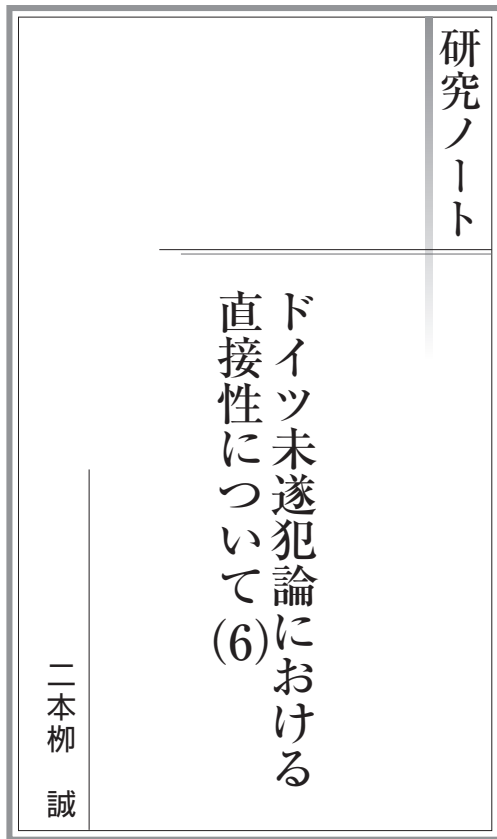




研究
ノ
ー
ト

ドイツ未遂犯論における 直接性について (6)

二本柳
誠

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 個別的客観説（以上本誌 42 号）
 - イ 具体例（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

イ 具体例

以下では、Jescheck/Weigend による個別的客観説（ないしその具体化としての中間行為説。以下同じ。）の適用例をみてみよう。なお、以下の判例は、あくまで、Jescheck/Weigend による個別的客観説の適用を示す素材として（つまり、事案を重視して）掲げられたものである。それゆえ、そこには、個別的客観説に親和的な判示が必ずしも見当たらない判例や、旧 43 条に関する判例も含まれていることに、注意が必要である。

【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

前掲【36】BGH 26, 201 [203 f.]（連邦通常裁判所 1975 年 9 月 16 日判決）⁽²⁸¹⁾

前掲【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）^{(282) (283)}

(281) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519 は、本判決の参照を指示しつつ、「ガソリンスタンド襲撃を決意した行為者が、顔をマスクで覆い、発射準備が整ったピストルを持って、ガソリンスタンド従業員が住む家の戸口において、ドアが開けば直ちに同従業員から物を奪う目的で呼び鈴を鳴らした場合、たとえそこに誰も現れなかったとしても、加重強盗（250 条 1 項 1 号の未遂）が成立する。」と述べ、それとともに、Gössel の評釈（判旨賛成）が付された BGH JR 1976, 249 ff. の参照を指示する。

(282) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519 は、本判決の参照を指示しつつ、次のように述べる（なお、前提として、石油の取引は、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。）。「1977 年租税通則法 370 条 1 項、2 項は、租税回避の開始（Einleitung）を定める。暖房用石油をディーゼル燃料として販売する場合、たとえ必要な取引関係までは構築したとしても、未だ石油の注文と顧客への配達が行われていなければ、依然として、目的外の、動力用燃料としての使用（Verwendung）の開始（Ansetzen）ではない（反対・旧法下の OLG Karlsruhe JR 1973, 425）。ここで、「使用（Verwenden）」という構成要件行為は、旧法（Reichsabgabenordnung）392 条 2 項には明示的に掲げられていたが（前出注（252）参照）、1977 年租税

【41】BGH *Dallinger* MDR 1975, 21 (連邦通常裁判所 1974年10月1日判決)⁽²⁸⁴⁾

「刑法旧43条に関して下された1974年10月1日判決(1 StR 444/74)は、未遂の概念規定、及び、未遂と単なる予備行為の区別を扱うものである。事実審裁判官は、麻薬の無許可輸入未遂を理由として、Aに有罪判決を下した(麻薬法11条1項1号, 2項⁽²⁸⁵⁾)。連邦通常裁判所は、同判決について、未遂領域をあまりに拡大するものであると判断し、その限りでAに無罪を言い渡した。仮に、新法(22条)が施行されていたとしても、同様の判決が下されたと思われる。

事案は次の通りである。Aは、依頼人に対して、70kgのハシッシュを乗用車で〔オーストリアの〕グラーツからドイツ連邦共和国へ運ぶ旨を、既に説明済みであった。Aは、輸送手段として予定していた自動車をグラーツへ持ち込み済みであった。しかし、その車に直ちには荷積みすることができなかったため、Aは、さしあたり、その車を残して再びドイツ連邦共和国へ

戻った。数日後、彼が再びオーストリアに入国したのは、別の共犯者によって荷積みされた自動車を受け取りに行くためであった。しかし、Aは、その自動車を約束の受取場所で見つけることはできなかった。なぜなら、その少し前に、警察によってその自動車は積み荷とともに押収されていたからである。遅くともこの2回目の走行(Fahrt)について、事実審裁判官は、麻薬輸入の未遂を認めた。

連邦通常裁判所刑事部は、次のように述べた。連邦通常裁判所の判例によれば、不可罰の予備行為と未遂の間の限界は、次のところにある。すなわち、行為者がその促進的な作為によって刑罰規範によって保護された法益が直接的に危殆化され始めたところ(BGH 4, 333, 334), すなわち、彼の行為が自然的理解によれば法律に否認された最終結果(本件では、国境を越えた持ち込み、及び、それによって、意図した通り国内流通に置くために通例より有利な状況の作出)に接近するところである(BGH 9,

通則法370条との関係では、印紙・証紙の使用懈怠(同1項3号)について掲げられているのみである(次注参照)。しかし、本件は、印紙・証紙の使用懈怠の事実が重視された事案ではなからう。そうすると、上記の引用は、1977年租税通則法370条1項, 2項の解釈としてよりむしろ、旧法392条2項の解釈として、より良く理解できるように思われる。すなわち、上記引用において、*Jescheck/Weigend*は、中間行為説の立場から、「石油の注文と顧客への配達」を重要な中間行為と評価し、本件で租税回避未遂罪の成立を否定したラント裁判所の見解に賛意を示す趣旨であろう。これに対して、行為者が税務署への適時の報告を怠った不作為を理由として、カールスルーエ上級ラント裁判所と同様に租税回避未遂罪の成立を肯定するのは、*Klaus Tiedemann*, JR 1973, 413 f.であり、*Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 519, Fn. 40はその参照を指示する。

- (283) 1977年租税通則法 (Abgabenordnung (AO 1977) v. 16. 3. 1976; BGBl. I. 1976, S. 613) 370条1項及び2項は、次のように規定する(訳出に際しては、アンドレアス・ランジーク「明確性原則、類推禁止と租税通則法370条」刑法読書会ほか編「クラウス・ティーデマン記念論文集の紹介(5・完)」〔品田智史〕立命366号(2016年)184頁を参照した。)[(1) 以下の各号の行為を行い、それによって租税を免脱し(verkürzen), 又は、自己若しくは第三者のために正当化されない租税利益を得た者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

1. 税務署その他の官庁に、租税上重要な事実について不正又は不完全な申し立てを行うこと、
 2. 税務署に、義務に反して、租税上重要な事実について知らせないでおくこと、
 3. 義務に反して、収入印紙又は収入証紙の使用(Verwendung)を怠ること。
- (2) 本罪の未遂は、これを処罰する。]

- (284) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520は、本判決の参照を指示しつつ、「行為者が、品物を受け取るために外国に入国しても、麻薬輸入(麻薬法30条1項4号)の未遂ではなく、予備である」と述べる。麻薬法(Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmittelgesetz i. d. F. v. 28. 7. 1981; BGBl. I. 1981, S. 681) 30条1項4号は、次のように規定していた。「(1) 次の行為を行った者は、2年以上の自由刑に処する。……

4. 3条1項1号の定める許可を受けることなく、少量とはいえない麻薬を輸入すること。]

- (285) 麻薬法(Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmittelgesetz i. d. F. v. 10. 1. 1972; BGBl. I. 1972, S. 1) 11条1項1号, 2項は、次のように規定していた。「(1) 次の行為を行った者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処し、又はこれを併科する。

62, 64 = MDR 1956, 178)。その際、〔予備と未遂の〕区別は、その都度の構成要件の様式に応じて、当該構成要件に横たわる刑事政策的要請を考慮して、なされなければならない (BGH 20, 150, 151 = MDR 1965, 397)。」

〔以下は、原文末尾に付された脚注1)。本件の当てはめが示されているので、訳出する。〕「BGHSt 7, 291, 292においては、連邦通常裁判所刑事部がさらに述べる通り、密輸犯による越境の開始は、租税回避の開始として評価されていた。なぜなら、租税回避の実行は、次のような場合の所為行為をも含むからである。すなわち、所為行為が密輸物品をして関税境界の方向へと向かわしめて、その結果、当該所為行為が、自然な考察態様によれば、既に越境という事象に属するといわなければならない、かつ、当該所為行為が、輸入税納付という国家的要請を既に直接的に危殆化する場合が、それである。これに対して、関税法上の外国における、企てられた密輸に資する行為は、それが〔最終的には〕越境を目指す行為であっても、例えば密輸物品の購入のように、必ずしも直接的に密輸を開始するものではない場合、原則として、密輸の予備行為にとどまる。他方、BGHSt 20, 150, 151では、次の場合について、既に、対外経済法34条⁽²⁸⁶⁾の意味における無許可輸出の未遂が見いだされた。すなわち、ドイツ国内において、〔ドイツ国外への〕越境に利用することが予定された輸送手段に物品を積載する行為があり、かつ、当該輸送手段が行為者の計画に従えばただちに境界に向かって動き出す予定である場合

