HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	未遂犯と中止犯(4)
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，48(1)：107-134
発行日	2012-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　説

未遂犯と中止犯　(4)

吉田敏雄

目　次

第一章　未遂犯
一　未遂犯の意義
二　未遂犯の処罰根拠
1　ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
A　法規定
B　学説の状況
2　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
A　法規定
B　学説の状況
3　スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
A　法規定
B　学説の状況
4　日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況
A　学説の状況
a　(純粋)主観的未遂論
b　客観的未遂論
aa　行為無価値論的客観的未遂論
bb　結果無価値論的客観的未遂論
B　未遂犯の処罰根拠の検討
三　構成要件
1　主観的構成要件
a　犯行計画
b　決意
c　故意
2　客観的構成要件

(以上第47巻第1号)

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（ロクスィーン説）
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（個人に応じた客観説）
　　b b　客観的主観説（以上第47巻第2号）
C　未遂行為（予備と未遂の区別）の検討
　a　実行行為
　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（全体解決説）
　　b b　影響力行使説（個別解決説）
　　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
　　d 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　重い結果が故意に包含されているが、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
四　違法性
五　責任

（以上本号）

D 間接正犯 間接正犯として、利用者が他人（被利用者）を道具のように利用して構成要件を実現する場合、例えば、医師が事情を知らない看護師を使って、毒薬入りの注射を患者に打って毒殺するような場合、如何なる時点に実行の着手が認められるべきかが問題となる。

a ドイツ語圏刑法学説

aa 厳格説（全体解決説） 間接正犯の未遂は、媒介者が構成要件実現のために接着行為をしたときに初めて成立するという説。その主たる理由として、間接正犯では、行為者の影響力行使と背後者に帰属される媒介者の行為が**規範的に見て一体**をなしていることが挙げられる。影響力行使だけということではなく、背後者の行為と道具の行為から成る全体所為(Gesamttat)の発展段階が未遂の成立時期を決定するというのである。したがって、全体解決説とも呼ばれる。所為媒介者が予備の段階にある限り、背後者の未遂は成立しない。ドイツ刑法第二五条第一項の間接正犯規定は「他人によって行なわしめる」と定めていることも根拠として挙げられる。すなわち、間接正犯者は媒介者を通して実行行為を行なうのであるから、通常は、間接正犯者の実行行為が媒介者の行為より早いということはないことが指摘される。上記の設例では、看護師が注射を開始するときに、殺人の未遂が成立することになろう。[172]

本説は、共同正犯の未遂を基礎付けるために開発された「全体解決策」を間接正犯に転用するのであるが、間接正犯の独自性を考慮していないところに問題がある。間接正犯には「共同の行為」とか「共同の所為決意」といったものはない。全体の事象は媒介者ではなく、背後者の所為である。道具の行為も自分の行為のように帰属されること、背後者が所為を他人を通して行なうということから、間接正犯者の未遂が媒介者の行為よりも早い段階で成立するこ

とはないという結論が必然的に導かれるものでもない。確かに、背後者に媒介者の行為も帰属される。しかし、背後者にとって、因果過程という点では、他の因果過程と異なるものではない。道具の媒介しない因果関係の方が確実に結果を惹起するというものではない。間接正犯者は被害者への攻撃を仕組み、全体事象を「意思支配」[173]によって操縦しているのであるから、予備と未遂の区別を背後者の行為によって行なうのは当然である。

厳格説の陣営の中でも、間接正犯者の表象が基準[174]となるのか、所為媒介者の表象が基準[175]となるのかについては、見解が分かれる。間接正犯者の表象基準説には次のような問題がある。法文からすると、なるほど、間接正犯者の表象基準が採られるべきは当然である。しかし、厳格説の中では、これは機能しない。背後者は多くの場合、所為媒介者が如何なる時点に開始するかを知らないし、知りえないからである。そうなると、間接正犯者の表象なくして、開始の判断が下されることになる。これは法文にそぐわない。又、間接正犯者の考えが間違っていたとき、例えば、間接正犯は今日してもらえると思っていたが、所為媒介者は明日するつもりのとき、未遂の成立時点は所為媒介者が何時行為を行なうかによって決まるという奇妙なことになる。[176]これを避けようとして、所為媒介者の表象基準説が提唱されるが、この説は法文と真っ向から対立する。なるほど、他人の行為が介在していても、背後者には自ら支配する因果経路が帰属されうる。しかし、背後者に、およそ自ら抱いていない表象を抱いているということはできない。本説には、さらに次の問題もある。事情の知らない所為媒介者には、故意が無いため、その表象によって構成要件の実現のための実行を開始することができない場合が極めて多いということである。所為媒介者にはおよそ構成要件を実現つもりがないからである。この場合、間接正犯者の「優越的認識」に助けを求めて、これにより所為媒介者の「主観的判断基底」を「拡大」しようとすると、逆に、背後者のところにのみ存在する認識が所為媒介者に帰属される。こ

れは構成的に不可能な故意の擬制に帰着する。[117]

ｂｂ　影響力行使説（個別解決説）　本説は、間接正犯の未遂は、間接正犯者が媒介者に影響力を行使し始めるときにすでに成立すると主張する。背後者の所為寄与は所為媒介者に影響を及ぼすことにあるから、背後者がこの影響力を行使するか、行使しようとするときに、未遂が成立する。それは教唆の未遂と異ならない（ドイツ刑法第三〇条第一項「他人をして重罪を行なうよう又は重罪を教唆するよう決意させることを企てた者は、重罪の未遂に関する規定によって罰する」）。間接正犯と教唆は、所為を直接に実行する者の背後に所為誘引者がいる点で共通だからである。行為者の計画を含めて客観的に考察しても、この影響力の行使が構成要件実現のための直接の開始である。直接正犯の場合に、道具の性質（有能か不能か）が未遂の問題に影響しないように、間接正犯の場合にも、道具の性質（事情を知っているか否か、行為を意欲しているか否か）は未遂の時期に影響を及ぼさない。本説は、専ら背後者の行為に着目するので、個別解決説とも呼ばれる。上記の設例では、医師が看護師に注射器を渡したときに、殺人の未遂が成立することになろう。[118]

本説は、背後者が事象をまだ掌中に握っている場合、例えば、媒介者に被害者の名をまだ告げていない、あるいは、毒物を渡していない場合でもすでに未遂を認める点で、未遂の成立時期が早すぎる。本説は、接着性を十分に考慮していないところに問題がある。[119]

