

間接正犯の淵源に関する一考察（3・完）

——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——

市 川 啓*

目 次

はじめに

導 入 19世紀以前の学説および立法の展開に関する概観

第一章 世紀転換期の学説における共犯論

第二章 フォイエルバッハの共犯論と1813年バイエルン王国刑法典（以上、361号）

第三章 1851年プロイセン刑法典の成立以前の学説（以上、362号）

第四章 1851年プロイセン刑法典の成立からライヒ刑法典の制定に至るまで

第一節 プロイセン刑法典の諸草案の動向

（一） 総 説

（二） 第一期（1828年草案から1843年草案まで）

（三） 第二期（1845年草案から1851年の成立まで）

（四） ま と め

第二節 ライヒ刑法典の制定に至るまでの立法史

（一） 立法経緯について

（二） 北ドイツ連邦刑法典の第一次草案について

（三） 1870年北ドイツ連邦刑法典からライヒ刑法典の成立へ

（四） ま と め

第三節 学説の展開

（一） バールの見解（1859年）

（二） プーリーの見解（1860年）

（三） ランゲンベックの見解（1868年）

（四） ま と め

第四節 小 括

第五章 ライヒ刑法典の制定とその後の学説の展開

第一節 間接正犯という名称の登場

* 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

- (一) シュッツェの見解——正犯性の擬制
- (二) ビンディングの見解——間接正犯という呼称へ
- (三) ま と め

第二節 間接正犯論における新たな問題の登場——故意ある道具の問題

- (一) 問題の所在——故意ある道具とは何か
- (二) ライヒ裁判所の判例
- (三) 諸学説の概観
- (四) ま と め

第三節 小 括

第六章 考察および展望

むすびにかえて

(以上、本号)

第四章 1851年プロイセン刑法典の成立から ライヒ刑法典の制定に至るまで

前章では、プロイセン刑法典が成立する以前の諸学説の中で、特にミッターマイヤーの1819年の論文を機に、行為者の意思決定の自由に着目する形で知的発起者という概念が、教唆犯といわゆる「みせかけの教唆」に分化していったことを明らかにした（もっとも、ここでは「間接正犯」という用語はまだ使われていなかった）。

このような議論を踏まえて本章では、前章で検討した諸学説における知的発起者論の分化の議論が、プロイセン刑法典の成立やその後の学説の展開に与えた影響を考察する。

まず本章の第一節および第二節では、1851年プロイセン刑法典の諸草案において——諸学説の議論状況を背景に——教唆犯と間接正犯の相違は意識的に議論されたのか、またその議論は1870年北ドイツ連邦刑法典および1871年ライヒ刑法典の制定にどのように影響したのかという点を考察し、次いで第三節ではその立法状況を踏まえて展開された学説として、バルとブーリー、ランゲンベックの見解を検討することとする。

第一節 プロイセン刑法典の諸草案の動向

(一) 総 説

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るものであった³¹⁵⁾。

19世紀初頭のプロイセンでは、ほとんどの領域でプロイセン一般ラント法（以下では、ALR と記す）が適用されていたものの、一部の地域では普通法が、一部のライン管区ではフランス法が適用されていたという状況の下、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願望が出始め、立法作業が開始された³¹⁶⁾。

プロイセン刑法典が成立するまでには、いくつもの草案が登場しているが、教唆犯の規定の仕方に着目する限りでは、第一期と第二期に区別することができる。すなわち、第一期とは、教唆者の規定の中に、「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態が規定されていた、1828年草案³¹⁷⁾から1843年草案までの期間を

315) *Jacquin*, a.a.O. (Fn. 164), S. 65; siehe auch *Robert von Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 1, *Allgemeine Grundlagen*, S. 327, 342.

316) 野澤・前掲注(167)267頁以下参照。その他、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)も参照されたい。

317) プロイセン刑法典の最初の草案である1827年草案では、理由は定かではないが、教唆者について「他人を犯罪実行のために利用する」形態が規定されていなかった。また、教唆の手段については、他の領邦法典の範に倣って(限定的に)列挙されていた。Vgl. *Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1827, Erster Theil, Vierter Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern*, §§87 ff. u. *Motive zu dem Entwurfe des neuen Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 1827, ad §88*, in: *Werner Schubert u. Jürgen Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., *Straf- und Strafprozeßrecht*, Bd. 1, 1981, S. 12 u. S. 152. 以下では、本書を *Schubert u. Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision* と記す。

指し、また第二期とは、上記の後者の形態のみを教唆者として規定し、その手段について列挙する形に移行していく、1845年草案から1851年の成立までの期間を指す。以下ではこの区分に従って考察を進めていくこととする。

（二）第一期（1828年草案から1843年草案まで）

ここでは上述の通り、プロイセン刑法典の諸草案の中の第一期と題して、1828年草案から1843年草案までの期間を対象に検討する。この時期の教唆犯の規定の中には、「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態（以下、第一選択肢と第二選択肢と呼ぶ）が共に規定されていた。

（1）1843年草案について

この期間の諸草案において教唆犯規定に大きな変化は見られないため、その一例として1843年草案を取り上げるにとどめておく。この草案の教唆犯規定は、以下のように規定されていた³¹⁸⁾。

§63 Mit der auf das Verbrechen im Gesetze angedrohten Strafe werden belegt :

1. derjenige, welcher das Verbrechen durch eigene Handlung unmittelbar bewirkt hat (Urheber);
2. derjenige, welcher sich eines Andern zur Ausführung des Verbrechens bedient oder denselben vorsätzlich zu dem verbrecherischen Entschluß bewogen hat (Anstifter);
3. jeder, der zur Ausführung des Verbrechens und um diese zu befördern, eine solche Hülfe geleistet hat, ohne welche unter den vorhandenen

318) 原文は以下のものを参照した。Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843, Erster Theil, Erster Titel, Fünfter Abschnitt, Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern, §§63 ff. (S. 18).

Umständen das Verbrechen nicht hätte begangen werden können (Hauptgehülfe).

(63条 法律上、重罪³¹⁹⁾に対して威嚇された刑罰に科せられるのは、以下の者である。

1. 重罪を自らの行為を通して直接に生じさせた者(発起者)
2. 他人を重罪の実行のために利用する、もしくは他人をして故意に犯罪的な意思決定へと決定づけた者(教唆者)
3. 重罪の実行のために、そしてそれを手助けするべく、それなくしては現存する事情の下でその重罪は実行されえなかつたであろうという援助を為した者(中心的幫助者)

この1843年草案63条では、1827年草案以来の傾向として、ALR の中で散逸していた(物理的)発起者(ALR§64)と教唆者(ALR§§67, 70)と中心的幫助者³²⁰⁾(§71)の規定が一つの条文にまとめ上げられたという意味で総則化が図られている。また既述の通り、この時期の教唆犯規定の特徴として、教唆の手段が列挙されていない。この点につき、1836年草案についての委員会審議の議事録によると、(1)手段を考慮しなくとも、他人を故意に重罪へと決定づけた者はその犯罪の原因であり、また(2)手段の列挙は誤解と制限的な理解のもとになり、狡猾な犯罪者が処罰を免れることになってしまうと説明されている³²¹⁾。

319) 1843年草案63条の „Verbrechen“ は、「重罪と軽罪(Polizei-Vergehen)、その処罰一般について」と題された第一部のうち、重罪を対象とする第一章に規定されていることから、「犯罪」ではなく、「重罪」と訳されるべきと考える。ただし、140条では、127条以下で異なって規定されていない限り、第一章の諸規定が軽罪にも適用されると規定されている。Vgl. a.a.O. (Fn. 318), S. 37. 以上の傾向は、以下で検討する1845年草案ならびに1847年草案についても同様である。

320) 中心的幫助者とは、本稿の第一章以下で用いてきた不可欠幫助と同義である。

321) Vgl. Berathungs Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Strafraths, den Ersten Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs betreffend, 1839, in: Schubert u. Regge (Hrsg.), Gesetzrevision, Bd. 4, 1993, S. 85.

(2) ツァッハリエの批判

ここで注目すべきは、既にランペが指摘している通り³²²⁾、教唆犯の規定の中に現代で言うところの教唆犯と間接正犯が同居しているという点である。これについて当時、ツァッハリエ³²³⁾は、犯罪を自らの行為により直接生じさせた者を発起者と呼ぶのは適切ではなく、犯罪を実行するよう他人に働きかけられて決定づけられた者である正犯者（Thäter）と、他人を通じた犯罪の惹起にその意思を向けていた者である教唆者（Anstifter）を併せて発起者（Urheber）と呼ぶべきであるという前提の下、「教唆は犯罪の実行へと他人を故意に決定づけるという点に存するもの」であり、それは「教唆を通して、他人に犯行決意が生ぜしめられたということを本質的に前提としている」のであるから、第一選択肢は教唆に当たらないと指摘したのである³²⁴⁾。その上でツァッハリエは、「犯罪の遂行のために他人を利用する」という表現に関して、いわゆる間接的惹起の事例（＝犯罪についての決意が他人において生じたとは言えない事例）、例えば装填された銃をある人間に撃つよう子供や精神障害者を唆す場合や、帰責能力のある人間に錯誤を起こさせる場合、背後者は意識なく作用を及ぼし続ける力を作動させたという点で直接的発起者もしくは正犯者にかなり近い存在であり、直接正犯者や教唆と並んで特別処罰したいのであれば、意図した犯罪について何も認識していない、若しくは認識しえない人間を犯罪の遂行のために利用する者も教唆と並んで言及する等、より明確な、誤解されにくい方法で為されなければならないと批判したのであった³²⁵⁾。

322) Vgl. *Ernst-Joachim Lampe*, Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77, 1965, S. 284; siehe auch *Bloy*, Beteiligungsform S. 75.

323) ツァッハリエの人物像については、以下の文献を参照されたい。Vgl. *Christian Starck*, Heinrich Albert Zachriä (1806-1875) Staatsrechtslehrer in reichsloser Zeit, in: *Loos* (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 218), S. 209 ff.

324) *Heinrich Albert Zachriä*, Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, in: *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, Jahrgang 1846, St. 4, S. 569 f.

325) *Zachriä*, a. a. O. (Fn. 324), S. 570 f. ↗

(3) ま と め

このようなツァッハリエの批判的考察における教唆の理解においては、他人(被教唆者)の自由な意思決定が前提とされていることが窺えよう。間接的惹起の事例において子供や精神障害者は帰属能力を有さず、その意味で自由な意思決定をなし得る主体ではなく、また錯誤の場合も欺罔者の自由な意思決定には瑕疵があると言いうるのであろう。従って、ツァッハリエの主張も、前章で検討した諸学説と同様、直接行為者の自由な意思決定に着目した教唆犯の理論構成を示していたのである。

また、このツァッハリエの批判的考察と本稿第三章で検討した諸学説の展開を併せて考えるのであれば、おそらく立法者も、従来の普通法学上の知的発起者の中には毛色の違うものがあることを意識していたものの、旧態依然として従来の分類とネーミングから抜け出せなかったのではないかと推論されよう³²⁶⁾。しかし、以下で見るように、1845年以降の草案における教唆犯規定は変化を遂げることとなる。

(三) 第二期(1845年草案から1851年の成立まで)

ここでは第一期に関する上記考察を踏まえ、プロイセン刑法典の諸草案の動向のうちの第二期として、「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」

㍷ 付言すると、このようなツァッハリエの批判に加え、アーベックも1843年草案の批判的考察の中で(多くを言及してはいないが)教唆者は、彼によって決定づけられた者が為したことを理由に可罰的であると説明していた点に鑑みれば、ツァッハリエと同じく、背後者に決定づけられていない者を利用する場合は教唆に当たらないと考えていたと推論される。またテンメも、犯罪を自らの行為を通じて犯罪を直接に実現しておらず、教唆や中心的補助、謀議などに当たらないが、主たる犯罪者とみなされる場合を問題として指摘している。Vgl. *Abegg*, Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten vom Jahre 1843, 1844, S. 162.; *Jodocus Donatus Hubertus Temme*, Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1843, S. 101.

326) この点テンメも、1845年草案までの共犯規定は普通法のドクトリンに拘泥していたと評価している。Vgl. *Temme*, Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1853, S. 100.

