

中止未遂の法的性格をめぐって(1)

齊藤誠二

- 一 はじめに——問題の所在
- 二 中止未遂の法的性格へのアプローチの基本的な考え
- 三 中止未遂の法的性格についての学説のスケッチ
 - (1) 純粹説
 - (2) 結合説(以上本号)
 - (3) 統一的觀察説
- 四 わたくしたちの立場
- 五 おわりに

一 はじめに——問題の所在

わが現行刑法は、その四三条但書で、中止未遂について、その刑をかならず減刑するか免除することになっている。中止未遂を寛大に取り扱うことは、歴史的には、すでに、(ローマ法においては、中止未遂はひろくみとめられていたという理解「たとえば、ヘップ、ルーデン、ツアハリエ、バウムガルデン」と、部分的にしかみとめられていなかったという理解「た

中止未遂の法的性格をめぐって(1)

たとえば、ゼーガー、ヘルツォーク、シュポール⁽¹⁾とがあるが、すくなくとも、部分的には、ローマ法においてもみとめられ、一三・四世紀のいわゆる後期注釈学派によってひろくみとめられていたものであるが、なぜ中止未遂は寛大に取り扱われるのであろうか。⁽²⁾

この問題をどうように考えるのかということは、①中止未遂が成りたつための要件としての「自己ノ意思ニ因リ止メ」るといふのはどうように考えるのがよいのか、②結果を防ぐために真剣に努力をしたが結果が生じてしまった場合をどう取り扱うのかといった問題でちがいがでてくるし、また、③中止によっていわゆる加重的未遂は処罰されるのかとか、④いわゆる共犯と中止未遂の問題とかに關係してくるものである。

よく知られているように、わが国では、この中止未遂が寛大な取り扱いをうける理由については、ふつう、(1)刑事政策的な理由にもとづくとする刑事政策説と、(2)中止未遂の法律的な性質にもとづくとする法律説とがあり、あとの法律説には、①中止未遂はその違法性が消滅するか減少するからであるとする違法性消滅減少説と、②責任が消滅するか減少するからであるとする責任消滅減少説とがあり、また、③これらの二つとか三つとかをともに理由とする考え(結合説)もあるとされている。⁽³⁾これは戦前から戦後の比較的早い時期までの西ドイツの刑法学の学説の影響を受けて展開されたものである。

ところが、わが刑法学に(この分野でも)影響をあたえた西ドイツの刑法学では、いまわが国でふつうおこなわれている中止未遂を寛大に取り扱う理由をまず大きく刑事政策説と法律説とにわけて論ずるというやり方は、かつてミュンヘン大学に提出し一九六三年に公刊されたその学位請求論文である「中止未遂における任意性」でグートマンがとった⁽⁴⁾あたりを最後として、いまではふつうおこなわれてはいない。西ドイツでは、一九六〇年代のおわり頃から多

くの中止未遂についての研究がだされ、⁽⁵⁾これまでの学説などについてもいちだんと精緻な整理と検討がされたりもしてきているが、そこでは、いまでは、ふつう、中止未遂の法的な性格の問題は、これを、①なぜ中止未遂について寛大な取り扱いがされるのかという問題と、②この寛大な取り扱いはどういう法的な性格をもっているのかという問題とにわけて論じられている。

かねて、わたくしは、刑法の体系のなかにできるかぎり刑事政策の要請をとりいれていこうという基本的な態度を前提として、西ドイツでふつうに論じられているように、中止未遂の法的な性格の問題を、①なぜ中止未遂は寛大に取り扱われのかという問題と、②この寛大な取り扱いはどういう法的な性格をもつものなのかという問題とにわけながら、中止未遂は一般予防的な観点からと特別予防的な観点から刑罰というサンクションを科さないでよいかそれを減らしてもよいものなので寛大に取り扱われものである(いわゆる刑罰目的説)、また、その寛大な扱いはひろい意味での責任を減らすという性格をもつもの(責任減少事由)である、と理解してきている。

これは、一九七七年からわたくしがしめしてきている考えであるが、⁽⁶⁾これまで、わたくしは、くわしい理由づけをしめさないで、その結論だけをしめしてきた。それで、わたくしには、こういう考えをとるにいたった理由をしめす学問的な責務がある。そこで、わたくしは、ここで、まず、そのための予備的なプロセスとして、比較的最近の西ドイツの中止未遂の法的な性格の問題についての研究をふまえながら、この問題についてのこれまでの学説をいちおう整理し、ついで、わたくしたちが、どうしてわたくしたちのような考えをとるのかということをしめしたいとおもう。

(1) ローテ法においても、中止未遂は一般的にみとめられていたという理解は、たとえば Hepp, Über den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen mit Rücksicht auf den neuen Württembergischen Straftentwurf,

