

# オーストリア犯罪論

金子 正 昭

## 目 次

はじめに

### 第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

#### 第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

1. 総則上の犯罪論の概念と使命
2. 人間性と人間の尊厳の優位
3. 理論的な意義と実践的な意義
4. 発展と現状

#### 第2節 基本的なシエーマ：故意作為犯の犯罪構成 (beim vorsätzlichen, vollendeten und durch positives Tun begangenen Erfolgsdelikt)

#### 序 説

##### I. 構成要件

序説：特に、犯罪構成における故意の地位に関する概観

1. 所為像（客観的構成要件）
2. 主観的構成要件
3. 可罰性の客観的条件

##### II. 違法性

1. 微表作用
2. 正当化事由
3. 中間的結論

##### III. 責任

序説：故意の「二重の地位」に関する概観

1. 帰責能力
2. 不法の意識
3. 特別な責任のメルクマール
4. 免責事由

##### IV. 可罰性

1. 刑罰阻却事由

- 2. 刑罰消滅事由
- V. 刑罰の軽重
- VI. 訴追の可能性
  - 1. 職権進行主義と制限
  - 2. その他の訴追の前提条件
  - 3. 実務上の取扱い

## はじめに

オーストリア新刑法典は、周知の如く、その12条以下の規定においていわゆる「統一的正犯者の体系」を採用した。したがって、犯罪論体系の構成においては、わが国のような「正犯・共犯」という二元論的な犯罪論体系と様相を異にするのではないか。すなわち、統一的正犯者の体系に基づく犯罪論はこれをどのように展開すべきか、われわれにとっても興味深いものである。

ここで、オーストリア犯罪論に関して明らかにするのは、1985年4月に公刊された500頁以上にも及ぶ膨大かつ包括的なトゥリフテラーの刑法総論の体系書である (Österreiches Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985)。また、1994年に同書の改訂版 (Österreiches Strafrecht Zweite, neubearbeitete Auflage, 1994) が公刊されているので、この第2版にも目を向けなければならない。しかし、前述のように、膨大かつ包括的な大書の故、とりあえず第1版の第6章85頁以下 (第2版では、第6章85頁以下) を中心に紹介する。

### \* トゥリフテラー (Otto Triffterer)

1931年2月11日、オーバーハウゼンのオスターフェルトで生まれた。1951年から56年まで、フライブルク大学で法律学を学び、その間、1952年から53年まで、ハーバート大学に留学した。第一次国家試験に合格の後、マックス・プランク・外国・国際刑法研究員となり、1958年から61年、1970年から73年まで、そこで研究に従事した。1962年に、イエシエックに提出した論文 *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrecht seit Nürnberg*, 1966により学位を取得した。1970年に、学事参与となり、1971年と72年には、キール大学とギーセン大学において、刑法・刑事訴訟法を代講した。1972年には、ビーレフェルト大学の研究参与兼教授となり、1973年にギーセント大学正教授に招聴され、現在、ザルツブルク大学

正教授である（宮沢浩一「西ドイツ刑法学（学者編）」647頁参照）。

＊ ＊ オーストリア犯罪論の展開については、宮沢浩一「オーストリア刑事法学の一断面」法学研究41巻12号、「同追録Ⅰ，Ⅱ」法学研究52巻4，5号，同「オーストリア犯罪学の現状」法学研究52巻4号，同「オーストリアの犯罪情勢」罪と罰19巻2号。振津隆行「オーストリア刑法学序説（Ⅰ），（Ⅱ）ーオーストリアにおける犯罪論の展開についてー」商学討究34巻2号85頁以下、同巻4号43頁以下，同「オーストリアにおける現代的犯罪論の展開」金沢法学28巻1号1頁以下参照。

## 第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

### 第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

1. 総則上の犯罪論は、犯罪行為のメルクマールに関する理論である。総則という犯罪論は、重罪（Verbrechen）のみならず、軽罪（Vergehen）にも関係し、さらに行政刑法の違軽罪（Übertretung）に対しても広範囲にわたって当てはまる。

したがって、犯罪行為の構造上の諸問題や構成上の諸問題に携わるのである。犯罪論は、刑法各則に規定され類型化されている不法構成要件の共通性を包括するものであるが、総則上の犯罪論の重点は、犯罪行為のすべてにおいて又はその大部分において典型的に現れる基本構造や共通性を明らかにすることである。例えば、故意、過失及び作為や不作为がある。

さらに、総則上の犯罪論は、共通なメルクマールに関して体系を組み立てるという使命を負っている。このことは、できるだけ異なった犯罪の型（Verbrechentypen）の特殊性を体系を崩壊させることなく体系内部に取り入れるように考察しなければならないということを意味する。このような目標を担った体系が最大限の統一性を実現しようとすればする程、それだけその体系は固有の機能を果たすことになる（トゥリフテラー）。

2. イエシェックは総則上の犯罪論を強調しすぎる危険性を次のように指摘している。「抽象的な公式を極端に持ち出した刑法解釈論は、裁判官が理論的な諸概念を自動的に適用することによって、個々の事案の特殊性を無視する結果になりはしないか」。だから、「決定的なことは、常に、事物問題（Sachfrage）

を解決することであって、体系化の諸要請を副次的なものに後退させなければならぬ」と。イエシュックと同一方向において、シューネマンは、「過去においてしばしば行われていた、体系的思考の趨勢という悪評化に対する弁明の過誤、および体系構成において新たな問題点を伝統的な体系に詰め込もうとする過誤」に対して警告している。

これらの見解は注目しなければならない。具体的な事案を解決する場合、犯罪構成の形式的な基準に注目するよりも、実質的違法性 (*materielle Rechtswidrigkeit*) 並びに刑法を人間性 (*Humanität*) や人間の尊厳 (*Menschenwürde*) に向けることが、少なくとも法治国家性がそれによって損なわれない限りにおいて、優れているといえよう。

例えば、42条の所為の当罰性の欠如 (*Mangelnde Strafbarkeit der Tat*) に関する規定が明確に訴訟経済的観点 (*prozeßökonomische Gesichtspunkte*) (軽微な犯罪 (*Bagatelldelinquenz*)) の故に裁判官の負担を取り除くことから構成されているにせよ、このような様々な法律上の規定がすでに存在するのである。このような傾向は、刑法解釈論の展開においてははっきり反映している。例えば、客観的帰属性の基準を作り上げたり、それをさらに精密化したりすることは、体系内部で個々の事案を正しく捉えるためのフィルターの役割を果たすのである。したがって、総則上の犯罪論や犯罪概念の展開は、自己目的のためではなく、常に、具体的な事案において正当な決定を下すべき手段にすぎないといえる。

3. 犯罪論や犯罪概念の体系化は、内容的な観点に比べて、副次的な意味を持っているだけである。それにもかかわらず、体系を構成することは、学説や実務において刑法の運用を非常に容易なものとする。これに関する解釈論の使命は、次のように要約される。

- 可罰性の基礎を作り出すこと。
- 異なった法学研究を体系的に整序すること。
- 統一的な概念を構成すること。
- 正しい問題点の理解を可能とすること。

- 犯罪行為の本質を把握すること。
- 論証すべき形象のシェーマを提出すること（シュタイニンガー、シルト）。

刑法の実践的な運用については、次のことから明らかになる。

- 法解釈論は、すべての法の運用の「基礎的な研究条件」であり、また、その「必要な道具」である（ツイツプ）。
- 犯罪概念の解釈論は、事案検討の手順たるシェーマを提出する（シュタイニンガー、シルト）。実務上、この事案検討のシェーマを用いる場合、特に、訴訟経済思考（Gedanke der Verfahrensökonomie）が重要な役割を果たす。すなわち、「あるメルクマールを否定することは、以後の検討を中止しかつ当該段階で、すでに犯罪行為は存在しないということを認めることができる」と（シュタイニンガー）。
- 犯罪概念の解釈論は、教育者に対しても重要な教授上の使命をも果たすのである（ザイラー）。

