

いわゆる「故意ある道具」の理論について（三・完）

島田 聡一郎

- 第一章 はじめに
- 第二章 いわゆる目的なき故意ある道具について（以上、五八号）
- 第三章 いわゆる身分なき故意ある道具について
 - 第一節 従来の通説
 - 第二節 義務犯論（以上、六〇号）
 - 第三節 正犯なき共犯説
 - 第四節 共同正犯説
- 第四章 おわりに

第三章 いわゆる身分なき故意ある道具について

第三節 正犯なき共犯説

一 内 容

これまで見てきたように、身分犯において、身分者が非身分者を通じて構成要件を実現した場合には（前述した、構成要件の解釈として身分者を直接行為者と解することができる場合以外は）、結果との間に、非身分者の行為とはいえ、自己の行為が構成要件の結果を実現することを十分に理解し、強制されることもなく自由に行われた行為（従来の用語を借りれば「規範的障害」）が介入している。これは、従来間接正犯が認められてきた典型的な場合である故意なき者あるいは強制された者を利用する場合とは、かなり異なる状況である。そこで、この点をふまえて、こうした場合の背後者（身分者）を正犯とすることは正犯性の擬制である、と厳しく批判した上で、むしろ共犯の従属性を緩和することによって、背後の身分者を教唆犯、非身分者を幫助犯とする見解が、わが国において有力に主張されている⁽¹⁶⁾。

例えば、植田博士は、「この種の道具は、たとへ当該構成要件上必要な身分や目的を欠くにしても、情を知って身分者または目的所有者の犯罪に加功するものであり……かかる明白な犯罪の独立的主体の利用をも、なほ且つ器具または自然力の利用に準じて考察することは道具理論の濫用であ（る）」⁽¹⁶⁾として、背後者の正犯性を否定された上で、「被利用者の行為が、その者自身の立場で構成要件に該当するか否か、違法であるか否か、責任を有するか否かの如きは固より問題でなく、専ら教唆者または幫助者の立場からみて、その犯罪の実行を構成すれば足る⁽¹⁷⁾」と

して、背後者を教唆、行為媒介者を幫助とされていた。

また、中博士も、「通常自己の行為（従犯）の違法性を知っている非身分者を背後者の意のままに犯行に駆り立てるということは困難であり、その間に規範的障害が介在する」として、背後者の正犯性を否定された上で、「共犯は他人による実行行為に従属せねばならぬ。ただし、ここに実行行為というのは、常に必ずしも実定法上か資格づけられているそれであることを要せず、超実定法的・存在論的な意味でのそれであれば足る。ここに超実定法的・存在論的実行行為というのは、彼に所定の身分が備わってさえいれば直ちに実行行為と目されるべき非身分者の行為といったものであって、立法者もこれを前提としたうえで、一定の犯罪につき特有の実定法的制限を加えてこれを実行行為として仕立て上げる基盤的行為のことである。したがって、背後の者がかような超実定法的・存在論的実行行為を介して犯意を逃げよう（ママ）とするときに、彼を共犯（教唆犯）とすることは妨げなく、被介在者の行為は、超実定法的に実行行為であるが、実定法上は非実行行為、関与行為（従犯）として資格づけられることにも支障がない」、⁽¹⁰⁾として同様の結論を導かれる。

さらに、最近では山中教授が、非身分者の行為は「可罰的規範的障害」であるから、その者への関与は正犯とはならないという前提に立たれた上で、構成的身分犯への非身分者の関与を規定した六五条一項が、「正犯」ではなく、「犯罪行為」と規定していることに着目されて「六五条一項は真正身分犯については、「正犯なき共犯」の場合がありうることを予定して、身分者の共犯行為に加功した非身分者をも共犯とすることを宣言した規定」であるとして、公務員が非公務員に対して収賄行為にできるように唆した場合には、非公務員という地位は消極的身分なので、公務員には六五条一項を介して収賄罪の教唆が成立するとされ、他方、非公務員は、公務員の教唆への加功であるとして、やはり六五条一項により幫助となる、と説かれて⁽¹¹⁾いる。

以上のように、これらの見解は、その論拠において必ずしも完全な一致は見ないが、いずれにせよ、行為媒介者

が結果との間に規範的障害として介入している以上、背後者を正犯とはできないということを出発点とした上で、共犯の成立に正犯の構成要件該当性を必要とする、いわゆる共犯の最小限度従属性を（少なくとも部分的には）放棄することによって、背後者を教唆、行為媒介者を幫助とするのである。

これらの見解が、行為媒介者の状態に着目し、そこから、背後者を安易に間接正犯とする従来の通説に批判を向けた点には、私も賛成である。しかし、結論的にはこれらの見解には従うことができない。以下では、まず、これらの見解の条文の文理解釈に問題があることを指摘した上で、さらに、これらの見解のこの論点における具体的結論それ自体も、類似の事案と比較すると均衡を欠く部分があることを論証してゆく。

二 正犯なき共犯説の検討

1 理論的根拠の問題点

(一) 総説

このような見解に対しては、「正犯なき共犯」という存在を認めることへの疑問が絶えず提起され続けている。例えば「被利用者に実行行為がみとめられぬとされつつ、しかも、これに対する教唆犯の成立を主張（するのは）……、刑法六一条一項の趣旨を没却する^(Ⅱ)」、「概念上、正犯を予定しない教唆・幫助というものは現行法の予定しないところだと思われる^(Ⅲ)」、等と。しかし、すでに見たように、これらの見解も、現行法の共犯規定の条文の文理解釈を無視しているわけではない。もし、これらの文理解釈が成り立ち、かつその解釈が一般化されても他の論点において不当な帰結を導かないのであれば、単に「現行法がそのようなものは予定していない」として一刀両断にしてしまうのは、妥当でないと思われる。そこで、以下では、こうした立場に立つ論者の現行法の共犯規定の文理解釈に無理がないかを、各論者の解釈毎に、詳しく検討してゆくこととする。

(二) 佐伯千仞説——(旧) 刑法二四四条二項の趣旨⁽¹³⁾

このような共犯の従属性を緩和する見解のわが国における「源流」は佐伯博士である。もともと佐伯博士のこの種の事案の解決は、背後の身分者を共犯、非身分者を正犯とされる点で、他の「正犯なき共犯説」とは若干異なる。しかし、いずれにせよ、通常の意味での(客観的)構成要件該当性が認められない者に対する共犯の成立が肯定されていることには変わりがない。佐伯博士は、このような場合にも共犯の成立が認められることの実定法上の手がかりを、各論の規定に求められる。具体的には、親族相盗例における刑の免除を、「単なる身分に基づく刑罰阻却原因でもなく、またいわゆる責任要素としての期待可能性のない場合でもなくて、むしろ行為の違法性を減少させて結局可罰的価値のないものとするものである」、と位置づけられた上で、(旧)二四四条二項はそのような場合にも共犯の成立を認めているのだから、「同条は可罰的違法類型性のない行為に対する「共犯」を認めることにならなければならない⁽¹⁴⁾」、として、「わが刑法上の共犯(教唆、従犯)は正犯行為の有責性はもちろん完全な可罰的違法性さえも予定するものでなく、可罰的違法類型の実現としては不完全な違法行為であっても、それが共犯の行為と合して共犯としての可罰的違法性を成立させれば足りる⁽¹⁵⁾」、と結論づけられるのである⁽¹⁶⁾。

しかし、親族相盗例の解釈自体に争いがあり、佐伯博士のような理解が必ずしも共有されていない点⁽¹⁷⁾はさておき、仮にそのような理解を前提としたとしても、佐伯博士の解釈が必然的なものとは言い難い。林幹人教授が適切に指摘されるように、この場合の共犯の成立可能性がわざわざ明文で規定されているのは、「むしろ反対に……現行刑法は一般的には共犯が成立するためには、正犯が構成要件に該当し可罰的違法性ある行為をしていなければならないという原則に立っているからであって、その例外だからこそ⁽¹⁸⁾」であるように思われるからである。

また、この見解には、いかなる場合に、正犯者の行為が「共犯の行為と合して」違法性を帯びることになるかが必ずしも明らかでないという問題点もある。佐伯博士は、被害者を騙して殺害させた場合「共犯の他人性は行為者

の自己性による欠陥を補って殺人罪の教唆としての処罰を可能にする⁽¹²⁰⁾とされる一方で、（ドイツにおいて処罰規定のある）近親姦については、「親が自己の娘と他人を同衾させた場合」に關し、「近親姦という可罰類型は近親者の生殖器の結合」が必要である、という理由で、親に共犯の成立を否定される⁽¹²¹⁾。しかし、後者においても、殺人の場合と同様に考えれば、「共犯の親族性が行為者の非親族性を補う」と考えることもできるはずである。なぜ、近親姦の場合にはそのように考えられないのだろうか。両者の可罰性に差を設ける明快で合理的な基準は提示されていないように思われる。以上のように、佐伯博士の論拠には賛成できない。

（三） 中説——存在論的ないし事実的正犯

中博士は、佐伯博士の「何らかの意味で違法な行為への従属」の概念を受けられて、前述したように、共犯は「超実定法的・存在論的実行行為」に従属する、という見解を主張された。そして、さらに、佐伯博士が身分なき行為媒介者を正犯とされる点を、「身分といった構成要件要素はもとより一身専属的なものであって、これを欠く者がこれを備える者と共同するからといってただちに身分を獲得しうるものではない⁽¹²²⁾」、と批判されて、非身分者を幫助とすべきと主張される。

しかし、この理論構成にも疑問がある。まず、そのような「超実定法的」な実行行為などという概念を認めることは、それ自体、罪刑法定主義に違反するのではないかと思われる。仮に、その点は譲り、六一条・六二条の文言を、「存在論的実行行為を教唆した者」、「事実上の正犯⁽¹²³⁾を幫助した者」と解釈できるとしよう。しかし、実は、このような解釈からは、背後の身分者が教唆、直接結果惹起行為を行う非身分者が幫助となるという中博士の結論を導くことはできない。この見解からは、幫助の成立には他の者の「存在論的実行行為」が必要とされる。いわゆる身分なき故意ある道具の利用といわれている場面では、この行為に当たりうるのは背後者の唆し行為だけである。しかし、この背後者の行為は「存在論的実行行為」ではない⁽¹²⁴⁾というのが、まさにこの見解の旧通説批判の要点だっ