形態のみを教唆者として規定し、その手段について列挙するという形に移行していく、1845年草案から1851年の刑法典の成立までの期間を検討の対象とする。もっとも、この時期の諸草案における議論は、教唆犯の規定以上に中心的幫助者の取り扱いにウエイトを占めていたように見受けられる。すなわち、1843年草案に対しては、Code pénal に固執しつつ、陪審裁判所を考慮して簡易化を望んだラント等族から、必要的幫助と單純幫助の区別を放棄し、あらゆる共犯者の可罰性の同置が提案されていた³²⁷⁾。これに対してアーベックは、Code pénal の諸規定を受け入れる結果として、行為の中に存する共犯者の相違と態様が等閑にされてしまい、判断の單純さと容易さを引き替えに、正義の諸要求（Ansprüche der Gerechtigkeit）を犠牲にしてしまうと批判するなど論争が繰り広げられていた³²⁸⁾。

(1) 1845年草案について

このような事情も踏まえつつ、以下では諸草案の検討に入る。まず1845年草案は46条に以下のような規定を設けていた³²⁹⁾。

§46 Die für ein Verbrechen angeordnete Strafe ist nicht nur auf denjenigen aufzuwenden, welcher die mit Strafe bedrohte That allein oder in Gemeinschaft mit Anderen ausführt, sondern auch auf den, welcher einen Anderen zur Ausführung derselben anstiftet, so wie auf den, welcher zur Ausführung des Verbrechens durch Rath oder That wissentlich Hülfe leistet.

327) Vgl. Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, Erster Band, Zum ersten Theil des Entwurfs, §1-140, S. 147 f.; siehe auch Bemerkungen über den Entwurf des Preußischen Strafgesetzbuches und dessen Begutachtung durch den Rheinischen Provinzial-Landtag, S. 88 ff.

328) Vgl. *Abegg*, a.a.O. (Fn. 325), S. 159; ders., Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten vom Jahre 1847, 1848, S. 23.

329) 原文は以下のものを参照した。Vgl. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1845, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §46 (S. 9 f.).

(46条 重罪に対して威嚇された刑罰は、刑罰で威嚇された行為を自らもしくは他人と共同して実行する者に適用されるだけでなく、他人をその実行に教唆する者、さらに重罪の実行のために助言もしくは行為を通して援助を知りて与えた者にも適用される。)

この1845年草案46条は、現代で言うところの直接正犯と共同正犯、さらに教唆犯と幫助犯を一つの条文の下に置いている。もっとも、幫助犯については上述の議論があったものの、47条は援助が本質的ではない (nicht wesentlich) 場合の取り扱いを規定しており、上述の議論の結果として折衷的な形が採用されたものと見受けられる³³⁰⁾。

さらに、教唆犯の規定は1843年草案とは異なり、“anstiften” という動詞によって一つの形態しか規定されなかった。これについては、命題の実践的な把握のために、フランス刑法典60条や他の領邦法典に倣って教唆の手段を列挙した上で第二選択肢を削除するか、もしくは逆に、故意に他人

330) 1845年草案47条は以下のように規定されていた。

§47: „Wenn die zu einem Verbrechen wissentlich geleistete Hülfe nicht wesentlich zur Begehung des Verbrechens beigetragen hat, so sollen bei der Anwendung des Strafgesetzes auf den Gehülfe folgende Einschränkungen eintreten:

1. Bei einem Verbrechen, welches mit einer zeitigen Freiheitsstrafe bedroht ist, soll die Strafe eines solchen Gehülfen zwei Drittheile der höchsten gesetzlichen Strafe nicht übersteigen. Auch soll in Fällen besonders geringfügiger Hülfsleistung der Richter ermächtigt sein, die Strafe des Gefülfen nach ihrer Art und ihrem Maaße unter die geringste für dieses Verbrechen gesetzlich angedrohte Strafe herabzusetzen. Diese Einschränkungen sollen jedoch hinwegfallen, wenn die Hülfe in Folge einer vorhergegangenen Verabredung zur Begehung des Verbrechens geleistet worden ist.
2. Bei einem Verbrechen, welches mit der Todesstrafe oder mit lebenswieriger Freiheitsstrafe bedroht ist, soll gegen den, welcher durch seine Hülfsleistung nicht wesentlich zur Begehung des Verbrechens beigetragen hat, höchstens auf eine zwanzigjährige und mindestens auf dreijährige Zuchthausstrafe oder Strafbarkeit erkannt werden, ohne Unterschied, ob die Hülfe in Folge einer vorhergegangenen Verabredung, oder ohne eine solch Verabredung, geleistet worden ist.“

Vgl. a.a.O. (Fn. 329), S. 9.

を犯罪的決意へと決定づけた者に限って教唆者とすることが提案されていたことに鑑みれば³³¹⁾、1845年草案の教唆犯規定では1843年草案の第二選択肢だけが規定されたものと解される。ゆえに、既にこの時点で、教唆とは故意に他人をして故意の犯罪（重罪）の実行へ唆す者であるという理解を通して、現代で言うところの間接正犯は共犯規定の中から排除されたのである。

(2) 1847年草案について

このような1845年草案を基に議論が進められ³³²⁾、1847年草案では教唆者の本質をより正確に示すべく³³³⁾、初めて教唆者の規定の中にその手段が列挙されるに至った³³⁴⁾。但し、その手段については Code pénal のように限定列挙ではなく³³⁵⁾、一般条項（*clausa generalis*）として「その他に意思に作用する手段」を付して例示列挙の形式を採っていた。

331) Vgl. Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, a.a.O. (Fn. 327), S. 150.

332) 1845年草案46条に相当する1846年草案41条では、幫助者に関する一文が次条に移された。Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1846, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §41, in: *Schubert u. Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision, Bd. 5, 1994, S. 362.

333) Vgl. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, 1847, S. 22.

334) 1847年草案43条は以下のように規定されていた。

§43: „Die für ein Verbrechen angeordnete Strafe ist nicht nur denjenigen aufzuwenden, welcher die mit Strafe bedrohte That allein oder in Gemeinschaft mit Anderen ausführt, sondern auch auf den, welcher einen Anderen zur Ausführung derselben anstiftet, es möge dies durch Geschenke, Versprechen, Drohungen, Befehle oder durch andere auf den Willen einwirkende Mittel geschehen.“

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, Erster Theil, Fünfter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen, §43 (S. 9).

335) これについては、本稿の第二章の第二節を参照されたい。

(3) 1850年草案について

そして1850年草案31条では、現代で言うところの直接正犯と共同正犯が除かれ、以下のような共犯規定が設けられた³³⁶⁾。

§31 Als Theilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens wird bestraft :

- 1) wer den Thäter durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohungen, Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens angereizt, verleitet oder bestimmt hat ;
- 2) wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens Anleitung gegeben hat, ingleichen wer Waffen, Werkzeuge oder andere Mittel, welche zur der That gedient haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten, verschafft hat, oder wer in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, dem Thäter wissentlich Hülfe geleistet hat.

(31条 重罪もしくは軽罪の共犯者として処罰されるのは、

- 1) 正犯者を贈与もしくは約束、脅迫、威信もしくは権力の濫用、錯誤の意図的な惹起もしくは促進、ないしはその他の手段によって重罪もしくは軽罪の実行へと煽るか唆すか、決定づけた者
- 2) 正犯者をして重罪もしくは軽罪の実行のために手ほどきを与えた者や、これと同様に、行為に役立った武器もしくは道具、その他の手段をそれらが役立つことを知りて与えた者、ないしは犯行を準備したもしくは容易にした、既遂にしたところの行為において正犯者に援助を知りて与えた者。)

この31条では前述の通り、直接正犯と共同正犯が自明のものとして省かれ³³⁷⁾、また32条ではあらゆる共犯者の可罰性の同置が予定されていたこ

336) 原文は、以下のものを参照した。Vgl. Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten u. Des Gesetzes über die Einführung desselben, 1851, Bd.1, Erster Theil, Dritter Titel, Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, §31 (S.9).

337) Vgl. *Georg Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen

とから³³⁸⁾、「重罪もしくは軽罪の共犯」というタイトルの下、狹義の共犯として教唆犯と幫助犯を把握する素地が出来上がったと解される³³⁹⁾。

（4）錯誤を手段とした教唆犯に関する委員会審議

さらに注目すべきは、31条1号の「錯誤の意図的な惹起もしくは促進」による教唆に関連する議会の委員会審議である。すなわち、正犯を「錯誤の意図的な惹起もしくは促進」を通して犯罪の実行へと決定づけた者は共犯者として処断されるという34条1号（1850年草案31条1号）の文言と、共犯者は正犯者と同じ刑で処断されるという35条（1850年草案32条）からすれば、ある者が故意に他人をして、危険で犯罪的な作用が彼に知られていなかったところの犯行の実行へと唆した場合、その者は他人と同様、せいぜいのところ過失の刑で処罰されるにすぎないのではないかとの疑問が提出され、34条の最初の文言を「以下の者にも重罪もしくは軽罪の法定刑を科す」という文言に変更し、それに対応して35条の第一文を削除するよう動議が出されたのである。しかし、これに対しては、共犯者という概念は故意の正犯者を前提としており、他人をその欺罔によって意思なき道具として利用する者は共犯者ではなく、唯一の現実の発起者であって、共犯の規定は適用されないとして、上述の動議は多数により否決されたのであった³⁴⁰⁾。

↘Staaten und das Einführungsgesetz von 14. April 1851, 1851, S. 152.

338) 共犯者その処罰において区別しなかった点について理由書は、他人を重罪もしくは軽罪の実行に唆した者や他人に対してその実行のために手ほどきを与えた者、その際に知りて他人を援助する者は、正犯者と同じように犯罪を意欲し、また違法な結果を意図しているのであるから、行為のあらゆる結果の責任を負うのだと説明した。Vgl. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1851, S. 15 f.

339) Vgl. *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung, S. 197.

340) Vgl. Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Berathung des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, in: Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über die Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, 1851, S. 452.

このような議会の委員会審議から明らかな通り、立法者はいわゆる間接正犯の事例を想定しており、それを教唆犯と区別するべく、故意に他人の犯罪決意を創出する行為に教唆の定義を限定したのである³⁴¹⁾。

(5) 1850年刑法典について

そして1851年に成立したプロイセン刑法典では、1850年草案31条は34条として、32条は35条として規定された。もっとも、35条に関しては、非本質的な援助をする幫助者にまで正犯者と同じ刑を科するのは酷であるという下院の考慮に基づき、第二文として「34条2号の事例において共犯が本質的ではないと認定された場合、その他、刑を減輕する事情が存在すると認定された場合、死刑もしくは終身刑に代わり、2年以上10年以下の懲役となる」³⁴²⁾という一節が付されたのであった³⁴³⁾。

プロイセン刑法典34条に関して言えば、Code pénal の影響の下³⁴⁴⁾、物理的な意味での正犯者と共犯者を区分し、正犯者に従属する狭義の共犯として教唆犯と幫助犯が観念された³⁴⁵⁾。しかし、教唆犯の手段については、限定列举であった Code pénal と異なり、狡猾な犯罪者が処罰を免れることを懸念して例示列举となった。

また、35条に関しては、Code pénal の影響の下、原則的に共犯者の可罰性を同置しつつ、非本質的な援助を為す共犯者の場合や刑を減輕する事

341) Vgl. *Lampe*, a.a.O. (Fn. 322), S. 286.

342) Vgl. Strafgesetzbuch für die Preußische Staaten von 14. April 1851, in: *Stenglein*, Sammlung, Bd. 3, XI, S. 54.

343) Dazu kurz darstellt *Theodor Goldammer*, Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil I, Berlin 1851, S. 299.

344) Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 442 f.; *E. Schmidt*, Geschichte, S. 319; *Maiwald*, FS-Schroeder, S. 294.

345) Vgl. *Temme*, a.a.O. (Fn. 326), S. 102; siehe auch *Haas*, a.a.O. (Fn. 7), S. 94 f.

付言すると、行為者が犯行時に精神錯乱もしくは知的発達障害にあった場合(40条)および犯行が正当防衛を通して現れた場合(41条)には、重罪もしくは軽罪は存在しないと規定されていることから、プロイセン刑法典では極端従属形式が採用されていたことも指摘されよう。Vgl. *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 144 m.w.N.

情がある場合に関しては例外を設けており、この点でも全体的な刑罰の同置ではなく、裁判所に対して、重罪もしくは軽罪に対して規定された刑罰枠の範囲内で精確な刑量を定めることを許していた³⁴⁶⁾。

（四）ま と め

以上、1851年プロイセン刑法典の成立に至るまでの諸草案の動向を教唆犯の規定の特徴に着目し、教唆者の規定の中に「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける形態」が規定されていた、1828年草案から1843年草案までの第一期と、「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態のみを教唆者として規定し、その手段について列挙する形に移行していく、1845年草案から1851年刑法典の成立に至るまでの第二期に区分して考察を図った。

この諸草案の変遷のうち、特に第二期では中心的幫助・単純幫助の区分をいかに取り扱うのかという点にウエイトが置かれていた一方で、教唆犯に関しても、犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせた者であると把握する傾向が存在した。そこでは知的発起者が間接正犯と教唆犯に分化していく学説の動向に対応して、被教唆者の自由な意思決定を前提に、事情を知って犯行を選択するという意味で直接行為者の「故意」が教唆犯の成立要件として求められたことで、従来の教唆犯の範疇からいわゆる間接正犯が排除されたと結論づけられるのである³⁴⁷⁾。

346) Vgl. *Beseler*, a.a.O. (Fn. 337), S. 161. もっとも、絶対的刑罰の場合にこの規定はその意味を失ってしまうため、立法者は死刑もしくは終身刑の場合には未遂の枠内で妥当するルールに対応して調整を図ろうとした (Gesetz betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuchs von 30. Mai 1859). Vgl. *Brandt*, Code pénal, S. 444 u. Fn. 2334.

