

タイトル	未遂犯と中止犯(8)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 49(4): 781-808
発行日	2014-03-30

未遂犯と中止犯 (8)

吉 田 敏 雄

未遂犯と中止犯 (8)

第一章 未遂犯	第一 次
1 未遂犯の意義	
2 ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
3 オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
4 スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
5 学説の状況	
6 法規定	
7 学説の状況	
8 法規定	
9 学説の状況	
10 法規定	
11 学説の状況	
12 法規定	
13 学説の状況	
14 法規定	
15 学説の状況	
16 法規定	
17 学説の状況	
18 法規定	
19 学説の状況	
20 法規定	
21 学説の状況	
22 法規定	
23 学説の状況	
24 法規定	
25 学説の状況	
26 法規定	
27 学説の状況	
28 法規定	
29 学説の状況	
30 法規定	
31 学説の状況	
32 法規定	
33 学説の状況	
34 法規定	
35 学説の状況	
36 法規定	
37 学説の状況	
38 法規定	
39 学説の状況	
40 法規定	
41 学説の状況	
42 法規定	
43 学説の状況	
44 法規定	
45 学説の状況	
46 法規定	
47 学説の状況	
48 法規定	
49 学説の状況	
50 法規定	
51 学説の状況	
52 法規定	
53 学説の状況	
54 法規定	
55 学説の状況	
56 法規定	
57 学説の状況	
58 法規定	
59 学説の状況	
60 法規定	
61 学説の状況	
62 法規定	
63 学説の状況	
64 法規定	
65 学説の状況	
66 法規定	
67 学説の状況	
68 法規定	
69 学説の状況	
70 法規定	
71 学説の状況	
72 法規定	
73 学説の状況	
74 法規定	
75 学説の状況	
76 法規定	
77 学説の状況	
78 法規定	
79 学説の状況	
80 法規定	
81 学説の状況	
82 法規定	
83 学説の状況	
84 法規定	
85 学説の状況	
86 法規定	
87 学説の状況	
88 法規定	
89 学説の状況	
90 法規定	
91 学説の状況	
92 法規定	
93 学説の状況	
94 法規定	
95 学説の状況	
96 法規定	
97 学説の状況	
98 法規定	
99 学説の状況	
100 法規定	

1 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況	
2 学説の状況	
3 法規定	
4 学説の状況	
5 法規定	
6 学説の状況	
7 法規定	
8 学説の状況	
9 法規定	
10 学説の状況	
11 法規定	
12 学説の状況	
13 法規定	
14 学説の状況	
15 法規定	
16 学説の状況	
17 法規定	
18 学説の状況	
19 法規定	
20 学説の状況	
21 法規定	
22 学説の状況	
23 法規定	
24 学説の状況	
25 法規定	
26 学説の状況	
27 法規定	
28 学説の状況	
29 法規定	
30 学説の状況	
31 法規定	
32 学説の状況	
33 法規定	
34 学説の状況	
35 法規定	
36 学説の状況	
37 法規定	
38 学説の状況	
39 法規定	
40 学説の状況	
41 法規定	
42 学説の状況	
43 法規定	
44 学説の状況	
45 法規定	
46 学説の状況	
47 法規定	
48 学説の状況	
49 法規定	
50 学説の状況	
51 法規定	
52 学説の状況	
53 法規定	
54 学説の状況	
55 法規定	
56 学説の状況	
57 法規定	
58 学説の状況	
59 法規定	
60 学説の状況	
61 法規定	
62 学説の状況	
63 法規定	
64 学説の状況	
65 法規定	
66 学説の状況	
67 法規定	
68 学説の状況	
69 法規定	
70 学説の状況	
71 法規定	
72 学説の状況	
73 法規定	
74 学説の状況	
75 法規定	
76 学説の状況	
77 法規定	
78 学説の状況	
79 法規定	
80 学説の状況	
81 法規定	
82 学説の状況	
83 法規定	
84 学説の状況	
85 法規定	
86 学説の状況	
87 法規定	
88 学説の状況	
89 法規定	
90 学説の状況	
91 法規定	
92 学説の状況	
93 法規定	
94 学説の状況	
95 法規定	
96 学説の状況	
97 法規定	
98 学説の状況	
99 法規定	
100 学説の状況	

- A ドイツ語圏刑法学・判例の状況
 a 形式的客観説（構成要件説）
 b 実質的客観説
 c 主観説
 d 主観的客観説（個人に応じた客観説）
 e 最近の判例の動向
 f 部分行為説の具体化（ロクスーン説）
 B 我が国の学説
 a 主観説
 b 客観説
 a a 形式的客観説（構成要件基準説）
 b b 行為無価値論的実質的客観説
 c c 結果無価値論的実質的客観説
 c 折衷説
 a a 主観的客観説
 b b 客観的主観説
 C 未遂行為（予備と未遂の区別）
 a 未遂行為
 b 実行行為に接着する先行行為
 c 犯罪行為態様別の検討（以上第47巻第3／4号）
 D 間接正犯
 a ドイツ語圏刑法学説
 a a 厳格説（全体解決策）
 b b 影響力行使説
 c c 修正影響力行使説
 d d 区別説
 e e 一般説
 b 我が国の刑法学説
 a a 利用者説
 b b 修正利用者説
 c c 被利用者説

- 四 違法性
 五 責任
 第二章 不能未遂
 一 不能未遂の可罰性の規準
 1 ドイツ語圏刑法学説
 ① 主観説
 ② 客観説
 ③ 構成要件欠如の理論
 ④ 折衷的主観的客観説（印象説）
 2 ドイツ語圏の法規定
 a ドイツ
 b オーストリア
 c スイス
 3 我が国の刑法学説
 ① 純主観説
 ② 主観的危険説（抽象的危険説）
 ③ 結果的加重犯における未遂
 e d 個別化説
 e e 要約
 E 結果的加重犯における未遂
 a 基本犯が未遂にとどまり、この未遂から重い結果が発生した場合
 b 重い結果が故意に含まれているが、重い結果は発生しなかった場合
 3 客観的帰属
 A 行為の帰属
 a 経験的行為危険
 b 規範的行為危険
 B 結果の帰属
 a 経験的結果危険
 b 規範的結果危険
 c 仮定的適法代替行為

（以上第48巻第1号）

- ③ 具体的危険説 (新しい客観説)
 ④ 客観的危険説 (古い客観説 絶対的不能・相対的不能説)
 ⑤ 定型的危険説
 二 不能性の概念
 1 不能性の意義
 2 絶対的不能と相対的不能の区別
 三 不能未遂の原因
 1 手段の不能と客体の不能
 ② ① 手段(行為)の不能
 2 客体の不能
 四 判例
 (1) 手段の不能
 a 手段の効果について錯誤があつた場合
 b 手段の作用について錯誤があつた場合
 (2) 客体の不能
 五 幻覚犯
 第三章 中止犯
 一 中止犯の根拠
 (2)(1) ドイツ語圏刑法の法規定
 a ドイツ語圏刑法における議論状況
 b 法律説
 c 黄金の架け橋説
 d 褒賞・恩恵ないし称賛説
 e 刑罰目的指向説
 f 責任履行説
 g 相殺説
 (3) 日本刑法学における議論状況
 a 黄金の架け橋説
 b 法律説
 a a 違法性減少説
- (以上第48巻第2号)
- ③ 責任減少説
 b 違法性・責任減少説
 c 総合説(併合説)
 d 可罰性減少説
 e 積極的特別予防説
 (4) 中止未遂の減輕・免除の法的根拠と法的性質
 (以上第49巻第2号)
 二 中止未遂の不適合な未遂犯
 (1) 失効未遂と失策未遂
 a 失効未遂
 b 反復的ないし継続的行為が可能な場合の失効未遂?
 c 失策未遂
 (2) 構成要件外的目的を達成した未遂
 三 未終了未遂(着手未遂)と終了未遂(実行未遂)の区別
 (以上第49巻第3号)
 四 中止未遂の成立要件
 (2)(1) 行為者の表象時点
 (2) 任意性
 (2)(1) 中止行為
 a 未終了未遂の中止
 b 終了未遂の中止
 五 誤想中止
 (1) ドイツ語圏刑法
 (2) 終了不能未遂
 (3) 終了失策未遂
 (4) 因果関係の断絶
 (5) 結果の客観的帰属の不存在
 (6) 任意性と真摯性
 六 予備の中止
 七 結果的加重犯の中止
 八 中止犯の効果
 (以上次号)

