

19世紀ドイツにおける 謀議概念に関する一考察（1）

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

（一）プロイセン一般ラント法（1794年）における謀議概念

（二）*Klein* の見解

三. バイエルン刑法典の成立に至るまでの議論

（一）謀議論の限定の試み——*Kleinschrod* の見解

（二）相互教唆説——*Feuerbach* の見解

（三）バイエルン刑法典（1813年）における謀議概念

四. 従来の謀議論に対する批判

（一）*Schirach* の批判

（二）*Stübel* の謀議論における変遷——謀議論の独自性の喪失（以上、本号）

五. ヘーゲル学派の共犯論と謀議論

六. 領邦法典における議論——プロイセンを中心に

七. 全体の考察

むすびにかえて

はじめに

周知の通り、2017年6月15日に参議院本会議にて可決¹⁾、同年7月11

* 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

1) いわゆるモリカケ問題の対応に迫られた政府は、国会法56条および56条の3に則り、委員長がそれまでの法案審議の経過を本会議で「中間報告」することにより委員会採決を省略し、本会議での採決を行った。しかし、本当に国会法56条の3が要件とするような「特に緊急を要する」場合だったと言えるのか疑問の余地がある。↗

日に施行された組織的犯罪処罰法（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制に関する法律）の改正法によって、「テロ等準備罪」（同法6条の2）が新設された²⁾。テロ等準備罪に対しては、成立前より内心の自由や結社の自由といった市民の精神的自由権を窒息死させないか、国内外の有識者から懸念が示されてきた。例えば、プライバシー権に関する国連特別報告者の *Joseph Cannataci* は、国連の人権高等弁務官事務所を介し、法案の「計画」や「準備行為」、「組織的犯罪集団」といった文言は曖昧であって恣意的な運用のおそれがあることや、対象犯罪が広すぎるうえにテロリズムや組織犯罪と無関係の犯罪を多く含んでいること、運用において問題となる国民のプライバシー保護の仕組みが整えられていないことなどの深刻な懸念を書簡で首相宛てに表明していた³⁾。また、本来は公刑罰の投入を基礎

-
- ㄨ また、2017年5月23日に衆議院で可決された際になされた「附帯決議」も問題である。そこには「政府及び最高裁判所は、本法の施行に当たっては、次の諸点に留意し、その運用に遺漏なきを期するべきである」とされ、本罪の立法目的や、国会審議などで示された様々な不安や懸念、本法の規定内容などについて周知徹底に努めることが求められている。しかし、憲法76条3項に従えば、法律ではない附帯決議に裁判官は拘束されなければならない。ゆえに、不明確や矛盾を孕んだ規定内容を精査して詰めていく努力を国会が放棄し、裁判官に慎重な解釈適用を要請するというのは、権力分立の原則を歪曲ではないかと疑われる。松宮孝明『「共謀罪」を問う』（法律文化社・2017年）1頁注1）、48頁以下参照。
- 2) 本罪は、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団の団体の活動として行われる、一定の犯罪の計画と準備を処罰の対象とするものであり、ここでは「テロリズム集団その他の組織的犯罪集団」という要件が設けられ、またテロ等準備罪の対象となる犯罪は同法の別表に掲げられているという点の特徴である。さらに、「その計画をした者のいずれかにより……準備行為が行われたとき」と書かれており、これを構成要件行為の一部と解するか、それとも客観的処罰条件と解するののかについて議論がある。法務省の説明サイト (http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00143.html（最終アクセス：2019年3月7日））や加藤俊治「組織的犯罪処罰法等改正法の概要」論究ジュリスト23号（2017年）92頁では準備行為も構成要件の行為であるとされ、これを亀井源太郎「組織犯罪処罰法6条の2第1項の罪にかかる限定解釈の試み」法律時報89巻9号（2017年）94頁も支持する。これに対して、客観的処罰条件と解すべきとするのは、松宮「組織的犯罪処罰法改正の問題点」論究ジュリスト23号（2017年）110頁。安達光治「「共謀罪」創設に関する批判的検討——刑法解釈学の視点から」季刊刑事弁護94号（2018年）147頁も同旨か。
- 3) https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Privacy/OL_JPN.pdf（最終アクセス：2019年3月7日）を参照。

づけず、犯罪的意味を欠く私的な言語コミュニケーション領域に本罪が介入することについても強い懸念が示されている⁴⁾。従って、国民の人権保障を確保するためには、本罪の抑制的な運用に資する法解釈・運用の指針を示すことが喫緊の課題となっているのである。

ところで、我が国では、これまで英米刑法における conspiracy 研究が主流であった⁵⁾。しかし、英米の conspiracy 概念は、検察官の立証負担を軽減する目的の下、軽微な犯罪にも広く適用されきたことに目を向けるならば、「テロ等準備罪」の限定解釈の手がかりを得るのは難しいであろう。また、英米法の伝統に根ざした conspiracy を、そのような伝統を有しない日本刑法の体系に唐突に接ぎ木することにも躊躇を覚える⁶⁾。それゆえ、英米刑法の conspiracy を対象とするのとは異なった視角からの共謀罪研究が求められていると考えられる。

そこで、我が国の刑法学と体系的な親和性を有するドイツ刑法学に目を向けると、ドイツ刑法では30条2項に重罪合意罪⁷⁾、129条に結社罪⁸⁾、

4) 例えば、安達・前掲注(2)145頁以下、同「『共謀罪』の刑法解釈学的検討」法学セミナー編集部『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)33頁。この点、ドイツの重罪合意罪に対しても、合意というコミュニケーションそれ自体を処罰の対象とすることは、刑罰権の私的介入であり、市民に対する刑法としては正当化できないという批判がなされている。Vgl. Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97, 1985, S. 756.

5) 例えば、江家義明「英米法における共謀罪 (Conspiracy)」早稲田法学24巻3=4号(1949年)367頁以下、田中和夫「英米に於ける労働組合と共謀罪」一橋論叢23巻2号(1950年)97頁以下、高橋保「イギリス労働法における共謀法理 (コンスピラシー) の形成と展開」創価法学7巻4号(1978年)53頁以下、近時では、小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』(成文堂・2008年)、亀井「刑事立法と刑事法学」(弘文堂・2010年)、同「共謀罪あるいは「テロ等組織犯罪準備罪」について」慶應法学37号(2017年)151頁以下、澁谷洋平「イギリス法における共謀罪の主観的要件について：Saik 事件貴族院判決を中心として」熊本ロージャーナル5巻(2011年)43頁以下、橋本広大「イギリスにおける制定法上の共謀罪の検討」法学政治学論究(慶応義塾大学大学院法学研究科)114巻(2017年)95頁以下などが挙げられる。

6) 安達・前掲注(4)31頁参照。

7) 本罪は、重罪(短期1年以上の自由刑に当たる罪)の実行等につき他人と合意した者を、当該重罪の未遂の刑で処罰するものである。

8) 本罪は、犯罪行為の遂行等を目的ないしは活動とする結社を創設等した者を5年以下ノ

129条 a にテロ結社罪⁹⁾が規定されているところ、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、構成要件的行為として「テロ等準備罪」と共通しており、また結社罪は組織犯罪を対象としている点で、比較研究の対象としうるであろう¹⁰⁾。それゆえ、重罪合意罪および結社罪・テロ結社罪の生成・発展過程、解釈論上の問題などを調査・検討することを通して、「テロ等準備罪」の謙抑的な運用・解釈に関する一定の指針を導出することが期待される。

このような問題意識の下、本稿は重罪合意罪に関する理論史を検討の対象とする。もっとも、重罪合意罪は、1871年のライヒ刑法典（および1851年のプロイセン刑法典）に当初から規定されていたわけではない。すなわち、文化闘争を背景に、ベルギー人 *Duchesne* が外国教会の高位聖職者（ベルギーのイエズス会管区長およびパリの大司教）に対し、大金を支払ってドイツ帝国宰相のビスマルクを暗殺しようと提案したという事件が契機となり、重罪ないしは重罪に対する狭義の共犯への教唆の未遂、およびそれらの遂行の申し出とその受入れを処罰の対象とする49条 a が導入された。その後、第一次世界大戦後の講和と賠償問題に端を発して発生した要人暗殺事件をきっかけに1922年改正で謀殺合意罪が——謀殺に限ってではあるが初めて刑法総則に合意罪が——導入され、さらに1943年の刑法調整令によってより一般的な犯罪予備規定へと拡張された¹¹⁾。それゆえ、ライヒ刑

ㄨの自由刑又は罰金刑で処罰するものである。

9) 本罪は、謀殺等のテロ犯罪の遂行等を目的ないしは活動とする結社の創設に対する加重構成要件である。

10) この点に関する先行研究として、長井圓・藤井学「ドイツ刑法における徒党犯罪の加重処罰根拠——組織的犯罪処罰法3条との比較考察——」神奈川法学34巻1号（2000年）185頁以下、岡本洋一『近代国家と組織犯罪：近代ドイツ・日本における歴史的考察を通じて』（成文堂・2017年）などが挙げられる。

11) より詳しくは、安達「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——」立命館法学375・376号（2017年）1746頁以下を参照されたい。手短には、*Jakobs* 著／松宮、平山幹子訳「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号（2003年）1550頁以下でも触れられている。

法典およびその前身のプロイセン刑法典は、総則に重罪合意罪を規定しておらず、その処罰を予定していなかったのである。

もっとも、プロイセン刑法典の成立以前において合意の処罰がまったく論じられていなかったわけではない。謀議（Komplott¹²⁾もしくは Verschwörung）による（共同）発起者という概念が存在したのである。それでは、19世紀のドイツにおいて謀議は共犯論の中でどう論じられていたのであろうか。謀議概念は、どのような理由で法典の共犯の章から姿を消したのであろうか。謀議論が独立した意義を失ったのは、他の共犯形態の中に解消されたからであろうか¹³⁾。本稿は、これらの点の解明を試みることで、我が国のテロ等準備罪の謙抑的運用・解釈にとっての示唆を得たいと考える。

一. 18世紀末までの議論について

本稿において考察の対象となる謀議概念は、*Fabian* によれば¹⁴⁾、ローマ

12) *Schütze* によれば、Komplott (Complot) という言葉の語源は明らかではないが、中世ラテンで頻繁に使われていた *complodere* に由来するものと見られており、その後フランス語圏では *peloter* もしくは *compeloter* として、英語圏では *to plot* もしくは *to complot* として定着し、前者では *comloter* や *complot* という省略した形で維持された。ついでながらもドイツ語で最初に述べられたのは、*Ioannis Pauli Kressii, Commentatio succincta in constitutionem criminalem Caroli V. Imperatoris, 1721, Not ad Artic. 148 §1 (S. 326)* であり、“*der Abrede oder des Complots*” という記述が見られる。Vgl. *Theodor Reinhold Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869, § 36 (S. 205 f.)*。以下では、*Schütze, Die nothwendige Theilnahme* と記す。

13) そのように見るものとして例えば、*Erik Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft: Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, S. 36*。以下では、*Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft* と記す。また、*Volker Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119, 2007, S. 536* も「共同正犯論は、謀議論から発展した」と述べている。Siehe auch *Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, Strafrechts Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl., 2014, §49 Rn. 9 f.*

14) Vgl. *Marianne Fabian, Die Verabredung zum Mord nach §49 b R.St.G.B., 1926, S. 3*。以下では、*Fabian, Verabredung* と記す。

法やカノン法、中世のドイツ法においてはその役割を果たしておらず、普通法においてはじめて意味を獲得したとされる。とくに謀議論にとって重要な意味を与えたのは、カロリナ刑事法典（Die Constitutio Criminalis Carolina. 以下では CCC と記す）148条であるとされる¹⁵⁾。それゆえ、ここでは CCC の成立史を一瞥したうえで、18世紀末までの議論を概観していきたい。

CCC は、ローマ法の継受を代表する刑事立法であると言われる¹⁶⁾。当時、神聖ローマ帝国の皇帝らは自らを古代ローマ帝国の継承組織と観念していたため、ローマ法への関心は高く、「書かれた理性（ratio scripta）」としてローマ法が尊重され¹⁷⁾、他方で当時のイタリアの諸大学に留学し、（後期注釈学者らによって与えられた姿をとった）ローマ法を学び知り、博士号を取得して学識法曹となったドイツ人が世俗裁判所を支配していくこととなった（実際の継受¹⁸⁾）。また、14世紀から15世紀にかけてのトルコ帝国のヨーロッパ侵略によって弱体化した神聖ローマ帝国では、*Maximilian I* の帝国改造計画の下、1495年に永久ラント平和令および帝室裁判所令が成立し、それによって学識法曹の進出による「ローマ法の継受」は追認された¹⁹⁾。

