

主観的要素と身分概念

——韓国刑法三三三条を中心に——

- I. はじめに
- II. 身分の概念
 1. 日本刑法六五条における身分概念
 - (1) 判例における身分概念
 - (2) 学説の状況
 2. ドイツ刑法二八条における身分概念
 - (1) 「特別な人的要素」の内容
 - (2) ドイツ刑法二八条と二四条との関係
 - (3) 「特別な人的要素」の適用基準
- III. 身分の継続性の要件と非継続的・心理的要素の身分性

吳 貞 勇

1. ドイツにおける学説・判例
 - (1) 学説の展開
 - (2) 判例の検討
 2. 日本における学説・判例
 - (1) 判例の検討
 - (2) 学説の状況
 3. 韓国における学説・判例
 - (1) 学説の状況
 - (2) 判例の検討
- IV. 身分の「行為者関連性」と「目的」
1. 行為無価値の主観的要素と客観的要素
 2. 行為関連要素としての故意・過失・目的
 - (1) 行為関連的な行為無価値と行為者関連的な行為無価値
 - (2) 韓国刑法三三条における身分と関連する「行為者関連性」
 - (3) ドイツの人的不法論における「行為関連的」の意味
 3. 正犯標識としての目的
- V. 終わりに

I. はじめに

身分犯において中核的な標識は身分関係である。本来、身分とは中世封建社会において各々の構成員が持っている階

層あるいは階級を表わす標識であったが、市民法治社会以後の身分関係は従来の階級社会で使われた意味を超え、新たな意味を持つようになった。さらに身分関係の概念は刑法の領域で問われるようになってから、その意味内容を広げていくのである。これは刑法の任務である法益保護に尽くすためでもある。

韓国刑法三三条は「共犯と身分」という身分犯に関する規定を設けているが、「身分関係」自体に対しては何の定義もしていない。そこで身分関係の概念に対しては三三条の規定を根拠とし、理論的にその概念を確立するしかないのである。身分の定義に関して韓国刑法三三条における身分とは、「男女の性別、内外国人の区別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみならず、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るとするのが通説であり、また韓国判例も同様の立場をとっている。身分概念について通説と判例がこのような立場をとったのは、日本刑法における身分概念を受け容れたものであると思われる。

また、近時ではドイツ刑法二八条での身分概念を受け容れ、身分とは特別な人的要素として、「特別な人的性質」、「特別な人的関係」、「特別な人的状態」という要素を含むものであるともいわれている⁽³⁾。けれども、ドイツ刑法二八条一項が刑の必要的減輕の規定を設けているのに対し、韓国刑法三三条は非身分者に真正身分犯の共同正犯までの成立が可能となるように規定していることに鑑みると、身分関係の概念をこのように拡張するのは、非身分者の処罰を拡張するという問題点があり、そのため韓国刑法三三条という「身分関係」を適用するにあたっては適切な適用基準が必要であるう。

このような点からは、比較法的に日本刑法六五条とドイツ刑法二八条における身分概念が検討に値すると思われる。したがって、以下では身分概念について諸外国はどのような展開をしているかを検討しながら、韓国刑法上での身分概念をいかに捉えるべきかを検討していくことにしたい。

II. 身分の概念

1. 日本刑法六五条における身分概念

(1) 判例における身分概念

日本刑法六五条における身分の一般的意義に関して日本判例は、大審院判例により、「刑法第六十五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、公務員タルノ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人的関係タル特殊ノ地位又ハ状態ヲ指称スルモノトス故ニ刑法第二百五十二条及第二百五十三条ニ於テハ横領罪ノ目的物ニ対スル犯人ノ関係カ占有又ハ業務上ノ占有ナル特殊ノ状態ニ在ルコト即チ犯人カ物ノ占有者又ハ業務上ノ占有者タル特殊ノ地位ニ在ルコトカ各犯罪ノ条件ヲ成スモノニシテ刑法第六十五条ニ所謂身分ニ該ルモノトス^④」と判示して以来、最高裁判所判例においても上記の趣旨がそのまま承継されている。最高裁は、被告人Xが経済事犯のみみ消し料名義で預かり保管中の金銭を、被告人Yと共に消費したという事案において、上記の大審院判決を援用し、「刑法六五条にいわゆる身分は、男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たる資格のような關係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に關する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指稱するものであつて、刑法二五二条においては、横領罪の目的物に對する犯人の關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人の條件をなすものであつて、刑法六五条にいわゆる身分に該るものと云わなければならぬ^⑤」と判示している。

判例はこのように身分について一般的定義をあげており、その身分概念は刑法六五条一項だけでなく、二項での身分にも適用されるものとして捉えられている。その例として挙げられるのは、虚偽公文書作成罪（刑法一五六条）におけ

る「公務員」^⑥、偽証罪（刑法一六九条）における「法律により宣誓した証人」^⑦、重婚罪（刑法一八四条）における「配偶者のある者」^⑧、収賄罪（刑法一九七条以下）における「公務員」^⑨、背任罪（刑法二四七条）における「他人のためにその事務を処理する者」^⑩、横領罪（刑法二五二条一項）における「他人の物の占有者」^⑪、業務上横領罪（刑法二五三条）における「業務上他人の物を占有する者」^{⑫⑬}などが、刑法六五条一項のいわゆる構成的身分に該当し、六五条二項のいわゆる加減の身分に該当するものとしては、尊属殺人罪（旧刑法二〇〇条）における「直系卑属たること」^⑭、常習賭博罪（刑法一八六条一項）における「常習者」^⑮、業務上墮胎罪（刑法二二四条）における「医師」^⑯、業務上横領罪（刑法二五三条）における「他人の物を業務上占有している者」^⑰などがある。

判例においては六五条一項と二項の身分概念を別異に解しようとする立場ではないのであり、学説においても判例と同様に統一的に解すべきことを強調するのが通説である。次は学説の動向を検討していくことにしたい。

(2) 学説の状況

学説においては、上記の判例の立場に基本的に従ってきたのが通説である^⑱。判例と通説は六五条一項および二項の身分を同義に解しているが、これに対して反対説もある。判例と通説が身分概念を六五条一項と二項に共通する概念として捉えるのに対し、反対説は六五条一項の身分と二項の身分とを別異にする捉え方をとっているのである。すなわち、六五条一項の身分は、収賄罪における「公務員」とか、背任罪の「他人のためその事務を処理する者」、偽証罪の「法律により宣誓したる証人」などのように、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要し、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が、これに対して、同条二項の身分は「刑の加重・減軽の原因によって刑が加重せられる場合とか、その他、身分によ

つて刑が減輕せられる場合のように、刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であればよいことである。また、その意味において、判例によって定義せられた身分の概念は、二項の意味における「身分」を意味するに過ぎないとするのである。¹⁹⁾

このような反対説は、身分犯を「狭義の、又は純正身分犯」と「広義の、又は不純正身分犯」に区別し、純正身分犯とは、収賄罪とか偽証罪とか背任罪のように構成要件に規定した犯罪の主体が一定の身分を有する者に限られる場合であつて、純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によって一定の義務を負担させられている点にあり、刑法六五条一項に規定せられている身分犯は純正身分犯であるとする。²⁰⁾

したがつて、このような反対説によれば、刑法六五条一項の身分は継続性を要求せざるを得なくなる。継続性を要するの可否かの問題は日本においても古くから議論されてきた。その中で代表的であるものが営利拐取罪における営利の目的などの目的が身分に当たるか否かである。学説上、肯定説と否定説が鋭く対立しているが、その対立の基礎にあるのは、一時的な心理状態も身分に含まれるのか、それとも身分というためには多少の継続性を要するののかという考え方の違いである。²¹⁾ 身分概念には継続性を要しないから一時的な心理状態である「目的」も「身分」に当たるといふのが日本の通説であるが、判例においては、身分といえるためには多少の継続性を要するから、営利拐取罪における「営利目的」のような一時的・心理的な要素は日本刑法六五条における「身分」に当たらないとした判例があるほか、麻薬及び向精神薬取締法六四条二項の「営利の目的」は、刑法六五条でいう「身分」であるとする判例もあるなど、判例が全面的に肯定説にたつているとは言い切れない部分もある。

このように、身分概念に継続性を要するの可否かの問題は、身分の意義をめぐる争いの中で中核ともいえるのであり、特に目的犯における「目的」のような主観的要素と身分とで深い関わりを持つのである。これについては、後で検討す

ることとし、次はドイツ刑法における身分概念について検討していくことにしたい。

2. ドイツ刑法二八条における身分概念

ドイツ刑法二八条は身分について「特別な人的要素」という表現を使っており、韓国刑法においてもこのような身分概念を刑法上の身分概念として使う場合が多い。しかし、韓国刑法三三条はドイツ刑法二八条とは異なっており、非身分者の共同正犯成立まで認める明文の規定が設けられているのみならず、ドイツのように非身分者である共犯に刑の必要的な減輕を認めることもない。このような点に鑑みると、ドイツ刑法上の「特別な人的要素」という概念を韓国刑法上での身分概念として援用するに先立って、「特別な人的要素」という概念についての検討が必要であると思われる。

(1) 「特別な人的要素」の内容

ドイツ刑法二八条は、身分とは「特別な人的要素」(besondere persönliche Merkmale)であると規定している。刑法二八条の「特別な人的要素」という概念は同法一四条一項に定義されているが、同法一四条は法人に当該刑法規上、要求される特別な人的要素が存在する場合に、特別な人的要素がない自然人に対してもそれを認めることによって、法人の各種の違反行為を規制して刑事処罰を拡張するためのものである²⁸⁾。ドイツ刑法の条文編制を見ると、身分関係に関する規定が先にあり(一四条)、共犯と身分に関する規定は後に位置している(二八条)。そこで、ドイツの立法者は、ドイツ刑法一四で身分関係について「特別な人的性質」(besondere persönliche Eigenschaften)、「特別な人的関係」(besondere persönliche Verhältnisse)、「特別な人的状態」(besondere persönliche Umstände)と定義し、後で同法二八条では一四条を指示しながら「特別な人的要素」という表現を使っている。

「特別な人的性質」(besondere persönliche Eigenschaften)とは、人間の人格と不可分の結びついた精神的・身体的・法律的要素をいうのであり、男女の性、年齢、親族などがその例である。⁽²⁷⁾「特別な人的関係」(besondere persönliche Verhältnisse)とは、人が自分以外の他人、あるいは物、国家制度との外部的な関連性を意味するのであり、公務担当者・裁判官・医師・軍人などのような資格、横領罪においての「他人との委託関係」のようなものがそれである。⁽²⁸⁾また、「特別な人的状態」(besondere persönliche Umstände)は、一九六八年改正正当時に追加した標識として、従来の「特別な人的性質」と「特別な人的関係」の標識が多少の継続性を要することによって、一時的な事由に対しては特別な人的性質を認めることができなかつたという難点を克服するために採択したものである。⁽²⁹⁾このような「人的状態」は人的性質や人的関係を除外したすべての要素を総称するものであり、その例としては営業性、常習性、妊婦のような継続性がある場合だけでなく、犯行動機や心情などのような行為者の特殊の心理的・一時的な主観的要素も含む。⁽³⁰⁾後者の例としては、ドイツ刑法九〇条a(国家及び国家の象徴に対する侮辱罪)における「悪意」(Boswilligkeit)や刑法二四条(中止未遂)における「任意性」(Freiwilligkeit)などのように、行為者の主観的な要素がそれに該当する。

(2) ドイツ刑法二八条と一四条との関係

ドイツ刑法二八条一項は必要的減輕を規定しているのに対し、一四条での「人的要素」は刑罰を拡張することを意味するものとして捉えられている。⁽³¹⁾「特別な人的状態」が二八条一項では大きな働きをするのに対し、刑法上の代理人又は代表権を規定している一四条の場合には、自然人又は法人本人は自らの行為によって具体的犯罪に関与しないから、そのような「状態」を実現することは不可能であり、したがって一四条一項でいう「代理人には存在しないが、本人のみが存在する場合」という、言い換えれば、人的要素が行為者本人に限られたという前提状況が発生しないということ

ある。これは「人的性質および人的関係」においても現われる。

Heinzbergは、ドイツ刑法二八八条（強制執行妨害罪）において強制執行債務者および財産所有者の地位を二八八条一項における「特別な人的要素」として解さず、誰にでも存在可能な価値中立的な人的要素として捉え、共犯にそのような要素が存在しなくても二八八条一項が適用されないから処罰が緩和されないが、強制執行に直面した会社の代表者が会社債権者の債権実現を妨害するために会社の財産を売却した場合には、一四条の拡張規定によって正犯の「特別な人的要素」が代表機関に適用され処罰となり得るとする。つまり、価値中立的な行為者要素は、二六条（教唆犯）と二七条（幫助犯）によって共犯に移る（übergeleiten）ように、一四条によって代表者、代理人にも移るということである。⁽³³⁾

このように後者の作用方向は、むしろ二六条と二七条と一致すると捉えるべきであり、さらに、二八条と一四条の關係においてその概念と作用方向が必ずしも一致しないにもかかわらず、二八条の「特別な人的要素」は一四条一項を参照し、「特別な人的性質」（Eigenschaften）、「関係」（Verhältnisse）、「状態」（Umstände）」という概念区分に従われるようにしたのは立法上の誤りであるとも指摘している。⁽³⁴⁾ Heinzbergは一四条での決定的な基準は「価値中立性」であり、二八条の基準が「価値関連性」であるとして両者を区別している。⁽³⁵⁾

(3) 「特別な人的要素」の適用基準

ドイツ刑法上の「特別な人的要素」の中でドイツ刑法二八条が適用される特別な人的要素は「行為者関連的要素」に限られており、「行為関連的要素」は除外されている。それは一九六八年ドイツ旧刑法五〇条の改正によって、従来の「人的性質」および「人的関係」に「特別な人的状態」という新たな要素が追加されることにより、「目的」（Absicht）のような主観的要素や、人的性質と人的関係を除外したすべての「特別な人的要素」に対する新たな区別基準が必要とな

