

# オーストリア刑法における共犯と身分

十 河 太 朗

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 共犯従属性の概念
  - (一) 関与形式の種類
  - (二) 通説における従属性概念
  - (三) 反対説における従属性概念
- 3 共犯と身分
  - (一) 14条の趣旨
  - (二) 理論的根拠
  - (三) 従属性概念との関係
  - (四) 不法身分と責任身分
- 4 まとめにかえて

## 1 はじめに

わが国の刑法65条1項は、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする」とし、同条2項は、「身分によって刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する」と規定している。周知のように、この規定に関しては解釈論上争いが多いが、中でも学説の対立が著しいのが、1項と2項の関係をどう理解するかという点である。法文によると、1項の身分は非身分者にも連帶的に作用するのに対し、2項の

身分は非身分者には及ばず個別的に作用することとなる。そこで、1項と2項の間に矛盾があるのではないかが問われ、これまで活発な議論が展開されてきたのである。通説は、1項は構成的身分の連帯的作用を、2項は加減的身分の個別的作用を規定したものであると解しているが、反対説も有力に主張されており、依然として学説の対立は続いている<sup>1)</sup>。

ところで、わが国の刑法は、複数の者が犯罪行為に関与した場合に各関与者を正犯と共犯に区別し、それぞれについて異なる取扱いをする、いわゆる共犯体系を基礎としている。これに対し、すべての関与者を正犯として扱う統一的正犯体系を採用しているのが、オーストリア刑法である<sup>2)</sup>。それでは、オーストリア刑法において共犯と身分の問題はどのように解決されているのであろうか。後述するように、オーストリア刑法典も、身分者の行為に非身分者が加担した場合の取扱いに関する規定を置いているが、その内容は、わが国の刑法65条と相違しており、学説上も、この規定の内容をめぐって興味深い議論が展開されている。わが国と全く異なる制度の下で共犯と身分の問題がどのように取り扱われているのかを明らかにし、それをわが国の議論状況と比較検討することは、わが国の問題解決に少なからず寄与するものと思われる<sup>3)</sup>。このような認識から、本稿は、オーストリア刑法における共犯と身分の問題状況を検討し、わが国の問題解決のための何らかの手がかりを得ようとするものである。

1) 詳細については、拙稿「共犯と身分の一考察(一)」愛媛法学会雑誌27巻2号(2000年)49頁以下参照。

2) オーストリア刑法の統一的正犯体系に関する邦語文献として、浅田和茂「ディートヘルム・キーナプフェル『統一的正犯の現象形式』」関西大学法学論集23巻2号(1973年)112頁以下、内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』(1974年)107頁以下、金子正昭「協働の形式—その序論的考察— オーストリア関与理論を中心として—」名城法学37巻別冊(1988年)71頁以下、同「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16巻3号(1986年)143頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(1988年)42頁以下などがある。

3) オーストリアにおける共犯と身分の問題状況を紹介したものとして、すでに、西田典之『新版 共犯と身分』(2003年)159頁以下、231頁以下がある。

## 2 共犯従属性の概念

身分者の身分が共犯者たる非身分者に連带的に作用するか否かの問題は、正犯の要素が共犯の成否にいかなる影響を及ぼすかを問うものであるから、これは共犯従属性の問題の一局面にほかならない。そこで、共犯と身分の問題をめぐる議論状況について論ずる前に、オーストリアにおいて共犯従属性の概念がどのように理解されているのかを見ておくことにしたい。

### (一) 関与形式の種類

(1) オーストリア刑法12条は、次のように規定し、統一的正犯体系を採用している。

#### 12条（全関与者の正犯としての取扱い）

直接的正犯者のみならず、他人に可罰的行為を実行するよう決意させ又はその他可罰的行為の実行に寄与した各人も、可罰的行為をなしたものである<sup>4)</sup>。

直接的正犯者（unmittelbarer Täter）とは、各刑罰法規の定める実行行為を自ら行う者である<sup>5)</sup>。たとえば、盗品譲受罪でいえば盗品の購入、窃盗罪では財物の窃取、強姦罪なら姦淫行為が実行行為に当たり、これらの行為を自ら行う者が直接的正犯者となる。

これに対し、「他人に可罰的行為を実行するよう決意させ」た者とは、誘発正犯者（Bestimmungstäter）と呼ばれ、直接的正犯者を唆して実行行為を行う決意

4) 本稿におけるオーストリア刑法典の邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部『1974年オーストリア刑法典』法務資料432号（1975年）を参考にした。なお、本稿において条文数のみを示す場合は、オーストリア刑法典のそれを意味する。

5) Fabrizy, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2000, §12, Rdnr. 18; Foregger/Fabrizy, Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen, 7. Aufl., 1999, §12, Rdnr. 5; Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 5. Aufl., 2002, 33. Kap, Rdnr. 1f.; Kienapfel/Höpfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2001, E3, Rdnr. 3. これに対し, Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, RZ 1975, S. 16f. は, 行為支配性を直接的正犯の本質とする。

を喚起した者をいう。命令、依頼、威嚇、説得、買収など、直接的正犯者の決意を喚起させる行為なら、その方法・手段のいかんを問わない<sup>6)</sup>。この誘発正犯は、わが国でいう教唆犯に当たるものである。ただし、後述するように、故意の行為ばかりでなく過失・無過失の行為を直接的正犯者に行わせた場合であっても、他人にその行為を行う意思を生じさせた以上は誘発正犯となるというのが、通説的見解である<sup>7)</sup>。これによると、事情を知らない他人を道具のように利用して結果を実現した場合、つまり、わが国の用語法でいう間接正犯に当たるものも誘発正犯に含まれることになる。

「その他可罰的行為の実行に寄与した」者とは、寄与正犯者 (Beitragstäter) といひ、決意の喚起以外の方法により直接的正犯者の実行行為を容易にし、促進した者を指す。武器の提供、現場への輸送、見張りなどの方法がこれに当たる<sup>8)</sup>。わが国の幫助犯にほぼ相当するものである。ただし、誘発正犯の場合と同様、故意行為を援助する場合ばかりでなく過失もしくは無過失行為を促進させた場合も、寄与正犯の成立が認められている<sup>9)</sup>。

誘発正犯および寄与正犯は、直接的正犯者の行為を介して犯罪を実現する点に特徴がある。そのため、直接的正犯 (unmittelbare Täterschaft) に対し、誘発正犯および寄与正犯は間接的正犯 (mittelbare Täterschaft) と呼ばれている<sup>10)</sup>。

(2) このように、オーストリア刑法は、すべての関与者を等しく正犯として扱う統一的正犯体系を採りながらも、概念上は、直接的正犯、誘発正犯、寄与正犯という3種類の関与形式を想定しているのである。そもそも統一的正犯体

6) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E4, Rdnr. 1, 9f.

7) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E4, Rdnr. 19. Vgl. Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 338 ff.; Schild, Die Täterformen des §12 StGB, ZfRV 1976, S. 191ff.

8) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E5, Rdnr. 1, 8.

9) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E5, Rdnr. 24.

