

間接正犯の淵源に関する一考察(1)

——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——

市 川 啓*

目 次

はじめに	
導 入	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	世紀転換期の学説における共犯論
第一節	クラインシュロートの見解 (1794年)
第二節	クラインの見解 (1796年)
第三節	グロールマンの見解 (1798年)
第四節	ティットマンの見解 (1800年)
第五節	小 括
第二章	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
第一款	『実定刑法の基本原則と基本概念の省察 (第二卷)』 (1800年)
第二款	教科書における見解の変遷
第三款	ま と め——フォイ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
第一款	総 説
第二款	1810年フランス刑法典 (Code pénal) の共犯規定
第三款	1813年バイエルン王国刑法典の共犯規定
第三節	小 括 (以上、本号)
第三章	1851年プロイセン刑法典の成立以前の学説
第四章	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
第五章	ライヒ刑法典の制定とその後の学説の展開
第六章	考察および展望
むすびにかえて	

* いちかわ・はじめ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

はじめに

一 本稿は、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するものである。ここでは、間接正犯という概念の誕生の歴史を紐解くことの意義を幾つか示した上で、本稿の分析視角について述べておくこととする。

二 まず、20世紀初頭の限縮的正犯概念と拡張的正犯概念の対立の主戦場であった目的なき故意ある道具 (absichtsloses doloses Werkzeug)¹⁾ および身分なき故意ある道具 (qualifikationloses doloses Werkzeug)²⁾ の問題の意味をはっきりと示すという点に一つ目の意義がある。すなわち、これらの事例では直接行為者は責任能力を有し、反対動機となるべき事情も知り、そして強制されることなく自らの行為を自由に選択している以上、間接正犯の「道具」と評価することは問題であろう³⁾。しかし、これに対して20世紀前半の議論では間接正犯の「道具」の定義を変えてしまうことで故意ある道具の問題を解決しようとする見解も存在した。例えば、M. E. マイ

1) 例えば、窃盗罪の不法領得目的をもつ背後者が、それを持たない者に盗ませる場合がこれに当たる。この事例は、ドイツの窃盗罪 (StGB §242) の領得目的が1998年の第6次刑法改正まで自己領得目的に限られていたことを発端とする。Vgl: *Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 8 Aufl., 2006, S. 258 f., 718.

2) 例えば、公務員が、非公務員である秘書に建設会社からの賄賂を受け取りに行かせる場合がこれに当たる。また、ロクシンは背任の事例を挙げている。Vgl. *Roxin, a. a. O. (Fn. 1)*, S. 361.

3) そのためベアリングは、目的なき故意ある道具の事例において背後者を窃盗罪の間接正犯ではなく、盗まれた物を横領した正犯とし、また直接行為者をその幫助と評価した。Vgl. *Ernst Beling, Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer Handlung*, ZStW 28, 1909, S. 602 f.

付言すると、この問題を解決するために拡張的正犯論が——立法論 (de ge ferenda) としてではなく、解釈論 (de ge lata) として——主張されたのである。Vgl. *Eberhard Schmidt, Die mittelbare Täterschaft*, in: *Festgabe für Reinhard Frank*, 1930, Bd. 2, S. 106 ff., bes., S. 117 ff.

ヤーは間接正犯の「道具」を「ただ単に絶対的に非答責的な者だけではなく、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すべての者も道具である」⁴⁾と定義することで、背後者が間接正犯であることを認めようと試みたのである。このように見れば、間接正犯の「道具」とはそもそも何を意味するのかということが問われるのである。付言すると、この故意ある道具の問題は形を変え、戦後ドイツではいわゆる壁の射手事件⁵⁾を契機とした「正犯の背後の正犯」⁶⁾の問題として登場し、今なお争われているアポリアなのである。従って、間接正犯の「道具」とは何を意味するのかということは、まさに現代的な問題なのである⁷⁾。

三 この点については、すでに先行研究として大塚博士が「間接正犯概念の生成」と題してこの問題に取り組まれている⁸⁾。大塚博士は、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ための弥縫策であるとの主張を疑われ、間接正犯の生成過程、つまり関与形態が発起者(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

4) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 375 f.

5) 旧東西ドイツの国境における東ドイツ国境警備兵による亡命者の殺害に関する旧東ドイツ国防評議会の幹部の刑事責任について間接正犯の成立が認められた。Vgl. BGHSt 40, 218=NJW 1994, 2703)

6) この問題に関する最近の研究として、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頁以下、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頁以下、後藤啓介「間接正犯論の新展開」慶應法学24巻(2012年)163頁以下参照。

7) 近時、ロッテは統一的正犯論により、またハースは間接正犯を中世イタリア法学に由来する委任形態との関連性を手がかりにこの問題の解決を試みようとする。Vgl. Thomas Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009, S. 461 f., S. 428 f.; Volker Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, 2008, S.86 ff.

8) 大塚仁「間接正犯概念の生成」『間接正犯の研究』(有斐閣・1958年)1頁以下。

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。この点、大塚博士の問題意識は正当であるし、筆者も同様の問題意識を有する。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ているが⁹⁾、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することになったのかという点は明らかにされていないのである。従って、果たして間接正犯論の登場は本当に必然的所産なのかという点が問われるのである。これが二つ目の意義である。

四 さらに、実務では教唆犯が成立する事例が特定の犯罪に限定され、多くの事例において共謀共同正犯の成立が認められている現状に鑑みて、もはや統一的正犯論に等しいとの指摘がなされている¹⁰⁾ことを踏まえれば、改めて教唆犯の意味も問われるであろう。そのためにも、知的発起者が間接正犯と教唆犯に分化した歴史に立ち返ることで教唆犯の本来的な意味を明らかにする必要があると思われる。これが三つ目の意義である。

五 以上、三つの意義を踏まえて本稿では、まず導入として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た上で、第一章以下では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、つまり意思自由によって焦点を当てる。すなわち、ドイ

9) 大塚・前掲注(8)37頁。付言すると、大塚博士は特に身分なき故意ある道具の問題の解決についても、結論的に間接正犯の成立を認めてしまっておられる。大塚・前掲注(8)219頁参照。

10) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)208頁以下参照。その他、近時同様の問題意識から教唆犯は共謀共同正犯に吸収されるべきとするものとして、松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察——いわゆる「間接正犯と教唆犯の錯誤」を切り口として」*Law & Practice* 第4号(2010年)102頁参照。

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はずであるのに、十把一絡げに知的発起者として把握されていたという点に鑑みれば、そこには二通りの考え方がありうる。ひとつは、直接行為者の意思自由の制約の程度を知的発起者である背後者の可罰性の程度の問題に留めるという考え方と、もう一步進めて関与類型ごと区分してしまうという考え方である。後者の発想は、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、19世紀初頭のミッターマイヤーの主張¹¹⁾を契機に、学説では次第に勢力を増していくことになるのであるが、それが一体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という点を探究していく。

六 このような分析視角の下、本稿では第一章において18世紀末の諸学説の共犯論の中で知的発起者がどのように取り扱われていたのかという点を考察し、それを踏まえて第二章ではフォイエルバッハの共犯論と1813年の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、第三章では上記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、第四章では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、第五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第六章で本稿のまとめとして加えておくこととする¹²⁾。

11) *Carl Joseph Anton Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urheber, in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 3, St. 1, 1819, S. 125 ff.

12) なお本稿の歴史的研究では、多くの文献をバイエルン州立図書館のホームページ (<https://www.bsb-muenchen.de/index.php>) 上の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。

導 入 19世紀以前の学説 および立法の展開に関する概観

ここでは19世紀のドイツ刑法学における立法や学説を考察するにあたり、その導入として19世紀以前の立法および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手短かに示しておく。

(一) 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¹³⁾、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¹⁴⁾。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¹⁵⁾、他人を犯罪に誘致する者の多くは „auctor“ と呼ばれ¹⁶⁾、またその他に „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¹⁷⁾。

13) Vgl. René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 47. 以下では、Bloy, Die Beteiligungsform と記す。

14) Vgl. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 99 f., S. 101.

15) 例えば、委託や命令について D 43, 16, 1, 12; D. 47, 10, 11, 3-5.

16) もっとも、ボックによると、この „auctor“ という用語は19世紀になって初めて正犯の概念へと発展していった。Vgl. Dennis Bock, Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre, 2006, S. 45, S. 170.

17) Vgl. Dieter Meyer, Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung: ein Beitrag zum Verständnis des Unrechtstatbestandes des Anstiftungsdelikts, 1973, S. 36 f. 以下では Dieter Meyer, Das Erfordernis と記す。

(二) 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）¹⁸⁾ は、共犯論を学問上発展させようと試みた¹⁹⁾。

彼らは発起者（*auctor, principalis*）と幫助（*auxiliator*）を概念的に区分しており、後者につい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様に処罰されるのに対して、因果的でない幫助は軽く処罰されるべきと主張していた。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、さらに強要や錯誤利用の場合も知的発起者の一形態として把握されていた²⁰⁾。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）という法格言の下、委託者は受託者によって行われた犯罪を理由に負責され²¹⁾、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。

(三) 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

18) 詳しくは笹倉秀夫『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）202頁以下参照。

19) Vgl. *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 107 f. 以下では、*E. Schmidt*, Geschichte と記す。

20) Vgl. *Manfred Maiwald*, Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, Hrsg. von *Arthur Kaufmann*, u. a., 1979, S.344 f. 以下では、*Maiwald*, FS-Bockelmann と記す。

21) Vgl. *Haas*, a. a. O. (Fn. 7), S. 86 f.

た²²⁾。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 of 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²³⁾。

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イ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ルム法では窃盗の唆し²⁴⁾、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²⁵⁾。

(四) 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のである (実際の継受)²⁶⁾。また、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背景にあった²⁷⁾。

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

22) Vgl. E. Schmidt, Geschichte, S. 36; His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928 (Nachdruck 1967), S. 24.

23) Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform, S. 49 Fn. 17.

24) 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ている。Vgl. His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1920, S. 115 Fn. 8.

25) Vgl. Dieter Meyer, Das Erfordernis, S. 41.

26) ミッタイス=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) 446頁以下、勝田有恒ほか編『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房・2004年) 158頁以下参照。

27) 笹倉・前掲注(18)209頁参照。

のである²⁸⁾。

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²⁹⁾、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³⁰⁾。しかも、この CCC は1751年のバイエルン刑事法典や1768年のテレージア刑事法典、1794年のプロイセン一般ラント法が成立するまでドイツの刑事司法の拠り所であった³¹⁾。

(1) 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、CCB 203条³²⁾では関与者の可罰性に関する一般的な規定が設けられた点で、共犯論の発展にとって大きな意

28) 勝田ほか・前掲注(26)163頁、171頁以下参照。

29) 起草する際にシュヴァルツェンベルクは1498年のヴォルムス都市改革法に依拠したのであろうと言われている。Vgl. *Emil Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879, S. 127; siehe auch *Joseph Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach: mit einer Einleitung über die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern, 1896, S. 44. 以下では、*Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen と記す。

30) 勝田ほか・前掲注(26)191頁以下参照。

31) ミッタイス=リーベリッヒ/世良・前掲注(26)449頁、498頁以下参照。

32) CCB 203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うるやを問わず、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。[……]」塙浩訳著『フランス・ドイツ刑事法史 (西洋法史研究/塙浩訳著、4)』(信山社・1992年) 309頁参照。

義を有するものであり³³⁾、この CCB 203条を参考に CCC 177条が規定された。

CCC 177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るべき [……]」³⁴⁾

この CCC 177条（および CCB 203条）では、実際に非行を為す者とそれ以外の関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³⁵⁾。しかし、CCB 203条では5つの関与態様（「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、CCC 177条では3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」）に減っており、特に「原因を与える」行為が削除されたという点で、CCC 177条は唆す行為を含むのかということが問われる。この点、ハイムベルガーが主張するように³⁶⁾、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から、立法者は「原因を与える」行為等は不要であると考えたために3つの態様に限ったと推論するのであれば、CCC 177条の可罰的な共犯の範囲は縮減されていないであろう³⁷⁾。

付言すると、CCC 177条以外にも各則に共犯が規定されており、例えば CCC 107条（CCB 203条）の偽証の唆しに関する規定や CCC 111条（CCB

33) Vgl. *Dieter Meyer*, Das Erfordernis, S. 42 f.

