

ドイツ刑法における 重罪合意罪の制定経緯に関する小考

安 達 光 治*

目 次

1. はじめに
2. 1871年刑法
 - (1) 謀議不処罰の背景
 - (2) 個別犯罪としての謀議処罰
3. 第2次世界大戦前の刑法改正草案
 - (1) ワイマール共和制時代の規定の概要
 - (2) 合意の一般的処罰の根拠
 - (3) ナチス政権時代
4. 結びに代えて

1. はじめに

現行ドイツ刑法30条2項（以下、現行ドイツ刑法については、単に「刑法」と表記する。）は、その第3選択肢として、重罪（Verbrechen）¹⁾の実行ないしはその教唆につき他人と合意する（verabreden）行為を、当該重罪の未遂罪に関する規定に従って処罰することを定めている。本罪は、重罪の教唆未遂罪などとともに「関与の未遂（Versuch der Beteiligung）」として刑法30条に規定されているのであるが、両者の性格及び出自は異なる。犯罪

* あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

1) 重罪とは、法定刑の下限として1年又はそれを超える自由刑が定められている違法行為とされる（刑法12条1項）。

の性格に関して言うと、重罪の教唆未遂は、ある者に重罪の実行を教唆したところ、それが拒絶され、ないしはいったん了承するも後に翻意するなどして実行にならなかった場合をいう。他方、重罪の合意は、複数の者がその実行(刑法30条2項第3選択肢の規定によると、それに加えて、重罪の教唆)について、互いの意思が合致することを意味する。

出自については、重罪の教唆未遂罪と異なり、重罪合意罪は謀議罪(Komplot)に由来するものである。そして、謀議(Komplot)概念そのものは、もともとドイツ法にあったものではないが、普通法時代には、共同計画に基づく謀殺の実行につき、その加担者をすべて実行者と同様に処罰するための理論的根拠付けとして用いられてきた²⁾。犯罪の合意が「謀議罪」として独立して処罰されるのは、19世紀のいくつかの領邦(ラント)刑法典においてである³⁾。しかしながら、1851年のプロイセン刑法典では、内乱の罪(Hochverrat)に関するものは例外として⁴⁾、謀議罪の規定は設けられなかった⁵⁾。それは、ドイツ統一に合わせ、プロイセン刑法典の

2) Marianne Fabian, Die Verabredung zum Mord nach § 49 b RStGB, 1926, S. 3 ff. この点、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(一)」立命館法学268号(2000年)1409頁以下では、カリナ刑法典148条の謀殺ないしは故殺における統一的正犯概念につき、「謀議論(Komplottheorie)」が理論的な基礎付けの役割を果たし、後にこの考え方は謀殺だけでなく、謀議に基づく重罪一般へと拡大することで、主観的共犯論の展開に寄与したことに言及した。

3) 謀議罪に関する近時の歴史的考察として、市川啓「19世紀ドイツにおける謀議概念に関する一考察(1)(2・完)」立命館法学383号121頁以下、384号649頁以下(2019年)。

4) 内乱謀議罪について定める1851年プロイセン刑法典63条1項の規定は、以下のようなものである。

2名又はそれを超える数の者が、内乱の企ての実行について合意したときは、62条所掲の行為の開始に至っていないと、5年以上又は終身の重懲役(Zuchthaus)に処する。

5) 1827年草案以降のプロイセン刑法典制定過程における謀議罪規定の取扱いについては、市川・前掲(注3)立命館法学384号668頁を参照。同679頁以下では、1845年草案48条の謀議罪規定につき、枢密院直属委員会における審議の過程で、同草案42条における可罰的未遂の概念規定を放棄する判断がなされたことに伴い、謀議ないしは合意の処罰も裁判官の裁量により可能となることから削除する旨決定され、1846年草案では削除されるに