ｃｃ　修正影響力行使説　本説は、間接正犯の未遂は媒介者を「使いにやる」ときに成立すると主張する。この時

点は間接正犯者が事象をその影響領域から手放したときである。それは間接正犯者が「最後の正犯者行為」をしたときと一致するのが普通であるが、「最後の正犯者行為」があった場合でも、なお例外的に、事象が間接正犯者の監督の下にあるときがあり、この場合は予備にとどまる。媒介者が因果経路の進行を「引き受け」、背後者が事象の支配を失うとき、未遂が成立することになる。所為媒介者が間接正犯者の影響領域から離れても、間接正犯者は行為支配という形ではなく、意思支配という形で、間接正犯の特徴である所為支配を維持する。上記の設例では、医師が看護師に注射器を渡し送り出したときに、殺人の未遂が成立することになろう[18]。

ｄｄ　区別説　区別説は、所為媒介者が事情を知っていたか否か、責任能力があったか否かによって未遂の成立時期を異なって捉える説である。媒介者が事情を知らなかったとか精神障害者の場合には、間接正犯者が道具に影響力を行使するとき、あるいは、影響力行使の終了後（例えば、所為媒介者を使いに送り出すとき）、未遂が成立する。媒介者が事情を知っていた場合、媒介者が構成要件実現のために接着行為をしたとき、未遂が成立する。その理由として、前者の場合には、媒介者への働きかけは物理的道具とか動物を利用するのに等しい、つまり、道具への影響力行使があれば、さらに働きかけられなくとも構成要件結果の実現に向かう因果連鎖が起動されること、さらに、後者の場合には、媒介者が結果を招来させるか否かを意のままにできるので、未遂の成立は媒介者の行為に依存することが挙げられる。一九八三年にはなお通説と目された本説は今日ほとんどその支持者を見出しえない。上記の設例では、医師が看護師に注射器を渡したときに、殺人の未遂が成立することになろう[18]。

本説は、事情の知らない媒介者を利用するときの方が事情の知っている媒介者を利用するときよりも、結果の惹起

がより確実であるという前提から出立しているが、この前提自体が成り立たないとして批判される。事情の知らない媒介者利用が不可避的に結果の発生に繋がるわけではないし、事情の知っている媒介者であっても結果の招来を妨げる事情を除去できるからである。[182] さらに、事情を知っているかいないかの区別も必ずしも簡単ではないことも指摘される。例えば、認識のある過失のある所為媒介者には「半分故意」があるといえる。さらに、事情を知っているか否かの区別が全くできない場合もある。例えば、甲がその恋敵乙を有毒の塩酸で殺害しようとして、丙に睡眠薬だと偽って毒入りの瓶を渡し、それを乙に飲ませてもらおうとしたところ、それを受け取った丙が乙のところへ行く途中、好奇心からその瓶を開けたところ、その異臭に気づき、犯行に出なかったという場合、丙は自分の考えでは軽い傷害を犯すつもりだったが、甲は実際には丙を殺人の道具にしようとしたのである。[183] それに、刑法は、事情を知っているか否かで区別する何等の準拠点も与えていないことも指摘される。結局、未遂の成立時期は事情を知っているか否かで区別して判断されはならないということになる。[184]

ｅ　一般説　本説は、間接正犯も直接正犯と同様に判断すべきだとする説である。その一つに**危殆化規準説**がある。直接正犯と同様に、間接正犯においても危殆化が規準となる。間接正犯では、間接正犯者の所為が問題となり、道具は単に遂行機関として機能するにすぎないから、道具が重要な付加的準備をせずに事前操縦された所為を遂行するだけでよいとき、既に、間接正犯者の視点からは当該法益に**直接的危険**が生じたと見ることができる。如何なる時点から背後者の操縦表象によると道具による遂行だけが残されているかは、個別事例の事情に左右される問題である。間接正犯者が所為事象を事前操縦しており、背後者の表象によれば、道具が、いわば自然因果関係に比肩しうるように、不可避的に所為実行に至らざるを得ないという具合になっておれば、道具が活動する前に既に未遂が成立する。

これに対して、背後者の表象によると、被害者を危殆化するには道具がなお準備をしなければならないとき、未遂はまだ成立しない。上記の設例では、医師が看護師に注射器を渡したときに、殺人の未遂が成立することになろう。[185]

本説によれば、行為者が被害者を殺害しようとして媒介者を使いに出すとき、この時点で未遂が成立する。これに対して、行為者が自ら被害者を殺害しようとして、犯行現場に行く途上にあるとき、そのまま推移すれば確実に結果の発生にいたるから、本説によればこの場合も未遂が成立することになろう。しかし、この時点はまだ予備の段階にすぎないというべきである。そうすると、直接正犯と間接正犯を同じ規準で捉えることはできないのだと批判される。[186]

b　我が国の刑法学説　我が国の間接正犯の実行の着手時期に関しては、一般に、①利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始したときであるとする利用者説、②基本的に利用者説が妥当であるが、例外的に、被利用者説を支持する区別説、③被利用者が犯罪的行為を開始したときであるとする被利用者説、④構成要件的結果発生の現実的危険を惹起したときであり、したがって、利用行為の開始時に実行の着手を認めることもあれば、被利用者の行為の開始時に実行の着手を認めることもありうるとする個別化説に分けられる。

aa　利用者説　実行の着手の概念を主観説の立場から理解するとき、利用者説が主張される。[187] しかし、客観説の立場からも利用者説が主張される。形式的客観説からは、未遂罪の成立には、基本的構成要件に該当する行為の少なくとも一部分が行なわれたことが必要であり、かつ、それで充分であり、間接正犯についても問題は少しも変わらないと主張される。[188] 行為無価値論的実質的客観説からは、実行行為は実行の意思に基づくものでなければならず、間接

正犯における実行の意思は利用者のみが有すること、したがって、実行の意思と実行行為とを別々の行為主体に分属させることはできず、そうすると、間接正犯の実行行為は、利用者の被利用者に対する犯罪への誘致行為に求めざるをえないと主張されたり[189]、実行の着手は構成要件を実現する現実的危険性が出現したときに認められ、間接正犯の場合、利用者が被利用者に働きかけたときに、構成要件を実現する現実的危険が認められると主張される[190]。利用者説が主観説からも客観説からも主張されるのは、実行の着手の観念が規範主義的に把握され、利用者の行為に焦点が合わせられるからである[191]。

bb　修正利用者説　行為無価値論の立場から、背後者の誘致行為が実行行為であり、遅くとも行為者が自らすべきことはすべて行ない、後は因果の流れにまかせる段階に至れば、結果発生の自動性が認められ、実行の着手が肯定されるが、しかし、他人の故意行為を利用する場合は別であると論じられる。例えば、背後者甲が、「現に人が住居に使用」する建造物であることを知りつつ、乙を騙して放火行為を唆し（刑法第一〇八条）、乙はその家を非現住建造物と信じつつ（刑法第一〇九条第一項）放火行為を行なったという場合、背後者の誘致行為が完了しても、なお結果発生の自動性が肯定できないので、利用者の行為と被利用者の行為とをあわせて全体として結果の発生が切迫する段階に至ったどうかにより実行の着手の有無を判定すべきである、具体的には、被利用者の行為を規準として実行の着手時期が決められる[192]。

cc　被利用者説　本説は結果無価値論的実質的客観説から主張される。未遂犯の実質的処罰根拠を既遂結果発生の切迫した危険と解すると、間接正犯においては、被利用者の行為により「切迫した危険」という「結果」が発生し

