

日独における身分犯の共犯

岡 野 匡 将

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける判例・通説
 - (一) 基本的主張、及び根本的批判の内容
 - (二) 判例・通説を理論的に基礎づける試み
 - (三) 検 討
 - (四) 付随的問題
 - (五) 小 括
- 三 ドイツにおける反対説
 - (一) ドイツにおけるかつての少数説
 - (二) 反対説の基本的主張、及び形式的側面における批判とそれに対する応答
 - (三) 反対説の萌芽と罪名の意義
 - (四) 狭義の共犯の処罰根拠との調和
 - (五) その他のケースの処理
- 四 我が国における少数説と私見
 - (一) 我が国における少数説の再定位
 - (二) 罪名と科刑の分離について
 - (三) 共同正犯について
 - (四) 65条 2 項の解釈
- 五 おわりに

一 はじめに

「身分犯の共犯」について規定する我が国の刑法65条は、その 1 項と 2 項の関係をいかに解するべきかを巡って、古くより議論の対象とされ

てきた。一言でいえば、判例¹⁾・通説²⁾は、65条³⁾ 1項は非身分者に真正身分犯の共犯が成立することを確認する規定、同条 2項は不真正身分の完全な個別的作用を定めた規定であるとし、これに対して、有力な反対説は、真正身分犯か不真正身分犯かにかかわらず、65条 1項は非身分者に(法益侵害に関係するという意味での)違法身分犯の共犯が成立することを確認する規定、同条 2項は責任身分の完全な個別的作用を定めた規定であると解している。我が国では、基本的にはこの二つの見解が対立している状況にあるが、判例・通説は、真正身分か不真正身分かという形式的な区別によって扱いが異なる理論的根拠が明らかでないといった批判を受け、有力な反対説は、65条の文言と整合していない、また違法身分と責任身分を截然と区別することはできないといった批判に晒されている。しかし、各説においてこれらの問題は克服されているとはいえず、議論は現在、膠着状態に陥っているように思われる。

そこで、本稿では、我が国の議論に示唆を得るべく、我が国と類似の条文構造を有するドイツに目を向けることにしたい。我が国の「身分」に相当する概念である、「特別な一身上の要素⁴⁾」の作用について定めたドイツ刑法28条は、次のように規定している。

-
- 1) 大判大正 2 年 3 月 18 日刑録 19 輯 353 頁、大判昭和 14 年 4 月 6 日刑集 18 卷 187 頁、最判昭和 31 年 5 月 24 日刑集 10 卷 5 号 734 頁。
 - 2) 内田文昭『刑法概要・中巻』(青林書院、1999 年) 541 頁以下、大谷實『刑法講義総論・新版第 6 版』(成文堂、2025 年) 460-461 頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕・第三版』(成文堂、1995 年) 404 頁以下、川端博『刑法総論講義・第 3 版』(成文堂、2013 年) 612-613 頁、木村光江『刑法〔第 5 版〕』(東京大学出版会、2025 年) 142 頁以下、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(4・完)」立命館法学 320 号(2008 年) 67 頁、関哲夫『講義刑法総論・第 2 版』(成文堂、2018 年) 478 頁、高橋則夫『刑法総論・第 5 版』(成文堂、2022 年) 536 頁、前田雅英『刑法総論講義〔第 8 版〕』(東京大学出版会、2024 年) 359 頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第 6 版〕』(成文堂、2024 年) 304 頁以下、山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕』(成文堂、2015 年) 1000 頁など。
 - 3) 以下では、「我が国の刑法」や「ドイツ刑法」といった文言を適宜省略する。
 - 4) 以下では、便宜上、用語を「身分」に統一する。

28条（特別な一身上の要素）⁵⁾

1 項 正犯の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素（第14条第1項）が、共犯（教唆犯又は従犯）に欠けるときは、その刑を、第49条第1項により減輕する。

2 項⁶⁾ 特別な一身上の要素が刑を加重し、減輕し又は阻却することを法律が規定しているときは、その法律／その法的効果⁷⁾は、その要素を備える関与者（正犯又は共犯）にのみ適用する。

このように、28条は、その1項で必要的減輕を規定している点や、2項において刑罰阻却的要素を規定している点は我が国と異なりつつ、1項で真正身分、2項で不真正身分について規定しているように読めることは、我が国の刑法65条と一致している。このことから、ドイツでも、形式的区別に基づく判例・通説と、実質的・理論的思考に基づく反対説が対立するという、似通った議論状況が形成されているのである。

本稿は、以下のような構成をとる。まず、ドイツの判例・通説は、我が国の判例・通説と類似の理解に立っており、それ故、同様の批判を受けているところ、ドイツでは、（一定の政策的考慮を認める必要があるものの）理論的根拠に基づき判例・通説を基礎づけようとする見解が存在しているため、二章においてこれを参照し、我が国の判例・通説をいかに説明し得るかについて示唆を得る。次に、ドイツの反対説は、違法性と責任の両者に関係する身分（以下、「混合的身分」と呼ぶ。）が存在することを前提に、実質的・理論的根拠に基づく思考を、できる限り28条の解釈に落とし込もうとしている。三章では、ドイツの反対説について検討を加え、これが支

5) 条文の邦訳に際して、法務省刑事局編『刑事法制資料：ドイツ刑法典』（2021年）を参照した。

6) „Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.“

7) 判例・通説は、“das”という関係代名詞が、“das Gesetz”、つまり不真正身分犯（及び刑罰阻却的要素）を規定する法律そのものを指すと解し、反対説は、“daß ~ ausschließen”、つまり法的効果の箇所のみを指すと解している。

持に値する見解であることを明らかにする。そして、四章において、ドイツの反対説と一致する理解を示していた我が国の少数説を再定位し、これを更に基礎づけるを試みる。

二 ドイツにおける判例・通説

(一) 基本的主張、及び根本的批判の内容

ドイツの判例⁸⁾・通説⁹⁾は、ドイツ刑法28条について、その1項は、非身分者が真正身分犯¹⁰⁾に關与した場合に必要な減軽を施す規定、これに対

8) BGHSt, 6, 308 (311); 8, 205 (208); BGH, StV 1994, 17; 1995, 84; NJW 2010, 3669.

9) *Fischer*, Strafgesetzbuch, 72. Aufl., 2025, § 28 Rn. 8; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2023, 25/34; *Gropp/Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2020, 10/245; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 23/34; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 657; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2024, 38/24; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, 20/151; *Küper*, Die »Sphinx« des § 28 Abs. 2 StGB, in: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 326; *Langer*, Die Sonderstraftat, 2007, S. 413ff.; *Otto*, »Besondere persönliche Merkmale« im Sinne des § 28 StGB, Jura 2004, S. 469; *Pohlreich*, Lackner/Kühl/Heger, StGB, 31. Aufl., 2025, § 28 Rn. 8; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 2025, 46/4; *Rojer*, Die sog. Zumessungslösung zu § 28 II StGB: ihre (zweifelhafte) Berechtigung und ihre Bedeutung für die Vorfeldbestrafung (§ 30 StGB), GA 2013, S. 710; *Scheinfeld*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2024, § 28 Rn. 10; *Todorovic*, Normwidrigkeit und Zurechnung bei Sonderdelikten, 2025, S. 198ff.; *Weißer*, Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch, 31. Aufl., 2025, § 28 Rn. 28.

10) ドイツにおいて、我が国の身分犯に相当するのは、»Sonderdelikte«である。ただ、我が国の身分犯が、一般に、単独正犯の主体を限定する概念であるのに対して、ドイツの»Sonderdelikte«は、およそ正犯となり得る者の主体を限定する概念である。この点を強調し、»Sonderdelikte«を「特別犯」と呼ぶものとして、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(1)」北大法学論集71巻2号(2020年)308頁以下を参照。しかし本稿では、これらの

して 2 項は、不真正身分及び刑罰阻却的要素の完全な個別的作用を定めた規定であると解している。これによれば、例えば、同じ「公務担当者」という身分が問題となるドイツの犯罪でも、真正身分犯である収賄罪(332 条)では、非公務担当者にその共犯が成立する一方で、不真正身分犯である公務における傷害罪(340 条)の場合、非公務担当者には、(224 条以下の類型に該当しない場合)その基本犯である、単純傷害罪(223 条)の共犯しか成立しないことになる。

このような、非身分者が不真正身分犯に関与した場合に、適用される罪名ごと個別化するという処理は、我が国の判例・通説と同様である。従って、ドイツにおいても、根本的な批判として、やはり次のような疑問が提起されている。すなわち、上述の例のように、同じ身分でありながら、それが真正身分か不真正身分かという多かれ少なかれ偶然的な差異によって、なぜ異なる法的内容をもつことになるのか、ということである¹¹⁾。

これに対して、ドイツでは、判例・通説を理論的に正当化しようとする見解が存在する。ドイツでは一般に、28 条は従属性を緩和する規定であり、特に 2 項については従属性を破棄(Durchbrechung)する規定だと説明される¹²⁾のだが、Küper は象徴的に、次のように述べている。すなわち、28 条においては、「実際には何一つ、『破棄』、『緩和』、または『変更』されているものは存在せず、従属性は、『一身的に』のみ帰属される構成要件要素の場合、始めから存在しない¹³⁾」。つまり、28 条は、一貫して身分の個別的作用を定めていることから、その 1 項と 2 項の間に矛盾はないということである。以下では、こうした理解について詳述しているものとして、Langer や Frister の見解を取り上げ、これを検討すると共に、我が国

差異を踏まえた上で、便宜上、用語を「身分犯」に統一する。なお、ドイツでは、通常の犯罪は普通犯(Allgemeindelikte)と呼ばれる。本稿においても、この用語を用いることにする。

11) Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 1f.; Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80, 1968, S. 36.

12) Weißer, a. a. O. (Anm. 9), § 28 Rn. 1.

13) Küper, a. a. O. (Anm. 9), S. 315.

