

我が国における義務犯論の系譜と批判的検討

——身分犯論を中心として——

岡 野 匡 将

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける義務犯論の萌芽と展開
 - (一) ロクシン以前の義務犯的思考——ナーゲラーによる規範の名宛人の制限論
 - (二) ロクシンの義務犯論
 - (三) ヤコプスの義務犯論
- 四 小 括
- 三 我が国における義務犯論の系譜
 - (一) 義務犯論導入以前
 - (二) 義務犯論の導入（一九六五年）
 - (三) 一九六五年～一九八〇年代
 - (四) 一九九〇年代
 - (五) 二〇〇〇年代前半頃
- 四 検 討
 - (六) 近時の展開
 - (一) 系譜のまとめと義務犯論の現状
 - (二) 正犯原理としての義務犯論に関する批判的検討
 - (三) 身分犯論における義務犯論の主張の更なる検討
 - 五 おわりに——特別義務という観点そのものに関する展望

一 はじめに

本稿は、身分犯論の基礎的考察として、我が国における義務犯論の内実と位置づけをその系譜と共に明らかにした上で、義務犯論を構成する主張内容の当否に若干の検討を加えるものである。以下ではまず、身分犯論の現在の議論状況を、学説上とりわけ軌を一にすることを知らない「刑法六五条一項と二項の関係」を中心に素描すると共に、本稿のように義務犯論を検討する意義を示すこととしたい。

「刑法六五条一項と二項の関係」については、第一に、構成的身分犯―加減的身分犯という区分を維持するか否かという対立軸が設定されよう。これに加えて第二に、身分犯論全体の理解に関わるものとして、身分犯という犯罪類型及びそこでの身分者の地位を、特別視するか否かという基本的視座の差異が指摘できる。まず、この両者を「否」とするのが、西田典之教授に代表される実質的区別説である。

実質的区別説は、六五条一項が、(法益侵害という意味での)違法身分の、非身分者への連帯的作用を、同条二項が、責任身分の個別的作用を定めた規定だと解するものである。同説の根底には、非身分者も、身分者と共同すれば、身分犯に固有の不法を完全に実現可能だという因果的思考が存する。非身分者も、ひとたび違法身分犯に加功すれば、身分者と同様に扱われるというわけである。このような思考に基づけば、非身分者と雖も、(身分犯の不法が発生していることを前提に)重要な役割や行為支配といった、各論者のよって立つ正犯原理に適用限りで、当然に共同正犯と評価され得ることになる。また、最近では、このような方向性を極限まで推し進めた結果、違法身分犯を非身分犯化すべきであるという立法論が、小林憲太郎教授により主張されるまでに至っている¹⁾。

実質的区別説が登場した背景には、身分犯の問題も、違法や責任といった一般の犯罪論体系に取り込んで説明でき

なければならぬという、同説に限らず共有されるべき問題意識があったと考えられる。そしてこのことを踏まえ、西田教授が、判例・通説は、理論的根拠によらず、立法の偶然とも考えられる構成的―加減的という区別に基づき、身分を連帯―個別化させているとして、これを明確に批判したのであり、実質的区別説は学説上非常に有力な反対説となっている。

もっとも、実質的区別説は、判例・実務に採用されていない。その理由として、同説に対する主要な批判を二点確認しておく、第一に、違法身分―責任身分という区別が、六五条の文言にそぐわないとされる。そして、第二の批判は、実質的区別説が、違法のみに関係する違法身分、責任のみに関係する責任身分という形で、身分を截然と区別することを前提としている点に向けられる。というのも、程度の差はあれ、「身分犯はほとんどの場合、違法性、責任、政策的事情が混在していると考えられる」⁽²⁾ため、違法身分―責任身分という明確な区分をすることは不可能であり、実質的区別説は実務での運用に耐えないと考えられるのである。私見によれば、実質的区別説は、そのような「混在」があるにもかかわらず、部分的に連帯が認められるが、しかし残る部分で個別化させるべき事情を捨象してしまっているという理論的な問題点も指摘し得る。⁽³⁾

以上のような難点を踏まえ、現在では、判例・通説の立場が、逆に実質的区別説に対するアンチテーゼとなっているとも評し得よう。判例・通説の考え方は、理論面に問題があることは別として、法的安定性や六五条の文言との整合性に関して優れており、具体的帰結についても、法定刑の幅が広い現行刑法においては、少なくとも量刑を考慮することによってその妥当性を保てることから、実務で安定した運用がなされてきた。判例の一貫した態度を鑑みるに、その解釈に劇的な変化があることを実際問題見込めないとすると、学説の側は、純粹に理論的な考察や立法論を除き、六五条の解釈論としては、判例・通説を大枠として理論的な修正を加えていくという路線が現実的だと言わざるを得ない。

ここで、判例・通説と、構成的―加減的という区別を行う点では一致した上で、異なる理解を示すものとして挙げられるのが、一般に「義務犯論」にカテゴライズされる諸見解である。上述の対立軸でいえば、義務犯論は両者を肯定する立場であり、実質的区別説の対極に位置づけられるものといえよう。義務犯論においては、規範の名宛人の制限や身分の一身専属性といった観点を重視し、身分の個別的作用が志向され、例えば、通常は、実質的区別説とは反対に、非身分者の共同正犯性を否定するといった帰結が導かれることになる。確かに、義務犯論の主張には、後述のように、従来より妥当でない点が指摘され、本稿としても全面的に受け入れることはできない。しかし、六五条二項が、非身分者には通常の刑を科すとしていること、そしてそもそも、「身分犯」という、少なくとも第一次的に規範の名宛人が制限された犯罪類型が認められていることを考慮すると、解釈論としては、身分犯において身分者の行為を重く評価するという基本方針を承認する必要があると考えられる。この観点は、義務犯論の姿勢と一致するものであり、実質的区別説をはじめとする近時の学説に些か欠けているものであったように思われる。そこで本稿は、このような有用な点は抽出するということを念頭に置きつつ、義務犯論を批判的に検討すると共に、身分犯論の今後の検討指針を示すことを試みたい。

ただ、本稿においては、義務犯論の系譜に厚く紙幅が割かれることになる。というのも、義務犯論は本来的に、身分犯論のみならず、不作為犯論をもその内に取り込んだ抽象度の高い議論であったところ、我が国においても、その内部で更に見解のバリエーションが見られるようになったと共に、最近では過失犯を義務犯であると主張する見解まで現れるに至っており、義務犯論の内実が非常に不明瞭なものとなってしまっているのである。このような状況下で、しかし現在のところ、我が国における義務犯論の系譜を総括するような文献は見当たらない。本稿は、「義務犯論」という名の下に主張される様々な見解⁴を系譜的に整理し、とりわけ身分犯論における義務犯論の内実と位置づけを明らかにすることで、身分犯論を議論するにあたっての土台形成に一定の寄与を成すことをまず目的とする。

二 ドイツにおける義務犯論の萌芽と展開

本章では、我が国における義務犯論の系譜を辿るにあたっての前提的理解を獲得するため、その系譜上主に参照されることになるドイツの見解を概観しておくことにする。

(一) ロクシン以前の義務犯的思考——ナーグララーによる規範の名宛人の制限論

義務犯論は、ドイツのクラウス・ロクシンにより展開されたものであり、彼が「義務犯」という新たな犯罪類型を創唱したことに始まる。もつとも、ロクシン以前から義務犯的思考そのものは存在していた。

そのような思考を採用すると共に、初めて特別犯 (Sonderdelikt/Sonderverbrechen)⁽⁶⁾ に本格的な検討を加えたとされるのが、ナーグララーである⁽⁶⁾。ナーグララーは、特定の集団に属する者のみが法益侵害可能である場合と、特定の集団のみ命令することで法益保護が果たされると思われる場合に、そのような者らにのみ服従を求める特別義務の範囲が基礎づけられ、特別犯の本質は、このような規範の名宛人の制限、及び特別義務違反にあると考えた。従って、正犯性を有すると評価されるのは、そのような義務者のみである⁽⁸⁾。また、ナーグララーは、普通犯と不真正特別犯は同一の法的義務に基づいていると考えたため、真正特別犯のみを特別犯であるとしていた⁽⁹⁾。このような理解に基づけば、ナーグララーのモノグラフィが出版された当時、ライヒ刑法典五〇条⁽¹⁰⁾が、不真正特別犯の共犯に関する処理のみを規定したものであり、真正特別犯の共犯の解釈は開かれたものであったところ、非義務者はおよそ処罰され得ないかのように見える。

ただ、ここで注意が必要なことは、当時の学説が、真正特別犯、とりわけ真正職務犯罪において、ライヒ刑法典五

○条にいう一身の資格または関係 (persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse) を有さない者の共犯処罰を共通の目標としていた⁽¹¹⁾という事情である。ナーグラの関心もまさにそこにあった。そこでナーグラは、非義務者も義務者と結合することによって法益を侵害することが可能になるため、法益保護の観点からは、非義務者にも、少なくとも真正特別犯への加担行為を禁じる「一般的二次的服従義務」が課されていると考えたのである。このことから、ナーグラは、非義務者は真正特別犯の正犯とはなり得ないが、狭義の共犯としては可罰的であるという⁽¹²⁾。

ナーグラの見解は、特別犯における規範の名宛人は義務者に限定されるという前提を、一般的二次的服従義務なるものを認めることによって彼自身が覆っていると批判され、受容されることはなかった⁽¹³⁾。しかし、「特別犯の正犯たり得る者は、義務者に限られる」という命題は一般的に承認され、ロクシンの義務犯論へと発展していくことになる。

(二) ロクシンの義務犯論

義務犯論は、ロクシンのモノグラフィー、『正犯性と行為支配』⁽¹⁵⁾(一九六三年)において提唱されたものである。ロクシンは、正犯者を「具体的な行為事象の中心人物」であるとした上で、通常は行為支配 (Tatherrschaft) を正犯原理として妥当させ、そのような犯罪類型を「支配犯」と呼ぶ。ただロクシンは、それでは正犯性を判断できない二つの犯罪類型があることを正面から認め、そのような類型には別の正犯原理を妥当させることで、常に正犯性判断の明確な基準を確保しようとした。

その一つは、犯罪行為の自手実行を正犯原理とする「自手犯」であり、ここで問題としているのは、もう一つの類型、すなわちロクシンが創唱した「義務犯」である。ロクシンのいう義務犯とは、論理的に刑法規範に前置され、一般に他の法領域に由来する、刑法外の義務の侵害が正犯性を決定する唯一の要素となる犯罪のことである⁽¹⁷⁾。ただ、義

