

共犯と身分について

大谷 實

はじめに

この度は、尊敬する馬先生及び漢先生など、武漢大学法学院の先生からお招きをいただき、誠に有り難うございます。また、武漢大学客員教授として講演の機会を与えられまして、誠に光栄でございます。本日は絶望の章と言われる共犯論のなかでも、特に難しいと言われる「共犯と身分について」、現在の学界の状況を整理し、中国刑法と比較しながら、若干の私見を述べてみたいと思います。

I 問題の所在

(1) 三つの類型 共犯と身分の問題は日本では、只今申しましたように、非常に難しいと言われているのですが、で

は、共犯と身分については、そもそも何が問題となるのでしょうか。ちなみに、中国では、総則の「共同犯罪」の章には、日本の刑法六五条のような「身分犯の共犯」の規定はありません。しかし、例えば、中国刑法三九七条の職権濫用罪は、「国家機関公務員が、職権を濫用し又は職務を怠り、公共の財産、国家又は人民の利益に重大な損害を与えたときは、三年以下の懲役又は拘留に処する」という場合、行為の主体は、国家機関公務員という身分のある者に限りますから、この犯罪はわれわれの言う身分犯であり、おそらく中国でも共犯と身分の問題は、避けて通れないと思います。

さて、共犯と身分の問題で解決を求められているのは、三つの場合です。一つは、身分者に非身分者が加功した場合、例えば、妻が公務員である夫の収賄を教唆した場合、妻にはいかなる犯罪が成立し処罰されるのかであります。次は、非身分者に身分者が加功して犯罪を実現させた場合、例えば、保護責任者が自分の子を他人に遺棄させた場合、保護責任者の処罰はどうなるかです。三つ目は、身分者と非身分者とが共同して犯罪を実現した場合でありまして、例えば、収賄罪を妻と夫が共同して実現した場合などであります。なお、これは従来余り意識されてこなかったのですが、公務員同士が共同して収賄したり、単純占有者と業務上占有者が横領の共犯関係に立ったような場合も問題となり得ますが、特に重要なのは、一つ目と二つ目です。

(2) 構成的身分犯と加減的身分犯 これらの問題を解決するために、日本の刑法は六五条の「身分犯と共犯」の規定を設けました。その第一項は、「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、身分のない者であつても、共犯とする」というものです。第二項は、「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」と規定しました。

ところで、この身分犯には、二つの種類があります。まず、日本の収賄罪のように公務員・仲裁人でなければ犯罪を構成しない犯罪、中国刑法では、例えば、三九九条の罪のように司法要員でなければ犯罪を構成しない犯罪があります。次に、業務上横領罪のように業務上の占有者という身分があることよって刑が重くなったり、あるいは自己墮胎罪のように「妊娠中の女子」という身分があるために刑が軽くなる犯罪があります。中国刑法三九八条一項や二七〇条の横領罪を組織体の者または公務員が行った場合に刑を加重するといったように、身分の存在によつて刑罰の量に影響を与える犯罪があります。日本の刑法では、身分のあることが犯罪の成立要件となつてゐるものを構成的身分犯または真正身分犯といいます。また、身分によつて刑が加重されたり軽減される犯罪のことを加減的身分犯又は不真正身分犯と称しています。要するに、身分犯は、身分の種類によつて、①構成的身分犯（真正身分犯）、②加減的身分犯（不真正身分犯）とに分かれることとなります。今日の講演では、先程の刑法六五条の規定の文言にならつて、構成的身分犯、加減的身分犯という用語を使うことに致します。

(3) 身分の意義と身分犯の種類　ここで、身分犯とは何か、また、構成的身分犯と加減的身分犯はどう區別するかについて、整理しておきたいと思ひます。日本では、身分というときは、一般の用語では「身の上」とか「境遇」あるいは「社会的地位」という意味で使われますが、刑法で身分というときは、行為者の特別な性質が犯罪の成立や刑の軽重に影響を与える場合を意味しますから、男か女か、日本人か外国人か、親族であるかどうか、公務員か非公務員かといった人的な特性ばかりでなく、目的の有無、あるいは行為者が同意していたか否かも身分に当