たはずである。つまり、この見解は、旧通説がこうした場合に背後の身分者を間接正犯とすることに対して、背後者の行為は実行行為といえるだけの存在論的基盤——結果発生の実在性——を欠く、と批判していたのである。もし、この場合に中博士が背後者の行為を「存在論的実行行為である」とされるのであれば、自己矛盾といわざるを得ない。もし、この場合には、そのような存在論的実行行為がなくても幫助となるというのであれば、前述した「存在論的意味での実行行為への従属」という命題と矛盾し、共犯の従属性の対象が全く不明になってしまう。⁽¹⁷⁾

そこで、「存在論的意味の(ないし事実上の) 実行行為への従属」を共犯の成立要件とされる論者の中には、大越教授のように、このような問題点を自覚されて、背後者を教唆とし、行為媒介者(非身分者)を不可罰とされる論者もおられる。⁽¹⁸⁾しかし、この見解に対しては、まず非身分者が不可罰であるならば、論者の前提とされる規範的障害説からは、行為媒介者は規範的障害ではなく、むしろ背後者が間接正犯となってしまうのか、という疑問がある。この点はおくとしても、この場合の行為媒介者のような構成要件の実現に極めて重要な役割を果たしている者を不可罰とすることは妥当でないように思われる。以上のように、共犯の従属性の対象を「存在論的実行行為」とすることによって、「正犯なき共犯」を認めようとする見解にも賛成できないといわざるを得ない。

(四) 植田説——従属性の対象としての共犯から見た「実行」

中博士の論理が、共犯の従属性の対象である「正犯」の行為それ自体に着目し、その要件を緩和するものだったのに対し、植田博士の論理は、少なくとも表現の上では、それと若干異なっている。⁽¹⁹⁾

前述したように、植田博士は、共犯自身からみて、行為媒介者の行為が「犯罪の実行」と呼べれば、共犯の成立を認められる。例えば、収賄罪において、公務員が非公務員に命じて賄賂に当たる金員を收受させた場合(収賄罪の「結果」は、非身分者の下で発生しているとして)、金員の收受は、非公務員から見れば、賄賂の收受の正犯行為ではないが、公務員の立場からみれば賄賂の收受であり、共犯の従属性の対象としての正犯行為の要件は備わってい

るとされるのである。ここでは、非身分者の行為について一種の評価の相対化が行われている。つまり、非身分者の行為は、背後の身分者から見れば、（共犯の従属の対象としての）実行行為であり、他方、非身分者自身から見れば、身分者への幫助行為だといえるのである。⁽¹⁰⁾ 他方、非身分者を幫助するためにも、少なくとも「非身分者から見て相対化された正犯行為」が必要なはずであるが、この点については、植田博士は、教唆への幫助もいわゆる連鎖的共犯として可罰的とすべきであり、そのように解するのであれば、教唆行為も、幫助者から見れば、共犯の従属性の対象としての（修正された構成要件の）正犯行為であるということになる、と説明される。⁽¹¹⁾

確かに、このように考えることが可能ならば、中博士の見解にあったような、非身分者の幫助としての可罰性についての疑義は払拭される。しかし、この見解にも疑問がある。まず第一に、このような「相対化」を認めると、処罰範囲が極めて広がりがかねないという実質的な問題がある。例えば、作為義務なき者への（作為義務なき者による）単純な不救助の唆しも、このような見解によれば、殺人共犯が成立することになりかねない。⁽¹²⁾ 背後者自身は作為で行為しているのだから、行為媒介者の不作為も背後者から見れば「実行」といえるからである。しかし、植田博士自身が後にいみじくも認められたように、このような結論は「救助するか否かを各人の自由に任せた現行法の趣旨と、根本において抵触する」といわざるを得まい。しかし、植田博士の論理からは、この場合の背後者は、理論的には、共犯として処罰されることになってしまうのである。さらに、この論理からは、被害者の自由な決断に基づく利益侵害行為への関与も共犯となってしまう。背後者（他人）から見れば、被害者の行為も、「実行」といえるからである。しかし、これは、現行法が、こうした場合の中でも特に自殺関与罪のみを取り出して、しかも法定刑を殺人罪よりも相当軽くして、限定的に処罰していることと矛盾する結論であらう。

第二に、これは形式的な理論構成の問題ではあるが、連鎖的共犯の可罰性から、共犯の従属性の対象を教唆行為、幫助行為でも足りるとする論理にも疑問がある。連鎖的共犯の可罰性自体に争いがあり、不可罰説を採るので

あれば、もちろんこの理由付けは使えないし、可罰説に立ったとしても、少なくとも(教唆・幫助を介したという意味で)間接的な幫助については、六一条二項のような明文がない以上、罪刑法定主義の観点から間接的ではあつても、最終的に(構成要件該当行為を行った本来の意味での)正犯を幫助した場合に限つて処罰することにならざるを得ない。⁽¹³⁴⁾ それ故、ここでは「相対化」の登場する余地はないのである。⁽¹³⁵⁾ 以上のように、実行概念の相対化による「正犯なき共犯」肯定の理論構成にも賛成できないといわざるを得ない。

(五) 山中説——六五条一項に基づく特殊ルール

山中教授は、以上のような議論をふまえられた上で、植田博士らの「実行概念の相対化」の「基底となる実体」を「可罰的規範的障害(故意犯または過失犯として処罰される行為)」に求められ、そのことによつて、前述したような共犯の無限定な拡張に歯止めをかけ、それと同時に、身分なき故意ある道具の論点において、「正犯なき共犯」の成立を認める理論を展開しようと試みられる。教授は、構成的身分犯への関与について規定した六五条一項が、六〇条―六二条の規定とは異なり、「正犯」ないし「実行」という用語を用いず、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為」としていることに着目される。そして「ここでわざわざ「犯罪行為」という文言を用いているのは、正犯のみでなく「共犯」を意味することを明らかにするためであつたと解釈するのが合理的でもある」として、⁽¹³⁷⁾ 構成的身分犯に限つて、例外的に共犯に加功した場合も共犯の成立を認めるべきだ、と主張される。具体的には、身分者は身分者の教唆行為に対する共犯として、他方、身分者も「消極的身分によつて構成すべき」⁽¹³⁸⁾ 非身分者の身分犯の共犯行為に対する共犯として、ともに六五条一項(と当該身分犯の構成要件)により処罰される、というのである。

山中説がこれまでの見解と異なるのは、身分者にも六五条一項を適用される点である。つまり、山中教授は、同条を、一般に理解されているような、身分なき者を身分犯の共犯とする趣旨の規定として理解されるのみならず、

そこにさらに共犯の従属性を緩和する趣旨を読み込まれた上で、幫助に対する教唆となる身分者についても、この規定を適用されるのである。しかし、この論理にも問題がある。山中教授は、身分犯の共犯（例えば収賄罪の幫助）は、身分なき者（非公務員）による消極的身分犯であるということを前提とされているが、その前提自体が山中教授の身分犯論と齟齬を来すように思われるからである。義務犯論を採用されない山中教授の立場からは、身分者が複数関与した場合には、身分者であっても身分犯の教唆・幫助となりうる。つまり、身分犯の共犯には、身分者、非身分者ともなりうるのである。このように、非身分者にも身分者にも成立しうる身分犯の共犯は、消極的な意味でも六五条一項にいう「犯人の身分によつて構成すべき」犯罪行為とはいえない。そうだとすれば、このような理論構成も成り立たないといわざるを得ない。

2 具体的な結論の不当性

以上見てきたように、こうした「正犯なき共犯説」の理論構成にはいずれも問題があった。しかし、「正犯なき共犯説」の問題点はこれにとどまらない。これらの見解が導き出す具体的結論にも疑問が禁じ得ないのである。特に、こうした場合の非身分者を幫助とする点に問題があるように思われる。⁽¹⁴⁾ これらの見解の多くも、構成的身分犯において、非身分者が犯罪計画を立て、身分者に犯罪計画を申し出た上で、身分者のみが実行した場合（以下、事例①とする）、非身分者を身分犯の教唆犯とする。⁽¹⁵⁾ しかし、身分者が直接構成要件の結果を実現する行為を行った場合（以下、事例②とする）には、幫助犯として必要的減輕がなされるのに、単に背後にいて、犯行を唆したにすぎない場合には、教唆犯として、六五条一項によつて、当該身分犯の刑が科されるといふのは（前述したように義務違反性を重視する立場から、身分犯の本質を身分者に課せられた一身の義務の侵害に見いだし、身分者による実行行為が存在するか否かを決定的と考える立場に立つのであればともかく）、身分犯の処罰根拠も通常の犯罪の場合と同じく、法益侵害ないしその危険の防止にあると考える限りは、いかにも不均衡な結論のように思われる。通常の犯罪であ

れば、事例①の場合は教唆犯として、事例②の場合は正犯として、刑は同じで、不法評価としては、むしろ後者が重いはずなのに、ここではそれが逆転してしまっているからである。

もつとも、こうした見解からは、この矛盾は、非身分者の身分犯への教唆を軽く処罰することによって解消すべきである、という反論があるかもしれない。つまり、これらの見解の多くは、「その（筆者注―非身分者の）違法性は身分者のする加担より少ない」⁽¹⁴⁾こと、加減的身分の場合には身分が個別化することとの均衡、ドイツ刑法典における構成的身分犯への非身分者の関与についての規定である二八条一項に必要な減軽が認められていること⁽¹⁵⁾、等を理由として、構成的身分犯に非身分者が加功した場合には、その非身分者の刑は減軽されるべきであるとする。もし、そのように考えるのであれば、前述した事例①においても、身分犯の教唆犯は成立するが刑は減軽されるので、事例②の場合と不均衡は生じない、という反論が可能となろう。

