

博士学位論文審査要旨

2011年2月2日

論文題目： 共犯と身分—韓国刑法 33 条と日本刑法 65 条を手掛かりに—

学位申請者： 吳 貞勇

審査委員：

主 査： 法学研究科 教授 松原 久利

副 査： 法学研究科 教授 瀬川 晃

副 査： 法学研究科 教授 川崎 友巳

要 旨： 本論文は、「共犯と身分」の問題、特に身分者の行為に非身分者が関与した場合の処理について、共犯論の一般原則を適用することにより問題の解決を図ろうとするものです。まず、前提として、身分とは行為者关系的要素としての一身的事情であることが必要であるとして、共犯と身分が問題となる範囲が明らかにされる。

次に、共犯の本質と共犯の従属性の側面から検討し、共犯の従属性は共犯成立の必要条件の問題であり、共犯の処罰根拠は、正犯に構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害・危険を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危険を生じさせることに求められる(混合惹起説)。そうすると、共犯が成立するためには少なくとも正犯行為の構成要件該当性が必要となる(最小従属性説)。したがって、正犯の構成要件に該当する法益侵害・危険(類型的違法性)が共犯に連帯し、違法性阻却事由などの実質的違法性は相対的に判断すべきことになるとする。

さらに、構成要件に該当する(違法な)実行行為性が一定の主体によってのみ認められる犯罪が構成的身分犯であり、一定の主体によりその違法・責任に変更がある場合が加減的身分犯である。なお、構成要件の違法類型性、違法性と責任との関係から、責任身分は存在し得ず、責任要素である以上は当然個別的に作用するのであり、これは身分の問題ではない。こうして、構成的違法身分は連帯的に作用し、これを規定するのが日本刑法 65 条 1 項、韓国刑法 33 条本文であり、加減的違法身分は個別的に作用し、これを規定するのが日本刑法 65 条 2 項、韓国刑法 33 条但書であるとして、本論文は、身分の連帯的作用、個別的作用の理論的根拠を示し、法解釈の実質的根拠づけを可能にするものであり、これまでにはない独創的な解釈論を展開して解決策を見出したという点で、理論的・解釈論的意義が認められる。

また、本論文は、共犯と身分に関して類似した規定を有するドイツ、韓国、日本を検討対象として比較法的考察がなされており、共犯論の議論状況が類似していることから、これらの点を基軸とした検討を加えている点で、比較法的研究成果が認められる。

以上のように、本論文は、共犯と身分の問題について、共犯論の一般原則による解決を目指して、独創的な視点を提供するものとして特筆に値するものといえる。よって、本論文は、博士(法学)(同志社大学)の学位論文として十分な価値を有するものと認める。

総合試験結果の要旨

2011年2月2日

論文題目： 共犯と身分—韓国刑法 33 条と日本刑法 65 条を手掛かりに—

学位申請者： 吳 貞勇

審査委員：

主 査： 法学研究科 教授 松原 久利

副 査： 法学研究科 教授 瀬川 晃

副 査： 法学研究科 教授 川崎 友巳

要 旨： 審査委員は、2011年1月25日、午後5時20分から6時30分まで、博遠館307番教室で口頭審査を行った。学位申請者は、本論文の問題意識をはじめ、身分概念の意義、共犯の処罰根拠、共犯従属性の意味、共犯における違法の相対性、共犯と身分の問題と犯罪論体系との関係、「正犯の構成要件に該当する法益侵害およびその危険」の連帯性、そこから導き出される日本刑法65条、韓国刑法33条の解釈など、本論文の内容および関連事項に関する多岐にわたる質疑に対して、終始的確な応答を行い、当該分野ならびに関連領域に関する専門知識を十分に有するとともに、高度な学術的考察力を備えていることを示した。また、申請者は、本論文の執筆に当たり、外国文献として、ドイツ語の文献を多数資料として用いており、この分野において必要な外国語の能力を十分に備えているものと判断した。

以上のことから、学位申請者の専門分野に関する学力ならびに語学力は十分なものであると認める。よって、総合試験の結果は合格であると認める。

博士學位論文要旨

論文題目：共犯と身分—韓国刑法 33 条と日本刑法 65 条を手掛りに—
氏名：吳 貞勇 (オ チョンヨン)

要 旨：

<各章の構成>

- 第1章 序論
- 第2章 主観的要素と身分概念
- 第3章 共犯における違法の相対性
- 第4章 構成要件の捉え方と身分者の実行行為性
- 第5章 共犯と身分規定に関する解釈
- 第6章 結論

