

ドイツにおける謀議概念について

——共謀罪の謙抑的解釈に向けた準備的考察——

市 川 啓*

目 次

1. はじめに
 - (1) 問題の所在
 - (2) 重罪合意罪の制定過程
2. 19世紀ドイツにおける謀議論
 - (1) 前 置 き——19世紀ドイツの「共犯論」について
 - (2) 謀議論とは？
 - (3) 相互教唆説に対する批判
 - (4) プロイセン刑法典の立法過程における議論
 - (5) ドイツ帝国刑法典の制定に至るまでの動向
3. おわりに
 - (1) 全体のまとめ
 - (2) 補 論——謀議, 合意の解釈

1. はじめに

(1) 問題の所在

本稿は、2020年2月27日の日本弁護士連合会の秘密保護法・共謀罪法対策本部における報告「ドイツにおける謀議概念について」の原稿を加筆・修正したものであり、その内容は、すでに公刊されている拙稿「19世紀ドイツにおける謀議概念に関する一考察（1）（2・完）」立命館法学383号

* いちかわ・はじめ 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員

(2019年)121-162頁, 384号(2019年)649-698頁のダイジェスト版(+α)である。

さて、周知の通り、2017年6月に成立した組織的犯罪処罰法の改正法により「テロ等準備罪」が創設されたわけであるが、これに対しては、過去3度廃案になった共謀罪と変わるところはなく、内心の自由や結社の自由といった、市民の精神的自由権を窒息死させるのではないかという懸念がいまなお国内外から示されているところ、「テロ等準備罪」の謙抑的な解釈・運用の指針を導出することが喫緊の課題となっている。

この点、これまでの我が国の研究では、英米法のコンスピラシー概念を比較対象とするものが中心であった。しかし、英米法におけるコンスピラシーの法理は、労働運動の弾圧に使われてきたという負の歴史を抱えるものであり、また検察官の立証負担を軽減するという目的の下で軽微な犯罪にも広く適用されてきたということを踏まえるならば、ここから「テロ等準備罪」の謙抑的な解釈・運用の指針を導出できるのか疑わしいところである。また、英米法の伝統に根ざしたコンスピラシー概念を、そのような伝統を有しない日本刑法の体系に唐突に接ぎ木することにも躊躇を覚える¹⁾。その限りで言えば、むしろ我が国の刑法学と体系的な親和性を有するドイツ刑法学に目を向けるのが望ましいのではないだろうか。

そこで、ドイツ刑法典に目を向けると、30条2項には「重罪合意罪」が規定されており、また129条には「結社罪」、129条aには「テロ結社罪」が規定されている。すなわち、重罪合意罪とは、30条2項の第3選択肢に当たるものであり、下限として1年以上の自由刑が規定されている「重罪」を共に実行する、もしくは他人を「重罪」へと共に唆すことの合意を、問題となる「重罪」の未遂の刑で処断することを予定している。他方で、129条の結社罪とは、犯罪行為の遂行等を目的ないしは活動とする結

1) 安達光治「『共謀罪』の刑法解釈学的検討」法学セミナー編集部『共謀罪批判——改正組織的犯罪処罰法の検討』(日本評論社・2017年)31頁参照。以下では、安達・共謀罪と記す。

社を創設する者を5年以下の自由刑または罰金刑で処罰するものであり、129条aの「テロ結社罪」は、謀殺等のテロ犯罪の遂行などを目的ないしは活動とする結社の創設に対する加重構成要件である。

この点、ドイツは、パレルモ条約批准との関係では結社罪（つまり、パレルモ条約5条1項a号iiにいう参加罪）を選択している。その理由は、ドイツ刑法30条は総則規定であり、重罪に限った形での刑罰拡張事由であるということや、合意の対象があくまで共同正犯的な実行、しかも重罪の実行に限られていることなどに見出される²⁾。ゆえに、その限りでは、パレルモ条約批准という理由で「テロ等準備罪」を創設した日本とは事情が異なるかもしれない。しかし、重罪合意罪も、「重罪」という一定の犯罪の実行について他人と合意したことを処罰の対象とするという点で、犯罪の計画・準備の処罰を予定する「テロ等準備罪」との構成要件の行為の類似性を見出すことができよう。また、重罪合意罪は総則の共犯の章の中に置かれているが、日本の「テロ等準備罪」も（認知刑法犯のほとんどにあたる）300近くの犯罪を対象としており、単一の条文で多数の犯罪の計画・準備を処罰するという点で「総論的手法」³⁾をとっており、この点でも類似性を見出すことができるであろう。

しかも、重罪合意罪に対しては、「総則の中にある警察法的な異物」であり、そこには関与者らの計画（Projekt）しか存在しないという点で、刑法がその任務として阻止すべき刑事不法がなく、電話盗聴や密偵、秘匿捜査を助長してしまうだけであるという批判⁴⁾や、重罪合意罪は、公刑罰を投入すべきではない私的な領域への介入であって、もはや「市民刑法」ではなくて、「敵味方刑法」であるという批判⁵⁾が向けられてはいるものの、

2) Vgl. Patrick M. Pintaske, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, S. 193.

3) 安達・共謀罪31頁参照。

4) Vgl. Rainer Zaczyk, in: Urs Kindhäuser, u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch (Nomos Kommentar), §30 Rn. 4 f., siehe auch Rn. 49. 以下では、Zaczyk, NK-StGB と記す。

5) Vgl. Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 7

理論および実務の対話を通して「合意」に関する解釈が詰められている。それゆえ、このようなドイツ刑法学の現状を調査・検討することを通して、今後「テロ等準備罪」を謙抑的に解釈・運用していくうえでの重要な示唆が得られるのではないかと考えられる。

