

研究ノート

ドイツ刑事判例研究(十五)

鈴木彰雄

失効未遂に当たらないとされた事例

(ドイツ刑法211条、212条、24条)

刑法24条1項1文は、法定構成要件の実現を思いとどまることのみを求めているので、その後の犯行計画が無意味になってしまった場合でも、行為者はなおその犯罪を中止することができる (BGHSt 39,211の継続)。

BGH, Beschl. v. 14.11.2007-2 StR 458/07

[NSStZ 2008,275=JA 2008,545]

《事実の概要》

原審 (LG Marburg) が認定した事実の概要は次のとおりである。

被告人 (女) は、2006年11月23日に、夫婦間の問題と経済的な問題から自暴自棄になり、住

居と納屋からなる家屋に放火して、そこに住む12歳の息子とともにベッドに寝たまま煙中毒により死ぬことを決意した。被告人はその際に、息子だけでなく、2頭の犬も道連れにするつもりであった。被告人は息子をベッドに連れて行き、火災や煙ガスに気づかずに窒息死させようとして睡眠薬を飲ませた。被告人は、息子の自分に対する信頼を意識的に利用して、息子に錠剤を飲ませる際に、からだを丈夫にするためのビタミン剤だと説明した。被告人は、家の中にいた2頭の犬が火災に気づいて騒ぐことなく、自分と息子が煙ガスで窒息死できるように、犬にも睡眠薬を飲ませた。被告人はいくつかの火災源を用意した。被告人は、2頭の犬に予期した効果が生じなかったので、ハンマーでその頭部と首を殴打した。1頭の犬は即死し、他の1頭は重い傷を負い、しばらくたってから死んだ。その後、被告人は、準備していたいくつかの場所に放火し、その火が燃え上がった。被告人は、何も気づかずにベッドで眠っている息子の所へ行った。しかし、同家の隣人がその火災に気づき、消防隊のリーダーであった同人が同家の前に消防車を乗り付けて、家の中にいる人に火災を知らせるために、備え付けのサイレンを鳴らして青色灯を点けた。この音を聞いた被告人は、消防が駆けつけたことにより自分たちが救助され、火災によって生ずる煙ガスで窒息死するという犯行計画がいずれにせよ失敗したことを、遅くともこの時点までに認識したにもかかわらず、何の行動も起こさなかった。被告人は、家のドアが消防隊員によって壊されたことに気づいた時に、息子とともに家から出ようと決心した。被告人は息子を起こして家の外へ出し、自分は息子の衣類を取りに行ってから息子のあとに続いた。納屋と家屋が独立して燃焼するに至ったため、約30万ユーロの損害が生じた。

LGは、被告人を謀殺罪の未遂と、特に重い放火罪、放火致死罪の未遂および2頭の脊椎動物に対する合理的理由のない殺害との所為単一により、3年3月の自由刑を言い渡した。これに対して被告人が、形式的・実体的法違反を理由として上告した。その上告は、実体的非難の全

部について認められた。

《決定理由》

2. …LGは謀殺罪の未遂（謀殺のメルクマールは「背信性」と「公共に危険を生ずべき方法」）を認めた。LGの見解によれば、本件は失効未遂に当たるので、被告人に中止未遂は認められない。すなわち、被告人は、その行為計画によれば、息子とともに焼死するのではなく、煙によって窒息死するつもりであった。被告人は、消防の音を聞いた時に、自分たちが間もなく救助されるので、ベットで一緒に寝たまま煙ガスによって死ぬという被告人の計画はもはや成功しえないことを認識した、というのである。

3. しかし、謀殺罪について不処罰とする中止未遂の前提条件を否定したことには、重大な法的な疑問がある。

たしかにLGは、失効未遂に関する判例を引用しているが、法的に妥当な出発点に立っていない。被告人が意図した可罰的な行為はもっぱら息子の殺害であって、自殺ではなかった。したがって、中止の問題はもっぱら、被告人が息子の不利益となる殺人の未遂を中止したことについて不処罰とされるか否かにある。

