

# 身分と共犯

——スイス刑法二六条を中心として——

泉 健 子

## 一 スイス刑法二六条の解釈

### 二 真正身分犯における身分なき共犯者の処罰

#### 一 スイス刑法二六条の解釈

一 スイス刑法典のなかに「共犯と身分」に関する法条を求めるとき、われわれがその拠り所とするのは、次の二六条の規定である。「可罰性を加重、減輕または阻却する特別の一身的な関係、資格および事情 (besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände) は、その存する正犯者、教唆者および幫助者について顧慮される<sup>(1)</sup>」と。この規定は、現行スイス刑法典の「可罰性」を規定する第二章の「共犯」に関する諸規定の下に置かれ、「人的な関係」(persönliche Verhältnisse)と<sup>(2)</sup>いう標題がついてゐる。

シュバンダーは、この二六条の規定の趣旨を説明して、「行為が可罰的な実行(行為)の段階にまで到達したならば、国家は各個の関与者に対して、その一身的な関係に<sup>(3)</sup>応じて、処罰を行なう。……(したがって)、かかる一身的な事情は、これの存する関与者<sup>(4)</sup>にのみ利益となり、また不利益を与えるのである。その他の者は、それについて問題とされない」と

いい、この法文の適用例を次のように示している。「例えば、三人の者が窃盗に加担したばあいには、特別の關係の存在しなうAは、単純窃盗 (Art. 137 Ziff. 1) により処罰されるのに対して、窃盗を營業的に行なっているBは、加重窃盗 (Art. 137 Ziff. 2) として罰せられる。そしてCが、被害者の親族であり、かつ、被害者が告訴を提起しなかつたばあいは、その者は全く訴追されなう (Art. 137 Ziff. 3) 」。<sup>(3)</sup>

他方において、判例もまた、この法文に關して、以下のように説明している。「スイス刑法二四条ならびに二五条は、教唆犯、従犯を原則として正犯に適用される法定刑 (Strafdrohung) のもとに置く。(しかし)、スイス刑法二六条は、可罰性を加重、減輕または阻却する特別な一身の關係、資格ならびに事情が、これの存する正犯者、教唆者および補助者について顧慮されるばあいかぎり、共犯のこの從屬性 (diese Abhängigkeit der Teilnahme) を制限する。この考え方によれば、一身の諸事由による正犯行為の通常の刑罰範圍 (Strafrahmen) の変更は、その者自身の罪責が、この特別な取扱いに相当する関与者にのみ、責を負わせ、あるいは責任を免除すべきものである。換言すれば、行為に關与する各人は、他の者の責任の割合に応じて処罰されるべきでなく、自己の責任の割合に応じて処罰されるべきである」<sup>(4)</sup>。

教唆者ならびに補助者の共犯行為 (Teilnahmehülfe) の取扱いは、法律上、主たる事象 (Hauptsache) に与えられ、る取扱いを基準として行なわれる。このことは、言うまでもなく、共犯の從屬性、すなわち教唆犯、従犯の從屬的な法的性格からの帰結である。したがって、例えば、正犯の行為が時効にかかっているばあい、あるいは可罰の条件 (Strafbarkeitsbedingung) が欠けており、そのために國家の刑罰請求權 (Strafanspruch) が発生しないばあいは、教唆者ならびに補助者に対しても、同様に國家の刑罰請求權は発生することがない。そして、この論理をさらに押し進めると、母親を嬰兒殺へと教唆する者、あるいは息子を父親に対する窃盜へと教唆する者、またはかかる行為に際して援助を与える者等は、母親ならびに息子と同様、軽減された刑もしくは刑の免除という恩典のある嬰兒殺 (Art. 116) または親族相盜 (Art. 137 Ziff. 3) の規定により処罰されるという結論に到達する。しかし、スイス刑法典はこの点において——共犯關係に立

つ者のうち、ある者に一身的な性格の關係、資格、事情が問題となるばあいには——厳格な共犯從屬性の原則を緩和してゐるのである。すなわち、可罰性を加重、減輕または阻却する一身的な諸事情を有する関与者と、かかる事由を有しない関与者とは異なる取扱いを受けると規定してゐる。その結果、前述の例においては、減輕された処罰あるいは刑の免除の恩恵は減免要素の存在する者にのみ保証されることとなる。これをハフターは「正義の命令」であると言ふ<sup>(6)</sup>。

以上からも明らかのように、スイス刑法二六条の規定は等しきものには等しいものを、異なるものには異なったものを与えるという責任の配分、すなわち責任原理 (Schuldprinzip) を規定してゐるといふ<sup>(6)</sup>。

二 以上がスイス刑法二六条の一般的な解釈であるが、それでは、(1)二六条にいう可罰性を加重、減輕または阻却する「特別な一身的事情」とは具体的に何を意味するのか、(2)いかなる事由が二六条の適用範囲に含まれるのか、が次に問題となるであらう。

