

〈資 料〉

オーストリア犯罪論（8・完）

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

第2節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25巻3・4合併号）

第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

II. 公式と学説

III. 具体的な行為と結果の結びつき（以上26巻1号）

第4章 故意—故意の概念、種類および過失との限界

I. 総 説

II. 故意の概念とその種類—過失との限界

III. 故意の基準点

IV. 特殊な問題

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的整序

I. 基 礎

II. 犯罪構成における意義とその他位（以上26巻2号）

第6章 違法性—内容と阻却の可能性（正当化事由）

I. 犯罪構成における意義とその地位

II. 違法性の阻却、正当化事由

III. 錯誤の可能性（以上26巻3号）

第7章 責任非難—一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却および免責

I. 概念、対象および意義

Ⅱ. 責任の個々の要素

Ⅲ. 免責事由

Ⅳ. 特別な問題 — 所為答責性の理論

(以上26卷4号)

第8章 過失犯

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 過失の概念

Ⅱ. 過失の形式

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的シェーマからの逸脱

Ⅰ. 構成要件該当性

Ⅱ. 違法性

Ⅲ. 責任

第3節 特別な問題

Ⅰ. 所為の時点若しくは引受の過失または当てはめの過失

Ⅱ. 結果的加重犯

第9章 不作為犯

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 刑法各則に記述されている態度

Ⅱ. 不作為の概念とその限界

Ⅲ. 不作為犯の形式

Ⅳ. 2条 — 「不作為による遂行」

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的シェーマからの逸脱

Ⅰ. 構成要件該当性

Ⅱ. 違法性

Ⅲ. 責任

第3節 特別な問題

Ⅰ. 作為と不作為の結合可能性

Ⅱ. 過失不作為犯

Ⅲ. 不作為犯における未遂と関与

(以上27卷1号)

第10章 未遂と中止

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 概念

Ⅱ. 未遂の種類

Ⅲ. 16条 — 刑を免除する中止未遂

第2節 犯罪構成について

予備的検討

Ⅰ. 構成要件該当性

II. 違法性

III. 責任

第3節 特別な問題

I. (単純) 行為犯における未遂

II. 不作為犯における未遂

III. 結果的加重犯における未遂 (以上27卷2・3合併号)

第11章 個々人の行為と数人の協働

序 説

I. 刑法上の関与の限界

1. 不可罰的共働 (Straflose Mitwirkung)

(1) 法益担当者又は被保護者の共働

(2) 必要的共働 (Notwendige Mitwirkung)

(3) 明白な不可罰的共働

2. 時間的な限界

(1) 既遂と終結 (Vollendung und Beendigung)

(2) 概念に内在する限界設定

II. 理論的基礎

1. 統一的正犯者の体系

(1) 基本的な考え方

① 拡張的正犯者概念、同価値性

② 従属性の不必要性

③ 共働者各人にすべての犯罪メルクマールが存在すること

(2) 「機能的な」統一的正犯者の体系

2. 共犯体系

(1) 基本的な考え方

① 限縮的正犯者概念、不同価値性

② 質的従属性と量的従属性

③ 「正犯者」だけに特別な不法要素が存在すること

(2) 行為支配説の基本構造

3. オーストリア関与規定の整序

(1) 機能的な統一的正犯者の体系としての整序

(2) 「限縮的な」統一的正犯者の体系としての整序

(3) 態度決定

III. 三つの正犯者の形式 (故意による共働の場合)

1. 直接正犯

(1) 概念と限界設定

(2) 特殊な事案の状況

(3) 「共同正犯」はどうなるのか?

(4) 「間接正犯」と「隠れた直接正犯」はどうか?

- (5) 直接正犯の未遂
- 2. 規制正犯 (Bestimmungstäterschaft)
 - (1) 概念と限界設定
 - ① 「規制すること (Bestimmen)」
 - ② 「可罰的行為」に規制すること
 - ③ 規制者の故意
 - (2) 規制正犯の未遂
 - ① 限界設定
 - ② 失敗に終わった規制と効果のない規制 (Mißlungene und erfolglose Bestimmung)
 - ③ 未遂と既遂の間の正犯者正式の変換
- 3. 寄与正犯 (Beitragstäterschaft)
 - (1) 概念と限界設定
 - ① 「その他の寄与 (Sonstiger Beitrag)」
 - ② 「可罰的行為」への寄与
 - ③ 寄与者の故意
 - ④ 寄与正犯の未遂
- IV. 特殊な諸問題
 - 1. 過失による規制正犯と寄与正犯
 - (1) 過失犯への12条の適用可能性
 - (2) 「過失による規制 (fahrlässige Bestimmung)」は概念的に可能か
 - (3) 過失による規制正犯と寄与正犯の前提条件
 - (4) 実践的な意味
 - 2. 不作為による共働
 - 3. 身分犯における共働 (Mitwirkung bei Sonderdelikten)
 - (1) 基礎
 - (2) 14条1項
 - ① 統一的正犯と一致し得るか
 - ② 特別義務犯と自手犯
 - ③ 個々の正犯者形式への整序
 - (3) 14条2項
 - 4. 結合犯における共働
- V. 犯罪構成について
 - 1. 客観的構成要件における特殊な諸問題
 - 2. 正犯者形式の一形式への整序

あ と が き

第11章 個々人の行為と数人の協働

序 説

刑法上の関与理論は、数人の協働（das Zusammenwirken mehrerer）によって法定の所為像が実現される事実関係を取り扱う。その場合に重要なことは、特定の法定の所為像と一致する事実関係だけが一括して実現されていることであり、また、この実現が直接的には異なった者の協働を通して生じているということである。

したがって、人が単独で所為像を実現する諸事案が理解されているわけではないし、また、数人がそれぞれ独自に一個又は数個の法定の所為像と一致する事実関係を、たとえこの種の態様が同一の事態の客体に影響を与えるにせよ、実現する諸事案をも理解されているわけではないのである。例えば、Aが4本のスノータイヤのうち2本を盗み、BはAと無関係に同一の觀念から残部を奪取したとすれば、彼らはそれぞれ自ら単独で窃盗（127条）という法定の所為像と一致する事実関係を実現したものである。二つの事案は単独正犯の事案である。このことは、たとえBがすでに奪取する際に、自分も他の盗人も一組のタイヤの半分だけでは何にも使うことは出来ないし、したがって、自分は他の2本のタイヤを「盗品故買市場」で手に入れようとするか又は「自分の」2本のタイヤをそこで安く売らざるを得ないと仮定して行為したにせよ、当てはまる。例えば、AとBがお互いに自分達の窃盗するという決意を強化しあったときに限って、彼らは4本のタイヤの窃盗に関与した者になる。このことは、各人が2本ずつタイヤを運び去ったか又は一人で4本のタイヤすべてを運び去ったかに関係なく、当てはまる。

一般的な見解に従うと、（オーストリアの規定に関係なく）共働（Mitwirkung）の次のような形式が等しく当罰的と考えられるか又は差異をつけて当罰的と考えられるかのいずれかである。

— 法定の所為像と一致する事実関係を、例えば、他人の動産を奪取するこ

とによって直接的に実現する場合、

- 發起すること (Initiierung)、すなわち他人をそのような態度に「規制 (Bestimmung)」すること、
- そのような態度へのその他の寄与 (Beitrag)

したがって、直接正犯者、規制正犯者及び寄与正犯者との間が区別されるか若しくは（それと異なった重点を設定して）主たる正犯者と加担者 (Teilnehmern) (教唆犯と従犯) の間が区別されかのいずれかである。

I. 刑法上の関与の限界

1. 不可罰的共働 (Straflose Mitwirkung)

(1) 法益担当者 (Rechtsgutsträger) の共働又は被保護者 (geschützten Person) の共働

法益担当者又は犯罪構成要件によって保護されるべき者が自分達に向けられた犯罪行為を自ら共働するならば、必要的共働が存在するか又は可能な共働だけが存在するかに関係なく、彼らは常に罰されることはない。この点で、ヴォルターは、「保護目的思想に基づいた不可罰性 (Straflosigkeit nach dem Schutzzweckgedanken)」の原理を主張する。

盗まれた者が、事情によってはすでに自分は自己の所有物を十分に監視せずに窃盗を前もって可能にすることによって、127条の法定の所為像の実現に寄与する場合がある。これと同じことは、例えば、彼があまりにも簡単にだまされた場合の146条の詐欺における被欺罔者にも当てはまるし、又は、旅に出ることによって自己の被雇用者に前もって153条の背任を実行させる店主にも当てはまる。それと同じように、成人と同性の猥褻行為を行う少年は、209条の「少年との同性間の猥褻行為」に関与した者にはならない。

ただし、そのような共働に明白な又は推断され得る正当化する承諾又は構成要件を阻却する同意が見られる限り、さらに爾余の共働者は罰されることはない。

（２）必要的共働（Notwendige Mitwirkung）

所為像がその記述に従って数人の協働を前提とするが、彼らのうちの一人だけが刑を科される場合（「対向犯、Begegnungsdelikte」）には、必要的共働が存在する。これらの諸事案において、他の者は、たとえ彼らが法益の担当者でなくまた刑罰規定によって保護されるべきものでないにせよ、必要的共働者として罰されることはない。

例えば、「無資格医師（Kurpfuscher）」に治療を受けた者は、184条に従って罰されるものではない。同じように、第三者に唆されて猥褻行為を行った者は、213条以下の売春斡旋（Kuppelei）への関与者となるのではない。

ただし、必要的共働者は、（法益担当者又は刑罰規定によって保護された者とは異なって）、立法者が前提とする必要的共働者の共働の範囲を超過していない限りにおいてのみ、当該所為像に当てはめられないことになる。これを「必要最低限度の共働の故による不可罰性（Straflosigkeit bei Mindestmitwirkung）」の原理という（ヴォルター）。

それに対して、彼らの寄与が必要的共働を超えた場合には、彼らは他の共働者すべてと同じように罰される可能性がある。例えば、村落共同体が救護員を説得して有料で自分達すべてを「医療上の」治療をさせた場合、救護員が村落共同体以外の者をなんら治療しなかったにせよ、彼らは184条に基づいて規制正犯者として罰されることになる。第三者に請うて自分を他人と売春に取り持たせた者は、213条以下の規制正犯者として問題になる。

（３）明白な不可罰的共働

ごく希に、法規自体には共働の特定の形式が不可罰と宣言されている場合がある。例えば、211条４項の近親姦における誘惑された少年の共働又は299条２項の自己庇護への共働がこれである。

法益の担当者若しくは規定によって保護されている者の不可罰性及び必要的共働者の不可罰性は、それらの行為が目的論的若しくは体系論的解釈において構成要件の外に存在するというに由来する（トゥリフテラー、これに反対するのは、リットラー、ノヴァコフスキー）。それに対して、法規それ自体の

なかで特定の共働を明白に不可罰と宣言することはそれとは異なった観点に基づく可能性がある。二つの引用した事案には、例えば、刑罰阻却事由が存在するのである*)。

* 改訂版では、この文に続けて「ただし、例えば96条3項の場合、他人を規制すべき妊婦を処罰しないことは解釈によってはじめて突きとめることができる（例えば、シュモラー）。」という文を付け加えている。

2. 時間的な限界

(1) 既遂と終結 (Vollendung und Beendigung)

法定の所為像と一致する事実関係が実現してしまうまで、原則的には、犯罪行為に協働することが出来る。被害者がすでに射殺され、物が破壊され又は偽証がなされた場合、それによって実現された犯罪（75条、125条若しくは288条）への関与はもはや問題にならない。それ故に、刑法上の関与と考えられるのは、原則的には既遂への協働だけである。

特殊な諸問題は継続犯に当てはまる。この継続犯は、既遂に達した以後もすなわち終結に至るまでまだあらゆる瞬間に（継続的に）新たに実現される犯罪であり、例えば、99条の自由剥奪又は176条の公共危害行為がこれにあたる。したがって、継続犯においては、既遂に達した後もまだ（終結に至るまで）、違法状態を維持するために協働がなされることによってすべての共働形式における関与が可能になる。

超過的内心的傾向を伴う犯罪においても既遂と終結は、この傾向の内容（例えば、146条の詐欺における利得）が後になってはじめて現実化したときは、別個になる可能性がある。それにもかかわらず、この犯罪においては、既遂に達した以後の関与は、超過的内心的傾向の実現に共働がなされることによってこれ以上生じる余地はない（トゥリフテラー、これに反対するのは、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シック、ステーゲルバウアー）。

すなわち、刑法上の関与の本質は、数人が法定の所為像と一致する方法で協働するという点にある。しかし、超過的内心的傾向の現実化は所為像に該当す

る不法を全く現さない。したがって、所為像を実現する事実関係がすでに完成した時点ではじめて行動化する者は、12条の意味での関与者とは考えられないことになる。

例えば、詐欺において「詐取して（erschwindelte）」金員だけを銀行からおろした者は、詐欺に関与したものではなくて、事情によっては隠匿（Hehlerei）又は犯罪庇護（Begünstigung）を行ったものである。詐欺の所為像に該当する不法は欺罔に見合うべき損害（Schadenszufügung durch Täuschung）に存在するが、当事者はこれを共働していないのである。

（２）概念に内在する限界設定

刑法上の関与に対する一般的な時間的限界と並んで、他人を規制するという共働形式や直接的な所為像の実現という共働形式に対しては、特殊な時間的障壁が生じる。

ある者がもともとすでに当該態様をはっきりと決心していなかったという限りにおいてのみ、可罰的態度を発起される場合があり得る。それ故に、ただこの時点に至るまでに、「規制（Bestimmung）」という形式における共働が問題になる。ある者がすでに具体的な所為を決意していたならば、彼は場合によってはこれをまだ強化されることもあり得る（心的寄与，psychischer Beitrag）。直接的な所為像の実現が存在するのは、その後に他人が「まだ直接的に」なんら実現に関与していない場合だけである。それに対して、その他の共働は、所為像が実現される以前に広い範囲にわたって任意に存在する。すなわちそれ自体だけを考察すると一度も未遂を現していないような単なる予備行為にも存在するのである（OGH EvBI 1981/132）。

Ⅱ．理論的基礎

数人が犯罪行為に協働するという規定は、原則上、二つの異なった方途に生ずる、すなわち統一的正犯者の体系として生じるか又は共犯体系として生じるかのいずれかである。ただし、二つの可能な解決策は、その純粋な形式ではめつ

たに実用化されていないし又は宣伝されてさえもない。そのかわりに、両者の観念型の例外が許容され、その結果として修正形式や混合形式が次第に確かな地歩を占めて来ている。

歴史的には、統一的正犯者による解決策が刑法発展の始まりであった（「一緒に行ったら一緒に首をくくられても仕方がない（mitgegangen, mitgehangen) 」。分類することは普通法のなかではじめて生じ、19世紀の中葉になると広汎に分類されたのである。共犯体系は、とくに西ドイツで支持された（西ドイツ刑法典25条以下参照）。しかし、最近の諸法規（オーストリア刑法典や西ドイツの秩序違反法規）においては、統一的正犯者による解決策が好まれている。何故なら、異なった当罰性に向けられた「主たる正犯者」、「教唆者」及び「幫助者」への分類は、余りにも複雑でかつ結論において満足させることは出来ないと考えられたからである。

1. 統一的正犯者の体系

（1）基本的な考え方

① 拡張的正犯者概念、同価値性

純粋な惹起犯においては、結果に対して原因となりかつ結果を客観的に帰属可能な方法で招来した態様すべてが所為像の文言に該当する。その場合に、数人が協働したならば、彼らの各人を（他人に関係なく）「正犯者」と認めることが首尾一貫すると思われる。この出発点が、刑法上重要な方法で所為像の実現に共働した各人は「正犯者」として刑法各則のすべての所為像に当てはめられる可能性があるという点で、一般化されるならば、「拡張的正犯者概念（extensiver Täterbegriff）」に至ることになる。この構想に従うと、共働者は全員、各人の寄与の事実的な比重に関係なく、所為像全体を実現すると同時に、同価値的な不法をも実現したものである。各人は自らの寄与に対して自己答責的に責任を負い、かつ正犯者として直接的にその時々々の刑罰規定の責任を負う。したがって、他人の犯罪行為への単なる「共犯」は決して存在しない。

