

◇ 論 説 ◇

ドイツ刑法における重罪等の合意罪
(Verabredung) に関する覚書
——実行前段階の犯罪に関する研究の序説として——

安 達 光 治*

目 次

1. はじめに
2. ライヒ刑法定制以降の重罪合意罪をめぐる経緯
3. 謀殺等の合意罪をめぐる判例
4. 結びにかえて

1. はじめに

現行ドイツ刑法30条は「関与の未遂 (Versuch der Beteiligung)」の表題の下、1項において、重罪を実行し又はこれを教唆することを他人に決意させるよう試みた (zu bestimmen versuchen) 者は、その重罪の未遂に関する規定によって処罰され、2項では、重罪を実行し又はこれを教唆する用意があることを表明し (sich bereit erklären)、他人の申し出を受け入れ (das Erbieten eines anderen annehmen)、又は他人と合意した (mit einem anderen verabreden) 者も、同様に処罰されると規定する。ここにいう重罪とは、同法12条1項により、法定刑の下限が1年またはそれを超える自由刑を規定する違法行為をいう。この場合、刑は同法49条1項により減輕さ

* あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

れ、また、同法23条3項の不能未遂に関する刑の減免規定の適用がある。これらの類型は、いずれも実行着手前の予備段階における関与を処罰するものである。すなわち、現行ドイツ刑法は、少なくとも重罪に関する限り、予備段階における関与を処罰する一般規定を有していることになる。

しかしながら、もともと、現行刑法典の前身にあたる1871年のライヒ刑法典は、厳格な実行着手と共犯従属性の概念の下、後でも触れるように、内乱罪(Hochverrat)など、重大な国家法益に対する犯罪を除き、予備段階での関与行為を原則として処罰しないものとしていた。それに対し、上記の処罰類型は、1871年のライヒ刑法において当初から規定されていたものではなく、後にみるように、いくつかの暗殺(計画)事件を契機に、施行後に付け加わったものである。本稿では、それらの犯罪類型が創設され変遷した経緯をたどり、また、特に本稿が目にする合意罪(Verabredung:「協定」罪と訳されることもあるが、本稿では趣旨に鑑み、「合意」とする)に関するいくつかの裁判例を概観しながら、その意味について考えてみたい。その目的は、いうまでもなく、2017年にわが国で創設されたいわゆる「テロ等準備罪」(テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画)¹⁾に関する検討の礎とするためである。

2. ライヒ刑法典制定以降の重罪合意罪をめぐる経緯

本稿では、現行ドイツ刑法30条に規定される諸類型のうち、重罪合意罪を中心にみていくが、その前提として、同条に規定される予備段階の関与類型における本罪の位置づけをみる意味で、同条及びそれに先立つ規定の創設と変遷について概観する。

1) 筆者による本罪に対する批判的検討として、安達光治『「共謀罪」の刑法解釈学的検討』法学セミナー編集部(編)『共謀罪批判——改正組織的犯罪処罰法の検討』(日本評論社、2017年)28頁以下。

(1) 1876年改正——重罪の教唆未遂等の罪の創設——

現行ドイツ刑法30条の前身にあたる規定のうち、最初に創設されたのは、ライヒ刑典49条aである。この規定は、創設のきっかけとなった事件の犯人の名を取って Duchesne 条項と呼ばれる²⁾。すなわち、文化闘争のさなかにあった1873年に、Duchesne-Poncelet というベルギーの鑄職人 (Kesselschmied) が、パリの大司教 d' Affre に対し 3 通の手紙において、多額の報酬 (60000フランとされる) を払えばドイツ帝国の宰相ビスマルクを殺害すると申し出た。この手紙は当初秘密にされていたが、鑄職人クルマンによる1874年7月13日のビスマルク暗殺未遂事件の後で明るみに出たものとされる³⁾。この暗殺計画の暴露は、ベルギーとドイツの間に外交的緊張をもたらした。ドイツは、ベルギーに対し断固たる処分を要求したが、ベルギー政府は、当時のベルギーの法状況では Duchesne の行為に対する刑罰的介入は可能ではなく、それはドイツでも同じであることにつき理解を求めた。ドイツのさらなる抗議を受けて、ベルギーの立法機関は、1875年7月8日に、個別の犯罪に関するものではあるが、関連する法案を

2) H. H. Jescheck/T. Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil 5. Aufl., 1996, S. 700. K. Letzgas, Vorstufen der Beteiligung-Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, 1972, S. 87 f.