ったからである。ドイツ刑法二八条一項は、「特別な人的要素」が存在しない共犯は共犯従属性によって重く処罰されることを制限するための趣旨として規定されたが、その一方で「特別な人的要素」が存在しない共犯に常に刑を減軽するのが妥当であるのか否かが問題となった。

そこで、ドイツ刑法学においては「特別な人的要素」に該当する事由であっても、それをもっと細分化して「行為関連的要素」(tatbezogene Merkmale)なのか、それとも「行為者関連的要素」(täterbezogene Merkmale)なのかによってその取り扱いを異にしたのである。つまり、特別な人的要素が客観的要素に関連すればその行為が侵害しようとする法益に影響を及ぼす事由として行為不法を決めるから、共犯者は共犯従属性の原則によって罪責を負うことになるが、「特別な人的要素」が内面的動機のように、主観的に正犯自身のみに関連すると、責任個別化の原則によって共犯には帰責されえないということである。⁽³⁶⁾

このようにドイツの学説と判例は、構成要件の故意、不法領得の意思、断絶した結果犯における目的のように、行為それ自体の要素として存在しつつ、行為無価値を増大したり犯罪実行形式が記述されることによって行為の外的形状を構成する要素は「行為関連的要素」であり、刑法二二一条の謀殺罪における「貪欲」(Habgier)のような殺人に至る特に「低劣な動機」(niedrige Beweggründe)や隠べい目的などのような行為者による特別な義務侵害と行為者に特に倫理的に非難できる心情(Gesinnung)、又は行為者の人的危険性を表わす要素は「行為者関連的要素」であるとしている。⁽³⁷⁾

したがって、行為関連的要素に対しては共犯従属性の原則がそのまま適用されることになるが、行為者関連的要素に対しては刑法二八条が適用されて刑事処罰が緩和されることになるのである。ちなみに、構成的身分がない非身分者とその身分犯に加功した時は非身分者に必要的減軽が適用され、不真正身分犯においては加重的身分犯に加功した非身分

者は通常の犯罪の刑で処罰されるということである。ということからすると、ドイツの通説が二八条によって扱われるべき「特別な人的要素」とみなすのは、「行為者関連的要素」であって、そのような要素は、共犯従属性の原則によって嚴格に従属的に扱われる「行為関連的要素」と対置されている。

しかし、論者によっては個々の点で様々に異論がある。Heinzbagは、当該要素が価値関係的要素であるのか、それとも価値中立的要素であるのかによって区別し、価値中立的要素については刑法二八条が適用されないとする。³⁸⁾ 彼によると、行為者の行為動機が「自分の一身に存在するから、つまり人的」であるから特別な人的要素に属する場合には、例えば詐欺の場合に、不法領得意思も人的要素に当然含まれるが、このように主張する者がほぼ存在しないように、不法領得意思は法益侵害の程度に関して価値中立的要素であるとする。³⁹⁾ この価値中立的要素は行為の不法ないしは責任内容に影響することなく、それがもつば非類型的な法益侵害を排除することによって仕える場合に認められる。というのも、立法者は、類型的な法益侵害のみを構成要件化する傾向があり、そのことによって類型化されていない、事例の不法―責任内容には影響は与えられないだろう、とするのである。⁴⁰⁾ 逆に価値関係的要素とは、関与者にとって、不法や責任の重大性に関わるような要素であって、二八条が適用される。例えば、背任罪(二二六条)、横領罪(二四六条)、個人の秘密侵害(二〇三条)、職務犯罪における特別義務要素、家庭内および家族間の窃盗の際の親族関係が挙げられる。⁴¹⁾

したがって、彼は「人的」という表現に同置可能な「行為関連的要素」を選び出すのは容易ではないから、二八条に含まれるものと嚴格に従属すべきものとして扱われるものを限界付けることが最も重要であるとする。つまり価値関係的要素と価値中立的要素に区別すべきであり、価値中立的人的要素は「人的」ではないのであって二八条の適用範囲に入らず、従属的に扱われるべきであるとする。⁴²⁾

しかし、この見解に対しては、立法者が一定の要素を犯罪類型化に用いる場合、こうした要素の存在または欠如が当罰性にとって決定的となるとすれば、それは既に価値中立的ではあり得ないとする批判がある⁽⁴³⁾。

Ⅲ. 身分の継続性の要件と非継続的・心理的要素の身分性

身分概念に継続性の要件が要求されることになると、目的・動機・心情などのような一時的要素あるいは心理的要素は身分概念に含まれ得なくなる。一九六八年ドイツ刑法が「特別な人的状態」という身分概念を追加する前までは、同法五〇条の文理解釈上、一時的・心理的要素は継続的なものではないため、行為者の「特別な人的性質・人的関係」に該当しないものとして理解されてきた。したがって、一時的・心理的要素を身分概念に含むか否かの問題は、身分概念の継続性の要否と直結するといえるだろう。以下では、身分概念における「継続性」の要件に関して検討していくことにしたい。

1. ドイツにおける学説・判例

(1) 学説の展開

身分に継続性を要求することになったのは、一八七二年ドイツ帝国刑法五〇条に規定された「人的性質または人的関係」(persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse) という文言に関する厳格な文理解釈に由来する⁽⁴⁴⁾。当時、このような厳格な文理解釈は最も一般的であって、Ruboによる定義に従って、「persönliche Eigenschaften」とは、「ある人間の本质における状態」(die Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen) であり、「persönliche Verhältnisse」は、「ある

人間の他の人間または事物との関係」(die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder irgen einem Dinge)を意味するといふ理解が一般化したのである。⁽⁴⁶⁾

そこで、一九四三年ドイツ刑法の部分改正前までの通説的見解は、身分概念に継続性を要求して、例えば刑事未成年者、窃盗犯における累犯性、犯人隠匿罪等における常習性・営業性(継続的に営利を得る目的)なども帝国刑法五〇条の身分になるとし、「継続性の要件」を重要な判定基準として使用したのである。⁽⁴⁷⁾可罰性借用理論が支配的であった当時の帝国刑法五〇条は、日本刑法六五条二項と韓国刑法三三条但書に相当する規定であり、日本刑法六五条一項や韓国刑法三三条本文のような規定はなかったため、真正身分犯に加功した非身分者は共犯従属性の原則に従って、当然、真正身分犯の共犯として処罰され得るはずだったが、共犯従属性が通用され得なかつた同第五〇条は、共犯従属性の原則の例外規定であると解された。このように同第五〇条が共犯従属性の原則の例外規定であるとすれば、例外規定に対しては厳格な文理解釈によつて、その適用範囲を制限する必要があつたのであり、それに応じて身分概念に継続性を要することになつたのである。⁽⁴⁸⁾

しかし、帝国刑法五〇条の規定を共犯従属性の原則に対する例外であるとすれば、この規定は共犯従属性理論と矛盾するのみならず、共犯従属性の原則を立法化した同法四八条(教唆犯)及び同法四九条(従犯)に背馳することになる。そこで同法五〇条も従属性の原則に合致すると解する見解が現われ始めた。その見解として、まず、Krugは、同法五〇条の「性質または関係」という表現は一般的な表現にすぎないから、行為者に個別的に作用する事情は「性質または関係」という文言から求めるべきではなく、「persönlich」という表現から求めるべきであり、これもまた「ある人間に固有の、または、所属する」という同義反復的な意味として解するのではなく、より狭い意味、より特殊な意味として「専らある人間に固有であるから、その作用はすべてその人のみに及ぼして他の人には及ぼさない」という意味とし

て解すべきであつて、このように解すれば五〇条が共犯従属性理論と矛盾しないようになるから、「ある行為事情」(Tatumsände) が同条に含まれるのか否かは継続性の要件に関わつてゐるものではないとした。⁽⁴⁹⁾

また、Redlobも「persönlich」とは、個別的に作用するという機能を意味するのであつて、五〇条での「人的性質または人的関係」という文言は、本質的に「人的帰責」(persönlich Anrechnung)を要求する要素であり、これはまた行為要素ではなく、意思要素であると主張し、「目的」、「予謀」などのような一時的・心理的要素も身分概念に含まれるとした。⁽⁵⁰⁾

このように、従属性原則の例外規定に対し、厳格な文理解釈のため要求された身分の継続性は認める意味がなくなり、次第に学者らの支持を得て一九四三年五月の刑法部分改正の際に、同法五〇条一項に責任個別化の原則を明文化すると共に、同条五〇条二項においては、改正前の五〇条を「特別な人的性質または関係」(besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse)と修正するに至つた。ただ、「人的性質または関係」(persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse)の文言は修正されなかつたため、継続性の要件をめぐる論争は改正後に争いとなつた。Sauerは、改正された五〇条に関して、一項は制限従属性説の承認であり、二項は責任原理の必然的な帰結であるとしながらも、一九四三年改正が旧刑法五〇条の身分概念を引き継いだものであるから、五〇条二項の適用に当たつては継続性の要件を維持すべきであると主張した。但し、目的、心情、予謀などのような主観的責任要素は四八条・四九条・五〇条一項によつて承認された制限従属性の原則によつてその個別作用が認められるとしたのである。⁽⁵¹⁾このようなSauerの見解は、文理解釈に基づいた身分概念を目的論的に解しようとする、いわゆる文理解釈から目的論的解釈への過渡期を形成したものであることができよう。⁽⁵²⁾そして、第二次大戦以後からは、改正五〇条二項の文理解釈に対抗して、「人的性質または人的関係」の中で、性質と関係との厳格な概念的区別は不可能なだけでなく不必要でもあるという見解が徐々に浸透し、

つについては、帝国刑法五〇条の文理解釈に基づいた継続性の要件は理論的に正当化されるものではないという意見の一致をみるに至ったのである。⁽⁵³⁾

このような学説の動向は判例にも影響を及ぼした。旧刑法五〇条に関して従来の帝国裁判所は継続性を一貫して要求したが、一九五〇年一月以後の連邦通常裁判所は一連の判決において、帝国裁判所のような「継続的」という形式的区別ではなく、当該要素が、行為と行為者の中で、いずれをより特徴づけるものかという実質的区別によつて解決しようとしたのである。⁽⁵⁴⁾

学説の傾向とこのような判例の影響で、一九六八年の改正刑法五〇条二項には「特別な人的要素」という上位概念の下に非継続的・心理的要素まで含む「状態」(Umfände)という概念が追加され、一九七五年以来、現行刑法に継承され、現在の通説と判例は身分概念に継続性の要件を否定しているのである。

そこで、現在のドイツでは、目的、動機、心情のような一時的な心理状態は「特別な人的要素」に含まれるということに異論はない。ただ、一時的心理状態のようなすべての主観的要素が特別な人的要素に当たるかについてはそうではない。例えば、非継続的・心理的要素である「目的」(Absicht)を行為関連的要素として捉え、特別な人的要素には当たらないとするのである。学説においては、特別な人的要素とそれ以外の要素を行為者関連的要素であるか行為関連的要素であるかという基準によつて区別する立場が通説的地位を占めている。⁽⁵⁵⁾ また、判例においても、すべての人的要素のうち、特別な人的要素とそれ以外の要素を区別する基準を行為者関連性の有無に求めている。⁽⁵⁶⁾ つまり、通説と判例は心情 (Gesinnungen)、傾向 (Tendenz) のような主観的要素も、一応概念上は人的要素となりうるとはしながらも、二八条が適用される人的要素とは、行為者に関連する要素に限られるべきであつて、行為関連要素はこれには含まれないとするのである。行為者関連的要素は当該行為者に固有の事情を表すものであるから、これを欠く共犯者の刑が減輕

されるのは当然であるが、これに対し、外部的な行為それ自体には何人も関与しうるから、行為関連的要素は他人にも完全に従属的・連带的に作用するとしたのが学説と判例の考え方である。⁽⁵⁷⁾要するに、当該犯罪要素が行為者に関連している場合には特別な人的要素に当たるが、行為に関連している場合には特別な人的要素に該当しないとするのである。

それによると、構成要件の故意、不法領得意思、目的犯における目的のような、誰にでも存在し、行為不法を決めたり、あるいはそれを修正する結果の主観的再反映を意味する「行為関連的要素」に対し、共犯者は共犯従属性の原則によつて罪責を負うのであるが、特別な人的要素が第二十一条の謀殺罪における特に低劣な動機 (niedrige Beweggründe) のように、行為者の内面的な動機付けという主観的に正犯自身のみに関連する「行為者関連的要素」の場合には、共犯に罪責を負わせるべきでなく、刑事処罰を緩和すべきであるとする。⁽⁵⁸⁾

(2) 判例の検討

——連邦通常裁判所第五刑事部、一九六九年五月二〇日判決 (BGHSt. 22, 375) ——

〔事実関係〕

被告人Xは、一九四二・三年の両年にわたり、ナチスの親衛隊の一員として、ポーランドのクラカウにおけるユダヤ人大量虐殺の補助を行った。被告人は、被害者達が人種上の憎悪から殺害されるものであることを知っていたが、被告人自身はこの低劣な動機に基づいて補助行為をしたのではなく、虐殺が犯罪を構成するものであることを知りながら、親衛隊の一員として単に命令に従つて行動したにすぎなかった。このような事実に対し、原審(陪審裁判所)は、被告人を六件の謀殺補助を理由として六年の懲役刑に処したが、被告人は、公訴時効が完成しているとして手続の打ち切りを求めて上告した。

〔判旨〕

一九六八年に発効し、〔旧〕刑法二条二項二文により被告人の利益に適用される〔旧〕刑法五〇条二項の新規定によれば、かかる謀殺幫助は、〔旧〕刑法二二一条（一項）・〔旧〕四四条（二項）・〔旧〕一四条によって、三年以上一五年以下の懲役刑を科されるものである。したがって、この公訴時効は刑法〔旧〕六七条一項により一五年である。その理由は以下のとおりである。