(2) 重罪合意罪の制定過程

また、理論的な問題としても実際問題としても興味深いのは、重罪合意罪は、1871年のドイツ帝国刑法典には置かれていなかったことである。重罪合意罪の前身となる規定が創設されるきっかけは、19世紀末の *Bismarck* 暗殺未遂事件にあった。当時、ドイツ帝国の宰相であった *Bismarck* がカトリック教会に対して行っていた所謂「文化闘争」がエスカレートする中で、1873年に *Duchesne* という名のベルギー人のかま職人 (*Kesselschmied*) がパリのカトリック大司教に3通の手紙を出し、6万フランの支払いと引き換えに *Bismarck* を殺害すると申し出たところ、これを大司教がきっぱり拒否したという事件があった。この事態を重く見たドイツ政府は、ベルギーに対して、このような申し出を今後処罰できるように刑法を改正するよう迫った結果、ベルギーでは、具体的な誘因を超えた形での危険な形式での合意を処罰対象とする法律が成立するに至ったが、一方でドイツとしては——ベルギーとの外交関係もあるため——自国の刑法典に同種の規定がないことが問題となり、ドイツ帝国議会での激しい議論を経て、1876年の改正法により、重罪ないしは重罪に対する狭義の共犯への教唆の未遂、およびそれらの遂行の申し出とその受入れを処罰する49条 a という規定 (いわゆる *Duchesne* 条項)⁶⁾ が総則の共犯の章に設けられる

↘ 97, 1985, S. 756. 当該文献の邦訳として、松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコプス著作集 [第二巻] 刑法と刑罰の機能』(成文堂・2020年) 1頁以下を参照されたい。

6) *Karina Becker*, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. §30 Abs. 2, Alt. 3 StGB, 2012, S. 19, Fn. 29 (以下では、*Becker*, Strafgrund と記す) によれば、当該規定の文言は以下の通りである。

刑法49条 a 他人に重罪の実行または重罪に対する共犯について要求した者、またはそノ

こととなった⁷⁾。

その後、ワイマール共和国時代の要人暗殺事件を経て、生命に対する重罪の合意も処罰対象となり、最終的にはナチス期の1943年に刑法調整令を通して著しく拡張されることになった⁸⁾。ここでは、それまで文書によることを要件としていた表明行為の処罰が口頭の申し出でも十分とされたり、幫助未遂さえも可罰的とされたりする中で、ついに重罪一般の合意も処罰の対象とされるに至った⁹⁾。

そして敗戦後、連合国による管理委員会法は、数度にわたってナチ関連の刑事立法を廃止したにもかかわらず、49条 a には触れなかった結果¹⁰⁾、第3次刑法改正による1953年の刑法典では——幫助未遂は処罰の対象から外されたものの——重罪の合意についてはいまなお可罰的であるとされ¹¹⁾、その後の議論でも——対案グループは教唆未遂以外の形態を可罰的な領域から除外するよう主張したが¹²⁾——結局のところ、重罪についての

∨の要求を受け入れた者は、法律が他の刑罰を予定していない限り、死刑または無期の重懲役による重罪である場合には3月以上の軽懲役に処し、これを下回る刑を定める重罪である場合には2年以下の軽懲役もしくは同期間の拘禁刑に処する。

重罪の遂行または重罪に対する共犯について申し出を行った者、またはその申し出を受け入れた者も同様の刑に処する。

単に口頭で表明されたにすぎない要求または申し出、その受入れは、要求または申し出が何らかの利益の供与と結びつくものである場合にのみ処罰される。

軽懲役と並んで、市民的名誉権の喪失および警察監視の許可を言い渡すことができる。

7) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 16 ff.; *Wolfgangs Joecks*, in: *ders.*, u. a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, §30 Rn. 6. 以下では、後者の文献を *Joecks*, MüKo と記す。

8) 詳しくは、安達光治「ドイツ刑法における重罪等の合意罪 (Verabredung) に関する覚書」立命館法学375・376号 (2017年) 1750頁以下を参照されたい。以下では、安達・合意罪と記す。

9) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 31 f.; *Joecks*, MüKo, §30 Rn. 7.

10) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 33, Fn. 124; siehe auch *Jost-Dietrich Busch*, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des §49a StGB*, 1964, S. 104 f.

11) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 34 f.

12) Vgl. *Jürgen Baumann*, u. a., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966, S. 67.

合意は教唆未遂と同様に危険であるとされ、最終的に1975年の刑法典で現在の重罪合意罪が成立することとなったのである¹³⁾。

以上のような立法経緯から、重罪合意罪は誕生した。この点、論者が指摘する通り、一度修正・変更された原則は、拡張されることはあっても、容易に元に戻ることはない¹⁴⁾。しかし、先述した通り、当初1871年のドイツ帝国刑法典には重罪合意罪は置かれていなかった。しかも、19世紀のドイツにおける各領邦国家の刑法典では、謀議段階での処罰を予定する規定が置かれていたにもかかわらず、ドイツ帝国刑法典はその種の規定を置かなかったのである。その事実を目を向けるならば、19世紀ドイツにおける謀議の理論史を紐解くことで、帝国刑法典に謀議段階での処罰が規定されなかった原因から、謀議処罰の規定を置くことの根本的な問題を炙り出すことができるであろうし、また当時の謀議論を合意・共謀の謙抑的な解釈のための1つの示唆としうるであろう。

2. 19世紀ドイツにおける謀議論

(1) 前置き——19世紀ドイツの「共犯論」について

以下では、謀議概念を巡る19世紀ドイツの議論を検討していくが、そこで話題となる「共犯論」は我々の知る共犯論とは異なる。現在の日本でもドイツでも、犯罪に関与する者は、大きく正犯と(狭義の)共犯に分類されるが、19世紀中葉まで、ドイツでは発起者(Urheber)と幫助者(Gehülfe)の区別が主流であった。すなわち、発起者とは、「意思と行為にその作用として犯罪惹起の十分な原因を有する者」¹⁵⁾、つまり犯罪の原因を作出した者であるのに対し、発起者の作用を促進させることで犯罪の発生に共に

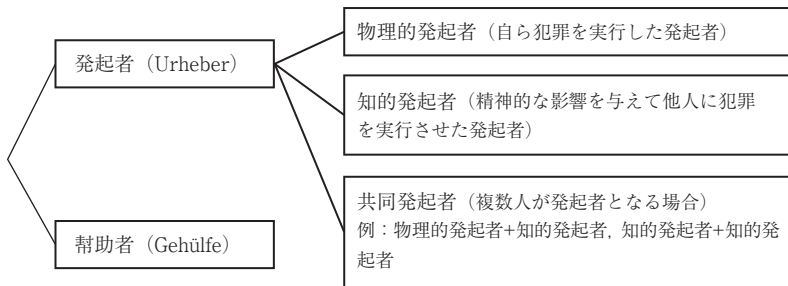
13) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 35 f.