行為者が構成要件外の目的をすでに達成してしまった場合について、BGHの刑事大法廷（BGHSt 39,211ff.）は、刑法24条1項1文は法定構成要件の実現を思いとどまることのみを求めているので、行為者には原則として中止未遂の可能性が残されているという判断を示した。このことは、その後の行為計画が無意味になった場合にも当てはまる。

息子と一緒に死のうとする被告人の計画が失敗したとしても、問題となっている原判決は、もっぱら刑法上重要な息子を殺そうとする計画が失効したか否かについて、その態度を明らかにしていない。連邦検事総長が適切に指摘したように、LGは、自殺未遂と息子に対する殺人未遂を十分に区別せず、法的に誤って、被告人からみて放火が発見された以降は一緒に死ぬこ

とがもはやできなくなったことのみに着目した。LGは—この誤った出発点に基づいて—被告人が放火が発見された後もなお息子を殺す可能性をもっており、主観的にそれができると思っていたか否かという問題を論じなかった。

殺人未遂を理由とする原審の有罪判決は、法的な誤りに基づいている。当刑事部は、新たな事実審の裁判官が法的に誤りのない理由づけによって（失効未遂の問題についてTröndle/Fischer 54.Aufl, § 24 Rn 12も参照）ふたたび殺人未遂を認めるという可能性を否定しえないので、有罪判決をみずから変更しないこととする。

その他の犯罪が所為単一として有罪とされたので、上記の瑕疵によって有罪判決が全体として破棄される（KK-Kuckein 5.Aufl., § 353 Rn 12 mwN）。

《研究》

1. 本件では、家屋に放火して息子とともに煙中毒により死ぬことを決意した被告人が、息子に睡眠薬を飲ませて家屋に放火したが、消防が駆けつけたことによりその犯行計画が失敗したことを認識したにもかかわらず、何の行動も起こさなかったという事案について、謀殺罪（ドイツ刑法211条）の中止未遂が成立するか否かが問題になった。これについて原審は、息子とともに窒息死するつもりであった被告人は、消防の音を聞いた時にその計画はもはや成功しえないことを認識したのであるから、本件はいわゆる「失効未遂」（*fehlgeschlagener Versuch*）に当たるとして中止未遂を否定したが、BGHは、被告人は放火が発見された後もなお息子を殺すことが可能であり、主観的にそれができると思っていたとも考えられるので、原判決が認定した事実関係においては必ずしも中止未遂が否定されることにはならない旨を指摘して、原判決を破棄して原審に差し戻した。

ドイツ刑法24条〔中止未遂〕¹⁾ 1項は、単独犯の中止未遂について、未終了未遂（着手未遂）においては、行為者が自由意思により行為の爾

後の実行を「放棄する」(aufgeben) ことで足りるが、終了未遂(実行未遂)においては、行為者が自由意思によりその既遂を「妨げる」(verhindern) が必要であると規定する。さらに、ドイツの判例と有力な学説は、中止未遂の意義と目的に鑑み、行為者が自己の行為を既遂に至らしめることをなお可能であると認識しているかぎりでは中止未遂を認めるべきであるから、行為者が既遂に至ることが不可能となったと認識した場合には中止未遂を認める余地はないとして、「失効未遂」という類型を認めている。²⁾ しかし、その根拠と具体的な適用範囲については学説の争いがあり、判例にもこれまで変遷があった。