二 中止未遂の法的性格へのアプローチの基本的な考え

西ドイツでは、一九七四年にポッフウム大学に提出し、一九七六年に公刊された、その教授資格論文「理論と実務における中止未遂の基本問題」(Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis)で、ウルゼンハイマーは、中止未遂の法的性格についてのこれまでの考えのベースにある基本的な考えは、これをシェーマティッシュ(図式的)にいうと、つぎの五つの考えになる、としている。⁽¹⁾すなわち、

「1」 第一の考えは、刑事政策的な考慮にもとづく考えである(刑事政策説)。これにも、くわしくいうと、三つの考えがある。

(1) 中止未遂を寛大に取り扱うと、行為者は、その行為を中止し、既遂にならないようにするであろうと、いわば「消極的に」考える立場と、

(2) 中止未遂を寛大に取り扱うことによって、行為者にそのはじめた行為をやめるための衝動なり刺激をあたえようと、いわば「積極的に」考える立場と、

(3) くわしい分析をしないで、中止未遂を寛大に取り扱うことは、ただ「目的に適うこと」であると考ええる立場が、それである。

「2」 第二の考えは、中止未遂を寛大に取り扱うのは、「報奨」(Belohnung)を行為者にあたえるものである、とする考えである(功勞説[報奨説])。これは、「功勞」(Verdienst)とか、「報酬」(Lohn)とか、「褒賞」(Prämie)とか、「恩恵」(Gnade)といった表現がつかわれることもあるし、実質的に同じことになる(ギフホルン)、「公平」

中止未遂の法的性格をめぐって(1)

(Billigkeit)と「正義」(Gerechtigkeit)ということから基礎づけられたこともあるものである。

〔3〕 第三の考えは、行為者の犯罪意思を前面に押したそうとする考えで、中止未遂が寛大に取り扱われるのは、行為者の犯罪意思のつよみ(Intensität)がよまるからである、とする考えである(犯罪意思減少説)。もっとも、この考えも、その理由づけのニュアンスのちがいが、さらに三つの考えにわけることができる。

(1) 行為者の「犯罪意思のつよみのよまり」(ein weniger hartnäckiger löser Wille)というメルクマールをつかう考えと、

(2) 「行為者の危険性のよまり」(eine geringere Gefährlichkeit des Täters)というメルクマールをつかう考えと、

(3) 「行為の危険のグレードが下った」(der „Gefährdungsgrad seiner Handlung niedriger“ war)というメルクマールをつかう考え

が、それである。

〔4〕 第四の考えは、中止未遂によって、刑罰の正当性やその意味の前提条件が欠けてくる、とする考えである(刑罰目的説)。これも、その表現のちがいが、さらに、三つの考えにわけることができる。

(1) 「当罰性」(Strafwürdigkeit)が欠けてくる、とする考えと、

(2) 「刑罰の必要性」(Strafbedürfnis)が欠けてくる、とする考えと、

(3) 「刑罰の目的」(Strafzweck)が欠けてくる、とする考え

が、それである。

〔5〕第五の考えは、とくべつな方法論にたつ点に特徴のあるもので、実行行為と中止行為とを一体のものとして、「全体的な観察」(Gesamtbetrachtung)をおこなおうとする考えである(統一的観察説)。この考えは、いわば刑罰を基礎づけるはたらきをする実行行為と、刑罰をくわえないことにしたり、ゆるめたりするはたらきをする中止未遂とを、別々にわけて考えるのではなくて、この二つを一体のものとし、実行行為のはじまり(実行の着手)から中止行為までを「全体的に観察して」、一つの行為と考え、その全体が寛大に取り扱われる理由を考えようとするものである。そうして、この考えは、これまでの四つの考えのどれかに還元できるものであり、「実質的には」、これは、あたらしいものではない(もつとも、比較的最近になって、こうした全体的な観察をするのが妥当である、としたラング・ヒンリクセンは、「全体的な観察をすること」は「実質的な」基準である、としていた⁽³⁾)。しかし、それにもかかわらず、この考えが一つの独立の立場とされるのは、この考えがそのベースにおいているメトードが、「形式的には」、これまでの四つの考えと本質的にちがうものだからである。

西ドイツでは、ウルゼンハイマーは、中止未遂の法的性格へアプローチする基本的な考えをこういうようにシェーマティッシュに五つの基本的な考えにわけて、それを前提としながら、どうして中止未遂は寛大に取り扱われるのか、という問題についてのこれまでの考えを、まず、大きく、(i)純粹説(die reinen Lehren) (一元説) (一つの理由だけで説明しようとする考え)と、(ii)結合説(die Kombinations-theorien) (二つ以上の理由で説明しようとする考え)と、(iii)統一的観察説(die Einheitsbetrachtungstheorie) (統一説[die Einheits-theorie]) (実行の着手から中止までを統一的にみていこうとする考え)の三つにわけ、さらに、それぞれを刑事政策説と功労説と犯罪意思減少説と刑罰目的説を考慮しながら、こまかくわけて実質的に理解していこう、としている⁽⁴⁾。そうして、いまの西ドイツの有力な学説は、こ

