

〈資 料〉

オーストリア犯罪論（7）

金 子 正 昭

目 次

はじめに

第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第2節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25巻3・4合併号）

第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

II. 公式と学説

III. 具体的な行為と結果の結びつき

（以上26巻1号）

第4章 故意—故意の概念、種類および過失との限界

I. 総 説

II. 故意の概念とその種類—過失との限界

III. 故意の基準点

IV. 特殊な問題

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的整序

I. 基 礎

II. 犯罪構成における意義とその他位

（以上26巻2号）

第6章 違法性—内容と阻却の可能性（正当化事由）

I. 犯罪構成における意義とその他位

II. 違法性の阻却、正当化事由

III. 錯誤の可能性

（以上26巻3号）

第7章 責任非難—一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却および免責

I. 概念、対象および意義

II. 責任の個々の要素

Ⅲ. 免責事由

Ⅳ. 特別な問題 — 所為答責性の理論

(以上26卷4号)

第8章 過失犯

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 過失の概念

Ⅱ. 過失の形式

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的シェーマからの逸脱

Ⅰ. 構成要件該当性

Ⅱ. 違法性

Ⅲ. 責任

第3節 特別な問題

Ⅰ. 所為の時点若しくは引受の過失または当てはめの過失

Ⅱ. 結果的加重犯

第9章 不作為犯

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 刑法各則に記述されている態度

Ⅱ. 不作為の概念とその限界

Ⅲ. 不作為犯の形式

Ⅳ. 2条 — 「不作為による遂行」

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的シェーマからの逸脱

Ⅰ. 構成要件該当性

Ⅱ. 違法性

Ⅲ. 責任

第3節 特別な問題

Ⅰ. 作為と不作為の結合可能性

Ⅱ. 過失不作為犯

Ⅲ. 不作為犯における未遂と関与

(以上27卷1号)

第10章 未遂と中止

第1節 法律上の規定

Ⅰ. 概念

1. 定義と限界設定

2. 処罰根拠

3. 予備と未遂の限界 — 可罰性の開始に対する判断基準

(1) 犯行計画、決意、故意

(2) 実行行為と「実行行為に直接的に先行する行為」

4. 未遂犯と企行犯

II. 未遂の種類

1. 危険性に基づいた分類

（1）判断基準 — 事前考察

（2）絶対的不能と相対的不能

（3）有用性と（相対的）不能（Tauglichkeit und (relative) Untauglichkeit）

（4）未遂犯と幻覚犯

2. 着手未遂、実行未遂および失敗に終わった未遂

3. 直接正犯の未遂、規制正犯の未遂および寄与正犯の未遂、未遂への関与

III. 16条 — 刑を免除する中止未遂

1. 基礎と解釈論的な位置づけ

2. 法律上の選択可能な段落の前提条件とその限界設定

（1）16条1項による中止

（2）16条2項による中止

3. 特別な中止犯の状況

（1）「情状加重的」な中止犯（Rücktritt vom qualifizierten Versuch）

（2）多行為犯と結合犯における中止

第2節 犯罪構成について

予備的検討

I. 構成要件該当性

1. 客観的構成要件

2. 主観的構成要件

II. 違法性

III. 責任

第3節 特別な問題

I. （単純）行為犯における未遂

II. 不作為犯における未遂

III. 結果的加重犯における未遂

（以上本号）

第11章 個々人の行為と数人の協働

（以下次号）

第10章 未遂犯と中止犯

第1節 法律上の規定

「故意の行動に対する法定刑は、既遂犯に対してのみならず、未遂犯に対してもまた当てはまる」(15条1項)。この規定は、次のような内容をもっている。

- 未遂犯は故意の重罪や軽罪の場合 (bei vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen) にのみ処罰される。
- 「法定刑の適用は、刑法各則に記述された所為を超えて拡大され」、また、
- 犯罪行為の未遂に対しては、既遂犯に対するのと同じの刑の範囲が当てはまる。

未遂犯を理由とする可罰性の開始に関しては15条2項に、絶対的不能未遂の不処罰に関しては15条3項に、中止未遂の刑の免除に関しては16条にそれぞれ規定されている。未遂犯に止まる場合、34条13号の特別な減輕事由が適用されることになる。

次に、さしあたって直接の単独正犯の未遂を論じる。数人の関与における未遂犯の特別な諸問題はⅡの3以下で取り扱い、中止犯については、Ⅲの2(1)1の①及び(2)2で取り扱うことにする。

Ⅰ. 概 念

1. 定義および限界

15条2項によれば、行為者が、犯罪行為を実行する決意を、たしかに実行行為を通じて又はこれに直接的に先行する行為を通じて行為に現したが、彼の努力は(いかなる理由からであれ必ずしも)既遂に達しなかったとき、未遂が存在する。したがって、それを実現するための行為者の所為および計画に関する表象が決定的なものとなる*)。未遂は客観的な行為側面においてのみ既遂から区別される、すなわち所為像は実現されなかったということによって区別されるのである。その場合、行為者の表象によれば行為者の態様だけが所為像全体