(1) これらの事由として、学説・判例は、(1)一身的刑罰加重事由 (persönliche Strafrahungsgründe) には、例を挙げ「利欲」(Art. 48, 50)「累犯」(Art. 67)「謀殺罪」(Art. 112) における「特に非難せらるべき心情」第三者による墮胎罪 (Art. 119 Ziff. 3)・窃盜罪 (Art. 137 Abs. 2)・犯罪隠匿罪 (Art. 144 Abs. 3)・恐喝罪 (Art. 156 Ziff. 2) 等における「営業性」謀殺罪 (Art. 112)・窃盜罪 (Art. 137 Abs. 2) における「危険性」受託物横領罪 (Art. 140 Abs. 2) における「特別に信任厚き地位」など、(2)一身的刑罰減輕事由 (persönliche Strafmilderungsgründe) には、例を挙げ、限定責任能力 (Art. 11)「実行未遂」(Art. 22, II) における「積極的な悔悟」(die tätige Reue)「減輕情状せられる」尊重に値する動機」(Art. 64)「刑事未成年者」(Art. 100)「過剰防衛」(Art. 33, II 1. Satz i. V. Art. 66)「嬰兒殺」(Art. 116) における「母親」とごとの資格など、また(3)一身的刑罰阻却事由 (persönliche Strafausschließungsgründe) には、責任無能力 (Art. 10)「激情による過剰防衛」(Art. 33, II 2)「時効」(Art. 70 ff., 188 Abs. 2)「やむを得ない任意の刑の免除」には「法律の錯誤」(Art. 20)「中止未遂」(Art. 21 Abs. 2)「軽微な窃盜」(Art. 138 Abs. 2) における「困窮」などを指

摘している。

右によって明らかなように、スイス刑法における刑の加重減輕の事由となる行為主体の特別な地位のあり方については、主体の客観的要因（嬰兒殺における母親）ばかりでなく、主観的要因（心情、営利性、利欲、悔悟）が広範囲に織込まれている。この点、わが国における六五条二項（不真正身分犯）の規定内容とかなり趣を異にしており、スイス刑法二六条の規定の内容は、ドイツ刑法旧五〇条二項に略同様のものといふことができよう。

次に、(2)二六条の適用範囲、すなわち、スイス刑法二六条にいう「人的な関係」(personliche Verhältnisse)概念について考察しなければならないが、既にみたごとく通説ならびに判例は、この点で見解の一致をみている。つまり二六条により把握される「人的な関係」には、刑法典の総則において規定されている事情（例えば、限定責任能力、法律の錯誤、中止未遂、累犯等）のような人的な関係のみならず、各則において、個々の実定法上の構成要件メルクマール(Merkmale einzelner gesetzlicher Tatbestände)として記述されている人的な関係（例えば、故殺罪(Art. 113)における「有怨する」とのさき著しい興奮状態」<sup>9)</sup>、嬰兒殺(Art. 116)における「分娩すべきの母親」としての行為者資格、生命に対する脅威罪(Art. 129 Abs. 2)における「利欲」、第三者による墮胎罪(Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2)における「営業性」等)もまた包含されるのであると解されている。

ところで、一九六一年七月七日のスイス連邦裁判所(Kassationshof)判決は、その判示の中で右の通説的見解の正当性に対して疑問を投げかけ、しかも、刑法典各則に規定されている「人的な事情」は二六条の適用から除外されるべきか、という興味ある問題を提起している。この問題は、今日なお未解決のままにされているが、これについての判例の主張内容を要約すると、次のようである——これまで正当なものとして承認されてきた二六条の解釈は、内容的に等しい構成要件メルクマール(inhaltsgleiche Tatbestandsmerkmale)が異なる取扱いをうけるといふ不都合な帰結を招来させる。例えば、生命に対する脅威(Art. 129 Abs. 2)ならびに不忠実な事務執行(Art. 159 Abs. 2)における「利欲」というメ

ルクマールは、学説によれば二六条規定の「特別な人的事情」と解されるのに対して、ワイセツ行為の周旋（Art. 198）における「利欲」というメルクマールは、いわゆる「刑罰を基礎づける人的事情」（*strafbegründender persönlicher Umstand*）としての性格が与えられるために、前者のばあいには、かかる事情の存する関与者のみが顧慮されるのに対して、後者においては、正犯だけでなく他の関与者にもかかる事情は影響を及ぼし、正犯者が利欲によって行為していることを認識していた他の関与者もまた、正犯と同様に責を負うことになるのである。なぜ同一の構成要件メルクマールが別種のものでなければならぬのか、熟慮を喚起する、<sup>10)</sup> といっている。

ともに内容的に等しい同一の構成要件メルクマールが異なる評価をうける結果、加担する関与者の法的処置に差異を生ずることに疑問を提示したものと見えよう。しかし、この点についてはシュルツもいのように、たしかに、遺憾な不統一（*bedauerliche Uneinheitlichkeit*）的現象が発生するとはいえず、この取扱い上の差異は、立法者がかかるメルクマールを個々の構成要件において異なる用い方（*verschiedener Gebrauch*）をしたことに由来するものである以上、止むを得ないものといわざるをえない。<sup>11)</sup> そして、この不均衡な取扱いの解消は、次節で考察する「未来法による解決」を待たねばならないものであろう。

三 さて、ここで不真正身分犯における関与の問題を採り上げなくてはならないが、これについては、ここで論じられている二六条の規定が余すところなくその規準として作用することは、通説が一致して認める<sup>12)</sup> ところである。不真正身分犯においては、これに加功する身分者（*Intransus*）自身は、可罰性を加重・減輕する資格（*Eigenschaft*）を有するため、二六条の適用をうけ、特別規範（*Sondernorm*）の下に置かれるが、他方、非身分者（*Extransus*）はかかる資格を有しないために、通常の刑罰原則（*Gemeiner Strafsatz*）の下に置かれるのである。それゆえに、不真正身分犯にあっては、不真正身分犯に加功する身分なき共犯者が通常犯罪の法定刑により処罰されるのに対して、通常犯罪に加功する身分ある共犯者は不真正身分犯の法定刑によって処罰されることになる。したがって、公務員と私人とが虚偽の公文書作成に加功