ただし、構成要件の局面でのこの統一化は、刑の量定の分野で細分化するこ

とを排除するものではない。責任主義が満たされねばならないとき、刑の量定においてはさらにそのように細分化しなければならないことになる。したがって、統一的正犯者の体系に存在するのは、他の量刑事由と同一の局面に共働に関係づけられた加重事由と減輕事由である（「全体的な刑の量定（ganzheitliche Strafzumessung）」、キーナップフェル）。

② 従属性の不要性

共働者各人は他の共働者に関係なく独立して所為像を実現するので、彼の刑法上の判断は他の共働者の刑法上の判断に左右されない。それ故に、個々の共働行為の間の法的依存性（＝従属性）は全く存在しない（キーナップフェル）。

AとBとCが、例えば、所為像の実現に協働したならば、B又はCの態度は違法、有責であったか又は可罰的であったかに関係なく、Aの可罰性の判断がなされることになる（質的な従属性は存在しない）。このことは、A、B、Cが関与した方法に関係なく、また、彼らの寄与の比重に関係なく当てはまる。

共働者各人は独立して所為像を実現するので、各人が自己の共働行為又はこれに直接先行する行為を設定したら直ちに、各人は自ら未遂を実行したことになる。他の関与者が自分達の共働行為を設定したか否か、また、いつ設定したのか、若しくは共働行為はいかなる犯罪段階（立案、予備、未遂）にあったかは問題にならない（量的従属性は存在しない）。

ただし、（協働によって）所為像が実現されたときに限って、既遂犯の故に罰される場合がある。その点で、共働者各人の判断に対しては、事象全体すなわち協働の「結果」もまた重要になる。その点に相連続して存在するのは、個々の共働行為の「現実的関連性（faktische Bezogenheit）」である（キーナップフェル、ロイカッフ＝シュタイニンガー）。しかし、これは法的依存性（従属性）ではなく、したがって、これと混同してはならない。

③ 共働者各人にすべての犯罪メルクマールが存在すること

共働者は全員正犯者になるので、彼ら各人にはすべての犯罪メルクマールが存在していなければならない。

このことが等しく当てはまるのは、（客観的構成要件の領域における協働を

別にして)、犯罪行為の一般的なメルクマール（すなわち、例えば、客観的帰属性、主観的構成要件、違法性及び責任）およびその時々 of 犯罪の万が一の特別なメルクマール（例えば、特別に要求された種類の故意、超過的内心的傾向及び特別な責任のメルクマール）である。すなわち、例えば、ある一人の共働者に法律上要求された超過的内心的傾向（例えば、100条の誘拐〈Entführung〉における猥褻の意図）が欠けるならば、たとえ彼が他の共働者がこの傾向をもって行為していると知っていたにせよ、彼はこの犯罪の故に罰されることはない*）。

* 改訂版では、この文の中で、「超過的内心的傾向」という語句が「拡大故意（erweiterter Vorsatz）」に、また、「この傾向をもって」という語句が「この故意をもって」に改訂されている。

（2）「機能的な」統一的正犯者の体系の基本構造

形式的な統一的正犯者の体系においては、統一的正犯の基本構造がその「最も純粋な形式」でほとんど「観念類型的」に実現される。「機能的な」統一的正犯者の体系は本質的な観点においてそれと異なっている、つまり共働者全員が差異のない正犯者になるのではない。たしかに共働者各人が独立して所為像を実現するという考え方は、共働者全員は価値的に対等でありかつ刑の範囲に関して彼らを同一に処遇するということを同じように固執している。しかし、構成要件の局面では、共働者の範疇化、すなわち異なった正犯形式の概念的な差異が生じるのである。

すなわち単一類型体系（Eintypensystem）は、多類型体系（Mehrtypensystem）に変えられるのである。

有力説に従うと、12条以下は機能的な統一的正犯者の体系の意味で解釈することになる。12条では、たしかに直接正犯者、規制正犯者及び寄与正犯者の間が区別されている。しかし、その場合には、正犯の同一レベルの形式が問題になっているのである。だから関与者各人は、12条により、所為像を独立してかつ他の共働者と関係なく実現することになる。

ただし、統一的正犯の領域では、正犯者を数個の類型に分類することによって多くのものが獲得されるものではない。何故ならば、もともと正犯者形式のすべては法的に同価値的なものだからである。法治国家的明確性を特別に獲得することは、範疇化それだけで達成されるものではない（ノヴァコフスキー、トゥリフテラー、シュモラー）。

範疇化の長所は、例えば、15条2項というオーストリアの未遂規定の領域におけるように、それが他の領域と結びつけられ得るということにある。さらに、この分類は、必然的に数人の共働者の関係をそれぞれ相互に解釈論的に解明させかつ個々の事案において実感させるのである。それによって犯罪行為への数人の関与の特別な問題点が明らかにされるのである。一般的に「正犯者として」のみ有罪の言渡がなされたならば、そのことから、一般的には数人の刑法上の関与が存在したのか単独正犯が存在したのか、一度も読み取することは出来ないのである。範疇化することによって、判例は事実関係を三個の正犯者の範疇の一つに当てはめられ得る範囲において誠実に解明しなければならない、ということもまた長所になる。これが為されていない判決は違法になる（特に、シュモラー）。

ただし、これに関する欠陥が無効抗告の申立によって取り消されるわけではない。何故かというと、正犯形式の同価値性の故により、その点に存する誤った当てはめ又は不正確な当てはめが有罪の言渡を受けた者に不利にも有利にもならないからである。

2. 共犯体系

オーストリアの学説の一部は、12条以下を機能的な統一的正犯者の体系の意味で解釈することに反対し、法律上の規定を共犯体系から生ずる原理が12条以下に含まれているというように解釈する。その点で、共犯体系の基礎もまた説明しなければならない。

(1) 基本的な考え方

① 限縮的正犯者概念、不同価値性

共犯体系では、特定の基準（これは個々の体系において異なる場合があり得る）に基づいて、共働者全体から際立っている者だけが所為像を実現することになる。彼だけが「正犯者」（「主たる正犯者（Haupttäter）」ともいう）になる、すなわち当該犯罪行為の中心形象（Zentralfigur）になる。この基準を充足していない者は、たとえ彼が犯罪行為に共働したにせよ、所為像を実現したものではない。彼は（他人の）主たる行為に加担したにすぎないものであり、それ故に、正犯者ではなくて加担者（Teilnehmer）になる。その点で、共犯体系の基礎になっているのは限縮的正犯者概念（restriktiver Täterbegriff）である。

加担者は独立して所為像を実現したものではないので、加担者は自律的に不法を犯すのではなくて、「正犯者」の所為像実現から導かれた不法を犯すことになる（ただし、自動的な共犯不法については、例えば、リューダーセン、シュミットホイザー）。この内容上の依存性は、結果として、例えば、武器を提供することによって他人の殺人に共働した者は、（統一的正犯者の体系のように）謀殺を実行したものではなくて、他人が実行した謀殺への加担者にすぎない。加担者の不法は、正犯者の不法と同価値的なものではなくて、原則上正犯者の不法より低く衡量されることになる。

② 質的従属性と量的従属性

「正犯者」による所為像実現への共犯の内容上の依存性は、結果的には、法的な依存性（「従属性」）になる。このことは、「正犯者」の不法なければ他の共働者が加担することが出来たであろう不法は実現されなかった、という点にある。

「質的従属性（qualitative Akzessorietät）」は、主たる行為の法的性質への共犯の依存性にかかわる。以前は、可罰的共犯の可能性は「正犯者」が構成要件に該当し、違法でかつ有責に行為したということに依存する、という見解が主張されていた（「質的な極端従属性（streng qualitative Akzessorie-

tät)」。従属性のこの形式は、今日、もはや主張されていない。何故なら、責任は専ら人的非難可能性だけにかかわり、したがって、共働者の可罰性は他の共働者の責任に左右される必要はないからである。それ故に、今日、通常、共犯体系においては、可罰的共犯の可能性は「正犯者」が違法に（すなわち所為像に該当し、故意にしてかつ正当化されないように）行為したことだけに依存するという「質的な制限従属性（limitiert qualitative Akzessorietät）」が要求されている。

「量的従属性（quantitative Akzessorietät）」は、主たる行為の犯罪段階への共犯の依存性にかかわる。共犯体系では、主たる行為が未遂に達するまでは一括してまだなんら、加担することの出来る不法は存在しないので、共働者全員の可罰性は原則上主たる行為が未遂段階にまで達したということに依存する。自己の共犯行為を前もって設定していた者は、この構想に従うと、「正犯者」が未遂段階に到達するまでは罰されないことになる。

さらに、既遂行為への加担者として罰され得るのは、「正犯者」もまた所為を既遂に至らしめたと言えるときに限定される（ただし、この帰結は統一的正犯者の体系においてもまた当てはまり、統一的正犯者の体系においては「現実的関連性」から生じる）。

③ 「正犯者」だけに特別な不法要素が存在すること

共犯の無価値はもともと主たる行為の無価値から導かれるので、加担者の可罰性について、例えば、特別な種類の故意又は超過的内心的傾向のような特別な不法のメルクマールが加担者自身に存在するか否かは問題にならない。むしろ、このメルクマールは「正犯者」に存在し加担者はそのことを知っていたということで足りる。つまり、加担者は、このメルクマールが正犯者に存在するということを、少なくとも真摯に可能と考えかつそれに満足していなければならないのである。

（２）行為支配説の基本構造

共働者全体から事物法則的な基準に基づいて「正犯者」を選別しようとの努力は、以上と異なった学説を導くに至った。困難性は、「正犯者」と「加担者」

との間の限界設定は個々の事案における差異のある当罰性とも一致しなければならない、という点にある。何故かというと、加担者の無価値は一般的に正犯の無価値より低く評価されているので、加担者の共働行為が現実的にも正犯者の共働行為よりも当罰的でないと思われるときに限って、個々の事案における正しい結論が獲得される可能性がある（ブラッツグンマー、シュモラー）。

その場合に、客観的基準に基づいた限界設定（客観的共犯説）も主観的基準に基づいた限界設定（主観的共犯説）も認められなかった。何故なら両者ともに刑事政策的に納得させるべき結論を獲得することはできないからである。

今日、共犯体系の内部において、行為支配説が支配的になっている。この学説により、ある種の「可動的な体系（bewegliches System）」を通して客観的基準と主観的基準との間でその現実的な当罰性に基づいた諸寄与の重要度の程度を判定しようと試みられている。それに従うと、正犯者とは、行為事象を支配するものである、すなわち所為が実行されているか否か、どのようにして実行されているかまたいつ実行されているかを常に決定し得るものであり、また、これに関する自己の支配的地位を自らの故意に受け入れていたものである。すなわち、行為支配に対して事象経過を形成すべき現実的な可能性と並んで、このように形成すべき意思が問題になる。この点で、行為支配とは、「客観的なものと主観的なものとの意味的な統一（objektiv-subjektive Sinneinheit）」である（ノヴァコフスキー、ロクシン、マウラッハ＝ゲーセル＝ツィツプ、イエシエック）。

通常、所為を直接的にかつ自手的に実行する者が行為支配を占めている。しかし、人が、第三者をあたかも道具のように、本来的な答責性は自己にすなわち「背後者」に存在するのに対し、直接実行者は背後者に「操縦され」、それ故に、程度の差こそあれ非独立的に行為したというように利用する事案については別個に処理されている。この種の事案において、背後者は直接正犯者としてもまた特徴づけられ、道具は「所為仲介者（Tatmittler）」として特徴づけられる。例えば、善意に（すなわち故意なく）又は適法に行為する第三者を利用した場合、又は第三者を刑法上重要な方法で所為の実行に強制する場合がこ

れである。背後者の行為支配は、背後者が、例えば、帰責能力のない所為仲介者の弁識能力の不存在を利用し尽くすことによってまた基礎づけられ得る。

数人の関与者が意識的かつ意欲的に所為の実行に協働し、その結果、彼ら各人は事象を等しく掌握したという場合に、各人は「分担分に応じて（anteilmäßig）」行為支配を占めていることになる。だから各人は「正犯者」になる。数人の協働というこの特別な事案は「共同正犯（Mittäterschaft）」として特徴づけられている。

３．オーストリア関与規定の整序

オーストリア関与理論に対する中心的な規定は12条から14条までにある。それ以外に、数人の共働に関する諸問題は、刑法総則では、特に、15条、33条及び34条に規定され、刑法各則では228条292条及び刑事訴訟法314条に規定されている*）。

* 改訂版では、刑法各則中の「96条3項、195条5項、および259条」が付け加えられている。

（１）機能的な統一的正犯者の体系としての整序

学説においては、12条以下は主として「機能的な」統一的正犯者の体系として解釈されている。基礎づけるために、特に、12条の文言及び法規の諸資料にも示されているオーストリア関与規定の成立史が顧慮されている。

この見解に従うと、所為像的な事実関係の実現に共働した各人は「正犯者」になる。12条で区別された正犯者形式（直接正犯者、規制正犯者及び寄与正犯者）は、構成要件の局面では法的には同価値的なものである。すなわち、この範疇化は個々の寄与の比重には関係ないものであって、それは専ら刑の量定で重要になる。まさしく三つの正犯者形式が同価値的なものでありかつ個々の寄与の現実的な当罰性に関係がないために、12条で正犯者形式を限界設定するためにどちらかといえばむしろ形式的な基準に依拠せざるを得ないことになる。

訴訟上、法的な同価値性の意味は、判決文での特定の共働の誤った特徴づけ

又は正犯形式を未決定のままにしておくことは有罪の言渡を受けたものに有利にも不利にもならない、ということである。それ故に、そのような欠陥は原則上無効抗告の申し立てによって有効に取り消されることにはならない（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、これに批判的なのはノヴァコフスキーである）。

三つの正犯者形式は、それ自体として他の正犯者形式に関してなら「従属」するものではない。これは無制限に質的従属性に当てはまり、その結果として、直接正犯者の故意のない行為への規制若しくは寄与もまた可能である。例外は量的従属性の領域のみに存在し、量的従属性の領域においてもまた15条2項の明白な法律上の規定により寄与正犯に関してのみ存在する。それに従うと、直接正犯者が未遂段階に達したときにはじめて寄与正犯は罰されることになる。

12条以下に関する以上のような解釈は、特に、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレゲル＝ゼリニー、マイエルホッフアー＝リーダー、ホップフェル、ステイゲルベルガー及びトゥリフティラーによって主張され、基本的にはモース及びシュモラーも主張している。

（２）「限縮的な」統一的正犯者の体系としての整序

若干の論者は、12条以下を機能的な統一的正犯者の体系の意味には解釈していない。この見解に従うと、三つの正犯者形式に関する法律上の規定は同価値的な範疇化として把握してはならないことになる。むしろ、これらの形式は本質的には共犯体系で普通に用いられている「正犯者」、「教唆者」及び「幫助者」の分類に接近することになり、それ故に、法的には不同価値的なものになる。特に、寄与正犯には直接正犯や規制正犯よりも低い無価値が量定されている。

この見解を基礎づけるために、特に、15条2項が指摘されている。この規定は、正犯形式の間の価値的な相違を通してのみ解明することができることになる。さらに、刑事訴訟法314条もまた12条以下のかかる解釈を支持する。この規定に従うと、陪審裁判前の手続きにおいては、訴えのなかで挙げられた正犯者形式と異なった正犯者形式が問題になるときに、予備的な問題（Eventualfrage）が提起されることになる（ブルクスタラー）。

訴訟上、この法的な不同価値性は、結果として、判決文での関与形式の誤った整序は、それが有罪の言渡を受けた者に有利になるものであれ不利になるのであれ、無効抗告の申し立てによって有効に主張され得るということになる。

