

# 身分犯における正犯と共犯（２）

佐川友佳子

序

第一章 日本の立法過程（以上313号）

第二章 ドイツにおける身分犯への関与の問題についての展開

第一節 ライヒ刑法定制までの経緯

- (1) 18世紀頃まで
- (2) 各ラント法における取り扱い
- (3) プロイセン刑法典
- (4) 改正の動き
- (5) ライヒ刑法定制過程

第二節 ライヒ刑法定制後

- (1) 判例における展開
- (2) 学説における展開
- (3) 総括

第三節 ライヒ刑法定制成立以降の草案における展開

- (1) 1919年草案に至るまで
- (2) 1930年案草案まで
- (3) 拡張的正犯論の影響

第四節 第二次世界大戦後の動向 刑法改正委員会における議論

- (1) ガラスの見解
- (2) 刑法大委員会における議論
- (3) 1956年草案以降
- (4) 秩序違反法施行法に伴う改正
- (5) 規定の沿革からの結論

第五節 現在の議論

- (1) 共犯の処罰根拠論との関係
- (2) 現在の判例および学説
- (3) 総括（以上本号）

第三章 オーストリアにおける身分犯への関与の問題についての展開

第四章 日本における現在の議論

第五章 結論

## 第二章 ドイツにおける身分犯の関与の問題についての展開

ドイツにおける状況は、既に述べた日本のそれとほぼ同様の展開を辿って現在に至っている。すなわち、現行ドイツ刑法典の前身であるライヒ刑法典においては、当初、加減の身分犯へ関与した場合についての規定しか有しておらず、従って、構成的身分犯に関与した非身分者をどう取り扱うかについて、日本と同様の議論が生じていたのである。そしてこれはその後、様々な経緯を経て改正されながら、最終的には日本と同様に、構成的身分犯へ関与した非身分者についても可罰的とする旨の規定<sup>1)</sup>が設けられるに至った。

現行日本刑法65条に相当する規定は、ドイツ刑法においては、現行28条として立法化されているが、それまでこの身分犯への関与の問題は「全ての刑法学説のうち、最も古く、そして絶望的なものに属する」<sup>2)</sup>と述べられたほど、多くの議論がなされたものであって、また、実際にそれを受けて多くの草案が作成されたのである。この規定が現在のような形式に至るまでの経緯としては、まず、現行刑法典の基礎となっているライヒ刑法典の成立以前の時期、1871年のライヒ刑法典成立、更に1943年の改正、そして現在の規定の形となった1969年の第二次刑法改正法に伴う改正等が挙げられる。そこで本稿では、まず、この問題を扱う前提として、ライヒ刑法典成立までの共犯規定の沿革を概観した後に、身分犯の問題、特に、身分のない関与者が、刑を基礎付けるような一身の要素をその成立要件とする犯罪（いわゆる構成的身分犯）に関与した場合、それが従来どのように取り扱われてきたか、そして、構成的身分犯に関与した非身分者の刑を減輕するという現行28条1項に相当する規定が如何に成立するに至ったのかという点を中心にして、法の制定過程を追うこととする<sup>3)</sup>。

## 第一節 ライヒ刑法律典制定までの経緯

### （１）18世紀頃まで

ライヒ刑法律典制定以前の時代においては、身分犯への共犯の問題は、どのように取り扱われていたのだろうか<sup>4)</sup>。

そもそも、古い時代においては、伝統的な法、すなわち、ゲルマンの部族法（germanisches Volksrecht）の中では、犯罪への関与を理由として処罰される範囲についても、カズイスティックな規定しか存在せず、そのような法においては、一身の事情によって、ある行為が可罰的となったり、あるいは刑が加重されたりするいわゆる身分犯に複数人が共働した場合の取り扱いについて、一人の関与者が有する一身の事情が、他の関与者に対してどのような影響を及ぼすか、という点については、何も規定されていなかったとされる。1532年のカロリーナ刑事法典（Constitutio Criminalis Carolina）において、ようやく犯罪への複数人の共働に関する規定が立法化されたが<sup>5)</sup>、ここに至っても、やはり身分犯に複数人が共働した場合の処理については、明確な規定は存在しなかったのである<sup>6)</sup>。

他方で、ローマ法においては、一身の要素の帰属の問題に関する根本的な分析は見いだされないとされるものの、個々の問題においては、この一身の要素の取り扱いについても論じられていた。例えば Paulus によれば、窃盗の「公然たる遂行」は、そうではない幫助者には帰属すべきでないとされたが、他方で Ulpian によれば、親族でない者が親族殺を支援した場合にも、親族殺の厳格な刑罰を科すべきであるとされる等、一身の要素が他の関与者に及ぼす影響について、様々な主張がなされていたのである<sup>7)</sup>。ハーケは、このような矛盾すると考えられるような状況は、後期註釈学者らによって、その者らの立場に応じて、原則あるいは例外として扱われたためであると評価する<sup>8)</sup>。例えば、正犯者の一身の要素が共犯者にも連带的に作用することを否定した Baldus は、共犯者も、自己の犯行遂行に対して答責性と結び付けられる<sup>9)</sup>、ということを前提としていたが、これに

対して、Bartolus は、正犯に存在する一身的要素は、共犯者に対しても作用を及ぼさねばならないと主張していた<sup>10)</sup>。このように、共犯とは正犯に対して従属的な存在であるのか、あるいは独立した存在であるのか、という問いは、共犯独立性説と共犯従属性説の対立、そして近時の共犯の処罰根拠論においても見られるものであるが、既にこの時代において、その基本的な対立軸が見いだされる<sup>11)</sup>。ただ、この段階では、各則における特定の犯罪との関連で論じられるに止まっていた<sup>12)</sup>。カルプツォフ、そしてカロリーナ刑法典の大きな影響下にあった<sup>13)</sup> 18世紀頃までのドイツ学説は、「イタリアと同じ源泉、同じ功績に由来するあらゆるものを手に入れ、そして、共犯論は、Clarus, Menochius, Farinacius が到達したのと同じ点に止まっている<sup>14)</sup>」と称されるような状況にあったのである<sup>15)</sup>。こうした中で、学説においては、複数人が関与した際の一身的事情の影響の問題に対しては、正犯に対する共犯の関係それ自体についてどのような考え方をするかということが、決定的な意味を持っていた。つまり、一方においては上述の Bartolus のように、共犯は正犯に対して従属的なものであると解するなら、正犯が身分者である場合、共犯はその者自身についての一身的事情の有無にかかわらず、その事情の影響を受けるものであるとされたが、他方において、Baldus の主張に見られるように、共犯者も、自身の可罰性に従って処罰されるべきものであるとし、ゆえにその者の一身上で当該事情を有していなければならないとするならば、身分のない共犯者に対しては、正犯にのみ存在する当該身分の影響は受けないものとされたのである。例えば、クラインシュロートは、上述のローマ法における親族殺の事例に関して、殺害された者と親族関係にない父親殺しの教唆者を、親族殺の教唆ではなく、単純な故殺の教唆を理由として処罰されるべきであると主張した<sup>16)</sup>。こうした問題が、共犯論の側面からのみならず一身的事情特有の問題として取り扱われるのは、その後の時代になってからである。

（2）19世紀 各ラントにおける取り扱い

19世紀頃になると、次第に各ラントの立法活動も盛んになり<sup>17)</sup>、例えば1837年のヴュルテンベルク刑法典87条、そして1851年プロイセン刑法などは、共犯に厳格な従属性を認めることによって、共犯者に身分が存在せずとも、正犯者の身分が共犯者にも影響を及ぼすものであると規定した<sup>18)</sup>。しかしながら、他方では、対照的な規定として、1813年バイエルン刑法典118条<sup>19)</sup>、1869年のハンブルク刑事法典51条<sup>20)</sup>なども存在した。これらは、刑を加重、減輕する要素については、各関与者ごとに判断されるということ、すなわち個別的作用を認める旨を定めたものであった。このように、各ラントの刑法典においては、フランスのように誇張従属形式を認める法も存在する一方で、加減的な一身的事情は、それが存在する者についてのみ考慮されるものであり、その他の者には影響しないものであるとする法も存在するなど、様々な対応がなされていたのであった。このような立法状況の中、学説の対応は以下のようなものであった。

例えばケストリンは、共犯に正犯者が行った犯行を帰責しうるのは「彼自身がそれを他人の媒介なく、物理的に行った時にも、彼にそれを帰責できる場合に限られる」として、この者が「それを物理的正犯として実行しても犯罪とみなすことができないときは、共犯としても帰責すべきでない<sup>21)</sup>」と主張した。ケストリンは幫助についても同様に、「幫助を抽象的に正犯行為の付属物としか見なさないならば、全く誤った<sup>22)</sup>」ものであるとして、幫助についても独立した可罰性が認められるべきであると主張したのである<sup>23)</sup>。また、ロースヒルトも、「幫助者の可罰性は、彼が、促進された客観的な構成要件を正犯者として招来した場合に、彼に適用されるであろう刑罰との関係に従って量られる<sup>24)</sup>」ものであるとして、共犯とは、単に正犯に従属して成立するものではなく、彼自身について適用されるべき刑罰法規にしたがって処罰されることが妥当であるとする。さらに彼は、公務員犯罪への共犯の問題について触れ、「純粋な公務員犯罪のような、特別の公務員関係あるいは義務関係を考慮して構成されたその他の犯罪に、

法規は特別の地位を与えている」<sup>25)</sup>と述べる<sup>26)</sup>。というのも、彼によれば、こうした犯罪は刑罰という効果を伴ってはいるが、職務との関係における修正された懲戒手続きという性質も有しているものであるとし、そのような性質を持つ刑罰の効果を、公務員ではない共犯者にまで広げることは妥当ではないとするのである。ゆえに彼は、非身分者については「公務員犯罪への教唆の可罰性は否定される」<sup>27)</sup>ものであると結論付けている<sup>28)</sup>。また、ブラッケンヘフトは、今日では当然に共犯にも連带的に作用すべきであるとされるような要素も、一身的に作用するものであるとする。彼は、例えば、窃盗の際に、自身が武器を携行していた場合、その者が単なる窃盗を幫助した場合であっても、その者自身に対する刑は武器を携行した窃盗の幫助として加重され、逆に、自身が武器を携行していなかった場合には、たとえ武装した窃盗を幫助した場合であっても、単純窃盗で処罰されるとしたのである<sup>29)</sup>。

しかしながら、共犯独自の可罰性を認め、一身的事情の個別的作用を主張する見解とは対照的に、正犯に対する共犯の従属性を強調することによって、正犯に適用される刑罰が共犯にも適用されるべきであるとする見解も多数主張されていた。例えば、パウアーは、「幫助の刑罰は、法規によって、犯罪それ自体を威嚇している刑罰の大きさの関係に応じて決定される……この基本原則の帰結は、法規が、問題となっている犯罪の構成要件に属する一身的関係そのものを理由として、加重または減輕された刑罰で威嚇した場合にも、法律上の刑罰が、幫助者の処罰に対する基準を与える」<sup>30)</sup>と述べる。また、ベルナーも、一身的事情の影響という問題の解決を、共犯関係それ自体から引き出そうとした。彼によれば、「幫助とは、全ての部分で、彼の正犯によって決定される時には、起因者の行為の性質によって、付属物として見なされ得る」ものであり、「起因者の行為の性質」に影響を与える全ての事情、すなわち、その者の刑法上の性質を決定する事情（親族殺の場合の近親関係等）、あるいは可罰性を初めて基礎づける事情（純粋な職務犯罪の場合の公務員関係等）も、共犯関係に対応し

て、その者が明らかにそれについて認識を有している限りで、共犯者の処罰の態様にとっても決定的なものであるとされる」のである。

ただ、こうした見解の中でも、正犯に存在する一身的要素が教唆にも幫助にも連带的に作用するとする見解と、幫助には正犯者の有する一身的要素の作用が及ぶが、教唆には当該要素は影響しない、とする見解とが存在していた。この理由については、当時の知的起因者（intellektueller Urheber）<sup>31)</sup>の概念が、理論的な背景として大きな役割を果たしていた点を指摘することができる<sup>32)</sup>。当時、精神的な起因者、現在でいうところの教唆は、Urheberとして、すなわち共犯ではなく、正犯として把握されていたために、直接行為者に従属して成立するものではなく、「完全に独立した存在と特徴を与えられる」<sup>33)</sup>こととされていた。したがって、このようなものとして教唆を理解すれば、その理論的帰結として、彼は正犯であるがゆえに、身分犯の場合にも、その者自身の一身上に当該身分が存在することが要求されることになる。したがって、これは、共犯は正犯に従属して成立するという論拠から、正犯者にのみ身分が存在することが教唆者の処罰に十分であるとする見解とは対照的な結論に至ることになるのである。

このように、共犯論の問題については、現在の正犯・共犯概念とは異なる区分を前提として議論がなされていたことには注意を要すべきであるが、いずれにしても、共犯それ自体に固有の処罰が認められるべきであるとし、身分は一身的作用を持つもとする見解と、これに対して、共犯を正犯に従属的なものとし、当該身分が共犯者に存在せずとも、その効果は共犯者にも及ぶとする見解とが基本的な対立軸をなしていたということが出来る。

### （3）プロイセン刑法典

こうした中で、身分の一身的効果を認めたバイエルン刑法のようなラント法とは対照的に、ライヒ刑法典の直接的な前身にあたとされる1851年プロイセン刑法典においては、身分犯の共犯に関して、上述の各ラントの

法におけるような総則規定を有してはならず、ただ、共犯一般の取り扱いについての規定として、1810年のフランス刑法典59条<sup>34)</sup>に倣った35条を有していた。この規定の文言は以下の通りである。

#### プロイセン刑法典第35条

「重罪又は軽罪、若しくは重罪又は軽罪の可罰的未遂の共犯者には、正犯者に適用されるものと同一の刑罰法規<sup>35)</sup>が適用される」<sup>36)</sup>

この35条の立法趣旨は、1850年草案の理由書によれば、以下のようなものであった。「他者に重罪または軽罪の実行を教唆した者、指示を与えた者、その際知りつつ幫助した者は、正犯者と同じく犯罪を意欲し、違法な結果を意図したのであって、正犯者と対等の立場にある。それゆえ、正犯者と同様、行為の全ての結果に対して罪責を負わなければならない。ここから、重罪等の共犯者は正犯者自身と同様に処罰される、という結論になる」<sup>37)</sup>。この規定は、前章で示したフランス刑法理論と同じく<sup>38)</sup>、共犯とは、正犯と同様の罪責を有するとするものであり、したがって、この条文を根拠として、身分犯の場合にも、共犯者自身が当該身分犯の身分を有しているか否かを問題とすることなく、共犯は正犯と同様に処罰されるものとされていたのである<sup>39)</sup>。つまり、プロイセン刑法典においては、共犯の従属性について、いわゆる誇張従属形式が採用され、正犯自身の一身的事情の存在のみが共犯者にとって決定的であるとされたのである。

また、このプロイセン刑法典では、この規定の前に共犯の定義規定として34条が置かれたが<sup>40)</sup>、この規定によって、従来、Urheber、すなわち正犯として捉えられていた教唆の形態も、共犯の一形式であることが明らかにされ、正犯に対して厳格に従属的に扱われるものとされたのである。したがって例えばテムメは、教唆も共犯の一形式であると捉える立場から、このプロイセン刑法典35条を援用して、非身分者も教唆者として身分犯に関与することが可能であり、正犯と同様に処罰されるとした<sup>41)</sup>。

但し、このように、プロイセン刑法典において、共犯は正犯に対して従



属的に成立するものであるとされながらも、各則の中には、一定の要素はその要素を有する者の一身上でのみ作用することを指示する個別化規定、つまり従属性を緩和する規定が、若干ではあるが、存在していた<sup>42)</sup>。しかしながら、これらはあくまで嬰兒殺や親族相盗のような限られた場合にしか認められない、例外的なものであった。つまり、プロイセン刑法典における共犯の一般原則とは、共犯は正犯に従属して成立するものであって、身分犯の問題についても、共犯者自身が一身的事情を有しているか否かは問題ではなく、判例においてもそれに従った処理がなされていたのである。具体的な判例の対応は以下のようなものであった。

例えば、1852年10月6日の判決<sup>43)</sup>は、AがBに、Bの親方の財物を窃取するよう教唆した事案であるが、プロイセン最高裁判所は、35条の文言および立法趣旨にしたがえば、行為自体に基づく加重事情と行為者の一身に基づく加重事情とは区別出来ないとして、使用人でないAについても、単純窃盗（216条）ではなく、使用人窃盗（217条4号）の教唆として重く処罰したのである。また、その後の1857年1月23日の判決<sup>44)</sup>は、Aがその妻を殺害する際に幫助した、被害者とは他人であるBを配偶者殺害の幫助として加重して処罰した事例である。他人であるBについても加重刑が認められた理由は、「従犯処罰の態様は、正犯者について問題となる可罰的行為の性質によって規定され、所為自体の加重は、たとえそれが行為の客体に対する正犯者の特別の関係に基づくものであっても、共犯に作用を及ぼす」というものであり、この際、「共犯者には、犯罪の客観的性質に応じて正犯者に適用されるのと同じ刑罰法規が適用されるのであって、配偶者の殺人においても、身分のない共犯者に有利となる例外は認められない」と説明されたのである。

このように、判例でも、正犯に身分が存在する限りは、その作用は共犯者にも連带的に作用するとされたのである。

#### (4) 改正の動き

しかしながら、共犯にこのような厳格な従属性を認める規定は、フランス刑法と同様の問題を抱えることとなった。すなわち、共同正犯の場合に、以下のような問題を生じることとなったのである。つまり、教義の共犯の場合には、35条にしたがって、正犯に従属して共犯が成立するという処理がなされた一方で、共同正犯の事例に対しては、教義の共犯ではなく、各人が正犯であるがゆえに、この35条の規定が適用出来るか否かという問題を生じることとなったのである。

例えば、AとBとが共同して、Bの雇い主に対して窃盗を行ったという事例につき、Aはプロイセン刑法典216条の単純窃盗の刑罰によって、他方でBは、同217条により、使用人という事情を考慮した重い刑罰によって処罰された。というのも、Aは、34条の意味でのBの共犯者ではないので、35条はAに対しては適用出来ず、被窃取者との一身的な関係から妥当する重い刑罰法規が認められないとされたのである<sup>45)</sup>。検察側は、これに対して、共同正犯として関与した場合が軽く処罰されるのは矛盾であると主張したが、抗訴審も一審の結論を是認した。その理由は、「彼が、その者の一身的な関係について認識を有していたとしても、犯罪の共同実行は、ある者に適用される刑罰法規が必然的に他の者にも適用されることにならなければならない、というような連帯を基礎づけるものではない<sup>46)</sup>」というものであった。ここでは、共同正犯者の処罰と共犯の処罰とが外見上、不整合となっていること、つまり、身分犯に共同正犯者として関与した場合の方が、共犯として加担した場合よりも刑罰が軽くなってしまおうという結論は、可罰的な行為に教唆、あるいは認識のある幫助によって関与した者が、そうした状況の競合なく、他者と共同で行為した者よりも、一般的にはより可罰的だと考えられる、ということによって調整されているのだという説明がなされた<sup>47)</sup>。

検察側は更にこれに対して、「正犯性は、同時に、幫助による共犯をそれ自体内包するものである」との主張をなした。しかしながら、プロイセ

ン最高裁判所は、1854年12月24日の判決において、刑法典においては、34条において、正犯と共犯が対置され、分離されており、したがって、原審の判断が妥当であるとして、検察側の意見を退けたのである。このようにして、使用人窃盗の事例において、共同でこれを実行した非使用人については、217条による刑の加重は認められないとされたのであった。

しかしながら、このような判決は、学説から批判を受けることとなった。共同正犯者のうちの一人にでも一身的な事情が存在するのであれば、全ての関与者はこの構成要件を意欲し、そして共同でこれを実行したために、彼ら全員に対して当該構成要件が妥当するべきだと主張されたのである<sup>48)</sup>。

その後の判例では、KとMが共同でKの夫を殺害したという事例につき、陪審裁判所において、MにもKの人的関係に基づく親族殺の加重された刑が適用されるべきであるとされた。この判決に対しては上告がなされ、検察側は、被害者と婚姻関係にないMについては親族殺では処罰されるべきではない旨の意見書を提出した。これは、以下のような理由による。つまり、意見書によれば、ここで問題となっているプロイセン刑法典175条の配偶者の殺害における婚姻関係というものは、そうした関係のない第三者によっては「侵害され得ない」一身専属的な性質のものであって、たとえ、第三者がこの関係を認識した上で犯行に関与したとしても、「単なる認識、つまり、その関係にない第三者の意思は、ここで、罪を問われている者と殺害された者との間のような関係の存在とは同列に置かれ得ない」<sup>49)</sup>というのである。ここでは、175条において刑が加重される根拠が、客観的な、つまり犯行それ自体に内在する要素にではなく、被害者に対する被告人の一身的な関係、すなわち主体的な（subjektiv）要素にあるとされ、それゆえ、「主体的な関係の中にその根拠があるような加重事由は、その関係の中に見出されるような被告人に限定して考慮されなければならない」<sup>50)</sup>と主張されたのである。というのも、「息子、あるいは配偶者が、その者の父、配偶者の殺害によって、自然、信仰及び法規が神聖なものとしている感情を嘲笑し、繋がりを引き裂くような事例と、第三者が、殺害される者

の息子でも配偶者でもないために、その者の犯行によってその感情を侵害することはなく、その繋がりを引き裂き得ない事例との間では、本質的な相違が認められなければならない」というのである。そして、「この相違が大きい場合には、法規が…第三者である共犯者にも、親族殺の重い刑を科そうとした、ということは認められ得ない」として、配偶者を殺害した当該事例の場合、第三者であるMについてはこうした関係は存在しないがゆえに、加重刑は適用されるべきではないとした。他方で、「175条の加重要素が…被告人に一身的な要素とみなされるならば、卑属または配偶者が、尊属または配偶者の謀殺に何らかの方法で共同した、全ての場合において、法感情が満足されるだろう。彼が物理的な起因者である場合だけではなくて、教唆者あるいは幫助者である場合にも、親族謀殺の加重刑が彼に科されるのである」として、たとえ正犯者がそうした関係になくとも、共犯者に一身的事情が存在する場合には、その者に当該事情に基づく加重刑が適用されるべきものとし、加重身分について一身的な取り扱いを主張するのである。この場合に、もし、この175条の婚姻関係を客観的な(すなわち他の共犯者にも影響を及ぼす)要素とみなすのであれば、「卑属あるいは配偶者が、物理的な起因者である場合にのみ、親族謀殺の加重刑を科され得るのであって、彼が、その他の共犯者、すなわち、教唆者であった場合ですら、刑の加重を免れる」ことになってしまい、このような結論は「法感情に反したもの」であって妥当ではないとするのである<sup>51)</sup>。つまり、厳格な従属性、すなわち誇張従属形式を認める場合には、身分者であっても、教義の共犯として関与する限り、正犯に従属することとなり、その身分の連帯的作用によって軽く処罰されることになるが、検察側はこれを不当な結論であると評価したのである。そして、更に、この一身的身分の個別的取り扱いがむしろ原則的なものであるとして、嬰兒殺の規定を引き合いに出す。つまり、この場合、母親が正犯者でなく教唆者であれば180条による減軽を受けない、ということになれば著しく法感情に反するものとなってしまふ、したがって「主体的な関係に基づいた、刑の減軽及び加重に対

する根拠は、犯行から分離されたものと見なされなければならない、という原則の適用とみなされる場合にのみ、更に維持され得る」ものであるとする。こうした事由は、第三者の側からすれば、関係のないものであるが、身分者には「その共同責任のあらゆる種類について附随するものである」<sup>52)</sup>として、たとえ教義の共犯であっても、そうした事情が存在する限りは当該事情の影響が認められるべきものであると主張したのである。このような主張は、プロイセン刑法典における共犯の取り扱い（誇張従属形式）とは異なるものであった。

これに対して、1860年11月12日のプロイセン最高裁判所の判断は、一身的事情によって刑罰が加重されるのであり、共犯者自身はそうした事情を有していない場合であっても、これを認識して関与した以上、共犯者にもその作用が及ばなければならない、このことは共同正犯者であった場合にも同様に妥当するとした。つまり、関与形式としては軽い共犯者が、共同正犯者より重く処罰されることは矛盾であって、共同正犯というのはそれ自体、正犯と共犯の概念を内包しているとし、したがって、本事例においても、被害者と婚姻関係にないMに対しても、配偶者殺人の重い刑罰が適用されるべきものとしたのである。このように、身分犯への共同正犯の事例においてフランスと同様の問題を抱えることになったプロイセン刑法典は、やはりフランスで発展させられた相互共犯の理論を持ち出すことによって、整合性を欠く帰結を回避しようとしたのであった。

しかしながら、検事総長の意見にも見られるように、各人は、ただ正犯に従属して成立し、正犯と同じ刑罰が適用されるのではなく、それぞれ各人の可罰性にしたがって判断されるべきであるという見解が、当時、立法的に誇張従属形式を認めていたフランスにおいてさえも主張されていたことは、この身分犯への問題が、単に共犯論一般の問題として片付けられない論点を含んでいたことを示している。そして、立法上、上述の1813年バイエルン刑法典がプロイセン刑法典に適合するよう改正された1861年のバイエルン刑法典においても、その65条3項で、身分犯に複数人が関与した

場合、身分の一身的な作用を認めることが維持され、さらにその範囲も、旧法の刑罰減輕事由から、「その者の可罰性を加重、減輕、阻却或いは消滅する事由」にまで拡張されたのである<sup>53)</sup>。

このような状況の中で、厳格な従属性を共犯に認めるというプロイセン刑法典に対しては、学説上、次第に疑問が呈されていくこととなった。つまり、共犯を、正犯に対して従属的に成立するものであるとし、そしてそれゆえ、正犯に対する刑罰が共犯にもそのまま適用される、という処理は適切ではないと考えられるようになり<sup>54)</sup>、例えば、幫助に対する刑の減輕が提案されるようになるなど、共犯者も、正犯に完全に従属的に成立するものではなく、各人がそれぞれの責任に従って処罰されるべきであると考えられるようになっていったのである。ミッターマイヤーは、プロイセン刑法典に対する意見として「正義は、事情によっては、教唆者の刑罰を正犯者のそれよりも減輕するということが認められ得る、ということを要求するのである」<sup>55)</sup>と述べ、幫助のみならず、教唆者についても、刑の減輕があり得る事を主張している。

このような流れの背景には、日本の旧刑法制定時の議論にもあったように、当時、各人は各々の責任に従って処罰されるべきであるという、オルトランに代表されるような、新古典派の考えがあった。つまり、共犯者といえども、正犯者の罪責がそのまま負わされるわけではなく、その者自身の罪責を負うべきものとされたのである。そのような中でフランスの影響を大きく受けたプロイセン刑法のように、共犯を正犯に完全に従属的な性質を持つものとして成立させ、ゆえに正犯と同じ刑が適用されるべきである、という形の処理は妥当でないと考えられるようになり、結果として、次のライヒ刑法典への立法の流れへと繋がっていくことになったのである。この各人がそれぞれの当罰性に従って処罰されるべきであるという考えは、身分犯への関与の問題についても同様に妥当することになる。上述のように、身分犯の場合に各関与者に存在する一身的事情については、それを有する者にのみ考慮される、という規定は、もともと、バイエルン等、いく

つかのラント法においても認められていたものであった。しかしながら、上述のように、1851年のプロイセン刑法典においては、誇張従属形式が採用され、ゆえに身分犯への関与についても、共犯は正犯と同様に処罰されるものとされていたのである。しかしながらこれは、その理論的帰結として、共同正犯の場合にフランスの共犯規定と同様の問題を抱えることとなった。その結果、上述のように、判例においても、この35条をそのまま適用するには問題のある事例が存在することが意識されるに至り、結果として、この「時代遅れに（anachronistisch）」<sup>56)</sup>作用する厳格な従属性を緩和すべきであるという潮流へと繋がっていったのである。その結果として、プロイセン刑法典以前の、各ラントにおいて認められていたような、一身的事情を関与者各人ごとに評価するという規定が再評価されることになった<sup>57)</sup>。このように、ドイツ帝国における統一法典としての刑法定制の際<sup>58)</sup>には、一身的事情の他の関与者への影響について、誇張従属形式を認めたかつてのプロイセン刑法典の扱いとは異なり、当該事情は個別化されるものとする条文が提案されていくことになる。これは、この刑法典がライヒ刑法典の直接の前身として立法が進められた経緯からすれば、大きな転換であった。