14) 安達・合意罪1764頁参照。

15) *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, §44 (S. 44 f.)。以下では、*Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl. と記す。

寄与した者¹⁶⁾、つまり発起者を手助けした者は幫助者であるとされた。そのうえで、発起者はさらに2つに区分され、実際に手を下した発起者は一般的に「物理的発起者」と呼ばれ、これに対して、現在で言うところの教唆犯と間接正犯などを合わせたものが「知的発起者」と呼ばれていた。また、現在で言うところの共同正犯とまったく同一ではないものの、2人以上の者が発起者になる場合には「共同発起者」という概念が用いられていた。

〈19世紀ドイツの共犯論〉



(2) 謀議論とは？

このうち共同発起者になる要因の1つが、まさに「謀議」であった。謀議論は、古く1532年のカロリナ刑事法典（Die Constitutio Criminalis Carolina）の謀殺に関する規定（148条）にその起源を有するものであり¹⁷⁾、普通法時代に「一般化」¹⁸⁾が進められたことで一般的な謀議概念が確立し、これが1794年のプロイセン一般ラント法などの法典にも受け入れられた。

16) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §45 (S. 45 f.).

17) Vgl. *Friedrich Wilhelm Wehrstedt*, Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532, 1933, S. 4. 以下では、*Wehrstedt*, *Komplott* と記す。

18) より精確に言えば、これは類推解釈・適用である。この点 *Stübel* は、*Johann Samuel Friedrich von Böhmer* が類推適用をはっきり認めていたことを引き合いに出し、「法律は稀に一般的な諸原理を含んでおり、類推を手段として難を避けない限り、我々はそのから完全に離れられない」と述べている。Vgl. *Christoph Carl Stübel*, Über den Thatbestand der Verbrechen, 1805, §67 (S. 82). 以下では、*Stübel*, *Thatbestand* と記す。

そして、19世紀ドイツの各領邦国家の刑法典も、謀議に関する諸規定を共犯の章に置いていた。そこでは、謀議により犯罪が実行された場合、謀議参加者は一律に共同発起者として把握され、そのうえで関与の程度や役割による可罰性は量刑面で考慮された。そして、謀議はあったものの、実際に犯罪が実行に至らなかった場合でも、謀議の締結それ自体を理由に謀議者らはみな未遂の刑で処断されるべきだと考えられていた。その一例として、多くの領邦法典の模範となった1813年のバイエルン王国刑法典の関連規定を見ておこう¹⁹⁾。

50条 二人もしくはそれより多くの者が共通の利益関心から犯罪をともに決意し、相互に協力することの合意により共同の遂行を約束した場合、このような集まりは謀議であり、これを前提に、実行の前または実行の際、もしくは実行後に共働したり、その共働に進んで協力したり、共犯者によって期待されるべき協力を確信させて共同結合者らを引き留めたりしたすべての共犯者は、犯罪の既遂に即して、その共同発起者とみなされる。

謀議の主たる合意や協議に関与しなかったにもかかわらず、かの意図を促進するために援助を約束したか、もしくは供した者は、45条2号の特定の要件が援用されない限り、単に幫助者として処罰される。

51条 謀議の一般的な参加者には、実行された犯罪の法定刑が科される。しかし、このような刑罰が、最も長い期間と最も短い期間に従ってのみ規定される場合、それぞれの共犯者には積極的な共働の程度の特異性に従って法定の枠内で異なる程度で量定される。

これに対して、謀議の中心人物、すなわち I) 犯罪的な結託を最初に誘致し、これを成就させた者（教唆者）や、これと同様に II) 犯罪の遂行について計画を立てた者、ないしは実行時に計画を主導した者（首魁）は、常により重い刑罰に処せられる。

19) 関連規定の原文については、vgl. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, S.21 f.

52条 既遂に至らなかった犯罪では謀議の締結は未遂として、すなわち、その実行の遠近に応じて、近い未遂として、もしくは遠い未遂として処罰される。

では、ここで問題となる「謀議」はどのように理解されていたのであろうか。例えば、バイエルン王国刑法典の起草に尽力した *Feuerbach* によれば、謀議の本質は、複数人が犯罪それ自体を決定し、相互的な援助と共同遂行のための契約を通して結合する点に見出され、謀議による共同発起者の成立を認めるためには、謀議に加えて、何かしらの行為によって実際の犯行の実存に共働したことが要求された²⁰⁾。

ここで重要となるのは、謀議者はみな互いに教唆者になるという点である。つまり、個々人の決意は、契約により根拠づけられた協力やその他すべての者の共働への期待を通して決定づけられているため²¹⁾、謀議の各参加者は、決定者としても被決定者としても現れることになる²²⁾。そして、このようにして互いに教唆し合った各結合者は、たとえ実行に積極的に関与しなかったとしても、他者の協力への期待が既遂となるべき犯行まで続けば、犯罪惹起の十分な原因を有している、つまり、既遂となった犯罪の発起者であると認められたのである²³⁾。

さらに、相互に教唆し合うことは法益侵害の危険性が高いため、たとえこれが原則不可罰である予備であったとしても、未遂の刑罰で処断すべきであると考えられた²⁴⁾。

20) *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, S. 133 u. 134.

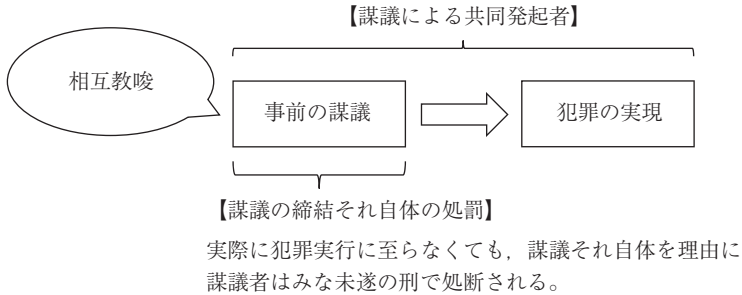
21) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §46b (S. 48 f.); siehe auch *Stübel*, Thatbestand, §62 (S. 75 f.).

22) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §46 (S. 47).

23) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §46b (S. 48 f.); siehe auch *Stübel*, Thatbestand, §64 (S. 78), auch §132 (S. 174, 175 f.).

24) Vgl. *Anton Bauer*, Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover: mit Anmerkungen, 1826, S. 486. 以下では、*Bauer*, Anmerkungen 1826 と記す。

〈謀議論のあらまし〉



(3) 相互教唆説に対する批判

以上のような謀議の理解は相互教唆説と呼ばれ²⁵⁾、その支持者の一人である Feuerbach がその起草に尽力したバイエルン王国刑法典が各領邦の刑法典の模範になったことに伴って、学説でも多くの支持を集めたが²⁶⁾、他方で多くの批判を受けることとなった。

例えば、謀議者の一人がすでに犯罪実行を決意していたという場合を想定するならば、「相互教唆」という概念が謀議の概念にとって本当に重要なのか疑われる²⁷⁾。また、このような場合、教唆とは、唆すことで相手に犯意を生ぜしめることであるという定義とも矛盾してしまう。その限りで、相互教唆という概念は自己矛盾を抱えるものなのである²⁸⁾。

また、先述した通り、相互教唆説は、謀議段階を未遂の刑罰で捕捉することの拠り所とされていた。論者によれば、謀議の参加者は犯罪実行の決意へと相互の決定づけるという点で極めて危険なものであるから、たとえ

25) Siehe z. B. Theodor Reinhold Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869, §36 (S. 210); Erik Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 35.

26) Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §36 (S. 210)によれば, Feuerbach 説は謀議論の「頂点」であるとされる。

27) Vgl. Wilhelm von Schirach, Entwicklung der Lehre vom Komplott, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, St. 4, 1817, S. 530 f.

28) Vgl. Marianne Fabian, Die Verabredung zum Mord nach §49 b R.St.G.B., 1926, S. 6.

これが犯罪実行の準備であっても、市民に謀議の締結を威嚇し、もしくは謀議締結を任意に中止させるためには、犯罪的な結合の成立と存続を未遂と同様に刑罰で威嚇しなければならないとされた²⁹⁾。実際、1840年のハノーファー王国刑法典は、一方で「犯罪遂行に開始が含まれるときにはじめて未遂を可罰的であると表明する」と規定しつつ、他方で例外的に謀議締結を未終了未遂で処罰するとしていた³⁰⁾。つまり、謀議段階ははまだ予備かもしれないが、その危険性ゆえに例外的に未遂の刑で処断すべきだと考えられていたのである。しかし、謀議の締結それ自体は原則的に不可罰であるはずの予備であり、いまだ実行の着手を認めるべき外部的な行為ではないという批判も強かった³¹⁾。つまり、誤解を恐れずに言えば、同じ総則の中で、一方で予備ははまだ外部的な行為とは見られないから不可罰であるとしながら、他方でいまだ予備であるはずの謀議の締結それ自体を一般的に未遂の刑で処断すると規定することが問題視されていたのである。

そして、実はこの争点こそ、謀議規定の運命を左右するものであった。すなわち、1871年のドイツ帝国刑法典の前身である、1851年のプロイセン刑法典においてすでに共犯の章に謀議段階での処罰規定が置かれていなかったのは、未遂犯の理解との関係が原因だったのである。

29) Vgl. *Bauer*, Anmerkungen 1826, S. 486.

30) Vgl. *Melchior Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. 2, 1858, VI: Hannover, Art. 33 (S. 26 f), Art. 59 (S. 37).

付言すれば、バイエルン王国刑法典（52条）のような「遠い未遂」ないしは「近い未遂」という観念から進み、フランス刑法の影響下で「実行の着手」概念による予備と未遂の区別がはっきり認識されてきたことが窺える。もっとも、これは未遂概念の発展に関わることであるため、本稿ではこれ以上立ち入ることができない。この点につき、手短かに市川秀雄「実行の着手」日本刑法学会編『刑事法講座 第2巻』（有斐閣・1952年）382頁を参照されたい。

31) Vgl. *Carl Joseph Anton Mittermaier*, Über den neuesten Zustand der Criminal-Gesetzgebung in Deutschland, mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen, 1825, S. 150; siehe auch *Nikolaus Thaddäus Gönner*, Einige Motive zum Baierischen Entwurf des Strafgesetzbuches, 1825, S. 115, 175.

(4) プロイセン刑法典の立法過程における議論

さて、1851年にプロイセン刑法典が成立するまでの間に出された多くの草案では、他の領邦国家の刑法典と同様、謀議に関する規定が総則の共犯の章に置かれていた。例えば、1843年草案の65条は、「二人もしくはそれ以上の者が犯罪の実行のために事前に取り決めを行った場合、何かしらの方法で実行前、実行時もしくは実行後に共働した者、ないしは遂行時に居合わせた者は、合意に関する犯罪の共同発起者である」と規定したうえで、66条は謀議を理由とする刑の加重を、67条は実行されなかった謀議を着手未遂で処罰することを規定していた³²⁾。また、その後の1845年草案の48条でも、複数人が犯罪の実行を合意したものの、その犯罪が実行されるに至らなかった場合には、合意を理由に未遂の刑罰を言い渡すと規定されていた³³⁾。この点、1845年草案の理由書では、犯罪の実行についての取り決めを未遂で処罰することは、未遂の通常原理からの逸脱であっても、その危険性ゆえに未遂の刑罰で威嚇しなければならない³⁴⁾と論じられていることからすれば、謀議の締結段階は、同草案の42条³⁵⁾に従う限り、可罰的な未遂ではないということがはっきり認識されつつも、危険性を理由とした例外的な処罰が志向されていたことが窺える。ゆえに、ここまでは、伝統的な謀議論と大きく変わるところがない。

ところが、この1845年草案を巡り、謀議規定の運命を分かち議論が交わされることになる。すなわち、1845年11月26日の枢密院直属委員会の審議では、「すでに1845年草案42条における可罰的な未遂の特徴づけは全面的

32) Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843, §§65 ff. (S. 18 f.).

