

## 「表見的身分犯」小稿

泉 健 子

一

ある犯罪が身分犯であるとされるためには、身分なき者について、その特別構成要件の実現が、絶対的に、法的に不可能でなければならぬ<sup>(1)</sup>。この絶対的・法的不可能性は、とりわけ職務犯罪において明瞭に認められる。たとえば、収賄罪のばあいには、公務員という一定の法的資格を有する者のみが、犯罪構成要件を実現できると法規が規定しており、したがって、このような資格を有していない私人は、どのような場合にも正犯として収賄罪を犯すことができないからである。このことから、身分犯を、「一定の者にとって、正犯についての絶対的・法的不可能性の存在する構成要件」と定義することもできる。非身分者にとつての構成要件実現の絶対的・法的不可能性こそが、身分犯を特色づけるといつてよいであろう。

ところで、本稿で問題とする「表見的身分犯」とは、非身分者が直接に行為を実現することが、絶対的に、物理的に不可能であるとされる構成要件である。一定の行為者に存する生来的・身体的不可能性が、直接の構成要件実現を絶対的に阻止する機能を果たし、しかもこの不可能性は、身分犯のように実定法上の明示的な規定によって導き出されるという性質のものではなく、自然的な自明性<sup>(2)</sup>から明らかにされるものである。風俗犯、たとえば強姦罪において、それを見い出すことができる。強姦罪の直接正犯は男性のみが可能であり、女性はその身体的構造のゆえに、直接正犯とはなり得ないか

らである。

先の身分犯の定義内容からすると、この種の犯罪は純粹な身分犯とはいえない。そこで、このような構成要件をシュニーターに倣い、「表見的身分犯」(die scheinbare Sonderdelikte)<sup>(3)</sup>と呼び、その性質ならびに、いかなる犯罪がこの種の性質を有するかを、スイス刑法との比較において考察することにした<sup>(4)</sup>。

注

- (1) Oscar Schnyder, Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Zürich, 1962. S. 20.
- (2) Schnyder, a. a. O., S. 101.
- (3) Schnyder, a. a. O., S. 99 Anm. 9.
- (4) 本稿は、一橋論叢第九八巻第五号七四八頁以下に執筆した拙稿「身分犯概念について——表見的身分犯との関連——」の続稿にあたる。そこで考察した身分犯の概念、真正身分犯と不真正身分犯との法的性格等については、重複を避けるために本稿では省略させていただくことにする。これらの点については、右の論稿を参照していただきたい。

二

表見的身分犯の特質は、〈限られた範囲の者のみが直接正犯となりうる〉という点にある。直接の構成要件実現が、絶對的に限られた行為者にのみ開かれているという点で、この種の構成要件は、真正身分犯と共通性をもち、その点では両者は外見的に何ら相違するところがないといえる<sup>(5)</sup>。しかし、表見的身分犯の正犯が示さねばならない「一定の客観的特質」は、真正身分犯のばあいとは異なつて、違法性の評価の不可欠な前提条件ではない<sup>(6)</sup>。なぜなら、真正身分犯のばあい

には、その特別な正犯的メルクマール(身分)の欠如は、その法的性格の帰結として、身分なき者は構成要件の結果を違法に実現できないことになるが、これに反して表見的身分犯のばあいには、その特別な正犯的メルクマールの不在も、すなわち、一定の客観的特質を有していない者も、犯罪結果を実現することができるのである。この意味において、表見的身分犯の正犯が有すべき客観的特質とは、メツガーのいう「結果に結びついた」(erfolgsgebundene)性質のもの、ということが出来る。メツガーは、非身分者の正犯性(Extranetäterschaft)に着目して、身分犯を「固有の、あるいは行為者に結びついていてる身分犯」(uneigentliche od. erfolgsgebundene Sonderstrafen)とに区別している。彼によると、前者は、行為者の特別な資格が法文上明示されているために、正犯としての可能性が人と密接に結合している身分犯であり、他方後者は、行為主体が限定されているという点で、他の一般的な身分犯と共通性を有するが、とりわけ結果の阻止(der Verhinderung des Erfolgs)を法規が重視している身分犯であるとする。そして、「固有の、あるいは行為者に結びついていてる身分犯」は、「どのような正犯形式(単独正犯・間接正犯・共同正犯)においても非身分者によっては実現されえない」が、それに反して「固有でない、あるいは結果に結びついていてる身分犯」のばあいには、「非身分者は単独正犯としては行為しえないが、間接正犯ならびに共同正犯としては行為可能である。それは、このばあいの法規の意味が、特別な身分ある者による構成要件の実現と結びついてはいても、とりわけ結果の阻止に向けられている」からであるという。<sup>(7)</sup>