さらに、総則上の犯罪論は、法の運用を任されているすべての人をある一定の範囲内で合理的な基準により拘束する。特に、判例に当てはまる。さらに、法の運用は、事物的な観点に基づいてできるだけ統一的に行われ、専断を排除するものでなければならない（シェーネマン）。

4. オーストリアの犯罪概念の展開は、独自の途を歩んでいる。それをシックやモースの論文で知ることができる。それによれば、今世紀においてすでに三分類的犯罪概念が支配していた。この犯罪概念は、まず最初にすべての客観的基準が構成要件や違法性で検討され、すべての主観的基準は責任で検討されているのである。

けれども、この体系の最初の崩壊は、主観的不法要素をバラバラに認めたことに関連して生じた。例えば、窃盗罪が存在するか無権限使用にすぎないのかは、利得故意という主観的メルクマールが行為者に存在していたかどうかに関係する。このような主観的不法要素はこの時点から構成要件で実際に検討されていたのである（ジーベルツ、ノヴァコフスキー）。

次の段階にはいると、所為像に関連づけられた故意は構成要件に含まれると

いう、特に西ドイツで展開されていたものを認めるかどうかにあった。この展開は、オーストリアでは、ノヴァコフスキーが導入した。最高裁判所に対しては、スタインingerがこのような傾向に方向転換するよう指示したのち、オーストリアでは、このような傾向を認めることに対して誰も邪魔するものはいなくなった（トゥリフテラー）。このような方向転換は、行為無価値は目的、拡大故意又は傾向のような主観的要素をもつ特殊な犯罪だけでなく、行為と結果に向けられた故意によっても決定される、ということの意味する。

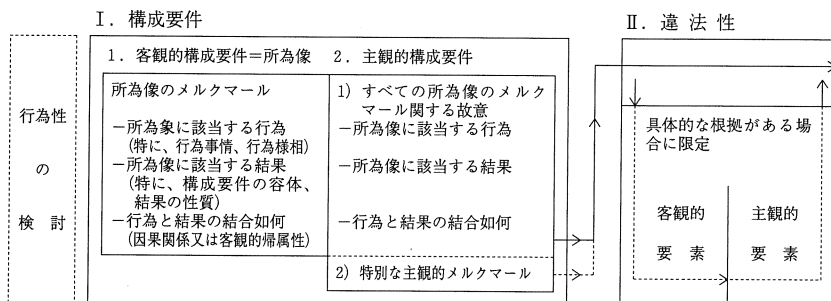
ただし、少数説は、相変わらず故意は責任に対してのみ重要であり、利得故意というような分類することのできる主観的不法要素だけが構成要件に含まれるという立場を維持している。その代表者はキーナップフェルである。

しかし、通説が主張する、故意は常に不法要素である、というガイドラインの内部においても、完全に見解の一致を見るわけではない。例えば、モースやノヴァコフスキーは、故意は二重の地位を有するという立場を主張している。すなわち、故意は、一方で不法を基礎づける構成要件に属し、他方では責任要素も構成すると。

なお、過失に関しては、主観的メルクマールは構成要件に属するのか責任に属するのか、未だ決着していない（トゥリフテラー、シュモラー）。

## 第2節 基本的なシェーマ：故意に既遂に至った作為による結果犯の犯罪構造

図 表



## 序 説

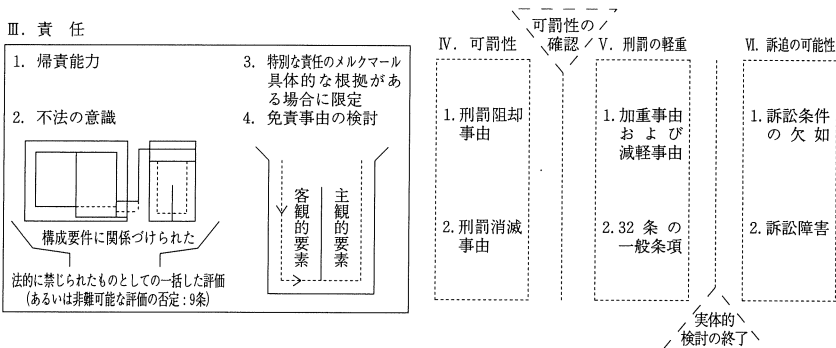
1. この図表は統一したものであり、いずれも通説のいう犯罪概念や犯罪構成の中心的なメルクマールを含んでいる。そして、故意をもって既遂に至らしめられた作為による結果犯において、個々の犯罪メルクマールがどのような順序で検討されるかを示している。故意犯の場合と過失犯の場合を分けて事例を検討する場合のシェーマについてはキーナップフェルの著書を参照し、様々な見解の比較対照についてはトゥリフテラーの著書を参照されたい。

犯罪構成の三つの主要な支柱たる構成要件、違法性および責任を視覚的に強調することは、犯罪類型すべてに重要である。この三分類的犯罪構成は、正当化事由を消極的構成要件要素として構成要件の領域で検討する二分類的犯罪構成よりも優れている。

2. 刑罰規定をそれぞれ適用するにあたって、完全に特定された態度は、刑法上重要であるかどうかに基づいて判断される。

(1) まず最初に、検討対象を正確に選択することからはじめなければならない。通常、継続的に経過する事象の全体から、刑法各則に類型化された特定の犯罪行為が存在するかどうかの検討が結びつくべき具体的な行為を抽出することである。確かに、理論的にはすべての具体的な行為の断面がその刑法上の重要性如何に基づいて検討される。しかし、最初から合目的に、その行為又は犯罪のメルクマールをもっとも早く充足する行為の断面に限定するのである。

すでに、予備的検討 (Vorprüfung) において、刑法上重要な態度は作為に



よるのか不作為によるのかという問題が現れる。不作為だけが問題となっているのであれば、研究をはじめる前に、要求された行為が生じなければならなかった時期を正確に決定すれば足りる。

(2) 事実関係の要素 (Sachverhaltselemente) を問題とする犯罪の具体的なメルクマールに当てはめる前に、一般的に、刑法上重要な人的態度が存在したか否か、またこの態度はどのようなものであったかを検討することになる。

① その場合、通常、「行為性 (Handlungsqualität)」の明白な予備的検討は、この行為性に何ら疑問がなければ、必要ではない。しかし、事実関係から例外的にある種の疑問が生じたときには、行為性の検討が必要である。何故かという、すでに刑法上の重要性が存在しないならば、構成要件該当性に関する固有の問題に立ち入る必要はないからである。これは、検討対象が作為か不作為かに関係なく当てはまる。不作為においては、予備的検討において、少なくとも一般的な行為性を明らかにしなければならない。

② 行為性のこのような検討が構成要件の前にある「予備的検討」段階で生ずるのか、構成要件該当性の検討段階で生ずるのかは、合目的性の問題である。ここでは予備的検討の途を採る (キーナップフェル、ウェッセルス、構成要件該当性の段階で検討するのに、マウラッハ＝ゲッセル)。

③ 行為論はどの理論をとろうとも、刑法上重要な行為として意思に支配されたか又は支配可能な人的態度だけを問題とするということで見解は一致している。しかし、どのような基準が行為概念又は不作為概念を特徴づけるのかについては見解が対立している。したがって、個々の行為論はまだはっきりと評価する必要がある。

(3) 予備的検討において、一般的行為能力が肯定された場合、可罰性固有の検討をはじめることになる。その場合、特定の態度をこのように検討する核心は、具体的な事実関係は構成要件のすべてのメルクマールを有しているのかどうか、構成要件が不法を徴表するにもかかわらず、所為は正当化事由の介在によって正当化されるのかどうか、また、責任非難の前提条件は存在するのかどうかの研究にある。



