

研究
ノ
ー
ト

ドイツ未遂犯論における
直接性について
(4)

二本柳
誠

【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

(1) 問題の所在

(2) 純粋な主観説

(3) 主観説の客観的なヴァリエーション

(4) 形式的客観説（以上本誌38号）

(5) 実質的客観説

ア Frank の公式

イ 危殆化・行為者計画・攻撃客体に
対する行為による関係に着目する
見解（以上本誌39号）

ウ 最狭義の実質的客観説（以上本号）

2. unmittelbar ansetzen の解釈・運用

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 危殆化・行為者計画・攻撃客体に対す
る行為による関係に着目する見解（承前）

Jescheckによれば、危険概念は、その不明確
性ゆえに当罰の領域を明確に限界付けるのには
適切でなく、危殆化基準が未遂概念を疑わしい
程に拡大させた例として、次の3つの判決を挙
げることができる⁽¹⁹⁸⁾。

【27】RG DR 1939, 363（ライヒ裁判所1939年
2月20日判決）⁽¹⁹⁹⁾

「同一の未成年者が、複数回、わいせつ行為
のために誘惑されうるか、という問いは、原理
的には、これを肯定することができる（RGSt.
71, 111 = JW. 1937, 1330²⁷⁾。しかし、実際には、
反復的な誘惑は、しばしば、否定されなければ
ならないのであって、それは例えば、[未成年者
が] 性的経験の乏しい者ではない場合や、誘惑
された者が既に自らわいせつ行為を行うつもり
であった場合である。しかし、被害者において

(198) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392. 日本では、実行の着手を認めるために危険を要求することによって、未遂の処罰時期は遅くなる、という（漠然とした）想定であろう。この想定は、例えば切迫した危険の発生を要求する場合には、もっともなことである。他方でドイツでは、危険を要求することは、未遂の処罰時期を早くしてしまふ、という評価が有力であるようにみえる（この点、塩見「(二)」前掲注(23)10頁は、ドイツ刑法旧43条の運用を総括する文脈で、「[Frankの公式と危殆化規準を]比較するならば、危殆化規準の方が、未遂の成立範囲をより拡張する機能を営んでいたこと、さらに、その規準としての不明確性から、着手時期を不安定なものにする傾向を孕んでいたことが認められるように思われるのである。」と指摘する。)

(199) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392は、本判決を「未成年者の旅行準備を175条aの未遂とした」とまとめる。

単にある程度の心積もりがあったに過ぎない場合は、〔未成年者の意思への〕決定的な影響力が認められるのであれば、誘惑の構成要件は排除されない（RGSt. v. 16. Dez. 1897, 3D 4170/97: GoldArch. 46. 48）。本件のように反復的な誘惑が失敗に終わった場合、事実審裁判官は、内部的構成要件に関して、行為者が次のことを表象していたかどうかのみを検討すべきである。すなわち、被害者が、刑罰法規の意味における誘惑の客体たりうところの未成年であるということが、それである。

175条a第3号⁽²⁰⁰⁾の意味における誘惑は、成年者が、次のような目的で、何らかの方法で未成年者の意思に影響を及ぼすことを前提とする。すなわち、未成年者をして、その性的経験の乏しさや抵抗する力の弱さに付け込んで、その者が自らは望まないわいせつ行為をするよう決意させる目的が、それである（RGSt. 70, 199 = JW. 1936, 1909¹⁹⁾）。

行為者の意思が、被害者に対するそのような振る舞いに向けられていたのであれば、刑法175条a第3号に基づく犯罪の実行は、次のような行為がなされるや否や、既に開始されている。すなわち、誘惑の直接的実現の一部をなすところの行為であり、かつ、攻撃客体に対する行為による関係の中で投入されるところ

の行為が、それである。そのような意味の開始を、ラント裁判所は、〔行為者の〕事物の表象に従って、本件で認定した。少年は、その望み通りにベルリンに招待されることで、そして、少年の出発を実行に移すための諸々の手段が講じられることで、直接的に、〔被告人〕Mの影響範囲内に連れて来られる予定だったのであり、また、そこにおいてMは、更なる影響力の行使により、同性愛行為に及ぶという目的を実現するつもりだったのである。行為者によって、その誘惑目的を達成すべく表象された個々の行為は、たしかに、時間的には別々の事象である。そのような諸々の行為のうち、最初になされた行為であっても、次のような場合には、既に、誘惑の開始とみなされるのであり、もはや、〔後の〕誘惑を可能ないし容易にさせるだけの予備行為に過ぎないとはみなされない⁽²⁰¹⁾。すなわち、行為者によって意図された、全体として誘惑を意味する諸々の手段の枠組みにおいて、当該行為が、自然的理解に従えば、全体の一部であることが判明する場合は、それである（RGSt. 69, 327, 329 = JW. 1935, 3630; RGSt. 71, 4, 6 = JW. 1937, 468; RGSt. 71, 47 = JW. 1937, 1797⁴⁰⁾。〕⁽²⁰²⁾

前掲【18】BGH 4, 270 (273)（連邦通常裁判所1953年7月3日判決）⁽²⁰³⁾

(200) 刑法175条a（1935年6月28日の法律により挿入。その後、1969年6月25日の法律により削除。）は、次のように規定していた。「次に掲げる者は、10年以下の重懲役に処する。犯情があまり重くない事案では、3月以上の軽懲役に処する。……3. 21歳未満の男子に対して、自己とわいせつ行為を行うよう誘惑し、又は、わいせつ行為のためにその者を濫用させるよう誘惑する21歳以上の男子、……」

(201) この部分は、クロロホルム事件決定における必要不可欠性要件の表現を想起させ、興味深い（「第1行為は第2行為を確かかつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること」）。原文は、“nicht mehr lediglich als eine diese nur ermöglichende oder erleichternde Vorbereitungshandlung anzusehen” というものである。後の行為を容易にさせる行為は、それだけでは予備行為である、といえよう。

(202) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392が、本判決を危殆化思考が未遂処罰を拡大し過ぎた例として挙げているのに反して、本判決に危殆化という表現それ自体は見当たらない（①Frankの公式や、②行為者計画・③攻撃客体に対する行為による関係への言及はみられるので、とりわけ③をもって、危殆化思考と同視しているのかもしれない）。

(203) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392は、本判決が「善意の犯罪媒介者の獲得を詐欺未遂とした」とまとめる。Jescheckは、既にみたように本判決をFrankの公式との関係で取り上げ（前掲【18】参照）、他方で、危殆化思考が未遂処罰を早めた例としても挙げている。ここに、ある判例の背後にどのような学説を見出すかの難しさの一端が現れているようにみえる。

【28】BGH 20, 150 (連邦通常裁判所 1965 年 1 月 19 日判決)⁽²⁰⁴⁾

「〔被告人は、〕自動車で国境を越えて弾薬箱を輸送する予定であったところ、トラック荷台へ弾薬箱を積み込んだところで本件犯罪は発覚した。ラント裁判所は、本件は既に〔密輸出〕未遂段階に達していると認定したが、この認定にはいかなる法的疑義も存在しない。

実行の着手及び未遂の開始は、行為が行為者計画に照らして既に保護法益の直接的危殆化を必然的に伴う場合に成立する (BGHSt 2, 380; 7, 291, 292; BGH LM § 43 StGB, Nr. 12)。