1 問題意識

共犯成立においては、構成要件上、各関与者に特定の行為主体であることを要しない場合が一般的であるが、特に一定の行為主体に限定されたり、若しくはその行為主体によって刑の軽重が生じる場合がある。これを身分犯という。

身分犯は単独で犯罪行為を行い得ることはもちろん、共犯の形として行われることも可能である。身分者と身分者が共同して関与することもできるし、共犯関係にある者の中で一部の者にしか身分がない場合にも、その共犯は可能である。前者の場合には、一般の共犯理論を適用することによれば十分に解決できるのであるが、特に、後者の場合は、いわゆる「共犯と身分」の問題として様々な見解がなされており、その解決において、いずれも十分ではない。

そこで、本稿では、身分犯の行為に非身分者が関与した場合を如何に取り扱うべきであるかという問題の解決を試みる。そのために、本稿で出発点として着目することは、非身分者であっても身分犯の行為に関与した場合、これも共犯である以上、共犯理論の一般原則を適用すべきではないかという点である。ところが、共犯論に関しては、論者による捉え方が様々で、他の犯罪体系論に比べて複雑な様相を呈している。特に問題となるのは、共犯従属性に関する捉え方である。つまり、共犯従属性を、正犯が一定の犯罪成立要件を具備していれば、単にその正犯要素が共犯に連帯するという意味として捉えた感がある。しかし、共犯も犯罪である以上、その固有の不法を根拠に処罰されるはずであり、そうすると、これは共犯の処罰根拠論の一局面でもある。したがって、従来の共犯論に関する議論のあり方を検討し、正しい理解は何であるかを明らかにした上で、共犯と身分も検討する必要がある。

一方、これに先立って、身分犯は行為の主体が一定の身分のある者に限られているから、身分犯の共犯を如何に取り扱うべきかの前に、身分とは何を意味するのかという身分概念の検討が必要である。その中で、目的のような「主観的要素」が身分概念に含まれるか否かがよく問題となったが、目的のような「主観的要素」は、故意のような主観的構成要件要素でもあるから、それを犯罪体系論の関係においても検討し得る余地もあるのである。

また、身分犯は一定の身分がなければ当該犯罪の実行行為性が認められないという点においても、一般犯とは異なる。さらに、実行行為は犯罪行為類型としての構成要件要素であるといえるのであるから、構成要件概念を如何に捉えるかという問題に関係がある。そこで、構成要件を如何に理解すべきかと、それによって身分と実行行為が如何なる関係にあるかという点も検討の課題である。つまり、その実行行為をいかに理解するかによって行為者の身分の性質（違法身分であるか責任身分であるか）も決められ得るのである。

このような問題意識から、本稿の重点的内容は次のとおりである。

2 本稿の概要

1. 目的のような主観的要素は身分概念として捉えられるか

通説的な見解は、身分概念を一身的要素であれば十分であるとし、目的のような「主観的要素」も一身的要素と解する以上、身分概念に含まれるとするが、目的のような「主観的要素」は、故意のような主観的構成要件要素でもあるから、それを犯罪体系論の関係においても検討する余地がある。

そこで、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のかである。身分の要件としての「行為者関連性」は、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いうべきであり、そうすると、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、目的のような主観的要素は、身分の概念から排除すべきである。

2. 共犯における違法の相対性

共犯と身分の問題は、非身分者が何故に身分者と同様の法的評価を受けるかの問題、つまり、共犯関係にある各関与者について、何が連带的に何が個別的に作用すべきかの問題であるから、結局、違法の相対性の問題である。そこで本稿では、共犯の本質論から導かれる違法の相対性の

問題と、共犯従属性と違法の相対性の問題とに分けて検討した。なぜなら、共犯は何を共同するのかという点について、主に犯罪共同説と行為共同説が対立しているが、事実上の大きな差が生じる場面は、いわゆる罪名従属性を如何に捉えるかの問題であり、それはまた、正犯が身分犯の構成要件に該当する以上、その罪名が非身分者たる共犯者にも連帯して身分犯の共犯が成立するのかが問題となるからである。

そこで、まず、共犯の従属性は、共犯として論じるためには少なくとも正犯のある犯罪成立要素が必要であるという意味（共犯成立の必要条件）として消極的に捉えるべきあり、また、そのような共犯成立の必要条件が充たされた場合に、如何なる正犯要素が共犯に影響を及ぼすのかが問題となるのである（正犯要素の連帯性）。

