

## 加減的身分犯と共同正犯

中 義 勝

昭和三十一年五月二四日最高裁判所第一小法廷判決(昭和三十〇年(あ)、棄却、第一審東京地方裁判所、第二審東京高等裁判所(最高裁判所刑判例集第一〇卷七三四頁以下))

【事實】被告人甲は、日頃、麻雀・競輪等に耽り、連日家庭をあげて勤務を怠る日も尠くなかつたので、その奉職する會社や同僚等から金借する外、屢々俸給の前拂を受けて家計の遺縁をする状態にあつた。同人の家庭には内縁の妻たる被告人乙、及びこれとの間に設けた子供四人の外、甲の實母丙があつた。ところが、乙と丙との折合が旨くいかず、右記四人の子供まで乙に味方して、日常茶飯事の末にいたるまで丙と反目し、これに對して冷淡な態度を示していたので、同一家庭内に生活しながら、丙と他の家族との間には自ら深い溝が出来ていたが、被告人甲の右記のような放縱な生活による家計の窮迫は、一層右の如き家庭内の不和を募らせていた。かような状況下にあつて、丙は自己の老後における不幸をかこつの餘り、『死んでしまつた方がましだ』等と口走ることがあつたところから、甲は、この際丙を亡きものにすれば右の如き家庭内の不和も解消し、そのことは當然乙の意にも添い、日頃同女の自己に對する不平不満の感情を和げるにも役立つ、併せて多少の香典も入り金借の口實も出来るから、溷迫した生計を切り抜ける術ともなると考え、昭和二十七年二月五日、丙に對し『自分と一緒に死んでくれ』と説いたが肯き入れられず、却つて近隣の家に逃げ込む等の醜態を演じたので、遂に同女を殺害しようと決意し、右決意の次第を被告人乙に打ち明け、同被告人も即日これに同意することはためらつたが、翌六日朝に至り、晝食用の汁粉の中に青酸加里を混入して殺害を執行することを更に袋漚されて遂にこれを承

「諾し、茲に被告人兩名共謀の上、同日午後一時頃被告人等自宅において、被告人乙が調理した汁粉の中に豫て被告人甲が會社より持ち歸つていた青酸加里を水に溶かした上混入してこれを丙に供し、同日同所において青酸加里中毒によりこれを死亡せしめるにいたつた。

【判旨】 右の事案において上告審で問題となつた争點には、所謂尊屬殺人罪違憲論議の外數點のものがあるが、中に就いて最も重要なものは『原判決が維持した第一審判決は法律の擬律に於て「被告人乙の所爲は刑法第二百六十五條第一項第六十条に該當し身分なき者であるから同法第六十五條第二項により同法第九十九條の所定期限内で被告人を云々」と判示しているが刑法第二百六條の罪は同法第五十六條（虚偽文書偽造）の罪若くは同法第九十七條（收賄罪）の罪と異り犯人の身分に因り特に構成すべき犯罪ではなく卑屬親たるため特に其の刑を加重する規定であり従つて卑屬親たる關係にない共犯者の第二百六條を適用すべきであり同法第六十五條第一項を適用すべきでないことは大審院判例の認めるところである。（大審院大正七年七月二日第一刑事部判決大正七年（れ）第一六七四號法律新聞第一四六〇號參照）然るに本件第一審判決は被告人に對する法律適用につき右判例に反して刑法第六十五條第一項を適用し原審判決も亦之を看過して維持した。従つて原判決は大審院判例に違反した違法あり破棄を免れない』とする辯護人上告趣意第二點をめぐる問題である。

これに對し、最高裁判所は『刑法二〇〇條の罪は犯人の身分により特に構成すべき犯罪ではなく單に卑屬親たる自分あるがため特にその刑を加重するに過ぎないものであるから直系卑屬でない共犯者に對しては刑法六五條二項によつて處斷すべきものと解するを相當とする。従つて引用の判例はなお維持さるべきである。しかるに所論第一審判決は被告人乙の所爲は刑法二〇〇條六五條一項六〇條に該當する旨判示しているのだからこの點においては違法の譏を免れ得ないけれども、同判決は結局被告人に對し刑法六五條二項を適用しているのであつて、いまだこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない。（のみならずこの點に關する所論は原審で控訴趣意として主張されず従つて原審の判斷を經ていないところであるから、元來上告理由として採るを得ないものなのである。』として上告を棄却している。