義務犯論はあくまで正犯原理であって、その処罰根拠は法益侵害にあるとされる。⁽¹⁸⁾

ロクシンが、特別義務違反という正犯原理を認めるにあたって念頭に置かれた事例は、例えば、外国にいる財産管理人が、自身の管理する金銭を隠匿するよう本国の第三者に頼むというような背任罪の事例である。この事例は、いわゆる「身分なき故意ある道具」にあたるが、この場合、仮に行為支配を正犯原理としてしまうと、ロクシンの理解によれば、「義務なき行為支配者」と「行為支配なき義務者」が存在することになり、非義務者は単独では構成要件該当行為を行い得ないため、正犯としての責任を問える者がいなくなってしまう。そこでロクシンは、特別義務違反という別の正犯原理が妥当している犯罪類型があることを指摘し、この問題を回避したのである。⁽¹⁹⁾

なお、誤解してはならないのは、我が国でいう身分者が常に正犯と評価されるわけではないということである。ロクシンの門下生であるパリオナ・アラナによれば、例えば、「ある不動産登記簿を単独で管轄する公務担当者（ A_1 ）が、同僚（ A_2 ）（従ってまた公務担当者）に、（ A_1 が管理する）不動産登記簿に不実のデータを記載する（ドイツ刑法典三四八条）よう促す」（傍点引用者）場合、「 A_1 は正犯で、 A_2 は狭義の共犯である」という。⁽²⁰⁾ここでは、当該不動産登記簿を単独で管轄する A_1 のみに特別義務が課されていると理解されている。つまり、具体的な犯行事象との関係で、特別義務が課されていると評価される者は、身分者（この事例では公務担当者）において更に限定され得るわけである。また、ロクシンの義務犯論の射程は、特別義務違反が問題となる身分犯のみならず、不作為犯全般にも及んでいる。というのも、ロクシンによれば、不作為によって事象を支配的に操縦することは不可能であるため、不作為犯においても行為支配を正犯原理とすることはできない⁽²¹⁾のであり、ここでも、「構成要件的に記述された結果を回避する具体的な義務」という意味での特別義務違反のみが、正犯性を基礎づけるとされる。⁽²²⁾

(三) ヤコブスの義務犯論

義務犯論を、その独自の犯罪論体系において更に展開したのは、ヤコブスであった。ヤコブスの体系においては、支配犯か義務犯かという区別が決定的である。というのも、支配犯・義務犯のそれぞれに作為・不作為形態を觀念可能ではあるが、作為・不作為の区別という自然主義的・事実的なことは重要ではなく、「人間への結果の帰属」という点が重要なのである。⁽²³⁾ また、ヤコブスは、社会的接触を可能にするためには、以下に見る二つの領域において、行為者が規範を尊重するであろうという安定した規範的予期が必要不可欠であるとして、規範妥当の維持を刑法益とする。財の保護は、それに媒介されて問題となるに過ぎず、規範違反によって犯罪の処罰根拠が形成される。⁽²⁴⁾

まず、ヤコブスにおける支配犯とは、組織化管轄に基づく義務（消極的義務≡ネガティヴな義務）に違反する犯罪のことである。ヤコブスは、個々の人格がそれぞれ自由に組織化⁽²⁵⁾できる領域を有しているということを前提に、あらゆる社会秩序は、全ての人格に、自己の領域を超えて他の組織化領域を犯してはならないという消極的な義務を課している⁽²⁶⁾と理解する。それにもかかわらず組織化領域を拡張した者は、その拡張によって生じた結果の責任を負わねばならないとするのである。そして、支配犯においては、行為支配に対応する、拡張の「量」によって正犯と共犯の区別が可能であるという⁽²⁶⁾。

他方で、ヤコブスのいう義務犯とは、制度的管轄に基づく義務（積極的義務≡ポジティヴな義務）に違反する犯罪のことである。ヤコブスによれば、他の人格と共同世界を形成する（社会を存続させていく）ためには、その時々で社会において形成されている「制度」⁽²⁷⁾に基づき、仮に一定程度自由が制限されるとしてもなお、積極的に一定の法益を保護しなければならぬという特別な義務が課され得ることを、認める必要がある。そして、そのような特別義務は、一身専属的に課される無媒介的なものである⁽²⁸⁾ので、他者との役割分担ということはあり得ず、義務者は常に正犯と評

価され、非義務者は狭義の共犯にしかなり得ないという。ここで、非義務者による共犯の処罰根拠は、義務者を通じて制度を攻撃したことにあるとされる。なぜなら、非義務者も社会において「制度」の恩恵を享受しているのであって、これと全くもって無関係とはいえないからである。⁽²⁸⁾

(四) 小括

ドイツにおいてロクシンにより創唱された、原型としての義務犯論は、行為支配の有無で正犯性を判断できない場合に、特別義務違反という新たな基準が妥当する犯罪類型を指摘する、「正犯原理」としての議論であり、その萌芽は、真正特別犯において、規範の名宛人が第一次的に義務者に制限されているという、ナーグラの規範論にあった。そして、ロクシンの後、義務犯における特別義務（積極的義務）違反を、正犯原理としてのみならず、義務犯の処罰根拠としても把握し、独自の犯罪論体系の構築まで行うヤコブスの立場が現れた。このように、特別義務をめぐるドイツの議論からは、規範の名宛人の制限、正犯原理、そして義務違反を軸とする処罰根拠や犯罪論体系という異なる観点が看取される。

三 我が国における義務犯論の系譜

本章では、我が国において、前章で概観したドイツの議論が参照されつつ、どのように義務犯論をめぐる議論が展開されていったのか、その系譜を辿ることを試みる。

ここで、あらかじめ、我が国の義務犯論による主張のバリエーションを提示しておく。第一に、義務犯論の本来的意義であった、正犯原理を中核として議論を展開する見解があり、その中でも、義務犯において、特別義務違反を唯

一の正犯原理とする立場、特別義務違反を少なくとも正犯性の必要条件とする立場、また、部分的あるいは全面的に非身分者の共同正犯性を認める立場がある。第二に、特別義務が一身専属的であるため、その違反が非義務者に完全に連帯しないことによる影響に着目する見解がある。その場合、非義務者の共犯の特殊な処罰根拠のみを構想する立場や、それだけでなく、非義務者が共同正犯になり得ないことや、相対的な非義務者の当罰性の低さも承認する立場がある。第三に、その他の立場として、純粹に特別義務という観点から犯罪の構造を説明しようとするものや、身分概念の限定を志向するものがある。むしろ、以上の観点が重疊的に考慮される場合も多いが、以下では、各論者の義務犯論の捉え方にも留意することにした。

(一) 義務犯論導入以前

まず、義務犯論が導入される以前から、既に特別義務に着目する思考が持ち込まれていた。一九三五年には、佐伯千仞博士によってナーグララーの見解が紹介されていたのである。²⁹⁾ その上で、実際に構成的身分犯の本質を特別義務違反と捉える見解が存在していた。

その代表的論者として、木村亀二博士が挙げられる。木村博士は、ナーグララーをその内に含むドイツの文献に依拠した上で、「もと刑法第六五条第一項に規定せられている身分犯は純正身分犯であつて、純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担せられている点にあり、従つて、本来は、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、犯罪の成立があり、その意味において、『身分二因り犯罪ヲ構成スル』犯罪とせられるのである」とし、一項の身分を構成的身分犯における特別義務に限定した一方で、二項の身分を広く捉え、「刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であればよい」と主張した。³⁰⁾

(二) 義務犯論の導入（一九六五年）

我が国における義務犯論は、一九六五年、中義勝博士によって、ロクシンの『正犯性と行為支配』が紹介された⁽³¹⁾ことに始まると考えられる。

中博士は、ロクシンの義務犯論を「まったく無批判のまま安易にうけ入れることは許されない⁽³²⁾」とした上で、以下のように評価した。まず、「すくなくとも、作為の義務犯は、一面において義務犯たるの性質を保持するとともに、他面、それが作為による法益侵害を内容とするかぎり、支配犯としての性質をも具備するものではなからうか」として、作為犯の場合に特別義務違反を唯一の正犯原理とすることを疑問視する⁽³³⁾。また、身分なき故意ある道具の事例における背後の身分者につき、特別義務違反があれば直ちに未遂犯が成立するという事態が発生する恐れを指摘し、教唆的形態にとどまる義務違反は、未だ構成要件の想定する義務違反とみるべきでないとしている⁽³⁴⁾。

他方で中博士は、義務犯が不作為によつて犯された場合には、不作為犯には独特の正犯原理が妥当するという理解から、特別義務違反が唯一の正犯原理となることに肯定的である。「不作為犯はつねに一種の義務犯である」と述べられているが、ここでは、義務犯構成以前の理解として、保障人による作為義務違反があれば正犯性要件を充たすとすという評価があり、その上で、保障人的地位と特別義務者が同視されているものと推測される⁽³⁵⁾。

以上を踏まえると、中博士は、ロクシンの義務犯論に疑問を提起しつつも、部分的には我が国において義務犯論を受容する可能性を認めていたと評し得る⁽³⁶⁾。もつとも、中博士の不作為犯に対する理解が、義務犯論の帰結と部分的に一致しただけであるとすれば、中博士においてはわざわざ義務犯論を受容するまでもないということになるう。

(三) 一九六五年～一九八〇年代

その後しばらくは、義務犯論を紹介・検討する文献は現れなかったが、一九八〇年代頃、義務犯概念に好意的な文献が登場し始める。そこには、共犯と身分の問題は、共犯論のみならず身分犯論からの検討も要するという、それ自体は正当な問題意識が存在した。

ロクシンの義務犯論を紹介し、身分犯の本質を特別義務違反に求めた藤吉和史教授³⁷⁾のほか、上野幸彦教授は、社会学の知見を参照し、地位占有者は社会において一定の積極的な役割を担っているということを指摘しつつ、判例による広範な身分概念を批判し、地位概念に身分概念を限定する³⁸⁾。そしてロクシンの義務犯論を紹介し、「因果論に依拠するだけでは、身分犯を完全に基礎づけることはできない³⁹⁾」という、義務犯論に好意的なその後の論者も依拠する観点を示し、非身分者が身分犯の共同正犯となることを否定した。上野教授は、特別義務違反を少なくとも正犯性の必要条件であると共に、身分概念の限定を志向した立場であるといえよう。