この見解に従うと、規制正犯や寄与正犯は、直接正犯に関して質的には制限従属する。すなわち、故意犯についていうと、規制正犯や寄与正犯は、直接正犯者が故意に行為したといえる場合に限って罰されることになる。直接正犯とそれ以外の二つの関与形式との間の限界設定については、共犯体系で用いられている行為支配の基準が顧慮される。ただし、共犯体系で用いられている「間接正犯 (unmittelbare Täterschaft)」という表現は、オーストリアでは、12条でははっきりと「直接正犯者」だけが問題になっているために、用いなくてもよい。「間接的な直接正犯者 (mittelbarer unmittelbarer Täter)」というような相反する定義づけを避けるために、ブルグスタラーはストースに倣って所為の実行に関するこの種の事案について「隠れた直接正犯 (verdeckte unmittelbarer Täter)」という表現を提案した。

このようにして、質的な制限従属性によって生ずる可罰性の間隙は、直接実行者が故意なく行為したか又は違法なく行為したときに、閉ざされるはずである。この種の事案において、背後者が行為支配を占めているならば、彼が（「隠れた」）直接正犯者になる。

12条以下のかかる解釈は、特にブルグスタラーによって主張されている。最近、シックが（最初から見込んでいた態度により）ブルクスタラーに従っている*）。故意なく行為する道具による所為の実行における「隠れた直接正犯」を認めることについては、ツイップも支持している。さらに、行為支配の基準は、デアリンクやシルトによって限界設定がなされている。リープッシャーもまたブルグスタラーの見解に傾いている**）。

* 改訂版では、「最近」という語句が削除されている。

** 改訂版では、「リープッシャーもまた、フックスやレーヴィッシュと同じように、ブルクスタラーの見解に傾いている」と改訂している。

ブルグスタラーは、「可罰的行為に関与した者は全員、彼ら全員に同一の法定刑が当てはまり、個々の事案における関与の種類はそれ以外には刑の量定の観点だけであるために、正犯者として処遇される」という点においてのみ、オーストリア関与規定に「統一的正犯者の体系」の実現を認める。それによって、オーストリア法における「統一的正犯」という概念は相当に「限縮される」ことになる。それに対して、キーナップエルは、ブルグスタラーが提案した体系を「限縮的な統一的正犯者の体系」として特徴づけることは「誤解を招きやすい」という。そして、実際には、ブルグスタラーの体系の背後には「制限従属性に基づく共犯への合意」が潜んでいるという。ブルグスタラーの統一的正犯という基本的な考え方からの重大な偏異（gravierenden Abweichungen）において、共犯体系に対する限界がすでに犯されているのか否かは、すでに限界領域のなかで統一的正犯者の体系と共犯体系との間の架橋が流動的になる可能性があるために、ここでは未決定のままにしておく（キーナップフェル、シュモラー）。

（3）態度決定

① 12条の文言に従うと、「直接正犯者のみならず」、関与者各人もまた「可罰的行為」を行ったものである。可罰的行為を実行した者は所為像を実現すると同時に、そこに類型化されている不法を実現したものである。したがって、関与者各人は正犯者である。この（争いようのない）出発点は、オーストリアの規定は、すでに12条の文言に従うと、原則的に統一的正犯者の体系として位置づけられているということを明らかにする。

統一的正犯者の体系においては、（客観的構成要件の段階における協働を別にして）一般的な犯罪メルクマールや特別な犯罪メルクマールすべてがその者自身に存在する者だけが正犯者として罰されるので、このことは12条の正犯者形式のどれにでも当てはまる。この見解は文献上ほとんど異論なく主張されている。（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ホエプフェル、トゥリフテラー、シュモラー、ただし、部分的には異なるがシック）。この見解は最高裁判所の現在の判例とも一致する。

法律上の規定に従うと、量的従属性の問題もまたはっきりと答えることができる。15条1項及び2項に従うと、たしかに寄与正犯の未遂は量的に従属するけれども、規制正犯の未遂は量的に従属しないことになる。その意味することは、規制の未遂の可罰性は規制に直接先行する行為によって始まるということである。それに対して、寄与正犯については、さらに、被支援者（Unterstützte）が自ら所為を未遂に至らしめない限り、寄与行為を提供すること（Erbringung des Tatbeitrages）は罰されないことになる。寄与正犯のこの量的従属性は統一的正犯者の体系の明文による例外を内容として含んでいる。

以上のような出発点において、法律上の関与規定の解釈に関しては、まだ12条の正犯者形式は法的に同価値的なものか不同価値的なものか、質的な制限従属性は規制正犯者や寄与正犯者に当てはまるのか否か、直接正犯に関して行為支配という考え方がこの正犯者形式の範囲を決定するか否か争いがある。

② 三つの正犯者形式は法的に同価値的なものである、という有力説が優れている。すでに12条では統一的正犯者の体系の決定的な基本思想が示されているという事実は、法的な同価値性を擁護する。12条における三つの正犯者形式の対置は同一の刑の範囲を適用することにも限定されない。12条では刑の範囲が問題になっているのではない。むしろ、刑の範囲が共働者全員に対して同一であるということは、12条の対置の結果であり、そこで保証されている不法の同価値性の結果である。すなわち、立法者が刑の範囲だけを問題にしたのであれば、例えば、未遂において定義づけているように、すでに法規明確性（Gesetzesklarheit）の利益において理解されていたことになる。以上の解釈は1971年改正刑法草案理由書によって裏付けられている。

さらに、正犯者形式の同価値性を擁護するのは、12条はその文言からして故意犯だけに限定されるのではなくて、過失犯にも当てはまるということである。その点で、12条は二つの犯罪類型に対して統一的に解釈しなければならない。しかし、過失犯については、全く一般的に異なった関与形式の間の価値的な相違が否定されている（EBRV 1971, 79 r Sp、これに賛成するのはブルクスタラーである）。

次に、関与に特有な量刑規定（33条3号、4号及び34条4号、6号）は三つの正犯者形式の同一評価を擁護する。すなわち数人が共働する事案に対するかかる量刑の明文の規定は、共働者全員の不法が構成要件の局面では同価値的なものと認められるときに限って要求されている。

15条2項の寄与正犯の未遂に対する特別規定は、必ずしも正犯者形式の不同価値性を擁護するものではない。むしろ、特別規定は未遂概念からもまた解明されるべきものである（キーナップフェル、ノヴァコフスキー、シュモラー）。刑事訴訟法314条の規定もまた正犯者形式の同価値性というテーゼが誤っていると証明しているわけではない。訴えに記述されている正犯者形式の偏異における予備的問題の提起は、すでに正しい法規の適用に対する一般的な要請に基づいて必要なものであり、それ故に、正犯者形式の価値関係について何も述べていないのである（ノヴァコフスキー、トゥリフテラー）。むしろ、この規定の成立史はさらに同価値性を擁護している（キーナップフェル、トゥリフテラー）。

ただし、正犯者形式の同価値性はまだ望ましいように一般的な法意識に保証されているとはいえないのではないか。例えば、ブルグスタラーは、「社会的な意味内容」における差異が正犯者形式にあることは「ほとんど明白なこと」であると考えている（同旨としてシック）。ノヴァコフスキーが前提としていることもまた、正犯者形式には価値的な相違があるということは、公共体におけるその当罰性に従うと、法的な同価値性というより以上に十分に理解されていたということである。それにもかかわらず、この種の一般的な法感情それ自体は、必ずしも法的な同価値性に反対する根拠とはなり得ない。立法者の決定を変えることができない社会的に異なった評価だけが存在することになる。すなわち、立法者はそれを決定する場合には原則上自由であり、したがって、正犯者形式の重要さの程度を判定することが出来るし又は同価値的なものと決定することもできるのである。立法者は、個々の問題においてさらに目標を設定して一般的な法感情から偏異することもできる。例えば、その範囲内において意識的に影響を与えようとする場合がこれである（トゥリフテラー、シュモ

ラー)。

判例もまた正犯者形式の法的な同価値性を前提にしている。したがって、誤った正犯者形式への法的な当てはめはそれだけでは刑事訴訟法281条1項10号の無効抗告を理由づけることはできない（例えば、OGH EvBI 1980/205; JBI 1981, 108; EvBI 1982/13=RZ 1982/45; EvBI 1982/98, 1983/74; JBI 1984, 267; ZVR 1984/331）。最高裁判所は、これに関して、さらに「今やすでに安定した裁判（nunmehr bereits gefestigte Judikatur）」（EvBI 1982/98）や「一定不変の判例の態度（st andiger Rspr）」（JBI 1984,267）を主張している。

ただし、最高裁判所が12条の正犯者形式の一つに整序するために、事実関係を十分に解明しなかった結果、刑事訴訟法281条1項5号の無効抗告の申し立てに強硬手段をとった場合には、全く曖昧なる。したがって、最高裁判所は、ごく最近下した判決のなかで、関与形式に関する「不十分な分類（mangelnde Differenzierung）」は無効抗告の申し立ての意味での不利益をなんら現すものではない、ということを前提にしている*）。

* 改訂版では、「ごく最近下した判決のなかで」という文が削除されている。

③ ブルグスタラーが要求した規制正犯と寄与正犯の質的な制限従属性もまた、直接正犯者に対する行為支配の基準と同様に法規の文言にその支柱を認めることはできない。次に、直接正犯者に行為支配を顧慮することは、すでに上で述べてきた②以下の確認に従うと、三つの正犯者形式はすべて法的に同価値的なものであるために、拒否すべきである。さらに、量的従属性をすべて拒否することは、法規の諸資料によって裏付けられている（資料（Dok）66; キーナップフェル、ノヴァコフスキー）。

同じく、12条は「可罰的行為」に規制し若しくは寄与しなければならないとの定義づけによって、さらに13条によってのみ明白に禁止されている極端従属性を指示する、というブルグスタラーの論証は説得力がない。すでに17条から明らかになることは、「可罰的行為」によって故意的な所為だけが考えられて

いるのではないということである。

最高裁判所もまた、多くの判決のなかで、質的な制限従属性をはっきりと拒否している。規制正犯について最高裁判所が主張している見解は、故意があるうとなかろうと所為の実行へ誘発したということだけで足りるということである（例えば、RZ 1978/73 及び 72、EvBI 1977/248 及び SSt 50/32）。

ただし、規制正犯に関して、「所為決意」の喚起が顧慮されている判決も存在する（例えば、OGH EvBI 1979/230, 1976/287, ZVR 1979/236）。しかし、それらの判決においては、所為決意が故意の意味で理解されているのか行動すべき決意の意味でのみ理解されているのかははっきりしない。

寄与正犯に関する判決においてもまた、最高裁判所は（少なくとも暗黙のうちに）故意があろうとなかろうとその所為への支援行為で足りるとしている（例えば、EvBI 1979/81, 1978/107）*）。

* 改訂版では、括弧中の「少なくとも暗黙のうちに」という語句が削除されている。

ただし、数人が関与した事案に関する最も最近の最高裁判所の判決は、判例のこれまでの態度と矛盾している。さらに、その判決内容は、判決それ自体においてもつじつまが合っていないために、問題がある。次に、最高裁判所は、1983年12月16日のこの判決を用いて、（意識的なのか無意識的なのか）異なった学説間の論争のなかで判例のはっきりした態度を求める文献上の差し迫った懇願に答えるのを怠っていた。

判例のなかには、一方で規制正犯や寄与正犯の可罰性はなる程直接正犯者の可罰性を前提としていないが、その態度の（客観的な）所為像該当性と並んでその（具体的な）違法性もまた前提とするということが確認されている。このような態度決定は、それ自体としてみれば、質的な制限従属性を承認したものである。ただし、この種の解釈に対する疑問を基礎づけるものは、直接正犯者の可罰性は「内心的行為側面で構成要件を實現していない」ために問題にならないとすれば、規制正犯者や寄与正犯者の可罰性になんら変更はないということとを同一命題に認める場合である。何故かという、この定義づけを用いると、

前後関係に基づいて故意の不存在が考えられるからである。

したがって、判例は、現在ではすでに、オーストリア関与理論を巡る議論の次の争点を示している。ただし、自分の見解を詳細に基礎づけていないリープシュアーに従うと、判例は「質的な制限従属性」という土台に立脚していることになる（JBI 1984, 395）。ブルグスタラーは判例に「質的な制限従属性というテーゼの原則的な承認」を認めるが、この従属性は外見上は故意に及んではないと批判する。キーナップエルは、この判例の意義を、「以前の従属性に基づいて構成された思考の多くの残存物がまだ完全に克服されていない」という点で弱めている。したがって、一括して確認することが出来たことは、判例は問題点を解決したのではなくて、むしろ多くの問題点を提起したということである。このことは、今やオーストリアの関与理論は、学問的には広汎に議論し尽くされたにもかかわらず、10年以上も前から論争されているために、特に、残念である。繰り返し要求された最高裁判所の「明白な判決」を第10部会は怠ったのである*）。

* 改訂版では、この文を含めて、上28行が削除され、新たに次の文が挿入されている。「数人の関与に関する最高裁判所の当時の最後の判決は、その間に SSSt 56/19 以降過去のものである。それ以来、数人の関与の中心的問題において、判例は機能的な統一的正犯論に従っている（ファブリッツィー）」と。

Ⅲ. 三つの正犯者形式（故意による共働の場合）

法は正しく適用しなければならないと誰もが要求しているために、12条で挙げられている三つの正犯者形式を概念的に決定しかつその相互間の限界を設定しなければならない。この権利は連邦組織法18条1項によって基礎づけられ、かつ刑事訴訟法314条で裏付けられているからである（トゥリフテラー、シュモラー）。

1. 直接正犯

(1) 概念と限界設定

犯罪の「直接実行」という概念は、12条前段 (§ 12 erste Alt) の直接正犯の定義に対して重要になる。態度に限定された犯罪 (verhaltensgebundenen Delikte) においては、法規に規定された態度を自手的に実現する者が所為を直接実行したものである (14条1項前段)。それに対して、純粋な惹起犯 (reinen Verursachungsdelikte) においては、その行為が所為像に該当する結果に最接近させた者が「直接実行者」である。何故かという、彼は所為像の実現を最後に誘発したからである。したがって、例えば、患者に致死量の毒を注射する看護婦は謀殺を直接実行したものである。

若干の論者は、「直接実行者」(=「直接行為する者」) だけが直接正犯者として問題になる、という見解を主張する (キーナップフェル、フォリッガー=セリーニ、ロイカウフ=シュタイニンガー)。けれども、この結論は必然的なものではない。看護婦の実例で、例えば、治療する医師が殺人の意図をもって余命いくばくもない状態にある患者の命どりとなる毒を指図しているということを彼女が客観的に認識することができなかったために、彼女はほぼ完全に注意に適った行為をなしたという場合に、医師は規制正犯者になる、というのは納得できない。彼は、情を知らない看護婦を、他の謀殺者がピストルを利用したり訓練された動物を利用したりするのと同様に、道具として利用したものである*)。第三者 (又は被害者自身) が道具として所為像の実現に共働したならば、前面で行為した者 (der davor Handelnde) が事後的に純粋な現実的共働の故だけにより直接正犯者として除外されるわけではない。むしろ、問題は、直接実行者が刑法上重要な方法で共働していたか否かである。これは、彼が所為像に該当する方法で、すなわち客観的帰属可能な方法で (そして特に客観的な注意に違反して) 行為したときに限って肯定される**)。その場合に限って、所為像の実現は直接実行者に (も) 「彼の作品 (sein Werk) として負わされることになる。この種の事案において、先に行為する者 (der zuvor Handelnde) が規制正犯者又は寄与正犯者の役割をさせられることになる***)。

- * 改訂版では、「むしろ問題は、直接実行者が刑法上重要な方法で共働していたか否か、あるいは直接実行者が『道具のように利用（wie ein Werkzeug benutzt）』されているか否かである。第二の事案では、他の『道具』と比較して、そうでないにせよ（wie auch sonst）、純粹な因果的共働ではなくて、刑法に対して重要な関与の方法だけが問題である故に、正犯形式を変更できるかどうか分からない」と改訂している。
- ** 改訂版では、「そのようなものは、直接実行者が少なくとも客観的に帰属可能な方法で行為したときにはじめて、肯定される」と改訂している。
- *** 改訂版では、「この種の事案において、先に行為する者は直接正犯者の刑法上の『役割』から規制正犯者又は寄与正犯者の役割を押しつけられるのである」と改訂されている。

