

クリスチャン・イエーガー「中止未遂における任意性要件」

野澤, 充
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/7391546>

出版情報 : 法政研究. 92 (2), pp.95-126, 2025-10-06. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



クリスチャン・イエーガー
「中止未遂における任意性要件」

野澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、ZStW Bd.112, 2000, S.783-810 に掲載された、クリスチャン・イエーガー教授による論文 (Christian Jäger, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW Bd.112, 2000, S.783-810) の翻訳である。イエーガー教授は本論文執筆当時はミュンヘン大学の助教としてクラウス・ロクシン教授に師事していたが、現在はエアランゲン・ニュルンベルク大学教授であり、その経歴について詳しくは法政研究 81 巻 1・2 合併号 (2014 年) F47 頁以下を参照して頂きたい。

本論文の内容は表題のとおり中止未遂における「任意性要件」に関するものであり、いわゆる「心理学的考察説」(原文の表現では「Psychologisierende Theorie」)と「規範的考察説」(原文の表現では「Normative Lehre」)という2つの大きな枠組みでの対立について、裁判例や具体的事例などを素材に検討した上で、イエーガー教授の私見として正犯原理を転用することによる自律性判断という観点から規範的・实际的解決をもたらすことが示され、強要による場合や錯誤による場合などに任意性が阻却されるものであるとしている。イエーガー教授の私見そのものについてはさらなる検討を必要とする部分はあるが、中止犯の任意性に関する学説として、いまだに「客観説」「主観説」「限定主観説」などといった、基準としての有用性そのものが疑問視されるような学説がはびこる日本においては、とりわけ前提としての「心理学的考察説」と「規範的考察説」という大きな枠組みでの理論分析は非常に参考となるものであると言えるのであり、四半世紀前の論文ではあるものの、な

お日本の議論に資するものとしてここに紹介する次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に
関して、意訳した部分があることを御承知頂きたい。さらに脚注については、でき
るだけ原論文の脚注を補足するような形で文献名等を記載するように努めたが、い
くつかの文献に関しては原論文の引用のままとなっている点を御承知頂ければ幸い
である。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

*

*

*

昔から、刑法典 24 条の枠内における任意性決定の際に、一方では心理学的考察
説の形式での、他方では規範的考察説での、互いに相解することのない二つの大き
な考察の枠組みがある。この争いの重要な意義は、全ての中止の状況に共通する任
意性の要件が行為者の不処罰にとって決定的な影響を与え得るものであるという事
実から説明される。それに対応して、未遂行為者に対する任意的な中止の援用は、
しばしば不処罰獲得への最後の機会を意味している。ちょうど任意性要件はこのよ
うにして、被告人にとってたびたびキャスティングボートを握っているものとなる
のである。その際にこれまで、正犯理論が昔から影響を与えている法律上および法
解釈上の基準を、任意性要件の意義に援用しようと試みられることはあまりにも少
なかった。以下の論文は、従来議論におけるこの隙間を埋めようと試みるもので
あり、正犯理論と中止理論の同化によって任意性要件の決定を新しい根拠に基づか
せようと試みるものなのである。

I. 任意性概念の心理学的考察による決定

1. 判例は前々から刑法典 24 条に基礎づけられた任意性要件において、心理学的
考察による解釈をする見解に立っている。それによれば、行為者にとって「その
意図していることの遂行を放棄するような強制的な理由が存在した」ので、「した
がって外部的な強制状況によりその遂行を阻止されたり、ないしは精神的重圧によ
りその行為を完成させることができない」場合には、原則的に不任意な中止が出発
点とされるべきことになる。それに対し、中止者が「その決断の支配者」のままで

あり、その犯罪計画の実行をなお可能なものとして把握していた場合には、任意性は承認されるべきことになる。その際にBGHは、任意性の問題にとっては、中止動機が道徳的に是認する価値のあるものかどうかの問題ではなく、単に行為の中止が、例えば行為者が発見されたと思って逮捕を恐れて中止した場合におけるような精神的重圧の下で達成されたかどうかの問題なのである、ということをつたたび指摘してきた。学説においてはこの心理学的考察の前提は、部分的な酷評へと出くわすことになった。とりわけこの考え方に対しては、判例が主張しているような一面的な心理学的考察はほとんど検証不可能であるだけでなく、行為者が外部的な重圧なしに単に変化した状況に論理的に譲歩したような場合にたびたび不当な結論へと至ることにもなるということが反論された。

2. しかし他方で学界においても、多数の心理学的考察方法の支持者が見うけられる。とりわけ有名なFrankの公式⁽⁴⁾はその〔心理学的〕考察方法に分類されるべきである。その公式に基づくならば、中止が自律的に、自ら設定した動機においてのみ、すなわち行為者が自らに「仮に私はその目的を達することができるとしても、そのことを望まない」と心の中で考えた場合に、任意とされるべきである。それに対しFrankによれば、とりわけ行為者が自らに「仮に私がその目的を望んだとしても、その目的を達することはできない」と心の中で考えた全ての場合において、中止は不任意のものである。今日この公式は時代遅れのものとして評価される

(1) BGHSt. 7, 296, 299; BGHSt. 20, 279, 280; BGHSt. 35, 184, 186; BGH NStZ 1993, 279参照。

(2) BGHSt. 35, 184およびさらなる文献参照。

(3) Paul Bockelmann, DR 1942, 432; ders., Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, S.1418; Wilfried Bottke, Strafrechtliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S.184; Alexander Graf zu Dohna, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts, ZStW 59 (1940), S.541; Alexander Peter Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, S.190; Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S.98ff.; Günther Jakobs, Allg. Teil, 2.Auf. 1991, 26/33; ders., JZ 1988, 519; Hans-Joachim Rudolphi, in: SK StGB, §24 Rdn.24; Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S.300ff.

(4) これに関してはReinhard Frank, StGB, 8.-18.Auf., §46 II. Frankと同様のものとしてWalter Gropp, Allg. Teil, §9 Rdn.73; Kohlrausch/Lange, §46 V II 1; Karl Marx, Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und nach den Entwürfen, 1929, S.5; Ludwig Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1926, S.53; Vogler, in: LK, 10.Auf., §24 Rdn. 87; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Auf. 1969, §25 I 2.

ことが許されよう、なぜなら2番目の部分において、そこにおいては任意的な中止も不任意的な中止もありえないという、失敗未遂 (der fehlgeschlagene Versuch) の特徴を述べていることが認められるからである。⁽⁵⁾ すなわち、行為者が自分自身でもはや結果実現へと至る可能性がないと評価した場合には、通説によれば、行為者が中止し得る、という放棄の可能性がもはや存在しないのである。その他の点では Frank の公式は、その公式によればこの行為者は中止の時点まではなお行為完成の可能性を前提としていたということを主張しさえすればよいが故に、不処罰は単に行為者の応訴能力に左右されるという批判を、⁽⁶⁾ 適切にも受けている。

3. Schröder もまた心理学的に考察する。⁽⁷⁾ それによれば、中止が行為者の自律的な動機によりきっかけづけられた場合、すなわち行為者にとって不都合な状況の変化なしに、内面的な考慮に基づいてのみ中止をする決心を固めた場合に、中止は任意的に生じたのである。それに対して、「他律的な動機が行為者の決断を決定した場合」には、中止は不任意のものとされるべきである。しかしながらこの意義づけは、そのような意義づけが、その際に「任意」および「不任意」の要件が、内容においてより豊かなものではない「自律的」および「他律的」の概念によって、単に置き換えられたものであるが故に、法律文言の書き換え以上のことを達成することはほとんどできないということから、当然に非難された。

4. 最後に、Schmidhäuser もまた、⁽⁸⁾ 彼が行為者の行為利益を決定的な基準へと高め、中止者にとって具体的な行為がそれ自体としておよび結果を顧慮してもまだ常に利益を持つものであるのにその利益から離れ去った、という場合にのみ任意性を承認する場合には、心理学的な端緒を選択することになる。それに対して、「具体的な行為が中止者にとってそのようなものとして、ないしは待ち望まれた結果を顧慮して、興味をそそられないものとなった場合」に、不任意性が存在すべきこと

(5) それについては Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, in: Festschrift für Heinitz, S.253; 同様に Bottke (脚注3), S.185; Gutmann (脚注3), S.80ff.; Joachim Hruschka, Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeeendeten Versuch, JZ 1969, 497.

(6) Bottke (脚注3), S.184.

(7) これに関しては Horst Schröder, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 83; ders., Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956, 323; 類似したものとして Ernst Heinitz, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, 251.

(8) Eberhard Schmidhäuser, Allg. Teil, Studienbuch, 11/86.

になる。しかし Walter はこれに対して、正当にも次のように異議を唱えた。⁽⁹⁾ すなわち中止者にとって行為の完成は中止の選択肢と比較して、常に比較的価値のないものである〔(だからこそ「中止した」のである)〕が故に、Schmidhäuser の判断はまさに限界事例においては全く明確な解決を提供することができない、⁽¹⁰⁾ と。

II. 任意性概念の規範的考察による決定

心理学的考察による解釈との対極を形成するのは、学説において見出された、任意性の決定の際に規範的な観点から判断する構想である。

1. それにおいて全くもって最も興味深い端緒を提供したのは、Roxin によって基礎づけられたいわゆる犯罪者の理性の理論である。それによれば、中止が、「冷酷で、具体的な行為計画の危険と機会を冷静に考量した犯罪人」の視点からして理性的なものであった場合には、中止は不任意となるべきである。例えば行為者が、発見されたと認識したが故にのみ中止した場合が、これである。⁽¹¹⁾ このような犯罪者という職種における法則に対する従順さは法秩序の報酬を受けるに値するものではなく、⁽¹²⁾ それ故に不任意なものとして格付けされるべきである。それに対して、例えば窃盗に行く途中において具体的な誘因なしに突然激しい不安に襲われ、そこから逃亡したが故に、行為者が「その職業の基準に照らして理性的ではなく」振舞ったものである場合には、中止は任意的なものであるとすべきである。⁽¹³⁾ それには、Roxin によって主張されているいわゆる刑罰目的説を背景にした構想が見られ得る。これは任意的な中止の不処罰に対する決定的な観点を、合法性へと帰還しようとする意思に見てとるのであり、それ故に Roxin にとって任意性要件の枠内にお

(9) Michael Walter, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, S.64.

