

タイトル	正犯と共犯（20）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，59(4)：121-147
発行日	2024-03-30

論 説

正犯と共犯 (20)

吉 田 敏 雄

目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第5章 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性

第1節 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠

1. 共犯の概念

2. 共犯の処罰根拠理論

A. ドイツ語圏刑法学における諸理論

a. 責任共犯理論(墮落理論)

b. 修正責任共犯理論(=不法共犯理論=脱一体化理論)

c. 惹起(因果)理論

aa. 純粹惹起理論(=共犯者の独自の法益侵害理論)

bb. 連帯化理論

cc. 従属性本位の惹起理論

dd. 混合的惹起理論(=独自の従属的法益侵害の理論)

B. 日本刑法学における共犯の処罰根拠理論

a. 責任共犯理論

b. 修正責任共犯理論

c. 純粹惹起理論

d. 従属性本位の惹起理論

e. 混合惹起理論

C. 混合的惹起理論とその若干の帰結

a. 正犯者の不法と共犯者の不法の関係

b. 共犯者の独自の不法

第2節 従属性(主犯への依存性)

1. 制限従属性の意義とその原理

2. 客観的構成要件充足の必要性

A. 既遂の教唆、未遂の教唆及び教唆の未遂

B. 正犯者資格なき「主犯者」への教唆

3. 故意の主犯の必要性

論 説

- A. 概説
- B. 個別事例の検討
 - a. 身分犯
 - b. 自手犯
 - c. 教唆者が主犯に故意があると誤認した場合

(以上第 54 卷 2 号～第 59 卷第 3 号)

第 3 節 身分犯と共犯

- 1. 身分概念
- 2. 身分犯の種類
- 3. 不法関連的行為者要素と責任関連的行為者要素
 - a. 身分概念の意義
 - b. 「身分」の法的性質
 - c. 不法関連的行為者要素と所為関連的不法要素の区別
- 4. 構成的身分と共犯
- 5. 加減的身分と共犯
 - a. 基本原則
 - b. 業務上横領罪と共犯
 - c. 身分者が非身分者に加功した場合
- 6. 刑法第 65 条第 1 項と同第 2 項の関係
- 7. 一身刑罰阻却事由と共犯
- 8. 一身刑罰阻却事由に関する錯誤
 - a. 一身刑罰阻却事由の事実的要件に関する事実の錯誤
 - b. 規範の錯誤
- 9. 消極的身分犯

(以上第 59 卷第 4 号)

第 5 章 共犯（教唆と幫助）の処罰根拠及び従属性

第 1 節 共犯（教唆と幫助）の処罰根拠

第 2 節 従属性（主犯への依存性）

第 3 節 身分犯と共犯

1. 身分概念

共犯の可罰性の存否は、正犯の存在を前提とする。科刑に関しても、刑法第 61 条は、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。」と定め、教唆犯の可罰性が正犯の可罰性に依拠すると規定する。刑法第 63 条は、「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」と定め、従犯の可罰性が正犯の可罰性に依拠することを規定するとともに、刑の必要的減輕も定める。しかし、この厳格な従属性について、刑法第 65 条は身分犯に関する特別規定を設けた。身分犯と共犯に関して、刑法第 65 条（身分

犯の共犯)は、その第1項で、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加担したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と定め、同第2項で、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と定めている。しかし、刑法は、身分概念についての特別の規定を有しない⁽¹⁴¹⁾。したがって、その意義は解釈に委ねられているのである。一般に、身分犯(=特別犯。Sonderdelikt)は、ある特定の限定された範囲内にある者が正犯として犯し得る犯罪と理解される。行為主体は特別の「地位や状態」の担い手である。身分犯は、行為主体が限定されることなく、「開かれている」一般犯(Allgemeindelikt)に対立する概念である。

2. 身分犯の種類

身分犯は真正身分犯(本来的身分犯)と不真正身分犯(非本来的身分犯)に分けられる。真正身分犯では、犯罪主体の身分が刑罰を基礎づける。それ故、この身分は「構成的身分」とも呼ばれる。この身分が充足されないとき、補充的に介入する一般犯規定が欠如するので、行為者は処罰されない。その例として、医師等による秘密漏示罪(刑134条)、公務員による収賄罪(刑191条)、宣誓した証人による偽証罪(刑169条)、他人のための事務処理者による背任罪(刑247条)、他人の物の占有者による横領罪(刑252条)等がある。

これに対して、不真正身分犯では、それ自体すでに他の規準に従って可罰的な行為(一般犯)が、犯罪主体の身分の有無によって刑罰の量に影響を受けるのであって、犯罪主体の身分が、刑罰を基礎づけるのではない。したがって、この身分は「加減的身分」とも呼ばれる。不真正身分犯は常にある別の一般犯と関連する。すなわち、不真正身分犯は一般犯と特別法、一般法の関係にある。不真正身分犯の例として、保護責任者遺棄罪における保護責任者(刑218条1項)、業務上横領罪における業務者(刑253条)が挙げられる。賭博行為についても、誰でも行うことのできる一般犯としての単純賭博罪(刑185条)があり、常習性という身分があることによって、通常の場合よりも刑が加重される常習賭博罪(刑186条)がある。したがって、常習賭博罪は不真正身分犯である⁽¹⁴²⁾。

3. 不法関連的行為者要素と責任関連的行為者要素

a. 身分概念の意義 身分概念につき、刑法にはその定義規定が欠如しているところ、大判明治44・3・16刑録17・405は、「刑法第六五条ニ所謂身分トハ必スシモ論旨ノ如ク男女ノ性、内外国人ノ別、親族ノ関係、公務員タル資格ノ如キ関係ノミニ限ラス汎ク一定ノ犯罪行為ニ関スル犯人ノ地位又ハ状態を指称スルモノトス。」と定義し、最高裁もこれを踏襲している。

[裁判例1] 最判昭和27・9・15刑集6・8・1083「刑法65条にいわゆる身分は、男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するものであって、刑法252条においては、横領罪の目的物に対する犯人の関係が占有という特殊の状態にあること、即ち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであって、刑法65条にいわゆる身分に該るものと云わなければならない。」

身分に関して、公務員については、刑法第7条第1項にその定義規定がある。「この法律において『公務員』とは、国又は地方公共団体の職員その他法令により公務に従事する議員、委員その他の職員をいう」。なお、公務員とみなされる者（いわゆる「みなし公務員」）は刑法上公務員に準じた取り扱いがなされるべきである。

b. 「身分」の法的性質 そこで問題となるのは、特別の地位又は状態の法的性質である。この点につき、身分は、不法に関連する行為者要素か、責任に関連する行為者要素かに分けられ、それぞれその効果に影響を及ぼす。ある者にのみ存在する不法関連の要素は、自らはこの要素を充足しない者の可罰性に繋がる。不法関連の要素（＝不法依存的要素）を有する者は刑罰規範の「内部」にいたので部内者（Intraneus）と呼ばれ、そうでない刑罰規範の「外部」にいる者は部外者（Extraneus）と呼ばれる。部外者の可罰性は部内者に依存するので、不法関連の要素には質的・従属的效果が認められる。これに対して、責任関連の要素（＝責任依存的要素）はそれを自ら充足する者にのみ影響をもたらす。この要素では、いわば内部者しかいない。したがって、責任関連の要素は質的・

従属的効果を有しない⁽¹⁴³⁾。

いかなる「地位又は状態」という行為者要素が不法関連的か責任関連的かは各犯罪構成要件の解釈によって定まる。基本的に、前者は、**違法な行為の一般的非難**、しかも、行為者を特別に答責するために重要な非難にかかわり、後者は、**価値違反の意思形成の一身的非難**にかかわる。換言すると、不法関連の行為者要素では、行為の社会違反と、侵害の種類、程度を含む保護法益への危険が問題となり、責任関連の行為者要素では、行為者の個人的答責、行為に現れた心情無価値及び価値結合の欠如が問題となる⁽¹⁴⁴⁾。例えば、証人とか公務員に見られるように、ある特定の規範名宛人を特徴づけるための典型的な特性を有する具体的行為者が、同種の人たちの一人に「過ぎない」という場合、当該身分は不法関係的である。