が、それである。〔ところで、【41】の〕事実審裁判官は、〔麻薬の無許可輸入未遂を認めたが、その際、〕公衆の健康を麻薬濫用から保護するという規範を、麻薬法の中に見出した。かつ、事実審裁判官は、この法益を、租税回避の場合と異なり、次の場合には既に危殆化されると判断した。すなわち、外国において麻薬がその輸入者又は依頼人の自由にできる状態にあり、かつ、確固たる所為計画によれば越境が開始されうる場合（ただし、越境開始は、犯罪関与者の意思から独立した事情によって阻止されるであろう場合）が、それである。連邦通常裁判所の見解によれば、——ラント裁判所によって要求されたところの——条件は、本件では充たされない。輸入することが予定された麻薬は、〔ラント裁判所によって〕行為者と評価されたAの自由にできる状態には無かった。すなわち、Aは、当該物品を所持していなかったのであり、また、〔ドイツ国外からドイツ国内への〕走行を始めることもできなかったのである。1回目の走行（輸送手段による回収場所への走行）も、2回目の走行も、麻薬法の保護法益に対する直接的な危殆化を意味するものではないのであって、むしろ、予定された輸入の準備に役立つものに過ぎないのである。〔法によって〕否認される最終結果への接近は、早くとも、ドイツ国境へと向かう搬出 (Abtransport) の開始でもって、語られる。Aも、その依頼人も、そのような状況にはなかった。BGHSt 20, 150における、無許可輸出に着目した考慮は、無許可輸入に関する本件事案には、当てはまらない。」⁽²⁸⁷⁾

1. 3条の定める許可を受けることなく麻薬を輸入し、輸出し、採り、製造し、加工し、取引し、取得し、預け、譲り渡し、又はその他の方法で流通させること、……

(2) 1項1号ないし3号、5号、6号a及び8号の場合、未遂は可罰的である。」

(286) 対外経済法 (AWG; Außenwirtschaftsgesetz) 34条について、前出注 (206) 及び (207) 参照。

(287) 本判決について、塩見「(二)・完」前掲注 (23) 11頁注 (7) も参照。麻薬法の密輸入未遂を否定した本判決（以下【41】とする。）、ライヒ租税通則法との関係で密輸入の実行行為性を否定したBGHSt 7, 291（以下【12】とする。）、対外経済法の密輸出未遂を肯定したBGHSt 20, 150（以下【28】とする。）は、適用された法律の違いを越えて、密輸事案として括られている。この密輸事案は、通例、「①密輸品の調達→②密輸品の輸送手段への積載→③密輸品の輸送→④越境」という経緯を辿る。【12】によれば、①密輸品の調達（具体的には購入）は原則として予備にとどまるが、③密輸品の輸送には未遂が成立しうる。【28】によれば、②密輸品の輸送手段への積載は、計画次第で未遂が成立する（ただし、批判がある。Vgl. Welzel, Strafrecht¹¹, a. a. O. (Anm. 147), S. 191)。」【41】は、共犯

【42】 OLG Celle NJW 1972, 1823 (ツェレ上級ラント裁判所 1972 年 6 月 22 日判決)⁽²⁸⁸⁾

「判決理由抜粋：少年参審裁判所 (JugSchöffG) は、被告人に対し、刑法 175 条 1 項 1 号⁽²⁸⁹⁾ の男性間のわいせつ行為を理由として、及び、侮辱罪を理由として、1100 ドイスマルクの罰金刑又はその代わりとして 50 日間の自由刑を言い渡した。事実誤認 (Sachbeschwerde) の主張に基づく検察官の上告は、侮辱罪を理由とする有罪判決のみに向けられていた。その限度で、刑法 176 条 1 項 3 号⁽²⁹⁰⁾、43 条の有罪判決が求められる。

上告には理由がない。上告によって争われた判決において、以下のことが、的確に論じられている。すなわち、たしかに、被告人は、犯行時 12 歳であった証人 Achim G. との交友の経過において、わいせつ行為に出よう又は受忍する気にさせようと試みた。しかし、彼が責めを負うべき行為は、いまだ不可罰の予備行為として評価されるべきであって、実行行為の開始と評価されるべきではない、というのがそれである。判例において主張される、客観的特徴を伴う主観的理論 (vgl. dazu Maurach, Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., 1965, Allg. Teil S. 420 ff.; Schönke-Schröder, StGB, 15. Aufl., Rdnr. 6 ff. zu § 43) は、次の場合に実行行為の開始を認める。すなわち、行為者の全体計画に従えば関連

する構成要件の保護客体の危殆化へと直接的に至るところの行為の中に、犯罪意思が明確に現れる場合がそれである。本件で被告人が既になしたことで、彼がなお予定していたことが一体として結び付いて、初めて、発生した事象を実行の着手として評価する可能性が生まれる。被告人は、証人 G に、こう話した。人は、睾丸を体内に押し入れた時、男になるのだ、と。被告人はまた、証人 G に、それをやるつもりがあるかどうか尋ねた。このような行為者の行為態様は、たしかに、危険であるとの評価を受けて当然である。しかしながら、少年参審裁判所が的確に述べたように、刑法 176 条のわいせつ既遂に至る直接性が否定されるのは、例えば証人 G がノーと答えたからではなく、むしろ、わいせつ行為に誘う行為と、予定された犯行の実行との間の、関係の直接性が欠けるからである。上告によって争われた判決に書かれているように、連邦道協のサービスエリアにおいて重要な会話がなされたが、被告人は、同所ではわいせつ行為に出ることができなかったであろう。なぜなら、通行人に見られてしまったはずだからである。それゆえ、そのような事情が、事実審裁判官の認定として、付け加えられうる。仮に、被告人が、証人にわいせつ行為を行うべく、それに適した場所を訪れるための準備に取り掛かっていたならば、わいせつ行為の未遂が肯定さ

者によって②密輸品の輸送手段への積載が行われたが、警察に押収され、その後被告人が到着したという、いわば②と③の中間に位置する事案に関するものであるところ、ラント裁判所では未遂が肯定されたのに対し、連邦通常裁判所では未遂が否定された。この【41】は、旧 43 条の解釈として、危殆化と、自然的理解による最終結果の近さ (≒密接性) という基準に加え、刑事政策的考慮を前面に打ち出す。

(288) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「行為者が児童をわいせつ行為に仕向けようと試みても、かなり後の時点で別の場所で所為が行われる予定である場合、未遂ではない。」と述べる。

(289) 刑法 175 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) 次の者は、5 年以下の自由刑に処する。

1. 21 歳未満の他の男子とわいせつ行為をなし、又は、わいせつ行為のために 21 歳未満の他の男子に自己を濫用させる、18 歳を超える男子、……」。本文で言及された事実関係に拘限限り、証人 G との関係では、わいせつ行為は既遂に至っていない。にもかかわらず、この 175 条 1 項 1 号 (既遂) が適用されたのは、証人 G 以外の被害者に対するわいせつ行為があったからであろうか。

(290) 刑法 176 条 1 項 3 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) 次の者は、1 年以上 10 年以下の自由刑に処する。……

3. 14 歳未満の者とわいせつな行為を行った (vornehmen) 者、又は、14 歳未満の者に対しわいせつな行為に出る (Verüben) よう若しくは受忍するよう誘惑した者。」

れたであろう。しかし、本件では、被告人の行為は、依然として、犯罪実行の開始の前段階にあった。なぜなら、保護法益が直接的かつ重大に危殆化されたような状況は、発生していなかったからである。

地方検察は、BGHSt. 6, 302, 304 = NJW 54, 1694 及び RGSt. 52, 184, 69, 140 等を援用する。しかし、それは、少年たる証人との間に結ばれた次の金曜日の約束という、実行行為の更なる部分に関して、異なる評価を導くものではない。BGHSt. 6, 302, 304 = NJW 54, 1694 の判決に対して Bockelmann が JZ 55, 193 において提起した疑念に全面的に従うかどうかは、決めないでおくことができる。なぜなら、本件で有罪判決を下された所為は、連邦通常裁判所が判決を下した事案とは、本質的に異なるからである。その事案は、行為者が、わいせつ行為を行う目的を達成すべく、被害者に魅力的な提案を示すことで、同日の特定の時間に同所の特定の場所で再び会う気にさせようと試みたというものである。行為者の行動は、その目的に従えば、時間的にも場所的にも非常に密に接しており、かつ具体化されていた。それゆえ、少年を誘う行為と計画された犯罪の実行との間の関係の直接性を認めることができ、そしてそれゆえ、被害者の直接的危殆化も、認めることができたのである (vgl. dazu OLG Hamm, JMB1NRW 67, 238)。これに対して、〔本件の〕被告人は、判決で認定された事実によれば、証人 G と、1 週間後に、全く別の場所で、再び会う約束を交わしたにすぎない。時間的・場所的懸隔に鑑みて、被告人の当該行為は、依然として、被告人の全体計画に

従えば更に実行されるべき行為——つまり、証人 G をそこへ連れて行き、わいせつ行為のために自己を濫用させる行為——と、それほど緊密な関係に立つものではない。それゆえ、被告人の行為は、直接的危殆化を基礎付けるものではなく、また、可罰未遂とみなされうるものでもない。

当刑事部は、Bockelmann, aaO S. 195 と同様、児童を不道德な誘いから保護するために予備と未遂の間の限界をかなり前倒しするという、徹底的に肯定されるべき刑事政策的動機を見誤っていない。刑法 176 条 1 項 3 号は、企行犯ではない。もし、児童を誘惑する者の行いに対する嫌悪感が、既に、予備段階における介入を要請するのであれば、立法者は、それに対応して、法律を修正しなければならない。刑事政策的観点から、当該規定の意味において、自然的理解によればもはや構成要件に該当しないような行為を処罰できるほどに広く未遂概念を解釈することは、法治国家原則に反する。⁽²⁹¹⁾