① 一九六八年の九月三〇日までには、共犯もしくは正犯につき、刑を加重、減輕ないしは阻却する特別な人的資格あるいは関係が存する場合の規定が存在していただけであり、可罰性を根拠づける人的性質をもった事由は規定されていなかった。したがって共犯者にその事由が存しない場合でも、それは共犯者に帰責されたのである。しかし、新しい〔旧〕五〇条二項が公平（Gerechtigkeit）の見地から規定され、同条によれば、特別な人的な資格と関係の他に「事情」をも加え、これらすべてが特別な人的要素とされ、この要素を欠く共犯者の刑は、未遂の刑にしたがって減輕されねばならないことになった。

② 連邦通常裁判所の確立した判例にしたがえば、故意の殺人を〔旧〕刑法二二一条二項により謀殺と特徴づける事実とは、「真正の構成要件要素」である。これらは〔旧〕刑法五〇条二項が今日明示するように「正犯者の可罰性を根拠付ける」ので、これらが同時に「特別な人的要素」である場合には同条の適用を受けることになる。そして、謀殺の構成要件要素としての「低劣な動機」については、以上の理由からその適用が肯定されることになる。

i) 「特別な人的要素」と対をなすものは、たとえば公共にとって危険な手段の使用（〔旧〕刑法二二一条二項）のように、行為者の一身に属するのではなく、謀殺行為の外面それ自体に属する行為事情の中に存する。前者は「行為者に関係する」、後者は「行為に関係する」と呼ばれる。

- ii) 謀殺者の低劣な動機が特別な人的事情であるとする事は、用語例や自然な理解に合致するし、正当でもある。「行為者の動機は彼の一身にあり、他のところにあるのではない」。
- iii) 連邦通常裁判所の判決も、これと逆の見解をとってはいいない。連邦通常裁判所の判例は、「旧」刑法二二一条二項の低劣な動機を「行為に関係する」要素であるとしてきた、との連邦検事総長の見解は適切ではない。
 - (a) BGHSt. I. 368, 371は、第二刑事部は、むしろ、低劣な動機は「行為の外面の様相ではなく、行為者の内面のあり方」を特徴づける、と述べている。第二刑事部は、「低劣な動機は『刑を加重する』のではなく、行為者の謀殺者としての可罰性をはじめて根拠づける」(BGHSt. I. 368, 372)ものであるから当時の刑法五〇条二項は適用されない、としていたのである。そして、動機がそもそも同条に含まれるか、すなわち人的な資格あるいは関係に含まれるかは、明文で未解決のままとされていたのである。したがって、連邦検事総長がこの判決を援用するのは不当である。
 - (b) さらに、彼の援用する第三刑事部の判決 (BGHSt. 17, 215) は、「旧」刑法二二一条二項の低劣な動機に関するものではなく、—その間に削除された—「旧」九四条の憲法に敵対する目的には旧五〇条二項が適用されないことを明らかにしたにすぎない。この判決理由の中で、「低劣な動機は一次的には所為を特に重大なものとするものであり、その他に行為者の特性も持つものであるから、刑法五〇条二項は適用されない」と述べられているのは、単に付随する表現であって、的確な表現ではない。したがって、「連邦通常裁判所の見解」であるとしながら、上述の(a)の判決を援用するのは誤解である。
- iv) 政府草案理由書も、「旧」刑法二二一条の低劣な動機は行為者に関係するものであり、それ故刑法「旧」五〇条二項新规定にいう「人的事情」に含まれることを是認している。そして、このことは一九五五年二月の大刑法委員

会の決議にもとづくものである。連邦検事総長は、このような解釈は法律それ自体によつて根拠づけられてはいないと考えるが、法律の文言は明瞭かつ一義的 (eindeutig) である。

v) 連邦検事総長のその余の主張も説得力をもたない。

(a) 彼は、行為者の目的が刑を加重する事例の判決を援用するが、これは不当である。未公刊の一九五八年一月二一日判決 (5 SAR 501/ 58) では、〔旧〕刑法五〇条二項は、同二三五条三項の加重された誘拐には正当にも適用されなかった。この判決が説明するように、少年をわいせつ行為に使用するという―幫助者には認識されていた―正犯者の目的は、「行為に関する不法要素」であった。この目的は「行為自体の非難を強めるものであり、行為者の特別な人的資格ではない」。しかし、ここからは本件で判断すべき問題については何も引き出されない。

〔旧〕刑法二三五条三項や多くの他の刑罰規定における「目的」は、例えば、同〔旧〕二四二条の不法領得の目的のように、法律上の要素として、わいせつ行為あるいは領得が行われなくともよい、という意味をもつ。行為がそれらに向けてなされるだけで充分なのである。このことだけで、誘拐にあつては刑罰は〔旧〕刑法二三五条三項により加重されねばならず、財物の窃取にあつては行為者は窃盜として有罪とされねばならないのである。こうした目的は対応する外部的要素としての地位をしめ、「行為に關係する」のである。これらすべては、〔旧〕刑法二二一条二項における「低劣な動機」には当てはまらない。

(b) 本件のような謀殺の外部的様相の特徴は、連邦検事総長が考えるように国家社会主義的な権力者の低劣な動機にのみ存するのではなく、その外部的実現の態様、特に大規模な虐殺施設の設置に存する。連邦検事総長は、この關係で不当にも民族謀殺の構成要件を指摘する。〔旧〕刑法二二〇条 a は、一定の民族の全体もしくは部分的な抹殺に対処するものである。しかし、民族が抹殺されること自体は、法律上の構成要件ではない。行為が抹殺

に向けられているだけで充分なのであり、ここでは(a)で論じられた性質の目的犯が問題となっているのである。「旧」刑法二二〇条aにおける目的と同「旧」二二一条の低劣な動機との明確な区別ができない、というのは正しくない。連邦検事総長は、「旧」二二〇条aがこの発効前に行われた行為に適用されないことを認容するが、彼の説明は結局、同条の遡及効を認めてしまう結論にいたる。

(c) 「憎悪から行われた殺害に幫助者として協力し、この殺害がある民族の抹殺に寄与することを知っている者が、例えば背信的に行われた謀殺への共犯者よりも何故優遇されるべきなのか」という明確な理由を、連邦検事総長は誤って認識している。確かにこのような不均衡な結果は理解できないところである。その理由は、「秩序違反法施行法 (EGOWIG) の立法過程において、五〇条の新たな構成が時効、特に謀殺の共犯の時効の問題にいかなる結論をもたらすのが明らかに看過されている」(Horst Schröder JZ 1969, 132) ところにある。したがって、さまざまな態様の謀殺への幫助につき、新たな構成がもたらす不均衡な帰結は、解釈に当たって考慮されない。

③ 低劣な動機という謀殺の可罰性を根拠付ける人的要素が幫助者としての被告人には欠けているので、「旧」刑法五〇条二項（新规定）により、彼に対する刑は未遂に関する原則によって減輕されなければならない。「旧」刑法四四条二項によれば、謀殺が同「旧」二二一条一項により終身の懲役刑にあたるので、三年以上の有期懲役が宣告されるべきである。その上限は、「旧」一四条二項によれば一五年である。

④ 時効期間の長さは、「旧」刑法二二一条一項が謀殺者自身に定める終身の懲役刑によってではなく、謀殺幫助者として被告人に対する法定刑により定まる。このことは、幫助について減輕が必要であった限りでは、すなわち一九三九年一月五日の暴力犯罪者法 (Gewaltverbrecherordnung) の発効までは「通説的な見地にとつては疑問の余地もないものであった。刑の必要的減輕は、絶対的法定刑にあつては、法定刑の内容の変更を意味する」(Horst Schröder JZ

1969, 132, 133)。この解釈は、連邦検事総長が認めるように、BGH NJW 1962, 2209 Nf. 13の判決や連邦通常裁判所の多くの未公刊の判決の根底をなすものである。連邦検事総長の説明が刑事部をしてこのような解釈を変更させるものではない。したがって、時効期間は〔旧〕刑法六七条一項によれば、本件においては一五年となる。

本事例においては、被告人が自ら低劣な動機をもっていなかったとしても、このような動機による謀殺を幫助した場合に公訴時効が何年であるかということが争点であったといえるのであるが、その一方では、連邦通常裁判所が判旨を通して謀殺を特徴付ける心理的要素である「低劣な動機」も「特別な人的要素」として行為者関連的要素として捉えたという点もわかる。これは、一九六八年改正刑法五〇条が従来の「人的性質・地位」外に「人的状態」(Urstände)という要素を追加することによって、継続性をもたない一時的・心理的要素をも身分概念に包含せうようにした結果である。

また、上記の判例は、低劣な動機が謀殺の可罰性を根拠付ける、つまり犯罪構成的要素であったが、それは一九六八年改正時に新たに定められた〔旧〕五〇条二項(現行刑法二八条一項)を適用したものであり、同条二項は従来から学説と判例によって認められた身分がない共犯の処罰を明文化したものである。なお、その処罰は正犯の刑より必要的に減輕するとしている。当時の学説は、判例とは異なり、謀殺における低劣な動機が刑を加重する身分であると考えた。したがって、上記の事例は、一九六八年改正による身分概念の拡張後は、五〇条三項により解決されるようになる。これによれば、低劣な動機をもたない幫助者は故殺の刑によって処罰されるようになり、その公訴時効は、判例の結論と同様に一五年となるのである。このように適用条文の違いはあるものの、結論としては判例・学説は同一である。

2. 日本における学説・判例

(1) 判例の検討

上記のように、ドイツの学説・判例上、争われてきた「継続性」の要否については、不要説が採用され、立法的な解決をみた⁽⁹⁾。その意味において、ドイツ刑法における身分概念は、日本の学説・判例のそれと同様であるといえる。なお、この問題は、目的犯における目的は「身分」といえるかどうかという問題に関連するのであり、それはまた、一時的・心理的要素も六五条の身分といえるかの問題でもある。つまり、これは、身分の本質的要素として「継続性」を要求するか否かという問題である。

この点に関する判例としては、「営利の目的」は六五条二項の身分に当たらないとした大正一四年一月二八日の大審院判決がある。すなわち、被告人Xは料理屋を経営していたが、Aの四女Bを向こう六か年間の稼ぎ高で全借金六〇〇円を返済する約束のもとに芸妓に抱え置いたところ、Bが無断で逃走して実家に帰つたため、原審共同被告人Yに対しBを伴って来たら報酬金一〇〇円を与えると告げ、被告人Zはその事情をしてX・Yと三名共謀の上YにおいてAおよびBを欺いて遂にBを被告人等の支配内に移置するに至つたものであるから、「Yニ営利ノ目的アリタルコトハ論ナキ所ニシテ又刑法二二五条ノ営利ノ目的ハ同法第六五条第一・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XZノ行為ハYト同シク刑法第二二五条ノ営利誘拐ノ罪ヲ構成スル」と判示し、X・Y・Zを営利目的拐取罪の共同正犯として処断したのである。これに対し、昭和四二年三月七日の最高裁判決は、麻薬取締法六四条二項の「営利の目的」が刑法六五条二項の「身分」に当たると解したため、この二つの判決が相互矛盾するのではないかと争われた。

——最高裁判所、昭和四二年三月七日判決(刑集二二巻二四一七頁)——

〔事実関係〕

麻薬取締法六四条は、同法「第一二条一項の規定に違反して、ジアセチルモルヒネ、その塩類又はこれらのいずれかを含有する麻薬を輸入し、輸出し、又は製造した者は、一年以上の有期懲役に処す」とし、営利の目的ある場合には「無期若しくは三年以上の懲役及び五〇〇万円以下の罰金に処す」と定める。

Xは予てより営利の目的で韓国船員を通じてわが国に麻薬を密輸していたが、本件麻薬も営利の目的で本邦に密輸入しようとの意図の下に被告人Yにその密輸入を依頼したものであり、被告人YはXの前記意図を了知しながらこれに協力加担し、本邦到着後、原審相被告人Zと共同して、本件麻薬密輸入の実行行為をした。一審・二審ともにYに麻薬取締法六四条二項にいう営利の目的に欠けるところはないとして本罪の成立を認めた。Yの上告に対して、最高裁は次の判決で原判決および第一審判決を破棄し自判した。

〔判旨〕

「同条（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』に当た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。しかるに原判決およびその是認する第一審判決は、共犯者であるX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いかつた被告人に対して、同条項の刑を科しているのであるから、右判決には同条および刑法六五条二項の解釈適用を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすものであって、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認め

られる」。

この判決は、目的は身分といえるのか、という問題を直截的に提示し、「営利の目的」が六五条二項の身分であるとしたものである。この最高裁の判決を契機に、大正一四年一月二八日の大審院判決と矛盾しないのかという点が問題となった。この二つの判例に対しては、営利目的拐取罪は、犯人に営利の目的がある場合にはじめて成立する犯罪であつて、営利の目的の有無によつて刑に軽重の区別がある場合ではないから、その「営利の目的」が本条二項の「身分」に当たらないとした大審院判例と本件とは必ずしも矛盾するものではないと解する立場もあるが、この判例においては、被拐取者である女性は未成年者であるから両判決は矛盾すると解する立場が有力である。すなわち、営利目的拐取罪において「営利の目的」が構成的に機能するのは被拐取者が成年の場合のみであり、大正一四年判決の被害者は未成年者であつたのだから、ここでは「営利の目的」が二二四条に対して加重的に機能しており、したがつて、両判決は矛盾するといわなければならない⁽⁶²⁾ということである。