ラント裁判所は、ドイツの対外経済という保護利益の、このような意味における直接的危殆化を肯定したが、これは正当である。

これに対して、上告趣意は、密輸事案の予備と未遂の区別に関する連邦通常裁判所の判例を参照するが、これは失当である。この判決 (BGH 4, 333; 7, 291; BGH LM § 43 StGB, Nr. 12) の事案は、もっぱら、関税未納状態における連邦共和国への輸入〔原文隔字体〕であった。これに対して、対外経済に関する命令 (AWVO) [= Außenwirtschaftsverordnung] 5 条 1 項⁽²⁰⁵⁾ 及び 70 条 1 項⁽²⁰⁶⁾ に関する対外経済法 (AWG) [= Außenwirtschaftsgesetz] 34 条⁽²⁰⁷⁾ は、無認可の輸出〔原文隔字体〕に関するものである。さらにまた、この違いは、予備行為と未遂の区別がそれぞれにおいて異なることに根拠を与える。なぜなら、この区別は、その都度の構成要件の様式に従って、そこに横たわる刑事政策的

要請に鑑みてなされるべきだからである (vgl. Maurach, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 395)。

輸入に際して、各国固有の官庁は、国境に到達するまでは、〔輸入という〕事象の開始を管理下に置くことはできない。これに対して、〔輸入〕犯罪が既遂に達すれば、輸入された物品及びその責任を負う者が今やその権力範囲内にいることから、各国固有の官庁に介入の可能性があるが生じるのである。しかし、輸出に際しては、以上の事情が逆転する。物品が境界を超えるや否や、各国固有の官庁は通常、指をくわえて見ていることしかできない。しかし、物品が境界への道のりに置かれる (auf den Weg zur Grenze gebracht wird) まさにその時点で、通例、保護法益の重大な危殆化が開始する点では、〔輸入でも輸出でも〕何ら異なるところはない。国境管理といえども、通例は、書類検査や抜き取り検査にとどまる。〔輸出〕犯罪が既遂に至ってしまえば、刑事訴追は事実上不可能であることから、保護法益の特別な危殆化が生じる。この危殆化に対応して、輸送という事象を始動させる措置の領域において既に未遂の開始を認めることになる。上告趣意において主張されている解釈 (ebenso: Langen, Kommentar zum AWG, § 33 Anm. 8) は、輸物品が、国境に接近して初めて未遂を認めるというものであるが、このような解釈は、対外経済法違反の可罰性を、あまりに狭い時間的領域に限定してしまっており、それゆえ、法規定の適用と貫徹を過度に困難にしよう。なぜなら、そのような解釈によれ

(204) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392 は、本判決が「商品のトラックへの積み込みを密輸出未遂とした」とまとめる。なお、Welzel, Strafrecht¹¹, a. a. O. (Anm. 147), S. 191 も、本判決に疑念を示している。

(205) 対外経済に関する命令 5 条 1 項は、次のように規定していた。「輸出リスト (Anlage AL [= Ausfuhrliste]) の第 I 部に掲げられた物品の輸出は、許可を要する。……」

(206) 対外経済に関する命令 70 条 1 項は、次のように規定していた。「次の行為を故意でなした者は、対外経済法第 34 条 1 項に従い処罰される。1. 第 5 条に基づいて必要とされる許可を受けることなく、物品を輸出する行為、2. ……本罪の未遂はこれを処罰する。」

(207) 対外経済法 34 条 1 項は、次のように規定していた。「故意に、第 5 条乃至第 8 条、第 22 条乃至第 24 条に基づいて第 2 条に関して出された法規命令に違反する者は、その法規命令が特定の構成要件に関してこの刑罰規定の参照を指示する場合に限り、3 年以下の軽懲役及び 5 万ドイツマルク以下の罰金又はその一方の刑に処する。未遂は、法規命令が定める場合に限り、可罰的である。」

ば、対外経済法の規定違反を目論む行為の多くが、危険の無い予備行為の領域に追いやられてしまうからである。

もっとも、無許可輸出を予定された物品を準備することが、既に、〔すべからく〕実行の着手とみなされるべきかどうかは、ライヒ裁判所が1935年及び1938年に外国為替法に関して示した通り（RGSt 71, 53; RG HRR 1940, Nr. 1051）、決定しないでおくことができる。いずれにせよ、越境を予定する輸送手段に物品を積載すれば、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限り、危殆化の程度は、未遂を認めることを正当化できる程度に達している。行為者が、積み込みの後、直接的に境界へ行くつもりであるか、それとも、回り道をするつもりであるか、それとも、途中で滞在をはさむつもりであるかは、とりわけ次の場合、いかなる結論の相違をも基礎付けない。すなわち、本件がまさにそうである

ように、禁止に反して越境させる物品をより巧妙に隠匿するのに用いる他の物品を、追加で積み込む目的で、回り道を行う場合が、それである。〕⁽²⁰⁸⁾

ウ 最狭義の実質的客観説

次にみるのは、最狭義の実質的客観説とも呼ばれる、第3の見解である⁽²⁰⁹⁾。この見解は、所為行為に時間的に直接的に先行する局面を重視する。すなわち、未遂は、行為者が自己の全体計画に従えば直接的に実行行為の実現を開始するときに、はじめて認められるのである（Der Versuch beginnt danach erst dann, wenn der Täter nach seinem Gesamtplan unmittelbar zur verwirklichung der Ausführungshandlung ansetzt.）^{(210) (211)}。この区別公式は、法治国家的明確性が比較的高い点で優れており⁽²¹²⁾、判例も繰り返しこれを用いてきたところ、新総則22条は、この理論を法規にまで高めたのである（1962年

(208) 本判決について、佐藤・前掲注(139)177頁、塩見「(二)」前掲注(23)8頁も参照（いずれも、本判決を、未遂の処罰を早期化したものと評価する）。なお、国境管理の脆弱性への言及（「国境管理といえども、通例は、書類検査や抜き取り検査にとどまる」）は、障害の不存在ないし結果発生の自動性を意味している、といえよう。

(209) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392における、この「第3の見解」という表現から、実質的客観説の内部で、3つの説を想定できることがわかる。すなわち、①Frankの公式を用いる見解、②危殆化・行為者計画・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の3説である。この③最狭義の実質的客観説を、その主唱者Welzelが個別の客観説と呼ぶこと及びネーミングの由来につき、後掲注(211)参照。

(210) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392.「実行行為の実現」という、1962年草案26条2項同様の表現は、現行22条や対案24条の「構成要件の実現」という表現と比較して、わかりやすいように思われる。というのも、直前行為という概念が、（構成要件の結果ではなく）実行行為の直前に位置する行為を意味するとすれば、前者はそのことをよりわかりやすく表現しているからである。ここで言及した条文（案）につき、I 2.参照。

(211) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392, Fn. 26は、ここで、Welzelの教科書と、刑法改正大委員会における自身の発言を引用する。Welzel, Strafrecht¹¹, a. a. O. (Anm. 147), S. 190は、次のように述べる。「未遂は、次の活動によって始まる。すなわち、それをもって、行為者が、自己の犯罪計画に従えば、犯罪構成要件の実現を直接的に開始するところの行為が、それである（BGH 7, 291〔前掲【12】〕；JZ 59, 28〔後掲【29】〕；第2次刑法改正法による改正後の22条）。〔原文改行〕出発点とすべきは、常に、個別の犯罪構成要件の構成要件行為（奪取、侵入、殺害等）である。RG 53, 339参照。これに引き続いて、次の個別の検討がなされる。すなわち、行為者が、自己の犯罪計画の設計に従えば、構成要件実現を直接的に開始したかどうかという検討が、それである。」そして、同書の191頁は、本説を、「個別の客観説」と呼び、ネーミングの由来も明らかにしている。すなわち、「実行の着手の評価は、個別の行為者計画に基づいてなされるべきであって（個別の客観説〔individuell-objektive Theorie〕）、仮定的な観察者の観点から行われるべき（一般の客観説〔generell-objektive Theorie〕）ではない、ということが常に重要である。なぜなら、犯罪実現の道のりは、無限に多彩であって、実行の着手は常に、個別的な行為者計画に左右されるからである。RG 66, 142参照。〕」。