10) Fabrizio (o. Fn. 5), § 12, Rdnr. 38; Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12ff und 32 ff StGB, Grundlagen, System und Auslegung, JBl 1974, S. 121ff.; Schmoller (o. Fn. 7), S. 347. なお, "mittelbare Täterschaft" は, わが国の用語法における「間接正犯」とは意味を異にするので, 「間接的正犯」と訳すこととした。

系には、概念的にも理論的にも関与形式の区別を一切認めない形式的統一的正犯体系 (formales Einheitstätersystem) と、関与形式の区別を概念上は一応認めつつ、それらを同等に扱う機能的統一的正犯体系 (funktionales Einheitstätersystem) とがあるとされる<sup>11)</sup>が、オーストリア刑法は後者を採用していることになる。

## (二) 通説における従属性概念

(1) 間接的正犯すなわち誘発正犯と寄与正犯は、直接的正犯の行為を介して犯罪を実現することになる。その意味で、間接的正犯は、直接的正犯に対して事実的な従属性・依存性を有しているといえる。それでは、間接的正犯は、直接的正犯に対して法的な従属性・依存性をも有しているのであろうか。換言すると、間接的正犯の不法・責任は、直接的正犯の不法・責任に従属しているのであろうか、それとも独立しているのであろうか。

通説は、間接的正犯の不法・責任は直接的正犯の不法・責任から独立しているとす。たとえば、統一的正犯概念について多くの論稿を発表し、その妥当性を強調してきたキーナプフェルは、次のようにいう。確かに、正犯を第一次的責任類型、共犯を第二次的責任類型と捉える共犯体系においては、共犯は正犯に従属し、正犯行為の性質が共犯の成立に影響を及ぼすことになるかもしれない。しかし、統一的正犯体系の下では、犯罪に関与した者は皆等しく正犯なのであるから、関与者の一方が他方に従属するということはありえない。すべての関与者は、他の関与者の不法や責任を考慮することなく、もっぱら自己の不法および自己の責任に基づいて処罰されるのである<sup>12)</sup>。こうしたキーナプフェルの見解は、多くの支持を集めている<sup>13)</sup>。

(2) このような見地からすると、各関与者の構成要件該当性、違法性、責任は、他の関与者とは無関係に、その固有の事情に応じて個別的に判断されるこ

11) Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 26, 34; Fabrizy (o. Fn. 5), § 12, Rdnr. 12.

12) Kienapfel (o. Fn. 10), S. 118; ders. (o. Fn. 11), S. 26; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, S. 29; Kienapfel/Hopf (o. Fn. 5), E2, Rdnr. 29.

とになる<sup>14)</sup>。

このうち、各関与者の責任が個別的に判断されることについて異論はないであろう<sup>15)</sup>。責任の個別性の原則は、共犯体系を採るわが国やドイツにおいても認められているところである。オーストリアでは、責任の個別性は刑法13条において明文で定められている。

### 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、その者の責任に応じて罰するものとする。

したがって、各行為者の責任阻却の有無は、その固有の事情に応じて個別的に判断される<sup>16)</sup>。たとえば、関与者の1人のみが責任無能力者である場合、その者の責任は阻却されるが、他の関与者については責任が肯定される。

(3) 問題は、構成要件該当性および違法性の判断である。まず、各関与者の構成要件該当性は独立に判断されるから、関与者間において異なる罪名の犯罪が成立することもありうるとされている。この点が特に問題となるのは、各関与者の主観に齟齬があった場合である。たとえば、XがYに窃盗をするよう唆したところ、Yが強盗を行った場合、直接的正犯であるYには強盗罪、誘発正犯であるXには窃盗罪がそれぞれ成立する<sup>17)</sup>。また、XがYにAの殺害を指示

13) Fabrizy(o.Fn.5), §12,Rdnr.11 ; Foregger/Fabrizy(o.Fn.5), §12, Rdnr.3 ; Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch,3.Aufl., 1992, §12, Rdnr.4 ; Triffterer, Die österreichische Beteteiligungslehre, Eine Regelung zwischen Einheitstäter-und Teilnahmesystemen?,1983, S.34 ; Friedrich, Strafbare Beteiligung-akzessorische oder originäre Täterschaft?, Ein Beitrag zur Auslegung der §§12 bis 15 öStGB, in : Festschrift für Triffterer, 1996, S.56ff. ; Höpfel, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982, S.317f. なお, 統一的正犯体系における各関与形式の結果無価値と行為無価値の内容につき, Bloy, Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich, in : Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, S.46ff. 参照。

14) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E4,Rdnr.8,33.

15) Vgl. Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen, 1971, S.80.

16) Triffterer(o.Fn.13), S.35.

17) Triffterer(o.Fn.13), S.74 ; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E4,Rdnr.52 ; Höpfel(o.Fn.13),S.315f.

したところ、Yが故意ではなく過失によりAを死に至らしめた場合、直接的正犯であるYは過失致死罪であるが、誘発正犯であるXは謀殺罪として処罰される<sup>18)</sup>。

違法性阻却の有無も、各関与者の事情に応じて個別的に判断される<sup>19)</sup>。したがって、直接的正犯者の行為が違法であっても、誘発正犯や寄与正犯は適法であるということはありうる。たとえば、ガスの充満している部屋からAを助けようと思い、XがYに部屋の窓ガラスを割るよう指示したところ、Yは、Aが危険な状況にあることを知らずにXの指示通り窓ガラスを割ったという場合、直接的正犯者であるYにはAを救助する意思はなかったため、その行為は違法であるが、誘発正犯であるXの行為は緊急避難として違法性が阻却される<sup>20)</sup>。逆に、直接的正犯について違法性阻却が認められる場合でも誘発正犯あるいは寄与正犯を違法とすることは可能である。XがYにAを殺害するよう唆したところ、Yは正当防衛状況でAを殺害したという場合、直接的正犯者であるYの行為は正当防衛として適法であるが、誘発正犯であるXについては、防衛の意思が存在しないために違法性阻却は認められず、有罪となる<sup>21)</sup>。

(4) 以上のように、通説によると、各関与者には不法および責任の個別性の原則が妥当することになる。こうした見地からは、直接的正犯が構成要件に該当し違法であっても間接的正犯は不可罰であるということもあるし、逆に、直接的正犯が構成要件に該当せず、あるいは違法性を有しなくても、誘発正犯および寄与正犯は成立するということになる。また、故意の行為ばかりでなく過失や無過失の行為に対する関与も可罰的となりうる。わが国では、共犯成立

18) Triffterer (o. Fn. 13), S. 35.

19) Fabrizy (o. Fn. 5), § 12, Rdnr. 60, 99; Fuchs (o. Fn. 5), 33. Kap, Rdnr. 82; Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E4, Rdnr. 33ff., E5, Rdnr. 30; Triffterer (o. Fn. 13), S. 35, 76. Vgl., Friedrich, Triffterers Beteiligungsslehre – eine vermittelnde Lösung?, RZ 1986, S. 231 mit Fn. 42, S. 260.

20) Fabrizy (o. Fn. 5), § 12, Rdnr. 60; Fuchs (o. Fn. 5), 33. Kap, Rdnr. 82; Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E4, Rdnr. 34.

