

間接正犯の淵源に関する一考察(2)

——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(以上, 361号)

第三章 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)

第二節 ステューベルの見解(1828年)

第三節 バウアーの見解(1840年他)

第四節 ルーデンの見解(1840年)

第五節 ケストリンの見解(1845年)

第六節 ベルナーの見解(1847年)

第七節 小 括 (以上, 本号)

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

第三章 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年のプロイセン刑法典が成立するまでの学説の展開の中で、かの萌芽は再び行為者の意思自由に着目する形で姿を現してい

* 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

くという点が本章の考察の対象である。

その際の基本的な分析視角は本稿のはしがきでも示したように、委任や命令などの知的発起者の諸類型の区分の中で、(特に強要や命令の形態に着目して言えば)直接行為者の行為選択の自由の程度を背後者の可罰性の程度という形で考慮するのか、それともその可罰性の程度の差異は認めつつも、さらに一歩進めて共犯類型ごと区分しようとするのかというものである。このような思考方法は、本章の冒頭で取り上げるミッターマイヤーの1819年の論文をその端緒とするものである。

以下ではそのミッターマイヤーの見解を出発点に、ステューベルやパウアー、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依拠したケストリンと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、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¹⁶⁹⁾ことで知られるミッターマイヤー¹⁷⁰⁾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

169) 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、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ことをラートブルフは嘆いた。Vgl. *Gustav Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach: ein Juristenleben, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 6* (bearbeitet von *Gerhard Haney*), 1997, S. 92.

170) ミッターマイヤーの人物像については、以下の文献を参照されたい。Vgl. *Wilfried Küper* (Hrsg.) u. mit Beiträgen von *Karl Engisch* [et al.], *Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert*, 1986, S. 69 ff., 101 ff.

り上げられるが¹⁷¹⁾、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い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いう立法論を主張したということの方が、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、まず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し、とりわけ「物理的発起者」という表現については、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され、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¹⁷²⁾。そ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であるといえよう¹⁷³⁾。

当時としては、既にオーストリーの1803年の刑法典(Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen) 5条では „der unmittelbare

171) Vgl. *Joachim Hruschka*, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110, 1998, S. 595. (この論文の翻訳・紹介として、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)217頁以下参照)。

172) *Carl Joseph Anton Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 3, St. 1, 1819, S. 125 f. 以下では、*Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers と記す。

付言すると、このようなミッターマイヤーの共犯論においては、犯罪の実現に不可欠な援助をした幫助者(いわゆる不可欠幫助)は、発起者として扱われない。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14. Aufl., Note I. des Herausg. (S.87).

173) Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 72; *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 104.

Thäter“ という用語が見られるし¹⁷⁴⁾、また1794年のプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrechts für Die königlich Preußischen Staaten) 68条や69条¹⁷⁵⁾、さらに学説上も幾つかの教科書においても¹⁷⁶⁾、犯罪の直接行為者と同義で „Thäter“ という用語が使用されてはいたが、物理的発起者に代わる専門用語 (terminus technicus) として提案され——間接的ではあるが、後述のパウアーの主張を通して——立法に影響を与えたという点を勧案するならば、極めて重要な主張であろう。

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は、従来の普通法のドクトリンでは過度に一般化されるきらいがあったことを指摘する¹⁷⁷⁾。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。それゆえ、このような問題意識から彼は「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」¹⁷⁸⁾ と主張するに至ったのである。その際、ミッターマイヤーは真の発起者のメルクマールとして、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¹⁷⁹⁾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¹⁸⁰⁾も挙げ、それらの検討を通して知的発起者の類型とされてきた諸形態 (委任や助言の

174) Vgl. Constitutio Criminalis Theresiana, a. a. O. (Fn. 57), S. 3.

175) Vgl. Allgemeines Criminalrecht für die Königlich Preußischen Staaten, a. a. O. (Fn. 60), § 68 u. 69 (S. 33).

176) Vgl. Klein, Grundsätze, §141 (S. 108); Tittmann, Grundlinien, §91 (S. 64).

177) Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 127.

178) Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 130.

179) Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 127 f.

180) Mittermaier, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 129 u. S. 132.

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くのである。

(二) 委任と助言の形態について

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。というのも、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おそらく決意しないであろうし、委任が問題となる場合には受任者はすでに犯罪をわざわざでも決意しているであろうから、その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からである。しかも、委任が問題となるのは、命令が隠れている場合や、将来的な害悪による脅迫が伴っている場合、一定の報酬が約束されている場合などであり、そこで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となると論じられる¹⁸¹⁾。

また同様に、助言の付与についても疑われる。すなわち、たいていの事例において助言を受ける者はすでに犯罪への傾向を有しているが、遂行の計画や手段についてはっきり決めていないだけなのであるから、「助言者は他人をしてその意思決定を強化し、彼にとってそ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」と主張するのである¹⁸²⁾。

従って、このような委任や助言の付与¹⁸³⁾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して犯罪に強く決定づけるもの

181) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 135 f. u. S. 136 f.

182) 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く、「助言者が、まだ決意していない者や臆病者と関係を有しており、精神的な優越性によってその他人を束縛し、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」場合には発起者となるとされる。Vgl. *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urheber, S. 137.

183) Siehe auch *Mittermaier*, Kurze praktische Erörterungen (II. Ueber die Bestrafung des Rathgebers zum Verbrechen), in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 8, St. 2, 1825, S. 324 ff., bes. S. 336 ff.

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のであるから、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

これに対して、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ている。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、その場合に服従者を単なる道具とみなしているのであるが、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性においてのみ妥当するとされており、いわゆる拘束命令の場合に命令者の発起者性が認められる¹⁸⁴⁾。

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いとされ、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、被脅迫者に確かかつ回避不可能な害悪の発生を疑わせないという形で示す限りで、脅迫者は発起者となりうる」とされ、強要に限りなく近い形での脅迫であれば、脅迫者の発起者性が認められるのである¹⁸⁵⁾。

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ということが窺えよう。

184) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 139 f. これに対して、父親が妻や子ども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て妻や子どもは自立した存在であるがゆえに命令を単なる願望であるとみなす力を有し、このような場合の命令は他者をしてその意思に反して犯罪へと強いるほど精神的に強く迫るものではないため、慎重に適用すべきであるとする。但し、この場合の命令が強要もしくは脅迫と結びついている場合や、臆病で自身に服従している妻に対して夫が圧倒的な優越性を有している場合などについては、例外的に夫は発起者であるとされる。

185) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 140 f.