ドイツ刑法二八条一項のような明文がないにも関わらず、このような減軽を解釈論として認めることが可能か⁽¹⁴⁾、また仮にこのような減軽を認めたとしても、こうした見解の意図する二項との不均衡は結局完全には解消されないのではないか等⁽¹⁶⁾、このような見解には疑問もあるが、仮にこうした点はみな譲って、減軽を認めることが可能だとしてしよう。しかし、そうだとしてもやはり問題が生じる。まず第一に、そのように考えると、非身分者が幫助的に関与した場合と、非身分者が正犯的にあるいは教唆として関与した場合との間に処断刑の差がなくなってしまうという問題がある⁽¹⁷⁾。この見解からは後者の場合は（一度）減軽された身分犯の法定刑が処断刑となり、また前者の場合も、ドイツのように法律上の減軽が複数回可能な法制度においてならばともかく、わが国のようにそれが一度しかできない法制度においては、身分犯の刑が一度減軽されたものとなると解さざるを得ない。そうだとすると、通常の犯罪類型においては、幫助と教唆・正犯との間に設けられている法益侵害行為への関与の重要性に応じた刑の評価の差が、構成的身分犯へ関与した非身分者の場合にはなくなってしまう。これは、前述したように、身分犯の

処罰根拠を通常の犯罪の場合と同様に法益侵害性に求めるのであれば問題のある見解であろう。これに対し、身分犯の処罰根拠を、身分者に課せられた一身の義務違反に求めるのであれば、この結論を正当化しようが、そのように考えるのであれば、正犯論も前述した義務犯論に至るのが一貫しているのであり、この「正犯なき共犯説」のように、直接の法益侵害行為を誰が行ったかを重視する見解は、そのような結論とは整合しないように思われる。

第二に、そのように考えると、身分者が補助的な関与しかしていない場合に当該身分犯の法定刑の範囲で処罰される者が誰もいなくなるという問題がある。身分者が、すでに犯行を決意している非身分者を唆し、法益侵害行為を行わせた場合、例えば、医師が、患者の秘密を漏示しようとしている妻に対して、カルテを保管してある金庫の鍵を預け、それによって、妻による漏示行為が可能となったという場合、身分者は補助として減輕され、他方非身分者も（少なくとも）身分の欠如から減輕されるという結論になってしまう。しかし、この場合は、事態を全体としてみれば結局身分犯の不法内容が身分者の関与の下に完全に実現されている。それにもかかわらず、立法者が当該身分犯について予定していた法定刑が適用される者は誰もいないというのは不当な結論であろう。⁽¹⁴⁾

以上のように、この「正犯なき共犯説」は、理論構成の面からも、具体的結論の点からも説得的とは言い難いように思われる。

第四節 共同正犯説

一 総説

これまで見てきたように、いわゆる「身分なき故意ある道具」の事例において、背後者を間接正犯、行為媒介者を補助とする通説にも、また背後者を教唆、行為媒介者を補助とする少数説にも、いずれも難があった。前者の中

で、身分犯の本質を身分者に課せられた一身の義務違反ととらえる見解は、一貫したものはあるが、その前提自体に疑問があった。他方、身分犯の処罰根拠を法益侵害・危険の防止に求めた上で、構成要件実現における身分者の行為の重要性を根拠とする見解には、そのように考えると、処罰根拠と直結する直接の結果惹起行為は非身分者が自律的に行っているのだから、背後者を間接正犯とできないのではないか、という問題点があった。他方、後者の「正犯なき共犯説」は、非身分者による自律的決定が存在している点を適切にとらえたものではあったが、その技巧的な構成は、結局現行法の共犯規定と調和しないのではないか、との疑問が払拭できなかった。しかし、構成要件の解釈として、身分者の下で結果が発生したといえる場合以外は両者を不可罰とするという見解は、不当な処罰の間隙を残すものであった。

そこで、以上のような点をふまえ、また、わが国の刑法六五条一項がドイツ刑法二八条一項のように教唆・幫助に限定せず、単に「身分のない者であっても共犯とする」と規定していることにも鑑みて、身分者、非身分者を共同正犯とする見解が有力に主張されている。

この見解の代表的主張者である西原博士は、身分なき故意ある道具の利用について、以下のように論じられる。まず博士は、「そもそも間接正犯が他人を利用しながら共犯ではなく正犯とされる理由は、被利用者に、行為動機に対する反対動機の形成が規範的に不可能だからであったはずである。(中略) 公務員の妻は単独で行えば処罰されないという以外、共犯における正犯と全く同様に、金品の授受が公務員との関係において刑法の禁止の対象であることを知っている者であり、法秩序の立場から、反対動機の形成を期待されたものである⁽¹⁸⁾」、として、背後者を間接正犯とする旧通説を批判される。そして、「共同正犯は必ずしも実行の分担を要求するものではなく、犯罪実現に重要な役割を演ずる者を含むものであると解するから、非身分者といえども身分者と共同し、かつ当該身分犯の実現に重要な役割を演じた場合には、共同正犯として処罰するのが相当である⁽¹⁹⁾と考える」として、身分者・非身

分者の両者を共同正犯とされるのである。この見解は、その後、六五条一項の共犯には共同正犯を含むとする見解が、わが国において再び多数説となることに歩を合わせて、有力な支持を得ている。⁽¹⁵⁾

結論からいえば、私もこの見解に基本的に賛成である。しかし、この見解の前提とする六五条一項の「共犯」に共同正犯を含むという解釈に対しては、有力な批判がある。⁽¹⁶⁾そこで、まずこの点に検討を加える必要がある。また、共同正犯説にもなお不明確な点が残っている。まず、①身分者がどのような行為をしたときに共同正犯となるのか、共同正犯説にも明らかでない。具体的には、単に結果と共犯の因果性ある行為を行えば常に共同正犯となるのか、それとも、更に限定された範囲の行為に限られるのか、が問題となる。また、②どのような性質の身分犯においてこのような構成が当てはまるのかも問題である。以下では、これらの点について、共同正犯説の理論的根拠をふまへながら、若干の検討を加え、本稿を閉じることとする。

二 六五条一項の「共犯」の範囲について

1 教唆・幫助限定説による多数説批判

前述したように、いわゆる「身分なき故意ある道具」の利用といわれている場合に、身分者・非身分者を共同正犯とする見解は、六五条一項の「共犯」に共同正犯が含まれ、非身分者であっても構成的身分犯の共同正犯となりうるということを前提としている。しかし、この前提自体を否定する見解も有力である。その理由としては、以下の三点があげられている。第一点は、①立法者の意思に反するということである。つまり現行刑法制定の際、貴族院において、政府原案では「共に犯す」とされていた同条の文言が、あえて「加功する」に変えられたのは、非身分者による身分犯の（少なくとも）実行共同正犯を否定する趣旨であった、また共謀共同正犯を認めることも、立法者の意思に反する、従って非身分者による身分犯の共同正犯を認めることは立法者の意思に反する⁽¹⁷⁾というのであ

る。第二点は、②非身分者の行為は、実行行為としての類型性を欠くので「共同実行」を觀念し得ない⁽¹⁵⁶⁾という点である。第三点は、第二の点の実質的理由付けであるともいえるが、③身分犯の正犯性は身分者に課せられた一身の義務違反により基礎づけられるが、非身分者にはこのような義務違反が欠けるので正犯とはなり得ない⁽¹⁵⁷⁾、という点である。

2 反論

しかし、前述したように⁽¹⁵⁸⁾、③のような身分犯の理解には問題があった。また、②については、共同正犯の成立に実行の分担を不可欠と考える見解に立つのであればともかく、判例・多数説のように⁽¹⁵⁹⁾、それを共同正犯にとつて不可欠の要件としなければ、このような批判はそもそも前提を欠く。また、仮に「共同実行」が必要であるとしても、西田教授が適切に指摘されるように⁽¹⁶⁰⁾、非身分者も、身分者の関与の下においては、場合によっては「共同実行」を行い得ると言うべきであろう。例えば、賄賂收受罪において、その保護法益である公務の公正及びそれに対する信頼(あるいは公務の不可買収性)は国民全体にとつての関心事であるのだから、その禁止規範は非公務員にも及んでおり、公務員との共働によって一旦その金品が「賄賂」としての意味を持つに至れば、それは誰に対しても「賄賂」であることに変わりはなく、非公務員がそれを受け取ることも「賄賂の收受」といい得るのである⁽¹⁶¹⁾。

このような理解に対しては、そのような客観的な結果のみに着目して考えると、贈賄者が(通常の)収賄の共犯よりも軽く処罰されていることの合理的な説明が付かないではないか、やはり、刑法は、(当該職務を担当する)公務員自身に特別な義務を課している、他の者はそれを欠くが故に本来「実行行為」は行えないという前提に立っているのではないか⁽¹⁶²⁾、という批判がありえよう。

しかし、このような批判に対しては反論が可能である。まず、このような不均衡は、ロッキード事件を契機とした一九八〇年改正によって、単純収賄罪の法定刑が三年以下の懲役から五年以下の懲役に改められたが、贈賄罪の

法定刑は（斡旋贈賄罪の廃止を除き）改正されなかったという特殊な事情に由来するものである点に注意する必要がある。それ以前は単純収賄罪と贈賄罪の法定刑の上限は同じだったので、このような不均衡は単純収賄罪については生じなかったのである。そして、同改正において、贈賄罪の法定刑の引き上げが行われなかったのは、公務員の綱紀肅正を贈賄者である一般国民にまで直接的に及ぼすことは必ずしも妥当でないことであつた。⁽¹⁵⁵⁾ そうだとすれば、一般国民が公務員の重大な違反行為に加功した場合、そのような法改正の効果は、公務員の重罰を介して、いわば間接的に一般国民に影響することは、必ずしも立法者意思に反しないというべきであろう。

もちろん、そのような経緯をふまえたとしても、現行法上、贈賄と収賄が区別され、かつ後者の法定刑が低いことは争えない事実である。また枉法収賄については八〇年改正以前から不均衡が生じうる状態ではあつた。現時点において、この点に合理的な説明を付けるのだとすると、それは、やはり、西田教授がいわれるように「官僚による統制力が強かつたわが国の伝統から見ても、一般的に、収賄者に対して贈賄者の側が弱者の立場にあることを考慮した⁽¹⁵⁶⁾こと、すなわち責任の類型的減少に求められる」というべきであろう。そして、このような説明は、贈賄者「側」の関与者には当てはまるが、収賄者「側」の関与者にはあてはまらない。そうすると、贈賄者側、つまり、自己の関与が公務員の行為と直接的な因果性を持たず、贈賄者を介して間接的な因果性を有しているにすぎない者は、贈賄共犯として処罰されるべきだとしても、収賄者側、つまり、公務員の行為との間に贈賄者を介さないで因果性を有する者は、収賄の共犯として処罰することが妥当なように思われる。⁽¹⁵⁷⁾ わが国の贈収賄罪と類似の規定を持つドイツにおいても、最近、贈賄によって運転免許に関して便宜を図ってもらうことを希望する者を贈賄者に紹介した者を、収賄の共犯ではなく、贈賄の共犯とした連邦裁判所の判例がある。⁽¹⁵⁸⁾ そこでは、「第一次的に」(in erster Linie) 利益供与者、贈賄者を助けようとしている者は、そのことによつて、同時に間接的に利益收受者、収賄者の行為を促進し、それを意図していたとしても、後者の幫助とはならないとされているが、基本的に妥当であるよ