四 中止未遂の成立要件

(1) 任意性 中止未遂は、実行行為を放棄（未終了未遂の中止）ないし結果の阻止が任意に行なわれた（終了未遂の中止）場合にのみ成立する。任意性は、両未遂形態の中止未遂が成立する共通の要件である。中止が任意に行われた場合にのみ、未遂行為によって生じた人々の規範への信頼の動揺が元に復するとともに、行為者が法に基づく生活へ回帰したことが示されるのである。⁽¹⁰⁾問題は、いかなる規準でこの任意性が判断されるべきかである。

わが国では、中止未遂の法的性格とも関連して見解は多岐に分かれるが、大別すると、四説が見られる。その一は客観説である。本説は、「経験的な標準に依つて事を論じ、未遂となるに至った関係が犯罪の既遂となることに通常妨害を与えるべき性質のものであるかどうかによって区別」⁽¹¹⁾すとか、「犯行中止の動機の内容たる事情が一般人の見解において意思決定に対して強制的影響を与えないとせられる場合が任意であり、与えらるる場合が強制である」と主張する。しかし、本説は、行為者の主観を顧慮することなく、専ら一般的経験を標準とする点で、明らかに行為者の内心に照準を合わせている「自己の意思により」⁽¹²⁾の理解において問題がある。その二は限定主観説である。本説は、「行為者の性情が内部的障礙（悔改、慙愧、恐懼、同情、憐愍、その他これに類する感情）として作用した」こと、つまり、「広義の後悔」を要求する。⁽¹³⁾本説は、そのいわゆる広義の悔悟がなくとも、行為者の法秩序になつた生活への回帰が認められることがあることを見逃しており、しかも、刑の必要的減免しか認めていない現行法の適用範囲を不必要に狭めている。⁽¹⁴⁾その三は主観説である。本説は、「外部的障害による場合、および外部的障害を認識して中止した場合以外が自己の意思による場合」とし、その具体的規準として、「フランクの公式」を援用する。「たとえ成し遂げることができるとしても、成し遂げることを欲しない」ときが自己の意思による場合であり、「たとえ成し遂げるこ

とを欲したとしても、成し遂げることができないと思った」ときが自己の意思によらない場合である。⁽¹⁸⁾ その四は折衷説(新しい客観説)である。本説によれば、行為者の意思を問題とする主観説が基本的に妥当だが、「自己の意思により」は主観的違法減少要素であるから、その判断は客観的でなければならない、すなわち、「外部的事情を表象した結果、行為者ができると感じたか、できないと感じたかという、行為者の現実の意識の過程を客観的に判断し、できると感じたときとめられるにかかわらず中止したばあいを、自己の意思により中止したものと解する」⁽¹⁹⁾。本説には、「自己の意思により」を「主観的」違法減少要素と捉えながら、これをさらに客観的に評価するところに問題がある。

任意性の問題を心理学的観点から取り組む、有名な、いわゆる「フランクの公式」が長く使用されてきたのであるが、これに拠ると、行為者が「できても、したくない」と思うとき、任意性が認められる。例えば、良心の呵責、哀れみ、恥をかく不安、「勇氣」の欠如、刑罰への一般的不安、更には、共犯者、被害者、第三者の非難が基になった中止には任意性が認められる。これに対して、行為者が「したくても、できない」と思うとき、任意性が認められない。例えば、被害者が抵抗する、あるいは、逃げるとか、警邏車が近づいてくる、警報装置がなる、見張られている、あるいは、捕まえられると感じる、眠り込む、激しい吐き気に襲われる、建物の扉を容易に開けることができない、じり開けた自動車を発進できないといった場合、任意性が否定される⁽²⁰⁾。

しかし、フランクの公式を文字通り理解すると、行為者が「できても、したくない」と思う限り、任意性が認められるので、任意性が否定されるのは、行為者が「もはやできない」と思う場合に限定されることになる。行為者には既遂が不可能と思われる場合にだけ任意性の存在が否定されることになる。そうすると、非任意性の規準とされる「し

たくても、できない」が非任意性を適切に言い表していないことになる。というのは、もはやできない者は、すでに行為の選択肢を有しておらず、その点で何も放棄できないからである。「したくても、できない」というのは既に指摘したように、実は失効未遂の標識なのである。任意性の概念が実行行為の「放棄」や「阻止行為」とならんで独自の意義を認められるべきなら、この概念にフランクの公式を超える意味があたえられねばならない。実際、フランクの公式を徹底させると、例えば、他人を射殺しようとして銃口を向けるが、警邏車が近づいてくるのに気づいて止めたとか、住居侵入窃盗犯が怪しげな物音を聞いたので止めたという場合、任意性が認められることになるが、これは支持しがたい^④。そこで、オーストリアの学説・判例には、フランクの公式を修正して、「行為者が犯行計画に相応する既遂はまだ可能だと考えて行為するとき」にのみ任意性が認められるという見解が示された^⑤。そうすると、犯行計画では発見される虞が重要な要素をなしているとき、あらかじめ見込まれていなかったような状況の悪化が生じたため、行為者が行為を断念するとき、任意性は否定される^⑥。したがって、本説は中止犯の成立がむやみに広がるのを限定することになるが、しかし、この規準の適用如何によつては、中止犯の成立が過度に限定される虞もある。この見解には、中止が非任意と見られるためには、どの程度まだ可能と思われる既遂が当初の犯行計画からずれていなければならぬのかの点について判然としないところに難点がある^⑦。

ドイツの刑法学説でも、任意性を規範的に捉える見解が有力に主張されている。規範的観点から論ずる「ロクスイーの公式」によると、行為者なるほど客観的にはなお行為をすることができるか、あるいは、少なくともまだ行為ができると考えているが、しかし、事情の変化（特に実行を困難にする事情の変化）やその他の不利益を伴う事情の変化に鑑み、行為をすることが**犯罪者理性の規範**（die Normen der Verbrechervernunft）の意味で賢明でないとき、

その中止は非任意的である。賞賛に値する合法性への復帰が認められない。「具体的犯行計画の危険と機会を冷静に衡量する、非情な犯罪者」の視点からそれ以上の実行行為を放棄するとか、結果の発生を阻止することが「愚か (unvernünftig)」なとき、すなわち、追体験した理解ができないとき、任意性が認められるが、行為者の中止が犯罪者の教訓を基礎とすると「賢明 (vernünftigerweise)」だったといえるとき、任意性は認められない。中止の動機は倫理的に価値の高いものである必要はない。重要なことは、犯罪への根本的態度変更となつて現れる「具体的犯行への動機と相容れない行為」である⁽²⁶⁾。しかし、本説にも、その正当な関心事にもかかわらず、難点が指摘される。本説は、中止が純粹な対費用効果の所産であるとき、当該行為者を優遇する必要はなく、中止未遂を否定するのであるが、しかし、いかなる利益を衡量に入れるかは、個々の行為者の視点から見られなければならない。「そもそも犯罪者なるもの」は存在しないのであつて、個別行為者（初犯であるのか、常習犯であるのか、少年か成人か等）とその具体的状況が考慮されねばならない⁽²⁷⁾。例えば、強姦目的の行為者が、襲つた相手が自分の知人であることに気づき、訴追される恐れから中止したとき、任意性は否定されうるが、ほかでもなくこの女性に暴行することを恥じて止めたとき、任意性は認められうる⁽²⁸⁾。

ドイツ連邦通常裁判所は、**心理学的観点**から、すなわち、意思が外的又は内的強制から免れているかどうかという観点から任意性を理解するのであるが、これはもともと、未終了未遂では、行為者が、「自分の意思とは関係のない事情によつて妨げられた」場合に、終了未遂では、所為が既に発覚した場合に中止犯を否定する旧法第四六条に基づく理解であつた。「依然として自分の決意の支配者だったのか否か、犯罪計画の実行をなお可能と考えていたのか否か」、「所為を完遂することが、外的強制状況によつて妨げられないし、精神的圧力によつてもできなくなつていない」とい

うことが任意性の判断規準となる。⁽¹⁸⁾ 時に、自律的（自己定立的）行為には任意性が認められ、他律的（他者定立的）行為には任意性は認められないと説明されたりする。⁽¹⁹⁾ 中止の動機が、行為者にはもはや「自由に」選択できないような影響を及ぼしたのか否かの判断に当たって、倫理的性質は無視される。⁽²⁰⁾ 任意性が否定されるのは、郵便局を襲って強盜的恐喝を働こうとしたが、次から次と客が来るので止めた場合とか、崩れ落ちつつある被害者の「焦点の合わなくなっていく視線」を目の当たりにしてそれ以上の行為ができなくなった場合である。⁽²¹⁾ 任意性が肯定されるのは、共犯者の要請に応じて被害者の絞殺を止めるとか、拳銃で脅された被害者が毅然としていたのに驚いて止めたといった場合である。⁽²²⁾ こういった心理的考察方法には、夙に、動機が自律的か他律的かを心理学的に区別することは困難であること、いつ任意性が非任意性に変転するほど心理的圧力が大きくなるのかといった問題を解決する尺度は存在しない、というのは、動機のもたらす影響力には無限の細かい段階があるからであるとの批判が加えられてきた。⁽²³⁾ さらに、中止行為は決意に基づくかなければならないのであるが、判例によれば、行為者の決断麻痺がほぼ完全である場合だけに任意性が否定されることになろうし、実際に、圧倒的多数の裁判例は任意性を肯定していると指摘されるのである。⁽²⁴⁾