(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・説得および錯誤の類型を検討の対象として挙げているが, 後者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論じているにすぎない¹⁸⁶⁾。

これに対して, 前者の懇願・説得の場合には, 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ということが明らかな状況の下で行使される場合」には発起者となりうるとする。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て, 真実に反して自分に有利となる証言をするよう懇願・説得する場合である¹⁸⁷⁾。この種の事例は普通法上, カロリナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina) 107条¹⁸⁸⁾の適用が問題となるものであり, 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のであるが, 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する立場¹⁸⁹⁾から, 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」と主張したのである。というのも, この偽証者は教唆する者がい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, その場合

186) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 142.

187) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 141.

188) これについては本稿の導入部分の四を参照されたい。

189) この点についてミッターマイヤーは, ローマ法やカノン法では主観的な観点により正犯者と発起者を同置してきたが, CCC や新たな刑事立法ではどちらかといえば客観的に犯行を評価しているという認識を示し, そのような観点からすれば, 会話という形で存在する発起者の活動と犯行の違いや, 両者の時間的な隔たり等を指摘する。そして本論文の結論においては, 正犯者と発起者の可罰性の同置という命題は危険な一般化であり, そこから裁判官や立法者を守るべく, 発起者だけが犯罪に利益関心を有しており, 直接行為者を単なる道具として利用している諸事例にのみ上記命題を制限すべきである (つまり, 原則的には背後者の可罰性は実行者のそれよりも低い) と主張し, それゆえ立法論としては裁判官を容易に惑わしうる一般原理を総則に規定することを避け, そのような同置を正当化しうるいくつかの犯罪においてのみ, それを記述することを提案した。Vgl. *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 143 ff., bes. S. 150.

に教唆者だけが真の利益関心と悪しき意思を有しており、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が存在するため、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されるからである¹⁹⁰⁾。

(五) 検 討

以上のミッターマイヤーの主張においては、発起者のメルクマールとして決定的であると考えられたのは人的および精神的な関係性であり¹⁹¹⁾、特に後者については、背後者の用いた手段によって直接行為者が彼の意思に反して犯罪へと強えられる程度、つまり意思自由の制約の程度が考慮され、それを通じて他人の犯罪の惹起であるのか、それとも単なる誘致(もしくは強化)であるのかということが判断されたのである。これは、とりもなおさずミッターマイヤーが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ということの証左であろうし¹⁹²⁾、それを基盤にした帰属論を共犯論に落とし込んだという点でグロールマン以来の進展であると言えよう。また、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っ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

190) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 145. もっとも、偽証罪をいわゆる
自手犯と理解するのであれば、偽証を頼んだ被告人を間接正犯(ミッターマイヤーの言葉
では発起者)と評価することは問題であろう。

191) *Mittermaier*, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, S. 142 f.

192) 付言すると、1820年の論文では意思決定論に立脚したフォイエルバッハのことを一定程
度評価しつつも、意思自由の排斥はただ表面的であり、内容的には残っていたと論じた上
で、意思の自由と帰属論に関する問いを「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という限りで、自由は帰属の原理(Prinzip)
であるのか」という二つに分け、第一の問いは肯定し、第二の問いは否定されなければなら
ないとする。それゆえに第二の問いとの関係で、従来の知的発起者の諸類型の中から
「発起者」と呼ぶにふさわしいものを意思自由の制約の程度を考慮することで予め定義づ
けようと努力したものと推論される。Vgl. *Mittermaier*, Ueber den neuesten Zustand der
Criminalrechtswissenschaft in Deutschland, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 4, St.
3, 1820, S. 411 f. 併せて山口・前掲注(129)45頁以下も参照されたい。

の中には性質の異なるものがあるということが意識され、直接行為者が背後者の「道具」と評価される場合があるという指摘は、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¹⁹³⁾。

第二節 ステューベルの見解 (1828年)

次にステューベルの見解を取り上げる。彼の著作としては1795年¹⁹⁴⁾と1805年¹⁹⁵⁾、1828年¹⁹⁶⁾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。ここで彼は通説的な見解だけでなく、従前の自説をも批判的に検討し¹⁹⁷⁾、その上で最終章に立法論が示されたという意味で内容豊かな著作である。何よりこの著作では、間接正犯 (die mittelbare Thäterschaft) という用語が初めて使われたという点でも注目に値する¹⁹⁸⁾。

193) Ähnlich auch *Michael Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 45. 以下では、*Redmann*, Anstiftung と記す。

194) *Christoph Carl Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts: mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen, Bd. 2, Von den Verbrechen im Allgemeinen, 1795, §369 ff. (S. 121 ff.).

195) *Stübel*, 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, §23 (S. 29 f.), u. §24 (S. 30 f.), §55 ff. (S. 67 ff.), §130 (S. 171 f.).

196) *Stübel*, Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen: Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze, 1828. 以下では、*Stübel*, Ueber die Theilnahme と記す。

197) Vgl. *Stübel*, Ueber die Theilnahme, Vorrinerung.

198) Vgl. *Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, S. 19. 以下では *Schroeder*, Täter hinter dem Täter と記す。

(一) 正犯者 (Thäter) という言葉の使用と立法論

はじめにステューベルは——ミッターマイヤーの1819年論文を引用しながら——犯罪の発起者という表現は言語的に誤りであると指摘した。すなわち、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が犯行となるのであり、その主体は正犯者と呼ばれるということを踏まえて、「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で、窃盗の発起者や詐欺の発起者と呼ぶことはできないと主張したのである¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾。

そこからステューベルは、従来の物理的発起者の代わりに直接正犯者、知的発起者の代わりに間接正犯者と呼ぶことを提案し、とりわけ間接正犯については、ある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する²⁰¹⁾。そして、この提案に基づいて立法論を展開したのである²⁰²⁾。

(二) 二段階の帰属体系と統一的正犯論?

また、ステューベルは、通説が発起者の概念を定義するに際して行為者

199) *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §12 (S. 8 ff). 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) と呼ばれるということ、また他人を決定づける者は教唆者であるということが指摘されている。

Vgl. *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §12 (S. 9 Fn. 13) u. §28 (S. 42).

200) 付言すると、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. *Joseph Kitka*, Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840, §40 (S. 126).

201) *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §55 (S. 96). さらに、正犯者や補助者、犯人援助者を包括する上位概念として共同責任者 (Mitschuldige) が規定されている。Vgl. *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §54 (S. 92 ff).