た時点で、はじめて実行の着手が認められ、未遂犯の成立が肯定される。この場合の「実行の着手」における「行為」概念については、具体的危険（切迫した危険）という結果を含む広義の行為概念として捉えられる。[193] 結果無価値論的実質的客観説からは、利用者は「間接正犯」でなく、「教唆犯」として構成されるべきではないかとも主張される。[194] 実行の「着手」時期が他人の動作に依存するというのは、まさに教唆犯の場合だというのがその理由である。

ｄｄ　個別化説　行為無価値論的実質的客観説から、利用者が被利用者の行為を道具として利用する場合、利用行為の開始が構成要件的結果発生の現実的危険を常に惹起するわけではないから、利用者の行為が結果発生の現実的危険を惹起したときに着手がある、つまり、利用行為の開始時に実行の着手を認めることもあれば、被利用者の行為の開始時に実行の着手を認めることもありうると主張される。[195] さらに、「間接正犯は、純然たる単独犯行でなく他人利用の犯罪行動の一種でもあり、実行の着手も、被利用者の行為と合わせて全体として犯罪事実発生に接着する段階にいたったかどうかで定めるのが妥当である。被利用者は、犯罪事実に直面することからくる規範的障害を欠く者であるという意味で、利用者の道具ではあるが、被利用行為そのものは被利用者の意思に基づくものであって、機械のごとく一挙手一投足まで利用者によりあやつられる、という関係にはない。したがって、利用行為を終了したからといって、それだけで犯罪事実が発生する具体的危険が顕著になったとは、一律にいい切ることができないからである」とも主張される。[196] 客観的主観説からは、実行の着手を常に利用者の行為の時点に認めるのは、実行の着手時期を非常に早い段階に認めてしまうことになって不当であるとした上で、間接正犯者の行為は利用行為という作為と、先行行為に基づく防止義務違反という不作為からなる複合的構造をとり、したがって、通常の標準にしたがい実行の着手があったとされた時点以降の作為または不作為を、間接正犯における実行行為と考えられ、実行行為は多くの場合被利用者

の行為の時点に認められるが、被利用者の行為が利用行為と時間的に接着しており、しかもその遂行が極めて確実な場合、利用行為の時点に認められると論じられる。[197]

ｅｅ　要約　以上、内外の諸説の検討を踏まえると、実行行為の意思の主体と実行行為の主体を分離することには問題がある。又、被利用者への犯罪誘致行為時に常に実行の着手を認めるのも、逆に、間接正犯の未遂の成立時期を道具（被利用者）の行為を規準にして判断するのも妥当でない。未遂の可罰性に関しては、常に、（間接）正犯者自身の犯罪意思活動が決定的意味を有する。結果の発生が自然的因果経路を通して生ずるか、媒介者を通して生ずるかは、背後者の視点からはどうでもよいことである。例えば、時限爆弾を爆発させるのに時限装置を利用するか、他人に定まった時間に遠隔装置の釦を押して貰うように依頼するかは、背後者の視点からは同じことである。[198] 道具がそれ自身の行為を開始したか否かに未遂の可罰性をかからしめるのは奇妙なことである。間接正犯者の構成要件該当行為は媒介者への影響力の行使にしか求められないのである。しかし、この事から、間接正犯者が道具に影響を及ぼし始めるとき初めて、且つそのときは常に未遂が成立との結論を導いてはならない。行為者が道具を利用して所為を既遂へと至らしめるため所為を手放した時点が決定的に重要である。というのは、間接正犯者が媒介者への影響を終えていない、つまり、事象がまだ間接正犯者の表象によれば自分の手中にある限り、間接正犯者は構成要件該当の不法結果を惹起するためにさらに部分行為をする必要があり、したがって、構成要件実現のための接着行為がまだ存在しないからである。例えば、医師が殺意を抱いて、看護師が夕方に患者に注射する予定の注射器に朝方毒を注入して所定の場所においておいたという場合、この段階ではまだ予備である。[199]

E　結果的加重犯における未遂　結果的加重犯は、基本犯が既遂に達し、且つ、重い結果が発生すれば、既遂に達する。結果的加重犯の未遂が問題となるのは次の二形態である。

①基本犯が未遂にとどまるが、この未遂から重い結果が発生した場合と②重い結果が故意に包含されているが、重い結果は発生しなかった場合である（この場合、基本犯は未遂又は既遂の場合とがある）。

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　我が国では、結果的加重犯においては、基本犯が未遂であっても、重い結果が発生したときは既遂となると一般に解されている。[200] それは、結果的加重犯にあっては重い結果を理由として刑を加重することにその特質があるから、重い結果が発生した以上、基本犯が未遂たると既遂たるとを問わず、結果的加重犯の既遂となると考えられているからである。[201] しかし、結果的加重犯の未遂を認める余地はある。二つの類型に分けて考えるべきである。

①基本犯の構成要件的行為それ自体が類型的に加重結果を惹起する危険性を有しているとき、重い結果を招来する**構成要件的行為**はそれ自体が可罰的未遂犯であり、重い結果がこの未遂行為と結びついており、且つ、これに客観的に帰属可能である限り、結果的加重犯の未遂が成立すると解すべきである。強盗致死傷の場合、被害者の死傷が暴行によって過失で招来されたが、物の奪取に至っていないとき、強盗致死傷の未遂が成立する（刑法第二四〇条、同第二四三条）。[202] 強制わいせつ等致死傷の場合も強盗致死傷と同様にその未遂がある。但し、刑法第一八一条はわいせつ等既遂の罪を犯し、よって人を死傷させた場合と同じく処罰しているので、わいせつ等致死傷の未遂を認める実益はない。