2. 「失効未遂」の概念を認める有力説によれば、自己の未遂行為が失敗したと思つた行為者は、その行為を継続しようという認識も、その既遂を惹起しようという認識ももちえず、したがって爾後の実行を「放棄する」ことも、その既遂を「妨げる」こともできないので、失効未遂の根拠は刑法24条の条文に求められる。また、失効未遂に当たるか否かは、中止未遂が成立しうる未終了未遂と終了未遂の区別の問題に「論理的に先行する問題」として検討されなければならないという。³⁾ これによれば、失効未遂が認められるのは、行為者が、犯罪の実行に着手した後に、具体的な行為の枠内でその目標を達成しえないと認識したか、あるいは客観的にはその目標を達成することができても、行為者が錯誤によりその達成が不可能になったと思つた場合であり、標語的に言えば、行為者が「目的に到達しようと意欲しても到達することができない。」と思つた場合である。⁴⁾ その類型として、①行為者が構成要件の実現が不可能になったと認識し、あるいはそのように誤信した場合、②行為の客体が犯行計画との同一性を失うに至った場合、③行為の客体が行為者の期待を下回った場合があげられる。⁵⁾

①の類型に当たるのは、行為者が、それまでの実行行為をそのまま継続してもその構成要件を既遂に至らせることができないと認識した場

合であり、これには、a. 行為の手段が役に立たなくなった場合として、たとえば、殺人の行為者がけん銃の引き金を引いたが、けん銃の不具合により弾が発射されなかった場合や、侵入窃盗の行為者が合鍵を鍵穴に差し込んだが、鍵が開かなかった場合があり、b. 行為の主体が無能力となった場合として、たとえば、殺人の行為者が心筋梗塞を起こして行為無能力になった場合や、強盗の行為者が被害者によって制圧された場合があり、c. 行為の客体が存在しなかった場合として、たとえば、強姦の行為者が襲いかかったが相手が男性であった場合や、窃盗の行為者が金庫をこじ開けたが、中に何も入っていなかった場合があり、さらに、d. 行為が法的に不可能になった場合として、たとえば、窃盗の行為者が実行に着手した後に、その被害者が財物の窃取に同意した場合や、強姦の行為者が実行に着手した後に、その被害者が真意により性交に同意した場合がある。

②の類型に当たるのは、たとえば、殺し屋がAを射殺しようとしたが、相手がBであることに気づいて止めた場合や、行為者が赤いボールを盗もうとして被害者の庭に入って手を伸ばしたが、木のボールしかなかったので止めた場合(RGSt 39,37「ゴムボール事件」に類似した事例)である。これらの場合には、行為者はなお人の殺害やボールの窃取を行うことができる状況にあるので、失効未遂に当たるか否かについて学説の争いがある。

これについて、RGSt 39,37⁶⁾ は、行為者はその行為を「その意思とはかわりのない外部的な事情によって妨げられた」のではなくて、「純粋に内部的・精神的な経緯、すなわち、実際の状況を知って生じた考え」によって止めたので中止未遂であるとした。これに対して、これらの場合には、行為者の故意は「A」ないし「赤いボール」という具体的な客体に向けられており、その計画は客体の同一性によって本質的に規定されているので、Bの殺害ないし木のボールの窃取を止めても未遂は失効したものと解すべきであるとする説がある。⁷⁾

③の類型に当たるのは、たとえば、ある目的

のために多額の現金を窃取しようとした者が、予期に反して少額の現金しか窃取できないと知って止めた場合や、路上で強盗を行おうとした者が、被害者の少女が僅かな金額しか所持していないと思って止めた場合（下記の④RGSt 70,1の事案）である。これらの場合にも、行為者は小額といえどもなおその窃取ないし強取を行うことが可能であるから、失効未遂というのかについて争いがある。

