

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (13)
(*Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015*)

金 尚均
玄 守道 (監訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値） (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値） (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明（以上、50巻4号）

II. 正当防衛（刑32条）とその他の防御権（民229条、同859条1項及び2項）
(以上、50巻1号)

III. 正当化緊急避難（刑34条、民228、904条）

IV. 正当化される義務の衝突

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

Ⅶ. 教育権

Ⅷ. 許された危険

Ⅸ. 社会的相当性は正当化事由となるか？

X. 各正当化事情の競合

C. 復習のために (以上、51巻3号)

§6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害 (以上、51巻4号)

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯） (以上、52巻2号)

§9 未遂と中止犯—可罰的予備行為—行為による悔悟

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂 (以上、52巻4号)

B. 中止犯（刑24条） (以上、本号)

C. 可罰的予備行為／関与の未遂

D. 復習のために

§10 関与

§11 不作為

§12 過失

第4部 錯誤論

§13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§14 法条单一（Gesetzzereinheit）—所為の単一性（Tateinheit）（§52）—所為の複数性（Tatmehrheit）（§§53-55）

§15 刑法上の制裁

細目次

§9 未遂犯と中止犯——可罰的予備行為——行為による悔悟

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂（以上、52巻4号）

B. 中止犯（刑24条）

I. 中止の無価値限定要素としての、「犯行の更なる遂行」の任意の「放棄」
ないし「犯行が既遂に達することの阻止」

1. 未終了未遂と終了未遂との法律上の区別

a) 犯行の放棄又は犯行が既遂に達することの阻止

b) 終了基準としての行為者の表象

2. 未遂の終了性に関する行為者の表象の基準点

a) 犯行計画基準説

b) 中止行為基準説

c) 個別行為説および全体観察説

3. 自身のなしたことの有効性に関する行為者の錯誤は考慮されるのか？
4. 構成要件外の目標を達成したにもかかわらず、未遂が終了していないと言えるか？
5. 不作為の中止未遂
6. 特別な帰結により加重されている（結果加重の）犯行の中止未遂
7. 中止の任意性と最終性
8. （主観的な）失敗未遂

II. 中止の不可罰根拠

1. 「中止時点を基礎する」見解
2. 「判決時を基礎とする」見解 （以上、本号）

III. 複数の者が犯行に関与している場合での中止（刑24条2項）

IV. 中止の効果

V. 中止犯の検討構造

C. 可罰的予備行為／関与の未遂

D. 復習のために

§ 9 未遂と中止未遂（中止犯）——可罰的予備行為——行為による悔悟

B. 中止（刑24条）

〔103〕 24条 中止

（1項）任意に、犯行の更なる遂行を放棄し又は犯行が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない。中止行為者が関与せずとも犯行が既遂に達しなかったとき、中止行為者が、任意かつ真摯に、犯行が既遂に達するのを妨げるよう努力した場合には罰せられない。

I. 中止の無価値限定要素としての、「犯行の更なる遂行」の任意の「放棄」

ないし「犯行が既遂に達することの阻止」

1. 未終了未遂と終了未遂との法律上の区別

- a) 犯行の放棄又は犯行が既遂に達することの阻止

〔104〕 刑法24条1項1文によれば、行為者が犯行を「放棄」し、ないし

は、犯行が「既遂に達するのを妨げた」場合には、犯罪行為の未遂につき、処罰されない。一方では犯行の放棄が、他方で既遂発生^{既遂発生}の阻止が、不可罰的中止の十分条件とされており、これにより、刑法24条1項は不処罰の場合を未遂段階に限定している。その際、犯行の放棄と対応するのは、いわゆる未終了未遂であり、既遂に達することの阻止と対応するのは、いわゆる終了未遂である。

〔105〕「放棄」とは、犯行決意のさらなる実現を断念することをいう。放棄の動機は重要ではない。それゆえ、連邦通常裁判所（BGH 2 StR 665/87 BGHSt 35, 184）によれば、もっぱら、同程度に重い又はより重い別の犯罪行為を行う目的で行為者が犯行を放棄した場合でも、中止となりうる。

〔106〕これに対して、「既遂に達することの阻止」は、既遂に至ることを自己の責任において防止する活動^{活動}、すなわち、既遂に達しなかった理由が単なる偶然ではないと言えるだけの活動^{活動}を行為者が行った場合に認められる。

〔107〕したがって、不可罰的な中止を認めるためには、阻止結果に因果性があるだけでは不十分である。ロクシン（Roxin）が主唱した、いわゆる区別説によれば、自ら既遂に達することを阻止した場合には、中止行為者に認められる救助可能性の中で既遂に達するのが妨げられたと言えなければならないことになる（可能性存在説）。他人が既遂に達するのを阻止した場合には、救助措置が不十分なものとなりうるのであれば、そのような救助措置では足りない。ただし、中止行為者が（中止行為者の視点から）最善の措置を講じていなくとも（そのような主張としては、いわゆる最善措置説）、必要な措置を行うことで足りる。