#### （5）ライヒ刑法典制定過程

1868年、ライヒ帝国における統一刑法典の制定が、時の宰相ビスマルクによって命じられた。そしてこの立法作業の過程において、1869年には北ドイツ連邦の第一次刑法典草案（いわゆる Friedbergischer Entwurf）が公表されるに至った。この草案自体は、上述のようにプロイセン刑法典を基礎とするものであったが、共犯と身分に関する規定として、次のような条文を有していた。

#### 41条3項

「法規が、正犯者の一身上に存在する特別の資格または関係を理由と

して、行為の可罰性を加重あるいは減輕している場合、特別の可罰性に結び付く事情は、それが存在する正犯または共犯についてのみ考慮される」<sup>59)</sup>

草案の理由書によれば、この規定には1868年のブレーメン刑法草案82条<sup>60)</sup>の理由書が援用されると説明されている<sup>61)</sup>。この理由書は次のような内容である。

「各人は、その者の一身に基づいてのみ、刑法上の関係から行為について判断される……そして複数人によってなされたり促進されたりした行為が、一人の一身的な立場によって加重的であると思われるところでは、その一人が、加重されたり減輕されたり、重くされたり軽くされたりする刑の支配下にある。なぜなら、一身的な立場を構成していない他者の処罰の際には、こうしたことは考慮されるべきではないからである……」

このように、北ドイツ連邦草案においては、プロイセン刑法典とは全く異なり、各人は、その者の一身上に基づいて評価されるべきものであるとされ、身分犯への共犯者であっても、当該身分を有していない場合には、その加重ないしは減輕の効果は及ばないものとされたのである。この理由書は更に、プロイセン刑法典において認められていた共犯の厳格に従属的な取り扱いについても言及している。それによれば、プロイセン刑法典においては、「共犯者は、ある程度正犯者の一身性に同化し、その可罰性は、後者の可罰性からのみ引き出され」るので、共犯者は「正犯者の一身を考慮する場合にも、正犯者に適用されることになった刑罰法規に従わなければならない」<sup>62)</sup>とされていた。しかしながら、草案は、これに対して、「プロイセンの法に於いても受け入れられていたこの理論は、実際には、恣意的なフィクションに基づいた」ものであるとして、一身的事情によって刑が加減されるような犯罪に於いても、共犯であることを理由としてその事情の影響が及ぶとすることは、法律上の擬制に過ぎない、との厳しい



評価を下している。つまりここでは、共犯といえども、各人の一身的事情を考慮することなく身分犯への関与として取り扱われることは適切ではなく、各人の事情に応じて処罰されるべきであるとの立場が明確にされているのである。

そしてそれゆえ、「至る所がかつて従われていた、刑法上各人はその者の個別の基準に従って量定されるべきであるという公正の原則」は、厳格な従属性を特別の一身的事情に関しても妥当させるという、プロイセンやフランスで用いられていた「かの例外的な原則は、一致した帰結を伴っては完全には貫徹され得ないのではないかと、という疑念を生じさせる」<sup>63)</sup>ものであるとして、誇張従属形式に対する疑問を提起するのである。

このように、共犯が正犯に対して従属的に成立し、ゆえに身分も連帯して作用することに対して疑念のある場合が存在することが明らかにされ、将来の法においては、プロイセン刑法典とは全く異なり、一身的事情は、それを有する者にのみ影響するものである、ということが認められるべきであるとされた。つまり、この限りでは、正犯者の一身的要素が、一般的に他の者に帰属されるものではないということ、つまり、身分が共犯者に必然的に連带的に作用するものとはされなかったということになる<sup>64)</sup>。

更にこの条文は、若干の変更を加えて、第二草案の48条として規定された。これは、理由書のいうところに従えば、複数人が関与した可罰的行為はその関与者毎に評価が異なりうるものであるため、との説明がなされている<sup>65)</sup>。

注目すべき点は、第一、二次の両草案のこの規定が、理由書において、1868年のプレーメン草案を範とすると述べているにもかかわらず、刑を加重、あるいは減輕する要素にしか言及していない、という点である。プレーメン草案の理由書では、上述のように、明文上ははっきりと構成的身分犯と加減的身分犯との分離に言及しているにもかかわらず、この理由書を援用した条文において、刑を基礎付け、あるいは阻却する特別の一身的要素について何ら述べられていない点について、立法資料上、その理由は明

らかではない。この点について、ヘルシュナーは、プロイセン刑法第331条2項(職務犯罪への共犯者は、身分が無くとも減輕されずに処罰されるというもの)に相当する第一草案たる Friedbergischer 草案における第336条の規定を、第二草案では「余計なもの」として削除したことから、構成的身分犯への身分なき共犯が可罰的であることは自明なことでされていたのだとする<sup>66)</sup>。また、マウラッハによれば、ブレーメン草案のように一身的事情の個別化が構成的身分犯にまで拡大されなかったことについては以下のように述べられている。「北ドイツ連邦の分別のある立法者らは、この帰結に躊躇したのだが、憂慮すべき可罰性の間隙が現れるゆえに、当然のことであった。……。その代わりに、立法者は、刑を変更するような事情に限定したのである」<sup>67)</sup>。

このように草案は、ブレーメン草案の理由書を援用しつつも、これとは異なり、身分を加重或は減輕する事情のみが一身的な作用をもつものとし、またさらには、1861年バイエルン刑法典とも異なり、刑を阻却するような事情については明文でこれを規定しなかった<sup>68)</sup>。このように加減的身分にのみ一身的作用を認める、という文言が継承されて、最終的にライヒ刑法典の条文として成立するに至った。その条文は次の通りである。

#### ライヒ刑法典50条

「法規が、行為の可罰性を、行為を遂行した者の一身的資格又は關係に従って加重又は減輕している場合、その特別の所為事情(Tatumstände)は、そうした事情の存する正犯或いは共犯(共同正犯者、教唆者、幫助者)にのみ帰属される」

こうして、ようやくドイツにおける統一刑法典としてのライヒ刑法典において、身分犯の共犯に関する規定が成立し、1871年より施行されたのであった。ここでは、従来の狭義の共犯に加え、更に、共同正犯もその適用範囲に含まれることが明文上明らかにされた<sup>69)</sup>。また、複数人による犯罪行為に関する規定がより詳しく規定されるに至った。例えば、共同正犯に

関する規定を新たに設けたこと<sup>70)</sup>、教唆及び幫助については、認識した行為に対する共犯としての成立を認める等、プロイセン刑法典とは様々な点で相違が見られる。この点、身分犯への関与の問題と同じく、フランス的な解釈を採用する事で生じた問題が意識されるに至ったことから、これを改正する意義が生じたものと考えられる。

## 第二節 ライヒ刑法典制定後

### （１）判例における展開

このようにして成立したドイツ刑法50条だったが、上述のように、加減的身分犯に複数人が関与した場合のみが規定されたものであって、構成的身分犯へ非身分者が関与した場合には明文が存在せず、この場合の非身分者をどう取り扱うかについては、日本の旧刑法期と同様の問題を生じることとなった。すなわち、構成的身分犯の場合にも、非身分者も身分者と同様、身分犯への関与を理由として、処罰されるか否か、という点について議論がなされることとなったのである。この問題に関する裁判所の判断は、以下のようなものであった。

まずは、ライヒ刑法典施行後の、1872年2月12日のプロイセン最高裁判所の判決が挙げられる<sup>71)</sup>。これは、パン職人Bが、税務職員Sを買収し、公的な帳簿に虚偽を記入するよう誘致したというものである。陪審裁判所（Schwurgericht）はBを、（重い）不実記載の教唆（349条・48条）については50条によって無罪とし、贈賄と脱税についてのみ有罪であるとした。しかし、プロイセン最高裁判所はこの判断とは対照的に、349条と48条にしたがって、重い刑によって処断した。最高裁はこの点について、教唆者の刑は、被教唆者のそれと同一の法規から引き出されるべきであって「修正は50条によってのみ生じる」とするが、この50条が適用される範囲については、次のように述べる。「ここで考えられる特別な行為事情とは、例えば、未成年、累犯、時効のような一身専属的な（純粹に個人的な）事情だけではなくて、全ての、行為に結び付いた一身的な事情である……公務

員資格も50条において言及されている一身的な資格及び関係に属す」。しかしながら、「そのような一身的資格及び関係が、そもそも可罰性の根本条件である場合や、それが可罰性を初めて生じさせ、基礎付ける場合には、50条は適用されない。というのも、50条において表現された、刑法学上認められている教唆の本質から生じる48条の基本ルールからの逸脱は、文言の意味を越え、基本原理の更なる制限には利用されてはならないからである」として、本件における50条の適用を否定し、したがって、公務員ではないBについても、Sの教唆犯として、公務員の資格に基づいた重い刑罰の効果が及ぶとしたのである。

このような考え方からすれば、判例においては、本来共犯は正犯に従って成立するものであり、50条で言及されていない構成的身分犯への共犯は、原則にならって身分者と同様の刑罰法規が妥当するとされたのである。つまり50条は、こうした基本原則の例外規定として、限定的に適用されるべきものとして理解されていたことになる。

その後のライヒ裁判所においても、この50条は同じように評価されていた。例えばRGSt 4, 184は、刑法260条について、正犯者にのみ存在する営業性という事情が共犯者に対しても刑罰加重的な効果を及ぼすのか、という点が問題となった事案であるが、ライヒ裁判所は50条を、「行為の可罰性の加重或いは減輕が、其の行為を遂行又はその際に共働した者の一身的資格又は関係に従って算出される」事例に対して妥当するものとしたのである。ここでは、50条にいう各関与者の一身的事情又は関係に従った処罰とは「刑事政策的な原則」であって、あくまで例外的な存在であるとの表現がなされている。

特に、ライヒ裁判所の構想は、以下のRGSt 22, 51の決定で明らかにされている。これは、被告人がK夫妻の売春仲介(ライヒ刑法典180条)を支援したが、ここでは、夫妻の娘が仲介されたゆえに、その夫妻に対しては、刑法典181条1号2に従って加重刑が適用されるという事案であった。被告人は、そこで、彼自身は仲介された者と、両親と子供との関係にないが

ゆえに、彼に対しては単純な売春仲介のみを理由とした処罰が適用されるべきであると主張した。しかしライヒ裁判所は、刑法50条の適用を、以下のような理由で否定した。ライヒ刑法典180条の基本構成要件は、それ自体としては不処罰である、淫行支援行為と並んで、正犯者が「常習的に、あるいは私欲から」行為することを前提としている。しかしライヒ刑法典181条のより重い売春仲介には、そのような常習的なあるいは利己的な行為は要求されていない。なぜなら、両親あるいはその他、ライヒ刑法典181条2号に挙げられている人格は、その者の動機には左右されずに、重い売春仲介に対する刑の影響を受けるので、正犯者の、淫行行為をさせられる者に対する関係は、刑を基礎付けるような性質のものであるとされ、そして、ライヒ刑法典50条はこうした事情には適用されるべきではないので、被告人は当然に、重い売春仲介への幫助を理由として処断される、と述べたのである。

このように、刑を修正する要素のみが50条の適用範囲内にあるとして両者を異なって取り扱った判決として、さらに、RGSt. 28, 100 が挙げられる。これは、実際には信書を開封する意図を有していた被告人が「封筒の住所を見るため」であるとして郵便職員に郵便物を抜き取るよう教唆した事案である。原審は被告人をライヒ刑法典354条（郵便職員による、信書または小包の開封或いは隠蔽）の教唆であるとしたが、これに対し、被告人、検察側双方から、この場合は50条を適用して刑法299条（権限のない者の信書開封）により処断されるものであると上告がなされた。しかし、ライヒ裁判所は、刑法典299条はただ各人による信書の開封のみを把握するものであり、これに反して、発送物の隠蔽に関しては、郵便職員としての資格が可罰性を基礎付けるものであるとし、この場合には、ライヒ刑法典50条は適用不可能である、として、上告を棄却したのである<sup>72)</sup>。

しかしながら、構成的身分犯の場合には、非身分者自身が単独で当該構成要件を実現することはできない。それゆえ、共犯の独立性を強調する見解からは、非身分者の不処罰という意見も主張されていたのである。しか

しながら判例においては、非身分者も共犯者（教唆犯・従犯）としてであれば、構成的身分犯に関与することは可能であるとされていた。

例えば、RGSt 6, 415 は、公務員の虚偽文書作成罪（構成的身分犯）について、身分のない者の共犯が可罰的であるか否かが問題となった事例であるが、ライヒ裁判所は、自身が正犯者たり得ないことは共犯として処罰される可能性を失わせるものではないことについて、次のように述べている。

「法規は、教唆の刑法上の概念に関しては、誰かがその活動によって、故意に、他人によって遂行された可罰的な行為の原因となった、ということのみを必要とするのであって、その者について、例えば、正犯者として可罰的な行為を遂行し得るために必要である一身的資格が存在している、ということは要求していない。それ故、教唆の概念は、公務員犯罪についても、公務員を故意に職務犯罪に規定した者は、その者の側では彼自身が公務員資格を備えていないために職務犯罪を正犯者としては遂行し得ない、ということによっては除外されないのである」

このような理由付けによって、判例によれば、50条の構成的身分犯への適用は否定されていたのである。しかしながら、50条の明文で示されている加減の事情のみについて、一身的事情の個別作用が認められていたわけではない。というのも、明文では規定されていない刑罰阻却的な事情に対しても、判例は一身的な効果をもつものであると認めていたからである。

例えば、RGSt 14, 102 は、親族自身が犯人庇護（Begünstigung）を実行したのではなく、第三者にこれを教唆したという事案であるが、この場合にも、ライヒ刑法典257条2項にしたがって、親族による犯人庇護として不処罰とされるか否かが問題とされた。この点につき裁判所は、「正犯行為の性質に教唆の可罰性が依存することは……法律上規定された刑罰減輕あるいは刑罰加重事由にも、ある関与者について例えば存在する刑罰阻却或は刑罰消滅事由にも及ぶものではない」とし、刑罰加減的な一身的事情

については刑法典50条で規定されているが、「事物の本性から、このことは、刑罰阻却的な要素に関しては、より一層妥当する」ものであり、「それが各関与者に一身的に有利とならなければならない、ということは、明らかに、立法者によって自明の事として前提とされている。刑法典50条の理由書中で強調されている、各人は彼の責任が彼の活動と彼の態度に従って形成されるように、もっぱらその者の責任の程度に従って処罰される、という立法者の見解は、当然、刑罰阻却事由については、単なる加重あるいは減輕事由に劣らず、決定的でなければならない」と述べ、この場合にも一身的事情の個別的な効果を認めたのである<sup>73)</sup>。

他方で、非身分者が間接正犯たり得るかどうかという問いに対しては、これを否定している。例えば、RGSt 63, 315 では次のように判示されている。

「可罰的な間接正犯を承認するための前提は、間接正犯者が、実行行為の自己の企てによって、同じように可罰的とされる、ということである。特別の正犯者資格がその構成要件に属するような特別の犯罪行為は 公務員犯罪の場合の公務員資格のように 間接正犯の方法では、その正犯者資格が存在する人格によってのみ遂行され得る……つまりそれは、命令と禁止が向いている者（つまりその人格）にのみ負わされねばならないのである。それが一定の人格領域にのみ義務を負わせている限りでは、こうした人格領域の所属者のみが……この規定に抵触する。しかし被告人は、規定によって義務を負わされている人格の領域には属していない。彼はそこではこの規定に、正犯者としても、間接正犯者としても、抵触してはいないのである……身分犯（Sonderstraftat）の教唆には、身分犯を、定められた一身資格を欠いているために、正犯者、共同正犯者、又は間接正犯者としては遂行し得ない者も責任を負い得る……」<sup>74)</sup>

このようにして、判例では、身分犯の規範は、構成要件において記述されている人、つまり特定的人格領域に属する者に対してのみ妥当するもの

であって、身分のない者には直接向けられてはいないが故に、非身分者は正犯とはなり得ないとされた。他方で、上述のように、非身分者も共犯としてであれば、構成的身分犯に対しても、関与することが可能であると理解されていたのである。

このようにしてライヒ裁判所においては、刑を加重、減輕、阻却する要素と、刑を基礎付ける要素とが明確に区別され、これに身分のない者が関与した場合、50条が適用されるのは前者のみであり、後者の場合には正犯に従って従属的に取り扱われるものであるとされていたこと、また、一身的な資格又は関係を持たない者は、正犯者たり得ないが、身分者へ加担することによって共犯となることは可能であると認められていた。これに対し、上述のように、刑罰阻却事由の場合には一身的事情を有する者についてのみその効果は有利になることが認められていたのである<sup>75)</sup>。

## (2) 学説における展開

以上のように、判例においては、明文のない構成的身分犯への関与については、50条の適用を受けないものとし、したがって、非身分者も正犯者と同様に処罰されるという扱いがなされていた。そこには、50条で規定された一身的事情の個別作用とは、一般的な共犯原則における従属性を破るものであって、その効果は限定的にのみ認められるべきであるという考えがあった。これに対して、学説では、この問題についてどのように理論的な根拠づけがなされていたのだろうか。以下では、ライヒ刑法典制定以後の学説の展開をみていくことにする<sup>76)</sup>。

通説は、判例同様、構成的身分犯に関与した非身分者も、狭義の共犯としては可罰的な関与は可能であって、身分者と同じ法定刑を基準にして処罰される、と考えていた。例えば、シェーンケ・シュレーダーによれば、この場合に加減的身分犯の場合と同様に身分の一身的事情を認めるとすれば、身分のない者の関与が不処罰になる、と、身分の個別化を認めた場合の結論が不合理となることが指摘され、判例同様、非身分者についても可



罰的な関与が認められるものとしている。ただ、構成的身分犯に關与した場合には共犯者に身分のないことが考慮されない点について、この解決は満足のいくものではないという指摘がなされ、非身分者の刑を減輕する見解への言及がなされている<sup>77)</sup>。

ほとんどの説は、非身分者については狭義の共犯の成立のみを認めていたが、これに対し、間接正犯も可能であるとしたものもある<sup>78)</sup>。この見解によれば、身分犯の構成要件は、構成要件において特徴付けられた（公務員等の）人格のみによる服従を要求しているのではなく（もしそうだとすれば、身分のない者の教唆及び幫助も不可能となる）、もっぱら、構成要件において特徴付けられている人格のみが、その犯罪を、物理的な正犯者として遂行し得るという点に特色があるものとして、非身分者の可罰的な間接正犯の可能性が肯定されるとするのである<sup>79)</sup>。ただ、この点につき、「通常の事例においては即座に間接正犯と見なされるような関与形式を、身分犯の領域では即座に、教唆又は幫助と称している」<sup>80)</sup>とビルクマイヤーが述べているように、通説においても、狭義の共犯と間接正犯という共働形式が異なるだけで、実際には同じ結論が導かれていたという評価も存在する点には注意が必要である。しかし多数の見解は、構成的身分犯への非身分者の関与としては、狭義の共犯のみが可能であるとしていた。

このように、構成的身分犯への非身分者の関与が可罰的であることに對する論拠としては、以下のような理論付けがなされた。

「48条および49条<sup>81)</sup>は、共犯者の可罰性を、その者が正犯者でもあり得る、ということには左右させていない。もっとも重大なことに50条は刑を基礎付ける事情をまさしく数には入れていないのである」<sup>82)</sup>。つまりここでは、身分犯では、構成要件上、正犯者が身分者であることを要求しているに過ぎず、共犯としての関与の可能性はこのことには左右されないこと、そして50条においては刑を基礎付ける要素については沈黙していることから、非身分者は共犯としては可罰的である、とするのである。

しかしながら、こうした主張に対しては、当然に、刑を修正する要素に

対して一身的作用が認められるのであれば、刑を基礎付ける要素に対しても、同様に一身的作用が認められるべきである、との批判がなされた。結局のところ、50条の条文それ自体に依拠する解釈は、その立場の相違により、全く逆の結論に利用された<sup>83)</sup>のであり、決定的な論拠とはならなかったのである。

非身分者も可罰的とされると主張した M. E. マイヤー自身でさえ、50条に対する通説の「理由付けは、様々であり、およそ満足のいくものではない」<sup>84)</sup>と述べていたほどであり、従って、パンバツハは、このように、ましなものがなく、実定法上の解決が提案されない限りでは、反対解釈を用いる論拠に固執せねばならないだろう、と述べたのである<sup>85)</sup>。

また、共犯の従属性も、構成的身分犯への非身分者の可罰性を肯定する論拠として用いられた。例えば、リスト・シュミットの教科書の中では、刑を基礎付ける要素について、「ここでは、共犯の非独立性が、完全に承認されている」<sup>86)</sup>とされ、また、ベーリングも、「法律上の構成要件の要素を、従属的な共犯は満たす必要はない……正犯者にのみそれ(つまり当該要素)が存在していなければならないに過ぎない」<sup>87)</sup>と主張した。つまり、こうした見解に従えば、共犯行為の刑法的意味は、質的にも量的にも、正犯行為の法律的特性により決まるので、それ自体としては独立性がなく、したがって正犯行為が存在する以上は、その身分を有するか否かにかかわらず、共犯としての加担は可能であるとされたのである<sup>88)</sup>。

しかしながら、こうした見解に対し、ヒッペルは、この従属性という「根拠のないスローガン(haltlosen Schlagwort)」<sup>89)</sup>を用いて非身分者の可罰性に対する理由付けとすることは出来ないとして、次のように述べた。共犯が表面上はその可罰性を正犯行為から「借用する」という「こうした誤った思考は、今日の一般的な理論と実務を支配し、そしてしばしば、法学的思考の代替手段に墮している……人を、自己の犯行と責任とに対してではなく、他人の犯行と責任とに対して処罰するということは、まさに、反文化的な(kulturwidrig)、学問的に救いのない状況である」<sup>90)</sup>。彼はこ

のように、共犯とはいえ、自らの行為を理由として処罰されるべきものであって、可罰性をその正犯から借用するとの考えを批判するのである。また、このように共犯の従属性を援用して非身分者の可罰性を認める場合、加減的身分犯については、何故共犯が正犯に従属しないのかを明らかにすることが出来ず、何らかの別の理由を持ち出さざるを得ないことになる、という問題が生じることとなった。

こうした、共犯論からのアプローチに対して、身分犯の本質から、構成的身分犯への共犯の可罰性を基礎付けようとしたのが、ナーグラである。彼は、身分犯の本質を、限られた者に対してのみ一身専属的な服従を認めるという特別義務の違反の中に見出し、このような特別義務は身分者にだけ課せられているが故に、非身分者は身分犯の正犯にはなり得ないものであるとする<sup>91)</sup>。しかし、身分犯の際に法秩序が服従を要求する義務には、身分者に課せられる特別の第一時次的な服従義務と、そうでない者に課せられる一般的な第二次服従義務があるとして、非身分者も、身分者の有効な侵害行為と結びつく場合にはこの二次的な義務を侵害しうるのであり、それゆえ、共犯として可罰的とされる<sup>92)</sup>、という帰結を導いたのだった。しかしながら、このような彼の見解に対しては、身分犯が規範の名宛人を制限する「特別規範」にその本質があるものであるとすれば、共犯としての第二次服従義務であっても非身分者に服従義務を認めることは出来ないということ<sup>93)</sup>、また、彼の関心が構成的身分犯に関与した非身分者の取り扱いにあったことから、構成的、加減的身分を全く切り離して考察したので、身分の概念を実質的観点から取り扱うことを不可能にした<sup>94)</sup>、との問題点が指摘された。

しかしながら、このような規範の名宛人という観点から、身分犯の場合には、正犯には身分者のみがなり得、非身分者は共犯としてであればこれに関与しうる、という理解は、その後の身分犯そのものの理解に大きな影響を与えた。例えばガラスは、真正職務犯罪の場合の非公務員のように、所為の固有の不法内容を実現し得ない者は、その事実上の影響力にもかか

ならず、行為支配者とはなり得ず、非身分者は如何なる形態においても身分者の正犯たり得ないとした<sup>95)</sup>。また、ヴェルツェルによれば、身分犯は「実行行為そのものではなく、特定の職務上の地位にある行為者による所為の実現が違法評価の実体的基礎を形成する」ものであり、身分者や義務者でなければ正犯にはなりえないものとされていたのである<sup>96)</sup>。このような考え方は、身分犯の本質を義務違反として構成し、これを正犯性の要件とする義務犯論に繋がっていくことになる。

また、構成的身分犯への非身分者の共犯を、可罰的とはするものの、身分犯の法定刑がそのまま適用されてはならない、とする見解がある。こうした見解は、身分犯の法定刑は、特別な資格(例えば公務員資格)を備えた正犯者に向けられているために、そうした身分のない者にもその刑がそのまま適用されるべきではないというのである。例えばメツガーは次のように述べる。「身分のない者(Nichtqualifizierte)は、身分犯行為への共犯の……事例では、常に幫助の原則に従って減輕された法定刑で処罰されるべきである。このことは、身分のある者の一身的な資格……例えば、公務員資格が、刑を基礎付けるのではなく、刑を単に加重するように作用する場合との比較から必然的に明らかになる。公務員ではない者が、なるほど職務上の横領(350条)への共犯の場合には50条に基づき、この重い刑の規定にではなく、246条(横領)に従うが、これに対して、彼にとってはなお一層遠いものである真正職務犯罪への共犯の場合、例えば、346条(職務上の犯罪庇護)の場合には、48条を巡って回り道をして、公務員の完全な正犯者刑それ自体によって処罰される、ということは矛盾であるだろう<sup>97)</sup>と。それゆえ、メツガーは、非身分者は常に49条に従い、幫助に対して適用される、減輕された刑によって処罰されるべきものとするのである<sup>98)</sup>。また、ハルトヴィヒも、「共犯者は、物的な不法のみに関与するのであって、人的な不法には関与せず、それゆえ、物的な不法を対象とした構成要件に従って処罰されるべきである」と主張し、立法論として、非身分者に対しては、49条2項による減輕の可能性を提案していた<sup>99)</sup>。そし

て、このような構成的身分犯に関与した非身分者の刑を減輕すべきという主張は、ヴェルツェル、シェーンケ・シュレーダー、ランゲ等によっても賛同されたのである<sup>100)</sup>。このような主張は、既に、立法論としては1871年のライヒ刑法定典制定後からなされていたものであり<sup>101)</sup>、実際、従来の改正刑法草案の規定にも採用されていたものであるが<sup>102)</sup>、メツガーは当時の現行法の解釈としても、この方法を主張したのだった。そして、実際上も、後に、現行ドイツ刑法28条1項として、この非身分者の減輕規定は立法化されることになるのである。

このように、共犯の従属性あるいは身分犯論を基礎として、非身分者も身分犯に関与することが可能であるとする見解が多数である一方で、身分のない者は不処罰であるとする見解も存在した。つまり、構成的身分犯に関与した非身分者は不処罰であるとするこも、現行28条1項に相当する規定が存在しない1968年以前には可能であり、実際に解釈論上も少数ではあるが、主張されていたのである。

例えば、コーラーは、50条の適用領域は刑を加重、減輕するような一身的事情に制限される必要はなく、刑を基礎付けるような事情の場合にも適用される、と主張した。彼は、共犯独立性説の立場に立ち<sup>103)</sup>、刑を基礎付ける一身的事情を、構成要件上の法益の到達可能性に関わるものと、もっぱら正犯者の一身的關係を記述しているものとに区別した。前者には例えば強姦罪が該当し、これには女性であっても関与し得るとされるが、他方で、後者としては、例えば職務犯罪の際の公務員資格を挙げ、これを有していない者は共犯としても不可罰であるとしたのである<sup>104)</sup>。彼は「職務の本質は、公務員にのみ侵害可能な法益として対峙している……」<sup>105)</sup>と述べ、「職務犯罪の場合には、非公務員の、教唆も、幫助も、あるいは間接的な正犯も問題となり得ない……公務員たる資格は……通常の犯罪が職務犯罪へとなるためにも必要なのである。公務員たる資格は、例えば、そうでなければ犯罪とならないことを犯罪へと高めるためにも、必要なのである」<sup>106)</sup>と述べる。このように、彼は、構成要件において正