(10) したがって例えば処罰に対する恐れから中止した行為者にとっても、その者が自らの計画を継続させないほどに行為の既遂が興味をそそるものではなくなることになる。それゆえそのような事例においてなぜ任意性が存在するべきなのか (Schmidhäuser (脚注 8), 11/68) は、Schmidhäuser の主張からはよくわからないままなのである。

(11) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256; ders., ZStW 77 (1965), S.97; Roxin の見解に原則的に従うものとして Botke (脚注 3), S.496ff., ならびに Rudolphi, in: SK StGB, §24 Rdn.25. Rudolphi は犯罪者の職業上の準則 (leges artis) を引き合いに出す。

(12) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256.

(13) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256; ders., ZStW 77 (1965), S.97; これに関連するものとして Botke (脚注 3), S.495ff., ならびに Rudolphi, in: SK StGB, §24 Rdn.25.

いてもまた、行為者の判断と法の基盤への回帰が結合されたかどうか、評価的に算出されるべきものなのである。⁽¹⁴⁾

BGHはRoxinの規範化の提言を、Lacknerと関連して、Roxinの理論によれば、任意的な、すなわち外部的な圧迫ないしは内心的障害に基づくわけではないような、中止の明白な場合が、目的論的な考慮により可罰的なものとして解釈され得るであろうという理由づけにより、常に拒絶してきた。⁽¹⁵⁾ 任意性の要素はその限りにおいては既に概念的には心理学的な決定を強制するものなのである。Roxinはこの抗弁を取り上げて、「判例において見出されているこの命題に関する言明もまた、ひそかにそのような根拠に基づいている」ということを印象深く立証した。⁽¹⁶⁾ 彼はこれについて、BGHSt. 9巻50頁を参照するように指示した。その判例においてBGHは自ら、全体の事情に従って、思慮分別に従うとそれを引き受け得なかったが故に行為の実行を取りやめなければならなくなったような、差し迫った露見と処罰の危険が被告人の心に沸き起こった場合には、中止は不任意なものであるということを出発点とした。それにより、Roxinによれば、BGHは「さらなる行為が行為者にとって理性的なものではなかったであろう場合には中止は不任意であり、任意性概念の規範化は不可避のものである」ということを自ら認めた、としたのである。⁽¹⁷⁾

しかし原則的な規範化の必要性を全く除いては、学説において犯罪者理性の基準の有用性もまた多方面から疑問視されている。とりわけ、犯罪者仲間の典型的な規律は一般には立証可能なものではないということが反論として挙げられている。というのも、典型的な犯罪者も、典型的な殺人者や窃盗犯ないし強姦犯も、存在しないからである。⁽¹⁸⁾ それ故に、Roxinによって求められた規範化は結果として、心理学的な試みよりもなおわずかにしか明確な解決へと至らないものなのである。その他にもWalterはRoxinの出発点に対し、「犯罪者的には理性的ではない」行為者において、常には合法性への回帰が表明されるわけではないという異議を述べてい

(14) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256参照。

(15) 例えばBGHSt. 35, 187およびさらなる裁判例参照、そこではLackner, StGB, §24 Rdn.18を援用している。

(16) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256。

(17) Roxin, Festschrift für Heinitz, S.256。

(18) 例えばBottke (脚注3), S.200参照。

(19) これに関してはWalter (脚注9), S.64。

る。したがって、根拠のない恐れに悩まされ、非理性的に望みのある犯罪計画を止めた人は、ただ法秩序を尊重する市民としてはまだ現れるものではないのである。

2. 規範的な考慮に、Ulsenheimerの任意性構想も基づいている。それゆえ中止の任意性は「行為者の法の道への回帰」の際にのみ認められるべきであるとする⁽²⁰⁾。それによると彼は、Roxinの方向性に位置して、確かに合法性への回帰を要求する。しかし彼に対して、彼の理由づけの端緒がもはや中止選択肢の書き換え以上のことを成し遂げ得ないということについて、当然に異議が唱えられていた。というのも、中止する行為者は、好むと好まざるとに関わらず常に法の道に回帰するが故に、追加的に前提とされている任意性要件がそれを越える解釈を必要とするからである⁽²¹⁾。

3. 最後にWalterもまた、任意性を彼により展開された「十分な規範遵守準備」としての実証モデルを基礎にして理解することにより、規範的な出発点を選択する⁽²²⁾。「規範と一致した紛争解決」が特別予防的な要罰性 (Strafbedürfnisse) を消失させるとするのである。しかしこの端緒の弱点は、既にその定義において付与されているのである、というのも、いつ十分な規範遵守準備が与えられるのかという決定的な問題がむき出しのままだからである。Walterは次のようにも異議を唱えられている。すなわち、将来的な行為者の規範遵守準備は決して決定され得ないにもかかわらず、その実証構想を一方向的に特別予防的に方向づけたことにより、積極的一般予防的な構成要素をあまりに強くなおざりにしている、と。Walterは実際、これに関して彼自身疑問に思っているようであるが、行為者の実証のみを未遂行為の具体的な状況において要求している⁽²³⁾。しかしSchäferは、Walterがそれにより「特別予防から、その予防的な、将来の規範遵守の予測に向けられた核心を」自ら再び奪い取っている、と当然にも指摘している⁽²⁴⁾。

(20) Ulsenheimer (脚注3), S.314などいくつかの個所参照。

(21) Walter (脚注9), S.66, 70ff.

(22) Walter (脚注9), S.70ff.

(23) Walter (脚注9), S.43などいくつかの個所参照。

(24) Rüdiger Schäfer, Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S.55.

Ⅲ. いくつかの見解の実際上の効果

見てきたように、心理学的見解も規範の見解も、行為者が露見したと理解し、逮捕を考慮にいたらない場合に対して、不任意的な中止を承認することに至る。逆に両方の試みによれば、悔悟、羞恥ないしは具体的な動機なしに発生した処罰に対する恐れからの中止の際に、任意性は存在することになる。しかしその他の点では様々に異なった結論もまたいくつかの見解と結び付けられているということが、以下において判例からの三つの権威ある判決を手がかりにして、導かれるべきである。同時に、両方の試みが、任意性決定の際に介在する考え方に従ってその主張を強調するという、同様の弱点を指摘していることが明らかにされるべきである。

1. 両方の見解の異なる結論を、まず1955年のBGHの判決が描き出している。⁽²⁵⁾ この判決では、被告人がある女性を強姦するために投げ倒したという事情が基礎におかれた。襲撃された女性は身体的に劣っていたので、場合によっては通り過ぎる人に助けを呼ぶことを可能にするために、抵抗することをせずに、時間を稼ぐことを望んだ。それ故、彼女は襲撃者に、「むしろ暴力でそれをしようとするのではなくて」、その代わりにまずいくらか休息したいと要求した。その後で彼が「なお彼女と性交したい」のであれば、彼女もその準備ができる、と〔彼女は述べたのである〕。事実、被告人はその結果として、彼女から離れ、両人は立ち上がった。ほんの少し後に、二人の歩行者が来たときに、彼女は助けを求め、それによって行為者は逃げた。地方裁判所は被告人をこの事実に基づいて強姦未遂で有罪とした。その際に裁判所は、被告人の態度を強姦未遂の不任意的な中止として評価した、なぜなら「はるかに快適な方法で、なおかつ刑法上の有罪判決の危惧なしにその目的を達する……確実な見込みは、その意思形成にとって、理性に従っての自由な選択が行為者にはそもそも存在しなかったほどに強い動機であった」からである。しかしBGHはそれに対し、その心理学的見解を基礎に、異論を唱えた。その際にBGHは、ただ単に、行為者がまだ「その決意の支配者のままであり、かつその犯罪計画の実行をまだ可能なものとして評価していたかどうか、すなわち外部的な強制状況によって行為の完成を阻止されたのでも、精神的重圧によって行為を完成する能力を持たなかった

(25) BGHSt. 7, 296.

のでもなかったかどうか」という問題のみが決定的であるということを確認した。後々のために約束されての任意的な放棄は、即座に行われる強姦を放棄することを精神的に強制するような理由ではありえないので、行為者がその遂行を全般的にかつ最終的に放棄する限りにおいて、任意的な中止は承認されるべきである、としたのである。⁽²⁶⁾

それに対して、前述の事例において規範的な中止解釈は、任意的な中止の拒絶へと行き着く。というのは、行為者は正当に評価するに値するものとして合法性に帰還しなかったからである。なぜなら、行為者が、その目的をより快適でかつより危険の少ない方法で達成できるが故にのみ、強姦未遂を見合わせるならば、そこにおいては不処罰により報いられなければならないであろう功績は何ら見られないからである。⁽²⁷⁾

異なる結論が観察される場合には、規範的な基礎づけは実情に対し實際上、よりよく適合したものとなるように思われる。もっとも、規範的考察説がここで正義を考慮して汲み尽くされ、そして中止の功績を正当に評価しない真の理由を全く挙げないということは、奇妙である。とりわけその規範的考察説自身がここで理性的観点には焦点を合わせていないのである。しかし事実において、ここでのこのような観点は、認識の獲得を何ももたらさないであろう。なぜなら、どのように「理性的な」強姦犯人が具体的状況において振舞うかが全く以って算出され得ないからである。被害者の引き伸ばし戦術に同意することが強姦犯の見地から理性的である、というのは、それどころかむしろ否定されなければならない。したがって犯罪者の理性による説はここで、彼らにより好まれた不任意性の判決を全く支えるものではないのである。

2. 両方の見解において異なる結論を導く興味深い例を、1988年のBGHの判決もまた提供している。その事例において、被告人はMを殺そうとした、という⁽²⁸⁾

(26) BGHSt. 7, 297. BGHはこれに関して、事実審裁判官の十分な確認が欠けている、なぜなら被告人が計画された性交の強要をまださらに留保していたことが排除されることになっていないからである、とした。

(27) そのように明確に述べるのはRoxin, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum AT*, Fall 60, S.192, Antwort 1; ders., *Festschrift für Heinitz*, 1972, S.256; ders., *ZStW* 77 (1965), S.97ff.