さらに、失効未遂に当たるか否かについて議論があるのは、上記の諸類型のほかに、④a. 行為態様が犯行計画から逸脱した場合、b. 犯行の動機が失われた場合、および、c. 実行行為を繰り返し行うことができる場合である。

a. の事例として、たとえば、侵入窃盗の行為者が誰かに見られたと思ったので、犯行を継続することができると思ったにもかかわらず、後に捕まらないために止めた場合がある。これについては、目標（窃盗を行うという目標）の達成はなお可能であったのだから、失効未遂に当たらないとする見解⁸⁾と、その可能性があっても、計画した行為態様（誰にも見られずに窃盗を行うという態様）からの逸脱があったことによって失効未遂となる場合があるとする見解⁹⁾がある。

b. に当たるのは、たとえば、相続を目的としておじを殺そうとしたが、相続しうる財産が存在しないことを知って止めた場合である。この場合には一般に、動機は行為に出る契機にすぎず、行為の構成部分ではないので、その後の行為を放棄しても失効未遂とはならず、中止未遂は可能であるが、その任意性（「自由意思により」）が否定されることになることと解されている。

c. として問題になるのは、行為者がそれまでの行為が失敗したことを認識したが、さらに同種の行為を反復することにより、あるいは他の行為を行うことにより既遂に至らせることがなお可能であると認識していた場合の取り扱いである。たとえば、殺人の行為者が、1発目の発砲による殺人が失敗したことを知ったが、なお続けて発砲しようとして認識していたにもかかわらず止めた場合や、刺殺が失敗したことを知っ

たが、さらに絞殺しようとして認識していたにもかかわらず止めた場合がこれである。

こうした場合について、一連の行為を全体的に考察してなお中止未遂を認める余地があるとする「全体的考察説」（Gesamtbetrachtungslehre）は、それまでの行為の失敗はいわば「一時的な失敗」（vorläufiger Fehlschlag）にすぎず、その後の行為を行わないことを「爾後の実行の放棄」と解することができるとする、中止未遂に好意的（rücktrittfreundlich）な解決を主張する。¹⁰⁾ この立場からは、たとえば、1発目の発砲によって被害者に傷害を負わせた者でも、終了未遂からの中止の要件（24条1項1文後段）を充足すれば不処罰の効果が与えられるのに、1発目の発砲が被害者の至近を通過した行為者にその可能性を認めないのは均衡を失すること、それまでの行為が失敗に帰したとしても、爾後の行為を放棄することによって不処罰とされるチャンスを行為者に残しておくことが、未遂行為者によって危殆化された法益を保全するという被害者の利益に資することになり、これを認めなければ、たとえば当該事件について後日の証人となりうる被害者が殺害されるなどの危険にさらされることになること、あるいは、たしかに行為者が爾後の行為を放棄しただけで褒賞に値する行為があったとすることはできないが、犯罪行為へと踏み出した行為者がともかくも自己の決意により合法性へ帰還したのだから、危険な未遂行為によって一旦は揺らいだ法の妥当性に対する国民の信頼は、刑罰必要性が必ずしも認められない程度にまで回復されたとみることができると指摘される。¹¹⁾ これによれば、失効未遂として中止未遂が認められなくなるのは、行為者が自己の認識した爾後の行為の継続可能性をすべて用いたにもかかわらず、それによって既遂に至らなかった場合に限られることになる。¹²⁾

これに対して、それまでの個別行為が失敗した以上、中止未遂を認める余地はないとする「個別行為説」（Einzelaktstheorie）は、個別行為の失敗によって行為事象は行為者の手を離れ、行為者の認識によればもはや既遂に至ることを

阻止しえない段階に至ったのであるから、その失敗はいわば「最終的な失敗」(endgültiger Fehlschlag)であり、その後の行為を行わないことは新たな(未遂)行為を放棄したにすぎないとする。¹³⁾そこには、既遂に至らなかったことが偶然にすぎないような危険な行為をあえて行った者に対して、再度の犯行を試みなかったというだけで不処罰の中止を認めるべきではないという発想があるように思われる。

以上が「失効未遂」の概念を意義あるものとして認める有力説の主張であるが、これに対して、この概念を不要とする少数説がある。たとえば、マウラッハ/ゲッセル (Maurach/Gössel) が、中止未遂の成立要件は刑法24条に包括的に規定されており、同条に規定されていない概念によって不処罰の中止未遂を認めるのは基本法に違反する慣習法を用いるものであり、同条によって明らかに不処罰とされる場合をこの不確かな概念を用いて説明する必要はないとし、¹⁴⁾バウマン/ヴェーバー/ミツチュ (Baumann/Weber/Mitsch) が、この概念は中止未遂のメルクマールを充足しない一定の未遂現象を適切に指称するかもしれないが、それは未遂が失効したからではなく、中止未遂のメルクマールが充足されないからである、¹⁵⁾とするのがこれである。