## I. 構成要件

### 序説：特に、犯罪構成における故意の地位に関する概観

構成要件該当性の検討は、通説によれば、故意犯では必ず客観的部分と主観的部分に区別される。これは、通説によれば、故意は主観的構成要件のメルクマルであるということに基づいている（トゥリフテラー、ノヴァコフスキー、キーナップフェル）。

故意を責任から構成要件に移そうとする展開は、目的的行為論によって導かれた。その間に、ヨーロッパの主要な国における通説も、目的的行為論を採用するかどうかに関係なく、所為の不法は結果や態度の外部的な方法によって構成されるだけでなく、態度の「人的構成要素（personale Bestandteile）」は所為の不法を決定づけるのに一助をなしているという確信にもたどり着いているのである。その根拠づけとなっているのは、因果連鎖の動因だけでは決して不法を現すことができないということである。そうでなければ、犯罪行為と事故又は不可抗力による結果の招来との間の違いを考慮する必要はないかも知れない。たとえ不法の本質が因果連鎖は客観的義務に違反して経過してきたという点に存するにせよ、事故又は不可抗力それ自体からどのような不法をも生ぜしめ得ないのは何故なのか、それだけでも解明する必要がある。しかもこのような考察方法では、過失犯と同一の不法内容が故意犯には必ず付随しているというだけに終わるだろう。

過失犯と比較して、故意犯に同一の不法内容が含まれているか又はそれと異なった（より高い）不法内容が含まれているかは、この犯罪の基礎になっている規範に関係する。何故なら、規範違反は不法を形成するのに、責任は規範違反に対する人的非難可能性だけを有しているからである。例えば、道路交通における過失殺人と同一の規範違反を報酬のための殺人と見る見解は、現行社会体系の評価を正しく評価していないことになる。だから、「規範違反」は実質的な内容すべてを空洞化していたことになる。したがって、故意をもって行為がなされたのかどうかの問題を考えずして、規範違反を内容的にはっきりと特

徴づけることはできないのである。それ故に、同一の態様は、行為が故意になされたか過失でなされたかに従って、差異のある規範違反として現すことができるのである。

不法の主観化は純粋な挙動犯 (reine Tätigkeitsdelikte) においてもまた明らかになる。純粋な挙動犯の場合、さらに不法の基礎の対象となる可能性を有している結果が存在しないのである。しかし、客観的義務違反性の場合もまた外面的な行為それ自体だけでは、不法としていかなる評価をも下すことはできないのである (同旨、シュトラテンウェルト)。

同様に、不法の主観化は、特定の態度に限定された結果犯の場合 (bestimmte verhaltensgebundene Erfolgsdelikte) に歴然たるものになる。例えば、詐欺罪の場合、詳細に特徴づけられた行為様相 (「事実に関する欺罔によって」 という行為様相) の事実、行為者の態度によって形成された強力な不法内容を現している。すなわち、146条 (詐欺罪) では、勝手な行為によって財産を侵害することが一般的に禁止されているわけではない。ここで禁止していることは、原則的にみて刑法的観点下で価値中立的な結果を、行為者の意思によって騙すという形が存在していなければならない特定の行為様相を伴う一定の方法で達成するか又は達成しようと意欲することである。

さらに、少なくとも未遂犯の場合、通説によれば、故意は不法をはっきりと構成するという。特に、行為者が実行に直接的に先行する行為を設定したという変形された未遂 (Versuchsvariante) の場合に示される。何故かということ、実行行為が存在しないために、比較的僅かの危険行為が存するにすぎないからである。したがって、ここでは、未遂の場合に一般的に法益の危殆化だけに見られる客観的無価値を与え、場合によっては非常に副次的な意味を与えることになる。同じことは、相対的不能未遂 (relative untauglichen Versuch) にもいえる。例えば、行為者が、先ほどまで寝ていたベッドを狙って発砲した場合である。この種の事案では、客観的無価値としてせいぜい抽象的危険行為が問題となるだけである。それにもかかわらず、未遂の場合、常に法益の事実的な侵害の場合と同一の刑の範囲が当てはまるということは、不法を理由づける

場合の決定的な比重を故意に付与することによってのみ明らかになるのである。

オーストリアでは、特に、キーナップフェルが故意を構成要件に整序することに反対の立場を鮮明にしている。しかし、そこで詳論されている論証は説得力に欠ける。

— 確かに、15条3項がいつていることは、絶対的不能未遂の場合、「不法を設定する単なる意思だけでは、構成要件に該当する不法を理由づけるのに不十分である」ということである。しかし、このことは、人的不法を主張する人たちが主張しているわけではない。むしろ、彼らにとっては、故意は、構成要件に該当する不法に対する必然的な前提条件なのである。このことを示しているのは、故意は客観的無価値（所為像実現という抽象的危険）と結びつかなければならない相対的不能未遂との比較である。しかし、絶対的不能未遂の場合にはこの必要的な客観的構成要素を欠いている。

— さらに、キーナップフェルが恐れたことは、故意を前に移すことによって所為像の錯誤（Tatbildirrtum）が責任から構成要件の問題に変えられるために、「このように…本質的に（wesensgemäß）共属するものをバラバラに引き裂く」ことになりはしないかということである。しかし、かかる危惧は関係する可能な錯誤が「本質的に考えて」共属したときにはじめて的中するかも知れない。けれども、故意を阻却する所為像の錯誤が責任に関してのみ重要な錯誤と同種のものであるのかどうかは、故意を構成要件に整序するかどうかに関係するのである。

— 同じことは、5条の数種類の故意を法定することは責任における故意の地位を擁護するキーナップフェルのさらなる反論にも当てはまる。何故かという、故意の「段階的なステップは専ら責任の個別的な基準に属する」からである（ノヴァコフスキー）。すなわち、そのことに対して引用されているのは、ある種の故意（Vorsatzarten）の段階は責任だけに該当するという出発点が実際に実証されているということである。しかし、故意を構成要件に数えるならば、ある種の故意の段階もまた不法にとって重要なものである。ただし、そのことは、ある種の故意が責任においてもまた重要であるということを排除す

るものではない。何故なら、構成要件の主観的部分をも含んでいる全体的な不法は、責任を構成するからである。

— 過失犯とのパラレルはこれを維持すべきであるというキーナップフェルのもっとも重要な論証もまた、一定の条件をつけてのみ魅力がある。この論証は、特に、未必の故意と認識ある過失の識別基準は同一の犯罪要素のもとでは明らかにならないのは何故なのか、これを明らかにする困難性により支持することができる。けれども、キーナップフェルの当時の出発点は、その後変遷している。確かに、通説は過失を責任形式とは考えていない。けれども、責任の主観的側面はまだ責任で有力に検討されているのである。しかし、過失の主観的側面もまた構成要件で検討するという、ここで主張している少数説がその趨勢である。以上の視座からして、キーナップフェルの論証は意味がない。

以上の考察およびキーナップフェルの見解に対して提起した論証は、主観的行為無価値も存在するという場合に限って、構成要件を充足したのとは考えることを正当化する。行為無価値の人的部分は、故意犯の場合には必ず故意を含み、超過的内心的傾向を伴う犯罪の場合には (Delikte mit überschießender Innentendenz)、さらに (行為不法の独立した部分として) 窃盗罪における拡大故意のような故意以外の主観的メルクマールを含んでいるのである。

「フィナリスト」や人的不法論の多くの主張者たちとは反対に、故意を人的不法の「核心部分」とは考えず、それ故に故意を構成要件に帰属させない「因果論者 (Kausalisten)」は、故意を責任で検討する。つまり直接的に責任能力と関連づけて検討するのである (キーナップフェル)。