このような背景事情の下、帝国改造計画の一環として刑事法改革運動が開始されるものの、既得権益や慣習を擁護する保守勢力の反対で一時は頓挫してしまう。その中で、バンベルク司法領では、宮廷裁判所首席および

15) *Friedrich Wilhelm Wehrstedt*, Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532, 1933, S. 4. 以下では、*Wehrstedt*, Komplott と記す。

16) 上口裕「翻訳 カール 5 世刑事裁判令（1532年）試訳（1）」南山法学37巻1・2号（2014年）149頁参照。

17) 笹倉秀夫『法思想史講義（上）古典古代から宗教改革期まで』（東京大学出版会・2007年）209頁参照。

18) *Heinrich Mitteis* u. *Heinz Lieberich* 著／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』（創文社・1971年）446頁、さらに *Hinrich Rüping* 著／川端博・曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』（成文堂・1984年）56頁も参照されたい。以下では、前者の文献を *Mitteis u. Lieberich* 著／世良訳・ドイツ法制史、後者の文献を *Rüping*／川端ほか訳・ドイツ刑法史綱要と記す。

19) 勝田有恒ほか編『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房・2004年）163頁、171頁以下参照。以下では、勝田ほか・概説と記す。

宮宰であった *Johann Freiherr zu Schwarzenberg* が、1507年にバンベルグ刑事裁判令（*Die Constitutio Criminalis Bambergensis*、以下では CCB と記す）を成立させる²⁰⁾。この CCB の成立が契機となり、*Karl V* 即位後の1521年から帝国議会での議論も再開され、1532年になってようやく、神聖ローマ帝国全土に通用する統一的刑事法典として CCC が成立するに至った²¹⁾。この CCC は、1751年のバイエルン刑事法典（*Codex Juris Bavaricus Criminalis*）や1768年のテレージア刑事法典、1794年のプロイセン一般ラント法が成立するまでドイツ刑事司法の拠り所となった²²⁾。

共犯論の歴史からすれば、CCB は、それまで成功していなかった抽象化を行い、共犯に関する一般的な規定（203条²³⁾）を置いたという点で大きな前進であった²⁴⁾。そして、CCB203条は CCC177条に受け継がれ、以下のように規定された。

「同じく、何人かが、知情の上かつ故意をもって、犯人が犯罪の実行に及ぶことに対して、それがいかなる名称をもって呼ばれるかにかかわらず、何ら

20) この点、*Emil Brunnenmeister*, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, S. 127 によれば、*Schwarzenberg* は CCB を起草する際、1498年のヴォルムス都市改革法に依拠したと見られている。このヴォルムス都市改革法は、それ自体として *Gandinus* に強く依拠したものであったが、抽象化の傾向を有する CCB においては、イタリア学説との密接な連関はその影を潜めた。Vgl. *René Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 59. 以下では、*Bloy*, *Beteiligungsformen* と記す。

21) 勝田ほか・概説191頁以下参照。

22) *Mitteis u. Lieberich* 著／世良訳・ドイツ法制史449頁、498頁以下参照。

23) CCB203条（訳文）については、塙浩訳著『フランス・ドイツ刑事法史』（信山社・1992年）309頁を参照されたい。

24) Vgl. *Dieter Meyer*, *Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung: ein Beitrag zum Verständnis des Unrechtstatbestandes des Anstiftungsdelikts*, 1973, S. 42 f.; siehe auch *Bloy*, *Beteiligungsformen*, S. 58.

付言すれば、CCC177条では、実際に非行を為す者とそれ以外の関与者が区別されている点で、狭義の共犯に関する規定と考えられる。Vgl. *Joseph Heimberger*, *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach: mit einer Einleitung über die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern*, 1896, S. 44, 47. 以下では、*Heimberger*, *Die Teilnahme am Verbrechen* と記す。

かの幫助、援助または支援を行うときは、上に定めるように、事件に応じ刑事罰をもって処罰されなければならない。かかる事件においては、判決人は、上に定めるように、犯行に関する諸事情を提示の上、いかなる身体刑又は死刑をもって処罰されるべきかについて、鑑定を求めなければならない。』²⁵⁾

他方で、謀議に関しては、CCB でも CCC でも一般的な共犯形態として規定されておらず、合意一般が刑罰の下に置かれていたわけではなかった²⁶⁾。しかし、*Schwarzenberg* は——共同の致死行為の事例において „communicato consilio“ に関与した全ての者に共通の犯行計画と故意を連帯的に負責するという *Gandinus* の見解に決定的な影響を受け²⁷⁾——謀殺における謀議（謀議に従って複数人が共同して故意に実行する致死行為）を CCB174条に規定し、これが CCC148条に受け継がれた。CCC148条1文は、以下のように規定されていた。

「同じく、数名の者が何者かを故意に殺害するため、予謀に基づく一致した意思の下、相互に協力し援助するとき、全ての行為者は死刑を科されなければならない。……」²⁸⁾

CCC148条1文は、イタリア法学者と同様、問題となる謀殺行為に関わった共犯者をみな、結果惹起に対する共働の程度にかかわらず、犯人と見做すものであった²⁹⁾。とくに、謀議の参加者が実行行為を行ったのかと

25) 上口「翻訳 カール5世刑事裁判令(1532年)試訳(3・完)」南山法学38巻1号(2014年)250頁参照。

26) *Wehrstedt*, Komplotz, S. 4.

27) Vgl. *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, S. 33.

28) 上口「翻訳 カール5世刑事裁判令(1532年)試訳(2)」南山法学37巻3・4号(2014年)322頁以下参照。

29) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen S. 49.

付言すれば、*Heimberger* は同頁において、すべての謀議者は CCC137条に従って一律に車輪刑に処せられると述べるのに対して、CCCにおいて死刑は絶対的なものではなく、様々な方法の死刑があり、犯行の重さとの関係で加重が認められていた点を顧慮し、

うか、とりわけ彼が致命的な損傷を与えたのか否かは無関係であり、犯行の場所に被害者を誘い出すだけでも十分であった。さらに、個々の謀議者は、自らが為したことに対してのみならず、他の謀議者が生じさせたことに対しても連帯して答責的となった。このような連带的負責の背景には、しばしば困難となる認定の問題から裁判官を解放し、また他方で謀議者に、致命的な打撃を与えたのは自分ではなく、他人であるという異論を封じ込めるといふ政策的な理由があったとされる³⁰⁾。

このような CCC148条の謀議は、謀殺に関するものにすぎないが、共犯に関する一般的な規定である CCC177条がここでも貫徹された結果、一般的な謀議論が形成されるに至ったとされる³¹⁾。つまり、CCC148条はドイツ普通法上の謀議概念の拠り所だったのである³²⁾。

とくに謀議概念の「一般化」³³⁾に尽くした学者は、*Wehrstedt* によれば³⁴⁾、*Johann Samuel Friedrich von Böhmer* であったとされる。彼は *Complot* という言葉を用いていないものの、謀議者は合意なくして犯行を実行しえなかったであろうという理由から、すべての謀議者は——合意

↘ CCC148条は裁判官に量刑に際して裁量を認めていたとする見解もある。Vgl. *Wehrstedt*, *Komplot*, S. 5; *Fabian*, *Verabredung*, S. 4; siehe auch *Julius Friedrich Heinrich Abegg*, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, S. 116.

30) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplot*, S. 5.

31) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplot*, S. 5 f.; siehe auch *Kraatz*, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, S. 34.

32) Vgl. *Heimberger*, *Die Teilnahme am Verbrechen*, S. 48.

33) 一般化とは、つまり、類推や拡張解釈を含む。この点、*Stübel* は、*Böhmer* がはっきりと類推適用をはっきりと認めていたことを引き合いに出し、「法律は稀に一般的な諸原理を含んでおり、類推を手段として難を避けない限り、我々はそこから完全に離れられない」と述べている。Vgl. *Christoph Carl Stübel*, *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, § 67 (S. 82). 以下では、*Stübel*, *Thatbestand* と記す。

34) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplot*, S. 8; siehe auch *Heimberger*, *Die Teilnahme am Verbrechen*, S. 150.

が有効に成立する限りで——同様に処罰されるべきであり、正規刑に当たる謀議者は、何かしら犯罪の実行に共働したものでなければならないが、実行時にその場に居合わせたり、実行者を励ましたり、場合によっては犯行後に援助したりすることでも十分であると論じていた。

このような一般的な共犯形態としての謀議概念は、例えば *Quistorp*³⁵⁾ においても見られる。すなわち、*societas delinquendi* が存在するためには、事前の結合や、明瞭な行為を通して示された結託（つまり、黙示の合意³⁶⁾）に加えて、複数人が結託した力でもって犯罪を実行した、もしくは犯罪がそれぞれの共犯者に作用因（*Wirkursache*）として帰せられうるというほどに犯罪の実現に寄与したことが求められる³⁷⁾。そして、謀議が証明されたならば、犯罪を実際に実現した者と、共働を通して犯罪を促進した者との間で区別はなされず、つまり、犯行の性質や共働の仕方に鑑みることなく、謀議の中に共に把握される者はすべて同様に処罰される³⁸⁾。ゆえに、*Quistorp* も——CCC の諸原理に対応する形で——合意に関わったすべての者に結果全体を帰属させていると見られる³⁹⁾。もっとも、謀議者が犯罪の実行時に単に居合わせただけであっても、彼には援助の提供についての用意があったため、それが犯罪の実行者をより大胆にさせたならば、それは *societas delinquendi* にとって十分であるとされる。しかし、他方で、いずれかの謀議者が犯行の実行時に居合わせなかったならば、不在者は諸事情に応じて処罰されるが、（たとえ彼が潜伏してスパイを務めたり、仲

35) *Quistorp* について詳しくは、vgl. Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 27, 1888, S. 54 f.

36) *Kleinschrod* によれば、*Quistorp* は *Böhmer* とともに黙示の謀議を認める論者に数えられている。Vgl. *Gallus Aloys Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erster Theil: Von Verbrechen überhaupt und derselbe Zurechnung, 1. Ausg., 1794, §180 (S. 263). 以下では、*Kleinschrod*, *Entwicklung* と記す。

37) *Johann Christian von Quistorp*, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1789, §54 (S. 91 f.). 以下では、*Quistorp*, *Grundsätze* と記す。

38) *Quistorp*, *Grundsätze*, §54 (S. 92).

39) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 9.

間の逃走に配慮したりして犯行に寄与していたとしても）本来の謀議者に妥当する諸原理は適用されるべきではないと主張された⁴⁰⁾。

以上見てきた通り、学説は、謀殺における謀議を規定する CCC148条から一般的な共犯形態としての謀議を導出し、発展させたのであった。このように形成された謀議概念は、立法にも影響を与え、総則の共犯規定の中に謀議がその姿を現すことになった⁴¹⁾。その一例が、次に見るプロイセン一般ラント法であった。

二、プロイセン一般ラント法と *Klein* の見解

（一）プロイセン一般ラント法（1794年）における謀議概念

ドイツ刑事立法の新たな時代が始まったのは、18世紀の中頃であった。バイエルンでは *Maximilian III* が刑法の分散状態を問題視したのと同様、プロイセンにおいても様々なラント法を通していくらか秩序立った統一的な司法が保障されているにすぎない状態であった⁴²⁾。殊に当時のプロイセンは、かつてのラント（領邦）である州の自立性が強く、決して統一国家ではなかった。法は慣習法を土台にしており、また各州は中世以来の固有のラント法を有しており、それを越えた普通法としてはローマ法しかなかったが、これも実情に合わない場合が多かった。それゆえにプロイセンでは、州の垣根を超えた、統一的な法典の編纂が重要課題であった⁴³⁾。そこで、1780年4月14日、*Friedrich II* は主席司法大臣 *Carmer* に統一的な法典の編纂を命じたことで、法典編纂委員会が組織され、立法作業が開始

40) *Quistorp*, Grundsätze, §54 (S. 92).

