

# 19世紀ドイツにおける 謀議概念に関する一考察（2・完）

市 川 啓\*

## 目 次

はじめに

- 一. 18世紀末までの議論について
  - 二. プロイセン一般ラント法と *Klein* の見解
  - 三. バイエرن刑法典の成立に至るまでの議論
  - 四. 従来の謀議論に対する批判 (以上, 383号)
  - 五. ヘーゲル学派の共犯論と謀議論
    - (一) *Abegg* の見解
    - (二) *Köstlin* の見解
    - (三) *Berner* の見解
  - 六. 領邦法典における議論——プロイセンを中心に
    - (一) プロイセン以外の領邦法典における議論の動向
      - (1) ヴュルテンベルク刑法典
      - (2) ハノーファー刑法典
    - (二) プロイセン刑法典の諸草案における議論の変遷
      - (1) 1827年草案
      - (2) 1833年修正草案
      - (3) 1843年草案
      - (4) 1845年草案
      - (5) 1845年草案に関する枢密院直属委員会の審議
      - (6) その後の草案とプロイセン刑法典の成立
    - (三) ライヒ刑法典の制定に至るまで
  - 七. 全体の考察
- むすびにかえて (以上, 本号)

---

\* いちかわ・はじめ 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員

## 五. ヘーゲル学派の共犯論と謀議論

これまで述べてきたところによれば、謀議概念は、謀殺における謀議に関する CCC148条を淵源としつつも、学説によって次第に一般化され、またプロイセン一般ラント法などの法典の中に受け入れられ、そして謀議参加者がみな同じく(共同)発起者として正規刑により処断されることの理由づけが試みられてきた。その中でも、謀議の各参加者は、その他すべての者が協力してくれるという期待を通して犯罪実行の決意を互いに決定づけているという *Feuerbach* の相互教唆説<sup>168)</sup>は、実行時に作為的に関与しなかった謀議者も(知的)発起者であることを説明しうる理論として有力化していた。しかし、これに対しては、犯罪実行についての謀議は、多くの場合に他人における故意を生じさせるものではなく、すでに存在する決意の強化にすぎないのではないのかという疑問が提起されたのである<sup>169)</sup>。

このように謀議概念にとって相互的な教唆は必然的ではないとする批判は、*Haas* によれば<sup>170)</sup>、多くの反響を得ることとなった。例えば、当初は相互教唆説を支持していた *Bauer* は立場を変更し、*Stübel* の批判を受け入れたほどであったし<sup>171)</sup>、ヘーゲル学派の一人に数えられる *Abegg* にもその影響は及んでいたと見られている。

周知の通り、ヘーゲル学派の共犯論は19世紀中葉に有力化した。彼らは、ヘーゲル哲学(とくに帰属論)に影響を受け、意思と所為が一致してはじめて事象を行為者に帰属することが許されるという行為論に基づいて共犯論を

---

168) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §46 (S. 47), §46b (S. 48 f.).

169) Vgl. *Stübel*, *Theilnahme*, §25 (S. 35 f.).

170) Vgl. *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, 2008, S. 121.

171) Vgl. *Bauer*, *Lehrbuch des Strafrechtes*, 2. Aus., 1833, S. 118 f., Fn. c); *ders.*, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Bd. 1, 1840, S. 443.

展開し<sup>172)</sup>、とりわけ教唆犯と間接正犯との概念的な分化に多くの寄与を為したと評される<sup>173)</sup>。では、このようなヘーゲル学派の論者は、従前の議論をどう批判し、どのような謀議論を展開したのか検討していくことにしたい。

#### (一) *Abegg* の見解

*Abegg* の見解では、自らの活動において理性的に思考する者として振舞う人間が意思を外部に表明するという点に刑法上の行為が見出されており<sup>174)</sup>、そのような行為論の下で共犯論が展開される。すなわち、その行為を通して刑罰法規の違反を含むところの変更を生じさせた者が発起者 (*auctor delicti*) もしくは正犯者 (*Thäter*) であり<sup>175)</sup>、また共同発起者の事例のうち、共同で決定された特定の犯罪の実行のために、複数人の合意によって結合がなされる場合が謀議の事例であるとされる<sup>176)</sup>。

もっとも、*Abegg* は、謀議の事例において物理的発起者と知的発起者が常に同じレベルの可罰性に置かれるという一般的なルールにつき、正義の原則に反するものであるとの異議を唱えた<sup>177)</sup>。つまり、共同発起者の事例において生じた結果は、各人に彼の責任として帰属されなければならないが、そのような共同責任はどんな場合でも各人に同じ可罰性を根拠づけるわけではなく、むしろ事例状況などに応じて行為者ごとに個別に判断されなければならないと考えられた<sup>178)</sup>。それゆえ、*Abegg* は、相互的な

---

172) Vgl. *Bloy*, *Beteiligungsformen*, S. 79.

173) 手短ではあるが、拙稿「間接正犯概念の淵源とその発展について・概論」立命館法学 377号（2018年）124頁以下を参照されたい。

174) Vgl. *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §69 (S. 104), §78 (S.122). 付言すれば、*Abegg* の見解では行為こそが犯罪の構成要件であった。詳しくは、拙稿・前掲注（160）1522頁以下を参照されたい。

175) Vgl. *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §73 (S. 112).

176) *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §74 (S. 115).

177) *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §74 (S. 115). Siehe auch *ders.*, *System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und preussische Criminal-Recht*, 1826, §73 (S. 40).

178) *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §74 (S. 114).

援助と危険の分配を頼りにすることが謀議の各参加者に影響を与え、彼の氣勢を強め、無用の羞恥心 (eine falsche Schaam) を置き去りにし、それによって一般的により大きな危険性が主観的かつ客観的な観点において露わになるとしても、個々人の行為や辞退、不参加は看過されてはならないと主張したのであった<sup>179)</sup>。

また、従前の謀議論やバイエルン刑法典の諸規定によれば、個人が実際に意欲して行ったことは無視され、謀議に共働した全員において同じ可罰性が想定された結果、謀議内での発起者と幫助者との区別は不可能となっていた<sup>180)</sup>。しかしながら、*Abegg* が指摘する通り<sup>181)</sup>、合意は援助の提供に向かう場合もありうる以上、謀議の存在によって発起者と幫助者との相違を失わせることは不合理であろう。すでに確認した通り、*Mittermaier* も同様の批判をしていたことに鑑みれば<sup>182)</sup>、これは当時の謀議論における主要論点の1つであったことが窺えよう。

以上の通り、*Abegg* は、相互教唆に依拠して謀議の参加者をみな共同発起者として同じ可罰性のレベルに置く理論と実務を批判し、謀議の各参加者における個別の責任判断を強調した。このような主張は、後にプロイセン刑法典の1843年草案に対する批判においても繰り返されていることに一瞥を付すなら<sup>183)</sup>、立法動向に対する批判としての意義も少なくなかったように思われる。

しかし、*Köstlin* は、*Abegg* の見解を「讓歩」であると揶揄した<sup>184)</sup>。と

179) *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §74 (S. 116).

180) Vgl. *Fabian*, Verabredung, S. 10.

181) *Abegg*, a. a. O. (Fn. 29), §74 (S. 116).

182) 拙稿「19世紀ドイツにおける謀議概念に関する一考察 (1)」立命館法学383号 (2019年) 162頁。

183) Vgl. *Abegg*, Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten vom Jahren 1843, 1844, S. 163 f. 以下では、*Abegg*, Kritische Betrachtungen と記す。

184) *Christian Reinhold Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, §150 (S. 579). 以下では、*Köstlin*, Neue Revision と記す。

いうのも、*Abegg* の異議は、謀議においても任意の辞退が現れうるし、謀議と並んで事前の約束による幫助も現れうるという点に限定されていて、しかも、それらのことを実際には誰も否定しないし、*Feuerbach* の見解と並んで承認されうるのではないかと考えられたからであった<sup>185)</sup>。

## (二) *Köstlin* の見解

このように *Abegg* を批判した *Köstlin* であったが、所為と意思との媒介的統一体を刑法上の行為とする<sup>186)</sup> 行為論の展開こそが発起者と共犯に関する理論を見出す<sup>187)</sup> とした点は、*Abegg* と同様であった。*Köstlin* によれば、そもそも発起者においても幫助者においても、刑法上の行為は認められるため、両者を区分する基準は目的 (*Zweck*) という概念に求められた<sup>188)</sup>。つまり、発起者としての行為者はそれ自身が目的であるのに対して<sup>189)</sup>、幫助者は他人の目的のための手段にすぎないのである<sup>190)</sup>。これは共同発起者についても同様であり、「各人は他人を手段とし、そして他人に手段として利用された」ということが求められる<sup>191)</sup>。

このような基本的な思想に基づき、*Köstlin* は以下のように謀議を特徴づけた。すなわち、犯罪を共に実行するという事前の合意を理由にすべての謀議参加者は互いに教唆者としても被教唆者としても扱われると<sup>192)</sup>。このように相互的教唆というメルクマールを引き合いに出すことで、謀議

185) *Köstlin*, Neue Revision, §150 (S. 580).

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

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

188) Vgl. *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 448). 付言すれば、*Köstlin* は *System des deutschen Strafrechts*, 1855, S. 255 ff. で *Zweck* に代えて *Absicht* という言葉を使用しており、その背景には *Berner* の批判があったと分析される。Vgl. *Bloy*, *Beteiligungsformen*, S. 79 f.

189) *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 448), §133 (S. 464), §137 (S. 500).

190) *Köstlin*, Neue Revision, §130 (S. 449), §135 (S. 465), §137 (S. 500), §139 (S. 509).

191) *Köstlin*, Neue Revision, §149 (S. 563).

192) *Köstlin*, Neue Revision, §150 (S. 577).

による共同発起者は偶然的な共同発起者から区別された<sup>193)</sup>。もっとも、相互教唆の意味内容はFeuerbach説とは異なるものであった<sup>194)</sup>。というのも、謀議においては、確かに各人は教唆者であるが、それはすでに自ら決意した者に対する教唆者にすぎないと考えられたからである<sup>195)</sup>。すなわち、ここでは、教唆によって他人に犯罪実行の決意が初めて生じたという本来の意味での教唆は認められず、謀議において想定される教唆は、まさに不完全な(nicht vollkommene)教唆なのである<sup>196)</sup>。それゆえ、Köstlin説によれば、謀議のあらゆる参加者は、犯罪の実行に何かしら関与するやいなや、既遂犯の共同発起者となるが<sup>197)</sup>、物理的に作用を及ぼさなかった謀議者は——不完全な教唆が存在することを理由に——常に未遂(未終了未遂)の責任を負うこととなる<sup>198)</sup>。また、犯罪の実行が偶然的に妨げられた場合、謀議者らは未遂を理由に処罰される<sup>199)</sup>。というのも、謀議者らの教唆は完全なものとなされない以上、そのような事例において有効な教唆者に妥当するところの命題<sup>200)</sup>は、彼らには妥当しえないからである<sup>201)</sup>。

このようにKöstlinは、相互的な教唆というメルクマールを通して謀議を特徴づけ、偶然的な共同発起者との解釈学上の限界づけを試みた<sup>202)</sup>。また、謀議において存在する相互教唆は不完全であるという指摘は、

193) Vgl. Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 583).

194) Vgl. Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 583).

195) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 583).

196) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 584).

197) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 582).

198) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 584), siehe auch §145 (S. 521).

199) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 577, 584 f.).

200) この点についてKöstlinによれば、教唆者が自ら意図した犯行への決意を被教唆者に現実に呼び起こし、それによって彼を自らの目的のための手段にしたが、外部的な事情により犯罪の実行が妨げられたという場合、教唆者の不可罰は正当化された。Vgl. Köstlin, Neue Revision, §147 (S. 545, 546).

201) Köstlin, Neue Revision, §150 (S. 585).

202) Vgl. Wehrstedt, Komplott, S. 24.

*Feuerbach* 説に対するアンチテーゼとも捉えられる。すなわち、たいいてい犯罪の合意は故意を他人に生じさせるわけではなく、すでにある決意を強めるものにすぎない以上、すでに決意した者への教唆とは自己矛盾にすぎないため<sup>203)</sup>、*Köstlin* の見解でも「不完全な」という形容詞があえて付されているのである。しかし、そこまでして相互教唆という概念を維持すべきだったのか甚だ疑問である。また、犯罪の実行現場に現れなかった謀議参加者を共同発起者で処罰したり、謀議それ自体を未遂で処罰したりする帰結も、従来の謀議論と特に変わるものではなく、その限りで *Köstlin* 説が謀議論に新しいものを提供したようには見えない。

### (三) *Berner* の見解

これに対して、*Berner* の見解は、従来の謀議論と立法動向に対する批判を含むものであった。ヘーゲル学派の一人に数えられる *Berner* も、純粹客観的で外部的なものとして叙述される事象がある主体によって意欲されているという関係において行為を把握する立場<sup>204)</sup>にあり、その点では *Abegg* や *Köstlin* とほぼ同様である<sup>205)</sup>。しかし、謀議において不完全な相互的教唆を認める *Köstlin* の見解を批判した。すなわち、被教唆者が相互的な教唆に基づき犯罪を実行した場合、このような教唆を不完全と呼ぶことはできず、この場合には教唆はまったく存在しないか、もしくは完全な教唆が存在するかのいずれかであると<sup>206)</sup>。というのも、*Berner* の共犯論によれば、教唆とは、幫助に対する教唆と発起者に対する教唆を意味

203) Vgl. *Fabian*, Verabredung, S. 6.