後に起草された北ドイツ連邦刑法典及び1871年ドイツ帝国刑法典（Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RGBl. 1871, S. 127). 本法の施行は1872年1月1日。以下では、「1871年刑法」と呼ぶ。）でも同様であり、1871年刑法は、83条の内乱謀議罪を除いて、謀議を処罰する規定を欠いていた。これに対し、重罪の教唆未遂罪については、1871年刑法において規定を欠いている点は謀議罪と同様であるが、1876年の刑法改正（RGBl. 1876, S. 39）において、重罪遂行の要求罪として、その申出罪及び申出の受入罪などとともに、49条aとして創設された⁶⁾。その際に、謀議罪ないしは合意罪が付け加えられることはなく、1922年に謀殺合意罪として49条bが挿入され、総則規定として部分的に処罰されることとなったのを除き⁷⁾、1943年の刑法改正により、重罪合意罪が49条aに規定されるに至るまで、包括的な処罰規定は設けられなかった。その後、1943年改正によって刑法49条aに挿入された重罪合意罪は、1953年の刑法改正及び1975年施行の刑法総則全面改正でいくつかの修正を受けた後、冒頭のとおり、現行刑法30条2項第3選択肢に規定される類型となっている。

もっとも、1943年改正以前には、いくつかの刑法草案が起草され、そこには謀議罪ないしは合意罪の規定も存在する。この点から見ると、1943年改正における重罪合意の一般処罰規定は、唐突に登場したものではなく、それ以前の改正草案の延長上に設けられたものとの見方もあり得よう。そこで、本稿では、1871年刑法における謀議罪ないしは合意罪に対する考え

↘至ったという経緯が紹介されている。なお、その後の草案では、未遂の概念規定が復活するが、それにもかかわらず、謀議罪規定は削除されたままであった理由については、「いまだ実行の開始に至っていない、つまり準備行為にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することは不可能である」とされる（同683頁）。後に述べるが、この場合、1845年草案以前にはあった謀議罪の独立した処罰規定をあえて設けない実質的な理由が問われるであろう。

6) 本罪の創設に係る1876年刑法改正の経緯及び改正時の論議について、安達光治「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（2018年）1747頁以下を参照。

7) 1922年の刑法改正及び刑法49条bに関するその後の経緯については、安達・前掲（注6）1750頁以下を参照。

方について、いくつかの推測も交えながら概略を述べ(2.)、第2次世界大戦までに起草された主な刑法草案における謀議罪ないしは合意罪の規定を辿ることで(3.)、現行刑法総則における重罪合意罪の規定に関する経緯の一部を概観することとする。

2. 1871年刑法

(1) 謀議不処罰の背景

現行刑法の前身である1871年刑法では、前述のとおり、83条の内乱謀議罪⁸⁾を除いて、謀議の処罰規定は設けられなかった。1871年刑法が謀議罪の一般的規定を欠いている理由について、「今日の法学は、遂行された犯罪を個別の者に帰属することができるのは、所与の事案において正犯、教唆、幫助の概念が実際に個別の者の態度によって実現された限りにおいてのみであり、更に、実行の着手が存在しない限り、未遂ということができないことを確たるものとしている」⁹⁾という v. Liszt の指摘に見られるように、共犯及び未遂犯に関する総則規定との理論的整合性の維持が想定される。Bernier は、「謀議をすでに未遂として扱う場合には、首尾一貫した理論にはならない」¹⁰⁾と云うが、これは、制定法上、未遂が実行の着手を前提とすることからの理論的帰結と言えるであろう¹¹⁾。すなわち、1871年

8) 内乱謀議罪について定める1871年刑法83条1項の規定は、以下のようなものである。

複数の者が内乱の企ての実行について合意したときは、82条による可罰的行為の開始に至らなくとも、5年以上の重懲役又は同期間の城塞禁固(Festungshaft)に処する。

9) Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 21. und 22. Aufl., 1919 (zitiert aus Nachdruck von Keip Verlag, 1997), S. 207.

10) Albert Friedrich Bernier, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 5. Aufl., 1871 (zitiert aus Nachdruck von Keip Verlag, 1996), S. 189 (Fn. 1).

11) 1871年刑法43条1項は、未遂の概念規定として、「重罪又は軽罪の実行の着手を含む行為によって、当該重罪又は軽罪を犯す決意を実際に示した者は、その意図されている重罪又は軽罪が既遂に至らなかったときには、未遂犯として罰する。」と定める(翻訳に際して、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料397号 ドイツ刑法典』(1967年)26頁を参