41) 例えば、1792年の新バンベルク刑事令 (Neuen Bambergischen Peinlichen Gesetzgebung) は、*Quistorp* の共犯論の法典化であると評される。Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 182 f.

42) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 48.

43) 成瀬治ほか編『世界歴史大系ドイツ史2：1648年－1890年』（山川出版社・1996年）80頁を参照。

された。その結果、1791年9月に「プロイセン諸国のための一般法典 (Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten)」が公布されたのだが、翌年に予定されていた法典施行に対して、フランス革命の影響下で新法典が騒擾の拠り所にされることを等族側が恐れたため、一般法典の施行は延期された。その後、一部の条文が改められ、名称も「プロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 以下では ALR と記す)」に変更され、1794年に施行されるに至った⁴⁴⁾。

この ALR では、一般的な共犯規定は、第2部第20章の64条から84条に置かれている。とくに先進的であったのは——1751年のバイエルン刑事法典と異なり⁴⁵⁾——謀議が一般的な共犯形態として認識されていたことであった。すなわち、73条では、「複数が共同で実行されるべき犯罪のために結託した場合、いずれの者も、たとえ一人を援助したにすぎなかったとしても、合意された行為全体に対して責任を負う」⁴⁶⁾と規定されていた。もっとも、謀議者には結果全体が帰せられ、実行された犯罪に向けて威嚇された刑罰が賦課されるのみならず、量刑における加重(66条)⁴⁷⁾が認め

44) 岩村等ほか『法制史入門』(ナカニシヤ出版・1996年)126頁。より子細な制定過程については、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(有斐閣・1969年)185頁以下、218頁以下を参照されたい。

45) Vgl. Bloy, *Beteiligungsformen*, S. 64 f.によれば、1751年のバイエルン刑事法典は、第1部の第20章に全11条からなる共犯規定を置き、共犯規定を個々の犯罪から分離したという点に意義を有するとされる。しかしながら、そこでは一般的な共犯形態として謀議は規定されておらず、伝統的な形式で謀殺における謀議を置いていただけであった。Vgl. Wehrstedt, *Komplott*, S. 11.

46) 訳語は、足立昌勝「プロイセン一般ラント法第二部第二〇章(刑法)試訳(一)——付プロイセン刑法史研究の意義と課題——」静岡大学法経短期大学部法経論集51巻(1983年)16頁以下を参照。以下では、足立・プロイセン一般ラント法と記す。また、原典については、vgl. *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, 1794, Bd. 4., Zweyter Theil, Zwanziger Titel: Von den Verbrechen und deren Strafen, S. 1184.を参照した。以下では、ALR と記す。

47) 66条「その実行のために複数が結託したところの犯罪は、一人の人間によって実行されたにすぎない場合の犯罪よりも重く処罰されなければならない」。訳語については、足立・プロイセン一般ラント法15頁を参照。原典については、ALR, S. 1183を参照。

られていた。また、ある者が行為者に対して上官もしくは名士（Respects-person）の関係にある場合、彼は首魁とみなされ（68条⁴⁸⁾、正規刑が加重された（65条⁴⁹⁾。

付言すれば、ALR は各則においても謀議に関する条項を置いており、839条以下では「合意された謀殺」が規定されていた。もっとも、そこでは、総則の謀議規定とは異なり、謀殺の謀議者はみな同様に処罰されるわけではない。839条によれば、複数人が謀殺の遂行のために結合した場合、その首魁が同時に直接の行為者であった場合、彼は下から上に向かう車輪刑に処せられる⁵⁰⁾。また、首魁以外の共同結合者のうち、実際に謀殺を遂行した者に対しては、上から下に向かう車輪刑が実施されるが、71条⁵¹⁾および74条⁵²⁾に従って共同発起者とみなされる者は、終身の重懲役刑もしくは城塞刑に処せられる（841条⁵³⁾。また、843条によれば、実際の行為者が探知された場合、犯行の際に手を下していない他の共同結合者に対しては、その他の共働の性質に応じて、10年以上20年以下の重懲役刑もしくはは

48) 68条「ある者が行為者に対して上官もしくは名士の関係にある場合、彼は行われた犯罪の首魁と見做される（65条）。訳語については、足立・プロイセン一般ラント法16頁を参照。原典については、ALR, S. 1183 を参照。

49) 65条「ある者が主たる発起者として際立っており、その他の者を犯罪へと唆した場合、彼に対する正規刑は加重される」。訳語については、足立・プロイセン一般ラント法15頁を参照。原典については、ALR, S. 1183 を参照。

50) 訳語については、足立監修・岡本ほか訳「プロイセン一般ラント法第2編第20章（刑法）試訳（4）」関東学院法学23巻2号（2013年）180頁を参照。以下では、岡本ほか・プロイセン一般ラント法と記す。原典については、ALR, S. 1296 を参照。

51) 71条「ある者が犯罪の実行に直接関与していないが、その際、それなくして犯罪は実行されえなかったであろうという積極的援助を供した場合、彼に対しては正規刑が科せられる」。訳語については、足立・プロイセン一般ラント法16頁を参照。原典については、ALR, S. 1184 を参照。

52) 74条「ある者が、事前の合意なくして、犯行が実行される際に見張りなどの手助けを行うことで援助を供した場合、彼はそれと知りながら任意で助けた犯行を顧慮して共同発起者と見做される」。訳語については、足立・プロイセン一般ラント法17頁を参照。原典については、ALR, S. 1184 を参照。

53) 岡本ほか・プロイセン一般ラント法180頁、ALR, S. 1296 を参照。

城塞刑が言い渡される⁵⁴⁾。つまり、共働の性質に応じた処罰が予定されているという限りでは、謀議者が謀殺の遂行時に何もせずに傍観していただけでは、共同負責にとって十分とはされていないことが窺える。これに対して、実際の行為者が探知されない場合、謀殺の際に自ら手を下した共同結合者はみな斬首刑で処断される (842条)⁵⁵⁾。

以上に見てきた通り、CCC のように謀殺の謀議から一般的な謀議概念が抽出された時代から一歩進み、ALR では総則の共犯規定に一般的な謀議が置かれ、それと同時に各則の謀殺構成要件においても謀議がより子細に規定されていた。こうして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本格的に行われていくこととなる⁵⁶⁾。

(二) Klein の見解

では、ALR の刑法部分の起草に関わった⁵⁷⁾ Klein は、謀議をどう捉えていたのか。はじめに、発起者や幫助者に関する Klein の (複雑な) 定義を確認しておこう。Klein によれば、最広義の共犯とは、それを通してある者が犯罪の実存のために何かしら寄与した行為もしくは不作為、ないしは犯罪もしくは犯罪者に対する彼の関心を認識させるところの行為もしくは不作為である。そのうち、犯罪の発起者とは、犯罪の本質に属する行為が法的に帰責される者である。また、本来的な意味での共犯者とは、複数人が同じ犯罪に向けて共働した場合に、犯罪それ自体もしくは犯罪者の違法な目的を促進するために故意に何かを為すか、もしくは怠る者のすべてであり、そのうち本来的な発起者 (auctores) とは、その意思において犯罪が主として根拠づけられる者であり、最も狭い意味での共犯者である単

54) 岡本ほか・プロイセン一般ラント法180頁、ALR, S. 1296 を参照。

55) 岡本ほか・プロイセン一般ラント法180頁、ALR, S. 1296 を参照。

56) Vgl. Wehrstedt, Komplott, S. 12.

57) Rüping/川端ほか訳・ドイツ刑法史綱要125頁参照。

純幫助と対置される⁵⁸⁾。この単純幫助は、その意思において犯罪が主として根拠づけられず、共犯者の定義に合致する者であり、比較的少ないもしくは異なる利益関心によって発起者から区別される⁵⁹⁾。なお、謀議論との関係では、他人を犯罪の実行もしくは共働に導いた、もしくは犯罪に必要な行為の指揮を執った発起者が首魁であるとされる⁶⁰⁾。

このような共犯の諸定義の下、謀議論に関していくつかの諸原理が示される。すなわち、それなくして犯罪が成立しなかったであろうという違法な効果を自らの意思表示を通して単独で、もしくは他人の援助を伴って惹起した者は、通常、このような違法な効果に向けられた刑罰に処せられる。とくに複数人に複数の行為が割り当てられている場合、各人は自ら行った行為のほか、その遂行のために他の者と明示的もしくは黙示的に結託したところの行為についても負責されるという⁶¹⁾。この点、別の箇所でも、*Klein* は ALR74条を引き合いに出したうえで、「通常、共同で実行されるべき犯罪に対する明示的同意 (Einwilligung) と黙示的同意との間に相違はない」⁶²⁾と述べている通り、黙示の謀議を認める立場にあった。黙示の合意を認めるのは、先に見た *Quistorp* などの見解と一致するところであるが、後述する通り、支配的な見解とはならなかった。

さらに、複数人が共同で犯罪の実行を引き受けた場合、通常各人は、援助の多少に関係なく、同じ答責性であるとされる。もっとも、それ自体としては異なる可罰性を有する複数の行為が実行された場合、最も可罰的な行為を実行した者には、それに向けられた刑罰が科され、彼が首魁であれば刑が加重されることになる。他方で、このような行為に同意したが、実行の際に共働しなかった者は、通常は比較的軽く処罰される。

58) *Ernst Ferdinand Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1. Ausg., 1796, §138 (S. 104). 以下では、*Klein*, Grundsätze と記す。

59) *Klein*, Grundsätze, §138 (S. 105).

60) *Klein*, Grundsätze, §138 (S. 104 f.).

61) *Klein*, Grundsätze, §140 (S. 106).

62) *Klein*, Grundsätze, § 141 (S. 108).

というのも、合意は共通の利益・関心を前提とするものであり、行為者は他人の指図がなければ犯行を実行しなかったであろうとは言い得ないからである⁶³⁾。

このように *Klein* の見解では、行為者の意思に重点を置いた発起者の定義の下で、謀議によって発起者となる諸原理が説明されている。*Klein* は、(*Kleinschrod* を批判しつつ) 専門用語の意味するところは至るところで一様ではなく、それゆえ専門用語の使用は害をもたらすものであるという認識の下、ALR では専門用語をわずかにしか用いず、諸原理を決定したと述べる⁶⁴⁾。しかし、*Heimberger* が批判する通り、発起者一般と狭義の発起者との相違は、せいぜいのところ犯罪が「主として」根拠づけられるかどうかの相違にすぎない⁶⁵⁾。また、ある者を単純幫助 (= 最狭義の共犯) であると呼ぶためには、少なくともそれが本来の意味での共犯者の定義に合致しなければならない点で、単純幫助は本来の共犯者の下位形態ではなく、両者は同一なのではないかということも指摘される⁶⁶⁾。さらに、謀議論に関して言えば、事前の合意に従って犯罪が実行された場合の謀議者の共同責任が根拠づけられる法的根拠や、黙示の謀議でも行為者が共同発起者となる理由については、何も説明されておらず、従来の伝統的な見解に従って ALR の諸規定における諸原理を繰り返したにすぎなかった。それゆえ、謀議論の根拠づけについては、後の学説に委ねられたのであった。

63) *Klein*, Grundsätze, §141 (S. 107 f.).

64) *Klein*, Grundsätze, §138 Anm. (S. 105 f.).

付言すれば、*Kleinschrod*, Entwicklung, §198 (S. 290) は、犯罪の成立に必要な不可欠な援助を供した幫助者(不可欠幫助)を発起者に位置づけたのに対して、*Klein*, Grundsätze, §138 (S. 105) はそれを幫助者に位置づけており、両者の間には見解の相違があった。

65) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 228 f.

66) Vgl. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 229. ゆえに、結論的に *Heimberger* は、*Klein* は諸概念をどのように理解するのか、それらを互いにどう区別するのかということをよく分かっていないと評している。Vgl. *ders.*, Die Teilnahme am Verbrechen, S. 230.