②傷害致死罪のように、基本犯の構成要件的行為ではなく、**構成要件的結果**が類型的に加重結果を惹起する危険性を有しているとき、結果的加重犯の未遂は認められないし[203]、現に、傷害致死の未遂の規定は存在しない。列車転覆・破壊致死罪（刑法第一二六条第三項）も転覆・破壊という基本犯の結果から重い結果が生じた場合に適用されるのであって、転覆・破壊行為から重い結果が生じた場合には適用されるべきでない。列車転覆・破壊致死の未遂の規定も存在しない。しかし、判例（東京高判昭和四五・八・一一高刑二三・三・五二四）は、電車内で時限爆破装置を爆発させて電車を破壊し、同時にその爆体の破片により乗客を死亡させた場合、つまり、転覆・破壊行為から死の結果が生じた場合にも、列車等転覆・破壊致死罪の成立を認める。そうなると、転覆・破壊行為が未遂に終わったが、死の結果が生じているときには、列車等転覆・破壊の未遂と過失致死が成立するので、転覆・破壊という結果の存否によって結論が異なるという奇妙なことが生ずる。[204]

b　重い結果が故意に包含されているが、重い結果は発生しなかった場合　結果的加重犯の規定が重い結果について故意のある場合を想定していないとき、結果的加重犯の未遂は存在しない。例えば、行為者が傷害の故意で行為をするとき、同時に、死の発生について未必の故意を有している場合、殺人未遂が成立するのであって、傷害致死の未遂が成立するか否かが問題となることはない。現行法にはそもそも傷害致死の未遂の規定も存在しない。結果的加重犯の規定が重い結果について故意のある場合を排除していない限り、未遂は可能である。[205] 例えば、殺人につき故意のある強盗殺人については、死の結果が発生しなかったとき、強盗殺人の未遂が成立する（刑法二四〇条、同第二四三条）。[206] したがって、傷人につき故意のある強盗傷人についても、強盗傷人の未遂がありそうであるが、しかし、強盗傷人の未遂は否定されるべきである。傷害罪は故意の有無と関わりなく成立し、現行法はその未遂も認めていないからで

ある。[207]

3　客観的帰属

故意犯では、行為の有する危険性は客観的に可能な因果関係にだけ基づいて認定できるのではなく、**故意及び客観的帰属**を考慮に入れて初めて認定できるのである。故意犯がそもそも構成要件該当不法を基礎付けるか否かは故意を考慮することなしには認定できない。結果を先取りする意思が行為にその意味と社会的意義を付与するからである。具体的法益侵害に向けられる故意が欠如していれば、故意犯の行為不法は初めから存在しない。故意が認定されて初めて客観的帰属が問題とされるのである。[208]

客観的帰属というのは、客観的にも主観的にも形式的に構成要件に該当する行為を、実質的に見て刑罰規範の許さない危険領域にあるのか否かを問題にすることによって、構成要件該当性を限定する法形象である。すなわち、客観的帰属は各不法類型を全体的に評価することで負責限定効果を有するのである。[209]

A　行為の帰属　客観的帰属の入り口は行為である。この点で、未遂犯は既遂犯とは異ならない。未遂では、一般に、経験的に危険な行為の着手が問題とされるが、しかし、それに併せて、行為が規範的に見て危険であるか否かも問題となる。両方あいまって行為不法を基礎付けるのであり、両方ともそろわないとき、既遂罪はおろか未遂罪も成立しない。[210] すなわち、行為帰属は経験的行為危険と規範的行為危険に分けられる。

a　経験的行為危険　経験的行為危険では、行為に法益侵害適格性が見られるか否かが問題となる。すなわち、故意に含まれている結果が、一般的生活経験に照らし、事前の観点から客観的に予見可能であり、したがって、行為と予期される結果がいわゆる**相当性連関**にあるか否かが問題となる。故意行為がまだ結果を惹起していない間は、当該行為が問題となる結果を招来するのに抽象的に適切であるとき、そしてその限りで、行為に**潜在的経験的危険**が認められる。行為の危険性の判断に当たっては、**行為者の特別の認識**も考慮される。行為者の状況にいる且つ行為者の認識を有する第三者の立場から状況はどのように見えるのかが問われる。これが予測の基礎である。行為帰属は包括的不法修正原理として主観的規準も考慮するが、しかし、客観的規準によって評価するのである。故意行為のこの経験的危険は相対的不能未遂、(不処罰の)絶対的不能未遂の問題に関わる。行為あるいは客体に潜む既遂適格性は、事前の観点からする結果発生の蓋然性の程度によって、その可罰性又は不処罰が定まる。[21]

b　規範的行為危険　規範的行為危険では、事前の観点からすると、結果発生への潜在的因果関係は認められるが、しかし、実際に結果が発生したか否かとは関係なく、当該刑罰規範が保護しようとしている**一般的程度の社会害悪性に達しておらず、規範的に許容される**場合、換言すると、行為が規範的限界内にとどまる場合、[212] 故意行為は規範的初期危険を含んでおらず、中性化され、ここに構成要件該当不法としては帰属されないことになる(**社会的相当性**)。危険が社会的に容認される(社会的寛容)のは、許容法規(例えば、道路交通における法定速度とか環境保護における基準値の場合の適法性)とか、一般的法倫理的価値確信から行為がまだ客観的に注意に適合しているように見える場合である(例えば、社会慣習、身体運動競技、商慣習、職業上普通の行動の場合の正当性)。もとより、非定型的危険性とはいえるが、行為者に特別の知識がある場合は事情が異なるのであって、これは社会的に容認されない。行為に

経験的危険が認められても、規範的行為危険がない場合、未遂犯は初めから成立せず、もとより既遂犯も成立せず、不能未遂の問題も生じない。経験的行為危険が規範的行為危険の許容性を消滅させることはできないからである。許されることをする者は危険を冒してもよいということである。[213]

B　結果の帰属　行為の帰属が肯定され、しかも結果が発生していても、その実際に生じた結果が、事後的観点から見て、当初予測された行為危険に沿うような形で発生していない、つまり、事前予測の行為危険の外側にあり、それ故、結果の帰属ができない場合も未遂処罰にとどまる。

a　経験的結果危険　結果の帰属は経験的結果危険と規範的結果危険に分けることができる。故意行為によって具体的に惹起された結果が、行為者の表象する因果関係とは異なる場合（いわゆる**因果関係の錯誤**）、その結果が一般的生活経験によって特徴付けられる行為の危険領域の外側にあるとき（客観的予見可能性）、結果は行為と**相当関係**になく、**経験的結果危険**が否定される。例えば、行為はなるほど意欲された客体に意欲された結果を惹起したが（客体同一性、人物同一性）、しかし、行為者が因果の流れを手放した後で、因果の推移が一般的生活経験の変動幅から完全に逸脱している場合、具体的結果は行為者に帰属されない。行為者にはその行為に対する**未遂罪**しか成立しない。行為者の故意は結果招来の存否にのみ向けられ、行為に実際の推移は故意とは関係がない。一般的生活経験の変動幅が故意とは関係なく結果招来に対する負責領域を限界付ける。[214] 故意行為の帰属はこれによって影響を受けることはなく、既遂が否定されても、未遂罪処罰は可能である。但し、行為者に非典型的危険性についての特別の知識がある場合は結果の帰属は可能である。因果の推移はなるほど相当性の範囲内にあるが、行為者には規範的理由から帰属できない

場合（規範的結果危険の不存在）も、未遂処罰にとどまる。[215]