責任関連の行為者要素は専ら責任にかかわる「地位又は状態」である。かかる要素は、構成要件該当性・違法性・責任という犯罪構造論からすると本来責任の段階で評価されることになるのだが、事を簡単にするために、構成要件の段階で類型化されている。責任主義の当然の帰結であるが、これらの要素の法的効果は専らその担い手にしか及ばない。例えば、自己墮胎罪（刑 224 条）においては、その不法内実が同意墮胎罪より軽いわけではないが、妊婦の特別の「葛藤・動機づけ状態」が考慮され、責任が減少する⁽¹⁴⁵⁾。偽造通貨取得後知情行使罪（刑 152 条）も責任関連の行為者要素にかかわる規定である。善意で真貨と信じて偽造又は変造の通貨を取得し、後になってそれが偽造・変造によるものであることを知った者が、それによって生じた自分の損害を転嫁しようとして偽貨を行使することにつき、かかる事情においてもなお行為者に損害を自ら負担することが期待されるが、その期待可能性は初めから情を知って偽造・変造の通貨を取得し且つ行使する者に比し、その程度が軽いことから刑が軽減される。このように、責任関連の行為者要素では、具体的行為者は、同種の人たちの一人であるものの、まさに個人的な、交換不可能な個人と見られる。責任非難はこの意味で常に一身専属的である。

不法関連的要素と責任関連的要素の並存する行為者要素もある。その例として同意殺人罪（刑 202 条）を挙げることができる。同罪は基本犯

である殺人罪（刑 199 条）の減輕類型である。生命という法益にかかわる被害者の同意は無効であるが、同意殺人罪の刑は殺人罪に比して減輕される。その根拠は同罪の 2 面性にある。その一は、「私は死にたい」ということであり、これは不法減少に繋がる。その二は、「私を殺せ」と云うことであり、これは責任減少に繋がる。すなわち、自己決定能力のある者の同意（囑託・承諾）は不法減少と責任減少をもたらす。不法の内実が減少するのは、法益主体の個人がその生命維持に利益を有するのであるが、同時に、社会（法共同体）も第三者によって生命が侵害されることの無いことに利益を有するからである。同意があることによって後者の利益だけが残るので不法の内実は減少する。責任の内実が減少するのは、被害者の同意が行為者の動機に影響を与え、その動機がそれほど非難に値しないと云えるからである。すなわち、被害者の同意があれば、行為者の類の、しかも法に誠実な人であっても、行為者の状況におかれたならば、やはりこういった決定しただろうと云える場合である。したがって、被害者の囑託には少なくとも真摯性が必要であるし、被害者の承諾もその内実において囑託に等しい場合に限定されるべきである⁽¹⁴⁶⁾。

c. 不法関連的行為者要素と所為関連的不法要素の区別 不法関連的行為者要素から区別されねばならないのが所為関連的不法要素である⁽¹⁴⁷⁾。これは、所為の実質的不法内実の特徴を示すもので、とりわけ、犯行の態様、犯行手段、構成要件の結果を含み、通常、行為者の行為の特別の危険性も含む⁽¹⁴⁸⁾。所為関連的要素は客観的構成要件要素と一致するわけではなく、主観的構成要件要素としての故意⁽¹⁴⁹⁾、主観的構成要件に不法要素として位置づけられている目的も所為関連的要素である。目的は結果の惹起に向けられており、現実の結果の発生を要しないことは既遂時点を早めているに過ぎないからである⁽¹⁵⁰⁾。所為関連的不法要素は、身分犯とは関係がないので、これには刑法第 65 条の適用はない。

【設例 8】甲は 15 歳の少年を誘惑したが、身代金を得る目的は無かった。乙は身代金の分け前に預かる目的で甲の誘惑行為を支援した。

【設例 8】では、乙に身代金を得る目的があるにせよ、刑法第 65 条は適用されない。刑法第 225 条の 2 第 1 項（身代金目的略取等罪）、同第 62 条、同第 63 条、同第 65 条 2 項によって処罰されるのではなく、同第 224 条（未成年者略取及び誘拐罪）、同第 62 条、同第 63 条によって処罰

される。

4. 構成的身分と共犯

刑法第65条第1項は、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と定める（身分への従属と連帯）⁽¹⁵¹⁾。本条項にいう「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」とは、特別の行為者要素が可罰性を基礎づける犯罪、すなわち「真正身分犯（構成的身分犯）を指す。本条項は、単独正犯としては刑罰規範の名宛人とはならず全く処罰されない部外者が真正身分犯に加功した場合にも共犯が成立することを定めるので、構成的処罰拡張規範の意味を有する⁽¹⁵²⁾。問題は、構成的身分に責任関連の行為者要素も含まれるかである。これは否定されるべきである。もし含まれるとするなら、この行為者要素を有しない関与者は、正犯者としてなら処罰されることはないのに、共犯者としてなら処罰されることになる。しかし、そうすると、共犯者は「自己の責任」に従って処罰されることにならないことになる⁽¹⁵³⁾。逆に、共犯者には責任関連の行為者要素があるが、正犯者にはない場合、正犯が不存在であるから、共犯も不処罰である⁽¹⁵⁴⁾。

【設例9】 公務員甲は自分の妻乙に唆され業者から賄賂を受け取った。

共犯の従属性は罪名（有罪宣告）と法効果に及ぶ。したがって、乙自身は、公務員でないものの、甲が公務員であることを認識している限り、正犯に適用される構成要件と同一の収賄罪の教唆の廉で処罰される（共犯従属性）。教唆者は「正犯の刑」、つまり、正犯と同じ法定刑で処罰されることになっている（刑61条）が、刑は減輕されるべきである（共犯従属性の緩和）⁽¹⁵⁵⁾。というのは、真正身分犯では、正犯者の身分が処罰を基礎づけるのであり、所為の不法内実を決定的に特徴づけるからである。この不法行為者要素が教唆者に欠けるということが教唆の不法内実に影響を与えるのである⁽¹⁵⁶⁾。乙が甲を幫助したという場合、乙は刑が減輕される（刑62条2項）。

真正身分犯の中には、偽証罪（刑169条）のように、自手（身分）犯（Eigenhändiges Sonder-Delikt）と呼ばれる犯罪がある。その構成要件は、特別の地位または状態にある者が自分自身で構成要件行為を遂行することを要する。自手犯では、犯罪主体の地位と犯罪行為が不法内実と

いう点で分離できないほどからみあっており、分離するとその特有の不法内実が消失する。つまり、この自手性によって、この犯罪の特別の行為無価値が基礎づけられ、当罰性の閾値に達する⁽¹⁵⁷⁾。それ故、構成要件は部内者によって直接的単独正犯の形で実現されることを要する。その他の身分犯と同じく、部内者が構成要件該当行為を遂行しないとき、共同正犯や間接正犯の成立はない。自手犯への教唆、幫助は可能である。偽証罪では、その不法は宣誓した証人自身が、直接正犯者として、偽証するところにある。証人義務のない者が証人義務を侵害することはできない。したがって、宣誓した証人自身のみが直接正犯者たりうる。偽証を要求したり、本当らしい虚偽を捏造することで支援したりする者には、教唆犯や幫助犯が成立する。背任罪（刑 247 条）では、「他人のためにその事務を処理する者」だけが財産上の任務に違背して信任関係を破ることができる。単純（委託物）横領罪（刑 252 条）でも、自己の占有する他人の物、または公務所から保管を命じられた物を領得する者だけが、委託に基づく信任関係を破棄することができるので、委任された者の地位が犯罪行為と法的に分かち難く結びついている。その他、重婚罪（刑 184 条）、監護者猥褻及び監護者性交等罪（刑 179 条）も自手犯である。

道路交通法の定める**運転事故被害者放置罪**も自手犯である。

[設例 10] 甲は、乙を同乗させ自動車を運転中、丙に接触し怪我をさせた。しかし、甲は救護措置をとらずそのまま逃走した。

交通事故を起こした運転者は、直ちに運転を停止して、負傷者を救護しなければならず、この措置をとらないとき、処罰される（道交法 72 条前段、同 117 条 2 項）。本罪の構成要件では、事故を起こした犯罪主体とその犯罪行為が分かち難く結びついている。[設例 10] では、犯罪主体は甲であり、甲に要求される救護行為が為されなかった。本罪の不法内実は、事故目撃者等が救護措置をとらなかったということでは全く無く、事故を起こした者自身が被害者を放置したというところにある（危険な先行行為の思想）。部外者である乙が、甲に放置行為を要求したり、支援したとき、教唆罪、幫助罪が成立する。