うに思われる。⁽¹⁸⁾このように考えると、収賄罪の場合、通常認められている連鎖的共犯の可罰範囲が一定の範囲で修正されていることにはなる。しかし、それは、以上のような贈賄罪の趣旨から導かれるのであって、公務員の職務の対価として提供された金品が誰にとっても「賄賂」であり、それを誰が受け取っても（公務員との共犯関係によってそのような性質が維持されている限り）「收受」である、という解釈を変更するものではないのである。

以上のように、収賄罪においては、その対向犯的性格と、贈賄罪という減輕類型の存在故に若干の修正が必要となるが、それでもなお私見の基本部分は維持されている。まして、贈賄罪のような特別な減輕規定を欠く他の身分犯の大部分においては、客観的違法性の原則通り、「結果」は（被害者以外の）誰にとっても同一であり、その結果にいかなる形態で関与したかによって、共同正犯か狭義の共犯かが決まると考えるべきであると思われる。

以上のことに加え、条文の文理解釈としても、六五条一項は単に「共犯」としてあるだけであって、そしてわが国の刑法典においては、「第十一章 共犯」の下に共同正犯、教唆、幫助が並べて規定されているのだから、「共犯」の文言に共同正犯を含ませることも十分可能な解釈のように思われる。⁽¹⁹⁾

3 立法者意思を理由とする否定説について

そしてまた、①の立法者意思を論拠とした非身分者の共同正犯否定論にも賛成できない。まず第一に、その後の判例がずっと異なった解釈をとっているにもかかわらず、約一世紀前の立法者の意思に絶対的な地位を認めることは方法的にも疑問がある。⁽²⁰⁾「法はかような法を立案した者の意思から独立したより客観的な存在である。（中略）はじめ予想したような事案であっても、それをはじめ予想したような趣旨に解決することが妥当でないことが判明して来るようなこともありうる。（中略）そのような点から、立案者の主観的な意図が何であったかということは、単なる参考資料以上の意味をもつものではない」⁽²¹⁾からである。

第二に、仮に立法者意思に一定の拘束力を認めるとしても、この問題に関しては、「立法者意思」は実はそう明

らかではないという問題がある。松宮教授は、前述したように、六五条一項の文言が政府原案では「共二犯シタ」とされていたのが、「加功シタ」と改められたのが、非身分者による身分犯の実行共同正犯を否定する趣旨であり、また共謀共同正犯はその直前の議論において否定されたのだから、身分犯においては非身分者は共同正犯とはなり得ないというのが立法者意思であった、とされる。⁽¹⁷⁾

しかし、共謀共同正犯については、確かに単なる共謀者を共同正犯とするような考え方は、立法過程において最終的には否定されているが、そこに至るまでにはかなり激しい議論があったし、また共謀共同正犯否定論と理解されている多数意見の側も、犯罪の見張りは「実行」に当たる、⁽¹⁴⁾として、「実行」の概念を、それを行うこと自体が構成要件に該当する行為あるいは未遂を成立させるような行為といった限定的な意味では理解していないことに注意すべきである。つまり、その行為自体が構成要件に該当しなくても、犯罪の実現に客観的に重要な一定の行為を行っている者を「実行」共同正犯として処罰することは、立法者の意思に反するとはいえないのである。そして身分なき故意ある道具の利用といわれている場面においても、非身分者は、まさにそのような行為を行っているといえるように思われる。

さらに、六五条一項の立法者意思の理解についても、松宮教授のように言い切ることができるとか疑問がある。確かに、政府原案の趣旨は、共同正犯、教唆、幫助のいずれをも含むものであり、また政府委員の側では修正案を原案と異なる趣旨と理解していたようである。⁽¹⁵⁾しかし、修正案の側からは、「加功シタル」という文言が、実行共同正犯を排除する趣旨であると明示的に述べられてはおらず、単に身分がない者の行為は単独では罪とならないのだから、「共二犯ス」というのは「言葉が妥当ヲ缺キハセヌカ」というだけの、言葉のニュアンスの問題にすぎないと考えられていた節もある。⁽¹⁷⁾仮にこの修正案が身分者の実行共同正犯を排除する趣旨であったとしても、この修正案は、共謀共同正犯肯定論者であり、直前に共謀共同正犯を認めるべきと強く主張した三好退蔵が⁽¹⁸⁾

提出したものであることにも注意すべきであろう。つまり、彼の論理からすれば、仮にここで非身分者による身分犯の実行共同正犯を否定したとしても、非身分者を身分犯の共謀共同正犯とする余地があり得たのである。⁽¹⁷⁹⁾ 以上のように、仮に立法者の意思に拘束力を認めるとしても、その「意思」自体、ここでは必ずしも明らかではなく、六五条一項の「共犯」から共同正犯を排除する決定的な論拠とはなり得ないように思われる。

4 「身分なき故意ある道具事例」における非身分者の罪責について

以上のように、非身分者も（構成的）身分犯の共同正犯になる余地があると解すべきである。そして、別稿でも述べたように、私は共同正犯を広義の共犯の中で「構成要件該当事実の実現に重要な役割を果たした者」であると考え⁽¹⁸⁰⁾るが、「身分なき故意ある道具」といわれている場合の非身分者は、法益侵害（あるいはその危険）と直接結びついている構成要件該当行為を自らの手で直接行っているのであるから、前述したような「実行」概念を基礎に置けば、「実行」それ自体を行っており、「重要な役割」を果たしているといえよう。⁽¹⁸¹⁾

ただし、この場合に非身分者を共同正犯とすることは、通常の共犯理論から当然に導かれるわけではない。なぜなら、この場合は、身分犯について、身分なき者の身分の欠如を補うという趣旨で、共同正犯規定を処罰拡張事由として用いているのであるが、共同正犯は共犯の一種であり、そして私見からは、共犯の成立には通常であれば（少なくとも部分的には）⁽¹⁸²⁾正犯行為を介した結果との因果性が必要であるところ、⁽¹⁸³⁾この場合には、非身分者の行為は他の者の行為を一切介することなく結果を実現しているからである。この意味では、六五条一項は、身分犯の共同正犯についての特別の規定としての性格をも有しているように思われる。⁽¹⁸⁴⁾

三 背後者の共同正犯の成否

1 総説

さて、以上のように、六五条一項の「共犯」に共同正犯が含まれ、「身分なき故意ある道具」といわれている事例においては、身分者、非身分者を共同正犯とするのが妥当な結論であるということが確認された。では、もう一方の主体である身分者の共同正犯性はいかなる観点から基礎づけられるのであろうか。まずはその理論的根拠を解明した上、射程範囲について検討を加えてゆくこととする。

2 身分者の共同正犯性について

(一) 理論的根拠

前述したように、私は、共同正犯を広義の共犯の中で「構成要件該当事実の実現に重要な役割を果たした者」と考える。そして、ここで、背後の身分者が共同正犯となる論拠は、以下の点に求められる。

身分の存在が不法内容を基礎付け、あるいはそれを可罰的なまでに高める、いわゆる違法身分⁽¹⁸⁾においては、身分犯の不法内容は、身分者が存在することによって始めて実現可能となる。「身分なき故意ある道具」の事例においては、直接行為者のみでは身分犯の不法内容はおよそ実現できず、身分者の存在が不法構成要件実現のキーとなり、いわば当該構成要件の不法の基盤を提供しているといえる。背後の身分者には、このような意味での重要な役割が認められ、共同正犯となると考えられる。前述した、ヴェルツェルの「社会的行為支配」やガラスの「事象全体に対する支配」の観念は、この意味で妥当である⁽¹⁹⁾。

(二) 帰結

以上のような共同正犯説の論拠から、いくつかの帰結が導かれる。まず、身分者の共同正犯性の根拠が、行為媒介者に欠けている身分犯の不法内容の実現可能性を埋める点にある以上、身分者の存在は、非身分者との共働の場

面においては、それ自体が重要なものであり、従って、それ以上に、例えば非身分者を犯行に誘致したとか、事実上非身分者に対して強い影響力を及ぼしていったような付加的要件は不要である。身分者の行為と結果との間に正犯・共犯に共通の因果性ないし客観的帰属の關係が存在すれば足りる。従って、非身分者の側から犯行計画が出され、身分者の承諾に基づいて、非身分者による実行がなされた場合、いかえれば身分者が「外形上は幫助的な」関与をした場合でも、彼は共同正犯となる。逆に、行為媒介者にも身分がある場合(身分犯への身分者の関与)には、行為媒介者は完全に構成要件を充足しているのであり、「身分なき故意ある道具」の場合とは異なり、背後者は身分があるというだけでは、「重要な役割」を果たしているとはいえない。それ故、彼は通常の犯罪において共謀共同正犯とされるような重要な役割の分担がない限りは、狭義の共犯にとどまる。

(三) 射 程

(1) 射程に入る身分

ここまでの議論においては、主として、構成的違法身分が念頭に置かれてきた。では、それ以外の身分においては、どの範囲までこの議論が妥当するのであろうか。最後にこの点に若干の検討を加える。

まず、身分の存在が付加的な法益侵害性を基礎づける加減的違法身分に検討を加える。⁽¹⁹⁾ 例えば、特別公務員暴行罪において、警察官が、捜査中に私人を唆して、被疑者に暴行を加えさせた場合である。⁽²⁰⁾ このような場合には、警察官という身分の存在によって、当該公務の公正に対する国民の信頼という付加的法益侵害が始めて実現可能になったといえる。つまり、この場合の警察官の罪責は、ちょうど複数の法益侵害行為が一個の構成要件で処罰されている場合に、その一部を直接実現した者の罪責(例えば、強盗罪における占有侵害行為の分担)とパラレルに考えることができる。それ故、彼は一九五条の実現において重要な役割を果たしている者として、一九五条の共同正犯と⁽²¹⁾ なる⁽²²⁾と⁽²³⁾考えられる。