いわゆる（ヴェーバーの）**概括的故意**といわれる場合、つまり、行為者が意欲した結果を意欲した客体に複数の連続する行為で招来するが、行為者は最初の行為で結果を生じさせたと思っているので、その決定的な後の行為は当初の結果故意には包含されておらず、結局、行為者は最初の行為で意欲したことをそれとは知らずに後の故意で実現したという場合、例えば、行為者は殺害行為に出て、うまくやったと考えるが、実際にはまだ死んでいない被害者の「死体」を犯行隠滅のため別の場所に遺棄することによって死の結果を生じさせた場合も経験的結果危険、つまり、客観的帰属の問題である。自然主義的に見ると、第一の行為時には故意はあるものの、結果は発生しておらず、第二の行為時に結果が発生したものの、故意がなく、そうすると、未遂犯と過失犯が成立することになりそうである。[216] この結論を避けようとしたのが一八二五年のヴェーバー論文に遡るいわゆる概括的故意論（dolus generalis）である。それによると、事象を単一的に捉え、それに応じて故意も単一的に捉え、行為者は全体について既遂で処罰されうるというのである。すなわち、故意は第二の行為、時間的に後続する結果に「伸ばされ」、したがって、全体として因果関係の重要でない錯誤から出立し、この錯誤は故意に包含される。[217] しかし、結果は既に発生していると思っている行為者に結果を招来した時点において伸ばされた故意を認めることは故意を擬制することになる。

この伝統的に概括的故意といわれる場合でも、いわゆる因果関係の錯誤の場合と同様に、故意は、結果を招来させようとする時点において存在し、結果発生の存否にのみ関係する。後続の行為は結果に至る因果経路の部分成分、つまり、因果連鎖の中間項にすぎない。既遂負責、つまり、発生した結果の帰属は評価の問題である。具体的因果経路

が一般的経験の内部にあるのか否か、つまり、相当性連関が問題となるのである。上記の例において、犯行隠滅行為では、行為者自身の事後的失策行為は当初計画した行為の経験的、規範的危険領域内にあり、これは行為者に既遂として帰属される。もっとも、典型的、密接な行動連関が欠如しているとき、殺人未遂と過失致死罪が成立する。[218]

b　規範的結果危険　行為者が事象を手放した後で、結果が第三者又は被害者の事後的失策行為によって共惹起された場合、**規範的結果危険**が否定される。他者の失策行為が故意で行なわれたか、分別のある人にとっては「まったく理解しがたい」かぎり、この失策行為は、行為者に故意の行為危険が認められても、結果帰属を排除する。[219]

いわゆる**行為（方法）の錯誤**の場合、いずれにしても狙った標的に結果が発生する因果関係の錯誤とは異なり、行為者が、本来の標的とは異なった、しかも、知覚していなかった対象を攻撃してしまったとき、例えば、弾丸が標的をそれて側にいた別人に当たった場合も、本来狙っていた人に当たらなかった原因が何であれ、故意に包含された人との関連では規範的結果危険が否定され、殺人未遂が問われ、実際に当たった人の過失致死との観念的競合が成立する。拳銃以外のものが手段として用いられ、実行行為と結果の発生との間にかなりの時間が経過し、紆余曲折を経てようやく結果が発生する場合でも同じである。なるほど、行為者は、「ある人」を殺そうとして、「ある人」を殺している。形式的には、行為者は構成要件的結果を実現している。しかし、殺人罪においては、実質的には、生命という法益の一身専属的性格の故に、身体的に具体化された人の生命が保護されるのである。人の生命自体、つまり、人の生命なら誰でもよく、類概念としての人の生命が保護されるというのではない。「生命」という法益（理念的価値）は常に特定の人（「ある外形的に定められた人」）において具象化されており、この人が専ら行為者の故意によって個別

化されるのである（具体化説）[20]。

これに対して、**客体の錯誤**の下位分類としての**人における錯誤**の場合、人について言えば、狙った人が本来意図していた人とは異なっていた場合、例えば、弾丸が標的とした人に正確に当ったが、実は人違いだったという場合、人物同定に錯誤があるにすぎない。すなわち、行為者は標的となった人をその外的姿と居場所によって認識し、この者に当てようとしたのである。事後に、この者が自分の意図していた者とは異なることが判明するのだが、行為者は現実の被害者の内的同一性（氏名と人物）に錯誤があったにすぎず、標的の外的個別性（現象像）と被害者とは一致している。殺人罪の成立には、「人」が外的に個別化されていること、行為者が「ある特定の人」を殺そうとする意欲があることで十分である。被害者の内的同一性に関する錯誤は行為者を被害者と結びつける動機の錯誤であって、かかる錯誤は構成要件への包摂の上で必要のない要素に関する錯誤であり、故意を排除することはない。発生した結果は意欲された殺人の既遂として帰属される。被害者は、その一身専属的法益性質という点で、その外的事象によって十分に価値的に具体化されているのである。但し、意思と仕業が法的に異なった評価を受けるとき、客観的事実と主観的事実が法的に符合しない。こういった錯誤は法的に重要である。例えば、人を殺そうとして物を損壊してしまった場合、結果と結果関係的意思の法的同価値性が欠如しており、殺人未遂と過失損壊（不処罰）が成立する[21]。

c　仮定的適法代替行為　仮定的適法代替行為の場合、上述の行為や結果の客観的帰属を否定する事例に属しない。したがって、その限りで、行為者にはその行為が不法として帰属されうることが前提となる。しかし、行為者が具体的行為を注意義務違反ないし故意で実行したのではなく、適法なやり方で実行していたとしても、行為者の創出した

危険が実現した、つまり、結果は発生していたであろうという場合、公平の観点から、実際に生じた結果の客観的帰属は否定されるべきである。この場合、違法な行為の危険が結果に影響を及ぼしていない、つまり、違法な行為が仮定の適法な行為によって置き換えられるのである。仮定的適法代替行為の問題は作為犯においてのみ問題となる。不作為犯においては、因果関係の検証において、命令された作為が行なわれていたなら、結果は確実性に境を接する蓋然性をもって避けられたということが認定されねばならないからである。[222]

問題となるのは、適法な行為態様が仮定的に同じ働きをもつということを確実に証明できない場合であり、このような場合が多い。疑いがある場合に、この働きがあるという風に行為者に有利に仮定するなら、行為者の負責は多くの場合に脱落する。この過度の負担軽減効果を避けるために、所為時点および後に判明した事情をすべて考慮した事後的観点から、違法行為が結果の発生を危険をともかくも著しく高めた場合、換言すると、被害者が、この状況下で行為者の仮定的適法行為があった場合、実際に生じた侵害を蒙ることなくこれを免れる現実の可能性が確実にあった場合には、結果の客観的帰属は首肯され、負責軽減効果は生じない。[223] 故意犯の場合、適法な代替行為は犯罪行為をしない、つまり、規範の呼びかけに従うことにあるとすれば、危険は通常高められていることになろう。[224]