【研究】 本件係争點は、最高裁判所判決理由註記の如く、元來『原審で控訴趣意として主張されず従つて原審の判断を經ていないところであるから、元來上告理由として採るを得ないものなのである』。従つて、この點に關する上告趣意は上告理由を具備せざる申立として決定を以て棄却さるべき筈のものであつたわけである（刑訴四一四・三）。（最高決昭二九・一一・九刑集八・一一・一七三五に曰く、『所論は第一審たる長崎地方裁判所島原支部の判決が當裁判所の判例と相反する判断をしていると論難するが、右判決は高等裁判所が第一審又は第二審としてした判決ではないから、刑訴四〇五條二號の上告理由とならないこと明らかである』）。にもかかわらず、最高裁判所がこの點に關する見解を表明した本旨は、本件第一審における擬律が、舊大審院の判例と齟齬する點にかんがみ、右擬律の當否を明かにしておくことを適當と考えたからに外ならぬものと思われる。そこで、上告趣意引用にかかる大審院判例を閲みするに、その上告趣意は、全く本件のそれと同趣旨であり、ただその論難の客體がかれにあつては直接原審（第二審）の擬律にあり、本件にあつては第一審のそれにあるの差を示すものであるところ、『案ずるに刑法第二百條の罪は同第五十六條（虚偽文書偽造）の罪若くは同第九十七條（收賄罪）の罪等と異なり、犯人の身分に因り特に構成す可き犯罪に非ずして單に卑屬親たる身分あるが爲め特に其刑を加重するものに外ならざれば、判示の場合に於て被告與市（非身分者）（筆者註）に對し法を擬せんとせば須らく刑法第六十五條第二項に據り同第九十九條同第二百條等を適用せざる可からざるものなる事洵に所論の如し、然るに原審に於て被告與市に對し同法第六十五條第一項を適用したりしは不法にして本論旨は理由あり原判決中被告與市に對する部分は爲めに全部破毀を免れざるものとす、（中）原審の認めたる事實に據り之れを法に擬するに被告與市殺人の所爲は刑法第六十條同二百條に該當するも同法第六十五條第二項に依り同法第九十九條を適用し死刑に處すべく云々』（大判六七・七・二新）とす。翻つて、本件判決

（大判六七・七・二新）  
（聞一四六〇・二三）

理由をみるに、同判決理由も、右記判例の依然維持さるべきことを認め、従つてこれに反する第一審擬律を違法の譏を免れ得ないものとするけれど、敢てこれを破棄しなかつた理由は、もともと本係争點自體が、上記の如く、上告審において受理し得ざるものであつたからに外ならない。この點、最高裁判所が舊大審院判例を維持する見解に在るとは頗る明白である。然るに、最高裁判所は、更に進んで、右第一審判決は『結局被告人に對し刑法六五條二項を適用しているのであつて、いまだこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない』との見解をも表明している。それ故、以上の如き最高裁判所の見解を前提とする限り、假りに將來、本件と同一の事項を上告事由とする申立が適法に受理された場合の同裁判所の判斷を推論すれば、恐らくは、原審判決は判例違反の違法な擬律として破棄すべきものではあるが、しかも、右判例違反は判決に重大な影響を及ぼすものではないとの理由で、結局破棄すべき場合に該らない(刑訴四一〇一)ということに歸するかと察せられる。且つ、この限りに於いて、舊大審院判例は一部變更を蒙つたものとも解せられぬでもない。然し、最高裁判所が上記大審院判例を維持すべしとすること右の如くであるから、實質的には前者は毫も後者を變更するの見解を含むものでなく、ただ前者にあつては、後者が表明された當時には存しなかつた刑事訴訟法四一〇條一項に即應する判示がなされただけの差を存するもので、いわば前者は新刑事訴訟法下における後者の具體的發展の姿であると解するのを穩當とするのではないかと思われる。尤も、舊刑訴時代にあつても、所謂絶對的上告理由に該當する諸場合を除くの外、『法令ニ違反シタルコトアリト雖判決ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルトキハ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス』(舊刑訴四一一)という規定があつたわけであるから、後者においても、原審の擬律が違法、即ち法令に違反していることが判つていても、なおこれを判決に影響を及ぼさざること明白なりとして上告理由として採用しないことが出來たわけである。にもかかわらず、右の如き大審院判例をみる

