

# 数人の犯罪行為への関与の基本構造

— シュモラーの所説を中心として —

金子 正 昭

## I

1 犯罪行為がただ一人の人間によってのみ実現されるのであれば、これまで我々を悩ませていたいわゆる『共犯に関する諸問題』は何も議論する必要はない。所為 (die Tat) は『彼の仕業 (ihr Werk)』として彼だけに帰属され得る。そして人的責任非難は一個だけ考えれば足りるのであり、従って、刑法上の答責性もまた一個だけ考えればよいのである。

行為者は刑法各則に規定された構成要件の意味での『直接実行者 (unmittelbar Ausführer)』であり、また刑法各本条の意味での『直接正犯者』である。すなわち単独正犯者であって、彼以外の関与者は存在しないのであって、刑法60条以下の規定を適用する余地はない。

ところが、実際には、複数の人間の協同によってはじめて犯罪行為が成立する場合が希ではない。かかる共働は多種多様な形式のもとに現れ、原則的には犯罪行為のあらゆる局面に現れ得る。それでは数人が犯罪行為に関与した場合、関与者各人をどのように捉えたらいいのだろうか。単独正犯者としてか、共同正犯者としてか、教唆者としてか、幫助者としてか、あるいはいわゆる間接正犯者としてなのか、それとも刑罰の対象にさえならないのか。そう捉えた論理構造は何なのか、そしてその基準は何なのかという問題点が浮かび上がってくる。この点をめぐる刑法解釈論は多くの議論を積み重ねたにもかかわらず、未だ統一した結論に達していないのである。まさしく『暗黒にしかかつもっとも

紛糾せる章』であり、また滝川博士をして『絶望の章』と嘆かせた領域である。

2 ところで、わが国の共犯規定といささか異なった共犯規定を採っているオーストリア刑法典第12条以下の規定<sup>1)</sup>をめぐる解釈論について、シュモラーの『数人の犯罪行為への関与の基本構造－他人の態度の客観的帰属性』という論文<sup>2)</sup>は、共犯規定の相違をこえて、最近のわが国における共犯論議<sup>3)</sup>に新たな解決策を提出しているように思われる。

周知のように、オーストリア刑法典12条は『全関与者の正犯者としての処遇』という標題のもとに、いわゆる『統一的正犯者概念 (Einheitstäterbegriff)』を採っているかの様相を呈している。しかし、実際には、統一的正犯者概念を完全に保証するのに成功したわけではないようである<sup>4)</sup>。その理由は、キーナップエルやノヴァコフスキーの直接正犯者を構成要件の文言 (Wortlautbestand) だけから導き出す立場とブルグスタラー (Burgstaller) やツィップ (Zipf) の一身的な制限従属性 (limitiert qualitativ Akzessorietät) を承認する立場との激しい見解の対立に求められている。シュモラーは、この二つの立場の折衷的立場にたって、左右に分かれた立場に現れたそれぞれの欠点を避けることのできる折衷的な解決策を提案する<sup>5)</sup>。そして、自己の見解を理論づけるためにいわゆる客観的帰属性理論を出発点とした。そこで、以下において、彼の見解を中心に、わが国の共犯理論との比較を試みてみることにしよう。

#### (註)

##### 1) オーストリア刑法典における関与規定

**第12条** (全関与者の正犯者としての処遇) 直接正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規制しまたはその他所為の遂行に加功した各人も、可罰的行為をなした者である。

**第13条** (関与者の独自の可罰性) 数人が所為に関与したときは、そのうちの各人は、その者の責任に従ってこれを罰するものとする。

**第14条** (行為者の資格および関係) ①法規が、可罰性または刑の量を、所為の不法にかかわる行為者の一身的な特別の資格または関係に依存させているときは、このような資格または関係が関与者のうちの一人だけに存する場合であっても、すべての関与者にこの法規を適用するものとする。但し、所為の不法が、一身的な特別の資格または関係の担い手たる者が所為を直接に実行し、またはその他一定の方法で所為に共働することに依存している場合は、この前提も充足さ

れなければならない。

②これに反して、一身的な特別の資格または関係がもたら責任にかかわるときは、その法規は、このような資格または関係が存する関与者に対してのみこれを適用するものとする。

- 2) Kurt Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat—die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S.337, 379. なお本文ではシュモラーの論文を出来るだけ紹介することにし、脚註にて若干の論評を加えることにする。
- 3) 最近の我が国における共犯議論のなかでは、大越教授提唱の『共犯の処罰根拠』論が注目される。大越教授は、『共犯はなぜ処罰されるのか』を論点として、それぞれの処罰根拠論に検討を加えた後、独自の処罰根拠論（違法の相対性を一部認める惹起説—いわゆる『第三の惹起説』）を主張される（大越義久）『共犯の処罰根拠』参照。共犯に関する議論については、刑法雑誌27巻第1号116頁以下『共同研究 共犯の処罰根拠』参照。大越教授の見解には示唆される点が多い。ところで、我が国の共犯規定に関しては、『正犯—共犯』という図式で解釈するのが一般的である。しかし、『共犯』という現象は数人が犯罪行為に関与する現象であって、この関与者をどのように処遇するかの問題である。従って、『正犯—共犯』の図式で解釈することは、この現象形式を閉ざされた体系のなかで画一的に解釈することになりはしないだろうか。私の問題意識もここにある。尚、『共犯の処罰根拠』論を批判するのにキーナッセルがいる。Vgl Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985. S.122.,
- 4) Schmoller, ÖJZ 1983, S. 337; Foregger-Serini, StGB, 2. Aufl. 1978, S.37.
- 5) シュモラーは序論で、以下のような問題意識を述べている。日く、オーストリア刑法第12条の関与に関する数多くの論文は、詳細な問題点を解決する場合だけでなく、すでにその基礎となっている出発点もまたそれぞれ異なっている。ところが、12条に関しては、従属性に基づく共犯思考と統一的正犯の観念という二つの異なった解釈以外の解釈があるにもかかわらず、主張されている諸見解をこの二つの立場に分類してしまう傾向にある。

ここで問題は二つの異なった抽象的な思考様式 (verschiedene abstrakte Denkmodelle) にある。確かに思考様式を理論的に獲得することは個々の問題を理解しかつ秩序するには役立つ。けれども、個々の問題点を解釈論的に解決する場合には、抽象的な思考様式から概念法学的に演繹することよりも法規を分析しそれを解釈する方が優れている。ここにシュモラーの思考論理の出発点がある。

ところで、12条に関して重要な論文を書いているほぼすべての論者が、言葉の上では、統一的正犯を認めるにもかかわらず、彼らは最も異なった結論に達している。キーナッセルは徹底的に統一的正犯を要求し、そしてブルグスタラーに対して、特に彼の論述の背後には『制限従属性に基づく共犯様式』が潜んでいると非難する。これに対してブルグスタラーは『共犯体系のカテゴリーで十分に把握することができ、キーナッセルのいう統一的正犯理論に反対しているだけなのだ』という。このことは、統一的正犯という概念はまだはっきりした内容をも

っていないということを意味する。だから誰かがただ目的を設定するために統一的正犯者の体系を主張したとすれば、それは『統一的正犯』という言葉で解釈しようとするものを補充的に言い換えただけである。それでは何故に統一的正犯に関する定義が多く存在するのだろうか。数人が犯罪行為に関与したという事態は様々な局面に存在する一連の問題点を示唆している。ここで、立法者はいかなる解決策を採っているかをそれぞれの局面ごとに分けて判断し得るしまた判断しなければならない。キーナップエルが『共働の二重の性格』を主張し、そのとき刑の量定を共働の解釈論的・範疇的観点から切り離す場合、すべての観点はそれだけで足りると言っているのではない。彼が12条の諸機能として『全関与者の正犯者としての処遇』、『構成要件の文言の拡大』、『正犯者類型あるいは正犯者形式の分類』、『全共働形式の法的評価の同一性』をあげるとき、これらの諸機能はそれぞれ独自の視点すなわち共働の問題点の独立した視点を示しているのである。その意味で、12条は立法者のひとつ一つの決定ではなくて、一個の規定のなかに多数の決定を複合させたものであるということが明らかになる。

このような認識にたつて、シュモラーは、関与類型に限界設定をつけるにあたつて、これに関して目標とした新しいてがかりを通じてこれからの議論にはずみをつけるために客観的帰属性に関する現在の学説に関与理論に導入しなければならないという。そして研究の重点を12条で規範化されている正犯者類型の限界設定においたうえで、他人の態度の客観的帰属性という観点から考察していくという方針を明らかにする (Schmoller, ÖJZ 1983, S.337f)。ここでオーストリア関与理論に関する文献を挙げておく。Kienapfel, “Beteiligung” und “Teilnahme”, NJW 1970. 1826; ders, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; ders, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 1; ders, Die Einheitstäterregelung der § 12ff und 32ff StGB, JBl 1974, 113, 180; ders, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Einheitstäterschaft in der höchstrichterlichen Praxis, ÖJZ 1979, 90.; Platzgummer, Die “Allgemeinen Bestimmungen” des Strafgesetzentwurfes im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; Höpfel, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982. 314; Liebscher, Zwischenbilanz der Judikatur zum neuen StGB, JBl 1976, 565; Roeder, Der Unbegriff des “extranen” Täters und der “eigenhändigen” Delikte, JBl 1975, 561; Zipf, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ 1975, 617.

## II

3 12条の多元的な性格から、この規定に関する膨大な文献を二つの意見に分類することは容易でない。だから、それに対する基準として三つの正犯者、すなわち直接正犯者 (unmittelbarer Täter), 規制正犯者 (他人を犯罪に規制す



る正犯者, Bestimmungstäter), 寄与正犯者 (Beitragstäter) に分けて考察をすすめていく。まず最初に12条に関する主要な学説<sup>1)</sup>を概観しよう。

(1) 『機能的な統一的正犯』理論 (キーナップエル, ノヴァコフスキー, ロイカッフ・スタインinger (Leukauf—Steininger))

12条における異なった正犯者の区別に純粋な法規上の技術的な意味を置く見解であり, キーナップエル, ノヴァコフスキー, ロイカッフ・スタインinger を挙げることができる。この立場によれば, 12条は刑法各則の構成要件という『より所の確実な解釈 (authentischen Interpretation)』機能を充足すると同時に解釈を必要とする構成要件 (Auslegungstatbestand) としての性格も持っていることになる。キーナップエルは『刑法各則の構成要件は・・たいてい既に文言からみて直接行為する者 (だけ) に言及すればよいように定義している』<sup>2)</sup>, このように構成要件を広く解釈することによってはじめて拡張的正犯者概念 (extensive Täterbegriff) にたどりつくことができるという<sup>3)</sup>。この意味で, 構成要件の実現に対して原因を設定した者はそれぞれ刑法各則の構成要件の『第一次的な (primärer)』正犯者である。だから, 正犯形式は『地位の上で等しく (gleichrangig)』また『まず第一に構成要件の解釈による技術的所産 (Technen der Tatbestandsauslegung) であり, ある程度犯罪の外観 (Außenhaut) を特徴づけるのに役立つ』, 『統一的な概念分野を・・内容的に具象化し且明白にするのに役立つ』のである。従って, キーナップエルは, 12条前段 (§ 12 1. Alt) の直接正犯者を強調することは『法を適用する場合には直接正犯者に向けられた構成要件の伝統的な解釈を・・捨ててはならないという目的』<sup>4)</sup>だけを得ようとしたにすぎない<sup>4)</sup>, という。このように理解された12条の使命から個々の正犯者類型もまた意図された構成要件の解釈に関してはじめて構成されることになる。これに従うと, 直接正犯者とは『法規の文言に一致するような行為を実行した』者であり, 規制正犯や寄与正犯は『全く一般的に文言正犯に代わるべき別の方法 (die Alternative zur Wortlauttäterschaft) を含んでいた』と言える場合である<sup>5)</sup>。

このように解釈を拡大して, あらゆる寄与者 (Beitragende) を直ちに構成要

件に該当させ得るので、キーナップエルは『従属性というドグマの放棄』を主張した<sup>6)</sup>。キーナップエルによれば、12条の三つの選択可能な段落の区別に対しては構成要件の文言への方向づけが基準となるので、事情によっては、単独正犯者 (Alleintäter) といえども、彼の行為が、直接、構成要件の文言に一致するかどうかにしたがって単なる寄与正犯者にあてはめられるかもしれない。また、『単なる加功行為だけを行ったにすぎない単独正犯者 (bloßbeitragenden Alleintäter)』について『共働者なき共働 (Mitwirkung ohne Mitwirkende)』を主張する。例えば、落雷にあって燃えているSの物置小屋をすべて焼き払ってしまうと思ってKが1リットルの油を火に注いだという場合、キーナップエルによれば、Kは12条後段 (§ 12 3. Alt) の意味での寄与正犯者になる<sup>7)</sup>。

以上の見解についてはすでに文献のなかでしばしば批判されている。この批判に共通するのは、12条の意味をすべて文法的な解釈規定だけに限定するのは妥当でなくまた同時に正犯者類型の区別以外のあらゆる関連性を認めるべきではない、という点にあった。

この点に関して、12条の全体的な機能は『構成要件の文言』の文法的な欠陥を取り除く点だけにあるのか、また実際にこの規定はかかる機能だけに向けられているのか、この問題は、『12条、13条、14条は数人が所為に協働すること (das Zusammenwirken mehrerer zu einer Tat) を標題にしている』ために、立法者の意思からみて既に否定されているのではないか。そもそも12条の本質は、『協働の形式』を把握することであった。このことは、キーナップエル自身もまたやむを得ず認めているのである。従って、キーナップエルの主張する『共働者なき共働』という構想はたいてい文献のなかで拒否されているのである。その理由は12条に存する。すなわち、12条は、『寄与正犯は直接正犯者（つまり寄与正犯以外の関与者）の可罰的行為を前提している』のである。従って、12条を次のように言い換えてもよい、曰く、『それ（他人の可罰的行為！）を実行するよう他人を規制し、もしくは・・・その（他人の可罰的行為！）遂行に加功した』者はと。ところが『共働者なき共働』というのは、単独正犯だけを基礎づけるので、『他人の可罰的行為』を欠くことになる。単独正犯の問