347) 例えば、プロイセン上級裁判所の裁判例では、被告人が他人をして第三者の所有物を自己のものであると欺罔し、正当な所有権を得たと誤信した他人がその第三者の物を持ち去ったという事案につき、控訴審裁判所は、被告人は錯誤に陥った故意なき道具を利用した窃盗の単独正犯であると認めたのに対して、プロイセン上級裁判所は、一般論として

第二節 ライヒ刑法典の制定に至るまでの立法史

本節では、前節で検討した1851年プロイセン刑法典の諸草案における教唆犯の規定の変遷は、1870年北ドイツ連邦刑法典および1871年ライヒ刑法典にどのように影響したのかという点を考察の対象とする。

(一) 立法経緯について

考察に入る前に北ドイツ連邦刑法典およびライヒ刑法典の成立に至る事実関係を確認しておくこととする。すなわち、1867年7月26日、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7月に第一次草案が公刊される³⁴⁸⁾。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12月31日に第二次草案(未公刊)、そして連邦参議院における審議を経た1870年2月14日の第三次草案と続き、1870年2月22日以降の北ドイツ連邦の帝国議会の第一読会から第三読会を経て、1870年5月31日に公布されるに至った。そして、1871年1月1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1月1日より施行された³⁴⁹⁾。

↘故意なき者を利用する背後者の正犯性について認めつつも、窃盗罪の自己領得目的が被告人に欠けていることを指摘した上で、窃盗罪 (§215) ではなく、詐欺罪 (§241) の疑いがあるとして、原審に差戻した。ここではいずれの裁判所においても、故意なき者を利用する背後者は教唆犯ではないという共通の理解が示されている。Vgl. Urteil des Ober-Tribunals vom 14. Mai 1858, in: Mittheilungen aus der Praxis der Gerichtshöfe und der Staatsanwaltschaften, in: Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 6, 1858, S. 567.

348) 岡本「放火罪と「公共の危険」(一)」法学(東北法学)47巻2号(1983年)43頁参照。

349) 岡本・前掲注(348)45頁以下注(5)参照。さらに、野澤・前掲注(167)293頁以下参照。

（二）北ドイツ連邦刑法典の第一次草案について

北ドイツ連邦刑法典の第一次草案40条には、プロイセン刑法典34条にほぼ対応する共犯規定が設けられており³⁵⁰⁾、プロイセン刑法典からの変更は「教唆者 (Anstifter)」「幫助者 (Gehülfe)」という言葉が明文上使用された点のみである³⁵¹⁾。もっとも、41条では第一文で共犯者の処罰を基本的に Thäter と同置することを定めつつ、第二文では、それなくしては犯行が実行されえなかったであろうという援助ではなかった場合につき、未遂処罰の原則に従った必要的減軽が規定されていたという点ではプロイセン刑法典と異なっていた。

（三）1870年北ドイツ連邦刑法典からライヒ刑法典の成立へ

ところが、この第一次草案と異なり、1870年に成立した北ドイツ連邦刑法典では、共犯者は以下のように規定されていた³⁵²⁾。

§47 Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.

(47条 複数人が可罰的な行為を共同で実行する場合、みな正犯として処罰される。)

§48 Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben

350) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, Erster Theil, Dritter Abschnitt: Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, und von der Begünstigung, §§40 u. 41 (S.11 f.)

351) Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, §40 (S.87). 付言すると、理由書は、正犯とは各則の構成要件から導かれるがゆえに周知なもの (bekannt) であると理解している。Vgl. a.a.O., §40 (S.90).

352) 原文は以下のものを参照した。Vgl. Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870: Nebst Einführungs-Gesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1870, §§47 (S.13 f.); siehe auch Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1872, 1871, §§47 (S.10 f.). 以下、ライヒ刑法典について Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich と記す。

begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

(48条 他人をして彼によって実行される可罰的行為を贈与や約束, 脅迫, 威信もしくは権力の濫用, 錯誤の意図的な惹起もしくは促進, ないしはその他の手段によって故意に決定づけた者は, 教唆者として処罰される。

教唆者の刑罰は, 彼が知って唆した行為に適用される法規に従って決せられる。)

§49 Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher wer wissentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermässigen.

(49条 正犯者をして重罪もしくは軽罪の実行のために助言もしくは行為を通して知りて援助を与えた者は, 幫助者として処罰される。

幫助者の刑罰は, その者が知りて援助を与えた行為に適用される法規に従って決せられるが, 未遂処罰に関する諸原則に従って減輕される。)

この1870年北ドイツ連邦刑法典の共犯規定では, 47条にいわゆる共同正犯が新たに規定され, また49条の幫助者の規定も第一次草案と異なり, その援助が犯行にとって必要不可欠でなくとも減輕すると規定されたという点で, 大きな変更が見られる³⁵³⁾。もともと, 教唆犯に関しては, 立法者

353) 付言すると, 共同正犯が規定されていなかった1869年の第一草案の理由書は, 必然的な一般性ゆえにその価値が低く見積もられる共同正犯の規定には, 正犯(共同正犯)と幫助を混同する危険が容易に考えられるであろうと述べていた。Vgl. a.a.O. (Fn. 351), §40 ↗

は教唆犯の基本思想をより厳密に表現するため、プロイセン刑法典や第一次草案と異なり、文言上 „bestimmt hat“（決定する）という動詞に限定したという点に変化が見られるにすぎない³⁵⁴⁾。

そして、先述の通り、この北ドイツ連邦刑法典を受け継ぐ形で、同内容のライヒ刑法典が1871年に成立したのであった。ゆえに、プロイセン刑法典における教唆犯の理解が北ドイツ連邦刑法典、ライヒ刑法典へと受け継がれていったことが確認されよう。

（四）ま と め

以上の考察から明らかな通り、プロイセン刑法典において打ち立てられた教唆犯の理解、すなわち、行為者の意思決定の自由を前提にした教唆犯の理解、換言すれば、教唆とは犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせることであるという理解が、北ドイツ連邦刑法典を経て、ライヒ刑法典においても基本的に維持されたと結論づけることができるのである³⁵⁵⁾。

↘(S. 90). しかし、1870年に成立した法典の理由書は、ドイツの多くの立法と同じく「共同正犯」の規定を採り入れるべきであるとし、共同正犯と幫助が混同される危険を回避するためには、犯罪の共同実行という純粹外形的なモーメントだけでなく、特に実行の際の各人の協働の性格、すなわち、幫助者の協働は犯行それ自体を第三者のものとして扱ってることによって特徴づけられるのに対して、共同正犯の協働は、犯行を自らのものとして援助して既遂にするという意思に基づくものであるという性格に着目すべきであると述べた。Vgl. *Friedrich Meyer*, Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870: Mit Benutzung der Entwürfe, der Motive derselben, der Verhandlungen des Reichstags und der Reichstags-Kommissionen, sowie unter Vergleichung mit den bisherigen Partikularrechten, namentlich dem preussischen, erläutert, 1871, §47 (S. 53).

354) Vgl. *Friedrich Meyer*, a.a.O. (Fn. 353), §48 (S. 54).

355) ゆえに、この点で被教唆者の犯行は教唆者自身の犯行であるという言い回し („Quod quis per alium facit, ejus autor ipse censetur“ という公式) が生き続けているということ強く物語っているとするハースの理解は時代錯誤である。Vgl. *Haas*, a.a.O. (Fn. 7), S. 97.

第三節 学説の展開

前節と前々節では、プロイセン刑法典の諸草案からライヒ刑法典の成立までの立法の議論の中で、従来の知的発起者の言い換えにすぎなかった教唆犯の領域から、被教唆者(他人)の意思決定の自由とそれに基づく故意の犯罪実行に着目することを通して、いわゆる間接正犯の事例が除外されたという動向を析出した。では、このような立法における議論の動向と関連して、学説ではどのような議論が展開されたのであろうか。

(一) バールの見解(1859年)

ここでは、「因果関係の中断論の父」³⁵⁶⁾として知られるカール・ルートヴィヒ・フォン・バール³⁵⁷⁾が1859年に上梓した『未遂と犯罪共犯の理論について』³⁵⁸⁾を対象に、彼の見解を検討することとする。当時はまだ中断論という名称は使用されていないものの、前章で取り上げたヘーゲル学派の行為論と教唆犯ならびに「みせかけの教唆」の理解を受け継いでいるという点で、中断論の基本的思想は既に示されていた³⁵⁹⁾。

(1) 自由な意思決定と行為についての理解——ヘーゲル学派とのつながり

さしあたりバールの教唆犯の理解を検討する前に、彼の行為論に関する

356) Vgl. *Paul Pomp*, Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 134, 1911, S. 54. 但し、本稿第三章の第四節で言及したように、因果関係の中断論の基本的枠組みは既にルーデンの見解の中に確認される。

357) バールの人物像については、以下の文献を参照されたい。Vgl. *Maiwald*, Carl Ludwig von Bar (1836-1913) als Lehrer des Strafrechts, in: *Loos* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 218), S. 209 ff.

358) *Carl Ludwig von Bar*, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859. 以下では、v. *Bar*, Versuch und Theilnahme と記す。

359) Vgl. *Ling*, a.a.O. (Fn. 248), S. 53. もっとも、バールが中断論の思想をはっきりと示したのは、1871年の著作(Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871)においてであるとされる。Vgl. *Ling*, a.a.O. (Fn. 248), S. 55.

理解を見ておく。彼は「行為（Handlung）とは自己決定である」という理解に基づき、「初めて行為者の決定が生じるのは、意思内容として設定されたものが恣意的な否定から主体自身を通して解放され、後者に比して独立したとき、つまり、意思の内容が所為として外界の現象の中に現れるとき」であるとする³⁶⁰。換言すれば、行為とは、主体の意思内容がその意思活動を通して外界の現象に現れたもの、つまり意思と所為が一致したものを意味することとなるのである。

では、その一致はどのような場合に認められるのであろうか。この点について彼は、以下のように述べた。すなわち、自然法則や思考法則、倫理についての素養（Bekanntschaft）を通してのみ獲得される帰属能力を有するところの成人においては、外界の因果法則の素養は予期されたものであり、そのように予期された外界の因果法則と、現に存在する事物の状態が一致するときに初めて意思と所為の一致が認められるとする。つまり、彼の言明に従えば、所為から意思が推論されるのではなく、所為から意思が逆推論されるのである³⁶¹。換言すれば、外界の因果法則を理解した帰属能力ある主体が、自らの所為をその因果経過の中に投企するという点に「現実の意思」が見出されるのである³⁶²。さすれば、このようなパールの主張する行為論中にはっきりとヘーゲル学派の影響を看取することができよう。

（2）教唆犯について

このような行為論に基づき、パールは被教唆者の意思決定の自由に着目した教唆犯論を展開する。パールによると、犯罪を実行するという意思を有する教唆者は、その犯罪計画を遂行すべく、被教唆者の「人格」を手段としており、それゆえに彼は犯罪の原因とみなされるとされる。その際、

360) v. Bar, Versuch und Teilnahme, §2 (S. 2 f.).

361) v. Bar, Versuch und Teilnahme, §2 (S. 3).

362) Vgl. Ling, a.a.O. (Fn. 248), S. 53.

「人格」という概念の中に自由が含まれているため、手段として利用される被教唆者が、教唆者から自由であることが必要とされる³⁶³⁾。つまり、バルは、教唆者とは直接行為者に自由な決意を生じさせ、自らの意図した犯罪を実行させていると理解したのである。そして、それによって彼は、被教唆者に自由が存在しなければ、教唆は成立しないとして、a. 物理的強制 (vis absoluta) の場合、b. 絶対的に拘束された命令の場合³⁶⁴⁾、c. 錯誤や不知の利用、さらに d. 強要 (kompulsiven Zwang) の場合を挙げ、いわゆる「みせかけの教唆」の事例が存在することを明らかにした³⁶⁵⁾。

この教唆者の理解によれば、教唆者の意思内容の有効性 (Wirksamkeit) は自由原因に委ねられる³⁶⁶⁾。換言すれば、教唆者の意思内容が手段たる被教唆者の自由な人格を通して外部的現象となると捉えられているのである。そこからバルは、被教唆者が未遂を理由に処罰される時点まで教唆者は不可罰であるのに対して、いわゆる「みせかけの教唆」(上記 a. から d.) の場合には、介在者は自由ではないため、その者が活動しなくとも実行の着手が認められるとし、いわゆる間接正犯と教唆犯との間に実行の着手に関して相違があることを指摘したのであった³⁶⁷⁾。

(3) ま と め

従って、このようなバルの見解においては、教唆犯とみせかけの教唆との間の現象形態としての相違が、介在する人間の自由原因、つまり自由な意思決定という点に認められており、そこでは因果関係の中断論の登場のいわば兆しとして、両事例の間で結果発生に至るまでの因果経過が異なる

363) v. Bar, Versuch und Theilnahme, §13 (S. 43).