202) *Stübel*, 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) を参照されたい。

の意図や故意を要求していることに対し、「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)の混同であると批判する。つまり、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在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のかどうかを顧慮しないとされる。というのも、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²⁰³⁾、刑罰への犯行の帰属の段階で初めて故意や過失などのあらゆる主観的要素が考慮されるからである²⁰⁴⁾。

そして、犯行それ自体の帰属の段階では、犯行と行為との間の因果関係が決定的であり、その帰属を根拠づける者こそがその犯罪の正犯者ないしは発起者であるとされることから²⁰⁵⁾、その限りで、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²⁰⁶⁾。しかし、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²⁰⁷⁾点を勘案するならば、正当にも安達教授が指摘されている通り²⁰⁸⁾、むしろ機能的統一的正犯論²⁰⁹⁾と評する方がより適切であろう。

203) Stübel, Ueber die Theilnahme, §13 (S. 11). この点でブロイ (Bloy, Die 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. *Wilhelm von Schirach*, 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 Gehülphen bei demselben gebe, in: *Neue Archiv des Criminalrechts*, Bd. 3, St. 3, 1819, S. 415 ff. insbes. S. 432 ff.

204) Stübel, Ueber die Theilnahme, §13 (S. 12) u. §18 (S. 22 f.). この点、ブブノフはこの構想を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.

205) Stübel, Ueber die Theilnahme, §27 (S. 41).

206) Bloy, Die Beteiligungsform, S. 73; dagegen kritisch *Shahryar Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert, 2006, S. 50 f. 後者の文献につき、以下では *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung と記す。

207) Vgl. Stübel, Ueber die Theilnahme, §56 (S. 98 ff.) u. §57 (S. 101).

208) 安達「客観的帰属論の展開とその課題(一)」立命館法学268号(1999年)180頁注(18)参照。

209) オーストリーの機能的統一的正犯論については、佐川友佳子「身分犯における正犯とメ

(三) 目的犯や身分犯などにおける例外

しかし、犯行それ自体の帰属の段階では犯行と行為との間に因果関係があれば、その行為者は正犯者ないしは発起者となるという基本命題には例外が付される。というのも、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るを得ないとされるからである²¹⁰⁾。

同様の例外は、共同発起者という表現に対する批判の中でも見受けられる。すなわち、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、例えば姦通罪の構成要件が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²¹¹⁾。また目的犯の事例において一部の関与者にそのような目的が欠けている場合、つまり一方が物の領得を目的としており、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と評されるのである²¹²⁾。

従って、ステューベルの共犯論においては、犯行と行為との間の因果関係に重きが置かれているものの、各則の構成要件の性質を考慮した上で正犯者が決められており、とりわけ身分や目的を行為者のメルクマール、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、機能的統一的正犯体系に類する構想が定立されているのである。

ㄨ共犯(3)』立命館法学319号(2008年)54頁以下参照。プロイ著／佐川訳「ドイツ及びオーストリアにおける統一的正犯論の近時の展開傾向」立命館法学303号(2005年)338頁以下参照(原著は、Bloy, *Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich*, in: *Klaus Geppert*, u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, S. 33 ff.)。その他、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂・2015年)9頁以下も参照した。

210) *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §13 (S.13 f).

211) *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であるが、他人の姦通罪に関しては幫助者であり、両者は共同正犯の関係にないとする。

212) *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ている。Vgl. *Stübel*, Ueber die Theilnahme, §52 (S. 88).

(四) 帰属の前提としての意思自由

さらに、このように犯行それ自体の帰属の段階では原則として行為者の意思を鑑みないというステューベルの立場からすると、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するため²¹³⁾、強要の場合はそのような意思活動・自己決定とみなされないことから犯行は被強要者ではなく、強要者に帰属され、彼が唯一の正犯者であるとするのである²¹⁴⁾。

このようなステューベルの回答は、行為者の意思というものを入口では断っておきながら、裏口から迎え入れているかのように思われるかもしれないが、これは帰属の前提として行為者の自由な意思決定を据えるということの意味するのである。むしろ問題となるのは、ステューベルの (犯行それ自体の) 帰属における因果関係論と意思自由の関係である。すなわち、ステューベルにおいては、意思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のであり、その限りでは——帰属の前提として意思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自由とは異なると解されよう。この点は、ルーデンの見解を検討する際に改めて言及することとする。

(五) ま と め

以上で検討したステューベルの見解は、既述の通り、目的犯や身分犯など各則の構成要件の性質を顧慮して例外を設けているものの、その全体としては機能的統一的正犯論に類する構想であった。また、ステューベルは

213) Stübel, Ueber die Theilnahme, §26 (S. 40).

214) 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。

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を提案しており、その点でミッターマイヤーの影響を受けていることがはっきり確認される。しかし、ミッターマイヤーの言う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て、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るという差異が存在する。すなわち、両者の間で、いわば正犯者の概念の理解が異なるのである。

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は、その「異質さ」も——強要の事例を除いて——基本的には刑罰への犯行の帰属の段階で考慮されることになるであろうから、その限りでは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ように思われる。そして、このような広い正犯者の概念に異議を唱えたのが、以下で検討するパウアーであった。

第三節 パウアーの見解 (1840年他)

以上で取り上げたミッターマイヤーとステューベルに関連して取り上げるべきであるのは、パウアーの見解である。ゲッティンゲン大学の教授であった彼は1925年に最初の教科書『哲学的刑法綱要』²¹⁵⁾を書き上げた後、別のタイトルの教科書を二版まで執筆しただけでなく²¹⁶⁾、ハノーファー王国刑法典の制定に対して精力的かつ継続的に意見²¹⁷⁾を提示した人物で

215) *Anton Bauer*, Grundlinien des philosophischen Criminalrechts, 1825.

216) *Bauer*, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1827; ders., Lehrbuch des Strafrechtes, 2. Ausg., 1833.

217) *Bauer*, Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover mit Anmerkungen, 1826; siehe auch ders., Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, 1828; ders., Vergleichung des ursprünglichen Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover mit dem revidierten Entwurfe, wie solcher den Ständen des Königreichs mitgetheilt worden, 1831. 以下では第一の文献を *Bauer*, Anmerkungen (1826) と記し、第二の文献を *Bauer*, ↗

ある²¹⁸⁾。その意味で、以下で検討の対象とするバウアーの見解は、学説史上も立法史上も看過しえない重要なものを含んでいるのである²¹⁹⁾。

(一) ステューベル説やその他の客観説に対する批判

バウアーの見解の考察の出発点として、ステューベル説に対する批判が取り上げられる。すなわち、ステューベルが言うところの正犯者という表現は不作為を含まないという意味では狭いし、他方で幫助者も含んでいるという意味では広すぎるし、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実行者 (Vollbringer) も把握されているがゆえに曖昧 (zweideutig) であると非難した²²⁰⁾。

ただし、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り、バウアー自身は、後述する通り、ミッターマイヤーの影響の下、物理的発起者に代わる言葉として正犯者という言葉を使う方が適切であると主張しているのである。

またバウアーは後述する主観説の立場から、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、せいぜいで共働の態様や程度が考慮されたとしても、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非常に重要なモーメントを軽視してしまうことで、幫助

↘ Anmerkungen (1828) と記す。

218) Vgl. *Bloy*, Anton Bauer (1772-1843) und Seine Mitwirkung an der Entstehung des Criminalgesetzbuches für das Königreich Hannover von 1840, in: *Fitz Loos* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, S. 190 ff. この文献によると、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年草案として結実するものの、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年の修正草案には批判的な立場を採っていたようである (S. 194 f., 206)。

219) Vgl. *Redmann*, *Anstiftung*, S. 46, 61.