を実現することができたといえる限り、所為像のメルクマールの一個が欠けているかすべてが欠けているかはどうでもよい。すなわち、未遂は、概念的には、主観的な構成要件において既遂を理由として処罰するために必要な犯罪要素すべてが完全に存在するということを前提にするのである。つまり構成要件に関する故意および場合によっては超過的内心的傾向の存在を前提にするのである（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。さらに、未遂は違法で有責なものでなければならない。

＊ 改訂版では、「15条2項によれば、行為者が犯罪行為を実行する決意を実行行為を通じて又は実行行為に直接先行する行為を通じて行為に現したとき、未遂が存在する。確かに、所為像がすでに既遂に至ったとしても、この前提条件は充足されるのである。しかし、行為者の努力が（いかなる理由からであれ常にまた）既遂にまでは導かなかったという未遂だけが独自の関心事である」に改訂している。

所為像の錯誤と対をなすものとしてもまた説明することのできる未遂に比喻的な記述は、第9章（連載中の本資料第4章）Ⅲ1（2）2（図表9(10)）で示されている。

未遂は「超過的内心的傾向」を伴う犯罪類型としても特徴づけることができる。何故なら、主観的な構成要件は常に客観的な構成要件を超えて及ぶからである。

未遂の概念には、所為象は（いかなる理由からであれ必ずしも）実現されていないということの確認が必ずつけ加わる。ただし、所為の既遂に達していないということ（die Nichtvollendung der Tat）は、証明すべき未遂の概念要素ではなくて、既遂を限定すべき基準にすぎない。未遂は既遂に対する必然的な通過段階であるので、既遂犯の場合もまた常に未遂のすべての要素を同時に充足するのが原則である。この場合に最終的には既遂犯を理由としてのみ処罰されるということは、既遂犯に対する未遂の補充性（Subsidiarität）に基づいている。

2. 処罰理由 (Strafgrund)

未遂犯を理由とする可罰性の基礎は、「所為象を完全に作りだした者だけが処罰されるのだ」というとき、それは法政策的に耐え難い」という承認にある。この刑事政策的な出発点は、ずっと前から、未遂の可罰性を解釈論的に理由づけるための二つの異なった基準、すなわち客観的な基準と主観的な基準によって支持されている（詳細は、ブルクスター）。

客観説は、未遂の処罰理由を法益の危殆化 (in einer Gefährdung des Rechtsguts) に認めた。この出発点と結びつくのは、次の帰結である。

— 単なる危殆化だけでは当該法益自体を侵害していないか又は侵害よりも本質的にはほとんど侵害していないので、未遂は、すでに刑の範囲からみて既遂犯に相当するものよりもかなり減輕して処罰されざるを得ない。この結論は、危険犯はこれに属する侵害犯よりも刑の範囲が低くなるのが普通であるという事実により裏付けられる（例えば、81条と比較した89条）。

— 未遂を理由とする可罰性は、行為者の外部的な態度が法益に対する危険を作りだしたときに限って、生じる必要があろう。しかし、このような危険性は、行為者が実行行為を開始したときにはじめて、存在するのが通常である。

— 絶対的不能未遂は、刑を免除しなければならない。何故なら、絶対的不能未遂の場合、一度も法益の抽象的な危殆化になっていないからである。

主観説によれば、未遂の可罰性は、未遂の場合に主観的な行為側面は正確には既遂犯に相当する犯罪の場合と同じように存在するということに基礎をおく。このことから明らかになる結論は、客観説の結論とは次のように異なっている。

— 主観的な行為側面において未遂と既遂との間にいかなる差異も存在しないので、両者については同一の刑の範囲を予定するのは当然である。

— 未遂を理由とする可罰性は、すでに行為者が自己の犯罪的決意を何らかの方法で行為に現したとき、生じなければならないことになる。

- 絶対的な不能未遂もまた可罰的なものでなければならない。何故なら全く危険ではないが、行為者が危険だと考えた行為にもまた犯罪的決意がはっきり現れるからである。

二つの学説はいずれも、その純粋な形式では刑事政策的に満足させることはできない。したがって、立法者は、15条の規定において、両学説の長所を一体化し短所を避けようとしたのである。すなわち、一方では既遂犯との関係で刑の範囲の同一性については主観説を採用し（ブルクスタラー）、他方で、立法者は15条3項により絶対的な不能未遂に刑を免除することによって、純粋な主観的考察は立法者の表象するところではないと宣言したものである。ただし、その場合、立法者は、（客観説のように）処罰するために法益の具体的危険を要求しているわけではない。むしろ、相対的な不能未遂の可罰性が示しているように、法益への抽象的な危険が生じている、すなわち行為は具体的な危険を招来するのに適していたということで足りるのである。