364) 他者の命令を遂行する人物を自由と捉えるのかという点については、ベルナーやケストリンの見解と異なる。本稿第三章の第五節および第六節参照。

365) v. Bar, Versuch und Theilnahme, §13 (S. 43 f.).

366) v. Bar, Versuch und Theilnahme, §14 (S. 44).

367) v. Bar, Versuch und Theilnahme, §14 (S. 45).

ることが既に意識されていたと分析されよう。

（二）ブーリーの見解（1860年）

上述のバールとは正反対の見解を示したのが、かの有名なマクシミリアン・フォン・ブーリーであった。ここでは彼の共犯論の出発点を明らかにすべく、最初の著作『犯罪共犯論と犯人援助について』³⁶⁸⁾を対象に検討する。その当時、ブーリーはまだギーセンのヘッセン地方裁判所の試補であったが、周知の通り、後にライヒ裁判所の判事となり、判例の形成にも大きな影響を与えた。この著作では、そのはしがきで述べられている通り³⁶⁹⁾、ブーリーは共犯論における主観的な立場の貫徹を目的として、従前の客観説やヘーゲル学派の見解を批判して乗り越えることで、自説を打ち立てようと試みた。

（1）客観説に対する批判

既述の通り、ブーリーの主張は従前の客観説に対する批判から始まる。ブーリーによると、客観説では、行為者の主観を考慮せず、犯罪の客観面から出発し、その本質的な構成要素と非本質的な構成要素を区別し、前者の場合には絶対的に重く評価されるべき発起者であり、後者の場合には絶対的に軽い可罰性である幫助者であるとされるが³⁷⁰⁾、それは錯誤の事例において支障を来すという。例えば、ある行為者は非本質的な行為を犯すつもりであったが、現実にはその認識に反して本質的な行為を犯した場合、客観説を純粋に貫徹すれば、その錯誤者は（過失の）発起者であると評されるであろうが、過失も負責されない場合には不処罰に至ってしまうし、また客観的に見ればその行為は発起者的なものである以上、単なる幫

368) *Maximilian von Buri, Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und Begünstigung*, 1860. 以下では、*v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme* と記す。

369) Vgl. *v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme*, Vorwort.

370) Vgl. *v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme*, S. 1.

助者も認められないことになってしまうと批判したのである³⁷¹⁾。そこからブリーは、行為者の主観に鑑みて、その錯誤者は故意の幫助者とみなされるべきであるため、客観面はどうしてもよく (gleichgültig) 行為という客観面よりも行為者の主観こそ重要であり、主観説に立つべきであると主張したのである³⁷²⁾。

(2) 等価説に基づく主観説へ

その上で、彼は等価説に基づく主観説の主張を展開していく。すなわち、そこから犯罪的結果が生じるころのあらゆる力は、その結果に対して本質的に等価であるとする (ヘーゲル学派も主張する) 等価説は、主観的な立場による発起者と幫助者の概念定義に関係するものであるとする³⁷³⁾。

本来、この等価説を純粋に貫徹するならば、あらゆる関与者は結果全体に対して各々独立して答責的となり、その限りで統一的正犯論と親和的となるはずであるが³⁷⁴⁾、ブリーは発起者と幫助者の従属関係を前提に、主観説を採用すべきことを論じたのである。その意味で、本来的な等価説の命題は主観説によって修正を受けていると言えるのである³⁷⁵⁾。

(3) ヘーゲル学派に対する批判から自説の展開へ

いずれにせよ、上述の通り、等価説に基づいて主観説を支持するブリーであったが、ヘーゲル学派の共犯論にも満足しなかった。ブリーによれば、彼らは発起者的意思と幫助者的意思を区別し、量刑に対する相対

371) v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 3.

372) Ebenda. 付言すると、ブリーによれば、発起者と幫助者の概念を主観的な立場から定義する以上、行為者が発起者的意思を有しているのか、それとも幫助的意思を有しているのかということに関する事実の錯誤は問題になりえず、せいぜい既遂と未遂の概念に影響するにすぎないとされる。Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4.

373) v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 1 f.

374) Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform S. 88.

375) Vgl. *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 155.

的な影響を認める限りで客観面を考慮している³⁷⁶⁾。しかし、犯罪の関与者は皆、結果の実現に向けた意思（Absicht）を有しており、そのような形式的な意思のレベルでは、それぞれの関与者の意思は同等の独立性を有している以上³⁷⁷⁾、いかにして幫助者が、借用していない他人の形式的な目的（完全な他人の犯罪）を援助しようと意欲するのか正しく理解することはできないと批判する³⁷⁸⁾。つまり、発起者も幫助者も犯罪結果の実現を意図しているという点では変わらないはずだということである。従って、本質的な相違を見出すためには、実質的な意思である目的（Zweck）³⁷⁹⁾から出発すべきであり、犯罪の概念を超える目的の達成に向けた努力（Streben）が犯罪的活動であると主張したのであった³⁸⁰⁾。

これに従えば、一方の共犯者がその活動によって自己の目的を追求し、他方の共犯者は前者がその目的を達成するという点に自己の目的を見出している場合、後者の意思は実質的な意思に鑑みれば非独立的・従属的であり、それは従属的意思の出来事としての犯罪的活動を通して獲得されるところの形式的な意思にも影響を与え、結果として幫助者の絶対的に軽い可罰性が示されると理解された³⁸¹⁾。

376) Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 2.

377) v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4.

378) v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 5 f.

379) 別の箇所では利益（Interesse）に言い換えられている。Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 9.

380) v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 4 f.

381) Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 5.

もっとも、いずれの共犯者もその犯罪的な活動によって、犯罪に関与していない第三者の目的を援助しようと意欲する場合には、形式的な意思に鑑みて、中心的行為の実行に向けられた優越的な意思を有する者が発起者であると説明されている。従って、形式的な意思がまったく考慮されないわけではなく、第一次的には目的が考慮されるべきと考えられているようである。Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 8 f.

また、窃盗罪の自己領得目的などの目的犯が問題になる場合には、法律上規定されている目的を有することが発起者の必要条件とされている点にも例外を見出すことができる。Vgl. v. *Buri*, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 9.

(4) 教唆犯に関する理解

このように等価説に基づいた主観説に立脚し、発起者・帮助者の区分に拘るブーリーの共犯論の中で、従前の学説が構築してきた教唆犯といわゆるみせかけの教唆(間接正犯)の相違に関する理論は、いわば卓袱台返しを食らうことになる。

まず、ブーリーによると、知的な力はそれだけで客観化されることなく、あらゆる結果は、知的な力によって具体的に存在する結果に向けられた物理的な力から生じているのであるから、結果に対して知的な力は物理的な力と同等の重要性を有しており、知的な力と物理的な力が統合することによって結果という客観的な統一体が生まれる³⁸²⁾。ゆえに、知的な力に結果全体を負責する可能性は、物理的な力を結果に向けることによって結果の構成要素となったことに依拠する以上、「物理的な力がとりわけ自らのものであったのか、それとも他人のものであったのか、後者の場合に帰属能力のある人間があったのか、それとも帰属能力のない人間であったのか、それどころか動物であったのかという、物理的な力の性質はもはや重要ではない」³⁸³⁾と主張し、直接行為者が意思決定について自由であるかどうかは考察されなかったのである。

(5) ま と め

従って、以上見てきた通り、等価説に依拠した主観的共犯論を主張するブーリーの見解では、行為者の自由な意思決定は重要視されなかった、つまり犯罪の直接行為者が不自由であろうと自由であろうと、背後者への結果全体の帰属の判断を左右させるものではないと考えられ、従前の学説における教唆犯とみせかけの教唆の分化は等閑にされたのである。その意味で彼の見解はまさに「先祖返り」³⁸⁴⁾だったのである。

382) v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 28.

383) v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme, S. 29.

384) Vgl. Bloy, Beteiligungsform S. 87.

（三）ランゲンベックの見解（1868年）

ブーリーと同じく発起者と幫助者の区分に関して主観説に立脚しつつも、バルと同様、教唆犯とみせかけの教唆の区分を示したのが、イエーナ大学の教授であったヴィルヘルム・ランゲンベックであった。彼の見解においても、ヘーゲル学派の思考の継受が見られる。以下、ランゲンベックの共犯論一般に関する理解を確認した上で、彼の教唆犯論を検討することとする。

（1）共犯論一般について

ランゲンベックによれば、共犯とは身体的であれ精神的であれ、誰や彼やの意図で、犯罪の発生に加担する者であり、その動機と利益関心に相違があったとしても、彼らは共通の目標を意識しているため、共犯の真の概念は——ベルナーの言葉を借りて——「複数人の意識的協働行為」という点に存するとされる³⁸⁵⁾。その上で、共犯者はその意思に従って、犯罪を自らの出来事として行う発起者と、その他人の出来事たる犯罪を援助してその実現を手伝おうと意欲する幫助者に区分され、さらに前者の発起者は精神的（知的）発起者もしくは物理的発起者として、または共同発起者として現れると説明する³⁸⁶⁾。確かに、その限りで彼は旧来の定義に拘泥しているようにも思える。しかし、他方で、多くの立法が知的発起者を「教唆者」、物理的発起者を「正犯者」と呼んでいることは民衆語（*Volksprache*）に対応するものであると評価していることから³⁸⁷⁾、彼の見解における発起者ならびに幫助者という用語の使用は「伝統的な専門用語に対する敬意」にすぎないであろう³⁸⁸⁾。

385) *Wilhelm Langenbeck*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868, §40 (S. 140 f). 以下では、*Langenbeck*, Theilnahme と記す。

386) *Langenbeck*, Theilnahme, §40 (S. 143).

387) *Langenbeck*, Theilnahme, §40 (S. 144).

388) Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 86.

(2) 教唆者について

以上のような共犯一般の理解に基づいて、ランゲンベックは教唆犯論を展開していく。彼はまず、他人の意思を意図的に犯罪の実行に決定づけた者を教唆者とする従来の定義に対して異議を唱える。すなわち、原因と作用との間に常に被教唆者の自由な自己決定が介在する以上、教唆される他人の意思の決定づけは問題になりえないはずであるから、その他人が自ら犯罪を決定するような形で知的な作用を及ぼす者が教唆者であると——ここでもベルナーを引用して——主張する³⁸⁹⁾。ゆえに、自らの思考活動により犯罪的意図を創出した教唆者は、それを自ら遂行せず、被教唆者の活動、つまり被教唆者の主体性 (Subjectivität) とその自由な因果性を手段として利用しており、また他方で被教唆者も教唆者の知的影響から自由であるならば、自ら意欲して、自己の犯罪としてそれを実行している以上、物理的発起者であるとされる³⁹⁰⁾。

(3) みせかけの教唆について

これに対して教唆される他人が自由な行為主体として現れない、いわゆる「みせかけの教唆」の場合、例えば 1) 帰属能力のない者を利用する場合、2) 錯誤もしくは不知を惹起もしくは利用する場合、3) 物理的強制 (vis absoluta) の場合、4) 絶対的に拘束された命令の場合³⁹¹⁾、他人は「行為」しておらず、自然力もしくは動物の作用と同じであるため、それを利用する背後者は犯罪を一人で実行する唯一の発起者であると結論づけたのである³⁹²⁾。

389) *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 145 ff).

390) *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 146) u. §42 (S. 147).

391) 絶対的に拘束された命令の事例が「みせかけの教唆」に当たるのは例外であると説明されるが、命令による犯罪を実行する者の自由についてはベルナーと見解が異なる。Vgl. *Langenbeck*, *Theilnahme*, §43 (S. 148 ff) u. §46 (S. 154). 本稿第三章の第六節参照。

392) *Langenbeck*, *Theilnahme*, §41 (S. 146).