3. 今日理解に照らして失効未遂に当たるとされる事案は古くから判例にあらわれていたが、RGの判例はこれを中止未遂の任意性の問題として検討していたようである。

たとえば、①RGSt 24,222¹⁶⁾は、窃盗の目的で室内に侵入した被告人がそこにあった箱をこじ開けたが、中身が期待に反していたので何も盗らずに逃げたという事案について、被告人は特定の物を盗もうとしたのではなく、盗むことのできる物を見つけたにもかかわらずその故意を放棄したのであるから、重い窃盗罪について中止未遂の任意性が認められるとしたものであり、②RGSt 45,6「金網事件」¹⁷⁾は、網戸と針金格子を盗もうとして金網のフェンスによじ登った被告人らが、それらを棒で取り外そうとし

たときに多数の穴を開けてしまい、家で使用するという目的を達することができなくなったので止めたという事案について、被告人らは自由な意思決定に基づいて止めたのではなく、物の奪取を妨げる外部的な事情によって止めたのだから、未終了未遂からの中止の任意性が認められないとしたものである。また、③RGSt 55,66¹⁸⁾は、被告人が窃盗の目的でスーツケースを開けたが、期待していた量の密輸品が入っておらず、食料品の箱が入っていたので止めたという事案について、窃取しようとした物がその量または質に照らして行為者の期待にそぐわなかったために止めた場合には、そうした事情が窃盗の決意に及ぼす影響は行為者がその企図を放棄せざるをえないほど強制的なものではないので、原則として行為者の意思によらない事情によって事後の窃盗の実行が妨げられたとはいえないという理由で、中止未遂の任意性が認められるとしたものである。他方、上で紹介した④RGSt 70,1¹⁹⁾は、夜間の路上で強盗を実行しようとした被告人が、被害者の少女にナイフを突きつけて金を要求したところ、被害者が20ないし30ペニツヒしかないと言ってバッグから取り出したが、被告人はそれを強取することなく被害者を帰宅させたという事案について、中止未遂の任意性は原則として行為者の表象と意思に照らして判断されるので、仮に被告人が当初から相当額の強取を意図していたのでその程度の小額では強取する価値がないと思って止めたとすれば、その行為の全体を任意に中止したものとはいえないが、仮に20ないし30ペニツヒを強取しようと思ったにもかかわらずこれを思いとどまったとすれば、その中止に任意性を認めることができるとしたものである。

こうした考え方はBGHの判例にも受け継がれた。⑤BGHSt 4,56²⁰⁾は、商売の元手として300マルクを必要としていた被告人が、飲食店において店主にあいくちを突きつけて金を奪おうとしたが、金庫の中に20ないし30マルクしかなかったのでその強取を止めて裏口から逃走したという事案について、④判決の立場を支持し、行為者の当初の計画に照らして判断すれば、被

告人は相当額の現金を奪取してこそ役に立つと思っていたのだから、その中止に任意性は認められないとしたものである。また、⑥BGHSt 13,156²¹⁾は、できるだけ現金を盗むつもりだが、他の役に立つ物があればそれも盗むつもりで邸宅に侵入した被告人が、現金を見つけることができず、カメラとコートを盗むことはできたが、それらを売却するのが難しいと思って止めた事案について、被告人がその決意を実行しなかったのは現金を発見することができなかったからにすぎず、そのような事情は行為者の意思と無関係な事情であるという理由で、任意性を否定したものである。