三．バイエルン刑法典の成立に至るまでの議論

ここでは、19世紀ドイツの領邦法典の立法にとって何十年もの間、強い影響を与えるものであったと言われる⁶⁷⁾、1813年のバイエルン刑法典が成立するまでに交わされた *Kleinschrod* と *Feuerbach* との議論を比較検討したうえで、その議論がバイエルン刑法典の共犯規定にどう結実したのか明らかにすることにしたい。

(一) 謀議論の限定の試み——*Kleinschrod* の見解

はじめに、*Kleinschrod* によれば、発起者とは「犯罪の実体全体の最も中心的な、そして必要不可欠な原因を有する者」であり、彼には犯行の諸要件のすべてが適用可能であるとされる⁶⁸⁾。このように定義される発起者においては物理的な態様と心理的な態様が認められ⁶⁹⁾、実際に犯罪を実行する物理的発起者と、彼に心理的な影響を与えた知的発起者との区別が觀念されている。そして、複数人が犯罪の発起者となる場合の誘因として、委任、命令、助言、謀議 (*Verschwörung*) が挙げられる⁷⁰⁾。

では、*Kleinschrod* は謀議をどう捉えたのか。彼によれば、CCC148条

67) Vgl. *Gottfried Jacquin*, Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzbuch von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1903, S. 65. 以下では、*Jacquin*, Die Teilnahme と記す。

68) *Kleinschrod*, Entwicklung, §177 (S. 257 f.).

付言すれば、第2版以降、発起者の定義に変更が見られ、発起者とは「その意思に犯罪の実体全体の必要不可欠な原因が存在する者」であるとされている。Vgl. *ders.*, Entwicklung, 2. Ausg., 1799, §177 (S. 305); *ders.*, Entwicklung, 3. Ausg., 1805, § 177 (S. 323). また、このような発起者の定義は、いわゆる *Kleinschrod* 草案においても示されている。Vgl. *ders.*, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, 1802, Erster Theil, Drittes Kapital, §61 (S. 10). 以下では、*Kleinschrod*, Entwurf と記す。

69) *Kleinschrod*, Entwicklung, §177 (S. 258).

70) *Kleinschrod*, Entwicklung, §177 (S. 259).

と事物の本性から謀議の観念が明らかとなる。つまり、謀議とは、複数人が結合するところの契約であり、犯罪の中心的行為を自己のために自己の名で共同して実行するために、複数人がその知的な力と身体的な力を一体化したものであるとされる⁷¹⁾。この点で *Kleinschrod* は、犯罪の最も中心的かつ必要不可欠な原因を有する者を発起者と定義することの論理的整合性に鑑み、謀議者が中心的行為の遂行のために結合することを求めたのではないかと考えられる。このような謀議概念を打ち立てたことで *Kleinschrod* は、(CCC148条に依拠して) 謀議者の寄与の程度を問わずに発起者として処罰することを志向した伝統的な見解から離れたと評価される⁷²⁾。

また、*Kleinschrod* の見解によれば、犯行を共に遂行するという単なる合意だけでは、謀議は形成されない。というのも、故意 (*Dolus*) それ自体は実際の行為において示されるまで可罰的ではないことからすれば、全員が同時に発起者であり、同じ程度の可罰性であると認めるためには、故意 (*Dolus*) と準備行為だけでは足りないと考えられたからである⁷³⁾。それゆえ、合意それ自体が契約当事者らを完全な犯罪者にするのではなく、故意と準備行為に加えて、犯罪の存在に対して必要不可欠な形で寄与するという意味での実行行為も必要とされた⁷⁴⁾。つまり、謀議それ自体は未遂にすぎず⁷⁵⁾、合意された犯行が実際に実行された場合にのみ、謀議は正規刑で威嚇されるのである⁷⁶⁾。

71) *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §178 (S. 259). この点、あらゆる謀議は契約を前提とするものであり、それによって複数人が偶然同じ犯罪を共に実行したという事例から区別される。Vgl. *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §178 (S. 260) u. siehe auch §181 (S. 264).

72) Vgl. *Heimberger*, *Die Teilnahme am Verbrechen*, S. 232; ähnlich *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 9 f.

73) *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §178 (S. 259, 260).

74) *Kleinschrod*, *Entwicklung*, §178 (S. 260) u. § 179 (S. 262).

75) *Kleinschrod*, *Kann bei einem Complotte der Verschworne, welcher bei Vollziehung der That abwesend war, mit der ordentlichen Strafe belegt werden?*, in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 4, St. 3, 1820, S. 333. 以下では、*Kleinschrod*, *NACr* 4 と記す。

76) *Kleinschrod*, *NACr* 4, S. 334.

より具体的なケースを考えてみよう。例えば、謀議に参加し、犯行現場に居合わせただけの者はどうであろうか。この場合に *Kleinschrod* は、彼を発起者として正規刑で処断することを認める。というのも、彼は現場に居合わせることによって、必要とあれば共同謀議者らに助力する用意があるということを表明しており、他方で共同謀議者らは、必要なときに彼が手を貸してくれるであろうと期待し、それによってより大胆に、より思い切って、よりいっそう確実に犯行を実行したからである⁷⁷⁾。

他方で、犯行の実行時に不在であった（そのうえ犯罪の実現に何も寄与しなかった）謀議者⁷⁸⁾については、発起者として正規刑で処断することが否定される。というのも、問題となる謀議者は、他人との謀議以外に何もしていないからである。すなわち、合意の結果、各謀議者は遂行に寄与しなければならなかったであろうが、不在者はこれを為しておらず、その間に他の謀議者は、彼を当てにはできず、彼なしで犯罪を実行しようと意欲しているため、一方が他方の協力を当てにするという謀議の主要点是不在者において欠けているのである⁷⁹⁾。それゆえ、不在者を発起者として処罰することは妥当ではなく、彼に対しては基本的には遠い未遂の刑罰が科されるにすぎないとされた⁸⁰⁾。

付言すれば、*Kleinschrod* の見解では、謀議は黙示でも結ばれうのかという問いは——*Klein* らの伝統的な見解とは異なり——否定される。と

77) *Kleinschrod*, NACr 4, S. 331, siehe auch S. 337 f.

78) この点、ある者を森林で襲撃し殺害するという謀議を為し、ある謀議者は他の人間を犯行現場から遠ざけるために森林のはずれを塞ぎ、その間に他の謀議者は犯行を遂行するという事例は別である。この場合、犯行現場にいない謀議者も犯罪の実現に寄与していると考えられるからである。Vgl. *Kleinschrod*, NACr 4, S. 331 f.; siehe auch *ders.*, Entwurf, §66 u. §67 (S. 11).

79) *Kleinschrod*, NACr 4, S. 332, 333.

80) *Kleinschrod*, NACr 4, S. 335; *ders.*, Entwurf §64 (S. 10). もっとも、謀議者が、犯行が実行される時を認識していたにもかかわらず、任意で犯行現場に現れなかったならば、その不在者においては、犯罪の未遂を任意で中止する者は刑罰を免じるという原理が成立していると考えられた。Vgl. *Kleinschrod*, NACr 4, S. 335.

いうのも、黙示的なコンセンサスは、常に推測に依拠するものであり、確信を保障するものではなく、意味ある刑罰を言い渡すには不十分であるため、そもそも明確性が重要となる刑事事件では非常に扱いにくく危険な事柄だからである⁸¹⁾。それゆえ *Kleinschrod* は、この点でも伝統的な見解から離れ、明示的な謀議=合意が全ての事例において必要であると主張したのであった⁸²⁾。

以上見てきた通り、*Kleinschrod* は、発起者の定義との論理整合性に鑑みて謀議者らが犯罪の中心的行為の遂行ために結合することを求める点や、現場に現れず何も寄与しなかった謀議者を未遂で処罰すべきとする点、明示的な謀議(合意)を要求する点で、伝統的な謀議論から離れ、謀議論の新たな展開を示そうと試みたと見られる。もっとも、このような主張はいわゆる *Kleinschrod* 草案(1802年)に反映されたのだが、この草案は、刑罰の峻厳さという問題だけでなく、総則と各則の不十分な体系的区分による膨大な条文の数(1563条)、そして数多くの矛盾と明確な概念形成の欠如といった問題を抱えていたため⁸³⁾、*Feuerbach* からの厳しい批判を受け、法典化せずにお蔵入りとなってしまった。

(二) 相互教唆説——*Feuerbach* の見解

では、バイエルン刑法典の立法作業を引き継いだ *Feuerbach* は、

81) *Kleinschrod*, NACr 4, S. 339, 340. また, *ders.*, Entwicklung, §180 (S. 263) では、そこから同意が推定されるところの行為が犯行前に起きた場合には、誰も何の言葉も交わさず、故意を抱く者と合意することはできないであろうし、他方で犯罪の実行時に自ら援助することで意思を伝えるという場合でも、実行者は彼を完全に信頼しうるので、どれくらい犯行に関心を抱いているのか分からないし、伝える側も何が犯罪のために行われるのか知らないということが指摘されている。

82) *Kleinschrod*, Entwicklung, §180 (S. 263); siehe auch *ders.*, Entwurf §63 (S. 10).

83) Vgl. *Michael Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, Die bayerische Strafrechtsreform und Feuerbachs Strafgesetzbuch, in: *Arnd Koch*, u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch: die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2013, S. 6 f. 以下では, *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht? と記す。

Kleinschrod の見解をどう批判し、謀議概念を打ち立てたのか。まず、*Kleinschrod* 草案に対する *Feuerbach* の批判を確認したうえで、彼の謀議概念における客観化・精緻化を検討しよう。

すでに見た通り、*Kleinschrod* は、謀議について、犯罪の中心的行為の共同遂行のために複数人が結合することを求めている⁸⁴⁾。しかし、この見解に従えば、謀殺に際しては短剣で襲いかかったり、サーベルで切りつけたりすることが中心的行為であるとするならば、例えば、複数人が支配者（*Oberherr*）の殺害に合意したものの、Aだけが中心的行為（謀殺それ自体）を申し出て、残りの者は、例えば、扉の開閉、警護の制圧といった他の役割を引き受けたという場合、*societas delinquendi* は認められないことになってしまうと批判される⁸⁵⁾。また、謀議による共同発起者となるためには、犯行の実行の際に居合わせる必要はないという原理⁸⁶⁾は、中心的行為の共同遂行のために結合したことが謀議の本質であるという主張といかに調和するのか疑問視される⁸⁷⁾。

さらに、*Kleinschrod* 草案では、各謀議者が中心的行為の実行に対して本質的な関与を為したことが正規刑の条件とされたこと⁸⁸⁾に対し、

84) *Kleinschrod*, Entwurf §63 (S. 10) では、「二人以上の者が犯罪の中心的行為を共同で実行しようと意欲し、明示的な契約を通して互いに手を組む場合、そこから謀議が明らかとなる」と規定されていた。

85) *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804. S. 131 f. 以下では、*Feuerbach*, Kritik と記す。

86) *Kleinschrod*, Entwurf §66 (S. 11) では「犯行を遂行する際に各謀議者が居合わせている必要はない」と規定されていた。もっとも、後掲注90)に記した通り、これに続く §67 では、不在の謀議者における犯罪実行の認識と実行に対する本質的な寄与が求められている。

87) *Feuerbach*, Kritik, S. 133.

88) *Kleinschrod*, Entwurf §65 (S. 10 f) では、「犯行が実行されたならば、二つの事情、すなわち、その契約なくして犯行は実行されなかったであろうという事情と、各謀議者は中心的行為の既遂に本質的な関与を為したという事情が生じた場合にすべての謀議者は正規刑で処断される」と規定されていた。

Feuerbach は以下のように批判する。すなわち、中心的行為への本質的な関与が中心的行為への寄与を意味するのであれば、それは、共同謀議者が犯罪の促進のために実行したすべての行為もしくは不作為に当てはまってしまう。何故なら、すべての促進的な活動は中心的行為を容易にするか、もしくは可能にすることでこれに寄与するからである。また、多く寄与したことが本質的な関与なのであれば、寄与の多少に関する限界線が問題になるが、そのように重要な事柄における決定は偶然に委ねられえないと指摘する⁸⁹⁾。

これに加えて、犯罪はその可罰性の程度に応じて処罰されなければならないという原理が争う余地のないものであれば、共同謀議者は——中心的行為を自ら実行しようが実行しまいが——正規刑で処断されるべきであるという規定⁹⁰⁾も正当化されないという⁹¹⁾。すなわち、謀議の首魁や謀議の首唱者であれば、直接に中心的活動を行っていなくとも、正規刑で処断されるべきであることを誰も疑わないが、これに対して、謀議に関わり、その後遂行の際に何かしら中心的行為に並んで他の役割を引き受けた者は謀議の首魁らよりも軽く処罰されるべきであると批判した⁹²⁾。

以上の批判から、*Feuerbach* は、「謀議の本質は、複数人が犯罪それ自体を決定し、相互的な援助と共同遂行のための契約を通して結合するという点にのみ存する」と論じた⁹³⁾。そのうえで、謀議による共同発起者の成立を認めるためには、謀議に加えて（中心的行為への本質的な関与に限られず）何かしらの行為によって実際の犯行の実存に共働したことが要求され⁹⁴⁾、

89) *Feuerbach*, Kritik, S. 137.