前掲 【30】 BGH 19, 350 [351] (連邦通常裁判所 1964 年 6 月 15 日判決)⁽²⁹²⁾

前掲 【31】 BGH 6, 98 (連邦通常裁判所 1954 年 1 月 15 日判決)⁽²⁹³⁾

前掲 【33】 BGH NJW 1952, 430 (連邦通常裁判所 1951 年 1 月 11 日判決)⁽²⁹⁴⁾

前掲 【34】 BGH *Dallinger* MDR 1966, 197 (連邦通常裁判所 1965 年 12 月 14 日判決)⁽²⁹⁵⁾

(291) 本件では、直接性 (≡密接性) や危険性、時間的場所的近接性といった基準ないし着眼点が挙げられている。末尾にて、刑事政策的考慮の重要性とともに、自然的理解を持ち出して法治国家原則の重要性を強調する。

(292) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「売春婦のわいせつ行為の収益から、定期的に金を提供せよとする不当な要求は、旧 181 条 a の未遂である」と述べる。

(293) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、前掲 【30】 で未遂が成立するのは異なり、「〔わいせつ行為の収益から、定期的に金を提供させる〕目的で、職業的わいせつ行為にはじめて従事せよとする不当な要求は、〔旧 181 条 a の〕予備にすぎない」と述べる。

(294) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「〔詐欺の目的で〕仕組まれた侵入盗 (der fingierte Einbruch) は、保険詐欺の未遂ではない」と述べる。

(295) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「犯罪地へ向かう途中にある場合、

前掲【20】RG 66, 141（ライヒ裁判所1932年2月22日判決）⁽²⁹⁶⁾

【43】BGH *Holtz* MDR 1977, 807 f.（連邦通常裁判所1977年2月15日判決）⁽²⁹⁷⁾

「不可罰の予備行為の領域は、複数行為者の共同に際して、いつ乗り越えられるのか。この問いに、連邦通常裁判所は、1977年2月15日の判決（1 StR 12/77）において、以下の事実に基づいて取り組んだ。

現金輸送車の運転手Aは、共同の計画によれば、R道路を通過する際に、自車に『割に合うだけの金』——少なくとも100万ドイツマルク——があれば、パッシングライトを点滅させることになっていた。その合図に応じて、一台の乗用車が駐車スペースから発進し、現金輸送車の進路をふさぐことになっていた。2名の共同正犯者は、行く手を阻まれた車に乗り込み、Aを脅迫するふりをして、同車がある車庫に入れさせ、そこで、現金を積み替え、現金輸送車の同乗者を拘束して置き去りにすることになっていた。Aは、合計3回の走行に際して、計画に応じてパッシングライトを点滅させたが、いずれも計画通りにはならなかった。1回目の事案においては、乗用車の運転手が、駐車スペースからの発進の際に躊躇して停止してしまい、Aは、予定された進行妨害を受けることなく、走行し続けた。2回目及び3回目の走行に際しては、何も起こらなかった。というのも、共同正犯者は、

『おそらく、犯罪を実行しないことを既に決意していた』か、あるいは、既に犯罪地から離れていたからである。

自動車運転者に対する強盜的攻撃⁽²⁹⁸⁾〔の既遂〕、及び、それと観念的競合の關係に立つ重い強盜罪⁽²⁹⁹⁾の未遂を理由とする有罪判決を基礎付けるために、連邦通常裁判所は、次のように判示した。Aは、所為計画に基づいて、彼の表象において、次のことを前提に置いていた。すなわち、当該合図（パッシングライトの点滅）に基づいて、『待ち構えていた』（auf dem Sprung stehenden）共同正犯者が、『構成要件の実現を直接的に開始する』（刑法22条）、つまり、直ちにかつ中間行為無しに（ohne Zwischenakte）強要行為を開始するであろうことが、それである。Aはまた、所為計画に基づいて、次のことも想定していた。すなわち、Aの表象において直前に迫っていた（unmittelbar bevorstehend）ところの、現金輸送警備員の意思決定の自由及びその人身に対する攻撃——弾丸は装填されていなかったものの、使用準備が整っているように見える銃器によるもの——が、道路交通の特殊な状況を利用して行われるはずだというのが、それである。なぜなら、妨害の準備によって、輸送車は停止を余儀なくされ、そしてそれゆえ共同正犯者の乗り込みが可能になるはずだったからである。

もっとも、Aの合図が、彼が期待していた犯罪仲間の攻撃を引き起こすことはなかった。そ

窃盜の未遂ではない」と述べる。

(296) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「放火装置の設置の場合、行為者自身が点火装置を作動させるつもりであったか（予備）、それとも、善意の第三者が点火装置を作動させるはずであったか（未遂）が、重要である」と述べる。

(297) *Jescheck/Weigend*, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「現金輸送〔車〕襲撃の合図としてパッシングライトを点滅させることは、その合図の後直ちに襲撃が行われる予定であった場合、既に強盜の未遂である。」と述べ、*Wilfried Küper*, JZ 1979, 775 ff. の参照を指示する。

(298) 刑法316条a第1項（1971年12月16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) 強盜又は強盜的恐喝（255条）を遂行するために、道路交通の特殊な状況を利用して、自動車の運転者又は同乗者の身体、生命又は決定の自由に対する攻撃を企てた（*unternimmt*）者は、5年以上の自由刑に処する。特に重い事案では、無期自由刑に処する。あまり重くない事案では、1年以上の自由刑に処する。」

(299) ここでは、条文が明示されていないが、刑法250条の重い強盜を指すものと思われる。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）については、前出注（263）参照。

うであるからといって、少なくともAが自動車運転者に対する強盜的攻撃の企て(Unternehmen)を開始したこと、及び、それと同時に重い強盜の構成要件の実現を開始したことに、変わりはない。Aは、パッシングライトの点滅によって所為計画を可罰的実行段階へと進めることを、前提としていた。彼は、『さあ行くぞ』と思った。こうして、彼は、予備の領域を未遂の領域から分ける境界を、乗り越えたのであり(vgl. BGHSt 26, 201, 203/204 = MDR 1976, 57; LK 9. Aufl. § 47 Rdnr. 22), それは、自動車運転者に対する強盜的攻撃の事案において既遂に相当する。

自動車運転者に対する強盜的攻撃(刑法316条a第1項)の構成要件の他に、重い強盜の未遂の構成要件が、……実現された(vgl. BGHSt 26, 167 = MDR 1975, 1030)。……重い強盜の未遂は、(単純な強盜の未遂とは異なり)自動車運転者に対する強盜的攻撃の背後に退くものではない。なぜなら、加重メルクマールに横たわる特別な不法内容は、刑法316条a第1項の構成要件によっては、把握できない、あるいは必ずしも充分には把握できないからである。⁽³⁰⁰⁾

[44] BGH GA 1980, 24 (連邦通常裁判所 1979年7月26日判決)⁽³⁰¹⁾
「判決理由抜粋:

a) 被告人らは、E所在の郵便局を襲撃して、現金を奪うことを企てた。彼らは、借りた乗用車で犯罪地付近に赴き、そこで、2台の乗用車のナンバープレートを落ち葉で隠して、ナンバーを読み取られないようにした。合意済みの所為計画に沿って、被告人Lは、郵便局に立ち

入った。その目的は、同所に一人で職員として勤務していた女性郵便局長Nを、回転式ガス拳銃で脅迫し、現金を差し出す気にさせることにあった(同拳銃は、銃身が貫通されており、実弾を発射することができるものであった)。その間、共同被告人Sは、逃走を確実にするべく、郵便局のすぐ側にエンジンをかけたまま駐車中の乗用車の中で待機していた。窓口の部屋には何人かの客がいたことから、Lは、『時間をつぶして、チャンスを待つために』、女性郵便局長から払込用紙をもらって、次のように書いた。すなわち、受取人用切り部分には『1000,-有り金を出してください』、払込人欄には『強盜』、受取人欄には『回収人』、そして、払込証明の払込人備考欄には『抵抗するな、抵抗すれば撃つ』、と。

Lは、このように記入した払込用紙を、犯罪遂行のために用いるつもりであった。数分後に客は出払ったものの、入れ替わりに、新たな客が窓口の部屋を訪れたため、彼は、もし犯罪を実行すれば、直ちに捕まってしまうであろうと考えた。彼は、その状況下で計画を成功裏に実現できる可能性は無いと思い、計画を断念した。Lは、郵便局を立ち去ると、共同被告人Sと共に、自動車で移動した。少し移動すると、2人は、小さな食料品店を襲うという、新たな決意を抱いた。彼らは、この第2の所為決意を実行に移し、P所在のWに対する重い強盜を開始した。

b) 被告人らは、E郵便局の事件において、刑法30条2項⁽³⁰²⁾の意味における重い強盜的恐喝⁽³⁰³⁾の約束について責任を負うのみならず、む

(300) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注(23)6頁注(9)、佐藤・前掲注(139)205頁も参照。本判決では、いわゆる統合理論(二本柳・前掲注(248)145頁参照)の諸要素のうち、「中間行為無しに(ohne Zwischenakte)」「さあ行くぞ」という表現が認められる。

(301) Jescheck/Weigend, AT⁹, a. a. O. (Anm. 22), S. 520は、本判決の参照を指示しつつ、「襲撃すべき郵便局に立ち入ることもまた、未遂である。」と述べる。