失効未遂という用語はすでにRGの判例にも見られるが、戦後、その概念が頻繁に用いられるようになった。その例として以下のものがある。

⑦BGHSt 10,129「フラッハマン事件」²²⁾は、被告人が別れ話のもつれから乗用車の中で許嫁を殺そうと決意し、フラッハマンというリキュールの瓶で同女の頭部を強打したが殺害するに至らなかったため、今度は両手で同女の首を強くしめて気絶させ、同女が意識を取り戻したときに車から逃走したが、犯行を止めた理由が何であったかは必ずしも明らかでないという事案について、被告人が当初から特定的手段で殺害することを意図していたとすれば、瓶による殴打行為が失効した後にこれに続いて首をしめる行為は独立した新たな行為であるから、本件は終了未遂となるが、被告人が殺害的手段を特定していなかった場合には、両行為は自然的行為単一と評価されるので、本件は未終了未遂と評価されるべきであるとした。

⑧BGHSt 20,279²³⁾は、被告人が15歳の少女を強姦しようとしたところ、同女が生理中であることに気づいて性欲を失ったために止めたという事案について、任意性を否定した原判決を支持したものであるが、その中で、被告人が生理中の女性と性交することはできないと思ったとすれば、その事情は被告人にとってその企図の遂行を放棄する強制的な事由であり、失効未遂 (fehlgeschlagener Versuch; délit manqué) であ

るとした。

⑨BGHSt 33,295²⁴⁾は、被告人が、被害者を「懲らしめる」ため殺意をもってその頭部を狙ってけん銃を1発発射したが殺害することができず、傷害を負わせるにとどまったが、その後の殺害行為を放棄してその場を立ち去ったという事案について、本件は「失効未遂」に当たらず、行為者の認識を基準にしてその行為は終了したものとした。

⑩BGHSt 34,53²⁵⁾は、被告人が、被害者を車でひき殺そうとして失敗した(第1行為)後に、被害者にとびかかり両手でその首をしめた(第2行為)が、被害者が被告人を必死に説得してその行為を止めさせたという事案について、被告人は第1行為の失敗の後に殺意を放棄することなく、時間的遅滞なく第2行為を行ったという可能性があることを理由に、第1行為は失効未遂ではないとした。

このように、戦後のBGHの判例の中でしばしば「失効未遂」の概念が用いられたが、その適用基準については必ずしも統一的ではなかった。このような状況において、この概念の適用について一定の指針を示したのが、本決定が引用する⑪BGHSt 39,221²⁶⁾である。その事案は、被告人が、被害者を懲らしめ、自分への反抗を許さない旨を分からせるために、被害者の死を未必的に認容しつつナイフでその胴体を刺して重傷を負わせたが、被害者が身体からナイフを引き抜いてその部屋から立ち去ったというものである。これについてBGHの刑事大法廷は次のように判示して中止未遂の可能性を認めた。

「不処罰の中止未遂が可能な未終了未遂および終了未遂の両場合と区別されるべきは、失効未遂の場合であり、それは結果の発生が—行為者の認識したところによれば—客観的にもはや可能ではなく、あるいは行為者がそれをもはや可能だとは思わなかったという場合である(…)。BGHの判例によれば、失効未遂の場合には中止未遂は排除される(…)。表象した行為経過が最初に失敗した後に、行為者がすでに設定した手段あるいは用意してある他の手段によって時間的切れ目なく行為をなお完成しう

