

# 間接正犯論の歴史的考察（2）

——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——

市 川 啓\*

## 目 次

はじめに	
第一章 故意ある道具に関する日本の学説の概観	(以上, 366号)
第二章 20世紀前半のドイツにおける故意ある道具を巡る論争 ——目的的行為論の登場後の議論まで	
第一節 ライヒ裁判所の裁判例と故意ある道具の問題の登場	
(一) 故意ある道具に関する裁判例	
(二) 批判的検討	
(三) ま と め	
第二節 諸草案における共犯規定の変遷と故意ある道具	
(一) 1909年予備草案および1911年対案	
(二) 1919年草案	
(三) 1925年草案と1927年草案	
(四) ナチス期の諸草案	
(五) ま と め	(以上, 本号)
第三節 いわゆる限縮的正犯論内部の争い	
第四節 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立	
第五節 目的的行為論と間接正犯論	
第六節 小 括	
第三章 戦後ドイツにおける間接正犯論の新たな展開と故意ある道具	
第四章 考察ならびに展望	
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

## 第二章 20世紀前半のドイツにおける故意ある道具を巡る論争 ——目的的行為論の登場後の議論まで

前章では、目的なき・身分なき故意ある道具に関するこれまでの日本の議論を手短に振り返り、その問題点を確認した。本章では、少々長くなるが、主に20世紀前半のドイツにおける間接正犯論の歴史的展開を目的なき・身分なき故意ある道具の事例を素材に考察していくこととする。

まず、本章の考察の出発点として第一節では——その一部は別稿で論じたものと重なっているが——目的なき・身分なき故意ある道具の問題が登場する契機となったライヒ裁判所の裁判例について概観・検討し、第二節では20世紀初頭に始まった立法作業において諸草案の共犯規定が変遷していく中、教唆犯や間接正犯といった概念、さらには裁判例を通して議論の俎上に載せられた故意ある道具の問題がどのように取り扱われたのか明らかにしていく。そして、諸裁判例と諸草案の分析を踏まえた上で、第三節以下では諸学説の検討に入る。第三節では、いわゆる限縮的正犯論内部において——いわゆる因果関係の中断論（もしくは遡及禁止論）の賛否と対応する形で——故意ある道具を利用する間接正犯の賛否につき見解の対立があったことに着目し、検討を加えている。そして第四節では、1930年前後に始まった正犯概念の対立に着目する。すなわち、第三節の諸学説と異なり、間接正犯を否定的に捉え、教唆犯に解消しようとしたツインマールとブルンスの限縮的正犯論を検討した上で、1930年のフランク古稀祝賀論文集で拡張的正犯論を展開したエバハルト・シュミットと、同じく代表的論者であるメツガーが間接正犯概念を、そして目的なき・身分なき故意ある道具の問題をどのように捉えたのかを検討する。最後に第五節では、ヴェルツェルによって展開された、故意作為犯と過失・不作为犯で正犯概念を区分する目的的行為論における間接正犯論と目的なき・身分なき故意ある道具の問題を検討する。

## 第一節 ライヒ裁判所の裁判例と故意ある道具の問題の登場

本節では、目的なき・身分なき故意ある道具の問題に関する論争の契機となったライヒ裁判所の裁判例を取り上げる。最初に、ライヒ裁判所が正犯基準として採用した主観説を確認した上で、故意ある道具に関する裁判例を概観・検討することとする。

### （一）故意ある道具に関する裁判例

#### （１）ライヒ裁判所の主観説について

周知の通り、ライヒ裁判所では、主観説が正犯と共犯を区別する基準として採用されていた。それは1879年に判事に任命されたブーリー<sup>120)</sup>によってもたらされ、構成要件該当結果の発生に寄与した条件は全て同価値であるとする等価説と体系上の関係を有するとされる<sup>121)</sup>。つまり、構成要件に該当する結果に対する因果的な要因は——方法や程度に左右されることなく——すべて等価であるがゆえに、当該結果と条件関係に立つ関与者はすべて——正犯であろうとも共犯であろうとも——結果を同程度に惹起した者であると捉えられる。そのため正犯と共犯は、客観的な基準に応じて区別されえず、関与者の意思方向という内心的態度に応じて区別されることとなる<sup>122)</sup>。

そして、一般にこの主観説には二つのヴァリエーションが存するとされ

---

120) ブーリーの（とりわけ初期の）主観説については、拙稿（3・完）・前掲注（1）163頁以下を参照されたい。

121) Vgl. *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011, §8 Rn. 17 u. §12 Rn. 9; *Wolfgang Joecks*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2011, §25 Rn. 7 (mit Fn. 9).

122) Vgl. *Joecks*, a.a.O. (Fn. 121), §25 Rn. 6, 7 u. Rn. 18, 19; siehe auch *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: *Adolf Schönke/Horst Schröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, Vor §25 Rn.52 u. 53; *Roxin*, *Tatherrschaft*, S. 51 ff.

る。すなわち、意思説 (Dolustheorie) と利益説 (Interesstheorie) である。いわゆる意思説によれば、正犯意思 (animus auctoris) を有するものが正犯であり、他方で共犯意思 (animus socii) を有する者が共犯であるとされる。ゆえに、ある者がその犯行を自己のものと意欲し、それに応じて自らの意思を他人の意思に従属させていない場合には正犯意思が肯定されるのに対し、ある者がその犯行を自己のものとは意欲せず、ただ他人の犯行を援助しようとし、その結果として正犯の意思に従属しているにすぎない場合には共犯意思が認められる<sup>123)</sup>。さらに、時の経過とともにライヒ裁判所は、犯行の実行に対する利益という基準、つまり利益説を持ち出した。これによると、犯行遂行に対する自己の利益を有し、それによってその犯行の遂行を自己のものと意欲する者が正犯となる<sup>124)</sup>。

しかし、このようなライヒ裁判所の主観説に対しては学説からの批判が強かった<sup>125)</sup>。例えば、住居に侵入した窃盗犯とその見張りの二人が、共に貧困者のためにそれを為した場合、主観説によるならば、窃盗に関して共同正犯が存在しないことになってしまい、制定法 (ライヒ刑法典47条<sup>126)</sup>)

123) ERGSt 2, 160, 162 f. u. ERGSt 3, 181, 182 f. 以降に確立した判例であるとされる。Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 42), 21/27 Fn. 48.

124) 利益説の代表的な判例としてしばしば持ち出されるのが、婚外子の新生児を産んだ自身の妹に頼まれてその新生児を浴槽で自らの手で溺死させたという、いわゆる浴槽事件 (ライヒ裁判所第三刑事部1940年2月19日判決; ERGSt 74, 84) である。ライヒ裁判所は、直接行為者である姉は新生児の殺害によって何かしらの自己の利益を追求したわけではなく、ただ妹のためにそれを為したのであるから正犯ではなく幫助であると判断した。よく知られている話であるが、このように判断することによってライヒ裁判所は、姉に謀殺正犯として死刑が科されてしまうことを回避しようとしたのである。Vgl. *Fritz Hartung*, Der „Badewannenfall“, JZ 1954, S. 430 f.

125) しかし、学説の中にも主観説の立場から故意ある道具を認めた者がいた。Siehe z. B. *Theodor Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Theilnahme am Verbrechen und die mittelbare Thäterschaft: nach deutsch-preußischem Recht, 1888, S. 91. ボルフエルトの見解につき、拙稿 (3・完)・前掲注 (1) 187頁以下を参照。

126) ライヒ刑法典47条は、以下のように規定されていた。

「複数人が可罰的な行為を共同して実行した場合、みな正犯として処罰される。」

と相容れないと批判された<sup>127)</sup>。またビルクマイヤーも「そもそも何人もただ単に他人の利益で活動しないのに、いわんや可罰的な行為を犯さないであろう」<sup>128)</sup>と批判し、フレーゲンハイマーも教唆の事例では通常、決定づける者は犯行の利益を有し、犯行計画を練り上げたが、何かしらの理由で自ら犯行を遂行することを避けた者なのであるから、主観説を一貫させると、現行法の教唆犯規定からその実際上の適用可能な範囲のほとんどを取り去ってしまうと批判した<sup>129)</sup>。

## （２） 目的なき・身分なき故意ある道具の裁判例

このような批判を浴びつつも主観説を採用していたライヒ裁判所は、ライヒ刑法典が制定されて間もなく目的なき・身分なき故意ある道具を利用した間接正犯の存在を認めていたことが確認される。そこではどのような事例が問題とされ、そしてどのような理由づけの下で間接正犯が認められたのであろうか。以下では、この問題に関連する六件の裁判例を取り上げ、概観・検討する<sup>130)</sup>。

---

↘ Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1872, 1871, §47 (S. 10). 以下では、Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich と記す。

127) *Wachenfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 201; *ders.*, a.a.O. (Fn. 16), S. 34 f.; siehe auch *Georg Goetz*, Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 115, 1910, S. 33, 37.

128) *Karl Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 37.

この点、幫助者も自己の利益を有していることを認めつつ、主として他人の利益で行為しているのだと修正したとしても、結局のところ、何故に幫助が正犯よりも軽く処罰されるのか説明できないではないかと再批判される。

129) *Eugen Flegenheimer*, Das Problem des „dolosen Werkzeug“, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 164, 1913, S. 29; Siehe auch *Beling*, a.a.O. (Fn. 6), S. 596.

130) ここで取り上げる裁判例については、以下の文献を参照した。Vgl. *Wolfgang Mittermaier*, Gutachten über §300 R. St. G. B., Ergänzung II, Bemerkungen zur sog. Mittelbaren Thäterschaft, ZStW 21, 1901, S. 256 ff.; *Justus Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. (neu arbeitet von *Karl Lorenz*, u. a.), 1927, S. 206; *Lotz*, a.a.O. (Fn. 5), S. 8 ff., 457 ff.