題であれば、『最初から《直接正犯だけ》を・・・考慮すれば足りる』のである。

次に、キーナップエルは、12条中段 (die zweite Alternative des § 12) に対して、『規制と他人による所為の実行との間の現実的関連性の必要性 (Erfordernis der faktischen Bezogenheit)』を主張し、この必要性は（法的な従属性とは反対に）『事物の本性によって予め与えられている先験的なものであって体系とは関係のないもの (durch die Natur der Sache vorgegeben, apriorisch Systemunabhängig)』であるという<sup>8)</sup>。しかし、12条後段 (dritten Alternative des § 12) については、『共働者なき共働』をこの段落に制序する関係上、かかる現実的関連性（他人の行為）を放棄せざるを得ない。ところが12条は数人の関与を規程していると主張するならば、判断すべき行為の他人の行為への現実的関連性は直接正犯のあらゆる場合だけに存在するものではなく、特に12条後段の寄与正犯にもまた存在するはずである。何故かという、すでに数人が構成要件の実現に関与したという場合の本質は、関与者ひとり一人の行為がはっきりと相連続した関連性をもっている、という点に存するからである。

従って、12条の本質は個々の構成要件の文法的な意味を拡大する点だけに存するのではないと言いながら、12条の内部における正犯者類型の区別に対する基準は構成要件の文言の活動範囲になければならないというのは何故なのか、その理由を明らかにすることは最初から無理だったのである。キーナップエルは、構成要件の文言と関係のない直接正犯の諸事例については、構成要件を（形式的な）『統一的正犯と同じように解釈すること (einheitstäterschaftsähnliche Auslegung)』として特徴づけている<sup>9)</sup>。なる程、この種の解釈がどんなに統一的正犯者という解釈自体に役立とうとも、せめてそれと同じように構成要件の文言の欠陥が『正犯者類型の限界設定基準』を明らかにするだろう。その意味で、文言説 (eine Wortlauttheorie) は『立法者が構成要件を言語的に規定している関与形式の限界設定を説明できない』とロエダー (Roeder) が指摘する<sup>10)</sup>のは正しい。従って、キーナップエルが主張する文言基準を首尾一貫させることは明らかに無理である。その結果として行為支配を採ったり、直接正犯

でない正犯への一身的な制限従属性を承認したりする方途に進んではならない。

(2) 一身的な制限従属性による解決策（ブルグスタラー、ツィップ）

この立場の代表者たるブルグスタラーは、『刑法典12条は限縮的 (reduzierte) な統一的正犯者概念を規定しているので、可罰的行為に関与した者はすべて、彼らすべてに同一の規定された刑罰があてはまるために、正犯者として処遇するという以上のことは言っていない』と主張する。彼によれば、直接正犯 (§ 12 1. Alt) の輪郭は本文構成要件の活動範囲ではなく、行為支配の包括的な正犯基準 (umfassende Täterschaftskriterium) に存するのである<sup>11)</sup>。従って、彼が自主的に犯罪を実現しなかった場合も含めて、行為支配を占めた者だけを『直接正犯者』として問題にするのである。

規制正犯や寄与正犯の定義について、ブルグスタラーやツィップは、12条の文言（それによれば、可罰的行為に規制し若しくはそれに加功することが問題になる）から直接行為は故意にして且つ違法でなければならないと主張し<sup>12)</sup>、これに基づいて、規制正犯や寄与正犯は、故意が直接正犯者に特別に存在する必要があるので、（限縮的）一身的に従属すると主張したのである。この点にこそ、キーナップエルの体系との決定的な差異が存するのである。その差異は基本的には次の三点にある。

① 『盲目的 (blindes)』な道具すなわち故意のない道具による実行行為と称される『従来までのいわゆる間接正犯』の事例は、12条中段若しくは後段の正犯形式から前段の正犯形式にあてはまる<sup>13)</sup>

② 12条後段（若しくは中段）の正犯形式から前段の正犯形式に置き換える事例について、これは個々の事例において可罰性を予め前に移しておくということを意味する。その理由は刑法典15条2項にある。

③ 例えば、直接正犯者が一方で故意を欠いているために規制正犯者や寄与正犯者に該当せずまた他方で行為支配を欠いているために直接正犯者にも該当しない者は、この一身的な従属性に基づく解決策に従うと、刑罰の対象にならないことになる。このように、直接実行者が故意に行為したのかどうかに従って同一の加功行為が刑罰の対象になったりならなかったりするの

何故なのか、理由を必要とするが、Burgstallerは刑法典286条の類推解釈を指示するだけである。曰く、刑法で規定された行為を防止すべき義務が防止すべきであった所為を故意に実現したということに結びつくのは、刑法典は故意的な態度への共働に『無価値の増加』を認めているからであると。

しかし、規制正犯や寄与正犯は限縮的・一身的に従属するというように12条を解釈するブルグスタラーやツィップの見解は立法者の意思を無視している。何故ならば、立法者は、資料の別の個所で、ブルグスタラーやツィップの解決策と反対の態度を示しているからである、曰く、『12条の意味で所為を実行するよう他人を規制する者は、他人が・・・非故意的に所為を遂行するように規制した者である』と。また寄与正犯について『繰り返すが、犯罪類型の意味での実行者が故意をもって行為した否かを問わない』と。これ以外に立法者の意思と異なったものを求めるべき十分な外部的事情は何にも存在しないのである。しかし、特に、これに関してZipfが挙げている刑法典228条、292条の存在理由は何もこの立場に依拠しなければならないものではない。私が提案する解決策に基づいてもまた明らかにすることができるのである。またブルグスタラーが挙げている刑法典286条の類推解釈もまた説得力がない。286条の規範に従うと、故意的な可罰的行為の防止の懈怠だけを刑罰の対象にしているのは、立法者が過失による犯罪行為の非防止(Nichtverhinderung)を可罰性の対象に入っていないということを推察させるだけである。このことが刑罰の対象を最も異にする理由である。こう考えなければ、規範の効果(die Effektivität der Norm)に疑問が出てくる程、可罰性を拡大する結果になる。しかし、たとえ刑法典が故意的な態度への共働を原則上高く評価していると主張してみても、そう主張し得るだけのものは刑の量定の対象にある。

### (3) 主観的な関与理論(シールド≪Schild≫)

シールドはある程度までキーナップエルとブルグスタラーの見解を止場しようとして、まずキーナップエルと同様に直接正犯者の概念を構成要件に定義づけられた『用語例(Sprachgebrauch)』を指針とするが、それにもかかわらずあるいは正にこの指針を理由として、行為支配を基準とする方途を採った。ここ

に彼の目的・主観的関与理論の萌芽を見ることができる。

彼の立場にたてば、12条が存在しなくても正犯者と言える者が直接正犯者なのである。つまり犯罪を他人の犯罪としてではなくて自らの犯罪として実現しようとする者が直接正犯者である。これに対して、行為者が構成要件の実現を他人の犯罪としてのみ引き起こした場合には直接正犯とはいえなくなる。このことからシールドは次のように主張する、曰く、『規制者 (der Bestimmende) は自らの加功行為を従属的なものとして (als akzessorischen) 他人の意思や所為に依存させようとする』、『すなわち・・・彼は行為を遂行する者 (der die Tat Ausführende) が犯罪を実行するのだと考えている』のであり、また同じく『寄与者 (der Beitragende) は他人の可罰的行為に加功しようとし』なければならない。

規制正犯者や寄与正犯者の故意をして他人の犯罪行為へのこの関連性について、シールドは『内面的従属性 (innere Akzessorität)』を主張する。従って、内面的従属性は目的的な『ある行為のそれ以外の他人の行為への関係を言うのであり、それが・・・関与形式』を決定するのである。

なる程、シールドが単なる形式的な文言基準よりも関与形式の間の『事物に即した差異 (sachlicher Unterschiede)』を作りあげる方途を選び、この差異を数人の関与に内在する当該行為の他人の行為への現実的関連性に求めたという点で、シールドに賛成する。しかし、事物に即した差異を主観的な領域に求めたのは疑問である。立法者はこの種の限界設定を意図していないのである。立法者は次のように考えていた、曰く、『実行することとこれ以外の関与形式との間の区別は、12条によれば、行為の外部的な性質だけに左右される』、—また少なくとも関与者の故意だけでは左右されないと。さらに続けて、『実行しよう他人を規制する未遂の可罰性について、他人が故意をもって所為を遂行しようとしたかどうかはどうでもよい』と。しかし、シールドによれば、他人が故意をもって所為を遂行した場合だけしか規制は存在しないのである。ところが立法者は客観的な基準に基づいて正犯者類型を分類しているのである。

また12条で規定した立法者の意思を考慮しないで、故意の領域から解釈論的

に考慮してみてもシルドの主張する関与の構想は正しくないことが判明する。シルドは、故意の領域で、作為と不作为並びに故意と過失との間の事物に即した差異と関与形式間の事物に即した差異との比較を提起する。すなわち、刑法各則の構成要件はそれぞれ構成要件の実現を自己の犯罪として惹起する者だけに該当するため、*たんなる*規制の故意または寄与の故意 (*bloßen Bestimmung- oder Beitragsvorsatz*) しかない場合を当該構成要件で処罰するためには12条が必要であるというのであろう。しかし、問題は、(刑法典2条または5条と同様に) 刑罰拡張規定 (*Strafausdehnungsvorschrift*) として12条が必要であるとして、刑法上、規制の故意または寄与の故意が直接正犯者の故意からどのように区別されるのか、換言すれば、この点で主観的な領域に本質的な差異が存在するのかということである。

刑法典5条は、『法定の所為像と一致する事実関係を実現した者は、故意に行為したものである』と規定する。ここで、行為と結果(若しくは構成要件の実現)が結びつくなかで、正犯者は途中の段階 (*Zwischenstufen*) を表象したのかどうかまたいかなる段階を表象したのかということは故意に関して重要でない<sup>14)</sup>。5条によれば、構成要件の実現に向けられたすべての故意は当該犯罪の主観的構成要件として重要である。だから、犯罪的に行為する者と共働して構成要件を実現する意思が5条の意味での故意になってはならないのは何故なのか理解に苦しむ。従って、故意論 (*Vorsatzdogmatik*) の観点下でもまた関与形式間の差異を客観的行為側面に置くことが首尾一貫すると思われる。

4 このような諸学説の検討<sup>15)</sup>からシュモラーは『客観的帰属性理論』が新たな解決策への指針を提供すると言う。そこでシュモラーの主張する解決策の出発点<sup>16)</sup>をみてみよう。

#### (1) 刑法典12条の多元性について

これまでの研究で明らかになったことは、それぞれ学説が主張する関与体系はそれ相応の根拠を持っているが、いずれの体系に基づいても完全に納得させるにはほど遠いということである。このことが、12条をめぐる今日まで活発に議論されてきたにもかかわらず、まだ完全にはっきりした結論に達していな

いことの理由なのである。

一般的に満足すべき解決策を得ようとするならば、ある一つの観点下である関与体系がそれ以外の関与体系よりも説得力があると考えることが出来なければならない。すなわち、体系を破壊して矛盾を生ぜしめることなく異なった体系の長所をいかに統合するかである。この点に関して、『関与現象をとうして提出された様々な問題点を区分することは、それらの問題点をそれぞれ向自的(für sich)に法規の事情あるいは事物に即した観点に基づいたりして解決することができるのである、その際に、解釈論的に決定したものはそれぞれの局面でこれまでに存在した種々の関与体系の意味にもまたあてはめられ得るのであり、この点で、結論は異なった意見のそれぞれの長所を統合したものになる』と考えられる。

この前提は既に学説のなかで指摘されていた。キーナップエルは、『共働の二重の性格』という標語のもとで、『共働形式を解釈論的・範疇的に捉える構成要件の局面』を『法規の上での刑の量定の局面』若しくは『裁判官による刑の量定の局面』から切り離した<sup>17)</sup>。この場合、彼にとって重要なことは刑の量定の局面をそれ以外の解釈論的な問題点からはっきりと切り離すことだけであった。ところが彼自身別の個所で、共働の問題点を構成要件の範囲内でさらに分析し且つ幾つかに分けているのである。曰く、『12条は、(構成要件の局面で)異なった・・実行行為類型の概念的・範疇的な対置だけでなく、同時に刑法各則の構成要件に対するより所の確実な解釈規程をも含んでいる』<sup>18)</sup>と。だから、『正犯者類型の分類』と『構成要件の文言の拡大』という異なった問題点を論ずることができるのである。そして『正犯者類型の分類』という問題点の領域では、キーナップエルによれば、(形式的な)統一的正犯者の体系は『解釈論的な局面では実行行為の異なった類型の間を概念的にも価値的にも責任に即しても』区別せず<sup>19)</sup>、それ以後の、実行行為類型の範囲内で、用語的・概念的な局面、正犯者類型の不法評価の局面及び従属性に関する可罰性の局面の問題をそれぞれ区別することを明らかにする。さらに最近では、ノヴァコフスキーが法的評価の局面でもまた分けることができると指摘している。



立法者は、これらの問題点をそれぞれ他の問題点に左右されることなく、解釈論的な視点から統一的正犯の意味で規定したりあるいはそれとは反対に規定したりすることができるのである。すでにこのことがキーナップエルの言う意味での機能的な統一的正犯者の体系の構造を説明している。この体系によれば、概念的な局面だけが厳格な意味における統一的正犯的な性格を失うのである<sup>20)</sup>。だからといって法規の上で決定されたものが別の局面に悪影響を与えるというわけではない。この点で『統一的正犯者という考え方もまた種々の異なった形式に対してまたある特定の周辺領域においてそしてそれどころか共犯体系への架橋に対してもまた十分なる活動の余地を認めている』のであり<sup>21)</sup>、だから『実際には・・常に≪具体的な≫統一的正犯者の体系を問題にしているのだ』というキーナップエルやシールドに賛成する。他方で、ブルグスタラーに従ったとしてもまた、複合体をなす共働 (der Mitwirkungskomplex) は常に『ある犯罪への関与という特定の問題点』だけを目指し『実定法の具体的な正犯規定からこれに答えていく』というように解釈することが出来るのである。