(四) 一九九〇年代

一九九〇年代になると、その門下生たちをはじめ、義務犯論に好意的な後の論者に少なからぬ影響を与えたと考えられる、松宮孝明教授の見解が現れた。その後は主に関西圏で、次第に義務犯論に好意的な見解が増えていくことになる。

1 松宮孝明教授の見解

松宮教授は以下のように、特別義務が一身専属的であるため、その違反が非身分者に完全に連帯しないことによる

種々の影響に着目した上で、構成的身分犯の場合にのみ、非身分者による共犯の特殊な処罰根拠を構想すると共に、非身分者が共同正犯になり得ないことや、非身分者の相対的な当罰性の低さを承認するという見解を採る。一方で、松宮教授は、積極的に正犯原理を展開する立場とはいえないであろう。以下では、系譜上重要である松宮教授の見解を、やや詳しく確認しておこう。

まず、松宮教授の見解には、実質的区別説に対する異議申立てという意味合いがあった。というのも、松宮教授は、制限従属性説を、「違法は連带的に、責任は個別的に」というスローガンの下に理解する実質的区別説を、明示的に批判的検討対象として掲げているのである。そして、制限従属性説は、「正犯の構成要件該当・違法行為は共犯成立の必要条件にすぎない」ため、同説によって違法の完全連帯は導かれないと指摘する。これに加えて指摘されるいくつかの例外をも踏まえると、構成的身分の連帯は自明の前提ではなく、むしろ、特別な理由により、しかも部分的にのみ連帯するのだと松宮教授は説く。⁽⁴¹⁾

そして、「特別な理由」につき、「法益の保護ないし結果の防止」が直ちに想起されるが、松宮教授によればこれは正確な理解ではない。なぜなら、例えば、刑法一五七条が特定の公文書に限って非公務員による不実記載を処罰していることからすれば、一五六条の虚偽公文書作成罪は、「公務員の真実義務で担保できる限りでの、公文書の内容の正確性」しか保護していないと考えられるし、収賄罪では、公務員による特別義務違反がなければ不法は発生しないため、端的に「公務員の忠実義務」を担保すればよい。従って、構成的身分犯において、一般に、非身分者との関係では法益が保護されていないと解される。⁽⁴²⁾

以上を踏まえて、松宮教授は、「一六五条一項は、身分者による義務違反の処罰だけでは法益保護にとつて十分でない」と見られる場合に、非身分者による身分者の義務違反の誘発・促進を処罰することで、法益保護のいっそうの充実に図るもの」であり、構成的身分犯における「身分なき共犯の処罰根拠は、通常の共犯の場合と異なり、『正犯と共

に結果を惹起した』点にはない」として、構成的身分犯の場合に、非身分者による共犯の特殊な処罰根拠を構想する⁽⁴⁴⁾。このことは、混合惹起説に基づき主張されていると考えられる。すなわち、上述のように、構成的身分犯において、非身分者との関係では法益が保護されていないため、このままでは、混合惹起説により要求される、「共犯からみた構成要件該当結果の違法な惹起」が存在し得ないことになってしまう。そこで、それでも非身分者による構成的身分犯の共犯を処罰することを定めた六五条一項を説明するためには、非身分者による共犯独自の、「共犯者用の構成要件」が、各構成的身分犯規定と六五条一項により合成されるのだと考えるわけである。ここでは、「身分者の特別義務違反を誘発・促進すること」が、「共犯者用の構成要件」における「結果」であると考えられ、従って非身分者も、混合惹起説における共犯固有の不法を惹起可能だと説明されるのであろう。⁽⁴⁵⁾

また、松宮教授によれば、「義務犯」型の構成的身分犯では、非身分者はたとえ身分者と共同しても、実行行為を分担することができないということに加え、六五条一項の沿革において、非身分者による共同正犯を否定する趣旨で、「犯罪行為を共に犯したる」という文言が「犯罪行為に加功したる」に修正されたことを挙げ、非身分者は共同正犯になり得ないという⁽⁴⁶⁾。加えて、ロクシンと同様、特別義務に違反していないと評価される身分者が身分犯に加功したとしても、「身分なき共犯と別異に扱ふ合理性はない」とされる⁽⁴⁷⁾。

なお、一で述べたように、松宮教授は、六五条一項と二項の関係については、基本的に判例・通説に従っており、加減的身分犯に加功した非身分者には、六五条二項のみが適用され、基本犯が成立するとしている。ここでは、加重の違法身分犯の場合、非身分者の行為の違法性は、付加的法益侵害に加担している場合に、基本犯よりもやや高くなるかもしれないが、自ら特別義務に違反した身分者の違法性の方が比べるまでもなく高いため、このことを量刑上適切に評価するためには、非身分者に六五条二項を適用すべきだとされ、暗に実質的区別説を批判されている。そして、このような違法性の差異は、当然構成的身分犯の場合にも看取されるため、六五条一項における減輕規定の導入を高

く評価すると共に、違法身分であっても個別化を拡大すべきであり、六五条二項が原則であるとする。⁽⁴⁸⁾

2 松生光正教授の見解

そのほか、この時期に身分犯論において義務犯論の主張を採り入れた論者として、松生光正教授が挙げられる。松生教授はまず、刑法六五条は例外規定であるということを所与の前提として、これを強調する。従って、六五条が適用される身分概念も限定的に理解すべきであり、また六五条は従属性原理を修正するものであるとして、判例・通説の広範な身分概念や、それに基づく従来の六五条解釈を批判する。⁽⁴⁹⁾松生教授によれば、六五条一項と二項を統一的に理解しようとする、「『身分』」とは、完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素ととらえることが可能⁽⁵⁰⁾である。そのため、全く従属しない要素である責任要素は身分概念に含まれず、身分には違法要素のみが含まれる。ただ、違法要素といつても、それが法益侵害により構成されている場合には、非身分者も因果的に完全にそれに関与し得るのであって、六五条を例外規定というためには、違法要素を更に限定したものを身分と解さねばならない。ここで松生教授は、その限定基準としてヤコブス流の義務犯論を持ち出す。つまり、ヤコブスのいう「制度的管轄に基づく義務」が課せられていることを「身分」と解することで、当該義務が課せられる規範領域にはそもそも非義務者が含まれていないといえるため、義務者と非義務者の違法性の差異、及び従属性原理の緩和が説明可能になると共に、正犯者の範囲は義務者に限定されるとする⁽⁵¹⁾のである。

松生教授は、身分概念の限定を強く志向し、そのためにヤコブスの制度的管轄という説明のみを受容する（従ってヤコブスの犯罪論体系や犯罪の処罰根拠論までは受容しない）と共に、特別義務違反を少なくとも正犯性の必要条件であるとする立場といえる。

(五) 二〇〇〇年代前半頃

二〇〇〇年代前半頃には、義務犯論を批判的に検討する文献が現れ始めると共に、義務犯論を正面から検討対象とした、平山幹子教授によるモノグラフィが現れた。系譜においてはこの時期に、義務犯論をめぐる議論が最も展開されたといつてよい。しかしその後は、あくまで法益侵害や因果的思考を基軸とする論者と、義務犯論に好意的な論者との間に齟齬が生じていき、噛み合った議論が困難になってしまったように思われる。

1 平山幹子教授の見解

平山教授は、不作為犯論を中心に、義務犯論の本来的意義であった正犯原理を中核として議論を展開し、義務犯において特別義務違反を唯一の正犯原理とする共に、ヤコブスの犯罪論体系を基本的に受容するという立場を示した。

まず、平山教授は、「不真正不作為は作為と同価値で同置できるがゆえに作為犯規定の適用を受けるはず」であるから、作為犯と不作為犯とでパラレルな正犯原理が用いられるべきであるということ⁽⁵²⁾、また、「行為支配」は全ての犯罪に妥当する正犯原理たり得ないというロクシンの理解を出発点とした上で、「保障人的義務」を不作為犯の特殊要件とすることはできないとする。というのも、平山教授の理解では、「そもそも作為と不作為との差異は因果力の有無にある」ところ、作為と不作為の同価値性を担保するために「保障人的義務」を不作為犯の特殊な処罰要件とするなら、この要件によって因果力を補填しなければならないが、それは不可能なことだからである⁽⁵³⁾。

そこで平山教授は、ヤコブス流の支配犯と義務犯の区別を採用する。つまり、支配犯においては作為・不作為を通じて「組織化を拡張した量」により正犯と共犯を区別し、義務犯においては作為・不作為を通じて義務者のみを常に正犯と評価することで、平山教授の志向した、作為犯と不作為犯におけるパラレルな正犯原理を実現可能というわけ

である。

更に注目すべきは、平山教授が、義務犯論と我が国における「排他的支配」概念を接合させ、独自の展開を示したことである。平山教授は、「排他的支配」概念は、規範的観点から、「支配性」と「排他性」という二元的な理解が可能であるとする。そして、前者には組織化管轄における「拡張の量」が対応しており、後者には、一身専属的に課される、すなわちまさに「他を排している」、「特別の義務者的地位」が対応していると主張した⁽⁵⁴⁾。

もつとも、平山教授も、積極的義務に違反した不作為があったからといって、それを「傷害致死罪や殺人罪など、惹起犯の正犯として捉えることが日本ではかならずしも容易ではなく、『義務犯』として正犯の責任を問うとすれば、保護責任者遺棄致死罪（刑法二二八条）などの規定によらざるを得ないのではないか」として、特別義務違反行為と構成要件該当性の関係を意識した限定の必要性を示唆している⁽⁵⁵⁾。

なお、平山教授は、義務犯としての身分犯の共犯の問題を以下のように理解する⁽⁵⁶⁾。すなわち、特別義務（制度的管轄に基づく義務）の侵害は一身専属的なものであり、連帯することはあり得ず、非身分者が間接正犯や共同正犯となることはないが、非身分者も組織化管轄に基づく義務の違反は可能なものであり、身分者の特別義務違反に伴って行われる組織化行為については、身分者との分業が可能である。従って、当該組織化行為を通じて「制度」を攻撃したことをもって、非身分者も狭義の共犯としては負責されるという⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾。

2 義務犯論に批判的な見解

これに対して、義務犯論に批判的な見解も展開された。

まず、内田文昭博士は、「仮りに、『義務犯』という範疇を前提とするにしても、義務違反が、直ちに正犯たりうるということとはなく、例えば、「収賄を教唆した公務員や幫助したにすぎない公務員を、義務違反の故に一律に正犯