への示唆を得ることにしたい。

(二) 判例・通説を理論的に基礎づける試み

1 Langerの見解

Langerは、およそ身分犯は、一般不法を基礎とした特別不法によって構成されており、非身分者には、常に一般不法のみが帰属されると解することによって、28条1項と2項における、実質上統一的な取扱いを実現しようとする。以下においてこれを敷衍する。

まず、一般不法とは、万人によって実現され得る法益侵害のことである。一般不法は、不真正身分犯の場合、その基本犯に構成要件化されているという。例えば、公務における傷害罪と単純傷害罪の関係がそうである。他方で、真正身分犯の場合、一般不法は、そのみで構成要件化されていないが、非身分者であってもそれを実現可能である¹⁴⁾とされる。Langerは、真正身分犯である枉法罪(339条)において、非身分者が、裁判官をその生命について脅迫し、法の歪曲を強制した場合にも、一般不法は実現されている、という例を挙げている¹⁵⁾。Langerはこのように、一般不法が身分犯の基礎となっており、非身分者もそれを(少なくとも間接的に)実現可能だという性質は、真正身分犯と不真正身分犯とで異なるものではないとする¹⁶⁾。

これに対して、Langerによれば、特別不法とは次のようなものである。すなわち、社会には、特別な社会的役割を法共同体によって期待され、法益を「委任」される者が存在し、その裏返しとして、そのような身分者は、規範の名宛人を限定する身分犯規定に基づき、非身分者に比して規範が切迫した状態に置かれている。それにもかかわらず、そのように切迫した規範に違反し、特別な社会的役割に違背することによって、法共同体の価値侵害を生じさせる、つまり無価値を増大させることが、一般不法を修正す

14) ここでは、直接、単独で法益侵害可能だということまでは含意されていないといえる。

15) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 350.

16) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 293.

るとされる。こうして、一般不法を基礎としつつも、それとは質的に異なるものとして修正されたものが特別不法¹⁷⁾であり、これは、それを実現することが可能である身分者にのみ帰属されるという¹⁸⁾。Langerは、こうした特別不法を観念できる犯罪のみが、身分犯であるとする¹⁹⁾。

以上を踏まえ、Langerは、28条の目的は、法益が「委任」されていない非身分者を、特別不法ではなく、彼自身が責任を負うべき不法、すなわち一般不法に基づいて処罰しようとすることにあり、一般不法が構成要件化されている基本犯によって非身分者を処罰する、同条2項が基本規定であるとする²⁰⁾。そして、28条1項は、一般不法としての基本犯が構成要件化されていない場合であっても、非身分者に一般不法のみを帰属させるための処罰創設規定であると共に、補充規定に過ぎないと主張するのである²¹⁾。なお、この補充規定性に関して筆者により補足すれば、真正身分犯の場合に、非身分者の罪名が従属してしまう点については、基本犯が存在しない以上、如何ともし難いため、甘受せざるを得ないということにな

17) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 296. このことは、法益が「委任」された者の規範違反による特別な無価値が、単に一般不法へと量的に上乗せされるのではなく、それらが合わさって、一つの特別不法が完成するというイメージなのだと理解できるだろう。

18) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 292ff.

19) Langerにおいては、特別不法が存在しないと評価される場合、「主体の限定された普通犯」というカテゴリーが登場すると共に、28条の適用が排除される。例えば、強制執行妨害罪（288条）では、主体が執行を受ける債務者に限定されている。しかし、債務者は、債権者の財産的利益を、より重い義務を負う形で委任されてはならず、むしろ両者間には利害の対立があることから、同罪は身分犯ではないとされる。また、各則上の責任要素については、28条ではなく、「関与者の独立した可罰性」を規定した29条（条文の内容は後掲注57を参照。）が適用されるとする。Vgl. Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 407ff.

20) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 418.

21) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 412. Fristerは、一般不法の占める割合が大きくなればなるほど、28条1項は、非身分者に有利な規定になると指摘する。Frister, Gibt es keine unechten oder keine reinen Amtsdelikte?, in: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 463.

ろう²²⁾。しかしながら、このように解することによって、28条1項と2項を通じて、非身分者には一般不法のみが帰属される、換言すれば、身分は完全に個別的に作用することから、実質的には一貫した作用が実現され、判例・通説は理論的根拠を備えるのだ、という説明が可能であろう。

もっとも、Langerの見解に対しては、不真正身分犯の場合に、果たして付加的法益が存在しないと言い切れるのか、という疑問が提起される²³⁾。仮にそれが存在するなら、不真正身分犯に関与した非身分者には、その固有の付加的法益侵害への寄与に基づき、一般不法を上回る不法が帰属されることになるはずであり、Langerの主張は維持し得なくなる²⁴⁾。

この問題につき、Langerは、その侵害のみで処罰対象となるような、独立した保護客体のみが法益であるという理解に基づき、不真正身分犯における付加的法益の存在を否定する²⁵⁾。Langerによれば、例えば、自由という同じ法益の侵害が問題となる二つの犯罪を比較すると、これは明白であるという。すなわち、恐喝罪(253条)においては、自由侵害を仮に度外視しても、財産上の不利益を違法に与えるという無価値が独立して残る。この無価値は、存在し得る犯罪構成要件の基礎として十分であるし、例えば詐欺罪(263条)など、実際それだけで構成要件化もされている。こうした場合は、二重の法益が認められる。しかし、Langerによれば不真正

22) Langerは、真正身分犯に対応する基本犯を制定するのが望ましいということを示唆しており、立法者は、28条1項という次善の策を選出したのだと述べている。Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 413. これに対し、Fristerは、真正職務犯罪の一般不法の部分のみを基本犯として各則に規定するのは、あまりに労力がかかり、必然的に不自然になってしまうとする。Frister, a. a. O. (Anm. 21), S. 464.

23) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 77ff.

24) 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(2)」立命館法学317号(2008年)131頁以下は、Langerの見解について、「非身分者についても共犯の成立を認めながら、その評価は身分者とは異なるものであるとして、保護法益の範囲や義務違反性を持ち出すことによってこれを根拠付けようとする試みは、評価されるべきものである」とする。

25) So auch Deichmann, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 26f.

身分犯とされる²⁶⁾、公務担当者による供述の喝取罪（343条）では、自由侵害を度外視してしまうと、そこには、それ自体の侵害で処罰対象とされ得るような、残存する無価値は存在しないと述べられている²⁷⁾。

2 Fristerの見解

Langerと類似の立場をとる論者としては、Fristerが挙げられる。Fristerは、職務犯罪（*Amtsdelikte*）を題材として28条解釈について論じているが、真正職務犯罪であるか不真正職務犯罪であるかにかかわらず、それが「一般不法+ α 」という構造をもつ、また、28条は、その1項と2項を通じて、非身分者に一般不法のみを帰属させる規定である、という理解については、Langerと同様である²⁸⁾。Fristerは、「+ α 」の部分については、以下のような理解を提示している。

Fristerによれば、第一に、職務犯罪一般の付加的法益として指摘される「公務の信用性」の侵害は、「公務担当者が、その職務と結合した特別義務を遵守するはずだ」という公共による信頼が、職務義務違反によって害される限りにおいて生じるのであるから、結局は、違反された規範の遵守への信頼を侵害することと同じである、また第二に、「公務の機能」の侵害も、違反された規範の経験的妥当の侵害と異なるものではないとする²⁹⁾。

ここで重要なのは、職務犯罪において、それに違反すれば公務の信用性や機能の侵害に至り得るところの規範は、公務担当者にのみ向けられているということである。というのも、狭義の共犯者としか評価されない非公務担当者も、他人にではなく、自身に向けられた規範に違反するからこそ処罰されるところ、非公務担当者が規範に違反するだけでは、公務の信用性や機能の侵害には結びつかないのである。これらのことから、Fristerは、非公務担当者には、「公務の信用性や機能の侵害＝公務担当者に向けられた規範の遵守への信頼、及びその経験的妥当の侵害」は帰属さ

26) *Langer*, a. a. O. (Anm. 9), S. 495.

27) *Langer*, a. a. O. (Anm. 9), S. 272.

28) そのほか、こうした理解をとるものとして、*Rojer*, a. a. O. (Anm. 9), S. 697.

29) *Frister*, a. a. O. (Anm. 21), S. 457f.

れ得ず、公務担当者の特別義務違反は、常に一身専属的な性質を有するという帰結を導く。以上を踏まえ、Fristerは、公務の信用性や機能は付加的法益ではなく、公務担当者にのみ課せられる特別義務は、積極的一般予防の観点に基づくものであるとする³⁰⁾。

(三) 検 討

1 身分の個別的作用

では、LangerやFristerの見解は、ドイツ、ひいては我が国の判例・通説を理論的に基礎づけるものであるといえるだろうか。

まず、身分の個別的作用についてであるが、身分犯という法形象が認められている以上、身分者に第一次的に規範が差し向けられているため、Langerが述べたように、身分者には、非身分者に比して規範が切迫した状態が認められる。このことは、立法論的にも合理的であるといえる。例えば、収賄罪のように、身分者が故意をもって関与しなければそもそも不法が実現されない場合、秘密漏示罪のように、法益に対する高度の干渉可能性を有する身分者が存在し、類型的に法益の要保護性が高まる場合³¹⁾、更に保護責任者遺棄等罪のように、身分者の関与によって法益侵害の危険性が高まる場合³²⁾には、それらの者に対して、一身的により強い禁止・命令を差し向けることが、理に適っていると思われるからである。従って、Fristerの述べた積極的一般予防の観点は、少なくとも登場しているといえてよい。

もっとも、Langerは、特別不法の内容として法共同体の価値侵害を挙げていたが、非身分者も、その侵害を直接実現し得ないとはいえ、実現に寄与することはできるため、なぜその責任を負うべきことにならないのか、

30) Frister, a. a. O. (Anm. 21), S. 458ff.; ders., a. a. O. (Anm. 9), 25/38.