34) 堀・前掲注(32)220頁以下参照。

35) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 44, 47.

36) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 87. その他、ディーター・マイヤーは、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ことから、この問題の解決はそれほど重要ではないとする。Vgl. *Dieter Meyer*, Das Erfordernis, S. 43.

37) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 59.

136条)の通貨偽造の幫助に関する規定が存在した。さらに、CCC 148条(CCB 174条)³⁸⁾は謀議(Komplott)について規定されており、普通刑法学上これを巡って論争が繰り広げられたのである³⁹⁾。

(2) 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するのである⁴⁰⁾。しかし、ケ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 nova imperialis Saxonica Rerum Criminariolum)』では、共犯形態としての„mandatum“ (委任)や„cosilium“ (助言), „auxilium“ (命令)は基本的には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、それほど新しいものは見られなかったようである⁴¹⁾。何よりこの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おり、普通法上の関与形態に関して形成された諸原理の統一は、『自然法と万民法(De jure naturae et gentium)』⁴²⁾で知られるプーフェンドルフの見解が契機となり⁴³⁾、共犯論の新たな一歩が

38) CCC 148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。[……]」 堀・前掲注(32)220頁以下参照。

39) Eingehend *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S.47 ff.; neuerdings *Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119, 2007, S. 534 ff.

40) ミッタイス=リーベリッヒ/世良・前掲注(26)498頁参照。

41) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 61.

42) 本書のドイツ語訳として以下のものを参照した。Vgl. *Samuel Freiherr von Pufendorf*; mit des weitberühmten J^Cti. *Johann Nicolai Hertii, Johann Barbeyrac* und anderen hochgelehrten Männer außerlesenen Anmerkungen erläutert und in die teutsche Sprach übersetzt, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, 1711, Buch I, Cap. V, §1 (S. 2 ff.) u. § 14 (S. 105 ff.).

43) Vgl. *Friedrich Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen: in ihrer

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)⁴⁴⁾ を基礎に、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、帰責可能であるとする⁴⁵⁾。その際、彼は、犯罪の原因を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へ⁴⁶⁾、 „causa principalis” (主因) と „causa minus principalis” (副因) の区別に従って関与形態を評価した。つまり、その基準によると、関与者のひとりが主因、他方が副因となる場合や、複数人が同等の原因である場合、実行者が副因で、共犯者が主因である場合や、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のである⁴⁷⁾。

従って、このようなプーフェンドルフの共犯論では、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) をキー概念に、初めて一般的な形での共犯概念の発展の可能性が生まれたのである⁴⁸⁾。しかも、この自由因を基礎にして行為者の意思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、第一章で検討する18世紀終わりのクラインシュロートらの見解の基礎となるものであった⁴⁹⁾⁵⁰⁾。

↘ Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov. 1930, S. 172 f. 以下では、Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen と記す。

44) Dazu neuerdings Joachim Reinhold, Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009, S. 12 ff.

45) Vgl. Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1930, S. 92.

46) Vgl. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 173.

47) Vgl. Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 144; Welzel, a. a. O. (Fn. 45), S. 92.

48) Vgl. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 173.

49) Vgl. Maiwald, FS-Bockelmann, S. 346 f.

50) プーフェンドルフ以降の共犯論の展開については、Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform, S. 63 ff.

(五) 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世紀の中頃であり, 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。また, 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った⁵¹⁾。

まず1751年のバイエルン刑事法典 (Codex Juris Bavarici Criminalis)⁵²⁾ は, 第一部の最後の第十二章に全11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この法典の意義があるとされるが⁵³⁾, 1条に書かれている通り⁵⁴⁾, 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以上, 共犯規定の総則化としては未だ不十分であろう。しかし, 内容面に関しては例えば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るように, 普通法の „communis opinio“ (共通見解) が書き込まれた⁵⁵⁾ という点では肯定的に評価しうるであろう。

また1768年のテレージア刑法典 (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有しており⁵⁶⁾, 特に6条⁵⁷⁾に関連して, この刑法典ははっきりとした言葉で実行

51) *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 166 f.

52) 詳しくは, 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頁以下を参照されたい。

53) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S.64 f.

54) Codex Juris Bavarici Criminalis De Anno MDCCLI, 1751, Zwölftes Capital, §1 (S. 55).

55) a. a. O. (Fn. 54), Zwölftes Capital, §5 u. 6 (S. 56).

56) 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さは存在する。Vgl. *Reinhard Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert: Sinn- und Strukturwandel, 1968, S. 107 ff., bes. S. 111.

57) Art. 3 §6: „Eine Missethat wird begangen sowohl durch unmittelbare Thathandlung, als durch Zuthat und Mitwirkung. Erstens beschiet, wenn Jemand entweder allein, oder in Beyhülfe anderer Mitgespannen die Missethat selbst ausübt. Letzteres ergibt sich, ↗

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る⁵⁸⁾。

最後に、1794年のプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrechts für Die königlich Preußischen Staaten)⁵⁹⁾ も、第二部第二十章の64条から84条にかけて共犯の一般的な規定を有している。特に64条は複数人が犯罪遂行に直接加担した場合を規定しており⁶⁰⁾、今日的な意味での共同正犯を彷彿させるものである。また、67条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を非常に簡潔に規定し⁶¹⁾、次いで68条には背後者が実行者 (Thäter) との関係で上司もしくは名士 (Respectspersonen) であるならば、行われた犯罪の首謀者 (Radelführer) とみなされ、これに対して実行者の刑罰は減輕されると規定されている (69条)⁶²⁾。つまり、背後者と実行者の人的関係性ゆえに、実行者の自由な意思決定が制約されている点を、実行者の刑罰の減輕のファクターとして考慮することを明記していたのである。それゆえ、プロイセン一般ラント法では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と

↘ 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 veranlasst oder befördert, und solchergestalt dabey mitwirkt." Vgl. Constitutio Criminalis Theresiana: Maria Theresias Peinliche Gerichtsordnung, 1769 (Nachdruck 1975), S. 3.