12条では専ら犯罪行為への数人の関与だけが規定されている、という考察は同一の結論に至る。ある一人の人間だけが所為像を実現するならば、その者を規制正犯者又は寄与正犯者として考慮すれば足りるというのは重要でないといえる。しかし、そこで刑法上数人が関与するということは、少なくとも二人の者が現実的に事実関係の招来に協働したときに限って存在するのではなくて、少なくとも二人の者が所為像を実現したときにはじめて存在することになる。例えば、（看護婦の事案と同様に）所為像の実現が背後者だけに客観的に帰属可能なものであって、直接実行者には客観的に帰属可能でない場合、なんら刑法上の関与は存在しない。その場合、ただ一人の刑法上の関与者（背後者）は直接正犯者となる。

以上のことを基礎にして、確かに、直接正犯者が原則的には直接実行者である。ただし、例えば、直接実行者が完全に注意に適った（社会的相当な）行為を行ったために、所為像の実現が彼に客観的に帰属され得ないならば、背後者が所為を客観的帰属可能な方法で実現したとき、背後者が（「隠れた（verdeckt）」）直接正犯者である*）。直接正犯の以上のような概念決定は、次第に主張されだしている（モース、トゥリフテラー、シュモラー、シック）。この概念決定は、特に、個々の正犯形式の間を限界設定する場合の論争問題を解決するのに適している**）。

- * 改訂版では、「完全に注意に適った（社会的相当な）行為」という箇所が「社会的相当な行為」に改訂されている。
- * 改訂版では、この文の後に、次のような文が新たに挿入されている。

「これに比べて、レーヴィッシュの反論は説得力がない。彼の主張とは反対に、シュモラーや起草者などによって支持されている機能的な統一的正犯者の体系もまた、ある者は過失によって行為し他の者は故意によって行為するという形式において直接正犯の併存を認めるのである。さらに、この種のいくつかの直接正犯に対する前提条件は、機能的な統一的正犯者の体系によれば、限縮的な統一的正犯者の体系に従うのと似ているのであり、その結果、レーヴィッシュの批判はすでに誤っていると考えられる。

刑法上一般に重要な数人の共働が存在するかどうかを判断するために、まさしく統一的正犯者の体系では「最低限度の犯罪性 (deliktische Mindestqualität)」(レーヴィッシュ) が一般に12条の関与規定に当てはめられるべきすべての事案に求められる必要があり、また求められなければならないのである。これが限縮的な統一的正犯者の体系における拒否すべき質的従属性と同一視されないということは、すでにフリートリッヒが証明している。刑法上の重要性は客観的構成要件のなかで本質的な評価の観点を構成する客観的帰属性の後ではじめて肯定されるのかどうか、あるいはさらに客観的帰属性のように不法の種類によってではなく、行為者の個別化によって決定される違法性や故意のメルクマールが要請されるのかどうかは異なるのである」。

(2) 特殊な事案の状況

① 数人が所為を共同して直接的に実行しかつ彼ら全員が客観的に帰属可能な行為を行った場合、全員が直接正犯者になる*)。

- * 改訂版では、この文に続けて、「すなわち、全員が統一して故意をもって行為したのか過失で行為したのかあるいはこの点で別々に行為したのかは関係ないのである」と新たに付け加えている。

このことは、特に、全員が同時に行為した場合、又は個々の寄与を時間的に切り離すことができない場合に当てはまる。例えば、AとBが共同して重い物を持ち去る場合、又は彼らが同時に被害者を殴打する場合、しかもまた、関与者の各人が時間的には別々に所為の一部を直接実行する場合、いずれも全員が直接正犯者である。例えば、AとBがスノータイヤの窃盗を計画し、その都度他の一人が外で見張りすることにして、まず最初にAが二本のタイヤを奪取し、

引き続いてBが奪取した場合、両者は四本のスノータイヤの窃盗の直接正犯者である*）。

* 改訂版では、この文の後に、「何故かという、彼らが一緒に犯行現場を去ったのか別々に去ったのかに違いは全くないからである（ファブリッツィー）」という文を新たに付け加えている。

② さらに、継続犯においては（bei Dauerdelikten）、（既遂の時点に至った後でさえ）僅か短時間でさえも違法状態を自手的に維持した各人は直接正犯者である、例えば、被拐取者の見張りを一人で引き受けた者がこれにあたる。

③ 多行為犯（mehraktige Delikte）においては、（必要的多行為犯が存在するか単なる可分的実行行為を伴う犯罪（ein Delikt mit bloß teilbarer Ausführungshandlung）が存在するかに関係なく）、少なくとも活動の一部を直接実行した各人は直接正犯者である*）。例えば、AとBが共同して129条2項の侵入窃盗を実行し、その際にAは密閉された容器をこじ開け、その時Bはそこにあった中身を奪取した場合、両者は侵入窃盗の直接正犯者である。その点で、キーナップエルが数個の実行行為がただ一個の所為像に「加わる」犯罪と主張したのは適切である。活動の一部を直接実行することによってこの付け加わったもの（Addition）に寄与する各人は直接正犯者である。

* 改訂版では、「…少なくとも活動の一部を、これが自分に少なくとも一般的に客観的に帰せられ得るように、直接実行した各人は直接正犯者である」と改訂されている。

未遂の問題点からもまた、多行為犯の最初の活動部分それだけを直接実行した者をすでに直接正犯者として位置づけることは、刑事政策的にも満足できると思われる。すなわちこれを寄与正犯者として認めようとするならば、そのことは、後の活動の一部を実行する者（すなわちこの見解に従うと、それだけで直接正犯者になるのだが）もまた未遂段階に達したときにはじめて、彼は15条2項によりこの犯罪の未遂の故により罰されるという結果になる。しかし、立法者が二個又はそれ以上の態様を多行為犯の所為像に統合したとき、すでに最

初の行為は所為像に該当する不法に当てはまるのである。このような不法を実現した者は、他人の態度に関係なく、未遂の故に罰される可能性がなければならない。したがって、通説に従うと、最初の活動の一部に直接先行する行為を設定した者は多行為犯の未遂を実行したものである（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、リットラー*）。

- * 改訂版では、この文の後に、「この基本規定は、第二部分行為をはじめて実行すべき者に対しても当てはまる。すなわち、例えば、たんに犯行現場に居合わせていたにすぎない場合である。例えば、自分の分担分について実行に近接する行為においてはじめて自分の責任を問うことは、実際にはすでにそれに相当する応諾が常に最初の活動の一部への（心的）寄与であるために、誤っていると思う」という文を新たに付け加えている。

強姦（201条）に関してもまた、多行為犯に対する以上の通則から逸脱しなくともよかったのである。例えば、他人が性交を行うことができるように、被害者を抵抗不能に至らしめた者は直接正犯者であって、寄与正犯者ではないのである*）。したがって、女性もまた201条の強姦の直接正犯者として問題になる。何故かという、彼女は後の活動の一部を直接実行することはできないということは、ロイカウフ・スタインingerと反対に、重要でないからである。多行為犯の場合、直接正犯を基礎づけるためには、活動の一部分を直接実行したということだけで十分である。その結果、その者の性別に関係なく、暴力の行使に直接先行する行為を設定した各人もまた強姦未遂を実行したものである**）。

- * 改訂版では「1989年刑法改正法規後の強姦の新規定（201条）に関してもまた、…。例えば、他人が性交を行うことができるように、被害者を強要する者は直接正犯者であって、寄与正犯者ではない（OGH EvBI 1991/13,1990/32; これに賛成するのは、フォレグガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガー）」と改訂されている。

- ** 改訂版では、「したがって…」以下の文が、すべて削除されている。

④ 数人の犯罪行為への関与に関する特別規定は、127条2項1号、143条前段及び84条2項2号に含まれている可能性がある。これらの規定において、よ

り高い刑の範囲が結びつけられているのは、窃盗又は強盗が「一人又は数人の関与者と共同して（in Gesellschaft eines oder mehrer Beteiligten）」実行されたか若しくは傷害が「少なくとも共謀した三人以上の者によって（von mindestens drei Personen in verabredeter Verbindung）」実行されたという事情である*）。

* 改訂版では、「数人の犯罪行為への関与に関する特別規定は、84条2項2号に含まれている可能性がある。この規定において、より高い刑の範囲は、傷害が『少なくとも共謀した三人以上の者によって（von mindestens drei Personen in verabredeter Verbindung）』開始されたという事情と結びつけられるのである（OGH JBI 1992, 197）」と改訂されている。

キーナップエルは、これらの規定に「12条中段と後段の違反（Durchbrechung des § 12 2.Alt und 3.Alt）」を認める。犯行現場に居合わせなかったり若しくは被害者に対して団体として行動したというような関与者はすべて、先に引用した特別規定により「自動的に」直接正犯者になる、すなわち、たとえ彼らが自ら直接的な実行行為を設定していなかったが故に、一般的な基準に従うと、規制正犯者又は寄与正犯者といえるとしても、直接正犯者になるのである。

以上の見解は、詳細に理由づけなくても、説得力がないことが分かる。すなわち、個々の寄与行為を異なった正犯者形式に組み入れることは、この加重犯（Deliktsqualifikation）においてもまた一般的な基準に従ってなされねばならないと主張することもできるはずである。それ故に、犯行現場に居合わせていたが、直接実行行為をなんら設定していない者は、普通、共同して実行することによって若しくは共謀すること（verabredete Verbindung）によって加重された犯罪への規制正犯者若しくは寄与正犯者である*）。

* 改訂版では、「共同して実行することによって若しくは共謀することによって」という語句が「共謀することによって」に改訂されている。

判例もまた、どちらかといえばむしろここで提案した解決策の傾向にある。

最高裁判所が前提とするのは、犯行現場に居合わせなかった窃盗仲間若しくは強盗仲間は寄与正犯者になり得るであろうが、84条2項2号、127条2項1号若しくは143条前段の加重性を充足することによって「自動的に」直接正犯者になるものではないということである（JBI 1984, 267; SSSt 51/50; EvBI 1978/141, 1977/242もよくある。ごく希に、EvBI 1977/225, 1976/218; それに対して、どちらかといえばキーナツプフェルの見解の意味では、OGH JBI 1981, 108)*）。

* 改訂版では、この文節すべてが削除されている。

（3）「共同正犯」はどうか？

「共同正犯」という表現は共犯体系に由来する。例えば、西ドイツ刑法25条では、「数人が共同して犯罪行為を遂行するときは、その各人を正犯者として罰する（共同正犯者（Mittäter））」と定めている。

共同して所為を遂行するということは、通常、直接的な実行段階における意識的かつ意欲的な協働として定義づけられ、その場合に、補足的には関与者は共通して「行為支配」を占めていたかどうかが問題になっている。したがって、例えば、実行中に犯行現場の近くで見張り役を勤める者もまた、笛の音で全員が以後の遂行を放棄したのであれば、共同正犯者として罰されることになる。さらに極端な事案によれば、うまく操っている「黒幕」は、家から無線を用いて犯罪行為を指揮することもできるのであり、それによって共同正犯者になる。

以上の構造は、共犯体系においては、それらの現実的な意味からして特別に重要な所為への寄与が直接実行によって導かれなるときもまた、正犯として位置づけられ共犯としては位置づけられないという場合に用いられている。

統一的正犯者の体系では、すでにもともと関与者全員が「正犯者」になるために、かかる要請は不必要になる。その点で、統一的正犯者の体系では、さらに数人が故意をもって共働するという事案全体が「共同正犯」として特徴づけられる場合もある。

オーストリアでは、「共同正犯」という表現は何かそれとは別の概念内容に

用いられている。その場合、かかる表現は数人の直接正犯者の故意的な協働という特徴を示している。三つの正犯形式の限界設定に対して一般的に妥当する基準に従って、数人の関与者を直接正犯者として認める事案において、（用語上の不精確さを別として）この種の適用に懸念はまったく存在しない。

しかし、学説の一部及び特に判例はこの概念内容に満足していない。むしろ、「共同正犯」という概念は直接正犯の概念を拡大するために用いられている。数人が所為の実行段階で意識的かつ意欲的に協働した場合には、この見解に従うと、彼らは、たとえ彼らの各人が実行行為自体を行っていないにせよ、全員が直接正犯者になる。したがって、例えば、最高裁判所の見解に従うと、共同正犯すなわち12条の意味での直接正犯が是認されるのは、すでに関与者が「所為の実行に際して当分の間居合わせていなかったただけであって、すでにそこには、必要ならば自らすでに行為している共同正犯者の事象経過に介入するとの意思を現わしている」場合である（OJZ-LSK 1975/216、それ以外の判例については、トゥリフテラー、フォレグラー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガーの各文献を参照）。しかし、直接正犯を拡大する共同正犯という構想をこのように承認することは、機能的な統一的正犯者の体系においては無用である（キーナップフェル、シュモラー、トゥリフテラー*）。

* 改訂版では、この文の後に、「それ故、判例の一部をもって、有力説と合意のうえで、直接正犯に対して実行行為への関与が要求されている（例えば、最近のものとして、OGH RZ 1993/31, RZ 1992/45, SSt 55/62, Jus-extra-St 1989/76, 1991/699; ファブリッツィー、トゥリフテラー）」という文を新たに付け加えている。

（４）「間接正犯」と「隠れた直接正犯」はどうか？

共犯体系では、（質的な制限従属性に基づいて）「教唆犯」と「従犯」が罰され得るのは、「正犯者」が所為像に該当し、故意にしてかつ違法な行為をなした場合だけである。所為を直接実行していない共働者に「正犯」の基準（特に、行為支配という基準）が存在すれば、（特に、直接実行者が故意なく行為した場合）、この背後者は「間接正犯者」として罰されることになる（ロクシン、

ツィツプ)。

この構想は、オーストリアでも幾らか変形された形式で、関与規定を質的な制限従属性の意味で解釈する、すなわち「隠れた直接正犯」として解釈する論者達によって主張されている（ブルクスタラー、ツィツプ）。

たとえ（ここで主張するように）関与規定を機能的な統一的正犯者の体系の意味で解釈するにせよ、直接実行者ではなくて、背後者が直接正犯者であるという事案は存在する、すなわち、所為像の実現が直接実行者に客観的に帰属され得ない場合である。その場合、所為像の実現は背後者ただ一人の答責性の領域に属するので、背後者が直接正犯者になる。

機能的な統一的正犯者の体系においては、「間接正犯」若しくは「隠れた直接正犯」の構想（質的な制限従属性において間隙をふさぐために必要な構想）は、無用である。ただし、機能的な統一的正犯者の体系においてもまた、所為像の実現が直接実行者に客観的に帰属され得ないが故に、（通常と同様に）直接実行者が直接正犯者にならない事案において、「隠れた直接正犯」が主張され得る場合がある。しかし、その場合には、正犯形式の同価値性の故により、「隠れた直接正犯」の構想は、共働者を規制正犯者又は寄与正犯者から直接正犯者に「価値的に引き上げる（aufwerten）」のに役立つものではない。むしろ、直接実行していない者がこのように直接正犯者の地位に就くことは、この正犯者形式に対して顧慮されている限界設定基準の結果にすぎない。

背後者の（「隠れた」）直接正犯を所為を直接実行する者たる直接正犯から区別するのは、時間的にみると、たしかに背後者の後でまだ他人が行動化するが、この他人は客観的に帰属可能に行為していないが故に、決して直接正犯者にはならないということによってだけである。この状況で機能的な統一的正犯者の体系においては、すでにそうでなければブルグスタラーのいう従属的な体系と同名の構成との混同になる可能性があるために、「隠れた直接正犯」という名称が放棄されねばならなかったのである。

（5）直接正犯の未遂

直接正犯の未遂が存在するか否かは、全く一般的にみて未遂犯の場合と同様に、正犯者の既遂に向けられる。したがって、直接正犯者の実行行為が存在するのは、直接正犯者が自己の行為は第三者の以後の（客観的帰属可能な）中間行為なくしても所為像を実現することができるということを真摯に可能と考えかつこれに満足したときである*）。この行為に（正犯者の表象に基づいた）直接先行する行為によって、直接正犯の未遂の可罰性が始まる。この規定は、直接正犯者が直接実行者ではないという諸事案にも当てはまる。