のウルゼンハイマーの分析を、中止未遂が寛大に取り扱われる理由についてのこれまでの学説の整理として注目しなければならぬものとしている。^(c)

わが国では、(すでにいったように、そうして、)あらためていうまでもないことであるが、これまで、ふつうは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由についての学説は、基本的には、①刑事政策説と、②違法性消滅減少説と、③責任消滅減少説にわけて理解されている。しかし、わが国のこれまでのふつうのやり方とくらべてみると、西ドイツの有力な学説もいうように、ウルゼンハイマーのようなやり方が、中止未遂がなぜ寛大に取り扱いをうけるのかという理由についてのこれまでの学説を、より実質的な観点から、分析し整理するものであって、よりベターなものであるといえるであろう。そこで、わたくしは、ここで、このウルゼンハイマーの中止未遂の法的な性格についてのこれまでの考えのベースにある基本的な考えのシェーマティッシュな分析を前提としながら、中止未遂がどうして寛大に取り扱われるのかということについてのこれまでの学説を整理してみたいとおもう。

- (1) Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, S. 36 f..
- (2) Giffhorn, Über Bedeutung und Begriff der „Freiwilligkeit“ beim Rücktritt vom Versuch und der tätigen Reue, Diss. Göttingen, 1948, S. 16.
- (3) Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der Tat, Festschrift für Englisch, 1969, S. 371.
- (4) Ulsenheimer, a.a. O., S. 41-64.
- (5) Eser, in: Schönke-Schröder, StGB, 22. Aufl., 1985, Rdnr. 2 zu § 24; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2, 6. Aufl., 1984, Rdnr. 115 (S. 43).

三 中止未遂の法的性格についての学説のスケッチ

どうして中止未遂は寛大に取り扱われるのであるうか、という問題についてのこれまでの考えは、(まえにもいったように、)これを、(西ドイツのウルゼンハイマーのするように)まず、大きく、(i)純粹説と、(ii)結合説と、(iii)統一的觀察説の二つにわけ、さらに、そのそれぞれを、①刑事政策説と、②功勞説と、③犯罪意思減少説と、④刑罰目的説を考慮しながら、こまかくわけて実質的に分析していくのが妥当である。それで、ここでは、この問題についてのこれまでの考えを、こういうわけ方にしたがって、みていくことにしよう。

(一) 「純粹」説 (Die „reinen“ Lehre)

中止未遂が寛大に取り扱われ理由をただ一つの理由で説明していかうとする「純粹」説(一元説)には、つぎの四つの考えがある。

〔i〕 刑事政策説

中止未遂が寛大に取り扱われる理由を「刑事政策的な」考慮にもとめる純粹説である「刑事政策説」は、よく知られているように、フォイエルバッハが一八〇四年に、「クラインシュロットの刑法草案の批判」でしめたものにはじまるものであるが、⁽¹⁾(もっとも、西ドイツには、フォイエルバッハが、刑事政策的な考えのほかに、報奨的な考えもしめしているという理解もあり、これに疑問をだす理解もある。すなわち、①これを肯定する考え「グートマン」⁽²⁾と、②これを否定する考え「ギフホルン、ウルゼンハイマー」⁽³⁾がそれであるが、これは否定するのが妥当であろう。)この考えは、ドイツでは一八七一年のいまの西ドイツの刑法のつくられるまえに、すでにしばしば、いわれていたものである(たとえば、フーフナゲル「一

中止未遂の法的性格をめぐって(一)

八四〇年」、レオンハルト「一八四六年」、ゴルトダマー「一八五一年」⁽⁴⁾、オーゼンブリュゲン「一八五七年」。そうして、すでに、一八七一年のいまの西ドイツの刑法のつくられるまえに、基本的には中止未遂が寛大に取り扱われる理由を刑事政策的な考慮にもとめる立場にたつ考えも、くわしくいうと、三つにわかれ、①中止未遂を寛大に取り扱ふと、行為者はその行為を中止することになるだろうと、いわば「消極的に」考える立場（フォイエルバッハ、ハルティツキ⁽⁵⁾）と、②中止未遂を寛大に取り扱うことによつて、行為者にそのはじめた行為をやめるための衝動をあたえようと、いわば「積極的に」考える立場（バォアー、ホーヘーダー⁽⁶⁾）と、③中止未遂を寛大に取り扱うことは、「目的に適用こと」だと考える立場（ヤルケ⁽⁷⁾）とがあつた。

一八七一年のいまの西ドイツの刑法がつくられたあとでも、この考えは、つぎのような三つの形で主張された。すなわち、

(1) 第一は、中止未遂の規定は、いったん刑罰を科されることになった行為者に「引き返すための黄金の橋」をかけたものである、とするフランツ・フォン・リストの言葉に代表される考えである。