31) 西田典之『新版・共犯と身分』(成文堂、2003年)266頁。

32) 例えば、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(2019年)80頁は、「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遺棄ないし不保護については要扶助者の生命の危殆化の程度が飛躍的に高まる」と指摘する。

疑問が残る。私見によれば、特別義務に関わる身分の個別的作用の根拠については、一定の社会的役割を有するが故に、身分犯規定を通じて、刑法上、より強い禁止・命令を差し向けられたにもかかわらず、それに従わなかったという点が、身分者のより重い責任非難を基礎づける、という説明で十分ではないかと考える。

それでは、以上の理解を我が国でも妥当させることはできるだろうか。ここでは、必要的減軽を規定するドイツ刑法28条1項と異なり、何らの減軽も指示していない我が国の刑法65条1項において、身分の個別的作用が実現可能であるかが問題となる。

第一に、65条1項の文言は、身分の完全な連帯的作用まで命じているとはいえない。というのも、65条1項は、非身分者が、「身分によって構成すべき犯罪行為」の共犯として処罰され得ることを規定するにとどまるのであって、そこから進んで、「身分者と同じように処罰される」とは一言も述べていないのである。第二に、65条1項の制定理由も、非身分者による真正身分犯の共犯の可罰性について意見が分かれていたところ、その可罰性を認めることを明示するというものに過ぎない³³⁾。そして第三に、現行刑法は、刑罰枠を幅広く設定している。以上を踏まえれば、真正身分犯の刑罰枠内において、身分の個別的作用を考慮することが十分可能であるといえるだろう。

なお、Langerにおいては身分犯と評価されないような犯罪も、我が国では身分犯とされ、65条の適用対象となるだろうが、その場合も、以上

33) 倉富勇三郎ほか監修・高橋治俊＝小谷二郎共編『増補・刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）2156頁。中西縁「共犯と身分についての一考察（二・完）：歴史的展開を中心として」同志社法学35巻3号（1983年）118頁は、「六五条一項は政府（司法省）における処罰の必要性という政策的考慮、および旧刑法下での実務の運用に基いて形成された規定と考えてよいのではないだろうか」と指摘する。また、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（1）」立命館法学313号（2007年）42頁も、65条1項と2項の「関係は、何らかの理論上の基盤を有するものではなく、加減的身分犯の際の非身分者の取り扱いを個別化した事から生じた構成的身分犯の可罰性の問題に対して、政策的な意図に基づいて置かれたものである」という点は否定できない」とする。

と類似の説明が可能であろう。例えば、我が国の常習賭博罪や目的犯において、賭博の常習者や目的を有する者は、確かに、一定の社会的役割を期待されるような特別義務者ではない。ただ、賭博を強く志向する常習者、また一定の目的に向かって行為する者には、それ故に、一身的により強い禁止・命令が差し向けられており、やはり、非身分者に比して規範が切迫した状態が認められるといえる。また、特別予防的観点から、一身的に刑が加重されているという点も指摘し得る。

2 付加的法益

そうすると、上述のように真正身分犯の場合の罪名従属が甘受可能であるとするなら、次に付加的法益の問題をクリアすれば、ドイツの判例・通説は、実質的には、理論的妥当性を備えているといえるかもしれない。しかし、不真正身分犯において、付加的法益の存在を一切否定できるかどうかには、議論の余地がある。

まず、Langerは、それ自体の侵害で処罰対象となり得る、独立した保護客体のみが法益であるという理解によって、不真正身分犯における付加的法益の存在を否定した。ただ、例えば我が国における職権濫用の罪(193条以下)において、第一次的に保護法益であると解されている、「国家の司法作用と行政作用の適正³⁴⁾」は、その侵害だけで処罰を基礎づけ得るほど重要な利益であるように思われる。しかしLangerは、ドイツの公務担当者による供述の喝取罪において、特段の論証なく、自由侵害を取り除いた場合に残存する無価値はないと言い切ってしまうが、これは論点先取ではないだろうか。

また、Langerの主張は、ある法益が侵害されない限り問題となり得ない利益が存在する場合、その法益の侵害のみを禁止すれば、自動的に当該利益も保護される、という関係によって説明できるかもしれない。だが、そのような利益であっても、刑法上の保護に値するような重大な利益であるなら、それを法益と構成しない理由はない。例えば、ドイツの公務にお

34) 井田良『講義刑法学・各論 [第3版]』(有斐閣、2023年) 654頁。

ける傷害罪であれば、傷害が行われることを防ぐことができさえすれば、自動的に同罪が犯されることもなくなるものの、ここではむしろ、「国家の司法作用と行政作用の適正」を保護する必要があるからこそ、それが侵害される一類型として、単なる傷害とは別に、公務における傷害がわざわざ禁止されているとも理解できるのである。

次に、Fristerは、付加的法益とされるものの侵害は、身分者による規範の順守への信頼及び規範の経験的妥当の侵害に還元されるという理解によって、その法益性を否定した。確かに、身分犯の規範が破られることなく、その妥当状態が保護されていれば、その裏返しとして、何らかの「制度（社会システム）」も保護されるといえる³⁵⁾。ただ、ここでも逆に、「制度」が問題となる身分犯が遂行されると、通常の犯罪とは異なり、同時にその「制度」まで揺るがす事態を引き起こしているという理解も成り立ち得る³⁶⁾。

もっとも、「制度」を法益とすることに対しては、それらは個別の行為によっては侵害されないという批判があるかもしれない。しかし、国家や社会生活の基盤を成すほど重要な制度は侵害されてしまってからでは遅いのであって、それを損なう抽象的危険をもって可罰性を認めるとすることも、不可能であるとはいえない。あるいは、「制度」が法益たり得る実体を備えているかについても疑問視され得るが、例えば、各種偽造罪が公共の信用に対する罪とされ、そこでの「信用」が「一定の社会的実体」を備

35) 職務犯罪のみならず、例えば我が国の業務上横領罪においても、「物を預けなければ円滑な社会生活を維持しえない場合」（小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）718頁）が問題になるとすれば、同様に、「制度」の保護を観念する余地がないとはいえない。

36) 制度（社会システム）も刑法上の保護を受けることを認めつつ、ドイツの公務における傷害罪において、非公務担当者にも、公務担当者と共同惹起した制度侵害が帰属される（もっとも、制度にとつての「悪例」となるのは公務担当者のみであるため、そこでの帰属は量的に制限される）と説くものとして、Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992, S. 199f., 237ff., 260ff. Vgl. Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 183.

えている³⁷⁾のだとすれば、国家や社会生活の基盤を成すほど重要な制度についても、同様に評価できるだろう。

3 日独の判例・通説の採用可能性

各論や法益論の詳細な検討は今後の課題であるが、このように見てくると、不真正身分犯において、付加的法益の存在を一切否定できると言い切るのは難しいように思われる。そうすると、非身分者も、不真正身分犯に固有の付加的法益侵害に寄与した場合³⁸⁾に、その責任を負うべきであるとするれば、このケースで基本犯の共犯しか成立させない日独の判例・通説は、理論的に支持し得ないことになる。では、もはや判例・通説の立場を維持することは叶わないのだろうか。

この点に関しては、政策的考慮を正面から認めるという、ある種の割り切った考え方を採用する余地がある。すなわち、「身分犯においては、あくまで身分者に対する評価を重く見る」という価値判断の下で、たとえ不真正身分犯に固有の結果不法が見出されるとしても、その実現に寄与した責任を、もはや非身分者には問わないことを甘受するのである。このとき、非身分者による真正身分犯の共犯の可罰性が、基本犯が存在しないため、更に問題となるが、ここでも、非身分者を不可罰にするのは妥当でないという政策的考慮をやはり認めた上で、ドイツ刑法28条1項や我が国の刑法65条1項が、やむを得ず基本犯を疑似的に創出する規定であると解するほかない。なお、これまである程度安定して維持されてきた判例・通説の立場を排して、別の処理を採用するまでのインセンティブは見出せないということも指摘できよう。

そして、上述した、ドイツの判例・通説に対してなされる一般的な説明は、以上のような理解を含意しているのだと捉える余地もある。つまり、ドイツ刑法28条2項が従属性の「破棄」を定めているという表現には、

37) 松原芳博『刑法各論〔第3版〕』（日本評論社、2024年）641頁注7。

38) 更には、上述した保護責任者遺棄等罪のように、法益侵害の危険性が高まっている、つまり固有の結果不法が観念できる場合も、同様である。

本来、理論上は非身分者にも従属的に作用すべきものを、それにもかかわらず特別に破棄している、という意識が存在するのかもしれない³⁹⁾。

(四) 付随の問題

ここまで、理論構成の中核的問題を見てきたが、ドイツの判例・通説に対しては、不真正身分犯の場合に罪名従属を破棄することにより、固有の結果不法の問題以外にも妥当でない具体的帰結を導くとして、批判がなされる。この問題は、我が国においても同様の論点となっているため、本章の最後に、そうした批判の内容、及びそれに対する通説からの応答についても確認しておきたい。

ドイツにおいて問題とされているのは、被保護者の虐待罪（225条）に、非保護義務者が関与するようなケースである。同罪は、保護義務者による身体的虐待等の場合、単純傷害罪（223条）の加重類型であるため、判例・通説の処理によれば、これに関与した非保護義務者には、28条2項が適用され、230条1項によって基本的に親告罪であるともされる、単純傷害罪の共犯が成立し、その刑は5年以下の自由刑または罰金刑ということになる。しかし、単純傷害罪は身体的な傷害のみを規定しており、またそもそもドイツ刑法典の17章が、あくまで「身体の不可侵性に対する犯罪行為」を定めているところ、225条は、それを超えて精神的に苦痛を与えることをも捕捉していると解されている⁴⁰⁾。そうすると、この場合に対応する基本犯が存在しないことから、非保護義務者には、28条1項が適用され、親告罪ではない被保護者の虐待罪の共犯が成立し、その刑は、49条1項の必要的減軽を受けて7年半以下の自由刑となる⁴¹⁾。このように、

39) 実際、解釈論的には判例・通説を支持するが、理論的・立法論的には、非身分者にも不真正身分犯の共犯を成立させる余地を認める反対説に、一定の妥当性を認める見解も存在する。Jakobs, a. a. O. (Anm. 9), 23/34; Scheinfeld, a. a. O. (Anm. 9), § 28 Rn. 10; Todorovic, a. a. O. (Anm. 9), S. 190ff.

40) Engländer, Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 225 Rn. 1, 7.

41) そのほか、公訴時効期間についても、単純傷害罪は5年であるのに対して、被保護者の虐待罪だと10年となり（78条3項）、大きな差異が生まれる。

同じ被保護者の虐待罪への関与であるにもかかわらず、その態様が身体的なものか精神的なものかという差異によって大きく帰結が変わってしまうのは、明らかに不均衡であるとされるのである⁴²⁾。

これに対して Langer は、この二つの態様において、一般不法が部分的にのみ一致している場合、「疑わしい」とするものの）一貫して基本規定たる 28 条 2 項が適用される、つまり、精神的虐待等の場合も含めて、およそ保護義務者という身分は、刑罰構成的ではなく加重的であるとする。その理由は、法益の「委任」をされていない非身分者を、彼自身が責任を負うべき不法によって処罰しようとする法の目的によれば、それは、28 条 1 項という補充規定よりも、基本規定である同条 2 項によって到達される方がはるかによいということに求められている⁴³⁾。

Langer の述べる「一般不法の部分的一致」が何を意味するのかは、必ずしも明らかでないが、これは、身体的か精神的かという態様を抽象化すると、被保護者に対しておよそ何らかの虐待等を行う、というレベルで両者が符合することから、実質的には、225 条全体が 223 条の加重類型である、という意味で理解することが可能であるように思われる。そしてこのことは、我が国の保護責任者遺棄等罪と単純遺棄罪の関係にも当てはめることができるだろう。すなわち、両罪は、「要扶助者の生命（または身体）に対する危険」という不法のレベルにおいては一致していることから、およそ保護責任者遺棄等罪は、単純遺棄罪の加重類型であるという理解が成り立ち得るのである⁴⁴⁾。

42) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 33f.; Hirsch, Teilnahme bei besonderen persönlichen Merkmalen, in: Festschrift für Anna Benakis zum 70. Geburtstag, 2009, S. 190f.