58) *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 174.

59) 制定過程について詳しくは、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頁以下参照。

60) §64: „Haben Mehrere an Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen, so trifft jeden von ihnen, als Urheber, die im Gesetze bestimmte Strafe.“ Vgl. Allgemeines Criminalrecht für die Königlich Preußischen Staaten, Erster Band, 1837, Erster Abschnitt, §64 (S. 32).

61) §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. a. a. O. (Fn. 60), Erster Abschnitt, §67 (S. 32).

62) Vgl. a. a. O. (Fn. 60), Erster Abschnitt, §68 u. 69 (S. 33).

いう長所を有していたが、他方でケースごとにそれぞれ規定されたがゆえに、全体として膨大な条文数に及んでしまったという短所も有していたのである。

(六) ま と め

以上では本稿の導入として、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歴史的展開を概述した。すなわち、諸学説の動向としてはプーフENDORFによって帰責論における自由因という上位概念を有する共犯論が登場し、また立法の動向としては普通法の議論に対応し、次第に共犯規定の総則化・一般化が進められていったことが見てとれよう。特に前者については、既述の通り、第一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。

第一章 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、ティットマンにおける発起者および幫助者に関する見解を検討する。とりわけ、既に高橋教授が指摘しておられる通り⁶³⁾、彼らは行為者の自由な意思決定を理論的な出発点にしており⁶⁴⁾、共犯類型としては基本的に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たことから、犯行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つつ、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も着

63) 高橋直人「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)1頁以下参照。

64) もっとも、それぞれの論者で意思自由に対するニュアンスの違いはあるが、いずれにせよ意思自由を刑法学上問題にするという点では、次章で検討するフォイエルバッハと決定的に異なる。高橋・前掲注(63)33頁参照。

目して論じていく。

第一節 クラインシュロートの見解 (1794年)

ここではヴェルツブルク大学の教授であり、ヴェルツブルクの宮廷顧問官でもあったクラインシュロートの共犯論を検討する。以下では、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) を対象に検討をし、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することとする。

(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」⁶⁵⁾ であるとされる⁶⁶⁾。それゆえ、不可欠幫助も発起者に位置づけられる⁶⁷⁾。

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、助言に区分する⁶⁸⁾。以下では後の三つに着目して検討する。

65) *Gallus Aloys Kleinschrod*, 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, §177 (S. 257 f.). 以下では、*Kleinschrod*, *Entwicklung* と記す。

66) 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.).

67) Vgl. *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §198 (S. 290.).

68) *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §177 (S. 258 f.).

(二) 委任, 命令, 助言による発起者

委任の形態についてクラインシュロートは、委任者のみならず、受任者の側もその委任を受け容れるかどうかについて任意である以上、自由かつ自発的に行為しているのであるから発起者になると言う。また命令の形態については——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述べ、あまり多くを言及していない⁶⁹⁾。

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り、そのような助言を与えた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とされ、これと同様、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は発起者であり、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⁷⁰⁾。

とりわけ注目すべきは、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。つまり、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るが、助言の場合には助言を実現する者のために行われるとし、ゆえに犯行は命令者には二重に、委任者には1と1/2帰属されるのに対して、通常は助言者には3/4帰属されるとする⁷¹⁾。特に命令の場合は直接行為者の意思を制約する程度が大きい点で⁷²⁾、また委任の場合は受任者を法律の不服従に誘い込んだ誘惑者であるという点で⁷³⁾、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、その可罰性も高いが、これに対して助言の場合に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

69) *Kleinschrod, Entwicklung*, §182 (S. 266 f.) u. §191 (S. 280 f.).

70) *Kleinschrod, Entwicklung*, §192 (S. 281 f.).

71) *Kleinschrod, Entwicklung*, §192 (S. 283.).

72) *Vgl. Kleinschrod, Entwicklung*, §191 (S. 280 f.).

73) *Vgl. Kleinschrod, Entwicklung*, §185 (S. 270 ff.).

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⁷⁴⁾、助言者の原因性は弱く、可罰性も小さいと考えられたのである。

(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した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。その限りでは、「原因」という客観的な事由によって発起者が幫助者かを区別する「実質的客観説」と言えよう。

但し、第二版では、発起者の定義に少し変更を加え、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」であるとされている⁷⁵⁾。しかし、この変更はクラインシュロートが根本的に定義を変更したわけではなく⁷⁶⁾、その説明をより明確にしたものと解される。つまり、犯行の帰責の前提としての行為者の自由意思⁷⁷⁾をより前面に押し出して発起者の定義を打ち立てたのである⁷⁸⁾。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

74) Vgl. *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §192 (S. 282).

75) *Kleinschrod*, *Entwicklung*, 2. Ausg., 1799, §177 (S. 305).

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., 1805, § 177 (S. 323); ders., *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten*, 1802, Erster Theil, Drittes Kapital, §61 (S. 10).

76) 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.

77) Vgl. *Kleinschrod*, *Entwicklung*, 2. Ausg., §44 (S. 102 ff.); siehe auch ders., *Grundzüge der Lehre von Zurechnung der Verbrechen*, in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 1, St. 1, 1816, S. 1 ff.

78) 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、何故犯罪が存在するのかということの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).

説」に変更したのである。

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共犯類型の中に存在せず、帰属の程度、つまり量刑の面で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、1794年のプロイセン一般ラント法の刑法の箇所の起草に関わった⁷⁹⁾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、最広義での犯罪の共犯とは、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する⁸⁰⁾⁸¹⁾。

79) Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform, S. 67 f., 70.

80) Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1. Ausg., §138 (S. 104). 以下では, Klein, Grundsätze と記す。

81) 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補助(socii)であるとされる。そしてこの単純補助は、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とする。Vgl. Klein, Grundsätze, §138 (S. 104 f.).

