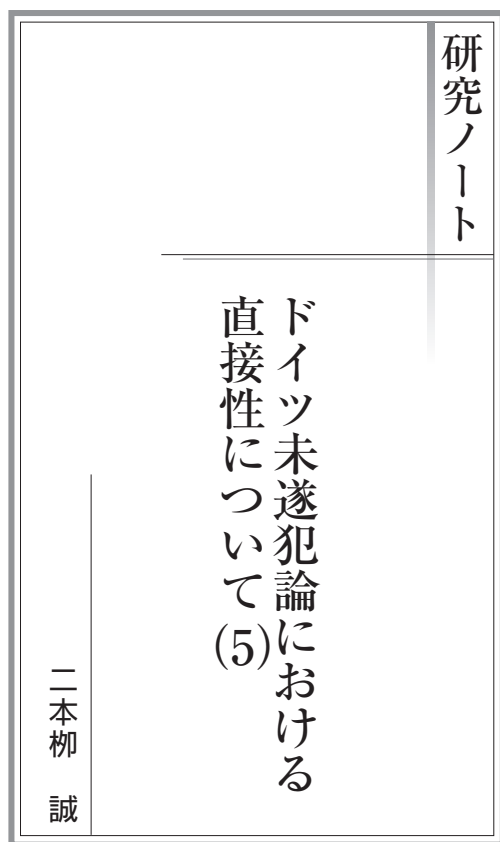




【目次】

はじめに

I 未遂処罰規定小史

II 未遂処罰根拠論概観 (以上本誌 37 号)

III 予備と未遂の区別概観

1. Anfang der Ausführung の解釈・運用 (以上本誌 38, 39, 40 号)

2. unmittelbar ansetzen の解釈・運用——1996 年まで

(1) 旧 43 条と現行 22 条

(2) 主観的基準：所為についての行為者の表象
(3) 客観的基準：構成要件実現の直接的開始
ア 中間行為説 (以上本号)

IV unmittelbar ansetzen の具体化

V unmittelbar ansetzen の具体化に否定的な見解

VI 類型化

おわりに

2. unmittelbar ansetzen の解釈・運用 —— 1996 年まで

1969 年の第 2 次刑法改正法により、現行ドイツ刑法 22 条は、「自己の所為についての行為者の表象に従えば構成要件の実現を直接的に開始した者は、犯罪行為をしようとして未遂に終わったものである。」と規定されるに至った⁽²⁴³⁾。同条は、前節で取り上げた旧 43 条下における最狭義の実質的客観説 (ないし個別的客観説) を法規にまで高めたものと評され⁽²⁴⁴⁾、1975 年 1 月 1 日に施行されて以来、現在まで変わらず用いられている⁽²⁴⁵⁾。同条から導かれる未遂の要件は、①構成要件を実現する決意 (主観的要素)、②構成要件実現の直接的開始 (客観的要素)、③既遂の不存在 (消極的要素)、と整理できる⁽²⁴⁶⁾。本節は、このうち、②の直接的開始 (unmittelbar ansetzen) を主たる検討対象とする。

ここで、鍵となる unmittelbar の辞書的な意味を確認しておきたい。Duden によれば、次の 3 つの意味がある⁽²⁴⁷⁾。すなわち、①他の何か又は第三者によって媒介されていないこと。②空間的又は時間的に、全く又はほとんど隔てられていないこと。③direkt (直接) であること。直通していること。これらの語義は、罪刑法定主義の見地から当然のことではあるが、学説とも大いに関連している (後述 IV 参照)⁽²⁴⁸⁾。

以下では、前節同様、Jescheck/Weigend の教

(243) 条文の文言ほか、未遂処罰規定の歴史的変遷についての簡単な紹介として、前述「I 未遂処罰規定小史」参照。

(244) 前掲注 (213) 及びその本文参照。

(245) 現行法下の判例の状況については、佐藤・前掲注 (139) 178 頁以下、塩見「(三)」前掲注 (23) 2 頁以下参照。

(246) 未遂の構成要件の大枠について、前述 I 3. (2) を参照。

(247) Duden Deutsches Universalwörterbuch⁶, 2007.

(248) 学説との関連につき、二本柳誠「ドイツにおける実行の着手論」名城ロー 41 号 (2018 年) 143 頁参照。なお、ク

科書5版(1996年)の「§49未遂の概念,構成要件及び処罰」中の、「Ⅳ.予備と未遂の限界」の記述を辿りつつ,引用されている判決の原文を詳しく見ることにする。これにより,1996年の時点の判例・通説を概観することができると思われる⁽²⁴⁹⁾。

(1) 旧43条と現行22条

ア 旧43条

さて, *Jescheck/Weigend*によれば⁽²⁵⁰⁾, 旧43条の「実行の着手」公式は,形式的客観説に依拠する場合は狭きに失し,実質的な必要性から,判例によって拡張されていた。そこでは,次の3判例【3】【5】【35】の参照が指示されている。

前掲【3】RG 71, 53 (ライヒ裁判所1937年2月8日判決)

前掲【5】BGH 6, 302 [303] (連邦通常裁判所1954年9月30日判決)

【35】OLG Karlsruhe JR 1973, 425 (カールスルーエ上級ラント裁判所1973年2月16日決定)⁽²⁵¹⁾

「これまでの捜査結果によれば, S社は, 被疑者Schüの依頼に基づき, 毎週, 30万リットルの暖房用石油を, 同社の勘定で購入することになっていた。暖房用石油は, 帳簿上, S

社から, E所在の架空会社Dへ納入されることになっていた。この偽装取引を維持するため, Schüは, 1972年9月20日に, Stにて, 被疑者K及びJの面前で, K中央税関が架空会社Dへ発行したことを装った虚偽の許可証(Nr. 502/847)を, S社のオーナーに交付した。

しかし, 実際には, 当該暖房用石油は, R所在のZ社へ, ディーゼル燃料として売却され, 納入されることになっていた〔後で触れられるように, 石油の取引に際しては, 暖房用としてであれば租税上優遇されるのに対し, ディーゼル燃料としてであれば租税上優遇されない〕。

既に, 事情を打ち明けられたZ社支配人は, Z社が暖房用石油をディーゼル燃料として購入することを承諾していたのである。そこで, Jは, Z社に対して, 通常の形式に則った書面を通じて, 納入を申し込んだ。この書面が受領された後に, 納入が開始するはずであった。当初, Z社が申込を即座に受諾するであろうことに疑いは無かったことから, 被疑者らは, 1972年9月20日の時点で, この取引が1972年9月28日に開始できると見込んでいた。そこで, Schüは, 1972年9月20日に, Stにて, J及びKに対して, 3万6千ドイツマルクを交付した。そのうち, 3万5964ドイツマルクは, 最初の〔架空会社Dへの〕納入に対する支払のために, S社の口座に入金されたものであった。さらに, 最初の週の〔偽装〕取引のために, 30万リットルの暖房用石油がS社から架空会社Dへ納入さ

ロロホルム事件決定との関係では, ②は時間的場所的近接性を, ③は自動性(ないし特段の障害の不存在)を想起させる。参考までに, 新村出編『広辞苑〔第7版〕』(2018年)によれば, 「直接」とは「(direct) ①中間に隔てるものがないこと。じかに接すること。……②他のものを介さず, じかであること。」であり, 「密接」とは「①隙間なくぴったりとつくこと。密着。……②関係が甚だ深いこと。」であり, 「密着」とは「①ぴったりとくっつくこと。すきまなくついて離れないこと。……②密着印画の略。」である。ドイツ語 *unmittelbar* の意味に *direkt* とある一方, 日本語「直接」の意味に *direct* とあることは, とても興味深い。*direct* (*direkt*) という概念を媒介として日独の議論が接続する可能性を, ここに見出すことができるかもしれない。

(249) 以下の記述は, 西原監訳・前掲注(22)『イエシェック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論 第5版』の記述と重なる部分も多い。ただし, 同書は, 原著においてポイントが落とされた発展的記述を訳出の対象外としているため, その部分の紹介は同書と重ならない。この検討方法の趣旨については, 前述Ⅲの冒頭部分の記述も参照。

(250) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 518 f.