とすることは、通説・判例の伝統的な考え方を根底から覆すものといわなければならない」と主張する⁽⁶⁰⁾。また、内田博士は、不作為犯についても、「具体的な場合に応じて、その不作為のもつ『重み』の差異を考慮しなければならないのは、当然である」と述べており、ロクシンやヤコプスの主張は「形式的にすぎる」と批判する⁽⁶¹⁾。ここでは、特別義務違反があったとしても、その構成要件該当性を判断しなければならないことや、特別義務違反は、あくまで正犯性判断のための重要な一資料にとどまるということが示唆されている。

次に、島田聡一郎教授は、まず身分犯論において、松宮教授や平山教授による身分犯の処罰根拠論には二つの受け止め方があり得るとした上で、それらの問題点を指摘する。一つ目は、身分犯においてのみ不法共犯論を採用しているという理解であり、これに対しては、「あまりに便宜的であり、一貫性を欠く」ということに加え、松宮教授も不可罰とする未遂の教唆が、身分犯においては可罰的となってしまうという批判が向けられる。二つ目は、「通常の犯罪においても、共犯の処罰根拠には正犯の不法の誘発・促進という側面と自らにとって違法な結果の(間接的)惹起という側面があるが、身分犯においては後者が欠ける」という理解であり、この場合には、通常の犯罪においても、正犯不法の誘発・促進のみで、減輕された形であれば処罰が可能となってしまうと批判される⁽⁶²⁾。更に、「ロクシン・松宮教授の議論は、結果の存否の問題と、結果が生じた場合の正犯性の問題とを同じ問題として議論されている」とに対する疑問が挙げられる⁽⁶³⁾。つまり、身分者による故意の義務違反がなければ、そもそも結果不法が発生しない犯罪は確かに存在するが、それは、結果の発生を前提として行われる正犯性判断とは異なる問題なのである⁽⁶⁴⁾。

加えて島田教授は、不作為犯論においても以下のような批判を加えている。すなわち、「わが国においては、ドイツ刑法一三条のような不真正不作為犯の条文は存在せず、不真正不作為犯は、あくまで作為犯の条文のみを根拠として処罰するほかない」ため、特別義務違反があったからといって、「作為による幫助よりも軽く評価されるような行為を、不真正不作為犯の単独正犯として処罰することは許されない⁽⁶⁵⁾」し、そもそも、「一定の社会生活上の地位に基

づいて負っている刑法外の義務から、刑法上の作為義務が導かれることの理論的根拠が明らかでない⁽⁶⁵⁾。やはりここでも、特別義務違反があったとしても、更に構成要件該当性を判断する重要性が示されている。

また、実質的区別説の主唱者である西田典之教授も、身分犯において行為主体が限定されているのは、規範の名宛人が制限されているからではなく、直接単独正犯の形態では身分者しか法益侵害可能性がないから、あるいは非身分者に法益侵害可能性がある場合でも、主体を「典型的な類型、要保護性の高い類型に限定」しているからにすぎないと主張する⁽⁶⁶⁾。また、島田教授と同様の、松宮教授における不法共犯論に関する批判や、特別義務違反と違法性の実質との関係が不明確であるといった批判を行っている⁽⁶⁷⁾。

(六) 近時の展開

平山教授は、そのモノグラフィーの最後で、ある領域（特に環境変化の激しい経済犯罪）で何が犯罪的意味をもち、どのような「制度」が前提とされているかを探るといふ意味でも、義務犯論は有用であり、このことを踏まえて今後は、各論的検討を総論的な議論に収斂させ、従来の解釈論、延いては立法論との架橋を図るべきであるという展望を示している⁽⁶⁸⁾。では、近時の義務犯論は、どのような展開をみせているのだろうか。

1 身分犯論

(1) 松宮教授の見解を継承する見解

はじめに、身分犯論において、松宮教授の理解を色濃く受け継ぐ、すなわち、基本的に三(四)1の冒頭で示した立場を採る諸見解を確認する。

まず近時、佐川友佳子教授による、我が国、ドイツ、及びオーストリアの史的検討を含む詳細な研究が現れた。佐

川教授によれば、我が国とドイツにおいては、その史的展開を踏まえると、「身分は本来一身的に作用するものであつて、各関与者毎に、個別的に判断されるべきものと考えられて」いた。我が国の刑法六五条一項や、ドイツ刑法典二八条一項は、あくまで、構成的身分犯に加功した非身分者を不処罰とするのは望ましくないために新たに設けられた規定にとどまるのであつて、両規定における一項と二項は、「本来的に矛盾を背負つたものである」⁽⁶⁹⁾。また、ドイツでは、身分犯の可罰性を基礎づけるのは、「身分を有する者のみが侵害し得る領域への侵害」であるという理解が浸透していき、義務犯の構想に繋がつていったのである⁽⁷⁰⁾が、身分犯の成立には身分者による特別義務違反が決定的である以上、身分犯における因果的アプローチには限界があり、そこではそのような義務犯論の考え方が妥当である⁽⁷¹⁾。

一方で、不法身分の連带的作用、責任身分の個別的作用という、我が国の実質的区別説に類似した処理を明文で採用したオーストリア⁽⁷²⁾においても、身分者による特別義務違反が犯罪成立にとつて決定的な役割を果たす、すなわち、非身分者が自ら身分犯の不法を惹起できない場合に、各人を正犯と捉えるはずの統一的正犯体系を貫徹することができず、このことも身分犯における因果的アプローチの限界を示している。また、オーストリアでは、構成的責任身分犯に加功した非身分者が不処罰となるのが妥当でないことから、結局、構成的身分犯を違法身分犯、加減的身犯を責任身分犯とする処理が行われているという見解の存在を確認し、そうであれば、罪刑法定主義や法的安定性の観点からも、構成的—加減的という判例・通説の区別に一定の合理性があるのではないかとされる⁽⁷³⁾。

そして、最終的に佐川教授は、我が国の判例・学説の批判的検討⁽⁷⁴⁾をも踏まえ、松宮教授の六五条解釈を継承するに至るのである。

また、金子博准教授も、ドイツの共犯の処罰根拠論を概観した上で、構成的身分犯の規範の名宛人は身分者のみであり、非身分者は自ら身分犯の構成要件の不法を作出できず、身分者と非身分者の答責領域がそもそも異なることから、構成的身分犯において非身分者は共同正犯者になり得ないとし、松宮教授の六五条解釈を継承している⁽⁷⁵⁾。

更に、市川啓氏は、間接正犯論の研究において、身分なき故意ある道具を検討しているが、そこではまず、最決平成二九年六月七日LEX/DB25546821が批判される。すなわち、破産法四〇条二号における「破産者の代理人」にあらず、説明義務者ではない、つまり非身分者であるとされた被告人に対し、説明義務者と共謀の上、破産管財人の請求があつたときに虚偽の説明をしたとして、共謀共同正犯を認めたことを問題とするのである。⁽⁷⁵⁾市川氏によれば、第一に、六五条が対象としているのは、「身分によって構成される犯罪」ではなく、「身分によって構成される犯罪行為」であるから、身分者自身が虚偽の説明をしていなければ、そこに犯罪行為は存在しないはずである。第二に、当該決定（及び高裁判決）においては、「誰が構成的身分犯の規範に違反したのか」という事実が曖昧になってしまっているが、「非身分者でも身分犯の（共同）正犯になることを安易に認めれば、身分者が身分犯の規範に違反したという、六五条一項の適用の前提となるべき事実」を明確に認定できなくなってしまう。⁽⁷⁶⁾

以上を踏まえ、市川氏は、身分なき故意ある道具の事例において、行為支配は正犯原理として機能し得ないため、義務犯論を採用すべきであるし、身分者の一身専属的な義務違反が決定的なのであれば、この場合には背後の身分者に直接正犯を認めるべきであるとする。そして、このように義務犯論の正犯原理としての意義にも重点を置きつつ、最終的に、六五条解釈について松宮教授の見解を継承する。⁽⁷⁹⁾なお、市川氏も、「各則構成要件の特殊性に鑑みる」と、「多様な正犯基準を打ち立てることが重要」であり、「各論的な問題解決から得られた帰結をさらに総論にフィードバックすることが、正犯・共犯論のさらなる発展に資する」という問題意識⁽⁸⁰⁾を示されている。

(2) その他の展開

次に、身分犯論におけるその他の展開も概観しておこう。

まず、小田直樹教授は、特別義務違反が社会制度の機能や信頼性を侵害する性質を備える場合を想定すれば、特別義務という思考にも合理性があるとす。⁽⁸¹⁾その上で、抽象的な総論的検討では妥当な具体的帰結を導けるかは疑わし

く、各論的検討を重視すべきだとされ、「身分の実質論を示唆する『特別義務』が当該法規の法益論とどのような関係に立つかを問うと共に、それに対して六〇条がどう影響するかを考えるしかない」とする。⁽⁸²⁾

具体例として、瀆職罪においては、「その本質は私的欲求を廃して法令に対処すべき公務員が適正・公平を疑わせる行為をする点」にあるため、私人は固有の不法を実現できず、共同正犯にはならないとする⁽⁸³⁾一方で、横領罪においては、「制度趣旨が当事者間の信頼関係維持にある民法上の制度の場合、それが利用者利益の侵害の存否によって決まることになるので、行為の違法性（社会侵害性）は個人侵害として捕捉すればよ」く、「身分に伴う不法内容の独自性が意味をもたなく」なり、非身分者を共同正犯と評価する余地があるという⁽⁸⁴⁾。要は、「制度」侵害と「個人」侵害に関する身分を区別し、非身分者は前者においては共同正犯になり得ないが、後者においては共同正犯となり得る、すなわち「身分の相対化」を認めるということであろう。このように、小田教授は、正犯原理を中核として議論を展開し、義務犯において、非身分者の共同正犯性を認め得る類型と、特別義務違反が少なくとも正犯性の必要条件となる類型とを区別する立場を提示した。

また、外木央晃講師は、非身分者は義務犯たる構成的身分犯の不法を単独では惹起できないことから、身分者の義務違反を誘発ないし助長したという、非身分者による共犯の特別な処罰根拠を認めるべきであるとして、松宮教授の見解を採用するが、共同正犯についてはまた別の問題であるとする⁽⁸⁵⁾。すなわち、非身分者が共同正犯になり得るかに ついては、「共同正犯の本質の観点から考察する必要がある」が、「一部実行の全部責任の原則が認められるのは、「人的結合によって強められた個々人の行為が、協同関係に基づく合同力を強め、犯罪遂行を確実にするので、これを抑止する」ためである。従って、「非身分者も実質的な意味で真正身分犯の実行行為の一部を共同することができる」と評価可能であり、そうであれば、非身分者も共同正犯になり得るとされる⁽⁸⁶⁾。このように、外木講師は、特別義務が一身専属的であるため、非身分者が構成的身分犯の不法を惹起できないということのみに着目し、非身分者による共