33) Vgl. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1845, §48 (S. 10). 以下では、Revidierter Entwurf 1845 と記す。

34) Vgl. Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, Erster Band. Zum ersten Theil des Entwurfs. §§1-140, in: *Werner Schubert/Jürgen Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Bd. 5, 1994, S. 393 f.

35) Vgl. Revidierter Entwurf 1845, §42 (S. 8).

に放棄されたのであるから、一貫性を保つことや、未遂の諸原理をさらに展開することも放棄されたように思われるし、新たな決定によれば、すべては裁判官の裁量に委ねられている。それゆえ、一般的・抽象的な形式での48条は、実際の個別事案において困難への契機を与えてしまう」という動議が司法大臣の *Uhdén* と多くの委員により出されたのである³⁶⁾。実はこれより前に、1845年11月15日の枢密院直属委員会の審議では、フランス刑法典に倣って、中止犯でないことを未遂犯の成立要件としていた1845年草案の42条を削除すべきだという、これまた司法大臣の *Uhdén* らによる動議があり、審議の結果これが受け入れられ、未遂犯の概念規定が置かれないうことになった³⁷⁾。それゆえ、*Uhdén* らの主張によれば、未遂を認めるべきかどうかはもはや裁判官の裁量に委ねられているはずであるから、謀議を未遂で処罰すると規定することはこれに反することになるのである。そして、審議の結果 *Uhdén* らの動議は受け入れられ、謀議段階での処罰に関する規定は削除されることとなり、1846年の草案では、謀議段階での処罰に関する規定はついに共犯の章から追い出されたのである³⁸⁾。この方向性を維持した1847年草案³⁹⁾の理由書でも、謀議規定のパラグラフは「可罰的な未遂の限界の更なる展開を含むものにすぎず、それを法律上固定することは、現在の草案ではそもそも放棄されているという理由から、すでに削除されている」⁴⁰⁾

36) Vgl. Verhandlungen der Kommission des Staatsraths über den revidirten Entwurf des Strafgesetzbuchs, 1846, in: *Schubert/Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, I. Abt., Bd. 6, 1996, S. 152.

37) 詳しくは、野澤充『中止犯の理論構造』(成文堂・2012年) 278頁以下を参照されたい。以下では、野澤・中止犯と記す。

38) Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, von der Königlichen Immediat-Kommission dem Plenum des Staatsraths vorgelegt, 1846, §§41 ff., in: *Schubert/Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, I. Abt., Bd. 6, 1996, S. 362 f.

39) 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, §§43 ff. (S. 8 f.).

40) Vgl. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und ↗

と述べられている通り、謀議の締結それ自体を未遂で処罰する旨の規定は、裁判官による未遂の解釈に委ねるべきであるという考えと相容れなかったのである。

もっとも、その後の1848年草案以降、一度削除されたはずの未遂犯の定義規定が復活を果たしたため⁴¹⁾、その限りで言えば、謀議段階での処罰に関する規定を復活させる余地はあったはずである。しかし、当該規定は総則の共犯の章に再び置かれることはなかった。この点、*Goldammer*によれば、「法典は各則において内乱罪にのみ謀議を適用しており、それを類推し拡張することはできない以上、ある犯罪に向けた複数人の単なる合意を未遂で処罰することの問題は、未遂の一般的な諸原理に従って判断されることであるが、それによれば、犯罪の実行を生じさせなかった教唆を未遂で処罰することは否定されなければならないという理由で否定される」⁴²⁾という。つまり、いまだ実行の開始に至っていないがゆえに予備にすぎない謀議の締結それ自体を「未遂」で処罰する規定は、未遂の限界に関する規定に反するため、刑法典の総則には復活せず、よって謀議の処罰は各則で個別に言及されることになったのである。

従って、謀議段階での処罰に関する規定は、未遂の諸原理との不一致により共犯の章から追い出されることになったのである。より正確に言えば、一度は1846年草案・1847年草案においては、謀議それ自体の処罰は未遂の解釈に委ねられるべきだという理由で削除され、いま一度は1848年草案以降、予備にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することはできないという理由で削除されるに至ったのである。

↘den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, 1847, S. 23.

41) この点について、詳しくは野澤・中止犯280頁以下を参照されたい。

42) Vgl. *Theodor Goldammer*, Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil I, 1851, S. 334.

(5) ドイツ帝国刑法典の制定に至るまでの動向

こうして1851年のプロイセン刑法典では、総則の共犯の章から謀議に関する処罰規定が除外され、謀議段階での処罰は各則においてのみ（とくにHochverratで）意味を持つことになった。このようなプロイセンの態度決定は、1861年のバイエルン王国刑法典にも影響を及ぼしただけでなく⁴³⁾、1866年の普墺戦争に勝利したプロイセンが盟主となった北ドイツ連邦の刑法典（1870年）、そして1871年のドイツ帝国刑法典にも受け継がれた。

ここで注目すべきは、北ドイツ連邦刑法典の制定過程における共同正犯規定に関する議論である。というのも、プロイセン刑法典はフランス刑法典（Code pénal）の影響の下、正犯に従属する存在である狭義の共犯（教唆犯および幫助犯）のみを規定したため⁴⁴⁾、北ドイツ連邦刑法典の立法作業の中であらためて共同正犯規定の導入が検討されたからである。この点で注目すべきは、それまでの領邦国家の刑法典のように、謀議による共同発起者の規定をそのまま復活させたわけではないということである。すなわち、第二読会の第三会議（1869年12月4日）における共同正犯規定の導入に関する動議では、共同正犯の規定形式として以下の3つが提案された。

- (1) 犯行をともに決意し、実行時もしくは実行に向けて共働した者は、共同発起者として処罰される。
- (2) 複数人が共に意図した重罪もしくは軽罪の実行のために明示的もしくは黙示的に結合した場合、犯行の前もしくは犯行時に共働したか、もしくは実行時に居合わせた者はみな、共同正犯として処罰される。

43) Vgl. *Ludwig Weis*, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern sammt dem Gesetze vom 10. November 1861 zur Einführung des Strafgesetzbuchs und des Polizeistrafgesetzbuchs, Erster Band, 1863, §§52 ff. (S. 158 ff.).

