

目的犯における共犯と身分

（東京高裁平成九年(う)第二一〇三五号平成一〇年三月二五日判決、
判例タイムズ九八四号二八七頁）

十 河 太 朗

【事実の概要】

被告人Xは、A、Bらが営利の目的で大麻を輸入しようとして企て、二回にわたりB及び事情を知らない運搬人らを通して大麻をパラオ共和国から輸入した際、その情を知らず、B及び事情を知らない運搬人らのパラオ共和国への旅行の手續をすることも、大麻を隠匿するためのマカダミアナッツ缶をBに引き渡すなどし、A、Bらの大麻密輸入を容易にした。

第一審の横浜地裁は、被告人を大麻取締法二四条二項の営利目的による大麻輸入罪の幫助とした。これに対し、被告人が量刑不当を理由に控訴したところ、東京高裁は、職権により次のように判示し、原判決を破棄、自判した。

【判旨】「原判決は、本件大麻取締法違反幫助の罪となるべき事実として、被告人は、A、Bらが、共謀の上、みだりに、営利の目的で大麻を輸入しようとして、二回にわたり、右B及び事情を知らない運搬人らを通してマカダミアナッツ缶内に隠匿した大麻をパラオ共和国から空路本邦に輸入した際、その情を知らず、右B及び事情を知らない運搬人らのパラオ共和国への旅行の手續をするとともに、右Bに大麻を隠匿するための前記マカダミアナッツ缶を引き渡すなどし、もって、右A、Bらの前記犯行を容易にしてこれを幫助したものである旨判示している。この判示は、……被告人自身が営利の目的をもっていたことを含んでおらず、営利の目的をもつ者の大麻の密輸入を営利の目的をもたない者が幫助したことを判示したにとどまるから、営利の目的をもたない被告人に対しては、刑法六五条二項により、刑法六二条一項、大麻取締法二四一条一項を適用すべきであった。しかるに、原判決は、刑法六二条一項、大麻取締法二四一条一項、一項を適用し、被告人に対し同条二項の罪の幫助を認めているから、原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の適用の誤りがあるというべきである」。

【研究】 一 問題の所在

大麻取締法は、覚せい剤取締法、麻薬及び向精神薬取締法、あへん法などと同様に、

営利の目的で大麻の輸入、所持、譲渡等の行為をした者に対し、その目的のなかった者に比べて刑を加重することとしている。本判決は、営利の目的をもつ者の大麻の輸入を営利の目的のない者が幫助した事案につき、大麻取締法二四一条二項の営利目的輸入罪の幫助とした原判決を破棄し、刑法六五条二項を適用して大麻取締法二四一条一項の単なる大麻輸入罪の幫助の成立を認めたものである。ここで注目されるのは、本判決が大麻輸入罪における営利の目的を刑法六五条にいう「身分」に当たるとした点である。周知のように、目的犯における目的のごとき主観的要素が身分と

いえるかどうかについては、学説上、肯定説と否定説が以前から対立してきた。また、判例としては、覚せい剤輸入罪における営利の目的を身分に当たるとした最高裁昭和四二年三月七日判決⁽¹⁾があるものの、後述するように、判例が全面的に肯定説に立っているとは言い切れない部分もあり、そのような状況の中で、本判決が右のような判断を示したことは重要な意義を有するのである。

二 営利の目的の意義

(1) 本判決が採用した原判決の認定によると、Xは、A、Bらに営利の目的があることを認識していたと考えられる。一般に、営利誘拐罪や淫行勧誘罪における営利の目的は、自ら財産上の利益を得る目的（自利目的）だけでなく、第三者に利益を得させる目的（他利目的）も含むとされているが、薬物犯罪における営利の場合もこれと同様に解するとすれば、Xには他利目的があり、X自身、営利の目的を有していたともいえる。もしそうだとすると、本件において刑法六五条の適用の有無はそもそも問題にならない。そこで、主観的要素が身分といえるか否かの問題の前に、薬物犯罪における営利の目的の意義について検討しておくことにしたい。

