

## 共犯と身分—刑法 65 条の必要性の検討—

12H2031 小泉直永

### I. はじめに

我が国の刑法典は 65 条で身分犯の共犯について、一般の共犯規定とは別に規定している。65 条は、1 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、2 項で「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」としているが、この規定は多くの問題を抱えている。すなわち、この規定からだけでは、①65 条の「身分」とはどのようなものを指すのか、②1 項の「共犯」とは共同正犯ないし狭義の共犯のいずれを指すのか、③一見すると矛盾するかのように見える 1 項と 2 項の関係をどのように捉えるべきなのか、といった点が明らかでないのである。さらに共犯の基本原則に遡って考えてみると、そもそも身分犯の共犯を 65 条で一般の共犯規定とは別に規定する意義がどこにあるのかも疑問である。

そこで、本稿では、65 条の抱える解釈学的な問題について検討を加えた上で、身分犯の共犯に対して一般の共犯規定を適用することの可否を明らかにしたい。

### II. 身分犯の共犯に関する規定の立法過程

ここでは「身分犯の共犯」に関する規定がどのような意図のもとで設けられ、それがどのように変遷してきているのかを、旧刑法の成立過程から、当時の学説がどのように理解していたのかも含めて検証していく。とくに上述したような 65 条の解釈学的な問題がどのように意識されてきたか、またそもそもこの規定がなぜ必要とされたのかを明らかにしたい。

旧刑法成立過程を見たところ、加重的身分を連帯させた場合に生じる不均衡の回避とフランス刑法で生じていた不都合の回避という点から、身分犯の共犯に関する規定が別に設けられたということが明らかとなった。ただ、施行後すぐに、構成的身分や減輕的身分の取り扱い等で問題が生じたため、改正への動きが始まった。

現行刑法成立過程では、旧刑法で規定されていた加重的身分の個別性に、構成的身分の連帯性及び減輕的身分の個別性を補充する形で改正がなされた。この補充は、旧刑法で問題とされていた点を明文で解決しようとしたものにすぎないと思われる。

ここでの立法過程の検証では、「身分」の意義については、その範囲が拡大しつつあること、1 項の「共犯」の意義については、共同正犯を含むかどうか議論されていたこと、1 項と 2 項の関係は、全く意識されていなかったことが明らかとなったに過ぎない。すなわち、65 条における 3 つの問題については、立法者は意識することなく、あるいはもっぱら解釈に委ねるという選択をしたと考えることができるのである。そこで次章では現行刑法の解釈を見ていく。

### Ⅲ. 現行刑法 65 条の解釈

現行刑法 65 条の解釈学的な 3 つの問題について、順に検討する。

「身分」の意義については、65 条を通じて広く捉える①法益侵害説、反対に狭く捉える②厳格義務犯説、1 項における身分を狭く捉えつつ 2 項における身分を広く捉える③折衷的義務犯説が主張されている。判例は一貫して①説に親和的であり、私はそれを支持すべきであると考えている。なぜなら、身分者が処罰されるのは、その者のみが法益を侵害可能だからである。このような理論的根拠を示すことができる以上、①説が妥当である。

次に 1 項の「共犯」の意義については、①狭義の共犯排除説、②共同正犯排除説、③二分説、④全共犯形式適用説が主張されている。1 項の共犯は共同正犯のみを指すとする①説は、身分犯の特殊性を強調し過ぎるあまり、非身分者にも当然に狭義の共犯が成立するとは言えなくなる危険性がある点で妥当でない。反対に、狭義の共犯のみを指すとする②説は、非身分者であっても、身分犯の実行行為の一部であれば分担可能であることを評価していない点で妥当でない。また、1 項の対象に真正身分犯及び不真正身分犯を含む立場から、真正身分犯の場合には狭義の共犯のみに、不真正身分犯の場合には全ての共犯形式に適用があるとすると③説にも、②説と同様の点で批判が可能であり妥当でない。よって、全ての共犯形式を含むとする④説が妥当である。判例は、①説から④説へと変遷している。

最後に 1 項と 2 項の関係については、大きく 3 つの見解が主張されている。すなわち、身分を構成的身分と加減的身分に分類する①身分を形式的に把握する見解、身分を違法身分と責任身分に分類する②身分を実質的に把握する見解、身分を構成要件的身分と実質的違法性や責任及びその他の政策的考慮に関係する身分に分類する③身分を形式的・実質的両面から把握する見解の 3 つである。①の見解は、さらに 3 つに分類できるが、どの立場によっても具体的帰結の妥当性に問題が生じるため妥当でない。また、②の見解は、さらに 4 つに分類できるが、そもそも身分を違法性あるいは責任に截然と分類することは困難であるから、これらも全て妥当でない。しかし、①の見解は条文の文言に忠実である点で、②の見解は理論的根拠を示すことが可能である点で優れている。