(302) 関与の未遂に関するドイツ刑法30条について、前掲注(270)、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375=376号(2017年)1頁以下参照。

(303) 刑法255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。「恐喝が、人に対する暴行

しろ、計画した犯罪を実行して未遂に終わったものである。

判例及び学説において一致のみられる見解によれば、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時点で踏み越えられるのではなく、むしろ、行為者の所為計画において構成要件要素の充足の前に位置付けられており、構成要件行為に直接つながる (unmittelbar einmünden) 行為の時点で踏み越えられるのである。それゆえ、未遂が成立するのは、行為者が次の行為を遂行する場合である。すなわち、事象が障害なく進行すれば直接的に構成要件充足へ至るはずの行為、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が、それである (BGHSt 22, 81, 82; 28, 162, 163)。この前提は、本件において充たされている。認定事実によれば、被告人Lは、現金を差し出させるために、回転式拳銃で武装して郵便局に立ち入った。他方、被告人Sは、犯行後直ちに出發できるようにエンジンをかけたままにし、助手席ドアを開けたままにした逃走用車両の中で待機していた。そうすると、被告人らは、主観的に『さあ行くぞ』の境界を踏み越え、客観的に構成要件に該当する攻撃行為を開始していた。なぜならば、彼らの反抗は、中間行為無しに構成要件実現につながるはずであったからである (BGHSt 26, 201, 203; 28, 162, 163)。評価上重要な両被告

人の表象に従えば、襲撃は、Lが郵便局に立ち入った時点で開始するはずであった。少なくとも、この時点から、被告人らは、計画された重罪の計画された重罪の〔ママ〕実現を直接的に開始したのである。その限りで、本件は、連邦通常裁判所 1979 年 3 月 13 日判決 (1 StR 739/78) (その点について BGHSt 28, 346 には掲載されていない) 及び連邦通常裁判所 1978 年 8 月 9 日決定 (3 StR 281/78) の事案とは、区別される。これに対して、客がいたことを理由として、女性郵便局長に対する客観的直接的危殆化にはもはや至りえなかったことは、重要ではない。

c) 被告人Lが更なる犯罪実行を断念したのは、ひとえに、次の理由による。すなわち、郵便局に新たな客がやってきたため、『もし犯罪を実行すれば、直ちに捕まってしまうであろう』と彼が恐れたこと、そして、当該状況下で計画を成功裏に実現できる可能性は無いと彼が思ったことが、それである。それゆえ、彼には、未終了未遂の任意の中止は認められない (vgl. BGHSt 9, 48 ff.)。』⁽³⁰⁴⁾

【45】BGH NStZ 1989, 476 (連邦通常裁判所 1989年6月1日判決)⁽³⁰⁵⁾

「事案：事実認定によれば、被告人らは、ある男性同性愛者をドライブに誘い出してから『いたずらする (einen Streich zu spielen)』目的

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なされた場合、行為者は、強盗犯人と同一の刑に処する。」ドイツ刑法には、日本の2項強盗に対応する規定が無く、これに当たる行為は、強盜的恐喝罪によって捕捉される。ただし、強盜的恐喝罪は、利益を客体とする場合のみならず、有体物を客体とする場合をも補足できる。さて、「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」財産を移転させる銀行強盗に対して、日本では強盗罪が適用されるが、ドイツでは、強盗罪が適用される場合と、この強盜的恐喝罪が適用される場合がある。この区別について、「判例は、被害者の内心に注目せず、専ら外観からみて、奪っている (Nehmen) といえれば強盗に該当し、被害者が交付しているといえれば強盜的恐喝に該当するという立場を採用している。」(樋口亮介「ドイツ財産犯罪講義ノート」東大ロー 8 号 (2013 年) 202 頁。佐藤・前掲注 (139) 201 頁注 (207) も参照。) とされる。なお、強盗罪を規定する刑法 249 条 (1974 年 3 月 2 日の法律により改正されたもの) は、「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、他人の動産を他人から奪取した者は、1 年以上の自由刑に処する。」と規定していた。

(304) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注 (23) 5 頁、佐藤・前掲注 (139) 202 頁参照。本判決は、いわゆる統合理論 (二本柳・前掲注 (248) 145 頁参照) の諸要素に幅広く言及する (中間行為に言及。なお、客観的危殆化は重要ではない、とする)。

(305) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、本判決の参照を指示しつつ、「強盜的攻撃 (316 条 a) として被害

で、カールスルーエに車で赴いた。この計画に沿って、被告人らの1人は、同性愛者の出会いの場として通っていたカールスルーエ所在の公園のベンチに座っていたAxel Hに対して、性的接触を勧めた上、Bad Bergzabernへのドライブに誘った。しかし、被告人らは、合意に達するのに先立って、もと来た道を引き返し、どのようにことを進めるべきかについて、道中、相談した。被告人らの意見は、公園に戻ってAxel Hを説得し、ドライブをするということに一致した。遅くともその時点で、4人の被告人は、このままでは終わらないと決心していた。つまり、厳密に考えたわけではないどこかの道中で車からHを降ろして、Hがカールスルーエまで徒歩で引き返すことを余儀なくさせることを、彼らは決心していたのである。彼らは、金に困っていたので、この機会を利用して、Hの有り金を持ち去るつもりであった。この目論見には、4人全員が同意したのであり、それに対する反対意見を出したり、そこから距離を置いたりする者は無かった。この目論見を持って、彼らは、公園に戻った。Hは、誘いに応じ、被告人らの自動車に乗り、彼らと共にBad Bergzabernの方へ向かった。道中、被告人らは、分かれ道のところにある森林地帯に停車し、Hに降車するように言った（Hは、被告人らが飲食店を探すつもりだと思った）。予め決めてあった目論見に沿って、被告人らは、Hと共に、森の中を少し走った。被告人及びHは、それは約100mだったと言う。翌朝Hと共に犯罪地を訪れた、証人である警部補Sは、郡道K15からの距離を、いずれにせよ100mもなく、30～50mと見積もった。ここで被告人らは、『金（Kohle）を出せ』と命じた後、Hを『引っ張り、そして、小突き』始め

た。被告人らの1人がHに対して殴るぞと脅した後、Hは、財布を出して、被告人らにこれを手渡した。被告人らの1人がそこから8ドイツマルクを取り出し、他の2人は、車内灯の光で財布にもっと金が入っていないかを調べるため、車に向かった。Hは、車に戻りたかったが、掴まれており、こう脅された。Hがこれ以上『金（Kohle）』を出さないなら、Hは服を脱がなければならない、と。財布を調べたが無駄だったため、被告人らは、Hに更なる金を要求した。Hは、被告人らの1人が携帯していた飛び出しナイフで脅され、結局、殴り倒された。被告人らは、Hをそこに残して、そこからBad Bergzabernへ向かった。

ラント裁判所は、4人の被告人に対して、重い強盜的恐喝、及び、それと観念的競合の關係に立つ危険な身体傷害を理由として、有罪判決を言い渡した。検察官の申告は、ラント裁判所刑事部が〔刑法316条aの〕自動車運転者に対する強盜的攻撃の諸条件の成立を否定したことに対する、事実誤認の主張に基づくものであった。上訴は成功した。

判決理由抜粋：…2. 刑法316条a⁽³⁰⁶⁾の諸条件を否定することには、根本的な疑いがある。

危険とは、この規定の意味における『道路交通の特殊な状況』〔という文言〕からして、次のことを意味する。すなわち、流れている交通に関与する者によって、運転者に関して、かといってまたあらゆる同乗者に関して（vgl. dazu BGHSt 13, 27, 29 ff.）発生させられるところの危険が、それである（BGHSt 6, 82, 84）。乗客ないし同乗者にとってのこのような危険状況としては、運転者による運転行為を通じた攻撃が問題になるが、これ以外にも、とりわけ、逃走

者の乗り物の座席に座ることもまた、未遂である」と述べる。なお、筆者がみるところ、本判決は、乗り物の座席に座っただけではなく、さらに走行を開始する時点で、未遂を認めるように読める。また、犯行に用いられた乗り物は、被害者の乗り物ではないように読める。

(306) 刑法316条a第1項（1974年3月2日の法律により改正されたもの）は、次のように規定していた。『(1) 強盜（249条、250条）、強盜的窃盜（252条）又は強盜的恐喝（255条）を遂行するために、道路交通の特殊な状況を利用して、自動車の運転者又は同乗者の身体、生命又は決定の自由に対する攻撃をした者は、5年以上の自由刑に処する。』

や防衛や分離独立を妨げること、及びそのことによって他人の助けを不可能にさせることが問題となる (BGHSt 5, 280, 281; 13, 27, 30; 15, 322, 324; 24, 173, 176)。このような危険の利用は、走行の最中又は一時的に停止中の乗り物においてありうるのみならず、被害者の降車後にもありうる。ただし、その際には、予定された襲撃が、停車及び降車と、直接的な空間的及び時間的關係に立つのでなければならぬ (BGHSt 33, 378, 381; BGHR StGB § 316a Straßenverkehr 2; LK-Schäfer, 10. Aufl., § 316a Rn 12; Krumme, StVG, § 316a StGB Rn 13 ff. – jeweils mwN)。刑法316条aは、乗り物が単に犯罪地までの輸送手段としては使われたものの、犯罪地が、交通自体との間に本質的な関係を持たない場合を、排除する (BGHSt 5, 280, 282; 22, 114, 116)。このことに応じて、連邦通常裁判所は、次のような犯罪地について、交通との関係を否定した。すなわち、ブドウ畑内に入けの無い農道があり、その農道上の駐車場から750m離れた犯罪地や (BGHSt 22, 114, 115)、路上に残された乗用車から155m離れたシュレーバー菜園内の犯罪地が (BGHSt 33, 378, 380)、それである。これら二つの事案においては、犯罪地に特に入けが無いことによって、『流れている交通に特有の』危険状況が、もはや認められない。また、かなり離れたところに残された乗り物との空間的關係が、絶たれている (BGHSt 22, 114, 116 f.; 33, 378, 380)。もっとも、『道路交通の特殊な状況の利用』下における攻撃にとって決定的であるのは、次の時点で、行為者が所為の成り行きについてのいかなる表象によって規定されていたかである。すなわち、行為者が所為を企行する (unternimmt) 時点、つまり、刑法22条の意味における所為の実現を開始する時点が、それである (BGHSt 33,