くわしくいうと、リストは、一八八一年のその「ドイツ刑法教科書」の第一版で、実行の着手によつて、たしかに、刑罰は科されることになり、中止未遂によつて、もはや、遡つて、その効力をなくすことができるわけではない、しかし、刑罰阻却事由として、立法によつて、刑事政策的な理由にもとづいて、すでに刑罰を科されることになった行為者に黄金の橋をかけることはできる、といったのである⁽⁸⁾（もつとも、この「黄金の橋」というフォーミュラーは、すでに、リストよりもまえに、フリーゴ・マイアー「一八七五年」やラム「一八七六年」⁽⁹⁾も、つかつていた）。そうして、このリストによつて代表される考えは、西ドイツで、かなり多くの人たちによつてとられてきた（たとえば、カッツェンスタイン「一九〇一年」、トムゼン「一九〇六年」、ヴァイン「一九〇九年」、ラツァルス「一九一一年」、レーブ「一九一三年」、ゲルナー「一九二七年」、シュテイルケ「一九二八年」、ツィムマール「一九三〇年」、ハイムベルガー「一九三二年」、ゲルラント「一九三二年」、ヴェーグナー「一九三三年」、オルス

ハオゼンニート・ハムマー「一九四二年」、メッガー「一九四九年」など⁽¹⁰⁾。

(2) 第二は、中止未遂を寛大に取り扱わないと、行為者は、いつまでも刑罰をくわえられるという考えにとらわれ、既遂と未遂とでの刑罰のちがいを考えにいれず、既遂にたつすることになってしまふであらう、とこの考えを消極的な表現でいいあらわす考えである（この考えをとったのは、たとえば、ハッツィヒ「一八九七年」やバヴェルケ「一九一二年」⁽¹¹⁾である）。

(3) 第三は、くわしい分析をしないで、ただ、「刑事政策的な理由」が、中止未遂を寛大に取り扱う根拠である、とする考えである（この考えをとったのは、たとえば、ビルクマイアー「一九〇四年」やデラキ「一九〇四年」やマカレヴィッチ「一九〇六年」やオスヴァルト・マイアー「一九一四年」などであつた⁽¹²⁾）。

よく知られているように、西ドイツでは、よく、①ライヒスゲリヒトの判例は、中止未遂の規定を一貫して刑事政策的な考慮によつて理解している（グートマン）⁽¹³⁾とか、②ライヒスゲリヒトの判例は、一八八二年六月六日の第三刑事部の判決（ライヒスゲリヒト刑事判例集六卷三四頁）以来——一八八六年三月一五日の第二刑事部の判決（ライヒスゲリヒト刑事判例集一四卷九頁）を除いては——、中止未遂の法的な性格を刑事政策的な配慮にもつて考えている（ボツケルマン、ブツシュ）⁽¹⁴⁾といわれている。しかし、比較的最近の西ドイツにおける研究によれば、はたして、そういきつてしまつてもよいのか疑問である。たしかに、ライヒスゲリヒトの論議の重点は、あきらかに、刑事政策の領域にある。しかし、（あとでややくわしくふれるように）ライヒスゲリヒトの判例をややくわしく検討すると、そこでは、刑事政策的な配慮以外の配慮もされているからである⁽¹⁵⁾。

【ii】 功労説

中止未遂を寛大に取り扱うには、行為者に「報奨」をあたえるものである、とする「功労という考え」(Verdienstsgedanken) にもつて純粹説は、すでに、一七九四年のプロイセン普通法に、「恩恵」[Begnädigung]とつう形で⁽¹⁶⁾でいた。しかし、（あとでもふれるように）ほかの考えとむすびついた形ではしばしば主張されていたが、これは、純

中止未遂の法的性格をめぐる(1)

粹な形で主張されることはすくなくったものである。いま、この考えは、中止未遂によって、行為者は将来もはや犯罪をおこなわないであろう、という期待を世間にもたせ、それにくわえられる責任非難の度合いは一定の程度まで償われるので、行為者は報奨をうけるのに値することになるのである、とするポッケルマンの考えに代表されるものである⁽¹⁷⁾（いまこのポッケルマンの考えを「ほかの考慮もしながらも」基本的にとるのは、たとえば、ブツシュやグリウンヴァルトやザルムなどである⁽¹⁸⁾）。この考えは、「報奨」とか「恩恵」という言葉のほかに、実質的に同じことになる「褒賞」（メルケル||リープマン、バオマン||ヴェーバー。実質的に同じもの——リュティヒアオ⁽¹⁹⁾）とか、「報酬」（ハル）とか、「功勞」（ゲミンゲン、クラマー、シュレーダー、ヴェッセルス⁽²¹⁾）とか、「公平と正義」（シュッツェ、バウムガルテン、クラレナール、トレブリン⁽²²⁾）といういい方であらわされることもある。

〔iii〕 犯罪意思減少説

中止未遂が寛大に取り扱われのは、行為者の犯罪意思のつよさがよまるからである、とするこの考えは、現代ではかなりすくないものであるが（トラップ、ヴェルツェル。事実上同じ趣旨のもの——ヤン・シュレーダー「法益に対する危険がなくなるとする」⁽²³⁾）、かつては、かなりひんばんに主張されたものである。