なお、こうした場合の私人の罪責を、公務員の下で実現されている結果にも関与した点を評価して一九五条（の共犯）とすべきか、それとも、六五条二項を適用して単純暴行罪にとどめるべきかについては、周知のように争いがある。この点の検討は、本稿の射程を越えるので他日を期したい。⁽¹⁹⁵⁾

（2） 射程からはずれる身分

他方、例えば犯人隠避罪、証拠湮滅罪における非犯人性や、常習賭博罪における常習者といった⁽¹⁹⁶⁾「責任身分」の場合は、違法身分の場合とは異なる解釈が妥当する。まず、そうした身分の存在が、構成要件的不法内容を基礎づけたり高めたりするわけではないから（例えば、犯人でない者が背後にいるから証拠の隠滅による刑事司法への妨害が生じたり、その程度が高くなったりするわけではない）、身分者が非身分者に対して働きかけたとしても、身分者は当然には共同正犯とはならない（例えば、犯人でない者が犯人に対して証拠を壊すように唆しても、背後者は当然には証拠湮滅罪の共同正犯とはならない）。狭義の共犯の成立は問題となるが、共犯の成立には、少なくとも正犯の構成要件に該当する行為を必要とする最小限度従属形式を維持すべきである以上、その点が満たされていない関与行為は不可罰となる。以下、構成的責任身分の場合と加減的責任身分の場合、それぞれについて具体的に見てゆこう。

まず、常習賭博罪のような加減的身分の場合には、背後者は少なくとも基本犯の共犯となることには問題がない。さらに、六五条二項が、「身分なき共犯」とではなく、「身分なき者」とあえて規定していることが、共犯の最小限度従属性をこの限度で例外的に緩和する趣旨であると解することが許されるならば、判例のように身分者を身分犯の共犯とすることも（例えば、単純賭博罪の正犯に対する常習賭博罪の幫助⁽¹⁹⁷⁾）可能であろう。⁽¹⁹⁸⁾

これに対し、（多くは消極的な形で規定されている）構成的な責任身分の場合（あるいは「その者に対しては法益が保護されていない」が故に不可罰となると説明されている場合⁽¹⁹⁹⁾）においては、基本犯が処罰されていないために、共犯の成立に問題が生じる。これらの構成要件を、処罰の対象となる者（消極的身分を有しない者）が、構成要件の主体か

ら除かれている者を通じて実現した場合、少なくとも背後者の行為が単なる働きかけにとどまる事案に関しては、ともに不可罰とすべきであろう。こうした場合には、刑法が当該構成要件において予定している禁圧すべき事態が客観的に発生していないのだから、教唆・幫助といった副次的・第二次的な関与に対して処罰を追及するだけの積極的な理由がなく(共犯の最小限度従属性)、背後者は狭義の共犯とはならないと解すべきだからである。例えば、犯人に対する単なる証拠湮滅の唆しは不可罰とすべきである。⁽²⁰⁾

他方、背後者の関与が(通常の犯罪であれば共謀共同正犯を基礎づける程度に)強度のものであった場合には、——共同正犯にはこのような意味での従属性が存在しない以上——共同正犯とすることも、論理的に不可能ではないかもしれない。⁽²⁰⁾しかし、片面的共同正犯を否定する通説的立場からは、このような不可罰な行為に対する単独での共同正犯の成立は当然否定されるであろう。また、片面的共同正犯を肯定する少数説も、これまで被加功者の行為が、その者自身にとっても禁止の対象となっている行為であることは必要としてきた。そうだとすると、従来の議論を前提とする限り、このような場合にも両者ともに不可罰とすべきということになる。そして、共同正犯が、あくまで違法な行為の「共同」に基づいて、単独正犯よりも正犯性を拡張する制度である点に鑑みると、このような結論が正当であるように思われる。学説の中には、共同正犯を「違法な行為の相互帰属」という観点で説明する見解もあり、⁽²⁰⁾そのような見解は、この結論を理論的にもっとも整合的に説明することができる。しかし、こうした見解の当否については、なお、更なる理論的検討を要するので、本稿では結論を留保しておきたい。

第四章 おわりに

本稿の主張をまとめると、以下のようなになる。目的犯については、①—1目的が法益侵害の客観的危険性とその

認識に還元できる場合には、背後者に目的が存在していることを行為媒介者が認識していなければ、行為媒介者は故意を欠き、背後者は（間接）正犯となる。これは目的が加重要素の場合も同じである。①―②認識している場合には、そもそも目的自体も存在し、背後者は（間接）正犯とはならない。（共同正犯を含む広義の）共犯成立の余地があるだけである。②目的が、予防の必要性・非難可能性等の観点から要求されている、法益侵害の客観的危険性とその単なる認識を越えるものの場合には、行為媒介者にそれが欠けても、背後者は目的犯についての正犯とはならない。そしてそのような場合でも、背後者に共犯は成立するというべきである。

身分犯については、①行為媒介者が錯誤・強制下になく行為している限り、背後者の正犯性は原則として否定される。②ただし、物理的には一見背後者に見える者が、構成要件の解釈の結果として直接行為者とされる場合、あるいは、身分者が、同時に、結果についての保証人であり、非身分者の行為後にもさらに法益保護義務が課せられており、その違反行為がある場合には、身分者は不作為による正犯、そこに関与した非身分者は共犯（共同正犯を含む）となると解する余地がある。③そのような構成が不可能な場合は、背後者が構成要件の結果の実現に重要な役割を果たしているといえる場合には背後者（身分者）と行為媒介者（非身分者）は共同正犯となる。非身分者には六五一条一項が適用される。「重要な役割」か否かは、身分の性質によって決まり、いわゆる違法身分の場合にはそのように言える。

ここまで見てきたように、わが国及びドイツの従来の多数説が、身分犯・目的犯において認めてきた間接正犯についての特殊ルールにはいずれも十分な根拠がなかった。そして、ここまでの検討によって、何もそのようなルールを用いなくとも、私見の通常の犯罪における単独犯の成立範囲に関する理論と共犯理論を適用すれば、こうした事例において妥当な結論が得られることが明らかになったように思われる。わが国の判例の中に、そうした特殊ルールを採用したものが存在しないのも、このような特殊ルールが必ずしも必要でないことを物語っているように思

われる。要するに、「故意ある道具の理論」は、間接正犯理論、共犯理論の一適用場面であるにすぎず、そのような独自の「理論」は存在する必要性も正当性もないのである。

(105) 例えば、植田・基本問題八四頁、中・間接正犯一六三頁、中山・総論四七六頁、内田・総論二七六頁、斎藤信治「極端従属形式は捨てられるべきか」新報九一巻八〇九頁一〇合併号八八頁（一九八五年）、野村・総論四〇八頁、浅田他・総論（斉藤豊治）三一頁、山中敬一「共犯における可罰的不法従属性に関する若干の考察」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷』（一九九七年・成文堂）三一〇頁。身分者を教唆、非身分者を不可罰とされるのは、大越義久「共犯論再考」（一九九〇年・成文堂）一七頁（園田寿「中共犯論についての覚え書き」『中義勝先生古稀祝賀論文集・刑法理論の探究』（一九九二年・成文堂）三一頁も同旨。シュトラーターテンベルトも、かつて、このような場合の身分者は「正犯と教唆の混合的な形態であり、教唆であるかのように処罰される」(Stratenwerth, AT, 1. Aufl., Rn854)としていたが、正犯でも教唆でもない者を教唆であるかのように処罰するというのは、罪刑法定主義違反の類推解釈であるという批判を受けて、前述した注(48)の見解に改説した。

(106) 植田・基本問題一六頁。

(107) 植田・基本問題一〇七頁。

(108) 中・間接正犯一七一頁。中博士は前掲論文注(31)において、一旦は義務犯論に（一定の留保を付して）賛同されたが、その後またこの見解に回帰された（中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年・有斐閣）二三五頁）。

(109) 中・間接正犯六七―六八頁。

(110) 山中・前掲論文注(105) 三二二頁。

(111) 大塚・研究一八七頁。

(112) 例えば、平野・総論II三六一頁。

(113) 平成七年以降は、二四四条三項であるが、その内容に変更はない。

(114) 注(102)も参照。

(115) 佐伯千仞『共犯理論の源流』（一九八七年・成文堂、初出一九三四年）六九頁（以下、佐伯・源流、として引用する）。

(116) 有責性が不要であることは、二五七条二項が根拠とされている。（佐伯・源流一九三頁）。

(117) 佐伯・源流一九四―一九五頁。

(118) わが国の学説の現状を的確にまとめた、最近の文献として、松原芳博「親族相盗例」西田典之他編『刑法の争点』（二〇〇〇年・有斐閣）一六六頁。

(119) 林幹人「適法行為を利用する違法行為」『刑法の現代的課題』（一九九一年・有斐閣）一一八頁。林教授は、さらに、佐伯博士の論理からはちり紙教唆を盗むことを教唆したような場合まで処罰されかねない、と批判される。しかし、このような場合は、正犯行為の違法性は極めて低く、また、共犯者自身から見た行為の違法性も極めて低いので、佐伯博士の論理からも、「共犯行為と正犯行為を合しても、なお共犯行為に可罰的違法性が認められない」として、不可罰とすることが可能のように思われる。

(120) 佐伯・源流一一六頁。

(121) 佐伯・源流一一五頁。

(122) 中・間接正犯四六頁。

(123) 内田・総論二九一頁。

(124) 園田・前掲論文注（105）三二一頁参照。さらに、同「間接正犯と教唆犯」現刑二号三七頁（一九九九年）は、「背後者の間接正犯性を否定する学説でも（中略）、非身分者を従犯とすべきであるとの見解もあるが、これは刑法六二条の文理に反するであろう」とされる（ただし、この論文においては、取賄罪を念頭に置かれて、背後の公務員を直接正犯とする解釈を示唆されている）。

