

タイトル	未遂犯と中止犯(7)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 49(3): 575-615
発行日	2013-12-30

# 未遂犯と中止犯 (7)

吉 田 敏 雄

未遂犯と中止犯 (7)

- 第一章 未遂犯
  - 一 未遂犯の意義
    - 1 未遂犯の処罰根拠
      - A 学説の状況
      - B スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
    - 2 オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
      - A 学説の状況
      - B スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
    - 3 スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
      - A 学説の状況
      - B 学説の状況
  - 二 未遂犯の処罰根拠
    - 4 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況
      - A 学説の状況
        - a (純粋)主観的未遂論
        - b 客観的未遂論
          - a a 行為無価値論的客観的未遂論
          - b b 結果無価値論的客観的未遂論
      - B 未遂犯の処罰根拠の検討
- 三 構成要件
  - 1 主観的構成要件
    - a 犯行計画
    - b 決意
    - c 故意
  - 2 客観的構成要件

(以上第47巻第1号)

- A ドイツ語圏刑法学・判例の状況
  - a 形式的客観説（構成要件説）
  - b 実質的客観説
  - c 主観説
  - d 主観的客観説（個人に応じた客観説）
  - e 最近の判例の動向
  - f 部分行為説の具体化（ロクスライン説）
- B 我が国の学説
  - a 主観説
  - b 客観説
  - a a 形式的客観説（構成要件基準説）
  - b b 行為無価値論的実質的客観説
  - c c 結果無価値論的実質的客観説
  - c 折衷説
  - a a 主観的客観説
  - b b 客観的主観説
- C 未遂行為（予備と未遂の区別）
  - a 実行行為
  - b 実行行為に接着する先行行為
  - c 犯罪行為態様別の検討

（以上第47巻第3／4号）
- D 間接正犯
  - a ドイツ語圏刑法学説
    - a a 厳格説（全体解決策）
    - b b 影響力行使説
    - c c 修正影響力行使説
    - d d 区別説
    - e e 一般説
  - b 我が国の刑法学説
    - a a 利用者説
    - b b 修正利用者説
    - c c 被利用者説

- 四 違法性
    - a 結果の帰属
    - b 規範的行為危険
    - c 仮定的適法代替行為
  - 五 責任
    - 一 不能未遂
      - 1 ドイツ語圏刑法学説
        - ① 主観説
        - ② 客観説
        - ③ 構成要件欠如の理論
        - ④ 折衷的主観的客観説（印象説）
      - 2 ドイツ語圏の規定
        - a ドイツ
        - b オーストリア
        - c スイス
      - 3 我が国の刑法学説
        - ① 純主観説
        - ② 主観的危険説（抽象的危険説）
    - 二 不能未遂の可罰性の規準
- （以上第48巻第1号）

二 中止未遂の不適格な未遂犯

a (1) 失効未遂と失策未遂  
失効未遂 失効未遂 (Fehlgeschlagener Versuch) とは、行為者が、自分の追求する結果をその計画の枠内で

- ③ 具体的危険説 (新しい客観説)
- ④ 客観的危険説 (古い客観説 絶対的不能・相対的不能説)
- ⑤ 定型的危険説
- 二 不能性の概念
  - 1 不能性の意義
  - 2 絶対的不能と相対的不能の區別
- 三 不能未遂の原因
  - 1 手段の不能と客体の不能
    - ① 手段(行為)の不能
    - ② 客体の不能
  - 2 主体の不能
- 四 判例
  - (1) 手段の不能
    - a 手段の効果について錯誤があつた場合
    - b 手段の作用について錯誤があつた場合
  - (2) 客体の不能
- 五 幻覚犯
  - (1) 中止犯
  - (2) 中止犯の根拠
    - 一 中止犯の根拠
      - (1) ドイツ語圏刑法の法規定
      - (2) ドイツ語圏刑法学における議論状況
        - a 法律説
        - b 黄金の架け橋説
        - c 褒賞・恩恵ないし称賛説

(以上第48巻第2号)

- (1) 刑罰目的指向説
- e 責任履行説
- f 相殺説
- (2) 日本刑法学における議論状況
  - a 黄金の架け橋説
  - b 法律説
    - a 違法性減少説
    - b b 責任減少説
    - c c 違法性・責任減少説
  - c 総合説(併合説)
  - d 可罰性減少説
  - e 積極的特別予防説
- (3) 中止未遂の減軽・免除の法的根拠と法的性質
  - (1) 中止未遂の不適格な未遂犯
    - a 失効未遂
    - b 失効未遂と失策未遂
    - c 反復のないし継続的行為が可能な場合の失効未遂?
    - d 構成要件外的目的を達成した未遂
    - e 未終了未遂(着手未遂)と終了未遂(実行未遂)の區別

(以上第49巻第2号)

(以上第49巻第3号)

は達成できないと認識するか(正しい認識)、又は、できないものと誤信する(間違った認識)場合のことを云う<sup>(97)</sup>。すなわち、失効未遂は行為者視点から主観的に規定されるのである(「望んでも結果の実現は無理である」)。結果はもはや実現できないのであるから、どの道存在しない結果の発生に対してもはや任意に対抗措置をとることはできないし、実行行為の故意を任意に放棄することもできない。中止未遂は犯罪が既遂に達することの主観的可能性を前提とするところ、失効未遂にはそれが欠如し、したがって、そもそも任意性が問題となる余地がないのである。失効未遂は未遂犯として可罰的である。

失効未遂の類型としては、<sup>(98)</sup>先ず、①予期した行為客体が存在しない場合がある。例えば、掏り目的でポケットに指を突っ込んだが空だったとか、破壊した金庫が空だったとか、強姦目的で背後から襲われた被害者が男だったという場合である。こういった場合、物品の窃取を放棄したとか姦淫を放棄したというのではなく、そもそも窃盗罪や強姦罪の構成要件を充足することができないのである<sup>(99)</sup>。

次に、②用意してある行為手段では結果を招来し得ない場合がある。例えば、拳銃に弾丸が装填されていなかったとか、時限信管付きの爆弾を仕掛けたが故障で爆発しなかったとか、結果を招来するのに必要な道具を持ち合わせていなかったという場合である。道具の用い方を知らないといった場合もある。行為者に望ましい行為をさせようとして被害者に暴行を働くが効果が上がらなかったとか、殺害の目的で毒を盛ったが、被害者がそれに気づいたとか、詐欺の被害者が欺罔を見抜いたという例も考えられる<sup>(100)</sup>。行為者の表象が規準となるから、行為者が実際には弾丸の入っている拳銃をもう撃ちつくしたと考えている場合も失効未遂である<sup>(101)</sup>。行為者が強盗目的で被害者を襲うが、被害者は

その直前に窃盗の被害にあい財布も時計も携帯していないと嘘をついて難を逃れようとしたところ、行為者はこれを信用して、「臆病な窃盗犯」をのしりながら立ち去ったという場合も失効未遂である。<sup>(10)</sup>

さらに、③行為者が無能力になる場合がある。行為者が殺害行為に出たが心筋梗塞によって行動できなくなるとか、強姦犯人が暴行に着手したが性交能力を失ったとか、行為者が強盗目的で被害者を襲ったが、逆襲され意識を失ったとか、逃走されたとか、被害者の予期せぬ抵抗にあいパニックに陥るといった場合である。<sup>(11)</sup>

④具体的な行為目的の達成が事実上不可能だった場合だけでなく、法的に不可能な場合も失効未遂である。例えば、行為者が、その窃盗の未遂の段階で、被害者が同意したと思った場合、占有者の同意は窃盗罪の構成要件該当性を排除するのであるから、すくなくとも、行為者の視点からは、行為を放棄したり結果の発生を阻止したりすることはできない。<sup>(12)</sup>強姦が未遂の段階で、行為者が被害者には性交の同意を与えたという事例も失効未遂である。ここでも行為者の視点から捉えられるのであって、性交の同意があるとの認識があるとき、さらなる行為を放棄するのに必要な強姦を完遂するか止めるかの選択可能性がなくなるのである。<sup>(13)</sup>

次に、結果を生じさせることはできるが、しかし、当初の犯行計画からすると、それが全く無意味になった場合にも失効未遂は考えられる。これは「仕事の基礎の脱落 (Wegfall der Geschäftsgrundlage)」とも呼ばれる。これには二つの類型がある。

⑤行為客体が行為者の期待以下だった場合がある。高額の借金を返済するため窃盗によって大金を得ようとして他人のハンドバッグを窃取したが、そこには数十円しか入っていないから、それをそのまま放置して逃走したという場合、行為者はその小額を窃取することはできるとはいえ、行為者にとりそれはなんらの意味を有せず、「仕事の基礎」が脱落しているのであって、行為者は自己の目的を達成するためのさらなる行為をすることはもはやできない。行為者の表象する特定の規模が重要であるから、行為者が特定額の借金返済のためでなく、一般的利得のために多額の金銭を期待して金庫破りをしたが、そこには小額しかなかったため、何もとらずに逃走したという場合、失効未遂は認められない。行為者の窃盗の故意が特定の性質の物に向けられていたところ、それがなかったときは失効未遂である。人が直接的に犯罪行為の対象になる場合にも稀に失効未遂が認められることもあるが、一般的には、人を量的に等級付けることはできないし、その性質からしてもそれほど異なっていないので、現実が行為者の犯行計画からずれていても犯行計画の失敗とは見られない。例えば、背後から女性を抱きしめて無理やり接吻しようとしたが(強要)、近づいてよく見たらそれほどきれいでなく若くもないのに気づき、それ以上は止めたという場合、行為者はその女性を知らなかったのであり、犯行計画の中に特定の期待を本質的なものとして取り入れていたというわけではない。失効未遂とはいえない。もとより、行為者が特定の女性に接吻しようとして近づいたが、別人だったので止めたという場合、人の取り違えであって、失効未遂が認められる。強姦が未遂の段階で、被害者が性交の同意を与えたものの、行為者は加虐性向の人で暴行を加えない性交には関心がないといった場合も失効未遂である。

⑥行為客体の同一性が認められない場合も行為が無意味であり、失効未遂が認められる。例えば、甲は乙を射殺しようとしてその背後から近づいたが、最後の瞬間にそれが乙でなく丙であることに気づき、再び拳銃をしまったとい

う場合である。この場合、甲は丙を撃つことで構成要件を実現することはできる。したがって、甲は丙を撃つことを断念したとは言える。しかし、中止未遂が成立するためには行為の「放棄」が必要である。行為者の犯行計画からすると、甲にとつて乙という具体的人を殺害ということが欠かせないのである。甲の故意は誰にでも向けられているわけではない。乙を殺害することはできず、そうかといつて丙を殺すことは甲にはまったく無意味である<sup>⑭</sup>。同じことは物についても云える。高価な宝石を窃取しようとして陳列ケースのガラス板を壊したところ、よく見るとほとんど価値のない模造品だったという場合、失効未遂が認められる<sup>⑮</sup>。行為者は赤いゴム鞆を盗もうとして他人の庭に侵入し、赤い鞆だと思つて手に取つたところ木製の鞆だったので、落胆してそのまま立ち去つたという事案で、ライヒ裁判所は中止未遂の成立を認めた<sup>⑯</sup>。行為者は行為の続行を「外的な、自分の意思とは関係のない事情によつて妨げられたのでなく」、行為者は、「純粹に内的な、精神的出来事、つまり、真の事態を知ることなきつけかけとした熟考」によつて行為を続行しなかつたのであると。しかし、この説示それ自体は正当である、つまり、任意性の認められる典型的事例だとしても、ライヒ裁判所は、行為者は、「任意の他人の物ではなく、他でもなくゴム鞆と思われる物、つまり、特定の有体物をほしかつた」と認定しているのであるから、ゴム鞆という「仕事の基礎」がそもそも存在しないのであるから、失効未遂が認められるべきだつたのである<sup>⑰</sup>。

以上、類型別に考察したところから分かるように、これらの場合、既遂に至り得ないと考えているのであるから、どつちみち生ずることのない結果の発生に対して、中止行為をすることはできない。行為者はもはや実行行為の放棄をするとか、結果の発生を阻止することもできない。行為者が続けることができる、あるいは継続している効果をまだ阻止できると考えている場合にのみ、行為者は何かを放棄したり、阻止できるのであつて、既に失敗したと思つた



場合には放棄したり、阻止したりすることはできないのである。行為者は、失敗に「終わった事実」を確信した後となつては、「失敗した事実」を変化させることはできない。<sup>(11)</sup> 行為者は二重の不運に襲われたのである。犯罪者としては結果を生じさせなかったという不運、そして、中止によって優遇されることが遮断されるという不運。中止犯は任意性が認められる場合に限定されるからである。任意性は行為者が犯罪を既遂に至らしめようと考えていることを前提としているのである。<sup>(12)</sup>

