為がいかなる法益を侵害するかが特に重要となる。たとえば、事後強盗罪が強盗罪として扱われるのは、窃取および暴行・脅迫という二つの法益侵害行為を併せて評価することにより、強盗罪と同様の違法性が認められるからである。構成要件の違法・責任徴表機能に着目すると、窃取は、暴行・脅迫と並んで事後強盗罪の類型的な違法性の内容を基礎づける実行行為であり、事後強盗罪は、窃盗罪の実行行為と暴行・脅迫罪のそれとを結合し、一個の構成要件とした結合犯であると解すべきこととなる。

このように構成要件の異なる機能に着目すると、同一の構成要件要素が身分であるとともに実行行為でもあるということを肯定しうる。したがって、当該要素が実行行為の一部であることから直ちにその身分性が否定されるわけではないのである。

- (4) なお、右の第二の批判に関連して注目されるのが、岡本勝教授の見解である。岡本教授は、判例の身分概念

に当てはまるというだけで直ちにその犯罪を身分犯とすべきではなく、当該構成要件の実体的構造をも熟慮すべきであるとされる。その上で、身分と実行行為の区別基準を、当該要素が犯罪を構成するものであるか否かに求められ、法文上は身分犯のように見えても、その「身分」がすでに犯罪を構成する場合には、これを身分犯と解してはならないとされる。同じく一定の行為をしたことが法文上身分とされている犯罪類型であっても、たとえば偽証罪の「法律により宣誓した証人」の場合、宣誓という行為は何ら犯罪を構成するものでないから、偽証罪は身分犯といえるが、これに反し、事後強盗罪の「窃盗」や強盗致死傷罪の「強盗」は、それ自体、犯罪を構成するものであるから、それらの罪を身分犯と解することはできないと主張されるのである。³⁷⁾

しかし、既述のように、構成要件の異なる機能に着目すれば、たとえ一つの構成要件要素が実行行為であつて、それ自体犯罪を構成するものであるとしても、同時に、それが身分でもあるということ肯定しうる。したがって、当該要素が犯罪を構成するという事情は、それが身分であることを否定する理由にはならないと思われる。そして、岡本教授自身も認められているように、判例・通説の身分概念を前提とする限り、犯罪行為をしたことも行為者の一身的な事情に関する要素であり、身分に含まれるであろう。岡本教授の見解においても、なぜ身分と実行行為の区別基準を、当該要素が犯罪を構成するものであるか否かに求めるのかにつき、具体的な理由は示されていないのである。

五 具体的帰結

- (1) 要するに、身分犯か否かは、実行の着手時期において行為の主体が一定の者に限定されているかどうかによつ

て決定される。そして、判例・通説の身分概念を前提とする限り、身分とは、広く行為者の一身的な事情・属性に関する要素であれば足り、**実行行為**を行ったことも身分に含まれうる。このように考えると、構成要件上複数の実行行為が予定されている犯罪類型において、先行の実行行為をしたことを身分と解することも可能となる。たとえば、事後強盗罪においては、窃取および暴行・脅迫はいずれも実行行為であるが、同罪の実行の着手時期は暴行・脅迫の開始時であり、その時点を基準とすると、行為主体は窃盗犯人に限られることになるから、同罪は身分犯であるといえるのである。