(28) BGHSt. 35, 184.

のも被告人はその離婚した妻 B と M との交際を拒絶していたのである。M が被告人による肉切り包丁での刺し傷で既に重大な傷害を負わされた後、しかしながら被告人はその計画のさらなる実行を断念した。なぜなら、そうこうする間に B が犯行現場に到着し、行為者が彼女の殺害を優先的なものと判断したからである。それ故に、行為者は彼女の方に向かい、上半身に 17 箇所⁽²⁹⁾の刺し傷を負わせて彼女を殺害したのである。その後には彼は傷を負って地面にうずくまっている M の方に再び赴いたが、さらに彼に襲いかかることはなかった。被害者 M に関して、BGH は被告人の行為を殺人未遂の任意的な中止未遂と評価した。厳格な心理学的基準への立ち戻りの下に、BGH は、被告人が中止の時点までまだその決断の支配者であったのであり、その犯罪計画の実行をまだ可能なものとして評価していたのであり、それ故に外部的な強制状況によって M への行為の完成を阻止されたのでも、精神的重圧によって M への行為を完成する能力を持たなかったのでもなかったという結論に至った。それゆえ彼の放棄は、冷静な考慮の結果であることを証明しているのである。中止動機もまた、BGH の確立した判例によれば、道徳的に同意する価値のあるものであることを必要としない。とりわけ任意的な中止の承認は、行為者がその完全な計画全体の遂行を放棄したのではなかったことと矛盾するものではない。むしろ行為者が個々の行為に関して、実質的・法律的な意味において、これに関して向けられたその決断の完成を完全にかつ最終的に放棄した場合には、それで十分である、と。その結論については、明らかにそれ自身疑わしいものである。BGH は確かなにお次のように付け加えた。すなわち任意性要件の規範的な意味づけは、刑法典 24 条の基本思想に可能な限りよりよく適合するが、しかし法律の文言とは相容れないものである、と。⁽³¹⁾

本判決は学説において、一部には賛成され⁽³²⁾、一部には拒絶された⁽³³⁾。Roxin は本判決に対して、次のように異議を唱えている。BGH の見解とは異なり、ここに存

(29) BGHSt. 35, 186. それについては Manfred Maiwald, *Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch*, in: *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S.255 も参照。

(30) BGHSt. 35, 186f., それは BGHSt. 33, 142, 144f. に関連して。

(31) BGHSt. 35, 186f., それは Karl Lackner, *StGB, §24 Rdn.18* に関連して。

(32) 例えば Karl Lackner, *NStZ* 1988, 405; Ernst-Joachim Lampe, *Rücktritt vom Versuch „mangels Interesses“* - BGHSt.35,184, *JuS* 1989, S.610 参照。

(33) 例えば Günther Jakobs, *JZ* 1988, S.519; René Bloy, *JR* 1989, S.70; Roxin (脚注27), S.194.

在しているような場合において、規範的な根拠での中止を不任意なものとするのは、言語上全く以って可能なものである。というのも、Roxin が言うには、行為者は次のように述べるからである。すなわち、「好むと好まざるとに関わらず、私はほとんど既に成功した M の殺害を結局断念しなければならなかった、なぜなら私はさもなければ私にとってなおより重要である私の別れた妻の殺害をし損ねただろうからである」と。それ故に、そのような状況の強制の下での断念を「不任意」と呼ぶことは、日常語の法則に全く違反するものではないのである。Roxin が更に言うには、その計画は、できるだけ M および元妻を殺害することにあつたのであり、その際には元妻の殺害に優先的な重要さが当然与えられるべきであつたのである。この目的設定の枠内で、行為者は計画に合致して（「理性的に」）振舞つたのであり、その計画は可能な限りはるかに実現したのである、と。

Herzberg⁽³⁵⁾ は、もちろん任意的な中止の例として、住居侵入者が、ある女の子の後をこっそりつけて人気のない場所で彼女を強姦するという強い誘惑にかられたが故に、その住居侵入未遂を放棄したという事例を作つた。その事例は事実上、他の目的への単なる変更は、具体的な行為未遂における不任意的な中止の承認についての根拠を何も作り出さないということを示しているように思われる。実際、Roxin もまた、この事例において任意的な中止が存在するという点を出発点としてい⁽³⁶⁾る。というのも、住居侵入の手作業の段階において、結果を約束する住居侵入の未遂を、性的な二次的意図によって転じられることは、理性的なものではないからである。Roxin がここで述べていることは確かに正当である、しかし彼の説明において、犯罪者の理性による説が、中止の合理性を測定し得る対象となる正犯計画を必要とするということが示されている。それに対して、そのような当初の計画が欠けていた場合には、その説は困難に陥ることになる。模範的に質問するならば次のようになる。すなわち、BGHSt. 35 卷 184 頁の事例において、例えば行為者が最初の計画なしに突然、彼にとってその元妻の殺害が優先的なものであるという考えに至つたであろう場合には、中止は任意的なものなのであろうか？ Roxin の説明は

(34) Roxin (脚注33)。

(35) Rolf Dietrich Herzberg, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, in: FS für Karl Lackner, 1987, S.353.

(36) Roxin (脚注33)。

實際上、この疑問を肯定する結果になるように思われる。というのも、Bの殺害はMの殺害に対して、事實的・法律的な意味において、Herzbergによって作られた事例における住居侵入に対する強姦と全く同様に、異なる行為だからである。ここに、これまで議論においてまだ顧慮されてこなかった、犯罪者の理性による説の弱点が示されている。合理性は犯罪計画によってのみ決定され得るが故に、それは当然に、具体的な行為と何の関わりもない素質もまた評価づけに算入しているのである。被害者が泣き出した場合には寛大に扱うという計画を立て、なおかつそのような場合に実際上このような根拠からさらなる行為実行を断念する行為者には、この動機は不任意な中止として負わされ得るであろう。というのも、この行為者もその目的設定の枠内で計画に合致して振舞ったからである。まさにここにおいて、計画合致と不任意性の同一視の際には、行為者が、ただその行為をより用意周到に計画したということによってのみ、たとえその中止の動機がさしあたり無計画に行動する行為者の場合におけるのと同じものであろうとも、不利に扱われ得るということが示されるのである⁽³⁸⁾。

3. 最後に、心理学的ないし規範的任意性決定の区別にとって模範的となったのは、1994年5月10日のBGH判決もまたそうであった⁽³⁹⁾。次のような事情が基礎におかれた。被告人は殺害意図でその妻を刺すつもりでいた時に、突然進行中の争いに目を覚ました彼の息子たちが、部屋に入ってきた。その結果被告人は、彼がその行為をその子供たちの目の前ではもはや継続したいとは思わず、またこれは感情的にも精神的にも行うことができるものでもなかったもので、その妻にかまうことをやめ、そして出血し地面に横たわっている被害者の上に毛布をかけ、それにより子供たちがその母親に対する彼の悪い行為を認識しないようにした。それから彼は、突然の激しい不安に陥ってその母親を求めて泣き叫んだ子供たちを廊下にせかし出した。そのすぐ後で被告人の兄弟が現れたが故に、さらなる過程においても行為の継続はもはや不可能となった。

BGHはここで、不処罰となる故殺未遂の中止を否定した⁽⁴⁰⁾。被告人は意外にも自

(37) すなわち例えばLG Arnsberg NJW 1979, 1420の事例のように。

(38) それについては中止の留保という観点から、Jäger, NStZ 2000, 415ffも参照。

(39) BGH NStZ 1994, 428. それについてはJäger (脚注3), S.101f; Roxin (脚注33)も参照。

(40) 賛成するのは、Albin Eser, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, §24 Rdn. 57; Johannes

らの子供たちが現れることによって、心理的な根拠から、その子供たちの近くで行為を継続することがもはやできる状況にはなかったのである。この心理的な根拠は被告人にとって抗い難く強制的で心理的な、被告人にとってさらなる行為実行を不可能にするような妨害を結果として伴ったであろう。中止の任意性の判断にとってはただ、子供の登場が被告人に引き起こした心理的な動揺が存続し、なおかつこの短い時間においてもまたそれが彼にとって行為を成し遂げることを不可能にするものであったことのみが、決定的なのである、と。

判例は明らかに心理学的試みでの任意性を示している。すなわち行為者が同情におそわれ、それにより心理的にもはや行為を継続する状況にはないと評価した場合には、BGHもまた彼の心理学的な見地を踏まえて、中止の任意性を疑問視しないのである。かつての判例においてBGHは、行為者が血まみれの被害者を見た際にその行為の結果が彼を正気に返し、それ故にもはやさらなる行為を行わず、また行いたいとも思わなかった場合に、任意性が存在すると承認した⁽⁴¹⁾。しかしそれによっても、今の事例において、行為者が子供たちに同情を覚え、それ故に行為の継続を心理的にできないものと評価した場合においても、何か他のことが当てはまるべきであるということは否定できない。この関連において、BGHの確立した判例によれば、行為者が被害者ないし第三者によって行為放棄するよう説得されたことと、任意性の承認とは矛盾しないということが考慮されるべきである⁽⁴²⁾。しかしその際に、一度として第三者は説得術を必要とせず、単なる子供たちの登場によって既に行為者に放棄する気にさせたという最初の事例において、不任意性が承認される場合には、これは心理学的考察説が当然にその恣意性を非難にさらすことになる矛盾である。というのも、結果としてその学説は、行為者がその動機によって確かに中止する気にさせられたのだが、しかしさらなる実行に関しては心理的に阻止されたわけではなかったということになるであろうからである。しかしこれは無意味な区別へと至るに違いない。なぜなら首尾一貫した適用の際に、その場合には例えば同情の強さが、非常に強く同情におそわれた行為者には任意的な中止が拒絶されるという

Wessels/ Werner Beulke, Allg. Teil, Rdn. 652.