刑法は、その原初的形式においては、各則の構成要件を実現する者以外の者の可罰性は、原則的に、(広義の)共犯としての関与と未遂に限定されており、未遂は実行の着手を前提とする以上、それ以前の段階でなされる謀議に独自の可罰性が認められる余地はなかったといえる。また、「実行されなかった謀議の不可罰性は、共同正犯概念の勝利と結び付いているものであった」¹²⁾との指摘もある。もとより、謀議単体の処罰と共同正犯概念の導入は別の事柄であり、まさにドイツの現行刑法がそうであるように、両者は並立し得るが¹³⁾、実行の着手を未遂の前提とする立場からは、犯罪の謀議についても、それが共同実行に至ってはじめて可罰性を有するということであろう。

その場合、1871年刑法がそのような立場を選択した理由ないし背景が問題となる。これにつき、Fabian は、謀殺合意罪(1871年刑法49条b)に関するモノグラフィーの中で、「個人は、国家の権勢(Machtsphäre)が介入することを許さない不可侵の権利領域を備えており」、その最上位の要請は「心情の自由(Freiheit der Gesinnung)」にあるとするリベラリズムに言及する¹⁴⁾。1871年刑法及びその前身となるプロイセン刑法典並びに北ドイツ連邦刑法典が起草され、成立した1850年代から1870年代初頭までの時代は、刑法におけるリベラリズムと(未遂や共犯などにおける)客観的理論が隆盛をふるっていたという時代背景が指摘される¹⁵⁾。これに対し、Fabian は、合意罪の歴史的概観において確認すべき点として以下の3点を指摘する。「第1に、合意罪は、主観的な刑法理論が法的生活を支配す

↘考にした)。実行の着手論の沿革に関する近時の研究として、東條明德『実行の着手論の再検討(1)～(4)』法学協会雑誌136巻1号189頁以下、同3号739頁以下、同7号1651頁以下、同9号2019頁以下(2019年)。

12) Klaus Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung – Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, 1972, S. 104.

13) Letzgus, a.a.O. (Fn. 12), S. 104 も、前記の指摘に続けてこのことを認めている。

14) Fabian, a.a.O. (Fn. 2), S. 9.

15) Vgl. Fabian, a.a.O. (Fn. 2), S. 15.

る場合にのみ役割を発揮することができること、第2に、政治的リベラリズムは主観的な刑法理論とおおよそ相容れないこと、第3に、刑法は、時代の大きな流れと無関係ではいられないこと¹⁶⁾である。

1871年刑法が謀議罪の一般規定を欠いていたのが、リベラルな当時の時代思潮によるものであるとするならば、リベラルの退潮とともに、謀議罪をはじめとする実行の着手前の行為を対象とする犯罪類型が姿を現すことにもなる¹⁷⁾。実際にそれは、はしがきでも触れたように、1871年刑法の公布からわずか5年後の1876年に、ビスマルク暗殺計画事件にかかわって生じたベルギーとの外交問題を機縁として起こったのである。すなわち、1871年刑法49条a（重罪の要求及び申出罪—いわゆる Duchesne 条項）の創設である¹⁸⁾。

(2) 個別犯罪としての謀議処罰

謀議罪ないしは合意罪についても、v. Liszt が「立法は、合意と結合を独立の犯罪として処罰するか、あるいは刑の加重事由として用いる裁量をとどめている」¹⁹⁾と指摘するように、1871年刑法83条の内乱謀議罪のみな

16) *Fabian*, aa.O. (Fn. 2), S. 16.

17) Vgl. *Fabian*, aa.O. (Fn. 2), S. 15.

18) Jost-Dietrich *Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB, 1964, S. 47 ff. 安達・前掲（注6）3頁以下も参照。その際に創設された条文は以下のようなものである（翻訳は、同6頁による）。

49条 a

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

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

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

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

19) *v. Liszt*, aa.O. (Fn. 9), S. 207.

らず、同法の制定の前後から、個別の犯罪として登場してきている。先に取り上げた Fabian のモノグラフィーは、そのようなものとして、1869年7月1日の団体関税法、1872年6月20日の軍刑法、1872年12月27日の船員規則、1884年6月9日のスパイ防止法及び同日の爆発物法²⁰⁾、並びに1914年6月3日の軍事秘密の漏洩に関する法律を挙げる²¹⁾。