薬物犯罪における営利の目的が他利目的を含むか否かに関し、学説は対立している。第一説は、薬物犯罪の営利の目的は自利目的に限られ、他利目的は含まないとする⁽³⁾。①他利目的の場合、犯罪への誘惑の程度が低く、反復継続の可能性もあまりないこと⁽⁴⁾、②実務上、自利目的の認定が広く間接的利益の場合にまで及んでおり、あえて営利の目的に他利目的を含める必要はないこと⁽⁵⁾が、その主たる理由である。

しかし、第一説に対しては、①自利目的、他利目的を問わず、およそ経済的利益の獲得を目的とする場合は、行為が反復累行され、大規模・組織的に行われることが多く、社会的危険性が高い⁽⁶⁾、②一般に営利目的誘拐罪や淫行勧誘

罪における営利の目的は他利目的を含むと解されており、薬物犯罪の場合にのみ自利目的に限定すべき合理的根拠が存在しない⁽⁷⁾、③二項犯罪や背任罪などの財産犯においても、不法の利益を自ら得る場合と他人に得させる場合とは法文上、同一視されており、薬物犯罪の営利の目的の場合もこれと同様に解すべきである、などの批判が寄せられている。そこで、薬物犯罪における営利の目的には他利目的も含まれるとし、他人が営利の目的をもっていることの認識があれば営利の目的を認めてよいとするのが、第二説である⁽⁹⁾。このような理解に立てば、本件Xの営利の目的は肯定されることとなる。

これに対して第三説は、①「目的」という以上、単なる認識では足りず、積極的な意欲が必要であると解すべきである⁽¹⁰⁾、②単に他人の営利の目的を認識しただけで足りるとすると、共犯の場合に故意と営利の目的とが内容的に重なり合ってしまう、法が営利の目的を超過的主観的要素とした趣旨を没却することとなる⁽¹¹⁾、などと第二説を批判する。その上で、薬物犯罪における営利の目的には他利目的も含むが、他利目的があったといえるためには単に第三者の営利の目的を認識しているだけでは足りず、第三者に利益を得させることを犯行の積極的な意図もしくは動機としたことを要するという⁽¹²⁾。ただ、この見解に対しても、①第三者に利益を得させることを犯行の積極的な動機としたか、第三者の営利の目的を認識していたにすぎないかの区別は実際上は極めて微妙である⁽¹³⁾、②他人に利益を得させる動機を悪しき心情要素と解する根拠が不明である⁽¹⁴⁾、③第三者に利益を得させることを動機とした場合と、第三者の営利の目的を認識していた場合とで違法性の程度にそれほどの差異はない⁽¹⁵⁾、などの批判が加えられており、薬物犯罪における営利の目的の意義に関する学説の見解は一致していないのである。

(2) 判例も、この点をめぐり動揺を重ねてきた。前記最高裁昭和四二年判決の第一審判決は、第二説に立っている。韓国船の船員である甲が乙から麻薬の密輸入への協力を依頼され、同人に営利の目的があることを知りながら依頼に応じ、麻薬を韓国から密輸入したという事案について、神戸地裁昭和四二年二月一七日判決⁽¹⁶⁾は、「営利の目的とは、自己または第三者のために財産上の利益を得又は得させる目的をい」うとした上で、甲は「乙が……麻薬を本邦において売却しようとする営利の目的をもっていることを知ったうえで密輸入をした以上、少くとも、第三者に財産上の利益を得させる目的はあったものというべく、……営利の目的に欠けるところはない」と判示し、甲に営利目的輸入罪の共同正犯の成立を認めたのである。