(212) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392, Fn. 27は、最狭義の実質的客観説（個別の客観説）の区別公式が、比較的高い法治国家的明確性をもたらすという理解に賛成の論者として、Seiler, Burgstaller, Wesselsを挙げ、反対の論者としてRoederを挙げる。さらに、Schmidhäuserは、この点について原則として賛成だが、さらに事案の類型化

草案26条2項および対案24条も同様)⁽²¹³⁾。刑法改正特別委員会は、こう強調する。「何らかの意味での単なる犯罪行為 (Straftat) の開始では足りず、あくまで構成要件要素の実現の開始でなければ足りない」⁽²¹⁴⁾。

前掲【12】BGH 7, 291 (292) (連邦通常裁判所 1955 年 4 月 5 日判決)^{(215) (216)}

【29】BGH JZ 1959, 28 (連邦通常裁判所 1958 年 10 月 22 日判決)⁽²¹⁷⁾

「ライプツィヒ所在の企業『人民公社 G』で部局の長を務めていた被告人は、1958 年 3 月 24 日、自由ドイツ労働総同盟 (FDGB) の公社内組織である『職場組合委員会』 (Betriebsgewerkschaftsleitung; BGL) に呼び出された。そこで彼は、職場組合委員会の委員長から、次の依頼を受けた。すなわち、ミュンヘンへ向かい、S 社の経営協議委員長と、そしてできれば同社の多くの他の企業構成員と、核武装問題に関する『話し合い』及び非核地帯の創設に関するラパツキ案 (Rapacki-plan) に関する『話し合い』をする、という依頼がそれである。被告人は、[ライプツィヒに] 戻った後、こ

の話し合いの成果について報告する予定であった。被告人は、次のことを知っていたにもかかわらず、この依頼を受諾した。すなわち、彼が後に行う報告が、自由ドイツ労働総同盟——この同盟が『国民戦線』 (die Nationale Front) と協働することを、彼は知っていた——によって利用されるであろうこと、そして、ソ連占領地域のいわゆる「人民民主主義」 (Volksdemokratie) モデルに従ってひとつの全ドイツ国家を設立するという、ソ連占領地域 (SBZ) の権力者による憲法敵対的な試みを、被告人が、自らの活動でもって最終的に促進していたことが、それである。被告人は、旧東西両ドイツ間を往来する列車 (Interzonenzug) に乗って、連邦共和国領内に入ったが [= 旧東ドイツ領内から旧西ドイツ領内に入ったが]、越境の約 10 分後に、検札と臨検がきっかけとなって逮捕された。

ラント裁判所は、被告人について以上の事実を認定し、情報収集の未遂 (92 条⁽²¹⁸⁾, 43 条) のかどで有罪判決を下した。

被告人が上告した。

理由：

刑法 92 条の処罰対象は、——ラント裁判所が検討した遂行態様との関係でいえば——国家

が必要であると主張している、と評価されている。このことから、事案の類型化というのは、Jescheck によれば、開始公式に加えてさらに要否が問題となるものと把握されているように思われる (実際、Jescheck の教科書は、事案の類型化を行っていないようにみえる)。

(213) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392. 言及された条文 (案) につき、I 2. 参照。

(214) この理由書 BT-Drucks. V/4095, a. a. O. (Anm. 33) の全体につき、I 2. (5) 参照。

(215) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392 は、本判決について、「今まさに境界を越えようとしている密輸 [入] 犯は、租税回避 (Zollhinterziehung) の実行を開始したものである。」とまとめる。Jescheck は、本判決を、ここでは最狭義の実質的客観説が適用された例として取り上げているが、別の箇所では、形式的客観説が適用された例として取り上げている (前掲【12】参照)。さらに、注 (132) で指摘したように、本判決は、Frank の公式の観点と、危殆化基準にも触れている。

(216) 本判決について、佐藤・前掲注 (139) 173 頁 (危殆化基準と構成要件的行為との一体性の基準を併用するというライヒ裁判所の流れを受け継いだ、連邦通常裁判所初期の時代の判例の 1 つとして言及)、塩見「(二)」前掲注 (23) 12 頁注 (13) (「輸入関税通脱の実行行為は『密輸品を通関線に向けて移動させる行為』であり、密輸品の購入は含まれないとする。』とまとめる) も参照。

(217) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 392 f. は、本判決を、前掲【12】で密輸入の未遂が越境前に成立することと対照させて、「スパイ (Agent) が、諜報目的で連邦共和国に入学しただけでは、情報収集の未遂は成立しない」、つまり越境後も未遂が成立しない場合があることを明らかにしている。

(218) 刑法 92 条 (1951 年 8 月 30 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) ドイツ連邦共和国の存立若しくは安全を侵害し、第 88 条に掲げられた憲法上の諸原則の 1 つを撤廃し、無効にし、掘り崩し、又はそのような試みを促進する意図で、本法の場所的適用範囲外の官署、政党、若しくはその他の結社のために、

を危殆化する意図で、第三次刑法改正法の場所的適用範囲外にある官署、政党、又は結社のために、同法の場所的適用範囲内にある人物に関する情報を収集する者である。この罪の未遂は、被告人が情報収集の実行の着手とみなされう活動を展開した場合に、はじめて成立しうる。ここで重要なことは、行為者が自己の計画に従えば外部的構成要件の充足を直接的に開始したことであって〔※〕、他方で、外部的構成要件要素が既に充足されることは、必ずしも必要ではない。たしかに、諜報の依頼を果たすために行く旅行の開始が、既に本罪の未遂を意味するような事案も、想定することはできる——このことは、国家機密漏示のための探知(landesverrätliche Ausspähung)を目的とする旅行に、しばしば当てはまる——。しかし、本件では、ラント裁判所刑事部の認定によれば、被告人は、ミュンヘンのS社の経営協議委員に関する一定の調査依頼を受けたに過ぎない。このような事情の下では、被告人の行為において、逮捕以前に、情報収集の未遂を見出すことはできず、むしろ、その予備を見出すことしかできないが、本罪の予備は処罰対象ではない。それゆえ、92条及び43条に基づく情報収集未遂を理由とする被告人の有罪判決は、維持しえない。

もっとも、ラント裁判所は、被告人が、刑法92条の構成要件を、諜報の援助という遂行態様において充足したかどうかを検討しなければならなかった。ラント裁判所刑事部の認定によれば、被告人は、ミュンヘンにおける情報収集に関する依頼を受諾したことによって、そし

て、この依頼を果たすための旅行を開始したことによって、少なくとも、自由ドイツ労働総同盟の計画に則って進められた諜報の援助の未遂の責任を負うのである。……」⁽²¹⁹⁾

さて、Jescheckは、限界的な事案であっても、この最狭義の実質的客観説(個別的客観説)であれば、説得的に解決できると述べ、以下の【30】～【34】までの判決を列举する⁽²²⁰⁾。もっとも、これらの判決が同説の立場に依拠していることは、必ずしも明白ではないように思われる。これらの判決が(同説の立場に依拠するものとしてではなく)事案としてのみ取り上げられている可能性を⁽²²¹⁾、留保しておきたい。