〔108〕他方で、刑法24条1項2文によれば、既遂に達しなかったのはまさに中止行為者が阻止に向けて行った努力があったからである、という関係までは必要とされていない。なぜならば、本規定では、犯行が既遂に達するのを妨げる真摯な努力で足りるとされているからである。したがって、実際には他の方法でしか既遂に達することが妨げられない場合で、阻止の

因果性が誤信されていたとしても、この錯誤は同条の範囲では重要ではない。

b) 終了基準としての行為者の表象

〔109〕 終了未遂と未終了未遂とを区分する評価基準は、行為者の表象である。このことは、刑法22条に照らすとすでに明らかである。行為者の表象を基準とすると、まず、自らの計画が（まだ）成功しておらず、既遂に達するのに必要なことを全て行なっていなかったと行為者自身が考えている場合に未終了未遂が認められる。これに対して未遂が終了したといえるのは、自らの計画が成功し、すでに既遂を惹起するのに必要なことを全て行なったと行為者が考えている場合である。

〔110〕 事例 9.12

行為者Aが、被害者Bを殺害するために毒薬を10回注射しなければならないと考えていた場合、5回注射した段階では殺人の未終了未遂であり、10回注射した時点で殺人の終了未遂が認められる。その後、行為者の表象通りに事象経過が自動的に進行し、それ以上の関与がなくとも既遂に至った。

〔111〕 もっとも、行為者の表象は、一定の範囲で、一般経験則により「規範的に補完される」。経験則上既遂に至るといえるだけの事実を行為者が認識していた場合には、未遂は終了したといえる。したがって、未終了未遂を肯定するためには、厳格な要件が設定されている。行為者が自身の行為の帰結についてなにも考えていない場合には、連邦通常裁判所（BGH）は終了未遂を認めている。というのも、その場合、行為者は、自身が追求又は甘受する既遂に達する可能性も考慮に入れているからである。この判例の考え方は、既遂に達することに行行為者が無関心な場合に未必の

故意を肯定するとの立場に整合している。

〔112〕 しかし、中止事象の時点での事実認識によって、未遂の終了性に関する行為者の表象や不可罰的中止の条件が同時に決定されるとしても、どの時点を行為者の表象にとっての基準時とするべきかが問題となる。この問題については少なからず争いがある。

2. 未遂の終了性に関する行為者の表象の基準点

〔113〕 事例 9.13

事例9.12において、行為者は毒の小瓶を購入した。行為者は殺意をもって被害者に対して、この毒薬を10回注射した。

ヴァリエーションa：見込みに反して、10回の注射では足りなかった。Aもこの事態を認識し、さらに毒薬を注射することもできたが、まっとうな人間になろうと考え、その後の注射を行わなかった。その後、Bは完快した。

ヴァリエーションb：Aは、8回注射を行なったのちに、良心の呵責を感じたために、計画を中断した。さらに念のためにAは医師にも連絡した。しかしながら、見込みに反して、毒薬が想定よりも強力な効果を有していたために、Bは翌日に毒により死亡した。

〔114〕 この問題においては、本質的に次の2つの時点が考えられる。すなわち、(a) 計画段階の時点と、(b) 犯罪実行の終了時点である。

a) 犯行計画基準説

〔115〕 犯行計画基準説によれば、未遂の終了性にとって重要となるのは、行為者が計画した内容である。行為者が計画を実現した時点で、事例9.13ヴァリエーションaを例にすると毒薬を10回注射した時点で、未遂は終了

している。中止したといえるためには、行為者は既遂に至るのを積極的に阻止しなければならない。それは、たとえ、実際には10回の注射では足りず、その事実を行為者が認識した場合であっても、である。

〔116〕 逆に言えば、事例9.13ヴァリエーションbのように行為者が計画上10回の注射を予定し、8回の注射した後にこれを中断したが、被害者が死亡した場合には、行為者を利する点はない。なぜならば、支配的見解は、外界に表出した構成要件的変更が発生した場合には、その行為者に対するあらゆる中止の可能性を認めず（下記欄外番号130以下参照）、そのために、ここでは、自分の表象通りに未終了未遂が認められ、さらなる犯行継続の放棄により不可罰的に中止したと行為者が主張することはできないからである。

〔117〕 それゆえに、犯行計画基準説は、あらゆる観点で、中止を望む者を不利に遇する見解である。特に、同説は、すでにその活動の開始時点で十分な犯行計画を有していた者を優遇する。なぜならば、犯行計画が包括的であればあるほど、より未遂が終了しにくいことになるからである。それゆえに、犯行計画説【原文ママ】は、実態にそぐわない不平等な取り扱いにいたるのであって、もはや支持を受けていない。

b) 中止行為基準説

〔118〕 現在では、中止行為基準説が展開されている。同説によれば、中止行為時点、詳しく言えば、犯行を継続するべきか否かを判断する時点での、既遂に至る可能性に関する行為者の表象によって、未遂の終了性が決定される。