## 1. 所為像 (客観的構成要件)

### 1. 所為像のメルクマール (客観的構成要件のメルクマール)

態度が構成要件に該当するかどうかという固有の検討は、人的態度の客観的現象すなわち行為が所為像に該当するかどうか、および所為像に該当する結果もまた存在するのかどうかの研究により始まる。さらに、結果犯の場合、行為と結果の結合如何という (記述されざる) 所為像のメルクマールが必ず検討さ

れるのである。それ以外のすべての所為像のメルクマールは、行為又は結果が詳細に記述されているものとして理解することができる。それらはこの二つのメルクマールと同時に論ずることになる（トゥリフテラー）。

（1）所為像に該当する行為

① 純粹な惹起犯（reine Verursachungsdelikte）の場合、例えば、75条の謀殺や125条の器物損壊罪の場合、あらゆる行為が犯行（Tathandlung）として問題となる。

② ただし、時には、構成要件は行為の特殊な様相を前提とする場合がある。その場合を態度に限定された犯罪（verhaltensgebundenen Delikte）と呼んでいる。例えば、105条は暴力の行使又は危険な脅迫を要求し、108条は146条と同様に事実に関する欺罔行為を要求している。この種の事案においては、行為の存在だけでなく、さらにこの特殊な行為を記述しているメルクマールが存在するかどうかもまた検討しなければならない。

法規で要求されている行為は、それ以外にもまだ具体的に特徴づけることができる。例えば、時、所、主体を確定することによりあるいはこれらの標識の結合如何により特徴づけることができるのである。例えば、127条2項2号では、犯行現場は「大量輸送のための設備をもつ場所又は運輸機関において」というように具体的に記述され、189条2項1号では、「法律上許容された宗教的行事に捧げられた場所」として具体的に記述されている。所と時は、128条1項1号では、「火災、水害、…の最中」という言葉によって正確に定められている。行為状況（Handlungssituation）は、69条と関連する115条で「公然と又は数人の面前で」という言葉によって特徴づけられる。111条1項では、「第三者が知覚できる方法で」行為がなされたということが問題とされている。主体もまた、身分犯のように具体的に特徴づけられている。例えば、288条1項では、「裁判所で証人として」という言葉によって特徴づけられ、159条1項では、「多数債権者の債務者として」という言葉によって特徴づけられている。これらすべての事案において、行為様相若しくは行為状況は、行為の所為像該当性如何に関して最終的に表出する前に、検討する必要がある。

## (2) 結 果

結果犯の場合、所為像に該当する結果の発生を検討しなければならない。例えば、75条では人の死であり、89条では身体・生命に対する（具体的な）危険である。

結果は、通常、このような一般的な方法で想定されている。しかし、個々の構成要件では、具体的に記述することにより規定されている。例えば、84条1項では、「24日を越えて継続する健康上の加害又は就労不能」が要求されている。

時には、行為が関係しなければならない構成要件の客体が特徴づけられている場合がある。127条1項では、構成要件の客体は「他人の動産」であり、126条1項3号では「公の記念物」であり、207条1項では「幼年者」であり、また92条1項では「自己（行為者）の看護又は保護のもとにある他人」である。構成要件の客体の具体的な記述は、行為状況にも影響を及ぼす。何故かという、すでにこの客体との関係をもって行為が行われていなければならないからである。その点で、構成要件の客体の具体的な記述は、すでに行為状況においても検討しなければならないことになる。しかし、この構成要件の客体に関して結果が発生していなければならないという点で、この具体的な規定を結果発生と同時に検討することは極めて当然のことである。

## (3) 行為と結果の結合如何

すべての結果犯の記述されざる構成要件のメルクマールは、行為と結果の結合如何である。この結合如何は、行為と結果の間の自然法則的因果関係の決定的な基準に基づいて検討される。これが肯定された場合、さらにこの結果が客観的に帰属可能なものであるかどうかを検討しなければならない。

### 2. 超過的内心的傾向の実現 — 所為像のメルクマールが存在しない場合

所為像においては、主観的構成要件が明示するようなすべての所為像のメルクマールに関する故意と特別な主観的メルクマールの分類を欠いている。したがって、主観的構成要件の特別な主観的メルクマールの部分は所為像に対応する検討段階を全く含んでいない、ということだけを注意すればよいだろう。

## 2. 主観的構成要件

図表では、客観的構成要件と並んで主観的構成要件が主観的不法すなわち人的不法の担い手として整序されている。主観的構成要件は、故意の外に、時折、広範な主観的不法要素（超過的内心的傾向）をも含んでいる。

1. 故意は所為像のメルクマールすべてに及ぶ。したがって、故意と所為像は完全に一致する必要がある。すなわち故意は客観的構成要件のメルクマールすべての主観的映像 (subjektive Spiegelbild) である。所為像全体に対して又は個々の所為像のメルクマールに対して、目的 (Absicht) とか知情 (Wissentlichkeit) のような特別な故意の形式が要求されている限り、これらの要請は同じように充足されねばならない。

故意が一個の所為像のメルクマールだけに關して存在しない場合又は相應する形式では存在しない場合、その時の故意犯に関する可罰性の検討は終了する。勿論、過失作為犯にも明示的に刑が科されている場合には、さらに検討する必要がある。

2. 場合によっては、主観的構成要件には故意の外に広範な主観的不法要素が属する。故意とは反対に、これらは客観的構成要件に反映する必要はない。したがって、「超過的内心的傾向」としても特徴づけられている。

このような傾向は、「拡大故意 (erweiterten Vorsatze)」の形式で頻繁に存在する。例えば、多くの財産犯においては、「自己又は第三者のために…不法に利得する故意をもって…」と規定されている。しかし、このような傾向は、特別な故意形式においても、例えば、「わいせつ行為に利用するために」人を誘拐する (100条、101条) というような超過的な目的 (überschießenden Absicht) にも考えられる。この超過的内心的傾向が時間的に後続する行為者自身の態度やその後の結果にも及ぶ限り、不完全な多行為犯と仕切られた結果犯 (unvollkommen mehraktigen und kupierten Erfolgsdelikten) が区別される。

しかしながら、それと同時に、例えば、70条と関連する148条の詐欺罪における営業的実行 (gewerbsmäßige Begehung) のような真正な傾向も問題となる。ただし、営業性は一般的に不法に關して重要なものであり、したがって、

構成要件で検討する必要があるのかどうか、又は営業性は責任だけに関係するのかどうか、争いがある（ウェクシャイダー、フォレグガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー）。

超過的内心的傾向の場合、主観的側面を検討することだけが問題なのであって、この傾向の実現を確認することは問題ではない。この傾向が自ら現実性に転換するが故に実際に確認可能なものであるにせよ、このことは当てはまるのである。したがって、行為者が婦女に実際にわいせつ行為を行わせたかどうか又は欺罔により不法に利得を得たかどうかは、100条若しくは146条の可罰性に対しては重要ではなく、場合によっては刑の量定に対して重要となるだけである。

他方、このような主観的構成要件のメルクマールが存在するかどうかは、行為者がただ自らの拡大故意は、例えば、不法に利得し又は第三者に不法に利得させることに向けられているだけだと信じていることだけに関係するものではない。何故かというと、この種の純主観的評価は、それが法秩序による評価と一致しないとき、刑法上重要ではないからである。つまり、行為者は、このような事案において、（不可罰的な）幻覚犯（Wahndelikte）を実行しているにすぎない。したがって、このような主観的要素の検討段階では、それを現実化する場合の行為者の表象内容は客観的現象形式に基づいて、例えば「不法に利得したのかどうか」又は営業性においては「継続的な受領（fortlaufende Einnahme）」といえるのかどうかも確認されなければならない。それ故に、行為者の表象は、主観的構成要件のメルクマールに規定された（客観的な）事象又は現実性へ転換する場合の要素に相当するようなものに向けられなければならない。しかし、以上のことは、主観的構成要件の段階においてのみ重要なのである。