さて、右のことからも明らかのように、全体としての表見的身分犯は、独自のいかなる法的性格も有しておらず、それがために真正身分犯とは厳密に区別できる。<sup>(8)</sup> すなわち「絶対的に、限られたかつ際立った」行為者のみが、直接構成要件を実現できるという点でのみ表見的身分犯と真正身分犯とは共通性をもつが、その他の点では、表見的身分犯は通常犯罪と同置されるからである。<sup>(9)</sup> それは、自手的正犯(eigenhändige Täterschaft)に不適合な者も、適合な行為者と共働することによって、間接正犯あるいは共同正犯として処罰されるからである。この点で表見的身分犯は、「客観的に限定された

行為者よつてのみ直接に実現される「一般・的・構・成・要・件」といふことができる。

表見的身分犯の法的性格を真正身分犯のそれと対比しつつ、以上のことを要約するなら——真正身分犯は「立法者が、意識的にかつ意欲的に、身分ある者によつてなされる規範違反行為のみを法律上の構成要件として類型化し、刑罰を科している点に、その本質を求めることができ、したがつて、特別な正犯的メルクマールは行為者に結びついたもの」とみなされる。<sup>(10)</sup>これに対して、表見的身分犯では、「法規の意図は、構成要件に該当する禁じられた結果を阻止することに向けられており、したがつて、特別な正犯的メルクマールは結果に結びつけられた性質」として把握することができるのである。

注

- (5) このために「表見的身分犯」は、しばしば誤つて真正身分犯のカテゴリーに組み入れられてしまつ、とシュニーダーは指摘してゐる。Schnyder, a. a. O., S. 65. S. 151.
- (6) Schnyder, a. a. O., S. 99.
- (7) Mezger = Blei, Das Strafrecht I. A. T. 12. Aufl., S. 58. S. 275. Schnyder, a. a. O., S. 65.
- (8) Schnyder, a. a. O., S. 99. S. 151.
- (9) Schnyder, a. a. O., S. 99.
- (10) 真正身分犯の法的性格については、前掲拙稿七五二頁以下を参照。Schnyder, a. a. O., S. 64. S. 151.

三

シュニーダーは、このような表見的身分犯を二つのグループに大別している。

その一つは、一定の者にとつて構成要件を直接実現できないことが、「絶対的な身体的事実 (absoluten physischen

Tatsachen) から生じているばあい」であり、他の一つは、「実体的事実 (materiellen Tatsachen) から生じているばあい」である。<sup>(11)</sup>

第一のグループには、女性との違法な性交の達成を処罰の対象とするスイス刑法典第五章の、「風俗に対する罪となるべき行為」に規定されている一連の構成要件、たとえば強姦 (スイス刑法一八七条、凌辱 (同一八九条第一節)、心神耗弱者との姦淫行為 (同一九〇条第一節)、ならびに誘惑 (同一九六条)、婦女の困窮状態又は従属関係の悪用 (同一九七条) 等の犯罪が属する。<sup>(12)</sup>

