

博 士 論 文

間接正犯概念の淵源および  
その発展に関する歴史的考察  
——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に  
Historical Research on the Origin and  
Development of “Indirect Perpetrator” Notion  
—— Especially on the Case of  
“absichtslos/qualifikationslos doloses Werkzeug“

2017 年 3 月

立命館大学大学院法学研究科  
法学専攻博士課程後期課程

市川 啓

## —— 目 次 ——

### 序論

#### 第一部 間接正犯の淵源について——19世紀ドイツの学説と立法を中心に

##### 第一章 19世紀以前の学説および立法の展開に関する概観

###### 第一節 ローマ法における共犯論

###### 第二節 注釈学派・後期注釈学派における共犯論

###### 第三節 ゲルマン法思想

###### 第四節 ローマ法の継受後の立法および諸学説

###### (一) CCCの共犯規定について

###### (二) 継受期の学説——プーフェンドルフの帰責論と共犯論

###### 第五節 CCC以後、プロイセン一般ラント法までの立法の展開

###### 第六節 まとめ

##### 第二章 世紀転換期の学説における共犯論

###### 第一節 クラインシュローツの見解(1794年)

###### (一) 発起者一般について

###### (二) 委任、命令、助言による発起者

###### (三) まとめ——発起者の定義の変更？

###### 第二節 クラインの見解(1796年)

###### (一) 発起者について

###### (二) 委任などによる発起者の諸形態の取り扱いについて

###### (三) まとめ——クライン共犯論の問題点

###### 第三節 グロールマンの見解(1798年)

###### (一) 等価的共犯と非等価的共犯の区分

###### (二) 委任、命令、助言の諸形態について

###### (三) まとめ——間接正犯論の萌芽

###### 第四節 ティットマンの見解(1800年)

###### (一) 共犯論一般について

###### (二) 委任や命令、助言などの諸形態について

###### (三) まとめ

###### 第五節 小括

##### 第三章 フォイエルバッハの共犯論と1813年バイエルン王国刑法典

###### 第一節 フォイエルバッハの共犯論とその変遷

###### (一) 『実定刑法の基本原則と基本概念の省察(第二巻)』(1800年)

- (1) 発起者一般について
- (2) 不可欠幫助の位置づけ
- (3) 物理的発起者と知的発起者の対置
- (4) 知的発起者の諸類型とその可罰性の相違？
- (二) 教科書における見解の変遷
  - (1) 発起者の定義の変遷
  - (2) 不可欠幫助の位置づけの変更
  - (3) 変遷の理由
- (三) まとめ——フォリエルバッハの共犯論の評価

## 第二節 1813 年バイエルン王国刑法典について

- (一) 総説
  - (1) クラインシュロート批判から刑法改正作業の参加へ
  - (2) 考察のポイント
- (二) 1810 年フランス刑法典 (Code pénal) の共犯規定
- (三) 1813 年バイエルン王国刑法典の共犯規定
  - (1) 総説
  - (2) 発起者の規定について
  - (3) 検討
  - (4) まとめ

## 第三節 小括

## 第四章 1851 年プロイセン刑法典の成立以前の学説

### 第一節 ミッターマイヤーの見解 (1819 年)

- (一) 正犯者と発起者の新たな定義づけ
- (二) 委任と助言の形態について
- (三) 命令、強要・脅迫の形態について
- (四) 懇願・説得、錯誤の形態について
- (五) まとめ——ミッターマイヤー説の評価

### 第二節 ステューベルの見解 (1828 年)

- (一) 正犯者という言葉の使用と立法論
- (二) 二段階の帰属体系と統一的正犯論？
- (三) 目的犯や身分犯などにおける例外
- (四) 帰属の前提としての意思決定の自由
- (五) まとめ——ステューベル説の評価

### 第三節 バウアーの見解 (1840 年他)

- (一) 従来学説に対する批判、そして主観説の展開
- (二) バウアーによる批判の意味と主観説の評価

(三) ミッターマイヤー説を受容した点

(四) ミッターマイヤー説を拒んだ点

(五) まとめ——バウアー説の評価

#### 第四節 ルーデンの見解 (1840 年)

(一) 単独発起者と共犯者の区別

(二) 共犯の諸事例と非共犯の諸事例の区別

(三) 共犯の事例——犯罪的意思決定の「借用」

(四) まとめ——ルーデン説の評価

#### 第五節 ケストリンの見解 (1845 年)

(一) 行為と帰属について

(二) 行為の諸モーメントと行為の止揚

(三) 発起者と幫助者を区別する目的という基準

(四) 幫助と知的発起者（教唆）の対置

(五) みせかけの教唆

(六) まとめ——ケストリン説の評価

#### 第六節 ベルナーの見解 (1847 年)

(一) ベルナーの行為論

(二) 帰属の止揚と可罰性の止揚

(三) メタモルフォーゼとして展開する共犯論

(四) 幫助と教唆の対置？

(五) いわゆる「みせかけの教唆」の理解

(1) 委任形態について——ミッターマイヤー批判？

(2) 命令形態について

(3) 脅迫と強要の相違

(4) 錯誤利用の場合

(六) まとめ——ベルナー説の評価

#### 第七節 小括

### 第五章 1851 年プロイセン刑法典の成立からライヒ刑法典の制定に至るまで

#### 第一節 プロイセン刑法典の諸草案の動向

(一) 総説

(二) 第一期 (1828 年草案から 1843 年草案まで)

(1) 1843 年草案について

(2) ツァッハリエの批判

(3) まとめ

(三) 第二期 (1845 年草案から 1851 年の成立まで)

(1) 1845 年草案について

- (2) 1847 年草案について
- (3) 1850 年草案について
- (4) 錯誤を手段とした教唆犯に関する委員会審議
- (5) 1850 年草案について
- (四) まとめ

## 第二節 ライヒ刑法典の制定に至るまでの立法史

- (一) 立法経緯について
- (二) 北ドイツ連邦刑法典の第一次草案について
- (三) 1870 年北ドイツ連邦刑法典からライヒ刑法典の成立へ
- (四) まとめ

## 第三節 学説の展開

- (一) バールの見解 (1859 年)
  - (1) 自由な意思決定と行為についての理解——ヘーゲル学派とのつながり
  - (2) 教唆犯について
  - (3) 評価
- (二) ブーリーの見解 (1860 年)
  - (1) 客観説に対する批判
  - (2) 等価説に基づく主観説へ
  - (3) ヘーゲル学派に対する批判から自説の展開へ
  - (4) 教唆犯に関する理解
  - (5) 評価
- (三) ランゲンベックの見解 (1868 年)
  - (1) 共犯論一般について
  - (2) 教唆者について
  - (3) みせかけの教唆について
  - (4) 評価
- (四) まとめ

## 第四節 小括

## 第六章 ライヒ刑法典の制定後の学説の展開

### 第一節 間接正犯という名称の登場

- (一) シュッツェの見解——正犯性の擬制
  - (1) 正犯者について
  - (2) みせかけの教唆について
  - (3) 評価
- (二) ビンディングの見解——間接正犯という呼称へ
  - (1) 共犯者という用語に対する批判

- (2) 正犯者について
- (3) 教唆者について
- (4) 立法論から解釈論へ
- (5) 評価
- (三) まとめ

## 第二節 故意ある道具の問題の登場

- (一) ライヒ裁判所の主観説について
- (二) 故意ある道具に関する裁判例
  - (1) 酒造税ほ脱事件（ライヒ裁判所第二刑事部 1880 年 3 月 5 日判決; ERGSt1, 250）
  - (2) 給与名簿事件（ライヒ裁判所第三刑事部 1880 年 12 月 8 日判決; ERGSt3, 95）
  - (3) 愛犬取返し事件（ライヒ裁判所第二刑事部 1884 年 6 月 10 日 ; RRGSt6, 416）
  - (4) 囚人移送事件（ライヒ裁判所第四刑事部 1896 年 1 月 4 日; ERGSt28, 109）
  - (5) ゴムボール事件（ライヒ裁判所第一刑事部 1906 年 7 月 11 日判決; ERGSt39, 37）
  - (6) ガチョウ小屋事件（ライヒ裁判所第二刑事部 1913 年 12 月 15 日判決; ERGSt48, 58）
- (三) 裁判例の検討
- (四) 学説の反応
- (五) まとめ

## 第三節 小括

### 第一部終章

## 第二部 20 世紀以降のドイツにおける目的なき・身分なき故意ある道具の議論

### はじめに

### 第一章 20 世紀前半の立法動向と故意ある道具

#### 第一節 1909 年予備草案および 1911 年対案

- (一) 1909 年予備草案
- (二) 1911 年対案

#### 第二節 1919 年草案

#### 第三節 1925 年草案と 1927 年草案

- (一) 1925 年草案
- (二) 1927 年草案
- (三) 検討

#### 第四節 ナチス期の諸草案

- (一) 1936 年草案
- (二) 1943 年刑法調整令

#### 第五節 小括

## 第二章 いわゆる限縮的正犯論内部の争い

### 第一節 故意ある道具を認めない見解

- (一) ベーリングの見解 (1909 年)
- (二) フレーゲンハイマーの見解 (1913 年)
- (三) ヴァッフェンフェルトの見解 (1914 年、1919 年)
- (四) フランクの見解 (1931 年)
- (五) まとめ

#### 第二節 故意ある道具を認める見解

- (一) リストの見解 (1899 年他)
- (二) ビンディングの見解 (1907 年他)
- (三) M. E. マイヤーの見解 (1923 年)
- (四) ヘークラーの見解 (1929 年)
- (五) まとめ

#### 第三節 小括

### 第三章 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立

#### 第一節 ツィンマールとブルンスの限縮的正犯論——間接正犯を教唆犯に解消する見解

- (一) ツィンマールの見解 (1928 年、1929 年、1932 年他)
  - (1) 正犯概念について
  - (2) 間接正犯・故意ある道具について
  - (3) 評価
- (二) ブルンスの見解 (1932 年)
  - (1) 正犯概念について
  - (2) 間接正犯・故意ある道具について
  - (3) 評価
- (三) まとめ

#### 第二節 拡張的正犯論と故意ある道具

- (一) E. シュミットの見解 (1930 年)
  - (1) フランク批判
  - (2) 拡張的正犯論について
  - (3) 間接正犯・故意ある道具について
  - (4) 評価
- (二) メツガーの見解 (1931 年)
  - (1) 拡張的正犯論について
  - (2) 間接正犯論・故意ある道具について
  - (3) 評価
- (三) まとめ

#### 第三節 小括

### 第四章 目的的行為論と間接正犯論

#### 第一節 ヴェルツェルの見解（1939 年）

- （一）目的的行為論と正犯概念
- （二）間接正犯、故意ある道具について
- （三）評価

#### 第二節 マウラッハの見解（1948 年、1954 年）

- （一）間接正犯一般について
- （二）目的なき・身分なき故意ある道具について
- （三）評価

#### 第三節 ガラスの見解（1954 年）

- （一）間接正犯一般について
- （二）目的なき・身分なき故意ある道具について
- （三）評価

#### 第四節 小括

### 第五章 戦後ドイツにおける間接正犯論——第六次刑法改正前まで

#### 第一節 戦後の刑法改正について

#### 第二節 学説の展開

- （一）ロクシンの見解（1963 年以降）
- （二）ヤコブスの見解（1983 年以降）
- （三）シュタインの緊要性基準と間接正犯論（1988 年）
- （四）レンツィコフスキーの自律性原理と間接正犯論（1997 年）
- （五）まとめ

#### 第三節 小括

### 第二部終章

#### 結語

#### 参考文献一覧（ドイツ語文献・日本語文献）



## 序論

### (一) 本稿の目的について

本稿は、目的なき故意ある道具および身分なき故意ある道具(以下では、目的なき・身分なき故意ある道具と記す)の問題を巡って展開されてきたドイツの間接正犯論を歴史的に探究することで、日本における間接正犯論および目的犯・身分犯などの各論的問題に対して一定の示唆を得ようとするものである。

### (二) 問題の所在——目的なき・身分なき故意ある道具とは？

はじめに、本稿のテーマである目的なき・身分なき故意ある道具の事例とその問題の所在について述べておく。まず目的なき故意ある道具の事例としては、例えば、窃盗罪における自己領得目的をもつ背後者Xが、情を知っており、当該目的を持たない直接行為者Yに他人の動産を奪取させ、そしてそれをXが領得した場合が挙げられる。この問題は、ドイツでは1998年の第六次刑法改正まで窃盗罪に第三者領得目的が規定されていなかったことに起因する<sup>1</sup>。また、身分なき故意ある道具の事例としては、例えば、公務員Aが、情を知る非公務員の妻Bに建設会社Cからの賄賂を受け取りに行かせた場合が挙げられる。

これらの事例において背後者Xを窃盗罪の、Aを収賄罪の間接正犯とすることはできない。というのも、YやBは責任能力者であり、情を知って犯行に出た以上、間接正犯の「道具」と評価しえないからである。他方で、直接行為者Yは自己領得目的を欠き、Bは公務員という身分を持たないため、Yは窃盗罪の、Bは収賄罪の構成要件を充足できず、正犯行為が存在しない以上、背後者を教唆犯とすることもできない<sup>2</sup>。

従って、このように解する限り、背後者をいかようにも処罰できず、刑事政策的にも理論的にも受容れ難い処罰の間隙を生じさせてしまうため、それを回避すべく、「故意ある道具(故意ある幫助的道具<sup>3</sup>)」を利用した間接正犯という法形象が登場した<sup>4</sup>。しかし、既述の通り、直接行為者は情を知った上で自らの行為を選択した以上、間接正犯の道具と単純に評価しえないし、また本来、直接行為者は道具か幫助者かという二者択一の関係にあると

---

<sup>1</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 751 f.

<sup>2</sup> 付言すれば、狭義の共犯の成立の必要条件である要素従属性を最小従属形式にまで緩和したとしても、この事例における共犯の成立は認められないことは明らかであろう。

<sup>3</sup> 日本ではしばしば「単純な故意ある道具(もしくは故意ある幫助的道具)」という法形象が、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁(会社の代表取締役が会社の使用人に命じ、自己の手足として米を運搬輸送させた事案)に関連して挙げられる(例えば、山口・刑法総論72頁)。しかし、上記最判昭和25年のように取引行為が問題となる事案では、当該取引契約の当事者は誰かという民法的な視点・発想に基づき、取引の主体である背後者を当該犯罪の直接正犯と解すべきである。松宮・刑事立法と犯罪体系264頁、前田・刑法総論87頁、拙稿・判例研究395頁、団藤・刑法綱要総論159頁も同旨か。

<sup>4</sup> Vgl. *Lotz*, Werkzeug, S.7, 449 f.

ころ、その者を道具でもあり幫助でもあると評価することは形容矛盾であり、間接正犯を認める前提に反すると批判された<sup>5</sup>。

### (三) 間接正犯概念の淵源に関する従前の理解

そこで、20世紀初頭の論者の中には、「絶対的に非答責的な者のみならず、場合によっては法的な理由から正犯として答責的とはなりえない者もみな道具である」<sup>6</sup>と述べ、間接正犯の「道具」を定義し直すことで、当該事例の背後者が間接正犯となることを説明しようと試みる者がいた。しかし、このように間接正犯の道具の定義を変更することは、本来的な間接正犯の「道具」との関係で許されるのかが問われることとなる。

我が国の先行研究の中でこの問題に取り組まれていたのは、大塚博士であった<sup>7</sup>。間接正犯は極端従属形式を貫徹することによって生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策であるという言明を疑われた大塚博士は、関与形態が発起者(Urheber)と幫助者(Gehülfe)に区分され、前者はさらに自ら犯罪を実行する物理的発起者と他人を犯罪へと誘致する知的発起者に区別されていた時代から、次第に知的発起者が教唆犯と間接正犯に分化していった歴史的経緯を辿ることで間接正犯の「道具」の意味を明らかにしようとした。この大塚博士の問題意識は正当である。しかし、大塚博士は結論的に間接正犯と教唆犯の分化は結果主義の刑法から近代刑法学への発展に伴う「必然的所産」であったと主張されたのだが<sup>8</sup>、一体どのような理論的要因が契機となって両者が本質的に分化したのか明らかにされないままであった。従って、間接正犯という概念の登場が果たして本当に必然的所産なのか問われることとなる<sup>9</sup>。

### (四) 目的なき・身分なき故意ある道具に関する従前の議論

ところで、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に対し、日本の学説は説得的な解決を提示してきたのであろうか。例えば、大塚博士は、通貨偽造罪の行使の目的を有する背後者が、直接行為者に「教育上の標本とする」と述べて当該目的を秘し、その者を利用して偽造貨幣を作らせたという目的なき故意ある道具の事例では、自ら目的を持たない(また背後者の目的も知らない)直接行為者は自らの法的意味を弁えていないことを理由に、間接正犯の成立を肯定され、他方で身分なき故意ある道具の事例でも、身分犯の規範には身分者のみ違反しうるとの前提から、直接行為者の行為は誘致行為の因果的延長であるとの理由

---

<sup>5</sup> Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 602 f.

<sup>6</sup> Vgl. *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 375 f.

<sup>7</sup> 大塚・間接正犯の研究 1 頁以下参照。

<sup>8</sup> 大塚・間接正犯の研究 37 頁以下参照。

<sup>9</sup> 付言すれば、実務では教唆犯の成立する事例が特定の犯罪に限定されており、多くの事例で共謀共同正犯の成立が認められている現状に対し、それはもはや統一的正犯論に等しいとの指摘がなされていることを踏まえれば、改めて教唆犯の本来的な意味も問われているであろう。松宮・刑事立法と犯罪体系 208 頁参照。

から背後者に間接正犯の成立を認められた<sup>10</sup>。しかし、博士が挙げられた目的なき故意ある道具の事例は、直接行為者が背後者の目的を知らないという点で、ドイツで議論されてきた事例とは明らかに性質を異にするため<sup>11</sup>、問題の本質に迫った解決が示されているとは言い難い。また、身分なき故意ある道具に関しても、身分の一身専属的性格と実行行為の規範的な理解を貫徹するならば、背後者を直接正犯と捉えることもできたはずである。さらに、背後者を間接正犯と捉えたことによって、「身分犯を幫助してはならない」という従犯の前提となる行為規範に違反する限りで「規範的障害」が認められるはずの直接行為者を「道具」と評価してしまっているのである。

このような大塚博士の見解とは別に、近時では身分なき故意ある道具の事例において(共謀)共同正犯の成立を認める見解が有力である<sup>12</sup>。例えば、西原博士は問題となる事例における間接正犯の成立を否定された上で<sup>13</sup>、公務員である背後者と非公務員の妻が共謀して収賄罪を犯している点で――刑法 65 条 1 項には共同正犯も含まれるという理解を前提に――収賄罪の共謀共同正犯が成立すると論じられた<sup>14</sup>。また、同様に西田教授も収賄罪の禁止規範が公務員のみを名宛人とする理解を批判された上で、「非公務員にも収賄の禁止は及んでいるが、直接単独正犯の形式では事実上、この禁止に違反しえないのだとすれば、公務員との共同がある場合、その目的物は、非公務員にとっても賄賂というべきであ

---

<sup>10</sup> 大塚・間接正犯の研究 213 頁以下、218 頁以下参照。大塚博士以前に故意ある道具を利用する間接正犯を認められたのは、滝川・犯罪論序説 293 頁。そのほか団藤・刑法綱要総論 159 頁、平野・刑法総論 II 361 頁、香川・刑法講義総論 359 頁、福田・刑法総論 266 頁も参照。これに反対したのは、草野・刑法総則講義 I 213 頁以下、泉二・総論 657 頁、664 頁、小野・総論 105 頁、210 頁参照。

<sup>11</sup> 大塚博士以外にも、このような事例を目的なき故意ある道具の問題として挙げる論者は数多くおられる。例えば、平野・刑法総論 II 361 頁、西原・刑法総論 361 頁以下、内田・刑法総論 291 頁、西田・刑法総論 331 頁、前田・刑法総論 87 頁、川端・刑法総論 545 頁以下、井田良・刑法学 449 頁、高橋・刑法総論 417 頁、堀内・刑法総論 290 頁、大谷・刑法講義総論 147 頁参照。

<sup>12</sup> 本文で取り上げている三名のほか、例えば、前田・刑法総論 87 頁以下および 333 頁注(21)、大谷・刑法講義総論 147 頁以下参照。齋野・刑法総論 293 頁も同旨か。付言すれば、山口教授はこの場合の背後者を直接正犯と評価されているが、直接行為者については共同正犯か幫助であると論じておられる。山口・刑法総論 72 頁、335 頁。また、小林教授は原則的には共同正犯説に立たれながらも、背後者が直接正犯になる場合を認められておられる。小林・刑法総論(新世社・2014 年) 141 頁参照。

<sup>13</sup> 西原・刑法総論 358 頁以下、362 頁参照。

<sup>14</sup> 西原・刑法総論 363 頁参照。付言すれば、古くは草野博士も同様の見解を示しておられた。すなわち、道具理論に基づく間接正犯論を支持された博士は、故意ある道具の事例を間接正犯と認めることを否定され、『『資格なき故意ある道具』など云ふことほど、凡そ意味のないことはないのであつて、私は夙に、刑法第六五条一項の規定が存して、非公務員が公務員と公務員なる身分に因つて構成すべき犯罪を共同して行ふと云ふ意思連絡の基に一體となることによつて、公務員たる身分を取得するものと看做さるる以上、公務員が非公務員に情を明かして其の職務に関し虚偽の文書を作成せしめたる場合に於ては、非公務員が刑法百五十六条の実行正犯を以て処罰せらるべき」と論じられた。草野・刑法改正 283 頁参照。同・刑法総則講義 I 213 頁も参照。

る」と論じられた<sup>15</sup>。さらに、故・島田教授(以下では、島田教授と記す)も、身分を行為者に一身専属的なものと捉える立場を否定された上で<sup>16</sup>、刑法 197 条の単純収賄罪における「収賄」は非公務員であっても為し得ると主張された。例えば、収賄罪に関する身分なき故意ある道具の事例の場合、「収賄するなかれ」という規範は国民一般の関心事であるのだから非公務員にも及んでいるため<sup>17</sup>、非公務員が相手方から金銭を受け取ることも刑法 197 条にいう「収受」である——つまり、「収受」は物理的な受け取りで足りる<sup>18</sup>——とされ、ゆえに非公務員と公務員は刑法 197 条の共謀共同正犯になると結論づけられた<sup>19</sup>。

しかし、このように解すれば、真正身分犯の身分は正犯者(Täter)の一身専属的なメルクマールではなく、犯行(Tat)のメルクマール、つまり客観的な一事実と捉えることとなる。そのように解すれば、確かに関与者の誰かに当該身分が存すれば、共同正犯の成立にとって十分となろう<sup>20</sup>。しかし、それでは「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」の共犯を規定する刑法 65 条 1 項は単なる確認規定に貶められてしまうのではないだろうか<sup>21</sup>。

もっとも、佐伯博士の見解も共謀共同正犯説と同様の問題を抱えていた。というのも、博士は、親族または家族ではない者に親族相盗例が適用されないことを定めた刑法旧 244 条 2 項(現行 244 条 3 項)から、現行法は可罰的違法性のない者に共犯を認めていると解された上で<sup>22</sup>、故意ある道具の事例の直接行為者は目的・身分を欠くがゆえに当該犯罪の不法構成要件を完全に充足しないが、背後者が備える目的・身分によって補われることで、共犯の従属対象たる構成要件該当性が認められ(つまり、正犯の存在を認められ<sup>23</sup>)、背後者にはその共犯が成立すると解されたからである<sup>24</sup>。

これに対して、身分を正犯者の一身専属的なメルクマールと解した上で「正犯なき共犯」説を主張されたのは、植田博士と中博士であった。植田博士は、「ある行為者が正犯たるか否かは、直接にその者が実行者であるか否かを検討し、而してこれが肯定される限り正犯であり、反対にこれが否定される限り共犯(教唆犯)とされる外はない」<sup>25</sup>との立場か

<sup>15</sup> 西田・新版 183 頁以下参照。そのほかに同・刑法総論 331 頁、同・展開 86 頁以下も参照されたい。

<sup>16</sup> 島田・故意ある道具(2)67 頁以下参照。

<sup>17</sup> 島田・故意ある道具(3)88 頁参照。

<sup>18</sup> 島田・故意ある道具(3)102 頁注(161)参照。

<sup>19</sup> 島田・故意ある道具(3)92 頁、同・基礎理論 265 頁以下参照。

<sup>20</sup> まさにオーストリー刑法 14 条 1 項では、真正身分犯にいう「身分」が関与者の誰かにあれば、その不法は連帯するとされるが、それは全ての関与者が独立して「正犯」として扱われる統一的正犯体系と相容れるのが問題となる。この点につき、佐川・オーストリー刑法学の体系 32 頁参照。

<sup>21</sup> 松生・身分なき故意ある道具 465 頁以下参照。

<sup>22</sup> 佐伯・共犯理論の源流 69 頁参照。

<sup>23</sup> 佐伯博士の見解を「正犯なき共犯」説として括るのは誤りである。佐伯博士の見解では、狭義の共犯が成立するための必要条件である「正犯」の要件が緩和されたにすぎないからである。この点につき、松宮・刑事立法と犯罪体系 264 頁参照。

<sup>24</sup> 佐伯・共犯理論の源流 115 頁参照。

<sup>25</sup> 植田・基本問題 86 頁参照。

ら、目的・身分を欠くがゆえに当該構成要件を充足せず正犯ではないが幫助であり、また直接行為者が従犯であるから背後者は当然教唆犯でないと解することには理論上の必然性はないとして、背後者を教唆犯と解された<sup>26</sup>。他方で、中博士も「共犯はなんらかの正犯に対する共犯であらねばならぬ」という前提的命題は共犯成立のための原型であり、共犯の従属対象がいわば超実定法的・存在論的実行行為の場合もあると理解され<sup>27</sup>、故意ある道具の事例における直接行為者は幫助であり、背後者は教唆であると捉えられた<sup>28</sup>。

しかし、この「正犯なき共犯」説は、現行の共犯規定に相容れない<sup>29</sup>。というのも、「公務員は何の罪の教唆にあたり、非公務員は何の罪の従犯にあたるのか」明らかではないからである。換言すれば、公務員を収賄罪の教唆犯と評価するならば、刑法 62 条との関係で非公務員はいかなる正犯者を幫助したことになるのであろうか<sup>30</sup>。また、「正犯なき共犯」説では、法が現実犯罪的結果を帰属するところの中心主体が欠けてしまうとも批判され<sup>31</sup>、さらに幫助である直接行為者が従属するところの背後者の行為は「超実定法的・存在論的実行行為」と言えない以上、共犯は存在論的意味における実行行為に従属すればよいという前提的命題に反するとも批判された<sup>32</sup>。

以上の諸説のほか、「事実的な行為支配(犯罪事実の優越的支配)」を正犯基準として採用される高橋教授は、身分なき故意ある道具の事例において公務員の行為に、非公務員の実現する犯罪事実に対する優越的な支配を肯定され、公務員の間接正犯を認められた<sup>33</sup>。しかし、事実的に見るならば、犯行を支配しているのは、それに出ないことも自由に選択しう

---

<sup>26</sup> 植田・基本問題 89 頁以下参照。付言すれば、ここでは背後者から見れば、直接行為者は「実行」に当たるが、直接行為者からすれば、自身の行為は幫助であると解する「規範関係の相対性」が想定されている。宮本・刑法大綱総論 55 頁参照。

<sup>27</sup> 中・間接正犯 17 頁。

<sup>28</sup> 中・間接正犯 56 頁、57 頁参照。中博士の見解を支持する見解として、山中・可罰的不法従属性 311 頁以下、同・刑法総論 878 頁参照。付言すれば、中博士の見解と同様、大越博士は刑法 61 条の「人」は法律上の正犯ではなく、「事実上の正犯」であるとの前提から、故意ある道具の事例における直接行為者は「事実上の正犯」であり、背後者はそれに従属する教唆犯であると論ぜられた(ただし、刑法 62 条との関係で、直接行為者は幫助ではないとされる)。大越・共犯論再考 16 頁以下参照。なお、内田・刑法総論 291 頁、同・刑法概要(中)463 頁以下も身分なき故意ある道具の事例に関して大越博士の見解と同旨。この大越説に対して中博士は、「共犯不法は正犯不法に従属するという命題」は必ずしも拘束的なものでないとされてしまい、共犯の概念的従属性も「事実上の正犯」を要するだけで単に名目的なものになってしまふと批判された。中・刑法上の諸問題 478 頁以下参照。

<sup>29</sup> 平野・刑法総論 II 361 頁、大塚・間接正犯の研究 187 頁参照。

<sup>30</sup> 西村・共犯論の進退 19 頁。

<sup>31</sup> 森井・間接正犯 300 頁以下参照。

<sup>32</sup> 園田・中共犯論 311 頁参照。

<sup>33</sup> 高橋・刑法総論 412 頁、417 頁参照。なお、目的なき故意ある道具に関しては、背後者が直接行為者に通貨偽造罪の行使の目的を秘して誘致する事例を挙げられた上で、間接正犯の成立を認めておられる。同・刑法総論 417 頁参照。

る直接行為者なのではないだろうか<sup>34</sup>。また、橋本教授も意思の優越的支配によって間接正犯を根拠づける立場から、身分とは「当該構成要件の不法内容の核心をなす要素」であるから、身分者こそ「当該構成要件の「不法内容」実現という事実を支配している」ため、背後者に間接正犯が成立すると主張されたが<sup>35</sup>、この場合の意思の優越的な支配とは身分を有することが当該犯罪の不法にとって決定的だということ以上を意味するものではなく、何もかも行為支配で一括りに説明することの困難さを露呈しているであろう。

従って、以上検討した通り、目的なき・身分なき故意ある道具の問題は十分に論じられておらず、また説得的な解決も示されていないのである。ゆえに、ドイツで故意ある道具の問題がどのように論じられてきたのか考察していく必要性が認められよう。

## (五) 間接正犯論の基礎となる正犯概念および正犯基準についての理解

もっとも、本稿は故意ある道具の問題の解決のみを目指すものではない。むしろ、この問題を巡って展開してきた正犯・共犯論を考察することも歴史的探究の目的である。

この点につき、敷衍して言えば、先に取り上げた佐伯博士は、目的なき・身分なき故意ある道具の事例について共犯の従属性を緩和することで狭義の共犯の成立を認められた上で、さらに一步進めて間接正犯一般を狭義の共犯に解消しようと試みられた。すなわち、直接自らの手で構成要件を実現した者を正犯とする限縮的正犯概念と極端従属形式から生じる処罰の間隙を埋める彌縫策であるところの間接正犯<sup>36</sup>は、罪刑法定主義の原則に抵触するため、可罰的違法類型を完全に実現しない他人の違法行為についても可罰的共犯が可能だと解することで、間接正犯を狭義の共犯の中に解消する方向が望ましいと論じられた(いわゆる拡張的共犯論)<sup>37</sup>。それゆえ、佐伯博士は、間接正犯と教唆犯の区別は「名前のつけ方」にすぎず、「盆栽の並べ替えかせいぜい植物分類学的な問題」であるとされた<sup>38</sup>。

しかし、間接正犯と教唆犯の区別の意味に関しては上記(三)と関連するため措くとしても、正当にも中山博士が指摘されたように<sup>39</sup>、正犯とは構成要件該当行為を自ら実行した者であるという前提自体、証明すべき命題である。しかも、このような理解に従いながら

<sup>34</sup> 内田・刑法概要(中)463頁、林・刑法総論414頁、西田・刑法総論331頁参照。

<sup>35</sup> 橋本・行為支配175頁以下、同・刑法総論238頁以下参照。

<sup>36</sup> 同様に理解する論者として例えば、牧野・刑法総論708頁、木村・刑法総論388頁、398頁、同・正犯と共犯79頁以下、中山・刑法総論447頁、西田・展開82頁以下を参照。ドイツの論者としては、siehe z. B. *P. Wolf*, Betrachtungen, S. 1; neuerdings *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/17, 21/62; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung, S. 30; wohl auch *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, 7. Aufl., §48 Rn. 8.

<sup>37</sup> 佐伯・刑法講義総論337頁、345頁以下参照。植田・基本問題37頁、40頁以下。これを支持する論者として、浅田・刑法総論411頁および431頁、その他に中山・刑法総論448頁参照。もっとも、中山・口述416頁および432頁では、佐伯博士の見解を支持しているとは断言できない。また、拡張的共犯論という名称については、滝川・犯罪論序説280頁を参照。

<sup>38</sup> 佐伯・法律家の生涯99頁。

<sup>39</sup> 中山・植田博士の共犯論について288頁参照。

も、いわゆる被害者利用の事例における利用者を正犯と解すること<sup>40</sup>は理論的な一貫性を欠いているであろう<sup>41</sup>。

もっとも、このように正犯を物理的自手実行に限定する限縮的正犯概念は、同概念の必然的な理解ではなく、一部の論者によって主張されたものにすぎないということは、今日、一定程度共有されているように思われる<sup>42</sup>。しかし、そのような理解が登場するに至った理由や背景事情、さらには正犯概念の対立が故意ある道具の問題に及ぼした影響は未だ十分に論じられていないのである。

これに関連して、いわゆる形式的客観説と間接正犯の理論的關係も問題となる。日本でも<sup>43</sup>ドイツでも<sup>44</sup>、さらには国際刑事裁判所(ICC)の裁判例でも<sup>45</sup>、形式的客観説は間接正犯を説明できないという理由でしばしば却けられているが、これも疑う余地がある。より精確には、形式的客観説に別原理を付け加えなければ、間接正犯概念を説明できないと理解すべきなのではないだろうか<sup>46</sup>。換言すれば、形式的客観説は正犯性判断にとって単なる「枠」にすぎず、それを埋める「充填剤」としての実質的な理由づけが求められるのではないだろうか。

## (六) 本論文の構成について

以上の問題意識の下、本稿の第一部では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題が登場する以前に、間接正犯概念はどのように誕生したのか、つまりいかなる理論的要因に基づいて間接正犯と教唆犯は知的発起者から分化したのかという点について考察していく。そして間接正犯概念の淵源を明らかにした上で、本稿の第二部では、間接正犯を認める前提としての正犯基準や正犯概念の展開を踏まえながら、20世紀以降のドイツにおける目的なき・身分なき故意ある道具の議論を考察する。そして、最後に本研究から得られた帰結を結語として纏め、間接正犯論に関する新たな視座を提示したいと考える。

---

<sup>40</sup> 佐伯・刑法講義総論 342 頁、植田・基本問題 106 頁以下参照。なお、中・刑法総論 226 頁も参照。

<sup>41</sup> 平場ほか・刑法理論学総論 218 頁参照。この批判に対して植田博士は、自己の手による実行も純粹事実的に解すべきものではないと反論された。植田・基本問題 82 頁参照。しかし、そうであるならば、故意ある道具の事例において背後者を(直接)正犯とする余地もあったのではなかろうか。

<sup>42</sup> 大塚・刑法概説総論 159 頁および 279 頁、島田・基礎理論 36 頁以下、照沼・体系的共犯論 8 頁および 10 頁参照。これに対して、限縮的正犯概念とは正犯＝物理的な自手実行に限定する見解であると拘泥するのは、白木・正犯概念(1)94 頁以下、矢田・正犯概念 159 頁参照。

<sup>43</sup> 例えば、橋本・刑法総論 236 頁以下、矢田・目的論的(規範的)考察方法 23 頁参照。

<sup>44</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 36; *F. C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S.21; *Bloy*, Beteiligungsform, S. 118.

<sup>45</sup> ICC 2007 年 1 月 29 日ルバンガ事件予審裁判部決定(Lubanga, ICC-01/04-01/06, para 333)。これについて詳しくは、オステン・国際刑法における正犯概念 119 頁以下、後藤・行為支配論と共同正犯(1)157 頁以下、同・国際刑事裁判所における行為支配論 111 頁以下を参照。

<sup>46</sup> Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/25.

## 第一部 間接正犯の淵源について

### ——19 世紀ドイツの学説と立法を中心に

#### はじめに

第一部では、19 世紀ドイツにおける学説および立法の展開についての歴史的考察から、間接正犯論の淵源を明らかにしようと試みている。まず導入として第一章では、19 世紀以前の共犯論の学説および立法の歴史的展開を概観している。そして第二章以下では、19 世紀のドイツにおける共犯論の考察に移ることとする。その際、本稿では間接正犯論の誕生の歴史を紐解く手がかりとして、行為者の自由な意思決定に焦点を当てる。

ドイツ普通刑法学では知的発起者の形態として委任・命令・強要・助言などの場合が認められていたが、そのうち強要や命令の形態では直接行為者の意思決定の自由はその他の形態に比して大きく制約されている点で、その他の形態と性質を異にするにもかかわらず、「知的発起者」の名の下に十把一絡げに把握されていた。その際、直接行為者の意思決定の自由の制約の程度は、知的発起者の可罰性の程度の問題に関連づけられるにすぎなかった。ところが、グロールマンやティットマンの見解をその萌芽としつつも、19 世紀初頭のミッターマイヤーの主張を契機に、直接行為者の自由な意思決定に着目することで知的発起者の諸類型を分解していくこととなった。そのような関与類型の分化が 1851 年のプロイセン刑法典や 1871 年のライヒ刑法典、さらにはその後の学説にどのように影響したのか探究していくこととする。

このような分析視角の下、第二章では 18 世紀末の諸学説の共犯論における知的発起者論を考察し、それを踏まえて第三章ではフォリエルバッハの共犯論と 1813 年バイエルン王国刑法典の知的発起者に関する諸規定を検討する。また、第四章では、上述のミッターマイヤーの見解を端緒に、1851 年のプロイセン刑法典の成立以前の学説の展開を考察する。さらに、第五章では 1851 年のプロイセン刑法典の成立から 1871 年のライヒ刑法典の成立に至るまでの立法過程とその間の諸学説、第六章ではライヒ刑法典の制定後の学説における間接正犯論の展開を考察し、以上から明らかになったことを最後に終章で纏めておく<sup>47</sup>。

---

<sup>47</sup> なお、第一部の歴史的研究では、バイエルン州立図書館のホームページ(<https://www.bsb-muenchen.de/index.php>)にて、多くの貴重文献を PDF によって鮮明に閲覧できたことが大きな一助となった。



## 第一章 19世紀以前の学説および立法の展開に関する概観

第一章では、19世紀のドイツ刑法学における立法動向や諸学説を考察する前に、その導入として19世紀以前の立法および諸学説の展開について——第一章以降の考察に資すると思われる限りで——概観することとする。

### 第一節 ローマ法における共犯論

ローマ法では、犯罪行為における複数人の様々な共働に対して数多くの表現が用いられていたが、専門用語としての統一性を欠いていただけでなく<sup>48</sup>、今日の学説や判例と異なり、正犯と共犯の対置から生じる困難さも知られてはおらず、あらゆる共働者を一括して実行者と同じ刑罰の段階に置いていた<sup>49</sup>。彼らの関心は、主として個々の犯罪における態度を規定することであり、共犯者については様々な定式化によってその可罰性が把握されていた<sup>50</sup>。他人を犯罪に誘致する者の多くは„auctor“と呼ばれており<sup>51</sup>、その他にも„mandare“（委任する）、„commodare“（便宜をはかる）、„conducere“（雇う）、„concilium“（助言する）、„concitare“（煽る）、„suadere“（説得する）、„imperare“（命令する）という表現が用いられていた<sup>52</sup>。

### 第二節 注釈学派・後期注釈学派における共犯論

イタリアの法学者、つまり注釈学派（ボローニャのイルネリウスと12世紀から13世紀におけるその継承者ら）や後期注釈学派（特にバルトールスやバルドゥス）<sup>53</sup>は、共犯論を学問上発展させようと試みた<sup>54</sup>。彼らは、発起者（auctor、principalis）と幫助者（auxiliator）を概念的に区分しており、後者に関して通説は幫助行為の因果性を基準に、因果的な幫助は発起者と同等に処罰されるのに対し、因果的でない幫助は軽く処罰されるべきだと主張していた。また前者については、物理的発起者と知的発起者に区分され、知的発起者は物理的発起者よりも重く罰せられるべきとされており、さらに強要や錯誤利用の場合も知的発起者として一括りに把握されていた<sup>55</sup>。とりわけ„mandatum“（委任）という形態は、„Qui per alium facit, per se ipse facere videtur“（他の人を通じてなす人は、自身を通じてなすものと見られる）

<sup>48</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform, S. 47.

<sup>49</sup> Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, S.99 f., S. 101.

<sup>50</sup> 例えば、委託や命令について D 43, 16, 1, 12; D.47, 10, 11, 3-5.

<sup>51</sup> この„auctor“という用語は、ボックによると、19世紀になって初めて正犯の概念へと発展していったとされる。Vgl. Bock, Römischrechtliche Ausgangspunkte, S.45, S.170.

<sup>52</sup> Vgl. Dieter Meyer, Das Erfordernis, S.36 f.

<sup>53</sup> 詳しくは、笹倉・法思想史講義(上) 202 頁以下参照。

<sup>54</sup> Vgl. E. Schmidt, Einführung, S.107 f.

<sup>55</sup> Vgl. Maiwald, FS-Bockelmann, S. 344 f.

という法格言の下、委託者は受託者の行った犯罪を理由に負責され<sup>56</sup>、その意味で委託者は受託者に従属するという関係が認められていた。

### 第三節 ゲルマン法の思想

このようなイタリアの議論が「ローマ法の継受」によってドイツに輸入される以前の古代ゲルマン法では、正犯と共犯との間の法的な区別は知られていなかった。今日的な意味での教唆行為は、外見上認識可能な形で直接に結果を惹起するものではなかったことから基本的には不可罰であった<sup>57</sup>。但し、例えば、サリカ法やフリースラント法、ロタリ王法典では故 殺の唆しが、リウトブランド王付加勅令では偽証の唆し、放火の唆し、女性の略奪の唆しが、バイエルン部族法では他人の下男の窃盗に対する唆しが規定されていたように、ただ例外的に処罰が個別に規定されていた<sup>58</sup>。

また、中世ゲルマン法においても古代ゲルマン法と同様、犯罪の共犯者は未だカズイスティッシュに取り扱われ、シュヴァーベンシュピーゲルや古クム法では窃盗の唆し<sup>59</sup>、ヴォルムス都市改革法では故殺の唆しが規定されていた<sup>60</sup>。

### 第四節 ローマ法の継受後の立法および諸学説

上述のイタリアの議論(=後期注釈学派によってその姿を与えられたローマ法)をイタリア諸大学でドイツの学生が学び、そして博士号を取得した彼らは学識法曹となり、世俗裁判所を支配していった(実地的継受)<sup>61</sup>。その背景には、自らを古代ローマ帝国の継承組織と観念した神聖ローマ帝国の皇帝らにとってローマ法への関心は高く、「書かれた理性(ratio scripta)」としてローマ法が尊重されたということがあった<sup>62</sup>。

そして、より具体的には 14 世紀から 15 世紀にかけてのトルコ帝国のヨーロッパ侵略によって弱体化した神聖ローマ帝国は、マクシミリアン I 世の帝国改造計画の下、1495 年に永久ラント平和令およびの帝室裁判所令を成立させたことで、学識法曹の進出による「ローマ法の継受」は追認されたのである<sup>63</sup>。

そのような帝国改造計画の一環として、恣意と濫用がまかり通っていた司法実務を憂慮した皇帝は刑事法改革運動を開始するものの、既得権益や慣習を擁護する保守勢力の反対で一時的に頓挫してしまう。しかし、バンベルク司法領では、宮廷裁判所首席および宮宰

<sup>56</sup> Vgl. Haas, Theorie, S. 86 f.

<sup>57</sup> Vgl. E. Schmidt, Einführung, S.36; His, Geschichte, S. 24.

<sup>58</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform, S. 49 Fn. 17.

<sup>59</sup> 付言すると、ヒスによれば、„Anstiftung“という言葉は新高ドイツ語で登場したとされる。Vgl. His, Das Strafrecht, S.115 Fn. 8.

<sup>60</sup> Vgl. Dieter Meyer, Das Erfordernis, S.41.

<sup>61</sup> ミッタイス=リーベリッヒ/世良・ドイツ法制史概説 446 頁以下、勝田ほか・概説西洋法制史 158 頁以下参照。

<sup>62</sup> 笹倉・法思想史講義(上) 209 頁参照。

<sup>63</sup> 勝田ほか・概説西洋法制史 163 頁、171 頁以下参照。

であったヨハン・フォン・シュバルツェンベルク男爵によって 1507 年にバンベルグ刑事裁判令(Die Constitutio Criminalis Bambergensis; 以下 CCB と記す)が成立し<sup>64</sup>、それを機にカール V 世即位後の 1521 年から帝国議会での議論も再開され、ようやく 1532 年になって、神聖ローマ帝国全土に通用する統一的刑事法典としてカロリナ刑事法典(Die Constitutio Criminalis Carolina; 以下 CCC と記す)が成立した<sup>65</sup>。しかも、この CCC は 1751 年バイエルン刑事法典や 1768 年のテレージア刑事法典、1794 年プロイセン一般ラント法が成立するまでドイツ刑事司法の拠り所であった<sup>66</sup>。

### (一) CCC の共犯規定について

これまで見てきた共犯規定と異なり、CCB203 条<sup>67</sup>に参与者の可罰性に関する一般的な規定が設けられ、その点で共犯論の発展にとって大きな意義を有していた<sup>68</sup>。この CCB 203 条を参考に、以下の CCC177 条が規定された。

CCC177 条「さらに、ある者が、ある非行者が非行を犯すにさいして、知りて、かつ、故意に、この者に、何かの助力を与え、または援助を与え、もしくは協力をなしたときは、これらすべてがいかなる名称をもって呼ばれるやを問わず、彼は刑事刑をもって罰せらるべき [……]。」「<sup>69</sup>

この CCC177 条(および CCB 203 条)では、実際に非行を為す者とそれ以外の参与者が区別されている限りで狭義の共犯に関する規定と考えられる<sup>70</sup>。CCB203 条に規定されていた五つの参与態様(「助力または援助をなし、もしくは、それに原因、支援、または協力を与えたる」)が、CCC177 条では三つ(「助力を与え、または援助を与え、もしくは協力をなしたる」)に限定されているが、いずれの規定でも「これらすべてがいかなる名称をもって呼ばれるやを問わず」という言い回しが維持されている点に鑑みれば、立法者はただ単に「原因を与える」

---

<sup>64</sup> シュヴァルツェンベルクは CCB を起草する際、1498 年ヴォルムス都市改革法に依拠したと言われて  
いる。Vgl. *Brunnenmeister*, Quelle, S. 127; *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 44.

<sup>65</sup> 勝田ほか・概説西洋法制史 191 頁以下参照。

<sup>66</sup> ミッタイス＝リーベリッヒ／世良・ドイツ法制史概説 449 頁、498 頁以下参照。

<sup>67</sup> CCB203 条「さらに、ある者が、ある非行者が非行を犯すにさいして、知りて、かつ、故意に、この  
者に、何らかの助力または援助をなし、もしくは、それに原因、支援、または協力を与えたるときは、こ  
れらすべてがいかなる名称をもって呼ばれるやを問わず、彼は刑事刑をもって罰せられるべきも、前述  
のごとく、ある場合にはしからざる場合にとは別様に罰せらるべし。[……]」塙訳・仏独ドイツ刑事法史  
309 頁参照。

<sup>68</sup> Vgl. *Dieter Meyer*, Das Erfordernis, S.42 f.

<sup>69</sup> 塙訳・仏独ドイツ刑事法史 220 頁以下参照。

<sup>70</sup> Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S.44, 47.

行為等を記すことは不要であると考えたのであろう<sup>71</sup>。ゆえに、CCC177条の可罰的な共犯の範囲がCCB203条に比して縮減されたわけではない<sup>72</sup>。

付言すると、CCC177条以外にも各則に共犯が規定されていた。例えば、CCC 107条(CCB 203条)には偽証の唆しに関する規定が、CCC 111条(CCB 136条)には通貨偽造の幫助に関する規定が置かれていた。さらに、CCC 148条(CCB 174条)<sup>73</sup>は謀議(Komplott)について規定しており、普通刑法学上これを巡って論争が繰り広げられた<sup>74</sup>。

## (二) 継受期の学説——プーフェンドルフの帰責論と共犯論

このような共犯規定を有するCCCそれ自体が既に、学問による刑法の発展を予定するものであり、かくしてドイツ普通刑法学が成立したのである<sup>75</sup>。しかし、クールザクセンの法律家であったカルプツォフが1635年に著した『帝国ザクセン刑事新実務(Practica novaimperialis Saxonica Rerum Criminarlium)』では、共犯形態としての„mandatum“(委任)や„cosilium“(助言)、“auxilium“(命令)が、中世末期のイタリア法学に強く影響を受けた形で叙述されており、その点でそれほど新しいものは見られなかったようである<sup>76</sup>。何よりカルプツォフの共犯論では、異なる関与形態にとっての上位概念が欠けていた。普通法上の関与形態に関して形成された諸原理の統一の契機となったのは、『自然法と万民法(De jure naturae et gentium)』<sup>77</sup>で知られるプーフェンドルフの見解であり<sup>78</sup>、これによって共犯論の新たな一歩が踏み出された。

プーフェンドルフは、人間の行為に„causa libera“(自由因)が存在し、それゆえに自然法則上の決定連関から離れる限りで、人間の行為は刑法上の答責性の関連点となるという帰責論(Imputationslehre)<sup>79</sup>を基礎にして、共犯事例においても人間は意識的かつ自由に意欲して行為を直接ないしは間接的に(因果的に)関与した以上、帰責可能であるとした<sup>80</sup>。その際、

<sup>71</sup> Vgl. Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, S.87.

<sup>72</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform, S. 59. 付言すれば、法典序言の末尾に挿入された救済条項(Clausula salvatoria)によって一般的な観念や法律家の助言に依拠することが明示的に許されていた以上、この問題の解決はそれほど重要ではないと主張する論者もいる。Vgl. Dieter Meyer, Das Erfordernis, S.43.

<sup>73</sup> CCC148条「さらに、ある者どもが、予謀をもってかつ合意して、何びとかを悪意をもって殺害するに相互に助力または援助をなすときは、その犯人どもはすべて、生命を奪われ来たり。されど、ある者どもが、打ち合いないし格闘に偶々居合わせて相互に助力し、かくして、何人かが充分なる事由なくして打ち殺されたときは、その殺害が生ずるにさいし手を下したる真の犯人が知らるる場合、この者は、故殺者として、劔をもって、死へと罰せらるべし。[……]」塙訳・仏独ドイツ刑事法史 220 頁以下参照。

<sup>74</sup> Eingehend Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 47 ff.; neuerdings Haas, Kritik, S.534 ff.

<sup>75</sup> ミッタイス＝リーベリッヒ／世良・ドイツ法制史概説 498 頁参照。

<sup>76</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform, S. 61.

<sup>77</sup> Vgl. Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Buch I, Cap. V, §1 (S. 2 ff.) u. §14 (S. 105 ff.).

<sup>78</sup> Vgl. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 172 f.

<sup>79</sup> Dazu neuerdings Reinhold, Unrechtszurechnung, S. 12 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Welzel, Naturrechtslehre, S. 92.

彼は、犯罪の原因は結果惹起に対する程度の相違に応じて段階づけられると考え<sup>81</sup>、„causa principalis“(主たる原因)と„causa minus principalis“(副次的な原因)を区別し、それに従って関与形態を評価した。その基準によれば、関与者のひとりが主たる原因であるが、他方が副次的な原因である場合や、複数人が同等の原因である場合、さらに実行者が副次的な原因で、背後者が主たる原因である場合や、強要の事例のように背後者だけが負責される場合が想定された<sup>82</sup>。従って、このように行為者の自由な意思決定による行為と結果との間の因果関係(=自由因)をキー概念としたプーフェンドルフの共犯論によって、一般的な形での共犯概念の発展の可能性が産出されたのである。しかも、この自由因を基礎に行為者の意思決定の自由の制約の程度を刑罰の重さとして顧慮するという構想は、18世紀終わりのクラインシュロートらの見解の基礎になったと考えられる<sup>83</sup>。

## 第五節 CCC 以後、プロイセン一般ラント法までの立法の展開

最後に、CCC 以後の立法に関して手短かに言及しておく。ドイツの刑事立法の新たな時代が始まったのは18世紀中頃であり、特にバイエルンのマクシミリアン三世の下、刑法の分散状態が問題視されたことがきっかけとなり、バイエルンを筆頭に新たな法典編纂が行われた。その際、いずれの法典においても共犯規定の総則化・一般化が進められていくこととなった<sup>84</sup>。

まず、1751年のバイエルン刑事法典(Codex Juris Bavarici Criminalis)<sup>85</sup>は、第一部の最後の第十二章に全部で十一条からなる共犯規定を置き、共犯規定を個々の犯罪から分離したという点に意義を有していた<sup>86</sup>。しかし、1条に書かれている通り<sup>87</sup>、各則に例外がない限りで第十二章の諸規定が適用されるため、共犯規定の総則化としては未だ不十分であったかもしれない。もっとも、内容面に関して言えば、例えば5条では命令者の処罰が規定され、6条では助言や計画、機会、同意もしくは援助を与える者が規定されていた点で、普通法の„communis opinio“(共通見解)が書き込まれたと言えるであろう<sup>88</sup>。

---

<sup>81</sup> Vgl. *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 173.

<sup>82</sup> Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 144; *Welzel*, Naturrechtslehre, S. 92.

<sup>83</sup> Vgl. *Maiwald*, FS-Bockelmann, S. 346 f. なお、プーフェンドルフ以降の共犯論の展開については、Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 63 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 166 f.

<sup>85</sup> 詳しくは、高橋・バイエルン刑事法典 429 頁以下を参照。

<sup>86</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 64 f.

<sup>87</sup> Vgl. Codex Juris Bavarici Criminalis, Zwölftes Capital, §1 (S. 55).

<sup>88</sup> Vgl. Codex Juris Bavarici Criminalis, Zwölftes Capital, §5 u. 6 (S. 56).

また 1768 年テレージア刑法典(Constitutio Criminalis Theresiana)も第一部第三章の 6 条から 14 条にかけて一般的な共犯規定を置いていた<sup>89</sup>。特に 6 条<sup>90</sup>に関連して言えば、この刑法典は、はっきりとした言葉で実行者と共犯者の区別を言い表した最初の法典であると評されている<sup>91</sup>。

最後に、1794 年プロイセン一般ラント法(Allgemeines Landrechts für Die königlich Preußischen Staaten; 以下では、ALR と記す)<sup>92</sup>も、第二部第二十章 64 条から 84 条にかけて共犯の一般的な規定を置いていた。特に 64 条では、複数人が犯罪遂行に直接加担した場合(今日的な意味での共同正犯)が規定されており<sup>93</sup>、また 67 条では他人を犯罪の遂行に利用した者は自ら直接に実行した者と同様に処罰される旨が非常に簡潔に規定されていた<sup>94</sup>。さらに 68 条では、背後者が実行者(Thäter)との関係で上司もしくは名士(Respectspersonen)である場合、彼は実行された犯罪の首謀者(Radelführer)とみなされるのに対し、実行者の刑罰は減軽されることが規定されていた(69 条)<sup>95</sup>。つまり、背後者と実行者の人的関係性を理由に、実行者の自由な意思決定が制約されていることを、実行者の刑の減軽のファクターとして考慮したのである。このようにプロイセン一般ラント法の諸規定を個別に見れば、それ自体としては簡潔に叙述されているものの、ケースごとに各々規定されていたため、全体として膨大な条文数になってしまったのである。

## 第六節 まとめ

以上、本稿の導入として——19 世紀の議論の検討に資すると思われる限りで——19 世紀以前の共犯論の展開を概述した。諸学説の動向としては、帰責論における自由因という上位概念をもつ共犯論がプーフェンドルフによってもたらされ、また立法動向としては普通法の議論に対応する形で次第に共犯規定の総則化・一般化が図られていったことが見て

---

<sup>89</sup> ただし、第一部の„Von der peinlichen Verfahrnung“(刑罰の手続きについて)の中で実定法上の総則規定も一緒に組み込まれている点で不自然であるとモースは指摘する。Vgl. *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich, S. 107 ff., bes. S. 111.

<sup>90</sup> Art. 3 §6: „Eine Missethat wird begangen sowohl durch unmittelbare Thathandlung, als durch Zuthat und Mitwirkung. Erstens beschiebt, wenn Jemand entweder allein, oder in Beyhülfe anderer Mitgespannen die Missethat selbst ausübt. Letzteres ergiebt sich wenn Jemand bey Ausübung der Missethat zwar nicht selbst Hand anlegt, jedoch auf ein oder andere Art, als durch Geheiss, Befehl, Anrathung, Belobung, Guttheißung, Unterrichtung, Vorschub und Hülffleistung, Einwillig- und Zulassung wissentlich- und gefährlicher Weis die Missethat veranlasset oder befördert, und solchergestalt dabey mitwirkt.“ Vgl. *Constitutio Criminalis Theresiana*, S. 3.

<sup>91</sup> Vgl. Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 174.

<sup>92</sup> 制定過程について詳しくは、足立・プロイセン一般ラント法 1 頁以下を参照。

<sup>93</sup> §64: „Haben Mehrere an Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen, so trifft jeden von ihnen, als Urheber, die im Gesetze bestimmte Strafe.“ Vgl. ALR Erster Band, Erster Abschnitt, §64 (S. 32).

<sup>94</sup> §67: „Wer sich eines anderen zur Ausführung eines Verbrechen bedient, wird ebenso bestraft wie derjenige, welcher eines solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat“ Vgl. ALR Erster Band, Erster Abschnitt, §67 (S. 32).

<sup>95</sup> Vgl. ALR Erster Band, Erster Abschnitt, §68 u. 69 (S. 33).

とれよう。特に前者については、既述の通り、第二章で考察するクラインシュロートらの見解の礎となるものであった。

## 第二章 世紀転換期の学説における共犯論

本章では世紀転換期の学説として、クラインシュロートとクライン、グロールマン、テ  
イトマンの共犯論を検討する。既に高橋教授が指摘しておられる通り<sup>96</sup>、彼らは行為者  
の意思決定の自由を理論的出発点に、関与類型としては発起者と幫助者を区分していた。  
もっとも、彼らの発起者の定義には幾何かの相違が存在しており、それとの関係で犯行に  
にとって必要不可欠であった幫助者(以下、不可欠幫助と呼ぶ)の位置づけが異なっていた。以  
下では、彼らの共犯論における発起者の定義を概観し、その中で間接正犯と教唆犯の相違  
はどのような形で考慮されたのかという点に着目して論じていくこととする。

### 第一節 クラインシュロートの見解 (1794 年)

本節ではヴェルツブルク大学の教授であり、またヴェルツブルクの宮廷顧問官であった  
クラインシュロートの共犯論を検討する。その際、彼の著作『刑事法の基本概念および基  
本的真理の体系的展開』の第一版(1794 年)を対象に検討している。第二版(1799 年)で変更さ  
れた部分については、後ほど説明を付している。

#### (一) 発起者一般について

まず発起者とは、クラインシュロートによると、「犯罪の実体全体の最も中心的な、そ  
して必要不可欠な原因を有する者であり、彼には犯行のあらゆる要件が適用可能」<sup>97</sup>である  
とされる<sup>98</sup>。それゆえ、不可欠幫助も発起者に位置づけられる<sup>99</sup>。そして、彼は普通法学の  
議論を参照し、犯罪の原因には物理的な態様と精神的な態様があることを認め、複数人が  
犯罪の原因である場合の誘因を共謀(Verschwörung)、委任、命令、助言に区分した<sup>100</sup>。以下  
では後の三つに着目して検討する。

#### (二) 委任、命令、助言による発起者

委任によって犯罪が実行される場合、クラインシュロートよれば、委任者のみならず、  
受任者もその委任を受け容れるかどうか任意であり、自由かつ自発的に行為した以上、発  
起者となる。また命令による犯罪実行の場合——後述の通り、委任の可罰性とは相違があ  
るものの——委任の場合に妥当することの全てが命令の場合にも適用されるとされる<sup>101</sup>。

---

<sup>96</sup> 高橋・意思の自由と裁判官の裁量 571 頁以下参照。

<sup>97</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §177 (S. 257 f.).

<sup>98</sup> これに対して、犯罪の幫助者(socius)とは、特段唆しているわけではないが、他人によって行われる非  
行を何かしらの行為を通して援助する者であり、この場合には発起者の ような第一次的な誘因ではな  
く、付随的行為にすぎないとされる。Vgl. Kleinschrod, Entwicklung, §197 (S. 288 f.).

<sup>99</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §198 (S. 290).

<sup>100</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §177 (S. 258 f.).

<sup>101</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §182 (S. 266 f.) u. §191 (S. 280 f.).



これに対して助言は、それがなければ考えなかったであろうところの他人の意思を呼び覚ますものであるため、助言者は許されない行為の発起者であり、犯行の発生が彼に帰属されうる。それと同様、助言を受けた者もその犯行を自らの利益で、また自らの名で実行した以上、発起者であり、その限りで犯行を実現するという自由な意思決定をしていなければならないとされる<sup>102</sup>。

注目すべきは、それぞれの形態における帰属の程度に関する相違である。命令者や委任者、助言者はすべて発起者ではあるが、命令と委任の場合にその非行は命令者や委任者のために行われているが、助言の場合には助言を実現する者のために行われているという相違に基づき、犯行は命令者には2倍、委任者には1と½帰属されるが、これに対して助言者には通常¾帰属される<sup>103</sup>。とりわけ、命令の場合、直接行為者の意思を制約する程度が大きい点で<sup>104</sup>、委任の場合、委任者は受任者を法律の不服従に誘い込んだ誘惑者である点で<sup>105</sup>、それがあったからこそ犯罪を実行することになったという原因性が強く、その可罰性も高いのに対し、助言の場合は助言者も発起者であるが、直接行為者の意思は助言を受けなくとも本来的に犯行を惹起するものであったという性質上<sup>106</sup>、助言者の原因性は弱く、可罰性も小さいと考えられた。

### (三) まとめ——発起者の定義の変更？

以上概観した通り、クラインシュロートは、犯罪結果発生の原因に着目する形で発起者を定義し、委任や命令、助言の形態における可罰性の相違もその原因性の程度に応じて説明していた。その限りで、「原因」という客観的な事由によって発起者と幫助者を区別する「実質的客観説」であったと言えよう。

これに関連して、第二版では、発起者とは「その意思において犯罪の実体全体の必要不可欠な原因が存在する者」<sup>107</sup>である定義されている点が問題となるが、この定義変更は根本的なものではなく<sup>108</sup>、その説明をより明確にしたものと解される。というのも、犯行の帰責の前提としての行為者の自由な意思決定<sup>109</sup>をより前面に押し出す形で発起者の定義を

---

<sup>102</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §192 (S. 281 f.).

<sup>103</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §192 (S. 283.).

<sup>104</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §191 (S. 280 f.).

<sup>105</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §185 (S. 270 ff.).

<sup>106</sup> Kleinschrod, Entwicklung, §192 (S. 282).

<sup>107</sup> Kleinschrod, Entwicklung, 2.Ausg., §177 (S. 305). 付言すれば、この発起者の定義は1805年の第三版においても維持されており、また1802年のいわゆるクラインシュロート草案においても示されている。Vgl. Kleinschrod, Entwicklung, 3. Ausg., §177 (S. 323); ders., Entwurf, Erster Theil, Drittes Kapital, §61 (S. 10).

<sup>108</sup> 第二版のはしがきでは、犯罪の概念、故意と過失の概念については誤りに気づいて見解を変更したが、その他多くの点については従前の見解をより厳密かつ明確に定義しようと試みたと述べられている。Vgl. Kleinschrod, Entwicklung, 2.Ausg., Vorrede zur zweyten Ausgabe.

<sup>109</sup> Kleinschrod, Entwicklung, 2.Ausg., §44 (S. 102 ff.); siehe auch ders., Grundzüge, S. 1 ff.

打ち立てたと考えられるからである<sup>110</sup>。ゆえに、第二版以降では行為者の自由な意思決定をも客観的な考察の対象にする「実質的客観説」に変更したと言えよう。但し、このような発起者の定義の変更があるにせよ、クラインシュロートの見解においては、我々が言うところの間接正犯と教唆犯の区別なるものは存在せず、帰属の程度としてのみ考慮されているにすぎなかったのである。

## 第二節 クラインの見解 (1796 年)

本節では、ハレ大学の教授で、ALR の刑法の箇所の起草に関わった<sup>111</sup>クラインの見解を検討する。以下では、彼の著作『ドイツ及びプロイセン普通刑事法の諸原則』の第一版 (1796 年)を主たる検討の対象とする。

### (一) 発起者について

クラインによると、最広義の共犯とは、それを通してある者が犯罪の存在に何かしら寄与したか、もしくは犯罪か犯罪者に対する自己の利益を示したところの作為もしくは不作為であるとされる。その上で、発起者とは犯罪の態様に属する行為が法的に帰属される者であり、その中でも狭義の発起者(auctores)とは、その意思において犯罪が主として根拠づけられる者であるとされる<sup>112</sup>。この発起者の定義は、帰責の前提たる行為者の自由な意思決定<sup>113</sup>を前提にしており、上述のクラインシュロートの第二版以降の発起者の定義と概ね一致するものの、不可欠幫助(socii principales)はその意思において犯罪が「主として」根拠づけられていないため、共犯者に位置づけられた<sup>114</sup>。その点で、クラインの見解は「比較的穏当」<sup>115</sup>であると評されるのである。

### (二) 委任などによる発起者の諸形態の取り扱いについて

---

<sup>110</sup> 例えば、第二版の委任の箇所では、受任者の自由な意思決定はそれ自体、何故に犯罪が存在するのかという不可欠の根拠を含んでいると述べられている。Vgl. *Kleinschrod*, *Entwicklung*, 2. Ausg., §182 (S. 315).

<sup>111</sup> Vgl. *Bloy*, *Beteiligungsform*, S. 67 f., 70.

<sup>112</sup> *Klein*, *Grundsätze*, §138 (S. 104). これに対して、(狭義の)共犯者とは、複数人が同じ犯罪に共働した場合に犯罪それ自体もしくは犯罪者の法律に反する目的を促進するべく、故意に何かを為す、もしくは為さない者全てであり、最狭義の共犯が単純幫助(socii)である。この単純幫助は、その意思において犯罪が主として根拠づけられず、共犯者の定義に合致する者であり、比較的少ないもしくは異なる利益によって発起者から区別される。Vgl. *Klein*, *Grundsätze*, §138 (S. 104 f.).

<sup>113</sup> *Klein*, *Grundsätze*, §95 ff. (S. 71 ff.) u. §128 (S. 95).

<sup>114</sup> *Klein*, *Grundsätze*, §138 (S. 105). 付言すると、クラインはクラインシュロートの上記著作を引用し、発起者や幫助者という専門用語(Kunstwörter)の意味するところはそれを使用する者によって意味内容が異なり、多くの害を伴うため、プロイセン法は共犯論全体が還元されるところの諸原理を規定し、専門用語の使用は控えるべきであると主張していた。Vgl. *Klein*, *Grundsätze*, §138 Anm. (S. 105 f.).

<sup>115</sup> Vgl. *Bloy*, *Beteiligungsform*, S. 67.

クラインの共犯論においては、発起者の諸形態としての委任や命令、助言は、例えば委任を与えた者も受けた者も同じ刑罰を科されるというように、それぞれ ALR の条文に従って説明されているにすぎなかった<sup>116</sup>。この点で、クラインもクラインシュロートと同様、我々の知るところの間接正犯と教唆犯といった形で共犯類型を区別しておらず、発起者の枠組みの中で諸態様を区分し処罰の程度を考慮しただけであった。

### (三) まとめ——クライン共犯論の問題点

以上見た通り、クラインの発起者の定義もクラインシュロートと同様、行為者の意思決定の自由に着目して発起者概念を定立し、その程度に応じて委任形態や命令形態などの可罰性の相違を見出していた。しかし、クラインの共犯論に対しては、ハイムベルガーが指摘する通り<sup>117</sup>、発起者一般と狭義の発起者の間には、せいぜいのところ犯罪が「主として」根拠づけられるかどうかの相違があるにすぎず、発起者一般が上位概念として機能していないとの疑問が向けられる。いずれにせよ、発起者の諸形態についての検討も踏まえるならば、結局のところ、クラインの共犯論は ALR に沿った以上のものではなく、その法典と同様、一般化・総則化した形での共犯論を打ち立てられずに終わっており、間接正犯と教唆犯の区別も未だ発起者という言葉の下に眠っていたのである。

## 第三節 グロールマンの見解 (1798 年)

本節ではギーセン大学の教授であり、フォイエルバッハの論敵かつ友人であったとされる<sup>118</sup>グロールマンの 1798 年の著作『刑法学の基本原理ならびにドイツの刑事立法の精神の体系的叙述』を取り上げ、彼の共犯論を検討していく。

### (一) 等価的共犯と非等価的共犯の区分

共犯論に関してグロールマンは、上述の二人と少し異なった説明をしていた。グロールマンによると、犯罪に対して個の力が作用した場合、彼はその行為の単独の発起者(auctor)であるのに対し、複数人の力が作用した場合、その複数人は共犯者(socii sensu generarii)であるとする<sup>119</sup>。その上で、共犯者の帰属は等価的なもの(gleichen)と非等価的なもの(ungleichen)に区分される。等価的共犯とは、全ての共犯者において犯罪の必要不可欠な実体の原因が選択意思<sup>120</sup>による行為に見出される場合であり、その共犯者は共同発起者

<sup>116</sup> Klein, Grundsätze, §140 (S. 106 f.) u. §141 (S. 107 ff.).

<sup>117</sup> Vgl. Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 228 f.

<sup>118</sup> E. キッパー／西村・フォイエルバッハ伝 22 頁。

<sup>119</sup> Grolman, Grundsätze, §57 (S. 26).

<sup>120</sup> グロールマンは、人を「理性的で自然的な存在」であるとする。つまり、人は理性の要求を充たし、獣性を人格に従わせるという特殊な能力とともに、他方で悩みながら振る舞い、獣として感情に決定される能力も有しており、それこそが„Willkühr“であるとする。Vgl. Grolman, Grundsätze, §32 (S. 14). そ

(coautores)と呼ばれる<sup>121</sup>。これに対して非等価的共犯とは、犯罪の必要不可欠な実体の原因が一人もしくは二三の者にしか存在せず、他の者は犯罪の遂行をただ援助したにすぎない場合であり、前者は発起者ないしは共同発起者(auctor aut coautores)、後者は幫助者<sup>122</sup>となる<sup>123</sup>。つまるところ、このような等価的共犯と非等価的共犯の区分は、直接行為者にも背後者にも「犯罪の必要不可欠な実体の原因」が存在するかどうかという点を基準とするものであり<sup>124</sup>、実際に 1838 年ザクセン王国刑事法典<sup>125</sup>、1840 年ブラウンシュヴァイク公国刑法典<sup>126</sup>、1850 年テューリングェン刑法典<sup>127</sup>において用いられていた。

## (二) 委任、命令、助言の諸形態について

このような共犯論の枠組みの中でグロールマンは、クラインシュロートと同様、共謀や委任、命令、助言を通じて共同発起者が成立しうるとするが<sup>128</sup>、それは犯罪の必要不可欠な実存の原因が背後者と直接行為者の両者に存在する場合に限定されるため、委任などを与える者が単独の発起者もしくは幫助者となりうる場合があるとする<sup>129</sup>。

そして、ここでは三つの場合が想定されている。すなわち、(1) 背後者も直接行為者も犯罪の不可欠な原因である場合には共同発起者になるが、(2) 背後者にのみ不可欠な原因がある場合、背後者が単独発起者になり、(3) 直接行為者にのみ不可欠な原因があるならば、背後者は幫助者にとどまる。特に上記(2)に関して言えば、1805 年の第二版ではよりはっきりと、命令のように他者の意思の絶対的な決定が為される場合には単独の発起者になると主張している<sup>130</sup>。これはまさしく、彼が帰責論において、選択意思を欠く者は他人の手の中で「道具」として行為するにすぎないと論じた<sup>131</sup>ことに依拠するものであり、間接正犯論の萌芽と見られるであろう。

---

れゆえ„Willkühr“には、獣性と理性性との間で揺れるという意味で、「選択意思」という訳語をあてることが適切である。高橋・意思の自由と裁判官の裁量 2 頁、23 頁以下参照。

<sup>121</sup> Grolman, Grundsätze, §58 (S. 26 f.).

<sup>122</sup> 本文では割愛しているが、不可欠幫助についてグロールマンは、「幫助者を不可欠なもの(principalis)となくとも済むもの(adjuvans)に区分することは、共同発起者と幫助者の概念の混同である」と批判する。もっとも、結局のところは、一般に不可欠幫助と呼ばれる者は等価的共犯・非等価的共犯の枠組みの中で、犯罪の実現に不可欠な原因であるかどうかという形で論じられることになるであろう。Vgl.