3. すべての主観的不法要素は、実務において、行為者がこれを否認する以上証明するのは難しい。このような証明は、通常、すでに確定している外部的な諸事情の助けによってのみ情況証拠（Indizienbeweise）に赴くことになる。客観的構成要件の実現は、故意が存在するかどうかに対するある種の徴表であ



る。何故かという、故意は、客観的構成要件の「映像 (Spiegelbild)」にすぎないからである。それに対して、超過的内心的傾向に関しては、すでに確定した客観的基準点 (この傾向の実現) が存在しない可能性がある。その場合、以上のような結論は、客観的構成要件のメルクマールの実現においては付随事情から推測するほかはない。

4. 故意が所為像のすべての要素に関して肯定され、また場合によっては広範な主観的不法要素をも肯定されたとき、それによって、普通、検討すべき態度の構成要件該当性はそれから結果として出てきた徴表作用によって最終的に確定される。

### 3. 可罰性の客観的条件

所為像の範囲内では、故意が及ばなければならない客観的メルクマールすべてが検討対象である。同時に、多くの犯罪は、故意によっても過失によっても包括される必要のない可罰性の客観的条件を含んでいる。その場合には「可罰性の客観的条件」が問題となる。可罰性の客観的条件は所為像には属しない。ただし、可罰性の客観的条件が、例えば、91条の喧嘩 (Raufhandel) における重い傷害の発生というような所為の不法を同時に構成する限り、可罰性の客観的条件は構成要件の「付属物 (Annex)」として検討対象となる。

基本はシェーマ (図表) では、可罰性の客観的条件は、すでにそれが希有であるが故に、一緒に記載することができないのである。おまけに、それと結びついた特殊性は独自の章で描出し論述する。

## II. 違法性

態度の構成要件該当性が肯定されたとき、続いて違法性の検討に入る。

1. 態度が構成要件に該当するということは、その違法性を徴表する。この徴表作用は、時間的には、確かに最後に確認される構成要件のメルクマールであるが、しかし、実質的には主観的なメルクマールと客観的なメルクマールの全体が存在することをもって態度の違法性を確定するという内容をもっている。

ただし、具体的な事案において正当化事由が適用される場合は別である。それ故に、具体的な検討は、具体的な事案においてももしかしたらこの徴表作用が一個又は数個の正当化事由が存在することにより適用不能になるかも知れないということに対する基準点が事実関係から推定されるときに限って、違法性の範囲内で命じられるのである。

可罰性の客観的条件を伴う犯罪 (Delikte mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit) の場合、この作用はこの条件を確認することによってはじめて生じる。

図表では、Ⅱ以下で、正当化事由を検討する事象は、疑わしければ徴表作用が通過すべきある種のフィルターを通じて視覚的に現されることになる。検討すべき正当化事由の前提条件だけが存在しないとき、フィルターは全く効き目がない。徴表作用はフィルターを突破し、最終的にはフィルターから確認されたものとして生じる。それに対して、正当化事由に対するすべての前提条件が充足されるならば、フィルターは徴表作用を相殺する。

2. 正当化事由は、客観的な前提条件と並んで主観的な前提条件をも示す場合がある。このメルクマールがすべて存在する場合にはじめて、当該正当化事由は適用される。

違法性の段階においてもまた、正当化事由の客観的なメルクマールはその主観的なメルクマールよりも先に検討されるのである。行為者が正当化事由を主観的な面においてのみ誤認したとき、彼は、事情によっては免責される可能性がある\*)。行為者の態度に数個の正当化事由が当てはまるとき、普通、これらの正当化事由が相互に介入し合う。したがって、問題となるすべての正当化事由が常に検討対象となるのである。

\* 第2版では、「行為者が正当化事由を主観的にのみ誤認する場合、彼は事情によっては故意犯で罰せられるのではなく、免責されるかあるいはそれでもなお処罰され得るのである」と修正している。

3. 正当化事由が介入するならば、検討対象たる刑罰規定に関して所為は違法でなくなる。それにより具体的な事案の検討は終了する。それに対して、正当化事由に対する基準点は何も存在しないか、又は検討された正当化事由のそれぞれにおいて前提条件のうちその唯一の前提条件だけでも欠けているとき、所為は違法なものであり、責任の検討に入る。

### Ⅲ. 責任

#### 序説：特に、故意の「二重の地位」に関する概観

最初の二つ（構成要件該当性と違法性）の段階で、所為に関する無価値判断が「下された (gefällt)」後、第三の検討段階は行為者の責任を確認することである。具体的な個別行為責任 (die konkrete Einzeltatschuld) は、4 条によれば、それぞれ処罰するための前提条件である。それ以外に、責任は「刑の量定に対する基礎」である (32条1項)。その場合、責任とは、今日一般的に受け入れられている規範的責任概念によれば、違法な所為にはっきりと現れている意思形成又は意思活動に対する人的非難可能性を内容とするものである。したがって、責任は検討すべき犯罪の不法と密接に結びついている。つまり、責任は必然的な基礎として不法を前提とし、また、不法を基礎とするのである。

時には、責任が「行為者に関する無価値判断」とも呼ばれる場合がある。ただしその場合、責任は、心情責任又は行状責任 (Gesinnungs-oder Lebensführungsschuld) という意味で理解してはならず、むしろ実現された所為不法 (Tatunrecht) に関する行為者への無価値判断として理解しなければならない。

通説によれば、責任には、帰責能力 (Zurechnungsfähigkeit)、不法の意識、ひょっとして必要となるかも知れない特別の責任のメルクマール及び免責事由の欠如が属する。通説によれば、故意は構成要件の一部である。ただし、故意は、不法に対するメルクマールでありまた責任の独立した構成要素でもあるという、二重の地位を有するかどうか、見解の対立がある。

これを支持する論者たちがあげていることは、故意は二つの異なった観点下

で、すなわち「結果無価値の中に実現された（又は実現されていない）将来にわたって作用する要因として」の観点及び「決意した者及び所為を自己の人格の表現として帰属させ得る者への決意の帰着（Rückführung）として」の観点で考えられなければならないということである（ノヴァコフスキー）。モースが強調していることは、責任において、故意は、意思活動の観点下で評価されるのではなくて、ただ意思形成の観点下でのみ評価されるということである（結論において、同旨なのはイエシエック、その賛同者として、ウェッセルス、ヘッペル）。そして、責任で意思形成の過程を優先的に顧慮することにより、責任は、不法と反対に、不法を凌駕した無価値内容を具体化する独立した「上昇概念（Steigerungsbegriff）」になると（モース）。「故意を責任から抹消するならば、責任は生彩のない帰属性の道具になり、その内容を不法から獲得することになる」（ノヴァコフスキー、同旨ウエルツェル）。

けれども、以上の論拠は、犯罪構成における構成要素としての独立した意味を責任の段階においても故意に認めることを正当化するものではない。責任をその全体の中で考察するならば、確かに責任は意思形成に対する非難可能性も含んでいる。その点で、意思形成は具体的な事案における責任の分量（das Maß der Schuld）にとって重要である。ただし、犯罪構成の段階で責任の正確な分量を確定する必要はない。ここでは、不法の実現は行為者をして人的に非難され得るかどうかが問題だけが問われるのである。非難の程度（Höhe des Vorwurfs）は、刑の量定においてはじめて重要なのである。しかし、故意という責任の構成要素が犯罪のメルクマールとしての責任に対して全く独自の意味を持たないならば、可罰性に関して決定が下される前に、主観的構成要件の中ですでに確定された故意を責任でもう一度顧慮しなければならないのは何故なのか、理解できない。

