

資 料

## ルネ・ブロイ 『ドイツ及びオーストリアにおける 統一的正犯論の近時の展開傾向』

René Bloy, Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstaterlehre in Deutschland und Österreich, Festschrift für Rudolf Schmitt (1992) S. 33ff.

佐川友佳子(訳)

[ 訳者はしがき ]

以下に紹介するのは、ルドルフ・シュミット記念論文集に掲載された、ルネ・ブロイ教授の論文の要約である。教授は、かつて『刑法における帰属類型としての関与形式』(Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht)を公刊され、正犯・共犯論について詳細に論じられた。

複数人が犯罪に共働した場合には、その各人をどのように取り扱うべきかという問題が生じる。そこでの解決方法として、例えば、日本の現行刑法典においては、それぞれの者について正犯であるか共犯であるかを区別し、この区別が、解釈論上も、生じる法効果においても、重要な意味を持つことになる。具体的には正犯に対する共犯の従属性の問題や、幫助の刑の必要的減輕などがその例として挙げられるだろう。しかし、このような共犯体系とは異なった方法も存在する。それが、本論文のテーマとなっている統一的正犯体系である。

統一的正犯体系とは、犯罪に複数人が共働した場合に、それに関与した者すべてを正犯として把握するというものであって、関与形式間の区別を認めないために法適用が簡略化される、さらに、伝統的な共犯体系とは異なり、他の関与者の処罰に左右されることなく各自が自己の答責性に従ってのみ処罰される、という点に長所を持つものとされている。

本論文において、ブロイ教授は、上述の著書における考察を踏まえながら<sup>1)</sup>、現在のドイツ、及びオーストリアの法規を素材として、共働規定において統一的正犯体系を採用した場合に生じる問題を、明確に指摘されている。

現在、ドイツにおいては秩序違反法で、オーストリアでは刑法典で、この体系を採ることが認められているとされるが、教授によれば、いずれにしても、実際には、純粋な統一的正犯体系を維持し得ていないことが示されている。

ドイツ秩序違反法については、共犯成立の前提として正犯が故意であることを要求する現行刑法(StGB § 26, § 27)との矛盾から生じた問題が挙げられ、結果として、統一的正犯が貫徹されないという帰結が生じてしまっていること、また、規定そのもののあり方について、とりわけ未遂犯、身分犯の場合に、体系論的に一貫していない取り扱いをしていることが明らかにされている。

オーストリアでも、ドイツと同様の問題が存在しており、全ての関与の法的な等価性という建前が疑わしいものであることが指摘され、そして様々に錯綜する関与理論において折衷的な解決を図ろうとする、客観的帰属論を基礎としたシュモラーの見解<sup>2)</sup>について検討がなされている。また、ドイツ秩序違反法とは異なって過失の関与があり得るということ、さらに身分犯については、統一的正犯体系とは対照的な規定を用いることで解決が図られていると指摘する。

このような考察を通じて、プロイ教授は、両体系を混合するような体系は脆弱性を孕んでおり、折衷的な解決では問題は解決せず、いずれか一方の道を選ぶことになると述べる。ただ、純粋な統一的正犯体系において二元的体系(正犯と共犯を区分する従来の共犯体系)の処罰範囲を維持することは困難であるとし、また、統一的正犯体系は、古い結果不法概念に依拠するものであって、義務違反的な要素を持つ身分犯のような場合、納得のいくような解決を提示できないものであるとする。そして、こうした理由から、結局のところ、ドイツの秩序違反法であれ、オーストリア刑法典であれ、統一的正犯体系というものは失敗として評価される、したがって二元的体系を基礎とすべきである、と結論付けている。

統一的正犯論に関して論じたものは、最近でもいくつか公表されているが<sup>3)</sup>、本論文は、非故意行為への関与、未遂、身分犯等、個々の事例を具体的に提示しながら、統一的正犯論から生じる帰結とその問題点を端的に明らかにしており、また、関与体系の背後にある不法構造を指摘している点についても興味深いものであり、各体系の問題を把握する上で非常に参考になると思われる。各関与者を独立に扱うがゆえに、従属性の問題を考慮する必要がないことから、法適用が明確になるといわれる統一的正犯体系であるが、本論文によって、実際上の運用は、期待されるような簡略化が単純に得られるものではないこと、様々な事例における帰結が、結局のところは二元的体系へ接近していることが明らかにされている。立法上、複数人が共働した場合を扱う関与体系について、二元的体系、統一的正犯体系のいずれを採用するにしても、両体系の構造の相違を認識した上で、個々の場合に生じる帰結について詳細に検討する必要があるだろう。本論文は公表から10年以上の時間が経過しているものの、共犯論において今なお混迷状態にある日本の状況に、非常に大き

な示唆を与えるものではないかと考えられる。よって以下に紹介する次第である。

[ 本論文の内容 ]

ドイツでは、1952年より秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten・以下 OWiG と表記する) が存在しているが、もっとも、これは当初は限られた程度にしか学問上の関心を引いていなかった。ようやく1989年に、いわゆるカールスルーエ・コンメンタールが出版されたが、これが本論文の被祝賀者であるシュミット教授の弟子たちにその成立をかなり負っているということは、彼の長期にわたる業績に対する雄弁な証明である。シュミット教授は既に早くから秩序違反法の領域に転向した方であり、1970年にこのテーマ全体のハンドブックである『秩序違反法：経済領域に対する叙述』を公にされた。