刑法第 65 条第 1 項によって、構成的身分犯に加功した非身分者に共犯（教唆・幫助）が成立することは明らかであるが、その定める「共犯」

には共同正犯が含まれるのかが問題となる。判例は、当初、教唆・幫助については明文をまつまでもなく当然成立するので、本条項はもっぱら共同正犯についての規定だとしていたが^{§(158)}、後にこれを改め共同正犯のほか、教唆犯及び幫助犯を含むとすようになった⁽¹⁵⁹⁾。この点につき、学説は、①共同正犯、教唆犯・幫助犯包含説（共同正犯、教唆犯・幫助犯すべてに適用される）⁽¹⁶⁰⁾、②二分説（真正身分犯については共同正犯はありえないが、刑法第65条1項に不真正身分犯も含まれるという見解から、不真正身分犯は、身分によって法定刑に軽重があるに過ぎないので、その実行行為に非身分者も関与しうるので、その限りで共同正犯も認められる）⁽¹⁶¹⁾、③共同正犯排除説（教唆犯・幫助犯についてのみ適用される）⁽¹⁶²⁾、及び、④教唆犯・幫助犯排除説（共同正犯についてのみ適用されるとする説）⁽¹⁶³⁾に分かれる。

結論的には共同正犯排除説が妥当である。そもそも正犯（Täterschaft）と共犯（Teilnahme）は異なった概念であり、したがってまた、「共犯」に「共同正犯」を含めることには概念上無理があることは別論としても、正犯者概念の構成要件関連性から、共同正犯者にも、行為者要素が要求される犯罪では、機能的所為支配と並んで当該行為者要素の充足が必要であるからである。関与者に所為支配があっても、当該要素が欠如するとき、教唆・幫助しか成立しない⁽¹⁶⁴⁾。

不真正不作為犯の保障人の地位も可罰性を基礎づける不法関連的行為者要素である。保障人の地位及びここから生ずるは保障人の義務は、何よりも不作為者と保護客体の特別の個人的関係から生ずるのであって、単に作為犯と不作為犯を同値する所為関連的機能を有しているだけではないからである⁽¹⁶⁵⁾。

[設例 11] 妻乙は、その友達丙と談笑していたところ、突然脳梗塞で倒れた。丁度その時乙の夫甲が帰宅した。甲は救急車を呼ぼうとしたが、甲と密通していた丙は甲と新生活を始めたいと言って架電を思いとどまらせた。甲は乙をしばらく放置したので、間も無く乙は死亡した。

[設例 11] では、甲は乙の保障人であるので、不作為による殺人罪が成立する。丙には殺人罪の教唆犯が成立するが、不法内実が減少しているので、その刑は減輕されるべきである。

以上は、非身分者が身分者に加功した場合、つまり、特別の行為者要素が正犯者にはあるが、共犯者にはない場合であるが、正犯者には行為者要素が欠如するが、共犯者にはそれがある場合は、正犯が存在しない。直接的に行為する者は構成要件を充足できないからである。主犯が存在しないので、共犯も存在しえない。

[設例 12] 公務員甲がその妻乙に賄賂を受け取らせた。

[設例 12] では、乙には、行為者要素が欠如するので、乙は収賄罪の構成要件を充足することはできない。それ故、甲がその教唆犯者になることもない。また、甲が背後者であることを理由に、甲に間接正犯が成立することもない。甲には、行為者要素があるものの、間接正犯者としての所為支配が欠如するからである⁽¹⁶⁶⁾。

5. 加減的身分と共犯

a. 基本原則 刑法第 65 条第 2 項は、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と定める⁽¹⁶⁷⁾。ここに、「通常の刑」とは、単独犯であった場合に、その者に科せられるべき法定刑を意味する。本条項にいう「身分によって特に刑の軽重がある」というのは、特別の行為者要素が刑を加重、減軽又は阻却する犯罪、つまり、不真正身分犯(加減的身分犯)を指す(身分からの独立と個別化)。特別の行為者要素を有しない関与者は基本犯により処罰されねばならない。共犯者の行為不法が、正犯者と比較して、軽い又は重い重い場合に生ずる不公平な結果は避けられるべきであるので、不真正身分犯では、共犯の罪名と法効果は正犯のそれらから独立でなければならぬのである(構成要件の入れ替え、すなわち、従属性の突破)⁽¹⁶⁸⁾。

[設例 13] 警察官甲の親友乙は甲に、集団示威行進の折にその参加者で乙の不倶戴天の敵である丙に暴行を働くように唆した。甲は言われたとおり行進中の丙に暴行を加えた。

甲には特別公務員暴行陵虐罪(刑 195 条 1 項)が成立する。乙は同罪の教唆をしたのであるが、しかし、行為者要素の欠ける乙には刑法第 65 条第 2 項の適用がある。本条項の基礎にある思想は、不法内実の増大又は減少という面で、刑を加重、減軽又は阻却する行為者要素は、これを充足する関与者にのみ帰属されることが許されるというものである。特

別公務員暴行陵虐罪は、不真正身分犯、つまり、誰もが遂行しうる基本犯たる傷害罪（刑 204 条）に対する加重犯である。乙には傷害罪の「通常の刑」が科せられるが、そのみならず、刑法第 65 条第 2 項は罪名にも影響を与える⁽¹⁶⁹⁾。すなわち、乙は（単純）傷害罪の教唆犯となる。有罪宣告に伴う社会倫理的無価値判断は、特別公務員暴行陵虐罪の教唆という非難を含んではならないのである（罪名と科刑に関する共犯従属性の突破）。

b. 業務上横領罪と共犯 横領罪は、他人の物を「占有」している者だけが委託に基づく義務に違反してこれを犯しえるのであるから（刑 252 条）、単純（委託物）横領罪は真正身分犯である。しかし、その占有が「業務」に基づいているとき、刑が加重されるので、業務上（委託物）横領罪は不真正身分犯である。占有及び業務を有しない甲が業務上の占有者乙を教唆したときの甲の罪責が問題となるのであるが、この場合、甲には業務上横領罪の教唆犯が成立する（刑 65 条 1 項）が、単純（委託物）横領罪の刑にとどまるという見解が見られる（刑 62 条 2 項）⁽¹⁷⁰⁾。しかし、およそ占有たる身分のない者にも刑法第 62 条第 2 項が適用されて、「通常の刑」が適用される理由が明らかでない。そこで、次のような説が出される。委託を受けて占有するという身分（構成的身分）、業務上の身分は責任身分（責任身分）と解し、非占有者が業務上の占有者の横領行為に加功したときは、違法身分に関する限度では、身分のない者も刑法第 65 条第 1 項によって単純（委託物）横領罪の共犯が成立し、刑法第 65 条第 2 項により身分のない者には業務上（委託物）横領罪の刑ではなく、通常の横領の刑が科せられるという見解である⁽¹⁷¹⁾。しかし、「委託」を受けて占有する身分が違法身分であり、「業務上」という身分が責任身分であることの理由が明らかでない。業務上（委託物）横領罪が加重処罰されるのは、「業務上」占有者が「信頼関係」を悪用したことの一般的非難可能性重く、しかも、法益侵害の範囲も広いからである。「業務上」という身分は違法身分である。そもそも、責任の軽重は違法性の範囲内にあるのであって、責任が違法性の範囲を突破することは許されないのである。業務上（委託物）横領罪は単純（委託物）横領罪との関係では不真正身分犯であるが、非占有者との関係では二重の真正身分犯であると解されるので、非占有者が業務上（委託物）横領罪を教唆したときは、非占有者は業務上（委託物）横領罪の教唆犯と解されることにな

るが、占有者が業務上占有者をを教唆したときとの均衡を考慮すると、非身分者にも刑法第 65 条第 2 項を適用するべきである⁽¹⁷²⁾。

c. 身分者が非身分者に加功した場合 加減的身分のない者が加減的身分のある者に加功した場合でなく、加減的身分のある者が加減的身分のない者に加功した場合も同様である。身分のある共犯者は、正犯者が基本犯の構成要件を充足しているに過ぎなくとも、それと特別法の関係にある構成要件によって処罰される⁽¹⁷³⁾。この場合、刑法第 65 条第 2 項の適用がなく基本犯の共犯が成立すにすぎないとの見解がある。例えば、甲が乙を教唆して甲の老父を遺棄させた場合、甲には単純遺棄罪の教唆犯が成立するというのである⁽¹⁷⁴⁾。しかし、本条項は、法文上前者の場合に限定されておらず、後者も含むとするのがその趣旨である。この場合には、甲は保護責任者遺棄罪の教唆犯が成立する⁽¹⁷⁵⁾。同様に、例えば、常習賭博者が非常習賭博者を教唆したとき、常習賭博者には常習賭博罪の教唆犯が成立する⁽¹⁷⁶⁾。