* 改訂版では、「したがって、直接正犯者の実行行為が存在するのは、その犯行計画が自分の行為は第三者の以降の（客観的帰属可能な）中間行為がなくとも所為像を実現することができるということを予見した場合である」と改訂している。

この種の事案において、正犯者は、所為像が実現されるためには、自分の背後でまだ他人が行動化しなければならないということを前提とすることは確かである。しかし、この他人は自らの表象に基づいて客観的に帰属可能なものとして評価されるべき方法で行為していないはずである。Aが、例えば、毒入りの小びんを自分の夫の食事に加えて混ぜ合わせようと考えているが、異国風のスパイスが問題になるだけだと説明して、B女に毒入りの小びんを手渡した場合には、彼は直接正犯の未遂の責任を負うことになる。それは、例えば、すでに良味のスパイスをこのようにして何度も旅先から持ってきたために、B女はAを疑うべき理由がまったくなかった場合である。

西ドイツでは、「間接正犯における未遂の開始如何」が論争されている。その場合に、若干の論者が主張する見解は、所為を「道具を通して」実行する者は道具が自ら実行に直接先行する行為を設定したときにはじめて間接正犯の未遂の故に罰されることになるということである。場合によっては、この背後者が道具を所為に決定したときに、背後者は教唆の未遂（versuchter Anstiftung）で罰される場合もある。

この論争は、オーストリアでは、機能的な統一的正犯を主張するとき、無意

味である。各人は自らの共働行為又はこれに直接先行する行為を設定したときには、直ちに、所為の未遂の責任を負うのが原則である。このことは、規制正犯者に当てはまるように、直接正犯のすべての形式に当てはまる。特に、直接正犯者の可罰性について、たとえ彼が自ら直接実行者ではないにせよ、彼の行為が自分の後で（客観的に帰属不可能に）行為した第三者の行為に直接先行したか否かは問題ではない。

ただし、直接実行を通して基礎づけられない直接正犯の未遂においてもまた、規制の未遂（Bestimmungsversuch）の場合と同様に「実行に直接先行する行為」が直接実行の未遂の場合よりも狭く解釈してはならないのかどうか、検討すべきものである。すなわち、この種の限縮的な解釈は、犯行（Tatbandlung）が時間的に実質的な法益の侵害よりも遙か以前に存在したときには、必ず提起されている。

2. 規制正犯（Bestimmungstäterschaft）

（1）概念と限界設定

規制正犯については、他人が「可罰的行為」の実行に「規制」されたということが問題になる。

① 「規制すること（Bestimmen）」

（i）他人を規制するということは、彼を誘発して何かを為さしめること、すなわち彼に特別な態度をとるよう行為決意（Handlungsentschluß）を喚起することをいう。その点で、規制正犯は、他人がこの行為決意をまだ為していなかったということを前提とする。

すなわち、この将来的な態度に関して未だ決心していない正犯者だけを規制することができるのである。人がある態度に既にはっきりと決心していた（「すでに犯意を決意している、omnimodo facturus」）場合には、規制正犯の未遂か又は心的な寄与正犯（psychische Beitragstäterschaft）が問題になるにすぎない。

ただし、行為決意の喚起について、他人にこの（所為像に該当する）態度へ

の考えを喚起させることは関係ない。特定の所為の実行を既にもくろんでいたか、または繰り返し考量していたにもかかわらず最終的には（まだ）決心していなかった者もまた、「規制」され得る。その結果、未遂の故に処罰され得るために存在していなければならないような「行為決意」がすでに存在する場合に限って、規制は排除されることになる。

しかし、すでに未遂段階に達した者もまた、彼が既遂に達する前に行為を継続することを恐れたときには、（まだ）規制され得る。継続犯においては、さらに既遂に達した後もまだ終結するまでは規制することが可能である。例えば、自由剥奪を解こうと決意した正犯者（又は自分が被害者を解放すべきか否か決心していない者）を誘発して違法状態を維持させる場合である（同旨、リットラー）。

（ii） 他人に行為決意を喚起させるために、いかなる手段が用いられるかは原則的にはどうでもよい。通説に従うと、可罰的行為を実行するためのきつかけとなり得るすべての手段で足りるとする（同旨、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、OGH OJZ-LSK 1979/85）。

類型的な手段は、請願（Bitten）、脅迫（Drohung）、欺罔（Täuschung）及び約束（Versprechen）である。暴力（Gewalt）もまた手段として問題になる。しかし、暴力は絶対的強制状態（vis absoluta）まで強化される必要はない、何故なら、そうでなければ、すでに「行為」は刑法上の意味でもはや誘発されることにはならないからである。例えば、所為を実行するために（例えば、高価な物にぶっつけることによって）他人の頭部を利用する者は直接正犯者であるというのは、これ自明のことである（同旨、キーナップフェル）。

（iii） 判例と文献は、規制者（der Bestimmende）は他人が所為を決意するか若しくは所為像に該当する行為を設定することに対して「原因（ursächlich）」を有しなければならない、ということを要求する（例えば、EBRV 1971, 801 Sp; ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレグガー＝セリーニ、マイエルホーフ＝リーダー、OGH EvBI 1977/34）。けれども、この「原因性」は、それが行為と結果を結びつけるために必要となるような、自然法則的因果関係

と同一視してはならない。すでに刑法において人間の意思の自由が規範的な構造として前提とされているために、このことが当てはまる。次に、人的心神 (menschlichen Psyche) の領域に対して、それに基づいてかかる「因果関係」が確認される可能性があった自然法則はなにも知られていない (H・マイヤー、プッペ、シュモラー)。したがって、規制の領域における「原因性」は、たしかに裁判所は確信をもったが、自然法則的には実証される必要のない人的心神への現実的な影響力の行使としてのみ理解されるのである。

心的影響力の行使が「効果的な」ものであったということの実証は、相即する自然法則が存在しないために困難である。裁判官の確信の形成については、規制行為 (付随事情すべてを考えに入れて) は一般的に他人が具体的な態度を動機づけるのに有効であったということが重要になる。ただし、この一般的な適格性 (diesegenerelle Eignung) が規制行為と行為決意との間の (原因となる) 相互関係の実証を補充する必要はない。

心的な影響力の行使は寄与正犯をも導く場合がある。その場合に、規制との限界設定については、目下のところ行為に影響を与えるべき者 (der zu Beeinflussende z Z der Handlung) がすでに当該の態様を決心していたか否かが問題になる。心的作用を通して行為決意を強化したか又は修正したにすぎない者は、寄与正犯者になる。それに対して、行為決意を喚起させる者だけが規制正犯者になる。

被規制者 (Bestimmten) の心神への影響力の行使は規制正犯者にも客観的に帰属可能なものでなければならない。一般的な経験知識に基づいてある者を動機づけるのに不適格な行為 (例えば、講演における事案の描出又は社会的に相当な冗談) を設定した者は、たとえそれによって他人が所為像の実現に誘発されるのを認めたにせよ、(過失の) 規制正犯の故による責任を負うものではない。しかし、正犯者が特別な知識に基づいて、具体的な事案において一般的に不適格な行為もまた規制されるべき者 (der zu Bestimmende) を動機づけることが可能であったということを前提とすることができたときには、以上と別の事柄が当てはまる*)。

- * 改訂版では、「これに対して、客観的帰属性が肯定されるのは、行為者が特別な知識に基づいて、具体的な事案において一般的に不適格な行為もまた規制されるべき者を動機づけることができるかも知れないという考えから出たものである場合である」と改訂している。

②「可罰的行為」に規制すること

12条に従うと、他人は可罰的行為を実行するように規制されたものでなければならない。17条から明らかになるのは、「可罰的行為」という表現は故意のない（特に、過失による）所為をも包括するということである。その点で、規制正犯は故意による態様に関してのみ可能になるのではない。さらに、可罰的行為は作為にも不作為にも存在し得るので、二つの態様にも規制される場合がある。それ以外に、刑法上、「可罰的行為」という名称は統一的に用いられていない。それ故に、12条におけるこの概念の意味内容は、詳細には、数人の刑法上の関与の特別な本質から導くことができる。

直接正犯を論ずる場合に、すでに規制正犯の既遂（eine vollendete Bestimmungstäterschaft）は（寄与正犯の既遂の場合と同様に）他の共働者が時間的に後続する行為を通して所為像を「直接正犯者として」実現したときに限って認められねばならない、ということ进行を明らかにした。この要請がなければ、所為像を実現するただ一人の者が規制正犯者（又は寄与正犯者）になるという諸事案が存在することになる。それに対して、第三者を客観的に帰属不可能な行為に誘発する者は、規制正犯者ではなくて、直接正犯者自身である。この解釈論的な規定から明らかになることは、12条により規制されるべき「可罰的行為」の下で理解されるのは他人の所為像に該当する行為、すなわち他人の客観的に帰属可能な行為である、ということになる。

ただし、その場合に、規制は直線的に（direkt）直接正犯者に向けられるということは必要でない。その点で、自ら規制正犯者たる者もまた規制される場合がある（「連鎖規制（Kettenbestimmung）」、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

それに対して、他人を寄与正犯に誘発したか否かの法的判断は問題がある。

すなわち、純粹な解釈論的考察によれば、確かに規制された寄与正犯は12条の意味での「可罰的行為」でもあるために、ここで規制正犯が可能になる必然性はないと一見していえるかどうか明確でない。ただし、かかる解釈論的な整序は刑事政策的に満足のいかない結論になる。何故かという、15条2項に従うと、寄与正犯者自身は自己の寄与行為に従って、直接正犯者が未遂段階に至ったときにはじめて、寄与正犯の未遂の故に罰されることになるからである。寄与行為を誘発する者(Veranlasser)を15条2項の規制正犯者として、すでに彼の誘発行為(又はさらにこれに直接先行する行為)の時点から未遂の故に罰するということは、これに関して不公平と考えられる。特に、寄与行為を誘発することが寄与行為自体よりも所為像実現への関係を持っていないためにも、このことはあてはまる。したがって、この刑事政策的な懸念に関して、他人を寄与正犯に規制することは、規制正犯としてではなくて、むしろ同じように寄与正犯として整序することが提案されている。

かかる整序は、特に、ここで主張するように、規制正犯を「他人を通して所為像を実現するための法的に否認された危険を創出すること」として定義づけ、それに対して、寄与正犯をその範囲内において「すでに現存する法的に否認された危険の増加」として定義づけるときに、正当なものとする(シュモラー)。何故かという、この種の諸事案において、誘発者は直接正犯者を通して所為像が実現される危険を創出したのではなくて、その危険を間接的にのみ「寄与正犯者に関して(Über den Beitragstäter)」増加させたからである。

③ 規制者の故意(Vorsatz des Bestimmenden)

規制正犯者の故意は所為像の実現に、すなわち犯罪の既遂に向けられねばならない。規制正犯は質的に制限従属しないので、規制者の故意は被規制者に所為への故意を喚起させる必要はない。

(i) 未遂犯だけを誘発し、既遂犯はこれを阻止しようとする者(「アジャン・プロヴォカトゥール(agent, provocateur)」)は、これを規制正犯者として罰することはできない(ロイカウフ=シュタイニンガー、ブルクスター、キーナツプフェル、ノヴァコフスキー、リットラー、トゥリフテラー、未決定

なのはツイップ、詳細にはマース)。しかし、規制者が犯罪の既遂に満足したならば、彼は、例えば、終結によって可罰性が予め前に移される犯罪(例えば、146条に関する詐欺の場合)において発生する実質的な法益侵害だけを阻止しようとした場合にも、罰されることになる(同旨、リットラー、これに反対するのはマース、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー*)。

* 改訂版では、「しかし、規制者が犯罪の既遂で満足したならば、彼は罰され得る。これに対して、彼が実質的な法益侵害、例えば、予め可罰性が前に移されている犯罪(例えば、146条に関する詐欺の場合)において終結により発生する法益侵害を阻止しようと意欲した場合には処罰される可能性はない。何故ならその場合には拡大故意が彼に欠けるからである」と改訂している。

友人又は知人を挑発しようとしただけでなく、犯罪を鎮圧するために国家側からの回し者によって(Von staatlicher Seite Lockspitzel)任命されているときに、この種の事案は特に問題が出てくる。たしかにこの種の回し者の出勤は刑事訴訟法25条により明白に禁止されている。しかし、この規定はアジャン・プロヴォカトゥールの可罰性及び挑発者(Provozierte)の可罰性についてなにも述べていないのである(フォレッガー＝セリーニ、ツイップ、OGH JBI 1979, 662f)。通説に従うと、刑事訴訟法25条は訴訟上もまた限定的な意味しか有してないのである、何故なら、この規定違反は無効抗告の申し立てを主張することができないからである(フォレッガー＝セリーニ、OGH RZ 1965, 94)。最近、西ドイツでは、少なくとも特別な諸事案のなかには「この種の矛盾だらけの国家の態度」に手続上の障壁(Verfahrenshindernis)を認めるべく考量されている(BGH NJW 1981, 1626f)。

(ii) 規制正犯者は、通常、直接正犯者を通した所為像実現の詳細な諸事情を予見することはできない。したがって、その範囲内で彼の故意は具体化される必要はない。むしろ、彼は自ら規制することのできる犯罪行為を「方法に従いかつ大ざっぱに(der Art nach und in groben Umrissen)」自らの故意に受け入れておれば、それで十分である(OGH EvBI 1979/230, 1977/34; JBI 1978, 103; ロイカウフ＝シュタイニンガー、同旨、キーナップフェル)。

ただし、まったく一般的にのみそれが可罰的行為に要求されているならば、規制正犯が成立するのではなくて、場合によっては（その要求がすでに一般大衆に向けられているときには）282条1項が実現されることになる。

規制の名宛人もまた、人物から（von der Person her）決定する必要はない。要請された人物像（der angesprochene Personkreis）が少なくとも規制可能なものでなければならぬのかどうか（例えば、ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、シイルト、OGH EvBI 1971/157）、又は規制が不特定の人物範囲に向けられればそれで十分かなのかどうか（例えば、ブルクスター、マイエルホーファー＝リーダーリットラー、Dok, 225 I Sp）、争いがある。

（Ⅲ） たしかに規制に基づいて行動化しているが、規制者の故意が関係した犯罪とは異なった犯罪を実現するとき、「委任からの逸脱（excessus mandati）」が主張されている。

文献上、質的な過剰と量的な過剰が区別されている。被規制者が規制者の表象に従って為すべきであったもの「以上のことを為した」とときには、量的過剰が存在する。それに対して、質的な過剰の前提となることは、他の所為が実行されたということである（キーナップフェル、マウラッハ＝ゲーセル＝ツイツプ、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

二つの過剰に対して、規制者は、自分が現実的に行った犯罪を一度も大ざっぱに（in groben Umrissen）自らの故意に受け入れていなかったときには、責任を負わない。

したがって、量的過剰において規制者は場合によっては規制正犯の未遂の故により責任を負うことになる。質的過剰の場合、それについては基本的構成要件に基づいた可罰性に止どまる。すなわち、被規制者の「超過（Mehr）」は問題にならない。それに対して、規制者が「より些細なもの（Weniger）」を実現した場合には、規制者は、（場合によっては、軽い犯罪への規制と並んで）、自らの故意が及んだ重い犯罪に関して規制の未遂の故の責任を負うことになる。

（２）規制正犯の未遂

15条2項によれば、規制の未遂は、例えば、失敗に終わった致命的な射撃（ein fehlgegangener Todesschuß）と同様に、所為像の実現が未遂に終わった場合である。それ故、立法者は、15条2項で二つの未遂概念を創設したのではなくて、未遂犯の可罰性に対しては人が直接正犯者として行動化したのか規制正犯者として行動化したのかは問題ではないということだけを明らかにしているのである。したがって、規制の未遂もまた規制行為自体の着手に存在するか又はこれに直接先行する行為に存在することになる。したがって、規制の未遂の可罰性について、規制されるべき者が未遂段階に達したか否かは重要でない。

ただし、通説によれば、規制の未遂における「実行に直接先行する行為」の概念は、直接正犯の未遂の場合よりも限縮的に解釈することになる。何故なら、実質的な法益の侵害に関する規制の未遂の場合の可罰性はもともとすでに非常に広汎に予め前に移されているからである。以上と異なった諸事案においても、この種の事情は限縮的に解釈されている。