関与の問題点を解決するために、論証の局面で分けることは従属性という異なった観点に容易に接近する<sup>22)</sup>。つまり分離可能な12条の問題点のある局面に考え方としての従属性とは異なった定義を認めることができるのである。

## (2) 構成要件の文言の活動範囲

関与理論に関する学説は、行為のどの部分が構成要件に記述された動詞 (Tatbestandsverb) にあてはまるのかを刑法各則の構成要件自体からはっきりと導くことは出来ないという。だから、構成要件の実現に対して原因を設定した者は誰でも構成要件を充足するという『拡張的 (extensive)』正犯者概念<sup>23)</sup>並びに疑いなく文言にあてはまる者の態度だけを構成要件に該当させる『限縮的 (restriktive)』正犯者概念を考えたり主張したりすることができる。さらにまた、個々の犯罪に従って分けるかあるいは特に惹起犯 (Verursachungsdelikten) と法規の上で態度が規定されている犯罪 (Delikten mit einer gesetzlichen Verhaltensumschreibung) との間の区別を示す犯罪グループ (Deliktgruppen) に従って分け、あるいは道具思想を基礎にして単独正犯を志向するという折衷

的立場を考えることができる。しかし正犯者概念の活動範囲に関する問題は別である。12条によれば、『その実行に加功し』た者はそれぞれ（正犯者として）可罰的行為を実行したことになる。この定義は拡張的正犯者概念と一致し、それ故に、拡張的正犯者概念は、12条を念頭に入れて、結果的にはオーストリア刑法の基礎になっている。12条なしには、どんな犯罪にどんな正犯者概念を採りあげたらいいのかははっきり答えることは出来ない。従って、拡張的正犯者概念を採用して（すべての構成要件に対して）制限的な解釈を許さない刑法各則の構成要件の『より所の確実な解釈』を12条に認める<sup>24)</sup>ことが最も無難である。この意味で、12条の規定は刑法の保障機能と同時に法治国家性を法規の上で説明するのに役立つのである。だから保障機能を重視しながらこの種の解釈規定を通じて法治国家性を獲得した方がより現実的である。

拡張的正犯者概念に対する法規の決定を理解するためには、12条後段の『その実行に加功した者は・・可罰的行為を実行したものである』という引用文で足りる。ところで、この引用文は、12条の概念分野すべてを外部から最終的に規定しているので、すでに構成要件の文言 (Wortlaut) の解釈を拡大するという機能を充足していなければならない。12条の残りの文言（直接正犯者や規制正犯者）に言及することは拡張的正犯者概念の意味の解釈に対して特別な意味を持たないので、この二つの正犯者類型を強調しすぎて構成要件の文言の活動範囲やその解釈に関連づけて説明すべきではなく、むしろ構成要件の文言に左右されない基準に基づいて概念分野すべてを分類すべきである。

このような思考過程は12条の『多元性』理論 (die Theorie der “Mehrschichtigkeit” des § 12) によって支持することができる。何故かというと、多元性説は文言を拡大することと関係なく12条を関与の問題点とは異なった問題点の視点に関係づけて説明することができるからである。この点にこそ、ここで主張する見解とキーナップエルやノヴァコフスキーの見解との最も本質的な差異が存するのである。以下、この点の結論を要約しておく。

キーナップエルは、まず最初に構成要件の文言の意味の正犯者を『直接行為する者』と同一視し、さらに両者を12条前段の意味の『直接正犯者』と同一視

する<sup>25)</sup>。けれども、これら三者の整合性は必然的なものではない。例えば、純粋に惹起だけを規定している構成要件については、構成要件の文言は『直接行為する者（それ以外に法規が《直接実行者》と規定する者）』の範囲以上に及ぶのである。さらに、彼が『直接正犯者』を構成要件の文言の正犯者と同一視するのもまた問題である。何故なら、正犯者類型を限界設定したり構成要件の文言を拡大したりする場合には、複合体としての関与 (Beteiligungskomplex) の二つに分離可能な局面が問題だからである。『直接行為する者』と『直接正犯者』とを同一視するのが合目的であるか否かは、正犯者類型を分類する局面だけで解明すべきである。

ところで、『正犯者類型の限界をどのように設定するのか』という問題について、構成要件の解釈を拡大して得た『文言正犯 (Wortlauttäterschaft)』を借用するという見解の基礎は、複合体たる関与の異なった局面と事物法則的に混同すべきでないという点にある。この見解に立てば、ケーナップエルの『形式的・客観説 (formal・objektive Theorie) は主張可能だが、必然的なものでなく、特に、統一的正犯者の体系自体からはでてこない』のである。それにしても、故意犯の限界設定問題について一身的な制限従属性を志向して文言基準を志向しないブルグスタラーが、過失犯では文言基準に従い且つ構成要件の文言の活動範囲を目指して、故意犯に対する体系の崩壊を甘受するというのは驚かされる。過失犯に対してブルグスタラーに従うシールドにもまた同じ批判があてはまる。

過失犯の場合、故意犯を類推解釈して、複合体としての関与の局面を分離し且つまた分離すべきである。

### (3) 正犯者類型の概念的な区別

12条が典型的な正犯者だけを主張した構成要件の実現に加功したものすべてを正犯者と理解するならば何も問題はない。しかし、12条の定義は少なくとも全関与者を言葉の上で『直接正犯者』、『それに他人を規制し』あるいは『その他・・加功した』各人、というように三つに分類している<sup>26)</sup>。

従って、正犯者類型を言葉の上で（直接正犯者、規制正犯者、寄与正犯者と）

区別する場合に、これらの定義がそれぞれ関係する一連の問題が出てくる。第一に、三つの定義の意味は言葉上の差異だけなのか、あるいは、まず最初にこれらの概念の活動範囲や関係をそれぞれ解釈論上解明した後に、それではどの正犯者類型にあてはまったのが原則上判決文に記載されていなければならないという点で、それぞれ別個独立した三つの概念自体に問題はないのかどうか、ということに解答を与えることが重要なのである。

キーナップエルは『共同正犯と幫助との間の限界設定という難しい問題（及びそれと同様に正犯と教唆とを限界設定するという困難な問題）は省略してもよい』と主張し、このことが統一的正犯者の体系の長所であると言う。しかし、正犯・教唆・幫助の限界設定問題に代えて直接正犯・規制正犯・寄与正犯の限界設定問題を引き継ぐのであれば、うわべだけの長所にすぎないのではないかと。キーナップエルの立場にたてば、オーストリア法では正犯者類型の間の（解釈論的な）限界設定問題は出てこないと理解することができるが、これは疑問である。

まず未遂犯の規定を考えてみよう。通説や刑法典15条2項は、刑罰の対象になるのは規制正犯の未遂（die versuchte Bestimmungstäterschaft）であって寄与の『未遂』ではないとはっきり言っている。さらに多数説は直接実行の未遂と規制の未遂との間で可罰性の評価を異にする。このことから、15条2項は寄与正犯の未遂を刑罰の対象から除外しているので、『この正犯形式を残りの二つの正犯形式から限界設定すべき』ことになる。ともあれ、15条2項の規定を念頭に入れずしかも正犯者類型へのあてはめに対して異なった法的効果が結びつくのか否かに関係なしに、言葉の上で類型に分けることは真正な概念的区別として理解しなければならない。これに対する根拠として、ノヴァコフスキーやブルグスタラーは新刑事訴訟法314条をあげる。しかし、ある構成要件がいろいろな角度からあてはめられ得る多くの要素を持っているならば、これらの要素はそれぞれ解釈論から解釈し且つそれらの関係をそれぞれ明らかにすべきであって、何も刑事訴訟法314条を持ち出す必要はない。また、ノヴァコフスキーが、『統一的な≪概念分野（die einheitliches “Begriffsfeld”）≫を内容

的に具象化して説明するために、さらにまた用語 (die Sprache) がいかなる表現をも認めないので、最初から構成要件で多くの表現が択一的な構成要件要素としてしばしば用いられたのである』と主張するの、結局、上で述べたことと全く変わりはない。

このように異なった択一的な（法的に同価値的な）構成要件要素をとりあげるには、次の二つの理由を必要とする。まず第一に、外部的な限界設定に関して、概念分野全体は個々の概念を統合してはじめて確立される、しかし概念分野全体を前置詞的に前提としないにしても、まず最初に個々の概念の活動範囲を正確に突き止めなければ個々の概念分野全体に統合することは出来ないということ。第二に、個々の概念を目標とすることによって、すでに択一的に規定された同価値的な構成要件要素は法規の上で定義された概念分野全体を分割するために用いられているということである。だから、すでに12条が言葉の上で実行行為類型の間を区別しているということは、これらの限界設定を明らかにした有罪判決を下す場合には原則上実現された正犯類型を必ず示さなければならないのである。その意味で、概念的な局面に関して、この領域では統一的正犯者という観念を採用しないという決定を12条にあてはめているのである。刑事訴訟法314条の規定は訴訟法の中で12条の規定の法治国家的な帰結を示しているにすぎない。

従って、12条は正犯者すべてを解釈論的に限界を設定して三つの正犯者類型に分類しているという見解に立つならば、これから論証していく関与に関する一連の問題点を提示するだろう。

#### （4）刑法典12条の類型に関する用語

用語上の問題点には比較的困難なものは存在しないしまた第二次的な意味しか存しない。従って、最初から共働者全員（彼らが12条のどの段落に制序されるにせよ）を『正犯者』と呼んでもいいのかどうか、それともこの表現は実行行為のある一つの類型のために残した方がいいのかどうかという問題の解決如何にある。

12条に関して、すでに『全関与者の正犯者としての処遇』という標題から、

構成要件の実現に関与した者はすべて『正犯者』であると推察することは容易である<sup>27)</sup>。さらに、ある正犯者形式を特定すべき詳細な特徴としての『直接的な』という形容詞からそれ以外に『直接正犯者』は被覆決定的な概念 (ein überbestimmter Begriff) や『直接的な』という言葉が必要としないために、12条の前段にあてはまらない『正犯者』もまた存在するのではないか。ただ共働者全員を正犯者と主張することによって、立法者は統一的正犯者の観念の意味を用語上の局面に置いたのである。

直接正犯者と言えない正犯者はすべて間接正犯者である<sup>28)</sup>。ドイツ関与理論で主張されている『間接正犯』との同音同形異義性は、誤解を招く恐れがあるが、結局、オーストリア法規上の文言の言葉上の規定から受け入れるほかない。ただしドイツ流の間接正犯という観念はオーストリアにおける『遮蔽された直接正犯 (verdeckten unmittelbaren Täterschaft)』の観念と非常に似ているのである。また12条の文言からして間接正犯者は規制正犯者か寄与正犯者である。この正犯者類型を教唆や幫助と主張したとしても用語の上では可能であるが、ドイツ刑法典の共犯形式との混同を避けるために、オーストリア法規上の用語を使用すべきである。

#### (5) 共働類型の法的評価

構成要件の実現に共働した者すべてが同一の不法並びに同一の責任を負うのではない(13条)。この見解は、いろいろな観点から予定された刑の範囲内で個別的に刑を量定しなければならないということの意味する。けれどもここで重要なことは、立法者はすでに概念的な共働のカテゴリーを類型化された不法として程度に差異をつけて評価しているのかどうかという予備的な問題である。この場合、共働形式の法的評価の局面で全関与者について規定された同一の刑罰を指示するだけでは、統一的正犯的な評価の同一性という意味での最終的な判断を下したとは言えない。何故なら、刑の程度 (die Strafhöhe) に関する基準としては不法内容だけでなく一般予防的な考慮や特別予防的な考慮も存するからである。蓋し、共働類型の不法内容を法的にみて同一に評価することはすでにオーストリア刑法典にとって周知の事実であり<sup>29)</sup>、従って、12条の選択可

能な各段落の不法の評価を同一にするのが正しいと考える。

ところが、二つの法定構成要件あるいはある構成要件とその形式を異にする構成要件の不法内容の程度が同一であるとしても、なお（社会的意味内容に関して）不法の評価を異にして下すことができるのである。解釈論は、この差異を『択一的に』混合された構成要件を『重疊的に』混合された構成要件と比較の対象にする（die “alternativen” den “Kumulativen” Mischtatbeständen gegenüberstellt）『混合された構成要件』のなかで明らかにするのである。その場合、択一的に混合された構成要件だけが完全に社会的にみて価値的に同一の選択可能性を持っていることになる。ノヴァコフスキーは混合された法規の理論（die Theorie der Mischgesetze）を関与類型の理論に結びつけ、そして社会的意味内容にも正犯者類型と同一の評価を下すのである。その点で彼に従いたい。

以上のことから、関与類型を同一に評価したからといって、関与類型の間に正確な限界を設定することが無駄だということではない。解釈論は、事物に即した差異を評価の同一性のなかに埋没させたりばかししたりすることなく、12条の複数の類型の間の差異を明らかにしなければならない。

限界設定を問題にする以上、すでに関与形式の間の評価を異にする法秩序のなかで、ある関与形式へのあてはめは現実的な加功行為を正しく評価した結果であるというように、構成要件を範疇的に構成するのは困難である<sup>30)</sup>。これに関して、キーナップエルが『非定型的に無罪を方向づける直接正犯者』とその逆の『非定型的に有罪を方向づける関与者』をこの種の法体系に提出する困難性を指摘した<sup>31)</sup>のは正しい。