43) Langer, a. a. O. (Anm. 9), S. 417f. また、類似のケースにおいて Frister も、基本犯が存在しないが故の次善の策に過ぎない 28 条 1 項よりも、一般不法の重みをより正確に表現することができる 28 条 2 項の適用が優先されると述べている。Frister, a. a. O. (Anm. 21), S. 464.

44) 松原（前掲注 37）45 頁注 34 も、「抽象的事実の錯誤における符合の理論……を応用し、不保護罪と遺棄罪との不法内容の同質性から両罪に共通する構成要件を想定する」という処理の可能性を指摘する。

(五) 小 括

以上のように、ドイツの判例・通説を理論的に基礎づける試みを参照することで、次のことが明らかになった。

第一に、非身分者による真正身分犯の共犯の場合に罪名が従属することを、回避し得ないことであると認めて甘受した上で、およそ身分は個別的に作用するということが論証できれば、実質的には、ドイツ刑法28条1項と2項、及び我が国の刑法65条1項と2項を通じて、一貫した作用が実現される。ここでは、非身分者を基本犯によって処罰する28条2項及び65条2項があくまで基本規定であり、28条1項及び65条1項は、基本犯が存在しない場合の補充規定にすぎないという理解がとられる。なお、65条1項は、何ら減輕について言及していないものの、非身分者が真正身分犯に加功した場合の可罰性を認めることを明示した規定にとどまるのであって、少なくとも身分の完全な連帯的作用を認めているとはいえないことが重要である。

第二に、一つの罰条に真正身分犯と不真正身分犯の両者を観念できる場合であっても、具体的な行為態様を抽象化し、本質的な不法のレベルで符合しているといえれば、その罰条全体が不真正身分犯であると解し得る。なお、この理解は、真正身分犯と不真正身分犯を区別すること自体は維持されるドイツの反対説（及び我が国の少数説と私見）にも妥当するものである。

しかし、不真正身分犯において固有の結果不法が存在することを一切否定できるとはいえず、それ故、非身分者といえども、その実現に寄与した責任を問われるべきであるとするなら、日独の判例・通説は理論的に支持し得ない。もっとも、政策的考慮を全面的に認めて、身分を常に個別的に作用させれば、従前からとられてきた判例・通説の処理を排する必要はないかもしれない。ただ、だからといって、理論的検討の成果を最大限落とし込んだ解釈を模索しなくてもよいということにはならないであろう。次章では、そうした解釈の提示を試みるドイツの反対説を参照することにした。

三 ドイツにおける反対説

(一) ドイツにおけるかつての少数説

ドイツにおいて、現在の28条1項に相当する内容が規定される以前は、真正身分の作用に関しては開かれたものであったところ、ライヒ裁判所の判例、及び学説のほとんどは、現在の28条2項に相当するライヒ刑法典50条⁴⁵⁾を例外規定であるとみなし、真正身分は同条に規定されていないのであるから、当該要素には従属性原則が妥当するという反対解釈をとっていた。これによれば、同一の要素であったとしても、それが真正身分ならば連带的に、不真正身分ならば個別的に作用することになってしまう。

これに対して、既にKrug (1899年)⁴⁶⁾、Zimmerl (1935年)⁴⁷⁾及びPiotet (1957年)⁴⁸⁾といった論者らが、大要以下のような主張をしていた。すなわち、一身的要素を、その性質に基づいて、完全に連帯すべき要素と完全に個別化すべき要素とに区分し、そのことを、真正身分か不真正身分かに関係なく、常に妥当させるべきだとしたのである。区分の基準は、我が国の現在の用語法からすれば、前者が違法身分、後者が責任身分に対応することになるといってよい。Piotetを例に挙げれば、例えば不真正職務犯罪においても、「個々人が公的権力に寄せる特別な信頼と、十分に機能する行政機構という国家の利益」といった固有の法益が觀念される⁴⁹⁾ため、公務担当者という身分は、常に完全な連帯的作用をすることが相応しいとされ

45) 「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的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。」条文の邦訳は、西田（前掲注31）17頁によった。

46) Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer, 1899, S. 23ff., S. 38.

47) Zimmerl, Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, ZStW 54, 1935, S. 588ff.

48) Piotet, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW 59, 1957, S. 17ff.

49) Piotet, a. a. O. (Anm. 48), S. 30f.

た。従ってPiotetの見解では、およそ職務犯罪にはライヒ刑法典50条は適用されないことになる⁵⁰⁾。

散発的に主張されたにとどまるとはいえ、以上のように、ライヒ刑法典の時代から、「同一の身分には同一の作用を認める」、また「身分の作用は、その性質によって実質的に決せられるべきである」という思考が示されていたことは、注目に値する。我が国では、西田典之教授が、Krug, Zimmerl, Piotetらの主張を好意的に紹介した⁵¹⁾上で、同様の見解を我が国の刑法65条に対応させる形で主張したのであり、ドイツのかつての少数説は、我が国における有力な反対説の、ルーツの一つを構成しているともいえる。

ただ、ここでは、判例・通説とは逆の捨象が行われてしまっている。つまり、確かに、不真正身分犯における固有の法益の存在を認めていた点で、これらの見解は評価に値するのだが、論者らが完全に連带的に作用させようとする要素には、一身的性質を併せもつものがあり得るにもかかわらず、そのことが看過されているのである。例えば、特に身分犯の代表格とされる職務犯罪において、その特別な不法は、「何よりもまず義務違反」であるとする理解がドイツでは支配的だと評されており⁵²⁾、「加重的身分としての公務担当者資格の個別的作用は当然視」されていた⁵³⁾。このような事情もあり、Piotetらの見解は、ドイツにおいて支持を得ることは叶わなかった。

こうして、ドイツのかつての少数説においても、判例・通説を正当化しようとする見解と同様に、身分が混合的性質を備え得るという理解をとっていなかったことが、問題であったと考えられる。

50) なお、その後、現在の28条1項が規定されてからも、以上のような構想を立法論として主張した見解として、*Grünwald, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB)*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 555ff.

51) 西田（前掲注31）71頁以下、155頁以下。

52) *Wagner, Amtsverbrechen*, 1975, S. 21, 37f.

53) 西田（前掲注31）253頁。同134頁以下も参照。

(二) 反対説の基本的主張、及び形式的側面における批判とそれに対する応答

では、現在のドイツの反対説は、身分が混合的な性質を有していた場合、つまり、非身分者にも部分的に連帯が認められるが、しかし残る部分で個別的に作用する身分が問題となる場合、それをいかに28条の解釈へと反映させているのだろうか⁵⁴⁾。便宜上、以下では先に、反対説が28条をどのように解釈しているのかということ、また、これに対する形式面での批判とそれへの応答について、確認することにしたい。

ドイツの反対説は、28条1項と2項を、一貫して量刑規則であると解することによって、両項を統一的に理解し、その矛盾をできる限り解消しようとする試みである。つまり、反対説によれば、2項によって個別化されるのは、「加重し、減輕し、又は阻却する」という法的效果のみであり⁵⁵⁾、不真正身分犯に固有の結果不法が観念される場合、非身分者にもその共犯を成立（罪名を従属）させるのである。そして、法的效果が身分者にのみ適用される結果、非身分者の刑罰枠は、基本犯のそれにとどまることになる。例えば、公務における傷害罪に関与した非公務担当者には、その共犯が成立した上で、基本犯である単純傷害罪の刑罰枠が借用されて処罰されることになる。

なお、誤解してはならないのは、こうした処理がなされるのは、あくま

54) なお、ドイツには、反対説と出発点を同じくする少数説も存在している。*Chen*, Das Garantensonderdelikt, 2006, S. 269ff.; *Puppe*, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 6. Aufl., 2023, § 28 Rn. 8ff.; *Sánchez-Vera*, a. a. O. (Anm. 36), S. 195ff. 本稿ではその詳細に立ち入らないが、この見解は、全ての混合的身分に28条1項を適用するものである。しかし、確かに不真正身分は、「正犯の可罰性を基礎づけ」ている以上、28条1項を適用可能ではあるが、明らかに、28条2項における「刑を加重し、減輕し」という文言に当てはまるのであって、28条2項を適用しないわけにはいかないだろう。我が国でこの見解を紹介するものとして、十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）74頁以下、81頁以下を参照。

55) このとき、文言をいかに解釈するのかという点については、前掲注7を参照。

で身分が混合的性質をもつ場合に限られるということである。各則上の完全な責任身分⁵⁶⁾については、反対説内部においても、28条と29条⁵⁷⁾のどちらの適用を受けるかについて見解が分かれるものの、それが不真正身分犯の場合、非身分者に基本犯の共犯を成立させる点では一致している。ここで問題となるのは、構成的責任身分犯の取扱いである。この点につき、構成的責任身分犯の保護法益を間接的に攻撃している以上は、その共犯として責任を負うべきだとする見解⁵⁸⁾ (28条1項を適用⁵⁹⁾)と、この場合には身分者のみを処罰しようとするのが構成的責任身分の基本思想であることを踏まえ、罪刑法定主義を定めたドイツ刑法1条・基本法103条2項も引き合いに出しつつ、非身分者は不可罰であるとする見解⁶⁰⁾ (29条を適用⁶¹⁾)が存在する。後述する狭義の共犯の処罰根拠の観点からは、前者が支持されることになりそうであるが、非身分者は、直接、単独で構成的責任身分犯の法益を侵害可能であるにもかかわらず、各則上の主体から除かれたという事情に鑑みると、非身分者を不可罰とする政策的考慮も成り立ち得るように思われる。

反対説の解釈に対して、形式的側面では、しばしば次のような批判がなされる。すなわち、28条2項は、刑罰阻却的要素にも言及しているため、この規定が、完全な個別的作用について規定していることは明白である。従って、仮に理論的には反対説が事実適合的であるとしても、罪名を従属させる処理は、基本法103条2項の罪刑法定主義に違反する、というの

56) 総則上の責任要素は29条の適用を受けるとするのが、判例・通説である。

Weißer, a. a. O. (Anm. 9), Rn. 4.