【30】BGH 19, 350(連邦通常裁判所1964年6月15日判決)⁽²²²⁾

「被告人は、あるホテルにおいて、〔既に〕職業的にわいせつ行為を行っていた17歳のM. D.と知り合った。被告人は、彼女を彼の車で彼女の家まで送ること、そして、その代償として彼女の家で彼女と性交することを内容とする約束を交わした。しかしながら、遅くとも車の出発までには、彼は、残忍な暴力行為を用いて、彼女をしばらく意のままにする計画を抱いていた。そこには、彼女のわいせつ行為の収益から、定期的に金を取得する目的、それによって自己の経済的困窮から脱する目的、そして同時に、彼がいつでも性交できるような『ガールフレンド』として彼女を縛り付けておく目的もあった。これらの目的から、彼は、自車を運転して、街中から人けのない場所へと向かった。

禁止されている結社のために、又はそれらの仲介者の1人のために、本法の場所的適用範囲内にある行政、官署、企業、施設、設備、結社若しくは個人に関して、情報を収集し、又は、この目的のために諜報機関に従事し、そのような活動のために人を募り、又は、このような活動を援助する者は、軽懲役に処する。(2) 本罪の未遂はこれを処罰する。……」

(219) 本文で※を付した部分は、現行22条とはほぼ同様の表現であり、これが、旧43条の「実行の着手」の解釈として展開されている。

(220) Vgl. Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393.

(221) Welzelも、個別的客観説の文脈で、【12】と【29】(と現行22条)のみに言及していることにつき、前掲注(211)参照。

(222) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393は、本判決について、「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、181条aの未遂である」とまとめる。

少女が道中何度も車から降ろしてくれと強く要求したが、彼は、その度ごとに彼女の顔面を強く殴打したため、彼女は出血した。すると彼は、自らの意図を明かし、少女に対して、『(わいせつ行為の目的で) 街に仕事に出かける』(auf den Strich gehen) かどうかを質問した。少女がこれを拒絶すると、彼は、少女を再び激しく殴打した。被告人がもう一度質問し、職業的わいせつ行為の収益から、一晚50ドイツマルクをよこすよう要求すると、同様のこと〔少女の拒絶と被告人の殴打〕が繰り返された。ここに至ってM. D. は、あらゆる抵抗は無駄であると考え、被告人の不当な要求に従うふりをした。その後、被告人が彼女の家で彼女から離れると、彼女は直ちに通報した。

刑法181条a⁽²²³⁾の意味における——搾取的な——わいせつ行為斡旋の未遂を理由とする有罪判決は、認定された事実によって支えられる。たしかに、当刑事部は、BGHSt 6, 98の判決〔＝後掲【31】〕において、不道德な収益で生計を立てる目的から、女性を脅迫して職業的にわいせつ行為を行なうよう決意させようと試みた者は、搾取的なわいせつ行為斡旋の未遂の責任は負わないことを確認した。もっとも、この判決の事案は、脅迫が加えられた女性はそれまで〔わいせつ行為を職業的に〕行っていないのであり、被告人は、女性をしてはじめて、職業的わいせつ行為をさせようと考えた、というものであった。つまり、上記目的のための試

みは、搾取的なわいせつ行為斡旋を、はじめて可能にするはずのものであったのである。換言すれば、法律が構成要件行為を所定の状況と結び付けているため、つまり、女性が職業的にわいせつ行為に従事するという事実に基づいているため、それは、不可罰の予備にとどまるのである。これに対してM. D. は、——被告人も知っていたように——既に職業的にわいせつ行為を行っていた。それゆえ、未遂の法的可能性がある。ただし、このような事案において、〔男が〕売春婦に金を渡す約束を結ばせようと試みたらと云って、必ずしもそのような試みの全てが、搾取的なわいせつ行為斡旋の未遂になるとは限らない。しかし、本件で被告人がこのような約束を結ぼうと欲した際の態様は、実行の着手を認めるに足りるものである。被告人は、売春婦の自由な決断を求めたわけではなく、むしろ、残忍かつ非人間的な暴力行為を用いて彼女をいわば屈服させ、意のままにし、束縛しようとしたのである。換言すれば、売春の報酬を直に取り上げることになるような暴力行為が、そして、売春への関与を開始する(eröffnen)ような暴力行為が、用いられたのである。それゆえ、被告人の行為は、彼の所為計画に従えば、売春婦からの搾取との間に、極めて直接的な関係が認められるため〔※〕、搾取的なわいせつ行為斡旋の未遂を理由とする有罪判決は、正当である。〕⁽²²⁴⁾

(223) 刑法181条a(1953年8月4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) 職業的にわいせつ行為を行う女子の不道德な収益を搾取して、生活費の全部又は一部を取得する男子、又は、職業的に若しくは利己心から、このような女子に対してわいせつ行為を行うことに関して保護を与え、その他援助をなす男子(Zuhälter)は、5年以下の重懲役に処する。……」。条文の前半は①女性から奪うタイプ、後半は②女性に与えるタイプ、と整理できよう(本条には2つの遂行形式が定められていると整理した後掲【31】も参照)。「【30】も【31】も、①女性から奪うタイプの未遂の成否が問題となり、【30】ではそれが肯定され、【31】では否定された(【31】で引用されているRGSt 41, 340では、②女性に与えるタイプの既遂が否定された。)」

(224) 本判決について、塩見「(二)」前掲注(23)12頁注(13)。「旧181条aの猥褻行為からの搾取罪に関し、収益の自己への提供に同意させるための暴行に着手を肯定。」とまとめ、同5頁以下は、本判決を、Frankの公式(又は類似)の判断基準に依った判例に位置付ける)も参照。本文の※を付した部分に、Frankの公式と個別的客観説が混在するような表現がある。原文は次の通りである。「Das Vorgehen des Angeklagten stand also nach seinem Tatplan in so unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausbeutung der Dirne, daß ……」

【31】BGH 6, 98 (99) (連邦通常裁判所 1954 年 1 月 15 日判決)⁽²²⁵⁾

「検察側の上告は、ラント裁判所が被告人を搾取的わいせつ行為斡旋(刑法 181 条 a)⁽²²⁶⁾のかどで処罰しなかったことを論難するものである。

ラント裁判所がその処罰を否定した理由は、L が職業的わいせつ行為に〔従来〕従事していなかったこと、そして、被告人もこのことを知っていたことに求められる。結論において、この〔ラント裁判所の〕見解に、法的疑義は無い。

L は、認定された事実によれば、職業的わいせつ行為に従事していなかった。被告人は、もし彼女がその晩に金を持ち帰らなかったら、ひどい虐待を加える旨を告知した。この脅迫の影響下で、彼女は、D からの招待に応じ、彼に続いて彼の住居に入ると、そこで性交が行われた。彼女が対価を要求するのを恥じたこと、そして、『〔彼女が〕職業としてわいせつ行為を提案したこと』に D が気付かなかったことから、彼女は身支度の際に彼の財布を盗んだ。その後、L は、わいせつ行為を提案するに際しては、できるだけ早い段階で対価を要求することを決意した。しかし、このことから直ちに、わいせつ行為が職業的なものとなるわけではない。このような想定は、仮に L が性交後に恥じることなく対価を要求・獲得していたとしても、正当化されないであろう。ある女性が職業的わいせつ行為に従事していたといえるのは、その女性が、不特定の男性集団に対して、つまり見境なく、対価と引き換えに性的に身を委ね、又は委ねようとする場合に限られる。個別の事案において、女性の意思が対価の獲得へと向けられて