構成要件に該当する行為 (法益侵害を含めて) が身体的特質 (eine physische Eigenschaft) を前提とする、このような構成要件は、特別な法的性格を有していないために、通常犯罪に同置される。それは、一定の者 (男性) のみが構成要件に該当する行為を行ないうるといふ外面的な事実においてのみ通常犯罪と区別されるにすぎず、他の点ではすべて通常犯罪に同置されるからである。強姦罪が、そのもつとも顕著な例であるが、身分なき者 (女性) は、この犯罪を身分ある者 (男性) の援助なしには絶対に実現できないという事実、この事実がスイス刑法の立法者に「暴行又は重大な脅迫を用いて、婚姻外の性交を忍容することを婦女に強制した者 (Wei) ……」<sup>(13)</sup> という文言を法文上用いさせ、行為者を敢えて男性 (der Mann) とすることを断念させたのである。したがって、たとえば、ある女性がピストルで男性に対し他の女性への強姦行為を強制するようなばあいには、その女性は強姦罪の間接正犯として処罰され、また女性が男性と共謀して強姦に加功するようなばあいには、姦淫については直接の身体的関与をなし得ない者 (女性) も、暴行・脅迫については直接の実現が可能であるから、強姦罪の共同正犯として処罰されうるのである。<sup>(14)</sup>

第二のグループは、「絶対的な実体的事実」から (aus einer absoluten materiellen Tatsache) ある者にとつては構成要件の直接の実現が不可能であるとされるばあいである。言葉を変えて言えば、「実際の必然性」のゆえに (infolge einer praktischen Notwendigkeit) 一定の者のみが直接正犯となりうるばあいである。<sup>(15)</sup>

この種の表見的身分犯においても、行為者となりうる者は、一定の客観的・人的特質 (bestimmte objektiv - persönliche Eigenschaften) を示さなければならぬが、しかし、その人的特質は、第一のグループの場合のように、それなくしては構成要件の結果を成就しえないという性質のものではない。たしかに、このばあいにも、その人的特質によって犯罪結果は実現されるのであるが、そしてその意味において、かかる人的特質を有する者の加功は、無条件に不可欠なものではあるが、ただ、その人的特質が背後者に存するか、あるいは利用される行為仲介者に有るかは全く問題とならないのである。なぜなら、このばあいには、一定の者による実行の着手が重要であるのではなく、むしろ行為実行それ自体が、社会的倫理的に非難されるべき性質のものであり、それがために、かかる行為は処罰されるからである。<sup>(16)</sup>

このグループには、たとえばスイス刑法典第二編各則の第二章「財産に対する罪となるべき行為」の一、「所有権に対する罪となるべき行為」のもとに規定されている、入手物横領・拾得物横領 (スイス刑法一四一条)、ならびに四、「破産及び経営上の重罪又は軽罪」のもとに規定されている、軽率破産 (同一六五条)、一部債権者に対する優遇 (同一六七条)、議決買収 (同一六八条) 罪等が属する。<sup>(17)</sup>

以下では、このうち一六五条の「軽率破産」と二六七条の「一部債権者に対する優遇」罪について、概観することにする。

### (1) 軽率破産

スイス刑法一六五条は、「債務者が、甚だしい軽率、不相応な浪費、冒險的な投機若しくはその職務の遂行上における重大な怠慢によって支払不能を招来したとき又は支払不能であることを意識しながら自己の財産状態を悪化させたときは、その債務者に関して破産が開始され又はその債務者に対して財産喪失証書が付与された場合に、軽懲役をもって罰する」と規定している。したがって、本条の直接正犯となりうる者は、「その者に対して財産喪失証書が付与され、あるいは、その者に関して破産が開始される債務者」ということになる。たしかに法文に列挙されている軽率な財産管理、不相応に