このように帰責の前提としての自由な意思決定⁸²⁾に依拠した発起者の定義は、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が、不可欠幫助 (socii principales) は、その意思において犯罪が「主として」根拠づけられている者とは言えないため、発起者でなく、共犯者に位置づけられる⁸³⁾。それゆえに、クラインの見解は「比較的妥当」⁸⁴⁾であると許されるのである。

(二) 委任などによる発起者の諸形態の取り扱いについて

このようなクラインの共犯論において、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、それぞれプロイセン一般ラント法の条文に従って説明されているにすぎない⁸⁵⁾。つまり、この点でクラインも前節で検討した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ているにすぎなかったのである。

(三) ま と め—クライン共犯論の問題点

クラインの発起者の定義は、行為者の自由な意思決定に着目して発起者概念を定立するという点では、クラインシュロートと同様の見解を主張していた。もっとも、クライン共犯論に対しては、ハイムベルガーが指摘している通り、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

82) Vgl. *Klein*, Grundsätze, §95 ff. (S. 71 ff.) u. §128 (S. 95).

83) Vgl. *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、多くの害を伴うということを指摘し、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も主張している。Vgl. *Klein*, Grundsätze, §138 Anm. (S. 105 f.).

84) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 67.

85) *Klein*, Grundsätze, §140 (S. 106 f.) u. §141 (S. 107 ff.).

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などの疑問が向けられる⁸⁶⁾。いずれにせよ上記の発起者の諸態様に関する検討も鑑みるならば、結局のところクラインの共犯論はプロイセン一般ラント法に沿った以上のもではなく、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たと見るべきであろうし、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)

本節ではギーゼ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⁸⁷⁾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

共犯論においてグロールマンは、上述の二人と少し異なった説明をする。すなわち、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 generaii) であるとする⁸⁸⁾。

その上で共犯者の帰属は、等価的なもの (gleich) と非等価的なもの (ungleich) 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

86) Vgl. Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen S. 228 f.

87) E. キッパー著／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）22頁（原書は Eberhard Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 1969.）。

88) Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft: nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, 1798, Grundsätze, §57 (S. 26). 以下では、Grolman, Grundsätze と記す。

の必要不可欠な実体の原因が選択意思⁸⁹⁾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 (coautores) と呼ばれるとする⁹⁰⁾。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) であり、後者は幫助者⁹¹⁾であるとされる⁹²⁾。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」が存在するのかどうかという点を基準とするものであり⁹³⁾、実際に1838年ザクセン王国刑事法典⁹⁴⁾、1840年ブラウンシュヴァイク公国刑法典⁹⁵⁾、1850年テューリンゲン刑法典⁹⁶⁾において用いられた。

89) 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)。従って „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・前掲注(63) 2頁, 23頁以下参照。

90) *Grolman*, Grundsätze, §58 (S. 26 f.)

91) 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 (adiuvans) 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」と批判しているが、結局のところ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)。

92) *Grolman*, Grundsätze, §58 (S. 27)。

93) この区分はその後の版でも維持されている。Vgl. *Grolman*, Grundsätze, 2. Aufl., 1805, §32 (S. 36 f.); ders., Grundsätze, 3. Aufl., 1818, §32 (S. 29 f.)。

94) Vgl. *Gustav Friedrich Held/Gustav Albert Siebdrat*, 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, S. 80 ff.

95) Vgl. Das Criminal-Gesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig, 1840, S. 33 f.

96) Vgl. *Melchior Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1857-58, 3. Bd., X. Thüringen, S. 78 ff. 以下, *Stenglein*, Sammlung と記す。

(二) 委任, 命令, 助言の諸形態について

では、このグロールマンの共犯論において委任などの知的発起者の諸形態はどのように扱われたのであろうか。彼はクラインシュロートと同じく、共謀や委任, 命令, 助言を通じて共同発起者が成立しようとするが⁹⁷⁾、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その成立に限られるため、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⁹⁸⁾。

換言すれば、ここに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ということである。とりわけ、上記(2)に関しては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のである⁹⁹⁾。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¹⁰⁰⁾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。

(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は、上述の二人と同様、行為者の自由な意思決定(選択意思)を帰属の根拠とした上で発起者の概念を定立している。ただし、彼らと異なり、グロールマンは直接行為者の意思自由が制約されている場合の背後者は単独の発起者であると論じた点では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

97) *Grolman*, Grundsätze, §59 (S. 27).

98) *Grolman*, Grundsätze, §61 (S. 27).

99) Vgl. *Grolman*, Grundsätze, 2. Aufl., §33 (S. 38).

100) *Grolman*, Grundsätze, §68 (S. 30).

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にすぎないという点では不徹底であったと思われる。

第四節 ティットマンの見解 (1800年)

最後に本節では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1800年の著作『刑法学とドイツ刑事法学綱要』を取り上げ、その共犯論を検討する。彼は刑法学 (Strafrechtswissenschaft) という言葉の生みの親としても知られており、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¹⁰¹⁾。

(一) ティットマンの共犯論

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¹⁰²⁾。この区別のうち、とりわけI)とII)は上述したグロールマンの見解において見られた「等価的共犯」と「非等価的共犯」の区分に類する¹⁰³⁾。

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

101) 詳しくは高橋・前掲注(63)30頁以下を参照されたい。

102) *Karl August Tittmann*, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde zum Gebrauche bei Vorlesungen, 1800, § 83 (S. 59 f.). 以下では、*Tittmann*, Grundlinien と記す。

103) 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。Vgl. *Tittmann*, Ueber die Darstellung der Lehre von den Urhebern und Gefülten in einem Strafgesetzbuche, Ein Beitrag zur Strafgesetzbuchungslehre, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, St. 3, 1818, S. 369 ff., bes. S. 383 ff.