いるかどうかは、決定的ではない。たしかに、そのような個別の事案から、職業として行う意図を推認できる場合もあろう。しかし、常に必要であるのは、はじめて自らの身を委ねる際に既に、他の男性とも機会があれば対価と引き換えに自らの身を委ねる意図が存在することである。本件ではそのような意図を認定できない。

被告人は、L の売春の対価でもって少なくともしばらくの間彼の生活費をまかなう目的から、L に対する残虐な行為に際して、職業的わいせつ行為に従事させようと考えていた。このことは、搾取的なわいせつ行為斡旋の未遂には当たらない。そこには、不可罰の予備行為が認められるに過ぎないのである。刑法 181 条 a は、わいせつ行為斡旋に関して、ふたつの遂行形式を定めている。すなわち、生活費取得(搾取的なわいせつ行為斡旋)と、わいせつな事業に関する保護の供与(仲介によるわいせつ行為斡旋)である。ある特定の活動が、既に、刑法 43 条の意味における実行の着手を含んでいるかどうかを問う場合、これらの構成要件行為〔原文隔字体〕が出発点とされなければならない〔※〕。実現され、存在したところのものが、構成要件行為に属するのでなければならず、かつ、保護法益を既に危殆化しなければならない(vgl RGSt 59, 386)〔※※〕。しかし、行為者が女性を職業的わいせつ行為に従事させることは、刑法 181 条 a の構成要件に含まれない。むしろ、法律は、ふたつの構成要件行為を、所定の状況に、すなわち、女性が職業的にわいせつ行為に従事しているという既存の事実、結び付けているのである。このような状況が存在してはじめて、——行為者がその状況を自ら惹起したかどうかにかかわらず——構成要件行為に『取りかかった』

(225) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393 は、本判決について、前掲【30】で未遂が成立するのとは異なり、「〔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、〔刑法 181 条 a の〕予備にすぎない」とまとめる。

(226) 刑法 181 条 a については、既に前出注(221)に訳文を掲載した。もっとも、本件で適用された同条は、それより古い、1933 年 11 月 24 日の法律により改正されたものである可能性がある。ただ、両条文の違いは、後者における Frauensperson という文言が、前者において Frau という文言に修正されただけのようなものであるから、ここでは訳出を控える。

といえるのである。それゆえ、本件行為者が女性を職業的わいせつ行為に従事させるべく行った努力は、刑法181条aの犯罪をはじめて可能にするものであるが、単なる予備にとどまるのである。

このような理解は、ライヒ裁判所判決 (RGSt 41, 340 [343]) にも基礎を有する。事案は、行為者が女性をしてはじめて職業的わいせつ行為に従事せしめ、その不道德な収益で彼が生計を立てるべく、彼女を売春宿に連れて行った、というものである。ライヒ裁判所は、仲介によるわいせつ行為斡旋の構成要件を否定したが、その理由は、女性が、仲介行為の当時、いまだ職業的わいせつ行為に従事しておらず、それゆえその時点では刑法181条aの本質的要素が欠けていたことに求められた。当時の法規によれば、たしかに、わいせつ行為斡旋は軽罪に過ぎず、その未遂は不可罰であった。それゆえ、本件で解決されるべき特殊問題〔＝未遂処罰の可否〕は、当時は法的意義を有しなかったのである。〔同判決において〕問題となったのは、仲介によるわいせつ行為斡旋の事案であったところ、この仲介によるわいせつ行為斡旋〔という遂行形式〕に際しては、行為者が、利己心から、つまり物的利益の期待から、〔女性に〕保護を与え、又は〔女性に〕援助をなす場合、既にその既遂〔原文隔字体〕犯が成立するのである。ライヒ裁判所は、女性が仲介行為によってはじめて職業的わいせつ行為に従事させられる予定で

あった事案について、利己心から行われた行為があったにもかかわらず、仲介によるわいせつ行為斡旋を否定したが、このことは同時に、〔現行の〕刑法181条aの意味における行為者の実行行為は、女性が既に職業的にわいせつ行為に従事していて、はじめてこれを認めうる、ということを意味する。

以上により、ラント裁判所刑事部の見解が、結論において適切であることが明らかになった。搾取的なわいせつ行為斡旋の未遂は、被告人がLに盗まれた金銭を受領したとしても、そのことを理由として成立するものでもない。なぜなら、認定された事実によれば、被告人は、その金が職業的わいせつ行為から発生したものではないことを、受領の時点で知っていたからである。

上級連邦検察は、判決の破棄と、差し戻しを求めた。〕⁽²²⁷⁾

【32】 OLG Oldenburg MDR 1963, 155 (オルデンブルク上級ラント裁判所1962年10月16日判決)⁽²²⁸⁾

「『誘惑』(Verführung)⁽²²⁹⁾ という構成要件要素は、〔被害者〕Beの事案において、これに関するBGHの諸判決 (BGHSt 17, 63 = MDR 62, 317 = NJW 62, 749 und MDR 62, 831) によって終局的に書き留められた諸原則を考慮すれば、法の抵触なしに、次の事実から、これを認めることができる。すなわち、被告人が、わいせつ行為

(227) 本判決について、塩見「(二)」前掲注(23)10頁注(5)は、「旧181条aの猥褻行為からの搾取罪—女性についてわいせつ行為の常習性を否定したもので不能犯に近い事案」と紹介し、同判決は、「形式的客観説に立つ」と評している(本文の※を付した箇所は、形式的客観説的な判示といえる)。他方で、佐藤・前掲注(139)173頁は、危殆化基準と構成要件の行為との一体性の基準を併用するというライヒ裁判所の流れを受け継いだ、連邦通常裁判所初期の時代の判例の1つとして、本判決に言及する(本文の※※を付した箇所は、形式的客観説と法益危殆化とを併置する判示といえる)。また他方で、Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393は、本判決を個別の客観説の文脈で紹介している(もっとも、本判決の判示に、個別の客観説を想起させる表現は見当たらなかった。単に、【30】の比較対象とすべき事案として掲げる趣旨かもしれない。ただし、筆者には、【30】と【31】の結論を分けたのは、専ら職業性という構成要件の状況の有無であり、個別の客観説によってはじめて結論が分かれるわけではないようにみえる)。

(228) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393は、本判決について、「ホテルに同宿するよう要求するのは、175条[a]の未遂ではない」とまとめる。

(229) 刑法175条aについては、前出注(200)参照。

に不慣れな19歳の電気工Beに対して、判決で認定された事実によれば明らかに同性愛の雰囲気のある、旅館で催された新人歓迎会の環境の中で、キスをしようと試み、また、被告人とキッチンのソファで一緒に寝るよう頼み、そしてそこで『婚約』を祝うよう頼んだ、という事実である。これらの行為は、疑いなく、証人〔＝上記Be〕の表象生活及び感情生活（Vorstellungs- und Gefühlsleben）へ影響を及ぼす行為とみなされうる。その目的は、Beの道徳的ためらいを、被告人の意思と表象に応じて破壊し、Beの性的愉悅の感情を呼び覚ますことにあり、その結果、Beは、いまや、さらなる内部的抵抗なしに、誘惑者としての被告人と行なうわいせつ行為に乗り気になった。