ただし、このように解釈することにより（mit dieser Argumentation）、刑の量定の場合と異なった責任概念が犯罪構成の基礎となるのではない。むしろ、犯罪構成については刑の量定の場合と同一の責任が責任の現存在（Vorhandensein）に関してのみ決定的なものであるのに対して、刑の量定については責任

の程度に関しても決定的なものである。このように出発する場合もまた、犯罪構成における責任は、「謀殺者の責任は…器物損壊の行為者の責任と異なっていない」との仮定の条件つきで、「価値中立的な帰属性 (wertneutralen Zurechnung)」になるのではない。何故かという、責任は、特に不法の意識に関して責任の評価に流れ込むある種の実現された不法を通じて、内容的にはつきりと具体化されるからである。

さらに、故意が二重の地位を有すると考えて、異なった種類の故意 (die unterschiedlichen Vorsatzarten) はどちらかといえむしろ責任の段階として理解することができるという範囲において (ノヴァコフスキー)、また、過失犯の構成とのパラレルを参照するように指示するという点で (イエシュック)、以上の解釈に対して、ある種の故意は故意それ自体と同じく不法にとっても重要なものと考えられる場合があると弁解する。しかし、過失とのパラレルは、ここで主張している少数意見によれば、すでに主観的義務違反もまた構成要件に属するために、説得力がない。

### 1. 帰責能力 (Zurechnungsfähigkeit)

一般に、責任非難が行為者にもたらされ得るということに対する基本的な前提条件は、行為者の帰責能力 (責任能力 (Schuldfähigkeit)) である。その場合、最終的には、行為者は所為の不法を理解しこの弁識力に応じて行為する能力があったかどうか (弁別能力及び処分能力 (Diskretions- und Dispositionsfähigkeit)) という問題が問われる。

帰責能力は、その都度、特定の犯罪に関して極めて具体的に研究することができるはずである。何故かという、責任能力については、一方では所為の時点に生じ、他方では犯罪に特有の弁識能力若しくは意思形成能力 (deliktspezifische Einsichts bzw Willensbildungsfähigkeit) に生じるからである。この前提条件が存在するかどうかは、一方で行為者の年令に関係し、他方で生物学的・心理学的前提条件に関係する。

事実関係に基づいて帰責能力に関して全く疑いが存在しないとき又は調査中

に偶発的な疑いが取り除かれたとき、ここで主張している通説によれば、不法の意識を検討することになる（例えば、キーナップフェル）。

## 2. 不法の意識 (Unrechtsbewußtsein)

第二の責任要素は、法秩序に違反するという（少なくとも素人的な）意識である（キーナップフェル）。不法の意識を検討することもまた、必ず特定の犯罪に関してのみ行われる。

したがって、不法の意識は、刑法の諸事案を取り扱う場合に、それぞれの犯罪ごとに生じなければならない。ただし、事実関係が不法の意識が存在しないための根拠を全く有していないときには、不法の意識を確定すれば足り、これ以上詳細に論及したり基礎づけたりしなくてもよい。

故意犯 (Vorsatztaten) においては、行為者は所為の不法を認識していたか又は非難可能な方法では認識していなかったかのいずれかでなければならない。したがって、行為者は現在の (aktuelle) 不法の意識を持っていたか又は少なくとも潜在的 (potentielle) 不法の意識を持っていなければならない。その場合、所為の不法は、「行為者に対しても彼以外の誰に対しても容易に認識できたもの」であるか、又は、行為者が事情によってはそのための義務を負っていたにもかかわらず、「彼は当該規定に精通していなかった」ということで十分である。たとえ行為者が自己の態度を道徳的に許容されたものと考えていたか又はさらに道徳的に命じられたものと考えていたにせよ、潜在的な不法の意識が存在する場合がある。その点で、確信犯人又は良心犯人 (Überzeugungs- oder Gewissenstätern) の場合もまた、普通、不法の意識を前提とする（キーナップフェル）。

図表において、Ⅲ 2 以下では、基本的シェーマⅠとⅡの部分が修復され、少なくとも縮小されかつ若干詳細に明確化して、行為者に意識されることによって、不法の意識の内容を存在的に描き出そうと試みたものである。それに基づく、行為者は建設的に評価を下したか非難可能な方法では評価していないかである。したがって、彼は自分自身の態度を構成要件のすべてのメルクマール

により一括して把握しかつそれをひっくるめて違法なものと評価するか非難可能な方法でこの評価を下さないかのいずれかでなければならない。これには、彼は正当化事由が存在しないということを分かっていた、ということも当てはまる。

### 3. 特別な責任のメルクマール

若干の刑罰規定は、所為像のメルクマール、超過的内心的傾向又は可罰性の客観的条件と並んで、専ら所為に現れる行為者の外部的態度（すなわち法定の所為像の故意的な実現）に対する内心的態度（動機形成事情 (Motivationslage)）を明らかにする諸基準 (Kriterien) をも含んでいる。それらは、不法に関係するのではなくて、責任それ自体に関係し、それ故に不法の意識によって捉えられるべきものではない。したがって、それらは不法の意識を検討した後はじめて検討することになる。

この種のメルクマールは特別な責任のメルクマールと呼ばれる。それらは、理論的には可罰性を基礎づけたり、高めたり、減じたりあるいはさらに完全に排除したりする可能性がある。ただし、可罰性を完全に排除するグループの場合、まだ特別な責任のメルクマールを主張してよいのかどうか問題になると考えられる（ノヴァコフスキー、リトラー）。このメルクマールのグループを「特別な免責事由 (besondere Entschuldigungsgründe)」と呼んでもいい。

この特別な責任のメルクマールに対する事例は、76条の故殺における一般的に明白な著しい興奮状態 (die allgemein begreifliche heftige Gemütsbewegung)、あるいは79条の嬰兒殺における出産の状況若しくは出産の影響 (die Geburtssituation bzw die Einwirkung des Geburtsvorgangs) である。けれども、メルクマールが責任だけに関係するかすでに不法に関係しているのかは、常に容易に確認できるわけではなく、むしろ時には解釈を通じてはじめて突き止めることができるのである。例えば、127条2項3号の窃盗罪における権限ある者であるかどうか (Qualifikation) の場合である。

#### 4. 免責事由 (Entschuldigungsgründe)

不法の意識や場合によっては考えられ得る特別な責任のメルクマール (eventueller besonderer Schuldmerkmale) (このメルクマールが可罰性を排除しない限りで) を肯認することにより、行為者の犯罪類型的な責任が確定される。通常の事案について前提とされていることは、この責任が少なくとも当罰性の下限 (die untere Grenze Strafwürdigkeit) に到達しているということである。例外は、免責事由が介在する場合にはじめて生じる。

免責事由は、11条の帰責無能力 (Zurechnungsfähigkeit) あるいは9条の非難不可能な法律の錯誤 (der nicht vorwerfbare Rechtsirrtum) が属するという意味での責任阻却事由 (Schuldausschließungsgründe) とは反対に、すべての刑法上の責任を阻却するものではなくて、刑法上の効果 (eine strafrechtliche Reaktion) はなくてもよいという程度においてのみ人的非難可能性を低下させるのである。10条の免責する緊急状態のような一般的な免責事由は刑法総則に規定されている。それらはあらゆる犯罪に当てはまる。しかし、時折、刑法典は、例えば290条の供述緊急状態 (Aussagennotstand) あるいは299条4項の事案における不可罰的な犯罪庇護 (die straflose Begünstigung) のような特定の犯罪あるいは特定の犯罪グループにその適用可能な範囲を制限している特別な免責事由もまた含んでいる。