このように考えると、制限従属性説は、共犯として論じるためには正犯の行為は違法性まで備えている必要があるということにすぎず、正犯が違法であれば共犯もそれに連帯して違法になるという、「違法の連帯性」を意味するわけではないのである。さらにまた、最小従属性説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当する必要があるということにすぎず、「構成要件該当性の連帯」を意味するわけではないのである。

さらに、刑罰は、処罰されるべき者の「固有の不法」を要件とするのであり、そこで、共犯も犯罪である以上、刑罰に値する者であるといえるのであるから、それに相応する共犯不法を要件とすべきである。これはまさに共犯の処罰根拠の問題として、結局は共犯従属性に係わる問題である。共犯の処罰根拠は、共犯は正犯に「構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害・危殆化」を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危殆化を生じさせるから処罰されるのである（混合惹起説）。ここで正犯の法益侵害・危殆化は、正犯者が実行行為に着手すれば、十分に生じたといえるから、共犯にとっては正犯の行為が違法であるか否かは問題とすべきではない。だからこそ共犯が成立するためには、少なくとも正犯の「構成要件該当性」が必要となるのであり、そのような意味で、最小従属性説が妥当である。

このように、共犯は、正犯に「構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害・危険」を生じさせ、自らも共犯として法益侵害・危険を惹起するから処罰されるのであり、また、その成立においても、正犯行為の構成要件該当性が該当してはじめて、共犯としての構成要件該当性が問われることになり、その際に正犯の構成要件に該当する実行行為を通じた法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。特に、正犯要素の連帯性においては、正犯が身分を有しているか否かを問わず、正犯の構成要件に該当する実行行為性が認められれば、その実行行為による法益侵害・危険が共犯に連帯するのである。

3. 構成要件の捉え方と身分者の実行行為性

身分犯は一定の身分がなければ当該犯罪の実行行為性が認められないという点で一般犯とは

異なるし、また、第3章で明らかになったように、実行行為は共犯処罰においても重要な意味を持つのである。このような実行行為は犯罪行為類型としての構成要件要素であるといえるのであるから、構成要件概念を如何に捉えるかの問題に関係がある。

そこで、構成要件が違法行為類型あるいは違法有責行為類型であるとするとき、「行為類型」というのは、構成要件に該当する「実行行為」が実質的に意味を持つといえるのであり、そうすると、構成要件的行為（実行行為）は、法益侵害ないし法益侵害の危険行為、いわゆる違法行為として推定されることになるかと理解すべきである。また、実行行為は、ある行為主体によって当該犯罪の実行行為性が認められる構成要件の客観的要素でもあり、それは身分犯においても同様である。したがって、身分犯においては、ある一定の行為主体によってのみ不法な実行行為として認められる構成的身分犯と、誰でも不法な実行行為として認められるが、行為主体の特性によって違法と責任に変更がある加減的身分が存在するのである。

ただ、責任身分の存在については、違法性の問題は責任の問題とは独立に、そして、論理的にはその前に、決定せられねばならないことや、犯罪成立において構成要件該当性、違法性、有責性という三つの要件を具備することを必要とする今日の立場からしても、不法は責任の前提として論じられていること、共犯論における違法性と責任の区別という点からすると、少なくとも、構成的責任身分は、存在できない概念であると解すべきである。また、加減的責任身分についても、法益侵害・違法の面で相違はないのに、専ら責任の面で重いという理由のみから加重しようとする点からして、責任を重くする身分はあってはいけないと解すべきである。仮に、責任身分が存在するとしても、責任身分が責任要素である以上は、当然個別的に扱うべきである。

したがって、共犯と身分規定においては、結局、構成的違法身分と、加減的違法身分に関する問題であって、責任身分に関する問題は生じないと解すべきである。

4. 本稿の帰結

本稿の主な帰結は、①目的のような構成要件の主観的要素は身分概念に含まれない、②共犯関係にある各関係者については構成要件該当性から相対的に判断すべきであり、正犯の構成要件に該当する実行行為による法益侵害・危険が共犯に連帯するのであるから、身分犯においても、非身分者の構成要件該当性の段階で非身分者に連帯する要素は、身分者によって生じた当該犯罪の実行行為による法益侵害・危険である、③構成的（違法）身分とは、ある一定の主体によってのみ、構成要件に該当する不法な実行行為性が認められ犯罪が構成され得る場合であり、加減的（違法）身分とは、誰によっても構成要件に該当する不法な実行行為性が認められ犯罪は成立し得るのであるが、行為主体が持つ性質によって刑の加減がある場合である、④責任身分は当然個別的に扱うべきであって、共犯と身分規定においては問題とならないということである。