(251) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22) による本判決のまとめについては, 後述(3)参照(本判決を旧法によるものと位置付け, 新法による場合の適用と比較する記述がある)。

れた旨の証明書と配達料金請求書が、既に準備されていた。最終的に、S社は、[Z社への]納入計画を実行するための配送業者への依頼まで済ませていた。しかし、予期に反して、Z社に対する申込が受諾されることは無かった。被疑者Kがその説明を求めたところ、Z社の支配人は、税関が年に1度の検査をちょうど行っていることを理由に、取引はまだ始められないと説明した。被疑者らは、取引を始めるべく色々を試みたが、すべて無駄に終わった。

被疑者Jの拘禁命令に対する異議に基づいて、ラント裁判所は、拘禁命令を取り消した。

検察官の異議には理由がある。ラント裁判所の見解に反して、これまでの捜査状況によれば、被疑者らには、租税回避罪の未遂（租税通則法392条2項⁽²⁵²⁾、刑法43条）の重大な嫌疑が存する。

a) 検察官の異議は、とりわけ、Hübner (Hübner in Hübschmann-Hepp-Spitaler, AO, § 392 Rdn. 21) の主張する見解に基づいている。すなわち、目

的外使用（租税通則法392条2項）の構成要件該当事実は、租税上の利益が認められている物を、租税優遇目的 (steuerbegünstigter Zweck)⁽²⁵³⁾とは異なる目的のために物を使用する意図で、税務署に対する適時の報告を怠りさえすれば認められる、という見解がそれである。この解釈に従うならば、[本件で] 租税回避未遂を認めることは、正当である。しかしながら、租税優遇目的以外の目的に物を使用することを単に決意しただけでは、租税通則法392条2項の構成要件の充足にとつては不十分である。というのも、同条は、次のような使用する (verwendet) 行為に刑を科すものだからである。

……行為者に対して租税免除又は租税利益が認められた物を、行為者が得た租税免除又は租税利益に合致しない目的のために使用する (verwendet) ……

たしかに、この規定の文言は、不明確であつて解釈を要することを認めうる。しかし、[本罪の] 構成要件が目的外の使用によって初めて既

(252) 判決文でも参照指示のある Hübschmann-Hepp-Spitaler, AO, Lfg. 64, 1970, § 392, S. 1 を参照すると、租税通則法 (Reichsabgabenordnung) 392条及び393条は、次のように規定していた（参照が必ずしも容易でない文献であったため、原文も特に記すことにする。なお、租税回避に関する同法旧396条につき、前出注 (124) 参照）。

„ § 392 Steuerhinterziehung

(1) Wer zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines anderen nicht gerechtfertigt Steuervorteil erschleicht oder vorsätzlich bewirkt, daß Steuereinnahmen verkürzt werden, wird mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe und mit Geldstrafe bestraft. Die Geldstrafe beträgt höchstens fünf Millionen Deutsche Mark.

(2) Steuerhinterziehung begeht auch, wer Sachen, für die ihm Steuerbefreiung oder Steuervorteile gewährt sind, zu einem Zweck verwendet, der der Steuerbefreiung oder dem Steuervorteil, die er erlangt hat, nicht entspricht und es zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines anderen vorsätzlich unterläßt, dies dem Finanzamt vorher rechtzeitig anzuzeigen……

§ 393 Versuch der Steuerhinterziehung

(1) Der Versuch der Steuerhinterziehung ist strafbar…… “

[392条 租税回避

(1) 自己若しくは他人の利益を図るため、正当化されない租税利益を得、又は、租税徴収の免脱 (verkürzt) を故意に働きかけた者は、罰金又は自由刑及び罰金に処する。罰金は、500万ドイツマルク以下とする。

(2) 行為者に対して租税免除又は租税利益が認められた物を、行為者が得た租税免除又は租税利益に合致しない目的のために使用し、かつ、このこと [=目的外使用] を税務署に予め適時に報告することを故意に怠った者は、租税回避を遂行したものである。……]

393条 租税回避の未遂

(1) 租税回避の未遂は、可罰的である。……]

(253) 租税優遇目的とは、租税上の優遇措置を受ける目的をいい、現行の租税通則法51条によれば、そこには、公益目的、慈善目的、教会目的が含まれる。同条につき、初宿正典・片桐直人・京都大学法学部宗教法令研究会訳「海外の宗教事情に関する調査報告書 資料編2 ドイツ宗教関係法令集」80頁参照

(〈http://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/shumu_kaigai/pdf/h22kaigai2.pdf〉より参照可能)。

遂に達すること、そしてそれゆえ、この〔使用という〕メルクマールが構成要件に属することは、上記の文言からして、明らかである (BGHSt. 3, 322, 325; *Franzen-Gast*, *Steuerstrafrecht*, 1969, § 392 AO Rdn. 126; *Bender*, *Das Zoll- und Verbrauchssteuerstrafrecht*, 1968, TZ 103)。目的外の使用が無ければ、租税の免脱 (Verkürzung) は始まりえないのである (*Franzen-Gast*, a. a. O.)。

b) ラント裁判所の出発点には、租税通則法 392 条 2 項の構成要件該当行為は、あくまで目的外使用に見出されなければならない、という立場 (vgl. BGHSt. 3, 322, 325) がある。たとえこの立場に従うとしても、被疑者らが取った行動は、租税回避未遂を意味するのであって、単なる予備行為にとどまるものではない。というのも、犯罪計画に従えば、かつ、自然な見方に従えば、構成要件行為の構成要素として現れるところの、あらゆる行為に際して、未遂が成立するからである (BGH NJW 54, 567) ⁽²⁵⁴⁾。その唯一の条件は、結果の惹起が直後に続く (im unmittelbaren Anschluß nahe gerückt) ような形で、かつ、保護法益が直接的に危殆化される形で、保護客体へ向けられた攻撃が、始まったことである (BGH NJW 52, 514; BGHSt. 2, 380; 3, 297; 4, 333) ⁽²⁵⁵⁾。これらの諸条件が個別の事例においていつ充たされるかは、その都度の構成要件の形態に応じて、そこに横たわる刑事政策的要請に鑑みて、決せられなければならない (BGHSt. 20, 150, 151)。

経済犯罪は、近年、重要性を増している。この犯罪形態に対する対策が進められる一方、国家と経済生活に関与する市民には、年間数十億〔マルク〕の損害が生じている。現代の経済犯罪の特徴と手口は、その都度の経済的・法的状況にフレキシブルに適應する点にある。このような現代的な手口に対して、伝統的な法概念に

基づく法解釈論的な考察のみによって対処することは、困難であることが多い。既に開始された経済刑法改革が完了するまでは、次のような、やむにやまれぬ刑事政策的必要性が存在する。すなわち、許される裁判官の法形成の枠内で、かつ、「法律無ければ刑罰なし」の原則が許容する限度で、高度に社会侵害的な犯行に対する有効な対策を可能にするような形で現行法を解釈することが、それである。このことは、BGHSt. 20, 150, 151 において、的確に明らかとなっている。

本件において、被疑者の計画はその一部が現実のものとなった。この計画が示すように、暖房用石油を〔暖房用という〕目的に反して使用することは、それが広がった場合、見逃せない国家収入の減少に至る。もし、犯行の摘発に成功するとしても、生じた鉱油税 (Mineralölsteuer) を後から徴収することは、もはや不可能な場合も多いであろう。それゆえ、この種の事案においてはまさに、租税上優遇される暖房用石油を、ディーゼル燃料として違法に使用されるに至るのに先立って、刑法的な措置を導入することが要請されるように思われる。