こうした判断は、控訴審判決においても支持されたが、上告審である最高裁昭和四二年判決は、甲は「共犯者である乙が営利の目的をもっているものであることを知っていただけで、みずからは営利の目的をもっていなかった」と述べ、第二説を明確に否定した。もつとも、同判決が第一説を採用したものであるのか、第三説を前提としたものであるのかは必ずしも明らかではない。同判決の判示を素直に読めば、第一説のように営利の目的を自利目的に限定する趣旨であるとも考えられる⁽¹⁷⁾。しかし、同判決は、薬物犯罪における営利の目的から他利目的を除外する趣旨ではなく、第三説のように積極的に第三者に利益を得させることを動機とした場合に限って他利目的を認めようとしたものにすぎないと見ることも可能であろう⁽¹⁸⁾。

最高裁昭和四二年判決が薬物犯罪における営利の目的の意義についてその態度を明らかにしなかったことは、その後の下級審の判例にも混乱を生じさせることとなった。たとえば、大阪地裁昭和五六年八月二七日判決⁽¹⁹⁾は、覚せい剤

讓受罪における営利の目的には他利目的も含まれるとした上で、最高裁昭和四二年判決は営利の目的を自利目的に限定したものであり、これに与することはできないと述べている。これに対し、京都地裁昭和五七年三月一日判決⁽²⁰⁾は、覚せい剤所持罪における営利の目的には自利目的のほか他利目的も含まれるが、後者については、第三者が営利目的を有していることを単に知って加功しただけでは足りず、その者に財産上の利益を得させることを積極的に意図して加功したことを要するとの判断を示し、第三説に立つことを明言した。同判決は、最高裁昭和四二年判決を第三説に立脚したものと理解したのであろう。

そのような状況の中で最高裁としての立場を明確に示したのが、最高裁昭和五七年六月二八日決定⁽²¹⁾である。事案は、被告人が共犯者に営利の目的があることを知り、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持ちから覚せい剤の讓渡に協力加担したが、自らは財産上の利益を得る目的はなかったというものであった。同判決は、「営利の目的」とは、犯人がみずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする場合をいう」との立場から、被告人は共犯者に財産上の利益を得させることを動機・目的としていたとして、被告人の営利の目的を肯定した。そして、前記最高裁昭和四二年判決は「共犯者が営利の目的をもっていることを知っていただけで、みずからは財産上の利益を得る動機・目的のないままに犯行に加担した場合について……『営利の目的』の存在を否定したにとどまり、本件のように自己以外の第三者に財産上の利益を得させることを犯行動機とした場合について『営利の目的』を否定する趣旨までも含むものとは解されない」と説示し、第三説が判例の立場であることを明らかにした。

これにより判例の立場は確定したといってよく、本判決もこれに従ったものと解される。すなわち、原判決は、X

が単にA、Bの営利の目的を認識していたことを判示するにとどまり、X自身に営利の目的があったとは述べていないことから、本判決はこれを前提として、XがA、Bに利益を得させることを犯行の動機としたとは推認できず、第三説の立場からXの営利の目的を否定したのである。

三 主観的要素と身分をめぐる判例の状況

(1) 仮にXに営利の目的がないとすると、次に問題となるのが、営利の目的は身分といえるかどうかである。この点に関する判例としては、営利拐取罪における営利の目的を身分に当たらないとした大審院大正一四年一月二八日判決⁽²²⁾がある。甲、乙、丙の三名が共謀のうえ丁を誘拐したが、その際、丙には報償金目当てという営利の目的があり、そのことを甲と乙は知っていたという事案につき、大審院は、「丙二営利ノ目的アリタルコトハ論ナキ所ニシテ又刑法第二百二十五条ノ営利ノ目的ハ同法六十五条第一・二項ノ犯人ノ身分ニハ該当セサルニ依リ既ニ此点ニ於テ甲乙ノ行為ハ丙ト同シク刑法第二百二十五条ノ営利誘拐ノ罪ヲ構成スル」と説示し、三名を営利拐取罪の共同正犯とした。

これに対し、麻薬輸入罪の営利の目的を身分に当たるとしたのが、前記最高裁昭和四二年判決である。同判決は、麻薬取締法六四条は「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、刑法六五条二項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』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、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」と判示した。