失効未遂という法形象はドイツ語圏刑法学説及び判例<sup>(13)</sup>によつて独自の法形象として一般に認められているのであるが、この法形象は中止犯の規定に適合しないとか余計であるという批判がなされてきた。ドイツ刑法学説の一部から、中止犯は刑法第二四条の規定を満たすことで足りるのであつて、「失効」の欠如という付加的要件を課することは行為者の不利益に繋がり、許されないものであり、したがつて、「失効」というのは中止犯規定の要件を満たさない限りではか意味を有しないので、失効未遂という法形象は中止犯規定に適合しないか、余計であると主張される<sup>(14)</sup>。しかし、この主張はドイツ刑法にとどまらず、わが国の刑法に関しても適切な理解とはいえない。先ず、中止犯規定に適合しないという批判について検討すると、失効未遂という法形象は、中止犯規定が充足されている場合にその適用を否定するという意味での創設的意味を有するものではない。失効未遂は中止の可能性のない特別な場合を指す用語である。すなわち、行為者が結果を生じさせるのに失敗したと思ふとき、法文の定める用語の意義からも法規定の法的根拠からも、「任意に行為の以後の遂行を放棄し、又はその既遂を妨げた」(ドイツ刑法第二四条)とか、「自己の意思により犯罪を中止した」(日本刑法第四三条第二文)ということとは問題とならないのである<sup>(15)</sup>。次に、余計であるという批判について検討すると、確かに、失効未遂の事例というのは、従来、「任意の放棄」や「任意の阻止」の問題として扱われ

てきた<sup>(12)</sup>。しかし、失効未遂では、行為者の視点から、行為者にその外部世界において行為の二者選択の道が開かれているか否かが問題となり、それが開かれていない場合、もはや実現のできない故意を放棄するということはありえないのであるが、これに対して、任意性では、行為者を動かす動機（内部世界）が問題となるのである。行為者が中止の可能性を有しているか、有していると思うときだけ、任意性の存否が問題となる。失効未遂の問題は任意性の問題に先行するのである<sup>(13)</sup>。

b 反復的ないし継続的行為が可能な場合の失効未遂？ 行為者は、実行行為に出たがまだそれでは目的を達成するのに足りないことを認識し、さらに攻撃を繰り返すか、他の手段を用いることで目的を達成することができるとき、失効未遂が認められるか否かが問題となる。例えば、毒物が致死量に足りないことに気づきさらに毒を盛ることができるとか、拳銃で撃ち損ねたので刃物で刺し殺すことができるといった場合である。これらの事例は暫定的失効とも最終的失効とも見られうる。すなわち、一方で、行為者は同種の行為を反復ないし異質の行為を継続することによって既遂を生じさせることができるという意味では暫定的失効といえる。他方で、行為者が行為を反復ないし継続してもそれ以前の行為の失敗を変えることはできないという点では最終的失効ともいえる<sup>(14)</sup>。

行為者の行為開始時の犯行計画を規準とする犯行計画説によれば、行為者が当初棍棒の一撃で殺害しようとしたが、一撃してからそれでは結果を発生させるには足りないことに気づいたとき、失効未遂であつて、中止未遂の可能性は否定される。これに対して、行為者が当初から一撃で足りなければ、更に攻撃を続けるつもりであり、実際、一撃したが、それでは足りないことに気づきながら、更なる攻撃を止めたという場合、中止未遂の可能性が認められる<sup>(15)</sup>。し

かし、本説は、当初から、結果を生じされるための様々な方法を練っていた者、つまり、犯罪エネルギーの横溢な者の方を利する結果になるところに問題がある。さらに、犯行開始時に結果を発生させる複数の手段があることを明確に考えていなかった行為者に、後になって犯行計画に入れていたとの反証がたい弁解の余地を与えるところにも問題がある<sup>(15)</sup>。

**個別行為説**は、行為者の当初の犯行計画とは関係なく、個々の部分行為を切り分けて捉え、それぞれを未遂行為とするところから、その名称が来ている。各部分行為毎に中止未遂の成否の検証が行われる。行為者が、結果を発生させるに足りると考えて部分行為を行ったが、実際にはそれでは足りなかった場合、行為者が事後にそれを認識しても、失効未遂である。行為者が当該部分行為では足りなるときには、更に行為を続行することを当初の計画に入れていたとしても、失効未遂であることに変わりない。本説によれば、個別行為によつて行為事象を既に手放しており、(成功していた場合には)既遂の発生をもちや阻止できなかっただろうといえる場合、例えば、毒を盛ったものの偶然の過誤から致死量に足りなかったという場合、失効未遂である<sup>(16)</sup>。殺害の意図で拳銃を撃つたが、弾丸は相手にすれすれで飛んで行ったという場合も失効未遂ということになる。行為者の視点からは結果発生をもたらすのに十分な行為をしており、行為をした後、もはやその効果を支配できないからである。このような行為は「絶対的に独立化された」未遂行為とか「もはや撤回できない個別行為」と呼ばれる<sup>(17)</sup>。確かに、まったくの偶然から結果は発生しなかったのであるから、このような行為者がさらに行為を続けなかったときにも中止未遂に値することには疑問も生じよう。しかし、逆に、拳銃の弾が命中した場合には、終了未遂の可能性があるのであるから、弾丸が命中しなかった場合に失効未遂を認めることには疑問がある<sup>(18)</sup>。個別行為説は、行為者が最初の未遂行為で既遂の結果を発生させると思って

いたとき、その失敗は失効未遂だと捉え、中止未遂はありえないとするものであって、一体性のある生活事象を切り裂き、中止未遂の成立可能性を不当に狭めるのもで適切でない。<sup>(10)</sup>

最初に用いた手段では結果を発生させることができない場合でも、行為者に、それまでの行為に接して改めて攻撃の構えをすることができるとか、用意してある新しい手段を投入できるとの認識があるとき、当該未遂は失効未遂でない。生活事象の一体性(全体として一個の未遂構成要件該当行為)が認められるとき、さらに行為を続けようことは、行為者が当初の犯行計画の段階で考えていなかったという場合であっても、当初の犯行計画が維持・続行されており、この実現を目指すために新たな手段が用いられるのである。<sup>(11)</sup>この意味で全体的考察説が妥当である。例えば、計画に従い、被害者を一発で銃殺する、壇で殴り殺す、自動車で轢殺する、ガソリンを浴びせて焼殺するといった行為を行ったが、失敗したため、改めて銃撃して殺害すること、行為者よりも力で劣る被害者をその場で直ちに絞殺することも可能であるが、それをしなかったとき、殺人未遂の中止犯が認められるべきである。これに対して、居酒屋店主甲がその店に敵対関係にある乙がいるのを見て、乙の頭蓋骨を叩き割ろうとして焼酎壇を手を取ったが、乙の方が逸早く甲を手こぶしで打ちのめした、しばらくして意識を回復した甲は上階の自分の住まいへよろけながら行き、長い料理包丁を携えて店に戻り、殺害の意図をもって不意をつかれた乙を刺したが、後悔して、医師を呼んだので、乙は助かったという場合には、甲は最初の攻撃の後その場を離れ、改めて新たな攻撃手段を用意してきたのであるから、両者の間に生活事象の一体性が認められず、したがって、それぞれ別個の事象であって、最初の攻撃は失効未遂であるが、後の攻撃は終了未遂の中止犯が成立する。<sup>(12)</sup>

全体的に考察することの重要性は、中止未遂の法的根拠からも基礎付けられる。行為者は最初の行為が失敗した後、再度犯罪行為に出ることをしないとすることによって合法性に回帰したのである。最初の危険な行為によって一旦動揺した人々の法意識も、行為者の不作為によって法の妥当性への信頼性を取り戻されることによって鎮静化されるので、科刑の必要性が減少又は消滅するのである。行為者が事前に中止犯の減輕・免除を知っているとき、中止未遂を肯定することは被害者の保護にも役立つ。失効未遂を成立させるなら、行為者はどの道処罰されるとの思いから、被害者という目撃証人を「消す」ことになりかねない。このことは被害者保護の道を閉ざすことを意味する<sup>(18)</sup>。

失効未遂は、障害（有能）未遂か不能未遂か、終了未遂か未終了未遂かという分類とは異なった観点からの分類である。不能未遂は、行為者が行為を完遂することが客観的に不可能であることを認識するや、その時点で失効未遂となる。失効未遂は中止犯の可能性を初めから排除するから、失効未遂か否かは未終了未遂か終了未遂かの問題の前に扱われなければならない<sup>(19)</sup>。

失効未遂では、実行行為を自発的に放棄するとか、結果の発生を阻止する行為というのは問題とならないのであるから、中止犯はおよそ成立しない。

c **失策未遂** 失策未遂 (Mißlungener Versuch) というのは、失効未遂とは異なり、行為者の認識とは関係なく、行為が客観的に失敗した未遂のことを云う（純客観的規準）。したがって、失効未遂というのは行為者が失敗を正しく認識している失策未遂か、行為者が失敗したと誤信する未遂かのいずれかである（純主観的規準）。後者は失効未遂で

はあるが、失策未遂ではない<sup>⑧</sup>。失効未遂と失策未遂の並存する場合が多い。例えば、金庫破りをしたが、それが空だったという場合、行為は客観的にも主観的にも失敗だったのである。失策未遂では、最初から結果の発生がありえないのであるから、その中止というのは考えられないが、しかし、行為者が行為の失敗を認識せず、結果発生を阻止する努力をするとき、**誤想中止の成立が考えられる**（本章五参照）。

## (2) 構成要件外的目的を達成した未遂

行為者が、**未必の故意で実行行為をしたが、自分の主目的（構成要件外的目的）は達成したと考え、それ以上に実行行為を続行して既遂を実現する理由が見出せなくなった場合にも、未終了未遂の中止が認められるか否かが問題とされる。**例えば、甲は、乙から強奪してその場を立ち去ったが、気丈な乙が甲を追跡してきたので、乙を追っ払うために未必の故意で所携の拳銃で撃ったところ、弾丸は乙に当たらなかったが、驚いた乙はそれ以上の追跡をしてくるなかったので、甲は続けて撃たなかったという場合が問題となる<sup>⑨</sup>。こういった場合、未終了未遂の要件である「放棄」があつたとはいえない。というのは、行為者は自分の行為の失敗に気づくが、さらに行為を続けることができないから、行為の続行を放棄したとはいえないということではなく、失効未遂とは異なり、行為を続行して完遂することはできるものの、行為者は自分の目的を達成したのであるから行為の続行を放棄したとはいえないということなのである<sup>⑩</sup>。故意の面から見ても、行為者が一旦目的を達成すれば、その時点で未必の故意は消失するのである。消失した故意を放棄することはできない<sup>⑪</sup>。甲が目的を達成したのにさらに行為を続けるということになれば、それはそれまでの未遂行為とは別個の新たな行為の開始、つまり、「非追跡者への射撃」である。甲は、「新たな、異なった動機から決意」をして、行為をすることになる<sup>⑫</sup>。

ドイツ連邦通常裁判所の裁判例には、行為者が構成要件外的目的を達成した場合につき、未終了未遂の中止を肯定したものと否定したものがあつたが、一九九三年の大刑事部決定は肯定説を明確にした。<sup>(14)</sup> 甲は、乙を「とちちめる」べく同人の上腹部を刃物で刺したとき、それが致命傷になりうることを予期し、それを甘受したが、甲は、乙をとちちめるという目的を達成したところから、乙の上腹部から刃物を抜き、その場を立ち去つたが、その際、甲は乙の傷の状態とその驚くべき冷静な対応から、命にかかわるほどではないと考え、実際、乙は生き延びたという事案において、ドイツ刑法第二四条第一項の定める未終了未遂の中止の成立要件である「所為 (Tat) の放棄」の意義について、「事柄に即した法的意味での所為、つまり、法定構成要件に明確に規定された構成要件該当行為と構成要件該当結果」であると論じて、「行為者は、構成要件外的目的を達成したので、行為を続けなかつたという場合でも、不処罰となる未終了未遂の中止は可能である」と説示した。しかし、これに対しては、こういった解釈は形式的に過ぎるのであつて、行為者は既に目的を達成しているのであり、それ以上に被害者に危険な行為をする必要はないのであつて、さらなる行為が無意味なとき、行為の放棄ということもないとの批判が可能である。<sup>(15)</sup> もつとも、本事案において、行為者が殺人未遂によって「とちちめる」という目的を現実に達成したどうか確信がもてないとき、行為者には放棄するかどうかの選択が残されているといえよう。<sup>(16)</sup>

構成要件外的目的を達成した場合に中止未遂の成立を否定する説に対する反論として、先ず、最適化論（参照、注14③）がある。目的の達成をもつと確実に実現できるのにもかわらずそうしなかつたとき中止犯の成立を認めるべきだといふのである。しかし、第一に、目的達成という点で、さらに行為をすることがまったく意味をもたないのか、それほど意味をもたないのか、最適の目的達成なのか普通の目的達成なのかの区別は恣意的たらざるをえないことが



指摘できる。第二に、生命にかかわる行為を続行しないということが行為者の得ようとする最適状態を下回るとはいえないことも指摘できる。行為者は被害者の死を達成しようとしているのでなく、目的をできるだけ殺害することなく達成したのである。もはやまったく必要のない致死行為をするということはこれに矛盾するのである。もつとも、目的達成のためにさらに行為を続行することが必要なときに、それをしないという場合は中止犯の成立が認められる。例えば、行為者は被害者を懲らしめるために刃物で突いたが、想定外にも被害者の腕を刺したに過ぎなかったという場合である。<sup>146)</sup>