たることとなります。判例もこのように広く考えていますが、身分は継続性を必要とする概念なので、目的や同意は入れるべきでないという見解もあります。けれども、これらも犯罪の主体として特殊な状態や関係を意味し、犯罪の成立や刑の加減に関係しますので、身分として捉えた方がよいと思います。犯罪の成否に関係する目的、例えば、一五四条の文書偽造罪の「行使の目的」、中国刑法でいえば二五六条の「暴利の目的」、日本の二二五条の営利誘拐罪における「営利の目的」、中国刑法二二八条の「営利の目的」も身分に入ると考えます。

一方、構成的身分と加減的身分の区別ですが、構成的身分犯は、身分が犯罪の成否に関わる犯罪という意味であり、収賄罪における公務員・仲裁人、偽証罪における宣誓した証人、横領罪における占有者、中国刑法でいえば汚職の罪における「国家機関公務員」や「司法要員」がこれに当たると思います。加減的身分犯は、身分が刑の軽重に関わる場合でありますから、日本の刑法では常習賭博罪における常習性、業務上墮胎罪における医師などがこれに当たります。他に、業務上横領罪における業務上の占有者とか、中国刑法にはないようですが保護責任者遺棄罪における保護責任者などは、加減的身分であるといつてよいと思います。もともと、後でも触れますが、事後強盗罪のように、構成的身分犯か加減的身分犯かを形式的に区別するのは困難だという見解もあります。

一方、六五条一項と二項の適用を区別するために、違法身分、責任身分という分け方をする学説もあります。これも後で出てきますので、一言だけ申しておきますと、身分が行為の違法性の要素となっている場合が違法身分、身分が責任の要素となっている場合が責任身分であり、構成的身分犯の大半は違法身分であるが、例えば、後で指摘します常習面会強請罪は責任身分であるが構成的身分犯であるということです。

(4) 何が問題か この身分犯について、実際に問題になりますのは、先程整理しましたように、①身分者に非身分者が関与した場合、②非身分者に身分者が関与した場合、それから、③身分者と非身分者とが共同して犯罪を實行した場合の犯罪の成否及び刑の適用の取り扱いですが、中国刑法では、例えば、三八二条の職務上横領罪におけるように、三項で「前二項に掲げる者と共同して横領した場合は、共犯とする」という規定を設けて、各則的に解決しているようです。

このように、各則で個別的に規定しているところからしますと、規定がない場合には共犯としては処罰しない趣旨かとも思われますが、例えば、非公務員が公務員を教唆して収賄行為をさせた場合に、その非公務員を処罰しないとすればいかにも不当ですから、当然、身分犯の共犯を予定していることは明らかです。そこで、中国でも、身分犯の共犯規定を設けるべきであるという意見が強くなっているようですが、日本刑法は、先程も紹介しましたように六五条に規定を設けて、第一項で、「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」として、非身分者でも単独で行えば処罰されないのに、共犯として関与すれば、身分犯と「連帯して」あるいは身分犯に従属して、身分犯の共犯になることを明らかにしています。一方、第二項は、「身分によって特に刑の軽重あるときは、身分のない者には通常の刑を科する」と定めまして、身分者には身分犯の刑を科し、非身分者については非身分者の刑を「個別的に」あるいは「独立して」科すことを明らかにしています。

共犯と身分をめぐる本当の問題は、この規定の解釈にあります。特に問題の核心となっておりますのは、第一項では身分が非身分者に連帯して作用し、非身分者は身分がないのに「ある者」として扱われるのに対しまして、第二

項では、身分は個別的に作用して、身分者と非身分者とは別々の扱いを受けることとなります。これを共犯理論との関連で見ますと、一項は、「共犯は正犯に従属する」という共犯従属性の考え方に馴染むのに対し、二項は、共犯は正犯から独立して処罰されるという共犯独立性の考え方に馴染むこととなりますために、一項と二項とは矛盾しているのではないかとということが問題となってきましたのであります。