3) J.-D. Busch, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB, 1964, S. 47 f. 本書によると、1873年9月9日付の手紙の内容は以下のようなものであったとされる。「われらが美しきフランスを奈落の底へと突き落とした後、今やキリスト者の家族という体制を無きものにしようと欲して怖れないプロイセンのために、我々は惨めな思いをしています。カトリック教に対するプロイセンの激情は、もはやとどまるところを知らず、そして私は、このような怪しからぬ憤激を抑え付けるときであると思うのです。神が私にこのような惨めな日々を少しでも早く終わらせることをお許し下さると、貴殿が確信されるならば、私には、そのような人でなしを叩き殺す用意がございます。貴殿が、私に所定の金額 (60000フラン) をお支払い頂くことに同意して下さるならば、この人でなしが1873年中にその忌まわしき経歴を終えるであろうことを、しかとご承知おきください。」なお、この手紙の文言は、当時多くの新聞で報じられたが、ベルギーでもドイツでも、立法資料には含まれていないとされる (a.a.O., S. 48 (Fn. 2)). U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen/R. Zaczky, NK Bd. 1 5. Aufl., 2017, § 30 Rn. 1 によると、大司教はこの申し出を拒否したとのことである。

成立させた。ドイツでも、Duchesne の行ったような犯罪遂行の企てを処罰する規定の創設に係る刑法典改正案が、1875年11月23日にライヒ議会で提出されて審議が行われた⁴⁾。政府によって提出された改正案は、次のような処罰規定を挿入するものである。

他人を重罪の実行又は重罪に対する共犯 (Teilnahme) へと誘致する (verleiten) ことを企てた者は、法規が他の条項による処罰を規定していない限り、3月以上の拘禁刑又は100マルク以上1000マルク以下の財産刑に処する。

他人に対し重罪の実行又は重罪への共犯を依頼した者及びかかる依頼を受け入れた者も同様とする。

拘禁刑と併せて、市民的名誉権の喪失及び警察監視の許可を言い渡すことができる。

政府提案の理由においては、以前の領邦刑法典の規定などが引き合いに出されたが、議会の審議においては、このような個別の犯罪メルクマールを含まない包括的な構成要件を、計画された犯罪に対する刑に依拠しない独自の法定刑をもって創設することに、異論もあったようである。また、ベルギーとの外交関係を勘案してこのような規定を創設することの問題もさることながら、法的な面での議論としては、文言が曖昧で、処罰範囲が広がりすぎることが問題とされたようであり、その後の個別の議員による修正提案では、対象を一定の特に重い犯罪に限定することや⁵⁾、方法ないしは態様を書面によるか又は利益を供与する場合に限ること⁶⁾が提起された。他方で、政府案よりも可罰性の範囲を拡張すべきとの立場から、重罪に加え未遂が処罰される軽罪を対象に加えるべきとの提案をする議員もい

4) *Busch*, aa.O. (Fn. 3), S. 48 ff.

5) *Busch*, aa.O. (Fn. 3), S. 51.

6) *Busch*, aa.O. (Fn. 3), S. 52.

たようである（この提案は、教唆の当罰性は正犯と同等であるとの見解を基礎にしている。この見解からは、未遂が処罰される犯罪については、教唆の結果の発生は、正犯の場合と同様、問題にならないことになる）。政府サイドは、限定に否定的であったが、2名の議員から、「企てる」という曖昧な文言を「要求する（auffordern）」に代えて行為の内容を把握しやすいものとし、さらに政府案と限定案との間の妥協的なものとして、次のような条文案が提起された。

他人に重罪の実行又は重罪に対する共犯について書面によって又は利益の供与若しくはその約束によって要求し、又はその要求を受け入れた者は、1月以上の軽懲役に処する。

書面において又は利益を要求して重罪の実行又は重罪に対する共犯を申し出、又はそのような申し出を受け入れた者も同様に処罰する。

拘禁刑の他、市民的名誉権の喪失と警察監視の許可を言い渡すことができる。

この提案では、手段に関しては、書面によることないしは利益を供与することに限定する案に依拠しているが、対象犯罪については、政府案と同様、重罪又は重罪に対する共犯としている。その後の審議においても、いくつかの付加的提案がなされたが、いずれも否決され、上記の案の趣旨が法文に取り入れられた結果、下記のような49条aが挿入されることとなった。これにより、重罪ないしは重罪に対する狭義の共犯への教唆の未遂、及びそれらの遂行の申し出とその受入れが処罰されることとなったが、それは、ライヒ刑法典制定時の考え方では不可罰であるはずの、実行に至らない狭義の共犯行為の処罰化を意味していた（法律の文言は「要求する」であるが、政府案の審議の段階では、政府案の「誘致する」を「教唆する」とすべきとの見解が支持され、それをさらに分かりやすくするために「要求する」とされたという経緯がある）。

刑法49条 a

他人に重罪の実行又は重罪に対する共犯について要求し、又はその要求を受け入れた者は、法律が他の刑に処するとしていない場合に限り、死刑又は無期重懲役を定める重罪の場合には、3月以上の軽懲役に、これを下回る刑を定める重罪の場合には、2年以下の軽懲役又は同じ期間の拘禁刑に処する。

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

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

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

(2) 1922年改正——謀殺合意罪の創設——

次に行われた改正は、本稿が関心の対象とする合意罪の導入に係るものである。これは、先にみた1876年の改正とは異なり、謀殺のみを対象とするものではあったが、上記のような実行前段階の共犯行為を独立に処罰する改正に加え、合意罪がライヒ刑法典の総則にはじめて導入されたという意味で、重要性を有する。この改正は、ワイマル共和国期（1918年から1933年）の前半に、第一次世界大戦後の講和と賠償問題に端を発して起こった要人暗殺事件を主たる契機とする。これにつき、1922年改正で創設された謀殺合意罪に関するマリアンネ・ファビアンの研究によると⁷⁾、1920年6月4日の元首相フィリップ・シャイデマンに対する暗殺未遂、1921年8月26日に起った元財務大臣のマティアス・エルツベルガーの暗殺⁸⁾、