204) Vgl. *Albert Friedrich Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843, S. 39.

205) さしあたり、*Berner* の行為論について、vgl. *Eckhart von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelsschule, 1966, S. 68 f.

206) *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 440 f. 以下では、*Berner*, Theilnahme と記す。

し、すでに決意した者に対する教唆も教唆として認められるからであった<sup>207)</sup>。

他方で、*Berner* は、謀議による共同発起者の根拠づけのために相互的な教唆を引き合いに出す見解を批判する。すなわち、個々人の協力の期待だけが、彼らを共同発起者にするのであれば、裁判官は既遂に至るまでのそのような期待の存在をいたるところで具体的に証明しなければならないが、このような証明は裁判官を大きな困難に陥れてしまう。というのも、実際に存在しなかった期待は通常証明し難いであろうし、これまでの実務で共同発起者が認められてきた多くの事例においてかの期待はまったく存

207) *Berner*, *Theilnahme*, S. 441, siehe auch S. 269. 付言すれば、*Berner* は、共犯の発展は単に主観と客観の媒介的統一体とみなされてはならないと *Köstlin* 説を批判し、相対する2つの主体の過程を通してのみ可能になると主張しており、両者の共犯論には相違があったことが窺える。Vgl. *ders.*, *Theilnahme*, S. 30.

より詳しく言えば、*Berner* は、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に着目して、共犯論をメタモルフォーゼという弁証法的な進展として有機的に捉えようと試みた。まず、意図 (*Absicht*) の自立的な追求を占有する発起者の活動に幫助者が加わる過程で、発起者は自らに任意で付き従う幫助者に対して優位であるという意識を獲得し、幫助の活動を決定づけることとなる (幫助に対する教唆)。その際、幫助者の行為や意図は発起者に従属するが、幫助者が自らの知的な性格を知れば、彼は、自らに知的影響を与えた彼に再び知的影響を行使することになる (知的幫助)。

そして、彼が全体を展望する意図を把握し、それを自ら引き受けて遂行することもできるということを発起者に示しつつ、発起者の所有物としての意図を認め、その自立的な遂行に対する意図を彼に委ねる場合には、「知的発起者」となる。これによって、彼には意図の自立的な追求を為す能力が与えられているという意識が芽生えるが、彼が自らを単なる物理的発起者として扱っていると見える場合、彼がなりえたであろうことと彼が現にそうであることとの間の矛盾が生まれ、このような矛盾が物理的発起者を、知的発起者の決定づけを待つことなく、自立して意図を追求するよう駆り立てる (偶然的共同発起者)。

さらに、このように互いに独立する発起者らにおいて、ある者の活動が他の者の活動を打ち消すものでない場合、各人はその活動を他人の活動と一致させるよう試み、他人の意図とその活動を自らの意識の中に受け入れ、黙示的に連絡をとるようになる。このような精神的な相互作用の下で、集まった者らが、共通の意図の共通の達成のために、あらかじめ取り決めを行うようになることで「謀議」が登場する。最後に、この謀議がその都度の意図の達成によって消滅するのではなく、反復継続されることで犯罪集団 (*Band*) へと変化する。Vgl. *ders.*, *Theilnahme*, S. 9 ff.



在しなかったからである<sup>208)</sup>。付言すれば、相互教唆説は、現場に居合わせただけの謀議者についても、他の結合者らに協力を期待させることを根拠に共同発起者であるとする。しかし、*Berner* が指摘する通り、共同結合者が知らなくとも実行時に居合わせることはできるし、協力の期待は居合わせることで生じるわけではないであろう<sup>209)</sup>。

では、*Berner* はどのような謀議論を展開したのであろうか。*Berner* によれば、あらゆる謀議は3つのリズムにおいて観念される。第一のリズムは、謀議の設立 (*Komplotstiftung*) である。同じ意思傾向を持ち合わせる諸個人の下で、ある者に他の者の意向が伝えられ、これがさしあたりの相互了解への第一歩となる<sup>210)</sup>。その際、各個人は自らの参加を何かしらの方法で表明するか、もしくは推断的な行為<sup>211)</sup>という形で知らせるやいなや、結合の構成員とみなされる<sup>212)</sup>。もっとも、この時点である構成員が単独で実行したことは、いまだ結合には帰属されず、常に個人にのみ帰属される。各人が自らの行為を通して全体の答責性を根拠づけるのは、第二のリズム以降のことである。

そのような第二のリズムでは、当初一致したにすぎなかった複数の意思が1つの全体意思 (*Gesamttwillen*)<sup>213)</sup>に変化する。つまり、集合した複数の主体が統一的に実行すべき行為のための1つの主体となる<sup>214)</sup>。そのた

208) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 442.

209) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 465.

210) *Berner*, *Theilnahme*, S. 393.

211) 付言すれば、*Berner* は「言語によってではなく、意図的に選定された意思連絡の手段を通して導かれた、実行に先立つ合意のすべてが黙示によるものだと呼ばれるならば、黙示による謀議の締結の可能性は否定されない」と述べている。Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 404.

212) *Berner*, *Theilnahme*, S. 413.

213) 付言すれば、*Wehrstedt*, *Komplot*, S. 24 によれば、全体意思という概念は *Ziegler* によってはじめてもたらされた概念であるとされる。Vgl. *Franz Victor Ziegler*, *Die Teilnahme an einem Verbrechen nach P. G. O. Art. 148: Eine criminalistische Abhandlung*, 1845, S. 9, 11.

214) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 414, 421 f.

めに多数の主体が相互的作用という形で協議を行い、実行に関する共通の計画が立案され、結果実現における役割が各人に分け与えられる<sup>215)</sup>。その際、各人は自らの提案を為し、それが残りの者によって是認されるという限りで一般的な妥当性が獲得され、その点に教唆の相互性が見出される<sup>216)</sup>。

最後に、第三のリズム、つまり実行の段階では、各人の意思は全体意思を自らに反射的に映し出しており<sup>217)</sup>、個々の主体はかの1つの主体の担い手として、換言すれば、共通の意思を現実化するための手足として現れ、最終的な帰結として全体結果(Gesamterfolg)を生じさせることとなる<sup>218)</sup>。

以上のように *Berner* は、謀議による共同発起者の事例を3つのリズムの下で捉え、これに基づいて具体的な問題に対しても答えを導こうと試みた。例えば、犯行現場に居合わせなかった謀議者は、共同結合者によって実行された犯罪の共同発起者となるであろうか。ここでは、問題となる事例はさらに場合分けして考えられる。すなわち、実行の決意の際に共同結合者に賛意を表明し、それと同時に、何かしらの理由から実行の場に居合わせないため、自分抜きで犯罪を実行に移すよう述べた者は、他人が実行した犯罪の共同発起者となる。これに対して、実行時に自分が居合わせないことを事前に伝えることなく現場に現れなかった者は、犯罪的な結合に対する共犯者として、また通報の懈怠を理由に、実際に実行された犯罪の犯人庇護者(*Begünstiger*)としてのみ処罰される<sup>219)</sup>。ゆえに、全体意思を現実化したものであるところの全体結果を当該謀議者に帰属しうるかどうかは、彼が全体意思を形成するに際して自らの不在を伝え、全体意思の内

215) *Berner*, *Teilnahme*, S. 423.

216) Vgl. *Berner*, *Teilnahme*, S. 426, siehe auch S. 440.

217) 付言すれば、全体意思は、即座にすべての個人において全体決定として受け入れられており、諸個人に向けた全体の即時的反射としてのみ考えられる。Vgl. *Berner*, *Teilnahme*, S. 443.

218) *Berner*, *Teilnahme*, S. 422, 443, 456.

219) *Berner*, *Teilnahme*, S. 467.

容に沿った役割を実行時に果たしたかどうかという点に左右されるものと推察される。

また、未遂との関係も問題となる。*Berner*によれば、1人でも活動するやいなや、謀議の意思の実行は始まっており、各人は全体の担い手である以上、1人が全体意思を未遂の段階に持って行くやいなや、全員が未遂の責任を負うこととなる<sup>220)</sup>。ここでも各謀議者が全体意思の担い手であることが強調される。また、単なる謀議の締結（つまり、第一のリズム）は未だ実行の開始ではない（単なる違警罪に他ならない）ため、この時点で手を引いて計画全体を破綻させた者は、犯罪的結合に対する共犯の刑罰からも解放されるべきであろうと論じられる<sup>221)</sup>。これに対して、謀議の対象となった犯罪が実行されている段階（つまり、第三のリズム）で、一般の謀議者（謀議の首魁や教唆者ではない者）が中止したが、他の謀議者によって犯罪が実行されたという場合、中止した者が実行の開始時にはまだ現場におり、手を引いていなかったのであれば、彼は未遂を理由に処罰され、そうでないならば、犯罪的結合に対する単純な共犯を理由に（おそらく場合によっては差し迫る犯罪の不通報を理由に）処罰される<sup>222)</sup>。もっとも、実行開始時に現場に居合わせたことが重視される理由ははっきり述べられていないが、おそらく第二リズムと第三リズムの相違によるもの、つまり実行の着手との関係ではないかと推察される。

以上見てみた通り、*Berner*は、謀議の設立から全体意思の形成、そして実行という3つのリズムで謀議概念を捉えた。もっとも、本人も認めるところではあるが<sup>223)</sup>、参加者が少なく、単純な構造を持つ小さな謀議で

---

220) *Berner*, *Theilnahme*, S. 473 f.

221) *Berner*, *Theilnahme*, S. 477 f.

222) *Berner*, *Theilnahme*, S. 478. 付言すれば、中止した者が謀議の指導者であった場合も想定されており、彼が実行時には現場におり、手を引いていなかったならば、加重された未遂の刑で処罰され、そうでないならば、犯罪的な結合の中心人物としてのみ処罰されるとされる。

223) Vgl. *Berner*, *Theilnahme*, S. 420 f.

は、第一と第二の行為リズムの区別は、ほとんど成功しないであろうと指摘される<sup>224)</sup>。また、ところどころで度々強調された全体意思というキー概念は、我が国の共同意思主体説を彷彿とさせるであろう<sup>225)</sup>。当時でも *Köstlin* が *Berner* の影響を受けて全体意思概念を取り入れるなど<sup>226)</sup>、影響は少なくなかったように思われる。しかし、*v. Bar* には、全体意思は常に虚構であると批判され、また *John* には、全体意思を信じる者は法人の可罰性を疑う理由を有しないであろうと揶揄されてしまった<sup>227)</sup>。

しかしながら、*Berner* の謀議論は、*Köstlin* の見解とは異なり、従前の謀議論を超える意義があったように思われる。特に *Berner* は、謀議の締結それ自体を第一のリズムに位置づけることで、これは連帯的な負責の前提条件である全体意思の形成を欠くため、いまだ準備行為であり、ゆえに不可罰であると理論的に説明した点は、謀議の締結それ自体を未遂で処罰することを志向した従前の謀議論と立法動向に対する説得的な批判であったように思われる(後述参照)。

---

224) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 25.

225) この点は、すでに藤木英雄『可罰的違法性の理論』(有信堂・1967年)321頁が指摘している。我が国の共同意思主体説については、さしあたり草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』(巖松堂書店・1950年)315頁、同『刑法総則講義 第2分冊』(勁草書房・1952年)156頁、164頁、同『刑法要論』(有斐閣・1956年)118頁以下を参照されたい。

226) Siehe z. B. *Köstlin*, a. a. O. (Fn. 188), S. 343; wohl auch damit einstimmend *Moritz Wilhelm August Breidenbach*, *Commentar über das Großherzoglich Hessische Strafgesetzbuch und die damit Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen, nach authentischen Quellen, mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungswerke anderer Staaten, namentlich des Königreichs Württemberg und der Grossherzogthums Baden*, Bd. 1, Abt. 2, 1844, S. 301.

227) *Carl Ludwig von Bar*, *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, 1859, S. 87; *Richard Eduard John*, *Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen des preußisches Obertribunals*, 1866, S. 28.

## 六．領邦法典における議論——プロイセンを中心に

### （一）プロイセン以外の領邦法典における議論の動向

既に言及した通り、1813年のバイエルン刑法典は、その言語的な明瞭さや概念規定の精密さ、厳格な体系性ゆえに、19世紀ドイツの領邦法典の多くにとって範となるものであった。そして、そのような傾向は謀議規定についても同様であったとされる<sup>228)</sup>。しかし、従前の謀議論に対する批判は、もちろん学説内の争いにとどまるものではなく、立法に対しても及ぶものであった。この点、*Fabian* が「おおよそ50年の間、謀議処罰の廃止、とくに犯行が実行されなかった場合の謀議処罰を廃止しようと闘われた」<sup>229)</sup>と述べる通り、立法批判は謀議の締結それ自体を処罰することに向けられていた。すなわち、後述の通り、立法者やそれに近い論者は、相互教唆説に則り、謀議それ自体の危険性を強調し、その処罰に関する規定を正当化しようと試みたのだが<sup>230)</sup>、これに対して、単なる謀議は犯罪実行の開始を含む外部的な行為ではなく、単なる言語表明にすぎないため、これを未遂で処罰することは不合理であると批判する勢力が対立していたのである<sup>231)</sup>。そして、このような論点は、謀議に関する当時の解釈論・立法論における一大争点であったのみならず、まさにプロイセン刑法典における謀議規定の運命を左右するポイントだったのである。

以下では、プロイセン刑法典の諸草案を検討する前に、プロイセン以外の領邦法典における謀議論についても一瞥しておくことにしたい。

---

228) 拙稿・前掲注(182)152頁。

229) Vgl. *Fabian*, Verabredung, S. 10.