このように、両判決に対しては相互矛盾するか否かという問題が争点となつたが、上記の最高裁の判例は、大正一四年の大審院判例を変更して、目的のような一時的・心理的要素であつて、継続性のないものも六五条の身分に当たるとしたものである。また、両判決が矛盾するか否かという点につき、最高裁昭和四二年判決の解説をされた当時の坂本武志調査官は、営利目的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つて、営利の目的の有無によつ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したのであり、それは不真正身分犯における目的は身分に含まれるが、真正身分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らう⁽⁶³⁾。このような立場を支持する見解としては、例えば、本条二項の「身分」は一項の身分より広く不真正目的犯の目的もまた身分に含まれるとする見解や、本条二項の身分は実質的にみて責任要素であればよいのであるから、必ずしも継続的なものである必

要はないとする見解⁽⁶⁵⁾が挙げられる。

また、その後の下級審判例の中には不真正目的犯における目的を身分と解したものがあるほか、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ある。まず、前者に関する判例としては、平成一〇年三月二五日の東京高裁判決がある。すなわち、「甲と乙らが営利の目的で大麻を輸入しようとして、二回にわたり乙およ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、被告人がその情を知りながら、乙およ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続をするとともに、大麻を隠匿するためのマカダミアナッツ缶を乙に引き渡すなどし、甲、乙らの大麻密輸入を容易にした」という事案につき、原審の横浜地裁は被告人に大麻取締法二四條二項の営利目的による大麻輸入罪の幫助の成立を認めたが、東京高裁は、「原判決は、…：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、刑法六五條二項により、刑法六二條一項、大麻取締法二四條一項を適用すべきであった」と判示し、原判決を破棄自判した。大麻輸入罪における営利の目的は身分に当たるから、他人の営利目的大麻輸入罪の行為を営利の目的なしに幫助した被告人には、刑法六五條二項により大麻取締法二四條一項の単なる大麻輸入罪の幫助が成立するとしたのである⁽⁶⁶⁾。

他方、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としては、東京地裁昭和六二年九月三日の判決がある。この判決は、「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、「毒物および劇物取締法三條にいう販売の目的は、麻薬取締法六四條二項、覚せい剤取締法四二條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、刑法一五五條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、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。⁽⁶⁷⁾

以上からわかるように、上記の判例で最も中核といえるのは、目的のように継続性のない一時的・心理的なものが第六五条の身分に含まれるか否かである。つまり、これは、一時的・心理的な要素のような主観的要素も身分概念に包含させるかの問題である。判例に対する評価は、結局、この問題をめぐる学説の立場にかかっているので、次は学説の状況を検討することにした。

(2) 学説の状況

主観的要素が身分に当たるか否かに関する学説においては、否定説と肯定説の対立が展開してきた。まず、否定説は、身分とは少なくとも継続的性質を有するものでなければならず、動機や目的のような「一時的心理状態」は身分概念には含まれないという。⁽⁶⁸⁾ その論拠としては、身分は社会関係における人間の地位の上下を指すものであるから、一般の用語からすれば、継続性を要件とすべきであるところにある。それによると、身分は継続性を要求することになるから、「行使の目的」、「営利の目的」、「不法領得の意思」などのような、構成要件における主観的要素は身分とはなり得ない。⁽⁶⁹⁾

それに対して、肯定説は、身分は「犯罪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、身分に含まれるという。前述のように、身分概念について、判例は「刑法六五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」としたのであり、通説もこれに従ってきた。このように通説と判例は身分概念を非常に広く認めているが、それによると、目的も犯罪行為に關する人的關係としての特種な状態であるから、目的のような主觀的要素も当然に身分に含まれることになる。この点につき、西田教授は「判例による『一定の犯罪行為に關する犯人の人的關係である特種な地位又は状態』という広汎な定義の下においては、前掲昭和四二年判決のように、『営利の目的』をも『犯人の特種な状態』に包摂させることは十分に可能である」とし、さらに「継続性をもって身分の要件とする見解は、六五条一項、二項を通じて『身分』の範圍を限定するように見えるが、狭義の共犯に關する限りは、身分性を否定された要素も六一条、六三条によつて連帶性を認めることになるから、機能的にみれば二項のみの適用範圍を限定する解釈」にすぎないとしている。⁽¹⁰⁾

また、否定説ではあるが、従来とはことなる觀點から主觀的要素の身分性を否定する見解もある。すなわち、六五条一項の「身分」は、「社会的・法律的等の人的關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有し、單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または一時的な心理状態を含まない」が、同条二項の身分は、「刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であればよい」として、一項と二項の「身分」と異なつた意義をもつものとして理解するのである。⁽¹¹⁾ この見解は、身分犯の本質を行為者が自ら課された特定の義務に違反するところに求める、いわゆる義務犯説である。⁽¹²⁾ この見解によると、目的のような一時的な心理状態は、何ら行為者の義務を基礎付けるものではないから身分に当たらないことになる。⁽¹³⁾

以上からすると、学説の争点となつたところは、目的のような一時的な心理状態である主觀的要素を身分概念に包含させ得るか否かであり、その中で究極的には主觀的要素に刑法六五条二項を適用できるか否かである。つまり、主觀的要素を身分概念に含める意義は、六五条二項を適用することによつて、「営利の目的」をもたない者に「通常の刑を科

するため」であつて、これはまた、自らの「共犯論」を前提として、合理的な結論を導くためには、身分概念を拡大して六五条二項を適用し、これにより、理論的帰結を修正する必要があつたからである。⁽⁷⁴⁾

しかし、六五条二項の適用によらず、営利の目的のない共犯に通常の刑を科することができるものとすると、本来の「身分」の語義に近づけ、その内容を定めることができるだろう。例えば、上記の最高裁昭和四二年の判決の事案において、営利の目的をもつたXと、これをもたないYとが共同して麻薬を密輸入した場合、六四条一項の罪と二項の罪とは構成要件的に重なり合つているので、その重なり合う限度において、共同実行の意思と共同実行の事実とを認めることができるから、XとYは、一項の罪の共同正犯となり、Xは営利の目的をもつていたので、その行為は同時に二項の罪に該当し、Xにおいては、一項の罪の共同正犯と二項の罪の単独正犯との法条競合となり、Xは結局、二項の罪責を問われることになるだろう。⁽⁷⁵⁾ 従来有力であつた犯罪共同説からは、目的の存否に応じた刑を科すことが困難であつたが、行為共同説が有力化している現在においては、異なる犯罪についての共同の成立が広く認められ、身分犯として扱つた場合と同様の結論が導かれるのである。⁽⁷⁶⁾ そうすると、「営利の目的」といった一時的心理状態にあるにすぎないものを身分とすることは不自然であるといえるだろう。

3. 韓国における学説・判例

(1) 学説の状況

継続性の要件に関し、従来の多数説は「一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係としての特殊な人的地位または状態」には多少の継続性が要求されるという理由で、身分概念に継続性を要求したが、⁽⁷⁷⁾ 最近の動向は、身分概念をドイツ刑法における身分概念のように定義することによって、身分概念には必ずしも継続性を要しないとされている。⁽⁷⁸⁾ つまり、この

ような動向は、ドイツ刑法上の身分概念の中で、犯罪動機や心情などの非継続的な行為者の心理的要素を包含する「特別な人的状態」という概念に影響を受けたからである。結局、継続性の要件に関する問題は行為者の主観的要素を身分概念に包含させることができるか否かの問題であつて、これについては日本と同様に不包含説と包含説が対立している。

1) 不包含説

韓国においては、上記のように身分の継続性を否定する傾向でありながらも、韓国刑法三三三條の身分には故意、目的、傾向などのような主観的・心理的要素は含まれないという見解が多数の地位を占めている。このような心理的要素は客観的構成要件に対する内心の意思作用として行為に關係する主観的不法要素にすぎず、行為者関連要素ではないので、身分とはなり得ないとするのである。韓国の多数説が一時的・心理的要素を第三三三條の身分概念から除外する背景には、刑法三三三條の規定が非身分者に真正身分犯の共同正犯成立を明文の規定⁸⁰⁾によつて認めているのに対して、その適用範囲を制限するための思考がある。

特に、多数説の中で、一般的・主観的不法要素たる故意と、特別な主観的不法要素である目的、傾向、表現などのような主観的要素をすべて行為関連的要素として解し、一時的・主観的要素を身分概念から排除する見解⁸¹⁾は注目するに値する。この見解は、身分要素は行為者に關連する標識として存在すべきであるとし、行為に關連する標識は行為者の人の不法に關係しているとしても、共犯と身分關係の適用対象としての身分要素とはなり得ないとする。⁸²⁾身分は行為者関連的要素であるべきことを前提とした上で、人的不法論に着目して、故意のような一般的・主観的不法要素と目的のような特別な主観的要素は、行為者の人的不法との不可欠の關係にある人的事情ではあるが、誰でも行える不法に属する

から身分概念に含まれないということに特徴がある。つまり、「人的」という意味を必ずしも「行為者」という意味として捉えないのである。これについては、後で検討をすることにした。

2) 包含説

他方、身分概念に非継続的・心理的要素が含まれるとする見解は次のように分けられる。まず、第一説としては、「行為者の一身と関係しており、犯罪の成立または刑罰の軽重・阻却に影響を及ぼす行為関連的要素は一時的か継続的かを問わず、身分とすべきであるから、累犯、常習性、業務性などと、営利の目的、動機（中止未遂における任意性）のような一時的な心情は、すべて三三三条の身分に含まれるが、故意や不法領得意思などのような行為の客観的不法内容を基礎付ける行為関連的要素は身分とはなり得ないという見解⁸⁵⁾である。また、第二説としては、「身分には継続性を要しないから動機や目的のような一時的な心理状態は身分となり得るが、ただ、この場合には違法身分であるのか、それとも責任身分であるのかによって刑法三三三条の本文と但書の適用が違うだけとする見解⁸⁶⁾、いわゆる違法身分・責任身分区別説である。この見解によると、行為者の行為動機や主観的な目的・心情は非難可能性のみに関連すると捉え、行為者の特殊なものである場合は責任身分と解するのである。しかし、上記二つの見解に対しては、目的のような一時的・心理的要素を身分概念に包含させ、刑法三三三条の本文を適用すると、目的をもたない者が目的をもつ者と共同して真正目的の犯を犯した場合に、目的をもたない者も真正目的の犯の共同正犯として扱われるので、身分概念が拡大されてあまりにも処罰の範囲を拡張する恐れがあるという批判がある⁸⁷⁾。

さらに第三説としては、身分概念を二元的に把握する立場である。すなわち、三三三条本文の身分は「社会的・法律的などの人的関係において特定の義務を負担する地位または資格」として、単なる犯罪の常習性や目的のような行為者の

永続的または一時的な心理状態は含まれないが、但書の身分は「刑の加重・減軽の原因たる地位・資格・状態」であればよいのであり、それが「継続的であるか、一時的であるか」を問う必要はないとする。⁸⁶⁾これによると、男女の性、内外国人の区別のような資格と常習性などは、これによって特定の義務を負担するのではないので、本文の身分となり得ないのであり、目的犯における目的、犯罪動機などは一時的心理状態であるが、刑を加重する原因たる状態であるので、但書の身分に該当するのである。したがって、強姦罪は身分犯とはなり得ないが、常習犯と営利目的略取誘引罪は但書の身分犯となるのである。⁸⁷⁾この見解によると、本文の身分には義務違反性と継続性を要するに對し、但書にはそれを要しないのであるが、目的を身分と解するとしても、例えば成人に對する営利目的等略取誘引罪（二八八条一項）のように「営利の目的」の中でも犯罪構成的なものもあるので、単に加減的なものだけを身分に包含させるのは疑問ではなからうかと思われる。

(2) 判例の検討

— 大法院 一九九四・一二・二三 선고 九三도 一〇〇二 판결 (謀害偽証教唆事件) —

〔事実関係〕

被告人Xは、連立住宅分譲同業者である建築業者Yに自分の土地に對して売買を理由とする所有権移転登記をしてあげた後、売買契約金に對する担保としてY所有の土地および建物に對して所有権移転登記請求権保全のための仮登記してもらった。その後、建物の建築過程において金銭問題を原因とする不和が生じたところ、Yを相手にして自分の土地に對しての信託解約を原因とする所有権移転登記請求訴訟を提起するとともに、Yを横領および詐欺罪で告訴し、Yは同嫌疑で起訴された。これに對して被告人は、刑事事件においてYに有罪が確定すると民事訴訟においても勝訴する

はずだと考え、一九八四年二月頃、公訴外Zに連立住宅一世帯を贈与するとし、同事件の証人として出席して、被告人が任意で抹消してあげたY所有の土地および建物に対する仮登記を、Yが欺いたことよって抹消するようになったという虚偽証言をするよう教唆し、そこでZは自分の記憶に反する内容の証言をした。

Zに対しては、一九八九年二月二三日、単純偽証罪の有罪判決が確定し、被告人Xに対しては、一九九三年二月三〇日、謀害偽証罪で起訴され、第一審において有罪判決が宣告された。これに対し、被告人の弁護士は、偽証教唆罪の公訴時効期間である五年が経過した後の公訴提起であって、免訴判決の事由になるとして控訴したが、これに対して原審法院は「謀害の目的をもってその目的のない者を教唆して偽証罪を犯した場合、その目的をもってしている者は謀害偽証罪で処罰することができるので、謀害偽証教唆罪の公訴時効が一〇年であって、この事件の公訴はその期間が経過する前に適法に提起されたもの」という理由で控訴棄却をした。これに対し、被告人は控訴理由のような理由で大法院に上告した。

〔判旨〕

①省略

②刑法三三条の身分関係とは、男女の性別、内外国人の区別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみならず、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、刑法一五二条一項は「法律に基づいて宣誓した証人が虚偽の供述をしたときは、五年以下の懲役又は一千万ウォン以下の罰金に処する」とし、同法二項は「刑事事件又は懲戒事件に関し、被告人、被疑者または懲戒嫌疑者を謀害する目的で前項の罪を犯したときは、一〇年以下の懲役に処する」と規定しているところ、偽証をした犯人が刑事事件の被告人などを「謀害する目的」をもっていたか、それともそのような目的がなかったかという犯人の特殊な状態の差異によって犯人に科する刑の軽重を区