220) *Bauer*, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Bd. 1, 1840, S. 417; ders., *Anmerkungen (1828)*, S. 203. 以下では前者の文献につき、*Bauer*, *Abhandlung I* と記す。

者に対して不均衡な刑罰が科されてしまうと懸念を示すのであった²²¹⁾。

付言すれば、バウアーはその他の客観説に対しても批判を向けていく。つまり、クラインシュロートやフォイエルバッハ等による発起者の定義は、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たものであり、それゆえに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る²²²⁾。

(二) 主観説の展開

このような批判からバウアーは自説を展開していく。すなわち、ステューベル説によると従来の発起者と幫助者という二つの関与形態は客観的には何ら決定的な相違が見出されないという点は認めつつも、やはり発起者と幫助者は区別されなければならないのであるから、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あると主張したのである²²³⁾。

(三) 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にはどのような意味が見出されるであろうか。バウアーの見解では従来の発起者と幫助者の区別に拘泥しつつ、両者は客観的には相違はないという理解に基づき、行為者の主観面を考慮することにより、必要的幫助もしくは不可欠幫助を発起者の領域から排除

221) *Bauer*, Anmerkungen (1828), S. 209 f.; ders., Abhandlung I, S. 420 f.

222) *Bauer*, Abhandlung I, S. 428 f.

223) *Bauer*, Anmerkungen (1828), S. 208.; ders., Abhandlung I, S. 418 f.

但し以前の著作では、発起者と幫助者の区別について折衷的な見解と読むことができる記述があったことを勘案すれば、バウアーがその態度決定を次第に明らかにしていったと把握されよう。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.).

し²²⁴⁾、その領域を狭めることが可能になるであろう。従って、このような考察から明らかなように、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²²⁵⁾。

しかし、バウアーの批判は当を得たものと言い得るであろうか。というのも、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けれども、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。また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（本稿の第一章参照）であり、その他の形での客観説の展開が乏しかったという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出たものだったと捉えられよう。

さらには、バウアーの主観説もつまるところ実際の客観的な事象があって初めて意味を成すものとなろう。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などを考慮して初めて「自らの犯罪として意欲したのかどうか」という点を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というものそれ自体に、発起者と幫助者との区別についての独立した意義が認められるのか疑わしいであろう。

(四) ミッターマイヤー説を受容した点

それでは、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をどのように捉えられたのであろうか。上述の通り、彼の見解においては、ミッターマイヤーの影響を受け、その見解を受容した部分と拒んだ部分が見受けられる。

まず、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支持している点である。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

224) Vgl. *Bauer*, Lehrbuch, 2. Ausg., §78 (S. 119).

225) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 78.

の本質を為す行為を自ら実行した者 (Thäter, Vollbringer)」であるのに対して、「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し、そのように表現することが適切であると論じている²²⁶⁾。それゆえ、バウアーの共犯論としては、発起者と幫助者が主観的基準によって区別された上で、さらに発起者がその態様に応じて正犯者と教唆者に区別されるのである。

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をも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。というのも、教唆者の事例においてその行為には他人を犯行へと決定づける十分な原因があることが前提であるが、そのような十分な決定づけの理由を現に (wirklich) 含んでいたのかどうかということは、とりわけ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には単に教唆の未遂²²⁷⁾か幫助とみなされると論じているからである²²⁸⁾。

(五) ミッターマイヤー説を拒んだ点

しかし、従来より知的発起者の諸類型とされていたものの中から委任や助言は未だ排除されていないという点²²⁹⁾ではミッターマイヤーの見解をバウアーが完全に受け容れたわけではない。

既述の通り、客観的な観点から教唆者が正犯者と同じ刑で処断されるといふ命題は裁判官を惑わす危険な一般化であるとして反対していたミッターマイヤーとは異なり、バウアーは客観的な可罰性と主観的な可罰性を

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

227) Vgl. *Bauer*, Abhandlungen I, S. 430 f.

228) *Bauer*, Anmerkungen (1826), S. 469 f.; ders., Lehrbuch, 2. Ausg., § 76 (S. 117); Abhandlungen I, S. 430.

229) Vgl. *Bauer*, Lehrbuch, 2. Ausg., § 76 (S. 117); ders., Abhandlung I, S. 435 ff.

統一的に考慮することが適切であり、そのような観点からは教唆者が正犯者と全く同じ可罰性の段階にあると主張する。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さを示している一方で、犯罪の本来的な原因は教唆者であり、正犯者は教唆者が犯行の遂行のために利用した道具にすぎないという点に鑑みるのであれば、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裁判官によって法定刑の量定に際して考慮されるとするのである²³⁰⁾。

六) ま と め

以上検討したパウアーの見解は、発起者と幫助者の区別に関しては主観説に立脚した上で、前者の内部でさらに正犯者と教唆者を対置させるというものであった²³¹⁾。しかし、既述の通り、彼の主観説は当時の通説的地位にあった客観説の貧弱さから生まれ出たものであり、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、パウアーは、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

230) *Bauer*, Anmerkungen (1826), S. 472; Siehe auch ders., Abhandlungen I, S. 433 ff.

231) しかも、それは領邦法典の動向としても垣間見ることができる。例えば、正犯者と教唆者を対置させる1839年ヴュルテンベルク王国刑法典74条を挙げることができる。この点につき、フフナーゲルのコンメンタールでは、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る。Vgl. *Carl F. von Hufnagel*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg: zunächst für Praktiker, mit besonderer Rücksicht auf die gewählten Oberamtsgerichtsbeisitzer, Bd. 1, 1840, S. 150.

このヴュ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)とバイエルの諸草案が利用されたという経緯をもつ。Vgl. *Albert Friedrich Berner*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867, §114 (S. 112)。しかし、パウアーが(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の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。これについては別の箇所での検討に譲ることとする。

いずれの法典についても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. Hanover, S. 34 f.