このシュミット教授の業績の中には、刑法とは異なった OWiG の規定によって引き起こされた、最近のドイツにおける統一的正犯論のもっとも早い立場決定が見出される。統一的正犯論に法律上の承認を得させたこの規定は、1952年 OWiG には含まれておらず、その § 10 では、伝統的に刑法典の共犯規定を準用することが指示されていた。その後の1968年の § 9 (現行 § 14) において、立法上、統一的正犯理論が承認されたのであるが<sup>4)</sup>、この規定は、解釈論上、刑法典 § 25 以下との比較の点からしても、もっとも興味深い規定の一つとなっている。つまり、OWiG のこの規定が統一的正犯体系を採用したことと、ドイツ刑法典が従来どおり共犯体系を採ることで、関与理論における『二元性 (Zweispurigkeit)』が置かれたのである。この二元性は、学問的に生産的な対立を生み出した。これによって、比較法的観点を考慮した様々な体系に関する考察が、刑事政策的に興味深いだけでなく、現行法の原理的な構造を明らかにするために、意義深い企て (Unterfangen) となるのである。

ドイツでは、統一的正犯の採用は、実務上、容認しうるものであるとみなされており、したがってこれは、秩序違反法の領域に関する限りでは、批判的評価をさほど受けなかった。もっとも、1968年 OWiG の § 9 (現行 § 14) に対しては、最初から明白な留保も申し立てられていたのであって、それ以降、統一的正犯に対する意見や批判が鳴り止むことはなかったが、引き続き支持者も存在した。それと共に、

とりわけオーストリアから出てきた 統一的正犯体系と、正犯と共犯を区分する体系との間の溝を克服することを目的とした折衷的な提案というものが考えられる。明白には共通点を見つけれられないような様々な方向性のある傾向は、どのように評価されるべきなのだろうか。

以下の分析は、繰り返しを避けるために、自著で既に述べた立場を含むものではない。そこからさらに進んで、それ以降の経過をさらに考察し、そしてこのことから、統一的正犯論の現状評価を引き出すことが重要なのである。

1. BGHSt 31, 309 の決定は、統一的正犯体系と OWiG で採用された内容とに関する考察の重要な結晶化点を、1983年以降、秩序違反に複数人が関与した場合について要件としたものであるが、その意義は、この一つの問題の決定に尽きるものではなかった。実際、BGH は、それと共に、関与関係の基本構造に関して、この領域を援用したのである。もっとも、BGH は、判例でも以前主張されたように、他者の秩序違反への OWiG § 14 Abs. 1 にいう関与 (Beteiligung) は、他者が同じく故意で行為した場合だけであると限定していた。したがって、これに対して、コブレンツ地方裁判所が提示決定と共に BGH に問い合せたのであった。

学説はそれまでは割れていた。かなりの論者が早くから二重の故意要件を支持する一方で、他方では、とりわけキーンアプフェルがその代表であるが、統一的正犯原理を固守するがゆえに、故意の関連行為によって OWiG § 14 Abs. 1 の関与を限定することを拒絶したのである。確かにこの場合、故意の共働形式に OWiG § 14 Abs. 1 の適用領域を制限するということは、統一的正犯的な解決には馴染まない、という考えが正当である。にもかかわらず、この二重の故意要件に対しては、現在、ほとんど抵抗がみられない。それどころか、上述の1983年の BGH の決定の結果、ほとんど全ての者がこの路線を承認しており、しかも、かつては関与にとっては故意ではない関連行為で十分であるとした論者も同じように承認するのである。この注目すべき見解の転向には、キーンアプフェルのみが反対している。彼は、BGH の判決に対し、これは結局のところ、秩序違反法の関与規定を刑法の関与規定のように解釈するという目的を追求しているのだと、かなり批判的であった。さらにはブルンナーも、故意の関連行為を要件とする中に、統一的正犯思考が断念されるとする。

2. 統一的正犯理論と、二重の故意要件との両立可能性に鑑みれば、判例に賛同す

る者は、多かれ少なかれ、秩序違反による処罰の範囲と、刑法 § 25 以下による処罰の範囲とを調整するという利益のために、二元的体系へと譲歩することを認めているのである。もっとも、こうした歩みの射程距離は、様々に評価され得る。考えられるのは、以下の3つの立場である。つまり、統一的正犯を単に修正するもの、統一的正犯体系と、正犯/共犯体系のジレンマ、あるいは、統一的正犯を完全に断念するものである。

形式的統一的正犯体系と機能的統一的正犯体系とを区分する者は、二種類の方法について論じることができる。形式的統一的正犯概念にとっては、OWiG § 14 は様々な関与の役割については何ら述べておらず、統一的に、『関与者』と規定しているに過ぎない、ということが援用されうる。もっとも、形式的統一的正犯体系と機能的統一的正犯との間の相違は、もっぱら法規の文言に関わるだけであって、実質的な中身はないのかもしれない。こうしたパリエーションは、この規定が、一元体系的における処罰可能な態度の範囲を、二元的体系のそれに適合させることを許容しているとするのか（機能的統一的正犯体系）、あるいは何の役割も果たさないのか（形式的統一的正犯体系）ということに結びつくものとされる。調整テーゼ（Angleichungsthese）は、§ 14 に対する絶え間なき解釈のトパスであり、その中に深読みされた二重の故意要件も、BGH 決定が強調したように、秩序違反法と刑法における関与規定間の価値矛盾がこのように回避されるべきである、という目的に仕えるものである。従って、こうした解釈は、あたかも形式的統一的正犯体系であるかのように OWiG § 14 を定式化するにもかかわらず、意味の上では機能的統一的正犯体系となっている。これが OWiG § 14 の内容に適合しているかどうかは、どの構造要素がそれ自体に内在するのか、ということについて明らかにしなければならぬのである。