Grolman, Grundsätze, §63 Anm. a) (S. 28).

<sup>123</sup> Grolman, Grundsätze, §58 (S. 27).

<sup>124</sup> この区分はその後の版でも維持されている。Vgl. Grolman, Grundsätze, 2.Aufl., §32 (S. 36 f.); ders., Grundsätze, 3.Aufl., §32 (S. 29 f.).

<sup>125</sup> Vgl. Held/Siebdraht, Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, S. 80 ff.

<sup>126</sup> Vgl. Das Criminal-Gesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig, S. 33 f.

<sup>127</sup> Vgl. Stenglein, Sammlung, 3. Bd., X. Thüringen, S.78 ff.

<sup>128</sup> Grolman, Grundsätze, §59 (S. 27).

<sup>129</sup> Grolman, Grundsätze, §61 (S. 27).

<sup>130</sup> Grolman, Grundsätze, 2. Aufl., §33 (S. 38).

<sup>131</sup> Grolman, Grundsätze, §68 (S. 30).

### (三) まとめ——間接正犯論の萌芽

このようなグロールマンの共犯論では、クラインシュロートらと同様、行為者の自由な意思決定(彼の言葉を借りれば、選択意思)を帰属の根拠とした上で発起者の概念が定立されているが、彼らと異なり、直接行為者の意思決定の自由が制約されている場合に背後者は単独発起者であると論じた点では一歩進んでおり、間接正犯論の萌芽と見られるであろう。しかし、仔細に見るならば、そのような単独の発起者の事例も未だ「発起者」の一事例として把握されている点では、未だ道半ばであったと思われる。

## 第四節 ティットマンの見解 (1800 年)

最後に、ザクセンの法律家で、ライプツィヒ大学の教授であったティットマンの共犯論を、1800 年の著作『刑法学とドイツ刑事法学綱要』を対象に検討する。刑法学 (Strafrechtswissenschaft) という言葉の生みの親としても知られるティットマンは、ザクセン刑法典の編纂に関与し、1813 年草案として結実させた点でも重要人物である<sup>132</sup>。

### (一) 共犯論一般について

ティットマンによると、許されない行為における複数人の活動は「I 全体として見れば、皆がその存在について同程度の原因をそれ自体に含んでいる場合」と「II 二三の者か一人だけがそれについての最も優越した(vorzüglichst)原因であるが、他の者は単に寄与した(関与した)にすぎない場合」、「III 二三の者が少なくとも犯行に対する賛意を表明した場合」に区分される<sup>133</sup>。この区別のうち、とりわけ I と II は、上述のグロールマンの見解における「等価的共犯」と「非等価的共犯」の区分に類するものであろう<sup>134</sup>。

その上でティットマンは、発起者(auctor)とは「許されない作用の本質を形成する行為を実行する者、もしくは自身の名前で、そして自身のために実行させた者」<sup>135</sup>であると定義し、クラインシュロートらのように犯罪の発生の必要不可欠な原因を有する者を発起者とするのは概念として広すぎると批判する。というのも、あらゆる共犯者は犯罪結果の発生にとって必要な原因を有しており、ただ一方が他方よりも多くそれを有しているにすぎないと考えたからである<sup>136</sup>。従って、上記 II のテーゼでは、犯罪結果発生にとって必要な原因の中で最も優越する原因こそが「犯罪の本質を形成する行為」と評されることになる

---

<sup>132</sup> 詳しくは、高橋・意思の自由と裁判官の裁量 30 頁以下を参照。

<sup>133</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §83 (S. 59 f.).

<sup>134</sup> もっとも、ティットマンは 1818 年の論文では、立法論として等価的共犯・非等価的共犯という表現に疑問を呈しているようである。Vgl. *Tittmann*, Ueber die Darstellung der Lehre von den Urhebern und Gefülften, S.369 ff., bes. S.383 ff.

<sup>135</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §84 (S. 60). これに対して、許されない行為の共犯(concursus)とは、それによって発起者が許されない作用の発生において援助されるところの行為の実行もしくは不作為に存すると定義される。Vgl. *Tittmann*, Grundlinien, §85 (S. 60 f.).

<sup>136</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §84 a) (S. 60).

う。このように考える限り、彼もまた実質的客観説の主張者であり、内容的にはクラインの見解に近いものと言えよう<sup>137</sup>。それゆえ、不可欠幫助は最も優越した原因ではない、つまり犯罪の本質を形成する行為を実行する者とは言えないため、発起者ではなく、共犯者に分類される<sup>138</sup>。

## (二) 委任や命令、助言などの諸形態について

またティットマンは、委任や命令、助言を与えることによって背後者と直接行為者が共同発起者になることを認めるものの<sup>139</sup>、他方で委任や命令、助言などを通して背後者が狭義の共犯になることも認める<sup>140</sup>。つまり、上記ⅠとⅡのテーゼに従うならば、委任や命令、助言を与える者が発起者になる場合もあれば、単に共犯者にとどまる場合もあると考えられていたと言えよう。

## (三) まとめ

以上検討したティットマンの見解では、委任や命令、助言を与える者が常に発起者と評価されるわけではなく、場合によっては単なる共犯者にとどまる場合もあると考えられていたことに鑑みれば、クラインシュロートやクラインの見解よりも一歩進んでいたと評価しうるであろう。

## 第五節 小括

以上では、世紀転換期の学説としてクラインシュロートとクライン、グロールマン、ティットマンの見解を検討した。最大公約数的に言えば、彼らの見解は意思自由論に立脚し、自由な意思決定と犯罪結果とのつながりを客観的に評価し、その意思決定が「原因」と言いかどうかを判断する実質的客観説であった。

そして、クラインシュロートやクラインの見解で見られるように、我々が言うところの間接正犯と教唆犯の区別は想定されておらず、委任や命令、助言といった諸類型の中で直接行為者の意思決定の自由の程度が、背後者の可罰性の程度と関連づけられていた。その後、グロールマンやティットマンは、意思決定の自由の制約の程度と可罰性の程度を関連づけるだけでなく、一歩進めて発起者とは別の共犯類型として把握しようとした。これに対して、意思自由を刑法の領域では考慮すべきでないと主張したフォイエルバッハは、どのように共犯形態を捉えたのかについて次章で検討していく。

---

<sup>137</sup> ティットマンも、「複数の行為様式の中から自発的に選択しうる能力」である意思の自由 (Willensfreiheit) を帰属の前提に据える。Vgl. *Tittmann*, Grundlinien, §28 a) (S. 21) u. §78 (S. 57).

<sup>138</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §89 IV) (S. 63) u. §90 (S. 63 f.).

<sup>139</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §88 Anm. (S. 62).

<sup>140</sup> *Tittmann*, Grundlinien, §91 (S. 64).

### 第三章 フォイエルバッハの共犯論と 1813 年バイエルン王国刑法典

本章では、フォイエルバッハの共犯論と彼が起草に尽力した 1813 年バイエルン王国刑法典における共犯規定について考察する。フォイエルバッハの見解は、前章で取り上げたクラインシュロート等と異なり、道徳に属するものである「意思の自由」という概念を刑法に持ち込むことは法と道徳の混同であると考えていた。というのも、彼は理論理性と実践理性を峻別するカントの二元論的な思想から出発し、一方で「感性界」における人間は「理論的判断」からの帰結として「不変の因果律に支配」されている「自然的存在」であり、他方で「叡智界」、つまり「道徳の世界」における人間は「実践的判断」からの帰結として「自然の因果律」に支配されない「理性的存在者」であると考えたからである。それゆえ、自由を問題にし得るのは、叡智界における、因果律に左右されない人間の場合のみとなり、学としての刑法学は理論的研究を為さなければならない以上、刑法の領域における人間については、理論的に考察可能な自然的存在者(=獣)としての側面のみが考察の対象とされることとなる<sup>141</sup>。さらに、このような理論的背景に加え、フォイエルバッハが意思自由を刑法学上排斥しようとした理由は、行為者の意思の自由を裁判官に判断させることは過度に広汎な裁量を彼らに与えてしまうことを危惧したからでもあった<sup>142</sup>。

#### 第一節 フォイエルバッハの共犯論とその変遷

このように意思自由を刑法の領域から排除しよう試みたフォイエルバッハは、どのような形で共犯論を打ち立て、その中で知的発起者をどのように取り扱ったのかについて検討していく。もっとも、発起者に関する彼の説明には変遷が確認されるため、彼の著作ごとに 見ていくこととする。

##### (一)『実定刑法の基本原理と基本概念の省察(第二巻)』(1800 年)

###### (1) 発起者一般について

フォイエルバッハの代表的著作『実定刑法の基本原理と基本概念の省察(第二巻)』では、いわゆる権利侵害説に基づき、あらゆる行為の作用は他者の権利とその侵害を対象とし、その権利客体に対して直接的もしくは間接的に作用するという前提の下、客体が直接的に権利侵害それ自体である場合は犯罪の発起者(auctor delicti)であるのに対し、権利侵害に対する他者の直接的な作用の促進である場合は幫助者(socius)であるとする<sup>143</sup>。その際、フォ

<sup>141</sup> 高橋・意思の自由と裁判官の裁量 38 頁以下参照。カント哲学における「叡智界」および「感性界」の意味については、縮刷版カント辞典 34 頁以下参照。

<sup>142</sup> 高橋・意思の自由と裁判官の裁量 5 頁、12 頁、43 頁等参照。

<sup>143</sup> Feuerbach, Revision, Zweiter Theil, Achtes Kapitel, §11 (S. 244 f.).

付言すれば、この権利侵害に対する直接的効果の下位形態として権利侵害の既遂(delictum consummatum)と未遂(conatus delinquendi)が想定されている。Vgl. Feuerbach, Revision, Zweiter Theil, Achtes Kapitel, §12 (S. 245 ff.). この点、ポツペによると、未遂の概念は直接違法な結果の惹起に

イエエルバッハは、発起者(Autor)の概念に「権利侵害に対する自己の直接的な利益から自らその実行を意欲する」という主観的要件を付加しており<sup>144</sup>、その限りでは発起者の定義は折衷的なものと捉えられよう<sup>145</sup>。

## (2) 不可欠幫助の位置づけ

付言すると、フォイエエルバッハは、不可欠幫助を発起者に組み入れたクラインシュロートの発起者の定義はあまりにも不明確かつ広汎であると批判した。フォイエエルバッハによると、援助者の意思は直接的には援助行為に向けられているのであり、法律違反に対しては間接的にしか向けられておらず、援助者の決定は実行者の決定に条件づけられていることに鑑みれば、発起者との関係で不可欠幫助の可罰性は著しく引き下げられるとした<sup>146</sup>。それゆえ、フォイエエルバッハは権利侵害に対する直接的な作用と間接的な作用の区分を論理的に一貫させ、犯罪の実現に必要な不可欠な援助をする者であっても幫助者であると捉えたのである<sup>147</sup>。

## (3) 物理的発起者と知的発起者の対置

これに対して、犯罪の実体の直接的な原因である犯罪の発起者については、クラインシュロートと同様、物理的原因と知的原因が区分される。つまり、犯罪を自らの物理力を直接行使して惹起する物理的発起者(auctor physica talis)と、違法な作用を実際に惹起するという他人の意思を命令や委任などによって決定づける知的発起者(auctor intellectualis)に区分されるのである<sup>148</sup>。

この両者が競合した場合、物理的発起者よりも知的発起者の可罰性の方が大きいとされる。その理由は以下の点に見出される。すなわち、物理的発起者は自ら犯罪を実行しているが、彼がその気にならなかったとしても、犯罪に対する主たる利益を有する知的発起者が犯罪を実行したであろうという蓋然性が高い以上、知的発起者においては犯罪の実体に対する原因が優越しているからである<sup>149</sup>。この点、物理的発起者と知的発起者の可罰性の差異を説明するために援用される「主たる利益」という要件は、それがなくとも知的発起者の可罰性の高さは犯罪の実体に対する原因の優越性という点のみで説明可能であり、多

---

向けられた行為を前提とする以上、権利侵害に対して間接的に作用するにすぎない幫助者において未遂はありえない、つまり未遂の幫助は否定されている点で共犯の量的従属性が見出される。Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 98 f.

<sup>144</sup> *Feuerbach*, Revision, §11 (S. 245).

<sup>145</sup> Vgl. *Maiwald*, FS-Bockelmann, S. 349.

<sup>146</sup> *Feuerbach*, Revision, §22 (S. 262 f.).

<sup>147</sup> このように不可欠幫助は発起者よりも可罰性が軽く、さらに犯行を容易にしたにすぎない幫助(socius minus principalis)は不可欠幫助よりも可罰性が低いとされる。Vgl. *Feuerbach*, Revision, §22 (S. 262).

<sup>148</sup> *Feuerbach*, Revision, §15 (S. 252 f.).

<sup>149</sup> *Feuerbach*, Revision, §17 (S. 254 f.).



くの役割を果たしていない<sup>150</sup>。実際にこの「主たる利益」という主観的要件は、教科書の版を重ねる中でその姿を消していくことになったのである。

#### (4) 知的発起者の諸類型とその可罰性の相違？

さらに問題となるのは、フォイエルバッハが従来の学説と同様、知的発起者の諸類型として委任・命令・脅迫・助言を取り上げ<sup>151</sup>、各類型における背後者の可罰性の程度について言及している点である。例えば、委任の場合、委任者は物理的・精神的な強要手段を用いておらず、委任を受け容れるかどうかについては受任者の「完全に自由な選択」に委ねられるとする<sup>152</sup>。このような説明は、行為者が環境等によって予め決定されている因子の多さを意味するものと考えれば、必ずしも意思決定論と矛盾するものではないであろうが、結論は別として説明方法については意思決定論の立場と相容れないように見えてしまう。もっとも、結局のところ「因子の多さ」を誰かが決めなければならないとすれば、従前の議論とそれほど変わらないであろう。

### (二) 教科書における見解の変遷

#### (1) 発起者の定義の変遷

フォイエルバッハの教科書の第一版では、主観面の強調が弱まり、客観面に着目した形で発起者が定義されており<sup>153</sup>、端書きでは見解の多くを変更した旨が述べられている第四版(1808年)では、「法律違反の結果に対する行為の因果性の相違」というタイトルの下で共犯論が展開され<sup>154</sup>、第三版までとは異なる発起者の定義が示されている。つまり、発起者(auctor delicti)とは「犯罪がその作用として惹起されたところの十分な原因がその意思と行為に含まれている者」<sup>155</sup>であると。そこでは「主たる利益」という要件はもはや登場していない。

#### (2) 不可欠幫助の位置づけの変更

さらに第四版以降は、1800年の『省察』や教科書の第三版などと異なり<sup>156</sup>、不可欠幫助は発起者に分類されている。すなわち、発起者には直接的な原因と間接的な原因があ

---

<sup>150</sup> Vgl. *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 290.

<sup>151</sup> *Feuerbach*, Revision, §18 (S. 255 ff.).

<sup>152</sup> *Feuerbach*, Revision, §19 (S. 257 f.). 付言すれば、教科書においても脅迫・強要の知的発起者は、他の類型よりも可罰性が高いとされている。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., 1808, §113 (S. 104).

<sup>153</sup> 刑罰法規の違反のありうべき態様の相違のうち、客観面における相違という形で犯罪の発起者や幫助者が説明され、発起者の定義においては犯行に対する自己の利益にほとんど言及されていない。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl., §50 ff. (S. 39 ff.); siehe auch ders., Lehrbuch, 2. Aufl., §41 ff. (S. 39 ff.); ders., Lehrbuch, 3. Aufl., §41 ff. (S. 39 ff.).

<sup>154</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., Vorrede zur vierten Auflage, auch §44 (S. 44).

<sup>155</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §44 (S. 44 f.); ders., Lehrbuch, 5. Aufl., §44 (S. 45).

<sup>156</sup> Siehe z. B. *Feuerbach*, Lehrbuch, 3. Aufl., §45 (S. 42 f.).

り、後者はさらに犯罪の実行に対する他人の意思を意図的に決定づける場合(direct mittelbarer Urheber, intellektueller Urheber)と、その困難の除去がなければ、すでに犯行を決定している他人の意思にとって外部的な作用はそもそも不可能であったか、もしくは特定の事情の下では不可能であったであろう場合(indirect-mittelb. Urh. Hauptgehilfe socius principalis)に分けられたのである<sup>157</sup>。

### (3) 変遷の理由

フォイエルバッハによる発起者の定義、およびそれに関連する不可欠幫助の位置づけについては変遷が認められるものの、その変遷の理由は必ずしも明らかではない<sup>158</sup>。ただ、後述する通り、1813年バイエルン王国刑法典45条2項において不可欠幫助が発起者に数えられていた点を勘案するならば、立法過程の議論の影響で見解を変更するに至ったと推論されよう。いずれにせよ、この変遷は主として不可欠幫助の位置づけに関わるものであり、それによってクラインシュロートの見解と重なることとなったのである。その限りで、フォイエルバッハの見解は次第に客観化を強めていき、因果主義を前面に押し出していった実質的客観説であったと捉えられよう<sup>159</sup>。

### (三) まとめ——フォイエルバッハの共犯論の評価

以上見てきた通り、フォイエルバッハは、確かに罪刑法定主義(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)の定立者として評価されるであろうが、彼の共犯論は本質的に従来の共犯論を繰り返しているきらいがあり、それゆえ、ただニュアンスの点で明確化されたにすぎない修正であるというマイヴァルトの評価にも理由がある<sup>160</sup>。また、論敵であったグロールマンが示した間接正犯論の萌芽は、フォイエルバッハの共犯論の中では見られなかったし、知的発起者の諸類型間の可罰性の相違に関しても、環境等によって予め決定されている因子の多さを誰かが決定しなければならないとすれば、裁判官の恣意を完全には排除することはできなかったと考えられよう。

## 第二節 1813年バイエルン王国刑法典について

前節でのフォイエルバッハの共犯論の検討を踏まえて、本節では彼が起草者として尽力したところの1813年バイエルン王国刑法典の中で、彼の共犯論はどのように反映されたのかという点について検討を試みることにする。

<sup>157</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §44 (S. 44.); ders., Lehrbuch, 5. Aufl., §44 (S. 45).

<sup>158</sup> Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 97 Fn. 323.

<sup>159</sup> 発起者の定義を変更したとしても、その定義における「意思」はクラインシュロートのそれと意味が異なるであろう。すなわち、フォイエルバッハはプーフエンドルフ以降の自然法論を批判し、法と道德の峻別を主張した点からすれば、彼の発起者の定義における「意思」とは自由論的なそれではなく、単なる心理的なそれを意味するにすぎないであろう。山口・帝国崩壊後のドイツ刑法学 80 頁以下参照。

<sup>160</sup> *Maiwald*, FS-Schroeder, S.291.

## (一) 総説

### (1) クラインシュロート批判から刑法改正作業の参加へ

バイエルンでは、マクシミリアン・ヨーゼフが、フランスよりも劣った国家と法の体制に起因する国内の法の分散状態を(自らの統治権との関係で)危惧したという制度的な理由から、立法作業が開始されることとなった<sup>161</sup>。そこで当初、クラインシュロートが1802年に草案<sup>162</sup>を作成したが、この草案は刑罰の峻厳さだけでなく、総則と各則の不十分な体系的区分による1563条もの膨大な条文の数、そして数多くの矛盾と明確な概念形成の欠如といった問題を抱えていた<sup>163</sup>。そのため、これらの問題点を批判すべく、フォイエルバッハは、1804年に三部構成の「プファルツ選帝侯国バイエルンの刑法典のクラインシュロート草案批判」<sup>164</sup>を上梓したのである。すなわち、「人類を改善のための努力という形で押しとどめる、つまり予断の連続を寄せ集め、幼き愛着を伴って古きものに人類を縛りつけているという事実の下では——最悪ではないが——出来損ないの改正」であり<sup>165</sup>、また「立法者は学派のためではなく生(Leben)のために、哲学者に向けてではなく、国民もしくは裁判官に向けて話さなければならない」にもかかわらず、「法律を形而上学的な霧に包み込み、混乱と困難をもたらそうとしている」と痛烈に批判したのである<sup>166</sup>。このような批判を受けてバイエルン政府は、彼に刑法改正の作業を委嘱するに至った<sup>167</sup>。

### (2) 考察のポイント

以上のような経緯を有する1813年のバイエルン刑法典は、言語的な明瞭さや概念規定の精密さ、厳格な体系性を有しており、19世紀の立法の展開にとって指標となるものであった<sup>168</sup>。とりわけ、その共犯規定は1810年のフランス刑法典(以下、Code pénalと記す)とフォイエルバッハの共犯論に依拠したものであるとの見方もあるが<sup>169</sup>、Code pénalとの関係で果たして本当にそのように捉えられるのであろうか。以下では、まずCode pénalの共犯規定について概観し、それとの比較で1813年バイエルン王国刑法典の共犯規定を検討していくこととする。

## (二) 1810年フランス刑法典(Code pénal)の共犯規定

---

<sup>161</sup> Vgl. *Kubicieł*, Von Dunkel ins Licht?, S. 5.

<sup>162</sup> *Kleinschrod*, Entwurf.

<sup>163</sup> Vgl. *Kubicieł*, Von Dunkel ins Licht?, S. 6 f.

<sup>164</sup> *Feuerbach*, Kritik.

<sup>165</sup> *Feuerbach*, Kritik, Erster Band, Einleitung (S. III f.).

<sup>166</sup> *Feuerbach*, Kritik, Zweiter Band, Drittes Kapitel, S. 126 f.

<sup>167</sup> E. キッパー／西村・フォイエルバッハ伝 53頁。

<sup>168</sup> Vgl. *E. Schmidt*, Einführung, S.263; kritisch *Koch*, Strafrechtskodifikation, S. 741 ff., bes. S. 747 ff.

<sup>169</sup> Vgl. *Dieter Meyer*, Erfordernis, S.48; Siehe auch *Brandt*, Code pénal, S. 314.

Code pénal では、犯罪に共働する者は„auteurs“と„complices“に分類されていた。当時の Code pénal のドイツ語訳によれば、前者は„Urheber“（発起者）、後者は„Mitschuldigen“（共犯者）を意味するものであった<sup>170</sup>。より詳しくミッターマイヤーによれば、„auteurs“という概念は、物理的実行者(Thäter)を意味しており、その他すべての関与者は„complices“と呼ばれていた<sup>171</sup>。以上では、Code pénal 59 条および 60 条について検討する<sup>172</sup>。

§59 Die Mitschuldigen eines Verbrechens oder eines Vergehens, sollen mit der nämlichen Strafe, wie die Urheber dieses Verbrechens oder Vergehens selbst belegt werden, die Fälle ausgenommen, worin das Gesetz ein Anders verordnet hat.

（59 条 重罪もしくは軽罪の共犯者は、重罪もしくは軽罪それ自体の発起者に科されるのと同じの刑罰でもって処断されるが、法律が異なって規定する場合はその限りではない。）

§60 Als Mitschuldige einer Handlung, die für ein Verbrechen oder Vergehen erklärt ist, sollen diejenigen gestraft werden, die durch Geschenke, Versprechen, Drohungen, Mißbrauch von Ansehen oder Macht, Anschläge oder sträfliche Kunstgriffe zu einer solchen Handlung gereißt, oder Anweisungen gegeben haben, um sie zu begehen.

Diejenigen, welche Waffen, Werkzeuge oder jedes andere Mittel, das zur Handlung gedient hat, verschafft haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten.

Diejenigen, welche dem Urheber oder der Urhebern der Handlung in den Taatsachen, die die Handlung vorbereitet oder erleichtert, oder in jenen, die sie vollendet haben, wissentlich geholfen oder beygestanden haben; doch mit Vorbehalt der Strafen, die das gegenwärtige Gesetzbuch noch insbesondere gegen die Urheber von Komplotten oder Aufwiegungen, die die innere oder äußere Sicherheit des Staates bedrohen, selbst in dem Falle verhängen wird, wo das Verbrechen, das der Zweck der Verschwörer oder Aufwiegler war, nicht sollte begangen worden seyn.

（60 条 重罪もしくは軽罪と宣告される行為の共犯者として処罰されるのは、贈与、約束、脅迫、威信ないしは権力の濫用、陰謀、詐術によりそのような行為へと誘致する、ないしはそれを実行するために指示を与える者である。）

---

<sup>170</sup> Vgl. *Daniels/Blanchard*, Code criminel de la France, Bd. II, S. 25 ff.

<sup>171</sup> Vgl. *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch, 14. Aufl., § 44 Note II. des Herausg. (S. 81); *Birkmeyer*, VDA, S. 102.

<sup>172</sup> 法典のドイツ語訳は、当時のものを参考にした。Vgl. *Daniels/Blanchard*, Code criminel de la France, Bd. II, S. 25 ff. また、日本語訳に関しては、井上・正犯と共犯の区別 48 頁、中村・ナポレオン刑事法典史料集成 17 頁以下を参照した。

武器ないしは道具、行為に役立つその他あらゆる手段をそれが役立つであろうと知りて与えた者も同様である。

行為の発起者もしくは発起者らに対して、その行為が準備される、もしくは容易にされる事実、ないしはそれが既遂となった事実において援助ないしは協力する者も同様である。但し、現行の刑法典が特に国家の内的もしくは外的な安全を脅かす謀議もしくは煽動の発起者に対し、その共謀者もしくは煽動者の目的である犯罪が実行されなかった場合であっても科される刑罰についてはその限りではない。)

Code pénal 59 条は、1791 年の刑法典と同様、犯罪の関与者を区分しつつ、犯罪の共犯者を——法律上例外が規定されていない限り<sup>173</sup>——発起者と同じ刑で処断することを規定する<sup>174</sup>。しかも、それは制定法が共犯者の関与の程度を区分し、それに従って共犯者の刑罰を段階づけるという厄介な問題を免れるためであったと考えられている<sup>175</sup>。また、60 条では現在で言うところの教唆者が 1 項に、幫助者がその態様に応じて 2 項と 3 項に規定されている。教唆の手段については限定列举、幫助のそれについては例示列举となっている<sup>176</sup>。それゆえ、Code pénal では全ての共犯者に対し、その犯行寄与を顧慮することなく、原則的として発起者(auteurs)と同様の刑罰の賦課が予定されており、共犯者の異なる犯行寄与については裁判所が当該刑罰枠の範囲内で減輕する形で考慮しえたとされる<sup>177</sup>。後述する通り、この点がバイエルン王国刑法典と大きく異なっていたのである。

### (三) 1813 年バイエルン王国刑法典の共犯規定

#### (1) 総説

以上概観した Code pénal では、全 484 条のうち共犯規定はたった 5 条(59 条から 63 条)であり、一般的・抽象的な形での共犯規定の定立に成功していたと言えよう。これに影響されてであろうか、1813 年バイエルン王国刑法典は総則と各則の厳格な区別(„Vor-die-Klammer-Ziehen“)を試み、クラインシュロート草案のおよそ三分の一である全 459 条の法典となった<sup>178</sup>。もっとも、共犯規定に関しては発起者を 45 条から 56 条(そのうち Komplotte は 50 条から 53 条、Bande は 54 条から 56 条)、幫助者を 73 条から 83 条<sup>179</sup>、犯行後の犯人庇

<sup>173</sup> ブラントによると、63 条、67 条、100 条、107 条以下、114 条、116 条、138 条、144 条、190 条、213 条、267 条以下、284 条以下、288 条、293 条、415 条、438 条、441 条が例外規定として挙げられる。Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 130 Fn. 755.

<sup>174</sup> Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 130.

<sup>175</sup> Vgl. *Birkmeyer*, VDA, S. 105 f.

<sup>176</sup> Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 131. ブラントによると、単純な助言は把握されていなかったため、結果的に重大な法の欠缺に至り、後に立法者は一連の特別規定を通して塞ぐこととなったとされる。

<sup>177</sup> Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 314 f. Fn. 1533; *Birkmeyer*, VDA, S. 106.

<sup>178</sup> Vgl. *Kubicieł*, Von Dunkel ins Licht?, S. 10.

<sup>179</sup> 幫助者に関する規定が発起者に関する諸規定に連続して置かれていない理由は、知的発起者や中心的幫助を含めた発起者は幫助者よりも重く処罰されることを示すためであった。また、法典は、発起者の可

護を 84 条から 89 条に規定している<sup>180</sup>。単純な条文数のみの比較からすれば、Code pénal よりも多くの共犯規定が置かれているのだが、それはバイエルン王国刑法典が Code pénal を参考にして全体の共通項を括り出しながらも、以下で見る通り、裁判官の裁量を制約するという目的の下で共犯類型ごとに仔細さを残していたからであった。

## (2) 発起者の規定について

それでは、バイエルン王国刑法典の発起者の規定のうち、45 条と 46 条について以下概観・検討してみよう<sup>181</sup>。その他の規定については説明を加えておくに留めておく<sup>182</sup>。

§45 Nicht bloß I. derjenige, welcher das Verbrechen durch eigene körperliche Kraft und That unmittelbar bewirkt, sondern auch II. wer dem Vollbringer vor oder bei Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, eine solche Hilfe geleistet hat, ohne welche diesem die That nicht möglich gewesen wäre; endlich III. alle diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht andere zur Begehung und Ausführung eines Verbrechens bewogen haben, sollen als die Urheber desselben bestraft werden.

(45 条 I. 犯罪を自身の力と行為により直接実現する者だけでなく、II. 実行の前かその際に実行者に犯罪を生じさせるという意図の下、その実行者にとってそれなくしては犯行を為しえなかったであろうという援助を為す者、III. 違法な目的で他人を犯罪の実行と遂行に唆した全ての者は、その発起者として処罰される。)

§46 Unter den zuletzt genannten Urheber (Art. 45.R n. III.) ist begriffen: wer durch ausdrückliche Rathetheilung, durch Auftrag, durch Versprechen oder Geben eines Lohnes, durch Gewalt, Drohung oder Befehl, oder endlich durch absichtliche Erregung eines Irrthums den Vollbringer der That zur Ausführung derselben bestimmt hat.

Wer aber durch Reden oder Handlungen unabsichtlich eines Andern gesetzwidrigen Entschluß verlaßt, soll nach den Gesetzen über Fahrlässigkeit, und wer den von einem Andern schon gefaßten Entschluß zur Vergehung eines

---

罰性と幫助のそれとの関係性を原則として未遂の可罰性と既遂のそれに対置させていた。Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 315.

<sup>180</sup> 付言すれば、1810 年草案の段階では、発起者は 47 条から 58 条、幫助者は 75 条から 86 条、犯人庇護は 87 条から 92 条に規定されていた。Vgl. Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810, S. 18 ff. u. 31 ff.

<sup>181</sup> 法典の原文は以下のものを参照した。Vgl. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, Erster Theil, Ueber Verbrechen und Vergehen, Erstes Buch, Zweites Kapitel, S. 18 ff.

<sup>182</sup> バイエルン刑法典の共犯論に関する近時の文献として以下も参照されたい。Vgl. *Eckstein*, Urheberschaft und Teilnahme, S. 271 ff.

Verbrechens durch Rath, Auftrag und dergleichen bestärkt hat, nach dem Gesetze wider Gehülfen beurtheilt werden.

(46 条 最後に挙げた発起者の下では以下の者が把握される。すなわち、明示的な助言や委任、報酬の約束や付与、暴行、脅迫、命令、意図的な錯誤の惹起を通して犯行の実行者をその実行に決定づけた者である。

また、発言もしくは行為により意図せず他人の法律違反の決意を誘致する者は、過失犯に関する法規に従って判断される。犯罪の実行について既に存在する決意を助言、委任、その他によって強めた者は、幫助者に対する法規に従って判断される。)

45 条では 1 号に直接的な発起者、そして 2 号と 3 号に間接的発起者が規定されており、そのうち 2 号には不可欠幫助<sup>183</sup>、3 号には知的発起者が規定されている。直接に自らの力を行行使して犯罪を実現する者や過失による教唆を規定している点で Code pénal と異なるものの、46 条では Code pénal と同様、誘致の手段は限定列举となっている<sup>184</sup>。その他、Code pénal と異なり、47 条と 48 条では直接的発起者によって遂行された可罰的な行為がどの範囲で間接的発起者に帰属されるのかという点が精確に規定されており、間接的発起者は誘致したことの枠内でのみ罰せられ、直接的発起者の独断的な行為に対しては答責的とはならないとされた<sup>185</sup>。さらに、Code pénal では幫助者はその態様に応じて二つに区分されているのに対し、バイエルン王国刑法典では 73 条以下にて物理的幫助を三段階に区分し、その手段についても Code pénal とは異なり、限定的に列举された<sup>186</sup>。

### (3) 検討

以上概観したように、バイエルン王国刑法典は多くの箇所で Code pénal と異なり、発起者等をより精確かつ子細に規定していた。その理由は、裁判官の裁量を可能な限り制約しようというバイエルン政府側の思惑があったからであろう。その証拠に 1813 年のバイエルン王国刑法典では恣意的な解釈を禁じるべく、私的な注釈書が一切禁じられ、三巻構成の公式 注釈書のみ許されていた<sup>187</sup>。ゆえに、バイエルン王国刑法典は Code pénal を総

---

<sup>183</sup> ビルクマイヤーによると、同様の規定を有する他の領邦法典としては 1839 年ヴュルテンベルク刑法典 75 条や 1841 年ヘッセン大公国刑法典 73 条、1845 年バーデン大公国刑法典 139 条、1849 年ナッサウ公国刑法典 69 条、1855 年ザクセン王国刑法典 54 条が挙げられる。但し、ヴュルテンベルク刑法典 75 条および 85 条、ヘッセン大公国刑法典 73 条においては、援助行為が犯行の遂行の際に提供されることを求めている。Vgl. *Birkmeyer*, VDA, S. 34.

<sup>184</sup> Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 316 f.

<sup>185</sup> Vgl. Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, S. 160.

<sup>186</sup> dagegen *Brandt*, Code pénal, S. 319 Fn. 1566.

<sup>187</sup> 付言しておく、その注釈書を執筆したのはフォイエルバッハではなく、皮肉にも彼の論敵のゲンナーであった。Vgl. *E. Schmidt*, Einführung, S. 267.

それゆえにその注釈書における共犯論の記述にはフォイエルバッハの見解と一致していない点も見られる。例えば、発起者とはその行為において犯罪の発生 of 十分な原因がある者であり、その中でも物理的も

則化という点では参考にしつつも、共犯規定に関しては裁判官の裁量を制約するため比較的仔細なものを置いていたのである。

#### (4) まとめ

バイエルン王国刑法典は、既述の通り、総則と各則の明確な区別や簡潔な構成要件といった立法技術を有しており、ライヒ刑法典制定に至るまでの間、その他の領邦法典に大きな影響を与えるものであった。例えば、知的発起者の規定の仕方に関しても 1814 年オルデンブルク公国刑法典 67 条<sup>188</sup>や 1839 年ヴェルテンベルク王国刑法典 74 条<sup>189</sup>、1840 年ハノーファー王国刑法典 53 条<sup>190</sup>、1842 年ヘッセン・ダルムシュタット大公国刑法典 71 条<sup>191</sup>、1845 年バーデン大公国刑法典 119 条<sup>192</sup>、1849 年ナッサウ公国刑法典 67 条<sup>193</sup>などの領邦法典の諸規定にその傾向を見て取ることができよう<sup>194</sup>。さらに、この刑法典はスイスのバーゼルやチューリッヒ、ザンクト・ガーレン、さらにはアルゼンチンにとっても模範となるものであった<sup>195</sup>。

しかしながら、このような画期的なバイエルン刑法典は数奇な運命を辿ることとなる。すなわち、厳密な概念規定を有し、裁判官の裁量を制約したことで実務との乖離を惹き起こし、それゆえに施行後に数多くの勅令や改正法が出され、次第に改正の必要性が高まっていったのである<sup>196</sup>。しかし、当初その改正の草案を作成したゲンナーの草案は 1813 年の刑法典を換骨奪胎したものであったため、司法大臣であったツェントナーが再びフォイエルバッハに草案の作成を依頼し<sup>197</sup>、1824 年に草案として完成するものの、ツェントナーとの悶着により、一度没書となってしまった。ところが、フォイエルバッハの死後、息子のエドゥアルトが遺品の中から発見した 1824 年草案を司法省の求めにより提出したものの、1834 年に国王ルートヴィヒが「この改訂によってバイエルン刑法にとってプラスになるようなものが得られるとは思われない」と自ら書き込み、再び没書にされてしまったのである<sup>198</sup>。

---

しくは精神的強要の場合(121 条 7 号 8 号および 122 条)、強要者は直接発起者となるが、これに対して命令や委任などを与えた者は間接発起者であると説明されていた。Vgl. Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, S. 157.

<sup>188</sup> Vgl. *Stenglein*, Sammlung, Bd. 1, II. Oldenburg, S. 36.

<sup>189</sup> Vgl. *Stenglein*, Sammlung, Bd. 1, IV. Württemberg, S. 36.

<sup>190</sup> Vgl. Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover, S. 26.

<sup>191</sup> Vgl. Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Hessen, nebst den damit zusammenhängenden Gesetzen, S. 22.

<sup>192</sup> Vgl. *Stenglein*, Sammlung, Bd. 2, VIII. Baden, S. 48.

<sup>193</sup> Vgl. *Stenglein*, Sammlung, Bd. 2, IX. Nassau, S. 31.

<sup>194</sup> *Birkmeyer*, VDA, S. 32 Fn. 1; siehe auch *Jacquin*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 3.

<sup>195</sup> E. キッパ―／西村・フォイエルバッハ伝 70 頁。

<sup>196</sup> Vgl. *Stenglein*, Sammlung, Bd. 1, I. Bayern, Vorbemerkung (S. 15 f.).

<sup>197</sup> シューベルト／山中・1824 年フォイエルバッハ草案 解説箇所 81 頁、野澤・中止犯 218 頁以下参照。

<sup>198</sup> シューベルト／山中・1824 年フォイエルバッハ草案 2 頁、解説箇所 84 頁。



### 第三節 小括

本章ではフォリエルバッハの共犯論を検討した上で、彼がその起草に尽力した 1813 年バイエルン王国刑法典の発起者に関する規定を、Code pénal の共犯規定と比較する形で検討を加えた。意思の自由を刑法学の領域から排斥しようとしたフォリエルバッハの試みは、裁判官の裁量の制限を望むバイエルン政府からすれば都合の良いものだったかもしれないが、委任や命令、強要などの諸形態を知的発起者の名の下に一括りに把握し、それらの可罰性を段階づけていた点に鑑みれば、それ以前の学説を越えるような進展はなく、従来の議論を繰り返しているきらいが見られた。それゆえ、このようなフォリエルバッハの共犯の中では、グロールマンやティットマンによって示されていた知的発起者論の分化の契機(間接正犯論の萌芽)はフォリエルバッハの眼中にはなく、間接正犯論の誕生およびその展開はその後の学説に委ねられたのであった。

## 第四章 1851 年プロイセン刑法典の成立以前の学説

前章で検討した通り、グロールマンやティットマンに見られた間接正犯論の萌芽は、フォイエルバッハの共犯論においては眼中に置かれていなかったのであるが、1851 年プロイセン刑法典が成立するまでの学説が展開されていく中で、かの萌芽は再び行為者意思決定の自由に着目する形で姿を現していくこととなった。すなわち、委任や命令などの知的発起者の諸類型の区分のうち、強要や命令の形態に関して直接行為者の行為選択の自由がないことを背後者の可罰性の程度の高さに関連づけるという共犯論から次第に、そのような自由が認められない直接行為者を利用する形態を他の形態から区分し、別の類型として把握する共犯論へと移行していったのである。

以下では、このように共犯論が移行していく契機を与えたと思われるミッターマイヤーの見解を出発点に、ステューベルやバウアー、ルーデンの見解、さらにはヘーゲル哲学に基礎づけられた行為論に基づくケストリン、ベルナーの見解を考察する。その際、いずれの見解もばらばらに取り上げているのではなく、年代順に、批判や受容といった相互の影響関係に着目して論じており、それによって間接正犯論の誕生の歴史を紐解こうと試みている。

### 第一節 ミッターマイヤーの見解 (1819 年)

フォイエルバッハの教科書を改訂した<sup>199</sup>ことで知られるミッターマイヤー<sup>200</sup>は、1819 年の論文において、間接正犯論の歴史にとって極めて重要な方向性を示した。この論文に関しては、物理的発起者に代わって正犯者(Thäter)という言葉の使用を提案したという点に注目されてしばしば取り上げられるが<sup>201</sup>、むしろ従来、知的発起者という用語の下で一括りにされてきたものの中には異なるものが混在しており、背後者と直接行為者の可罰性の同置は再考すべきであるとの立法論を主張したことの方が、間接正犯と教唆犯の分化にとって重要なのである。

#### (一) 正犯者と発起者の新たな定義づけ

1819 年の論文の冒頭でミッターマイヤーは、従来の共犯論では全く論理的ではない方法で犯罪の共犯者が発起者と幫助者に分類されていると批判し、直接的な共犯者と間接的な共犯者に分けることがより適切であると主張した。すなわち、前者は、犯罪それ自体を根拠づける行為を実行する者であり、後者には従来の知的発起者が属するとする。また、

<sup>199</sup> この改訂によって教科書の分量が大幅に増加したことに対してラートブルフは、フォイエルバッハの教科書が本来有していた簡潔な形式美が葬り去られてしまったと嘆いた。Vgl. *Radbruch*, *Feuerbach*, S. 92.

<sup>200</sup> ミッターマイヤーの人物像については、Vgl. *Küper*; *Heidelberger Strafrechtslehrer*, S. 69 ff., 101 ff.

<sup>201</sup> Vgl. *Hruschka*, *Regreßverbot*, S. 595. 右論文の翻訳・紹介として、安達・立命館法学 261 号 929 頁以下参照。

「物理的発起者」という表現は、全ての事例に合致するわけではない(例えば、誰かに誘惑されたわけではない姦通者を物理的発起者と呼ぶことは用語例に矛盾している)ことから完全に放棄し、それに代わって正犯者という言葉が用いられるべきであり、さらに通常「知的」という形容の付される共犯者にのみ発起者という表現を残すことが理に適っていると主張したのである<sup>202</sup>。この限りでミッターマイヤーの主張は、自ら犯罪を実行する者を正犯とする形式的客観説に方向づけられたものだといえよう<sup>203</sup>。

当時としては、既にオーストリーの1803年のテレージア刑法典5条では„der unmittelbare Täter“という用語が使われており<sup>204</sup>、1794年のALR68条や69条<sup>205</sup>、さらに学説上も幾つかの教科書においても<sup>206</sup>、犯罪の直接行為者と同義で„Täter“という用語が使用されていたが、物理的発起者に代わる専門用語(*terminustechnicus*)として提案され、間接的ではあるが、後述のバウアーの主張を通して立法に影響を与えたという点を勘案するならば、極めて重要な主張であるといえよう。

このような新たな分類方法を提示したミッターマイヤーによれば、従来の普通法ドクトリンでは過度に一般化されるきらいがあったとされる<sup>207</sup>。つまり、従来の知的発起者の諸事例の中には性質の異なるものがあるにもかかわらず、十把一絡げに取り扱われていたことを――背後者と実行者の可罰性の同置の問題を念頭に置きつつ――問題視したのである。このような問題意識からミッターマイヤーは、「誘致(*Veranlassen*)は他人の犯罪の惹起(*Verursachen*)から厳格に区別されなければなら」ず、「法的に発起者となりうるのは原因として、つまり他人によって実行される犯罪と十分に直接的な関係にある原因として現れる者だけである」<sup>208</sup>と主張したのである。そして、発起者と正犯者の関係性や発起者によって用いられる手段の性質といった客観的な事由<sup>209</sup>のみならず、正犯者の故意を発起者が認識していることや発起者自身の故意といった主観的な事由<sup>210</sup>を真の発起者のメルクマールとして考慮し、それを通して知的発起者の諸形態(委任や助言の付与、命令、強要・脅迫、懇願・説得)の中から真に発起者に値するもの、つまり他人の犯罪の惹起と評価されるべきものを析出していったのである。

## (二) 委任と助言の形態について

---

<sup>202</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 125 f. なお、このようなミッターマイヤーの共犯論では不可欠幫助は発起者として扱われない。Vgl. *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch, 14. Aufl., Note I. des Herausg. (S.87).

<sup>203</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 72; *Poppe*, Akzessorietät, S. 104.

<sup>204</sup> Vgl. *Jenull*, Österreichische Criminal-Recht, S. 108; *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 192.

<sup>205</sup> Vgl. ALR Erster Band, Erster Abschnitt, §68 u. 69 (S. 33).

<sup>206</sup> Vgl. *Klein*, Grundsätze, §141 (S. 108); *Tittmann*, Grundlinien, §91 (S. 64).

<sup>207</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 127.

<sup>208</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 130.

<sup>209</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 127 f

<sup>210</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 129 u. S. 132.

これらの諸形態のうち、委任や助言の付与においては委任者や助言者の発起者性は強く疑われる。ある者が他人の単なる委託を理由に、窃盗などの犯罪を実行し、他人のために自らを危険に晒すとは考えにくく、委任が問題となる場合、受任者はすでに犯罪をわずかでも決意しているであろう。ゆえに、委任は犯罪の唯一の原因ではなく、単なる強化事由(Bestärkungsgrund)にすぎないと評価される。もっとも、委任の中に命令が隠れていたり、将来的な害悪による脅迫が伴ったり、一定の報酬が約束されていたりする場合には、委任と結びつけられた精神的な強要手段や人的な関係性を通して発起者性が生じることとなる<sup>211</sup>。

これと同様、助言の付与についても疑われる。たいていの場合、助言を受ける者は既に犯罪への傾向を有するものの、遂行の計画や手段についてはっきり決めていないだけである。そのため、助言者は他人の意思決定を強化しており、他人にとって犯行の遂行が容易となる限りで、助言者は単に幫助者として現れるにすぎないであろうとされる<sup>212</sup>。

従って、このような委任や助言の付与<sup>213</sup>は通常それ自体としては、他人の犯罪の惹起と評価されるほどに他人を犯罪に強く決定づけるものではなく、たいていの場合は既に存在する犯罪決意を強めるにすぎない以上、発起者に値しないと考えられたのである。

### (三) 命令、強要・脅迫の形態について

委任・助言に対し、命令や強要・脅迫の形態においては、命令者や強要者の発起者性は比較的肯定的に捉えられる。命令に関しては、それを通じて発起者となる手段の主たるものであり、その場合に服従者は単なる「道具」とみなされる。とくに、それは兵士と将校の関係のように、ある者が服従を約束している関係においてのみ妥当するものであり、いわゆる拘束命令の場合、命令者の発起者性が認められる<sup>214</sup>。

また、強要・脅迫に関しても肯定的に説明される。つまり、強要が被強要者のあらゆる自由意思を帳消しにするものである限りで、強要者が発起者であることに疑う余地はなく、脅迫についても、「脅迫が被脅迫者に対し、その強さが相当なる恐怖心を惹き起こし、自由な選択を帳消しにする害悪を、被脅迫者に確実かつ回避不可能な害悪の発生を疑

<sup>211</sup> Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 135 f. u. S. 136 f.

<sup>212</sup> もっとも、あらゆる助言者の発起者性が否定されるわけではない。助言者が、まだ決意していない者や臆病な者と関係を有しており、精神的な優越性をもって他人を束縛し、後の正犯者の意思を確実に犯罪へと心理的に方向づける場合、彼は発起者となる。Vgl. Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 137.

<sup>213</sup> Siehe auch Mittermaier, Kurze praktische Erörterungen, S. 336 ff.

<sup>214</sup> Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 139 f.

これに対して、父親が妻や子に命じる場合を発起者とするローマ法に関しては、家庭事情の変化に鑑みれば、自立した存在である妻や子は、命令を単なる願望であるとみなす力を有しており、このような場合の命令は他者をその意思に反して犯罪へ強いるほど精神的に強く迫るものではないとする。もっとも、この場合の命令が強要・脅迫と結びついている場合や、夫が自らに服従する臆病な妻に対して圧倒的な優越性を有する場合は、例外的に夫は発起者となる。

わせない形で示す限りで、脅迫者は発起者となりうる」とされ、強要に限りなく近い脅迫であれば、脅迫者の発起者性は認められる<sup>215</sup>。

それゆえ、ここでも発起者のメルクマールとして直接行為者の選択の自由(自由な意思決定)の制約が、背後者と直接行為者の関係性に着目する形で考慮されていることが窺えよう。

#### (四) 懇願・説得、錯誤の形態について

その他、ミッターマイヤーは懇願・説得および錯誤<sup>216</sup>の類型を検討している。とくに懇願・説得については、それが「a)連続的かつ真摯に b)他人に対して優越性を有する者によって行使されるか、c)もしくは懇願する者にとって有利であることが明らかな状況の下で行使される場合」に発起者となりうる。例えば、刑事被告人が証言者である親族もしくは友人に対し、真実に反して自分に有利となる証言をするよう懇願・説得する場合がこれに当たる。

この種の事例は、普通法上、CCC107条の適用が問題となる。そこでは偽証の教唆者と偽証者の可罰性が同置されていた。しかし、これに対してミッターマイヤーは、立法論として正犯者と発起者の可罰性の同置に反対し<sup>217</sup>、このような事例では偽証を頼んだ被告人こそが「中心人物であり、その犯罪の唯一の真の発起者である」と主張した。この場合、偽証する者は、被告人の教唆がなければ偽証に対する利益関心を有することはなかったであろうし、真の利益関心と悪しき意思を有するのは教唆をした被告人だけであり、さらに発起者も偽証者がいなければ偽証を実行しえなかったであろうという関係性を勘案し、偽証者はこの教唆者(被告人)にとって単なる「道具」にすぎないと評価した<sup>218</sup>。

#### (五) まとめ——ミッターマイヤー説の評価

以上の見てきたミッターマイヤー説では、決定的な発起者メルクマールとして考えられたのは、人的および精神的な関係性であった<sup>219</sup>。特に後者については、背後者の用いた手

<sup>215</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 140 f.

<sup>216</sup> 錯誤の類型については具体的な事例を挙げて、錯誤によって発起者となりうることを手短かに論じている。Vgl. *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 142.

<sup>217</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 145.

<sup>218</sup> *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 142 f.

<sup>219</sup> 付言すると、ミッターマイヤーは1820年の論文において、フォイエルバッハの意思決定論を一定程度評価しつつも、意思自由の排斥はただ表面的であったことを指摘し、その上で意思の自由と帰属論に関して、「1)自由は帰属一般の条件に属するのか、2)自由の程度に従って刑罰の程度も調整される限りで、自由は帰属の原理(Prinzip)なのか」という二つの問いを立て、第一の問いを肯定し、第二の問いを否定した。Vgl. *Mittermaier*, Ueber den neuesten Zustand, S. 411 f. 併せて山口・帝国崩壊後のドイツ刑法学45頁以下も参照。それゆえ、第二の問いとの関係で言えば、クラインシュロート流の知的発起者論はミッターマイヤーにとって好ましいものではなく、従来の知的発起者の諸類型の中から「発起者」と呼ぶに値するものを、意思決定の自由の制約の程度を考慮することで選別しようと試みたと推論される。

段によって直接行為者が意に反して犯罪へと強いられる程度、つまり意思決定の自由の制約の程度が考慮されており、その考慮を通して他人の犯罪の惹起なのか、それとも単なる誘致(もしくは強化)であるのか判断されていた。それゆえに、フォイエルバッハとは異なり、意思自由論の支持者であったミッターマイヤーは、それを基盤にした帰属論を共犯論に落とし込み、関与類型の色分けを試みたという点で、グロールマン以来の進展であったと言えよう。もっとも、この論文では、間接正犯と教唆犯がそのような名称を伴ってはつきりと区別されたわけではないが、少なくとも知的発起者の諸類型の中には性質の異なるものがあり、直接行為者が背後者の「道具」にすぎない場合があると考えられた点は、その後の間接正犯論の発展にとって出発点となるものであった<sup>220</sup>。

## 第二節 ステューベルの見解 (1828 年)

次に、本節ではステューベルの見解を検討する。彼の著作としては 1795 年<sup>221</sup>と 1805 年<sup>222</sup>、1828 年のものが存在するが、ここでは彼が亡くなる前年に書き上げた、彼の共犯論の集大成である 1828 年の著作を検討の対象とする。この著作においてステューベルは通説的な見解のみならず、従前の自説をも批判的に検討し<sup>223</sup>、その上で最終章に立法論を示した。何よりこの著作では、間接正犯(die mittelbare Täterschaft)という用語が初めて使われた点でも注目に値する<sup>224</sup>。

### (一) 正犯者という言葉の使用と立法論

ステューベルは——ミッターマイヤーの 1819 年論文を引用し——犯罪の発起者という表現は言語的に誤りであることを指摘した。彼によれば、犯罪とは意味世界(Sinnwelt)における変化をもたらす行為であり、そのような外部的な意味に向けられた変化、つまり作用を有する行為の主体は正犯者と呼ばれるという。そして、「神は万物の創造主(Urheber)である」という言い回しからすれば、発起者は結果に関連づけて用いられる言葉であるため、窃盗を盗む行為、詐欺を騙す行為と理解する限り、窃盗の発起者や詐欺の発起者と呼ぶことはできない<sup>225</sup>。それゆえ、ステューベルは、従来と異なり、物理的発起者を直接正犯者、知的発起者を間接正犯者と呼ぶことを提案した。その際、間接正犯については、ある

<sup>220</sup> Ähnlich Redmann, Anstiftung, S. 45.

<sup>221</sup> Vgl. Stübel, System, §369 ff. (S. 121 ff.).

<sup>222</sup> Vgl. Stübel, Ueber die Thatbestand, §23 (S. 29 f.), u. §24 (S. 30 f.), §55 ff (S. 67 ff.), §130 (S. 171 f.).

<sup>223</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, Vorerrinerung.

<sup>224</sup> Vgl. F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, S. 19.

<sup>225</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §12 (S. 8 f.). 別の箇所では、発起者という言葉は狭い意味では何かについて開始する人間を指し、それは刑法では教唆者(Anstifter)と呼ばれており、また他人を決定づける者が教唆者であると述べられている。Vgl. ders., Ueber die Theilnahme, §12 (S. 9 Fn. 13) u. §28 (S. 42).

付言すれば、オーストリーの刑法学者キトカはステューベルと同様の説明を用いて彼の主張を支持した。Vgl. Kitka, Ueber das Zusammentreffen, §40 (S. 126).

者が他人を犯罪の実行に唆した場合、彼はその犯罪を自ら実行したかのように評価されるとしている点でも注目に値する<sup>226</sup>。

## (二) 二段階の帰属体系と統一的正犯論？

このように関与者の新たな呼称を提案したステューベルは、発起者の概念を定義する際に行為者の意図や故意を要求する通説は「犯行それ自体の帰属」(Zurechnung der That an sich)と「刑罰への犯行の帰属」(Zurechnung der That zur Strafe)を混同していると批判した。彼によると、犯行それ自体の帰属というのは、犯行として問題となる現象の原因がある者の行為に存するという客観的な判断であり、そのような判断にとっては行為者の意思が犯行に向けられているかどうかを顧慮すべきでないとする。ゆえに、犯行それ自体の帰属の段階では、犯行(Tat)と行為(Handlung)との因果関係が決定的であり<sup>227</sup>、故意や過失などのあらゆる主観的要素は、刑罰への犯行の帰属の段階で初めて考慮されることとなる<sup>228</sup>。

そして、犯行と行為との間の因果関係が決定的である第一の段階において、その帰属を根拠づける者が当該犯罪の正犯者ないしは発起者であるとされる<sup>229</sup>。この点で、最初の現代的な統一的正犯論と言いうるであろうとブロイは評価するが<sup>230</sup>、法効果の面で各関与者はその行為の客観的な作用の程度に応じて処罰されると述べられている<sup>231</sup>点も勘案するならば、正当にも安達教授が指摘されている通り<sup>232</sup>、むしろ機能的統一的正犯論<sup>233</sup>と評する方がより適切であろう。

## (三) 目的犯や身分犯などにおける例外

もっとも、犯行それ自体の帰属の段階に関する基本的命題には例外が付される。その一つは、未遂犯や目的犯の場合には行為者の意図は犯行それ自体の帰属においても考慮せざ

---

<sup>226</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §55 (S. 96). さらに、正犯者や幫助者、犯人庇護者を包括する上位概念として共同責任者(Mitschuldige)が観念されている。Vgl. ders., Ueber die Theilnahme, §54 (S. 92 ff.).

そして、ステューベルはこのような新たな呼称に基づいて立法論を展開した。Vgl. ders., Ueber die Theilnahme, §62 (S. 120, Art. 5). さらに身分犯や目的犯に加担した一部の人間が当該身分や目的を有していなかった場合については§62 (S.122, Art. 11)を参照。

<sup>227</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §13 (S. 11). この点で Bloy, Beteiligungsform, S. 72 f.は、シーラッハの共犯論の影響を指摘している。Vgl. Schirach, Versuch eines Beweises, S. 415 ff., bes. S. 432 ff.

<sup>228</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §13 (S. 12) u. §18 (S. 22 f.). 付言すると、このようなステューベルの体系論をブブノフは現代的な不法構成要件に近いと評している。Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung, S. 31.

<sup>229</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §27 (S. 41).

<sup>230</sup> Bloy, Beteiligungsform, S. 73; dagegen kritisch Ebrahim-Nesbat, Die Herausbildung, S. 50 f.

<sup>231</sup> Vgl. Stübel, Ueber die Theilnahme, §56 (S. 98 ff.) u. §57 (S. 101).

<sup>232</sup> 安達・客観的帰属論の展開とその課題(一)1450 頁注(18)参照。

<sup>233</sup> Zum funktionale Einheitstäter system siehe Kienapfel, Einheitstäter; dazu kurz dargestellt Kleszczewski, Beteiligung, S. 31 ff. 日本語文献では、高橋・共犯体系 27 頁以下および 46 頁以下、佐川・身分犯における正犯と共犯(3)814 頁以下、小島・幫助犯 9 頁以下を参照。

るを得ないとされる点である<sup>234</sup>。また、身分犯の場合、つまり特定の犯罪の構成要件が一定の人的な関係性を必要とするにもかかわらず、それに関与する者の全員がこのような関係にない場合にも例外が付されている。例えば、姦通罪の構成要件は婚姻関係を前提とする以上、独身者が他人の配偶者と性交したとしても、その独身者は姦通罪の正犯者もしくは発起者ではなく、単にその幫助にすぎないと捉えられるのである<sup>235</sup>。さらに、目的犯の事例でも一部の関与者に当該目的が欠けている場合は、例外となる。つまり、一方が物の領得を目的とし、他方が物の損壊を意図していた場合、後者は窃盗の共同正犯とも共同発起者ともみなされないのである<sup>236</sup>。

従って、ステューベルは、犯行と行為との間の因果関係に重きを置きつつ、各則の構成要件の性質を考慮した上で正犯者を判断している。とりわけ身分や目的を正犯メルクマール、つまり当該犯罪の正犯者となるための必要条件と捉えた上での機能的統一的正犯体系が打ち立てられているのである。

#### (四) 帰属の前提としての意思決定の自由

さらに、このように犯行それ自体の帰属の段階では、行為者の意思は顧慮されないという原則からすれば、直接行為者に選択の余地を与えない強要(Zwang)の事例はどのように把握されるのであろうか。この問いについて、ステューベルは以下のような回答を用意した。すなわち、犯行それ自体の帰属においては、問題となる行為がその行為者の意思活動(Willensact)であったということ、つまり(故意とは異なる)自己決定であったということを前提としているため<sup>237</sup>、強要の場合、そのような意思活動・自己決定は見出されず、ゆえに犯行は被強要者ではなく、強要者に帰属され、彼が唯一の正犯者となるのである<sup>238</sup>。

このようにステューベルは、帰属の前提として行為者の自由な意思決定を据えているのであるが、ここで問題となるのは、(犯行それ自体の)帰属における因果関係と意思決定の自由の関係である。ステューベルによれば、意思決定につき自由な人間が介在したとしても、背後者と結果との間の因果関係は「中断」するとは考えられていない。ゆえに、その限りで言えば、帰属の前提に意思決定の自由を据えていたとしても、自然主義的な中断論がその前提とするところの意思決定の自由とは異なると解されよう。

#### (五) まとめ——ステューベル説の評価

---

<sup>234</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §13 (S.13 f.).

<sup>235</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §14 (S. 15 f.). もっとも、彼も既婚者であるならば、いずれの者も姦通罪の正犯となるが、他人の姦通罪に関しては幫助者にすぎず、両者は共同正犯の関係にないとされる。

<sup>236</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §14 (S. 16). さらに特定数の人だけが犯しうる犯罪(例えば、決闘や強姦)も例外であるとされる。Vgl. Stübel, Ueber die Theilnahme, §52 (S. 88).

<sup>237</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §26 (S. 40).

<sup>238</sup> Stübel, Ueber die Theilnahme, §47 (S. 78). これに対して、脅迫や命令、報酬の約束、委任、助言などの場合は意思活動とみなされる。



以上で検討した通り、ステューベルは、目的犯や身分犯などの各則の構成要件の性質を顧慮して例外を設けつつ、全体としては機能的統一的正犯論に類する構想を打ち立てていた。また、従来の物理的発起者の代わりに直接正犯、知的発起者の代わりに間接正犯と呼ぶことの提案に関しては、ミッターマイヤーの影響がはっきり確認される。しかし、ミッターマイヤーの言うところの正犯者は、単に従来の物理的発起者の言い換えにすぎなかったのに対し、ステューベルの言う正犯者はより広く、従来の知的発起者をも含んでいた。その限りで、正犯者の概念の理解は大きく異なっていたのである。

他方で、従来の知的発起者の諸類型の中には「異質なもの」が含まれているというミッターマイヤーの指摘に関して言えば、強要の事例を除き、その「異質さ」は基本的に刑罰への犯行の帰属の段階で考慮されるであろう。端的に言えば、機能的統一的正犯論の中に間接正犯論の萌芽は埋没してしまったのである。このような広汎な正犯者概念に異議を唱えたのが、以下で検討するバウアーであった。

### 第三節 バウアーの見解（1840年他）

本節では、ゲッティンゲン大学の教授であったアントン・バウアーの見解を検討する。彼の見解は、立法史的に言えば、ハノーファー刑法典の制定に精力的かつ継続的に意見を提示していた<sup>239</sup>という意味では重要であるし、また学説史的に言えば、ミッターマイヤーやステューベルの見解との影響関係を吟味する上でも検討すべきものである<sup>240</sup>。

#### （一）従来の学説に対する批判、そして主観説の展開

バウアー説の考察の出発点は、ステューベル説に対する批判である。すなわち、ステューベルの言う正犯者は、不作為を含まないという意味では狭く、他方で幫助者も含んでいるという意味では広すぎるものであり、さらには正犯者という言葉の下では、教唆者と対置する形での実行者(Vollbringer)も把握されている点で曖昧(zweideutig)であると非難したのである<sup>241</sup>。もっとも、この批判は正犯者という表現一般に対して向けられたものではなく、ステューベルによって打ち立てられた広汎な正犯者の概念に向けられたものであった。というのも、バウアー自身、後述する通り、ミッターマイヤーの影響を受け、物理的発起者に代わり正犯者という言葉を使う方が適切であると主張したからである。

また、バウアーは主観説の立場から、ステューベルの見解では発起者と幫助者の区別は放棄されてしまい、刑罰への犯行の帰属の段階で共働の態様や程度が考慮されたとして

---

<sup>239</sup> Vgl. *Bauer*, Anmerkungen (1826); ders., Anmerkungen (1828); ders., Vergleichung. ブロイによれば、バウアーは1823年から1826年の間、国王ゲオルク四世によって立ち上げられた立法委員会に所属しており、その成果は1825年草案として結実したものの、その草案のその後の運命にはもはや影響を及ぼすことはなく、1830年修正草案には批判的な立場を採っていたようである。Vgl. *Bloy*, Anton Bauer, S. 194 f., 206.

<sup>240</sup> Vgl. *Redmann*, Anstiftung, S. 46, 61.

<sup>241</sup> *Bauer*, Abhandlung I, S. 417; ders., Anmerkungen (1828), S. 203.

も、それは客観的な刑量(Strafmass)に関わることであり、主観的な可罰性という極めて重要なモーメントは軽視されてしまい、幫助者に対して不均衡な刑罰が科されてしまうと批判したのであった<sup>242</sup>。

他方で、バウアーにとっては従前の客観説も問題を抱えるものであった。すなわち、クラインシュロートやフォイエルバッハ等の見解では、発起者の定義は共犯者の活動と犯罪の原因連関という客観的なメルクマールから導かれているため、部分的には幫助にも合致してしまうという点で、発起者と幫助者の区別についての適切な明確性を欠いていると非難したのであった<sup>243</sup>。

このような批判からバウアーは主観説を展開した。すなわち、ステューベル説では、発起者と幫助者という二つの関与形態の間には客観的に何ら決定的な相違が見出されないという点を認めつつ、やはり発起者と幫助者は区別されなければならない以上、両者の本質的な相違は行為者の意図(Absicht)、つまりその意図が犯罪の発生それ自体に向けられているのか、それとも他人の意図する犯罪の援助に向けられているのかという点に存すると考えた<sup>244</sup>。

## (二) バウアーによる批判の意味と主観説の評価

では、上述のバウアーの批判と主観説にはどのような意味が見出されるであろうか。バウアーは、従来の発起者と幫助者の区別に拘泥しつつ、両者の間に客観的な相違はないため、行為者の主観面による区別基準を定立することで、不可欠幫助を発起者の領域から排除し<sup>245</sup>、発起者の領域を狭めることを可能にした。それゆえ、このような考察から明らかな通り、バウアーの主観説は統一的正犯論に対する対案となったのである<sup>246</sup>。

しかし、バウアーの批判は正鵠を得たものではない。何故なら、ステューベルは客観面において発起者と幫助者は理論的に区別しうるが、量刑の面でその相違を考慮するという方向を望んだと考える余地もありうるからである。それを惜くとしても、批判の対象とされた客観説もいわゆる実質的客観説(本稿の第二章、第三章を参照)であり、その他の形での客観説の展開が乏しかったことを斟酌するのであれば、バウアーの主観説も当時の客観説の貧困さという、いわば時代的制約の中から生まれたものだったと捉えられる。

さらに、バウアーの主観説もつまるところ客観的な事象があつて初めて意味を成すものである。換言すれば、犯罪の実現に加担した者らの役割や人間関係等を考慮して初めて

<sup>242</sup> *Bauer*, Anmerkungen (1828), S. 209 f.; ders., Abhandlung I, S. 420 f.

<sup>243</sup> *Bauer*, Abhandlung I, S. 428 f.

<sup>244</sup> *Bauer*, Anmerkungen (1828), S. 208.; ders., Abhandlung I, S. 418 f. もっとも、以前の著作では、発起者と幫助者の区別について折衷的な立場であったことを勘案するならば、バウアーはその態度決定を次第に主観説にシフトしていったと考えられる。Vgl. ders., Grundlinien, §20 (S. 29 f.); ders., Anmerkungen (1826), S. 462 f.; ders., Lehrbuch, §66 (S. 89 f.) u. §68 (S. 92); ders., Lehrbuch, 2. Ausg., §73 (S. 112 f.) u. §75 (S. 115 f.).

<sup>245</sup> *Bauer*, Lehrbuch, 2. Ausg., §78 (S. 119).

<sup>246</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 78.

「自らの犯罪として意欲したのかどうか」明らかにすることができよう。従って、行為者自身の主観的な意思内容それ自体に独立した意義が認められるのか疑わしいのである。

### (三) ミッターマイヤー説を受容した点

このような主観説に立脚するバウアーの見解において、従来の物理的発起者や知的発起者はどのように捉えられたのであろうか。上述の通り、彼の見解ではミッターマイヤーの影響の下、その見解を受容した部分と拒んだ部分が見受けられる。

受容した部分の一つ目としては、物理的発起者と知的発起者に代わる言葉としての正犯者と教唆者を使用している点である。既にハノーファー王国刑法典草案の注解(1826年)では、「物理的発起者とは、犯罪の本質を為す行為を自ら実行した者(Thäter, Vollbringer)」であるのに対し、「知的発起者もしくは教唆者(Anstifter)とは、他人を故意に犯罪の実行に唆した者」であると明確に定義されていた<sup>247</sup>。それゆえ、バウアーの共犯論は、発起者と幫助者を主観的に区別した上で、発起者をその態様に応じて正犯者と教唆者に区別しているのである。

また、受容した部分の二つ目としては、バウアーが言うところの教唆者の内実である。仔細に見れば、バウアーは教唆者という言葉に単に従来の知的発起者の類義語として使用しているわけではない。何故なら、教唆者の事例では、他人を犯行へと決定づける十分な原因がその行為に存することが前提であるが、そのような決定づけの理由が現に存在したのかどうかは、特に助言や委任の場合にしばしば究明し難いため、そのような前提を欠く場合は、単に教唆の未遂<sup>248</sup>か幫助とみなされるからである<sup>249</sup>。

### (四) ミッターマイヤー説を拒んだ点

しかし、従来の知的発起者の諸類型の中から委任や助言の形態は、いまだ排斥されていない<sup>250</sup>。また、既述の通り、ミッターマイヤーは客観的な観点から、教唆者を正犯者と同じ刑で処断するという命題は裁判官を惑わす危険な一般化であると反対していたのに対し、バウアーは客観的な可罰性と主観的な可罰性を統一的に考慮し、教唆者は正犯者と全く同じ可罰性の段階にあると主張した。すなわち、正犯者はしばしば教唆者よりも固い決意と墮落を示す一方で、犯罪の本来的な原因は教唆者にあり、正犯者は教唆者に利用された「道具」にすぎないため、両者を共に発起者として処罰することが妥当であり、個別具体的な事例の特殊性は法定刑の量定に際して裁判官によって考慮されるとした<sup>251</sup>。

<sup>247</sup> *Bauer*, Anmerkungen (1826), S. 466, 469. Siehe auch ders., Lehrbuch, 2. Ausg., §76 (S. 117 b)); ders., Abhandlungen I, S. 429 f. u. Anm\*.

<sup>248</sup> Vgl. *Bauer*, Abhandlungen I, S. 430 f.

<sup>249</sup> *Bauer*, Anmerkungen (1826), S. 469 f.; ders., Lehrbuch, 2. Ausg., § 76 (S. 117); ders., Abhandlungen I, S. 430.

<sup>250</sup> *Bauer*, Lehrbuch, 2. Ausg., §76 (S. 117); ders., Abhandlung I, S. 435 ff.

<sup>251</sup> *Bauer*, Anmerkungen (1826), S. 472; Siehe auch ders., Abhandlungen I, S. 433 ff.

## (五) まとめ——バウアー説の評価

以上検討した通り、バウアーの見解は、発起者と幫助者の区別に関して主観説に立脚し、その上で前者を正犯者と教唆者に区分するものであった<sup>252</sup>。しかし、彼の主観説は当時の通説であった客観説の貧弱さから生まれたものであり、また教唆者の取り扱いも間接正犯の歴史的展開にとって不十分であった。すなわち、バウアーは、正犯者に対する決定づけの理由が十分ではない場合、背後者は教唆の未遂か幫助者であると論じるものの<sup>253</sup>、間接正犯に類する関与形態は想定されていなかった。ゆえに、バウアーは知的発起者の枠組みの中で諸類型の可罰性を考慮しようとする、旧来の知的発起者論から完全に脱却しきれなかったのである。

## 第四節 ルーデンの見解 (1840 年)

本節で考察するところのルーデンは、ヘーゲル学派に数えられないものの、ヘーゲル哲学に大きな影響を受けた人物の一人である<sup>254</sup>。ルーデンはミッターマイヤーの抱えていた問題意識、つまり、従来の知的発起者の諸類型の中には性質の異なるものがあるという問題意識を——普通法の解釈という枠組みにおいてではあるが——引き継ぎ、議論を一步押し進めたという点で考察に値するものである。

### (一) 単独発起者と共犯者の区別

ルーデンは、関与形態について以下のような区分を示した。すなわち、犯罪の原因が他人の犯罪的活動の中に存在し、それを誘致する者は犯罪をひとりで行うのではなく、他人との共働の下で行っている場合には「共犯者」が問題となるのに対し、その原因が他人の犯罪的活動の中に存在しない場合、その犯罪を実現させた者は「単独発起者」として問題となる<sup>255</sup>。

---

<sup>252</sup> それは領邦法典の動向としても見られる。例えば、正犯者と教唆者を対置させる 1839 年ヴェルテンベルク王国刑法典 74 条がある。フフナーゲルのコンメンタールによれば、法律家でない者にとっても Täter や Anstifter という表現の方が(物理的発起者や知的発起者という表現よりも)分かり易いと考えられていた。Vgl. *Hufnagel*, Commentar, S. 150. このヴェルテンベルク王国刑法典 74 条は、その草案を起草する際に当時のハノーファー刑法典の新草案(1830 年)とバイエルンの諸草案が利用されたという経緯をもつ。Vgl. *Berner*, Strafgesetzgebung, §114 (S. 112). しかし、バウアーが(初期の)立法作業に加わっていたはずの 1840 年ハノーファー王国刑法典 53 条では、奇妙なことに教唆者という用語だけが用いられた。この点の検討は、別の機会に譲ることとする。なお、法典の条文については以下のものを参照した。Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 1. Bd., IV. Württemberg, S. 36 f.; ders., Sammlung, 2. Bd., VI. Hannover, S. 34 f.