次に、**被害者保護論**(参照、注146②)がある。上記の一九九三年の大刑事部決定は、「行為者が事前の行為目的を既に達成している場合でも、被害者には危険が差し迫っている場合がありうる、……なぜなら、行為者はその行為目的を最終的に確実にするための攻撃を続行できるからである。それゆえ、その際行為者に中止の可能性を留めておくことは、実行開始によって危殆化された法益の保護に役立つ」と説示している。しかし、この論拠の説得性も乏しい。第一に、「行為目的を最終的に確実にする」ということが「行為目的の最適化」を意味するのであれば、それには上記の批判が妥当する。第二に、「行為目的を最終的に確実にする」ということが「犯行隠蔽殺人を意味する」とすれば、被害者以外に他の証人がいないという場合のごく一部においてのみ隠蔽殺人は可能であり、被害者保護は限られている。それに、構成要件的目的を達成した場合に、中止犯の成立を認めることにしたとしても、こういった場合に処罰されないことを事前に知っている行為者というのはほとんど考えられない。<sup>148)</sup>さらに、次の指摘も重要である。「不処罰を提供することによって具体的行為者に犯行隠蔽殺人を止めさせるということは、なるほど、個々の被害を被った者のためになるかもしれない。もつとも、この不処罰の提供がそもそもこれに適しているということが前提となるが。



しかし、被害者の殺害を最終目的としてでなく、せいぜい中間目的又は副次効果として甘受する行為者を、犯行隠蔽殺人を断念した限度で、はじめから未遂の廉での可罰性の危険から免れさせるとき、それは将来の全ての被害者のためにならない<sup>(10)</sup>。

最後に、**目的故意犯との比較論**（参照、注143②）がある。行為者は、殺人の目的故意で被害者を一突きしたが、それではまだ殺害に十分でないのに、行為の続行を止めたとき、未終了未遂の中止が可能である。それなのに、目的故意よりも非難の軽い未必の故意の場合、中止犯の成立を否定するのは辻褄が合わないというのである<sup>(11)</sup>。しかし、この論拠も十分とはいえない。第一に、中止犯の性質上、射程距離の広い目的をもっている者は、目的を既に達成した者よりもより長時間にわたって引き下がることのできるということである。第二に、即座に可能な目的の達成を任意に断念する目的故意犯にだけ、行為決意の修正、「減退」、「合法性への回帰」ということが云えるのであって、これこそが中止犯の成立を正当化するのである。未必の故意で行為する者が構成要件外的目的を全面的に達成したとき、そういうことは云えないのである<sup>(12)</sup>。

### 三 未終了未遂（着手未遂）と終了未遂（実行未遂）の区別

#### (1) 概説

未終了（着手）未遂（Unbeendeter Versuch）と終了（実行）未遂（Beendeter Versuch）という概念は刑法典上用いられていないが、中止犯の成立要件と関係して、判例・学説において一般的に用いられている。犯罪を「中止した」（刑法第四三条）というのには二つの形態、つまり、「放棄」と「阻止」がある。中止犯が成立するためには、実

行行為がまだ終了していない場合には、失効未遂でない限り、「放棄」という不作為で足りるが（未終了未遂の中止）、実行行為が終了している場合には、結果発生を「阻止」するという積極的行為（作為）が必要である（終了未遂の中止）。この違いを明確にするために、前者の未遂を未終了未遂と呼ばれ、後者の未遂が終了未遂と呼ばれる<sup>(15)</sup>。したがって、未終了未遂の中止犯の成立要件は終了未遂の中止犯の成立要件ほど厳格でない。

わが国では、従前、大別して、主観説、修正主観説、客観説及び折衷説が主張されてきた。主観説<sup>(16)</sup>は、行為者の実行行為の開始時点における表象を規準とする。これによれば、①行為者が一発の発砲で殺害するつもりするとき、現実に被害者に当たったか否かに関係なく、それで実行行為は終了する。そこで、①a被害者に当たらなかったとき、行為者がさらに二発目を撃つことができることを知りながら、それをしなかつたという場合、結果の発生を「阻止」する行為というものは考えられないので、中止未遂の成立する余地はない。それに対して、①b弾丸が当たったとき、手当てをするといったような結果の発生を「阻止」する行為をすると、中止未遂の成立する可能性がある。②行為者が行為の開始時に、一発でなく、二発撃つつもりするとき、一発撃つただけでは、実行未遂とならず、着手未遂である。そこで、②a一発目があたらなかつたとき、二発目を撃つのを止めると、中止未遂となり、②b一発目が当たったとき、たまたま第三者が結果の発生を妨げ、行為者がそのことを知っているとときでも、二発目を撃たなかつたというだけで中止未遂となる。しかし、本説は支持しがたい。まず、①aの場合、中止未遂にならないが、②bの場合、中止未遂になるといふのは奇妙であるし、次に、①bの場合、中止未遂になるが、①aの場合、中止未遂にならないのに、①bの場合、中止未遂になるといふのも奇妙なことだからである<sup>(16)</sup>。

修正主観説<sup>(5)</sup>は、基本的には主観説に基づくが、それを部分的に修正する。実行行為が完了したかどうかは主観的に決すべきであるが、結果発生危険が既に生じた以上、行為者がその予定の行為を完了したかどうかは問わないで、実行行為は完了したものとする。上記の主観説②bの場合、一発目で結果発生危険を生じさせた以上、行為者が予定の二発目を発射したかどうかは問わないで、実行行為は完了したものとする。本説も支持しがたい。上記主観説①aの場合に中止犯の成立を認めないことには疑問がある。

客観説<sup>(6)</sup>は、着手未遂の場合、事後の行為をしないで中止未遂になるが、終了未遂は障害未遂にはかならず、中止犯成立の余地はない。終了未遂にいう「終了」というのは、客観的に捉えられるべきである。例えば、連発銃を使用して殺人を企てる時、①最初の一弾を発射して命中せず、殺意を遂げなかつたとき、人を殺すに足る行為を為し終わつたのであるから、その時すでに行為は終了未遂に達しており、中止犯の成立する余地はない。②それが当たつたとき、結果の発生を防ぐための行為をすれば、それは本来の中止犯とはいえないが、本来の中止犯に比して遜色あるものではないから、例外的に、中止犯の類推適用を認める。本説も支持しがたい。①の場合、行為者が二発目を撃つことができるし、行為者がそのことを知っていたが止めたときにまで中止未遂を認めないのは厳格に過ぎる。

折衷説<sup>(7)</sup>は、実行行為は、主観と客観の全体構造をもつものであるから、その終了時期も、実行行為の主観・客観の両側面を総合的に考量して判断すべきであると論ずる。連発銃を使用して殺人を企てる時、①一発目が被害者に命中したとき、積極的に結果を防止する行為のないかぎり、中止犯とは認められない。②一発目が命中しなかつたとき、二発目の発射が客観的に可能であり、しかも、行為者が主観的にこれを認識していたにもかかわらず、二発目を発射

しなかったとき、中止犯が認められる。本説には、①の場合、弾丸の命中による結果発生の可能性に関する行為者の認識の有無をどのように考慮するのか不明なところがある。

以上の学説に対し、近時は、未遂の形態と中止行為の形態を連動させずに論ずる説（新客観説と呼ばれる）が展開されるようになった<sup>(5)</sup>。それによると、中止行為として単なる不作為で足りるか、それとも積極的な作為が要求されるかの問題は、実行行為の終了時期はいつかの問題と位相を異にし、中止行為が不作為で足りるか作為を要するかの問題は、結果発生に向けて因果経過が進行を開始したかどうかに関係するので、実行行為の終了時期はいつかを区別することは重要でない。したがって、結果の発生に向けて因果の経過がまだ進行していない場合には、実行行為を中止すれば中止行為となるのに対し、既に進行を開始しているときは、作為による結果防止が必要である。しかし、本説によれば、終了不能未遂のようにそもそも因果関係が進行しえない場合をどのように扱うのか判然としない。むしろ、未遂犯の成立を前提とする中止未遂の成立には、具体的事案において任意の放棄で足りる場合の未遂の形態（未終了未遂）とはどういうものなのか、任意の放棄では足りず、結果発生を阻止が要求される場合の未遂の形態（終了未遂）とはどういうものなのかを行為者の視点から論ずるべきである。

そこで、未終了未遂と終了未遂の区別の問題は、次のように考えるべきである。未終了未遂と終了未遂は行為者の表象（主観的規準）によって区別されるのであって、未遂事象の客観的段階によって区別されるのではない。未遂犯の成立要件である実行行為も実行行為に接着する行為も行為者の具体的犯行計画を基礎にして定められたのであり、そうすると、任意の放棄で足りる未終了未遂と結果発生を阻止が要求される終了未遂の区別も行為者の表象が規準と

なる。<sup>(10)</sup>すなわち、行為者が、自分の考えでは構成要件実現のために必要なことをまだすべて為したわけではないと思っ  
ているとき、それは未終了未遂である。行為者の誤信は意味をもたない。これに対して、行為者が、既に既遂をもた  
らすべくすべてのことをしたと、あるいはいはずれにしても自分がさらに行為をしなくとも実現すると考えていると  
き、それは終了未遂である。こういった認識のある行為者にだけ中止行為として何をせねばならないかが分かるので  
ある。ここでも行為者の誤信は意味をもたない。例えば、行為者がまだ点火装置を起動させていない時限爆弾をそれ  
と知りながら仕掛けるとき、それは未終了未遂である。これに対して、行為者が、点火装置を既に起動させたと誤信  
しているとき、それは終了未遂である。又、行為者が点火装置を起動させたことをそれと知りながら仕掛けるとき、  
終了未遂である。これに対して、行為者が点火装置をまだ起動させていないと誤信しているとき、これは未終了未遂  
である。<sup>(11)</sup>

## (2) 行為者の表象時点

行為者の表象が規準となるにしても、いかなる時点の行為者の表象を規準とするべきかが問題となる。例えば、射  
撃とか殴打とかいった行為では、最初の一撃の後に初めてその効果を正しく評価できるので、こういった場合に問題  
となる。未遂行為開始時点での行為者の表象を規準（犯行計画規準説<sup>(12)</sup>）とするのか、全体的考  
察説に立脚して、行為者の表象によれば最後となる実行行為の終了ないし打ち切り時点での行為者の考えを規準（行  
為一体説ないし中止視座説<sup>(13)</sup>）とするのが問われるのである。

行為者が、当初、自分の行為ではまだ構成要件の実現には至らないと考えていたが、実行してから、それが誤りで

あり、自分がさらに行為をしなくとも構成要件の実現には十分であることに気づくとき、当初は未終了未遂と判断された行為が、行為者の表象の変化後は終了未遂と評価されることでは見解の一致がある。この場合、行為者が結果発生を回避するための積極的行為をするとき、中止犯が成立する。犯行計画規準説もこの場合を例外的に終了未遂とする。例えば、甲は、二日連続してそれぞれ一定量の毒物を乙に飲ませ殺害しようとするが、一回分だけでは致死量に足りず、二回あいまって致死量に達すると考えていたが、実際には、乙に一回目の毒を飲ませただけでその効果が強力で致死には十分であると認識するに至ったという場合、これは終了未遂である<sup>(15)</sup>。

見解が分かれるのは、行為者が、当初、一回の行為（一回の発砲、一回の殴打）だけで構成要件は実現すると考えたが（少なくとも真剣に可能と考え、それを認容する）、その後、この行為だけでは十分でない<sup>(16)</sup>と認識するに至ったが、見合わせたという場合である。犯行計画規準説では、犯行計画に見合うことは全て行っている<sup>(17)</sup>ので、終了未遂（失効未遂）ということになり、中止未遂は認められない<sup>(18)</sup>。これに対して、行為一体説では、未遂が失敗したという認識があると、未終了未遂ということになり、当初の犯行計画の範囲内でさらに行為をする可能性が残されている限り、それ以後の実行行為を放棄するだけで未終了未遂の中止犯が成立することになる<sup>(19)</sup>。

犯行計画規準説は、終了未遂が認められるためには、行為者が、行為の着手の時点で既遂の効果をもたらすと考える行為を行なうことで十分であると主張する。というのは、行為者が、構成要件実現のためには**数度の**行為をしなければならぬこともありうる<sup>(20)</sup>と考えるが、最初の行為でもって構成要件を実現することを認容するときでも、未終了未遂を認め、さらなる行為をしないだけで中止犯を認めて優遇すべきでないからである。さもなくば、行為者に構

成要件を実現するためのさらなる行為の可能性が開かれているとき、行為者がこれを認識したというだけの理由で、行為者が優遇されてしまうからであると。そうすると、<sup>(106)</sup>未終了未遂の成立は、行為者が、行為をするに当たって、自分のさらなる行為がなくとも、構成要件を実現しうる行為となるというようなことを甘受しない場合に限定される。したがって、殺人の故意で発砲したが相手に当たらず、行為者がこの事に気づくとき、行為者が一回で殺そうとしたのか、必要なだけ発砲して殺そうとしたのかとは関係なく、終了未遂であり、しかも失効未遂であるから、中止犯は認められないというのである。<sup>(107)</sup>本説は、行為一体説を、用意周到な行為者や良心の呵責を感じない行為者を優遇するものだと批判する。