230) さしあたり vgl. *Bauer*, a. a. O. (Fn. 135), S. 486.

231) さしあたり vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14. Aufl., §47 Note VI des Herausg. (S. 92).

(1) ヴュルテンベルク刑法典

ヴュルテンベルクでは、19世紀初頭に新たな刑法典を制定する要請が存在した。それゆえ1807年から1813年にかけて4つの草案が提出されたが、いずれも成就せず、その後1823年に *Heinrich Benedikt von Weber* がバイエルン草案を模範にした草案を作成したが、これも同様にお蔵入りとなった。その後、政府は1832年に草案を作成し、これに対して裁判官やチュービンゲン大学の法学部教授らに意見を求め、それをもとに修正を行い、1835年草案 (*Entwurf eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg*, 1835) を作成した。この草案が1837年から1838年にかけて議会で審理され、多数の改善提案に基づいた修正の下、1838年草案が作成された結果、1839年3月1日に本法典が公布されることとなった<sup>232)</sup>。

ヴュルテンベルク刑法典の74条では、正犯者と教唆者を発起者として、75条では、いわゆる不可欠幫助を正犯者(共同発起者)として処罰することが予定されており<sup>233)</sup>、これらの発起者の類型のほかに立法者は、謀議

---

232) Vgl. *Berner*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867, §§110 ff. (S. 107 ff.); *Stenglein*, Sammlung I, IV, Württemberg, Einleitung, S. 3 ff. 佐竹宏章「詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について(3)」立命館法学378号(2018年)644頁参照。以下では、*Berner*の著作につき、*Berner*, Strafgesetzgebungと記す。

233) 「74条 犯罪を自ら実行した者(正犯者)のみならず、故意に他人をして犯罪実行の決意をさせた者(教唆者)も、犯罪の発起者としてその犯罪に向けられた刑罰で処罰される。教唆者とは、意図的に暴行や脅迫、説得、委任、報酬の付与やその約束などを通して正犯者を犯罪の実行に決定づけた者である。」

「75条 他人が決意した犯行を援助するという目的で、その実行時に自ら、それなくして犯罪は現存する状況では実行されえなかったであろうという協力をした者は、正犯(共同発起者)として処罰される」。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV, Württemberg, §74 u. §75 (S. 36 f.)

付言すれば、ThäterとAnstifterという用語の対置は、バイエルン刑法典に比べていくらか進歩的であろう。このような用語の使用については、ThäterやAnstifterという表現の方が、法律家ではない者にとっても分かり易いという理由があったようである。Vgl. *Karl Friedrich von Hufnagel*, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, zunächst für Praktiker, mit besonderer Rücksicht auf die gewählten Oberamtsgerichtsbeisitzer, Bd. 1, 1840, S. 150.

による発起者（78条から83条）も認めていた。

まず、78条では、「二人もしくはそれ以上の者が特定の重罪もしくは軽罪の共同実行を犯行に対する直接的な利益関心から決意した場合」に謀議が認められると規定され、そのうえで、謀議の対象となった犯罪が実行された場合、犯行の前後もしくは犯行時に共働したすべての共犯者、ないしは実行時に現場に居合わせることで共働への用意を示したすべての共犯者は——謀議の教唆者や指導者を除き——実行への関与の程度に応じて処罰されることが予定されていた（79条）<sup>234)</sup>。

このような規定は、確かにバイエルン刑法典のそれとほぼ同様であり、また立法者も相互教唆説に基づいて謀議を説明していた。例えば、1835年草案の理由書では、各個人の決意は、その他すべての者の協力を期待することで喚起され、そして強められているのであり、それゆえ、各共同結合者は、実行時に従属的な役割も果たしていたとしても、既遂となった犯罪の教唆者と見做されると述べられている<sup>235)</sup>。もともと、すでに他の者によって為された決意に後から加わった場合でも——もはや相互的な教唆は認められないにもかかわらず——謀議が認められていた<sup>236)</sup>という点では、相互教唆説による説明には限界があったように見受けられる。また、*Hepp* が指摘する通り<sup>237)</sup>、相互教唆説を一貫させるならば、犯行の実行を

234) 原文については、Vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, §79 (S. 38).

235) Vgl. *Motive zu dem Entwurfe eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg*, 1835, S. 50.

236) Entwurf eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg: nebst den Motiven, aus der amtlichen Ausgabe der Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten im Jahr 1835 abgedruckt, 1836, S. 234. 付言すれば、問題となる事例において後から参加した者にも謀議による共同発起者が認められるとする理由は、彼の意図が直接に犯罪に向けられており、その他の者の統一的な活動とともに犯罪を実行しようと試みたという点に見出されていた。Vgl. *Ferdinand Carl Theodor Hepp*, *Commentar über das neue württembergische Straf-Gesetzbuch, nach seinen authentischen Quellen, den Vorlagen der Staats-Regierung, und den ständischen Verhandlungen des Jahres 1838, 1839*, S. 580. 以下では、*Hepp*, *Commentar* と記す。

237) Vgl. *Hepp*, *Commentar*, S. 571, Fn. 2.

まったく意欲しなかった、もしくは参加しようと思欲しなかったため、犯行時に現場に近づかなかった謀議者も教唆者として既遂犯の刑で処罰されなければならないにもかかわらず、81条<sup>238)</sup>では(少なくとも一般参加者については)終了未遂の刑での処断が予定されていたのである。

いずれにせよ、以上のことはバイエルン刑法典の内容を超えるものではないであろう。もっとも、謀議それ自体の処罰については、これを単に未遂の刑で処断することを予定していたバイエルン刑法典よりも一歩進んだものであった。すなわち、謀議の対象であった犯罪がまったく実行されなかった場合、その差し控えが任意でなければ<sup>239)</sup>、謀議の締結それ自体には、既遂に対して威嚇された刑罰の少なくとも5分の1が科されると規定されていたのである(80条)。立法時の議論では、準備行為を基本的には不可罰とする規定<sup>240)</sup>によれば、謀議の締結それ自体もいまだ準備行為に

---

238) 81条1項によれば、謀議の参加者が決意された犯罪の実行に関与しなかった場合、彼が謀議の教唆者であれば共同発起者として処罰されるが、通常の参加者であれば、終了未遂の刑で処断される。同条2項では、実行に関与しなかった教唆者が、犯行前に結合からの離脱を他の者にはっきりと表明した場合、ないしは彼が可能な限り犯行の実行を阻止しようと努力した場合、彼は終了未遂の刑で処断される(一般の謀議参加者であれば、未終了未遂の刑が科せられる)。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, §81 (S. 38).

239) 任意であれば、中止未遂の規定に当たりうる。「73条 行為者が行為の遂行を、彼の意思によらない偶然的な事情によって妨げられたのではなく、良心もしくは同情から、ないしは処罰に対する恐怖からであろうと、任意にその実行を差し控えた場合、その未遂は不処罰となる。

犯罪が例外的にすでにその予備行為の時点で処罰される場合(63条)、そのような行為に関しては、前記の規定は同様に適用される。

未遂ないし予備行為がそれ自体として犯罪を含む場合、行為者にはそれを通して招かれる刑罰が科せられる」。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, §73 (S. 36).

240) 「63条 それを通して意図された犯罪の実行が準備されたものの、いまだ開始されなかったところの行為は、法律上特別に規定された諸事例を除き、刑罰を受けない。しかし、既遂となった犯行が死刑もしくは重懲役刑、ないしは労役刑で威嚇されたものである場合、裁判所によって特別な保護観察(42条)が命じられる。

準備行為がすでにそれ自体として他の可罰的な犯行であるならば、それを通して招かれる刑罰が生じる。」。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, 8



すぎないとすれば、本来は不可罰であるにもかかわらず、実行に至らなかった謀議についてはその危険性を理由に例外的な処罰が認められるべきだと考えられ<sup>241)</sup>、草案は未終了未遂の刑での処断を予定していたが、それに反対する動議により減輕の程度が議論され、最終的に5分の1に減輕する、つまり、通常の未終了未遂<sup>242)</sup>よりも軽く処罰することとなった<sup>243)</sup>。この点から、体制側は謀議それ自体の処罰規定を置くことによる威嚇を望みつつも、準備行為の原則的な不可罰との調整に苦慮したのではないかと推察される。その後の1849年法（1849年8月13日の法律）により、謀議の締結それ自体の処罰は重懲役が科せられる犯罪に限定されることとなったが<sup>244)</sup>、これは1848年3月革命につながる一連の自由主義運動の影響ではないかと指摘される<sup>245)</sup>。

## (2) ハノーファー刑法典

実行に至らなかった謀議それ自体を未遂として処罰するという傾向は、ハノーファー刑法典においても同様であった。

ハノーファーでは、1840年までドイツ普通刑法が妥当していたが、散発的に登場していった領邦法典や実務の影響の下で、他の領邦国家と同様、自国の領邦法典を作成していくこととなった。既に1816年に等族議会が一般的な刑法典を作り上げる必要性を主張しており、1823年に国王 *Georg IV* 世によって立法委員会が立ち上げられた。そこではまず総則部分が作成

↘ §63 (S. 35).

241) Entwurf, a. a. O. (Fn. 236), S. 237.

242) 65条によれば、未終了未遂は、それによって犯罪の既遂が罰せられる刑罰の3分の1を下回って有罪の宣告を受けない。Vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, S. 35.

243) *Hepp*, Kommentar, S. 574 ff.

244) 1849年8月13日の法律の15条によれば、犯行の既遂が重懲役刑で処罰される限り、軽懲役刑に処せられると規定されていた。Vgl. *Stenglein*, Sammlung I, IV. Württemberg, S. 37, Fn. 37. なお、1849年法による未遂犯規定における変更については、野澤・前掲注 (127) 235頁以下を参照されたい。

245) Vgl. *Fabian*, Verabredung, S. 14.

され、その後1825年に草案が完成された。その草案に対しては、主として *Mittermaier* や *Bauer*, *Gans* が検討・批判を行い、それをもとに修正がなされ、1830年草案として結実するも、議会での審議に紆余曲折があり、ようやく1840年に成立に至ったのであった<sup>246)</sup>。

ハノーファー刑法典は、ヴュルテンベルク刑法典と同様、自らの行為を通して犯罪を遂行する者と他人において犯罪実行の決意を故意に生じさせる教唆者を発起者として一般的に規定したうえで(53条)<sup>247)</sup>、複数人が共同で目的とした特定の犯罪の実行を互いに同時に決定し、もしくは事後の参加を通して決定し、そしてその共同実行を互いに約束づける場合に謀議の成立を認め(57条)、謀議の対象となった犯罪が実行された場合、その犯罪の刑罰が謀議の参加者に同等に科せられるが(58条)<sup>248)</sup>、これに対し

---

246) Vgl. *Berner*, Strafgesetzgebung, §§142 ff. (S. 157 ff.); *Stenglein*, Sammlung II, VI. Hanover, S. 3 ff. 野澤・前掲注(127) 256頁, 佐竹・前掲注(232) 651頁参照。

247) 「53条 発起者として処罰されるのは、

- 1) 意図した犯罪を自らの行為で遂行する者だけでなく、
- 2) 教唆者、つまり犯罪を実行する決意を他人に故意に生じさせる者も同様である。  
とりわけ、そのような教唆者とみなされるのは、他人を  
A. 暴行または脅迫、命令、委任、報酬の約束や付与を通して  
B. 助言や誘惑、説得や切迫した要望を通して  
C. 錯誤の意図的な惹起もしくは利用、激情や情動を通して犯罪の実行に決定づけた者である」。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung II, VI. Hanover, §53 (S. 34 f).

付言すれば、不可欠幫助に関する規定は草案では置かれていたものの、*Bauer* の批判によって修正・削除された。Vgl. *Adolph Leonhardt*, Commentar über das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover, Bd. 1, 1846, S. 239.

248) 「58条 そのような謀議の参加者には、合意され実行された犯罪の同等の刑罰が科せられる。

刑罰がその最も高い段階と最も低い段階に従って規定されているならば、積極的な共働の程度やそのほかに生じる一身的な減輕事由や加重事由といった性質に応じて、法定の枠内において言い渡される。

結合の中心人物、すなわち、

- 1) 最初に犯罪的な結合を誘致し、成立させた者(教唆者)のみならず、
- 2) 犯罪の実行のため計画を立案し、もしくはその実行時に計画を主導した者(首魁)は、常により重い刑罰に処せられる」。原文については、vgl. *Stenglein*, Sammlung II, VI. Hanover, §58 (S. 37).