犯者の一身的関係が記述された犯罪である場合には、それを有していない共犯者には関わらないものであるとしたのであった。

また、拡張的正犯概念の立場から、オーストリアの刑法学者、レーダーによっても、ドイツ刑法に対して非身分者を不処罰とすべきであるという主張がなされた<sup>107)</sup>。すなわち、拡張的正犯概念を前提とすれば、何らかの方法で結果の到達に対し因果的となったその犯罪に対して、各々が正犯者であることになる。従って、犯行を直接的に実現した者だけではなくて、別の方法で構成要件実現に共働した者も正犯者となる。そこからレーダーは、「特定の犯罪を間接的な正犯者としては遂行し得ない者は、……その者が特別な刑罰威嚇の下に置かれていない限りで、各々の可罰的共働をその者自身ではそもそも為すことが出来ない」<sup>108)</sup>という帰結を引き出すのである。しかしながら、レーダーの論証は、拡張的(あるいは排他的)正犯概念が適切である、という前提に依拠しているが、この概念自体が批判されており<sup>109)</sup>、ドイツでは、従って、拡張的正犯概念に依拠して、正犯者の可罰性に必要な資格が欠けている者の不処罰を導くことは、説得力を持つものではないとされる<sup>110)</sup>。

しかしながら、彼の指摘は、通例、処罰範囲の拡大を帰結するとされる拡張的正犯概念が、身分犯の場合には、各人を正犯として扱うことによって、むしろ非身分者の不処罰という帰結を生じるということを明らかにする点で、示唆的である。事実、その後もドイツでは、拡張的正犯論を主張する者もいたが、身分犯の処罰が根拠付けられないことを理由に、新刑法典においても採用されなかったのである。

また、バムバッハは、身分犯の場合、法益侵害の禁止は、もっぱら当該身分犯に限定された人的領域に対してのみ置かれているとして、構成的身分犯への身分のない共犯者は不処罰であると主張した<sup>111)</sup>。彼も拡張的正犯概念を基礎にし、構成要件該当行為は自手的な実行にではなく、単に構成要件実現の惹起に存するとする。しかしながら、態度の違法性は、純粋な外部的態度の記述(特別義務侵害の惹起)として理解される構成要件の

実現からは生じない。犯罪の第二段階，すなわち違法性の段階において，ようやく，それ以前は完全に価値的に自由であるとみなされた行為についての，法的な評価が起こるとするのである。

そして，構成要件上，正犯者となり得る人格が限定されているものには，行為客体の到達可能性にのみ関係するものと，規範の名宛人の領域の制限を内容としているものとがある。前者には例えば，刑法旧172条（姦通罪：現在は削除）が挙げられる。独身者には刑法172条の旧規定による行為は，既婚者との共働においてのみ可能となるが，彼（独身者）に対しても，婚姻制度を侵害してはならないという命令は妥当している。つまり，この場合には，全ての法仲間（Rechtsgenossen）に対して宛てられている禁止が問題となっているのである。そこで，夫という地位は，構成要件段階では意味がある（行為客体の到達可能性）が，違法性の枠内ではもはやどんな役割も果たさない。というのも，この禁止は，夫としての地位に左右されずに，純粹に因果的に理解された構成要件遂行についての評価的基礎として，全ての者に対して妥当するからである<sup>112)</sup>。しかし，身分犯（規範の名宛人の領域を制限しているもの）の場合には事情は異なり，ここでも，構成要件実現のためには，例えば裁判官ではない者によって引き起こされた裁判官の枉法という結果の惹起で十分である。しかしながら，態度の評価については，枉法の禁止は裁判官でない者には関わっておらず，その者の構成要件実現は違法ではないために，この見解に従えば，身分のない共犯者は不処罰ということになる<sup>113)</sup>，とするのである。

しかしながら，このような彼の分類に対しては，身分犯の場合にも，行為客体は身分のない者にとって，直接的には到達可能ではないとされ<sup>114)</sup>，また更に，「刑法26条，27条から派生する禁止は，各則の構成要件における禁止とは異なるものである。……共犯行為は，特別の資格の欠如によっても，構成要件的に保護された法益への攻撃としてのその特徴を失わないのであり，このことをバムバッハも，彼が - 自身の体系に応じて - 各人の構成要件を実現したとみなす場合に，結果的に認めているのである」とし

て、構成要件に於いて内容とされている禁止が身分のない者に対しても妥当するかどうか、ということは重要とはされない、との批判がなされた<sup>115)</sup>。

また更に、「正犯者が一定の範囲に制限されているということ自体からそれへの共犯者の可罰性が制限されるものではない<sup>116)</sup>」という点も指摘された。すなわち、共犯の場合に、正犯を通じて惹起した結果が重要であるとするのであれば、身分犯の場合にも、身分者を通じた結果の惹起は共犯にとっても否定的なものとして評価されるべきではないか、とされるのである。

こうした上述の見解は、条文の文言通り、当該一身の要素を有することが、刑罰を基礎付けるものであるのか、あるいは刑罰を加重、減輕、阻却しているのか、つまり構成的・加減的身分犯という区別に従っていたが、次に見るような見解は、これとは異なる区分によって、身分犯への関与の問題を理解しようとする。

例えば、ビルクマイヤーは、共犯者はその可罰性を正犯から借用するという見解を採っていたことから、関与の時点でそれを認識している限り、刑を加重・減輕する要素であっても、共犯者にも帰属されるものとし、更には、50条は削除されるべきものであると主張した<sup>117)</sup>。また、コールラウシュも同様に、「正犯者による特別義務の侵害は、共犯者の判断にとっては決してどうでもよくはなく、その侵害が刑を基礎付けるのか、あるいは単に加重するに過ぎないのかがどうでもよいのである<sup>118)</sup>」として、刑を修正するような要素であっても共犯者に負わせねばならないとする。このように、彼らは、当該要素が刑を基礎付けるのか、あるいは刑を修正するものであるのかによって、一身の要素の取り扱いが異なることを認めない。ツィンマールは「法的に重要で、関与者の一身上にのみ存在するような、特別の資格または関係が、その者に対してのみ作用を及ぼすのか、あるいは全ての関与者に対して作用を及ぼすのか、という問題は、法の内容上の、つまり論理的・体系的性質のものである。その解決は、必然的に、



従属性問題の解決から明らかになる……」と述べ、刑を基礎付ける要素と修正する要素とを区分して、両者を異なって取り扱う見解を批判し、不法に関わる要素は常に従属的に各関与者に帰属され、責任に関する要素は一身的に作用すべきであるとした<sup>119)</sup>。この見解は、当該要素が不法に関するものである以上、その者がそれを有しているか否かにかかわらず、常に共犯者にも連带的に作用するという帰結を生じる<sup>120)</sup>。

ただ、ツィンマールのこの主張の後の1943年改正の50条1項において、各関与者の責任は独立して判断されるべきとされる、いわゆる制限従属性が導入されたものの、その後もこのような見解を採るものは稀であった<sup>121)</sup>。つまり、当該要素が不法に関するものであっても、これを理由として常に共犯者にも連帯して負わせるとするのは妥当ではないとされていたのである。このような背景には、ドイツにおいては、不法とはただ客観的なものであって、ゆえにすべての関与者間で等しいものである、との理解はされず、むしろ身分犯の問題において顕著にみられるように、関与者間においてもその評価が異なり得るものであるとの理解がなされていたことがある。

ただツィンマールの後、ピオターが彼と同様の見解を主張した<sup>122)</sup>。彼は、スイス刑法26条の解釈論として、犯罪の要素を物的な要素と一身的な要素とに分け、前者は法益の侵害や危殆化に関係するもので、それを有しない者にも影響するが、後者はそうしたものには関係せず、それを自身では実現しない共犯者には影響しないものであるとする。そして、ツィンマールと同様、刑を基礎付ける要素と刑を修正する要素という区別は不合理であるとし、刑をこの物的な要素と一身的な要素という区別は、そのような区別にかかわらず妥当しなければならないとしたのである<sup>123)</sup>。こうした見解は、その後、ドイツにおいては展開をみなかったが、隣国のオーストリアにおいて実際に立法化されていくことになる<sup>124)</sup>。

### (3) 総括

このように、学説の多くにおいても判例同様、非身分者は身分犯の正犯とはなれないが、身分者の行為を通じて共犯としてであれば身分犯への関与は可能である、との理解が一般的であった。つまり、現行28条1項に相当する規定が存在しなかった1968年以前の段階では、刑を基礎付けるような要素にも50条を準用することによって身分のない共犯者を不処罰とする、と主張することは、必ずしも不可能ではなかったにもかかわらず、ほとんどの見解は構成的身分犯に関与した非身分者も共犯者としては可罰的であると解していた。こうした取り扱いについての背後には、次のような思考が存在していた。つまり、身分犯への身分のない共犯の可能性を否定する、ということが現行法とは矛盾しないとしても、それは将来の法では否定されなければならない。なぜなら、身分犯への関与の際に50条2項(現行28条2項)を一般化すれば、構成的身分犯に関与した非身分者の不処罰ということになり、それは角を矯めて牛を殺すようなもの( *das Kind mit dem Bad ausschütten* ) となってしまいうだろう、とされたのである。というのも、疑いなく、刑罰威嚇の要請は、特別な領域( *Sondersphäre* ) の保護を、一般領域( *Gemeinsphäre* ) の面からの攻撃に対しても要求しているからである。つまり、構成的身分犯に共働した非身分者の態度は、法律上、決して中立的なものではないのである<sup>125)</sup>、と。そこで、上に見たように様々な観点から、構成的身分犯に関与した非身分者の可罰性を基礎付ける見解が主張されたのである。しかしながら、このように解した場合には、構成的身分犯に関与した者が、その者自身で一身的要素を有しない場合、加減的身分犯に関与した場合に比して不利に扱われることになる。そこで、非身分者の刑を減輕してこの不均衡を是正するという見解が、立法論としても、また実際の解釈論としても主張されていたのである。この場合、つまり、非身分者も保護法益を彼の側で侵害したのではあるが、彼に正犯者のような答責性の増大が欠けている場合には、特別な義務侵害が存在しないことによって刑罰が広範に軽減されるものと捉えられるとされ、したがっ

て、構成的身分犯に関与した非身分者も、当罰的ではあるけれども、身分のある者よりは軽く処罰されるべきである、と考えられたのである<sup>126)</sup>。そして現実にも、1871年のライヒ刑法典以降の刑法改正草案において、この、構成的身分犯と加減的身分犯への関与についての問題を解決するための提案がなされることになった。以下では、その展開を追っていくことにしたい<sup>127)</sup>。

### 第3節 ライヒ刑法典成立以降の草案における展開

#### (1) 1919年草案に至るまで

上述のように、フランス法の影響を大きく受けたプロイセン刑法典を始めとして、その他多くのラント法を参考にして成立したライヒ刑法典だったが、20世紀に入ると、刑法改正の必要性が新旧の学派争いを超えて一般に認められるものとなり、はやくも1909年には刑法改正の予備草案が提出された<sup>128)</sup>。この予備草案は、「従来の固有の共犯の種類、教唆と従犯を認めてその従属性を維持する」こととし、すべての共働者を正犯者として把握するという見解を退けた。というのも、すべての者を正犯とすれば、身分犯においては、身分のない共働者を処罰することが出来ないからである。そして共犯と身分に関しては、その80条において「刑罰を加重、減輕又は阻却する一身の資格または関係は、ただこの資格又は関係がある者についてのみ顧慮される」と規定がなされたが<sup>129)</sup>、これは従来の規定にあった加減的な一身の資格又は関係に、刑罰を阻却するような事由を追加したものであった。この規定について、草案の理由書によれば、実務に於いては、従来、「身分による刑罰阻却事由」について、50条に規定がないにもかかわらず、身分のある者についてだけ刑罰阻却の効果を持つものと判例上も取り扱われており<sup>130)</sup>、それを法律上明文化したものに過ぎないとの説明がなされている<sup>131)</sup>。しかしながら、この点、草案は、責任無能力者に対する共犯を可罰的であるとするために、この責任無能力について、責任阻却事由ではなく、刑罰阻却事由とすることを明らかにしている。つまり、

草案は、ここで、従来学説において、違法阻却事由、責任阻却事由と、教義の刑罰阻却事由とに区分されていたものを全て刑罰阻却事由とすることによって、正当防衛や責任無能力者の行為への共犯も可能であるとしたのである<sup>132)</sup>。それゆえ、草案の説明によれば、従来の刑罰阻却事由よりも広い範囲のものが認められていることになる。

また、ここでは、50条が「余計なものであり、誤解を招く」条文であるとして削除すべきとのビルクマイヤーの提案<sup>133)</sup>が「注目すべき学説」として引用されているものの、結局は認められなかった。それについて理由書は、「余計な事であることが認められるべきであるとしても、この条文は、その者に対しては刑法典を出来る限り理解させなければならない素人にとって、理解が容易となる」ために必要なものであるとの説明がされている。

この予備草案の共犯規定に対する批判がマックス・エルンスト・マイヤーによってなされたが<sup>134)</sup>、その中で彼は、「従属性は段階を付することが可能であり、それは、より弱く、あるいはより強くすることが出来る」として、かの有名な共犯の要素従属性の4つの形式に言及する。そして、「共犯の制限従属的及び極端従属形式……前者は草案において、後者は、刑法典において実現されている。正犯者の刑罰を加重或は減輕する一身的な資格を、共犯者に帰属しようとする場合には、さらに強い従属性が存在するだろう。そこまでには、刑法典は、周知のように至らなかった」と述べ、このことは、加減的身分にのみ一身専属性を認めたこの50条の規定から認められるというのである。すなわち、50条で規定されていない刑罰を阻却、基礎付ける身分については、正犯に存在する限りは共犯者にもその効果が及ぶものとされ<sup>135)</sup>、行為の犯罪性を失わせる責任阻却事由と違法阻却事由にもこれが妥当することから、従来、責任無能力者への共犯は成立しないものとされてきた。しかしながら、彼は、予備草案が80条によって刑罰阻却事由に責任阻却事由も含むと解されることにより、「共犯の極端従属の形象を、制限従属性の形象と置き換えている」とする。つまり、

彼は、草案における刑罰を阻却する一身的資格および関係について、「第一には、全ての刑罰阻却事由、つまり、特に、責任無能力、刑事未成年……錯誤、上官の違法命令、第二に……全ての一身的刑罰阻却事由及び若干の刑罰消滅事由が属す」ものとし、このことから、彼は、責任無能力者に加担した場合であっても共犯の成立が認められるとしたのである。このように、共犯の従属性に段階を付すことによって、共犯の成立に正犯の責任を必要としないとすることが理論的に基礎付けられることとなったが、その際に契機とされたのが50条であった。そして、マイヤー自身は、50条に規定されていない刑罰を基礎付ける事情については、次のように述べている。「50条の反面並びに共犯の従属性に相当するように、この特別の資格は共犯に帰責される（例えば枉法の共犯・336条）。しかしながら、この場合、従犯の領域は著しく拡張されざるを得ない。というのも、特別の資格を欠いている共犯の実行態様は、これを共同正犯として処罰することが出来ないからである……一身上の資格が欠けている以上は、実行の概念に該当しない……」<sup>136)</sup>。彼はこのようにして、50条の反対解釈から、非身分者にも身分の効果も帰属されるとするが、その処罰は、従犯として可能であると<sup>137)</sup>。また、彼は、例えば真正公務員犯罪の事例において、公務員が非身分者を利用した場合、身分者を間接正犯とし、他方で、逆に非身分者が身分者を利用した場合について、非身分者は「公務員の仲介的態様によっても正犯たりうるものではない」とし、身分者のみが正犯たりうると述べる<sup>138)</sup>。

こうした議論を経て、さらに学者及び実務家の代表からなる大委員会によって、1913年草案が公にされたが、こうした作業は、第一次世界大戦によって中断され、その後、この13年草案を基礎として発表されたのが1919年草案である。身分犯への共犯についての規定は次の通りである<sup>139)</sup>。

30条 1項「特別な資格又は関係が刑罰を基礎付けることを法規が定めるときは、間接正犯・教唆犯および従犯は、たとえこれらの事情が自身

につき存在しないときも罰される<sup>140)</sup>。ただし、間接正犯・教唆犯の刑は減輕することが出来る ( 111条 )」

2 項「法規が、特別な資格又は関係が刑罰を加重・減輕又は阻却すると定めるときは、それらはただその存する者についてだけ適用される」

この草案の理由書<sup>141)</sup>は、1 項について、以下のように説明する。「これら全ての身分犯については、もしその身分が直接の行為者にあつて間接正犯になく、または正犯にあつて教唆犯、従犯にない場合にはどう取り扱うべきかについて、現行法に明文を欠いている。……草案はこの不安定を終らせた。しかも、ライヒ裁判所の判例に従い、問題を原則的に決定して、間接正犯・教唆犯・従犯は、身分がそれらの者につき存しなくても罰されることにしたのである」と述べ、構成的身分犯への関与を明文上可罰的とすることが明らかにされている。さらに、減輕を設けた点については、「特定の義務範囲に対する刑罰規定を、その義務範囲に服しない者にも何らの変更なしに適用することは不当に酷過ぎることがある。草案はそのため、間接正犯・教唆犯の刑を、これらの場合には従犯の減輕と同じ原則により減輕することを認めた」ものであるとして、非身分者は可罰的とはされるものの、身分者と同等に処罰することは必ずしも妥当ではなく、したがって、上述の学説にもみられるように、刑を減輕することでこの点を調整しようとしたのである。

ヒッペルは草案のこの規定を評して次のように述べる。

「2 項は、明らかなように、今日の50条に相当するものである。……新しく、そして重要であるのは、刑法委員会が詳細な審議によって、ほとんど満場一致で決議した1 項である。この規定は、圧倒的見解の意味における、いわゆる身分犯への共犯の、今日の論争問題を決定するものである。この種の重要な実務的問題におけるこの争いが、刑法の一般理論を規定しようとする法規によって決定されねばならなかった、ということは、私には明らかであると思われる。当該決定は、本

質的に正当であり、刑事政策的に合目的であると見なされる。この決定は学問的に正当である。なぜなら、間接正犯者、教唆者、幫助者は、法規がその到達を阻止しようとする結果を、故意に共同惹起したからである。彼が、結果を、物理的な正犯者として、実行行為の一身的な遂行において引き起こし得ない、ということは、こうした事実を何ら変更するものではない。故意の惹起の事実から、同時に、処罰への実務上の要請が生じる。しかし、草案が、その際に教唆者と間接正犯者に対し、そうでなければ幫助者にのみ適用されるような111条の一般規定による刑の減輕を認めた、ということは非常に合目的である。それによって、今日存在する過酷さ、例えば、非公務員あるいは民間人が、公務員あるいは軍人に対して置かれた法定刑に従って扱われねばならないということが回避されるのである<sup>142)</sup>

ヒッペルは、上述のように、身分犯の特殊性とは、構成要件において特徴付けられている人格のみが当該犯罪を物理的な正犯者として遂行し得るという点にある、として、非身分者による間接正犯も可能であるとしていた<sup>143)</sup>。しかし、やはり彼も、構成的身分犯へ関与した非身分者は、当該結果を引き起こしたことを理由として可罰的であるとは見なしているものの、身分のない者を正犯者と同様に処罰するということは酷であると認めていたのであって、従って刑を減輕するという方法によってこのような過酷な帰結を回避するとした草案の結論を評価している。

このように、非身分者の刑を減輕するという方法は、立法技術的にもこの時点で既に認められていたものであった。この流れはその後の草案にも受け継がれていくことになる。

同時期に、隣国オーストリアでも、ドイツとの統一的な刑法典の創設が望ましいとされ、ドイツ19年草案に対する対案が作成された。この両者を統合しようとしたのが1922年に時の司法大臣ラートブルフによって作成された、いわゆるラートブルフ草案である<sup>144)</sup>が、ここでもやはり、身分犯へ関与した者については19年草案と同様の内容の法規が規定されてい

た<sup>145)</sup>。ただ、ここでは、19年草案とは異なり、間接正犯の概念が教唆の中に包摂された(25条)<sup>146)</sup>。このように、構成的身分犯の事例についても立法上明確化しようとの流れはその後も続いていくことになる。

## (2) 1930年草案まで

### 1 1925年草案

1925年、政府によって出された最初の公的な改正草案が「一般ドイツ刑法草案(Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs)」であり、この草案の共犯と身分に関する規定は、以下のような内容であった。

28条1項「特別の資格又は関係が行為の可罰性を基礎付けるときには、この事情が教唆者若しくは幫助者又は正犯者に存在する場合には、教唆者及び幫助者を処罰する。教唆者にこうした事情が存在しない場合には、その刑を減輕することが出来る(72条)」

2項「特別の資格又は関係が刑を加重、減輕、若しくは阻却する旨を法規が規定している場合には、そうした事情の存在する正犯者、共犯者、若しくは幫助者に対してのみ、その法規を適用する」

このように、この草案においてもやはり上述の1919年草案と同様の変化が認められている。理由書によれば<sup>147)</sup>、2項で刑を阻却するような資格又は関係にまで広げられたのは、従来判例・通説に従ったものであるとされ<sup>148)</sup>、さらに、構成的身分犯への関与した場合の規定である1項については、次のような詳細な理由付けがなされている。

「ある特定の人しか犯し得ない犯罪がある。枉法(126条)はただ法律適用の権限ある公務員のみが、私的秘密の漏泄(239条)はただ一定職業の従事者だけが犯し得る。従来、この種の『身分犯』につき、その身分がないために正犯として犯し得ない人も、その教唆・幫助として罰され得るかは争われていた。通説は現在でも現行法下においてこれを肯定しており、草案はこの見解を法の中に明瞭に認めようとするのである」。このように、



従来の理由付けと同様の根拠が見いだされる。

そして、「これは、現行刑法典の狭義の共犯、すなわち責任能力者の故意の行為への教唆・幫助にだけ当てはまるのではなく、草案の意味する共犯の全範囲に、すなわち、従来、間接正犯とみられた場合にも当てはまる<sup>149)</sup>。従って、28条の規定により、公務員を欺罔し、他人の利益を害して職務上の秘密を漏らすに至らせ（133条）、またはその他の構成的身分犯を行わせた非公務員も（共犯として）処罰される」として、非身分者の可罰性を肯定する。ただ、「身分犯を特色付ける特別の素質または関係が正犯者にだけあって教唆犯にないときは、教唆犯の刑は72条により減輕できる。幫助については減輕は常に許されているので、特に触れる必要はない」として、やはり減輕の可能性を認めるのである。

このように、25年草案においては、「非公務員による公務員犯罪の間接的実行、あるいは起因者が道具となる者の責任能力について錯誤に陥っている場合」に、非公務員を無罪とすることも、公務員と同じ刑を科すことも妥当ではないとされ、「多くの犯罪において必要とされる構成要件を超過する特別な目的、例えば窃盗の際の領得目的を欠き、または行為の可罰性が依存している被害法益に対する特別の関係、あるいは一般に特別な素質または知識を欠く（したがって正犯として処罰されない）場合」について、従来は間接正犯の概念を用いて処罰されるとしてきたが、本草案においてはこれを「一部は28条1項により、一部はその種の特別刑罰規定を適切に拡張することによって無用なものとした」というのである<sup>150)</sup>。例えば、従来、自らが領得目的について、「自己又は第三者に利得させる目的で」と規定することによって、従来、目的なき故意ある道具として扱われてきた事例も把握できるとする。

さらに、ここでは逆に、身分者が非身分者を利用する場合についても触れられ、「職権のある公務員が真正職務犯罪を非公務員に実行させた場合……従来の見解は、この場合を間接正犯という擬制によって処理し得たに過ぎない。実行者に故意があれば故意ある道具と呼ばれた。しかし、草案

の拡張された共犯概念にとっては、この形象は無用である。法律において……彼ら自身が行為を行う場合だけではなく、身分がなく、自らは可罰的でない他者に、ただこの行為を為すよう教唆しあるいは行為の際に幫助しただけの時も同じといえは良い<sup>151)</sup>とする。すなわち、「法律上の無に対する『教唆』および『従犯』として処罰されるということ、つまり全く可罰的行為類型に該当しない行為に対する教唆と幫助が存在する」こと、いわゆる正犯なき共犯を認めるのである。この場合には「実行者の一身上に特別な素質または関係がないことにより、それが法律上無関係な行為(違法でない行為)にならないことが前提とされている<sup>152)</sup>」からである。

例えばブルンスは、「惹起された行為が少なくとも自ら違法であり、法定の可罰的違法類型にいくらか該当しており、起因者自身について存在する主観的違法要素と結び付いて一つの完全な違法類型を構成する<sup>153)</sup>」ことで十分であるとする<sup>154)</sup>。しかしながら、このように従来間接正犯とされてきたものを共犯に解消するという試みは、学説上批判され、むしろこのような場合には従来のように間接正犯を認めるべきとの主張がなされたのである<sup>155)</sup>。

## 2 1927年草案

この1925年草案は、さらに帝国参議院に送付され、これが討議されたものが1927年草案である。1925年草案における28条は32条となった<sup>156)</sup>。

ツィンマールは、この32条が「草案全体でもっとも誤った条項」であるとして批判したが、その理由は以下のようなものであった<sup>157)</sup>。

彼は、「共犯者は、彼の不法内容を、正犯行為の不法内容から引き出す」がゆえに、犯行の不法に関係する要素が問題となっている限りで、それが正犯者に存在する限り、共犯者にも帰属されるということは全く正当であり、そこから、正犯行為の要素が不法に関する限りにおいて、それは共犯にも作用するものであるとする。これに対して、逆の事例、つまり「そうした要素が彼にしか存在しない場合に、共犯者に帰属される、ということ

は不当である。というのも、正犯行為が不法ではない場合、共犯も、少なくとも、それが単なる共犯であり、そして同時に、結果との関係で独立した実行行為ではない限りで、あり得ない」からである。

しかしながら、草案においては、上述のように、共犯者の一身にのみ身分が存在する場合にも身分犯が成立しうるとして、正犯なき共犯が認められた。これにつき、彼ツインマールは次のような事例を挙げる。

「ある医者が、偶然、どこか別の場所から、患者の秘密を知った彼の妻に、そのことを更に喋るよう教唆する。しかし今や、この事例で、正犯行為はそもそも不法ではなく、そしてそれゆえ、共犯もあり得ない、ということは明らかである。この医者は全く不法に行為しておらず、そしてそれゆえ、彼を処罰することは不当である。」

しかしながら、草案においては、「正犯行為は不法ではない」にもかかわらず、背後者である医師に秘密漏洩が認められるとされた。「このような当罰的ではない事例を処罰しうる為に、草案の文言は、それが全く馬鹿げたことであると思われるような事例における可罰性を認めている。AがBに、Aの娘と性交するよう教唆した場合、32条の文言によれば、Aは、近親相姦の教唆を理由として処罰される。理由書は……彼の不処罰を独立のものとして評価しようと試みた。そして、このことは、彼の妻に、彼女が知ることになった秘密を更に喋ることよう教唆した医者の当罰性がそれに基づいて生じるのと同じの側面によって、そもそも、こうした事例においても、正犯行為は違法ではない、ということを知らなくても、生じるのである！」

このように、彼は、共犯者の一身にも身分が存在する限り身分犯が成立するとする草案について、このような規定は、例えば上述の事例のように、正犯行為が違法ではないにもかかわらず、共犯を可罰的とするものであって、不当であるとする。また、彼はさらに、構成的・加減的身分犯という区分を認めた点についても以下のように批判する。

「(32条は)可罰性を基礎付けるような事情と、刑の重さを変更するよ

うな事情とを区分する。このような区分は、既に、完全に不可能で、体系的ではない。というのも、一方で、それによって、犯行の不法に影響するような要素（例えば公務員資格のような）が責任に関係するような要素（例えば、職業性や常習性のような）と共に一緒にごちゃまぜにされ、他方で、同一の要素が、一旦は可罰性を根拠付け、また逆に、可罰性を単に加重し得ることになる」と指摘する。

つまり、上述のように、彼は、不法に関係するものであれば共犯者にも帰属されるものであると考えており、他方で、責任に関係するものであるならば、その要素が存在する者についてのみ考慮されると考えていたゆえに、構成的・加減的という区分を設ける草案の規定は不当なものであると考えたのである。このような違法・責任という区分に従って身分犯の問題を処理しようとの提案は、ドイツにおいてはその後の草案でも実現されることはなかったが、彼の母国、オーストリアにおいて、戦後、現行規定として実現されることとなった<sup>158)</sup>。

こうした批判が存在しながらも、この草案は政府によって帝国衆議院に提出され、そして1928年から1930年までの衆議院の刑法委員会が第一読会で完成させたのが、1930年草案である。身分犯への共犯についての規定は、25年草案と全く同一である。しかしながらこの草案自体が議会を通過せずそのまま頓挫したために、この規定も結局、立法化されることなく終わった。