ことは、上級法令違反に對する評價が舊大審院と最高裁判所とで、前者にあつては破棄に價する違法ありとせられ、後者にあつては違法だが未だ破棄するに及ばぬ程度のものであるとされるの差異を存するものと解せられる餘地がある。恐らくは、この見解の方がより妥當であり、然る限りにおいて、下級審のなした判決を違法なりとする點では兩者共通でありつつ、内部において、その違法に對する評價の點で兩者必ずしも同一步調を維持しないということに歸するのではなからうか。

ところで、私が本件をとりあげたのは右の如き刑事訴訟法的關心の故からではない。ではなくして、『加減的身分犯と共犯』をめぐる學說の一部につき、本件を機縁として、更めて反省を加えたいと思うからに外ならない。

さて、非身分者による加減的身分犯の共同正犯が成立する場合の擬律は、通説においても、前示大審院判例、從つてまた今次最高裁判所の見解と全く相蔽うものである。然るに、最近になつて、團藤教授が右の擬律において、先の大審院判例によつて破棄された當の判決、從つてまた本件第一審のなしたそれと同一の擬律をなすべきことを、その抱懷される理論の必然的歸結として導かれてゐることは甚だ注目し價するものといわねばならない。それ故、我々は、先ず、教授が如何なる理論的根據からかような歸結に到達されたかの次第を窺うことからはじめたいと思う。

教授によれば、當然のことながら、共同正犯とは共同して犯罪を實行する者である。ここに『犯罪の實行』とは、可責的なそれであることを要せず、客觀的に一定の構成要件に該する行爲で以て足る(團藤「刑法」一三六頁)。従つて、『共同正犯』は、一定の基本的構成要件に該當する實行行爲を共同して行うものにはかならない(犯罪共同説)(團藤、上掲一四〇頁)。但し、註記に所謂犯罪共同説の内容は、教唆犯・幫助犯における極端從屬形式に呼應するものでなく、却つて制限從屬形式に相應するものであることは(團藤、上掲一三八頁、一三九頁註三)、上記のところからおのずから窺い得るであらう。ところで、

眞正身分犯（所謂構成的身分犯）にあつては、一定の身分を具える者によつてのみその構成要件に該當する行爲、この場合に即していえば犯罪の實行、がなされ得る。『例えば、非公務員が公務員とともに贈賄者の宅へ行つて賄賂を貰つて來たとしよう。自然的行爲としては、そこに行爲の共同がある。しかし、法律的な目でみれば、非公務員にとつては、その目的物は「賄賂」ではないし、これを受け取ることとは「賄賂の收受」の實行行爲ではない』（團藤、上掲一五二頁）従つて、非身分者は眞正身分犯の共同正犯とはなり得ない。』これに反して、不眞正身分犯（所謂加減的身分犯）については、身分のない者も實行行爲を共同にすることができる。したがつて、不眞正身分犯については、共同正犯にこの規定（刑六五I）の適用を排除する理由はないであらう』（團藤、上掲一五二頁）。ただ、この場合、共同正犯たる非身分者には刑法六五條二項により通常の刑を科するにとどまる（團藤、上掲一五三―四頁）。かくして、團藤教授によれば、刑法六五條「第一項は―（眞正並に不眞正身分犯の）兩者を通じて―共犯の成立の問題、第二項は―とくに不眞正身分犯だけについて―科刑の問題を規定したものである』（團藤、上掲一五二頁）。（教授によれば、所謂加減的身分犯の構成要件も、加減的身分を具える者によつてのみ實現されるのであつて、この點は所謂構成的身分犯の場合と毫も異るところはない。従つて、兩者とも『犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ犯罪』であるといひ得べく、後者をのみこれに該とする通説的見解、及びかかる見解を含蓄するものと解せられ、また事實かような含みを以て用いられたつた構成的身分犯という學術語は、教授においては避けらるべき用語である。これ教授が構成的身分犯・加減的身分犯の代りに眞正身分犯・不眞正身分犯の語を用いられる所以である。以下、しばらく教授の見解に關説する場合にはこれに倣つて語を用いる。）。