57) 29条は、「いずれの関与者も、他の関与者の責任を考慮することなく、その者の責任に応じて罰する」と規定している。

58) *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, 27/12ff.

59) 28条1項は、「正犯の可罰性」を基礎づけていればよいため、構成的責任身分にも適用可能であるといえる。

60) *Hake*, a. a. O. (Anm. 11), S. 161.

61) この見解は、完全な責任身分が個別的に作用することは当然のことであるため、これは28条における「特別な」一身上の要素には当たらないとするものといえる。

がそれである⁶²⁾。また、反対説では、身分の性質によって、罪名が従属する場合と完全な個別的作用をする場合が生じ得ることから、同一の規定が、二つの異なる規則に分裂してしまうという批判も向けられる⁶³⁾。

しかし、反対説において、28条はあくまで量刑規則にとどまるのであって、そもそも、共犯者にどの構成要件（罪名）が適用されるのかという問題は、28条の取扱う問題ではない⁶⁴⁾。それ故、刑罰阻却的要素は、28条2項の存在を待たずして個別的に作用し⁶⁵⁾、また不真正身分犯の場合、適用される構成要件（罪名）が理論的根拠に基づき確定した後、初めて出てくる28条2項によって、一貫して刑罰枠移動という効果が生じるのであるから、以上のような批判は当たらないとされるのである。

(三) 反対説の萌芽と罪名の意義

以上のような反対説が解釈論として創唱されたのは、Wagnerによる、職務犯罪に関する1975年のモノグラフィーにおいてのことであった。ただ、それ以前に、Wagnerによって明示的に引用もされている⁶⁶⁾、現在の反対説と類似の方向性を示すライヒ刑法典時代の立法論も存在していた。まず、Piotetは、ライヒ刑法典50条の解釈としては上述の主張を行っていたが、立法論としては、職務義務違反には同時に一身の性質も見出されるため、非公務担当者には、罪名従属のみならず減軽も施されるべきであるとしていた⁶⁷⁾。また、Hardwigも、公務担当者は、所為の不法内容に影響を与える要素であるとして罪名従属を要求するが、他方で、非公務担当者

62) *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 9), 23/34; *Scheinfeld*, a. a. O. (Anm. 9), § 28 Rn. 10.

63) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 50), S. 565.

64) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 58), 27/22; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S. 41ff.

65) *Hake*, a. a. O. (Anm. 11), 1994, S. 162ff. なお、我が国の刑法65条2項が刑罰阻却的要素について規定していないとするなら、我が国でも、刑罰阻却的要素は、その性質からして当然に個別的に作用するという理解をとることになるう。

66) *Wagner*, a. a. O. (Anm. 52), S. 167.

67) *Piotet*, a. a. O. (Anm. 48), S. 31ff.

は、公務担当者が置かれるところの、より高次の義務の範囲内にいるわけではないので、公務担当者と同様に重く処罰されることはなく、非公務担当者の刑罰枠は、正確には、不真正職務犯罪と基本犯の中間に位置していると述べていたのである⁶⁸⁾。

その後、混合的身分が一部連帯し、しかし残る部分で個別化するという思考を、職務犯罪における一部の類型において、初めて解釈論として展開するに至ったのが、Wagnerである。まず注目されるのは、『『真正』及び『不真正』職務犯罪との間の区別は、事実に基礎づけられ得ず、純粹に見かけ上のものである』という問題意識がWagnerに見られる⁶⁹⁾ことである。その上でWagnerは、各職務犯罪の不法構造の検討を踏まえ、不真正職務犯罪に固有の付加的法益が観念される場合⁷⁰⁾に妥当する解釈として、反対説のそれを主張した。判例・通説と反対説は、結局、非身分者に適用される刑罰枠の点では一致するため、罪名従属の有無が両者の主要な差異の一つになると考えられるところ、Wagnerは、以下のように、特に罪名の意義を提示した。

まず、Wagnerによれば、非公務担当者も、狭義の共犯行為によって、不真正職務犯罪の付加的法益を（間接的に）侵害しているのであるから、基本犯の共犯の場合に比して、より重大な事実的不法を実現している⁷¹⁾。従って、このことが適切に評価されなければならない。このとき、確かに、非公務担当者に基本犯の共犯を成立させた上で、量刑において、不真正職

68) *Hardwig*, § 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954, S. 67ff.

69) *Wagner*, a. a. O. (Anm. 52), S. 166ff., 387.

70) ここでは、Wagnerによる各論的検討の内容についてまで言及することはないが、注意を要するのは、Wagnerが、あらゆる職務犯罪に共通する固有の結果不法を認めていないことである。従って、全ての不真正職務犯罪における罪名従属が志向されているわけではない。Wagnerは、「公務遂行の清廉さに対する信頼」を例に挙げているが、これは、懲戒処分規定上の違反によっても侵害され得るので、これをあらゆる職務犯罪に共通の法益としてしまうと、刑法と懲戒処分規定の間に、構成要件の正確な境界線を引くことができなくなってしまうという。*Wagner*, a. a. O. (Anm. 52), S. 50ff.

71) *Wagner*, a. a. O. (Anm. 52), S. 394.

務犯罪に固有の付加的法益侵害に寄与したことを考慮する、という処理⁷²⁾も想定され得る。しかし、Wagnerによれば、そのような処理は責任主義に反する疑いがあり、付加的法益に関する評価は、罪名において汲み尽くされていなければならない⁷³⁾。このことは、次のように理解できるだろう。例えば、非身分者を単純傷害の共犯という罪名で評価するなら、あくまで、単純傷害の共犯という行為に存在する不法を限度として、その責任を問うことしか許されないはずである。それにもかかわらず、その罪名の下で、公務における傷害に固有の付加的法益侵害に寄与した責任を問おうとするなら、それは、単純傷害の共犯という行為を非難し、それに対して刑罰を科すということを表明したはずの当初の評価を、覆すものにほかならない。

また、Wagnerは、罪名には一般に、以下のような意義が認められるとしている。第一に、特別予防的意義である⁷⁴⁾。真の社会復帰のためには、社会復帰すべき者の協力が必要であり、その前提となるのは、行為者が、自身の過ちを理解することである。Wagnerによれば、この「理解」は、裁判官が有責な行為を免責する場合に妨げられてしまう。これに対して、適切に基礎づけられた罪名は、行為者が、自分は過ちのない行動をとったのだと自己暗示的に思い込むことを困難にし、裁判官の無価値評価を自身のものにすることを行為者に要求することで、「理解」を促進させるという。仮にこの思考に依拠するならば、非身分者が不真正身分犯に固有の結果不法実現に寄与したことを免責する、あるいは、基本犯の罪名の下で量刑上そのことを評価する場合、これらの処理は、特別予防を阻害すると評価されることになる。

第二に、Wagnerによれば、罪名の一般予防的意義も否定され得ない。

72) RG JW 1938 1583 (1584); *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 101; *Weißer*, a. a. O. (Anm. 9), § 28, Rn. 30.

73) *Wagner*, a. a. O. (Anm. 52), S. 395ff. Vgl. *Lange*, Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1959, S. 561.

74) *Wagner*, Die selbständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht, insbesondere beim Absehen von Strafe gemäß § 16 StGB, GA 1972, S. 42f. Vgl. *Kaufmann*, Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, S. 557.

Wagner は、罪名は、市民の法意識を確証し、そのことを通じて、犯罪行為により弱められた法秩序を強化する限りにおいて、刑事教育的機能を果たすと述べている⁷⁵⁾。このことを前提とするなら、罪名を個別化した場合、「非身分者も、固有の結果不法が観念される不真正身分犯に関与してはならない」という法意識が確証されず、その限りで法秩序は弱められたままだという理解に至るだろう。

以上のように、Wagner は、身分の作用は、真正身分と不真正身分とで異なること、不真正職務犯罪において付加的法益を観念できる場合があること、そしてその（間接的）侵害の責任を非身分者にも問う場合には罪名従属を要することを踏まえて、職務犯罪において混合的身分が問題になるとき、一貫して罪名従属＋減輕という処理を解釈論において実現するため、反対説を採用するに至ったのである。

なお、罪名従属の意義については、反対説を採用する Stein において更なる言及が見られる。すなわち、罪名には「『道義的評価』、つまり、それによって被告人が公然と浴びせられ、非難される否定的価値判断」であるところの、「悪評効果 (Verrufswirkung)」が存在すると指摘される⁷⁶⁾ところ、Stein は、例えば、「単純傷害」よりも「公務における傷害」の方が、悪評効果が高いと述べている⁷⁷⁾。こうした指摘によるなら、罪名には応報的意義もあるということになろう。そうすると、不真正身分犯に固有の結果不法実現に寄与したのであれば、非身分者は、不真正身分犯の罪名によって、それに見合った悪評効果を応報として甘受すべきであるともいえそうである⁷⁸⁾。

75) Wagner, a. a. O. (Anm. 74), S. 43.

76) Günther, Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 112ff., 185ff.

77) Stein は、28条 1 項の場合には重い悪評効果を背負わされるにもかかわらず、2 項の場合はそうではない判例・通説を、基本法 3 条の平等取扱原則に反するものであると批判し、これを回避するためにも、反対説が妥当であるとする。Stein, a. a. O. (Anm. 64), S. 40f.