44) Vgl. *Jodocus Donatus Hubertus Temme*, Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1853, S. 99 ff.

- (3) 複数人が可罰的な行為を共同で実行した場合、各人は正犯として処罰される。

これらの規定形式のうち、(1)と(2)については、共同実行のみならず、それ以前の共働も連帯的負責の対象とされている点で、従来の「謀議による共同発起者」を彷彿とさせるものである(バイエルン王国刑法典の50条を参照)。とくに(2)は、プロイセン刑法典の1843年草案の65条に酷似している。つまり、ここで「謀議による共同発起者」の復活が目論まれたのである。しかし、(1)と(2)の提案は4対3で否決されたが、(3)は4対3で可決され、共同正犯の規定形式として採用されたのである⁴⁵⁾。付言すれば、謀議の締結それ自体を未遂で処罰する規定の復活に関する提案も5対2で否決された⁴⁶⁾。従って、これらの事実から明らかな通り、謀議に基づいて犯罪を実現した者を広く共同発起者として捉えることも、謀議の締結それ自体を処罰することも法典の中に受け入れられなかったのである。

このような立法動向が展開される中で、諸学説も従前の謀議論をネガティブに受け止めていた。例えば、*Binding* は、北ドイツ連邦刑法典草案に対する批判の中で以下のように述べた。すなわち、「誰が共同正犯であるのか」という問いの決定にとって犯行前の合意の証明はきわめて重要であるが、謀議者らの主観的な罪責は自らのイニシアティブで行為した単独正犯よりもきわめて軽い場合がありうる以上、「謀議者らによって実行された犯行は、事前の合意なくして実行された犯行よりも常に可罰的である」とするのは誤りであり、正犯の実質的な判断にとって謀議概念はまったく無価値であると⁴⁷⁾。つまり、*Binding* は、これまで謀議が犯行の連帯

45) Beratungen der Bundesratskommission 2. Lesung (2. December 1869 bis 31. December 1869), in: *Schubert/Thomas Vormbaum* (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Kommissionsprotokolle und Entwürfe, Bd. 1, 2002, S. 311.

46) *Schubert/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 45), S. 312 f.

47) Vgl. *Karl Binding*, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869, S. 101 f.

的負責において刑罰加重事由とされてきたことを批判し、共同正犯における犯行の共同性の判断にとってのみ意味をもつと考えたのである。

また *Zachriä* は、(実行の開始なき) 謀議それ自体の可罰性はライヒ刑法典の下では *Hochverrat* に限定されていること、そしてはや謀議が刑罰加重事由ではないことを認めつつも、それ以外のすべての面で謀議概念が価値を失ったわけではなく、責任への帰属もしくは刑罰への帰属にとっては——殊に共同正犯の法的判断においては——重要な意義を有すると主張した⁴⁸⁾。すなわち、ある者が共同正犯として処罰されるのか、それとも幫助として処罰されるのかという問いの決定にとって、謀議概念は重要な意味を持つという⁴⁹⁾。というのも、共同正犯としての処罰を条件づける「共同の」実行は、犯罪の実行それ自体に向けられた、その限りで同種もしくは共通の意思を前提にすると考えられたからである⁵⁰⁾。それゆえ、*Zachriä* は——可罰性の主観的要因を理由として個々の共同正犯者において別異なる量刑がありうることを認めつつ——謀議者は共同で決意され実行された犯罪について同一の刑罰を被ることになると主張した⁵¹⁾。しかし、この見解は「謀議による共同発起者」の考えを共同正犯にそのまま転用しようとするものではなく、あくまで共同正犯における犯行の共同性を判断する一つの資料としての意義を強調したものである。

ゆえに、北ドイツ連邦刑法典から導入された「共同正犯」の中に従前の謀議論、とくに謀議による共同発起者の法理がそのまま吸収された⁵²⁾と見ることができるのか疑問である。むしろ、事前の謀議に基づいて犯罪が実行されたとしても、もはや謀議は刑罰加重事由として認められていない以上、謀議概念は共同正犯における犯行の共同性（つまり、誰がその犯行の共

48) *Heinrich Albert Zachriä*, Die Bedeutung des Complotsbegriffs im heutigen Deutschen Strafrecht, Gerichtssaal 26, 1874, S. 140. 以下では、*Zachriä*, GS 26 と記す。

49) Vgl. *Zachriä*, GS 26, S. 143.

50) *Zachriä*, GS 26, S. 142.

51) *Zachriä*, GS 26, S. 141.

52) Siehe z. B. *Erik Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 36.

同正犯であるのか)を認定することによってのみ意味を持つものと考えられたと見る方が適切ではないだろうか。

3. おわりに

(1) 全体のまとめ

以上検討してきた理論史から明らかになったことを、ひとまずまとめておこう。謀議を理由に共同発起者としての連帯的負責を認め、さらに謀議段階を未遂で捉えてきた謀議論は、カリナ刑事法典以来、学説と立法によって発展してきたものであった。これは、事前の謀議を理由にして犯罪の関与者らを十把一絡げに捕捉できるというメリットを有する一方で、未遂の諸原理が発展する中で、実行の着手がまだない、予備にすぎない謀議を未遂で処罰してよいのかという問題を惹き起こしてしまった。まさにこの問題ゆえに、1851年のプロイセン刑法典では共犯の章に謀議段階での処罰規定が置かれなかったのである。また、「謀議による共同発起者」の法理も、そのまま法典化されたわけではなかったし、共同正犯の解釈にそのまま受け継がれたわけでもなく、誰が当該犯罪の共同正犯であるのかという「犯行の共同性」を認定する1つの資料としてのみ意義を有すると考えられた。

以上のような事実から、プロイセン刑法典も、そしてこれを下敷きにした帝国刑法典も、実行の着手概念と共犯の実行従属性(つまり、実行の開始の必要性と単なる教唆の不可罰性⁵³⁾)を原理原則として堅持し、総則に謀議処罰の規定を置かなかったのである。もっとも、その後のドイツでは、ビスマルク暗殺事件や要人暗殺事件を契機として次第に原理原則が弛緩され、ついには重罪合意罪が創設されてしまった。しかし、ひとたび修正・変更された原理原則が元に戻ることは困難であるにもかかわらず、我が国

