HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	正犯と共犯（2）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，54(3)：25-51
発行日	2018-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

正犯と共犯(2)

吉田敏雄

（第五四巻第二号）

目次

第1章　関与理論の基礎
序
第1節　基本概念
1　出立点
2　限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念
3　従属性と独立性
第2節　共犯体系
1　共犯体系モデル
2　ドイツ刑法における共犯体系
A　現行法
B　正犯と共犯の境界
C　正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性
第3節　統一正犯者体系
1　統一正犯者体系モデル
A　一元的規制モデル
B　統一正犯者体系の種類
2　オーストリア刑法における統一正犯者体系
A　現行法
B　正犯者形態
C　独立性
D　過失犯

第1章　関与理論の基礎

第2節　共犯体系

2　ドイツ刑法における共犯体系

B　正犯と共犯の境界

①主観説　（以上前号）

②形式的客観説　本説は、構成要件に定められた行為（例えば、窃盗罪の窃取）を全部又は少なくとも一部を自分の手によって行う者、つまり、犯罪行為を自ら遂行する者だけが正犯者であると説く。本説は、一九世紀に広まり、一九三〇年代まで支配的学説だった。[48] 本説は、主観的規準を法的安定性の欠如及び概念的不鮮明さに繋がるとして斥けたのである。本理論は、自手性、つまり、所為支配が正犯者を根拠づけること、行為者が「所為を自分の所為として意欲した」のか否かという何かある推測がこのことを変えることはできないといった点で正鵠を得ていたのである。[49] しかし、構成要件に関連づけられてはいたが、専ら実行行為の外面にのみ焦点を合わせており、形式的に過ぎることが問題とされた。正犯の範囲を極端に限定することによって、処罰の間隙が生ずるという受け容れ難い結果が生ずるからである。すなわち、関与者の誰もが少なくとも構成要件の実行行為の一部を自ら遂行する場合に限って共同正犯の成立が認められるなら、全体事象が細分化されてしまい、関与者間の分業行為に共同正犯が認められるか否かは役

割配分という偶然に左右されることになる。さらに、本説は、所為遂行のために他の者を利用する者は犯行現場にいないのが普通であるので、こういった間接正犯の説明もできない[50]。今日、本説は支持者をほとんど見出すことができない[51]。かくして、形式的客観説も歴史上の一学説となってしまった。現在、学説の主流は所為支配説（実質的客観説）に立っている。

③所為支配説（＝**実質的客観説**）直接正犯だけでなく、間接正犯と共同正犯も正犯として根拠づけようと試みたのが**所為支配説**（Tatherrschaftslehre）である。本説は、正犯の規準として、所為関与者が「所為を自己の所為として意欲した」のか否かでなく、所為の支配を重視するので、**客観説**であり、形式的に構成要件該当行為の実行に焦点を合わせるだけでなく、構成要件実現のための直接的寄与（自手性）のない精神的所為支配の形態も把握するので**実質説**である[52]。

所為支配説の理論史を俯瞰すると、刑法の領域で最初に「**所為支配**（Tatherrschaft, Herrschaft über die Tat）」という概念を使用したのはヘーグラーであり[53]、ライヒ裁判所を批判して、正犯者意思の代わりに「所為実行の際に相応の現実の支配を伴う支配の意思が要求される」と説いたのがローベであり[54]、所為支配の思想を行為論と結びつけ、そこから「目的的正犯」を導き、その規準を所為支配に見出し、「目的的正犯は目的的所為支配のもっとも包括的形態」と論じて、「目的的所為支配」説を展開し、所為支配説の創始者と評価されるのがヴェルツェル[55]である。その後、マオラッハ[56]、ガラス[57]等によってこの概念が取り上げられ、最終的にはロクスィーンによって決定的展開を見るに到ったのである。今日、所為支配説はドイツ刑法学の支配的学説となった。その中心的思想は、正犯者とは構成要件該当の出

来事の中心人物（鍵となる人物）であり、この役割の要件が**所為支配**である。所為支配とは、故意によって包括される、構成要件充足の「掌握（in-den-Händen-Halten）」もしくは意思によって担われた、所為の支配的制禦をいう。所為を自分の意思によって進行させたり、阻止したりあるいは中断できる者がこういった所為支配を有する。[58]

ロクスィーン説によれば、正犯の現象、つまり、所為支配には三個の形態がある。先ず、所為が自らの手で（＝自分の体で）遂行される、それ故、自分が出来事の中心になる場合があり、これが**直接正犯**を特徴づける**行為支配**（Handlungsherrschaft）である。行為支配は自分の手による構成要件の充足である。次に、自分が構成要件実現の場に居合わせたり、その他協働する必要は無く、強制や欺罔によって実行行為者を支配する場合がある。これが**間接正犯**を特徴づける**意思支配**（Willensherrschaft）である。そして最後に、他の者との分業で共同の所為遂行をする場合がある。これが**共同正犯**を特徴づける**機能的所為支配**（Funktionelle Tatherrschaft）である。[59]

所為支配の全ての形態に共通なのは、所為支配を行う者は所為経過において決定的な制禦役割を有しているということである。この者が所為を「行うか否か」、「どのように」行うかを決定する。これに対して、共犯者は所為事象の「脇役」である。所為支配は正犯の**構成要件関連性**の要求を充たすのに最適である。所為支配は、構成要件実行行為の着手に着目するだけでなく、構成要件実現をも把握し、この場合、正犯者は、構成要件実行行為を自らの手により行うには及ばず、所為を支配しているからである。[60]

機能的所為支配については、その支持者の間で広義に解する立場と狭義に解する立場に分かれる。所為支配説論者

の多くは、**広義**に捉え、所為の予備の段階での協働があれば足りる、つまり、所為の実行を機能的に支配するという意味での「共同の遂行」を要求しない。例えば、暴力団の組長が所為を計画し、計画実行を組織するが、構成要件該当の所為実行をその組員に委ね、その際さらに影響を及ぼすことはしなかったという場合であっても、その組長は共同正犯者である。犯罪行為の未遂開始時期と既遂時期の段階での協働は必要とされない。広義説は、犯罪行為の予備の段階で行われる所為寄与も、「**重要な予備行為**」であるかぎり、機能的所為支配を根拠づけうると説くのである。[61] これに対して、**狭義**説は、機能的所為支配としての共同支配は犯罪行為の**実行行為の段階**で必要であると説く。未遂開始時期と既遂時期の間の段階で犯罪行為を共同支配する者だけが正犯者であり、この場合にだけ、「犯罪行為の共同の遂行」（刑第二五条第二項）と云えると説かれる。[62]