このように、任意性の解釈において、心理学的考察と規範的考察の見解が対立しているが、任意性の内容を純心理学的に捉えて、内発的動機から出た場合にのみ任意性を認めるのは狭すぎる。外部的誘因から中止した場合にも任意性は認められよう。しかし、この場合、任意性の境界をどこに引くかという問題が生ずる。⁽²⁵⁾ それに、心理学的解釈を徹底させると、中止犯規定の法的根拠と調和しない、筋の通らない結論に至らざるを得ないことも指摘できる。確かに、日常の言語用法では、「自己の意思」、つまり、任意性は主観的に行為者の心理によって判断されるのであるが、

しかし、個々の事情をその時々⁽²⁰⁾の動機付けの強さに関連付けて心理学的に判断するのは、実際には困難が伴う。そこでどうしても行為者の動機を規範的にも評価する必要性が生ずる。すなわち、動機という心理学的事実を中止未遂の法的根拠と関連付けて規範的に評価するべきなのである⁽²¹⁾。

任意性が認められるのは、中止が自律的動機に基づく場合である。今まで以上の著しく大きな危険を冒すことなく完遂できるにもかかわらず中止するとき、自律的動機が認められる。犯行状況とは無関係の中止には任意性が認められる⁽²²⁾。例えば、財を成すためのもっと簡単な方法に気づくとか、犯行時にどうしても無駄にしたいその日限り有効の観劇券を持っていることに気づいたという場合である。この種の場合、中止は常に任意である⁽²³⁾。外的事情の変化やその認知の変化が決意に影響を及ぼしていても、中止決意をする一要因に過ぎないときは、任意性が認められる。例えば、窃盗目的で暗い部屋に忍び込み、懐中電灯の光が偶然に壁掛け曆に当たったところ、その曆に犯行当日が仏滅と記されていることに気づき、以前に仏滅の日に住居侵入窃盗をしたところ現行犯逮捕されたこともあったので、犯行を放棄する場合、任意性が認められる。しかし、行為者が非常に迷信深く、曆を見てその日が仏滅であることに気づき驚いて立ち去る場合は、任意性は認められない⁽²⁴⁾。被害者の哀願や共同正犯者等の第三者によって諫められて止める場合も任意性は認められる。中止が良心の呵責等の倫理的に価値の高い動機に基づくことなくとも、任意性が否定されることはない。もしそういうことになれば、中止犯の成立範囲が狭められることになり、中止未遂の法的根拠にそぐわない結果になる⁽²⁵⁾。

任意性が認められないのは、行為者が、継続して行為をすることは可能だが、やむをえない理由からその完遂が阻

まれていると思う場合、つまり、他律的動機に基づく中止には任意性は否定される⁽²⁶⁾。行為を続行することは可能と思われるものの、それまで予期した以上の危険を冒さざるを得ないとき、任意性は否定されるのである。例えば、被害者の抵抗が激しいとか、辻強盗の際に突然街路照明が点いたため行為の継続が危険に思われたとか、覆面をして銀行強盗に入ったが、予期に反して現金出納席に出納係がいなかったので、担当者が現れるまで少し待たねばならず、そうすると強盗の成功の見込みが低くなるとか、物取り侵入者が物を盗むには板ガラスを割らねばならないが、そうすると大きな音が発生するといった場合である。被害者が大声を出したので、助っ人が現れるのではと思って犯行を止めた場合も任意性は認められないが、行為者がどのみち誰も聞いていないと思ったが止めたときは任意性が認められる⁽²⁷⁾。「行為者が犯行開始後、犯行に伴う危険が今や容認できないほど高まったと考えるほど、当初の犯行計画と比較して不都合な危険増加に直面したと思う」場合、任意性は認められないのである⁽²⁸⁾。同様に、住居侵入窃盗犯が犯行中に自宅が火災であることを知り、犯行を止めて、急いで戻る場合にも、任意性は認められない⁽²⁹⁾。これに対して、最初の行為がうまくいかなかった後でも危険に変化がないとき、例えば、改めて暗証番号を入力しなおすことを止めたという場合、任意性は認められる⁽³⁰⁾。他の手段を選択しても、危険に変化がない場合も同様である⁽³¹⁾。

任意性の存否を巡って特に問題となるのは、犯行の発覚や処罰されるのではないかとの恐れから、行為者が中止する場合である。後に発覚するとか、処罰されるとか、保護観察が取り消されることへの一般的恐れから中止する場合、行為者に自由な選択の余地があるので、任意性は認められる⁽³²⁾。しかし、予期せず番犬が吠えたとか、犯行現場に人が来たとか、万引き犯が探偵に見張られているのではないかと思ひ物を元の在ったところに戻すといったように、状況に不都合な変化があり、行為者の視点から発覚の危険が著しく高まったとき、任意性は認められない。こういった場

合、行為者が危険を引き受けないのは当然である。⁽²⁸⁾ それでも、(目前に迫った)発見が常に任意性を否定するというわけではない。⁽²⁹⁾ 強姦未遂の被害者が犯人を既に見抜いたとき、新聞配達人のような第三者が近づいてくる恐れがあっても、そのことで行為者か否かはや犯行を継続できないと考えざるを得なくなるというわけでもない。⁽³⁰⁾ 被害者以外の目撃証人が警察を呼ぶと言った場合でも、行為者が警察の到着までまだ完遂できる時間的余裕があるとき、犯行継続の支障とはならない。⁽³¹⁾ 窃盗犯人が他の窃盗犯人によって目撃されたことに気づいたという場合も、この者によって警察に通報されたり、犯行を妨げられる恐れがないのが一般であり、任意性が認められる。⁽³²⁾ 殺人行為者が、目撃していた隣人らが叫ぶのを聞き、それに警察に腹を立てるつもりもないので、犯行を止めた場合、任意性は認められない。⁽³³⁾ 犯行目撃者が親族であったという事情があり、警察に伝えられる心配がない場合も、任意性は認められる。⁽³⁴⁾ もとより、行為者が公衆の面前で犯行に及ぶとか、犯行の発覚の危険を見込んでいたという場合には、任意性は認められる。⁽³⁵⁾ 行為者が被害者を救助するために他人の助けを求めるとき、これに伴って犯行が発覚する恐れがあるが、しかし、これが中止の動機ではないので、任意性は認められる。⁽³⁶⁾

被害者が殺人未遂の唯一の証人であるとき、行為者は犯行を完遂することによって唯一の証人を消すことで、この者から何も恐れることがなくなるにもかかわらず行為を止めるとき、任意性が認められる。⁽³⁷⁾ しかし、被害者から告訴をすると脅されて行為を中止する行為者には任意性は認められない。被害者証人の告訴を真剣に受け止めざるをえないからである。⁽³⁸⁾

外的誘因からの心理的影響によって中止が全く避けがたかったとまではいえないが、しかし、合法性への帰還を推

測させない場合、任意性は否定される。ドイツ連邦通常裁判所は、「甲は、その前妻乙と乙の友人丙を殺そうとして、人気のない駐車場で乙と丙を待ち伏せしていたところ、先に現れた丙に重傷を負わせ、逃走能力を失わせたが、間もなく乙も現れたので、これ以上丙に拘わっていたら乙を逃してしまうし、乙を殺すほうが先決だと考え、そこから急いで去る乙を突き刺し殺害したので、引き続き丙への殺害行為を続けようとしたが、警察が来たので、丙は助かったという事案」で、乙に向かったのは「冷静な衡量の結果」であることを理由に任意性を肯定した。⁽²⁴⁾しかし、この場合、乙殺しの完遂を優先することが丙殺しの完遂に役立つのであって、そこには法的誠実性への帰還が全く認められないので、任意性は否定されるべきである。事前行為の発覚を防ぐために、詐欺行為を中止する場合も同様である。

良心の呵責⁽²⁵⁾、羞恥心⁽²⁶⁾、悔悟、被害者への同情、意気阻喪からの中止には任意性が認められる。⁽²⁷⁾これらの動機が外からの影響を受けて生ずることもあるが、その場合、外的誘因が強制的性質のものであってはならない。心理的衝撃を受けた場合、例えば、殺人犯人が被害者を一撃したところ、被害者が悲痛な声で命乞いをするのに驚愕して中止した場合、行為者は自分の行為の結果がどうなるのかを意識した上、犯行続行を止める選択をしたといえるので、任意性が認められるが、被害者が大声で叫んだため、行為者がパニックに陥ったという場合には、任意性は認められない。⁽²⁸⁾