このような理解を基礎とすると、先に指摘した各事例は、次のように解決されるであろう。

- (2) 強盗致死傷罪および強盗強姦罪については、事後強盗罪の場合と同じように解決されることになる。強盗致死傷罪および強盗強姦罪の第一次的な保護法益は、それぞれ生命・身体⁽³⁸⁾の安全および性的自由であるが、個人の財産も両罪の重要な保護法益であることは疑いがない。したがって、財産を侵害する強取は、殺人・傷害や強姦と並ぶ実行行為であり、その意味で、強盗致死傷罪および強盗強姦罪は結合犯であると解すべきであろう。同時に、これらの罪は、強盗犯人のみを主体とする身分犯でもある⁽³⁹⁾。強盗致死傷罪や強盗強姦罪の実行の着手時期は、強盗の開始時ではなく殺傷や強姦の開始時であり、その時点⁽⁴⁰⁾を基準にすると、殺傷や強姦の主体は強盗犯人に限られているからである。また、刑法二四〇条および二四一条の趣旨は、刑事学的に見て強盗の機会に犯人が死傷の結果を生じさせたり強姦を行ったりすることが多いことから、生命・身体・性的自由を保護するために特にそれらの行為を重く処罰するという点にある⁽⁴¹⁾。それゆえ、構成要件の行為規範としての側面においても、強盗致死傷罪および強盗強姦罪は、強盗犯人のみを規範の名宛人とした身分犯であると解されるのである。

同じことは、身の代金要求罪にもいえる。刑法二二五条の二第二項および二二七条四項後段は、その法文上、人

を略取し又は誘拐した者および被拐取者を収受した者を行為の主体としているが、略取・誘拐および被拐取者の収受は、人の自由という法益を侵害する行為であるから、財物交付の要求とともに略取・誘拐や収受も実行行為であると解すべきである。他方、身の代金要求罪が身分犯かどうかは、その実行の着手時期において行為主体が限定されているかどうかによって決まる。最初から身代金を要求する意図で人を略取・誘拐し、もしくは被拐取者を収受しても、身の代金要求罪が開始されたということはできず、財物の交付・要求が行われて初めて実行の着手があったといえる。そこで、その時点基準を考えると、財物の交付・要求の行為主体は拐取者および収受者に限られているから、身の代金要求罪は、略取・誘拐者および収受者が主体となって財物の交付・要求を行う身分犯であるということになる。

(3) もっとも、複数の実行行為を含む犯罪類型がすべて身分犯となるというわけではない。たとえば、墳墓発掘死体損壊等罪は身分犯ではないと解される。刑法一九一条は、墳墓発掘罪を犯して死体等を損壊し、遺棄し、領得する行為を墳墓発掘死体損壊等罪としており、墳墓発掘行為と死体損壊等の行為がいずれも実行行為であることに異論はないであろう。他方、同罪が身分犯に当たるかどうかを決定する上で重要となるのが、その実行の着手時期において行為主体が一定の者に限定されているかどうかである。この点、仮に墳墓発掘の後に死体損壊等の意思を生じ、これを実行した場合には、墳墓発掘死体損壊等罪ではなく、墳墓発掘罪と死体損壊等罪の両者が成立し、逆に、最初から死体損壊等の意思で墳墓を発掘すれば、その時点で墳墓発掘死体損壊等罪が開始されたものと解される。つまり、墳墓発掘死体損壊等罪の実行の着手は、死体損壊等の行為の開始時ではなく墳墓発掘行為の開始時に求められるとい⁽⁴²⁾てよい。そこで、墳墓発掘の開始時を基準にして考えると、墳墓の発掘は誰によってもなされるから、行為主体について特に制限はなく、墳墓発掘死体損壊等罪は、墳墓発掘および死体損壊等の二つの行為を

構成要件要素とし、また、同罪においては、すべての者に対し「墳墓を発掘し、死体損壊等をしてはならない」という規範が向けられているといえる。したがって、墳墓発掘死体損壊等罪は、墳墓を発掘した者を主体とする身分犯ではないということとなる。

このように、強盜致死傷罪や強盜強姦罪は身分犯であるのに対し、墳墓発掘死体損壊等罪は身分犯ではないと解されるのであるが、この点に関し、岡本教授は、刑法一九一条は「第百八十九条の罪を犯して、死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得したときは」とし、法文上、墳墓発掘死体損壊等罪は身分犯ではなく結合犯となっているが、立法技術的には「墳墓を発掘した者が、……物を損壊し、遺棄し、又は領得したときは」と規定して身分犯の外観を備えさせることも可能であつたとされ、「……した者が」と規定するか、「……の罪を犯して」とするかは、単なる立法技術上の偶然の選択によるものであり、そのような偶然の事情により身分犯か否かが決定されるのはいかにも不合理であると主張される。その上で、強盜致死傷罪や強盜強姦罪も、法文上は「強盜が、……」と規定され、身分犯であるかのような外観を呈しているが、その実体からすれば、「強盜の罪を犯し、その機会に人を死傷させた」とか、「強盜の罪を犯し、その機会に強姦した」と規定されるべきものであり、それらは結合犯にはかならないとされ、規定形式を根拠に両罪を身分犯とする見解に疑問を呈されている。⁽⁴³⁾