て、合意された犯罪がまったく実行されなかった場合に、それがまったく任意で行われなかったならば、謀議の締結は合意された犯行の未終了未遂として処罰されると規定していた（59条）。

従って、ハノーファー刑法典も、実行に至らなかった謀議それ自体を未遂として処罰することを予定していたのである。この点につき、草案の起草に尽力した *Bauer*<sup>249)</sup> は相互教唆説に基づき、以下のような政策的な理由づけを示した。すなわち、謀議の締結は、外部的な許されない行為であるのみならず、さらに参加者を犯罪実行の決意へと相互に決定づけ、総じて教唆者とみなすものであり、非常に危険なものである。それゆえ、たとえこれが犯罪実行の準備であっても、市民に謀議の締結を威嚇し、もしくは謀議締結を任意に中止させるためには、犯罪的な結合の成立と存続を未遂と同様に刑罰で威嚇しなければならないと<sup>250)</sup>。

しかし、すでに述べた通り、このような見解に対しては学説上の批判が強かった。例えば、*Mittermaier* は、単なる謀議はまさに言語的な意思表示であって、外部的な行為ではないし、犯罪実行の開始を含む場合にはじめて未遂が可罰的となるのであれば<sup>251)</sup>、謀議は未遂とはなりえないと批

249) *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. 194 f., 206によると、*Bauer* は1823年から1826年の間、国王 *Georg IV* 世によって立ち上げられた立法委員会に所属しており、その成果は1825年草案として結実した。しかし、彼は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ることとなった。

250) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 135), S. 486. さらに、*Bauer* は1840年の著作では、謀議の締結それ自体を未遂で処罰することと、後掲注 (251) のハノーファー刑法典33条との解釈論上の整合性を主張した。すなわち、特定の犯罪の惹起に向けられた故意の外部的認識可能性という点に未遂の本質を見出したうえで、実行の開始を含む諸行為は、そこから刑罰法規に反する意思を認識させる外部的な行為の最も主たる、そして最もありふれた形態だが、可罰的な未遂はこれに汲み尽くされるわけではなく、とくに謀議締結においては、そこから悪しき意思の存在がより確実に認識されるということがそれ自体に認められるため、未遂の処罰に関する諸原理が適用されると。Vgl. *ders.*, *Abhandlungen I* (a. a. O. (Fn. 171)), S. 445, 446.

251) ハノーファー刑法典の草案38条では、「犯罪の未遂が存在するのは、ある者が犯罪を

判したのであった<sup>252)</sup>。同様の見解は他の論者によっても主張されていたところであるし<sup>253)</sup>、既に見た通り *Berner* も、謀議の締結それ自体は、連帯的責任を根拠づける全体意思が形成される前の準備行為にすぎないと説明することで、未遂による処罰を否定していたのである<sup>254)</sup>。

従って、このように見れば、謀議の締結それ自体を未遂で処罰することを志向する伝統的な立場に沿った立法動向に対して、謀議締結それ自体を不可罰の準備行為と捉える立場が批判し続けていたのである。確かに反対派の主張はすぐには実現しなかったが、謀議論の歴史においては重要なものであった。というのも、まさにこの問題こそが、プロイセン刑法典における謀議規定の運命を左右する論点だったからである。

## (二) プロイセン刑法典の諸草案における議論の変遷

1813年のバイエルン刑法典が何十年もの間、領邦法典の立法に強い影響を与えるものであったのと同様、1851年のプロイセン刑法典もその後の立法（特に1861年のバイエルン刑法典や1871年のライヒ刑法典）にとって模範とな

---

↘実行するという意図で外部的な行為を行い、それが少なくとも意図された犯罪の実行の開始とみなされる場合である」と規定されていた。Vgl. *Bauer*, a. a. O. (Fn. 135), §38 (S. 37). そして本規定は、ハノーファー刑法典33条に引き継がれた。Vgl. *Stenglein*, Sammlung II, VI. Hanover, §33 (S. 26).

252) *Mittermaier*, Über den neuesten Zustand der Criminal-Gesetzgebung in Deutschland, mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen, 1825, S. 150; siehe auch *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14 Aufl., §47 Note VI des Herausg. (S. 92).

253) Vgl. *Gömer*, Einige Motive zum Baierischen Entwurf des Strafgesetzbuches, 1825, S. 115, 175; auch *C. Cucumus*, a. a. O. (Fn. 135), S. 9 ff.; *Heinrich Albert Zachriä*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Theil, 1836, S. 59; *August Wilhelm Heffter*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes: mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte, 5. Aufl., 1854, S. 76; *Wilhelm Langenbeck*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868, §92 (S. 252 ff., bes. S. 253).

254) Vgl. *Berner*, Theilnahme, S. 477 f.; siehe auch *ders.*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 1857, §111 (S. 171); *ders.*, Grundsätze des preussischen Strafrechts, 1861, §62 (S. 56).

るものであった。そもそもプロイセンでは、ほとんどの領域では ALR が適用されていたが、一部の地域では普通法、一部のライン管区ではフランス法が適用されていたため、ALR の不完全性を克服するとともにプロイセン全体で統一刑法典を制定するという目的で立法作業が開始されることとなった<sup>255)</sup>。

さて、既に言及した通り、1851年のプロイセン刑法典の制定に向けた議論の中で謀議規定は共犯の章から姿を消すに至った。この点、諸草案（1827年草案、1828年草案、1830年草案、1833年修正草案、1836年修正草案、1843年草案、1845年草案、1846年草案、1847年草案、1848年草案、1849年草案、1850年草案）を概観する限りでは、1846年草案では謀議規定が置かれていないことが確認される。そのため、以下では、主に1846年草案以前の議論に着目して検討を進め、謀議規定が共犯の章から削除された理由を明らかにしていくことにしたい。

#### (1) 1827年草案

まず、1827年草案は、91条に謀議に関する一般的な定義規定、そのうえで92条に謀議を通して実行された犯罪の量刑規定を置いており、それぞれ以下のように規定していた<sup>256)</sup>。

---

255) Vgl. *Jacquin*, Die Teilnahme, S. 65; *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, S. 327, 342.

また、刑法典の制定に向けた背景につき、野澤・前掲注(127)267頁以下、岡本勝「放火罪と『公共の危険』(二)」法学(東北法学)52巻4号(1988年)3頁注(3)、佐竹「詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について(4)」立命館法学379号(2018年)1151頁参照。Siehe auch *Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. 3, 1858, XI. Preußischen Staaten, S. 3. 以下では、*Stenglein*, Sammlung III と記す。

256) 原文については、vgl. Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1827, §§87 ff., in: *Werner Schubert / Jürgen Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 1, 1981, S. 12 f. 以下では、Entwurf 1827 と記す。

91条 二人もしくはそれ以上の者が共通の利益関心から犯罪の共同実行を合意した場合、何かしらの方法で犯行前、犯行時、もしくは犯行後に共働した、このような謀議の各参加者は、合意された犯罪の共同発起者とみなされる。

92条 謀議を通して実行された犯罪は、それが個人によって実行された場合よりも重く処罰される。とりわけ、結合を最初に誘致した謀議の教唆者や、実行のための計画を立案し、もしくは実行を指導した首魁は、より重い刑罰に処せられる。

まず91条では、バイエルン刑法典やヴェルテンベルク刑法典、ハノーファー刑法典に倣って、ALR 66条や73条にはなかった「共通の利益関心」というメルクマールが書き込まれていた<sup>257)</sup>。しかし、1827年草案は、他の領邦法典の模倣に終わらず、「相互的な協力への約束づけ」を謀議の要件として加える必要はないとされた。というのも、共同実行の合意においては、各参加者の側で約束づけや、少なくとも相互的な援助への用意が暗に含まれていると考えられたからである<sup>258)</sup>。しかも、理由書は、これらの領邦法典が相互協力の約束づけという要件に縛られて、遂行時に何も共働せず居合わせたにすぎない謀議の参加者を共同発起者として処罰することは酷であると非難し、そのような謀議者の煮え切らない態度は常に主観的に小さな危険性を示すにすぎず、共同の合意がなければ未遂の諸原理に従って完全に不可罰にとどまるであろうから、彼を実際の共同発起者よりも軽い可罰性の段階に置き、未終了未遂の刑で処断すること<sup>259)</sup>が法的に

---

257) Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preussischen Staaten, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., *Straf- und Strafprozeßrecht*, Bd. 1, 1981, S. 154 f. 以下では、Motive 1827と記す。

258) Motive 1827, S. 155.

259) 1827年草案94条「謀議の参加者が実行前か実行時、もしくは実行後にまったく共働しなかった場合、彼が教唆者であれば共同発起者として処罰されるが、彼が一般の参加者であれば、実行された犯罪の未終了未遂の刑でのみ処断される」。Vgl. Entwurf 1827, §94 (S. 13).

必要であると論じていた<sup>260)</sup>。

このような叙述からすれば、1827年草案は相互教唆を重視しない立場のようにも見えよう。しかし、理由書によれば、91条は、謀議それ自体がすでに可罰的であることを前提とするものであった<sup>261)</sup>。すなわち、1827年草案は、93条に謀議の締結それ自体を未終了未遂で処罰する規定<sup>262)</sup>を置いていたのである。理由書は、謀議それ自体の処罰に反対する *Mittermaier* らの見解を一瞥しつつも、*Bauer* の見解<sup>263)</sup>を引き合いに出して、相互教唆による謀議の危険性を強調し、他方で意図された犯罪が実行されなかった場合の教唆者を未遂で処罰する規定（1927年草案89条<sup>264)</sup>）との整合性も根拠に、93条の正当化を図ったのであった<sup>265)</sup>。

## (2) 1833年修正草案

その後<sup>266)</sup>、1833年修正草案においても、謀議の定義規定や量刑規定のみならず、謀議の締結それ自体を未遂で処断する規定や、実行の前後もし

260) Motive 1827, S. 156.

261) Motive 1827, S. 158.

262) 1827年草案93条「合意された犯罪がまったく行われなかった場合、これが任意になされたものでなければ、謀議の締結は合意された犯罪の未終了未遂として処罰される」。Vgl. Entwurf 1827, §93 (S. 13).

263) Vgl. *Bauer*, a. a. O. (Fn. 135), S. 486.

264) 1827年草案89条「教唆者（88条3号）は、彼によって意図された犯罪の実行が自らの意思に反して行われなかった場合、このような犯罪の未遂の刑で処断される」。Vgl. Entwurf 1827, §89 (S. 12).

265) Vgl. Entwurf 1827, §89 (S. 12).

266) 付言すれば、1828年草案では非常に簡潔に謀議の定義だけが60条に置かれていた。Vgl. Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1828, §60, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 1, 1981, S. 283.

また、1830年草案では、謀議の定義規定（61条）に加えて、犯行の実行前か実行時、もしくは実行後にまったく共働しなかった謀議者を未終了未遂で処断する旨の規定（62条）が復活した。Vgl. Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1830, §§59 f., in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 2, 1982, S. 483.

くは実行時にまったく共働しなかった謀議者を未終了未遂で処断する旨の規定も維持された<sup>267)</sup>。

59条 二人もしくは複数の者が犯罪の共同実行を合意した場合、何かしらの方法で遂行前、遂行時、もしくは遂行後に共働した者は、いずれも合意された犯罪の共同発起者とみなされる。

60条 謀議による犯罪の実行は、何時も刑の量定における加重事由(Erschwerungsgrund)であり、それはとりわけ、結合を誘致した謀議の教唆者や、実行のための計画を立案し、もしくは実行を主導した首魁に対して妥当する。

61条 たとえ合意された犯罪がまったく行われなかったとしても、謀議の締結は、56条の規定<sup>268)</sup>が有利に働かないところの共犯者に未終了未遂として帰せられる。

62条 謀議の参加者が、実行前か実行時もしくは実行後にまったく共働しなかった場合、彼が教唆者でそれに応じて処罰されないならば、実行された犯罪の未終了未遂の刑で処断される。

いずれの規定についても、文言だけを見れば、1827年草案とほとんど変わるところがない<sup>269)</sup>。もっとも、バイエルン刑法典以降、多くの領邦法

---

267) 原文については、vgl. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten, 1833, §§59 ff. (S. 10)。以下では、Revidierter Entwurf 1833 と記す。

268) 1833年草案56条「任意に、すでに開始された犯罪の完成を完全に取り止め、そして必要な場合には、意図した侵害結果が発生しえないよう措置をとった者は、刑罰を免じられる。

しかし、未遂行為が既にそれ自体として犯罪である場合、後者の刑罰はこれを通して同時に消滅しない」。Vgl. Revidierter Entwurf 1833, §56 (S. 9)。なお、訳語については、野澤・前掲注(127)268頁以下に挙げられている1828年草案57条のものも参照した。

269) 本文での言及は割愛したが、1833年修正草案は、1830年草案では解釈上自明であるという理由から削除されていた謀議の量刑規定を、「裁判所の側での遵守にとって重要な規定」であるという理由から復活させている。Vgl. Motive zum revidierten Entwurf des



典の謀議規定で採用されていた「共通の利益関心」という主観的メルクマールが削除されている点は興味深い。この点について理由書では、「犯罪の共同実行を合意した」という文言によって共通の利益関心は十分に示されているため不要であるし、同種の利益関心という要件は各謀議者の利益関心が同種でなければならないという誤解を与え、謀議概念を過度に狭めてしまうと指摘されており<sup>270)</sup>、従前の謀議論に対する *Stübel* の批判<sup>271)</sup>を彷彿させるところである。