従來、共同正犯については犯罪共同説か事實共同説か、教唆犯・幫助犯については極端從屬形式か制限從屬形式か、の二對の對立的見解が存し、且ついずれかといえばこれら二對の對立的見解相互間の關係については餘り論ぜられる

ところなく、むしろ相互に獨立・並列的に論ぜられていたにすぎないといつてよい。殊にこの傾向は、極端從屬形式か制限從屬形式かの對立中後者に依據する人々にとつて、自説の對應物を犯罪共同説か事實共同説かの對立中の何れにも見出だし得ないとの事情と相俟つて、一段と倍加され、この派の人々の中には後者の對立的見解そのものにさえ關説せぬ者のあるほどであつた。この間にあつて、先に植田博士は、極端從屬形式か制限從屬形式かの對立は、犯罪共同説か事實共同説かの對立の狹義の共犯における顯現であるとされ、はじめてこれら二對の對立的見解に理論的脈絡をつけられ、その共犯論體系上の地位(共犯の共犯性)を明かにせられたが(植田『刑法要説』、今また團藤教授によつて制限從屬形式の對應物として教授の所謂犯罪共同説を對置されたことは、兩箇の對立的見解の基底に存する理論的意義により深く觸れるものとして、その努力に敬意を拂わねばならぬ。尤も、制限從屬形式の對應物として事實共同説を當てることは(植田博士)、嚴密にいつて正確ではなく、この點、基本的構成要件に該當する違法な行爲という意味での犯罪共同説を當てられる團藤教授の見解の方が一層の正確性を保持するものといえよう。私もかつて、『私見によれば、制限從屬形式は形式的犯罪に從屬することを共犯の要件とする意味において、事實共同説に屬するといふよりは、むしろ犯罪共同説の亞型と見ることの方が適切であると考へる』(本誌三卷三號)としたことがあつた。(但し、植田博士は『共犯の基本問題』一四二頁では、事實共同説の對應物としてその所謂實行從屬性を當てられており、この限りでは正確な對應關係を示されている)。ただ、團藤教授の用いられる犯罪共同説の内容は、この語の含む傳來的内容と符合せず、徒らに概念的混亂を誘致するきらいなしとしない。そこで、同教授の意味される犯罪共同説は、むしろこれを『形式的犯罪共同説』として表示することを適當と考へるが、敢て犯罪共同説の名を殘そうとする場合にはこれを『形式的犯罪共同説』として、傳來的意味における『犯罪共同説』或いは『實質的犯罪共同説』