かつて有力であつたこのカテゴリーに属する考えは、くわしくいうと、つぎの三つの考えにわけることができる。
すなわち、

(1) 第一は、行為者の意思のつよさのよまわりというメルクマールをつかう考えであり（ヘフター「一八五七年」やシュテーマン「一八九六年」など⁽²⁴⁾）、

(2) 第二は、行為者の危険性のよまわりというメルクマールをつかう考えであり（ヒョップ「一八四二年」やクルーク

「一八五八年」など⁽²⁵⁾、

(3) 第三は、行為の危険のグレードが下るといふメルクマールをつかう考えである（ケストリン「一八四五年」やテム「一八五三年」やヘルシュナー「一八五八年」〔旧説〕など⁽²⁶⁾）。

こまかな点ではヴァリエイションをしめしながらも、基本的には、このカテゴリーにはいる考えをしめしたものとしては、ラマツシュ（一八七九年）、エドワルト・フォン・リスト（一九〇五年）、ベロルツハイマー（一九〇七年）、ヘーグラ（一九三〇年）をはじめとして、レホロヴィチ（一八八二年）、グライスバッツハ（一九一四年）、ハンス・ヨアヒム・マイアー（一九一四年）、リエンタール（一九二六年）、ケムジース（一九二八年）などがいた。⁽²⁸⁾

〔iv〕 刑罰目的説

中止未遂が寛大に取り扱われるのは、それによって、刑罰の目的が欠けてくるからである、という、この考えを、純粹な形でとらえ、これだけで中止未遂の法的な性格を説明しようとする立場は、ひじょうにすくない（ウルゼンハイマー⁽²⁹⁾）。しいて形式的にだけいってみると、①中止未遂は「刑罰の必要性」と矛盾する、としたビンディング（一八八五年）の考えや、②中止未遂では、行為の「当罰性」が問題になる、としたシェーファー（一九三八年）の考えが、これに属する、といえるであらう。

(1) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, 2. Teil, 1804, S. 103.

(2) Gutmann, a.a. O., S. 32.

(3) Giffhorn, a.a. O., S. 17; Ulsenheimer, a.a. O., S. 42 Anm. 56.

(4) Hufnagel, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, 1. Bd., 1840, S. 147; Leonhardt, Commentar über das Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover, 1. Bd., 1846, S. 170; Goldammer,

中止未遂の法的性格をめづって (1)

- ligkeit der Aufgabe des Verbrechens als Voraussetzung der Straflosigkeit unter besonderer Berücksichtigung des § 410 RAO, Diss. Breslau, 1933, S. 1.
- (20) Hall, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS, Bd. 110, 1938, S. 115.
- (21) v. Gemmingen, Der Irrtum über die eigene Tatbereitschaft, ZStW, Bd. 60, 1941, S. 21; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971, S. 77; Schröder, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, Jus 1962, S. 81; Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 15. Aufl., 1985, S. 175.
- (22) Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1871, S. 115; J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S. 469; Klarenaar, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach geltendem Recht und den sechs Entwürfen, Diss. Erlangen, 1927, S. 31; Treplin, Der Versuch. Grundzüge des Wesens und der Handlung, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 466.
- (23) Traub, Die Subjektivierung des § 46 StGB in der neuesten Rechtsprechung des BGH, NJW 1956, S. 1183 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 196. Noch Jan Schröder, Der bedingte Tatentschluß, Diss. Hamburg, 1969, S. 65.
- (24) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 6. Aufl., 1857, S. 99; Stemann, Beiträge zur Kodifikation des Norddeutschen Strafrechts, GA, Bd. 17, 1895, S. 318.
- (25) Chop, Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist?, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Jg. 1842, S. 534; Krug, Versuch, Weiskes Rechtslexikon, Bd. 12, 1858, S. 735.
- (26) Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 393 f.; Temme, Glossen zum Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 1853, S. 95; Hälschner, System des Preussischen Strafrechts, 1858, S. 200. ハンザン・クローネン「試行未遂の区別」を論ずる。Nullitätstheorie (無効説) を論ぜしむ。ハンザン・クローネン「試行未遂の区別」を論ずる。Nullitätstheorie (無効説) を展開したクルーネン (Gutmann, a.a. O., S. 15)。