(125) この点については、中博士は、公務員の懇願によりその意を入れた非公務員（B）が賄賂を要求するように業者宅を訪れようとしているのを知ったCがBに旅費を与えるなどした場合Cは帮助なのだから、より重要な役割を果たしているBが不可罰であるというのはおかしい、と反論される（中義勝「違法の連帯性と要素従属性」『刑法上の諸問題』（一九九一年・関西大学出版会）四七九頁）。実質論は全く正当であるが、帮助の成立には正犯の存在論的意味の実行行為が必要でないことの理論的根拠はなお示されていないように思われる。

(126) 大越・前掲書注（105）一七頁、森井暉「間接正犯」『中義勝先生古稀祝賀論文集』（一九九二年・成文堂）三〇〇頁。なお、古くは、小野慶二判事も、非身分者を無罪とすべきとされていた（小野慶二「共犯と身分」日本刑法学会編『刑事法講座三卷』（一九五二年・有斐閣）四九六頁）。

(127) 大越義久『刑法総論（第三版）』（二〇〇一年・有斐閣）一七四頁。

(128) 植田説と中説の関係については、評価が分かれている。両者の理論構成の異質性を強調されるのは園田・前掲論文注（105）三一〇頁、逆に同質性を説かれるのは、山中・前掲論文注（105）三二四頁。

(129) 植田・基本問題九一頁。同旨、齋藤・前掲論文注（105）九一頁。このことから、背後の身分者は、従犯に対する教唆（六二条二項）として刑が減輕されるのではなく、六一条一項という通常の教唆となるという結論が導かれる。なお、宮本英脩『刑法大綱』（一九三五年・弘文堂）五五頁も参照。

(130) 植田・基本問題九〇頁、齋藤・前掲論文注（105）九二頁。

(131) Vgl. Klaus Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 192ff.

(132) 植田・諸問題一九六頁。

(133) 大塚・研究一八八頁はこのような立場からの批判である。

- (134) わが国の判例も幫助の幫助についてそのように解している。例えば、大判大一四・二・一〇刑集四卷七三頁、最判昭四四・七一七刑集二三卷八号一〇六一頁。さらに間接教唆に対する幫助に關し、大判昭一二・三・一〇刑集一六卷二九九頁參照。反対説として例えば、小野・総論二一三頁。
- (135) さらに、山中教授は、植田博士のような実行概念の相対化という方法によって連鎖的共犯の可罰性を基礎づけるときは、(相対化された結果、正犯行為とされる) 共犯行為の時点で、実行従属性の要請が満たされ、処罰されることになってしまふと批判される(山中・前掲論文注(105)三二一頁)。しかし、山中教授自身も認められるように(同・三二四頁參照)、この点は実行の着手時期を結果発生時の切迫した危険の発生時に求める(あるいは、結果発生時の切迫した危険が生じたら、当初の行為を遡って実行の着手行為と見る) ことによって回避することも可能なように思われる。
- (136) 山中・前掲論文注(105)三二三頁。
- (137) 山中・前掲論文注(105)三二二頁、さらに、同・総論II七七七―七七七八頁も參照。
- (138) 山中・前掲論文注(105)三二二頁。
- (139) 山中・前掲論文注(105)三二〇頁は、義務犯の概念を認めることも可能性としては否定できない、とされつつも、規範的障害説の論理を一貫させ「正犯なき共犯」を肯定する道を選ぶ、とされている。
- (140) 以下の批判は、身分者を間接正犯とし、非身分者を幫助とする従来の通説にも一応当てはまる。ただし、従来の通説は、身分者の義務違反性を重視していたから、身分者による完全な構成要件実現がある場合(後述する事例①)とそうでない場合で評価に差が生じても致命的な欠陥とまではいえないように思える。そこで、以下の批判は、従来の通説の検討の場面においてではなく、この場面で論じることとした。
- (141) もっとも身分犯においては、非身分者は幫助にしかなり得ないという見解もないではない。Edmund Mejer, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 452; 野村・総論四二八頁。これらの見解に従えば、後述する非身分者が身分者を唆した場合との不均衡という問題点はなくなく。しかし、このような見解は、六五条一項の明文に反するように思われるし、また、身分者が幫助的な役割をか果たしていない場合には、身分者も、教唆的役割を果たした非身分者も、ともに幫助となり、立法者が予定した不法内容が結果的に見れば完全に実現され、しかも責任を減輕する事情もないにもかかわらず当該身分犯の法定刑の範囲で処罰される者は誰もいなくなってしまうという問題点がある。
- (142) 例えば、佐伯・源流一六九頁、植田・総論二七七頁、中・総論二六二頁、中山・総論四八九頁。
- (143) この点については松宮・連帯八六頁が詳しい。ただし、松宮教授はこの「正犯なき共犯説」には必ずしも賛成されてはいない。松宮・前掲論文注(71)一五六頁。
- (144) なお、改正刑法草案三二条一項は、非身分者に任意的減輕を認めている。しかし、これは、ドイツ刑法二八条一項とは異なり必要的減輕ではないことに注意しなければならない。この規定は、六五条一項の身分には違法身分の他に構成的責任身分も含まれるという前提に立った上で、責任身分の場合にのみ減輕規定を適用する見解に従っていると解釈する余地もある(平野・総論II三七五頁)。
- (145) 佐伯・源流一六九頁は酌量減輕の規定の活用を主張される。しかし、この規定は、犯罪の具体的状況に照らして、法定刑または処断刑の最

下限を適用してもなお重すぎる場合に始めて適用されると解されているし、そもそもその適用は裁量的なものであり、減輕に有利な事情があつても、他に不利な事情があれば適用されないこともあるとされているのだから（団藤重光編『注釈刑法（二）のII総則3』（一九六九年・有斐閣）八五二頁（所一彦）参照）、単に身分がないことの一事をもつて適用できるとすることは疑問がある。

(146) つまり、加減的身分犯については基本犯（非身分犯）の刑が科され、構成的身分犯については、減輕された身分犯の刑が科されるというのでは、結局、アンバランスは解消されないのではないか、ということである。構成的身分犯への非身分者の関与についての減輕規定を有しているドイツにおいてすら、この点を理由に、同条への立法論的疑問が提起されていることは無視できないように思われる。z.B. Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW80 (1968), S. 36; Günther Jakobs, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besondere persönliche Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3StGB, NJW1969, S. 492; SK (Samson) § 28Rn6. 20.027, 西田・身分一六二頁以下も参照。
 (147) ドイツの判例 (BGHS26, 53) ・多数説 (z.B. Jakobs, AT, S. 689; Schönke/Schröder (Cramer/Heine) § 28Rn25) は、身分の点を捨象してもなお幫助となるような関与行為については、二重の減輕を認め、正犯的に関与しているが、身分の欠如のために幫助となるにすぎない者については、一度しか減輕しない（さもないと非身分者であることの二重評価になつてしまい、ドイツ刑法五〇条に反する）ことで、この問題を点を解消しようとしている。

(148) ドイツ刑法四九条及び五〇条。

(149) Vgl. Stein, aa.O. (Ann. 11), S. 253.

(150) 西原・総論三二二頁。

(151) 西原・総論三五八頁。もつとも同・三六〇頁は、「共同正犯の成立が認められない場合には、身分者を教唆犯、非身分者を従犯として処罰すべき」とされているが、いかなる場合がこれに当たるとは必ずしも明らかでない（なお、同『演習刑法』（一九八三年・有斐閣）一五二頁は「教唆犯の成立を認めることは無理とみてよい」とされる）。

(152) わが国の判例は、かつては、身分なき者が身分犯の教唆になるのは共犯從属性から当然のことであり、六五条一項は、身分なき者にも共同正犯を認めるための特別の規定であるとしていたが（大判明四四・一〇・九刑録一七輯一六五二頁、幫助については明言していないがおそらく同様であろう）、その後、教唆・幫助についても六五条一項の適用があるに至つた（大判大四・三・二刑録二二卷一九四号）。いずれにせよ身分なき者も共同正犯になりうるということが認められていたのである。そして、古くは、判例を支持し、六五条一項の共犯には共同正犯も含まれるという見解が多数説であった（例えば、大場・総論下一〇八四—一〇八五頁、宮本・総論二〇六頁、泉二・総論六四七—六四八頁、牧野英一『日本刑法総論下』（一九五七年・有斐閣）七四二頁、しかし、その後、身分犯の義務犯的理解や、形式的な「実行」概念に基づいて、非身分者は、身分犯の実行行為をなさないのだから、共同正犯とはならない、とする見解が一旦有力になつた（例えば、小野・総論二二五頁、木村亀二『犯罪論の新構造（下）』（一九六八年・有斐閣）三七八頁、団藤・総論四二〇頁、福田・総論二八五頁、大塚・総論三二六頁、中・総論二六一頁）。しかし、近時では、共謀共同正犯肯定説の通説化と身分犯の処罰根拠を法益侵害とその危険の防止に求める見解の有力化を背景に、肯定説が再び有力となつている（例えば、西原・総論三五八頁、平野・総論二二六頁、西田・身分一九〇頁、前田・総論四〇六頁、川端・総

論五七七頁、大谷・総論四六九頁、林・総論四四〇頁、山口・総論二八四頁、佐久間・総論四〇四頁、高橋則夫「共犯と身分」阿部純二他編『刑法基本講座四巻』(一九九二年・法学書院)一七四頁、井田良「共犯と身分」現刑四一〇頁(二〇〇二年)、島田・前掲書注(53)二六七頁。

(153) 例えば、西田典之「間接正犯論の周辺」LS四八号三六頁(一九八二年)、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(一九九六年・有斐閣)三四一頁、前田・総論四〇八頁、林・総論四二二頁、山口・総論六九頁、佐久間・総論四〇四頁(ただし、同七五頁は、身分者は間接正犯、道具については、「主体の不能」によりせいぜい従犯として処罰すべきとされる。身分者の関与の仕方により結論が異なるという趣旨であろう)。

(154) また、共謀共同正犯否定論の立場から、「実行行為」を行っていない身分者を共同正犯とすることへの批判(例えば、浅田他・総論三一頁(斎藤豊治))もなされている。共謀共同正犯に関する私見は、さしあたり、島田・前掲書注(53)九三頁以下参照。