するばあいでも、公務員を文書偽造へと教唆し、みずからはスイス刑法三一七条の構成要件実現に対して身分を有しない者は通常の文書偽造罪 (Art. 251) の刑の範囲 (Strafrahmen) のもとにあるのに対して、私人をして文書偽造を惹起させる公務員、あるいはかかる偽造に際して援助を与える公務員は、通常の文書偽造罪ではなく、この通常構成要件に対応する特別規定 (Art. 317) のもとに置かれる。<sup>(18)</sup>

ところで、スイス刑法二六条は、可罰性を加重・減輕または阻却する一身的な関係、資格ならびに事情のみを規定するものであり、刑罰を基礎づける要素 (strafbegründende Elemente)、すなわち真正の職務犯罪における公務員資格等の、いわゆる真正身分犯については規定していない。このため真正身分犯における加功の問題は、学説ならびに判例による理論的解決に委ねられているが、<sup>(14)</sup> 通説は、真正身分犯に加功する非身分者の処罰は、身分犯の正犯が服さねばならない法定刑に依存するという点で一致している。身分なき共犯者が真正身分犯に加担するか、あるいは不真正身分犯に加担するかによって、実定法上身分なき共犯者の処罰には大きな差異 (Diskrepanz) が生ずることとなる。この身分なき共犯者の処罰における矛盾が誘因となり、スイス連邦裁判所は、BGE 81 (1955) IV 288 以下において、通説的見解に対立する姿勢を明らかにした。すなわち、一九五五年一〇月二七日の判決は、N が元戸籍課職員 B をそのかして、B のかつての職場に勤務する戸籍係 F をして、N の失効したパスポートに必要なスタンプを押させたという事案において、スイス刑法三一七条 (公務員による文書偽造罪) の特別な事情 (公務員資格) を「物的事情」とみなし、N、B 両名に重い文書偽造罪の教唆を認めたものである。その判決理由の概要は、以下の通りである。

支配的見解によると、正犯者の公務員資格 (Beamteneigenschaft) は、真正身分犯では可罰性を基礎づける要素とされ、一方不真正身分犯のばあいには、可罰性を加重する要素と解されている。しかし、なぜ同一の特別な事情 (公務員資格) が、例えば手数料の超過徴収 (Art. 313) に加功する教唆者に不利益を与え、それに反して、公務員に文書偽造 (Art. 317) を教唆する者の罪責ならびに刑には影響を及ぼさないかを、この事実は説明していない。公務員を身分犯へ教唆する非公務

員の責任は、その公務員資格が構成的に (konstitutiv) 作用する事情であれ、刑罰加重的作用を有する事情であれ、異なるものではない。学説が従属性の原則に従い、真正身分犯に加功する教唆者を正犯と同様に処罰するのなら、論理的には、不真正身分犯における教唆も同様の解決が可能となる。そして公務員資格を人的な性格のものとしてではなく、物的な性格 (sachliche Natur) の事情として捉えるときにはじめて、身分なき教唆者の処罰におけるかかる不均衡を避けることができるのである。「物的な事情」(sachliche Umstände)<sup>(16)</sup>は、行為自体の客観的重要性 (die objektive Schwere der Tat selbst) を変化させる点で、行為者の特性 (die Besonderheit des Täters) を特徴づける「人的な事情」と區別されるが、スイス刑法三一七条の公務員資格は、まさしく、かかる意味において把握されるべきである。他方、職務犯罪の本質は、公務員が国家から付与された職権を濫用する点に求められ、そしてかかる権限を用いてなされた文書偽造は、文書の真正性 (die Echtheit der Urkunden) に関する公の信用を害するばかりでなく、文書の真正性が国家の職務行為にもたらす特別の信頼、ならびに公務員の信頼できる職務執行に対する国家の利益をも侵害するものである。それゆえ、公務員による文書偽造は、私人による文書偽造よりも、客観的にはるかに重大かつ効果的である。したがって、スイス刑法三一七条で必要とされている特別の事情は、「物的事情」として解すべきであり、教唆者もまた重く罰せられるべきことになる。

この判例において、スイス連邦裁判所は、不真正の職務犯罪に加功する非身分者に、身分犯の法定刑を科すという論理的操作を用いて、真正の職務犯罪における非身分者の処罰とのバランスをはかろうと試みたのである。しかし、シュニードも指摘するように、結局のところこのような解決は部分的な措置にとどまり、二六条の規定ならびに通説により支持されるその解釈を完全に克服するには到らなかつた。しかしそうであっても、この判決によってなされた批判は、なお正鵠を得ているといえる。<sup>(16)</sup>そして、この問題もスイス法制の将来の立法に残された課題であらう。

(1) 現行スイス刑法典制定史の概略は、次の通りである。

一八四八年の連邦憲法ならびに一八七四年の連邦憲法下では、州 (Kantone) が刑法定定の権能を有していた。一八九八年二月一

三日の憲法一部改正 (Teilrevision) により、その六四条で「連邦は、刑法の領域において立法権限を持つ」と規定され、実体刑法に關して連邦の立法権が確立された。憲法改正後、まもなく、連邦政府は、ムルン大学教授のカーン・シュトース (Carl Stöck) に刑法典の起草作業を委嘱し、彼は一八九三年—一九四年に、理由書を付したスイス刑法予備草案 (Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuche mit Motiven) を公刊した。その後、一九〇三年ならびに一九〇八年の予備草案 (Vorentwürfen 1903 und 1908)、一九一八年の連邦政府草案 (Entwurf und Botschaft des Bundesrates von 23. Juli 1918) が起草されている。一九一八年草案は、国会で審議され、一九三七年二月二日に採決をみた。そして、一九三八年七月三日に行なわれた国民投票の結果、賛成三五八、四三八票、反対三二二、〇三〇票の承認を得て、一九四二年一月一日より施行された。これが、今日に至る現行スイス刑法典である。なお、現行刑法典では、そのうち、数次にわたる部分改正が行なわれてゐる。Vgl. Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch S. 1-3.