に對せしむべきであらう。

それはそれとして、ここに當面の問題たる團藤教授の見解の實質的検討に移ることにしよう。

上記の如く、教授によれば、共同正犯とは一定の基本的構成要件に該當する實行行爲を共同して行うものに外ならない。ここに所謂『一定の基本的構成要件に該當する實行行爲』とは、共同正犯各自により『共同して行』わるべき客體をなすものであるから、既に内部的に不可分な、兩者に共通の一定の犯罪類型に該當する實行行爲を指稱されているものと解してよいであらう。尤も、右の定義は、甲はa罪の、乙はb罪の、夫々一定の基本的構成要件に該當する實行行爲を共同して行う場合を排するものでない、と説くことも可能であらう。けれども、その然らざる所以は、教授自身によつて、『甲がa罪を乙がb罪を實行したときは、たとい同一の日時場所で甲乙が意思の連絡のもとに行つたとしても、共同正犯にはならない』(團藤、上掲一頁)とされていることによつても明かであらう。然らば、不眞正身分犯(例えば尊屬殺人罪)において、教授が『身分のない者も實行行爲を共同にすることができ』とされる場合、『實行行爲』とは如何なる内容を具備するものであらうか。非身分者たる他人が身分者と共同して行う殺人行爲は、即自的には普通殺人罪の實行行爲以外のものではあり得ぬ筈である。同様に、身分者のそれも尊屬殺人罪の實行行爲以外のものではない。然る時は、この場合における共同實行の構造は、まさしく甲はa罪の、乙はb罪の、夫々一定の構成要件に該當する實行行爲を共同して行う場合に歸し、恰も教授自身によつて共同正犯不成立の場合として指摘されている事例に外ならないのである。けれども、教授が、この場合を共同正犯の成立する典型的な場合として擧げられていることは右記したところである。だから、教授のかかる歸結を前提としつつ、しかも上記共同正犯に關する教授の根本的見解に則つて、この場合における教授の内部的理論構成を窺知・推斷することが許されるとすれば、非身



分者が身分者と共同實行することにより、即目的にはb罪の實行行爲たるものがa罪のそれへと着色・變容され、ここに共通の基本的構成要件に該當する實行行爲を共同して行うものとして双方ともにa罪の共同正犯になる、と解する外はあるまいと思う。且つ、かかる着色・變容をなさしめるものこそ刑法六五條一項の規定自體である、とされることになるのであろう。教授が、同條同項を真正並に不真正身分犯を通じて、共犯の成立の問題を規定するものとされる眞意もこんなところに在るのかも知れない。ところで、元來非A（a罪の實行行爲に非ざる行爲）をAへと着色・變容するとされる刑法六五條一項の理論的根據自體が更めて問題にされねばならぬことはしばらく論外として、かような思惟過程を真正身分犯に適用するとき、この場合に關する教授の歸結は毫もゆらぐことなき調和を維持し得るものであろうか。既述の如く、教授による右記設例において、非公務員が公務員と共同して收賄した場合、自然的行爲としてはそこに行爲の共同があるといえるが、法律的觀察上は、非公務員にとつてはその目的物は『賄賂』ではなく、これを受け取るとは『賄賂の收受』の實行行爲ではないとされる。この點は、先例において、非直系卑屬にとつてその殺害行爲の目的物が『直系尊屬』でなく、その殺害行爲が『尊屬殺人』の實行行爲でないのと毫も異なるところはない。にもかかわらず、非直系卑屬の殺人行爲が刑法六五條一項により『尊屬殺人』の實行行爲へと着色・變容され得るのなら、收賄罪における非公務員の行爲が同じく『收賄』の實行行爲と考えられぬ理由はないのではなからうか。これを否定することは片手落ちの議論を敢てするものではないかと思われる。尤も、尊屬殺人の場合にあつては、非直系卑屬の行爲は、そのものとしては直ちに刑法二〇〇條の實行行爲とはいえないが、しかしともかくも刑法上類型化されている或る構成要件（刑法一九九條）の内容を實現するものであるに反し、收賄罪の場合では、非公務員の行爲は、これを實行行爲と解せしめるに足る基本的構成要件が存しないのであるから、兩者を同一平面上に並べて

同一の理論の首尾一貫的適用を圖ること自體に問題がある、との反論も期待出来る。然し、法律的觀察上は、前者が非A（尊屬殺人の實行行爲に非ざる行爲）であることは、後者が非A（收賄の實行行爲に非ざる行爲）であることと何ら異なる點はない。且つ、共に非Aたることの内部において、いやしくも一定の罪の實行行爲に該る非AはAへと着色・變容され、然らざるものは自然的行爲として看過されねばならぬとすれば、その理由をこそ明かにせねばならぬであらう。