犯罪類型別に見ると、性犯罪で任意性の存否が問題となることが多い。強姦未遂の場合、被害者への哀れみから中止するとか、恥を感じて中止する場合、⁽²⁹⁾逃げる被害者に追いつくことはできるが、追いかけないとか、被害者の体調が良くないので止めたという場合、任意性は認められるが、⁽³⁰⁾性欲を失わせるほどであったという場合は失効未遂である。⁽³¹⁾被害者が抵抗したところ、必要もなく止めたという場合は、任意性は認められる。⁽³²⁾被害者が意外にも知人だっ

たという場合、性欲が失せるほど心理的衝撃を受けたというのであれば、失効未遂ということになり、任意性が問題となる余地はないが、後悔の念が襲ったとき、任意性は認められる。これに対して、告訴されるのを恐れて止めた場合には、任意性は認められない。しかし、被害者とは面識がなく、単なる一般的な告訴への恐れから止めたときは任意性が認められる。行為者が、強姦目的で被害者に暴行を加えたところ、被害者が性交の同意をしたため、暴行を止めたというとき、行為者が暴行をもつて性交を強要することを無条件に放棄した場合、任意性は認められるものの、しかし、被害者がその約束を直ちに守らないときはその場で暴行によって行為を完遂するつもりときは、任意性は認められない。被害者に今は駄目だが後ならよいと言われて、行為者が中止するとき、任意性は認められる。行為者が、当初の強制猥褻目的を、途中で強姦目的に切り替えたとき、この密接不可分の行為において合法性への帰還は全くないのであって、任意性は認められない。

犯行開始後、責任無能力となり、自然的故意で中止行為をする者にも任意性は認められる。情動沈滞時に行為を開始したが、情動爆発時後に行為を止めるときも、任意性が認められる。逆に、情動行為の開始後に自分のしかしたことを見て、行為を中断し、驚愕のあまり、しかしなお犯行継続が不可能とはいえない心理状態で中止した場合にも、任意性は認められる。

いかなる表象によって行為者が止めたのかはつきりしないが、考えられうる動機のどれもが非任意性を基礎付ける場合、当該中止は非任意的である。これに対して、任意性に繋がる動機の余地があるときは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、任意性が認められる。

(2) 中止行為

a 未終了未遂の中止 未終了未遂と終了未遂では、中止行為の態様が異なる。未終了未遂では実行行為の放棄が必要である。実行行為の放棄とは、行為者が、構成要件の実現がまだ可能と考えながら、反対決意に因り、結果発生のために必要と考える行為を途中で打ち切ることである。⁽⁴⁴⁾すなわち、行為者は、その表象によれば、更に行為をしなくとも既遂に至るはずの実行行為に接着する行為又は実行行為をまだしないということである。

しかし、更なる行為をしないということだけでは法的平和への脅威は完全には除去されていない。それ故、付加的要件として、行為者は、既に可罰的未遂の段階に至った行為を更に完遂するという決意を、これに対抗する反対決意によって最終的に放棄することが必要である。例えば、窃盗目的で倉庫に侵入したが、雨が降り出したので盗品を戸外に持ち出すと濡れる虞があることから、搬出を中断する場合、行為者は実行行為を一時的に中断しているものの、最終的に放棄しているとはいえない。しかし、いつか適切な機会を見つけて改めて行うつもりといった場合には、既に行行された具体的行為の最終的放棄が認められる。行為者がなおも行為を行うことを留保しているにせよ、その行為は既に行われた行為とは時間的・空間的連関を有していないからである。⁽⁴⁵⁾

行為者がその全体の犯罪計画を最終的に放棄したときに限って最終的放棄を認める見解は厳格に過ぎる。まだ定まっていない後の時点や都合な事情が生じたときのために犯行を留保する者は、場合によっては、新たな計画をするのであって、今止めた行為を継続するつもりではない。⁽⁴⁶⁾これに対して、具体的実行行為を止めただけで最終的放棄を認める見解は広すぎる。行為者がそれまでの実行行為を同じ価値の他の行為によって直接的に継続するとき（行為

態様の入れ替わり)、例えば、それまでの絞殺行為に代わり、毒殺しようとするといった場合、そこには合法性の帰還といったものが全く認められないのである。⁽²⁹⁾当初意図した強制猥褻が既遂に至らない段階で強姦に移ろうとする場合も同様である。結局、基本的には、具体的行為の断念があれば最終的放棄が認められるが、しかし、更なる行為が、打ち切られたそれまでの行為と密接な空間的・時間的連関にあり、それまでの行為と質的に異ならず、同一行為客体ないし被害者への攻撃であるとき、すなわち、更なる行為がそれまでの行為の部分行為と見られるとき、最終的放棄は認められない。⁽³⁰⁾前後する行為が密接な空間的・時間的連関にあるが、構成要件を異にする場合(構成要件の入れ替わり)も同じである。例えば、窃取の意図を秘して手にとって見たいと言って店員に陳列棚から装飾品を出させる行為(窃盗未遂)をしたが、そこで止め、欺く行為(詐欺罪)を留保しているとき、最終的放棄は認められない。⁽³¹⁾

最終的放棄があっても、結果の発生があれば、その客観的帰属が否定されない限り、中止未遂は成立しない。行為者が既に実行した行為だけでも結果を発生させるのに十分な効力があるのを知らない場合である。例えば、行為者は、殺意を抱いて毒薬を数滴混入した飲料を被害者に飲ませたが、その量ではまだ十分でないと考えていたところ、被害者が苦しみだしたのを見て悔悟して、それ以上の行為を止めたが、予期に反して、被害者がその毒が原因で死亡したという失策中止(Misslungener Rücktritt)の場合が問題となる。この種の先行行為の効力に関する錯誤があるときについて、行為者が結果の発生がまだ見られない段階で、被害者がまだ生きており、毒が致死量に足りなかったと考えながら、更なる行為を放棄するとき、既遂の可罰性が否定され、未遂犯が成立するという見解や、⁽³²⁾中止未遂の成立を肯定した上で、過失犯の成立を肯定する見解がある。行為者は、中止が可能であると考えるとき、その時点で故意がなくなるというのである。しかし、結果の発生に必要なことの全てをやり遂げているわけではないと思っている行

為者も既遂の故意を有しており、しかも、結果の発生に至るまでこの既遂の故意を有していなければならないというものではないので、これらの見解は失当である。結果の発生が非典型的因果関係の経路に基づくものでないとき、中止未遂の成立する余地はなく、故意の殺人既遂罪が成立する。⁽²⁶⁾

共同正犯の場合、共同正犯者全員が合意のうえ以後の行為を放棄すれば足りる。⁽²⁶⁾しかし、その合意がないとき、中止の意思のある行為者は、他の共犯者の実行行為を、つまり、既遂を阻止しなければならぬ。複数の者が実行に参与しているとき、犯罪エネルギーが累積しており、この効果は単に参与から抜け出ることでは消えることはない。危険性が継続していること、中止した者の犯罪エネルギーがなお効果を及ぼしているのである。行為者は共同の行為を開始したことで、「全体的負責」を負い、これから抜け出るためには全体として構成要件実現を阻止しなければならない。⁽²⁶⁾金庫破り窃盗の共同正犯者の一人甲が犯行現場で実行行為を開始した直後に改心してそれ以上の行為を止めたため、他の共同正犯者乙が甲に行為の続行を強く迫ったが、甲は気持ちを变えることなくその場を去った、しかし、金庫破りの方法を甲しか知らず、乙にはそれがなかったために、乙もやむを得ずあきらめたという場合、甲には中止未遂が成立するが、乙は失効未遂ということになる。⁽²⁶⁾

単独正犯に共犯者の関与があるとき、例えば、中止の時点で、他の関与者(乙)がその関与行為を既に終えており、構成要件的結果の発生が専ら中止意思のある行為者(甲)が実行行為を中止するかにかかっている場合、他の関与者(乙)の実行行為を阻止するというようなことは問題とならない。この場合、最後の者(甲)だけがその実行行為を放棄するのである。例えば、合鍵を製作する者(乙)がそのことで窃盗に関与するとき、正犯者(甲)が犯行

現場で未終了未遂の中止をするとき、正犯者(甲)は、この合鍵を窃盗のために既に使用していても、自分を通して間接的にしか効果のない他人(乙)の分担行為(合鍵製作)の窃盗への直接効果は自動的に阻止されたことになる。この種の場合、正犯者には中止未遂の適用があるが、幫助犯には通常の窃盗未遂の幫助犯が成立する⁽²⁸⁾。又、正犯者が実行行為を放棄した後、その教唆者が自ら実行行為をして結果を発生させた場合も、前者には未終了未遂の中止犯が成立する⁽²⁹⁾。

(つづく)

注

(191) B. Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars (Teil 2), GA 1986, 293 ff., 323; K. Ameling, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch, ZStW 120 (2008), 205 ff.; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 53.