④全体性説　構成要件に対応する所為事象の客観的要素と主観的要素の全体的考察に基づいてしか正犯と共犯の区別はできないと説くのが**全体性説**（Ganzheitstheorie）である。この場合、「決して個々の要素が単独で決め手となるのでなく、個々の要素は所為事象の全体的連関の中でしか決め手となりえない。こういった要素として、出来事の客観的・外的面では、関与者が犯行現場に居ること、結果への傾注の時間的近接性、結果招来のための傾注の重さ等が、主観的・心理的面では、特殊な行為目的、贓物の分け方に関する約束、精巧な犯罪計画等が挙げられる。正犯か、教唆かはたまた幇助かは、その都度、事案毎に異なった特徴が決め手となりうる。正犯者は事態の全ての要素を全体的に考察して正犯者犯罪の構成要件記述に沿う者であり、共犯者は事態の全ての要素を全体的に考察して正犯者犯罪の構成要件記述に沿わないが、教唆犯者犯罪や幇助犯者犯罪に関する一般的規定の補充的記述に沿う者である。[63]

全体性説は、客観的要素と主観的要素を組み合わせる限りで適切と云えるものの、正犯と共犯の境界づけが統制不能な恣意的判断に陥ってしまうとして批判されるのである。「いかなる特徴」が具体的事案で決め手となるのかが不明だからである。これらのいくつかの要素は具備するが、他の要素は具備しない場合、どのように判断されるのか不明である。したがって、本説は関与形態にも妥当する明確性の原則に適合しない。[64]

⑤所為支配説に接近した主観説　連邦通常裁判所の数多の裁判例は、所為を自己の所為として意欲した者、つまり、正犯者意思で行為した所為関与者はいずれも正犯者であるということから出立する。その際、裁判所は、所為利益、つまり、「所為結果の自己利益の程度」[65]を最重視して、これを正犯者意思の本質的徴表と捉えている。連邦通常裁判所はかなり前から所為支配の観点をその正犯者概念のなかに組み込んでいるが、所為支配は正犯者意思を認定する若干の徴表の一つとして評価されるにすぎない。正犯者意思をもって行為したかは、①「所為結果への自己利益の程度」、②「所為関与の範囲」及び③「所為支配又は所為支配への意思」[66]によって判定される。所為支配は正犯の前提でなく、正犯者意思の徴表である。しかも、所為支配そのものは「**所為支配への意思**」によって代替されうる。[67]すなわち、所為支配が現実に欠如しているとき、「所為支配への意思」という主観的要素が所為支配の代わりとなりうる。「所為関与の範囲」という客観的要素も所為支配の一つの徴表に過ぎず、しかも所為支配との関係も明らかでない。[68]

正犯と共犯の境界づけに関して、裁判例は事案によって任意に主として主観的規準、一部は客観的規準の中から「合う規準」選択する。**主観的規準**として、自己の所為利益の程度及び／又は所為支配への意思、**客観的規準**として、所為関与の範囲及び／又は所為支配。しかし、これらの規準はすべて「正犯者意思（所為を自己の所為として意欲する）

を認定するための徴表」に過ぎない。結局、連邦通常裁判所の云う規準は「白地小切手」であって、裁判の結論を予測し難くし、恣意的裁判を可能とする。[69]

もっとも、その間に、連邦通常裁判所は間接正犯につき、所為支配が正犯を認める決定的規準となることを認めた。[70]裁判所は実態に即して、犯罪行為を道具としての人によって遂行する背後者の所為支配を重視しただけでなく、所為支配の概念それ自体も使用した。それでも、連邦通常裁判所は主観説のバラストから解放されていない。重要な間接正犯の諸裁判において、裁判所は所為支配だけでなく、加えて主観的規準、つまり、「自己の所為利益」、「結果を自己の行為の成果として意欲する」及び「所為支配への意思」を挙げている。[71]

C　正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性　共犯体系では、正犯者、教唆犯者及び幇助犯者という関与形態の違いは、本来、法定刑にも反映されなければならない。ところが、教唆犯者の刑につき、第二六条は刑の**任意的**減軽を定めていない。幇助犯者も正犯者と同じ法定刑に従うが、しかし、第四九条第一項により減軽されねばならない。第二七条第二項は**必要的**刑の減軽を定めているのである。

単なる教唆犯者を正犯者と同じく扱うことが批判の的となっている。正犯者は出来事の中心人物であり、所為支配を有している。これに対して、教唆は他の者の所為への単なる共犯であり、しかも、所為支配の無い関与である。殺人犯人は被害者を故意に殺害するが、教唆者はこの所為をまったく遂行していない。正犯は単なる教唆に比してより高いエネルギーを要求するのが普通である。教唆犯者は正犯者に所為決意を惹き起こすのだが、所為決意の実現とし

ての現実の所為遂行は不法と責任の内実において所為決意の単なる惹起よりも重いのが普通である。殺人者が被害者を殺すのであって、教唆犯者ではない。教唆犯者は臆病な「ほら吹き」かもしれない。これに対して、正犯者は決意から現実の殺人へというそれ特有の重い一歩を踏み出さねばならない。ことに比較的軽い形態の教唆は正犯よりも幇助に近い。このことを明らかにしているのが教唆と幇助の境界づけの難しさである。[72]

したがって、立法者が、「教唆犯者の刑は刑法第四九条第一項に従い減軽することができる。」という刑の任意減軽規定を新設すれば、刑事政策的に妥当であるし、責任主義、平等原則に適っている。[73]それにもかかわらず、第二六条の批判的論者が同条を憲法違反でないと考え、その理由として、個別事情から、教唆犯者を正犯者よりも軽く処罰すべき場合、裁判官は法定刑の範囲内でそうすることができることを挙げる。[74]しかし、この論拠は、謀殺罪のように絶対的刑（終身刑）が定められており、量刑裁量の余地が無いとき、なんにもならない。[75]

さらに、一方で教唆、他方で間接正犯、共同正犯の境界づけの問題が判例、学説で論争されている。しかし、この込み入ったそして今日までなお十分に解決されていない境界づけの問題が、正犯者にも共犯者にも同じ法定刑が適用されるため、実務上の意味を失い完全な「ガラス玉遊び」になってしまう。[76]