機能的統一的正犯体系は、正犯類型の形態の中に、複数の類型を認めるものである。これは、OWiG § 14 の場合には、少なくとも明文上には現われていないので、せいぜい、間接的に、全体の規定の意味連関から推論され得るものだろう。実際には、必然的に複数の関与類型を前提としている規範、すなわち OWiG § 14 Abs. 2 が存在している。これは、二元的体系と一致して、未遂の処罰可能性につき、関与の未遂を除外して、未遂への関与に限定するというものである。しかしながらこのようなことは、二元的構造モデルに立ち返らなければ、全くもって不可能である。というのも、統一的正犯体系において、関与の未遂というものは、必然的に正犯的な関与の未遂であって、したがって未遂への関与と一致しているからである。こうした帰結から逃れるため、既に多くの考察がなされているが、無駄である。こうし

た方向にあるトルクスの反論も納得できるようなものではない。彼の考察の一番重要な点は、『もっぱら』少なくとも関与者のうちの一人が直接的に構成要件を実現したかどうかを問題とすることにある。しかしながら、どの態度様式が構成要件実現として特徴付けられるのかという具体化は、純粋に事実的な性質のものではなくて、正犯概念に関する問題と結びついた法律問題なのである。同時に、社会生活上、前法律的な段階で、共同作業への様々な共同的役割を区分することが通例である、ということは決して否認されないであろう。関与形式の法的重要性を社会的意味内容に結びつけるという周知の考察だけが、経験的なデータの法的・規範的整理が不要であることと混同されてはならない。したがって、トルクス自身も認めていたように OWiG § 14 Abs. 2 で規定されている従属性は、正犯と共犯の法的区分を前提としているのである。

3. それゆえ、このような機能的統一的正犯体系が、概念上、異化された伝統的二元的体系とは異なるものであるのか、そしてそうであればどのような点においてか、ということが問題となる。このことが明白になる論点の一つが、二元的体系であれば通常、間接正犯と呼ばれる状況の取り扱いである。構成要件の不法に対する背後者の答責性は、この場合オリジナルに、すなわち非従属的に基礎付けることが出来る。というのも、背後者には、ただ直接に行為する者の行為 (das Handeln des Vordermannes) が帰属され得るのであって、他人の不法 (fremdes Unrecht) が帰属されるわけではないからである。それゆえ、直接に行為する者が法律上の不法類型を実現したかどうかも全く問題とはならない。そのことが欠ける事例の一つが、故意なく行為する道具の事例である。しかしながら、二重の故意要件に固執する限り、OWiG § 14 によって把握される関与類型はこの場合には問題とはならず、そこからは、不処罰の共働であるという結論が引き出されるだろう。もっとも、それと同時に、二つの関与体系が一致しないというズレが生じることになり、つまり、刑法で可罰的とされる態度と、秩序違反法で処罰される態度との外枠を調整するという方法では立ち行かないことになる。それゆえ、秩序違反法においても、故意を阻却するような錯誤に基づく意思支配の状況を処罰領域に加えることは避けられない。

さらに、それが、圧倒的通説に合致するように、OWiG § 14 とは関係なく生じるとするのか、あるいは、故意の関連行為という要件は放棄されないが、間接正犯が完全に OWiG § 14 にいう関与に吸収されるとするのか、という問題がなおもあり得る。重要なのは、身分犯の取り扱いに関するもう一つの選択肢である。というのも、OWiG § 14 の意味における関与についてのみ、その Abs. 1 Satz 2 が適用される

からである。故意を阻却する錯誤に基づいた意思支配の場合にも特別の一身的要素が連带的に作用するのであれば、ここでは、正犯と共犯の間の区分は消滅する。さもなければ、その限りで、二元的体系が維持されなければならないであろう。簡略化は、せいぜいのところ、全ての関与者が故意で行為したことが確実な場合、ないしは二元的体系の意味での関与形式が存在する場合に、こうした不完全な統一的正犯を提供するのである。

刑法上の故意なき行為媒介者の場合に間接正犯を扱うための規定が秩序違反法へと拡大していることは、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 の適用領域の制限によって、身分者の故意なき行為へ関与した非身分者が制裁を受けない、という意味を持つことになる。非身分犯の場合には、こうした帰属規定が全く不要なので、OWiG § 14 がなくとも、背後者の処罰は可能である。二元的体系への同化と共に、統一的正犯性モデルの大部分が失われることになる。

4. もっとも、これに対して、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 を、さらに故意を阻却する錯誤に基づく意思支配の状況にも当てはめることを検討する者は、それと共に生じる処罰の拡張の正当性とはどのようなものであるのかということをも、よく考えなければならない。今や、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 は、少なくとも故意行為の領域において、関与の処罰を、いずれにしても刑法の基本原則に従った把握可能性の基準を超えて、更に拡張しているのである。こうした、特別の一身的要素の連带的取り扱い、学説上、しばしば疑念に遭遇しており、統一的正犯理論の明らかな支持者の場合もそうである。このことは、個別事例の事実在即した解決に配慮するような調整の出現を期待するという考えを想起させる。