本件において、被疑者らは、計画された取引を、Z社の受諾後直ちに開始すべく、全てのことを成し終えていた。石油を仕入れて顧客に配達するために必要なことは、もはや、〔S社への〕納入業者と〔Z社への〕配送業者という二者に電話でゴーサインを出すことのみであった。それゆえ、行為者の全体計画に従えば、本件保護法益に対する攻撃は、非常に差し迫っており (so kurz bevorstehen), その結果、当該法益は、既に直接的に危殆化されていたのである。本件の事情の下では、被疑者らが大規模な経済犯罪を実行するために利用しようとしたところの、全体的な「犯罪装置 (krimineller Apparat)」は、

(254) 「計画に従えば」という記述は、行為者計画に着目する見解 (前述Ⅲ 1. (5) イ参照) を、「自然な見方に従えば」という記述は、*Frank* の公式 (前述Ⅲ 1. (5) ア参照) を想起させる。

(255) 「直後に続く」という記述は、最狭義の実質的客観説 (前述Ⅲ 1. (5) ウ参照) を、「危殆化」という記述は危殆化に着目する見解 (前述Ⅲ 1. (5) イ参照) を想起させる。

次のような状態に達する程に、既に構築と調整が済んでいた。すなわち、保護法益に対する攻撃を直接的に発動するために必要なことは、もはや、「ボタンを押す (Kopfdruk)」のみである状態が、それである。仮に、このような「犯罪装置」の構築完了を、不可罰の予備行為の領域へと追いやるとすれば、それは、今日の大規模経済犯罪の手口と現象形態とに於けるものではないだろう。むしろ、この種の現代的犯罪行為者は、法的・技術的器具を駆使するのが常であることをまさに理由として、少なくとも、この種の「装置」の構築完了において、保護法益に対する直接的に差し迫った攻撃と、それに伴う法益の直接的な危殆化とが認められるのである。これらは、判例が、予備行為を未遂から区別するための基準とみなすところのものである。

以上より、これまでの捜査結果から認定される被疑者の行為態様は、法的に、計画された租税回避の実行の着手と評価でき、それゆえ、単なる予備行為ではなく未遂と評価できる。⁽²⁵⁶⁾

イ 現行22条

さて、*Jescheck/Weigend*によれば⁽²⁵⁷⁾、旧43条の古い公式を、立法者は、1975年の改正に

において、次のような規定と置き換えた。すなわち、所為についての行為者表象という主観的基準（後述(2)参照）を、構成要件実現の直接的開始という客観的基準（後述(3)参照）に結び付ける規定が、それである。この、旧43条下において既に主張されていた、いわゆる「**個別的客観説 (individuell-objektive Theorie)**⁽²⁵⁸⁾」（次の3判例【36】～【38】の参照が指示されている）が、構成要件実現の直前段階（*unmittelbar vorangehende phase*）に未遂を限定することで、未遂開始が所為の前地へとますます拡大するのを防ごうとするものであることは、1962年草案理由書及び現行刑法理由書に記されている⁽²⁵⁹⁾。

こうして時代遅れとなったのは、純粹主観説（実行の着手についての行為者表象に専ら着目することから、予備の領域にまで処罰を広げた）と、その対極にあつて、厳格な意味における構成要件該当行為によって未遂開始を認める形式的客観説である⁽²⁶⁰⁾。これに対して、保護対象たる行為客体の直接的危殆化を要求する実質的客観説には、なお価値が認められる⁽²⁶¹⁾。なぜなら、この基準は、例えば不作為犯の場合に、開始公式を補うべく用いられうるからである（後述(5)参照）。

(256) 本判決は、上級ラント裁判所のものではあるが、旧43条の最晩年における意義ある適用例のひとつとして、あえて参照が指示されているのであろう。実質的客観説はその内部で3つに区別できるが（前述Ⅲ1.(5)参照）、本判決では、その3つの基準が全て表れている。本判決が、前掲【28】BGH 20, 150を引用しつつ租税刑法という特別刑法について刑事政策的考慮を明言する点、そして、「犯罪装置」の構築・調整という比喻を用い自動性を別の角度から説明していると解される点は、印象的である（ただし、租税通則法392条2項は、作為の目的外使用と不作為の報告懈怠とからなる特殊な結合犯にみえ、その特殊性に留意する必要がある）。

(257) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 518 f.

(258) 個別的客観説（＝最狭義の実質的客観説）については前述Ⅲ1.(5)ウを参照。*Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 518, Fn. 33は、同説を旧43条の解釈として既に提唱していたものとして、*Welzel*の教科書と、刑法改正大委員会における*Jescheck*の発言を挙げる。そして、Fn. 34は、現行22条の解釈として個別的客観説を主張する論者として、*Bockelmann/Volk*, *Baumann/Weber*, *Dreher/Tröndle*, *LK (Vogler)*, *Lackner*, *J. Meyer*, *Otto*, *Roxin*, *Rudolphi*, *Schönke/Schröder/Eser*, *SK (Rudolphi)*, *Wessels*, *Walder*を挙げるとともに、*Schmidhäuser*の「全体性説」は個別的客観説と同旨であると評価し、*Jakobs*の見解は個別的客観説に加える形で社会的関係に着目するものと評価する。

(259) 1962年草案及び現行刑法理由書については、前述Ⅰ2.参照。

(260) 純粹主観説については前述Ⅲ1.(2)を、形式的客観説については前述Ⅲ1.(4)を参照（*Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519は、ここで、各説の論者を挙げていない。）。

(261) 実質的客観説については前述Ⅲ1.(5)を参照。なお、実質的客観説内部で、①*Frank*の公式、②危殆化・行為者計

【36】BGH 26, 201 [203 f.] (連邦通常裁判所 1975年9月16日判決)⁽²⁶²⁾

「Ⅱ 6b事件において、ラント裁判所刑事部は、所為計画の実現の開始に関して、以下の事実を認定した。

共同被告人らは、夕刻、襲撃対象に選んだガソリンスタンドにやって来た。ガソリンスタンドは、やっていなかった(Sie war nicht besetzt)。そこで、共同被告人らは、ガソリンスタンド敷地内にある居住用建物へ向かった。その建物のドアの前で、彼らは、ストッキングの覆面を被った。そして、共同被告人Kは、呼び鈴を鳴らした。彼は、携行してきたピストルを手に持っていた。共同被告人らは、呼び鈴に応じて、ガソリンスタンド従業員か、ガソリンスタンドのオーナーか、その他の人物が現れるであろうと予想していた。その誰かが現れれば直ちに、ドアを開けた人物をピストルで脅し、縛り、そして奪取の甘受を強要するはずであった。[しかし、実際には、] 呼び鈴を鳴らしても、誰も出てこなかった。複数の窓をノックしてみたが、それも無駄だった。共同被告人らは、計画の実現を諦めた。なぜなら、向かいの家から女性がこちらを見ており、『彼らは、この女性に見つかったと思った』からである。

以上の事実認定に従えば、共同被告人らは、強盗⁽²⁶³⁾ 未遂を遂行したといえる。

1. 刑法旧43条1項によれば、その遂行へと行為者の故意が向けられたところの犯罪行為の『実行の着手』を含む『行為』でもって、未遂が開始することとされていた。[他方、現行