(a) 酒造税ほ脱事件(ライヒ裁判所第二刑事部1880年3月5日判決；  
ERGSt 1, 250)

本件は、Rの騎士領(Rittergutsbesitz)に属する蒸留所の管理人をしていた被告人Sが、1874年から1876年にかけて反復して税官庁に申告されていない酒造行為を、情を知る四人の部下(共同被告人)を通じて行ったことにつき、蒸留酒の密造行為とそれによる脱税行為(1819年4月の租税令61条違反)が問題となった事案である。しかし、犯行の際、被告人には脱目的はあったものの、部下下にもその目的があったのかどうか明らかにならなかったため、最終的にライヒ裁判所は事件を原審に差し戻すことになった。

その理由の中でライヒ裁判所は、四人の部下には脱目的があった場合となかった場合を想定し、前者の場合には実行者である部下らが61条違反の正犯であり、背後者Sはその教唆となるであろうが、これに対して後者の場合、行為者は自身の行為の違法を認識するだけでなく、当該目的を持つことで初めて故意(より正確に言えば、正犯としての故意)が認められるため、本事案においてその目的を欠く直接行為者は背後者の「道具」となるであろうと評したのであった<sup>131)</sup>。

また本件は、納税義務違反の事案であったことに鑑みれば、問題となる規定に違反しうるのは納税義務を有する者だけであるため、その限りで同時に身分なき故意ある道具にも関連する事案であったと言えよう。

(b) 給与名簿事件(ライヒ裁判所第三刑事部1880年12月8日判決；  
ERGSt 3, 95)

本件は、1879年にバルリンからコーブレンツの鉄道の路線の建設の一部を委託され、現場監督(Schachtmeister)として従事していた被告人ThとStが、給与名簿を作成する際に、全くもしくは少なくとも報告時には当

---

131) ERGSt 1, 250, 251 f.

該鉄道の路線の建設では雇われていなかった従業員の名前を記入し、その後、情を知る従業員Sに金銭を受け取りに行かせた。そして、Sは給与を受け取る権利がないにもかかわらず、給与名簿に存在する名前を使って虚偽の受領のサインをした。その後、Sが受け取ってきた金銭を少額の報酬と引き替えに、被告人らが受け取ったという事案である。そこで、直接行為者の一身においては刑法267条<sup>132)</sup>に対応する故意が、被告人らの一身においては刑法268条<sup>133)</sup>に対応する故意が存在する場合、被告人らは刑法268条の文書偽造の教唆なのか、それとも正犯なのかということが問題とされた。

これについてライヒ裁判所は、故意ある道具を認める態度を窺わせた。すなわち、原審が「被告人らが犯罪の故意を実現するために利用した従業員Sは、自身の行為の違法性をおそらく自覚しており、意思なき道具ではない」と判断したことを非難した上で、原審の認定によるならば、被告人らは単に違法な目的においてではなく、自ら財産的利益を手に入れる目的でSを利用し、そしてSは被告人らの志向を知らず、ただ単に第三者の委任もなくその名前で受領のサインをすることについて違法な意識で行為した、換言すれば、刑法268条に規定された目的を有していなかったとすれ

---

132) ライヒ刑法典267条は、以下のように規定されていた。

「違法な意図において国内もしくは国外の公的な文書、ないしは法や法的関係の証明に必要な私的文書を変造もしくは虚偽の作成をし、それを欺罔に用いる目的で使用する者は、文書偽造を理由に軽懲役に処せられる。」

Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich §267 (S.58).

133) ライヒ刑法典268条は、以下のように規定されていた。

「自ら財産上の利益を得る若しくは他人にそれを得させる、ないしは他人に損害を与えるという目的で犯された文書偽造は、以下の場合に処罰される。すなわち、

1. その文書が私文書である場合、五年以下の重懲役に処罰され、それと並んで罰金刑も言い渡されうる。

2. その文書が公文書である場合、十年以下の重懲役に処罰され、それと並んで罰金刑も言い渡されうる。減輕事由が存在する場合、私文書の偽造の場合は二週以上、公文書の場合は三週以上の軽懲役となる。」

Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §268 (S.59).

ば、Sには刑法268条の故意は存在しない以上、背後者である被告人らを刑法268条の正犯と評価すべきであろうと主張した<sup>134)</sup>。つまり、情を知る者が介在していたとしても、刑法268条の所定の目的を持たず、当該犯罪の故意(より正確には、正犯としての故意)を有するとは認められないため、背後者を刑法268条の正犯と認定しようと考えたのであろう。また、同じく有罪判決の下されていた詐欺の事実についても、その成立は疑わしいと判断し、最終的にライヒ裁判所は破棄差戻しを命じたのであった<sup>135)</sup>。

(c) 愛犬取返し事件(ライヒ裁判所第二刑事部1884年6月10日;  
RRGSt 6, 416)

本件は、被告人Hの牧羊犬と自分のそれを交換したWから、さらに買い受けた羊飼いのRが、その犬を自分の家の前に鉄鎖でつないでいたところ、数日後にHは元の犬を取り戻すべく、共同被告人のLとともにRの住む町まで向かい、HのためにLはRの農場の壁をよじ登り、犬を鎖から放ち、居酒屋で待つHのもとに犬を連れていったという事案である。原審は、被告人HとLが違法な領得目的をもって共同してRから犬を奪取したと認定したが、これに対してライヒ裁判所は、Hに関してはLを道具として利用して元の犬の奪取を実現したのであるから、原審がHを正犯と認定したことは正しいとする一方、Lの正犯性に関しては疑いを差し挟んだ。すなわち、認定された事実によれば、LはHのために犬を奪い取っている以上、自己の利益を有していないのであるから<sup>136)</sup>、自己領得目的を有する者だけが主体となりうる刑法242条<sup>137)</sup>の正犯ではなく、幫助にすぎない

---

134) ERGSt 3, 95, 98 f.

135) ERGSt 3, 95, 99 f.

136) しかもライヒ裁判所は、第三者に贈与するために一旦自分が受け取ることは自己領得に含まれないと判断した。Vgl. RRGSt 6, 416, 418.

137) ライヒ刑法典242条は、以下のように規定されていた。

「他人の動産を違法に自ら領得する目的で他人から奪取する者は、窃盗を理由に禁固刑に処せられる。未遂は可罰的である。」



として破棄・差戻しを言い渡したのであった。

この事案は、窃盗罪の自己領得目的に関連した、目的なき故意ある道具がはっきりと認められた事案である。ここでも、既に検討した酒造税は脱事件や給与名簿事件と同様、直接行為者は情を知って行為に出ているが、当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠くがゆえに故意（より正確に言えば、正犯としての故意）を持たないため、背後者の道具にすぎないというロジックが見受けられよう。

(d) 囚人移送事件（ライヒ裁判所第四刑事部1896年1月4日；ERGSt 28, 109）

本件では、被告人である市長Bが、囚人の移送の際に自己の権限にかかる輸送伝票を、非権限者であり、また事情を知っている私設秘書のSに改ざんさせたため、「自身に対して公的に委ねられている、もしくは入手可能な文書の変造を公務員でない他人によって故意に実行させた者は、その他人が自己の行為によって惹起される結果の違法性を認識しており、単なる道具として行為していない場合であっても、刑法348条2項<sup>138)</sup>に予定された犯行の正犯とみなされうるか<sup>139)</sup>」ということが問題となった。

これについてライヒ裁判所は、私設秘書Sは公務員ではないため、そもそも自ら刑法348条2項の罪を犯しえない以上、被告人Bを教唆犯と認めることはできなかつつ、Sは身分を持たない以上、当該犯罪の故意（より正確に言えば、正犯としての故意）を有しえないのであるから、輸送伝

---

↘ Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §242 (S. 51).

138) ライヒ刑法典348条は、以下のように規定されていた。

「公的な文書を作成する権限を有しており、自身の管轄内で法的に重要な事実を故意で虚偽の作成をする、もしくは公的な記録簿ないしは名簿に虚偽の記入をする公務員は、二ヶ月以上の軽懲役に処せられる。

この刑罰は、その者に公的に委ねられている、若しくは入手可能な文書を故意に破棄する、もしくは隠匿する、損なわせる、変造する公務員に妥当する。」

Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §348 (S. 76).

139) ERGSt 28, 109.

票の変造行為はその故意をもって惹起した被告人Bに彼自身の行為として帰属され——しかもSが事情を知っていたとしても——間接正犯が認められるとした<sup>140)</sup>。もっとも、この事案は身分なき故意ある道具の事案として当時から取り上げられていたが、シュペンデルが指摘する通り、刑法348条2項の公務員という身分は刑法267条との関係において刑を加重する事由であると捉える限り、刑法50条(現行28条2項)を前提に、Sは刑法267条の直接正犯、被告人Bは刑法348条2項の教唆として処断されるべきであったと言えよう<sup>141)</sup>。

(e) ゴムボール事件(ライヒ裁判所第一刑事部1906年7月11日判決;  
ERGSt 39, 37)

本件は、目的なき故意ある道具の事案として最も有名な事案である。すなわち、被告人 Pf が、木の柵で四方が囲まれた庭に赤い物体が転がっているのを見て、それをゴムボールだと思い(実際には木球であった)、それを自身の妹にあげるため、その奪取を被告人Wに頼んだところ、彼はそれを了承した。そしてWは、力尽くで二つの木柵を取り壊して、その隙間から庭に侵入したが、ボールと思われたものを拾い上げたところ、それはボールでなかったため、それを再び地面に置き、庭を後にしたという事案である。その際、背後者 Pf は、自分の妹に「ゴムボール」をあげることを意欲していたため、その一身において窃盗罪(刑法242条)の自己領得目的を有していたが、他方で実際に奪取の未遂を生じさせたWは、その際に何らかの経済的な利益を追求せず、その「ゴムボール」を Pf に即時に渡そうとしていたため、当該目的を有していなかった。

このような事実関係の下、ライヒ裁判所は故意ある道具を利用した間接

---

140) ERGSt 28, 109, 110.