しかし、既述したように、身分犯か否かは、実行の着手時期において行為の主体が限定されているか否かにより決定されると解されるところ、強盜致死傷罪や強盜強姦罪の実行の着手時期は強盜の開始時ではなく殺傷行為・強姦行為の開始時であるがゆえに、刑法は「強盜が、人を負傷させた」とか「強盜が女子を強姦した」とし、殺傷行為・強姦行為のみが構成要件的行为であるかのような規定の仕方をとっているのに対して、墳墓発掘死体損壊等罪においては墳墓発掘の時点ですでに実行の着手が認められるために、刑法は「第百八十九条の罪を犯して、……」

と規定することにより、墳墓発掘行為も構成要件的行為であることを示していると考えられるのではないだろうか。つまり、「……した者が」と規定するか、「……の罪を犯して」とするかは、単なる立法技術上の偶然の選択によるものではなく、当該犯罪の実行の着手時期を考慮したものであるといえる。そうだとすると、身分犯か否かを確定するに当たり、規定形式は一つの重要な判断材料となるといふべきであろう。⁽⁴⁴⁾

(4) 偽証罪における「宣誓」は、どうであろうか。偽証罪に未遂の処罰規定はないが、理論的には、虚偽の陳述をするつもりで宣誓をしたとしても、その時点では未だ構成要件の結果発生⁽⁴⁵⁾の現実的危険が発生しておらず、宣誓のうへ虚偽の陳述を開始して初めて偽証罪の実行の着手が認められると解される。そうすると、虚偽の陳述の主体は、法律により宣誓した証人に限られるから、偽証罪は、単なる証人を主体とするのではなく、法律により宣誓した証人を主体とする身分犯であるといえよう。

(5) 不真正不作為犯における保証人的地位は身分であろうか。被害者と社会生活上特別の依存関係にあるなどの保証人的地位を基礎づける事情そのものは、何ら結果発生⁽⁴⁶⁾の現実的危険性を有するものではない。保証人的地位にある者が作為義務違反の行為をすることにより結果発生⁽⁴⁷⁾の現実的危険が発生するのであり、その時点で実行の着手が認められると解すべきである。そうだとすると、作為義務違反の行為をなすのは、保証人的地位にある者だけであり、したがって、不真正不作為犯における保証人的地位は身分であると解して差し支えないであろう。

他方、競馬法にいう「業として」の要素は身分とはいいがたいように思われる。確かに、業務上横領罪における業務上の占有者は身分に当たる。業務として他人の物の占有を開始しても、それ自体は何ら法益侵害の現実的危険性を有するものではないのであって、横領行為がなされて初めて実行の着手が認められる。その時点⁽⁴⁸⁾を基準にすると、横領行為の主体は業務上の占有者に限られており、業務上の占有者たる地位は身分であるといえるのである。

これに対し、現行競馬法三二一条一号は、業として勝馬投票券の購入の委託を受ける行為を処罰しているが、反復継続する意思を持って勝馬投票券購入の受託を開始した時点で、法益侵害の危険は発生し、犯罪は着手されたといつてよい。そうすると、反復継続する意思で勝馬投票券の購入の委託を受ける行為は、誰によってもなされうるものであるから、「業として」は、身分ではなく構成要件的行為そのものの性質に係わる要素であるということになる。