唆の未遂か幫助者であるということは指摘するものの²³²⁾、一歩進めて間接正犯に類する関与形態は想定されなかったのである。換言すれば、パ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えようとする、旧来の知的発起者の諸類型の区分から完全には脱却しきれなかったと評価されよう。

第四節 ルーデンの見解 (1840年)

本節で考察の対象となるルーデンはヘーゲル学派に数えられないが、ヘーゲル哲学に大きな影響を受けた人物の一人であるとされる²³³⁾。ルーデンはミッターマイヤーの抱えていた問題意識、すなわち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

まず、ルーデンは関与形態について以下のような分類を示す。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という場合には共犯者が問題となるが、これに対して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その単独発起者として問題となるという区別を打ち立てたのである²³⁴⁾。

232) レットマンは、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は排除されたのだと評している。Vgl. *Redmann*, *Anstiftung*, S. 60.

233) Vgl. *Bubnoff*, *Die Entwicklung*, S. 88; *Bloy*, *Die Beteiligungsform*, S. 84; dagegen *Schroeder*, *Täter hinter dem Täter*, S. 21; *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, S. 152, 173.

234) *Heinrich Luden*, *Abhandlungen aus dem gemeinen Teutschen Strafrecht*, 2. Bd., *Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Recht*, 1840, S. 260 f., siehe auch S. 331 f. 以下では、*Luden*, *Abhandlungen II* と記す。

このように単独発起者と共犯者の区分という関与形態の枠組みを示すルーデンの見解についてブロイは、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²³⁵⁾。しかし、それは一面的な評価にすぎないであろう。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ところである。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する。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ことを指摘するのである²³⁶⁾。そこで彼は、従来、知的発起者の事例として挙げられる委任や命令、脅迫、錯誤の惹起のうち、後者の三つについ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) という犯罪の共犯とみなされるのか。また、命の危険に晒されて、強盗犯に金銭に辿り着きうる経路を示す出納係は強盗の共犯とみなされるのであろうか。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であろうか。

確かにこれらの事例では被命令者、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」ではないと結論づけるのであ

235) Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 85.

236) *Luden*, Abhandlungen II, S. 333.

る²³⁷⁾。

このようなルーデンの考察はミッターマイヤーから影響を受けつつ²³⁸⁾、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、単独の「発起者」の事例として把握したのであり、その点でミッターマイヤーの考えを一步押し進めたと評価しうるのである。その際、上述した命令の服従者や被脅迫者、被欺罔者の活動は犯罪的なものではないと把握されていることから明らかなように、多かれ少なかれ自由な意思決定を欠く、もしくは意思決定に瑕疵がある者の活動は、刑法上の答責の対象とはされないという点でルーデンは意思自由論に依拠しており²³⁹⁾²⁴⁰⁾、それをメルクマールとすることで共犯の事例と非共犯の事例を区別したと評価できるであろう。

(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は、いかに取り扱われているのかという点を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。

前述の通り、彼にとって共犯の事例とは、犯罪の原因が他人の活動の中

237) *Luden*, Abhandlungen II, S. 334 f. それに加えて、このような非共犯の事例においては、従来付されていた「知的」という形容は、当該事例が他の態様以上の特殊性を有さず、犯罪が実行されるところの諸態様のひとつにすぎないのであるから不要なのであり、単に発起者と表現すればよいとする。Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 340.

238) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 341 Anm. 1).

239) 既に第一巻では、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 aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, I. Bd., Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1836, S. 3.

240) 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を指摘し、そのことからルーデンの行為概念においては——書かれざるメルクマールであるが——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.

に存し、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うものであり、他人の犯罪的な活動はそれを唆す者の行為に属すると述べられているが²⁴¹⁾、なぜ他人の(自由な)行為が、唆す者の行為とみなされることになるのであろうか。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」²⁴²⁾と述べられていることを勘案するならば、誘致者と犯罪結果との因果連関は途切れているのにもかかわらず、なぜ誘致者は共犯者として責任を負うことになるのであろうか。

この点について彼は、他人の犯罪決意の借用 (Aneignen)²⁴³⁾²⁴⁴⁾ という概念を用いることでその説明を試みた。すなわち、「ある者の活動が現実的に犯罪的なものであるならば、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なのであり、それは彼自身の犯罪的な決意に由来する」としつつも、「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みなされうるといことは、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」と説明したのである²⁴⁵⁾²⁴⁶⁾。

241) *Luden*, Abhandlungen II, S. 348.

242) *Luden*, Abhandlungen II, S. 262 f.

243) 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、文脈から見て安達教授の訳語に従った。安達・前掲注(208)135頁参照。

244) このような直接行為者の犯罪決意の借用という発想は、フランス刑法における犯罪性借用説を彷彿させるものである。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ている。Vgl. *Luden*, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, Bd. I, 1847, §73 (S. 437).

245) *Luden*, Abhandlungen II, S. 349.

このように考えることでルーデンは、自由な意思決定をした者の背後にいる者も——結果との間で因果連関が途切れるとしても——共犯者として刑法上の負責の対象となるということを論じたのである。その際、ルーデンの共犯論は、直接行為者の犯罪決意（とその実行）に従属する共犯者像を描出しただけでなく²⁴⁷⁾、犯罪について自由に意思決定をした者が介在する場合には背後者と犯罪結果との間の因果関係は中断するという因果関係の中断論の先駆けとなったのである²⁴⁸⁾。

(四) ま と め

以上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つつ、ミッターマイヤーの見解では未だ（間接的）共犯者の枠組みの中で語られていたことが、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という概念の誕生の歴史をさらに一步押し進めたと評価しうるであろう。

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。すなわち、ステューベルにおいては機能的統一的正犯体系に類する構想の下、犯行それ自体の帰属の段階では行為者の自由意思をその前提に据えるものの、自

246) 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り、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、またカロリナ刑事法典の148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なく、その他人の決意を借用するという場合であり、前者は後者と共犯の関係に立つが、後者は前者と共犯の関係に立たないとされる。Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 360, 383 ff.

247) それゆえに、犯罪の委託・委任が受け容れてもられない場合のような共犯の未遂の事例では、他人の犯罪決意がない以上、その借用もありえないため、そもそも共犯の未遂というものが認められないことになる。Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 354.

248) Vgl. *Michael A. Ling*, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten: eine dogmengeschichtliche Untersuchung, 1996, S. 43 u. 184 ff.; siehe auch *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 127.

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たのに対し、ルーデンは自由意思の行為主体と結果との間で因果関係は「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責任を根拠づけたのである。その意味でルーデンの共犯論は、その後の自然主義的な因果関係の中断論の先駆けと評価しうるのである。

第五節 ケストリンの見解 (1845年)

本節以下で取り扱うヘーゲル学派²⁴⁹⁾は、ミッターマイヤー以降徐々に展開されていった間接正犯と教唆者の分化の歴史の中で、行為論の見地から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²⁵⁰⁾。

はじめに、ケストリンは1845年に『刑法の基本概念の新たな省察』²⁵¹⁾を上梓し、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人物である²⁵²⁾。その書名から明らかなように、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って、彼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る²⁵³⁾。以下では彼の行為論を概観し、それを踏まえて彼の共犯論、とくに知的発起者の取り扱いについて考察する。

249) 彼らの犯罪概念については、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巻2号(2013年)55頁以下も参照した。また後述する、彼らの共犯論において見られる間接正犯の原初形態との関連でヤコブスの共犯論にも目を向ける必要があろう。ギュンター・ヤコブス著／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頁以下参照。

250) Vgl. *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 293.