(192) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 379 ff.; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 53.

(193) 牧野英一(注68) 六二八頁以下。

(194) 木村亀二(注71) 三六二頁。元来、客観説は新派刑法学派によって主張されたものであり、その根底には、通常、障碍となるような事情が在るにもかかわらず、中止した場合には、行為者の性格の危険性が見られないという考えが在る。しかし、現在では、客観主義刑法学派からも客観説が主張される。前田(注82) 一七一頁「実行に着手した一般人なら通常結果発生を回避すると思われる表象・動機を有した場合には褒賞を与える必要はない。中止した本人がいかに『出来るのに止めた』と思っても、一般人ならば当然中止せざるを得ない状況の場合、減免を認めても、将来に向かつての結果防止効果はあまり望めない」。その他、斎藤金作『刑法総論』[改訂版]一九九五年・二二二頁、川端(注72) 四七八頁以下。大判昭和二・九・二一刑集一六・一三〇三「被告人甲カ放火ノ媒介物ヲ取除キ之ヲ消止メタルハ放火ノ時刻遅ク発火払暁ニ及フ虞アリシ為犯罪ノ発覚ヲ恐レタルニ因ルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヘク犯罪ノ発覚ヲ恐ルコトハ經驗上一般ニ犯罪ノ遂行ヲ妨クルノ事情タリ得ヘキモノナルヲ以テ右被告人ノ所為ハ障礙未遂ニシテ之

ヲ任意中止ヲ以テ目スヘキモノニアラス」。最判昭和二四・七・九刑集三・八・一一七四「被告人は人事不省に陥っている被害者を墓地内に引摺り込み、その上になり、姦淫の所為に及ぼうとしたが被告人は当時二三歳で性交の経験が全くなかったため、容易に目的を遂げず、かれこれ焦慮している際突然約一丁をへだてた石切駅に停車した電車の前燈の直射を受け、よって犯行の現場を照明されたのみならず、その明かりによつて、被害者の陰部に挿入した二指を見たところ、その出血に驚愕して姦淫の所為を中止したというによることがわかる。かくのごとき諸般の事情は被告人をして、赤黒い血が人差指から手の甲を伝わり手首まで一面に附着していたので、性交の経験のない被告人は、強姦の遂行を思い止まらしめる障礙の事情として、客観性のないものとはいえない」。最決昭和三二・九・一〇刑集一一・九・二二〇二「被告人は母に対し何ら怨恨等の害悪的感情をいだいていたものではなく、いわば憐憫の情から自殺の道伴れとして殺害しようとしたものであり、したがつてその殺害方法も実母にできるだけ痛苦の念を感じしめないようにと意図し、その熟睡中を見計り前記のように強打したものであると認められる。しかるに、母は右打撃のため間もなく眠りからさめ意識も判然として被告人の名を続けて呼び、被告人はその母の流血痛苦している姿を眼前に目撃したのであって、このような事態は被告人のまったく予期しなかつたところであり、いわんや、これ以上さらに殺害行為を続行し母に痛苦を与えることは自己当初の意図にも反するところであるから、所論のように被告人においてさらに殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるといふわけにはいかない」。

(195) 参照、井田（注87）四三〇頁、林（注89）三六九頁。

(196) 宮本（注78）一八四頁。その他、佐伯（注79）三三二頁以下「行為者の規範意識が多少とも犯罪に対する障害観念として作用した場合、たとえば悔悟・慚愧、被害者の受ける災厄に対する斟酌・同情、犯罪の結果の重大性からくる恐怖感などによつて止めた場合には、中止犯が認められるが、殺そうとしてよく見ると人違いだったとか、あるいは高価な宝石と思つて盗もうとしたがつまらないう硝子球だとわかつてやめたという場合は、障害未遂」。なお、内田（注82）二七二頁（任意性が認められるためには、『故意』に犯罪実行の着手にでたことを、『わるかつた』と考えてやめる必要）がある。しかし、『広義の悔悟』よりももうすこしゆるやかに考えるべき。西田（注34）二九九頁「倫理的な動機である必要はなく、なんらかの法的責任非難を低減させるような動機であれば足りる」、中山（注82）四三四頁以下。限定主観説と類似の見解として、林（注89）三六九頁「任意性とは、責任、すなわち、法益侵害意思に基づく反規範的意思がなくなり、反対に、法益保護または規範遵守の意思が生じ、これが動機となつて中止行為に出た場合を意味する」。

(197) 参照、井田（注87）四三一頁。

(198) 曾根(注82)二三〇頁以下。その他、平野(注76。総論)三三四頁、堀内(注77)二四四頁、山口(注88)一八七頁、浅田(注84)三九三頁、高橋(注91)三八八頁。内藤謙「刑法講義総論(下)Ⅱ」『オンデマンド版』二〇〇六年・一二九二頁(「行為者本人の属する類型人」を基準として、成し遂げることができ、できないを判断する)。大判大正二・一一・一八日刑録一九・一二二「被告甲ハ殺害ノ目的ヲ以テ人ヲ斬リ重傷ヲ負ハセタルモ外部ノ障碍ニ因リテ犯罪ノ発覚セントラ畏怖シ殺害行為ヲ遂行スルコト能ハス現場ヲ逃走スルノ止ムナキニ至リタル者ニシテ犯人ノ意思意外ノ事情ニ強制セラルコトナク任意ニ殺害行為ヲ中止シタル事実ニ非サルコト洵ニ明ラカ」。大判昭和一一・三・六刑集一六・二七二「犯人カ人ヲ殺サントシテ短刀ヲ抜き胸部ヲ突刺シタルモ流血ノ迸ルヲ見テ之ヲ止メタルトキハ障碍未遂犯ニシテ中止犯ト為ラサルモノトス蓋シ中止犯タルハ外部的障碍ノ原因存在セサルニ拘ラス内部的原因ニ由リ任意ニ実行ヲ中止シ若ハ結果ノ発生ヲ防止シタル場合ナレハ流血ノ迸ルヲ見テ止ムルハ意外ノ障碍ニ外ナラサレハナリ」。大判昭和一一・三・六刑集一六・二七二「中止犯タルハ外部的障碍ノ原因存セサルニ拘ラス内部的原因ニ由リ任意ニ実行ヲ中止シ若ハ結果ノ発生ヲ防止シタル場合ナレハ」。

(199) 福田(注72)二二七頁。香川(注81)三一〇頁以下は、①中止に至る「事情」、②この事情の「表象」、③この表象に基づく「内部的事情」を区別し、③の内部的事情を客観的評価の対象とすると論じて、自説を「新しい客観説」と名づける。その他、大谷(注75)三九〇頁、大塚(注89)二五九頁以下。なお、任意性を責任減少要素と捉える立場から、井田(注87)四三〇頁。福岡高判昭和六一・三・六判時一一九三・一五二「被告人は、被害者の頸部を果物ナイフで一回突き刺した直後、同女の口から多量の血が吐き出されてゐるのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、直ちにタオルを同女の頸部に当てて止血に努め、消防署に架電して救急車の派遣と警察への通報を依頼し、救急車の到着後は同女をそれに運び込むのを手伝ったという事案」「被告人が中止行為に出た契機が、甲の口から多量の血が吐き出されてゐるのを目のあたりにして驚愕したことにある……中止行為が流血等の外部的事実の表象を契機とする場合のすべてについて、いわゆる外部的障碍によるものとして中止未遂の成立を否定するのは相当でなく、外部的事実の表象が中止行為の契機となつてゐる場合であっても、犯人がその表象によって必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に取えて中止行為に出たときには、任意の意思によるものとみるべきである。これを本件についてみるに、本件犯行の早朝、第三者のいない飲食店内でなされたものであることに徴すると、被告人が自己の罪責を免れるために、甲を放置したまま犯行現場から逃走すること十分に考えられ、通常人であれば、本件の如き流血のさまを見ると、被告人の前記中止行為と同様の措置をとるとは限らないといふべきであらう」。

(200) R. Frank, Das Strafgesetzbuch, 18. Aufl., 1931, § 46 Anm. II. Vgl. Kienapfel/Höpfel, (Fn. 37), Z 23 Rn 14. Vgl. Jeschek/

Weigend, (Fn. 1), § 51 III 2, FN 32.