しかし、犯行計画規準説には問題があるように思われる。はじめから様々な可能性を考慮して行為をする思慮深い者の方がたった一回きりの行為しか計画していない単純な者よりも有利な扱いを受けることになる。例えば、行為者が毒を盛った飲み物で殺害できると思って実行したが、予期に反してその量では十分でなかったことに気づいたとき、そして、まだ手元の毒があるのにこれを用いず、それ以上の行為をしないと、これを終了未遂（失効未遂）と捉えて一切中止犯の成立の可能性を認めないのは厳しすぎる。

結果発生への経路を支配しており、さらに行為を継続しないことよって結果発生が妨げられるとき、全体的に考察して未終了未遂を広く認める行為一体説が妥当である。その前提として、それまでの実行行為と、結果を発生させるための可能なさらなる行為とは自然的行為一体（時間的・空間的に密接な連関）にあること、すなわち、最後の実行行為と直接接する行為の継続可能性があることが必要である。<sup>(108)</sup>最後の実行行為とその後の行為の間に時間的間隙が



あるとき、自然的行為一体性は欠如するので、それは失効未遂である。例えば、行為者が最後の実行行為をした後、結果を生じさせるために犯行現場を離れて別の凶器を入手しなければならぬといった場合、自然的行為一体性は欠如する。主観的には、それまでの行為を止めた時点における結果発生の可能性に関する行為者の表象、つまり、さらに行為をすべきか否かに関する判断時点の行為者の表象が未終了未遂と終了未遂の区別の規準となる。行為者はこの時点で既に行なったことの効果に関する判断をまとめなければならない。そこで決定的なのは**危険意識**である。行為者が、最後の実行行為の終了後、被害者にはまだ結果が生じ得ないと考えるとき、この危険意識が欠如するので、これは未終了未遂である。例えば、行為者は、当初、一発で銃殺できると思って撃ったが、被害者は負傷したに過ぎなかったとか、被害者に命中しなかったことに気づき、さらに殺害に必要な射撃をしなかったという場合、これは**未終了未遂**である。行為者は当初の目的を達成するためには、さらに実行行為をしなければならないと考えているのである(継続意識)。行為者はさらに行為をしなければ結果の発生がないことを確信していなければならない。上記の毒薬事例でも、行為者がそれ以上の毒薬投与をしないうとき、未終了未遂の中止犯が成立しうる。

これに対して、行為者に**危険意識**があるとき、それは**終了未遂**である。行為者が、最後の実行行為を終えた後で、さらに実行行為をしなくとも既にそれまでの実行行為に因って被害者に損害の発生する可能性がほど遠いものとはいえないと考えているとき、危険意識が認められる。例えば、行為者が、被害者を刃物で刺した後、被害者に致命傷を与えたと予期せざるをえなかったということでは十分でない。むしろ、決定的に重要なことは、行為者は、「被害者が負傷に耐えられずに死ぬのは当然だとの認識があった」ということである。その際、行為者は、結果の発生について故意を有している必要はない。行為者が実際には行為の不適切であることを誤信して結果の発生を可能と考えるとき



も終了未遂である<sup>(16)</sup>。行為者が最後の実行行為をした後で行為の結果について、「じっくり考えない」ときが問題となる。こういった場合、行為者は結果の発生、不発生の両方の可能性を考えていた、つまり、両方とも甘受していると云える。行為者が自分の行為の結果についておおよそ考えが及ばなかったというのは非現実的である。行為者には結果がどうなるのかに関して無関心だったのであるが、こういった無関心な態度を示す行為者は両方の可能性を考えているのであるから、これは終了未遂を基礎付けるのである<sup>(17)</sup>。

上記の毒薬事例では、重疊的に効力を發揮して結果の発生に至るのであるが、これとは異なって、複数の行為のうち、どれか一つでも単独で結果を招来させる場合、例えば、六発の弾丸を装填した回転弾倉式拳銃で射殺しようとするが、必要とあらば六発を撃つもりの行為者が、一発発射したが標的に当たらず、続いてもう一発発射したという場合、犯行計画規準説からは終了未遂（失効未遂）で中止犯が成立しないが、行為一体説からは、行為者が二回目の発射の後、まだ結果を招来しようと考えながら、次の行為を放棄するとき、未終了未遂の中止犯が成立する<sup>(18)</sup>。被害者にガソリンを浴びせて焼殺しようとしたが失敗し、首を絞め始めるとか、バルコニーから突き落として殺そうとしたが失敗し、転落した歩道のプレートに頭を打ち付けて殺そうとするといった場合も行為者の最後の行為時点における表象が規準となる。行為の一体性において、それまでの行為とその後<sup>(19)</sup>の行為とが同種のものであることが必要だとするのは形式に過ぎる。極端な場合、一発の弾丸しか装填されていない拳銃で撃ち損ねたので、所携の短刀で殺すことができたが、そうしなかったというとき、この手段の差異を過大評価すべきでない。同種の凶器を用いて犯行を続けるのを放棄する者だけに中止未遂の可能性が認められ、異種の、既遂を生じさせるのに適した凶器を用いて現実に犯行を続けることができるのにそれを放棄する者には中止未遂の可能性が認められないというのは奇妙なことである<sup>(20)</sup>。

もつとも、行為者がそれまでの行為では目的を達成することができなかったが、さらに手持ちの他の手段を見合わせたという場合であっても、後者の手段が発見される危険性が高く、それをを用いるのが適切ではないとき、行為一体性は否定される。例えば、注意深い行為者が使用したことを証明することの難しい毒物を利用して殺害しようとして失敗し、たまたまそばにあったパン切り包丁を用いて殺すことができたが、そうしなかったという場合、これが用いられることによって「秘かに事を運ぶ」という行為一体性が破られるので、これは失効未遂ということになる。この限りで、行為者の犯行計画が意味をもつことになる。<sup>10)</sup>

確固たる犯行計画が存在し、行為者が犯行開始時に既遂のために必要なことは全部終えたと考えていた場合であっても、事情は異なる。というのは、未遂が終了か未終了かは行為開始時の犯行計画によって決まるのではなく、最後の実行行為を終えた後の行為者の表象によって決まるからである。<sup>11)</sup> 行為者が、後者の時点において、当初の計画は誤っていたことに気づき、さらに行為を続けなければ結果は発生しないと考え直すとき、この修正された表象が規準となるのであって、行為者がさらに行為を続けないうときも、それは未終了未遂である。<sup>12)</sup> 例えば、殺害目的で拳銃を撃つたところ、撃たれた被害者が思いがけず立ち上がったため、殺すためにはさらに撃たねばならないと考えた場合である。<sup>13)</sup> 但し、行為者が実行行為を終えた時点で、当初の計画が誤っていたことに気づき、さらに行為を続けなければ結果は発生しないと考え直すときでも、中間休止が必要な場合は失効未遂である。<sup>14)</sup>

これに対して、行為者が、犯行計画を実行に移し、実行行為に出たが、その最後の行為時に結果発生の可能性はまだないと考えたが、その直後にそれまでの行為でも結果を招来しようと考えを改めた場合も修正された表象が規準と

なり、これは終了未遂である<sup>(86)</sup>。この場合、行為者は、当初の計画通りにはかどっていないことや計画を実現する上で必要な措置をまだ採っていないことを盾にすることはできない。規準となるのはあくまでもそれまでの行為で結果を発生させようという行為者の認識である。行為者がこの時点で結果の発生を意欲しているのか、認容しているのかは重要なことではない。既に実行に移された構成要件の故意が存在し続けているか否かは重要でない<sup>(87)</sup>。例えば、行為者は、殺人の故意で被害者の左胸を刺したが、まだ致命傷を負わせていないと思いつながら背を向けたが、その直後に振り返って見たところ、被害者が倒れる様を見て、致命傷を与えたと認識する場合は、終了未遂である<sup>(88)</sup>。

(一一一)

注

- (86) R. Moos, *Annalie und der Kräutlerlikör*, in: D. Kienapfel (Hrsg.), *Fälle und Lösungen zum Strafrecht*, 1982, 38 ff., 55; E. Steininger, *Der Anwendungsbereich des Putativrücktritts nach § 16 Abs 2 StGB beim Einzeltäter*, ÖJZ 1985, 266 ff., 269; *Lititel Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 84.
- (87) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 85 ff.; Kahl, (Fn. 2), § 16 § 13 ff.
- (88) Kahl, (Fn. 2), § 16 Rn 13 f.; Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 86; Esser, (Fn. 62), § 24 Rn 9.
- (89) Kahl, (Fn. 2), § 16 Rn 13 f.; Esser, (Fn. 62), § 24 Rn 9.
- (90) これに対して、イエーガーは、中止の努力をしたのにもかかわらず客観的には依然として危険化が存在する場合には、危険化減退を主観的規準で判断すべきでなく、客観的事態に合わせるべきとする。例えば、①行為者は、実際には致死量の毒を、毒殺にはまだ十分でない量だと思つて投与したが、それ以上の行為をしなかったとき、治療が功を奏して行為者は死亡しなかったという場合でも、中止未遂は認められず、可罰的未遂である。行為者が現実の危険化減退を成し遂げたとはいえないからである。本文の例のように、②行為者が実際には弾丸の装填されている拳銃をもう撃ちつくしたと考えている場合、行為者は危険化を客観的には消滅させたので中止は認められる。しかし、任意の中止とはいえないので、やはり可罰的未遂が成立する。Jäger, (Fn. 47, *Der Rücktritt*), 66 f. 本

- 説に対しては、次のような批判がなされる。①の例に関しては、ドイツ刑法第二四条第一項第二文が、終了未遂について、行為者とは関係なく結果が発生しなかった場合でも、行為者の真摯な努力があれば中止未遂を認めていることからすると、未終了未遂についてはこれと異なった扱いをするのは理解しがたい。②の例に関しては、行為者は、結果を生じさせることはできないと考えているのであるから、危殆化減退を表現させるつもりはまったくない。したがって、中止ということは問題とならないのである。Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 40 ff.
- (102) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1272.
- (103) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 86; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 9; *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 31. Kap Rn 23. 斉藤誠一『特別講義 刑法』一九九一年・一六七頁。
- (104) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1280; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 89; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 9.
- (105) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 14; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 89; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 9; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 136.
- 連邦通常裁判所 (BGHSt 39, 244 ff.) は、強姦未遂の段階で被害者がうわべだけの同意を与えたという事案において、見せかけの同意は無効であるから、その後の性交は客観的には強姦であるが、行為者は同意があると誤信したので、性交の時点には故意がない。強姦既遂は成立せず、強姦未遂罪が成立するとしたが、失効未遂の事例ではないとした。その理由は、「事実の領域で障害があるとき、行為者には、刑法第二四条が前提とする、獲得しようとする結果を見込んで行為を続行するか放棄するかを選択可能性がないが、法的障害の場合にはこの可能性がある。強姦未遂の被害者が、行為者の意図した性交に真摯な同意を表明したか又うわべだけの同意を表明したとき、行為者は——同意に影響されることなく——その行為目的を引き続き追求でき、性交を完遂できる」のであって、「これを失効未遂というのは語義からして奇異なことだ」というものである。同様の趣旨 *Kudlich*, (Fn. 38), 244 ff. しかし、これには、正当にも、本件事案は失効未遂と捉えられべきだとこの批判が加えられる。行為者の視点からは、構成要件の結果を招来することはできないのである。強姦罪の構成要件の結果は「性交がそれ自体」ではなく、「被害者の意思に反した性交」だからである。*Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 91; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1281; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 14; *W. Botke*, *Mislungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis?*, JZ 1994, 71 ff., 75. 号 66 頁。本判例は失効未遂を否定して、任意の中止未遂の成立する余地を残しておくべき刑事政策的根拠を次のように説示する。「行為者は自分の行為計画を同意とは関係のない理由からも、例えば、羞恥心や悔悟から放棄することもありうる。法に誠実である基盤に戻ったにもかかわらず、こういった状況の下で中止犯として不処罰とする可能性を行為者から奪うことは、刑法第二四条の刑事政策的目的設定と調和し