21) Fabrizy (o. Fn. 5), § 12, Rdnr. 60; Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E4, Rdnr. 28, 35; Triffterer (o. Fn. 13), S. 35.

のために正犯は構成要件に該当し違法でなければならないとする制限従属性説が通説であり、ドイツでは、明文により制限従属性説が採用されている。これに反し、オーストリアにおいては、一般に制限従属性説は否定されているのである<sup>22)</sup>。

### (三) 反対説における従属性概念

(1) もっとも、学説の中には、通説を批判し、制限従属性説を支持するものも存在する。ブルクシュタラーの見解である。上述したキーナプフェルらの見解は、直接的正犯、誘発正犯、寄与正犯の各関与形式は法的に全く同じ不法内容を有すると解するものである<sup>23)</sup>。これに対し、ブルクシュタラーは、①12条が直接的正犯、誘発正犯、寄与正犯という関与形式の区別を設けていること、②15条2項が寄与正犯の未遂を不可罰として、他の関与形式と異なる取扱いをしていること、③関与形式についての認定の誤りが無効の申立事由となるというように関与形式の差異が手続上重要とされていること、などを根拠に、各関与形式の不法内容は必ずしも同一ではないと主張する<sup>24)</sup>。そのような理解をもとに、ブルクシュタラーは、誘発正犯および寄与正犯は直接的正犯に従属するという。具体的には、誘発正犯および寄与正犯が成立するためには、直接的正犯が構成要件に該当し違法であり、かつ故意を有することが必要であるとして、制限従属形式を採用する<sup>25)</sup>。12条により、直接的正犯者とは「可罰的行為」をなす者であるとされている以上、直接的正犯は、少なくとも構成要件に該当し、

22) Fabrizy(o.Fn.5), § 12, Rdnr.44,95 ; Fuchs(o.Fn.5), 32. Kap, Rdnr.42ff. ; Kienapfel(o.Fn.11), S.53 ; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E2, Rdnr.41, E4, Rdnr.19, E5, Rdnr.24, ; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 12, Rdnr.4,31,50 ; Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil,2.Aufl.,1994,Kapitel 16,Rdnr.33.

23) Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S.6f. ; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 12,Rdnr.4.

24) Burgstaller(o.Fn.5), S.13ff. ; ders., Vollendung oder Ende der Einheitstäterschaft?, RZ 1982, S.216f.

25) Burgstaller(o.Fn.5), S.15f.これによると、事情を知らない他人を道具のように利用して犯罪を実現する行為は、誘発正犯ではなく直接的正犯とされる。



違法でなければならないというのである。

同様に、ツィプフも、構成要件に該当しない行為や違法でない行為を介して犯罪を実現した場合は間接的正犯ではなく直接的正犯であるとの立場から、間接的正犯は、構成要件に該当する違法な直接的正犯の行為に関与した場合に成立するとする<sup>26)</sup>。その上で、各行為者の不法は統一的で共通のものであると述べて、不法の連帯性を肯定するのである<sup>27)</sup>。

これらの見解は、「正犯と共犯とでは定型もしくは法的価値が異なり、共犯は正犯に従属する」という、わが国やドイツの一般的な理解と軌を一にするものである。ブルクシュタラーらの見解によると、オーストリア刑法の採用する統一的正犯体系は、単に各関与者に適用される法定刑が同一であるという意味しか持たないということになる<sup>28)</sup>。

しかし、各関与形式は法的に同価値であり、一方が他方に従属することはないというのが、立法者の意思である。実際、12条は、直接的正犯者だけでなく誘発正犯者および寄与正犯者も等しく可罰的行為をなすものであると規定しており、これは各関与形式の同価値性を表したものである。したがって、ブルクシュタラーらの見解は立法者の意思に反する<sup>29)</sup>。このような批判を受け、ブルクシュタラーらの見解は少数説にとどまっている。

なお、判例の中には、直接的正犯が正当防衛として違法性を阻却する場合には間接的正犯も成立しないとしたものがある<sup>30)</sup>。ブルクシュタラーは、この判決を、制限従属性説に基づいたものとして歓迎する<sup>31)</sup>が、キーナプフェルは、この判決は一般原理として制限従属性説を採用したわけではないと評する。この場合は、不法の個別性の原則により間接的正犯の独自の不法を判断した結果、

---

26) Zipf, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ 1975, S. 619f.

27) Zipf, Probleme der versuchten Bestimmung zu einer Straftat, RZ 1980, S. 141f.

28) Burgstaller (o. Fn. 5), S. 13.

29) Kienapfel, Zur Täterschaftsregelung im StGB, RZ 1975, S. 169; Schmöller (o. Fn. 7), S. 341 f.; Triffiterer (o. Fn. 22), Kapitel 16, Rdnr. 42. Vgl. Regierungsvorlage (o. Fn. 15), S. 80.

30) JBl 1984, S. 389.

31) Burgstaller, Anmerkung, JBl 1984, S. 390.

間接的正犯も不法な結果を実現していないと判断されたにすぎないというのである<sup>32)</sup>。また、フックスは、違法性阻却事由には、正当防衛や緊急避難のように法益侵害自体が存在しない場合と、警察官による被疑者の逮捕のように特定の者に行為の権限が与えられているにすぎない場合とがあり、前者の場合は、直接的正犯が違法性を阻却すれば間接的正犯も適法となるが、後者の場合は、権限を与えられた直接的正犯者に違法性阻却が認められても、権限のない間接的正犯者については違法性阻却が否定されるとして、その限りにおいて不法の個別性の原則は維持されるとしている<sup>33)</sup>。

### 3 共犯と身分

#### (一) 14条の趣旨

(1) 以上のような従属性の考え方を踏まえて、共犯と身分の問題がオーストリアにおいてどのように取り扱われているのかを見ていくことにしたい。この点について定めているのは、オーストリア刑法14条である。

#### 14条（行為者の資格および関係）

- 1項 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1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、一身的な特別の資格又は関係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なければならない。
- 2項 これに反して、一身的な特別の資格又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。

---

32) Kienapfel, Anmerkung, JBl 1984, S. 390f.

33) Fuchs (o. Fn. 5), 33. Kap, Rdnr. 85.