六 刑法六五条の適用範囲

最後に、当該犯罪が身分犯とされた場合における刑法六五条の適用の問題について触れておくことにしたい。

一般に、身分犯かどうかは、刑法六五条の適用の有無と不可分の関係にあると考えられている。たとえば、事後強盗罪を身分犯と捉える見解は、窃盗犯人でない者が事後強盗の暴行・脅迫のみに関与した場合、窃盗犯人という身分を欠く者は刑法六五条の規定に基づき処断されるとし、この身分を構成的身分もしくは違法身分と解すると、窃盗犯人でない者にもその身分が連带的に作用し、単なる暴行・脅迫罪の共犯ではなく事後強盗罪の共犯となるといふ。しかし、当該犯罪が身分犯かどうかと、刑法六五条の適用の有無とは、別の問題ではないだろうか。たとえば、事後強盗罪を身分犯と解したとしても、窃盗犯人でない者が事後強盗の暴行・脅迫のみに関与した場合に刑法六五条を適用することは許されないように思われる。

そもそも共犯の処罰根拠は、正犯を通じて間接的に構成要件の結果を惹起するところにあるというべきであるから、本来、共犯者の行為と結果発生との間に因果関係が存在する以上は、その構成要件について共犯が成立するはずである。しかし、この原則は、身分犯においては必ずしも当てはまらないとされている。たとえば、通説による

と、業務上の占有者でない者が業務上横領に加功した場合、その行為は業務上横領という構成要件の実現について因果性を有しているにもかかわらず、単純横領罪の共犯が成立するにすぎない。それは、業務上の占有者という一身の要素は、これを有する者にのみ作用すると考えられているからである。そこで、一身的な要素すなわち身分を欠く者の行為が身分犯の実現について因果性を有する場合のうち、その身分の作用が非身分者に及ぶ場合と、及ばない場合とを区別する基準を示したのが、刑法六五条である。つまり、非身分者の行為と構成要件の結果との間に因果関係が存在しない場合には、そもそも刑法六五条の適用は問題にならないのである。

このような立場から、窃盗犯人でない者が事後強盗に関与した場合の取扱いについて考えてみると、財物の奪取は、窃盗犯人でない者が関与する以前になされたものであるから、窃盗犯人でない者の行為と、財物奪取という事後強盗罪の構成要件の結果との間には因果関係が存在しない。右に述べたように、刑法六五条は、非身分者の行為と構成要件の結果との間に因果関係が存在することを当然の前提としているといふべきであるから、たとえば事後強盗罪を身分犯と解したとしても、この場合に刑法六五条を適用することはできないという結論に至るのである。⁴⁶⁾

このようにして、複数の実行行為を構成要素とする犯罪類型において先行の実行行為をしたことが身分であると解される場合は、先行の実行行為による法益侵害と非身分者の行為との間に因果関係が存在しない以上、刑法六五条は適用されるべきでないということになる。この場合は、非身分者がその関与以前に発生した結果についても責任を負うのかどうか問題の核心があるのであるから、むしろ、これは承継的共犯の問題として処理されるべきであらう。

これに対して、同じく複数の行為から成る犯罪類型において先行行為をしたことが身分とされる場合であつても、先行行為が法益侵害行為でないときは、刑法六五条を適用することが可能となる。たとえば、偽証罪において

は宣誓と虚偽の陳述という二つの行為が予定されており、先述のように、証人として宣誓したことは身分であると解される。この場合、宣誓自体は何ら法益を侵害するものではないから、宣誓していない者が宣誓した証人による虚偽の陳述に関与すれば、宣誓していない者の行為は国家の審判作用の適正な運用という法益の侵害と因果関係を有するといえ、刑法六五条を適用してよいのである。