6. 刑法第 65 条第 1 項と同第 2 項の関係

上述したように、刑法第 65 条第 1 項は、構成的身分犯について、また同第 2 項は加減的身分犯について共犯関係を規定したものと解されるが、同条第 1 項は身分への従属・連帯作用を、同条第 2 項は身分からの独立・個別化作用を定めているので、この点に矛盾があるのではないかが問題とされてきた。第一は、同条第 1 項の構成的身分と非身分者との関係は、犯罪の内と外との関係であり、その身分は禁止の内容を主体的に限定するのであって、直接に受命者を限定するものではないから、非身分者にも連带的に働くが、同条第 2 項の加減的身分者と非身分者との関係は、犯罪内部での特殊と一般との関係であるから、相互的に排他的・閉鎖的關係に立ち、その身分は受命者自体を限定するものであり、一身性的・個別的に働くとする見解がある⁽¹⁷⁷⁾。しかし、構成的身分も加減的身分も受命者を限定することに変わりないと考えられるので、本説が、身分を、刑法上の禁止の内容を主体的に限定する身分（1 項）と、直接に受命者を限定する身分（2 項）に分けるのには疑問がある。

第二は、個人責任の原則から、身分は責任身分であると違法身分であると問わず、これを具えている個人に対してのみ作用するのであって、

刑法第65条第2項はそのことを明らかにしたものであるが、第65条第1項にもその原理が貫かれるべきであり、真正身分犯に加功した非身分者の行為の違法性は、身分者の違法性に影響を受けて違法になるのではなく、それ自体が当罰的に違法なのであり、そのような共犯行為の可罰性を示したのが第1項だと論ずる見解である⁽¹⁷⁸⁾。本説にも疑問がある。というのは、刑法における個人責任の原理は、責任の個別性を意味するのであり、違法身分の個別性を含まないからである。さらに、刑法第65条第1項において、非身分者の共犯が認められるのは、非身分者の違法は犯罪行為に加功したからであり、その可罰性は身分者の行為の違法性と連带的に考慮されるべきだからである⁽¹⁷⁹⁾。

第三は、刑法第65条第1項は、真正身分犯、不真正身分犯を通じて、身分犯における共犯の成立の問題を定めた規定（身分による連帯）であり、同条第2項は、不真正身分犯について科刑の問題を規定したものと解する（身分による個別化）説である。本説は、第1項に「共犯とする」とは、非身分者についても身分犯の共犯が成立することを定め、第2項に「刑を科する」とは、第1項によって共犯とされるもののうち、特に非身分者に対する科刑の基準を定めてものであり、この立場が刑法第65条の文理に適合すると主張する⁽¹⁸⁰⁾。本説は、第1項の趣旨を第2項にも及ぼそうとするものであって、第2項の適用される不真正身分犯について、その前提として第1項が適用され、重い身分犯の罪名が共犯者に及ぶこととなる。[設例9]では、乙には特別公務員暴行陵虐罪が成立するが、科刑では傷害罪（刑204条）の刑が適用される。この罪名従属性の背後には、共犯が常に特定の「犯罪」（この場合は身分犯）を前提とするという犯罪共同説の基本命題が存在している⁽¹⁸¹⁾が、しかし、第65条第2項を科刑のみの規定と見ることにつき、その明確な根拠は不明である。

第四は、身分を違法身分と責任身分に分け、責任身分の作用はその身分を具備している者にのみ限られることは当然のことで、刑法第65条は、この自明の事項に関するものではなく、「身分が行為の違法性を左右する場合に関する規定」であるところ、違法身分は、一応、各加担者に連带的に作用するものの、それを一身に具備している者とそうでない者とは、法的評価の点で軽重の差が生ずることから、同条は、加減的身

分についてのみこれを認め（2項）、構成的身分（1項）については、このような評価の相違を認めらず、一律に連帯的作用を定めているという見解が展開された⁽¹⁸²⁾。本説は、責任身分を同条第2項から除外するが、その必要はなからう。

第五は、「制限従属性説の理論が明らかにしたように、違法は連帯的であるから、正犯の違法性は共犯に影響を及ぼすが、正犯の有責性は共犯に影響を及ぼさない」ので、刑法第65条第1項の身分は違法身分であるから、共犯はこれに従属し、同条第2項の身分は責任身分であるから共犯は正犯から独立するが、但し、違法性のなかにも、例外的に、一身的なものがあり、一身的な違法性の有無によって刑の軽重がある場合には、刑法第65条第2項が適用され、刑に軽重があるだけであるように見える場合でも、違法身分であるときは、構成的身分であるから同条第1項の適用があるという見解である⁽¹⁸³⁾。本説は、刑法第65条第1項の身分を違法身分と捉える点で妥当であるが、しかし、違法身分と責任身分に区別に不明確な点があるほか、加減的違法身分が個別化されず、連帯的に重く処罰される点に問題がある⁽¹⁸⁴⁾。

7. 一身的刑罰阻却事由と共犯

構成要件該当性、違法性及び責任が犯罪成立の構成要素である。しかし、刑法には、「不法や責任を超えた」⁽¹⁸⁵⁾ ところにあるが、しかし、**行者関連の根拠**から可罰性を阻却する例外規定がある。これらの規定は、違法性及び責任に影響を及ぼさないが、それでも、正犯者を不処罰とする。一身的刑罰（＝処罰）阻却事由は、すでに犯行時に存在する限り、最初から可罰性を阻却するのである⁽¹⁸⁶⁾。

一身的刑罰阻却事由は特別の一身的要素であるから、かかる要素を有する正犯者又は共犯者の可罰性だけを阻却する。正犯者の可罰性が阻却されるにしても、当該所為が故意且つ違法であるので、当該所為の共犯は可能である⁽¹⁸⁷⁾。

犯人蔵匿罪（刑103条）、証拠隠滅罪（刑104条）について、刑法第105条は、「前二条の罪については、犯人又は逃走した者の親族がこれらの者の利益のために犯したときは、その刑を免除することができる。」と定め

る。親族間の行為は、緊急避難に似た葛藤状況から出た行為であり、期待可能性が減少、つまり、責任が減少しているので不処罰とされる。以下、類型別に考察する。

先ず、親族と第三者の関係について。

- ①第三者が犯人の親族を教唆して犯人蔵匿・証拠隠滅を犯させたとき、親族は不処罰（刑の免除）であるが、第三者には、教唆犯が成立する。
- ②犯人の親族が、自ら行わないで、第三者を教唆して犯人蔵匿・証拠隠滅を犯させた場合、第三者には犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪が成立するが、親族には教唆犯は成立しない⁽¹⁸⁸⁾。

[設例 14] 甲は小規模雑貨店で強盗を働いた。犯人を突き止めた捜査員が甲宅に来たとき、甲の妻乙は甲の友人丙を唆して甲を匿った後のことだった。

[設例 15] 甲と乙は共同して小規模雑貨店で強盗を働いた。犯人を突き止めた捜査員が甲宅に来たとき、甲の妻丙は捜査員に虚偽情報を提供し、甲、乙の逃走を助けた。

[設例 14] では、乙は、自ら甲を匿うことなく、丙に犯人蔵匿罪の教唆をしたが、この場合も乙に教唆犯は成立しない⁽¹⁸⁹⁾。[設例 15] では、丙は甲と親族関係にあり、丙に犯人蔵匿罪は成立しない。問題となるのは、丙は乙との関係で犯人蔵匿罪の構成要件を充足した行為が処罰されるべきか否かである。刑法第 105 条の趣旨が、親族の緊急避難類似の状況に考慮を払うことにあるのであるから、親族甲を蔵匿することがその親族丙の考えに従うと第三者である乙も蔵匿することなしには可能でないとき、丙には乙との関係でも刑法第 105 条の適用を認めるべきである⁽¹⁹⁰⁾。

次に、犯人又は逃走者と第三者の関係について。

- ①第三者が犯人又は逃走者を教唆して、自己を蔵匿・隠避させ、あるいは証拠を隠滅させたとき、犯人又は逃走者自身を処罰する構成要件のない絶対的不可罰な行為への関与であるので、第三者に教唆犯は成立しない⁽¹⁹¹⁾。
- ②犯人又は逃走者が他人を教唆して、自己を蔵匿・隠避させ、あるいは、証拠を隠滅させたとき、他人には犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪が成立するが、

犯人又は逃走者には教唆犯は成立しない。緊急避難類似の状況は、自己蔵匿・自己隠避の場合だけでなく、犯人又は逃走者自身が教唆する場合にも等しく見られるからである⁽¹⁹²⁾。

さらに、親族の身分と共犯との関係について、刑法第244条（親族相盗例）第1項は、「配偶者、直系血族又は同居の親族との間」で窃盗罪（刑235条）、不動産侵奪罪（刑235条の2）またはこれらの罪の未遂罪を犯した者に、その刑を免除すると定める。これは、親族間の財物に関する紛争を刑罰という手段で解決することが適当でない、つまり、「法は家庭に入らない」という刑事政策的見地に基づくものである。刑法第244条第3項は、親族でない共犯には刑の免除効果のないことを定める。この親族間の犯罪の特例規定は、刑法37章「詐欺及び恐喝の罪」、同38章「横領の罪」において準用される（刑251条、刑255条）。盗品譲受け罪（刑256条）についても、刑法257条第1項は親族等の間の犯罪に関する特例規定を定め、同第2項は親族でない共犯には刑の免除効果のないことを定める。