90) *Kleinschrod*, Entwurf §67 (S. 11) では、「その場に居なかった謀議者でも正規刑が科されるのは、彼が犯罪の実行を知っているのみならず、さらに不在でも犯罪の既遂に対して何かしら本質的な寄与を為した場合である」と規定されていた。

91) *Feuerbach*, Kritik, S. 137 f.

92) *Feuerbach*, Kritik, S. 138, 139.

93) *Feuerbach*, Kritik, S. 133.

94) *Feuerbach*, Kritik, S. 134.

それが充たされない場合、そのような謀議者は未遂の責任を負うと考えられた⁹⁵⁾。

このように見る限りでは、*Kleinschrod* 説と *Feuerbach* 説との相違は、1) 謀議それ自体の定義において複数人が中心的行為の共同遂行のために結合することを要求するかどうか、2) 謀議それ自体に加え、(単なる犯罪実現への寄与にとどまらず) 中心的行為の実行に対する本質的な関与を要求するかどうか、という点において顕著であろう。先に述べた通り、*Kleinschrod* がいずれの点も要求するのは、自身が打ち立てた発起者の定義との論理整合性を理由とすると考えられる。これに対して、*Feuerbach* は、「直接的な利益関心」という主観的なメルクマールによって謀議による共同発起者 (*coautores ex conjuratione*) を事前の合意による幫助者 (*socii ex compacto*) から区別しようと試みた⁹⁶⁾。このように主観的要件を重視する態度は、初期の見解における発起者の定義においても見られるものであった⁹⁷⁾。

ところが、*Feuerbach* における発起者の定義は、次第に客観化を強めていくこととなる⁹⁸⁾。ついに1808年の教科書(第4版)⁹⁹⁾では、「法律違反の

95) *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, §53 (S. 41). 以下では、*Feuerbach*, Lehrbuch と記す(引用する版に変更がある場合は、その旨を付記する)。

96) *Feuerbach*, Kritik, S. 140; *ders.*, Lehrbuch, §53 (S. 41).

97) 例えば、*Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1800, Zweiter Theil, §11 (S. 244 f) では、客体が直接的に権利侵害それ自体である場合が犯罪の発起者 (*auctor delicti*) であるのに対し、権利侵害に対する他者の直接的な作用の促進である場合が幫助者 (*socius*) であるとしつつ、発起者の概念に「権利侵害に対する自己の直接的な利益から自らその実行を意欲する」という主観的要件が付されていた。

98) Vgl. *Manfred Maiwald*, Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 289.

99) 端書きでは、多くの見解を変更したと述べられている。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., 1808, Vorrede zur vierten Auflage.

結果に対する行為の因果性の相違」というタイトルの下で共犯論が展開され、「犯罪をその作用として惹起したところの十分な原因がその意思と行為に含まれている者」¹⁰⁰⁾が発起者であるとされ、主たる利益関心という主観的メルクマールはその姿を消すに至った。

そして、これに対応する形で、謀議論においても主観的要件は登場せず、より客観化・精緻化される。すなわち、謀議とは、物理的発起者と知的発起者が競合する事例の1つ(相互的かつ混合的な競合)であり、そこでは「個々人の決意が、契約によって根拠づけられた協力やその他すべての者の共働への期待を通して決定づけられている」¹⁰¹⁾ため、謀議の各参加者は決定者としても被決定者としても現れるとされる¹⁰²⁾。そして、各結合者は実行に作動的に関与していなかったとしても、他者の協力への期待が既遂となるべき犯行まで続いたということに鑑み、既遂となった犯罪の知的発起者と見做される¹⁰³⁾。

以上のような *Feuerbach* は、自らの見解を客観化・精緻化し、謀議者が相互に犯罪実行へと決定づけ合うという点を重視した。それゆえ、「相互教唆説」と呼ばれることもある¹⁰⁴⁾。また、犯罪の遂行に直接関与しなかった謀議者に発生した結果を発起者として帰属させる(つまり、「犯罪をその作用として惹起したところの十分な原因」があるとする)根拠は、相互協力の期待が既遂に至るまで続いたという点に見出されているが、その限りでは事前の約束に基づく相互協力の期待を重視した *Kleinschrod* の見解と重なることとなった。ゆえに、客観化・精緻化の結果として *Feuerbach*

100) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §44 (S. 44 f.).

101) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., § 46b (S. 48).

102) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., § 46 (S. 47).

103) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., § 46b (S. 48 f.).

104) *Schütze*, Die notwendige Theilnahme, §36 (S. 210); *Karl von Birkmeyer*, Teilnahme am Verbrechen, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1908, S. 30; *Wehrstedt*, Komplott, S. 15 ff.; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, S. 35.

説と *Kleinschrod* 説の乖離は小さくなったと見られるであろう。

（三）バイエルン刑法典（1813年）における謀議概念

では、先に検討した *Kleinschrod* と *Feuerbach* の議論は、1813年のバイエルン刑法典の共犯規定にどれほど影響を与えたのか見ていくこととする。

そもそもバイエルンでは *Maximilian Joseph* が、フランスよりも劣った国家と法の体制に起因する国内の法の分散状態を自身の統治権との関係で危惧したことから立法作業が開始されることとなった¹⁰⁵⁾。当初草案の作成は *Kleinschrod* が担っていたが、その草案における種々の問題を *Feuerbach* が批判したこともあり、バイエルン政府は *Feuerbach* に立法作業を委嘱するに至ったのである¹⁰⁶⁾。その結果として成立した1813年のバイエルン刑法典は、総則と各則の厳格な区別 („Vor-die-Klammer-Ziehen“) を試み、*Kleinschrod* 草案のおよそ3分の1である全459条の法典となった¹⁰⁷⁾。そして、この法典は言語的な明瞭さや概念規定の精密さ、厳格な体系性を有し、それゆえ19世紀の立法の展開にとって指標となるものであった¹⁰⁸⁾。

このようなバイエルン刑法典の共犯の章では、発起者は45条から56条（そのうち謀議は50条から53条）に、幫助者は73条から83条に、犯行後の犯人援助は84条から89条に規定されていた。殊に国家反逆罪においてのみ謀議を規定していた1810年のフランス刑法典（Code pénal）とは異なり、総則の共犯の章に謀議による発起者に関する諸規定を置いていた¹⁰⁹⁾。

105) Vgl. *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, S. 5.

106) *Eberhard Kipper* 著／西村克彦訳『フォイエルバッハ伝：近代刑法学の父』（良書普及会・1979年）53頁。

107) Vgl. *Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, S. 10.

108) Vgl. *E. Schmidt*, Einführung, S. 263.

109) Vgl. *Fabian*, Verabredung, S. 12; siehe auch *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Carl Joseph Anton Mittermaier*, 14. Aufl., 1847, § 47 Note II des Herausg. (S. 91). 以下では、後者の文献を *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14. Aufl. と記す。

まず、発起者に関する一般規定である45条では、以下の通り、I号に直接的な発起者、II号には不可欠幫助、III号には知的発起者が定義されていた¹¹⁰⁾。そのうえで、バイエルン刑法典は謀議による発起者一般について以下のように規定していた(50条)。

50条 二人もしくはそれより多くの者が共通の利益関心から犯罪をともに決意し、相互に協力することの合意によって共同の遂行を約束した場合、このような集まりは謀議であり、これを前提に、実行の前または実行の際、もしくは実行後に共働したり、その共働に進んで協力したり、共犯者によって期待されるべき協力を確信させて共同結合者らを引き留めたりしたすべての共犯者は、犯罪の既遂に即して、その共同発起者とみなされる。

謀議の主たる合意や協議に関与しなかったにもかかわらず、かの意図を促進するために援助を約束したか、もしくは供した者は、45条2号の特定の要件が援用されない限りで、単に幫助者として処罰される¹¹¹⁾。

この50条における謀議は、複数人が共通の利益関心から犯罪をともに決意し、相互の協力に関する合意によって共同遂行を約束する場合であると考えられている。まず、共通の利益関心というメルクマールが目を引くかもしれない。確かに、このような主観的要件を求めること¹¹²⁾は *Feuerbach* の旧説と一致するものであり、公式注解書でも、このような主観的要件を通して謀議による発起者は援助行為から区別されると述べられている

110) 「45条 I. 犯罪を自身の力と行為により直接実現する者だけでなく、II. 実行前もしくは実行の際に実行者に犯罪を生じさせるという意図の下、その実行者にとってそれなくしては犯行を為しえなかったであろうという援助を為す者、III. 違法な目的で他人を犯罪の実行と遂行について唆した全ての者は、その発起者として処罰される。」原文については、vgl. Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, Erster Theil, Ueber Verbrechen und Vergehen, Erstes Buch, Zweites Kapital, S.18. 以下では、StGB für Baiern (1813) と記す。

111) 原文については、vgl. StGB für Baiern (1813), S. 21.

112) 付言すれば、1810年草案の謀議規定でも共通の利益関心は要求されている。Vgl. Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810, § 52 (S. 21). 以下では、Entwurf zum StGB für Baiern (1810) と記す。

る¹¹³⁾。しかし、それ以上に、公式注解書は、(Kleinschrod 草案批判における *Feuerbach* の見解と近しく) 謀議者らの共通の決意と共同実行に対する約束づけを重視した¹¹⁴⁾。すなわち、謀議者は謀議参加者への事前の約束づけを通して犯罪の精神的原因とみなされるため、彼が何の援助も供さなかったとしても、謀議者は共同発起者として可罰的となると説明される¹¹⁵⁾。この点は、不在の謀議者に発起者として結果を帰属させる根拠を事前の約束によって生じた相互協力への期待に見出した *Kleinschrod* 説や *Feuerbach* 説(新説)と見解が一致するところであろう。

問題となるのは、ある者がすでに犯行とその実行を決意していたところに後から合意した場合(現在で言うところの順次共謀のケース)である。この場合には事前の約束づけが存在しないため、1810年草案52条2文では、すでに形成された合意へ後から関わった者は単に幫助者として扱われていた¹¹⁶⁾。ところが、他の二人によって結ばれた契約に後から加入する者も共同当事者となるという民法の原理に従えば、共同当事者として犯罪の実行前に謀議の主たる合意に関与する場合でも共同発起者と認められると考えられ、1810年草案52条2文は削除されたとされる¹¹⁷⁾。しかし、このようなケースでは、相互に犯罪実行を決定づけ合うという関係は純粹には見い出せないとすれば、この場合に謀議による共同発起者の成立を認めることは *Feuerbach* の見解と一致するものではなく、(少なくとも公式

113) Anmerkung zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern nach den Protokollen des königlichen geheimen Rathes, Bd. I, 1813, S. 164 f. 以下では Anmerkung zum StGB für Baiern と記す。

付言すれば、この公式注釈書を執筆したのは *Feuerbach* ではなく、皮肉にも彼の論敵の *Nikolaus Thaddäus Gönner* であった。Vgl. *Bernd Mertens*, *Gönner, Feuerbach, Savigny: Über Deutungshoheit und Legendenbildung in der Rechtsgeschichte*, 2018, S. 73; siehe auch *E. Schmidt*, Einführung, S. 267.

114) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 165, 166.

115) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 165 f.

116) Vgl. Entwurf zum StGB für Baiern (1810), § 52 (S. 21).

117) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 166 f.