めに実行させた者」¹⁰⁴⁾ 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いるのであって、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られたからである¹⁰⁵⁾。

従って、上記Ⅱ)のテーゼにおいては、犯罪結果発生にとって必要な原因の中で最も優越している原因こそが「犯罪の本質を形成する行為」と評されることになろう。このように考える限りで、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と言えよう¹⁰⁶⁾。それゆえに、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ことになるのである¹⁰⁷⁾。

(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つつ¹⁰⁸⁾、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ている¹⁰⁹⁾。つまり、上記Ⅰ)とⅡ)のテーゼに従い、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、単に共犯者になる場合もあると考えたのである。

104) *Tittmann, Grundlinien*, § 84 (S. 60). これに対して、許されない行為の共犯 (concur-sus) 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.).

105) *Tittmann, Grundlinien*, § 84 a) (S. 60).

106) もちろんティットマンも帰属の前提として意思自由 (Willensfreiheit) を据え、「複数の行為様式の中から自発的に選択しうる能力」であると述べている。Vgl. *Tittmann, Grundlinien*, § 28 a) (S. 21) u. § 78 (S. 57).

107) Vgl. *Tittmann, Grundlinien*, § 89 IV) (S. 63) u. § 90 (S. 63 f.).

108) *Tittmann, Grundlinien*, § 88 Anm. (S. 62).

109) *Tittmann, Grundlinien*, § 91 (S. 64).

(三) ま と め

以上で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のではなく、場合によっては単なる共犯者にとどまるということを指摘していた点で、クラインシュロートやクラインの議論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（もっとも、ティットマンの見解ではそれほど自由な意思決定を前面に押し出していないが、少なくとも帰属の前提として意思自由を論じている点では次章で検討するフォイエルバッハと大きく異なる）。

そして、彼らの見解の考察から明らかとなった通り、我々が言うところの間接正犯と教唆犯の区別は当初、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、委任や命令、助言といった諸類型の中での背後者と直接行為者の可罰性の程度という形で考慮されているにすぎなかったが、グロールマンやティットマンの見解では、意思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、さらに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いう動きが見て取れるのである。

しかし、彼らの見解がそのまま学説の中で発展していったのではなく、行為者の意思自由を刑法の領域では考慮すべきではないというフォイエルバッハの登場によって間接正犯論の発展はその停滞を見ることになった。

第二章 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していく。

なお、以下で考察の対象と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は意思自由に対する態度が大きく異なるという点に注意しなければならない。それはつまり、フォイエルバッハは、意思の自由という概念は道徳に属するものであり、それを刑法に持ち込むことは法と道徳の混同であると考えた点である。何故ならば、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考え方から出発し、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」すなわち「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。従って、自由を問題にし得るのは、後者の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のである¹¹⁰⁾。

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試みた理由は、行為者の意思の自由を裁判官に判断させることは彼らに過度に広汎な裁量を与えてしまうことを危惧した点にあったのである¹¹¹⁾。

110) 高橋・前掲注(63)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、有福孝岳ほか編『縮刷版カント辞典』(弘文堂・2014年)34頁以下参照。

111) 高橋・前掲注(63)5頁, 12頁, 43頁等参照。

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はどのように取り扱われたのであろうか。以下ではこれらの点について検討していくが、発起者に関する彼の説明には変遷が確認されるため、彼の著作ごとに検討していくこととする。

第一款 『実定刑法の基本原則と基本概念の省察（第二巻）』（1800年）

(一) 発起者一般について

フォイエルバッハの代表的著作『実定刑法の基本原則と基本概念の省察（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が犯罪の発起者（*auctor delicti*）であり、それに対して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が幫助者（*socius*）であるとする¹¹²⁾¹¹³⁾。また、フォイ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

112) *Paul Johann Anselm Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1800, Zweiter Theil, Achtes Kapital, §11 (S. 244 f.)*。以下では、*Feuerbach, Revision* と記す。

113) 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, §12 (S. 245 ff.)*。

その際ポッペによると、未遂の概念は直接違法な結果の惹起に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な従属性が見出されるとする。Vgl. *Anderas Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, 2011, S. 98 f.* 以下では、*Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme* と記す。

的要件を追加しており¹¹⁴⁾、その限りで彼の発起者の定義は折衷的見解と捉えられよう¹¹⁵⁾。

(二) 不可欠幫助の位置づけ

付言するとフォイエルバッハは、不可欠幫助をクラインシュロートが発起者に組み入れたことを批判する。すなわち、その援助者の意思は法律違反に対しては間接的にしか向けられておらず、直接的には援助行為に向けられており、援助者の決定は実行者の決定に条件づけられていると指摘し、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ものであり、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非難するのである¹¹⁶⁾。それゆえ、フォイ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するのである¹¹⁷⁾。

(三) 物理的発起者と知的発起者の対置

さらに、フォイエルバッハは犯罪の実体の直接的な原因である犯罪の発起者の定義をクラインシュロートと同様、物理的原因と知的原因に区分する。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*) に区分するのである¹¹⁸⁾。

この両者が競合した場合の可罰性は、物理的発起者よりも知的発起者の

114) *Feuerbach*, Revision, § 11 (S. 245).

115) Vgl. *Maiwald*, FS-Bockelmann, S. 349.

116) *Feuerbach*, Revision, § 22 (S. 262 f).

117) このように不可欠幫助は発起者よりも可罰性が軽いとされ、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).

118) *Feuerbach*, Revision, § 15 (S. 252 f).

方が大きいとされる。というのも、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と捉えられるからである¹¹⁹⁾。

ここでも「主たる利益」という要件が、物理的発起者と知的発起者の可罰性の比較のために援用されているが、この要件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はなかろうか。それゆえ、この主観要件は機能していないというマイヴァルトの指摘は正当であろうし¹²⁰⁾、実際、以下で見えるように教科書の版を重ねる中でこの「主たる利益」という主観的要件は姿を消していくことになる。

(四) 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 of 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¹²¹⁾、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箇所である。例えば、委任の場合、委任者は物理的ないしは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¹²²⁾。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、意思決定論と必ずしも

119) *Feuerbach*, Revision, § 17 (S. 254 f.).

120) Vgl. *Maiwald*, Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 290. 以下では, *Maiwald*, FS-Schroeder と記す。

121) *Feuerbach*, Revision, § 18 (S. 255 ff.).