251) *Christian Reinhold Köstlin*, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845. 以下では、*Köstlin*, *Neue Revision* と記す。

252) Vgl. *Bloy*, *Die Beteiligungsform*, S. 79.

253) 山口「刑法学におけるヘーゲル学派」法学論集(駒澤大学)10巻(1973年)135頁参照。

(一) 行為と帰属について

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も行為は意思と所為の媒介的統一体であると捉える。では、なぜそのように把握されるのであろうか。彼は「犯罪とは意思の産物、つまり自由なる恣意の産物」²⁵⁴⁾ であると述べているように、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あると理解するのである²⁵⁵⁾。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) が要求されるのである²⁵⁶⁾。

そして、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のか、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²⁵⁷⁾。換言すれば、帰属が可能であると認められる以上は、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ということを意味するため、帰属の概念と行為の概念は一致するのである²⁵⁸⁾。

(二) 行為の諸モーメントと行為の止揚

こうしてケストリンは帰属概念と一致する行為概念を定立した上で、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

254) *Köstlin*, Neue Revision, §69 (S. 131).

255) *Köstlin*, Neue Revision, §70 (S. 131).

256) *Köstlin*, Neue Revision, §71 (S. 131 f.).

257) *Köstlin*, Neue Revision, §72 (S. 132).

258) 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ながらも、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はじめて取り扱われると述べていることを非難し、*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., a. a. O. (Fn. 244), S. 231, 233, 235.

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 (Vermittlung)²⁵⁹⁾ を挙げる²⁶⁰⁾。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し²⁶¹⁾、この両者の媒介的統一という形で行為が存在するのである。

従って、いずれかが欠けるところでは行為は存在しないことになる²⁶²⁾。すなわち、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される。特に絶対的強制の場合、被強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捉えられるのである²⁶³⁾。

(三) 発起者と幫助者を区別する目的という基準

さて、ケストリンはこの行為概念を基礎に共犯論を展開していくのである²⁶⁴⁾が、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と認められる以上、発起者と幫助者を分ける基準は目的 (Zweck) という概念に求められる。すなわち、発起者の概念には、行為がその総体性 (Totalität) において一

259) ヘーゲル哲学において「媒介」は「直接性 (Unmittelbarkeit)」と対使われる概念であり、「第一のものから出て、第二のものへ映っていることである」とされる。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) ということの意味する。例えば、子どもの存在は両親に媒介されている。加藤尚武ほか編『縮刷版 ヘーゲル辞典』(弘文堂・2014年) 387頁参照。

260) *Köstlin*, Neue Revision, §76 (S. 148).

261) *Köstlin*, Neue Revision, §77 (S. 148).

262) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §78 (S. 151).

263) Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung, S. 62 f.

264) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §78 (S. 152).

般に自由な主体と因果関係に立つということだけではなく、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ているとするのである²⁶⁵⁾。ゆえに、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区別基準が打ち立てられるのである²⁶⁶⁾。

しかし、このようなケストリンの目的という基準は既述のパウアーの主観説と異なり²⁶⁷⁾、その根拠が等価説的発想にあるのではなく、むしろ彼の行為論に存するという相違に着目するのであれば、両者の理論的な背景が異なるということは明らかであろう²⁶⁸⁾。

(四) 幫助と知的発起者(教唆)の対置

この目的という基準によれば、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るという従属的な性質が示される²⁶⁹⁾。ゆえに、この幫助の対概念として知的発起者(教唆)が観念される。つまり、教唆である知的発起者も発起者であるがゆえに、幫助と対置される関係に立つのである。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る。

さらに教唆とは、そのような他人の主体性を単なる手段に貶める因果関係であり、その場合には教唆者である背後者こそが自らを目的としているが、自らは手を下さない以上、彼の目的実現の手段として実行に出る者の

265) *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 448).

266) 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).

267) Dagegen *Redmann*, Anstiftung, S. 62 f., auch ähnlich *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 81.

268) Vgl. *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung, S. 122; *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 293. 付言すると、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ており、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いう事は認め難かったということも主観的基準を打ち立てた理由の一つではないかと考えられる。Vgl. *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 113.

269) *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 449), auch §134 (S. 465).

存在が必要不可欠であり、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²⁷⁰⁾。

もっとも、このような教唆の従属性は、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²⁷¹⁾。つまり、誤解を恐れずに言えば、ケストリンの共犯論における教唆とは自らを目的とするところの発起者として捉えられている以上——実際に犯罪を行う者を必要とするという意味では従属的な性格であるが——第一次的な答責主体なのであるから、現代的な教唆の理解、つまり共犯規定を刑罰拡張事由と解する限縮的正犯論を基礎にした「従属」共犯 (いわば第二次的な答責主体) として教唆を理解するものとは異なると見るべきであろう。

(五) みせかけの教唆

最も注目すべきは、間接正犯と教唆者の分化の歴史に大きな貢献をした点である。ケストリンは前節で検討したルーデンの主張を肯定的に評価し²⁷²⁾、以下のように述べる。すなわち、教唆の概念には、教唆者が自由因たる他人の現実の行為 (eine wirkliche Handlung) を自己の手段としているということを含むため、この他者には主観的に帰属能力がない場合や錯誤に陥っている場合、また暴行によって所為を強いられる場合は「みせかけの教唆」であり、唯一の物理的発起者であるとするのである²⁷³⁾。逆に、本来的な教唆の場合には、その手段として助言や委任、懇願、誘惑 (Verführung) が想定され、さらに命令や脅迫、錯誤の場合にはそれに

270) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 449), §134 (S. 465), §139 (S. 509).

271) Vgl. ähnlich *Bloy*, Die Beteiligungsform, S. 81.

272) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §140 Anm. (S. 510 f).

273) *Köstlin*, Neue Revision, §140 (S. 510). 付言すれば、このみせかけの教唆は過失の態様でもありうるのに対して、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) 貶めるという性質上、単なる 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とされる。Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §140 (S. 510) u. §141 (S. 513).