「一身的な特別な資格又は関係」(besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse)とは、わが国の身分に当たる概念である<sup>34)</sup>。したがって、14条1項にいう「所為の不法にかかわる行為者の一身的な特別な資格又は関係」とは、不法身分を意味することになる。そして、同項は、不法身分につき、「このような資格又は関係が関与者のうちの1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」とし、不法身分が非身分者にも連带的に作用することを規定しているのである<sup>35)</sup>。この場合、身分を欠くという事情は、量刑において考慮されるにすぎないとされている<sup>36)</sup>。

不法身分に当たるものとして、収賄罪(304条)における「公務員」がある<sup>37)</sup>。たとえば、公務員の収賄行為に非公務員が関与した場合、公務員たる身分は14条1項により他人にも連带的に作用するから、非公務員も収賄罪として処罰される。

1項は、不法身分が「可罰性又は刑の量」のいずれにかかわる場合にも適用されるから、構成的身分であると加減的身分であるとを問わず、不法身分は1項により連带的に作用することとなる<sup>38)</sup>。たとえば、職権濫用罪(302条)における公務員は不法身分であるから、公務員の職権濫用行為に非公務員が加担すれば、傷害罪などの基本犯が存在する場合でも、非公務員には職権濫用罪が成立する。

(2) 1項但書は、自手犯等について特別の取扱いを規定したものである。

1項本文は、不法身分が関与者の1人だけに存する場合にも関与者全員に当該身分犯の成立が認められるとしているが、これは、不法身分は関与者のうちの誰に存在してもよいとする趣旨である<sup>39)</sup>。つまり、直接的正犯者が不法身分を持つ場合ばかりでなく、間接的正犯者のみに不法身分が存在する場合にも、

34) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), Z24,RdNr.27, E7, RdNr.4.

35) Fabrizy(o.Fn.5), §14, RdNr.4; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, RdNr.8.

36) Fabrizy(o.Fn.5), §14, RdNr.14; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, RdNr.13.

37) Fabrizy(o.Fn.5), §14, RdNr.11.

38) Fabrizy(o.Fn.5), §14, RdNr.3.

39) Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, RdNr.8; Triffterer(o.Fn.13), S.59f.

関与者全員に身分犯が成立することになる。

一方、但書のいう「所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者がその所為を直接的に実行……することに依存しているとき」とは、身分者が自ら実行行為を行う場合にのみ成立する犯罪すなわち自手犯のことである<sup>40)</sup>。そして、但書は、自手犯の場合、「このような条件も満たされていなければならない」とし、不法身分が連帯的に作用するためにはその身分者が自ら直接に実行行為を行うことが必要であると規定している。つまり、通常的身分犯と異なり、自手犯においては、不法身分の連帯的作用が認められるのは身分が直接的正犯者に存在する場合だけであり、したがって、仮に間接的正犯者が身分を有していても、その身分は他の関与者には連帯しないとするのである<sup>41)</sup>。

このことは、次の例を見れば明らかになるであろう。近親相姦罪(211条)は、主体が親族に限られる身分犯であるとともに、親族関係にある者が自ら性交渉を行う場合にのみ成立する自手犯である。たとえば、兄と妹が性交渉を行う間、妹の友人が見張りをして手助けしたという場合、兄と妹には、もちろん近親相姦罪が成立するが、近親相姦罪における「親族関係」は不法身分であるから、その身分は14条1項により友人にも連帯的に作用し、友人は近親相姦罪の寄与正犯として処罰される。これに対し、兄と友人が性的関係を持ち、その間、妹が見張りをしたというように、直接行為者が身分を欠く場合は、近親相姦という不法が実現されたわけではないから、14条1項の適用はなく、当然、関与者は全員不可罰となるのである<sup>42)</sup>。

但書は、自手犯の場合のほかに、「所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者が……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」にも適用される。「特定の方法」とは、行為者に課せられた特別義務に違反することを意味すると解されている<sup>43)</sup>。つまり、特別義務の違反を本質とする義務

40) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.28.

41) Fabrizy(o.Fn.5), §14, Rdnr.14; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr.31; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), §14, Rdnr.10; Triffterer(o.Fn.13), S.60, 86ff.

42) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.29.

犯においても、自手犯と同じく、直接的正犯者自身が身分を有する場合に初めて身分の連帯的作用が認められるのである<sup>44)</sup>。

義務犯に当たるとされているのは、背任罪（153条）と職権濫用罪（302条）である<sup>45)</sup>。職権濫用罪は、主体が公務員に限られる身分犯であり、公務員という身分は不法身分であるが、それと同時に、職権濫用罪は、公務員が職務を正当に遂行すべき特別義務に違反するところに本質がある義務犯でもある。したがって、職権濫用罪において公務員の身分が14条1項により関与者全員に連带的に作用するのは、直接行為者に身分が存在する場合に限られる。

同じことは、背任罪にもいえる。背任罪は、「他人の財産を処分する権限又は他人に義務を負わせる権限を有する者」に主体が限定される身分犯であるとともに、その身分者が義務に違反して他人に財産上の損害を与えることに本質がある義務犯でもある。したがって、背任罪において身分の連帯的作用により非身分者に背任罪の成立が認められるのは、身分者が直接的正犯者として自ら背任行為を行う場合に限られる。

(3) これに対して、2項は、「一身的な特別の資格又は関係が専ら責任にかかわるとき」、すなわち、責任身分に関する規定である。2項によると、責任身分は、「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」されるから、責任身分は非身分者に及ばず個別的に作用することとなる<sup>46)</sup>。

責任身分の典型は、嬰兒殺人罪（79条）における「母親」である<sup>47)</sup>。母親が出産後まもなく自己の嬰兒を殺害し、これに父親が加担した場合、母親は嬰兒殺人罪となるが、母親たる身分は14条2項により他人には及ばないから、父親は故殺罪もしくは謀殺罪として処罰される。

---

43) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.32.

44) Fabrizio(o.Fn.5), § 14, Rdnr.15; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.32; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 14, Rdnr.11; Triffterer(o.Fn.13), S.60, 86ff.

45) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.32.

46) Fabrizio(o.Fn.5), § 14, Rdnr.20; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr.8; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 14, Rdnr.16; Triffterer(o.Fn.13), S.60f.

47) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.25.

14条2項は、「専ら」責任にかかわる身分に関する規定であるから、不法と責任の両方に関係する身分については2項ではなく1項が適用され、その身分は、非身分者にも連帶的に作用することとなる<sup>48)</sup>。

(4) なお、犯罪の成否とは無関係な量刑事由や刑罰阻却事由は14条の問題ではないというのが、通説である。たとえば、累犯による刑の加重(39条)がこれに当たる。通説によると、累犯性は、犯罪の構成要素ではなく量刑事由にすぎず、その性質上、刑の加重は、累犯の要件を自ら満たす者にのみ適用される。したがって、累犯者の犯罪行為に累犯でない者が関与した場合には、14条2項を適用するまでもなく、累犯でない者に対する刑の加重は否定されるのである<sup>49)</sup>。また、盗取罪(141条)における「近親者」や、犯罪庇護罪(299条)における「本犯者」などの刑罰阻却事由も、本来一身的なものであるから、その事由を自ら備えている者にのみ適用され、他人にその効果が及ばないのは当然である。それゆえ、14条を適用する必要はないとされている<sup>50)</sup>。

一方、身分者に対する特別の取扱いを定めた各則上の規定が存在する場合も、14条は適用されない。たとえば、墮胎罪に関する96条は、行為者が妊婦か、他人か、医師かによって法定刑に差異を設けている。この場合には14条の適用はなく、行為主体の特性に応じて、96条の定めるところにより別個の刑が科せられる<sup>51)</sup>。

また、家族内の財産犯罪(166条)も、14条の適用範囲に含まれない。166条は、家族内において窃盗などの財産犯罪を行った者について特に軽い刑を定めている。この刑の減輕は、もっぱら責任の減少を理由とするものであるから、

48) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 20.

49) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 23; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr. 48; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 14, Rdnr. 18; Triffterer(o.Fn.22), 16. Kap, Rdnr. 130.同様に、313条による公務員の刑の加重も量刑事由であり、14条の適用はないとされている。ただし、Nowakowski, Die Sonderdelikten beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch Extranei, in: Zum neuen Srafrecht Bd.2, Österreichische Richterwoche, 1974, S.151, 156は、累犯性を責任身分とする。

50) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), Z23, Rdnr. 27, E7, Rdnr. 1.これに対し、Nowakowski(o.Fn.49), S.151は、刑罰阻却事由に対する14条の適用を肯定する。

51) Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr.51. Vgl. Nowakowski(o.Fn.49), S.155f.

本来なら、14条2項によりその効果は他人には及ばないはずであるが、166条2項は、家族内の財産犯罪に家族でない者が関与した場合につき家族でない関与者に対しても刑の減輕を認めているのである<sup>52)</sup>。

## (二) 理論的根拠

このようにして、オーストリア刑法14条は、ドイツ刑法28条のように構成的身分と加減的身分に分けるのではなく、不法身分と責任身分という区別に基づき、前者は非身分者にも連帶的に作用し、後者は個別的に作用するとするものである。それでは、その理論的な根拠はどこに求められているのであろうか。

(1) オーストリア現行刑法は、1974年に公布、1975年に施行されたものであるが、その14条と同様の規定は、1962年草案13条および14条、1964年草案13条および14条、1968年草案13条、1971年草案14条にも置かれていた<sup>53)</sup>。このような規定が置かれた根拠については、1971年草案の理由書に詳しい。理由書は、次のようにいう。

「行為者の特別な属性が所為の不法ではなく、もっぱら責任に影響を及ぼす場合は、他の関与者がその点について問責されることはないというのが、13条から導かれる帰結である。たとえば、嬰兒殺人罪……の不法は、それ以外の殺人罪の不法より軽いというわけではない。嬰兒の母親は、精神的に極限状態にあった点が考慮されて軽く処罰されるにすぎないのである。13条によると、そのことが他の関与者に有利に働くということはない。したがって、他の関与者は、謀殺罪か故殺罪に問われる。このことは、現行法においても同じである。

52) Fabrizy (o.Fn. 5), § 14, Rdnr. 24; Foregger/Fabrizy (o.Fn. 5), § 166, Rdnr. 13; Fuchs (o.Fn. 5), 35. Kap, Rdnr. 35; Kienapfel/Höpfel (o.Fn. 5), E7, Rdnr. 1; Leukauf/Steininger (o.Fn. 13), § 14, Rdnr. 18.

53) 法務省刑事局『1962年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料5号(1964年)6-7頁, 法務省刑事局『1964年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料9号(1964年)5-6頁, 法務省刑事局『1968年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料14号(1968年)5頁, Regierungsvorlage (o.Fn. 15), S. 2参照。立法史については、西田・前掲注3) 231頁以下に詳しい。

草案は、こうした原則を14条2項によって身分犯につき明確かつ一般的に示しているのである。」

「逆に、犯罪類型において行為主体の要件とされている特別な資格または関係が、責任だけではなく所為の不法にも影響を及ぼす場合には、それは関与者全員に作用する。身分者の加功を本質とする不法は、所為を通じて実現される。12条の意味で所為に関与した者は皆、その不法に因果的に寄与している。この不法の事実は、身分を欠く関与者の故意または——過失犯の場合は——過失によっても包摂されているところである。したがって、身分を欠く関与者も、その点について答責されなければならない。14条1項には、このことが示されているのである。」<sup>54)</sup>

また、理由書は、構成的身分と加減的身分という区別を排斥した理由について次のように述べている。

「行為主体の身分が所為の可罰性の必要条件となっているのか(真正身分犯)、もともと可罰的な行為の可罰性を高めたり低めたりするにすぎないのか(不真正身分犯)、本来なら可罰的な行為が身分によって不可罰となるのかは、身分なき関与者にその身分が作用するかどうか、どの程度作用するかということに影響を及ぼすものではない。身分なき関与者に身分が作用するかどうか、どの程度作用するかは、むしろ、当該行為者資格の性質によってのみ決まるものである。もっとも、可罰性を基礎づける行為者の資格はすべての関与者に作用し、逆に、可罰性を加重・減輕・阻却する身分はそれを直接備える関与者のみに及ぶとする意見も主張されている。しかし、このような見解は、解釈論的にも法政策的にも正しいということではできない。この見解の基礎にあるのは、一方で、身分というものは原則としてつまり身分が不法を高めたり減じたりする場合にも—それを直接有する者にのみ及ぶべきものであるが、他方、そうした立場からすると身分を欠く関与者はすべて不可罰とならざるをえないという場合が生じ、そのような結論は望ましくない、という考え方である。実際、たとえば

54) Regierungsvorlage(o.Fn.15), S.81.



背任罪（刑法205条c）において教唆者および幫助者が不可罰となるということは承服しがたい。しかし、職務上の横領（刑法181条）に関与した者の罪責は本当に、横領罪（刑法183条）に対する通常の刑が存在するかどうかということに左右されるものであろうか。もしその通常の刑が存在しなかったとしたら、前記の見解も、身分なき関与者を刑法181条で処断するであろう。このように考えてみると、そうした構成は疑問であるということが明らかになる。……そのような構成は、14条の文言によって明示的に否定されているのである。」<sup>55)</sup>

(2) このような考え方は、学説においても支持されている。たとえば、トリフテラーは、責任は行為者に関する無価値判断すなわち人的非難可能性を内容とするから、行為者ごとに個別的に判断されるが、これに反し、不法は行為に関する無価値判断であり、類型化され客観化されうるので、行為者の人格とは無関係に判断され、他人が実現した不法の帰属も認められると述べ、こうした見地から責任身分の個別的作用および不法身分の連帯的作用は是認されうるといふ<sup>56)</sup>。また、ノヴァコフスキーは、身分者と非身分者が協働して法益を侵害すれば、その法益侵害の結果について関与者全員が責任を負うのは当然であるとしている<sup>57)</sup>。

一方、ノヴァコフスキーは、構成的身分か加減的身分かを基準とする見解には理論的な根拠が存在しないと批判する。この見解によると、不真正身分犯の身分者の行為に加功した非身分者は、基本犯の罪責を負うにとどまるが、仮にその基本犯が廃止されると、今度は、その非身分者は身分犯に問われることと

55) Regierungsvorlage(o.Fn.15), S.82.

56) Triffterer(o.Fn.13), S.31,84.

57) Nowakowski(o.Fn.49), S.150.さらに, Fabrizy(o.Fn.5), §14,Rdnr.12も, 関与者の1人が不法要素を備えていれば, 関与者全員が法益侵害について答責されることになるとしている。これに対し, Roeder, Der Unbegriff des "extranen" Täters und der "eigenhändigen" Delikte (zu §14 Abs 1 StGB), JBl 1975, S.561ff.は, 不法の内容には法益侵害ばかりでなく特別義務違反も含まれており, 身分者による特別義務違反の不法は非身分者に連帯しないとして, 不法身分を欠く関与者に対する刑の減輕を提案する。Vgl.Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985,S.169; ders.(o.Fn.13), S.52f.