第3節　統一正犯者体系

1　統一正犯者体系モデル

A　一元的規制モデル

統一正犯者体系モデルは、その基礎に**拡張的（＝排他的）正犯者概念**をおき、正犯者とそ

の他の協働者を区別することなく、関与者をすべて正犯者と捉える。正犯者と共犯者の一切の概念的対置が放棄され、同時に正犯者内部における価値的段階付けが完全に放棄される（**あらゆる正犯者形態の等値性**）ので、このモデルはいわゆる**一元的規制モデル**と呼ばれる。所為に関与する者はすべて ―所為を実行する者も、実行行為者の意思を強化する者も、実行行為者に救いの手を差し伸べる者も― 一律に**正犯者**と呼ばれ、法的には基本的に同じ価値をもち、同じ法定刑の下にある。ここから**統一正犯者**（Einheitstäter）という概念が導かれる。[77]

統一正犯者体系では、所為を直接的に実行する者だけが**正犯者**なのではなく、実行者の「意思を強化したり」あるいは「救いの手を差し伸べたり」する者でも**正犯者**である。直接正犯者以外の関与者は**間接正犯者**と呼ばれうる。この用語は共犯体系で用いられる間接正犯者概念とは全く異なり、共犯体系における間接正犯者、教唆犯者、幇助犯者を含む概念である。共犯者体系では誰が複数の関与者の中で**所為の中心人物＝主犯者**であるかという問題が中心的課題となるが、それは統一正犯者体系では全く論外である。統一正犯者体系では、「主犯者」も「共犯者」も存在せず、したがって、「教唆犯者」も「幇助犯者」もいない。間接正犯者と直接正犯者の選択的認定が許される。[78]

統一正犯者体系では、関与者全員が**正犯者**であり、専ら**自己の不法**と**自己の責任**を問われる。換言すれば、犯罪要素（一般的及び特殊的不法要素と責任要素）を**本人自ら**実現する者だけが正犯者として処罰されうるである。統一正犯者体系には、**質的従属性**は**存在しない**。例えば、甲が丙を殺すために乙を雇い、乙が殺人の実行をするが、実は乙は精神障礙者であるが、甲はそのことを知らなかったという場合、乙が責任無能力の故に不処罰であるということは甲の刑事責任に何の影響もなく、甲には殺人既遂罪が成立する。[79] 質的従属性を原理的に放棄するということは、量的

従属性の放棄とともに、統一正犯者思想の理論的及び刑事政策的信仰告白だけでなく、同時に、特定の法規制が共犯体系に又は統一正犯者体系に分類されうるかの紛れも無い標識でもある。

統一正犯者には**量的従属性**も**存在しない**。各関与者は独立して客観的構成要件を実現するのであるから、各関与者は、自分の協働行為を行うか、これに接着した行為を行えば、未遂罪に問われる。他の関与者が協働行為をしたか否か、どの段階に達しているかは重要でない。例えば、甲が乙に丙を射殺するように勧めると、乙はうなずき、家から兇器を持って来るつもりになったが、乙はそうする前に考え直し、殺害行為をあきらめたという場合、乙は謀殺罪の実行行為が認められないとして、又は、謀殺の中止未遂として、いずれにしても不処罰である。これに対して、甲については、乙に説き勧めたことがすでに自己の実行行為の開始として甲に帰属できるということであれば、乙に（間接的正犯形態の）謀殺未遂罪が成立する。[80] 既遂で処罰されるのは、客観的構成要件が協働によって実現された場合に限られる。この限りで、各協働者にとって協働の「成果」が重要な意味を有する（各協働行為の**事実的関連性**[81]）。協働者は全て同一価値次元に位置することの帰結は、全ての正犯者形態に同一の法定刑が適用されるということである。どの関与者もその不法と責任に応じた、最大限の刑の個別化が可能となる。[82]

直接正犯者とその他の協働者の法定刑を違えることは統一正犯者理念の刑事政策的目的と一致しない。直接正犯者から離れているにすぎない関与者も正犯者であり、このことは統一正犯者原理の前提の一つでもあるから、その論理的帰結は、全ての関与者に同一の法定刑が適用されるということである。但し、立法者は、多様な協働形態に鑑み、細かな量刑規定を設けることにより、離れた関与者を一般的には直接正犯者ほど厳しく処罰しないが、しかし、具体

的事情によっては直接正犯者より厳しく処罰できる。統一正犯者体系において、具体的に適正な刑罰は**全体的・個別的量刑**という方法で得られる。すなわち、協働関係的事実（例えば、加重事由：指導的関与、他の者の誘惑、利用、共同の所為実行。減軽事由：従属的関与、第三者の働きかけによる所為の遂行、既に決意している者の意思を強める）が一般的量刑事実とともに同じはかりにおかれる。一般的量刑事由と協働関係的量刑事由は等値である（量刑事由等値の原則）。協働の事案では、それほど重くない所為関与の軽い無価値がその他の種類の加重事情により相殺される。それほど軽くない関与の無価値は他の軽減事情によって相殺されうる。このようにして、類の無いほど減軽事由のある直接正犯者及び類の無いほど加重事由のある直接正犯者という問題事例においても、所為の全体無価値にふさわしい刑の得られることが保証される。[83]

B　統一正犯者体系の種類　統一正犯者体系はその内部で形式的統一正犯者体系と機能的統一正犯者体系に分けられる。いずれも構成要件解釈の次元に位置づけられる。

a　形式的統一正犯者体系　統一正犯者体系はその思想を徹底させ、あらゆる協働者を差異化せず、広く捉えられた統一した正犯者概念を採用する（統一正犯者体系の「純粋形態」又は「理念型」）。これは、様々な所為遂行類型を概念的にも価値的にも区別せず、犯罪の実現に寄与する者をすべて区別なく正犯と捉える。したがって、統一正犯者概念は**統一類型体系**（Eintypensystem=Ein-Täter-System）とも呼ばれる。機能的正犯者体系とは異なり、形式的正犯者体系は、類型思考が構成要件解釈にもたらす特別の法治国保障も放棄する。正犯者は構成要件該当の出来事に協働する考えられる限りの全ての形態を含む。すなわち、正犯は、直接正犯のみならず、共犯体系の用語である「間接

正犯」、「教唆」及び「幇助」を含むのである。正犯者概念は、さらに、故意犯や過失犯への過失の関与、過失犯への故意の関与も含む。[84] すでにフォン・リストはこの見方に近く、一八九五年の第六回「国際刑事学協会」総会の折に、「正犯者性、幇助及び教唆の区別全体がなくならねばならない」と述べていたのである。[85]