統一的正犯の場合、法適用の簡略化という利益のために、甘受される（しなければならない）処罰可能性の過度の拡張が生じ得るということは、秩序違反法において妥当している起訴便宜主義（OWiG § 47）を用いた調整に、しばしば委ねられている。しかしながら、それによっては、不十分な実体法上の規定を是正するための適切な手段は見出されない。一つには、適切に記述された構成要件の創出によって、処罰に値するものと処罰が必要なものの範囲を正確に記述し、そしてそれと同時に限界付けることは、立法者に課せられた任務である。この点で、当局の裁量決定を信頼するということは、法治国家上、憂慮すべきものである。もう一つには、そのような修正は、当該規定が許容され得ないものであるという間接的な自白を意味しているのであって、手続法的な装いの中で、正犯 / 共犯体系への回帰と結び付いているのである。起訴便宜主義は、失敗した実体法上の規定を有効なものにする、と

いう目的に仕えるものではない。そうではなくて、自由裁量とされたエネルギーを重大な事件に集中させ、その際、あまり重大ではないが、それ自体は処罰が必要とされる事件を断念するという意味で、合理的な優先順位を定める可能性を訴追機関に開くものなのである。

5. もっとも、故意行為への故意の関与についての処罰の拡張が、実際上の理由を持つものであって、この理由が、さらに間接正犯の状況に対して妥当性を要求し得る、という可能性も見過ごされてはならない。統一的正犯性の一部を秩序違反法に対して取り戻すという手段は妨げられるものではないだろう。

秩序違反法では、社会侵襲的な態度様式を撲滅することのみが重要なのであって、行為の社会倫理的な価値違反は問題ではなく、その場合、不法はもっぱら結果反価値によってのみ定義される、ということ的前提とする場合には、特別の一身の要素も、法益保護の機能領域に位置付けられる。そこでは、身分者が結果を引き起こしたのか、あるいは非身分者が、身分者の介入した中で結果を引き起こしたのか、ということは等しい。ここに、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 があてはまる。

結果連関性は、正犯者と共犯者の間の特別の一身の要素の連帯作用だけでなく、間接正犯の領域における特別の一身の要素の連帯作用についても、同じように説明する。非身分者によって関与させられた身分者が、共犯者として機能を果たすのか、あるいは行為媒介者として機能を果たすのかということは、行為媒介者が故意で共働したのか、あるいは故意なく共働したのか、という事情と同じように、重要ではない。非身分者の態度の法的評価にとっては、彼に帰属される要素が法益侵害を記述する限り、行為事象に関する身分者の人的関係は問題ではない。もちろん、更に、間接正犯者と行為媒介者との関係における連帯作用が、正犯者と共犯者との関係よりも、説得性があるように思われる、と言えるかもしれない。何故なら、前者は、道具、つまりは非人的なものであるが、後者はそうではないからである。

必要ならば、さらに、非身分者の関与が自動的に処罰を減輕されることが適切であるのかということを検討しなければならない。このことは、刑法 § 28 Abs. 1 とは異なり、秩序違反法の中には規定されていないにもかかわらず、学説上、若干の説が、それに賛成している。しかしながら、それには賛同すべきではない。非身分者に対して自動的に処罰を減輕するということは、特別の一身の要素が、身分者の態度の人的な義務違反を特徴付けることで、行為反価値の決定に関わる限りでのみ、適切であると思われる。もっとも、こうした事例においては、更に進んで、OWiG § 14 Abs. 1 Satz. 2 による、この要素の連帯作用も、否定され得る。それに、処罰の



必要的減輕は、刑法上の規定モデルとパラレルなものとはなり得ない。というのも、それは、身分者が、幫助者あるいは行為媒介者としてのみ共働する場合でさえも、非身分者に有利になる可能性があるからである。それによって、身分ある幫助者に対して、身分なき正犯者が相対的に優越することが明らかになる。非身分者の間接正犯という状況においては、犯行が、その者の不法内容及び責任内容においてどんな不足も示さないにもかかわらず、共働者は、完全な処罰の枠内で取り扱われることはないだろう。従って、あらゆる段階付け要求を制限なく考慮するために、現在の法事情をそのままにしておき、重要な要素の考慮を認めている OWiG § 17 Abs. Satz 1 によって過料の算定を調整することが、賢明であるように思われる。

6. いずれにしても秩序違反法と刑法との相違は、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 と刑法 § 28 Abs. 1 のそれぞれ独立した規定内容の中で正確に反映されているのである。このことは、今や、犯罪行為の可罰性に対して、秩序違反の処罰可能性が拡大していることは、回避されるべき価値矛盾を現している、というテーゼを疑問視するものであり、その代わりに、この点に存在する不一致を完全に実際上基礎付ける、という立場が説得力を増す。これに照らせば、秩序違反の処罰範囲と刑法の可罰的な範囲を調和させようという努力は、説得性を失うことになる。犯罪行為と秩序違反との間を純粹に量的に限界付けることにのみ基づけば、両方の領域に同一の帰属規定が妥当すべきだということが予定され、量的な細分化要素が認められると、当然に、関与を取り扱う場合の一定の区分もそれを伴うことになる。