しかしながら、1833年修正草案は従前の謀議論から完全に離れたわけではない。すなわち、謀議の締結それ自体を未遂で処罰する規定については、1830年草案では、単なる合意は遂行に向けられた外部的な行為とはみなされないと考えられたため、規定されていなかったが、1833年修正草案では復活することとなった（61条）。そこでは、「犯罪的な合意はすでに犯罪それ自体に向けられた行為であり、犯罪が実行された場合にはその開始とみなされるもの」であり、また大きな危険を有する謀議においては最も重い厳格な措置が必要不可欠であるため、謀議の締結それ自体を未遂で捕捉することが法体系に適していると考えられていた<sup>272)</sup>。

このような1833年修正草案の規定内容は1836年修正草案<sup>273)</sup>に受け継がれたのだが、1838年10月20日に開かれた枢密院の刑法改正委員会における審議では、以下のような提案がなされた。すなわち、犯罪の共同実行という表現では、すべての謀議者が主たる行為において活動することを求めるかのようなため、二人もしくはそれ以上の者が犯罪の実行を合意すれば、謀議の存在にとって十分であるということや、明示的な合意（eine

---

↳ *Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil, 1833, S. 20.* 以下では、*Motive 1833* と記す。

270) Vgl. *Motive 1833, S. 20.*

271) 拙稿・前掲注（182）158頁。

272) Vgl. *Motive 1833, S. 21.*

273) Vgl. *Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten, 1836, §§62 ff. (S. 16).*

ausdrückliche Verabredung) でなくとも、黙示的な取り決め (stillschweigende Uebereinkunft) でも謀議の要件にとっては十分であるということ、さらには、謀議者が実行前か実行時か実行後に共働したということは発起者としての処罰の正当化にとって必要ではなく、犯罪の実行時に単に居合わせるだけでも他の者の決意が強固になり活動力が強められる以上、十分であるということなどが主張された<sup>274)</sup>。

### (3) 1843年草案

このような審議の結果、1843年草案では、以下のような謀議規定が置かれることとなった<sup>275)</sup>。

65条 二人もしくはそれ以上の者が犯罪の実行のために事前に取り決めを行った場合、何かしらの方法で実行前、実行時もしくは実行後に共働した者、ないしは遂行時に居合わせたにすぎない者は、合意に関連する犯罪の共同発起者と見做される。

66条 謀議による犯罪の実行は、何時も刑の量定における加重事由である。

結合を誘致した者(謀議の教唆者)や、遂行のための計画を立案し、もしくは遂行を主導した者(首魁)に対して、その刑罰はその半分まで加重することができる。

67条 意図された犯罪がまったく行われなかったとしても、謀議の締結は、62条<sup>276)</sup>の規定が有利に働かない謀議の参加者に着手未遂として帰せられる。

---

274) Vgl. Berathungs-Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths, den Erster Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs betreffend, 1839, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 4, 1994, S. 85 ff.

275) 原文については、vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843, Erster Theil, Fünfter Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern, §§65 ff. (S. 18 f.). 以下では、Entwurf 1843 と記す。

276) 1843年草案62条「自らの心理的な動きから、既に開始された犯罪の完成を取りやめ、

68条 謀議の参加者が、実行前、実行時もしくは実行後にまったく共働せず、また遂行時にも居合わせなかったという場合、62条の規定が彼に有利に働かないか、もしくは彼が教唆者として処罰されないならば、彼は実行された犯罪の着手未遂の刑で処断される。

以上のような1843年草案では、上述の枢密院での委員会審議の結果を踏まえ、「犯罪の共同実行」に代わって「犯罪の実行」、また合意(verbreden)に代わって取り決め(übereinkommen)という用語が使用されている。それゆえ、本草案の65条によれば、二人もしくはそれ以上の者が犯罪の実行のために取り決めを行ったという点に謀議のメルクマールが見出される。しかし、*Zachriä*によれば、犯罪の実行に関する取り決めは、教唆者と正犯者が互いに意見を一致させた場合にも問題となりうるし、発起者と幫助者との間の約束にも当たってしまうため、1843年草案における謀議の定義づけは不十分であり、謀議の本質は、複数人が彼らによって決意された特定の犯罪の共同遂行のために相互に約束づけたという点に見出すべきであるとされる<sup>277)</sup>。

また、謀議締結それ自体を未遂で処罰する67条に関して言えば、*Temme* は——本規定は未遂の開始に関する55条<sup>278)</sup>から自ずと明らかになるとしつつ——いわゆる相互教唆説に依拠して正当化を試みた。すなわち、教唆とは疑う余地なく犯罪の実行に向けられた外部的な行為である以

---

↘そして必要な場合には、意図していた侵害結果が発生しえないように措置をとった者は、刑罰を免じられるべきである。

しかし、未遂行為が既にそれ自体として犯罪である場合、後者の刑罰はこれによって消滅しない」。Vgl. Entwurf 1843, §62 (S. 17). 訳語については、野澤・前掲注(127) 272頁以下を参照した。

277) Vgl. *Zachriä*, Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, in: Archiv des Criminalrechts Neue Folge, Jahrgang 1846, St. 4, S. 575.

278) 1843年草案55条「犯罪の未遂は、それが意図された犯罪の実行の開始と見られる外部的な行為を通して明らかとなるやいなや可罰的となる」。Vgl. Entwurf 1843, §55 (S. 16). 訳語については、野澤・前掲注(127) 273頁注344も参照されたい。

上、相互的な教唆を含んでいる犯罪的な結合は、それが単なる一時的な約束と取り違えられない場合、すでに実行の開始と見做される外部的な行為を含んでいると<sup>279)</sup>。このような説明は、*Bauer*の意見や1827年草案の理由書、1833年修正草案の理由書と同様、未遂の定義規定との整合性を図ろうと試みるものである。

これに対して、*Abegg*は、謀議の締結それ自体の処罰については、未遂に関する一般的な諸原理(55条)による処理では十分ではないと判断される場合には、先例であるCode pénal(265条、266条)<sup>280)</sup>に倣って各則に規定を置くこと<sup>281)</sup>も考えられると主張しつつも、*Abegg*としては前者を優先したいと考えた。すなわち、未遂に関する一般的な諸原理(55条)によれば、まったく実行されていない犯罪の場合にそもそも未遂の諸条件が存在するかどうかの判断は、裁判官の裁量に委ねられているにもかかわらず、謀議の締結それ自体について未終了未遂を認めるよう裁判官に強いることは妥当ではないと主張したのであった<sup>282)</sup>。それゆえに、このような考えを貫徹すれば、実行に至らなかった謀議それ自体の処罰に関する特別規定は共犯の章に不要であり、その処罰は未遂処罰規定に委ねればよいということになるであろう。

---

279) Vgl. *Jodocus Donatus Hubertus Temme*, *Critik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil*, 1843, S. 108 f.

280) Code pénal 265条「身体または財産に対して向けられた犯罪者のすべての結社は、公共の平穩に対する重罪とする」。

266条「徒党の組織化、徒党とその首謀者もしくは指揮者との連絡、または悪事の収益をあてにしもしくは分配することを意図した謀議の事実だけで、この重罪は成立する」。

以上につき、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)251頁以下を参照。

281) これは、ライン管区の議会によって提案されていた。Vgl. *Bemerkungen über den Entwurf des Preussischen Strafgesetzbuches und dessen Begutachtung durch den Rheinischen Provinzial-Landtag*, 1843, S. 92, 93.

282) Vgl. *Abegg*, *Kritische Betrachtungen*, S. 167.

#### (4) 1845年草案

以上のほかにも寄せられた多くの批評は、『1843年の刑法典草案の省察』（以下では、『省察』と記す）<sup>283)</sup>にまとめられ、これに基づき、1845年草案では、以下のような謀議規定が置かれることとなった<sup>284)</sup>。

48条 複数人の下で同じ犯罪の実行が合意された場合、すべての個々の参加者に対しては、犯行の実行の開始を含むところの行為がまったく行われていないか、もしくはこのような参加者によって行われていなかったとしても、このような合意を理由に未遂の刑罰が言い渡される。

同様に、謀議の結果として犯罪が実行に至ったが、ある合意の参加者がその実行に寄与しなかった場合、彼に対しては合意された犯罪の未遂の刑罰が言い渡される。

このような簡潔な謀議規定が置かれるに至るまでの議論において、特に問題となったのは、謀議の締結それ自体の処罰であった。すなわち、『省察』によれば、法典において謀議という形式的な、いわば技術的な名称は必要とされず、犯罪の実行のための合意それ自体に可罰的な未遂という性を備え付けることが本質的に重要であるとされた<sup>285)</sup>。その際、「犯罪の

---

283) それらの批評は『1843年刑法典草案の省察』としてまとめあげられた。Vgl. Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, Erster Band. Zum ersten Theil des Entwurfs. §§1-140, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., *Straf- und Strafprozeßrecht*, Bd. 5, 1994, S. 211 ff. 以下では、Revision 1843と記す。これは実質的に1845年草案の理由書であると評される。成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪(5)」法学(東北)73巻2号(2009年)21頁注7、佐竹・前掲注(255)1169頁注552参照。

284) 原文については、vgl. *Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1845*, §48 (S. 10). なお、本文での言及は割愛しているが、合意の参加者や教唆者・被教唆者は、犯行の実行を意思変更を通して阻止した場合、もしくは通報の結果として実行が妨げられたという適時に当局に通報した場合には不可罰となる旨の規定が置かれている(51条)。Vgl. *ibid.*, §51 (S. 10).

285) Vgl. *Revision 1843*, S. 392; dazu kurz dargestellt *Theodor Goldammer*, *Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach* ↗

実行に関する単なる取り決め、つまり、いわば言語で表明された悪しき思想を刑罰で威嚇することは許されない」し、「犯罪的な意思がまだ表明されていない外部的な行為である態度を未遂として処罰してしまうであろうという限りで、未遂に関するその他の諸原理と矛盾している」と非難する立場に触れつつも<sup>286)</sup>、実際のところ謀議は単なる思想ではなく、準備的な活動であるため、維持できないとされた<sup>287)</sup>。それゆえ、犯罪の実行についての取り決めを未遂で処罰することは、未遂の通常原理からの逸脱であっても<sup>288)</sup>、その危険性ゆえに未遂の刑罰で威嚇されなければならないと主張されたのであった<sup>289)</sup>。

さらに、すべての謀議者を発起者としてその可罰性を同置することは、『省察』によれば、無思慮であるとされる。というのも、「教唆それ自体や謀議それ自体は、実行の開始を欠いていてもすでに可罰的であり、実行が開始されたか、もしくは完全に遂行された場合にはより可罰的となり、さらに個別の謀議者に関して言えば、彼が実行の際に居合わせたか、もしくは共働した場合にはより可罰的となるということが法典から判明するであろう」と考えられたからである。それゆえ、本草案では、謀議の全参加者の可罰性を同置することは放棄され、可罰性の個別化を目指して、「個々の」という形容詞が「参加者」に付されたのであった<sup>290)</sup>。この限りでは、先述の *Abegg* の主張が受け入れられたと見られるだけでなく、従前の謀議論が瓦解していく兆しのようにも見えよう。

↘ den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil I: Einführungs-Gesetz und den allgemeinen Theil enthaltend, 1851, S. 291. 以下では、*Goldammer*, *Materialien I* と記す。

286) Vgl. Revision 1843, S. 392 f.

287) Vgl. Revision 1843, S. 393; dazu kurz dargestellt *Goldammer*, *Materialien I*, S. 292.

288) Vgl. Revision 1843, S. 394.

289) Vgl. Revision 1843, S. 393.

290) Vgl. Revision 1843, S. 394. 付言すれば、量刑事由を列挙することにとっても、また謀議の教唆者や首魁に対して抽象的に刑を加重することにとっても、実務的な必要性は認められないと論じられた。

(5) 1845年草案に関する枢密院直属委員会の審議

以上のような1845年草案は、1845年10月18日以降の枢密院の直属委員会  
で再び審議されることとなった<sup>291)</sup>。そこでは、謀議規定の運命を左右す  
る議論が展開された。

まず、1845年11月15日の審議では、ある委員は、48条に対する以下のよ  
うな非難を唱えた。すなわち、共同で犯罪を実行するという複数人の合意  
は、たとえ合意の後に何も行われなかったとしても、48条によってそれ自  
体として可罰的である以上、合意は独立した犯罪と考えられ、ゆえに  
Code pénal の265条と同じように、各則に属すべきものであると<sup>292)</sup>。ま  
た、すでに未遂犯の規定に関する審議では、未遂犯の概念規定を削除し  
て、未遂犯に関する量刑規定を置くにとどめつつ、中止犯の規定を維持す  
るという決定がなされていた<sup>293)</sup>。それゆえ、未遂の刑罰は、実際に実行

291) 野澤・前掲注(127) 277頁、佐竹・前掲注(255) 1171頁。Siehe auch *Stenglein*, Sammlung III, XI. Preußischen Staaten, S. 4.