従って、限界設定基準を求める場合には構成要件の局面だけで、すなわち行為・結果・因果関係（客観的帰属性を含めた因果関係）の領域で論証しなければならないのである。

次に関与形式の『補充性 (Subsidiarität)』に関して、正犯者類型は法的評価の局面でもまた同一であるかどうかである。通説は、数人が行為を加功して異なった正犯形式を実現した場合、寄与正犯は規制正犯を補充しそして両者は直

接正犯を補充するという<sup>32)</sup>。このように無価値の程度の低い関与類型はその程度の高い関与類型に依存するという補充関係を認めることは、少なくとも法的評価の同一性と調和しないのではないか。正犯類型の限界設定を客観的帰属性の問題と考えるならば解決可能である。

## (註)

- 1) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.338ff.,
- 2) Kienapfel, JBI 1974, S.121. キーナップエルはこのように理解するのが構成要件の伝統的な解釈であると主張する。
- 3) 拡張的正犯者概念について, vgl Kienapfel, JBI 1974, S.113f., Roeder, JBI 1975, S.561. 我が国においては, 竹田直平博士の論文が参考になる。竹田『正犯概念の拡張と共犯概念の拡張』法と経済 5 巻 6 号43頁以下参照。
- 4) Kienapfel, JBI 1974, S.119.
- 5) Kienapfel, JBI 1974, S.180, und S.190f. キーナップエルは次のように主張する, 曰く『法規上の文言に一致する方法で実行行為を遂行した者はすべて刑法典12条前段 (§ 12, 1. StGB) の意味における直接正犯の責任を負う』(S.180) と, また刑法典12条後段 (§ 12, 3. StGB) のその他加功行為は同12条前段の文言正犯に代わるべき別の方法を含んでいた場合である (S.190) と。
- 6) Kienapfel, JuS 1974, S.1ff; ders, JBI 1974, S.118. キーナップエルは直接正犯者と間接正犯者を同一の土俵に配置するために, 我が国で主張されている『正犯—共犯』という図式は不必要であるという。キーナップエルは12条に関する自分の諸論文で, この点を常に強調している。この点には教示される。詳細は後述する。
- 7) Kienapfel, JBI 1974, S.190. キーナップエルは価値的な考察に基づいて, ある者が共犯者の不法を設定したところ, 可罰的行為を実行した『主たる正犯者』が存在しなかったために, 『幫助』を理由として彼を処罰することになると主張する。我が国でも『正犯なき共犯』を認める立場がある。例えば, 佐伯千尋『改訂刑法講義 (総論)』343頁以下, 中義勝『刑法総論』223頁以下, 中山研一『刑法総論の基本問題 (268頁以下参照。しかし, シュモラーは遮蔽された直接正犯 (verdeckten unmittelbaren Täterschaft) を主張する。詳細は後述する。
- 8) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.184
- 9) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.121f.
- 10) Vgl Roeder, JBI 1975, S.570.
- 11) Vgl Liebscher, JBI 1976, S.573; Zipf, ÖJZ 1975, S.617.
- 12) Vgl Zipf, ÖJZ 1975, S.620. 我が国でも『限縮的従属性説』が一般的に主張されている。ただ, 平野博士は『厳密に言えば, 共犯は, 正犯の構成要件に該当する行為にのみ従属し, 違法であるかどうかとも正犯と共犯の各々について検討すべきだということになる。そうだとすれば最小従属性説・・・が最も妥当だということになる。しかし, ...一般的には制限従属性説をとり, ...』と主張され



- る（平野龍一『刑法総論Ⅱ』358頁）。
- 13) Vgl Zipf, ÖJZ 1975, S.617.
  - 14) Vgl Schmoller, ÖJZ 1982, S.490f. insb, 491. ここでシュモラーは『故意は因果関係 (die Kausalbeziehung) 自体に及べばよく, 因果経過 (der Kasualverlauf) に及ぶ必要はないから, 正犯者 (Täter) が, 定型的因果経過に関する故意に基づいて, 罰せられるのか, それとも, 非定型的因果経過に関する故意に基づいて罰せられるのかという認定は不必要である』と主張する。
  - 15) 『機能的な統一的正犯』理論, 限縮的な質的従属性, 主観的な関与理論それぞれについて検討された。これらの学説のうち限縮的な質的従属性説が我が国の通説に最も相通じるものがある。従って, この説への批判は若干我が国の通説にもあてはまるのではなからうか。主観的な関与理論は正犯者類型の限界設定基準を『行為支配』に求めているが, 行為支配の内容は多義的な観念であるために, 説く論者によってまちまちである。従って, この説もまた説得力に乏しい。
  - 16) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.342ff.,
  - 17) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.115f.; ders Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S.37ff.
  - 18) Kienapfel, JBI 1974, S.122.
  - 19) Kienapfel, JBI 1974, S.120. キーナップエルは『形式的な統一的正犯』を『単一類型体系 (ein Eintypensystem)』あるいは『一正犯者体系 (ein Ein-Täter-System)』と呼ぶ。
  - 20) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.120. キーナップエルによれば, 実行行為類型は価値的・本質的且つ責任においては同ランクの正犯類型であり, だから同一の刑の範囲に制序されるが, 個々の実行行為形式は概念にあてはまるように多元化することになる。
  - 21) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.120.
  - 22) 従属性という考え方は, 正犯者類型を区別するところで, 統一的正犯者という考え方と対をなすものとして捉えられている。vgl Kienapfel, JBI 1974, 118. それ故に, キーナップエルの主張する意味での『質的』従属性や『量的』従属性では不十分なのである。だから, それに加えて『価値的な (wertmäßigen)』あるいは『概念的な (begrifflichen)』従属性という諸現象を認め得る。結局, キーナップエルのいう『現実的関連性 (faktische Bezogenheit)』もまた従属性という観点を示しているのである。(Schmoller, ÖJZ 1983, 343. FN 86.
  - 23) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.113f. キーナップエルは例として謀殺の構成要件をとりあげる。刑法典75条(謀殺)で『他人を殺した (Tötung eines anderen) もの』と規定する構成要件は, 『人の死に原因を与えた各人』は75条の犯罪をなした者であると読むことになる。
  - 24) Vgl Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl. 1954, S. 271; Foregger—Serini StGB, 2. Aufl, S.38.
  - 25) Kienapfel, JBI 1974, S.121. ノブアコフスキーもまた同様の趣旨に解する。Vgl Nowakowski, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1982, §2 Rz 35.

- 26) 12条の規定に関して、キーナップエルは、12条の規定を『形式的な統一的正犯者の体系』とは反対に『機能的な統一的正犯者の体系』若しくは『複数正犯者の体系 (Mehrtätersystem)』か『多元的な統一的正犯者の体系 (mehrgliedriges Einheitstätersystem)』と呼んでいる。(Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik; hrsg. v. Müller-Dietz, 1971, S.21, insb. 34f; ders, JBI 1974, S.120.)
- 27) キーナップエルは全関与者の正犯者としての処遇ということと全関与者を正犯者と同様に処遇するということの差異を強調する (Kienapfel, JBI 1974, S.115.)。
- 28) キーナップエルは、『機能的な統一的正犯者の体系』では、直接正犯者と間接正犯者という二つの正犯者類型を上位概念に捉えて、間接正犯者類型には当罰的な方法で関与した者すべてを包括する正犯の集合概念 (Sammelbegriff) であると言う (vgl Kienapfel, JuS 1974, S.6.)。
- 29) Vgl Rittler, Lehrbuch<sup>2</sup>, S.272.
- 30) Platzgummer, JBI 1971, S.244., 『從属的共犯体系は、まさに刑の量定の決定的な基準を解釈論に移したために、正犯者の刑罰 (die Täterstrafe) は現実には支配的に所為に共働した者だけにあてはまり、同時にまた彼らすべてにもあてはまるように限界を引かなければならない、という使命を負うことになるのである』と。
- 31) Kienapfel, JBI 1974, S.119.
- 32) この点に関して、キーナップエルは『現実に即した《独占的考察 (konkurrenzfreien Betrachtung)》の可能性』に言及する。vgl Kienapfel, ÖJZ 1979, S.93.

### III

5 このような基礎的考察に基づいて、シュモラーは正犯者類型の限界設定問題に解答を与えていく<sup>1)</sup>。

#### (1) 直接正犯の規制正犯や寄与正犯(間接正犯)からの限界設定

直接正犯と間接正犯(この場合、オーストリア法規の用語に基づいて規制正犯と寄与正犯を含む)の限界を設定する場合、正犯者という思考範囲全体のなかでどのように範疇化するかが問題である。限界を設定するという問題を正しく識別するために、規制正犯や寄与正犯は(直接実行者に構成要件該当性、違法性及び故意が存在するということに関して)『一身的に従属する』という表現は、12条をめぐるオーストリアの学説に議論があるので、誤解を招く部分があるということを念頭に入れておく必要がある。オーストリアで間接正犯形式

を(限縮的)一身的に従属すると考える論者たちは、従属性が必ず結びつくべき属性を欠いていたとしても、刑を免除しないのである。従って、『質的従属性』を認めることは間接正犯(規制正犯か寄与正犯)の代わりに直接正犯を認めることになる。すなわち、ある特定の関与形式のなかで正犯形式を狭く解釈することは、普通、少なくともある正犯者形式からそれとは異なった正犯者形式に『知らず知らずのうちに』拡張していたのである。この点で、ブルグスタラーが『正犯形式の相互依存性 (Interdependenz der Täterschafts formen)』を主張するのは正しい。通説の見解もこの種の相互依存性を支持している<sup>2)</sup>。

それでは限界設定基準の本質はどこにあるのか、またどの犯罪要素の領域で限界を設定することができるのか、そしていかなる犯罪段階で直接正犯と間接正犯を分離するのか。

形法典に関する資料は、『実行すること(直接正犯と考えよ)とそれ以外の関与形式との間の区別は・・・行為の外部的な性質だけに』関係する<sup>3)</sup>という。このことは、立法者の意思に基づいた限界設定基準は客観的行為側面すなわち客観的構成要件に存在するといっているのである。

『12条, 13条, 14条は所為への数人の協働を標題にしている』。だから、原則的には種々の人間の複数の行為が構成要件に該当する結果の実現に対して原因となるような現象を問題にしているのである<sup>4)</sup>。現在の判例・学説によれば、正犯者類型の間の差異は少なくとも結果の領域にだけは存しえないと言える<sup>5)</sup>。従って、犯罪構成上、正犯者類型の区別に対しては『行為』の領域に制序するか、あるいは『行為と結果の結合する』領域すなわち広い意味での因果関係の領域に制序するか、という二つの制序可能性しか残っていないのである。

間接正犯と直接正犯との限界設定に対しては行為自体のある一定の属性が本質的でなければならない、と資料は明らかにする(『行為の外部的性質 (äußere Art der Handlung)』)。それでは、事物論理的にみてもはじめて行為の(抽象的な)客観的外観 (objektive Erscheinungsbild) に従うと、行為は普遍妥当的には『直接的な実行行為 (unmittelbare Tathandlung)』かあるいは『広い意味での加功行為 (Beitragshandlung i w S)』としての性質を示すことができると

いえるかどうか。私は否定する。例えば、『コップ一杯の水に毒入りの錠剤を溶かす』行為は、犠牲者が直ちにこの水を飲んだと仮定すれば、最初から直接正犯として現れる。けれども、情を知っている犠牲者の妻がこのコップをコーヒーと一緒に食卓に並べた場合、毒入りの錠剤を溶かす行為はおそらく関与行為だけに限定されるのではないか。このように、ある時は単なる関与行為としての性質が行為に示された別の時はそうでないと言うかぎり、行為の外観だけに結びつけようとする『事物論理的』な基準のあい昧さが明らかになる。また、相当性という考え方に言及して、行為の客観的外観を志向するリットラー(Rittler)の見解も結局は説得力がない。

従って、行為はその外観に基づいて（直接的な）実行行為としての性質を示したり関与行為としての性質を示したりすることは出来ないので、形式的な基準すなわち構成要件の文言の活動範囲を目指したのである。しかし、一方で文言の活動範囲は種々の犯罪類型ごとに異なっており、また他方で立法者は定義づけにおいて関与形式の限界設定を念頭に入れていなかったということになるので、この基準は、正犯形式の限界設定に対して、まず第一に漠然としており、次に事物に即しても妥当でないということになる。

ここで主張する見解に立てば、正犯形式を結果（構成要件の実現）を共通にする領域や行為の外部的な性質に基づいても適切に区別することはできないので、行為と結果を別々に考察しないで、両者をありのままの関係にしておくべきである。その意味で、正犯者類型の限界設定について重要なのは行為と結果の結合する領域である。

この結合については、まず最初に因果関係が考えられる。それでは、直接正犯と間接正犯を区別し得る因果関係が本質的に存在するか。いうまでもなく、『刑法上の』因果関係は本質的には純粋な自然科学的な現象を確認することであり、それ故に自然科学的な方法（因果経過をその自然法則性に基づいて検討する方法）によってのみ確認されるのである<sup>6)</sup>。しかし、経験主義の領域に存するのは、因果関係は自然科学的に検討するだけで足りるか否かである。その意味では、自然法則的な因果関係は関与形式の識別基準として全く役に立たな

い。このような認識はそれほど新しいものではない。それどころか(形式的な)統一的正犯自体の観念でさえも、その大部分はこの認識に基礎を置いているのではなからうか。けれども、問題点の核心を正しく捉えるために、行為と結果の重要な結合に関して因果関係を説明するだけで足りるものではない。客観的構成要件は、因果関係に基づいて(規範的な)責任を考量した後に、結果が行為に客観的に帰属され且つ実際に『正犯者の作品 (Werk des Täters)』として現れたときにはじめて充足されるのである。今日の客観的構成要件理論では、客観的帰属性こそが行為と結果の結合場面に重要な地位を占めているのである<sup>7)</sup>。