注解書では) *Feuerbach* 説よりも広範な謀議論が想定されているように見受けられる。

次に、このような謀議概念を前提に、51条には量刑に関する規定が置かれ、52条には既遂に至らなかった犯罪では謀議の締結が未遂として処罰される旨の規定が置かれていた¹¹⁸⁾。

51条 謀議の一般的な参加者には、実行された犯罪の法定刑が科される。しかし、このような刑罰が、最も長い期間と最も短い期間に従ってのみ規定されている場合、それぞれの共犯者には積極的な共働の程度の特異性に従って法定の枠内で異なる程度で量定される。

これに対して、謀議の中心人物、すなわち I) 犯罪的な結託を最初に誘致し、これを成就させた者(教唆者)や、これと同様に II) 犯罪の遂行について計画を立てた者、ないしは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。

52条 既遂に至らなかった犯罪では謀議の締結は未遂として、すなわち、その実行の遠近に応じて、近い未遂として、もしくは遠い未遂として処罰される。

これらの規定のうち51条は、*Feuerbach* が Kleinschrod 草案の批判において導入すべきとしていた通り、謀議における役割や犯罪実現に対する共働の程度に応じた処罰が想定されている。興味深いのは、公式注解書が51条と各則の犯罪との関係を検討している点である。例えば、国家反逆罪(300条および302条)¹¹⁹⁾のように、すでに謀議の締結が犯罪の既遂である場

118) 原文については、vgl. StGB für Baiern (1813), S. 22.

119) 「300条 第一級および最上級の国家反逆罪は内乱罪であり、以下のことを通して実行される。

I. 国家元首の人的安全性に対する攻撃を通して実行される。これには、以下の二つの場合がある。

1) 臣民が国王の神聖な人格に対して、国王を殺したり、捕まえたり、敵の権力に引き渡したりするために攻撃を加えた場合。 ↗

合、すべての謀議者はその犯罪の刑罰に処されるが、教唆者は、彼らが入り込む限りで最も重い程度に当たり、加重的に処罰される¹²⁰⁾。また、例えば、謀議された暴動の際に強盗や放火、殺人、強奪を実行することが合意されていたという場合、いずれかの者が直接その実行に関与していないのかどうかを問わず、全ての謀議者は、合意され実行された犯罪の共同発起者として死刑に処される¹²¹⁾。これに対して、合意された犯罪の実行に

ⅴ2) 前述の犯行のいずれかを実行するために、暴動（Aufbruch）が惹き起こされ、国内での謀議もしくは外国との結合が行われた場合。

II. 国家の独立に対する攻撃を通して実行される。これには、以下の二つの前提が存在する。

1) 臣民が、王国を他の国家に併合するために、もしくは従属させるために、または王国に向けられた外国政府の計画を庇護するために、謀議を唆したり、外国と結合したり、暴動を惹き起こしたり、ないしは同様の意図でそのような反乱のための結合に関与した場合。

2) 臣民が、王国に対する突発的な戦争へと敵国をはっきりと勧誘し、もしくは敵国に、敵意ある意図で、戦争への誘因や口実、もしくは機会を与えた場合。

III. 体制に対する攻撃を通して実行される。

——臣民が、存続する国家の体制を暴力的な革命によって変更するため、または合法的な主権者を政府から引き離すため、もしくは統治権を有する一族を排除するために、ないしは体制に則った王位継承の秩序を変更するため、謀議ないしはそのほか背信的な結合に関わり合い、暴動を唆し、もしくはそのような目的の遂行のために王室の人間に力づくで攻撃を加えた場合」。

「302条 第二級の国家反逆罪の罪に問われるのは、以下のような臣民である。すなわち、I. 何かしらの方法で国家の一部を全体から引き取るために暴動を惹き起こし、または国内での謀議や外国人との結合に関わり合った臣民、II. 彼の協力なしに発生した戦争に際して、都市、要塞、間道（Pässe）、防衛拠点を背信的に敵に引き渡した、もしくはこれらの者のそのような引き渡しや奪取を生ぜしめた臣民、III. 戦争状態が発生した後敵側に移り、祖国やその同盟国に対して武器をとった臣民、IV. いかなる方法であろうとも、戦時に意図的かつ任意に助言もしくは所為をもって敵を援助したり、諜報員として敵に尽力したり、作戦計画や要塞の設計図を伝達したり、軍用倉庫の秘密を漏らしたり、兵員や武器、糧食、弾薬類の運送によって敵を支援したり、兵士を反乱や逃走、寝返り、その他の背信的行為へと唆したりした臣民」。いずれについても原文は、vgl. StGB für Baiern (1813), S. 116 f. u. S. 118 f. 訳語については、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典（IV）」龍谷法学3巻3・4号（1971年）385頁以下を参照した。

120) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 167 f.

121) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 168.

際して、それ自体として謀議の行為とは考えられない行為が起きた場合、教唆者や首魁は、特に強盗罪と反乱の場合(240条と322条)¹²²⁾、犯罪と刑罰の程度を高める行為に直接共働していなくとも、実行された犯罪の重さに従って処罰される一方、謀議の一般的な参加者は、行為を通して合意された犯罪を実現したという限りでその刑罰に処されるが、彼が所為もしくは要求(321条)¹²³⁾を通してその実行に自ら関与した限りでのみ、実行の際に起きた加重的な犯行に対して可罰的となる¹²⁴⁾。

122) 「240条 強盗集団の先導者や頭目は、第三級もしくは第四級の強奪行為(Räubereien)が犯罪集団によって実行された場合には死刑に処せられ、それに加えて鎖刑が宣告される。

強盗集団の残りの構成員、つまり幫助者ならびに犯人援助者の処罰に関しては、犯罪集団や幫助者、犯人援助者などに関する一般法規が適用される。

「322条 最上級の騒乱(Tumult)における教唆者および首魁は、I. 謀殺や故殺、強盗、放火が発生した場合、彼らが自らそのような犯罪を明白に要請したか否かにかかわらず、死刑に処せられる。II. 321条2号に示された犯罪のひとつが騒乱の中で実行された場合、無期の懲役刑か、もしくは事情に応じて鎖刑に処せられる。III. 前記の諸事例以外の場合においては、教唆者と首魁は16年以上20年以下の懲役刑を科せられる」。いずれについても原文は、vgl. StGB für Bayern (1813), S. 94 u. S. 127. 訳語については、中川「一八一三年のバイエルン刑法典(III)」龍谷法学3巻2号(1971年)251頁、同・前掲注(119)390頁を参照した。

123) 「321条 反乱の強請さ(Hartnäckigkeit)や大きさが、軍隊の力を実際に使用することを必要とするものであった場合、もしくは群衆が人や物に対して実際の暴力行為に出た場合、一般的な共犯者に関しては、I. 謀殺や故殺、強盗、放火を実行した者、もしくは他人によって実行されたこのような犯罪を暴力的に援助ないしは要求をした者は、死刑を宣告される。II. 公人、その公の奉仕者または命を受けた軍人を暴力的に虐げ、住居や商店、その他の場所で略奪を行い、もしくは他人によって実行されたこれらの犯罪を暴力的に援助ないしは要求した者は、12年以上20年以下の懲役刑を宣告される。III. 公共の建造物や官吏の住居やその他公権に係る不動産に対して、こじ開けたり、暴力的に侵入したり、毀損したりすることで実力を行使した者は、8年以上16年以下の懲役刑を宣告される。IV. 銃もしくは死に至る道具で武装したのもをもって反乱に関与した者、もしくは意図を熟知して、共犯者にそのような道具を共に分け与えた者は、4年以上8年以下の労役所(Arbeitshaus)の刑が宣告される。V. 武装せずに脅迫もしくは侮辱的言辭を通して関与した者は、2年以上4年以下の労役所の刑が宣告される。最後にVI. その他すべての反乱の共犯者は、6月以上2年以下の懲役刑もしくは身体刑(körperliche Züchtigung)が宣告される」。原文については、vgl. StGB für Bayern (1813), S. 125 f. 訳語については、中川・前掲注(119)389頁以下を参照した。

124) Anmerkung zum StGB für Bayern, S. 168 f.

さらに、52条に関して言えば、謀議の締結それ自体がすでに犯罪の未遂であると捉えられており、この点は *Feuerbach* の見解とも *Kleinschrod* の見解とも一致するところである。つまり、謀議それ自体が謀議者を発起者として正規刑で処断する主要点ではなく、犯罪が実行されて初めて謀議は正規刑による威嚇の対象となるのである。もっとも、国家反逆罪のような場合、その犯罪の実行に向けた共同の援助行為の約束づけそれ自体が危険な外部行為と見られるため、各則構成要件の性質上すでに謀議それ自体が既遂とされる¹²⁵⁾。

最後に、53条¹²⁶⁾では、犯罪の遂行時に共働しなかった謀議の参加者は、彼が犯行の遂行より前に謀議を当局に通報した場合にのみ不処罰となると規定されている。ここでは、謀議者は謀議に加わることで、犯罪実行を当局に通報することによって犯罪を未然に防止するという義務を強めるという考えが前提となっており、たとえ謀議の首領に脱退の意思を伝えたとしても、当局に通報しなければ、不可罰とはならないのである。このような不可罰は、脱退者の通報によって謀議が容易に発見しようという刑事政策的な理由にのみ支えられるものではなく、中止未遂に関する原理（58条¹²⁷⁾がこの場合にも妥当するという法的理由にも依拠してい

125) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 169.

126) 「53条 遂行の際に共働していなかった（50条）謀議の参加者は、彼が犯行の遂行より前に謀議を当局に通報した場合にのみ不処罰となる。

しかし、謀議の参加者が当局に通報せず、謀議のその他の参加者もしくは首領に、自身はこの結合にもはや関与したくない旨を言語ないしは行為を通してはっきりと説明したが、それにもかかわらず犯罪が他の者によって実行された場合、彼は単に幫助者として、事例の相違に応じて処罰される」。原文については、vgl. StGB für Baiern (1813), S. 22 f.

127) 「58条 行為者がその遂行に関して、外部的妨害のためや、または無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情または処罰に対する怖れによっても、その実行を見合わせた場合には、その未遂は全ての処罰を免れる。ただし後者に挙げた内的心情は推定されない。

確かにその遂行を任意に、しかし他の時間に、他の場所で、他の者に関して、または他の手段で犯罪を実行する意図で断念した者は、その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰される」。原文については、vgl. StGB für Baiern (1813), S. 22 f. 訳

た¹²⁸⁾。

以上見てきた通り、バイエルン刑法典における謀議概念は、その多くを *Kleinschrod* と *Feuerbach* との議論に依拠したものであった。すでに述べた通り、バイエルン刑法典は19世紀ドイツの領邦法典の立法に強い影響を与え、同様の謀議規定が多くの領邦法典において姿を現すこととなった。この点につき *Mittermaier* によれば¹²⁹⁾、例えば、ヴェルテンベルク王国刑法典(1839年)78条¹³⁰⁾は、二人もしくは複数人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定した場合に謀議を認め、ハノーファー刑法典(1840年)57条¹³¹⁾も、複数人が共通して目的とされ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を認め、バーデン大公国刑法典(1845年)125条¹³²⁾もほぼ同様の謀議規定を置いていた。さらにはヘッセン大公国刑法典(1841年)74条¹³³⁾は——「複数人の協働はまだ犯罪の概念に属さない」という一節が加えられているが——共通して目的とされた犯罪の遂行のための複数人の合意は、結果の帰責に関して、以下のような作用を有するとする。すなわち、「共に目的とされた犯罪の遂行のための複数人の合意の結果、犯行の前または犯行の際、犯行後に共働した共犯者、もしくは遂行時に居合わせることで共働についての用意を示した共犯者はみな、法定の枠内でその責任に応じ、このような犯罪に向けて設けられた刑罰に処せられる」と規定していた。このような立

ㄨ語については、野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂・2012年)211頁を参照した。

128) Anmerkung zum StGB für Baiern, S. 170.

129) *Feuerbach*, Lehrbuch, Hrsg. von *Mittermaier*, 14 Aufl., §47 Note II des Herausg. (S. 91); *Fabian*, Verabredung, S. 10.

130) Vgl. *Melchior Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. 1, 1858, IV: Württemberg, S. 38. 以下では、*Stenglein*, Sammlung I と記す。

131) Vgl. *Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. 2, 1858, VI: Hannover, S. 36. 以下では、Vgl. *Stenglein*, Sammlung II と記す。

132) Vgl. *Stenglein*, Sammlung II, VIII: Baden, S. 49 f.

133) Vgl. *Stenglein*, Sammlung II, VII: Hessen, S. 50.