(4) ま と め

このようにランゲンベックは、ヘーゲル学派の、特にベルナーの影響の下、発起者と幫助者の区分に関して（ブーリーと同じく）行為者の主観に着眼する立場を採ったが、直接行為者たる被教唆者の自由な意思決定とその（自由な）因果性に着眼し、教唆という現象形態の因果経過の理解を示したという点で、バルに続いて因果関係の中断論の基本的思想を示したと評価されよう³⁹³⁾。

(四) ま と め

これまでプロイセン刑法典成立後の諸学説としてバルとブーリー、ランゲンベックの見解をそれぞれ検討した。ここでは、諸学説の相互比較から明らかとなることについて記しておくこととする。

これらの諸学説の主たる対立点は、教唆犯という枠組みの中で（より正しく言えば、教唆犯の解釈の中で）直接行為者の自由な意思決定を重要なメルクマールとして考慮し、その上でいわゆるみせかけの教唆の事例を認めるのかどうかという点にあった。行為者の自由な意思決定に重点を置くバルとランゲンベックの見解においては、因果関係の中断論（ないしは後の遡及禁止論³⁹⁴⁾）の素地が既に完成していたと言えるであろう。また、立法当時の議論も斟酌するのであれば、立法者の意思にも合致した教唆犯規定の解釈と言えるであろう。

これに対して、等価説に依拠した主観的共犯論を展開したブーリーは、依然として発起者と幫助者の二区分に拘っただけでなく、従来の学説が築

393) Ähnlich auch *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, S. 160.

394) 例えば、*Frank*によれば「自由かつ意識的に（故意かつ有責的に）結果の惹起に向けた条件の前条件は原因ではない」と定義される。Vgl. *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 14.

付言すると*Frank*は、自身のコンメンタールの第一版で既に「因果関係の中断」という表現に対し、「あまり好ましい表現ではないし、哲学の専門用語の中でもほとんど受け容れられていない」と述べていた。Vgl. ders., a.a.O., 1. Aufl., S. 12.

き上げてきた教唆犯とみせかけの教唆の区別論を等閑にしてしまった。もっとも、ブーリーとランゲンバックの比較から分かるように、両事例の区別が蔑ろにされた理由は、主観説を採用した点ではなく、むしろ教唆犯の規定の解釈の中で直接行為者の自由な意思決定を顧みない、換言すれば、中断論（ないしは後の遡及禁止論）を認めないという点にあったと考えられよう。

このような保守的なブーリーの主観的共犯論は、彼がライヒ裁判所の判事となったことでその判例にも現れることとなった³⁹⁵⁾。ただし、ライヒ刑法典47条以下の文言を通して、従属性原理と教唆犯という法形象は承認された点で、ブーリー説の受け容れは一定制約されたのであった³⁹⁶⁾。

第四節 小 括

以上見てきた通り、本章の第一節および第二節では1851年プロイセン刑法典の諸草案から1870年北ドイツ連邦刑法典、1871年ライヒ刑法典の制定に至るまでの教唆犯規定の変遷を辿り、そこでは——前章で検討した諸学説の動向に対応して——被教唆者の自由な意思決定を前提に、事情を知って犯行を選択するという意味で直接行為者の「故意」が教唆犯の成立要件として求められたことで、いわゆる間接正犯の事例が教唆犯の規定から排除されたことを明らかにした。

そして、この立法時の議論を踏まえ、当時の学説としてバールとランゲンバック、ブーリーの見解を検討した。その中では特に、後にライヒ裁判

395) RGSt 2, 160, 162 f. ないしは RGSt 3, 181, 182 f. 以降、確立したとされる。Vgl. *Günter Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 21/27 Fn. 48.

396) Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 91.

また、ビルクマイヤーによると、ブーリー自身も後の著作（*Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885）では、ライヒ刑法典の立場としての中断論を認めたようである。Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts: kritische Studien, 1890, §53 (S. 119 f. Fn. 199). 以下では、*Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme と記す。

所の判事となったブーリーは等価説に基づいた主観的共犯論を極端な形で展開し、意思決定の自由に着目した従来の議論を等閑にしてしまったのである。次章で検討する通り、ライヒ裁判所は故意ある道具を認める立場を採るのであるが、その背景にはブーリーの保守的な共犯論の影響があったのではないかと推論される。

第五章 ライヒ刑法典の制定とその後の学説の展開

前章では、学説における知的発起者論の分化を背景に、プロイセン刑法典の諸草案の議論においても意思決定の自由を前提とした直接行為者の故意をメルクマールに教唆犯といわゆる間接正犯との間の相違が意識されたこと、そして学説では教唆犯の解釈の中で行為者の意思決定の自由を重要なメルクマールとして考慮するのかどうか争いがあったことについて考察した。しかしながら、その時代、我々が間接正犯と呼ぶものの内実は主張され、いわゆるみせかけの教唆として一定の確立を見ていたものの、いまだ「間接正犯」という用語は使われなかった。既に第三章で言及した通り、学説では1828年にステューベルが従来の知的発起者に変わる名称として間接正犯という用語の使用を提案していたが、学説や領邦法典の多くはThäterを物理的な実行者と理解していたのである。

また、学説および立法の議論を通して一定程度確立した間接正犯論であったが、ライヒ裁判所の裁判例を通して「故意ある道具」の問題が現れ、原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることとなった。付言すれば、ライヒ裁判所の裁判例（RGSt 11, 56など）を通して登場した、直接行為者の責任能力等に関する背後者の錯誤の問題も、従来の間接正犯と教唆犯の区別の理解を揺るがすものであり、20世紀初頭の共犯の要素従属性（量的従属性）の議論につながった³⁹⁷⁾。しかし、この問題を論じることは

397) 詳しくは、松宮・前掲注(10)226頁以下を参照されたい。

本稿の射程を超えるため、ここでは故意ある道具の問題のみを取り扱うこととする。

従って、本章では、まずライヒ刑法典の成立以後の議論の中で間接正犯という名称が登場するに至った学説上の議論を検討し、次いで「故意ある道具の問題」に関するライヒ裁判所の裁判例と学説について概観・検討することとする。

第一節 間接正犯という名称の登場

上述の通り、ここでは間接正犯という名称の登場に至った議論に焦点を当てて考察を進めていく。ポルフェルトによると、1880年代に入って間接正犯という呼び方が定着したようであるが³⁹⁸⁾、一体それまでの間にどのような議論が展開されたのであろうか。すなわち、従来の議論では——Thäter = 物理的な実行者という理解を基に³⁹⁹⁾——みせかけの教唆と呼ばれるにすぎなかったものが、いかにして「間接正犯」と称されるに至ったのであろうか⁴⁰⁰⁾。この点、間接正犯という用語が登場する以前の過渡期的用語として「擬制的正犯」という言葉が使われていたことは既に大塚博士によって指摘されているが、何故にこの言葉が使われることになったのかという点については明らかにされていない。

398) Vgl. *Theodor Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Theilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft: nach deutsch-preussischem Recht, 1888, S. 99 Fn. 2; siehe auch *Hruschka*, a.a.O. (Fn. 171), S. 599. 前者については以下では、*Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit と記す。

399) これに関しては例えば、ステューベルの提示した正犯の概念に対するパウアーの批判(本稿の第三章第三節)を参照されたい。また、ベルナーもプロイセン刑法典の注釈書の中では、事物の本性や34条1項2項との比較から明らかとなる三つの正犯形態(教唆されていない正犯、教唆された正犯、共同正犯)に共通することは、犯罪的行為が彼によって身体的に実行されている点であると説明していた。Vgl. *Berner*, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861, §21 (S. 20 f.).

400) 大塚・前掲注(8)38頁参照。

ゆえに、本節ではまず、この「擬制的正犯」という用語を使い始めたシュッツェの見解を取り上げ、次いで彼を批判して「間接正犯」という用語を——教唆犯と区別される形で——学説上初めて使い始めたビンディングの見解を検討することとする。

（一）シュッツェの見解——正犯性の擬制

キール大学の教授であったシュッツェは、後に取り上げるように、確かに1873年の論文で「擬制的正犯」という言葉を使用しているが、その基本的な思想はすでに1869年に上梓された『必要的共犯』⁴⁰¹⁾という著作において示されていた。

（1）正犯者について

シュッツェによれば、正犯者とは、犯罪的な所為を意欲して自ら行爲した、つまり精神的もしくは身体的な力の行使を通して、犯罪概念に対応する所為を実行に移し、かくして犯罪に着手して、実行した者であると定義される⁴⁰²⁾。その際、自由なき者や帰属能力のない者、行爲の性格について錯誤に陥った者を、恣意と自己決定という本質を有する人間として利用するのではなく、「自然物の性質に応じて」⁴⁰³⁾利用する場合（いわゆる「みせかけの教唆」）の利用者も正犯となりうるのであり、正犯の定義における「自ら行爲した」、つまり自手実行 (Selbstaussführung) というメルクマール

401) *Theodor Reinhold Schütze*, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869. 以下では、*Schütze*, Die nothwendige Theilnahme と記す。

402) *Schütze*, Die nothwendige Theilnahme, §34 (S. 194 f). 付言すれば、プーリーのように自ら独立した目的を追求する者が正犯であるという主観的な正犯の定義は、教唆者も被教唆者（正犯者）も援助者も共同正犯者も自己にとって固有の個人的な目的を追求している以上、貫徹しえないと批判する。また別の箇所では、「単に他人の犯罪的な目的もしくはそのように認められる目的を実現するという意思是、自由で帰属能力のある人間においてはそもそも考えられない」とも述べている。Vgl. *Schütze*, Die nothwendige Theilnahme, §42 (S. 248).

403) Vgl. *Berner*, Theilnahme, S. 283.

は文字通り (buchstäblich) ではなく、意味に即して解されるべきであるとする⁴⁰⁴⁾。

(2) みせかけの教唆について

それゆえ、みせかけの教唆の事例は、被教唆者の自己決定を前提とする教唆犯の箇所では論じられるべきものではないという理解に則って、道具として利用される自由なき者や意思なき者、不知の者、被欺罔者は「みせかけの正犯 (Scheinhäter)」であり、利用する者こそが自ら所為を実行する正犯者であると主張したのであった⁴⁰⁵⁾。

その後、1873年の論文で彼は、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制的な、つまり法の規定によってそのように取り扱われる正犯」であるとして、自然的な (natürlich) 正犯に対置させたのであった⁴⁰⁶⁾。従って、正犯者とは本来的には直接行為者を指すが、その直接行為者がいわば「自然物」の場合には背後者に正犯性が「擬制」されると捉えたのであった。

(3) 評 価

このようにシュッツェは、従来「みせかけの教唆」と呼ばれていた現象形態を——プロイセン刑法典成立後の共犯規定を背景に——正犯に位置づけ、厳格な意味での自手実行に限らない正犯の概念を定立したという点で、間接正犯論の発展に大きな貢献を為したと言えよう。ところが、この

404) Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §34 (S. 196).

405) Schütze, Die nothwendige Theilnahme, §42 (S. 247 u. 248). 付言すると、「自由なき者」と犯罪関与は矛盾するとの叙述から明らかなように、犯罪の関与の前提として行為者の意思決定の自由が求められている (a. a. O., §34 (S. 196))。

406) Vgl. Schütze, Studien zum Deutschen Strafgesetzbuche, in: Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht, Bd. 21, 1873, S. 161 f.; siehe auch ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts: auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Aufl., 1874, S. 148 u. Anm. 3.

シュッツェの見解に対してはヘルシュナーからの非難が浴びせられることになった。すなわち、共犯者とは呼べないから正犯者と呼んでいるにすぎず、消極的な理由づけではないかと⁴⁰⁷⁾。

確かにシュッツェの説明においては、行為者の自由な意思決定（自己決定）をメルクマールに教唆と擬制的正犯が区別されているが、後者の事例において何故直接手を下していない背後者に正犯性が擬制されるのかという点について積極的には説明できておらず、その点でいわゆる間接正犯は極端従属形式を貫徹することによって生じる処罰の間隙を埋め合わせる彌縫策であるという言明を彷彿とさせる。

しかしながら、行為者の意思決定の自由をメルクマールに知的発起者から教唆とみせかけの教唆が分化したという歴史に鑑みるならば、みせかけの教唆（＝間接正犯論の内実）は本来的には彌縫策ではないということは明らかである。さらに言えば、このヘルシュナーのような批判は、いわゆる間接正犯の理由づけとしての道具理論にその後もつきまとうものなのである。詳しくは別稿にて論じるが、例えばヘークラーが優越性説を主張する際に M. E. マイヤーに向けた批判においてのみならず、E. シュミットの拡張的正犯論による間接正犯の理由づけにおいてもこの種の批判的態度が見受けられるのである⁴⁰⁸⁾。

（二）ビンディングの見解——間接正犯という呼称へ

既述の通り、ビンディングは1878年の教科書において学説上初めて——教唆犯と区別される形で——間接正犯という用語を使用したのであるが、そこに示されている基本的思想は既に北ドイツ連邦刑法典の第一次草案に対する批判的考察の中で示されている。そのため、以下ではその著作にま

407) Vgl. *Hugo Hälschner*, Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, in: *Gerichtssaal*, Bd. 25, 1873, S. 87 f.

408) Vgl. *August Hegler*, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. 5, 1929, S. 305 ff.; *E. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 3), S. 106 ff.