53) Vgl. *Albert Friedrich Berner*, Grundsätze des preussischen Strafrechts, 1861, §62 (S. 56). 以下では、*Berner*, Grundsätze と記す。

の「テロ等準備罪」にそれほどの立法事実があったのか、あらためて問われるべきではないだろうか⁵⁴⁾。

また、謀議の締結それ自体は予備にすぎないにもかかわらず、これを例外的に未遂（終了未遂）の刑で処断していた規定は、いわゆる相互教唆説に依拠し、その危険性を強調することで正当化されていた。しかし、謀議段階での処罰を予定する規定を総則の共犯の章に置けば、あらゆる犯罪に適用可能になるという意味で一般的な作用が生じるのであるから、未遂の原理との抵触は不可避であり、そうであるからこそ、せいぜい各則で個別の構成要件において例外的にしか謀議の処罰を認めないという方針が、帝国刑法典、もしくはその前身であるプロイセン刑法典で採られたのである。翻って、我が国の「テロ等準備罪」も、300近くの犯罪を対象にする点で総則規定と同様の作用を有するのであるから、これを単に未遂原理の例外と説明するのは困難であろう。つまり、これは「例外の原則化」ではないのであり、そのような「例外の原則化」は、もはや市民刑法ではないと言わざるを得ないであろう。

(2) 補論——謀議、合意の解釈

ただし、謀議概念に関する理論史だけでは、「テロ等準備罪」の謙抑的な解釈・運用に資する指針を導出することはできない。少なくとも、現在の重罪合意罪について判例や学説がどのような議論を展開しているのか参照しなければならないであろう。以下では、補論として、謀議ならびに合意の解釈について述べておくことにしたい。

この点、重罪合意罪における合意の解釈のために、さしあたり19世紀ドイツにおける謀議の解釈論に立ち返ろうという論者⁵⁵⁾も見られる。というのも、重罪合意罪も合意の対象となった重罪の未遂による処罰を予定する点で、予備にすぎない謀議を未遂により処断してきた謀議論と問題の根幹

54) 安達・合意罪1764頁も同旨。

55) Vgl. *Becker*, Strafgrund, S. 73.

を同じくしているからであろう。

本稿でも検討した通り、謀議論においては *Feuerbach* の相互教唆説が通説的地位を獲得していた。もっとも、その相互教唆説では、予備にすぎないはずの相互教唆の段階を例外的に未遂で把握できる理由は危険性に見出されていた。この相互教唆説から発展し、謀議概念をより立体的に段階づけて把握しようとしたのは、*Berner* であった。

Berner によれば、あらゆる謀議は3つのフェーズの下で観念される。第1のフェーズ(謀議の設立)では、同じ意思傾向を持ち合わせた諸個人の下で、ある者に他者の意向が伝えられ、これがさしあたりの相互了解への第一歩になる⁵⁶⁾。その際、各個人は、自らの参加を何かしらの方法で表明するか、推断的な行為により知らせることで結合の構成員となる。ただし、まだこの時点では、ある構成員が単独で実行したことは常に個人にのみ帰属される⁵⁷⁾。各人が自らの行為を通して全体への帰属を根拠づけるのは、第2のフェーズである。この段階では、当初一致したにすぎなかった複数人の意思が、統一的に実行すべき行為のための1つの「全体意思」へと変化し、それによって、集まった複数の主体は統一的に実行すべき行為のための1つの主体になると観念される⁵⁸⁾。そのために、多数の主体は相互的作用という形での協議(従来で言うところの相互教唆⁵⁹⁾)を通して、実行に関する共通の計画を立案し、結果の実現における役割を各人に分け与えようと試みる⁶⁰⁾。そのうえで、第3のフェーズである「実行」の段階に関して言えば、さきほどの「全体意思」は、即座にすべての個人において全体決定として受け入れられており、各人の意思は「全体意

56) Vgl. *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 393. 以下では、*Berner*, Theilnahme と記す。

57) *Berner*, Theilnahme, S. 414.

58) *Berner*, Theilnahme, S. 422.

59) この点、*Wehrstedt*, Komplott, S. 24 が分析する通り、*Berner* は謀議者の責任を相互教唆では根拠づけておらず、「全体意思」の成立に関してのみ相互教唆を重視している。

60) *Berner*, Theilnahme, S. 423, 440.

思」を自らに反射的に映し出すという形で⁶¹⁾、個々の主体はかの1つの主体の担い手として現れ、言い換えれば、共通の意思を実現するための手足として現れ、最終的な帰結として全体結果を生じさせることになる⁶²⁾。

しかし、このような *Berner* の全体意思説は、虚構にすぎないとしばしば批判される⁶³⁾。より詳しく言えば、参加者が少なく、単純な構造しか持たない比較的小さな謀議では、第1フェーズと第2フェーズの区別はほとんど成功しないであろうと指摘される⁶⁴⁾。また、「全体意思」の発生を重視することは、人的総体 (Personengesamtheit) の不可罰性というドイツ法で妥当している原理との矛盾であると非難される⁶⁵⁾。つまり、全体意思説は、個人責任の原則に反するというのであろう⁶⁶⁾。

しかし、そのような批判の可否はひとまず措くとして、当時の1つの理論的な到達点である *Berner* 説から学ぶものは何もないのであろうか。*Berner* が「謀議」ではなく、わざわざ「全体意思」という言葉で現そうとしたのは何であったのか検討する余地はあろう。

Berner の謀議論においては、実行に対する相互教唆の準備段階にすぎ

61) *Berner*, *Theilnahme*, S. 422. 「全体意思」は、即座にすべての個人において全体決定として受け入れられており、諸個人に向けた全体の即時的反射としてのみ考えられる。Vgl. *ders.*, a.a.O., S. 443.

62) *Berner*, *Theilnahme*, S. 422, 443, 456.