四　違法性

未遂犯の構成要件該当性は違法性を徴表する。未遂犯にあっても、既遂犯の場合と同じ要件の下で、正当化事由の適用がある。既遂犯が正当化されるなら、そこに含まれる未遂も当然正当化される。例えば、正当防衛状況があって、侵害者を殺害することが許されるなら、防衛者が殺害の意図で拳銃を発射したが、相手に当たらなかったという場合、

殺人未遂が違法となるわけではない。[173]

五 責任

未遂犯においても既遂犯と同じ責任要素が問題となり、未遂犯に固有の責任論というものはない。ただし、実行行為に接着する行為の場合、責任能力と不法の意識はこの時点に存在しなければならないが、それらの準拠点は実行行為である。

注

(172) *Frank*, (Fn. 7), § 43 Bem. II 2a.; *G. Stratenwerth, L. Kuhlen*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004, § 12 Rn 105.; *B. Kadel*, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft - versuchte mittelbare Täterschaft, GA 1983, 299 ff.; *V. Krey*, Deutsches Strafrecht AT, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 43 Rn 437.

RGSt 59, 1〔被告人（女性）は自分のまま娘の健康を害させようとして、実の母親が病気の娘に持って行こうとして台所の竈の上に用意しておいたペファーミント茶に密かにイヌホオズキの汁を混ぜておいた。被告人はその飲み物が事情を知らない第三者（看護していた実の母親）が持っていって、娘に飲ませることを予期していた。危険な傷害の未遂が成立〕。ライヒ裁判所は、「飲み物の準備は実行行為の構成要素と見られる」と判示して、その理由付けにおいて厳格説に共感を示すが、結論においては、修正影響力行使説に近い。Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 237.

(173) *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), § 14 Rn 614.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 247.

厳格説に入る学説にヘルツベルク説（新説）（*R. D. Herzberg*, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, in: Roxin-FS, 2001, 749 ff., 771 f.）がある。それによると、未遂行為（間接正犯者の最後の自分の行為）と未遂結果（間接正犯者の行為に際する自分の表象による構成要件実現の直接的危険）が分けられる。未遂行為は間接正犯者にとっては既に予備の段階を離れているが、表象された被害者への直接的危殆化、つまり、未遂結果（切迫行為）のときに初めて可罰性が認められる。間接正犯者に直

接的な被害者危殆化の時点に関する表象が欠如しているか、不明確である場合、行為者が自分の行為をした際に切迫行為が最も早く可能だと考えた時点に、未遂の可罰性が認められる。行為者がこの時点の前に計画が頓挫したことを知ったとき、未遂の可罰性は生じない。

本説に対しては、次の批判が可能である。第一に、媒介者による被害者危殆化の可能性の最も早い時点に関して、間接正犯者が思いをいたさないことが多い。間接正犯者にはこの時点はどうでもよいことであり、自分が影響力を有さない事情に依存すからでもある。第二に、本説によれば、結果が予期したよりも早く生じた場合、不処罰ということになる。例えば、甲が事情を知らない乙を利用して毒入りワインを丙に届けさせるが、乙は甲との約束とは異なり日曜日の朝ではなく、前日の夕方に届け、丙はその日のうちに飲んで死んだという場合、行為者の表象によれば被害者に土曜日の夕方は危険が生じておらず、したがって、未遂の段階にすら至っていないので、殺人既遂は成立しない。しかし、これは耐え難い結論である。Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 252.

(174) *K. H. Gössel*, Fälle und Lösungen nach Höchstrichterlichen Entscheidungen Strafrecht, 8. Aufl., 2001, 98; *ders.*, (Fn. 135), 250; *R. Maurach, K. H. Gössel u. H. Zipf*, Strafrecht AT, Tb 2, 7. Aufl., 1989, § 48 Rn 118 ff; *R. Krack*, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998), 611 ff., 636 f.; *P. Rackow*, E-mail für die B, JA 2003, 218 ff., 223 f.

(175) *W. Küper*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, 361 ff. 369.; *Kühl*, (Fn. 74), § 20 Rn 91.

(176) Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 248.

(177) Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 249.

(178) *J. Baumann, U. Weber u. W. Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 29 Rn 155; *P. Bockelmann, K. Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987, § 22 II 3b, § 27 VII 2b.; *G. Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, 100 ff., 112 f.; *R. D. Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdekikt, MDR 1973, 89 ff., 94 f.; *ders.*, Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, JuS 1985, 1 ff., 6（旧説）。

RGSt 53, 11（所為媒介者に革製品を密輸出させようとして、待っている運び人のところへ赴けば、それは「発送され、革製品を国境を越えて運ばせようとする動きが開始された」といえる）。Vgl. *Roxin*, (Rn. 3), § 29 Rn 235.

(179) *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), § 14 Rn 614.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 257.

(180) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 230.; *Radolphi*, (Fn. 28), § 22 20a; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 62 IV 1; *Gropp*, (Fn. 28), § 10 Rn 64.

RGSt 53, 45〔二人の所為媒介者に金貨を密輸出させようとした事案〕で、最初の所為媒介者に金貨を渡したとき、実行の開始がある、というのは、これにより「金貨が発送された、つまり、国境を越えさせようとする動きがとられ、開始したからである」。

BGHSt 30, 363〔①被告人甲は自分の恋敵丙を有毒塩酸で殺す意図で、乙に丙宅で強盗を働くように説得したが、その際、乙には当該毒物を無害な睡眠薬であると説明した上、それを無理やり丙に飲ませてくれるように言った。乙は丙のところへ行く途中好奇心からその瓶を開けたところ、刺激臭がありそれが有毒な物質であることに気づき、犯行をとどまった。②甲は丁に有毒の液体を有毒であることを隠して渡し、それを丙に吹きかけてもらうことにした。丁は甲の意図を見抜き、言うことを聞く振りをして、瓶を警察に引き渡した。それぞれ間接正犯の形態の未遂、①については殺人未遂、②については重い傷害未遂が認められた〕。連邦通常裁判所は、一方で、「所為被害者の生命と健康へのこの種の直接的侵害」、「所為被害者は既に危殆化されていたし、損害が直接繋がりえた」と云うことで**共通説**に触れ、他方で、直接危殆化の時点を事象が行為者の支配領域から離れたときに求める、すなわち、「というのは、所為を他人によって行なわせる者は（第二五条第一項）所為媒介者を所為実行へとする気にさせ、所為媒介者が構成要件該当行為をこれからすると考えて、自分の影響力の領域から所為媒介者を手放すとき、計画された所為の構成要件の実現を直接的に開始する（第二二条）」と判示することによって、間接正犯者の表象が決定的に重要であることを指摘し、実質的に**修正影響力行使説**を採用した。Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 242.