- (72) Lammach, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Verbrechenversuch, 1879, S. 72; Eduard v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, ZStW, Bd. 25, 1905, S. 81; Berozheimier, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. V, 1907, S. 100; Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechenbegriffs, Festgabe für Frank, Bd. I, 1930, S. 329 Anm. 2.
- (73) Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl., 1882, S. 272 f.; v. Glaspach, Der Rücktritt von der Gefährdung, Juristische Vierteljahresschrift, hrg. von der Geschäftsleitung des Deutschen Juristenvereins in Prag, Bd. 46, 1914, S. 101 f.; Hans Joachim Meyer, Die Erscheinungsformen des kriminellen Unrechts im Lichte der modernen Strafrechtsschule mit besonderer Berücksichtigung der Versuchslehre im geltenden und im vorgeschlagenen Recht, Diss. Heidelberg, 1914, S. 58 f.; v. Lilienthal, Anmerkungen zu Rechtsprechung, JW 1926, S. 1167; Kemsies, Die tätige Reue als Schuldauflösungsgrund, Strafr. Abh., Heft 259, 1929, S. 64 f.; v. Gemmingen, Der Irrtum über die eigene Taubheit, ZStW, Bd. 60, 1941, S. 21.
- (74) Ulsenheimer, a.a. O., S. 45 f.
- (75) Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., 1885, S. 815; Schäfer, Bemerkungen zum Straffreiheitsgesetz v. 30. 4. 1938, DJ 1938, S. 818.

(2) 「結合」説 (Die „Kombinations“-theorien)

中止未遂が寛大に取り扱われる理由についての基本的な考えである。①刑事政策説と、②功勞説(報奨説)と、③犯罪意思減少説と、④刑罰目的説という四つの考えの二つ以上をむすびつけて、どうして中止未遂が寛大に取り扱われるのかということを考えていこうとする「結合」説には、くわしくいうと、つぎのような一々の考えがある。

〔1〕 報奨説と刑事政策説との結合説

これは、報奨的な思想と刑事政策的な考慮とをむすびつけた結合説であるが、この考えは、すでに、一八一三年の中止未遂の法的性格をめぐって (1)

バイエルン刑法典の「注釈」に⁽¹⁾しめされていたが、学説においては、すでに、(1)一九世紀に、ヘンケ(一八二三年)やヘルシュナー(一八八一年)などによって⁽²⁾しめされ、(2)二〇世紀になってからは、フルマン(一九〇三年)やフィンガー(一九〇四年)やアルフェルト(一九〇九・三〇年)やケーラー(一九一七年)やシュポール(一九二六年)やヒツペル(一九三〇・三二年)やナグラ(一九四四年)などによって⁽³⁾しめされ、さらに、(3)比較的最近になって、ゲツェラ(一九五一年)やシュレーダー(一九五六年〔旧説〕)やヘルムート・マイアー(一九六七年)などによって⁽⁴⁾しめされていた。

この考えは、一八八一年に、ラースが⁽⁵⁾とったのをはじめとして、二〇世紀のはじめから一九三〇年代にかけて⁽⁶⁾された多くのディゼルトアチオン(学位請求論文)でとられていた。たとえば、シュヴァーブ(一九〇四年)、ブランディス(一九〇七年)、シュュー(一九一〇年)、ペーレント(一九二二年)、ラング(一九一五年)、ヘーアーヴァーゲン(一九二四年)、ギーゼケ(一九二六年)、ヴァイムマー(一九二九年)、シューフ(一九三〇年)、リーベス(一九三一年)などが、⁽⁶⁾それである。

ついでにいうと、西ドイツには、イエシエックの考えについて、二つのちがつた理解がある。その一つは、イエシエックは、いわゆる報奨説をとる、という理解であり(エーザー、ラクナー、ヴェッセルス)、⁽⁷⁾もう一つは、報奨説と刑事政策説との結合説をとる、という理解(ウルゼンハイマー)である。⁽⁸⁾まへの理解は、イエシエックは、いわゆる「恩恵ないしは褒賞説」は、いまの支配的な学説であり、これはしたがうことのできるものである、としていることから、できたものである。これに対して、あとの理解は、イエシエックは、そうはいっているものの、同時に、フォイエルバッハに遡る消極的な形の刑事政策説は、これを支持することができるものである、としていることからできたものである。あとの理解の方がベターであろう。

〔ii〕 刑事政策説と犯罪意思減少説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われるのは、刑事政策的な考慮と中止未遂では犯罪意思が⁽⁹⁾よ⁽⁹⁾わ⁽⁹⁾ま⁽⁹⁾るといふことにもとめる考えであるが、この考えは、ミッテルマイアーをはじめとして、一連の有力な学説によって、とられてきているものである。

すなわち、ミッテルマイアーが、まず、一八一六年に、中止未遂の規定は、行為者に引き返すための「つよい衝動」をつくりだしたものである、としたが、一八二六年になって、これにくわえ、中止未遂をおこなう者は、もはや、つよい犯罪意思をもっていない、それで、それがうけるのに値する刑罰の段階にとどまらないことになるのである、としたが、このミッテルマイアーの考えをはじめとして、古くは、マレツオル（一八五六年）が、ややくだっては、フォン・シュヴァルツェ（一八七一年）やベルナー（一八九八年）やフォン・パール（一九〇七年）やフランク（一九〇八年）やコーラー（一九二二年）などが、この考えをとっていた（そのほかにも、メーフェス（一八七二年）やシュテングライン（一八七六年）やフリーゴ・マイアー（一八八一・一八八年）やゼーガー（一八九一年）やクレー（一八九八年）やフォン・ヘンティッヒ（一九三〇年）やリーチュ（一九四三年）などが、この立場にたっていた）。⁽¹³⁾ そうして、比較的最近では、コールラオシュ＝ランゲ（一九六一年）やマウラツハ（一九七一年）などが（ほかに、ダルケ＝フルマン＝シェーファー（一九六一年）などが）、この考えをとっていた。⁽¹⁴⁾