292) Vgl. Verhandlungen der Kommission des Staatsraths über den revidirten Entwurf des Strafgesetzbuchs, 1846, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 6, 1996, S. 147. 以下では、Verhandlungen 1846と記す。

293) より詳しく言えば、以下の通りである。すなわち、野澤・前掲注(127) 275頁以下によれば、1843年草案62条(前掲注(276))は、「必要な場合には」という文言との関係では、陪審裁判における適用にとって解決できない困難さを有し、「自らの心理的な動きから」という文言も、特徴的なものとも明確なものとも評価されないと批判された。そして、被告人の中止犯主張が濫用される危険があり、また不処罰を認めるべき事例も少ないため、一般的な不処罰という法効果は望ましくなく、刑罰の減輕でも十分対処できると考えられた。もともと、他方で、可罰的な未遂の成立範囲を画するため、未遂の概念自体から中止犯の不処罰を導くことは必要であるとされた。その結果、1845年草案42条では、19世紀以降のドイツではじめて、フランス刑法と同様、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする規定が置かれることとなった。

ところが、1845年11月15日の枢密院直属委員会の審議では、1845年草案42条について *Uhdén* と多くの委員が「未遂犯の概念規定は不要であり、削除すべき」と主張し、これに対して *Savigny* らは「そのような考えは広すぎ、また裁判官の恣意へと流れる危険がある」と反論したが、議論の結果、「可罰的な未遂の特徴は、法律に書き表されるべきか」について採決がなされ、5対4で否決された(1846年草案40条)。また未遂犯の概念規定を欠きつつも、未遂犯の量刑に関する規定(1846年草案38条)が置かれるにとどまったのであった。野澤・前掲注(127) 278頁以下参照。 ↗

された犯罪の刑罰の程度に応じて量定されるものであるにもかかわらず、48条の事例ではまだ犯罪は実行されていないばかりか、意図された犯罪の種類や性格といったものは外部的な行為を通してまだ示されていない。さらに、例えば、合意の目的が窃盗の共同実行であることが明らかになったとしても、窃盗には様々な実現方法が考えられる以上、どの規定で未遂の刑を評価すべきか裁判官を当惑させてしまうと批判した<sup>294)</sup>。しかし、これに対して、司法大臣の *Savigny* や多くの委員は、48条は、一般的な形での犯罪実行の合意 = 犯罪集団の事例ではなく、個別にそれ自体として特定された犯罪の共同実行のための合意 = 謀議の事例であることや、加重事由の不存在は *favorem defensionis* (被告人の有利のために) において認められるべきであるため、そこから個別事例の評価にとって困難が生じるわけではないと反論した<sup>295)</sup>。

---

ㄨ なお、1846年草案38条および40条は、以下の通りである。原文については、vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, von der Königlichen Immediat-Kommission dem Plenum des Staatsraths vorgelegt, 1846, §§41 ff. in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 6, 1996, S. 362. 以下では、Entwurf 1846 と記す。

「38条 重罪の未遂のためには、常に刑量と刑種に関しても、意図された重罪の既遂の場合において言い渡されなければならなかったであろう刑罰よりも小さい刑罰が言い渡されるべきである。

死刑または終身自由刑が規定されている重罪において、未遂の刑罰は最高で20年および最低で3年の懲役刑または懲罰労働が決定されるべきである。

最高で有期自由刑または罰金刑に関して援用されている重罪においては、未遂の刑罰は決して法律上の最高刑の3分の2を超えてはならない」。

「40条 行為者が自らの心理的な動きから、犯罪の完成を取りやめ、そして必要な場合には、意図していた侵害結果が阻止される方法で措置をとった場合には、未遂は不処罰のままとなる。

しかし、行われた未遂行為がそれ自体として個々の犯罪において特別に刑罰が科せられている場合、またはその行為が独立した犯罪を含んでいる場合には、たとえ意図した犯罪が行為者自身の心理的な動きから実行へと至らなかったとしても、それにもかかわらずその行為は処罰される」。

294) Vgl. Verhandlungen 1846, S. 147; dazu kurz dargestellt *Goltdammer*, *Materialien I*, S. 295 f.

295) Vgl. Verhandlungen 1846, S. 147.



このような議論の結果、委員会では48条の維持が支持され、以下のように規定されることとなった。その際、「犯行の実行の開始を含むところの行為がまったく行われていないか、もしくはこのような参加者によって行われていなかったとしても」という一文は、未遂犯の一般規定（1845年草案42条）に関する審議結果を顧慮して削除され、48条2文は重要ではないという理由で削除された<sup>296)</sup>。

48条 複数人の下で犯罪の共同実行が合意された場合、個々の参加者らに対しては、このような合意を理由に未遂の刑が言い渡される。

ゆえに、この時点では、謀議規定は共犯の章の中でまだ生き残っていた。しかし、更なる展開は、その後の審議（1845年11月26日）において見られる。そこで司法大臣 *Uhden* と多くの委員は、以下のように主張した。すなわち、すでに42条における可罰的な未遂の特徴づけは全面的に放棄された以上、一貫性を保つことや、未遂の諸原理をさらに展開することも放棄されたように思われるし、新たな決定によれば、すべては裁判官の裁量に委ねられている。ゆえに、一般的・抽象的な形式での48条は、実際の個別事案において困難への契機を与えてしまうと。そのうえで、議長が「48条および49条、さらに51条は削除されるべきか」について採決がなされたところ、この問いは5対4で肯定されたのであった<sup>297)</sup>。

#### (6) その後の草案とプロイセン刑法典の成立

このような衝撃的な審議を経て、1846年草案では共犯の章から謀議規定が削除されることとなった<sup>298)</sup>。この状況は、未遂の概念も未遂行為の可

---

296) Vgl. Verhandlungen 1846, S. 147.

297) Vgl. Verhandlungen 1846, S. 152; dazu kurz dargestellt *Goltdammer*, Materialien I, S. 296.

298) Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, von der Königlichen Immediat-Kommission dem Plenum des Staatsraths vorgelegt, 1846, §§41 ff., in: ↗

罰性に関する客観的な限界も提示しなかった<sup>299)</sup> 1847年草案でも維持され<sup>300)</sup>、その理由書でも、謀議規定のパラグラフは「可罰的な未遂の限界の更なる展開を含むものにすぎず、それを法律上固定することは現在の草案ではそもそも放棄されているという理由ですすでに削除されている」と説明された<sup>301)</sup>。つまり、謀議段階での処罰は、未遂の解釈に委ねられるため、当該規定は余分であると考えられ、共犯の章への復活は実現しなかったのであった。

もっとも、その後の草案では、未遂の定義規定が復活したため<sup>302)</sup>、謀議の締結それ自体を未遂で処罰する規定を再び法典に受け入れる余地はあったはずである。しかし、その後の草案でも謀議での処罰に関する規定は復活しなかった<sup>303)</sup>。その理由に関して、*Goldammer*によれば、謀議の締結それ自体の処罰規定とともに消え去った教唆それ自体の処罰規定

↘ *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 6, 1996, S. 362 f.によれば、41条ではいわゆる直接正犯と教唆犯が、42条では幫助犯が、43条から46条にかけて犯人庇護者が規定され、さらに47条では犯罪の通報を怠った場合の処罰規定が置かれている。

299) Vgl. *Goldammer*, *Materialien I*, S. 296.

300) Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten: nebst dem Entwurf des Gesetzes über die Einführung des Strafgesetzbuches und dem Entwurf des Gesetzes über die Kompetenz und das Verfahren in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln, 1847, §§43 ff. (S. 8 f.). 以下では、Entwurf 1847 と記す。

301) Vgl. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, 1847, S. 23.

302) この点について、詳しくは野澤・前掲注(127) 280頁以下を参照されたい。

303) 1848年草案については、vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten 1848, in: *Waldemar Banke*, *Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts*, II. Der Vorentwurf zum ersten deutschen Einheitsstrafrecht (mit erstmaliger Herausgabe des preußischen Entwurfs 1848, 1915, S. 40. また1849年草案については、vgl. Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, 1849, in: *Banke*, *Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts*, I. Die Verfasser des Entwurfs 1849 (Mit einem diplomatisch genauen Abdruck des Entwurfs), 1912, S. 47. さらに、1850年草案については、vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, 1850, in: *Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, 1851, §§31 ff. (S. 9 f.).

も、まさに未遂の限界に関する規定と矛盾するという理由で（各則における一部の例外を除き）受け入れられず、謀議規定も復活しなかったのである<sup>304)</sup>。つまり、「法典は各則において反逆罪にのみ謀議を適用しており、それを類推し拡張することはできない以上、ある犯罪に向けた複数人の単なる合意を理由に未遂で処罰することの問題は、ただ未遂の一般的な諸原理に従って判断されることであるが、それによれば、犯罪の実行を生じさせなかった教唆を未遂で処罰することは否定されなければならないという理由で否定される」<sup>305)</sup>というのである。従って、1848年草案以降では、いまだ実行の開始に至っていない、つまり準備行為にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することは不可能であるがゆえに、これに関する処罰規定が置かれなかったのである。

また、付言すれば、フランクフルト国民議会の決議によってドイツ統一の中心となっていたプロイセンでは、各ラントの法制度を調和させる必要性から Code pénal を採用していた地区に配慮し、草案においてもフランス流の共犯の規定形式を採用するに至ったことも指摘される<sup>306)</sup>。それゆえ、謀議も Code pénal と同様、共犯の章で言及せず、各則に規定すれば足りると考えられたものと推察される。

こうして、最終的に1851年プロイセン刑法典の成立に至り<sup>307)</sup>、謀議は各則で言及されるにとどまったのであった<sup>308)</sup>。これまで見てきた通り、

304) Vgl. *Goldammer*, Materialien I, S. 311.

305) Vgl. *Goldammer*, Materialien I, S. 334.

306) 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（3）」法学協会雑誌134巻4号（2017年）638頁参照。

307) Vgl. *Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten; nebst Gesetz über die Einführung desselben*. Vom 14. April 1851, 1851, §§34 ff. (S. 16 ff.).

308) この点、*Goldammer*, Materialien I, S. 333によれば、いまや謀議は、フランス刑法におけるのと同様、各則の反逆罪においてのみ想定されており、そのほか91条と96条、214条、284条に含まれる多数人の集合（Zusammenrotten）に関する諸規定は、一部でのみ謀議の諸原理の適用を含んでおり、また一部では偶発的な共同発起者に関する諸原理の適用を含んでいるとされる。

CCC 以来、謀議の参加者を発起者として正規刑で処断するという謀議論は、学説と立法によって発展してきた。しかしながら、*Beseler* が手短に説明するように<sup>309)</sup>、謀議による連帯的責任は、未遂犯や中止犯、不参加の諸事例へ事細かにカズイスティックに立ち入ることを回避できず、最終的に未遂に関する一般的な諸原理と一致しないため、削除されるに至ったのである<sup>310)</sup>。より正確に言えば、一度は(1846年草案・1847年草案において)謀議それ自体の処罰は未遂の解釈に委ねるべきという理由で、いま一度は(1848年草案以降において)準備行為にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することはできないという理由で、共犯の章から姿を消したのであった。

### (三) ライヒ刑法典の制定に至るまで

すでに述べた通り、プロイセン刑法典の共犯の章において謀議規定が置かれなかった影響は、1861年のバイエルン刑法典<sup>311)</sup>にも及んでいた。すなわち、同刑法典は教唆者とその他の共犯者らを可罰性に関して区別を設けるにとどめ、それによって「すべての実務家が認識しているように、しばしば憂慮すべき謀議や犯罪集団などに関する諸規定を回避し、そしてここで問題となるすべての事情を適切に顧慮する可能性を裁判官に与えることができる」<sup>312)</sup>と考えられた結果、謀議規定は共犯の章から追放され、合意は各則で言及されるにとどまったのであった<sup>313)</sup>。

さらに、プロイセン刑法典における共犯規定は、1870年の北ドイツ連邦

309) Vgl. *Georg Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851: nach amtlichen Quellen, 1851, S. 153.

310) Vgl. *Goldammer*, Materialien I, S. 334.

311) 1861年のバイエルン刑法典の共犯規定については、Vgl. *Ludwig Weis*, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern sammt dem Gesetze vom 10. November 1861 zur Einführung des Strafgesetzbuchs und des Polizeistrafgesetzbuchs, Erster Band, 1863, §§52 ff. (S. 158 ff.). 以下では、*Weis*, Das Strafgesetzbuch 1861 と記す。

312) *Weis*, Das Strafgesetzbuch 1861, S. 159.

313) Vgl. *Mittermaier*, u. a., Über die Neue bayerische Strafgesetzgebung, 1862, S. 96.