(41) BGH bei Dallinger MDR 1952, 531参照。

(42) BGHSt. 21, 321; BGH NSTZ 1988, 69、およびさらなる裁判例を参照。

ような方法で、可罰的かと不処罰的かを決定するからである。そのような細分化の実行不可能性を全く別として、これは刑法典 24 条の意味に合致し得るものではない。その規定によればむしろ、行為者を中止する気にさせた動機の種類のみが決定的となり得るのであり、それに対してその動機の段階的な強さは決定的なものではないのである。⁽⁴³⁾

本事例が犯罪者の理性の理論の観点から考察された場合に、その理論の助けによってもまた明確な結論は獲得され得ないということが注意をひく。というのも、その理論によれば任意性判断は、行為者がその子供の登場を考慮に入れ、そしてこの場合のためにはじめから中止の留保を把握しておいたかどうかによって左右されなければならないであろうからである。突然の、あらかじめ考慮されていない登場の際に、彼の放棄は非理性的なものとして、そしてそれ故に任意的なものとして示され得るであろう。⁽⁴⁴⁾ それに対して、行為者が子供たちに最初からそして全ての事情の下で殺害を目撃することを免れさせたかった場合には、中止は確かに理性的なものであろう、なぜなら計画に合致しているからである。大きな法の不確定性がこの区別と結び付けられているということは、既に上述した。それを全く別として、本件においては、子供が登場した際における妻の殺害の放棄がそもそも非理性的なものとして示され得るのかどうかということもまた疑問視され得る。というのも、父親がその子供たちにその母親の殺害を目撃することを免れさせたいということは、基本的に父親らしい計画ないし父親らしい理性に合致するべきものであろうからである。⁽⁴⁵⁾

IV. 私見：正犯的自律性思想に基づく規範的・実際の解決

以下において提案される任意性構想は、刑法典 24 条が任意性要素とともに主観的帰属要素⁽⁴⁶⁾を含んでいるという考慮に基づいている。その際に任意性要素を加重的

(43) 当然にRoxin (脚注33), S.194f.が強調するのは、逆の意味においてである、すなわち、「その者(すなわち行為者)がわずかにしか行い得ないのであればあるほど、より一層早くその者は不処罰を受けるに値する!」、と。Georg Freund, Allg. Teil, §9, Rdn. 59も参照、ならびにKöhler, Allg. Teil, S.481にとって決定的であるのは、「心理的な強制または完全に生理的な無能力として明らかになるものが、適切な規範設定を基礎に置いているのかどうか」である、とする。

(44) すなわち結論においてRoxin (脚注33), S.194f.

(45) Jäger (脚注3), S.102も参照。

(46) それについてはJakobs, Allg. Teil, 26/30ff.も参照。

な主観的帰属要素として把握することが全く以って適切である、なぜなら後退への意思はそれだけで十分なものではなく、追加的にこの意思が任意に形成されたこともまた要求されるからである。しかしそれにより任意性の基準は、間接正犯理論の枠内で自律性の観点の下でずっと以前から承認されている原則によって満たすのが当然となる。間接正犯において、〔直接〕行為者が自律性を排除する根拠により行為を実行する気にさせられたかどうかという問題が存在するのと同様に、行為者が他者決定的に、そしてそれにより非任意的に後退する気にさせられたかどうか、中止の際に適切な方法で決定されなければならない。正確にも中止が危殆化後退として理解され、かつそれをもって行為実行に対する対極とされるならば、ここで提案される適切な適用がその上まさにおのずと想定されることになる。異なって逆に言えば、行為者が自律性を排除する事情によって作為ないし不作為をする気にさせられ得るのと同様に、行為者はこのような事情によってもまた完成の不作為ないし完成の阻止へと決定づけられ得るのである。⁽⁵⁰⁾

しかしはじめから、正犯原理の転用が中止の特殊性を考慮に入れなければならないということのはっきり認識されていなければならない。すなわち間接正犯においてはもっぱら第三者に事件に対する答責性が帰せしめられるかどうかの問題となるのに対し、中止においては中止行為者にその後退が答責性を失わせる態度として帰属されうるかどうかという問題が存在するのである。それ故中止動機は常には第三者によってもたらされなければならないわけではなく、行為者の人格においてもまた発生しうるものなのである。したがって中止の事件に第三者が誰も関与しなかった限りにおいて、そのことから正犯原理の規範的な転用が問題になるのである。⁽⁵¹⁾ その限りにおいて、ここで提案される任意性構想においては規範的・実際の考察が問題となる、なぜならそれは第三者支配を必ずしも受け継ぐものではなく、答責性

(47) Herzberg, Festschrift für Lackner, S.352も参照。

(48) すでにJäger (脚注3), S.99参照。

(49) それについてはJäger (脚注3), S.62ff.; ders., NStZ 1998, 161.

(50) 刑法典24条は、事実の放棄の要素とともに事実の阻止の要素を、不作為選択肢および作為選択肢に関して含んでいる。ここでは全く明らかに、正犯原理の転用を示しているように思われ得る後退思想が現れているのである。

(51) 私が1996年に初めて正犯原理を中止の任意性要件へと転用するという試みを行った (Jäger (脚注3), S.98ff参照) ときに、私はこのような観点それ自体をまだわずかにしか考慮していなかった。このことは以下の記述で埋め合わせられるべきものである。

原理を自己帰属に転用するものだからである。ここで提案される試みはそのようにしてある意味で心理学的試みと規範的試みの間を貫いて進展するものであり、この方法によって一方ではそれらの長所と結びつき、他方ではそれらの短所を回避することを試みるものなのである。

1. 強要による任意性の阻却（刑法典35条）

従来の論述が考察された際に、心理学的考察説も規範的考察説も、その強制的強さが不任意性を明らかにするような理由からいつ中止が生じるのかということに対するはっきりとした限界づけを挙げることが可能な状況にはないという点が注意をひく。理性的な中止が不任意性の原因となることを、犯罪者の理性の理論が考慮に入れる場合には、どのような基準が合理性判断の際に基礎におかれるべきであるのかが未解決のままである。これは、行為者が行為事実における突然の変化に直面していると判断した場合に、あてはまる。例えばBがAに、彼（A）がXを殺害するという意図を断念しない場合にはAの車に引っかき傷をつけると脅迫した場合⁽⁵²⁾に、それにおいては確かに外部からきた重圧が評価されるべきである。それにも関わらず長所に値するように思われる任意性の承認は、その際には、理性的な考慮によっては理由づけられ得るものではなく、刑法典35条におかれた原理の適用から生じるものなのである。⁽⁵³⁾ 確かに、車を無傷の状態にしておくことを理由とする殺害意図の放棄は理性的なものではないと主張され得るであろう。しかしここで、明確な結論を許すものではない法律外の論証の段階に行き着くことになる。というのも、BがAに、AがXを殺害する意図を放棄しない場合にはAの兄弟を殺すと脅迫し、そしてAがこの重圧に屈服した場合には、刑法典35条に当てはまる評価づけを考慮すれば、不任意性を承認することは、今しがた描写した事例とは対照的に全く正当化されるのである。それに対して、BがAに〔X殺害を放棄しない場合

(52) すなわち実際の事実経過としては、BGH NJW 1992, 516の判決に基づいている。

(53) それに対して、ある住居侵入者がその家の火災を消火するために自らの窃盗を放棄したという事例に対しては、任意性がないと認められ得るであろう（異なる見解としてはVogler, in: LK, §24, Rdn.103およびかつては私自身もそうである、Jäger（脚注3）、S.100参照）。確かに、当該切迫した法益（所有権）は刑法35条の事例には属さない。しかしながらこの規定の考え方はここでの種類の死活にかかわる危険の場合においても援用することができるであろう（犯罪実現の枠内におけるそのような可能性については、Jakobs, Allg. Teil, 20/9参照、それに対するものとして原則的にはRoxin, Allg. Teil, I, §22 Rdn.23）。