形式的正犯者体系には、犯罪理論上、一つの難点が指摘される。この体系は直接正犯者でなく、「その他の方法で協働する者」に焦点を合わせているので、窃盗罪の「窃取」の概念は次のように定義されざるを得ない。窃取の要素を充足するのは、誰かによって今までの占有が侵害され、新たな、必ずしも自己のでない占有が設定されることに、客観的に帰属可能な方法で寄与した者である。しかし、このような構成要件解釈は著しく解釈を広げるだけでなく、さらに、細かな問題を、例えば、「必ずしも自己のでない占有」の意味といった問題を生じさせることになる。[86]

b　機能的統一正犯者体系　この体系も、**構成要件解釈**の次元に位置づけられおり、専ら**正犯という範疇**を使用するので、一元的関与モデルの一つである。法治国の明確性命令と伝統的構成要件解釈の理由からも又特定の可罰性限定づけの目的（オーストリア刑法第一五条第二項は可罰性を直接正犯者と慫慂正犯者に限定している）からも、正犯者はいくつかの所為遂行形態によって分けられる。協働形態の違いによって、正犯者は概念的に**直接正犯者**（Unmittelbarer Täter）、**慫慂正犯者**（Bestimmungstäter）及び**寄与正犯者**（Beitragstäter）に分けられる。こういった複数類型体系も統一正犯者体系であるのは、所為遂行形態がすべて価値的、本質的に対等の立場にあり、それ故、同じ法定刑が適用されるからである。このモデルは正犯者の**多類型体系**（Mehrtypensystem）とも呼ばれる。[87]

犯罪理論上、機能的正犯者体系が形式的正犯者体系に対して優位性が認められる。第一に、様々な所為遂行形態を区別することにより、伝統的な、直接正犯者に関連付けられた構成要件解釈に固執することが可能となり、解釈が容易になる。例えば、窃盗罪の「窃取」という概念の解釈は、共犯体系においてのみならず、機能的正犯者体系でも、直接正犯者の所為行為に合わせられる。それ故、直接正犯者が他の者の占有を侵害し、新たな、必ずしも自己のではない占有を設定したときに、「窃取」概念は充足される。第二に、法治国原理から来る明確性の命令への合致度という面で、機能的正犯者体系の方が優れている。第三に、機能的正犯者体系は正犯者類型を区別しているので、共犯体系で云う「幇助未遂」を「正犯未遂」として、可罰性から除外することが可能となる。[88]

統一正犯者理念は ―既にフォン・リストはその確信的支持者として考えていたことだが― とりわけ関与領域における過重な犯罪理論構成とは逆の方向をとる。共犯体系は、その範疇的で従属的な段階思考、金銀線細工をほどこした犯罪理論の概念抽象性によって実質に即した関与者の処罰を時として妨げさえするとして批判されるのである。[89]

2 オーストリア刑法における統一正犯者体系

A 現行法

オーストリア現行刑法は統一正犯者体系を採用している。[90] 関連条文は次の通りである。

〔全関与者の正犯者としての扱い〕

第一二条「直接正犯者のみが可罰的行為（die strafbare Handlung）を遂行するのでなく、可罰的行為を実行するよう他人を慫慂し、又はその他可罰的行為の実行に寄与した各人も、可罰的行為を遂行した者である。」

〔関与者の独立した可罰性〕

第一三条「何人も所為に関与したときは、そのうちの各人が自己の責任に従って処罰されねばならない。」

〔行為者の特性及び事情〕

第一四条「① 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特別の一身的な特性又は事情に依存させているときは、この特性又は事情が関与者のうちの一人だけに存する場合であっても、この法規はすべての関与者に適用されねばならない。ただし、所為の不法が、特別の一身的な特性又は事情の保持者がその所為を直接的に実行し又はその他特定の方法でこれに協働することに依存しているときは、この条件も充たされていなければならない。

② これに反して、特別の一身的な特性又は事情が専ら責任にかかわるときは、その法規は、この特性又は事情を備えている関与者に対してのみ適用されねばならない。」

〔未遂の可罰性〕

第一五条「① 故意の行為に対する法定刑は、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に対しても効力を有する。

② 正犯者が、所為を実行する決意を又は他人に所為の実行へ慫慂する決意を（第一二条）、その実行行為に直接的に先行する行為によって現したときは、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、法規が行動者に前提としている一身的な特性若しくは事情が欠如しているため、又は行為の性質上若しくは所為の対象の性質上、どんなことがあっ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。」

B　正犯者形態　ある犯罪行為に複数の者が協働した場合に適用される第一二条から第一四条までの規定が統一正犯者体系の中心的規定である。既に第一二条の標題「全関与者の正犯者としての扱い」から、立法者は、ある所為へのいかなる可罰的協働も正犯者として扱うことを示唆している。改正刑法草案理由書は、改正前刑法がすでに統一正犯者体系を採用していたし、改正刑法草案もこれを採用することを明言している。[91] 第一二条は様々な正犯者形態を区別しているに過ぎず、正犯者形態は構成要件の次元で全て法的に等値である。可罰的行為は直接正犯者によって遂行されるだけでなく、他の者を実行へと慫慂する者やその他その実行に寄与する者によっても遂行される。学説は第一二条の定める正犯者形態を**直接正犯者**（Unmittelbarer Täter）、**慫慂正犯者**（Bestimmungstäter）及び**寄与正犯者**（Beitragstäter）に分ける。共犯体系の特徴である教唆犯者（Anstifter）、幇助犯者（Gehilfe）という概念は用いられない。第一二条は、所為に関与する全ての者に同じ法定刑を適用することとし、統一正犯者体系の特徴を鮮明にしている。正犯者形態の機能別類型化は、個々の寄与の実際上の重さとは関係がないのであり、この重さは量刑において意味をもつ。第一三条（関与者の独立した可罰性）は責任主義の思想（第四条）を鮮明にし、各関与者の一身的責任の検証を要求している。このように、第一二条、第一三条が、正犯者形態しか定めず、全関与者に同じ法定刑を適用すること、質的従属性を放棄し、それ故、正犯者形態を法的に等しく扱っているので、通説はオーストリア刑法が機能的正犯者体系を採用していると理解している。[92]

関与規制の中心的要素の一つは「**可罰的行為**（strafbare Handlung）」という概念である（第一二条）。直接正犯者だけが可罰的行為を遂行するのでなく、可罰的行為を実行するように慫慂する者も、その他可罰行為に寄与する者も可罰的行為を遂行する。可罰的行為を遂行する者は客観的構成要件を実現するのであり、したがって、そこに類型化さ