(201) C. Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in: Heintz-FS, 1972, 251 ff.; Krey/Esser, (Fn. 95), § 45 Rn 1300;

Burgstaller, (Fn. 95), 35 ff.; Moos, (Fn. 97), 56 FN 51; Triffterer, (Fn. 23), 15, Kap Rn 57.

(202) Reissig-Kunst, Das neue österreichische Strafgesetzbuch, 1974, Anm 2 zu § 16; OGH ÖZ-LSK 1977/290.

(203) Burgstaller, (Fn. 95), 37.

(204) Burgstaller, (Fn. 95), 37; Triffterer, (Fn. 23), 15, Kap Rn 57.

(205) Roxin, (Fn. 201), 256 ff.; ders., (Fn. 12), § 30 Rn 380 ff.; Radolphi, (Fn. 23), § 24 Rn 25「犯罪者手腕の技量規準」。

フランクの公式とロクスラインの公式の適用結果はおおむね一致するのであるが、次のような事例では結論を異にする。歩行者から強奪しようとして接近したが、実行行為に出る寸前に近くを通った銀行員が札束を落としたので、強奪行為に出るのを止めてその札束拾って逃走した行為者には、フランクの公式では任意性が認められるが、ロクスラインの公式では任意性が認められず、強盗未遂罪が成立する。室内に侵入し物を盗もうとしたが、近くで猫の鳴き声があったので不吉に感じ止めた迷信的行為者には、フランクの公式では強盗未遂罪が成立するが、ロクスラインの公式では中止未遂が認められる。Kiempfel/Höpfel, (Fn. 37), Z 2315a.

その他の規範的観点から考察する学説として、ボッケルマンは「動機の倫理的質」を任意性の規準とする。Bockelmann, (Fn. 24), 1421; Bockelmann/Volk, (Fn. 35), § 27 V 4. ヴアルターは「十分な規範遵守用意」の現れでなければならず、例えば「散歩人を襲った迫い」は、別の裕福な、襲うにふさわしい散歩人が近づいてきたので、最初の被害者への攻撃を止めたという場合「任意性は認められないが、行為者が心理的衝撃を受けたという場合には任意性は一般的には否定できないと論ずる。Walter, (Fn. 50), 67 ff, 81 ff, 99; ders., Bestimmung der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, GA 1981, 403 ff., 408 ff. ウルマン・ハイマーは「中止は法に誠実な心情の現れでなければならず、行為者が「法の軌道へ」戻るときにだけ任意性を認める。Ulsenheimer, (Fn. 14), 314 ff. ヤコブスは「中止への動機が具体的犯行への動機と相容れないかどうかを規準に任意性を検証する。G. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 26. Abschn Rn 34a. その他 Schünemann, (Fn. 191), 324 f. (行為者が未遂に伴う「一般の人々の規範信頼の動揺を中止行為によって取り消すことが必要」。

わが国で「犯罪者理性説」を首唱するのが、山中(注83)七七二頁以下、同中止犯四一頁以下、九四頁以下の一般的に「犯罪の遂行につき冷徹で理性的な」犯罪者の「不合理決断説」である。任意性は「犯罪実行時における目的合理的に行動する人間の冷静な理性を基礎として、不合理に決断して犯罪の実行を中止したとき」に認められる。行為者が「目的追求のための行為を放棄するのは

実行の放棄の利益が、続行の利益よりも上回るときである。そのような理性的な判断に反して、不合理に放棄するならば、それは、合理的な判断をなすという価値に反する決断であり、そのような価値から自由な決断である。自己の意思による中止とは、このような価値から逸脱する不合理な決断」を云う。

(206) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 95), § 11 Rn 88; *Steininger*, (Fn. 95), Rn 120.

(207) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 95), § 11 Rn 88.

(208) BGHSt 7, 296, 299; 35, 184, 186 「被告人がなお自分の決意の支配者であり続け、犯行計画の実行を可能だと考えていたか否か、つまり、犯行の完遂を外的強制状況によって妨げられているわけでもなく、又、精神的圧力によってできなくなっているわけでもない」が、決定的に重要である。心理学的考察の学説に、*Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1300 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 51 III 2.

(209) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1302 ff.

(210) BGHSt 7, 296, 299; 9, 48, 50; 35, 184, 186.

(211) BGH GA 1980, 24 ff. Vgl. *Zaczek*, (Fn. 145), § 24 Rn 64.

(212) BGH bei *Dallinger* MDR 1958, 12.

(213) BGH StV 1982, 259.

(214) BGH StV 1994, 181.

(215) *W. Botke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildrenden Täterverhalten, 1979, 469; *A. G. zu Dohna*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuche im Lichte der Judikatur des RG, ZStW 59 (1940), 541 ff., 544.

(216) *Zaczek*, (Fn. 145), § 24 Rn 65.

心理学的要素と規範的要素を結合する方向の学説として、シュレングは、決意が外的出来事によって影響を受けるが、それでも強制されたというわけではないときでも、任意性を否定することは、日常用語法上の言葉の意味からも、完全に可能である、こういつた場合、行為の放棄は「形式的には自律的」だが、「内容的には自律的」でない、このことは刑罰目的を考慮することから導かれる、行為者が、事情の変化に「たんに」都合主義的に「対応するとき、」事前に現れていた、法秩序への拒絶」から離れていないのだと論ずる。 *F. Streng*, Anm. NSStZ 1993, 583. 本説に対しては、刑罰目的に照らして包括的に規定することによって、刑罰理論の全ての

問題が任意性に運び込まれるとの批判が可能である。Lilje/Albrecht, (Fn. 12), § 24 Rn 241.

ヘルツベルクは「緊急避難理論」を展開する。Herzberg, (Fn. 119), § 24 Rn 125, 130, 137. 本説は、任意性の規準として刑法第三十五条(免責緊急避難)を援用し、中止行為が免責緊急避難の要件である危難という圧力の下で行われたとき、任意性を否定する。本説に対しては、規準が恣意的であり、被害者が行為者と密接な関係にある場合、不必要に常に中止犯の成立を否定することになるとの批判が可能である。Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 652.

イエーガーは「間接正犯対比理論」を展開する。Jäger, (Fn. 47, Der Rücktritt), 99 ff.; ders., (Fn. 47, Das Freiwilligkeitsmerkmal), 795 ff. 本説は、間接正犯において道具の自律性を否定する根拠となる規準に倣って任意性の存否を決める。強要(刑法第三五条)の中止時点における責任無能力、錯誤、行為意味の脱落の場合、任意性は認められない。本説に対しては、基本的に非任意性から論ずることが適切といえても、自律性を否定する根拠を、間接正犯者と媒介者(道具)という関係に限定するのは狭いのではないかとするのは、中止犯では「法」への決意(不処罰)が問題となっていないのであって、不法への決意(処罰根拠付け)が問題となっているのではないからであるとの批判が可能である。Zaczek, (Fn. 145), § 24 Rn 67; Lilje/Albrecht, (Fn. 12), § 24 Rn 243.

(217) Bursgatter, (Fn. 95), 37. 本説は、任意性という概念を、主観的・客観的・倫理的・法的構想に基づいて二重に指摘する。Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 43; W. Genssick, volens — nolens. Methodologische Anmerkungen zur Freiwilligkeit des Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1989, 821 ff.; Schünemann, (Fn. 191), 321 ff.

(218) Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 43.

(219) Vgl. Bursgatter, (Fn. 95), 37; Triffterer, (Fn. 23), 15. Kap Rn 58; Steininger, (Fn. 95), 20. Kap Rn 123; Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 43; Zaczek, (Fn. 145), § 24 Rn 68; Lilje/Albrecht, (Fn. 12), § 24 Rn 243; Köhl, (Fn. 2), § 24 Rn 61.

(220) D. Kraus, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS 1981, 883 ff., 886 f.

(221) Triffterer, (Fn. 23), § 16 Rn 58.

(222) Triffterer, (Fn. 23), § 16 Rn 58.

(223) BGHSt 7, 296, 299.

(224) BGHSt 21, 319, 321.