免責事由に関する検討過程は、正当化事由の場合と同様に、図表ではフィルターを通して現される。ただし、正当化事由の場合と異なって、このフィルターは、徴表されたもの (Insizwirkung) を改めて検討するに値しない。むしろ、1から3までにおいて前もって検討したことにより、すでに行行為者の責任が確定されているのである。したがって、免責事由に関するフィルターにおいては、このような事由が存在するかどうかにより、分量 (Maß) すなわち責任の軽重 (Schwere) は当罰的な責任非難の限度を越えていないというように限定されないのかどうか、まだ検討対象となる。



#### IV. 可罰性 (Strafbarkeit)

責任阻却事由や免責事由から刑罰阻却事由 (Strafausschließungsgründe) と刑罰消滅事由 (Strafaufhebungsgründe) が区別される。刑罰阻却事由や刑罰消滅事由は責任の外部で論じられる。何故なら、それらは当罰性の境目 (Schwelle) の上部で人的非難可能性の意味で確認された責任を前提とするからである。

##### 1. 刑罰阻却事由

1. 違法かつ有責な態度が確認されたにもかかわらず、当罰性を欠く諸事案について、法規には刑罰阻却事由が予定されている。刑罰阻却事由に共通するものは、不法及び責任に関係なく特定の事案の状況により純粋な合目的な顧慮 (reine Zweckmäßighkeitsüberlegungen) が処罰することにマイナスの材料を提供するということである。刑罰阻却事由を論及する場合、「当罰的な (strafwürdig)」若しくは「当罰性 (Strafwürdigkeit)」(すなわち処罰するに「値する (würdig)」か) という言語的には非常に都合のよくない名称が維持されている。立法者は、それらを42条で使用している。そして、それらは広範囲にわたって取り入れられている。

当罰性に対する基準は「手段・目的の関係 (Mittel-Zweck-Relation)」である (プロイ、プロプスト、オットー)。

例えば、当罰性を欠くのは、親族の範囲内での乗物の無権限使用において不可罰を予定する136条の事例及び盗取 (Entwendung) に対する141条3項である (キーナップフェル)。207条3項の未成年者とのわいせつ行為における未成年者とはほぼ同年令の者 (nahezu Gleichaltrigen) を処罰しないとしてもまた、当罰性の欠如に基づいている (パリン)。したがって、これらの規定は刑罰阻却事由に対する実例である。

2. 刑罰阻却事由は所為それ自体の外部的な事象において基礎づけられるのかあるいはその時その時の行為者自身において基礎づけられるのかに従って、

物的刑罰阻却事由と人的刑罰阻却事由（sachlichen und persönlichen Strafausschließungsgründen）に区別される。

多くの規定においては、処罰するために、例えば318条2項における相互主義の保障（Verbürgung der Gegenseitigkeit）のような、不法や責任と関係のない可罰性の（真正な）客観的条件が存在することを要求している。このような前提条件が存在しないならば、それは物的刑罰阻却事由を意味する。国民議会やその委員会の公開の会議での討論に関して真実を陳述するならば、各人の答責を免除するという連邦組織法33条（Art 33 B-VG）に関して、物的刑罰阻却事由に関するものなのか（ロイカウフ＝シュタイニンガー、リトラー）正当化事由に関するものなのか（ノヴァコフスキー、マラニウク）、見解の対立がある。

大部分の刑罰阻却事由はすでに触れた136条4項、141条3項、207条3項の規定のように、人的刑罰阻却事由である（キーナップフェル、パリン、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

所為の当罰性の欠如（42条）の場合、刑の量定の規定なのか刑罰阻却事由なのかの争いに限らない。刑罰阻却事由だという見解の内部でもまた、物的刑罰阻却事由に関するのか（ロイカウフ＝シュタイニンガー）人的刑罰阻却事由に関するのか（キーナップフェル）、明らかでない。実際に、42条は、人的刑罰阻却事由の要素も物的刑罰阻却事由の要素も一体化しているのである。軽微な責任の要件は、特別予防主義的観点を考量するのと同様に、人的なものであるのに対し、重要でない結果や一般予防主義を検討する前提条件は、物的な関連性を持っているのである。

刑罰阻却事由を物的なものとの人的なものに区別する意味は、物的なものは関与者全員に対して等しく作用するのに対し、人的なものは共働者ごとに分けてそれぞれ検討される、という点にある（リトラー、マウラッハ＝ツッツプ）。

ただし、気をつけなければならないのは、136条4項の人的刑罰阻却事由はこの項の後段により明らかに関与者全員に及ぶということである。次に、一部の学説（ベルテル、キーナップフェル）によれば、親族の範囲内での実行が単に

親族の範囲に属する者 (eines dem Familienkreis Zugehörigen) の利益のために関与する共働者各人の利益になるという166条2項の特別な関与規定は、141条3項の人的刑罰阻却事由に類推適用されるのである。

刑罰阻却事由は、それが、目下のところ所為に存在するときにはじめて有効である。

刑罰阻却事由の誤認は、原則的には顧慮する必要がない。

3. 通常、当罰性の脱落如何 (Wegfall) は、不法と責任の外部で合目的性の顧慮に向けられる。しかし、全く特定の責任状況が存在する結果としてもまた、当罰性は例外的に欠ける。この種の事例において、法規の類型に反して修正された責任は (人的な) 刑罰阻却事由になる。そのような事例は、例えば、211条4項の誘惑された少年による近親姦の実行 (Begehung einer Blutschande)、141条3項の場合と同様に299条3項前段 (§ 299 Abs 3 erste Alt) に関する近親者の犯罪庇護である。これらの事例に見られるように、不可罰性 (die Strafflosigkeit) が特別な責任状況を通して切り離されるならば、当罰性の欠如は特殊な責任状況が存する共働者だけの利益になる。ただし、当該事情を行為者が誤認していたということでも足りる (ベルテル、キーナップフェル)。

特別な免責事由と当罰性の脱落が特別な責任の状況に基づく人的刑罰阻却事由との間の境目は、必ずしも一義的に決定されるものではない (ノヴァコフスキー)。観念類型的には、次のようにして識別される。刑法上重要な責任をもはやこれ以上主張できないという点で、特別な事情により責任が軽減されるならば、(特別な) 免責事由が問題となる。それに対して、責任が刑法上の重要性の範囲を超え、「正常な場合 (Normalfall)」から外れた責任状況を通して当罰性だけがもはや認められないとすれば、(人的な) 刑罰阻却事由が存する。

## 2. 刑罰消滅事由

さしあたり所為に存しなければならない刑罰阻却事由と反対に、刑罰消滅事由は、有責で (それ自体としてもまた) 可罰的な所為が存在した後にはじめて現れるのである。この点で、この種の規定を通して当罰性が消失するのではな

くて、(この種の規定を通してはじめて) 処罰の必要性 (Strafbedürftigkeit) が消失するのである (オットー)。その場合、刑罰消滅事由は (すでに発生した) 可罰性を遡及して (ex tunc) 排除するのである。

この種の刑罰消滅事由に対する実例は、16条の刑を免除する中止未遂及び特に特定の財産犯における有効な悔悟 (tätige Reue) である。有効な悔悟に関して、法律上の規定は、167条ですでに事後的な解消 (nachträgliche Aufhebung) を問題とするだけで、最初から介入する可罰性の阻却は問題ではないということを確認している。すなわち、「可罰性は…解消するものとする」と。有効な悔悟は、刑法典において、普通、財産犯のように特に損害が補償される可能性があるところで刑罰消滅事由として規範化されている。さらに、有効な悔悟は、予備罪の場合と同様に、科されている刑罰 (die Strafdrohung) がすでに実質的な損害が発生する前に広く介入する場合にまだ存在する (ロイカウフ=シュタイニンガー)。