注

- (1) 最判昭和二十七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。
- (2) 大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇〇年) 四七五頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(一九九一年) 四一八頁注(二)。
- (3) この問題については、拙稿「判批」同志社法学五二巻一号(二〇〇〇年) 一三七頁以下参照。
- (4) 判時五〇九号七七頁。
- (5) 判時一一七二号一五五頁。
- (6) 判時一二五三号一四一頁。
- (7) 団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(藤木英雄)(一九六六年) 一一七頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第九巻』(一九八八年)「米澤慶治」三六六頁、曽根威彦「刑法の重要問題」(各論)補訂版(一九九六年) 一七二頁、前田雅英「刑法各論講義」[第3版](一九九八年) 四一六―四一七頁、大谷實『新版刑法講義各論』(追補版)(二〇〇二年) 二四三頁、香川達夫「強盗罪の再構成」(一九九二年) 一八九頁、西田典之「新版共犯と身分」(二〇〇三年) 二八九頁、日高義博「判批」判例評論三二八号(一九八六年) 六一頁、内田文昭「窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と共同して、窃盗の被害者に対し暴行・脅迫を加えた場合の擬律について」研修四九〇号(一九八九年) 一〇頁、岡野光雄「事後強盗罪と共犯——窃盗犯人でない者の事後強盗への関与——」研修四九四号(一九八九年) 四頁、吉田敏雄「事後強盗罪をめぐる諸問題」現代刑事法二二号(二〇〇〇年) 四五頁以下、

佐伯仁志「事後強盜罪の共犯」研修六三三号（二〇〇一年）四頁など。

- (8) 古江賴隆「判批」研修四五七号（一九八六年）六七頁、坂本武志「事後強盜罪は身分犯か」判例時報二二〇二号（一九八六年）二〇頁、萩原由美恵「判批」上智法学論集三一巻三三三（一九八八年）一七八頁、中森喜彦「判批」判例評論三五三三三（一九八八年）七一頁、上野幸彦「判批」日本法学五三巻二二二（一九八八年）一四一頁、今上益雄「窃盜犯人でない者の事後強盜への共同加功」東洋法学三六巻二二二（一九九三年）一〇二頁、川端博「事後強盜と共犯」研修五五八号（一九九四年）一二頁、岡本勝「事後強盜罪に関する一考察」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（一九九六年）四〇六頁、高橋則夫「事後強盜罪と共犯の成否」現代刑事法二三号（二〇〇〇年）一一六頁、山口厚「事後強盜罪再考」研修六六〇号（二〇〇三年）四頁。

- (9) 大判大正一一年二月三日刑集一卷八一五頁、藤本英雄「刑法講義各論」（一九七六年）二九九頁、中山研一「刑法各論」（一九八四年）二五三頁以下、二五九頁、前田雅英「刑法演習講座」（一九九一年）三五二頁、三五五頁、中森喜彦「刑法各論（第2版）」（一九九六年）一三九頁、西田典之「刑法各論第二版」（二〇〇二年）一八三頁、曾根威彦「刑法各論（第3版補正版）」（二〇〇三年）一四三頁、日高義博「事後強盜罪の身分犯性と共犯の問題」専修法学論集六〇号（一九九四年）六一頁、古江・前掲注（8）六三頁以下など。

- (10) 大塚仁「刑法概説（各論）（第三版）」（一九九六年）二二七頁、二三五頁。日高・前掲注（9）四四頁、香川・前掲注（7）一八一―一八二頁は、事後強盜罪を身分犯と解しながら、強盜致死傷罪や強盜強姦罪は身分犯ではないとしている。

- (11) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その一）」法曹時報一六巻七号（一九六四年）五九頁、団藤重光「刑法綱要各論第三版」（一九九〇年）四八四頁、大塚・前掲注（10）九〇―九二頁、大谷・前掲注（7）一〇六一―一〇七頁、古江・前掲注（8）六八頁。