に] 第三者を殺害すると脅迫し、その結果として A がその自らの殺害意図を放棄した場合には、状況は異なるものとして評価されるべきであろう。そのような場合において A に任意性を承認することは法の命令であり、そしてそれは刑事政策的にもまた有意義である、なぜならその特定の人を殺害するという意図を他の第三者の生命のために放棄した行為者は、行為者が自らの利益を決して他者の利益よりも高く評価しないことを示しているからである。この限界づけを顧慮して、上述した BGH NStZ1994 年 428 頁の事例もまた判断されるべきである。そこでは行為者はまさに、ちょうど殺害の意図でその妻を刺すところであった、そのとき突然彼の子供たちが部屋に入ってきた。彼らの目の前で行為者はその行為を続けることはできなかったのである。ここにおいてもまた、子供たちは自ら母親を求めるその叫び声によっては、決して刑法典 35 条と比較可能なほどの被告人に対する強要の重圧を何も行っていないのである。それゆえ彼の態度は、彼の法的意味における後退の意思が任意に形成されたが故に、まさに任意的なものとして示されるのである。しかし動機が任意性を理由づける場合において、この結論が動機の強さに関して再びまぎれこむことは許されない。すなわち行為者がその子供たちに直面して行為をさらには実行できなかったということは、實際上法的根拠から褒賞に値するのであって、合理性根拠から褒賞に値するのではない。それゆえ理性の命令としてではなく、法律の命令としてその区別は描き出されるのであり、その法律は答責性を失わせるような行動の限界づけを、刑法典 35 条の中に明白かつ一義的に導きだしているのである⁽⁵⁴⁾。

BGHSt. 35 卷 186 頁の事例は適切に評価されるべきである。その事例において、行為者がほとんど既に成功した被害者に対する殺害を止めた、なぜなら彼はそうでなければ、その殺害が彼にとってなおより重要であったところのその別れた妻を逃してしまっただろうからである。ここで行為者に放棄する気にさせた動機は、刑法

(54) Herzberg, Festschrift für Lackner, 1987, S.352は同様に中止未遂の枠内で刑法35条の適用を支持するが、しかしながら間接正犯の原則をその他の点では生産的なものとはしていない。当然にHerzbergにおいてはこれは問題となる (a. a. O.)、「窮迫者に犯罪行為が……不自由性を理由として帰属されない場合には、その者について同じ手段によって強要された犯罪の断念を『任意的である』として斟酌することは、矛盾したものである」、なぜなら「法的問題の判断は法的規定に従わなければならないからである……」。

35条に匹敵する強要的重圧を何ら示すものではなく、それ故任意性を阻却する効果をもつものではない。この結論は通説とは逆に、不十分なものではない。というのもただ単に、行為者が具体的な行為客体に関する危殆化を帰属可能であるか、すなわち法律上重要な影響なしに後退したかどうか、決定的だからである。行為者は、彼にとって優先的なその元妻の殺害を行なった後で再びMの所に戻ってきて、さらに彼に襲いかかることなしにその側に立っていたが故に、これはますます上述の事例に当てはまることになる。この観点は学説においては残念ながら押しなべて見落とされている。ともかくこの事実は、中止が場合によっては行為の意味の消滅を理由として不任意なものとなったかどうかを考慮するきっかけを与えることになった。⁽⁵⁵⁾ というのも、その元妻の殺害後にはMの殺害はもはや意味を持たないのである、なぜなら行為者にとっては、元妻とMの間のさらなる接触を妨げることが重要だったからである。この(構成要件外の)目的を行為者が、そのかつての妻の殺害によって既に達成したが故に、さらなるMに対する行動は無意味なものとなったのである。BGHはそれ故、どのような根拠から行為者が——彼にはこれが可能であったにもかかわらず——後でさらにMに襲いかからなかったのかという問題を追及すべきであったのである。

それ以上に刑法35条は、警察ないしは第三者による逮捕を回避するため、ないしは身体的対決を避けるために中止が生じたという事実が、不任意性の承認を正当化するというを明らかにしている。というのも、行為者の自由および身体的不損傷もそこで述べられる自律性を排除する事情に属しているからである。確かに通説は、正当化された自由剥奪を回避するための行為は、根拠のある犯行の嫌疑の際の警察の逮捕のように、刑法35条によっては免責されないということを出発点としている。しかしそのようなことは中止にとっては重要ではないのである、なぜなら、中止の際には確かに免責は問題ではなく、そのような免責は事実上——不釣り合いに大きい負担がないという理由により——否定され得るからである。⁽⁵⁶⁾むしろ中止において侵害利益はそもそも認識できない、なぜならそこではただ危殆化後退が問題となっているからである。それ故に決定的なのは、行為者によって感じられた

(55) 行為の意味の消滅を理由とする不任意性の承認の可能性について詳しくは、後述803頁以下。

(56) それについて詳しくはRoxin, Allg. Teil, I, §22 Rdn.27, 29, 42参照。

自由という法益への重圧のみなのである。⁽⁵⁷⁾例えば、行為者がさし迫る逮捕に直面して中止し、その際に警察官に傷害を負わせた場合には、これは別であろう。この身体傷害を刑法 35 条に関しては免責しないことは、脅かされた自由利益の優位性の不存在を理由として、全く以って正当であるように思われる。

結局として、中止の特色は必然的に、行為者が第三者によって積極的に後退する気にさせられることなしに、刑法 35 条に匹敵する強要的重圧を彼に及ぼすような状況もまた見出し得るということを伴う。それゆえ、爆弾犯人が爆薬の点火の少し前に、その両親がホールにいるのに気づき、そしてそれ故に中止したという事例⁽⁵⁸⁾においても、不任意なものとなる。というのも刑法 35 条は、親密な人間に対する生命の危険の回避の役に立つような態度は法の意味において不自由なものとして示されるべきであることを説明しているからである。それに対して、合理性の基準はここではさらに進展するものではない。確かに爆弾犯人は何ら問題なく両親殺害犯ではないことになる。しかし盲目的狂信者のことが念頭におかれるならば、この評価づけはまたもや相対化されていることになる。

2. 中止時点における行為者の責任無能力による任意性の阻却

支配的な通説は、中止が帰属不可能な状態において生じた場合においてもまた、任意的なものとして示され得るということを出発点としている。これは本質的に、中止のためには自然的な故意で十分でなければならないということに基づいている、なぜならさもなければ行為者から何か法政策的に命令された無実の釈明が取り上げられるであろうからである。⁽⁵⁹⁾それに対して Jakobs は、⁽⁶⁰⁾答責的ではない中止態度は初めから行為者の任意的な達成ではありえない、と異議を唱えている。

中道を歩む見解が適切であるとして然るべきである。行為者とその犯罪意図を断念し、それにより法益を保護した場合には、——「疑わしきは罰せず」——既に

(57) 私の著作である Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S.103 の脚注 456 においては、私はこのような観点それ自体をまだわずかにしか考慮していなかった。

(58) この事例は Herzberg, Festschrift für Lackner, 1987, S.352 に由来する。

(59) BGHSt. 23, 356 と並んで、学説からは Hettinger, Die „actio libera in causa“, 1988, S.417ff.; Neumann, Zurechnung und Vorverschulden, 1985, S.39; Otfried Ranft, MDR 1972, 737; Rudolphi, in: SK StGB, §24 Rdn. 26; Roxin, Allg. Teil, I, §20 Rdn.63 参照。

(60) Jakobs, Allg. Teil, 17/68; Herzberg, Festschrift für Lackner, 1987, S.352f. も参照、細分化するものとして Gerd Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt – BGHSt23, 356, JuS 1972, 74f.

その規範的な感銘可能性が肯定され、首尾一貫して中止時点における帰属無能力が否定されなければならないであろう（というのもその場合には、犯罪実行の阻止レベルが認められ、そしてそれ以上中止のためには要求されるべきではないからである）。ここで再び、帰属無能力性を排除するきっかけを作り得る、危殆化後退としての中止の特殊性が示されるのである。行為実行の際に、疑わしい場合には被告人に有利になるように帰属無能力が認められるのと同様に、中止においても疑わしい場合には帰属能力が認められるべきなのである。⁽⁶¹⁾したがって酩酊状態における中止は、まさに行為者が自分から合法性へと帰還したのであるから、原則的に規範的な感銘可能性の意味において帰属能力を指し示す。⁽⁶²⁾それゆえに通説はここで、誤った理由づけにより適切な結論を手に入れているのである。それに対して中止が帰属無能力の根拠から生じた場合には、どのような理由からその中止が行為者に任意的なものとして帰属されうるべきなのかは理解され得ない。というのもこの場合においては、⁽⁶³⁾Jakobsが適切にも述べているように、その語が意味するように答責的ではない帰属無能力者の中止態度は行為者の任意的な達成ではありえないからである。残忍な殺人犯が例えば、精神分裂的な症状悪化において突然そのおとなしい第二の本性を強調させて行為を断念した場合には、不処罰の恩恵を受けることはない。なぜなら、自由に形成されたものではない自然的な中止意思は、立法者の意思によれば不処罰にとっては全く十分ではないからである。

3. 錯誤による任意性の阻却

正犯理論の枠内において、特定の錯誤者もまた自律性排除を根拠づけるにふさわしいものであることが認められている。この承認が中止に転用される場合には、ここでもまた有意義な解決が生じることになる。

a) さらなる実行可能性に関する錯誤を理由とする任意性阻却

構成要件の錯誤の発生は正犯理論において、直接行為者における自律性の不存

(61) 結論においてここで主張された見解は、「疑わしきは被告人の利益に」原則が二重の方法で行為者の利益になることへと至り得る。すなわち犯罪実現に際してその者の有利になるように帰属無能力が承認され得るのであり、そして中止に際して帰属能力が承認され得るのである。しかしin dubio原則のこのような対照的な適用は、徹頭徹尾通常のものとはいえない。

(62) Jäger (脚注3), S.105ff.においてはまた異なる見解であった。

(63) Jakobs, Allg. Teil, 17/68.