- ない」。この理由に対して次のような批判が加えられる。「パートナーが、行為者の考えたように、性交を切望しているとき、性交を『羞恥心や悔悟』から放棄するきっかけはもはやまったく生じない。行為者が誤信されたパートナーを失望させる決意をする場合ですら、強姦未遂の中止があるのでなく、性交の断念があるにすぎない。なぜ性交の断念が『法的誠実』を証明しているとし、行為者の先行した性的暴力行為を不処罰とすべきなのか、理解しがたい」。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 92; vgl. Lillie/Albrecht, (Fn. 12), § 24 Rn 138.
- (106) *Kuhl*, (Fn. 2), § 16 Rn 15; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 102; *Bauer*, (Fn. 62), 202. 同種の事案へ、連邦通常裁判所 (BGHSt 4, 56) は任意性を否定して中止犯の成立を認めなかった。
- (107) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 104.
- (108) 失効未遂の事案として解決されるべき事案として、高松高判昭和二六・一・二五高刑特一七・一〔強盗を企てた者が、予期に反して奪取するのに適当な物品がなかったので、提供された現金を受領しなかったという事案〕。
- BGHSt 13, 156〔行為者が「なかんずく現金を盗みたいが、他の有用な物でもいい」と思っていたが、現金を見つけられず、写真機と外套を取ったものの、売ることが難しいとかな都合な事態の生ずることを恐れて、結局、何もとらずに立ち去ったという事案〕について、ロクスラインによれば、金銭が本質的要素であるから、これに関しては失効未遂、物に関しては中止が認められる。RGSt 45, 6〔金網窓事件〕〔行為者は窓と金網を窃取しようとしたが、取る最中に不器用なために壊してしまい、無用の物になってしまったという事案〕。
- (109) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 106. 斉藤 (注103) 一六七頁。失効未遂として解決されるべき事案として、仙台高判昭和二六・九・二六高刑特二一・七三「被害者に暴行を加えた上執拗に『メンスなら其の証拠を見せろ』と迫り月経帯を着しおるを確認した結果、嫌悪の情を催して断念するに至り、強姦の目的を遂げるに至らなかったのはいわゆる中止未遂でなく障碍未遂である」、東京高判昭和三九・八・五高刑集一七・六・五五七〔被告人は、冬の小雪降る夕方、被害者(当時一六歳)を姦淫する目的で松林の中に連れ込み、同女の下着を脱がせた上、その場に仰向けに倒し陰部に手指を挿入れる等して、やがて姦淫しようとしたが、同女の露出した肌が寒気のため鳥肌たっているのを見て欲情が減退したため、その行為を止めるにいたったという事案。本判决は任意性に関する客観説の立場から任意性の問題として解決した〕、「被告人が姦淫行為を中止するに至った右の如き事情は、一般の経験上、この種の行為においては、行為者の意思決定に相当強度の支配力を及ぼすべき外部的事情が存したものである」といふべく、そのため被告人は性慾が減退して姦淫行為に出ることを止めたというのであるから、この場合、犯行中止について、被告人の任意性を欠く。

- 連邦通常裁判所 (BGHSt 20, 279) は、「生理事件」(行為者は強姦目的で女性を襲ったが、生理バンドを着用しており、生理中だと気づいたので、意図した強姦ができなかったという事案)において、性交には適さない状態であることを理由に失効未遂を認めた。本事案につき、ロクスーンは「犯行計画時には生理について考えが及ばなかったとしても、性交に適した状態というのは暗黙の且つ当然の前提となっているとして判例を支持する。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 107.
- (110) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 106.
- (111) Bauer, (Fn. 62), 207; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 15. なお、BGH NJW 1990, 263 (強奪しようとして暴行接着行為をしたが、被害者が暴行の直前に意識喪失になった場合、暴行を加えることは行為者の視点から全く無意味となり、行為者は暴行を放棄できないので、強盗未遂は失効未遂である)。
- (112) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 94; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 15; Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 11. 斉藤(注10)一六七頁。これに対して、フェルナス (*Th. Feltes, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, 394 ff.*, 413) は「甲が人違いで丙を殺害した場合、殺人既遂が成立するのであるから、殺人未遂の場合も同様に考えるべきであって、行為を「放棄」したといえるのであって、その理由を問題とする必要はない論する。これに対しては、甲が真実を知ったか否かは重要なことであって、乙ではなく丙であると知ったときには、故意の対象がなくなるなどの反批判が可能である。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 99. イエーガー (Jäger, (Fn. 47, Der Rücktritt), 78) は「錯誤に気づき丙を撃たないことによつて、「もへろんだ人」に関しては危殆化」を逆戻りさせ「行為を放棄していると論ずる。しかし、これに対しても、甲が人違いに気づくや、主観的にも客観的にも誰も危殆化されていない、その場にはいない乙はもちろん、殺人故意の対象でない丙もその他の通行人も甲の関心の対象外にあるとの反批判が可能である。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 99.
- (113) Fuchs, (Fn. 103), 31. Kap Rn 24.
- (114) RGSt 39, 37.
- (115) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 96; Eser, (Fn. 62), Rn 11. これに対し、イエーガー (Jäger, (Fn. 47, Der Rücktritt), 78) は「何かを庭から盗む」という不定の故意を有しながら、無用の木製ボールを放置しておく者も中止である論ずる。これに対しては、こういつた場合、故意は有用な物に限定されており、その不存在ゆえに失敗したとの反批判が可能である。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 100.
- (116) Moos, (Fn. 97), 55; Wessels/Benlke, (Fn. 23), § 24 Rn 8.
- (117) Moos, (Fn. 97), 55; Wessels/Benlke, (Fn. 37), § 14 Rn 628.
- (118) BGHSt 34, 53, 56 「行為者がさすべからず行為を続けても結果を生じさせるが実際には不可能であると認識するとき」失効未遂が認め



- られる。BGHSt 35, 94; 36, 224; 39, 221, 228 (GS) (失効未遂とは「結果の発生が——行為者に見分けられているのだが——客観的にもはや可能でないか又は行為者がそれをもはや可能でないと思う」場合のことを云う。当初の計画通り行かなくとも、行為者が、時間的間隙をおくことなく既に用いられていた手段や他の用意してある手段でなお結果の発生を阻止できると直ちに考えつくとき、失効未遂は認められなく); BGH NSTZ 2010, 690 「行為者が、結果が発生しなかったこと、近くにある手段では犯行計画の本質的変更と新たな因果連鎖を創設するようになったにはもはや実現されえないと認識するとき、犯罪の未遂は失効した」。
- (119) *Munzch/Gössel/Zipf*, (Fn. 93), §41 Rn 36 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 27), § 27 Rn 12; *R.D. Herzberg*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 2003, § 24 Rn 58 ff.; *F.-Ch. Schroeder*, Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch, NSTZ 2009, 9 ff.
- (120) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1274.
- (121) ヒトマン等 (*Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 27), § 27 Rn 11) によると、甲が乙を射殺する意図で一発撃つが当たらず、おららに発目を撃つがまた失敗したところ、甲はそれ以上は弾丸を持っていないのでその場を立ち去ったという事例で、「未遂が失効し、甲がこのことを認識したから、立ち去るという行為は以後の行為を放棄したことになる」と論じて、「放棄」の問題として扱い、「失効未遂という概念は余計である」と論ずる。H. Tröndle, *Th. Fischer*, Strafgesetzbuch, 52. Aufl., 2004, § 24 Rn 6 (失効未遂というものは包括可能な概念ではなく、法定の中止犯成立要件を充足しない場合の用語に類する)。ヒトマン等 (*F. Steng*, *Handlungsziel, Vollendungseignung und „Rücktrittshorizont“*, NSTZ 1993, 257 ff., 258) 亦、「日常用語の理解では、自分の目的を実現する可能性をなやめたりもたたり者たりたことも放棄するのにもある。このようなのは、行為者はともかくもこのことを追体験する、以後の行為をしない決意をするのにもある」として、「放棄」の概念が「失効」の概念を排斥する」と論ずる。
- (122) *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn 87; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 96, 98, 107; *Esser*, (Fn. 62), § 24 Rn 7; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1274; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 89.
- (123) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 17; *U. Mannmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, 44.
- (124) BGHSt 14, 75.
- (125) Vgl. *Fuchs*, (Fn. 103), 31. Kap Rn 26; *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn 98.
- (126) *Esser*, (Fn. 62), § 24 Rn 10. Vgl. *H. Frister*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, 24. Kap Rn 12 ff.
- (127) *Bergmann*, (Fn. 57), 340, 344 u. 351; *G. Geilen*, Zur Abgrenzung zwischen beendeten und unbeendeten Versuch, JZ 1972, 335.

339. 個別行為説によっても、行為者の表象から、複数の行為による重疊的效果によって結果を生じさせる場合は異なった扱いを受け  
 29。

(128) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 19.

(129) *Lilie/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 96 ff; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 178; *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 629; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1277.

(130) *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 629; *Lilie/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 116, 162.

所為事象の一体性の判断規準については、競合論の自然的行為の単一性を援用する説と生活事象の単一性説がある。前説によれば、部分行為が密接な時間的、空間的連関にあり、不法内実が量的にしか重くならず、行為が継続する故意ないし単一の動機によって担われているとき、事象の単一性が認められる。BGH NSZ 2001, 315. vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 199. 後説によれば、当該生活事象の単一性は、時間的間隙がなく、直接の事象継続、決意の単一性（特に、継続する所為故意）があるとき、生活事象の単一性が認められる。これに対して、事象経過の展開からすると、既遂へ向けた所為の新たな開始に、生活事態の単一性が認められないとき、新たな所為決意に基づく未遂行為が認められる。BGHSt 34, 53; 40, 75; 41 368. vgl. *Jeschke/Weigend*, (Fn. 1), § 51 II 4. 所為事象の一体性で問題となっているのは、複数の手段を用いた実行行為の単一性と複数の実行行為の区別に関係しているので、犯罪の成立が複数競合する場合の刑の量定にかかわる問題を扱う競合論は適切といえない。*Lilie/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 114, 164.

(131) BGHSt 10, 129 [フットマン(ウイスキー)「ブランド」を入れる薄型小型容器事件]「被告人甲は自動車で走行していた際、今は別れた前妻乙によりを戻すように要求した。乙はこれを拒絶したので、甲は殺害の意図をもって八分の三リットル壺で乙の頭部を殴った。しかし、車内が狭いために腕を十分に振り上げることができず、殺せなかった。引き続き、甲は乙の首を絞めたところ、乙は意識を失った。甲は考え直して、それ以上のことはしなかったという事案（連邦通常裁判所は場合分けをして次のように説示した。被告人は、壺で一撃したとき既にそれだけでは結果を発生させるのに十分でないかもしれないと考え、当初からこの場合さらに暴行を加えるつもりだったとき、死の結果に向けられた全体の行為を自然の意味での単一事象として、したがって、法的に見て自然の行為の単一性と評価するのが当然であり、したがって、殺人未遂は全体として未遂である。被告人が、当初、壺の一撃で失敗するとは考えなかったが、被告人の犯行計画からすると殺害方法が重要な意味をもたないときも同様である。そうすると、被告人が殺人意思を特定の手段をもってしか実現しようとしなかった場合にだけ、未遂行為は独立の行為と評価されうべきである。」。

(132) BGHSt 34, 53 (被告人甲はその前妻の新しい友人乙を轢殺しようとした。乙が飛びよけたため、殺人行為は失敗した。続いて、甲



は乙に襲い掛かり、両手で乙の首を絞めた。乙は目の前が真っ暗になった。次いで、甲は乙から止めるように求められそれに応じたという事実。

(133) BGH NSZ 86, 264 「カソリン散布事件」 「被告人甲はその妻乙が離婚を意図しているのではないかとの疑念から乙を殺害しようとした。甲はカソリン一杯のカソリンを乙にかけ、乙に燐寸で火をつけようとした。しかし、うまくいかなかった。乙は庭に逃げたところ、甲はそこで乙を地面に引き倒し、首を絞めたが、途中で止めたという事実」。

(134) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 44 Rn 1279.

(135) *Vgl. Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 21.

(136) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 188; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 20; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 14 Rn 1277; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 163; BGH NSZ 1986, 264.

(137) *Moos*, (Fn. 97), 55 FN. 51.; *Kienapfel/Höpfel* (Fn. 37), Z 23 Rn 21; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 10.

(138) *Moos*, (Fn. 97), 55 FN 50; *Steininger*, (Fn. 97), 269 FN30.

(139) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 39; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1289.

(140) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 40; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 62; *Radolphi*, (Fn. 23), § 24 Rn 14b.

(141) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 64.

(142) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 38 f.; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 59; *H. Otto*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992, 423 ff., 430.