戦後、第二次改正が進行したが、これは主として行刑の分野に關するものであり、その帰結である刑法一部改正は、一九七一年三月一八日に成立している。宮沢浩一・比較法的研究「スイス」(「改正刑法の研究」)一〇六—一〇七頁参照。

- (2) 現行刑法制定以前のスイス連邦刑法 (eidgenössische Strafgesetze—Neuenburg, Tessin, Wallis, Genf, Luzern 等) における同趣旨の規定については Ernst Hafner, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, A.T. 1926. S. 235 ff. に詳しく、また、Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts A.T., II. Bd. にあつて、ビルクマイヤーがシュトース草案について記述してゐる。Vgl. a.a.O., S. 115.

(3) Vgl. Vital Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 1963, S. 135.

(4) BGE, 87 (1961) IV 50 ff.

ディーツも、「この点で、厳格な從屬性の原則の緩和がみとめられる。すなわち、共犯者は処罰に關して正犯の責任から解放される。共犯者の可罰性は、正犯の行為から推論されるのであつて、正犯から推論されるのではない」といふことである。Vgl. Dietz, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957 S. 60; Schwander, a.a.O., S. 137.

(15) Vgl. Hafter, a.a.O., S. 233.

(16) Vgl. Hans Schultz, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen im Jahre 1961, I. Schweizerisches Strafgesetzbuch. S. 46; BGE. 95 (1969) IV S. 117; BGE. 87 (1961) IV S. 50.

(17) Vgl. Thormann und von Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch, I.A.T. 1940, S. 125. 126; Schwander, a.a.O., S. 136 Nr. 271 a; Hafter, a.a.O., S. 234 ff.; Germann, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 1972. S. 47; Dietz, a.a.O., S. 60.; Hans Schultz, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts. 1973 S. 239 ff.

Hafter, a.a.O., S. 234. は、その他に「一身的な刑罰加重事由」として、固有でない職務犯罪（公務員による横領・文書偽造）における公務員、尊属殺における卑属親としての資格をあげ、「一身的な刑罰減輕事由」としては、親族に対して犯された一定の財産犯をここに数えている。

なお、治外法権、議員の不可侵権等の処罰阻却事由（Strafaufhebungsgründe）もまた、純粹に一身的な性格を有する。さらに、常習的犯罪者（Art. 42）、放縦者ならびに労働嫌忌者（Art. 43）、常習的飲酒者（Art. 44）等の、保安処分（sichernde Maßnahme）の前提条件となる、かかる属性（Eigenschaft）もまた、その存する者についてのみ顧慮される一身的な性格のものであることに留意せねばならない。

(18) 現行のスイス刑法二六条の規定は、ドイツ刑法旧五〇条二項（一九四三年の刑法調整令に伴う一部改正後の古い文言）に、ほぼ類似する規定とすることができる。

ちなみに、ドイツ刑法旧五〇条二項は、次のように規定されていた。「特別な一身的な資格または関係が、刑を加重、減輕、または阻却することを法律が規定しているときは、この法律は右の資格または関係の存在する正犯または共犯についてのみ適用される」と。

西田助教授は、「同条（スイス刑法二六条）は「事情」という文言を含むため、通説はドイツより一足先に一時的心理要素への同条の適用を認めていたが、その他の点では、ドイツ刑法五〇条二項の解釈論をほぼそのまま移入している」といわれる。西田典之・「共犯と身分をめぐる一考察」〔四法学協会雑誌 第九六卷第二号、一一四頁 註（）参照。

なお、ギリシヤ刑法四九条二項、ユーゴスラヴィア刑法二二条三項なども、スイス刑法二六条と同様に、ドイツ刑法旧五〇条二項と同趣旨の規定を有する。

(9) Vgl. Schultz, ZBJV. 1963. S. 45 ff.; Hafter, a.a.O., S. 239; Schwander, a.a.O., S. 112-114. Thormann und von Overbeck, a.a.O., S.125.

(10) BGE 87 (1961). IV. 52 ff. この判例で類する立場にたゞ判例としては、他に BGE 92 (1966) IV 205 があつた。

なお、「営業性」という構成要件メルクマールのばあいも、「利欲」のばあいと同様の事情にある。すなわち、窃盗 (Art. 137 Ziff. 2) のばあいは「営業性」というメルクマールは、二六条の「人的な事情」と解されるが、一方反自然的ワイセム行為 (Art. 194 Abs. 2) のばあいは「営業性」とは、刑罰を基礎づける要素としての性格が与えられている。

(11) Vgl. Schultz, ZBJV. 1963 S. 46.

(12) Vgl. Schwander, a.a.O., S. 139. Nr. 2771.

(13) Vgl. Oscar Schwyder, Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen Strafgesetzbuches, 1962, S. 179; Schwander, a.a.O., S. 139 Nr. 277.

(14) BGE 87 (1961) IV 51.

(15) BGE 81 (1955) IV 288 ff.