(2) 問題は、この最高裁昭和四二年判決が大審院大正一四年判決と矛盾しないのかという点である。この点につき、最高裁昭和四二年判決の解説をされた坂本武志調査官(当時)は、営利拐取罪は犯人に営利の目的がある場合に初めて成立する犯罪であって、営利の目的の有無によって刑に軽重の区別がある場合ではないから、両判決の間に矛盾はないとされている。⁽²³⁾ 不真正目的犯における目的は身分に含まれるが、真正目的犯における目的は必ずしも身分には当たらないとする趣旨であろう。

現に、その後の下級審の判決例の中には、真正目的犯における目的についてその身分性を否定したものが散見される。たとえば、自ら販売の目的を有する者と、そのことを認識しながらも自らは販売する目的のなかった者とが共同してトルエンを不法に貯蔵したという事案につき、東京地裁昭和六二年九月三日判決は、⁽²⁴⁾「毒物及び劇物取締法二三条にいう販売の目的は、麻薬取締法六四条二項、覚せい剤取締法四一条二項等という営利の目的とは異なり、身分犯として要求されている主観的要素ではなく、刑法一五五条一項の公文書偽造罪等という行使の目的と同様、独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素である」と判示している。つまり、販売の目的は「独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素」すなわち真正目的犯の目的であるから身分ではないとしたのである。

また、公職選挙法二三五条二項は、当選を得させない目的をもって公職の候補者等に関して虚偽事項を公表する行為を処罰しているが、東京高裁昭和五三年五月三〇日判決は、⁽²⁵⁾被告人自らは「当選を得させない目的」を有しておらず、共犯者にその目的があることを単に認識して虚偽事項の公表に加功したという事案につき、「当選を得させない

目的」は身分に該当しないとして、被告人に虚偽事項公表罪の共犯の成立を認めた。「当選を得させない目的」の身分性を否定した根拠として東京高裁は、虚偽事項の公表という「違法と評価される結果を招来する行為に出た者について、どの範囲で主観的にも違法であると判断すべきかの基準として、法は『当選を得させない目的をもって』その行為に出たことを要すると定めた」のであり、当選を得させない目的は「行為に関する違法要素」ないし「行為の違法を修飾する構成要件の結果の主観的反映」である、という点を挙げている。この判示が、虚偽事項公表罪は当選を得させない目的があつて初めて構成要件の予定する違法性を有するとする趣旨であるとすれば、同判決は、真正目的犯の目的であるがゆえに「当選を得させない目的」は身分に該当しないとしたものであるということにならう。

本判決は、大麻輸入罪の営利の目的を身分と解したが、これは、同様の規定の仕方をしている麻薬輸入罪の営利の目的を身分に当たるとした最高裁昭和四二年判決を踏襲したものといえる。その意味では、本判決は事例判断にすぎない。ただ、不真正目的犯の目的については身分であることを肯定し、真正目的犯の目的についてはこれを否定するという判例の傾向が、本判決により一層鮮明になったといえるであろう。

四 学説の対立

(1) それでは、主観的要素は身分に当たるか否かに関し、学説上、肯定説及び否定説はそれぞれどのような主張を展開してきたのであろうか。否定説は、「身分」という用語の本来の意義からすると、身分といえるためには一定の継続的性質を有するものでなければならず、目的のごとき一時的な心理状態は身分に含まれないという。⁽²⁶⁾これに対し肯定説は、身分は「犯罪行為に関する犯人の特殊な地位または状態」であれば足り、必ずしも継続的性質を有することを要しないと解し、目的などの主観的要素も「犯人の特殊な状態」である以上、身分に含めて

よいと主張する⁽²⁷⁾。

このうち、否定説の論拠は必ずしも決定的なものではない。確かに、条文の文言の解釈は、用語本来の意味と一致することが望ましい。しかし、刑法の目的を考慮した目的論的解釈のためには、文言の日常用語的意味を拡張して解釈しなければならぬ場合もありうる。そうだとすれば、刑法六五条の目的如何によっては、身分の意義を拡張的に解釈し、その結果、主観的要素が身分に含められる可能性もあるということになろう。