さらに、1922年の改正では、同年7月21日の共和制の防衛に関する法律 (Gesetz zum Schutze der Republik (RGBl. 1922, S. 585))²²⁾によって謀殺合意罪 (Verabredung zum Mord) が49条bとして初めて刑法総則に挿入されたが、それは、当時のワイマール共和国の要人に対する暗殺行為、とりわけ同年6月24日に起こった現役の外相である Walther Rathenau の暗殺事件を決定的な機縁としていた。なお、その時に創設された49条bの条文は、以下のようなものである²³⁾。

49条b

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

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

20) 因みに、わが国の爆発物取締罰則 (明治17年12月27日 太政官布告32号) も、同年に制定されたものである。本罰則は、爆発物使用の共謀 (3条) を定めるが、両者の関係性はともかく、同じく爆発物に関する共謀の処罰について規定する日独の法規が同年代に制定されたことは興味深い。

21) *Fabian*, a.a.O. (Fn. 2) S. 15.

22) 安達・前掲 (注6) 1753頁では、本法を「共和国保護法」と訳したが、実質に鑑み、本文のように修正した。法文の訳については、同1753頁以下 (注17) を参照。

23) 訳文については、安達・前掲 (注6) 1754頁による (若干訳語の修正を施している)。

このように、1943年の改正までは、少なくとも現行法上、謀議罪は個別の犯罪に対するものにとどまっていた。これに対し、1910年代以降、とりわけワイマール共和制時代及びナチス政権時代の刑法草案においては、重罪についての合意の処罰規定が盛り込まれている。これらの草案を経て1943年改正に至っているという経緯に鑑み、次章においてこれにつき概観する。

3. 第2次世界大戦前の刑法改正草案

(1) ワイマール共和制時代の規定の概要

ワイマール共和制時代の刑法草案においては、謀議罪は徒党罪 (Bande) とともに、各則に規定が設けられていた。たとえば、共和制時代最初期のものである1919年草案の謀議罪の規定は以下のようなものである²⁴⁾。

232条 謀議及び徒党

他人と重罪について合意した者は、軽懲役 (Gefängnis) に処する。

他人と重罪の継続的な遂行のために結合した者は、個別においては未だ確定していなくとも、前項と同様の刑に処する。

当該重罪を任意に阻止し、又は官庁への通報によってその防止を可能にした者は罰しない。

1919年草案では、このように謀議罪の規定は、犯人庇護罪 (Begünstigung) や処罰妨害罪 (Strafvereitelung) などとともに各則13章「犯罪 (Straftat) の予備・犯人庇護・処罰妨害の罪」に置かれている。また、当時の現行法49条 a に相応する重罪の要求及び申出罪も、231条の罪として、同様に本章に規定されている。すなわち、1919年草案は、謀議を重罪の教唆未遂・申出の罪と合わせて、各則上の犯罪に位置付けているのである。

24) 条文については、Werner *Schubert*, Jürgen *Regge* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts I. Abteilung, Weimarer Republik (1918-1932)* Bd. 1, 1995, S. 56. 以下のワイマール共和制時代の草案についても、本書に拠っている。

このような対応は、その後起草、公表された1922年草案²⁵⁾、1925年草案²⁶⁾、1927年草案においても基本的に同様である。もっとも、1927年草案では、各則第13章「可罰的行為の予備・犯人庇護・処罰妨害」との位置付けは変わらないものの、犯罪の名称を示す用語として、「謀議」に代えて「合意」が使われ、徒党とは別個に規定されている点で、それまでの草案とは異なる。すなわち、関連する規定は以下のようなものとなっている。

197条 重罪の合意

他人と重罪について合意した者は、軽懲役に処する。

自己の活動を任意に放棄し、かつ当該重罪を阻止した者は、その重罪の合意罪では罰しない。27条3項の規定は、この場合において準用する。

198条 徒党

重罪又は窃盗、詐欺、恐喝若しくは無権限での狩猟ないしは漁労の軽罪の継続的な遂行のために他人と結合した者は、個別において未だ確定

25) 各則第13章「可罰的行為の予備・犯人庇護・処罰妨害」において、重罪の誘致 (Verleitung) 及び申出罪 (181条) に続き、以下のように規定されている。

182条 (謀議及び徒党)

他人と重罪について合意した者は、軽懲役に処する。

他人と重罪の継続的な遂行のために結合した者は、個別においては未だ確定していなくとも、前項と同様の刑に処する。

任意に自己の活動 (Tätigkeit) を放棄し、かつ意図した結果を回避した者は、本条の罪では罰しない。24条2項2文は、この場合において準用する。

本条3項で準用されている24条の規定は以下のようなものである。

24条 (中止犯)