7) *M. Fabian, Die Verabredung zum Mord nach § 49b RStGB, 1926, S. 1 f.*

8) エルツベルガーは財務大臣時代に、帝国時代の元財務大臣カール・ヘルフェリヒとの間で起こった侮辱事件で共同原告となり、ヘルフェリヒに有罪判決が下った後、政界から

及び1922年6月24日に起った外務大臣ヴァルター・ラーテナウの暗殺が挙げられている。

このうち、1922年改正につき直接のきっかけとなったのは、現役の大臣であったラーテナウの暗殺である。彼は、中道派のヴィルト内閣において、1921年5月に復興相に就任し、さらに、1922年1月に外相に任じられた。ヨハネス・ヴィルトを首班とする内閣はいわゆる履行政策（ドイツに課せられた賠償金の支払いを履行しながら、連合国との交渉の余地を模索するもの）をとっており、当時、経済が停滞する中で、これに反対する者も多かった。そもそも、ユダヤ人である彼が大臣に就任したこと自体、当時のドイツではセンセーションであったとされる。そのうえ、ドイツがソビエト・ロシアとの間で締結したラパロ条約が、決定的なものとなった。1922年4月、第1次世界大戦後の経済的諸問題について協議をするためのジェノバ会議が開催されていた最中、ヴィルト首相やラーテナウ外相を中心とするドイツ代表团は、ジェノバ近郊のラパロにおいて、ソビエト・ロシアと、戦費補償の請求権の相互の放棄と貿易関係において互いの最恵国待遇を承認する単独条約を締結した⁹⁾。それは、英仏の連合国を立腹させるものであり、エーベルト大統領をはじめとする西方との関係改善を指向する政治指導者を憤慨させた¹⁰⁾。そこでは、外交関係の責任者であったラーテ

ㄨ退いていたが（ヘルフェリヒは有罪にこそなったが、その過程で抗弁として提出したエルツベルガーの個人的事実に関する証拠が裁判所によって採用されたため、むしろエルツベルガーの方が政治的に傷を負った）、エルツベルガーの政界復帰の阻止を目論む海兵団の元将校2名によって、保養地で休養中に散歩に出たところを待ち伏せされ、射殺された（エーリッヒ・アイク（救仁郷繁・訳）『ワイマル共和国史I』（ベリカン社、1983年）245頁以下、323頁以下参照（本書は、*E. Eyck, Geschichte der Weimarer Republik 2 Bde., 1954-56*の翻訳であるが、以下も含め本翻訳書より参照・引用した））。エルツベルガーはユダヤ人であり、1918年11月のコンピエヌの森での第1次世界大戦休戦協定の調印者で、戦後は財務相として戦時利得者への大幅課税を主張したことによって、右翼から攻撃されていたとされる（林健太郎『ワイマール共和国——ヒトラーを出現させたもの』（中央公論社、2015年〔第44版〕93頁参照））。

9) アイク（救仁郷・訳）・前掲（注8）355頁参照。

10) アイク（救仁郷・訳）・前掲（注8）359頁。

ナウに非難が集中した。ソビエトと戦時上の負債を清算し経済上の関係を確立したことは、当然ながら右翼政治家・活動家たちを極度に刺激することとなり、ユダヤ人であったことも相俟って、彼への排斥運動が広まっていた¹¹⁾。そうした中、1922年6月24日午前11時頃、ラーテナウがオープンカーで外務省へ向かったとき、2人の男を同乗させた自動車がこれを追尾し、追い越しにかかったところで、一人の男がラーテナウを至近距離から自動拳銃を連発して狙撃し、もう一人の男が手榴弾を投げつけた。そのため、彼の全身はほとんど裂け砕け、運転手が邸宅に運び込むことができたのは、血塗られたばらばらの死体にすぎなかったとされる。実行犯の2名は、いずれも25歳の白人青年であったが、警察の捜査により追い詰められ、最終的に警官隊との銃撃戦で一人は射殺され、もう一人は自殺した。犯行時、自動車を運転していた者は、その後逮捕され、裁判にかけられたが¹²⁾、その背後には多数の援助者がいたとのことである¹³⁾。

現職の外務大臣に対する暗殺事件に対する人々の憤激は、エルツベルガーの暗殺後よりも、さらに広く激しいものであった¹⁴⁾。最も大きな憤激を示したのは、ワイマール共和制を支持する国民層で、彼らはかかる暗殺計画を共和国に対する犯罪だと痛感した¹⁵⁾。政府も同様の捉え方をしており、事件から2日後の6月26日には、共和国保護のための大統領令 (Republikschutzverordnung (RGBl. I S. 521)) が布告された¹⁶⁾。次いで、共和

11) アイク (救仁郷・訳)・前掲 (注8) 361頁以下参照。

12) アイク (救仁郷・訳)・前掲 (注8) 365頁。もともと、彼は反対煽動の強さから、このような横死を覚悟しており、警察の護衛を固く断り続けていたとのことである。