78) なお、ここでの非身分者の正確な罪責は、「非身分者による不真正身分犯の共犯」という独自のものだということに留意すべきである。それ故、非身分者

ここまで、罪名従属の意義を巡って、責任主義、特別予防、一般予防、そして応報といった種々の観点が示された。これらの観点が、それぞれどれほどの重要性をもつのかということは、刑罰論等も含めたより詳細な検討を要すると思われる。ただ、基本犯の罪名の下で、不真正身分犯に固有の結果不法実現に寄与したことを評価しようとする場合、これらのあらゆる観点を無視することになってしまい、妥当でない。従って、そのような評価をしようとする以上は、罪名を従属させるという処理が穏当であるように思われる。

(四) 狭義の共犯の処罰根拠との調和

Wagnerによる主張の後、反対説は、職務犯罪以外の身分犯にも一般化され⁷⁹⁾、一定の支持を得るに至った⁸⁰⁾。この段階で見られた展開は、反対説が、狭義の共犯の処罰根拠論と結びつけて説明されるようになったことであり、その主唱者としては、Hirsch、その門下生であるHake、またRoxin等が挙げられる⁸¹⁾。以下では、私見も交えて、狭義の共犯の処罰根拠論に焦点を当てた検討を行いたい。

に、不当に重い悪評効果を背負わせるわけではない。

79) この一般化は、Cortes Rosaによって行われた。*Cortes Rosa, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90, 1978, S. 413ff.* Cortes Rosaの主張は、煎じ詰めれば、固有の不法が観念される不真正身分犯に非身分者が関与したことを、罪名従属によって評価すべきだというものと理解し得る。繰り返しになるため、ここではCortes Rosaの見解の詳細には立ち入らない。我が国でCortes Rosaの見解に言及している文献として、松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について(一)」姫路法学第18号(1996年)12頁以下を参照。

80) 近時の文献においても、支持が増加していると評されている。*Todorovic, a. a. O. (Anm. 9), S. 190.*

81) そのほか、狭義の共犯の処罰根拠に言及が見られる反対説の論者として、*Gerhold, Die Akzessorietät der Teilnahme an Mord und Totschlag, 2014, S. 572ff.; Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 2025, § 28 Rn. 5; Rissing-van Saan, Das Systematische Verhältnis von Mord und Totschlag und die Reform der Tötungsdelikte, in: Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt Strafrecht?, 2010, S. 42.*

反対説の論者らが依拠する狭義の共犯の処罰根拠は、我が国では「混合惹起説⁸²⁾」として知られる見解であるといつてよい⁸³⁾。例えばHakeは、「他人の構成要件の不法の惹起または促進を通じた法益侵害」を狭義の共犯の処罰根拠とした上で、「強調されるべきは、狭義の共犯者は、他人の不法の責任を負うのではなく、他人の不法への共働に存在する自身の不法の責任を負うということである」と述べている⁸⁴⁾。ここでは、正犯不法のみならず、共犯固有の不法が要求されているのである。

そうすると問題になるのは、非身分者による身分犯の共犯の場合にも、共犯固有の不法が認められるのかということである。というのも、第一に、身分者が故意をもって関与していなければ身分犯の不法が実現されないという場合⁸⁵⁾、非身分者は、当該身分犯の法益を自ら侵害することができず⁸⁶⁾、狭義の共犯の立場から見て、構成要件に該当する結果を惹起でき

82) 狭義の共犯者も、あくまで自己の行為についての責任を負うべきだとすれば、まずもって共犯固有の不法が必要である。加えて、狭義の共犯が二次的責任類型であることから「正犯なき共犯」を否定するなど、狭義の共犯の処罰範囲を限定するため、また、非身分者が単独では身分犯の不法を実現できない場合があることから明らかなように、正犯不法も処罰の必要条件となる。ここで基礎理論を詳細に論ずることはできないが、以下では、私見としても混合惹起説を支持することを前提とする。

83) なお、Hakeは、自身の見解を従属性志向惹起説（修正惹起説）であるとしている。しかし、説の名称には混乱が見られるようであり、我が国では一般に混合惹起説と呼ばれる見解を、「従属性志向惹起説と呼ぼうが、従属的法益侵害説と呼ぼうが、あるいは（幾分紛らわしいが）不法共犯説と呼ぼうが、結論において意味はない」という指摘がなされている。Frister, a. a. O. (Anm. 9), 25/28. 直後で言及するように、共犯固有の不法と正犯不法の両者を要求する以上は、Hakeの理解も我が国でいう混合惹起説に当たると見てよいだろう。

84) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 191.

85) 例えば収賄罪では、公務員が、收受する金銭の賄賂性を認識していなければ、その不法が実現されることはない。

86) このことから、混合惹起説によって真正身分犯の共犯の可罰性を説明できないとするのは、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、2014年）304頁以下である。

ないはずだと指摘される⁸⁷⁾。第二に、非身分者は、少なくとも各則上、身分犯の規範の名宛人ではない。これらの点は、従来、真正身分犯の共犯との関係で問題とされてきたが、反対説においては、不真正身分犯の共犯の場合も、同様の問題が生じる。

この問題に関連して、上述したHake、更にHirschは、正犯不法の「促進」という表現を用いている。Hirschによれば、構成要件の結果は、行為支配を有する他人によって直接惹起されるものであり、狭義の共犯の不法は概して、それを教唆または幫助する、つまり促進する行為に尽きるとされる⁸⁸⁾。そしてHakeは、例えば職務犯罪において、「公共による国家機構の誠実さへの信頼がなければ、公共生活の機能を果たす力がもはや保証されなくなってしまう」ように、「一定の人的集団の誠実さに対する信頼」が保護価値のある付加的法益であることを認めつつ、非身分者は、付加的法益を侵害する義務違反を自ら遂行し得ないが、それに共働することはできると述べている⁸⁹⁾。

また、Roxinは、「身分犯構成要件の法益は、決して非身分者の自由になるものではない」とした上で、当該法益は、「非身分者によっても、正犯者としてではないにせよ侵害され得る」ため、非身分者による身分犯の共犯の可罰性と、自身の主張する共犯の処罰根拠は、矛盾しないとしている⁹⁰⁾。ここでRoxinが意図しているのは、非身分者も、身分者が故意をもって関与するという条件が満たされるのであれば、通常の犯罪と同様に、法益侵害に寄与することが可能になるということであり、また、法益の直接的侵害に寄与するにとどまる間接的な因果性しか有さない行為に対しても、「侵害」という表現を用いているのだ、と理解する余地があろう。

こうした考えによると、狭義の共犯の処罰根拠に関しては、身分犯と普通犯との間に違いはないように思われてくる。確かに身分犯は、その不法が実現されるかどうかについて、身分者による故意の関与が必要であり得

87) 豊田兼彦『共犯論の基礎と課題』（成文堂、2025年）86頁以下。

88) Hirsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 193f.

89) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 75ff.

90) Roxin, in: StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, Vor § 26, Rn. 3.

る点では特殊である。しかし、その条件が満たされるのであれば、身分犯であれ普通犯であれ、狭義の共犯が、直接結果を惹起するものではないということは共通している⁹¹⁾。例えば殺人罪でも、他人の死という結果が実現されるかどうかは、実行行為を担当する正犯者にかかっており、狭義の共犯者は、それに寄与するにとどまるのであって、法益を自ら侵害することはない。そうであれば、狭義の共犯の本質は、概して、正犯不法の「促進」を通じた、法益侵害への「寄与」に尽きており、そもそもその処罰根拠において、「法益を自ら侵害可能である」という要件は不要なのではないだろうか⁹²⁾。そして、この「寄与」のことを「惹起」と呼んでいるのだとすれば、非身分者が、たとえ身分犯の不法を直接実現し得ないとしても、身分者によってそれが実現された以上、それに対する「寄与」をもって、非身分者は、狭義の共犯の立場から身分犯の構成要件該当結果を「惹起」していることになる。身分犯の不法が実現されるか否かという「前提」の問題と、不法の実現が確認された後で行われる可罰性（更には正犯性）の判断は、区別されるべきなのである。

このように、身分犯か普通犯かによって狭義の共犯の理論構造が異ならないのだとすると、規範の名宛人の問題については、非身分者は、普通犯の共犯の場合と共通して、教唆・幫助規定の媒介により、身分犯の共犯を禁じる、各則上の規範から見て二次的な規範の名宛人になると解される⁹³⁾。このような理解は、28条をあくまで量刑規則であるとする反対説の姿勢にも合致する⁹⁴⁾。

91) このように、身分犯の共犯が、狭義の共犯の一般原理の例外を形成するものではなく、普通犯の共犯と共通した理論構造を有していることを認める近時の見解として、*Todorovic*, a. a. O. (Anm. 9), S. 148ff.

92) こうした点を意識してか、*Hirsch*が、自身の説を「従属性志向促進説」であると述べたことが注目される。*Hirsch*, a. a. O. (Anm. 42), S. 193.

93) *Todorovic*, a. a. O. (Anm. 9), S. 156ff. 古くは、*Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903, S. 113ff.

94) また、我が国の刑法65条1項は、注意規定であることになる。なお、仮に構成的責任身分犯が存在した場合にも、非身分者は、その保護法益の侵害に寄与することができるため、やはり、教唆・幫助規定の媒介により、非身分者に

かくして、反対説が主張するように、不真正身分犯に固有の結果不法が存在する場合、非身分者も、正犯不法の促進を通じて、その侵害に寄与することが可能であるから、その責任を負うべきであり、そうであれば、非身分者も、当該結果不法を捕捉する不真正身分犯の共犯として処罰されることになる。また、身分犯であれ普通犯であれ、その狭義の共犯の理論構造は共通しているといえることから、身分犯の共犯の場合に、特殊な処罰根拠をもち出す必要はない。

なお、身分が個別的に作用する側面に関しては、Hakeにおいて、Langerと類似の理解が示されている。すなわち、職務犯罪における公務担当者的ように、保護法益と特別な関係がある者に対して、法は、特別な程度での規範順守、つまり、より高度に法益を尊重することを要求しており、ここでは、規範による指示の強度が、身分者と非身分者とで異なっているとされる。そして、このような特別な事情は、身分者の一身的なものであるから、非身分者がそれに基づく責任を負うことはなく、このことは減軽によって考慮される⁹⁵⁾。このとき、Hakeは、反対説においても、28条1項と2項で減軽の方法が異なることから、その限りで不平等な取扱いが残ることを認めつつ、これを甘受可能であるとしている⁹⁶⁾。反対説があくまで解釈論である以上、この点は、条文の文言からして如何ともし難いことであるように思われる。

(五) その他のケースの処理

ここまででは、加重的身分犯に非身分者が関与した場合を念頭に、反対説の主張とその妥当性について述べてきた。最後に、それ以外のケースについての理解を提示しているHakeやHirschの見解を確認し、検討を加える。

第一に、狭義の共犯者にのみ加重的身分が存する場合である。混合的身分が問題になっていることを前提とすると、まず、身分者が背後にいたと

よる共犯の可罰性が導かれるだろう。もっとも、政策的考慮による不可罰の可能性がある点については、上述した。

95) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 101ff.

96) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 150.