- (12) 団藤・前掲注（11）四八四頁注（一七）。

- (13) 団藤・前掲注（11）三六六頁、大塚・前掲注（10）五四五頁、中森・前掲注（9）二七九頁、西田・前掲注（9）四〇〇頁、大谷・前掲注（7）五四六頁。

- (14) 大塚・前掲注(10) 六〇六頁、中森・前掲注(9) 三二二頁、西田・前掲注(9) 四五七頁、前田・前掲(7) 四七一頁、福田平『全訂刑法各論(第三版増補)』(二〇〇二年) 三五頁。
- (15) 団藤・前掲注(11) 九八頁、大谷・前掲注(7) 六一三頁。
- (16) 大谷・前掲注(2) 一五四頁。
- (17) 中義勝「不作為犯と共犯——共犯と身分をめぐる一考察——」関西大学法学論集 三卷四〇五〇六号(一九七四年) 二八一頁以下、神山敏雄「不作為犯をめぐる共犯論」(一九九四年) 六四九頁以下、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)(補正版)』(一九九七年) 九七頁、大谷・前掲注(2) 一五五頁、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』(二〇〇一年) 九四頁注(一)。
- (18) 香川達夫「不真正不作為犯と共犯」学習院大学法学部研究年報七号(一九七一年) 二頁以下、平野龍一「刑法総論Ⅱ」(一九七五年) 三九六頁、前田雅英『刑法の基礎総論』(一九九三年) 三九三頁。
- (19) 刑集一三卷一七四三頁。
- (20) 団藤・前掲注(2) 四一八—四一九頁注(二)。なお、オーストリアにおいては、一般に營業的窃盜罪の營業性(Gewerbsmäßigkeit)は身分に当たると解されている。Vgl. Leutkauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1992, § 14, Rdnr. 17.; Triffler, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kapitel 16, Rdnr. 129.; Wegscheider, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, ÖJZ1979, S. 65.; EvBI 1983 / 97.; EvBI 1978 / 201.
- (21) この点について詳しくは、拙稿「事後強盜罪と共犯」愛媛法学会雑誌二七卷一号(二〇〇〇年) 一七五頁。
- (22) 大谷・前掲注(2) 三九二頁。
- (23) 前田雅英『刑法総論講義[第3版]』(一九九八年) 四一六頁注(15)、古江・前掲注(8) 六四頁。
- (24) 大谷・前掲注(2) 三八八頁。
- (25) 岡本・前掲注(8) 四〇八—四〇九頁。
- (26) 前田・前掲注(23) 一四六—一四七頁、山口厚「問題探求刑法総論」(一九九八年) 二一〇頁参照。なお、古江・前掲注(8)

六七頁、高橋・前掲注(8)一一八頁、伊東研祐「事後強盗の共犯」西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』(二〇〇〇年)一七一頁は、事後強盗罪における窃取を実行行為と解する立場から、窃取への着手を事後強盗罪の実行の着手とすることはできないが、すべての窃取行為は事後強盗罪となる可能性を有するから、窃取行為は事後強盗罪の「潜在の実行行為」であるという。しかし、本文のように解すれば、「潜在の実行行為」という技巧的な概念を用いる必要はないであろう。

(27) 西田・前掲注(7)二九一頁、同・前掲注(9)一七九頁。

(28) 伊東・前掲注(26)一七一頁。

(29) 島田聡一郎「事後強盗罪の共犯」現代刑事法四四号(二〇〇二年)一七頁。

(30) 上野・前掲注(8)一四〇―一四一頁、今上・前掲注(8)九八―九九頁、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』(一九九二年)一七二頁。この点については、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』(一九九七年)一二二頁以下参照。

(31) 佐伯・前掲注(7)四頁。

(32) この点については、拙稿「身分犯と共犯従属性(二・完)」愛媛法学会雑誌二五卷二号(一九九八年)七五頁以下参照。

(33) 坂本・前掲注(8)二〇頁。

(34) 大谷・前掲注(2)一六頁。

(35) 大塚仁「刑法概説(総論)〔第三版〕」(一九九七年)一二二頁。

(36) 大谷・前掲注(2)一一五頁。

(37) 岡本・前掲注(8)四〇三頁以下。

(38) 岡本・前掲注(8)四〇八頁。これに対し、古江・前掲注(8)六五―六六頁は、強盗殺人罪や強盗強姦罪において強取の時点では実行の着手が認められない以上、財産はその保護法益に含まれないとする。しかし、強盗殺人罪や強盗強姦罪が成立する場合、それとは別に何らかの財産犯も同時に成立するというわけではないのであるから、強盗殺人罪や強盗強姦罪の保護法益に