刑法典にも影響を与え、それがライヒ刑法典へと結実することとなる<sup>314)</sup>。その過程では、共同正犯規定の導入が目を開くところである。しかし、それに伴って従前の謀議論、すなわち、謀議に基づいて共働した謀議参加者はみな同様に正規刑で処断されるという法理も復活したわけではない。

当初、1869年草案は、プロイセン刑法典とほとんど変わらない共犯規定を置いていた<sup>315)</sup>。そして、その理由書でも、正犯とは各則の構成要件から導かれるがゆえに周知 (bekannt) であり、共同正犯の規定は必然的な一般性ゆえにその価値が低く見積もられ、幫助と混同される危険が容易に考えられると論じられた。さらに、犯罪実行に先行する複数人の合意も、そこに加重されるべきモーメントに相応しいかどうかは刑の量定に委ねられているため、謀議という概念は導入されなかったと説明された<sup>316)</sup>。

その後、第一読会の第6会議（1869年10月8日）では、3人の委員から正犯と共同正犯の規定の導入に関する動議が出され<sup>317)</sup>、以下①～③の規定

314) 北ドイツ連邦刑法典およびライヒ刑法典の成立に至るまでの立法経緯については、以下の通りである。すなわち、1867年9月26日、いわゆる小ドイツ主義に基づいて北ドイツ連邦が創建されたことにより、連邦内の統一的な刑法典の起草が提案され、1869年9月に草案が公刊された。その後、連邦参議院に設置された七法曹委員会における審議を経て1869年11月に第一読会草案（第一草案）が出され、さらに1869年12月には第二読会草案（第二草案）、1870年2月に第三草案が出され、最終的に1870年5月31日に北ドイツ連邦刑法典が公布された。そして、1871年2月2日北ドイツ連邦に南ドイツ諸邦が参加したことによってドイツ帝国が成立し、それを受けて同年5月15日に北ドイツ連邦刑法典と同じ内容を持つライヒ刑法典が公布され、1872年2月2日より施行された。以上につき、岡本「放火罪と『公共の危険』(一)」法学（東北法学）47巻4号（1983年）43頁、45頁以下注(5)、野澤・前掲注(127)293頁以下、佐竹・前掲注(255)1181頁参照。

315) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, im Berlin Juli 1869, §§40 ff. (S. 11 f.). なお、プロイセン刑法典からの変更点としては、例えば、プロイセン刑法典34条に相当する40条1号と2号それぞれにおいて Anstifter と Gehülfe という用語が使用され、同刑法典35条に相当する41条には新たに3項が設けられ、犯人の人格に存する特別な身分もしくは関係性が規定されている。

316) Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, im Berlin Juli 1869, S. 90.

317) Vgl. Beratungen der Bundesratskommission 1. Lesung (1. October 1869 bis 27. November 1869), in: *Schubert / Thomas Vormbaum* (Hrsg.), *Entstehung des*

形式が提案された。

① 以下の者は、共同正犯として処罰される。

1. 犯行を他人とともに決意した者はみな、そのような決意の結果として犯行を完全に、もしくは可罰的な未遂に至るまで実行したことを条件に。
2. 犯行の決意には関与していないが、その実行には共働した者らは、彼らが共働を通してその決意を彼らのものにした、つまりその意思が他人の犯行の援助に向けられてはいない場合に<sup>318)</sup>。

② 以下の者は、重罪もしくは軽罪の共犯者として処罰される。

1. 犯行を共に決意し、その実行時に、もしくはその実行に向けて共働した者は、共同正犯として処罰される<sup>319)</sup>。

(筆者注：以下は、教唆犯と従犯に関する規定であるため、割愛する。)

③ 複数人が共に目的とした犯罪の実行に向けて明示的に、もしくは黙示的に結合した場合、何かしらの方法で犯行前、犯行時もしくは犯行後に、たとえ自らが居合わせることを通してであっても、その実現のために共働した者はすべて、正犯として処罰される。

そのような結合に関与したが、犯行の遂行には共働しなかった者は、彼がその結合を教唆していないならば、未遂を理由に処罰される<sup>320)</sup>。

---

↳ Strafgesetzbuchs, Kommissionsprotokolle und Entwürfe, Bd. 1, 2002, S. 78. 以下では、本書につき *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I と記す。

318) Vgl. Beratungen der Bundesratskommission Anträge zur 1. Lesung, Nr. 3, Budde [I, 56 f. / I, 129 f.], in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 180.

319) Vgl. Beratungen der Bundesratskommission Anträge zur 1. Lesung, Nr. 16, Donandt [I, 70 / I, 6.], in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 184.

320) Vgl. Beratungen der Bundesratskommission Anträge zur 1. Lesung, Nr. 17, Schwarze [I, 71 / I, 7.], in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 184 f.

このように見れば、いずれの規定内容も実行前の共働も広く捕捉する形での連带的負責を予定しており、領邦法典やその諸草案において既視感のある内容であるところ、これらは従前の謀議規定の復活を意図したものであったと思われる。しかし、これらの提案をより詳しく審議した後、議長が「言及された性格の諸規定をそもそも草案に導入することが必要なかどうか、もしくは合目的なのかどうか」という一般的な問いを立てたところ、4対3で否決され、それによって個別の動議の詳細に関する決議も行われなかった<sup>321)</sup>。それゆえ、第一読会後の草案（第一草案）では共同正犯の規定は置かれなかったのである<sup>322)</sup>。

しかし、第二読会の第三会議（1869年12月4日）でもふたたび共同正犯規定の導入に関する動議が出され<sup>323)</sup>、以下(1)～(3)の規定形式が提案された。

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

---

321) Beratungen der Bundesratskommission 1. Lesung (1. October 1869 bis 27. November 1869), in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 78.

322) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 1. Lesung, November 1869, in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, §§44 ff. (S. 251 f.).

323) Dazu kurz dargestellt *Hugo Hälschner*, Das gemeine deutsche strafrecht: systematisch dargestellt, Erster Band: Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881, S. 419. 以下では、*Hälschner*, *Strafrecht I* と記す。

この諸提案のうち、(1)と(2)では、共同実行のみならず、それ以前の共働も連帯的責任の対象となっていることに鑑みれば、「謀議による共同発起者」を彷彿させるものであり、とくに(2)は、プロイセン刑法典1843年草案65条<sup>324)</sup>に酷似している。しかし、(1)と(2)の提案は4対3で否決されたが、これに対して(3)は4対3で可決され<sup>325)</sup>、共同正犯の規定が導入されることとなった<sup>326)</sup>。それゆえ、このようにして共同正犯の規定は共犯の章に導入されたが、謀議による共同発起者に関する従前の規定形式が復活したわけではなかった。しかも、謀議の締結それ自体を未遂で処罰する規定の復活に関する提案も5対2で否決されたこと<sup>327)</sup>も併せて考えるならば、従来の謀議論の単純な復活がここで実現したわけではない。

実際、第三草案<sup>328)</sup>の理由書も、謀議や犯罪集団などに関する特別規定が導入されなかったのと同じく、「犯行の直接的な実行より前のそれに向けた謀議者の共働が共同正犯として把握されるべきかどうか、またどの範囲まで把握されるべきかということに関する規定も受け入れられなかった」が、その理由は、事物の状況に応じてその活動が共同実行の一部であり、それゆえ犯行は共同のものだと解されるかどうかは、個別の事例において裁判官が検討することであると考えられたからであった<sup>329)</sup>。

---

324) Vgl. Entwurf 1843, §65 (S. 18).

325) Beratungen der Bundesratskommission 2. Lesung (2. December 1869 bis 31. December 1869), in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 311.

326) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 2. Lesung, December 1869, in: *Schubert / Vormbaum* (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Kommissionsprotokolle und Entwürfe, Bd. 1: 1869, 2002, §§45 (S. 432 f.).

327) Beratungen der Bundesratskommission 2. Lesung (2. December 1869 bis 31. December 1869), in: *Schubert / Vormbaum*, Entstehung I, S. 312 f.

328) Vgl. Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 14. 2. 1870, in: Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (Bibliothek des deutschen Strafrechts: Corpus Juris Criminalis 13), S. 5. 以下では、本書につき StGB für Norddeutschen Bund と記す。

329) Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, in: StGB für Norddeutschen Bund, S. 54.



以上の検討より、北ドイツ連邦刑法典の第二草案の段階で共同正犯の規定は導入されることになったが、それに伴って謀議による共同発起者の観念はここで復活することではなく、謀議それ自体の処罰規定も共犯の章に姿を現すことはなかったのである。

そして、このような立法動向に対応して、学説でも従前の謀議論から離れようという動きが見られる。例えば、北ドイツ連邦刑法典草案に対する批判の中で *Binding* は、「誰が共同正犯であるのか」という問いの決定にとって犯行前の合意の証明はきわめて重要だが、正犯の実質的な判断にとって謀議概念はまったく無価値であると述べている。というのも、謀議者らの主観的な罪責は自らのイニシアティブで行為した単独正犯よりもきわめて軽い場合がありうる以上、「謀議者らによって実行された犯行は、事前の合意なくして実行された犯行よりも常に可罰的である」とするのは誤りだからである。それゆえ、*Binding* は、謀議はある場合に刑罰加重事由として承認されうるという根拠なき観念とは縁を切るべきであって、そのような観念は、個々人の可罰性をまったく問題にせず、犯行の危険性をすべてとする威嚇説に依らねばならないものであると批判したのであった<sup>330)</sup>。

つまり、謀議への参加を理由に謀議者を十把一絡げに共同発起者として扱い、彼らを常に単独犯よりも重く処罰することを志向する伝統的な謀議論は、ネガティブに受け止められていたのである。それをよりはっきりと認識させるのは、「激しく争われた厄介な謀議論はいまや終わったものと見られるであろう」<sup>331)</sup>という *Hälschner* のコメントである。すなわち、彼によれば、事前の合意に参加したからといって犯罪に協力したにすぎない者が共同正犯となることはない以上、犯罪の実行に向けた複数人の合意がすべての謀議者らに共同発起者もしくは共同正犯の烙印を押すという謀議

---

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

331) *Hälschner*, Strafrecht I, S. 424, Fn. 2.

論は明らかに誤謬だったのである<sup>332)</sup>。

もっとも、*Zachriä* は、ライヒ刑法典の下でも謀議に意味を見出そうと  
していた。すなわち、実行の開始なき謀議それ自体の処罰に関する規定  
は、いまや反逆罪にのみ例外的に置かれており<sup>333)</sup>、謀議に即した犯罪実  
行一般はもはや刑罰加重事由として扱われていない。しかし、犯罪の実行  
に際して正犯に何かしらの方法で協力したからといって無条件に共同正犯  
になるわけではなく、「共同の」実行というためには犯罪の実行に向けら  
れた同種もしくは共通の意思が前提であるという点では、謀議概念は共同  
正犯の判断にとって重要であると<sup>334)</sup>。確かに、ここでは謀議概念の意義  
が強調されているが、従前の謀議論、つまり犯罪の実現に向けて何かしら  
共働した謀議参加者をすべて共同発起者として捕捉する理論の復活が唱え  
られたわけではない。あくまで謀議は共同性の認定にとって(のみ)意味  
を持つと主張されているにすぎないのである。

従って、以上のように見れば、ライヒ刑法典制定後の学説では、従前の  
謀議論に対するネガティブな評価が有力であり、ゆえに従前の謀議論がラ  
イヒ刑法典制定後の共同正犯概念にそのまま吸収され、生き延びることにな  
ったと見るのは困難であろう。

## 七. 全体の考察

以上の通り、本稿では、19世紀ドイツにおける謀議概念を考察してき  
た。ここでは、まず、謀議に関する学説および立法の歴史の検討を通して  
得られた帰結を手短かに述べておくことにしたい。

ドイツにおける謀議概念は、遡ること1532年のCCC148条に由来するも

---

332) *Hälschner*, Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, in: Gerichtssaal 25, 1873, S. 93.

333) *Zachriä*, Die Bedeutung des Complotts begriffs im heutigen Deutschen Strafrecht, Gerichtssaal 26, 1874, S. 138 f., 140. 以下では、*Zachriä*, GS 26 と記す。

334) *Zachriä*, GS 26, S. 140, 141, 143 f.