の] 刑法22条によれば、『自己の所為についての行為者の表象に従えば構成要件の実現を直接的に開始する』行為は、未遂段階にあるとされる。これらふたつの公式は、同一に解釈されうる(vgl. LK 9. Aufl. § 43 Rdn. 14 und 68; Welzel, Lehrbuch 11. Aufl. § 24 III)。判例は、既に、刑法旧43条1項の効力下でしばしば、『客観的傾向(Einschlag)を伴う主観的理論』(LK aaO Rdn. 14), 『個別的客観説』(Rudolphi in Syst. Komm. StGB § 22 Rdn. 9; Welzel aaO § 24 III)——これらは、(主観と客観を)[単純に] 混合した[だけの] 方法論とは異なるものとされる(vgl. Dreher, StGB 35. Aufl. § 22 Anm. 5)——, を支持していた(vgl. BGHSt 1, 115, 116; 16, 34; 19, 350, 351; 22, 80, 82; 24, 72, 79)。これらの説及び現行法は、具体的な事実的故意の中に見出されるところの主観的判断基礎に対して、客観的な評価基準を適用する、というものである(vgl. Dreher aaO Anm. 5 A; Lackner, StGB 9. Aufl. § 22 Anm. 1 b)⁽²⁶⁴⁾。ここにいう客観的な評価基準によれば、いまだ[本来的な] 構成要件には該当しない行為も、次の場合には、未遂の領域に含まれることになる。すなわち、その行為が、行為者の表象に従えば、構成要件要素の実現の『直前にある(unmittelbar vorgelagert)』場合、すなわち、構成要件の実行行為へと直接的に『つながる(einmündet)』場合が、それである。実際、次のような従来の判例は、上記の評価基準について、[これらの学説と] 異なる理解を示しているわけではない。すなわち、判例は、『事象が障害なく進行すれば直接的に』

画・攻撃客体に対する行為による関係に着目する見解、③最狭義の実質的客観説(=個別的客観説)が分かれている。本文の記述は、この②の見解について言及するものといえる。

(262) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22) による本判決のまとめについては、後述(3)参照。

(263) 判決集に罰条は明示されていないが、Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519によれば、刑法250条1項1号(強盗の加重類型)が問題となったようである。刑法250条1項1号(1969年6月25日の法律により改正されたもの)は、次のように規定していた。「(1) 次に掲げる場合、5年以上の自由刑に処することができる。1. 強盗〔の正犯〕又は強盗関与者が、所為の遂行に際して、凶器を携帯したとき。……」。そして、基本犯である強盗罪として、刑法249条(1969年6月25日の法律により改正されたもの)は、次のように規定していた。「(1) 人に対する暴行によって、又は、身体若しくは生命に対する現在の危険を示す脅迫によって、違法に領得する目的で、他人の動産を奪取する者は、強盗のかどで1年以上の自由刑に処する。……」

(264) 行為者の計画をベースにそれを客観的にみる、という判断手法について、後掲注(274)参照。

(in ungestörem Fortgang unmittelbar) 構成要件充足へと至ることになる行為にまで、未遂段階を拡張していたし (vgl. BGH NJW 1952, 514 Nr. 24 und 1954, 567 Nr. 24; BGH GA 1953, 50; BGH Urteil vom 3. November 1959 – 1 StR 393/59), また判例は、構成要件実現との直接的な空間的及び時間的關係に立つ行為でもって未遂が開始するとしていたのである (vgl. BGHSt 22, 81, 82; BGH bei Dallinger MDR 1973, 728)。

それにもかかわらず、刑法新22条の概念規定の意義は、以下の諸点にある。〔第一に、〕 事実的故意を唯一の判断基礎とすることを承認すること、それゆえ、外部的観察者による『自然的理解』 (vgl. dazu BGHSt. 2, 380, 381; 9, 62, 64; BGH GA 1953, 50; BGH NJW 1954, 567 Nr. 24) を排除すること。〔第二に、〕 保護法益の直接的危殆化 (vgl. dazu BGHSt 9, 62, 64; 20, 150, 151; 22, 80; BGH bei Dallinger MDR 1973, 728) に言及しないこと。のみならず、〔第三に、〕 当初 Welzel によって展開された評価基準 (vgl. aaO § 24 III) を承認したこと⁽²⁶⁵⁾。直接性の要件を、〔本来的な〕構成要件該当行為と緊密に結びつけた点に、『法的安定性の利益』が認められる (vgl. Roxin JuS 1973, 329; Gössel GA 1971, 225, 227)。

2. II 6b 事件において、『開始公式』 (so Roxin aaO) は、事実審裁判所の判断を支えるものである。共同被告人は、呼び鈴に応じて誰かが現れるであろう、そして、その者に対して強盗

の強要手段を直ちに投入できるであろうと想定していた。この想定において、彼らは、覆面をして、手に武器を持ち、『待ち構えて』 (auf dem Sprung) いた。彼らは、主観的には『さあ行くぞ』 (vgl. Dreher aaO Anm. 5 C) の境界を越え、かつ、客観的には構成要件に該当する攻撃行為を開始していた。なぜなら、その行為は、中間行為無しに構成要件実現 (現れた人物をピストルで脅す) につながることになる (einmünden sollte) からである (仮に、ピストルを上げて狙うことを中間行為とみなしたならば、それは、身体的挙動を細切れに扱う、あまりに狭い考察であろう。もっとも、Gössel aaO S. 226 は、そう解するようである。)⁽²⁶⁶⁾。

【37】BGH StV 1992, 62 (連邦通常裁判所 1991 年 9 月 10 日判決)

「ラント裁判所は、被告人がその妻に対して遂行した、危険な傷害及び監禁と観念的競合の關係に立つ故殺未遂を理由として、被告人に 6 年の自由刑を言い渡し、かつ、妻に対し訴訟費用のほか 5 千マルクの損害賠償の支払いを命じた。被告人の、事実誤認 (Sachrüge) に基づく上告は、有罪判決の変更及び破棄を求めるものである。

1. 故殺⁽²⁶⁷⁾ 未遂を理由とする被告人の有罪判決は、連邦検事総長も述べるように、維持できない。

(265) 実質的客観説はその内部で 3 説に区別できるが (前述 III 1. (5) 参照)、22 条は、その中で最狭義の実質的客観説 (= 個別的客観説) に依拠するものである一方、オリジナルな Frank の公式及び危殆化に着目する見解を排除するものだ、との理解が示されている点が興味深い。

(266) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注 (23) 3 頁は、「住宅への押入強盗に関し、呼び鈴に応じて誰かが現れれば、その者に直ちに強要を行うとの犯罪計画のもとに、玄関戸においてマスクをし、ピストルを取り出す等の準備をしたうえで呼び鈴を鳴らした事案につき、呼び鈴を鳴らした『行為は中間的行為なくして構成要件実現と一体になる』ことを理由に加重強盗未遂の成立を肯定した」とまとめる。本判決は、新総則が施行された年である 1975 年に出されたものであるが、教科書類が必ずこれに言及していることから、極めて重要な判例と考えられる。例えば、Roxin, AT II, a. a. O. (Anm. 3), § 29, Rn. 126 f. は、連邦裁判所が、未遂の判断に際して着目する諸基準をどのように相互に関連付けているかを、本判決が示しているかもしれない、とする。本判決について、佐藤・前掲注 (139) 180 頁以下、高橋則夫「予備と未遂の区別について」判タ 391 号 (1979 年) 48 頁以下も参照。本判決が、旧 43 条と現行 22 条について同一の解釈が可能であると説明している点も、興味深い (もしそれが正しければ、我が国の刑法 43 条についても、同一に解釈できる可能性があることになろう)。

(267) 刑法 212 条 (1974 年 3 月 2 日の法律により改正されたもの) は、次のように規定する。「謀殺者となることなく、故意に人を殺害した者は、故殺者として、5 年以上の自由刑に処する。」

被告人は、窓台に座る妻の背中を意図的に突き飛ばし、よって、彼女は窓から3.36m下のコンクリートプレートへ落下し、衝突の際に重傷を負った。その際、被告人が条件付きの殺意を持って行為したことをラント裁判所刑事部が認定したことに、法的な問題は無い。しかし、上告が正当にも指摘する通り、被告人が、刑の免除効果を伴う形で、当該故殺未遂を中止したこと（刑法24条1項⁽²⁶⁸⁾）を、ラント裁判所は看過した。