犯の特殊な処罰根拠を認めるが、それ以外については、義務犯を通常の犯罪と同様に解する立場であると考えられる。加えて、岡部天俊氏は、不法身分犯には二つの類型が存在することを指摘する。その一つは、「身分者による一定の行為の（客観的な）直接的な実行が固有の無価値を基礎づける」類型であり、岡部氏はこれを「直接実行型不法身分犯」と呼ぶ。そして、もう一つの類型が、「身分者が自己に課せられた特別義務に自律的かつ故意的に違反すること」が不法の発生条件となっている場合であり、岡部氏はこれを「特別義務違反型不法身分犯」と称すると共に、そのような類型においては常に特別義務者は正犯になるとされる。

もつとも岡部氏は、結論としては義務犯論と一致することを認めているものの、自身の見解は、「義務犯についてのみ独自の正犯原理を想定する」義務犯論とは異なり、「特別義務違反型不法身分犯では犯罪の構造から導かれる各論的解釈が重要であると理解するものである」とされる。というのも、岡部氏によれば、「特別義務違反型不法身分犯に該当する身分犯構成要件は、身分者による他人を通じた共犯の実現をも捕捉している」のである⁽⁸⁷⁾。そして実際に、各身分犯がどちらの類型に属するか（または責任身分犯に属するか）、間接正犯、及び身分犯の共犯について、網羅的に各論的な概観が行われている⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾。

以上のように、岡部氏の立場は、犯罪の構造を理解するためには、特別義務という要素を考慮すべき類型が存するということを示そうとするとどまるものである。

2 不作為犯論及び各論

不作為犯論においては、まず萩野貴史准教授が、不真正不作為犯論との関係を念頭に置き、義務犯論を正面から検討対象としている。萩野准教授は、ロクシン流及びヤコブス流の義務犯論の構造と、これらに肯定的及び否定的な日独の見解を紹介する⁽⁹⁰⁾。その上で、義務犯論には、「行為支配等の正犯基準を充たさない行為態様（外見上の教唆行為・

帮助行為など)をも正犯的に評価する規定・(裁)判例等を容易に説明し得るメリットが存在し、評価に値する」とするが、特別義務違反があつても、その後、正犯構成要件か共犯構成要件かということを含めて、当該義務違反行為の構成要件該当性判断が行われなければならないことを指摘し、義務者であつても狭義の共犯と評価され得ると主張する。そして、そうであれば、「たとえ義務犯カテゴリーを肯定したとしても、従来の不真正不作為犯論に対して必然的に変革を迫るものではない」とされる⁽⁹¹⁾。萩野准教授は、結果的に義務犯論とは距離を置き、構成要件該当性の判断に重きを置くという立場を示されたといえる。

また、山下裕樹准教授は、「義務犯」という用語を用いているわけではないが、消極的義務及び積極的義務という観点から、不作為犯、及び遺棄罪の諸概念を検討しているため、紹介しておくことにする⁽⁹²⁾。まず、その観点の前提には、「ある出来事について、それが作為と捉えられるのか不作為と捉えられるのかは、それを観察する視点および記述の仕方に依存しており、作為及び不作為を明確に定義づけることは困難⁽⁹³⁾」なのであつて、ある行為は、「刑法という規範との関係では、犯罪の意味を有するものとして、つまり規範違反的な態度として記述されれば十分である」ため、作為と不作為の区別は重要ではなく、原則として不要である⁽⁹⁴⁾という、ヤコブスや平山教授と共通する理解が存する。

その上で、山下准教授は、保護責任者と作為義務者とは同じであるといつてよいとされる。というのも、まず刑法二一八条の「保護責任者」に含まれるのは、子供に対する親のような、積極的義務を課せられた者であるが、これだけに限られないからである。すなわち、契約行為等によつて要保護者を引き受けたような場合にも、その者を保護責任者であると考えることが妥当であるとすれば、保護責任者という概念には、「他者の権利領域へと介入した代償として、それにより生じた状態変更を清算する要請」としての消極的義務を課せられた者も含まれる⁽⁹⁵⁾という。ここでは、このような義務の違反が決定的であるため、二一八条における遺棄と不保護の区別は重要でない。一方で、刑法二一

七条がカバーしているのは、「要扶助者の権利領域への介入の禁止のみ」であることになる。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

3 過失犯を義務犯であると主張する見解

最後に、最近、過失犯を義務犯であると主張するに至った楊秋野助教の見解を確認しておく。楊助教は、基本的に平山教授の問題意識を受け継ぎ、作為犯と不作為犯に共通する正犯原理ないし帰属原理を模索するが、ロクシンやヤコブスの義務犯論は、特別義務違反と具体的な構成要件との関係が不明瞭な点で、重大な問題を抱えているとされる。⁽⁹⁸⁾

そこで楊助教は、「構成要件該当行為の構造」を分析した結果に基づき、作為・不作為を問わず、各則構成要件ごとに支配犯と義務犯を区別することを提唱する。具体的には、「一定の義務・命令の不履行を要件とする」保護責任者不保護罪（二一八条）、不退去罪（一三〇条）、及び不解散罪（一〇七条）、「作為であれ、不作為であれ、任務に違反するかが判断基準となる」背任罪（二四七条⁽⁹⁹⁾）、また欺罔行為を真実義務違反であると一元的に理解した上で、詐欺罪⁽¹⁰⁰⁾を義務犯カテゴリーに加える。そして最終的に、過失犯は、支配でなく義務違反を正犯原理とする犯罪類型であり、そうすると、支配という観点から責任を問うことができないう背後者に、過失正犯の責任を問うことができるというのである。

以上のように、楊助教は、条文の文言に義務違反の要素を読み込めるか否かを、義務犯であるか否かの基本的な区別基準としている。楊助教は、系譜においても少なからず意識されていた、義務違反行為がいかなる構成要件に該当するのかという判断を重視しているのであるが、義務犯概念の理解から「特別」義務違反という観点を取り去って、義務犯における義務違反を構成要件的なものへ再構成するまでに至っている。これは、「特別」義務違反を重視する従来の義務犯論による理解とは全く異なるものである。

四 検 討

(一) 系譜のまとめと義務犯論の現状

以上、我が国における義務犯論の系譜を概観してきた。まず、系譜においては二つのポイントが指摘できる。第一に、その後の義務犯論者に大きな影響を与えた松宮教授の見解の登場である。この一九九〇年代までには、身分犯論を中心として、正犯原理というよりはむしろ特別義務という観点から、身分犯のような特殊な犯罪類型の構造を分析するという考え方が明確に現れたといえる。第二に、その後、平山教授の研究を契機として、不作為犯論における、及び正犯原理としての義務犯論の理解、そして消極的義務・積極的義務といったヤコブスによる義務犯論の理解が広まっていくこととなった。

その上で、義務犯論の現状としては、議論の解像度を上げるということが意識されつつあるように思われる。義務違反行為と具体的な構成要件との関係性が度々指摘されてきた上、各論的検討を行う、また少なくともこれに言及する文献が増えてきているのである。

もっとも、義務犯ないし義務犯論という概念が何を意味するのかということが、いよいよ不明瞭になってきている。義務犯論とは元々、「特別」義務違反が「唯一の」正犯原理となる犯罪類型があることを指摘する理論であった。むしろ、本来の義務犯論の射程が、ロクシンにおいては身分犯と不作為犯にまたがり、ヤコブスにおいては全ての犯罪において積極的義務違反が観念され得ることから、非常に抽象度の高い理論であったことは否定できない。ただ、例えば松宮教授の見解では、義務犯という用語が用いられているが、身分者のみが正犯と評価されるのは、非身分者が構成的身分犯の実行行為を行い得ず、自ら法益を侵害できないために共同正犯と評価され得ない、という消極的理由

の側面がむしろ強く、背後の義務者に正犯責任を問うための理論という正犯原理としての意義が後退している。また小田教授や外木講師のように、義務犯カテゴリーを認めつつ、非身分者に共同正犯を認める見解もある。更に、山下准教授のように、専ら消極的義務・積極的義務という観点に着目して各論的検討を行う見解も現れている。これらことから言えるのは、我が国における義務犯論の重点が、特別義務という観点に置かれてきており、特別義務によって構成されている犯罪であれば義務犯と呼ばれるようになりつつあるということである。

しかし、そのような中で、過失犯を義務犯であると主張する楊助教授の見解が現れた。そこでは、逆に特別義務という観点が完全に捨象され、構成要件的な義務違反を唯一の正犯原理とする犯罪が義務犯と捉えられることになるのであるが、義務犯概念を再構成するという試みは不可能ではないにしても、こうなってくると、義務犯ないし義務犯論という概念が完全に混乱してしまうように思われる。

(二) 正犯原理としての義務犯論に関する批判的検討

次に、本来的意義である正犯原理としての義務犯論が採用可能かを検討する。確かに、ある犯罪において特別義務がその構成要素となっている場合、その違反は何らかの重大な意味をもち、少なからず義務者が重要な役割を果たすことになろうが、結論から言えば、特別義務違反を唯一の正犯原理であるとすることはできない。

まず、義務者間で正犯と共犯の区別が必要であると考えられる。例えばロクシンは、そもそも、正犯性判断において「具体的な行為事象の中心人物」という上位概念を置いていた。これは我が国における「重要な役割」に対応すると言い得るが、主導的な役割を演じた義務者に対して、例えば些細な物理的援助を施したに過ぎないような義務者が、果たして「中心人物」や「重要な役割を果たした」と評価できるだろうか。

この点に関し、パリオナ・アラナや松宮教授は、具体的な犯行事象との関係で、特別義務が課されている者を限定

する余地を示していた。このように解するならば、結果的には、特別義務者が正犯と評価される可能性は高まることになる。もつとも、例えばパリオナ・アラナの事例において、不動産登記簿を複数人で管轄していたとすれば、どうだろうか。正犯と共犯の区別が、犯行事象を総体として捉えた時に、中心人物であったか否か、ないし重要な役割を果たしたか否かといった判断のことであるならば、特別義務者内部においても、正犯と共犯の区別が必要なのではないだろうか。確かに、特別義務者であるにもかかわらずその義務に違反したことは、重大なことと評価されよう。しかし、特別義務者内部において、そのことは正犯と共犯の区別と無関係であり、そこでは事実的・心理的な寄与の大きさのみが問題とされるように思われる。