13) アイク (救仁郷・訳)・前掲 (注8) 366頁。

14) エルツベルガーと異なり、ラーテナウは大資本家であり、彼が信頼を得ていたブルジョア層にも激しい憤激を生じさせたこともあろう (エーベルハルト・コルプ (柴田敬二・訳)『ワイマール共和国史——研究の現状』(刀水書房, 1987年) 77頁 (本書は、E. Kolb, Die Weimarer Republik, 1984 の翻訳であるが、本翻訳書を参照した))。

15) アイク (救仁郷・訳)・前掲 (注8) 369頁。

16) エルツベルガーの暗殺後の1921年8月29日にも、ワイマール憲法48条2項の緊急事態規定に基づく大統領令 (RGBl. S. 1239) が布告されていた (Vgl. I. J. Hueck, Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik, 1996, S. 4)。

国保護のための法律案がライヒ議会で審議され、7月21日に共和国保護法 (Gesetz zum Schutze der Republik (RGBl. I S. 585)) が公布された (この時の司法大臣は、グスタフ・ラートブルフであり、法案の策定及び議会で説明に尽力した)。ラーテナウ暗殺事件のような政府の要人に対する暗殺テロ事件に対するものとして、共和国保護法には、ドイツ国ないしはラントの共和主義政府の構成員に対するテロ行為について、それを目的とする結社 (Vereinigung) や合意等への参加の処罰に関する規定などが設けられている¹⁷⁾。さらに、共和国政府関係者に限定されない人の生命の保護として、

17) 関連する規定は以下のようなものである。

第1条 ドイツ国又はラントの共和主義政府の構成員を殺害によって排除することを目的とする結社又は合意に参加した者は、5年以上又は終身の重懲役に処する。

この目的の追求において殺害が遂行され又は試みられた場合、犯行の時点において結社又は合意に参加しておりかつその目的を知っていたすべての者は、死刑又は終身の重懲役に処する。

第3条 第1条及び第2条〔1条1項に掲げられた目的を追求する秘密結合への参加—筆者注〕に掲げられた結社、合意又は結合に参加した者が、その結社、合意又は結合の目的の追求において殺害が遂行され又は試みられる前に、官庁又は危険の差し迫っている者にその結社、合意又は結合の存在、自己が知っている構成員及びその所在について知らせた場合、不可罰とする。

第4条 結社若しくは結合又は合意に関与する者を助言又は行動によって、とりわけ金銭によって援助した者も、第1条及び第2条に掲げられた結社、合意及び結合に参加した者と同様とする。

第5条 第1条及び第2条に掲げられた結社、合意若しくは結合の存在又は第1条に掲げられた人を殺害する計画について知った者は、結社、合意若しくは結合の存在、又は自己を知る構成員、その所在、又は計画されている殺害とその実行者について官庁又は危険が差し迫っている者に遅滞なく知らせることを怠った場合、3月以上の重懲役に処し、減輕すべき事情がある場合には、同様の期間の軽懲役に処す。

本条は、通報が、教戒を行う際に聖職者が信頼されていることを斟酌し、彼によって行われなければならない場合には、適用しない。上下の親族、配偶者又は兄弟姉妹は、実行者に犯行を思いとどまるよう、力を尽した場合には、通報を怠った結果として殺害又は殺害の未遂が行われたとしても罰しない。

第7条 以下に掲げる者は、他の規定が重い刑を定めていない限り、3年以上5年以下の軽懲役に処する。

1. ドイツ国又はラントの共和主義政府の構成員に対し、身体及び生命に対する攻撃 (暴力行為) を遂行し若しくは他人と合意し、又はかかる暴力行為について要求した者

25条では刑法典の部分改正について規定されているが、そのうちの1号では、以下のような49条bの挿入が指示されている。

刑法49条b

謀殺の重罪について他人と合意した者は、すでにその合意をもって1年以上の軽懲役に処する。ある者を、その立場において公的生活にあるという理由で謀殺するとしている場合には、刑は重懲役とする。自由刑と併せて、500万マルク以下の罰金刑を言い渡すことができる。

謀殺が遂行されるか又は試みられる前に、危険が差し迫っている者又は官庁にこの合意について知らせた者は、不可罰とする。

なお、共和国保護法は、5年間の時限立法であることが規定されており(27条2項)、当初は1927年7月21日をもって効力を失うこととされていた(これは、上でみたように、本法が政府要人の暗殺(未遂)事件への対応という、特殊な事態に対応するために制定されたことによると思われる)。このようにして、合意罪は、共和国保護法という特別法の制定を通じて、刑法総則の規定に登場することとなったのである¹⁸⁾。

その後、共和国保護法は、1927年6月2日の法律により同年7月23日から2年間延長されることとなり、1929年7月23日をもって廃止された。しかし、謀殺合意罪については引き続き効力を認めるべきとの主張があった

↘ なお、共和国保護法に規定された犯罪については、通常の裁判所ではなく国事裁判所 (Staatzgerichtshof zum Schutze der Republik) で審理されることとなっていた。もっとも、それは1926年の共和国保護法の改正により、通常裁判所に戻った。