これに対して、Byの事案では、事情が異なる。この事案の詳細は、判決によれば、次の通りである。被告人は、新人歓迎会の後、この証人に対して、一緒にホテルで食事をする、そしてそこで一晩を過ごすことを提案した。この要求だけでもって、刑法175条a第3号に基づく犯罪の未遂の要件が充足されたとみなすことはできない。被告人の行為は、いまだチャンス伺う段階にとどまっており、——少なくとも本件の事情の下では——BGHの判例の意味における『誘惑』概念を充足できるような、犯罪の実行の着手〔※〕を意味するものとはいえない。せいぜい、被告人の行為は、証人の侮辱となるにすぎない。しかし、侮辱を刑事訴追するためには、必要とされる刑事告訴が欠けている。告訴期間も既に経過した。』⁽²³⁰⁾

【33】BGH NJW 1952, 430（連邦通常裁判所 1951年1月11日判決）⁽²³¹⁾

「ライヒ裁判所刑事部は、両被告人に対し、以下の事実に基づいて、詐欺未遂⁽²³²⁾の共同正犯の有罪判決を下した。

家畜商人Hは、ある農家の牧草地から牛を盗むことを、ある知人に約束していた。Hは、家畜を輸送するのに被告人Rを誘い込もうと考え、Rを次のように騙した。すなわち、ある農家が、所有する家畜に高額な盗難保険を掛けており、Hは、その農家との合意に基づいて、数頭の牛を牧草地から運び去って売却するのだ。そして、その農家にとって重要なのは、保険会社に名目上の家畜盗難を報告できることと、そうすることによって、家畜の売却で見込まれる金額以上の保険金を獲得することだ、と。Rの自動車が家畜の輸送には不向きであったため、Rは、知人であり走行可能なトラックを所有する被告人Wを、輸送計画に誘い込んだ。両被告人〔＝RとW（Hは含まれない）。以下同様。〕は、家畜の所有者が、名目上の窃盗を理由として保険会社に保険金を請求するために、家畜が運び去られることになっていた〔＝家畜の運び去りにつき所有者の同意があった〕、と考えていた。この所為は、実行された。Hは、全ての関与者に、報酬を与える約束をしていた。

判決理由抜粋：ラント裁判所刑事部は、被告人らに対する詐欺未遂の有罪判決を理由付けるために、次のライヒ裁判所判決を援用した。すなわち、『それに対して刑法が矛先を向けるところの現象は、犯罪的意思である』とする判決である。〔ラント裁判所は、この純粹主観説的な判

(230) 本判決の判示に、個別的客観説を想起させる表現は見当たらなかった。むしろ、本文の※を付した箇所は、筆者には、形式的客観説的な判示にみえる（もっとも、旧43条の文言を繰り返しただけでもいえる）。

(231) Jescheck, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393は、本判決について、「〔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」とまとめる。なお、ここで「保険詐欺」とあるが、NJW 1952, 430は、263条の通常の詐欺罪の参照を指示している。つまり、1998年1月26日の法律により定められた265条（保険の濫用）の適用が問題となったわけではなく、また、それ以前に存在した、1871年以来の265条（保険詐欺：火災保険に付された物への放火、保険に付された船舶の沈没・座礁）の適用が問題となったわけでもない。

(232) 刑法263条1項及び3項（1876年2月26日の法律により改正されたもの）については、前出注（91）参照。

決に依拠して、] 被告人らが、詐欺は既遂に達しなかったにしても『詐欺既遂のために必要なことは、すべてなし終えた』と考えていたのであれば、もちろん、彼らを詐欺既遂のかどで処罰することはできないが、しかし、詐欺未遂のかどで処罰しなければならない〔と判示する〕。以上の検討には、法的錯誤が存在する。

未遂の処罰根拠に関するライヒ裁判所のいわゆる主観説は、一般的に承認されている。この主観説によれば、行為者の表象した事実の全部又は一部が正確ではなかったがゆえに、行為者が意図した結果を得ることができなかった場合であっても、人間の態度は未遂として処罰される。そして、可罰未遂を認めるための前提条件は、単に犯罪的意思が存在することではなく、むしろ、行為者が次のような外部的態度によって犯罪的意思を実行に移すことである。すなわち、行為者の考えに従えば意図された結果を惹起するところの、そして、単なる予備行為を超えるところの、つまり、意図された犯罪行為の実行の着手を含むところの外部的態度が、それである (vgl. RGSt. 34, 217, 219, 221)。

しかし、この前提条件は、本件では充足されない。たしかに、被告人らは、牛を運び去る際に、次のように信じていた。すなわち、[牛の所有者である] 農家が、その後、保険会社を騙して保険金を支払わせるために、家畜がいなくなったことを窃盗として虚偽報告するものと信じていたのである。そして、被告人らが狂言だと思っていた窃盗は、彼らが想定した農家による虚偽報告との関係では、予備行為に過ぎなかったといえよう。本件事案では、未遂形態における詐欺の実行を認めえない。被告人が、[詐欺の実行] と考えていたとしても、その可罰性を基礎づけるには不十分なのである。さもない

と、純粹に内的な犯罪的意思は、それが意図した犯罪の実行の取りかかりを含む態度において外部に現れるのを待たずして、処罰の対象となってしまうであろう。

当刑事部は、RGSt. 72, 66〔前掲【4】〕に反対の立場から、この〔純粹に内的な犯罪的意思を理由とする〕有罪判決を、〔批判的に〕検討する。RGSt. 72, 66の事案は次の通りである。ある店主が、自己の商品倉庫への侵入盗に保険を掛けていたところ、保険金を得るために、保険会社に虚偽の窃盗被害を報告する計画を立てた。そして、店主は、この目的のために『泥棒』を雇い、この『泥棒』に対しては、店主が窃盗被害を報告しようと考えていたところの商品の一部を、既に報酬として譲り渡していた。約束の『侵入盗』の実行が阻止されたため、損害の申請には至らなかった。店主の共犯者の可罰性について判断を下す必要に迫られたライヒ裁判所は、次のように判示した。すなわち『会社の書類によって追跡可能な在庫から商品を手渡すことでもって、保険会社の欺罔を目指して計画されたV (=店主) の行為は、始まったのである。Vの行為は、〔仮に侵入が阻止されなければ〕事象経過の障害となる特段の事情なしに会社の欺罔というメルクマールを充足したであろう行為であった』と。この理由付けのため、ライヒ裁判所は、RGSt. 28, 144⁽²³³⁾ と RGSt. 51, 341 ff.〔前掲【14】〕を援用した。

もっとも、そこで援用された両事件においては、詐欺未遂を認める理由として、一方で、行為者が、将来の欺罔行為のために、既に〔何らかの〕欺罔的手段を投入したことを挙げることができる。また他方で、〔両事件においては、〕欺罔されるべき者 (Täuschende) の方向へ向けられた意思を、十分に認識可能な形で表すよう

(233) 本判決について、塩見「(二)」前掲注(23) 11頁注(11)は、「車掌が乗車賃を受領しながら正規の乗車券を渡さない行為につき、会社に対する詐欺未遂を肯定」とまとめる。そして、同5頁は、本判決を、Frankの公式(又は類似)の判断基準に依った判例に位置付ける。また、佐藤・前掲注(139) 169頁は、「構成要件的行為そのものの開始がなくとも、それと一体性を有し、それが行われれば障害なく結果実現に至る段階の行為があるとして着手を認めたもの」の1つに本判決を挙げる。