<sup>253</sup> この点、レットマンによれば、教唆者(従来の知的発起者)の諸類型から助言の形態が原則的に排除されたことを評価している。Vgl. *Redmann*, Anstiftung, S. 60.

<sup>254</sup> Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung, S. 88; *Bloy*, Beteiligungsform, S. 84; dagegen *F. C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 21; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 152, 173.

<sup>255</sup> *Luden*, Abhandlungen II, S. 260 f., siehe auch S. 331 f.

このような関与形態の枠組みを示すルーデンの見解を、ブロイは、後述する相互的共犯や片面的共犯の区別に留意しつつも、我々が言うところの教唆や幫助の区別を禁じるものであって実質的には統一的正犯体系であると評する<sup>256</sup>。しかし、それは一面的な評価にすぎない。というのも、仔細に見れば、ルーデンの見解においては間接正犯と教唆犯の区分を垣間見ることができるからである。以下では、その点について検討していく。

## (二) 共犯の諸事例と非共犯の諸事例の区別

ルーデンは、従来の学説が共犯の諸事例と非共犯(Nichttheilnahme)の諸事例を区別していないことを問題とした。つまり、従来の学説は共犯の事例として知的発起者を捉えているが、その中には共犯の関係が認められないものが混在しているというのである<sup>257</sup>。

そこでルーデンは、知的発起者の諸形態として従来から挙げられてきた形態のうち、命令、脅迫、錯誤の惹起に焦点を当て、以下のような問いを立てるのである。すなわち、裁判官の形式上正しい命令に基づいて無罪の者ないしは嫌疑のない者を投獄する裁判所の職員は違法な投獄(Gefangenhaltung)の共犯とみなされるのか。また、命の危険に晒され、金銭に迫り着きうる経路を強盗犯に示した出納係は強盗の共犯とみなされるのか。さらには、虚偽の証言に基づき、ある者に死刑判決を言い渡す裁判官は殺害の共犯者とみなされるのか。

この問いにつき、ルーデンは以下のように回答した。つまり、これらの事例では、確かに被命令者、被脅迫者、被欺罔者の活動がなければ、当該結果は発生しなかったかもしれないが、彼らの活動は何ら犯罪的なものではないため、命令者や脅迫者、偽証者がその犯罪の単独発起者であり、犯罪を実際に実行した者は「共犯者」ではないと主張したのであった<sup>258</sup>。

このようなルーデン説は、ミッターマイヤーの影響の下<sup>259</sup>、我々が言うところの間接正犯の事例を「共犯者」の事例ではなく、単独「発起者」の事例に位置づけた点でミッターマイヤー説を一步押し進めたと評価しうる。その際、上述の被命令者や被脅迫者、被欺罔者の活動は犯罪的なものではないと把握されたのは、当該活動についての自由な意思決定を欠く、もしくは意思決定に瑕疵があるがゆえに答責的とは見做されないからである<sup>260</sup>。

<sup>256</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform, S. 85.

<sup>257</sup> Luden, Abhandlungen II, S. 333.

<sup>258</sup> Luden, Abhandlungen II, S. 334 f. それに加えて、このような非共犯の事例は、他の態様以上の特殊性を有さず、犯罪が実行されうところの諸態様のひとつにすぎないため、従来付されていた「知的」という形容は不要であり、単に発起者と表現すればよいとする。Vgl. Luden, Abhandlungen II, S. 340.

<sup>259</sup> Vgl. Luden, Abhandlungen II, S. 341 Anm. 1).

<sup>260</sup> この点について第一巻では、構成要件に属するメルクマールの総和が犯行の既遂を形成し、その総和は自由かつ意識的なものでなければ行為者に帰属することはできないと述べられている。Vgl. Luden, Abhandlungen I, S. 3. なお、ルーデンの構成要件論に関する近時の研究として vgl. Mattasch, Tatbestand, S. 78 ff.

その限りで、ルーデンは意思決定の自由<sup>261</sup>をメルクマールに共犯の事例と非共犯の事例を区別したと評価しうるであろう。

### (三) 共犯の事例——犯罪的意思決定の「借用」

これに対して、我々が言うところの教唆犯の事例がいかに取り扱われたのか明らかにするためには、ルーデンが言うところの共犯の事例を検討する必要がある。ルーデンによれば、犯罪の原因が他人の活動の中に存するところの共犯の事例では、誘致者は他人との共働の下で犯罪を行っており、他人の犯罪的な活動はそれを唆す者の行為に属するとされる<sup>262</sup>。しかも、「犯罪的な現象が特定の人間から生じたのではなく、他の原因から、つまり他の人間の行為もしくは自然の事象から生じたものである場合、かの特定の人間と犯罪的な現象との間の因果連関は当然排斥される」<sup>263</sup>との叙述からすれば、誘致者と犯罪結果との因果連関は中断していることとなる。では、それにもかかわらず何故に他人の(自由な)行為が誘致者の行為と見做され、共犯者として負責されるのであろうか。

この問いについてルーデンは、他人の犯罪決意の借用(Aneignen)<sup>264</sup>という概念を用いて回答した。すなわち、「ある者の活動が現実的に犯罪的なものならば、それは同様に違法性や、故意(dolus)または過失(culpa)のメルクマールをそれ自体に含んで」おり、「あらゆる事例において彼自身の犯罪であり、それは彼自身の犯罪的な決意に由来する」としつつ、「このような決意とそれに由来する活動は、同時に他人に、つまり共犯者に属するものとして現れるのであり、そしてそのような行為と見做されうるということは、後者が前者の決意を借用し、その結果、それに由来する活動が彼のものになったということに他ならない」と説明したのであった<sup>265</sup>。

---

<sup>261</sup> これに関連してブブノフは、広義の絶対的強制の事例を取り上げ、身体を動かす場合(Körperbewegung)と身体が動かされた場合(Körperbewegtwerdung)が区別されていることからすれば、ルーデンの行為概念では書かれざるメルクマールとして「意思」が行為の要素とみなされていると分析している。Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung, S. 93 f.

<sup>262</sup> Luden, Abhandlungen II, S. 348.

<sup>263</sup> Luden, Abhandlungen II, S. 262 f.

<sup>264</sup> そもそも(sich) aneignen という動詞は「……を不当にわがものにする」という意味であるが、以下の通り、ルーデン説には犯罪性借用説の影響が垣間見えることに鑑み、「借用」という安達教授の訳語に従った。安達・客観的帰属論の展開とその課題(一)1405 頁参照。

また、直接行為者の犯罪決意の借用という発想は、フランス刑法の犯罪性借用説を彷彿とさせる。井上・犯罪性借用説 49 頁以下参照。もっとも、ルーデンは 1847 年の著作では犯罪的意思決定の借用ではなく——内容的には同じであろうが——発起者と幫助者との間の主観的な因果連関によって共犯者の負責を説明した。Vgl. Luden, Handbuch I, §73 (S. 437).

<sup>265</sup> Luden, Abhandlungen II, S. 349.

付言すると、共犯の事例はさらに相互的共犯の事例と片面的共犯の事例に区分される。相互的共犯とは、互いの犯罪決意を借用し合い、その借用を互いに認識している場合である。そこでは従来の知的発起者の委任や助言付与の形態が取り扱われ、また CCC148 条は相互的共犯の事例であるとされる。Vgl. Luden, Abhandlungen II, S. 351 ff., 367. これに対して、片面的共犯とは、ある者が他人に知られること

#### (四) まとめ——ルーデン説の評価

以上において検討したルーデンの見解では、従来の知的発起者の諸事例の再検討というミッターマイヤーの問題意識を受け継ぎ、発展させた。つまり、ミッターマイヤーの見解では、(間接的)共犯者の枠組みの中で語られていたにすぎなかったことが、ルーデン説では単独犯(単独の発起者)の事例として把握されたという点で、間接正犯概念の誕生の歴史を一步押し進めたと評価しうる。

また、ステューベルの見解との相違にも着目すべきである。機能的統一的正犯体系を打ち立てたステューベルは、犯行それ自体の帰属の段階において行為者の自由意思を帰属の前提に据えつつも、自由な意思決定主体が介在したとしても背後者と結果との因果関係は肯定されていた。これに対してルーデンは、自由な意思決定を為す(=自由答責的な)行為主体が介在する場合、背後者と結果との間の因果関係は「中断」すると考え、その上で直接行為者の犯罪決意の「借用」という形で背後者の負責を根拠づけた。この限りで、ルーデンの共犯論は、その後の因果関係の中断論の先駆けになったと評価しうるのである<sup>266</sup>。

#### 第五節 ケストリンの見解 (1845 年)

本節で取り扱うケストリンを含むヘーゲル学派<sup>267</sup>の行為論は、間接正犯と教唆者の分化の歴史の中で大きな役割を果たした。つまり、行為は意思と所為の媒介的統一体であると捉えることで、知的発起者の類型として強要や脅迫、委任や助言などが一括りにされていたことを問題にしたのである<sup>268</sup>。

ケストリンは、本節で検討の対象とする著作『刑法の基本概念の新たな省察』を 1845 年に上梓し、ヘーゲル哲学を基礎にした共犯論の原型を初めて成し遂げたとされる<sup>269</sup>。また、その書名から明らかな通り、カントに影響を受けて刑法理論を展開していったフォイエルバッハに倣い、ケストリンはヘーゲル哲学に依拠して新たな刑法体系を構築しようと試みたのであった<sup>270</sup>。以下では、彼の行為論を概観した上で、彼の知的発起者論について検討していく。

##### (一) 行為と帰属について

---

なく、その他人の決意を借用する場合であり、前者は後者と共犯の關係に立つが、後者は前者と共犯の關係に立たないとされる。Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 360, 383 ff.

<sup>266</sup> Vgl. *Ling*, Unterbrechung, S. 43 u. 184 ff.; siehe auch *Bloy*, Beteiligungsform, S. 127.

<sup>267</sup> 彼らの犯罪概念については、振津・ヘーゲルとヘーゲリアナーの犯罪概念 55 頁以下も参照。また、彼らの共犯論との関連で言えば、ヤコブスの共犯論にも目を向ける必要があろう。ヤコ布斯著／豊田訳・従属性 145 頁以下参照。

<sup>268</sup> Vgl. *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 293.

<sup>269</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 79.

<sup>270</sup> 山口・刑法学におけるヘーゲル学派 135 頁参照。

冒頭で述べた通り、ヘーゲル学派の一人であるケストリンは、行為は意思と所為の媒介的統一体であると捉える。すなわち、「犯罪とは意思の産物、つまり自由なる恣意の産物」<sup>271</sup>であるとの叙述から明らかな通り、義務と法規を意識しながらもあえて犯罪の実行を選択するからこそ、法を犯す主体は「自由」であり、ゆえに責任を問われるという点に犯罪の本質が見出される<sup>272</sup>。従って、犯罪は「有責な行為(schuldvolle Handlung)」であり、そうであるからには自然について述べられるような単なる因果性で満足されず、犯罪との自由因(die freie Kausalität)が要求されることとなる<sup>273</sup>。

このような有責な行為が外部的に実存する法違反の中に存在するかどうか、存在するとしてどの程度であるのかという判断が「帰属」であるとされる<sup>274</sup>。その際、帰属が可能と認められる以上、そこに犯罪との自由因を有する行為、つまり有責な行為が存在するのであり、その限りで帰属の概念と行為の概念は一致するのである<sup>275</sup>。

## (二) 行為の諸モーメントと行為の止揚

このように帰属概念と一致する行為概念を基礎にして、行為の要件として 1)所為(Tat)のモーメント、2)意欲されたもの、つまり意思のモーメント、そして最後に 3)この二つのモーメントの媒介(Vermittelung)<sup>276</sup>が挙げられる<sup>277</sup>。このうち、所為のモーメントとは抽象的に外部にある事象を、また意思のモーメントとは抽象的に内部にある自由な自己決定を意味するものであり<sup>278</sup>、この両者の媒介的統一という形で行為が存在する。それゆえ、いずれかが欠けるところでは行為は存在しない<sup>279</sup>。例えば、幼年者や重度の精神障害、ろうあ者(Taubstummheit)、泥酔などは、恣意を伴って自ら決定する可能性、つまり意思モーメントを欠くため、行為とはみなされない。また、外部的な暴力(絶対的強制; vis absoluta)、錯誤、偶然事の場合には両モーメントの媒介が欠ける。とりわけ絶対的強制の場合、被強

---

<sup>271</sup> Köstlin, Neue Revision, §69 (S. 131).

<sup>272</sup> Köstlin, Neue Revision, §70 (S. 131).

<sup>273</sup> Köstlin, Neue Revision, §71 (S. 131 f.).

<sup>274</sup> Köstlin, Neue Revision, §72 (S. 132).

<sup>275</sup> 付言すると、ケストリンは、ルーデンが犯罪的意思決定として *dolus* と *culpa* を犯罪の一般的構成要件に属するものとしつつも、他方で帰属能力はそれに属するものではなく、帰属能力は犯罪の一般的構成要件の後に初めて取り扱われると述べたことを非難し、*dolus* や *culpa* は自由な自己決定、つまり帰属能力が前提とされる場合にのみ問題としうるのであり、それは徹頭徹尾、帰属能力に条件づけられていると主張した。Vgl. Köstlin, Neue Revision, § 72 Anm. 1 (S. 132 ff.); Luden, Abhandlungen II, S. 70 ff., bes. S. 80; ders., Handbuch I, S. 231, 233, 235.

<sup>276</sup> ヘーゲル哲学において「媒介」とは、「直接性(Unmittelbarkeit)」の対概念であり、「第一のものから出て、第二ものへ映っていること」を意味する。この場合、第一のものが直接的なものであり、第二のものが第一のものによって媒介されている(制約されている)。例えば、子どもの存在は両親に媒介されている。縮刷版ヘーゲル辞典 387 頁参照。

<sup>277</sup> Köstlin, Neue Revision, §76 (S. 148).

<sup>278</sup> Köstlin, Neue Revision, §77 (S. 148).

<sup>279</sup> Köstlin, Neue Revision, §78 (S. 151).



制者は決定主体ではなく、単なる機械的に作用する客体、つまり「道具」に貶められているが故に、所為モーメントと意思モーメントの媒介が欠如すると考えられた<sup>280</sup>。

### (三) 発起者と幫助者を区別する目的という基準

この行為概念を基礎に、共犯論が展開されていくこととなる<sup>281</sup>。彼の行為論からすれば、幫助者も所為と意思の媒介的統一体としての行為、つまり犯罪との自由因を有する行為であるため、発起者と幫助者の区別基準は目的(Zweck)<sup>282</sup>という概念に求められた。換言すれば、行為者が自らを目的としているのか、それとも自らを他人の目的のための単なる手段としているのかという点に、関与形態の区別が見出されたのである。それゆえ、発起者の概念には、行為がその総体性(Totalität)において一般に自由な主体と因果関係に立つということのみならず、行為者がその行為において自らを目的としているということも含まれた<sup>283</sup>。

もっとも、この主観的な区別基準の根拠は、(既に見たバウアーのような)等価説的発想にあるわけではなく<sup>284</sup>、ヘーゲル哲学に影響されたケストリンの行為論に存するのであり、このような理論的な背景の相違には注意すべきであろう<sup>285</sup>。

### (四) 幫助と知的発起者(教唆)の対置

このような「目的」という区別基準に従えば、幫助は他人によって設定された媒介的因果関係として現れ、その点に従属的な性質が見出される<sup>286</sup>。これに対して、教唆は知的発起者であるため、幫助の対概念として観念される<sup>287</sup>。

教唆に関しては、ケストリンによれば、他人の主体性を単なる手段に貶める因果関係であり、教唆者こそが自らを目的とする者ではあるが、自らは手を下さない。それゆえ、彼の目的の実現の手段として、実行に出る者の存在が必要不可欠であるため、この実行者は背後者から見れば、広い意味での幫助者(Gehilfe)であるが、彼自身は背後者と共同発起者となるか、もしくは単なる幫助者になるとされる<sup>288</sup>。

<sup>280</sup> Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung, S. 62 f.

<sup>281</sup> *Köstlin*, Neue Revision, §78 (S. 152).

<sup>282</sup> この目的という概念が故意とは異なるという点には注意が必要である。Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §141 (S. 513).

<sup>283</sup> *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 448).

<sup>284</sup> Dagegen *Redmann*, Anstiftung, S. 62 f., auch ähnlich *Bloy*, Beteiligungsform, S. 81.

<sup>285</sup> Vgl. *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung, S. 122; *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 293. 付言すれば、ケストリンは、原因とは結果のあらゆる諸条件の集まりにすぎないと考えたため、従来の客観説のように、ある一人の人間に犯罪の発生にとっての必要不可欠もしくは唯一の原因が存するとは認め難かったことも、主観的基準を打ち立てた理由の一つではなかろうか。Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 113.

<sup>286</sup> *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 449), auch §134 (S. 465).

<sup>287</sup> もっとも、この点に関しては、後述する通り、同じヘーゲル学派であるベルナーから非難を浴びることとなった。

<sup>288</sup> *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 449), §134 (S. 465), §139 (S. 509).

もっとも、この点で教唆も幫助も従属的性格を有するものの、それは我々が従属共犯という言葉の下で理解する「従属性」とは異なるであろう<sup>289</sup>。誤解を恐れずに言えば、ケストリンの言う教唆とは、自らを目的とする「発起者」である以上、第一次的な答責主体なのであるから、(第一次的な答責主体たる正犯と異なり)第二次的な答責主体として教唆を捉える現代的な教唆の理解とは異なると見るべきである。

## (五) みせかけの教唆

いずれにせよ、ケストリンは間接正犯と教唆者の分化の歴史に大きな貢献をした点を看過してはならない。彼は、ルーデンの主張を肯定的に評価し<sup>290</sup>、以下のように述べた。すなわち、教唆の概念は、教唆者が自由因たる他人の現実の行為(eine wirkliche Handlung)を自由因として、自己の手段として設定することを含むものであるとの理解から、例えば被利用者が主観的に帰属能力のないか、錯誤に陥っており、または暴行によって所為を強いられたために帰属が阻却される場合、彼らには行為が認められないため、背後者は「みせかけの教唆」であり、唯一の物理的発起者であると捉えたのである<sup>291</sup>。

これに対して、助言や委任、懇願、誘惑(Verführung)を手段として犯罪への誘致が為される場合は「本来的な教唆」と理解される。さらに、命令や脅迫、錯誤の惹起による犯罪の誘致の場合であっても、それによって被教唆者の答責性が遮られない限り、教唆の成立は認められていた<sup>292</sup>。もっとも、命令の形態に関しては、(拘束的)命令は帰属を止揚する事由ではないというケストリンの見解に従うならば<sup>293</sup>、被命令者は現実の行為(Handlung)であるため、直ちに命令者を「みせかけの教唆」とは評価しえないであろう。その点で、ルーデンの理解と異なるかもしれない。しかし、教唆の手段に関する叙述に照らしてみれば、被命令者の答責性が認められない場合<sup>294</sup>には、命令者はみせかけの教唆(=単独の発起者)になるであろう。ゆえに、その限りで命令の形態については事例ごとの検討が必要になる<sup>295</sup>。

## (六) まとめ——ケストリン説の評価

以上の考察から明らかであるように、ヘーゲル哲学に依拠した行為論を基礎に共犯論を展開したケストリンは、従来の知的発起者の諸類型の中には異なるものがあるというミッ

<sup>289</sup> Ähnlich Bloy, Beteiligungsform, S. 81.

<sup>290</sup> Köstlin, Neue Revision, §140 Anm. (S. 510 f.).

<sup>291</sup> Köstlin, Neue Revision, §140 (S. 510). 付言すれば、みせかけの教唆は過失の態様でもありうるのに対し、本来的な教唆は他人を自己の目的達成の手段に意図的に(absichtlich)貶めるという性質を有する以上、culpaによる教唆は答責的とはみなされないが、impetusとluxuriaによる場合は排斥されない。Vgl. ders., Neue Revision, §140 (S. 510) u. §141 (S. 513).

<sup>292</sup> Köstlin, Neue Revision, §142 (S. 514 f.).

<sup>293</sup> Köstlin, Neue Revision, §80 Anm. (S.155).

<sup>294</sup> 被命令者の可罰性につき、Vgl. Köstlin, Neue Revision, §178 Anm. (S. 663 ff.).

<sup>295</sup> Vgl. Redmann, Anstiftung, S. 63.

ターマイヤーに続く学説の動向に従い、「みせかけの教唆」<sup>296</sup>と本来的な教唆を区分した。しかも、この場合の背後者は単独犯であるという点に鑑みれば、この時期になっていよいよ間接正犯の原初形態も相当程度明らかになってきたと言えよう<sup>297</sup>。

## 第六節 ベルナーの見解（1847年）

前節で検討したケストリンと同じく、ヘーゲル学派に属するベルナーの共犯論を本節では検討していく。ベルナーは、1843年に『刑法上の帰責論綱要』<sup>298</sup>を上梓し、その翌年から55年もの間、ベルリン大学で教鞭をとっていた<sup>299</sup>。以下では、上記者グラフィーを素材にベルナーの行為論を概観した上で<sup>300</sup>、1847年の著作『犯罪共犯論および故意と過失に関する新たな論争』<sup>301</sup>の中で、我々が言うところの間接正犯や教唆犯がどのように取り扱われたのか検討していくこととする。

### （一）ベルナーの行為論

帰属論に関してはケストリンに影響を与えたとされるベルナーの行為論においても<sup>302</sup>、主観的なモーメントである意思と客観的なモーメントである所為との媒介的統一体こそが行為であると捉えられた。つまり、純粹客観的で外部的なものとして叙述される事象が、ある主体によって意欲されているという関係において「行為」が把握される<sup>303</sup>。それゆえ、行為が存在する、換言すれば、問題となる事象が主体によって意欲されたものだという判断が「帰属」であり、行為概念は帰属の本質全体を汲み尽くすものなのである<sup>304</sup>。

### （二）帰属の止揚と可罰性の止揚

---

<sup>296</sup> 付言すれば、「みせかけの教唆」についてはミッターマイヤーも1847年になってフォイエルバッハの教科書の第十四版の脚注で言及している。Vgl. *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch, 14. Aufl., §46 Note I. des Herausg. (S. 87). Dazu kurz darstellt *Hruschka*, Regreßverbot S. 598.

<sup>297</sup> 但し、この「みせかけの教唆」が現代的な意味での間接正犯と完全に一致するわけではない。この点につき、正当にもポッペが疑問を呈している通り、ケストリンの行為論によれば、正当防衛は行為として認められる以上、正当防衛を利用する背後者は「みせかけの教唆」ではなく、「本来的な教唆」として取り扱われるであろう。Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 110 f.

<sup>298</sup> *Berner*, Imputationslehre.

<sup>299</sup> 山口・刑法学におけるヘーゲル学派 133 頁。Siehe auch *Landsberg*, Geschichte, 3. Abt., 2. Hb, Noten, S. 293.

<sup>300</sup> ブブノフによれば、ベルナーの行為論は1843年のモノグラフィーにおける主張がその後も基本的に維持されたとされる。Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung, S. 68 Fn. 2, u. S. 69.

<sup>301</sup> *Berner*, Theilnahme.

<sup>302</sup> *Berner*, Theilnahme, S. 21 ff. 紙幅の都合上、本稿の考察外におかれているが、アーベックが比較的早い段階からヘーゲル哲学に影響を受けた行為と帰属の理解を示していた。Vgl. *Abegg*, Lehrbuch, §78 ff. (S. 122 ff.).

<sup>303</sup> *Berner*, Imputationslehre, S. 39.

<sup>304</sup> *Berner*, Imputationslehre, S. 41.

このようにケストリンと同様、帰属概念と一致する行為概念が示されていたベルナー説であったが、ケストリンよりも明瞭に<sup>305</sup>、行為論と可罰性論を区別していた。例えば、ベルナーによれば、物理的な強要(vis absoluta)は、客観的な事象と主体の意思との間に齟齬を生じさせるため、意思と所為の媒介の欠如を理由に帰属が止揚され、被強要者は他人の「道具」となる<sup>306</sup>。これに対して脅迫の場合、行為者は犯罪に出ないと意欲することができたであろうから<sup>307</sup>、被脅迫者の行為性は認められるが、可罰性の止揚が検討される<sup>308</sup>。同様のことは、正当防衛や許された自力救済、拘束的命令の場合にも妥当する<sup>309</sup>。このような帰属(行為)の段階と可罰性の段階の区別は、後述する通り、ベルナーの共犯論に関係することとなる。

### (三) メタモルフォーゼとして展開する共犯論

このような行為論を基礎にベルナーは共犯論を展開し、発起者と幫助者の区別を行為者の意図(Absicht)という主観メルクマールに見出した<sup>310</sup>。この点は、確かにケストリンと同様である。しかし、ケストリン説批判の文脈においてベルナーは、共犯の展開を単に主体性と客観性の媒介的統一体とみなしてはならないとした上で<sup>311</sup>、極めて複雑かつ独特な共犯論を展開する。つまり、彼はヘーゲルの精神現象学の影響の下、共犯間の意識による活動の変化およびその活動による意識の変化<sup>312</sup>に着目し、共犯論の展開をメタモルフォーゼ(Metamorphose)<sup>313</sup>という弁証法的な進展として有機的に捉えようと試みたのである。それは概略的には、以下の通り展開される。すなわち、1) 直接的発起者<sup>314</sup>が直接的幫助を決定づけることによって「幫助に対する教唆」となり<sup>315</sup>、2) この幫助が知的影響を行使す

<sup>305</sup> Berner, Imputationslehre, Vorrede (S. VIII f.).

<sup>306</sup> Berner, Imputationslehre, S. 58.

<sup>307</sup> Berner, Imputationslehre, S. 49.

<sup>308</sup> Berner, Imputationslehre, S. 49 f.

<sup>309</sup> Berner, Imputationslehre, S. 49.

<sup>310</sup> Berner, Theilnahme, S. 8.

<sup>311</sup> Berner, Theilnahme, S. 30.

<sup>312</sup> Berner, Theilnahme, S. 9.

<sup>313</sup> ヘーゲルは精神現象学の序文において認識の歴史的発展を「蕾→花→実」という植物の成長になぞらえて説明している点で概念のメタモルフォーゼを念頭にしており、また当該作品は「意識の諸形態の系列」の発展の記述であるとされているのは、親交のあったゲーテの植物変態論(Metamorphose der Pflanzen)の影響であるとされる。本来、変態とは昆虫や蛙などが成長の過程で姿・形を変えることを指すが、ゲーテはこうした変態は動物のみならず、植物にもありうると主張し、形態学(Morphologie)を創始したのである。縮刷版ヘーゲル辞典 491 頁以下参照。ゲーテの植物変態論については、瀧川・ゲーテの自然科学研究とその思考方法について 639 頁以下参照。

<sup>314</sup> ここでは「物理的発起者」「物理的幫助」という用語ではなく、「直接的発起者」「直接的幫助」という用語が用いられているのは、ベルナーからすれば「物理的」という形容は「知的」というそれと相関関係に立つと理解されたからである。Vgl. Berner, Theilnahme, S. 270, siehe auch S. 289 f.

<sup>315</sup> Berner, Theilnahme, S. 9.

ることによって「知的幫助」となり<sup>316</sup>、3) この知的幫助がさらに全体を展望する意図を有しながらも、それを遂行者に委ねることによって「知的発起者」となり<sup>317</sup>、4) この知的発起者が同時に物理的発起者と見られ、唆されることなく自ら行為に出ることによって「偶然的共同発起者」が登場し<sup>318</sup>、5) その偶然的共同発起者が、共通の意図の共通の達成のために予め取り決めを行うようになることによって「謀議」となり<sup>319</sup>、6) 最後にこの謀議が反復継続されることによって集団(Band)へと変化する<sup>320</sup>と捉えられた<sup>321</sup>。

#### (四) 幫助と教唆の対置？

以上のような共犯形態の理解からすれば、ケストリンの共犯論における幫助者と教唆者(知的発起者)の対置は疑わしいものとなる。何故なら、上述の通り、ベルナーにとって教唆とは「発起者に対する教唆」(＝知的発起者)と「幫助に対する教唆」の二つを意味するからである<sup>322</sup>。それゆえ、真に対置されるべきは、自らを他人の意図のための手段とする直接的幫助と、他人を自己の意図のための手段とする「幫助に対する教唆」となるのである。また、従犯に関しても、知的従犯のケースにおいても「他人を唆す」というモーメントが存在する以上、幫助者と教唆者のいずれの側にもこのモーメントが存在することになるため、この対立は表面的だと批判されることとなった<sup>323</sup>。従って、この叙述から明らかな通り、ベルナーの共犯論において教唆とは知的発起者の言い換え以上の意味を有していたのである。

#### (五) いわゆる「みせかけの教唆」の理解

では、このように「教唆」を捉えるベルナーの共犯論において、ケストリンが主張した「みせかけの教唆」はどのように理解されたのであろうか。この点、ベルナーは知的発起者の諸類型として委任、命令、脅迫、強要、助言、懇願、願望、錯誤の惹起、賞賛を取り上げているが、以下ではそのうち委任、命令、脅迫と強要、錯誤の形態に焦点を当て検討する<sup>324</sup>。

---

<sup>316</sup> Berner, Teilnahme, S. 9 f.

<sup>317</sup> Berner, Teilnahme, S. 10.

<sup>318</sup> Ebenda.

<sup>319</sup> Berner, Teilnahme, S. 11.

<sup>320</sup> Berner, Teilnahme, S. 11 f.

<sup>321</sup> このような共犯形態の展開は、さらに諸カテゴリに分類される。すなわち、「実体的関係」としての直接的発起者と直接的幫助者、「因果的關係」としての幫助に対する教唆、知的従犯、知的発起者、「相互作用」として偶然的共同発起者と謀議、集団という形で分類される。Vgl. Berner, Teilnahme, S. 12 f.

<sup>322</sup> Berner, Teilnahme, S. 269.

<sup>323</sup> Berner, Teilnahme, S. 31.

<sup>324</sup> 以下の諸形態の検討とは別にレットマンは、ベルナーが助言形態を基本的には教唆犯ではなく、幫助者の事例として理解していた点を指摘している。Vgl. Redmann, Anstiftung, S. 63. この点に関しては、ミッターマイヤーやパウアーの理解とも共通するところであり、従前の知的発起者論が瓦解していく動向の一端と評価されよう。

## (1) 委任形態について——ミッターマイヤー批判？

委任の形態については、行為の存在が認められるために必要な諸メルクマール(意思モーメント、所為モーメント、両者の媒介)が全て揃っているため、知的発起者の成立の可能性が認められる<sup>325</sup>。

この点、ベルナーは、委任だけでは発起者の成立にとって十分な決定づけの理由にならないというミッターマイヤーの主張は「純粋な経験法則」であり、確かに委任はしばしば害悪の脅迫などと結びついて現れるが、「単純な委任」であっても知的発起者となりうるはずだと非難している<sup>326</sup>。ミッターマイヤーの主張が単なる経験法則であるという批判は措くとしても、ミッターマイヤーが従来の知的発起者の諸類型の中から他人の犯罪の惹起と評価しうるものを発起者と呼ぶべきであると主張したことの意義は認めるべきである。また、この両者の間では話が噛み合っていない。というのも、ミッターマイヤーの言う発起者(=他人の犯罪の惹起)は、現代で言うところの間接正犯に近いが、それに対してベルナーの言う知的発起者は、現代で言うところの教唆者に近いからである。それゆえ、ミッターマイヤーに対するベルナーの批判はそれほど当を得たものではないであろう。

## (2) 命令形態について

次に、ベルナーは命令を權威(Autorität)に由来した、委任の一種であると述べていたのだが<sup>327</sup>、既に見た通り、行為論の文脈では命令を脅迫と同様、(強要とは異なり)帰属を阻却しないものと扱っていた。いずれにせよ、拘束命令か非拘束命令<sup>328</sup>かに拘わらず、被命令者の所為もまさにその意思に由来する行為であり、命令によって行為(帰属)は止揚されず、命令者は知的発起者と評価されるものの、被命令者の可罰性は止揚され、不処罰となる<sup>329</sup>。

この点に関してベルナーは、ケストリンやルーデンにおいては行為論と可罰性論が混同されていると批判するのだが、既に見た通り、少なくともケストリンは拘束的命令を帰属の止揚事由とは見ているわけではなく、いかなる場合でも命令形態を「みせかけの教唆」と評価するわけではない。ゆえに、ベルナーの批判は単にケストリンの説明のぎこちなさを指摘したものではなかろうか。

---

<sup>325</sup> Berner, Teilnahme, S. 275.

<sup>326</sup> Berner, Teilnahme, S. 280.

<sup>327</sup> Ebenda.

<sup>328</sup> 非拘束命令の場合、当該命令を受けた者は、その命令が何かしら法律違反に当たらないかどうか自らの判断し吟味する義務を負っているにもかかわらず、その義務を怠って命令を履行した場合、彼は物理的発起者となり、命令者は知的発起者となる。もっとも、例外的に、特定の職務関係において部下が職務命令に従い、自らの意思と法律の意思が一致しているとの意識で肅々と当該命令を履行する場合、その部下は単なる執行人にすぎず、彼の答責性は完全に上司に帰せしめられる。Vgl. Berner, Teilnahme, S. 281.

<sup>329</sup> Berner, Teilnahme, S. 282 f.

### (3) 脅迫と強要の相違

さらに、脅迫と心理的強制(vis compulsiva)の場合、知的発起者の成立が認められるのに対し、強要と物理的強制(vis absoluta)の場合にはその成立は否定される<sup>330</sup>。特に後者については、AがBの腕を掴み、その意に反してCを殴らせる物理的強制の事例では、AはBの意思ではなく、身体を決定づけたにすぎず、またBの所為は意思を伴っていないため、行為とは見られない。それゆえ、強制者Aが単独の発起者、つまり直接発起者と評価される<sup>331</sup>。

### (4) 錯誤利用の場合

最後に、錯誤が帰属(行為)を止揚するという理解に基づき、その錯誤が被欺罔者において有責的なものでない限り、背後者が唯一の発起者となり、直接的発起者となる。もっとも、客体の錯誤の場合、帰属は止揚されず、可罰性が止揚されるか下げられるにとどまるため、当該錯誤者は物理的発起者であり、背後者は知的発起者であると評価される<sup>332</sup>。

## (六) まとめ——ベルナー説の評価

以上見てきた通り、ヘーゲル哲学に影響を受けた行為論を主張し、また関与形態をメタモルフォーゼという弁証法的な展開として有機的に捉えたベルナーは、その行為論に基づき、従来の知的発起者の諸類型の中の一定の事例では、背後者を知的発起者ではなく「直接発起者」と捉えるべきとした。この点はケストリンの主張した「みせかけの教唆」と同様、ミッターマイヤー以降の議論の展開の中でようやく間接正犯の原初形態が形作られたと言えよう。

付言すれば、ベルナーもケストリンも間接正犯者(der mittelbare Täter)ではなく、「みせかけの教唆」もしくは「直接的発起者」という呼称を用いられている。その理由は、彼らの行為論からすれば、所為(That)だけでなく、それについての意欲(Gewollte)が伴って初めて行為(Handlung)と見做されるため、所為を為す者(Thäter)というだけでは犯罪の主体の表現として意味を為さないと考えられたからであろう<sup>333</sup>。

## 第七節 小括

本章では、知的発起者の名の下に包摂されていた教唆犯と間接正犯の分化が、1819年のミッターマイヤーの主張を機に展開されていったことを明らかにした。もっとも、ミッターマイヤーの見解がその後の学説に全て受け容れられたわけではない。例えば、ステューベルのように機能的統一的正犯論を展開する論者も存在すれば、バウアーのようにミッターマイヤーの影響の下、正犯者・教唆者という用語を使用しつつも、他方で直接行為者の

<sup>330</sup> Berner, Teilnahme, S. 283.

<sup>331</sup> Ebenda.

<sup>332</sup> Berner, Teilnahme, S. 289 f.

<sup>333</sup> Berner, Teilnahme, S. 206.

意思決定の自由を背後者の可罰性の程度としてしか考慮しない旧態依然の見解も存在した。

そのように学説が展開していく中で、大きな展開を見せたのはルーデンの見解であった。すなわち、行為に出る者の意思決定の自由の制約の程度を顧慮し、直接行為者が自由な意思決定を為したとは言えない、もしくはその意思決定に瑕疵がある場合、それは共犯者の事例ではなく、単独発起者の事例として把握したのである。そして、このような主張は、ヘーゲル学派の行為論に基礎づけられた。特に強要や錯誤の事例では、直接行為者に「行為」は認められず、背後者が単独の発起者（「みせかけの教唆」もしくは「直接的発起者」）であると評価されることで、原初形態としての間接正犯論が浮き彫りとなったのである。

しかしながら、名称の問題は依然として残っていた。つまり、学説上これらの事象は——ヘーゲル学派の行為論も理由の一つであろうが<sup>334</sup>——「間接正犯」とは呼ばれていなかった。また、従来の知的発起者は「間接正犯」ではなく、「教唆者」と呼ばれており、その限りで正犯者(Täter)とは犯行(Tat)を自らの手で実行する者が想定されていたのであろう。

以上の問題も意識しつつ、次章以降では、諸学説の議論の展開を踏まえて 1851 年のプロイセン刑法典の成立過程、さらにその後の学説の展開について考察していく。

---

<sup>334</sup> mit weiteren Hinweisen Nagler, Teilnahme, S. 93 f.



## 第五章 1851 年プロイセン刑法典の成立からライヒ刑法典の制定に至るまで

本章では、行為者の意思決定の自由をメルクマールに知的発起者が教唆犯といわゆる「みせかけの教唆」に分化したという学説の議論が、プロイセン刑法典の成立やその後の学説に与えた影響について考察していく。

本章の第一節および第二節では、1851 年プロイセン刑法典の諸草案において——諸学説の議論状況を背景に——教唆犯と間接正犯の相違が意識的に議論されたこと、またその議論が 1870 年北ドイツ連邦刑法典および 1871 年ライヒ刑法典の制定に影響を及ぼしたことを明らかにし、その上で第三節では、その後展開された学説としてバールとブーリー、ランゲンベックの見解を検討する。

### 第一節 プロイセン刑法典の諸草案の動向

#### (一) 総説

1813 年バイエルン王国刑法典が何十年もの間、領邦法典の立法に強い影響を与えたのと同様に、1851 年のプロイセン刑法典もその後の立法、特に 1861 年バイエルン刑法典や 1871 年ライヒ刑法典にとって模範となるものであった<sup>335</sup>。

19 世紀初頭のプロイセンでは、ほとんどの領域で ALR が適用されていたものの、一部の地域では普通法が、一部のライン管区ではフランス法が適用されていた。そのような状況の下、ALR の不完全性を克服するとともにプロイセン全体で統一刑法典を制定するという願望が出始め、立法作業が開始されることとなった<sup>336</sup>。プロイセン刑法典が成立するまでの間、いくつもの草案が登場したのだが、教唆犯の規定の仕方に着目する限りでは、第一期と第二期に区分することができる。すなわち、第一期とは、教唆者の規定の中に「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態が規定されていた、1828 年草案<sup>337</sup>から 1843 年草案までの期間を指し、また第二期とは、上記の后者のみを教唆者として規定し、その手段について列挙する形に移行していく、1845 年草案から 1851 年の成立までの期間を指す。以下では、この区分に従って考察を進めていくこととする。

#### (二) 第一期（1828 年草案から 1843 年草案まで）

---

<sup>335</sup> *Jacquin*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 65; siehe auch *Hippel*, Strafrecht I, S. 327, 342.

<sup>336</sup> 野澤・中止犯 267 頁以下、岡本・放火罪(二)537 頁以下注(3)を参照。

<sup>337</sup> プロイセン刑法典の最初の草案である 1827 年草案では、理由は定かではないが、教唆者について「他人を犯罪実行のために利用する」形態が規定されていなかった。また、教唆の手段については、他の領邦法典に倣って(限定的に)列挙されていた。Vgl. Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1827, Erster Theil, Viertes Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern, §§87 ff. u. Motive zu dem Entwurfe des neuen Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 1827, ad §88, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision, 1. Abt., Bd. 1, S. 12 u. S. 152.

上述の通り、ここではプロイセン刑法典の諸草案の中の第一期と題し、1828 年草案から 1843 年草案までの期間を対象に検討していく。この時期の教唆犯の規定には、「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態(以下、第一選択肢と第二選択肢と呼ぶ)が共に規定されていた。

### (1) 1843 年草案について

この期間の諸草案において教唆犯規定に大きな変化は見られないため、その代表例として 1843 年草案を検討していくこととする。この草案には、以下のような教唆犯規定が置かれていた<sup>338</sup>。

§63 Mit der auf das Verbrechen im Gesetze angedrohten Strafe werden belegt:

1. derjenige, welcher das Verbrechen durch eigene Handlung unmittelbar bewirkt hat (Urheber);
2. derjenige, welcher sich eines Andern zur Ausführung des Verbrechens bedient oder denselben vorsätzlich zu dem verbrecherischen Entschluß bewogen hat (Anstifter);
3. jeder, der zur Ausführung des Verbrechens und um diese zu befördern, eine solche Hülfe geleistet hat, ohne welche unter den vorhandenen Umständen das Verbrechen nicht hätte begangen werden können (Hauptgehülfe).

(63 条 法律上、重罪<sup>339</sup>に対して威嚇された刑罰に科せられるのは、以下の者である。

1. 重罪を自らの行為を通して直接に生じさせた者(発起者);
2. 他人を重罪の実行のために利用する、もしくは他人をして故意に犯罪的な意思決定へと決定づけた者(教唆者);
3. 重罪の実行のために、そしてそれを手助けするべく、それなくしては現存する事情の下でその重罪は実行されえなかったであろうという援助を為した者(中心的幫助者)。

1843 年草案 63 条では、1827 年草案以来の傾向として、ALR の中で散逸的に規定されていた(物理的)発起者(ALR§64)と教唆者(ALR§§67, 70)と中心的幫助者<sup>340</sup>(§71)が一つの条文に纏められ、その限りで総則化が図られた。また、教唆の手段が列挙されなかった理由は、

---

<sup>338</sup> 原文は以下のものを参照した。Vgl. Entwurf 1843, Erster Theil, Erster Titel, Fünfter Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern, §§63 ff. (S. 18).

<sup>339</sup> 1843 年草案 63 条の“Verbrechen“は、「重罪と軽罪(Polizei-Vergehen)、その処罰一般 について」と題された第一部のうち、重罪を対象とする第一章に規定されていることから、「犯罪」ではなく、「重罪」と訳されるべきではなかろうか。もっとも、140 条では、127 条以下で異なって規定されていない限り、第一章の諸規定が軽罪にも適用されると規定されている。Vgl., Entwurf 1843, S. 37. このような傾向は、以下で検討する 1845 年草案や 1847 年草案においても同様である。

<sup>340</sup> 中心的幫助者とは、不可欠幫助と同義である。

1836 年草案についての委員会審議の議事録によると、(1) 手段を考慮しなくとも、他人を故意に重罪へと決定づけた者はその犯罪の原因なのであり、(2) 手段を列挙することは誤解と制限的な理解のもとになり、狡猾な犯罪者が処罰を免れることになってしまうとの懸念にあった<sup>341</sup>。さらに最も注目すべきは、既にランペが指摘している通り<sup>342</sup>、教唆犯の規定の中に現代で言うところの教唆犯と間接正犯が同居している点である。

## (2) ツァッハリエの批判

このような特徴を有する教唆犯を置いていた 1843 年草案に対して、ツァッハリエ<sup>343</sup>は注目すべき批判を加えていた。すなわち、犯罪を自らの行為により直接生じさせた者を「発起者」と呼ぶのは適切ではなく、犯罪を実行するよう他人に働きかけられて決定づけられた者=正犯者(Thäter)と、他人を通じた犯罪の惹起にその意思を向けていた者=教唆者(Anstifter)を併せて発起者(Urheber)と呼ぶべきであるとしたツァッハリエは、教唆は犯罪の実行へと他人を故意に決定づけるという点に存在しており、それは教唆を通して、他人に犯行決意が生ぜしめられたということを本質的に前提とするのであるから、第一選択肢は教唆に当たらないと批判したのである<sup>344</sup>。

その上でツァッハリエは、「犯罪の遂行のために他人を利用する」という表現に関しては、犯罪についての決意が他人において生じたとは言えない、いわゆる間接的惹起の事例(例えば、装填された銃をある人間に撃つよう子供や精神障害者を唆す場合や、帰責能力のある人間に錯誤を起こさせる事例)では、背後者は意識なく作用を及ぼし続ける力を作動させた点で、直接的発起者もしくは正犯者にかなり近い存在であり、直接正犯者や教唆と並んで特別処罰したいのであれば、意図した犯罪について何も認識していない若しくは認識しえない人間を犯罪の遂行のために利用する者も教唆と並んで言及する等、より明確な、誤解されにくい形で為されなければならないと批判したのであった<sup>345</sup>。

## (3) まとめ

---

<sup>341</sup> Vgl. Berathungs Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Strafraths, den Ersten Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs betreffend, 1839, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision*, 1. Abt., Bd. 4, S. 85.

<sup>342</sup> *Lampe*, *Teilnahme*, S. 284; siehe auch *Bloy*, *Beteiligungsform* S. 75.

<sup>343</sup> ツァッハリエの人物像については、Vgl. *Starck*, *Heinrich Albert Zachriä*, S. 209 ff.

<sup>344</sup> *Zachriä*, *Bemerkungen*, S. 569 f.

<sup>345</sup> *Zachriä*, *Bemerkungen*, S. 570 f. 付言すれば、アーベックも 1843 年草案の批判的考察の中で、教唆者とは彼によって決定づけられた者が為したことを理由に可罰的であると説明していた。その限りで言えば、背後者に決定づけられていない者を利用する場合は教唆に当たらないと考えていたのではないだろうか。Vgl. *Abegg*, *Kritische Betrachtungen*, S. 162. またテンメも、犯罪を自らの行為を通じて犯罪を直接に実現しておらず、教唆や中心的幫助、謀議などに当たらないが、主たる犯罪者とみなされる場合を問題として指摘していた。Vgl. *Temme*, *Critik*, S. 101.

このようなツァッハリエの批判的考察における教唆の理解では、他人(被教唆者)の自由な意思決定が前提とされていることが窺えよう。いわゆる間接的惹起の事例において、子供や精神障害者は帰属能力を有しておらず、その意味で自由な意思決定をなし得る主体ではなく、また錯誤の場合も欺罔者の自由な意思決定には瑕疵があるため、教唆によって犯罪決意を生じさせた被教唆者と捉えられないのである。従って、ツァッハリエも前章で検討した諸学説と同様、直接行為者の自由な意思決定に着目した教唆犯の理論構成を示していたのである。

また、このツァッハリエの批判的考察と本稿第三章で検討した諸学説の展開を併せて考えるならば、おそらく立法者も、従来の普通法学上の知的発起者の中には毛色の違うものが混じっていることを意識していたものの、旧態依然として従来の分類と呼称から抜け出せなかったのではないかと推論される<sup>346</sup>。もっとも、以下で見る通り、1845年草案を境に教唆犯規定は変化を遂げることとなる。

### (三) 第二期 (1845年草案から1851年の成立まで)

ここでは第一期に関する上記考察を踏まえ、1845年草案から1851年の刑法典の成立までの第二期の教唆犯規定を検討する。既述の通り、この時期は「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態のみを教唆者として規定しており、その手段について列挙されていた。もっとも、この時期の諸草案における議論は、教唆犯の規定以上に中心的幫助者の取り扱いにウエイトを占めていたように見受けられる。すなわち、Code pénal に固執し、他方で陪審裁判所を考慮して簡易化を望んだラント等族は1843年草案に対して、必要的幫助と単純幫助の区別を放棄し、あらゆる共犯者の可罰性を同置することが提案された<sup>347</sup>。しかし、これに対してアーベックは、Code pénal の諸規定を受け入れる結果として、行為の中に存する共犯者の相違と態様が等閑にされてしまい、判断の単純さと容易さを引き替えに正義の諸要求(Ansprüche der Gerechtigkeit)を犠牲にしまうと批判する<sup>348</sup>など激しい論争が繰り広げられていた。

#### (1) 1845年草案について

このような事情も踏まえ、以下では諸草案の検討に入る。まず1845年草案は、46条に以下のような規定を設けていた<sup>349</sup>。

---

<sup>346</sup> この点、テンメも1845年草案までの共犯規定は普通法のドクトリンに拘泥していたことを指摘している。Vgl. Temme, Glossen, S. 100.

<sup>347</sup> Vgl. Revision 1843, Bd. 1, S. 147 f.; siehe auch Bemerkungen durch Rheinischen Provinz, S. 88 ff.

<sup>348</sup> Vgl. Abegg, Kritische Betrachtungen, S. 159; ders., Bemerkungen, S. 23.

<sup>349</sup> 原文は以下のものを参照した。Vgl. Revidierter Entwurf, 1845, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §46 (S. 9).

§46 Die für ein Verbrechen angeordnete Strafe ist nicht nur auf denjenigen aufzuwenden, welcher die mit Strafe bedrohte That allein oder in Gemeinschaft mit Anderen ausführt, sondern auch auf den, welcher einen Anderen zur Ausführung derselben anstiftet, so wie auf den, welcher zur Ausführung des Verbrechens durch Rath oder That wissentlich Hülfe leistet.

(46 条 重罪に対して威嚇された刑罰は、刑罰で威嚇された行為を自らもしくは他人と共同して実行する者に適用されるだけでなく、他人をその実行に教唆する者、さらに重罪の実行のために助言もしくは行為を通して援助を知りて与えた者にも適用される。)

この 1845 年草案 46 条は、現代で言うところの直接正犯と共同正犯、さらに教唆犯と幫助犯を一つの条文の下に置いている。また、幫助に関して 47 条<sup>350</sup>は、その援助が本質的ではない(nicht wesentlich)場合の取り扱いを規定しており、不可欠幫助を巡る論争の結果として折衷的な形が採用されたと見られる。

さらに、教唆犯規定は 1843 年草案とは異なり、„anstiften“という動詞によって一つの形態しか規定されなかった。この点に関しては、命題の実践的な把握のため、Code pénal 60 条や他の領邦法典に倣って教唆の手段を列挙した上で第二選択肢を削除するのか、逆に、故意に他人を犯罪の決意へと決定づけた者に限って教唆者とすることが提案されていた<sup>351</sup>。それゆえ、1845 年草案 46 条では、議論の結果、1843 年草案の第二選択肢だけが規定されたものと解される。そして既にこの時点で、教唆とは故意に他人をして故意の犯罪(重罪)の実行へ唆す者であるという理解から、我々の知る間接正犯は共犯規定の中から排除されたのである。

## (2) 1847 年草案について

---

<sup>350</sup> 1845 年草案 47 条。Vgl. Revidierter Entwurf, 1845, Erster Theil, Fünfter Titel, §47 (S. 9).

§47 Wenn die zu einem Verbrechen wissentlich Hülfe nicht wesentlich zur Begehung des Verbrechens beigetragen hat, so sollen bei der Anwendung des Strafgesetzes auf den Gehülfe folgende Einschränkungen eintreten:

1. Bei einem Verbrechen, welches mit einer zeitigen Freiheitsstrafe bedroht ist, soll die Strafe eines solchen Gehülfen zwei Drittheile der höchsten gesetzlichen Strafe nicht übersteigen. Auch soll in Fällen besonders geringfügiger Hülfsleistung der Richter ermächtigt sein, die Strafe des Gefülfen nach ihrer Art und ihrem Maaße unter die geringste für dieses Verbrechen gesetzlich angedrohte Strafe herabzusetzen. Diese Einschränkungen sollen jedoch hinwegfallen, wenn die Hülfe in Folge einer vorhergegangenen Verabredung zur Begehung des Verbrechens geleistet worden ist.

2. Bei einem Verbrechen, welches mit der Todesstrafe oder mit lebenswieriger Freiheitsstrafe bedroht ist, soll gegen den, welcher durch seine Hülfsleistung nicht wesentlich zur Begehung des Verbrechens beigetragen hat, höchstens auf eine zwanzigjährige und mindestens auf dreijährige Zuchthausstrafe oder Strafbarkeit erkannt werden, ohne Unterschied, ob die Hülfe in Folge einer vorhergegangenen Verabredung, oder ohne eine solch Verabredung, geleistet worden ist.

<sup>351</sup> Vgl. Revision 1843, Bd. 1, S. 150.

このような 1845 年草案を基に議論が進められ<sup>352</sup>、1847 年草案では教唆者の本質をより精確に示すべく<sup>353</sup>、初めて教唆者の規定の中にその手段が列举されるに至った<sup>354</sup>。もっとも、その手段については Code pénal のような限定列举ではなく<sup>355</sup>、「その他意思に作用する手段」という一般条項(*clausa generalis*)を付して例示列举の形を採った。

### (3) 1850 年草案について

そして 1850 年草案 31 条では、現代で言うところの直接正犯と共同正犯は自明のものとして除かれているが<sup>356</sup>、以下のような共犯規定が設けられていた<sup>357</sup>。

§31 Als Theilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens wird bestraft:

- 1) wer den Thäter durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohungen, Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens angereizt, verleitet oder bestimmt hat;
- 2) wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens Anleitung gegeben hat, ingleichen wer Waffen, Werkzeuge oder andere Mittel, welche zur der That gedient haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten, verschafft hat, oder wer in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, dem Thäter wissentlich Hülfe geleistet hat.

(31 条 重罪もしくは軽罪の共犯者として処罰されるのは、

- 1) 正犯者を贈与もしくは約束、脅迫、威信もしくは権力の濫用、錯誤の意図的な惹起もしくは促進、ないしはその他の手段によって重罪もしくは軽罪の実行へと煽るか唆すか、決定づけた者
- 2) 正犯者をして重罪もしくは軽罪の実行のために手ほどきを与えた者や、これと同様に、行為に役立った武器もしくは道具、その他の手段をそれらが役立つことを知りて与えた者、ないしは犯行を準備したもしくは容易にした、既遂にしたところの行為において正犯者に援助を知りて与えた者。)

---

<sup>352</sup> 1847 年草案 41 条では、幫助者が独立して規定されるに至った。Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1846, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §41, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision, Bd. 5, S. 362.

<sup>353</sup> Vgl. Motive zum Entwurf 1847, S. 22.

<sup>354</sup> 1847 年草案 43 条。Vgl. Entwurf 1847, Erster Theil, Fünfter Titel, §43 (S. 9).

§43 Die für ein Verbrechen angeordnete Strafe ist nicht nur denjenigen aufzuwenden, welcher die mit Strafe bedrohte That allein oder in Gemeinschaft mit Anderen ausführt, sondern auch auf den, welcher einen Anderen zur Ausführung derselben anstiftet, es möge dies durch Geschenke, Versprechen, Drohungen, Befehle oder durch andere auf den Willen einwirkende Mittel geschehen.

<sup>355</sup> この点に関しては、本稿第一部の第三章第二節を参照されたい。

<sup>356</sup> Vgl. *Beseler*, Kommentar, S. 152.

<sup>357</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Entwurf 1850, Erster Theil, Dritter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, §31 (S. 9).

この 31 条では、前述の通り、直接正犯と共同正犯が自明のものとして省かれており、また 32 条ではあらゆる共犯者の可罰性の同置が予定されていた<sup>358</sup>ことに鑑みるのであれば、「重罪もしくは軽罪の共犯」というタイトルの下、狭義の共犯として教唆犯と幫助犯を把握する素地が出来上がったと解されるであろう<sup>359</sup>。

#### (4) 錯誤を手段とした教唆犯に関する委員会審議

さらに注目すべきは、31 条 2 号の「錯誤の意図的な惹起もしくは促進」による教唆に関連する議会の委員会審議である。すなわち、「錯誤の意図的な惹起もしくは促進」を通して正犯者を犯罪の実行へと決定づけた者は、共犯者として処断されんとする 34 条 1 号 (1850 年草案 31 条 2 号に相当)の文言と、共犯者は正犯者と同じ刑で処断されんとする 35 条 (1850 年草案 32 条に相当)からすれば、ある者が故意に他人をして、危険で犯罪的な作用が彼に知られていなかったところの犯行の実行へと唆した場合、その者は他人と同様、せいぜいのところ過失の刑で処罰されるにすぎないのではないかとの疑問が提出され、34 条の最初の文言を「以下の者にも重罪もしくは軽罪の法定刑を科す」という文言に変更し、それに対応して 35 条の第一文を削除するとの動議が出された。

しかし、これに対しては、共犯者という概念は故意の正犯者を前提とするものであり、他人をその欺罔によって意思なき道具として利用する者は共犯者ではなく、唯一の現実の発起者であって、共犯の規定は適用されないとして、上述の動議は多数により否決されたのであった<sup>360</sup>。

このような議会の委員会審議から明らかな通り、立法者は、教唆とは故意に他人の犯罪決意を創出する行為であると定義することによって、それと区別されるべきいわゆる間接正犯の事例を想定していたのである<sup>361</sup>。

#### (5) 1850 年草案について

そして 1851 年に成立したプロイセン刑法典では、1850 年草案 31 条は 34 条として、32 条は 35 条として規定された。もっとも、35 条に関しては、非本質的な援助を為した幫助者にまで正犯者と同じ刑を科すのは酷であると下院が考慮し、第二文として「34 条 4 号の事例において共犯が本質的ではないと認定された場合、その他、刑を減輕する事情が存

---

<sup>358</sup> 共犯者をその処罰において区別しなかった点について理由書は、他人を重罪もしくは軽罪の実行に唆した者や、他人に対してその実行のために手ほどきを与えた者、その際に知りて他人を援助する者は、正犯者と同じように犯罪を意欲し、また違法な結果を意図している以上、行為のあらゆる結果の責任を負うのだと説明した。Vgl. Motive zum Entwurf 1850, S. 15 f.

<sup>359</sup> Vgl. Ebrahim-Nesbat, Die Herausbildung, S. 197.

<sup>360</sup> Vgl. Bericht der Kommission 1851, S. 452.

<sup>361</sup> Vgl. Lampe, Teilnahme, S. 286.

在すると認定された場合、死刑もしくは終身刑に代わり、四年以上十年以下の懲役となる」<sup>362</sup>という一節が付された<sup>363</sup>。

また、プロイセン刑法典 34 条に関して言えば、Code pénal の影響の下<sup>364</sup>、物理的な意味での正犯者と共犯者が区分され、正犯者に従属する狭義の共犯として教唆犯と幫助犯が観念された<sup>365</sup>。しかし、教唆犯の手段については、限定列举であった Code pénal と異なり、狡猾な犯罪者が処罰を免れることを懸念して例示列举となった。また、35 条に関して言えば、Code pénal の影響の下、原則的に共犯者の可罰性を同置しつつ、非本質的な援助を為す共犯者の場合や刑を減輕する事情がある場合に関しては例外を設けていた。この点でも全体的な刑罰の同置は予定されず、むしろ裁判所には、重罪もしくは軽罪に対して規定された刑罰枠の範囲内で精確な刑量を定めることが許されていた<sup>366</sup>。

#### (四) まとめ

以上の通り、1851 年プロイセン刑法典の成立に至る立法動向の中で間接正犯の萌芽がどのように論じられたのか明らかにすべく、諸草案における教唆犯の規定の変遷に着目し、教唆者の規定の中に「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける形態」が規定されていた第一期(1828 年草案から 1843 年草案まで)と、「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態のみを教唆者として規定し、その手段について列举する形に移行していく第二期(1845 年草案から 1851 年刑法典の成立に至るまで)に区分して考察を図った。

とりわけ第二期では、中心的幫助・単純幫助の区分の是非にウエイトが置かれていた一方で、教唆犯に関しても、犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせた者が教唆者であるとする傾向が存在した。既に確認した通り、それは知的発起者が間接正犯と教唆犯に分化していく学説の動向に対応するものであり、被教唆者の自由な意思決定を前提に、情を知って犯行を選択するという意味で直接行為者

---

<sup>362</sup> Vgl. Strafgesetzbuch für die Preußische Staaten von 14. April. 1851, in: *Stenglein*, Sammlung, Bd. 3, XI., S. 54.

<sup>363</sup> Dazu kurz darstellt, *Goltdammer*, Materialien I, S. 299.

<sup>364</sup> Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 442 f.; *E. Schmidt*, Einführung, S. 319; *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 294.

<sup>365</sup> Vgl. *Temme*, Glossen, S. 102; siehe auch *Haas*, Theorie, S. 94 f. 付言すると、行為者が犯行時に精神錯乱もしくは知的発達障害にあった場合(40 条)および犯行が正当防衛を通して現れた場合(41 条)には、重罪もしくは軽罪は存在しないと規定されていることから、プロイセン刑法典では極端従属形式が採用されていたことも指摘されよう。Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 144 m.w.N.

<sup>366</sup> Vgl. *Beseler*, Kommentar, S. 161. もっとも、絶対的刑罰の場合にこの規定はその意味を失ってしまうため、立法者は死刑もしくは終身刑の場合には未遂の枠内で妥当するルールに対応して調整を図ろうとした(*Gesetz betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuchs* von 30. Mai. 1859). Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 444 u. Fn. 2334; *Birkmeyer*, VDA, S. 45.



の「故意」が教唆犯の成立要件として求められ、それによって従来の教唆犯の範疇からいわゆる間接正犯が排除されたのである<sup>367</sup>。

## 第二節 ライヒ刑法典の制定に至るまでの立法史

本節では、プロイセン刑法典の諸草案における教唆犯規定に関する議論が、1870 年北ドイツ連邦刑法典および 1871 年ライヒ刑法典に与えた影響について考察していく。

### (一) 立法経緯について

まず、二つの刑法典の教唆犯規定を考察する前に、それぞれの成立に至った事実関係を確認しておく。1867 年 7 月 26 日、小ドイツ主義に基づいて北ドイツ連邦が創建されたことにより、連邦内の統一的な刑法典の起草が提案され、1869 年 7 月に第一次草案が公刊された<sup>368</sup>。その後、連邦参議院に設置された七法曹委員会における審議を経て、1869 年 12 月 31 日に第二次草案(未公刊)、そして連邦参議院における審議を経た 1870 年 2 月 14 日の第三次草案が提出され、1870 年 2 月 22 日以降の北ドイツ連邦帝国議会の第一読会から第三読会の議論を経て、1870 年 5 月 31 日に公布された。

そして、1871 年 1 月 1 日北ドイツ連邦に南ドイツ諸邦が参加したことにより、ドイツ帝国が成立し、それを受けて同年 5 月 15 日に北ドイツ連邦刑法典と同じ内容を持つライヒ刑法典が公布され、1872 年 1 月 1 日より施行された<sup>369</sup>。

### (二) 北ドイツ連邦刑法典の第一次草案について

北ドイツ連邦刑法典の第一次草案 40 条には、プロイセン刑法典 34 条にほぼ対応する共犯規定が設けられており<sup>370</sup>、プロイセン刑法典からの変更は教唆者(Anstifter)および幫助者(Gehülfe)という言葉がはっきり使用された点のみであった<sup>371</sup>。もっとも、41 条第一文では、共犯者の処罰を基本的に正犯者(Thäter)と同置するとしつつ、同条第二文では、それな

---

<sup>367</sup> 例えば、プロイセン上級裁判所の裁判例では、被告人が他人をして第三者の所有物を自己のものであると欺罔し、正当な所有権を得たと誤信した他人がその第三者の物を持ち 去ったという事案につき、控訴審裁判所は、被告人は錯誤に陥った故意なき道具を利用した窃盗の単独正犯であると認めたのだが、それに対してプロイセン上級裁判所は、一般論として故意なき者を利用する背後者の正犯性について認めつつも、窃盗罪の自己領得目的が被告人に欠けていることを指摘した上で、窃盗罪(§215)ではなく、詐欺罪(§241)の疑いがあるとし、原審に差戻した。ここではいずれの裁判所においても、故意なき者を利用する背後者は教唆犯ではないという共通の理解が示されている。Vgl. Mittheilungen aus der Praxis der Gerichtshöfe und der Staatsanwaltschaften, Urtheil des Ober-Tribunals vom 14. Mai 1858, in: Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 6, 1858, S. 567.

<sup>368</sup> 岡本・放火罪(一) 169 頁参照。

<sup>369</sup> 岡本・放火罪 171 頁以下注(5)、野澤・中止犯 293 頁以下参照。

<sup>370</sup> Vgl. Entwurf 1869, Erster Theil, Dritter Abschnitt: Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, und von der Begünstigung, §§40 u. 41 (S. 11 f.).

<sup>371</sup> Vgl., Motive 1869, §40 (S. 87). 付言すると、理由書は、正犯とは各則の構成要件から導かれるがゆえに周知なものであると理解していた。Vgl. Motive 1869, §40 (S. 90).

くしては犯行が実行されえなかったであろうという性質の援助ではなかった場合について、未遂処罰の原理に従った必要的減軽が規定されており、その点でプロイセン刑法典と異なっていた。

### (三) 1870 年北ドイツ連邦刑法典からライヒ刑法典の成立へ

ところが、第一次草案と異なり、1870 年に成立した北ドイツ連邦刑法典は、共犯者について以下のように規定していた<sup>372</sup>。

§47 Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.

(47 条 複数人が可罰的な行為を共同で実行する場合、みな正犯として処罰される。)

§48 Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

(48 条 他人をして彼によって実行される可罰的行為を贈与や約束、脅迫、威信もしくは権力の濫用、錯誤の意図的な惹起もしくは促進、ないしはその他の手段によって故意に決定づけた者は、教唆者として処罰される。

教唆者の刑罰は、彼が知って唆した行為に適用される法規に従って決せられる。)

§49 Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher wer wissentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermässigen.

(49 条 正犯者をして重罪もしくは軽罪の実行のために助言もしくは行為を通して知りて援助を与えた者は、幫助者として処罰される。

幫助者の刑罰は、その者が知りて援助を与えた行為に適用される法規に従って決せられるが、未遂処罰に関する諸原則に従って減軽される。)

---

<sup>372</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. StGB für den Norddeutschen Bund, §§47 (S. 13 f.); siehe auch StGB für das Deutsche Reich, §§47 (S. 10 f.).

この 1870 年北ドイツ連邦刑法典の共犯規定では、47 条に共同正犯が新たに規定され、また 49 条の幫助者の規定も第一次草案と異なり、その援助が犯行にとって必要不可欠でなくとも減輕すると規定された<sup>373</sup>。もっとも、教唆犯に関してはプロイセン刑法典や第一次草案と異なり、立法者は教唆犯の基本思想をより厳密に表現するため、文言上 „bestimmt hat“(決定する)という動詞に限定したという点にのみ変化が見られる<sup>374</sup>。

そして、既述の通り、北ドイツ連邦刑法典を受け継ぐ形で、同内容のライヒ刑法典が 1871 年に成立したのであった。それゆえ、プロイセン刑法典における教唆犯の理解が北ドイツ連邦刑法典、ライヒ刑法典へと受け継がれていったことが確認されよう。

#### (四) まとめ

以上の考察から明らかな通り、教唆とは犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせることであるという、行為者の意思決定の自由を前提とした教唆犯の理解が、プロイセン刑法典の成立に至る議論の中で定立され、それが北ドイツ連邦刑法典を経て、ライヒ刑法典においても基本的に維持されたのであった。

また、付言すれば、ライヒ刑法典においても、被教唆者の犯行は教唆者自身の犯行であるという言い回し(“Quod quis per alium facit, ejus autor ipse censetur”)が生き続けているとするハースの理解<sup>375</sup>は時代錯誤なのである。

### 第三節 学説の展開

前節と前々節で検討してきた通り、プロイセン刑法典の諸草案からライヒ刑法典の成立までの立法の議論の中で、被教唆者(他人)の意思決定の自由とそれに基づく故意の犯罪実行に着目することで、従来の知的発起者の言い換えにすぎなかった教唆犯の領域から、いわゆる間接正犯の事例が除外されたという動向を析出した。

では、このような立法における議論の動向と関連して、学説ではどのような議論が展開されたのであろうか。

---

<sup>373</sup> 付言すると、共同正犯が規定されていなかった 1869 年の第一草案の理由書は、必然的な一般性ゆえにその価値が低く見積もられる共同正犯の規定には、正犯(共同正犯)と幫助を混同する危険が容易に考えられるであろうと述べていた。Vgl. Motive 1869, §40 (S. 90).

しかし、1870 年に成立した法典の理由書は、ドイツの多くの立法と同じく「共同正犯」の規定を採り入れるべきであるとしつつ、共同正犯と幫助が混同される危険を回避するためには、犯罪の共同実行という純粹外形的なモーメントだけでなく、特に実行の際の各人の協働の性格(つまり、幫助者の協働は犯行それ自体を第三者のものとして扱っているということによって特徴づけられるのに対して、共同正犯の協働は、犯行を自らのものとして援助して既遂にするという意思に基づくものであるという性格)に着目すべきであると述べていた。Vgl. *Friedrich Meyer*, StGB für den Norddeutschen Bund, §47 (S. 53).

<sup>374</sup> Vgl. *Friedrich Meyer*, StGB für den Norddeutschen Bund, §48 (S. 54).

<sup>375</sup> *Haas*, Theorie, S. 97.

## (一) バールの見解 (1859 年)

ここでは「因果関係の中断論の父」<sup>376</sup>として知られるバール<sup>377</sup>が 1859 年に上梓した『未遂と犯罪共犯の理論について』<sup>378</sup>を対象に、彼の見解を検討する。当時はまだ中断論という名称は使用されていないが、前章で取り上げたヘーゲル学派の行為論と「みせかけの教唆」の理解を受け継いでおり、その点で中断論の基本的思想は既に示されていた<sup>379</sup>。

### (1) 自由な意思決定と行為についての理解——ヘーゲル学派とのつながり

バールの教唆犯の理解を検討する前に、まず彼の行為論を概観する。バールは「行為 (Handlung) とは自己決定である」との理解に基づき、「初めて行為者の決定が生じるのは、意思内容として設定されたものが恣意的な否定から主体自身を通して解放され、後者に比して独立したとき、つまり、意思の内容が所為として外界の現象の中に現れるとき」であるとする<sup>380</sup>。換言すれば、行為とは、主体の意思内容がその意思活動を通して外界の現象に現れたもの、つまり意思と所為が一致したものを意味することとなる。

では、そのような一致はいつ認められるのか。この点についてバールは、以下のように述べた。すなわち、自然法則や思考法則、倫理についての素養 (Bekannthschaft) を通してのみ獲得される帰属能力を有する成人においては、外界の因果法則についての素養は予期されたものであり、そのように予期された外界の因果法則と、現に存在する事物の状態が一致するとき、初めて意思と所為の一致が認められる。つまり、彼の言明によれば、所為から意思が推論されるのではなく、所為から意思が逆推論されることとなる<sup>381</sup>。換言すれば、外界の因果法則を理解した帰属能力ある主体が、自らの所為をその因果経過の中に投企するという点に「現実の意思」が見出されるのである<sup>382</sup>。さすれば、このようなバールの行為論の中にはっきりとヘーゲル学派の影響を看取することができよう。

### (2) 教唆犯について

このような行為論に基づき、バールは被教唆者の意思決定の自由に着目した教唆犯論を展開する。バールによると、犯罪を実行するという意思を有する教唆者は、その犯罪計画を遂行すべく、被教唆者の「人格」をその手段としており、それゆえ彼は犯罪の原因とみ

---

<sup>376</sup> Vgl. *Pomp*, *Unterbrechung*, S. 54. もっとも、本稿の第四章第四節で言及した通り、因果関係の中断論の基本的枠組みは、既にルーデンが示していた。

<sup>377</sup> バールの人物像については、Vgl. *Maiwald*, *Carl Ludwig von Bar*, S. 209 ff.

<sup>378</sup> v. *Bar*, *Versuch und Theilnahme*.

<sup>379</sup> *Ling*, *Unterbrechung*, S. 53. もっとも、バールが中断論の思想をはっきりと示したのは、1871 年の著作 (v. *Bar*, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte*) においてであるとされる。Vgl. *Ling*, *Unterbrechung*, S. 55.

<sup>380</sup> v. *Bar*, *Versuch und Theilnahme*, §2 (S. 2 f.).

<sup>381</sup> v. *Bar*, *Versuch und Theilnahme*, §2 (S. 3).

<sup>382</sup> Vgl. *Ling*, *Unterbrechung*, S. 53.