れた不法を実現する。したがって、これら三個の正犯者形態の準拠点は可罰的行為である。いずれの正犯者形態もそれ自身だけで可罰的行為を遂行するので、この概念は、構成要件該当の法益侵害全体を指す、全体の出来事を包括する**類概念**と理解されている。すなわち、謀殺罪とか傷害罪といった各則規定の定める犯罪成立要素から、三個の正犯者類型に適用可能な可罰的行為が明らかとなる。慫慂正犯者、寄与正犯者を定める第一二条の構成要件拡張規定は、これらの者が慫慂とか寄与といったやり方で犯罪成立要素を充足するときにだけ適用されるのである。[93]

C　独立性　第一二条は質的従属性を否定し、**独立性の原則**を採用している。これは統一正犯者規制の本質的特徴である。但し、この原則には限定が付されている。第一五条第三項は、実行行為者がその主体としての不能の故に、行為の不能の故に、又は客体の不能の故に不処罰なとき、関与者の全ての者も不処罰としている。[94]

質的従属性と取り違えてはならないのが慫慂正犯者、寄与正犯者の**量的従属性**の問題である。直接正犯者の所為が既遂に到れば、既遂罪が成立し、未遂に止まれば未遂罪が成立する。**慫慂正犯者**に既遂罪が成立するためには、直接正犯者の所為が既遂に達していることが必要である。そうでない場合には、慫慂者の行動が重要である。慫慂に接着した行為さえ行われれば、それで未遂罪の成立には十分であり、直接正犯者の行動とは関係がない（第一五条第二項）。[95]

第一五条第二項は**寄与正犯者**については慫慂正犯者とは異なった扱いをしている。寄与正犯者が既遂に問われるためには、直接正犯者が既遂に達していなければならない。この点では、慫慂正犯者と寄与正犯者の間に違いはない。しかし、第一五条第二項の逆推論として、寄与正犯者に未遂罪が成立するためには、その者自身の行動だけでは足り

ず、直接正犯者が少なくとも未遂段階に達していなければならないことが導かれる。このことは第一五条第二項が寄与正犯者につき量的従属性を認めたことに他ならない（寄与正犯の限定量的従属性）。結局、寄与正犯者については、既遂犯への関与、未遂犯への関与は可罰的であるが、刑事政策的な観点から、寄与形態による関与未遂は不可罰とされる。[96]

D　過失犯　第一二条以下は基本的に過失犯にも適用がある。しかし、第一二条が過失犯に対して構成要件拡張の意味を有することは滅多にない。ある所為に寄与正犯者として協働するとき、協働者も過失犯に問擬されるためには、直接正犯者と同じく、自分自身に直接かかわる、**自己の注意義務**に違反してなければならないからである。この過失犯の構成的規準（第六条）は直接的に相応の過失犯に包摂されねばならない。過失致死罪、過失致傷罪のような場合、どの関与者も直接的に相応の規定の該当性を問われれば足り、第一二条の適用を要しない。過失で他人の所為（故意の所為であるか過失の所為であるかに拘わりなく）に関与した者は相応の過失犯の直接正犯者である。このことは、過失の慫慂というものが法的にも承認されるとするなら、慫慂正犯にも妥当する。特別犯と行為被拘束過失犯の場合、第一二条以下が特に第一四条第一項とともに、過失犯に対しても法的に独自の意味を、とりわけ構成的可罰性拡張規範としても独自の意味をもつ。[97]

E　全体的・個別的量刑　オーストリア刑法はすでに一〇〇年以上も前に主張された「刑の個別化の原理」に格別の考慮を払っていると評価される。[98] 例えば、前述した〔**スタシンスキー事件**〕のような場合、統一正犯者体系からは、正犯者と幇助犯者の境界づけという問題に煩わされることなく適正な刑罰が得られる。本事案量刑事情に関してみる

と、一方で、特別の加重事由として、刑法第三三条第一号は、「同種又は異種の数個の可罰的行為をなした」場合を定める。これに対して、特別の減軽事由として、刑法第三四条第四号は、「所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖から若しくは服従から行った場合」を、同条第六号は、「数人によって遂行された可罰的行為に従属的方法で関与したにすぎない場合」を、同条第一一号は、「責任阻却事由又は正当化事由に近い事情の下で所為を遂行した場合」を、同条第一六号は、「容易に逃走することができたにもかかわらず、又は発見されずにすむ可能性が大きかったにもかかわらず、自ら自首した場合」を、同条第一七号は、「改悛した自白をなし又はその供述によって真実発見のために重要な寄与をなした場合」を定める。そうすると、特別の減軽事由が特別の加重事由をかなり凌駕しており、しかも、法定刑の下限を下回る科刑であってもさらに可罰的行為をなす見込みは薄いので、第四一条（刑の特別の減軽）第一項「減軽事由が加重事由を著しく凌駕し、且つ行為者が法規上の下限を下回る自由刑を科せられてもそれ以上の可罰的行為を遂行しないという根拠のある見込みのある場合」が適用され、謀殺罪の法定刑である一〇年以上二〇年以下の自由刑又は無期自由刑は一年以上の自由刑に減軽されうる。このようにして、個別事案に即した全体的考察方法により、極端な事案において実態に即した且つ現実的な結果が得られると論じられる。[99]

F　統一正犯者体系と共犯者体系の比較

上述したように、ドイツ刑法においては統一正犯者体系が採用されず、共犯体系が採用されているのであるが、それには、憲法と刑事政策上の理由が挙げられる。第一に、統一正犯者体系は、責任主義及び実態に即した納得のいく理由なしに等しくない者を等しく扱うことを禁止しているドイツ基本法第三条第一項の平等原則に反する。例えば、単なる幇助犯者を、被害者を自ら殺害する正犯者と同様に「謀殺者」として扱いたい者は、単なる幇助犯の不法と責

任が自ら所為を遂行する者よりもかなり軽いことを見逃している。したがって、幇助と正犯を等しく扱うなら、それは実態にそぐわない。第二に、統一的正犯者概念は、刑事政策の視点からは、可罰性の拡大という不当な結果に繋がる。現行法に依れば、幇助の未遂は可罰的でない（第二七条、第三〇条第一項）。教唆の未遂は重罪の場合に限って可罰的である（第三〇条第一項）[100]。共犯体系の長所は、①「正犯者に向かう個々の犯罪の行為無価値が残される」点、②間接正犯、共同正犯、教唆及び幇助といった具象的形象は可罰性が拡大する危険（例えば、その他の因果的所為寄与も可罰性の範囲内にとり込む）の防波堤となる点、及び③様々な所為寄与がその実態に即した重さ（特に、特別の行為無価値）に従って把握される点にあると指摘される[101]。