このように、1930年草案に至るまでには、従来、処罰の間隙を埋める補充概念と捉えられてきた間接正犯の概念が実定法上のものとして一旦認められるものの、その後は、むしろ間接正犯を狭義の共犯に解消するという方向が目指されることとなった。しかし、これは同時に、身分者が非身分者を利用した場合にも、身分者に身分犯の共犯が成立する、とすることによって、正犯なき共犯を承認するという事態を招来し、批判を受けることとなった。また、共犯の構成的身分犯に関与した非身分者が可罰的ではあるがその刑は非身分者とは異なって評価されるべきであるとの見解は、

1919年草案以来、常に主張され、また、学説の多くの見解においても認められてきたものであるが、実際に立法化に至るまでには様々な困難が存在したのである。

### （3） 拡張的正犯論の影響

このように草案は共犯規定の存在を前提とした上で、身分犯への共犯の問題を処理することとしたが、他方で、1930年以降、構成要件実現に条件を与えた者はみな構成要件該当行為を為した者であり、特別の規定がない限り正犯とされるという、いわゆる拡張的正犯論が主張されるに至る。

従来、責任能力のない者を利用する間接正犯は、いわゆる道具理論によって根拠付けられていた。例えば、M. E. マイヤーは、「法律上の理由から正犯者たり得ない人によって、ある法定構成要件を実現させた者は、正犯者として処罰され、間接正犯（あるいは知的起因者）と呼ばれる」とし、身分犯の事例において、身分者が故意のある非身分者を利用した場合に間接正犯を認め、また、「農夫の言いつけによって、使用人が他人の鶏をその農夫の家の庭に追い込む」場合にも、この使用人には領得目的がなかったとして、むしろ農夫が正犯であるとした<sup>159)</sup>。しかしながらこのように、身分ないしは目的なき故意ある道具を利用する事例が問題となるこうした事例についても道具理論によって基礎付けられるかどうかは、疑問であるとされた<sup>160)</sup>。したがって、例えばフランクは、後者の目的なき故意ある道具の事例について、自ら領得目的を欠く者は窃盗の正犯者たり得ず、背後者による横領罪の従犯となるとしたのである<sup>161)</sup>。

こうした場合を有効に根拠付け得るものとして主張されたのが、この拡張的正犯論であった。その代表的論者、エバハルト・シュミット<sup>162)</sup>は、因果性を基礎にして正犯・共犯を区分し、間接正犯は結果犯についてのみ可能であり、拳動犯については排除されるとするフランクの見解を検討し、これを批判した上で、次のように結論付ける。

「ある態度が一定の身体的運動から構成され、ある一定の外部的経過

を辿って、一定の形式において実現することが重要なのではなく、『犯罪実現』として評価されうること、そしてそのようなものとして一定の利益侵害を示すことが重要なのである。『正犯』という刑法上の反価値評価、及びそこから生じる刑法的責任は、それゆえ原則的に、そのような構成要件該当の利益侵害が帰属されるべき各人に関係させられなければならない。その者の態度がどのような外部的性質を示すのかは、どうでも良い。『犯罪の実現化』、構成要件実現、利益侵害  
これらが、正犯概念の決定にとって法律的な指標となるのである。これは、特別の共犯者概念の創設にとっても基礎とされうる<sup>163)</sup>。

このように述べ、彼は、窃盗の目的を欠く故意ある道具を利用する者の事例について「今や違法な領得目的を備えた背後者が、奪取者に、奪取と、奪取された物を彼自身に渡すよう決定付けた (bestimmen) 場合、背後者を242条の間接正犯とみなすことには、異議は存在しない。というのも、背後者によってもたらされた242条の客観的な構成要件の実現は、彼自身にとっては、類型的な窃盗目的も、主観的不法要素として彼に属するので、242条の意味において違法であるとされるからである」として、背後者の間接正犯を承認する。また、身分なき故意ある道具の場合についても同様に、身分者に間接正犯が成立するとする<sup>164)</sup>。このようにして、Eb. シュミットは、「全ての犯罪は、間接正犯形態で実行可能である」とするのである<sup>165)</sup>。また、メツガーも、「正犯者とは、その態度が教唆または幫助として現れない限り、自己の行為によって構成要件の実現を惹起したものである」とした<sup>166)</sup>。

さらに、この拡張的正犯論は、正犯の背後に、過失の正犯を認めるとした当時のBGHの判例を有効に説明できるものとして評価された<sup>167)</sup>。また、これは当時の規範的・目的論的構成方法の適用として主張されたことから、多くの賛同者を得ることとなり、ナチス刑法にも影響を与えることとなった<sup>168)</sup>。

その基礎となったプロイセン司法大臣の Denkschrift<sup>169)</sup> では、「刑罰を

科せられた行為を実行し、またはその実行に共働する者は処罰される」とされたが、これについては以下のような理由が挙げられた。「可罰的行為に対する一切の共働はすべて等しく国民共同体の脅威である。したがって、従犯が一般に正犯・教唆よりも軽く処罰されるべきで、場合によっては処罰されないことさえあるという現行法や諸草案に定められた原則は正当ではない。可罰的行為に対する共働の方法及び範囲は、ただ刑の量定の際にのみ考慮されるべきである」。このような提案は、その後、ドイツ法アカデミーの Denkschrift にも採用され、そこでも「可罰的行為の実現に条件を与えたすべての共働者は、直接的にその者が惹起した結果に関係し、しかもその者の責任の程度に応じて処罰されるべきである」<sup>170)</sup>と、拡張的正犯概念を採用することが明らかにされている。

そのような中、政府の刑法改正委員会の討議では、以下のような提案が決議された。

b条「ある行為の可罰性が、特別の資格または関係に根拠付けられるときは、関与者の一人にその資格または関係が存在すれば、関与者全員  
の処罰にとって十分である。その資格または関係のない者に対しては、  
その刑を減輕することができる」

ここでは、その前条 a 条によれば「各関与者の可罰性は他の関与者の可罰性とは独立とする」とされているにもかかわらず、その者の一身上における身分の有無に関わらず、関与者を処罰できるものとしている。ここで前提とされている拡張的正犯論を基礎とし、各人が正犯であるとすれば、その各々が正犯として他の関与者からは独立する存在とされる。従って、その理論的帰結として、身分犯の場合には、当該身分を有しない者は本来正犯とはなり得ないものである。しかし、このような b 条を設けることによって、身分犯への共犯も可能であるとされることになった<sup>171)</sup>。また、こうした展開の中で、拡張的正犯論の主張者らによっても、身分犯や拳動犯の場合には、非身分者、非拳動者を処罰するための共犯規定が刑罰拡張

事由として必要であるとされた<sup>172)</sup>。

この法規もやはり実際に立法化されるには至らなかったが、こうした展開にみられるように、関与者全員を正犯であるとしながらも非身分者にも身分犯としての処罰が可能であるという考えは、その後の秩序違反法に影響を与えることとなる。

その後、1943年5月29日の刑法調整令によって、1909年の予備草案以来予定されていた、各関与者の責任の独立性に言及した規定がようやく新50条1項として採用されるに至った。これは一般に、共犯の要素従属性に関して制限従属性を認めたものであるとされている。そしてこの改正に伴い、従来の50条本文が2項に移行し、更に、2項における一身的要素の個別作用が、刑を阻却する資格又は関係にもその範囲が広げられる<sup>173)</sup>等の点についても改正がなされた<sup>174)</sup>。条文の文言は以下の通りである。

第50条1項「行為に数人が関与している場合、各人は他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に従って処罰される」

2項「特別な一身的資格または関係が、刑罰を加重、減輕または阻却する、ということを法規が規定している場合、その法規は、それが存在する正犯または共犯に対してのみ適用される」

上述のように、この改正においては、その1項によって、共犯の成立には正犯行為の有責性を要しない、すなわち、いわゆる制限従属形式を導入したものである(ただ、この反面、非故意行為に対する共犯は可能であるか、という問題を生じた)<sup>175)</sup>。他に、2項においても細かい点での改正はなされたが、実質的な変更を含むものではなかったとされる<sup>176)</sup>。

この1943年の改正を経て、さらに、現在の規定へと至ることになるが、現在の規定の原型は62年草案の段階で既に決定されていたものであるため、現在の規定を考察するにあたっては、この草案成立までの議論が重要な意義を有することになる。従って以下では特に、現在の28条1項に相当する規定を巡る議論を中心として、62年草案成立に至るまでの過程について考



察していくことにする。

#### 第四節 第二次世界大戦後の改正の動向

1953年、当時の連邦司法大臣デーラーは刑法の大改正に着手することを決意し、刑法改正上の原則的な問題について、ドイツの刑法学者に意見を提出させ、フライブルクのマックス・ブランク国際刑法研究所に、広範な比較法的研究を行わせた。さらに翌年の1954年、デーラーの後任者、ノイマイヤーによって刑法大委員会が招集され、将来の草案のための協議がなされることとなった<sup>177)</sup>。

##### (1) ガラスの見解

刑法学者の参考意見で、正犯と共犯について意見を出したのはガラスである。彼はまず、次のように述べる<sup>178)</sup>。

「真正公務員犯罪は公務員のみが<sup>179)</sup>……正犯者たり得る。このことは拡張的正犯概念の主張者も認めているが、その立場からは解明できない。というのも、当該構成要件により保護される法益の侵害への因果的寄与は、直接的に行為する公務員・医師等を行為へと誘致した『非身分者』もなししている。だが、……『非身分者』は正犯ではあり得ず、従って、犯罪行為を自己のものとして欲することは出来ない。なぜなら、彼は、当該構成要件が行為者の一身上に前提としている特別義務の担い手でないか、特別の資格を備えていないからである」として、身分犯の場合には、非身分者はそのままでは可罰的ではないとされ、「彼をも可罰的にさせるためには、可罰性をこのような構成要件の禁止にそれ自体入らない、外部者の共働に広げる、特別の規範を要する<sup>180)</sup>とする。

彼はこのように述べ、非身分者による身分犯への共働は、拡張的正犯概念を採用する立場からは説明できないことを主張した。そして、因果的共働のみを理由として各人が正犯であるとする見解に対しては、「なるほど、立法者は、非身分者……をもその構成要件実現への因果的共働を理由とし

て正犯と見なすことは出来るだろう。だが、それによって、正犯概念の統一は見せかけに救われたに過ぎない。というのも、非身分者らの共働は、それ自体からして可罰的・不法なものではなくて、単に『本来の』正犯の行為に依拠するが故に、可罰的・不法であるだろうからである。公務員の関与をなくしては真正公務員犯罪への非公務員の共働は考えられないだろう……」<sup>181)</sup>と述べ、ここでは、身分犯の存在が単なる因果的寄与によって説明され得ないものであるということ、つまり、非身分者は、特別義務の担い手でないがゆえに、自ら身分犯を正犯としては犯し得えず、身分者との共働によってのみ可罰的とされ得るものであるとされている。このような主張は、不法が客体的なものであり、それゆえ、すべての関与者に対して等しく妥当する、という見解を否定し、不法も、関与者ごとに異なりうるものであるという理解が前提とされている。

そして、要素が刑を加重、減輕、阻却する場合に身分が個別化されるとする規定(1943年改正以降の50条2項)については次のように説明する。

「共犯はそれ自体によって違法なものではなく、その不法の実質は恐らく他人の不法の促進により取得するのであり、従って、従属性を破ること(Durchbrechung)は不法の領域では停止しなければならない、と言う事が出来るかもしれない。もっとも、このことには、不法の一身的要素にまで妥当するものではないこと、少なくとも、付加的な不法の実質が特に人格と結び付く義務的地位に基づく場合には、共犯者間の不法の区分が可能であることが反論される」と述べ、身分犯の場合には、そうした身分のない者と身分者とは、その違法性は異なりうる事が主張される。

「……更に、他人の義務侵害への意識的な共働が、共犯者の非身分性から生じる、当罰性についてのマイナスを相殺するかどうかは疑わしいものであり得るだろう。しかしながら、おそらく、特別な義務者の地位の一身専属的な性質とそこから生じる結合が、身分者の態度と非身分者態度との質的な相違を基礎付け、その結果、後者を単に基本犯

を理由として処罰するが、彼の義務侵害への関与は、刑の量定における加重によって考慮する、と言わねばならないだろう……」

このように述べ、共犯がその不法を、正犯の不法の促進から取得するものだとしても、一身的な要素については、その者自身と結び付いたものであって、そうした要素によって刑が加重された犯罪（いわゆる加減的身分犯）に関与した場合であっても、非身分者の行為は身分者の行為とは質的に異なるものであって、関与者毎に異なって判断がなされ得るものであるとの理解がなされている。従って、刑を修正する要素が各関与者毎に個別的に判断されるとする当時の50条2項（現行28条2項）は妥当なものであるとし、これを維持するとした上で、次のような問題に言及する。

「もし、ここに提案したような意味で解決されるならば、恐らく、今日、法規が刑を基礎付ける身分の場合に、共犯者にこの身分がないことを無視しており、従って、不真正公務員犯罪の共犯は、真正公務員犯罪の共犯に比べて特権化されている点に存する矛盾もまた、解消されなければならないだろう<sup>182)</sup>。

すなわち、加減的身分犯における一身的事情の個別的作用を認める規定を従来通り維持するのであれば、構成的身分犯への関与の規定が立法上存在せず、ゆえに従来は正犯と同じ法定刑によって処罰され、結果的に、構成的身分犯に関与した方が、もともと可罰的とされる加減的身分犯に関与した場合よりも、非身分者にとって不利に取り扱われていることについて、これを法律上、規定しなければならないとするのである。

「……1913年草案以来の諸草案は、この道を辿った。その際、特別の義務的地位の場合のように、不法を基礎付ける要素が問題となる限りでは、若干の草案の異なった立場にもかかわらず、このような要素は正犯者の一身に存しなればならず、従って共犯にそれが欠ける場合だけが法律の規定の対象になり得ることは疑い得ない。……共犯者について身分が欠如しているということを考慮するのは、刑の減輕という方法でのみなされ得るだろう。その際、教唆者には任意的な、幫助者には（この者に対しここで

は「原則として」刑の減輕が提案されている!) 必要的減輕をするのが、合目的である。これは教唆犯に関する限り、諸草案の示す解決と一致する<sup>183)</sup>と述べるのである。

ガラスは、こうして、加減的身分犯の場合に当該身分の一身的效果を維持すること、刑を基礎付ける要素の場合についても規定を創設することが必要である<sup>184)</sup>とし、また、その場合、構成的身分犯に関与した非身分者の刑を減輕するべきであるとし、これらが従来草案の流れを引き継いだものであることを確認している。そして彼は最終的に、次のような規定を立法として提案するのである。

f 条「法規が、可罰性を依存させているような特別の一身の要素が共犯者に存在しない場合には、教唆者の刑は減輕することが出来、幫助者は減輕する」

「特別の一身の要素が可罰性を加重、減輕、阻却する旨を法規が規定している場合には、これはそうした要素が存在する正犯者或いは共犯者にのみ適用される」

このようにして、従来草案と同様、構成的身分犯に関与した非身分者は可罰的であるとはされるが、その場合、非身分者の刑を減輕することによって、従来問題とされてきた非身分者に不利益となる点を斟酌する、という方法を提案したのであった。

## (2) 刑法大委員会における議論

更に、翌年の1954年に組織された刑法大委員会における、専門委員会での会議において、詳細な議論が展開された<sup>185)</sup>。

1955年2月3日の第16会議のテーマは正犯と共犯とについてであった。議論に先立ち、ガラスと、フランクフルト高等裁判所のカール・シェーファーによる報告がなされた<sup>186)</sup>。

ガラスの立法提案は上記と同様である<sup>187)</sup>。そして、彼は、会議での報

告において、減輕、或いは阻却するような特別な資格または關係に、一時的な心情要素（例えば謀殺の際の低劣な動機等）も含まれるべきであるとして、『特別の一身の要素』という文言を使用することを提案した後、次のように述べる<sup>188)</sup>。

「……刑法改正の議論の枠内で繰り返し問われていた問題は、実務によっても学説によっても認められている、特別の義務的地位を理由とした、刑の加重への50条2項の適用可能性について、将来的に、どの程度維持する方がよいのか、というものである。我々は将来的にも、例えば職務資格が基本犯罪を加重するようなところでは、公務員が職務犯罪から、それに対して共犯者は一般的な基本犯から低く処罰される、ということに固執するべきなのだろうか。こうした解決に不利な一定の理由、とりわけ、他人の義務侵害を教唆する者、あるいはこうした義務侵害の際に協働する者は、この特別の義務侵害の不法内容にも関与するのである、という思考が存在し、従って、その限りでは、本来どんな刑の減輕も得られないだろう」

つまり、ここでは、身分犯に関与した者は義務侵害に関与したとされるにもかかわらず、50条2項に従えば、加減的身分犯に関与した非身分者については一身の要素のないことが斟酌される、ということはそもそも維持されるべきなのか、つまり、将来的にも、加減的身分犯の場合に身分の一身的作用を認めることが妥当であるのか、という問題が提起されている。これについて、彼はさらに次のように述べ、この問いを肯定する。

「しかし私は次のように考えたい。すなわち、自己の一身専属的な（höchstpersönlichen）義務の侵害は、常に、当罰性の追加的要素を含んでおり、その結果、従って、共犯者と正犯者との異なる取り扱いは、やはり十分に正当化されるのである、と」

このようにして、ガラスは、前述の意見で述べていたのと同じく、50条2項を将来的にも維持されるものと確認するのである。そして、構成的身分犯へ関与した場合の取り扱いについては、以下のように述べる。

「資格、とりわけ公務員資格が刑を基礎付ける場合に、共犯者が特権化されていない、という点にある不公正が取り除かれねばならない。既に昔から、草案の中に何度も、そうした義務要素の刑を基礎付けるような性質の事例において、そうした特別の資格を欠く者に対し、任意的な減軽を規定するという提案がなされていたのである。公務員犯罪等への50条2項の適用可能性が固持されるべきであるならば、このことは、私には正しく、不可避なものであると思われる。」

また、ここでは同時に、「正犯者については資格が常に存在しなければならない、ということが強調されるべきである」として、あくまで正犯者に身分がなければならないこと、つまりかつての草案で認められた正犯なき共犯を否定した上で<sup>189)</sup>、幫助の減軽規定については、「私がf条の2項に於いて幫助者の処罰の際に規定した『……減軽され得る』ということは、幫助者に対して規定の減軽を予期していた、ということからの帰結である……幫助の際の旧規定を維持するならば、ここでは幫助の特別な取り扱いをそもそも断念することが出来、教唆の規定に限定することが出来る」として、非身分者が幫助とされる場合の減軽規定の有無を解説している。

このように、ガラスは、加減的身分犯における身分の個別的作用について、「一身専属的な義務侵害」が当罰性の追加的要素となるとし、ゆえに身分者と非身分者でその作用が異なり得ることが正当化されるものであるとする。彼は、身分犯の場合、その侵害は因果的な法益侵害に尽きるものではなく、したがって、身分者が非身分者よりも重く処罰されることが適切であり、ゆえに、構成的身分犯においても、非身分者は共犯にしかなり得ず、また、その刑を減軽することが適切であるとするのである。

ガラスの発言の後、シェーファーが続いて報告した。まず、彼の提案は次のようなものであった<sup>190)</sup>。

#### e 条

(1) 「特別の一身的資格、関係、又は事情が、刑を加重、減軽、又は阻

却する場合には、このことは、それが存在する正犯者又は共犯者にのみ適用される」

- (2)「その特別の一身的要素が可罰性を基礎付けることを法規が定めるとき、それが存在しない教唆者の刑は、§ .....に従い、減輕することができる」

彼は、身分犯への関与の規定に関し、まず、1927年草案について以下のように述べる。

「1927年草案の32条1項.....ではまず第一に、身分犯（Sonderdelikte）への共犯の可罰性を規定することが重要であった。公務員に本来の職務犯罪を教唆し、あるいはその場合に公務員を支援するような非公務員は、通説によれば、正犯行為者に適用される刑罰威嚇から処罰され得る。このことを草案は法律化しようとし、同時に、従来存在しなかった、教唆する非公務員の減輕された処罰の可能性を開いたのである。しかし幫助に対しては、対応する規定は余計なものである。なぜなら、彼はいづれにしても減輕して処罰され得るとされるからである」

更に、身分者が共犯として非身分者を介した場合についても27年草案が規定していたことが指摘される。かつて27年草案は、「職務担当者が、そもそもそれが可能である限りで、真正公務員犯罪を、職務担当者でない者によって唆したり、または医者や弁護士が、そうした職に就いていない者に、職務上の秘密を明らかにするよう誘致することは、その職の行使において経験したのである.....特別の要素（Sondermerkmale）が共犯者にのみ与えられている場合、身分犯の際には、共犯を理由とした処罰で十分である。.....患者Bを診察していた医者Aが、偶然にBの病気を知ったCに、彼が知っていることをDに漏らすよう誘致する場合、医者は、秘密漏洩の教唆の罪に問われるだろう」としていた。しかしながら、守秘義務に関係しない教唆者が、彼の知っていることを漏洩することは、もちろん、どん

な刑をもって威嚇されていない行為である。27年草案理由書はこれについて、「その際、教唆しあるいは幫助される行為が……未だに違法な行為であるということは、それが例えば実現者の一身上の、特別の資格又は関係が欠けることによって中立的な行為にならない、ということを前提としたものである」として、その処罰を正当化しようとした。しかしながら、ここで考慮される確かに稀な事例は、共犯の成立には、構成要件該当的で違法な行為を前提とする、という原則を断念することになる。そのことは「あまりに行き過ぎたものであり、既に1936年草案はそれを引き継がなかった」として、ガラスと同様、正犯なき共犯を否定し、正犯者に身分が必要であることを確認している<sup>191)</sup>。

そして、構成的身分犯に参与した非身分者の刑罰については、「教唆する非身分者を、正犯者と比して軽く処罰することが出来るという要求は、特別の正犯者義務領域の外に居る者が、常に、彼が他人に教唆した所為についての重大性と意味について、完全な分別を有しているわけではない、という言及から明らかになる。しかし義務的な刑の減輕が要求されているのか、あるいはむしろ任意的な刑の減輕で十分であるのかは、さしあたって未解決のままにしておくことが許される」としている。

また、ガラスの提案する「一身的要素」を評価し、継続性の要件を否定して心情要素もこの要素に含まれる、ということに賛同し<sup>192)</sup>、謀殺要素が刑罰を基礎付けるものか否か、という問題に関しては、連邦最高裁の判例に従って刑を基礎付ける要素と解しながらも、結局は各論の際に決着がつけられるべきものとして<sup>193)</sup>、更に次のように述べる。

「少なくとも、争いのある問題（筆者注：謀殺要素が刑を基礎付ける要素であるか否か）は、刑を基礎付ける要素の取り扱いに関して提案された規定によって、幾らか過酷さを失うだろう。というのも、『狡猾に』及び『残酷に』は、疑いなく、その不存在が共犯者には減輕された処罰を可能にする一身的な要素だからである」

このように、判例に従って謀殺要素は刑を基礎付ける要素であるとした



場合には、自らは謀殺要素を有しない共犯者も、正犯と同様、謀殺の罪に問われるとされるが、（これに反し、学説では謀殺要素は故殺の加重要素であり、従って50条2項〔現28条2項〕が適用されるべきであるとされてきたのであった）今回の提案によってこの問題についてもある程度の緩和が望めるものとしている<sup>194)</sup>。そして、自身の提案については次のように説明する。

「刑を基礎付ける特別の要素の際に、幫助の刑を必要的に減輕するというものを ガラスの提案の f 条 1 項及び、連邦司法省の提案 e 条のように 私は薦めたくない。ここでも正犯行為者に適用される法定刑の適用が正当化されるような、重い当罰性の例外的な場合が考えられるのであり、特に、比較的弱い特別の要素が重要である。この特別の関心事は、従来、非身分者に強制的に規定された正犯者の刑を減輕することが出来る、という点にあり、それを越えるべきではないのである」

従って、この立場からは、共犯が非身分者であっても、必ずしも必要的減輕にすべきではない場合がある、ということから、教唆については任意的減輕でよしとされ、幫助についても、提案では触れられていない。従来は法律上、刑の減輕が規定されておらず、不合理な結果を生じていたのであるが、今回の構成的身分犯へ関与した非身分者についての規定の創設はそれを是正することを目的としているのであり、任意的減輕によってもそれは達成できるだろう、とするのである。

これに続き、連邦司法省刑法局（Strafrechtsabteilung）の立場が明らかにされた。まず、その提案は以下のようなものであった<sup>195)</sup>。

#### e 条

- (1) 「正犯者の可罰性を基礎付けるような特別の一身的資格、関係、又は事情が、共犯者（教唆者又は幫助者）に存在しないときは、その者の刑は x 条に従い、減輕する」

(2)「そうした特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、又は阻却する場合には、このことは、それが存在する関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される」

この規定の理由に関しては、やはり、この場合の要素としては、継続性要件が否定されるべきことが述べられ<sup>196)</sup>、さらに、「刑を基礎付けるような種類の要素に対しては、今日沈黙しており、従属的な取り扱いが前提とされている」と指摘し、次のような詳細な説明が付されている。

「構成的身分犯への身分のない共犯者は、その身分犯の刑から（幫助の事例においては未遂の原則に従った減輕の下で）処罰されねばならないが、他方で、加減的正身分犯への身分のない共犯者に対しては、より軽い基本の法定刑が適用される。ここには、不真正身分犯への共犯の不公平な優遇があり、それは新しい刑法典では取り除かれねばならない。新しい規定に対しては、刑事上の身分者はその者の特別な義務に基づいて、原則的に、非身分者よりも、より当罰的に行為するという思考から出発しなければならないだろう。そのことは、必要的な刑の減輕によって、非身分者に対し、考慮されねばならないだろう」

このように、構成的・加減的身分犯の場合において、非身分者の刑が不均衡であることが問題とされ、刑の減輕を規定すべき、との指摘がなされている。更に、身分者は自身の義務によって、非身分者よりも当罰的であるものとされている。

また、「その際、同時に、一人の関与者にのみ存在するような種類の可罰性を基礎付ける要素はその他の関与者に対し、どの程度の広さで影響するのか、という問題も明らかにされうだろう。これに加えて、そうした要素は各事例に関し、正犯者に与えられていなければならない、ということが規定されるべきだろう」として、やはり、正犯なき共犯の成立を否定する。

また、それぞれの規定の位置については、「今日の50条1項は、内容が

らして、f条（注：各関与者の責任の独立）<sup>197)</sup>の規定の中で繰り返されている。この規定の位置が変更されたに過ぎない。この規定は、将来的には今日の50条2項（提案e条の2項）の後に置かれるべきである。これによって、外見的にも、e条の場合には構成要件の問題が、f条の場合には考慮されるべき責任の問題が重要である、ということが明らかになる。責任概念の説明はf条において度外視されうだろう……故意が、構成要件に属すのか、責任に属すのか、あるいは両方に属すのか、という問題の更なる発展を、法の規定によって先取りするということは、回避されなければならないのである」と述べ、各条の体系的な意義を考慮したことから、このような配置になったことが説明されている。すなわちここでは、当時の50条1項が一般的な責任を把握するものであり、2項は構成要件の問題を把握するものとして理解されている。そして、責任の内容は法規上決定されるべきではなく、故意がいずれに位置付けられるべきかについて、ここでは未解決とし、学説による展開を待つべきものとしている。

このような提案が連邦司法省側のものであったが、これについてはシュヴァルムによって以下のような意見が述べられた<sup>198)</sup>。まず、e条については、「特別の一身的要素」がガラスの提案に従ったものであることが言及され<sup>199)</sup>、f条が今日の50条1項に相当するものであることが確認された<sup>200)</sup>。そして、構成的身分犯の問題については以下のように述べる。

「……刑を基礎付ける特別の一身的要素の取り扱いについて……我々はこれに関し、e条の1項に於いて提案されている規定を必要なものと見なしている。つまり、一つには、従属的な取り扱いをその限りで明文で法規上確定するために、他方では、その際、加減的身分犯に対する、構成的身分犯への身分のない共犯者の今日の不当な劣位的立場を、取り除くために。」

そして、シェファーと同様故意のない身分者に対する教唆の成立を認めた「BGHSt. 4, 355の医師事例は、我々のe条によっては把握されない」ものであるとする<sup>201)</sup>。つまり、「医師Nは、別の医師Pが故意なく職務上