(143) ①②及び⑥はお灸をすえる事実、④⑤及び⑦は追っ手を追い払う事実、③は被害者の抵抗に関する事実である。①BGH, I. Senat, NJW 1984, 1693 「行為者は、怒りをおさまげるために、殺人の未必の故意で被害者の腹部を刺した。行為者はさらに突き刺すこともできたが、被害者が逃げるのに任せたという事実。連邦通常裁判所は、行為者が傷害目的を、「一突きで」達成したという理由で中止犯の成立を否定した」。②BGH, I. Senat, NSZ 1989, 317 「行為者は、「一発食らわす」ために鋭利な料理包丁で殺人の未必の故意で被害者の「背中を思いっきり」刺した。行為者は、被害者を殺害することはできたが、そのまま立ち去った。連邦通常裁判所は殺人未遂の中止犯の成立を肯定した」このことは被害者の保護のためになるし、行為者を不当に優遇していることにもならない。行為者は「逆に——さもなくば、未必の故意で行為をしているにもかかわらず、直接的故意で攻撃する行為者よりも不利な扱いを受けるところになる」。③BGH, I. Senat, NSZ 1990, 30 「行為者は被害者からポーカーで負けた金を奪い返そうとした。取っ組み合いのと

き被害者のポケットからガス拳銃が落ちた。行為者はそれを取り上げた。行為者は、それが本物の拳銃なのかガス拳銃なのか分らないまま、殺人の未必の故意をもって被害者の顔面中央部を撃った。行為者にとって大事なことは、被害者を殺すことではなく、戦闘無能力にすることだった。被害者は意識が朦朧として倒れた。行為者は被害者から金を奪って立ち去ったという事案。連邦通常裁判所は、殺人未遂の中止犯の成立を肯定したが、その際、「最適の目的達成」の場合には中止犯の成立はなく、本事案はそのような事例でない」と説示した。被告人には別の「場合によっては致死効果のある行為手段」があったのであり、「それを用いれば被害者を戦闘無能力にするという目的をいっそう高めることができた」「拳銃で頭を殴るとか、首を絞める等」。この種の行為をしないと、殺人のあらゆる実行を任意に断念した」と云える」と。④BGH, 2. Senat, NStZ 1990, 77 [被告人は共犯者一人とともにスーパーマーケットから強奪したが、被告人はその店長から自動車で追跡された。被告人は、店長を追い払うために、殺人の未必の故意で同人めがけて五発撃った。店長は追跡をあきらめたとき、被告人はさらに撃つことしなかつたという事案。連邦通常裁判所は中止犯の成立を否定した。被告人は「構成要件表現の断念が賞賛に値する」というようなことは、「行為目的を達成した後となって新たな決意に基づき法益の新たな危殆化を希求しない行為者には、構成要件表現の断念が——いかなる理由からも——賞賛に値するとはいえない」と。⑤BGH, 5. Senat, NJW 1991, 1189 [被告人は金融機関から強奪した後、奪った金を保持し、逮捕を免れるため、殺人の未必の故意で追ってきた警察官を撃った。警察官が逃げたとき、被告人は、その背後からまた撃つことができたが、そうしなかつた。連邦通常裁判所は中止犯の成立を否定した。その理由は、新たに撃つことになればそれは新たな決意とそれに基づく新たな行為であり、それを断念したということは、それまでに終わった未遂行為を中止したことになるというものである。』Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 48 ff.

(14) ⑥BGH, 1. Senat, NStZ 1993, 280 (Vorlagebeschluss); BGH, Großer Senat, BGHSt 39, 221. 1) 2) 3) 4) 5) 6) 7) 8) 9) 10) 11) 12) 13) 14) 15) 16) 17) 18) 19) 20) 21) 22) 23) 24) 25) 26) 27) 28) 29) 30) 31) 32) 33) 34) 35) 36) 37) 38) 39) 40) 41) 42) 43) 44) 45) 46) 47) 48) 49) 50) 51) 52) 53) 54) 55) 56) 57) 58) 59) 60) 61) 62) 63) 64) 65) 66) 67) 68) 69) 70) 71) 72) 73) 74) 75) 76) 77) 78) 79) 80) 81) 82) 83) 84) 85) 86) 87) 88) 89) 90) 91) 92) 93) 94) 95) 96) 97) 98) 99) 100) 101) 102) 103) 104) 105) 106) 107) 108) 109) 110) 111) 112) 113) 114) 115) 116) 117) 118) 119) 120) 121) 122) 123) 124) 125) 126) 127) 128) 129) 130) 131) 132) 133) 134) 135) 136) 137) 138) 139) 140) 141) 142) 143) 144) 145) 146) 147) 148) 149) 150) 151) 152) 153) 154) 155) 156) 157) 158) 159) 160) 161) 162) 163) 164) 165) 166) 167) 168) 169) 170) 171) 172) 173) 174) 175) 176) 177) 178) 179) 180) 181) 182) 183) 184) 185) 186) 187) 188) 189) 190) 191) 192) 193) 194) 195) 196) 197) 198) 199) 200) 201) 202) 203) 204) 205) 206) 207) 208) 209) 210) 211) 212) 213) 214) 215) 216) 217) 218) 219) 220) 221) 222) 223) 224) 225) 226) 227) 228) 229) 230) 231) 232) 233) 234) 235) 236) 237) 238) 239) 240) 241) 242) 243) 244) 245) 246) 247) 248) 249) 250) 251) 252) 253) 254) 255) 256) 257) 258) 259) 260) 261) 262) 263) 264) 265) 266) 267) 268) 269) 270) 271) 272) 273) 274) 275) 276) 277) 278) 279) 280) 281) 282) 283) 284) 285) 286) 287) 288) 289) 290) 291) 292) 293) 294) 295) 296) 297) 298) 299) 300) 301) 302) 303) 304) 305) 306) 307) 308) 309) 310) 311) 312) 313) 314) 315) 316) 317) 318) 319) 320) 321) 322) 323) 324) 325) 326) 327) 328) 329) 330) 331) 332) 333) 334) 335) 336) 337) 338) 339) 340) 341) 342) 343) 344) 345) 346) 347) 348) 349) 350) 351) 352) 353) 354) 355) 356) 357) 358) 359) 360) 361) 362) 363) 364) 365) 366) 367) 368) 369) 370) 371) 372) 373) 374) 375) 376) 377) 378) 379) 380) 381) 382) 383) 384) 385) 386) 387) 388) 389) 390) 391) 392) 393) 394) 395) 396) 397) 398) 399) 400) 401) 402) 403) 404) 405) 406) 407) 408) 409) 410) 411) 412) 413) 414) 415) 416) 417) 418) 419) 420) 421) 422) 423) 424) 425) 426) 427) 428) 429) 430) 431) 432) 433) 434) 435) 436) 437) 438) 439) 440) 441) 442) 443) 444) 445) 446) 447) 448) 449) 450) 451) 452) 453) 454) 455) 456) 457) 458) 459) 460) 461) 462) 463) 464) 465) 466) 467) 468) 469) 470) 471) 472) 473) 474) 475) 476) 477) 478) 479) 480) 481) 482) 483) 484) 485) 486) 487) 488) 489) 490) 491) 492) 493) 494) 495) 496) 497) 498) 499) 500) 501) 502) 503) 504) 505) 506) 507) 508) 509) 510) 511) 512) 513) 514) 515) 516) 517) 518) 519) 520) 521) 522) 523) 524) 525) 526) 527) 528) 529) 530) 531) 532) 533) 534) 535) 536) 537) 538) 539) 540) 541) 542) 543) 544) 545) 546) 547) 548) 549) 550) 551) 552) 553) 554) 555) 556) 557) 558) 559) 560) 561) 562) 563) 564) 565) 566) 567) 568) 569) 570) 571) 572) 573) 574) 575) 576) 577) 578) 579) 580) 581) 582) 583) 584) 585) 586) 587) 588) 589) 590) 591) 592) 593) 594) 595) 596) 597) 598) 599) 600) 601) 602) 603) 604) 605) 606) 607) 608) 609) 610) 611) 612) 613) 614) 615) 616) 617) 618) 619) 620) 621) 622) 623) 624) 625) 626) 627) 628) 629) 630) 631) 632) 633) 634) 635) 636) 637) 638) 639) 640) 641) 642) 643) 644) 645) 646) 647) 648) 649) 650) 651) 652) 653) 654) 655) 656) 657) 658) 659) 660) 661) 662) 663) 664) 665) 666) 667) 668) 669) 670) 671) 672) 673) 674) 675) 676) 677) 678) 679) 680) 681) 682) 683) 684) 685) 686) 687) 688) 689) 690) 691) 692) 693) 694) 695) 696) 697) 698) 699) 700) 701) 702) 703) 704) 705) 706) 707) 708) 709) 710) 711) 712) 713) 714) 715) 716) 717) 718) 719) 720) 721) 722) 723) 724) 725) 726) 727) 728) 729) 730) 731) 732) 733) 734) 735) 736) 737) 738) 739) 740) 741) 742) 743) 744) 745) 746) 747) 748) 749) 750) 751) 752) 753) 754) 755) 756) 757) 758) 759) 760) 761) 762) 763) 764) 765) 766) 767) 768) 769) 770) 771) 772) 773) 774) 775) 776) 777) 778) 779) 780) 781) 782) 783) 784) 785) 786) 787) 788) 789) 790) 791) 792) 793) 794) 795) 796) 797) 798) 799) 800) 801) 802) 803) 804) 805) 806) 807) 808) 809) 810) 811) 812) 813) 814) 815) 816) 817) 818) 819) 820) 821) 822) 823) 824) 825) 826) 827) 828) 829) 830) 831) 832) 833) 834) 835) 836) 837) 838) 839) 840) 841) 842) 843) 844) 845) 846) 847) 848) 849) 850) 851) 852) 853) 854) 855) 856) 857) 858) 859) 860) 861) 862) 863) 864) 865) 866) 867) 868) 869) 870) 871) 872) 873) 874) 875) 876) 877) 878) 879) 880) 881) 882) 883) 884) 885) 886) 887) 888) 889) 890) 891) 892) 893) 894) 895) 896) 897) 898) 899) 900) 901) 902) 903) 904) 905) 906) 907) 908) 909) 910) 911) 912) 913) 914) 915) 916) 917) 918) 919) 920) 921) 922) 923) 924) 925) 926) 927) 928) 929) 930) 931) 932) 933) 934) 935) 936) 937) 938) 939) 940) 941) 942) 943) 944) 945) 946) 947) 948) 949) 950) 951) 952) 953) 954) 955) 956) 957) 958) 959) 960) 961) 962) 963) 964) 965) 966) 967) 968) 969) 970) 971) 972) 973) 974) 975) 976) 977) 978) 979) 980) 981) 982) 983) 984) 985) 986) 987) 988) 989) 990) 991) 992) 993) 994) 995) 996) 997) 998) 999) 1000)

(15) *Kuhl*, (Fn. 2), § 16 Rn 41; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 95), § 11 Rn 80; *R. Zaczynk*, *MomosKommentar Strafgesetzbuch* Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 24 Rn 34, 53; *H. Otto*, *Grundkurs Strafrecht* AT, 7. Aufl., 2004, § 19 Rn 32 「直接故意の行為者は少なくとも普通はより犯罪を犯す危険が高し」。

- (146) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 41.
- (147) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 67 ff.
- (148) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 71.
- (149) *I. Pappe*, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 11. 3. 1999, JR 2000, 72 ff.
- (150) *R. D. Herzberg*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14. 2. 1984, JZ 1984, 852 ff., 853; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1293.
- (151) *Ulsenheimer*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14. 2. 1984, JZ 1984, 852 ff., 853; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1293.
- (152) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 75; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 40.
- (153) *Roxin*, (Fn. 12), § 30; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1282 f.
- (154) 牧野英一『日本刑法 上巻』〔重訂版〕一九三七年・三〇九頁以下、宮本(注78)一八五頁、瀧川幸辰『刑法講義』〔改訂版〕一九三一年・一八八頁。
- (155) 参照 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)』一九八一年・一四八頁以下。
- (156) 齋藤金作『刑法総論』〔改訂版〕一九五五年・二二二頁以下。佐伯(注79)三二六頁(燐寸の軸木を数本利用して放火するつもりでいても、それまでの行為によつてすでに結果の発生の可能性が設定されていれば、もはや行為の継続を止めるだけで中止できな)その他、中義勝『講述 犯罪総論』一九八〇年・二一四頁。
- (157) 植松(注82)三二八頁以下。
- (158) 福田(注82)三二九頁注一。その他、大塚(注89)二六一頁。
- (159) 大谷實(注75)三九三頁(実行行為の終了時について、殺意をもって二発の弾丸が装填してある拳銃を使用するとき、着手未遂は①一発目を発射したが死の危険を生じさせず、もう一発あることを知って止めた場合であり、実行未遂は②一発を発射し人に命中して死の危険を生じさせた場合、③一発目で死の危険を生じさせず、行為者が一発しか弾丸がないと誤信して発砲を止めた場合、及び④二発とも命中しなかった場合である)。その他、中山(注83)四三七頁、山中(注83)七五七頁以下、前田(注82)一七五頁、井田(注87)四二七頁以下、山口(注88)二八二頁。
- (160) *Bangstaller*, (Fn. 95), 32 f.; *Triffener*, (Fn. 23), 15. Kap Rn 37; *Fuchs*, (Fn. 103), 31. Kap Rn 21; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 24 f.; *Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), 541; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 96, 154; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 13.