(155) 最近では松宮教授がこの点を強調される、例えば、松宮・連帯八六頁。

(156) 小野・総論二一五頁、団藤・総論四二〇頁、福田・総論二八五頁、中・総論二六一頁、大塚・総論三一六頁等。もともと、これらの論者の内、中博士以外は、加減的身分犯への非身分者の加功の場合には、共犯の成立について六五条一項が、共犯の科刑について二項が適用されるという前提に立ち、かつ、その場合には、非身分者であっても加減的身分犯の共同正犯にはなりうるとされている。例えば、警察官が職務の執行に際し、私人と共に、被疑者に暴行を加えた場合、私人には特別公務員暴行罪の共同正犯が成立し、刑だけは単純暴行罪のそれということになる。しかし、身分犯の「実行」を非身分者は行い得ないというのであれば、加減的身分の場合も同じではないか、との疑問がある(例えば、平野龍一「刑法の基礎・共犯論III」法セ一四二号三一頁(一九七四年)、山中敬一「共同正犯の諸問題」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開・総論II』(一九九〇年・日本評論社)一九九頁、斎藤・総論一九〇頁。もともと、このように言くと、この見解からは——この見解が「不真正身分」という語を用いていることからわかるように——加減的身分犯は、本来の意味での身分犯ではなく、単に基本犯と法定刑に軽重があるにすぎない場合であるから、「本来の身分犯(真正身分犯)」との間で扱いが異なってもよいのだ、と反論されるであろう。確かに、このような構成的身分犯のみを本来の身分犯と見る考え方は、現在の身分犯論に多大な影響を与えているナイグラーも採用していたところであり(Naigler, a.o. (Ann. 16), S. 21)、『歴史的に見れば、不自然な考え方ではないのかもしれない。しかし、この見解は、一般論としてはむしろ「六五条の統一的な理解」(例えば、大塚・総論三二二頁)を旨指して、加減的身分犯にも六五条一項を適用しているのだから、それにも関わらず、正犯性の場面においては、突如として両者を異質なものと見るのは一貫しないように思われる。

(157) 木村・前掲書注(18)三八一頁、阿部・前掲評釈注(18)四四頁、小田・前掲論文注(18)一〇一頁、松宮・連帯八四頁も同旨か。

(158) 詳しくは、第三章第二節(島田聡一郎「いわゆる故意ある道具の理論について」(二)立教法学六〇号六七頁以下(二〇〇二年))参照。

(159) 私もこの見解に従う。島田・前掲書注(53)九三頁以下参照。

(160) 西田・身分一八四頁。すでに、佐伯博士も共謀共同正犯否定論を前提とされながらも、非身分者が身分犯の実行行為を分担できる場合には共同正犯となりうるとされていた(佐伯・総論二六七頁)。

(161) 「收受」が金品の物理的移転によって認められると考えることを前提としている。なお、注(82)も参照。

(162) 西田・身分一八四頁参照。

(163) なお、肯定説の理由付けとして、強姦罪において、男性と女性が共同して被害女性に暴行、脅迫を行い、男性による姦淫が行われた場合にその女性が共同正犯とならないのは不当である、という点が多岐にわたる（西田・身分一八四頁、前田・総論四四八頁）。周知のようにわが国の判例（最判昭四〇・三・三〇刑集一九卷二号二二五頁）も、右のような場合について、強姦罪を男性による身分犯であるとした上で六五条一項を適用して、女性を共同正犯とした。しかし、同罪は明文で主体が限定されているわけではなく（二七七条のどこにも「男性が」とは書いていない）、女性が一人では構成要件該当事実を実現できないのは、例えば文盲の人が一人では文書偽造罪を事実上犯せないのと同じことであるから、身分犯を義務犯的に理解するか否かに関わらず、同罪は非身分犯であると考えざるべきであろう（山口・総論二八〇頁、島田・前掲書注（53）二七二頁）。この点については泉健子「共犯と身分（一）」松尾浩也他編『刑法判例百選（第四版）』（一九九七年・有斐閣）一八五頁及びそこに掲げられた文献も参照。近時の判例も、主体が限定されていないこのような「疑似身分犯」（平野・総論二二七頁）あるいは「表見的身分犯」（泉健子「表見的身分犯小稿」鹿法二五卷・二号一〇七頁以下）については、六五条一項を適用せず共犯の成立を認める傾向にあるように思われる（例えば、最判平六・七・二〇刑集四八卷五号二〇一頁（旧証券取引法の現実取引による相場操縦罪）、最判平一一・一一・二七刑集五四卷九号八七四頁（旧政治資金規正法の収支報告書虚偽記入罪））。

(164) 松宮・連帯七五―七六頁参照。

(165) 宇津路英雄「贈収賄罪の法定刑の引き上げ」ジュリ七二号七八頁（一九八〇年）。

(166) 西田典之『刑法各論（第二版）』（二〇〇二年・弘文堂）四九六頁。山口厚『問題探究刑法各論』（一九九九年・有斐閣）三二五頁、同「共犯と身分」司研論集一〇三号六四頁（一九九九年）も同旨か。

(167) 山口・前掲論文六四頁、山中敬一「刑事法学の動き」法時七二卷一〇号九三頁（二〇〇〇年）。なお、永野義一「贈収賄の理論と捜査」（一九九六年・警察時報社）二二―一頁は、①贈・収賄正犯者のいづれに加担する認識意欲を持っていたか、その意思如何、②その贈収賄に関与した外部的行為、③正犯との意思連絡の有無、④贈収賄本犯との親疎関係等の諸事情を総合判断して、いづれに対する関与かを決すべきとされる（丸数字は筆者）。②から④までは、因果性を認定するための間接事実と理解することができ、これらの点には私も賛成である。これに対し、①の内容は必ずしも明らかではない。もし、これが②以下の事情の認識であるとすれば、それは共犯の故意として意味を持つ。しかし、そうではなく、外部的な事情から離れた主観を意味するのだとすれば、それは妥当でないように思われる（島田・前掲書注（53）二二三頁参照）。

(168) BGHS37, 207.

(169) もともとドイツにおいては、収賄者側の関与者も収賄の共犯ではあるが贈賄の刑で処断される（LK §334Rn8 (Hans-Heinrich Jeschek) ; Schönke/Schröder § 334 Rn12 (ただし、九七年改正をふまえ、収賄の共犯として二八条一項を適用した場合の方が、刑が軽くなる場合にはそちらを適用する) という見解も有力である（もともと前述したBGHの判例は、本件ではこの点一般について判断する必要はないとしている）。その根拠としては、「第三者の態度は、利益供与者による義務違反行為を行うようにと決意させることの試みよりも厳しく評価されてはならぬ」という点が指摘されている（LK, a.a.O.）（すべに、佐伯・源流一六九頁も参照）。わが国でも、松宮・総論二八〇頁、豊田兼彦

「必要的共犯についての一考察(四・完)」立命二六六号八四三頁(一九九九年)が、同様の理由から、こうした関与者を贈賄罪で処罰すべきとされている(なお、豊田・同所のドイツ判例の理解には疑問がある)。しかし、こうした見解は、なぜ、通常の身分犯においては、非身分者の行為に減軽類型が設けられていないのに、贈賄罪にのみ特別な規定が設けられているかについての実質的根拠を明らかにしておらず、そのため、減軽処罰の実質的理由が当てはまらない場合にまで、法定刑の均衡論を押し及ぼそうとしている点に問題があるように思われる。

(170) もっとも、非身分者による身分犯の共同正犯肯定論の多くが、非身分者による身分犯の間接正犯を肯定すること(例えば、藤木・総論二八一頁、西田・前掲論文注(74)二七五頁、前田・総論四四八頁。すでに泉二・総論六六四頁は、六五条一項により非身分者も身分犯の間接正犯となるとしていた)には疑問がある。わが国には間接正犯について、ドイツ刑法のような特別の条文はないから、間接正犯は単独犯の一種であり、適用条文は各則の条文だけである。そうすると、その条文が、明文で身分を要求している場合には、罪刑法定主義の観点から、身分のない者にはその条文を適用できないと思われるからである(松宮・レヴィジョン一二二頁参照)。

この点についての、肯定説の論拠はおおむね以下のようなものである。①非身分者であっても、身分者を通じることによって、身分犯の法益を侵害できる。②男性を強制して強姦罪を行わせた時に、背後者が男性か女性かで、その罪責が変わるのは不当である。③非身分犯の間接正犯の場合であっても、「実行行為」自体は、行為媒介者が行っており、それが背後者に帰属される。身分犯の場合も同様に、行為媒介者の身分が背後者に帰属されると考えればよい(西田・前掲、Vgl. August Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, Festgabe der RG, S. 311.)。しかし、いずれにも反論が可能である。①については、広義の共犯の処罰根拠も法益侵害の惹起にあるが、そうであるならば、法益侵害が可能ということは、およそ処罰されることについての根拠とはなり得ても、いかなる関与類型で処罰されるかについての根拠とはなり得ない。②については注(163)で述べたように強姦罪は身分犯ではない。③については、別書において詳論したように、そのような間接正犯の構成自体が、間接正犯を直接正犯とは異なる存在と理解するものであり、わが国の共犯規定と調和しない(島田・前掲書注(53)一二五頁)。

なお、一部の学説によって、身分なき者による身分犯の間接正犯を認めた判例であると理解されている(例えば、平野龍一『犯罪論の諸問題(下)』(一九八二年・有斐閣)四〇三頁、西田・前掲、作成権限なき公務員に公文書無形偽造の間接正犯を認めた、大判昭一一・二・一四刑集一五卷二二三頁、最判昭三二・一〇・四刑集一巻二四六四頁は、一五六条を、「権限ある公務員」による身分犯ではなく、「公務員」による身分犯であると解した上で、「職務に關し」という点を行為の性質であると考えたものとも理解することができる(例えば、西原春夫「虚偽公文書作成罪の間接正犯」『刑法の基本判例(第二版)』(一九七三年・有斐閣)二二四頁、町野朔「犯罪各論の現在」(一九九六年・有斐閣)三五一頁)。そのように考えれば、これらの判例は、身分犯について非身分者の間接正犯を認めた判例ではないことになる。そして、そのように考える方が、私人による虚偽公文書作成罪の間接正犯を否定した最判昭二七・二・二〇刑集六卷二二号一三八七頁とも整合する。また、前掲大判を身分犯において非身分者の間接正犯を認めたと理解した高裁判例を破棄して、(その点については)罪責を問われたい、とした最高裁判例が存在する(最大判昭二六・一・一七刑集五卷一頁)のも、このような判例理解が正当であることの裏付けとなりうるであろう。