任意に実行を放棄し又は阻止した者は、未遂罪では罰しない。

既遂に属する結果を任意に回避した者も、未遂罪では罰しない。未遂が既遂に至り得ないものであったとき、又はすでに失敗に終わるものであった (fehlgeschlagen war) ときには、行為者がそのことを知らなかった場合に限り、結果を回避する真摯な努力で足りる。

26) 重罪の要求及び申出罪 (182条)、謀議罪及び徒党罪 (183条) とともに、1922年草案と同内容である。

されていなくとも、軽懲役に処する。

計画された犯罪が遂行され、又は未遂となる前に、任意に当該結合から離脱した者は、本条の罪では罰しない。

合意と徒党が切り離されたことは、後にみるように、ナチス政権時代の草案において、合意罪が総則に規定される下地となったようにも見受けられる。

1925年草案227条には謀殺合意罪が、1927年草案251条には殺人合意罪が別途設けられている（また、1925年草案226条には謀殺要求罪が、1927年草案250条には殺人誘致罪がそれぞれ規定されている）。理由書によると、これらは、前述した犯罪行為の要求及び申出罪ないしは誘致及び申出罪、謀議罪ないしは合意罪の刑の加重規定である（法定刑は、いずれも5年以下の重懲役²⁷⁾）。

(2) 合意の一般的処罰の根拠

謀議ないしは合意の一般的な処罰規定を提案するに至った根拠につき、1925年草案の理由書は、合意処罰の一般規定を欠くことは、「現行法の本質的な弱点 (Schwäche)」であり、「国家は、犯罪防止の利益において、犯罪意思がすでに一定の合意にまで濃密化している (verdichtet haben) 場合……に、刑罰権の行使を断念する必要はな」く、「常習犯罪者が問題となる場合、そこでの介入はなお一層必要に迫ったものになる」とする。そして、「現行法の間隙が埋められるならば、警察は従来以上に、計画された犯罪を防止することができるようになる」。こうした処罰の必要性という刑事政策的な根拠に加え、理由書は、計画された犯罪の通報を怠った者は、場合により、いわゆる不通報罪 (1871年刑法139条) で処罰されることがあるのに対し、犯罪計画に関与した者は処罰を免れるという、現行法の矛盾を取り除くことができるという、解釈上の利点も挙げている²⁸⁾。1927

27) Schubert/Regge (Hrsg.), a.a.O. (Fn 24), S. 357, S. 608.

28) Schubert/Regge (Hrsg.), a.a.O. (Fn 24), S. 333, S. 581 f.

年草案の理由書の説明も、この点では同様である。

とはいえ、謀議罪ないしは合意罪は、各則上の犯罪との位置付けであり、当時の現行法である1871年刑法が重罪の要求や謀殺の合意を総則に規定していることと比較して、扱いを異にする点には留意すべきである。もっとも、その理由は未だ明確ではない。なお、重罪の誘致及び申出罪と謀議罪ないし合意罪が、犯人庇護罪や処罰妨害罪などと同じ章に規定されている理由について、理由書は、他人の可罰的行為を促進するという共通のメルクマールを有することに求めている。すなわち、犯罪に直接関与するのではなく、その実行前ないしは実行後の加担行為であるという点で、これらの犯罪は共通性を有している。もっとも、重罪の誘致及び申出罪、謀議罪ないしは合意罪については、対象となる犯罪が結局実行されなかった場合に独立した可罰性を帯びる点において、「促進」は非現実かつ抽象的なものにとどまる。この点では、実行された犯罪への事後的な加担である犯人庇護罪や処罰妨害罪とは異なる。つまり、犯罪が実行されたことを前提とするか否かの点において、両者は区別し得る。後にみるように、1933年の刑法草案以降、重罪の誘致及び申出や重罪の合意は、総則に移されることになるが、その背景の一つとしてこのような相違への考慮があったことも、推測されよう。