とただちに考えるに至った場合は、いずれにせよ失効未遂の一場合ではない (…)。[S.228] 刑法24条1項1文は、爾後の行為を放棄し、あるいはその完成を妨げることによって中止未遂が成立しようとする。刑法24条1項の意味での行為とは、実体法的意味での行為、すなわち法定の犯罪構成要件に記述された構成要件該当的行為および構成要件該当の結果である (…)。未遂行為者の当罰的故意はこれに関連する。したがって、未終了未遂の場合には、爾後の行為の実行を放棄しようとする決意は、法定の構成要件要素の実現に限定される。未遂の可罰性を基礎づける刑法22条も、それとは逆に中止による不処罰を可能ならしめる刑法24条も、それを超える非構成要件該当の動機、意図あるいは目的を考慮に入れることはない。すでに一上記の法律問題では問題とならない—中止の任意性の問題において、中止動機の道徳的・倫理的評価が重要でないとすれば (…)、いわんや爾後の行為の実行の放棄という外部的行為においては、このことは問題にならない。それゆえ、行為者が非構成要件の行為目標をすでに達成し、あるいは達成したと信じたために、彼にとって可能な爾後の殺人行為を放棄した行為者も—直接的故意をもって実行したにせよ、単に未必の故意をもって行為したにすぎないにせよ—（他に外部的あるいは内心的強制状態の不存在という意味での任意性が存在すれば）殺人の未終了未遂を不可罰的に中止することができる。爾後の行為の実行を単に放棄することを超えて、そのような行為者

に「褒賞しうる放棄」や「後戻り」を要求することは、刑法24条1項1文前段に何らの拠り所ももたない。法文は、可能な行為の継続を放棄することを不処罰をもって褒賞しているのであり、その場合には文言上、一定の外部的行為をとることの要請に尽きているのである。中止構成要件のこの客観的要素に、さらに評価的要素を付加する余地はない。[S.230f.]」と。²⁷⁾

4. 本稿が紹介したBGH2007年11月14日の決定は、息子と一緒に死のうと思った被告人の計画が失敗したとしても、刑法上重要な息子を殺そうとする計画が失効したか否かを検討しなければならないと、被告人が、放火が発見された後もなお息子を殺す可能性をもっており、主観的にそれができると思っていたか否かという問題を論じなければならないとした。その趣旨は、「刑法24条1項の意味での行為とは、実体法的意味での行為、すなわち法定の犯罪構成要件に記述された構成要件該当的行為および構成要件該当の結果である。」とする上記の⑪決定の立場に沿ったものであり、判例上特に目新しいものとはいえないであろう。とはいえ、失効未遂の概念に批判的な学説からは、本件は終了未遂に当たる事例であり、結果防止行為を行わなかった被告人に中止未遂の成立を認めるべきでないとする意見もあることから、²⁸⁾ この概念の是非についてなお議論が続くものと思われる。²⁹⁾

注

1) ドイツ刑法24条 (中止未遂)

- ①自由意思により、行為の爾後の実行を放棄し、またはその既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。その行為が、中止する者の関与がなくとも既遂に至らないときは、自由意思により、かつ真摯に、その既遂を妨げるよう努力した場合に、その者は不処罰となる。
- ②その行為に複数の者が関与したときは、自由意思によりその既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。ただし、その行為が、その者の関与がなくとも既遂に至らず、またはその者のそれまでの行為寄与とは無関係に行われた場合には、その者の自由意思による、かつ真摯な、その行為の既遂を妨げる努力があれば、その者を不処罰とするに足りる。

- 2) ドイツの学説において「失効未遂」の意義が論じられるようになったのは、1970年代になってからのようである。Vgl. Roxin, Der fehlgeschlagene Versuch, Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung, JuS 1981, S. 1ff.; Ranft, Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung (Teil 1), Jura 1987, S. 434ff.; Otto, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992, S. 423ff.; わが国で「失効未遂」(あるいは