II 学説の現状

(1) 三つの学説 この矛盾を解消しようとして、大体三つの学説が主張されてきました。第一説は、六五条一項は構成的身分犯及び加減的身分犯を通じて共犯の成立について定めた規定であるが、二項は、特に加減的身分犯について刑の個別的作用について定めた規定であると考えます。第二説は、六五条は、「違法性は連帶的に、責任は個別的に」という原理に基づく規定であり、一項は身分が行為の違法性にかかわる規定となっている場合に違法の連帶的作用を、二項は、身分が責任の要素となっている場合に責任の個別的作用を定めた規定と考えます。第三説は、六五条一項は構成的身分犯について身分の連帶的作用を、また、二項は加減的身分について身分の個別的作用を規定したものと解します。この三つの学説を中心に、日本の刑法学界では激しい論争が繰り広げられてきたのですが、それでは、どの説が最も妥当でしょうか。

(2) 第一説とその問題点 まず、第一説は、二項の加減的身分犯も一項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」に他ならないとします。そして、一項の「共犯とする」という規定は、非身分者についても身分犯の共犯が

成立することを意味していると考え、一項は構成的身分犯、加減的身分犯を通じて「共犯の成立」についての規定であり、二項は、「通常の刑を科する」としてありますので、特に加減的身分犯に対する科刑について規定したという解釈を示しました。

例えば、常習性を有しない甲が常習性を有する乙を教唆して賭博をさせた場合、乙には一八六条一項の常習賭博罪の正犯が成立し、甲には六五条一項により常習賭博罪の教唆犯が成立しますが、二項によって、処罰については一八五条の単純賭博罪の刑を適用すると主張します。また、甲が乙を教唆して乙の老父を遺棄させた場合、乙は保護責任者遺棄罪の正犯であり、甲は六五条一項により保護責任者遺棄罪の教唆犯が成立しますが、二項によって、単純遺棄罪の教唆犯の範囲で刑が科されると主張します。

この説に対しては、多くの批判が浴びせられていますが、必ずしもこの説の真意・意図が理解されないまま反対されているようですので、少し立ち入って検討したいと思います。まず、この説は、共犯の本質について犯罪共同説に立っていることに注意しなければなりません。共犯は、例えば、殺人罪のように、特定の犯罪の実現に向けて「加功」するところにその本質があると考えます。また、保護責任者遺棄罪の共犯が成立するためには、保護責任者遺棄罪の実現に向けて共同し、あるいは教唆、幫助といった形で関与する必要がある、それによって保護責任者遺棄罪を実現したのですから、保護責任者遺棄罪の共同正犯あるいは教唆犯・幫助犯が成立するということとなります。そうすると、共犯者が保護責任者であろうとなかろうと、保護責任者遺棄罪を実現する行為に加功して保護責任者遺棄罪の正犯を実現させた以上は、共犯も保護責任者遺棄罪の共犯として、共犯の罪名は正犯の罪名と同じ

でなければならぬと考えるのです。こうした考え方は、共犯の罪名は正犯の罪名に一致しなければならないという意味で、罪名従属性説とも呼ばれています。

余談になりますが、ここで六五条の「加功」について触れておきたいと思えます。刑法総則の第一章「共犯」の規定を見ますと、「共同して犯罪を實行」（六〇条、六一條）、「教唆」（六一條）、「幫助」（六一條）といった文言のほか、「加功」（六五條）という文言が規定されています。国語辞典によりますと、「加功」は加担と同義であつて、「力を添えて助けること、味方すること」だとされていますが、六五条一項には共同正犯も含まれると考ええますし、また、規定の仕方から考えて、共同正犯、教唆犯、幫助犯の全体を指して、「加功」としたと解すべきでしょう。「関与」という文言も使われますが、「加功」と同じ意味と考えます。