(3) ナチス政権時代

ナチス政権時代に公表された1933年草案以降、重罪合意罪は重罪の誘致及び申出罪とともに総則に規定されることになる。1933年草案では、総則第3章「正犯と共犯」に、正犯（直接正犯及び間接正犯）（27条a）、共同正犯（28条）、教唆犯（29条）、幫助犯（30条）、共犯の独立した可罰性（31条）、特別な性質（Eigenschaft）及び関係（Verhältniss）（32条）の諸規定が置かれ、同第4章「可罰的行為の未遂及び予備」として、未遂の可罰性（32条a）、中止未遂（32条b）に続いて、重罪の誘致及び申出（32条c）と重罪の合意（32条d）が規定されている（徒党罪については、従来と同様、各則に

位置付けられている(198条)。重罪合意罪に関する規定は、以下のようなものである²⁹⁾。

32条 d 重罪の合意

他人と重罪について合意した者は、当該重罪の実行を試みた正犯者と同様に罰する。

活動を任意に放棄し、かつ当該重罪を阻止した者は、罰しない。32条 b 第3項³⁰⁾は、この場合において準用する。

当時の現行法では、重罪の誘致及び申出に相応する49条 a、及び謀殺の合意罪を規定する49条 b は、いずれも共犯の章に置かれていた。これに対し、本草案では、これらの規定は予備及び未遂に関する規定として位置付けられている点に特色がある。すなわち、本草案では、これらの犯罪は明確に予備犯罪であると考えられていたと言える。

その後の1934年草案では、未遂に関する章がなくなり、重罪の誘致及び申出罪(30条)、重罪合意罪(31条)は、総則第3章「正犯と共働(Mitwirkung)」に置かれている。本草案では、未遂に代えて、企行犯(Unternehmung)の可罰性に関する規定が設けられたが(32条 b)³¹⁾、重罪の誘致

29) 条文については、Werner Schubert, Jürgen Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts II. Abteilung NS-Zeit (1933-1939) Bd. 1, 1988, S. 7. 以下のナチス政権時代の草案についても、基本的に本書に拠っている。

30) 32条 b は中止犯の規定であるが、その3項の条文は以下のようなものである。

離脱者(Zurücktretenden)の関与なしに犯罪の実行は行われず、又は結果が発生しない場合、離脱者がそのことを知らない限りにおいて、不可罰とするには、実行の阻止又は結果の回避のための真摯な努力で足りる。

31) 企行犯の可罰性(32条 a)の規定は、以下のようなものである。

犯罪を遂行する意思を、法益を直接に危殆化し、若しくは侵害し、又は行為者が表象した事情によると直接に危殆化し、若しくは侵害するような行為によって行動に移した(betätigen)者は、当該犯罪を企行(unternehmen)している。

行為が、行為者によって選択された手段の種類のために、すでにそもそも危殆化又は侵害につながり得なかったときには、裁判所は自由な評価に従って刑を減輕し、又は

及び申出罪と重罪合意罪は、共犯に関する規定（28条、29条）に続くものとして、企行犯の前に置かれており、その意味では、共犯に連なる規定と理解することができる（因みに、続く第4章の表題は「可罰的行為の企行及び予備」である）。そのような位置付けに関する問題に加え、さらに重要と思われるのは、重罪合意罪に、合意の前段階に相当する行為が付け加えられたことである。1934年草案における31条の規定は、以下のようなものである。

31条 重罪の合意

他人と重罪について合意し、または重罪を遂行する真剣な意思（ernsthafter Wille）があることが認識できるような協議（Verhandlungen）に入った者は、その者が当該犯罪に共動した場合に準じて罰する。ただし、その刑を減輕することができる。

犯罪意思の更なる貫徹を、任意かつ最終的に放棄し、かつ追求していた結果を阻止した者は、重罪の合意では罰しない。32条b第2項³²⁾は、この場合において準用する。

合意罪は、複数の者による犯罪遂行の合意が成立することが要件と考えられるところ、本条では、その前段階にあたる、合意に向けた協議に入る行為をも可罰性の領域に含めているのである（ただし、それが真剣な意思に基づくものであることを認識させる必要があるので、明らかに冗談であるような場