別しているので、これは刑法三三三条但書の「身分関係によって刑の軽重があるとき」に該当すると解するのが相当である。

③被告人がYを謀害する目的で公訴外人に偽証を教唆した以上、たとえ正犯たる公訴外人に謀害の目的がなかったとしても、刑法第三三三条の規定によって被告人を謀害偽証教唆罪で処断することができる。

④省略

上記の判例は、目的のような主観的要素が韓国刑法三三三条における身分概念に含まれ得るか否かの争いの契機となったものである。このように判例は、「謀害の目的」を三三三条但書の身分関係によって刑の軽重があるとき」に該当するとし、目的のような主観的要素も身分概念として捉えている。これに対し、通説は「謀害の目的」、「行使の目的」、「不法領得意思」などのような人的要素を行為関連的要素として捉え、刑法上の身分とはなり得ないとしている⁸⁸。この見解によると、故意や目的のような主観的構成要件要素を身分概念に包含させないので、目的の有無によって刑の軽重が区別されるのではなく、共犯従属性原則によって処理されることになる。そうすると、単純偽証罪に該当するから、正犯を教唆した者も単純偽証罪となる。

一方、「謀害の目的」は偽証罪の保護法益である国家刑事司法機能を害するものではなく、特に被害者個人に向けられたものであるから、主観的に非難すべき危険性を意味する行為者関連的人的要素と解する見解もある⁸⁹。ただ、この見解は、上記の判例において、謀害偽証罪の「謀害の目的」が行為者関連的要素であるか否かを検討しなのまま、直ちにそれを加重的身分要素として捉え、第三三三条但書を適用したのは論理順序上の誤りであると指摘している。しかし、問題の中核は、論理順序上の欠陥ではなく、結果的に謀害の目的を刑法三三三条但書の「身分関係」として解した点にあるのではないかと思われる。また、上記の判例が「謀害の目的」を身分として捉えたのは、検察側が被告人に対する単純

偽証罪の公訴時効がもう経過したという理由で、これを避けて公訴時効を延長するため、被告人を謀害偽証罪で起訴したのではないかという批判も強い。⁹⁰つまり、どうしても共犯を処罰すべきだという刑事政策的な必要に応じて三三条を引き入れたことである。これは国家刑罰権の厳格な実現という観点では一面において妥当であるが、自己保存本能の次元から刑法が認めている自己庇護権、例えば、自己の刑事事件に対する証拠隠滅、自己の刑事事件に対する証人隠匿・逃避は処罰しないという法精神は、一貫して偽証教唆の問題に対しても適用されるべきではないかと思われる。なぜなら、そうすることによって、犯人隠匿罪における親族間特例（一五一条二項）が親族の第三者に対する犯人隠匿教唆に適用され得るかの問題や、自己の刑事事件に対する証拠隠滅教唆の可罰性の問題に対しても同様の評価ができるからである。

このように、判例は「謀害の目的」のような主観的要素が身分に該当するか否かについて、どのような基準の下に判断したのかは、明確ではないといえるだろう。「謀害の目的」を身分概念に包含させ得るか否かに関する諸見解は、いずれも身分というものを「行為関連的要素」であるか、それとも「行為者関連的要素」であるかという基準によって区別している。「謀害の目的」の概念について、通説は「被告人、被疑者又は懲戒嫌疑者を不利にする一切の目的」であると定義しており、またこのような定義からすると、「謀害の目的」は被害者に加えられる各種の客観的な不利益を示す行為関連的要素となるから、特別な人的要素にはならないとする⁹¹。しかし、そもそも目的のような主観的要素は三三条における身分とはならないのかについては、これまでの積極的な論証がなされてきたとはいいがたい。例えば、「単なる主観的不法標識であるから行為関連的である」とか、「主観的要素であつても行為者ではなく、行為に関連するものは身分ではない⁹²」とするなど、なぜ「目的」が「行為関連的」であるのかについては、充分な根拠が足りないのである。そこで、以下では、韓国刑法三三条でいう「身分」とは、どのような基準によって捉えるべきなのか、つまり、身

分の行為者関連性の意味と、特に「目的」は「身分」であるかどうかについて検討をすることにした。

IV. 身分の「行為者関連性」と「目的」

刑法学では、行為と結果、行為と行為者、行為関連的と行為者関連的という概念が、対立的意味としてよく使われており、これに伴って行為無価値と結果無価値を区別したり、または行為関連的要素と行為者関連的要素をも区別している。ただ、注意すべきところは、「行為」概念に対立する「行為者」概念も、「行為」と「結果」の対立として捉えられない場合には、行為に属するといえるのであろう。従って、ある要素が行為要素であるとした場合、その「行為」が結果に対立する「行為」を意味するのであるか、それとも行為者に対立する「行為」を意味するのであるかを考える必要があるのであろう。

結果無価値に対応する行為無価値の内容を見ると、故意犯での故意と、過失犯での過失、目的犯での目的（特別な主観的不法要素）は行為無価値の内容となる。そして、実行行為の種類と方法、犯行手段、行為事情のような、行為態様も行為無価値の内容となる。また、不真正不作為犯での保障人的地位、背任罪での「他人の事務を処理する者」、賄賂罪での公務員などのような、客観的正犯標識も行為無価値の内容となる。

一方、故意や目的犯での目的などは、行為者関連的要素ではなく行為関連的要素として捉えるのが一般的理解であるが、目的犯での目的を「主観的行為者標識」の一つであるとし、特別な主観的不法要素を故意とともに「主観的・行為者関連的要素」としてみる見解もある。⁹⁴これはドイツ刑法学における「人的不法論」をいかに捉えたのかに関係していると思われる。故意や目的が行為者関連的要素であるか、それとも行為関連的要素であるかの問題は、故意や目的が韓

国刑法三三条での「身分」に該当するか否かの問題と関連して、刑法上の重要な問題とされている。判例では、謀害偽証罪（韓国刑法一五二条二項）における謀害の目的を、身分関係による刑の軽重がある場合に該当するとし、謀害の目的でそのような目的のない者を偽証するよう教唆したときは、謀害偽証教唆罪が成立するとしたが、学説の多くはそれを批判している。⁽⁹⁶⁾

そこで、ドイツ刑法における人的不法論を踏まえ、刑法三三条でいう「身分」が求める行為者関連性の意味を検討したうえで、行為無価値の内容として捉えられている要素の中で、特に目的が行為関連的要素であるか、それとも行為者関連的要素であるかという点、また、行為者関連的要素と混同する恐れがある「正犯標識」について検討することにした。

1. 行為無価値の主観的要素と客観的要素

行為不法を認めるためには主観的不法要素、つまり、故意、過失が必要である。故意は、適法な行為をし、違法な行為をしてはいけないことを求める、刑法の意思決定規範としての要求を意識的に無視するものであり、行為不法を認めるために必要な最も代表的な要素である。言い換えれば、故意は規範に対抗する行為意思としての人的行為不法の核心であるといえる。⁽⁹⁷⁾ 過失も、必要な注意をしてある行為をすることを要求するという、意思決定規範としての刑法の要求を無視するものである。行為不法は程度の差がありうるから、一般的に、故意の行為不法は過失の行為不法より大きいといえる。また、故意や過失以外に目的犯での目的も行為不法の主観的要素である。たとえば、行使する目的がある通貨偽造行為は悪いといえるのであるが、その目的がない通貨偽造行為はそうではないのであろう。そして、結婚目的の略取誘引行為（韓国刑法二九一条）は営利目的の略取誘引行為より行為不法が少ないという点からすると、目的は過失

のように、行為不法の程度にも影響を及ぼすともいえる。

また、行為不法を認めるためには客観的不法要素が必要である。これに対し、行為無価値は主観的な意図無価値 (Intentionswert) として理解し、犯行を行おうとした意思活動のみが行為無価値に該当すると捉える見解⁹⁸もあるが、行為が持つ一般の危険性と行為による危険の実現は区別されるべきであるから、行為の危険性をはかる客観的要素も行為無価値の内容として把握すべきであると思われる。このような客観的要素には客観的な行為者要素と行為態様が含まれる。

構成要件は、一般的に、行為主体の制限がなく誰でも犯罪を実現することができる⁹⁹と規定しているのであるが、例外的に、一定の義務を履行しなければならない地位について、記述した客観的要素に基づいて行為者の範囲を制限する場¹⁰⁰合があり、これが客観的な行為者要素である。たとえば、不真正不作為犯は保障人によってのみ犯罪が実現されるのであり、他人の事務を処理する者でなければ背任罪での主体となれないこと、あるいは公務員でなければ収賄罪の主体となれないのである。つまり、行為主体が誰かによって行為無価値の判断は異なるのである。

また、行為態様も行為無価値判断において重要な不法要素として機能する。そこでの行為態様とは、実行行為の種類、方法、手段、行為状況などを含む広い意味である。これを5W1Hとにらみ合わせると、①何を (たとえば、韓国刑法三三九条の窃盗罪における、「窃取」行為を)、②いかに (たとえば、韓国刑法三三二条第二項の特殊窃盗罪における、「凶器を携帯」して)、③いつ (たとえば、韓国刑法三三三条の夜間住居侵入罪における、「夜間」に)、④どこで (たとえば、韓国刑法三四〇条の海上強盗罪における、「海上」で) という行為態様は行為無価値判断の内容となるのである。

したがって、故意犯での故意、過失犯での過失 (注意義務違反) のような、一般的な主観的不法要素、および目的犯での目的のような、特別な主観的不法要素は、主観的要素として行為無価値の内容となるので、これらを主観的要素と

しての行為無価値と称することができるだろう。そして、実行行為の種類と方法、犯行手段、行為状況などのごとく、行為態様は客観的要素として行為無価値の内容となる。また、不真正不作為犯における保障人的地位、背任罪における「他人の事務を処理する者」、収賄罪における公務員などのような、客観的正犯標識も客観的要素として行為無価値の内容となる。ここでいう「客観的正犯標識（あるいは客観的行為者標識、客観的な行為者要素、objektive Täterschaftliche Merkmale）」とは、行為者、つまり一定の義務を賦課する客観的要素によって正犯行為者が制限的範囲に属する者に限られる場合である。

行為無価値を5W1Hに基づいて分けてみると、次のようである。

誰が (who)	誰がその行為を行ったかは、行為不法の存否と程度に影響を及ぼす。たとえば、公務員が賄賂を收受しなければ賄賂罪の行為不法が存在しない。
何所で (where)	その行為がどこで行われたかは、行為不法に影響を及ぼす。たとえば、ドイツあるいは日本で姦通をした場合には行為不法が認められないが、韓国においては行為不法が認められる。また、海上強盗罪も海上で行為が行われなければ行為不法が認められない。
何時 (when)	行為が行われた時点も行為不法に影響を及ぼす。たとえば、夜間に行った住居侵入窃盗と昼間に行った住居侵入窃盗とは、行為不法が異なる。
如何に (how)	どのような方法で行為を行ったかによって、行為不法が異なりうる。たとえば、危険な凶器を携帯して行った暴行行為は、単純暴行行為より行為不法が大きいといえる。

何を (what)	行為の対象が何かによっても、行為不法が異なりうる。未成年者を略取誘引した場合と成年者を略取誘引した場合の行為不法は異なる。
何故 (why)	行為の動機や目的なども行為不法に影響を及ぼす。しかし、これは行為不法の客観的要素であるというよりも、主観的要素であるといえる。

2. 行為関連要素としての故意・過失・目的

(1) 行為関連的な行為無価値と行為者関連的な行為無価値

行為無価値の内容となる要素を二つに分け、各々を行為者関連的な行為無価値と行為関連的な行為無価値と呼ぶ場合がある。ここでは故意あるいは特別な主観的不法要素、過失犯における主観的義務違反性などが前者に属し、客観的義務違反性や行為態様または身分のような客観的正犯要素などは後者に該当するものとして捉えている。

この見解は、行為無価値の内容のうち、主観的要素である故意あるいは主観的不法要素および過失犯における主観的義務違反性などを行為者関連的な行為無価値として捉えるのであり、また客観的要素である行為態様あるいは客観的正犯標識および客観的義務違反性などは行為関連的な行為無価値として捉えるのである。これによると、行為者関連的な行為無価値は主観的な行為無価値であることとなり、行為関連的な行為無価値は客観的な行為無価値であるといえるのであろう。これを図にすると次のようになる。

行為者関連的な行為無価値 (主観的な行為無価値)	故意、特別な主観的不法要素、主観的義務違反性(過失犯の場合)
行為関連的な行為無価値 (客観的な行為無価値)	客観的義務違反性、行為態様、客観的正犯標識(身分など)

このように、主観的要素である故意あるいは主観的不法要素、および主観的義務違反性(過失犯の場合)を行為無価値として捉えることや、また、これらの要素が行為者関連的であるということは、「すべての客観的標識は不法に属するのであり、主観的標識は責任に属する」という古典的犯罪体系を修正する人的不法論を受け入れる過程に由来する^⑩である。それで人的不法論の用語からすると、故意や主観的不法要素、あるいは主観的義務違反性が行為者関連的であるということは、ある程度納得がいくのであろう。

しかし、この見解のうち、客観的な正犯標識が客観的であるとし、行為者関連的要素でなく、行為関連的要素として捉えているのは、なかなか受け入れにくいのではないかと思われる。「客観的な正犯標識」という場合における「正犯」というのは、行為者という意味を持つから、それを行為関連的であるというよりも、行為者関連的であるという方が、より納得がいきやすいのではないかと思われる。

また、人的不法論に起因したか否かを問わず、このような主観的要素を行為者関連的であるものとして理解し、客観的要素を行為関連的であるものとして捉えている立場からの「行為者関連性」は、韓国刑法三三条の適用における「行為者関連性」とは異なる意味を持つのであり、また韓国刑法三三条の適用と関連して、行為者関連的であるものと行為関連的であるものとを区別すべきであるという側面からすれば、このような立場は妥当ではないだろう。要するに、主