のであった。これは問題となる謀殺行為に関わった者をみな、結果惹起に対する共働の程度にかかわらず、謀殺の犯人と見做す規定であったが、当時の学説（*Böhmer* や *Quistorp*）による一般化を受けて、一般的な共犯形態としての謀議が観念され、その後、法典（例えば、プロイセン一般ラント法）にも受け入れられることとなった。

一般的な謀議概念が立法の中で姿を現したことにより、学説においても謀議概念を解釈学的に正当化し根拠づけようという試みが行われる。その中でも通説的な地位を占めたのは、*Feuerbach* の相互教唆説であった。これによれば、個々人の決意は、契約によって根拠づけられた協力や共働への期待を通して決定づけられており、各参加者は決定者としても被決定者としても現れると考えられた。それゆえ、犯行現場に現れなかった謀議者や、ただ現場に居合わせただけの謀議者も、彼の協力や共働の期待が既遂に至るまで続いたことを理由に共同発起者として一網打尽にすることを可能にした。また、*Bauer* の見解に示されていた通り、謀議の締結それ自体を未遂で処罰することも、相互教唆による危険性を理由に正当化されていた。ゆえに、このような「メリット」から、バイエルン刑法典でも *Feuerbach* の相互教唆説を反映した謀議規定が共犯の章に置かれ、それが模範となり、多くの領邦法典にも導入されたのであった<sup>335)</sup>。

他方で、学説でも1820年ころから相互教唆説に対する批判が登場する。例えば、*Schirach* によれば、協力への期待が謀議参加者においてさらなる大胆さや野蛮さを生むかもしれないが、謀議の一人がすでに犯罪実行の決意をしていることもありうるのである。さらに進んで言えば、そもそも相互教唆という概念は、すでに決意している者を犯罪実行へと決定づけるという点で自己矛盾に陥っていた。それゆえに、*Köstlin* は、謀議におい

---

335) もっとも、いわゆる順次共謀を認めること（バイエルン刑法典の公式注解書、ヴェルテンベルク刑法典の1836年草案理由書、ハノーファー刑法典57条）や、現場に近づかなかった謀議参加者を終了未遂で処罰する規定（ヴェルテンベルク刑法典81条）は、相互教唆で説明できるのか疑わしいところである。

ては「不完全な」相互教唆しかありえないと考えたのである。

また、従前の謀議論に対する批判の中でも、*Stübel*の見解は特徴的であった。彼は、犯罪の客観面についての判断を行う「犯行それ自体の帰属」(つまり、*Tatbestand*)と、主観面についての判断を行う「刑罰への犯行の帰属」を区別する体系に基づき、客観面にのみ依拠する関与形態の判断にとって、謀議という主観的要素は重要ではないと主張した。つまり、*Stübel*の主張は、謀議それ自体は関与者に帰せしめるべき対象の *Tat* に含まれないという重要な指摘を含んでいたのである。それゆえ、彼は立法論としても謀議を共犯の章から追い出すことを提案したのであった。

もっとも、このような先鋭的な主張はすぐには立法動向に反映されず、むしろ多くの立法は依然として、謀議に参加した者をみな——犯罪実現への寄与の多少にかかわらず——共同発起者として同じく正規刑によって処断することを予定していた。このような謀議規定は、*Mittermaier* や *Abegg* が批判する通り、この種の事例における発起者と幫助者との区別を不可能ならしめ、各関与者の責任を個別に判断することを妨げていた。

また、バイエルン刑法典をはじめ多くの領邦法典では、謀議の締結それ自体を未遂の刑で処断する規定が置かれていた。しかし、これに対しては、そもそも謀議の締結それ自体に実行の着手は認められるのか、これは準備行為にすぎないのではないのかという疑義が *Berner* や *Mittermaier* らによって唱えられていた。つまり、謀議論は、犯罪の関与者らを事前の謀議を理由に共同発起者として捕捉できるというメリットと裏腹に、謀議段階での連帯的責任については、*Beseler* が指摘する通り、実行の着手や中止未遂など未遂の諸原理との抵触を惹き起こしてしまうというデメリットを抱えていた。

そして、この問題こそが、プロイセン刑法典の制定過程で謀議が共犯の章から消えた理由であった。1845年草案に関する枢密院直属委員会の審議では、未遂の定義規定を置くことをやめ、未遂の判断を裁判官の裁量に委ねると決定したことに伴い、謀議の締結それ自体に未遂を見出す規定も不

必要であると判断され、それゆえ1846年草案では、謀議段階での処罰に関する規定が共犯の章に置かれなかった。その後、可罰的な未遂の限界に関する規定が草案の中に復活するものの、謀議の締結それ自体の処罰は当該規定との矛盾を孕むものであるため、各則の反逆罪で言及すれば足りるという態度がとられることとなった。

このようにして、1851年に成立したプロイセン刑法典では、謀議は、総則の共犯の章ではなく、各則に規定されるにとどまったのであった。その後、北ドイツ連邦刑法典の草案段階における議論でも、謀議による共同発起者に関する規定や、謀議の締結それ自体の処罰に関する規定の復活が目論まれたが、いずれも否決され、共同正犯の規定が置かれるにとどまり、犯罪実行前の共働が共同正犯として把握されるべきかどうかという問題は、裁判官の評価に委ねられたのであった。

そして、このような立法動向に対応して、学説においても、激しく争われた厄介な謀議論は前時代のものとなされた。例えば *Binding* は、共同正犯の認定にとって犯行前の合意の証明は重要だが、謀議に基づく複数人の犯罪実行を単独犯よりも常に重く処罰することを志向する謀議論とは縁を切るべきだと主張し、また *Zachriä* も、謀議は共同正犯という犯罪の共同実行と言えるかどうかという判断にとってのみ意味を持つと主張していた。従って、従前の謀議論、つまり、すべての謀議者には謀議への参加を理由に共同発起者の烙印が押されるという法理がそのまま共同正犯論の中に生き残ったわけではなかったのである。

以上が、謀議概念に関する理論史および立法史の総括である。そこから明らかになることを踏まえ、「テロ等準備罪」について若干の検討を加えることにしたい。

本稿の冒頭でも述べた通り、ドイツの重罪合意罪は、重大な犯罪の実行計画につき他人と合意するという点で「テロ等準備罪」の構成要件的行為と共通する。その重罪合意罪の前身である謀議規定は、そもそもライヒ刑

法典の制定時には置かれておらず、総則の共犯の章にとって不要なものと考えられており、謀議概念は各則において意味を持つものにすぎなかった。このように謀議を問題となりうる犯罪でのみ個別に言及すれば足りるという態度は、これまでの我が国の刑法がとってきたものであった<sup>336)</sup>。それにもかかわらず、300近い犯罪を対象とするという点で「総論的手法」<sup>337)</sup>をとり、総則の共犯規定と同様の作用を有する規定を現代の日本で復活させるのは、前時代への回帰と見られるのではなからうか。

確かに、その後のドイツでは重罪合意罪が創設されることとなる。しかし、そこには暗殺事件などの立法事実が存在したのである<sup>338)</sup>。これに対して我が国の「テロ等準備罪」にそのような立法事実はあったのであろうか。この点、確かに立法時は TOC 条約の締結が理由に掲げられたが、共謀罪を創設せずとも、双罰性要件はすでに充たされていたという見方もあるところである<sup>339)</sup>。

また、謀議の締結それ自体の処罰規定が共犯の章から姿を消した理由は、実行の着手や中止未遂といった未遂の諸原理との抵触であったという事実も重要である。例えば、プロイセン刑法典の1827年草案94条では、犯罪の実行に関与しなかった謀議参加者は——たとえ彼自身は任意の中止により犯罪実行に関わらなかったとしても——未終了未遂の刑で処断されることが予定されていた。これと同種の問題は、「テロ等準備罪」も抱えている。例えば、実行者全員が窃盗罪の実行に着手した後に中止すれば、本来は、刑の必要的減免が受けられるはずのところ、窃盗の「共謀罪」によって2年以下の懲役で処罰される可能性が残ってしまうのである。仮に、窃盗の「共謀罪」は窃盗未遂罪に吸収されると解したとしても、窃盗の予備段階で自らの意思で中止した場合には「共謀罪」を吸収する罪が

---

336) 安達・前掲注(4)29頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻(第43条～第59条)』(青林書院・2013年)19頁以下〔執筆：安田拓人〕参照。

337) 安達・前掲注(4)29頁参照。

338) 安達・前掲注(11)1764頁参照。

339) 松宮・前掲注(1)14頁以下を参照。

ないため、同様の帰結に至ってしまうのである。それゆえ、共謀罪により、刑を減免することで犯罪を未遂で終わらせようとする中止未遂規定の趣旨が没却されてしまうのである<sup>340)</sup>。このように見れば、謀議論と同じく、未遂犯の諸原理との抵触という問題は「テロ等準備罪」においても生じており、そのような矛盾をいかに説明するのか問われるところであろう<sup>341)</sup>。

さらに、謀議論は、謀議参加者をみな既遂犯の共同発起者か未遂の共同発起者とするため<sup>342)</sup>、発起者と幫助者の区別を不可能ならしめた。これと同様の問題は、「テロ等準備罪」も抱えており、「二人以上で計画した者」について正犯と共犯の区別は不可能ではないかと疑われる。例えば、組織的殺人予備罪（組織犯罪処罰法6条1項1号）の共謀共同正犯は5年以下の懲役、その従犯は2年6月以下の懲役であるにもかかわらず、その成立要件においてほぼ共通する「共謀罪」では、実行に際しては従犯的な役割しか与えられていない者についても、計画段階から関与した以上、「共謀罪」の正犯となり、従犯減輕のチャンスを失うこととなるのである<sup>343)</sup>。

最後に、謀議概念と共同正犯論の関係について述べておこう。過去に、内海は19世紀ドイツにおける謀議論、とくに相互教唆説で強調されていた「特殊な危険」は、現在のドイツの共同正犯論に生き続けていると主張していた<sup>344)</sup>。また近時、黄も、ライヒ刑法典の立法者は共謀による共同正犯の成立を否定しておらず、我が国の共謀共同正犯論が古くドイツの共同

340) この点につき、松宮・前掲注(2)110頁、同・前掲注(1)38頁、42頁以下を参照。さらに、小池振一郎ほか編『共謀罪コメンタール』（現代人文社・2018年）119頁も参照。

341) もっとも、この点は「テロ等準備罪」のみならず、従前の陰謀・予備も抱える問題である。しかし、300近くの犯罪を対象とする「テロ等準備罪」においてこの問題を単に未遂原理の例外と説明するのは困難である。ゆえに、原則の例外化という点で市民刑法の担当部分に敵味方刑法が浸透してしまっているのである。

342) Vgl. *Zachriä*, a. a. O. (Fn. 253), S. 59.

343) 松宮・前掲注(1)41頁以下参照。

344) 内海朋子「共同正犯における『特殊な危険』と過失共同正犯論」法学研究83巻9号（2010年）40頁以下。

正犯論に伏在していたと主張している<sup>345)</sup>。

しかし、藤木が述べていた通り、ドイツにおける統一前の各ラントの刑法典に規定されていた「共謀共同正犯概念」は、現行ドイツ刑法の正犯・共犯論が採られたことで解体されたのである<sup>346)</sup>。すなわち、内海自身が認める通り、「刑罰加重事由としての共謀の規定そのものは縮減されていき、新たに単独正犯と同じ法定刑で処罰される共同正犯の規定が導入されるという立法状況の変化」<sup>347)</sup>があったのである。より正確に言えば、ライヒ刑法典の前身である北ドイツ連邦刑法典の制定に向けた審議において共同正犯の規定は導入されたが、従来の「謀議による共同発起者」概念、つまり犯罪の実現に向けて何かしら共働した謀議参加者を十把一絡げに共同発起者とする概念は再び法典化しなかったという立法動向があったのである。そして、学説においても、従前の謀議論はそのまま共同正犯概念に吸収されず、事前の合意はせいぜい犯行の共同性を認定することによってのみ意味をもつと考えられ、それゆえ、従前の謀議論は「終わったもの」と見られたのである。

### むすびにかえて

本稿は、「テロ等準備罪」の謙抑的な解釈・運用に資する指針の導出に関する研究の一環として、ドイツの重罪合意罪の前身である謀議規定・謀議概念の生成史を検討してきた。これに対しては、独立罪である「テロ等準備罪」を刑法典の総則に規定されている重罪合意罪と比較することへの疑問もあるかもしれない。しかし、すでに述べた通り、ドイツの重罪合意罪は、重大な犯罪の実行計画につき他人と合意するという点で、「テロ等準備罪」の構成要件の行為と共通している。また、重罪合意罪は刑法典の

---

345) 黄・前掲注(306)646頁参照。

346) 藤木・前掲注(225)298頁。

347) 内海・前掲注(344)40頁以下。



総則に規定されているが、「テロ等準備罪」も単一の条文で多数の犯罪の計画・準備を処罰するという点で「総論的手法」をとっており、そこでも両者の共通性が見られる。そのような重罪合意罪は、そもそもライヒ刑法典の制定時には置かれていなかったものであり、本稿はその理由を明らかにするため、19世紀ドイツの領邦法典の共犯の章に規定されていた謀議規定や学説における謀議概念の生成史を紐解いてきたところである。ここで明らかになった帰結の要点をいま一度、述べておこう。

- 1) CCC 以来、学説と立法によって謀議概念は発展し、犯行前や犯行時、もしくは犯行後に何かしら共働した謀議参加者をみな十把一絡げに共同発起者として把握する法理や、謀議の締結それ自体を未遂の刑で処罰する見解を生み出した。
- 2) 謀議締結それ自体を未遂で処罰することは、未遂の諸原理と抵触することから、相互教唆による犯罪実行の危険性を強調することで正当化が試みられたが、これに対しては、謀議の締結はまだ犯罪実行の開始を含んでいない、つまり準備行為にすぎないという批判が向けられていた。
- 3) プロイセン刑法典制定に向けた1845年草案の審議の中で、可罰的な未遂の限界に関する規定を置かないという決定が為され、それに伴い、謀議段階での処罰も未遂の解釈に委ねるべきであるという理由で共犯の章から書き落とされた。さらに可罰的な未遂の限界に関する規定が復活した後は、準備行為にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することはできず、各則において言及すれば足りると考えられた。

以上のことから、我が国の刑法典に影響を与えたライヒ刑法典が、共犯の章に謀議規定を不要とした理由が明らかとなった。また、準備行為にすぎない謀議の処罰は、未遂の諸原理との抵触を孕むものであるため、必要な場合は例外的に各則に規定すればよいというライヒ刑法典の態度は、これまでの我が国の態度と同様である。この事実を踏まえるならば、例外を原則化するほどの立法事実が「テロ等準備罪」に存在したのか改めて問わ

れるところであり、理論的にも未遂の諸原理との抵触をどう説明するのかという大きな問題が残されたままなのではないだろうか。