18) もっとも、刑法各則や特別法の個別の規定には、合意罪に関するものがあつたとされる。すなわち、刑法(旧)83条(内乱企図の実行の合意〔現在では、予備となつてゐる〕)、爆発物の犯罪的態様又は公共に対する危険な態様での使用に対する1884年6月9日の法律6条、軍事機密の漏示に関する1914年6月3日の法律5条、軍刑法59条、72条及び103条である (Vgl. RGSSt 58, 392 (393))。なお、本稿冒頭で触れたように、ライヒ刑法典制定以前から、謀議罪 (Komplott) の処罰に関する議論があつた。これについては、齊藤誠二『予備罪の研究』(風間書房、1971年)510頁以下参照。

ようであり¹⁹⁾, 1932年12月19日の国内平和の維持のための大統領令 (RGBl. I S. 548) により49条bとして, 生命侵害についての合意罪を含む次のような規定が刑法典に挿入された²⁰⁾。

刑法49条b

生命に対する重罪を目的とするか若しくは他の目的のための手段として予定している結合若しくは合意に参加した者又はそのような結合を援助した者は, 3月以上の軽懲役に処する。

特に重い場合には, 刑は5年以下の重懲役とする

官庁又は危険が差し迫っている者に即時に情報を提供した結果, 結合又は合意の追求において目的とされている生命に対する重罪が阻止されるに至った者は, この規定では罰しない。

(3) 1943年改正——合意罪の対象の重罪への一般化——

対象犯罪が生命に対する重罪に限定されていた刑法総則の合意罪は, 1943年5月29日の刑法調整令 (Strafrechtsangleichungsverordnung (RGBl. I S. 339)) 1条によって, 重罪へと一般化され, 49条aに組み入れられた。この調整令により, 49条aは以下のようなものとなった。

刑法49条a

他人に重罪の実行又は重罪に対する共犯について要求した者は, その重罪が実行されないか, 又は要求と関係なく実行された場合でも, 教唆者と同様に処罰する。その刑を減輕することができる (44条)。

重罪の実行について他人に申し出をし若しくはその申し出を受け入れた者, 又は重罪の実行について合意し若しくはこれについて真摯な協議に入った者も, 同様に処罰する。

19) Vgl. *R. v. Frank*, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 18. Aufl., 1931, S. 132 (Fn.).

20) *Busch*, a.a.O. (Fn. 3), S. 99.

正犯者に重罪の実行のために援助をした者は、その重罪が実行されな
いか又は援助とは無関係に実行された場合でも、幫助者として処罰す
る。裁判官は、義務的な評価に従って刑を減輕し又は免除することがで
きる。

任意かつ終局的に犯罪行為の遂行を放棄し、かつ実行又は結果を阻止
した者は、この規定では処罰しない。これは、実行又は結果の阻止に真
摯な努力をしたが、自己の努力ではなく他の事情により実行又は結果に
至った場合、その者についても妥当する。

合意罪の関連についていうと、前述したように、この改正により合意罪
の対象が重罪一般に拡張され、1932年の改正で挿入された49条bには、生
命に対する重罪を目的とし、又は他の目的のための手段としてこれを予定
する結合だけが残されることとなった。また、合意と並んで、重罪の実行
の申し出、及びその申し出の受入れが49条a第2項にまとめられ、この点
で現行刑法30条2項の原型がほぼ出来上がった。他方で、合意の前段階で
ある真摯な協議に入ることや重罪の幫助の未遂が処罰されることとなり、
可罰性の範囲が著しく拡張される危険を孕んでいた²¹⁾。ただし、要求の受
入れは条文から外されている。

この改正は、それまで草案において提起されてきた規定を法典化するこ
とにより、自己が縛られることを、当時のナチス政権が意図しなかったた
め、総統の授権に基づく帝国大臣、帝国宰相官房長および党本部長の合意
による命令の形式をとっており、刑法の差し当たりの調整のためのもので
あるとされた。ただ、合意罪に関していうと、1925年草案183条1項で他
人と重罪について合意する者を処罰する旨の規定が置かれており、1927年草

21) *Busch*, aa.O. (Fn. 3), S. 100 f. は、幫助の未遂の処罰は、重大な法益侵害のみを処罰す
るとすることで国民の自由を保障し、刑罰の有効性に資するという考え方に反することを
批判する。さらに、結果を伴わない幫助の未遂は、その可罰性が行為者の主観に依拠する
点で、可罰性の限界が曖昧ものとなる点も問題視される。

案においても197条で同様の規定が設けられた²²⁾。その意味で、1943年の刑法調整令による改正は、合意罪についてみる限り、1920年代の刑法草案の具体化として、暫定的な性格を超えて現行規定のもとをなすものということもできる。