よって被教唆者の答責性が遮られない限りで教唆の成立が認められる²⁷⁴⁾。

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よるならば²⁷⁵⁾、被命令者は現実の行為 (Handlung) である以上、直ちに命令者を「みせかけの教唆」と評価することはできないであろう。その点ではルーデンらの理解と異なるかもしれない。しかし、教唆の手段についての叙述から明らかなように、命令によって被命令者の答責性が認められない場合²⁷⁶⁾には命令者がみせかけの教唆 (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ものと思われる²⁷⁷⁾。

(六) ま と め

以上のような考察から明らかなように、ケストリンはヘーゲル哲学に依拠した行為論を展開し、それを基礎にして、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ターマイヤーに続く学説の動向 (直接的にはルーデンの見解) を「みせかけの教唆」²⁷⁸⁾ と本来的な教唆の区分という形で表現したのである。しかもこの場合には背後者は単独犯であるということも——ルーデンの主張を一定評価しながら——認めたという点も鑑みれば、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のである²⁷⁹⁾。

274) *Köstlin*, Neue Revision, §142 (S. 514 f).

275) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §80 Anm. (S.155).

276) 被命令者の可罰性につきVgl. *Köstlin*, Neue Revision, §178 Anm. (S. 663 ff).

277) Vgl. *Redmann*, Anstiftung, S. 63.

278) 付言すると、この「みせかけの教唆」についてはミッターマイヤーも1847年になってフォエルバッハの教科書の第18版の脚注の中で言及している。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14. Aufl., §46 Note I. des Herausg. (S. 87). Dazu darstellt *Hruschka*, a. a. O. (Fn. 171), S. 598.

279) 但し、この「みせかけの教唆」論が現代的な間接正犯論と完全に一致するわけではない。この点については、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ると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には該当せず、本来的な教唆の事例として取り扱われることになるであろう。Vgl. ♂

第六節 ベルナーの見解 (1847年)

前節では、ヘーゲル哲学に影響を受けて展開されたケストリンの行為論と彼の共犯論を検討した。これに対して、同じヘーゲル学派であるベルナーの共犯論はどのように展開されたのであろうか。ベルナーは1843年に『刑法上の帰責論綱要』²⁸⁰⁾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た人物である²⁸¹⁾。ブブノフによると、彼の行為論については上記モノグラフィーの中で主張されたことが基本的には維持されたようである²⁸²⁾。以下では、そのベルナーの行為論を概観した上で、彼の共犯論のモノグラフィー『犯罪共犯論および故意と過失に関する新たな論争』²⁸³⁾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という点について検討する。

(一) ベルナーの行為論

ベルナーはケストリンと同様²⁸⁴⁾、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

↘Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 110 f.

280) Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843. 以下では、Berner, Imputationslehre と記す。

281) 山口・前掲注(253)133頁参照。Siehe auch Ernst Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbbd., Fußnoten, 1910, S. 293.

282) Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung, S. 68 Fn. 2, u. S. 69.

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

284) より適切に言えば、帰責論に関してはベルナーの構想がケストリンに影響を与えたと見るべきである。Vgl. Berner, Theilnahme, S. 21 ff.

また紙幅の都合上、本稿の考察外におかれているが、ベルナーに先行して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て行為と帰属の捉え方を示していた。Vgl. Julius Friedrich Heinrich Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, §78 ff. (S. 122 ff.).

れる。つまり、純粹客觀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のである²⁸⁵⁾。ゆえに行為が存在する、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であるという判断が帰属であり、行為という概念は帰属の本質全体を汲み尽くすものであるとされるのである²⁸⁶⁾。従って、ベルナーの行為論においてもケストリンのそれと同じく、帰属概念と行為概念の一致が認められるのである。

(二) 帰属の止揚と可罰性の止揚

以上のことは、ケストリンの行為論とそれほど変わるものではないと見受けられるかもしれない。しかし、ベルナーの構想はケストリンのそれよりも明瞭に²⁸⁷⁾、行為論と可罰性論を区別する。

それゆえ、物理的な強要 (*vis absoluta*) は、客觀的な事象と主体の意思との間に齟齬を生じさせるものであるため、意思と所為の媒介が欠如することを理由に帰属が止揚されるのである²⁸⁸⁾。

これに対して脅迫の場合には、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²⁸⁹⁾、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ことになる²⁹⁰⁾。同様のことは正当防衛や許された自力救済、拘束的な命令の場合にも妥当するとされる²⁹¹⁾。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、ケストリンの共犯論において示された「見せかけの教唆」の理解と関係することとなる。

285) Vgl. *Berner*, Imputationslehre, S. 39.

286) *Berner*, Imputationslehre, S. 41.

287) Vgl. *Berner*, Imputationslehre, Vorrede (S. VIII f.).

288) *Berner*, Imputationslehre, S. 58. しかもこの場合に強要された主体は「道具」として現れ、帰属はその道具を利用した者になされると述べられている。

289) *Berner*, Imputationslehre, S. 49.

290) *Berner*, Imputationslehre, S. 49 f.

291) Vgl. *Berner*, Imputationslehre, S. 49.

(三) メタモルフォーゼとして展開する共犯論

上述の行為論を基礎にしてバルナーは共犯論を展開し、ケストリンと同様、発起者と幫助者の区別について行為者の意図 (Absicht) という主観的な基準を示す²⁹²⁾。しかし、バルナーはケストリン批判の文脈で、共犯の展開を単に主体性と客観性の媒介的統一とみなしてはならないとした上で²⁹³⁾、極めて複雑かつ独特な共犯論を展開する。

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²⁹⁴⁾に着目して、共犯論の展開をメタモルフォーゼ (Metamorphose)²⁹⁵⁾ という弁証法的な進展として有機的に捉えようと試みるのである。概略的に言うならば、それは以下の通り展開される。すなわち、1) 直接的発起者²⁹⁶⁾が直接的幫助を決定づけることから「幫助に対する教唆」になり²⁹⁷⁾、2) この幫助が知的影響を行使することによって「知的幫助」になり²⁹⁸⁾、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から「知的発起者」に

292) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 8.

293) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 30.

294) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 9.

295) ヘーゲルは精神現象学の序文において認識の歴史的發展を「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」の發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のであるが、ゲーテはこうした変態は動物だけでなく、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。加藤はか・前掲注 (259) 491頁以下参照。ゲーテの植物変態論については、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) 639頁以下参照。

296) 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、バルナーからすると、「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ているからである。Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 270.

297) *Berner*, *Theilnahme*, S. 9.

298) *Berner*, *Theilnahme*, S. 9 f.