このような考え方に対しては、権限ある公務員以外も無形偽造の主体になりうるとすると、行為者の権限の有無によって有形偽造と無形偽造とを区別できなくなり不当である、との批判がある(平野・前掲)。しかし、両者はそのような一つの基準で「区別」できないように思われる。

ある文書が、有形偽造文書であると同時に無形偽造（内容虚偽）文書でもある、ということがあり得るからである。そして、有形偽造の成否は、無形偽造の成否とは別個に、結果的にできあがった文書が名義人の意思表示の証拠として取り扱われるか否かによって決すればよいのである（この点について、詳しくは、島田聡一郎「代理・代表名義の冒用、資格の冒用」現刑三五号五一頁（二〇〇二年）参照。

(171) 平野・総論II四〇二頁参照。

(172) 団藤重光『法学の基礎』（一九九六年・有斐閣）三四七頁。なお、ここにおいて立案者には、国会議員も含まれている。

(173) 松宮・連帯八六頁。

(174) 倉富勇三郎他編（松尾浩也増補）『刑法沿革総覧』（一九九〇年・信山社）九二七頁（政府委員・石渡敏一発言）。

(175) 倉富他・前掲書注（174）九四三頁（政府委員・倉富勇三郎発言）。

(176) 倉富他・前掲書注（174）九四四頁（高木豊三発言）。

(177) また、「共に犯す」という文言では、共同正犯しか含まないという誤解を招くおそれがあるので、「加功」と改められたという理解も可能なように思われる。倉富他・前掲書注（174）九四三頁（高木発言）参照。

(178) 倉富他・前掲書注（174）九二七頁（三好退蔵発言）。

(179) 倉富他・前掲書注（174）九四二頁（三好退蔵発言）。

(180) もちろん、三好案の内、共謀共同正犯論は否定し、身分犯の規定については受け入れるのが立法者意思であった、という理解は可能である。松宮教授もおそらくそうにお考えなのであろう。しかし、このような複雑な対立があったということは、最終的な妥協の産物としての立法者意思が、それほど絶対視できないことを意味するように思われる。

(181) 島田・前掲書注（53）九三頁以下。

(182) もっとも、後述するように、このように重要な役割を果たしていても、典型的責任の欠如や、その者に対しては法益が保護されていない等の、事実的寄与とは別個の観点から不可罰となる場合は考えられる。例えば、他人が犯人を唆して証拠を壊させた場合、犯人には「重要な役割」は認められるが、不可罰である（ただし、草野・前掲書注（102）一三八頁は反対）。

(183) これに対して、単独正犯として構成要件該当事実をすべて実現した場合に、背後者との共謀関係があることを理由として、背後者との共同正犯とされる場合は、厳密に言えば、処罰拡張事由として共同正犯規定を用いているのではなく、単に背後者と共犯関係があったことを、量刑評価や訴訟法上の考慮から明示するという意義を有するにすぎないというべきであらう。島田・前掲書注（53）一一〇頁。

(184) 例えば、強盗罪において、甲が暴行を、乙が占有侵害を分担した場合、甲は占有侵害について乙の行為を介して、他方乙は暴行について甲の行為を介して、全体としての強盗罪の不法内容を実現している。

(185) 島田・前掲書注（53）三六二頁以下参照。

(186) これに対して、前述した、結果の解釈により自然的に見れば背後者のように見える身分者が、構成要件のフィルターを通してみると実は直接実行者であるという場合には、非身分者は、身分者の行為を介して結果を実現しているということができる。

(187) なお、大判明四四・一〇・九刑録一七輯一六五二頁参照。もつともこの判例は身分者に対する非身分者の教唆について、六五条一項を適用しなかったことは違法でないという趣旨であり、「特別の規定」という用語を本文中に述べたような意味で用いているわけではないが。

(188) 大塚・研究二一九―二二〇頁参照。

(189) 西田・身分一七一頁以下参照。

(190) 島田・前掲書注(53)二六五頁。

(191) このような概念を認めず、加減的身分はすべて責任身分であるとする見解もあるが(例えば、滝川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(一九四七年・有斐閣)二五四頁、長島敦「判批」東洋法学二六卷二九頁(一九八三年)、そのように考えると、(加減的要素のすべてを包摂するような)「責任」の概念が、「責任」の本来の意味である非難可能性あるいは予防の必要性といった意味から離れた不明確な内容のものとなってしまうように思われる。このように構成的身分―加減的身分―違法身分―責任身分を一对一对応と考える見解への的確な批判として、すでに、西田・身分八頁以下があり、本稿もこれに付け加えるものはない。

(192) 公務員が不作為による単独正犯として処罰されるかどうかも問題となるが、少なくとも個人的法益の侵害の部分については「排他的支配」が認められない以上、否定すべきであろう。詳しくは、島田聡一郎「不作為犯」法教二六三号一―四頁(二〇〇二年)。

(193) 当然のことではあるが、背後者に「加減的身分」があるように見えても、当該加減的身分犯の他の構成要件要素(特に結果)が実現されていない場合には、基本犯の成立しかあり得ない。例えば、公務員が、(非公務員の)医師に対して、彼が公務所に提出すべき診断書に虚偽の記載をするように唆し、医師がそれに従った場合、できあがったのは私人である医師名義の内容虚偽文書にすぎず、それは、高度の証明力を持つ「公務員が、その職務に関し」作成した虚偽公文書とはいえないから、一五六条の構成要件の結果は発生していない。それ故、公務員の罪責は一六〇条の共犯にとどまることになる。本文中の例においては、公務員の職務を行うに際しての加虐行為による法益侵害が存在しているとなおいうるので一九五条の成立の余地があるのである。

(194) Welzel, LB, S. 104 が、こうした場合に教唆「的に」関与した公務員を共同正犯とするのが、このような趣旨であれば賛成できる。

(195) 通説は六五条二項を適用して、非身分者には暴行罪(あるいはその共犯)しか認めない(例えば、前田・総論四四八頁、大谷・総論四七一頁、ドインツは z.B. Welzel, LB, S. 104; Schönke/Schröder (Cramer/Heine) § 28Rn28)。

しかし、非身分者が身分犯の不法内容を共同して実現している点を適切に評価するために、非身分者にも身分犯の共犯(共同正犯)を成立させるべきであるという考え方(例えば、西田・身分一七二頁、林・総論四三七頁、山口・総論二八一頁、佐伯仁志「事後強盗罪と共犯」研修六三二号四頁(二〇〇一年)。さらに、井田・前掲論文注(192)一〇七頁も「身分があることを理由とする刑の加重に関し独立の保護法益を觀念できる限りにおいて」加減的身分も連帯する、とされる。前提とする違法観が他の論者と異なるため、説明は若干異なるが、井田教授自身も認められるように、結論的には、こうした見解とほぼ一致する)も有力である。現に、わが国の判例・通説においても、例えば、横領罪に対する非占有者の加功の場合等、部分的にはこのような結論が認められている(例えば、最判昭二七・九・一九刑集六卷八号一〇八三頁。この結論に反対する論者はほとんどいないが、古くは、木村(亀)各論一六四頁、最近では、松宮孝明「横領について」京産三四卷三号三一九頁(二〇

〇〇年）が、非占有者に六五条二項を適用され、占有離脱物横領を認められる。また、本文にあげた事案とは逆に、公務員の暴行行為に私人が加功した場合について、①被害者が暴行を受けることを承諾していた場合に、通説からは私人は（暴行罪の共犯であり被害者の承諾があるから）不可罰となるが、特別公務員暴行罪においては暴行に対する承諾は無効とされているのだから、そこに関与している者を不可罰とするのは適切でない、②基本犯は親告罪、身分犯は非親告罪という場合に、通説からは告訴がなければ非身分者のみが処罰されなくなってしまう妥当でない、といった反対説からの多数説批判（Manuel Cortes-Rosa, *Teilnahme am unechten Sonderverbrechen*, ZStW 90 (1978), S. 440ff.; LK (Roxin) § 28Rn4）にも、一定の説得力があるように思われる。

このように非身分者にも身分犯の共犯が成立するという見解に立つ場合には、さらに、非身分者に科せられる刑が基本犯のそれによるのか（つまり罪名と科刑の分離である。このような見解に立つのは、Heinz Wagner, *Amtsverbrechen*, 1975, S. 316; Cortes Rosa, a.a.O.; LK (Roxin) § 28Rn4）、そうではなくて、身分犯の刑によるのか（例えば、西田・前掲書、林・前掲書、山口・前掲書）もならに問題となる。この点についても、本稿の射程を越えるので、別稿に譲る。

(196) 違法身分と解する説もある（例えば、内田・総論三二四頁）が、私は、これは当該行為者の特別予防の必要性に着目した責任身分であると考える（例えば、団藤・総論四二二頁、西田・身分二〇五頁）。

(197) 平野・総論二三七六頁、西田・身分二〇六頁以下参照。

(198) 大連判大三・五・一八刑録二〇輯九三二頁。

(199) これに対し、従属性、正犯不法の惹起を嚴格に要求し、六五条二項に、このような政策的規定としての性格を認めないのであれば、非身分犯の共犯しか成立しないことになる（最近では、例えば、山口・総論二八六頁、井田・前掲論文注（192）一一一頁等）。

(200) ドイツでは、「刑罰を無効化する罪」(Strafverweigerung)における犯人や、被害者の地位の者の関与について、このような説明が一般的である。Statt vieler, LK (Roxin) Vor § 26Rn2. わが国においても、被害者の地位については、このような説明が一般的であろう。例えば、大越義久「共犯の処罰根拠」（一九八一年・青林書院）二三八頁以下。

(201) 西田・身分一五四頁参照。

(202) Vgl. Jakobs, AT, SS, 649-650. ただし、いわゆる責任身分が念頭におかれているわけではない。

(203) 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古希祝賀論文集・第二巻』（一九九八年）三四一頁以下。