さて、第一説は、この罪名従属性説に立つて、六五条の一項と二項は矛盾しないと考えました。本来、二人以上の者に同じ犯罪が成立するのは、共同正犯のように特定の構成要件の行為を共同して實行する場合がありますが、しかし、教唆犯や幫助犯の場合も、身分者の犯罪行為に加功することによって特定の犯罪を実現したのですから、構成的身分犯か加減的身分犯かを問わず、「共犯とする」としたと考えるのです。なお、この説が構成的身分犯については特定の犯罪の共同実行ということはあり得ないとして、六五条一項には共同正犯は含まれないとしているのは、犯罪共同説を厳格に貫こうとする趣旨に基づくということに留意しておく必要があります。例えば、非公務員は収賄罪を實行することは不可能なのだから、非公務員と公務員が共同して収賄罪を實現することは不可能であり、構成的身分犯の共同正犯は認められないということになるのです。

こうして、六五条一項は構成的身分犯、加減的身分犯を問わず、身分犯についての共犯つまり教唆犯と幫助犯の成立を規定したものと結論になります。これによって、一項の構成的身分犯と二項の加減的身分犯を統一的に解釈することができたのですが、問題は二項の「通常の刑を科する」の解釈にあります。第一説は、「これは不真正身分犯について科刑の点を規定したものである」としか言っていませんので、その真意は測りかねます。ある学者は、「二項による個別化を一段低い科刑のレベルに封じ込め、その適用範囲を制限し、もって連帯の原理による一項と二項の統一を図ろうとした」と説明しています。共犯の成立については、一項及び二項を通じて連帯的作用を認める限りで、両者の統一を図ろうとしたという意味だと思ふのですが、もう一つハッキリしません。確かに、共犯の成立の点では一項と二項は統一できていますので、その限りで連帯の原理は維持できているかもしれません。そして、構成的身分犯であると加減的身分犯であると、非身分者がそれに加工する以上は身分犯の共犯が成立するとしたのは、当然とは言え妥当であったのです。

しかし、成立した身分犯の共犯が、科刑の点では非身分者は独立しているというのですから、犯罪共同説に立つ第一説からすると、一項と二項の間の矛盾を解消するまでには至っていないと言わなければなりません。いずれにしましても、この説によると、一項は、身分犯一般について共犯の成立を問題とする規定なのでありますから、二項の適用を問題とするときは、まず一項を適用し、罪名を確定したうえで刑の適用が行われるということになるわけです。

このようにして、第一説は、一項と二項の統一的解釈に努めたのですが、特に、六五条一項には共同正犯の適用

はない、あるいは二項では犯罪の成立と科刑を分断してしまうという不合理な結論をもたらすところから、次第に支持者を失ってきました。そして、何よりも共犯の本質の理解としての犯罪共同説に問題があるといわなければなりません。

(3) 第二説とその問題点 それでは、第二説はどうでしょうか。第一説に代わって、近年有力になっていまいすがこの説です。この説は、なるほど二項と二項との間には矛盾があるけれども、違法身分、責任身分という考え方のもとに、その間の矛盾に合理的基礎を与えて理論的に解消しようとするものであります。この説によりますと、一項の連带的作用に対し、二項の個別的な作用を認めるのは、構成的身分か加減的身分かという理由からではなく、「違法は連带的に作用し、責任は個別的に作用する」という命題に基づくものであるとします。すなわち、違法は法益侵害を本質とし、法益侵害は二人以上の者が連帯して惹起することが可能であるから、一項は、違法身分について犯罪の成立・処罰が連带的に作用することを規定したものである。これに対し、責任は非難可能性として行為者に固有の一身的なものであるから、二項は、責任身分について、犯罪の成立・処罰が個別的に作用することを規定したのだと主張するのです。