7. まず、以下のような中間総括が引き出され得る。秩序違反法の関与規定は、§ 14 Abs. 1 Satz 2 と Abs. 2 において、二つの調和し得ない規定を、相互に統合している。OWiG § 14 Abs. 2 は、實際上、二元的構造モデルに従っており、それゆえ二重の故意要件と調和する。他方で OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 は、特別の一身的要素の連帯作用を間接正犯という状況へも拡張することが要求されるような、一元的な体系の精神に源をもつものである。二重の故意要件の設定は、統一的正犯理論の修正以上のものを意味する。それによって、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 に少なくとも適切な適用範囲を認める、という必要性が存在しない場合には、統一的正犯は、実務上、放棄されるだろう。

一元的体系の要素も二元的体系の要素も結びつけるという目標が目指されている。もっとも、法律を生み出した構想が苦慮している内部矛盾に鑑みれば、統一的正犯体系と、正犯/共犯体系との間でうまくいくようなジレンマは、不可能である。

混合体系へと努力する段階で、オーストリアにおける関与理論に関する見解の状況を考察することは、参考になると思われる。そこでは統一的正犯理論に関する議論が伝統的の基盤に基づいており、それゆえ現在では、既にドイツよりも高い意義を有している。というのも、オーストリア刑法 § 12 以下は、統一的正犯の働きを支えている規定に関わるものだからである。

1. オーストリアにおける、統一的正犯理論の展開は、混合体系への傾向が明白である限りでは、ドイツと類似した道を辿った。このことは、OWiG § 14 とは異なって、複数の関与形式を区分しているオーストリア刑法 § 12 によって促進される<sup>5)</sup>。その結果、オーストリア刑法においてまず第一に課題となるのが、直接的正犯 (unmittelbare Täterschaft)、規定正犯 (Bestimmungstäterschaft) 及び寄与正犯者 (Beitragstäterschaft) を概念的に把握し、相互に関連付けるということである。その際、二元的体系で一般的に用いられている基準はほとんど回避されるにもかかわらず、オーストリアにおける限界付け問題の取り扱いは、少なくとも、ドイツと同じくらいコストのかかるものとなっておいる。その結果、二元的体系に対してオーストリア側によってしばしば述べられる、概念的エネルギーと実際上の成果との間の不均衡、という非難は、ほとんど正当なものとは思われない。そしてこのことは、一旦は除外して考えられた行為寄与の重要性が、最終的には棚上げすることが出来ないだけに、なおさらである。なぜなら、それらは、量刑の段階で必然的に考慮されるからである (オーストリア刑法 § 33 Abs. 3, 4, § 34 Abs. 4, 6 を参照)。これとの関連で、行為支配をなおも合理的な評価要素と見なしている者は、それと同時に、二元的体系における正犯と共犯の間の評価格差が、決して実質的に誤っているということとは出来ない、ということ付随的に認めているのである。

これに対して、苦境にある機能的統一的正犯体系が明確にしなければならないのは、様々な正犯形式が法的に等価とされるにもかかわらず、どのような目的のためにそれを相互に限界付けるのか、ということである。

2. 『未遂への各関与』は処罰される (オーストリア刑法 § 15 Abs. 1) が、他方で、『その他の』行為寄与を為す未遂は不処罰とされる (オーストリア刑法 § 15 Abs. 2 の反対解釈) ことによって、細分化の機能が維持される。オーストリアの立法者は、修正された形式の中に、ドイツの秩序違反法における形式と同様の規定モデルを選択し、そしてそれと同時に、二元的体系の中心的な構造要素 従属性 を密かにそ

の関与規定の中に取り入れているのである。

未遂への関与の概念と結びつくのは、関与の関連行為に最低限必要とされる質に関する命題である。つまり故意の犯行が問題でなければならない。なぜなら、『客観的な』未遂は存在しないからである。様々な関与者について未遂要素を分解することに依拠した『未遂』の構造は、打開策をなんら提供するものではない。犯行決意(Tatentschluß)は、その場合、ただ規定正犯者ないしは寄与正犯者によって決意されていればよいが、他方で直接の実行者については、行為決意(Handlungsentschluß)と、客観的な未遂面の存在が必要であるとされる。この場合、未遂不法の内面と外見としての、犯行決意と実行の開始は、当然に、同一の人格に存在していなければならないだろうし、そもそもそれによって未遂が問題となり得る、と判断される。従って、規定正犯と寄与正犯にとっては関連行為の故意性は重要ではない、という見解は、既にこうした理由から、少なくとも包括的には、的確なものではあり得ないのである。

3. 法律上の規定が、少なくとも部分的な領域で従属性原理を援用していることが明らかになる場合には、関与形式の同等性または等価性に関するテーゼが揺らいでしまうだろう。その際、機能的統一的正犯体系における関与関係の分析には耐えられないような、単なる主張が問題となっているように思われる。

いずれにしても、今や、等価性の概念は、玉虫色であり、様々な解釈を許すものである。ともかく、各々の関与がそれらの形式に関わりなく、具体的に常に同じ刑を科せられる、ということは考えられない。統一的正犯理論の支持者は、さらに、量刑の最適な個別化が可能となる、ということも、この体系の長所に数える。しかし、ここでは、関与の責任内容における細分化だけが明らかになるわけではない。その限りで、各関与形式において等しい(完全な)不法が実現されるとする定式化は、誤解を生じやすいものである。それと共に、ただ重ねて、従属的な不法帰属の(表向きの)排除が明確に規定され、そしてさらにまた、3つの正犯形式を体現する類型化された不法内容が、相互に独立して同等に存立するということが表現されているとされる。もっとも、よく考えてみれば、こうした帰属類型の等価性は、せいぜいのところ、結果不法と結びつき得るものであろう。しかしながら、構成要件結果の惹起は、関与形式がそこに共通点を見出すような共通母ではない。というのも、犯行の完成に、関与形式は関係しないからである。さもなければ、つまり、未遂の局面では正犯が存在しなくなるだろう。