141) Vgl. *Günter Spendel*, Der „Täter hinter dem Täter“ —eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, in: *Günter Warda*, u. a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 153.

正犯の存在をはっきりと認めた。すなわち、「当該取り決めに基づき、正犯故意と内心的構成要件 (innere Tatbestand) 全体を備える者が、外部的な構成要件メルクマールの全体を、完璧に情を知っているが、正犯故意を持たずに行為した道具たる幫助を通じて実現させたという意味での間接正犯の法的可能性は拒絶されてはならないし、その可能性をライヒ裁判所はたびたび承認してきた」と述べた上で、「Wは、ゴムボールと思われた物の奪取を被告人 Pf のために実行し、そして Pf はその「ボール」をWの援助の下で自ら領得するつもりであった」以上、間接正犯の成立可能性が存在するとした<sup>142)</sup>。そして、ライヒ裁判所は Pf が刑法242条の間接正犯、Wがその幫助であることを前提に、刑法46条1項<sup>143)</sup>の中止犯規定の適用可能性に関しては、(狭義の)共犯に適用する可能性を一般に否定しつつも、本件のような場合には刑事政策的な考慮から両者に適用されることを認めたのであった<sup>144)</sup>。

これらの叙述から明らかな通り、主観説に立脚するライヒ裁判所にとっては、(当該犯罪の成立にとって必要な目的を欠きつつも)情を知って行為するWを間接正犯の道具と評価することに特段の支障もなく、簡潔な説明で済ましよう問題だったのであろう。

142) RGSt 39, 37, 39.

143) ライヒ刑法典46条は、以下のように規定されていた。

「以下の場合、その未遂はそれ自体として不処罰にとどまる。すなわち、行為者が、

1. 意図された行為の実行を、その意思によらない事情によって阻止されたのではなく放棄した場合、もしくは

2. 行為がいまだ認められない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に属する結果の発生を自らの活動によって阻止した場合。」

Vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §46 (S. 10).

144) 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について（二・完）」法学（東北大学）64巻（2000年）54頁以下参照。

(f) ガチョウ小屋事件(ライヒ裁判所第二刑事部1913年12月15日判決; ERGSt 48, 58)

本件は、被告人が所有者Mのガチョウ三羽、所有者Rのガチョウ二羽のいる、施錠された小屋の鍵をこじ開け、後に来たる善意の債権者Wに五羽のガチョウを10マルクの債務弁済のために差し出し、それが了解され、Wは小屋からガチョウを追い出して駆り立てたという事案である<sup>145)</sup>。

従って、この事案は、直接行為者である債権者Wは善意であるため、目的なき故意ある道具の事例ではなく、通常の間接正犯の一事例であり、被告人はガチョウに触れることなくWにそれを得させたため、刑法242条における奪取の概念が問題とされた。すなわち、それを通して当該物がその物的価値に応じて行為者の財産へと組み込まれるところの奪取行為は、目的とされた領得行為の手段であり、それについては先ず自ら奪取をして一旦領得した上で差し出す態様と、(本件のように)自ら占有を得て引き渡す代わりに他人を唆して占有を直接に獲得できるようにする態様がありうると論じた上、物が所有者から奪取されている以上、両者が異なって評価される理由はないと判断し、ゆえに被告人はWに対する借金を返済するため、善意であるWによってMとRのガチョウを奪取させ、同時にその場で引渡したのであるから、正当にも重窃盗で有罪となるとされた<sup>146)</sup>。

以上見た通り、本件は、目的なき故意ある道具の事例と直接関係するものではなく、刑法242条の奪取行為の意味が問題とされた間接正犯の通常事例であり、しばしば教科書などで見られる「ガチョウ小屋事件」とは異なる。ゆえに、当時の学説が本件における直接行為者を、情を知る者に変えて議論していたのは、第三者領得の問題を表面化させるためであったと考えられよう<sup>147)</sup>。

---

145) RGSSt 48, 58, 58 f.

146) RGSSt 48, 58, 59 f. u. 60.

147) Vgl. *Hugo Meyer/Philipp Allfeld*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1912, S. 237 Fn. 6; *Max Ernst Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch, 1915 (2. unverändert. Aufl. von 1923), S. 379; *Hans Welzel*, Der allgemeine Teil

## （二）批判的検討

これまで概観・検討した事例において、目的なき・身分なき故意ある道具を利用した間接正犯を認めることは、主観説を採るライヒ裁判所にとって容易であったと考えられる。というのも、目的・身分を欠く直接行為者は、当該犯行を自己のものと意欲せず、ただ背後者の意思に従属したにすぎない点で共犯意思が認められ、また目的・身分を有する背後者は企図した犯罪の実行のために直接行為者を投入し、その犯行を自己のものと意欲した点で正犯意思が認められるからである。ゆえに、その限りでライヒ裁判所は、わざわざ「故意ある補助的道具」という法形象を持ち出すまでもなく、同様の帰結を簡単に認めることができたのである。

また、（ガチョウ小屋事件を除く）故意ある道具の裁判例では、直接行為者は当該犯罪の成立にとって必要な目的・身分を持たないがゆえに正犯としての故意（Vorsatz）を欠く以上、情を知っていた（つまり *dolos* であった）としても背後者の道具であると評価されていた。しかし、それは直接行為者の自由な意思決定をメルクマールに教唆犯と間接正犯が分化したという歴史的発展に逆行するものであるし<sup>148)</sup>、情を知って自由な意思決定をした直接行為者をも「道具」と評価してよいのかという本質的な問題が故意（Vorsatz）の問題にすり替えられてしまっている。

さらに敷衍して言えば、ライヒ裁判所の主観説は具体例においても窮地に陥ってしまう。例えば、公務員Aは妻B（非公務員）から、建設会社の社長Cから賄賂を受受して自身にプレゼントをする話を持ちかけられて説得されたため、以前から考えていたものの躊躇していた賄賂受受を了承したので、BはCのところに賄賂を受け取りに行き、そして約束通りAはBにそのお金で宝石をプレゼントしたという場合である。この事例においてAの犯行決意は、Bの説得がなければ、生じなかったであろうという点

---

↘des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1. Aufl., 1940, §15 (S. 60). 以下ではM. E. マイヤーの著作につき、M. E. Mayer, Lehrbuch と記す。

148) 詳しくは、拙稿・前掲注（1）を参照されたい。

で、犯行に対するイニシアチブを握っているのはBであり、Aの犯行決意はBの意思に左右されている。そのように見る限り、その犯行を——自己の意思を誰の意思にも従わせることなく——自己のものとする正犯意思がAにあるとは認められず、Aを収賄罪の正犯として処罰することができなくなってしまうであろう<sup>149)</sup>。

### (三) ま と め

以上、ライヒ裁判所の主観説と目的なき・身分なき故意ある道具に関連する裁判例を概観し、その問題点について検討した。学説からの反対が強かったライヒ裁判所の主観説によれば、確かに目的なき・身分なき故意ある道具の帰結を——故意ある幫助的道具という法形象をわざわざ持ち出す必要もなく——容易に説明しうるものであった。しかしながら、主観説でも解決困難な事例が存在することは指摘した通りであるし、何より看過してはならないのは、事情を知って自由な意思決定をして犯行に出た者も「道具」と評価しても良いのかという本来の問題点が「故意」の問題点にすり替えられていたことである。しかし、後述の第三節で検討する通り、同種の理屈は客観説（例えば、M.E. マイヤーやフランク、E. シュミット）においても見られたのである。

## 第二節 諸草案における共犯規定の変遷と故意ある道具

本節では、ライヒ刑法典の成立後の立法動向の中で、立法者は教唆犯・間接正犯といった概念や目的なき・身分なき故意ある道具の問題にどのように対応してきたのか検討していくこととする。もっとも、20世紀初頭の

---

149) Vgl. Lotz, a.a.O. (Fn. 5), S.191 f.

付言すれば、この事例において犯行の遂行による利益を有しているのはAではなく、賄賂のお金でプレゼントを受けたBである以上、このような不都合な帰結は利益説によっても回避することができないであろう。

諸草案における共犯規定の変遷において最も重要なテーマは、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤（例えば、背後者は直接行為者を責任能力者であると思ひ犯罪を唆したが、実際には直接行為者は責任無能力者であった場合）<sup>150)</sup>の解決であり、それを巡って極端従属形式の放棄（と制限従属形式の採用）が図られていた。ゆえに、以下で見る通り、目的なき・身分なき故意ある道具の問題が草案の共犯規定（とその理由書）の中ではっきりとその姿を現すようになったのは1925年草案以降のことであった。

## （一）1909年予備草案および1911年対案

### （1）1909年予備草案

ライヒ刑法典の成立後、新派・旧派の両陣営から改正の要求があったにもかかわらず、ライヒ司法省は民事訴訟法や刑事訴訟法の制定後、民法典の編纂に尽力していたこともあり、改正の着手は遅れていた<sup>151)</sup>。ようやく世紀転換後、1902年から1906年にかけて、ライヒ司法省次官ニーベルディングの指示の下、リストやビルクマイヤーをはじめとする多くの刑法学者が協力し、16冊からなる「ドイツ及び外国刑法の比較的叙述」<sup>152)</sup>が完成し、その後の立法作業のための貴重な資料が提供された<sup>153)</sup>。そして

150) この直接行為者の責任能力等に関する背後者の錯誤の問題は、ライヒ裁判所の裁判例（ERGSt 11, 56 など）を通して登場し、故意ある道具の問題とともに、それまでの間接正犯と教唆犯の原理的な区別を揺るがすものであった。松宮・前掲注（4）226頁以下および拙稿（3・完）・前掲注（1）171頁参照。

151) Vgl. *Thomas Vormbaum/Kathrin Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs: Sammlung der Reformentwürfe, Bd. 1, S. XI. 以下では、*Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1 と記す。

152) Auf Anregung des Reichs-Justizamtes von den Professoren *Birkmeyer*, u. a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil in 6 Bänden, Besonderer Teil in 9 Bänden, 1905-1908.