8. 一身の刑罰阻却事由に関する錯誤

a. 一身の刑罰阻却事由の事実的要件に関する事実の錯誤 一身の刑罰阻却事由の錯誤の扱いに関しても見解が分かれる。

①客観説。本説は客観的状況のみを考慮し、この種の事実の錯誤を無視する。その理由は、一身の刑罰阻却事由が不法と責任を超えたところにある「客観的」不処罰条件である。行為者の故意は違法な構成要件実現にのみ関連しなければならぬのであるが、一身の刑罰阻却事由は構成要件要素ではなく、行為者の故意の対象とはならない。行為者の錯誤は常に重要でない。他面、逆の場合、一身の刑罰阻却事由を知らないということも行為者の利益に繋がる。一身の刑罰阻却事由が所為の時点に客観的に存在することだけが重要である⁽¹⁹³⁾。

②主観説。本説に依ると、一身の刑罰阻却事由では行為者の考えだけが重要である。一身の刑罰阻却事由は、行為者の特別の動機、責任の範囲にかかわる事情に基づいている。これに関してはまさに行為者の視点が決定的である。一身の刑罰阻却事由を帰結とする事情の存在を信じる者は、心理的には、この事情が実際に存在するのと同じ状況にある。こ

れに基づくと、行為者の錯誤は重要である。一身的刑罰阻却事由を知らないことは可罰性に繋がる⁽¹⁹⁴⁾。しかし、本説は、一身的刑罰阻却事由が、公権力から私的領域を保護することにも役立つという点を看過している点に問題がある。本説によると、行為者が一身的刑罰阻却事由を知らないとき、公権力が私的領域に介入することになる⁽¹⁹⁵⁾。

一身的刑罰阻却事由を支える思想は個々の一身的刑罰阻却事由毎に異なるという点に着目するなら、個々の特殊性を無視して包括的に捉えることは妥当でない。それ故、次の二分説が妥当である。

③二分説。本説は、法規定が専ら刑法外的、法政策的考慮に由来するときのみ、客観的事実が規準となる。憲法第 51 条（議員の発言・議決の免責）がその例である。これに対して、一身的刑罰阻却事由が刑法内的、とりわけ、緊急避難類似の動機状況、つまり、所為の責任内実の減少を考慮するものである場合、行為者の表象が規準となる。その際、錯誤の回避可能性の有無が問題とされるべきでないのは、禁止の錯誤の場合と異なり、刑罰阻却は、所為の非難可能性とは関係がなく、したがって又、行為者が葛藤状況を回避できたのだという異議は不法と責任の向こう側にある刑罰阻却の問題にとって的を射ていない⁽¹⁹⁶⁾。

[設例 15] 甲は小規模雑貨店で強盗を働いた。甲は逃走中にその妻乙に連絡をとったところ、丙に連絡を取れば逃走を助けてくれるだろうと告げた。甲から逃走の手助けを請われた丙は、甲の義弟だと思っていたので、甲の逃走を助けた。

丙は犯人蔵匿罪の構成要件を実現した。甲と丙の間に親族関係は無い。しかし、刑法第 105 条は、所為の責任減少を考慮した規定であるから、丙に親族関係に関する錯誤があっても、同条が適用される。

b. 規範の錯誤 一身的刑罰阻却事由の存在や法的射程範囲に関する錯誤は無視される。かかる錯誤は構成要件該当性、違法性及び責任の向こう側にある可罰性の錯誤に過ぎず、法的意味を有しないからである⁽¹⁹⁷⁾。

9. 消極的身分犯

ある身分を有しない者の行為について当該犯罪が成立するとされる犯罪は消極的身分犯と呼ばれる。例えば、無免許運転罪（道交 84 条、同 118 条 1 項 1 号）や無免許医業罪（医師 17 条、同 31 条 1 項 1 号）がこれに当る。これらの場合、その身分があればその行為は適法であるから、非身分者が身分者に関与しても共犯と身分の問題は生じない。例えば、医師免許を有しない者が医師の医療行為を教唆しても教唆犯は成立しない。

これに対して、その身分を有する者がその身分を有しない者に関与した場合、例えば、医師免許を有する者が医師免許を有しない者を教唆して医業をさせた場合の取り扱いが問題となる。この場合について、医者には「特別の義務」がないのに対し、一般の人には「特別の義務」があるし、また、医師免許を有する者は無免許医業の法益を侵害できず、「一般の人」だけが法益を侵害できるので、刑法第 65 条第 1 項の適用があるとする説がある⁽¹⁹⁸⁾。しかし、刑法第 65 条にいう身分は、それを具備することが特殊の場合であるが、消極的身分を有しないことは一般的なことであるから刑法第 65 条第 1 項にいう構成的身分には当たらないの解すべきである。一般の共犯の成立の問題として扱われることとなる。上記の事例については、医師免許を有しない者には無免許医業の罪の教唆犯が成立する⁽¹⁹⁹⁾。

第 5 章第 3 節 注

(141) ドイツ語圏刑法における「身分」に関する規定は次の通りである。ドイツ刑法第 28 条（特別な一身上の要素）「①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（教唆犯者又は幫助犯者）にないとき、その刑は第 49 条第 1 項によって減輕する。②法律が、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規定しているとき、この法律は、その要素の存在している関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される。」同第 29 条（関与者の独立の可罰性）「いずれの関与者も、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って処罰される。」。同第 14 条第 1 項には、「特別な個人的地位、関係又は状態（特別な一身的要素）」との文言がある。幫助犯は第 28 条第 1 項により刑が減輕されるが、同時に、第 27 条第 2 項によっても減輕されるので、二重に減輕されることになる。

スイス刑法第 26 条（身分犯への共犯）「可罰性が正犯者の特別の義務によつ

て基礎づけられるまたは加重されるときは、その義務の無い共犯者の刑は減輕される。」同第27条(一身的関係)「可罰性を加重、軽減又は阻却する特別な一身的関係、地位又は状態は、それが存在する正犯者又は共犯者に考慮される。」

統一的正犯概念を採用するオーストリア刑法の第14条(行為者の特性及び事情)「①法律が、可罰性又は刑の量を、所為の不法にかかわる行為者の特別の一身的な地位又は状態に依存させているとき、この地位又は状態が関与者のうちの一人だけに存する場合であっても、すべての関与者にこの法律を適用するものとする。ただし、所為の不法が、一身的な特別の地位又は状態の保持者がその所為を直接的に実行し又はその他特定の 방법으로これに加功することに依存しているとき、このような条件が充足されていなければならない。②これに反して、特別の一身的な地位又は状態が専ら責任にかかわるとき、その法規は、この地位又は状態を備えている関与者にのみ適用するものとする。」

- (142) 大判大正2・3・18刑録19・353(常習賭博罪にいう「常習」は加減的身分であり、刑65条2項の適用がある)。その他、特別法上、常習窃盗・強盗罪(盗犯2条～4条)、常習暴行・傷害・脅迫・毀棄罪(暴力1条の3。なお、同2条2項)等の規定がある。

なお、團藤(I-149)396頁は、常習性が、行為定型ではなく行為者定型の要素であることを理由に、その他の身分とは異なるとして、常習者に賭博を教唆した者は、科刑のみならず、罪名においても常習賭博罪ではなく、単純賭博罪の教唆になるとする。したがって、この場合、身分の連帯性が否定され、罪名従属性が破られる。本説は、常習性については刑65条1項の適用がないとするので、結論は通説・判例と同一である。ところが、逆に、常習賭博者が非常習者を教唆した場合には、常習賭博罪の教唆ではなく、単純賭博罪の教唆にとどまるとされるので(397頁)、常習性は一般の身分と同視され、罪名従属性が復活する。参照、中山(III-129)495頁注4。

- (143) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 155; *E. Steininger*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 2019, 21. Kap Rn 104.
- (144) *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 105.
- (145) *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 9 Rn 7.
- (146) 参照、吉田敏雄『被害者の承諾』2018・25頁。
- (147) 行為者関連の要素と所為関連の要素の区別につき、*V. Krey, R. Esser*, *Deutsches Strafrecht AT*, 2022, 7. Aufl., § 30 Rn 1016; *Kühl*, (IV-3), § 20 Rn 154; *R. Rengier*, *Strafrecht AT*, 15. Aufl., 2023, § 46 Rn 13; *J. Wessels, W. Beulke u. H. Satzger*, *Strafrecht AT*, 53. Aufl., 2023, § 16 Rn 877; *ablehnend Roxin*, (III-60), § 28 Rn 27 ff; *ders.*, (I-27), § 27 Rn 32; *Schünemann*, (III-60), § 27 Rn 33.
- (148) *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 30 Rn 1016; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 877.
- (149) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 36 Rn 1351; *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 30 Rn 1018; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VII 4a.