かようにして、私の理解するところにして幸に誤りなければ、團藤教授の見解は、不真正身分犯において採られる理論を真正身分犯に適用すれば、その主張されるるところとは反對に非身分者も共同正犯にならざるを得ず、反對に、真正身分犯において説かれる理論を不真正身分犯へと推及すれば、同様にその歸結に反して非身分者の共同正犯性を否定せねばならなくなる。そして、かような自家撞著を導く根本的禍根は、私見によれば、教授が不真正身分犯についてなされた刑法六五條一項の上記の如き着色・變容化的機能を真正身分犯にも徹底して援用されるか（例、大判昭七・五・一一刑集一一・六一四はこの途をとる）、それとも、その抱懷される共同正犯に關する犯罪共同説（より適切にいえば、上記の如く、構成要件共同説又は形式的犯罪共同説）と訣別されるか、の二途何れにも徹底されなかつた點に在ると思われる。而して、私としては、かく矛盾を救済し得ると考えられる兩途の理論の何れにも首服し難いものがあるのであるが、その詳細については小稿には盛り切れぬ課題をなす。ただ、ここでは、右團藤教授の新説は、その創意には敬服の意を表するものであるが、上記の如き自家撞著を含むものである點を指示することで満足せねばならぬ。

そこで、これ迄に問題になつた事例につき私見を適用すれば、構成的身分犯にあつては、非身分者の行爲は自己の犯

罪の實行行爲を介してする共同とはいえぬから、身分者との間に共同正犯の關係が成立せず、精々幫助犯が成立するにすぎない。ところが、加減的身分犯にあつては、非身分者も通常の罪につき實行をなし得、且つこれを介して身分者の實行と共同することが出来るから、身分者は加減的身分犯の、非身分者は通常の罪の、夫々共同正犯になるものと解することが出来る。且つ、非身分者が、右の如く、犯罪としても通常の罪の共同正犯になるからこそ、科刑上も通常の刑に服するにすぎないのであつて、刑法六五條二項の法意はかように解することによつてはじめてその意義を充分に知り得るものということが出来る（以上、同説、植田『刑法要説』二五七頁、）。

最後に、加減的身分犯と共同正犯に關する大審院判例、従つてまた本件における最高裁判所の見解につき一言して小稿を閉じることにした。既に、右にかかげた私見によつても窺い得る如く、私の見解が判例のそれと大いに異なるところのあることは一見明瞭である。従つて、私の立場からこれに對して種々の疑問を提出して、その歸趨につき論ずることも可能であるが、ここはその場所ではない。ただ、上來述べて來たところとの關聯においてのみ判例を批判すれば、判例は、非身分者も加減的身分犯（ここでは刑法二〇〇條）の共同正犯になるとして先ず刑法二〇〇條・同六〇條を適用し、然る後、非身分者には刑法六五條二項を適用してその刑を同一九九條の限度内において定める。然しながら、かような操作は、逆に、身分者を刑法一九九條・同六〇條の罪に問うた上、更に刑法六五條二項・同二〇〇條を適用する途を論理的に拒否し得ない筈である。かく、同一の行爲に二種の擬律を可能ならしめる判例理論には、その何れの擬律にも確呼たる必然的理由の貧困なことを窺わせるものといつてよいであらう。この點に關する限りでは、非身分者に先ず刑法二〇〇條・同六五條一項・同六〇條を適用し、然る後、刑法六五條二項・同一九九條を適用すべしとする下級審の見解、恰も上級團藤教授の見解の方がはるかに論理的に的確である。けれども、その非なる所以

も亦上述したところである。

以上、小稿は、判例によつて否定された下級審の見解、特にこれを理論的に整備された團藤教授の見解につき反省することを主題とするの結果に終つたが、右の考察中、同教授の見解につき想わざるの誤解の上に立つてこれを批判しているという重大な過誤に陥つている點があるかも知れぬ。この點は、深く謝意を表して御寛容と御高教を乞う次第である。