もう少し砕いて申しますと、法益侵害としての違法は、形式的に構成的身分犯として規定されているか加減的身分犯と規定されているかとは関係なく、すべての関与者は連帯して実現することができるから、犯罪の成立については連带的に作用すると解するのです。例えば、刑法一九四条の特別公務員職権乱用罪は、逮捕・監禁罪の刑を加重したものとして加減的身分犯であるが、刑を加重する根拠が職務執行の公正にあるとすれば、警察官に一九四条

の行為を教唆した私人は、六五条二項によって二二〇条一項の逮捕・監禁罪の教唆犯とすべきではなく、六五条一項により一九四条の教唆犯として罰すべきであるということになるのです。これに対して、犯罪関与者の一人一人の責任は一身的なものとして、常に個別に評価されるものであるから、責任を基礎付ける身分つまり責任身分は、構成的身分犯であろうと加減的身分犯であろうと、常に個別的にのみ作用し、「身分のない者には通常の刑を科する」として、責任身分者と非身分者については、それぞれの罪が成立し、その法定刑で処罰するというのであります。例えば、二五三条の業務上横領罪の刑が重くされているのは責任を重くするという理由からであると、それに関与した非業務者は、六五条二項によって単純横領罪の共犯が成立することになるといいます。常習者、営利の目的を有する者なども加減的身分犯なのです。

このように、六五条一項は違法身分に関する規定、二項は責任身分に関する規定と考えますと、構成的身分犯であつてもその身分が責任に関する身分と解されるときは、その犯罪は非身分者には連帶的に作用しないこととなります。逆に、加減的身分犯であつてもその身分が法益侵害に関するものであるときは連帶的に作用することになります。この見解は、一項と二項の矛盾に実質的根拠を与え、それを解消する見解として、極めて魅力的であります。

しかし、このような考え方は、現行刑法六五条の解釈として果たして可能なのかについては、既に多くの論者から疑問が出ています。私は、不勉強で、中国刑法についてどの犯罪が違法身分犯でそれが責任身分犯であるかは分かりませんが、日本刑法では、例えば、暴力行為等処罰法二一条二項は、「常習として故なく面会を強請」する行為

を処罰しており、面会強請は常習として行わない限り犯罪を構成しませんから、この犯罪は構成的身分犯です。そして、常習者としての責任を考慮して特に構成要件を設けたと考えますと、第二説では非身分者に連帯することはありませんから、六五条一項の適用はなく、非常習者が常習者に関与した場合は、身分者に連帯しないこととなります。こうして、構成的身分犯であっても責任身分犯であるときは、六五条一項の適用はなく、専ら二項の適用が問題となりますが、非身分者に適用されるべき通常の刑はありませんから、結局、非身分者は処罰されないこととなります。第二説は、「違法は連带的に、責任は個別的に」という命題から六五条の一項と二項を合理的に解釈できたように見えるのですが、しかし、只今の常習面会強請罪についての解決は、何か腑に落ちないものがあります。

第二説の問題点としては、二つあります。一つは、構成的身分犯であっても、責任身分犯であるとしますと、只今の例のように共犯者は処罰されない場合が出てくることとなりますが、これはいかにも不当であり、六五条一項の趣旨に即さないということです。常習面会強請罪の例でみますと、非身分者が関与しなければ正犯行為は行われなかったのですから、非身分者がいかなる責任も認められないものとして不可罰になるのは不合理です。単純面会強請罪という構成要件はないのですから、六五条一項を適用して、非身分者に常習面会強請罪の共犯として処罰されると解するのが自然でしょう。もつとも、この場合、常習性はないのですから、刑を法律上減軽できるようにする必要はありません。改正刑法草案三二項但書は、「その刑を減軽することができる」として、法律上の減軽規定としていっているのはその趣旨ですが、しかし、それは立法論の問題でありまして、解釈上は情状で刑を減軽するほかにあ