観的なものを直ちに行為者関連的なものとして理解したり、客観的なものを直ちに行為関連的なものとして理解するのは妥当ではない⁽¹⁰⁾ことである。

果たして、行為無価値の内容となる要素のうち、いかなるものが行為者関連的、あるいは行為関連的であろうか。

(2) 韓国刑法三三条における身分と関連する「行為者関連性」

韓国刑法では、行為者関連的な要素のみが刑法三三条での「身分」となるというのが通説である⁽¹⁰⁾。この見解は、身分関係とは特別な人的性質・関係・状態であり、ここでの「人的」という表現は行為者自身のみ認められる意味を持つのであるから、行為者を中心としてその行為者にのみ認められる性質・関係・状態が身分関係であるという観点からすると、身分関係は行為者関連的な要素であるとしている⁽¹⁰⁾。また、この見解によると、人的事情であるが、行為関連的な標識として捉えられるものは誰でも行える不法に属するのである⁽¹⁰⁾、つまり主観的要素であつても行為者ではなく、行為にかかわる要素は身分ではないから、故意・動機・不法領得意思などは身分とならない⁽¹⁰⁾ことになるのである。

これに対し、判例は目的犯における目的を身分要素として捉えている⁽¹⁰⁾。この判例によると、謀害偽証罪（刑法一五二条一項と二項）に関連して、「偽証をした犯人が刑事事件の被告人などを謀害する目的があつたか否かという、犯人の特殊な状態に従つて犯人に科する刑の軽重を区別しているから、これは刑法三三条の但書でいう『身分関係によつて刑の軽重がある場合』に該当する」としている。甲が謀害目的でその目的がない証人である乙に偽証しよう教唆した場合、目的が身分であるとする、甲と乙に三三条の但書が適用されるのであり、目的は身分でないとする、三一条の教唆犯規定のみが適用される。三一条が適用されると、実行行為は教唆行為にとどまつた場合であるから、甲は単純偽証罪の教唆犯となるが、三三条の但書が適用されると、多数説においては責任個別化によつて甲は謀害偽証罪の教唆犯

となるのであろう。しかし、これに対し、「この事件は被告人に単純偽証罪を認めることになる」と、公訴時効が完成され処罰することができないが、被告人に謀害偽証罪を認めると公訴時効が完成されていないため、被告人を処罰することができる状況であった。判例は被告人を強いて罰するため、目的を身分と解して三三条の但書を適用し謀害偽証罪を認めたのである。けれども、三三条の但書を責任個別化原則を規定したものとして解する不当性は別にしても、それに先立って、目的を身分と解するのは、身分という用語の可能な意味を超える類推解釈である⁽¹⁸⁾と強く批判がなされている。このような点からすると、行為者関連的要素と行為関連的要素とを区別する実益は刑法三三条の適用に求めることができるのであろう。

まず韓国刑法三三条本文の趣旨は、身分者に加功した非身分者は決してその身分を「共有」したとは認められないが、非身分者も身分者に連帯して処罰するということであると思われる。つまり、非身分者が身分者になるという意味での規定ではないのである。韓国刑法三三条本文でいう、身分概念の「行為者関連性」は、非身分者が「加功行為、その他のいかなる方法によっても、その身分を共有したものとして認められない」という意味に他ならないのである。ちなみに、非身分者が身分者に対し、加功行為、その他のいかなる方法によっても、決してその身分を共有したものとして認められない場合に、身分のそのような性質が「行為者関連性」であるといえるのであろう。

一方、行為態様、故意あるいは目的のような要素においては、正犯者が具備している行為態様のような客観的要素は共犯が正犯に加功行為をすることで、そして故意あるいは目的のような主観的要素は少なくとも共犯が正犯が持っている故意あるいは目的を認識することで足りるのであ⁽¹⁹⁾って、結局、共犯もそのような要素を共有するものとして認めうると思われる。このような意味で、行為態様、故意、また目的のような特別な主観的不法要素は行為者関連性がないのであり、それは、その要素が持っている行為関連的な性質からの帰結であらう。要するに、行為態様、故意あるいは目的

は行為関連要素である。

また、「故意あるいは目的のごとく、行為関連的な標識は当然制限従属形式によって、完全に共犯に帰属される」ということや、「共犯の一般理論によれば、三三三条での身分ではない違法要素は、それが構成的であれ、加減的であれ、共犯は正犯に従属する⁽¹¹⁾」とは言えるが、これらは正犯に故意あるいは目的が存在すれば、それで当然共犯が成立するという意味ではない。また、「共犯にも主観的構成要件要素が必要である⁽¹²⁾」という見解や、「共犯に主観的構成要件要素が存在する必要は必ずしもないのである⁽¹³⁾」という見解があるが、いずれも共犯は正犯に（特別な）主観的不法要素が存在するという事実、ないし蓋然性があるということを、少なくとも認識する必要があるということを表すためのものであると思われる。それを認識することによって共犯の成立が充分であるとする理由は、それが責任に関することではなく不法に関することであるからというのには勿論であるが、一般的な意味での従属性形式とはやはり異なると思われる。ちなみに、制限従属形式としての共犯従属性は「共犯が成立するためには正犯の行為が少なくとも構成要件に該当し違法でなければならぬ」という意味以上に理解され難いということである。共犯としての客観的な構成要件該当性と主観的な構成要件該当性がなくても、正犯が不法であれば当然共犯が成立するということになる、それは「制限従属形式としての共犯従属性」が持っている一般的な意味を超えるだろう。たとえば、共犯が正犯に従属するとして、共犯に共犯としての故意なしに正犯の故意のみでは共犯が成立しないということである。

一方、客観的要素の場合は、共犯が「正犯に存在する客観的構成要件要素」を認識したとしても、直ちに共犯のその要件が満たされたとはいえない。そこで客観的正犯標識は行為者関連性があるのである。正犯に存在する主観的構成要件要素を共犯が認識することによって共犯のその要件が満たされたといえるのは、それが「主観的要素」の性質と密接に関連しているからである。先述べたように、認識することで足りるということは「共有の認定」である。いずれにし

でも、主観的要素の場合には、正犯だけでなく共犯にも主観的要素が必要であると思われる。⁽¹¹⁾

「行為者関連的」の意味をこのように捉えると、結局、主観的であるものはすべて「行為関連的」なものになるのである。⁽¹²⁾

(3) ドイツの人的不法論における「行為関連的」の意味

ドイツでは、行為不法論における「行為者関連的」という言葉を「人的」という言葉と同じ意味として使うことがあ
るが、その中、ヴェルツェルは人的不法論を主張し、「違法性は、いつもある特定の行為者と関連した行為に対する不
承認である。不法は行為者関連的 (täterbezogen)」、つまり、人的 (personal) 行為不法である」とし、行為無価値にお
ける「行為者関連的 (täterbezogen)」と「人的 (personal)」を同じ意味として捉える。したがって、ヴェルツェルに
おいては、「行為者関連的」な行為不法（無価値）は「人的」行為不法（無価値）を意味することがわかる。また、イ
エシエックとヴァイゲンントも「行為者関連的 (täterbezogen)」と、「人的 (personal)」という言葉と同じ意味として使
い、「行為者関連的」な行為無価値（行為不法）と、「人的」行為無価値（行為不法）とを同じ意味として把握している。⁽¹³⁾

ヴェルツェルは、共犯と対比される正犯 (Täterschaft) に関して「目的的正犯行為者 (Täter) 概念」の下で、一般
的な正犯行為者 (Täter) 標識と特別な正犯 (täterschaftlichen) 標識とを区別し、また、特別な正犯標識をも、主観的・
人的 (persönlichen) な正犯行為者 (Täter) 標識と客観的・人的 (persönlichen) な正犯行為者 (Täter) 標識とに分
けている。⁽¹⁴⁾ それによると、一般的な正犯行為者標識には目的的行為支配が正犯行為者概念に属するのであり、また特別
な正犯標識の中で、特別な目的、傾向、心情形式が主観的・人的な正犯行為者標識に該当する。たとえば、領得意思、
わいせつな (unzüchtige) 傾向、心情的な粗暴 (Gesinnungsrohheit) などのようなものがそれである。そして、客

観的・人的な正犯行為者標識には、たとえば、医師、弁護士、営業者、公務員などのような、正犯行為者の特別な義務を必要とする地位がそれに当たる。つまり、共犯ではなく、正犯となるためには、一般的に「目的的行為支配」が必要であり、場合によって特別に目的、傾向、心情などのような、主観的標識が要求されたり、あるいは特別な義務を必要とする地位のような、客観的標識が要求されるということである。

このようなヴェルツェルの見解においても、人的 (persönlich) という表現は、人的不法での「人的」を意味し、その限りでのみ行為者関連的であって、それ以上の意味（少なくとも韓国刑法三三条でいう身分と関連する「行為者関連性」の意味）での「行為者関連的」なことを示すのではないと思われる。彼によると、構成要件故意も「目的的行為支配」の一般的な要素として、当然、人的不法に属することとなり、したがって、故意を含めた目的的行為支配それ自体が人的 (persönlich) 標識に属するのである。結局、「人的」というのは、目的、傾向、心情、あるいは特別な義務を必要とする地位に限られた性質ではなく、正犯となるために要求される標識の中で現れる、共通した性質にすぎないのである。

また、イエシエックとヴァイゲントも「客観的正犯標識 (objektive taterschaftliche Merkmale)」と、(特別な) 主観的不法要素や故意を、すべて人的 (Personal) 行為不法に属するものとして捉えている。¹²¹ 通常の犯罪構成要件においては、すべての人により充足されるように定式化されるが、行為者が一定の義務的な地位を示す客観的要素によってより狭い人的範囲に限定される刑罰法規、または一定の人が所為と結びついた義務違反のために他の者より重く処罰される刑罰法規があるとし、これらの客観的行為者要素が人的行為不法に属するとしている。¹²² さらに、人的行為不法の構成要素として、主観的不法要素を認め、その任務を、法益侵害へ向けられた行為者の行為意思を詳細に特徴づけ、それによって犯罪構成要件に含まれる外部的な不法記述に内部的な無価値の強調をつけることにあるとする等、¹²³ 彼らによる

と、人的不法 (Personales Unrecht) は「主体の客観的不法 (objektives Unrecht eines Subjekts)」となるのである。

以上からすると、構成要件故意、目的、傾向は「人的」という意味において行為者関連的な行為無価値に該当する「行為者関連的」ではあるが、韓国刑法三三条の適用に当たっては、身分の属性としての「行為者関連性」を持つているとは言い難いと思われる。したがって、ヴェルツェルとイエシエック・ヴァイゲントが言う、「行為者関連性」の意味と、韓国刑法三三条と関連し先に捉えた「行為者関連性」の意味とは異なるのである。「単に行為に関連した標識は、仮に行為者の人的不法に関連したものであるとしても、共犯と身分関係の適用対象としての身分要素とはなり得ない。たとえば、一般的な主観的不法要素である故意と、特別な主観的不法要素である目的や表現、傾向などは、行為関連的であるから身分概念に含まない」という見解や、「人的不法論よって人的事情ではあるが、行為関連的標識として捉えらるるものは誰でも行える不法に属するので身分概念に含まれない。故意、目的、不法領得意思などが行為関連的な人的不法である」とする場合などは、このような点を前提としたのではないかと思われる。

一方、このように(特別な)主観的不法要素を「人的(行為者関連的)」不法に含む場合にも、主観的不法要素を「行為」要素として理解するという点に注目すべきである。ヴェルツェルは「主観的・正犯的(いわゆる主観的不法要素 [Die subjektivtäterische Handlungsmomente (die sog. subjektive Unrechtselemente)]」という表現を使っており、「主観的・正犯的 (täterische) 要素」として、目的、特別な行為傾向、特別な心情動機を挙げている。またヴォルターも特別な主観的標識を「行為」標識として捉えつつ、「人的」不法に含めている。¹²⁷

以上からすると、人的不法論における不法とは、常にある特定の行為者と関連している人的行為不法であり、ここで言う「行為者関連的」というのと、「人的」というのは同じ意味として使い、「行為関連的」な行為不法(無価値)を「人的」行為不法(無価値)とも言うのである。しかし、この場合においては、「行為者関連的」という行為者関連性は、

韓国刑法三三条で言う身分の要件としての「行為者関連性」とは区別すべきである。たとえば、故意、目的なども人的不法論で言う「人的」という意味においては「行為者関連的」であると言うことができるが、韓国刑法三三条の適用においては、ただ「行為関連的」であり、身分には当たらないのである。

ところが、故意や特別な主観的不法要素を、「行為者に関連する構成要件要素」に属する「主観的・行為者関連的要素」として捉え、謀害目的だけでなく、その他の目的、動機、あるいは故意を「行為関連的要素である同時に行為者関連的要素」として捉える見解^⑧もある。それによると、目的、動機、故意のような主観的態度は、行為者が主体として持つ要素であるから、行為者関連的であるとする。ただ、行為者関連的要素であるとして、すべてが身分となるわけではなく、構成要件要素の分類上から「客観的（外部的）」な行為者関連的要素のみを身分とすべきであるという立場から、故意、動機、目的などを身分として捉えないのである。つまり、目的が身分ではない理由として、目的が行為者関連的要素ではなく、行為関連的要素であるという点を論拠として提示するのが一般であるが、その見解においては「客観的要素」ではないから身分ではないということである。しかし、「行為」と「結果」、「行為」と「行為者」、あるいは「行為関連的」と「行為者関連的」という概念は刑法学において対立的な意味として使われるのが一般的であるが、このように一つの要素を「行為関連的」であると同時に「行為者関連的」であるとするのは、なかなか納得がいかないと思われる。