① 限界設定

規制の未遂と直接正犯の未遂との間の限界線は具体的な犯行計画に向けられる。正犯者が自分の後でまだ他人が行動化することを経験するならば（そして、彼はその行為が客観的に帰属可能なものであろうというように行為を表象すれば）、規制の未遂が成立する。それに対して、正犯者が、客観的に帰属可能なものと認めないような方法で、所為の実行に他人を利用しようとすれば、彼は直接正犯の未遂を実行したものになる。この限界設定は、具体的な事案における未遂の可罰性が本来的な規制行為を通して基礎づけられるか又はこれに直接先行する行為を通して基礎づけられるかに関係なく、あてはまる。

医師が看護婦に、例えば、注射を行うよう依頼して、毒の入った注射器を与えたとき、看護婦が医師の計画に従って依頼に応じたならば、看護婦は完全に注意に適った行為を為したといえるかどうか問題になる。この場合に、医師は直接正犯の未遂を実行したものになる。けれども、事情が、熟練した看護婦には毒を充填することが客観的には奇異の感じを与えたはずだというようなもの

であれば、彼女は客観的な注意に違反した行為をしたといえるし、その結果、医師の行為は規制の未遂として評価されることになる。

ここで支持されている直接正犯と規制正犯との間の限界設定に基づく、規制未遂においては直接実行者が計画した行為の法的性質は一般的に問題ではないという見解は、説得力がない。それと同様に、直接実行者の行為が規制者の表象に従うと違法なものになる、すなわち特に故意的になるときに限って、規制の未遂が存在するという見解にも従うことはできない（ブルクスタラー、静観するのにツイツプ）。

② 失敗に終わった規制と効果のない規制 (Mißlungene und erfolglose Bestimmung)

規制されるべき者がすでに決意していたために又は請願 (Ansuchen) を (少なくとも内面的には) 拒否したために、すでに行為への決意が喚起されなかったとき、失敗に終わった規制 (eine Mißlungene Bestimmung) が存在する。規制されるべき者において、その他の諸理由から所為が一度も未遂段階に至らなかったときには、効果のない規制 (erfolglose Bestimmung) が存在する (OGH EvBI 1982/98; ÖJZ-LSK 1976/245)。しかし、それ以外に、直接正犯者を可罰的行為への実行に「効果的に」規制したのは確かであるが、この所為を (なんらかの諸理由から必ずしも) 既遂には達せしめなかった者もまた、規制正犯者として未遂を実行したものになる。

ただし、規制正犯の未遂の形を変えた三つの形式すべてが法規に規定されているわけではない、したがって、判決要旨 (Tenor) では、例えば、「謀殺への規制の未遂の故に」有罪の言渡がなされれば、それで十分である。

③ 未遂と既遂との間の正犯者形式の変換

直接正犯と規制正犯との間の限界設定は、未遂段階においては犯行計画に基づいて生じるのに対して、既遂においては、現実的な状況に基づいて生じることになる。両者の判断はそれぞれ異なっている可能性があるので、所為が既遂に達した後の規制正犯の未遂は直接正犯になったり、またそれが可逆して現れる場合がある。

だから、例えば、正犯者が、自己の態度は第三者の以後の客観的に帰属可能な行為がなくても所為像を実現することができるということを前提とすれば、直接正犯の未遂が存在する。しかし、その場合に、因果連鎖のなかで同じように所為像の実現に客観的に帰属可能な共働を行う者が介在した場合には、その前に行為した者が最終的には規制正犯者であり、第三者は直接正犯者である。彼にしてみれば、まだ第三者が客観的に帰属可能な方法で介在するかも知れないということを一度も客観的に予見することができなかったとしても、このことは既遂をもって新たに規制正犯者として整序することを決して変えるものではない。彼が規制正犯者として行為したか直接正犯者として行為したかという問題に関する誤った表象は、統一的正犯者の体系においては、法的同価値性の故に必ずしも重要なものではない。

例えば、医師が看護婦に注射を行うよう依頼し、看護婦がアンプルには毒が含有しているということを客観的に見抜くことができなかったとき、医師は直接正犯の未遂を実行したものである。しかし、看護婦が偶然になおかつ有毒な含有量に気付き、それにもかかわらず行為したときには、医師は規制正犯の既遂を行ったものである。何故なら、自分の後でまだ人が客観的に帰属可能な方法で所為像を実現したからである。

それに対して、Aが爆弾をバッグの中に入れ恥知らずな者と知っているBに、まず最初にバッグの中味を納得させ、そこでこれをCに手渡すよう要請した場合には、規制の未遂が成立する。しかし、Bがなんらかの理由からバッグを開けたりせずに、全く疑いも抱かずに、また物騒な中味であることを見抜こうともしないで、その後、直ちに爆発によって殺害されるであろうCに手渡した場合には、Aは直接正犯者である。何故なら、彼は一番最後に客観的に帰属可能な行為を為したからである。

未遂の故による可罰性と既遂の故による可罰性が競合する場合には、未遂犯の犯罪行為は既遂犯の犯罪行為によって排除される（不真正競合、*unechte Konkurrenz*）。三つの正犯者形式はすべて法的に同価値的なものであるので、正犯者は常に既遂の時点に存在した正犯形式に基づいて有罪の言渡が為されな

ければならない。

3. 寄与正犯

(1) 概念と限界設定

①「その他の寄与 (Sonstiger Beitrag)」

(i) 直接正犯又は規制正犯ではないあらゆる共働は、所為像実現のための「その他の寄与」として問題になる。その点で、12条後段 (die dritte Alternative § 12) は一般条項を現す (キーナップフル、ロイカウフ=シュタイニンガー、フォレッガー=セリーニ、ブルクスタラー、これに反対するのはシルト)。その場合に、正犯者が所為に共働したのは身体的な促進を通してなのか又は心的な促進を通して (durch physische oder psychische Förderung) なのかは、第二義的な意味を有する。

そのことは、例えば、番人が新たに出現する前に、入り口のドアをまだこじ開けることができるのではないかと単に指示することによって、所為の実行の際に直接正犯者を支援する者は、直接正犯者に謀殺の武器を自由に用立てる者と同様に、寄与正犯者として問題になるということである。

(ii) 12条によれば、ある者が可罰的行為の実行に寄与したときに限って、その共働は寄与正犯の故により罰される。この規定の内容は、所為の直接的な実行においてなんらの作用をもはや示さない促進は寄与正犯について不十分である、ということである。統一的正犯者の体系において、この前提条件は、すでに一般的には所為像の実現に何等かの方法で共働した者だけが「正犯者」たり得る、ということから明らかになる。したがって、文献や判例においては、寄与正犯者は「所為の経過に対して原因となる行為」を設定しなければならない、ということを前提とする。その点で、所為像の実現とその他の寄与との間には「原因関係 (ursachlicher Zusammenhang)」が存在することになる (ロイカウフ=シュタイニンガー、フォレッガー=セリーニ、OGH EvBI 1983/108, 1978/107; ÖJZ-LSK 1977/87)。

行為と結果の間の自然法則的因果関係は、(因果経過を事後的に考察して)

当該態度が具体的な諸事情の下で必然的に発生した結果を導いた、ということの内容とする。しかし、そのように狭く理解された自然法則的な因果関係は、寄与正犯においては、すでにこの種の事案において所為像の実現が常に寄与行為の後にもまだ直接正犯者が特定の方法で行動的になるために、またその態度が自然法則によって捉えることができないために、確認することはできないことになる。したがって、寄与行為の「因果関係」に関しては、たしかにこの様子は必ずしも所為像の実現に至らなかったが、それでもなお（自然法則的に決定されていない）直接正犯者の態度を自ら設定したようなものであるという前提条件の下では与えられたものとして前提にしている、という命題が可能である。

さらに、自然法則的因果関係のこのような修正は、寄与正犯に関してのみ当てはまるのではない。むしろ、その修正は、正犯者の態度と所為像実現の間に他人の行為（又はこれが完全に自然法則によって解明され得ない点で、動物の態度）が存在するときには必ず必要である。毒杯を準備することは、例えば、被害者が毒をも飲んだときに限って、自然法則的には被害者の死に対して原因になる場合がある。しかし、（被害者が幸いにして毒を飲むことができなかったといえたために）毒を飲むことは自然法則によって実証し得ないので、毒杯を準備することは必ずしも被害者の死にはならない。しかし、（具体的な事案を事後的に考察すれば）、毒を飲むことが与えられたものとして前提とされているならば、自然法則的因果関係もまた確認される場合がある。

しかし、それ以外に、支援行為と所為像実現との間の「原因関係」は、必ずしも（広い意味での）自然法則的因果関係になる必要はない。その他の共働がそれだけで忠告を与えたり又は類似の共働に存在する事案において、自然法則的因果関係の証明は、可罰的行為への規制の場合と同様にほとんど不可能である。この相違を明らかにするために、寄与正犯においては、有形的共働と無形的共働が区別されている。

寄与が他の共働者の心神への影響力の行使だけに存在するか（無形寄与（*pyschischer Beitrag*））どうか、又はそれ以外にもまた所為に何等かの寄与

を為したか（有形的共働（*physischer Beitrag*））どうかに従って区別されるのである。しかし、その場合、たんなる心的寄与だけは（法定の所為像と一致する）外部的な事実関係を有形的寄与と同じように運よく構成したことになる。例えば、直接正犯者が寄与者の忠告に応じて特定の方法で行為した場合がこれである。

詳細には、幫助の因果関係に関して、特に西ドイツではまだ非常に論争されている。

〈a〉有形的寄与の故に罰され得るためには、所為像実現への（広い意味での）自然法則的な因果関係が確認されねばならない。疑わしい場合には、寄与正犯の未遂は罰されない（15条2項）ために、被告人を無罪にしなければならない。

直接正犯者に合鍵を提供する者は、犯行現場についての正確な略図を用意した者と同じように、家宅侵入に対して自然法則的な意味で原因を有する。それに対して、AがBに合鍵を調達したが、Bはこれを所為の際に使用しなかったという場合には、自然法則的な因果関係は全く存在しない。そのことは、順調に経過して所為を実行する場合（すなわち、「いたずらに（*vergebens*）」）監視していた者にもまた当てはまる。

ただし、有形的な寄与正犯については、自然法則的な因果関係だけでは不十分である。むしろ、所為像の実現へのこの共働は、（直接正犯者の共働又は規制正犯者の共働と同様に）客観的に帰属可能なものでなければならない（例えば、キーナップフェル、ホープフェル、マウラッハ＝ゲーセル＝ツィツプ）。その場合には、他の正犯者形式に対するのと同じの基準を前提とするのが原則である。

寄与正犯については、特に、適法に選択された態度に対する危険増加という基準が実際には重要になる。寄与が直接正犯者を通して所為像実現の危険を高めなかったならば、所為像実現について刑法上重要な促進はなんら存在しない。その点で、彼の寄与行為と所為像実現との間の「原因関係」が存在するにもかかわらず、所為像実現は彼に客観的に帰属されるものではない（ロクシン、マ

ウラッハ＝ゲーセル＝ツイツプ、シュトラテンヴェルト、オットー）。

例えば、ふだん着を正犯者に貸した者は、それによって所為の実行の際に共働したものであるが、所為像実現の危険を増加させたものではない。この場合と同様に、客観的帰属性が否認されるとしても、通常、この有形的な支援には無形的な寄与が存在する可能性があるのかどうかをまだ検討しなければならない。ただし、危険増加に関して、重大な要請は全くなされていない。したがって、たとえ与えられた盗っ人道具が機能せず、それによって行為者が自己の計画を別の方法で実行したにせよ、この基準は与えられる。

「幫助の因果関係（Kausaität der Beihilfe）」は危険増加という基準に置き換えられねばならない、という西ドイツで主張されている見解（例えば、シャフスタイン、同旨としてヴォグラー、ヘルツベルク）は、統一的正犯者の体系では、すでに寄与者もまた現実的に所為像の実現に共働したものでなければならないために、拒否される。

〈b〉無形的支援においては、自然法則的な因果関係を欠く。原因性は「自然法則的に」証明されるのではなくて、それとは別の方法で証明されるのである*）。

* 改訂版では、この文の後に「同時に客観的帰属性もまた証明されるのである」と付け加えている。

立証する場合には、所為事象の外部的な構成に影響を及ぼした直接正犯者に忠告を与える事案はほとんど問題にならない。オーバーを着用するよう人に勧められる場合がこれである。それに対して、すでに決心していた行為者が、はっきりと所為の実行の（外部的な）方法に影響を及ぼすことなく、自己の心神に影響を及ぼすことによってのみ自らの所為決意を強化された場合は、問題が出てくる。まさしくこの種の情況においては、無形的な寄与正犯は、実務上、「因果関係」の証明が困難になる事案に対する収容構成要件（Auffangtatbestand）として認められている。以上のような処理の仕方には法的安定性に対する危険が存在するので、文献の一部は無形的支援の可罰性を一般に拒否してい

る（例えば、サムソン、ヒルスカ）。しかし、無形的な寄与においてもまた、「原因性」は（たとえ自然科学的な方法によらないとしても）誠実に検討しなければならないという要求は、一括して拒否することが正しい。この無形的な支援は所為像に該当する行為の危険を直接正犯者を通して増加させたということを確認することだけに限定することは、いかなる場合であれ不十分である。

（Ⅲ）規制とその他の寄与との間の限界設定は、行為決意が喚起されたか又はただ促進されたにすぎないかに基づいて生じる。この出発点において、所為決意の変更又はその具体化が生じる諸事案は問題が出てくる。何故かというと、それらについて、かかる影響力を通して「新たに具体化した所為決意」が生ずるのかどうか、又はそこにすでに現存する決意の促進だけが認められるのかどうか問われる可能性があるからである*）。

* 改訂版では、「所為決意を変更したりあるいは具体化したりする場合、そのような影響力によって『新たに具体化した所為決意』が生ずるのかどうか、あるいはこの点にすでに現存する決意の促進だけが認められるのかどうか問題点となるのである」と改訂している。

以上のような困難性を取り除くためには、シュモラーの提案が役に立つ。それによれば、名宛人の具体的な表象を考えに入れて、当該所為の実行に関してすでに「法的に否認された危険」が存在していたかどうかを顧慮することである。現存する危険が増加せしめられただけであれば、専ら寄与正犯だけが問題になる。それが無形的な影響力の行使を通してはじめて創出されたならば、これは規制と判断しなければならない（シュモラー）。

最高裁判所は、結論において以上と同じように限界を設定している。

限界設定する場合に、未遂犯の意味での所為決意はこれ以上これを強化され得ないという見解を主張するとき、困難性がでてくる。したがって、例えば、サムソンにとっては、まだ「従犯が所為決意の消滅を阻止する」事案においてのみ無形的幫助が問題になるのである。しかし、さらに、所為決意を変更したり又は具体化したりする事案もまた、それによって「新たな」所為決意が生じ

ないが故に、規制が成立するという点で、問題になる。

それ以外に、未遂犯の意味での所為決意は、正犯者がまだ未遂段階に移行していない時点で、一般的にはすでに検討され得るものかどうか問題である。すなわち、プッペに従うと、所為決意は、『正犯者が「決心する」ことによって所為を実行する以前のある時点に達している最終的な状態をいうのではなくて、所為の実行それ自体においてはじめて最終的に構成すべき客観的な所為とその結果との関係に至っている』ものをいうのである。それに対して、ここでは、所為決意は、通常、すでに所為の実行以前に確認可能なものであり、また、例えば、すでに予備行為においてもまた明らかにすることができるものである、という見解が主張されている。ただし、その所為決意は「最終的な状態」ではない、何故なら、事後的な変更や具体化が可能だからである。

②「可罰的行為」への寄与

12条により寄与されねばならない「可罰的行為」に関して、原則上、規制正犯の領域におけると同じものが当てはまる。特に、直接正犯者を支援する者だけでなく、自ら規制正犯者又は寄与正犯者である他人を支援する者もまた寄与正犯者でもある。