- (150) *Krey/Esser*, (Fn. V-148) § 80 Rn 1018; *K. Lackner, K. Kühn*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 28 Rn 6; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VII 4a; *Rengier*, (Fn. V-147), § 47 Rn 13; *Stratenwerh/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 196; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-148), § 16 Rn 877. 大審院 (大判大正 14・1・28 刑集 4・14) は、営利目的等略取・誘拐罪の「営利的目的」を刑法第 65 条の身分に当たらないとしていた。しかし、最判昭和 42・3・7 刑集 21・2・417 は、「麻薬取締法六四条一項は、同法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者は一年以上の有期懲役に処する旨規定し、同法六四条二項は、営利の目的で前項の違反行為をした者は無期若しくは三年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは三年以上の懲役及び五百万以下の罰金に処する旨規定している。これによってみると、同条は、同じように同法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていったか否かという犯人の特殊な状態の差異によって、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであって、刑法六五条二項に言う『身分に因り特に刑の軽重あるとき』に当るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とは、共同して麻薬取締法一二条一項の規定に違反して麻薬を輸入した場合には、刑法六五条二項により、営利の目的をもつ者に対しては麻薬取締法六四条二項の刑を、営利の目的をもたない者に対しては同条一項の刑を科すべきものといわなければならない」と説示して、麻薬取締法第 64 条第 2 項の「営利的目的」を刑法第 65 条第 2 項の身分であると解した。木村 (I-104) 156 頁、426 頁は、刑法第 65 条第 1 項の身分は、「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又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まない」のに対し、刑法第 65 条第 2 項の身分は、「刑の加重・減軽の原因たる地位・資格・状態であればよい。この意味において、判例によって定義せられた身分の概念は、第 2 項の意味における『身分』を意味するに過ぎない」として刑法第 65 条第 2 項の身分を広く解した上で、目的犯を目的があることが可罰性を基礎づける純正目的犯 (例えば背任罪) と目的が刑の加重事由にとどまる不純正目的犯 (刑 225 条の拐取罪) に分け、前者は純正身分犯でないから刑法第 65 条第 1 項の適用外にあり、後者は刑法第 65 条第 2 項の身分に当ると論ずる。なお、團藤 (I-149) 419 頁注 2 (身分は継続的なものである必要はなく、「状態」の中には一時的なそれも合わせて考えるべき)、平野 (I-105) 372 頁 (刑 65 条 1 項の身分は、実質的に見て責任要素であればよいので、必ずしも継続的なものである必要はなく、この意味で、麻薬取締法 64 条 2 項の「営利的目的」は身分である)。これに対して、大塚 (I-113) 329 頁注 2、福田 (I-137) 292 頁注 1 は、目的のような一時的・心理的な犯罪要素は、本来、行為者の地位又は状態を意味する身分とは性格を異にするから、身分に当たらないとする。
- (151) 単独では処罰されない非身分者が正犯と連帯して共犯として処罰される根拠につき、共犯独立性説からは、真正身分犯の本質が義務違反であること、共犯に固有の犯罪性と可罰性という理由から、本来、非身分者には共犯の成立はありえないので、刑法第 65 条第 1 項は例外的な政策規定とされる。その例外

性も、教唆・幫助に限られ、共同正犯は除外される(木村(I-104) 425頁、同『犯罪論の新構造下』1968・378頁)。牧野(I-109) 749頁、宮本(I-109) 424頁は、身分を介しての犯罪実現を違法且つ可罰的なものとして、65条1項を根拠づける。

判例が、刑法第65条第1項の身分に当たるとした例として、虚偽公文書作成罪(刑156条)の「公務員」(大判明治44・4・17刑録17・605)、偽証罪(刑169条)の「法律により宣誓した証人」(大判昭和9・11・20刑集13・1514)、収賄罪(刑197条以下)の「公務員」(大判大正3・6・14刑録20・1329)、強姦罪(刑177条)の主体としての男子(最決昭和40・3・30刑集19・2・125)、横領罪(刑252条)の他人の物の占有者(大判明治44・3・16刑録17・405、最判昭和27・9・19刑集6・8・1083)、業務上横領罪(刑253条)の業務上の他人の物の占有者(大判明治44・3・16刑録17・405、最判昭和25・9・19刑集4・9・1664)、遺失物横領罪(計254条)の占有を離れた他人の物の占有者(大判大正5・11・10刑録22・1733)、背任罪(刑247条)の「他人のためにその事務を処理する者」(大判大正13・12・5刑集3・851)等。

- (152) 西原(II-7) 409頁は、「共犯の成立は第六五条以前の問題であり、第六五条第一項および第二項はともに共犯者の処罰を想定したものであって、第一項は真正身分犯の共犯の処罰を、第二項は不真正身分犯の処罰を規定したものと解する」と論ずるが、身分犯における共犯の成否の問題を第六五条以前の問題と捉えることは、罪刑法定主義と相容れない。参照、大塚(I-113) 332頁注6。
- (153) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 29 Rn 157; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), 12/187.
- (154) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 29 Rn 157.
- (155) ドイツ刑法第28条(特別な一身上の要素)「①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(教唆者又は幫助者)に無いときは、その刑は第49条第1項によって減輕する。」として、必要的減輕を定める。なお、幫助犯については、第27条第2項が、「幫助者に対する刑は、正犯に対する刑に従う。刑は第49条第1項により減輕する。」と定め、どっちみち、幫助者は減輕される。そうすると、幫助者は二重に減輕されることになる。しかし、これに対しては限定説もある。*T. Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Aufl., 2019, § 28 Rn 7(幫助者の地位が、ほかならぬ、関与者に特別な一身上の要素が欠如することに基づくとき、減輕は一回に限られるべき)。
- (156) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 149 f. 佐伯(IV-174) 367頁「構成的身分は、非身分者にも連带的に作用する。しかし、これを無条件に肯定すると六五條二項の加減事由としての身分が一身的に作用するのと調和しない。そこで、この一項の場合にも、やはり身分者と非身分者との行為の間には違法性の軽重があるものとして、裁判官は六六條以下の酌量減輕規定を活用して量刑上これを活用すべき」。
- (157) *Steininger*, (V-143), 21. Kap Rn 113.
- (158) 大判明治44・10・9刑録17・1652。泉二新熊『日本刑法総論』[第44版]1939・647頁、井上正治『刑法学総則』1951・240頁。