(225) Bursgatter, (Fn. 95), 38 FN 97; Triffterer, (Fn. 23), 15. Kap Rn 58. Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 651; Köhl, (Fn. 2), § 16 Rn 55, R. Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2012, § 37 Rn 98; BGHSt 9, 46; 35, 184. 本説は、少なくとも倫理的に称賛に値

- する動機を要する。Bockelmann, (Fn. 24), 1421.
- (226) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 56; *Wessels/Bauke*, (Fn. 37), § 14 Rn 652. vgl. BGHSt 7, 299; 9, 48; 20, 279; 35, 186.
- (227) BGH bei *Holtz*, MDR 1993, 1038; OLG Hamburg 1971, 414 f.
- (228) BGH bei *Dallinger*, MDR 1954, 334. Vgl. *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 49.
- (229) BGH NStZ 1993, 76 f.
- (230) LG Hamburg NJW 1953, 956.
- (231) BGH bei *Holtz*, MDR 1979, 279.
- (232) BGH NStZ 1992, 537 u. 2007, 265.
- (233) *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 49. 同按 *Zaczyk*, (Fn. 145), § 24 Rn 70.
- (234) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 57.
- (235) BGH StV 1992, 189.
- (236) 浦和地判平成四・一一・二七判ヤ七九五・二六三。
- (237) LG Köln StV 1997, 27.
- (238) Vgl. *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 58. 大判昭和一一・九・二二刑集一六・一三〇三(任意性の否定された事案)「被告人甲カ放火ノ媒介物ヲ取り除キ消止メタルハ放火ノ時刻遅ヲ発火払曉ニ及フ虞アリシ為犯罪ノ発覚ヲ恐レタルニ因ル」。
- (239) *Zaczyk*, (Fn. 145), § 22 Rn 70; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 58.
- (240) BGH NStZ 1992, 587; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 58.
- (241) BGH StV 1992, 225; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 58.
- (242) *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 51.
- (243) BGH NStZ 2007, 399, 400.
- (244) *Triffterer*, (Fn. 23), 15. Kap Rn 58.
- (245) BGH StV 1993, 189; NStZ-RR 2003, 199; *Rengier*, (Fn. 225), § 37 Rn 106.
- (246) BGHSt 11, 324, 325.
- (247) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 59.

- (248) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 59.
- (249) BGHSt 35, 184.
- (250) *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 56; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 61; *Stutenwerth/Kuhlen*, (Fn. 95), § 11 Rn 89; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 359.
- (251) *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 56; *W. Bohlke*, *Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug*, JR 1980, 441 ff., 442; *Walker*, (Fn. 205), 403 ff. ㄖㄜㄜㄜ, BGH NJW 1980, 602.
- (252) RG 14, 19, 22; OLG Düsseldorf NJW 1999, 2911.
- (253) RGSt 47, 74, 79 f.; BGHSt 9, 48, 53; OLG Düsseldorf StrV 1983, 65.
- (254) BGH MDR 1952 530, 531.
- (255) BGH NSTZ 1992, 536, 537.
- (256) 1. *Puppe*, *Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., 2011, § 21 Rn 33; *Rengier*, (Fn. 225), § 37 Rn 94; *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 651. vgl. BGHSt 7, 296; 21, 216.
- (257) BGH bei *Dallinger*, MDR 1952, 530, 531. 最決昭和三三・九・一〇刑集一一・九・二二〇二「被告人はかねて賭博等に耽って借財が高んだ結果、実母甲や姉乙にも一方ならず心配をかけているので苦悩の末、服毒自殺を決意すると共に、自己の亡き後に悲嘆しながら生き残るであろう母親の行く末が不憫であるからむしろ同時に母をも殺害して同女の現世の苦悩を除いてやるに如かずと考える……自宅六畳間において電燈を消して就寝中の同女の頭部を野球用バットで力強く一回殴打したところ、同女がうーんと呻き声をあげたので早くも死亡したものと思い、バットをその場に置いたまま自己が就寝していた隣室三畳間に入ったが、間も無く同女が二郎と自己の名を呼ぶ声を聞き再び右六畳間に戻り、同女の頭部を手探りし電燈をつけて見ると、母が頭部より血を流し痛苦していたので、その姿を見て俄かに驚愕恐怖し、その後の殺害行為を続行することができず、所期の目的を遂げなかった……被告人は……母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己当初の意図どおり実母殺害の実行完遂ができないうことを知り、これらのため殺害行為続行の意力を抑圧せられ、多面事態をそのままにしておけば、当然犯人は自己であることが直に発覚することを怖れ……ことさらに便所の戸や高窓を開いたり等して外部からの侵入者であるかのように偽装することに努めたものと認められるのが相当である。右意力の抑圧が論旨主張のように被告人の良心の回復又は悔悟の念に出でたものであることは原判決の認定しないところであるのみならず、前記のような被告人の偽装行為に徴しても首肯し難い。本決定は中止未遂の成立を否定した。被告人の驚愕恐怖がその意思が完全に麻痺させるほどであったというのであれば、失効未遂ということになるが、そうでなければ

ば任意性が認められる。しかし、犯行発覚の怖れという点で、本件では任意性が否定されよう。

(258) Vgl. *Zaczky*, (Fn. 145), § 14 Rn 71; *B. Hähnich*, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2012, § 24 Rn 811.

ドイツ通常連邦裁判所は、BGH NSZ 1994, 428「夫甲が殺害の意図をもってその妻乙を突き刺し重傷を負わせたとき、思いがけず、その「闘争状況」で目を覚ました夫妻の二人の子が夫妻の寝室扉に現れ、泣き叫んだ。甲は子ども目の前で犯行を続けたくなくなったことと、「感情的、心理的」にもできなかったで、乙への攻撃をやめ、二人の子どもを部屋から追い出し、又、乙と二人だけの考察方法にのっとり任意性を否定した。子どもが現れたことから生じた行為者の心理的動揺が子どもを追い出した後も続いており、行為の完遂を妨げたというのである。しかし、規範的考察からすると、子どもを見て気持ちの変化が生じたため、行為者は行為の継続ができず、合法性へ帰還したといえるので、任意性は認められよう。Vgl. *Roxin*, (Fn.), § 30 Rn 364. 心理学的考察からも、本件事案において、精神的抑制から全く行為を継続できなかったというのであれば、失効未遂が認められるべきであるが、心理的に麻痺していないのであれば、甲はなお殺害行為を続行することは可能だったといえること、甲は自分の行為への驚愕、羞恥心から行為の続行を止めたということもありうることが指摘される。Krey/Esser, (Fn. 95), § 45 Rn 1304. Vgl. *Lilic/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 125.

(259) BGHSt 9, 48; *Triffner*, (Fn. 23), 15. Kap Rn 58.

(260) BGH bei *Holtz*, MDR 1989, 857. 反対 BGHSt 20, 279 f. = JR 1966, 105 m. krit. *Amm. Lackner*.

(261) *Zaczky*, (Fn. 145), § 24 Rn 75. 反対 東京高判昭和三九・八・五高刑集一七・五・五五七「被告人は……小雪の降るなかを、下校途中の甲

(当時一六歳)を認め、同女を強いて姦淫する目的で原判示松林の中に連れ込み、同女の下着を脱がせたうえ、その場に仰向けに倒し同女の陰部に手指を挿入する等して、やがて同女を姦淫しようとしたが、原判示の如く同女の露出した肌が寒気のため鳥肌立っているのを見て欲情が減退したため、その行為を止めるにいたった事実が認められるのである。ところで、被告人が姦淫行為を中止するに至った右のごとき事情は、一般の経験上、この種の行為においては、行為者の意思決定に相当程度の支配力を及ぼすべき外部的事情が存在したものである。被告人は性欲が減退して姦淫行為に出ることを止めたというのであるから、この場合、犯行中止について、被告人の任意性を欠くものである。最判昭和二四・七・九刑集三・八・一一七四。

(263) OLG Zweibrücken JR 1991, 214. 浦和地判平成四・二・二七判タ七九五・二六三「被告人は、強姦の意思で、公衆電話ボックスから女性を引きずり出し、押し倒し、着衣を脱がせて下半身を裸にする等の暴行・脅迫を加えたが、同女から『止めて下さい』と哀

願されたのを契機として、姦淫の遂行を中止したという事案。中止犯成立」①本件は、周囲に田圃が広がり、かつ、民家もなく、しかも付近の人通りの全くない深夜の小学校敷地内における犯行であり、右犯行が通行人や付近の住民に発見されて未遂に終わる等の蓋然性は、まず存在しない状況であったこと（換言すれば、本件については、犯行を未遂に導くような客観的、物理的ないし実質的障害事由）は存在しなかったこと」、②被告人は、被害者に哀願された時点では、既に、判示のような暴行・脅迫により被害者の犯行を抑圧したうえ、下半身の着衣を全て脱がせた状態にまでしてしまったこと、③被害者は、当初は悲鳴をあげて必死に抵抗したが、下半身裸にされたのちにおいては、大声をあげることもなく、ただ、『止めて下さい。』などと哀願されながら、姦淫を嫌がっていただけであることが明らかである。そして、右のような状況のもとにおいては、二五歳の屈強の若者である被告人が、一七歳の少女である被害者を強いて姦淫することは、比較的容易なことであつたと認められる。その上、強姦罪は、男性の性的本能に基づく犯罪であるため、一旦これを決意して実行に着手した者は、客観的ないし物理的障害に遭遇しない限り、犯意を放棄しないのが通常であるから、右認定のような状況のもとに被害者の反抗を抑圧した強姦犯人が、被害者から『止めて下さい。』などと哀願されたからといって、犯行を断念するのはむしろ稀有の事例と思われる」。

(264) BGHSt 9, 48 「リロ事件」〔被告人甲は薄暗がりの中で自転車に乗っていた被害者乙を見た。甲は乙を強姦するため、乙を自転車から無理やり引き離し、乙の上に乗った。乙は犯人がヘルマンであることに気づき、憤慨して叫んだ。「ヘルマン、離して」。乙がリロだと分かった甲は狼狽して、「リロ、お前か」と答え、直ちにそれ以上のことをしなかったという事案〕。

(265) BGHSt 35, 184; *Wessels/Beutke*, (Fn. 37), § 14 Rn 651; *Rengier*, (Fn. 225), 7. Kap Rn 102.