未終了未遂を終了未遂から区別することは、中止犯の成否に関わる。連邦通常裁判所の近時の判例によれば、その区別にとって重要なことは、行為者がその所為行為の実行後に構成要件該当結果を——本件でいえば、妻の死を——ありうると考えたかどうかである。すなわち、決定的であるのは、行為者の『中止の地平（Rücktrittshorizont）』である（vgl. BGHSt 31, 170; 33, 295 [BGH 22.08.1985 – 4 StR 326/85]; 35, 90; BGH NStZ 1990, 30）。ラント裁判所刑事部は、中止の問題を認識しなかったため、このような区別に取り組んでいない。しかしながら、ラント裁判所の事実認定は、被告人によって遂行された故殺未遂が終了していたことを明らかにするものである。なぜなら、記述された暴力行為の遂行後、被告人は、死亡結果がありうると考えた〔はずだ〕からである。本件において、被告人は、適切な作為によって所為が既遂に至るのを阻止したこと（刑法24条1項1文第2選択肢）、又は、少なくとも結果防止のため真摯に努力したこと（刑法24条1項2文）を理由として、刑の免除を得ることができた。

ラント裁判所の事実認定によれば、被告人は、妻を突き飛ばして窓から転落させた後、窓とカーテンを閉めた。被告人は、自らの行為に驚いた。そして、被告人は、妻は自殺をすべく

窓から飛び降りたと、警察に〔虚偽の〕報告をするかどうかを、来客と相談した。しかし、被告人は、その直後、警察に電話し、救急車を依頼した。その後被告人は、相変わらず家の前のコンクリートプレート上に倒れていた妻に、手当を施したいと考えた。隣人は、事件と怪我人に気付いて、そうこうするうちに警察にも通報した。この隣人ならば、被告人を妻の所へは行かせなかったであろう。以上の事実認定によれば、被告人は、いずれにせよ、故殺未遂に関しては、任意かつ真摯に所為が既遂に至るのを妨げるよう努力したことを理由に、中止犯として刑が免除される。被告人の作為が、被害者の救助の原因とはなりえなかったとしても、彼の行為は、結果防止のための任意かつ真摯な努力と評価されなければならない（vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 2 Bemühen 2 und 3）。

また、ラント裁判所の事実認定によれば、被告人は妻の救助のために、任意に努力した。連邦検事総長が的確に述べる通り、被告人が救急車を呼ぶのに先立って、〔既に〕所為が証人の面前で遂行されていた、つまり見つかったという事情は、結果を防止するための努力に際して任意に行動したという想定と、矛盾するものではない（vgl. BGH, Urt. Vom 13. Mai 1975 – 1 StR 152/75 – bei Dallinger MDR 1975, 724 sowie StV 1983, 413）。

2. たしかに、ラント裁判所は、中止犯の問題を見出さなかった。それにもかかわらず、ラント裁判所は、中止犯の問題を検討するという見地からしても〔十分に〕包括的な事実を認定していた。仮に新たな公判を開いたとしても、故殺未遂の中止を否定するような事実を認定できるとは思えない。それゆえ、当刑事部は、有罪判決を変更し、被告人は監禁と観念的競合の関係に立つ危険な身体傷害についてのみ責任を負

(268) 中止犯に関する刑法24条（1969年6月4日の法律により改正されたもの）は、次のように規定する。〔(1) 任意に更なる行為の遂行を放棄し又は行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない。中止行為者の関与がなくとも所為が既遂に達しなかったとき、中止行為者が、任意かつ真摯に、所為が既遂に達するのを妨げるよう努力した場合には、不可罰とする。……〕

うこととする（窓からの突き落としまで、被告人は、妻を、彼女が出て行きたがっていた夫婦の住居に監禁していた）。

以上と関連して、当裁判所は、次のことを言い添える。殺害犯の未遂とその所為によって遂行された危険な身体傷害との間に観念的競合（刑法52条）を認めるというラント裁判所の見解には、従い得ない（vgl. BGHSt 21, 265 sowie BGHR StGB § 223 a Konkurrenzen 2）。……」⁽²⁶⁹⁾

【38】BGH NJW 1993, 2125（連邦通常裁判所 1993年2月16日判決）

「1990年3月、U及びその恋人Eは、第三者に報酬を支払って、Uの夫Wを殺害させることを企てた。U及びEは、1万5千マルクの報酬でT及びMにW殺害を依頼し、合意に至った。その金を、Uは、Wの生命保険から調達するつもりであった（この生命保険は、Wが契約締結したものであり、Uを受取人とするものであった）。そこで、Uは、T及びMに対して、Wの殺害は、自殺には見えないように行うこと、そして、U及びEが不在中に行うことを指示した。T及びMは、鉄の棒で武装して何度かWを待ち伏せた。しかし、彼らは、いつも勇気を出すことができなかった。彼らは、後により有利な状況が訪れることを期待したのである。U及びEは、激しい口調で犯行を促した。すなわち、Uは、『この役立たず、根性なし』と言い、Eも、Mは、『何をすべきか、わかっている。Mは、こちら〔＝Wの住居〕へ来て、台所の窓が開いているかどうか、そこから入れるかどうかを確認すべきだ。Wは居間に、Uは子供部屋に、一人で寝ている。』という旨を、犯行直前に述べた。そこで、Mは、1990年5月12日2時30分頃、『Mが気付かれずにWを刺殺できるかどうか見に行く』ことを決意した。Mは、刃渡り11cmの尖ったキッチンナイフを携えて、Wの住居の台所の窓に赴き、そこから住居に侵入した。『Mは、そもそも殺害を敢行すべきかどうか決心がつかず、暗い廊下を行ったり来たりした。結局、彼は、いやいやながら、居間に続くドアを開けた。……驚いたことに、彼がそこで見たのは……夫婦二人〔＝U及びW〕がソファベッドに横たわっている姿であった。……Uがそこにいたことから、Mは、Wへの攻撃を中止した。……』……」

その後、Mは、Wの首をナイフで刺して重傷を負わせるに至った。「ラント裁判所は、本件に、次のような法的評価を下した。すなわち、Mが……Wの首をナイフで刺した行為は、当初の所為計画とは独立した、新たな所為決意に基づくものである。被告人Mは、殺人未遂については、中止が認められ刑の免除が妥当する一方、刑法223条aの危険な傷害を理由としてのみ処罰される。MがW家の住居に侵入した行為は、いまだ、U及びEと約束した殺人の未遂を成立させるものではない。Mは、重罪の約束（刑法30条2項⁽²⁷⁰⁾、212条⁽²⁷¹⁾）を理由としては、処罰されない。なぜなら、彼は、Wを殺すという計画を、任意に放棄したからである。U及びEは、故殺の教唆の未遂の責任を負う（刑法30条1項、212条）。……」

その後、Mは、Wの首をナイフで刺して重傷を負わせるに至った。「ラント裁判所は、本件に、次のような法的評価を下した。すなわち、Mが……Wの首をナイフで刺した行為は、当初の所為計画とは独立した、新たな所為決意に基づくものである。被告人Mは、殺人未遂については、中止が認められ刑の免除が妥当する一方、刑法223条aの危険な傷害を理由としてのみ処罰される。MがW家の住居に侵入した行為は、いまだ、U及びEと約束した殺人の未遂を成立させるものではない。Mは、重罪の約束（刑法30条2項⁽²⁷⁰⁾、212条⁽²⁷¹⁾）を理由としては、処罰されない。なぜなら、彼は、Wを殺すという計画を、任意に放棄したからである。U及びEは、故殺の教唆の未遂の責任を負う（刑法30条1項、212条）。……」

(269) 本判決は、終了未遂と未終了未遂の区別に関する判示を含むものの、もっぱら中止犯に関するものと思われ、なぜ、*Jescheck/Weigend, AT*⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 518が、「個別的客観説」との関係で本判決にわざわざ言及しているのか、筆者には理解できなかった。

(270) ドイツ刑法30条（1969年7月4日の法律により改正されたもの）は、次のように規定する。「(1) 重罪を行うよう又は重罪を教唆するよう他人に決意させようとした者は、重罪の未遂に関する規定により処罰する。ただし、第49条第1項により、その刑を軽減する。第23条3項が準用される。