378, 381; BGHR StGB § 316 a I Straßenverkehr 2)。それゆえ、刑法316条aという企行構成要件 (刑法11条1項6号)⁽³⁰⁷⁾ は、次の場合、既に走行の開始で、既遂に達しうる。すなわち、行為者が十分に具体的な攻撃の故意を持って、乗り物の座席に座った場合がそれであり、このことは、後の襲撃実行の有無と態様には、左右されない (BGHSt 33, 378, 381)。ラント裁判所は、この点を誤った。ラント裁判所は、とりわけ、襲撃の現実の経過に着目するとともに、犯罪地と乗り物の間の距離にも着目したが、他方で、走行の開始に関する被告人の意図した所為についての表象については、詳しく立ち入らなかった。ラント裁判所は、この点について、単に次のように認定したのみである。すなわち、被告人らが、道中で車からHを降ろして、Hがカールスルーエまで徒歩で引き返すことを余儀なくさせることを決意していたこと、そして、被告人らが、Hの『有り金を持ち去る』目的で、『この機会を』利用するつもりであったことが、それである。これらが実行されたことは、次の〔2つの〕ことの〔間接的な〕証明となる。すなわち、〔第一は、〕計画された襲撃に際して当初から重要であったのは、Hが入けの無い道路区間で遺棄され、かつ、物を奪われるはずであったことであって、道路から離れて特に都合の良い場所へHを連れて行き、かつ、そこでHを襲撃することではないことである。〔第二は、〕その際、乗り物から遥か遠く離れることが必要だったわけではなく、また、道路交通との結びつきが絶たれたわけでもないことである。それゆえ、被告人らは、たとえ道路区間のどの場所でHを遺棄するつもりであったかを詳しくは決めていなかったとしても、Axel Hとの出発に際して既に、刑法316条aの諸前提を充足していた。⁽³⁰⁸⁾

(307) 刑法11条1項6号 (1974年3月2日の法律により改正されたもの) は、「所為の企行 (Unternehmen) : 所為の未遂及び所為の既遂」と規定する。なお、刑法316条aの旧規定においては、構成要件行為として、「企てる (unternehmen)」という文言が用いられていた (前出注 (298) 参照)。

(308) 本判決では、未遂犯の成否が問題となったわけではなく、刑法22条が適用されたわけでもないが、同条の参照が指示されている。それは、316条aが企行犯と解されること、そして、企行犯は既遂のみならず未遂も含むことによる。

【46】 OLG Koblenz NJW 1983, 1625 (コブレンツ上級ラント裁判所 1983年2月2日決定)⁽³⁰⁹⁾

「事案：被疑者は、当時、D刑務所にいた。彼は、スイスに住む婚約者と、手紙で連絡を取っていた。この被疑者は、1982年8月、ドイツ連邦郵便の6枚の切手の全面に、ある表面処理を施した（これは、封筒上の郵便切手が貼られた周辺部分にも見出すことができた）。その表面処理は、適度な水分によってのみ剥がすことのできる接着剤で、表面をコーティングするというものであった。この処理によって、日付印のインクを事後的に剥がすことが可能になった。つまり、適切な溶剤を用いれば、この接着剤のコーティングは、その上の日付印のインクと共に、郵便切手の表面を傷つけることなしに剥がせるのである。このように処理された切手を、被疑者は、手紙を出すのに使用した。彼は、それを受取人に送り届けるべく、郵便に出した。受取人によって、それは、被疑者へと返送された⁽³¹⁰⁾。

金額券偽造（Wertzeichenfälschung）⁽³¹¹⁾の軽罪を理由とする公訴提起の申立ては、成功した。

判決理由抜粋：刑事訴訟法 172 条 2 項に基づいて、告発者は、被疑者に対する公訴提起を申立てたが、これには理由がある。被疑者が 1982 年に「特殊なコーティング」処理が施された郵便切手を用いて金額券偽造の未遂を行ったこと

については、十分な疑いがある。被疑者は、〔手元に戻ってきた後、再度〕郵便に出す目的で、そのような処理を切手に施し、その切手を貼った手紙を送ったことは認めるのに対し、そのことによって処罰されたことには異を唱える。しかし、彼の罪は、上記のような事実を前提にすれば、公判でこれを認めることができる。

適切な溶剤を用いれば、切手の上の日付印のインクを、郵便切手の表面を傷つけることなしに剥がせるような表面処理が施された切手を貼った手紙を送る者は、刑法 148 条 2 項⁽³¹²⁾の金額券偽造の構成要件の実現を直接的に開始したものである。この〔既遂〕規定に基づく可罰的行為は、切手を再使用する行為の中にのみ存在する。この規定によれば、既に一度使用された郵便切手を、それと知りながら、〔再度〕用いるべく完全に又は部分的に消印を除去してから使用する者は、処罰される（RGSt 68, 204 [208]; 68, 302 [303]）。たとえ、それに先立つ、使用済み切手を剥がす行為が、刑法 148 条の観点からは、依然として未遂ではなく、単に予備行為を意味するにすぎないとしても（RGSt 68, 204; Dreher-Tröndle, StGB, 41. Aufl., § 148 Rdnr. 8; Stree, in: Schönke-Schröder, StGB, 21. Aufl., § 148 Rdnr. 17），切手に処理を施した上で、その切手を手紙に貼って、郵送に付すことは、既に、直接的な構成要件実現の開始である⁽³¹³⁾。刑法 23

(309) Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520 は、前掲【44】及び【45】の事案では未遂が肯定されるのに対し、「〔特殊なコーティング〕処理が施された切手を手紙に貼る行為は、その切手を受取人からの返送後に再度使用されることになっているとしても、148 条 2 項の未遂ではない。」と主張する。本判決（【46】）は、それと異なる理解を示すものとして紹介されている（もっとも、筆者がみるところ、本判決も、「切手を手紙に貼る行為」自体に、未遂成立を認めてはいない）。さらに、本判決に批判的な評釈として、Wilfried Küper, NJW 1984, 777 f. が、正当なものとして引用されている。

(310) 受取人たる婚約者は、おそらく、その切手を手紙に貼って返送したのではなく、封筒に入れるなどして、使用せずに返送したと思われる（婚約者の知情性も認定されていない）。さもないと、Jescheck/Weigend による本判決のまとめ（前掲注（309）参照）における、「返送後に再度使用」という記述が理解できない。

(311) なお、本件の行為態様ないし構成要件行為は、厳密には、偽造ではなく、使用（verwenden）である。

(312) 刑法 148 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。「……(2) 既に使用された官製金額券であって、消印が除去されたものを、有効なものとして使用し（verwenden）、又は流通に置いた者は、1 年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(3) 本罪の未遂は、これを処罰する。」

(313) 本件の事案は、「①切手へのコーティング処理→②切手貼付→③手紙郵送→④切手を剥がす行為」という経緯を

条〔ママ〕によると、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。このことは、判例及び学説において一致した意見によれば、行為者が構成要件要素を実現してようやく認められるのではなく、むしろ、行為者の所為計画に従えば構成要件要素充足の前に位置し、かつ、構成要件行為に直接的につながるところの行為を行為者が行えば、既に認められる。このことに対応して、未遂段階は、次のような行為にまで拡張される。すなわち、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、構成要件充足との間で直接的な空間的及び時間的關係に立つところの行為が、それである（BGH, NJW 1979, 378 及び同所引用の文献；BGH, NStZ 1981, 99）。このことが認められるのは、行為者が主観的に『さあ行くぞ』という境界を踏み越え、かつ、構成要件に該当する攻撃行為を客観的に開始し、その結果、彼の行為が中間行為無しに構成要件充足へ移行する場合である（BGH, NJW 1979, 378; 1976, 58）。それゆえ、行為者の表象に従えば、彼の行為が、構成要件実現に直接的につながる場合、そのことは、決定的な意義を持つ。

本件の事案には、次のような特殊性がある。すなわち、時間的に隔たった様々な行為寄与が予定されており、かつ、それによって切手の再使用という所期の結果が惹起されることが予定されているという特殊性が、それである。この種の事案では、どの時点で予備と未遂の限界が

踏み越えられているのかという問いは、全体計画に基づいて答えられなければならない。未遂が成立するのは、次のような、全体計画に属する特定の個別行為が遂行された場合である。すなわち、被疑者の表象に従えば、事象経過の障害となる特段の事情がなければ、直接的に構成要件実現につながる行為が、それである。本件において、未遂の限界を踏み越える行為寄与となるはずであったのは、切手に〔特殊なコーティング〕処理をし、それを手紙に貼って郵便に出す行為である。たしかに、切手に〔特殊なコーティング〕処理を施すことによって既に、具体的危険が創出された。しかし、これ自体は、単なる予備行為であって、未遂ではない。上記のように準備された郵便切手を手紙の上に貼り、かつ、それを郵便に出すことによって初めて、被疑者は、構成要件実現を直接的に開始するのである。これらの措置は、被疑者の表象に従えば、切手を〔受取人たる婚約者から〕返してもらい、もう一度——インクを剥がした後に——使用するために、不可欠であった。……