寄与される可罰的行為は、故意のない行為もまたあり得る。ただし、最低限の前提条件は、所為像の実現に関して直接実行者の客観的に帰属可能な態度である。何故なら、そうでなければ直接実行者でない者は直接正犯者にならないからである。

③ 寄与者の故意

寄与者の故意は、(すべての正犯者の場合と同様に)、その時々を行為を通して所為の既遂が生ぜしめられるものに向けられねばならない。したがって、寄与者の故意は、(規制正犯者の故意に類似して) 個々の特定の所為に関係しなければならぬ。その場合に、寄与者はこの所為を少なくとも大ざっぱに (in ihren groben Umrissen) 自らの表象に取り入れていたということで足りる (OGH JBI 1984, 267; EvBI 1981/132; ÖJZ-LSK 1979/257)。例えば、まったく一般的な家宅侵入の道具が自由に用いられたときには、両者はこれらの基

準を充足したことにはならない (OGH JBI 1977/46)。これに対して、直接正犯者たる者は個別的に決定される必要はない。

所為の直接的な実行が寄与者の故意から逸脱する場合、実際に実行された所為を一度も大ざっぱに自らの故意に受け入れていなかったときには、寄与者は質的なものであれ量的なものであれ過剰に対する責任を負わない。例えば、強盗を実行するための武器を提供した者は、たとえこの強盗の際に直接正犯者が謀殺を行ったにせよ、強盗（通常、143条の被害者の死という加重された結果の形式において）の故だけにより罰されることになる（OGH EvBI 1983/176）*）。傷害に寄与した者は、彼の過失が直接正犯者は被害者を殺害したということに及んだときに、86条により罰されることになる（OGH EvBI 1984/157）**）。いずれにせよ寄与者は、自らの故意がその所為像のメルクマールに關係しなかった犯罪の故により有罪の言渡を受けることはない***）。規制正犯と異なって、12条後段の意味での故意的な寄与行為は、「寄与正犯者」が自らの故意に取り入れていたのと異なった犯罪又はそれより「些細なもの（Weniger）」を直接正犯者が実現したとき、未遂犯として罰され得ない、ということがいえる。

* 改訂版では、「所為の直接的な実行が寄与者の故意から逸脱する場合、寄与者は、自分が一度も大ざっぱに自らの故意に受け入れていなかった質的な過剰あるいは量的な過剰に対する責任を負うものではない。例えば、強盗を実行するための武器を提供した者は、強盗に際して直接正犯者が謀殺を行ったとき、強盗罪（通常、143条の被害者の死という結果加重犯）で処罰されるにすぎない」と改訂している。

** 改訂版では、この文が削除されている。

*** 改訂版では、「寄与者の故意がその所為像のメルクマールに關係しないばかりか、それに相当する過失犯において彼の主観的な注意違反がその所為像のメルクマールにも關係しない犯罪を理由として、寄与者が有罪の言渡を受けることはないのである」と改訂している。

（2）寄与正犯の未遂

寄与正犯者は、直接正犯者が自ら未遂段階に移行してしまいかつ寄与が所為

の実行に（少なくとも危険増加として）影響を与えたときに限って、未遂の故に罰されることになる。このことは15条1項文末（§15 Abs 1 aE）から明らかになる（「未遂への関与（Beteiligung an einem Versuch）」）。それに対して、寄与正犯の未遂はそれ自体不可罰である。それは15条2項から明らかになる。15条2項では、未遂の可罰性を決定する場合には、直接正犯の未遂と規制正犯の未遂だけが触れられている（逆推論（Umkehrschluß））。

それ故に、不可罰なのは、次の場合である。

- 12条後段の意味での寄与行為すべてが、
 - 直接正犯者が未遂段階にまで達していない場合である。その場合に、無形的的寄与においては、規制の未遂の場合と同様に失敗に終わった寄与と効果のない寄与とが区別される。
 - 直接正犯者は確かに所為を試みたが、寄与はこの未遂に（少なくとも危険増加の意味で）影響を及ぼさなかった場合である。
 - 所為はたしかに既遂に至らしめられたが、寄与はそれに対して原因にならなかったか又は所為像実現が寄与正犯者に客観的に帰属され得なかった場合である。
- 寄与行為に直接先行するすべての行為

IV. 特殊な諸問題

1. 過失による規制正犯と寄与正犯

オーストリアの統一的正犯者の体系においては、規制正犯と寄与正犯の質的な制限従属性はなんら存在しない。その結果、少なくとも故意のない可罰的行為（特に、それ故に過失の可罰的に行為）への故意の規制正犯や寄与正犯もまた可能である。

以上のことと関係なく、12条の意味での過失による規制正犯若しくは寄与正犯もまた存在する。それに対しては、直接正犯者が故意に行為したか、過失で行為したかまたは一度も過失で行為しなかったか（むしろ、客観的帰属可能な

行為だけを為したか)は重要でない。ただし、過失による実行方法が明白に刑を科されている事案においてのみ、過失による規制正犯又は寄与正犯の故により罰される場合がある(7条1項)。

(1) 過失犯への12条の適用可能性

通説に従うと、12条は、原則上、過失による所為にも適用することができる(ブルクスタラー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー、ホープフル、トゥリフテラー、シュモラー、OGH EvBI 1982/12)。12条のこの解釈に対しては、過失による関与はしばしば用いられている「過失正犯が該当する事案と全く同じもの」を現しているという定義づけもまた矛盾しない。何故かという、統一的正犯者の体系においては、「故意による関与」すべてもまた「故意正犯」に該当する事案だからである。

それに対して、若干の論者は、7条1項により過失による実行が法規で明白に触れられていないときには、故意による行為だけが罰されるために、12条は単なる過失的な誘発又は支援には適用することができないという見解を主張している(ロイカウフ=シュタイニンガー、マーシャル、ライシッヒ=クンストこれと異なった理由づけとして、ヒルシェ)。しかし、この見解は説得力がない、ということを特にブルクスタラーは証明している。すなわち、7条1項は専ら刑法各則で可罰性が定められているものだけに関係し、それ故に、刑法総則の規定には適用することができないのである。だから、例えば、2条(不作為による実行)では、過失による実行方法は同じように触れられていないことになる。それにもかかわらず、この規定は、全員の一致した見解によれば、過失犯にもまた適用することができるのである。次に、7条1項が刑法総則の規定にも当てはめることができるならば、15条1項の未遂犯における「故意に」という言葉に言及する必要はないことになる。

(2) 「過失による規制(fahrlässige Bestimmung)」は概念的に可能か。

少なくとも規制正犯は、これがすでに「規制する」という言葉から生じるために、故意的な誘発を前提とするという見解(キーナップフェル、ロイカウフ=

シュタイニンガー、マーシャル、ライシッヒ＝クンスト）もまた説得力がない*）。規制するということの意味は、行為決意を招来させることによって態度を誘発することである。かかる誘発が専ら故意に生じる可能性があるというように限定するための根拠について、法規からも諸資料からも推測することはできない。したがって、このように限定するという見解は、文献においてもまた反対されている（ノヴァコフスキー、ブルクスタラー、ホープフェル、シュモラー）。ただし、故意犯の分野とは異なって、可罰性を決定すべき区分が15条2項でもともと故意犯に限定されているために、過失による規制正犯が認められるか寄与正犯が認められるかは可罰性それ自体に影響を及ぼさないのである。

* 改訂版では、「少なくとも規制正犯は、過失による誘発（eine fahrlässige Veranlassung）は過失の寄与正犯としてのみ理解され得るという結論をもって、故意に誘発することはすでに「規制する」という言葉の『目的的结构』から明らかになるために、故意に誘発することを前提とするという見解（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マーシャル、ライシッヒ＝クンスト）もまた説得力がない」と改訂している。

（3）過失による規制正犯と寄与正犯の前提条件

統一的正犯者の体系では、（客観的構成要件の実現への協働を別にすれば）、一般的かつ特別な犯罪メルクマールのすべては共働者各人にごとに確認されねばならない。したがって、特に、固有の客観的な注意義務を侵害した者だけが過失の故に罰されるのである（ブルクスタラー、キーナップフェル、OGH JBI 1984, 48; EvBI 1982/12）。したがって、固有の注意義務に関係のない者は、過失犯においては、三つの正犯者形式のどれも問題にならない。さらに、正犯者については、（過失犯の主観的構成要件として）自己の態度は犯罪行為を誘発することができるか若しくは犯罪行為を促進することができるということを主観的に認識することができなければならない。その場合には、（故意犯の場合と同様に）、（直接正犯者の）実行した所為が大ざっぱに予見され得たしまた正犯者は規制することができた、ということで足りる。

単なる過失による共働において、三つの正犯者形式の間の限界設定は、故意

による関与の場合と同一の基準に基づいて行われる。したがって、自分の後でまだ他人が客観的に帰属可能な方法で所為像の実現に共働したときに限って、規制正犯者が寄与正犯者のいずれかであるといえるのである。さらに、この二つのグループのいずれか一つに整序することについては、過失による共働者が所為像実現の危険を創出したか又はすでに現存する法的に否認された危険を増加させた（にすぎない）かが問題となる（シュモラー）。

（４）実践的な意味

過失による規制正犯の実践的な意味は、極端に大きいというものではない。行為決意を意欲しないで喚起する場合には、通常、他人の事後的な誤った態度（nachträgliche Fehlverhalten）を通して所為像の実現が「最初の発起者（Erstverursacher）」に客観的に帰せられ得るものではない。例外は、例えば、逃走する銀行強盗がピストルを突き付けてタクシーの運転手に市内で制限速度を大幅に超えるように強制したが故に、タクシーの運転手が致命的な交通事故を惹起したという事案である。

過失による寄与正犯には重要な意味を付与すべきである。すなわち、数個の相連続した過失による態様が結果に至ったという場合である。過失によって交通事故を引き起こした者は、被害者が治療に際して医療上の過誤によって死に至ったとき、寄与正犯者として過失殺人を実行したものである。それに対して、医師は直接正犯で過失殺人の責任を負わねばならない。ただし、この過誤が全く異常なものであり、それを客観的に予見することができなかったならば、被害者の死は運転手に客観的に帰属させることはできない。したがって、彼にとっては、（直接正犯者として）過失傷害の故の可罰性に止どまる。それと同じことは大多数の追突事故（Massenauffahrunfälle）にも当てはまる。最初の発起者は、直線的に自らが引き起こした侵害に対して直接正犯の責任を負う。他人の過失による態度を通じた間接事故（Folgeunfällen）から生じた侵害に対しては、彼は、これが自分に客観的に帰属可能なものであるという点で、寄与正犯者として責任を負う。ただし、判例は、この種の事案に関与規定を用いずに解決している（例えば、OGH ZVR 1976/305）。

2. 不作為による共働

不作為による共働については、原則上、作為による共働に対するのと同じの規定が当てはまる。したがって、真正不作為犯の場合、規制正犯や寄与正犯は、すでに命じられた行為を行っていない各人がもともと所為像を直線的に実現するが故に、直接正犯者であるため、ほとんど実践的な意味はない。ただし、作為による規制正犯又は寄与正犯は、これを考えることが出来る。

それに対して、不真正不作為犯の場合、不作為による規制正犯又は寄与正犯もまた可能である。すなわち、不作為と結果発生との間に第三者が客観的に帰属可能な方法で結果発生に共働する場合である。

例えば、母親が自分の子どもに食事を与えるのを怠り、全くの栄養不足で病院に入れられただけでなく、医師が不十分な治療を施したか又は誤った治療を施したことも加わって、子供が病院で死亡した場合、母親は寄与正犯者として不作為による謀殺又は過失殺人を行ったものである。不作為による規制もまた問題になる。例えば、父親が自分の未成年の息子に沈黙したまま、息子が強盗の実行を考量しているのを傾聴し、かつ沈黙することによって息子が遂行するように仕向けた場合がこれである。すなわち、父親は自己の監督義務に基づいた保証人的地位を有しているのである。

ただし、正犯者形式に関係なく、自ら行動化への固有の義務が関係する者だけが、常に不真正不作為犯の故に罰されることになる（ノヴァコフスキー、OGH JBI 1983, 545）。それに対して、直接実行者が不真正不作為犯として実行する犯罪に作為によって共働した者は、たとえ彼が自ら保証人的地位をなんら有しないにせよ、罰されることになる。

3. 身分犯における共働（Mitwirkung bei Sonderdelikten）

（1）基 礎

14条では、身分犯を実現するための数人の協働（das Zusammenwirken mehrerer）が規定されている。その場合に、一身的な特別の資格又は関係（die

besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse) が自らには存在せず、ただ自分以外の他の関与者の一人にのみ存在するときもまた、身分犯を実現し得るといえるかどうか問題である*)。そのような「正犯者の特別の一身的な資格又は関係」はすでに「所為の不法」に関係しているのか又は「専ら責任」だけに関係しているのかに従って、関与者全員が身分犯の故に罰され得る(14条1項)のか、またはこの前提条件自体を充足する者だけが身分犯の故に罰され得る(14条2項)のかのいずれかである**)。

* 改訂版では、「14条では、身分犯を実現するための数人の協働(das Zusammenwirken mehrerer)が規定されている。すなわち、一身的な特別の資格又は関係(die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse)が自らには存在せず、ただ自分以外の他の関与者の一人にのみ存在するときもまた、身分犯を実現し得るといえるかどうかの問題である」と改訂している。

** 改訂版では、「そのような『正犯者の一身的な特別の資格又は関係』は」という表現が「そのようなメルクマールは」に改訂されている。

「特別な一身的な資格又は関係」を顧慮に入れる刑法各則の大部分の規定を一見しただけでは、この種のメルクマールが不法に関係するのか又は専ら責任だけに関係するのか推定することはできない。その点で、相応する規定を解釈しなければならない。その場合に、法規には不法が関係する特別な一身的なメルクマールが重きをなしているということ明らかである。

不法に含まれるのは、「行為の社会違反性、保護法益に対する危険、保護された利益に対する侵害の種類と範囲」の特徴を示す記述である(ノヴァコフスキー)。

それに対して、専ら責任だけに関係するのは、「所為を遂行する意思形成の方法及びその非難可能性を推論させる」メルクマールである(マイエルホーファー＝リーダー)。

(2) 14条1項

① 統一的正犯との一致可能性

14条1項の規定は、原則的には12条の統一的正犯者の体系と一致する。一般

的に関与者全員の可罰性に対しては、（例えば、詐欺における欺罔行為又は強盗における暴力の行使のような）決定的な客観的不法要素が専ら関与者の一人によってのみ充足されたということでは足りるとすれば、所為の不法が関係する（そして、その構造からして他のすべての不法と同様な不法要素になる）特別な一身的な資格又は関係については何かそれ以外のものが妥当しなければならない、というのはよく分からない。したがって、14条1項は、原則上、共働者各人は固有の不法に対してのみ責任を負う、という統一的正犯原理に違反するものは全く含んでいないのである（反対説—キーナツプフェル）。

ただし、14条1項の文言は統一的正犯者の体系自体から生じる限定的な解釈を必要とする。不法は結果無価値と行為無価値から生ずるので、所為の不法が関係する特別な一身的な資格又は関係は、原則上、客観的なものか主観的なもののいずれかでなければならない。しかし、統一的正犯者の体系においては、違法性や責任と同様に、すべての主観的な不法要素（故意、特別な種類の故意又は超過的内心的傾向のような不法要素）は、正犯者が相応する規定によって罰され得るためには、その時々正犯者自身に必ず存在しなければならない。ただ客観的構成要件だけは数人の協働によって実現される。したがって、14条1項の適用範囲は、客観的不法のメルクマールだけに限定されるのである。

それに対して、若干の論者は、若干の身分犯においては不法を基礎づけるために特定の資格又は関係が客観的に存在することだけが問題になるのではない、という見解を主張している。むしろ、この犯罪の不法は、有資格者（Qualifizierte）が自ら客観的なメルクマールと並んで、補充的な特別の主観的なメルクマールをも充足したときにはじめて、一括して実現されるのである。だから、例えば、302条や311条では公務員たる資格だけでなく、それに基づいた意識的な公務員たる地位の乱用さえも不法を基礎づけることになる。ただ公務員がこの主観的な不法のメルクマール（故意又は確知性（Wissentlichkeit））をも充足したときに限って、非公務員は関与者としてこの規定に従って罰されることになる（例えば、ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マイエルホーファー＝リーダー）。