しかし、このような議論は統一正犯者体系から見ると疑わしいように見えるのである。第一に、共犯体系は従属性の理論（教義）に支配され、このことが概念論争に傾注し、際限の無い理論的明晰を得る努力に繋がる。このことは、統一正犯者体系と比較すると、実践的成果という点で全く釣合いがとれていない。第二に、関与規制（統一正犯者体系であれ共犯体系であれ）の本来の目的は、できる限りの不法と責任に応じた刑罰の個別化にあるところ、ドイツ共犯体系では理論が圧倒的に支配し、この目的が視界から外れそうである。特に、正犯者と幇助犯者に対する刑の差異が本来の目的を達成する上での妨げとなっている。例えば、前述の〔**湯船事件**〕、〔**スタシンスキー事件**〕及び〔**臆病者事件**〕では、連邦通常裁判所は、直接的に行為をした、典型的な刑の軽減事由のない被告人を、しかし、正義の要請から刑を軽減するために、正犯者としてではなく、幇助犯者として処罰したのである。これは、実際には、従属性理論の破綻を意味したため、多くの批判を招いたのである。第三に、正犯形態と単なる共犯形態の間には価値的格差がるところから、共犯の処罰根拠という問題の生ずることは避けられない。様々な理論構成がなされているが、今日

に到るも一致した見解は得られていない。この種の問題は統一正犯者体系では端から生じない。[102]

さらに、「共犯体系」という表現に騙されるとの批判が加えられる。不法および責任内実、刑の重さという面でドイツ刑法においても共犯形態でなく、**正犯者形態**が優勢である。正犯者形態が共犯体系の隅柱、支柱となっている。制限従属性のために教唆や幇助が概念・理論的理由から否定され、処罰の間隙が生ずる場合には常に、正犯という範疇が利用されることで処罰の間隙が閉ざされるのである。すなわち、**間接正犯**は、共犯とすることができない場合の貯水槽の役割を果たしている。間接正犯の背後に、統一正犯者の思考が潜んでいる。このことは**共同正犯**にも云える。共同正犯は、とりわけ特定の条件の下で幇助行為を正犯に格上げすることを目的とし、可能にしている。共同正犯を捉える見方、議論技法は形式的統一正犯に近い。共犯体系の他の形象、例えば、**正犯者の背後の正犯者**とか**同時犯**もすでに概念上正犯形態である。**過失犯**では、すでに概念上、過失の犯罪行為への教唆とか幇助というものは存在しない。数人の者が過失の所為に協働するとき、各関与者が正犯者として処罰される。ここには統一正犯原理が働いている。〔**湯船事件**〕や〔**スタシンスキー事件**〕に見られるように、共犯体系に引かれた概念的境界を破って、刑の問題を全体的に捉える場合に、ドイツの実務は実質において、結論において**統一正犯者思考**に近い。教唆犯者には正犯者と同じ法定刑が適用されるところにも統一正犯者思考が見られる。[103] 実際、ドイツ「秩序違反法」は形式的統一正犯者概念を採用している。その第一四条は、「何人かの者が秩序違反に関与するとき、それらのうちの誰もが秩序違反の行為をしている。」と定め、関与者の誰もが正犯者として扱われることを明らかにしている。

第1章　注

(48) *E. Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 408 ff; *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 47 II; *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, 453 ff; *F. v. Liszt, E. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1927, 334 f.; *E. Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl., 1933, 444.

(49) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 827.

(50) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 9), § 61 III 3; *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 826; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 24; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 29.

(51) フロイントは、形式的客観説が古くなったと論難されるのは不当だと主張する。間接正犯の場合、たしかに、構成要件的実行行為を直接的に法益侵害を及ぼす行為と限定すれば、被害者を自ら射殺しない者は正犯者となりえない。しかし、実質的に考察して、被害者や第三者に媒介された法益侵害に繋がる行為も構成要件該当の実行行為と見ることができるなら、問題は生じない。例えば、毒物の混入した飲料水をそれとは知らない被害者に渡して飲ませるとき、間接的に法益侵害行為をしている者は自ら構成要件該当の実行行為をしている。*G. Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 10 Rn 35 ff.

(52) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 828; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 25.

なお、**元々の形の実質的客観説**も、犯罪行為の重要な要素の全てを把握するのには十分でないと指摘される。個々の所為寄与の危険性は外的事象によるだけでなく、関与者の全体計画によっても定まるからである。因果関連に等級づけをしても、それができるならばの話だが、役に立たないのは、所為の帰属にとって重要なのは因果事象の制禦態様だからである。例えば、甲が、甲の指図で乙が毒物を混入したコーヒーを叔母に差し出したという場合、甲が正犯者であり、乙は幇助犯者である。甲が毒物の混入について何も知らないとき、外的事象は何も変わっていないが、乙が間接正犯者となる。*Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 61 III 3.

(53) *A. Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19 ff., 184 ff.; *ders.*, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. 5. Bd., Strafrecht und Strafprozeß, 1929, 305. ヘーグラーは、所為支配を行為者人格つまり犯罪主体の要素であると見たが、しかしその下に責任の前提要件のみを、つまり、責任能力、故意、過失並びに免責事由の欠如を理解した。有責の行為をする者は、この意味で「完全な所為支配」をもつ者、つまり、責任能力のある強要されていない正犯者として「そういった性質における所為の主」であった者に限られる。過失の正犯者にもこういった所為支配は認められる。「反対の結果を期待できたにもかかわらず、そういう性質として所為を避ける意思の欠如」に所為支配がある。このように、ヘーグラーは所為支配の概念を今日的意味とは異なった意味で捉えている。ヘーグラーは、正犯と共犯の境界づけに関して、この概念を用いていないが、

間接正犯については、次のような説明をする。間接正犯の本質は背後者の「過重」にある。実行行為者が責任なく又は単に過失で行為するとき、唆す者が正犯者である。この者が「所為の完全な主」であるか、実行者に過失があるとき、「より強い所為支配」をもっているからである。Vgl. *Roxin*, (Fn. 19), § 11 60 f.