なされる。その際、「人格」という概念の中には自由が含まれるため、手段として利用される被教唆者が、教唆者から自由であることが必要となる<sup>383</sup>。つまり、バルは、教唆者とは直接行為者に自由な決意を生じさせ、自らの意図した犯罪を実行させるものだと理解したのである。そして、それによって彼は、被教唆者に自由が存在しなければ、教唆は成立しないとして、a. 物理的強制(vis absoluta)の場合、b. 絶対的な拘束命令の場合<sup>384</sup>、c. 錯誤や不知の利用、さらに d. 強要(kompulsiven Zwang)の場合を挙げ、いわゆる「みせかけの教唆」の事例が存在することを明らかにした<sup>385</sup>。

このような教唆者の理解によれば、教唆者の意思内容の有効性(Wirksamkeit)は自由原因に委ねられる<sup>386</sup>。換言すれば、教唆者の意思内容が手段たる被教唆者の自由な人格を通して外部的現象になると理解されているのである。そこからバルは、教唆者の場合、被教唆者が未遂を理由に処罰される時点まで不可罰であるが、これに対して「みせかけの教唆」の場合、介在者は自由ではないため、その者が活動しなくとも実行の着手が認められるという相違を指摘したのであった<sup>387</sup>。

### (3) 評価

従って、ヘーゲル学派の行為論に影響を受けたバルの共犯論においては、教唆犯と「みせかけの教唆」との間の現象形態としての相違が、介在する人間の自由原因、つまり自由な意思決定という点に認められていた。そして、そこでは因果関係の中断論が登場する兆しとして、両事例の間で結果発生に至るまでの因果経過が異なることが既に意識されていたと分析されよう。

### (二) ブーリーの見解 (1860 年)

上述のバルとは正反対の見解を示したのが、かの有名なブーリーであった。ここでは彼の共犯論の出発点を明らかにすべく、最初の著作『犯罪共犯論と犯人庇護について』<sup>388</sup>を対象に検討していく。その当時、ブーリーはまだギーセンのヘッセン地方裁判所の試補であったが、周知の通り、後にライヒ裁判所の判事となり、判例の形成にも大きな影響を与えた。

---

<sup>383</sup> v. Bar, Versuch und Theilnahme, §13 (S. 43).

<sup>384</sup> 他者の命令を遂行する人物を自由と捉えるのかという点については、ベルナーやケストリンの見解と異なる。本稿の第一部第四章第五節および第六節参照。

<sup>385</sup> v. Bar, Versuch und Theilnahme, §13 (S. 43 f.).

<sup>386</sup> v. Bar, Versuch und Theilnahme, §14 (S. 44).

<sup>387</sup> v. Bar, Versuch und Theilnahme, §14 (S. 45).

<sup>388</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme.

この著作では、そのはしがきで述べられている通り<sup>389</sup>、ブーリーは共犯論における主観的な立場の貫徹を目的として、従前の客観説やヘーゲル学派の見解を批判し克服することで、自説を打ち立てようと試みた。

### (1) 客観説に対する批判

既述の通り、ブーリーの主張は、従前の客観説に対する批判から始まる。ブーリーによると、客観説は行為者の主観を考慮せず、犯罪の客観面から出発し、その本質的な構成要素と非本質的な構成要素を区別し、前者の場合は絶対的に重く評価されるべき発起者であり、後者の場合は絶対的に軽い可罰性である幫助者であるとするが<sup>390</sup>、それは錯誤の事例において問題を生じさせる。例えば、ある行為者は非本質的な行為を犯すつもりであったが、現実にはその認識に反して本質的な行為を犯した場合、客観説を純粋に貫徹すれば、その錯誤者は(過失の)発起者であると評価されるであろうが、過失も負責されない場合には不処罰に至ってしまうし、また客観的に見れば、その行為は発起者的なものであるにもかかわらず、単なる幫助者も認められないことになってしまう<sup>391</sup>。そのため、ブーリーは、行為者の主観にを顧慮すれば、この錯誤者は故意の幫助者とみなされるべきであるため、客観面はどうしてもよく(gleichgültig)、行為という客観面よりも行為者の主観こそ重要であり、主観説に立つべきであると主張した<sup>392</sup>。

### (2) 等価説に基づく主観説へ

その上で、ブーリーは等価説に基づく主観説の主張を展開していく。すなわち、そこから犯罪的結果が生じるところのあらゆる力は、その結果に対して本質的に等価であるとする(ヘーゲル学派も主張する)等価説は、主観的な立場による発起者と幫助者の概念定義に関係するという<sup>393</sup>。本来、この等価説を純粋に貫徹すれば、あらゆる関与者は結果全体に対して各々独立して答責的となり、その限りで統一的正犯論に親和的となるはずだが<sup>394</sup>、ブーリーは、発起者と幫助者の従属関係を前提に、主観説を採用すべきことを論じており、その意味で本来的な等価説の命題は主観説によって修正を受けたと言えるであろう<sup>395</sup>。

### (3) ヘーゲル学派に対する批判から自説の展開へ

---

<sup>389</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, Vorwort.

<sup>390</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 1.

<sup>391</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 3.

<sup>392</sup> Ebenda. ブーリーによれば、発起者と幫助者の概念を主観的な立場から定義する以上、行為者が発起者的意思を有しているのか、それとも幫助的意思を有しているのかということに関する事実の錯誤は問題になりえず、せいぜい既遂と未遂の概念に影響するにすぎないとされる。Vgl. v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4.

<sup>393</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 1 f.

<sup>394</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform S. 88.

<sup>395</sup> Vgl. Poppe, Akzessorietät, S. 155.

いずれにせよ、等価説に基づいて主観説を主張したブーリーは、ヘーゲル学派の共犯論にも満足しなかった。ブーリーによれば、彼らは発起者の意思と幫助者の意思を区別し、量刑に対する相対的な影響を認めたという限りで客観面を考慮していた<sup>396</sup>。しかし、犯罪の関与者は皆、結果の実現に向けた意思(Absicht)を有しており、そのような形式的な意思のレベルでは、それぞれの関与者の意思は同等の独立性を有しているため<sup>397</sup>、いかにして幫助者が、借用していない他人の形式的な目的(完全な他人の犯罪)を援助しようと意欲するのか正しく理解することができないと批判した<sup>398</sup>。つまり、発起者も幫助者も犯罪結果の実現を意図している点では変わらないはずだというのである。従って、本質的な相違を見出すためには、実質的な意思である目的(Zweck)<sup>399</sup>から出発すべきであり、犯罪の概念を超える目的の達成に向けた努力(Streben)が犯罪的活動であると主張したのであった<sup>400</sup>。

このような理解によれば、一方の共犯者がその活動によって自己の目的を追求し、他方の共犯者は前者がその目的を達成するという点に自己の目的を見出していた場合、後者の意思は実質的な意思に鑑みれば非独立的・従属的であり、それは従属的意思の出来事としての犯罪的活動を通して獲得されるところの形式的な意思にも影響を与え、結果として幫助者の絶対的に軽い可罰性が示されるとした<sup>401</sup>。

#### (4) 教唆犯に関する理解

等価説に基づいた主観説によって発起者・幫助者を区分することに拘るブーリーの共犯論では、従前の学説が築き上げてきた教唆犯と「いわゆるみせかけの教唆」の相違は等閑視された。

ブーリーによると、知的な力はそれだけで客観化されることなく、あらゆる結果は、知的な力によって具体的に存在する結果に向けられた物理的な力から生じているため、結果に対して知的な力は物理的な力と同等の重要性を有しており、知的な力と物理的な力が統合することによって結果という客観的な統一体が生まれる<sup>402</sup>。それゆえ、知的な力に結果

---

<sup>396</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 2.

<sup>397</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4.

<sup>398</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 5 f.

<sup>399</sup> 付言すれば、別の箇所では利益(Interesse)に言い換えられており、その限りでブーリーの主観説は単なる意思説ではない。Vgl. v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 9.

<sup>400</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4 f.

<sup>401</sup> Vgl. v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 5. もっとも、いずれの共犯者もその犯罪的な活動によって、犯罪に関与していない第三者の目的を援助しようと意欲する場合は、形式的な意思を顧慮し、中心的行為の実行に向けられた優越的な意思を有する者が発起者であるとされる。それゆえ、形式的な意思がまったく考慮されないわけではなく、第一次的には目的が考慮されるべきと考えられているようである。Vgl. v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 8 f.

また、窃盗罪の自己領得目的などの目的犯が問題になる場合には、法律上規定されている目的を有することが発起者の必要条件とされている点にも例外を見出すことができる。Vgl. v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 9.

<sup>402</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 28.

全体を負責する可能性は、物理的な力を結果に向けることで結果の構成要素となったことに依拠するため、「物理的な力がとりわけ自らのものであったのか、それとも他人のものであったのか、後者の場合に帰属能力のある人間があったのか、それとも帰属能力のない人間であったのか、それどころか動物であったのかという、物理的な力の性質はもはや重要ではない」<sup>403</sup>とブーリーは論じており、直接行為者が意思決定について自由であるかどうかは全く蚊帳の外に置かれてしまったのである。

## (5) 評価

以上見てきた通り、等価説に依拠した主観的共犯論を主張するブーリーの見解では、行為者の自由な意思決定は重要視されなかった。つまり、犯罪の直接行為者が不自由であろうと自由であろうと、背後者への結果全体の帰属の判断を左右させるものではないと考えられており、従前の学説における教唆犯と「みせかけの教唆」の分化は等閑視されてしまったのである。その意味で、彼の見解はまさに「先祖返り」<sup>404</sup>だったのである。

## (三) ランゲンベックの見解 (1868 年)

ブーリーと同じく発起者と幫助者の区分に関して主観説に立脚しつつも、バールと同様、教唆犯とみせかけの教唆の区分を示したのが、イエーナ大学の教授のランゲンベックであった。彼の見解においても、ヘーゲル学派の思考の継受が見られるのである。以下では、ランゲンベックの共犯論一般を確認した上で、教唆犯に関する彼の理解を検討する。

### (1) 共犯論一般について

ランゲンベックによれば、共犯とは身体的であれ精神的であれ、誰や彼やの意図で、犯罪の発生に加担する者であり、その動機と利益関心に相違があったとしても、彼らは共通の目標を意識しているため、共犯の真の概念は——ベルナーの言葉を借りて——「複数人の意識的協働行為」という点に存する<sup>405</sup>。その上で共犯者はその意思内容に従って区分される。すなわち、犯罪を自らの出来事として行う発起者と、その他人の出来事たる犯罪を援助してその実現を手伝おうと意欲する幫助者に区分される。さらに前者の発起者は、精神的(知的)発起者もしくは物理的発起者として、または共同発起者として現れる<sup>406</sup>。

この叙述を見る限りでは、ランゲンベックは旧来の定義に拘泥しているように思える。しかし、他方では多くの立法が知的発起者を「教唆者」、物理的発起者を「正犯者」と呼ぶことは民衆の言葉(Volkssprache)に対応するものであると評価している<sup>407</sup>。それゆえ、彼

<sup>403</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 29.

<sup>404</sup> Vgl. Bloy, Beteiligungsform S. 87.

<sup>405</sup> Langenbeck, Theilnahme, §40 (S. 140 f.).

<sup>406</sup> Langenbeck, Theilnahme, §40 (S. 143).

<sup>407</sup> Langenbeck, Theilnahme, §40 (S. 144).



の見解における発起者・幫助者という用語の使用は、「伝統的な専門用語に対する敬意」にすぎないのであろう<sup>408</sup>。

## (2) 教唆者について

以上のような共犯一般の理解に基づき、ランゲンベックは教唆犯論を展開していく。まず彼は、他人の意思を意図的に犯罪の実行に決定づけた者を教唆者とする従来の定義に対して異議を唱える。すなわち、原因と作用との間に常に被教唆者の自由な自己決定が介在する以上、教唆される他人の意思の決定づけは問題になりえないはずである。それゆえ、他人が自ら犯罪を決定するような形で知的な作用を及ぼす者が教唆者であると(ここでもベルナーを引用して)主張したのである<sup>409</sup>。従って、自らの思考活動により犯罪的意図を創出した教唆者は、それを自ら遂行せず、被教唆者の活動、つまり被教唆者の主体性(*Subjectivität*)とその自由な因果性を手段として利用しており、他方で被教唆者も教唆者の知的影響から自由であるならば、自ら意欲して、自己の犯罪としてそれを実行している以上、物理的発起者であると捉えられた<sup>410</sup>。

## (3) みせかけの教唆について

これに対して、教唆される他人が自由な行為主体として現れない、いわゆる「みせかけの教唆」の場合として、例えば 1) 帰属能力のない者を利用する場合、2) 錯誤もしくは不知を惹起もしくは利用する場合、3) 物理的強制(*vis absoluta*)の場合、4) 絶対的に拘束された命令の場合<sup>411</sup>が挙げられ、その際に他人は「行為」しておらず、自然力もしくは動物の作用と同じであるため、それを利用する背後者は犯罪を一人で実行する唯一の発起者であると結論づけられたのである<sup>412</sup>。

## (4) 評価

このようにランゲンベックは、ヘーゲル学派(特にベルナー)の影響の下、発起者と幫助者の区分に関して(ブーリーと同じく)行為者の主観に着目する立場を採っていたが、直接行為者たる被教唆者の自由な意思決定とその(自由な)因果性に着目し、教唆という現象形態の因果経過の理解を示したという点で、バールに続き、因果関係の中断論の基本的思想を示したと見受けられよう<sup>413</sup>。

---

<sup>408</sup> Vgl. Bloy, *Beteiligungsform*, S. 86.

<sup>409</sup> *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 145 f.).

<sup>410</sup> *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 146) u. §42 (S. 147).

<sup>411</sup> 絶対的拘束命令の事例が「みせかけの教唆」に当たるのは、例外であるとされるが、命令によって犯罪を実行する者の自由に関してはベルナーと理解が異なる。Vgl. *Langenbeck*, *Theilnahme*, §43 (S. 148 ff.) u. §46 (S. 154). 本稿第四章の第六節参照。

<sup>412</sup> *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 146).

<sup>413</sup> Ähnlich auch Poppe, *Akzessorietät*, S. 160.

#### (四) まとめ

これまでプロイセン刑法典成立後の諸学説としてバルとブーリー、ランゲンベックの見解をそれぞれ検討した。ここでは、諸学説の相互比較から明らかとなることを記しておく。

これらの諸学説の主たる対立点は、教唆犯という枠組みの中で(より精確に言えば、教唆犯規定の解釈の中で)直接行為者の自由な意思決定を重要なメルクマールとして考慮し、その上で「みせかけの教唆」を認めるのかどうかという点にあった。行為者の自由な意思決定に重点を置くバルとランゲンベックの見解では、因果関係の中断論(ないしは後の遡及禁止論<sup>414</sup>)の素地が既に完成していたと言えるであろう。また、立法当時の議論も斟酌するならば、彼らの見解は立法者の意思にも合致した教唆犯規定の解釈であった。

これに対して、等価説に依拠した主観的共犯論を展開したブーリーは、依然として発起者と幫助者の二区分に拘泥してだけでなく、従来の学説が築き上げてきた教唆犯とみせかけの教唆の区別論を等閑視してしまった。この点、両事例の区別が蔑ろにされた理由は、ブーリーとランゲンベックの比較から明らかな通り、主観説を採用したからではない。むしろ、教唆犯規定の解釈の中で直接行為者の自由な意思決定を顧みるべきではないと考えたからであろう。換言すれば、ブーリーは中断論(ないしは後の遡及禁止論)を認めるべきではないと考えたのでであろう。このような保守的なブーリーの主観的共犯論は、彼がライヒ裁判所の判事となったことで、判例にも現れることとなった<sup>415</sup>。もっとも、ライヒ刑法典 47 条以下の文言を通して、従属性原理と教唆犯という法形象は承認された点で、ブーリー説は一定程度制約を受けることとなった<sup>416</sup>。

#### 第四節 小括

以上見てきた通り、本章の第一節および第二節では 1851 年プロイセン刑法典の諸草案から 1870 年北ドイツ連邦刑法典、1871 年ライヒ刑法典の制定に至るまでの教唆犯規定の変遷を辿り、そこでは――前章で検討した諸学説の動向に対応して――被教唆者の自由な意思決定を前提に、情を知って犯行を選択するという意味での直接行為者の「故意」が教唆犯の成立要件として求められたことで、いわゆる間接正犯の事例が教唆犯の規定から排斥されたことを明らかにした。

---

<sup>414</sup> 例えば、フランクによれば、「自由かつ意識的に(故意かつ有責的に)結果の惹起に向けられた条件の前条件は原因ではない」と定義される。Vgl. *Frank*, StGB, 18. Aufl., S. 14. 詳しくは、本稿第二部の第二章で検討する。

<sup>415</sup> ERGSt 2, 160, 162 f. u. ERGSt 3, 181, 182 f. 以降に確立したとされる。Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/27 Fn. 48.

<sup>416</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 91. また、ビルクマイヤーによると、ブーリー自身も後の著作(*Buri*, Causalität)では、ライヒ刑法典の立場としての中断論を認めたとされる。Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §53 (S. 119 f. Fn. 199).

そして、このような立法時の議論を踏まえ、当時の学説としてバールとブーリー、ランゲンベックの見解を検討した。とりわけ、後にライヒ裁判所の判事となったブーリーは、等価説に基づいた主観的共犯論を極端な形で展開し、意思決定の自由に着目した従来の「みせかけの教唆」の議論を等閑にしてしまった。このようなブーリーの保守的な共犯論の影響もあり、次章で検討する通り、ライヒ裁判所は故意ある道具を認める立場を採ったのである。

## 第六章 ライヒ刑法典の制定後の学説の展開

前章では、学説における知的発起者論の分化を背景に、プロイセン刑法典の諸草案の議論においても意思決定の自由を前提とした直接行為者の「故意」をメルクマールに、教唆犯と「みせかけの教唆」の相違が意識されたこと、そして学説では教唆犯の解釈の中で行為者の意思決定の自由を重要なメルクマールとして考慮するのかどうか争いがあったことを明らかにした。しかしながら、その当時、我々が間接正犯と呼ぶものの内実は主張されていたものの、いまだ「間接正犯」という用語は使われなかった。既に第三章で言及した通り、学説では1828年にステューベルが従来の知的発起者になる名称として「間接正犯」という用語の使用を提案していたが、学説や領邦法典の多くはThäterを物理的な実行者と理解していた。では、一体どのような議論の中で「みせかけの教唆」が「間接正犯」と呼ばれるに至ったのであろうか。

他方、学説および立法の議論を通して産声を上げた間接正犯論であったが、ライヒ裁判所の裁判例を通して「故意ある道具」の問題と直接行為者の責任能力等に関する背後者の錯誤の問題<sup>417</sup>が現れたことで、原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることとなった。後者の問題は、本稿第二部の第一章で述べる通り、20世紀初頭の立法における共犯の従属性(要素従属性もしくは量的従属性)の議論につながったのだが、ここでは本稿がテーマとする故意ある道具の問題に限って論じていくこととする。

### 第一節 間接正犯という名称の登場

上述の通り、ここでは間接正犯という名称の登場に至った議論に焦点を当てて考察を進めていく。ボルフェルトによると、1880年代に入ってから間接正犯という呼び方が定着したようであるが<sup>418</sup>、一体それまでの間にどのような議論が展開されたのであろうか。従来の議論では——Thäter=物理的な実行者という理解を基に<sup>419</sup>——みせかけの教唆と呼ばれるにすぎなかったものが、いかにして「間接正犯」と称されるに至ったのであろうか。この点、間接正犯という用語が登場する以前の過渡期的用語として「擬制的正犯」という言葉が使われていたことは既に大塚博士によって指摘されているが<sup>420</sup>、何故にこの言葉が使われることになったのかは明らかにされていない。それゆえ、本節では、まずこの「擬制的

<sup>417</sup> 詳しくは、松宮・刑事立法と犯罪体系 226 頁以下を参照。

<sup>418</sup> Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 99 Fn. 2; siehe auch Hruschka, Regreßverbot, S. 599.

<sup>419</sup> これに関しては、例えば、ステューベルの正犯の概念に対するパウアーの批判(本稿の第一部第四章第三節)を参照されたい。また、ベルナーもプロイセン刑法典の注釈書の中で、事物の本性や 34 条 2 項 4 項との比較から明らかとなる三つの正犯形態(教唆されていない正犯、教唆された正犯、共同正犯)に共通することは、犯罪的行為が彼によって身体的に実行されている点であると論じていた。Vgl. Berner, Grundsätze, §21 (S. 20 f.).

<sup>420</sup> 大塚・間接正犯の研究 38 頁参照。

正犯」という用語を使い始めたシュッツェの見解を検討し、次いで彼を批判して「間接正犯」という用語を——教唆犯と区別される形で——学説上初めて使い始めたビンディングの見解を検討する。

### (一) シュッツェの見解——正犯性の擬制

キール大学の教授であったシュッツェは、後に取り上げるように、確かに 1873 年の論文で「擬制的正犯」という言葉を使用したのだが、その基本的な思想はすでに 1869 年の著作『必要的共犯』<sup>421</sup>において示されていた。

#### (1) 正犯者について

シュッツェによれば、正犯者とは、犯罪的な所為を意欲して自ら行為した、つまり精神的・身体的な力の行使を通して、犯罪概念に対応する所為を実行に移し、かくして犯罪に着手して、実行した者であると定義される<sup>422</sup>。その際、自由なき者や帰属能力のない者、行為の性格について錯誤に陥った者を、恣意と自己決定という本質を有する人間として利用するのではなく、「自然物の性質に応じて」<sup>423</sup>利用する場合(いわゆる「みせかけの教唆」)の利用者も正犯となりうるため、正犯の定義における「自ら行為した」、つまり自手実行 (Selbstaussführung) というメルクマールは文字通り (buchstäblich) ではなく、意味に即して解されるべきだとされた<sup>424</sup>。

#### (2) みせかけの教唆について

このような「みせかけの教唆」の事例は、被教唆者の自己決定を前提とする教唆犯の箇所論じられるべきものではなく、道具として利用される自由なき者や意思なき者、不知の者、被欺罔者は「みせかけの正犯 (Scheinthäter)」であり、利用する者こそが自ら所為を実行する正犯者であると主張した<sup>425</sup>。

その後、1873 年の論文で彼は、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制的な、つまり法の規定によってそのように取り扱われる正犯」であるとして、自然的な

---

<sup>421</sup> Schütze, Die nothwendige Theilnahme.

<sup>422</sup> Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §34 (S. 194 f.). 付言すれば、ブーリーのようにより独立した目的を追求する者が正犯であるとする主観的な正犯の定義によれば、教唆者も被教唆者(正犯者)も援助者も共同正犯者も、自己に固有の個人的な目的を追求している点で貫徹しえないと批判する。また別の箇所では、「単に他人の犯罪的な目的もしくは そのように認められる目的を実現するという意思は、自由で帰属能力のある人間において はそもそも考えられない」とも述べている。Vgl. ders., Die nothwendige Theilnahme, §42 (S. 248).

<sup>423</sup> この言葉は、ベルナーを引用したものである。Vgl. Berner, Theilnahme, S. 283.

<sup>424</sup> Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §34 (S. 196).

<sup>425</sup> Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §42 (S. 247 u. 248). 付言すると、「自由なき者」と犯罪関与は矛盾するとの叙述から明らかなように、犯罪の関与の前提として行為者の意思決定の自由が求められている。Ders., Die nothwendige Theilnahme, §34 (S. 196).

(natürlich)正犯に対置させた<sup>426</sup>。それゆえ、正犯者とは本来的には直接行為者を指すが、その直接行為者がいわば「自然物」の場合には背後者に正犯性が「擬制」されると捉えたのであった。

### (3) 評価

このようにシュッツェは、従来「みせかけの教唆」と呼ばれていた現象形態を——プロイセン刑法典成立後の共犯規定を背景に——正犯に位置づけ、厳格な意味での自手実行に限らない正犯の概念を定立した点で、間接正犯論の発展に重要な役割を果たしたと言える。

ところが、このシュッツェの見解に対しては、ヘルシュナーからの非難が浴びせられた。すなわち、共犯者とは呼べないから正犯者と呼んでいるにすぎず、消極的な理由づけではないかと<sup>427</sup>。確かにシュッツェの説明では、行為者の自由な意思決定(自己決定)をメルクマールに教唆と擬制的正犯が区別されているが、後者の事例において何故に直接手を下していない背後者に正犯性が擬制されるのか積極的には説明できていないのである。その点で、間接正犯は極端従属形式を貫徹することによって生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策であるという言明を彷彿とさせる。

しかし、行為者の意思決定の自由をメルクマールに知的発起者から教唆とみせかけの教唆が分化した歴史を一瞥するならば、みせかけの教唆(=間接正犯論の内実)は本来的には彌縫策ではないことは明らかである。さらに言えば、ヘルシュナーのような批判は、いわゆる間接正犯の理由づけとしての道具理論にその後もつきまとうものであった(詳しくは第二部において論じるが、例えば、ヘークラーが優越性説を主張する際に M. E. マイヤーに向けた批判が参考になろう<sup>428</sup>)。

## (二) ビンディングの見解——間接正犯という呼称へ

既述の通り、ビンディングは 1878 年の教科書において学説上初めて——教唆犯と区別される形で——間接正犯という用語を使用したのだが、そこに示されている基本的思想は既に北ドイツ連邦刑法典の第一次草案に対する批判的考察の中で示されていた。そのため、以下ではその著作に立ち返り、シュッツェの理解を非学問的であると批判した<sup>429</sup>ビンディングが、従来の「みせかけの教唆」を共犯論上どのように位置づけた上で、間接正犯という用語を使用したのか検討していく。

### (1) 共犯者という用語に対する批判

<sup>426</sup> Schütze, Studien, S. 161 f.; siehe auch ders., Lehrbuch, 2. Aufl., S. 148 u. Anm. 3.

<sup>427</sup> Hälschner, Mittäterschaft, S. 87 f.

<sup>428</sup> Vgl. Hegler, Zum Wesen, S. 305 ff.

<sup>429</sup> Binding, Der Entwurf, S. 87 Anm. 1.

まず、ビンディングは、草案が教唆者と幫助者を含む「共犯者」という言葉を正犯者の対義語として捉えたことを批判した。すなわち、教唆者は正犯者と同じ刑で処断されるのに対し、幫助者の刑は減輕されるという相違があるにもかかわらず、「共犯者」という語で一括りにされている点を批判し、むしろ正犯者と教唆者を括る名称(*Gesamtbezeichnung*)が合理的であると主張した<sup>430</sup>。

## (2) 正犯者について

その上でビンディングは、正犯者の概念にとっては、自らの物理力や自ら支配する力、犯行の実現のために道具を利用することは必要不可欠ではないとした。例えば、帰属能力ある直接行為者が、自ら意欲して為すことの違法性についてやむなき錯誤にある場合、直接行為者は正犯者ではなく、また決定者の側も教唆者ではない。しかし、他方で決定者は、盲目なる自然力(*eine blinde Naturkraft*)を通してではなく、自己決定の能力を持つ者、つまり「みせかけの道具」に対する精神的影響を通して犯罪を実行しており、直接行為者も自ら意欲したことを為したのと同時に、教唆者が意欲したことを為したのであるから、「正犯者は帰属能力ある者をして、犯罪的結果に作用する原因を設定するよう決定づける場合がある」ことを指摘したのである<sup>431</sup>。このように述べることでビンディングは、決定者が正犯となる場合のうち、責任無能力者の利用の場合と、責任能力ある者が回避不可能な禁止の錯誤にある場合の性質の相違を指摘したのである。

## (3) 教唆者について

これに対して、教唆者についてビンディングは、従来の「発起者」を全て正犯者に置換した上で<sup>432</sup>、教唆を「自らの犯罪的決意の実行のために、犯罪的行為への他人の決定づけの可能性(*Bestimmbarkeit*)を利用した者」とであると定義し、教唆の概念は正犯のそれに含まれると考えた。それゆえ、教唆とは正犯であるから、教唆の事例は必然的に複数正犯の事例となり、従来の「みせかけの教唆」の事例は複数正犯のうち、直接行為者の有責性が欠ける場合と捉えられたのである<sup>433</sup>。

## (4) 立法論から解釈論へ

---

<sup>430</sup> *Binding*, Der Entwurf, S. 85.

<sup>431</sup> *Binding*, Der Entwurf, S. 87. 付言すれば、より一般的に「正犯とは自らの有責的意思を、自らの力の行使によってであろうと、他人の決定づけによってであろうと、実現する者である」と定義される。Vgl. ders., Der Entwurf, S. 87 f.

<sup>432</sup> *Binding*, Der Entwurf, S. 85 Anm 3. 従来の「発起者」という名称に代わって、正犯者という言葉全てを発起者に対して導入しようと意欲することは簡明的確であり、適切であると評価している。

<sup>433</sup> *Binding*, Der Entwurf, S. 89.

このビンディングの見解においては、「被教唆者の意識が、教唆者と事象との関係性を変えるのであろうか」<sup>434</sup>との疑問が付されていることから、いわゆる中断論に懐疑的な立場であろうが、教唆犯の現象形態における複数正犯性(現代的に言えば、教唆＝「正犯の背後の正犯」)を根拠に、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性が導かれた。その後、彼は1878年の教科書において学説上初めて――教唆犯と区別される形で――「間接正犯」という用語を使用し、1869年の著作において立法論として主張された見解を解釈論としても維持した。すなわち、教唆犯と間接正犯との間の「区別のメルクマールは……専ら、犯罪の決意の遂行へと決定づけられた人格に責任があるのかないのか、非正犯なのか正犯なのかという点に存する」<sup>435</sup>と論じたのであった。

## (5) 評価

しかし、このようなビンディングの理解に対しては、ライヒ刑法典が「教唆犯」を特別に際立たせていることと矛盾するのではないかとブーリーが指摘した通り<sup>436</sup>、立法論としてはともかく、ライヒ刑法典48条の解釈論として耐えうるのか問題となる。もっとも、教唆の概念は正犯のそれに含まれており、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解に着目する限りで、ビンディングは発起者と幫助者の二区分に拘泥していたと言えよう<sup>437</sup>。

## (三) まとめ

既に見てきた通り、直接行為者の意思決定の自由を重要なメルクマールとする教唆犯の規定の解釈に基づき、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制」であるとするシュッツェの見解は、プロイセン刑法典の共犯規定において「みせかけの教唆」を教唆犯規定で把握できないということを背景にした消極的な説明であると論難された。しかし、これに対して、ビンディングは、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解から、当該事例における背後者の正犯性を積極的に説明し、学説史上初めて――教唆犯と区別される形で――間接正犯という用語<sup>438</sup>を使用したのであった。

付言すれば、中断論を肯定するリストも、教科書の第一版(1881年)では「必ずしも精確ではないが(nicht ganz genau)」との留保を付して「擬制的正犯」という用語を使用していたが<sup>439</sup>、第二版(1884年)では間接正犯という用語に代えたのであった<sup>440</sup>。それはつまり、リ

<sup>434</sup> *Binding*, Der Entwurf, S. 88.

<sup>435</sup> *Binding*, Grundriss AT, S. 81.

<sup>436</sup> Vgl. *Buri*, Causalität, S. 62; *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, S. 84 f. Fn. 107.

<sup>437</sup> 付言すれば、「正犯性の本質は、幫助者という対立物においてよりはっきりと現れる」と述べている。Vgl. *Binding*, Der Entwurf, S. 90.

<sup>438</sup> ビンディング以降も、例えば1881年のホルツェンドルフ編著の法律用語辞典の第三巻第二部においてガイヤーは、故意なき媒介(dolose Vermittelung)を利用して既遂を実現した者は間接正犯と呼ばれると述べていた。Vgl. *Geyer*, Täterschaft, S. 877.

<sup>439</sup> v. *Liszt*, Lehrbuch, S. 151.

<sup>440</sup> v. *Liszt*, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 201.



ストからすれば、間接正犯とは、正犯性を本来的に直接実行に限ることを理由にその正犯性が擬制されるというものではなく、そもそも本来的な正犯(もしくは現実の正犯)であると捉えたからであろう<sup>441</sup>。それは、後述する通り、リストは、間接正犯の正犯性をより規範的に、つまり教唆犯規定の解釈から導かれる中断論という規範を通して理解したからである(もっとも、リストはこのような間接正犯論を打ち立てたにもかかわらず、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認めてしまったのである)。

## 第二節 故意ある道具の問題の登場

これまで本稿では、普通刑法学上、知的発起者として十把一絡げに扱われていた教唆犯と間接正犯が、19世紀前半の学説および立法の議論の中で直接行為者の意思決定の自由に着目する形でその区別が意識され、両概念に分化していったことを詳らかにしてきた。しかしながら、ライヒ刑法典の成立直後から裁判所の判例を通して故意ある道具の問題が生じ、学説上もこれを間接正犯の一事例として承認するものが登場するに至り、その意味で原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることになった。

そこで本節では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に関する論争の契機となったライヒ裁判所の裁判例を紹介・検討するが、その前にライヒ裁判所が正犯基準として採用した主観説を確認しておく。そして最後に、裁判例を通して登場した故意ある道具の問題に対する19世紀末の諸学説の態度を概観することとする。

### (一) ライヒ裁判所の主観説について

周知の通り、ライヒ裁判所では、主観説が正犯と共犯を区別する基準として採用されていた。それは1879年に判事に任命されたブーリーによってもたらされ、構成要件該当結果の発生に寄与した条件は全て同価値であるとする等価説と体系上の関係を有すると言われていた<sup>442</sup>。つまり、構成要件に該当する結果に対する因果的な要因は——方法や程度に左右されることなく——すべて等価であるがゆえに、当該結果と条件関係に立つ関与者はすべて——正犯であろうとも共犯であろうとも——結果を同程度に惹起した者であると捉えられる。そのため正犯と共犯は、客観的な基準に応じて区別されえず、関与者の意思方向という内面的態度に応じて区別されることとなる<sup>443</sup>。

そして、一般にこの主観説には二つのヴァリエーションが存するとされる。すなわち、意思説(Dolustheorie)と利益説(Interesstheorie)である。いわゆる意思説によれば、正犯意思

---

<sup>441</sup> リストと同じく、ポルフェルトも事物の本性にとって擬制的正犯という用語は間接正犯という用語ほど適切なものではなく、間接正犯とは現実の正犯であり、擬制されるものではないと批判する。Vgl. *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 99 Fn. 2.

<sup>442</sup> Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl., §8 Rn. 17 u. §12 Rn. 9; *Joecks*, MK, Bd. 1, 2. Aufl., §25 Rn. 7 (mit Fn. 9).

<sup>443</sup> Vgl. *Joecks*, MK, Bd. 1, 2. Aufl., §25 Rn. 6, 7 u. Rn. 18, 19; *Heine/Weißer*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., Vor §25, Rn. 52 u. 53; *Roxin*, Tatherrschaft, S. 51 ff.

(animus auctoris)を有するものが正犯であり、他方で共犯意思(animus socii)を有する者が共犯であるとされる。それゆえ、ある者がその犯行を自己のものと意欲し、それに応じて自らの意思を他人の意思に従属させていない場合には正犯意思が肯定されるのに対し、ある者がその犯行を自己のものとは意欲せず、ただ他人の犯行を援助しようとし、その結果として正犯の意思に従属しているにすぎない場合には共犯意思が認められる。さらに、時の経過とともにライヒ裁判所は、犯行の実行に対する利益という基準、つまり利益説を持ち出した。これによると、犯行遂行に対する自己の利益を有し、それによってその犯行の遂行を自己のものと意欲する者が正犯となる<sup>444</sup>。

しかし、このようなライヒ裁判所の主観説に対しては学説からの批判が強かった。例えば、住居に侵入した窃盗犯とその見張りの二人が、共に貧困者のためにそれを為した場合、主観説によるならば、窃盗に関して共同正犯が存在しないことになってしまい、制定法(ライヒ刑法典 47 条<sup>445</sup>)と相容れないと批判された<sup>446</sup>。またビルクマイヤーも「そもそも何人も ただ単に他人の利益で活動しないのに、いわんや可罰的な行為を犯さないであろう」<sup>447</sup>と批判し、フレーゲンハイマーも教唆の事例では通常、決定づける者は犯行の利益を有し、犯行計画を練り上げたが、何かしらの理由で自ら犯行を遂行することを避けた者なのであるから、主観説を一貫させると、現行法の教唆犯規定からその実際上の適用可能な範囲のほとんどを取り去ってしまうと批判していたのである<sup>448</sup>。

## (二) 故意ある道具に関する裁判例

このような批判を浴びつつも主観説を採用していたライヒ裁判所は、ライヒ刑法典が制定されてしばらく後、目的なき・身分なき故意ある道具を利用した間接正犯の存在を認めたということが確認される。そこではどのような事例が問題とされ、そしてどのような理

---

<sup>444</sup> 利益説の代表的な判例としてしばしば持ち出されるのが、婚外子の新生児を産んだ自身の妹に頼まれ、その新生児を浴槽で自らの手で溺死させたという、いわゆる浴槽事件(ライヒ裁判所第三刑事部 1940 年 2 月 19 日判決; ERGSt 74, 84)である。ライヒ裁判所は、直接行為者である姉は新生児の殺害によって何かしらの自己の利益を追求したわけではなく、ただ妹のためにそれを為したのであるから正犯ではなく幫助であると判断した。よく知られている話であるが、このように判断することによってライヒ裁判所は、姉に謀殺正犯として死刑が科されてしまうことを回避しようとしたのである。Vgl. *Hartung*, *Badwannenfall*, S. 430 f.

<sup>445</sup> ライヒ刑法典 47 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §47 (S. 10).

複数人が可罰的な行為を共同して実行した場合、みな正犯として処罰される。

<sup>446</sup> Vgl. *Wachenfeld*, *Lehrbuch*, S.201; ders., ZStW 40, S. 34 f.; Siehe auch *Goetz*, *Grenzziehung*, S. 33, 37.

<sup>447</sup> *Birkmeyer*, *Die Lehre von der Teilnahme*, S. 37. この点、幫助者も自己の利益を有していることを認めつつ、主として他人の利益で行為しているのだと修正したとしても、結局のところ、何故に幫助が正犯よりも軽く処罰されるのか説明できないのではないかと再批判される。

<sup>448</sup> *Flegenheimer*, *Das Problem des dolosen Werkzeug*, S. 29; siehe auch *Beling*, ZStW 28, S. 596.

由づけの下で間接正犯が認められたのであろうか。以下では、この問題に関連する六件の裁判例を取り上げ、概観・検討する<sup>449</sup>。

### (1) 酒造税ほ脱事件 (ライヒ裁判所第二刑事部 1880 年 3 月 5 日判決; ERGSt1, 250)

本件は、R の騎士領(Rittergutsbesitz)に属する蒸留所の管理人をしていた被告人 S が、1874 年から 1876 年にかけて反復して税官庁に申告されていない酒造行為を、情を知る四人の部下(共同被告人)を通じて行ったことにつき、蒸留酒の密造行為とそれによる脱税行為(1819 年 4 月の租税令 61 条違反)が問題となった事案である。しかし、犯行の際、被告人にほ脱目的はあったものの、部下らにもその目的があったのかどうか明らかにならなかったため、最終的にライヒ裁判所は事件を原審に差し戻すことになった。

その理由の中でライヒ裁判所は、四人の部下にほ脱目的があった場合となかった場合を想定し、前者の場合には実行者である部下らが 61 条違反の正犯であり、背後者 S はその教唆となるであろうが、これに対して後者の場合、行為者は自身の行為の違法を認識するだけでなく、当該目的を持つことで初めて故意(より正確に言えば、正犯としての故意)が認められるため、本事案においてその目的を欠く直接行為者は背後者の「道具」となるであろうと評したのであった<sup>450</sup>。

また本件は、納税義務違反の事案であったことに鑑みれば、問題となる 規定に違反するのは納税義務を有する者だけであるため、その限りで同時に身分なき故意ある道具にも関連する事案であったと言えよう。

### (2) 給与名簿事件 (ライヒ裁判所第三刑事部 1880 年 12 月 8 日判決; ERGSt3, 95)

本件は、1879 年にベルリンからコーブレンツの鉄道の路線の建設の一部を委託され、現場監督(Schachtmeister)として従事していた被告人 Th と St が、給与名簿を作成する際に、全くもしくは少なくとも報告時には当該鉄道の路線の建設では雇われていなかった従業員の名前を記入し、その後、情を知る従業員 S に金銭を受け取りに行かせた。そして、S は給与を受け取る権利がないにもかかわらず、給与名簿に存在する名前を使って虚偽の受領のサインをした。その後、S が受け取ってきた金銭を少額の報酬と引き替えに、被告人らが受け取ったという事案である。そこで、直接行為者の一身においてはライヒ刑法典 267 条<sup>451</sup>に対応する故意が、被告人らの一身においてはライヒ刑法典 268 条<sup>452</sup>に対応する故意

<sup>449</sup> ここで取り上げる裁判例については、以下の文献を参照した。Vgl. *W. Mittermaier*, ZStW 21, S. 256 ff.; *Olshausen*, Kommentar, 11. Aufl., S. 206; *Lotz*, Werkzeug, S. 8 ff., 457 ff.

<sup>450</sup> ERGSt 1, 250, 251 f.

<sup>451</sup> ライヒ刑法典 267 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich §267 (S. 58).

違法な意図において国内もしくは国外の公的な文書、ないしは法や法的関係の証明に必要な私的文書を変造もしくは虚偽の作成をし、それを欺罔に用いる目的で使用する者は、文書偽造を理由に軽懲役に処せられる。

<sup>452</sup> ライヒ刑法典 268 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §268 (S. 59).

が存在する場合、被告人らはライヒ刑法典 268 条の文書偽造の教唆なのか、それとも正犯なのかということが問題とされた。

これについてライヒ裁判所は、故意ある道具を認める態度を窺わせた。すなわち、原審が「被告人らが犯罪の故意を実現するために利用した従業員 S は、自身の行為の違法性をおそらく自覚しており、意思なき道具ではない」と判断したことを非難し、その上で原審の認定によるならば、被告人らは単に違法な目的においてではなく、自ら財産的利益を手に入れる目的で S を利用し、そして S は被告人らの志向を知らず、ただ単に第三者の委任もなくその名前で受領のサインをすることについて違法な意識で行為した、換言すれば、ライヒ刑法典 268 条に規定された目的を有していなかったとすれば、S にはライヒ刑法典 268 条の故意は存在しない以上、背後者である被告人らをライヒ刑法典 268 条の正犯と評価すべきであろうと主張した<sup>453</sup>。つまり、情を知る者が介在していたとしても、ライヒ刑法典 268 条の所定の目的を持たず、当該犯罪の故意(より正確には、正犯としての故意)を有するとは認められないため、背後者をライヒ刑法典 268 条の正犯と認定しようと考えたのであろう。また、同じく有罪判決の下されていた詐欺の事実についても、その成立は疑わしいと判断し、最終的にライヒ裁判所は破棄差戻しを命じたのであった<sup>454</sup>。

### (3) 愛犬取返し事件 (ライヒ裁判所第二刑事部 1884 年 6 月 10 日 ; RRGSt6, 416)

本件は、被告人 H の牧羊犬と自分のそれを交換した W から、さらに買い受けた羊飼いの R が、その犬を自分の家の前に鉄鎖でつないでいたところ、数日後に H は元の犬を取り戻すべく、共同被告人の L とともに R の住む町まで向かい、H のために L は R の農場の壁をよじ登り、犬を鎖から放ち、居酒屋で待つ H のもとに犬を連れていったという事案である。

原審は、被告人 H と L が違法な領得目的をもって共同して R から犬を奪取したと認定したが、これに対してライヒ裁判所は、H に関しては L を道具として利用して元の犬の奪取を実現したのであるから、原審が H を正犯と認定したことは正しいとする一方、L の正犯性に関しては疑いを差し挟んだ。すなわち、認定された事実によれば、L は H のために犬を奪い取っている以上、自己の利益を有していないのであるから<sup>455</sup>、自己領得目的を有

---

自ら財産上の利益を得る若しくは他人にそれを得させる、ないしは他人に損害を与えるという目的で犯された文書偽造は、以下の場合に処罰される。すなわち、

1. その文書が私文書である場合、五年以下の重懲役で処罰され、それと並んで罰金刑も言い渡されうる。
2. その文書が公文書である場合、十年以下の重懲役で処罰され、それと並んで罰金刑も言い渡されうる。減軽事由が存する場合、私文書の偽造の場合は二週以上、公文書の場合は三週以上の軽懲役となる。

<sup>453</sup> ERGSt 3, 95, 98 f.

<sup>454</sup> ERGSt 3, 95, 99 f.

<sup>455</sup> しかもライヒ裁判所は、第三者に贈与するために一旦自分が受け取ることは自己領得に含まれないと判断した。Vgl. RRGSt 6, 416, 418.

する者だけが主体となりうるライヒ刑法典 242 条<sup>456</sup>の正犯ではなく、幫助にすぎないとして破棄・差戻しを言い渡したのであった。

この事案は、窃盗罪の自己領得目的に関連した、目的なき故意ある道具がはっきりと認められた事案である。ここでも、既に検討した酒造税ほ脱事件や給与名簿事件と同様、直接行為者は情を知って行為に出ているが、当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠くがゆえに故意(より正確に言えば、正犯としての故意)を持たないため、背後者の道具にすぎないというロジックが見受けられよう。

#### (4) 囚人移送事件 (ライヒ裁判所第四刑事部 1896 年 1 月 4 日; ERGSt28, 109)

本件では、被告人である市長 B が、囚人の移送の際に自己の権限にかかる輸送伝票を、非権限者であり、また事情を知っている私設秘書の S に改ざんさせたため、「自身に対して公的に委ねられている、もしくは入手可能な文書の変造を公務員でない他人によって故意に実行させた者は、その他人が自己の行為によって惹起される結果の違法性を認識しており、単なる道具として行為していない場合であっても、ライヒ刑法典 348 条 2 項<sup>457</sup>に予定された犯行の正犯とみなされうるか」<sup>458</sup>ということが問題となった。

これについてライヒ裁判所は、私設秘書 S は公務員ではないため、そもそも自らライヒ刑法典 348 条 2 項の罪を犯しえない以上、被告人 B を教唆犯と認めることはできないとしつつ、S は身分を持たない以上、当該犯罪の故意(より正確に言えば、正犯としての故意)を有しえないのであるから、輸送伝票の変造行為はその故意をもって惹起した被告人 B に彼自身の行為として帰属され——しかも S が事情を知っていたとしても——間接正犯が認められるとした<sup>459</sup>。

もっとも、この事案は身分なき故意ある道具の事案として当時から取り上げられていたが、シュペンデルが指摘する通り<sup>460</sup>、ライヒ刑法典 348 条 2 項の公務員という身分はライヒ刑法典 267 条との関係において刑を加重する事由であると捉える限り、ライヒ刑法典 50 条(現行ドイツ刑法 28 条 2 項)を前提に、S はライヒ刑法典 267 条の直接正犯、被告人 B はライヒ刑法典 348 条 2 項の教唆として処断されるべきであったと言えよう。

---

<sup>456</sup> ライヒ刑法典 242 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §242 (S. 51).

他人の動産を違法に自ら領得する目的で他人から奪取する者は、窃盗を理由に禁固刑に処せられる。未遂は可罰的である。

<sup>457</sup> ライヒ刑法典 348 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §348 (S. 76).

公的な文書を作成する権限を有しており、自身の管轄内で法的に重要な事実を故意で虚偽の作成をする、もしくは公的な記録簿ないしは名簿に虚偽の記入をする公務員は、二ヶ月以上の軽懲役に処せられる。

この刑罰は、その者に公的に委ねられている、若しくは入手可能な文書を故意に破棄する、もしくは隠匿する、損なわせる、変造する公務員に妥当する。

<sup>458</sup> ERGSt 28, 109.

<sup>459</sup> ERGSt 28, 109, 110.

<sup>460</sup> Vgl. Spendel, FS-Lange, S. 153.

#### (5) ゴムボール事件 (ライヒ裁判所第一刑事部 1906 年 7 月 11 日判決; ERGSt39, 37)

本件は、目的なき故意ある道具の事案として最も有名な事案である。すなわち、被告人 Pf が、木の柵で四方が囲まれた庭に赤い物体が転がっているのを見て、それをゴムボールだと思い(実際には木球であった)、それを自身の妹にあげるため、その奪取を被告人 W に頼んだところ、彼はそれを了承した。そして W は、力尽くで二つの木柵を取り壊して、その隙間から庭に侵入したが、ボールと思われたものを拾い上げたところ、それはボールでなかったため、それを再び地面に置き、庭を後にしたという事案である。その際、背後者 Pf は、自分の妹に「ゴムボール」をあげることを意欲していたため、その一身において窃盗罪(ライヒ刑法典 242 条)の自己領得目的を有していたが、他方で実際に奪取の未遂を生じさせた W は、その際に何らかの経済的な利益を追求せず、その「ゴムボール」を Pf に即時に渡そうとしていたため、当該目的を有していなかった。

このような事実関係の下、ライヒ裁判所は故意ある道具を利用した間接正犯の存在をはっきりと認めた。すなわち、「当該取り決めに基づき、正犯故意と内面的構成要件(*innere Tatbestand*)全体を備える者が、外部的な構成要件メルクマールの全体を、完璧に情を知っているが、正犯故意を持たずに行為した道具たる幫助を通じて実現させたという意味での間接正犯の法的可能性は拒絶されてはならないし、その可能性をライヒ裁判所はたびたび承認してきた」と述べた上で、「W は、ゴムボールと思われた物の奪取を被告人 Pf のために実行し、そして Pf はその「ボール」を W の援助の下で自ら領得するつもりであった」以上、間接正犯の成立可能性が存在するとした<sup>461</sup>。そして、ライヒ裁判所は Pf がライヒ刑法典 242 条の間接正犯、W がその幫助であることを前提に、ライヒ刑法典 46 条 1 項<sup>462</sup>の中止犯規定の適用可能性に関しては、(狭義の)共犯に適用する可能性を一般に否定しつつも、本件のような場合には刑事政策的な考慮から両者に適用されることを認めたのであった<sup>463</sup>。これらの叙述から明らかな通り、主観説に立脚するライヒ裁判所にとっては、(当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠きつつも)情を知って行為する W を間接正犯の道具と評価することに特段の支障もなく、簡潔な説明で済ましうる問題だったのであろう。

#### (6) ガチョウ小屋事件 (ライヒ裁判所第二刑事部 1913 年 12 月 15 日判決; ERGSt48, 58)

---

<sup>461</sup> RGSt 39, 37, 39.

<sup>462</sup> ライヒ刑法典 46 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §46 (S. 10).

以下の場合、その未遂はそれ自体として不処罰にとどまる。すなわち、行為者が、

1. 意図された行為の実行を、その意思によらない事情によって阻止されたのではなく放棄した場合、もしくは
2. 行為がいまだ認められない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に属する結果の発生を自らの活動によって阻止した場合。

<sup>463</sup> 金澤・中止未遂 61 頁以下参照。

本件は、被告人が所有者 M のガチョウ三羽、所有者 R のガチョウ二羽のいる、施錠された小屋の鍵をこじ開け、後に来たる善意の債権者 W に五羽のガチョウを 10 マルクの債務弁済のために差し出し、それが了解され、W は小屋からガチョウを追い出して駆り立てたという事案である<sup>464</sup>。

この事案は、直接行為者である債権者 W は善意であるため、目的なき故意ある道具の事例ではなく、通常の間接正犯の一事例であり、被告人はガチョウに触れることなく、それを W に得させたため、ライヒ刑法典 242 条における奪取の概念が問題となった。すなわち、それを通して当該物がその物的価値に応じて行為者の財産へと組み込まれるところの奪取行為は、目的とされた領得行為の手段であり、それについては先ず自ら奪取をして一旦領得した上で差し出す態様と、(本件のように)自ら占有を得て引き渡す代わりに他人を唆して占有を直接に獲得できるようにする態様がありうると論じた上で、物が所有者から奪取されている以上、両者が異なって評価される理由はないと判断された。それゆえ、被告人は W に対する借金を返済するため、善意である W によって M と R のガチョウを奪取させ、同時にその場で引渡したのであるから、正当にも重窃盗で有罪となるとされた<sup>465</sup>。

以上見た通り、本件は、目的なき故意ある道具の事例と直接関係するものではなく、ライヒ刑法典 242 条の奪取行為の意味が問題とされた間接正犯の通常事例であり、しばしば教科書などで見られる「ガチョウ小屋事件」とは異なる。ゆえに、当時の学説が本件における直接行為者を、情を知る者に変えて議論していたのは、第三者領得の問題を表面化させるためであったと考えられよう<sup>466</sup>。

### (三) 裁判例の検討

これまで概観・検討した事例において、目的なき・身分なき故意ある道具を利用した間接正犯を認めることは、主観説を採るライヒ裁判所にとって容易であったと考えられる。何故なら、目的・身分を欠く直接行為者は、当該犯行を自己のものと意欲せず、ただ背後者の意思に従属したにすぎない点で共犯意思が認められ、また目的・身分を有する背後者は企図した犯罪の実行のために直接行為者を投入し、その犯行を自己のものと意欲した点で正犯意思が認められるからである。それゆえ、その限りでライヒ裁判所は、わざわざ「故意ある幫助的道具」という法形象を持ち出すまでもなく、同様の帰結を簡単に認めることができたのである。

また、(ガチョウ小屋事件を除く)故意ある道具の裁判例では、直接行為者は当該犯罪の成立にとって必要な目的・身分を持たないがゆえに正犯としての故意(Vorsatz)を欠く以上、情を知っていた(つまり、dolusであった)としても背後者の道具であると評価されていた。しかし、それは直接行為者の自由な意思決定をメルクマールに教唆犯と間接正犯が分化したと

<sup>464</sup> RGSt 48, 58, 58 f.

<sup>465</sup> RGSt 48, 58, 59 f. u. 60.

<sup>466</sup> Vgl. Meyer/Allfeld, Lehrbuch, 7. Aufl., S.237 Fn. 6; M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 379; Welzel, Lehrbuch, §15 (S. 60).

いう歴史的発展に逆行するものであるし、情を知って自由な意思決定をした直接行為者をも「道具」と評価してよいのかという本質的な問題が故意(Vorsatz)の問題にすり替えられてしまっていたのである(詳細は本稿の第二部に譲るが、同種の理屈は客観説に立つ M. E. マイヤーやフランク、E. シュミットにおいても見られた)。

さらに敷衍して言えば、ライヒ裁判所の主観説は具体例においても窮地に陥ってしまう。例えば、公務員 A は妻 B (非公務員) から、建設会社の社長 C から賄賂を受取して自身にプレゼントをする話を持ちかけられて説得されたため、以前から考えていたものの躊躇していた賄賂受取を了承したので、B は C のところに賄賂を受け取りに行き、そして約束通り A は B にそのお金で宝石をプレゼントしたという場合である。この事例において A の犯行決意は、B の説得がなければ、生じなかったであろうという点で、犯行に対するイニシアチブを握っているのは B であり、A の犯行決意は B の意思に左右されている。そのように見る限り、その犯行を——自己の意思を誰の意思にも従わせることなく——自己のものとする正犯意思が A にあるとは認められず、A を収賄罪の正犯として処罰することができなくなってしまうであろう<sup>467</sup>。

#### (四) 学説の反応

以上検討したライヒ裁判所の判例を背景に、学説においても故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認める見解が登場することとなった。学説の詳細な検討は、第二部で行うため、ここでは 19 世紀末の学説を概観するにとどめておく。

例えば、主観説に立つ<sup>468</sup>ボルフェルトは、先述の通り、間接正犯は擬制された正犯ではないことを説いた<sup>469</sup>点は評価できるのだが、故意ある道具の利用を間接正犯の一態様としてはっきり認めた。すなわち、ボルフェルトは、「間接正犯は、犯行の物理的な遂行者——道具——も可罰的となるということを排斥しない」として、一般的な故意ある道具の事例と並んで、目的なき故意ある道具と身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として承認し、目的(彼の言葉では「当該犯罪にとって必要な特別な犯罪故意(Thatdolus)」)や身分を欠く直接行為者は、正犯故意を欠くため幫助者と評価したのであった<sup>470</sup>。

---

<sup>467</sup> Lotz, *Werkzeug*, S. 191 f. 付言すれば、この事例において犯行の遂行による利益を有しているのは A ではなく、賄賂のお金でプレゼントを受けた B である以上、このような不都合な帰結は利益説によっても回避することができないであろう。

<sup>468</sup> Borchert, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 91.

<sup>469</sup> 彼によると、自ら実行した可罰的な行為に対する直接正犯の答責性と同様、間接正犯の答責性も因果関係と帰属に関する刑法上の根本命題によって定義されるのだが、実務上、教唆犯と間接正犯の混同がしばしば見られるため、間接正犯を特別に考察することが必要となる。Vgl. Borchert, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 99 f.

<sup>470</sup> Borchert, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 100.



このような主観説に立脚するボルフェルトに限らず、客観説の中にも故意ある道具を間接正犯の一事例として認める者もいた(詳細は、第二部を見よ)。これに対して、フランク<sup>471</sup>やビルクマイヤーは、故意ある道具の利用に対して懐疑的な態度を表明していた<sup>472</sup>。

例えば、有力な条件を他の条件から区別し、それを原因とみなす原因説<sup>473</sup>を基礎にして共犯論を展開したビルクマイヤーによると、「行為とは、法律上禁止された結果の原因とみなされるもの」であることから、正犯とは「犯罪的結果を発生させ、それによって犯罪を完遂する者」、つまり「犯罪的結果の原因を設定する者」<sup>474</sup>と解される。そして、「犯罪結果を惹起する行為は、具体的な犯罪の法定の構成要件的行為に他ならない」<sup>475</sup>と述べている通り、正犯行為を見出すためには、各則構成要件への立ち返りが求められる<sup>476</sup>。

これに対して、教唆犯は——ライヒ刑法典 51 条の解釈から——その成立において正犯者の自由な意思決定が前提となる<sup>477</sup>。つまり、教唆犯における「決定づける」とは、「被教唆者が自ら決定したという形で彼の意思に影響を及ぼすこと、つまり行為についての自己決定の条件を設定すること」と解される。ゆえに、翻って間接正犯とは、不自由なる者に対する知的影響を通して、その者を手段や道具として利用し、それを通して結果を惹起する場合であると定義されたのである<sup>478</sup>。従って、ビルクマイヤー説では——詳しくは論じられていないが——目的なき・身分なき故意ある道具の利用は、間接正犯の一事例として否定されることになるであろう。もっとも、この問題に対する具体的な解決は示されていないが、原因設定行為の判断において各則の構成要件の解釈に立ち返るとされていることに鑑みれば、各論的解決の途が開かれていたと言えよう。

## (五) まとめ

本節では、故意ある道具の問題に関連するライヒ裁判所の裁判例と諸学説を概観・検討した。故意ある道具の問題が裁判例を通して登場し、それを一部の学説が間接正犯の一事

---

<sup>471</sup> Vgl. *Frank*, StGB, S. 59.

<sup>472</sup> Siehe u. a. *Helldorff*, Die mittelbare Täterschaft, S. 7 ff., bes. S. 21 f.

<sup>473</sup> Eingehend *Ling*, Unterbrechung, S. 125 ff.

<sup>474</sup> *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §39 (S. 95). また、ライヒ刑法典 43 条の解釈から「犯罪を遂行する者とは既遂に至らせる者、つまり犯罪的結果を惹起する者」であるとの理解が示されている。Vgl. ders., Die Lehre von der Teilnahme, §39 (S. 96).

<sup>475</sup> *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §40 (S. 96 f., siehe auch S. 98, 99).

<sup>476</sup> この点、ブロイが指摘する通り、ビルクマイヤーの見解は内容的に形式的客観説と一致すると言いうるであろう。Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 94. より敷衍して言えば、原因説(実質的客観説)と形式的客観説は表裏一体の存在であると見ることができよう。つまり、誤解を恐れずに言えば、原因説も各則構成要件という形式的な枠の検討抜きに正犯性を語ることはできないのである。実際にビルクマイヤーも結果惹起行為の判断のために、各則構成要件の動詞(Verba)に着目している。Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §41 (S. 101).

<sup>477</sup> *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §53 (S. 119) u. §52 (S. 116).

<sup>478</sup> *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §52 (S. 116 f.) u. §53 (S. 118), siehe auch §54 (S. 118 ff.).

例として承認したことで、従来の教唆犯と間接正犯の区別論は揺らぎを見せることとなった。

また、既に指摘した通り、ライヒ裁判所の見解では、情を知って自由な意思決定を為した直接行為者をも「道具」と評価することの問題が、当該犯罪の「故意」の問題にすり替えられており、その後の学説上の論争の火種となった。また、この本質的な問題を意識し、行為者の自由な意思決定をメルクマールとした、教唆犯と間接正犯の区分を維持した上で、当該事案を各論的に解釈する途も残されていた。

### 第三節 小括

以上見てきた通り、本章ではライヒ刑法典の制定後の議論を主たる対象に、間接正犯という名称が使用されるに至った議論を考察し、そして故意ある道具の問題について手短かに検討を加えた。学説では、シュッツェのような擬制的正犯論と異なり、間接正犯とは本来的に正犯であることを説明しようとする傾向が現れ、間接正犯論は一定確立したかのように見えた。

しかし、その後、ライヒ裁判所の判例を通して故意ある道具の問題が現れたことにより、原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることとなった。とくにライヒ裁判所は、目的・身分を欠く直接行為者の「故意」を問題とすることで、間接正犯の成立を説明しようとした。その限りで、自由な意思決定の下で犯行に出たことをメルクマールとする従来の理論はその正当性を問われることとなり、学説においても論争を生じさせた。

では、この問題は一体何を示していたのか。この問題は、ブーリーののような主観説のような、中断論(もしくは遡及禁止論)に対する懐疑的な態度だけが原因なのではなく、目的犯や身分犯といった犯罪類型(各則構成要件)の性質の相違に起因する、共犯体系を一元的に説明することの困難さを示していたのではないだろうか。そうであるからこそ、20世紀初頭の学説では様々な各論的解決が提案されることとなったのである。

## 第一部終章

一 第一部では間接正犯という概念の淵源を明らかにすべく、19世紀ドイツにおける学説および立法の展開について詳細に論じてきた。以下、その総括を記しておく。

二 第一章では、19世紀以前の共犯論の学説および立法に関する歴史的展開を概観し、その上で第二章では18世紀末の諸学説の共犯論の中での知的発起者論を、また第三章ではフォイエルバッハの共犯論および1813年バイエルン王国刑法典の共犯規定を考察した。そこでは、現代で言うところの間接正犯と教唆犯の区別は、委任や命令、助言といった諸類型の中で、直接行為者の意思決定の自由の程度に関連した背後者の可罰性の程度として考慮されるにすぎなかった。それは、意思の自由を刑法学の領域から排除することを試みたフォイエルバッハの見解においても同様であった。もっとも、グロールマンは、命令の形態の場合、直接行為者は選択意思を欠くがゆえに他人の「道具」であり、背後者は単独の発起者になると論じていた点で間接正犯論の萌芽と見られるが、より一般的な発展はミッターマイヤー以後の議論に委ねられた。

三 そして、第四章において考察した通り、1851年プロイセン刑法典の成立以前の諸学説の中で、いわゆる間接正犯も教唆犯も十把一絡げに取り扱っていた従来の知的発起者論にメスを入れたのは、ミッターマイヤーであった。彼は、直接行為者の意思決定の自由に着目し、発起者と呼ぶに値する共犯者とそうでない共犯者を区分した。その後、彼の問題意識はルーデンを経て、ヘーゲル学派に受け継がれることとなった。ケストリンおよびベルナーは、行為を意思と所為の媒介的統一体と捉える行為論に依拠し、今日で言うところの間接正犯を「みせかけの教唆」もしくは「直接的発起者」として把握した。

また、当時の専門用語に関して言えば、ステューベルが従来の知的発起者に代わって間接正犯という用語の使用を提案していたが、学説では正犯＝物理的な自手実行という理解が強かった。またヘーゲル学派も「みせかけの教唆」を――おそらく彼らの行為論を理由に――間接正犯とは呼ばなかった。それゆえ、第五章で検討した通り、間接正犯という用語の一般的承認は1880年代に入るまで待たねばならなかった。

四 さらに、第五章では1851年のプロイセン刑法典の成立から1871年のライヒ刑法典の成立に至るまでの教唆犯規定に関する立法時の議論と、その間の諸学説を対象に検討を進めた。プロイセン刑法典の1828年草案から1843年草案までは、教唆者の規定の中に「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける形態」が規定されていたが、1845年草案以降は「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態だけが教唆者として規定されていた。そこでは教唆犯とは犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせた者であると捉える傾向が析出された。このような立法の動向は諸学説の議論に対応するものであり、自由な意思決定を前提に、情を知って犯行を選択するという意味での直接行為者の「故意」を教唆犯の成立要件として求めることで、教唆犯の範疇からいわゆる間接正犯を排除した。

五 また、学説では——等価説に基づいた主観的共犯論を展開したブーリーは別として——バールとランゲンベックは、行為者の自由な意思決定に着目し、「みせかけの教唆」の議論を継受し、因果関係の中断論(もしくは後の遡及禁止論)の素地を完成させていた。そして、彼らと同じ立場に立つシュッツェは、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制」だと主張したが、これに対しては、プロイセン刑法典の共犯規定ではみせかけの教唆を教唆犯規定で捉えられないことを理由とした消極的な説明であると批判されたこともあり、その後の学説では、間接正犯が本来的に正犯であるとの説明が試みられた。例えば、ビンディングは、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解に基づき、間接正犯の事例では背後者のみが正犯となると説明し、学説上初めて教唆犯と区別される形で「間接正犯」という用語を使用した。またリストも、教唆犯規定の解釈から導出される中断論に依拠し、正犯性を規範的に理解した。

六 しかし、(判事であったブーリーの影響の下、主観的共犯論を採る)ライヒ裁判所の判例を通して、目的なき・身分なき故意ある道具の問題が登場したことは、直接行為者の意思決定の自由をメルクマールにした教唆犯と間接正犯の区別論に動揺を生じさせた。特にライヒ裁判所は、問題の本質をすり替え、情を知って自由な意思決定をした行為者が目的・身分を欠くがゆえに当該犯罪の「故意」を持ち得ないことを理由に「道具」とであると評価したことで、その後の学説上の論争の火種となった。

七 以上の各章の帰結から明らかとなったことの一つは、間接正犯という概念の誕生は、刑法の近代化の必然的所産であったとする大塚博士の説明は曖昧かつ不十分だということである。知的発起者概念の分化は、帰責論において重要なメルクマールであった行為者の自由な意思決定<sup>479</sup>、現代的に言えば、自己答責性・自律性原理<sup>480</sup>が、旧来の知的発起者論の枠組みの中に落とし込まれ、それを単に関与者間の可罰性に関連づけるだけでなく、さらに一歩進めて関与類型ごと区分されたことによるものであった。従って、間接正犯とは、単に処罰の間隙を埋めるための彌縫策として生み出された概念ではないということが明らかとなった。付言すると、教唆犯では、自由な意思決定を前提に直接行為者の故意に着目した理解が示され、いわゆる故意従属が教唆の成立要件として求められた。

八 最後に、原初形態としての間接正犯論を明らかにしたことで、故意ある道具の問題の所在がよりはっきりと示された。1880年代に故意ある道具に関する裁判例が登場したことで、いわば不協和音として、学説上も原初形態としての間接正犯論を維持しない見解が散見されるようになった。そこには原初形態としての間接正犯論に対する異論もあるであろうが、目的犯や身分犯といった各則構成要件の特色を理由とした一元的な関与形態の困難さが示唆されていたのではないだろうか。

<sup>479</sup> もっとも、自由な意思決定の定義との関係で、命令による犯罪遂行における直接行為者の意思決定の自由を認めるかどうかという点で各論者に見解の相違が存在したことは確認される。

<sup>480</sup> Vgl. Poppe, Akzessorietät, S. 145.

## 第二部 20 世紀以降のドイツにおける目的なき・身分なき故意ある道具の議論

### はじめに

既に見てきた通り、19 世紀末にライヒ裁判所の裁判例を通して現れた目的なき・身分なき故意ある道具の問題は、直接行為者の自由な意思決定に依拠した、それまでの教唆犯と間接正犯の区別を揺るがし、そして——主観説と客観説の対立の枠組みを越えて——学説上の論争を生じさせた。換言すれば、原初形態としての間接正犯論は、目的犯・身分犯という特殊な構成要件に由来するこの問題に挑戦を受けることとなった。

第二部では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を巡って展開した 20 世紀以降の正犯・共犯論を考察する。第一章では、20 世紀初頭に始まった立法作業において諸草案の共犯規定が変遷していく中で、教唆犯や間接正犯といった概念、さらには故意ある道具の問題がどのように取り扱われたのか明らかにする。そして、立法動向の分析を踏まえた上で、第二章以下では諸学説の検討に入る。第二章では、いわゆる限縮的正犯論内部において——いわゆる因果関係の中断論(もしくは遡及禁止論)の賛否と対応する形で——故意ある道具を利用する間接正犯の賛否につき見解の対立があったことに着目し検討する。

第三章では、1930 年前後に始まった正犯概念の対立に着目する。すなわち、第二章の諸学説と異なり、間接正犯を否定的に捉え、教唆犯に解消しようとしたツィンマーおよびブルンスの限縮的正犯論とそれに基づく故意ある道具の問題の処理を検討する。そして、これと比較する形で、1930 年から 1940 年代に隆盛を極めた拡張的正犯論の論者であるエバハルト・シュミットおよびメツガーの間接正犯論や故意ある道具の問題の解決策を検討する。

さらに第四章では、ヴェルツェルを嚆矢として展開された目的的行為論は、故意作為犯と過失・不作為犯で正犯概念を区分し、よって伝統的な自然主義的体系からパラダイムの展開を果たしたことに着目しつつ、そのような新たな体系が間接正犯論と故意ある道具の問題を説得的に解決しえたのか検討していく。

第五章では、戦後ドイツの間接正犯論を(第六次刑法改正までの期間を対象に)検討する。ここでは、故意ある道具の問題は形を変え、いわゆる「正犯の背後の正犯」の問題として登場し、議論の主戦場となった。その影響から目的なき・身分なき故意ある道具という古典的な問題は議論の周縁へと追いやられたものの、なお解釈論上のアボリアであった<sup>481</sup>。最後に、各章の帰結から明らかになったことを終章に纏めておく。

---

<sup>481</sup> そうであるからこそロクシンは、故意ある道具の問題は「以前から最も争われる、ほぼ全ての共犯理論の複合体(Komplexen)に属していた」と評したのである。Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 252.



## 第一章 20 世紀前半の立法動向と故意ある道具

本章では、ライヒ刑法典の成立後の立法動向の中で、立法者は教唆犯・間接正犯といった概念や目的なき・身分なき故意ある道具の問題にどのように対応してきたのか検討していく。もっとも、20 世紀初頭の諸草案における共犯規定の変遷において最も重要なテーマは、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤(例えば、背後者は直接行為者を責任能力者であると思い犯罪を唆したが、実際には直接行為者は責任無能力者であった場合<sup>482</sup>)の解決であり、それを巡って極端従属形式の放棄(と制限従属形式の採用)が企図されていた。ゆえに、以下で見る通り、目的なき・身分なき故意ある道具の問題が草案の共犯規定(とその理由書)の中ではっきりとその姿を現すようになったのは 1925 年草案以降のことであった。

### 第一節 1909 年予備草案および 1911 年対案

ライヒ刑法典の成立後、新派・旧派の両陣営から改正の要求があったにもかかわらず、ライヒ司法省は民事訴訟法や刑事訴訟法の制定後、民法典の編纂に尽力していたこともあり、改正の着手は遅れていた<sup>483</sup>。ようやく世紀転換後、1902 年から 1906 年にかけて、ライヒ司法省次官ニーベルディングの指示の下、リストやビルクマイヤーをはじめとする多くの刑法学者が協力し、「ドイツ及び外国刑法の比較的叙述」<sup>484</sup>が完成し、その後の立法作業のための貴重な資料が提供された<sup>485</sup>。

#### (一) 1909 年予備草案

そして、1906 年になってようやく予備草案のための委員会が立ち上げられ、117 回もの会議を経て、1909 年に「ドイツ刑法典の予備草案」が理由書とともに公表された<sup>486</sup>。この予備草案は、以下のような共犯規定を置いていた<sup>487</sup>。

§78 Wer den Täter zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft.

<sup>482</sup> 既に述べた通り、この直接行為者の責任能力等に関する背後者の錯誤の問題は、ライヒ裁判所の裁判例(ERGSt 11, 56 など)を通して登場し、故意ある道具の問題とともに、それまでの間接正犯と教唆犯の原理的な区別を揺るがすものであった。松宮・刑事立法と犯罪体系 226 頁以下参照。

<sup>483</sup> Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XI.

<sup>484</sup> Birkmeyer, u. a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil in 6 Bänden, Besonderer Teil in 9 Bänden, 1905 - 1908.

<sup>485</sup> 平野・ドイツ刑法の改正 273 頁、野澤・中止犯 320 頁以下参照。

<sup>486</sup> Vgl. Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XII f. より詳しくは、野澤・中止犯 321 頁も参照。

<sup>487</sup> 原文は以下のものを参照した。Vgl. Vorentwurf 1909, Allgemeiner Teil, 7. Abschnitt: Teilnahme, §78 ff. (S. 17).