3. 正犯標識としての目的

正犯標識とは、①共犯に対比される正犯として、ある犯行の主体となるために備えなければならない要素を意味したり、あるいは、②正犯であることを表す根拠を意味するといえるのであろう。ただ、正犯標識の意味を③のように理解する場合にも、正犯標識が常に共犯には要求されないということの意味するのではない。たとえば、故意が正犯標識で

あるとして、共犯には故意が要求されないという意味ではない。正犯にも共犯にも故意は必要である。これに対し、身分犯における身分のような客観的正犯標識は正犯にのみ要求されるのであり、共犯にはそれがなくてもよいのである。¹²⁹要するに、正犯標識とは、共犯もそれを備えていることが要求されるか否かに関わらず、正犯は必ず備えていなければならない要素である。また、¹³⁰のような意味においては、「正犯性判断における類型的基準として、ロクシンは行為支配、意思支配、機能的犯行支配を提示する。ちなみに、行為支配は直接正犯の正犯標識であり、意思支配は間接正犯、機能的犯行支配は共同正犯の正犯性標識ということである¹³¹」という場合がそれである。

故意は故意犯の正犯としての犯行主体となるための一つの要件であり、過失は過失犯の正犯としての犯行主体となるための一つの要件である。そのような意味で故意と過失は各々故意犯と過失犯の正犯標識に該当する。そして目的犯における目的のような特別な主観的不法要素は、その犯罪の正犯としての犯行主体となるために備えるべき要件である。したがって、そのような意味においては、目的のような特別な主観的不法要素も正犯標識に属するのである。また、行為者、つまり正犯行為者が、一定の義務が要求されるなどのような客観的要素により、一定の範囲に限られている場合を意味する「客観的正犯標識 (objektive täterschaftliche Merkmale)」も正犯標識に属するのである。¹³²

一般的に「客観的行為者要素 (標識)」という言葉は「客観的正犯標識」と同じ意味として使われる。¹³³刑法上の行為者とは、犯罪行為の主体をいうのであり、殺人罪における人を殺害した「者」、窃盗罪における他人の財物を窃取した「者」がそれに当たる。本来、行為者 (Täter) という概念は多義的であるから、狭義においては共犯に対する正犯のみを意味し、¹³⁴広義においては刑罰の対象となる行為を行った者を総称するのであり、¹³⁵また最広義としては正犯・共犯以外にも故意犯・過失犯の行為者をいう。しかし、刑法上の行為者理論として問題とするのは、狭義の行為者である正犯に
関する問題である。¹³⁶そうすると、「客観的行為者要素 (標識)」と「客観的正犯標識」、あるいは「行為者標識 (行為者

関連要素」と「正犯標識」を同じ意味として使うことができるのであろう。

ただ、注意すべきは「行為者標識（行為者関連要素）」と「正犯標識」は行為関連要素という概念との関係で区別されなければならない。なぜなら、行為者関連要素は行為関連要素と対比され得る概念として、原則的に行為関連要素には属することはできないが、正犯標識は行為関連要素に該当し得るからである。思うに、一般的な主観的不法要素である故意・過失、そして目的のような特別な主観的不法要素は行為者関連要素でなく、行為関連要素であり、客観的正犯標識は正犯標識でありながら行為者関連要素であると思われる。

一方、目的犯における目的を「主観的行為者標識」として理解する場合があるが、この際にも目的犯における目的が「正犯標識」であることを認めるという点に注意すべきである。ファンサントク博士は「ドイツ語でTäterという際には、共犯に対する正犯のみを意味したり、あるいは一般的に刑罰の対象となる行為を行った者を総称する。そして、このような広義の意味としては、正犯だけでなく共犯も、および故意犯の行為者のみならず過失犯の行為者も含まれる。ところが、ここで特に問題となるのは狭義の行為者、つまり正犯になるためには如何なる要件が具備されねばならないかということである。そして、それに関しては次のような標識を挙げることができる」とし、一般的な行為者標識と特殊な行為者標識を分けている。そこで「目的的行為支配は故意犯の行為者となるための一般的標識となる」としている。また、特殊な行為者標識においてはより細分化して、主観的行為者標識としては目的犯における「目的」を、客観的行為者標識としては公務員のような身分犯における「身分」を挙げている¹³⁷⁾。

思うに、上記の目的犯における目的を「行為者標識」と称したのは、狭義の行為者、つまり「正犯」となるために具備されるべき要件として「目的」が必要であるという点をいうためであると思われる。共犯に対する正犯としての犯行主体となるために備えなければならない要件を「正犯標識」であるとすれば、目的犯における目的は正犯標識であると

いう点をいうのである。要するに、ファンサンドク博士も「行為者関連要素」ないし「行為者標識」と、「正犯標識」という概念を区別しており、ただ、その表現においては「正犯標識」の代わりに「行為者標識」という用語を使っているということである。

V. 終わりに

ドイツ刑法における身分概念は、古くから議論されてきたことによって相当の内容が蓄積されているという点は否定できないが、「身分概念」に「特別な人的状態」という要素まで包含させ、一時的・心理的要素も身分に当たるとすることを、韓国刑法三三三条にそのまま援用するのは支持しがたいと思われる。なぜなら韓国刑法三三三条本文は身分犯に加功した非身分者にも身分犯の共同正犯の成立を認めており、ドイツのように必要的減輕の規定もないからである。ただ、「身分概念」を限定付ける問題は、諸国の刑法において活発な議論をしてきたという点からすると、議論の重要な手がかりとなるだろう。

上記で検討したところから、身分概念において重要なのは、継続性が要求されるのか否かではなく、犯罪の成立ないしは刑罰の軽重が行為者に関するのか、それとも行為に関することであると思われる。韓国刑法の解釈上、行為者関連的要素と行為関連的要素の区別は、韓国刑法三三三条でいう身分が要求する「行為者関連性」との関係でその実益があるということである。その区別は韓国刑法三三三条の身分が要求する「行為者関連性」を前提とすべきである。身分の要件としての「行為者関連性」を、非身分者が身分者に対して加功行為、その他のいかなる方法によっても、その身分を「共有」したものと認められない場合を意味するとすれば、故意や過失、目的などは行為者関連要素でなく、行為関連要素

である。つまり、正犯が備えている故意や目的などのような主観的要素は、共犯が少なくとも正犯の故意や目的などを認識することで足りるのであり、そのような意味から故意や目的のような主観的要素は行為者関連性がないということである。要するに、主観的なものはすべて行為関連的であって、韓国刑法三三条での身分に該当しないのに対し、客観的正犯標識は行為者関連的要素として身分に当たるのである。

また、人的不法論においては、不法は常に行為者とは離れない人的行為不法であり、ここで言う「行為者関連的」と「人的」とを同じ意味として使い、「行為者関連的」な行為不法（無価値）を「人的」行為不法（無価値）ともいう。このような用語からすると、故意や過失、目的などは人的行為不法、つまり行為者関連的な行為不法に属するという点からすれば「行為者関連的」であるとはいえるが、人的不法論においても故意は勿論、目的のような特別な主観的不法要素が行為関連要素であるということは認めているのではないかと思われる。さらに人的不法論によったか否かを問わず、主観的要素を行為者関連的要素として理解し、客観的要素を行為関連的要素として理解するのは妥当ではないと思われる。

一方、刑法上の「行為者」というのは、狭義の意味での行為者、つまり「正犯」を意味するのであろう。ただ、行為者関連要素（行為者標識）は、正犯としての犯行主体となるために備えなければならない要件として理解される「正犯標識」とは区別されるべきである。行為者関連要素は行為関連要素との関係で対立する概念であって、原則的に行為関連要素には該当しえないのであるが、正犯標識は行為関連要素にも該当するからである。したがって、故意や過失はもちろん、目的は行為者関連要素ではなく、行為関連要素であると同時に正犯標識であり、反面、客観的正犯標識は行為者関連要素であると同時に正犯標識である。

- (1) 성시탁, 공범과 신분, 고시계(一九七八・二), 六六면…남홍우, 공범과 신분, 사법행정(一九六六・九), 一七二면…이수열, 공범과 신분(상), 법정(一九七六・四), 五三면…김종원, 공범과 신분, 법정(一九七六・一), 五一면…백형구, 신분과 신분법, 고시계(一九八九・五), 一一七면…이재상, 형법총론, 二〇〇六, 四九四면…임웅, 형법총론, 二〇〇七, 四六七면…신동운, 형법총론 제二판, 二〇〇六, 六七八면.
- (2) 대관, 一九九四・一二・二三・선고, 九三도 一〇〇二…この判例は身分關係の概念を示した最初のものである。
- (3) 신동운, 전개주(一), 六七八면…임웅, 전개주(一), 四六七면이하…손동권, 형법총칙론, 二〇〇一, 四七五면이하…오영근, 형법총론, 二〇〇六, 六四四면…이형국, 형법총론, 二〇〇五, 三一九면.
- (4) 大判明治四四年三月一六日刑録一七輯四〇五頁。
- (5) 最判昭和二七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。
- (6) 大判明治四四年四月一七日刑録一七輯六〇五頁。
- (7) 大判昭和九年一月二〇日刑集三卷一五一四頁, 大判昭和一〇年一月二五日法律新聞三九八四号一一頁。
- (8) 大判昭和七年五月二七日法律評論二一卷刑法二三七頁。
- (9) 大判大正三年六月二四日刑録二〇輯一三二九頁, 大判昭和九年三月二六日法律評論二三卷刑訴一三七頁。
- (10) 大判大正一三年二月五日刑集三卷八五一頁, 大判昭和八年九月二九日刑集二一卷一六八三頁, 大判昭和一三年四月八日法律新聞四二八二号一六頁。
- (11) 大判明治四四年五月一六日刑録一七輯八七四頁, 大判明治四四年六月一五日刑録一七輯一一七七頁, 大判大正三年六月一七日刑録二〇輯二二一八頁, 最判昭和二七年九月一九日刑集六卷八号一〇八三頁。
- (12) 大判明治四四年八月二五日刑録一七輯一五一〇頁, 最判昭和三年一月一九日刑集二一卷二二号三〇七三頁。業務上横領罪に関しては、六五條の適用範圍との関連で特殊な問題が生じる。つまり、物の「占有」および「業務」という二重の身分が存在し、本条二項の身分にも当たるとされるのである。
- (13) このほか、遺失物等横領罪(刑法二五四条)における「占有を離れた他人の物」の占有者であることも、六五条一項の身分であるとされているものとして大判大正五年一月一〇日刑録二二輯一七三三頁がある。
- (14) 大判大正七年七月二日法律新聞一四六〇号三三頁, 最判昭和三年五月二四日刑集一〇卷五号七三四頁。

- (15) 大判大正二年三月一八日刑録一九輯三五三頁。
- (16) 大判大正九年六月三日刑録二六輯三八二頁。この判決は業務上墮胎と同意墮胎の二つの教唆行為を包括して重い方の業務上墮胎教唆の成立を認めるべきことを示したものである。
- (17) 大判大正四年三月二日刑録二二輯一九四頁、大判大正一五年五月二九日刑集五卷二二七頁、大判昭和三年一〇月二九日裁判例三卷刑法六九頁、大判昭和一五年三月一日刑集一九卷六三頁。同指として、前掲注(12)も参照。
- (18) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第二版、二〇〇七)四五頁、山中敬一『刑法総論』(成文堂、第二版、二〇〇八)九四〇頁以下、
- (19) 木村亀二『刑法総論』(有斐閣、増補版、一九八二)一五六―一五七頁参照。
- (20) 木村・前掲注(19)一五四以下参照。
- (21) 十河太朗『身分犯の共犯』(成文堂、二〇〇九)二九一頁。
- (22) 松生光正『刑法第六五条の『身分』の概念について』(刑法雑誌第三八卷一号(一九九八)七七頁以下)。
- (23) 大判大正一四年一月二八日刑集四卷一四頁。
- (24) 最判昭和四二年三月七日刑集二卷二号四一七頁。
- (25) ドイツ刑法一四条一項は「一. 法人の代表権ある機関として又はその機関の構成員として 二. 人的会社の代表権ある社員として 三. 他人の法定代理人として行為をするときは、特別な人的性質・状態(特別な人的要素)が可罰性の基礎となる法律を適用するに当たって、その要素が代理人には存在しないが本人のみに存在する場合にも、その代理人に対してこの法律を適用する」と規定している。
- (26) 신동우, 모해위중죄의 교사범과 신분관계, 법조(一九九五), 一一八―一二九면참조.
- (27) Schönke/Schröder, Cramer/Heine, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, §28 Rdnr. 12.
- (28) Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. O. (Anm. 27), §28 Rdnr. 13.
- (29) Roxin, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, §28 Rdnr. 15.
- (30) Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. O. (Anm. 27), §28 Rdnr. 14.
- (31) Heitzberg, Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ in Strafrecht, ZStW 88 (1976), s. 111.
- (32) Heitzberg, a. O. (Anm. 31), s. 110.
- (33) Heitzberg, a. O. (Anm. 31), s. 111-112.