の秘密を漏らした，という認識で行為した。それゆえ我々は，医師Nを既にd条の下には置き得ない。しかし彼は，同じくe条の1項の下にも置かれない」とするのである。これに対して，「1913年草案の37条1項は，直接正犯者がこうした一身的要素を満たす場合を，實際上十分であると見なした。これに従えば，間接正犯者は共犯と同様，非身分者たり得る。我々は，間接正犯者が単独正犯者の場合には，構成要件要素を独立して自身では実現し得ないような間接正犯を法規に規定することに尻込みする。1913年草案の規定を基礎にすれば，我々は医師事例も把握しただろう。しかしここで我々はまさにその処罰をやめようとし，原則的な考慮から，そうした事例に於いて，彼を他の方法では把握できない場合に，時には犯罪者が法規をすり抜けるとしても，個々の点では非常に不愉快なものであり得ることを甘受するのである」として，このような場合には，身分のない者を正犯とすることも共犯とすることも出来ず，結果として不処罰とすることはやむを得ないとするのである<sup>202)</sup>。

更に次のように言う。

「e条の1項は，ここで定式化されたように，共犯者の従属的な取り扱いの思考を，身分のある正犯者に従い，行間のみ表現している……つまり『特別の資格又は関係が可罰性を基礎付ける旨を法規が規定している場合には，教唆者及び幫助者は，こうした事情がその者の一身上に存在しない場合にも，可罰的である』と……『従ってその刑は減輕されるべきである』なら，その際，同時に，可罰性は従属的な取り扱いに基づいて生じるということが表現される，と考える」とするのである。

しかしながら，「我々がここで必要であると見なしている必要な刑の減輕に関しては，様々な意見があり得る。我々が決定的であると見なすのは，一身的な正犯者資格を満たさない者は，まさに身分者を特徴付ける義務領域に同様にはいない，ということである。我々は，従って，確実な評価の相違が立法においても表現されるべきである，と考える。そのため，我々は，幫助者に対してだけでなく……教唆者に対しても，必要的減輕

を規定しようとするのである。こうした相違も、我々は - 他の相違のように - ここで議論することが許されるだろう」

構成的身分犯への身分のない共犯者の可罰性は、従属的な取り扱いに基づいて生じるものであり、その刑は減輕されるべきとするが、その方法については、一応、必要的減輕をするとの提案をなしてはいるものの、議論に委ねられるものであるとしている。

こうして見て来たように、刑法委員会の会議においても、身分犯において非身分者は正犯とはなり得ず、間接正犯の可能性も排除されたこと、しかし非身分者も身分のある者に共働することによってであれば身分犯に関与することが可能であることから、この場合の関与は可罰的とすることが提案された。そして、かつての草案とは異なり、正犯なき共犯を否定し、また、正犯の故意に共犯が従属することを認めることから、故意のない身分者を利用する場合の非身分者が不処罰となってしまう場合が生じるが、これは甘受すべきものであるとされた。また、従来のように正犯と同一の法定刑に従う場合には、加減的身分犯への関与の場合と比較して、非身分者が不利益に扱われることから、構成的身分犯への非身分者の関与の場合には、刑を減輕して（ただその効果を必要的減輕とするか、あるいは任意的減輕とするか、という点で相違はあったものの）これを是正しよう、とすることで一致をみていた、ということが看取される。

そして、その後、連邦司法省の提案が修正されたが、実質的内容は変化していない<sup>203)</sup>。そして、その後、この規定は、第17読会において、小委員会の提案について<sup>204)</sup>、必要的減輕にすべきか、任意的減輕にすべきかについて決が採られ、結果、必要的減輕が12人、任意的減輕が4人となった<sup>205)</sup>。その後さらに、第21読会において、必要的減輕とすることで一致をみた<sup>206)</sup>。そして、全体委員会の提案としては最終的に、次のような規定となった。

**【正犯及び共犯のテーマに関する、全体委員会の提案】**

f 条

特別の一身の要素

- (1) 「正犯者の可罰性を基礎付けるような特別の一身の要素が、共犯者（教唆者又は幫助者）に存在しないときは、その者の刑は § y に従い、減輕する」
- (2) 「特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、又は阻却する旨を法規が規定している場合には、この法規は、それが存在する関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される」

そしてその後、これが、刑法大委員会の第5回研究会（1955年5月21～24日）において、連邦司法省参事ドレーヤーによって報告されたのであった<sup>207</sup>。

(3) 1956年草案以降

その後、1956年に、刑法大委員会読会の第一読会の決議による総則草案及び理由書が公開された。身分犯に関する規定は、33条に規定されている<sup>208</sup>。

第33条 特別の一身の要素

- 1項 「正犯者の可罰性を基礎付ける特別の一身の要素が、共犯者（教唆または幫助）に存在しないときは、その者の刑は第65条1項に従い減輕する」
- 2項 「特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、あるいは阻却する旨を法規が定めているとき、それは、そうした要素の存在する関与者（正犯者または共犯者）にのみ適用される」

理由書では、まず、『特別の一身の要素』の下に、従来の『特別の一身の資格または関係』及び、『悪意ある』『貪欲な』等の一時的な心理的態度も包摂することを明らかにした後、以下のように述べられている。

「現行法が明文をもって規定するのは、特別な一身の資格または関係が刑を加重し、減輕し、または阻却する場合のみである。このような要素は、これの存する正犯者または共犯者に対してのみ妥当する（刑法第50条2項）。草案は、この原則を第33条2項において保持した。……関与者は、それ故、刑を加重、減輕、または阻却する要素が問題となる限り、適用され得る法定刑に関しては、相互に独立している」として、まず、刑を修正する要素が各関与者毎に作用することが、従来通り、維持されるべきものとして確認されている。

「しかし、現行法では、特別の一身の要素が可罰性を初めて基礎付ける場合に、何が適用になるかの問題は明文をもって規定されていない。自己の一身において右の特別な一身の要素を示さない者も、このような犯罪行為に関与し得るということは、一般の見解であり、そして、軍事上の犯罪行為に対する教唆犯及び幫助犯に関し、1957年3月30日の軍刑法（BGBl. IS. 298）第1条第3<sup>209</sup>項により承認されたところである。しかもこの場合、共犯者の刑は、他の法律上の規制を欠くときは、常に、正犯者の刑に準じ、共犯者が刑を基礎付ける当該要素を備えるか否かはこれを問わないものとする。第33条2項に含まれる原則は、この場合には妥当し得ない。何故なら、そうだとすれば、刑を基礎付ける特別な要素を備えない共犯者に対しては可罰性を排除するようになってしまうからである」

つまり、刑を基礎付ける要素については、それが共犯者に存在しない場合にも、正犯者に従うことが認められている。この場合、刑を修正する要素のように各関与者毎に作用するとすれば、この要素のない者が不処罰となってしまうので、それは許容できないとする。更に、次のように続ける。

「この点から結論されるのは、例えば、加減的身分犯（例えば業務上横領又は監禁罪）については、共犯者が特別な一身の要素を備えない場合、刑法50条2項によって斟酌されるが、これに対し、加減的身分犯（例えば枉法罪または供述強要罪）については斟酌されない、とい

うことである。これは、後者の場合に、評価を経ないままの法定刑を科すことになる。第33条1項は、このことを是正する。すなわち、正犯者の可罰性を基礎付ける特別の一身の要素を共犯者が備えていない場合には、共犯者に対する刑は、第65条1項によって減輕すべきものとする。これによって、右の場合、共犯者が特別な一身の要素を備えないことは、少なくとも刑を減輕するように斟酌される」

として、刑の減輕を認めるのである。そして更に、一身の要素が正犯者に欠けることは認められない、それは正犯者なき所為を認めることになるとするが、この点も、従来の流れに従ったものである。更に、必要的減輕についても言及されている<sup>210)</sup>。

その後の1960年草案、62年草案についても内容は實質的に同様であり、従って、この段階で既に現行28条の原型は出来上がっていたことになる<sup>211)</sup>。そして、この56年草案の基礎となったものが刑法大委員会での議論であり、それは結局のところ、それ以前の草案、学説の流れからの帰結であった。現在の28条は、そうした諸草案や学者の意見の集大成であったということができる。

しかしながら、構成的身分犯における非身分者の可罰性を否定する立場からは、草案のように、正面から非身分者の可罰性を認めるという内容を有する本条文は許容されるものでなかった。そこで、拡張的正犯論の立場を前提とするバムバッハは、以下のように草案を批判する<sup>212)</sup>。

まず、理由書が軍刑法の規定を援用して、非身分者の可罰性を肯定している点については、例えば一般的に身分犯とされている職務犯罪と軍事犯罪とは異なるものであるとして、次のように述べる。

「……一般的な軍事義務はあるが、一般的な職務義務はない。従って、『軍人関係』において初めて具体化される義務の防衛は……全ての市民も負っている義務である……立法者は規範を、まさにその者自身が軍人である者のみならず、全ての市民に向けることが出来るのである。従って、非軍人と共に軍人を等しく扱うことは、非軍人も『防衛義務



者』であるために、許容されるのである。……従って、軍人資格は、もっぱら行為客体の到達可能性に関わる要素である。構成要件該当的行為した非軍人（仲介者として必要的に軍人に仕えた者）も、軍人が軍刑法15条以下に特徴付けられている犯罪のうちの一つを遂行することを惹起した軍人でない者もまた、違法に行為したものである。なぜなら、彼は、彼に対して妥当している規範を侵害したからである」最終的には「従って、軍事犯罪は身分犯ではない」ので非軍人による共犯は可能であるが、「職務犯罪の場合には、『素人』に向けられた規範は存在しない」とし、従って、非公務員は不処罰とするのである。

更に、草案の条文が任意的減軽を伴って規定されたことについては以下のように言う。

「草案によって予定された、刑を基礎付ける一身的な要素の取り扱い、は、妥協を意味する。……明らかな矛盾した選択が問題だからである。つまり、犯罪の要件が、加担した非身分者の一身上に与えられるのか、あるいはそれが与えられないのか、ということである。それが与えられる場合には、『非身分者』も、処罰され得る、つまり、処罰を、その要件を満たしている者に指示している規定に従って、つまり、『身分犯』から処罰される。しかしながら、こうした犯罪の要件が与えられない……のであれば、刑は科されてはならない。非身分者にも - 真正 - 職務犯罪において記述されている結果の惹起は禁止されているか、あるいは禁止されていないか、どちらかである。第三の場合は存在しない。……刑を基礎付ける要素と刑を変更する要素との（しかし実質的には同一的な）異なる取り扱いの中で生じる、この止揚されない矛盾は、草案によって強化された……」

このように、彼は、「こうした要素は違法性及び責任の変化に、それと同時に法定刑の変化に影響するのか、あるいはそれは違法性及び責任、それと同時に可罰性をそもそも基礎付けるのか、ということはどうでもよい」として、現行法でも1項と2項で身分が異なって取り扱われることは

矛盾であり、その身分を有していない者が構成的身分犯に関与した場合を一律に不処罰とすべきであるとしていたが、草案はこの区別を前提として法を規定したとして批判するのである。

しかしながら、前述したように、こうした主張が前提としたような拡張的正犯論を採用することは、結局のところ認められなかったし、規定が存在していなかった構成的身分犯の問題についても、非身分者を可罰的とするを立法上明らかにすることにより解決しようとの試みがなされた。というのも、構成的身分犯に関与した非身分者も決して法的に中立な行為をなしたわけではないと考えられ、同時に、身分者と同等に処罰されることもまた適切ではないと考えられたからである。こうした草案の規定は、その後、秩序違反法の導入を契機として、実際に立法化されることとなった。

#### (4) 秩序違反法施行法に伴う改正

1968年の秩序違反法の改正<sup>213)</sup>に伴い、現在の28条1項にあたる、50条2項が創設された。この秩序違反法の14条(もとは9条)は、関与者の問題について規定するものであるが、それは、可罰性を基礎付ける特別の一身の要素が関与者の一人にのみ存在する場合にも、他の関与者に対してもその影響が及ぶ、とするものであった<sup>214)</sup>。このように、秩序違反法に於いては、可罰性を基礎付ける一身の要素に関与する者についての規定が創設されるにもかかわらず、刑法典では、以前から問題とされているこの問題がなお規定されないことは好ましいことではない、ということから、50条2項が創設されたとの説明がなされた<sup>215)</sup>。そしてこの規定は他の2項も含め、以下のような形となった。

#### 第50条

1項「行為に数人が関与している場合、各人は他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に従って処罰される」

2項「正犯の可罰性を基礎付ける特別の一身的資格，関係または事情（特別の一身的要素）が共犯に欠ける場合，その刑は未遂の処罰に関する規定に従って減輕する」

3項「特別の一身的要素が刑罰を加重，減輕，または阻却する，ということを法規が定めている場合，その法規はその要素が存在する正犯または共犯に対してのみ適用される」

しかしながら，この規定の創設のきっかけとなった秩序違反法（Ordnungswidrigkeitengesetz，以下 OWiG と表記）は，その14条において，いわゆる統一的正犯体系を採用したものであった。拡張的正犯論が1930年以降のドイツで広まったことについては，先に述べたが，しかし，これは，身分犯に非身分者が関与した場合について，その処罰を根拠付けられないという問題があった。ナチス時代の提案においては拡張的正犯論を前提として，身分犯に関与した非身分者も可罰的であるとする旨の規定が設けられたが，これについては，やはり，身分犯の場合には正犯性を基礎付けられないことから，別に規定を創設することが必要であると考えられたためであった。そして戦後の刑法改正委員会の議論においても，統一的正犯体系の採用が問題となったが，上述のガラスにも見られるように，これを採用すれば，身分犯や自手犯の場合に問題を生じ，犯罪の遂行を単なる結果惹起の過程と把握することになるが，共犯の本質は因果性に尽きるものではないということ，また，正犯と共犯の区別の困難性が量刑段階に移行されるに過ぎない，裁判官に広範な裁量を与えるものであって，法治国的に望ましくない等，様々な点で批判がなされた<sup>216)</sup>。

このように，統一的正犯論および拡張的正犯論は理論的，実際的にも問題を孕むものとされ，結果的に刑法では戦後の改正においても採用されなかったのである。

しかしながら，60年代に制定された秩序違反法においては，複数人がある秩序違反行為に共働した場合について，正犯と共犯とを区分する従来通

りの二元的体系を維持した刑法典とは異なり、統一的正犯体系<sup>217)</sup>を採用し、全ての関与者を正犯者として取り扱うこととしたのである<sup>218)</sup>。条文は次のようなものであった。

#### 1968年秩序違反法

##### 第14条 1項

「数人が一つの秩序違反行為に参加するときは、それらの者の各々が秩序違反を行ったものとする。処罰の可罰性を基礎付ける特別の一身の要素(第9条1項)が一人の関与者<sup>219)</sup>にのみ存在するときにも、また同様とする」

このように、「それらの者の各々が秩序違反を行ったものとする」と、統一的正犯体系を採用することが明らかにされているが、これについてはその理由書で、従来の共犯区分をなくすことによって、法適用の容易化および簡略化が望め、訴追担当機関は、ただ「関与」の範囲を事実の点で確認すれば足りる、とされたこと、また、刑法典とは異なり、起訴便宜主義を採用しているために、不当な訴追を回避することが出来る、などと説明されている。

また、ここでは、身分犯の関与の問題について、14条(もとは9条)の1項で、可罰性を基礎付ける要素が関与者の一人にのみ存在する場合にも、他の関与者に影響が及ぶとされ、これは、刑法典においては非身分者に減輕規定が認められていることと比較すると過酷であるように思われるが、秩序違反法では過料の量定の際に身分の有無が斟酌されうることから、あえて減輕規定が必要であるとはされなかったとする。

このように、秩序違反法において、一身的事情に連帯的な作用を認めることと、各人を正犯として取り扱うこととは相容れないものであって、ゆえに学説からは、統一的正犯を採用しながらも、結局のところは「従属性原理が裏口から再び関与規定に採用されている」との批判がなされた<sup>220)</sup>。

このように、秩序違反法では統一的正犯が採用されているにもかかわらず

ず、ある関与者の可罰性が他の関与者にも影響するというこの14条1項第2文について、プロイは、以下のように説明する<sup>221)</sup>。この場合には「身分者が、非身分者の行為と結果との間の因果連関を創出する、という程度の実際の依存性が存在する。身分者の機能は、つまり、純粋な結果関連性なのである」。そして、「構成要件的な不法がもっぱら結果反価値によって定義付けられる限り、この構想は、それ自体では首尾一貫している。秩序違反法にとっては、刑法とは対照的に、これが一貫して受容できるのである。というのも、ここでは、もっぱら、社会侵害的な態度様式との闘いが問題なのであって、行為の社会倫理的な反価値性は問題ではないからである<sup>222)</sup>」とし、「統一的正犯体系において、特別の一身の要素は、その間、正犯者基準の役割を果たすことは全くなく、正犯者の一身上における実現が要求されない、通常構成要件要素の役割を果たす」ものであるので、この条文も、結果反価値に関するものに関する限りでは耐えられるものとして認められるものであり、したがってこの領域においては、各関与者間の行為反価値性を異なって把握することは出来ないといわれるのである。

しかし、このように OWiG においては結果反価値のみが把握されるものであると理解することによって、非身分者の処罰を基礎付けるとしても、例えば一方では統一的正犯の解決の実務上の利益はなお評価され得ず、しかも他方では、訴追可能な行為の領域が、殆ど耐え難い程度に拡張され、その解釈学上の克服は少なくとも二元的な原理の克服と同様に問題のあるものであり、それに加えて、秩序違反法と刑法との間の評価矛盾が生じるであろう、といった批判がなされた<sup>223)</sup>。

そして実際、その後の BGHSt 31, 309 においては、刑法と秩序違反法における関与体系の相違が問題となったのである。すなわち、この事例では、秩序違反行為の関与につき、相手方が故意であることが必要であるかという点が問題となったものであるが、かつて、1978年にケルン高等裁判所は、他者の秩序違反への OWiG 14条1項にいう関与は、他者が同じく故意で行為した場合だけであるとの見解を示していた。そこでは、「規範の文言、

その関連、目的、そしてその成立史による法規の解釈は、秩序違反法において、他者の故意ではない犯行への関与は不可能である、ということをも明らかにする」ものとされ、また、「秩序違反が犯罪行為に対して原則的に低い不法内容であるにもかかわらず、処罰される共犯行為の範囲が刑法よりも広くなる、ということは、立法者にとっては、合理的な根拠が欠けるだろう」と述べられたのである<sup>224)</sup>。しかしながら、このような見解に対して、コブレンツ地方裁判所は、秩序違反行為への関与を問題とする際、他者が故意であるか否かは問題とならないと考え、BGHにこの問題について問い合わせたのだった<sup>225)</sup>。BGHは、これに対して、「他者がかつたら過失で犯行するということを故意に共働惹起した者は、彼が間接正犯者であるという事例を度外視すれば 処罰され得ない」として、他者の行為も故意で行われたことが必要であるとし、このような解釈が、「刑法と秩序違反法との間の矛盾を回避するという要請、そして 成立史によって裏付けられた 規範の目的も」このような限定解釈を導くものであって、それが立法者意思にも合致する、と述べたのである<sup>226)</sup>。つまり、秩序違反法の規定において、ある者の秩序違反行為の成立にとって、他者が故意を有していることは、刑法典とは異なり<sup>227)</sup>、文言上要件とはされていないにもかかわらず、判例はこの要件を認めることによって、限定的な解釈をなしたのである。

本来、故意の共働形式に関与を限定することは、統一的正犯体系の思考とは合致するものではない。というのも、他者が故意であるか否かに行為者の可罰性が左右されるということは、まさに統一的正犯が否定する従属性を認めるものだからである。しかしながら、このように秩序違反法においても他者の故意を要件とするということは、学説の多くによって受け入れられた。しかし、統一的正犯論の代表的主張者であるキーンアプフェルは、この判決に対し、「『限定的な解釈』という非常に過小評価された名称の下で、BGHの判決は、実際には、統一的正犯思考の広範な断念という結果に至っている」<sup>228)</sup>と指摘し、「解釈学的に目的付けられ独立に構想さ

れ、StGB から意識的に逸脱して規定化された OWiG 14条……からは、まさに、OWiG の関与規定が、多かれ少なかれ刑法25条以下と一致する、という結論は引き出し得ない」のであって、判決は結局秩序違反法の関与規定を刑法のそれと同じように解釈するという目的を追求しているのだと批判した<sup>229)</sup>。ブルナーも、このような故意の関連行為が必要とされている中で、結局のところ、統一的正犯体系の思考が断念されていると指摘する<sup>230)</sup>。

このようにして、結局のところ、「統一的正犯理論と、二重の故意要件との両立可能性に鑑みれば、判例に賛同する者は、多かれ少なかれ、秩序違反による処罰の範囲と、刑法25条以下による処罰の範囲とを調整するという利益のために、(正犯・共犯を区分する) 二元的体系へと譲歩することを認めているのである<sup>231)</sup>」と述べられるように、OWiG においては、實際上、個々の関与者を独立して評価するという統一的正犯体系は必ずしも貫徹されているとは言い難く、また、未遂の問題等に関しても實際上、従属性を承認していることが指摘されている。この点、プロイによれば「なるほど、秩序違反法は、複数の関与形式を相互に対置することを放棄してはいるが、それによって、その法律上の言及を避けているだけに過ぎないのである」とされる<sup>232)</sup>。

このように、OWiG は様々な問題を提起しながらも施行され、それに伴う刑法の改正によって、上述の50条が規定され、構成的身分犯への非身分者の関与の問題は、ようやく立法上の解決をみたのであった。

ともかく、こうして、従来争われていた構成的身分犯へ関与した非身分者の事例は、必要的減軽という効果を伴って、ようやく立法上の解決をみるに至ったのである。

そして、更に翌年の1969年、第二次刑法改正法に伴う改正によって、現在のような形の規定となった。これは、以下のような内容である。

#### 第28条（特別な一身上の要素）

1項「正犯の可罰性を基礎付ける特別な一身上の要素(第14条第1項)が、共犯(教唆または幫助)にないときは、その刑は第49条第1項によって減輕する」

2項「特別な一身上の要素が刑を加重し、軽減し、または阻却する旨を法律が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者(正犯者または共犯者)にのみ適用される」

第29条(関与者の独立の可罰性)

「すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って処罰する」

この条文はその構成と理由において1962年草案に基づくものである<sup>233)</sup>。1968年の50条1項が29条として独立して規定され、28条の後に置かれた理由については、62年草案の理由書で以下のように述べられている。「現行法における規定とは異なり、草案はこの規定を独立させ、そしてそれを特別の一身の要素についての規定(第33条)の次に置いた。これによって、第33条が構成要件の問題を規制し、第34条がこれに反して責任の問題を規制していることが明らかになるだろう<sup>234)</sup>」。そして、この規定が75年より施行され、現在に至っているのである。

##### (5) 規定の沿革からの結論

規定の沿革を概観したところから、以下のようなことが明らかになる。まず、第一に、現行28条2項で内容とされている規定、すなわち、刑を修正する一身の要素がそうした要素を持つ者についてのみその効果を持つということは、1871年のライヒ刑法典以来、一貫して法として妥当して来た(刑を阻却する要素について法律上の規定がなされたのは1943年の改正以降であるが、実際にはそれ以前から認められていた)が、他方では刑を基礎付ける要素については、当初、規定が存在せず、その結果、構成的身分犯の場合に、非身分者が関与した事例について、これをどう取り扱うかと



という問題が生じていた、ということである。ここで、刑を修正する要素について定めた規定を一貫させ、刑を基礎付けるような一身の要素まで各関与者それぞれ個別的な作用を認めるとなると、そうした要素を持たない者は不可罰となる。しかしながら、このような解決は採られなかった。刑を修正する要素とは異なり、刑を基礎付ける要素については、正犯の要素が共犯にも影響する、と理解することで、非身分者も身分者同様処罰されると判例も取り扱い、通説もそのように理解していたのである。

他方、このように理解すれば、刑を修正する要素が問題である場合には、そうした要素の欠ける共犯者は刑を減輕するよう考慮され、それに対して刑を基礎付ける要素の場合には、法律上何ら考慮されない、ということになり、それは、『調和の取れていない』<sup>235)</sup> 『不公正な』<sup>236)</sup> 『有害な』<sup>237)</sup> 『辻褃の合わない』<sup>238)</sup> ことだと見なされたのである。そこで、この不合理な帰結を是正するため、1913年草案以来、構成的身分犯に關与した非身分者については、刑の減輕が提案されて来たのであった。

また、その反面で、こうした原則を一貫させ、刑を基礎付ける要素について個別的に作用する、とすることも、やはり認められなかった。ここでも個別化を徹底させ、不処罰とすることはやはり実際上の結論としては受け入れ難いものだったのである。従って、そうした方法が現行法と一致するとしても、それは将来の法では否定されなければならない。なぜなら、構成的身分犯へ共働した非身分者の不処罰ということになるため許容しえない、とされたからである。例えば、刑法特別委員会における連邦司法省担当官の次のような発言がある。

単なる刑の減輕と「異なる解決は、おそらく不可能であろう。なぜなら、裁判官ではない誰かが枉法を教唆する、という例が示すように、特別の一身の要素を欠いた行為に対しては引き出される法定刑が存在しない、という事例における可罰性の排除は、適切ではないだろうから」<sup>239)</sup>。

こうして、シュヴェルトフェーガーは、結局のところ、28条がこのような形になった背景には、具体的な当罰性及び正義の考慮が重要な位置を占

めていたとする<sup>240)</sup>。

「その他の刑を基礎付けるような一身的要素も同じ方法で取り扱われるかどうか、つまり、その存在が正犯行為者に要求されるが、それを欠く共犯者に対しては、任意的な刑の減軽が規定されるべきなのか、という問題が生じる。……ここで、純粋な責任思考から帰結するであろうもっとも首尾一貫した解決を選択し得ず、むしろ妥協しなければならない、ということを示すのである」<sup>241)</sup>。

しかし、この「均衡の取れていない刑罰威嚇」という問題は、1871年の50条（現行28条2項）を削除することによっても、解決することは可能であった。つまり、プロイセン刑法典が採用していたように、共犯者にも、その者自身がそうした要素を備えているか否かに関わらず、正犯者の有する要素が影響する、という厳格な従属性（M. E. マイヤーのいう誇張従属性）を採用し、刑を修正する要素についても正犯者と同様に処罰される、とすれば、構成的身分犯と加減的身分犯の、このような刑の不均衡問題は生じないからである。例えばフランス刑法やプロイセン刑法のように、身分犯の場合でも共犯はすべて正犯者に連帯して処罰するものとされれば、両者は等しく取り扱われ、こうした問題を生じることはない。

しかしながら、このような方策は採られなかった。この身分の一身専属性を認める規定を削除すべしとの主張も存在したが、ほとんどの学説によってもこの規定は維持されるものとされていたし、立法者も、この現在の28条2項に相当する規定を事物適合的（sachgerecht）なものとし、これを前提とした上で法改正を試みたのであって<sup>242)</sup>、それは上に見てきたように、従来の草案においても一貫して維持されてきたものであった。

では、こうした矛盾を孕んでいる28条が現在もなお存在すべきものとされているのは如何なる点に理由があるのだろうか。それは、立法時の議論においても明らかであるように、本来、身分というものがその者の一身専属的にのみ作用するものであり、それ以外の者には関わるものではない、という考慮が働いていると言えるだろう。更には、非身分者の関与につい

ても、政策的に、そうした要素を持たない者の関与を放置すべきではない重要な場合が存在するとされ、そのために、規定の存在しなかったライヒ刑法典の段階から、実務上は構成的身分犯に関与した非身分者も処罰するものという取り扱いがなされ、それが戦後の刑法改正を契機として、立法的にも実際のものとして実現したのである。

したがって、このように、ドイツにおいては、通常の犯罪とは異なり、身分犯には、身分を有する者のみが侵害し得る領域への侵害がその可罰性を基礎づけるのだという理解が浸透して行くことになる。

また、上述のガラスらによる指摘にもあるように、拡張的正犯者概念を採用すれば、身分犯の問題について、共犯の従属性という要素を考慮しないが故に、共犯者が非身分者であった場合に、その可罰性を基礎づけられないという帰結が生じることとなる。ドイツにおいても拡張的正犯論は一時、その隆盛を極めたが、議論の末、結局、従来の正犯・共犯体系が維持される事になった。限縮的正犯者概念を採用する事で、身分犯へ関与した非身分者の可罰性の問題を基礎付けることができたのである。