りません。

もう一つは、この説は、違法身分と責任身分の区別は自明のものであることを前提としていますが、その前提自体に問題があるということです。例えば、先程の中国刑法二七一条一項の罪について、二項は公務員としての身分がある場合には刑を加重するとしていますが、これは違法身分なのか責任身分なのか。私は公務を害するという違法身分と、公務員としての義務に反しているという責任身分が含まれているばかりでなく、公務員の汚職を防止するという政策も考慮されて重く罰せられているとも考えられます。また、例えば、日本の刑法二〇二条の同意殺人罪は同意の存在を要件として刑を七年以下の懲役に減軽しているのですが、その根拠は、おそらく相手方が同意しているために殺人の違法性が減少しているという意味で違法身分であるとともに、同意している者を殺害するのは責任を減少させるという意味で責任身分であるともいえます。その意味で、違法身分か責任身分かは簡単に区別できないばかりか、政策的な考慮も無視できないのですから、第二説の前提自体が問われなければならないと思います。

とはいえ、法益侵害説、結果無価値論が有力になったがって、「違法は連帶的に、責任は個別的に」というテーゼは有力になり、第二説の支持者は多数を占めるようになりました。

(4) 第三説（通説・判例）と問題点 このように、第一説、第二説にはそれぞれ疑問があるところから、端的に、条文をそのままの形で解釈し、六五条一項は構成的身分犯に関する規定であり、二項は加減的身分犯に関する規定であるとする見解が有力になってまいります。ちなみに、この第三説は、日本の教科書で通説・判例として整理

されていますが、第二説が多数を占めつつある現在、通説とするのには若干の異論があるかと思えます。

それはともかく、第三説によりますと、例えば、日本刑法一九七条の収賄罪の構成的身分犯では、非身分者がこれに関与すれば身分が連帯して作用するから、非身分者には収賄罪の共同正犯、教唆犯または幫助犯が成立し、収賄罪の刑の範囲で処罰されることとなります。また、責任身分犯とされる先程の常習面談強請罪についても、常習者でなければ面談強請行為は処罰されませんから構成的身分犯でありまして、非常習者が常習面談強請罪に関与すれば共犯が成立し、その罪の刑の範囲で処罰されることとなります。

一方、保護責任者でない者が保護責任者に加功して要扶助者を遺棄したときは、正犯は保護責任者遺棄罪となりますが、加減的身分犯として六五条二項の適用を受け、関与者には単純遺棄罪の共犯が成立することになります。逆に、保護責任者が保護責任者でない者に関与して遺棄罪を犯させたときは、正犯は単純遺棄罪ですが、関与者は保護責任者遺棄罪の共犯になるというのが、この立場の結論です。そして、判例もこの結論を採っているといえます。

では、この説には問題がないでしょうか。この考え方に対する批判としては、大きく三つあります。一つは、違法身分犯と責任身分犯の区別が困難であるのと同じように、構成的身分犯と加減的身分犯の区別もなかなか難しいという批判です。例えば、刑法二三八条は、「窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぐために、…暴行又は脅迫したときは、強盗として論ずる」としているのですが、「窃盗」を窃盗犯人と解して、事後強盗罪を身分犯とするというのが判例の立場です。しかし、判例は構成的身分犯とするものと加減的身分犯とするものと分か

れておりまして、このことは、構成的身分犯と加減的身分犯の区別が困難であることを示しているといふのです。

次に、構成的身分犯では連带的に作用し、加減的身分犯では個別的に作用する実質的根拠が明らかでないとも批判されています。「構成的身分が連帯性を有し、加減的身分が個別性を有することを理論的に正当化することは、ほとんど不可能である」とも言われているところです。第三に、六五条二項について、この説では、例えば、保護責任者遺棄罪につき、保護責任者が保護責任を有しない者に関与して要扶助者を遺棄した場合、保護責任者には保護責任者遺棄罪の共同正犯、教唆犯、幫助犯が成立することになるが、これは共犯独立性説でなければ容認できない結論であるとも言われています。