被疑者の行為は、詐欺未遂にもならない。ある者が単に郵便料金を免れようと欲するが、それ以上の財産的利益は追求せず、もっぱら郵便料金の支払に関する郵便行政を欺こうと欲するのみであるという場合、刑法148条2項の規定は、特別な刑罰法規として、刑法263条という一般的な刑罰法規に優先するのである（RGSt 68, 302 [303]; Herdegen, in: LK, 10. Aufl., § 148 Rdnr. 16)。⁽³¹⁴⁾

辿ったが、切手は貼られずに返送されただけであり（前掲注（310）参照）、⑤切手再使用には至らなかったようである。さて、この段落の判示を追うと、第一文によれば、③手紙郵送に未遂が成立する。同第二文及び第三文によれば、⑤切手再使用が、構成要件の行為たる *verwenden* に当たる。同第四文（「たとえ」で始まる判示）は、④切手を剥がす行為は予備にとどまるとしても、それより前の③手紙郵送には、未遂が成立するという。この点、Küper, a. a. O. (Anm. 309), S. 777 f. は、予備より前に未遂を認める主張と捉え、「理解しがたい」などと批判する。もっとも、本判決は、事案によっては④切手を剥がす行為が予備にとどまることを留保しつつ（例えば、以前に友人から届いた手紙から切手を剥がす行為を想定できるのではないか）、本件のような「①切手へのコーティング処理→②切手貼付→③手紙郵送」という経緯を辿った計画的な事案では、③手紙郵送の段階で未遂を認めうるとしたと読めるのではないだろうか。

(314) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注（23）6頁注（10）も参照。本判決は、いわゆる統合理論（二本柳・

【47】BGH 36, 249 [251] (連邦通常裁判所 1989年9月6日決定)⁽³¹⁵⁾

「被告人は、麻薬法30条1項4号⁽³¹⁶⁾に基づく、許可を受けることなく少量とはいえない麻薬を輸入する罪の、未遂ではなく、約束(刑法30条2項, 1項⁽³¹⁷⁾)の限度で責めを負う。なぜなら、共同正犯者が、輸入という構成要件の実現を、いまだ直接的に開始していなかったからである。

ラント裁判所の認定によれば、被告人は、デュッセルドルフの共同正犯者2名に対して、オランダから某日に400gのハシッシュと50gのアンフェタミンを無許可輸入させる目的で、3000ドイツマルクを交付した。共同正犯者らがオランダ人ディーラーから麻薬を手に入れて、自ら持ち込んだ乗用車にそれを載せた後、彼らは、『国境に直通する道をまっすぐに行くところ』であった。彼らは、『ドイツ国境に近づいた』時、オランダ警察によって『国境のほんの数キロ手前で』停止させられた。その際、388.8gのハシッシュ(テトラヒドロカンナビノール42.3g)と37.6gのアンフェタミン(作用物質含有量47.7%)が押収された。

ラント裁判所は、許可を受けることなく少量とはいえない麻薬を輸入する罪の未遂〔の検討〕から出発し、その際、的確にも、被告人は共同正犯性を有するとした。麻薬法30条1項4号の犯罪構成要件は、麻薬の国内への持ち込みについて、自手実行を要求してはいない。むしろ、他人の行為を促進しようと欲するのみならず、——被告人のように——所為支配の意思を持って所為寄与をなす者は、共同正犯である(vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Satz 1 Einfuhr 3, 4, 6, 8, 9)。共同正犯の事案において、すべての共同正犯者は、共同正犯者の中の誰か一人が実行

行為を直接的に開始するや否や、統一的に未遂段階に入る。このことは、——被告人のように——共同正犯者の中の誰か一人が予備段階で既に所為寄与をなしたかどうかには、左右されない(BGHR StGB § 22 Ansetzen 3)。

自動車による麻薬無許可輸入の未遂は、通例、国境到達の間近に、又は国境の手前に設けられた税関到達の間近に、はじめて開始する。なぜなら、犯罪行為の実行は、次の場合にはじめて、刑法22条の意味において直接的に開始されるからである。すなわち、所為計画に従えば、事象が障害なく進行すれば、『直接的に構成要件充足に』至るはずである行為、又は、構成要件充足と『直接的な空間的及び時間的關係』に立つ行為を、行為者又は共同正犯者の中の誰か一人が行う場合がそれである。つまり、行為者が主観的に『さあ行くぞ』の境界を踏み越え、かつ、客観的に構成要件に該当する攻撃行為を開始し、その結果、行為者の行為が中間行為無しに構成要件充足へ移行する場合が、それである(BGHR aaO Ansetzen 5 m. W. Nachw.)。これらの条件が充たされるかどうかは、麻薬の無許可輸入に際しては、必ずしも全ての事案について統一的に——例えば国境までの距離〔のみ〕に従って——判断されるわけではなく、むしろ、所為計画及び外部的事情に左右される(vgl. BGH NStZ 1983, 224, 462, 511; BGH NStZ 1984, 365; BGH StV 1986, 62)。それゆえ、飛行機による輸入未遂や、鉄道による輸入未遂や、とりわけ、国境手前の税関〔突破を目論む事案〕に際しての輸入未遂は(vgl. BGHSt 31, 215)、自動車による輸入未遂や、徒歩による輸入未遂と比較して、より早く開始しうる。徒歩、自転車、自動車の場合、〔未遂開始はより遅い。すなわち、〕

前掲注(248)145頁参照)の諸要素に幅広く言及する(中間行為に言及。不可欠性への言及も目を引く。なお、具体的危険も創出されているが、そのことは決定的でないとする。))。

(315) *Jescheck/Weigend*, AT⁸, a. a. O. (Anm. 22), S. 520は、本判決の参照を指示しつつ、「外国からの麻薬輸入の直接的な開始は、『国境の間近』ではじめて認めることができる」と述べる。

(316) 麻薬法30条1項4号については、前出注(284)参照。

(317) 関与の未遂に関するドイツ刑法30条について、前出注(270)、安達・前掲注(302)1頁以下参照。

所為計画に従えば、妨害されずに、国境を越えて麻薬を持ち込む行為が直接的に開始されるのに先立って、境界への接近が、前に横たえられている (vorgelagert ist) ⁽³¹⁸⁾。自動車に乗った行為者が、境界までなお数キロを残している場合には、構成要件充足との直接的な空間的及び時間的關係が欠ける。『さあ行くぞ』の境界は、通例、行為者が、境界の間近又は境界に設けられた税関の間近にあつてはじめて、踏み越えられるのである。

被告人の共同正犯者は、なお境界まで『数キロ』の距離にあったのであるから、麻薬無許可輸入の未遂を理由とする有罪判決は、維持できない。しかし、事実認定によれば、被告人とその共同正犯者は、少量とはいえ麻薬の無許可輸入という重罪を遂行することを約束したものである。当刑事部は、これに応じて、有罪判決を自ら下す。なぜなら、被告人は、まさに、実際に行われた通り、この非難に対して防御することができたからである。⁽³¹⁹⁾

【48】BGH 31, 10 (連邦通常裁判所1982年3月17日判決) ⁽³²⁰⁾

「判決理由抜粋：

I. 被告人は、弁護士である。かつて彼の事務所には2人の同僚が所属していたが、その一人が弁護士Keであった。被告人は、同僚と共に、証人Krとその妻の民法上の問題を担当していた。さらに、その弁護士達は、Krから、様々な刑事事件に関する弁護を依頼された。その一つは、恐喝に関するものであった。この刑事事件において、公判期日は、1979年10月24日14時に指定された。この公判期日には、弁護士Keが

単独で出廷する予定であった。1979年10月23日の朝、被告人は、彼の事務所を通じて、(Ko刑務所に) 拘留中の証人が被告人の訪問を求めたと知った。そこで被告人は、Ko所在のKaに向かうのを中止した〔そしてKo刑務所に向かった〕。話し合いの過程で、証人は、被告人に対し、証人Sch宛ての手紙を手渡して、こう頼んだ。証人Krの妻に、この手紙をSchに届けさせてくれ、と。証人Schは、犯罪に関する証人として、かの公判期日に召喚されていた。手紙の記述には、Schに対する次の要請が含まれていた。すなわち、当時被告人であったKrが、手紙の記述において主張した通りに、犯罪事実の経過を語れ、という要請がそれである。この犯罪事実に関する記述には、少なくとも二つの点において虚偽があった。被告人は、この手紙を、少なくとも部分的に大目に見た。証人Schが、当時被告人であったKrの嫌疑を晴らす虚偽陳述をする気にさせられるはずであったことは、被告人にとって明らかであった。被告人は、この手紙を、被告人に宛てて既に一度使用された封筒に入れ、被告人の書類の束にはさんだ。門に向かう道中、被告人は、Krの妻に出くわした。彼女は、この日初めて——夫に事前に知らせることなく——訪問許可を受けたのであった。被告人は、彼女と話した。刑務所から出た後、被告人は、門の脇に止められた車の所へ赴くと、この車をKrの妻のものだと考えた。実際には、それは、他の人の車であった。上述の封筒に、彼はこう書いた。「Kr夫人へ……G. K. より」。彼は、封筒に名刺を添付した後、それをワイパーのところにゴムひもで括りつけた。その際、彼は、ワイパーが埋め込まれた湾曲部へ、封筒を