スイス刑法二六条で規定されている「事情」は、刑罰を加重・減輕・阻却する「人的な事情」(persönliche Umstände)であり、それは行兇者の特質を特徴づける一身の性格のものである。これに対して、例えば、偽造通貨輸入・取得・貯蔵罪 (Art. 244 Abs. 2) のばあいは偽造通貨を「多量に」(in großer Menge) 輸入し、取得し、または貯蔵したばあいは、爆発惹起罪 (Art. 223 Ziff. 1 Satz 2) のばあいは「軽微な損害」(ein geringer Schaden) が発生したばあい等の「事情」は、「物的な事情」であり、当然のことながら二六条の適用範囲から除外される。この物的事情によって、特別に形成される行為違法 (Tatunrecht) は、正犯者のみならず共犯者の罪責にも等しく影響を及ぼす。すなわち、物的事情のゆえに、正犯者の刑が加重・減輕されるならば、共

犯者の刑事責任（Strafhaftung）もまた、同様に加重・減輕されるのである。Vgl. BGE 87 (1961) IV 59; Schwander, a.a.O., S. 136 Nr. 271 a; Schnyder, a.a.O., S. 177 ff. 公務員資格を「物的事情」とみなす判例のしかる見解に対して批判的なるところでは、主として Schnyder, a.a.O., S. 178; Schwander, a.a.O., S. 136 Nr. 271 a. 3 がある。

ちなみに、刑罰を加重する物的事情（strafverschärfender sachlicher Umstand）として、たとえは、禁止された政治上の諜報活動における「重い情状」（Art. 272 Ziff. 2）、文書偽造又は濫用が「公の登録簿、公文書、自筆の遺言、有価証券または手形若しくはその他の指図証券」に関するとき（Art. 251 Ziff. 2）、囚人解放罪において参加者が「人または物に暴力を加えたとき」（Art. 310 Ziff. 2 Satz 2）等がある。刑罰を減輕する物的事情（strafmildernder sachlicher Umstand）としては、たとえば、決闘罪において当事者が備えをした「生命の危険に対しての適当なる予防法」（Art. 131 Ziff. 2）、犯罪隠匿に際して「情状が特に軽いはある」（Art. 144 Abs. 2）、放火に際して発生した「軽微な損害」（Art. 221 Abs. 3）、偽証罪（Art. 307 Abs. 3）において偽りの供述が裁判官の裁判にとって「重要な事実」に関するとき等をあげることがある。

なお、シニエーターは、刑罰を阻却する物的事情（strafausschließender sachlicher Umstand）の存する構成要件が、スイス刑法典に包含されていないことを理由に、この種の物的事情を問題とすることに対して疑問を示している。Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 178, Anm. 5.

(91) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 179.

## 二 真正身分犯における身分なき共犯者の処罰

一 さて、スイス刑法二六条は、前記からも明らかなように、刑罰を加重・減輕、阻却する一身的な諸事情のみに関する規定であり、刑罰を基礎づける一身的な事情（strafbegründende persönliche Umstände）についての規定ではない。刑罰を基礎づける一身的な事情、つまり真正身分犯に関する規定は現行のスイス刑法典には欠如している。既に触れたよ

うに、不真正身分犯に加功する非身分者の処罰ならびに科刑の点については、二六条から演繹される。この点は、不真正身分犯の法的性格からも疑う余地がない。<sup>1)</sup>では、法規が沈黙している真正身分犯における関与の問題を、スイス法制はいかに取扱うのか。真正身分犯に加功する身分なき共犯者は、不可罰とされるのであろうか。決してそうではない。学説・判例は、こぞって、この身分なき共犯者の処罰を肯定している。しかし、結論において一致しているとはいえず、学者によりその論理的な理由づけはさまざまであり、したがってその間での学説の対立がみられる。

もっとも、この対立する見解を概観するに先きだつては、なぜ法規がこの点について沈黙しているのか、を知らなくてはならないであろう。かかる法規の欠缺について、シュニーターは次のように言っている。「真正身分犯における共犯に関する法規の沈黙にあつては、特別の意味を持つ沈黙 (ein qualifiziertes Schweigen) は問題となりえない。おそらく立法者は、意識的に、真正身分犯における共犯において生ずる問題を、実定法的に取扱うことを断念したにすぎない。つまり、間接正犯ならびに共同正犯を、法律上根拠づけることを断念したと同様に、そうしたのである。立法者は、身分犯の性格がまだ明瞭に確定されていない時点では、共犯の問題の取扱いを、専ら学説ならびに実務に任せ、そうすることにより、この問題の取扱いについての融通性を保証したのである。すなわち、将来、立法という形式で、実定法上の解釈をおこなう可能性を残したのである」<sup>2)</sup>と。換言するならば、刑罰を基礎づける一身の諸事情の規定の欠缺は、立法者の意識的な不作為の結果であるということになる。そして、「このように解釈することが、今日望ましいということとは、恐らく争われないうちである」としている。<sup>3)</sup>しかし、この通説的見解に対しては、トレクセルの反対説が対峙する。刑罰を基礎づける一身のメルクマールが、二六条で規定されていないのは、なにも立法者の意識的な沈黙の結果からではない。そのように考えることは実情にあわない、とトレクセルは反駁する。そして、刑法典の準備作業 (Vorarbeiten) の過程の記録を根拠として、自己の見解を裏づけている。それを要約すると——現行スイス刑法典二六条の規定は、立法の当初から今日の形式を意図していたのではなく、はじめは、刑罰を基礎づける一身のメルクマール、すなわち、構成的

メルクマールも包含されていたと考えられる。しかし、偶然に立法の作成過程で、現行の形式を採用するに至り、以後すべての草案において、この形式は承継されることになった、と説明している。<sup>54)</sup>

おそらく、このトレクセルの見解は正しく、また二六条の成立過程の実情も、かようなものであったのであろう。しかし、偶然的に生じた構成要件メルクマールの欠陥は、もとをただせば、立法当時、身分犯の概念がまだ混沌としており、したがって、それに対する認識も少なく、かつ法文の形式で明文化するという法感覚が希薄であったこともまた事実であろうと思われる。その限りで、シュニーダーの見解も正しいものがあるといえよう。ともあれ、以下で、規定を持たない真正身分犯における身分なき共犯者の処罰を是認する見解の拠り所を考察することにした。