なる。しかし、全く同じ行為をしながら、基本犯が存在するかどうかによって罪責が変化するのは不合理であるというのである<sup>58)</sup>。キーナプフェル＝ヘプフェルも、ドイツ刑法28条のように構成的身分と加減的身分で分けるより、オーストリア刑法14条のように不法身分か責任身分かを基準とする方が、適用上の困難がなく、妥当な結論に至るとしている<sup>59)</sup>。

(3) なお、主観的要素については、たとえそれが不法にかかわるものであっても1項の適用はないというのが、通説の立場である。主観的要素の中には、故意や超過的内心傾向のように不法に関係するものも存在するが、主観的要素は本来、各人に備わっていなければならないものであるから、それが不法に関係するものであっても連帶的に作用することはなく、個別的に判断されるというのである<sup>60)</sup>。

その結果、14条1項の適用範囲は客観的要素に限られるということになる。そもそも不法身分が連帶的に作用する根拠は、不法は行為に関する無価値判断として客観化されるものであり、行為者の人格とは無関係であるという点にある。このような見地からすると、客観的事実は、すべての関与者に共通するものであるから、その事実の発生に因果的に寄与した者は皆、その点について等しく答責されるが、これに対し、主観的要素は行為者の内心の問題であるから、それが他人に及ぶことはなく、主観的要素の内容に応じて関与者ごとに個別的に罪責が決定される。通説の基礎には、このような理解があるのであろう。

### (三) 従属性概念との関係

(1) それでは、「不法身分は連帶的に作用し、責任身分は個別的に作用する」という14条の原則は、オーストリアにおける従属性の考え方と調和するのであ

58) Nowakowski (o. Fn. 49), S. 149f.

59) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E7, Rdnr. 52. Vgl. Trunk, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale – Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht –, 1987, S. 155f.

60) Kienapfel/Höpfel (o. Fn. 5), E7, Rdnr. 23f.; Triffiterer (o. Fn. 13), S. 84f.; Roeder (o. Fn. 57), S. 571.

ろうか。各人の責任が個別的に判断されることは、13条により明文で規定されており、2項の定める責任身分の個別的作用は、この責任の個別性の原則と合致する<sup>61)</sup>。問題は、1項による不法身分の連帯的作用である。確かに、ブルクシュタラーらのように制限従属性説を採用する立場においては、原則として各関与者における不法の評価は一致するから、不法身分の連帯的作用は肯定されるよう。しかし、通説は、すべての関与者は自己の不法および自己の責任についてのみ答責されるとし、責任だけでなく不法も行為者ごとに個別的に判断されると解している。この不法の個別性の原則を身分犯にも徹底すると、不法身分は個別的に作用するはずではないか。そうだとすると、1項が不法身分の連帯的作用を定めているのは、通説の前提とする不法の個別性の原則と矛盾するのではないのか。このような疑問も生じうるのである。

実際、ドイツの多くの学説は、不法の独立性の原則の下では真正身分犯における身分者の行為に加功した非身分者の可罰性を説明することができないと指摘している<sup>62)</sup>。たとえば、公務員の収賄に非公務員が加功しても、非公務員は、公務員という身分を欠く以上、収賄罪の構成要件の予定する不法を自ら実現したとはいえ、したがって、不法の個別性の原則を徹底すると、非公務員は不可罰となるはずだというのである。また、キーナプフェルも、以前は、14条1項は不法の独立性の原則の例外であるとしていた<sup>63)</sup>。

(2) しかし、通説は、不法の個別性の原則と14条1項の規定との間に矛盾は存在しないと解している。たとえば、トリフテラーは次のように説明する。不法の個別性の原則が妥当する統一的正犯体系の下でも、実行行為の一部を担当

61) Fabrizy (o.Fn.5), § 14, Rdnr.20 ; Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr.44 ; Triffterer (o.Fn.13), S.60f., 84.

62) Cramer/Heine, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, vorbem §§ 25ff., Rdnr.20 ; Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2000, vor § 26, Rdnr.14 ; Joeck, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2003, vor §§ 26, 27, Rdnr.9 ; Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in : Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S.366 ; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, § 12, Rdnr.118.

63) Kienapfel, Zur Täterschaftsregelung im StGB, RZ 1975, S.166, Fn.14.

していない関与者に当該犯罪の成立を認めることはある。たとえば、自ら窃取や強取を行わなくても、他人の窃取行為や強取行為に加担すれば窃盗罪や強盗罪の不法内容を間接的に実現したといえるから、そうした行為を担当しなかった者も含めて関与者全員が窃盗罪や強盗罪に問われる。同じことは、身分犯にも当てはまる。非身分者を含めた関与者全員に身分犯の成立が肯定されるのは、身分を欠く者も身分者の行為に加功することにより身分犯の不法内容の実現に寄与したと評価しうるからである。たとえ行為者独自の不法を判断したとしても、非身分者は身分犯の不法内容を自ら実現したといえるのである。したがって、14条1項は、非身分者に他人の不法を帰属させているわけではなく、自ら実現した不法に基づいて非身分者の罪責を決定するものというべきである<sup>64)</sup>。

こうした説明は、自手犯および義務犯に関する14条1項但書の取扱いにも当てはまる。自手犯や義務犯の場合、当該犯罪の予定する不法内容が実現されたというためには、身分者が自ら実行行為を直接行うことを要するが、逆にいうと、身分者が実行行為を行いさえすれば、当該犯罪の不法内容は実現されたといえる。非身分者は、そうした身分者の行為に加功することにより不法を身分者とともに自ら実現したと評価され、関与者全員に身分犯の成立を肯定することが可能となる。したがって、1項但書も、非身分者自身の不法をもとに答責するものにすぎず、決して非身分者に他人の不法について責任を負わせているわけではないのである<sup>65)</sup>。

このようなトリフテラーの見解は、他の論者においても承認されているところである<sup>66)</sup>。キーナプフェルも、現在ではこれを支持し、14条1項は統一的正犯体系における不法の個別性の原則と矛盾するものではないと述べている<sup>67)</sup>。

---

64) Triffterer (o.Fn.13), S.30f.,59f.

65) Triffterer (o.Fn.13), S.60.

66) Fabrizio (o.Fn.5), § 14, Rdnr.4,12.

67) Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr.43,52.