(266) BGHSt 39, 244; *Botke*, (Fn. 105), 71 ff.; *Streng*, (Fn. 216), 582.

(267) BGHSt 7, 296 = MDR 1955, 561 mA *Jeschke*〔被告人甲は乙を強姦しようとして、地面に引き倒した。乙には抵抗のすべが最早なかったで、乙は一計を案じた。乙は甲に、力ずくはよしてほしいこと、少し休んだらいいのではないか、甲がなお乙との性交を望むなら、暴行に頼らなくてもできると言った。乙はこれで時間稼ぎができ、誰かに発見され助けてもらえることを期待した。実際、二人の散歩人が近づいてきたとき、乙は助けを求めたので、甲は逃走したという事案〕（ドイツ連邦通常裁判所は心理学的考察方法から任意性を肯定した。乙は時間稼ぎのために性交の同意を与えた。甲は勞せず目的を達成できると考えた。しかし、このことが強いて犯罪を放棄させることに繋がったわけではない。大きな危険を冒すことがなくとも性交をできると考えたことによつて、直ちに決意の自由がなくなつたというものでもない）。しかし、規範的考察からすると、甲は本来の計画をその場で放棄したわけではなく、いっそう快適な方法で実現できることを期待したのであつて、合法性への帰還は全く認められないので、任意性は否定されるべきである。

本事案では、そもそも被害者の同意が有効といえるかにも問題がある。Vgl. Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 361.

(268) Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 56. 以下 BGH NStZ 1997, 385.

(269) BGH NStZ 2004, 324; Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 46; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 62a; Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 651. 以下「たゞて」行為者の任意の人格的決意がなく、したがって責任消滅といふこともなることを理由とし、中止犯規定の適用は認められないが、第二三条第三項（不能未遂）の法律効果を認めるのが Zaczek, (Fn. 145), § 24 Rn 76. 以下「中止未遂の法的根拠は責任消滅とは関係がなく、一身の刑罰阻却・減輕事由と捉える立場ならぬ」本説を支持するところではない。Vgl. Liel/Albrecht, (Fn. 12), § 24 Rn 255.

(270) BGH MDR 1975, 541; BGH NStZ-RR 2003, 199.

(271) Rengier, (Fn. 225), § 37 Rn 109; BGH StraFo 2012, 23 f. (感情の高揚した行為者が第三者の宥めに応じて脅迫に用いた拳銃を再び腰帯に収めた場合「任意性が認められる」)。

(272) BGH MDR/D 66, 892.

(273) BGH StV 1984, 329; NStZ-RR 2003, 199; Eser, (Fn.), § 24 Rn 55; Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 652.

(274) BGHSt 22, 330; 39, 221, 228.

(275) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 159 f.; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 43 f.; Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 641; Krey/Esser, (Fn. 95), § 45 Rn 1297; Eser, (Fn. 62), § 24 Rn 40; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 37), Z 23 Rn 12; Triffterer, (Fn. 23), 15. Kap. Rn 34; G. Hager, W. Massauer, Winer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1999, §§ 15, 16 Rn 130; BGHSt 33, 142, 145; 35, 184.

(276) BGHSt 7, 296; BGH NStZ 10, 384.

(277) Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 641; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 43; Krey/Esser, (Fn. 95), § 45 Rn 1297; BGH NStZ 2002, 28 (「行為者は強盜的恐喝の手段としての強要行為を放棄したが、翌日、恐喝のために強要したところ、事案」)。

(278) Vgl. H. Bieri, Strafrecht AT, 18. Aufl., 1983, § 69 III 1; R. Bloy, Die Sterne lügen doch, Jus 1986, 986 ff., 987.

(279) Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 641.

(280) Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 162; BGHSt 33, 142.

(281) Wessels/Beulke, (Fn. 37), § 14 Rn 641; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 45; B. Hecker, Rücktritt und Heimtücke, Jus 2010, 79 ff.; BGHSt 33, 142 (行為者が後で行為を継続するところでも、中止は更なる実行を放棄するところまで可能である。その前提要件となるのが、

後に予定される行為が刑法第五三条の意味での新たな、独立した犯罪だということである。時間的・空間的連関が欠如している場合がそうである)。BGH NSTZ 2009, 510. 和歌山地判平成一八・六・二八判タ一二四〇・三四五。

- (282) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 46.
- (283) *J. Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Zurechnung, ZStW 89 (1977), 649 ff., 695; *ders.*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz, in: Lefrenz-FS, 1983, 545 ff., 559. Vgl. *Lille/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 75 ff. 中々未遂の成立を否定するS.4'. *F.-Ch. Schneider*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl., § 16 Rn 34.
- (284) *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 24; *Gropp*, (Fn. 26), § 9 Rn 62 ff.
- (285) *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 627; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 80; *K. Lachner, K. Kühl*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 24 Rn 15; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 116.
- (286) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 46 Rn 1330; BGH NSTZ 1989, 317 f.; BGHSt 42, 158; BGH NSTZ 2009, 688.
- (287) Vgl. *Triffterer*, (Fn. 23), 15. Kap Rn 56.
- (288) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 46 Rn 1331.
- (289) Vgl. *Triffterer*, (Fn. 95), 15. Kap Rn 56.
- (290) Vgl. *Triffterer*, (Fn. 95), 15. Kap Rn 56.

Versuch und Rücktritt (8)

Toshio YOSHIDA

Erster Kapitel Versuch

- I Der Begriff des Versuchs
- II Der Strafgrund des Versuchs
 - 1. Situation in Deutschland
 - (A) Die gesetzliche Regelung
 - (B) Lehren
 - (a) Die objektiven Theorien
 - (aa) Die ältere objektive Theorie
 - (bb) Die neuere objektive Theorie (Die neuere Gefährlichkeits-theorie)
 - (cc) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand
 - (dd) Die moderne neue objektive Theorie
 - (b) Die subjektiven Theorien
 - (aa) Die reine subjektive Theorie
 - (bb) Die an der Gefährlichkeit des Täters orientierte Theorie (Die Tätertheorie)
 - (cc) Die Theorie des Expressiv-Werdens eines Normbruchs
 - (c) Die Eindruckstheorie
 - (d) Die Vereinigungstheorie
 - (e) Andere neuere Theorien
 - (aa) Die dualistische Theorie, die im Unrechtsgehalt zwei For-men des Versuchs unterscheidet
 - (bb) Die Theorie des Verletzung des Anerkennungsverhältnisses
 - (cc) Die echt subjektiv-objektive Theorie
 - (dd) Die Lehre, die die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für verfassungswidrig hält
 - (ee) Die Lehre des auf Kant und Fichte berufenen Versuchs-un-rechts
 - (A) Die gesetzliche Regelung
 - (B) Lehren
- 2. Situation in Österreich
 - (A) Die gesetzliche Regelung
 - (B) Lehren
- 3. Situation in der Schweiz
 - (A) Die gesetzliche Regelung
 - (B) Lehren
- 4. Situation in Japan

(Band 46, Nr. 1)

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

Zweiter Kapitel Untauglicher Versuch

I Kriterien der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

(A) Lehre im deutschsprachigen Raum

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

(B) Die gesetzliche Regelung

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

(C) Theorienstreit in Japan

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

II Der Begriff der Untauglichkeit des Versuchs

(A) Die Bedeutung der Untauglichkeit des Versuchs

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

III Ursachen des untauglichen Versuchs

(A) Untauglichkeit des Versuchs der Handlung und des Objekts

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

(B) Untauglichkeit des Subjekts

IV Rechtsprechung

V Wahndelikte

(Band 47, Nr 2)

Dritter Kapitel Rücktritt

I Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts

1. Die gesetzlichen Regelungen im deutschsprachigen Raum

2. Theorienstreit in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft

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

3. Theorienstreit in der japanischen Strafrechtswissenschaft

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