(78 条 正犯を彼によって実行された可罰的な行為へ故意に決定づけた者は、教唆者として正犯と同様に処罰される。)

§79 Wer dem Täter zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe geleistet hat, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§76) bestraft.

(79 条 正犯によって実行された重罪もしくは軽罪のために彼を故意に援助を供した者は、未遂の諸規定(76 条)に従って処罰される。)

§80 Persönliche Eigenschaft oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.

(80 条 可罰性を加重、減輕または阻却する一身的な身分もしくは関係は、それを有する者についてのみ考慮される。)

このような共犯規定を有する 1909 年予備草案はその前提として、ノルウェー刑法典の起草者ゲッツェの主張する統一的正犯体系<sup>488</sup>は、身分犯において不当な帰結をもたらす等の理由から採用せず、また国際刑事学協会(IKV)で立法提案がなされていた(機能的)統一的正犯体系<sup>489</sup>も、健全な国民感情に反して裁判官の裁量を不当に大きくさせてしまう等の理由から採用しなかった<sup>490</sup>。それゆえ本草案は、従来通り、本来的な共犯である教唆・幫助を認め、その従属性を維持したのである<sup>491</sup>。

しかし、本草案の共犯規定はライヒ刑法典と以下の点で異なっていた。一つは、正犯に関する規定は、各則の刑罰法規を参照すれば足りるとの理由から置かれなかったという点である<sup>492</sup>。また、78 条では教唆犯の手段の例示列举は、故意に決定づけるというそれ自体として明らかな概念においては必要ではなく、また正犯者が錯誤を理由に故意なく行為する場合も含むかのように読めてしまうという理由から削除された<sup>493</sup>。また、79 条においても「助言もしくは行為を通して」という文言は、援助の提供(Hilfeleisten)という概念がそれ自体として明らかなものであり、また通俗的でもあるから不要であるとして削除された<sup>494</sup>。さらに、80 条はライヒ刑法典 50 条よりも簡潔に規定にされ、可罰性を加重もしくは

---

<sup>488</sup> Siehe Rotsch, Einheitstäterschaft, S. 15 ff.

<sup>489</sup> Siehe Rotsch, Einheitstäterschaft, S. 28 ff.

<sup>490</sup> Begründung 1909, S. 307 f. u. S. 308 f.

<sup>491</sup> Begründung 1909, S. 309.

<sup>492</sup> Begründung 1909, S. 299. その限りで、プロイセン刑法典の共犯規定と同じ傾向を示している。

<sup>493</sup> Begründung 1909, S. 310.

<sup>494</sup> Begründung 1909, S. 312.



減輕する一身的な身分や関係に加えて、(窃盗罪における親族性のように)可罰性を阻却するものも明示された<sup>495</sup>。

最も問題となるのは、刑罰阻却事由に関する草案の理解である。すなわち、従来の責任阻却事由と刑罰阻却事由の区別は、帰属無能力者の教唆の事例において教唆者が——間接正犯となる場合を除き——不可罰になるという不当な結果を生じさせるため、草案はその区別を放棄し、従来の責任阻却事由を刑罰阻却事由に位置付ける途を選んだ<sup>496</sup>。そのため、直接行為者が責任阻却事由を有する場合には背後者は間接正犯となるのに対して、彼が刑罰阻却事由を有する場合には背後者は教唆となるという従来の理解は維持しえなくなり、その限りで教唆(共犯)の従属性は破られ、直接行為者が錯誤の状態にある、もしくは帰属無能力であることを背後者が知らなくとも教唆が成立することとなった。もっとも、背後者がそれを知る場合、彼は正犯意思を有しているのであるから、依然として間接正犯が成立すると理由書は述べており、間接正犯概念を完全に否定するつもりではなかったことが窺えよう<sup>497</sup>。

ところで、この 1909 年予備草案は、一般に公開して刑法典の改正について広く意見を求めるという目的を有していた<sup>498</sup>。そして、このような草案を巡って学説上、多くの議論が交わされた。とくに M. E. マイヤーは、予備草案の言うところの刑罰阻却事由は責任阻却事由も含む広い概念であり、また本草案 80 条によれば、正犯の刑罰を阻却する一身的身分は共犯の処罰において考慮されないことを理由に、草案は極端従属形式から制限従属形式に移行したものと解し、そしてそれによって共犯の処罰は正犯の有責性に左右されない以上、喜ぶべき単純化として、間接正犯が認められる場合もなくなったと評した<sup>499</sup>。こうして、草案の解釈として制限従属形式が理論的に展開されたのであった<sup>500</sup>。

## (二) 1911 年対案

他方で、1909 年予備草案の理解に従う限り、正当防衛に加担する者にも共犯が成立することになってしまうとの批判もなされていた<sup>501</sup>。そのような批判をしたリストに加え、カールとリリエントール、ゴルツシュミットが 1911 年に「1909 年予備草案に対する対案」

---

<sup>495</sup> Ebenda.

<sup>496</sup> Vgl. Begründung 1909, S. 244. その上で理由書は、従来、責任阻却事由と捉えられていた正当防衛や緊急避難についても同様に刑罰阻却事由であるとして、行為の可罰性を失わせる事由も行為者の可罰性を失わせる事由に位置づけた。Vgl. Begründung 1909, S. 245.

<sup>497</sup> Vgl. Begründung 1909, S. 311.

<sup>498</sup> 野澤・中止犯 322 頁参照。

<sup>499</sup> M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, S. 358 u. S. 368 f.

<sup>500</sup> 但し、1909 年予備草案は未だ極端従属形式に拘っているとの評価も当時から存在していた。Vgl. Hippel, Hippel, Strafrecht II, S.479; ders., Lehrbuch, S.162 Fn. 4; siehe auch Kohlrausch/Lange, Strafgesetzbuch 39/40. Aufl., Vor §§47, III A. 1. (S. 99).

<sup>501</sup> Vgl. v. Liszt, ZStW 30, S. 266.

を公表した。そこでは、責任阻却事由という概念が維持された上で<sup>502</sup>、以下のような共犯規定が置かれた<sup>503</sup>。

§31 Als Täter wird auch derjenige bestraft, der bei Ausführung der ihm zurechenbaren strafbaren Handlung mitwirkt oder ihre Ausführung durch einen anderen bewirkt oder pflichtwidrig zulässt.

(31 条 正犯に帰属可能な可罰的行為の遂行の際に共働する、もしくはその遂行を他人を通じて実現する、もしくは義務に違反する形で許容する者も正犯として処罰される。)

§32 Wer einen anderen zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird, soweit er wegen Fehlens eines gesetzlichen Merkmals nicht nach §31 als Täter bestraft werden kann, als Anstifter gleich dem Täter bestraft.

Wer einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§§28 - 30) bestraft.

(32 条 他人によって実行される重罪もしくは軽罪へとその他人を故意に決定づけた者は、彼が法律上のメルクマールを欠くことで 31 条により正犯として処罰されえない限り、教唆者として正犯と同様に処罰される。

他人を重罪へと決定づけようと試みた者は、未遂に関する諸規定(28 条から 30 条)に従って処罰される。)

§33 Jede nicht unter die §§31, 32 fallende vorsätzliche Beteiligung bei dem von einem anderen begangenen Verbrechen oder Vergehen wird als Beihilfe nach den Vorschriften über den Versuch (§28) bestraft.

§30 findet Anwendung.

(33 条 31 条および 32 条に当たらない、他人によって実行される重罪もしくは軽罪における故意の関与はすべて、幫助として未遂に関する諸規定(28 条)に従って処罰される。

30 条は適用される。)

§34 Persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen

---

<sup>502</sup> Begründung GE, S. 11 ff. u. S. 45.

<sup>503</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Ausgestellt von *Wilhelm Kahl, Kahl von Lilienthal, Franz v. Liszt, James Goldschmidt*, 1911, Erstes Buch: Von den Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt: Versuch. Täter und Teilnahme, §§31 ff., in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1. S. 72.

berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters.

(34 条 可罰性を加重するもしくは減輕する、阻却するところの一身的な身分 もしくは関係は、それを有する者についてのみ考慮される。共犯者(教唆者と幫助者)の処罰は、正犯自身の可罰性を顧慮することなく行われる。)

このような 1911 年対案の共犯規定では、まず 31 条に正犯の定義規定が置かれたことに注目されよう。もっとも、疑問の余地のない直接正犯を規定することは余計な混乱や新たな疑念を生じさせてしまうとの理由から、間接正犯についてのみ規定された<sup>504</sup>。対案の理由書は、教唆との関係で、間接正犯は他人の犯罪決意の惹起ではなく、自己の犯罪の惹起であり、まさに間接正犯自身が犯罪を実行している(ゆえに遂行(ausführen)という文言を用いた)との理解を示しつつも<sup>505</sup>、ライヒ裁判所が故意ある道具を承認していることを支持し、因果関係の中断のドグマは取り除かれるべきだと述べている通り<sup>506</sup>、31 条では非常に広い正犯の概念が示されている。それに対応して、教唆犯規定(32 条)には「法律上のメルクマールを欠くことで 31 条により正犯として処罰されえない限り」との限定が付されている通り、単なる結果の共同惹起では正犯になりえない犯罪類型(身分犯や目的犯、自手犯)にその適用領域が限定された(むろん 33 条の幫助犯規定についても同様のことが妥当する)<sup>507</sup>。

最も注目すべきは、34 条 2 文において「共犯者(教唆者と幫助者)の処罰は、正犯自身の可罰性を顧慮することなく行われる」と規定されていることである。これに関して理由書は、「被教唆者に一身的な刑罰阻却事由がない場合だけでなく、例えば被教唆者が帰属無能力もしくは善意であるように、彼に責任(主観的構成要件)が欠けている場合にも教唆者は可罰的となる」との考えを示しており、そこから極端従属形式の放棄ならびに制限従属形式の導入に対する学説上の要求が高かったということが窺い知れよう。何より対案の当該規定は、後の諸草案(とくに 1925 年草案や 1927 年草案など)における同種の規定の先駆けとなったと評価しうる<sup>508</sup>。

## 第二節 1919 年草案

上述の議論を経た上で、学者や実務家の代表から構成された大委員会によって 1913 年委員会草案が公にされたが、第一次世界大戦が勃発したことによって立法作業は一時的に

---

<sup>504</sup> Begründung GE, S. 48.

<sup>505</sup> Begründung GE, S. 49.

<sup>506</sup> Begründung GE, S. 46. 付言すれば、対案は因果関係の中断論を否定する帰結として、ビンディングと同様、過失犯に対する教唆を認めると述べている。Vgl. Begründung GE, S. 52 f.

<sup>507</sup> Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 343.

<sup>508</sup> 大野・共犯の従属性と独立性 96 頁参照。

中断してしまう。そしてその後、1913 年草案を基礎に<sup>509</sup>1919 年草案が新たに公表された<sup>510</sup>。この草案では、以下のような共犯規定が置かれていた<sup>511</sup>。

§26 Täter ist, wer eine Straftat selbst begeht.

Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder der nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.

Der mittelbare Täter wird als Täter bestraft.

(26 条 正犯とは、可罰的行為を自ら実行する者である。

間接正犯とは、犯行を自ら故意に実行しない、もしくは帰属能力のない者を通して可罰的行為が遂行されるよう故意に誘致する者である。たとえ、他人が実際には可罰的な行為を故意に実行し、また帰属能力があったと事後的に判明したとしても、間接正犯は存在する。

間接正犯は、正犯として処罰される)。

§28 Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat. Anstiftung liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit die Straftat nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war.

Der Anstifter wird gleich einem Täter bestraft.

(28 条 教唆者とは、故意に他人を、彼によって故意に実行される可罰的な行為へと決定づけた者である。たとえ、被教唆者が実際には可罰的な行為を故意に実行していなかった、もしくは帰属無能力であったと事後的に判明したとしても、教唆は存在する。

教唆者は、正犯と同様に処罰される。)

§29 Gehilfe ist, wer vorsätzlich einem anderen, der den Tatbestand eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verwirklicht hat, hierzu durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat. Ob der anderen das Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich

---

<sup>509</sup> 1919 年草案は、確かに 1913 年草案を基礎に立案されたものであるが、両者の共犯規定の文言が全く一致するわけではない。1913 年草案の共犯規定については、以下のものを参照されたい。Vgl. Entwurf der Strafrechtskommission, 1913, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt, §§33 ff., in: Entwürfe 1920, Erster Teil.

<sup>510</sup> 佐川・身分犯における正犯と共犯(2)89 頁、平野・ドイツ刑法の改正 273 頁、野澤・中止犯 322 頁以下を参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVI.

<sup>511</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Der Entwurf von 1919, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 6. Abschnitt: Täter und Teilnehmer, §§26 ff., S. 12 f., in: Entwürfe 1920, Zweiter Teil.

begeht und ob er zurechnungsfähig ist und ob der Gehilfe dies weiß, ist für die Strafbarkeit des Gehilfen ohne Bedeutung.

Der Gehilfe ist milder zu bestrafen als der Täter (§111).

(29 条 幫助者とは、重罪の構成要件もしくは故意の軽罪の構成要件を実現する他人に対して、そのために故意に助言もしくは行為を通じて援助を与えた者である。その他人が重罪もしくは軽罪を故意に実行したのか、もしくは彼が帰属能力を有していたのかどうか、そしてそれを幫助者が知っていたのかどうかは、幫助の可罰性にとって重要ではない。

幫助者は、正犯者よりも軽く処罰される(111 条)。)

§30 Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter, und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen. Doch kann die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters gemildert werden (§111).

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

(30 条 特別な身分もしくは関係が可罰性を基礎づけると法律が定める場合に、そのような事情が間接正犯や教唆者、幫助者になかったとしても、彼らは可罰的である。しかし、間接正犯と教唆者の刑罰は減輕されうる(111 条)。

特別な身分もしくは関係が刑罰を加重するもしくは減輕する、阻却すると法律が定める場合、それはその身分もしくは関係を有する正犯者もしくは共犯者に対してのみ妥当する。)

この 1919 年草案では、まず 26 条に直接正犯ならびに間接正犯、そして 27 条<sup>512</sup>に共同正犯の規定が置かれたという点で 1909 年の予備草案と大きく異なる。また、本草案でも教唆の手段については限定列举が付されていない(28 条)。さらに、30 条では刑罰を基礎づける特別な身分もしくは関係が<sup>513</sup>、31 条では過失的な関与<sup>514</sup>が新たに規定された。もっ

---

<sup>512</sup> 1919 年草案 27 条。Vgl. Der Entwurf von 1919, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 6. Abschnitt, §27 (S. 12 f.), in: Entwürfe 1920, Zweiter Teil.

§27 Mittäter ist, wer mit einem anderen den Vorsatz, gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht.

<sup>513</sup> この点について草案の理由書は、例えば非公務員は公務員犯罪の間接正犯になりうるのかなど、(現行法に規定を欠くがゆえに)これまで争いのあった問題をライヒ裁判所の判例にならい、間接正犯や教唆者、幫助者に当該身分もしくは関係が存しなくとも可罰的であるという形で決定しつつも、当該義務領域にない者にまで何の変更もなくそのままの刑罰威嚇を適用することは酷であるため、幫助減輕に従って間接正犯や教唆者も減輕されると説明した。Vgl. Denkschrift 1919, S. 46.

<sup>514</sup> 1919 年草案の 31 条。Vgl. Der Entwurf von 1919, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 6. Abschnitt, §31 (S. 13), in: Entwürfe 1920, Zweiter Teil.

とも、30 条に関して言えば、刑罰を基礎づける身分がないために直接正犯になれない者が、間接正犯にはなりうるという点で学説からの批判を浴びることとなった<sup>515</sup>。

ここで論じるべき最も重要な変更点は、28 条 1 項 2 文と 29 条 1 項 2 文である。すなわち、教唆者もしくは幫助者は、たとえ直接行為者が実際には 可罰的行為を故意に実行していなかった、もしくは帰属能力を有していなかったと事後的に判明した場合、現行法によれば、著しく法感情に反して不可罰となってしまうところ、本草案は上記規定を明文で設けることによって、そのような錯誤が背後者に存する場合であっても、背後者はなお教唆者もしくは幫助者として可罰的であるとした。ゆえに、この規定によれば、教唆および幫助の成立にとって正犯の責任能力や故意は必要条件と見做されないため、理由書は従属性原理を放棄したと宣言したのであった<sup>516</sup>。

またこれに対応して、間接正犯について規定された 26 条 1 項 2 文においても、直接行為者を道具だと信じていたが、実際には故意かつ有責に犯行を遂行していたという錯誤(つまり、背後者の主観的には間接正犯だったが、客観的には教唆犯であったという事例)の処理が明文で規定され、この場合にも背後者はなお間接正犯として可罰的であるとされた<sup>517</sup>。しかし、間接正犯の要件としては直接行為者の帰属無能力もしくは非故意を一旦は要求しておきながら、すぐさまそれを撤回している点で、概念形成における論理的要求を充たしていない<sup>518</sup>。しかも、26 条 1 項と 2 項によれば、間接正犯は被誘致者が非故意であろうがなかろうが、または帰属無能力者であろうがなかろうが成立することになるが、それでは教唆犯の成立に直接行為者の故意を要求する 28 条 1 項とも重なってしまう<sup>519</sup>。この点、理由書は主観説の立場から間接正犯と教唆犯の区別を説明したが<sup>520</sup>、学説からの批判にさらされることとなった<sup>521</sup>。

結局のところ、1919 年草案は、従来の間接正犯と教唆犯の区別に従って 26 条 1 項と 28 条 1 項に定義規定を設けつつ、直接行為者の故意・責任能力に関する背後者の錯誤というアクチュアルな問題に鑑みて、その解決のための規定をそれぞれ 2 項に設けたのだが、定義上の矛盾を生じさせてしまった。しかも、その後の草案と比較すれば明らかな通り、(故意を責任要素としたまま)制限従属形式を採用するならば、本来、2 項を設ける必要はないはずであるし、さらに 1 項の定義規定も見直しが必要となるはずであろう。ゆえに、1919

---

§31 Wenn mehrere mit- oder neben einander den Tatbestand einer strafbaren Handlung fahrlässig verwirklichen, so ist jeder als Täter strafbar.

<sup>515</sup> Vgl. *Gerland*, Kritische Bemerkungen, S. 35 ff.

<sup>516</sup> Denkschrift 1919, S. 42, auch S. 44 f., 45.

<sup>517</sup> Denkschrift 1919, S. 44.

<sup>518</sup> Vgl. *Beling*, Methodik, S. 165.

<sup>519</sup> Ebenda.

<sup>520</sup> Denkschrift 1919, S. 43, 45.

<sup>521</sup> 例えば、ヒッペルは、*animus auctoris* と *animus socii* の区別を示す実定法上の実質的メルクマールは存在しないのであるから、主観説は解釈学的に役に立たず、学説において支配的な客観説(実行行為による正犯と共犯の区別)の方が明確で納得しうるものであると論じた上で、確かに主観説は理由書の中に存するが、法律の中に客観説が(将来的にも)存するのだと主張した。Vgl. *Hippel*, ZStW 42, S. 533 f., 534.

年草案はいまだ極端従属形式から脱却しきれない中途半端さを露呈してしまったのではないだろうか<sup>522</sup>。

### 第三節 1925 年草案と 1927 年草案

上記の 1919 年草案と同時期に、オーストリーではドイツとの統一的な刑法典の創設が望ましいとの理解から、1922 年にはドイツの 1919 年草案に対するオーストリー対案が登場した<sup>523</sup>。もっとも、1919 年草案の 26 条(直接正犯・間接正犯)と 28 条(教唆者)は、1922 年オーストリー対案 27 条では発起者の名の下に規定されている<sup>524</sup>。その限りでは普通法時代の知的発起者論への回帰とも見受けられるが、それも 1919 年草案が解決に失敗した背後者の錯誤の問題に鑑みてのことであろうと考えられる。そして、さらに両草案を統合しようと試みて作成されたのが、1922 年のラートブルフ草案であった<sup>525</sup>。この草案は、当時の司法大臣であったグスタフ・ラートブルフが政府に提示したものであり、また彼自身による理由書が付された<sup>526</sup>。しかし、ラートブルフ草案は、彼に刑法改正作業を任命したヴィルト内閣が外交上の理由(第一次世界大戦の賠償金問題)により総辞職したこともあり、失敗に終わってしまう。

#### (一) 1925 年草案

その後、新たな内閣の下、後任のヤーリヒ・エミンガーと司法省事務次官クルト・ヨエルが改正作業を引き継ぎ、1924 年 11 月 17 日に『一般ドイツ刑法典の公式草案ならびに理由書』が公開された<sup>527</sup>。この 1925 年草案では——ラートブルフ草案のそれと同一文言であるが——以下のような共犯規定が置かれていた<sup>528</sup>。

---

<sup>522</sup> 佐伯・共犯理論の源流 19 頁参照。

<sup>523</sup> 佐川・身分犯における正犯と共犯(2)91 頁、平野・ドイツ刑法の改正 273 頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVII.

<sup>524</sup> 原文については、以下を参照されたい。Vgl. Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Erstens Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes von Jahren 1919, 1922, 5. Abschnitt: Teilnahme, §§27 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, 1. Abt., Bd. 1, S. 124.

<sup>525</sup> 佐川・身分犯における正犯と共犯(2)91 頁、平野・ドイツ刑法の改正 273 頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVIII.

<sup>526</sup> 後になって E. シュミットの解説を付して公刊された(*Dehler u. E. Schmidt*, Radbruchs Entwurf)。

なお、本草案の共犯規定については、以下を参照されたい。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1922, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§25 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 148.

<sup>527</sup> 野澤・中止犯 325 頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XX.

<sup>528</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Erster Teil, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§25 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 204.

§25 Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft.

(25 条 他人が可罰的な行為を遂行するよう故意に誘致した者は、教唆者として正犯と同様に処罰される。)

§26 Wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert, wird als Gehilfe gleich dem Täter bestraft; doch kann die Strafe gemildert werden (§72).

(26 条 他人をして可罰的な行為の遂行を故意に容易ならしめる者は、幫助者として正犯と同様に処罰される。ただし、その刑は減輕されうる(72 条)。)

§27 Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt.

(27 条 教唆者と幫助者の可罰性は、犯行を遂行した者の可罰性に左右されない。)

§28 Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und der Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen die Umstände beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden (§72).

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Täter, Anstifter oder Gehilfen, bei dem sie vorliegen.

(28 条 特別な身分や関係が犯行の可罰性を基礎づける場合、そのような事情が教唆者や幫助者もしくは正犯に存する以上、教唆者や幫助者は可罰的である。このような事情が教唆者にない場合、その刑は減輕されうる(72 条)。

特別な身分や関係が刑罰を加重し、減輕し、または阻却すると法律が定める場合、それは特別な身分や関係を有する正犯や教唆者、幫助者に対してのみ妥当する。)

まず 1925 年草案の理由書では、等価説に立脚する統一的正犯体系は、自然的観察方法と日常生活の実見に矛盾するという理由から排斥されており、また共犯規定は、各則構成要件に直接該当しない共同責任者にまで処罰を拡張するために必要であるとの見解、つまり限縮的正犯論に立脚することが明らかにされた<sup>529</sup>。

そして、このような本草案の共犯規定は、一瞥する限り、これまでの草案に比して非常に簡潔なものである。特に、1919 年草案には存在した直接正犯および共同正犯の規定は削除された。というのも、本草案の教唆犯規定(25 条)からは、「可罰的な行為を遂行する

---

<sup>529</sup> Begründung 1925, S. 265.



者」が正犯であることは明らかであり、また他人との共同という形であれ、可罰的な行為を遂行するという点で共同正犯も正犯なのであるから、わざわざ規定する必要はないと考えられたからである<sup>530</sup>。さらに、教唆犯規定における教唆手段の例示列举ならびに幫助犯規定における「助言もしくは行為を通して」という文言も削除された<sup>531</sup>。

最も指摘すべき変更点は、1925 年草案が——1919 年草案とは異なる形で、否、より徹底した形で——極端従属形式を放棄したことである。すなわち、本草案の理由書によると、直接行為者の帰属能力に関して発起者が錯誤にある事例の解決を図るため<sup>532</sup>、発起者の錯誤内容に着目した 1919 年草案とは異なり、27 条で教唆者および幫助者の可罰性の独立を規定し、そもそも「非教唆者」が責任能力者であるのか、また故意に行為するのか、またはこれらの諸要件を欠くのかについてもはや区別しないこととなった<sup>533</sup>。

そして草案は、極端従属形式を放棄し、直接行為者が責任なく行為する諸事例にまで教唆犯の概念を拡大することによって、従来の間接正犯論概念の大部分は無用になったと理由書は論じたのである<sup>534</sup>。残る問題は、いわゆる目的なき・身分なき故意ある道具を利用する間接正犯の事例であった。これに関しては、一方で目的犯の構成要件において第三者領得目的を新たに規定することで<sup>535</sup>、また他方で 28 条 1 項を通して、当該犯罪の可罰性を根拠づける(いわゆる真正身分犯における)身分が直接行為者自身になくとも、それを誘致する背後者に存在すれば、共犯の成立にとって十分であるとする事で、問題となる事例において背後者が当該犯罪の共犯(教唆)となることを可能にしたのであった<sup>536</sup>。

## (二) 1927 年草案

---

<sup>530</sup> Begründung 1925, S. 265. 付言すれば、草案は、例えば毒の入った食べ物を被害者に与える場合、被害者の行為は、自然的観察からすると、因果系列の重要でない一項にすぎないため、外部的な事実制限された純粹客観的な叙述では、背後者こそ構成要件該当的な活動の主体であると述べており、必ずしも正犯＝構成要件該当行為の直接の物理的実行とは考えていない。

<sup>531</sup> Begründung 1925, S. 266, 267.

<sup>532</sup> 付言すれば、公務員を通して公務員犯罪を実現する非公務員が、支配的な見解によれば、その峻厳さが公務という身分に基づくところの刑罰によって処罰されないままとなるのは不当であると述べられている。Vgl. Begründung 1925, S. 266.

<sup>533</sup> Begründung 1925, S. 266.

<sup>534</sup> Begründung 1925, S. 266 f.

<sup>535</sup> 1925 年草案 296 条参照。Vgl. Amtlicher Entwurf eines Allgemeine Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Erster Teil, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt, §296, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), *Quelle zur Reform*, Abt. 1, Bd. 1, S. 230.

<sup>536</sup> Begründung 1925, S. 267, auch S. 268. もっとも、草案の当該規定によって、「正犯なき共犯」が成立することとなる。例えば、郵便配達人が信書の開封を情を知る妻にさせた場合、妻は身分を欠くが故に当該犯罪の正犯とはならないにもかかわらず、郵便配達人のみ教唆となる。Vgl. *Gerland*, *Der Entwurf* 1925, S. 54.

次いで、この 1925 年草案はドイツ国参議院の合同委員会の審議と、同参議院の本会議審議を経た後、新たに 1927 年草案として編纂された<sup>537</sup>。この草案の共犯規定には、共同正犯の規定が追加されたほか、各規定の文言は 1925 年草案とほぼ一致しており、教唆犯は 1927 年草案 29 条に、幫助犯は 30 条に、共犯の可罰性の独立に関しては 31 条に、身分犯の共犯に関しては 32 条に規定された<sup>538</sup>。

### (三) 検討

1925 年草案と 1927 年草案は、共犯者の可罰性の独立、つまり正犯者の故意および責任能力は共犯の成立において必要条件ではないことを明文で規定し、極端従属形式を放棄することで、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤の問題の解決を図った。そして——目的なき・身分なき故意ある道具の事例を含め——従来の間接正犯概念を可能な限り不要なものにしようと試みた。しかし、間接正犯概念を否定的もしくは消極的に捉える諸草案の態度に対しては、学説からの批判が強かった<sup>539</sup>。

これらの草案は、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯を狭義の共犯に解消することを目論み、一方で目的なき故意ある道具の解決のため、1919 年草案と同様<sup>540</sup>、窃盗罪に新たに第三者領得目的を追加した。これについては、それほど大きな問題はないであろう<sup>541</sup>。

---

<sup>537</sup> 野澤・中止犯の理論構造 328 頁、佐川・身分犯における正犯と共犯(2)94 頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXI.

<sup>538</sup> Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Reichstagsvorlage vom 14. 5. 1927), Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§28 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 440.

付言すれば、1927 年草案の理由書は——1925 年草案のそれと異なり——いわゆる被害者利用の事例に関して「日常用語例はここでも何の問題もなく単純に「正犯」と述べるであろうが、そのような事例に対して「間接正犯」という表現を維持してもよい」とする。また別の箇所でも、教唆犯や幫助犯を他人の有責な行為の誘致もしくは援助に限らないとすることによって、間接正犯概念は「部分的に不要なものになった」とする(この点、1925 年草案は「完全に不要になった」と述べていた)。Vgl. Begründung, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 507.

もっとも、このような 1927 年草案の理由書の態度に対して、クラウスは正犯の本質に関する根本的な誤解を生じさせるものだとして批判した。Vgl. *Krauss*, Die mittelbare Täterschaft, S. 95 f.

<sup>539</sup> Vgl. *Drost*, ZStW 51, S. 370; *Wegner*, Teilnahme, S. 112, 117.

<sup>540</sup> Vgl. Der Entwurf von 1919, §359 (S.79), in: Entwürfe 1920, Zweiter Teil; Dazu eingehend *Bruns*, Der subjektive Tatbestand, S. 56 ff.

<sup>541</sup> もっとも、ツインマールは、第三者領得目的を規定した 1927 年草案に対し、『自ら若しくは第三者が利得する目的で』という言い回しによって、ゴルディオスの結び目は容易に叩き切られる。それによって意味のある取扱いは、そもそも排斥されてしまう。というのも、他人に利得させるという目的が自ら領得するという目的に対置されるのは、極めて稀な場合にしかないからである」と批判した上で、「他人の動産の奪取を通じてその他人の財産に損害を加える者は……処罰される。その犯行が領得目的(利得目的)で行われた場合、その刑は……」と規定することを提案した。Vgl. *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 139 u. S. 140.

しかし、他方で身分なき故意ある道具の事例の解決に関して 1925 年草案 28 条(1927 年草案 32 条)は、一方で行為者の特別な身分が当該行為の可罰性を基礎づける場合があることを認めつつも、他方で、直接行為者に当該身分がなくとも背後者にあれば、背後者は当該身分犯の共犯になると規定した点で大きなジレンマを抱えていた。つまり、前者の命題を認めるのであれば、後者の命題は否定されなければならない、両者は二律背反の関係に立つのである。しかも、後者の命題は、従来の極端従属形式を放棄して制限従属形式を採用したこととも相容れなかったのである<sup>542</sup>。

#### 第四節 ナチス期の諸草案

このような非難を学説から浴びながらも、その後、1927 年草案は参議院の本会議を経た上で、新たに創設された刑法委員会においてヴィルヘルム・カール議長の下で審議が進められた後、1930 年末に「一般ドイツ刑法典草案」の承認に関する提案(1930 年草案<sup>543</sup>)がドイツ国議会に出されたものの、ナチス党議員の反対やカール議長の死亡、さらには議会の解散によって改正作業は頓挫してしまう<sup>544</sup>。

その後、自由主義的・法治国家的なライヒ刑法典とこれまでの改正作業から国家社会主義的な世界観に合致した意思刑法への転換が宣言された<sup>545</sup>ナチ政権下において、1933 年の夏にライヒ司法省の担当官草案が作成され、9 月 25 日ラント司法省に送付された(1933 年担当官草案)<sup>546</sup>。この草案の 27 条 a には、直接正犯および間接正犯に関する規定が置かれており<sup>547</sup>、その限りで 1930 年草案からの脱却が図られた。

##### (一) 1936 年草案

そして、その後 1933 年担当官草案を下地に、1933 年 11 月に委員会における審議が開始された。その第一読会后、いくつかの下部委員会に審議結果が送付され、下部委員会からの提案を元に新たに法案が練り上げられた(1934 年草案<sup>548</sup>)。さらに、それがメツガーらに

---

<sup>542</sup> 大野・共犯の従属性と独立性 155 頁、佐伯・共犯理論の源流 65 頁参照。

<sup>543</sup> 1930 年草案の共犯規定については、以下を参照されたい。内容的には 1927 年草案を踏襲している。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (1930), Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 2, S. 205.

<sup>544</sup> 野澤・中止犯 331 頁以下、平野・ドイツ刑法の改正 274 頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXIII.

<sup>545</sup> Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S.346.

<sup>546</sup> 野澤・中止犯 332 頁。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXV.

<sup>547</sup> 1933 年草案 27 条 a. Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs 1933, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt, §27a, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 6.

§27a Täter ist, wer die Tat selbst ausführt. Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient und dabei weiß oder annimmt, daß der andere die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist (mittelbarer Täter).

<sup>548</sup> 1934 年草案の共犯規定については、以下を参照されたい。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1934, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission der

よって構成される下部委員会で審議され、1935 年 7 月にライヒ司法省が「刑法典草案」を提出した後、何度かの編集を受けた最終版が 1936 年 7 月に仕上がり、1936 年 12 月に内閣に提出された(1936 年草案)<sup>549</sup>。この草案には、以下のような共犯規定が置かれた<sup>550</sup>。

§4 Die Strafandrohung gilt dem, der schuldhaft die Tat selbst ausführt oder sie dadurch ausführt, daß er einen anderen für sich handeln läßt.

Sie gilt auch dem, der vorsätzlich als Anstifter oder Gehilfe an der Tat teilnimmt. Den Gehilfen kann der Richter milder bestrafen (§50).

(4 条 刑罰威嚇は、有責に犯行を自ら遂行するもしくは、他人を自らのために行為させることを通して犯行を遂行する者に対して妥当する。

故意に教唆者もしくは幫助者として犯行に関与する者にも刑罰威嚇は妥当する。

裁判官は、幫助者の刑を減輕することができる。)

§5 Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so kann der Richter die Strafe des Teilnehmers, bei dem sie nicht vorliegen, mildern (§50).

(5 条 複数人が犯行に関与した場合、いずれの者も他人の責任を顧慮することなく自らの責任に応じて可罰的である。

特別な身分もしくは関係は刑罰を加重もしくは減輕する、阻却すると法律が定める場合、それは特別な身分もしくは関係を有する正犯者もしくは共犯者に対してのみ妥当する。

特別な身分もしくは関係が可罰性を基礎づけると法律が定める場合、裁判官は、特別な身分もしくは関係を有しない共犯者の刑罰を減輕することができる(50 条)。)

この 1936 年草案に至るまでの間、一時期、統一的正犯論(および拡張的正犯論)とナチスの意思刑法思想の結びつきが存在した。すなわち、委員会での審議が開始されるよりも前に、1933 年 9 月に発表されたプロイセン司法省の覚書では、可罰的行為に対する一切の

---

Strafrechtskommission, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt: Täterschaft und Mitwirkung, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), *Quelle zur Reform*, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 88 f.

<sup>549</sup> 野澤・中止犯 332 頁以下参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, *Reform des Strafgesetzbuchs*, Bd. 1, S. XXVII f.

<sup>550</sup> 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Dezember 1936), Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt: Die Tat, §§4 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), *Quelle zur Reform*, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 410.

「共働」はすべて等しく国民共同体の脅威であるという理由から統一的正犯論が主張されており<sup>551</sup>、実際に委員会は当初、ノルウェーやイタリア(1930年刑法典)に倣った統一的正犯体系を採用することが意思刑法ドクトリンの学問的な貫徹であると考え、「関与」という単一の概念によってこれまでの正犯と共犯の区分を包含することを試みた。しかし、それではあまりにも粗雑で、実際の社会事実における種々の分化に適合しない等の理由から却けられた<sup>552</sup>。この点について本草案は、草案の課題は限縮的正犯論か拡張的正犯論かのいずれかを可能な限り一貫した形で法律上妥当させようと努力することではなく、国民感情を元にして法律を作り上げることであるとの理解から<sup>553</sup>、4条1項と2項で正犯と教唆、幫助という従来通りの概念区分を維持し、また同条3項では例外的に幫助の任意的減輕も認めつつ<sup>554</sup>、5条1項では意思刑法への轉換の帰結として関与者の可罰性の独立、つまり従属性の緩和を規定したのであった<sup>555</sup>。というのも、意思刑法思想からすると、行為者の犯罪的意思の強さおよび国民共同体に対する彼の態度こそが可罰性にとって決定的であり、刑法上の評価は個々人の意思の強さに関連づけられるからである<sup>556</sup>。

しかし、本草案では1925年草案や1927年草案と異なり、従属性を緩和した帰結として間接正犯の領域の縮小は意図されなかった。すなわち、意思刑法では行為者の意思方向が個別の正犯形式間の区別にとって決定的であるため、犯行を自らのものと意欲する者が、有責かつ故意に行為する他人を自らのために行為させることによって犯行を実行する場合も彼は正犯であり、それゆえ間接正犯の領域は現行法に比して拡大されると理由書は論じた<sup>557</sup>。それゆえ、1936年草案の理由書の立場(主観説)からすれば、身分なき故意ある道具は間接正犯の一事例として認められるし、また他方で窃盗罪に関しては第三者領得目的が追加されたため<sup>558</sup>、背後者における共犯の成立の余地が認められることとなろう。

---

<sup>551</sup> Vgl. *Kerrl*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 131. さらに、ドイツ法アカデミーの刑法部会中央委員会も上述のプロイセン司法省の見解への支持を表明していた。Vgl. *Freisler*, Denkschrift, S. 22 f.

<sup>552</sup> v. *Dohnanyi*, Täterschaft und Teilnahme, S. 99, 100.

<sup>553</sup> Begründung 1936, S. 12.

<sup>554</sup> 1933年11月15日付けの第一読会への提案においてメツガーは、幫助の必要的減輕を提案していたが受け入れてもらえず、結局のところ任意的減輕にとどまったことを吐露している。Vgl. *Mezger*, Anträge, S. 799.

<sup>555</sup> Vgl. Begründung 1936, S. 12. 5条3項に関して付言すると、第一読会の提案では、拡張的正犯概念を基礎に、可罰性を基礎づける身分は関与者の誰か一人にあれば足りるとの規定が提案されていたが、第二読会では修正された。修正の理由の解明等は、今後の課題とする。Vgl. v. *Dohnanyi*, Täterschaft und Teilnahme, S. 106 f., 116.

<sup>556</sup> Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 346 f.

<sup>557</sup> Begründung 1936, S. 12.

<sup>558</sup> 1936年草案454条参照。Vgl. Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Dezember 1936), §454, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 465. この点について、理由書は第三者領得目的を追加することによって、他人の者を奪取後すぐに第三者に渡す者も窃盗犯であるということを明らかにしたと述べている。Vgl. Begründung 1936, S. 281.

## (二) 1943 年刑法調整令

しかしながら、1936 年草案は実際に成立することではなく、1939 年末にヒトラーが「刑法典の可決は正規の立法の方法で実現されなければならないが、新たな刑法典にとっての時機が存在しているのかどうか疑わしい」と表明したことにより<sup>559</sup>、刑法典は全面改正ではなく、部分改正の途を進むこととなった。1943 年 5 月 29 日、旧ドイツ帝国とアルペン帝国大管区とドナウ帝国大管区の刑法の統一を目的とした刑法調整令

(*Strafrechtsangleichungs-verordnung*)<sup>560</sup>により、教唆犯規定の刑法 48 条の「可罰的な行為」という文言が「刑罰によって威嚇された行為」に置き換えられ、幫助犯規定の同 49 条の「重罪もしくは軽罪の実行のために」という文言が「重罪もしくは軽罪として、刑罰によって威嚇された行為の実行のために」と修正され、さらに新たに刑法 50 条 1 項には「複数人が犯行に関与する場合、みな他人の責任を顧慮することなく自らの責任に応じて可罰的となる」という規定が追加された<sup>561</sup>。こうして諸草案によって追求されてきた制限従属形式の導入は、刑法調整令による刑法典の部分改正によって遂に実現するに至ったのであった。

## 第五節 小括

以上、本節では 20 世紀初頭からのナチス期の諸草案までを詳細に検討し、それぞれの草案の特徴を明らかにしつつ、それぞれに抱えていた問題点を指摘した。諸草案における一貫した動向として析出されるのは、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤の問題の解決が、極端従属形式の放棄を含む様々な方法で図られたことである。最終的に 1943 年の刑法調整令によって制限従属形式が導入されたのだが<sup>562</sup>、これに対して制限従属形式は国家社会主義の産物であるとの批判もなされている。例えば、ヴァルター

---

<sup>559</sup> 野澤・中止犯 335 頁以下参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXI.

<sup>560</sup> *Mezger*, Deutsches Strafrecht N.F., Bd. 10, S. 116 ff.

<sup>561</sup> 大野・共犯の従属性と独立性 110 頁。Siehe auch *Poppe*, Akzessorietät, S. 348.

<sup>562</sup> 紙幅の都合上、本文では詳しく取り上げなかったが、すでにワイマール期の 1923 年 2 月 16 日の少年裁判法(JGG)では、教唆者や幫助者、犯人庇護者、故買者の可罰性は、14 歳以下の刑事未成年者の不可罰性を定めた 2 条と、不法の弁識に関する能力もしくはその弁識に従って行為する意思能力を欠く少年の処罰可能性の阻却を定めた 3 条に左右されないことが規定されていた。それゆえ、ライヒ刑法典 55 条(行為の実行の際に 12 歳に達しない者の不訴追)と 56 条(12 歳から 18 歳以下の時に可罰的行為を実行した者の不処罰)を——一身の刑罰阻却事由と捉えたライヒ裁判所と異なり——帰属無能力の各則と考える限り、帰属能力なき少年の犯行に対する共犯者は、その帰属無能力が JGG4 条に依拠する場合には可罰的と解されるため、その限りで(例外的に)制限従属形式が採用されたと考えられた。Vgl. damals *Conrad*, Die akzessorische Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft, S. 89; *E. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, S. 124 Fn. 1; *Mezger*, Lehrbuch, S. 450; neuerdings *Poppe*, Akzessorietät, S. 345 f.

なお、1923 年 JGG の歴史的沿革については、大塚絵理子「ドイツにおける少年参審制度の創設(1)(2・完)」一橋法学 14 巻 3 号(2015 年)1085 頁以下、15 巻 1 号(2016 年)309 頁以下を参照されたい。

は、制限従属形式を導入した立法者の意思が大きな役割を果たさない理由の一つとして、同形式が国家社会主義において導入されたことを挙げている<sup>563</sup>。

確かにナチスの意思刑法思想と制限従属形式は容易に結びつきうるものであったかもしれないが、1943年以前にも極端従属形式の放棄が試みられていたという事実や、戦後の連合国の管理委員会の法律によって数回にわたり従来のナチ刑事立法が廃止されたにもかかわらず、ファシスト的な性質をもたないとの理由からその後も存続したという事実<sup>564</sup>に鑑みるならば、正鵠を得た批判とは言えないであろう。ゆえに、制限従属形式はただナチス思想を理由に基礎づけられうるものではなく、ナチス期の立法者も単にそれまでの立法動向に従ったにすぎないと解される<sup>565</sup>。

もっとも、当時は以下のような批判がなされていた。例えば、ヴェルツェルは、1943年改正法の立法者は制限従属形式を熟慮しておらず、犯行決意＝故意の呼び起こしを教唆と定義するならば、故意なき者に対する教唆も成立するように読めてしまうため、自己矛盾を孕むと批判していた。それゆえ、(目的的行為論を基盤に)制限従属形式においても故意の正犯行為を共犯の前提にしつつ、その正犯行為が非難可能でないことを意味するにすぎないと捉えるべきだと主張していた<sup>566</sup>。しかし、そう解すると、直接行為者の故意に関する背後者の錯誤の問題(背後者の主観では教唆だが、客観的には間接正犯という錯誤)は制限従属形式では解決されず、いわゆる故意従属の問題を再び生じさせてしまうのである<sup>567</sup>。

また、諸草案(およびその理由書)の中では、1925年草案において初めて 目的なき・身分なき故意ある道具の問題が姿を現したことが確認された。それまでの草案(1909年予備草案や1919年草案)ではライヒ裁判所の主観的共犯論への賛同が示されていたことからすれば、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において背後者の正犯性と直接行為者の幫助の成立を認めることは、(ライヒ裁判所と同様)特段の支障はなかったと推論される。また1911年対案は主観説に立脚していないが、その広汎な正犯概念規定によって同様の帰結に達しうると考えられる。

この点、(次章以降で検討する)学説史と照らし合わせるならば、1925年草案(および1927年草案)は、間接正犯概念に対して消極的もしくは否定的な態度をとったブルンスやツィンマーの見解と密接に関係する。とりわけ、後述の通り、佐伯博士の見解に多くの影響を与えたブルンスの従属性説、つまり故意ある道具の事例において直接行為者に身分がなくとも背後者のそれが補完すると解する見解は、草案の身分犯の共犯の規定と制限従属形式の調和を図ろうとしたものであったと見られる。

さらに敷衍して言えば、制限従属形式を採れば、必然的に間接正犯概念が消滅するわけではない。確かに、1925年草案の理由書はそうように考えていたように見受けられるが、

<sup>563</sup> Walter, Der Kern des Strafrechts, S. 208.

<sup>564</sup> 大野・共犯の従属性と独立性 110 頁参照。

<sup>565</sup> Vgl. Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 352.

<sup>566</sup> Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme, S. 7; dagegen Oehler, Teilnahme, S. 258 f.

<sup>567</sup> 松宮・刑事立法と犯罪体系 223 頁以下参照。

1927 年草案の理由書は若干慎重な態度を見せ、被害者利用の事例では背後者を間接正犯と言ってもよいと述べていたし、また 1936 年草案も制限従属形式を採る帰結として間接正犯概念の論理必然的な消滅を想定していなかった。また、制限従属形式を導入することによって可能となる、責任能力なき・故意なき者に対する共犯と間接正犯概念との関係性も新たに問題となる。この点、両者は両立可能であるが、少なくとも限縮的正犯論に立つのであれば——共犯規定への該当可能性の検討が優先される拡張的正犯論と異なり——(間接)正犯の検討が優先されることになるであろうし、また——故意作為犯が刑法上の行為であると捉える目的的行為論とは異なり——体系上、故意・過失を責任の段階に位置づけつつ、制限従属形式を採用する限り、直接行為者の故意に関する背後者の錯誤(とくに背後者の主観では教唆だが、客観的には間接正犯という錯誤)の問題は解決されるであろう。



## 第二章 いわゆる限縮的正犯論内部の争い

本章では、目的なき・身分なき故意ある道具に関するライヒ裁判所の裁判例や立法動向の検討を踏まえて、諸学説における議論の考察を進めていく。1920年代末まで正犯論の主戦場は主観説と客観説の対立であったが<sup>568</sup>、いわゆる限縮的正犯論の思想内容はおおかた共有されていた<sup>569</sup>。そして、この限縮的正犯論の内部では——中断論もしくは遡及禁止論の賛否と対応する形で——目的なき・身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めるのかどうか争いがあったのである。以下では、それぞれに区分して考察していくこととする。

### 第一節 故意ある道具を認めない見解

本節では、故意ある道具を利用した間接正犯を認めず、問題となる事例を各論的に解決しようと試みた論者の見解を検討する。既に見た通り、故意ある道具を認めるライヒ裁判所の裁判例が19世紀終わりに登場した後、それに異を唱える見解も既に存在したが、具体的な代替案は示されていなかった。それが提示されるようになったのは、(おそらく囚人移送事件やゴムボール事件を経て)20世紀に入ってからのことであったと思われる。

以下で検討の対象とする論者は、いわゆる因果関係の中断論もしくは遡及禁止論の発想から間接正犯を根拠づけることで、原則的には故意ある道具を間接正犯の一事例として整序することに反対した(もっとも、以下で見る通り、身分なき故意ある道具に関するフランクの見解は毛色が異なるのだが)。

#### (一) ベーリングの見解 (1909年)

ベーリングはゴムボール事件に関連して、故意ある道具を認めるライヒ裁判所と学説を批判した<sup>570</sup>。そして、ベーリングは、「直接行為者を動機づける背後者は原則として直接的な答責を負担せず、むしろ中心的な答責は直接行為者の負担となる」という制定法の基本思想を確認し、背後者に中心的な責任を負わせるためには、直接行為者が真の中心的答責者、すなわち「犯行に自己の人格の烙印を押した者」ではないという証明<sup>571</sup>で足りると主張した<sup>572</sup>。従って、ベーリングは、他人の故意の正犯行為が介在した場合に、正犯としての結果の責任は背後者に遡及しないという意味での遡及禁止論の発想から間接正犯の

<sup>568</sup> Vgl. Lony, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, S. 1 f.

<sup>569</sup> Siehe z. B. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, §50 (S. 421), §54 (S. 455), usw.; *M. E. Mayer*, Lehrbuch, S. 374.

<sup>570</sup> 彼の批判の内容は既に本稿のはしがきで触れているので、そちらを参照されたい。

<sup>571</sup> そのような証明が為される場合として、直接行為者が責任なき者、もしくは拘束されている、自身が何を惹き起こすかについての(故意を阻却する)不認識にある場合が挙げられている。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 599.

<sup>572</sup> *Beling*, ZStW 28, S. 597 u. 598.

存在を認めたと見られる<sup>573</sup>。逆に言えば、自己答責原理に基づいて間接正犯を基礎づけたと言えよう<sup>574</sup>。それゆえ、目的なき故意ある道具を間接正犯の一事例として認めることは否定される。

さらに、ベーリングは、直接行為者を正犯、背後者を共犯と評価することも否定した。すなわち、目的なき故意ある道具の事例において、情を知って犯行に出た直接行為者は、当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠いていたとしても——背後者の目的を知っていたか否かに左右されることなく<sup>575</sup>——「中心的答責者」であり、可罰的な正犯行為を欠く以上、背後者も不可罰となる<sup>576</sup>。

それでは一体どのように解決すべきなのかと言え、ベーリングは、直接行為者の奪取行為を事後の領得行為の予備行為と評価する。つまり、背後者が目的としたことの実行、例えばライヒ刑法典 242 条の事例では、ライヒ刑法典 246 条<sup>577</sup>の意味での物の領得の際、直接行為者が背後者の目的を知っていたという限りで、横領罪<sup>578</sup>の幫助として現れると結論づけた<sup>579</sup>。

このようにベーリングは、目的なき故意ある道具の事例における背後者を横領罪、直接行為者をその幫助と評価した。確かにこのような解決に違和感は否めないであろうが、ここでは自己領得目的しか規定されていなかった当時の窃盗罪の問題が露わとなっている。しかも、ゴムボール事件では、実際に W は物を奪取せず未遂に終わっていることに鑑みれば、この場合に背後者は何も領得していない以上、ベーリング説が援用できるのか疑わしい<sup>580</sup>。

---

<sup>573</sup> ゆえに、ベーリングは中断論から間接正犯を根拠づけたとする大塚・間接正犯 149 頁は誤りである(ベーリング自身、現行法の教唆犯の規定において採用されている中断論のドグマに固執するならば……と譲歩的に論じている。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 594)。

また、フランクの遡及禁止論との相違については後述するが、既にこの時点でベーリングは、フランクの心理的に媒介された因果性はあまりに広すぎると批判していた。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 598 Fn. 6.

さらに、ベーリング以前に遡及禁止論の発想から間接正犯を説明したのは、W. ミッターマイヤーであった。Vgl. *W. Mittermaier*, ZStW 21, S. 243 u. S. 244.

<sup>574</sup> 付言すれば、レンツィコフスキーは自律性原理に基づく間接正犯論を説明する際、ベーリングを引用している。Vgl. *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, S. 73, Fn. 90.

<sup>575</sup> ベーリングは当該目的を正犯のメルクマールと考えていることが窺えよう。Siehe auch *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 235.

<sup>576</sup> *Beling*, ZStW 28, S. 600.

<sup>577</sup> ライヒ刑法典 246 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §246 (S. 53).

他人が占有する、もしくは所有するところの動産を自ら違法に領得する者は、横領を理由に三年以下の軽懲役に処せられる。物が彼に委託されている場合、五年以下の軽懲役に処せられる。

また減輕事由が存する場合、三百ターラー以下の罰金刑が言い渡されうる。

<sup>578</sup> 日本刑法の遺失物横領罪(刑法 254 条)に対応する。

<sup>579</sup> *Beling*, ZStW 28, S. 602 f.; siehe auch *Hirsch*, Über den Unterschied, S. 41 f. もっとも、ベーリングは立法論として共犯の従属性を緩和する解決に言及している。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 604 Fn. 15.

<sup>580</sup> 他方で、身分なき故意ある道具の事例に関するベーリングの見解をはっきりと確認することはできないが、刑法 331 条以下の公務員という属性などの一身専属的な身分を要求する諸構成要件においては、そ

## (二) フレーゲンハイマーの見解 (1913 年)

フレーゲンハイマーも目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として否定した上で、前者の事例の解決策としてベーリングの見解を支持し、また後者の事例についても解決策を明示した。

フレーゲンハイマーによれば、正犯とは、自身によって把握された意思決定を自ら外界で実現する者だけだとされるが、教唆犯の事例と間接正犯の事例では法益侵害へと至る危険状態が異なるという「特別な内在的正当化」を経て、間接正犯の正犯性が根拠づけられる<sup>581</sup>。より詳しく言えば、間接正犯の場合、精神病者や錯誤者は、自らが何を為すのか正しく認識できないまま犯行に出ているのに対し、責任能力者である被教唆者は自らを制御しうるのであり、事態をはっきり見通して犯行に出ているという相違を前提に、生活の観念によれば、間接正犯の場合、被利用者の活動は道具と同様であるため、決定者の答責は第一位に移り、そして彼に帰属されるのである<sup>582</sup>。ここでは直接行為者の(法益侵害に対する)危険状態の相違が強調されているが、それは直接行為者が自由な意思決定主体か否かという相違が暗黙の前提にされていることが窺えよう。ゆえに、フレーゲンハイマーの見解も間接正犯と教唆犯との間の原理的な区別に忠実であった。

それゆえ、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは否定された<sup>583</sup>。そしてその代替案として、目的なき故意ある道具については、既述の通り、直接行為者の奪取行為は事後の横領行為にとって予備行為であるとの前提の下、背後者を横領罪、直接行為者をその幫助と評価するベーリング説がはっきりと支持された<sup>584</sup>。

他方、公務員が公文書の虚偽作成を、虚偽性を認識する非公務員によって遂行させる(虚偽公文書作成罪(ライヒ刑法典 348 条))という身分なき故意ある道具の事例については、非公務員が文書の内容を書き、そして公務員が署名・押印する場合と、非公務員が文書の内容も書き、さらに公務員の名前で署名・押印する場合が区分された<sup>585</sup>。前者の場合、公務員には補助人を利用して文書の内容を書くことが許されているため、非公務員の活動は法的に些細だが、虚偽の内容であると知って署名・押印する公務員の活動こそが問題であるため、彼は自ら直接にライヒ刑法典 348 条により可罰的となり、非公務員はその幫助となる。これに対して、後者の場合、公務員は、非公務員の作成行為に介入して訂正する義務を怠ったことを理由に、

---

の身分は転用可能なものではないため、それを持たない *extraneus* は当該構成要件を充足できず、また間接正犯という形で実行される場合にはその正犯者自身に身分が存しなければならないと論じられている。

Vgl. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S.239; siehe auch ders., ZStW 28, S. 599 Fn. 7.

<sup>581</sup> *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 38 u. S. 40.

<sup>582</sup> *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 42 f.

<sup>583</sup> この事例における狭義の共犯の成立も否定されている。Vgl. *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 46.

<sup>584</sup> *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 52 f.

<sup>585</sup> *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 66 f.

ライヒ刑法典 348 条の不作为の正犯、非公務員はその幫助となる<sup>586</sup>。従って、いずれの事例についても、端的に背後者(身分者)を当該犯罪の直接正犯とする解決が示されたのである。

しかし、フレーゲンハイマーの見解も問題を抱えていた。目的なき故意ある道具についてはベーリングの見解と同様の問題が指摘されるが、これに対して身分なき故意ある道具の事例において不作为の直接正犯が認められている点が問題となる。すなわち、積極的な共犯行為に対して作為が認められるべきところで不作为が語られているというすり替えが存在するのである<sup>587</sup>。より踏み込んで言えば、このような理解に従う限り、公務員が虚偽の公文書の作成を非公務員に指示を出し、公印を渡すという本来非難されるべき作為が、不作为の先行行為としか評価されないという問題を孕んでいたのである。

### (三) ヴァッフエンフェルトの見解 (1914 年、1919 年)

第三に検討するヴァッフエンフェルトは、犯行を実行するところの正犯は犯罪的な活動の遂行により結果に対する原因を設定する者であるのに対して、共犯とは正犯の犯行に寄与し、結果に対する一成立条件を創出する者であるという基本的理解を前提に<sup>588</sup>、因果関係の中断論に基づき、直接行為者が自由な意思決定を為して犯行に出なかった場合、因果関係は中断されず、背後者が原因設定者、つまり(間接)正犯となると考えた<sup>589</sup>。それゆえ、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは否定された<sup>590</sup>。

このようなヴァッフエンフェルトの間接正犯論はビルクマイヤーのそれ<sup>591</sup>に酷似しているが、故意ある道具の問題に対して具体的な解決を示したという点ではビルクマイヤーの見解をより一歩進めたと評価しうる。

目的なき故意ある道具の事例に関しては、ライヒ刑法典 242 条の「領得」とはその物について所有権者と同様の支配を得ることであるから、自ら奪取した物をさらに与えることは贈与類似行為であり、その際に自己領得目的が認められる、つまり第三者領得は常に自己領得を前提としていると理解された<sup>592</sup>。従って、問題となる事例では、直接行為者は窃盜正

---

<sup>586</sup> *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 67 u. S. 68.

<sup>587</sup> Vgl. *Lotz*, Werkzeug, S. 573. 松生・身分なき故意ある道具 467 頁も参照されたい。

<sup>588</sup> *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 187 f.

<sup>589</sup> *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 195. 付言すれば、間接正犯の類型として 1) 責任無能力者もしくは幼児を利用する場合、2) 欺罔された、もしくは強制された責任能力者を利用する場合が挙げられている。Vgl. a. a. O., S. 195 ff.

<sup>590</sup> *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 197; siehe auch ders., ZStW 40, S. 148. 付言すると、論文の方では、故意ある道具の事例における直接行為者と背後者の関係性は典型的な間接正犯の事例のような従属関係ではなく、並列関係であるとも指摘されており、この点は後述する彼の共同正犯説と関係すると見受けられる。Vgl. *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 151.

<sup>591</sup> この点については、本稿の第一部第六章第二節(四)を参照。

<sup>592</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 323 u. S. 324. 付言すれば、ヴァッフエンフェルトは、第三者領得目的が草案の段階では存在したが最終的には削除されたという立法過程を引き合いに出すことで、自らの理解は

犯、背後者はその教唆と解された<sup>593</sup>。

しかし、このように解すれば、すぐ隣にいる第三者のために棚から物を盗み出す者や、農夫の言いつけで他人のニワトリを農夫の庭に追いやる下男には、一旦自己領得する行為が認められないとの批判を受けたため<sup>594</sup>、ヴァッフエンフェルトは——事実認定にも依るが、直接行為者に自己領得目的がない事例はほとんどないであろうとの留保を付しつつ<sup>595</sup>——直接行為者に自己領得目的が認められない場合には、背後者が横領罪の正犯、直接行為者はその幫助となることを認めたのであった<sup>596</sup>。

他方、身分なき故意ある道具の事例に関してヴァッフエンフェルトは、真正身分犯ではその刑罰威嚇は公務員のみに向けられている以上、非公務員は当該犯罪の教唆や幫助にしかなりえないとしつつも、問題となる事例において公務員と非公務員は外見的には共同正犯の形で活動していると捉えた。このような理解の前提として、公務員が非公務員を決定づけた時点に実行の着手が求められ、それによって公務員も実行行為を分担していると考えられていた<sup>597</sup>。

より具体的に言えば、ライヒ刑法典 331 条の収賄の要求行為<sup>598</sup>が問題となる事例において、公務員 Z が相手方 Y に対して自己の職務の対価を要求することを非公務員 X に任せた場合、X と Z の共働を通じて初めて Y への要求が実現するという点で、両者は共同正犯という形態で行為しているが、X は正犯として処罰されえないため、この共同正犯は(法的には意味のない)事実上の意味しか有さず、X は公務員の犯行への可罰的な幫助になる<sup>599</sup>。

さらに、公務員が、全てを知る書記係(非公務員)に虚偽の文書内容の作成も署名も押印もさせたという公文書虚偽作成罪(ライヒ刑法典刑法 348 条)の事例でも、公務員は書記係に虚偽内容に関する指示を与えている点に実行の着手が認められ、相手方に到達して欺罔されうる状態になって既遂となるまでの間、公務員は職務により、また非公務員は自らの故意の記入行為により生じた義務(例えば、書かれたものを抹消する義務や、役所から文書が出ることを阻止する義務)を懈怠したという点で、両者はライヒ刑法典 348 条の共同正犯となるが、書記係については公務員犯罪の幫助とともにライヒ刑法典 267 条の文書偽造罪が成立し、観念的競

---

立法者の意思に沿うものであると主張した。Vgl. ders., ZStW 40, S. 325 u. Fn. 71. なお、立法過程の議論に関しては、さしあたり vgl. *Goltdammer*, Materialien II, S. 467.

<sup>593</sup> *Wachenfeld*, Das Strafrecht, S. 272; ders., Lehrbuch, S. 197; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8-10. Aufl., 1911, S. 87.

<sup>594</sup> Vgl. *Hergt*, Die Lehre von der Teilnahme, S. 152; *Meyer/Allfeld*, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 237; *Beling*, ZStW 28, S. 591.

<sup>595</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 328.

<sup>596</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 327 f.

<sup>597</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 333.

<sup>598</sup> ライヒ刑法典 331 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich, §331 (S. 73).

自己の公務に関係する、それ自体として義務違反でない行為に対して対価もしくは利益を受け取る又は要求する、約束させる公務員は、罰金もしくは六月以下の軽懲役に処せられる。

<sup>599</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 334 u. S. 340.

合になる<sup>600</sup>。

以上見てきた通り、ヴァッフエンフェルトは中断論に依拠して、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と捉えることに反対し、別の解決策を示そうと試みた。とくに身分なき故意ある道具の事例に関しては、身分を正犯メルクマールと考えつつ、(事実的な)共同正犯を想定した上で、非公務員は幫助として処罰されるという独特の見解が主張されており、一考に値するであろう。しかし、垂直関係の共同正犯に対するありうべき批判<sup>601</sup>は措くとしても、非公務員は公務員との間で事実上の共同正犯であると一旦評価しておきながら、その後に改めて非公務員を幫助と評価することは——故意ある道具を利用した間接正犯を認める通説と同じ帰結を導こうとしたのか——技巧的にすぎ、事案の処理として煩わしいであろう。また、非公務員に対する公務員の表明行為に実行の着手を認め、公務員による実行行為の分担を見出すという「強引な概念操作」<sup>602</sup>ゆえに、実行の着手が背後者の表明行為の段階に認められない場合、実行行為の分担も認められず、共同正犯は成立しえないという限界が存在したのである<sup>603</sup>。

#### (四) フランクの見解 (1931 年)

最後に検討するフランク<sup>604</sup>は、結果に対して条件を与えたという限りで正犯と共犯は異なるところがないとしつつ<sup>605</sup>、両者を客観的に区別し、結果犯における正犯者は物理的な因果関係(物理的に媒介された因果)を経て結果を惹起した原因設定者であるのに対し、共犯者は心理的な因果関係(心理的に媒介された因果)を経て結果を惹起した単なる条件設定者にすぎないと捉えた<sup>606</sup>。これを踏まえてフランクは、「自由かつ意識的に(故意かつ有責的に)結果の惹起に向けられた条件の前条件は原因ではない」という遡及禁止論の見地から<sup>607</sup>、直接行為者の意思が自由でないか、もしくは意識的(故意かつ有責的)でない場合、その直接行為者の設定した結果に対する条件を原因と捉えず、背後者を原因設定者、すなわち(間接)正犯と評価した<sup>608</sup>。

---

<sup>600</sup> *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 336 f.

<sup>601</sup> これは、組織支配に基づく間接正犯の代わりに共同正犯を認めるべきとする見解に対する批判である。Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 745; siehe auch *Bloy*, GA 1996, S. 440.

<sup>602</sup> 松生・身分なき故意ある道具 461 頁参照。

<sup>603</sup> この点は、実は論者自身が認めていた。Vgl. *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 334.

<sup>604</sup> ヴァッフエンフェルトによると、フランクは故意ある道具を利用する間接正犯を認める論者として挙げられている。Vgl. *Wachenfeld*, ZStW 40, S. 32.

<sup>605</sup> *Frank*, StGB, 18. Aufl., 1931, S. 102.

<sup>606</sup> *Frank*, StGB, 18. Aufl., S. 104.

<sup>607</sup> *Frank*, StGB, 18. Aufl., S. 14. 付言すると、フランクは、既にコンメンタールの第一版において中断論という表現はあまり好ましくないと述べていた。Vgl. *ders.*, StGB, 1. Aufl., S. 12.

<sup>608</sup> *Frank*, StGB, 18. Aufl., S. 104. もっとも、フランクは挙動犯においては間接正犯の成立を認めない点に注意が必要である。Vgl. *ders.*, StGB, 18. Aufl., S. 106 u. S. 109.

その上で窃盗罪に関連する目的なき故意ある道具に関しては、第三者領得も自己領得を前提とすると考えるならば、直接行為者は窃盗罪の正犯、背後者はその教唆となるが、第三者領得は自己領得と別物であるという有力説に従うならば、背後者を横領罪の正犯、直接行為者をその幫助と捉えることが論理的に望ましいと論じるにとどまった<sup>609</sup>。

他方、身分なき故意ある道具については、虚偽公文書作成罪(ライヒ刑法典刑法 348 条)の事例が挙げられ、この場合に直接行為者は公務員という身分を欠くため、完全な犯罪故意(Deliktsvorsatz)を持ち得ないことから、故意なき者を利用した間接正犯の一事例として整序された<sup>610</sup>。もっとも、フランクは「他の諸事例では、制定法の文言が、構成要件的行為をもまさに背後者の一身において充足するものと看做すことを許容している。つまり、収賄を含んだ要求を、情を知る私人に伝達させる公務員は自ら「要求」している」<sup>611</sup>と述べており、構成要件の解釈上、直接的に活動しなかった背後者でも直接正犯となりうることを認めていたのである。

以上のようにフランクは、遡及禁止論に立脚した間接正犯論を示しながらも、身分なき故意ある道具の事例は「故意」なき者の利用であると捉えていた。そこに言う「故意」には、単なる事実の認識ではなく、行為者が身分者として振舞うことも含んでいる。より端的に言えば、*dolos* ではなく、*Vorsatz* の存在を問題にしたのである。その限りでフランクが定義する遡及禁止論に確かに抵触しないが、情を知り、自由な意思決定で犯行に出た者をも間接正犯の「道具」と評価してよいのかという本質的な問題が等閑視されていたのである(ゆえに、このように考える限りで、ベーリングの叙述から読み取られる遡及禁止論的な発想とフランクの遡及禁止論には相違があるものと理解される)。

付言すれば、賄賂の要求罪に関する身分なき故意ある道具の事例において背後者を直接正犯であると解するならば、それは遡及禁止論とどのような関係に立つのかという点は明らかにされていなかった。その解明は、ロクシン以降に展開される義務犯論まで待たねばならなかった(第二部第五章第二節参照)。

## (五) まとめ

以上において検討した通り、ベーリングらは間接正犯と教唆犯との間の原理的な区分を維持し、間接正犯を中断論もしくは遡及禁止論によって根拠づけたため、各則構成要件の特色に鑑みて故意ある道具の問題を解決しようと試みた。その点で、彼らの見解は示唆に富むものであった。

いずれの見解も目的なき故意ある道具については、背後者を横領正犯、直接行為者をその幫助とする解決を示していた。その背景には、第三者領得目的は自己領得目的を前提と

<sup>609</sup> Frank, StGB, 18. Aufl., S. 107.

<sup>610</sup> Frank, StGB, 18. Aufl., S. 108. そこではリスト=シュミットの見解とウェグナーの見解が最も魅力的であるとされている。前者については後述するが、後者についてさしあたり以下を参照されたい。Vgl. Wegner, Teilnahme, S. 115.

<sup>611</sup> Frank, StGB, 18. Aufl., S. 108.

するという解釈が、(実際の事案とは異なるものの)ガチョウ小屋事例では直接行為者は一旦自ら領得することなく背後者に物を渡しているため、援用できないという事情があった。しかし、この見解では奪取に存する犯行の不法モーメントは把握されず、可罰性の範囲は著しく制約されることとなる<sup>612</sup>。また、既に指摘した通り、直接行為者の行為が未遂に終わった場合、この見解は援用しえないという難点を抱えていた。それゆえ、この見解は第三者領得目的が追加的に規定されるまでの暫定的措置にすぎなかった<sup>613</sup>。

また、身分なき故意ある道具に関しても、各論者の苦心が垣間見える。とくにフレーゲンハイマーとフランクは——もちろん、問題となる構成要件(虚偽公文書作成罪や賄賂の要求罪)との関係で——背後者を直接正犯とする説を主張していたことに注目されよう。これに対してヴァッフエンフェルトは、身分者と非身分者は一旦「共同正犯」とであると認定された後、非身分者だけ身分の不存在を理由に幫助に格下げするという技巧的な見解を主張していた(もっとも、公務員という身分をあくまで一身専属的な正犯メルクマールと捉えていた点では日本の(共謀)共同正犯説と大きく異なっていた)。

## 第二節 故意ある道具を認める見解

本節では、間接正犯の一事例として目的なき・身分なき故意ある道具の利用を認める論者の見解を検討していく。彼らは、既に検討したベーリングらと異なり、中断論もしくは遡及禁止論に対して否定的であるという共通項を有していた。

### (一) リストの見解 (1899 年他)

リストは客観説の立場にありながら故意ある道具を認めた点で、「根本的にその客観主義的な出発点を手放してしまっている」と批判されていた<sup>614</sup>。

リストは教科書の第九版(1899 年)において、「共犯と異なり、刑法上重要な結果の(直接的もしくは間接的な)惹起ないしは不阻止」である正犯者には二種類あり、「犯罪行為を単独で実行する、つまり犯罪の法定構成要件を単独で実現する」者と——実定法上の共犯の概念による重要な制約を受けることを前提に——「他の人間を(場合によっては被害者自身を)道具として利用する者」が存在することを認めていた<sup>615</sup>。その叙述から明らかな通り、彼によれば、間接正犯は教唆との関係で定義される。つまり、「故意の作為に対する故意の教唆もしくは故意の幫助においては、正犯の犯行を通じた因果関係の中断が認められる」<sup>616</sup>という因果関係の中断論の観点からすれば、その中断が認められないところで間接正犯が認められることと

<sup>612</sup> Vgl. *Gallas*, *Materialien* I, S. 135 f.; siehe auch *Roxin*, *Tatherrschaft*, S. 751.

<sup>613</sup> しかしながら、周知の通り、第三者領得が規定されるに至ったのは 1998 年になってからのことであった。それまでの間、背後者を横領、直接行為者をその幫助と評価する論者は散見された。Vgl. *Lotz*, *Werkzeug*, S. 104 ff.

<sup>614</sup> Vgl. *Beling*, *ZStW*, S. 596 f.

<sup>615</sup> v. *Liszt*, *Lehrbuch*, 9. Aufl., S. 220.

<sup>616</sup> v. *Liszt*, *Lehrbuch*, 9. Aufl., S. 123.