これに対して、因果関係はいまや客観的帰属性の基礎的な前提条件として捉えられ、それ故に客観的帰属可能性を確認するための『有効な機能 (dienende Funktion)』を果たすだけである。客観的帰属可能性という考え方は、これまで関与理論のなかに多くの手掛かりがあったにもかかわらず、未だ十分に示されていないのである。ところが客観的帰属性という考え方こそ12条に関する主題提供の場 (sedes materiae) と考えるべきである。そこで、直接正犯を基礎にして得たすべての正犯形式に差異をつけることなく (unterschiedslos) あてはまる客観的帰属性の基準は、その基準を統一させるために、同一物の内部における限界設定には役に立たないのではないか。ましてや数人が所為像の実現に協働した場合、そこには客観的帰属可能性における差異はないのか。異なった方法で数人が加功した結果は、なる程、関与者各人に客観的に帰属させ得る、しかし、そのすべてが同一のひん辞内容 (Aussagegehalt) を持っているものではない、と結論づけるならば、まさにこのことが正犯者類型にふさわしい限界設定の出発点に外ならない。ここで問題になるのは、正犯者の行為と結果の因果連鎖のなかで、それ自体さらに法的に異なった性質を持つ他人の行為が現れる事例、すなわち検討すべき行為が現実的に他人に関係づけられた事例である。例をあげよう。例えば、AがXを殺害するようにBに依頼した場合、Bがこの依頼に応じたと仮定すれば、Aに客観的帰属可能性を認めることができる。その結果として、所為像の実現(Xの死)もまたAに客観的に帰属するのか、あるいはBが自ら自由な意思で行為した責任すべてを負うのか。本稿の課題はこ

の問題の解答に存する。関与規範は他人の行為への客観的帰属可能性に差異をつけていない (unterschiedslos) と考えるならば、客観的帰属性の局面では統一的正犯者という考え方が支配することになる (キーナップエルのいう意味での『形式的な統一的正犯』)。この見解に真っ向から反対する立場 (das extreme Gegenstück) はこの種の客観的帰属性を一般的に放棄することになり、従って刑事政策的に採用することはできない。私は、12条は折衷的な立場を採っている、と考える。折衷的立場に立てば、なる程他人の行為によって引き起こされた結果もまた原則的には客観的に帰属可能だとする、ただし異なった帰属可能性という意味で。だから直接正犯者としての客観的帰属性は規制正犯者としての客観的帰属性とは異なったひん辞内容を持っており、さらに両者は寄与正犯者としての客観的帰属性から区別されるのである。それでは寄与正犯の形式における客観的帰属性の代わりに直接正犯あるいは規制正犯の形式における客観的帰属性を可能とする前提条件はどこにあるのだろうか。

12条は三つのそれぞれ種類を異にする独自の意味内容とひん辞内容を持った客観的帰属性を規定している、と考えなければならない。例えば、誰かが規制正犯か寄与正犯によって有罪判決を受けた場合、有罪者の行為と結果との間には、この結果もまた (第一次的に) 他人の客観的な答責性の範囲内にあったと言えるような他人の行為が存在したというひん辞内容 (Aussage) を含んでいたのである。だから、判決文では、因果連鎖のなかで行為した者の客観的な共同答責性 (Jie objektive Mitverantwortlichkeit) は、結果はすでに規制正犯者が寄与正犯者として客観的に帰属され得るだけである、ということを明示しなければならないのである。このことは、実行された所為を正確に規定し且つ法治国家性という機能の面にも役立ち、さらに12条で述べられている客観的帰属性の三つの可能性を不法内容の程度や種類 (Höhe und Art) に関して等価的に評価することができるのである。

ところで、ローダーが寄与の因果関係の局面を法律的な不法評価の局面から切り離したのは的を得ていた。曰く、『全条件の原因となる (自然科学な) 等価性は法律的に評価を同一すると考えてはならないのである、この二つの局

面の間に、客観的帰属可能性を基礎とした因果関係の法的評価の局面が存在する』と<sup>8)</sup>。これまで他人の態度の客観的帰属性の問題に関係する場面で客観的帰属性の局面がおろそかにされていたのではないか。実は（因果関係と不法評価の間に存する）客観的帰属性の局面にこそ、刑法典12条の関与の問題点を解決するための鍵 (ein Schlüssel) が存在していたのである<sup>9)</sup>。

ここではじめて、間接正犯と直接正犯の間の限界設定問題が正しく提出されたのである。

キーナップエルの見解によれば、単なる規制正犯者か寄与正犯者としての客観的帰属性は、直接実行者が因果連鎖のなかで最初の行為 (Ersthandlung) を引き継いで結果により接近した行為を設定した場合のすべてに当てはまることになる。従って、結果は（他人の介在的行為なしには）発生しなかったということが確認されたならば直ちに、キーナップエルによれば、問題は二つの間接正犯形式のいずれに該当するかということだけである<sup>10)</sup>。しかし、このキーナップエルの見解には疑問がある。

まず、自分以外の者を『道具として (als Werkzeug)』利用することができる<sup>11)</sup>ということを想起すればよい。この場合、直接正犯者は機械的な道具 (mechanischer Werkzeug) を利用したり、あるいは、動物を生命のない道具 (ein lebloses Werkzeug) と同一視することはできないが、動物を『道具』として利用することもまた可能である。それと同様に、人間が『行為した』と考えるのではなくて、ただ絶対的強制下において (unter vis absoluta) 身体的な活動だけを見せた場合には、正犯者が人を『道具』として利用したと考えるのは当然である<sup>12)</sup>。

ところで、直接実行者に刑法上の行為性が存在したにもかかわらず、実際には『道具』にすぎなかったと言えるような一定の事例も存するのである。例えば、AがBの机上電気スタンドに爆薬をしかけたとしよう、その時何も知らないCが（Aの要請によるかあるいは自発的に）スイッチを入れたために、Bは爆発によって重傷を負ったという場合、また、XはYを殺害しようとしてZの自動車のブレーキを壊したとしよう、それを知らないZはいつものようにYを

家に送っていく途中で事故でYが命を失ったという場合、これらの実例で、生命のない道具あるいは動物の利用という点に事物に即した差異を見いだすことは困難である。そして背後者（実例のAもしくはX）には直接実行者たる直接正犯者と同様の結果を帰属させてはならないというのは何故なのか、理解に苦しむ。

以上と類似した事例もまた存在する。つまり生命のない道具あるいは動物的な道具を類推解釈する必要はないが、それでもなお構成要件の実現が第三者の介在的行為によらないで直接的に結果を導いた因果経過の場合と同じように、直接正犯として背後者に客観的に帰属可能な事例である。例えば、Aが交通量の多い道路でBと衝突したために、それまでに規則正しく走行していたドライバーがハンドルを切り損ねてCをひいたという場合、Aは直接正犯者として謀殺（75条）の客観的構成要件を充足しているのである。

これらの実例に共通するのは、直接実行者の刑法上の答責性は故意を欠いているために問題にならず、また彼の行為の注意違反性、客観的予見可能性、危険増加等をも欠いているために、すでに結果は直接実行者に客観的に帰属不可能であるということである。因果連鎖のなかで行為した者は、具体的な結果に関して、客観的帰属性の基準を充足しないので、構成要件の実現は彼の客観的な答責性の範囲にさえも存せず、ましてや背後者の客観的な法の世界にさえも存しないのである。ただし直接実行者が客観的に帰属可能な行為を行ったと言える場合には事情が異なる。この場合の結果は、実際には、『背後者の作品』になりまた『直接実行者の作品』にもなる。結果が背後者の作品になるという場合に、結果が（直接正犯として）直接実行者に客観的に帰属可能であるということは、結果は『間接正犯者（規制正犯者か寄与正犯）として』背後者に客観的に帰属するということを正当化する。例えば、先に挙げた机上用電気スタンドの実例で、Cは爆薬がランプのなかに取り付けられているのではないかと推則し得るに十分な理由を知っていた、という内容に変えてみよう。何故かという、通説によれば、この種の結果の客観的予見可能性が客観的帰属可能性を基礎づけることになるからである<sup>13)</sup>。従って、原則上、Cの社会的相当な



行為は、客観的な観察者がCの立場に立てば疑いを抱いたであろうという場合には、注意に違反した行為になる<sup>14)</sup>。この場合、結果が（直接正犯者として）Bに客観的に帰属するということは、それによって実行行為（Tathandlung）と結果との間にさらに他人（B）は完全に所為像に核当するような行為を行ったと言えるために、今度は、結果は規制正犯者か寄与正犯者としてAに帰属するという結論になる。

要約しよう。因果連鎖のなかで行為した直接実行者を経て結果を発生させた背後者は、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属可能か否かによって、直接正犯者になったり間接正犯者（規制正犯者か寄与正犯者）になったりする。従って、因果連鎖のなかで構成要件実現が他人にも客観的に帰属するというように他人が行為していない限り、直接正犯が存在し、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属しない場合には、規制正犯か寄与正犯が問題になる。それが直接実行者に客観的に帰属可能な場合に、背後者に関して特別な名称を必要とすらならば、『遮蔽された直接正犯者（verdeckten unmittel baren Täter）』（ただし、ブルグスタラーが主張するのは内容的に異なる）を主張すべきである。

以上の結論は、次のような考慮からもまた裏付けられる。すなわち12条の正犯者類型を三つに分類することは（客観的行為側面）で複数正犯の状況（die konstellation der Mehrtäterschaft）に合致するように設定されており且つ直接正犯者とは『たんに遂行したにすぎない場合もまた』正犯者となる者であるということを前提にして、結果が少なくとも二人の人間に客観的に帰属可能であった場合、関与者の一人だけでは客観的構成要件の実現が不可能であると言えたときにはじめて客観的な複数正犯の存在を確認することができるのである。しかし、ここで基礎にした意味での『遮蔽された直接正犯』の場合には、一人の人間（背後者）だけが客観的に帰属可能な方法で所為像を実現したことになる。それ故に遮蔽された直接正犯は客観的には単独正犯者にすぎないのであり、従って、直接正犯者である。

このような見解は、すでにこれまでの文献のなかにその萌芽を見ることがで

きるのである。例えば、リットラーは次のように定義づけている。曰く、因果経過のなかで設定された行為が『その行為に関して所為像に挙げられた態度の概念と一致した』場合、（その場合にかぎって）直接正犯を考える余地は全くない<sup>15)</sup>と。今日の学説に従って所為像該当性は客観的帰属性を前提にするというように考えるならば、この引用文は先に示した結論を内容として含んでいたのである。また諸資料が間接正犯（そこでは規制《Bestimmung》とされている）に制序しているのは『目的なく、傾向なく、故意なくあるいは・・責任なく行為した道具 (ein, absichtslos, tendenzlos, vorsatzlos oder ・・ schuldlos handelndes Werkzeug) による』あらゆる行為の遂行 (Tatbegehung) であって、所為像に該当するように行為しなかった者による行為の遂行ではないのである。従って、これが一反対論証に基づいて (argumento e contrario) 一直接正犯になるのである。

最後に、(ドイツの)『間接正犯』をオーストリア法に制序する場合、『機能的な統一的正犯』と『一身的な制限従属性による体系』との間のオーストリアにおける学説論争が顕著に現れる。そこで『頭を悩ませるただ唯一のグループ』は故意なく行為した者による行為の遂行の場合である。そのグループは直接正犯なのか<sup>16)</sup>あるいは間接正犯形式にあてはまるのか<sup>17)</sup>。結論だけ述べておくと、故意なく行為した者が少なくとも（客観的帰属性を含んだ）当該所為像を実現した場合、背後者は規制正犯者か寄与正犯者になる。従って、直接実行者が客観的帰属可能な行為を遂行したのではなくて『道具』として行為を遂行したという爾余のすべての事例では、（背後者は）（遮蔽された）直接正犯に変わりはない<sup>18)</sup>。

## （２）規制正犯と寄与正犯の限界設定

直接正犯と二つの間接正犯形式の限界設定から離れて、次に二つの間接正犯者類型の間の限界設定に着手しよう。この場合、通説によれば、規制正犯はもし規制正犯に該当しなかったならば寄与正犯に制序してもよいと言えるような一定の事例の独立したものである、と主張する<sup>19)</sup>。

間接正犯形式の内部における限界設定もまた（直接正犯と間接正犯との間の

限界設定と同様に) 刑法典15条2項に関して可罰性の範囲に影響を与える。何故なら、規制の未遂は罰すべきだと言っているが、『寄与の未遂』は罰すべきだとは言っていないからである。

ところで、オーストリアの一部の意見によれば、規制正犯と寄与正犯との間の識別基準は『所為の発起の如何 (Veranlassen der Tat)』にあると主張する<sup>20)</sup>。これに対して、制限従属性の主張者が目標にしたのは直接実行者に故意を喚起させたかどうか (die Erweckung des Vorsatzes beim unmittelbar Handelnden) であった<sup>21)</sup>。

私の立場に立つならば、間接正犯形式は直接実行者の故意を前提にしないので、ここで故意を喚起させることを目標にする必要はない。他方、『発起の如何』を基準にすることに対して学説上提起されていることは、所為の外部的な遂行はその具体的な状態のなかであらゆる効果的な加功行為を通じて発起されるために、この基準で規制正犯を寄与正犯から明確に分割することはできないということである<sup>22)</sup>。従って、規制正犯と寄与正犯との間の限界設定基準についてもまた行為の領域だけに存するのではなくて<sup>23)</sup>、行為と結果の結合する部分にだけ存在すると考えるべきである。