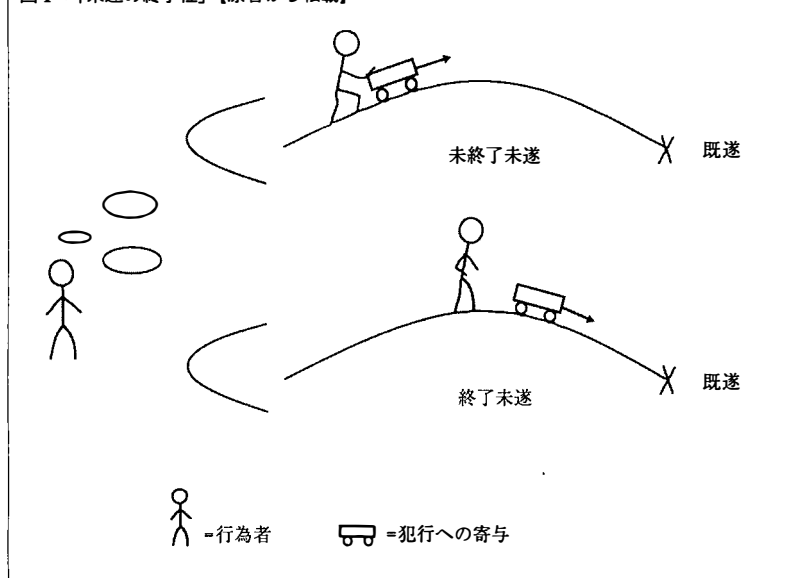
〔119〕 行為者はこの時点で、さらに行動せずとも既遂に至るのか否かを判断しているはずである（作用時点基準）。未遂が終了しているか否かは、この基準によって、評価される（図1）。

〔120〕 未遂の終了性に関する図解は図1の通りである。

〔121〕 行為者が犯行を継続するか否かを判断する時点で諸事情に基づき（なお）既遂に達しようとは考えていない場合には、未遂は終了していない。行為者がその時点で諸事情に基づき（当然に）既遂に達しようと考えている場合には、未遂は終了している。

〔122〕 中止行為基準説の利点は、中止行動と判断時点が対応しており、それゆえに、犯行計画の内容が行為者を不当に優遇すること、中止態度の適切な評価の妨げとなることもないという点にある。それゆえに、事例 9.13ヴァリエーション a においては、行為者は、10回注射した後でも放棄により中止可能であって、不可罰となりうる。

図 1：「未遂の終了性」【原著から転載】



〔123〕 以上のように判断時点に可変性があることで、犯行状況が継続している場合、つまり、時間的な区切りがまだ認められない限りでは、行為者の中止行為基準が再変更されうることになる（いわゆる中止行為基準の修正）。たとえば、依然として行為可能性が継続していれば、行為者が最

初はいまだ（当然に）既遂に達しようと考えていたが、その直後に、致死の效果を見込めないと認識した場合であっても、殺人の未終了未遂が認められる。

c) 個別行為説および全体観察説

〔124〕 犯行計画説や中止行為基準説は、行為者の行動が構成要件に該当する外界の変更に完全に重なる場合を対象とする。これに対して、それぞれ外界の変更に惹起する複数の行為から構成される態様を行為者が選択した場合では、どうなるか。例えば、次のような場合である。

〔125〕 事例 9.14

AはBを射殺しようとし、6発の弾丸をリボルバーに込めた。つまり、必要とあれば、6発の弾丸を発射しようと予定していた場合である。

〔126〕 この場合、犯行計画や中止行為基準は、個別行為説や全体観察説という対概念により、代替される。上記の事例9.14で最初の弾丸が外れ、行為者がもう一度外した場合、中止行為がないために1回目の殺害未遂を中止したとは言えないし、2発目の発射後にもはや中止を行えないことになる。全体観察説はこのような結論を回避する見解である。すなわち、全体観察説は——中止行為基準に応じて——行為者が最後の行動部分の後に、なお既遂に達しようと考えていたにもかかわらず、放棄したかどうかを考慮する。ただし、先行する効果のない行動部分が、行為者が放棄したやり直し部分と統一的な生活事象を形成していることが条件である。

〔127〕 事例 9.15

バルコニー事例（BGH 3 StR 470/06 v. 08.02.2007 = NStZ 2007,

399): 被告人Aは、ある夫婦の住居に暴力的に侵入し、妻Eとその娘をバルコニーに追い立て、即座に抱いた決意からEをバルコニーから突き落とした。Aは、まだバルコニーの縁に掴まっていたEに対して、Eがそれ以上掴まれないように力強く殴打して、4.70メートル下の芝生に転落させた。Aは(頸骨が折れるだろうとの)自らの表象に反してEがほとんど傷害を負っていなかったことに気づき、Eをさらに別の方法で殺害するために、バルコニーから飛び降りた。Aは、Eの髪の毛を掴んで芝生内の歩道まで引きずって行き、その頭部を歩道のタイルにたたきつけようとした。しかし、Eの激しい抵抗にあったために、これに成功しなかった。AがさらにEを踏みつけ、殴打していたので、2名の隣人とEの娘はAの計画を妨げるために大声で人を呼び、ローラーブレードをAに向けて投げつけた。Aは、ナイフを携帯していなかったことに腹を立て、自身のベルトでEを絞殺しようかと考えた。結局のところ、Aはこれを行わないことを決意した。というのも、バルコニーからEを突き落とし、その後も暴行を加えたことで、Aの怒りが解消されたからである。Aは、髪を掴んでEを歩道先のスロープに引っ張って行き、そこに置いてあった自身の衣服の入った袋を拾うために家に入り、最寄りの路面電車駅に向けて歩いて行った。翌日、Aは警察に自首した。