刑法典で規定されている刑罰消滅事由はすべて人的なものである。したがって、自らこの前提条件を充足する共働者に関してのみ作用する。ただし、立法者は、法規に物的刑罰消滅事由をも規定している。その場合、物的刑罰消滅事由は人物 (Person) に関係なく作用し、それらが存在する犯罪行為すべてを捉えるのである。

## V. 刑罰の軽重 (Strafzumessung)

実体法上の検討対象の最後のものは刑の量定 (Strafbemessung) である。刑の量定は、可罰性の前提条件の全体が確認され、刑の量定のために必要な調査が有効に終了したときにはじめて生じる\*)。刑の量定に対する基準は、32条以下の規定である。特に、33条と34条の特別な加重事由と特別な減刑事由 (besondere Erschwerungs-und Milderungsgründe) の列挙である。その場合、基本的には具体的な事案における責任の分量 (die Höhe der Schuld) を引き継ぐことになる。

\*第2版では、「V. 刑罰の軽重」という表題が「V. 競合と制裁の決定」に修正され、図表も右図のように修正し、次の文が挿入されている。

「行為者が数個の可罰的行為を実行した場合、まず第一に、それらの行為のうちある行為がそれ以外の行為によって排除されるのかどうかを解明しなければならない（不真正競合）。その場合、まだ数個の真正に競合する犯罪が残っているならば、この犯罪については28条により刑の範囲（Strafrahmen）を突きとめなければならない。同一の犯罪の内部では、いつものように、選択すべき性質に

応じて（例えば、罰金刑を選択するか自由刑を選択するかに応じて）具体的な刑の量（Strafmaß）を決定しなければならない（広い意味での刑の量定）。」

そして、最後に、「その場合、自由刑を罰金刑に変更することを認めるのか（部分的な）条件付き刑の執行猶予（eine (teil-) bedingte Strafnachsicht）を認めるのかもまた決定しなければならない。」ということが追加されている。

#### V. 競合と制裁の決定

1. 補充性（特に、特別性）  
吸収性あるいは連続犯
2. 28条
3. 狭い意味での刑罰の軽重
  - 刑の種類を選択
  - 刑罰の決定
  - 減輕事由及び加重事由
  - 32条の一般条項
4. 広い意味での刑罰の軽重
  - 自由刑の罰金刑への変更
  - 条件付き刑の執行猶予

## VI. 訴追の可能性（Verfolgbarkeit）

実体的な部分（1から5まで）では、法律上の刑罰請求権（gesetzlicher Strafanspruch）が与えられるかどうか検討することに対して顧慮すべきメルクマールすべてが取り扱われた。ただし、特定の犯罪については、さらに刑事手続きが開始されるかあるいは執行される前に、一定の形式的な前提条件が充足されなければならない。

### 1. 職権進行主義と制限（Offizialmaxime und Beschränkungen）

原則上、訴追権（Verfolgungsrecht）は検察官（öffentliche Ankläger）の権限に属する。刑事訴訟法2条3項に根拠をおくこの職権進行主義は、刑事訴訟法34条で明らかになる（刑法上の）起訴法定主義（Legalitätsprinzip）によって補充される。これによれば、検察庁（Staatsanwaltschaft）は知るに至ったあらゆる可罰的な行為を被害者とは関係なく訴追しなければならない。ただし、この原則的な規定に関して、制限と例外がある。

## (1) 親告罪と授權犯 (Antrags-und Ermächtigungsdelikte)

様々な犯罪においては、告訴 (Antrag) あるいは授權 (Ermächtigung) が存在するときに限って、手続きが一括して執行される場合がある。

刑事訴訟法 2 条 4 項の親告罪の場合、国家の刑事訴追権は、一般に、権利者の告訴が存在しているときにはじめて成立する (ベルテル、フォレッツガー＝セリーニ)。権利者は、手続きすべてにわたって、爾後の過程を自由に処分することができる。彼は、公判手続きが終了するまで自らの告訴を取り消すことができ、また、刑事訴追当局 (Strafverfolgungsbehörden) の爾後のすべての活動を封じることができるのである。

親告罪は、刑法典においては、「…告訴に基づいてのみ訴追する」という定義により特徴づけられる。例えば、未成年者を教育権利者の支配から免れさせる行為に関する 195 条 4 項がそれである。

刑事訴訟法 2 条 5 項の授權犯の場合、確かに独立した訴追権は最初から検察官の権限である。しかし、これを行使するためには、権利者による明白な授權を必要とする (フォレッツガー＝セリーニ、レーダー)。

親告罪と授權犯とのこの相違は、特に、親告罪について検察官は権利者の告訴がなければいかなる事前手続 (Vorerhebung) をも行うことができないのに対し、授權犯について検察官は公判手続に至るまで手続を準備することができるという点にある。したがって、例えば、起訴状に対する異議申立 (Einspruch gegen die Anklageschrift) は、授權の欠如に依拠することはできないのである。

授權犯の場合もまた、権利者は、公判手続が終了するまで授權を取り下げることによって手続きを終了させることを掌握している。授權犯は、刑法典においては、通常、例えば、107 条 4 項や 108 条 2 項のように、「…の授權によってのみ訴追する」という定義によって特徴づけられる。

## (2) 私的公訴罪 (Privatanklagedelikte)

刑事訴訟法 2 条 2 項及び 46 条で規定されている私的公訴罪の場合、検察官にはいかなる訴追権もない。この訴追権は、自己の権利を侵害された者だけ

(allein der in seinen Rechten Verletzten)にある。したがって、彼は、刑事手続において、非親告罪 (offizialdelikte) において検察官が担当している地位とほぼ同じ地位を引き受けるのである。それ故に、彼は、特に事前手続の執行を開始し (ベルテル、フォレツガー＝セリーニ、マイヤー＝ホーフアー＝リーダー、レーダー)、予審の開始 (Einleitung der Voruntersuchung) を申請し、起訴状を提起することができるのである。

私的公訴罪の場合、私的公訴 (Privatanklage) 若しくはそれに相当する事前手続又は予審の開始の申請を取り消すことによって刑事訴追をいつでも終結させることができる。

私的公訴罪は、刑法典においては、通常、例えば、117条1項や194条2項のように、「…請求に基づいてのみ訴追する」という定義によって特徴づけられる。

## 2. その他の訴追の前提条件

訴追可能性の前提条件は、正当な権利を有する告訴人の告訴 (die Anklage)、場合によっては告訴あるいは授權のみならず、例えば、刑事訴訟法236条2項の以前の手続から保留されていた訴追 (Verfolgungsvorbehalt aus einem früheren Verfahren)、私的公訴あるいは授權に対する期間が失効していないこと (Nichtversäumung) 及び大赦 (Amnestie) あるいは免訴 (Abolition) の欠如のような別の前提条件でもある。

## 3. 実務上の取扱い

訴訟条件 (Prozeßvoraussetzung) は、事実上、決定的な役割を果たす。すなわち、訴訟条件は、訴訟経済的な諸理由 (prozeßökonomische Gründe) から、通常、実務においては最初に等しく検討されるのである。つまり、まだ構成要件該当性や違法性を検討する前に検討されるのである。それによって不必要な作業を避けようとするのである。何故かという、訴訟条件が存在しない場合、刑事訴追、特に公判手続はこれを全く執行する必要はない、ということが最初からすでに確定するからである。だから、刑罰請求権はもはや生じる余

地がない。

ただし、学生諸君は、刑法上の課題を設定する場合、ここで取り上げた順序で処理すべきであり、また、VI以下で論じたメルクマール若しくはそのメルクマールの欠如を実体的な可罰性を確認した後にはじめて論じなければならない。残りのものを処理する場合には、あらゆる実体法的な検討の本来的な重点はもはや存在しないだろう。さらに、例えば、復習のためのペーパーテストで関与者の可罰性が問われたときには、必然的にこの検討順序が必要となる。

(以下次号)