(4) 戦後の改正——1953年改正・総則全面改正

戦後の刑法改正において、広範にわたる処罰規定の整理が行われた。その際、まずもって問題となるのは49条a第3項の幫助の未遂であり、この類型は1953年8月4日の第3次刑法修正法 (BGBl. I S. 755) によって削除され、併せて、2項について、合意の前段階である真摯な協議に入る行為も除去された。また、1項に関しては、重罪の教唆の未遂であることが明確にされた。さらに、犯罪の中止に関する規定も整備された。これに対し、重罪の合意、他人による重罪の実行の申し出の受入れ、及び重罪の実行について用意があることの表明の類型については、本質的な変更は加えられていない²³⁾。

その後の総則全面改正では、49条bの結合罪が削除され、49条aの規定が現行刑法30条及び31条に整備されたが、可罰的行為の範囲に関しては、ほぼ同様の規定といえる。すなわち、第2次世界大戦前に特定の事件を

22) 「他人と重罪の合意をした者は、軽懲役に処する。」とされていた。

23) 49条aの改正後の規定は以下のとおりである。

重罪として処罰される行為を遂行することへと他人を決意させるよう試みた者は、その重罪の未遂について妥当する規定 (44条、45条) に従って処罰される。

重罪として処罰される行為について合意し、そのような重罪を実行する旨の他人の申し出を受け入れ又は自らに用意があることを表明した者も、同様に処罰する。

任意に以下のことをした者は、本規定によっては処罰しない。

1. 重罪として処罰される行為を、この行為について他人に決意させるよう試み又はこれについての他人の申し出を受け入れた後に阻止した
2. 重罪として処罰される行為の合意の後、自己の活動を放棄しかつ行為を阻止した
3. 重罪につき自らに用意があるとする表明を撤回した

行為がその者の援助がないために行われぬか、又はその者の従前の態度と無関係に遂行された場合、遂行を阻止しようとする任意かつ真摯な努力で十分である。

きっかけに新設された、実行前段階の特別な処罰規定のうち、重罪の教唆未遂罪や合意罪など中心的なものについては、戦後も存続することとなった。それは、それらの行為が有する特別な危険が理由とされる²⁴⁾。もっとも、その具体的内容については、今後検討を要するであろう。

(5) 小 括

以上、重罪合意罪を中心にしながら、ライヒ刑法典制定後の刑法30条に至るまでの関連規定の生成過程を概観してきた。すでにみたように、刑法30条に対応する総則規定は、もともとライヒ刑法典には含まれていなかった。それが、ビスマルク暗殺計画に関する Duchesne 事件を直截の契機として、重罪の教唆未遂や実行の申し出とその受入れを処罰する刑法49条aが新設された。さらに、ワイマル共和国時代のラーテナウをはじめとする要人暗殺(未遂)事件をきっかけに、共和主義政府の構成員に対する政治的動機による謀殺の合意を処罰する共和国保護法が制定され、同法において、謀殺の合意を処罰する刑法49条bが創設された。49条bは共和国保護法の失効後に一旦消滅するものの、1932年の大統領令で、生命に対する重罪を目的とする合意ないしは目的追求の手段として生命に対する重罪を予定することについての合意として形を少し変えて「復活」し、ナチス時代の1943年の刑法調整令により、重罪の合意罪に一般化されて49条aに組み入れられた(その結果として、49条bには1932年の改正で新設された結合罪のみが残ることとなった)。1943年改正は、合意の前段階で協議に真摯に入る罪や重罪の幫助の未遂罪の新設などにより、実行前行為の可罰性が著しく拡張される危険を孕むものであった。これらは、1953年改正で削除されたが、重罪の教唆未遂は存続し、合意についても重罪一般に拡張されたままであった。さらに、総則全面改正により、規定の整理が行われ、現行の30条及び31条となったが、合意罪に関する限り、そのもとはナチス政権下

24) Vgl. Busch, a.a.O. (Fn. 3), S. 115.

の1943年改正であったといつてよい (もとより、それが1920年代の刑法改正草案を受けてのものである可能性は、否定し得ないとしてもである)。

3. 謀殺等の合意罪をめぐる判例

合意罪に関する公刊された上級審の裁判例は、それほど多くない。本稿では、第2次大戦前の規定に関して中心的に検討してきたことから、紙幅の都合も勘案し、刑法(旧)46条bに関するものに絞っていくつか取り上げたい (紹介に際しては、原文の趣旨を損なわない程度で適宜修正を加えている)。

(1) RGSt 58, 392 (ライヒ裁判所第2刑事部1924年11月27日判決)

本判決は、謀殺合意罪に関する初のライヒ裁判所の公刊判例であり、しばしば引用されるものである。

事案は必ずしも詳らかでないが、v. T. と K という2名の者は、v. S. 将軍に対する謀殺の実行に向けて努力するか、ないしはこれに加担する意図を有していなかったとされる。そこで問われるのは、Th. と G. という二人の被告人の間で刑法49条bの意味における合意が成立していたかということである。しかし、この問いは、関連する認定に基づけば否定されるべきである。その理由は、以下のとおりである。

a) Th. には、当初、犯罪実行の真摯な意思が存在していたが、G との話し合いの結果、動揺を来し、犯行が K によって完遂されればよいとの願望を抱くのみとなった。

b) G には計画された暗殺の実行に向けられた意思ははじめから欠けていた。

このような事実関係の下で、v. T. と K. には、「二人の被告人を有責なものとし、そうして当局に売り渡すこと」「だけ」が前提とされていた、すなわち、合意の概念を充足する真摯な意思の合致がなされたということ