これまでのことから、様々な関与形式間の区分は、犯行(Straftat)の行為要素

(Handlungselement)に関わるものである、という結論が引き出され得る。このことを、既に、立法者の言葉の選択も裏書きしている。可罰的行為の『実行(Ausführen)』並びに『規定(Bestimmen)』そしてそれとは別の、これへの『寄与(Beitragen)』は、態度様式の表示に他ならない。この非常に特徴的な行為不法(Handlungsunrecht)は、今や 結果不法とは異なり 到達可能な数量化に尽きるわけではない。そうでないなら、『その他の』構成要件を為すという未遂が不処罰であることを、統一的正犯理論の支持者は納得してはならないだろう。これに対して、オーストリア刑法 § 15 Abs. 2 は、当罰性の基準ないしは刑罰目的の基準のみが用いられているがゆえに、決して行為形式の非等価性を含意しているのではない、という論拠で弁解されるならば、説得的ではない。というのも、このために引用された、保護法益に対する行為の様々な危険性の視点は、まさに行為不法(Handlungsunrecht)の客観的側面に関わるものだからである。

その類型化された不法内容に従った関与形式の等価性は、やはり実定法上規定されることにより、立法者によって、単純に定められてはならない。行為(Handlung)の様々な社会的意味内容について、法的な等価性は目的的にのみ基礎付けられることが出来るのであって、さもなければ当該規定は失敗である。しかしながら、まさにオーストリア刑法 § 15 における二元的体系からの借用が示しているように、そのような規範的な路線が欠けているのである。

関与形式が結果不法とは関係なく構成されなければならない、行為形式(Handlungsformen)は細分化された構造を示さねばならないとされるので、機能的統一的正犯体系における関与形式の法的な等価性というものは、実際には幻影であることが明らかになるだろう。

4. オーストリア刑法典において関与規定の異質の個別要素を調和して相互に結びつけようとする折衷的な解決手法がどのような葛藤に陥るのかは、その思考過程の多くをトリフテラーに従っているシュモラーの論文に、もっとも明白に示されている。

方法論的に、『純粋な』体系の間で選ばれた中道的課題は、異なる体系の長所を、法律上の規定の枠内で統合し、そして破綻のない全体構想へと到達する、ということにある。それと同時にシュモラーは、関与理論に関するオーストリアの多くの論者にとって特徴的なのは、折衷主義への際立った傾向であり、それはジンテーゼの形成として(誤って)解されている、と述べている。立法者による、相互に調整されていない個別規定の連結は、場合によっては調和には到達し得ず、最初から漢

然としている。もっとも、その種の考慮を取り入れる事は、現行法との一定の距離を前提とする。しかしながら、それを断念する者は、法解釈の体系化機能のみを許容し、その批判的的局面に関する法解釈を切りつめているのである。

にもかかわらず、関与規定の中で相互に調和されていない個別規定の寄せ集めを、円滑に明らかにするために、シュモラーは、様々な段階の区別を目論んだ。従って、彼は、可罰的関与の内部構造と外枠との間の相関関係を破り、それと同時に機能的統一的正犯体系の基本テーゼを手中にするのである。

別の側面からすれば、シュモラーは、犯罪行為（Straftat）への複数人の関与の構造化のための指導原理として、客観的帰属をやり多きものにしようとする事によって、實際上、不完全な従属性を伴っている。それに従えば、故意に行われた違法な犯行（Tat）が基点とはならず、共働者の関与形式が、他の共働者の態度の質に左右されないという限りでは、一つの中道を意味するものではある。もっとも、今まさに、何故、行為反価値の一定の個別の構成要素（のみ）が重要であるべきなのかに対する理由付けは、なおも欠けている。更に、既にこのことは、他者の行為がもつぱら因果の連鎖の中で中間部分の役割を果たすに過ぎない統一的正犯体系とは矛盾している。

シュモラーは、彼によって区別された共働者間の関連形式を、結果帰属の修正として評価することによって、彼の手法である従属性の縛りに対する視点を、自ら装っている。しかしながら、このために援用される（規定正犯と寄与正犯との境界付けに対する）客観的義務違反性及び危険創出、ないしは単なる危険増加の基準は、社会的に相当な行為の危険性に関わるものである。シュモラーが、複数人が共働する際に、別の意味で、単独正犯と複数正犯とを、この者のうちの一人だけに結果が客観的に帰属されるのか、あるいは少なくとも二人にそうであるのか、ということによって細分化している場合には、彼は既に、因果的な共働（のみ）を人的な共働から切り離しており、そこで複数正犯性が後者に左右される場合には、他者の行為不法の帰属と結びつくのである。

実際、帰属連関における他者の態度は、様々な意味を持ちうる。非人的に因果性は介在し得る。そこで、客観的帰属可能性はもつぱら、当該態度が帰属されるべき人格に適用される。しかし、人的にも、他者の行為不法の帰属が問題となり得る。そこでは、それが帰属される者にとっては他者の行為不法であるが、決して結果不法ではなくて、その者の行為不法の構成要素なのである。シュモラーによって選択された中道が、関与形式が他者の行為不法要素の帰属可能性に従って分類されることにある場合、そこには、関与は相互に関連する複数人の行為不法を前提としてい