ただ、ヤコブスのように規範妥当の侵害を重視する場合⁽⁶⁾、積極的義務違反そのものが重大な意義を有するとして、反論されるかもしれない。しかし、何のために規範の妥当を保護する必要があるのか、また、何のために特別義務が課されるのかということ考えたとき、やはり、そこではまずもって法益保護が念頭に置かれていると言わざるを得ないだろう。あくまで、法益を保護するために、法益を保護するために存在する規範の妥当を保護する必要性が生じ、また、より効果的な法益保護のために特別義務が課される場合もあるのだといえよう。従って、仮に規範侵害という点を考慮するにしても、やはりそれは法益侵害を軸に据えた上でのものでなければならず、そうであれば、法益侵害に向けられた犯行事象の総体の中で、それぞれの特別義務違反行為が、当該事象においてどれだけの役割を果たしたのかを評価する、すなわち、義務者間での正犯と共犯の区別の余地があるといえるだろう。以下では、身分犯に焦点を当てて更に検討する。

このような観点からは、非身分者であっても正犯と評価され得ることになる。法益保護のために、少なくとも二次的には、「身分者と共同することで、身分犯に固有の不法発生に寄与してはならない」という規範が、刑法六五一条一項によって、非身分者にも差し向けられており、「非身分者用の構成要件」が作出されるのである。確かに、非身分

者は身分者用の構成要件における実行行為を遂行不可能であるが、非身分者用の構成要件における実行行為は当然遂行可能である。そして、法益侵害に向けられた犯行事象の総体の中で、非身分者が事実的・心理的に多大な寄与を成すということは想定可能なことであり、このような場合に正犯という評価を与えない理由はない。非身分者は、六五一条一項により、「身分犯における、非身分者用の共同正犯の規範違反性」を備えることが可能なのである。⁽¹⁰⁾ただそれでも、刑法が、身分者に対する固有の評価を重く見たという事実が反映されている、身分者を第一次的な規範の名宛人とする身分犯という犯罪類型を承認していることに鑑みれば、非身分者に安易に共同正犯を認めるような運用にはならないよう留意し、非身分者（及び身分者）の果たした役割を吟味するという姿勢が必要である。⁽¹⁰⁾というのも、非身分者が、いくら事実的・心理的に身分者に働きかけたところで、身分者が身分犯の規範に違反しない限り、身分犯の不法は完全に実現されない。従って、身分犯が成立するかどうかは身分者次第なのであって、身分犯成立のためには、まずもって身分者が重要な役割を果たすと言わざるを得ないのである。

私見は要するに、非身分者は、身分者に対するこのような固有の評価を埋め合わせるほどに、重大な事実的・心理的寄与を成すことにより、法益保護との関係のみで、正犯と評価される地位を獲得し得るのであり、このようなケースをアプリアリに排斥すべきではないと主張するものである。ここでは、身分犯の成立に際して各自が果たした役割が、量的に把握される。まず、身分者による規範違反が、身分者が単独の場合は、そのみで正犯性を認めるだけの量を、身分者が複数いる場合は、そのみでは正犯性を認められない程度の量を提供し、その後、非身分者も含めて、法益侵害との関係でどれだけの事実的・心理的寄与を成したかによって量が追加されるというイメージである。むしろ、このような量的・抽象的な正犯原理の精緻化は、今後の課題である。

なお、義務犯論創唱の際に念頭に置かれたような、身分者が背後にいる事例では、前提として、特別義務違反行為が具体的な構成要件に該当しているかが判断されなければならない。そこで、当該行為が具体的な構成要件に該当し、

不法の発生が認められるのであれば、当該行為が不法の発生に対して重要な役割を果たしたとされる限りにおいて、義務者に正犯としての責任を問うことはむしろ当然のことであると考えられるのであって、わざわざ義務犯論という構成を持ち出す必要はないように思われる。なお、その場合の非身分者は、その行為がなければ身分犯の成立自体がなくなるという場合、当該犯行事象において重要な役割を果たしたと評価可能であり、共同正犯性を肯定できるであろう。

以上の検討を踏まえると、概念の混乱が顕著であると共に、その本来的意義であった正犯原理としての妥当性がなると考えられることから、少なくとも「義務犯論」という形での議論の展開、また「義務犯」という名称による犯罪カテゴリーの承認は、なされるべきでない。正犯原理の検討に際しては、「重要な役割」のような上位概念を置いた上で、身分犯や不作為犯といった犯罪類型、そして具体的な犯罪ごとに、いかなる場合に重要な役割が認められるかを検討した上で、その成果を基に、再び総論的な正犯原理を導出するという方針が、一つの選択肢であり得るだろう。少なくとも、「支配」や「義務違反」のような、画一的なものの方で正犯原理を打ち立てることはできないのではないだろうか。

(三) 身分犯論における義務犯論の主張の更なる検討

最後に、近時の義務犯論者の多くもその見解を少なからず継承する、松宮教授の見解を素材として、身分犯論における義務犯論の主張内容を更に検討してみよう。松宮教授の見解の特徴は、非身分者による構成的身分犯の共犯につき、特殊な処罰根拠を構想することであると理解され、批判もなされてきた。しかし、この点について、松宮教授の見解と一般的な見解に、そう差異があるように思われない。というのも、身分犯において、非身分者は事実的・心理的な共同を成し得るのみであり、規範的に見て実行行為を分担できないということは、批判者も認めざるを得ない

であろう。そうであれば、非身分者はそのままで、正犯としてはもちろん、混合(ないし純粹)惹起説を採る限り、自ら構成要件の結果を惹起できないことから、共犯固有の不法が認められないことになってしまう。従って、実は一般的な見解も、非身分者に身分犯の共犯を成立させるために、暗黙の裡に非身分者用の構成要件を觀念しており、ここでは、身分者を通じて身分犯の不法発生に寄与することが、非身分者用の構成要件における「結果」だと考えられていると言わざるを得ない。一般的な見解も、非身分者による共犯の「特殊な処罰根拠」を認めているのである。

筆者の推測では、噛み合った議論ができていなかったのは、松宮教授による「身分者の特別義務違反を誘発・促進すること」という表現を額面通り受け取ると、最終的な身分犯の不法発生という結果の前段階において、処罰を肯定するかのような印象を与えてしまうことによるのではないかと思われる。実際、島田教授は、まさに特別義務違反の誘発・促進のみで、いかなる場合も、減輕された形であれば処罰が可能になってしまおうという批判を行っていた。仮にそうであれば、批判を加えざるを得ないが、松宮教授が、「法益保護のいっそうの充実を図る」と述べていることからすると、そこでは本当は、「身分者の特別義務違反を誘発・促進することによって、身分犯の不法発生に寄与すること」が、非身分者による共犯の処罰根拠とされているのではないだろうか。逆に、そうでなければ、「法益保護のいっそうの充実を図る」ことができなくなってしまうだろう。このように考えるならば、松宮教授の見解と一般的な見解は一致することとなり、このような理解には私見も異議はなく、むしろ、非身分者による共犯を認める際には、上述のような特殊な考慮が必要であることを指摘した点が評価されるべきであろう。

松宮教授の見解に対する疑問は、既述の身分犯における正犯と共犯の区別、及び非身分者による加重的身分犯の共犯の取扱いに向けられる。以下では後者に言及する。

松宮教授は、上述のような特殊な考慮を、構成的身分犯においてのみ持ち出す。しかし、なぜ加重的身分犯においては、そのような考慮が必要なくなるのであろうか。確かに、非身分者に対して、基本犯の限度では身分者と全く

同様に、第一次的に規範が差し向けられているといえるが、それを超えた加重的身分犯については、なお身分者のみが第一次的に規範の名宛人である。ここで、松宮教授は、加重的身分犯において、法益侵害の程度が高まる場合があることを認めている⁽¹⁰⁾。そうであれば、非身分者は、加重的身分犯に固有の不法発生に寄与しているのであって、——この批判は判例・通説にも向けられるものであるが——そのことを、なぜ非身分者に加重的身分犯の共犯を成立させることで評価せずに、はじめから基本犯を成立させるのが明らかでない。この場合も、「身分者の特別義務違反を誘発・促進すること」を禁止する規範を非身分者に二次的に差し向けることによって、「法益保護のいつその充実を図る」ことが必要であるように思われ、そうすることで、構成的身分犯において特殊な考慮を認める態度と一貫すると考えられる⁽¹⁰⁾。

なお、以上の場合、六五条一項と併せて同条二項も適用されることになろうが、それは、罪刑法定主義の制約も踏まえて、身分者に対する一身的な責任評価は、非身分者には妥当しないという二項の精神を法定刑に反映させるため⁽¹⁰⁾である。もつとも、法定刑の幅が広い現行刑法では、このような処理を行わずとも妥当な量刑が導出可能だと思われる。そこで更に、このような処理には、身分者に対する固有の評価を重く見るというメッセージの発信という意義や、身分者に対する一身的な評価を差し引いた基本犯の刑を基準として、公訴時効期間の基準を定めることができるという手続法的意義を指摘できる。

五 おわりに——特別義務という観点そのものに関する展望

以上のように、本稿は、義務犯論の「核」たる主張を退け、もはや義務犯論は「解体」されるべきであると提言するものである。もつとも、幾つか指摘した通り、「解体」されるべきものから回収を要する有用な観点が含まれてい

することもまた、事実である。最後に、その内の一つであるだろう「特別義務」について触れておきたい。

まず、少なくとも解釈論としては、身分者の行為を重く評価するという基本方針を承認する必要があると考えられるほか、特別義務は、松宮教授の指摘したような特殊な考慮を生み出すことがある。そうであれば、各身分犯において、いかなる根拠に基づきどのような特別義務が課されているか、そしてその特別義務が、当該身分犯の不法構造、責任判断、正犯原理等にいかなる影響を及ぼすものであるかを解明しなければ、身分犯という特殊な犯罪類型における妥当な具体的処理を導き出すことはできないであろう。私見によれば、特別義務のもつ意味合いは、犯罪類型によって更にバリエーションがあり得る。