なる。

ところが、このような間接正犯論を打ち立てたにもかかわらず、リストは間接正犯の事例として、帰属能力のない者を利用する場合と強要による場合、被利用者が故意なく行為する場合と並んで、目的なき故意ある道具の場合、つまり(例えば、窃盗の領得目的のように)特定の目的を直接行為者は有していないが、背後者は有している場合を(その理由を詳らかにすることなく)挙げたのである<sup>617</sup>。

しかし、一方で中断論による間接正犯論を打ち立てつつ、他方で目的なき故意ある道具を認めるリストの態度は、明らかに矛盾である<sup>618</sup>。この点につき、決定論者(Determinist)であったリストからすれば、行為者は行為の時点で決定されているため、意思自由に基づく中断論は本来これに矛盾するけれども、現行法(ライヒ刑法典刑法 48 条)との関係でやむを得ず中断論を認めたのではないかとの分析も存在する<sup>619</sup>。意思自由論と中断論が必然的に結びつくという理解にはやや躊躇を覚えるが<sup>620</sup>、確かにリストは既に教科書の初版で中断論について、「通常理解から遠くかけ離れた見解は実定法に依拠している」とコメントしており、消極的肯定の立場を窺わせていた<sup>621</sup>。また、IKV の設立者の一人であるリストは、1895 年のリンツ大会において統一的正犯論への支持を表明し、教唆犯を狭義の共犯に位置づけることに反対していたという事実<sup>622</sup>も併せて考慮するならば、リストにとって故意ある道具を認めるという、中断論に抵触する帰結はむしろ好ましいものであり、またそれが弟子の E. シュミットの拡張的正犯論に受け継がれたと見ることもできよう。

## (二) ビンディングの見解 (1907 年他)

間接正犯という用語を教唆犯と区別される形で初めて用いた人物であるビンディング<sup>623</sup>は教科書の第六版(1902 年)まで、制定法上の関与形態の三分区(正犯・教唆・幫助)を認めつつも、三つの関与形態の上位概念として、発起者と幫助者の二区分を想定していた。すなわち、発起者とは犯罪を自ら意思面と行為面に従って結果を惹き起こした者、つまり犯罪的な結果について原因を設定した者であるのに対して、幫助者とは他人の犯罪に援助

---

<sup>617</sup> v. Liszt, *Lehrbuch*, 9. Aufl., S. 220 f. 付言すれば、第九版では上述の囚人移送事件に若干触れるにとどまっている。また 1905 年の第十四・十五版で初めて身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として説明した。Vgl. v. Liszt, *Lehrbuch*, 14 u. 15. Aufl., S. 221.

<sup>618</sup> Vgl. *Beling*, ZStW, S. 594; *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug, S. 36 f.

<sup>619</sup> Vgl. *Ling*, Unterbrechung, S. 87 ff.

<sup>620</sup> 遡及禁止論および因果関係の中断論は意思自由論と結びつくものであるから妥当でないという主張(長井・交通刑法 264 頁)に対して、正当にも島田教授は「遡及禁止論が問題としているのは……一般的な経験的意思自由ではなく、具体的な行為がその人の所産といえるかという意味での自由、つまりいわゆる決定論者も前提としている「自由」である」と反論されている。島田・基礎理論 90 頁以下参照。

<sup>621</sup> v. Liszt, *Lehrbuch*, 1. Aufl., S. 147, Fn. 2.

<sup>622</sup> Vgl. *Rotsch*, Einheitstäterschaft, S. 20, 43 f. 併せて高橋・共犯体系 8 頁以下も参照。

<sup>623</sup> ライヒ刑法典制定前後のビンディングの見解については、本稿の第一部第六章第一節(二)を参照。

となる手を差し伸べた者であると捉えられた<sup>624</sup>。そして、発起者は普通法時代のそれと同様、物理的発起者と知的発起者に区分されていた<sup>625</sup>。

この知的発起者の内部で、間接正犯と教唆犯の区別は以下の点に見出された。すなわち、「教唆者によって決定づけられた者は自ら犯罪的に、つまり正犯として行為していなければならないが、これに対して単独正犯の道具は、常にではないが、通常は責任を欠いており、少なくとも正犯ではない。区別のメルクマールは……専ら、犯罪の決意の遂行へと決定づけられた人格に責任があるのかないのか、つまり正犯なのか非正犯なのかという点に存する」と<sup>626</sup>。ゆえに、この時点でのビンディングの見解では、間接正犯の道具に関して基本的に<sup>627</sup>無責任であることが要求されるため、故意ある道具の利用は間接正犯の一事例として認められないと解しうるであろう<sup>628</sup>。

ところが、ビンディングは1907年の教科書の第七版<sup>629</sup>以降、見解を大きく変更した。すなわち、正犯と幫助者という関与類型の二区分を出発点にしつつも、自手犯<sup>630</sup>において正犯に適さない者が正犯に適する者を当該犯罪に決定づける場合や、身分犯において非身分者が行為能力なき身分者を当該犯罪に決定づける場合、背後者は結果との間に因果関係があるにもかかわらず不可罰となってしまうため、それを避けるべく、可罰性が正犯よりも軽く、幫助者よりも重い「発起者」という概念を——普通法時代とは異なった意味で——新たに置いたのである<sup>631</sup>。このような構想の中、「不運な中間的存在(unglückseligen Zwittergeschöpf)」と称される教唆犯は、その大部分が間接正犯に、一部が発起者に整序されることでその適用領域は大幅に縮小されることとなった<sup>632</sup>。

---

<sup>624</sup> *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 134 f.

<sup>625</sup> Vgl. *Bolowich*, Urheberschaft, S. 201.

<sup>626</sup> *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 137.

<sup>627</sup> いわゆる過失による教唆を正犯の一事例に数えている点は例外であると考えられる。Vgl. *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 135.

<sup>628</sup> もっとも、間接正犯の事例において道具が幫助者と評価されることは認めている。Vgl. *Binding*, Grundriss, 6. Aufl., S. 137 Fn. 1.

<sup>629</sup> 教科書の第七版(1907年)と第八版(1913年)の間に内容上の変更はないので、以下では第八版を引用している。

<sup>630</sup> ヤコブスによると、自手犯とはビンディング以来そのように呼ばれているとされる。Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/19. 近時の自手犯に関する研究として、Vgl. *Fuhrmann*, Das Begehen der Straftat.

<sup>631</sup> *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., 1913, S. 147 f. もちろん、そのような事例(例えば、枉法罪、軍刑法上の逃亡罪、近親相姦罪、偽証罪)では、間接正犯は成立しえないことが前提となっている。Vgl. *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 146.

付言すると、正犯と発起者の相違は意思内容に見出される。すなわち、正犯者は自己の意思の実現として犯行を意欲しており、他方で発起者は他者の意思の実現として犯行を意欲しているとされる。Vgl. *Binding*, Die drei Grundformen, S. 321. その点をもってして F. C. シュレーダーは、ビンディングの見解を「間主観的な正犯概念」だと評する。Vgl. *F. C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 47 ff.; dagegen *Murmann*, Nebentäterschaft, S. 49 f.

<sup>632</sup> *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 148, auch S. 161 ff.

それに伴って、間接正犯についても新たな理解が示された。すなわち、犯罪構成要件の実現に向けられた意思を自ら(その全てもしくは一部を)実現した者と定義される正犯者について、ビンディングは自手性要件を否定した上で、行為能力なき者を利用する場合だけでなく、行為能力ある者を利用する場合も——普通法時代以来の„*Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*“という命題に基づく代理の発想と、行為媒介者が責任能力者かどうかは背後者の評価には無関係であるとの理由による中断論の否定に基づき——正犯性は排斥されないとしたのである<sup>633</sup>。従って、間接正犯については「正犯を通した正犯」<sup>634</sup>という表現が用いられている通り、以前のビンディングの見解よりもその適用領域は拡張され、その限りでステューベルの間接正犯論に近づいたと見られる<sup>635</sup>。そして、目的なき・身分なき故意ある道具の事例も、直接行為者は当該犯罪の正犯メルクマールたる目的・身分を欠くがゆえに正犯にはなりえないが<sup>636</sup>、それを利用する背後者については間接正犯の成立が認められることとなろう。

以上、ビンディングの見解の変遷に注意しつつ彼の見解を検討した。後期ビンディングでは、中断論は共犯論において不幸を招くものとして否定され<sup>637</sup>、代理の発想に基づいた間接正犯論を通して、故意ある道具の利用もその一事例として認められた。このような広汎な正犯の概念定義が1911年対案の共犯規定に影響したことに鑑みれば<sup>638</sup>、少なくとも立法論としては可能であろうが、ライヒ刑法典の解釈と相容れるのかは疑わしい。また、既にハースが批判する通り、従属的ではない独立した関与形態としての発起者は、実のところ、正犯行為と同じく一般的な惹起の禁止を負責の根拠とする以上、広汎な原因概念に依拠した拡張的な犯行概念として妥当ではないであろう<sup>639</sup>。

### (三) M. E. マイヤーの見解 (1923 年)

M. E. マイヤーは、単独正犯(*Einzeltäter*)を「ある制定法上の構成要件をまったく単独で自己の活動を通じて有責かつ違法に充足した者」であると定義しつつも、間接正犯の存在を認めた<sup>640</sup>。しかし、彼は、「非答責的なものだけでなく、法的な理由から正犯として答責的になりえない者もすべて道具である」<sup>641</sup>として、間接正犯の「道具」の定義を変更す

---

<sup>633</sup> *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150 f.

<sup>634</sup> *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 155.

<sup>635</sup> *Binding*, Die drei Grundformen, S. 270.

<sup>636</sup> 正犯の一要件としての身分や目的につき、siehe *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150.

<sup>637</sup> *Binding*, Grundriss, 8. Aufl., S. 150 Fn. 1.

<sup>638</sup> 大野・共犯の従属性と独立性 94 頁以下参照。Siehe auch *F. C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 49.

<sup>639</sup> Vgl. *Haas*, Theorie, S. 101.

<sup>640</sup> *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 375.

<sup>641</sup> *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 375 f.

ることで、目的なき・身分なき故意ある道具を利用する間接正犯を認めた<sup>642</sup>。というのも、「教唆された正犯は、因果連関の中断をもたらすが、道具はそうではないという考えは根本的に誤っている。何故なら、同様の因果連関が、イニシアチブと結果との間の因果連関にはっきりと介在しているからである。未だに「意思の自由」が学説に持ち込まれるならば、絶望的に混乱に陥ってしまう」<sup>643</sup>と論じられている通り、彼は中断論に対して否定的な態度を執っていたからである<sup>644</sup>。

では、子細に M. E. マイヤーの見解を見ていこう。彼は、直接行為者が正犯とはならず、ゆえに間接正犯の道具と看做される場合をいくつか分類した上で<sup>645</sup>、目的なき故意ある道具を「直接行為者は故意(dolos)であるが、当該犯罪にとって本質的な故意(Vorsatz)を欠く場合」に位置づけた。すなわち、ガチョウ小屋事例において、下男は情を知る(がゆえに dolos である)が、目的を欠くという点で当該犯罪にとって本質的な故意を欠く道具であり、農夫は窃盗正犯であると評価されたのである。もっとも、直接行為者が事後に贈与・交換・売却することを考えている場合、彼は正犯であるとの留保も付されており、いずれに当たるかは純粋な事実問題であるとされた<sup>646</sup>。

これに対して身分なき故意ある道具の事例は、「当該構成要件の態樣的な制限によって、直接行為者は実行したにもかかわらず当該構成要件を充足していないと考えられる場合」に該当する。つまり、身分を有する者だけが正犯となりうるという思考に基づき、直接行為者である非公務員は身分を欠くがゆえに正犯にはなれないため「道具」にすぎず、背後者である公務員が間接正犯であると評価された<sup>647</sup>。

このような M. E. マイヤーの見解は、それ自体として見れば、理論内在的に一貫したものであろう。しかし、以下の三点が問題点として指摘されよう。ひとつは、故意の定義である。つまり、ライヒ裁判所の判例やフランクの見解で見られた通り、責任能力を有し且つ情を知る者も間接正犯の「道具」と評価してよいのかという問題が、故意(Vorsatz)の問題にすり替えられてしまっている(このような理解は、後述の E. シュミットに受け継がれた)。また、中断論は完全に否定され、道具の定義が変更されているという点に関して言えば、中断論(もしくは遡及禁止論)の賛否が故意ある道具の利用を間接正犯の一事例とするかどうかの分水嶺であったことも明らかとなる。さらに、この M. E. マイヤーの見解では、そもそも

---

<sup>642</sup> この点で、間接正犯は正犯を通した正犯であるとするビンディング説と異なることが強調されている。Vgl. *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 376 Fn. 2.

<sup>643</sup> *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 376 Fn. 1.

<sup>644</sup> ゆえに、M. E. マイヤーは、間接正犯と教唆犯はいずれも犯行への誘致であるという限りで同様の構造をもつと捉えていた。Vgl. *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 378, auch S. 155; ders., *Causalzusammenhang*, S. 93 ff.

<sup>645</sup> Vgl. *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 379.

<sup>646</sup> *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 379 f.

<sup>647</sup> *M.E.Mayer*, Lehrbuch, S. 377.

何故に直接行為者に正犯となる要件が欠けていれば背後者が間接正犯になるというのか説明されておらず、この点は後述のヘークラーによって批判された<sup>648</sup>。

#### (四) ヘークラーの見解 (1929 年)

ヘークラーは、ロクシンによれば、行為支配という概念を刑法の領域で初めて用いた人物であるとされる<sup>649</sup>。ヘークラーは行為支配概念を、犯罪主体のメルクマールとして、つまり刑法上の責任(帰属能力、故意・過失、免責事由の不存在)の前提として理解し、有責的に行為する者は、完全な行為支配を有していると考えた<sup>650</sup>。ゆえに、責任無能力者や被強要者においては行為支配が欠けているが、背後者には(上記の諸前提が備わる限りで)行為支配が認められ、(間接)正犯になるという点で、現代的な行為支配論との一致も見出される<sup>651</sup>。

このような行為支配思想を示したヘークラーは、約 15 年後、「間接正犯の本質について」と題した論文の中で、優越性という観点から、目的なき・身分なき故意ある道具の事例を含む間接正犯一般を説明しようと試みた。その出発点においてヘークラーは、法的な理由から正犯になれない者が間接正犯の道具となるという消極的な理由づけではなく、積極的な根拠づけがなされなければならないと主張した。その積極的理由づけは、客観的にはただ誘致もしくは援助をするにすぎない者が、客観的に(唯一の)実行者に対して一定の方向において顕著な優越性を有するという点に見出された。すなわち、少なくとも客観的には結果(外部的な犯罪実現)に対して条件を有する者に客観的な実行行為が存在せずとも、それは「役割分担に関する法の評価的考察」によって十二分に埋め合わされ、彼は中心的人物、つまり正犯と捉えられ、ゆえに彼はそのような優越性を伴って誘致・援助したことを理由に責任を負う、もしくはより重い責任を負うが、これに対して被誘致者・被援助者は自らの客観的な実行行為が存在するにもかかわらず、その他の要素を欠くことで、正犯者とは捉えられず、刑法上の答責を免れる、もしくはより軽い責任を負うとされる。こうしてヘークラーは間接正犯の正犯性を、背後者が直接行為者との関係で優越的狀態にあると捉えたのである<sup>652</sup>。

そして、このような「役割分担に関する法の評価的考察」という観点に基づき、目的なき・身分なき故意ある道具の事例を説明した。すなわち、ヘークラーは、公務員が非公務員に公文書の虚偽作成を唆す場合や、窃盗罪における自己領得目的を有する背後者が、その目的を欠く者に奪取を唆す場合<sup>653</sup>、目的・身分を有することで当該犯罪における特殊な違法性が基礎づけられるという点に優越狀態を認めることで<sup>654</sup>、背後者を間接正犯、直接行為者を幫助

<sup>648</sup> Hegler, Zum Wesen, S. 306.

<sup>649</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 60.

<sup>650</sup> Hegler, ZStW 36, S. 184, 186, 190.

<sup>651</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 60.

<sup>652</sup> Hegler, Zum Wesen, S. 306 f., auch S. 308. 付言すれば、ヘークラーは自らの構想の手がかりとしてパウル・ヴォルフの見解を挙げている。Siehe ders., Zum Wesen, S. 307 Fn. 3; P. Wolf, Betrachtungen, 1927, S. 52, 56.

<sup>653</sup> Hegler, Zum Wesen, S. 310.

<sup>654</sup> Hegler, Zum Wesen, S. 311.

(故意ある幫助的道具)と評価したのであった。

以上概観した通り、ヘークラーの見解では、純粋な因果的考察とは異なり、広い意味での責任と客観的な実行行為の外にある違法性の領域に存する「優越性」によって正犯性が判断された<sup>655</sup>。それゆえ、故意ある道具の事例でも、直接行為者が情を知って自由な意思決定の下で犯行に出たことは、もはや重要事項ではなかった。むしろ、ヘークラーは、目的・身分を有する背後者が、それを欠く直接行為者を利用したという点に優越的な状態を認め、それによって故意ある道具という法形象を正当化しようと試みたのである。

しかし、このような間接正犯の積極的な根拠づけは、E.シュミットによって批判された。すなわち、ヘークラーの見解では、どのような法的前提の下で誘致者の優越性が認められうるのかにつき、鋭い洞察力を伴って叙述されているが、それは、特定の刑罰法規の動詞に外見的に一致する行為を客観的に実行することは正犯性の判断にとって重要ではなく、構成要件実現と法益侵害の招来が惹起者に認められるという点が重要であるとする前提の下でのみ、確実なものであると批判されたのであった<sup>656</sup>。その限りで、シュミットからすれば、ヘークラーの思想は証明すべきことを既に前提にした「不当前提」だったのである。もっとも、この点で構成要件に対する理解が両者の間で異なるということが垣間見えよう。

## (五) まとめ

以上の通り、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認める諸学説を検討した。(特に M. E. マイヤーの見解において顕著であったが)彼らは、故意ある道具という法形象の承認との関連で、間接正犯の根拠づけのために中断論・遡及禁止論を援用することに対し、消極的・否定的な態度を執っていたことが明らかとなった。その他にも、後期ビンディングは代理の発想に基づき、既に「正犯の背後の正犯」の存在を認めており、ヘークラーも単純な因果的な思考から離脱し、行為支配論のプロトタイプを垣間見せていたという点でも注目に値するであろう。

## 第三節 小括

本章での検討の通り、いわゆる限縮的正犯論の内部では間接正犯それ自体は認められていたものの、教唆犯規定の解釈から導出された中断論もしくは遡及禁止論を分水嶺に、故意ある道具を利用する間接正犯を認めるかどうか争いがあった。

目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と認めない論者は、苦心しつつも代替案として各論的解決を示していた。確かに呈示された解決はそれぞれに問題を抱えていたが、日本の議論にとっても有益な点は存在する。例えば、収賄の要求罪に関する事例では背後の公務員を直接正犯と見做す見解が既に存在していたことに代表されるよ

<sup>655</sup> Vgl. Krauss, Die mittelbare Täterschaft, S. 39.

<sup>656</sup> Vgl. E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 121.

うに、正犯性判断の出発点としては構成要件こそが肝要であり、その特色を抜きに正犯性は判断されえないということが明らかとなる。

他方、反対説の論者らは、その帰趨するところ、中断論もしくは遡及禁止論とは異なった間接正犯の根拠づけが必要となった。例えば、ビンディングは代理の発想から正犯の背後の正犯を認めることで、M. E. マイヤーは道具概念の再定義を行うことで、ヘークラーは優越性という観点を採用することで間接正犯概念の再構成を図っていた。もっとも、その結果として、歴史的淵源に忠実な、本来的な形での間接正犯概念からかけ離れていくこととなり、そのような概念拡張の趨勢は拡張的正犯論の誕生の契機となったと見受けられる。

### 第三章 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立

本節では、1930 年前後に登場した二つの正犯概念<sup>657</sup>の間の論争(つまり、共犯規定を刑罰拡張事由と捉えるのか、それとも刑罰縮小事由と捉えるのかの対立)に対応して、両派がそれぞれ間接正犯概念および故意ある道具の事例をどのように取り扱ったのか検討していく。もっとも、本章で検討の対象とする限縮的正犯論は、第二章の諸学説と異なり、立法動向を反映して間接正犯概念それ自体に否定的であるという点に注意を要する。

#### 第一節 ツィンマールとブルンスの限縮的正犯論——間接正犯を教唆犯に解消する見解

先述の通り、本節で検討する限縮的正犯論は、前章の論者らと異なり、間接正犯に対して消極的・否定的な立場にあり、共犯の従属性を緩和することで従来の間接正犯を教唆犯に解消しようと試みた。彼らは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に対してどのような解決を示したのであるだろうか。以下では、まず、共犯規定の理解を巡る問題として正犯概念を学説上初めて論じたツィンマールの見解を取り上げる。その後、正犯概念の理解について彼と同様の立場ではあったが、故意ある道具の事例について異なる処理を示したブルンスの見解を検討することとする。

##### (一) ツィンマールの見解 (1928 年、1929 年、1932 年他)

オーストリーの刑法学者であったレオポルト・ツィンマールは、当時のオーストリーではドイツとの法統一化の動きによってドイツと同内容の草案(1927 年草案)が作成されたことを背景に<sup>658</sup>、その後のドイツ刑法学に大きな影響を与えた。

##### (1) 正犯概念について

正犯概念の問題が学説上初めて提示された 1929 年の論文において、ツィンマールは、刑法解釈学上、非常に激しく議論された絶望的な章<sup>659</sup>である共犯論では客観的共犯論と主観的共犯論の論争よりも、共犯規定の意味を問うことの方がより重要であるとの見識から議論を始めた<sup>660</sup>。

まず、ツィンマールは「構成要件を拡張的に解釈する見解」と「構成要件を限縮的に解釈する見解」を対置させた。前者の見解によれば、結果発生に対して因果的となる者すべてが構成要件的に行為する正犯であり、自己の責任を有する限り処罰される。ゆえに、共犯規定を必要とするならば、それは各則構成要件に対して特別法(*lex specialis*)の関係にあり、この

<sup>657</sup> 付言すれば、ヤコブスが指摘する通り、ここでは「概念」というよりも形象(*Figur*)という方が本当は適切かもしれない。Vgl. *Jakobs, Theorie*, S. 21.

<sup>658</sup> 佐川・身分犯における正犯と共犯(3)785 頁、788 頁以下参照。

<sup>659</sup> Siehe auch *Kantorowicz, MschKrim* 7. Jg., S. 306.

<sup>660</sup> Vgl. *Zimmerl, ZStW* 49, S. 40.



規定の適用がない限りで一般規定が有効となり、構成要件実現に対して有責的な全ての因果生成が正犯と評価されるため、過失の教唆や幫助は過失正犯として扱われ<sup>661</sup>、また教唆犯としての処罰が不可能な限りで一般的な命題が妥当するため、間接正犯も自明のものと解される<sup>662</sup>。しかし、このように解すれば、構成要件該当性の限界は遠くに定められ、特別構成要件を全く放棄するのとほぼ同じ帰結に至るため、法的安定性の防御壁たる構成要件を無に帰せ、刑法体系全体を破壊してしまうと厳しく批判した<sup>663</sup>。

それゆえ、各則構成要件には正犯のみが該当し、教唆者や幫助者の行為は該当しないという形で構成要件を解釈する、「構成要件を限縮的に解釈する見解」が妥当であり、これによれば、教唆や幫助の行為は特別構成要件の意味で構成要件的行為ではないため、それを構成要件該当的なものにし、処罰を可能にするために共犯規定が必要となる。ゆえに共犯規定は「刑罰拡張事由」、より正しくは「構成要件拡張事由」と捉えられることとなるのである<sup>664</sup>。

しかし、ツィンマーは 1932 年の論文では過失正犯の背後の故意正犯の議論を背景に、拡張的正犯概念と限縮的正犯概念のいずれが現行法上正しいのかという問題よりも前に、そもそも法はこの問題について統一的な態度を表明しているのかどうか検討せねばならないと考えた<sup>665</sup>。それゆえに彼は、過失犯の構成要件の動詞が故意犯の構成要件のそれと異なることに着目し<sup>666</sup>、少なくとも過失犯では拡張的正犯概念が妥当することを認めるに至ったのである(もっとも、立法論としては限縮的正犯論が妥当であるとするのだが<sup>667</sup>)。

## (2) 間接正犯・故意ある道具について

それゆえ、ツィンマーは、現行法上はいずれの正犯概念が妥当であるのか決せられない以上、間接正犯の問題も解決不可能であると論じた<sup>668</sup>。もっとも、それ以前の著作では限縮的正犯論を支持する立場から間接正犯論・故意ある道具の問題に言及していた。

ツィンマーによれば、いわゆる間接正犯と教唆犯は客観的には同じ事象にもかかわらず、直接行為者の主観によって異なって評価されている点で、主観的体系と客観的体系が

---

<sup>661</sup> この点、この共犯規定を巡る理解の対立の背景には、いくつかのライヒ裁判所の判決(ERGSt 58, 366; ERGSt 61, 318; ERGSt 64, 316; ERGSt 64, 370)を契機に浮上した「故意正犯の背後の過失正犯」の問題があった。この問題について詳しくは、松宮・過失犯論の現代的課題 5 頁以下、安達・客観的帰属論の展開とその課題(一)1423 頁以下参照。

<sup>662</sup> Zimmerl, ZStW 49, S. 40.

<sup>663</sup> Zimmerl, ZStW 49, S. 41 u. S. 42. そのほか、挙動犯や身分犯において耐え難い帰結に至ってしまうことが指摘されている。Vgl. ders., ZStW 49, S. 44 f.

<sup>664</sup> Zimmerl, ZStW 49, S. 45; ders., Zur Lehre vom Tatbestand, S. 119.

<sup>665</sup> Zimmerl, ZStW 52, S. 167, auch S. 169, Fn. 6.

<sup>666</sup> 例えば、過失致死罪(ライヒ刑法典 222 条)の「人の死を惹起した者」や溢水罪(ライヒ刑法典 312 条)の「人の生命に対する公共の危険を伴って溢水を故意に招来した者」などに見られる「招来する」や「惹起する」「もたらす」などの動詞は因果発生と同じような意味であると論じられている。Vgl. Zimmerl, ZStW 52, S. 170 f. u. S. 171.

<sup>667</sup> Vgl. Zimmerl, ZStW 52, S. 178.

<sup>668</sup> Zimmerl, ZStW 52, S. 172 f.

混じり合った体系違反であり、さらには一般的に普及した間接正犯論が命令説に根ざしている点でも不当であるとし、間接正犯に対する消極的立場を明らかにした<sup>669</sup>。その上でツィンマールは、間接正犯概念は極端従属性から生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策であるとの認識から共犯の従属性の問題に言及していくのだが<sup>670</sup>、正犯＝構成要件該当行為の自手実行を理由に間接正犯論を否定したわけではない<sup>671</sup>。

いずれにせよ、間接正犯概念を消極的に理解したツィンマールは、構成要件(不法)と責任の対置を本質的とするメツガーの立場を支持し、犯行の不法に関する事情は共犯者に帰属されるのに対して、責任・危険性に関する事情は純粋一身的に作用すると捉えることによって<sup>672</sup>、実質的に制限従属形式を採用し<sup>673</sup>、間接正犯概念を教唆犯へ解消することを試みた。

しかしながら、故意ある道具の事例を教唆犯に解消することは、そう容易ではなかった。例えば、「公務員が非公務員を執務室に入らせ、そこで窃盗をさせる」という身分なき故意ある道具の事例では、当該身分を不法に関連するメルクマールと捉える限り<sup>674</sup>、身分を持たない直接行為者は当該犯罪の不法を欠くため、背後者において当該犯罪の共犯が成立することを認められなかった。それゆえ、彼は処罰の間隙を回避すべく、「他人によって犯された以下のような犯行に関与する公務員は、公務員犯罪に対する共犯者に妥当する刑罰法規によって処罰される」という総則規定を置く立法提案をするほかなかったのである<sup>675</sup>。

---

<sup>669</sup> Zimmerl, ZStW 49, S. 47, 48; siehe auch ders., Aufbau, S. 143.

<sup>670</sup> Zimmerl, ZStW 49, S. 49, S. 50 ff.

<sup>671</sup> この点で島田教授は、ツィンマールが限縮的正犯概念において何が構成要件該当行為か判断する際には日常用語例に依ると叙述していた点から、彼は正犯＝構成要件該当行為の自手実行と捉えていたとされる。島田・基礎理論 37 頁。しかし、ツィンマールは命令説を批判し、精神病患者の所為も法的な行為として捉えられるべきだとしつつも、その所為が単なる反射運動としてしか捉えられない場合、彼を唆す者の行為が正犯となる余地を認めている。Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 48 f.

<sup>672</sup> Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138; ders., ZStW 49, S. 52. 付言すれば、このような区別は処罰条件を 1) 不法に関連する処罰条件(本来的構成要件メルクマール)と、2) 責任や危険性に関連する処罰条件(非本来的構成要件メルクマール)に区分することとパラレルの関係に立つ。Vgl. ders., Zur Lehre vom Tatbestand, S. 27, 28 u. S. 138.

<sup>673</sup> Vgl. Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 27. もっとも、当時のオーストリー刑法では、制限従属形式が解釈論として妥当するとツィンマールは主張していた。Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 51.

<sup>674</sup> 付言すれば、1927 年草案を支持し、関与者のうちの誰かに身分があれば十分であると主張したリッターの見解は批判されている。佐川・身分犯における正犯と共犯(3)793 頁、795 頁参照。

<sup>675</sup> Zimmerl, Aufbau, S. 153. 他方で、例えば医者が、偶然にもどこか別の場所から患者の秘密を知った自身の妻にその秘密を言いふらすよう唆したという真正身分犯に関する事例につき、1927 年草案の 32 条はこの医者を処罰しようとするが、彼の妻には不法は認められないがゆえに共犯も成立せず、正当にもそもそも不可罰だと主張している。Vgl. ders., Aufbau, S. 154.

さらに、目的なき故意ある道具の事例についても、例えば通貨偽造罪<sup>676</sup>のように当該目的が客観的な構成要件要素に還元される真正目的犯<sup>677</sup>と、例えば窃盗罪のように当該目的が責任に属するとされる不真正目的犯<sup>678</sup>が区分され、前者は共犯者にも影響するが、後者は一身的に作用すると捉えられた<sup>679</sup>。これに従うと、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、自己領得目的を欠く者に対する共犯の成立が認められるのに対し<sup>680</sup>、通貨偽造罪の事例では、行使の目的を欠く者に対する共犯の可能性は認められず、立法的解決を提示するにとどまったのである<sup>681</sup>。

### (3) 評価

以上概観した通り、ツインマールは実質的に制限従属形式を採ることで、いわゆる間接正犯を教唆犯に解消しようとするものの、故意ある道具の処理は不完全に終わった。とりわけ、不真正身分犯と真正目的犯に関する故意ある道具の事例については、解釈論上の解決が示されず、立法提案が示されるにとどまり、さらに真正身分犯に関する事例についてはその解決が言及されていない点で不十分であった。また、窃盗罪(不真正目的犯)に関する目的なき故意ある道具の事例も、制限従属形式の発想を前提に、当該目的を不法要素ではなく<sup>682</sup>、責任要素と捉えることで一応の解決を示したが、そのように解すれば、通常の窃盗教唆の事例において教唆者は正犯者の領得目的を知らなくとも、窃盗教唆が成立することになるという奇妙さを残していた。

## (二) ブルンスの見解 (1932 年)

次に、佐伯千仞博士の共犯論に大きな影響を与えたブルンスの見解を、1932 年の著作を対象に検討する。ブルンスは、先に検討したツインマールと同様の正犯概念の理解を示し

---

<sup>676</sup> ライヒ刑法典 146 条。Vgl. StGB für das Deutsche Reich §146 (S. 33).

偽造された貨幣を真正なものとして使用する、ないしはその他に流通させるために、国内もしくは国外の硬貨ないしは紙幣を偽造する者、もしくは同様の目的で真正な貨幣を変造することで、その貨幣に対してより高い価値があるかのようにみせかける、ないしはいかがわしい貨幣を変造することで、その貨幣に対して今なお有効な貨幣であるかのように見せかける者は、三年以上の重懲役に処せられる。警察監視は許される。

減輕事情が存在する場合、罰金刑となる。

<sup>677</sup> Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 40 f. 真正目的犯の目的の内容は、法秩序が防止しようと意欲するところの害悪であり、切り縮められた結果として把握される。

<sup>678</sup> Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 39 f.

<sup>679</sup> Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138 f. u. S. 140.

<sup>680</sup> Siehe Zimmerl, Aufbau, S. 151 f.

<sup>681</sup> Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 140.

<sup>682</sup> このように主観的違法要素をなるべく認めない態度は、その後のオーストリー刑法学において継受されていった。この点につき、佐川・身分犯における正犯と共犯(3)42 頁以下、同・オーストリー刑法学の体系 29 頁以下を参照されたい。

つつも、彼よりもラディカルに共犯の従属性を緩和することで目的なき・身分なき故意ある道具の事例を解決しようと試みた。

## (1) 正犯概念について

ブルンスによると、自手的な正犯を正犯一般の原型に据えつつも、惹起や共働のいくつかの事例を、日常用語例の手を借りて、構成要件の中核である行為像から正犯として読み取る従来の限縮的な構成要件の解釈では、結果犯と挙動犯、自手犯が区分されているものの、その限界が極めて不明確であることで、許される正犯形態の相違に関して個別判断のために感情に重きを置いており、拡張的な構成要件解釈の登場する契機を与えてしまったとされる<sup>683</sup>。しかし、他方で、法秩序が禁止する害悪を惹起した者は、すべて正犯であるとする拡張的な構成要件の解釈によると、未遂犯の領域では、類型的な利益たる法益の侵害のみならず、行為の危険性も問題にすべき構成要件において前者だけを考慮してしまうため、「本質的に客観化された、予防原理に相応する刑罰の要件」を度外視してしまう。また財産犯における犯罪類型の区別では、予防原理に相応する刑罰の要件を類型化し客観化するという構成要件の任務を無視してしまう<sup>684</sup>。それゆえに、事象経過の典型的な記述として構成要件を考慮する、限縮的な解釈だけが刑法の消極的な保障機能に適合しようと帰結した<sup>685</sup>。

もっとも、ブルンスは、過失正犯の背後の故意正犯の問題に関する一連のライヒ裁判所の裁判例に鑑み、過失犯の構成要件においては故意犯のそれと異なり、特定の内容を有する動詞が用いられておらず、常に類型的な結果との関係で惹起や招来といった表現が用いられていることに着目し、制定法は当該領域ではあらゆる過失的惹起を正犯として処罰しようとしているが<sup>686</sup>、それは解釈論上の体系違反であって、立法論上は故意犯と過失犯とで共通の正犯概念が規定されるべきだと主張したのである<sup>687</sup>。このようにブルンスは(ツィンマールよりも先に)故意犯と過失犯とでは正犯概念が異なるという二元的正犯概念を提示したことは、後述するヴェルツェルの目的的行為論の礎石となったのである<sup>688</sup>。

## (2) 間接正犯・故意ある道具について

---

<sup>683</sup> *Bruns, Kritik*, S. 49 f. u. S. 50 f.

<sup>684</sup> *Bruns, Kritik*, S. 54, 55, u. S. 56. その他、拡張的な構成要件の解釈では、背後者が直接行為者の精神状態について錯誤にあるかどうかによって正犯か幫助か分かれることになるという点や、主観的違法要素の存在が、その他の犯行関与を顧慮することなく共同正犯を根拠づけることになるという点を批判している。Vgl. ders., *Kritik*, S. 57 f.

<sup>685</sup> *Bruns, Kritik*, S. 59.

<sup>686</sup> *Bruns, Kritik*, S. 68.

<sup>687</sup> *Bruns, Kritik*, S. 69, 70. 付言すれば、限縮的正犯概念が妥当すべき故意犯の領域では、正犯の基準として行為支配の可能性が援用されている。Vgl. ders., *Kritik*, S. 71 ff., 73 ff. u. S. 76 ff.; dazu siehe *Roxin, Tatherrschaft*, S. 61 f.

<sup>688</sup> 安達・客観的帰属論の展開とその課題(二)254頁参照。

現行法上の二元的正犯概念を指摘したブルンスは、「制限された従属形式」を採用することで、目的なき・身分なき故意ある道具を含む間接正犯の論争を処理しようとした<sup>689</sup>。ブルンスによれば、制限された従属形式では、被誘致者が故意であろうがなかろうが、不法構成要件を自ら実現する場合(だけ)が通常事例であるが、誘致者への結果帰属においては誘致者自身が備える不法メルクマールや構成要件メルクマールも一緒に考慮されてよいため、公務員が非公務員を執務室に入らせて窃盗をさせる事例や、自己領得目的も第三者領得目的も持たない錯誤者もしくは精神障害者に他人の物を奪取させる事例では、被誘致者が目的や身分を欠くがゆえに完全な不法構成要件を充足せずとも、それは誘致者が備える目的や身分によって補われるとされた<sup>690</sup>。従って、目的なき・身分なき故意ある道具の事例では、直接行為者は目的・身分を備えず、完全には不法構成要件を充足しないが、背後者の有する目的・身分によって補完され、それによって直接行為者における不法構成要件の充足が認められ、直接行為者は当該犯罪の正犯、背後者はその教唆犯と評価されるのである。

このようなブルンスの見解には、真正身分が関与者の誰かにあれば当該身分犯の共犯の成立にとって十分であるとする 1927 年草案 32 条 1 項と、制限された従属形式との調和を図るという意義が認められよう<sup>691</sup>。さらに、ブルンスは一步進めて、現行法上もこの制限された従属形式を採りうると主張し<sup>692</sup>、解釈論上も間接正犯を共犯に解消しうると主張したのであった。

### (3) 評価

以上検討してきた通り、(現行法上の体系矛盾ではあるが)故意犯と過失犯とでは正犯概念が異なることをブルンスが学説上初めて指摘した点は、当時激しく議論された過失正犯の背後の故意正犯の問題に関係するものであり、また故意ある道具の事例において被誘致者は目的・身分を備えないがゆえに不法構成要件を完全に充足せずとも、背後者の有する目的・身分によって補完されるとする点は、1927 年草案の共犯規定の解釈と結びつくものであった。その限りで、ブルンスの見解も時代的制約の中にあったと言えよう。

とくに後者については、何故に直接行為者の客観的な行為と背後者の目的・身分が合して一つの構成要件となるのか、より端的に言えば、何故に当該犯罪の不法を基礎づける目的・身分を欠く者であっても、「正犯」と言えるのかという点について説明するためには、身分を正犯者のメルクマールではなく、犯行という客観的な一事実のメルクマールと

---

<sup>689</sup> *Bruns, Kritik*, S. 61. この前提として、誘致者における刑の減輕の可能性を認めるべきであると提案している。とりわけ公務員犯罪や自手犯のように、自手的な実行が特に反価値的に強調される場合がある以上、刑の減輕を認めなければ、正犯と共犯の区別の意味が失われてしまうとする。

<sup>690</sup> *Bruns, Kritik*, S. 62. 付言すれば、目的や身分を有する誘致者において構成要件該当行為が認められる場合には、共同正犯が成立すると説いている。

<sup>691</sup> 1927 年草案の問題点については、本稿の第二部第一章第三節(三)を参照。

<sup>692</sup> *Bruns, Kritik*, S. 64 f.

捉えるほかなかった。それゆえに、結局のところ、ブルンスの見解は学説上、少なくともドイツでは多くの支持を得ることはなかった<sup>693</sup>。

### (三) まとめ

以上見てきた通り、ツィンマールの見解では構成要件との関係で共犯規定の意味が問われており、ブルンスの見解でも 1927 年草案との関係で故意ある道具の解決策が提示されていた点で、彼らの見解は当時の立法動向を色濃く反映していた。また、両者はともに間接正犯を否定的に捉えていたが、管見の限り、正犯＝物理的な自手実行であることを理由にしていなかった。それゆえ、関西共犯論が間接正犯を否定する際に援用する「正犯＝物理的な自手実行」という公式のルーツを、彼らの見解に求めることは不正確であろう(強い影響は受けたにせよ)<sup>694</sup>。さらに、既述の通り、現行法では故意犯と過失犯とで正犯概念が異なっているという指摘は、その後、ヴェルツェルによる目的的行為論の展開にとって礎石となるものであった。

敷衍して言えば、ツィンマールとブルンスが故意ある道具の事例に関して異なる意見を主張したのは、制限従属形式の理解に相違があったことに起因する。すなわち、ツィンマールは不法と責任の本質的区別に依拠した制限従属形式を主張していたのに対し、ブルンスは厳密に正犯の構成要件該当性と違法性を要求しなかった。ゆえに、直接行為者が目的・身分を欠くがゆえに完全に不法構成要件を充足せずとも、背後者の備える目的・身分によって補われるとして、背後者の共犯の成立を説明しようと試みた。しかし、既に指摘した通り、そのように解すれば、真正身分犯の身分が正犯の一身専属的なメルクマールではなく、客観的な一事実に解消されてしまうのである。

他方でツィンマールも、不真正身分犯の事例ではあるが、当該身分を不法に関連するメルクマールと捉えたため、結局は立法提案をするにとどまった(真正目的犯に関しても同様)。ただ、窃盗罪の自己領得目的を責任メルクマールと捉えることで、共犯の成立を説明したという点で、不法領得の意思のうち権利者排除意思を主観的不法要素、利用処分意思を責任要素と捉える島田教授の見解と近いかもしれない<sup>695</sup>。しかし、1) ツィンマールは主観的不法要素を認めず、2) いわゆる権利者排除意思(*Enteignungsabsicht*)をも責任要素に位置付けるため、3) 直接行為者に権利者排除意思もない場合にも背後者に共犯の成立を認める

---

<sup>693</sup> 支持を表明したのは、せいぜい彼の師であるグリュンフトくらいと思われる。Vgl. *Grünhut*, JW 1932, S. 366 f. もっとも、既に佐川准教授が論じておられる通り、真正身分犯における身分は関与者の誰かに存すればよいとする発想は当時のオーストリーではリットラーらから支持を得ており、立法化されるに至った。佐川・身分犯における正犯と共犯(3)790 頁以下参照。

<sup>694</sup> この点、島田教授が何を参照されて、ツィンマールは正犯＝物理的自手実行と主張していると捉えられたのかどうにも解せない。島田・基礎理論 37 頁、60 頁以下参照。

<sup>695</sup> 島田・基礎理論 281 頁以下参照。同様の見解として、芝原・不法領得の意思 116 頁以下、平野・不法領得の意思 7 頁、山口・刑法各論 203 頁、同・問題探究各論 122 頁、西田・刑法各論 147 頁、大谷・刑法講義各論 191 頁、林・刑法各論 195 頁参照。

ことができるという点で、目的なき故意ある道具の問題の解決にとってはツィンマー説の方が優れているであろう。

## 第二節 拡張的正犯論と故意ある道具

本節では、1930年のフランク古稀祝賀論文集において拡張的正犯論を展開した E. シュミットの拡張的正犯論を検討した上で、同じく拡張的正犯論を支持したメツガーの見解を検討する。この正犯論の擁護者において間接正犯の概念は、そして目的なき・身分なき故意ある道具の問題はどのように捉えたのであろうか。

### (一) E. シュミットの見解 (1930 年)

リストの死後に第二三版以降の教科書の補訂をしたことで知られる E. シュミットは、1930年のフランクの古稀祝賀論文集に寄せた論文の中で、「認知的・自然主義的思考傾向 (kognitiv-naturalistische Denkrichtung)」に代わる「規範的考察方法」に基づいて間接正犯を方向づけることを目的として拡張的正犯論を展開した<sup>696</sup>。

#### (1) フランク批判

E. シュミットは被祝賀者であるフランクの間接正犯論につき、1) 間接正犯の成否を構成要件に規定された行為態様の性質に左右させており、2) 正犯概念を因果性の助けを借りて定め、正犯と共犯の区別を因果的考察によって区別しようとしている点を批判した。より詳しく言えば、1)に関しては、とりわけフランクが結果犯と挙動犯を区別し、前者においてのみ間接正犯の成立を認めることに対して、例えば 14 才以下の者にわいせつな行為をするよう精神障害者(ライヒ刑法典 51 条)を唆す者は処罰されえないことになってしまうと批判し<sup>697</sup>、他方で 2)に関しては、結果と人間の意思活動との間の因果関係の認定は、未だ認知的・事実的なレベルのものであり、規範的考察方法が為されるべき正犯論にとっては「刑法上の作業仮説(strafrechtliche Arbeitshypothese)」を意味するにすぎないとの理由から、因果関係の中断論によって正犯・共犯を区別することを非難したのであった<sup>698</sup>。

#### (2) 拡張的正犯論について

---

<sup>696</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 106.

<sup>697</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 110 f. この叙述から分かる通り、E. シュミットは挙動犯においても間接正犯の成立を認めるべきだと考えた。もっとも、ツィンマー(Vgl. Zimmerl, ZStW 49, S. 44)が挙げていた、兄 A が B に自身の妹と性交するよう唆した事例(ライヒ刑法典 173 条(近親相姦罪))に関しては、当該構成要件が充足されていないとして犯罪の成立を否定し、またライヒ刑法典 160 条の偽証罪に関しても間接正犯の成立に留保を示した。Vgl. E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 119 Fn. 1, S. 128.

<sup>698</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 115 f.

このようにフランクを批判した上で E. シュミットは、価値的思考に方向づけられた正犯・共犯論の出発点となる規範的観点を「利益侵害」に求めた。すなわち、立法者が刑罰法規の構成要件を定式化するのは、ありうべき行為態様の性質を記述するためではなく、法益侵害についての価値判断を表明するためであると考えた。それゆえ、価値的な観点の下である行為態様に決定的な特徴を与えるのは、その行為態様によってもたらされた「利益侵害」であり、そこに行為態様の実質的な社会侵害性が現れ、それが正犯概念の決定のための道標であると主張されたのである<sup>699</sup>。

従って、実定法がそもそも正犯と共犯の問題について何も述べていなかったとすれば、法益侵害を違法かつ有責に生じさせた者はみな正犯と呼ばれなければならないが<sup>700</sup>、そのような「一般的な正犯概念」は現行法の共犯規定による制約を受ける。つまり、「その者の側で自己の態度により構成要件を実現するよう故意の行為者を決定づける、もしくは故意に実行された構成要件実現に際して他人にただ援助を与えることで、構成要件実現やそれに応じた法益侵害を生じさせる者は、実定法の意味での正犯にはなりえない」ため、「現行法的な意味における正犯者とは、自己の行為によって構成要件を実現する、もしくは故意に行為していない他人に構成要件を実現させる全ての者を言う」と主張された<sup>701</sup>。ゆえに誤解を恐れずに言えば――師であるリストとの関係で見ても――E. シュミットにとって統一的正犯概念は理想ではあるものの、現行法とは相容れないため、共犯規定を刑罰縮小事由と捉えることになったと解されよう。この点に E. シュミットの法実証主義者としての性格が如実に現れている。

### (3) 間接正犯・故意ある道具について

それゆえ、E. シュミットの拡張的正犯論からすれば、(間接)正犯が成立するためには背後者の行為が共犯規定に該当しない、つまり背後者の誘致・援助を通し、直接行為者が故意に行為に出なかったとの証明が必要となる<sup>702</sup>。そのため、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に関しては、直接行為者は非故意であると捉えることで、背後者の正犯性を説明した。すなわち、公文書の変造に関する身分なき故意ある道具の事例につき、直接行為者は、身分を欠くがゆえにライヒ刑法典 348 条 2 項の意味で違法ではなく、また故意かつ有責に行為していないと捉え、また他方で窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例については、奪取の認識と並んで違法に領得する目的を有する者だけが窃盗罪の故意を持ちうると捉えることで、背後者が当該犯罪の正犯であると論じた<sup>703</sup>。

<sup>699</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 116 f. u. S. 117.

<sup>700</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 117.

<sup>701</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 118 f. u. 120.

<sup>702</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 123.

<sup>703</sup> E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, S. 126 u. S. 128 f.; siehe auch v. Liszt/E. Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 319 f.



#### (4) 評価

以上検討した E. シュミットの拡張的正犯論では、背後者が共犯規定に該当しない(=直接行為者が故意に犯罪を実行しなかった)ことを理由に間接正犯が根拠づけられた。これに従い、目的なき・身分なき故意ある道具の事例についても、直接行為者は目的・身分を備えないがゆえに構成要件を完全に充足せず、当該犯罪の故意を有していないため、背後者は間接正犯であると説明された(その限りでは、もはや「故意なき道具」と捉えられている)。しかし、少なくとも目的なき故意ある道具の事例に関しては、故意の認識の対象に目的という主観的な要素を含めてしまっており、行為者は自らの目的という主観的なものを認識しなければならない点で自己言及のパラドクスに陥っている。

さらに、身分なき故意ある道具の事例を非故意の者を利用する間接正犯の一事例に整除するという理解は、囚人移送事件に端を発するものであり、ウェグナーやフランクも採用していたが、既に指摘した通り、情を知って自由に決定した者も間接正犯の道具と言いつけるのかという本質的な問題が等閑にされてしまっているのである(もっとも、拡張的正犯論からすれば、もはや問題ではないのかもしれない)。

#### (二) メツガーの見解 (1931 年<sup>704</sup>)

ここでは E. シュミットと同じく拡張的正犯論の擁護者であるメツガーの見解を検討する。以下で見る通り、メツガーは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例に関して E. シュミットとは異なる意見を主張していた点で検討に値するものと思われる。

##### (1) 拡張的正犯論について

メツガーは、共犯論の出発点としての因果関係論<sup>705</sup>に二つの機能、つまり、結果に対して因果的でなかった全ての者を可罰的な共犯行為の領域から排斥するという消極的機能と、正犯概念を決するための確固たる出発点を与えるという積極的機能を認めていた<sup>706</sup>。もっとも、メツガーも E. シュミットと同様、因果的に同価値であることをもってして法的にも同価値であるとは捉えなかった。何故ならば、共犯概念は徹頭徹尾、実定法の産物であり、共犯形式は専ら実定法的な観点に基づいて区別されるべきであると考えたからで

---

<sup>704</sup> 以下ではメツガーの教科書の第三版を引用するが、第一版と内容に差異がなく、1931 年時点での彼の見解と変わらないと思われるので、表題では 1931 年と記しておく。

<sup>705</sup> 因果関係についてメツガーは、「より適切な学説に従えば、刑法上の原因とは、このような結果が消滅することなしにはそれをないものとは考えられないところの、具体的な結果に対する全ての条件である。しかし、刑法上の責任を根拠づけるのは、相当な因果関係のみである。行為が結果に対して因果的であると認定された場合、その連関が重要である、つまり法的に重要である場合にのみ行為者は結果を理由に処罰されうる」と述べている。それゆえ、彼の因果関係論は相当説というよりも、むしろ重要性説と云うべきであろう。Vgl. *Mezger, Lehrbuch*, S. 109 ff., bes. S. 122.

<sup>706</sup> *Mezger, Lehrbuch*, S. 411.

ある<sup>707</sup>。この点でメツガーも E. シュミットと同じく、法実証主義者であることが示されていたのである。

それゆえ、積極的機能の意味での因果関係は、例外に関する実定法上の理由が存しない限り、行為者の正犯性を根拠づけるとされた。つまり、自己の行為によって構成要件を実現した者(換言すれば、客観的に禁止されている結果を有責に惹起する者)は、その活動が教唆犯・従犯に該当しない限り、原則的に正犯者として制定法上の刑罰を受けると解されたのである<sup>708</sup>。従って、共犯規定は刑罰縮小事由として作用することとなった<sup>709</sup>。

## (2) 間接正犯論・故意ある道具について

先に E. シュミットの箇所ですべて述べた通り、このような拡張的正犯論によれば、構成要件該当結果に対して因果的である誘致者・援助者は、共犯規定に該当しない限り、(間接)正犯となる。そのため、間接正犯は、正犯概念の中の特別な現象形態にすぎないのである<sup>710</sup>。

そのような間接正犯の理解の下、諸事例の区分がなされ<sup>711</sup>、目的なき故意ある道具の事例(但し、後述の通り、直接行為者が背後者の目的を知らない事例)は「行為者が構成要件に該当しない行為者を通じて結果を惹起した場合」に、また身分なき故意ある道具は「身分犯において行為者が非身分者を通じて結果を惹起した場合」に位置づけられた。

まず、目的なき故意ある道具の事例に関しては、直接行為者が背後者の目的を認識していない場合には間接正犯の成立が認められるのに対して、それを認識している場合には共同正犯の成立が認められた。より詳しく言えば、前者の場合、メツガーの主観的違法要素の理解に従えば<sup>712</sup>、直接行為者が窃盗罪の自己領得目的を欠く場合、その他の客観的な構成要件メルクマールが存在したとしても、彼の所為は構成要件該当的な行為ではない以上、彼は被教唆者や被援助者(ライヒ刑法典 48 条・49 条)と解されず、背後者が窃盗罪の(間接)正犯と評価される(ゆえに、直接行為者は「道具」と評価される)<sup>713</sup>。これに対して、後者の場合、たとえ直接行為者に自己領得目的が欠けていたとしても、両者は相互の了解の下、一方は主観的な、他方は客観的な構成要件に該当する犯行寄与を為しているため、刑法 47 条に従い、それぞれに他者の犯行寄与が帰せられる<sup>714</sup>。ゆえに、メツガーは E. シュミッ

---

<sup>707</sup> Mezger, Lehrbuch, S. 414.

<sup>708</sup> Mezger, Lehrbuch, S. 415 f.

<sup>709</sup> もっとも、Mezger, Lehrbuch, S. 416 では、自手犯においては例外的に共犯規定は刑罰拡張事由として作用することを認めている。

<sup>710</sup> Mezger, Lehrbuch, S. 425.

<sup>711</sup> Dazu eingehend Mezger, Lehrbuch, S. 429 ff.

<sup>712</sup> 主観的違法要素論の展開に大きく寄与した人物の一人であるメツガーは、原則、法と不法が客観的に区別されることは、個別事例においては行為者の人格に基づいた精神的なメルクマールが決定的となりうるということを妨げないとして、傾向犯および目的犯、表現犯を区分して論じた。Vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 172 ff.

<sup>713</sup> Mezger, Lehrbuch, S. 427.

<sup>714</sup> Mezger, Lehrbuch, S. 428.

トと異なり、直接行為者を非故意であるとは理解せず<sup>715</sup>、問題となる事例において共同正犯の成立を主張したのであった。

### (3) 評価

以上、ここではメツガーの拡張的正犯論とそれに基づく間接正犯論、さらに故意ある道具の問題の取り扱いについて検討を加えた。メツガーもまた、結果に対して重要な因果関係を有する行為は原則として正犯であるとする一般的な正犯概念を基礎に、共犯規定に該当する場合に背後者は共犯となると主張したため、共犯規定を刑罰縮小事由として理解することとなった。それゆえ、間接正犯という現象形態は、直接行為者が共犯規定に該当しないという理由づけを通して認められていた。

しかし、目的なき故意ある道具の問題の処理に関しては、直接行為者は背後者の目的を知っているだけなのであり、自ら他人の動産を領得する目的を有していることとは異なると指摘された<sup>716</sup>。つまり、領得目的は定義上「自己」に限定されている以上、いくら相手方の目的を認識しても、当該目的を有していると見做すことには無理があると批判されたのである。他方、身分なき故意ある道具に関しては、拡張的正犯論に固有の処理であるため、後述の拡張的正犯論の評価に委ねることとする。

### (三) まとめ

以上、本節では、E. シュミットとメツガーによる拡張的正犯論の理論的な内容とそれに基づく間接正犯論および故意ある道具の問題の処理について検討した。拡張的正犯論によれば、結果と因果関係(E. シュミットによれば条件関係、メツガーによれば重要な因果関係)のある行為は原則として正犯と見做されるが(一般的な正犯概念)、共犯規定に該当する場合には背後者は狭義の共犯となる<sup>717</sup>。それゆえに、直接行為者に故意が存在しないなどの理由から背後者が共犯規定に該当しない場合、原則に戻って背後者は(間接)正犯となるため、間接正犯についての特別の理由付けのみならず、故意ある幫助的道具という法形象も不要となる。さらに、拡張的正犯論によれば、故意正犯の背後の過失正犯の問題も容易に解決するであろう。従って、これらの点に拡張的正犯論のアドバンテージが見出されよう。

しかしながら、拡張的正犯論はこのような長所を持ちつつも、非常に限られた数の賛同しか得られなかった<sup>718</sup>。というのも、拡張的正犯論はいくつかの重大な問題点を抱えていたか

---

<sup>715</sup> ライヒ裁判所の判例において問題となる「道具」は犯行の遂行に関与し、完全な犯罪故意を有していると述べられている点で、故意の理解が E. シュミットと異なる。Vgl. *Mezger, Lehrbuch*, S. 428.

<sup>716</sup> Vgl. *Hegler, Zum Wesen*, S. 311.

<sup>717</sup> それゆえ拡張的正犯概念においては、一般的な正犯概念と、共犯規定によって縮小された正犯概念の二つが存在することとなる。Vgl. *Bloy, Beteiligungsform*, S. 116, 119.

<sup>718</sup> Vgl. *Bloy, Beteiligungsform*, S. 120.

らである。例えば、当時の<sup>719</sup>ドイツ刑法では自殺の共犯について処罰規定がないため、自殺の幫助は他殺の共犯になってしまい、また当時のドイツの違警罪には日本刑法 64 条のような規定がなかったため、違警罪の関与者はみな正犯として処罰されてしまうのである<sup>720</sup>。さらに、拡張的正犯論では、自手犯や身分犯の場合、共犯規定が刑罰拡張事由として作用する点も問題となる<sup>721</sup>。というのも、例えば、身分者を身分犯へと唆す非身分者を教唆犯として捕捉するならば、拡張的正犯論に依拠する限り、非身分者を一度「正犯」と評価しなければならないが、身分犯に該当しうるのは身分者だけであると考ええる以上、それは不可能だからである。もっとも、当時のライヒ刑法典には不真正身分犯に関するライヒ刑法典 50 条(現行 28 条 2 項に相当)しか置かれていなかったが、本稿の第二部第一章で検討した通り、立法動向の中で真正身分犯の共犯の規定を新たに置くことも考案されていたことも踏まえるならば、拡張的正犯論は立法論としても問題を抱えていたと言えよう。

最後に、E. シュミットもメツガーも一般的正犯概念を確定させる上では条件説もしくは重要性説に依拠していたことに鑑みれば、同正犯論は主観説の産物であるといった常套的批判<sup>722</sup>は正鵠を得たものではないということも明らかであろう<sup>723</sup>。客観的共犯論と拡張的正犯論の組み合わせも、論理的整合性を欠くものではないのである<sup>724</sup>。

### 第三節 小括

本章では、1930 年前後に正犯論の主戦場が客観説と主観説の対立から二つの正犯概念の対立に移行したことに着目し、両陣営における間接正犯概念ならびに目的なき・身分なき故意ある道具の理解について検討した。この検討から明らかな通り、正犯概念の対立は共犯規定を刑罰拡張事由と解するのかそれとも刑罰縮小事由と解するのかのいずれかであり、団藤博士が主張されたような中庸の立場<sup>725</sup>など存在しない<sup>726</sup>。もっとも、団藤博士がそのように主張された理由は、限縮的正犯論は正犯＝自手実行と捉える(ゆえに間接正犯を認めない)見解だと理解されたからであるが<sup>727</sup>、それは限縮的正犯概念一般の属性ではない。

<sup>719</sup> 2015 年末、ドイツ刑法 217 条に業として行う自殺関与罪が追加された。この問題につき、エーザー・自殺関与の不処罰性 567 頁以下、山中・臨死介助 611 頁参照。Siehe auch Herzberg, ZIS 2016, S. 440 ff.

<sup>720</sup> 松宮・過失犯論の現代的課題 52 頁参照。

<sup>721</sup> Vgl. Lange, Der moderne Täterbegriff, S. 39; Welzel, ZStW 58, 1939, S. 500; ders., Das Deutsche Strafrecht, 5 Aufl., S. 86; Maurach, Lehrbuch AT, S. 500; neuerdings Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 14. さらに日本でこの点を指摘したものとして、安達・客観的帰属論の展開とその課題(一)1438 頁、佐川・身分犯における正犯と共犯(2)82 頁、99 頁以下、119 頁、127 頁、143 頁を参照。

<sup>722</sup> Siehe z. B. Gallas, Materialien I, S. 122; Schünemann, LK, Vor §25, Rn. 13; Joecks, MK, Bd. 1, 2. Aufl., Vor §25 Rn. 8; wohl auch Haas, Kommentar, Vor §§25 ff., Rn. 3.

<sup>723</sup> 既に松宮・刑事立法と犯罪体系 232 頁注(19)、243 頁注(46)。

<sup>724</sup> Vgl. Bähr, Täterschaftsbegriff, S. 40 f.; siehe auch F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, S. 36.

<sup>725</sup> 団藤・刑法綱要総論 388 頁。同じく、大塚・刑法概説総論 280 頁参照。

<sup>726</sup> 松宮・刑法総論 262 頁、中山ほか・レヴィジオン刑法 I 50 頁(松宮執筆)参照。

<sup>727</sup> この点、団藤博士は滝川・刑法の諸問題 196 頁以下を参照されていた。

というのも、前章で検討した論者は、正犯とは構成要件該当行為を自ら実行する者であると定義しつつも、中断論・遡及禁止論に依拠して間接正犯を認めていたし、またツィンマーラも正犯＝自手実行という公式を援用して間接正犯を否定したわけではないからである。

さらに敷衍して言えば、そのような謬見には正犯基準と正犯概念の混同が見受けられる。正犯概念とは、構成要件との関係で共犯規定を刑罰拡張事由と解するのか、それとも刑罰縮小事由と解するのかの対立なのであり、正犯と共犯の区別を意味する正犯基準の議論とは区別されるべきである。つまり、ブロイの言葉を借りれば、正犯概念とは、その範囲に従った関与形式の関係を指すものであるに対し、正犯基準とは、その内部構造に従った関与形式の関係を指すものである(もっとも、一方が他方に影響を与えることは認められるが)<sup>728</sup>。

最後に、両陣営では、正犯概念は各則構成要件の特色に鑑みて二元的に理解されていた点も看過してはならない。ここでも構成要件の特色が肝要であることが示されている。つまり、拡張的正犯論においては、自手犯や身分犯では共犯規定を刑罰拡張事由と解さねばならなかったし、またツィンマーラも過失犯では拡張的正犯論が妥当することを認めていた。とりわけ、後者の理解は、既に指摘した通り、その後の目的的行為論の展開にとって礎石となるものであった。

---

<sup>728</sup> Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 116.

## 第四章 目的的行為論と間接正犯論

本章では、1930年代末からヴェルツェルの主張を皮切りに、故意犯と過失犯とで正犯概念を区分し、前者の領域でのみ正犯と共犯の区別を認める目的的行為論の体系を確認した上で、そのような体系に基づく間接正犯論は、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に説得的な解決をもたらしたのか検討していくこととする。

### 第一節 ヴェルツェルの見解 (1939年)

1935年にヴェルツェルは『刑法における自然主義と価値哲学』の中で、実証主義思想と価値的目的論的思想を時代的・体系的に対比させながら、前者は後者の補充理論にすぎないことを特徴づけ、これに続く刑法理論も存在論に基づく目的的行為論たるべきことを主張した<sup>729</sup>。その後、1939年に発表された論文「刑法体系に関する研究」では、自らの目的的行為論に基づく体系論を——これまでの自然主義的・因果主義的な体系からの決別という、解釈学史的に見れば非常にダイナミックな形で——展開した<sup>730</sup>。

#### (一) 目的的行為論と正犯概念

ヴェルツェルによると、「本質的に『客観的な』行為の側面を含む無味乾燥な因果論と、『主観的な』行為の要素を含む心理的な責任要素」に分解している伝統的な(自然主義的・因果的な)解釈学は、分解の仕方を誤っているとされる。というのも、「事物の諸要因を観念的に区別することなくしては……論証的な人間の認識にとって、対象認識はそもそも不可能となってしまう」からである<sup>731</sup>。より詳しく言えば、故意作為犯とその他との間に行為の段階での相違を見出さない従来の体系は、以下の三点に鑑みれば、空洞化を来しているとする<sup>732</sup>。すなわち、1) 多くの構成要件において客観的な行為は、その基礎にある「内心的な」意思方向を通してのみ理解されうるという点、2) (既述のブルンスやツィンマーから示唆を受け)制定法は故意犯と過失犯を既に客観的な構成要件の段階で区別しているという点、3) 正犯意思か共犯意思のいずれかで現れる犯罪意思(故意)は具体的な犯罪意思としてのみ考えられる以上、「客観的な」不法構成要件に属するものであるという点が指摘される。

従って、故意犯における客観的構成要件の目的的特殊性(と過失犯における惹起構成要件)をこれ以上隠蔽することはできないとした<sup>733</sup>。それゆえ、盲目的かつ一定の経過秩序である因果をコントロールする目的性こそが人間の行為の本質的な特性であるとする立場からす

<sup>729</sup> 西原・間接正犯の理論 113 頁参照。

<sup>730</sup> この論文について、詳しくは安達・客観的帰属論の展開とその課題(二)252 頁以下参照。

<sup>731</sup> Welzel, ZStW 58, S. 491.

<sup>732</sup> Welzel, ZStW 58, S. 498 ff.

<sup>733</sup> Welzel, ZStW 58, S. 501.

れば<sup>734</sup>、社会的現象としての行為をその対象とする刑法では、意味表出としての行為と単なる回避可能な惹起としての「行為」は同置されてはならず、目的的な(故意の)行為が刑法解釈学の第一の出発点であると主張されたのである<sup>735</sup>。

そして、目的的行为論からすれば、目的构成要件(故意犯の构成要件)と過失犯の构成要件を同じ惹起构成要件として一括りに把握することが誤りであるのと同様、故意构成要件と過失构成要件において同じ正犯概念を打ち立てることもまた誤りなのである。それゆえ、この点でブルンスやツィンマーによって展開された二元的正犯概念は、目的的行为論に承継されたのであった(もっとも、彼らは故意犯と過失犯が客観的构成要件の段階では異ならないとしながらも、両者の間で正犯概念が異なることを認めたことは、ヴェルツェルからすれば体系矛盾にほかならなかったのだが)<sup>736</sup>。

## (二) 間接正犯、故意ある道具について

このような目的的行为論とそれに基づく二元的正犯概念を前提に、正犯と共犯の区別が問題となりうる故意犯の領域では目的的行为支配という基準が重要となる。すなわち、人間は自ら設定した目標に従い、未来(因果生成)の形成を合目的に実行に移すことができ、そのようにして実現された形成物はその人間に固有の自らの仕業として属するという意味で、現実の目的的行为支配が行為支配の本質的な標識であり、それは自己の意思決定を目的意識的に貫徹する者に認められる<sup>737</sup>。それゆえ、目的的行为支配という基準でもって間接正犯も語られることとなる<sup>738</sup>。

しかしながら、ヴェルツェルは目的犯・身分犯などに鑑みて上述の目的的行为支配に追加要件を付した。つまり、目的性(Finalität)は、正犯性にとっても本質的な要因ではあるが、一要因にすぎないため、社会的に重要な内容全体において正犯性は、行為者の更なる一身的要因(公務員や証人、軍人などの客観的な正犯要件と、領得目的や性的傾向などの主観的な正犯要件)に左右される。そして、そのような一身的な正犯要因をも有する者だけが、当該犯罪を全く社会(非)倫理的な内容において為しうる正犯者となり、包括的な(ただ単に目的的ではなく、さらに)社会的な行為支配(つまり、社会倫理的な反価値における犯行の支配)を有することとなる<sup>739</sup>。

従って、問題となる事例の直接行為者は、目的・身分を欠くがゆえに必然的に正犯にはなれず、「道具」として他人の社会的行為支配の中にはめ込まれ、犯行を幫助するにすぎ

---

<sup>734</sup> Welzel, ZStW 58, S. 502.

<sup>735</sup> Welzel, ZStW 58, S. 503.

<sup>736</sup> Welzel, ZStW 58, S. 538.

<sup>737</sup> Welzel, ZStW 58, S. 542 f.

<sup>738</sup> 付言すれば、目的的行为論からすれば、教唆者や幫助者らにおいても目的的行为が認められるが、彼らは他人の犯行の誘致や援助(つまり、関与行為)に対する支配しか有しておらず、決意と実際の貫徹に対する支配という意味での目的的行为支配は有していないとされる。Vgl. Welzel, ZStW 58, S. 539.

<sup>739</sup> Welzel, ZStW 58, S. 543.

ない。これに対して背後者には、目的・身分を有することを理由に犯行全体に対する社会的行為支配が認められ、その限りで他人の目的的活動をも一定の範囲で自らの目的的活動に組み込みうることになるのである<sup>740</sup>。こうして、ヴェルツェルは、目的なき・身分なき故意ある道具の利用をも間接正犯の一事例であることを説明したのであった。

### (三) 評価

以上見てきた通り、ヴェルツェルは目的的行為論を基礎に、目的実現である故意と単なる惹起である過失は既に客観的構成要件の段階で区別されることに対応し、故意正犯と過失正犯は異なるということを根拠づけ、それによって従来の自然主義的な体系と決別し、解釈学史上のパラダイムシフトを成功させた。

しかしながら、故意ある道具の問題の利用を間接正犯の一事例として位置づけることは、ヴェルツェルの目的的行為論から十分説得的に説明されたのであろうか。とくに身分なき故意ある道具に関して言えば、身分犯という各則構成要件の特色に目を向けて、つまり公務員たる背後者の立場性を考慮して彼の正犯性を語ったことは確かに正当である。しかし、ヴェルツェル自身が「包括的」という、固有の行為支配概念を修正・拡張する修飾語を用いている通り<sup>741</sup>、自由な意思決定の下で犯行に出た介在者が存在する以上、背後者に事象経過のコントロールという意味での行為支配が認められるのかどうかは疑わしいのである<sup>742</sup>。ゆえに、ロクシンが指摘する通り、支配は現実の事象に関連するものであるのに対して、義務は規範に関連するものであると捉えるならば、一方を他方に係らせるのは不可能であり、そしてこの場合にヴェルツェルが言う「行為支配」は、実際には全く異なる基準がその背後に隠されたラベルにすぎなかった<sup>743</sup>。その限りで、ヴェルツェルの見解は、各則構成要件に鑑みた正犯基準の定立、とくに義務犯論の展開の兆しを包含していたと言えよう。

## 第二節 マウラッハの見解 (1948 年、1954 年)

ヴェルツェルと同じく目的的行為論の擁護者であったマウラッハも、故意犯における正犯概念と過失犯におけるそれは異なって判断されるべきであると考え<sup>744</sup>、過失犯と異なり、正犯と共犯の区別が問題となるところの故意犯の領域では、その区別は故意によって

---

<sup>740</sup> Welzel, ZStW 58, S. 543 f.

<sup>741</sup> 中・間接正犯 52 頁参照。

<sup>742</sup> 付言すれば、道具は間接正犯に比して下位従属的でなければならないという、ヴェルツェル自身が他の箇所で示した要件(Welzel, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 94)も、問題となる事例においては全く充たされていない。Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 254.

<sup>743</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 257 f. u. S. 258.

<sup>744</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 502.



把握された構成要件該当的な事象経過の掌握、つまり客観的な行為支配によって為される  
とした<sup>745</sup>。

### (一) 間接正犯一般について

このような前提の下でマウラッハは、1943 年改正によって追加された刑法 50 条 1 項(制限従属形式)に依拠して広く教唆犯が認定された後に残った部分を間接正犯と捉える(つまり、間接正犯を彌縫策と捉える)形式的・消極的な思考は、正犯の優先性を侵すものであると非難し、間接正犯はより実質的かつ積極的に定義されるべきだとした<sup>746</sup>。それゆえ、間接正犯も正犯である以上、直接正犯において決定的であった行為支配という基準が妥当する。すなわち、故意に実行可能な可罰的行為の遂行のために他人を犯行の手段(道具)として利用する間接正犯を実質的に構成するメルクマールは、客観的な行為支配なのである<sup>747</sup>。

このように定義される間接正犯は、墮落(Korruption)という言葉で特徴づけられる教唆との対比で、濫用(Mißbrauch)というキー概念によって語られる。つまり、自由な人間の墮落として叙述される教唆犯は正犯者に故意を生じさせればその役割を終えるのに対し、不自由な人間を濫用する間接正犯は最初から最後まで事象経過をコントロールしており、その点に客観的な行為支配が見出される<sup>748</sup>。もっとも、濫用という表現は、例えば責任能力ある行為者が背後者に精神的に隷属している場合のような精神的な形を彷彿とさせるが、このモーメントは犯罪構成的にも認識可能であるとされる点には注意が必要である<sup>749</sup>。

### (二) 目的なき・身分なき故意ある道具について

濫用という標語によって特徴づけられるマウラッハの間接正犯論においても、身分なき故意ある道具の事例は(多くの説明をすることなしに)間接正犯の一事例に数えられた。というのも、この場合に直接行為者は犯行の実行のために必要な資格(Qualifikation)を欠く点で、道具が構成要件的に行為していない場合(つまり、客観的構成要件において欠如がある場合)と同視されるからである<sup>750</sup>。マウラッハの言葉を借りれば、ここでは犯罪構成的に認識可能な濫用のモーメントが見出されていることとなる。

これに対して、目的なき故意ある道具の事例(ニワトリ小屋事例)については異なった判断が示された。マウラッハによれば、この場合に間接正犯が成立すると一般化することは誤

<sup>745</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 504.

<sup>746</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 506, 507. 付言すれば、間接正犯を処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策と捉えることに反対した当時の論者として Vgl. H. Mayer, Strafrecht AT, S. 305.

<sup>747</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 505, 506; ders., Grundriß, S. 128.

<sup>748</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 508; ders., Grundriß, S. 128. 付言すれば、マウラッハはこのように間接正犯を特徴づけながらも、極めて稀な例外事例として、直接行為者が完全に犯罪的に(有責的に)行為する場合に間接正犯が成立する余地を認めていた。Vgl. ders., Lehrbuch AT, S. 508, 509, siehe auch S. 516.