これに対して、イエーガーは法益の客観的危殆化も考慮する。行為者が、殺害の意図で被害者に毒を盛ったが、その量では致死に

至らないと誤信して、それ以上の行為をしなかったが、被害者は医師の治療によって一命をとりとめたという場合「毒殺事例」、行為者は現実には危殆化を元に戻したということではないので、最終的には被害者が死んでいなくても可罰的未遂が成立するが、殺害の意図で拳銃を構えたが、銃身には弾が一発も入っていないと誤信して、結局、撃たなかったという場合「拳銃事例」、行為者は拳銃からの切迫する危険を客観的には除去しているので、中止が認められるが、しかし、この中止には任意性が認められないので、結局、可罰的未遂が成立する。*Jäger*, (Fn. 47, *Der Rücktritt*), 66 ff. しか、この立論に対しては、ロクスイーンの批判が妥当する。「毒殺事例」の解決方法は刑法第二四条第一項第二文に反する。同条項によれば、真摯な努力があれば、それが創設された危殆化に何らの影響を及ぼすことがなくても、結果がまったく他の事情から生じなかった場合でも、中止犯の成立を認めている。「放棄」を「阻止」と異なる扱いをすることは理解しがたい。とりわけ、結果を招来するのに十分なことをまだ何もしていないと考えながら「放棄」するのはそれ自体「阻止の努力」とも解釈できるからである。「拳銃事例」では、非故意の中止という理解しがたい構成がとられる。行為者は行為を実行できないと考えたのであるから、行為者は危殆化を元に戻すという影響を及ぼそうとしたのではない。しかし、危殆化の表象が未遂を基礎付けるとき、結果が発生していなくとも、危殆化を元に戻すことと表象することが中止を認めるうえで必要であり、十分足らざるを得ない。おまけに、行為者が弾丸のないことからもはや実行できないと考えているとき、「未遂危険」ということすらそもそも云えない。行為者が誤信に気づき、新たな殺害の決意をするという危険は、さらなる行為ができないと考えたために消滅した実現故意の代わりとなりうるものではない。行為者の誤表象は未遂の継続を妨げる。しかし、未遂がなければ中止ということもなす。*Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 40 ff.

ヘックラーも、行為者が、行為を止める時点で、自ら認識しなかった「既遂危険」があるとき、つまり、客観的観察者が構成要件実現をまったく非蓋然的というわけではないと考えるとき、たんに「放棄」だけで任意の中止を認めるのに十分でない。行為者に帰属可能な危険除去があつてはじめて中止がみとめられようと論ずる。*A. Heckler, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr; zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs*, 2002, 161 ff. これに対して、ロクスイーンはこう批判する。未遂が行為者の「表象」による着手を前提とするように、要求されるべき危殆化の後戻しも行為者の表象に基づかなければならない。行為者が今まで起こしたことからすると結果は生じ得ないと考えているとき、行為者に結果阻止の努力をする動機は生じ得ない。結果が生じなかったとき、行為者がその表象に基づき余分で無意味と考えたことをしなかったという理由で、行為者を処罰する必要性はない。*Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 44.

オーストリアにおける客観説に、*Th. Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2. Aufl., 1954, 266 FN 1 (行為者は、

実行行為を終えていない限り、結果はその掌中にある。これが未終了未遂である。行為者が構成要件の結果を招来するのに必要と思われる行為を全て終えたとき、これは終了未遂である。その区別は客観的観点から定められる。

その他 P. Ostermeier, Die Begrenzung der Aufgabevariante des § 24 I 1 StGB (usw.), StraFo 2008, 102 ff., 103 「今まで行われたことからの行為を行わなかつた結果が生じたか否か」; U. Borchert, U. Hellmann, Die Abgrenzung der Versuchsstadien anhand der Erfolgsstauglichkeit, GA 1982, 429 ff.

(160) Triffner, (Fn. 23), 15. Kap Rn 37.

(161) Burgstaller, (Fn. 95), 33; Triffner, (Fn. 23), 15. Kap Rn 40; Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 16 ff., 18a; G. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 26. Abschn Rn 14 ff.

(162) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 37), Z 23 Rn 4; Radolphi, (Fn. 23), §24 Rn 15.

(163) Burgstaller, (Fn. 95), 33 FN 85. Vgl. BGH NSTZ 1998, 614 [甲は腹を立たせた物乞いの乙を未必の故意をもって刃物でその胸を一突きした。甲はこれではまだ致命傷になっていないと考えたが、甲はその直後「被害者が胸を突き、よろめき歩き、地面に倒れる様」を見たとき、乙の死ぬ可能性を認識したという事実。終了未遂。

(164) Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 17. ドイツ連邦通常裁判所も、当初、犯行計画規準説に従っていた。行為者が確固たる犯行計画に基づいた一回の実行行為(射撃、刺す、打撃)を行い、構成要件該当結果の招来をある特定の手段の投入に限定しようとするとき、行為者が事後にそれでは十分でなかったと認識しても、未遂は終了未遂である。BGHSt 22, 330. 但し、行為開始時にこの種の犯行計画が存在しないとか、犯行計画の不存在が「疑わしきは被告人の利益に」の原則に則り認定されるべき場合、最後の実行行為の終了後の行為者の表象が規準となる。行為者が、それまでの行為では結果発生のためには十分でないと考えた場合、それは未終了未遂であって、犯行の決断を放棄し、それ以上の行為をしないことで中止未遂が成立する。BGHSt 10, 129 [「フラッシュマン事件」]; BGHSt 22, 176 [「パイレンチ事件」(被告人は継娘を殺害しようとして、前もって手布巾で巻いていたパイレンチで継娘の頭部を一撃したところ、被害者は意識を朦朧としていたに過ぎないことに気づいたが、それ以上には出なかつたという事実。連邦通常裁判所は次の理由から未終了未遂を肯定した。未必の故意で他人を叩き割る者は一定数の殴打を要するのかわりかどうかを考えないのが普通である、被告人は行為の終了後、構成要件の結果をまだ惹起していないと認識した)。BGH GA 1966, 208 [「哨兵事件」(行為者が当初から速射銃を連射して殺害することを計画し、結果が生ずるまで撃ち続けようとしたが、なお結果を達成することができたにもかかわらず、止めたとき、未終了未遂)。これに対して、行為者が必要なことはすべてやったと思つたとか、それまでの行為の効果に疑問があるものの結果の発

- 生は少なくとも可能だと思つた場合、それは終了未遂である。BGH NJW 1980, 195; BGH NSZ 1981, 342 u. 1984, 116.
- (165) その後、ドイツ連邦通常裁判所は、一九八二年に、最後の実行行為終了後の行為者の表象を規準とする行為一体説を支持した。以後、行為一体説が支配的になる。BGHSt 31, 170 「絞首事件」(終了未遂は、犯行計画の存在及びその内容を考慮することなく、最後の実行行為の終了後の近接している結果発生の可能性とそれに対応する危険意識から判明しうる)。BGHSt 33, 295 「こめかみ射撃事件」(行為者がはじめから計画した行為を実行するとすぐに終了未遂となるのではなく、最後の実行行為の後、結果が発生するのではないかと思わせる実際の状況を認識するか、行為が不適切であることを誤認して結果発生を可能だと考えるときにはじめて終了未遂が認められる); BGHSt 35, 90 「うなじ刺し傷事件」(確定した犯行計画がある場合でも、未終了未遂と終了未遂の区別にとって重要なのは、被告人が最後の実行行為をした後構成要件的結果の発生を可能と考えたか否か)である; BGH NSZ 86, 264 「ガソリン散布事件」(被告人の計画した攻撃が当初失敗したときでも、既に投入した又は新たに投入の用意のある手段を用いればなお既遂が可能であると認識しているときにはいわずにせよ、可罰的失効未遂とはならない。本件では、殺人未遂は焼き討ちの失敗にもかかわらず最終的に失効したとはまだいえない。むしろ、行為者は時間的切れ目なく新たな犯行手段(首を絞める)を用いたのであって、しかも、これにより既遂に至りうると認識していたのである); BGH NSZ 99, 299 ff u. 02, 427; 03, 369 u. 05, 331 「ナイフ刺し傷事件」.
- (166) *Tryffner*, (Fn. 23), 15, Kap. Rn. 40.
- (167) *Bungstaller*, (Fn. 95), 34 f.; *Tryffner*, (Fn. 23), 15, Kap. Rn. 40.
- (168) *Otto*, (Fn. 142), 428; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn. 18a.
- (169) *U. Ebert*, *Stratfrecht AT*, 3. Aufl., 2001, 132; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn. 28, 35; *Wessels/Benkhe*, (Fn. 37), § 14 Rn. 629; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn. 162; *Jeschke/Weigend*, (Fn. 1), 542; *Zaczek*, (Fn. 143), § 24 Rn. 17; BGHSt 34, 57 「一体的生活事象 (ein einheitlicher Lebensvorgang)」; BGHSt 40, 75; BGH NSZ 1996, 96.
- (170) Vgl. BGHSt 35, 90, m. Anm. *R. Rengier*, JZ 1988, 933 ff.
- (171) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn. 28, 30, 35.
- 東京高判昭和五一・七・一四判時八三四・一〇六(甲が日本刀で被害者の右肩方を一回切りつけ、さらに引き続き二の太刀を加えて、倒れた同人の息の根を止めようとしたとき、共謀者の乙が、その攻撃を止めさせたという事案。中止未遂成立)、「被告人甲が、原判示刃渡り約五二センチメートルの日本刀を振り上げて被告人らの前に正座している丙の右肩辺りを一回切りつけたところ、同人が前かがみに倒れたので、更に引き続き二の太刀を加えて同人の息の根を止めようとして次の攻撃に移ろうとした折、被告人乙が、同



甲に対し、『もういい、安(被告人甲の意)いくぞ』と申し向け、次の攻撃を止めさせ、被告人もこれに応じて丙に対し二の太刀を振り降ろすことを断念している事実が認定できるのである。そして、右証拠によれば、被告人らとしても、右被告人甲が丙に加えた最初の一撃で同人を殺害できたとは考えず、さればこそ甲は続けて次の攻撃に移ろうとしたものであり、丙が受けた傷害の程度も右肩部の長さ約二センチメートルの切創で、その傷の深さは骨に達しない程度のものであった(……)から、被告人らの丙に対する殺害の実行行為が原判示甲の加えた一撃をもって終了したもとはとうてい考えられない(なお、原判決は、右甲の加えた一撃により丙は出血多量による死の危険があったというがこれを認めるに足りる証拠はない)。してみれば、本件は、まさに前記着手未遂の事案に当たるといえる。東京高判昭和六二・七・一六判時一二四七・一四〇(飲食店の経営者乙から店への出入りを断られるなどしたことに憤慨した甲は、殺意を有し、同店に赴き、所持の牛刀を乙の頭部目がけて振り下ろして切りつけた。乙は、とっさにこれを左腕で防いで、何度も助命を哀願したという事案。中止未遂成立)。「被告人は、乙を右牛刀でぶった切り、あるいはめった切りして殺害する意図を有していたものであって、最初の一撃で殺害の目的が達せられなかった場合には、その目的を完遂するため、更に、二撃、三撃というふうに追撃に及ぶ意図が被告人にあったことは明らかであるから、原判示のように、被告人が同牛刀で乙に一撃を加えたものの、その殺害に奏功しなかったという段階では、いまだ殺人の実行行為は終了しておらず、従って、本件はいわゆる着手未遂に該当する事案である」。

(172) *W. Gropp*, (Fn. 26), §9 Rn 60.

(173) *Wessels/Bauke*, (Fn. 37), § 14 Rn 633; *Künl*, (Fn. 2), § 16 Rn 31; *Litel/Abrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 166.

(174) 福岡高判平成一一・九・七判時一六九一・一五六(甲は、自動車内において、運転席に座っていたその妻乙の頸部をその意識が薄らぐ程度まで力一杯絞め、一旦逃げ出した妻を連れ戻した後、更に左手で力任せに頸部を絞め、乙がぐったりとなって気を失った後、約30秒間絞め続けたが、その後翻然我に返りそれ以上絞めることを止め乙を放置したという事案)。「甲は、被害者の頸部を絞め続けている途中、翻然我に帰り、被害者が死亡することをおそれてこれを中止したというのであるが、その際は、前示のとおり、客観的にみて、既に被害者の生命に対する現実的な危険性が生じていたと認められる(……)うえ、甲においても、このような危険を生じさせた自己の行為、少なくとも、被害者が気を失ったのちも約30秒間その頸部を力任せに絞め続けたことを認識していたとみ得るから、その時点において、本件の実行行為は終了していたものと解され、甲に中止犯が認められるためには、原判決が説示するとおり、被害者の救護等結果発生を防止するための積極的な行為が必要とされるというべきであり、甲がそのような行為に及んでいない本件において、中止犯の成立を認めなかった原判決は、正当というべきである」。

BGHSt 31, 170; 33, 295, 300 [「こめかみ射撃事件」] (被告人甲は、被害者乙を「罰する」つもりで至近距離から右こめかみを撃った。弾丸は右眼球上方とみぎ眉下方の間の軟部を貫通し、鼻根の横から出た。直後に、乙は甲になんと「ひどいこと」をやったのだと言った。甲は乙に他言してほしくない、きつと元通りになると答えて、その場を離れた。甲の拳銃にはまだ弾丸が残っており、さらに撃てば、甲は完璧に殺せたところだった。乙は助かったが、右目は摘出されねばならなかったという事案。連邦通常裁判所によれば、こういった重い傷害にあつては、行為者は、被害者がその傷に耐えられない可能性のあることを認識したことは明らかであり、「至近距離から人の頭を撃てばほぼ例外なく生命の危険を伴う」ということを被告人が認識しなかったかもしれないなどということはない)。なお、本事案において、被告人の殺意が未必の故意にすぎないと、そもそも中止犯の問題は生じないことにつき、*Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 191.