【iii】 刑事政策説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、刑事政策的な配慮と、「刑罰の目的」とか「刑罰の必要性」とか「当罰性」とかが欠けてくるとする刑罰目的説ともとめる立場であるが、これは、全体として、ひじようにすくなく、主として、比較的古い文献でしめされたものである。

すなわち、たとえば、一九〇一年に、ハイルポルンが、「黄金の橋」の理論を、疑いもなく、立法者は、とっているが、中止未遂が寛大に取り扱われるのは、それだけでは十分ではなく、中止未遂では、もはや、刑罰の必要性がなくなることもある、とはっきりといったのをはじめとして、この考えは、古い時代には、アイゼンマン（一八九四年）⁽¹⁵⁾

が、やや古い時代には、アルント（一九三二年）やローベ（一九三三年）が、とり、また、現代では、シュトラーターテンヴェルト（一九七〇年・七六年、八一年）が、とっている⁽¹⁶⁾。

〔iv〕 報奨説と犯罪意思減少説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、報奨的な考えと、中止未遂によってしめされる（犯罪）「意思のよわまり」とにもとめようとする考えであるが、これは、少数の考えである。これは、——多少の疑問はあるが、——たとえば、ギフホルン（一九四八年）やユリウス・ゼーガー（一九四九年）が、とったものである⁽¹⁷⁾。

〔v〕 報奨説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、報奨的な考えと、刑罰目的というメルクマールとによって、説明しようという考えであるが、この考えも、やはり、少数の考えである。これは、たとえば、一九三九年に、ヴィリ・ヴァグナーがとったのをはじめとして、マースマン（一九四九年）やシュルタイツ（一九四九年）がとり、比較的最近では、オットーがとっている考えである⁽¹⁸⁾。

〔vi〕 犯罪意思減少説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、犯罪意思のよわまりと、刑罰目的という考えとにもとめる考えであるが、これは、——これもかならずしも多くはないが、——たとえば、ダールマン（一九一二年）やクルマン（一九一二年・一四年）の考えによって代表され、ラム（一八七六年）やリープマン（一九〇二年）やヨゼフ（一九一〇年）やフーレンホルスト（一九二八年）などによっても、基本的に、とられていたものである⁽¹⁹⁾。

〔vii〕 刑事政策説と報奨説と犯罪意思減少説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、刑事政策的な配慮と、報奨的な思想と、中止未遂によって犯罪意思がよわまるとする考えの三つの立場にもとめる考えであるが、この考えは、（かならずしも、ひじょうにはつきりとしているわけではなく、そういつてしまうことには問題がないわけではないが、）その萌芽といえる考えを、すでに、一八五九年に、ヘッセが、また、一八六一年に、フリードリヒ・バルト・デメがしめしていたが、一九〇八年に、ツアイメがしめし、いまでは、アルツトがとっているものである。⁽²⁴⁾⁽²²⁾⁽²³⁾

〔viii〕 刑事政策説と報奨説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、刑事政策的な配慮と、報奨的な思想と、中止未遂では当罰性なり刑罰の必要性なりがなくなるとする考えの三つの立場にもとめる考えであるが、この考えは、―これも少数の考えであるが、―すでに、一九二六年に、シュポールがしめし、比較的最近では、一九五三年に、ヘルムート・マイアーがとったものである。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

〔ix〕 刑事政策説と犯罪意思減少説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、刑事政策的な配慮と、犯罪意思がよわまるという考慮と、中止未遂では当罰性なり刑罰の必要性がなくなるとする刑罰目的という考えの三つの立場にもとづくとする考えであるが、これは、すでに、古く、一八三九年に、ツアハリエによって、はつきりとしめされていたが、⁽²⁸⁾こうした考えは、基本的には、ややあとで、ヴァッヘンフェルト（一九一四年）やボイケ（一九二四年）によってとられ、⁽²⁹⁾また、比較的最近では、ハイニッツ（一九五六年）やフランツェン（一九六四年）やブライ（一九八三年）がとっているものである。⁽³⁰⁾

中止未遂の法的性格をめぐる（一）

〔x〕 報奨説と犯罪意思減少説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂を寛大に取り扱う理由を、報奨的な思想と、犯罪意思がよわまるという考慮と、中止未遂では当罰性なり処罰の必要性がなくなるといふ刑罰目的という考えの三つの立場にもとめる考えであるが、この考えは、ごくおおまかな形ではあったが、すでに、一九二八年に、ヴィッテンベルクがいつていたが、比較的最近になって、ザルムによって、はっきりとしめされたものである。⁽³²⁾