二 スイス刑法二六条が、「刑罰を基礎づける一身的な諸事情」については何ら言及していないため、スイス刑法は、真正身分犯における身分なき共犯に関する明文の規定を欠くこととなる。しかし、この点については、判例ならびに学説が、その指針を与え、ほぼ一致して、身分なき共犯者も処罰されるという立場を支持している。ただその理由づけには、学説により差異があり、大別すると、(1) スイス刑法二六条の規定を拠り所とするもの、と (2) 共犯の処罰理由、すなわち、共犯の従属性を根拠とするもの、とに分けることができる。

(一) 二六条の反対解釈 (Das argumentum e contrario aus Art. 26 StGB) 圧倒的多数の学者の支持を得ている通説的見解は、<sup>55)</sup> 刑罰を加重・減輕、阻却する一身的なメルクマールを規定する二六条を拠り所として、その反対解釈をおこなう。すなわち、スイス刑法二六条は、一身的に刑罰を加重・減輕、阻却する事情 (Tatumstand) についてのみ規定しており、真正身分犯について、その規準となる刑罰を基礎づける事情については言及していない。このことは、立法者が「刑罰を基礎づける事情」に、刑罰を加重・減輕、阻却する事情とは異なる法的解決を意図したものと理解することができる。したがって、この見解によると、正犯者においてのみ存在する刑罰を基礎づける一身的な資格、関係または事情は、身分なき共犯者についても影響を及ぼすことになる。<sup>56)</sup> つまり、刑罰を基礎づける一身的な諸事情が共犯者に存在しないばあいに

も、正犯者に存在するならば、その共犯者は、真正身分犯の共犯として処罰されるのである。

かかる見解に対しては、唯一人二六条の類推解釈を主張するP・ピオテが、次のような批判を加えている。同一の身事的な事情を、構成的要素として捉えるか、あるいはまた加減的要素として捉えるかによって、その身事的な事情を具備しない共犯者にも、その効果が及ぶとするのはきわめて非論理的である、と。また他方においてシュニーターも——その所説は最終的には、かかる反対解釈と同様の結論となり、したがって厳格な従属性の立場を承認するが——ピオテとは異なる見解の下に、やはり、この反対解釈を批判している。「反対解釈は、一方では構成的な事情が、また他方では刑罰を加重・減輕する事情が、ともに刑法上同一の段階に存在していることが明らかでない、すなわち、実定法上に規定されているある種の事情から、規定のない同種の別の事情に関して、何らかの有効な結論を引き出すことが、可能とされることと明白であるばかりにのみ正しいとされる。しかしながら、かかる主張は、刑罰を基礎づける事情と刑罰を加重・減輕する事情との間では妥当しえない。なぜなら、両者の間には実質的な差異が存在するからである。刑罰を加重・減輕する事情は、正犯者もしくは共犯者の可罰性が既に、確定しているばあいには、はじめに考慮されるべきものであり、それに反して、刑罰を基礎づける事情は、一般的に(überhaupt)可罰性が発生する一次的な問題(primäre Frage)について基準となるものである。つまり刑罰を加重・減輕する事情は、二次的な性格を有し、一次的な性格を有する刑罰を基礎づける事情とは同じ段階に置かれるべきものでなく、また比較されるべき筋合いのものでもない」と。

要するに、右の主張は、既に確定している可罰性を変更する二次的な性格の「刑罰を加重・減輕する身事的な事情」と、可罰性が一般的に発生する一次的な性格の「刑罰を基礎づける身事的な事情」とは、本質的に異なる種類のものであり、それゆえに、段階を異にする両者の間での反対解釈は不当であるとする反論といえよう。

(二) 二六条の類推(解釈)(Der Analogieschluss aus Art. 26 StGB) ピオテは、同一の身事的な事情が、構成要素として把握されるか、加減的要素として把握されるかによって、通説のように、かかる事情を有しない共犯者が異なる取扱いを受

けるのは論理的でないとする立場から二六条の類推を主張する。つまり、ピオテは、構成的要素と加減的要素との間に実質的差異を認めず、両者に同一の作用を帰せしめることを主張するのである。<sup>(8)</sup>したがって、二六条の類推は——各関与者は、その者にのみ顧慮される人的事情に応じて処罰されるべきであるとする——スイス刑法二六条の法の精神（Ratio Legis）を基盤とするものであり、その結果「刑罰を基礎づける人的メルクマール」も、「刑罰を加重・減輕する人的メルクマール」のばあいと同様に、かかるメルクマールの存する者にのみ顧慮されることになり、それゆえ、真正身分犯に加功する身分なき共犯者は不可罰となるという帰結が導き出される。<sup>(9)</sup>

右の二六条の類推解釈については、シュニーダーが、先の反対解釈に対して行なつたと同様の異議を唱えている。また、トレクセルも、シュニーダーとは異なる理由づけのもとにかかる類推に反対している。すなわち、「反対解釈ならびに類推解釈が、ともに不満足な結果を招来するということを認識すべきである。同一の一身のメルクマールが、場合によって共犯者に影響を及ぼし、あるいは影響を及ぼさないということは、解釈学上矛盾するものであり、そしてそれは著しい不平等をもたらすからである。利欲によるワイセツ行為の周旋（Kuppeler）の利欲なき教唆者は、正犯者の法定刑（Strafdrohung）により処罰されるのに対して、利欲なきワイセツ行為の周旋の利欲ある教唆者は、不可罰とされるというのでは不公平である。しかし、他方、ピオテの解釈もまた承服しがたい。彼の提案に従うと、身分なき者（der die Sonder-eigenschaft fehlt）が罰せられることなく、身分ある者（Qualifizierte）を教唆することができることになるからである」<sup>(10)</sup>と。