122) *Feuerbach*, Revision, § 19 (S. 257 f.). 付言すると, 教科書においても脅迫や強要による知的発起者は他の類型よりも可罰性が高いという記述が見られる。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, §113 (S. 104).

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であろう。但し、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。

第二款 教科書における見解の変遷

(一) 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客観面に着目した形で発起者が定義され、主観面の強調が弱まり¹²³⁾、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¹²⁴⁾、第三版までとは異なる発起者の定義が見られる。すなわち、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」¹²⁵⁾であると定義され、そこに「主たる利益」という主観的要素は登場しないのである。

(二) 不可欠幫助の位置づけの変更

さらに第四版以降では、不可欠幫助の位置づけも1800年の『省察』や以前の教科書と異なり¹²⁶⁾、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, intellectueller Urheber)と、その困難の除去がなければ、すでに犯行を決定

123) 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., 1801, §50 ff. (S. 39 ff.); siehe auch ders., Lehrbuch, 2. Aufl., 1803, §41 ff. (S. 39 ff.); ders., Lehrbuch, 3. Aufl., 1805, §41 ff. (S. 39 ff.).

124) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., Vorrede zur vierten Auflage u. §44 (S. 44).

125) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §44 (S. 44 f.); ders., Lehrbuch, 5. Aufl., 1812, §44 (S. 45).

126) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, 3. Aufl., §45 (S. 42 f.).

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 (indirectmittelb. Urh. Hauptgehilfe socius principalis) に分けられたのである¹²⁷⁾。

(三) 変遷の理由

以上見た通り、フォイエルバッハは発起者の定義と不可欠幫助の位置づけに変遷が認められるものの、その変遷の理由は明らかではない¹²⁸⁾。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る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る。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だと捉えられよう¹²⁹⁾。

第三款 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) の定立者として高く評価される一面はあるが、彼の共犯論に関して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、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¹³⁰⁾。すなわち、論敵であるグロールマンのような間接正犯論の萌芽は、フォイエルバッハの見解においては摘まれ

127) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §44 (S. 44); ders., Lehrbuch, 5. Aufl., §44 (S. 45).

128) Vgl. *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 97 Fn. 323.

129) 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ェンドルフ以降の自然法論を批判し、法と道徳の峻別を主張した点からして、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。

山口邦夫『帝国崩壊後（一八〇六年）のドイツ刑法学』（尚学社・2009年）80頁以下参照。

130) *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 291.

てしまっており、また知的発起者の諸類型間の可罰性の相違に関しても、既述の通り、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つたと考えられよう。

第二節 1813年バイエルン王国刑法典について

本節では以上において検討したフォイエルバッハの見解が、1813年バイエルン王国刑法典の中に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。

第一款 総 説

(一) 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身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¹³¹⁾。そこで当初クラインシュロートが1802年に草案¹³²⁾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¹³³⁾。

これらの問題点を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」¹³⁴⁾を上梓

131) *Michael Kubiciel*, 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. 5. 以下では、*Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht? と記す。

132) Vgl. *Kleinschrod*, a. a. O. (Fn. 75).

133) *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, S. 6 f.

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

して批判したのである。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て、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¹³⁵⁾、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¹³⁶⁾。そして、この著作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のである¹³⁷⁾。

(二) 考察のポイント

こ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¹³⁸⁾。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) とフォイエルバッハの共犯論に依拠したものであるという見方もあるが¹³⁹⁾、とりわけ Code pénal との関係で果たして本当にそのように捉えられ得るであろうか。以下では、まず Code pénal の共犯規定について概観した上で、それとの比較で1813年の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。

135) *Feuerbach*, a. a. O. (Fn. 134), Erster Band, Einleitung (S. III f.).

136) *Feuerbach*, a. a. O. (Fn. 134), Zweiter Band, Drittes Kapital, S. 126 f.

137) E. キッパー著／西村克彦訳・前掲注(87)53頁

138) *E. Schmidt*, *Geschichte*, S. 263; kritisch *Koch*, *Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation: Von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, ZStW 122, 2010, S. 741 ff., bes. S. 747 ff.

139) Vgl. *Dieter Meyer*, *Das Erfordernis*, S. 48. Siehe auch *Christian Brandt*, *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, S. 314. 以下では、*Brandt*, Code pénal と記す。

第二款 1810年フランス刑法典 (Code pénal) の共犯規定

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 のドイツ語訳では、前者には „Urheber“ (発起者)、後者には „Mitschuldigen“ (共犯者) との訳語が当てられており¹⁴⁰⁾、とくに „auteurs“ という概念はミッターマイヤーによると物理的実行者 (Thäter) を意味し、その他すべての関与者は „complices“ と呼ばれていたとされる¹⁴¹⁾。以下では59条と60条について概観・検討する¹⁴²⁾。

§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

140) Vgl. *Gottfried Daniels/Wilhelm Blanchard*, Code criminel de la France: französische-deutsche Ausgabe, 1812, Bd. II, S. 25 ff.; Die fünf französischen Gesetzbücher in deutscher Sprache nach den besten Uebersetzungen, 1832, Strafgesetzbuch, Zweites Buch, S. 10.

141) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Carl Joseph Anton Mittermaier*, 14. Auflage, 1847, § 44 Note II. des Herausg. (S. 81); *Karl von Birkmeyer*, Teilnahme am Verbrechen, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. II, 1908, S. 102. 以下では, *Birkmeyer*, VDA と記す。

142) 法典の翻訳は Code pénal の当時のドイツ語訳 (前掲注(140)参照) を参照した。その他, 井上宜裕「正犯と共犯の区別」清和法学研究11巻2号48頁, 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) 17頁以下も参照した。

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 Thatfachen, 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 bedorhen, 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。

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。)

この59条は1791年の刑法典と同様、犯罪の関与者を区分するものの、犯罪の共犯者は——法律上例外が規定されていない限り¹⁴³⁾——発起者と同じ刑で処断されると規定されている¹⁴⁴⁾。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

143) ブラントによると、以下のものが例外規定として挙げられている。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。Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 130 Fn. 755.

144) Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 130.

介な問題を免れるためであったと考えられている¹⁴⁵⁾。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¹⁴⁶⁾。

従って、Code pénal では全ての共犯者に対して、その犯行寄与を顧慮することなく、原則的に発起者 (auteurs) と同様の刑罰の賦課が予定され、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のであり¹⁴⁷⁾、この点が後述するバイエルン王国刑法典と大きく異なるのである。

第三款 1813年バイエルン王国刑法典の共犯規定

(一) 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つ(59条から63条)であり、一般的かつ抽象的な形での共犯規定の定立に成功したと言いうるのであろう。

これに対して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¹⁴⁸⁾。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 Komplott 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¹⁴⁹⁾、犯行後の犯人援助を84条から89条に規

145) Vgl. *Birkmeyer*, VDA, S. 105 f.

146) 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。

147) Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 314 f. Fn. 1533; *Birkmeyer*, VDA, S. 106.

148) Vgl. *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, S. 10.

149) 何故に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のは、ただ単に法典の中の異なる場所に規定したのではなく、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ということを示すためであった。また、法典は発起者の可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

定しており¹⁵⁰⁾、単純に条文数のみ比較すれば、Code pénal よりも多くの共犯規定が存在している。従って、バイエルン王国刑法典は 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、共犯類型ごとに未だ仔細さを残していたということが明らかとなろう。

(二) 発起者の規定について

以下では、バイエルン刑法典の発起者の規定のうち45条と46条を概観し¹⁵¹⁾、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¹⁵²⁾。

§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。)

ゝいた。Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 315.

150) 1810年の草案の段階では、発起者は47条から58条、補助者は75条から86条、犯人援助は87条から92条に規定されている。Vgl. Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810, S. 18 ff. u. 31 ff.

151) 法典の原文は以下のものを参照した。Vgl. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern: nebst Register, Erster Theil, Ueber Verbrechen und Vergehen, Erstes Buch, Zweites Kapitel, S. 18 ff.

152) 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. *Ken Eckstein*, Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813, in: *Koch*, u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, S. 271 ff.

§46 Unter den zuletzt genannten Urheber (Art. 45. Rn. III.) ist begriffen: wer durch ausdrückliche Rathertheilung, 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 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じ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、法律により過失とみなされる。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、法律により幫助者とみなされる。)

45条では1号に直接的な発起者、そして2号と3号には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¹⁵³⁾、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 と異なるが、これに対して46条では Code pénal と同様、誘致の手段が限定列挙となっている¹⁵⁴⁾。

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

153) 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条が挙げられている。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.

154) *Brandt*, Code pénal, S. 316 f.

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¹⁵⁵⁾。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て、バイエルン王国刑法典は73条以下で物理的幫助を3つの段階に区分し、その手段についても Code pénal と異なり、限定列挙されていた¹⁵⁶⁾。

(三) 検 討

以上概観したように、バイエルン王国刑法典はその共犯規定を多くの箇所 Code pénal と異なる形で、より精確に規定したのであるが、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たのである¹⁵⁷⁾。従って、バイエルン王国刑法典は Code pénal を総則化という点では参考にしながらも、裁判官の裁量を制約するために比較的仔細な共犯の諸規定を置いたのである。

(四) 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いたことで、ライヒ刑法典制定に至るまでの間、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、

155) Vgl. Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern nach den Protokollen des königlichen geheimen Rathes, Bd. I, 1813, S. 160.

156) dagegen *Brandt*, Code pénal, S. 319 Fn. 1566.

157) 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*, *Geschichte*, S. 267.

それゆえ、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の十分な原因がある者であり、その中でも物理的もしくは精神的強要の場合(121条7号8号および122条)には強要者は直接発起者であるのに対し、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る。Vgl. Anmerkung, a. a. O. (Fn. 155), S. 157.

知的発起者の規定の仕方についても1814年オルデンプルク公国刑法典67条¹⁵⁸⁾や1839年ヴェルテンベルク王国刑法典74条¹⁵⁹⁾、1840年ハノーファー王国刑法典53条¹⁶⁰⁾、1842年ヘッセン・ダルムシュタット大公国刑法典71条¹⁶¹⁾、1845年バーデン大公国刑法典119条¹⁶²⁾、1849年ナッサウ公国刑法典67条¹⁶³⁾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¹⁶⁴⁾。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¹⁶⁵⁾。

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¹⁶⁶⁾。

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¹⁶⁷⁾、1824年に草案として完成するが、ツェントナーとの悶着により、一度は没書となってしまふ。とこ

158) Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 1. Bd., II. Oldenburg, S. 36.

159) Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 1. Bd., IV. Württemberg, S. 36.

160) Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover, S. 26.

161) Vgl. Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Hessen, nebst den damit zusammenhängenden Gesetzen, S. 22.

162) Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 2. Bd., VIII. Baden, S. 48.

163) Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 2. Bd., IX. Nassau, S. 31.

164) *Birkmeyer*, VDA, S. 32 Fn. 1; siehe auch *Gottfried Jacquin*, Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1903, S. 3.

165) E・キッパー/西村・前掲注(87)70頁。

166) Vgl. *Stenglein*, Sammlung, 1. Bd., I. Bayern, Vorbemerkung (S. 15 f.).

167) 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)解説81頁(原書は *Gernot Schubert*, Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, 1978.), 野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂・2012年)218頁以下参照。

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年に国王であるルートヴィヒが「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¹⁶⁸⁾。

第三節 小 括

以上、本章ではフォイエルバッハの共犯論を検討した上で、彼が起草に尽力した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 と比較する形で検討した。意思の自由を刑法学の領域から排斥しようとしたフォイ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。しかし、知的発起者論に関しては委任や命令などの諸形態を一括りにし、それらの可罰性を段階づけていた点に鑑みれば、新しいものはなく、従来の議論を繰り返しているきらいが見られたのである。それゆえ、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。

168) シューベルト著／山中敬一訳・前掲注(167) 2頁、解説84頁以下参照。