BGH NStZ 1986, 547〔被告人は自動車を運転している者に拳銃を突きつけて、その自動車を発進させ、自動車の前の地面で遮蔽しようとしていた警察官を轢かせようとした。運転者はエンジンを始動させたが、運転を躊躇していたが、その間に、警察官は身の安全を確保した。殺人未遂が成立〕。連邦通常裁判所は、「決定に重要なことは、間接正犯者が自分の表象よれば必要な影響力行使を終了したか否か」と判示することによって、**修正影響力行使説**を採用した。Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 243.

BGH 40 257「間接正犯においては、行為者が自分の表象によれば所為媒介者への必要な働きかけを終えたときに、未遂の開始の認められるのが普通である。……但し、道具が所為をさらに影響を受けなくても行なうことになるから、行為者はいまや事象の進行に委ねることができると確信していなければならない」。

(181) *R. Busch*, Leipziger Kommentar StGB, 9. Aufl., 1974, § 43 Rn 33; *H. Blei*, Strafrecht I AT, 18. Aufl., 1983, § 72 II 4; *Welzel*, (Fn. 89), § 24 III 5.

RGSt 66, 141〔行為者は住宅の床に放火装置をはめ込み、自分の留守中に誰かが階段の間の電燈の電源スイッチをいれたら、それによって発火するようにした。行為者は誰かが電源スイッチを入れると確信して病院へ向かった。放火装置を取り付けたときに未遂

が成立〕。ライヒ裁判所は、「というのは、単に道具として考慮される人の力が続いて働くということは結果的には自然の力の作用とかその他の『偶然の出来事』と同じ意味をもつ」と判示して、区別説に共感を示す。但し、実行行為の開始をフランクの公式に依拠することで、区別説が共通説に組み込まれている。*Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 258; *Hillenkamp*, (Fn. 1), § 22 Rn 155.

(182) *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 54a; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 236.

(183) BGHSt 30 363; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 259.

(184) *Hillenkamp*, (Fn. 1), § 22 Rn 155.

(185) *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 54a; *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), Rn 614 ff.　直接正犯と間接正犯の未遂時期を同一の規準で判断する説に修正介在行為説と呼ばれる説もある。それによると、間接正犯者が、自分の所為に関する考えでは所為媒介者へ影響力を行使しているか又は行為媒介者が間接正犯者の依頼通りに行為をすることによって、出来事を前進させ、これがさらなる介在行為を要することなく構成要件行為に至り、所為既遂の危険を惹起するとき、未遂が成立する。*Hillenkamp*, (Fn. 1), § 22 Rn 158 ff; *ders.*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, 92 ff.

BGHSt 4, 270〔被告人は財産に関する和議手続の開始後、在庫目録を作成したが、それは実際よりも大きく見せかけたものだった。被告人は間近に迫った和議交渉においてそれを示して、債権者との和議を成立させようとし、あわせて、債権者が被告人の財産にこれ以上に介入してくることを防止しようとした。被告人は、虚偽の目録を債権者集会で読んでもらうべく、それを和議管財人に提出したという事案〕「所為媒介者を利用する場合の未遂の成立には、所為媒介者が常に自ら行動するという必要はない。諸事例は未遂と予備に関する一般準則にしたがって解決されるべきである……さらなる事情が加わって初めて又はかなりの時間経過後に効果の現れることが意欲されていたとき、事情の知らない所為媒介者への影響力の行使がたんなる予備行為ということもある。それは、法益が既に直接的に危殆化されているとき、実行の開始たりうる。例えば、被告人が虚偽の目録を、和議管財人が間近に迫っていた読み上げのために準備していた書類に差し込んだとき、被告人による欺罔行為の開始が既に認められる。これに対して、行為者が虚偽の書類を和議管財人に利用できるようにしたにすぎず、近い将来その利用があるのか否かの見極めができないとき、それは予備行為である。危殆化はなるほど前者の事例では認められるが、後者の事例では認められない。後者の場合、和議管財人が虚偽の申告を検証する、発見する、あるいは、およそ利用しないといった多くの可能性が残されている」。

(186) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 261.

(187) 牧野英一『刑法総論上巻』［全訂版］一九五八年・三六四頁、木村亀二『刑法総論』［増補版］一九七八年・三四九頁。

(188) 團藤（注112）三五五頁注五。参照、植松（注114）三二〇頁、香川達夫『刑法講義総論』［第三版］一九九五年・二九六頁、野村稔『刑法総論』［補訂版］一九九八年・三三五頁。
(189) 大塚（注116）一七四頁。
(190) 大塚（注116）一七三頁。
(191) 福田平『刑法総論』［全訂版］一九八四年・二一一頁。
(192) 井田（注60）四〇五頁。
(193) 内藤（注60）一二三八頁。同旨、平野（注119）三一九頁。勝本勘三郎『刑法要論総則』［訂正三版］一九一五年・三九六頁、竹田直平「間接正犯」立命館学叢五巻二号（昭和九年）一〇六頁。
(194) 中山（注122）四一七頁。
(195) 大谷（注117）二〇六頁、川端（注127）四六五頁。
(196) 藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・二七九頁。
(197) 西原（注125）三一七頁。
(198) *Herzberg*, (Fn. 178. Der Anfang), 4.
(199) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 rn 20a; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 244, 246.
(200) 大塚（注116）二五五頁、植松（注114）三一八頁。大判昭和四・五・一六刑集八・二五一「財物強取ノ手段トシテ人ヲ殺害シタルトキハ刑法第二百四十条後段ノ犯罪成立スルモノニシテ財物ヲ得タリヤ否ヤハ其ノ犯罪ノ構成ニ関係ナキモノトス蓋シ同条後段は強盗ノ要件タル暴行脅迫を加フルニ因リ相手方ノ生命ヲ害スルコトアルヘキカ故ニ強盗故意ニ又ハ故意ナクシテ人ヲ死ニ致ス場合ヲ予想シ之カ処罰規定ヲ設ケタルモノニシテ同条後段ノ罪ノ未遂タル場合ハ強盗故意ニ人ヲ死ニ致サントシテ遂ケサルトキニ於テ之ヲ認ムルヲ得ヘク財物ヲ得タルヤ否ヤハ同条ノ構成要件ニ属セサルト解スルヲ相当トス」。
(201) 木村（注187）三七二頁。参照、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』一九八一年・一一八頁。
(202) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 332 ff.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 18 Rn 7; *M. Burgstaller*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 7 Rn 31; *Trifferer*, (Fn. 70), 15. Kap Rn 92; *Fuchs*, (Fn. 45), 28. Kap Rn 27; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 27 Rn 35（甲が強姦の目的で自転車に乗って走行していた乙を突き飛ばし、藪の中に引きずり入れようとして、実際に乙を突き飛ばしたところ、乙は転倒して不運にもその場で即死したという場合、強姦致死の未遂が成立）。