在を承認するための十分な根拠づけである。したがって行為介在者に行為を実行する気にさせる者は、その者が彼に構成要件実現の可能性を排除する事情をまことしやかに見せることによって、まさに間接正犯となるのである、なぜなら直接行為者の行動は自律的な決定に基づくものではないからである。適切にも、構成要件実現を誤って排除されたものとして評価したが故にのみ中止した者は、不自由に行動したのである。これは例えば、行為者が誤って拳銃にもはや弾が入っていないということを前提にして、それ故に武器を捨てた場合がそうである。なぜなら構成要件実現が虚偽の事実根拠に基づいて生じた場合におけるのと同様に、中止の場合において危殆化後退は事実的状况を誤認したことに基づくのであり、それにより行為実現にとって有利ないし不利な材料を提供する全ての実情の冷静な考慮に基づくのではないからである。行為者が構成要件の故意なしに行動したのと同様に、中止者は中止故意なしに行動したのであり、そしてそれにより任意的なものではないのである。ただし通説は、行為者がさらなる行為の実行を誤って排除されたものとして評価した場合において、中止には初めから到達不能である失敗未遂を前提にするが故に、この場合において任意性の検討は全く以ってもはや重要とすべきものではない、とする。しかしこれは矛盾とされるべきである。すなわち中止において任意的な危殆化後退が評価される場合には、刑法 24 条は客観的要素および主観的要素を〔それぞれ〕、危殆化後退は客観的に決定されるべきものであり、そして偶発的な錯誤は任意性要件に振り分けられるべきものであるという方法で、含んでいるのである。それに対して通説が、なお継続可能なものとして評価されることをただ放棄し得るのみであると論証する場合には、これは中止の客観的構成要件（放棄）に、中止に予定された任意性要件に直面して明らかにその客観的構成要件に付随するものではない主観的色合いを付与するという主張である。例えば行為者が、被害者に対する五発の効果のなかった発砲の後に、実際にはもう一度発砲できたにもかかわらず、さらなる弾丸を弾倉にはもはや持っていないと思った場合には、武器を捨てることは客観的には放棄を意味する。なぜなら、あらゆる客観的な第三者的観察者は、行為者がまだ弾丸を弾倉の中に持っていたにもかかわらず、どういう理由でまだ可能な侵害を放棄したのかについて疑問に思うだろうからである。そして行為者自身、啞然として頭に手をやり、そして言うであろう。「早すぎる時期に放棄せずにさえ

いれば、そして少なくとももう一度撃つことを試みていれどなあ⁽⁶⁴⁾」放棄の概念が實際上、通説によって主張される主観的特徴を全く持っていないということは、以下の例が導いている。Aが重装備をしてある家に立てこもった。警察はその結果として、麻酔ガスの発射を予告して脅した。行為者が今や自分で、もはや機会を失ったものと評価し降伏した場合に、抵抗をもちや継続可能なものとしては行為者は評価しなかったにもかかわらず、誰も行為者が放棄したことについて疑問をもたないであろう。

そこから、放棄要素の解釈は文言の意味にしたがっては助けにならないということが明らかになる。なぜならたとえ行為者が武器を捨てたとしても、彼が誤ってその拳銃の中にもはや弾丸が入っていないことを前提としていたが故に、行為者が誤って放棄したということを実証することについて、意味の上では何も不利な材料を提供しないからである⁽⁶⁵⁾。決定的なのは、全てによればむしろ法律の目的論であり、それによれば実際に存在する危険化において客観的危険化後退が行われる必要があるのである⁽⁶⁶⁾。最近 Küper⁽⁶⁷⁾が、私により1996年に描かれた、中止の要求を危険化段階に従って、もはや未遂段階に従うことなく決定するというこの⁽⁶⁸⁾構想を、「注目すべき提案」として示した。しかし彼はこの新しい構想の「古い困難」を次のような点にみている。すなわち、主観的に結果発生にとってまだ十分ではない状況を前提としている未遂行為者は、彼が客観的に法益の危険を創出したものの、その危険が結局として結果を生じさせなかった場合（例えば第三者による結果阻止のために）にも、結果を阻止しなければならないという点である。しかし、どういう理由でここにおいて私の試みの困難が存在すべきものなのかはすぐには理解できない。なぜなら行為者が実際に被害者に対する客観的な危険を創出した場合には、彼

(64) それについては既にJäger（脚注3）、S.70参照。

(65) 当然にもGropp, Allg. Teil, §9 Rdn.79もまた、一般的な言語使用法によれば不達成可能性の認識もまた放棄へと至り得るということを認めている。すなわちスポーツマンが放棄した、なぜなら彼はもはや体力がなかったからである、チェス棋士が放棄した、なぜなら彼は勝利の機会がもはやないものと悟ったからである。それどころかおそらく（Gropp, a. a. O.はそのような見解なのであるが）放棄は主として見込みのない状況において行われるものなのである。

(66) 詳しくはJäger（脚注3）、S.66ff.

(67) Wilfried Küper, Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW Bd.112 2000, S.2 Fn.6.

(68) Jäger（脚注3）、S.89ff.

が手をこまねいていて、被害者が第三者の偶然の登場によってのみ救助されたことは、彼にとって利益になりうるものではないからである。むしろ行為者がそのような場合において被害者の救助に積極的に行動したことが要求されるべきである、しかしその際には、第三者の登場により彼から救助可能性が奪われたとしても、結果阻止⁽⁶⁹⁾についての努力は十分であることになる。したがって、実際の危殆化の際に原則的に客観的な危殆化後退が生じる必要があるという要求は、Küperの異議によっては論破されない。しかしここでのテーマにとって、この実際の後退をもたらす動機が任意性要素に加算されるべきであるということは決定的なままである。なぜ自分が危殆化を後退させたことを知らない者が、自分が構成要件を実現したことを知らない者とは異なって取り扱われなければならないとすべきなのか?そのような場合においては行為者には構成要件実現のための故意が欠けているのと同様に、中止者には後退のための意思が欠けているのであり、それにより任意性要件中の意思要素が欠けているのである。

b) 刑法35条の要件に関する錯誤を理由とする任意性阻却

刑法 35 条 2 項は、行為者がその行為の際に免責的緊急避難の要件を誤認した場合にもまた、その態度が自律的なものとして格付けされるべきではないことを明らかにしている。實際上、中止においてこのような事例は非常によく起こるようなものでは決してない。それでもなお、Dornseifer⁽⁷⁰⁾による例が示すように、この種の事例はあり得るものである。その例とは次のようなものである。A はその妻 F を殺害しようとし、それ故に F が朝に飲む習慣になっていたコーヒーに毒を盛った。彼が次の日に台所に入ったとき、彼は、その愛する娘がまさに F のカップからコーヒーの残りを飲むのを見た。今やその娘にも毒を盛ってしまったと考えて、A はそれがその妻をも助けることになるであろうことを知っていたにもかかわらず、すぐに救急医に電話した。しかし医師が到着したとき、この医師は毒の徴候を確認できなかった、なぜなら F は新しいコーヒーパックを開封していたからである。Dornseifer⁽⁷¹⁾がここにおいて、自らの功績が欠けていることを理由として行為者が法

(69) Jäger (脚注 3), S.91.

(70) Gerhard Dornseifer, Der in Not geratene Giftmischer, JuS 1982, S.761.

(71) Dornseifer, JuS 1982, S.762.

への忠誠を身につけなかったが故に不任意な中止を承認する場合には、その解決の試みは色あせかつ不毛なままである、なぜなら決定的な観点が全く言及されていないからである。これは、行為者が誤って、彼に刑法 35 条 1 項の意味における強要の重圧を加えるような、その娘に対する危険を想定したことに見られ得る。それ故に、刑法 35 条 2 項に基礎づけられた法思想を考慮にいれて、その妻に関する中止態度は任意的なものとしては格付けされ得ないのである。

4. 行為の意味の喪失による任意性の阻却

間接正犯において、行為の意味に関する特定の錯誤も優越した知識による答責性を背後者の人格に発生させ得るということが承認されている。そこには、直接行為者における特定の知識の欠落は背後者における答責性を創出するには適切なものであるという考えが基礎におかれている。確かにこのような場合において直接行為者も行為答責をもつ。しかし彼には、完全な客体に関連する、ないしは法益に関連する認識が不法次元において欠けているのである。したがって彼によって認識された不法次元に関してのみ、彼は自由に行動するのであり、一方で彼は規範的な考察においてその他の点では不自由なものとして示されるべきなのである。この考え方が中止に転用される場合には、中止行為者にとってその行動の意味が存在しなくなった場合にもまた、任意性は阻却されなければならないであろう。なぜなら、行為が彼にとって錯誤のために意味をなしていたが故に行為者が行動すると同様に、行為が新しい認識によって全く意味を（もはや）なさないが故に中止者は中止したからである。ここで提案されている解決は、確かに犯罪者の理性の理論と同様に規範化を意味している、しかしこれは正犯理論にその根拠を見出し、客体ないし法益に関連する構成要素との関係によって明確な結論を可能にするものなのである。なぜなら〔これは〕、犯罪者の理性の理論におけるのとは異なって、法律が設定した規範化が問題であるからである。それによれば、上述（IV 1）したような、単なる方法に関連した意味の喪失は、外部的な事情の変化が、刑法 35 条の行為者に相当する行為者への強要的重圧を加える場合には、まず不任意性の原因となり得る。それに対して、客体ないし法益に関連する意味の喪失は行為者にとって常に行為設定の喪失を意味するが故に、行為の継続にとって有利ないし不利な材料を提供する事情間の考察は行われないのである。したがって正犯理論は、刑法 35 条を越えて客

体および法益に関連する行為意味のみが決定的なものであり得るという評価づけを設定するのである。しかしそれに対して、客体および法益に関連する行為意味のあらゆる喪失が任意性の阻却へと至るということは、中止の特殊性である。ここにおいて、存在する解決の試みにより、正犯理論の盲目的な使用が擁護されるべきなのではなくて、常に中止の特徴がその都度の評価づけの中に流れ込まなければならない、ということが示される。