また、このような「身分者のみが侵害しうる領域」という身分犯の理解は、その後、義務犯<sup>243)</sup>の構想に繋がって行く事になる。義務犯論の代表的論者であるロクシンによれば、犯罪は支配犯と義務犯とに区分する事が出来、前者は行為支配を有する者が正犯者であるが、身分犯は後者、すなわち義務犯に該当するものであり、これは、当該義務者の地位にある者のみが正犯者となり得る犯罪であるとされる。こうした構想は、その後、ヤコブス、及び彼の弟子であるサンチェスの義務犯論へと発展して行ったのである<sup>244)</sup>。

では、歴史的にこのような展開を辿った身分犯と共犯の問題は、現在はどうのように論じられているのだろうか。以下では、現在のドイツにおける議論を考察する。

## 第五節 現在の議論

### (1) 共犯の処罰根拠論との関係

#### 1) 責任および不法共犯論

共犯はなにゆえに処罰されるのかという議論、すなわち、共犯の処罰根拠論が、ドイツ並びに日本においても論じられている。そして本稿との関係でここで特に問題となるのは、構成的身分犯の場合に、非身分者も身分者の共犯としては可罰的とされる一方で、必要的共犯の場合であれば、相手方の共犯として処罰されないことを同時に如何に根拠付けることが出来るのか、ということであった<sup>245)</sup>。この点、前者は、例えば責任共犯論や不法共犯論からは容易に説明の付くものである。

例えば、責任共犯論に従えば、共犯の処罰根拠は、正犯行為者の惑わしに、すなわち、正犯者が有罪になり共犯者がそれを共に引き起こしたということに、見出されるべきだとされる。例えばこの説を主張したヘルムート・マイヤーは、次のように述べた。「法益への攻撃が、彼が謀殺をした、と言ってよいほどには強くないかもしれないとしても、彼はいずれにしても謀殺者を作り出したのである」<sup>246)</sup>。こうした発想は、教唆者を重く処罰するような事例にとっては説得的なものであった。しかしながら周知のように、このように正犯者の罪責を前提とするような見解は既に制限従属形式と相容れないものとされ、現行法とは合致しないものとされる。

また、トレクセルは、不法共犯論を主張し、共犯者処罰の根拠は、正犯者の『社会統合からの解体』に、つまり、共犯者が、正犯者が処罰される、ないしは少なくとも訴追、あるいは矯正及び保安処分にかかる、という危険を引き起こしたという点にあるとする<sup>247)</sup>。しかしながらこの見解も、責任共犯論と同様に、共犯者の処罰を正犯者の社会的崩壊に依存させることによって、具体的に為された行為との結び付きを失っていると批判され、従って、現在、共犯の処罰根拠として主に主張されるのは、以下にみる惹起説である。

2) 惹起説（die Verursachungstheorie）

惹起説とは、共犯も正犯と同様、法益侵害を惹起したが故に処罰されるというものであり、これは更に、正犯者に対する共犯者の依存度によって、以下の３つに区分される。

1 純粹惹起説（reine Verursachungstheorie）

シュミットホイザーは、自身の共犯の処罰根拠から、少なくとも立法論としては非身分者の不処罰を主張する。その前提となる、彼の共犯の処罰根拠についての構想は次のようなものである。彼は、教唆及び幫助の際には、正犯の不法内容に左右されない自己の不法内容を伴う、独立の『共犯者犯罪』が問題となるのであって、その処罰根拠は、もっぱら各則における一身化された法益侵害の惹起に見出されるべきである、とする<sup>248)</sup>。こうした共犯者犯罪の構成要件は、その際、各則の刑罰構成要件の組み合わせと、刑法26、27条において指示されている、正犯を越えて共犯にも刑罰を拡張することとから生じる。つまり、正犯に実現され得る構成要件と並んでいるが、その他の点では完全に独立した共犯者構成要件が作り出されることになる。

こうした、共犯はその不法をもっぱら自分自身から得るのであって、正犯行為の不法に由来するのではない、すなわち不法の実質は独立的に、『共犯者犯罪』から基礎付けられねばならない、という共犯の『自己の不法』という理解から、シュミットホイザーは、28条2項が刑を基礎付ける特別の一身的要素の欠ける際にも妥当するものであるとし、構成的身分犯に関与した非身分者は不処罰と主張するのである。彼は次のように言う。「特別義務の侵害が、不法構成要件にとって本質的であるならば、こうした義務に関係のない者は、共犯者としても、特別義務の不法行為に関して処罰され得ない。というのも、彼は、共犯としても法益を、法が不処罰のままであるとした一般的な方法においてのみ侵害するに過ぎないからである」<sup>249)</sup>。そうして彼は、非身分者の可罰性を認める28条1項を「事物に反する（sachwidrig）」ものとみなすのである。しかしながら、いずれにし

ても、現行28条1項において非身分者が可罰的であるとされていることは疑いが無い。従って上記のように、構成的身分犯に關与した非身分者を不処罰とすることは、立法論としてはともかく、現行規定とは相容れないものである。

純粹惹起説を採っても、必然的にこのような解釈になるというわけではなく、リュウダーセンは、例えば、公務員犯罪の場合に、非公務員も間接的に職務の廉潔性という法益を、公務員が行為し、また公務員が行為しえた、という要件の下でのみ侵害しうるものであるとする。彼は、このような正犯行為の行為不法への、共犯不法の従属性は、純粹に事実上のものであると主張して、構成的身分犯への共犯の可罰性を肯定するのである<sup>250)</sup>。

しかしながら、このような見解に対して、ハーケは、従属性を志向する立場から以下のように批判する。

「『共犯者犯罪』の自律的特徴を強調すると同時に、法益侵害の観点への、その本質要素の制限が生じる。構成要件結果の故意による共同惹起は、共犯者の可罰性の十分条件になる。しかしこのことは、共犯に対して向けられた禁止が、正犯者が違反する禁止と同じ内容を得る、ということになる。…この方法で、実際上も、法規によって規定されている正犯と共犯の差異も、再び均質化され、二元的正犯体系が、一貫せずに貫徹される統一的正犯体系において解釈を変更されるのである。しかしこれは、共犯規定の体系と矛盾する。法益侵害の観点はなるほど必要ではあるが、決して、共犯を問題とし得るための十分条件ではないのである」<sup>251)</sup>

しかしながら、リュウダーセンはむしろ共犯も正犯と同じく法益を侵害したことを理由として処罰されるものとするところから、ハーケの主張は、まさに共犯の捉え方に対する相違に起因するものと考えられる。また、リュウダーセンは、法益侵害の中には法益の価値によってだけでなく、侵害への關与と質も不法の程度を決定するものと考え、例えば刑法223条bの虐待の場合、法益の刑法上の保護が、人的な要素によって強められて

おり、この場合の非身分者は、共犯構成要件のみを実演しうるとする。つまりここでは、正犯者構成要件と共犯者構成要件とが、共犯者に対しては法益が正犯者に対するのと同じ程度には保護されていないとする<sup>252</sup>。このようにして、同じ法益を侵害することによっても、身分者と非身分者とはその評価が異なるものであるとされるのである。

また、前述のシュミットホイザーの弟子であるランガーは、特別不法が一般不法とは区別される、ということ为前提とする。各々の特別不法は、修正された（すなわちもっぱら量的に増加した）一般不法に存在し、特別義務の侵害と結び付いた不法増加によって処罰に値する不法への限界以上に高められる。保護された法益が委任されている者のみが、この特別不法を実現し得るというのである。そこでは共犯者ももっぱら一般不法として把握された法益侵害のみを引き起こすのであって、正犯行為者によって実現された特別不法は、共犯者には負わせられ得ない。従って、身分のない共犯者の処罰の場合、刑法26、27条からは特別不法に関する可罰性は引き出され得ない、そこで、刑法28条1項によって初めて刑が基礎付けられるのである、とする<sup>253</sup>。しかしながら、これに対しては、特別義務の侵害については、追加的な法益は侵害されないという前提が適切なものであるのか、との批判がなされる。ランガーによれば、特別義務への法益の『委任』によってその者に特別の信任がもたらされる、とされるが、例えば公務員犯罪の場合、一定の者の潔白性への信頼が法益とされるのであって、非身分者も、この追加的な法益を侵害しているのではないかと指摘されるのである<sup>254</sup>。ハーケは、「義務侵害によって、追加的な法益侵害の形式の中の別の特質に到達する。このことは、身分のない共犯者がなるほど自身では遂行し得ないけれども、共に協働することは出来る。従って既に、身分のない共犯者に義務侵害も負担させるということは、事物に適合しているのである」として、ランガーの見解を批判する。

しかしながら、このように、非身分者についても共犯の成立を認めながら、その評価は身分者とは異なるものであるとして、保護法益の範囲や義

務違反性を持ち出すことによってこれを根拠付けようとする試みは、評価されるべきものであると思われる。

## 2 従属性志向惹起説 (akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie)

判例及び通説によれば、共犯の本質は正犯者によって遂行された違法な行為の惹起にあるとされる。例えば、イエシェックは以下のように述べる。「共犯者は、自身で犯罪構成要件において内容とされている規範を侵害するのではない。その者の不法は正犯者の規範侵害に共働した、という点にある」<sup>255)</sup>。従って、このような見解によれば、共犯行為の不法は、正犯行為の不法に依存しなければならないことになる。この説は、法規は共犯者の可罰性を、故意で違法な正犯行為の遂行に左右させているので、こうした行為の遂行の中に、共犯者の処罰の根拠も置かれなければならない、と考えるのである。それ故、構成的身分犯に關与した非身分者が当該身分犯への共犯として可罰的となることは当然であり、ただ、非身分者の不法と責任とは正犯のそれより軽いので、刑の減輕がなされるのだとする。また、正犯行為を加重したり減輕したりするあらゆる不法行為を全ての關与者に拡張することは、不当な作用を生じるために、28条2項がそれを規定しているのだ、と説明がなされる。このように、この見解によれば、共犯が正犯に従属することが当然であって、身分に一身専属性を認める28条2項のような規定の扱いは、例外的なものとなる。そのため「一貫して従属性志向惹起説を基礎にしている論者の多くは、28条の正しい理解の鍵は、共犯の処罰根拠論にはない」<sup>256)</sup>と考へているとされるのである。

## 3 混合惹起説 (gemischte Verursachungstheorie)

ロクシンは、両見解の問題性を、共犯の本質を『従属的な法益侵害』に見出し、それと同時に両説を統合する、ということによって免れることが出来るとする。彼が『従属的な法益攻撃 (der akzessorische Rechtsangriff)』と呼ぶこの見解によれば、共犯とは、彼に対しても保護されている法益を侵害した場合にのみ存し、可罰的共犯とは構成要件該当的に行為する正犯についてのみ可能であるという意味で、従属的であるとされる。つまり、



共犯とは、構成要件上の保護法益への従属的な侵害であるとするのである<sup>257</sup>）。そして、身分犯の場合、非身分者は正犯とはなり得ないが、共犯としての関与は可能であるとする。また、彼は、いわゆる義務犯論を採用し、身分犯の場合には、非身分者は正犯とはなり得ないが、共犯としてはこれに関与することが可能であるとする事から、正犯となり得ないことを理由として非身分者の処罰を不当なものとするシュミットホイザーの説は「論証されるべきものが前提とされている。正犯性だけでなく可罰性までも義務侵害に依拠するとされている」と批判している<sup>258</sup>）。

このようにしてロクシンは、共犯も、構成要件該当結果を惹起するがゆえに処罰されるものであるが、しかしながらその処罰には構成要件該当的で不法な正犯行為が必要とされる点において、従属的な性質を有するものであるとするのである。

このように、共犯の処罰根拠論としては様々な説が提起されているが、上述のように、28条に関する共犯の処罰根拠論に関しては、正犯と共犯、身分者と非身分者の関係といったものが、身分犯ではない通常の犯罪とは異って、例えば非身分者を正犯とし得ないために、様々な根拠付けがなされてきた。しかしながら、例えば、従属性志向惹起説は、28条の意義について、正犯に対する従属性という観点からだけでは一貫して説明することが出来ないという問題があった。これに対して、例えば、純粹惹起説を採用し、身分犯について非身分者は自らは正犯とはならず、共犯規定によって共犯構成要件から処罰されるものであり、また非身分者と身分者とは法益に対して保護される範囲が異なるとするリュウダーセンの見解などは注目されるべきものである。しかし、純粹惹起説を一貫させれば、例えば正犯不法のない場合にも共犯が成立することになってしまい、処罰を拡張し、またこれは制限従属形式と一致しないという問題点を有する。したがって、ロクシンの見解にみられるように、共犯の成立には正犯行為の構成要件該当不法を要件とすることによって、これを限定する方向が妥当ではないかと考えられる。

## (2) 現在の判例および学説

また、28条については、何がこの規定によって把握されるのかという問題がある。この点に対する現在の学説は、以下のようなものである。

### 1) 判例の意味における28条の特別の一身の要素<sup>259)</sup>

BGHは、後にみる通説同様、「行為關係的」か「行為者關係的」か、の区別に従って、当該要素が28条によって扱われるべきものか否かを決定しているとされる。「行為者關係的」要素が28条の適用されるべきものであり、他方、それが「行為關係的」と認められれば、28条は適用されず、通常の共犯として、正犯に成立する犯罪と法定刑に従い、共犯が成立するものとされる。

例えば、BGHSt 6, 260の「密輸の集団遂行」の事例<sup>260)</sup>については、次のように判示された。ここで刑の加重が基づいているのは「決定的には行為者の一身の關係ではなく、行為の特別の形象の中である。そのような刑罰加重要素は、刑法50条2項(現28条2項)には属さない」。つまり、ここでは、集団的遂行が行為者ではなく行為に關係するものであって、(現在の28条にいう)特別の一身の要素ではない、と認められたのである。

BGHSt. 8, 70においても同様である。「密輸の集団遂行は……より強度な行為要素であって、行為者要素ではない……このように、物的な事情が優勢であるならば、いずれにせよ50条2項は適用できないのである」。つまり、密輸の集団遂行は行為關係的要素であるとされ、従って、集団の所属員ではなかった者も、密輸の集団遂行への共犯として加重的に処罰されるのであると判示された。

同様に、BGHSt 8, 205の集団窃盗の事例でも、法規が「行為者のみならず、付加的な事情によって、行為を全体として重く特徴付け」た場合、(旧)50条2項は考慮されず、その集団の一員ではあるが当該行為に参加しなかった者も、集団窃盗の規定で加重的に処罰されるとしたのである。

また、1968年改正以前には一身の「要素」ではなく「資格又は關係」と規定されていたことから、これはある程度の継続性を有するものではない

かとされ、一時的な心情要素もこれに含まれるか否かで争いがあったが、「特別の一身の要素」概念の導入によって一時的な心情要素もこれに含まれることが明らかとされた。謀殺の際の「低劣な動機」が問題になったBGHSt 22, 375では、以下のように述べられた。『特別の一身の要素』と対を成すものが、行為者の一身にではなく、謀殺行為それ自体の外側に属する、例えば、公安を害する方法を用いること（刑法211条2項）のような、行為事情に存する。前者は「行為者關係的」であり、後者は「行為關係的」と呼ばれる」そして、「低劣な動機」を、『行為者關係的』として、28条によって扱う、とするのである。そして、この謀殺要素は28条1項によって取り扱われるべきとしている。というのも、判例は、BGHSt 1, 368から、これを刑を基礎付けるものと見なしているからである。これに対し、学説では、謀殺が故殺の加重事例であるとしてほぼ一致している。

このような判例の限界付け基準に対しては、次に見る通説同様、何が行為關係的であり、行為者關係的であるのかが明確ではない、という問題がある。

#### 行為關係的要素と行為者關係的要素

通説が28条によって扱われるべき『特別の一身の』要素とみなすのは、『行為者關係的』要素であって、これを厳格に従属的に扱われる『行為關係的』要素と対置している。しかしながら、論者により、個々の点では様々に異論があり、特に、特別の目的は行為關係的であるのか、あるいは行為者關係的であるのか、という問題は、完全に異なった基準に従って判断されている。従って、主観的要素が行為者關係的であり、客観的要素が行為關係的である、というようには理解され得ない<sup>261)</sup>。一部では、目的が対応する外部的要素の代わりに存在する（行為關係的）のか、あるいはそれが行為の心情不法を特徴付けるのか（行為者關係的）、ということに従って限界付けられているとする<sup>262)</sup>。また別の説は、純粋に行為關係的な目的を、それがもつばら超過的内心傾向のみを規格化する場合に認める<sup>263)</sup>。イエシエックは、まず第一にあらゆる人的不法要素を前提として、

そこで刑法28条の適用領域から一定の要素を取り出す(故意, 目的, 不真正不作為犯の場合の保障的義務, 並びに14条1項の1-3号で内容とされている客観的正犯者要素)ことによって, 限界付けを企てる<sup>264)</sup>。しかしながら, こうした列挙は, 既に, 行為-行為者関係の要素の概念上の限界付けが如何に不確実なものであるかを示している<sup>265)</sup>。例えばザムゾンは, 刑法253条(恐喝), 263条(詐欺)における利益目的, 並びに242条(窃盗), 249条(強盗)条における領得目的の場合には行為者関係の要素が問題であるとする<sup>266)</sup>が, 他方, 圧倒的通説は, この場合に, 刑法28条の適用を認めない。また, レンクナーは, ほとんどの主張者とは逆に, 刑法153条以下(偽証等), 203条(秘密漏洩)と266条(背任)における特別の義務的地位は行為者関係的ではないとする<sup>267)</sup>。こうして結局のところ, 「行為者関係性の概念は, この解決に何も貢献し得ない」のである<sup>268)</sup>。

不法要素は完全に従属的に取り扱うとする見解(グリュンヴァルト)

グリュンヴァルトは, 共犯の処罰根拠を, 他人の不法への共働に見出すという見解に依拠し, そこから正犯行為についての各々の不法増加は, 限定されずに不法増加的に, 共犯者についても影響しなければならない, と結論づける。彼は言う。『共犯の本質が, 他人の法益侵害への共働であるならば, この法益侵害を構成するもの全てが, 共犯行為の反価値内容に対しても重要なのである』<sup>269)</sup>。つまり, 彼の見解に従えば, もっぱら, 刑を基礎付ける, あるいは修正する要素が, 正犯者の一身上に与えられている, ということが問題であるとされ, 共犯者は(教唆の事例では完全には減輕されない)正犯者に対しても適用される法定刑から処罰され得ることになる。それゆえ彼は, 『法益侵害に関係する』要素, つまり, 不法領域からの全ての要素は, 特別の一身の要素であるべきではない, とするのである<sup>270)</sup>。もっとも彼は, 現行法上, 少なくとも, 公務担当者たる地位の位置付けが問題となる限りでは28条の適用を認める。なぜなら, 公務員資格は行為の不法内容に関わるが, 以前からずっと刑法28条及びその前身たる規定の意味における特別の一身の要素とされ, 立法者もこの分類から出発

したのであり、實際上、正当化され得ないのではあるが、こうした事例に於いて刑法28条を例外的に適用するという決定は尊重されねばならない、とするのである<sup>271)</sup>。この見解に従えば、法規にあらかじめ規定されている刑の減軽が実際上誤ったものであって、特別の一身的要素の限界づけも不法要素内部では不必要となり、更に責任要素が29条によって取り扱われるとすれば28条は全く空虚なもの（Leere）となるし<sup>272)</sup>、また、立法者意思に適合し得ない、といった批判がなされる<sup>273)</sup>。

シューネマンの「統一的解決」

シューネマンの主張する『統一的解決』に従えば、間接正犯において実現され得ないようなあらゆる要素は、28条によって扱われるべきことになる<sup>274)</sup>。シューネマンによれば、28条の目的は「修正されていない従属性原理が……必然的に伴うであろう……、正犯者と共犯者の、公正でない不平等な取り扱いを排除する、ないし可能な限り減軽する」<sup>275)</sup>ところにあるとする。例えば、妻が、乱暴で危険な馬を買った軽率な夫を心配したことから、他者にその馬を盗むよう教唆した場合、彼女は通説によれば、242条（窃盗）及び26条から処罰される。しかし彼女が教唆を越え、正犯として行為した場合には、物を取るという意味においてのみ行為したとしても、完全な不処罰となる、という事例が提示される<sup>276)</sup>。しかしながらこれに対しては、この場合、全く異なったことが問題であり、furtum ususの不処罰を、窃盗の教唆の可罰性に対して争ってはならない、つまり、妻は教唆者として、他人の物の領得を生じさせようという故意を持つ（そうでなければ無罪のアジャン・プロヴォカトゥールとなる）のであって、それは夫の物を取ることも遥かに重い、との批判がなされる<sup>277)</sup>。単純に身分のない正犯者と身分のない共犯者とを比較することは、正犯と共犯の構造的差異を認めないことからのみ可能となるだろう<sup>278)</sup>。また、この解決によれば、「ある夫妻が、共同で第三者に露出狂的行為を教唆した場合、夫は完全な刑を受けるが、妻は28条1項によって刑の減軽を受ける」という実際上不当な帰結に至るのであり、この点についても批判され

ている<sup>279)</sup>。

価値関係の要素と価値中立的要素の区別(ヘルツベルク)

ヘルツベルクは、当該要素が価値関係の要素であるのか、あるいは価値中立的要素であるのかに従って限界付けを試み、価値中立的要素の場合には、刑法28条は適用できない、とする<sup>280)</sup>。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、それがもつばら非類型的な法益侵害を排除するという事に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。これには例えば、強制執行免脱罪(288条)の行為者が挙げられる。その財の所有者が物を隠滅するのか、あるいはそうでない者が隠滅するのは、『法益侵害にとって、行為の不法にとって』違いとはならない。28条の関与者に対する刑の減輕は、その者の一身において減じられた不法ないし責任を前提としているので、この場合には28条は適用されないとするのである<sup>281)</sup>。逆に、28条が適用されるべき価値関係の要素とは、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る。これには例えば、背任(266条)、横領(246条)、個人の秘密侵害(203条)、職務犯罪といった場合の特別義務要素、家庭内及び家族間の窃盗の際の親族関係等が挙げられる<sup>282)</sup>。

しかしながらこの見解については、こうした限界付けは実行不可能であり、価値中立的要素というものの存在が疑わしい、との批判がある。つまり、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ものとすれば、それは既に「価値中立的」ではあり得ない、とされるのである<sup>283)</sup>。

特別義務<sup>284)</sup>

ロクシンは、28条の下に置かれる要素を、上で見たような単一の基準に還元することを度外視しなければならない、として、次のように自己の立場を説明する<sup>285)</sup>。すなわち、ここには、二つの異なる要素グループが置

かれる。一つには刑罰修正要素たる責任要素であり、これは2項によって非従属的に扱われるものであるとする。そして、もう一つが義務犯の正犯者要素である。これは、前構成要件的な特別の義務を表現するものであり、例えば、公務員としての地位、203条による守秘義務、あるいは246条による、被委託者がこれに当たるとされる。身分を持たない者に対して、減軽が指示されている理由については、次のような説明がなされる。「義務犯の正犯者要素は、行為事情の要素以上のことを意味している。それは、高められた要求を伴う社会的役割にある行為者を示している。その要求は、非身分者には課せられず、それ故その違反は、刑の量定の際に、身分のない者に負わせてはならないのである」。そして、裁判官に対する非身分者による枉法の教唆が例として挙げられ、その教唆者は、自身が引き起こした誤った判決に対し、裁判官と全く同様に答責的であり、当然、336条の教唆を理由に処罰される。しかしこの場合、この者は、自分の社会的役割の信用を失わせたのではないし、裁判官が司法に対して負っている特別の責任を濫用したのでもない。しかし彼とは違って、裁判官は、336条の刑がそれに基づいて調整されている、高められた「特別不法」を実現しているのであり、従って、非身分者よりも厳しい法定刑に従って、処罰されるのである、とする<sup>286)</sup>。そして、フォーグラも次のように述べる<sup>287)</sup>。「……義務違反は、その特別不法を、社会的役割において基礎付けられた信頼の構成要件の違反によって獲得する。公務員犯罪への共犯によって、共犯者がその社会的役割につく訳ではない……それゆえ常に、役割を持つ者自身の義務違反と、その義務侵害の促進との間には、質的な相違が存在する。この、公務員だけが受けるのであって、非身分者は受けられないような、一般的な信用に根拠がある質的な相違は、公務員犯罪の場合の従属性的の……緩和を正当化するのである」。

このような義務犯論は、上述の、身分犯における行為主体限定の意味を、身分者には特別の義務が課されているものとして、正犯性の要件とするのである。

### (3) 総括

身分犯への関与に関する規定を巡る議論について考察してきたことから、以下のような点を指摘することができる。まず、ドイツ刑法28条1項と2項、また、日本刑法65条の1項と2項との関係は、統一的な解釈論的帰結を表現し得るようなものではなく、むしろ、2項において規定されているように、身分は本来一身的に作用するものであって、各関与者毎に、個別的に判断されるべきものと考えられていたということ、しかしながら、このように、身分の一身専属的な性質に従って、個別化を徹底させた場合には、構成的身分犯に関与した者を不処罰とすることになるが、それは実際上の帰結としては承認し得えないものであり、そこで構成的身分犯に関与した場合の規定が存在しなかった時期にも、実際の運用上は、身分のない者であっても共犯としての関与は可能であるとして、非身分者が可罰的であることが判例及び学説の多数において認められていた、ということである。

現在の構成的身分犯への関与者を処罰するという1項の規定は、従来も実務において認められていたこうした帰結を、法として明文化したものであった。その背後には、非身分者も身分者の行為に加担することによってであれば、その侵害結果に関与し得るとの思考が存在し、これを不処罰とすることは一般に認められなかったのである。しかしながら、こうした処理は、非身分者が正犯者に成立する犯罪、すなわち構成的身分犯の法定刑から処罰されるという帰結に至り、加減的身分犯への関与の場合と比較すれば、不合理な結果を生じることになった。

立法当初、構成的身分犯への関与の規定、つまり日本の65条1項に相当する条文がなかったドイツでも、実際上の取り扱いとしては日本と同じ問題が生じており、したがって草案においても、今日の28条1項に相当する規定が従来より提案され、そして、また、非身分者は身分がない点について、その刑を減輕して評価すべきだとの主張がなされていたのである。そうした結果として、1968年改正によって、減輕規定を伴って、非身分者を



正犯者と同じ犯罪から処罰するとの規定が設けられたのだった。つまり、1項は2項を維持すべきとした結果生じた、いわば立法上の妥協の産物であり、したがって本来的に矛盾を背負ったものであるということが指摘される。

ドイツにいう一身の資格又は関係（現在では「特別の一身の要素」）は、それを有している者の一身専属的に作用するものと考えられ、他人には帰属されえないものと考えられてきた。そこでは、身分犯とは法が一定の人格領域のみを名宛人としたものであり、そうした領域に居ない者には本来関わらないものであるとの理解があった。しかし、この、身分者のみを名宛人としている領域には、非身分者も、身分者を介することによってではあるが関与をなし得ると考えられた。

「構成要件が特別の性質的な又は法的な資格を伴った人格に制限されている」<sup>288)</sup> 身分犯というものは、そのもの自身が何らかの地位等の身分を有すること自体が意味を持つものであり、「犯罪能力のある人格の限界付けられたカテゴリーに対してのみ一身専属的な服従を基礎付けるような特別規定に対する違反」<sup>289)</sup> であると考えられ、そして、身分者にしか関係していない何らかの特別な領域は、本来、身分者にしか関わらないものであるが、非身分者も身分者と共働することによってであれば侵害結果に関係しうる事から、身分者に限定されない面からの攻撃に対しても保護が要求されており、身分者の共犯としては可罰的であると判例、学説においても認められてきた。つまり、特別の一身の要素そのものは「その者にしか帰属され得ない」ものではあるが、この身分を有するものを介してであれば非身分者による攻撃も可能であり、従って、法律上、保護されるべきものと考えられてきたのである。

では、この、一身専属的な身分の本質とは何であるのか、という問いに対して、ナーグラは、規範の名宛人を制限した「特別規範」であり、その規範を向けられていない者は侵害し得ない「特別義務」があると主張したのである。例えば、枉法は裁判官ではない者は犯すことが出来ない。これ

は、司法制度そのものを保護しているものであって、裁判官のみがこうした司法に対する信頼を負っているのであり、それ以外の、裁判官ではない者がその信頼を失わせることはできない。しかしながら、司法制度に対する攻撃は、裁判官を介せば、そうではない者によっても可能であり、従って、これは非身分者に対しても保護されているということが出来る。それ故、非身分者も身分を有する者への共犯としてであれば、身分犯に関与することも可能であると考えられてきたのである。こうした考えは、義務犯の構想へと繋がっていった。

このように、ドイツでは、身分というものが、他の一般の犯罪のように、共犯にも当然に連带的に作用するものとしては考えられず、ゆえに、立法的展開としてみれば、ライヒ刑法典以前の各ラント法においても、これを一身専属的なものとして取り扱うべきであるとの規定が存在したということ、これに対して、フランスの影響を大きく受けた1851年のプロイセン刑法典においては、誇張従属形式が認められることとなったが、これについては、実際の裁判例などを通じて、不合理なものであると考えられるようになり、したがって、ライヒ刑法典においては、むしろ身分を個別化するという規定が創設されたのである。

そして規定の存在しなかった構成的身分犯の場合については、非身分者も身分者と同様に処罰されるという実務上の取り扱いが一般的に認められ、また学説の多くもこれに賛同していたが、この場合、非身分者にとっては、本来、自身に犯罪とされていない行為に関与する場合の方が、元々可罰的であった行為に関与する場合よりも重く処罰されるという不合理が存在するがゆえに、非身分者には刑の減輕を認めることでこの不均衡を解消しようとの立法提案がなされた。

また、1925年および27年草案に見られるように、従来、間接正犯とされていた場合を共犯に解消することに伴って、公務員が非公務員を利用する場合など、共犯にのみ身分が存在する場合にも、共犯の成立を認める規定が提案されたが、これは正犯なき共犯を認めるものであるとの批判を受け、

その後、第二次大戦後の刑法改正議論においては、正犯に身分が存在することが身分犯成立のための要件とされた。

また、他方で、拡張的正犯論を主張する論者から、複数人が犯罪に関与した場合にも、各人を正犯者として取り扱うべし、との提案もなされたが、これについては、その場合、構成的身分犯の場合に非身分者の処罰を根拠付けられないという理由から、最終的には従来の共犯体系を維持することで一致をみた。そしてまた他方で、秩序違反法においては、統一的正犯が採用されることとなったが、これは刑法との矛盾を生じることとなり、結局、秩序違反法を刑法に適合させるという限定的な解釈が実務によってなされることとなった。

このようにドイツでは、正犯と共犯を区分する体系が維持された上で、身分犯は身分者のみが犯しうるものであって、非身分者は共犯としてのみこれに関与できるものであるとの理解が一般的であったのである。

しかしながら他方で、ドイツの隣国オーストリアにおいては、ドイツとは対照的な方向に進むことになる。つまり、統一的正犯体系を採用しながら、非身分者も、身分者と共働して身分犯の正犯となることが可能であるとの構成がとられることになった。次章では、オーストリアがこのような全く異なる途を採用することになった経緯について、考察することにする。

- 1) もっとも、上述のように、現行ドイツ刑法典28条1項においては、構成的身分犯に関与した非身分者については、その刑を必要的に減輕する旨が規定されている。
- 2) Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 137.
- 3) ドイツにおける身分犯の共犯に関する立法史を取り扱ったものとしては、佐伯千仞『共犯規定の発展』、『共犯理論の源流』（1987）1頁以下、及び西田典之『新版・共犯と身分』（2003）17頁以下が詳しい。
- 4) この時期の議論については、佐伯・前掲122頁以下も参照。
- 5) カロリーナ刑法典177条「ある者が、ある非行者が非行を犯すに際して、知りて、かつ故意に、この者に何らかの助力を与え、又は援助を与え、もしくは協力をなしたときは、これら全てが如何なる名称をもって呼ばれるやを問わず、彼は刑事罰をもって罰せられるべきも、前述の如く、ある場合には、しからざる場合とは別様に罰せられるべし……。」  
堀浩「カルル5世刑事裁判令（カロリナ）」神戸法学雑誌第18巻第2号（1968）283頁参照。
- 6) Manfred Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere personliche Merkmale“, 1994, S.