- (159) 収賄罪：大判昭和7・5・11刑集11・614。偽証罪：大判昭和9・11・20刑集13・1514。強姦罪：最決昭和40・3・30刑集19・125。
- (160) 佐伯 (IV-174) 367頁 (実行の分担がありえない限り、共同正犯も考えられないが、構成的身分犯でも虚偽公文書作成罪等では、非身分者の共同実行が考えられないわけではないから、共同正犯を全く否定するのは行き過ぎ)、西原 (II-7)、358頁 (実行の分担にこだわらない立場から、犯罪の実現に重要な役割を果たした者には容易に共同正犯が認められる)、藤木 (III-46) 303頁 (実行行為を事実的な行為の共同と解するなら、非身分者にも実行の分担がある)。その他、井田 (III-20) 573頁、植松 (IV-16) 387頁、大場茂馬『刑法総論(下巻)』1914・1084頁以下、大谷 (II-7) 456頁以下、川端 (I-150) 610頁、高橋 (III-24) 508頁、前田 (III-19) 528頁以下、牧野 (I-109) 742頁、宮本 (I-138) 206頁、山口 (III-28) 322頁、山中 (III-22) 871頁。
- (161) 團藤 (I-149) 420頁「真正身分犯については身分のない者の行為はその実行行為としての類型を欠くから、共同実行ということはありません」、大塚 (I-113) 333頁 (実行行為の規範的意味を重視するとき、真正身分犯においては、非身分者による実行行為を認めることはできず、身分犯の共同正犯は、身分者についてのみ認められる)、同『刑法論集(2)』1976・50頁 (身分犯の本質を義務違反に求める考え方からは非身分者の正犯性を否定する方向になる)、福田 (I-137) 293頁以下。
- (162) 中山 (III-12) 489頁 (違法の連帯を法益侵害の事実上の可能性にまで拡大した上でも、さらに、身分を形式的な実行行為性(正犯性)の要件として維持するという観点から、非身分者の共謀共同正犯のみならず、実行共同正犯についても、制約的に解し、刑法第65条第1項の「共犯」には共同正犯を含まないという謙抑的方向をとる)、浅田 (III-12) 448頁、小野 (I-113) 215頁、吉川経夫『刑法総論』[3訂補訂版]1996・267頁、木村 (V-151) 378頁、瀧川 (IV-175) 254頁、中 (III-22)、261頁、小野慶二「共犯と身分」(『刑事法講座第3巻』所収・1952) 495頁。
- (163) 内田 (III-19) 319頁 (教唆・幫助は真正身分犯の「実行行為」をするものではなく、それ故、「身分」を要せず、したがって、教唆犯・幫助犯は刑65条1項の規定をまつまでもなく成立するので、本条項は特に共同正犯につき積極的に規定した)、井上 (V-158) 239頁、泉二新熊『日本刑法総論』[37版]1924・64頁。
- (164) 参照、第4章第1節。参照、瀧川 (IV-175) 254頁、平場 (I-145) 168頁、香川達夫『刑法講義(総論)』[3版]1995・406頁、中山 (III-12) 489頁、浅田 (III-12) 448頁。但し、真正身分犯について共同正犯はありえないが、刑65条1項に不真正身分犯も含まれるという見解から、不真正身分犯は、身分によって法定刑に軽重があるに過ぎないので、その実行行為に非身分者も関与しうるので、その限りで共同正犯も認められると論ずるのが、大塚 (I-113) 333頁、團藤 (I-149) 420頁、福田 (I-137) 290頁。
- (165) わが国では、否定説が有力である。大塚 (I-113) 329頁注3、平野 (I-105) 396頁。その理由は、不作為犯は、作為義務者の犯罪として真正身分犯に類似した性格を有するものの、不作為犯に作為義務をもたない者が加功する場合

にまで刑法第 65 条の適用を認めることは適当でないというものである。ドイツ刑法学では、肯定説：*Heinrich*, (Fn. IV-2), § 27 Rn 971; *Rengier*, (V-147), § 51 Rn 9; *Roxin*, (Fn. I-27), § 27 Rn 68; *Wessels/Beulke/Satzger*, (V-147), § 19 Rn 1209. 否定説：*Jeschck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VII 4 a 「不真正不作為犯の構成要件に含まれている禁止は誰にも向けられており、保障人の義務は、構成要件該当の結果の帰属にあたり作為と不作為を同列におく機能しか有していない」。K. *Geppert*, Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82 (1970), 40 ff., 70; R. *Herzberg*, Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68 ff., 108. 中間説：行為者関連的保護保障人と所為関連的監視保障人を区別するのが、U. *Kindhäuser*, T. *Zimmermann*, AT 10. Aufl., 2022, § 38 Rn 63 「危険支配に基づく監視保障人では結果回避義務は作為に等しい危険創出ないし危険引受けの裏面である。かかる保障人の地位はまったく所為関連的であり、したがって、特別の一身の要素ではない。これに対して、制度的配慮に基づく保護保障人は事情を異にする。かかる保障人の地位は具体的正犯者に向けられており、したがって、特別の一身の要素と位置づけることはできない」。

- (166) 参照、第 3 章第 2 節 5. a. 及び注 105. *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 35 Rn 1245.
- (167) 二項の身分に当たるとしたとした例として、常習賭博罪 (刑 186 条) の賭博の常習者 (大連判大正 3・5・18 刑録 20・932)、業務上墮胎罪の医師 (大判大正 9・6・3 刑録 26・382)、業務上横領罪 (刑 253 条) の業務上の他人の物の占有者 (大判明治 44・8・25 刑録 17・1510、最判昭和 25・9・19 刑集 4・9・1664)。
- (168) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), § 28 Rn 1, 7; *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 30 Rn 1010 ff.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 151; *Wessels/Beulke/Satzger*, (V-147), § 16 Rn 875.
- (169) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), § 28 Rn 1; *Krey/Esser*, (V-147), § 30 Rn 1014 f.; *Lackner/Kühl*, (Fn. V-150), § 28 Rn 1. これに対して、共犯者は正犯と同じ罪名で処罰されるが、科刑は基本犯の定めるところによるとする説：*H.-J. Hirsch*, Auslegungsänderung und Neufassung der Teilnahmeregelung bei besonderen persönlichen Merkmalen“ in: *Schreiber-FS*, 2003, 153; *Roxin*, (I-27), § 27 Rn 20, 81 ff.; *Stein*, (I-39), 49.
- (170) 團藤重光『刑法綱要各論』[改訂版] 1985・622 頁。判例も、非占有者につき刑法第 65 条第 1 項を適用して業務上 (委託物) 横領罪の共犯とし、加えて、同条第 2 項により単純 (委託物) 横領罪の刑を科している。大判明治 44・8・25 刑録 17・1510、最判昭和 32・11・19 刑集 11・12・3073。
- (171) 平野 (I-105) 373 頁以下。なお、川端 (I-150) 615 頁 (真正身分である「占有」の限度で第 65 条第 1 項が適用されるので、甲には単純 (委託物) 横領罪の教唆犯が成立し、業務性は刑を加重する「不真正身分」であるので、乙には業務上横領罪が成立する)。
- (172) 参照、内田文昭『刑法各論』1984・372 頁。
- (173) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 875.
- (174) 大塚 (I-113) 334 頁以下、團藤 (I-149) 423 頁、福田 (I-137) 296 頁。

- (175) 大判大正 12・3・23 刑集 2・254 (尊属殺 (旧第 200 条) の事案: 子が第三者を教唆して自分の父を殺させた場合、子に対して尊属殺人の教唆犯の刑が科される)。小野 (I-113)、216 頁、佐伯 (IV-174) 368 頁、平野 (I-105) 376 頁、藤木 (III-46) 306 頁、内田 (III-19) 307 頁。
- (176) 賭博常習者に賭博を教唆した場合につき、團藤 (I-149) 422 頁以下は、常習性について、刑法第 65 条第 1 項の適用を否定する。常習性は、身分犯の中で特殊の地位を占め、行為定型ではなく行為者定型の要素であるので、賭博常習者に賭博を教唆した者は、科刑のみならず、罪名においても、常習賭博罪ではなく、単純賭博罪の教唆になるとする。そうすると、本説は、この場合、身分の連帯性を否定し、罪名従属性を破ることになる。これに対し、大塚 (I-113) 334 頁注 10 は、常習犯は、行為者類型の要素である点で、通常の身分犯とは異なるが、同時に、行為類型としての性格をもつことを理由に、賭博を教唆した者に常習賭博罪の教唆を認め、身分の連帯性、罪名従属性を肯定する。
- 逆に、賭博常習者が非常習者を教唆した場合につき、團藤 (I-149) 423 頁、424 頁注 12 は、常習賭博罪の教唆ではなく、単純賭博罪の教唆にとどまるとするので、罪名従属性を復活させる。大塚 (I-113) 335 頁も、「賭博の常習者」とは、賭博行為を行うことの常習性を意味し、賭博の教唆の常習性を意味せず、また、賭博の常習者が非常習者を教唆して賭博行為を行わせても、それは賭博罪の実行にとどまるから、賭博罪の教唆犯が成立すると論ずる。
- 判例は、賭博の常習者が単純賭博を幫助した場合には、単純賭博罪の従犯が成立すると解したが (大判大正 3・3・10 刑録 20・266)、その後、常習性が教唆あるいは幫助として発現したときは刑法第 65 条第 2 項により常習賭博罪 (刑 186 条 1 項) の従犯を認めた (大連判大正 3・5・18 刑録 20・932)。この立場は多数説によって支持されている。大谷 (II-7) 458 頁、川端 (III-19) 616 頁、平野 (I-105) 371 頁、藤木 (III-46) 306 頁、前田 (III-19)、530 頁、中山 (III-12)、494 頁、西原 (II-7)、361 頁。
- (177) 植田重正『『共犯と身分』について』(『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰 (上)』所収) 1968・478 頁以下、493 頁。
- (178) 小野 (V-162) 489 頁以下。
- (179) 参照、大塚 (I-113) 331 頁。
- (180) 大塚 (I-113) 329 頁、331 頁、團藤 (I-149) 418 頁、397 頁、福田 (I-137) 290 頁。
- (181) 植松 (IV-16) 385 頁、388 頁。
- (182) 佐伯 (IV-174) 365 頁。
- (183) 平野 (I-105) 357 頁、366 頁、371 頁。
- (184) 参照、中山 (III-12) 495 頁注 3。
- (185) R. Bloy, Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten, JuS 1993, L 33 (L 34); Krey/Esser, (Fn. V-147), § 23 Rn 779; Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. V-147), § 15 Rn 782.
- (186) これに対して、佐伯 (IV-174) 368 頁以下は、構成要件、違法性及び責任以外の第三の範疇を認めない立場から、一身刑罰阻却事由のかなりの部分は、適法行為の期待の著しく困難なことに基づく責任阻却事由であるとして、さ