〔128〕 本件では、Eをバルコニーから突き落とし、手で殴打し、舗装された歩道に打ち付け、さらに殴打し、踏みつけるという先行する行動部分は、全体として統一的な生活事象を形成しており、この事象の最後の時点で、Aは、既遂に達することではなく、かつ、先行事象に時間的・場所的に近接する形ではもはや既遂に達することはないであろうと認識していた。

〔129〕 もっとも、バルコニー事例がそうであるように、犯行が統一的な

事象として評価されうる場合にのみ、中止犯は認められうる。事象が別々の複数行為による場合には、中止の問題は、それぞれの行動部分につき個別に評価されなければならない。

3. 自身のなしたことの有効性に関する行為者の錯誤は考慮されるのか？

〔130〕 自身のなしたことの有効性に関して行為者が錯誤していた場合、この錯誤は既遂適性の不認識という形で考慮されるのか、されるとすれば、どのように考慮されるのかという問題には、いまだ明快な説明がなされていない。未遂の終了性に関する行為者の表象が規範的に補完されるのであるから（上述欄外番号111）、このような錯誤が考慮されるとすれば、それは、もちろんのこと、行為者が諸事情を認識した上で、行為者側でのさらなる関与がなければ既遂になりえないであろうと考えており、そのような行為者の考えに合理性が認められることを前提とする。

〔131〕 事例 9.16

行為者は10回分の毒薬注射が毒殺には必要であると考えており、そのように考えることは客観的にも理解可能であった。しかし、5回注射したのちに、すでに被害者に明らかな症候が生じたため、これを後悔した行為者はその後の犯行を放棄した。ところが、当初の見込みに反して、すでに5回の注射で十分に死に至るものであった。被害者は死亡した。

〔132〕 支配的見解はこの錯誤を考慮に値しないとして、行為者への刑法24条の適用を否定する。既遂に達したことで中止の余地が消失したので、行為者は故意既遂犯として処罰される、というのである。

〔133〕 これに対して、少数説によれば、少なくとも、行為者が、まだ既

遂に達しえず、犯行の放棄が経験則上なお可能であると考えていた時点で、犯行を放棄しているのであれば、この錯誤は考慮されるというが、この見解が賛同に値するように思われる。このように考えた場合、犯行の放棄により故意が否定され、それゆえに、この既遂は過失によって惹起されたものとして責任が負わされるにとどまる。

〔134〕 この少数説に対しては、その他の結果犯の犯行においても、既遂に達する時点まで故意が継続していることは要求されていないと批判される。例えば、行為者が殺意をもって郵便爆弾を送付した場合、その送付後に行為者が自らの犯行を後悔し、既遂を阻止しようとしたとしても、結果的に既遂に至ったならば、当該死亡結果を故意に惹起したことにつき罪責を負うことは免れない、と。もちろん、このような批判は、以下の2つの理由から説得的ではない。

〔135〕 第1に、行為者が諸事情に基づいて単に犯行を放棄することで中止できると考えており、客観的にもそのような考えが理解可能である場合、その行為者は、爆弾送付事例の場合とは異なり、既遂に達することを前提としていない。この行為者は、行為時点でもはや殺意を有しておらず、この点で手紙爆弾送付事例と区別される。というのも、爆弾送付事例での行為者は、犯行の阻止に成功しなければ死亡結果が生じることを前提としているからである。加えて、【爆弾送付事例では：訳者補注】行為者の主観的な認識（知的要素）が認められるために、故意は否定されない。というのも、意的要素が否定された（外界の変更を望まない）だけでは行為者は無罪とされないからである（詳細は§ 4 欄外番号194、195）。

〔136〕 第2に、まさしく、このような殺意の否定が重要な問題であることが指摘できる。というのも、未遂の可罰性を判断するための土台は行為者の表象であって、行為者の表象が構成要件に該当する攻撃対象への直接的な危殆化の基礎にもなっているからである。しかも、客観的にも理解可能な行為者の表象は、未遂の終了性の基準でもある。したがって、行為者が中止時点で（「中止行為基準」）で、なお既遂に必要なことを全て行っていないと考えており、そのような考えが客観的にも理解可能であるとすれば、実際には、行為者が必要なことを全て行っていた場合で

あっても、未終了未遂が認められる。このような状況下で行為者が犯行を放棄すれば、可罰の未遂の無価値はその段階で終了する。なぜならば、犯行についての表象が終了することで、人的無価値は終了しているからである。残存するのは、因果経過と既遂無価値から構成される事態無価値であって、そのいずれも「犯行についての表象」には含まれていないのである。既遂が予見可能である場合には、過失を理由とする責任を負うことが考えられる。過失にも該当しないとすれば、行為者は不可罰にとどまる。