153) 平野「ドイツ刑法の改正」村上淳一ほか編『概観ドイツ法』（東大出版会・1971年）273頁、野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂・2012年）320頁以下参照。以下では平野博士の著作につき、平野・ドイツ刑法の改正と記し、また野澤准教授の著作につき、野澤・

1906年になってようやく予備草案のための委員会が立ち上げられ、117回もの会議を経て、1909年に「ドイツ刑法典の予備草案」が理由書とともに公表された<sup>154)</sup>。この予備草案は、以下のような共犯規定を置いていた<sup>155)</sup>。

§78 Wer den Täter zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft.

(78条 正犯を彼によって実行された可罰的な行為へ故意に決定づけた者は、教唆者として正犯と同様に処罰される。)

§79 Wer dem Täter zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe geleistet hat, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§76) bestraft.

(79条 正犯によって実行された重罪もしくは軽罪のために彼を故意に援助を供した者は、未遂の諸規定(76条)に従って処罰される。)

§80 Persönliche Eigenschaft oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.

(80条 可罰性を加重、減輕または阻却する一身的な身分もしくは関係は、それを有する者についてのみ考慮される。)

このような共犯規定を有する1909年予備草案はその前提として、ノルウェー刑法典の起草者ゲツツエの主張する統一的正犯体系<sup>156)</sup>は、身分犯

---

↘中止犯の理論構造と記す。

154) Vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XII f. より詳しくは、野澤・中止犯の理論構造321頁も参照。

155) 原文は以下のものを参照した。Vgl. *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, bearbeitet von der hierzu bestellen Sachverständigen-Kommission, 1909 (Nachdruck 1990), Allgemeiner Teil, 7. Abschnitt: Teilnahme, §78 ff. (S. 17).

156) Siehe *Thomas Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009, S. 15 ff. 以下では、*Rotsch*, Einheitstäterschaft と記す。



において不当な帰結をもたらす等の理由から採用せず、また国際刑事学協会（IKV）で立法提案がなされていた（機能的）統一的正犯体系<sup>157)</sup>も、健全な国民感情に反して裁判官の裁量を不当に大きくさせてしまう等の理由から採用しなかった<sup>158)</sup>。それゆえ本草案は、従来通り、本来的な共犯である教唆・幫助を認め、その従属性を維持したのである<sup>159)</sup>。

しかし、本草案の共犯規定はライヒ刑法典と以下の点で異なっていた。一つは、正犯に関する規定は、各則の刑罰法規を参照すれば足りるとの理由から置かれなかったという点である<sup>160)</sup>。また、78条では教唆犯の手段の例示列挙は、故意に決定づけるというそれ自体として明らかな概念においては必要ではなく、また正犯者が錯誤を理由に故意なく行為する場合も含むかのように読めてしまうという理由から削除された<sup>161)</sup>。また、79条でも「助言もしくは行為を通して」という文言は、援助の提供（Hilfeleisten）という概念がそれ自体として明らかなものであり、また通俗的でもあるから不要であるという理由で削除された<sup>162)</sup>。さらに、80条はライヒ刑法典50条よりも簡潔に規定にされ、可罰性を加重もしくは減輕する一身的な身分や関係に加えて、（窃盗罪における親族性のように）可罰性を阻却するものも明示されるに至った<sup>163)</sup>。

最も問題となるのは、刑罰阻却事由に関する草案の理解である。すなわち、従来の責任阻却事由と刑罰阻却事由の区別は、帰属無能力者の教唆の事例において教唆者が——間接正犯となる場合を除き——不可罰になってしまうという不当な結果を生じさせるため、草案はその区別を放棄し、従

157) Siehe *Rotsch*, Einheitstäterschaft, S. 28 ff.

158) Vgl. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Begründung, Allgemeiner Teil, 1909, S. 307 f. u. S. 308 f. 以下では、Begründung 1909 と記す。

159) Vgl. Begründung 1909, S. 309.

160) Vgl. Begründung 1909, S. 299. その限りでは、プロイセン刑法典の共犯規定と同じ傾向を示している。この点については、拙稿（3・完）・前掲注（1）152頁以下を参照。

161) Vgl. Begründung 1909, S. 310.

162) Vgl. Begründung 1909, S. 312.

163) Ebenda.

来の責任阻却事由を刑罰阻却事由に位置付ける途を選んだ<sup>164)</sup>。そのため、直接行為者が責任阻却事由を有する場合には背後者は間接正犯となるのに対して、彼が刑罰阻却事由を有する場合には背後者は教唆となるという従来の理解は維持しえなくなり、その限りで教唆(共犯)の従属性は破られ、直接行為者が錯誤の状態にある、もしくは帰属無能力であることを背後者が知らなくとも教唆が成立することとなった。もっとも、背後者がそれを知る場合、彼は正犯意思を有しているのであるから、依然として間接正犯が成立すると理由は述べており、間接正犯概念を完全に否定するつもりではなかったことが窺えよう<sup>165)</sup>。

ところで、この1909年予備草案は、一般に公開して刑法典の改正について広く意見を求めるという目的を有していた<sup>166)</sup>。そして、このような草案を巡って学説上、多くの議論が交わされた。とくに M. E. マイヤーは、予備草案の言うところの刑罰阻却事由は責任阻却事由も含む広い概念であり、また本草案80条によれば、正犯の刑罰を阻却する一身的身分は共犯の処罰において考慮されないことを理由に、草案は極端従属形式から制限従属形式に移行したものと解し、そしてそれによって共犯の処罰は正犯の有責性に左右されない以上、喜ぶべき単純化として、間接正犯が認められる場合もなくなったと評した<sup>167)</sup>。こうして、草案の解釈として制限従属形式

---

164) Vgl. Begründung 1909, S. 244.

その上で理由は、従来、責任阻却事由と捉えられていた正当防衛や緊急避難についても同様に刑罰阻却事由であるとして、行為の可罰性を失わせる事由も行為者の可罰性を失わせる事由に位置づけたのである。Vgl. Begründung 1909, S. 245.

165) Vgl. Begründung 1909, S. 311.

166) 野澤・中止犯の理論構造322頁参照。

167) Vgl. M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, in: Paul Felix Aschrott u. Franz von Liszt (Hrsg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs: kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, 1910, S. 358 u. S. 368 f.

もっとも、マイヤーは後に教科書でこのような見方を撤回している。Vgl. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 377 u. S. 411 Fn. 15.

が理論的に展開されたのであった<sup>168)</sup>。

## （２） 1911年対案

他方で、1909年予備草案の理解に従う限り、正当防衛に加担する者にも共犯が成立することになってしまうとの批判もなされていた<sup>169)</sup>。その批判をしたリストに加えて、カールとリリエントール、ゴルトシュミットが1911年に公表した「1909年予備草案に対する対案」では、責任阻却事由という概念が維持され<sup>170)</sup>、その前提の下で以下のような共犯規定が置かれた<sup>171)</sup>。

§31 Als Täter wird auch derjenige bestraft, der bei Ausführung der ihm zurechenbaren strafbaren Handlung mitwirkt oder ihre Ausführung durch einen anderen bewirkt oder pflichtwidrig zuläßt.

（31条 正犯に帰属可能な可罰的行為の遂行の際に共働する、もしくはその遂行を他人を通じて実現する、もしくは義務に違反する形で許容する者も正犯として処罰される。）

---

168) 但し、1909年予備草案は未だ極端従属形式に拘っているとの評価も当時から存在していた。Vgl. *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Das Verbrechen: allgemeine Lehren, 1930, S. 479; ders., Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 162 Fn. 4; auch *Eduard Kohlrausch/Richard Lange*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 39/40. Aufl., 1950, Vor §§47, III A. 1. (S. 99).

169) Vgl. *v. Liszt*, Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, ZStW 30, 1910, S. 266.

170) Vgl. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Ausgestellt von *Wilhelm Kahl, Kahl von Lilienthal, v. Liszt, James Goldschmidt*, Begründung, 1911 (Nachdruck 1997), S. 11 ff. u. S. 45. 以下では、Begründung GE と記す。

171) 原文は以下のものを参照した。Vgl. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Ausgestellt von *Kahl, Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt*, 1911, Erstes Buch: Von den Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt: Versuch. Täter und Teilnahme, §§ 31 ff., in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. 72.

付言すれば、1911年対案の立案者の中にはリストがいるにもかかわらず、対案は、ノルウェーやIKVの統一的正犯体系を採用しなかった予備草案を支持した。Vgl. Begründung GE, S. 46.

§32 Wer einen anderen zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird, soweit er wegen Fehlens eines gesetzlichen Merkmals nicht nach §31 als Täter bestraft werden kann, als Anstifter gleich dem Täter bestraft.

Wer einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§§28-30) bestraft.

(32条 他人によって実行される重罪もしくは軽罪へとその他人を故意に決定づけた者は、彼が法律上のメルクマールを欠くことで31条により正犯として処罰されえない限り、教唆者として正犯と同様に処罰される。

他人を重罪へと決定づけようと試みた者は、未遂に関する諸規定(28条から30条)に従って処罰される。)

§33 Jede nicht unter die §§31, 32 fallende vorsätzliche Beteiligung bei dem von einem anderen begangenen Verbrechen oder Vergehen wird als Beihilfe nach den Vorschriften über den Versuch (§28) bestraft.

§30 findet Anwendung.

(33条 31条および32条に当たらない、他人によって実行される重罪もしくは軽罪における故意の関与はすべて、幫助として未遂に関する諸規定(28条)に従って処罰される。

30条は適用される。)

§34 Persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters.