で立ち返りながら、シュッツェの理解を非学問的であると批判した⁴⁰⁹⁾ビンディングが、従来の「みせかけの教唆」を共犯論上どのように位置づけ、そして間接正犯という用語を使用したのか考察することとする。

(1) 共犯者という用語に対する批判

まず、ビンディングは、草案が教唆者と幫助者を含む「共犯者」を正犯者の対義語として捉えていることを批判する。すなわち、教唆者は正犯者と同じ刑で処断されるのに対して、幫助者はその刑を減輕されるという相違があるにもかかわらず、「共犯者」という語で一括りにされている点を批判し、むしろ正犯者と教唆者を括る名称(Gesamtbezeichnung)が合目的であると主張した⁴¹⁰⁾。

(2) 正犯者について

その上で正犯者の概念にとって、自らの物理力や自ら支配する力、犯行の実現のための道具を利用することは必要不可欠ではないとする。すなわち、例えば、帰属能力ある直接行為者が、自ら意欲して為すことの違法性についてやむなき錯誤にある場合、その直接行為者は正犯者ではなく、また決定者も教唆者ではない。しかし他方で、決定者は犯罪を盲目なる自然力(eine blinde Naturkraft)を通してではなく、自己決定の能力を持つ者(「みせかけの道具」)に対する精神的影響を通して実行したのであり、直接行為者も自ら意欲したことを為したと同時に、教唆者が意欲したことを為した以上、「正犯者は帰属能力ある者をして、犯罪的結果に作用する原因を設定するよう決定づける場合がある」と指摘し⁴¹¹⁾、そこから「正犯とは自らの有責的意思を、自らの力の行使によってであろうと、他人の決定

409) Vgl. *Karl Binding*, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869, S. 87 Anm. 1. 以下では、*Binding*, Der Entwurf と記す。

410) *Binding*, Der Entwurf, S. 85.

411) *Binding*, Der Entwurf, S. 87.

づけによってであろうと、実現する者である」⁴¹²⁾との定義を導き出したのであった。

(3) 教唆者について

しかし、これに従えば、正犯者の定義の中に教唆が含まれてしまうのではないかとの疑問が浮かぶであろうが、その点をビンディングは肯定する。つまり、彼は従来の「発起者」を全て正犯者に置換しているのである⁴¹³⁾。このような理解から彼は、教唆を「自らの犯罪的決意の実行のために、犯罪的行為への他人の決定づけの可能性 (Bestimmbarkeit) を利用した者」であると定義した上で、教唆の概念は正犯のそれに含まれており、教唆とは正犯であるから、教唆の事例は必然的に複数正犯の事例であると説明した。ゆえに、従来の「みせかけの教唆」の事例は、複数正犯のうち、直接行為者の有責性が欠ける場合であると理解されたのである⁴¹⁴⁾。

(4) 立法論から解釈論へ

このビンディングの見解においては、「被教唆者の意識が、教唆者と事象との関係性を変えるのであろうか」⁴¹⁵⁾との疑問が付されていることから、いわゆる中断論に懐疑的な立場であろうが、教唆犯の現象形態における複数正犯性（現代的に言えば、教唆＝「正犯の背後の正犯」）を根拠にして、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性が導かれた。

その後、彼は1878年の教科書において学説上初めて、教唆犯と区別される形で「間接正犯」という用語を使用し、1869年の著作において立法論と

412) *Binding*, Der Entwurf, S. 87 f.

413) Vgl. *Binding*, Der Entwurf, S. 85 Anm 3. 従来の「発起者」という名称に代わって、正犯者という言葉全てを全ての発起者に対して導入しようと意欲することは簡明的確であり、適切であると評価している。

414) *Binding*, Der Entwurf, S. 89.

415) *Binding*, Der Entwurf, S. 88.

して主張された見解を解釈論としても維持した。すなわち、教唆犯と間接正犯との間の「区別のメルクマールは……専ら、犯罪の決意の遂行へと決定づけられた人格に責任があるのかないのか、非正犯なのか正犯なのかという点に存する」⁴¹⁶⁾と論じたのであった。

(5) 評 価

しかし、このようなビンディングの理解に対しては、ライヒ刑法典が「教唆犯」を特別に際立たせていることと矛盾するのではないかとブリーが指摘した通り⁴¹⁷⁾、立法論としてはともかく、ライヒ刑法典48条の解釈論として維持しうるのか問題となろう。もっとも、教唆の概念は正犯のそれに含まれており、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解に着目する限りでは⁴¹⁸⁾、後の時代の拡張的正犯論を彷彿させると指摘しうるかもしれない。

(三) ま と め

既に見てきた通り、直接行為者の意思決定の自由を重要なメルクマールとする教唆犯の規定の解釈に基づき、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制」であるとするシュツツェの見解は、プロイセン刑法典の共犯規定においてはみせかけの教唆を教唆犯規定で把握できないということを背景にした消極的な説明であると論難された。しかし、これに対して、ビンディングは、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解から、当該事例における背後者の正犯性を積極的に説明し、学説史上初めて

416) *Binding*, Grundriss zur Vorlesung über gemeinsames deutsches Strafrecht, Bd. 1, Einleitung und Allgemeiner Theil, 1878, S. 81.

417) Vgl. v. *Buri*, a.a.O. (Fn. 396), S. 62. Dazu darstellt *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, S. 84 f. Fn. 107.

418) ただし、「正犯性の本質は、幫助者という対立物においてよりはっきりと現れる」と述べていることから、後の拡張的正犯論のように狭義の共犯一般を本来的に正犯であるとは捉えていない。Vgl. *Binding*, Der Entwurf, S. 90.

——教唆犯と区別される形で——間接正犯という用語⁴¹⁹⁾を使用したのがあった。

さらに中断論を肯定するリストも、教科書の第一版（1881年）では「全く精確ではないが^s (nicht ganz genau)」と付しつつ「擬制的正犯」という用語を使用していたが⁴²⁰⁾、第二版（1884年）では間接正犯という用語に代えたのであった⁴²¹⁾。それはつまり、リストからすれば、間接正犯とは、正犯性を本来的に直接実行に限ることを理由にその正犯性が擬制されるというものではなく、そもそも本来的な正犯（もしくは現実の正犯）であると捉えたからであろう⁴²²⁾。後述する通り、間接正犯に関するリストの理解において正犯性はより規範的に、つまり教唆犯規定の解釈から導かれる中断論という規範を通して理解されたからである（もっとも、後述する通り、リストはこのような間接正犯論を打ち立てたにもかかわらず、故意ある道具を間接正犯の一事例として認めてしまったのである）。

第二節 間接正犯論における新たな問題の登場

——故意ある道具の問題

これまで本稿では、普通刑法学上、知的発起者として十把一絡げに扱われていた教唆犯と間接正犯が、19世紀前半の学説および立法の議論の中で

419) ビンディング以降も、例えば1881年のホルツェンドルフ編著の法律用語辞典の第三巻第二部においてガイヤーは、故意なき媒介 (dolose Vermittelung) を利用して既遂を実現した者は間接正犯と呼ばれると述べた。Vgl. *August Geyer, Thäterschaft*, in: *Franz von Holtzendorff* (Hrsg.), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, Zweiter Theil: Rechtslexikon, Bd. 3, Zweite Hälfte, 3. Aufl.*, 1881, S. 877.

420) *Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1. Aufl., 1881, S. 151.

421) *v. Liszt, Lehrbuch*, 2. Aufl., 1884, S. 201.

422) リストと同じく、ボルフェルトも事物の本性にとって擬制的正犯という用語は間接正犯という用語ほど適切なものではなく、間接正犯とは現実の正犯であり、擬制されるものではないと批判する。Vgl. *Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 99 Fn. 2.

直接行為者の意思決定の自由に着目する形でその区別が意識され、両概念に分化していったことを詳らかにしてきた。

しかしながら、ライヒ刑法典の成立直後から裁判所の判例を通して故意ある道具の問題が生じ、学説上もこれを間接正犯の一事例として承認するものが登場するに至り、その意味で原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることになった。

以下では、まず故意ある道具の問題の所在を明らかにし、そして故意ある道具に関連するライヒ裁判所の判例を検討した上で、諸学説を概観することとする(ただし、故意ある道具というテーマに関しては、特に「目的なき故意ある道具」と「身分なき故意ある道具」に焦点を当てた詳しい考察を別稿にて予定しているため、ここではそのプロローグとして記しておくにとどめる)。

(一) 問題の所在——故意ある道具とは何か

この故意ある道具という問題に関しては、通常、「目的なき故意ある道具 (absichtsloses doloses Werkzeug)」と「身分なき故意ある道具 (qualifikationsloses doloses Werkzeug)」の問題に分けられる⁴²³⁾。

423) その他、単純な故意ある道具(もしくは故意ある補助的道具)という法形象が、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁(会社の代表取締役が会社の使用人に命じ自己の手足として米を運搬輸送させた事案)に関連して挙げられることもある(例えば、山口厚『刑法総論[第二版]』(東京大学出版会・2007年)72頁など)。しかし、後述する通り、「故意ある補助的道具」とは独立した法形象ではなく、故意ある道具の事例において背後者が間接正犯となり、直接行為者が幫助者となることを意味するにすぎない。また、最判昭和25年は、取引犯罪としての性格に着目し、その取引の主体である背後者を当該犯罪の直接正犯と認定されたものと解すべきである。松宮・前掲注(10)264頁、前田雅英『刑法総論講義[第五版]』(東京大学出版会・2011年)125頁、拙稿「判例研究」立命館法学356号(2014年)395頁を参照されたい。

付言すると、19世紀ドイツにおいても、刑法259条の贓物売買に関して父が息子を手足に取引をしていた事案につき、父を正犯、(傍論であるが)息子を幫助とすべきと判示した裁判例が存在する(プロイセン上級裁判所1872年10月17日判決)。Vgl. Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals und des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts in Strafsachen, Bd. 13, 1872, S. 534 f.

まず前者の事例としては、例えば窃盗罪における自己領得目的をもつ背後者Xが、事情を知っており、そしてその目的を持たない直接行為者Yに他人の動産を奪取させ、そして奪取されたものをXが領得した場合である。この問題は、ドイツの窃盗罪の領得目的が1998年の第6次刑法改正まで自己領得目的に限られていたことを発端とする⁴²⁴⁾。また、後者の事例としては、公務員Aが、事情を知っており且つ非公務員である自身の妻Bに対し、建設会社Cからの賄賂を受け取りに行かせた場合である。

これらの事例において背後者であるXを窃盗罪の、Aを収賄罪の間接正犯とすることはできない。というのも、直接行為者であるYやBは事情を知り、そして自由な意思決定を為して犯行に出た以上、「道具」であると評価しえないからである。他方、直接行為者であるYには自己領得目的が欠けており、Bは公務員という身分を持たないため、Yは窃盗罪の、Bは収賄罪の構成要件を充足できず、正犯が存在しない以上、背後者を教唆犯とすることもできない⁴²⁵⁾。従って、このように解する限り、背後者をいかようにも処罰できず、刑事政策的にも理論的にも受容れ難い処罰の間隙が生じてしまうため、それを回避すべく、背後者を「故意ある道具（故意ある補助的道具）」を利用した間接正犯であると認める見解が登場したのである⁴²⁶⁾（その限りでは、間接正犯の彌縫策的色彩が強くなる）。

しかし、このような解決に対しては非難が浴びせられることとなる。す

424) これに対して、日本でしばしば取り上げられる目的なき故意ある道具の事例は、通貨偽造罪の「行使の目的」を有する背後者が、仲介者に「教育上の標本とする」と述べて当該目的を秘し、その者を利用して偽造貨幣を作らせた場合である（大塚・前掲注(8)213頁、西田典之『刑法総論 [第二版]』（弘文堂・2006年）331頁、前田・前掲注(423)124頁など参照）。この場合、直接行為者は背後者の当該目的を知らず、通貨偽造罪に関わっているという認識がなく、難なく背後者の道具と評価できるため、ドイツで従来議論されてきた事例とは決定的に異なる点に注意すべきである。

425) 付言すれば、共犯の成立の必要条件である要素従属性を最小従属形式にまで緩和したとしても、この事例における共犯の成立は認められないことは明らかであろう。

426) Vgl. *Henning Lotz*, Das "absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug", 2009, S. 7, 449 f.