法論の趨勢に対応して、謀議論の「頂点」¹³⁴⁾と称される *Feuerbach* の見解も有力化していくこととなるが¹³⁵⁾、他方で多くの批判にも晒されることとなった。

四. 従来の謀議論に対する批判

(一) *Schirach* の批判

ここでは *Kleinschrod* や *Feuerbach* らの従前の謀議論に対して批判を提供した論者として、まず *Schirach* の批判内容と彼の謀議論¹³⁶⁾を検討す

134) Vgl. *Schütze*, Die nothwendige Theilnahme, §36 (S. 210).

135) *Feuerbach* と同様の見解として、例えば、*Carl Augst Tittmann*, Ueber die Darstellung der Lehre von den Urhebern und Gehülphen in einem Strafgesetzbuche: Ein Beitrag zur Strafgesetzgebungslehre, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, St. 3, 1818, S. 376 は、少なくとも各人は他人の委任を受けて行為しており、わずかにしか活動しなかった者でも委任者と同等の帰責を有すると主張していた。また、*Eduard Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Erster Theil, 1823, S. 276 は、犯罪の遂行時に謀議者が居合わせることを必要とするが、ただ居合わせるだけでも、他の者を勇気づけているという点で、物理的・知的共犯の混合事例が存在すると述べている。より鮮明に *Feuerbach* の見解の影響を見て取れるのは、*Bauer* の見解である。すなわち、謀議の特別な可罰性は、結合した複数人の力から容易に身を守ることができないという点に存し、また個別の共犯者に目を向けるならば、各人は、他の者が彼の共働を当てにすることを通して犯行への決意を決定づけており、それゆえ知的発起者とみなされると論じている。Vgl. *Anton Bauer*, Entwurf eines Strafgesetzbuch für das Königreich Hannover: mit Anmerkungen, 1826 Art. 69 (S. 481). さらに、*C. Cucumus*, Ueber den Unterschied zwischen Complot und Bande: Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfs des Strafgesetzbuches, München 1831, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 14, St. 1, S. 1 も、「犯罪実行に加担することを相互に約束することにより、各人はその共働の仕方を問わず、他人との関係において知的発起者とも見られる。つまり、謀議の教唆者が最初に犯罪実行を目論み、その後時の経過とともに仲間が募られていったという場合、相互共犯と援助の約束は、各人を犯罪的故意に決定づけるものであり、それなくしては誰も犯行実行をしなかったであろう」と述べている。同書につき、以下では *Bauer*, Anmerkungen (1826) と記す。

136) 本文での言及は割愛するが、*Schirach* も *Kleinschrod* や後述の *Stübel* (旧説) と同様、*Böhmer* や *Quistorp* のように黙示の謀議を認める立場を批判した。すなわち、団体 (Gesellschaft) は加入者なくして形づくられないのと同様、犯罪を目的とする団体である謀議も結託者の明示的な意思表示なくして成立しないとする。ゆえに、各謀議者の根底

る。

はじめに *Schirach* の謀議論を明らかにしておこう。*Schirach* によれば、謀議の対象を形成するところの犯罪は結託者全員の目的であり、ゆえに共通の犯行を実現することに対する直接的な利益関心は、契約によって発起者と結びつく幫助者 (*societas ex compacto*) を謀議による共働発起者から区別するという。すなわち、そのような幫助者は、犯行の現実化に対する直接的な利益関心を持たず、彼の目的は主に他人の因果の促進に向けられているため、共同結託者とは異なると考えられた¹³⁷⁾。

では、なにゆえに謀議は危険と考えられ、ゆえに重い可罰性を有するのか。この点について、*Schirach* は以下のように回答した。すなわち、期待された共働の約束は、各人における違法な原動力を強化し、そうでなければ彼が有しないであろう大胆さを与える。また、結託者の協力の期待は、そうでなければおそらく決意を後悔したであろう者や、決意された犯行への途を引き返すことのできた者において悪しき故意を強めると¹³⁸⁾。それゆえに、謀議の可罰性とその本質は犯罪の惹起に向けた契約、つまり、提供されるべき援助を相互に約束づける点にあると考えられた¹³⁹⁾。

このように見る限り、*Schirach* の謀議論それ自体は、従前の議論を越えるものではない。しかし、*Schirach* は、*Feuerbach* のように協力の期待にすべてを繋げることを批判する。すなわち、確かに犯罪発起者は協力の期待からさらなる大胆さや野蠻さを得るがゆえに、立法が謀議の参加者を同程度の可罰性に置く根拠ではあるが、それだけが犯罪的な結合の本質

ゝにある契約の本質にのみ着目すればよく、結託者が自らの意思を口頭で表明したのか、文面で表明したのか、それともその他の手段で表明したのかということは問題ではない、共犯者らの契約に合致した関係が実行された犯行の諸事情から判明するならば——犯罪者の沈黙を顧慮せずとも——その締結が認められるとする。Vgl. *Wilhelm von Schirach*, *Entwicklung der Lehre vom Komplott*, in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 1, St. 4, 1817, S. 517 f. 以下では、*Schirach*, *Entwicklung* と記す。

137) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 520.

138) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 521.

139) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 525 f.

を形成するわけではないと言う¹⁴⁰⁾。というのも、謀議者の一人がすでに犯罪実行の決意や大胆さを持っている場合があるからである¹⁴¹⁾。ゆえに、単なる契約だけでは準備行為（Conat）を根拠づけるにすぎず、誰かを犯罪の発起者とするためには、さらに何かしら共同結合者の活動が付け加わらなければならないとする。

しかし、*Schirach* は、*Kleinschrod* のように各結合者が犯罪の中心的行為の実行に本質的に加担することを要求するのは妥当ではなく、共同結合者が自ら手を下したのか否か、自ら手を下したとしてどれほど危害を加えたのかということ、どうでもよいとする¹⁴²⁾。というのも、謀議において表明された意思は犯罪実行をみな目的（Zweck）にする（つまり、共通の直接的な利益関心が生まれる）という点で、そこには主たる役割も従たる役割も存在せず、全員が中心人物として、犯罪を既遂にする行為の遂行のために約束づけられているからである¹⁴³⁾。それゆえ、犯行時や犯行の間に犯行の実存に対して何かしら作用を表出した者は——犯罪が行われている間に見張りをする者や待ち伏せをしていた者でも——みな同様に評価され、つまり、最も小さな加担は最も大きな加担とまったく同一視され、ゆえに契約に合致した特定の援助が約束に従って実際に提供された以上は完全な責任を帰せしめることに疑う余地はないと論じる¹⁴⁴⁾。

140) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 530 f.

141) 例えば、AとBとCとDが強盗もしくは窃盗の共同遂行のために結託したにもかかわらず、BとCとDはAに意思変更を伝えず、姿を現さなかったが、Aは犯罪を一人で実行し、彼らが協力することへの期待が犯行の既遂まで継続したという場合、*Feuerbach* の見解によれば、彼らはみな強盗もしくは窃盗の共同発起者として正規刑で処断されなければならないが、Aは彼だけで犯罪を実行する大胆さと確固たる意思をすでに有しており、3人の仲間の共働に対する期待を通してはじめて犯行に決定づけられたとは言えないであろうと論じる。Vgl. *Schirach*, *Entwicklung*, S. 531.

142) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 521 f.

143) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 520.

144) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 522, 524. この点、たとえ結託者が事前に約束された方法で活動せず、事前に申し出ていなかった別の作用を表出した場合でも、彼は契約に従った協力の期待を別の方法で充たしており、それによって共同発起者をより果敢な犯行へと決定

従って、*Schirach* によれば、結合者全員の可罰性は同一なのであり、刑事立法が謀議の全参加者を犯罪の共同発起者と宣言する場合、重い帰責も軽い帰責も行われず、刑罰法規の下にある犯行は、あらゆる結合者に同一に帰せしめられ¹⁴⁵⁾、その際に法的帰責は段階を有しないとされる¹⁴⁶⁾。もっとも、仮に法的帰責が、共同発起者として同一に有責である結合者らにおいて段階づけを行いうるならば、締結された契約は、事前の合意なく実行された犯罪よりも重い可罰性を認める根拠を提供するであろうという。すなわち、犯罪の惹起のために結合された力の総体は、法的な状態に対する危険であり、謀議の全構成員は、いわば国家の中で国家に反する国家を形成し、あらゆる障害を容易に克服してしまうため、このような危険を刑事立法は、結合者をみな共同発起者として扱い、様々な謀議者の可罰性を区別しないことで対応すると主張したのであった¹⁴⁷⁾。

このように *Schirach* は、共通の利益関心という主観的メルクマールを出発点とした、やや古めかしい(旧 *Feuerbach* 説を彷彿とさせる)謀議概念を維持しながらも、相互の意思決定と協力の期待を重視する *Feuerbach* 説(相互教唆説)や中心的行為に拘泥する *Kleinschrod* 説を批判したのであった。

ゝづけているため、実行された犯罪の共同発起者とみなされるとする。もっとも、事前の約束を果たすことなく、ただ現場に居合わせた謀議者は、犯行前や犯行時にあらゆる作用を控えることによって、事前に根拠づけられた援助の期待を失わせるという場合には共同発起者とはならないと論じている。Vgl. *ders.*, *Entwicklung*, S. 524 f.

145) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 527 f., 528.

146) この点、*Schirach*, *Kritik des ersten von Verbrechen und Strafen handelnden Theils des von dem Herrn Konferenzrath, Oberprokureur und Ritter Freiherrn von Eggers abgefaßten Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuchs für die Herzogthümer Schleswig und Holstein*, 1811, S. 146 f.によれば、ある人間が意識的かつ恣意的に外界における変動の発起者となったことを表明する帰責(外部的な帰責)は、現象界に存在する事実の承認という点に存するものであり、超感性的な世界の対象に向けられた倫理的・内部的な帰責からきわめて本質的に区別され、国家の中で、そして国家を通して刑罰賦課を根拠づける責任への帰属、つまり法的帰責が変わる。つまり、法的な帰責とは人間の思慮分別ある行為を、国家によって宣言され、それゆえ犯罪者自身に知られている刑罰法規に当てはめることであり、それは段階を有しないとされる。

147) *Schirach*, *Entwicklung*, S. 529.

（二）*Stübel* の謀議論における変遷——謀議論の独自性の喪失

次に検討するのは、謀議の本質に最も深く迫っており、鋭い洞察力で謀議論の本質を展開した¹⁴⁸⁾と評される *Stübel* の見解である。*Feuerbach* の相互教唆説に対する最も激しい戦いは *Stübel* に由来すると言われるが¹⁴⁹⁾、当初は *Feuerbach* の見解に近い、より精確に言えば、*Feuerbach* の新説に影響を与えたと思われる理論を提示していた。

1805年の著書における *Stübel* の見解によれば、主としてある者が犯罪へと決定づけられうるのは、一人もしくは複数の他人がこれについて同じ利益関心を有し、彼に共同遂行を確約する場合であり、そのような結託が謀議であるとされる¹⁵⁰⁾。ここでは、犯罪の実行に対する共通の利益関心と他人の共働がなければ、ある者は十分な勇気を持たなかったであろうし、そのような競合 (*Concurrenz*) がなければ、実際の犯罪実行は単に敢行されなかったであろうという事例が前提とされている¹⁵¹⁾。それゆえ、*Stübel* の旧説では——先に検討した *Feuerbach* の旧説と同様——共通の利益関心という主観的メルクマールが重視されていることが窺える。この点、*Stübel* によれば、このような共通の利益関心は結託の際に生じるものであり、結託それ自体や共通の利益関心というものを通して「すべての可能な協力への期待」が生まれる。そして、ある者は他の共同謀議者によって犯罪へと決定づけられるのは、唯一もしくは先ずもって共働の約束や契約を通してではなく、主として（そして直接的には）「すべての可能な協力の期待」を通して為されるとされる¹⁵²⁾。それゆえ、例えば、単に現場に居合わせただけの共同謀議者であっても、彼が居合わせることで、すべての可能な協力への期待を通してすでに生まれていた勇気や大胆さがさ

148) Vgl. *Schirach*, *Entwicklung*, S. 517.

149) Vgl. *Wehrstedt*, *Komplott*, S. 22, Fn. 28.

150) *Stübel*, *Thatbestand*, §61 (S. 74). 付言すれば、*Stübel* は黙示の謀議を認めていない。
Vgl. *ders.*, *Thatbestand*, §61 (S. 75).

151) *Stübel*, *Thatbestand*, §61 (S. 74 f.).

152) *Stübel*, *Thatbestand*, §62 (S. 75 f.).