ゝ免除することができる。

企行犯には、中止犯に相当する行為による悔悟（Tätige Reue）に関する規定（32条b）の適用の余地がある。規定については、後掲注（32）を参照。

32) 32条b（行為による悔悟）の規定は以下のようなものである。

行為者が、犯罪意思の更なる貫徹を任意かつ最終的に放棄し、かつ追求していた結果を阻止したときには、裁判所は、その限りにおいて刑を減輕し、又は免除することができる。

行為者の関与なくして結果が発生しなかった場合、行為者がそのことを知らない限りにおいて、結果を阻止する真摯な努力で足りる。

合は含まれないという程度の限定はある)。話し合いの最中であっても本罪の対象に含まれ得るとされた点で、処罰範囲の本質的な前倒しの拡張がみられる。そして、この点は、1935年草案、1936年草案、1937年草案、1939年でも同様である。このような処罰範囲の拡張の点につき、1936年草案の理由書は、同草案12条³³⁾に定める犯罪行為の合意罪の創設に関して、以下のよう述べている。

33) 1935年草案12条(犯罪の合意)の規定は、以下のようなものである。

死刑又は重懲役(Zuchthaus)に処されるべき犯罪について他人と合意し、又はかかる犯罪の遂行について真剣な協議に入った者は、当該犯罪が実行された場合に準じて罰する。

裁判官は、刑を減輕することができる。死刑及び終身重懲役を言い渡すことはできない。

11条3項は、この場合において準用する。

本条3項は11条3項を援用し、また同項は10条3項を援用するが、それらを含む本草案10条及び11条の規定は以下のとおりである。

10条 行為による悔悟

正犯者又は共犯者が、開始された犯罪が貫徹されることを、任意かつ最終的に放棄し、複数の者が当該犯罪に関与している場合には、その既遂を阻止したときには、裁判官は、その者の刑を、自由な評価に基づいて、減輕又は免除することができる。

正犯者又は共犯者が、任意かつ真摯に、犯罪の既遂又は結果の発生を阻止しよう努力した場合、その努力ではなく、他の事情により犯罪の既遂又は結果が阻止された場合も、前項と同様とする。

正犯者が、行為の開始により同時に他の法規にも違反する場合、当該法違反が重大なものでないときには、裁判官は、この法違反にも本条の優遇を及ぼすことができる。

11条 犯罪行為の申出

他人に、死刑又は重懲役に処すべき犯罪について申出を行い、又はかかる犯罪についての申出を受け入れた者は、当該犯罪が遂行された場合に準じて罰する。

裁判官は、刑を減輕することができる。死刑及び終身重懲役を言い渡すことはできない。

当該犯罪の遂行を任意かつ最終的に断念し(absehen)、かつ遂行又は結果を阻止した者は、本条の罪では罰しない。行為者が、任意かつ真摯にその阻止のための努力を行った場合、その努力ではなく、他の事情により犯罪の遂行又は結果が阻止されたときも同様とする。本条の優遇の範囲については、10条3項を準用する。

（本草案一引用者補充）12条は、11条と同様の基本思想に基づいている。本条は、死刑又は重懲役に処すべき犯罪につき他人と合意した者を処罰するとしており、生命に対する重罪のみを把握する現行法49条bよりも広い範囲に及ぶものである。しかし、12条は、死刑又は重懲役に処すべき罪の遂行について、真剣な協議に入る者の処罰についても明言することにより、更に歩を進めている。……当該犯罪の遂行について真剣な協議に入るというメルクマールは、犯罪の遂行についての決意が、行為者においてのみ確定しているのに対して、行為者が協議を行う他の者は、犯罪意思を抱いておらず、例えば犯罪計画を暴露することを目的としているような場合でも充足される。当然そのような場合には、犯罪を現実に遂行する意思を持つ者のみが可罰的である³⁴⁾。

ここで問題としている「真剣な協議に入る」行為について、犯罪の暴露や密告など、スパイ行為による場合も想定されていることが目を引く。

ここで言及されている「11条の基本思想」に関し、理由書は、「予備行為に対しても、従来より広範囲にわたり刑法の手段によって禁圧する（bekämpfen）ことは、新しい刑法の闘争的な基本態度に適ったものである」とする。その根拠は、「予備行為にも、犯罪意思はしばしば明確に表れる」からであり、「その禁圧が民族共同体の防衛（Schutz）のために必要」³⁵⁾とされている。要するに、犯罪意思が明確に表れている限りにおいて、ナチスの掲げる民族共同体の防衛の利益においては、予備行為についても早期かつ広範な処罰範囲の確保が求められるということである。それは、1936年草案9条（結果を伴わない共犯）に関する理由書の言葉を借りるならば、「意思刑法の指導的基本思想をこの領域において貫徹させるため

34) Werner Schubert, Jürgen Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts II, Abteilung NS-Zeit (1933-1939) Bd. 2, 1990, S. 20.