〔137〕 これに対して、支配的見解が故意既遂犯として処罰するとすれば、このような考えは許容されるものではない。なぜならば、人的無価値は、中止行為以前に実現された事態無価値も含めて、中止によって打ち消されているのに、支配的見解によれば、この打ち消された人的無価値と、これとは別に考慮されるべき、因果経過と既遂無価値から構成される事態無価値が、本来はその基礎となる故意という人的無価値がないのに、関連づけられているからである。

〔138〕 自身のなしたことの有効性に関する錯誤が考慮されるとしても、これは、不作為の有効性に関して錯誤している者には妥当しない。事例9.18（後述欄外番号146）で、プール監視員が自らNを引き上げるだけで救助できると誤信している場合には、中止の必要条件である中止行為、すなわち「既遂に達することの阻止」がすでに認められない。

4. 構成要件外の目標を達成したにもかかわらず、未遂が終了していないと言えるか？

〔139〕 構成要件に該当する外界の変更が発生していないが、行為者がすでに目標を達成した場合にも、未終了未遂の中止が認められうるのか。1993年の懲らしめ事例を契機に、この問題について活発な議論が交わされている。

〔140〕 事例 9.17

懲らしめ事例 (BGH GSSt 1/93 BGHSt 39, 221): 行為者Tは、被害者Oを「懲らしめ」るために、殺意 (未必の故意) を持ってOの腹部をナイフで刺突した。Tは、懲らしめるという目標を達成したために、Oを放置し、その際に殺害のために必要なことをまだ全て行っていないと考えていた (反証不可能な事実)。Oは死亡しなかった。

〔141〕 連邦通常裁判所 (BGH) の大刑事部は、殺人未遂の放棄による不可罰的中止を肯定した。

〔142〕 ある態度を刑法的視点で評価する際の指針はその態度の構成要件該当性であり、Tの決意がこの評価と関連づけられていたのであるから、殺人という犯罪行為の未終了未遂を肯定した連邦通常裁判所 (BGH) の判断には賛同されるべきである。というのも、実際には、Tの表象内容としては、Oの殺害に必要なことを全て行っていなかったからである。

〔143〕 しかし、問題は、Tが刑法24条の意味で犯行を放棄したと言えるのか、である。放棄の対象が構成要件外の目標にも及ぶべきだと考えれば、犯行の放棄が認められるべきではないことになるが、このような考えは適切ではない。刑法24条が関係するのは、構成要件該当態度だからである。TはOの殺害という構成要件に該当する目標を確かに未必的故意でもって実現しようとしているが、このことは犯行の放棄を認めることの反対論拠とならない。なぜならば、そうでなければ、未必の故意でなされた未終了未遂の場合での中止がおおよそ考えられなくなるからである。それゆえに、この種の事案でも、犯行の放棄が肯定されうる。

〔144〕 不可罰的な中止が認められるための要件としては犯行の放棄以外に任意性が残るだけなので、Tの中止は有効である。Tによる犯行の中止が、法への誠実さではなく、懲らしめの達成を理由としていたとの事情は、

正義感に反するとしても、中止の公式の観点では重要とされてはならない。加えて、危険な身体傷害（刑224条）に関するTの可罰性は中止に含まれないことに、注意を要する。

5. 不作為の中止未遂

〔145〕 不作為の未遂にも、不可罰的中止が認められうる。しかしながら、不作為の場合では、既遂回避に必要な行為を実施したことが中止態度となる、という点に特徴があり、それゆえに、犯行が既遂に達することの阻止という選択肢だけが問題となる。当初に必要とされた行為を実施することで既遂に達するのを妨げうると行為者が考えている場合には、未遂は終了していない。行為者がそれ以上の措置を必要だと考えている場合には、終了している。不作為の未遂における終了性は、どのような行為者の行動が不作為未遂の中止の要件として要求されるべきかに左右される。

〔146〕 事例 9.18

プール監視員Bは、自分が嫌いなカナヅチNがプールの水深を見誤っているのを見て、そのままNを溺れさせようと決意した。しかしながら、泳ぎの得意な法学部学生が、Nが屋内プールの底に沈んでいるので、Nを助けるようにBに伝えた。

ヴァリエーションa：BはNを即座に救助した。Nは激しく咳き込んだだけで帰宅した。これは、不作為の未終了未遂の中止である。

ヴァリエーションb：Bは、3分が経過したのちに、殺意を放棄した。その後にBは、その時点で必要となっていた蘇生措置を行うことで、Nを救助した。これは、不作為の終了未遂の中止である。

〔147〕 確かに、両事例で、刑法24条1項1号2肢により、中止に成功している。しかし、不作為の終了未遂の場合では、確かに最善ではなく、必要な活動で足りるものの、さらなる阻止行動に出なければな

らないと行為者が考えている点に相違がある。さらなる阻止活動を行っていない場合には、Nがその他の方法で救助されたとしても、刑法24条1項2文に反し、中止は認められない。

〔148〕 それまでの不作为の有効性についてBが錯誤していた場合、この錯誤は、一積極的作為による未終了未遂の場合（上述欄外番号130以下参照）とは異なり一ヴァリエーションaにおいても考慮されない。確かにBはヴァリエーションaにおいて、単純な介入によってまだNを救助できると考えており、それゆえに、介入に出た場合には既遂故意なく行為している。しかしながら、Bは、（積極的作為における「放棄」とは異なり）必要とされる中止行為、すなわち、既遂に達するのを妨げることができない。