- (34) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 110.
- (35) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 114.
- (36) Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. a. O. (Ann. 27), §28 Rdnr. 20.
- (37) BGHSt 22, 380.
- (38) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 68ff.
- (39) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 90.
- (40) 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(2)」立命館法学第三二七号(二〇〇八)一三三頁。
- (41) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 83f.
- (42) Herzberg, a. a. O. (Ann. 31), S. 84.
- (43) Roxin, a. a. O. (Ann. 29), §28 Rdnr. 45.
- (44) Hake, Beteiligungstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 96; Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. a. O. (Ann. 27), §28 Rdnr. 16; 木たけつれらごうは『十河・前掲注(21)一〇四頁も参照』。
- (45) 西田典之『共犯と身分』(成文堂、新版、二〇〇三)三八頁参照。
- (46) Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1879, §50 Anm. 2 u. 3; 西田・前掲注(45)三六一―三七頁参照。
- (47) 西田・前掲注(45)五六頁以下。
- (48) Belling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 442; Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 26. Aufl., 1932, S. 347f.; Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, Vgl. S. 135; 朴品鶴, 刑法學公報, 형사법학회Ⅱ(호문지)一九八四,七八二면참조。
- (49) Krug, Die besondere Umstände der Teilnehmer, Strafrecht. Abh. Heft 24, 1899, S. 70ff.; 西田・前掲注(45)七二頁以下参照。
- (50) Redsch, Die persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, welche Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, dargestellt nach deutschem und französischem Recht, Strafr. Abh. Heft 97, 1909, 14ff.; 佐伯千奴「共犯と身分——その問題史的概観——(1)」法學論叢第三三卷三三号(一九三五)四三六頁参照。
- (51) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1949, S. 195.
- (52) 西田・前掲注(45)一〇八頁。

- (53) 西田・前掲注(45) 一〇九頁。
- (54) BGHS. 6, 260ff; BGHS. 8, 70ff; BGHS. 8, 205ff.
- (55) Roxin, a. a. O. (Anm. 29), §28 Rdnr. 36; Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. 27), §28 Rdnr. 10; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., 2008, §28 Rdnr. 6a; Hake, a. a. O. (Anm. 44), S. 100; Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 189; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, §10 Rdnr. 111ff; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, §20 Rdnr. 154; Weber, Baumann/Weber/Misch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Aufl., 2003, §32 Rdnr. 9; Welzel, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952, S. 75; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004, S. 211.
- (56) BGHS. 22, 375; BGHS. 23, 394; BGHS. 23, 103 (105); BGHS. 25, 287 (290); BGH, NSJZ 1981, S. 299; BGH, NJW 1994, S. 271 (272).
- (57) 十河・前掲注(21) 九六頁參照。
- (58) Schönke/Schröder, Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. 27), §28 Rdnr. 20.
- (59) Rudolph/Horn/Sanson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, AT, 3. Aufl., 1981, S. 206.
- (60) 坂本武志「判解」法曹会『最高裁判例解説刑事篇 昭和四二年度』(法曹会 一九六八) 五三頁。
- (61) 川端博『共犯論序説』(成文堂 二〇〇一) 一一七—一二八頁。
- (62) 西田・前掲注(45) 二七一頁注5。
- (63) 十河・前掲注(21) 二九八—二九九頁。
- (64) 木村・前掲注(19) 一五七頁、四二六頁。
- (65) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五) 三七一頁。
- (66) 東京高判平成一〇年三月二五日高刑速報平成一〇年五〇頁、十河・前掲注(21) 三〇〇頁。
- (67) 東京地判昭和六二年九月三日判時一二七六号一四三頁、十河・前掲注(21) 二九九頁參照。しかし、この判例が示した「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」という点から見ると、目的は犯罪が成立するために必要な要素、つまり故意のような主観的不法要素として機能し、目的は身分ではなく、犯行主体となるために備えなければならぬ要件としての「正犯標識」に過ぎないという点を示しているのではないかと思われる。この点については後で検討する。
- (68) 前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第三版、二〇〇四) 四四一—四四二頁、大塚仁『刑法概説』(総論)『有斐閣、第四版、二〇〇八)

三三九頁注(2)、山中・前掲注(18) 九四二頁。

(69) 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(成文堂、第二版、二〇〇五) 三六四頁、前田・前掲注(68) 四四一頁参照。

(70) さらに、西田教授は、構成的か加減的かという區別によつてではなく、当該要素の法的性質によつてその作用を決定するという立場から、継続性は、「身分」の要件ではありえず、動機や目的等の一時的心理状態も、犯罪論体系上、それが、行為の法益侵害性を左右する違法要素であれば、一項の「身分」として連带的に、行為者に対する責任非難とのみ関係する要素であれば、二項の「身分」として個別的に作用するとしている。西田・前掲注(45) 一六九―一七〇頁参照。

(71) 木村・前掲注(19) 一五六―一五七頁。

(72) なお、一項および二項を通して身分犯を義務犯として把握すべきであるとする見解もある。高橋則夫「共犯と身分」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷 未遂／共犯／罪数論』(法学書院、一九九二) 一七二頁。

(73) 川端博『刑法総論講義』(成文堂、第二版、二〇〇六) 五八四―五八五頁。

(74) 山中・前掲注(18) 九四二頁。

(75) 福田平「麻薬取締法六四条二項の『営利の目的』は刑法六五条二項にいう身分にあたるか」警察研究三九巻八号(一九六八) 一二七頁。

(76) 前田・前掲注(68) 四四二頁。

(77) 성시탁, 전계주(1), 六六면·권문택, 공법과 신분, 형사법강좌Ⅱ총론(하), 一九八四、七八三면同じ趣旨として신동운, 전계주(1), 六七九면이하では、刑法三三條が中核とするものは「身分関係」であり、この身分関係は「身分」という表現を使っている点で多少の持続的な要素を予定しているので、常習性のような持続的な性質をもっている人的状態は身分関係に含まれるが、一時的な状態は排除すべきであるとしている。つまり、身分関係の定義を可能な限り縮小する必要があるとして、「特別な人的状態」とは持続的な性質をもっている事情のみを含むとするのである。

(78) 이형국, 전계주(3), 三一九면·이재상, 전계주(1), 四九五면·배종대, 형법총론, 二〇〇一、五六九면·서거석, 공법과 신분에 관한 고찰, 전북대논문집 제二八집, 一九八六、一六六면。

(79) 임용, 전계주(1), 四六八면·이재상, 전계주(1), 四九五면·이형국, 전계주(3), 三一九면·백형규, 전계주(1), 一一七면·진계호, 형법총론, 二〇〇〇、三六六면·박상기, 형법총론, 二〇〇五、四七〇면·박양빈, 공법과 신분, 월간고시(一九九三・三), 一三七면。

(80) 「前三條の規定を適用する」としているのであり、ここである前三条とは、教唆犯、幫助犯、共同正犯をいう。

- (81) 김일수, 형법제二三조, 고시제 (一九九〇·七), 一二七면.
- (82) 김일수, 형법총론Ⅱ 개정판, 一九九七, 三六二면·정성근·박광민, 형법총론, 二〇〇五, 二八六면 이하 참조.
- (83) 정성근, 형법상의 신분(상), 고시연구 (一九八六·五), 二〇면.
- (84) 차용석, 공법과 신분, 고시연구 (一九八六·五), 二四―二五면.
- (85) 김일수, 전계주 (81), 一二八면.
- (86) 엄정철, 공법과 신분의 법적구조에 관한 연구, 동국대박사학위논문, 一九七四, 一八三면이하.
- (87) 전병식, 목격법의 목적과 형법상신분, 대법원판례해설 제二二호 (一九九五), 六一―면참조.
- (88) 박상기, 형법각론, 二〇〇二, 六九―면·전계호, 형법각론, 二〇〇〇, 八二―면·배종대, 형법각론, 八二九면·김일수/서보학, 형법각론, 九〇九면·신동훈, 전계주 (1), 六八〇면.
- (89) 손동권, 공법과 신분에 관한 연구, 정성근 화갑기념논문집, 공법론과 형사법의 제문제(상권), 一九九七, 二七五면.
- (90) 배종대, 전계주 (88), 八三〇면·同じ趣旨として오영근, 형법총론, 六四五면 주(1)では, このような解釈を通じて非難可能な一人は処罰できるという目的は達成できなかったかもしれないが, 逆にその人を処罰できないことによって生じる被害より, より大きい被害を社会に及ぼすであろうと強く批判している.
- (91) 신동훈, 판례백선 형법총론, 一九九八, 五八一면.
- (92) 배종대, 전계주 (88), 八三〇면.
- (93) 오영근, 전계주 (90), 六四四면.
- (94) 김성돈, 형법총론, 二〇〇六, 七八〇면이하.
- (95) 대관 一九九四, 一二, 二二三, 九三도 一〇〇二.
- (96) 이재상, 전계주 (1), 四九五면·신동훈, 전계주 (1), 六八〇면·오영근, 전계주 (3), 六四四―六四五면·임웅, 전계주 (1), 四六八면.
- (97) Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 31.Aufl., 2001, Rdnr.139.
- (98) Schenke/Schröder, Lencker/Cramer/Eser/Stein/Heine/Peron/Sternberg-Lieben, StGB, 26.Aufl., 2001, Rdnr.56.
- (99) Otto Trifflerer, Österreichisches Strafrecht AT, 2.Aufl., 1994, S.52; Hans-Hennrich Jescheck/Thomas Weigand, Lehrbuch des Strafrechts

- Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.240; 김일수·한국형법 I 개정판, 一九九六、四五九면.
- (100) Otto Trifflerer, a. a. O. (Anm.99), S.51; Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Weigand, a. a. O. (Anm.99), S.240; Hans Wezel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, s. S.62.
- (101) Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 35.Aufl., 2005, S.204 も同一趣旨として、「行為関連的な不法標識を客観的構成要件標識と同一視し、行為者関連的な人的 (persönlich) 標識を主観的構成要件標識と同一視するのは誤りである」と指摘している。
- (102) 신동운, 전계주 (1), 六八〇면·박상기, 전계주 (79), 四六九면이하·임웅, 전계주 (1), 四六七면·이형국, 전계주 (3), 三一九면·오영근, 전계주 (3), 六四四면.
- (103) 신동운, 전계주 (1), 六八〇면.
- (104) 임웅, 전계주 (1), 四六八면.
- (105) 오영근, 전계주 (3), 六四四면.
- (106) 前掲注(95) 参照。
- (107) 오영근, 전계주 (3), 六四五면.
- (108) その他, 박상기, 전계주 (79), 四七〇면·이재상, 『一九九五년도 형사판례회고』, 형사판례연구四, 四一九면·이형국, 전계주 (3), 三一九면·임웅, 전계주 (1), 四六八면.
- (109) このような趣旨として김일수·서보학, 형법총론 제二卷, 二〇〇六、二四六면.
- (110) 김일수, 전계주 (82), 三六二면では, 一般的な主観的不法要素である故意や、特別な主観的不法要素である目的などは, 行為関連的であるから身分概念に含まれない。このような行為関連的な標識は, 制限從属形式によって共犯に帰属されるからである」としている。同じ趣旨として, 정성근, 형법총론, 一九九六、五九九면。
- (111) 손동권, 공범과 신분에 관한 연구, 공법론과 형사법의 제문제(상권), 정성근 교수 화갑기념논문집, 一九九七、二七三면이하。また二七五項では「刑罰を根拠付ける人的要素は, 行為関連的な場合には第三三条の身分に当たらず, 從属性理論によって……共犯は正犯に從属し, 犯罪が成立する」としている。
- (112) 정성근·박광민, 형법총론 제二卷, 二〇〇五、五六二면·임웅, 전계주 (1), 四四六면·김일수, 전계주 (82), 三三七면, 三五四면.
- (113) Otto Trifflerer, a. a. O. (Anm.99), S.390では「共犯の無価値は, 本来, 正犯の無価値から惹起されるから, 共犯の可罰性において特別な不

- 法標識が共犯に存在するかどうかの問題は重要ではなく、このような標識が正犯に存在し、共犯はそれに対する認識を持っていれば、それで足りる」とし、また同じ趣旨として Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, a. a. O. (Ann.99), S.321の「教唆と幫助の場合、主観的構成要件標識は正犯に存在し、共犯はその点を認識すれば足りる」としている。
- (114) Gunter Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 1991, 23.Abschn. Rdnr.16以下では「このような主観的要素の性質を「主観的標識の一身專屬性」(Hochispersonalität)」と表現している。
- (115) ただし、行為関連的であるものが、すべて主観的であるものとはならぬ。
- (116) Hans Wezel, a. a. O. (Ann.100), S.62.
- (117) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, a. a. O. (Ann.99), S.240.
- (118) Hans Wezel, a. a. O. (Ann.100), S.100.
- (119) 不法は、常に、ある特定の行為者と関わっていることを意味する。
- (120) Hans Wezel, a. a. O. (Ann.100), S.100.
- (121) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, a. a. O. (Ann.99), S.240ff.
- (122) イエシエック・ヴァイゲント・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論・第五版』(成文堂、一九九九)一七四頁。
- (123) イエシエック・ヴァイゲント・前掲注(122)・一七四—一七五頁
- (124) 김일주, 전계주 (82)·三六二면; また同じ趣旨として 정성근·박광민, 전계주 (112)·五八六면以下では「単に行為に関連した行為関連的標識 (tatbezogene Merkmale) は、それが人的不法との不可欠の関係にあるものであっても、それは誰にでも存在しうるような一般的要素に当たるから、身分とはなり得ない。たとえば、故意、目的、傾向、動機、承諾殺人罪での承諾、不法領得意思、行為状況などがそれである」としている。
- (125) 임호, 전계주 (1)·四六八면
- (126) Hans Wezel, a. a. O. (Ann.100), S.77ff.
- (127) Jürgen Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafratsystem*, 1981, S.153.
- (128) 김재홍, 전계주 (94)·七八〇면

(129) 加減的身分犯の身分を備えている者が非身分者の犯行に共犯として加功した場合に、その身分者である共犯の処理問題はこれとは別個の問題である。

(130) 김일주·서보학, 전계주 (109), 五六三면.

(131) 이재상, 전계주 (1), 一一六면 참조.

(132)あるいは、客觀的行為者要素ともいう。身分犯における公務員、医師などのような身分がそれである。Hans Weizel, a. a. O. (Ann. 100) S. 100f.

(133) 이재상, 전계주 (1), 一一六면.

(134) ドイツ語で言う *juristische Person* がそれである。

(135) この場合は自然人はもちろん、法人まで含まれる。

(136) 진계호, 형법총론, 一九八七, 一八一—一八二면.

(137) 황산덕, 형법총론, 一九八三, 七六면.

(138) 황산덕, 전계주 (137), 七七면.

(139) 황산덕, 전계주 (137), 七九면.