(175) BGH NSZ 1999, 300 mi. Bspr. C.-F. *Stuckenberg*, JA 1999, 751 f.; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 31; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 10.  
 (176) BGH NSZ-RR 2006, 370 f. m. Bspr. *M. Jahn*, Jus 2006, 1135 f.

(177) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1287; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 31; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 175 f.; *Gropp*, (Fn. 26), § 9 Rn 53; BGHSt 40, 304 [被告人は未必の故意をもって自分の兄(弟)の上腹部を二度突き刺してから、その結果がどうなるかを考えずにそれ以上の行為はしなかった。兄(弟)は被告人と無関係に救助されたという事案。終「未遂」]「行為者が最後の実行行為の後行為の結果について考えが及ばないとき、終「未遂」が認められるべきである。この場合、行為者は結果の発生と不発生の両方を予期している。しかし、行為者が結果の発生を可能と考えておれば、既遂に至るのを阻止する行為をする場合にだけ中止犯が成立しうる」。

これに対して、*ロクスレーン*は、行為者が自分の行為の結果を問うたならば、行為者はどういふ行為をせねばならなかったという規準から、二分説を展開する。負傷に因つて少なくとも致死の可能性がありと認識できた場合、積極的行為が必要となつたから、終「未遂」が認められるべきである。負傷の程度からすると、行為者が自分の行為の結果を考えたとしても、被害者が死ぬことはないとの結論を出さざるを得なかつた場合、未終了未遂が認められる。というのは、こういった行為者が、結果の不発生を軽率にも信頼して、たんにそれ以上の行為を放棄する者よりも不利益な扱いをされるべきでないからである。*Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 172.

(178) *Gropp*, (Fn. 26), § 9 Rn 61a.

(179) Vgl. BGH NSZ 1986, 264 [「カンリン」散布事件]; BGHSt 10, 129 [「フラットマン」事件].

(180) Vgl. BGH NSZ 2007, 299.

(181) *O. Rauf*, Zur Abgrenzung von unbedeutem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausfühungshandlung, Jura 1987,



- 527 ff., 534; ders., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 19. 7. 1989, JZ 1989, 1129.
- (82) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 209; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 36; *Rengier*, (Fn. 167), 932 f.; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 123; BGHSt 34, 53, 57; 35, 90, 94; 40, 75, 77.
- (83) *Ebert*, (Fn. 169), 132 f.; *Rudolph*, (Fn. 23), § 24 Rn 14; *F. Schlichter*, Normkonkretisierung am Beispiel des Rücktrittsprinzips, in: *Baumann-FS*, 1992, 71 ff., 86. Vgl. *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 37; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1285.
- (84) BGHSt 35, 90 [「なご刺し傷事件」] (被告人甲は殺害の目的でこのうなじを長く、先のとがった刃物で激しく刺した。刃物は七センチメートル刺さり、首の中にたこまった。大量に出血した乙は刃物を抜いてそれを地面に投げ捨て、そこから離れていったが、甲はそのまま放置したという事案); BGHSt 39, 221 (GS) (行為者が「最後の実行行為の後」その認識状況からして構成要件の結果の発生をまだ予期していないとき)、「既遂が行為者の視点からなお可能であるとき」; 未終了未遂であるのに対し、「行為者が最後の実行行為の後」その認識状況からして結果発生がなお可能と考えるとき」; 終り未遂である)。
- (85) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 163; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 32; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 179; *Zaczek*, (Fn. 143), § 24 Rn 42; *Wessels/Benkke*, (Fn. 87), § 14 Rn 637; BGHSt 36, 224 (「行為者が最後の実行行為の後」目指す結果の発生を先ずは可能だと考えるが「その後」に自分の認識の誤りに気づいた場合」現実の認識に基づいて修正された表象が「中止視座」に意味を有するので「未終了未遂が認めれぬ」); BGHSt (GS) 39, 221, 227 f.
- (86) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 32; *Wessels/Benkke*, (Fn. 87), § 14 Rn 637; BGHSt 36, 224 (甲は殺害の意図で乙を突き刺し、最後には結果が発生することを予期して「これで始末した」と言いながらそれ以上の行為に出なかった。被害者が「まだ生きています。警察を呼ぶ」と言い返したとき、甲は乙がまだ致命傷を負っていないと考えたが、引き続き突き刺すことはしなかったという事案。未終了未遂の中止犯が成立); BGH NSZ 1999, 419 (娘が殺害の意図で長を25センチメートル、刃渡り13センチメートルのパン切り包丁をその父親の下腹部に柄まで刺し通した。娘は当初致命傷を負わせたと思ったが、その刺し傷は致命傷でないことに気づき、さらに行為を続けようと思えばできたにもかかわらず、父親を立ち去らせたという事案。未終了未遂の中止犯が成立); BGH StV 1995, 462 (行為者は走行中の小型バス目がけて機関銃を二回連射し、その小型バス全体が穴だらけになったのを見て、運転手と少なくとも二人の乗客が致命傷を負ったと考えたが、その直後に運転手と女性一人が無傷で下車するのを見て、更に射撃することができたにもかかわらず、そうせず、立ち去ったという場合、未終了未遂の中止犯が成立する)。
- これに対して、フェルテスは、被害者の法益に何らかの形で損害が既に発生しており、行為者がこれを認識している場合、法益に

何らの損害が生じていない場合とは異なつた中止行為が要求されるべきである。上記裁判例のように、殺人行為が生命に危険を及ぼさなかつたが、傷害を生じさせたとき、行為者には「たんなる放棄でなく」「どのように見える結果であろうともこれを阻止するか阻止の努力をする」ことが要求される。もつとも、「結果の発生が行為者の視点からいかなる蓋然性の外にあるとはいえないとき」に限られると論ずる。Felles, (Fn. 112), 418 ff. しかし、本説は「傷害が死を招来するのに適しておらず、しかも行為者がこれを認識しているとき」に「それでも阻止行為が要求されるのは奇妙なことだと批判される。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 165.

プツペは、表象の修正を良心的検証の場合にだけ肯定する。つまり、「もっぱら心理的事実に焦点を合わせることを批判して」「規範的理由」から、被害者が危険な状態にあるか否かを良心的に検証すべき。先行行為から生ずる被害者への保障人義務を課し、危殆化がないと過失／軽率にも考えたときは不作為による中止は否定されるべきと論ずる。表象の修正を良心的検証の場合にだけ肯定す<sup>29</sup>。BGH NSZ 1999, 449 m. krit. Bspr. Puppe, (Fn. 149).

(187) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 32; BGH NSZ 2000, 531 f.

(188) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 32; *Liite/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 181; BGHSt 33, 295; BGH NSZ 1998, 614; BGH NSZ 1993, 39.

(189) BGHSt 31, 170; 33, 295.

(190) BGH NSZ 1998, 614. vgl. *Liite/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 181.

## Versuch und Rücktritt (7)

Toshio YOSHIDA

### Erster Kapitel Versuch

#### I Der Begriff des Versuchs

#### II Der Strafgrund des Versuchs

##### 1. Situation in Deutschland

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

###### (a) Die objektiven Theorien

###### (aa) Die ältere objektive Theorie

###### (bb) Die neuere objektive Theorie (Die neuere Gefährlichkeitstheorie)

###### (cc) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

###### (dd) Die moderne neue objektive Theorie

###### (b) Die subjektiven Theorien

###### (aa) Die reine subjektive Theorie

###### (bb) Die an der Gefährlichkeit des Täters orientierte Theorie (Die Täterstheorie)

###### (cc) Die Theorie des Expressiv-Werdens eines Normbruchs

###### (c) Die Eindruckstheorie

###### (d) Die Vereinigungstheorie

###### (e) Andere neuere Theorien

###### (aa) Die dualistische Theorie, die im Unrechtsgehalt zwei Formen des Versuchs unterscheidet

###### (bb) Die Theorie des Verletzung des Anerkennungsverhältnisses

###### (cc) Die echt subjektiv-objektive Theorie

###### (dd) Die Lehre, die die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für verfassungswidrig hält

###### (ee) Die Lehre des auf Kant und Fichte berufenen Versuchsunrechts

##### 2. Situation in Österreich

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

##### 3. Situation in der Schweiz

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

(Band 46, Nr. 1)

##### 4. Situation in Japan

- (A) Lehren
  - (a) Die (rein) subjektive Theorie
  - (b) Die objektive Theorie
    - (aa) Die handlungsunwertorientierte objektive Theorie
    - (bb) Die Erfolgswertorientierte objektive Theorie
  - (B) Der Strafgrund des Versuchs
- III Tatbestandmäßigkeit
  - 1. Subjektiver Tatbestand
    - (a) Tatplan
    - (b) Entschluß
    - (c) Vorsatz
  - 2. Objektiver Tatbestand
    - (A) Situation im deutschsprachigen Raum
      - (a) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
      - (b) Die materiell-objektive Theorie
      - (c) Die subjektive Theorie
      - (d) Die subjektiv-objektive Theorie oder individuell-objektive Theorie
      - (e) Rechtsprechung
      - (f) Die konkretisierte Teilaktstheorie (*Roxins* Lehre)
    - (B) Lehren in Japan
      - (a) Die subjektive Theorie
      - (b) Die objektive Theorie
        - (aa) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
        - (bb) Die handlungswertorientierte materiell-objektive Theorie
        - (cc) Die Erfolgswertorientierte materiell-objektive Theorie
      - (c) Die eklektische Theorie
        - (aa) Die subjektiv-objektive Theorie
        - (bb) Die objektiv-subjektive Theorie (Band 46, Nr. 2)
    - (C) Die Versuchshandlung (Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch)
      - (a) Ausführungshandlung
      - (b) Ausführungsnahe Handlung
      - (c) Fälle (Band 46, Nr. 3/4)
    - (D) Mittelbare Täterschaft
    - (E) Erfolgsqualifizierte Delikte
  - 3. Objektive Zurechnung
- IV Rechtswidrigkeit
- V Schuld (Band 47, Nr. 1)

Zweiter Kapitel Untauglicher Versuch

I Kriterien der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

(A) Lehre im deutschsprachigen Raum

- (a) Die subjektiven Theorien
- (b) Die objektiven Theorien
- (c) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

(B) Die gesetzliche Regelung

- (a) Deutschland
- (b) Österreich
- (c) Die Schweiz

(C) Theorienstreit in Japan

- (a) Die reine subjektive Theorie
- (b) Die Theorie der subjektiven Gefährdung (Die Theorie der abstrakten Gefährdung)
- (c) Die Theorie der konkreten Gefährdung (Die neuere objektive Theorie)
- (d) Die objektive Theorie (Die alte objektive Theorie, Die Theorie des absolut untauglichen und relativ untauglichen Versuchs)
- (e) Die Theorie der Typengefährdung

II Der Begriff der Untauglichkeit des Versuchs

(A) Die Bedeutung der Untauglichkeit des Versuchs

(B) Die Unterscheidung zwischen dem absolut untauglichen Versuch und dem relativ untauglichen Versuchs

III Ursachen des untauglichen Versuchs

(A) Untauglichkeit des Versuchs der Handlung und des Objekts

- (a) Untauglichkeit der Handlung
- (b) Untauglichkeit des Objekts

(B) Untauglichkeit des Subjekts

IV Rechtsprechung

V Wahndelikte

(Band 47, Nr 2)

Dritter Kapitel Rücktritt

I Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts

1. Die gesetzlichen Regelungen im deutschsprachigen Raum

2. Theorienstreit in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft

- (a) Rechtstheorien
- (b) Theorie der „goldenen Brücke“
- (c) Die Prämien-, Gnaden- bzw. Verdienstlichkeitstheorie
- (d) Strafzweckorientierte Theorien
- (e) Schuldertfüllungstheorie
- (f) Kompensationstheorie

3. Theorienstreit in der japanischen Strafrechtswissenschaft

- (a) Theorie der „goldenen Brücke“
- (b) Rechtstheorien
  - (aa) Unrechtsreduzierungstheorie
  - (bb) Schuldreduzierungstheorie
  - (cc) Unrechts- u. Schuldreduzierungstheorie
- (c) Vereinigungstheorien
- (d) Strafbarkeitsreduzierungstheorie
- (e) Positive Spezialprävention
- 4. Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts und seine systematische Einordnung (Band 49, Nr. 2)
- II Rücktrittsunfähigkeit und Rücktritt
  - 1. Fehlgeschlagener Versuch und Misslungener Versuch
    - (A) Fehlgeschlagener Versuch
    - (B) Fehlschlag trotz Fortsetzungsmöglichkeit?
    - (C) Misslungener Versuch
  - 2. Rücktritt vom unbeendeten Versuch, auch wenn der Täter sein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht hat?
- III Die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch
  - 1. Theorienstreit
  - 2. Die Zeitpunkt, in dem es auf die Vorstellung des Täters vom Stand seiner Versuchstat ankommt (Band 49, Nr 3)  
(Der Beitrag wird fortgesetzt.)