これに対して、ハルトゥングは強盗致死の未遂の存在を否定する。その理由として、ドイツ刑法第二二条（未遂罪）が「所為」についての行為者の「表象」に基づくと定めるところ、結果的加重犯においては行為者は重い結果についての故意がないことが指摘される。*B. Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002, 198 ff., 242, 263; *ders.*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 2003, § 18 Rn 74. この主張に対しては、いかなる未遂であっても所為全体についての故意を要求するという前提そのものに疑問があること、刑法第二二条は未遂の定義ではなく、予備と未遂の区別の基準を定めた規定であり、又、同条の「所為」というのはあらゆる犯罪行為の基本形態である既遂の故意作為犯を意味すること等が指摘される。*Kühl*, (Fn. 74), § 17a Rn 43. ハルトゥングは、強盗罪の未遂しか認めないのであるが、しかし、重い結果の発生の故に基本犯の未遂は加重処罰に値するとして、強盗致死罪の法定刑を適用し、しかも、未遂減軽が可能とする（刑罰加重解決策）。したがって、その結論において、通説との違いは大きくない。

(203) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 18 Rn 7.

(204) 参照、平野（注200）一二一頁。

ドイツの放火致死罪（第三〇六条c、改正前第三〇七条第一号）に関する判例に、RGSt 20, 230（放火致死罪は、「人の死が、行為者によって放火のために利用された起爆剤（ガソリン）の爆発による建物崩壊によって惹起されたとき」には、適用できない。放火の未遂と過失致死の観念的競合）。BGHSt 7, 37（放火のときに、人が燃焼している起爆剤によって怪我をして死亡したが、建物は燃焼しなかったときでも、放火致死罪が適用される）。ロクスィーン（*Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 331, 337）は、放火致死罪においては、建物内にいる人にとっての類型的危険は燃焼するというところにあるから、その適用は燃焼によって人の死が惹起された場合に限定されるべきであるとして、後者の判例を批判する。

(205) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 319 ff.; *Rudolphi*, (F. 28), § 18 Rn 8.

(206) 木村（注187）三七二頁、大塚（注116）二五五頁、平野（注200）一二一頁。

なお、強盗強姦致死罪（刑法第二四一条）については強盗強姦致死未遂罪（刑法第二四三条）の規定がある。判例は、強盗犯人が殺意をもって女子を強姦し殺害した場合、強盗強姦罪（刑法第二四一条前段）と強盗殺人罪（刑法第二四〇条後段）の観念的競合を認める（大判大正一三・四・七刑集三・三二九、大判昭和一〇・五・一三刑集一四・五一四）。そうすると、死の結果についての強盗強姦致死未遂というものは認められないことになり、強姦が未遂に終わった場合に強盗強姦致死の未遂ということになろう。参照、平野（注200）一二一頁。

(207) 平野（注200）一一二頁。

(208) *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 15; *ders.*, Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1996, 85 ff., 91, 96.

(209) *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, Vorbem zu § 2 Rn 57.

(210) *Steininger*, (Fn. 209), Vorbem zu § 2 Rn 69, 72–73.

(211) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 17; *Steininger*, (Fn. 209), Vorbem zu § 2 Rn 70.

(212) BGHSt 23, 228「社会的行為自由の領域内にある行為」。

(213) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 16; *ders.*, (Fn. 208. Sozialadäquanz), 95, 99; *Steininger*, (Fn. 209), Vorbem zu § 2 Rn 75, 77, 81.

(214) 伝統的見解では、因果関係の錯誤と呼ばれる事例において、行為者の表象と現実の因果関係の推移がずれている場合に、そのずれの程度を相当性を規準に判断するが、そうすると、実際には意欲されていない因果関係の逸脱を故意に帰属させることになる。しかし、因果関係の錯誤は錯誤の問題ではなく、客観的帰属の問題なのである。*Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 19; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 22 Rn 4.

(215) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 19.; *ders.*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1998, 101 ff., 121; *E. Steininger*, Strafrecht AT, 2008, 9. Kap Rn 20.

(216) *R. Maurach, H. Zipf*, Strafrecht AT, Tb 1, 6. Aufl., 1983, § 23 Rn 35; Fuchs, (Fn. 45), AT 2, 117 f.

(217) *F. Nowakowski*, Das österreichsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 75.

(218) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 19; *ders.*, (Fn. 215), 122; *Steininger*, (Fn. 215), 8. Kap Rn 68, Kap 9 Rn 20. 吉田敏雄『刑法理論の基礎』［第2版］二〇一〇年・一一九頁以下。

(219) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 18; *ders.*, (Fn. 215), 120.

(220) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 18; *ders.*, (Fn. 129), 49. 吉田（注218）一一五頁以下。

このいわゆる具体化説に対して、故意には「人」という類概念の法益の認識があれば足り、したがって、標的とした人と実際に結果の発生した人とは同価値であるとき、すなわち、意思と仕業が形式的に一致しているとき（ある人が殺される。行為者はある人を殺したい。）殺人既遂を認める**一般化説**が主張される。*Rittler*, (Fn. 42), 205. 一般化説の基礎には、標的とは異なった人を撃ったとき、故意は現実に弾丸の当たった人に及ぶ、なぜなら、方法の錯誤は生活経験の内部にとどまるからだとの思考がある。ここには、

故意が過失の要素の分だけ拡張されているのが見て取れる。*Moos*, (Fn. 129), 49.

なお、生命、身体、自己決定といった一身専属的法益に関する行為の錯誤については、未遂と過失の負責を考えるべきであるが、それ以外の物的法益に関する行為の錯誤については、既遂罪の成立が認められる(**区別説**)。後者では、行為者が結局のところ何らかの同価値の客体に意欲した結果が発生したということが重要である。例えば、ある特定の商店の飾り窓を壊そうとして石を投げつけたところ、隣の商店の飾り窓を壊してしまった行為者は、物の損壊罪（既遂）で処罰されるべきである。*Th. Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, 112, 116, 125; *Moos*, (Fn. 129), 48 f.; *Steininger*, (Fn. 215), 8. Kap Rn 71–72, 9. Kap Rn 21.

(221) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 18; *ders*., (Fn. 215), 119; *Steininger*, (Fn. 215), 8 Kap Rn 61; *Moos*, (Fn. 129), 48, 50. 行為者は犯行後、因果関係の錯誤では「そうじゃなかったんだ」と言い、方法の錯誤では「こいつじゃなかったんだ!」と言い、客体の錯誤では「こいつだったのか?」と自問する。吉田（注218）一一一頁以下。

(222) *M. Burstaller*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg, § 6 Rn 82.

(223) *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 18.

(224) *Steininger*, (Fn. 209), Vorbem zu § 2 Rn 89; *ders*., (Fn. 215), Kap 9 Rn 21; *Moos*, (Fn. 208. WK), § 75 Rn 18.

(225) Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 22 Rn 14.