(34条 可罰性を加重するもしくは減輕する、阻却するところの一身的な身分もしくは関係は、それを有する者についてのみ考慮される。共犯者(教唆者と幫助者)の処罰は、正犯自身の可罰性を顧慮することなく行われる。)

このような共犯規定を置く1911年対案において注目すべきは、まず31条では正犯の定義規定が置かれたことである。もっとも、疑問の余地のない直接正犯を規定することは余計な混乱や新たな疑念を生じさせてしまうと

の理由から、間接正犯についてのみ規定された<sup>172)</sup>。対案の理由書は、教唆との関係で、間接正犯は他人の犯罪決意の惹起ではなく、自己の犯罪の惹起なのであり、まさに間接正犯自身が犯罪を実行している（ゆえに遂行（ausführen）という文言を用いた）との理解を示しつつも<sup>173)</sup>、ライヒ裁判所が故意ある道具を承認していることを支持し、因果関係の中断のドグマは取り除かれるべきだと述べている通り<sup>174)</sup>、31条では非常に広い正犯の概念が示されている。それに対応して、教唆犯規定（32条）には「法律上のメルクマールを欠くことで31条により正犯として処罰されえない限り」との限定が付されている通り、単なる結果の共同惹起では正犯になりえない犯罪類型（身分犯や目的犯、自手犯）にその適用領域が限定されたのであった（むしろ33条の幫助犯規定についても同様のことが妥当する）<sup>175)</sup>。

最も注目すべきは、34条2文において「共犯者（教唆者と幫助者）の処罰は、正犯自身の可罰性を顧慮することなく行われる」と規定されていることである。これに関して理由書は、「被教唆者に一身的な刑罰阻却事由がない場合だけでなく、例えば被教唆者が帰属無能力もしくは善意であるように、彼に責任（主観的構成要件）が欠けている場合にも教唆者は可罰的となる」との考えを示しており、そこから極端従属形式の放棄ならびに制限従属形式の導入に対する学説上の要求が高かったということが窺い知れよう。何より対案の当該規定は、後の諸草案（とくに1925年草案や1927年草案など）における同種の規定の先駆けとなったと評価しうる<sup>176)</sup>。

172) Vgl. Begründung GE, S. 48.

173) Vgl. Begründung GE, S. 49.

174) Vgl. Begründung GE, S. 46.

付言すれば、対案は因果関係の中断論を否定する帰結として、ペンディングと同様、過失犯に対する教唆を認めると述べている。Vgl. Begründung GE, S. 52 f.

175) Vgl. *Andreas Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme: Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen, 2011, S. 343 以下では、*Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme と記す。

176) 大野平吉『共犯の従属性と独立性』（有斐閣・1964年）96頁参照。以下では、大野・共犯の従属性と独立性と記す。

## (二) 1919年草案

上述の議論を経た上で、学者や実務家の代表から構成された大委員会によって1913年委員会草案が公にされたが、第一次世界大戦が勃発したことによって立法作業は一時的に中断してしまう。そしてその後、1913年草案を基礎に<sup>177)</sup>1919年草案が新たに公表された<sup>178)</sup>。この草案では、以下のような共犯規定が置かれていた<sup>179)</sup>。

§26 Täter ist, wer eine Straftat selbst begeht.

Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder der nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.

Der mittelbare Täter wird als Täter bestraft.

(26条 正犯とは、可罰的行為を自ら実行する者である。

間接正犯とは、犯行を自ら故意に実行しない、もしくは帰属能力のない者を通して可罰的行為が遂行されるよう故意に誘致する者である。たとえ、他人が実際には可罰的な行為を故意に実行し、また帰属能力があったと事後的に判明したとしても、間接正犯は存在する。

間接正犯は、正犯として処罰される。)

---

177) もっとも、1919年草案は確かに1913年草案を基礎に立案されたものであるが、両者の文言が全く一致するわけではない。1913年草案の共犯規定については、以下のものを参照されたい。Vgl. Entwurf der Strafrechtskommission, 1913, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Täter und Teilnahme, §§33 ff. in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, 1920 (Nachdruck 1997), Erster Teil.

178) 佐川「身分犯における正犯と共犯(2)」立命館法学317号(2008年)89頁、平野・ドイツ刑法の改正273頁参照。より詳しくは、野澤・中止犯の理論構造322頁以下を参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVI. 以下では佐川准教授の著作につき、佐川・身分犯における正犯と共犯(2)と記す。

179) 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Der Entwurf von 1919, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 6. Abschnitt: Täter und Teilnehmer, §§26 ff., S. 12 f., in: a.a.O. (Fn. 177), Zweiter Teil.

§28 Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat. Anstiftung liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit die Straftat nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war.

Der Anstifter wird gleich einem Täter bestraft.

（28条 教唆者とは、故意に他人を、彼によって故意に実行される可罰的な行為へと決定づけた者である。たとえ、被教唆者が実際には可罰的な行為を故意に実行していなかった、もしくは帰属無能力であったと事後的に判明したとしても、教唆は存在する。

教唆者は、正犯と同様に処罰される。）

§29 Gehilfe ist, wer vorsätzlich einem anderen, der den Tatbestand eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verwirklicht hat, hierzu durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat. Ob der anderen das Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht und ob er zurechnungsfähig ist und ob der Gehilfe dies weiß, ist für die Strafbarkeit des Gehilfen ohne Bedeutung.

Der Gehilfe ist milder zu bestrafen als der Täter (§111).

（29条 幫助者とは、重罪の構成要件もしくは故意の軽罪の構成要件を実現する他人に対して、そのために故意に助言もしくは行為を通じて援助を与えた者である。その他人が重罪もしくは軽罪を故意に実行したのか、もしくは彼が帰属能力を有していたのかどうか、そしてそれを幫助者が知っていたのかどうかは、幫助の可罰性にとって重要ではない。

幫助者は、正犯者よりも軽く処罰される（111条）。）

§30 Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter, und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen. Doch kann die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters gemildert werden (§111).

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

（30条 特別な身分もしくは関係が可罰性を基礎づけると法律が定める場合

に、そのような事情が間接正犯や教唆者、幫助者になかったとしても、彼らは可罰的である。しかし、間接正犯と教唆者の刑罰は減輕される(111条)。

特別な身分もしくは関係が刑罰を加重するもしくは減輕する、阻却すると法律が定める場合、それはその身分もしくは関係を有する正犯者もしくは共犯者に対してのみ妥当する。)。

この1919年草案では、まず26条に直接正犯ならびに間接正犯、そして27条<sup>180)</sup>に共同正犯の規定が置かれたという点で1909年の予備草案と大きく異なる。また、本草案でも教唆の手段については限定列举が付されていない(28条)。さらに、30条では刑罰を基礎づける特別な身分もしくは関係が<sup>181)</sup>、31条では過失的な関与<sup>182)</sup>が新たに規定されている。もっとも、30条に関して言えば、刑罰を基礎づける身分がないために直接正犯になれない者が、間接正犯にはなりうるという点で学説からの批判を浴びることとなった<sup>183)</sup>。

ここで論じるべき最も重要な変更点は、28条1項2文と29条1項2文である。すなわち、教唆者もしくは幫助者は、たとえ直接行為者が実際には可罰的の行為を故意に実行していなかった、もしくは帰属能力を有していな

---

180) §27: „Mittäter ist, wer mit einem anderen den Vorsatz, gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht.

Jeder Mittäter wird als Täter bestraft.“

Vgl. a.a.O. (Fn. 179), S. 12.

181) この点について草案の理由書は、例えば非公務員は公務員犯罪の間接正犯になりうるのかなど、(現行法に規定を欠くがゆえに)これまで争いのあった問題をライヒ裁判所の判例にならい、間接正犯や教唆者、幫助者に当該身分もしくは関係が存しなくとも可罰的であるという形で決定しつつも、当該義務領域にない者にまで何の変更もなくそのままの刑罰威嚇を適用することは酷であるため、幫助減輕に従って間接正犯や教唆者も減輕されると説明している。Vgl. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, in: a.a.O. (Fn. 177), Dritter Teil, S. 46. 以下では1919年草案の理由書につき、Denkschrift 1919と記す。

182) §31: „Wenn mehrere mit- oder neben einander den Tatbestand einer strafbaren Handlung fahrlässig verwirklichen, so ist jeder als Täter strafbar.“

Vgl. a.a.O. (Fn. 179), S. 13.

183) Vgl. Heinrich B. Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgemeiner Teil des Strafgesetzentwurfes 1919, 1921, S. 35 ff.



かったと事後的に判明した場合、現行法によれば、著しく法感情に反して不可罰となってしまふところ、本草案は上記規定を明文で設けることによって、そのような錯誤が背後者に存する場合であっても、背後者はなお教唆者もしくは幫助者として可罰的であるとした。ゆえに、この規定によれば、教唆および幫助の成立にとって正犯の責任能力や故意は必要条件と見做されないため、理由書は従属性原理を放棄したと宣言したのであった<sup>184)</sup>。

またこれに対応して、間接正犯について規定された26条1項2文においても、直接行為者を道具だと信じていたが、実際には故意かつ有責に犯行を遂行していたという錯誤（つまり、背後者の主観的には間接正犯だったが、客観的には教唆犯であったという事例）の処理が明文で規定され、この場合にも背後者はなお間接正犯として可罰的であるとされた<sup>185)</sup>。しかし、間接正犯の要件としては直接行為者の帰属無能力もしくは非故意を一旦は要求しておきながら、すぐさまそれを撤回している点で、概念形成における論理的要求を充たしていない<sup>186)</sup>。しかも、26条1項と2項によれば、間接正犯は被誘致者が非故意であろうがなかろうが、または帰属無能力者であろうがなかろうが成立することになるが、それでは教唆犯の成立に直接行為者の故意を要求する28条1項とも重なってしまう<sup>187)</sup>。この点、理由書は主観説の立場から間接正犯と教唆犯の区別を説明したが<sup>188)</sup>、学説からの批判にさらされることとなった<sup>189)</sup>。

184) Vgl. Denkschrift 1919, S. 42, auch S. 44 f., 45.