4.

- 7) Hake, a.a.O., S. 4f.
- 8) Hake, a.a.O., S. 5.
- 9) 「委託者は委託された者に従属するかのようではなく、正犯と同じように罰される」  
“mandantem puniri non ut accessorium quid a mandatarium, sed ut principale”との言葉  
で表現される。Paul Krug, die besonderen Umstände der Teilnehmer, 1899, S. 6。またこ  
の点に関する議論については、佐伯・前掲書123頁も参照。この点につき、ハーケは、共  
犯の処罰根拠論においてシュミットホイザーが主張する純粹惹起説と同様の発想があると  
指摘する。Hake, a.a.O., S. 5.
- 10) “Praestans opem dicitur teneri accessorie, quia factum accedit facto”。これは Paul  
Krug, die besonderen Umstände der Teilnehmer, 1899, S. 7 から引用した。
- 11) 例えばハーケは、Baldus の主張には共犯の処罰根拠論においてシュミットホイザーが  
主張する純粹惹起説と同様の発想があると指摘する。Hake, a.a.O., S. 5.
- 12) Hake, a.a.O., S. 6.
- 13) Reinhard Moos, Der Verbrechensbegriff in Österreich, 1968, S. 62。また、この時代の歴  
史的展開について、振律隆行『刑事不法論の展開』(2004), 16頁以下も参照。
- 14) Joseph Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von  
Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896, S.
- 15) この点につきヤンコピッチは「イタリアの学説によって残された以上のものは残さな  
かった」とする。Miroslav Jankovitsch, Der Einfluß besonderer Umstände auf Täterschaft  
und Teilnahme, 1911, S. 7.
- 16) Gallus Aloys Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und  
Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven  
Gesetzgebung, Erster Teil, 1794, S. 273ff.
- 17) 各ラントの立法については、Jankovitsch, a.a.O., S. 63ff. が詳しい。
- 18) Paul Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer, 1899, S. 11.
- 19) 1813年バイエルン刑法典118条「その者の性質またはその者の特別の関係に由来するよ  
うな、減輕または加重するような事情は、その一身上にそうした事情に基づいている者の  
場合のみ、有利に又は不利になる」
- 20) 1869年ハンブルク刑事法典51条「共犯者の一身的関係から生じる行為の特別の資格、並  
びに、その者の一身上に存在する特別の加重ないしは減輕事由は、他の共犯者に対して影  
響することなく、むしろ、その可罰性は、その場合にそれ自体で考慮されるこの種の理由  
に従って、判断されるべきである」
- 21) Christian Rheinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts I, 1855, S. 285ff.
- 22) Köstlin, a.a.O., S. 285.
- 23) 当時、知的起因者、すなわち正犯者として把握されていた、今日にいう教唆犯のみなら  
ず、幫助についても独立した可罰性が認められるべきであるとしている。
- 24) Konrad Franz Roßhirt, Beiträge zur Lehre der Anstiftung zum Verbrechen, Archiv des  
Criminalrechts, Neue Folge, 1851, S. 498.

身分犯における正犯と共犯（2）（佐川）

- 25) ロースヒルトのこの見解について vgl. Jankovich, a.a.O., S. 10.
- 26) これに対して、近親相姦等の犯罪の場合には、通常の共犯の一般原則が妥当すべきであるとする。「Fleischesverbrechen は、教唆と幫助に関しては、そうでなければならぬように、一般的な法原則の下にある。というのも、これはもっぱら、一般の犯罪であるからである」Jankovich, a.a.O., S. 10.
- 27) Robhirt, a.a.O., S. 535.
- 28) このように、彼は職務犯罪について、身分者に対して科される刑罰が、本来は懲戒的な性質のものであると考えているために、これを非身分者にまで拡張することは妥当ではないとするのである。
- 29) Theodor Brackenhoeft, Über allgemeine und besondere Gehülfen bei verbrecherischen Handlungen, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1840, S. 422.
- 30) vgl. Jankovich, a.a.O., S. 26.
- 31) この Urheber の訳語については、「発起者」等様々な言葉があてられているが、本稿では「起因者」とした。
- 32) ただ、この知的起因者には、強制や錯誤を利用する場合等、今日では間接正犯に該当するとされる事例も含まれていることには留意すべきである。Manfred Maiwald, Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstaterlösung, Festschrift für Paul Bockelmann, 1978, S. 344. また、この紹介として、金子正昭「マンフレット・マイワルト『統一的正犯による解釈の歴史の並び解釈論的視点』」西日本短期大学・大憲論叢第20巻第1・2号合併号（1980）67頁以下がある。
- 33) Jankovitsch, a.a.O., S. 10.
- 34) 1810年フランス刑法第59条「重罪又は軽罪の共犯は、その重罪又は軽罪の正犯と同一の刑に処せられる」Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs de ce crime ou de ce délit. この条文によって、判例は、正犯が身分を有している場合、共犯がそれを認識していなくとも当該身分の影響が共犯者にも及ぶものとした。これに対して学説から、加重身分の影響を当該身分者のみ制限しようという見解が主張された。佐伯・前掲書126頁以下参照。
- 35) ここで「同一の刑罰法規（dasselbe Strafgesetz）」とし、「同一の刑」としなかったのは、宣告刑ではなく、法定刑が同一であることを明らかにしたためである。「共犯者には、正犯行為に対する刑罰威嚇，すなわち，重罪または軽罪として特徴付けられた構成要件に対するのと同一の刑罰が適用される」Friedrich Christian Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, 6. Auflage, 1869 (1997)。西田・前掲書23頁も参照。また、この点に関するフランスの理論について、井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法學研究10巻2号（2003）53頁参照。
- 36) プロイセン刑法第35条原文：Auf den Teilnehmer an einem Verbrechen oder Vergehen oder an einem strafbaren Versuche eines Verbrechens oder Vergehens ist das Strafgesetz anzuwenden, welches auf den Täter Anwendung findet.
- 37) Goldammer, Ueber Miturheberschaft und generelle und spezielle Teilnahme, GA Bd. 8, 1860, S. 748.

- 38) 拙稿「身分犯における正犯と共犯(1)」立命館法学313号(2007)6頁以下参照。
- 39) ただ、プロイセン刑法典の制定過程においては、加重身分の個別的作用を規定するかが問題となっていた。Goldammer, a.a.O., S. 748f. 西田・前掲書19頁も参照。
- 40) 規定の文言は、次の通りである。「(1) 贈与または約束により、威嚇により、勢力もしくは権力の濫用により、故意に錯誤を惹起し、もしくは促進することにより、または重罪もしくは軽罪を実行するための他の手段により、正犯者を挑発し、誘惑し、または規定した者、(2) 正犯者に、重罪または軽罪を犯すについて指示を与えた者、正犯者が利用することを知って、犯行に役立つ武器、道具、もしくはその他の手段を調達した者、または犯行を準備し、容易にし、もしくは完成した行為において、知りつつ正犯者に援助を与えた者は、重罪または軽罪の共犯者として処罰される」Goldammer, die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten, aus amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil I, 1851, S. 297. 訳については、大塚仁『間接正犯の研究』(1958)17頁も参照した。
- 41) Jodocus Donatus Hubertus Temme, Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1853, S. 100f.
- 42) 例として次のようなものがある。  
180条2項「母親以外の者が嬰兒を殺害し、又は嬰兒殺に加担した時、この者に対しては謀殺又は故殺の規定、若しくはその加担に対する規定を適用する。つまり、嬰兒殺では、未婚の母がその子を殺害した場合に刑の減輕がなされるが、それ以外の者には減輕は認められなかった。また、228条2項でも、「この規定(親族間の窃盜の不処罰を規定する1項)は、共犯者又は犯罪隠匿者(Hehler)としての罪責を負う第三者には適用されない」とされていた。Vgl. Dirk Schwerdtfeger, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale 1992, S. 34; Hake, a.a.O., S. 14f. また、佐伯・前掲書126頁、西田・前掲書18頁以下も参照。
- 43) GA Bd. 1, 1852, S. 73.
- 44) GA Bd. 5, 1857, S. 262.
- 45) GA Bd. 3, 1855, S. 258.
- 46) GA Bd. 3, S. 258.
- 47) GA Bd. 3, S. 258.
- 48) GA Bd. 8, 1860, S. 740.
- 49) Friedrich Christian Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Königlichen Ober = Tribunals in Strafsachen, Bd I, 1861, S. 7ff.
- 50) これに対して、構成的身分犯の場合については、以下のように述べ、非身分者も正犯者と同様に処罰されることを肯定する。「主観的な要素が、単に加重するのではなく、例えば、重婚あるいは姦通の場合の配偶者、あるいは、近親相姦等の場合の近親者のような……構成的な、それがなければ可罰性がそもそも存在しないという要素である場合には、疑念は存在し得ないだろう。というも、法規は、当該重罪あるいは軽罪への第三者の共犯を特に規定しておらず、つまり、共犯は、正犯行為の刑罰を科されるか、あるいは不処罰とされるのである。……前者のみが受け入れられる」Oppenhoff, a.a.O., S. 9.
- 51) この点、日本の旧刑法制定時のポアソナードの見解と同じような発想がみられる。拙稿

## 身分犯における正犯と共犯（2）（佐川）

- 「身分犯における正犯と共犯（1）」立命館法学第313号（2007）9頁参照。
- 52) Oppenhoff, a.a.O., S. 11.
- 53) 1861年バイエルン刑法典65条3項「個々の正犯者，共犯者，或いは幫助者の一身に対してのみ，その者の可罰性を加重，減輕，阻却，消滅するような特別の事由が存在する場合，そうした事由は，他の者の可罰性の判断の際に，有利にも不利にも考慮されてはならない」
- 54) この点，フランスにおいても，正犯の一身の事情の影響について限定的に捉える見解が主張されるようになったことは前述の通りである。
- 55) Carl Joseph Anton Mittermaier, GA Bd7, 1859, S. 35.
- 56) Reinhart Maurach, Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JS 1969, S. 249.
- 57) マウラッハは，1813年のバイエルン刑法典において既にこのような一身の事情の個別的评价が認められていたことについて，「驚くべき現代的な」明文化であったと評している。Maurach, a.a.O., S. 249.
- 58) 1867年に北ドイツ連邦（der Norddeutsche Bund）が成立し，その後の1868年7月17日に，プロイセン宰相ビスマルクは，司法大臣レオンハルトに統一刑法典の起草を要請した。これによって草案の作成が進められるに至る。Edmund Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1933, S. 27. 西田・前掲25頁も参照。
- 59) これは，マウラッハによると，プロイセン刑法典の厳格な従属性を緩和するための立法的措置としての意味と，1813年のバイエルン刑法典が61年にプロイセン刑法典に適合するよう改正された後も，上述のようにその65条3項において身分の一身の効果を明文化した規定を存続させていたことがこの規定創設の理由と考えられるとされる。Maurach, a.a.O., S. 250.
- 60) プレーメン草案82条「発起者あるいは共犯者のうちの誰かの一身上のみ存在するような，行為の可罰性に影響するような特別の事情は，他の者の可罰性の判断の際に，法規に別段の定めのない限り，その者に有利にも不利にも考慮されてはならない」  
つまり，この規定は，構成的身分犯と加減的身分犯という両方の事例を把握するものであった。理由書は次のように言う。「それ[§ 82に関する規定]は，二つの事例を把握しており，それは行為を一般的には可罰的ではなく，むしろ行為者の特別の一身の資格の前提の下でのみ可罰的とする事例と，もう一つは，行為が一般的に可罰的であり，特別の一身の事情の存在する正犯者または共犯者のうちの一人に於いてのみ，帰属あるいは可罰性の程度への影響がある，という事例である」  
マウラッハはこれを「アヴエンギャルドな，全く大胆な一歩」であり「真正公務員犯罪への共犯の不処罰によって共犯論に革命を起こすもの」と表現している。Maurach, a.a.O., S. 250.
- 61) 第一次理由書の文言は次のようなものであった。「正犯者あるいは共犯者の一身の資格が可罰性にどのような影響を及ぼすかを規定した，41条の結論は，1868年のプレーメン刑法草案82条の意味における周知の議論に決着をつけようとしたのである。この規定は……プロイセン刑法典が，嬰兒殺，及び尊属による子に対して行われた窃盜について定められた規定の際に出発点としている見解に対応する……この規定の理由については，ここでは

1868年のプレーメンの理由書47頁以下を援用することができる。

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 und Motive zu diesem Entwurf, S. 210; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 35. また、西田前掲書26頁以下でも詳細に述べられている。

- 62) このような従属的な取り扱いがなされる理由については、次のように説明がなされている。「共犯者は、他人の行為を誘致または支援するに過ぎないので、その者の意思は、犯罪遂行へと直接的、絶対的には向いておらず、むしろ、正犯者によって生じる犯罪遂行にのみ向いているだろう、と理解されているからである」。
- 63) 理由書の文言は、Bambach, a.a.O., S. 66ff; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 35. を参照した。
- 64) これにつきハーケは、各人はその者の一身に応じてのみ処断されるという、一般的な正義の感情へ立ち戻ることと並んで、とりわけ、正犯の一身的要素に対して共犯が従属するという理解についての明白な拒絶が見出される、と評する。Hake, a.a.O., S. 17.
- 65) 第二次草案理由書は次のように言う。『複数人が関与した可罰的行為は、その法的性格やそれによって規定される重要性に関係して……個々の関与者毎に異なったものとなりうる』。これにつき、シュヴェルトフェーガーは「……草案は、このような場合に、各関与者は、その他の関与者の特別の一身的資格または関係を考慮することなく、その者の行為に適用される法規に従って処罰され、更にそのことを通じて、各人はもっぱらその者の、行為性及び関係によって形成された罪責の程度に従って処罰されるべきである、という一般原則を妥当させようとしたのである。」と評価する。Schwerdtfeger, a.a.O., S. 37, また佐伯・前掲書128頁、西田・前掲書28頁も参照。
- 66) Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 440. この点については、日本法との類似点が見られる。このヘルシュナーの見解に対して佐伯博士は、「真実に沿革論として正しいかどうかは疑問である」と懐疑的である。佐伯・前掲130頁。Maurach, a.a.O., S. 250, Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O., S. 38.
- 67) Maurach, a.a.O., S. 250.
- 68) それゆえマウラッハは、1813年バイエルン刑法典118条がライヒ刑法典50条の実質的な母法であるとする。Maurach, a.a.O., S. 250.
- 69) この点、後にリストらによって、共同正犯は加担の一形式ではなく、独立した正犯であるから、共同正犯をここであえて明文上規定することは、不必要なだけではなく、誤解を与えたとの批判がなされた。Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl., 1888, S. 220 Anm (1). これに対して西田教授は、「プロイセン刑法35条の下で認められた『相互共犯の理論』をも否定することが50条の立法趣旨であったのだから、共同正犯への言及はさほど不当なものとはいえないように思う」と指摘されている。西田・前掲32頁註(3)参照。
- 70) §47条「複数人が可罰的行為を共同で実行した場合、各人を正犯者として処罰する」
- 71) GA Bd. 20, S. 184 ff, Vgl. Bambach, a.a.O., 15ff.
- 72) ハーケはこの場合に、隠蔽の方がより容易な遂行方法だと考えられるにもかかわらず、開封するよう教唆した場合には、刑法50条が適用され、299条の犯行への教唆を理由として本件よりも軽い法定刑から処罰されただろう、と指摘している。Hake, a.a.O., S. 20.



身分犯における正犯と共犯（２）（佐川）

- 73) 1943年の改正によって、一身的刑罰阻却事由も50条の適用範囲に含まれることが明文上規定されるに至るが、この点については後述する。
- 74) RGSt. 63, 315ff; Vgl. Bambach, a.a.O., 13ff.
- 75) 上記注14, RGSt. 14, 102, 104 参照。
- 76) ライヒ刑法典50条制定以降の学説の詳細な議論については、西田・前掲書31頁以下を参照。
- 77) 「……教唆と幫助について責任共犯の立場を主張しない限り、この規定を満足させることはできない」と述べられている。Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, 1961, § 50 IV 3. a), S. 287; 他にこうした見解を採るものとして, Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1961, S. 469.
- 78) Robert von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 168, Gerhard Conrad, Die akzessorische Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, 1937, S. 76.
- 79) Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 482.
- 80) Georg Bambach, Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt, 1963, S. 19.
- 81) 48条「贈与, 約束, 脅迫, 威信または権力の濫用, 意図的な錯誤の惹起又は助長, あるいはその他の手段を用いて, 他人を故意に可罰的行為の実行へと規定した者は, 教唆として処罰する（１項）。教唆犯の刑はその者が意図的に教唆した行為に適用される法規によって定められる（２項）」
- 49条「助言又は行為によって, 重罪又は軽罪の実行に正犯者を意図的に幫助した者は, 幫助として処罰する（１項）。幫助の刑は, その者が意図的に幫助した行為に適用される法規によって定められる。但し, その刑は, 未遂の処罰に関して定められた原則に従い, 減輕される（２項）」
- 82) Reinhard von Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931, S. 110.
- 83) 佐伯・前掲書130頁。
- 84) Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1923, S. 412.
- 85) Bambach, a.a.O., 1963, S. 20.
- 86) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., 26. Auflage, S. 348.
- 87) Ernst Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930, S. 62.
- 88) 佐伯・前掲書132頁参照。
- 89) Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 162.
- 90) ただ彼も, 解釈論としてはこの帰結をとることを承認せざるを得ないとしていた。Hippel, a.a.O., S. 162.
- 91) Johannes Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903, 47ff.
- 92) Nagler, a.a.O., S. 51ff.
- 93) Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Auflage, S. 451.
- 94) 佐伯・前掲書154頁。

- 95) Wilhelm Gallas, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zum Strafrechtsreform I, 1954, S. 128.
- 96) Hans Welzel, Lehrbuch, S. 100.
- 97) Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht, ein Grundriß, 3. Auflage, 1943, S. 143.
- 98) Edmund Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1949, S. 452.
- 99) Werner Hardwig, § 50StGB und Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA, 1954, S. 66ff.
- 100) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung, 7. Auflage, 1960 S. 107, Kohlrausch-Lange, Anm. IV 4) Vor § 13.
- 101) Herzog, Allg. DStrZ Bd. 12, 1872, S. 233ff. 西田・前掲書162頁以下も参照。
- 102) この点については、後述する。
- 103) 彼は、個別的答責原理に従い、教唆を「知的発起者」「間接正犯」と解すべきであると  
した。Josef Kohler, Studien aus dem Strafrecht I 1890, S. 106f.
- 104) Josef Kohler, Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, GA Bd. 51, 1904, S. 172.
- 105) Kohler, a.a.O., S. 174.
- 106) Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, 1890, S. 135; Vgl. Hake, a.a.O., S. 24.
- 107) 彼は、実定法上要求される拡張的正犯概念の制限は実質的正義に反するとして、「排他的な (exklusiv)」正犯概念 (正犯的関与以外のあらゆる関与を定義上排除する正犯概念) を主張する。Hermann Roeder, Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW 69, 1957, S. 241.
- 108) Roeder, a.a.O., S. 241.
- 109) それと共に生じる『正犯』概念の果てしない拡張によって、刑法上の構成要件からその機能が奪われる、といった異議が唱えられている。
- 110) しかしながら、彼の見解は、その後のオーストリア刑法における統一的正犯概念と身分犯の問題を考察する上で興味深い。現行オーストリア刑法においては、統一的正犯体系を採用しつつ、身分犯へ関与した非身分者の可罰性が肯定され、両者は矛盾するものではないと一般には理解されているからである。この点については、次章で考察する。
- 111) Bambach, a.a.O., 56ff.
- 112) Bambach, a.a.O., S. 87.
- 113) Bambach, a.a.O., S. 92.
- 114) ハーケは以下のように述べる。「例えば、あらゆる公務員犯罪の法益は、少なくとも職務遂行の合規則性 (Ordnungsmäßigkeit) における信任であり、国家機関の外観に対する関心 (Interesse) である。それ故、公務担当者のグループに属していない非身分者は、正犯としては法益侵害を遂行し得ない。なぜなら、職務遂行の誠実性における信任は、その他の、非身分者の構成要件該當的行為によっては、同じ程度には侵害されないからである。」Hake, a.a.O., S. 85.
- 115) Hake, a.a.O., S. 85. 松生教授はこのハーケの指摘を重要な意義を持つものであるとして次のように述べる。「共犯の処罰根拠をどうとらえるにせよ、正犯者が一定の範囲に制限されているということからそれへの共犯者の可罰性が制限されるものではないことを指摘しているのである。いったん従属的な共犯の構造が基礎付けられ、共犯の不法が正犯の不

## 身分犯における正犯と共犯（２）（佐川）

法から導かれたものであることが確定するならば、その前提となる正犯の範囲の制限はこの構造に当然に影響を与えるものではないであろう。松生光正「刑法65条の『身分』概念について（一）」、姫路法学（1998）22頁。

- 116) 松生光正・前掲論文22頁。
- 117) Karl Birkmeyer, Teilnahme an Verbrechen, VDA II, 1908, S. 157ff, vgl. Bambach, a.a.O., S. 33.
- 118) Eduard Kohlrausch, Täterschuld und Teilnehmerschuld, Festschrift für Bumke, 1939, S. 51.
- 119) Leopold Zimmerl, Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, ZStW 54, 1935, S. 584f.
- 120) 従ってバムバッハはこの見解を「責任共犯論ならぬ『違法性共犯論』と称することが出来るだろう」と評した。Bambach, a.a.O., S. 39.
- 121) 彼の見解について、ハーケは以下のように評している。「ツィンマルの立場について注目に値するのは、既に、現行法が厳格な従属性を規定していたこの時代に、制限従属性についての認識を伴って、あらゆる不法要素の厳格に従属的な取り扱いに対する要請が現れている、ということである。ツィンマルの発表の後、僅かな年月で制限従属性の法規上の導入が生じたものの、彼によって申し立てられた主張は、今日に至るまで稀にしか述べられてはいない。他にこうした見解を採用するものとして、グリユンヴァルトとピオテが挙げられている。Hake, a.a.O., S. 27.
- 122) Paul Piotet, Systematik der Verbrechenstelemente und Teilnahmelehre, ZStW 69, 1957 S. 20.
- 123) Piotet, a.a.O., S. 14ff.
- 124) この点については次章で論じる。
- 125) Roeder, Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW Bd. 69, 1957 S. 260.
- 126) Vgl. Roeder, a.a.O., S. 260.
- 127) ドイツの1927年草案までの共犯規定については、佐伯・前掲書 5 頁以下を参照。
- 128) 刑の執行猶予もなく、一般的な累加加重もないために短期自由刑が多用され、故意過失以外の行為者の主観的事情はあまり考慮されないという1871年刑法は、既に時代遅れのものとなっていたとされる。平野龍一「ドイツ刑法の改正」鈴木禄弥，五十嵐清，村上淳一編『概観ドイツ法』（1971）272頁以下参照。
- 129) 佐伯・前掲書 7 頁も参照。
- 130) 上述判例，RGSt 14, 102 参照。
- 131) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, 1909, S. 312.
- 132) Vorentwurf, S. 225. また、佐伯前掲書 7 頁も参照。
- 133) Karl Birkmeyer, Teilnahme an Verbrechen, VDA. Bd. II, S. 158.
- 134) Max Ernst Mayer, Versuch und Teilnahme, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I, 1910, S. 355ff.
- 135) 中止や時効のような行為者の処罰を阻却するだけで行為の犯罪性を失わせないものについては、従属性は及ばないとする。Max Ernst Mayer, a.a.O., S. 356.