膨大な浪費、冒険的な投機ならびに職務遂行上の著しい怠慢は、特に限られた者のみがなしうるものではないが、ただ、このような行為状態が処罰されるには、その不可欠の要件（可罰条件）として、かかる行為状態によって「破産が開始され」あるいは「財産喪失證書が付与され」なければならぬのである。それは、その時点で、はじめて債権者の権利である金銭債権が侵害されるからである。この意味において正犯者は、特別の資格ある地位にいかなくてはならず、この点から本条を真正身分犯であると看做すことも可能であろう。が、しかし、このような行為状態にない（局外）者が直接正犯の形式で他人の破産を惹起することは概念上考えられない。ただこのばあいにも、他人の軽率な破産を間接正犯において惹起する可能性、もしくは教唆・幫助犯として他人の軽率な破産に関与する可能性は、この者に残されている。そこで法規も、軽率な破産の正犯となりうる者の範囲を第三者に拡げることが放棄したのである。右のことからも明らかのように、法規が直接正犯としては債務者と軽率な破産者自身のみを規定していても、そのことが身分なき者の間接正犯を排除し、この者を不可罰とすることを意味するものではない。シュニーターによれば、本条のこのような正犯の限界づけは、弁証法的必然性 (dialektische Notwendigkeit) から生じるものであり、スイス刑法一六五条の決定的な行為違法は、構成要件的結果の実現それ自体であり、身分者による構成要件の結果の実現ではないということになる。それゆえ、破産もしくは財産の喪失が自己の財産に関係しない故意ある背後者も、一六五条を違法に行なうことができるのである。シュニーターは、間接正犯の設例として、「彼Aは、性的にも心理的にも完全に自分の意のままになる女性Bに、そうしなければ捨てると脅迫して、Bをして破産となるような冒険的投機を行なうことを決意させた場合」をあげ、このばあいのAは、スイス刑法一五八条（投機誘惑）<sup>(18)</sup>によってではなく、一六五条の軽率破産の間接正犯として、故意ある背後者の責を負わねばならないとしている。

(2) 一部債権者に対する優遇

先の一六五条についてなされた考察が、同様に「一部債権者に対する優遇」を規定するスイス刑法一六七条の構成要件

についても妥当する。その法文は、「債務者が、自己の支払不能を意識しながら、他の債権者の不利益において個々の債権者を特に優遇する意図で、それを目的とする行為をなし、特に弁済期の到来していない債務を支払い、弁済期の到来した債務を通常の支払方法とは別様に弁済し又はその義務を負っていないのに自己の財産をもって債務を担保したときは、その債務者に関して破産が開始された場合又はその債務者に対して財産喪失証書の付与された場合に、軽懲役をもって罰する」とされている。

このばあいも、自己の支払不能の状態を意識している債務者のみが、他の債権者の不利益において一部の債権者を優遇することができるのであるから、かかる者のみが直接正犯もしくは自手的正犯となりうるのである。そして、優遇される債権者が、本条の実現に際して教唆者もしくは幫助者として関与することは実務上しばしばみられることであり、したがって局外者 (*der Außenstehende*) である債権者も間接正犯として処罰される。本条のばあいもまた、特別の資格ある者による構成要件の実現ではなく、結果の実現それ自体が違法性の評価の基礎であるといえる。そして、一六七条の間接正犯としては、「支払い能力のある債務者を、錯誤の状態に陥らせもしくは著しい強制状態におくことよって行為仲介者として利用し、まだ満期になっていない債務を弁済させ、あるいは満期の債務を通常の支払い方法とは異なる方法で弁済させることよって、等しい権利をもつ他の債権者の利益に損害を与える債権者」が考えられるが、この者は、一部債権者に対する優遇罪の間接正犯としての責を負わなければならないのである。<sup>(19)</sup>

## 注

- (11) Schnyder, a. a. O., S. 100.  
 (12) これらの犯罪についても、強姦罪に関する考察が、必要な変更を加えて妥当する。  
 (13) Schnyder, a. a. O., S. 100 Anm. 10. シュニーダーは、古い文献や法典では、男性のみを強姦罪の行為主体として認めている見解が存在したことに言及している。