(2) 重罪を行い又は重罪を教唆する用意のある旨を表明した者、又は、このような行為を行う旨の他の者の申し出を受け入れた者、若しくは、それを他の者と約束した者も、前項と同一の刑で処罰する。」

ドイツにおいて、予備段階は、原則的に不可罰であるが（例えば、殺人予備罪は存在しない）、関与の未遂に関する30条は、予備段階の処罰を定めるものといえる。この点について、二本柳・前掲注（248）141頁も参照。

(271) 刑法212条（1974年3月2日の法律により改正されたもの）については、前出注（267）参照。

「W家の住居への侵入について、ラント裁判所は、殺害行為の実行の開始とはみなさなかった。当刑事部は、この見解を支持する。

所為についての自らの表象に従って、直接的に構成要件の実現を開始した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである（刑法22条）。予備行為と未遂の限界は、行為者が構成要件要素を実現してはじめて乗り越えられるのではなく、むしろ、行為者の所為計画に従えば構成要件要素の充足に時間的に先行し、かつ、構成要件行為に直接的に至るところの行為があれば、乗り越えられるのである。それゆえ、未遂段階は、事象が障害なく進行すれば直接的に構成要件充足に至るべき行為、又は、構成要件充足と直接的な空間的及び時間的關係に立つ行為にまで、拡張される。それが認められるのは、次の場合である。すなわち、行為者が、主観的に『さあ行くぞ』の境界を越え、客観的に構成要件該当の攻撃行為を開始し、その結果、行為者の行為が中間行為なしに構成要件充足に至る場合である（vgl. BGHSt 26, 201 [202 ff.] = NJW 1976, 58; BGHSt 28, 162 [163] = NJW 1979, 378; BGH NStZ 1987, 20; NStZ 1989, 473; BGH, Urt. V. 22. 10. 1992 – 1 StR 532/92 – je m. w. Nachw.）。

これらの諸原則に従えば、Mによる部屋への侵入は、ライヒ裁判所刑事部が正当にも認定する通り、いまだ殺人未遂とはならない。Mは、部屋のドアを開けた時点で、『さあ行くぞ』の境界を、主観的にはいまだ越えていなかった。彼の行為は、新たな意思衝動を要する中間行為なしには、構成要件行為へ至りえなかった（BGH 26, 201 [203] = NJW 1976, 58; BGH NStZ 1987, 20）。

被告人は、気付かれずにWを刺殺できるかどうか見に行くために、住居に侵入した。たしかに、彼は、Wが居間に一人で寝ているだろうと思っていた。しかし、彼は、そのことに確信

を持っていなかった。状況が更に明らかにならない限り、犯罪は遂行されるべきではなかったし、されることもできなかった。そして、次の出来事が起こる。Mが、居間のドアを開けて、ソファベッドに横たわる夫婦を目の当たりにした時、彼は、『自らの行動についての決心が、一層鈍った』。その限りで、本件事案は、BGH NStZ 1987, 20の判決の前提となった事案とは異なる。その事案においては、行為者の表象に従えば、居間のドアは、障害なしに被害者を射殺することができるために行為者が乗り越えるべき、最後の障害物だったのである。⁽²⁷²⁾

(2) 主観的基準：所為についての行為者の表象
Jescheck/Weigendによれば⁽²⁷³⁾、未遂と予備を区別する際の出発点となるのは、「所為についての行為者の表象」である。なぜなら、断片的にのみ実現された外部的事象は、少なくとも未終了未遂の場合には、**行為者の計画**からしかこれを理解できないからである。それゆえ、構成要件実現の直接的開始が認められうるかどうかという問題にとって重要なのは、行為者が、どのような所為の成り行きを心に描いたのか、そして、どのような方法で構成要件該当の実行行為に取り掛かろうとしたのかである。

筆者がみるところ、以上のことは、日独の比較において、非常に重要な意味を持っている。すなわち、ドイツでは22条が「行為者の表象に従えば」と規定していることから、どのような見解に立とうとも、行為者の計画をベースにそれを客観的にみる、という判断手法が採られることになる。これに対して、我が国の多くの見解は、外形的事実を少なくとも基本的なベースに実行の着手を判断しているように思われ、ここに日独の実行の着手の判断手法の決定的な相違を見出すことができると考えられる⁽²⁷⁴⁾。

(272) 本判決について、佐藤・前掲注（139）192頁は、「本件の特徴は、被告人の犯意が強固ではなかったことに加え、被害者宅の状況や被害者の行動について不正確な情報しか得ていなかったところにある。」と指摘する。なお、判決末尾で言及されているBGH NStZ 1987, 20について、後掲【40】参照。

(273) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519.

(274) 二本柳・前掲注（248）143頁。我が国で、行為者の計画をベースにそれを客観的にみるというドイツ流の判断手

(3) 客観的基準：構成要件実現の直接的開始
ア 中間行為説

*Jescheck/Weigend*によれば⁽²⁷⁵⁾、**構成要件実現の直接的開始**というメルクマールによって、未遂は、「構成要件行為のすぐそばまで引き寄せられる (bis hart an die Grenze der Tatbestandshandlung herangerückt)」ことになる。つまり、未遂行為とは、「構成要件要素の実現に直接的に先行する (unmittelbar vorgelagert)」出来事のみをいう。その際に決定的であるのは、いまだ構成要件に該当しない行為であっても、行為者の全体計画に従えば、本来的な実行行為と非常に緊密に結びついているので、**更なる本質的な中間行為なしに所為の決定的段階へ移行しうることである**⁽²⁷⁶⁾。この中間行為説について、まず、次に掲げる【39】【40】の参照が指示され、次いで、具体例として、【41】以下が挙げられている。

筆者がみるところ、*Jescheck*の教科書2版においては主観説、形式的客観説、実質的客観説といった学説の対立を軸に検討が進められていたのに対し（前述Ⅲ 1. 参照）、5版においては、それらの説への言及は僅かである（前述(1) 参照）。むしろ5版は、22条の解釈として、個別的客観説及びその具体化としての中間行為説のみを提示するのである。このことから、*Jescheck/Weigend*は、5版が発行された1996年の時点で、22条を巡る解釈論的争いをあまり重視していなかったといえるかもしれない。

【39】BGH 35, 6（連邦通常裁判所1987年7月24日決定）

「I. 1. ラント裁判所は、刑法176条1項⁽²⁷⁷⁾の定める児童の性的濫用の未遂の罪について、以下の事実を認定した。被告人は、もうすぐ12歳になる少女Tに対して、自分はその児童が通う学校の新しい教師であると偽り、その児童を人目につかない辺鄙な場所へ車で連れて行った。そこで、被告人は、既に運転開始時から抱いていた計画通りに、自動車内で人に見つからずに児童と性的行為に及ぶべく、自車のボンネットとトランクを開けた。被告人は、児童の横に座り、学校で既に性科学の授業があったか、性教育を受けたかを尋ねた。児童は、いよいよ疑いを深め、被告人に今すぐ絶対に学校に行きたいと言い、自動車のドアを——予想外にも——開け、そこから走り出した。被告人は、短時間が経過後に児童を追いかけ、とある見通しの良い場所で児童に追いつき、学校に連れて帰ってあげるからもう一度車に乗るようにと催促した。ラント裁判所刑事部は、以上のこととの関連で、次のように述べる。

『追跡されて更に怖い思いをしていた少女が、これ〔＝被告人の催促〕を決然と拒絶し、「いやだ、いやだ」と叫んだので、被告人は、見つかるのを恐れたはずではあるが、暴力には決して及ぶまいと固く決意すると、自車に戻り、往路に通った道を引き返した。被告人がTに再び追いついた時点で、少女は、野原を逃げていた。

法を採用するのは、佐藤・前掲注（139）230頁以下、樋口亮介「実行行為概念について」山口厚他編『西田典之先生献呈論文集』（2017年）38頁、同「詐欺罪における実行の着手時点——東京高判平成29年2月2日をきっかけに」法セ759号（2018年）52頁。

(275) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519.