<sup>749</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 508.

<sup>750</sup> Maurach, Lehrbuch AT, S. 510; ders., Grundriß, S. 129 f.

りであり、47条の箍を外してしまうため不当であるとされる。そのため、マウラッハは事例の性質による区分を求めた。すなわち、構成要件に属するところの目的が直接行為者に欠ける場合には間接正犯が存在するが、これに対して犯行に対する個人的な利益関心が問題となるにすぎない場合にそれが直接行為者に欠けるならば、彼の正犯性は排斥されないとした。そしてこの区分に基づき、第三者領得は自己領得を前提とするという理解<sup>751</sup>から、ニワトリ小屋事例における直接行為者は窃盗正犯であると評価したのである<sup>752</sup>。

### (三) 評価

以上見てきた通り、マウラッハは、ヴェルツェルと同様、目的的行為論に基づいた二元的正犯概念を展開し、そして間接正犯を——教唆犯との構造的な相違に鑑みて——「濫用」というキー概念でもって特徴づけた。

窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例においては、ヴェルツェルと異なり、マウラッハは直接行為者を窃盗正犯、背後者にその共犯を認めた。その点を(1998年の第六次刑法改正前だが)ロクシンも基本的に支持しており、この種の事例の解決においては個々の主観的不法要素の意義(Sinn)と意味(Bedeutung)が重要であると述べている<sup>753</sup>。しかし、自己領得目的しか規定されていない改正前の窃盗罪を前提に、共犯の成立を認めるという帰結は正しく導かれるのであろうか。これまで考察してきた諸学説に鑑みれば、第三者領得は自己領得を前提とするという理解は、まさにガチョウ小屋事例を契機に一度は廃れたはずである。それにもかかわらず、再び取り上げねばならないというのは、背後者に(目的的行為支配に基づく)間接正犯の成立が認められないことから生じた、マウラッハなりの苦渋の選択だったのかもしれない。

また、身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と位置づけることも問題である。責任能力もあり情を知っている非公務員は、当該犯行に出ることを自らの意思で取り止めることも十分可能であるのに、背後者は事象経過を目的的に操作していると評価するであろうか。また、当該事例を故意なき者の利用へ整序するというやり方は、学説史に鑑みれば、既にフランクやE. シュミットが行ってきたものであり、それが抱える問題点は既に該当箇所指摘してきた通りである。つまり、情を知る(dolos)責任能力者を間接正犯の道具と評価するという根本的な問題が、当該犯罪の故意(Vorsatz)の問題にすり替えられているのである。

---

<sup>751</sup> Maurach, Lehrbuch BT, S. 166.

<sup>752</sup> Maurach, Grundriß, S. 130. 付言すれば、1954年の教科書では、窃盗罪は利欲犯(Gewinnsucht)ではないことを前提に、因果経過を見通した上で奪取を単独で行った下男は、窃盗の幫助ではなく、正犯であると述べている。Vgl. ders., Lehrbuch AT, S. 511. もっとも、これによって背後者の間接正犯の可能性は簡単に排斥されないが、それは具体的に認識可能な行為支配の諸事例に限定されたとした上で、設例では完全に犯罪的に行為する正犯行為は認められないとする。

<sup>753</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 259.

### 第三節 ガラスの見解 (1954 年)

最後に、ヴェルツェルやマウラッハに比べ、身分なき故意ある道具の問題を最も根本的に検討したとロクシンに評される<sup>754</sup>ガラスの見解を取り上げる。ガラスも目的的行為論に依拠し、故意犯と過失犯とで正犯概念を区分し、正犯と共犯の区別は前者の領域においてのみ認められるとした上で、故意犯の正犯とは、目的的活動を決定づける意味内容である、構成要件において予定されている行為を実行した者であり、「行為支配」という実質的な基準でもって共犯と区別されるとした<sup>755</sup>。その際、ガラスによれば、「正犯」は体系的に構成要件論に属するものであり、換言すれば、構成要件実現の主体であるため<sup>756</sup>、身分犯における特別な身分や関係性も当該犯罪における正犯性(=行為支配)を根拠づけるメルクマールとして考慮された。

#### (一) 間接正犯一般について

このような前提の下で、ガラスは従前の限縮的正犯論と客観説の組み合わせ(以下、限縮的・客観的正犯論)では説得的に根拠づけられなかった間接正犯論の困難さ<sup>757</sup>を、目的的行為論を通して構成要件該当性という概念を弛緩することで克服しようを試みた<sup>758</sup>。すなわち、構成要件該当的な態度の目的的な意味が、行為者を通した犯行経過の意思的および身体的な支配、つまり「行為支配」に現れることで、法律上暗黙の前提とされたものとして一定の範囲で間接的実行が直接的実行と同置される<sup>759</sup>。そして、直接行為者の「道具」性に着目してきた従来の限縮的・客観的正犯論が実は目的的解释を前提としてきたのと同様、直接行為者が道具となるのは、背後者が彼を掌握する場合、つまり彼の行為が単に背後者の態度の因果的な作用としてのみならず、背後者の計画と意思によって決定された「仕業」として現れる場合だと主張された<sup>760</sup>。

#### (二) 目的なき・身分なき故意ある道具について

---

<sup>754</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 253.

<sup>755</sup> Vgl. *Gallas*, Materialien I, S. 132.

<sup>756</sup> Ebenda.

<sup>757</sup> 法律上の行為既述の文言に着目する形式的客観説は、構成要件上要求されている直接的な犯行実行から間接的な犯行実行への橋渡しを欠く点で問題であるし、また実質的客観説も、犯行の因果的な意味に結びつけられる危険性予測(Gefährlichkeitsprognose)が不十分であることによって不成功に終わると批判した。Vgl. *Gallas*, Materialien I, S. 133.

<sup>758</sup> *Gallas*, Materialien I, S. 132.

<sup>759</sup> *Gallas*, Materialien I, S. 133. もっとも、直接的実行と間接的実行の同置は、外部的な犯行経過の支配の程度のみならず、犯行の意味内容における一致にも左右されるため、犯行の類型的な不法内容が身体活動の一身の実行に結びつけられている自手犯の場合や、間接的に実行する者に特別な身分や関係、目的が欠けている場合には間接正犯の成立は認められないとされた。

<sup>760</sup> Ebenda.

それゆえ、ガラスの間接正犯論に従う限り、目的なき・身分なき故意ある道具の事例では、直接行為者は当該犯罪の成立にとって必要な目的・身分を欠く以上、当該犯罪の行為支配(=正犯性)を有しておらず、また背後者も(その他の間接正犯の事例と同様の)道具たる直接行為者の支配を有していない<sup>761</sup>。

そこでガラスは、誘致者自身を見る限りで彼は犯行決意を実現するため、外部的な行為の遂行を通して彼に手を貸すよう直接行為者を唆しているという点で「幫助に対する教唆」を認めることは、援助の対象となる正犯行為を欠くがゆえに問題だとしつつ、背後者が教唆の役割を越えて直接に構成要件実現に関与する場合、例えば戸籍役場の官吏が戸籍簿への不実の記載を他人にさせるべく、戸籍簿を他人に入手可能にした場合(刑法 348 条)、背後者にとっては共同正犯者との共働(Zusammenarbeit)が当該構成要件の正犯としての可罰性を根拠づける以上、それは特別な身分を欠くために幫助となる者との共働においても妥当するため、背後者は直接正犯として処罰される(そして幫助に対する教唆はこれに吸収される)と主張した<sup>762</sup>。

ただし、ガラスは、目的なき・身分なき故意ある道具の全ての事例において背後者の直接正犯性を認めたわけではなく、より一般的に間接正犯の成立が認められるべきだと主張した。すなわち、そのような事例において背後者は直接行為者という人格を支配していないが、背後者の身分や目的がなければ、直接行為者は当該構成要件で保護された法益に到達しえないのであるから、背後者は自らの身分や目的に基づき、そもそも当該事象が犯罪的性格になるのかどうかを掌握していると捉えることで「行為支配」を見出し、教唆的活動を越えた、自手実行と同視される間接的実行を認めたのである<sup>763</sup>。このようにしてガラスもまた故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として整序したのであった<sup>764</sup>。

### (三) 評価

先に検討したヴェルツェルやマウラッハと同様、目的的行為論に依拠し、故意犯の領域においてのみ正犯と共犯の区別を認めたガラスも、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を十分説得的な形で解決することができたのであろうか。正当にもノヴァコフスキーが指摘した通り、自己領得目的や公務員という身分を背後者が備えるからといって、直ちに彼が犯行を支配する中心人物だと評価しえないであろうし、そこでは様々な評価的観点が互いに入り交じっているのである<sup>765</sup>。その点でとくにロクシンが言及する通り、背後者だけが構成要件該当的態度にとって必要となる特別な身分や目的を備えているという事情は、行為事象の成り行きの支配という意味での行為支配とは関係のないことであろう<sup>766</sup>。

---

<sup>761</sup> Gallas, Materialien I, S. 135.

<sup>762</sup> Gallas, Materialien I, S. 135.

<sup>763</sup> Gallas, Materialien I, S. 136.

<sup>764</sup> ガラスと同様の見解を示す学説につき、Vgl. Lotz, Werkzeug, S. 82 ff., 484 ff.

<sup>765</sup> Vgl. Nowakowski, JZ 1956, S. 549.

<sup>766</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 255, 258.

さらに言えば、正犯としての可罰性を根拠づけるところの行為支配が背後者に存するのかどうかという問いを、可罰的な態度が存するかどうかは背後者に左右されるとのコメントを付して肯定することは、証明すべきことを既に前提とする論点先取(*petitio principii*)なのである<sup>767</sup>。というのも、そもそもここでは身分・目的を備える背後者が関与することによって当該犯罪が実現されるか否かが問われているからである。

#### 第四節 小括

以上において考察してきた通り、ヴェルツェルによって初めて彫琢され、その後マウラッハやガラスに受け継がれた目的的行为論は、従来の自然主義的・因果主義的な行為論とその体系から決別した。つまり、構成要件の段階における故意犯(精確には、故意作為犯)と過失犯(精確には、過失犯および不作为犯)の区別に対応して正犯概念を区別し、そして(目的的行为支配という基準による)正犯と共犯の区別を故意(作為)犯の領域においてのみ認めた。このような解釈学史的なダイナミズムを描出した目的的行为論の共犯体系は、故意正犯の背後の過失正犯という当時のアクチュアルな問題を解決しようと試みたのである。

しかし、既に指摘してきた通り、目的的行为論のいずれの論者も、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を十分説得的に解決できなかった。この点、とりわけ、背後者に行為支配を認めることはロクシンによって鋭く批判された。すなわち、問題となる事例において直接行為者は心理的圧迫も受けず、誰にも邪魔されず、犯行に出るのかどうか決断する際、意思形成において自由で、しかも背後者と同程度に状況を見通していたのであり、そのような直接行為者の自律的な意思は背後者から形成的な決断の可能性を奪い、彼を事象の縁へと追いやると<sup>768</sup>。つまり、問題となる事例では自律的な意思決定を為す直接行為者が介在するにもかかわらず、その他の間接正犯の事例と同じく、背後者に行為支配(事象経過の支配)が認められるのかどうか疑わしいのである。つまるところ、事象経過のコントロールという意味での「行為支配」を正犯のメルクマールとする限りで、目的的行为論も(それ以前の)自然主義的・因果主義的思考に呪縛されていたのである。

しかも、既に触れた通り、目的的行为論の論者の説明では特別な義務の違反と行為支配が混同されており、背後者の正犯性は行為支配とは別の原理から導出されるべきことをロクシンが主張した点について言えば、各則構成要件の特徴に鑑みて正犯基準は一元的ではないということが、目的的行为論を通して例証された(そして、後にロクシンによって産出される義務犯論の登場する契機となった)と言えよう。

---

<sup>767</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 255; siehe auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/104.

<sup>768</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 254.

## 第五章 戦後ドイツにおける間接正犯論——第六次刑法改正前まで

前章では、ヴェルツェル以降の目的的行為論とそれに基づく間接正犯論を検討し、彼らもまた目的なき・身分なき故意ある道具の問題を十分説得的に解決することができなかったことを明らかにした。

本章では、戦後ドイツにおいて間接正犯論および目的なき・身分なき故意ある道具がどのように議論されたのか——1998年の第六次刑法改正までを対象に——検討していく。周知の通り、戦後ドイツにおける間接正犯論の主戦場は、エルサレムでのアイヒマン裁判やナチスの不法体制、ソ連の独裁体制を念頭にロクシンが提唱した「組織的権力機構を利用した間接正犯」、いわゆる「正犯の背後の正犯」の問題であった<sup>769</sup>。それゆえ、戦後の議論では目的なき・身分なき故意ある道具という古典的問題は——新たに登場した問題と同じく間接正犯の本質に関わるにもかかわらず——議論の周縁へと追いやられてしまった。しかし、戦後の議論では、ロクシンを嚆矢としていわゆる義務犯論(支配犯と義務犯の区別)<sup>770</sup>が、身分なき故意ある道具の問題の解決に大きく寄与し、他方で目的なき故意ある道具の問題は、第六次刑法改正によって窃盗罪に第三者領得目的が規定されたことで一定の解決を見ることとなった。以下では、まず戦後の刑法改正について概観・検討した上で、諸学説を検討していく。

### 第一節 戦後の刑法改正について

本節では、以下の学説の検討に資する限りで、戦後の改正について概観する。周知の通り、1975年の改正では教唆犯の文言が変更され、間接正犯が導入されることとなった。

第二次世界大戦後、ドイツ連邦共和国の建国後まもなく、刑法の全面改正の作業の再開のため、大刑法員会が組織された。当初、そこでは1927年草案が出発点に据えられたのと同時に、個別具体的に1927年草案と比較する中でどの程度まで1936年草案からの脱却にメリットがあるのか吟味された。その議論の成果として、連邦司法省は大刑法委員会による第一読会の後に1959年草案Ⅰを、さらに第二読会の結果や連邦部局などの態度表明を踏まえた1959年草案Ⅱを作成した<sup>771</sup>。その後、ラント委員会の審議を踏まえて修正さ

---

<sup>769</sup> この問題について取り扱った近時の論文として、後藤・間接正犯論 163 頁以下、田川・正犯概念の一断面 133 頁以下、水落・背後者の正犯性 201 頁以下を参照されたい。また、近時、この法形象は国際刑法という新たな舞台で議論となっている。これにつき、オステン・国際刑法における正犯概念 111 頁以下、同・正犯概念再考 1 頁以下を参照されたい。

<sup>770</sup> 義務犯論については、さしあたり平山・不作為犯 123 頁以下、豊田・客観的帰属 6 頁以下、佐川・共犯論 15 頁以下を参照されたい。

<sup>771</sup> Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXI f. さらに、野澤・中止犯 335 頁以下、大野・共犯の従属性と独立性 111 頁参照。

れた 1960 年草案を連邦政府が修正し、1962 年草案として連邦参議院に提出した<sup>772</sup>。さらに、スイスとドイツの刑法学者が作成した対案(Altanativentwurf)が、1968 年に FDP 会派によって議会に提出され、1962 年草案とともに審議された<sup>773</sup>。その後、刑法改正のための連邦議会の特別委員会(1966 年から 1969 年)の中で、対案も考慮に入れられた<sup>774</sup>。そして特別委員会は二つの法律(1969 年 6 月 25 日の第一次刑法改正法と 1969 年 7 月 4 日の第二次刑法改正法)によって改正を実現することを決め、第二次刑法改正法によって全く新しい総則規定が導入されることとなり、1975 年 1 月 1 日に施行された<sup>775</sup>。

では、本稿の主たる関心事である間接正犯について、当時の立法者はどのように考えたのか。今日の刑法典 25 条および 26 条が 1962 年草案 29 条および 30 条に対応するものであり、また審議の中で対案の提案(例えば、教唆犯の任意的減輕、教唆犯における故意従属の否定など)は支持されなかったことに鑑み<sup>776</sup>、1962 年草案の正犯規定と教唆犯規定を確認し<sup>777</sup>、理由書の説明を検討していく。

## §29 Täterschaft

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

(29 条 正犯)

(1) 正犯として処罰されるのは、可罰的行為を自らもしくは他人を通じて実行した者である。

(2) 複数人が可罰的行為を共同で実行した場合、みな正犯として処罰される(共同正犯。)

## §30 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

(30 条 教唆犯)

---

<sup>772</sup> Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXIII, XXXVI. さらに、野澤・中止犯 335 頁以下、大野・共犯の従属性と独立性 111 頁参照。

<sup>773</sup> 対案の共犯規定については、vgl. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs Allgemeiner Teil*, 2. Abschnitt, 3. Titel, §§27 ff., in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 375 f.

<sup>774</sup> Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXVII. および野澤・中止犯 339 頁以下参照。

<sup>775</sup> Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXVIII; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung, S. 31. さらに野澤・中止犯 340 頁以下参照。

<sup>776</sup> Vgl. *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung, S. 31.

<sup>777</sup> 原文は以下のものを参照した。Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1962) – Kabinetttvorlage –, Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt, 3. Titel: Täterschaft und Teilnahme, §29 u. §30, in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 255.

故意に他人をその故意に実行された違法な行為へ決定づけた者は、教唆者として正犯と同様に処罰される。)

既述の通り、1962 年草案の正犯規定および教唆犯規定の文言は、現行刑法典のそれと全く同じである。そこでは、ライヒ刑法典と異なり、教唆犯につき手段の列举が不要なものであり誤解を招くものとして削除され<sup>778</sup>、それと並んで直接正犯および間接正犯が規定されたことも大きな特徴である<sup>779</sup>。この点について、草案は個別の関与形態に改めて厳格な外部的輪郭を与え、正犯という概念の本質的なメルクマールを確認しようとした。至るところで概念的な明確性を獲得しようと努めた草案からすれば、最もよく登場する関与形態である正犯に言及しないわけにはいかなかった。そこで草案は、(1925 年草案と同じく)正犯は教唆犯や幫助犯に優先するという意味での限縮的正犯論を採用した上で、(1925 年草案とは決別して)学説の通説的見解と一致する形で間接正犯という法概念を規定した。そして、物を使おうが人を使おうが可罰的行為を実行するという点では変わらないため、間接正犯を直接正犯と同じように取り扱うことが事物に即しており、また国民の理解に沿うものであるとした<sup>780</sup>。

敷衍して言えば、立法者が想定した間接正犯の諸事例は、意思決定の自由のない、換言すれば、自由答責的でない者を利用する場合に限られなかった。(当時有力であった目的的行為論に影響を受けた<sup>781</sup>)理由書は、錯誤者や不知の者を利用する場合や、故意はあるが責任のない者を利用する場合と並んで、身分なき故意ある道具を利用する場合も目的なき故意ある道具を利用する場合も列举した<sup>782</sup>。しかし、草案は間接正犯の諸形態の多様性に鑑みて、

---

<sup>778</sup> BT Drucks. IV/650, S. 150.

<sup>779</sup> 既に 1959 年草案 I 29 条には間接正犯の規定が置かれていたが、比較的細かな要件が記されていた。

1959 年草案 I 29 条は、以下の通りである。Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1959 I): Nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung zusammengestellt und überarbeitet von Bundesministerium der Justiz, Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt, 3. Titel: Täterschaft und Teilnahme, §29, in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 10.

§29 Täterschaft

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst ausführt.

(2) Als Täter wird auch bestraft, wer vorsätzlich die Straftat durch einen anderen ausführt, der ohne Vorsatz oder trotz Vorsatzes schuldlos handelt oder bei dem die besonderen persönlichen Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) oder besondere Absichten fehlen, welche die Strafbarkeit begründen.

<sup>780</sup> BT Drucks. IV/650, S. 149.

<sup>781</sup> 「教唆犯の場合、行為支配は教唆者ではなく、正犯行為の行為者に存する。これに対して間接正犯の場合、行為支配は道具ではなく、間接正犯者に存する」との記述を参照。Vgl. BT Drucks. IV/650, S. 150. また、教唆犯規定において故意従属が再び要件となった点にも目的的行為論の影響を垣間見ることができよう。Vgl. *Poppe*, Akzessorietät, S. 438.

<sup>782</sup> 付言すれば、既に 1959 年草案 I の時点で立法者は、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として想定している。もっとも、1959 年草案 I の窃盗罪(241 条)および 1962 年草案の窃盗罪(235 条)では、第三者領得目的が規定されているため、これに関する目的なき故意ある道具の事例では狭義の共犯の成立の余地が認められよう。Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 3, S. 55, 304.



それらを個別に記述することは避け、一般的・包括的に規定するに留めた。付言すれば、理由書は、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認めつつも、(これと同根の問題を抱えるはずの)正犯の背後の正犯の問題に関しては「さらに学問による解明が必要であり、その限りで法の発展を追い越してはならない」として、態度表明を避けたのであった<sup>783</sup>。

## 第二節 学説の展開

前節で見てきた通り、刑法典の中に新たに間接正犯の規定を置いた立法者にとって大きな関心事は正犯の背後の正犯の問題であり、目的なき・身分なき故意ある道具を利用する場合も間接正犯の一事例として捉えられていた。

学説では、自己答責原理を分水嶺に、正犯の背後の正犯(とくに組織的権力機構を利用した間接正犯)を認めるのかどうか激しく議論されてきた<sup>784</sup>。他方で、目的なき・身分なき故意ある道具もこの問題と同様、(当該犯罪の成立にとって目的・身分を欠く)自己答責的な直接行為者が問題となるにもかかわらず、議論に終止符が打たれたわけではないものの、戦前と比べ下火となってしまった。以下では、1998年の第六次刑法改正までの間、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に取り組んだ論者の見解を検討していくこととする。

### (一) ロクシンの見解 (1963年以降<sup>785</sup>)

最初に検討するところのロクシンは、周知の通り、1963年に教授資格論文として「正犯と行為支配」を上梓して以来、戦後ドイツの間接正犯論の第一人者であり、また行為支配論の「完成者」<sup>786</sup>と称される人物である。ロクシンは、一方で「組織的権力機構を利用した意思支配」<sup>787</sup>を認めつつも、目的なき・身分なき故意ある道具の利用を間接正犯の範疇から排斥した点で一考に値する。

ロクシンによれば、正犯とは「行為事象の中心形態」<sup>788</sup>である。すなわち、実行行為は当該構成要件の犯罪的中核であり、ゆえにその実現は行為者を否応なしに構成要件的事象の中心に移し、彼に正犯性を付与する<sup>789</sup>。もっとも、それは単なる形式的な規準にすぎず、立法者の価値観や基礎となる態度の構造、各則構成要件の特色に応じて正犯基準の実質化が図られる<sup>790</sup>。換言すれば、形式的客観説における自手性への偏向を克服し、構成要

---

<sup>783</sup> BT Drucks. IV/650, S. 149.

<sup>784</sup> Vgl. Greco, ZIS 2011, S. 9 ff.

<sup>785</sup> 以下で検討の対象とするロクシンの『正犯と行為支配』の初版は1963年だが、変更箇所への言及がない限り、以下では2015年の第九版を引用する。

<sup>786</sup> Vgl. Schild, NK, Vor§25 Rn. 1.

<sup>787</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 242 ff.

<sup>788</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 25.

<sup>789</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 139.

<sup>790</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 26.

件を弛緩して展開される行為支配論<sup>791</sup>では、各正犯形態に対応した基準が打ち立てられる。つまり、直接正犯には行為の支配(*Handlungsherrschaft*)、間接正犯には意思支配(*Willensherrschaft*)、共同正犯には機能的行為支配(*funktionelle Tatherrschaft*)という正犯基準が割り当てられる<sup>792</sup>。

しかし、この枠組みは、行為支配によって正犯と共犯が互いに際立つ犯罪類型、いわゆる支配犯<sup>793</sup>の領域において妥当するものであり、構成要件の性質によって区別される義務犯および自手犯では異なる正犯基準が想定される<sup>794</sup>。そして詳言するまでもなく、本稿が問題とする身分なき故意ある道具の事例は義務犯の領域で語られることとなる。ロクシンによれば、行為の外部的性質を問題とするところの支配犯とは異なり、公務員犯罪など<sup>795</sup>の義務犯の領域では、立法者が制裁の根拠として置くところの行為者の請け負う社会的役割の給付要求<sup>796</sup>、つまり行為者の義務的地位(*Pflichtenstellungen*)によって正犯と共犯は区別されることとなる<sup>797</sup>。そこで問題となるのは、あらゆる犯罪に存する義務ではなく、刑罰法規の名宛人が身分者(*Qualifizierten*)に限られた犯罪に存する義務であり、刑法外の義務、つまり刑罰法規に先行する、他の法領域に由来する義務なのである。ゆえに、ここではそのような義務の違反によって義務保持者は行為事象の中心形態、つまり正犯と見做されることとなる<sup>798</sup>。

それゆえ、例えば、財産保護義務を課せられた管財人がアメリカに滞在中、ドイツにいる第三者をして当該財産を勝手に移転させるという背任罪に関する身分なき故意ある道具の事例では、管財人は財産の移転のために必要な文書偽造罪や詐欺罪について行為支配を行使しえず、教唆犯にとどまるが、これに対して背任罪については財産保護義務に違反しているのは彼だけであるため、間接正犯となる<sup>799</sup>。

これに対して、目的なき故意ある道具の事例(例えば、窃盗罪に関連するガチョウ小屋事例)は、故殺罪や放火罪と同様の方法で支配可能な外部的な事象が問題となっているため<sup>800</sup>、あらゆる通常の構成要件と同様、行為支配原理に忠実に、直接行為者を正犯、背後者を教

---

<sup>791</sup> Siehe *Roxin*, LK, §25 Rdn. 34; siehe auch *Gallas*, Materialien I, S. 132.

<sup>792</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 126.

<sup>793</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354; ders., Kriminalpolitik, S. 16.

<sup>794</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 355 ff., 399 ff.

<sup>795</sup> 例として *Roxin*, Tatherrschaft, S. 353 f.では、ドイツ刑法典 340 条、300 条、266 条、246 条、旧 170 条 b が挙げられている。

<sup>796</sup> *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 17.

<sup>797</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354 f.

<sup>798</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 354.

<sup>799</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 360. 同様のことは、公務員犯罪に関する身分なき故意ある道具の事例でも妥当する。Siehe ders., Tatherrschaft, S. 361. 付言すれば、「正犯なき共犯」説を主張していた中博士は、1968 年の論文でロクシン流の義務犯論を支持され、身分なき故意ある道具の背後者は不作為正犯(間接正犯?)、被利用者は幫助犯であるとされた。中・いわゆる義務犯 476 頁以下。

<sup>800</sup> *Roxin*, Tatherrschaft, S. 343.

唆者と想定することが唯一正しいとされる<sup>801</sup>。もっとも、領得目的が全く考慮外に置かれるわけではない。むしろ、領得目的は「奪取に意味を付与する傾向(sinn-beseelende Tendenz der Wegnahme)」であると理解するロクシンは<sup>802</sup>、直接行為者においても「自己領得目的」の存在を認めた。つまり、直接行為者は、奪取した物をさらに背後者に渡すのかどうかについて強要されずに「自主的な利用処分」を行っており、それが領得概念を充たすと捉えられた<sup>803</sup>。換言すれば、直接行為者は奪取後に背後者に物を渡すことにつき、所有者と同様の処分を行っており、その点で第三者領得も自己領得であると把握されたのである<sup>804</sup>。

従って、目的なき故意ある道具の事例では領得目的の解釈によって教唆犯の成立が認められ、身分なき故意ある道具の事例では義務犯論の定立によって間接正犯の成立が認められたため、目的なき・身分なき故意ある道具という法形象は不要となった。しかし、前者に関して言えば、ヴァッフエンフェルトやマウラッハの見解と同様にロクシン説も、直接行為者が一旦自ら保持することなく第三者に渡す事例を捕捉することはできないという限界が存在する。また、義務犯論では、刑罰法規の名宛人が限定されているという各則構成要件の特色に着目し、異なる正犯の概念を打ち立てた<sup>805</sup>点で正当であるとしても、何故に刑法外の義務が援用されうるのか<sup>806</sup>という疑問が残る。さらに、義務犯では、当該行為者が彼にのみ課せられた義務に違反するということが決定的である(そして、それを通して構成要件該当結果が惹起される)ならば、身分なき故意ある道具を利用する背後者は「直接正犯」と解されるべきであり、間接正犯とするのは「設計ミス」なのではないだろうか<sup>807</sup>。

## (二) ヤコブスの見解 (1993 年以降<sup>808</sup>)

第二に検討するヤコブスは、上述の義務犯論をさらに発展させた人物の一人である<sup>809</sup>。その義務犯論によって故意ある道具の問題の一部は解決したと述べるヤコブスは<sup>810</sup>、目的なき故意ある道具の問題をいかに取り扱ったのであろうか。以下では、ヤコブスの関与形態論を概観し、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に関する彼の解決策を検討する。

---

<sup>801</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 341.

<sup>802</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 343; siehe auch Welzel, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 296.

<sup>803</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 341.

<sup>804</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 751. 付言すれば、領得目的をこのように理解するロクシンは、1962 年草案のように第三者領得目的を追加することは不要だと論じた。Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 345.

<sup>805</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 787.

<sup>806</sup> 平山・不作為犯 132 頁参照。

<sup>807</sup> Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., §12 Rn. 40. しかも、この場合に間接正犯を認めることは、正犯と共犯の区別のためではないにせよ、正犯の種類を決めるために、義務犯でも裏口から行為支配を招き入れていると批判される。Vgl. Lotz, Werkzeug, S. 589 f.; siehe auch Sánchez-Vera, Pflichtdelikt, S. 161 ff.

<sup>808</sup> 教科書の初版は 1983 年だが、以下では 1991 年の教科書の第二版を主な検討の対象とする。

<sup>809</sup> Roxin, Tatherrschaft, S. 774, 776.

<sup>810</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/104.

ヤコブスは、刑法上重要な事象に対する複数人の管轄をいかにして割り当てるのか<sup>811</sup>を課題とする共犯論において、まずもって二つの異なる規範的考慮として支配犯と義務犯の区分を示す。すなわち、義務犯では正犯的な管轄は制度的に確保された義務の違反によってのみ根拠づけられる(ため、義務づけられていない者は共犯にしかなりえない)が、これに対して支配犯における管轄は特別な義務ではなく、組織化領域を有する者による組織化活動に関係する<sup>812</sup>。より詳しく言えば、支配犯の領域では関与者は(潜在的な)被害者に対して、他人の組織化領域を侵害するアウトプットをしない状態に自らの組織化領域を維持すべきだという単なるネガティブな関係しか有していないのである(いわゆる組織化管轄)<sup>813</sup>。

では、支配犯の領域ではいかなる正犯基準が打ち立てられるのか。ヤコブスによると、共同正犯が単独正犯と同様に犯行を掌握するということはそもそも認められないという点や、狭義の共犯や通行人であっても犯行の妨害や阻止は可能であるという点に鑑みれば、従来の行為支配論は適切に正犯性を把握していない。そのため、ロクシンにならって行為支配概念は三つに区分される。すなわち、実行行為の遂行による行為支配(形式的な、つまり構成要件に結びつけられた行為支配)と並んで、犯行を為すのかどうかについての決定による行為支配(決定支配としての実質的行為支配)、犯行の形成による行為支配(形成支配としての実質的行為支配)が認められる<sup>814</sup>。このうち、間接正犯論に関係するのは、二つ目である。つまり、間接正犯とは、自らの優越的な決定支配に基づく優先的管轄によって特徴づけられる。より詳しく言えば、道具をして帰属を阻却するような方法での故意犯の構成要件実現の回避を困難にさせたということについて、間接正犯者は管轄を有することとなる<sup>815</sup>。その帰結として、行為媒介者の行為が故意かつ有責である場合に間接正犯の成立は認められないため<sup>816</sup>、故意ある道具の利用も間接正犯の一事例としては捉えられない。しかも、この場合、犯罪を類型化する正犯メルクマールとしての身分・目的<sup>817</sup>を直接行為者は備えておらず、正犯行為を欠くため、背後者における共犯の成立も否定される<sup>818</sup>。

---

<sup>811</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/1.

<sup>812</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/2 f.

<sup>813</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1/7, 21/16, 21/115; siehe auch ders., Theorie, S. 5.

<sup>814</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/34 f. 付言すれば、これら三つの行為支配は、完全な管轄を根拠づけるところの組織化活動であるという点で一致する。Vgl. ders., Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/35.

付言すれば、支配犯(組織化管轄)の領域における狭義の共犯は、(正犯的な態度を直接に把握する)各則構成要件と密接な関係を持つわけではなく、より弛緩された関係を持つ(つまり、共犯規定は可罰性拡張事由と捉えられる)。もっとも、正犯行為(Haupttat)の遂行は共犯者にも彼の仕業として――正犯に比して量的に縮減された形で――帰属される。Vgl. ders., Strafrecht AT, 2. Aufl., 22/6; siehe auch *Jakobs*, FS-Lampe, S. 571.

<sup>815</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/63. 故意なき者を利用する場合(とくに錯誤管轄)に関するヤコブスの見解については、eingehend ders., GA 1997, S. 553 ff. この論文の翻訳として、ヤコブス著／松宮訳・故意なき道具 167 頁参照。

<sup>816</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/63, siehe auch 21/94.

<sup>817</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/9.

<sup>818</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/104.

では、故意ある道具の問題はどのように捕捉されるのであろうか。既に述べた通り、身分なき故意ある道具の問題は、義務犯論を通して解決される。ここで問題となる義務犯とは、行為者が制度的に確保された財の保護について保障人として義務づけられている犯罪を指す。この領域では、万人によって実行可能な犯罪が問題となる支配犯と異なり、特定の人間が自己の組織化領域が財を侵害しないようにするだけでなく、財の状態を一般的に保障しなければならない。つまり、ここではポジティブな義務が問題となっているのである(いわゆる制度的管轄)<sup>819</sup>。ゆえに、財と関与者(義務的地位にある者)との関係は、常に従属的な媒介なしに直接的であり、常に正犯的なものなのである<sup>820</sup>。換言すれば、刑罰法規のベクトルが万人に向けられている支配犯と異なり、義務犯では刑罰法規のベクトルは義務保持者にのみ向けられていると言えよう<sup>821</sup>。従って、具体的な帰結として、身分なき故意ある道具の背後者は、当該犯罪の直接正犯と捉えられることになる。

これに対して、目的なき故意ある道具の事例はどのように扱われるのであろうか。まず、既遂にとって必要な故意とそれを超える故意の平行性(Parallelität)が指摘される<sup>822</sup>。つまり、故意と超過的内心傾向(主観的違法要素)が区分される。後者は、目的概念や「……するために」という定式化によって故意が計画連関(Plannungszusammenhang)として考慮される領域を指す<sup>823</sup>。そこでは、一身専属的性格である単なる故意と異なり、超過的な故意は従属的となりうる<sup>824</sup>。つまり、犯行の目的が犯行の類型を決める以上、当該目的は必要不可欠だが、それが他人の計画連関の中に存すれば十分とされる、換言すれば、自分自身が目的を持っていなくとも、他人が目的を持っていることの認識で足りるとされる<sup>825</sup>。それゆえに、ヤコブスは窃盗罪(刑法典 242 条)や横領罪(刑法典 249 条)の成立にとって必要となる領得目的を権利者排除故意(Enteignungsvorsatz)と利用処分目的(Aneignungsabsicht)に分けた上で<sup>826</sup>、目的なき故意ある道具の事例において後者を問題にし、直接行為者は背後者の利用処分目的を認識している以上、直接行為者は窃盗正犯、背後者はその教唆犯となると評価した<sup>827</sup>。

以上概観・検討してきた通り、ヤコブスの関与形態論は組織化管轄と制度的管轄の区分に基づき、義務犯論を展開することで身分なき故意ある道具の事例における背後者を直接正犯と評価する一方、目的なき故意ある道具の事例では利用処分目的を問題とし、それは

<sup>819</sup> Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1/7; siehe auch ders., Theorie, S. 61 f.

<sup>820</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/116.

<sup>821</sup> ゆえに、このような性質を持つ義務犯は、より精確には「従属性を飛越する義務による犯罪(Delikte mit akzessorietätüberspringender Pflicht)」と呼ばれる。Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/119.

<sup>822</sup> Siehe *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 22/20.

<sup>823</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/37.

<sup>824</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 22/20.

<sup>825</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/41.

<sup>826</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/39 u. 8/41. 具体的に言えば、権利者排除故意は文書偽造罪における「行使の目的」と同じ箇所でも語られるものとされる。

<sup>827</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/104.

他人の目的を認識することで足りるとすることによって、背後者における共犯の成立を説明した<sup>828</sup>。とくに、ヤコブスの義務犯論は、社会制度に着目し、その円滑な運営のために特定の人間に課せられた持続的な義務<sup>829</sup>に基づく管轄を引き合いに出すことで、ロクシンが述べていた「刑法外の義務」「刑罰法規に先行する義務」の意味内容を示し、義務犯の刑罰法規の直接性を強調したという点で進歩的であった。

### (三) シュタインの緊要性基準と間接正犯論 (1988 年)

第三に検討するシュタインは<sup>830</sup>、行為支配論には一般的な犯罪概念における十分な基礎づけが欠けていることを指摘し、共犯理論の再構成を試みた<sup>831</sup>。

まず、シュタインは、刑法ドグマティックも基本法の諸基準に方向づけられなければならないという基本的認識から、基本法の規範を通した機能主義的な刑法体系の内容的鑄造を目指した<sup>832</sup>。シュタインによれば、刑法上の体系構築において考慮が求められる基本法上の三つの原理、つまり比例原理・平等原理・行為責任の原理は、評価構造の内部で態度規範(決定規範<sup>833</sup>)と(刑法上の)制裁規範の区別を強いる<sup>834</sup>。そして、具体的な状況で具体的な人間に向けられた禁止もしくは命令である個別的な、そして多数の態度義務から明らかとなる<sup>835</sup>態度規範は、名宛人の状況に置かれた「客観的な観察者」の厳格な事後的観点から決せられる。その際、立法者もしくはその解釈による態度規範の定立は、潜在的に法益を侵害する態度作用と何かしら潜在的に法益を保護する態度作用との包括的な利益衡量に基づくこととなる<sup>836</sup>。また、より具体的性質をもつ態度義務が定立されるのは、行為義務に有利に働く観点と不利に働く観点との衡量の結果、前者が優越する場合であり、その優越性を決する尺度が「緊要性(Dringlichkeit)」なのである<sup>837</sup>。

---

<sup>828</sup> 既に検討した通り、メツガーも問題となる事例において直接行為者が背後者の領得目的を認識して犯行に出た点を強調する(そしてその点に相互的意思連絡を見出し、共同正犯の成立を認める)が、ヤコブスのように所有権者排除の故意と利用処分目的は区別されていない。本稿第二部第三章第二節(二)を参照。

<sup>829</sup> 平山・不作為犯 136 頁参照。

<sup>830</sup> シュタインの共犯論の包括的な紹介と検討につき、既に高橋・共犯論の新展開 119 頁以下参照。

<sup>831</sup> Vgl. *Roxin*, Tatherrschaft, S. 679.

<sup>832</sup> *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 65.

<sup>833</sup> 決定規範とは、それに基づいてある特定の態度が適法か違法か宣言される規範を指す。Vgl. *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 67; siehe auch *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 95, 99 f.

<sup>834</sup> *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 65 f. なお、二つの規範を区分するのはフリッシュの影響である。Vgl. *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 502 ff.

<sup>835</sup> *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 67.

<sup>836</sup> *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 97. 別の箇所では「態度規範のレベルでは、(比例原理の意味で)態度義務と態度の自由との均衡のとれた体系を独立させることが重要である」と述べられている。Vgl. *ders.*, Beteiligungsformenlehre, S. 71.

<sup>837</sup> *Stein*, Beteiligungsformenlehre, S. 76, 97. 付言すれば、「緊要性」は優先順位とも訳しうるが、さしあたり先行研究に倣った訳語をあてておく。高橋・122 頁、島田・基礎理論 133 頁、照沼・体系的共犯論 23 頁などを参照されたい。

以上のような前提の下、態度不法を強調したシュタインは<sup>838</sup>、共犯論を態度規範のレベルで語とうとする。というのも、異なる行為態様を示す関与形態の区別は、生じるであろう法益侵害の因果経過の仕方に存するということに対応し、異なる態度規範に依拠するからである<sup>839</sup>。従って、正犯とは正犯的な態度規範に、教唆犯とは教唆犯的な態度規範に、幫助犯とは幫助犯的な態度規範に違反する者だと理解される<sup>840</sup>。

より具体的に言えば、正犯的な態度規範は、禁じられるべき態度規範の全体集合のうち、緊要性(および射程)という点で低減された規範への分類が考慮されない、つまり最も緊要性の高い態度規範である<sup>841</sup>。そのうち、直接正犯的な態度規範では「その危険性が、将来的に義務違反となる他人の態度に媒介されない行為態様」の一部が禁じられており、また他方で間接正犯的な態度規範では「その危険性が将来的に義務に適合する他人の態度に媒介される」行為態様を把握する場合と、「その危険性が将来的に義務違反となる他人の態度に媒介されない行為態様だが、直接行為者に課せられた態度義務が十分と評価される(vollwertig)ものではない、および／または直接行為者に義務遵守能力の欠如が存在する」行為態様を把握する場合が想定される<sup>842</sup>。

では、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯はどのように扱われるのであろうか。その出発点として、「法益客体の侵害もしくは危殆化に向けられた目的」<sup>843</sup>と「それ自体として反価値的でない事態に向けられた目的」<sup>844</sup>の区別の下、後者に分類される窃盗罪の領得目的は「所有権者の継続的な排除の故意」と「物を利用処分する行為者の目的」に区分される<sup>845</sup>。そして、このような前提的区分に従い、犯行の故意の構成要素(Tatvorsatz-Komponente)である排除の故意と異なり、本来的な「目的の構成要素」である利用処分目的を欠く直接行為者を利用する間接正犯は、正犯論の評価体系に組み込まれない。というのも、直接行為者は自らの態度の客観的な危険性を完全に認識し、また不法の弁識と制御能

---

<sup>838</sup> Vgl. *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 81; dazu eingehend *Lesch*, *Beihilfe*, S. 228 ff.

<sup>839</sup> *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 98.

<sup>840</sup> *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 238 ff., 241 ff., 243 ff.

<sup>841</sup> *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 238 f.

<sup>842</sup> Vgl. *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 239 f., eingehend S. 284 ff., 293 ff. これに対して、共犯者の態度規範によって把握される行為態様は、その危険性が将来的に義務違反となる他人の態度を媒介する。それゆえ、当該他人に課せられた態度義務は、法益客体の「防御壁」として機能する。その際、直接行為者の態度は、十分と評価される態度義務(eine vollwertige Verhaltenspflicht)によって禁じられており、彼は完全なる義務遵守能力を備えている。Vgl. ders., *Beteiligungsformenlehre*, S. 241.

<sup>843</sup> 例えば、被保護者の虐待罪(ドイツ刑法典 225 条)や強要罪(ドイツ刑法典 240 条)、258 条 1 項(処罰妨害罪)などが挙げられる。Vgl. *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 355. 付言すれば、この種の目的が問題となる場合でも、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯は否定されている。Siehe ders., *Beteiligungsformenlehre*, S. 360 f.

<sup>844</sup> 例えば、窃盗罪(ドイツ刑法典 242 条)や強盗罪(ドイツ刑法典 249 条)の領得目的のほか、恐喝罪(ドイツ刑法典 253 条)や詐欺罪(ドイツ刑法典 263 条)の利得目的などがこれに該当する。Vgl. *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 365.

<sup>845</sup> *Stein*, *Beteiligungsformenlehre*, S. 366.

力をもって行為している以上、背後者には共犯者的な禁止しか向けられていないほど、直接行為者に課せられた義務によって被害者は広く保護されているからである<sup>846</sup>。もっとも、シュタインは「関与者自身が特別な目的をもって行為する場合にのみ、正犯的な態度規範の違反が正犯として処罰されうる」と考え、上述のヤコブス説は——窃盗罪の文言によれば、「自ら違法に領得する目的で」物を奪取したことが求められる以上——類推禁止に抵触すると批判するも、代替策を提示しなかった<sup>847</sup>。その限りで、目的なき故意ある道具の事例では、背後者も直接行為者も不可罰となってしまうのであった。

また、身分なき故意ある道具を利用した間接正犯という法形象も否定されることになる。この文脈では、正犯メルクマールとしての特別な人的メルクマールを「一般的な」正犯基準と重ね合わせると、ジレンマが生じてしまうことが指摘される。すなわち、財産擁護義務を持つ者が外部者に内部情報を与えたという背任罪(ドイツ刑法典 266 条)の事例では、財産擁護義務者(背後者)は「一般的な」正犯基準を充たさないため、彼には「内部的・幫助犯的な態度義務」が妥当するのに対し、外部者には、低減された緊要性をもつ「外部者的・幫助犯的な態度義務」が妥当することになるが、それでは「正犯なき共犯」に陥ってしまう<sup>848</sup>。そのためシュタインは、(客観的な)特別な正犯メルクマールが存在する限りで、それを唯一の正犯メルクマールであると解する、つまり内部的な立場と正犯者的な立場を平行させることが妥当であり、(別の箇所では批判したにもかかわらず<sup>849</sup>)結論的には義務犯論と一致すると述べるのであった<sup>850</sup>。従って、具体的な帰結として、身分なき故意ある道具の事例の背後者に直接正犯の成立が認められることとなる<sup>851</sup>。

以上見てきたシュタインの機能的な関与形態論は、基本法の規範をベースに刑法解釈学を捉えようとする試みは傾聴に値するであろうが、種々の問題が指摘されている。彼の見解に対する根本的な批判<sup>852</sup>とは別に、シュタイン説は故意ある道具の問題の解決という各

<sup>846</sup> Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 360, 369.

<sup>847</sup> Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 370.

<sup>848</sup> より詳しく言えば、第一にそのような状況では、幫助犯的な態度義務しか存在しないため、態度義務を通じた法益保護は全体として、法律の基本的な評価によって測定されるレベルを下回ってしまうこと、第二に 26 条や 27 条の意味での正犯行為が欠如するため、あらゆる関与者が不可罰になってしまうこと、第三に「正犯なき」犯行は日常用語法に反し、それゆえ内面化できない概念形成であることが指摘されている。Vgl. Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 254 f.

<sup>849</sup> Siehe Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 209 ff.

<sup>850</sup> Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 254 f. もっとも、シュタインによれば、「義務違反」とは(法的)態度義務の違反であり、(意識的か、少なくとも回避可能なのに認識していない)具体的な法益客体への攻撃に他ならないため、その限りで身分犯において身分者の負担となる義務違反は、通常犯罪の正犯者もしくは共犯者が為す義務違反と区別されない。Vgl. ders., Beteiligungsformenlehre, S. 210.

<sup>851</sup> Vgl. Lotz, Werkzeug, S. 574.

<sup>852</sup> 例えば、シュタインは態度義務をその緊要性の程度によって段階づけるが、そもそも不法な態度はいか少ないかではなく、ただ単に禁じられているだけであるし、シュタインの見解を突き詰めれば、共犯形態を一般的な量刑規定になってしまうと批判される。Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 680 f. 付言すれば、共犯の場合、保護されるべき法益に対して相対的に頑丈な「防御壁」として機能する正犯(の態度義



論的な点でも問題を抱えている。すなわち、彼は目的なき故意ある道具の問題を論じる際、ヤコブス説を類推だと批判するが、果たして本当にそうなのか。ヤコブスは、シュタインと同様、権利者排除の故意と利用処分目的を区分した上で、当該事例では後者のみが問題であると捉えることで、„sich rechtswidrig zuzueignen“は既に直接行為者の時点で認められていると機能的に解釈しているにすぎないのではないか。また、身分犯の正犯基準では、緊要性基準はもはや重要視されていない点で、緊要性基準の限界が示されていると言えよう。

#### (四) レンツィコフスキーの自律性原理と間接正犯論 (1997 年)

最後に検討するのは、1997 年に『限縮的正犯論概念と過失的関与』というモノグラフィーを上梓し、自律性原理を手がかりに限縮的正犯論の再構成と行為支配論の再定式化を目指したレンツィコフスキーの見解である<sup>853</sup>。

彼の見解のキー概念である自律性原理は「三つの礎石」、すなわち 1) 人間を自由と自己答責を備えた人格として理解する基本法の人間観<sup>854</sup>と、2) 個々人には法的に保障された自由の領域が割り当てられていることに着目する人的法益論<sup>855</sup>、3) 個々人に対して法的に保障されている自由にその答責を限定する態度規範(第一次的規範)<sup>856</sup>から導出される。これを基に、自律性とは自己答責的な決定に対する自由であり<sup>857</sup>、「それぞれの法的領域を相互に承認する、人々の連なりとしての法共同体という構成はその構成員の自律性を前提とする」<sup>858</sup>と主張されたのである。

---

務)が存在するにもかかわらず、何故に共犯は緊要的なのか明らかではないとも言われる。Vgl.

Witzigmann, *Werkzeug*, S. 246. なお、シュタイン説に対する包括的な批判については vgl. Küper, *ZStW* 105, S. 445 ff.

<sup>853</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 151. なお、レンツィコフスキーの主張する自律性原理とノルテンニウスのそれを比較・検討した文献として、竹内・区別基準 141 頁以下参照。

<sup>854</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 67.

<sup>855</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 68.

<sup>856</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 68 f. 付言すれば、レンツィコフスキーはビンディングの規範論を引き合いに出し、態度規範(第一次的規範)と制裁規範を区別する。すなわち、第一次的規範とは、社会生活の法益秩序を確定するものであるのに対して、制裁規範とは第一次的秩序の攪乱に対するリアクションとその諸要件を規定する。Vgl. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 54 f. なお、ビンディングの規範論に対する批判については、vgl. M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, S. 130 ff.

<sup>857</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 72. そこには二つの段階(シュトラテンヴェルトの言葉を借りれば、手段的可能と法的可能)が想定されている。つまり、第一の段階では、ある人間が行為したのか、そしてどのように行為したのかが問題とされ、自らの態度について選択肢を有している場合には自由であると見做される。そして第二の帰属の段階では、ある人間が自らの行為を法的な基準に適合させ、そして自らの態度をこのような弁識に方向づけることができたのかどうか問題とされる。Vgl.

Stratenwerth, *FS-Jescheck*, S. 288, 293.

<sup>858</sup> Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, S. 72 f.

このような自律性原理を前提として、間接正犯論が描出される。レンツィコフスキーによれば、法益侵害(もしくは法益の危殆化)は、終わりのなき原因連鎖の中で最終的に自律的に行為した一節(Glied)として現れる者にのみ彼の仕業として帰属され、それによって遡及禁止論が根拠づけられる。裏を返せば、直接行為者の犯行を背後者に帰属するための必要不可欠の前提は、直接行為者が自律的には行為しなかったことなのである<sup>859</sup>。

従って、自律性原理に基づく間接正犯論の具体的帰結として、故意ある道具の利用は認められないことになるであろう。しかし、残念ながらレンツィコフスキーは多くを述べなかった。すなわち、義務犯論は、支配犯で妥当した正犯基準を特別義務の違反によって押し退け、特別義務を通した答責の個別化が図られることを評価しつつも、それを唯一の正犯メルクマールとすることには反対するのだが<sup>860</sup>、身分なき故意ある道具の事例には概して言及せず<sup>861</sup>、また目的なき故意ある道具の問題に関しては、自律性原理に依拠して間接正犯の成立を否定した上で、(自己領得目的の解釈に関する詳しい説明もなく)教唆犯の成立を認めたのである<sup>862</sup>。

以上見てきたレンツィコフスキーの見解は、「限縮的正犯概念は、行為の自由の裏面としての自己答責性の原理に依拠している」とする点でヤコブスの組織化管轄の発想との近接性も認められているものの<sup>863</sup>、自律性原理に基づく間接正犯論から故意ある道具という各論的問題に関する具体的解決策を十分に演繹することが出来なかった<sup>864</sup>。また、ヤコブス説との比較で言えば、組織化管轄と並んで制度的管轄が置かれている時点で既に自律性原理ひとつで全てを捉えることの限界が示されているのではないだろうか。

## (五) まとめ

本節では、第六次刑法改正までの間で目的なき・身分なき故意ある道具の問題に取り組んだ代表的な論者の見解を検討してきた。目的なき故意ある道具の事例に関してロクシンは、直接行為者も――奪取してきた物を背後者に渡すという点で――自主的に利用処分していると説明することで、彼も窃盗正犯であるとしたが、直接行為者が一旦自らの下に物

---

<sup>859</sup> Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 73. 同頁の Fn. 90 では、ベーリングの 1909 年の論文 (Beling, ZStW 28, S. 599) が引用されている点も注目すべきであろう。

<sup>860</sup> Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 27, 28; siehe auch Maurach/Renzikowski, Strafrecht AT II, 8. Aufl., §47 Rn. 161 f.

<sup>861</sup> 付言すれば、2014 年に出版されたマウラッハの教科書の改訂版の中でレンツィコフスキーは身分なき故意ある道具の事例に言及しているが、行為支配を規範的に解して特別義務者(背後者)に帰せしめることで間接正犯の成立を認めた。しかし、それは目的的行為論の論者によって主張された見解の二番煎じにすぎない。Vgl. Maurach/Renzikowski, Strafrecht AT II, 8. Aufl., §42 Rn. 82.

<sup>862</sup> Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 73; siehe auch Maurach/Renzikowski, Strafrecht AT II, 8. Aufl., §48 Rn. 28.

<sup>863</sup> Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 68 f.

<sup>864</sup> 付言すれば、その他の間接正犯の諸類型に関してもレンツィコフスキーの自律性原理が貫徹されているのか疑わしい。Vgl. Witzigmann, Werkzeug, S. 187; siehe auch Noltenius, Kriterien der Abgrenzung, S. 120.

を置くことなく背後者に物を渡す事例を捕捉できないという限界があった。従って、そのような事例の直接行為者には、少なくとも権利者排除意思は認められると捉え、直接行為者は背後者の利用処分意思を認識していれば足りるとする方が説得的であろう。

また、義務犯論の登場は、身分なき故意ある道具の問題の解決に大きく寄与した。義務犯論の提唱者であるロクシンと異なり、当該事例の背後者を直接正犯と捉える方が、刑罰法規の名宛人(刑罰法規のベクトル)が特定の義務者に限られているという理論の内容に忠実であろう。また、シュタインの緊要性基準やレンツィコフスキーの自律性原理に示されている通り、全ての犯罪類型に共通の一元的な正犯基準を打ち立てることには限界がある。それは、中身を知らずして括弧の前に数字を括り出す因数分解に等しいであろう。もっとも、各則構成要件の特殊性に鑑みて支配犯と異なる正犯原理を定立する義務犯論にも、本稿が題材としてきた収賄罪や背任罪以外に何を義務犯論と捉えるのかという射程の問題が残されており<sup>865</sup>、そのための更なる各論的検討が必要となる。

### 第三節 小括

本章では、以上の通り、第六次刑法改正までではあるが、戦後の立法ならびに学説における間接正犯論ならびに目的なき・身分なき故意ある道具の問題を考察してきた。立法者にとっても学説にとっても議論の主戦場は正犯の背後の正犯の問題であり、故意ある道具の問題は周縁へと追いやられてしまったものの、義務犯論の定立や領得目的の解釈を通じた解決策の提示がなされていた。また、間接正犯論の新たな展開として、緊要性基準や自律性原理による間接正犯の基礎づけも注目すべき見解であった。

もっとも、周知の通り、1998年の第六次刑法改正によって目的なき故意ある道具は大きな変化を迎える。すなわち、当時の東ドイツの国家保安局(シュタージ)の幹部が部下に西から届く郵便物の中から金品を引き抜いた上で国庫に納めるよう指示し実行させていたという事件に関して、当該指示を出した被告人に自己領得目的が認められないことを理由に横領罪の成立を否定した1995年7月25日付のBGH刑事連合部判決(BGHSt 41, 187)を契機に<sup>866</sup>、処罰の間隙を埋め合わせることを目的とした<sup>867</sup>1998年1月26日の第六次刑法改正によって、ようやく窃盗罪・横領罪に第三者領得目的が規定された。これによって「目的なき故意ある道具の問題は今日もはや存在しない」と宣言されたのであった<sup>868</sup>。

---

<sup>865</sup> 松生・身分なき故意ある道具 480 頁参照。Siehe auch Lotz, Werkzeug, S. 593 ff.

<sup>866</sup> 松宮・ドイツ刑法学界の近況 58 頁以下、より詳しくは穴沢・いわゆる第三者領得について 114 頁以下を参照されたい。Siehe auch Hauck, Drittzueignung, S. 29; Witzigmann, Werkzeug, S. 281 f.

<sup>867</sup> Vgl. BT Drucks. 13/8587, S. 18, 43.

<sup>868</sup> Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 752; siehe auch Maurach/Renzikowski, Strafrecht AT II, 8. Aufl., §48 Rn. 28. 付言すれば、今なお残された目的なき故意ある道具として挙げられている事例(例えば、直接行為者が第一次的には所有権者に損害を与えたい、もしくは背後者のいらいを発散させようとした事例)は、本来的目的なき故意ある道具の事例とは異なる。専ら 242 条の目的概念の解釈の問題である。Vgl. Roxin, Tatherrschaft, S. 752.

もつとも、第三者領得目的を追加したことに対しては、立法者はそれまで類型的に幫助であった者を正犯に格上げたとの批判<sup>869</sup>もあるし、また「どこから第三者領得で、どこから自己領得に対する単なる共犯なのか」<sup>870</sup>という問題もあり、議論は収束していない。

---

<sup>869</sup> Vgl. *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110, S. 904; *Noak*, Drittzueignung, S. 139.

<sup>870</sup> Vgl. *Mitsch*, ZStW 111, S. 86 f.

## 第二部終章

一 第二部では、19世紀末にライヒ裁判所の裁判例を通して現れた目的なき・身分なき故意ある道具の問題を巡り、20世紀以降の立法と学説がどのように議論してきたのか詳らかにしてきた。以下では、総括を記しておく。

二 20世紀初頭に始まった立法活動では、当初ライヒ裁判所の主観説が支持されていたこともあり、故意ある道具の問題は真摯に受け止められていなかった。むしろ、立法者の関心事は、直接行為者の責任能力・故意についての背後者の錯誤の問題を共犯者の可罰性の独立(つまり、極端従属性の放棄)によって解決することであった。その中でも1919年草案は、関与者における錯誤の問題を明文規定で解決しようと試みたものの、間接正犯や教唆犯の定義と論理的整合性がとれなかった。そこで、(錯誤問題を念頭に)間接正犯も教唆犯も「発起者」に纏めようというオーストリー対案を受けて作成されたラートブルフ草案および1925年草案は、共犯の可罰性の独立を規定することで従来の間接正犯を狭義の共犯に解消しようと試みた。このような立法動向を背景に、間接正犯を消極的・否定的に捉えたツィンマールやブルンスの見解が登場したのである。しかし、このような理解は1936年草案では採用されなかった。つまり、共犯の可罰性の独立を規定する(つまり、共犯の従属性を緩和する)としても、その論理必然的な結果として間接正犯が消滅するわけではないということが立法者の側でも認識されたと解されよう(子細に見れば、既に1927年草案も間接正犯の概念の全面的な否定は控えていた)。

三 他方、諸学説の動向に関しては、1920年代まで正犯論の主戦場は正犯基準(主観説 vs. 客観説)であった。当時の議論の中では、間接正犯の根拠を中断論・遡及禁止論に求めることの賛否に対応し、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例と認めるかどうかの論争が繰り広げられていた。故意ある道具を認めない学説が苦心した、各則構成要件の特色に鑑みた解決策は示唆に富むものであったが、いずれも問題を抱えていた。例えば、目的なき故意ある道具の事例において背後者を横領罪の正犯、直接行為者をその幫助とするベーリングらの解決は、直接行為者の奪取行為の不法を把握できなかった。他方で、故意ある道具の利用を間接正犯の一事例として認める立場が、歴史的淵源に忠実な間接正犯論とは決別し、新たな根拠づけを提示したという概念拡張の趨勢は、拡張的正犯論の誕生の契機となったと見られる(ヘークラーに対する E. シュミットの批判を見よ)。

四 その後、草案の議論を背景にして共犯規定の意味を問い直したツィンマールによって正犯概念の議論がもたらされ、構成要件を限縮的に解釈する見解と拡張的に解釈する見解が対置された。この頃から正犯論の主戦場は、正犯基準から正犯概念へとシフトしていくこととなる。上述の通り、ツィンマールとブルンスも立法動向における議論と対応する形で、共犯の従属性を緩和することで間接正犯を教唆犯に解消しようと試みた。しかし、故意ある道具の問題を十分説得的に処理することはできなかった。例えば、直接行為者は目的・身分を備えず、不法構成要件を完全に充足せずとも、背後者の有する目的・身分によ

って埋め合わされると主張したブルンスの見解によれば、もはや真正身分犯の身分は正犯の一身専属的なメルクマールではなく、単なる客観的な一事実に解消されてしまう。この点は、ブルンスに影響を受けた佐伯博士の見解に対しても指摘される<sup>871</sup>。もっとも、ブルンスもツィンマールも「物理的自手実行＝正犯」と理解したから間接正犯を否定したわけではない。また、それ以前の限縮的正犯論の言う「自手実行」も、教唆犯規定の解釈から導出される中断論・遡及禁止論の手を借りて規範的に理解されていた。それゆえ、管見の限りでは、「物理的自手実行＝正犯」という言明をこの時代の論者の中に見出しえない。

五 これに対して、1930 年前後に共犯規定の一つの解釈のあり方として現れた拡張的正犯概念は、等価説もしくは重要性説を前提に、犯罪結果と因果関係を持つ者は本来正犯であるが、共犯規定に該当する限りで共犯となり、それに該当しない場合は原則に戻って正犯であると捉えることで、故意ある道具の問題や故意正犯の背後の過失正犯の問題を巧みに解決したかに見えた。しかし、真正身分犯や自手犯の場合に共犯規定を刑罰拡張事由と解さねばならない点で一貫性を欠いており、通説化には至らなかった。少なくとも故意犯の領域では限縮的正犯論を維持すべきだと考えられたように見受けられる。

六 その後、1930 年の終わりにヴェルツェルによって展開された目的的行為論は、故意作為犯と過失・不作為は既に構成要件の段階で区別されるべきであるとして、それまでの自然主義的な体系と決別した。それに対応する形で、故意作為犯とそれ以外とで正犯概念を二元化し、前者の領域にのみ(目的的行為支配という基準による)正犯と共犯の区別を認めた。

目的的行為論の論者の多くは、目的なき・身分なき故意ある道具においても背後者の行為支配を認めようと苦心した。しかし、自律的な意思決定を為す直接行為者が介在するにもかかわらず、その他の間接正犯の事例と同様、背後者に行為支配が認めることは難しい。また、行為者の特別義務の違反と事象経過の掌握を混同している点で、行為支配という正犯基準では捉えきれない犯罪類型が存在することを示しており、ロクシンの義務犯論が登場する契機となった。

七 最後に、戦後の議論ではロクシンによって鑄造された義務犯論、そしてそれを継受し発展させたヤコブスの義務犯論によって、身分なき故意ある道具の事例に新たな解決策がもたらされた。戦前の論者の中でも、例えばフランクは賄賂の要求罪に関しては背後者が直接正犯になることを認めていたが、それと遡及禁止論との関係は明らかにされていなかった。この点で、他人の組織化領域を侵害しないよう配慮すべきというネガティブな義務が問題となる組織化管轄(つまり、レンツィコフスキーの自律性原理に対応する)領域に間接正犯論を限定し、制度的管轄に基づき、身分なき故意ある道具を利用する背後者は直接正犯であると解することの意義が認められよう。その限りで、犯罪類型(各則構成要件)の特色に鑑みれば、一元的な正犯原理を定立するが困難であるということを示唆していると言えよう。

---

<sup>871</sup> 佐伯・共犯理論の源流 115 頁参照。

他方で、目的なき故意ある道具の問題は、第六次刑法改正を通して第三者領得目的が窃盗罪および横領罪に追加されたことで共犯の成立が可能となり、もはや間接正犯論の問題ではなくなった。しかし、重要なのはそれ以前の学説の議論である。すなわち、目的なき故意ある道具の事例において直接故意者も背後者に渡すという「自由な利用処分」をしたと解するロクシンと異なり、ヤコブスとシュタインは領得(zueignen)を排除(enteingen)と利用処分(aneignen)に区別した。この点、ヤコブスは直接行為者が背後者の利用処分意思を認識していればよいとすることで、窃盗正犯とその教唆犯の成立を説明した。つまり、領得目的が関与者の誰かに存すれば、それによって窃盗罪の法益侵害の客観的危険性が基礎づけられると解する限りで、一身専属的なメルクマールである身分との相違が見出されるのである。

## 結語

本稿の第一部では間接正犯の淵源を明らかにすべく、19世紀のドイツ刑法学の議論を、また第二部では20世紀初頭から第六次刑法改正に至るまでの、目的なき・身分なき故意ある道具の問題を巡る議論を考察していき。以下では、本稿の結語を記しておくこととする。

### (一) 間接正犯の淵源と故意ある道具の問題

知的発起者概念が間接正犯と教唆犯に分化したという間接正犯論の淵源は「近代刑法学の必然的所産」というよりも、直接行為者の意思決定の自由(現代的に言えば、自由答責原理、自律性原理)を理論的要因とするものであった<sup>872</sup>。また、間接正犯は処罰の間隙を埋め合わせるための彌縫策として誕生したわけではないということも歴史的考察から明らかとなった。

むしろ、彌縫策の性格が強く現れるのは、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において間接正犯の成立を認める場合である。というのも、この事例で目的・身分を欠く直接行為者は自由答責的である以上、歴史的淵源に忠実な間接正犯論ではカバーしきれないにもかかわらず、刑事政策的・理論的に受け入れ難い関与者の不処罰という帰結を回避するため、無理に「故意ある道具を利用する間接正犯」という法形象を打ち立てたからである。もっとも、このような問題が生じた原因は、間接正犯と教唆犯の本来的な区別に対する異論でもあったが、目的犯・身分犯といった構成要件の特殊性でもあった。つまり、あらゆる犯罪類型にとって共通の、一元的な正犯原理を打ち立てることの限界が示唆されていたと考えられるのである。

### (二) 間接正犯概念と限縮的正犯論、形式的客観説の関係

このような目的なき・身分なき故意ある道具の問題を巡って、間接正犯の基礎づけとしての中断論(もしくは遡及禁止論)に関する議論や、共犯規定を刑罰拡張事由と解するのかそれとも刑罰縮小事由と解するのかという正犯概念の問題が展開され、さらには支配犯と義務犯の区別論が登場したということが、歴史的考察から明らかとなったであろう。

ところで、間接正犯概念は、限縮的正犯論および形式的客観説と相容れないものではなかった。確かに佐伯博士らは、限縮的正犯論を支持し、正犯の要件を物理的な自手実行に

---

<sup>872</sup> もっとも、この帰結との関係で、正当行為を利用する間接正犯という事例群が何を契機にいつ登場したのかということが問題となろう。おそらく共犯の従属性の緩和が議論された以降であろうと思われるが、この点についての研究は別の機会に譲る。さしあたり、1920年代以降の文献につき、vgl. *Hegler*, FS-R. Schmidt, S. 51 ff.; *Mezger*, ZStW 52, S. 529 ff.; *Less*, JZ 1951, S. 550; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft.



求めておられた<sup>873</sup>。しかし、博士が影響を受けたツィンマールやブルンスは「正犯＝自手実行」を理由に間接正犯を否定したわけではなかった。むしろ、彼らが間接正犯を否定的に捉えた背景には、1925年草案・1927年草案が——関与者の錯誤の問題を念頭に——共犯者の可罰性の独立を規定し、それによって間接正犯概念を教唆犯に解消しようとした立法動向があった。付言すれば、ツィンマールが間接正犯を否定した理由も、その客観主義的思考にあった(つまり、客観的に見れば、他人を介して犯罪を実現する点で一致する間接正犯と教唆犯を直接行為者の主観に基づいて別異に扱うことは体系違反であると考えていた<sup>874</sup>)。

さらに、20世紀初頭のベーリングらの見解から分かる通り、構成要件該当行為を自ら実行した者が正犯であるとする形式的客観説も間接正犯を説明できないものではなかった。むしろ、精確に言えば、形式的客観説では、因果関係の中断論や遡及禁止論などの別原理を介在させなければ、間接正犯を説明できないのである。その証跡として行為支配論の論者(ガラス・ロクシン)は、自手的な構成要件該当行為を弛緩させる役割を行為支配に認めていた。ゆえに、その限りで形式的客観説には正犯性判断の枠を与えるという出発点としての役割が認められていたと解されるであろう<sup>875</sup>。付言すれば、形式的客観説 vs. 実質的客観説というありふれた構図にも大した意味はないと思われる。既にビルクマイヤーの共犯論が示していた通り<sup>876</sup>、両者は対立するものではなく、表裏一体の関係にあり、相関概念<sup>877</sup>なのである。

### (三) 義務犯論と支配犯との帰属構造の相違——身分なき故意ある道具の問題の解決

このように形式的客観説を正犯性判断の出発点として認めることは、各則構成要件の特色を踏まえた正犯論の構築が必要であることを意味する<sup>878</sup>。歴史的に見れば、フランクも、賄賂の要求罪に関しては、その構成要件の特色に鑑みて、背後者は直接正犯になると

---

<sup>873</sup> 但し、被害者利用の事例において利用者は正犯であると述べておられる点で、佐伯博士自らその限界を認めておられたようにも思える。佐伯・刑法講義総論 342 頁参照。なお、浅田犯罪体系論 18 頁も参照。

<sup>874</sup> Vgl. Zimmerl, Aufbau, S. 143. 従って、ツィンマールらは正犯＝物理的自手実行に拘泥していたとする島田教授の記述は不可解である。島田・基礎理論 37 頁、60 頁以下参照。

<sup>875</sup> それゆえ、間接正犯の正犯性を実行行為の規範的な理解にかからせる大塚説は、実行行為の内実を明らかにしていない点で、問いをもって問いに答えるに等しいと批判することになる。高橋・刑法総論 411 頁、内田・刑法概要(中)456 頁参照。

<sup>876</sup> Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, §40 (S. 96 f., siehe auch S. 98, 99).

<sup>877</sup> この点、レンツィコフスキーは、行為支配概念が構成要件実現という意味での犯行(Tat)に関係する相関概念であることを指摘している。Vgl. Renzikowski, FS-Schünemann, S. 500.

<sup>878</sup> 正犯概念に関して言えば、例えば、拡張的正犯論が真正身分犯・自手犯の共犯に関しては共犯規定を刑罰拡張事由と捉えたことや、ブルンスやツィンマール、目的的行為論が故意犯と過失犯で正犯概念を区分していたことが示唆的である。

考えていた<sup>879</sup>。しかし、その帰結が彼の遡及禁止論や間接正犯論と一体どのような関係に立つのかという点は明らかにされていなかった。

いみじくもこの点をはっきりさせたのが、ヤコブスの義務犯論であった。つまり、刑罰法規の名宛人が特別義務者に限られていることを強調することによって、支配犯とは異なる帰属構造が明らかにされた。より詳しく言えば、通常の(支配犯の)間接正犯の場合、我々は直接行為者が道具と言えるのかどうか、ないしは彼に自己答責性・自律性が認められるのかどうかを吟味し、それが認められない場合にはじめて間接正犯という概念が登場することになるであろう<sup>880</sup>。これに対して、身分なき故意ある道具の事例では、身分犯の刑罰法規のベクトルは身分者である背後者にのみ向けられているため、換言すれば、制度的管轄に基づく直接的な義務は背後者にのみ課せられているため、直接行為者の道具性を問題にすることなく、ストレートに背後者に焦点が当てられる。それゆえに義務犯論は、社会制度の中で特定の個人に課せられた義務に基づく役割に着目することで、間接正犯論で語りうるものと語りえないものを区別したと言えよう。

従って、義務犯論によれば、身分なき故意ある道具の背後者は間接正犯ではなく、直接正犯と捉えられることになるのである。より具体的に言えば、非公務員に賄賂の金品を受取りに行かせた公務員は、収賄罪(日本刑法 197 条 1 項)の直接正犯であり、その金品を職務の対価として「収受した」のは公務員自身だということになる<sup>881</sup>。また、口頭で虚偽の公文書の内容を非公務員に伝え、その作成を頼み、署名も押印もさせる公務員は、虚偽公文書作成罪(日本刑法 156 条)の直接正犯であり、「作成し」たのは公務員本人である<sup>882</sup>。さらに、看護師を通じて患者の診断内容を流布させた医者は、秘密漏示罪(日本刑法 134 条 1 項)の直接正犯であり、医者本人が「漏示した」こととなる。

これに対して日本の有力説は、日本刑法 65 条 1 項の「共犯」には共同正犯も含まれるという理解に基づいて<sup>883</sup>、身分なき故意ある道具の事例における(共謀)共同正犯の成立を認

---

<sup>879</sup> *Frank*, StGB, 18. Aufl., S. 108.