他方、肯定説の論拠も十分なものとはいえない。確かに、判例は、身分を「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たるの資格のような關係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位または状態を指称する」と定義しており、⁽²⁸⁾通説もこれに従っている。⁽²⁹⁾こうした判例・通説の広い身分概念を前提とすれば、肯定説のいうように、目的などの主観的要素は当然に身分に含まれることになろう。主観的要素は、「犯罪行為に関する犯人の特殊の状態」にほかならないからである。前記最高裁昭和四二年判決が、「犯人が営利の目的をもってい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、刑法六五条二項にいう「身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ」に当る」と判示しているのも、そのような趣旨であると思われる。しかし、そもそも判例・通説における身分の定義が妥当かどうかについて、これまで積極的な論証がなされてきたとはいいがたい。刑法六五条の適用の有無を問題とする以上、同条の趣旨や目的を考慮しつつ、妥当な身分概念とはどのようなものかを実質的に検討する必要があるはずである。そのような検討をすることなく、判例・通説の身分概念を無批判に受け入れ、それを前提に主観的要素も身分に当たるとするのは、あまりに形式的であろう。

(2) このように見てくると、主観的要素が身分に含まれるかどうかを明らかにするためは、刑法六五条の法意がどこにあるのかという点にまで遡って検討することが必要となるであろう。思うに、個人責任の原則から、行為者に固有の事情に係わる一身的な犯罪要素は本来、それを有する者にのみ作用するはずである。しかし、公務員の収賄行為に非公務員が加功した場合のように、一身的な要素であっても共犯者たる他人にその効果が及ぶと考えられる場合がありうる。そこで、行為者の一身的な要素が、それを欠く共犯者にも影響を及ぼすのはどのような場合かということを明らかにしたのが、刑法六五条であると解される。同条の趣旨がそのような点にあるとすると、行為者の一身的な事情に係わる要素は、すべて同条にいう「身分」に含まれることとなり、「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または状態」を広く身分と捉える判例・通説の立場は妥当であるといつてよいであろう。

以上のような理解からすると、身分といえるためには、継続的性質を有するかどうかは重要ではないということになり、目的などの主観的要素も「犯人の特殊の状態」である以上は身分に当たると解される。そして、不真正目的犯における目的のみならず真正目的犯における目的も「犯人の特殊の状態」であることに変わりはないから、いずれも身分に当たるといふべきである。それゆえ、判例が真正目的犯と不真正目的犯とで取扱いを異にしているのだとすれば、それは妥当でない。

なお、従来の否定説とは異なる観点から主観的要素の身分性を否定する見解が最近、有力化している。この見解は、行為者が自らに課された特定の義務に違反するところに身分犯の本質を求めると。たとえば、身分犯の典型である収賄罪は、公務員が「職務に関連して賄賂を受け取ってはならない」という義務に違反する点にその本質がある。このよ

うな立場からは、身分とは「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または資格」と定義されることになる。そして、目的などの一時的な心理状態は、何ら行為者の義務を基礎づけるものではないから身分に当たらないというのである。⁽³⁰⁾ この義務違反説ともいべき見解は、判例・通説に対し身分概念の再検討を迫るものとして注目に値する。しかし、刑法六五条の趣旨を既述のように理解すれば、身分とは行為者の一身的な事情に関する要素であれば足り、これを「義務を負担するところの地位・資格」に限定する合理的根拠は存在しないであろう。また、義務違反説は、その論理的帰結として、自ら特定の義務を課されていない非身分者の刑は減輕すべきであると主張するのであるが、刑法六五条一項は非身分者にも身分者と同じ刑を適用するものとしているのであるから、義務違反説の主張は、刑法六五条の規定と合致しないといわざるをえない。⁽³¹⁾