る、という認識が(客観的に)普及しているのである。

シュモラーの功績は、オーストリアの関与理論が、そもそも、非常に、包括的な帰属理論を背景としていたところに存在している。とりわけキーンアプフェルは、既に早くから、関与理論を発展させるために客観的帰属論を用いたのであるが、その際に彼は、より周辺の修正を意図していた。彼は、可罰的な寄与正犯の限界付けと並んで、特に他者の自己危殆への関与を不処罰とすることを根拠付けたのである。もっとも、この目的は、完全に一致して到達されているわけではない。なぜなら、それは、統一的正犯と一致しない、自己の犯行(Tat)と他者の犯行との区分を、暗示しているからである。

シュモラーが、今やそれを超えて、帰属類型として関与形式を把握し、そしてその際、一般的な帰属原理と特別の帰属原理を、その補充機能の中で機能させる場合、彼は、関与理論を、正当にも、帰属理論の中に確実に固定している。

しかしながら、シュモラーの構想は、道半ばで立ち止まっており、そして因果的に等価である答責寄与の様々な類型化が、異なる不法内容の具現としては認められないこと、そして説得力のある根拠なしに、行為不法の個別の構成要素のみが細分化のために援用されている、ということに苦慮している。

シュモラーの特別な構造モデルを度外視しても、従来論じられた点以上に、オーストリアの規定における関与関係の、一元的な観点と二元的な観点との間にある解消できない緊張が感じられる。このことは、最終的には、もはや、両者の基礎となっている問題に基づいて解明されるしかないであろう。

5. 興味深いことに、オーストリアの圧倒的通説は、過失の関与がオーストリア刑法 § 12 の規定領域に属すものであり、そしてここで述べられている3つの正犯形式全てが可能であるとする。つまり、その限りですら、実行行為の実行と、決定、そしてさらに、それへの寄与との間が区別されるとするのである。

このことは、確かに少々驚くべきものである。一方では、それと共に、統一的正犯理論の支持者によって、過失の態度は区分されて評価され得る、ということが自ずから前提とされている。もっとも、こうした、過失不法の人格化は、実務上、ほとんど役割を果たしていない。なぜなら、それにはほとんど機能的な意義が認められないからである。なるほど、未遂は、實際上、最初から排除されるが、身分犯の取り扱いについても、どんな帰結も結びつかない。ドイツの秩序違反法と同様に、特別の一身の要素は非身分者に対しても帰属され得る、という規定が存在しているにもかかわらず、OWiG § 14 Abs. 1 Satz 2 とは異なり、オーストリア刑法 § 14 Abs.

1 Satz 1 は、可罰的な過失関与の事例も把握する、ということは議論の余地がない。関与形式という外見上維持された故意犯との並行性は、従って、体系的に均整の取れたシンメトリー（調和）に関する努力の現れに過ぎないのである。

6. 身分犯の規定については、事態はより困難である。オーストリア刑法 § 14 Abs. 1 という規定は、行為の不法にかかわる、特別の一身の要素の連帯作用を指示しており、つまりは、関与下での実際上の役割分担に左右されないとしている。このことは、ドイツの秩序違反法にとって採用され得るように、特別の一身の要素が法益保護の機能領域に位置づけられる、ということから出発する場合にのみ、説得的な解決である。態度の義務違反の特殊な傾向を対象に対して有しているような要素は、刑事法がそれを放棄し得ないにもかかわらず、こうした方法では、真価を発揮されえないだろう。

オーストリアではこの点をどのように切り抜けているのかは、かなり特徴的である。オーストリア StGB § 14 Abs. 1 Satz 1 の統一的正犯的な内容は、この規定によって把握される要素が一様に法益関係的な、つまり全ての他の要素のように不法要素と見なされることによって考慮される。

この規定は、犯罪に特有の不法が、身分者がその犯行を直接的に実現する、あるいは他の一定の方法でその犯行に協働する、ということに依存するような構成要件を念頭においた、オーストリア刑法 § 14 Abs. 1 Satz 2 によって補完され、相対化されている。この、統一的正犯概念とは正反対の相反する規定の助けによってのみ、特別の行為不法の、身分者の人格との結び付きが生じ得、まさにそこから帰結するような身分犯不法の根拠付けは、当該犯罪類型となるための要因となるのである。

ここから、次のような別の論争問題が分離され得る。それは、身分者と非身分者が、それぞれ正犯形式で身分犯に関与し得るのか、あるいは、身分者は、あらゆる状況の下で直接的な正犯者であるが、他方で非身分者は規定正犯または寄与正犯であり得るのか、という問題である。後者は、犯罪の『物的性質』からは、決して引き出され得ない。なぜなら、関与形式を分類する場合、行為形式の位置価値 (Stellenwert) は、様々なものであり得るからである。こうした点でオーストリア刑法 § 12 に関する規定が身分犯に対しては免除されるべきだということは、法規からは引き出され得ない。というのも、いずれにしても、オーストリア刑法 § 14 Abs. 1 は、正犯者領域の拡張にのみ関わるものであり、正犯形式に関しては何も語るものではないからである。身分者を直接的な正犯者と同一視することは、特別の一身の要素が法益関係的に理解され、直接的な正犯が別の関与形式に対して注目さ

れるような機能を有していない場合には、不要である。

直接的な正犯に、身分の反価値の根拠を独占化することは、こうした正犯形式のための重要な基準の交換を意味しているのであって、この交換は、統一的正犯の理念に反して、身分者が常に規範的な意味での『実行者』であり、これに対して実際に実行する非身分者が『その他の』行為寄与のみを為すというように、重要度を評価付けすることによって、行為事情の中心形象と周辺形象との間が区分される場合にのみ理解できる。