#### 四) 不法身分と責任身分

(1) このように不法身分か責任身分かによって取扱いが異なるとすると、不法身分と責任身分はどのように区別されるのかが問題となる。不法身分か責任身分かは、各刑罰法規の文言によって形式的に決定されるわけではなく、構成要件の実質的な解釈を経て初めて明らかになるものであるとされる<sup>68)</sup>。

一般に、不法身分に当たるとされているのは、職権濫用罪(302条)や収賄罪(304条)における「公務員」のほか、被害者放置の罪(94条)における「傷害の惹起者」、秘密漏示罪(122条)における「業務者」、横領罪(133条)における「財物の被委託者」、背任罪(153条)における「財産の処分権者」、詐欺的な違法破産の罪(156条)や強制執行妨害罪(162条)における「債権者」、重婚罪(192条)における「既婚者」、幼年者置去りの罪(197条)における「保護義務者」、扶養義務違反の罪(198条)における「扶養義務者」、少年との同性間わいせつ行為の罪(209条)における「男子」、近親相姦罪(211条)における「親族」偽証罪(288条)における「証人」などである<sup>69)</sup>。このうち、但書の適用される自手犯は、被害者放置の罪、少年との同性間わいせつ行為の罪、近親相姦罪、重婚罪、幼年者置去りの罪、扶養義務違反の罪、偽証罪などであり<sup>70)</sup>、義務犯に当たるのは、背任罪と職権濫用罪である<sup>71)</sup>。

他方、責任身分に当たるものとして、先述した嬰兒殺人罪における「母親」のほか、故殺罪(76条)における「明白な著しい興奮状態」、軍事的窃盗罪(軍刑法31条)における「軍人」などがある<sup>72)</sup>。また、「累犯性」(39条)、営業的窃

68) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 2; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr. 9; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr. 19; Triffterer(o.Fn.13), S.84.

69) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 11; Foregger/Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 2; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr. 10; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr. 20.

70) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 14; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr. 31f.; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr. 31; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 14, Rdnr. 10; Triffterer(o.Fn.22), Kapitel 16, Rdnr. 122.

71) Fabrizy(o.Fn.5), § 14, Rdnr. 17; Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr. 20ff.; Kienapfel/Höpfel(o.Fn.5), E7, Rdnr. 32f.; Leukauf/Steininger(o.Fn.13), § 14, Rdnr. 11; JBl 1980, 496; EvBl 1983/73; EvBl 1987/37; JBl 1988, 392.

盗罪（130条）の「営業性」、盗取罪（141条）や困窮詐欺罪（150条）における「困窮状態」を責任身分に含める見解もある<sup>73)</sup>。

(2) それでは、不法身分と責任身分はいかなる基準によって区別されるのであろうか。ノヴァコフスキーは、行為の反社会性や法益の危殆化の有無、保護法益の種類・程度を決定するのが不法身分であり、行為者の人的非難、心情、遵法性の欠如に関係するのが責任身分であるとする<sup>74)</sup>。これによると、たとえば、収賄罪においては、行為者が公務員であることによって職務の適正という法益が侵害されるので、公務員は不法身分に当たる。これに対して、母親による嬰兒殺とそれ以外の殺人は、法益侵害の点では何ら異なるところはなく、嬰兒殺を行った母親はもっぱら非難可能性が低いために軽く処罰されるのであるから、その身分は責任身分となる。

先述したように、法益侵害を中心とする客観的事実は全関与者に共通するがゆえに不法身分は連带的に作用し、人的非難可能性は各関与者に固有のものであるので責任身分は個別的に作用するとされている。ノヴァコフスキーの基準は、こうした立場と合致するものといえる。そのため、この基準は、学説においても一般的に踏襲されており<sup>75)</sup>、不法身分と責任身分の区別について争いが生じることはほとんどないといってよい。

72) Fabrizy (o.Fn.5), § 14, Rdnr. 21; Foregger/Fabrizy (o.Fn.5), § 14, Rdnr. 3; Fuchs (o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr. 11; Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr. 44; Leukauf/Steininger (o.Fn.13), § 14, Rdnr. 17; Nowakowski (o.Fn.49), S.151; EvBl 1978/125.ただし、Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr. 49は、故殺罪については14条2項を適用しなくても、13条により同じ結論に至るとしている。

73) Leukauf/Steininger (o.Fn.13), § 14, Rdnr. 17.; Triffterer (o.Fn.22), Kapitel 16, Rdnr.129; EvBl 1983/97; EvBl 1978/201は、営業性を責任身分と解しているが、これに対し、Fabrizy (o.Fn.5), § 14, Rdnr. 22; Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr. 46は、営業性を責任身分ではなく主観的構成要件要素であるとする。Wegscheider, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, ÖJZ 1979, S.65は、営業性を不法身分であるとしている。Vgl. EvBl 1995/99.また、困窮状態を責任身分とするのは、Triffterer (o.Fn.22), Kapitel 16, Rdnr. 130, 否定するのは、Kienapfel/Höpfel (o.Fn.5), E7, Rdnr. 47; Nowakowski (o.Fn.49), S.155, Fn.32である。

74) Nowakowski (o.Fn.49), S.150.

75) Fabrizy (o.Fn.5), § 14, Rdnr. 2; Triffterer (o.Fn.13), S.84.

もつとも、フックスは、ノヴァコフスキーの基準に批判的である。一般に、職権濫用罪の公務員は不法身分であり、軍事的窃盗罪の軍人は責任身分であるとされているが、フックスは、両者の結論の違いをノヴァコフスキーの示した基準によって説明することはできないと批判する。いずれの身分も、行為者の地位が行為の反社会性や法益侵害にかかわっているという点では異ならないのではないかと、いうのであろう。その上で、フックスは、現実には不法身分と責任身分という区別は徹底されていないと指摘する。不法身分の連帯的作用、責任身分の個別的作用という原則を徹底すると、構成的責任身分を欠く関係者は不可罰となることから、このような処罰の間隙を避けるため、判例・通説は、不法身分と責任身分を区別する際、構成的身分を不法身分、加減的身分を責任身分と位置づけており、実際上の取扱いは、構成的身分と加減的身分の区別を基本とするドイツ刑法28条とほとんど異ならないというのである<sup>76)</sup>。

#### 4 まとめにかえて

以上、オーストリアにおいて共犯と身分の問題がどのように取り扱われているのかを検討してきた。最後に、わが国の問題状況との比較を通じてオーストリアにおける議論の内容を検討することにした。

(1) オーストリアにおける共犯と身分の問題の解決方法は、要するに、「不法身分は連帯的に作用し、責任身分は個別的に作用する」というものである。わが国でこうした見解を主張されているのは、西田典之教授である。西田教授は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という制限従属性説の原則を共犯と身分の問題にも徹底され、刑法65条1項は違法身分の連帯的作用を、同条2項は責任身分の個別的作用をそれぞれ規定したものであると主張されるのである<sup>77)</sup>。

76) Fuchs(o.Fn.5), 35.Kap, Rdnr.12.Vgl.Leukauf/Steininger(o.Fn.13), §14, Rdnr.21.