五 議論の実益

(1) 最後に、こうした議論の実益がどこにあるのかについて触れておくことにしたい。この点

については、次のように説明されている。従来、判例及び通説は、完全犯罪共同説に立ち、異なる犯罪間の共犯を否定してきた。このような理解を前提とする限り、たとえば本件の事案において、営利目的大麻輸入罪の正犯行為に關与したXは、自らは営利の目的がなくても営利目的大麻輸入罪の幫助とせざるをえない。しかし、営利の目的が身分に当たるとすれば、刑法六五条二項が適用され、営利の目的を欠くXには通常の刑すなわち単なる大麻輸入罪の刑が科せられることとなる。⁽³²⁾ 一方、真正目的犯の場合は、目的を身分と見るか否かにより結論の差異は生じない。⁽³³⁾ 真正目的犯の目的を身分と解した場合、刑法六五条一項により目的を欠く者にも当該目的犯の共犯が成立することになるからである。そうだとすると、本判決を含め従来の判例が不真正目的犯の目的のみを身分と解してきた背景には、右の

ような考慮があるとも考えられる。

しかし、現在では、部分的犯罪共同説あるいはやわらかい行為共同説⁽³⁴⁾が、学説の多数を占めており、これによると、構成要件が重なり合う範囲であれば異なる犯罪間においても共犯の成立は認められる。また、判例も、殺意をもつ者と傷害の故意をもつ者が共同して被害者を死亡させた事案につき殺人罪と傷害致死罪との共同正犯を肯定するなど、完全犯罪共同説の考え方を放棄するに至っている⁽³⁵⁾。このような立場からは、営利の目的をもたない者を単なる輸入罪の共同正犯、営利の目的を有する者を営利目的輸入罪の共同正犯とすることは本来可能であり、営利の目的を身分としないで刑法六五条二項を適用したときと同じ結論に至る⁽³⁶⁾。もっとも、これに対しては、犯罪共同説か行為共同説かは共同正犯に関する議論であるから、狭義の共犯の場合には、営利の目的を身分と解さなければ、共犯従属性の原則により営利の目的のない者にも営利目的輸入罪の共犯の成立を認めざるをえないという指摘がなされている⁽³⁷⁾。しかし、純粹惹起説をはじめとして、狭義の共犯に関しても罪名の一致を要求せず、各関与者の事情に応じて異なる罪の成立を認めようとする見解が有力になりつつある⁽³⁸⁾。このような見解によれば、刑法六五条二項を適用しなくても、営利の目的のない者を単なる輸入罪の共犯とすることは可能となる。

このように、学説及び判例は共に厳格な罪名従属性の考え方を否定する傾向にあることから、目的などの主観的要素を身分に含めることの実際上の意義は、以前に比べて小さくなってきているといっていよい。そのような状況の中で、本判決が改めて営利の目的を身分に当たるとしたことは注目に値する。原判決が、X自身に営利の目的があったとは判示していないにもかかわらずXを営利目的大麻輸入罪の幫助としたことから、本判決は、この結論を否定する根拠

を明確にするため、あえて刑法六五条二項を適用したとも考えられる。

(2) いずれにしても、主観的要素が身分に当たるかどうかの議論は、これを肯定した場合には刑法六五条の規定に従って処理されるのに対し、否定的に解した場合には共同正犯の本質論や共犯の処罰根拠論といった共犯の基本原則に基づき解決が図られるという点に実践的な意義があるといつてよい。そこで問題となるのが、刑法六五条は一般の共犯理論による解決とは異なる例外的な取扱いを定めた規定なのかという点である。この点は従来、必ずしも意識的には論じられてこなかったが、仮に刑法六五条の内容と一般の共犯理論とは矛盾するものではないと考えると、主観的要素を身分と見るかどうかの議論はそれほど大きな実益をもたないことになる。刑法六五条の適用の有無にかかわらず、結局は同じ原則により解決されるからである。このような立場に属するのは、違法身分は刑法六五条一項により連帯し、責任身分は同条二項により個別化するとする説である。⁽³⁹⁾ この見解は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という制限従属性説の命題を刑法六五条の解釈にも徹底するものであるから、主観的要素が身分であるか否かを問わず、それが違法要素であれば他人にも連帯し、責任要素であれば個別化することになるのである。