人的な態度は、それが我々に周知の自然法則性の支配下に存しない限り、『有為的な (willkürlich)』態度である。従って、ある人間の行為を彼以外の人間が『生ぜしめた (Bewirken)』と主張する限り、厳密には自然法則的因果関係を主張するだけでは不十分である<sup>24)</sup>。自然法則的な因果関係の代わりに一般的な経験知識に基づいた識別可能な他人の態度への『影響力の行使 (Einflussnahme)』如何が問題なのである。なる程、人間は自分以外の者の具体的な行為の実行に対して自然法則的な原因を与え得る、しかし自分以外の者の『有為的な行為』それ自体に対しては自然法則的な原因を与えることはできない、ただ自分自身の態度を通じて、彼は自分以外の者が自分の意図と同一の態度をとる機会を増加させ得るだけである。同時に、この領域で必ず問題になるのは自分以外の者のある特定の行為に対する『危険増加 (Risikoerhöhung)』如何だけである<sup>25)</sup>。

ところで一般的には、身体的な共働 (physische Mitwirkung) と並んで心的な共働 (psychische Mitwirkung) が認められる。ある身体的な加功行為は、被要請者 (Geforderten) の行為が自然法則的に生じなかったとしても、実際には少なくとも彼の行為が自然法則的にみて確認可能なほど容易に遂行可能な状態にあったということによって明らかになる。これに対して、心的な共働の特徴は確認可能なそれぞれの自然法則性を欠いているということである。それ故に、確認すべき『因果関係』は、程度の差こそあれ背後者が直接実行者に漠然とでも確認可能な影響力を行使したか否かである。従って、裁判官が確信を深めていく場合に確認するような純粋な危険増加が問題なのである。その意味で、危険増加という同一の領域のなかでは心的共働を一般的に認めるべきである。

規制正犯と寄与正犯に共通するのは、判断すべき正犯者の行為と結果の間に客観的帰属可能な第三者の行為が介在するということである。従って、この二つの正犯者類型の間の限界設定は直接実行者が客観的帰属可能な行為に着手した場合の危険増加如何 (Erhöhung des Risikos der Vornahme der objektive zurechenbaren Handlung des unmittelbar Ausführenden) に存しなければならない。

人が特定の構成要件に関して客観的な注意に違反した (帰属可能な) 行為を着手するということは、常に、ある一定の危険が存する。蓋し、この危険は刑法上中立的なものである。しかし、例えば、Aの客観的帰属可能な行為の着手に存する危険を法的に許されない方法で増加させる行為をBが着手しそして実際にAが当該行為を着手した場合、ここには『客観的な注意に違反した行為の発起』が存在すると同時に規制正犯が存在することになる。

これに対して、既に客観的帰属可能な行為にして法的に許されない危険が確認可能であり且つこの危険が正犯者の行為によってのみさらに引き続いて増加していく場合には、単なる寄与正犯者にすぎない<sup>26)</sup>。

以上のような見解に立つならば、わざわざ直接実行者の故意を目標にしなくても、『発起すること』は『その他加功行為』から危険増加の領域で明確に境界線を引くことができるのである。その意味で、通説のいう危険増加という考

え方は客観的帰属性の領域に属する<sup>27)</sup>ので、規制正犯と寄与正犯との間の限界設定もまた（この二つの形式と直接正犯との間の限界設定と同様に）客観的帰属性の問題に外ならないということが明らかになる。

ここで提案した正犯者形式の間の限界設定を事例に即して考えてみよう。

Aは射撃場で危ない標的の背後にXが居るのを見たとして、そこでAはXを殺害しようとしてBにライフル銃を与え、そして標的を狙って撃つよう要請したという場合である。この場合、Bが目的物の背後にXが居ようとは全く夢にも思わず、またもし仮にXが居たとしても、それはXが安全規程を遵守しているはずだとBが信頼したことに注意が払われていたとするならば、Bは発砲にあたって客観的帰属可能な行為をしたとは言えないから、Aは（遮蔽された）直接正犯者である。

Bはほんの少しまえに標的の背後にXが居るのを見るには見たが、Aが自分にライフル銃を与えた時点ではじめて、自分を憎んでいたXを殺害する動機を形成しそして事故に見せかけて殺害する決心をしたというのであれば、Aは客観的に帰属可能なBの行為の法的に許されない危険を『創出』したことになる、従ってAは規制正犯者である。

標的の背後にXが居るのを見た後で、Bは直ちに手落ちに見せかけて自発的にXを射殺する決心をし、ただ射殺する絶好の機会を待っていただけであるというのであれば、Aが増加させたにすぎないBの殺害行為の法的に許されない危険は既に存在していたことになる。従って、場合によっては、Aは寄与正犯者になるかも知れない。

（註）

- 1) Schmoller, ÖJZ 1983, S.379ff.,
- 2) このような理解は我が国の正犯議論にもいえる。すなわち『正犯—共犯』という体系の産物として『可罰性の間隙』問題が抬頭した結果、間接『正犯』の問題が議論されることになったのである。正犯形式を狭く解釈したからである。さらに、共同正犯の正犯性に関する間接正犯類似の解釈論にも言える。
- 3) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S. 379., FN 156. そこで、シュモラーは次のように述べている、曰く、「遂行 (Ausführung)」という概念は刑法典と資料では別々

に用いられている。その概念は、あるいは全関与形式における正犯者の行為に対する表現 (§ 15 Abs 2 StGB) であり、またあるときは構成要件の実現それ自体 (結果) (§ § 12, 16 StGB) が考えられている。本文で引用した箇所では、『遂行』を間接正犯形式の意味における『遂行以外の関与形式 (anderen Formen der Beteiligung)』と対置し、12条前段の直接正犯と同一視している。『遂行』と異なった意味を持つのが『直接的な実行』である。このことが、直接行為する者の所為を特徴づけ、彼の行為が第三者の介在的行為を必要とすることなく結果に結びつくのである、と。

- 4) ここで、『結果』という表現は広い意味に用いられている。だから、この表現は明白な外界 (行為客体 ≪Tatobjekt≫) の変更だけでなく、客観的構成要件実現の既遂も考えられているのである。また数人が関与したのが形式犯の場合、因果関係が特に問題になるが、形式犯の場合、因果関係は独自に検討しなければならない、何故なら、直接的な遂行者を経た構成要件の実現という関与行為は時間的に隔たっているからである (Schmoller, ÖJZ 1983, S.379. FN 159 und 160)。
- 5) 今日のオーストリアの通説に従うと、関与行為は『既遂に至るまで (すなわち、結果犯については結果発生に至るまで) 有効』でなければならないことになる。尤も形式犯における『結果』は実行行為の着手だけで足りるので、形式犯については行為の援助 (eine Förderung) で十分である (Vgl Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., 1978. S. 565.,)。
- 6) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.488ff., シュモラーは、思考の範疇としての『因果関係 (Kausalität)』と自然科学的な因果関係としての『因果経過 (Kausalverlauf)』を概念的に区別し、因果経過とは因果関係の客観的認定のための一手段である、と主張する。このシュモラー説については、山中敬一教授の批判がある。山中『刑法における因果関係と帰属』255頁以下参照。
- 7) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.451f.
- 8) Vgl Roeder, JBI 1975, S.562.,
- 9) シュモラーによれば、自然科学的に等価的な因果的加功行為は客観的帰属性の段階で種々に類型化される、しかし、因果的な加功行為のかかる類型は異なった不法内容を持っていないということになる。そこで、シュモラーは、直接正犯と間接正犯の限界設定を純粋な客観的帰属性の問題と考えているが、西ドイツの通説は行為支配という名称の下で混成的な客観的・主観的帰属性の問題と考えている。またブルグスタラーのように、その差異に直接実行者の故意を関係させる限り、純粋な客観的帰属性の範囲を見失うことになる、だから、客観的・主観的基準に従い、またブルグスタラーやツィップのように行為支配論に従うのが一番よい。さらにシールドは、関与形式の差異を主観的な帰属性の領域だけで処理する、その点で西ドイツで支配している行為支配論からも隔たっている。
- 10) キーナップエルは、規制正犯と寄与正犯について、因果経過のなかに現れた者が少なくとも刑法上重要な行為 (意思に支配された態度あるいは意思支配可能な態度) を設定したことを要求する。例えば、誰かが絶対的強制下で『行為する』者を利用したという場合、キーナップエルは直接正犯をすでに与えられたものと考え (JBI 1974, S.182)。換言すれば、規制正犯や寄与正犯は、キーナップエル

によれば、行為性に関して直接正犯者に『質的に従属する』のである。

- 11) Vgl Foregger-Serini StGB, 2. Aufl, S.37; Zipf, ÖJZ 1975, S.617.
- 12) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S. 182; Zipf, ÖJZ 1975, S.617., 我が国でも、このことは変わらない。西原春夫『間接正犯の理論』, 大塚仁『間接正犯の研究』, 中義勝『間接正犯』参照。
- 13) Vgl Burgstaller, Eienner Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 6 Rz 62; Triffterer, Die “objektive Voraussehbarkeit” (des Erfolges und des Kausalverlaufs)—unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? in: Bockelmann-FS 1979, S.201.,
- 14) Vgl Burgstaller, WK, § 6 Rz 37; Höpfel, ÖJZ 1982, S.317.,
- 15) 人の行為にして、それが所為像に挙げられた態度の概念と一致することによって初めて所為像を実現した者は直接正犯者ではない。すなわち、第三者の所為像該当的行為によって所為像を実現した場合には、直接正犯を考える余地は全くないというのである。Vgl Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. 2. Aufl., 1954, S.275.,
- 16) Vgl Zipf, ÖJZ 1975, S. 619ff; この場合、一般的には制限従属性の立場から、遮蔽された直接正犯を主張することになる。蓋し、ツィップは『正犯者の背後の正犯者 (Der Täter hinter dem Täter)』を主張する。
- 17) キーナップエルの主張する機能的な統一的正犯者の体系によれば、間接正犯形式は直接正犯と相対する概念であり、オーストリア刑法典12条の中段と後段を包括する概念である。しかもまた直接行為する者（ここで、この行為の法的性質は関係なく、ただ構成要件の文言に一致しておればよい）が直接正犯である。また関与者の独自の可罰性をも強調する。従って、故意なく行為する者を利用する背後者は、間接正犯形式（規制正犯か寄与正犯）で成立することになる (Kienapfel. JBI 1974, S.113ff und 180ff.)
- 18) シュモラーは、直接実行者が帰属可能な行為を為した場合、背後者は規制正犯者か寄与正犯者になるが、ただ『道具』として行為を遂行したにすぎないという場合、遮蔽された直接正犯になる、と主張する。ここで、注意すべきことは、『遮蔽された直接正犯 (Verdeckte unmittelbare Täterschaft)』は、ブルクスタラーによれば、直接実行者が故意なく行為した場合成立するのに、シュモラーによれば、直接実行者が客観的帰属可能な行為を為していない場合に成立する。
- 19) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.181., キーナップエルは、次のように述べている。曰く、刑法典は『他人を規制すること (Bestimmung eines anderen)』を間接正犯の一般条項から、すなわち刑法典12条後段にいうその他の共働 (sonstige Mitwirkung des § 12, 3. Alt. StGB) から排除し独自の正犯形式に独立させたのである、と。
- 20) キーナップエルは、規制正犯について、次のように定義する。曰く、刑法典12条の意味での正犯者とは、故意に他人を可罰的行為の遂行に発起したものである。『他人を規制すること』が他人への関連を前提にするのは思惟必然的なものである。この観点下で刑法典12条中段は、—刑法典12条前段や後段と反対に—

故意的な複数正犯の独占的且つ特異な事例を含んでいるのであると (Kienapfel, JBI 1974, S.186.)。

- 21) 一般的な公式とされている。『規制すること (Bestimmen)』つまり教唆とは、他人を所為に規制した者、すなわち他人をしてその者の遂行を決意すべく原因を与えた者であると (Foregger-Serini, StGB, 2. Aufl., § 12 Anm III, S.38.)
- 22) ツイップは、『発起如何』をもって限界設定することは、所為の発起と単なる心的幫助 (der Tatveranlassung und der bloßen psychischen Beihilfe) とのはっきりした限界設定基準をもはや持たなくなる、と主張する (Zipf, ÖJZ 1975, S.620.)。Vgl, Platzgummer, JBI 1971, S.245.,
- 23) 規制行為 (Bestimmungshandlung) に関して、所為の遂行を『始めた (einleiten)』行為、すなわち所為を遂行すべく発起した行為すべてが考慮されると (Kienapfel, JBI 1974, S.182.)。
- 24) 人間の精神界における自然法則性はまだほとんど研究されていないので、ある人間の行為と第三者の行為との間の因果関係は、自然法則的な結合という意味で確認することはできない。それ故に、人間の精神界では独自の帰属性の規準 (eigene Zurechnungsregeln) があてはまると (Schmoller, ÖJZ 1982, S.488.)。
- 25) 人間の精神界への作用を考える場合、外面的な自然法則的因果関係だけでは説明できない。なる程、第三者の具体的な行為の遂行には原因を与え得る、しかし、人の有為的な (willkürlich) 態度に原因を与えることはできない。何故かという、人の有為的な態度はその人自身の精神界から発現したものである。従って、第三者に与え得るのは『影響力の行使 (Einflusnahme)』ということになる。そうであれば、人は第三者が自分と同じ態度をとる機会を高めることができるということになる。この点をシュモラーは『危険増加 (Risikoerhöhung)』如何にもとめているのである。尚、危険増加説については、西ドイツの学説を中心とした山中教授の詳細な研究がある (山中『前掲書』210頁以下参照)。
- 26) 客観的帰属可能な行為にして法的に許されない危険が既に存し且つこの危険が『加功行為 (Beitragshandlung)』によってそれ以上高められなかったならば、既存決意 (omnimodo facturus=Schon-Entschlossene) の事例が提出される (Schmoller, ÖJZ 1983, S.385. FN 213.)。この事例の場合、イエシエックは教唆の未遂 (versuchte Anstiftung) か心的幫助が考えられるという (Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl. S. 560f, 570.)。
- 27) 寄与正犯については、行為が『所為像に該当し且つ客観的帰属可能な行為の危険を増加させた』ということだけで足りるのである。シュモラーの主張の核心がここにある。すなわち、12条の三つの正犯類型の限界設定規準を危険性に求めたのである。しかし、シュモラーの限界設定規準については、寄与正犯が解釈論上具体的危険犯か抽象的危険犯たる性格に変えられる、という批判がある (Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 1985, S.145. RN 12f.)。