〔149〕 不作为の不能未遂においても、不作为の中止未遂が認められうるかには争いがある。というのも、行為者が即座に介入した場合でさえ、既遂に達するのを妨げたとは言えないからである。

〔150〕 事例 9.19

ラジエーター事例（BGH 5 StR 127/97 NStZ 1997, 485）：被害者Gが被告人Aから逃れるために高温のラジエーターの背後にある壁のくぼみ部分に隠れたところ、AはGをそこに押し込んだことで、Gは自力で出られなくなった。AはGをそのままにして、就寝した。翌朝7時ごろ、AはGが昨晚と同じ状況にあるのを確認し、家を出た。Gはその時点では確かに生きていたが、すでに致死的な傷害を負っていた。3時間半後、AはEの説得に応じて、Gを上記状況から解放した。Gは、翌々日に死亡した。

〔151〕 地方裁判所（LG）は、Aを逮捕監禁罪及び傷害致死罪で有罪とし、両者を観念的競合（Tateinheit）とした。連邦通常裁判所

（BGH）は、特に不作為による謀殺未遂罪を肯定した。なぜならば、Aは、朝7時に【Gを放置するという：訳者注】自身の態度により致死的結果が発生しうることを認識した時点で、死亡結果を阻止できなかったからである。それゆえ、連邦通常裁判所（BGH）によれば、不作為の仮定的因果関係が認められないために、不作為による既遂は否定されるという。もっとも、「犯行が既遂に達するのをもはや妨げられなかった」ために、上述の行為者の行動があっても、不作為による未遂の不可罰的中止は認められない、と。

〔152〕 キュッパー（Küpper）は、正当にも、この判例理解からは、不作為の不能未遂の中止が一般にあり得ないことになると批判した。その上で、刑法24条1項2文による解決を提案している。その条件は、「中止行為者が関与せずとも犯行が既遂に達しなかったこと」であろう。事実、このような考えが前提とされるべきである。というのも、Gの死亡結果がいずれにしても回避不可能であったために、不作為の未遂は死亡結果を惹起しえなかったからである。このように考えると、Gの死亡結果が発生したのは、朝7時時点でのAの不作為に帰属できない別の要因による。犯行が「既遂とならない」理由が、既遂に達しなかったからなのか、それとも、行為者に帰属可能な要因により発生していないからなのかは、行為者の視点からは区別されない。

〔153〕 さらに、いわゆる失敗未遂の理論は採用することができない（後述欄外番号161以下参照）が、同理論を採用したとしても、連邦通常裁判所（BGH）が中止の可能性を否定したことに対しては、失敗は行為者の表象に左右されるべきとの批判が加えられる。しかも、積極的作為によって既遂に達するのをまだ妨げられると考えている者が失敗未遂を前提とすることはなく、刑法24条の要件のもとでは中止が可能である。それゆえに、不作為未遂の不能性だけでは、中止の可能性は否定され得ないのである。

〔154〕 しかしながら、このことは、ラジエーター事例でAに不可罰的中止が認められることを必ずしも意味しない。なぜならば、多くの論者の主張するように、中止のためのAの努力には真摯性や任意性が欠けているからである。

6. 特別な帰結により加重されている（結果加重の）犯行の中止未遂

〔155〕 特別な帰結により加重される（結果的加重の）犯行（上述8章）についても、可罰的未遂の中止はありうる。これは特に、生じた特別な帰結を行為者が認識しつつ基本犯罪を中止した場合に妥当する。これに応じて、連邦通常裁判所（BGH）は、行為者が強盗を行おうとした事案で、刑法222条（過失致死）による可罰性だけを認め、刑法251条（強盗致死）による可罰性を認めなかった。行為者は犯罪実行のために、目的とする奪取行為に対する抵抗可能性を奪う目的で、被害者にピストルを向けた。その際、銃が暴発し、被害者を殺害した。行為者は、さらなる犯罪実行を行わず、盗品を持たずに犯行現場を去った。

〔156〕 この場合に全ての犯罪行為要素—例えば、奪取と、強盜的手段による強要—を中止することが必要とされるべきかについては、問題があるように思われる。奪取未遂だけを中止したことは強要による可罰性を否定しないものの、可罰的な強盜未遂を認めることには問題があるからである。

7. 中止の任意性と最終性

〔157〕 不可罰となるには、中止は任意でなければならない。任意性が認められるのは、自発的な動機から犯行を断念した場合である。この点につき、ラインハルト・フランク（Reinhard Frank）は、「目標達成が可能であっても、望まない」と行為者自身が考えているべき、との大枠の公式を定立した。しかし、具体的事案において、この区別は非常に困難である。

結局のところ、行為者が中止を強制されたとは言えないことが重要となる。この表現は単に存在を記述するのみならず、当為を考慮し、それゆえに規範的評価に基づくものである。このことを示すのが、処罰に対する不安から中止したケースであり、支配的見解によれば、この種の不安が翻意の動機であっても任意性は否定されない。これに対して、他律的な動機（「目標達成を望んだ場合であっても、できない」）が行為者を支配している場合には、任意性が否定され、不可罰的な中止は認められない。