はできない。

そこで、本判決では合意が未遂に終わった場合でも、可罰的となり得るかが検討される。というのも、共和国保護法では政治的目的による謀殺合意は重罪であり、未遂の処罰に明文の規定を要しないからである。本判決は、以下のような論拠から、結論としてこれを否定する。まず、立法者意思である。すなわち、本罪のような予備行為の例外的な処罰につき、その未遂を処罰することは立法者は意図してない。次に、規定の形式に関してである。すなわち、49条bの文言によると、謀殺の重罪を他人と合意した者は、「すでにこの合意をもって」所定の刑に処するとされる。この規定ぶりは、可罰性は合意によってはじめて生じるのであり、それゆえ、既遂の合意が可罰性の外縁を画すべきことを示している。つまり、合意の未遂は、この限界の外側にある。さらに、刑法49条b第2項の不処罰の規定との関連でも、合意の未遂を処罰することには不都合が伴う。すなわち、同項は、謀殺が遂行されるか試みられる前に、危険が差し迫っている人又は官庁に、「合意」について知らせた者に、不可罰を保障する。この場合、合意の未遂ですでに可罰的であるとするなら、この規定はそのような未遂の通報についても妥当するであろうが、積極的に不可罰の恩恵を受けられるのは、政治的な謀殺の謀議の場合のみである。その他の謀殺計画によって危険にさらされる者は、合意未遂の可罰性がそもそも欠けるために通報の積極的動機は存在しないことから、そのような保護は受けられないままである。しかし、このような相違は、内在的正当性を欠くであろう。このように、ライヒ裁判所は、謀殺の合意の可罰性には、合意が既遂に達している必要があり、合意の未遂は処罰されないことを明確にした。

(2) RGSSt 59, 376 (ライヒ裁判所第2刑事部1925年10月26日判決)

上記の判決の翌年に出された本判決では、謀殺の合意の可罰性は、謀殺の実行そのものに加担した場合にこれに吸収されるかという問題が取扱われた。

事案は、1925年4月25日8時45分から9時15分までの間に、下女 B. が就寝しようとしたところ、1階にある彼女の寝室において、隣の農家から至近距離で行われた発砲により、彼女は重傷を負ったが、この傷害の結果として彼女は死亡したというものである。被告人 S. に対して正犯の嫌疑が掛けられた。彼は、B. の謀殺 (刑法211条) により起訴されたが、陪審裁判所では、謀殺の合意 (刑法49条b) のみで有罪とされ、3年の軽懲役が言い渡された。

上記の判決と同様、ここでも、49条bでは、謀殺の合意をもって「すでに」処罰されることが基礎となる。合意された行為は開始をみることなく、例外的に単なる予備行為が独立の犯罪として取り上げられることによって処罰されている。あらゆる重罪においては未遂に対してはじめて保障される一般的な刑罰による保護が、謀殺の場合には、合意という予備行為にまで拡張されているが、それは、公共の安全を理由に要請される。49条bにおいても、刑法83条と同様、「すでに」単なる合意に対して科される法定刑は、それが補助的な適用のみがなされるものとして理解されるのに対し、その独自の意味は、合意の加担者において合意の可罰性が、合意の結果として実行された犯罪の正犯又は狭義の共犯としての自己の可罰性と競合するやいなや、そしてその限りで失われるとされる。

ここでは、謀殺合意罪の (公共の安全を理由に、本来不可罰の予備行為を独立に構成要件化したものという) 例外的・補充的性格から、実行加担者には本罪の適用が排除されることが示されている。

(3) RGSt 69, 164 (ライヒ裁判所第1刑事部1935年3月19日判決)

本判決は、1932年の大統領令で創設された後継の刑法49条bの罪に関するものである。そこでは、刑法49条bにおける「予定している (in Aussicht nehmen)」の概念や、刑法49条bの保護法益、「特に重い場合」の概念について判示されている。

事案は、被告人らが Andreas H. の家に侵入して、彼から金を奪い、そ

の際、H.の殺害も辞さないというものであったが、彼の母親である Frau H.を殺害することについては、被告人らが計画通り金を奪うためにH.の住居に侵入した際、被告人らに抵抗した場合にのみ行うことを決意していた。つまり、被告人らは彼らの殺害を目的としていたのではなく、あくまで金銭を手に入れるつもりであったのであり、「このような目的のための手段として、生命に対する重罪を犯す用意があった」。この場合、刑法46条bの「予定している」という表現は、真摯ではあるが、実行については明らかに見通せていない事情に強く依存している合意をも把握する。それゆえ、合意者が、計画された重罪の実行に、個人として、正犯ないしは共同正犯として加担するつもりなのか、従犯として関与するつもりなのかも問題ではないとされる (RGSt 58, 393)。もっとも、Frau H.も殺害するという合意は、まず、Andreas H.の殺害に関する取り決めがなされた後しばらくしてから、形成されたものである。すなわち、Andreas H.に対する方向では、Frau H.の殺害についても合意する以前に、被告人らの軽罪は、刑法49条bに関しては、すでに既遂に達していた。しかし、Andreas H.に対する方向でも、軽罪は当時なお終了してはならず、むしろ、3名の関与者らによるかかる可罰的行為は継続していた。すなわち、Frau H.も殺害することにつき——条件付ではあるが——決意をしたとき、Andreas H.の殺害に関して継続していた相談だけが、彼の母親の殺害に拡張されたのである。それも、二つの殺害行為は、いかなる場合でもH.の金を手に入れるという「目的のための手段」として、互いの内心的連関において実行されていたとされる。