- (14) 強姦罪が表見的身分犯であることについての詳細な考察は、前掲・拙稿七五六頁以下を参照。
- (15) Schwyder, a. a. O., S. 101.
- (16) Schwyder, a. a. O., S. 101.
- (17) シュニーターは、「破産及び経営上の重罪又は軽罪」(一六三条―一七一条)の部分は、スイス刑法典の中でも、きわめて不明瞭で、全体の展望がしにくく、また多くの点で一貫性がないと指摘しているが、この九カ条のうち、「法令によって負担する適正な簿記及び営業帳簿の保管に関する義務又は貸借対照表の作成に関する義務」に違反した債務者のみが行為者として処罰される一六六条の簿記懈怠罪は、真正身分犯であり(同旨、Schwyder, Das Schweizerische Strafgesetzbuch S. 376)、『一六三条の詐欺破産罪ならびに一六四条の差押詐欺罪は、その第一節で具体的な債務者によってのみ犯しうる加重的構成要件を、第二節で通常の犯罪構成要件を規定している法文の構造からも、不真正身分犯であることが明らかであり、そして「差押若しくは仮差押を受けた物又は官の標示のある物の処分」を規定する一六九条ならびに「裁判上の一部債務免除契約の詐取」を規定する一七〇条は通常犯罪であるとしてゐる。Vgl. Schwyder, a. a. O., S. 102ff.
- (18) Schwyder, a. a. O., S. 103, 104.
- (19) Schwyder, a. a. O., S. 104 ff. なお、わが刑法上には、スイス刑法一六五条、一六七条に該当する規定はないが、破産法には、これらに近い、類似の規定を見い出すことができる。たとえば、破産法三七五条の「過怠破産罪」がそれである。

#### 四

ここでは、表見的身分犯として疑いのある、わが刑法二二二条の「自己墮胎罪」と二五四条の「占有離脱物横領罪」について考察することにした。

##### (1) 自己墮胎罪

二二四条の業務上墮胎罪が、身分犯であることは法規の形式上疑いのないところであるが、はたしてこれを真正身分犯と解するか、あるいは不真正身分犯と解するかは問題の存するところといえよう。たとえば、泉二博士のように、二二三条の同意墮胎罪を墮胎罪中の基本犯と考えるなら、二二四条は当然、不真正身分犯ということになる<sup>20</sup>。けれども、宮本

博士のように、二二五条の不同意墮胎罪をもって、その基本犯と理解するなら——すなわち、博士は「墮胎罪モ理論上殺人障害罪ト同シク他人カ婦女ニ対シテ行フコトヲ一般ノ場合ト（スル）」とされ、その結果「婦女自ラ行フ場合ハ自殺自傷ト同シク之ヲ刑罰減輕事情ノ存スル特殊ノ場合ト見ルヘキ」ものとされる<sup>(21)</sup>——二二四条は、真正身分犯ということになるのである。

他面、二二二条の自己墮胎罪に関して、「懐胎の婦女」は、胎児を正当に生むべき義務があると解し、懐胎の婦女に義務ある地位を認めるとするなら、二二二条は真正身分犯、そして二二四条の業務上墮胎罪は、二二三条と対応する関係上、不真正身分犯と考えることも可能ではある。

この点を明らかにするには、まず墮胎罪に関する各法条相互の関係において基本犯を確定する必要がある、そのためには墮胎罪が何をその保護法益としているかを問題としなければならぬ。墮胎罪の保護法益が何であるかは学説上争いがあるが、胎児の生命・身体ならびに母体の生命・身体と考えるのが一般的見解のようである。自殺・自傷行為の性質を帯びる自己墮胎行為が二二二条で処罰の対象になつてゐること、また二二四条後段・二二六条後段で業務上墮胎および不同意墮胎の結果的加重犯を規定していることを考えあわせるなら、右のように法益を理解するのが正しいのではなからうか。