例えば突然街灯が点灯したが故に、⁽⁷²⁾もしくは番犬が毒入りソーセージを食べなかったが故に、⁽⁷³⁾行為者が住居侵入窃盗を中止した場合には、方法にのみ関連する錯誤が出発点とされるべきである。確かにこの動機は既に、刑法 35 条の意味における法的な圧迫の強さを示している、というのも行為者はそのような場合においてその計画の継続の際に逮捕ないし身体傷害を考慮に入れる必要があるからである。しかし父親がその子供を睡眠中に殺害しようとしたが、その時不意にこの子供が目を覚まして泣き始めたが故に、その計画を思いとどまった場合にも、単に方法に関連する意味の喪失が問題となるのである。⁽⁷⁴⁾そうではあるが方法に関連する変化はここでは刑法 35 条の強さにおける強要の重圧を行為者に全く加えないので、この場合において中止の任意性は承認されるべきである。

それに対して、常に不任意性へと至るような、客体および法益に関連する行為意味の喪失は、行為動機がそれ自体として喪失してしまったが故に、行為の継続が意図された法益侵害の客体を顧慮すると意味のないものとなった場合には、承認されるべきである。これは例えば、行為者が盗品等が毀損されたが故に盗品等関与罪の未遂を断念した場合、⁽⁷⁵⁾ないしは伯父の財産を相続するためにその伯父を殺そうとした甥が、その少し前にこの伯父がその財産全体を賭博で失ったことを知ったが故に、放棄した場合がそうである。同様に、行為者が他人の庭でボールを盗もうとしたが、しかし拾い上げる際に木の球が問題となっていることに気づき、そしてそれ故に領得を放棄した場合に、それは存在する。確かに通説はこのような状況において、失敗した、初めから中止不能な未遂を承認する、なぜなら行為の関連客体は行

(72) BGH GA 1980, 25.

(73) Eser, in: Schönke/ Schröder, §24 Rdn.48に挙げられた事例である。

(74) それについてはJäger, NSTZ 1999, 608も参照。

(75) OLG Koblenz VRS 64, 24.

為者の予想よりもあまりにもはるかに劣っているが故に、行為計画は失敗しているからである。⁽⁷⁶⁾しかしそれは賛成されるべきものではない。なぜなら刑法 24 条によれば、未遂の開始時における行為者の表象は決定的なものではなく、さらなる実行を中止した際のその者の考慮のみが決定的だからである。というのも、未遂が木の球を顧慮して既に開始されていたということ（単なるアイデンティティーの逸脱は具体的に考慮された客体に関する未遂を何も変更しない）は、通説も疑問視し得ないであろうからである。どういう理由によってこの未遂がその場合に、木の球の放棄によっては中止したこととなるべきではないのかは、全く理解し得るものではない。⁽⁷⁷⁾それは全く別としても、行為手段においてだけではなく、行為客体においてもまた行為計画を考慮することは、良心のとがめのない行為者を全く不適切に優遇することへと至る。すなわち行為者が全ての使用可能な物を盗む意思で庭に行き、木の球を、最初は一旦盗もうとした後で、結局やはりおいてきた場合には、具体化された行為計画が欠落しているのも、誰も失敗を考えないであろう。それに対して行為者が特定の客体にのみ拘束されていた場合には、この行為計画による制限は彼の予想の失望の際には失敗の承認へと至ることになる。このようなわずかにしか意味を持たない違いは、未遂を中絶した際に常に中止動機が考慮に入れられ、そして行為意味の喪失があらゆる場合において不任意性に打ち付けられることによるのみ回避され得る。もともとの行為計画の顧慮および失敗の承認がこのような場合においてどれほどわずかにしか有意義なものでないかは、補助的な考察もまた示している。⁽⁷⁸⁾すなわち、行為者がボールを盗もうと意図したが、その際にそれが木の球であることに気づき、その木の球も彼は使用し得るものであったが、罪の意識からそのままにしておいた場合には、誰ももともとの行為計画を指し示して中止の可能性を否定することはなく、それどころか任意的な中止を行為者に斟酌するであろう。しかしそこから、単に行為者の表象のみが行為の放棄の際には決定的なものであるということが明らかになる。すなわち、任意性ないし不任意性の問題はここにおいて

(76) 他の文献に代えて Roxin, JuS 1981, 3 参照。

(77) Thomas Feltes, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, 413 も参照、この文献はこのような種類の事例に対しても述べている、「彼は犯罪行為を放棄したのであり、どうして放棄したのかはどうでもいい。」

(78) それについてはすでに Jäger (脚注 3), S.114 参照。

はもっぱら、行為者が顧慮された客体に関連する行為の継続において、この時点まで(まだ)意味を見出していたかいなかったかに向けられるのである。

このような背景の下で構成要件外の目的達成の事例もまた評価されるべきである。その際には、行為者が優先的に求めていた行為目的を確かに達成したがその際に、少なくとも甘受された構成要件の結果が起こらないままにされるといふ事情が問題となる。そのような場合において不処罰となるような中止がなお可能なものとするべきであるかどうかは、活発な争いのある問題である。判例はこの問題を、いわゆる懲戒事例において取り組まねばならなくなった。その事例において、AはBに対し、未必の殺害故意により、懲戒を加えるためにナイフで被害者の体を刺した。彼は最初の刺殺行為の後で、その制裁行為が成果を取めて完結したと考えたので、さらなる刺殺行為を中止した。

この事例を判例の紆余曲折した変遷の後で提出されたBGH大法廷⁽⁷⁹⁾は、故殺未遂の有効な中止を肯定した。大法廷によれば、当該行為はまだ未終了未遂の段階にあるが故に、行為者は故殺未遂の単なる行為の不継続によって中止したのである。刑事部は、刑法24条によれば「行為(Tat)」は実際上の意味における行為のみ(刑法11条1項5号)であり、したがってそれを越えた動機、意図、ないしは目的は規準を与えるものではないということから、これを根拠づけた。〔さらに大法廷曰く〕それに加えて、未必の故意による行為者は確定的故意による行為者よりもより悪い立場に置かれるべきではない。結局として被害者保護もまた中止に友好的な刑法24条の解釈を要求する。その際にその結論は、しばしば既に終了未遂ないし失敗未遂に与えられている限りにおいて、刑事政策的に受け入れられる。後者は、例えば行為者の新たな評価が、一様な生活事情がもはや存在しないであろう方法においてのみ生じ得る場合に、肯定され得るべきである、と。実際にBGHの第5刑事部⁽⁸⁰⁾はこれを、わずか後に、被告人が未必の殺害故意で追跡者を撃ち、その後追跡

(79) BGHSt. 39, 221, その評釈としてRoxin, JZ 1993, 896; BGHに賛成するものとしてWalter Gropp, Allg. Teil, §9 Rdn.69; Claus-Jürgen Hauf, Der Große Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeeendeten Versuch bei auBERTatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, 929; Bernd Pahlke, Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995, 72; Hans-Jürgen Schroth, Rücktrittsnorm und auBERTatbestandliche Zweckerreichung, GA 1997, 151. すでに以前にBGH(第1刑事部) NJW 1993, 943, その批判的評釈としてIngeborg Puppe, JZ 1993, 361およびFranz Streng, Handlungsziel, Vollendungsneigung und „Rücktrittshorizont“, NStZ 1993, 257参照。

者が引き返したが故に中断した事例において、承認した。BGHによれば、このような状況において新たな評価に対して、新しい行為決意が基礎におかれるであろう、それ故にもはや一様な事情について語られ得ないのである、と。ここにおいて、判例自らが大法廷により見出された結論に賛同することができないということが示されている。というのも追跡者事例と懲戒事例は、行為者がその目的をあちらと同様にこちらでも達成したが故に、構造的に異なっていないことは明白だからである。それにもかかわらず刑事部が異なって判断をする場合には、刑事部が依然としてその規定をケースバイケースで運用しているということが明らかである。

それに対して、学説は圧倒的に構成要件外の目的達成の観点を前面に出している。それは結果として行為者が目的達成の故にその未遂をもはや継続し得ないことを伴うべきである。それ故、行為の中止は除外される、なぜなら行為者はその主目的の達成後には、全く新しい行為の基礎を形成する新しい動機をもつに違いないからである。とりわけ Roxin は BGH に、刑法 24 条 1 項 1 文に述べられている行為 (Tat) について、事実上・法律上の意味 (刑法 11 条 1 項 5 号) において当然のように故意による違法な行為のみが意図されている、と異議を唱えた。Roxin によれば、もともとの行為の放棄は目的達成後にはもはや考慮に値しない、なぜなら行為者は既に持っていない故意を、さらにもはや放棄し得るものではないからである。

結果として判例の見解も学説の見解も説得力のあり得るものではない。判例の側においては、その正義感に反する結論が、構成要件外の目的達成後にもなお不処罰となる中止未遂を認容することに対して不利な材料を提供している。⁽⁸³⁾ BGH がその見地を、評価に値し得るような断念ないし後退に関する要求が刑法 24 条 1 項 1 文において拠り所が見出されないことにより擁護する限りにおいて、BGH は Roxin により次のように抗議されなければならないであろう。すなわち、「法規定

(80) BGH NStZ 1994, 493.

(81) すなわちさしあたり BGH NJW 1990, 522; これと関連して Michael Köhler, Allg. Teil, S.479.