不可罰的予備と未遂とを識別する場合もまた、立法者は客観的な観点と主観的な観点との組み合わせを容易に推測させる定義を優遇している（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。この点で、15条の規定は一括して客観的なものと主観的なものを混合した考察方法に基づいている、ということを前提とすることになる。

3. 予備と未遂の限界 — 可罰性が生ずるための判断基準

未遂と既遂との間の限界線は単純である。所為像が実現されれば直ちに、未遂は全く存在しないことになる。それに対して、不可罰的予備と可罰的な未遂との間を限界づけることは困難である。

15条2項によれば、「行為者が、所為を実行する決意を、その実行に直接的に先行する行為を通して行為に現したときは」、その所為は未遂となる。したがって、故意に行動することだけが可罰的な未遂を理由づけることができるので、行為者は特定の所為像を実現するために故意をもち、さらにこの所為を実行する「決意」を有し、この決意をすでに「その実行に直接的に先行する行為

を通して行為にも現した」ものである。

（１）犯行計画、決意、故意

15条2項では、可罰的な行為を実行するための「決意」が考慮されている。この要請は、未遂の主観的な行為側面に属し、未遂を処罰するために必要な実行行為への行為者の確固たる決意（Entschlossenheit des Täters zur Tatbegehung）を言葉に表現したものである。実行行為への「決意」は「犯行計画」や「故意」から区別される。

故意の犯罪行為を実行する場合、計画通りに遂行されるのが普通である。その場合、犯行計画は、所為の実行に関して行為者の表象を内容として含んでいるのである。

犯行計画は行為者の以降の具体的な行動様式を包括する、すなわち取り分け何らかの目標を達成し万一の障害物を取り除くべき手段と方法を包括するのである。犯行計画は、それだけで問題になる故意の犯罪行為において必然的に刑法上重要ではあるが、普通は刑法上本質的ではない個々の事物にも関係する。これに属するのは、例えば、都合のよい機会を選択したり若しくはそれを突き止めたりすること、行動様式の多くの可能性を衡量したり、完璧なまでに進捗した詳細な計画を策定するように犯罪行為を隠蔽するのを衡量することである。

さらに、自己特有の以降の態度に関する行為者の表象という意味での犯行計画は、過失犯の場合にも存在する。しかし、過失犯の場合には、犯行計画は必ず刑法以外の目標に向けられ、刑法上の構成要件の実現を含んではいない。

特定の計画を立案した者は、まだこれを所為に変える決心をしたものとはいえない。むしろ、計画を作成し、「結果の見通し（Erfolgchancen）」を何度も反復した後にはじめて長い時間をかけてそれに相当する決意をすることになる。その場合、15条2項にいう決意は、行為者が自己の計画を現在もまた事実上実現化する決意をしていたが、ただそれを実行する「気が」なかったときにはじめて存在する（ヤコプス、ロクシン）。したがって、15条2項にいう「決意」では、行為者の絶対的な行為意思（unbedingte Handlungswille）が理解されるのである。

故意は、犯行計画や15条2項の所為決意(Tetentschluß)若しくは行為決意と区別されるのである。故意は具体的な行動様式のすべての要素を含んでいるのではなく、また、自然主義的な行為経過だけに関係するものではない。むしろ、故意は、必ず完全に特定され、法律的に類型化されたメルクマールに関係する事象経過の一部だけに向けられるのである。(たとえば場合によっては一時的なものに過ぎないにせよ)、犯行計画の作成及び所為決意は必然的に行為に先行するのに対し、故意が存在するための決定的な時点は行為自体の時点である。行為に着手する場合に所為像の実現を意欲する者、すなわち所為像の実現を少なくとも真摯に可能と考え且これに満足する者(5条1項後段)だけが、故意に行為したものである。

当該犯罪を実行するために、特定の形式の故意又は超過的内心的傾向(拡大故意)が要求されるとき、この犯罪メルクマールもまた未遂犯で罰するためには存在しなければならない。それ故に、未必の故意により傷害を実行する殴打は、けっして87条にいう意図した重い傷害の未遂になるのではない。また、行為者に利得故意が確認されなければ窃盗未遂で罰されることにもならない。