(276) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519, Fn. 39は、この文脈で（おそらくは中間行為説の論者として）、*Schönke/Schröder/Eser*, *SK (Rudolphi)*, *Velting*, *Wessels*を挙げ、*LK (Vogler)*が、「許される解釈によって、言語的かつ即物的にその都度の構成要件に包摂されうる」行為にしか未遂を認めないのは、狭きに失すると批判する。

(277) 刑法176条（1973年11月23日の法律により改正されたもの）は、次のように規定していた。「(1) 14歳未満の者（児童）に対して性的行為を行い、又は、児童をして自己に対する性的行為を行わせた者は、6月以上10年以下の自由刑に処し、犯情があまり重くない事案では、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2) 児童が第三者に対して性的行為を行うように、又は、第三者をして児童に対して性的行為を行わせるように決意させた (bestimmt) 者も、前項と同一の刑に処する。……」

他方、被告人は、こう叫んでいた。馬鹿な真似はよせ、戻ってこい、連れて帰ってあげよう、と。しかし、Tは、農場Bの野原を通して更に逃げた。彼女は、被告人の嘘を見抜くことができたのである。』

a) ラント裁判所の主張する見解によれば、被告人は、彼の所為計画に従えば直接的に構成要件行為へと至るはずの行為に既に及んだのであり、それゆえ、刑法176条1項の構成要件実現を直接的に開始した（刑法22条）。

b) 未遂の中止は、成立しない。

aa) 被告人は、Tとの性的行為を、自由意思に基づいて行おうと欲したが、暴力の行使は厳に慎んだ。力づくで犯罪を実行することは、被告人にとって、他の〔採りうる〕手段による目的達成を意味しなかったであろう。それは、全く別の、彼が全く欲しなかった犯罪である。このような事情の下では、少女の逃走と乗車拒否以後、被告人はもはや少女の決断の支配者たることを得なかったのであり、彼はもはや所為を中止しえなかったのである。

bb) その他の点では、被告人は、少女を力づくで『捕まえる』ところを目撃されることを恐れたはずである。このことを、彼は——犯罪地を選択する際の並外れた入念さと、発見されることを回避するためのその他諸々の準備が示す通り——防ぎたかったのである。

2. 未遂及び未遂の中止という問題に関するラント裁判所の判示は不充分であり、当裁判所は、その判示によっては、異議が申し立てられた判決を十分に法的に審査することができない。

被告人の行為が、既に、刑法176条1項の意味における性的な行為の実行の直接的開始として評価されるかどうかの判断も、また、中止の問題への解答も、様々な時点における被告人の望みと表象に、本質的に依存する。このことを、ラント裁判所刑事部も認識しており、上記の問題の検討に際して、被告人の応訴（Einlassung）に拠りどころを求めているが、その関連を必ずしも明白には記述していない。そのような記述〔＝応訴と問題を明白に開

連付けた記述〕が、ラント裁判所が応訴の意味を誤認したか又はそれを不正確に評価した可能性を排除するために、必要であった（vgl. BGH NStZ 1984, 213; BGH StV 1981, 509; BGH GA 1965, 208; BGH, Bschl. vom 27. September 1983 – 4 StR 550/83; Bschl. vom 13. August 1986 – 4 StR 404/86; Bschl. vom 22. April 1986 – 4 StR 162/86）。

被告人が既に未遂を開始していたかどうかという問題に答えるために重要なのは、とりわけ、意図した犯行の経過について被告人がどのような表象を有していたのか、そして、彼がどのような方法で目的を達成しようとしていたのか、という点である。被告人が性的な行為を自由意思に基づいてのみ行おうと欲し、かつ、暴力の行使は厳に慎んだという事実認定は、明らかに被告人の応訴にその根拠を求めることができる。この事実認定によって、ラント裁判所は、任意の未遂中止を否定した。しかし、この事実認定は、一方で、〔被告人の〕行為を児童に対する性的濫用の未遂として評価するという判断にとって、不確かであり、十分な基礎を提供していない。他方で、この事実認定は、任意の未遂中止を否定せざるをえないという判断にとってもまた、不確かであり、十分な基礎を提供していない。

未遂は、行為者が、『自己の所為についての行為者の表象に従えば構成要件の実現を直接的に開始した』ときに開始する。これに従えば、未遂段階に初めて到達するのは、行為者が次の行為に及んだ時点である。すなわち、自己の表象に従えば構成要件要素の実現に直接的に先立つ行為、ないし、事象が障害なく進行した場合には（im Fall eines ungestörten Fortganges）中間行為なしに構成要件の実行行為へ直接的に至る行為が、それである（vgl. BGHSt 26, 201, 202 f.; 28, 162, 163; 30, 363, 364; BGH, Urt. vom. 4. Dezember 1979 – 1 StR 703/79; Beschlüsse vom 25. Juni 1985 – 1 StR 273/84 und vom 10. April 1984 – 5 StR 183/84）。刑法176条1項の意味における構成要件の実行行為は、行為者と児童の間の性的な身体的接触である。そのような行為

の実行を直接的に開始したといえるのは、行為者が、——犯行を固く決意して——性的行為の実行に特に適した、次のような場所へ児童を連れて行く場合である。すなわち、行為者が、その表象に従えば更なる中間行為なしに直ちに性的身体的接触を行うつもりが、それである。なぜなら、児童は、このような状況下では、明示的な脅迫や暴力行使が無くても、恐怖から、行為者の意のままになると見込まれるからである。かつ／又は、行為者は、万一抵抗があっても、容易にこれを屈服させることを目論むからである。

かといってまた、行為者が単に次のことを意図するというものも考えうる。すなわち、——例えば、その性的好奇心を利用して——自由意思に基づいて性的行為を受忍又は実行するよう児童を誘惑するが、拒絶された場合にはそれを尊重する、というのがそれである。仮にそのような計画であったならば、被害者を犯罪地へ車で連れて行った後、意図した性的身体的接触に先立って、更なる事象が、つまり、被害者への誘惑とその成功が介在することになるので、犯罪地へ車で行くこと及び更なる事象は、いまだ実行の着手とはみなされえない。たしかに、そのような所為計画の場合にも、行為者は、恐怖に突き動かされた児童の行為から任意性を誤認しうるし、あるいは、当初の計画に反して即座に暴力を行使することもありうるから、児童に対する特別な危険は発生する。しかし、単に保護法益の客観的な危険化があったというだけでは、刑法22条の新規定の文言に従っても、また、同条の追求する目的に従っても、未遂を認めるのに不十分である (vgl. BTDrucks. IV/650 S. 144; Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform V S. 1651 f., 1745 f.; Roxin JuS 1973, 329)。このような評価を前提とするならば、児童の性的濫用の未遂は、刑法176条2項の構成要件の選択肢の実現の場合の方が、176条1項の所為の場合よりも、早く開始しうる。このような構成要件の多様な記述から生じる相違 (Diskrepanz) については、刑法176条1項、22条の文言に矛盾する、被告人に不利な解釈

によって、これを無視することはできない。

行為者と児童の間に既に人的関係ができあがっている場合であれば、行為者は、通例、児童による任意の協力を少なくとも期待することはできる。しかし、行為者が、——被告人のように——見ず知らずの少女に声をかける場合には、児童が好奇心から自由意思に基づく性的行為に及ぶ準備ができているとは、普通は考え難いであろう。そのような場合、行為者の将来的な犯罪の推移についての表象は、被害者による任意の協力〔という推移〕に限定されるのではなく、むしろ、恐怖及び／又は暴力の行使による性的行為の受忍〔という推移〕をも考慮に入れるはずである。