63) Vgl. *Carl Ludwig von Bar*, *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, 1859, S. 87; *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 25; *Becker*, *Strafgrund*, S. 72, 73 も、合意の処罰にとって謀議者らの「全体意思」の形成は出発点とはされず、その処罰は関与者らに対する個々の寄与の帰属にのみ支えられうるとして、(共同正犯の前段階にあたる) 合意については共通の犯行計画が決定的な帰属規準であるとする。

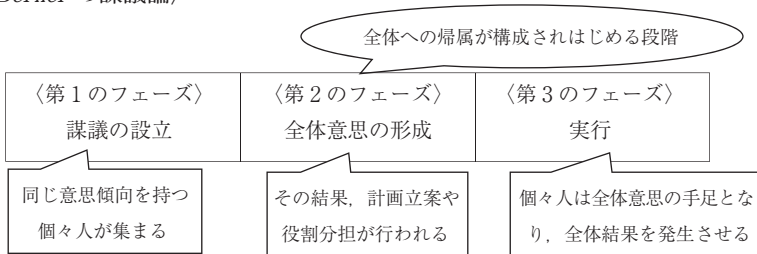
64) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 25. もっとも、この点については *Berner* 自身も認めている。Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 420 f.

65) Vgl. *Helmut Frister*, *Strafrecht AT*, 2 Aufl., 2007, S. 28.

66) 日本では、共同意思主体説に対して同様の批判が向けられてきたところである。例えば、団藤重光『刑法綱要総論』(創文社・1957年) 303頁、大塚仁『刑法概説総論』(有斐閣・1975年) 192頁。共同意思主体説に関する研究として、曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂・2019年) を参照されたい。

ない⁶⁷⁾ 謀議の締結それ自体(第1フェーズ)は、いまだ実行の開始ではない以上、未遂にもならないため、違警罪にほかならない⁶⁸⁾。未遂としての処罰を認めるためには、第3のフェーズに進む必要がある。この点、「全体意思」に基づいて謀議者のうちの1人が活動するやいなや、つまり1人が「全体意思」を未遂(つまり、実行の開始)の段階に持って行くやいなや、各人は「全体意思」の担い手である以上、全員が未遂の責任を負うことになる⁶⁹⁾。その限りで、連帯的な未遂処罰の前提としては、単なる謀議だけではならず、より進んで「全体意思」の形成が求められることになろう。そして、このキー概念たる「全体意思」の形成が語られる第2フェーズにおいては、その形成の結果として、謀議者らが共通の犯行計画を立て、それに基づく役割分担をしたことが要求されていることからすれば、「全体意思」の形成とは、そう言えるほどに謀議者らの間で犯罪実行が真摯に決意され、その意思が固まっていなければならない(つまり、俗な言い方をすれば、「本気のもの」になっていなければならない)ことの比喩表現と解される。それゆえに、「全体意思」の形成を証明するものとして、関与者らの間での共通の犯行計画の立案や役割の分担が求められることになろう。

〈Bernierの謀議論〉



67) Vgl. Bernier, Teilnahme, S. 440.

68) Vgl. Bernier, Teilnahme, S. 478; siehe auch ders., Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 1857, §111 (S. 171); ders., Grundsätze, §62 (S. 56).

69) Vgl. Bernier, Teilnahme, S. 473 f.

そして、このような謀議論（全体意思説）は、本来は予備にすぎない「合意」を未遂で処罰するところの重罪合意罪における合意の解釈とまったく整合しないものではないように思われる。ここで問題となる「合意」とは、一般的な理解によれば、基本的特徴において本質的に明確化された重罪を共同正犯的に実行することについて、少なくとも2人以上の人間が意思を合致させることであると定義されるが⁷⁰⁾、さらなる下位要件に関して有力説は以下のように主張する。例えば、*Renzikowski*は、重罪の合意が既遂となるためには、犯行の実行可能性や機会についての討議（*Vorbesprechung*）や思索（*Spekulation*）を超えて、共通の犯罪的な行為計画について一致している場合であると論じ、謀議者らにおける意思の合致が表面的なものではなく、真摯なものであったことを要求している⁷¹⁾。この点、これらの要求は、すでに *Berner* が「謀議の設立」を超えた全体意思の形成を求めたこと具体化と見ることができよう。その限りで言えば、3つのフェーズの下で展開される全体意思説は、「合意」の諸要件を機能的に関連づけて分析することを可能にする、合意の解釈の大枠を与え

70) Siehe z. B. *Becker*, Strafgrund, S. 73; *Zaczyk*, NK-StGB, §30 Rn. 49; *Reinhart Maurach*, Die Problematik der Verbrechensverabredung (§49a II StGB), JZ 1961, S. 138; *Claus Roxin*, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB), JA 1979, S. 170.

71) *Maurach/Joachim Renzikowski*, Strafrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl., 2014, Rn. 131. 殊に真摯性要件については、学説の多くが要求しているところである。Vgl. *Zaczyk*, NK-StGB, §30 Rn. 50; Eingehend *Becker*, Strafgrund, S. 85. これに対して、一方だけが真摯であった場合の「合意」でも十分とする見解として、siehe z. B. *Adolf Schönke/Horst Schroeder/Günther Heine/Bettina Weißer*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, §30 Rn. 29; *Klaus Letzgas*, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 183.

もっとも、連邦通常裁判所（BGHSt 62, 96）は、被告人Tが相被告人であるHとSに対して、刑務官へ暴行を加えたうえで刑事施設から脱走する計画を持ちかけたところ、HとSはTに協力する旨を表明したが、実際には当該計画に関わるつもりはなかったという事例で、合意における真摯性を要求する立場から、HとSにおける内心の留保を問題視し、重罪合意罪の成立を認めた原審の判決を修正して重罪表明罪（ドイツ刑法30条2項第1選択肢）への修正を行った。当該判例の紹介については、仲道祐樹「重罪の共謀罪と内心の留保 [ドイツ連邦通常裁判所 2017.3.23 決定]」判例時報2422号（2019年）138頁以下を参照されたい。

るものとしての価値を有すると見ることができるであろう。

本研究としては、「テロ等準備罪」の謙抑的解釈の指針のひとつとしてドイツの重罪合意罪における「合意」の制限的解釈を検討していきたいところであるが、本稿では、これ以上「合意」の解釈論に立ち入ることや、その解釈を支える「合意」の処罰根拠に触れることはできない。これらの問題に関する本格的な検討は、次の機会に譲ることにしたい。