〔158〕 アメルンク（Amelung）は、不可罰的中止の目的が「危殆化からの回帰という規範の妥当性を確証することの、恩典」にあると考え、中止における任意性の公式を次のようにまとめた。「未遂を、法執行による強制やこれに類する強制とは無関係に、ないしは、自制不可能な身体的・精神的反応といった決定的作用によらずに中断した者は任意に中止している」、と。

刑法24条1項1号は、犯行の放棄や犯行が既遂に達することの阻止を要求しているのであるから、行為者が他の方法で犯罪行為を行う目的又は他の方法で既遂に至る目的で、具体的な実行行為をやめたり、または具体的な時点で既遂に達することを阻止したりするだけでは不十分である。むしろ、合法性への回帰や被害者保護の要請からすれば、少なくとも以下の程度で行為者が具体的な犯行客体の侵害を断念することが必要である。すなわち、その後に攻撃がなされた場合には一連の事象がもはや統一的な生活事象としては捉えられず、新たな犯行決意と理解される程度、である。

〔160〕 事例 9.20

行為者は、動産を奪取するに際して、人に対する有形力を用いることをやめ、欺罔により、被害者に警察官であると偽り、物の押収権限があると誤信させようと決意した。この場合、強盗未遂の不可罰的中止は認められるとしても、もちろんのこと、窃盗未遂の可罰性は残る。

なぜならば、欺罔された被害者は任意に物を渡したのではなく、押収だと偽られたために渡したからである。

8. (主観的な) 失敗未遂

〔161〕 特にかつての判例が犯行計画基準との関連で展開し、不当なことではあるが、現在では大部分の学説も採用する失敗未遂の理論に当てはまる事案では、初めから任意の放棄の問題が生じない。なぜならば、中止が否定されるからである。これによれば、未遂が失敗したと言えるのは、行為者が最後の実行行為を終えた後に、連続して犯行を継続しても、当然に思いつくような手段を用いても、もはや既遂に達しえないと認識・誤信している場合である。例えば、犯行道具が不能であると判明した場合（ピストルが装填されておらず、他の殺害手段が利用できない場合）、目的とする外界の変更がすでに生じていた場合（被害者が既に第三者によって殺害されていた場合）がこれにあたる。

〔162〕 事例 9.21

月経事例（BGH 1 StR 389/65 BGHSt 20, 279/280）：被害者が月経中であったために、被告人はこの事情が強姦計画の邪魔になると考えた。この点につき、連邦通常裁判所（BGH）によれば、「被告人にとって、襲撃対象の状態を理由に襲撃対象が自身の…目的とする性交渉に適していないことが明らかとなった。この事情は、行為者にとって、自己の計画実行を放棄する強制的な理由であった（失敗未遂の事案：*délit manqué*）」。

〔163〕 終了時期に関する問題と同じように、失敗の場合でも、中止行為基準ないしは全体観察が重要となる（上記欄外番号118以下、124以下）。

失敗未遂の理論は、行為者が中止時点でどのようにしてももはや既遂に至

りえないと考えていた事案、つまりは、その他の点では、任意性を欠くために行為者が中止犯となりえないような未終了未遂に当たると言える事案だけを対象としている。

〔164〕 事例 9.22

AはBをピストルで射殺しようとした。弾丸は外れた。Aは身体的にBに劣っていたので、目標達成のための他の手段は存在しなかった。未遂は失敗している。不可罰的な中止は問題とならない。

〔165〕 事例 9.23

AはBをピストルで射殺しようとした。弾丸は外れた。AはBに対してピストルで殴打することもできたので、未遂は失敗していない。Aは、任意に犯行を放棄することで未終了未遂を中止できる。

〔166〕 失敗未遂の理論が未終了未遂にのみ適用可能なのであるから、終了に関する問題は事実上省略される。しかも、同理論の検討経済的な利点は、中止が任意に行われたかどうかの検討が独自に必要とされない点に認められる。

〔167〕 もちろん、このような僅かな利点が認められるとしても、解釈論上の根拠づけの点で失敗未遂の理論が抱える欠点は拭い去れない。というのも、この理論はその根拠づけとして特に、行為者が自己の表象上もはや犯行が既遂に至りえないと考えている場合、その行為者は犯行を「放棄」できず、したがって、本来的な中止が認められないことを挙げるからである。行為者が犯行を放棄しようとする決意は任意性に基づかないとは言えないのであるから、合法性への回帰は任意ではないとは言えず、単に、行為者からすると変更不可能な事態に行為者自身は従っているに過ぎない、

という。

〔168〕 この論拠が説得的となるのは、「犯行の更なる遂行」の放棄（刑24条1項1文）が「法律上の構成要件要素の実現」の放棄として理解される場合や、放棄という要素自体に「中止決意」や「継続の認識」といった（主観的）要素が内在していると理解される場合に限られる。これらの場合であれば、行為者が選択可能性を欠いているために主観的には中止も犯行の継続も決意しえないのであるから、放棄はもはやありえないと考えることができよう。