例えば、上述した取賄罪のように、身分者による故意の特別義務違反がなければそもそも結果不法が発生しない類型のほか、身分者による故意の特別義務違反がなくても、固有の結果不法は発生するが、身分犯の規範違反性が認められないという類型もあり得る。この類型としては、例えば保護責任者遺棄等罪が挙げられる。ここでは、非身分者が保護責任者を強制したような場合でも、「要扶助者に対する保護が類型的に最も期待される保護責任者」による保護が失われる点で、「要扶助者の生命の危殆化の程度が飛躍的に高まる」という固有の結果不法⁽¹⁰⁾を觀念するとき、それは完全に実現され得る。しかし、刑法が、保護責任者にその主体を第一次的には限定し、単純遺棄罪よりも重い法定刑を設けていることからすると、ここでは、保護責任者に対して社会的に特別な役割が期待されていると共に、その裏返しとして、保護責任者による故意の義務違反が、より重い規範違反性及び責任非難を基礎づけていると考えられる⁽¹¹⁾。このように、やはり我が国の刑法も、特別義務という観点を重視している場面があると言わざるを得ないように思われる。

更に、秘密漏示罪のように、身分者による故意の特別義務違反が付加的法益侵害には関係するということもあり得る。非身分者が、医師等を騙して秘密を漏洩させた場合、個人の秘密は侵害されるが、医師等の職業に対する信頼は

害されないのである。

これらの例からもわかる通り、特別義務が各犯罪の不法構造においてもつ意義にはバリエーションがあるため、義務者が果たす役割は犯罪ごとに異なるといえるし、裏を返せば、特別義務のもつ意義によって、非身分犯が各身分犯において果たし得る役割も、異なってくることになる。また、何を各身分犯の法益と解するかによっても、解釈論的帰結に差異が生じる可能性がある。そして、これらのことは、刑法六五条の解釈や正犯性判断、更には身分や身分犯の意義の理解にも、影響を与え得るのである。従って今後は、近時の義務犯論の傾向とも重なるが、特別義務という観点から各論的検討を行い、各身分犯の構造を明らかにしていくことが必要になると考えられ、その検討成果を、総論の議論への還元や、身分ないし身分犯の意義を、(常習性や営利目的のような、特別義務ではないと考えられる要素の検討も行いつつ) 類型化をも視野に入れながら画定させる作業へと繋げていくことが、身分犯論を発展させる一つの道であるように思われるのである。⁽⁴⁾

- (1) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、二〇一八年) 七一―二頁以下。
- (2) 木村光江『刑法「第四版」』(東京大学出版会、二〇一八年) 一四三頁。
- (3) 西田教授も、西田典之『新版・共犯と身分』(成文堂、二〇〇三年) 一二頁において、「混合的身分」に言及はしているものの、結局その存在は認められなかったようである。
- (4) 外在的に義務犯論にカテゴライズされる場合も含めて検討する。
- (5) 我が国の身分犯に類似する概念である。身分犯と特別犯の差異を強調する見解として、岡部天俊「複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論(一)」北大法学論集七一巻二号(二〇二〇年)三〇八頁以下を参照。
- (6) Johannes Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903.
- (7) Nagler (前掲注(6)) S. 9.
- (8) Nagler (前掲注(6)) S. 47.

- (9) Nagler (前掲注 (9)) S. 21 Amn. 2.
- (10) ライヒ刑法典五〇条は、「法規が、ある行為の可罰性を、その行為を実行した者の一身の資格または関係により加重または減輕している場合、これらの特別な所為事情は、その存する正犯または共犯(共同正犯、教唆犯、従犯)に帰責される。」と規定していた。条文の訳は、西田(前掲注(3))一七頁によった。
- (11) 西田(前掲注(3))一三四頁以下を参照。
- (12) Nagler(前掲注(6))S. 114ff.
- (13) 西田(前掲注(3))一三八頁。
- (14) 大越義久「身分犯の理論」『刑法解釈の展開』(信山社、一九九二年)一五三頁。
- (15) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl., 1963.
- (16) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl., 2022, S. 589.
- (17) Roxin (前掲注(16)) S. 394 ff.
- (18) Roxin (前掲注(16)) S. 413.
- (19) Roxin (前掲注(16)) S. 396.
- (20) Rauli Parton Aana, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 139.
- (21) Roxin (前掲注(16)) S. 516.
- (22) Roxin (前掲注(16)) S. 512.
- (23) ギュンター・ヤコブス「刑法の行為概念」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 第一巻』(成文堂、二〇一四年)二〇頁。
- (24) Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 1/4ff. また、ギュンター・ヤコブス(川口浩一・飯島暢訳)『法益保護によって刑法は正当化できるか?』(関西大学出版部、二〇一五年)一三三頁以下も参照。
- (25) 「組織化」とは、その管理や権限が自分だけに帰属されるという意味での排他的な支配のことであり、自分の組織化領域には、たとえば、自分の身体や所有する土地、家、車、動物、機械などが含まれる」。平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂、二〇〇五年)一三五頁。
- (26) ギュンター・ヤコブス(松宮孝明・平山幹子訳)「刑法における作為と不作為」立命館法学二六八号(一九九九年)二六

- 九頁。平山（前掲注（25））一三八頁も参照。
- (27) 制度の例としては、「司法、合法的な公務の執行、真実に適った選挙の確定、そして機能している親子関係」等が挙げられる。ヤコブス（前掲注（24））二四頁。
- (28) 以上の支配犯と義務犯の内容につき、ギェンター・ヤコブス（阿部純二・緑川邦夫訳）「支配犯および義務犯における関与」東北法学五七巻三号（一九九三年）四〇頁以下、また、同（松宮〓平山訳）（前掲注（26））二五六頁以下、平山（前掲注（25））一三三頁以下、萩野貴史「義務犯論について」名古屋学院大学法学部開設記念論文集（二〇一四年）四二一頁以下等を参照。
- (29) 佐伯千仞「共犯と身分——その問題史的概観——」『共犯理論の源流』（成文堂、一九八七年）一四六頁以下。
- (30) 木村亀二「刑法総論」（有斐閣、一九五九年）一五六頁以下。もつとも、そのように解する特段の論証は見当たらない。
- (31) 中義勝「クラウス・ロクシン」『正犯と行為支配』（一）（二）『法学論集二五巻二号（一九六五年）一七二頁以下、同三号（一九六五年）二七三頁以下。
- (32) 中義勝「いわゆる義務犯の正犯性」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（有斐閣、一九六八年）四七一頁。
- (33) 中（前掲注（31））『法学論集二五巻三号二九六頁。
- (34) 中（前掲注（32））四七五頁以下。
- (35) 中（前掲注（32））四七三頁以下。
- (36) 萩野（前掲注（28））四一三頁以下も参照。
- (37) 藤吉和史「身分犯の概念について」明治大学大学院紀要（法学篇）一八号（一九八一年）二三一頁以下。もつとも、特段の論証は見当たらない。
- (38) 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——」『日大紀要二七巻（一九八五年）一七九頁以下。従って上野教授は、上述のように刑法六五条一項の身分概念を限定した木村博士を支持するが、同条二項の身分概念も同様に限定すべきだとされ、この点については木村博士を批判している。
- (39) 上野（前掲注（38））一九七頁。
- (40) 松宮教授は、旧刑法期に、收賄罪の必要的共犯である贈賄行為が、判例も含めて不可罰とされていたところ、收賄罪の必要的共犯とまではいえない贈賄の幫助行為を、收賄罪に関与したからといって処罰することはバランスを欠くことや、

- 公務員法において、公務員による一部の違反行為に限って、その共犯が、総則規定を排して独立共犯として処罰されるといった例を援用される。松宮孝明「共犯と身分」中山研一ほか『レイジオン刑法Ⅰ・共犯論』（成文堂、一九九七年）二〇頁以下。
- (41) 松宮（前掲注（40））二二〇頁以下を参照。
- (42) 松宮（前掲注（40））二二二頁。
- (43) 松宮（前掲注（40））二二二頁。
- (44) 松宮（前掲注（40））二二二頁以下。
- (45) 以上の、松宮教授による「共犯の処罰根拠」の検討につき、松宮孝明「共犯の処罰根拠について」立命館法学二五六号（一九九八年）七四頁以下（同『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、二〇〇三年）二七五頁以下所収）を参照。後者の二九〇頁によれば、非身分者による構成的身分犯の共犯は、いわば「共犯」という名の「正犯」であり、これは「刑罰拡張事由」である「共犯」の積極的成立要件としての「修正された構成要件」を指すものではないとされる。
- (46) 松宮（前掲注（40））二二四頁、一三〇頁以下。
- (47) 松宮（前掲注（40））二二五頁。
- (48) 松宮（前掲注（40））二二四頁以下。
- (49) 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（一九九六年）四頁以下。
- (50) 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（二）完」姫路法学二三・二四合併号（一九九八年）一一五頁。
- (51) 松生（前掲注（50））一一六頁以下。
- (52) 平山（前掲注（25））六五頁、一一九頁。
- (53) 平山（前掲注（25））六三頁。
- (54) 平山（前掲注（25））一九九頁以下。
- (55) 平山（前掲注（25））一九七頁。
- (56) 平山（前掲注（25））一八七頁以下を参照。
- (57) 平山教授も、松宮教授と同様に、構成的身分犯の場合についてのみ、その法益が「制度」に「おおむね」対応すると言及されている。平山（前掲注（25））一八九頁。

- (58) そのほか、吉川真理「『不作為による関与』再考」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題』（第一法規、二〇〇四年）二四四頁以下が、不作為犯論においてヤコブス流の義務犯論に依拠している。
- (59) 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四卷三号（二〇〇一年）二四頁。
- (60) 内田（前掲注（59））三九頁注15。
- (61) 以上につき、島田聡一郎「『いわゆる『故意ある道具』の理論について』」立教法学六〇号（二〇〇二年）七六頁以下を参照。
- (62) 島田（前掲注（61））八三頁。
- (63) また、島田教授は、ヤコブス流の義務犯論については大要、ヤコブスが、いかなる場合においても、義務者と結果との間に直接性を認めることによって義務者の正犯性を論証することに対し、「故意ある道具」のケースのように直接性が認められない場合があるのではないかということ指摘するほか、刑法が法益保護を目的としているという観点を強調している。詳しくは、島田（前掲注（61））八三頁以下を参照。
- (64) 島田聡一郎「不作為による共犯について』」立教法学六四号（二〇〇三年）三九頁。
- (65) 島田（前掲注（64））四三頁。
- (66) 西田（前掲注（3））一七七頁以下。
- (67) 西田（前掲注（3））三〇九頁以下を参照。
- (68) 平山（前掲注（25））二二六頁以下。
- (69) 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯』」立命館法学三一七号（二〇〇八年）一四〇頁以下。詳しくは、同論文五三頁以下、及び同「身分犯における正犯と共犯』」立命館法学三一三三号（二〇〇七年）一頁以下を参照。
- (70) 佐川（前掲注（69））二〇〇八年・一二七頁。
- (71) 佐川友佳子「共犯論と身分犯の共犯——特に義務犯について——」刑法雑誌五〇巻一号（二〇一〇年）一五頁以下。
- (72) オーストリア刑法典一二条（全関与者の正犯としての取扱い）は、「直接的正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規定し、又はその他所為の実行に加功した各人も、可罰的行為をなした者である」と規定し、機能的統一的正犯体系を採用している。そして、共犯と身分の処理は、以下のように定められている。
- 一四条（正犯者の資格および関係）