な行為が、しかも、行為者の認識において特定されたターゲットにとって知覚できる形で表すような行為が、既に行われていたのである。まず、*RGSt.* 28, 144の事案において、このような行為は、乗車券綴りの状態を偽る行為であった。この、路面電車の車掌による、事実を偽る行為の本質は、次のことにある。すなわち、この車掌が、義務に反して、乗客に対し、彼が持つ乗車券綴りの正規の乗車券ではなく、他の乗客が残した使用済み乗車券を売り渡したことが、それである。彼は、日割りの収益からの控除を目論んでおり、乗車券綴りを路面電車会社に提出することによって、この詐欺を完成させるつもりであった。ライヒ裁判所は、彼が、無効な乗車券の売却によって既に、そして、有効な乗車券の販売懈怠によって既に、詐欺未遂の責めを負うかどうかを問うて、次のように判示した。すなわち、『乗車券綴りの状態を上記のように偽る行為の中に、意図された詐欺罪の実行の着手を見出すとき、そこに法的な疑義を入れる余地はない。なぜなら、欺罔に向けられた計画的行為が始まれば、事象経過の障害となる特段の事情なしに構成要件要素充足へと至りうるからである。』と。次に、*RGSt.* 51, 341の事案において、ライヒ裁判所は、欺罔行為の取扱いを、次の行為に見出した。すなわち、行為者が、真実は利用不可能な手榴弾を、欠陥のないものと偽って弾薬工場に送ることを企て、その手榴弾に国の検査印を押して、発送のために積んで置く行為が、それである。この検査印は、手榴弾が審査を経て品質を充たすと判断されたことを証明すべきものであった。

しかし、*RGSt.* 72, 66の事案においては、直前に言及した2つの事案で存在したような、欺罔されるべき者へ向けられた思考の表出は、存在しない。そのような表出は、事実を偽る行為への取扱いを認めるための条件である。商品の奪取は、保険会社に対するそのような意思表示をいまだ含んでいなかった。店主は、被害事件の報告によって、保険会社を騙すつもりだったのである。商品の運び去りそれ自体は、自然的理解に従えば、事象経過の障害となる特

段の事情なしに保険会社の財産の危殆化に至る適性を有するものではない。むしろ、商品の運び去りは、店主が欺罔行為に取りかかるための基礎を与えるものにすぎなかった。〔未遂の開始時期である〕欺罔行為は、保険会社に言葉を発することによってはじめて、例えば保険会社に名目上の盗難を報告する際に、存在しえたのである。本件で仮に、保険金詐取を目論む農家とその共犯者がいたとすれば、彼らが家畜を奪取する行為についても、同様の法的評価を下すべきである。被告人らの行為の刑法的評価に際しても、この点が発点とされなければならない。

刑法43条の意味における実行行為の概念は、時の流れの中で、判例及び学説において、不断かつ健全な法発展において拡大してきた。当初、実行行為を認めるには、法定構成要件に属する行為の取扱いが必要だとされた。その後、構成要件行為との間に認められる相互に必要な不可欠といえる密接な関係（*notwendige Zusammengehörigkeit*）ゆえに、自然的理解のもとで、構成要件行為の一部として現れる活動でも足りるとされるようになった。最終的には、行為者の計画を考慮して、そして、行為者がターゲットに定めた攻撃客体の計画をも考慮して、次のような行為が実行行為と説明されるに至った。すなわち、自然的理解に従えば、そして、行為者の全体計画に従えば、保護法益の直接的危殆化が認められるような行為、そして、行為者計画が妨害されずに進行すれば法益侵害に至ったであろう行為が、それである（*RGSt.* 51, 342; 52, 185; 53, 217; 66, 142）。以上のような、犯罪の『実行の取扱い』の本質を明確に記述するための努力にもかかわらず、あらゆる構成要件に妥当し、予備行為と実行行為との間にはっきりとした境界を設けることは、いまだ不可能である。むしろ、この境界設定は、本質的に、個別事案の評価に際して、事実審裁判官の裁量に委ねなければならない。にもかかわらず、事実審裁判官がその際に〔＝裁量行使の際に〕、何らかの面で、〔裁量の〕限界を超えたかどうか、法的な再検討に服する。このこと

を、ラント裁判所は、本件で行った〔＝裁量の限界を超えて未遂を肯定した、という趣旨であろうか。〕^{(234) (235)}

【34】BGH *Dallinger* MDR 1966, 197 (連邦通
常裁判所 1965 年 12 月 14 日判決)⁽²³⁶⁾

「1965 年 12 月 14 日の第一刑事部 467/65 の事件において、A 及び B は、侵入窃盗を企て、公道上を、本件家屋に向けて自動車で走っていた(窃盗の道具は携えていなかった)。しかし、彼らは、下車しなかった。なぜなら、彼らの同行者 C が、単なる窃盗ではなく、強盗を遂行しようとしていることに気付いたからである。同刑事部は、次のことを強調した。すなわち、侵入窃盗又は障害を乗り越えての窃盗(Einsteigdiebstahl)の未遂⁽²³⁷⁾を認めるためには、たしかに、侵入自体又は障害の乗り越え自体が遂行されたことを要しない、と。しかし、同刑事部は、上述の行為について、窃盗の実行の着手を認めなかった。」⁽²³⁸⁾

Jescheck は、教科書の「未遂と予備の区別」という項目において、主として未終了未遂を念頭に置いている(ただし、間接正犯の終了未遂が問題となった前掲【18】への言及もある)。同項目を締めくくるに際して、次のように、終了未遂が語られている。「行為者が、既に既遂のために彼の側で必要な全てを成し終えた場合(終了未遂の状況)——例えば、被害者が毎週土曜の午後に飲むコーヒーの粉末に、行為者が毒を混ぜた場合——重要なのは、被害者が既に直接的に危殆化されているか、又は、所為が行為者によってなお支配されるか、である〔ロクシン説〕。『開始』の公式は、ここでも〔＝終了未遂の場合にも〕、妥当するのである。」⁽²³⁹⁾。こうして、*Jescheck* は、最狭義の実質的客観説(個別的客観説)が、未終了未遂のみならず終了未遂をも射程に収めるものである旨を明言するが、終了未遂について手放し説を採用することについての理由は見当たらない。

さて、本稿はこれまで、もっぱら *Jescheck* の教科書に依拠して、判例を取り上げてきた。こ

(234) 本判決は、純粹主観説的な前掲【4】に反対の立場を明示している。そして、【4】において、保険金詐取目的で、盗難保険に付された物を運び去る行為について、詐欺の未遂が肯定されたのに対し、本判決はこれと異なり、詐欺の未遂を否定するという判断を示している(判例変更したとまで評価してよいかどうかは不明である)。⁽²³⁵⁾【4】は、刑法改正の議論において、未遂の成立範囲を過度に拡張したものとして、RGSt 77, 172 と共に名指しで批判されている(vgl. BT-Drs. IV/650, S. 144)。この点について、佐藤・前掲注(139) 171 頁以下、178 頁以下参照。

(235) 本判決の判示に、個別的客観説を想起させる表現は見当たらなかった。なお、本罪は共同正犯の事案であるところ、首謀者 H に対する法適用は必ずしも明らかではない。保険会社に対する詐欺罪について、それが作り話であることを知っていた H には、R 及び W との共同正犯を認めなかったのかもしれない(例えば、H には窃盗罪の単独正犯が適用されたのかもしれない)。

(236) *Jescheck*, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393 は、本判決について、「犯罪地へ向かう途中にある場合、窃盗の未遂ではない」とまとめる。

(237) 侵入窃盗及び障害を乗り越えての窃盗について定める刑法 243 条 1 項 2 号(制定当初のもの)については、前出注(103) 参照。

(238) 本判決について、佐藤・前掲注(139) 174 頁も参照。なお、本判決は、ダイジェストの形で紹介されているにすぎないため、個別的客観説が適用された判決かどうかは必ずしも明らかではない。