77) 西田典之『新版共犯と身分』(2003年)156頁以下。同旨、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)357頁,366頁,大越義久『共犯の処罰根拠』(1981年)261頁,山口厚『問題探求刑法総論』(1998年)247頁。

そうだとすると、西田教授の見解に向けられている批判が、オーストリアの議論にも妥当することになる。西田教授の見解に対しては、第1に、身分を違法身分と責任身分に明確に区別するのは實際上困難であるとの批判がある。たとえば業務者たる身分のように、当該身分が違法身分なのか責任身分なのかについて見解が分かれる場合も少なくないし、また、身分の中には違法身分と責任身分が混合されたと考えられるものもあるから、あらゆる身分を、違法性だけに関係するとか責任だけに関係するというように厳格に区別することはできないというのが、この批判の趣旨である<sup>78)</sup>。これに対し、オーストリアにおいては、1項身分と2項身分は比較的明確に区別されており、両者の区別が争われることはほとんどない<sup>79)</sup>。したがって、オーストリアの議論には先の批判は当たらないようにも思える。ただ、1項身分と2項身分の区別について争いがあり生じない原因は、2項の規定の仕方にあると考えられる。つまり、2項が適用されるのは「専ら」責任にかかわる身分であることから、不法と責任の両方に関係する身分には1項が適用されるとされており、そのために、比較的問題なく1項身分と2項身分が区別されているにすぎないのである。しかし、そのような取扱いは、部分的にはあっても責任にかかわる身分の連帯的作用を肯定していることとなり、これは、14条が前提としているはずの責任の個別性の原則に反するのではないかという疑問が残る。

第2に、西田教授の見解を徹底すると、構成的責任身分を欠く共犯者が不可罰となり、妥当でないとの批判もなされている<sup>80)</sup>。この場合、正犯による構成要件の実現に関与していながら全く処罰されないというのは、一般の法感情に反するであろう。こうした批判は、責任身分の個別的作用を認めているオーストリアの取扱いにも当然に妥当する。もっとも、実際上は、構成的身分を不法身分、加減的身分を責任身分として処理することにより、そうした処罰の間隙を

78) 前田雅英『刑法総論講義【第3版】】(1998年)446頁、大谷實『新版刑法講義総論】(2000年)479頁。

79) 本稿3(四)参照。

80) 前田雅英「共犯と身分」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ】(1990年)254頁。



埋めているとの指摘もなされている<sup>81)</sup>が、そのような指摘が正しいとすると、オーストリアでは、「不法身分は連带的に、責任身分は個別的に」との原則が貫徹されていないことになるであろう。

(2) 最後に、14条の原則と従属性概念との関係について言及しておきたい。通説は、不法の個別性の原則と不法身分の連带的作用との間に矛盾は存在しないとしている。非身分者も、身分者の行為に関与することにより自ら身分犯の不法内容を実現しており、14条1項は、非身分者自身の不法に基づいて罪責を決定するものにすぎないというのが、その理由である。私見によれば、「非身分者も身分者の行為を通して身分犯の不法を実現しうる」とする説明そのものは是認しうる<sup>82)</sup>。ただ、問題は、そのような説明が不法の個別性の原則と合致するかである。

思うに、自己の行為と全く因果関係のない、他人の引き起こした結果について責任を負わないというのは当然のことであるから、不法の連帯性とは、そのような他人の行為や結果について連帯責任を認めるということではなく、自己の行為と因果関係のある他人の不法な行為の法的評価がその行為者にまで及び、その行為者の行為も同じく不法と判断されることをいうと解すべきである。逆に、不法の個別性とは、他人の不法な行為や結果と自己の行為とが因果関係を有するにもかかわらず、不法の評価がその行為者には及ばないことを意味することになる。このような理解を前提とすると、不法身分を欠く者が身分者の行為に加担したときに非身分者に身分犯の成立を認める14条1項は、不法の連帯性を肯定するものにほかならない。ドイツの学説が指摘しているように、不法の個別性の原則を徹底すれば、行為者の固有の事情に応じて不法の有無を判断することになるから、非身分者は、たとえ身分者の行為に加功したとしても自らは身分を欠く以上、身分犯の成立が否定されるはずであろう<sup>83)</sup>。

81) 本稿3回参照。

82) 拙稿「共犯と身分の一考察(二・完)」愛媛法学会雑誌28巻1号(2001年)50頁以下参照。

83) 実際、Triffterer(o.Fn.13), S.34は、統一的正犯体系において各関与者は自ら犯罪の成立要件をすべて備えていなければならないとしている。

現に、オーストリアの通説は、間接的正犯者に違法性阻却事由が存在する場合は、直接的正犯者の違法な行為に関与しても間接的正犯者については違法性を阻却するとし、違法性阻却の判断に関しては不法の個別性の原則を貫徹している<sup>84)</sup>。仮に不法身分の連帯的作用に関する通説の説明をこの場合に当てはめると、「違法性阻却事由を有する者も違法な他人の行為に関与することによって不法を実現しうる」ということになり、間接的正犯も違法となるはずである。つまり、通説は、違法性阻却の判断に関しては不法の個別性の原則を維持しつつも、身分犯の成否という構成要件該当性の判断については不法の個別性の原則を放棄しているといわざるをえないのである。

あるいは、法益侵害の事実が全関与者に共通のものであるのは自明のことであるから、不法の個別性の原則の下でも、法益侵害は当然に連帯的に作用するのであって、不法の個別性の原則とは、法益侵害以外の不法に関与者ごとに個別的に判断することを意味するにすぎない、と通説は考えているのであろうか<sup>85)</sup>。通説がこのような前提に立ち、不法身分は法益侵害を基礎づける要素であるから連帯的に作用すると解しているのであれば、不法の個別性の原則と不法身分の連帯的作用との間には必ずしも矛盾は存在しないともいえる。ノヴァコフスキーらが不法身分の連帯的作用を基礎づける際に、「身分者による法益侵害は非身分者にも帰責される」と述べて、法益侵害の連帯性という点を強調しているのは、そのような理解を基礎としているのかもしれない<sup>86)</sup>。しかし、それでは14条1項があらゆる不法身分の連帯的作用を定めていることの説明に窮することになろう。不法身分は、法益侵害に関係する身分ばかりではないからである。たとえば、個人の秘密という法益は、非身分者によっても侵害されることは可能であるから、秘密漏示罪における主体の限定は法益侵害に関係しているとはいいがたいであろう<sup>87)</sup>。また、職権濫用罪などの公務員犯罪は、特別義

84) 本稿2(二)参照。

85) フックスは、違法性阻却事由のうち、法益侵害自体が否定されるもの場合には関与者全員について違法性阻却するが、そうでない場合には関与者の固有の事情に応じて違法性阻却の有無が個別的に判断されるとしている。本稿2(二)参照。

86) 本稿3(二)参照。

務違反に本質があり、公務員たる身分は、法益侵害というより特別義務を基礎づけるものであるから他人に連帯することはないとする見解が、ドイツでは一般的なのである<sup>87)</sup>。

結局、14条1項が身分犯の成否に関して不法の連帯性を肯定するものであるということは否定できない。そして、そのこと自体は妥当であるといえよう。オーストリアの通説のいうように、非身分者も身分者の行為を介して不法を實現することは可能であるからである。ただ、そのように不法身分の連帯的作用が肯定されているということは、不法の個別性の原則を構成要件該当性の判断にまで徹底することの問題性を表しているように思われるのである。

---

87) 大越義久「身分犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(1990年)406頁参照。

88) 拙稿「身分犯と共犯従属性(二・完)」愛媛法学会雑誌25巻2号(1998年)54頁以下参照。