## IV

6 これまで明らかになったシュモラー論文を簡単に要約しておこう。

(1) シュモラー理論の核心は、12条の三つの正犯形式の限界設定について、危険増加という考え方を基礎とした客観的帰属性を基準にする<sup>1)</sup>、という点にある。この基礎は、12条の全関与者の正犯者としての処遇という規定は『数人が犯罪行為に関与した』という現象を前提にしている<sup>2)</sup>、ということにある。ここで限縮的正犯者の体系から離れる。規制正犯や寄与正犯を定義づける場合、何故、直接正犯の故意にして且つ違法な行為を前提にするのか、すなわち、一方で直接正犯者が故意を欠いていたために規制正犯者や寄与正犯者に該当せず、また他方で行為支配を欠いているために直接正犯者にも該当しない者は、限縮的正犯者の体系によれば、刑罰の対象の外に存することになる。このように、直接正犯者が故意を持って行為したのかどうかに従って、同一の加功行為が刑罰の対象になったりならなかったりするのは何故なのか、この立場の論者の説得性はない。また、立法者が直接正犯者の故意による行為を要求していない以上、立法者の意思と異なったものを求めるべき事情は存在しない。このように限縮的正犯者体系を批判する<sup>3)</sup>。

他方、キーナップエルのいう『機能的な統一的正犯者の体系』に対しては、12条の三つの正犯者の定義づけに疑問を投げる。直接正犯者とは『法規上の文言と一致する行為を実行した者』であり、規制正犯や寄与正犯は『全く一般的にみて文言正犯への代置可能性』を含んでいた場合である、このように構成要件を拡大解釈すれば、加功行為者はすべて直ちに構成要件に該当する可能性があるので、キーナップエルは『従属性というドグマの放棄』を主張した。さらに、この立場にたてば、単独正犯者(Alleintäter)でさえも、彼の行為が構成要件の文言への一致如何によっても単なる寄与正犯者になる場合もある。例えば、単なる加功行為しか行っていない単独正犯者しか存しない場合、『共働者なき共働』を主張して、寄与正犯が成立することになる<sup>4)</sup>。しかし、キーナップエルの見解は12条の規定を無視している。12条の規制正犯と寄与正犯に関

する規定は『他人をして可罰的行為を実行するよう彼を規制し、若しくは・・他人の可罰的行為の遂行に加功した』者は、と言ってもいいのである。すなわち、規制正犯や寄与正犯は直接正犯者の可罰的行為を前提にしているのである。このようにキーナップエルの体系を批判する。そこで、シュモラーは、両説をそれぞれ検討した後、両説の折衷的立場に立つことを明らかにする。すなわち、一方でキーナップエルのいう『具体的な統一的正犯』の考え方を認め、他方でブルクスタラーの立場に立っても『ある犯罪への関与という特定の問題点』に限定して正犯規定から解釈するという方途をも認めるのである。つまり、12条は協働形式を把握するという点に本質があるから。ここで客観的帰属性理論をとり入れて、因果連鎖のなかで行為した直接実行者を経て結果を発生させた者は、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属可能か否かの基準により直接正犯者か間接正犯者に振り分けられる。それ故に、因果連鎖のなかで構成要件の実現が第三者に客観的に帰属するというように彼が行為していない限りで、直接正犯が成立し、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属しない場合、規制正犯か寄与正犯が問題になる。それが直接実行者に客観的に帰属可能な場合には『遮蔽された直接正犯者』を主張するとしている<sup>5)</sup>。

他方、規制正犯と寄与正犯との区別については、危険増加を基準にする。すなわち、直接実行者が客観的帰属可能な行為に着手した行為の危険増加如何が間接正犯形式の間の限界設定基準である。そこで、規制正犯の特徴は『危険の創出』にあり、寄与正犯のそれは『現存する危険の増加』ということになる<sup>6)</sup>。

(2) このようなシュモラーの見解は、我が国の共犯規定と比較するとき、どのように評価したらいいだろうか。なる程、規定の上で言葉上の相異がある。しかし、教唆犯や幫助犯の法規上の表現は、シュモラーの表現を借りて、『人を可罰的行為の実行に教唆すること』(教唆犯)あるいは『可罰的行為の実行に寄与した者は』(幫助犯)と表現してもよい。学説上、正犯は構成要件該当性を具備すれば足りるという最小限従属性説に最も親近性を示す<sup>7)</sup>。問題は『共犯—共犯』という体系を何故とらねばならないかということである。『犯罪とは行為である』との刑法上の基本原則を堅持するならば、共犯者の行為自体が犯罪

論の出発点でなければならない。その点で、『従属性というドグマの放棄』を主張するキーナップエルに賛成する。勿論、関与者相互の『現実的関連性』は認める。従って、キーナップエル、シュモラー等と我が国の共犯従属性論者との決定的な相違は、『数人が犯罪行為に関与する現象』を理解する上で、前者は『協動形式そのもの』として把握するのに対して、後者は『正犯－共犯』という図式にあてはめて把握するという点にある。我が国の共犯規定でも『協動形式そのもの』として把握することは可能である。刑法各則の構成要件は単独の直接正犯者を前提にして規定されている、というのが構成要件理論の出発点である<sup>8)</sup>。このことは否定しない。しかし、数人が犯罪行為に関与した場合、どう処理するかが問題である。その意味で、正犯者概念の定義を別にして、キーナップエルの体系思考に従いたい。すなわち直接正犯者類型と間接正犯者類型という二つの正犯者類型の観念を認める。ただし、正犯者類型の限界設定基準は、シュモラーに従って客観的帰属性－危険増加論に求めたい<sup>9)</sup>。

7 最後に、シュモラーの関与理論からでてくる刑法解釈論上の若干の帰結<sup>10)</sup>を示しておこう。

#### ① 刑法典15条2項に関して

この規定は、既遂正犯 (Vollendungstäterschaft) に対して、可罰性の範囲を拡大している。何故に可罰性を拡張する (Strafbarkeitsausdehnung) のか。未遂犯 (Versuch) そのものの現象を検討する。

被規制者によって所為像の実現という法的に許されない危険を創出したために規制正犯が成立し、既に現存するこの種の危険を増加させたために加功行為は寄与正犯になるのであった。この区別は『規制の未遂 (Bestimmungsscrsuch)』と『寄与の未遂 (Beitragsversuch)』にも主張できる。何故かという、規制あるいは寄与に『直接先行した行為 (unmittelbar vorangehende Handlung)』は既に法的にみて許されない危険を創出したか増加させているからである。未遂犯の客観的な構成要件は危険の創出 (Risikoschaffung) にある。従って、未遂犯の本質は所為像実現の故意と結びついた客観的な危険の創出にある<sup>11)</sup>。

## ② 規制の既遂 (Vollendung der Bestimmung) について

被教唆者が所為を決意した場合には、既に規制は既遂に達しているという見解がある<sup>12)</sup>が、正犯者類型の限界設定問題を客観的帰属性の問題と考えるならば、最初に発生した構成要件に該当する結果は(既遂に至らしめた作品として)正犯者に客観的に帰属するために、規制正犯の既遂を認める。

## ③ 原因において自由な行為の正犯形式について

因果連鎖のなかに客観的帰属可能な態度が存する、ところが、この態度は原因において自由な行為から責任の根拠になっている先行的な態度と同じく同一の正犯者によって設定されているのである。その点で、単独正犯の事例に関係するので、関与理論に独特な複数の正犯者に対する一つの結果の客観的帰属性の問題はでてこないのが一般的である。複数の行為 (Handlungsmehrheit) は存在するが、複数の正犯者は存在していないのである。従って、直接的な実行行為もまた(単独)正犯者の客観的答責任の範囲内にあるのである<sup>13)</sup>。

## ④ 特別な主観的メルクマールについて

正犯者類型の分類が客観的帰属性だけに関係するならば少なくともある特定の正犯者形式の間を主観的な領域で区分する理由はない。故意に相当するもの (die entsprechende Vorsatzrten), 内面的傾向の過剰性 (überschießende Innentendenzen) 及び特別な責任のメルクマールは関与形式のすべてにおのずから存在し且つ同等に存在しなければならない。従って、直接正犯者が処罰れる犯罪構成要件は、少なくとも背後者の構成要件に含まれているはずのすべての客観的な要素を満たしていなければならないのである。背後者は自分が実現した構成要件の規制正犯者若しくは寄与正犯者として処罰されるにすぎない<sup>14)</sup>。

## ⑤ 過失による関与について

12条はどの範囲で過失犯に適用し得るか、争いがある。三つの正犯形式すべてに過失犯が成立するというのが一般的な見解である。例えば、誰かが客観的構成要件に関して客観的な注意に違反した(帰属可能な)行為を行った場合、結果は背後者に『間接的な(過失)正犯者として』のみ帰属され得る。その意味で、過失による規制正犯者とは、(故意犯を類推解釈して)既に現存する客観

的に帰属可能な直接実行者の行為にして法的に許されない危険を増加させただけでなく、さらにこの危険を裁判官の確信にしたがって自ら『創出』した者である<sup>15)</sup>。判例や学説は、過失による関与正犯者とは特別な注意義務に違反した者だけである、と繰り返し主張している。正犯者類型の間の差異を客観的帰属性だけに認めれば、このことは当然である。客観的注意義務それ自体を客観的帰属性の問題と考えるから。何故なら、客観的帰属性の伝統的な基準は他人の態度の様々な帰属性の問題の外にあるため、正犯者各人についてそれぞれ検討しなければならないからである<sup>16)</sup>。

⑥ 共同正犯と同時正犯 (Mit-und Nebentäterschaft) について共同正犯という法形態は『もともと文言の正犯とたんなる幫助との限界設定の必要性から生じた』<sup>17)</sup> ということを念頭に入れておかなければ、この法形態は直接正犯と間接正犯の限界設定場面で一定の意味を持つことになる。『共同正犯』という表現は、同時正犯の事例と同じく、構成要件の実現を直接正犯者として数人に帰属させる事例である<sup>18)</sup>。その事例はどういう場合に考えられるのか。因果連鎖のなかで、すなわち時間的には判断されるべき行為が実行された後に、第三者にも客観的に帰属可能な方法で既遂に至るまで加功行為を為した場合には、間接正犯形式が存在する。ここで、原則上、時間的な継続性 (Aufeinanderfolge) を欠いていたとき、つまり分担行為が同時に遂行されたときにはじめて共同正犯を主張し得るのである。但、オーストリア法における共同正犯の場合、特に刑の量定では故意をもって行為した者に特別な量刑加重的な意味を与えているので、共同正犯は故意をもって行為する者だけに限定すべきことになろう<sup>19)</sup>。

⑦ 身分犯 (刑法典14条1項前段, 228条, 292条) について

数人の正犯に対して、14条1項前段は、構成要件実現の不法は当該資格が正犯者の一人に存する場合も充足すると規定する。従って、身分犯は『正犯者』というよりも『所為』に関係するのである<sup>20)</sup>。

身分犯のなかで客観的帰属性を考慮するならば、身分者 (qualifizierte Person) であっても、構成要件に関して、客観的帰属可能な行為を行っていない者は所為像を充足していないために、身分犯という関与者ではない。この場合、

事情によっては、非身分者 (Extranei) が客観的に帰属可能な構成要件の実現さえ充足していない場合もある。従って、客観的帰属可能な行為を行っていない身分者を (Intranei) (客観的な意味での道具として) 利用する者は、身分者の客観的帰属可能な関与に存する客観的不法が実現されていないために、原則上、処罰されない。

他方、228条、292条<sup>21)</sup>の共通性は、身分者が『善意に (gutgläubig)』ある一定の方法で行った行為に特殊な方法で加功した者には刑法で規定された刑罰を科すという点にある。一般的には『善意に』ということは『故意のないこと (unvorsätzlich)』と同一視されているが、必然的なものではなく、法規自体、別の箇所 (刑法典111条、112条)<sup>22)</sup>で『善意 (Guten Glauben)』ということ客観的な方法ではっきりと定義づけている。この定義から、善意ということは、111条の意味での虚偽の主張が正犯者に客観的に帰属可能であったために彼に『客観的に帰属』させ得る場合には除外するというように考えて、客観的帰属性と比較可能である。そこで228条、292条の規定を考えると、これらの規定は、224条の虚偽文書による証明 (die unrichtige Beurkundung) または288条の虚偽の証言 (die unrichtige Beweisaussage) が客観的に帰属不可能な方法で (すなわち『善意に』) 身分者によって引き起こされた場合、虚偽文書による証明または虚偽の証言は、14条1項前段の前提条件が存在しないために、224条、若しくは288条に関する構成要件の実現として身分者以外の関与者には帰属されないことになる。従って、誰かが因果連鎖のなかで結果に関して客観的帰属可能な行為を行ったならば、特別な資格が誰に存するかに関係なく、間接正犯形式が存在する。それ故に、『身分犯の主体としての資格が存するかどうかは、それぞれの関与形式において確定可能である』<sup>23)</sup>と考える。

#### ⑧ 関与と刑の量定について

刑の量定では、33条3・4号並びに34条6号が数人の関与に関係する。この場合、誘惑 (Verführung)、起因者 (Urheberschaft)、教唆者 (Anstiftung)、指導的な関与あるいは第二義的な関与 (führender oder untergeordneter Beteiligung) を主張するとしても、これらの諸概念を純粋に動詞の上から12条の関与