- 136) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts; Lehrbuch, 2. Aufl., 1923, S. 412f. また、この翻訳として、篠塚春世訳、司法省調査課・司法資料第196, 204, 215號『獨逸刑法提要(上)(中)(下)』(1935)(1936)。
- 137) 例えば「賭博を隠秘するのに『公開の集会場の所有者』が加功すれば正犯であるが、給仕人がそれと同じことをすれば従犯である。すなわち共同正犯が従犯となる」と述べる。M. E. Mayer, Lehrbuch., S. 412.
- 138) M. E. Mayer, Lehrbuch., S. 377ff.
- 139) これについては、Robert von Hippel, Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. ZStW. 42 II, 1921, S. 539 を参照した。
- 140) この草案は、26条において間接正犯を規定していた。「間接正犯とは、故意なく行為し、もしくは責任能力のない他人によって可罰的行為が実行に達するように故意に誘致(verlassen)する者である。間接正犯は事後に他人が実は可罰的行為を故意に実行したこと、または責任能力者であったことが明らかになった場合にもなお存在する。つまり、自身に正犯としての故意が存在したか否かが決定的であることになる。この規定については、佐伯・前掲書14頁以下も参照。
- 141) 佐伯・前掲書17頁も参照。
- 142) Robert von Hippel, ZStW 42, 1921, S. 539f.
- 143) 佐伯博士は、この点、草案においては、「間接正犯も教唆と同様の従属性に服することになった……多面において直接正犯者となり得ない者が間接正犯として身分犯を犯しうるという結果になった」ことが学説上批判されたが、これについてはむしろ「従属性の段階についてのマイヤーの思想が不十分なものとして反省を受けるべきことが暗示されているようにみえる」とする。佐伯・前掲書19頁以下。
- 144) 平野龍一「ドイツ刑法の改正」鈴木禄弥、五十嵐清、村上淳一編『概観ドイツ法』(1971)273頁。
- 145) 規定は次の通りである。28条1項「特別の資格又は関係」「特別の一身の資格又は関係が行為の可罰性を基礎付けるとき、こうした事情がその者あるいは正犯者に存在する場合にのみ、教唆者又は幫助者は可罰的である。こうした事情が教唆者に存在しない場合、その者の刑は減輕することが出来る(§72)」2項「特別の資格又は関係が刑を加重、減輕、又は阻却する旨を法規が規定している場合には、その法規はそれらを有する正犯者、共犯者、あるいは幫助者に対してのみ適用される」Thomas Dehler, Eberhard Schmidt, Gustavradbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952, S. 4.
- 146) Thomas Dehler, Eberhard Schmidt, Gustavradbruchs Entwurf, S. 61.
- 147) Amtlicher Entwurf (Reichsratsvorlage) 1925, Materien zur Strafrechtsform 3. Band, 1954, S. 28f.
- 148) 例えば、狼狽等の状態における過剰防衛、中止犯の場合等がこれに該当するとされる。更に、一身の資格又は関係という言葉を避け、特別の、という語を用いることで、これが累犯や常習犯もそれと見なされるか否かという問題を解決しようとしたものであると説明されている。

## 身分犯における正犯と共犯（２）（佐川）

- 149) 当時の現行法によれば、被教唆者に責任能力がなく、また故意に行為しないときは、その行為の精神的起因者は、教唆としては処罰出来ず、ただ『間接正犯』としてのみ処罰され得るとされていた。そこでこの草案では、27条で「教唆者及び従犯の可罰性はその行為を実行した者の可罰性とは独立する」と規定し、従来間接正犯とされた者について、教唆となることが規定された。すなわち、制限従属形式の採用である。佐伯・前掲書24頁以下も参照。
- 150) Amtlicher Entwurf (Reichsratvorlage) 1925, Materien zur Strafrechtsform 3. Band, 1954, S. 28.
- 151) Amtlicher Entwurf, S. 25.
- 152) Amtlicher Entwurf, S. 28.
- 153) Hermann Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 63.
- 154) 佐伯博士はこのように、処罰に必要な可罰的違法類型性が、正犯行為の完全な構成要件該当性ではなく、「その正犯の何らかの意味で違法性をもつ行為と、教唆犯・従犯となる者の有する身分という違法要素とにより合成される」と理解し、共犯に解消する方向に進むべきであるとする。佐伯・前掲書68頁以下。
- 155) 佐伯・前掲書66頁。
- 156) 規定は次の通り。  
32条（特別の資格又は関係）  
「特別の資格又は関係が行為の可罰性を基礎付ける場合、教唆者及び幫助者は、これらの素質または関係がその者自身或いは正犯者に存在するときには、これらの行為を理由として処罰される。これらの事情が教唆者について存在しないときは、その刑を減輕することが出来る」 「法規が特別な素質又は関係が、刑を加重、減輕または阻却する旨を規定している場合には、こうした事情の存在する正犯者、教唆者、幫助者に対してのみ、この法規を適用する」
- 157) Leopold Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 152ff.
- 158) このオーストリアの規定については次章で考察する。
- 159) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 376ff.
- 160) 西原春夫「構成要件論と間接正犯 エム・イー・マイヤーを中心として」早稲田法学第34巻第1・2冊（1958）209頁以下。
- 161) かつてドイツでは、第三者のための領得目的は242条の窃盗罪にいう目的には該当しなかった。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003）215頁以下も参照。
- 162) Eb. シュミットの拡張的正犯論について、竹田直平「間接正犯（Ⅰ）」立命館學叢第4巻第8号（1932）65頁以下、同「正犯概念の拡張と共犯概念の拡張」立命館大学・法と経済第5巻第6号（1936）45頁以下、大塚仁『間接正犯の研究』（1958）73頁以下、西原春夫「拡張的正犯論と間接正犯 メツガーを中心として」早稲田法学第35巻第1・2冊（1959）97頁以下も参照。
- 163) Eberhard Schumidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard von Frank Bd. II, 1930, S. 117.
- 164) Eb. Schumidt, a.a.O., S. 126ff.

- 165) Eb. Schumidt, a.a.O., S. 128.
- 166) Edmund Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 411ff.
- 167) 安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(一)」立命館法学第268号(2000)1423頁, 同「客観的帰属論の意義について」國學院法學第40巻第4号(2003)98頁以下参照。
- 168) 佐伯・前掲書82頁以下参照。
- 169) Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preussischen Justizministers, 1933, また, 佐伯・前掲書97頁も参照。
- 170) Roland Freisler, Ergebnisse der Beratung des Zentralausschlusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Rechts, Denkschrift des Zentralausschlusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, 1934, S. 23.
- 171) このような規定が設けられた理由として佐伯博士は「多分オオートカーらは拡張的正犯論からは身分犯の間接正犯の処罰は不可能になることを注意したことに由来しよう」と述べている。佐伯・前掲書102頁。オオートカーらは, 正犯と共犯を区別しようとする立場から, 非身分者の間接正犯が不可能になると指摘した。Friedrich Oetker, Die Teilnahme am Verbrechen, Denkschrift des Zentralausschlusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, 1934, S. 116ff.
- 172) Eduard Kohlrausch, Täterschaft und Teilnehmerschuld, Festschrift für Erwin Bumke zum 65. Geburtstag, 1936, S. 39ff., Richard Lange, Der Moderne Täterbegriff und der deutsche Strafrechtentwurf, 1935, S. 20ff, 65ff.
- 173) 従来, 判例においても, 阻却的要素は一身的に作用するものであると理解されていた。「刑を阻却する要素は各関与者に一身的に有利とならなければならない(...) 刑法典 § 50 に関する理由書で強調されている立法者の意見は, 各人はもっぱらその者の罪責の程度に従って (...) 処罰されるというものであるが, これは当然に, 刑罰阻却事由の場合にも, 単なる加重あるいは減輕の場合に劣らず決定的なものであると見なされねばならない」上述 RGSt. 14, 102, 104.
- 174) 更なる修正として, 以下のものが挙げられる。その詳細については西田・前掲書101頁以下参照。

この条文の適用について争いのあった「常習性」「営業性」「累犯性」についても, これに含まれることを明確にするために「特別の(besondere)」という文言が付された。

旧50条における「行為の可罰性」という文言が「刑罰」に改められた。旧規定では「共犯(共同正犯・教唆犯・幫助犯)」と規定されていたが, 「正犯又は共犯」という表現となった。これは, 共同正犯は加担の一形式ではなく本来的な正犯であるから, 自己の有する身分に応じてのみ処罰されるのは当然であるという通説に従ったものであるとされる。Vgl. Liszt, Lehrbuch des Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., 1888, S. 220 Anm (1). 西田前掲書31頁以下も参照。旧条文は特別の所為事情の「帰属(Zurechnen)」について規定していたものを, それが「適用条文」の変更である点が明確にされた。

- 175) 現行刑法典では, 共犯の成立には正犯の故意を要することが条文上明記されている(現

## 身分犯における正犯と共犯（2）（佐川）

行ドイツ刑法典26, 27条参照）。また、西田・前掲書100頁参照。

- 176) Bambach, Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt, 1963, S. 59 Anm. (5)
- 177) 法務省刑事局『1962年ドイツ刑法草案理由書（総則編） 第一分冊』刑法基本法令改正資料第10号, 8頁参照。
- 178) Wilhelm Gallas, Täterchaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954; 平場安治訳, ヴィルヘルム・ガルラース「正犯と共犯」, 法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法改正資料（第一巻）上 刑法学者の意見集 法務資料第370号』も参照。
- 179) その他, 業務上の秘密の侵害の際の秘密を負う者・背任罪の際の信任関係によって義務付けられている者・近親相姦の際の親族又は姻族, 不真正不作為犯の際の保障的地位により結果回避の義務のある者等が挙げられている。
- 180) Gallas, a.a.O., S. 123, 124.
- 181) Gallas, a.a.O., S. 143.
- 182) Gallas, a.a.O., S. 149, 150.
- 183) Gallas, a.a.O., S. 151.
- 184) 『特別の一身の資格又は関係』の問題については, 現行法は可罰性の加重, 減輕, 阻却が関係する範囲についてだけ採り上げている（新50条2項）。将来の立法は, この問題を更に, 刑を基礎付ける正犯者要素について……考慮しなければならないだろう」Gallas, a.a.O., S. 149.
- 185) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2. Band Allgemeiner Teil, 14. bis 25. Sitzung, Bonn 1958.
- 186) Niederschriften, S. 67ff.
- 187) Niederschriften, Anhang, Nr. 14, S. 36.
- 188) Niederschriften, S. 72f.
- 189) 「そうでなければ立法者が念頭に置く正犯行為が欠けるということになり, 正犯なき共犯ということになるだろう。このことはかつての諸草案に於いて常に明らかに認められているわけではなかったが, 議論の余地がないものである。このように, 正犯なき共犯を明文上認めていた1925年草案等とは異なることが明らかにされている。
- 190) Niederschriften, Anhang, Nr. 15, S. 38.
- 191) Niederschriften, S. 76ff.
- 192) 「今日の刑法50条2項において, 特別の一身の資格又は関係は, 多様な疑念を呼び起こしてきた。……ガラス及び連邦司法省の提案は, どれ程資格の際に一定期間の要素が必要とされ得るのかではなく, 正犯者の一定の動機及び内面的な態度も概念化に置く, ということを達成しようとした。このことは正当である」Niederschriften, S. 87.
- 193) 「連邦司法省の提案は, より大きな明白性という長所を有している。それと共に全ての疑わしい問題が取り除かれるだろう……。とりわけ, 謀殺要素は刑罰基礎付け事由なのか否か, という周知の論争問題は, 連邦最高裁が認めているように, 刑を基礎付ける要素であり, 『事情』あるいは『要素』という概念の選択によってはどんな方法でも影響しない。というのも, この問題は, どの原則が故殺の構造の基礎にあるのか, つまり, 謀殺は加重

された故殺であるのか、あるいは故殺に対して異質なもののなのか、ということに左右されるものであり、そしてこの問題は、この場ではなくて、必要な場合に、各論における故殺犯罪の際に決着がつけられるべきである」Niederschriften, S. 87.

- 194) 謀殺要素が、刑を基礎付ける要素か加重する要素か否かが争われた著名な判例として、BGHSt. 22, 375 がある。これは、ナチスのユダヤ人殺害を幫助した被告人が、自身は低劣な動機に基づいて幫助行為をしたのではなかったという事例である。公訴時効期間は基本犯に従うため、この場合、低劣な動機がいずれに含まれるかによって時効完成の時期が左右されたのである。
- 195) Niederschriften, Anhang, Nr. 16, S. 39ff.
- 196) 「従属性の問題は、特別の一身の資格及び関係の存在する事例については、今日、刑法50条2項において、刑を基礎付け、減輕し、阻却する、この種の『要素』が問題である限りで、規定されている。それはこれについて、非従属的な取り扱いを生じる。提案e条の2項に従えば、将来的にもそれによしとされる……」
- 197) § f 「各関与者は他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に従って処罰される」
- 198) Niederschriften, S. 88ff.
- 199) 「我々はここで特別の一身の要素をガラス教授によって得た。……ここでは刑を加重、減輕する要素と並んで、刑を阻却するような要素も言及されるということは、既に1909年からの草案に対応するものである。これがそもそも必要であるのかは疑わしく思われ得るだろう。なぜなら、このことに関しては、一番最初から、争いが無いからである。しかし、現行法規にも対応しているように、将来のほうに於いても受け入れられるよう、明確化したい。我々は……一時的な精神態度も2項に算入しようとする限りで、ガラス教授とヴェルツェル教授とも一致を見出す」
- 200) 「f条は、50条1項に対応するものであり、1911年の対案34条2項に由来する。ここでは『責任』という文言を放って置き、f条とd条との関係が詳細には明らかとはされない、ということを受容した。今日の50条1項の射程距離は議論があり、この規定それ自体については明確化され得ず、将来の49条aあるいは我々のd条あるいは例えば正犯者規定に於いて明確化され得るのである……」
- 201) Niederschriften, S. 93f.
- 202) 実際、BGHSt9, 370 においては、情を知らない医師を利用した非身分者が被告人であったが、医師を主体とする身分犯の場合、非身分者は間接正犯とはならないとされ、そして、故意のない医師を利用する教唆犯は成立しないものとされた。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003)259頁参照。
- 203) 【連邦司法省の担当官の補正提案】  
1955年2月1日から4日の、刑法大委員会の第4専門委員会の結論を基にして、Umdruck J 8の補正において、以下の規定が討議に附された。

§ g

特別の一身の要素

(1) 正犯者の可罰性を基礎付けるような特別の一身の資格、関係、又は事情が、共



## 身分犯における正犯と共犯（２）（佐川）

犯者（教唆者又は幫助者）に存在しないときは、その者の刑は § y に従い、減輕する。

- (2) そうした特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、又は阻却する旨を法規が規定している場合には、この法規は、それが存在する関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される。

### § d

- (1) 可罰性を基礎付けるような、特別の一身の資格、関係、又は事情が、ある関与者に存在しない場合には、その刑は § y に従い減輕する。軽微な事例に於いては、裁判官はその刑を、自由裁量に従い減輕し、あるいは刑を断念することが出来る。
- (2) 所為が自手的にのみ遂行され得る場合にも、同じことが当てはまる。
- (3) 1 項に於いて特徴付けられている種類の、特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、あるいは阻却する旨を法規が規定している場合には、この法規はその要素が存在する関与者に対してのみ適用される。Niederschriften, Anhang, Nr. 17, S. 42.

204) Nr. 18 Umdruck U 14.

小委員会の提案（Gallas, Welzel, Krelle, Schaefer, Schafheutle, Schwalm で構成）  
正犯及び共犯

小委員会は、以下の指導原則と問いに対し態度を明らかにすることを提案する。

共犯者の際の刑を基礎付ける一身の要素

1. 刑を基礎付ける一身の要素が共犯者に欠ける場合において、刑の減輕は義務とされるべきか？
2. その場合における刑の減輕は任意とされるべきか？

Niederschriften, Anhang, S. 45.

205) Niederschriften, S. 110.

206) Umdruck U 14 a Nr. 19.

小委員会の提案（Gallas, Schaefer, Schafheutle, Schwalm で構成）

小委員会は、正犯及び共犯についての規定に対し、以下の原則が基礎に置かれることを提案する。

### § f 特別の一身の要素 \* 3)

- (1) 正犯者の可罰性を基礎付けるような特別の一身の要素が、共犯者（教唆者又は幫助者）に存在しないときは、その者の刑は § y に従い、減輕する。
- (2) 特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、又は阻却する旨を法規が規定している場合には、この法規は、それが存在する関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される。

§ a の削除の際に対しては、以下の文言を規定の内容とする。

- (1) 正犯者の可罰性を基礎付けるような特別の一身の資格、関係、又は事情が、共犯者（教唆者又は幫助者）に存在しないときは、その者の刑は §.....に従い、減輕する。
- (2) そうした特別の一身の要素が、刑を加重、減輕、又は阻却する旨を法規が規定

している場合には、この法規は、それが存在する関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される。

- 207) ZStW Bd. 67, S. 572ff.
- 208) そして、従来の50条1項を別に34条に規定している。Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuch 1956 mit Begründung, 1958 S. 40.
- 第34条 関与者の責任の独立性
- 「各々の関与者は、他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に従って処罰される」
- 209) 「軍事犯罪への教唆及び幫助を理由としては、軍人ではない者も、この法規に従って可罰的とする」
- 210) 「刑を基礎付ける特別の一身の要素を備えない共犯者に対し、第65条1項による刑の減輕を必要的に減輕している。共犯者が幫助者である場合には、減輕された法定刑が既に第31条2項から生じる。この場合には、第66条を考慮すべきである。」
- 1956年草案・第31条（従犯）
- 1項「故意に他人を違法になされる故意の所為に幫助した者は、従犯者としてこれを罰する」
- 2項「従犯者の刑は、正犯者に対する法定刑に従ってこれを定める。その刑は、第65条1項に従いこれを減輕する」
- 第66条
- 211) 1966年の対案も同じ内容の規定を、第30条に有している。
- 212) Georg Bambach, Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderverdelikt, 1963, S. 95ff.
- 213) この改正によって、秩序違反法では統一的正犯体系が採用された。
- 214) 第14条第1項「数人が一つの秩序違反行為に参加するときは、それらの者の各々が秩序違反行為を行ったものとする。処罰の可能性を基礎付ける特別の一身の要素（第9条1項）が、一人の関与者にもみ存在するときにも、また同様とする。」
- 215) Vgl. Claus Roxin, Leipziger Kommentar § 28, 1994, S. 2; Schwedtfeger, aa.O., S. 40.
- 216) Gallas, aa.O., S. 123ff; Paul Bockelmann, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Sonderheft der ZStW, 1957, S. 46ff.; 藤木英雄「(紹介)現時における正犯および共犯の概念について」法学教会雑誌75巻1号(1958)66頁以下。
- 217) 統一的正犯体系については、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(1988)が詳しい。これ以前の1952年秩序違反法では、複数人が秩序違反行為に関与した場合には、刑法典に準じた処理がなされていた。
- 218) プロイはこれについて、「関与理論における『二元性(Zweispurigkeit)』と表現している。René Bloy, Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich, Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992 S. 33.
- 219) 旧秩序違反法では、刑法に準じ、共犯(Teilnahme)とされていたものが、本法においてはBeteiligungの語が用いられている。このように刑法典とは異なり、統一的正犯体系が採用された理由としては、秩序違反法の制定において理論的に大きな役割を果たした

## 身分犯における正犯と共犯（2）（佐川）

E. シュミットらの影響があるものと考えられる。

- 220) Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 113.
- 221) René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 156ff.
- 222) このような、秩序違反行為と刑法上の行為とは質的に異なるものであるとの発想は、E. シュミットにもみられるところである。Eberhard Schmidt, Kriminalpolitische und Strafrechtsdogmatische Probleme usw., ZStW Bd 69, S. 362ff.
- 223) Peter Cramer, NJW 1969, 1929.
- 224) NJW 1979, S. 826f.
- 225) GA, 1982, S. 557ff.
- 226) BGHSt 31, 311.
- 227) 周知のように、ドイツ刑法典においては、26条および27条で、共犯の成立要件として、正犯が故意であることが挙げられている。
- 228) Diethelm Kienapfel, Zur Einheitstaterschaft im Ordnungswidrigkeitsrecht, NJW 1983, 2236.
- 229) Diethelm Kienapfel, NJW 1983, S. 2236f.
- 230) Walter Brunner, Der Täterkreis bei Kartellordnungswidrigkeiten, 1986, S. 99ff.
- 231) René Bloy, Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich, Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992 S. 36.
- 232) ブロイは、このような秩序違反法について、「偽装された機能的統一的正犯体系の表現」と評している。René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 157, S. 155.
- 233) Schwertfeger, aa.O., S. 43.
- 234) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, 1962, S. 152.  
訳については、法務省刑事局「1962年ドイツ刑法草案理由書（総則編）第一分冊」刑事基本法令改正資料第10号177頁以下も参照。
- 235) Begründung zu § 33 E 62, BT Drucks IV 650 S. 152.
- 236) Gallas, in der 16. Sitzung der Großen Strafrechtskommission, Niederschrift Bd. 2, S. 73.
- 237) Protokoll der 57. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, V. Wahlperiode S. 1095, Vgl. Schwertfeger, S. 46.
- 238) Begründung zu § 30 AE, Allgemeiner Teil, S. 69.
- 239) シュヴェルトフェーガーはこれにつき「身分を持たない共犯者の可罰性の必要性は、ここでは評価で（不適切に）基礎付けられ、そしてもっぱら正義感に訴える事例で支えられている」と評している。Schwertfeger, aa.O., S. 48.
- 240) Schwertfeger, aa.O., S. 49.
- 241) Niederschriften, Bd II, S. 45.
- 242) Schwertfeger, aa.O., S. 47.
- 243) Javier Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1998. 義務犯論については、平山幹子『「義務犯」について（1）、（2）・完』、立命館法法学第270号（2000）、484頁、同第

273号(2001), 2027頁を参照。また, とくに身分犯との関係でこれを論じたものとして大越義久「身分犯について」平野龍一先生古稀祝賀論文集(1990)389頁以下。

- 244) Jhy-Huei Chen, Das Garantensonderdelikt, 2006, S. 25.
- 245) 松宮孝明『刑法総論講義』第3版(2004)280頁。共犯の処罰根拠については, 大越義久『共犯の処罰根拠』(1981), 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(1988)91頁, 香川達夫『共犯処罰の根拠』(1988), 豊田兼彦「共犯の処罰根拠と客観的帰属」刑法雑誌47巻3号(2008)343頁以下等, 多数の先行業績がある。
- 246) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 319.
- 247) Stefan Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32, 52ff.
- 248) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1982, S. 281ff.
- 249) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1. Aufl., 1970, S. 438.
- 250) Klaus Lüderssen, Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119; また, この紹介として, 相内信「クラウス・リュウダーセン著『共犯の処罰根拠について』」金沢法学19巻1・2号(1976)100頁以下。
- 251) Hake, a.a.O., S. 67f.
- 252) Klaus Lüderssen, a.a.O., S. 193ff.
- 253) Winrich Langer, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 247ff.
- 254) Hake, a.a.O., S. 77f.
- 255) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 621.
- 256) Schwertfeger, a.a.O., S. 160.
- 257) Claus Roxin, LK, Vor § 26 Rd. 1ff.
- 258) Claus Roxin, ZStW Bd. 83, 1971, S. 399ff. しかしこのロクシンの批判についても, 真正身分犯の場合の可罰性を特別義務侵害に依拠させない点が前提とされているとの指摘が可能である。
- 259) BGH によって, 旧50条ないし現行28条の下で取り扱われるべきもの, つまり, 特別の一身の要素とされたのは, 次のようなものである。謀殺要素のうちの, 物欲, 低劣な動機, (他の犯罪行為を)可能にし, あるいは隠蔽する意図, 266条1項の意味における財産上の利益を管理する義務, 公務員資格, 217条1項の未婚の母であること, 218条3項(旧1項)の意味における妊娠, 営業性, 常習性, 旧48条の意味における累犯等。
- これに対し, 28条の適用下にはないとされたものとして, 第二グループの謀殺要素(背信的に・残酷・公共に危険を生ずべき方法), 刑法223条aの意味における攻撃の共同, 旧94条の意味における憲法敵対的な意図, 旧235条3項の意味における猥褻の意図, 242条の意味における領得の意図, 220条aの意味における破壊の意図, 等。
- 260) 租税通則法では密輸が処罰されていたが, さらに集団の密輸が加重的に処罰されていた。ここでは, この集団性に旧50条2項が適用されるものかが問題となった。
- 261) Claus Roxin, LK § 28 Rdn. 27.
- 262) Herrmann Blei, Strafrecht I, 1983, S. 272.

身分犯における正犯と共犯（２）（佐川）

- 263) Eduard Dreher, JR 1970, S. 147.
- 264) Allgemeiner Teil, S. 596.
- 265) Hake, a.a.O., S. 94.
- 266) SK, § 28 Rdn. 20.
- 267) Schönke/ Schröder, Vor § 153ff. Rdn. 42 § 203 Rdn. 73 und § 266 Rdn. 52.
- 268) Roxin, LK § 28 Rdn. 28.
- 269) Gerhard Grünwald, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (28 StGB), Gedächtnisschrift für Armin Kaufman, 1989, S. 559.
- 270) こうした帰結は、事実上、オーストリア刑法典14条に相当する。  
この14条は、行為の不法に関わる特別の一身の要素は、そうした要素が関与者の内の一人についてのみ存在する場合にも、全ての関与者に帰属されねばならない、と規定するものである。しかしこれは、即座にドイツ刑法に転用できるものではない。なぜなら、オーストリア刑法はドイツ刑法とは異なり、統一的正犯概念を基礎に置いているからである。  
Vgl. Hake, a.a.O., S. 87.
- 271) Grünwald, a.a.O., S. 562.
- 272) Hake, a.a.O., S. 89.
- 273) Roxin, LK § 28 Rdn. 32.
- 274) Bernd Schünemann, Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale“ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura 1980, S. 339ff.
- 275) Schünemann, a.a.O., S. 365.
- 276) Schünemann, a.a.O., S. 340. この他、母親が私生児の殺害を、（彼自身は養育費の節約目的で遂行する）子の父に教唆した場合が挙げられ、この場合、彼女は謀殺の教唆として処罰されるが、自ら犯行を遂行した場合には217条の嬰兒殺で軽く処罰されることになり、不当だとするのである。S. 365.
- 277) Roxin, Rdn. 36.  
シューネマンもこの場合、「所有権は『領得意思における除去（Wegnahme）』という特別の危殆化された侵害形態に対し、刑法という手段を用いて保護されねばならない」という理由で、教唆した妻の処罰を認めるが、彼女には領得意思の『犯罪の動機（Kliminalitätsmotor）』が欠けているので、28条1項による刑の減輕で十分であるとする。  
Schünemann, a.a.O., S. 340f.
- 278) 松生光正「刑法65条の『身分』概念について（二）完」姫路法学23・24号（1998）97頁。
- 279) これをヘルツベルクは、統一説の『奇妙な帰結』と呼び批判した。Dietrich Herzberg, Der agent provocateur und die „besonderen persönlichen Merkmale“ (§ 28 StGB), JuS 1983, S. 742.
- 280) Dietrich Herzberg, Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“, ZStW Bd. 88, 1976, S. 68ff.
- 281) その他、事故現場からの逃亡（142条）の事故の関与者、露出狂的行為（183条）の男子、禁制品による船舶の危険（297条）の旅客・船員・船長、詐欺（263条）の不法利得の目的が挙げられている。Herzberg, a.a.O., S. 83f.

- 282) Herzberg, a.a.O., S. 88.
- 283) Roxin, LK § 28 Rdn. 45; ヘルツベルクはその後の見解に於いては、「刑事司法が刑法28条1項の適用を要求しているかどうか」ということから出発し、最終的に、「一身的要素は、機能的に物的な要素であるか、あるいは(行為不法に対し意味のないものである)純粋に類型的な要素の場合には、厳格に従属的に働く」という見解に至っている。  
Herzberg, Akzessorität der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, S. 145ff.
- 284) 義務犯論については、平山幹子・前掲論文参照。
- 285) Roxin, LK Rdn. 51ff.
- 286) 身分犯に関する規定である28条の両項については次のように解する。つまり、刑を加重する不法要素が欠けている共犯者にも、正犯者によって実現された構成要件に基づいて有罪とされるのであって、28条2項は量刑の際にのみ利用される、とする。なぜなら、「共犯者の高められた不法と高められた責任とは……少なくとも有罪判決において表現され、そして量刑の際にだけ考慮されるのではない、ということが保障される」とするのである  
LK § 28 Rdn. 3ff. このように、2項も量刑規定と把握することによって、刑を基礎付ける要素と刑を修正する要素との不平等な取り扱いを解消するという主張は、まずヴァグナーがその先駆者である。Heinz Wagner, Amtsverbrechen, 1975; 更に、コルテス・ローザがこれを発展させた。Cortes Rosa, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90, 1978, S. 413 ff. ロクシンはこれに従うのである。この他、この見解を採る者として Hake, a.a.O., S. 150ff.  
ただ、これに対しては、法規と調和し得るかどうか疑わしい、との批判がなされる。  
Samson, SK Rdn. 6b, Grünwald, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (28 StGB), Gedächtnisschrift für Armin Kaufman, 1989, S. 565.
- 287) Theo Vogler, Zur Bedeutung des § 28 für die Teilnahme am echten Unterlassungs Delikt, Lange Festschrift, 1976 S. 279.
- 288) Roeder, ZStW Bd. 69, S. 242.
- 289) Nagler, Sonderverbrechen, 1903, S. 18.

付記：本稿執筆の際、立命館大学法学部とミュンヘン大学法学部の協定に基づく DAAD (ドイツ学術交流会) のプログラムにより、4ヶ月間のミュンヘン留学の機会を得た。本稿はその研究成果の一部である。留学中、ミュンヘン大学の Helmut Satzger 教授および Mitarbeiterin である Maria Karger 氏、そして本学の渡邊慥之教授には大変にお世話になった。この場を借りて、御礼申し上げる次第である。