しても、身分犯の不法が実現されたと評価されるのであれば、当然に身分犯の間接正犯が成立するという⁹⁷⁾。従って、問題となっているのは、身分犯の不法が実現されなかった場合なのであり、そうすると、そもそも身分犯の共犯が成立する余地はない。身分を有する背後者は、狭義の共犯者として、あくまで基本犯の範囲で不法を実現したことになるため、罪名も刑罰枠も、基本犯のそれが適用されることになることとされる⁹⁸⁾。Hake は、確かに、28条 2 項の文言や沿革からすれば、この場合にも背後の身分者に 28条 2 項が適用されることになるだろうとしつつ、しかし、それでは拡張的正犯概念に至るため妥当でないとしている⁹⁹⁾。

私見により補足すると、混合的身分が問題となる身分犯において、身分者は、身分を備えていることだけをもって、一身的に刑が加重されるのではない場合があり得る。例えば公務における傷害罪において、公務担当者は、公務担当者であること自体によって加重されるわけではない。あくまで、「公務における」傷害が付加的法益侵害を基礎づけるため、上述した理由から、公務担当者に対して第一次的に、より強い規範が差し向けられたにもかかわらず、それに違反したからこそ、加重されるのである。これに対して、公務とは何ら関係のない場面で、非公務担当者の傷害に公務担当者が関与したからといって、そうした加重は根拠づけられないであろう。このように、身分者に対する一身的な加重の前提条件が満たされていないのであれば、身分犯の刑罰枠を借用する理由はないし、そもそも 28条 2 項が適用される場面ではないといえる。ただ、仮にそのような条件が満たされるのであれば、罪名は基本犯であるとしても、刑罰枠を加重的身分犯から借用することが一貫しているし、これを可能にする特別規定が 28条 2 項だとする理解もあり得るといえる。

97) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 165ff. ; Hirsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 195. もっとも、背後の身分者には直接正犯が成立する余地があろう（松原芳博『刑法総論 [第 4 版]』（日本評論社、2025 年）414 頁）。更に我が国では、共同正犯が成立する可能性もある。

98) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 175ff. ; Hirsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 195f.

99) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 177.

第二に、減輕的な混合的身分の取扱いである。まず、減輕的身分犯に非身分者が関与した場合、狹義の共犯としての非身分者の不法は、減輕された正犯の不法に基づいて決定されるため、減輕的身分犯の共犯となり、刑罰枠も減輕的身分犯のものが適用されるという¹⁰⁰⁾。しかし、「法的効果が身分者のみに及ぶ」という、反対説による28条2項の解釈によれば、この場合、非身分者に減輕的身分犯の刑罰枠を適用することはできず、結果として、刑罰枠は基本犯のものとなるのではないだろうか。理論的にも、非身分者は、責任の側面に関しては減輕される事情を有していないのであるから、刑罰枠まで減輕的身分犯のものが適用される必然性はない¹⁰¹⁾。また、このように解さなければ、加重的身分犯の共犯の処理との関係で、首尾一貫しないであろう。

なお、これに対して、狹義の共犯者が減輕的身分を有していた場合、基本犯の不法の実現に寄与している以上、その共犯が成立するが、刑罰枠は、減輕的身分犯から借用されるという¹⁰²⁾。ただ、ここでも、加重的身分の場合と同様に、一身的な減輕の前提条件が満たされていることが確認される必要がある。その条件が満たされていないのであれば、28条2項が適用される場面ではなく、刑罰枠も基本犯のものが適用されることになる。

四 我が国における少数説と私見

ここまでドイツの反対説を参照してきたが、我が国においても、それに対応する少数説が古くから存在した。本章では、この少数説の再定位、及び私見による更なる基礎づけを試み、我が国においても、これが妥当な解釈論たり得ることを提示する¹⁰³⁾。

100) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 180 ; Hirsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 197. Hirschは、減輕的身分を有していなかったことは、その刑罰枠内で考慮されとする。

101) もっとも、減輕された不法の実現に寄与したことが、基本犯の刑罰枠内で、量刑上評価されることになる。

102) Hake, a. a. O. (Anm. 11), S. 180 ; Hirsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 197.

103) 三章における検討の成果は、基本的に、我が国の少数説にもそのまま当て

(一) 我が国における少数説の再定位

ドイツの反対説に対応する我が国の少数説は、周知の通り、団藤重光博士を主唱者とする見解である。その主張内容は、我が国の刑法65条1項は、真正身分犯と不真正身分犯を通じて、非身分者にも身分犯の共犯を成立（罪名従属）させることを確認する規定¹⁰⁴⁾、同条2項は、特に不真正身分犯の場合、同時に、刑罰枠を基本犯のものから借用する規定だとするものである¹⁰⁵⁾。この見解は、ドイツの反対説が示したように、形式的な罪名従属性ではなく、実質的・理論的な思考に基づき主張され得るものである。我が国ではこれまで、この理論的根拠の側面について取り上げられることがやや少なかったように思われるものの、我が国の少数説の主張の中にも、そうした思考は表れていたのである。

団藤博士は、決して全ての身分犯において罪名従属を志向していたわけではない。というのも、「行為者の身分が行為そのものの違法性の存否・強弱に影響を与える行為定型の一要素である¹⁰⁶⁾」からこそ、それに加功した者の罪名を従属させるべきだとされていたのであり、「常習者」という身分については、「行為者定型要素」、つまり現在の用語であれば完全な「責任身分」であるから、はじめから罪名・科刑ともに個別化すると述べられていたのである¹⁰⁷⁾。他方で、65条2項における刑罰枠借用の根拠としては、大塚仁博士が、「身分者と非身分者との行為の間には責任の軽重

はまる。以下では、それを補う内容について論ずる。

104) 不真正身分であっても、それが法益侵害に関係しているのであれば、それは「犯罪行為」を「構成」しているといえるため、65条1項の適用は可能である。

105) 65条2項は、「刑を科する」としているのであるから、我が国においてはむしろ、少数説の方が条文の文言に即しているとさえいえる。大谷實＝前田雅英『エキサイティング刑法総論』（有斐閣、1999年）306頁を参照。

106) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、1990年）138頁。

107) 団藤（前掲注106）422頁。

がある¹⁰⁸⁾」ことを挙げている¹⁰⁹⁾。以上を踏まえると、我が国の少数説においても、大塚博士が、65条「1項・2項の身分を通じて、違法要素としての面とともに責任要素としての面を併せ考慮する立場¹¹⁰⁾」であると明言していたように、身分が混合的性質を備え得るということが自覚されていたのである。

その上で注目されるのは、有力な反対説の主唱者である西田教授が、次のような記述をしていたことである。すなわち、西田教授は、団藤博士が実質的根拠に基づき罪名を従属させようとしたことを明示的に認め¹¹¹⁾、Wagnerの見解を「注目に値」するものだと述べ¹¹²⁾、また、連帯する事情と個別化する事情を併せ持つ「混合的身分」の存在可能性を指摘し、混合的身分犯に加功した非身分者には、「構成的であれ加重的であれ、一応連帯的作用を認めたくて刑の減輕を認めるのが筋」であることを示唆していた¹¹³⁾のである。

それにもかかわらず、我が国において団藤博士らの見解が少数説となっている原因の一つとして挙げられるのは、65条1項に減輕が定められていないことであろう。このことから、「65条1項は身分の連帯的作用を、同条2項は身分の個別的作用を規定している」という理解が浸透し、それに対応する形で、西田教授は、完全な連帯的作用をする違法身分と、完全な個別的作用をする責任身分というカテゴリーのみを認め、これが実質的区別説として一定の支持を獲得していったと考えられる。他方でドイツでは、その28条1項に必要的減輕が定められたため、反対説において混合的身分という理解が促進されたものと思われる。ただ、上述の通り、65条1項は、非身分者にも身分犯の共犯が成立し得ることしか述べてい

108) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）336頁注13。

109) 団藤博士は、立法論としては、65条2項との権衡から、1項に減輕規定を設けるべきだとしていた。団藤（前掲注106）423頁注10。

110) 大塚仁『注解刑法』（青林書院新社、増補第2版、1977年）446頁。

111) 西田（前掲注31）306頁。

112) 西田（前掲注31）165頁注6。

113) 西田（前掲注31）12, 148頁。

ないのであって、量刑上、非身分者も身分者と同じように扱われるとは書かれていない。従って、真正身分犯の場合も、65条2項の趣旨を推し及ぼし、現行刑法の幅広い刑罰枠内で、非身分者の責任の軽重を考慮することで、不真正身分犯の場合との統一的処理をすることは実質的には実現可能であったのだが、議論はこのような方向に進まなかったのである。

以上を踏まえると、身分が混合的性質を備え得ることを反映できていなかった我が国の有力な反対説は、克服されるべきである。そして、我が国の少数説は、その一歩先にある、理論的根拠に基づく反対説として、再検討される価値があるように思われる。

(二) 罪名と科刑の分離について

以下では、私見に基づき、我が国の少数説の更なる基礎づけを試みる。

我が国で、少数説が退けられてきたもう一つの大きな要因は、やはり、「罪名と科刑が分離するのは妥当でない」という点であろう。しかしながら、次のように解することで、この問題は回避可能であると考えられる。

立法者は、あらゆる場合を想定して、はじめから各則上に構成要件の全てを設定しておくわけにはいかない。そこで、共犯規定をはじめ、総則上に種々の規定を置き、その都度、総則規定を媒介として、各則上の構成要件を修正し、新たな行為規範や制裁規範を創出するのである。このことは、非身分者が、混合的身分が問題となる不真正身分犯に加功するケースでは、次のように理解される。第一に、各則上の不真正身分犯が、総則上の共犯規定を媒介として、非身分者に対して二次的に、不真正身分犯に固有の結果不法実現に寄与することを禁止する行為規範を差し向ける。そして第二に、65条2項により、非身分者に相応しい刑罰枠として、あくまで数字の上で、基本犯の刑罰枠が借用され、不真正身分犯に固有の結果不法実現に寄与したことをその刑罰枠内で考慮するという内容を含んだ、制裁規範が生成される。これらを踏まえると、ここでは、「非身分者による不真正身分犯の共犯」という、いわば固有の犯罪が創出されたと理解することが可能である。そうすると、(数字上の)基本犯の刑罰枠は、この固有の罪名に対応した、非身分者にとっての法定刑であるとみなすことができるた