財産が全く含まれていないと解することには無理がある。

- (39) 内田・前掲注(7)九頁注(14)。なお、古江・前掲(8)六五頁以下は、従来「結合犯」とされてきた犯罪類型のうち、強盗罪のように先行行為の開始を実行の着手と解しうるものを真正結合犯、強盗強姦罪のように後行行為の開始があつて初めて実行の着手を認めうるものを不真正結合犯と呼び、後者において先行行為は構成要件的行為ではないから、これは身分犯であるとする。その上で、事後強盗罪において窃取は実行行為でありながら、その開始をもって実行の着手とはされないの、事後強盗罪は真正結合犯および不真正結合犯のいずれにも当たらないとし、そのような犯罪類型を結果的結合犯と呼んでいる。

- (40) もっとも、事後強盗罪の場合と異なり、強盗致死傷罪の場合は、強盗行為自体から死傷の結果が生ずることが多く、強盗犯人の新たな行為を不可欠とするわけではないから、実行の着手時期を基準に考えても、その主体が強盗犯人に限られているとはいえないとの見方もありえよう。曾根・前掲注(9)一四一頁。しかし、事実上、強盗行為と殺傷行為が同時に行われる場合が多いとしても、概念上は、強盗致死傷罪において強盗行為と殺傷行為は別の行為であり、前者は後者の前提となつていふべきであろう。実際にも、強盗行為後に殺傷の意思を生じた場合や、最初から殺傷の意思で強盗を開始したものの、強盗行為の後に殺傷行為がなされた場合は、強盗行為自体は死傷の結果を生じさせるものではないから、強盗行為の開始時では強盗罪が成立するにすぎず、殺傷の開始により初めて強盗殺傷罪の実行の着手が認められるのである。

- (41) 大谷・前掲注(7)二四五頁。

- (42) 改正刑法草案二四三条三項は、墳墓発掘死体損壊等罪の未遂を処罰することとしており、法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』(一九七五年)二五七頁は、死体損壊等の目的で墳墓の発掘に着手した以上、墳墓の発掘について既遂に至らなくても墳墓発掘死体損壊等罪の未遂になるとしている。古江・前掲注(8)六七―六八頁参照。

- (43) 岡本・前掲注(8)四〇五頁。

- (44) たとえば、人質による強要行為等の処罰に関する法律二条は、二人以上共同して、かつ、凶器を示して人を逮捕し、又は監禁した者が、これを入質にして、第三者に対し、義務のない行為をすること又は権利を行わないことを要求する行為を加重人質強

要罪とし、同法四条一項は、加重人質強要罪等を犯した者が人質にされている者を殺す行為を人質殺害罪として処罰している。ここでは、身の代金要求罪などと同じく、文理上、一定の罪を犯した者が主体とされ、身分犯の規定形式が採られているが、他方、その実体から見ても、両罪の実行の着手時期は、それぞれ強要行為の開始時、殺害行為の開始時に求められ、その時点に基づくとすると、行為主体は「二人以上共同して、かつ、凶器を示して人を逮捕した者」あるいは「加重人質強要罪等を犯した者」に限られることから、これらの罪は身分犯であるといえるのである。この点につき、池田耕平「人質による強要行為等の処罰に關する法律について（下）」法曹時報三〇巻七号（一九七八年）五四頁は、人質殺害罪の実行の着手時期は、同法四条一項が「結合犯として構成されておらず、身分犯的な規定の仕方をしているので、殺意を持って当該人質とされている者に対する殺害行為……を開始した時点」であると述べている。同旨、伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法（第二版）』（一九八二年）〔佐藤道夫〕四二九頁。

(45) このように偽証罪を身分犯と解すると、必然的に事後宣誓について偽証罪の成立を否定することになるのかに關しては、さらに検討を要する。

(46) 同旨、林幹人『刑法各論』（一九九九年）二二三頁、山口・前掲注（26）二二四頁。