らに与えられるという点で他の謀議者は犯罪遂行へと決定づけられており、ゆえに彼は共同発起者になるとする¹⁵³⁾。従って、他人の協力への期待を通して犯行が決定づけられていると解する点は、(1808年の教科書第4版以降の) *Feuerbach* の新説に近しく、むしろ *Stübel* の見解が *Feuerbach* の謀議論における客観化・精緻化に影響を与えたと見られるであろう¹⁵⁴⁾。

ところが、1828年の著書では、*Feuerbach* などの従前の見解のみならず、これまでの自説をも鋭く批判していくこととなる¹⁵⁵⁾。まず、第一の批判は、発起者の定義において共通の利益関心を要求することに対して向けられた。すなわち、利益関心という言葉は、通常、他人の出来事に興味を抱くことであり、ある利益関心からある者が何かを為すと述べる場合、それは犯行の際の彼の意図(Absicht)と理解されるべきものであるところ、共通の利益関心から複数人がある犯罪を決意したという場合、犯罪は他の者も有するところの意図もしくは同一の意図から決心されている。しかし、このような語義での利益関心に従えば、例えば、2人の結合者は犯罪を実行しようと意欲していたが、1人は直接に、もう1人は間接的に利益関心を有し、後者は報酬の約束と引き換えに前者と結合したという事例は、直接的な利益関心と間接的なそれは同一ではない以上、謀議概念から排斥されてしまう。つまり、「共通の利益関心から」という文言によって謀議概念は狭くなってしまふことが指摘されたのである¹⁵⁶⁾。

153) *Stübel*, Thatbestand, §64 (S. 78), siehe auch §132 (S. 174, 175 f.).

154) *Feuerbach*, Lehrbuch, 4. Aufl., §46b (S. 49) では、*Stübel*, Thatbestand, S. 74 を脚注 b) に挙げつつ、「各結合者は、他者の期待が既遂となるべき犯行まで続いたことも顧慮すれば、彼が実行に作為的に関与していなかったとしても、既遂となった犯罪の知的発起者と見做される」と論じている。もっとも、脚注 b) では、*Stübel* の見解に全面的に賛成するわけではない旨が述べられている。

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

156) *Stübel*, Theilnahme, §23 (S. 31 f.). それゆえ、動機や意図の相違は謀議の性質を変えるものではないとする。例えば、ある者は建物の所有者に対する復讐心で、またある者はその機会に盗みをはたらくために、第三の者は自己の建物も同時に燃やして火災保険金で

そして、第二の批判は、謀議の締結を通して同意された犯罪の実行に関する決意がすべての結託者に生じたとする見解に向けられる。というのも、各人がすでに特定の犯罪の実行を決意している複数人が偶然か、もしくはは約束に関係しない理由から集まり、意図を互いに打ち明け、犯罪実行の機会や方法、手段について話し合い、相互的な協力の必要性を考慮することなくその共同実行を決意するということが起きうるからである。また、しばしば必要以上に多くの共犯者が集まることもあるが、その場合には各人が他のすべての者の協力を当てにしているとは言えないであろう。さらに、いずれかの者が他の者の協力を当てにして、その期待を通して犯罪の実行に決定づけられたという場合でも、彼らのうちの誰が決定者で、誰が被決定者であるのかということは容易く突き止められない。また、犯罪の共同実行のためにすでに結託した複数人が、自分たちの計画を知っており裏切ることを懸念して、さらにある者を謀議に迎え入れるということも稀ではない¹⁵⁷⁾。

それゆえ、各結合者が共同結合者の協力を当てにしているということを一各謀議者に見出し、何人も他の者の協力を期待することなしにはその時にその事情の下で犯罪を行えなかったであろうということを認めるにしても、それによってある者は他の者を犯罪の実行へと決定づけたとは言えないという。何故なら、謀議を互いに締結した者らは、すでに犯罪の実行を決意しているからである。より精確に言えば、犯罪の実行における協力を確約することは、犯罪を実行するという他人の意思に対する決定事由ではなく、むしろ協力の約束や協力への期待と同様、犯罪を実行するという意思をすでに前提とすると捉えられたのである。ゆえに、結合者らの相互的な協力の約束は、犯罪を実行するという結託者らの意図なくして考えられないと論じられた¹⁵⁸⁾。

↘再び建物を築くために、第四の者は火災の眺めが自らにとって喜びであったために、放火を行う気になったという場合であっても、結合者の全員が放火を意図していた以上、放火のために謀議をした結託者らは有責となる。

157) Stübel, Teilnahme, §24 (S. 33, 34).

158) Stübel, Teilnahme, §25 (S. 35 f.). 付言すれば、すでに犯罪実行の意図を有するはず

以上のような従来の謀議論に対する批判によれば、謀議概念においては「共通の利益関心」や「相互の意思決定」というメルクマールではなく、犯罪を実行するという意図が重要視される。しかし、このような「意図」は共同発起者（もしくは共同正犯¹⁵⁹⁾）の概念にとつては重要ではないとされる。というのも、Stübelは、発起者一般の定義において行為者の意図や故意を要求する通説は、「犯行それ自体の帰属」(Zurechnung der That an sich)と「刑罰への犯行の帰属」(Zurechnung der That zur Strafe)¹⁶⁰⁾を混同していると考えたからである。すなわち、Stübelによれば、前者は——行為者の意思が犯行に向けられているのかどうかを顧慮せず——犯行(Tat)と行為(Handlung)との因果関係を基準として、犯行として問題となる現象の原因がある者の行為に存在するかどうか客観的に判断する段階であり、そのような帰属を根拠づける者こそ発起者（もしくは正犯者）であると主張されたのである¹⁶¹⁾。それゆえ、これに対応して、共同発起者（もしくは共同正犯）の概念にとつても、行為者の意図は重要ではなく、ゆ

ゝの者が、自らの意図の遂行のために1人もしくは複数の他人との謀議を通して誘致されたと見る根拠は、彼は他人の協力なくして犯罪を実行しえなかったと見るから、もしくはそのような犯罪を実行する勇気がなかった彼に他人が必要な勇気を与えたと見るからであろうが、ある者が他人に何かしらのために勇気を与えることによって犯罪の意図は、決定づけられているのではなく、ある者が彼に犯罪実行のために道具を与えた場合と同様、促進されているにすぎないとも指摘される。Vgl. ders., *Theilnahme*, §25 (S. 36 f).

159) この点、Stübel, *Theilnahme*, §12 (S. 8 f.)によれば、犯罪とは意味世界における変化をもたらす行為であり、そのような外部的な意味に向けられた変化が犯行(Tat)となるのであり、その主体は行為者(Täter)と呼ばれるということ踏まえ、「神は万物の創造主(Urheber)である」という言い回しからすれば、発起者は結果に関連づけて用いられる言葉であるため、窃盗を盗む行為、詐欺を騙す行為と理解する限り、窃盗の発起者や詐欺の発起者と呼ぶことはできないため、犯罪の発起者という表現は言語的に誤りであり、従来の「発起者」に代わって「正犯者」という用語を使用すべきとされていた。

160) Stübelの犯罪体系につき、詳しくは、拙稿「犯罪体系論の歴史に関する予備的考察」立命館法学380号(2018年)1519頁以下を参照されたいが、「犯行それ自体の帰属」は、それに基づいて刑罰法規における一定の刑罰が発生するところのすべて事実＝構成要件(Thatbestand)に対応し、これに対して「刑罰への犯行の帰属」は、犯罪の発起者の側での可罰性を根拠づけるところの主観的可罰性に関する決定＝帰責に対応する。

161) Stübel, *Theilnahme*, §13 (S. 11), §27 (S. 41).

えに犯罪を実行するという行為者の意図を前提とする謀議¹⁶²⁾も重要ではないとされたのである。つまり、犯罪実行に向けた事前の結合がない場合でも（それどころか、ある者が他人の共働を何かしら知っているということを欠いて犯罪が実現された場合でも）共同発起者（もしくは共同正犯）は成立するのであり、ゆえに事前の謀議が存在したのか、それとも犯行の際に偶然に会したのかという区別は犯行それ自体の帰属においては全く重要ではなく、刑罰への犯行の帰属においてのみ検討されることとなる¹⁶³⁾。従って、*Stübel* の見解では、「複数人が犯罪の共同実行のために結託したという事例は、理論においても、刑法典の章においても言及に値しない」とされ、これは犯罪を実行するという故意の証明に関する法律上の諸規定においてはじめて言及されると結論づけられたのである¹⁶⁴⁾。

このように *Stübel* は、「犯行それ自体の帰属の段階」では主観的事情を基本的に考慮しない犯罪体系に依拠し、行為者らの意図を前提とする謀議を「刑罰への犯行の帰属」においてのみ顧慮するとした。それゆえ、共同発起者（共同正犯）の判断にとってもはや謀議は重要ではなく（せいぜい責任要素としてしか意味を持たず）、また立法においてもわざわざ明記する必要もないと考えられ、その限りでは、従来の謀議概念の独自性は喪失したように見受けられる。

しかし、ザクセン王国刑事法典（1838年）は33条1項において「複数人が事前の明示的な合意もしくは黙示的な了解（Übereinkunft）に従って共同で犯罪的行為を遂行した場合」¹⁶⁵⁾に等価的共犯の存在を認めた点で、謀

162) 謀議の締結は、同意された犯罪に鑑みれば、そのようは犯罪を実行するという故意を含んでいるとされる。Vgl. *Stübel*, *Teilnahme*, §46 (S. 77).

163) *Stübel*, *Teilnahme*, §46 (S. 75, 76 f.).

164) *Stübel*, *Teilnahme*, §46 (S. 77). 従って、*Stübel* は立法論の章でも謀議による共同発起者（もしくは共同正犯）に関する規定を置いていない。Vgl. *ders.*, *Teilnahme*, §62 (S. 118 ff.).

165) Vgl. *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, nebst einem Realregister und einigen gleichzeitigen damit in Verbindung stehenden Gesetzen und Verordnungen, mit Anmerkungen zum praktischen Gebrauch für sächsische Juristen vom Geheimen* ↗

議による共同発起者の存在を共犯規定から排斥しておらず¹⁶⁶⁾、*Stübel* の見解が立法に直ちに影響を与えたわけではなかった。もっとも、理由は異なるにせよ、謀議概念を法典の共犯の章に規定することに反対する他の論者が登場しはじめていた。例えば、*Mittermaier* は、すべての犯罪における謀議に関する諸原理を立法において打ち立てることは、謀議の全参加者を同じ刑罰で処断することを裁判官に強いるがゆえに、しばしば不当な峻厳さに導いてしまうことを指摘したうえで、「ある法典が処罰に関連して正犯と幫助との間で区別を行う場合、立法者が有無を言わず、いわゆる謀議において再びこのような区別をまとめてしまうことは矛盾である」と主張していた¹⁶⁷⁾。また謀議規定に反対する見解は、プロイセン刑法典(1851年)における諸草案においても現れ、最終的に謀議規定は共犯の章から姿を消すに至ったのである。

では、このような謀議論の趨勢は、周知の通り、19世紀中葉に有力化したヘーゲル学派の共犯論にどう受け止められたのであろうか。所為と意思との媒介的統一体を刑法上の行為と捕らえることを出発点とする、彼らの共犯論は、間接正犯・教唆犯の概念形成には多くを寄与したが、では謀議概念の正当化をどう試みたのであろうか。以下では、この点について概観・検討していくこととする。

↘ Justizrath Dr. Gross, 1838, Art. 33 (S. 33). 付言すれば、*Stübel* が中心となって起草した1824年草案においても、謀議による等価的共犯は規定されており、*Stübel* 自身はこの後に見解を変更したものと見受けられる。Vgl. *Stübel*, Entwurf eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1824, §43 ff. (S. 15 f).

166) Vgl. *Jacquin*, Die Teilnahme, S. 4 f.

167) 例えば、*Mittermaier*, Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung, mit besonderer Rücksicht auf die neuesten Entwürfe, insbesondere für das Großherzogthum Hessen, für den Kanton Bern und Kanton Thurgau, Archiv des Criminalrechts Neue Folge 1839, St. 4, S. 554; dementsprechend *Ferdinand Carl Theodor Hepp*, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechts-Systeme: ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungs-Wissenschaft, 2. Abt., 1844, S. 324.