Ⅲ 私の解決

(1) 基本的な考え方 私は、そうした批判があることを前提として、これまで次のように考えて第三説の結論を支持してきました。その考え方をかいつまんで述べてみますと、まず、共犯と身分の議論の前提としては、共犯の処罰根拠と共犯の本質をめぐる議論を踏まえる必要があるということです。私は、共犯の処罰根拠は、正犯の実行行為を通じて間接的に構成要件を実現し、法益侵害・危険の結果を惹起することにあるとする立場を取ります。そして、共犯の本質は、実行行為に加功し、あるいは実行行為に関与することにありますから、特定の犯罪を共同して実現し、あるいは特定の犯罪に関与することは必ずしも必要ではなく、むしろ、その犯罪が予定している実行行為を共同し、あるいは実行行為に関与すれば足りると考えています。その意味で、私は、犯罪共同説でもなければ

行為共同説でもなく、実行行為共同説を主張しているのです。もともと、行為共同説の論者は犯罪の重要な行為についての共同ということを申しますから、具体的な処理としては私見と違わないと思いますが、大切なことは、その行為を取れば通常はその構成要件が予定する法益侵害の結果を惹起するといえるような定型性を有するかかどうかです。

そこで、共犯と身分においてもこの関係が認められる限り共犯が成立することになり、身分は連带的に作用することになります。共犯における身分者と非身分者との関係を眺めてみますと、非身分者が身分者と共同して身分犯を実現し、あるいは非身分者が身分者に加功して身分犯を実現した場合、いずれも共犯関係の下に身分犯が実現したのでありますから、それに関与した者は、すべて身分によって構成すべき犯罪でありまして、構成的身分犯として非身分者は連帯して処罰されるのは当然であると考えます。

先程の第一説が、構成的身分犯、加減的身分犯を通じて、六五条一項は犯罪成立の問題であるとしたのは、充分に根拠があると考えるのです。もともと、第一説は、「共犯とする」と規定したのは、共犯でない者を敢えて共犯とするとする趣旨であると考えているようですが、私は、むしろ只今の当然のことを注意的に規定したものと理解しています。

このようにして、六五条一項の連带的作用は説明することができのですが、では、二項はどのように解すべきでありますか。二項は、「身分のない者には通常の刑を科する」として、科刑の個別性を定めたものであります。しかし、犯罪の成立も行為者の一身的な事情を考慮するのは当然です。そこで、身分のない者には「通常の

刑を科する」とすることによって、加減的身分犯についての共犯の構成要件を明らかにしたのだと考えるのです。例えば、保護責任者遺棄罪について非保護責任者が関与した場合、保護責任者でなければこの罪は構成しないのであるから構成的身分犯であるが、保護責任者はその一身的事情から特に刑を重くされているのであるから、それは、保護責任者という主体を要素とする共犯としての構成要件を設けたもの、言い換えますと加減的身分犯の共犯の成立を明らかにし、それによって処罰をするという趣旨と考えるのです。

もう少し説明しますと、何故「通常の刑を科する」としたかですが、実行為としては連帯して正犯を実現するのですが、身分者と非身分者とはそれぞれ各自の犯罪を実現するのですから、責任はもちろんのこと違法性においても個別的であり、したがって、処罰においても個別的な処理が必要だからです。第二説は、加減的身分犯の身分は責任身分と解して初めて実質的根拠が与えられると言うのですが、違法を法益侵害としてのみ捉える法益侵害説ないし結果無価値論からすればそれでよいでしょうが、違法性を社会倫理規範に違反する法益侵害と解する二元説の立場からしますと、違法も当然に個別的に作用すると言わなければなりません。「違法は連带的に、責任は個別的に」というドグマは、維持できないのです。

先に触れましたように、二項は加減的身分犯について特に犯罪の成立を定めたと考えますと、一項は加減的身分犯を除いた構成的身分犯ということになります。先程、構成的身分犯か加減的身分犯かの区別は困難であるという私見に対する批判を紹介しましたが、思考の順序としては、加減的身分犯かどうかから検討するのが筋ではないかと思えます。そして、身分によって刑が加重されたり軽減されたりするのですから、実行為がさえ共通すれば、