- 「欠効未遂」という訳語も用いられる) について検討した文献として、園田寿「『欠効未遂』について」関西大学法学論集32巻3=4=5号(1982年)59頁以下、齊藤誠二「フランクの公式に対する疑問と失効未遂」判例タイムズ589号(1986年)2頁以下、同「いわゆる失効未遂をめぐって(上・下)」警察研究58巻1号(1987年)3頁以下・3号(同年)3頁以下、江藤隆之「欠効未遂の概念について」明治大学法学研究論集23号(2005年)1頁以下等がある。
- 3) Kühl, Strafrecht, AT. 4. Aufl. (2007), § 16 Rn. 10.
 - 4) Roxin, Strafrecht, AT. Bd. II (2003), § 30 Rn. 79.
 - 5) 失効未遂の類型化については諸説があるが、本稿はRoxin, a.a.O., § 30 Rn. 85ff. およびKühl, a.a.O. § 16 Rn. 10f. を参照した。
 - 6) Urt. v. 11. 6. 1906-1 StR 1145/05.
 - 7) Roxin, a.a.O. § 30 Rn. 95ff.; ders., Gedanken zum “Dolus Generalis”, in: FS. f. Würtenberger (1977), S. 120 は、「行為者の計画が結果の中に実現した場合に、その結果は故意に実現されたものといえることができる。」と指摘する。この立場によれば、「赤いボール」の窃取ができなくなったことを認識すれば未遂は失効したことになるであろう。
 - 8) Roxin, a.a.O. § 30 Rn. 109f.
 - 9) Vgl. Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis (1976), S. 320ff.
 - 10) Vgl. Krey, Strafrecht, AT. Bd. I, 2. Aufl. (2004), Rn. 470; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, AT I, 5. Aufl. (2004), 11/76.
 - 11) Kühl, a.a.O. § 16 Rn. 19ff.
 - 12) Rudolphi, in: SK-StGB, Bd. 1. 8. Aufl. (2000) § 24 Rn. 12b; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT. 5. Aufl. (1996), S. 543; Wessels/Beulke, Strafrecht, AT. 37. Aufl. (2007), Rn. 628.
 - 13) Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 24 Rn. 10. 個別行為説に対する批判はRoxin, a.a.O. § 30 Rn. 201ff. に詳しい。
 - 14) Maurach/Gössel, Strafrecht, AT. Tb. 2, 7. Aufl. (1989), § 41 Rn. 36ff.
 - 15) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT. 10. Aufl. (1995), § 27 Rn. 11f.; Heintschel-Heinegg, Versuch und Rücktritt, ZStW 109 (1997), S. 36 も、「失効未遂」という概念は刑法24条1項の要件に当たらないために中止未遂が認められない場合の総称にすぎず、独立のカテゴリーではないという。
 - 16) Urt. v. 13. 6. 1893-4 StR 1799/93.
 - 17) Urt. v. 11. 5. 1911-3 StR 312/11.
 - 18) Urt. v. 8. 7. 1920-3 StR 626/20.
 - 19) Urt. v. 29. 11. 1935-1 StR 873/35.
 - 20) Urt. v. 20. 2. 1953-1 StR 719/52.
 - 21) Urt. v. 23. 6. 1959-5 StR 211/59.
 - 22) Urt. v. 20. 12. 1956-4 StR 447/56.
 - 23) Urt. v. 5. 10. 1965-1 StR 389/65.
 - 24) Urt. v. 22. 8. 1985-4 StR 326/85.
 - 25) Urt. v. 10. 4. 1986-4 StR 89/86.
 - 26) Beschl. v. 19. 5. 1993-GSS 1/93; この刑事大法廷決定については、拙稿「ドイツ刑事判例研究(24)中止未遂」比較法雑誌27巻4号(1994年)223頁以下参照。
 - 27) 学説においては、この決定を支持する意見もあるが、刺突による傷害によって「反抗を許さない」ことをわからせようとする行為者の目標は達成され、同時に殺人の未必の故意も消滅したのだから、行為者が意欲していなかったことを行わなかったことについて不処罰を保障しても意味がないという批判もある。Vgl. Roxin (Anm.), JZ 1993, S. 896.
 - 28) Heintschel-Heinegg (Anm.), JA 2008, S. 546f.
 - 29) 近時の文献として、F.-C. Schroeder, Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch, NStZ 2009, S. 9ff.; Brand/Wostry, kein Rücktritt vom beendeten > fehlgeschlagenen < Versuch?, GA 2008, S. 611ff. がある。