類型と一致させる必要はない。だから、寄与正犯を『第二義的な関与』と同一視すべきでなく、また規制正犯を別の刑の量定概念と同一視してはならない。

ところが、33条3・4号の概念にどうしても『規制の情状加重形式 (qualifizierte Formen der Bestimmung)』を認めようと（例えば、教唆という概念に故意をもって行為すべく規制することを認めようと）し、また直接正犯者は同時に『第二義的に関与した』とも考えられるであろう。しかし、当罰性に関係づけられ且つ12条に比べて独立した内容を33条、34条の概念に与えるか否かは、刑の量定論 (Strafzumessungsdogmatik) 自体の問題である。刑の量定は客観的な事実関係や主観的な事実関係に影響されるので、行為支配という考え方を刑の量定論に導入すべきであろう<sup>24)</sup>。

このようなシュモラーの見解は、我が国でそれぞれ問題のあるデーズに関する解決策への若干の指針を与えてくれるのではなかろうか。個々のデーズについては、脚註で簡単に私見を述べた、詳細な検討並びに我が国における解釈論上との比較については稿を改めて論ずることにしたい。

(註)

- 1) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.385.,
- 2) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.341.,
- 3) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.342., 我が国では正犯者の行為が構成要件に該当し且つ違法であることを要求する『制限従属性説』が通説である。その前提条件は限縮的正犯者概念にある。しかし、『正犯—共犯』という図式から『可罰性の間隙』問題として『間接正犯』問題が登場したのである。平野博士は、間接正犯の問題に関連して、機能的には最小限の従属形態が最も共犯従属性の精神を徹底させたものとされる(平野龍一『刑法の基礎(21)』法学セミナー141号35頁参照)。なお、従属性論に疑問を提出しているのに、拙稿『間接行為者の行為性について』大憲論叢21巻1・2合併号37頁以下参照。
- 4) ケーナップエルは『共働者なき共働』の事例について、次の事例を提出する。落雷にあって燃えているSの物置小屋をすべて焼き払ってしまおうと考えて、Kが1リットルの油を火に注いだという場合、Kは12条後段(§ 12 3. Alt)の意味での寄与正犯者であると(Kienapfel, JBI 1974, S.190.)。しかし、シュモラーは、本事例の場合、単独正犯の事例であって寄与正犯ではなく直接正犯になると主張する(Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.341)。
- 5) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.383., シュモラーによれば、一般にドイツで主張されているような『間接正犯』の諸事例は『遮蔽された直接正犯』であると主張

する。それに対して、キーナップエルは、その大部分を規制正犯として理解する。(Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985, S. 138.)。このようなキーナップエルの見解は、我が国における『正犯なき共犯』を主張する論者とも相通じることになる。中教授は『正犯なき共犯』という思考を展開される(中義勝『講述犯罪総論』231頁以下参照)。

- 6) Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S. 383. und S.385.,
- 7) 12条の規定に関して、シュモラーの視点は、協働の形式をどのように把握するか、ということであった。キーナップエルによれば、直接実行者が因果連鎖のなかで最初の行為(Ersthandlung)を引き継いで結果により接近した行為を設定したという状況を理解する。かかる状況のなかで、第三者の介在的行為なくしては結果は発生しなかったであろうということが確認されたならば、直ちに二つの間接正犯正式(規制正犯か寄与正犯)のいずれかが問題になるのである。このキーナップエルの把握した協働形式は、第三者を『道具として』利用するという協働形式をどのように把握するのか、疑問である。そこでシュモラーは、次のように把握する、曰く、因果連鎖のなかで行為した直接実行者を経て結果を発生させた者は、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属可能か否かによって、直接正犯者か間接正犯者になる。因果連鎖のなかで構成要件実現が第三者にも客観的に帰属するというように第三者が行為していない限り、直接正犯が存在し、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属不可能な場合には規制正犯か寄与正犯が問題になり、直接実行者に客観的に帰属可能な場合には、背後者に関して『遮蔽された直接正犯者』を主張すると。我が国では、このような全体的な協働形式の把握がなされていないようである。勿論、個々の状況、テーゼごとに解釈されているが。
- 8) このような理解の仕方が一般的といえるだろう。我が国の構成要件論者は『共犯』を『構成要件の修正形式』または『修正された構成要件』と理解し、あるいは『刑罰拡張原因』と考える。小野清一郎『構成要件の修正形式としての未遂及び共犯』(犯罪構成要件の理論・所収)245頁以下、滝川幸辰『犯罪論序説』207頁、団富重光『刑法綱要総論』(昭55)348頁、なお、平野博士は『拡張された構成要件』と称される。平野龍一『刑法総論Ⅱ』307頁、キーナップエルもまた『直接正犯者に関係づけられた刑法各則の構成要件の伝統的な解釈を固執する』と主張する(Kienapfel, JBI 1974, S.120f.)
- 9) 正犯者類型の限界設定基準を危険増加に求めることは、規制正犯や寄与正犯を危険犯として捉えることになるだろう。それは、関与の未遂を認めることから明らかになる。これに関して、事後(ex post)に確認可能な自然法則的な原因となる結果の招来もまた事前(ex ante)には危険の創出としてのみ現れる(Schmoller, ÖJZ 1983, S.385.,),というのが基礎になっているようだ。
- 10) Schmoller, ÖJZ 1983, S.385ff.,
- 11) 15条2項から、寄与正犯の未遂を不可罰としているため、未遂犯で『危険の増加』を主張するだけでは不十分である。従って、可罰性を拡大しているのは、未遂犯が客観的な危険の創出を本質的に含んでいるからである。ここで、シュモラーは、未遂犯もまた『客観的な構成要件』を、すなわち構成要件に該当する結果の法的



に許されない危険を前提にするということは、15条3項で規程された絶対的不能未遂 (absolut untauglichen Versuch) の不処罰 (Straflosigkeit) をも示す、という (Schmoller, ÖJZ 1983, S.385. FN 216)。

\* オーストリア刑法15条 (未遂の可罰性) は次のように規定する。

① 故意の行動に対する法定刑は、既遂の所為に対してのみならず、その未遂に対しても、また未遂への各関与行為に対しても、効力を有する。

② 行為者が、所為を実行し又は他人を所為の実行へ規制する (第12条) 決意を、実行に直接先行する行為を通して行為に現したときは、直ちに、その所為は未遂となる。

③ 未遂及び未遂への関与行為は、行為者について法規が前提にしているところの一身的な資格若しくは関係が欠如しているため、または行為の性質上若しくは所為がなされた対象の性質上、いかなる事情の下においてもその所為の既遂が不可能であった場合には、これを罰しない。

12) Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.184.,

13) ノヴァコフスキーは、原因において自由な行為 (actio libera in causa) やこれと同種の事例を『間接正犯一但、ドイツ法的な意味で』として捉えるべきだと主張した (Nowakowski, Der mittelbare Täter als sein eigenes Werkzeug, JBI 1947, S.453.)。この種の事例で、リットラーは、直接的な遂行行為 (unmittelbaren Ausführung) の前に存した (原因において自由な行為の場合の、帰責能力のある状態で行われた) 行為だけを実行行為 (Tathandlung) と考える (Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl, 170f und 296f FN 2)。シュモラーによれば原因において自由な行為の問題は、複数の行為 (Handlungsmehrheit) は存在するが、複数の正犯者は存在していないので、単独正犯者の問題であるという。

14) 背後者が実現した客観的構成要件が直接実行者の客観的要素以上の要素を持っているならば、背後者は自分が実現した構成要件にしたがって遮蔽された直接正犯者として処罰され、直接実行者はその構成要件の直接正犯者として処罰されるのである。背後者が直接実行者と同じ客観的要素あるいはそれより低い客観的要素を持った構成要件を実現したならば、直接実行者が直接正犯者であり、背後者は規制正犯者か寄与正犯者になる (Schmoller, ÖJZ 1983, S.386. FN 226.)。

15) キーナップエルは、過失による規制正犯の成立を否定する。何故かという、規制正犯に故意を要請することは、『規制する』という概念の目的的構造からでてくるのである (Kienapfel, JBI 1974, S.182.) と。しかし、12条規定の三つの正犯形式すべてに過失犯が成立するというのが、一般的である (Höpfel, ÖJZ 1982, S.316; Liebscher, JBI 1980, S.497.)。

16) 客観的帰属性の問題として『客観的注意義務自体』を捉え、その核心として危険創出を主張するものである。これを関与理論に採用するならば、関与者各人ごとに検討すべきとなる。何故なら、客観的帰属性の基準は他人の態度に関係なく捉えられるからである。なお、過失犯で『危険の創出』を客観的注意義務に関係させて理解するのに山中教授をあげることができる。山中『刑法における因果関係と帰属』293頁参照。

- 17) Vgl Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985, S.128ff,
- 18) Vgl Höpfel, ÖJZ 1982, S.314., Kienapfel, Strafrecht, 1985, S.128ff.,
- 19) キーナップエルは、共犯体系の意味での『共犯正犯』は、少なくとも二人の間が共同の行為決意に基づいて、すなわち意識的且つ意欲的に共動した分業の原則に基づいて所為を行った場合に、存在するという。だから『共同正犯』の場合、刑の量定では故意をもって行為した者に特別な量刑加重的な意味を与えているので、故意をもって行為する者に限定すべきであるという、但、共同正犯と同時正犯を言葉上区別するとして。Vgl Kienapfel, JBI 1974, S.122 FN 55.,
- 20) Vgl Höpfel, ÖJZ 1982, S.321., 14条1項は『不法の連帯性』の原則を明らかにしている。しかし、キーナップエルは、14条1項前段の規定に関して、『刑法総則の最も不可解な (rätselhafteste) 規程という。何故なら、機能的な統一的正犯者の体系によれば、関与行為は不法評価の局面でも評価を異にしないからである。Vgl Kienapfel, Strafrecht, 1985, S.156.
- 21) 規制正犯や寄与正犯を限縮的正犯者概念に基礎づけて捉える Zipf は、刑法典228, 292条をその論拠として提出する。

**第228条** (間接的な不実記載又は不実認証) ① 善意に、権利、権利関係又は事実を内国の公文書に不実に記載し、又は物に不実な公の認証記号を付備するようにした者は、その文書が法律上の取引において、権利、権利関係又は事実を証明するために行使され又はその物が法律上の取引において行使されるのを認識しながら行為したときは、一年以上の自由刑に処する。

② 自己又は三者が故意にその不実性を作出したところの、善意に作成された不実の内国の公文書を、法律上の取引において、権利、権利関係又は事実を証明するために行使した者、及び自己又は第三者が故意にその不実の付備を作出したところの、善意に不実の公の認証記号を付与された物を、法律上の取引において行使した者も、同じである。

③ 第226条 (有効な悔悟) は準用する。

**第292条** (不実の証言の招来) ① 事実に関する欺もうによって他人を誘惑し、善意で不実の証言を裁判所で行うようにさせた者 (第288条) は、三年以下の自由刑に処する。

③ 第1項に掲げられた方法で、何びとかが善意で不実の証言を行政官庁で行うようにした者 (第289条) は、一年以下の自由刑に処する。

ここで規定されている『善意に』ということ、『故意のないこと (unvorsätzlich)』と同一視する。vgl Zipf, ÖJZ 1975, S.619f.,

- 22) 第111, 112条は、次のように規定する。

**第111条** (悪評の流布) ① 第三者が知覚できる方法で、他人の軽蔑すべき性質又は心情を責め、又は世論の中で軽蔑させ又はその世評を下げるのに適した不名誉な挙動若しくは良俗に反する挙動の責めを他人に負わせた者は、六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金に処する。

② 印刷物、ラジオをとおして、又はその他悪評が広く公衆に流布される方法でこの所為を行った者は、一年以下の自由刑又は、三六〇日以下の日数罰金

に処する。

③ 行為者は、その主張が真実であると証明されたときは罰しない。第一項の場合において、行為者がその主張を真実であると考えたのに十分な根拠となった事情が証明されたときも、行為者は罰しない。

**第112条**（真実の証明及び善意の証明） 真実性の証拠調及び善意の証拠調は、行為者がその主張の正しさ又はその善意を援用したときに限り行う。私生活又は家庭生活に関する事実について、及び第三者の請求に基づいてのみ訴追される可罰的行為については、真実の証明及び善意の証明は、評さない。

23) シュモラーは、身分犯について、次のように結論する。曰く、（刑法典14条1項前段に従って）身分犯の所為像が実現され（身分者が客観的帰属可能な方法で結果に加功したために）、所為像の実現が原則上第三者にも帰属するならば、この種の客観的帰属性に関する問題は他の複数正犯それぞれに類推解釈して提出されるのである。だから、以後の関与問題は一般の犯罪（Allgemeindelikt）と同じように身分犯も解釈することができるという。従って、権限ある者（der Qualifizierte）だけが直接正犯者になるというブルクスターの見解は、法規から導くことはできないと批判する。Vgl Schmoller, ÖJZ 1983, S.389. und FN 263. 我が国における『共犯と身分』に関する主要文献、小野慶二『共犯と身分』刑事法講座三卷（昭27）483頁以下、西村克彦『共犯と身分』共犯論序説（昭36）209頁以下、大野平吉『共犯と身分』刑法講座4（昭38）158頁以下、西田典之『共犯と身分』（昭57）参照。

24) オーストリア刑法典は、その第四章32条以下において、詳細な刑の量定の規定を設けている。12条と関係する刑の量定の規定は、次の各項である。

**第33条**（特別の加重事由）特に、次の場合は、加重事由となる。行為者が、

③ 他人を可罰的行為に誘惑した場合、

④ 数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合又はこのような所為に指導的に関与した場合、

**第34条**（特別の減輕事由）特に、次の場合は、減輕事由となる。行為者が、

⑥ 数人によってなされた可罰の行に第二義的な方法で関与したにすぎない場合、

オーストリア関与理論を、12条以下の規定だけでもって『統一的正犯』（形式的な統一的正犯）の体系として即断し且つ批判するには疑問がある。この33条3・4号並びに34条6号の規定と12条以下の規定を統合的に把握すべきである。キーナップエルやシュモラーも、この点を強調している。Vgl Kienapfel, JuS 1974, S.1ff, insb. 6f.; Schmoller, ÖJZ 1983, S.389f.,

（1986. 8. 30.）