この場合、2個の謀殺の合意がそれぞれ独立したものか否かが問題となる。これにつき、本判決は、現在効力を有する刑法49条bの文言からすでに帰結するが、法律の発生史からはなお明確にいえることであるとする。結論的には、「49条bの公の秩序——すなわち、一身専属的な利益としての生命ではなく——の保護の方向性と合意と結合（徒党の形成）との同置は、個別の事案において謀殺の合意により脅かされる人の数は、可罰的行

為が一つか複数かという問題に対し決定的な影響を持たない」。要するに、本罪の制定された経緯からみて、その保護法益は公共安全であり、そうであれば、同一の機会に殺害について合意された者の人数にかかわらず、1個の合意罪が成立するということになる（なお、これに続く「特に重い場合の概念」に関しては、説明を省略する）。

(4) 小 括

以上、第2次大戦前の謀殺等の合意罪に関するライヒ裁判所の判例について、概略をみてきた。そこからは、合意罪に関連する問題につき、以下のような知見を得ることができるように思われる。

第1に、合意が未遂に終わった場合には、合意罪の処罰規定の適用はないことである。政治目的での謀殺のように、当時の法律状況において合意そのものが重罪であることがあり、その場合、形式上は、明文規定がなくとも未遂処罰が可能なのにも見えるが、ライヒ裁判所は、規定形式や合意が軽罪にとどまる場合との関係から、これを否定的に解している。合意完成前の話し合いの段階で処罰することは、参加者の内心への介入の度合いが高いこともからしても、合意の未遂は処罰されるべきでない。

第2に、合意に参加した者が、合意された犯罪の実行にも加担した場合、実行への関与に加えて合意罪での処罰もありうるのか、という問題に関し、合意罪の例外的・補充的性格から否定的に解していることである。謀殺ないしは生命侵害犯罪への合意の有する特別な社会的危険に鑑み、本来は不可罰の予備行為を処罰しているという事情からみて、刑法83条の当時の内乱企図の合意も含め、合意罪は例外的な犯罪である。そこからは、本来処罰されるべき犯罪が実行された場合、それに対する予備としての合意罪が、実行された犯罪に吸収されるのは、当然のことにように思われる。

第3に、同一機会に複数の者に対し謀殺を行うことについて合意する場合、被害者の人数に関係なく、1個の合意罪が成立するとしている点であ

る。これは、謀殺等の合意罪が、一身専属的な個人の法益ではなく、公共の安全という社会法益の保護を目的としていることによる。これには、実行前段階の予備行為が個人法益に対するものである場合、やはり個人法益に対する抽象的な危険の存在が、処罰根拠となるのではないかとの疑問もある。しかし、謀殺合意罪はもともと、ワイマール共和国における政治的混乱の中で多発する暗殺事件に対応するために創設されたという時代背景を考え合わせれば、かかる法益の捉え方も理解できないではない。もっとも、事前の計画への意思の合致という合意の概念からは、保護法益の如何にかかわらず、複数の者の殺害に関する計画に合意する場合、一罪性を認めることができるようにも思われる。

4. 結びにかえて

本稿では、重罪合意罪を中心に、ドイツにおける実行前段階の行為の総則における処罰規定について、ライヒ刑法定後の法改正を概観し、併せて、総則の合意罪に関する第2次大戦前の判例について簡単にみた。その総括は、各章の小括において整理したことから、ここでは繰り返さない。ただ、歴史研究という立場から、冒頭で言及した「テロ等準備罪」の新設という文脈で強調しておきたいのは、2. で概観した1876年改正や1922年改正のように、刑法原則の重要な修正(変更)には、それを必要とするだけの深刻な事情が背景にあること、そして一たび修正(変更)されたものは、それが拡張されることはあっても、容易には元に戻されないことである。

もとより、本稿は、歴史的考察としてみても、ライヒ刑法定前の時代における謀議罪(Komplot)に関する議論が欠落しており、また、合意罪についても、1920年代の草案をめぐる議論や、戦後の法改正及び判例の検討、そして何より学説の検討がなされておらず、その意味で甚だ不十分なものであり、表題のとおり未だ覚書の域を出ない。もっとも、筆者は本

稿を，ドイツにおける実行前段階の犯罪に関する総合的な研究の序説として位置づけており，本稿の検討を足掛かりに，ドイツにおける共謀罪研究をへとつなげていく計画である。それゆえ，研究の継続を約しつつ，本稿を敬愛する浅田和茂先生に捧げることをお許し頂ければと思う。