ところで、どの構成要件を墮胎罪の基本犯とみるかは、困難な問題である。刑法典の第二十九章の一連の構成要件の形態から判断すると、基本犯は二二三条の同意墮胎罪であるように思われる。（自己墮胎である以上は、言うまでもなく婦女に同意と類似の意思がみとめられるから、二二二条、二二三条、二二四条は、ともに婦女に同意のあつた場合を規定している）と解せられ、不同意墮胎の場合が特殊類型と考えられるからである。仮に二二五条を基本犯とし、二二二条を不真正身分犯とするなら、「部分的身分犯」<sup>(22)</sup>の問題が生ずることにならう。

このように考えると、二二四条は二二三条に対応する不真正身分犯ということにならう。このことと関連して、二二二条の法的性格が問題となるが、二二二条の自己墮胎罪を不真正身分犯と認める見解は、かなり有力である。団藤博士は、

二二二条を身分犯であるとはいわれていないが、「その身分がなければ他の——法定刑がそれよりも重いかまたは軽いところの——罪を構成するもの」が不真正身分犯であるとされているところから推測すると、おそらくは自己墮胎罪を不真正（減輕的）身分犯と考えておられるのであろう。<sup>(24)</sup> また、木村博士は、単なる男女の性別を身分と解することに疑問もたれていられるが、不真正身分犯の中に自己墮胎罪を含ませていられる。<sup>(25)</sup> しかし、業務上墮胎罪を不真正身分犯と考える立場からは、右の見解は是認しがたい。むしろ、二二二条を身分犯と考えるにしても、真正身分犯と理解することの方が容易であるように思われる。莊子教授は、二二二条の自己墮胎罪について「狭義の身分犯における身分とは異質の身分にもとづく犯罪といわなければならない」とされ、男子には自己墮胎行為を行ないうる機会が最初から与えられていないことをその理由とされる。そしてまた、「真正と不真正との区別は、義務違反の態様の差異から生じるものである」から、自己墮胎罪を「不真正身分犯のうちに包含させることは適當ではない」といわれる。<sup>(26)</sup> かかる指摘からも推測しえるように、二二二条は表見的身分犯としての疑いが生じる。懐胎の婦女のみが行為主体となりえること、そして男性もまた間接正犯の方法で、（たとえば、責任能力のない状態にある懐胎の婦女を利用して）自己墮胎の保護法益を侵害できる点で、二二二条を表見的身分犯と考えてよいのではなからうか。<sup>(27)</sup> このように考えると、二二二条は、懐胎の婦女が、自ら墮胎行為を行なうがゆえに期待可能性が減少し、そのために特別の刑の減輕が考慮されている通常の構成要件ということになる。

(2) 占有離脱物横領罪

シュニーターの見解に従うと、拾得物横領罪にあつては、行為主体が「拾得者」でなければならぬが、それは「実質的な必然性」のゆえに、その者のみが直接正犯となりうるのである。このばあいの法的主体の制限は、真正身分犯のように立法者による明示的な規定から生じるものではなく、弁証法的必然性（*dialektische Notwendigkeit*）から招来されるものである。<sup>(28)</sup> そして、拾得物横領罪が表見的身分犯であるというためには、さらに非身分者による間接正犯の可能性が吟味されなければならない。この点について、シュニーターは、次のような設例をあげて——「伯父と甥が、甥の誕生日に

森の中を散歩していると、突然甥が地面に落ちていた二〇スイスフラン紙幣をみつめて拾いあげ伯父にみせた。すると伯父は、嘘であることを知りながら『これはたった今僕が落としたものだけれど、今日はお前の誕生日だから、お前が取っておおき。』という。こうして錯誤に陥った甥が、よるこんでその紙幣をポケットにしまいいこんだ場合、この伯父は拾得物横領罪の間接正犯である。なぜなら、この伯父は、非構成要件的に行爲した甥をして他人の動産を領得させたのであるから——と説明している。<sup>(29)</sup> 実行行爲の形態としては、きわめて稀な事例と思われるが、このようにして弁別能力のない拾得者である子供を錯誤の状態に陥れ、拾得物横領罪を間接正犯の方法で犯しうる場合のあることを認めることができよう。