以上の上二つの見解からも明らかのように、二六条の反対解釈ならびに類推は、ともに欠陥を内包する根拠の薄弱な見解であることが理解できよう。

さて、それでは、スイス刑法二六条の反対解釈と同様の結論に至る今日支配的な解釈が、いかにして基礎づけられているかを以下で問題としなければならない。

三 トレクセルも指摘するように、「真正身分犯における身分なき共犯者の処罰」の問題は、特別な資格 (Sondereigen-schaft) を詳論しても、その解決の糸口をみいだすことはできない。やはり、共犯規定 (die Regelung der Teilnahme) から、共犯の処罰理由 (Strafgrund) を問うことから、出発しなくてはならないであろう。<sup>11)</sup>

ところで、真正身分犯においては、身分者のみが、身分犯の構成要件を違法に実現することができる。この点は今日争いのないところであるが、その際「違法性は、つねに一定の行為者に関係づけられた行為の非認である」ということ、つまり、不法は行為者に関連づけられた『人的』不法であることが前提とされる。<sup>12)</sup> かかる前提に立つならば、一身的な特質または事情が欠けるために、この『人的』不法を実現することのできない共犯者は、身分犯に加功しても処罰されることはない、ということになる。しかしながら、この推論は是論できない。なぜなら、共犯の処罰理由は正犯の処罰理由と性格的に異なるからである。つまり「正犯者の処罰は、いかなる場合にも、その者自身の行為に対して責任が問われることとを、その本質とするのに対して、共犯の処罰理由は、他人の行為違法に加功したという点で、すなわち、他人の行為違法を誘発し、助長したという点で、基礎づけられるから」である。<sup>13)</sup>

かかる論理的前提のもとに、シュニーターは次のように説明する。「共犯の違法内容は、他の者によって実現される違法行為の共同形成 (Mitgestaltung) に関連する。ゆえに、他に依存する違法な構成要件として、純粹な〈関係概念〉 (Bezugsbegriff) として共犯が理解されるならば、身分犯における共犯についても以下のことが明らかになる。身分犯に加功する教唆犯、従犯の処罰は、原則として、特別の構成要件 (Sonderbestand) へ身分犯の規定から導かれる。しかしその際、共犯者が正犯として不可欠の特別なメルクマールを有していたか、さらにまた、共犯者が刑罰を基礎づけるメルクマールもしくは刑罰を加重減輕するメルクマールを有していたか否か、は重要なことではない。なぜなら、原則的には、身分者を身分犯へと教唆し、あるいは幫助する非身分者の共犯行為の違法内容は、身分者の共犯行為の違法内容と比べて、より軽いと評価されるものではないからである。<sup>14)</sup> ところが、スイス刑法は、その二六条でこの基本的な共犯の従属性

の原則を緩和している。したがって、不真正身分犯における身分なき共犯者は、特別の構成要件（身分犯）によってではなく、同種の通常犯罪によってのみ帰責されることが、実定法から（*de lege lata*）明瞭に確定されるのである。

では、刑罰を基礎づける正犯的な特質ならびに事情については、どのように考えるべきであろうか。現行刑法は、刑罰を基礎づける一身的な関係、特質、事情に、従属性を緩和するいかなる効果も与えていないのだから、真正身分犯における共犯者の刑事責任（*Strafhaftung*）は、（身分ある）正犯者に適用される刑罰の範囲（*Strafrahmen*）から生ずることになる。なぜなら、刑罰を基礎づける正犯的メルクマールは、まず第一に、身分犯の本質を形成し、そして基本的な構成要件（*Grundtatbestand*）と（解きがたく（*unlösbar*）結びついている）からである」<sup>15</sup>と。

右のシュニダーの見解を要約すると——共犯の処罰理由は、他人の行為違法を誘発、もしくは助長する点に求められ、その意味において、共犯は純粹な（関係概念）として把握される。したがって、身分犯のばあいにもその身分なき教唆、補助者の処罰は、原則として、身分犯の法定刑から招来さるべきものである。しかし、スイス刑法二六条は、まさに、その例外規定として、個別的責任の下に、「刑罰を加重、減輕、阻却する一身的な特質ならびに事情は、かかる事由の存する者についてのみ顧慮する」と規定して、共犯の厳格な従属性の緩和をはかっている。しかしながら、刑罰を基礎づける一身的事由（真正身分犯）について、スイス刑法は何らの明示的規定も置いていない。それゆえ、真正身分犯のばあいには、本来の共犯の原則に立ち返らねばならず、共犯者は、身分ある正犯者に適用される法定刑のもとに置かれることになるのである。

わが国のように、真正身分犯に加功する身分なき者も共犯とする、という規定を有していないスイス法の下では、身分なき共犯者の処罰理由を明らかにすることによって、法規の欠缺を補う見解が一般的なものとされているということがきよう。