なり²⁹⁹⁾、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で「偶然的共同発起者」が登場し³⁰⁰⁾、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で「謀議」になり³⁰¹⁾、6) 最後にこの謀議が反復継続されることで集団 (Band) へと変化する³⁰²⁾と捉えられている³⁰³⁾。

四) 幫助と教唆の対置？

このようなベルナーの共犯論によるならば、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。というのも、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」を意味するからである³⁰⁴⁾。それゆえに真に対立するのは、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」であると捉えられるのである。

さらに、従犯には知的従犯の場合も想定されており、この知的従犯において他人を唆するというモーメントがある以上、対立物とされる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、この対立は表面的であると批判されるのである³⁰⁵⁾。従って、この叙述から明らかなように、ベルナーの共犯論において教唆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。

299) *Berner, Teilnahme*, S. 10.

300) *Ebenda*.

301) *Berner, Teilnahme*, S. 11.

302) *Berner, Teilnahme*, S. 11 f.

303) 以上考察した一連の共犯論の展開をベルナーは、さらに諸カテゴリに分類する。すなわち、実体的関係として直接的発起者と直接的幫助者、因果的關係として幫助に対する教唆、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.

304) Vgl. *Berner, Teilnahme*, S. 269.

305) Vgl. *Berner, Teilnahme*, S. 31.

(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の中で、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、賞賛を取り上げて論じているが、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て考察する³⁰⁶⁾。

(1) 委任形態について——ミッターマイヤー批判？

まず、委任の形態に関しては、彼の行為論上その成立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）に何の欠如もない以上、知的発起者の成立の可能性は認められる³⁰⁷⁾。

この点でベルナーは、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するのである³⁰⁸⁾。

しかし、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ように思われる。というのも、ミッターマイヤーが言うところの発起者（＝他人の犯罪の惹起）は、現代で言う間接正犯に近いが、それに対して

306) 以下の諸形態の検討とは別にレットマンは、助言形態が基本的には教唆犯の事例としてではなく、幫助者のそれとして理解されている点を指摘している。Vgl. *Redmann, Anstiftung*, S. 63. この点につい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。

307) *Berner, Teilnahme*, S. 275.

308) *Berner, Teilnahme*, S. 280.

ベルナーの言う知的発起者は、現代で言う教唆者に近いからである。それゆえに、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

次にベルナーによると、命令は権威 (Autorität) に由来した委任の一種であるとされるが、既述の通り、行為論の文脈では、命令を脅迫と同様に考えている側面もある。ゆえに、拘束命令か非拘束命令³⁰⁹⁾かに拘わらず、命令された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) は止揚されないため、命令者は知的発起者と評価されるが、被命令者の可罰性は止揚され、それゆえに不処罰であると結論づけられる³¹⁰⁾。この点、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いし、いかなる場合でも命令形態が「みせかけの教唆」と評価されているわけではないということに鑑みれば、ベルナーの批判は単にケストリンの説明のどこちなさを指摘したものではなかろうか。

(3) 脅迫と強要の相違

さらに脅迫と心理的強制 (vis compulsiva) の場合には知的発起者の成立が認められるのに対して、強要と物理的強制 (vis absoluta) の場合にはそ

309) 非拘束命令の場合、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について自らの判断によって吟味する義務を負うのであり、この義務に反して彼が吟味をせずに命令を履行した場合、彼は物理的発起者になり、命令する人間は知的発起者であるとする。

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、自分の意思と法律の意思が一致しているという意識で肅々とその命令を履行する場合、その部下は単なる執行人であり、彼の答責性は完全に上司に帰せしめられると論じられている点は注目に値する。Vgl. *Berner, Teilnahme*, S. 281.

310) *Berner, Teilnahme*, S. 282 f.

の成立が否定される³¹¹⁾。特に後者については、AがBの腕を掴んで、その意に反してCを殴らせるという物理的強制の場合、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がゆえに行為とは見られないため、強制者Aが単独の発起者、つまり直接発起者であるとされる。

(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であり、直接的発起者であるとする。但し、客体の錯誤のように、帰属は止揚されず、可罰性が止揚されるか下げられる場合には、その錯誤者は物理的発起者、背後者が知的発起者となるのである³¹²⁾。

(六) ま と め

以上見たように、ヘーゲル哲学に影響を受けたベルナーは共犯論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るという枠組みの下、ミッターマイヤー以降の議論に沿う形で、行為論の帰結から、従来知的発起者とされてきた諸形態の中の一定の事例では背後者は知的発起者ではなく「直接発起者」³¹³⁾であると結論づけたのであり、その点に間接正犯の原初形態を見出すことができよう。

付言すると、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」という名称を用いたのは、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)であるという彼らの行為論か

311) *Berner*, *Theilnahme*, S. 283.

312) *Berner*, *Theilnahme*, S. 289 f.

313) このような場合に「物理的発起者」ではなく、「直接的発起者」という用語が当てられている理由については前掲注296)参照。Siehe auch *Berner*, *Theilnahme*, S. 289 f.

らすると、所為 (That) 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と思われる³¹⁴⁾。

第七節 小 括

本章では知的発起者の名の下で包摂されていた教唆犯と間接正犯が分化していく萌芽が、1851年のプロイセン刑法典が成立するまでの学説の中で、師であるフォイエルバッハと異なり、意思自由論に立脚したミッターマイヤーの主張を出発点に展開されていったことを明らかにした。しかし、その過程でミッターマイヤーの見解が全て受け容れられたわけではなく、学説の中にはパウアーのように旧態依然として背後者と直接行為者の可罰性の程度という形で意思自由を考慮する見解も存在したが、ルーデンのように行為に出る者の意思自由の制約の程度に鑑みることでミッターマイヤーの見解を受け容れ、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事例を共犯者の事例ではなく、単独発起者の事例として把握しようとする試みも登場した。

さらに、この主張は、特にヘーゲル学派の行為論に基礎づけられ、従来の知的発起者の諸類型のうち、特に強要や錯誤の事例においては直接行為者に「行為」が認められないため、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」）であるとする見解へと結実していったのである。

このような学説の展開を明らかにしたことで原初形態としての間接正犯論は相当程度明らかになったであろうが、名称の問題は依然として残っている。つまり、学説上これらの事象は——ヘーゲル学派の行為論も一つの理由であろうが——「間接正犯」とは呼ばれなかった。また、他人を犯罪に誘致する者は知的発起者という名称に代わって「間接正犯」ではなく、むしろ「教唆者」と呼ばれていたのであり、その限りで正犯者 (Täter)

314) Vgl. *Berner, Teilnahme*, S. 206.

とは犯行 (Tat) を自らの手で実行する者が想定されていたということも明らかとなろう。

以上の名称の問題も含めて、本章で取り上げた諸学説の議論の展開と関連して領邦法典の共犯規定に変化はあったのかという点、さらには1851年のプロイセン刑法典成立後、学説はどのように展開したのかという点に関する考察は次章に譲ることとする。