ところで、わが国には、大正年間に占有離脱物横領罪（二五四条）を身分犯であると認めた判例がある。それは「他人ノ占有ヲ離レタル物ニ関シテモ横領罪ヲ構成スルニハ尚ホ犯人カ其物ノ占有者タル身分ヲ有スルコトヲ要スルヤ勿論ニシテ、本件共謀者タル被告兩名中多吉ノミ之ヲ有シ馬太郎ハ之ヲ有センコト原判旨ニ依リテ明白ナレハ馬太郎ニ付テハ刑法六五一条一項ノ適用ニ依リ始メテ共犯タル責任ヲ負ハシムヘキモノナル」と判示した。<sup>(30)</sup>

右の判例は、二五四条が真正身分犯であるという見地の下に、非身分者の共同正犯の成立を認めたと理解することができる。しかし、その後の大審院・最高裁判所の判例を通じて右の見解を確認したと思われる判例を見出すことはできない。また、学説においても占有離脱物横領罪が身分犯であるとする主張は少数説のようである。<sup>(31)</sup> したがって、二五四条が、はたして身分犯であるか否かは、新たに吟味しなくてはならない。

ところで、この判例にあらわれた占有離脱物横領罪と先の拾得物横領罪との関係については、両者は多少その行爲形態が異なりはするもの——すなわち、前者は横領行爲以前に占有意思にもとづかない占有の状態が継続している場合であり、後者は占有を離れた他人の物を拾得する場合であるが——ともに、占有者の意思にもとづかず、その占有を離れ、しかも未だ何人の占有にも属さない物を領得する、という点で共通性を有する行爲と考えてよいであろう。<sup>(32)</sup>

さらに、二五四条の本質をどのように理解するかは問題の存するところであるが、抽象的な委託関係の違背という点に、

それを求めるならば、すなわち「占有離脱物横領も横領罪の一態様であり、それは、横領の客体たる他人の物の、占有者に対する抽象的な信頼関係を前提とし、かような物の占有に対する信頼関係の破毀行為を内容とするもの」と考えるならば、この意味において、行為主体にその他の横領罪に類似する義務ある地位（占有を離れた他人の物は速やかに返還し、または届出を為す義務<sup>34</sup>）を認めることも可能である。がしかし、通説的見解は、「占有離脱物横領罪は、占有の侵害をともなわない罪である点において他の横領罪と共通性を有するが、他人に対する委託任務を前提としない、したがって他人の信頼をともなわない点で、他の横領罪とは性質を異にする」、むしろ占有離脱物横領罪とも称すべきもの<sup>35</sup>、と解している。したがって、このような理解に立つ場合には、二五四条の占有離脱物横領罪は、法的主体が、自然的自明性のゆえに一定の者（他人の占有を離れた物を占有する者、あるいは拾得者）に限られるに他ならない通常の構成要件といえることができるのではなからうか。

注

(20) 泉二新熊「日本刑法総論」六四八頁。

(21) 宮本英脩「刑法学粹」五五八頁。しかし、宮本博士は、この点について何も言われていない。

(22) 両者の比重は学説によって多少異なる。団藤博士は、「主として胎児の生命・身体であるが、副次的には母体の生命・身体も考慮されている」といわれる。団藤重光「刑法綱要各論」三三三頁。同趣旨、植松正「再訂刑法概論Ⅱ各論」二七九頁。小野博士は両者を同じ比重でみとめられる。小野清一郎「新訂刑法講義各論」一八三頁。他方、木村亀二「刑法各論」三三三頁では、「胎児の生命・身体の安全」とされている。同趣旨、香川達夫「刑法講義(各論)」第二版三四〇頁以下。