(82) Roxin, JZ 1993, 896; Herzberg, JR 1991, 160; Wolfram Bauer, Der strafbefreiende Rücktritt vom unbeeendeten Versuch – ein Problem der subjektiven „Geschäftsgrundlage“ (Tatgrundlage), wistra 1992, 205; Rudolf Rengier, JZ 1988, 931 も参照。

(83) Gropp, Allg. Teil, §9 Rdn.71 も、このような帰結が法感情と相容れないということを認めている。それにもかかわらず Gropp は自らが刑法 24 条の文言に拘束されるものと考え、そして任意性の問題について言及することすらせずに BGH に従った。

の文言と意味はこの要件を強要するものである。⁽⁸⁴⁾なぜなら通説によれば犯罪の未遂により、行為に表された、法に敵対する意思が処罰の下におかれる場合には、不処罰のためには、この否定的な印象を再び破棄するような、積極的に評価されるべき行為者の態度の他には根拠は存在しないからである。したがって例えば中止が失敗未遂において排除されるという理解は、中止は行為者の後退を要求しているという、適切でなおかつBGHによっても否認されない認識に由来するのである。

しかし他方で、学説の見解もまた従われ得るものではない。すなわち学説は、目的達成後の未遂はもはや放棄されえないということを前提とすることにより、正当化されない方法で意味の喪失および不可能性を同時に扱うのである。しかし行為者が意味の喪失の際にもはや何も放棄し得ないという主張は、全く正しくないものである。とりわけ学説において、刑法24条の意味における「行為」は故意行為のみであり、そして行為者は目的達成の故にもはや持たなくなった故意をもはや放棄できない、という論証により放棄が排除される場合には、それは刑法24条1項1文の文言に合致しない。というのも刑法24条1項1文は、(故意)「行為」が放棄されることではなくて、(故意)行為の「さらなる実行」が放棄されることを要求しているからである。私自身、この区別をこれまでこのように明確にはまだ評価していなかった。⁽⁸⁶⁾しかしこの違いを破壊してしまう者は、行為者から早計にもあらゆる中止可能性を奪い、それにより法律の文言を無視した上で類推禁止に違反することになる。その上同情による中止の際には、この方法で失敗という言葉が用いられ得るであろう、なぜなら慈悲深さから中止した行為者もまた、さらなる行動のための故意をもはや持っていないからである。しかし決定的なのは、刑法24条1項1文によりもっぱら、行為者が最後の実行行為後にまだ、未遂により開始された故意行為をさらに実行し得るかどうかなのである。これが肯定されるべき限りにおいて、行為者がまだ可能な法益侵害の継続を放棄すればすぐに、行為者はまさにこのさら

(84) Roxin, JZ 1993, 896.

(85) Jescheck/ Weigend, Allg. Teil, 5. Aufl., 1996, §49 II 2 参照。

(86) しかし全体的な点については Jäger (脚注 3), S.117 参照。

(87) ここで未解決のままであるのは、ここで——中止においては可罰性の例外規定が問題となっているがゆえに——類推禁止の代わりに目的論的縮小の禁止という言葉が用いられるのかどうかである (そのように言うのは Freund, Allg. Teil, §9 Rdn.54)。いずれにせよ刑法における文言の限界は、行為者の負担で超えることは許されないということは決定的である。

なる実行を放棄するのである。これは構成要件外の行為目的の達成による意味の喪失の際にも、原則的に何も変わらない。むしろ決定的なのは、ここでもまた、行為者が（未遂）行為のさらなる実行を放棄したことなのである。⁽⁸⁸⁾

全てのことから判断すると、構成要件外の目的達成の事例においてもまた、解決のための鍵は任意性要件において求められるべきであるということが明らかになる、なぜならそのような事例において結局は、意味喪失の亜種のみが問題となっているからである。それにより、適切な結論が既に示されている。すなわち、構成要件外の目的達成は不任意的な中止の承認へと至るのである、なぜなら具体的な客体に関する行為の継続は行為者にとってもはや全く意味をなさないからである。懲戒事例を引き合いに出すなら、これは次のように言える。すなわち、ナイフの放棄によって確かに客観的には危殆化後退（放棄）が与えられた、しかしこれは行為者には主観的に帰属されるべきではない（不任意性）。というのも、故意が犯罪実現の際に主観的な要素であるのと同様に、もはや存在していない故意もまた主観的な性質のものでなければならず、客観的な放棄要素におかれることは許されないからである。もちろんそれにもかかわらず、初めから既に客観的に危殆化後退が与えられない目的達成の事例もまた存在することは、考慮に入れられるべきである。そのように例えば Jakobs⁽⁸⁹⁾によって作成された駐車余地の例において、それは存在する。すなわちその例とは、運転手が他の車両を損傷させる危険があるにもかかわらず、何も発生することなく駐車余地に無理やり入り込んだという例である。この場合において既に後退は存在しない、というのは危殆化する駐車も車を離れることも危殆化後退を示すものではないからである。⁽⁹⁰⁾しかし懲戒事例において、それはまさにそ

(88) 当該記述は支配的な全体的考察説を基礎においている。しかしそれでいて、完全に通説からは逸脱した個別行為説（それに従うものとして Freund, Allg. Teil, §9 Rdn.41）もまた目的達成の問題を完全に回避することはできない。例えば行為者が自らの第一の行為目的（例えば追跡者を追い払うこと）を自らの見解によればなお結果を発生させるに相応しいものではない行為（例えば追跡者を狙った発砲）によって既に達成した場合には、当該目的の達成が中止を排除するかどうかに関して、個別行為説もまた決定しなければならない。それについては Jakobs, Allg. Teil, 26/39a; Ingeborg Puppe, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt - Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 22.8.1985 - 4StR326/85 - NStZ1986,25, NStZ 1986, 17; dies., NStZ 1990, 433を見よ。一般的に個別行為説に反対し全体的考察説に賛成する理由づけについてまとめたものとして Jäger（脚注3）、S.122ffを参照。

(89) Jakobs, Allg. Teil, 26/39a.

ういうものではなかった。すなわち、ここではナイフの放棄が危殆化後退を意味していた、もっとも、それは目的達成の故に行為意味の喪失を理由として不任意なものとして示されるものなのである。⁽⁹¹⁾

V. 結論

上記の論述は、刑法 24 条に述べられた任意性要件の、正犯原理に方向づけられた決定のみが、これまで心理学的考察説ないし規範的考察説の助けにより事実そうであったよりも、より具体的な結論を提供することが可能な状況にあるということを示した。その際に、中止が危殆化後退として理解されるべきであるという認識は、間接正犯の理論に由来し、なおかつそこでそうこうするうちに全く圧倒的に承認されている原理を適切に用いることの必要性を設定するだけでなく、任意性要件の決定に対する法律上の枠の輪郭を定めるものでもあるのである。それに応じて、任意性の阻却は原則的に 4 つの原因に依拠し得るものである。すなわち、強要による不任意性、責任無能力による不任意性、錯誤による不任意性、ないしは行為の意味の喪失による不任意性である。正犯理論において既に長きにわたり議論が支配的であった、言及された領域は、中止の議論にとってもまた実りの多いものとするために、ただ適切な転用を必要とするのである。この目的のために、この論文はささげられたものである。

(90) 危殆化後退が欠ける事例について詳しくは Jäger (脚注 3), S.116f.

(91) 任意性の否定について賛成するのは Reinhard Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, Allg. Teil 2, §41 Rdn.119, ならびにかつては Harro Otto, Allg. Teil, 3.Auf., §19 II 2b.aa. もそうであった。細分化するのは Franz Streng, Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990, S.214ff., Streng は犯罪行為に際して既遂傾向 (Vollendungsneigung) が存在していた (その場合には任意的である) か、もしくはそうではなかった (その場合には任意的ではない) のかによって区別しようとする。犯罪行為が既遂傾向を伴うか伴わないかについて厳密には十分に決定され得ないということは別として、このような試みは刑法 24 条第 1 項第 1 文の意義と矛盾するものである。なぜなら行為者が典型的に具体的な状況においてさらなる行動を続けるかどうかの問題ではなく、どのような理由から行為者が実際に犯罪行為を止めたのが問題となるからである。Streng に対する批判について詳しくは Roxin, JZ 1993, 897, ならびに Jäger (脚注 3), S.121f.

【参考条文】

[刑法]

▼ 24 条 中止犯

(1)¹任意に、さらなる行為の実行を放棄した、またはその完成を阻止した者は、未遂としては処罰されない。²中止者の中止行動がなくともその犯罪行為が完成しなかった時に、その者が行為の完成を阻止するよう任意かつ真摯に努力した場合には、その者は不処罰となる。

(2)¹複数人が行為に関与している場合に、任意にその完成を阻止した者は、未遂としては処罰されない。²ただしその行為が、その者の中止行動がなくとも完成しなかった場合、またはその者の以前の行為寄与から独立して犯された場合には、行為の完成を阻止しようとするその者の任意かつ真摯な努力は、その者の不処罰に十分である。

▼ 35 条 免責的緊急避難

(1)¹現在する、そうする他は回避し得ないような、生命、身体、または自由に対する危険において、その危険を自己、親族またはその他の近親者から回避するために、違法な行為を実行した者は、その者は責任なくして行為したのである。²これは、事情により、特にその者が危険を自ら惹起させたが故に、またはその者が特別な法律関係にあったが故に、危険を甘受することがその者に要求され得た限りにおいては当てはまらない、ただし行為者が特別な法律関係を顧慮することなく、危険を甘受しなければならなかった場合には、49 条第 1 項により刑罰は減輕され得る。

(2)¹行為者が行為の実行において、前項によってその者を免責するであろうような、実際には誤った事情を想定していた場合には、その錯誤が回避可能であったときにのみ、その者は処罰される。²その刑罰は 49 条第 1 項により減輕されるものとする。