め、罪名と科刑は分離していないといえるのである。

こうした理解は、近時、実務においても示されている。判例は、複合的身分犯の共犯の処理において、あくまで外形上ではあるが、少数説と一致する処理をとっており、これは、「他人の物の非占有者が業務上占有者と共謀して横領した場合における非占有者に対する公訴時効の期間」が問題となった最判令和4年6月9日刑集76巻5号613頁（令和4年判決と呼ぶ。）でも変更されなかった。複合的身分犯の共犯に関するリーディングケースであった、最判昭和32年11月19日刑集11巻12号3073頁（昭和32年判決と呼ぶ。）について、令和4年判決の第一審である、東京地判令和2年3月26日刑集76巻5号667頁は、次の点を指摘した。すなわち、昭和32年判決の「示す規範の構造は、『二人以上共同して、いずれかの者が業務上占有する他人の物を横領したときは、業務上横領の罪とし、その物を業務上占有する者については10年以下の懲役に処し、その身分なき者は5年以下の懲役に処する。』との条文と同じになると解される」とし、単純横領罪の刑罰枠であった「5年以下の懲役」が、非占有者の法定刑となることを認めたのである。令和4年判決は、この規範の構造については肯定も否定もしなかった¹¹⁴⁾が、仮に否定するのであれば、罪名と科刑の分離を甘受することになるため、それが妥当であるかが問題となる。いずれにせよ、判例が、外形上は少数説と一致する処理を維持したこと自体は事実であることから、少数説は、やはり再検討に値するといえるのではないだろうか¹¹⁵⁾。

(三) 共同正犯について

次に、非身分者による身分犯の共同正犯の問題について言及しておく。というのも、ドイツの反対説の検討においては、狭義の共犯のみを念頭に

114) 将来的に、第一審判決のような実体法解釈が採用される可能性が排除されてはいないとするものとして、亀井源太郎「判批」ジュリスト1595号（2024年）156頁、豊田（前掲注87）251頁。

115) 令和4年判決について詳しくは、岡野匡将「複合的身分犯の共犯について」法学政治学論究141号（2024年）217頁以下を参照。

置いていたが、我が国では、非身分者による身分犯の共同正犯が一般に認められているためである。

私見によれば、共同正犯と狭義の共犯の区別は、抽象的には、行為者が重要な役割を果たしたか、つまり、犯罪事象における中心人物といえるかどうかによって行われる¹¹⁶⁾。このとき、共同正犯と狭義の共犯の処罰根拠は、いずれも「法益侵害の実現に寄与した」という限りで差異はなく、両者は、その果たした役割によって区別される。そうすると、その区別の前提として、非身分者も身分犯に固有の結果不法実現に寄与することができる以上、非身分者に対しても、各則上の身分犯構成要件から、刑法60条を媒介として、教唆または幫助と評価されるにとどまらない重大性を備えた、身分犯の不法実現に向けた促進行為を禁止する二次的な行為規範が差し向けられることになる¹¹⁷⁾。そして、普通犯においても、自ら法益を侵害しない者が共同正犯と評価され得るのであるから、狭義の共犯の場合と同様に、ここでも、「法益を自ら侵害可能である」という要件は不要なのであって、共同正犯の構造は、非身分者が身分犯の実行行為を分担し得ない場合があることを除き、やはり身分犯と普通犯とで異なるところはない。確かに、(身分者による故意の関与が、身分犯の不法実現にとって決定的である場合には特にそうであるが) 身分犯においては、基本的に身分者の果たす役割が大きいいえるものの、このようにして、非身分者であっても、身分犯の実現に向けた犯罪事象において重要な役割を果たした、つまり共同正犯

116) 共同正犯の成立要件に関する詳細な検討は、今後の課題である。

117) 行為規範の次元において関与形態が区別されるべきだとするものとして、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年) 24頁以下、138頁以下。確かに、抽象度の高い「大本の」行為規範は、関与形態ごとに(更には故意犯と過失犯でも) 同一のものであろう(関与形態ごとの行為規範の差異を認めない見解として、高橋則夫『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021年) 325頁以下。)。しかし、行為規範に実効性をもたせるためには、また罪刑法定主義や自由保障の観点からも、関与形態ごとにその内容が具体化される必要がある。そして、更にその内容が、個人の下で具体化され、当該個人の義務となるのである。規範具体化については、井田良「刑法における規範と予防——刑法規範の意義と機能に関する一考察」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2023年) 6頁以下も参照。

と評価される可能性は失われないのである。

以上を踏まえると、非身分者による身分犯の共同正犯の問題が、少数説の妥当性を損なうような事情は認められないと共に、65条1項は確認規定に過ぎないということが明らかになる。

(四) 65条2項の解釈

最後に、65条2項の解釈についても触れておく。というのも、ドイツ刑法28条2項は、その文言上、明白に、狭義の共犯者にのみ身分が存する場合にも適用可能であるのに対して、65条2項は、一見すると、非身分者の取扱いしか規定していないからである。この点については、「二項の文言は、共犯にのみ身分の存する場合に、『身分なき正犯には通常の刑を科す』とも解釈しうる」ことや、65条2項は、旧刑法106条及び110条と同一の規定であると理由書が述べている¹¹⁸⁾ように、狭義の共犯者が身分を有する場合にも身分の個別的作用を認める、という旧刑法の趣旨¹¹⁹⁾を引き継いでいるということが指摘されている¹²⁰⁾。そうすると、とるべき解釈は、結局のところ、身分の個別的作用を認めるべきか否かという実質的思考から決定されるといえよう。従って、我が国の少数説によっても、三(五)において示された理解がとられることになる。

なお、狭義の共犯者にのみ真正身分が存する場合、立法形式として共犯体系を採用している以上、「正犯なき共犯」を認めるべきではないため、狭義の共犯者は不可罰となる。また、狭義の共犯者にのみ、加減的かつ完全な責任身分が存する場合は、一身的な加重・減軽が認められる条件が満たされているかを判断した上で、それが満たされているのであれば、責任身分犯の共犯(罪名の非従属)を認めてよいであろう。例えば、仮に常習賭博罪における「常習者」が責任身分であるとする、まずは、狭義の共犯である場合にも、常習性が発現していると評価できるのかが検討される。

118) 高橋=小谷共編(前掲注33)2156頁。

119) 旧刑法106条及び110条の制定過程について詳しくは、佐川(前掲注33)5頁以下を参照。

120) 西田(前掲注31)196頁以下。

これが否定されるのであれば、単純賭博罪の共犯となり、肯定されるのであれば、常習賭博罪の共犯となる。後者と解する場合については、あくまで観念されるのは「賭博」という不法のみであり、その枠内で、常習者のみがより重い責任非難に値するということが、各則において表現されただけなのだという理解が成り立ち得る。確かに、「常習賭博の幫助」という表現だと、常習賭博を幫助したように感じられ、違和感を覚えるが、実際には、「常習者による幫助形態の賭博」が実現されたのだと理解できよう。

五 おわりに

以上、三章においてドイツの反対説を参照・検討することで、その妥当性を一定程度確認し、次いで、これに対応する我が国の少数説を四章において再定位した上で、私見による更なる基礎づけを行った。二章において見たように、ドイツにおいて判例・通説を理論的に正当化しようとする見解にも共通していた問題意識は、真正身分と不真正身分とで、その性質や作用は異ならないはずだということである。これを踏まえて、身分は常に個別的に作用するということを前提としたのが、ドイツの判例・通説を理論的に正当化しようとする見解であった。仮にその前提が正しいのであれば、一定の政策的考慮を認めれば、我が国も含めて、判例・通説を正当化することは不可能ではない¹²¹⁾。

これに対して、ドイツの反対説、我が国の少数説、そして私見は、身分の中には、法益侵害と責任の両者に関係する、混合的身分が多数存在し得るという理解を出発点とした見解である。改めて、それを我が国に当てはめた場合の内容をまとめると、次のようになる。

非身分者も、混合的身分犯においては、身分犯に固有の結果不法実現に寄与することができる以上、それが真正身分犯か不真正身分犯にかかわらず、その責任を負うべきである。このとき、身分犯においては、確かに、非身分者が自ら構成要件該当結果を惹起し得ない場合があること、非身分

121) 判例・通説を巡る議論の要約は、二（五）を参照。

者が各則上の第一次的な行為規範の名宛人ではないこと、また、基本的に、身分者の果たす役割が大きくなる傾向があることといった特殊性が存在する。しかし、身分犯と普通犯とで、狭義の共犯や共同正犯の構造それ自体は共通していると考えられることから、非身分者に対しても、各則の身分犯構成要件から、60条以下の共犯規定が媒介となって、関与形態に応じた、非身分者用の構成要件・行為規範・制裁規範が作出される。従って、65条1項は、非身分者も混合的身分犯の共犯となり得ることを確認する規定に過ぎない。

他方で、混合的身分は、身分者の一身的な責任の軽重にも関係している。このことを表現するため、65条2項は、不真正身分犯の場合に、非身分者に対して、基本犯の刑罰枠をあくまで数字の上で借用するという処理を定めており¹²²⁾、その刑罰枠内で、身分犯に固有の結果不法実現に寄与したことが、量刑上考慮される。そして、この刑罰枠は、「非身分者による不真正身分犯の共犯」という、いわば独自の犯罪において、非身分者にとっての法定刑になるとみなされるため、この処理において、罪名と科刑の分離は生じない。また、混合的身分が真正身分であったとしても、65条1項は、非身分者が身分犯の共犯となり得ることしか述べていないため、現行刑法の幅広い刑罰枠の下であれば、65条2項の趣旨を推し及ぼして、量刑上適切に、身分者と比べて非身分者の責任に軽重があることを考慮し得る。なお、あくまで以上の処理は混合的身分の場合のものであって、完全な責任身分は、罪名まで含めて個別的に作用する。また、狭義の共犯者にのみ身分が存する場合も、一貫して、実質的・理論的思考に基づく処理が行われる。

ただ、結局、いずれの見解が理論的に妥当であるかということは、前提となる身分の性質に依存する。私見は、身分が混合的性質を有し得るという理解をとったが、この点は今後、各論や法益論の更なる検討を要する問

122) このような特殊な処理をわざわざ施す必要があるのかといった疑問も生じ得るが、ここではあくまで、実質的・理論的思考を65条2項の文言に最大限落とし込む解釈論が模索されているのである。

題である。逆に、判例・通説の立場からは、それらの検討によって、身分が完全に個別的に作用するということの論証が求められているといえよう。なお、仮に、政策的考慮を全面的に認めて判例・通説を維持しようとするのであれば、「判例・通説は理論的根拠に基づかない処理である」という、ある種の割り切った考え方についてコンセンサスを形成した上で、各論等、その先にある検討に移行することが望ましい。

岡野 匡将（おかの ただまさ）

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
慶應義塾大学大学院法学研究科助教（有期・研究奨励）

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法

主要著作 「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——」『法学政治学論究』140号（2024年）
「複合的身分犯の共犯について」『法学政治学論究』141号（2024年）