(54) *A. Lobe*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, 1933, 122 f.「正犯にとって本質的なことは、所為を自分の所為として遂行するという内容の意思の存在だけでない。さらに、意思の実現は、意思外部の者がその実現に役立つ実行行為を支配、制禦するという支配下で、意思が実行されるというふうに生じなければならない。……これによれば、誰が正犯者であるかは、二つの客観的・主観的要素によって決められる。……これにより、共犯を正犯から境界づけることも十分に可能となる。共犯では結果の招来を目的とする実行行為の支配が欠如している。実行行為はむしろ他の者の意思により惹き起こされ、支配される」。ロクスィーンはここに所為支配説の先駆けと見ることのできる悪意説が所為支配説の客観的要素で補充されていることを指摘する。*Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 30; *ders.*, (Fn. 19), § 11 63, 65.

(55) *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491, 543; *ders*, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 89 ff. 故意犯（結果の目的的実現）と過失犯（結果の盲目的因果的惹起）に共通の正犯者概念は存在しない。原因は全て等値であるから、過失犯で正犯と共犯を区別することはできない。過失犯には拡張的正犯概念、統一正犯原理が妥当する。これに対して、故意犯には目的的正犯者概念が妥当する。所為支配というのは、「人が自分の定めた目標に従って、未来を目的的に形成する（因果関係を作出する）という平明な事実である。……曖昧な正犯者意思でなく、現実の目的的所為支配が所為支配の本質的規準である。その際、意思決意を目的意識的に実行する者に意思支配が帰属する」。ヴェルツェル説の**目的性**（Finalität）の規準では、過失犯では所為支配が存在せず、したがって、正犯、共犯の区別ができないことの説明はつくが、故意犯では、正犯者、教唆犯者及び幇助犯者はいずれも目的的行為を行っているので、この規準では区別が付かない。*Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 31; *ders.*, (Fn. 19), § 11 64 f., § 12 68 f.

(56) *R. Maurach*, Deutsches Strafrecht AT. 2. Aufl., 1958, 517. マオラッハは目的的行為論を基礎に所為支配思想を故意犯にのみ正犯の規準として用いる。所為支配とは「故意によって包括される、構成要件該当の事象経路の掌握である。全体事象の実現を自分の意思によって阻止させたり、進行させたりできる協働者は誰でも所為支配を有する」。Vgl. *Roxin*, (Fn. 19), § 12 69.

(57) *W. Gallas*, „Täterschaft und Teilnahme", Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, 121 ff; *ders.*, „Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme", Sonderheft der ZStW, 1957, 3 ff. ガラス説では、所為支配の概念は「構成要件該当行為の『緩めた』解釈のための規準」として役立つ。例えば、暴力集団の長が犯行現場で窃盗の指揮をとると

いった場合、「なるほど自らは手を出さないが、しかし、現場に居て指揮をとるという機能は配下の者の行為ときわめて密接に結びついており、自らもともに支配し、それ故、窃取行為においてともに実行していると思われるほど決定的である」。さらに、所為支配概念には価値的要素が含まれている。例えば、自手犯とか客観的及び主観的正犯者要素をもつ構成要件では、外部の者は事象に決定的影響をもっていても、所為支配をもち得ないのは、この者に「所為の特定の犯罪内実」が閉ざされているからである。誰が所為支配を有するかは、必ずしも因果事象の支配の程度によるのでなく、個々の構成要件の法的意味内容によっても決まる。しかし、逆に、事実的支配が欠けている場合でも所為支配が肯定される場合がある。資格なき故意ある道具の場合がそれである。外部の者を真正公務犯罪へ教唆する公務員、すなわち背後者は直接行為する者を「支配」していない、つまり、「道具」として利用していないが、間接正犯が、つまり、背後者の所為支配が成立する。犯罪としての所為の性格はここでは専ら背後者の資格に依存している。Vgl. *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 32; *ders.*, (Fn. 19), § 12 71 ff.

(58) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 829; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 26; *R. Maurach*, Deutsches Strafrecht AT, 1. Aufl., 1954, § 47 III B 2 b, § 49 II C 2.

連邦通常裁判所も、〔スタシンスキー事件〕判決の前に、所為支配説に近い立場を説示したことがあった。BGHSt 8, 393「自己の手で人を殺害する者は、他人の働きを受け、その前でその人のために殺害しても、正犯者である（RG）」。

(59) *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 28; Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 830; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 27.

所為支配説を批判するが、結論的にはほぼ所為支配説に近いのがハインリッヒの説く「決定担い手（Entscheidungsträgerschaft）」説である。所為支配の概念は決定の担い手という概念によって代えられるべきである。この概念は、直接正犯では「本来的決定担い手」として、間接正犯では「決定引き受け」として、共同正犯では「決定結合」として理解される。*M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002. 本説に対しては、所為支配によってしか決定担い手になりえないという点で所為支配説に近いが、所為支配に遅れている、というのは、「決定」ということによって「所為決意」に力点をおきすぎていて、もっと重要な所為実行の支配をなおざりにしているからであるという批判がなされる。*Roxin*, (Fn. 19), § 44 Rn 224.

(60) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 28 f.

(61) *Gropp*, (Fn. 27), § 10 Rn 179; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 10), § 63 III 1; *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 108; *G. Stratenwerth, L. Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl., 2004, § 12 Rn 93 f.

主観説からは、所為寄与が実行段階でなく、予備段階であっても、共同正犯が成立する。BGH NStZ 1999, 609; BGH NStZ-RR 2002,

74.

(62) *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 198 ff; *ders.*, (Fn. 19), § 28 292 ff.

(63) *E. Schmidhäuser*, Strafrecht AT, Studienbuch, 2. Auf., 1984, 10. Kap Rn 163 ff.

(64) *Roxin*, (Fn. 19), § 44 Rn 201.

(65) BGHSt 18, 87; 43, 381.

(66) BGHSt 37, 289; 38, 315; 43, 219; 48, 52.

(67) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 837.

(68) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 Rn 838.

(69) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 25 839; *Roxin*, (Fn. 25), § 25 Rn 25 f.

(70) BGHSt 32, 38; 35, 347; 40, 218, 45, 270; 48, 77.

(71) BGHSt 40, 218; 45, 270; 48, 77.

(72) *Krey/Esser*, (Fn 28), § 24 Rn 796.

(73) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 24 Rn 797.

(74) *Krey/Esser*, (Fn. 28), § 24 Rn 797.

(75) *G. Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 22. Abschn Rn 31; *Roxin*, (Fn. 27), § 26 Rn 182.

(76) *Krey/Esser*, /Fn. 28), § 24 Rn 798.

(77) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 25; *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 8; *Triffterer*, (Fn. 1), 34 ff., 37. 参照、金子正昭『刑法における多数関与犯の理論』一九九三・一一八頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』一九八八・五頁以下。

(78) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 25; *D. Kienapfel*, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 1, 2, 6.