185) Vgl. Denkschrift 1919, S. 44.

186) Vgl. *Beling*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, 1922, S. 165.

187) Ebenda.

188) Vgl. Denkschrift 1919, S. 43, 45.

189) 例えば、ヒッペルは、*animus auctoris* と *animus socii* の区別を示す実定法上の実質的メルクマールは存在しないのであるから、主観説は解釈学的に役に立たないのであるから、学説において支配的な客観説（実行行為による正犯と共犯の区別）の方が明確で納得しうるものであると論じた上で、確かに主観説は理由書の中に存するが、法律の中に客

結局のところ、1919年草案は、従来の間接正犯と教唆犯の区別に従って26条1項と28条1項に定義規定を設けつつ、直接行為者の故意・責任能力に関する背後者の錯誤というアクチュアルな問題に鑑みて、その解決のための規定をそれぞれ2項に設けたのだが、定義上の矛盾を生じさせてしまった。しかも、その後の草案と比較すれば明らかな通り、本格的に制限従属形式を採用するならば、2項を設ける必要はないはずであるし、さらに1項の定義規定も見直しが必要となるはずであろう。ゆえに、1919年草案はいまだ極端従属形式から脱却しきれない中途半端さを露呈してしまったのではないだろうか<sup>190)</sup>。

### (三) 1925年草案と1927年草案

#### (1) 1925年草案

上記の1919年草案と同時期に、オーストリーではドイツとの統一的な刑法典の創設が望ましいとの理解から、1922年にはドイツの1919年草案に対するオーストリー対案が登場した<sup>191)</sup>。もっとも、1919年草案の26条(直接正犯・間接正犯)と28条(教唆者)は、1922年オーストリー対案27条では発起者の名の下に規定されている<sup>192)</sup>。その限りでは普通法時代の知的発起者論への回帰とも見受けられるが、それも1919年草案が解決に失敗した背後者の錯誤の問題に鑑みてのことであろうと考えられる。

そして、さらに両草案を統合しようと試みて作成されたのが、1922年の

---

ゝ観説が(将来的にも)存するのだと主張した。Vgl. v. Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW 42, 1921, S. 533 f., 534.

190) 佐伯・共犯理論の源流19頁参照。

191) 佐川・身分犯における正犯と共犯(2)91頁、平野・ドイツ刑法の改正273頁参照。  
Siehe auch Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVII.

192) 原文については、以下を参照されたい。Vgl. Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Erstens Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes von Jahren 1919, 1922, 5. Abschnitt: Teilnahme, §27 ff., in: Werner Schubert u. Jürgen Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, 1. Abt., Bd. 1, 1995, S. 124. 以下では、本書を Schubert u. Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform と記す。

ラートブルフ草案であった<sup>193)</sup>。この草案は、当時の司法大臣であったグスタフ・ラートブルフが政府に提示したものであり、また彼自身による理由書が付された<sup>194)</sup>。しかし、ラートブルフ草案は、彼に刑法改正作業を任命したヴィルト内閣が外交上の理由（第一次世界大戦の賠償金問題）により総辞職したこともあり、失敗に終わってしまう。その後、新たな内閣の下、後任のアーヒヒ・エミンガーと司法省事務次官クルト・ヨエルが改正作業を引き継ぎ、1924年11月17日に『一般ドイツ刑法典の公式草案ならびに理由書』が公開された<sup>195)</sup>。この1925年草案では——ラートブルフ草案のそれと同一文言であるが——以下のような共犯規定が置かれていた<sup>196)</sup>。

§25 Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft.

(25条 他人が可罰的な行為を遂行するよう故意に誘致した者は、教唆者として正犯と同様に処罰される。)

§26 Wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert, wird als Gehilfe gleich dem Täter bestraft; doch kann die Strafe gemildert werden (§72).

---

193) 佐川・身分犯における正犯と共犯（２）91頁、平野・ドイツ刑法の改正273頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XVIII.

194) 後になって E. シュミットの解説を付して公刊された。Vgl. *Thomas Dehler* u. *Eberhard Schmidt*, Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952.

なお、本草案の共犯規定については、以下を参照されたい。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, 1922, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§25 ff., in: *Schubert* u. *Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 148.

195) 野澤・中止犯の理論構造325頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XX.

196) 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Amtlicher Entwurf eines Allgemeine Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Erster Teil: Entwurf, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§25 ff., in: *Schubert* u. *Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 204.

(26条 他人をして可罰的な行為の遂行を故意に容易ならしめる者は、幫助者として正犯と同様に処罰される。しかし、その刑は減輕されうる(72条。))

§27 Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt.

(27条 教唆者と幫助者の可罰性は、犯行を遂行した者の可罰性に左右されな  
い。)

§28 Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und der Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen die Umstände beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden (§72).

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Täter, Anstifter oder Gehilfen, bei dem sie vorliegen.

(28条 特別な身分や関係が犯行の可罰性を基礎づける場合、そのような事情が教唆者や幫助者もしくは正犯に存する以上、教唆者や幫助者は可罰的である。このような事情が教唆者がない場合、その刑は減輕されうる(72条)。

特別な身分や関係が刑罰を加重し、減輕し、または阻却すると法律が定める場合、それは特別な身分や関係を有する正犯や教唆者、幫助者に対してのみ妥当する。)

まず1925年草案の理由書では、等価説に立脚する統一的正犯体系は、自然的観察方法と日常生活の実見に矛盾するという理由から排斥されており、また共犯規定は、各則構成要件に直接該当しない共同責任者にまで処罰を拡張するために必要であるとの見解、つまり限縮的正犯論に立脚することが明らかにされた<sup>197)</sup>。

そして、このような本草案の共犯規定は、一瞥する限り、これまでの草案に比して非常に簡潔なものである。特に、1919年草案には存在した直接

---

197) Vgl. Amtlicher Entwurf eines Allgemeine Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, Zweiter Teil: Begründung, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 265. 以下では、Begründung 1925 と記す。

正犯および共同正犯の規定は削除された。というのも、本草案の教唆犯規定（25条）からは、「可罰的な行為を遂行する者」が正犯であることは明らかであり、また他人との共同という形であれ、可罰的な行為を遂行するという点で共同正犯も正犯なのであるから、わざわざ規定する必要はないと考えられたからである（間接正犯については後述の通り）<sup>198)</sup>。さらに、教唆犯規定における教唆手段の例示列举ならびに幫助犯規定における「助言もしくは行為を通して」という文言も削除された<sup>199)</sup>。

最も指摘すべき変更点は、1925年草案が——1919年草案とは異なる形で、否、より徹底した形で——極端従属形式を放棄したことである。すなわち、本草案の理由書によると、直接行為者の帰属能力に関して発起者が錯誤にある事例の解決を図るため<sup>200)</sup>、発起者の錯誤内容に着目した1919年草案とは異なり、27条で教唆者および幫助者の可罰性の独立を規定し、そもそも「非教唆者」が責任能力者であるのか、また故意に行為するのか、またはこれらの諸要件を欠くのかについてもはや区別しないこととなった<sup>201)</sup>。

そして草案は、極端従属形式を放棄し、直接行為者が責任なく行為する諸事例にまで教唆犯の概念を拡大することによって、従来の間接正犯論概念の大部分は無用になったと理由書は論じたのである<sup>202)</sup>。残る問題は、いわゆる目的なき・身分なき故意ある道具を利用する間接正犯の事例であった。これに関しては、一方で目的犯の構成要件において第三者領得目

198) Vgl. Begründung 1925, S. 265.

付言すれば、草案は、例えば毒の入った食べ物を被害者に与える場合、被害者の行為は、自然的観察からすると、因果系列の重要でない一項にすぎないため、外部的な事実制限された純粹客観的な叙述では、背後こそ構成要件該当的な活動の主体であるとしており、必ずしも正犯＝構成要件該当行為の直接の物理的実行とは考えていない。

199) Vgl. Begründung 1925, S. 266, 267.

200) 付言すれば、公務員を通して公務員犯罪を実現する非公務員が、支配的な見解によれば、その峻厳さが公務という身分に基づくところの刑罰によって処罰されないままとなるのは不当であると述べられている。Vgl. Begründung 1925, S. 266.

201) Vgl. Begründung 1925, S. 266.

202) Vgl. Begründung 1925, S. 266 f.

的を新たに規定することで<sup>203)</sup>、また他方で28条1項を通して、当該犯罪の可罰性を根拠づける(いわゆる真正身分犯における)身分が直接行為者自身になくとも、それを誘致する背後者に存在すれば共犯の成立にとって十分であるとする事で、問題となる事例において背後者が当該犯罪の共犯(教唆)となることを可能にしたのであった<sup>204)</sup>。

## (2) 1927年草案

次いで、この1925年草案はドイツ国参議院の合同委員会の審議と、同参議院の本会議審議を経た後、新たに1927年草案として編纂された<sup>205)</sup>。この草案の共犯規定には、共同正犯の規定が追加されたほか、各規定の文言は1925年草案とほぼ一致しており、教唆犯は1927年草案29条に、幫助犯は30条に、共犯の可罰性の独立に関しては31条に、身分犯の共犯に関しては32条に規定された<sup>206)</sup>。

---

203) 1925年草案296条参照。Vgl. a.a.O. (Fn. 196), S. 230.

204) Vgl. Begründung 1925, S. 267, auch S. 268. もっとも、草案の当該規定によって、「正犯なき共犯」が成立することとなる。例えば、郵便配達人が信書の開封を情を知る妻にさせた場合、妻は身分を欠くが故に当該犯罪の正犯とはならないにもかかわらず、郵便配達人のみその教唆となる。Vgl. Gerland, Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil: Kritische Bemerkungen, 1925, S. 54.

205) 野澤・中止犯の理論構造328頁、佐川・身分犯における正犯と共犯(2)94頁参照。Siehe auch Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXI.

206) Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Reichstagsvorlage vom 14. 5. 1927), Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, §§28 ff., in: Schubert u. Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 440.