なわち、既述の通り、これらの事例において直接行為者は、事情を知った上で自らの行為を選択している以上、単純に背後者の道具であると評価することは困難であるし、また本来的には直接行為者は道具であるのか、それとも幫助者であるのかという二者択一の関係にあるところ、その者を道具でもあり幫助でもあると評価することは、間接正犯を認めるという前提に反するであろうと批判されたのである⁴²⁷⁾。

(二) ライヒ裁判所の判例

このような故意ある道具の問題は、ライヒ刑法典制定後すぐに裁判例の中に現れたことが確認される。以下では、故意ある道具に関連する19世紀の裁判例として四つの事案を取り上げ、検討していく⁴²⁸⁾。

(1) 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; ERGS t 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、事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2月の租税令61条違反)が問題となったが、犯行の際、被告人には脱目的はあったが、部下らにもその目的があったのか明らかとならず、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事案である。

その理由の中でライヒ裁判所は、四人の部下に税を縮減する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

427) Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 3), S. 593.

428) 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.; *Lotz*, a.a.O. (Fn. 426), S. 8 ff., S. 457 ff.

的を持つことで初めて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⁴²⁹⁾。

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、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。

(2) 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年にベ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、事情を知る従業員 S に金銭を受け取りに行かせ、それ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。そこでは、直接行為者の一身においては刑法267条⁴³⁰⁾に対応する故意が、被告人の一身においては268条⁴³¹⁾に対応する故意が存在する場合、被告人は刑法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なった。

429) ERGST 1, 250, 251 f.

430) 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、文書偽造として軽懲役に処せられる。」

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

431) 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、5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、10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。

情状が軽い場合、私文書の偽造の場合は1週以上、公文書の場合は3週以上の軽懲役となる。」

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

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、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に違法な意識で行為した、換言すれば、268条に規定された目的を有しないのであれば、Sには268条の故意は存在しない以上、背後者である被告人らは268条の正犯と評価すべきであろうとした⁴³²⁾。つまり、事情を知る者が介在していたとしても、268条の所定の目的を持たない以上、当該犯罪の故意(Vorsatz)がないため、背後者を268条の正犯と認定することに問題はないと考えたのである。

また、同じく有罪判決の下されている詐欺の事実についても、被告人らに重文書偽造罪の成立を認めない以上、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⁴³³⁾。

(3) 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のであるが、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

432) ERGSt 3, 95, 98 f.

433) ERGSt 3, 95, 99 f.

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⁴³⁴⁾、自己領得目的を有する者だけが主体となりうる242条⁴³⁵⁾の正犯ではなく、幫助にすぎないとして破棄・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。その際、上述の酒造税ほ脱事件や給与名簿事件と同様、直接行為者は事情を知って行為に出ているが、当該犯罪にとって必要な目的を欠くがゆえに故意（Vorsatz）を持たないので、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。

(4) 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⁴³⁶⁾に予定された犯行の正犯とみなされうるか」⁴³⁷⁾ということが問題となった。

434) 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.

435) 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。」

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

436) 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（Register）ないしは名簿（Bücher）に虚偽の記入をする公務員は、1ヶ月以上の軽懲役で処断される。」

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).

437) ERGSt 28, 109.

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いとしつつ、Sは身分を持たない以上、当該犯罪の故意を有しないのであるから、輸送伝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⁴³⁸⁾。

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も取り上げられていたが、シュペンデルが指摘する通り、348条2項の公務員という身分は267条との関係において刑を加重する事由であるならば、ライヒ刑法典50条(現28条2項)を前提に、Sは267条の直接正犯、被告人Bは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⁴³⁹⁾。

(5) ま と め

以上、故意ある道具に関するライヒ裁判所の四つの判例を検討した。いずれの判例に関しても、事情を知って自ら自由に決定して犯行に出た直接行為者を道具と評価する態度は、これまでの学説や立法の歴史的発展に逆行したものである。このように故意ある道具を認める帰結は——判事であったプーリーの影響に鑑みて——主観説に依拠すれば、容易に説明できるものであろう。その際、「目的」ないしは「身分」を有することで初めて当該犯罪の故意(Vorsatz)が認められるため、直接行為者は事情を知っていた(つまりdolosであった)としても、故意を有していない以上、背後者の道具であると評価された⁴⁴⁰⁾。

この点、目的犯に関して、当該犯罪の故意が目的を包摂すると解されて

438) ERGSt 28, 109, 110.

439) Vgl. *Günter Spindel*, Der "Täter hinter dem Täter" —eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 153.

440) 同種の理屈は客観説に立つ 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。Vgl. *M. E. Mayer*, a.a.O. (Fn. 4), S. 379; *Frank*, a.a.O. (Fn. 394), 18. Aufl., S. 108; *E. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 3), S. 125 f.

いたのは、主観的違法要素の観念がまだ登場していなかったことに起因するものと考えられるであろう。しかし、より根本的に、身分なき故意ある道具も含めて言えば、事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ということを看過してはならないのである。

（三） 諸学説の概観

以上検討したライヒ裁判所の判例を背景に、学説においても故意ある道具を認める見解が登場することとなった。それを認めたのは主観説に立つポルフェルトだけでなく、客観説に立つリストも認めたのであるが、これに対してビルクマイヤーは従来の教唆犯と間接正犯の区別論を維持する見解を示していた。以下では、この三つの学説を手短かに概観・検討する。

（1） ポルフェルトの主観説

ブーリーと同様、正犯と共犯の区別において主観説を採る⁴⁴¹⁾ポルフェルトは、間接正犯の一事例として故意ある道具をはっきりと認めた。

ポルフェルトによると、間接正犯とは「他人の手を犯行の遂行のために利用した者は、彼がそれを自ら直接に遂行した場合と同様にその犯行の責任を負う」という一般的な法命題に依拠するものであり、間接正犯の犯行に対する答責性はそれ自体として、自ら実行した可罰的な行為に対する直接正犯者の答責性と何ら変わるところはなく、この二つの正犯は因果関係と帰属に関する刑法上の根本命題によって定義されるとする。そして、この理解からすれば、間接正犯を特別に考察することは必要なのかどうか問題となるが、実務では教唆犯との混同がしばしば見られることを理由に考察の必要性を説くのであった⁴⁴²⁾。

441) Vgl. *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 91.

442) *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 99 f.

しかしながら、彼はいわゆる道具理論に基づく間接正犯論を打ち立てず、「間接正犯は、犯行の物理的な遂行者——道具——も可罰的となるということを排斥しないのであり、むしろ少なくとも故意の間接正犯の可罰性と並んで物理的な行為者の可罰性は様々な態様で考えられる」として、一般的な故意ある道具の事例と並んで目的なき故意ある道具と身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として承認した上で、それらの事例において直接行為者は、目的（彼の言葉では「当該犯罪にとって必要な特別な犯罪故意（Thatdolus）」や身分を欠いて行為しているため、正犯故意を欠くがゆえに幫助者として処罰されるべきであるとした⁴⁴³⁾。

このようなボルフェルトの見解は、一方で主観説に依拠するプーリーの見解との親近性を、また他方で目的もしくは身分がなければ当該犯罪の故意を欠くと考えたライヒ裁判所の態度との一致を想起させるものであり、それぞれに対する批判が彼の見解に妥当することなろう。

(2) リストの中断論と故意ある道具

上記ボルフェルトのように主観説からだけでなく、客観説からも故意ある道具を認める見解が存在した。その代表例がリストである。教科書の第9版（1899年）で彼は、「共犯と異なり、刑法上重要な結果の（直接的もしくは間接的な）惹起ないしは不阻止」である正犯者には二種類あり、「犯罪行為を単独で実行する、つまり犯罪の法定構成要件を単独で実現する」者と——実定法上の共犯の概念による重要な制約を受けることを前提に——「他の人間を（場合によっては被害者自身を）道具として利用する者」が存在することを認める⁴⁴⁴⁾。その叙述から明らかな通り、リストによれば、間接正犯は教唆との関係において定義され、因果関係の中断⁴⁴⁵⁾が認められ

443) *Borchert*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 100.

444) *v. Liszt*, Lehrbuch, 9. Aufl., 1889, S. 220.

445) 「故意の作為に対する故意の教唆もしくは故意の幫助においては、正犯の犯行を通じた（一方で教唆や幫助と、他方で結果との間の）因果関係の中断が認められる」と論じられている。Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 123.

ないところで間接正犯が認められる。

ところが、このような間接正犯論を打ち立てたにもかかわらず、リストは間接正犯の事例として、帰属能力のない者を利用する場合と強要による場合、被利用者が故意なく行為する場合と並んで、目的なき故意ある道具の場合、つまり（例えば、窃盗の領得目的のように）特定の目的を直接行為者は有していないが、背後者は有している場合を——多くの説明をすることなく——挙げたのである⁴⁴⁶⁾。

しかし、このように一方で中断論による間接正犯論を打ち立てつつ、他方で目的なき故意ある道具を認めるリストの態度は、矛盾であると批判されるであろう⁴⁴⁷⁾。この点、決定論者（Determinist）であったリストによれば、行為者は行為の時点で決定されているため、意思自由に基づく中断論は本来これに矛盾するが、現行法（ライヒ刑法典48条）との関係でやむを得ず中断論を認めたのではないかとリンクは分析する⁴⁴⁸⁾。このリンクの分析に関しては、リストが刑罰論と因果関係論を結びつけていたと断言する点には躊躇を覚えるが、確かにリストは中断論の消極的肯定の立場であり⁴⁴⁹⁾、ゆえに故意ある道具を認めるという中断論に抵触する帰結が、実はリストにとって好ましい帰結であったのかもしれない。

446) *v. Liszt*, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 220 f.

付言すれば、第9版では上述の囚人移送事件に少し触れているだけであり、1905年の第14/15版で初めて身分なき故意ある道具を間接正犯の一事例として説明した。Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch, 14 u. 15. Aufl., 1905, S. 221.

447) Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 3), S. 594; *Eugen Flegenheimer*, Das Problem des "dolosen Werkzeug", Strafrechtliche Abhandlungen Heft 164, 1913, S. 36 f.

448) Vgl. *Ling*, a.a.O. (Fn. 248), S. 87 ff.

449) リストは既に教科書の初版で、「通常理解から遠くかけ離れた見解（diese von der gewöhnlichen allerdings weit abliegende Auffassung）は実定法に依拠している」と述べており、中断論に対する懐疑的な態度を窺わせている。Vgl. *Liszt*, Lehrbuch, 1. Aufl., S. 147, Fn. 2.

(3) ビルクマイヤーの原因説と間接正犯論

このように故意ある道具を認める見解とは異なり、これを否定する見解としてビルクマイヤーの見解が挙げられる。彼は因果論を基礎にして共犯論を展開し⁴⁵⁰⁾、有力な条件を他の条件から区別し、それを原因とみなす立場（いわゆる原因説）を採った⁴⁵¹⁾。

ビルクマイヤーによれば、「行為とは、法律上禁止された結果の原因とみなされるもの」であることから、正犯とは「犯罪的結果を発生させ、それによって犯罪を完遂する者」、つまり「犯罪的結果の原因を設定する者」⁴⁵²⁾と解される。その上で、彼は「犯罪結果を惹起する行為は、具体的な犯罪の法定の構成要件的行为に他ならない」⁴⁵³⁾と主張する。すなわち、「その他の行為との形式的な相違だけでなく、同時に存在する、その他の行為との実質的な相違も理由に、つまり、その卓越した有力性（Wirksamkeit）も理由に、構成要件的行为において実行行為、すなわち正犯行為が見出され」るのであり、「結果の優越的な条件の設定だけが結果を惹起しており、ゆえにそれが実行行為もしくは構成要件的行为である」⁴⁵⁴⁾と理解したのであった。

従って、ブロイが指摘する通り⁴⁵⁵⁾、ビルクマイヤーの見解は内容的に形式的客観説と一致すると言いうるのであろうし、より敷衍して言えば、原因説（実質的客観説）と形式的客観説は表裏一体の存在であると見ることができよう。つまり、誤解を恐れずに言えば、原因説も各則構成要件という形式的な枠の検討抜きに正犯性を語ることはできないのであり、実際に

450) Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §1 (S.1 Fn.1).

451) Vgl. eingehend *Ling*, a.a.O. (Fn.248), S.125 ff.

452) *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §39 (S.95). また、ライヒ刑法典43条の解釈から「犯罪を遂行する者とは既遂に至らせる者、つまり犯罪的結果を惹起する者」であるとの理解が示されている。Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §39 (S.96).

453) *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §40 (S.96 f.).

454) *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §40 (S.98, 99).

455) Vgl. *Bloy*, Beteiligungsform S.94.