〔169〕 しかしながら、刑法24条1項にいう「犯行の更なる遂行」の放棄という客観的かつ純粹記述的要素は、既遂に達するためのさらなる行為を行わないという点に尽きている。なぜならば、「放棄」それ自体では、目的性を伴わない「単なる意味論的な概念」が問題となっているからである。

〔170〕 一般的な用語法に従っても、達成不可能だと認識すれば、放棄に至りうる。スポーツ選手は体力がなくなれば断念するし、棋士は勝ちの見込みがなくなれば投了する。それどころか、放棄がなされるのは、成功の見込みがない状況がほとんどであるとさえ考えられる。放棄の対象は行為であって、達成不可能な目標ではないのである。

〔171〕 失敗未遂の理論は、中止における評価問題が、行為者が「放棄」したのかという問いではなく、行為者が「任意に」放棄したのかという問いであるとの点を看過している。この理論は、未終了未遂の任意性なき中止という古典的な構造に優越するものではなく、それゆえに、不要である。

〔172〕 したがって、失敗未遂【という概念：訳者補注】を認める必要はなく、失敗未遂の場合は未終了未遂における放棄に包摂される。もっとも、そのような放棄は任意とは言えず、それゆえに不可罰的中止は否定されることになろう。

Ⅱ. 中止の不可罰根拠

〔173〕 中止の不可罰効果の根拠を問題とする際、多くの説明は、本質的に2つのグループを提示する。すなわち、（1）中止時点での不可罰効果と関連づける説明と、（2）判決時における状況を参照する説明である。

1. 「中止時点を基礎する」見解

〔174〕 中止時点を基礎とする見解には、とりわけ、中止による不可罰性の根拠を法誠実的な態度への「黄金の架け橋」に求め、行為者は不可罰となることを見込んでこの橋を渡るよう動機づけられると考える見解が分類される。確かに、この見解によれば、攻撃客体とその背後にある法益のための保護効果という中止の持つ効果に焦点を当てることができる。しかしながら、この見解の決定的なデメリットは、この説が犯行時点での現実を適切に反映していない点に認められる。なぜならば、例えば、確かに行為者は刑法212条の殺害の禁止により犯行を思いとどまることはなくとも、中止によって不可罰となることを見込んで殺人既遂を思いとどまるはずである、という事態がありうるのかとの疑問が解消されないからである。したがって、行為者が犯行という例外状況下でそもそも動機づけされうるのかという疑問が正当にも残る。

2. 「判決時を基礎とする」見解

〔175〕 判決時を基礎とする見解には、さらに、一回顧的に一態度に報いる（「恩典説」：中止に対する褒賞）とする考えと、一展望的に一中止がなされた場合に刑罰がなおどのような目的を果たしうるのかを問う考えとに分かれうる。

〔176〕 判決時を基礎とする根拠づけと刑罰理論とを関連づける視点を看過するべきではない。このような考えを一貫させた場合、ここでも統合説が妥当しなければならない。刑罰が絶対的・相対的要素によって基礎付け

られうるとすれば、同じことが未遂の不可罰性に関しても妥当しうと考
えなければならないであろう。未遂が不可罰にとどまるのは、行為者が中
止したからであり（絶対的刑罰論、応報思考）、加えて、行為者が法誠実
的な心情を証明しているために処罰を必要としないからであり（特別予
防）、さらには、行為者が自身の態度により規範の妥当力を確証し、この
ことで公衆に対する規範妥当性の証明がもはや不要となるから（統合予
防）、である。

〔177〕 上述のような中止による不可罰性に関する説明の試みは、不可罰
性を犯罪体系的にどのように位置付けるかという問題に影響する。未遂と
中止との非難可能性を衡量する中で「差し引きするもの」として中止を理
解すると、すでに本書が刑法35条に関して提示した構造を採用することにな
る。すなわち、刑罰をもはや必要としない程度に責任を減少させる、と
の発想である。このように理解すると、中止は免責事由を問題とするもの、
ということになる。

〔178〕 これに対して一支配的見解が主張するように一刑事政策的に捉え
て、不可罰性の根拠づけの重点を、犯罪的な印象も法動搖的な印象も十分
な程度で示されていないために、行為者が特別予防的にも一般予防的にも
刑罰をもはや必要としないという点に置くとすれば（刑罰を根拠づける印
象説と対をなすものとしての、刑罰目的説または徴表説）、責任の観点か
後退し、中止が単なる刑罰阻却事由として理解されることになろう。支配
的見解の根拠となるのは以下のような考えである。確かに、中止によりも
たらされる不可罰性も不法減少及びこれに基づく責任減少の観点を基礎と
することは、否定され得ない。しかしながら、刑法35条とは異なり、犯罪
行為固有の既遂無価値や、侵害利益を犠牲にして保全利益を優遇するよう
に行為者を誘う責任減少的な動機づけへの強制力が認められない。それゆ
えに、中止行為者の【犯行を中止するとの：訳者補注】判断はお目こぼし
を受けるだけにとどまらず、それ以上に、結論においてまさに望まれたも

のであって、つまりは、単なる免責を超えたものである。