付言すれば、1927年草案の理由書は——1925年草案のそれと異なり(前掲注(198))——いわゆる被害者利用の事例に関して「日常用語例はここでも何の問題もなく単純に「正犯」と述べるであろうが、そのような事例に対して「間接正犯」という表現を維持してもよい」とする。また別の箇所でも、教唆犯や幫助犯を他人の有責な行為の誘致もしくは援助に限らないとすることによって、間接正犯概念は「部分的に不要なものになった」とする(この点、1925年草案は「完全に不要になった」と述べていた)。Vgl. Begründung, in: Schubert u. Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 1, Bd. 1, S. 507.

もっとも、このような1927年草案の理由書の態度に対して、クラウスは正犯の本質に

（３） 検 討

この1925年草案と1927年草案は、共犯者の可罰性の独立、つまり正犯者の故意および責任能力は共犯の成立において必要条件ではないことを明文で規定し、極端従属形式を放棄することで、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤の問題の解決を図った。そして——目的なき・身分なき故意ある道具の事例を含め——従来の間接正犯概念を可能な限り不要なものにしようと試みた。しかし、間接正犯概念を否定的もしくは消極的に捉える諸草案の態度に対しては、学説からの批判が強かった<sup>207)</sup>。

これらの草案は、目的なき故意ある道具を利用する間接正犯を狭義の共犯に解消することを目論み、一方で目的なき故意ある道具の解決のため、窃盗罪に新たに第三者領得目的を追加したのであるが、それは既に1919年草案も行っていたことであり<sup>208)</sup>、それほど大きな問題もないであろう。しかし、他方で身分なき故意ある道具の事例の解決に関して1925年草案28条（1927年草案32条）は、一方で行為者の特別な身分が当該行為の可罰性を基礎づける場合があることを認めつつも、他方で、直接行為者に当該身分がなくとも背後者にあれば、背後者は当該身分犯の共犯になると規定した点で大きなジレンマを抱えていた。つまり、前者の命題を認めるのであれば、後者の命題は否定されなければならない、両者は二律背反の関係に立つのである。しかも、後者の命題は、従来の極端従属形式を放棄して制限従属

---

↘関する根本的な誤解を生じさせるものと批判した。Vgl. *Wolfgang Krauss*, Die mittelbare Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 353, 1935, S. 95 f.

207) Vgl. *Heinrich Drost*, Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch, ZStW 51, 1931, S. 370; *Arthur Wegner*, Teilnahme, in: *Aschrott u. Eduard Kohlrausch* (Hrsg.), Reform des Strafrechts: Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, Auf Veranlassung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalisten Vereinigung, 1926, S. 112, 117.

208) 1919年草案359条参照。Vgl. a. a. O. (Fn. 179), S. 79; Dazu eingehend *Hermann Bruns*, Der subjektive Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung, insbesondere nach dem Strafgesetz-Entwurf 1927, 1928, S. 56 ff.

形式を採用したことも相容れなかったのである<sup>209)</sup>。

#### (四) ナチス期の諸草案

##### (1) 1936年草案にかけて

このような非難を学説から浴びながらも、その後、1927年草案は参議院の国会議を経た上で、新たに創設された刑法委員会においてヴィルヘルム・カール議長の下で審議が進められた後、1930年末に「一般ドイツ刑法典草案」の承認に関する提案(1930年草案<sup>210)</sup>)がドイツ国会に出されたものの、ナチス党議員の反対やカール議長の死亡、さらには議会の解散によって改正作業は頓挫してしまっただのである<sup>211)</sup>。

その後、ナチ政権下においても、自由主義的・法治国家的なライヒ刑法典とこれまでの改正作業から国家社会主義的な世界観に合致した意思刑法への転換の宣言の下<sup>212)</sup>、1933年の夏にライヒ司法省の担当官草案が作成され、9月25日ラント司法省に送付された(1933年担当官草案<sup>213)</sup>)。この草案の27条aには直接正犯ならびに間接正犯に関する規定が置かれ<sup>214)</sup>、そ

---

209) 大野・共犯の従属性と独立性155頁参照。さらに、佐伯・共犯理論の源流65頁も参照。

210) 1930年草案の共犯規定については、以下を参照されたい。内容的には、1927年草案を踏襲している。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (1930), Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 4. Abschnitt: Teilnahme, in: *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 2, S. 205.

211) 野澤・中止犯の理論構造331頁以下、平野・ドイツ刑法の改正274頁参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXIII.

212) Vgl. *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 346.

213) 野澤・中止犯の理論構造332頁。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXV.

214) §27a: „Täter ist, wer die Tat selbst ausführt.

Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient und dabei weiß oder annimmt, daß der andere die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist (mittelbarer Täter).“

Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs 1933, Erstes Buch: Verbrechen und Vergehen, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt: Täterschaft und Teilnahme, §§27a, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, 1988, S. 6.



の限りで1930年草案からの脱却が図られた。

そして、その後1933年担当官草案を下地に、1933年11月に委員会における審議が開始された。その第一読会后、いくつかの下部委員会に審議結果が送付され、下部委員会からの提案を元に新たに法案が練り上げられた（1934年草案<sup>215</sup>）。さらに、それがメツガーらによって構成される下部委員会で審議され、1935年7月にライヒ司法省が「刑典草案」を提出した後、何度かの編集を受けた最終版が1936年7月に仕上がりに、1936年12月に内閣に提出された（1936年草案<sup>216</sup>）。この草案には、以下のような共犯規定が置かれていた<sup>217</sup>。

§4 Die Strafandrohung gilt dem, der schuldhaft die Tat selbst ausführt oder sie dadurch ausführt, daß er einen anderen für sich handeln läßt.

Sie gilt auch dem, der vorsätzlich als Anstifter oder Gehilfe an der Tat teilnimmt.

Den Gehilfen kann der Richter milder bestrafen (§50).

（4条 刑罰威嚇は、有責に犯行を自ら遂行するもしくは、他人を自らのために行わせることを通して犯行を遂行する者に対して妥当する。

故意に教唆者もしくは幫助者として犯行に関与する者にも刑罰威嚇は妥当する。

裁判官は、幫助者の刑を減輕することができる。）

§5 Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die

---

215) 1934年草案の共犯規定については、以下を参照されたい。Vgl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1934, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission der Strafrechtskommission, Allgemeiner Teil, 3. Abschnitt: Täterschaft und Mitwirkung, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 88 f.

216) 野澤・中止犯の理論構造332頁以下参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXVII f.

217) 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Dezember 1936), Allgemeiner Teil, 2. Abschnitt: Die Tat, §§4 ff., in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 1, S. 410.

Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so kann der Richter die Strafe des Teilnehmers, bei dem sie nicht vorliegen, mildern (§50).

(5条 複数人が犯行に関与した場合、いずれの者も他人の責任を顧慮することなく自らの責任に応じて可罰的である。

特別な身分もしくは関係は刑罰を加重もしくは減輕する、阻却すると法律が定める場合、それは特別な身分もしくは関係を有する正犯者もしくは共犯者に対してのみ妥当する。

特別な身分もしくは関係が可罰性を基礎づけると法律が定める場合、裁判官は、特別な身分もしくは関係を有しない共犯者の刑罰を減輕することができる(50条)。

この1936年草案に至るまでの間、一時期、統一的正犯論(および拡張的正犯論)とナチスの意思刑法思想の結びつきが存在した。すなわち、委員会での審議が開始されるよりも前に、1933年9月に発表されたプロイセン司法省の覚書では、可罰的行為に対する一切の「共働」はすべて等しく国民共同体の脅威であるという理由から統一的正犯論が主張されており<sup>218)</sup>、実際に委員会は当初、ノルウェーやイタリア(1930年刑法典)に倣った統一的正犯体系を採用することが意思刑法ドクトリンの学問的な貫徹であると考え、関与という単一の概念によってこれまでの正犯と共犯の区分を包含することを試みた。しかし、それではあまりにも粗雑で、実際の社会事

---

218) Vgl. Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preussischen Justizministers, 1933, S. 131.

さらに、ドイツ法アカデミーの刑法部会中央委員会も上述のプロイセン司法省の見解への支持を表明していた。Vgl. *Roland Freisler*, Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, 1934, S. 22 f.

実における種々の分化に適合しない等の理由から却けられたのであった<sup>219)</sup>。この点、本草案は、草案の課題は限縮的正犯論か拡張的正犯論かのいずれかを可能な限り一貫した形で法律上妥当させようと努力することではなく、国民感情を元にして法律を作り上げることであるとの理解から<sup>220)</sup>、４条１項と２項で正犯と教唆、幫助という従来通りの概念区分を維持し、また同条３項では例外的に幫助の任意的減輕も認めつつ<sup>221)</sup>、５条１項では意思刑法への転換の帰結として関与者の可罰性の独立、つまり従属性の緩和を規定したのであった<sup>222)</sup>。というのも、意思刑法思想からすると、行為者の犯罪的意思の強さおよび国民共同体に対する彼の態度こそが可罰性にとって決定的であり、刑法上の評価は個々人の意思の強さに関連づけられるからである<sup>223)</sup>。

しかし、本草案では1925年草案や1927年草案と異なり、従属性を緩和した帰結として間接正犯の領域の縮小は意図されなかった。すなわち、意思刑法では行為者の意思方向が個別の正犯形式間の区別にとって決定的であるため、犯行を自らのものと意欲する者が、有責かつ故意に行為する他人を自らのために行為させることによって犯行を実行する場合も彼は正犯で

219) Vgl. von Dohnanyi, Täterschaft und Teilnahme, in: Franz Gürtner (Hrsg.), Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Das kommende deutsche Strafrecht, allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1935, S. 99, 100.

220) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936), in: Schubert u. Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 1, T. 2, 1990, S. 12. 以下では、Begründung 1936 と記す。

221) 1933年11月15日付けの第一読会への提案において、メツガーは幫助の必要的減輕を提案していたが受け入れてもらえず、結局のところ任意的減輕にとどまったことを吐露している。Vgl. Edmund Mezger, Anträge. Nr. 2 vom 15. 11. 1933, in: Schubert u. Regge (Hrsg.), Quelle zur Reform, Abt. 2, Bd. 2, T. 1, 1988, S. 799.

222) Vgl. Begründung 1936, S. 12.

５条３項に関して付言すると、第一読会の提案では、拡張的正犯概念を基礎にしつつも、可罰性を基礎づける身分は関与者の誰か一人にあれば足りるとの規定が提案されていたが、第二読会では修正された。修正の理由も含め、今後の課題とする。Vgl. von Dohnanyi, a.a.O. (Fn. 219), S. 106 f., 116.

223) Vgl. Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 346 f.

あり、それゆえ間接正犯の領域は現行法に比して拡大されると理由書は論じた<sup>224)</sup>。それゆえ、1936年草案の理由書の立場（主観説）からすれば、身分なき故意ある道具は間接正犯の一事例として認められ、他方で窃盗罪には第三者領得目的が追加されたため<sup>225)</sup>、背後者における共犯の成立の余地が認められることとなろう。

## (2) 1943年刑法調整令

しかしながら、1936年草案は実際に成立することはなく、1939年末にヒトラーが「刑法典の可決は正規の立法の方法で実現されなければならないが、新たな刑法典にとっての時機が存在しているのかどうか疑わしい」と表明したことにより<sup>226)</sup>、刑法典は全面改正ではなく、部分改正の途を進むこととなった。1943年5月29日、旧ドイツ帝国とアルペン帝国大管区とドナウ帝国大管区の刑法の統一を目的とした刑法調整令（Strafrechtsangleichungsverordnung<sup>227)</sup>により、教唆犯規定の刑法48条の「可罰的な行為」という文言が「刑罰によって威嚇された行為」に置き換えられ、幫助犯規定の同49条の「重罪もしくは軽罪の実行のために」という文言が「重罪もしくは軽罪として、刑罰によって威嚇された行為の実行のために」と修正され、さらに新たに刑法50条1項には「複数人が犯行に関与する場合、み

---

224) Vgl. Begründung 1936, S. 12.

225) 1936年草案454条参照。Vgl. a.a.O. (Fn. 217), S. 465.

この点について、理由書は第三者領得目的を追加することによって、他人の者を奪取後すぐに第三者に渡す者も窃盗犯であるということを明らかにしたと述べている。Vgl. Begründung 1936, S. 281. 次節で検討する通り、一部の学説は（立法者の見解に従って）第三者領得は自己領得を前提とすると考え、目的なき故意ある道具の事例における直接行為者の窃盗正犯の成立が認められると主張していたが、学説によって修正されたガチョウ小屋事件のように（前掲注（147）参照）、奪取後すぐに自己領得目的を有する背後者に渡す場合を説明することができなかった。

226) 野澤・中止犯の理論構造335頁以下参照。Siehe auch *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, S. XXXI.

227) Vgl. *Mezger*, Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, Deutsches Strafrecht Neue Folge, Bd. 10, 1943, S. 116 ff.

な他人の責任を顧慮することなく自らの責任に応じて可罰的となる」という規定が追加された<sup>228)</sup>。こうして諸草案によって追求されてきた制限従属形式の導入は、刑法調整令による刑法典の部分改正によって遂に実現するに至ったのであった。

## （五）ま と め

以上、本節では20世紀初頭からのナチス期の諸草案までを詳細に検討し、それぞれの草案の特徴を明らかにしつつ、それぞれに抱えていた問題を指摘した。この諸草案における一貫した動向として析出されるのは、直接行為者の責任能力もしくは故意に関する背後者の錯誤の問題の解決が、極端従属形式の放棄を含む様々な方法で図られたということである。最終的には1943年の刑法調整令によって制限従属形式が導入されたわけであるが<sup>229)</sup>、それに対して制限従属形式は国家社会主義の産物であるとの

228) 大野・共犯の従属性と独立性110頁。Siehe auch *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 348.

229) 紙幅の都合上、本文では詳しく取り上げなかったが、すでにワイマール期の1923年2月16日の少年裁判法（JGG）4条では、教唆者や幫助者、犯人援助者、故買者の可罰性は、14歳以下の刑事未成年者の不可罰性を定めた2条と、不法の弁識に関する能力もしくはその弁識に従って行為する意思能力を欠く少年の処罰可能性の阻却を定めた3条に左右されないことが規定されていた。それゆえ、ライヒ刑法典55条（行為の実行の際に12歳に達しない者の不訴追）と56条（12歳から18歳以下の時に可罰的行為を実行した者の不処罰）を——一身の刑罰阻却事由と捉えたライヒ裁判所と異なり——帰属無能力の各別と考える限り、帰属能力なき少年の犯行に対する共犯者は、その帰属無能力がJGG 4条に依拠する場合には可罰的と解されるため、その限りで（例外的に）制限従属形式が採用されたと考えられた。Vgl. damals *Gerhard Conrad*, Die „akzessorische“ Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 374, 1937, S. 89; *E. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, in: *August Hegler u. Max Grünhut* (Hrsg.), Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, 1930, Bd. 2, S. 124 Fn. 1; *Mezger*, Strafrecht: ein Lehrbuch, 1931, S. 450; auch neuerdings *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 345 f.

なお、1923年JGGの歴史的沿革については、大塚絵理子「ドイツにおける少年参審制度の創設（１）（２・完）」一橋法学14巻3号（2015年）1085頁以下、15巻1号（2016年）309頁以下を参照されたい。

批判もなされている<sup>230)</sup>。確かにナチスの意思刑法思想と制限従属形式は容易に結びつきうるものであったかもしれないが、1943年以前にも極端従属形式の放棄が試みられていたという事実や、戦後の連合国の管理委員会の法律によって数回にわたり従来のナチ刑事立法が廃止されたにもかかわらず、ファシスト的な性質をもたないとの理由からその後も存続したという事実<sup>231)</sup>に鑑みるならば、正鵠を得た批判とは言えないであろう。ゆえに、制限従属形式はただナチス思想を理由に基礎づけられうるものではなく、ナチス期の立法者も単にそれまでの立法動向に従ったにすぎないと解される<sup>232)</sup>。

もっとも、当時の批判としては、目的的行為論の主張者であったヴェルツェルが、1943年改正法の立法者は制限従属形式を熟慮しておらず、犯行決意＝故意の呼び起こしを教唆と定義するならば、故意なき者に対する教唆も成立するように読めてしまうことは（自己矛盾を孕むものとして）問題なのであるから、（目的的行為論を基盤に）制限従属形式においても故意の中心行為を共犯の前提にすべきであり、ただ中心的行為が非難可能でないことを意味するにすぎないと主張していた<sup>233)</sup>。しかし、そう解すると、直接行為者の故意に関する背後者の錯誤の問題（背後者の主観では教唆だが、客観的には間接正犯という錯誤）は制限従属形式では解決されず、いわゆる故意従属の問題を再び生じさせてしまうのである<sup>234)</sup>。

---

230) ヴァルターは、制限従属形式を導入した立法者の意思が大きな役割を果たさない理由の1つとして、同形式が国家社会主義において導入されたことを挙げている。Vgl. *Tonio Walter*, *Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2007, S. 208.

231) 大野・共犯の従属性と独立性110頁参照。

232) Vgl. *Poppe*, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, S. 352.

233) Vgl. *Welzel*, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 29. Mai 1953*, 1953, S. 7.; dagegen *Dietrich Oehler*, *Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme*, in: *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7.-10. September 1955*, 1955, S. 258 f.

234) 松宮・前掲注(4) 223頁以下参照。

また、諸草案（およびその理由書）の中では、1925年草案において初めて目的なき・身分なき故意ある道具の問題が姿を現したことが確認された。それまでの草案（1909年予備草案や1919年草案）ではライヒ裁判所の主観的共犯論への賛同が示されていたことからすれば、目的なき・身分なき故意ある道具の事例において背後者の正犯性と直接行為者の幫助の成立を認めることは、（ライヒ裁判所と同様）特段の支障はなかったと推論される。また1911年対案は主観説に立脚していないが、その広汎な正犯概念規定によって同様の帰結に達しようと考えられる。

この点、（次節以降で検討する）学説史と照らし合わせるならば、1925年草案（および1927年草案）は、間接正犯概念に対して消極的もしくは否定的な態度をとったブルンスやツインマールの見解と密接に関係する。とりわけ、後述の通り、佐伯博士の見解に多くの影響を与えたブルンスの従属性説、つまり故意ある道具の事例において直接行為者に身分がなくとも背後者のそれが補完すると解する見解は、草案の身分犯の共犯の規定と制限従属形式の調和を図ろうとしたものであったと見られる。

さらに敷衍して言えば、制限従属形式を採れば、必然的に間接正犯概念が消滅するわけではない。確かに、1925年草案の理由書はそのように考えていたように見受けられるが、1927年草案の理由書は若干慎重な態度を見せ、被害者利用の事例では背後者を間接正犯と言ってもよいと述べていたし、また1936年草案も制限従属形式を採る帰結として間接正犯概念の論理必然的な消滅を想定していなかった。また、制限従属形式を導入することによって可能となる、責任能力なき・故意なき者に対する共犯と間接正犯概念との関係性も新たに問題となる。この点、両者は両立可能であるが、少なくとも限縮的正犯論に立つのであれば——共犯規定への該当可能性の検討が優先される拡張的正犯論と異なり——（間接）正犯の検討が優先されることになるであろうし、また——故意作為犯が刑法上の行為であると捉える目的的行為論とは異なり——体系上、故意・過失を責任の段階に位置づけつつ、制限従属形式を採用する限り、直接行為者の故意に関する背

後者の錯誤（とくに背後者の主観では教唆だが、客観的には間接正犯という錯誤）の問題は解決されるであろう。