(23) 真正身分犯から不真正身分犯への過渡的な段階でみいだされるものに、「部分的身分犯」がある。ただ一部分でのみ、一般的な規範（通常犯罪）に合致する不真正身分犯を、スイスの一部の学者は、「部分的な不真正身分犯（die teilweise unechten Sonderdelikte）あつては「部分的な混合的身分犯」（die teilweise gemischten Sonderverbrechen）と呼んでゐる。Schwyder, a. a. O., S. 16ff.

(24) 団藤重光「刑法綱要総論」改訂版三九二頁。

(25) 木村亀二「刑法総論」一五七頁注(三)、「刑法各論」三八頁。木村博士は、「妊婦自身の行う墮胎罪（刑二二二条）は身分に

- 因つて刑が減輕せられる場合である」といわれる。
- (26) 莊子教授は、真正身分犯と不真正身分犯とをあわせて狭義の身分犯とされ、その本質は「行為者じしんに賦与された義務を履行しない点にもとめられる」とされる。そして自己墮胎罪が処罰されるのは、狭義の身分犯におけるように、義務違反にもとづくものではなく、「一定の身分をもたないために、犯罪をおこなう機会が与えられていない犯罪」すなわち広義の身分犯であるとされる。莊子邦雄「刑法総論—現代法律学全集25—一九六九年版、一四〇頁。なお、教授は、その後、身分犯概念について見解を改められている。一九八九年版、九六頁以下参照。
- (27) 香川教授は、二二二条の自己墮胎罪を非身分化と解される。「主体は、懐胎の婦女にかざられる。ただし、身分犯なのではない。したがって、間接正犯の形で関与を排除するものではない。」といわれ、また、「二二二条のばあい、主体は懐胎の婦女であるにしても、行為は懐胎の婦女に限定される必要はない。(だからこそ「墮胎セシメタ」を「墮胎シタ」と同義に解しえられるわけである)。いわば、主体が行為を制約していない。したがって、真正身分犯と解さなければならぬ必然性はない。」といわれる。香川・前掲三四二頁、三四三頁注(1)。共犯との関連で、この点についての詳細は、香川・「墮胎罪と身分」刑法解釈学の諸問題二七四頁以下。
- (28) Schnyder, a. a. O., S. 100ff. S. 102.
- (29) Schnyder, a. a. O., S. 102 Anm. 5.
- (30) 大判大正五年一月一〇日刑録二二輯一七三六頁。
- (31) 木村博士は、大正五年一月一〇日の判例を引かれて、「本罪は物の占有者たる身分に因り構成せられる犯罪であつて、身分なき者の加功については、刑法第六五条第一項の適用がある」とされる。木村・前掲各論一六五頁。この点に触れた体系書は僅かである。植松正「刑法教室」四三三頁(改訂六版)は、「……これに反して占有離脱物横領罪を犯すには、なんらの身分も必要とするものではない」とされる。
- (32) 鴨博士は拾得物横領について「……横領の罪と區別し、窃盜罪の一種として考察する見解もあるのであるが、遺失物はいうまでもなく、他人の所持を離れたものであり、従つて、これを不法に処分しても所持の侵害ということはあり得ないので、やはり拾得横領の罪の一種として理解すべきものである」といわれる。鴨良弼「横領罪」刑法演習各論二二八頁。
- (33) 鴨・前掲二二八頁。
- (34) 泉・前掲九〇一頁。
- (35) 小野・前掲二六六頁以下。団藤・前掲三七一頁以下。板倉宏「注釈刑法(6)」五二九頁。木村・前掲一六五頁は「占有離脱物横領罪の成立する場合は、占有離脱物が委託関係に基づかずして横領行為者の占有下に存する場合」とされる。