この見解は、公務員がただ何等かの方法で相応する所為像の実現に原因となる共働を行ったそれぞれの事案においては、職務上の犯罪（Amtsdelikt）により関与者全員を処罰することができないようにしようとの努力に基づいている。しかし、この刑事政策的に努力しがいのある目標を達成するために、この種の事案において、補充的に公務員に主観的な構成要件のメルクマールが存在していなければならないということを顧慮することは必要ではない。むしろ、すでに公務員が職務上の義務を客観的に侵害したときに、乱用が存在するのである。そのために、公務員が自分は自己の職務上の任務に違反したということを客観的に認識することができたといえれば、それで足りる。この前提条件は、たしかに職務上の義務に対する故意的な違反若しくはさらに確知的な違反によって懲表されるが、しかし、故意のない行為の場合にもまた存在する（トゥリフテラー）。それ故に、職務上の犯罪における不法を基礎づけるために、公務員は自己の職務上の義務に関して客観的な注意違反を犯したということが問題となる。これが実情であれば、非公務員もまた、公務員が自から故意に若しくは意図的に行為したか否かに関係なく、職務上の犯罪に関与したものといえるのである（トゥリフテラー、シュモラー*）。

* 改訂版では、「その場合、公務員が自ら故意に行為したか若しくは意図的に行為したかに関係なく、非公務員もまた職務上の犯罪に関与したものといえる（トゥリフテラー、シュモラー）」と改訂している。

② 特別義務犯と自手犯

14条1項後段（§14 Abs 1 Satz 2）により、特別義務犯における所為の不法は、特別な一身的な資格又は関係の担い手たる者が「所為を直接実行する」か又は彼が「その他特定の方法で所為に共働した」ことに依存する。前者の表現形式は自手犯（die eigenhändigen Delikte）に関係し、後者のそれは特別義務犯（Sonderpflichtdelikte）に関係する。

14条1項の文言に従うと、2項は前段で一般的に述べられた規定を限定することを内容として含んでいるという印象がある。しかし、刑法典では、確かに

14条1項前段には該当するが、14条1項後段の二つの選択可能な段落のいずれか一つには該当しない身分犯は定かではない。何故かという、有資格者が何等かの方法で原因となる共働を行った（例えば、彼がただ情を知らずに被害者を犯行現場に連れてきたために）ということはいかなる場合にもそれだけでは十分とはいえないので、不法を基礎づけるために、所為像実現への有資格者の特定の現実的な関連（例えば、直接実行）又は特定の法的な関連のいずれかを前提にしなければならない。したがって、14条1項後段の選択可能性は、14条1項前段の最終的な二分類として理解されることになる。

自手犯の場合、共働の特定の現実的なもの、すなわち直接的な実行が顧慮に入れられている。有資格者が所為を直接実行したならば、所為像に該当する不法が確立されるのである。それに共働した者は全員、この犯罪に従って罰されねばならない。

自手犯に対する事例は、211条の近親姦、192条の重婚、194条の姦通又は231条の他人の証明書の行使があげられる。最後にあげた事例においては、証明書が発行されていない者によって行使されたということが問題になっている。

それに対して、「その他、特定の方法で所為に共働した」という表現形式は、共働の一定の法的な形式すなわち特別義務犯に関係する。この犯罪において、不法は、有資格者が義務侵害を犯したすなわち客観的な注意に違反する方法で所為像実現に関与した、ということに依存する。

事例は、例えば、302条以下の職務上の犯罪、156条以下の違法破産又は153条の背任がある。これらの犯罪において、公務員、複数の債権者の債務者又は他人の財産に対する処分権を与えられている者が客観的な義務に違反して所為を共働したときに、不法が確立されるのである。

特別義務犯における有資格者と非有資格者とを対等の立場に置くことに対して、特に、ロエーダーが反論を加えた。彼が主張した見解は、この種の犯罪における非有資格者は自ら義務を負っていない、それ故、彼は、たとえ自分がそのような犯罪に共働したにせよ、決して義務侵害の正犯者たり得ないのである、少なくとも彼に対してはより低い刑の範囲を予定しなければならない、という

ことである。しかし、それに対して、共働者全員を等しく処遇するという14条の規定は、一括して所為像に該当する不法が実現されたときには、統一的正犯の思考と一致する、ということを挙げることができる。ただし、以上の思考から軍の犯罪に関する259条は逸脱する。

特別義務犯において、有資格者が客観的に帰属不可能な方法で共働した場合、関与者は誰も罰されることにはならない。特別に当罰的な事案において、客観的に帰属不可能な行為をする有資格者を所為に「利用する」局外者（Außenstehende）については、刑法各則で固有の犯罪が予定されている。例えば、228条の情を知らない公務員による間接的な不実記載の招来及び、292条の情を知らないで為されたが不実の証言を招来せしめた場合がこれである。

多くの犯罪では、所為像に該当する不法は、さらに有資格者の共働の特定の現実的なものと特定の法的なものとの結合によってはじめて実現される。そのような犯罪が自手犯と特別義務犯である。

288条の偽りの証言において、例えば、証人は、一方で自ら行為を直接実行しなければならない。さらに他方で法的な観点においては、少なくとも自己の証言は、そうでなければ類型的な証人としての義務違反が存在しないために、現実的な出来事と一致しないということを認識することができたといえることを必要とする（シュモラー*）。

* 改訂版では、「313条および39条は14条の意味でのメルクマールを含んでいるのではなくて、刑の量定規定を含んでいるのである（ファプリッツィー）」という文を新たに付け加えている。

③ 個々の正犯者形式への整序

上で述べてきた出発点たる立場に従うと、身分犯の不法は、有資格者が法律上予定された方法で所為像の実現を共働したことによって確立される。だから、この共働が12条の三つの正犯者形式のいずれの方法で生じるかは問題ではない。12条の三つの正犯者形式の一つに寄与を整序することに対しては、身分犯においてもまた一般的な規定が当てはまる（ノヴァコフスキー、ライシツヒ＝クン

スト、マイエルホーファー＝リーダー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、トゥリフテラー、シュモラー）。

ただし、文献上及び判例においては、専ら有資格者だけが直接正犯者たり得るという見解が主張されている（ブルクスタラー、シイルト）*）。この見解は、質的な制限従属性の主張者にとっては、（規制の未遂の故による可罰性が問題にならない限り）、関与者は全具有資格者が故意なく行為したときには処罰されないという結果になる（ツイツプ）**）。

* 改訂版では、「文献上及び判例においては」という表現が、「文献においては」に改訂され、この文の後に「判例はさしあたって文献と同意見である（OGH RZ 1980/21, SSt 50/2, JBI 1983, 214）」が新たに付け加えられている。

** 改訂版では、この文の後に、「その間に、最高裁判所もまた、背任罪に関して、有資格者が故意に共働したという限りにおいて、適格者の直接的な実行は必要ないものであるとするに至った（EvBI 1987/37, ファブリッツィー）」ということを新たに付け加えている。

非有資格者もまた直接正犯者たり得る、というここで主張している見解は、（例えば、公務員の妻が公務員と了解のもとに職務上の企行に対する謝礼を要求する場合の）身分犯に対してのみならず、自手犯に対してもまた当てはまる。自手犯においては、確かに直接的な実行は有資格者自身を通して行われなければならない。しかし、事情によっては、直接実行者以外の関与者もまた直接正犯者になる場合がある、すなわち所為像の実現が前者に客観的に帰属され得ない場合である。

例えば、生まれてから生き別れになり、客観的には一度も知り合うことのできなかった兄と妹を共に性交渉に至らしめた者は、近親姦を直接正犯において実行したものである。

（3）14条2項

一身的な特別の資格又は関係が責任に関係するときには、14条2項により、相応するメルクマールが存在する共働者だけがその時々の規定に従って罰されるのである。この結論は、すでに責任主義から明らかになる（4条、13条）。

統一的正犯者の体系において、この規定は、さらに、責任に関係するメルクマールに対してのみならず、それが不法要素であるにもかかわらず、14条1項の規定に定められていない主観的な不法のメルクマール（故意、特殊な種類の故意又は超過的内心的傾向）に対してもまた当てはまる。

そのような特別な主観的メルクマールには、例えば、70条の営業性（Gewerbsmäßigkeit）がある。営業的な遂行が専ら責任に関係するか又はすでに不法に関係しているのかという論争問題（キーナップフェル、フォレグガー＝セリーニ）は、ここで主張している見解に従うと、少なくとも関与理論の分野については分からないのである。何故かというと、営業的遂行の故により、関与理論に関係なく、自ら営業的に行為した者だけが罰されるからである。

専ら責任だけに関係するのは、例えば、79条の出産の状況、又は141条若しくは150条の「困窮から、無頓着から又は欲望を満足させるために」若しくは「困窮から」行為したという事情である。

4. 結合犯における共働（Mitwirkung bei Kombinationsdelikten）

結合犯（独立した可罰的な基本的構成要件又は非独立した可罰的な基本的構成要件とその上に構成される結果構成要件との結合犯）の場合、基本的構成要件の実現を共働する者は「自動的に」結果構成要件にも寄与したことになり、それ故に、必ず結合犯の正犯者としてもまた問題になる、ということを前提とする。

12条の三つの正犯者形式のいずれか一つの形式で傷害を共働した者は、被害者が後になって死に至ったとき、彼が死という結果に関して過失で行為したならば、86条の死という結果を伴う傷害の関与者である。加重犯に関して、基本犯の場合と同一の正犯者形式が問題になるのかどうかは、正犯者形式の限界設定に関する一般的な規定に依存する。

ただし、基本的構成要件ではなくて、結果構成要件の実現に共働したならば、彼は結合犯の正犯者ではない。この種の事案においては、結果構成要件の招来が固有の犯罪として捉えられ得るときに限って、彼は罰される得るのである

（86条との関係における80条）。

故意による傷害を受けた被害者を病院に引き渡したところ、そこで過失による治療上のミスで被害者を死に至らしめた場合、医師は80条の直接正犯者である。最初の加害者は故意による傷害の直接正犯者になり、医療上の治療行為によるにもかかわらず、この特別な結果が最初の加害者に客観的に帰属され得るときには、86条の死に関して寄与正犯者になる。

V. 犯罪構成について

統一的正犯者の体系においては、数人の犯罪行為への関与は客観的構成要件においてのみ効果がある。

1. 客観的構成要件における特殊な諸問題

数人の関与者の内の一人の関与者の可罰性を検討する場合に、客観的構成要件では単独正犯者の場合と同様に、当該関与者が所為像の実現に共働したということ及びいかなる方法で共働したのかということだけを確認すれば足りる。これを検討する場合には、因果連鎖において中間項（Zwischengliedern）の意味だけが他の関与者の万が一の事後的な行為に付け加わる。

単純行為犯（schlichte Tätigkeitsdelikte）の場合に、数人が関与したときには、直接実行していない各人については、彼にとって所為の直接実行が（「因果関係」として）彼の寄与の有効性が検討されるべき「結果」を現すという特殊性が生じる。その点で、結果犯の場合と同様に処理すべきことになる。

2. 正犯者形式の一形式への整序

数人の犯罪行為への共働は専ら客観的構成要件だけで効果を現すので、すでにこの検討の終わりで正犯者形式の一つに整序しなければならないことになる。

その場合にまず最初に確認すべきことは、因果連鎖のなかであからさまに検討されるべき関与者の後でまだ他人が所為像を実現するために客観的に帰属可

能な寄与行為を行ったかどうかである*)。これが肯定されれば、検討すべき者が直接正犯者を通して所為像実現の危険を創出したか又はただ増加させただけかをさらに問わなければならない。その場合に、そのことに相応して正犯者形式の一つに整序しなければならない。

* 改訂版では、「既遂犯の場合に最初に確認すべきことは、因果連鎖のなかであからさまに検討されるべき関与者の後でまだ他人が所為像を実現するために客観的に帰属可能な寄与行為を行ったかどうかである」と改訂している。

関与者を刑法的に判断する場合に、他の関与者の行為もまた検討しなければならないという以上のようなやり方においては、統一的正犯者の体系との矛盾はなんら存在しない。因果経過を検討することは、単独正犯の場合もまた必要である。そこで、他人の行為にこの経過の連鎖部分 (Glieder) が存在するならば、この行為が検討対象である。

未遂犯の場合にもまた、正犯者形式の一つに整序するという以上の形式は客観的構成要件の段階で可能である。何故かというと、この現象形式においては、故意ではなくて、客観的帰属性における「特別な知識」として一般的に考慮されている犯行計画だけが問題だからである*)。

* 改訂版では、この文の後に、次のような文を新たに付け加えている。

「検討されるべき者の後でまだ他人が所為像の未遂を実現するために (zu versuchten Tatbildverwirkung) 客観的に帰属可能な寄与行為を行った場合、未遂への関与が存在する。事情によっては規制正犯者あるいは寄与正犯者としての関与となる。所為の実行がまだ未遂段階に達していない場合、検討されるべき者の犯行計画若しくは彼の表象に基づいて、さらに、時間的には後になってまだ他人が客観的に帰属可能な方法で共働することになっていたかどうか、調査しなければならない。これが当てはまる場合、予定された危険の創出においては規制正犯の未遂が存するのに対し、予定された危険の増加においては不可罰的な寄与正犯の未遂が存することになる」。

あ と が き

以上で、「資料 オーストリア犯罪論」の翻訳紹介を終える。語学力の未熟さやオーストリア犯罪論に関するわたくしの理解不足から、本資料の原本たるトゥリフテラーの犯罪論を正確に翻訳紹介し得たかどうか危惧するものである。しかし、本資料を通して「オーストリア犯罪論」を理解する端緒となれば幸いである。わたくし自身、別の機会に「オーストリア犯罪論の現状（仮題）」でさらに詳細に論及する予定である。ここでは、翻訳紹介した所感をもって締めくくりたいと思う。

オーストリア犯罪論の支柱は、わが国の犯罪論（正犯と共犯を区別する二元的体系＝共犯体系）と異なって、統一的正犯者の体系である。この体系に基づいて、犯罪論が構成されているところに特徴がある。ただし、この統一的正犯者の体系の内容については、これを「機能的に」理解するか「限縮的に」理解するか争いのあるところである（この点の詳細な論争については、金子正昭「刑法における多数関与犯の理論」（第一経大論集23巻別冊、1993年）参照）。限縮的に理解されている統一的正犯者の体系は、わが国の共犯体系との類似性が見受けられる。しかし、機能的に理解されている体系は、構成要件の局面で3つの正犯形式（直接正犯、規制正犯、寄与正犯）に分類するものの、「正犯」だけしか認めないため一元的体系を基礎としているが、純粋な一元的体系でない（キーナップフェルによれば「複数類型体系」とか「多元的体系」という）ところに機能的な統一的正犯者の体系の特色がある。そして、刑の量定の局面で内容的に細分化する。この意味でこの体系は量刑体系ともいわれるのである。

いずれにせよ、オーストリア犯罪論は、統一的正犯者の体系を基礎としているため、「構成要件の修正形式」とか「共犯の処罰根拠論」とかの議論は無用であるとする。すべて個別行為責任の原則が基礎となっているからである（オーストリア刑法13条「関与者の独自の可罰性」）。わたくしは、この点に興味を引かれるのである。わが国の通説は単独の既遂正犯を基礎として犯罪論を構成している。このため未遂犯や共犯は継子扱いしていたのである。その反省からか、

未遂犯や共犯の処罰根拠が活発に議論されている。通説によれば、未遂犯や共犯は例外的に処罰されるものとするが、処罰される以上、「その根拠はなにか」を明らかにしなければならないと考えるのである。しかし、このように考える前提として、「未遂犯や共犯が処罰されるのは何故に例外なのか」である。なにも例外的に処罰したり継子扱いにする必要はないのではないか。この素朴なわたくしの疑問にオーストリア犯罪論は解答を示唆してくれたように思う。詳細は別綱に譲る。

(1998・1・20完結)