従って、身分犯の場合の関与問題の解決に関する見解の相違も、一元的な思想の所産と二元的な思想の所産との間の(隠蔽された)対立として現れる。オーストリアにおいて議論されている仲裁提案は、統一的正犯体系と、正犯/共犯体系との間の溝を、ドイツのものと同じように、調停するのである。

結論は、以下の通りである。混合体系には、どのようなタイプのものであれ、必然的に、内部的な脆弱性を孕んでいる。

こうした所見は、立法者的基準値へと後退することによっても、その意義を持ち得るものではない。なぜなら、個別の問題領域の間の複雑な関係を考慮した折衷主義的な精神性をもってしては、新たな全体構想は、実現されえないからである。刑法上重要な関与の内部構造と外部的範囲とは、両者共に相互には依存しないので、統一的正犯の中で伝統的な関与形式を一斉に解消する際に、二元的体系の可罰性の範囲を維持しようという追求がなされる場合、これは解決不可能な問題を試みるものであるように思われる。ここに機能的統一的正犯体系のあらゆる矛盾の根源がある。そしてそれゆえ、その主張者が期待するような、大きな簡略化を提供するというような状況にはないのである。

結局、二者択一の岐路に立たされているのである。一元的体系も、二元的体系も、それ自体では、首尾一貫して貫徹され得る。各々に必然的に伴う帰結は、それが体系に内在している考察方法についてではなく、外側から評価される場合にのみ、脆弱性とみなされる。対照的な基本モデルを結び付けようとする努力の中に現れた不満には、深い原因がある。つまりは、関与理論の助けによって把握されるべきであるような不法構造に関して、不安定であることが問題なのである。統一的正犯体系と、正犯/共犯体系との間の争いは、特定の分野については、古典的不法概念と、人的不法概念との間の対立を再述したものである。統一的正犯論は自らを、二元的体系に対して進歩的な構想として理解する一方で、それは、決定的に、古い結果不



法概念に依拠している。これに対し、二元的体系は、それが長らくその出現より前に生じているにもかかわらず、實際上、人的不法概念に結びついている。

二元的体系のみが、関与形式を行為者間の人的関係形式として把握することが出来る。混合体系は、自然因果的解釈に、個々の人的な構造要素を移植する、という試みの産物である。しかしながらそこでは、こうした要素は、他者の身体を形成するものであって、統一的正犯体系の枠組みを拡大するものではなくて、その枠組みを崩壊させるようなひび割れを生じさせるのである。新しいタイプの統合された関与体系への統一的正犯体系の更なる展開はドイツの秩序違反法のそれであれ、他の法秩序のそれであれ、こうした根拠から、失敗として評価される。こうしたジレンマからの打開策を示すのは、人的な関与と理論だけなのである。

- 1) 特に、本論文との関わりでは、René Bloy, Die Beteiligungusform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1984, S. 149ff. を参照。

ブロイ教授の共犯論については、京藤哲久(訳)『他人が所為を為した場合の正犯性の限界』明治学院論叢法学的研究61巻151頁以下も参照。

- 2) Kurt Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat- die objective Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 337, 379ff.

この紹介として、金子正昭『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』第一経大論集第16巻第3号143頁以下。

- 3) Kai Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstäterssystemen im Skandinavien, Österreich und Deutschland, 2002; Florian Engert, Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?, 2005 などがある。

- 4) 本論文においてテーマとなっている OWiG の条文の一部を以下に掲げる。訳文については、国立国会図書館調査立法考査局『西ドイツ秩序違反法』1980年も参照した。

#### § 14 関与 Beteiligung

数人が一つの秩序違反行為に参加するときは、それらの者の各々が秩序違反行為を行ったものとする。処罰の可能性を根拠付ける個人的な特性 (§ 9 Abs. 1) が、一人の関与者のみ存在する場合にも、また同様とする。

関与とは、過料による処罰を許容する法律の構成要件が違法に実現されたとき、又は未遂をも処罰しうる場合には少なくともその未遂が行われたときのみ、これを処罰することができる。

- 5) 以下、関連する条文掲げる。訳文については法務資料第423号『1974年オーストリア刑法典』1975年も参照した。

#### § 12 (全関与者の正犯としての取り扱い)

直接的正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規定し、又はその他所為の実行に加功した各人も、可罰的行為を為した者である。

#### § 13 (関与者の独立した可罰性)

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罰するもの

とする。

§ 14 (行為者の資格及び関係)

法規が、可罰性又は刑の量を、所為の不法にかかわる行為者の一身的な特別の資格又は関係に依存させているときは、このような資格又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。ただし、所為の不法が、一身的な特別な資格又は関係の保持者がその行為を直接的に実行し又はその他特定の方法でこれに加功することに依存しているときは、このような条件も満たされていなければならない。

これに反して、一身的な特別の資格または関係が専ら責任にかかわるときは、その法規は、このような資格又は関係を備えている関与者に対してのみ適用するものとする。

§ 15 (未遂の可罰性)

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。

行為者が、所為を実行し又は他人を所為の実行へ規定する(§ 12)決意を、その実行行為に直接的に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。

未遂及び未遂への関与行為は、行動者について法規が前提としているところの一身的な資格もしくは関係が欠如しているため又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。