これに対し、学説の中には、刑法六五条を「例外規定」⁽⁴⁰⁾だとするものも存在する。身分犯の共犯の場合には、通常の犯罪における原則とは異なる特別な取扱いが必要であるという趣旨であろう。このような立場からすると、主観的要素を身分とするかどうかの違いは重要な意味をもつことになる。しかし、もしそうだとすれば、なぜ一般の犯罪の場合における共犯の基本原則が身分犯には当てはまらないのかという根拠を明らかにする必要があろう。私見によれば、身分も、行為や結果などと並ぶ構成要件要素の一つであり、何ら特殊な要素ではないといふべきであるから、身

分犯においても、共犯の処罰根拠や共同正犯の本質などの共犯の基本原則がそのまま妥当する。したがって、刑法六五条の一項と二項の関係をどう捉えるかはともかくとして、少なくとも同条の内容は一般の共犯理論と調和するものとして理解されるべきであろう。⁽⁴¹⁾このように考えると、主観的要素を身分であることを肯定しても否定しても同じ原則が妥当し、具体的な帰結としては差異がないということになる。

- (1) 刑集二二卷二号四一七頁。
- (2) 大谷實『新版刑法講義各論』(平成二二年)九七頁、一一三頁。
- (3) 中谷瑾子Ⅱ筑間正泰「判批」法学研究四三卷五号(昭和四五年)一一〇頁、斎藤信治「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論(第二版)』(昭和五九年)一七八頁。西田典之「共犯と身分」再論「内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況」(平成六年)一九七頁は、営利の目的を責任要素と解した場合には自利目的に限定すべきだとする。同旨、松宮孝明「共犯と身分」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1共犯論』(平成九年)一一九頁。
- (4) 中谷Ⅱ筑間・前掲注(3)一一〇頁。
- (5) 西田・前掲注(3)一九七頁。
- (6) 土屋眞一「判批」研修四一〇号(昭和五七年)三九一四〇頁、宇津呂英雄「判批」警察学論集三五卷一―一号(昭和五七年)一八〇頁、森本益之「判批」判例評論二八八号(昭和五八年)二一七―二一八頁。
- (7) 森本・前掲注(6)二一八頁、香城敏磨『注解特別刑法第5―II卷(第二版)』(平成四年)四七頁。
- (8) 森本・前掲注(6)二一八頁、亀山継夫「判批」研修三七六号(昭和五四年)六六頁。
- (9) 福田平「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集二九卷』(昭和五一年)六二頁、土屋・前掲注(6)四二頁。
- (10) 内田文昭「判批」判例タイムズ七二二号(平成二年)七二―七三頁。
- (11) 香城・前掲注(7)四七頁、森本・前掲注(6)二一八頁、亀山・前掲注(8)七〇頁。