しかしながら、ラント裁判所は、任意の未遂中止を否定することとの関係において、被告人が性的行為を『自由意思に基づいてのみ行うことを欲した』と明示的に認定した。加えて、ラント裁判所は、他の箇所では、恐怖からの受忍と任意の行為とを明示的に区別した。このような状況下で、ラント裁判所は、そのような事実認定から導かれる可能な帰結——本件の犯行準備的な行為を未遂として評価すること——に取り組まなければならなかった。ここで重要なことは、とりわけ、被告人が、『自由意思に基づく』行為という概念をどのように理解していたか、である。Die Urteile des 1. Strafsenats vom 22. Januar 1974 - 1 StR 606/73 (BGH Dallinger MDR 1974, 545) und vom 11. Juni 1974 - 1 StR 108/74 (aaO S. 722) は、以上の判断と矛盾しない。これらの判決は、一方で、異なる事案に関する判断であり、他方で、刑法22条の新規定より前に出されたものである。同条によれば、未遂領域は、『構成要件実現のすぐそばまで引き寄せられる (hart an die Grenze der Tatbestandsverwirklichung herangerückt)』ことになるのである (Vogler in LK 10. Aufl. § 22 Rdn. 29)。

今やたやすく犯行に直接的に取りかかることができる被告人は考えたであろうという想定を基礎付ける特別な事情を (vgl. BGH, Urte. vom 7. März 1979 - 2 StR 798/78), ラント裁判所は、

これまで認定してこなかった。

新たに裁判を行う事実審裁判官も未遂を肯定すべきだとすれば、彼は、中止の問題との関係においても、被告人の表象を詳しく検討することになるであろうし、また、次のことを新たに調べなければならない。すなわち、なぜ被告人が児童を直ちに追いかけなかったのか、いつ彼はその計画を最終的に放棄したのか、そして、どのような考えに基づいて彼はこの時点で連行されたのか、というのがそれである。」⁽²⁷⁸⁾

【40】BGH NStZ 1987, 20（連邦通常裁判所 1986年8月26日判決）

「事実認定によれば、被告人は、証人Sを殺害することを決意した。被告人は、被告人の義理の両親の住居の居間に、被告人の妻と一緒に、Sがいると考えた。被告人は、自宅から銃を持ち出し、弾丸を装填し、義理の両親宅へ赴いた。その家の入口前で、被告人は、義理の母に会ったが、彼女は被告人を家の中に入れようとしなかった。被告人は、彼女を射殺し、弾丸を装填し直し、入り口ドアのガラスを破って、玄関ホールへと進んだ。そこで、義理の父親が被告人に立ち向かってきた。被告人は、居間への道を開くため、彼を射殺した。被告人は、当初、居間のドアを開けることができなかった。なぜなら、証人Sが、用心のため、居間のドアの内側にソファベッドを運んでおいたからである。被告人が、銃床で居間のドアのドア板を叩き、上半身をドアにぶつけたところ、被告人が居間の中へ無理やり入り込める程度の際間が

空いた。そうこうするうちに、証人Sは、被告人の妻と共に、窓から部屋を抜け出した。被告人は、ソファベッドの上に誰もいないことに気付いた。彼は、空のソファベッドの表面に向けて銃を撃ち、犯罪地を離れた。ラント裁判所は、被告人に、2件の謀殺を理由として、15年の統合自由刑（Gesamtfreiheitsstrafe）を言い渡し、拳銃を没収した。ラント裁判所は、もう1件の謀殺⁽²⁷⁹⁾未遂については、被告人に無罪を言い渡した。無罪判決に対して、検察官が上告した。

判決理由抜粋……b）刑法22条によれば、犯罪の未遂が成立するのは、行為者が自己の所為についての表象に従えば、構成要件の実現を直接的に開始したときである。予備行為と未遂の限界は、行為者が構成要件要素を実現したときに初めて乗り越えられるわけではない。むしろ、所為計画に従えば構成要件充足に先行し、かつ、構成要件行為へ直接的に至る行為が行われれば、すなわち、それゆえ——行為者の見地から——保護法益を具体的な危険にさらす行為が行われれば、既に上記限界は乗り越えられるのである。このことに応じて、未遂段階は、事象が障害なく進行すれば直接的に構成要件充足に至るはずの行為、又は、構成要件充足と直接的な空間的及び時間的關係に立つ行為にまで、拡張される。それが認められるのは、次の場合である。すなわち、行為者が、主観的に『さあ行くぞ』の境界を越え、客観的に構成要件該当の攻撃行為を開始し、その結果、行為者の行為が中間行為なしに構成要件充足に至る場合

(278) 本判決について、佐藤・前掲注（139）177頁注（158）は、「性に対する児童の好奇心を利用しながらその自由意思に基づいて性的行為を行おうとする場合と、児童の意思に反しても性的行為を行おうと決意している場合とを区別し、後者については児童を犯行に適した場所に連れていく時点で未遂が認められるが、前者についてはそのような時点では未遂は認められないとする。」とまとめる。

(279) 刑法211条（1969年6月25日の法律により改正されたもの）は、次のように規定する。「(1) 謀殺者は、無期自由刑に処する。

(2) 謀殺者とは、

- 謀殺嗜好から、性欲を満足させるため、強欲さから若しくはその他の下劣な動機から、
- 陰湿に若しくは残酷に、若しくは、公共にとって危険な手段を用いて、又は
- 他の犯罪行為を可能にし若しくは隠蔽するために、人を殺害した者をいう。」

である (BGHSt 22, 80; 26, 201 [202 ff.]; 28, 162 [163]; 30, 363 [364]; 31, 178 [182, 183]; BGH Urt. V. 22. 11. 1983 – 1 StR 661/83, GA 1980, 24/25; und v. 29. 4. 1976 – 4 StR 117/76; vgl. ferner BGH, NStZ 1983, 462 sowie Beschl. v. 9. 8. 1978 – 3 StR 281/78)。

ラント裁判所の見解は、行為者が発砲準備の整った銃を被害者へ向けたときに、はじめて謀殺未遂が認められるとするものであるが、これは、上記判例に適合しない。被告人の表象に従えば、居間のドアは、妨げられることなく証人

Sを射殺できるために克服すべき最後の障害であった。それゆえ、被告人は、少なくとも、その背後に証人Sがいると考えたドアを殴打することによって、彼の視点からすれば、『さあ行くぞ』の境界を越えていたのであり、これによって殺害計画の実現を直接的に開始したのである。それゆえ、被告人に対する無罪判決は、維持できない。証人Sを被害者とする謀殺未遂については、新たな審理と判決が必要である。……」⁽²⁸⁰⁾

(未完)

(280) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注(23) 6頁注(9)は、「殺害目的で被害者のいる居間に入ろうとしたが、ドアを内側から固定されたので、それを破って入室したところ、被害者は既に窓から逃走していたという事案につき、行為者の計画上、居間にいる被害者を殺害するための最後の克服すべき障害はドアであり、それを破った時点で殺人未遂を肯定できるとした。無罪とする原判決を破棄。」とまとめる。二本柳・前掲注(248) 146頁は、同種事案に関する我が国の判例と比べて、未遂成立が早いことを示す判例のひとつとして取り上げる。佐藤・前掲注(139) 188-9頁も参照。

【付記】

校正段階で、最判平成30年3月22日(裁判所HP)に接した(原審を素材とする評釈類として、富川雅満「判批」法時90巻3号(2018年)113頁以下、樋口亮介「詐欺罪における実行の着手時点——東京高判平成29年2月2日をきっかけに」法セ759号(2018年)50頁以下、矢野隆史「判批」研修830号(2017年)95頁以下参照)。同最高裁判決の法廷意見が、「本件嘘には、……被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており」と判示している点は、例えばBGH 26, 201(前掲判例【36】)が、「直接『つながる』」(unmittelbar „einmündet“)という表現を用いていることを想起させ、興味深い。この表現が、ドイツの近時の判例において多用される基準のひとつであると分析するものとして、Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 29, Rn. 126参照。なお、「直接」という概念に関する日独の議論が、語義を理由として接続する可能性について、本稿注(248)も参照。