- 一項「法規が、可罰性または刑の量を所為の不法に關係する行為者の一身の資格または關係に依存させるとき、この資格または關係が関与者のうちの一人に存在する場合には、この法規を全関与者に適用する。但し、所為の不法が特別の一身の資格または關係を有する者の直接的実行またはその他一定の態様における加功に依存するときは、この条件が満たされることを要する」
- 二項「これに反して、特別の一身の資格または關係が、もっぱら責任にのみ關係する場合には、この法規は、この資格または關係を有する関与者にのみ適用される」
- 以上の条文の訳は、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（三）」立命館法学三一九号（二〇〇八年）五四頁以下によった。なお、一四条一項但書は、自手犯と義務犯を指すものとされる。十河太郎「身分犯の共犯」（成文堂、二〇〇九年）一二〇頁以下も参照。
- (73) 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯」刑法雑誌五六卷二号（二〇一七年）一六一頁以下。詳しくは、佐川（前掲注(72)）二二頁以下を参照。
- (74) 詳しくは、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（四）」立命館法学三三二〇号（二〇〇八年）二六頁以下を参照。
- (75) 金子博「真正身分犯の共犯について——共犯の処罰根拠の観点から——」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、二〇一四年）二九九頁以下。
- (76) そのほか、上述した松生教授も義務犯論に依拠し、身分なき故意ある道具の事例において背後の義務者を（間接）正犯と評価する。松生光正「身分なき故意ある道具」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、二〇一六年）四五一頁以下。
- (77) 松宮教授や平山教授も、この決定を批判していることが注目される。松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、二〇一九年）一五頁、二二六頁、平山幹子「近年の最高裁判例と間接正犯・共同正犯の行為について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』（成文堂、二〇一三年）八五五頁以下。
- (78) 市川啓「間接正犯と謀議」（成文堂、二〇二二年）九一頁。
- (79) 市川（前掲注(78)）九二頁以下。
- (80) 市川（前掲注(78)）一〇八頁。
- (81) 小田直樹「身分犯の共同正犯——相対化されうる身分について——」斉藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一

- 卷」(成文堂、二〇〇六年) 四八九頁以下。
- (82) 小田(前掲注(81)) 四九二頁、五〇三頁以下。
- (83) 小田(前掲注(81)) 四九五頁以下。
- (84) 小田(前掲注(81)) 四九八頁以下。
- (85) 外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂、二〇一八年) 五一頁以下。
- (86) 外木(前掲注(85)) 六三頁。
- (87) なお、岡部氏は、およそ非身分者に共同正犯が成立し得ることを前提としている。岡部天俊「複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論」北海道大学法学研究科博士論文(二〇一九年) 九頁注21。
- (88) 岡部(前掲注(87)) 五六頁以下。各論的検討については、同六二頁以下、八六頁以下、一一四頁以下を参照。
- (89) そのほか、身分犯を義務犯と解する近時の研究書として、香川達夫『身分概念と身分犯』(成文堂、二〇一四年) がある。
- (90) 萩野(前掲注(28)) 四〇五頁以下を参照。
- (91) 萩野(前掲注(28)) 四三四頁以下。
- (92) 松宮教授らの見解を参照しつつ、一身専属的な義務を負う保護責任者は正犯でしかあり得ないという理解に好意的ともとれる記述はなされている。山下裕樹「遺棄罪の諸概念の内容について(三・完)」関西大学法学論集七一巻一号(二〇二一年) 九八頁以下。
- (93) 山下裕樹「遺棄罪の諸概念の内容について」刑法雑誌六一巻二号(二〇二二年) 二〇〇頁。
- (94) 山下裕樹「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集六六巻四号(二〇一六年) 二三一頁。詳しくは、同一九〇頁以下を参照。
- (95) 山下(前掲注(93)) 二〇三頁以下。
- (96) 山下(前掲注(93)) 二二五頁。詳しくは、山下裕樹「遺棄罪の諸概念の内容について(二)」関西大学法学論集六七巻五号(二〇一八年) 七三頁以下、同「遺棄罪の諸概念の内容について(二)」関西大学法学論集七〇巻六号(二〇二二年) 二二三頁以下、同(前掲注(92)) 七三頁以下を参照。
- (97) なお、山下准教授も言及されているように、例えば、消極的義務に違反した保護責任者の正犯性をどう判断するかも問題となろう。山下(前掲注(92)) 九八頁以下を参照。

- (98) 楊秋野『過失不作為犯の帰属原理』(成文堂、二〇二二年) 五六頁以下、六九頁以下を参照。
- (99) 以上につき、楊(前掲注(98)) 八四頁以下を参照。
- (100) 詳しくは、楊秋野「いわゆる『沈黙による詐欺』について——真実に対する義務を中心として——」法学論叢一八九巻二号(二〇二二年) 七六頁以下を参照。
- (101) 葛原力三「不作為による幫助(二・完)」関西大学法学論集七二巻二号(二〇二二年) 五九頁注82。
- (102) なお、行為者は、全く「公共に対して規範的世界を新たに形成する法的権能を手にしていない」にもかかわらず、果たしてそもそも規範妥当を侵害することができるとの、疑問を差し挟む余地もある。Volker Haas, Zur Trennung von Unrecht und Schuld im Strafrecht, in: Alexander Aichele/Jochim Renzikowski/Frauke Rosinski (Hrsg.), Normentheorie, 2022, S. 245.
- (103) 小林(前掲注(1)) 七二―七三頁は、「違法身分犯の規定形式を採用し続けることは、刑法が特定の身分者に対してのみ高い倫理を要求することにつながりかねず、立法論として適切を欠く」と指摘するが、逆に、非身分者に対して身分者と全く同等の倫理を要求することは、過大な要求となりはしないだろうか。更に、憲法一五条によって「全体の奉仕者」であると定められている、「公務員」のような場合もあるのである。
- (104) これに対し、いかなる寄与を成そうとも非身分者が共同正犯としての規範違反性を備えることがないとするのは、照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」伊東研祐編『初めての刑法』(成文堂、二〇〇四年) 一三三頁以下である。また、非身分者はおよそ身分犯の規範の名宛人ではなく、六五条一項は、「制裁規範の発動条件である法益の侵害・危険のみを根拠に、制裁(媒介) 規範における可罰性拡張を認めた」政策的・例外的規定であるとするのは、高橋則夫『刑法総論・第五版』(成文堂、二〇二二年) 五三六頁である。
- (105) 「主體・処罰範囲を限定するというのが身分概念本来の意義であり立法者の意図でもあったところ、現在の学説においてはむしろ逆に、身分に関する無内容な判例の定義を逆手に取る形で、六五条一項につき、処罰範囲を拡張して周辺の関与者をいわば一網打尽にするための規定として理解されている節がみられるが、まさしく本末転倒である」と指摘されている。
- 照沼亮介「わが国における正犯論とその現代的課題」浅田和茂ほか編『刑事法学の系譜』(信山社、二〇二二年) 五七―五八頁。
- (106) 例えば、最近、業務上横領罪に加功した非占有者の公訴時効期間の基準となる刑をいかに判断すべきかが問題となった、最判令和四年六月九日刑集七六巻五号六一三頁において、非身分者とされた被告人は、業務上横領行為の直前まで代表取締

役を務めていた。このような場合に、非身分者の正犯性をアプリーオリに否定するなら、「非身分者になってから身分犯に加功すれば、最悪でも狭義の共犯という評価で済む」といったような考えが、全く生じないとは限らないだろう。

(107) 松宮孝明『刑法総論講義〔第五版補訂版〕』（成文堂、二〇一八年）三一頁。

(108) ヤコブスのように規範妥当の侵害を考慮する場合、このことは一層顕著となる。

(109) 十河（前掲注（72））三六頁以下も参照。

(110) このことは、罪名と科刑の分離を意味しない。なぜなら、身分犯の各則規定から、六五条一項及び二項の媒介により、非身分者用の条文が生成されるとみなすという理解に基づけば、基本犯の刑が非身分者用の条文の「法定刑」になるからである。前掲注（106）の、令和四年判決の第一審（東京地判令和二年三月二六日刑集七六卷五号六六七頁）では、業務上横領罪に加功した非占有者の法定刑が、単純横領罪の刑になるという規範の構造論が展開され、最高裁も、この理解を否定することはしなかった。同六七頁以下を参照。

(111) 前掲注（106）の、令和四年判決における山口厚裁判官の補足意見では、「公訴時効は処罰の必要性と法的安定性の調和の上に成り立つ制度であるが、処罰の必要性は被告人に科される刑の重さによって表されている。身分のない共犯に『通常の刑』を科す刑法六五条二項は、身分がないことにより認められる処罰の必要性の相違を科し得る刑に反映させるための規定である。したがって、このように処罰の必要性をよりよく反映した刑が、法の定める制約の枠内において、公訴時効期間を定める基準とされるべきものといえる」とされた。刑集七六卷五号六一七頁を参照。

(112) 岡部（前掲注（87））八〇頁。また、内田文昭「法益侵害と行為無価値の諸問題」神奈川法学四〇卷三号（二〇〇七年）八五頁注12、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第七版〕』（弘文堂、二〇一九年）三五頁等も参照。

(113) なお、遺棄と不保護に本質や危険性の差異が（ほぼ）ないのであれば、いづれにせよ、実質的にみて保護責任者という身分は加減の身分であると解釈し得る。その場合、およそ刑法二一八条に加功した非身分者には、六五条一項と二項が併せて適用され、保護責任者遺棄等罪の共犯が成立し、単純遺棄罪の刑が科された上、その範囲内で、二一八条に固有の不法発生に寄与したことが、量刑を重くするということになる。

(114) 六五条は、「特殊な効果を生じさせる難解な規定につき、その根幹である身分概念自体の検討を怠ったままでは、議論の進展は望めない」という指摘がなされるところである。照沼（前掲注（105））五七五頁。

岡野 匡将 (おかの ただまさ)

所屬・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所屬学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法