35) Schubert/Regge (Hrsg.), a.a.O. (Fn 34), S. 20.

の]³⁶⁾ものである。草案9条では、死刑又は重懲役に処すべき犯罪の幫助未遂までも可罰的とするのであるが(しかも、同条2項による刑の任意減免はあるにせよ、原則的に既遂と同じ法定刑で)、合意の前段階や幫助未遂にまで至る「犯罪に対する防衛線の一般的な前倒し」により「意図された帰結は、国家社会主義の権力保持者が、もはや把握可能な構成要件実現にはなく、行為者の悪しき意思と法敵対的心情のみに着目する刑罰規定を手中に収めることであった」³⁷⁾とされる。すなわち、ナチス刑法を特徴付ける意思刑法の基本思想は、合意罪のような予備犯罪に(も)、極めて先鋭的な形で表れていたと言うことができよう³⁸⁾。

そして、1936年草案にみられる規定が、1943年5月29日の刑法調整令(Strafrechtsangleichungsverordnung (RGl. 57, S. 339))において49条aとして当時の現行法である1871年刑法に挿入されたのである³⁹⁾。

36) *Schubert/Regge* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), S. 17.

37) Wolfgang *Wunsch*, *Entspricht § 49a StGB den rechtsstaatlichen Prinzipien des Grundgesetzes?*, S. 68 f. (本書の発行年は不明であるが、1963年7月31日に博士論文の口頭試問が行われたとあることから、その直後頃に公刊されたものと推定される)。

38) 意思刑法については、vgl. Kai *Ambos*, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, S. 44 ff.

39) Vgl. *Wunsch*, a.a.O. (Fn. 37), S. 69. 改正の趣旨について、安達・前掲(注6)1755頁以下も参照。なお、本指令によって改正された49条aの条文は、以下のようなものである(訳文は、同11頁以下によるが、本稿の表現に合わせ、誤訳に対するものも含めた修正を行っている)。

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

重罪の実行について他人に申出を行い、若しくはその申出を受け入れた者、又は重罪の実行について合意若しくは真剣な協議に入った者も、前項と同様とする。

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

任意かつ最終的に犯罪の遂行を放棄し、かつ実行又は結果を阻止した者は、この規定では罰しない。これは、実行又は結果の阻止に真摯な努力をしたが、その努力ではなく他の事情によりこれに至った場合にも準用される。

4. 結びに代えて

1943年の刑法調整令で創設された重罪合意罪は、1953年の第3次刑法改正法（BGBl. I, S. 755）により、合意に向けて真剣な協議に入るという前段階処罰の類型が取り除かれ、現行法に至っている。合意の前段階類型は、先に見たように、ナチスの意思刑法の特徴を示すものであり、戦後の改正で削除されたのはもっともなことと言えるが、同様に新設された重罪合意罪そのものは、戦後も存続したのである。これにつき、本稿で見たように、重罪についての謀議罪ないしは合意罪の一般処罰規定が、すでにワイマール共和制時代の刑法草案に置かれていたことからみて、合意罪の一般規定そのものは、ナチス刑法に特殊なものとは位置付けられないようにも思われる。

ともあれ、1910年代以降の刑法改正草案における合意罪規定については、概要を示したのみであり、規定が置かれるに至った背景や、1930年代のナチス政権時代の草案における各則から総則への規定位置の変更に関する事情など、なお調査・検討を要する課題がある。本稿では立ち入ることができなかったが、法定刑の問題や中止規定の意味についても、わが国の「テロ等準備罪」のあり方などに徴すると、検討が必要であろう。また、第2次世界大戦後の展開についてもみる必要がある。それゆえ、本稿は重罪合意罪に関する旧稿⁴⁰⁾を補充するものとの位置付けではあるものの、課題も多い。ドイツにおける「共謀罪」研究の完成に向けて更に考究を進めることを約し、教員生活においてひとかたならぬご厚情を賜った市川正人先生、駒林良則先生に本稿を捧げることをお許し願いたい。

* 本稿は科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号 18K01322）の助成による研究成果の一部である。

40) 安達・前掲（注6）論文。