③の見解は、構成要件的身分を連帯的に、実質的違法性・責任等に関する身分を個別に取り扱う。身分が構成要件要素になっている限り、それは実行行為や結果等の要素と等価値であり、実行行為や結果等が連帯的に扱われる以上、身分も連帯的に扱うべきである。一方、実質的な判断は個別に扱われるべきであるから、身分が実質的な違法性や責任等の要素となっている限り、個別に扱われるべきである。この見解は、1 項を構成要件段階における共犯の成立の問題と、2 項を法定刑の加重・減軽の問題とそれぞれを捉えているため、「共犯とする」や「刑を科す」といった条文上の文言とも整合している。私はこの見解が妥当であると考えている。しかし、この見解に対しては、4 つの批判が加えられている。すなわち、責任身分の連帯性を肯定する点、2 項が当然に個別的效果を予定しているもののみを対象としていると思われる点、構成要件的身分とそれ以外の身分とに区別する点、具体的帰結の点である。しかし、責任身分の連帯性を肯定するのは、それが構成要件要素になっている場合で

あり、構成要件要素になっている以上、連带的に扱うことに何ら問題はないだろう。また、2項には、正当防衛における防衛の意思も含まれるため、当然に個別的効果を予定しているもののみを対象としているわけではない。そして、この見解は身分がどのような要素であるかを実質的に判断し、身分を分類するのであって、身分を実質的判断により分類している以上、一見同じように見える身分であっても、その取り扱いを異にしても問題ではないだろう。最後に、具体的帰結については、確かに他の見解より罪責が重くなる場合はあり得るが、それは不合理ではないだろう。すなわち、非身分者が身分犯の構成要件を間接的に実現したと言えるのであれば、その結果を非身分者に帰責することは当然であり、それによって、罪責が重くなったとしても不合理ではないのである。このように4つの批判は全て妥当でない。

本稿の見解によると、従来の見解における身分犯の共犯の解決と明らかに異なるものとなる。そのため、次章では本稿の立場から具体的事例の解決方法を見ていく。

#### IV. 具体的事例における 65 条の適用

①偽証罪、②保護責任者遺棄・不保護罪、③業務上横領罪、④自首に関する具体的事例を用いて、それぞれの解決方法を確認する。

①非身分者が偽証罪を教唆した場合を考える。偽証罪における「法律により宣誓した証人」という身分は構成要件的身分であるから、連带的に作用する。そのため、非身分者には偽証罪の教唆が成立する。この結論は従来と変化なく、妥当なものである。

②非身分者が保護責任者に対して遺棄を教唆した場合と、不保護を教唆した場合を考える。「保護責任者」という身分は、構成要件的身分であるから、連带的に作用する。そのため、遺棄を教唆した非身分者には保護責任者遺棄罪の教唆が、不保護を教唆した非身分者には保護責任者不保護罪の教唆が成立する。従来の見解よりも罪責は重くなっているが、既述の通り、それは当然の帰結である。

③占有者が業務上横領を教唆した場合と、非占有者が業務上横領を教唆した場合を考える。業務上横領罪における「業務者」及び「占有者」という身分はどちらも構成要件的身分であるから、連带的に作用する。そのため、業務上横領を教唆した占有者にも非占有者にも業務上横領罪の教唆が成立する。この結論は従来の不都合を回避している点で優れており妥当である。

④2人が共同して殺人をし、その後、一方のみが自首した場合を考える。自首という要素は身分と解すべきであり、それは政策的理由に基づく身分である。そのため、個別的に作用することとなり、自首した者のみが任意的減軽がなされることとなる。

#### V. 身分犯の共犯に関する規定の意義

前章までで検討した本稿の結論は従来のもものと大きく異なるものであったが、この見解は共犯の基本原則によって、身分犯の共犯の問題を解決しようとするものであり、身分犯の共犯の取り扱いについて、その共犯の基本原則に理論的根拠を求めることが可能である。す

なわち、身分についても構成要件・違法性・責任という犯罪論体系の観点から捉え直すことによって、結局、共犯の基本原則を身分犯の共犯にも適用したに過ぎないのである。

かつては非身分者が身分犯の実行行為を行い得ないことを理由に、一般の共犯規定では対応できないと考え、身分犯の共犯に関する規定を別に設けたと思われる。しかし、共謀共同正犯の概念を認める限り、非身分者が実行行為を行い得ないとしても、共犯の基本原則を適用できるのではないだろうか。

ここで言う共犯の基本原則とは、違法・有責類型である構成要件は連帯し、その結果、違法性及び責任も推定されるが、違法性阻却事由及び責任阻却事由は個別化するという原則のことである。本稿における身分犯の共犯の取り扱いは、この基本原則から導かれている。そうすると、本稿の立場からは、65条は単なる注意規定にすぎないこととなる。

## VI. おわりに

本稿の結論としては65条を単なる注意規定に過ぎないとしたが、身分の分類の前提である構成要件・違法性・責任の内容に関しては立ち入ることができなかった。それについては、今後の課題としたい。