(79) *Kienapfel*, (Fn. 78), 4.

(80) *Kienapfel*, (Fn. 78), 5.

(81) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 29 f.; *Triffterer*, (Fn. 10), 16. Kap Rn 16 f.

(82) *Kienapfel*, (Fn. 33), 547.

(83) *Kienapfel*, (Fn. 78), 3, 7. 統一正犯者体系からは、〔**湯船事件**〕判決、〔**スタシンスキー事件**〕判決は、共犯体系の犯罪理論原理が適正な

刑罰と矛盾することの避けられないこと、具体的案件において適正な刑罰が犯理論原理に優越したこと証明していると見られる。統一正犯者体系の「全体的量刑」からは、そもそも正犯形態と共犯形態の境界づけという問題が生ずることなく、比較的簡単な方法で適正な量刑が得られると論じられる。

(84) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 32; *Kienapfel*, (Fn. 1), 120; *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 9; *Triffterer*, (Fn. 10), 16. Kap Rn 19; *ders*, (Fn. 1), 36 f.

(85) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 32; *D. Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, 26 ff.

(86) *Kienapfel*, (Fn. 78), 6; *ders*., (Fn. 1), 120 f.

(87) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1); E 2 Rn 33; *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 10; *Triffterer*, (Fn. 1), 37 ff; *der*., (Fn. 10), 16. Kap Rn 20.

(88) *Kienapfel*, (Fn. 78), 6; *ders*., (Fn. 1), 121.

(89) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 35.

(90) 一八五二年の旧刑法が、判例とは異なり、統一正犯を基礎に解釈できるかどうかの問題について、*D. Kienapfel*, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: *H. Müller-Dietz* (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 21, 40 ff.

(91) Erläuterungen zur Regierungsvorlage StGB, 1971, 78 ff.

(92) *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 32. Kap Rn 42 ff.; *Kienapfel*, (Fn. 1), 121; *F. Nowakowski*, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch Extranei, ZnStR II (1974), 147; *K. Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Tat — die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, 337, 347; *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap 21 Rn 11; *Triffterer*, (Fn. 1), 48 ff., 65; *ders*., (Fn. 10), 16. Kap Rn 31 ff. 判例は当初揺れていたが、今日おおよそ学説に従った。BKA-RIS RSNr 0089433（第一二条に表されている統一正犯者体系は直接正犯と慫慂正犯を全く等値の正犯者形態として並列させている。それ故、被告人が、事実が異なっていて、直接正犯者でなく、この所為を「故意なき道具」としての他の者を利用して遂行したという意味で慫慂正犯者であったか否かは決定的事実ではない）。

これに対して、ブルクシュタラーは現行法を**限縮統一正犯者モデル**（Reduziertes Einheitstäter-modell）とでも呼ばれるモデルによって理解する。すなわち、可罰的行為に関与する者の全てを正犯者として扱っているが、それは、これらの者の全てに同じ法定刑が適用されること、個々の事案の関与の態様は他の観点と並んだ一つの量刑観点に過ぎない限りで、「統一正犯者体系」が実現しているに過ぎない。なるほど、第一二条以下はある所為に関与する者をすべて正犯者として扱っているが、しかし、三個の正犯者形態を等値

と見ることはできない。これらの形態はおおよそのところ共犯体系に見られる「正犯者」、「教唆犯者」及び「幇助犯者」の区別に近く、法的価値において等しくない。直接正犯者と他の正犯者類型、とりわけ寄与正犯者との間には価値的差異がある。慫慂正犯と寄与正犯には**質的従属性**が働く。慫慂正犯と寄与正犯は、直接正犯者の「可罰的行為」（第一二条）に関連づけられており、直接正犯者自身が可罰的行為を遂行する。可罰的行為に包摂されるのは少なくとも構成要件該当且つ違法である出来事だけである。故意犯では、直接正犯者は自ら故意で行為者しなければならない（人的不法論）。第一三条は、それ以上の不法を超える従属性を要求していない。ブルクシュタラーは、さらに、第一五条第二項が寄与未遂を不処罰としていること、刑訴法第三一四条が陪審員に個々の正犯者形態の区別を要求していることも指摘する。

不法に関連づけられた従属性から、可罰性の間隙が生ずることになるが、これに対処するべく、直接正犯者と他の関与形態の境界づけるために**所為支配**（Tatherrschaft）という「包括的正犯規準」が持ち出される。この規準が用いられることによって、ある者が故意なしに行為する道具を利用する又は違法に行為しない者を利用する場合、利用者は質的従属性の故に慫慂正犯者とはなりえないが、直接正犯者として処罰可能となる。第一二条は間接正犯者という概念を知らず、又、「間接的直接的正犯者」という矛盾した表現を避けるため、背後者が所為支配を持っている場合は、覆い隠された直接正犯者（verdeckter unmittelbarer Täter）と呼ばれる。*M. Burgstaller*, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRZ 1975, 13 ff.; *ders.*, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRZ 1975, 13; *H. Zipf*, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ 1975, 617.

このように、ブルクシュタラーは、方法論に於いても結論においても厳格正犯者概念を基礎におく共犯体系を展開したことになる。しかし、立法の経緯、法文及びドイツ刑法第二六条以下及びスイス刑法第二四条以下の共犯規定との比較から、オーストリア刑法が統一正犯者体系を採用していると一般に理解されており、ブルクシュタラーの「偽装した共犯体系」論は受け容れられなかった。Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 44; *Triffterer*, (Fn. 10), 16. Kap Rn 15 ff.

(93) *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 13; *Triffterer*, (Fn. 10), 16. Kap Rn 40.
(94) *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 17.
(95) *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 18.
(96) *Fuchs*, (Fn. 92), 32. Kap Rn 33 ff.; *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 18; *Triffterer*, (Fn. 9), 16. Kap Rn 33.
(97) *Steininger*, (Fn. 2), 21. Kap Rn 25; *Triffterer*, (Fn. 10), 16. Kap Rn 33.
(98) *W.E. Wahlberg*, Das Princip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, 1869; Vgl. *Kienapfel*, (Fn. 1), 115.

(99) *Kienapfel*, (Fn. 78), 3.
(100) *Krey/Esser*, (Fn. 21), § 24 Rn 784 f.; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 3.
(101) *Kühl*, (Fn. 30), § 20 Rn 9; *Roxin*, (Fn. 27), § 25 Rn 3.
(102) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 17 ff.
(103) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), E 2 Rn 22.