ビルクマイヤーも結果惹起行為の判断のために、各則構成要件の動詞（Verba）に着目しているのである⁴⁵⁶⁾。

このような正犯論を基礎に、犯罪の遂行、つまり結果惹起ではないと理解される教唆犯は——ライヒ刑法典51条の解釈から——その成立において正犯者の自由な意思決定が前提とされる⁴⁵⁷⁾。それゆえ、教唆犯における「決定づける」とは、「被教唆者が自ら決定したという形で彼の意思に影響を及ぼすこと、つまり行為についての自己決定の条件を設定すること」と解されるのに対して、間接正犯とは不自由なる者に対する知的影響を通して、その者を手段や道具として利用し、それを通して結果を惹起する場合であると解されるのである⁴⁵⁸⁾。

従って、このビルクマイヤーの理解においては——詳しくは論じられていないが——目的なき・身分なき故意ある道具は間接正犯の一事例として否定されることになるであろう。また、原因設定行為の判断において各則の構成要件の解釈に立ち返るとされていることに鑑みれば、その諸事例の解決も各則構成要件の解釈に求められる可能性が開かれていると言えよう（実際、世紀転換後、道具理論を維持しつつ、故意ある道具を各論的に解決する見解がいくつか主張されたのである⁴⁵⁹⁾）。

456) Vgl. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §41 (S. 101).

457) *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §53 (S. 119) u. §52 (S. 116).

458) *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, §52 (S. 116 f.) u. §53 (S. 118), siehe auch §54 (S. 118 ff.).

459) 例えば、窃盗罪（242条）の自己領得目的に関連した目的なき故意ある道具の事例について、ベリングは背後者を窃盗罪の間接正犯ではなく、盗まれた物を横領した正犯、また直接行為者をその幫助と評価すべきと主張し、フレーゲンハイマーはそれを支持した。Vgl. *Beling*, a.a.O. (Fn. 3), S. 589; *Flegenheimer*, a.a.O. (Fn. 447), S. 52 f.

また、虚偽公文書作成罪（348条）に関連した身分なき故意ある道具の事例について、フレーゲンハイマーは、非公務員が文書の内容を書き、そして公務員が署名もしくは公印を押す場合、公務員が補助人を使って文書内容を書かせることは法的に些細な活動であり、問題は署名や公印の押捺であるため、法的に重要な事実が誤って記載された文書内容に署名なし押印をした以上、公務員は直接に虚偽作成を為し、非公務員はその幫助となると主張した。Vgl. *Flegenheimer*, a.a.O. (Fn. 447), S. 67.

(四) ま と め

本節では、詳しい検討を別稿に予定しているために手短な言及にとどめた。故意ある道具の問題の所在を踏まえ、これに関連するライヒ裁判所の判例と諸学説を概観・検討した。故意ある道具の問題が判例を通して登場し、またそれを一部の学説が間接正犯の一事例として認めたことによって、従来の学説・立法の発展によって築き上げられてきた、直接行為者の意思決定の自由をメルクマールにした教唆犯と間接正犯の区別論は揺らぎを見せたのであった。

しかしながら、既に指摘した通り、ライヒ裁判所の見解では、事情を知って自由な意思決定を為した直接行為者をも「道具」と評価することの問題が、当該犯罪の「故意」の問題にすり替えられており、その後の学説上の論争の火種となった。また、この本質的な問題を意識し、行為者の自由な意思決定をメルクマールとした、教唆犯と間接正犯の区分を維持した上で、当該事案を各論的に解釈する途も残されていたのである。

第三節 小 括

以上、本章ではライヒ刑法典の制定後の議論を主たる対象に、間接正犯という名称が使用されるに至った議論を考察し、そして故意ある道具の問題について手短に検討を加えた。学説では、シュッツェのような擬制的正犯論と異なり、間接正犯とは本来的に正犯であることを説明しようとする傾向が現れ、間接正犯論は一定確立したかのように見えた。しかし、その後、ライヒ裁判所の判例を通して故意ある道具の問題が現れたことにより、原初形態としての間接正犯論は揺らぎを見せることとなった。

この故意ある道具の問題は、直接行為者の意思自由を前提とする教唆犯論、つまり中斷論（もしくは後の遡及禁止論）に対する、裁判所および一部の学説の疑念から生じたと分析することもできよう。さらに、既に言及したように、道具理論を前提とする間接正犯論を維持しつつ、各論的に解決

する余地も残されていたことに鑑みれば、この問題は目的犯や身分犯といった犯罪類型（各則構成要件）の性質の相違に起因する、共犯体系を一元的に説明することの困難さも示していたのではないだろうか。

第六章 考察および展望

一 以上、本稿では間接正犯という概念の淵源を明らかにすべく、19世紀ドイツにおける学説および立法の展開について詳細に論じてきた。以下では、本稿の総括を記しておくこととする。

二 本稿では、まず導入として19世紀以前の共犯論の学説および立法に関する歴史的展開を概観した上で、第一章では18世紀末の諸学説の共犯論の中での知的発起者論を、また第二章ではフォイエルバッハの共犯論および1813年バイエルン王国刑法典の共犯規定を考察した。そこでは、現代で言うところの間接正犯と教唆犯の区別は、委任や命令、助言といった諸類型の中で、直接行為者の意思決定の自由の程度に関連した背後者の可罰性の程度として考慮されるにすぎなかった。それは、意思の自由を刑法学の領域から排除することを試みたフォイエルバッハの見解においても同様であった。もっとも、グロールマンは、命令の形態の場合、直接行為者は選択意思を欠くがゆえに他人の「道具」であり、背後者は単独の発起者になると論じていた点で間接正犯論の萌芽と見られるが、より一般的な発展はミッターマイヤー以後の議論に委ねられたのであった。

三 そして、第三章において考察した通り、1851年プロイセン刑法典の成立以前の諸学説の中で、いわゆる間接正犯も教唆犯も十把一絡げに取り扱っていた従来の知的発起者論にメスを入れたのはミッターマイヤーであった。彼は、直接行為者の意思決定の自由をメルクマールに、発起者と呼ぶに値する共犯者とそうでない共犯者を区分したのであった。その後、

彼の問題意識はルーデンを経て、ヘーゲル学派に受け継がれることとなった。ケストリンおよびベルナーは、行為を意思と所為の媒介的統一体と捉える行為論に依拠し、今日で言うところの間接正犯を「みせかけの教唆」もしくは「直接的発起者」として把握し、この概念の発展に大きく寄与した。

また、当時の専門用語に関して言えば、ステューベルが従来の知的発起者に代わって間接正犯という用語の使用を提案していたが、学説では正犯＝物理的な自己动手という理解が強かった。またヘーゲル学派も「みせかけの教唆」を——おそらく彼らの行為論を理由に——間接正犯とは呼ばなかった。それゆえ、第五章で検討した通り、間接正犯という用語の一般的承認は1880年代に入るまで待たねばならなかった。

四 さらに、第四章では1851年のプロイセン刑法典の成立から1871年のライヒ刑法典の成立に至るまでの教唆犯規定に関する立法時の議論と、その間の諸学説を対象に検討を進めた。プロイセン刑法典の1828年草案から1843年草案までは、教唆者の規定の中に「他人を重罪の実行のために利用する」形態と「他人を故意に犯罪決意へと決定づける形態」が規定されていたが、1845年草案以降は「他人を故意に犯罪決意へと決定づける」形態だけが教唆者として規定されていた。そこでは教唆犯とは犯罪の実行へと他人を故意に決定づけることによって、その他人に犯行決意を生じさせた者であると捉える傾向が析出された。このような立法の動向は諸学説の議論に対応したものであり、自由な意思決定を前提に、事情を知って犯行を選択するという意味で直接行為者の「故意」を教唆犯の成立要件として求め、それを通して教唆犯の範疇からいわゆる間接正犯の事例を排除したのである。

五 また、学説では——等価説に基づいた主観的共犯論を展開したブーリーは別として——バルとランゲンバックは、行為者の自由な意思決定

に着目し、「みせかけの教唆」に関する従来の議論を継受し、因果関係の中断論（もしくは後の遡及禁止論）の素地を既に完成させていた。そして、彼らと同じ立場に立つシュツェは、第五章で検討した通り、みせかけの教唆の事例における背後者の正犯性を「擬制」であると主張したが、これに対しては、プロイセン刑法典の共犯規定ではみせかけの教唆を教唆犯規定で捉えられないことを理由とした消極的な説明であると批判されたこともあり、その後の学説では、間接正犯が本来的に正犯であるとの説明が試みられた。ペンディングは中断論に懐疑的な立場であったが、教唆犯とは複数正犯の事例であるという理解に基づき、間接正犯の事例では背後者のみが正犯となると説明し、またリストは（消極的肯定ではあるが）中断論に依拠し、正犯性を規範的に理解した。その際、教唆犯と区別される形で「間接正犯」という用語を学説上初めて使用したのはペンディングであったことも明らかとなった。

六 しかし、（判事であったプーリーの影響の下、主観的共犯論を採る）ライヒ裁判所の判例を通して、目的なき・身分なき故意ある道具の問題が登場したことにより、それまで学説・立法を通じて展開されてきた原初形態としての間接正犯論、換言すれば、直接行為者の意思決定の自由をメルクマールにした教唆犯と間接正犯の区別論は揺らぎを見せることとなった。特にライヒ裁判所は問題の本質をすり替え、事情を知って自由な意思決定をした行為者が目的もしくは身分を欠くがゆえに当該犯罪の故意を持ち得ないことを理由に「道具」とであると評価し、その後の学説上の論争の火種となった。

七 以上、本稿の各章で考察した帰結を手短にまとめた。そこから明らかとなることをここでは本論文の総括として記しておく。

まず一つは、間接正犯という概念の誕生は、大塚博士が述べるような刑法の近代化の必然的所産であったとするのは説明として曖昧であり、不十

分であったということが明らかとなろう。すなわち、普通刑法学における知的発起者という概念が、教唆者と間接正犯に分化した理由は、むしろ帰責論において重要なメルクマールとされていた行為者の自由な意思決定⁴⁶⁰⁾が旧来の知的発起者論の枠組みの中に落とし込まれ、それを単に関与者間の可罰性に関連づけるだけでなく、さらに一步進めて関与類型ごと区分されたことによるものであった。従って、間接正犯とは、単に処罰の間隙を埋めるための彌縫策としての役割を担うために生み出された概念ではないのである。付言すると、教唆犯に関して言えば、自由な意思決定を前提に直接行為者の故意に着目した理解が示されており、いわゆる故意従属が教唆の成立要件として求められていたが、他方で過失による教唆・過失犯に対する教唆など過失犯における共犯論は脇に追いやられてしまっていた。

最後に、原初形態としての間接正犯論を明らかにしたことで、故意ある道具の問題の所在がよりはっきりと示されたであろう。1880年代に故意ある道具に関する裁判例が登場したことで、いわば不協和音として、学説上も原初形態としての間接正犯論を維持しない見解が散見されるようになった。しかし、既に指摘した通り、この問題は、原初形態としての間接正犯論に対する異論だけでなく、むしろ目的犯や身分犯といった犯罪類型(各則構成要件)の性質の相違に起因する共犯体系の一元的説明の困難さにも起因するのではないだろうか⁴⁶¹⁾。

460) もっとも、自由な意思決定の定義との関係で、命令による犯罪遂行における直接行為者の意思決定の自由を認めるかどうかという点で各論者に見解の相違が存在したことは確認される。

461) それは例えば、今日では支配犯と義務犯という形で提示されている通りである。義務犯論に関しては、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(2005年・成文堂)123頁以下、豊田「客観的帰属と共犯の処罰根拠論の関係」刑法雑誌50巻1号(2010年)6頁以下、佐川「共犯論と身分犯の共犯」刑法雑誌50巻1号(2010年)15頁以下を参照されたい。

むすびにかえて

本稿では、19世紀ドイツにおける学説および立法の議論にまで遡り、間接正犯という概念の淵源を歴史的に考察してきた。間接正犯という概念は、その発生史も含め、今日まで共謀共同正犯論の陰に隠れ、十分に検討されてこなかったと言えようが、それは間接正犯論を研究する意義がないことを示しているとは思わない。むしろ、間接正犯論をいわば犯罪体系の試金石に、正犯論・共犯論を展開していく余地が残されていることを示している。

とりわけ別稿では、目的なき・身分なき故意ある道具をテーマに、20世紀以降のドイツにおける議論（この問題を巡って展開されてきた正犯論の歴史的考察）を取り扱うことを予定している。この故意ある道具の問題は、戦後、形を変えて「正犯の背後の正犯」の問題として登場しており、今なお争われている解釈論上のアポリアなのである⁴⁶²⁾。詳しくは別稿にて論じるが、この問題に関しては、安易に故意ある道具という法形象を認めるのではなく、歴史的な淵源に忠実に、行為者の自由な意思決定をメルクマールにした間接正犯論を依拠し、目的犯・身分犯の議論に鑑みて各論的に解決する方向性を探るべきではなからうか。また、その各論的解決から得られた帰結をさらに総論共犯論にフィードバックすることが、正犯論・共犯論のさらなる発展に資すると期待する。

462) そうであるからこそロクシンは、故意ある道具の問題は「以前から最も争われる、ほぼ全ての共犯理論の複合体 (Komplexen) に属していた」と評したのである。Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9 Aufl., 2015, S. 252.