<sup>880</sup> この点はヤコブスに限ったことではなく、既にベーリングも同様に考えていた。Vgl. *Beling*, ZStW 28, S. 597 ff.

<sup>881</sup> 取引の主体に着目してこれと同様の帰結を導くのは、松宮・刑事立法と犯罪体系 264 頁以下、同・刑法総論 256 頁以下。これを支持するのは、園田・間接正犯と教唆犯 37 頁。さらに、情を知らない秘書に収賄物を受け取らせた内閣総理大臣に受託収賄罪の直接正犯が認められた事例(いわゆるロッキード事件) 東京地判昭和 58 年 10 月 12 日判時 1103 号 3 頁、東京高判昭和 62 年 7 月 29 日高刑集 40 巻 2 号 77 頁、最大判平成 7 年 2 月 22 日刑集 49 巻 2 号 1 頁も参照。

<sup>882</sup> もっとも、「作成者」の解釈につき観念説を採用すれば、この公務員の意思・観念が筆者である非公務員を通じて文書に表示されていると捉えられ、同様の帰結に至ると思われる。観念説につき、松宮・刑法各論 381 頁以下、同・作成者 349 頁以下参照。

<sup>883</sup> そもそもこのような理解は、立法者の意思に沿うものではない。松宮・刑事立法と犯罪体系 298 頁、同・共犯論 56 頁、同・共犯論の再構築 282 頁参照。さらに、立法の当時の議論については佐川・身分犯における正犯と共犯(1) 707 頁以下が詳しい。なお、刑法 65 条 1 項には共同正犯も含まれるという主張においてしばしば引用される大判明治 44 年 10 月 9 日刑録 17 輯 1652 頁は、原判決が非身分者に偽証罪の

めている<sup>884</sup>。しかし、既に本稿のはしがきで述べた通り、それでは真正身分犯における身分を正犯の一身専属的なメルクマールではなく、犯行という客観的な一事実のメルクマールと捉えることになり、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」の共犯を規定する日本刑法 65 条 1 項を単なる確認規定に貶めてしまう。それ以上に、非身分者も身分者との共働の下であれば、身分犯を犯すことができるという発想は因果主義に他ならず、各則の諸構成要件の特殊性に鑑みた機能的・体系的共犯論の構築、換言すれば、総論と各論の架橋に基づいた機能的・体系的な関与形態論の構築を阻害するものとして受け入れ難い。それゆえ、制度的管轄に基づく義務犯論の役割を認めた上で、義務犯論の射程など更なる各論的検討を進めていくことが発展的であると思われる<sup>885</sup>。付言すれば、義務犯論は、国際刑法上の侵略犯罪の規定の解釈にも大いに寄与すると考えられる<sup>886</sup>。

#### (四) 領得目的(不法領得の意思)の解釈——目的なき故意ある道具の解決

これに対して、目的なき故意ある道具の問題はどうであろうか。ドイツでは、ライヒ刑法典(より精確に言えば、プロイセン刑法典)の制定以来、窃盗罪における自己領得目的が災いして問題が生じ、背後者を横領正犯、直接行為者を幫助と解するベーリング説<sup>887</sup>を代表に様々な解決策が提示されてきたが、1998 年の第六次刑法改正で第三者領得目的が規定されたことで、遂に目的なき故意ある道具の利用は間接正犯かどうかという問題にピリオドが打たれた。もっとも、ドイツでは第三者領得目的の追加による新たな問題(例えば、それまで自己領得に対する従犯であったものが正犯に格上げされた等)を巡って議論が続いている。

---

教唆犯を認める際に刑法 65 条 1 項の摘示を忘れたことを救済したものである。中山ほか・レヴィジオン刑法 I 131 頁(松宮執筆)参照。

<sup>884</sup> その論者の一人である島田教授は、「刑法の任務を法益の保護に求める立場」からすれば「一部の犯罪とはいえ犯罪の処罰根拠を法益関連性を切断された義務違反に求めることは疑問」であり、「共犯の処罰根拠も正犯のそれと基本的に同様である(因果的共犯論ないし惹起説)と考え、かつ身分犯の処罰根拠を身分者に課せられた一身の義務違反に求めるのであれば、共犯の場合でもそのような義務違反が処罰のために必要であるということになり、非身分者は身分犯の共犯にすらならず、現行法(刑法 65 条 1 項)の立場と相容れないと批判される。島田・基礎理論 266 頁。しかし、既に見てきた通り、義務犯論とは法益関連性を切断した義務違反を処罰根拠とするものではない。また、共犯の処罰根拠として因果的共犯論と惹起説を同視することの問題はひとまず措くとしても、義務犯論を支持する場合に(混合)惹起説では刑法 65 条 1 項を説明できないということは既に意識されていたし、それゆえに「身分者に特別に課せられた義務(特別義務)の違反を誘発または促進する」という別原理による説明が試みられていたのである。より詳しくは、松宮・刑法総論 305 頁、金子・真正身分犯の共犯 299 頁以下参照。

<sup>885</sup> これに関連して、しばしば特別法で見られる「その他従業人」という主体の例示列举では、刑罰法規の名宛人をいかに確定するかが問題となろう。さしあたり、金融商品取引法 166 条 1 項 1 号にいう「役員、代理人、使用人その他の従業者」のうち、「その他の従業者」に当たるとされた事例として、最決平成 27 年 4 月 8 日刑集 69 巻 3 号 523 頁を参照されたい。品谷・判例研究 929 頁以下も参照されたい。

<sup>886</sup> ICC 規程第 8 条の 2「……「侵略犯罪」とは、国の政治的又は軍事的行動を実効的に支配又は指揮する地位にある者による行為」薬師寺ほか編・条約集 841 頁参照。オステン・侵略犯罪 13 頁以下も参照。

<sup>887</sup> *Beling*, ZStW 28, S. 602 f.

他方、日本では、本稿のはしがきでも触れた通り、通貨偽造罪における行使の目的を持つ背後者がそれを直接行為者に秘して通貨偽造を依頼する事例を念頭に議論されてきた。しかし、これは情を知らない者を利用する間接正犯の一事例であり、100年以上ドイツが議論してきた目的なき故意ある道具の事例とは大きく異なる。そのため、日本では目的なき故意ある道具の問題に関する理論的蓄積が少ないように思われる。付言すれば、日本刑法の窃盗罪(235条)に(自己)領得目的が規定されず、ただ解釈論上「権利者を排除して他人の物を自己の所有物とし、その経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思」である不法領得の意思<sup>888</sup>が求められているにすぎないから特段論じる必要がないということでもない<sup>889</sup>。むしろ、不法領得の意思の解釈を巡って第三者領得は問題となりうるものであって、現に不法領得の意思は自己領得に限られると考えた大審院判例もあったのである<sup>890</sup>。付言すれば、横領罪の文脈ではあるが、不法領得の意思を自己領得に限ると解した論者もいたのである<sup>891</sup>。ゆえに、日本においても問題はそう単純ではない。

ここではいくつかの解決策が想定される。ひとつは、第三者領得は自己領得を前提にすると捉える途がある。確かに、プロイセン刑法典の立法者は、まず自ら領得することなしには、第三者に領得させることはできないし、その限りで奪取者は、その物の自由な利用処分(Disposition)の利益を享受していると考えた<sup>892</sup>が、この解釈では、直接行為者がガチョウを追い立てて背後者に領得させたというガチョウ小屋事例の場合、直接行為者は一旦物を受け取っていない以上、彼に自己領得を認められないという理論的弱点が指摘される。

次に、利益強盗(刑法 236 条 2 項)や利益詐欺罪(刑法 246 条 2 項)などの二項犯罪では「又は他人にこれを得させた者も」と規定されている点に着目し、これらの規定と同様、窃盗罪(の不法領得の意思)においても第三者領得が含まれていると解することが考えられる<sup>893</sup>。しかし、これと反対の解釈——つまり、二項のない犯罪では第三者領得は除かれるという解釈——も論理的に成り立つ点で説得力を欠くと批判される<sup>894</sup>。もっとも、この批判を受け容れると、二項詐欺では第三者利得が規定されているのに、一項詐欺では自己領得しか捕捉できないというジレンマに陥ってしまう。ゆえに、この点を顧慮するならば、二項犯罪を手がかりに第三者領得を捉えるという方法も考えられる。

---

<sup>888</sup> 松宮・刑法各論 214 頁、山口・刑法各論 197 頁参照。穴沢・不法領得の意思について 284 頁以下も参照。代表的な判例として、大判大正 4 年 5 月 21 日刑録 21 輯 663 頁、最判昭和 26 年 7 月 13 日刑集 5 巻 8 号 1437 頁。

<sup>889</sup> 大塚・間接正犯の研究 215 頁、216 頁以下注(九)参照。

<sup>890</sup> 大判大正 8 年 2 月 13 日刑録 25 輯 132 頁。

<sup>891</sup> 団藤・刑法綱要各論 630 頁。平野・刑法概説 226 頁も同旨か。

<sup>892</sup> Vgl. *Goldammer*, *Materialien* II, S. 467.

<sup>893</sup> 草野・研究 I 364 頁、泉二・各論 728 頁以下、牧野・刑法研究⑨354 頁、同・刑法各論 579 頁以下。裁判例については、最判昭和 25 年 5 月 18 日判タ 3 号 50 頁参照。

<sup>894</sup> 穴沢・いわゆる第三者領得について 104 頁参照。

最後の選択肢は、主観的違法要素としての特性に着目して不法領得の意思を解釈することである。古くは、拡張的正犯論の支持者であるメツガーが、問題となる事例において直接行為者が背後者の目的を認識している点に相互の意思連絡を見出し、共同正犯の成立を認めた<sup>895</sup>。ヤコブスも同様に、背後者の利用処分目的を認識していれば、窃盗罪の共犯の成立にとって十分であると論じていた<sup>896</sup>。これに対しては、目的を持っていることと認識していることは異なるはずだと批判されていたが<sup>897</sup>、主観的不法要素としての領得目的(不法領得の意思)の性質を看過してはならない。つまり、直接行為者が背後者の不法領得の意思を認識している以上、客観的に見て関与行為の違法性(ヤコブスによれば、法益侵害の危殆化の程度・方法)に違いはないであろう<sup>898</sup>。この点にこそ、領得目的と(真正身分犯の)身分の相違が見出される。ゆえに、窃盗罪に関する目的なき故意ある道具の事例では、直接行為者が背後者の不法領得の意思を認識している点で当該犯罪の不法は基礎づけられているため、直接行為者は窃盗正犯、背後者はその教唆犯と解されることになる<sup>899</sup>。

ただし、その際に不法領得の意思の定義が改めて問題となる。というのも、「権利者を排除して他人の物を自己のものとし」までを権利者排除意思と捉えるならば<sup>900</sup>、ガチョウ小屋事例においてガチョウを追い立てるだけの直接行為者はガチョウを「自己のもの」としていない以上、彼に権利者排除意思を認められなくなってしまう<sup>901</sup>。ゆえに、権利者排

---

<sup>895</sup> *Mezger*, Lehrbuch, S. 428.

<sup>896</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 21/104.

<sup>897</sup> *Hegler*, Zum Wesen, S. 311; *Stein*, Beteiligungformenlehre, S. 370.

<sup>898</sup> 偽造罪の「行使の目的」の文脈であるが、島田・基礎理論 281 頁。さらに、山口・刑法総論 72 頁以下、中山ほか・レヴィジオン刑法 I 129 頁(松宮執筆)、同・刑法総論 301 頁。Siehe auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/39. もっとも、島田教授は、不法領得の意思のうち、利用処分意思は予防の必要性の高さから要求されている特別な責任要素であると理解され、その結果として問題となる事例の直接行為者は利用処分意思を欠くがゆえに有責性がなく不可罰にとどまり、背後者は責任なき者に対する共犯になると主張された。島田・基礎理論 281 頁、282 頁参照。しかし、このように解すれば、通常の窃盗罪の教唆の事例において、教唆者は正犯者の利用処分意思を知らなくとも窃盗の教唆犯になるという不自然さが残ってしまうのではないだろうか。

<sup>899</sup> もっとも、このような理解はブルンスや佐伯博士のように、直接行為者の目的不存在による構成要件の不充足が、背後者の目的によって補われると考えるわけではない。Vgl. *Bruns*, Kritik, S. 62. さらに佐伯・共犯理論の源流 115 頁、同・刑法講義総論 346 頁も参照。

<sup>900</sup> 例えば、松宮・刑法各論 214 頁、山口・刑法各論 198 頁、穴沢・不法領得の意思について 284 頁以下、伊藤・不法領得の意思 2 頁参照。

<sup>901</sup> 「権利者を排除して他人の物を自己のものとし」までを権利者排除意思と捉えながら、第三者領得目的は利用処分意思の問題であるとするのはミスリーディングであろう。穴沢・いわゆる第三者領得について 105 頁、同・不法領得の意思について 295 頁参照。さらに、同・利用処分意思(4)268 頁以下も参照。もっとも、穴沢准教授は「共犯の議論との競合を避けるために、盗む行為や着服行為を知らない第三者が物を処分するケースを念頭に置く」との限定を付して論じておられる(同論文・267 頁参照)。

除を„Enteignung“の語義に忠実に、「権利者を排除し」までを権利者排除意思と捉えるべきことになろう<sup>902</sup>。

## (五) おわりに

以上、本稿の第一部と第二部におけるドイツの間接正犯論の歴史的考察から得られたいくつかの帰結を纏め、それを日本の刑法学に還元して目的なき・身分なき故意ある道具の問題を検討した。もっとも、いくつかの課題は残された。例えば、第六次刑法改正以降の間接正犯論と故意ある道具の問題の展開や、組織的権力機構を利用した間接正犯の問題など、戦後の諸学説に関しては更なる考察が必要であった。また、日本の間接正犯論の歴史的展開は、ドイツのその影響も踏まえて今後検討する予定である。

他方、本稿を踏まえた上での展望について記しておこう。ひとつは、本稿で明らかにした間接正犯概念の本来的メルクマール、つまり直接行為者における自由な意思決定(現代的に言えば、自己答責性、自律性)の不存在は、強要による場合、錯誤を利用する場合、被害者を利用する場合、さらには組織的権力機構を利用する場合などの間接正犯の諸事例を検討する際にもひとつの視座を提供するであろう。とりわけ、最後の事例との関係で自己答責原理をどのように捉えるのかという問題も<sup>903</sup>、国際刑法上の問題も視野に入れつつ、検討していきたい。また、既述の通り、正犯性判断にあたって各則構成要件の特性を重視せざるを得ないとすれば、窃盗罪以外の目的犯<sup>904</sup>や公務員犯罪以外の身分犯、さらにはその他の犯罪類型と間接正犯の関係を探究することが求められよう。例えば、独立共犯規定(例えば、看守者逃走援助罪の「逃走させた」)や、条文の文言それ自体が「させた」ことを含むもの(例えば、爆発物取締罰則1条の「使用せしめたる」)では、間接正犯論はどのように捉えられるのかという新たな問題も想定されよう。その際、支配犯と義務犯の区別だけで全てを語りうるのかという点も検証すべきと思われる。

最後に、このような間接正犯論の歴史的研究が今後の刑法学の発展に寄与することを願っている。いみじくも浅田教授が仰っている通り、刑法とは徹頭徹尾、歴史的産物なのである<sup>905</sup>。すなわち、山中教授の言葉を借りれば、学問の将来の方向性を見定めるためには、「過去から現在の方向を見定めて、それを延長して、新たな変数を考慮に入れて法則に当てはめて行う」<sup>906</sup>ことが必要なのであり、今後も探究を続けていきたい。

---

<sup>902</sup> 正当にも、藤木・刑法各論 280 頁は「権利者を排除し、他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従い、ほしきままにそれを利用または処分する意思」と定義している。

<sup>903</sup> Dazu kurz dargestellt Greco, ZIS 2011, S. 9 ff.

<sup>904</sup> 例えば、通貨偽造罪(日本刑法 148 条 1 項)における「行使の目的」、営利目的拐取罪(日本刑法 225 条)の「営利の目的」など。

<sup>905</sup> 浅田・私の刑事法研究 465 頁参照。

<sup>906</sup> 山中・刑法学 82 頁参照。

## 参考文献一覧（日本語文献）

以下では、本論文の参考文献を著作者の姓のアルファベット順に記しておく。なお、本文の脚注内で引用する際は、文献名を略記している(括弧内の引用：を参照)。

### あ行

浅田和茂『刑法総論 [補訂版]』（成文堂・2007 年）（引用：浅田・刑法総論）。

「私の刑事法研究・三九年:「途上としての学問」について（浅田和茂教授 退任惜別記念号）」大阪市立大学法学雑誌 55 巻 1 号(2008 年)453 - 472 頁（引用：浅田・私の刑事法研究）。

「佐伯・平野刑法学の犯罪論体系（特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義）」法律時報 84 巻 1 号（2012 年）16 - 21 頁（引用：浅田・犯罪体系論）。

安達光治「ヨアヒム・ルシュカ『遡及禁止、教唆概念とその帰結』」立命館法学 261 号（1998 年）929 - 954 頁。

「客観的帰属論の展開とその課題(一)(二)(三)(四・完)」立命館法学 268 号(1999 年)1382 - 1460 頁、269 号(2000 年)252 - 296 頁、270 号(2000 年)391 - 456 頁、273 号(2000 年)1907 - 1970 頁（引用：安達・客観的帰属論の展開とその課題）。

足立昌勝「プロイセン一般ラント法第二部第二〇章（刑法）試訳(一)——付、プロイセン刑法史研究の意義と課題——」静岡大学法経短期大学部法経論集 51 巻（1983 年）1 - 32 頁（引用：足立・プロイセン一般ラント法）。

穴沢大輔「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」上智法学 50 巻 2 号（2006 年）103 - 129 頁（引用：穴沢・いわゆる第三者領得について）。

「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察 (1)(2)(3)(4・完)」明治学院大学法学研究 93 巻(2012 年)95 - 149 頁、94 巻(2013 年)39 - 70 頁、96 巻(2014 年)91 - 117 頁、98 巻(2015 年)253 - 283 頁（引用：穴沢・利用処分意思）。

「不法領得の意思について」刑法雑誌 55 巻 2 号（2016 年）284 - 298 頁（引用：穴沢・不法領得の意思）

有福孝岳・坂部恵（編集顧問）、石川文康ほか（編集委員）『縮刷版カント辞典』（弘文堂・2014 年）（引用：縮刷版カント辞典）

井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣・2008 年）（引用：井田・刑法学総論）。

市川啓「刑事判例研究 13 窃盗の間接正犯の訴因に対して、被利用者の道具性が認められないとして、窃盗教唆と認定された事例（松山地判平成 24 年 2 月 9 日判タ 1378 号 251 頁（有罪・確定））」立命館法学 2014 年 4 号(356 号)387 - 406 頁（引用：拙稿「判

例研究」)。

伊藤亮吉「わが国の奪取罪における不法領得の意思の内容に関する一考察」名城法学 65 巻 3 号(2016 年)1 - 52 頁 (引用：伊藤・不法領得の意思)。

井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究 10 巻 2 号(2003 年)49 - 75 頁 (引用：井上・犯罪性借用説)

「正犯と共犯の区別」清和法学研究 11 巻 2 号(2004 年)43 - 66 頁 (引用：井上・正犯と共犯の区別)。

植田重正『共犯の基本問題』(東京三和書房・1952 年) (引用：植田・基本問題)。

白木豊「〈判例研究〉正犯概念と共謀共同正犯 (1) (2・完)」上智法學論集 32 巻 1 号 (1989 年) 87 - 146 頁、34 巻 1 号 (1991 年) 103 - 161 頁 (引用：白木・正犯概念)。

エーザー、アルビン「自殺関与の不処罰性—ドイツにおける新たな制限」松宮ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2016 年)567 - 610 頁 (引用：エーザー・自殺関与の不処罰性)。

内田文昭『刑法 I (総論) [補正版]』(青林書院・1997 年) (引用：内田・刑法総論)。

『刑法概要 中巻 [犯罪論 (2)]』(青林書院・1999 年) (引用：内田・刑法概要(中))。

大越義久『共犯論再考』(成文堂・1989 年) (引用：大越・共犯論再考)。

大塚絵理子「ドイツにおける少年参審制度の創設(1)(2・完)」一橋法学 14 巻 3 号(2015 年)1085 頁以下、15 巻 1 号(2016 年)309 頁以下。

大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣・1958 年) (引用：大塚・間接正犯の研究)。

『刑法概説総論 [第四版]』(有斐閣・2008 年) (引用：大塚・刑法概説総論)。

大野平吉『共犯の従属性と独立性』(有斐閣・1964 年) (引用：大野・共犯の従属性と独立性)。

大谷實『刑法講義総論 [新版第四版]』(成文堂・2012 年) (引用：大谷・刑法講義総論)。

『刑法講義各論 [第三版]』(成文堂・2009 年) (引用：大谷・刑法講義各論)。

岡本勝「放火罪と「公共の危険」(一) (二) (三)」東北法学 47 巻 2 号 (1983 年) 167 - 204 頁、52 巻 4 号 (1988 年) 535 - 562 頁、57 巻 5 号 (1993 年) 541 - 564 頁 (引用：岡本・放火罪)。

オステン、フィリップ「国際刑法における「正犯」概念の形成と意義——ICC における組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博ほか『理論刑法学の探究③』(成文堂・2010 年) 111 - 142 頁 (引用：国際刑法における正犯概念)。

「国際刑法の新たな処罰規定——『侵略犯罪』の意義と課題」刑事法ジャーナル 27 号 (2011 年) 9 - 20 頁 (引用：オステン・侵略犯罪)。

「正犯概念再考：ルバンガ事件判決と国際刑法における共同正犯論の展開を素材に」法学研究 (慶應義塾大学) 87 巻 5 号 (2014 年) 1 - 34 頁 (引用：オステン・正犯概念再考)。

小野清一郎『刑法講義総論 [新訂 (五版)]』(有斐閣・1951 年) (引用：小野・総論)。



## か行

- 香川達夫『刑法講義総論 [第三版]』(成文堂・1995 年)(引用：香川・刑法講義総論)。
- 勝田有恒・山内進・森征一編『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房・2004 年)(引用：勝田ほか・概説西洋法制史)。
- 加藤尚武・久保陽一・幸津國生・高山守・滝口清栄・山口誠一編『縮刷版 ヘーゲル辞典』(弘文堂・2014 年)(引用：縮刷版ヘーゲル辞典)。
- 金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂・2006 年)(引用：金澤・中止未遂)。
- 金子博「真正身分犯の共犯について——共犯の処罰根拠の観点から——」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学：生田勝義先生古稀祝賀論文集』(法律文化社・2014 年) 299 - 319 頁(引用：金子・真正身分犯の共犯について)。
- 川端博『刑法総論講義 [第三版]』(成文堂・2013 年)(引用：川端・刑法総論)。
- キッパー、エバハルト著／西村克彦訳『フォイエルバッハ伝：近代刑法学の父』(良書普及会・1979 年)(引用：E. キッパー／西村・フォイエルバッハ伝)。
- 木村亀二『刑法総論 [増補版：阿部純二増補]』(有斐閣・1978 年)(引用：木村・刑法総論)。
- 「正犯と共犯」日本刑法学会編『刑法講座 第四卷』(有斐閣・1963 年) 58・89 頁(引用：木村・正犯と共犯)。
- 草野豹一郎『刑事判例研究 [第一巻]』(巖松堂書店・1934 年)(引用：草野・研究 I)。
- 『刑法改正上の諸問題』(巖松堂書店・1950 年)(引用：草野・刑法改正)。
- 『刑法總則講義 [第一分冊]』(南郊社・1935 年)(引用：草野・刑法總則講義 I)。
- 後藤啓介「間接正犯論の新展開：ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの」法学(慶應義塾大学) 24 号(2012 年) 163 - 233 頁(引用：後藤・間接正犯論)。
- 「国際刑事法における行為支配論と共同正犯(1)(2)(3・完)——2014 年 12 月 1 日の国際刑事裁判所上訴裁判部ルバンガ事件判決を契機として——」亜細亜法学 50 巻 1 号(2015 年) 190 - 145 頁、50 巻 2 号(2016 年) 266 - 231 頁、51 巻 1 号 194 - 122 頁(引用：後藤：行為支配論と共同正犯)。
- 「国際刑事裁判所における行為支配論の展開：正犯概念との関係を中心に」国際人権(国際人権法学会報) 26 号(2015 年) 109 - 115 頁(引用：後藤・国際刑事裁判所における行為支配論)。
- 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂・2015 年)(引用：小島・幫助犯)。
- 小林憲太郎『刑法総論』(新世社・2014 年)(引用：小林・刑法総論)。

## さ行

- 齋野彦弥『刑法総論：基本講義』(新世社・2007 年)(引用：齋野・刑法総論)。

佐伯千仞『刑法講義総論〔第三訂〕』（有斐閣・1977年）（引用：佐伯・刑法講義総論）。

『共犯理論の源流』（成文堂・1987年）（引用：佐伯・共犯理論の源流）。

佐伯千仞(語り手)、井戸田侃・浅田和茂(聞き手)『疾風怒濤—法律家の生涯：佐伯千仞先生に聞く』（成文堂・2011年）（引用：佐伯・法律家の生涯）。

佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(1)(2)(3)(4・完)」立命館法学 313号(2007年)675 - 727頁、317号(2008年)53 - 162頁、319号(2008年)782 - 832頁、320号(2008年)930 - 972頁（引用：佐川・身分犯における正犯と共犯）。

「共犯論と身分犯の共犯——特に義務犯について（特集 客観的帰属論と共犯）」刑法雑誌 50巻1号（2010年）15 - 22頁（引用：佐川・共犯論）。

「オーストリー刑法学の体系(特集 刑法学における「犯罪体系論」の意義)」法律時報 84巻1号（2012年）29 - 33頁（引用：佐川・オーストリー刑法学の体系）。

笹倉秀夫『法思想史講義〈上〉古典古代から宗教改革期まで』（東京大学出版会・2007年）（引用：笹倉・法思想史講義(上)）。

品谷篤哉「金融商品取引法 166条1項1号における「その他の従業者」の意味（最二決平成27年4月8日刑集 69巻3号 523頁）」立命館法学 367号(2016年)929 - 951頁（引用：品谷・判例研究）。

芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー336号（1983年）132 - 133頁（引用：芝原・不法領得の意思）。

島田聡一郎「いわゆる「故意ある道具」の理論について(一)(二)(三・完)」立教法学 58巻(2001年)83 - 128頁、60巻(2002年)60 - 101頁、62巻(2002年)74 - 107頁（引用：島田・故意ある道具）。

『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002年）（引用：島田・基礎理論）。

G. シューベルト著／山中敬一訳『1824年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』（関西大学出版会・1980年）（引用：シューベルト／山中・1824年フォイエルバッハ草案）。

園田寿「中共犯論についての覚書き」中山研一ほか『刑法理論の探究（中義勝先生古稀祝賀——中刑法理論の検討』（成文堂・1992年）303 - 318頁（引用：園田・中共犯論）。

「間接正犯と教唆犯（特集 正犯と共犯）」現代刑事法 1巻2号（1999年）29 - 39頁（引用：園田・間接正犯と教唆犯）。

## た行

高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典（一七五一年）——啓蒙と伝統との交錯の

中で——」同志社法学 47 巻 6 号（1996）429 - 472 頁（引用：高橋・バイエルン刑事法典）。

「意思の自由と裁判官の裁量——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」

立命館法学 307 号（2006 年）571-664 頁（高橋・意思の自由と裁判官の裁量）。

高橋直哉「共犯論の新展開——シュタイン理論の検証——」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）22 号（1993 年）119 - 132 頁（引用：高橋・共犯論の新展開）。

高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988 年）（引用：高橋・共犯体系）。

『刑法総論 [第二版]』（成文堂・2013 年）（引用：高橋・刑法総論）。

田川靖紘「ドイツにおける正犯概念の一断面——組織化された権力機構における正犯の背後の正犯を中心に」早稲田大学大学院法研論集 136 号（2010 年）133 - 153 頁（引用：田川・正犯概念の一断面）。

瀧川一幸「ゲーテの自然科学研究とその思考方法について」香川大学経済論叢 68 巻 2・3 号（1995 年）629 - 682 頁（引用：瀧川・ゲーテの自然科学研究とその思考方法について）。

滝川幸辰『刑法の諸問題』（有信堂・1951 年）（引用：刑法の諸問題）。

『犯罪論序説 [第六版]』（有斐閣・1952 年）（引用：滝川・犯罪論序説）。

竹内健互「間接正犯と教唆犯の区別基準について：媒介者の自律性と間接正犯の成立範囲」明治大学社会科学研究所紀要 51 巻 2 号（2013 年）141 - 153 頁（引用：竹内・区別基準）。

団藤重光『刑法綱要総論 [第三版]』（創文社・1990 年）（引用：団藤・刑法綱要総論）。

『刑法綱要各論 [第三版]』（創文社・1990 年）（引用：団藤・刑法綱要各論）。

照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・2005 年）（引用：照沼・体系的共犯論）

豊田兼彦「客観的帰属と共犯の処罰根拠論の関係」刑法雑誌 50 巻 1 号（2010 年）6・14 頁（引用：豊田・客観的帰属）。

## な行

中義勝『間接正犯』（有斐閣・1963 年）（引用：中・間接正犯）。

長井圓『交通刑法と過失正犯論』（法学書院・1995 年）（引用：長井・交通刑法）。

中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社・2006 年）（引用：中村・ナポレオン刑事法典史料集成）。

中義勝『間接正犯』（有斐閣・1963 年）（引用：中・間接正犯）。

「いわゆる義務犯の正犯性」団藤ほか編『犯罪と刑罰（上）佐伯千仞博士還暦祝賀論文集』（有斐閣・1968 年）463 - 477 頁（引用：中・いわゆる義務犯）。

『刑法総論』（有斐閣・1971 年）（引用：中・刑法総論）。

『刑法上の諸問題』（関西大学出版部・1991 年）（引用：中・刑法上の諸問題）。

中山研一『刑法総論』(成文堂・1982年)(引用：中山・刑法総論)。  
『口述刑法総論』(成文堂・1987年)(引用：中山：口述)。  
「植田博士の共犯論について」植田重正『共犯の基本問題』(東京三和書房・1952年) 285-299頁(引用：中山・植田博士の共犯論について)。  
中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジオン刑法 I 共犯論』(成文堂・1997年)(引用：中山ほか・レヴィジオン刑法 I)。  
西原春夫『刑法総論 [改訂準備版]』(成文堂・1993年)(引用：西原・刑法総論)。  
『間接正犯の理論』(成文堂・1962年)(引用：西原・間接正犯の理論)。  
西田典之『刑法総論 [第二版]』(弘文堂・2006年)(引用：西田・刑法総論)。  
『新版 共犯と身分』(成文堂・2003年)(引用：西田・新版)。  
『共犯理論の展開』(成文堂・2011年)(引用：西田・展開)。  
『刑法各論 [第六版]』(弘文堂・2012年)(引用：西田・刑法各論)。  
西村克彦「共犯論の進退 中義勝教授の『間接正犯』を読んで」警察研究 35 卷 4 号 (1964年) 15 - 32 頁(引用：西村・共犯論の進退)。  
野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂・2012年)(引用：野澤・中止犯)。

## は行

橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』(有斐閣・2000年)(引用：橋本・行為支配)。  
『刑法総論』(新世社・2015年)(引用：橋本・刑法総論)。  
埴浩訳著『フランス・ドイツ刑事法史』(信山社・1992年)(引用：埴訳・仏独ドイツ刑事法史)。  
林幹人『刑法総論 [第二版]』(東京大学出版会・2008年)(引用：林・刑法総論)。  
『刑法各論 [第二版]』(東京大学出版会・2007年)(引用：林・刑法各論)。  
平野龍一「ドイツ刑法の改正」村上淳一ほか編『概観ドイツ法』(東大出版会・1971年)(引用：平野・ドイツ刑法の改正)。  
『刑法総論 II』(有斐閣・1975年)(引用：平野・刑法総論 II)。  
『刑法概説』(有斐閣・1990年)(引用：平野・刑法概説)。  
「不法領得の意思をめぐって (1)」警察研究 61 卷 5 号(1990年)3-15 頁(引用：平野・不法領得の意思)。  
平場安治・瀧川春雄・宮内裕『刑法理論學 [總論]』(有斐閣・1950年)(引用：平場ほか・刑法理論學總論)。  
平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005年)(引用：平山・不作為犯)。  
福田平『刑法総論 [全訂第五版]』(有斐閣・2011年)(引用：福田・刑法総論)。  
藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂・1978年)(引用：藤木・刑法各論)。  
振津隆行「ヘーゲルとヘーゲリアナーの犯罪概念」金沢法学 55 卷 2 号(2013年)55 - 61 頁

(引用：振津・ヘーゲルとヘーゲリアナーの犯罪概念)。

堀内捷三『刑法総論 [第二版]』(有斐閣・2004年)(引用：堀内・刑法総論)。

## ま行

牧野英一『刑法研究 第九卷』(有斐閣・1940年)(引用：牧野・刑法研究⑨)。

『刑法各論；下巻 [第八版]』(有斐閣・1965年)(引用：牧野・刑法各論)。

『刑法総論；下巻 [全訂第十六版]』(有斐閣・1966年)(引用：牧野・刑法総論)。

前田雅英『刑法総論講義 [第六版]』(東京大学出版会・2015年)(引用：前田・刑法総論)。

松生光生「身分なき故意ある道具」松宮ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2016年)451 - 482 頁 (引用：松生・身分なき故意ある道具)。

松宮孝明「文書偽造罪における作成者と名義人について」立命館法学 264 号(1999年) 349 - 369 頁 (引用：松宮・作成者)。

「ドイツ刑法学界の近況と日本の刑法学」現代刑事法 4 巻 1 号 (2002 年) 56 - 61 頁 (引用：松宮・ドイツ刑法学界の近況)。

『過失犯論の現代的課題』(成文堂・2004 年)(引用：松宮・過失犯論の現代的課題)。

『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003 年)(引用：松宮・刑事立法と犯罪体系)。

「共犯論の再構築をめざして」川端博『現代刑法理論の現状と課題：川端博対談集』(成文堂・2005 年) 280 - 341 頁 (引用：松宮・共犯論の再構築)。

「共犯論 (特集 刑法典の百年)」ジュリスト 1348 号 (2008 年) 55 - 68 頁 (引用：松宮・共犯論)。

『刑法総論講義 [第四版]』(成文堂・2014 年)(引用：松宮・刑法総論)。

『刑法各論講義 [第四版]』(成文堂・2016 年)(引用：松宮・刑法各論)。

水落伸介「背後者の正犯性について——「正犯の背後の正犯」は認められないか？」中央大学大学院研究年報 (法学研究科篇) 40 号 (2010 年) 201 - 223 頁 (引用：水落・背後者の正犯性)。

ミッターイス＝リーベリッヒ著／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』(創文社・1972 年)(引用：ミッターイス＝リーベリッヒ／世良・ドイツ法制史概説)。

宮本英脩『刑法大綱 [総論]』(弘文堂・1932 年)(引用：宮本・刑法大綱総論)。

泉二新熊『日本刑法論上巻 (総論)』(有斐閣・1922 年)(引用：泉二・総論)。

『日本刑法論下巻 (各論)』(有斐閣・1939 年)(引用：泉二・各論)。

森井暲「間接正犯」中山研一ほか『刑法理論の探究 (中義勝先生古稀祝賀——中刑法理論の検討)』(成文堂・1992 年) 279 - 302 頁 (引用：森井・間接正犯)。

## や行

薬師寺公男・坂元茂樹・浅田正彦編『ベーシック条約集』（東信堂・2016年）（引用：薬師寺ほか編・条約集）。

ヤコブス、ギュンター著／豊田兼彦訳「従属性——共同組織化の前提条件について——」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集〔第1巻〕犯罪論の基礎』（成文堂・2014年）145・165頁（引用：ヤコブス著／豊田訳・従属性）。

ヤコブス、ギュンター著／松宮孝明訳「故意なき道具を利用した間接正犯における客観的帰属」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集〔第1巻〕犯罪論の基礎』（成文堂・2014年）167・190頁（引用：ヤコブス著／松宮訳・故意なき道具）。

矢田陽一「目的論的(規範的)考察方法と実行行為：形式的客観説の理論的背景」明治大学大学院法学研究論集 37 卷（2012 年）1・24 頁（引用：矢田・目的論的(規範的)考察方法）。

「正犯概念を巡る争いと実行行為：ドイツにおける間接正犯論を手がかりとして」明治大学大学院法学研究論集 40 卷（2013 年）141・160 頁（引用：矢田・正犯概念）。

山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣・1999 年）（引用：山口・問題探究各論）。

『刑法総論〔第二版〕』（東京大学出版会・2007 年）（引用：山口・刑法総論）。

『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣・2010 年）（引用：山口・刑法各論）。

山口邦夫『帝国崩壊後（一八〇六年）のドイツ刑法学』（尚学社・2009 年）（山口・帝国崩壊後のドイツ刑法学）。

「刑法学におけるヘーゲル学派」法学論集（駒澤大学）10 卷（1973 年）132・154 頁（引用：山口・刑法学におけるヘーゲル学派）。

山中敬一「共犯における可罰的不法従属性に関する若干の考察」『中山先生古稀記念論文集〈第3巻〉刑法の理論』（成文堂・1997 年）295・318 頁（引用：山中・可罰的不法従属性）。

『刑法総論〔第三版〕』（成文堂・2015 年）（引用：山中・刑法総論）。

「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」松宮ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2016 年）611・646 頁（引用：山中・臨死介助）。

「刑法学は何処に向かうのか——これからのドイツ刑法と日本刑法——」北九州市立大学法政論集 44 卷 1・2 号（2016 年）79・123 頁（引用：山中・刑法学）。

## 参考文献一覧（ドイツ語文献）

以下では、本論文の参考文献を著作者の姓のアルファベット順に記しておく。なお、本文の脚注内で引用する際は、文献名を略記している（括弧内の **zit.** を参照）。

### A

*Abegg, Julius Friedrich Heinrich* : Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836 (Zit.: *Abegg, Lehrbuch*).

- Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten vom Jahren 1843, 1844 (Zit.: *Abegg, Kritische Betrachtungen*).
- Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten vom Jahren 1847, 1848 (Zit.: *Abegg, Bemerkungen*).

### B

*Bähr, Heinz* : Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 331, 1933 (Zit.: *Bähr, Täterschaftsbegriff*).

*Bar, Carl Ludwig von* : Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859 (Zit.: *v. Bar, Versuch und Theilnahme*).

- Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871 (Zit.: *v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte*).

*Bauer, Anton* : Grundlinien des philosophischen Criminalrechts, 1825 (Zit.: *ders., Grundlinien*).

- Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover mit Anmerkungen, 1826 (Zit.: *Bauer, Anmerkungen (1826)*).
- Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1827; 2. Ausg., 1833 (Zit. *Bauer, Lehrbuch*)
- Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, 1828 (Zit.: *Bauer, Anmerkungen (1828)*).
- Vergleichung des ursprünglichen Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover mit dem revidierten Entwurfe, wie solcher den Ständen des Königreichs mitgetheilt worden, 1831 (Zit. *Bauer, Vergleichung*).
- Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, Bd. 1, 1840 (*Bauer, Abhandlung I*).

*Beling, Ernst*: Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (Zit.: *Beling, Die Lehre vom Verbrechen*).

- Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlung, ZStW 28, 1909, S. 589 - 611 (Zit.: *Beling, ZStW 28*).

- Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, 1922 (Zit.: *Beling*, Methodik).
- Berner, Albert Friedrich* : Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843. (Zit.: *Berner*, Imputationslehre).
- Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867 (Zit.: *Berner*, Strafgesetzgebung).
- *Berner*, Grundsätze des Preußischen Strafrechts, 1861 (Zit.: *Berner*, Grundsätze).
- Beseler, Georg* : Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz von 14. April 1851, 1851 (Zit.: *Beseler*, Kommentar).
- Binding, Karl* : Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869 (Zit.: *Binding*, Der Entwurf).
- Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, Bd. 1, Einleitung und Allgemeiner Theil, 1878 (Zit.: *Binding*, Grundriss AT).
- Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1902; 8. Aufl., 1913 (Zit.: *Binding*, Grundriss).
- Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band: Strafrecht, 1915, S. 251 - 401 (Zit.: *Binding*, Die drei Grundformen).
- Birkmeyer, Karl von* : Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts: kritische Studien, 1890 (Zit.: *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme).
- Teilnahme am Verbrechen (RStGB §§ 47 - 50), in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1908, S. 1 - 159. (Zit.: *Birkmeyer*, VDA).
- Birkmeyer, Karl*, u. a. (Hrsg.) : Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil in 6 Bänden, Besonderer Teil in 9 Bänden, 1905 - 1908.
- Bloy, René* : Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985 (Zit.: *Bloy*, Beteiligungsform).
- Anton Bauer (1772-1843) und Seine Mitwirkung an der Entstehung des Criminalgesetzbuches für das Königreich Hannover von 1840, in: Fritz Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 190 - 208 (Zit.: *Bloy*, Anton Bauer).
- Grenzen der Täterschaft und fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 425 - 442 (Zit.: *Bloy*, GA 1996).



- Bock, Dennis* : Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre, 2006 (Zit.: *Bock*, Römischrechtliche Ausgangspunkte).
- Bolowich, Michael* : Urheberschaft und reflexives Verständnis: Untersuchungen zur Grundlage einer strafrechtlichen Beteiligungslehre, 1995 (Zit.: *Bolowich*, Urheberschaft).
- Borchert, Theodor* : Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Theilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft: nach deutsch-preussischem Recht, 1888 (Zit.: *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit).
- Brandt, Christian* : Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens, 2002 (Zit.: *Brandt*, Code pénal).
- Brunnenmeister, Emil* : Die Quellen der Bambergensis, 1879 (Zit.: *Brunnenmeister*, Quelle).
- Bruns, Hermann* : Der subjektive Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung, insbesondere nach dem Strafgesetz-Entwurf 1927, 1928 (Zit. *Bruns*, Der subjektive Tatbestand).
- Bruns, Hermann* : Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932 (Zit.: *Bruns*, Kritik).
- Bubnoff, Eckhart von* : Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966 (Zit.: *Bubnoff*, Die Entwicklung).
- Buri, Maximilian von* : Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und Begünstigung, 1860 (Zit.: v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme).
- Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885 (Zit. *Buri*, Causalität).

## C

- Conrad, Gerhard* : Die "akzessorische" Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 374, 1937 (Zit.: *Conrad*, Die akzessorische Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft).

## D

- Dehler, Thomas* u. *Schmidt, Eberhard* : Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952 (Zit. *Dehler* u. *E. Schmidt*, Radbruchs Entwurf).
- von Dohnanyi* : Täterschaft und Teilnahme, in: Franz Gürtner (Hrsg.), Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Das kommende deutsche Strafrecht, allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1935, S. 97 - 117 (Zit.: v. *Dohnanyi*, Täterschaft und

Teilnahme).

*Drost, Heinrich* : Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch, ZStW 51, 1931, S. 359 - 378 (Zit.: *Drost*, ZStW 51).

*Duttge, Gunnar/Fahnenschmidt, Willi* : §246 StGB nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand?, ZStW 110, 1998, S. 884 - 918 (Zit.: *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110).

## **E**

*Ebrahim-Nesbat, Shahryar* : Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19.Jahrhundert, 2006 (Zit.: *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung).

*Eckstein, Ken* : Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813, in: Arnd Koch, u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch: die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2013, S. 271 - 283 (*Eckstein*, Urheberschaft und Teilnahme).

## **F**

*Feuerbach, Paul Johann Anselm* : Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1800 (Zit.: *Feuerbach*, Revision).

- Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804 (Zit., *Feuerbach*, Kritik).
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl., 1801; 2. Aufl., 1803; 3. Aufl., 1805; 4. Aufl., 1808; 5. Aufl., 1812 (Zit.: *Feuerbach*, Lehrbuch).
- Lehrbuch, Hrsg. von *Carl Joseph Anton Mittermaier*, 14. Aufl., 1847 (Zit. *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch, 14. Aufl.).

*Flegenheimer, Eugen* : Das Problem des "dolosen Werkzeug", Strafrechtliche Abhandlungen Heft 164, 1913 (Zit.: *Flegenheimer*, Das Problem des dolosen Werkzeug).

*Frank, Reinhard* : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Aufl., 1897; 8 - 10. Aufl., 1911; 18. Aufl., 1931 (Zit.: *Frank*, StGB).

*Freisler, Roland* : Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, 1934 (Zit.: *Freisler*, Denkschrift).

*Frisch, Wolfgang*: Vorsatz und Risiko : Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983 (Zit.: *Frisch*, Vorsatz und Risiko).

*Fuhrmann, Heinz-Helmut* : Das Begehen der Straftat gem.§25 Abs. 1 StGB: unter

besonderer Berücksichtigung der sogenannten "eigenhändigen" Delikte, 2004 (Zit.: *Fuhrmann*, Das Begehen der Straftat).

## G

*Gallas, Wilhelm* : Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954 (Zit.: *Gallas*, Materialien I).

*Geyer, August* : Thäterschaft, in : Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, Zweiter Theil : Rechtslexikon, Bd. 3, Zweite Hälfte, 3. Aufl., 1881, S. 877 - 878 (Zit.: *Geyer*, Täterschaft).

*Gerland, Heinrich B.* : Kritische Bemerkungen zum allgemeiner Teil des Strafgesetzentwurfes 1919, 1921 (Zit.: *Gerland*, Kritische Bemerkungen).

— Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil: Kritische Bemerkungen, 1925 (Zit.: *Gerland*, Der Entwurf 1925).

*Goetz, Georg* : Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 115, 1910 (Zit.: *Goetz*, Grenzziehung).

*Goltdammer, Theodor* : Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten: aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil I: Das Einführungs-Gesetz und den allgemeinen Theil enthaltend, 1851; Theil II: Den besonderen Theil enthaltend, 1852 (Zit.: *Goltdammer*, Materialien).

*Greco, Luís* : Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 2011, S. 9 - 13. (Zit.: *Greco*, ZIS 2011).

*Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von* : Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft: nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, 1798 (Zit.: *Grolman*, Grundsätze); 2. Aufl., 1805 (Zit.: *Grolman*, Grundsätze, 2. Aufl.); 3. Aufl., 1818 (Zit.: *Grolman*, Grundsätze, 3. Aufl.).

*Grünhut, Max* : Grenzen der strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932, S. 366 - 367 (Zit.: *Grünhut*, JW 1932).

*Günther, Hans-Ludwig* : Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss : Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983 (Zit.: *Günther*, Strafrechtswidrigkeit).

## H

*Haas, Volker* : Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119, 2007, S. 519 - 546. (Zit., *Haas*, Kritik).

— Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer

- Revision der Beteiligungslehre, 2008 (Zit.: *Haas*, Theorie).
- Täterschaft und Teilnahme, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 2013, Vor§§25 - §29 (Zit. *Haas*, Kommentar).
- Hake, Manfred* : Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“: ein Beitrag zur Harmonisierung des §28 StGB (Zit.: *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit).
- Hälschner, Hugo* : Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, in : Gerichtssaal, Bd. 25, 1873, S. 81 - 121 (Zit.: *Hälschner*, Mittäterschaft).
- Hartung, Fritz* : Der „Badewannenfall“, JZ 1954, S. 430 f. (Zit.: *Hartung*, Badewannenfall).
- Hauck, Pierre* : Drittzueignung und Beteiligung, 2007 (Zit.: *Hauck*, Drittzueignung).
- Hegler, August* : Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 1915, S. 19 - 44, 184 - 232 (Zit.: *Hegler*, ZStW 36).
- Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 305 - 321 (Zit.: *Hegler*, Zum Wesen).
  - Mittelbare Täterschaft bei nichtsrechtswidrigem Handeln der Mittelperson, in: Festgabe für Richard Schmidt: zu seinem siebenzigsten Geburtstag, 19. Januar 1932, überreicht von Verehrern und Schülern, 1932, S. 51 - 78 (Zit.: *Hegler*, FS-R. Schmidt).
- Heimberger, Joseph* : Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach: mit einer Einleitung über die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern, 1896 (Zit. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen).
- Heine, Günter/Weißer, Bettina* : Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 - 31), S. 478 ff. (Zit.: *Heine/Weißer*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl.).
- Helldorff, Heinrich von* : Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide (§160 RStGB), 1895 (Zit.: *Helldorff*, Die mittelbare Täterschaft).
- Hergt, Raimund* : Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen: Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart, 1909 (Zit.: *Hergt*, Die Lehre von der Teilnahme).
- Herzberg, Rolf Dietrich* : Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug, 1967 (Zit.: *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft).
- Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?, ZIS 2016, S. 440 – 449 (Zit.: *Herzberg*, ZIS 2016).
- Hippel, Robert von* : Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW 42, 1921, S. 404 - 437, S. 525 - 550 (Zit.: *Hippel*, ZStW 42).
- Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, 1925 (Zit.: *Hippel*, Strafrecht I).

- Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Das Verbrechen: allgemeine Lehren, 1930 (Zit. *Hippel*, Strafrecht II).
- Lehrbuch des Strafrechts, 1932 (Zit.: *Hippel*, Lehrbuch).
- Hirsch, Robert* : Über den Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe, 1881 (Zit.: *Hirsch*, Über den Unterschied).
- His, Rudolf*: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1920 (Zit.: *His*, Strafrecht).
- Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928 (Nachdruck 1967) (Zit.: *His*, Geschichte).
- Hruschka, Joahim* : Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110, 1998, S. 581 - 610 (Zit. *Hruschka*, Regreßverbot).
- Hufnagel, Carl F. von* : Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg: zunächst für Praktiker, mit besonderer Rücksicht auf die gewählten Oberamtsgerichtsbeisitzer, Bd. 1, 1840 (Zit.: *Hufnagel*, Commentar).

## J

- Jakobs, Günther* : Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1993 (Zit.: *Jakobs*, Strafrecht AT).
- Objektive Zurechnung bei mittelbare Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997, S. 553 ff. (Zit. *Jakobs*, GA 1997).
- Beteiligung, in: Dieter Dolling (Hrsg.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 ff. (Zit. *Jakobs*, FS-Lampe).
- Theorie der Beteiligung, 2014 (Zit.: *Jakobs*, Theorie).
- Jacquín, Gottfried* : Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1903 (Zit.: *Jacquín*, Die Teilnahme am Verbrechen).
- Jenull, Sebastian* : Das Österreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste, Erster Theil, 3. Aufl., 1837 (Zit.: *Jenull*, Österreichische Criminal-Recht).
- Joecks, Wolfgang* : Täterschaft und Teilnahme, in: Wolfgang Joecks/ Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, Vor§25 - §31 (Zit.: *Joecks*, MK, Bd. 1, 2. Aufl.).

## K

- Kantorowicz, Hermann* : Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 7. Jahrgang, April 1910 -März 1911,

- S. 257 - 344 (Zit.: *Kantorowicz*, MschKrim 7. Jg.).
- Kerrl, Hanns* : Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preussischen Justizministers, 1933 (Zit.: *Kerrl*, Nationalsozialistisches Strafrecht).
- Kienapfel, Diethelm* : Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971 (Zit.: *Kienapfel*, Einheitstäter).
- Kitka, Joseph* : Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840 (Zit.: *Kitka*, Ueber das Zusammentreffen)
- Klein, Ernst Ferdinand*: Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1.Ausg., 1796 (Zit.: *Klein*, Grundsätze); 2. Ausg., 1799 (Zit.: *Klein*, Grundsätze, 2. Ausg.).
- Kleinschrod, Gallus Aloys* : Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erster Theil; Von Verbrechen überhaupt und derselbe Zurechnung, 1. Ausg., 1794; 2. Ausg., 1799; 3. Aug., 1805 (Zit.: *ders.*, Entwicklung).
- Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, 1802 (Zit.: *Kleinschrod*, Entwurf).
  - Grundzüge der Lehre von Zurechnung der Verbrechen, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, St. 1, 1816, S.1 - 35 (Zit.: *Kleinschrod*, Grundzüge).
- Kleszczewski, Diethelm* : Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, Habilitationsschrift Hamburg, 1998 (Zit.: *Kleszczewski*, Beteiligung).
- Koch, Arnd* : Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation: Von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, ZStW 122, 2010, S.741 ff., bes. S.747 ff. (Zit.: *Koch*, Strafrechtskodifikation).
- Kohlrausch, Eduard/ Lange, Richard* : Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 39/40. Aufl., 1950 (Zit.: *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch 39/40. Aufl.).
- Köstlin, Christian Reinhold* : Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845. (Zit.: *Köstlin*, Neue Revision).
- Krauss, Wolfgang* : Die mittelbare Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 353, 1935 (Zit.: *Krauss*, Die mittelbare Täterschaft).
- Kubiciel, Michael* : Von Dunkel ins Licht?, Die bayerische Strafrechtsreform und Feuerbachs Strafgesetzbuch, in: Arnd Koch, u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch: die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2013, S.1 - 12. (Zit.: *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?)
- Küper, Wilfried* (Hrsg.) : Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert, mit Beiträgen von Karl Engisch u. a., 1986 (Zit.: *Küper*, Heidelberger Strafrechtslehrer).

- Ein „neues Bild“ der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre Ulrich Steins, ZStW 105, 1993, S. 445 - 482 (Zit.: *Küper*, ZStW 105).

## L

- Lampe, Ernst-Joachim* : Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77, 1965, S. 262 - 311 (Zit.: *Lampe*, Teilnahme).
- Landsberg, Ernst* : Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abteilung, 2. Halbband., Noten, 1910 (Zit.: *Landsberg*, Geschichte, 3. Abt., 2. Hb, Noten).
- Lange, Richard* : Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935 (Zit.: *Lange*, Der moderne Täterbegriff).
- Langenbeck, Wilhelm* : Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868 (Zit.: *Langenbeck*, Theilnahme).
- Lesch, Heiko Hartmut* : Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992 (Zit.: *Lesch*, Beihilfe).
- Less, Günter* : Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?, JZ 1951, S. 550 – 552 (Zit.: *Less*, JZ 1951).
- Ling, Michael A.* : Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten: eine dogmengeschichtliche Untersuchung, 1996 (Zit.: *Ling*, Unterbrechung).
- Liszt, Franz von* : Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl., 1881; 2. Aufl., 1884; 9. Aufl., 1889; 14 u. 15. Aufl., 1905 (Zit.: v. *Liszt*, Lehrbuch).
- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., besorgt von Eberhard Schmidt, 1927 (Zit.: v. *Liszt*/*E. Schmidt*, Lehrbuch).
  - Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, ZStW 30, 1910, S. 250 - 278 (Zit.: v. *Liszt*, ZStW 30).
- Lony, Fritz* : Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 344 (Zit.: *Lony*, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?).
- Lotz, Henning* : Das „absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug“: ein Fall der mittelbaren Täterschaft?: Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur, 2009 (Zit.: *Lotz*, Werkzeug).
- Luden, Heinrich* : Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 1. Bd., Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1836 (Zit.: *Luden*, Abhandlungen I).
- Abhandlungen aus dem gemeinen Teutschen Strafrecht, 2. Bd., Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Recht, 1840 (Zit.: *Luden*, Abhandlungen II).

- Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, Bd.1, 1847 (Zit.: *Luden*, Handbuch I).



- Maiwald, Manfred* : Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, in: Arthur Kaufmann, u. a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70.Geburstag, 1979, S.343 ff. (Zit.: *Maiwald*, FS-Bockelmann).
- Carl Ludwig von Bar (1836-1913) als Lehrer des Strafrechts, in : Fritz Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 270 - 288 (Zit.: *Maiwald*, Carl Ludwig von Bar).
  - Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe—Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland, in: Andreas Hoyer, u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70.Geburstag, 2006, S. (Zit.: *Maiwald*, FS-Schroeder).
- Mattasch, Sabine* : Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden, 2005 (Zit.: *Mattasch*, Tatbestand).
- Maurach, Reinhard* : Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1948 (Zit.: *Maurach*, Grundriß).
- Deutsches Strafrecht: Besonderer Teil, Systematischer Darstellung für Studium und Praxis, 1952 (Zit. *Maurach*, Lehrbuch BT).
  - Deutsches Strafrechts: Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 1954 (Zit.: *Maurach*, Lehrbuch AT).
- Maurach, Reinhard/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz* : Strafrecht: allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 7. Aufl., 1989 (Zit.: *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, 7. Aufl.).
- Maurach, Reinhard/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/Renzikowski, Joahim* : Strafrecht: allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., 2014 (Zit.: *Maurach/Renzikowski*, Strafrecht AT II, 8. Aufl.).
- Mayer, Hellmut* : Strafrecht : Allgemeiner Teil, 1953 (Zit.: *H. Mayer*, Strafrecht AT).
- Mayer, Max Ernst* : Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht: eine rechtsphilosophische Untersuchung, 1899 (Zit. *M. E. Mayer*, Causalzusammenhang).
- Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 50, 1903 (Nachdruck 1965) (Zit.: *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen).
  - Versuch und Teilnahme, in: Paul Felix Aschrott u. Franz von Liszt (Hrsg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs: kritische Besprechung des Vorentwurfs zu



- einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, 1910, S. 331 - 372 (Zit.: *M. E. Mayer*, Versuch und Teilnahme).
- Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch, 1915 (2. unverändert. Aufl. Von 1923) (Zit.: *M. E. Mayer*, Lehrbuch).
- Meyer, Hugo/Allfeld, Philipp* : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1912 (Zit.: *Meyer/Allfeld*, Lehrbuch).
- Meyer, Dieter* : Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung: ein Beitrag zum Verständnis des Unrechtstatbestandes des Anstiftungsdelikts, 1973 (Zit.: *Dieter Meyer*, Das Erfordernis).
- Meyer, Friedrich* : Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870: Mit Benutzung der Entwürfe, der Motive derselben, der Verhandlungen des Reichstags und der Reichstags-Kommissionen, sowie unter Vergleichung mit den bisherigen Partikularrechten, namentlich dem preussischen, erläutert, 1871 (Zit.: *Friedrich Meyer*, StGB für den Norddeutschen Bund).
- Mezger, Edmund* : Strafrecht: ein Lehrbuch, 1. Aufl., 1931; 3 Aufl., 1949 (Zit.: *Mezger*, Lehrbuch).
- Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, ZStW 52, 1932, S. 529 - 545 (Zit.: *Mezger*, ZStW 52).
- Anträge. Nr. 2 vom 15. 11. 1933., in: *Schubert* u. *Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 2, T. 1, 1988, S. 799 - 800 (Zit. *Mezger*, Anträge).
- Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, Deutsches Strafrecht Neue Folge, Bd. 10, 1943, S. 116 - 125. (Zit. *Mezger*, Deutsches Strafrecht N.F., Bd. 10).
- Mittermaier, Carl Joseph Anton* : Arten und Strafbarkeit des Urhebers, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 3, St. 1, 1819, S. 125 - 150 (Zit.: *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers).
- Kurze praktische Erörterungen, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 8, St. 2, 1825, S. 324 - 348 (Zit.: *Mittermaier*, Kurze praktische Erörterungen).
- Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 4, St. 3, 1820, S. 400 - 428 (Zit.: *Mittermaier*, Ueber den neuesten Zustand).
- Mittermaier, Wolfgang* : Gutachten über §300 R. St. G. B., ZStW 21, 1901, S. 197 - 258 (Zit. *W. Mittermaier*, ZStW 21).
- Mitsch, Wolfgang* : Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, ZStW 111, 1999, S. 65-122 (Zit.: *Mitsch*, ZStW 111).

*Mommsen, Theodor*: Römisches Strafrecht, 1899 (Zit.: *Mommsen*, Römisches Strafrecht).  
*Moos, Reinhard*: Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert: Sinn- und Strukturwandel, 1968 (Zit.: *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich).  
*Murmann, Uwe*: Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993 (Zit.: *Murmann*, Nebentäterschaft).

## N

*Nagler, Joh.*: Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903 (Zit.: *Nagler*, Teilnahme).  
*Noltenius, Bettina*: Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, 2003 (Zit.: *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung).  
*Noak, Torsten*: Drittzueignung und 6. Strafrechtsreformgesetz: Zur Neuregelung der §§242, 246 und 249 StGB, 1999 (Zit.: *Noak*, Drittzueignung).  
*Nowakowski, Friedrich*: Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956, S. 545 - 555 (Zit.: *Nowakowski*, JZ 1956).

## O

*Oehler, Dietrich*: Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, in: Freie Universität Berlin. Juristische Fakultät (Hrsg.), Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7.-10. September 1955, 1955 (Zit.: *Oehler*, Teilnahme).  
*Olshausen, Justus*: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. (neu arbeitet von Karl Lorenz, u. a.), 1927 (Zit.: *Olshausen*, Kommentar, 11. Aufl.).

## P

*Pawlik, Michael*: Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, 2012 (Zit.: *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers).  
*Pomp, Paul*: Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 134, 1911 (Zit.: *Pomp*, Unterbrechung).  
*Poppe, Andreas*: Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, 2011 (Zit.: *Poppe*, Akzessorietät).  
*Pufendorf, Samuel Freiherr von*: Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, mit des weitberühmten JCti. Johann Nicolai Hertii, Johann Barbeyrac und anderen hochgelehrten Männer außerlesenen Anmerckungen erläutert und in die teutsche Sprach übersetzt 1711, Buch I (Zit.: *Pufendorf*, Acht Bücher vom Natur- und

Völkerrecht, Buch I).

## **R**

*Radbruch, Gustav* : Paul Johann Anselm Feuerbach: ein Juristenleben, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 6 (bearbeitet von Gerhard Haney), 1997 (Zit.: *Radbruch*, Feuerbach).

*Redmann, Michael* : Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014 (Zit.: *Redmann*, Anstiftung).

*Reinhold, Joachim* : Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009 (Zit.: *Reinhold*, Unrechtszurechnung).

*Renzikowski, Joachim* : Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997 (Zit.: *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff).

— Zurück in die Steinzeit? – Aporien der Tatherrschaftslehre, in: Roland Hefendehl, u. a. (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, S. 495 - 508 (Zit.: *Renzikowski*, FS-Schünemann).

*Rotsch, Thomas* : „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009 (Zit.: *Rotsch*, Einheitstäterschaft).

*Roxin, Claus* : Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015 (zit.: *Roxin*, Tatherrschaft).

— Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973 (Zit.: *Roxin*, Kriminalpolitik).

— in: Burkhard Jähnke, u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl., 8. Lieferung, 1993, §§25 - 27 (Zit.: *Roxin*, LK).

## **S**

*Sánchez-Vera, Javier* : Pflichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999 (Zit.: *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt).

*Schaffstein, Friedrich* : Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen: in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov, 1930 (Zit.: *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen).

*Schild, Wolfgang* : Täterschaft und Teilnahme, in: *Kindhäuser*, u. a. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 1, 2013, Vor § 25 - § 27 (Zit.: *Schild*, NK).

*Schirach, Wilhelm von* : Versuch eines Beweises, daß es sowohl nach positiven Gesetzen,

- als nach allgemeinen Grundsätzen in Ansehung der Strafbarkeit keinen Unterschied zwischen dem Urheber des Verbrechens und dem Gehülfen bei demselben gebe, in: Neue Archiv des Criminalrechts, Bd. 3, St. 3, 1819, S. 415 - 435 (Zit.: *Schirach*, Versuch eines Beweises).
- Schmidt, Eberhard*: Die mittelbare Täterschaft, in: Augst Hegler u. Max Grünhut (Hrsg.), Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, 1930, Bd. 2, S. 106 - 133 (Zit. *E. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft).
- Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S.107 f. (Zit. *E. Schmidt*, Einführung).
- Schroeder, Friedrich-Christian* : Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965 (Zit.: *F. C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter).
- Schubert, Werner* u. *Regge, Jürgen* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 1, 1981; Bd. 4, 1993; Bd. 5, 1994 (Zit.: *Schubert* u. *Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision, 1. Abt.).
- Quelle zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, 1. Abt., Bd. 1, 1995; Abt. 2, Bd. 1, T. 1, 1988; Abt. 2, Bd. 1, T. 2, 1990; Abt. 2, Bd. 2, T. 1, 1988 (Zit.: *Schubert* u. *Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform).
- Schünemann, Bernd* : Täterschaft und Teilnahme, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Bd. 1, 2007, Vor§25 - §31 (Zit.: *Schünemann*, LK).
- Schütze, Theodor Reinhold* : Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869 (Zit.: *Schütze*, Die nothwendige Theilnahme).
- Studien zum Deutschen Strafgesetzbuche, in : Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht, Bd. 21, 1873, S. 137 - 172 (Zit.: *Schütze*, Studien).
- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts: auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Aufl., 1874 (Zit.: *Schütze*, Lehrbuch, 2. Aufl.).
- Spendel, Günter* : Der "Täter hinter dem Täter" —eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, in: Günter Warda, u. a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 147 - 171 (Zit.: *Spendel*, FS-Lange).
- Starck, Christian*: Heinrich Albert Zachriä (1806-1875) Staatsrechtslehrer in reichsloser Zeit, in: Fritz Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 209 - 228 (Zit.: *Starck*, Heinrich Albert Zachriä).
- Stein, Ulrich* : Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988 (Zit.: *Stein*, Beteiligungsformenlehre).
- Stenglein, Melchior* : Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1858, Bd. 1 - 3 (Zit.: *Stenglein*, Sammlung).
- Stratenwerth, Günter* : Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim

Fahrlässigkeitsdelikt, in: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1. Hb., 1985, S. 285 ff. (Zit.: *Stratenwerth*, FS-Jescheck).

*Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar* : Strafrecht Allgemeiner Teil, 6 Aufl., 2011 (Zit.: *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl.).

*Stübel, Christoph Carl* : System des allgemeinen peinlichen Rechts: mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesezze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen, Bd. 2, Von den Verbrechen im Allgemeinen, 1795 (Zit.: *Stübel*, System).

- Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten, 1805 (Zit.: *Stübel*, Ueber die Thatbestand).
- Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen: Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze, 1828 (Zit.: *Stübel*, Ueber die Theilnahme).

## T

*Temme, Jodocus Donatus Hubertus* : Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1843 (Zit.: *Temme*, Kritik).

- Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1853 (Zit.: *Temme*, Glossen).

*Tittmann, Karl August* : Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde zum Gebrauche bei Vorlesungen, 1800 (Zit.: *Tittmann*, Grundlinien).

- Ueber die Darstellung der Lehre von den Urhebern und Gefülßen in einem Strafgesetzbuche, Ein Beitrag zur Strafgesetzgebungslehre, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, St. 3, 1818, S. 369 - 384. (Zit.: *Tittmann*, Ueber die Darstellung der Lehre von den Urhebern und Gefülßen).

## V

*Vormbaum, Thomas/Rentrop, Kathrin* : Reform des Strafgesetzbuchs: Sammlung der Reformentwürfe, Bd. 1: 1909 bis 1919; Bd. 2: 1922 bis 1939; Bd. 3: 1959 bis 1996, 2008 (Zit.: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs).

## W

*Wachenfeld, Friedrich* : Das Strafrecht, in: *Franz von Holtzendorff/Josef Kohler* (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 6. Aufl., 1904, Bd. 2, S. 237 - 446 (Zit.: *Wachenfeld*, Das Strafrecht).

- Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914 (Zit.: *Wachenfeld*, Lehrbuch).
- Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, ZStW 40, 1919, S. 30 - 40, S. 129 - 152, 321 - 341 (Zit.: *Wachenfeld*, ZStW40).
- Walter, Tonio* : Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2007 (Zit.: *Walter*, Der Kern des Strafrechts).
- Wegner, Arthur* : Teilnahme, in: Paul Felix Aschrott u. Eduard Kohlrausch (Hrsg.), Reform des Strafrechts: Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, Auf Veranlassung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalisten Vereinigung, 1926, S. 102 - 119 (Zit. *Wegner*, Teilnahme).
- Welzel, Hans* : Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1930 (Zit.: *Welzel*, Naturrechtslehre).
- Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939. S. 491 - 566 (Zit.: *Welzel*, ZStW 58).
- Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1. Aufl., 1940; 5 Aufl., 1956; 7. Aufl., 1960 (Zit.: *Welzel*, Lehrbuch).
- Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 29. Mai 1953, 1953 (Zit.: *Welzel*, Aktuelle Strafrechtsprobleme).
- Witzigmann, Tobias* : Das "absichtslos-dolose Werkzeug" : eine umfassende Analyse einer bis heute umstrittenen Fallgruppe mittelbarer Täterschaft, 2009 (Zit.: *Witzigmann*, Werkzeug).
- Wolf, Paul* : Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 225, 1927 (Zit.: *P. Wolf*, Betrachtungen).



- Zachriä, Heinrich Albert* : Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, in : Archiv des Criminalrechts Neue Folge, Jahrgang 1846, St. 4, S. 560 - 582 (Zit.: *Zachriä*, Bemerkungen).
- Zimmerl, Leopold* : Zur Lehre vom Tatbestand: Uebersehene und vernachlässigte Probleme, 1928 (Zit.: *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand).
- Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49, 1929, S. 39 – 54 (Zit.: *Zimmerl*, ZStW 49).
- Von Sinne der Teilnahmevorschriften, ZStW 52, 1932, S. 166 - 178 (Zit.: *Zimmerl*, ZStW 52).
- Aufbau des Strafrechtssystems, 1930 (Zit.: *Zimmerl*, Aufbau).

Codex Juris Bavarici Criminalis De Anno MDCCLI, 1751 (Zit.: Codex Juris Bavarici Criminalis).

Constitutio Criminalis Theresiana: Maria Theresias Peinliche Gerichtsordnung, 1769 (Nachdruck 1975) (Zit.: Constitutio Criminalis Theresiana).

Allgemeines Criminalrecht für die Königlich Preußischen Staaten, Erster Band, 1837 (Zit.: ALR Erster Band)

Das Criminal-Gesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig, 1840.

*Held, Gustav Friedrich/Siebdrat, Gustav Albert* : Criminalgesetzbuch und forststrafrechtliche Bestimmungen für das Königreich Sachsen, das Grossherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach, die Herzogthümer Sachsen-Altenburg und Sachsen-Meiningen und das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen, 1848 (Zit.: *Held/Siebdrat*, Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen).

*Daniels, Gottfried/Blanchard, Wilhelm* : Code criminel de la France: französischdeutsche Ausgabe, 1812 (Zit.: *Daniels/Blanchard*, Code criminel de la France).

Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810.

Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern: nebst Register, 1813. (Zit.: Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern).

Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths, Bd. I, 1813 (Zit.: Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern).

Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover, 1840.

Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843 (Zit.: Entwurf 1843).

Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, Erster Band, Zum ersten Theil des Entwurfs, §1 - 140, 1845 (Zit.: Revision 1843, Bd. 1).

Bemerkungen über den Entwurf des Preußischen Strafgesetzbuches und dessen Begutachtung durch den Rheinischen Provinzial-Landtag, 1843 (Zit.: Bemerkungen durch Rheinischen Provinz).

Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1845 (Zit.: Revidierter Entwurf, 1845).

Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten: nebst dem Entwurf des Gesetzes über die Einführung des Strafgesetzbuches und dem Entwurf des Gesetzes über die Kompetenz und das Verfahren in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes

zu Köln, 1847 (Zit.: Entwurf 1847).

Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, 1847 (Zit.: Motive zum Entwurf 1847).

Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten u. Des Gesetzes über die Einführung desselben, 1851, Bd. 1 (Zit. Entwurf 1850).

Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1851 (Zit.: Motive zum Entwurf 1850).

Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Berathung des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, in: Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über die Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, 1851, S. 452 (Zit.: Bericht der Kommission 1851).

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869 (Zit.: Entwurf 1869).

Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869 (Zit.: Motive 1869).

Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870: Nebst Einführungs-Gesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1870 (Zit.: StGB für den Norddeutschen Bund).

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1872, 1871 (Zit.: StGB für das Deutsche Reich).

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, bearbeitet von der hierzu bestellen Sachverständigen-Kommission, 1909 (Nachdruck 1990) (Zit.: Vorentwurf 1909).

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Begründung, Allgemeiner Teil, 1909 (Zit.: Begründung 1909).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Ausgestellt von *Wilhelm Kahl, Kahl von Lilienthal, Franz v. Liszt, James Goldschmidt*, Begründung, 1911 (Nachdruck 1997) (Zit.: Begründung GE).

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs Justizministeriums, 1920 (Nachdruck 1997) (Zit.: Entwürfe 1920).

Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs Justizministeriums, 1920 (Nachdruck 1997), Dritter Teil (S. 95 ff.) (Zit.: Denkschrift 1919).

Amtlicher Entwurf eines Allgemeine Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Zweiter Teil: Begründung, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 239 ff. (Zit.: Begründung 1925).

Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936), in: *Schubert u.*



*Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 2, S. 1 ff. (Zit.: Begründung 1936).  
Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode: Drucksache IV/650 (Bonn, den 4. Oktober 1962)  
(Zit.: BT Drucks. IV/650).  
Deutscher Bundestag 13. Wahlperiode: Drucksache 13/8587 (25. 09. 97.):  
Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des  
Strafrechts (6. StrRG) (Zit.: BT Drucks. 13/8587).