- (1) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 161.
- (2) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 164.
- (3) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 165.; Schwander, a.a.O., S. 137. 刑罰を基礎づける一身的な事情は、二六条において意識的と言及せられたことである。
- (4) Vgl. Stefan Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 63. Anm. 52. トロクセルは、刑法典の準備作業における審議の過程を、次のように記述している。「ミッテルマイヤーの二二条二の提案：△犯罪者の可罰性に影響を及ぼす(auf die Strafbarkeit des Verbrechers einwirken) 特別な関係(事情ならびに資格は、法規が正犯者についてのみ挙げている) あるいは、共犯についても適用される。右の事情はかかる事情の存する者についてのみ顧慮される…▽(スイス刑法準備草案(Vorwurf zum Schweizerischen Strafrecht) に関する専門家委員会の審議録、記録Ⅲ一九〇二年三月一四日会議六頁) 引続き、シントームの二二条三の提案：△特別な関係(事情、または資格が、正犯者の可罰性にとって重要である) 又は( Sind besondere Verhältnisse, Umstände oder Eigenschaften für die Strafbarkeit des Täters von Bedeutung, ) かかる事情の存する共犯者においても同様の意味を有する▽ (前掲一九〇二年三月一八日会議一三頁)」。審議録は、この提案に討議が賛成した旨を簡潔に触れているにすぎず、討議の内容については何ら言及していない。ミッテルマイヤーの新たな提案がそれに続く。△可罰性を加重(減輕または阻却する) (welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen) 一身的な関係について言及しているにすぎない(前掲)。この時以来、かかる限定は以後の諸草案において(一九〇三年準備草案二二条三項、一九〇八年準備草案二二三三項、一九一三年準備草案二二三条、一九一六年準備草案二七条、一九一八年草案二四条)踏襲せられたに至った」。
- (5) Vgl. Trechsel, a.a.O., S. 62.
- Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903. S. 97 に「よる」かかる見解を支持する者として、H. Meyer, Rubo, Hecker, Berner 等をあげている。ナグラー自身は、「平行線上に互いにおかれたこれらの場合は、いわゆる矛盾する対立関係

の論理的な形象（die logische Figur der sog. kontradiktorischen Disjunktion）が失われるから、反対解釈（der Schluß vom Gegenteil）を採た支持しがたう」といふ。

(6) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 162.

(7) Vgl. Trechsel, a.a.O., S. 63.; Schnyder, a.a.O., S. 163 Anm. 6.

(8) ユオテの文献（Paul Pieter, la participation aux delits speciaux en doctrine generale et en droit penal suisse, Diss. Lausanne, 1950）は参考にするにふたがひをなかつた。主として Schnyder, a.a.O., S. 163 Anm. 6 を参照した。トレンクセルはよると、ピオテの主張に賛成したのは、今までのニール（Noël）だけであるという。しかし、スイス連邦裁判所は、本稿の前節で述べたように、BGE 81 (1956) IV 289 ff.; BGE 87 (1961) IV 53 において通説的見解に対立する姿勢を示し、ピオテの主張を支持している。西田・前掲論文（四一—四頁、一四二頁参照）。

(9) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 163.

この点については、ゲルマンは——ピオテほどには身分なき共犯者が不可罰であるとはっきり主張していないが——法規がこのような事態について、特別な法定刑（Strafrahmen）を規定していないことを指摘して、身分なき教唆者には、法規に規定されている身分ある正犯者の下限刑を適用することができないか、と提案している。Vgl. Trechsel, a.a.O., S. 63.

(10) Vgl. Trechsel, a.a.O., S. 64.

(11) Vgl. Trechsel, a.a.O., S. 65.

(12) Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht II, Aufl. S. 62 ff.; Schnyder, a.a.O., S. 165.

(13) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 165. 小野判事も、身分のない者が身分のある者の犯罪行為に共犯として加功し得るのは、「…身分のある者の違法性の影響をうけて違法になるのではなく、それ自体違法な行為である。しかも、教唆、従犯を罰する趣旨から、まさに罰せられるべき（当罰的）違法行為である」といわれる。小野慶二・「共犯と身分」刑事法講座三卷四九〇頁参照。

(14) なお、シュニーターは、「身分犯の性格は、身分なき共犯者を処罰すべきか否かという問題を判断するにあたっては、何ら決定

的な手掛りを与えない。……身分犯の特別な性格は、身分なき共犯者の刑量 (Strafmaß) を決定するにあたってはじめて意味を有し」といっている。Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 166 ff.

(15) Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 170 ff. シュニダーと同様の見地に立つものと考えられる見解としては、Welzel, a.a.O., S. 120 ff.; Trechsel, a.a.O., S. 65; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12. Aufl. S. 357 zu § 23, があ  
る。

シュニダーは、公平の見地からすると、真正身分犯に加功する身分なき共犯者は、身分犯の実現に不可欠の特別なメルクマーを有していないにも拘らず、いかなるばあいにも真正身分犯に加功する身分ある共犯と同じ処罰をうけなければならないのは不当であるから、理念法による (de lege ferenda) ある種の調整が顧慮されるべきであると指摘して、スイス刑法典の既存の体系を考慮した上で、真正身分犯に加功する身分なき共犯者について、任意的減刑を規定する次のような提案をしている。「共犯者に、重罪もしくは軽罪の可罰性に不可欠の一身的な資格または事情が欠けるばあいには、裁判官は教唆者の刑を軽減することができる (六五条)、従犯の刑は、裁判官の自由裁量によって軽減することができる (六六条)」と。Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 175.

これとはほ類似の規定であるが、スイス刑法典修正に関する一九五八年六月二三日の専門家委員会グループの二六条二項案に「すべし」 Vgl. Schnyder, a.a.O., S. 176. Anm. 9; Trechsel, a.a.O., S. 65.

ちなみに、現行ドイツ刑法二八条一項は「行為者の可罰性を基礎づける特別な人的メルクマー (一四条一項) が共犯者 (教唆者または幫助者) に欠けているばあいには、その刑は四九条一項によって軽減することができる」として、真正身分犯における身分者の任意的減刑を規定している。わが国の改正刑法草案 (昭和四七年) 三二条 (一項但書) も任意の減刑規定をおいている。この点については、泉・「刑法六五条の歴史的考察 (二)」一橋論叢六八巻三三〇五頁参照。