(318) 本件のような自動車利用の場合、境界へ接近するまでは、直接的開始は認められないとする趣旨であろう。

(319) 本判決は、いわゆる統合理論 (二本柳・前掲注 (248) 145頁参照) の諸要素に幅広く言及する (中間行為に言及)。本判決は、「自動車に乗った行為者が、境界までなお数キロを残している場合には、構成要件充足との直接的な空間的及び時間的關係が欠ける。」とする。この点と関連して、クロロホルム事件決定 (最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁) では、第1行為の場所 (石巻市内の路上) と第2行為の場所 (石巻工業港) が約2km離れていた事案で、場所の近接性を肯定したと読める。

(320) *Jescheck/Weigend, AT⁵, a. a. O. (Anm. 22), S. 520* は、本判決の参照を指示しつつ、「証人に偽証を決意させるはずの手紙を、〔証人に転送してくれるはずの〕仲介者に渡す行為は、処罰妨害の未遂ではない」と述べる。

押し付けた。その封筒は、後刻、同所において、当該自動車の所有者によって発見され、刑務所に届けられた。それから、その封筒は、中身と共に、検察官と裁判所に渡った。

被告人に対しては、処罰妨害 (Strafvereitelung) の未遂のかどで公訴が提起された。

ラント裁判所は、被告人に無罪を言い渡したが、それは、次のような考えに基づく。すなわち、犯人庇護 (Begünstigung) (刑法旧 257 条)⁽³²¹⁾ の企行構成要件 (Unternehmenstatbestand) が、処罰妨害 (刑法新 258 条)⁽³²²⁾ の結果構成要件 (Erfolgstatbestand) へと変えられ、未遂規定が変更されてからは、被告人の所為は、——不可罰の——予備行為を意味するに過ぎない⁽³²³⁾。さらに、被告人の所為は、刑法 30 条⁽³²⁴⁾ 又は刑法 159 条⁽³²⁵⁾ の構成要件も充足しない。なぜなら、被告人は、幫助の意思を有していたにすぎなかったからである。関与の未遂に対する幫助は、可罰的でない、と。

検察官は、この判決に対して上告を申し立て、実体法の侵害を主張した。検察官の見解によれば、被告人は、処罰妨害の未遂、及び、それと観念的競合の關係に立つ偽証関与の未遂を理由として、有罪判決を下されなければならなかった。連邦検察は、偽証教唆の未遂を理由とする有罪判決が下されていないことに関してのみ、上告を行った。

II. 上訴は、次の範囲で成功した。

ラント裁判所の証拠評価は、刑法 30 条、159 条に関する限りで、瑕疵がある (後に詳論する)。

III. しかしながら、被告人の行為の中に処罰妨害の未遂は見出されえなかった [ラント裁判所] 刑事部の見解には、異議を唱えることができない。仮に刑法旧 257 条が有効であったならば、被告人は、犯人庇護の責めを負ったかもしれない (vgl. u. a. BGHSt 19, 113, 114; BGH LM Nr. 6 zu § 60 Nr. 3 STPO; BGH bei Dallinger MDR 1969, 724; BGH beu Holtz MDR 1979, 108)。この

(321) 刑法 257 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) 重罪又は軽罪の遂行後、その正犯若しくは共犯の処罰を免れさせるため、又は、正犯若しくは共犯にその重罪若しくは軽罪の利益を確保させるため、事情を知りつつこれを援助した (Beistand leisten) 者は、犯罪庇護の罪とし、700 マルク以下の罰金又は 1 年以下の自由刑に処し、この援助を自己の利益のために行ったときは、5 年以下の自由刑に処する。ただし、その刑は、その刑の種類又は量において、本犯について定められている刑よりも、重いものであってはならない。……」。本文で後述されるように、この規定の適用には、「援助した」ことで足り、結果発生は不要と解されていた (vgl. Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 398. この解釈は、幫助という言葉を想起させる「援助した」(Beistand leisten) という構成要件行為の語義に由来するものと思われる。)

ところで、上記刑法 257 条には、文言上、処罰免脱という人的庇護と、利益確保という物的庇護の二類型が含まれていたところ、1974 年の改正で、前者の人的庇護は、258 条 (次注参照) として独立に規定されるに至った。

(322) 刑法 258 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。「(1) 他人が違法行為を理由として刑罰法規により処罰され又は処分 (11 条 1 項 8 号) に付されることの全部又は一部を、意図的に又は事情を知りつつ妨害した (vereiteln) 者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 他人に対して科せられた刑罰又は処分の執行の全部又は一部を、意図的に又は事情を知りつつ妨害した者も、前項と同一の刑に処する。

(3) 刑は、本犯について定められた刑よりも重いものであってはならない。

(4) 本罪の未遂は、これを処罰する。……」。本文でも後述されるが、「本罪は結果犯であり、『妨害』という結果が必要と解されている。」(樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」東大ロー 11 号 (2016 年) 280 頁)。また、刑法 258 条の「第四項の未遂犯処罰規定は [1974 年改正による] 新設の規定であるが、これは、第一項、第二項の内容が挙動犯から結果犯に変更されたことにともなうものである。」(豊田兼彦「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察 (一)」立命 270 号 (2000 年) 108 頁以下)。本罪を結果犯と解するのは、「全部又は一部を……妨害した [挫折させた]」(ganz oder zum Teil vereiteln) という規定振りに由来するものと思われる。

(323) このセンテンスの趣旨は、本文の III で詳しく説明されている。

(324) 関与の未遂に関するドイツ刑法 30 条について、前出注 (270)、安達・前掲注 (302) 1 頁以下参照。

(325) 刑法 159 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。「虚偽の非宣誓陳述 (153 条) 及び虚偽の宣誓代替保障 (156 条) に対する教唆の未遂について、30 条 1 項及び 31 条 1 項 1 号が準用される。」。

規定の適用には、所為行為として、援助（das Leisten von Beistand）があれば足りる。それゆえ、この規定の適用領域は、非常に広く予備段階にまで拡張されていた。この構成要件は、処罰妨害の意図の実現〔という結果〕を要求しなかったのである。この構成要件は、企行構成要件であった（BGHSt 4, 221, 224）⁽³²⁶⁾。この構成要件が、1974年3月2日の刑法導入法（BGBL I 469, 491）によって処罰妨害（刑法新258条）へと変えられ、かつ、1969年7月4日の第2次刑法改正法（BGBL I 717, 720）によって〔総則の〕未遂規定が変更されてからは、被告人の行為は、——刑法258条との関係では——（不可罰の）予備行為に過ぎない。刑法258条によれば、所為行為としては、刑罰や処分を言い渡すこと、又はそれらの制裁を執行することの、全部又は一部を妨害すること（das völlige oder teilweise Vereiteln）が必要である。このように結果が要件とされたことにより、新規定の具体的適用領域は、刑法旧257条と比較して、本質的に限定された。なぜなら、そのような効果を実現できるのは、かつての犯人庇護行為の中の一部に限られるからである。更なる限定が、未遂概念の新規定によって生じる。刑法22条によれば、可罰的な行為の未遂は次の場合に初めて成立する。すなわち、行為者が、所為についての自己の表象に従えば、構成要件実現を『直接的に開始した』場合が、それである。たしかに、ここで、構成要件要素の実現は要求されていない。つまり、所為計画に従えば、そのような要素の充足の前に横たえられたところの行為でも足りる。もっとも、それは、構成要件行為に直接つながるはすのものでなければならない。このことに応じて、未遂段階は、次の行為にまで拡張される。すなわち、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である行為、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が、それである（BGHSt 28, 162, 163）。被告人の所為寄与と、意図された

処罰妨害行為との間の、このような直接的関係は、認められない。意図された処罰妨害行為に先立って、所為計画に従えば、Krの妻の協力と、証人Schの決意とが介在する。本件で、仮に〔Schによる〕虚偽の証人供述に至っていたならば、それによって初めて、未遂の境界が踏み越えられたのである（so auch OLG Hamburg JR 1981, 158 ff. m. zust. Anm. Rudolphi; OLG Bremen NJW 1981, 2711; KG NSTZ 1981, 449 f.; Pelchen in KK StPO § 60 Rdn. 25; Stree in Schönke/Schröder StGB 20. Aufl. § 258 Rdn. 31）。後の虚偽証言を目的とする申し合わせの時点にまで〔処罰妨害未遂による処罰の〕境界を前倒しすることは、159条に明示された立法者意思に反するであろう。すなわち、立法者は、虚偽陳述の教唆の未遂は、〔159条という〕特別規定でもって捕捉することを意図した。この特別規定に従えば、〔159条が30条1項（教唆の未遂類型）に言及することから〕教唆の未遂のみが可罰的たりうるのに対し、例えば虚偽陳述の用意がある旨の表明（Sichbereits erklären）及び虚偽陳述の約束（Verabredung）は、〔159条が30条2項（表明、受け入れ、約束類型）に言及していない以上〕可罰的たりえない。このことを度外視すれば、刑法159条及び30条1項2文における必要的減輕は、対象を失ってしまう。なぜなら、仮に処罰妨害の未遂を認めてしまうと、減輕は、〔22条2項により〕裁判所の（義務的）裁量に委ねられることになってしまうからである。さらに、そのようにして未遂段階を拡張することは、刑法258条の事案に限定しておくことはできないのであって、軽罪を含む他の結果構成要件にも影響を及ぼすことになってしまう。しかし、そのようなことは、とりわけ危険な予備行為（つまり重罪に至るそれ。刑法30条）に限って刑の下に服せしめるという、立法者が定めた規制とは、もはや合致しない。それに加えて、重罪の事案においては、再び、上述の減輕問題が生じてしまう。

(326) 「企行」を定義する刑法11条1項6号（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（307）参照。