- (12) 香城・前掲注(7)四八頁、森本・前掲注(6)二二八頁、内田・前掲注(10)七三頁、宇津呂・前掲注(6)一八一頁、龜山・前掲注(8)七〇頁。
- (13) 西田・前掲注(3)一九七頁、松宮・前掲注(3)一二九頁。
- (14) 松宮・前掲注(3)一二九頁。
- (15) 土屋・前掲注(6)四一頁。
- (16) 刑集二二卷二四一七頁。
- (17) 森本・前掲注(6)二一七頁。
- (18) 龜山・前掲注(8)六九―七〇頁、長島敦「判批」東洋法学二六卷二號(昭和五八年)一〇五頁。
- (19) 判時一〇三四号一四三頁。
- (20) 判夕四七五号二〇三頁。東京高判昭和五四年一〇月一六日判時九五九号一三一頁も同旨であろう。
- (21) 刑集三六卷五号六八一頁。同判決の趣旨については、高木俊夫「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和五七年』(昭和六一年)二二六頁以下参照。
- (22) 刑集四卷一四頁。
- (23) 坂本武志「判解」法曹会編『最高裁判例解説刑事篇昭和四二年度』(昭和四三年)五一頁。これに対し、西田典之「共犯と身分」中山研一ほか編『現代刑法講座第三卷』(昭和五四年)二七九頁注(2)は、大審院大正一四年判決の事案の被害者は未成年者であり、この場合、営利目的拐取罪の「営利の目的」は未成年者拐取罪との関係において刑を加重する身分となつてゐるから、大審院大正一四年判決と最高裁昭和四二年判決とは矛盾すると説く。しかし、坂本・前掲解説五二頁(注七)は、未成年者拐取罪は、未成年者についてだけ特別に成立する犯罪であり、拐取罪の一般的規定ではないから、両判決は必ずしも矛盾しないとしている。同旨、団藤重光編『注釈刑法(2)―II総則(3)』〔内藤謙〕(昭和四四年)八二九頁。
- (24) 判時一二七六号一四三頁。
- (25) 判時九二〇号二三四頁。

- (26) 福田・前掲注(9)六六頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第三版)』(平成九年)三二二頁注(二)、前田雅英『刑法総論講義(第3版)』(平成一〇年)四四二頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(平成二一年)八七七頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(平成九年)四〇二頁。
- (27) 西田典之『共犯と身分』(昭和五七年)一七〇頁、大谷實『新版刑法講義総論』(平成二二年)四七六頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三三七二頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)四一九頁注(二)、内田・前掲注(10)七三頁、土屋・前掲注(6)四三頁、長島・前掲注(18)九九頁以下。
- (28) 最判昭和二七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。
- (29) 大谷・前掲注(27)四七五頁。
- (30) 高橋則夫『共犯と身分』阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻 未遂／共犯／罪数論』(平成四年)一七二頁、上野幸彦「身分犯への一視座——地位概念の分析を手がかりとして——」法学紀要二七卷(昭和六一年)一九〇頁。木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』(昭和五三年)一五六—一五七頁は、刑法六五条一項の身分は人的関係において特定の義務を負担するところの地位または資格を意味するから、目的はこれに含まれないが、同条二項の身分は刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であれば足り、目的もこれに当たるとする。同旨、川端博『刑法総論講義』(平成七年)五七四—五七五頁。
- (31) 拙稿「身分犯と共犯従属性(二・完)」愛媛法学会雑誌二五卷二号(平成一〇年)七四頁以下参照。
- (32) 香城・前掲注(7)四六頁。ただし、そもそも営利の目的が個別的に作用すべきであるとされる理由はどこにあるのかという問題は残る。この点につき、西田典之「判批」判例セレクト'99(平成二二年)二九頁は、その理由を、営利の目的が利欲的な動機であり、責任非難を高める責任要素である点に求めている。
- (33) 西田・前掲注(3)一八一—一八二頁。
- (34) 大谷・前掲注(27)四二七頁、前田・前掲注(26)三九六頁。
- (35) 最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷二号一七九頁。

- (36) 福田・前掲注(9)六五―六六頁、前田・前掲注(26)四四二頁。
- (37) 西田・前掲注(3)一九五頁。なお、酒井安行「判批」平成一〇年度重要判例解説(平成一一年)一四八頁参照。
- (38) 山中・前掲注(26)八七七頁、大谷・前掲注(27)四三―四三三頁、四六八頁、前田・前掲注(26)三九六―三九七頁。
- (39) 西田・前掲注(27)一五六頁。
- (40) 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について(一)」姫路法学一八号(平成八年)五頁。
- (41) 拙稿・前掲注(31)七五頁以下参照。

【本判決評釈】 本判決評釈として、酒井安行「目的犯における共犯と身分」平成一〇年度重要判例解説(平成一一年)一四七頁、西田典之「営利の目的と刑法六五条適用の要否」判例セレクト'99(平成一二年)二九頁がある。