〔xi〕 刑事政策説と報奨説と犯罪意思減少説と刑罰目的説との結合説

これは、中止未遂が寛大に取り扱われる理由を、刑事政策的な配慮と、報奨的な思想と、犯罪意思がよわまるという考えと、中止未遂では当罰性なり処罰の必要性がなくなるとする立場という四つの考えにもとめる考えであるが、この考えは、すでに、古く、(かならずしもはっきりしない点もあるが)一九三二年に、クラオトハマーが、また、一九三三年に、グレューザーが、とつたものであるが、⁽³³⁾比較的最近では、一九六三年に、グロトマンがとつたものである。⁽³⁴⁾

- (1) Anmerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern nach den Protokollen des Königlich Geheimen Raths, I. Bd., 1813, S. 181.
- (2) Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, I. Teil, 1823, S. 257 f.; Häschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Bd., 1880, S. 361.
- (3) Fuhrmann, Der Rücktritt vom Versuche, Diss. Leipzig, 1903, S. 45 f.; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904, S. 319; Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, 1909, S. 28; ders., Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 (Reichstagsvorlage), Festgabe für Frank, Bd. II, 1930, S. 76; Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil,

1917, S. 467; Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB, Strafr. Abh., Heft 215, 1926, S. 5; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 410; ders., Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 155 Anm. 7; Nagler, LK, 6. Aufl., Lieferung I, 1944, Anm. I, 1 zu § 46.

(↗) Goetzler, Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes in ihrem Verhältnis zur Gerechtigkeitsidee und zur Praktikabilität auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW, Bd. 63, 1951, S. 97 f.; Schröder, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956, S. 322; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil (Studienbuch), 1967, S. 146.

(↘) Laas, Vergeltung und Zurechnung, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, 5. Jg., 1881, S. 469.

(∞) Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, Diss. Erlangen, 1904, S. 21, 24; Brandig, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, Diss. Heidelberg 1907, S. 16; Schuh, Der Rücktritt vom Versuch und seine Bedeutung für die Teilnahme, Diss. Münster, 1910, S. 38 f.; Behrendt, Der Rücktritt des Täters vom Versuch und seine Wirkung auf die Strafbarkeit der Teilnahme, Diss. Breslau, 1912, S. 43; Lang, Rücktritt vom Versuch bei Teilnahme und mittelbarer Täterschaft, Diss. Erlangen, 1915, S. 29 f.; Heerwagen, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, Diss. Heidelberg, 1924, S. 14; Gieseke, Die Wirkung des Rücktritts vom Versuch auf die Strafbarkeit des Täters und des Teilnehmers, Diss. Münster, 1926, S. 27 f.; Wimmer, Der freiwillige Rücktritt vom Versuch in den amtlichen Entwürfen eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 und 1927, Diss. Frankfurt, 1929, S. 29; Schuch, Ist der bedingte Versuch subjektiv oder objektiv zu bestimmen und welche Folgerungen ergeben sich daraus für den Rücktritt vom Versuch für Täter und Teilnehmer, Diss. Köln, 1930, S. 55; Riebes, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, Untersuchungen zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung, Bd. 7, 1931, S. 1 f..

(↖) Eser, in: Schönke-Schröder, StGB, 22. Aufl., Rdnr. 2. zu § 24; Lackner, StGB, 16. Aufl., 1985, Anm. 1 zu § 24; Wessels, a.a. O., S. 175.

(∞) Ulsenheimer, a.a. O., S. 48.

中 国 法 学 研 究 所 編 (一)

- (5) Arzt, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA 1964, S. 8.
- (8) Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB, Str. Abh., Heft 215, 1926, S. 4 ff..
- (2) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 294.
- (8) Zachariae, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, II. Theil, 1839, S. 240 ff..
- (8) Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914, S. 182; Boyke, Die strafrechtliche Bedeutung der tätigen Reue, Diss. Königsberg, 1924, S. 47.
- (8) Heinitz, Streiffragen der Versuchslehre, JR 1956, S. 250; Franzen, Zum Begriff der Entdeckung der Tat im Steuerstrafrecht, NJW 1964, S. 1062; Blei, Strafrecht, I. Allg. Teil, 18. Aufl., 1983, S. 214.
- (5) Wittenberg, Die Schuldhebungs- und Schuldernährungsgründe im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Diss. Königsberg, 1928, S. 55.
- (8) Salm, a.a.O., S. 173.
- (8) Krauthammer, Der Rücktritt vom Versuch (Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs 1927), Str. Abh., Heft 310, S. 3, 15, 44.
- (4) Glaeser, Kritische Betrachtung des „Freiwilligen Rücktritts“, Diss. Köln, 1933, S. 22, 28 ff..
- (5) Guinmann, a.a.O., S. 69, 74, 78 f..