比較的容易に区別することができると考えています。

これが、これまで主張してきた私見ですが、この説については、先にも触れましたように、二項の加減的身分犯についての身分の個別的作用の実質的根拠が明らかでないという批判もありました。しかし、これについては、実行行為共同説から、実行行為に従属している以上は、一身的事情によって処罰を個別化するのは当然であるという答えて充分であろうと思います。

一方、これも先に触れた批判ですが、第一説から、正犯が保護責任者遺棄罪などに非身分者には単純遺棄罪の共犯が成立すると解するのは、共犯独立性説の結論であると批判されているのですが、問題は、共犯の従属性をどう考えるかにあります。第一説の論者は、制限従属性説を取っているながら、六五条二項については非身分者には身分犯の正犯が成立し、刑のみ通常の刑を科すべきだとしたのです。正犯について成立した犯罪に従属して共犯の成立を認める罪名従属性を主張し、ここから判例や私の説などを批判するのです。

たしかに、法文で「通常の刑を科する」と規定していますので、刑の適用だけを規定しているように読めますし、現に判例もかつてはそのような考え方に立っていました。しかし、先にも触れましたように、共犯の本質を実行行為を通じて法益を侵害することにあると考え、実行行為を共同し、あるいはそれに関与することが共犯の本質であるとして捉えますと、共犯の従属性は実行行為の従属性としなければなりません。そこで、常習賭博罪の正犯が成立している場合に、六五条二項によって非身分者が単純賭博罪で処罰されましたも、何ら従属性には抵触することはないのです。

IV 終わりに

共犯と身分の問題は、共犯の処罰根拠、共犯の本質、その延長としての共犯従属性の考え方が微妙に関連しますので、冒頭申しましたように理論的一致を見ることは難しいようです。共犯論を研究する上では、この点に十分配慮する必要があります。

しかし、実際上の取り扱いになりますと、それぞれの学説の間でそれほど大きな隔たりはありません。一番大きく違うところは、六五条一項の「共犯とする」の共犯の範囲についてではないかと思えます。学説は、①共同正犯のみを含むとする見解、②教唆犯、幫助犯に限り共同正犯は含まないとする見解、③構成的身分犯について共同正犯は含まないとする見解、そして、④構成的身分犯につき共同正犯、教唆犯、幫助犯を含むとする通説・判例が対立しています。私は、既にお話ししましたように、六五条一項は構成的身分犯については非身分者の共犯は身分に連帯すると考えますので、通説・判例が正しいと考えています。

最後に、もう一つの対立ですが、既に詳しく検討したように、六五条二項につきまして犯罪の成立は正犯に従属し、刑は通常のものとするという解釈ですが、私見からはそれを容認することはできませんし、犯罪の成立と刑の適用を分断する解釈として、不当であることは明らかです。ただ、これに関連して、身分者が非身分者に関与した場合の取り扱い、少し注意する必要があるように思います。これも、先に検討しましたので注意だけにとどめますが、六五条二項は、身分のある者については身分に応じた犯罪の成立を認めて処罰するという趣旨に基づいた規

定ですので、例えば、正犯が単純遺棄罪であっても保護責任者遺棄罪の共犯を認めることとなります。ただ、常にそうであるわけではなく、その関与の仕方が保護責任に反しているときに限られると解すべきです。その点は、常習賭博罪の場合にも妥当するものでありまして、常習者が単純賭博に加功した場合、常に常習賭博の共犯となるのではなく、常習性の発現として行われたときに限られるということです。

以上、「共犯と身分」に関するわが国の理論状況を紹介・検討し、私見を述べてみました。中国刑法の規定を充分検討しないで述べましたことを申し訳なく思い、心からお詫び致します。長時間、ご清聴ありがとうございました。

（二〇〇四年九月二日に中国武漢大学法学院において行った講演の原稿に加筆・訂正したものです。）