〔処罰妨害未遂の成立を主張する〕上告人の意見によれば、刑法導入法の政府草案理由書(BTDrucks. 7/550 S. 249)から明らかなように、処罰妨害構成要件のその他の形態——未遂規定(258条4項)は措く——は、『根本において』、旧法に対応するものだとされる。しかし、このことは、本件で判断されるべき問題には、当てはまらない。草案理由書においては、明示的に、所為行為の変更及びそこから導かれる帰結が示されている。それに加えて、仮に法律草案の起草者が、法律の文言と調和しない解釈を示したとしても、裁判所がそれに拘束されることはなからう。

以上の見地から、当刑事部は、従前の——刑事訴訟法60条2号⁽³²⁷⁾に関して主張された——次の見解を改める。即ち、本犯者と証人の間に交わされた、これらの者によって行われるべき虚偽陳述に関する申し合わせ(Absprache)は、既に、処罰妨害の既遂又は少なくとも未遂であるとする見解が、それである(Urteil vom 16. Januar 1980 – 2 StR 687/79 – und 31. Juli 1980 – 2 StR 345/80 – sowie Beschl. Vom 6. Februar 1980 – 2 StR 11/80)。この点について、当刑事部は、連

邦通常裁判所の別の刑事部の関連判例から逸脱する(Beschlüsse vom 11. Oktober 1978 – 3 StR 296/78 (bei Holtz MDR 1979, 108), 17. Oktober 1979 – 3 StR 301/79, 8. Mai 1981 – 3 StR 291/81, 27. September 1979 – 4. StR 509/79, 26. März 1981 – 4 StR 76/81 (NStZ 1981, 268), 26. Februar 1980 – 5 StR 9/80 – und vom 1. April 1980 – 5 StR 144/80)。そうだとすると、刑事大法廷の判断を求める必要はない。本件において、被告人は、虚偽陳述が予定された証人に影響を与えるよりもかなり前の段階にあったところ、連邦通常裁判所は、これまで、本件に匹敵する事案について判決を下したことはない。上に掲げた諸判決は、従来の判例によっても本件のような事案において処罰妨害の既遂又は未遂を否定することを、排除するものではなからう。上に掲げた諸判決はまた、本件の事実認定によれば次のことを窺わせる事情が存在しなかったことも、排除しないであろう。すなわち、被告人が手紙を受け取ったことで、(以前の被告人である)証人Krの犯行否認意思が更に強化され、その結果Krの保身を容易にせしめたという事情が、それである。⁽³²⁸⁾⁽³²⁹⁾

(未完)

(327) 刑事訴訟法60条は、犯人庇護若しくは処罰妨害の嫌疑が存在し、又は既にこれらの有罪判決が下されている場合について、宣誓禁止を定めるものである(加藤克佳=辻本典史訳「ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』(4)」近畿大学法学63巻1号(2015年)87頁以下参照)。

(328) 本判決について、塩見「(三)・完」前掲注(23)3頁、6頁注(8)も参照。筆者なりに本件を説明するならば、計画によれば、KrがSchに対して虚偽陳述を依頼する手紙は、「Kr→被告人→Krの妻→Sch」と言う順番で渡される予定であったが、実際には、被告人のミスで、手紙はKrの妻に渡ることなく、裁判所に渡った、というものである。連邦通常裁判所は、計画によれば、被告人が実際に行ったことと、処罰妨害行為との間には、「Krの妻の協力と、証人Schの決意」が介在することなどを指摘して、処罰妨害未遂の成立を否定した。本判決は、いわゆる統合理論(二本柳・前掲注(248)145頁参照)の諸要素に幅広く言及する(なお、上記のように、「Krの妻の協力と、証人Schの決意」の介在に言及するが、「中間行為」という表現自体は見当たらない)。

(329) Werner Beulke, NStZ 1982, S. 330には、BGH 31, 10 (15)の末尾に後続する判示部分まで紹介されているところ、その判示部分は本判決IIの記述を理解するために重要と思われるので、以下訳出する。「IV. 事件はラント裁判所に差戻される。将来の事実審裁判官による裁判のために、当刑事部は、次のことを指示する。すなわち、できる限り、重罪を教唆する用意がある旨の表明又は重罪を教唆する約束という遂行形態を考慮することが、それである(刑法30条2項)。将来の事実認定が、専ら刑法30条1項の検討のきっかけとなるならば、間接教唆の未遂又は共同教唆の未遂(vgl. hierzu BGH Dallinger MDR 1953, 400)の成否が重要である。後者の場合、争われた判決において他の点との関係で言及された、当刑事部による1980年10月15日の判決——2 StR 469/80——(NStZ 1981, 99)を考慮すべきであろう。」。ここで30条2項の検討が指示されているのは、159条が問題となる本件についてではなく、未遂の成立が否定される事案一般についてであろうか。連邦通常裁判所は、本件被告人について、虚偽陳述の間接教唆の未遂、又は、虚偽陳述の共同教唆の未遂(いずれも30条1項, 159条)の検討を要請したと読める(これに対して、ラント裁判所は、関与の未遂の補助しか検討していなかった)。

〔訂正〕

本誌 42 号掲載の判例【37】について、引用すべき判例を誤った。この誤りは、筆者が電子媒体の判例集に接した際に操作を誤ったことに基づくものであり、紙媒体の判例集に改めて接した際に気付いた。深くお詫びし、前掲判例【37】を下記の通り訂正する。

【37】 BGH StV 1992, 62（連邦通常裁判所 1991 年 5 月 24 日決定）

「事案：ラント裁判所は、被告人に対して、とりわけ、窃盗〔既遂〕を理由として、かつ、2つの事件における窃盗未遂を理由として、併合刑（Gesamtstrafe）^(a)を言い渡した。事実認定によれば、被告人は、『給油キャップ・メソッド（Tankdeckelmethode）』を使って自動車を盗んだ。すなわち、被告人は、給油キャップを取り外して、それを合鍵作成のための提示物として用い、その合鍵で自動車を盗んだ。その際、被告人は、給油タンクとドアとスターターとで、同じ鍵が使える特定のタイプを選んだ。被告人の上告は、部分的に成功した。

判決理由抜粋：I. 事実的及び法的な再検討の結果、被告人が2つの事件における窃盗^(b)未遂を理由として有罪判決を言い渡された限度で、判決を破棄する。II 3a 事件において、被告人は、『1989 年 11 月 1 日から 1990 年 1 月 16 日の期間に』、給油キャップを取り外し、合鍵作成後、再びその給油キャップを取り付けた。その際、被告人は、自動車の中で見つけた整備手帳から、技術的なデータに関する頁を2枚引きちぎったが、その目的は、そのデータを用いて新しい車検証及び自動車登録証を作成することにあった。II 3b 事件において、被告人は、『1990 年 1 月 10 日 2 時から 1990 年 1 月 12 日 3 時までの

期間に』、給油キャップを取り外したが、その目的は、そのキャップの型に従って合鍵を作製することにあった。被告人は、これら2つの事件において、計画した自動車窃盗に関しては、未だ、窃盗構成要件の実現を直接的に開始しなかった（22 条）。未遂を理由とする有罪判決の前提は、次の場合に初めて充足される。すなわち、行為が、事象が障害なく進行すれば直接的に構成要件充足へ至るはずであるか、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場合が、それである（BGHSt 28, 162, 163; vgl. Auch BGHSt 26, 201, 204）。このことは、個別事件において、つまり『給油キャップ・メソッド』に基づく窃盗事件に際しても見出されうるが、それは、給油キャップを盗むことで、次のような行為経過が開始される場合である。すなわち、合鍵作成の空間的及び時間的実状に従えば、中間行為無しに、自動車窃盗へと移行する行為経過が、それである。本件において、そのような前提は、確認されていなかった。事実審裁判官は、給油キャップが取り外された時点をより詳細に特定すべきとは考えず、そして、被告人が合鍵作成後いつ自動車へ戻るつもりであったのかについて陳述させるべきだとも、考えなかった。II 3a 事件において、給油キャップを取り外して以来、2 か月以上経過していた可能性がある。そのような状況下では、自動車が規則正しく同じ場所に停められていたこと、つまり、自動車を容易に見つけ出すことができたことは、必ずしも重要でない。II 3b 事件では、給油キャップが自動車から取り外された場所すら、認定されていない。II 3b 事件ではまた、自動車から〔給油キャップが〕取り外されてから、被告人の住居において 1990 年 1 月 17 日に給油キャップが発見されるまでに、数日の期間

(a) 併合刑について、本田稔「併合罪の一部の罪の確定裁判後に審理された余罪の量刑判断方法について」立命 345=346 号（2012 年）719 頁注（12）参照。

(b) 判決集に罰条は明示されていないが、単純窃盗（刑法 242 条）が問題になった可能性がある。刑法 242 条（1974 年 3 月 2 日の法律により改正されたもの）は、次のように規定していた。「(1) 違法に領得する意図で、他人の動産を他の者から奪取した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。(2) 本罪の未遂は、これを処罰する。」

が経過していた。新たな事実が認定される望みは薄いので、当刑事部は、被告人が自動車窃盗未遂を理由として有罪が言い渡された事件において、被告人に無罪を言い渡す。給油キャップについて、被告人は、これを〔不法〕領得するつもりはなかった。そのことは、とりわけ、II 3a 事件において、再びそれを取り付けていることに示されている。」^(c)

(c) 本判決について、佐藤・前掲注(139) 198頁参照。筆者なりに整理するならば、本判決は、「①給油キャップ取り外し→②合鍵作成→③自動車窃盗」という計画をベースに、①給油キャップ取り外しの時点はもとより (II 3b 事件)、②合鍵作成の時点でも (II 3a 事件)、自動車を客体とする窃盗罪の未遂は認められないとしたものである。本判決はまた、いわゆる統合理論 (二本柳・前掲注(248) 145頁参照) の諸要素に言及する。