(239) *Jescheck*, AT², a. a. O. (Anm. 36), S. 393. そこでは、ロクシン説として、*Claus Roxin*, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, in: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 218 が引用されている。ロクシンは、間接正犯を含む終了未遂の着手時期として、危殆化又は事象の手放しを要求する、いわゆる「手放し説」を、1972 年(つまり、新総則施行前)にはじめて主張した。本説について、例えば佐藤・前掲注(139) 243 頁参照。本文の記述をもう少し具体化するならば、以下のようなだろう。①行為者が自宅に居続ける場合、行為者は事象を支配しており、容易に結果発生を阻止できるため、土曜の午後になり、被害者がコーヒーを飲もうとする時点に至ってはじめて、法益の危殆化を理由として、開始が認められる。②例えば行為者が旅行に出しまえば(いわゆる「手放し」)、行為者は事象を支配しえないため、土曜の午後にならなくても、開始が認められる。

こで、これまでの方針に反して、同教科書が「未遂と予備の区別」という項目で引用していない判例（ライヒ裁判所1883年10月19日判決）を取り上げたいと思う。*Jescheck*がこれを取り上げなかった理由は不明であるが、形式的客観説の立場から着手を否定した判例として興味深いものであること、また、刑法43条の意味における予備の着手の区別という、一見事実認定の問題に過ぎない問題を、法律審たるライヒ裁判所が扱える理由を示すものとして重要と思われる（前掲【6】【8】で参照が指示されている）。そこで、これまで旧43条の解釈・運用を論じてきた本項目を終えるにあたって、同判決を追補として取り上げる次第である。

【追補1】RG 9, 81（ライヒ裁判所1883年10月19日判決）

「……被告人の上告には、刑法43条違反に異議を申し立てる限度で、理由がある。

事実審裁判官によって認定された、実質的攻撃（*der materielle Angriff*）を検討する際の基礎となる事実によれば、被告人は、1883年7月4日から5日にかけての深夜0時ころ、Schの農場に付属する、穀物置場のある建物の外側に立っているところを見張りをしていたSchに見つかった。被告人は、歩いて建物に近付いたが、その後、やって来た他の者達に追いかけられ、捕まった。被告人が立っていた場所には、斧1本、ペンチ1本、エプロン1着、袋数枚の入った被告人持参の袋と、先端に輪が施され、それゆえ〔盗品を〕詰めた袋を運ぶのに使えるロープとが見つかった。穀物置場は、3階にあったけれども、地上から梯子を用いずに登ることができた。なぜなら、建物外壁には突起部（コーニス）があったため、それを利用すればよじ登ることができたからである。

事実審裁判官は、以下の事実が証明されたと

みなした。すなわち、被告人が、問題の夜、侵入によって、そして、——事実認定の末尾で強調されているように——Schの穀物置場へよじ登ることによって穀物を盗む意図で、自宅からSchのところへ向かったこと、しかも、侵入に必要な道具を携え、そして、盗んだ穀物の運搬に必要な袋とロープを携えていたことが、それである。事実審裁判官は、更に、被告人が窃盗の単なる予備行為を超えていたと認定し、かつ、次の事実の中に、実行の着手を含む可罰的未遂行為を見出した。すなわち、被告人が既に穀物置場の間近まで迫っていたこと、被告人が必要な道具が詰められた袋を既に同所に運び込んでいたこと、侵入の際に見張りが偶然現れて阻止されたことが、それである。

以上の終局的事実認定は、事実審裁判官が、刑法242条、243条（2号）⁽²⁴⁰⁾、43条に沿って最終的実認定を行ない、そこに到達したところのものであるから、上告段階において法的にこれを争うことは、許されない。

刑法43条は、可罰未遂について、重罪又は軽罪を行なう決意の表動が、当該重罪又は軽罪の実行の着手を含む行為によってなされることを要求している。そうであれば、そのような実行でもって、少なくとも、意図された重罪又は軽罪の構成要件に属するような行為に着手されていることが必要である〔※〕。

ライヒ裁判所刑事部7巻54頁の判決参照。

構成要件要素の実行の開始でもって、そしてまた、それによって初めて、予備行為の限界が突破され、可罰未遂の領域に突入するのである。多くの場合、予備行為と未遂行為の間に限界を画することが事実的考慮の対象であるとしても、この問題には、やはり、法的側面が存在する。なぜなら、依然として、未遂概念が正しく把握されているかどうか、そして、問題となる重罪又は軽罪における法律的構成要件要素への適用が正当に行なわれているかどうかの検討

(240) 刑法242条（制定当初のもの）については、前出注（109）参照。同243条〔1項〕2号（制定当初のもの）については、前出注（103）参照。

が残るからである。事実審裁判官は、被告人が意図した重い窃盗罪の実行の着手〔それ自体〕を含む行為を認定しなかった。地上3階の穀物置場に置かれた穀物の奪取については、被告人が、たとえ破壊道具及び運搬道具を携帯しており、かつ、建物の外側の間近にまで迫っていたとしても、それに取りかかったとは言えない。というのも、奪取には、物を他人の占有から自己の支配へ移す活動が必要だからである。被告人が建物の外側に到着しただけでは、穀物に対するそのような作用は開始していなかった。なぜなら、事実審裁判官の認定によれば、建物によじ登って侵入することが、そのため〔＝奪取のため〕になお必要だったからである。かといってまた、よじ登り又は侵入が開始されたことを、事実審裁判官は認定していない。それゆえ、次のような活動は認められない。すなわち、それによって被告人が重い窃盗罪の構成要

件に属する行為の実行に着手し、かつ、単なる予備行為を超えたところの活動が、それである。これまでに認定された事実によっては、被告人に対する刑法242条、243条(2号)、43条の適用は、正当化されていない。

以上の理由から、刑事訴訟法393条に従い、異議のあった判決は、その基礎にある事実審裁判官の認定事実と共に破棄しなければならない。ただし、被告人に無罪判決が下されるわけではない。なぜならば、例えば(必ずしも明らかではないが)被告人が農場で見つかっている限度で、刑法123条⁽²⁴¹⁾〔住居侵入〕の処罰が正当化されるかどうかについて、更なる事実審理が必要だからである。

それゆえ、本件は、前掲〔刑事訴訟法〕394条に従い、第一審裁判所における更なる公判及び判決へと差し戻された。⁽²⁴²⁾

(未完)

(241) 刑法123条(1876年2月26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) 他人の住居、事業所若しくは囲繞地、若しくは公の業務のために区画された構内に、違法に侵入した者、又は、権限なくこれらの場所にとどまり、権利者の要求を受けたのに退去しなかった者は、住居侵入のかどで、3か月以下の軽懲役又は300マルク以下の罰金に処する。……」

(242) 臼井・前掲注(75)54頁、佐藤・前掲注(139)168頁、塩見「(二)」前掲注(23)3頁も参照(いずれも、本判決を、形式的客観説の立場を示すものと評価する。本文の※を付した箇所参照)。本件事実審裁判所は、時間的場所的切迫性、犯行道具の携帯・設置(窃取行為を確実・容易に行なうために必要な行為)、犯罪を阻止した事情の偶然性(自動性を基礎付ける事情)に言及して、着手を認めている、とも読める(さらに、よじ登り・侵入という中間行為は重要なものではないと評価された、とも読めるかもしれない)。これに対して本判決は、その規範の部分も、適用の部分(穀物という客体に対する作用を要求している)も、未遂を否定した結論においても、厳格な解釈・適用がなされており、興味深い。