らに、部分的には一身的違法阻却事由もあると指摘する。前者の例として、例えば、親族の犯人蔵匿・証拠隠滅(刑105条)や臍物行為(刑257条)は責任阻却事由であるとされる。しかし、親族の犯人蔵匿・証拠隠滅につき期待可能性が減少しているとはいえても、期待不可能とはいえないし、臍物行為については期待可能性とは異なる観点から不処罰とされていると見られるべきである。一身的刑罰阻却事由という独立の範疇は認められる。参照、大塚(I-113)516頁注2。

- (187) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 23 Rn 779a; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 15 Rn 782.
- (188) 教唆犯成立否定説：親族には庇護行為の実行について刑の免除がありうる以上、教唆についても同様とする見解に、木村(I-107)314頁、植松(V-16)51頁。親族自ら実行行為を行う場合も他人を教唆して犯させる場合も、期待可能性の点では差異はないとする見解に、岡野光雄『刑法要説各論』2009・226頁。教唆犯成立肯定説：庇護権の濫用であって法律の認める範囲を逸脱しているとして教唆犯の成立を認めたり、あるいは、本条は親族自身の行為についてのみ刑の免除を認める趣旨であって、他人をも犯罪に誘った場合には、もはやその適用を受けられず、教唆犯として処罰すべき。團藤(I-149)78頁、大塚(I-113)491頁、大判昭和8・10・18刑集12・182「縦令親族タル犯人ヲ庇護スル目的ニ出テタリトスルモ他人ヲ教唆シテ犯人隠避ノ罪ヲ犯サシムルカ如キハ所謂庇護ノ濫用ニシテ法律ノ認ムル庇護ノ範囲ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルを得ス……犯人カ……他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法百三条ノ犯罪ヲ実行セシムルニ至リテハ防禦ノ濫用ニ属シ法律ノ放任行為トシテ干渉セサル防禦ノ範囲ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サル」。
- (189) *V. Krey, U. Hellmann u. M. Heinrich*, Strafrecht BT Bd. 1, 17. Aufl., 2021, § 8 Rn 956; *R. Rengier*, Strafrecht BT 1, 25. Aufl., 2023, § 21 Rn 25; *W. Stree, B. Hecker*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 258 Rn 41.
- (190) *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-189), § 8 Rn 957; *Rengier*, (Fn. V-189), § 21 Rn 25.
- (191) 参照、大判昭和9・11・26刑集13・1604。教唆犯成立肯定説に、西原春夫『刑法総論』1977・361頁。
- (192) Vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, (Fn. V-189), § 8 Rn 963; *Rengier*, (Fn. V-189), § 21 Rn 23.

教唆犯成立否定説：木村亀二『刑法各論』1957・314頁(共犯独立性説から、教唆行為は実行行為そのものであり、依然不可罰)、瀧川幸辰『刑法各論』1951・281頁(自ら行う場合も、他人を教唆する場合も同じく期待可能性がない)、平野(I-105)、374、380頁(犯人に責任がない場合、従属性がなく共犯は成立しない)。中山研一『刑法各論』1983・532頁。

教唆犯成立肯定説：大判明治45・1・15刑録18・6(教唆された者に犯罪が成立する以上これに従属して犯人に教唆犯が成立する)、大判昭和8・10・18刑集12・1820(犯人自身の行為は防禦の自由に属するが、他人を教唆して自己を隠匿させることは防禦の濫用である)。最決昭和35・7・18刑集14・9・1189、最決昭和40・9・16刑集19・6・679。江家義男『刑法各論』1963・

44 頁以下（教唆犯には他人の行為を利用して犯罪を実現するという反社会性のほかに、教唆には新たに犯人を作り出すという反社会性がある）、團藤重光『刑法綱要各論』[改訂版] 1985・78 頁（他人を教唆して犯罪を犯させた場合にはもはや期待可能性がないとはいえない）。その他、小野清一郎『新訂刑法講義・各論』1950・36 頁、藤木英雄『刑法講義各論』1976・40 頁、43 頁。なお、東京高判昭和 52・12・22 刑月 9・23・857（交通事故の犯人が同乗者に対して身代わり犯人になるよう教唆し、さらに警察官に虚偽の申告をしたという事案で、単独正犯が成立しない以上共同正犯の成立の余地が無く、教唆犯のみが成立する）。二分説：共犯規定の適用を排除し、対向犯・必要的共犯類似の理解をし、犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪の構造的差異を認め、蔵匿罪に限って教唆犯の成立を否定する。鈴木享子「法学教室」118・119 頁。

- (193) 團藤 (I-149) 514 頁以下、大塚 (I-113) 516 頁。Vgl. RGSt 61, 270 ff., 271; BGHSt 18, 122 ff., 123; BGHSt 23, 281 ff., 282; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 29 V 7 d, § 52 III 1; *Otto*, (Fn. I-154), § 32 Rn 228; *C. Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn 149; *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 356 f.
- (194) *W. Stree*, Der Irrtum des Täters über die Angehörigeneigenschaft seines Opfers, FamRZ, 1962, 55 ff., 58 f.; vgl. Auch OLG Düsseldorf, NJW 1986, 1822; *E. Horn*, Zum Irrtum beim Ehegattendiebstahl, MDR 1971, 8 ff.; *M. Kohlhaas*, Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen, ZStW 70 (1958), 217 ff., 220 f.
- (195) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 32 Rn 1162.
- (196) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 32 Rn 1163; *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 23 Rn 779b, *Rengier*, (Fn. V-147), § 32 Rn 6; *Wessels/Beule/Satzger*, (Fn. V-147), § 15 Rn 788 f.; *H. Satzger*, Die persönlichen Strafausschließungsgründe und die Relevanz darauf bezogener Irrtümer; Jura 2017, 649 ff, 655.
- (197) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 32 Rn 1166; *Krey/Esser*, (Fn. V-147), § 23 779b; *Satzger*, (Fn. V-196), 653.
- (198) 平野 (I-105) 360 頁、柏木千秋『刑法総論』1982・306 頁、藤木 (III-46) 305 頁。大判昭和 12・2・17 刑集 16・92
- (199) 大塚 (I-113) 335 頁、小野 (V-162) 500 頁、川端 (III-19) 617 頁、福田 (I-137) 294 頁注 1、泉二 (V-158) 652 頁。大判大正 3・9・21 刑録 20・1719 [従犯]、昭和 14・7・19 刑集 18・417 [教唆犯]。

Täterschaft und Teilnahme (20)

Toshio YOSHIDA

- Kapitel I. Einführung in die Problematik
- Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)
- Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)
- Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)
- Kapitel V. Teilnahme – Anstiftung und Beihilfe
 - 1. Begriff und Strafgrund der Teilnahme
 - 2. Strafgrund der Teilnahme (Bd. 54, Nr. 2 - Bd. 59, Nr. 3)
 - 3. Sonderdelikte und Teilnahme
 - A. Allgemeines
 - B. Echte Sonderdelikte und unechte Sonderdelikte
 - C. Die Differenzierung zwischen unrechts- Tätermerkmalen und schuldabhängigen Tätermerkmalen
 - a. Bedeutung der Sonderdelikte
 - b. Rechtscharakter der Sonderdelikte
 - c. Die Differenzierung zwischen unrechtsabhängigen Tätermerkmalen und tatbezogenen Merkmalen
 - D. Echte Sonderdelikte und Teilnahme
 - E. Unechte Sonderdelikte und Teilnahme
 - a. Grundsätze
 - b. Unterschlagung im Geschäftsbetrieb und Teilnahme
 - c. In dem Fall, wo lediglich der Teilnehmer ein besonderes persönliches Merkmal aufweist
 - F. Das Verhältnis zwischen § 65 Abs. 1 StGB und § 65 Abs. 2 StGB
 - G. Persönliche Strafausschließungsgründe und Teilnahme
 - H. Der Irrtum über persönliche Strafausschließungsgründe
 - a. Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes
 - b. Überdehnung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes
 - I. Die sogenannte „Negative“ Sonderdelikte (Band 59, Nr. 4)
(Die Fortsetzung folgt.)