文献では、15条2項にいう「決意」は「故意」(その都度要求されている形式での故意及び拡大故意を含めた故意)とよく同一視されている(ロイカウフ=シュタイニンガー、キーナツプフェル、シェーンケ=シュレーダー)。しかし、本書と同じように、(主観的な構成要件の別のメルクマールと同様の)故意と行為決意を区別するのが正しいと思う。すでにこれを関与理論の分野における用語例が保証する。すなわち、他人を犯罪行為に規制することが「所為決意」の喚起と定義される限り、故意のない行為への規制もまた可能であるということを排除しないのが普通である(EBRV 1971, 80 1 Sp; マイエルホーフ=リーダー、最後にフォレッガー=セリーニ、詳細はトゥリフテラー)。

(2) 実行行為と「実行に直接的に先行する行為(eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung)」

しかし、15条2項によれば、行為者の(主観的な)決意それだけが問題となるのではない。むしろ、「行為者が…実行行為に直接的に先行する行為を設定

したときは、すなわち自己の決意を特定の方法で（客観的に）外部に現したときは、直ちに」、未遂を理由とした可罰性が始まる。この規定の内容は、実行行為自体を設定することにより所為は常に未遂になるという、小から大への論証（argumento a minore ad maius）を含んでいる。15条により、変形された未遂の二つの形式は同一視されている。

可罰性の開始を確定するためには、特定の態様が「実行行為」を現すのはいつか、さらに、いかなる態様がこれに「直接的に先行したもの」と考えられ得るのが解明されなければならない。

1. 「実行行為（Ausführungshandlung）」という概念は、未遂に対してだけでなく、例えば、関与に関してもまた重要である。純客観的に考察する場合、実行行為という概念は、以降の中間的行為なしに所為像を実現させた態様を意味する。

主観的に考察する場合、実行行為という概念に属するのは、行為者の表象（犯行計画）によれば以降の行為なしに所為像を実現させるべき態様すべてである。今日の通説によれば、未遂の場合には実行行為の主観的な概念が問題となる（ブルクスタラー、プラッツゲンマー）。これによれば、15条2項にいう実行行為を設定する者は、自己の態度が次の行動を行うまでもなく所為像の実現をもたらすことを前提とする者であり、これを認めることが正しいのか誤っているのかには関係ないのである*）。これに対して、客観的な意味においてもまた行為が実行行為であったかどうかは、犯罪の既遂に達した後にはじめて「事後的に（ex post）」確認されることになる。

* 改訂版では、「この場合、この態様が直接に既遂になるべきかどうかは問題ではない。最初から犠牲者を何回も突き刺すことによって殺害しようとする者もまた、すでに最初の時点で実行行為を設定したものである」ということを新たに付け加えている。

以前は、一部で、犯罪が既遂に達する前に若しくは既遂に達しなくても客観的な基準に基づいて実行行為が存在するかどうかを判断することができると信

じていた。例えば、リットラーは、判断すべき態様が「それ自体として考察すれば、すなわちそれだけを考えれば、適用すべき刑罰法規が起案している規定を充足した」とき、実行行為を認める。結果犯においては、実行行為が「次の連結部分なしに、特に次の行為なしに一般的に所為像に該当する結果を招来するのにふさわしい」といえるとき、それを肯定することができるのである。しかし、この客観的な限界づけは不十分であることが明らかになる。何故なら、それで十分に満足しない特定の演辭に当てはめられる可能性があるからである。すなわち、甲が腕を振りあげたとしよう、その場合、彼はそれによって傷害をしようとし構えたかも知れないし、ただ威嚇的な身ぶりをとったかも知れないし、それどころか評決に加わったにすぎないかも知れないのである。すでに実行行為が開始されたのかどうか、行為者は威嚇しただけなのか又は場合によっては威嚇が無駄に終わった場合に実行行為を直接的に行おうとしたのか、彼は一般に傷害を念頭に入れていなかったのかどうかは、外部的な基準に基づいて決定することはできないのである。以上の諸理由から、特にノヴァコフスキーは、未遂における実行行為を客観的に決定することを断念した。理由づけるために彼があげていることは、「人をかすめた弾丸は、例えば、人に発砲したものとしてすなわち実行行為として理解することができるか、又は、人の傍らを通過したか発砲にすぎないものとしてすなわち構成要件に関係のない態度として理解することができるか」は、「故意と関係なく決定されるものではない」ということである*)。

* 改訂版では、この点に関するノヴァコフスキーの理由づけを削除している。

未遂における実行行為は主観的な基準により決定されるということは、ついでに言う、刑法解釈論の別の領域で客観的な意味での実行行為が問題になるということを排除するものではない。例えば、過失犯の場合(過失犯の場合には「未遂」はまったく存在しないが故、過失犯の場合の実行行為は常に事後的に確定されるものである)もそうであり、一般的には関与理論の分野でもいえることである。

ただし、未遂の分野で実行行為を主観的に定義するにもかかわらず、客観的な観点もまた可罰性については重要である。すなわち一般的な経験知識に従うと所為像の実現を招来せしめるのに全く有効とはいえない「実行行為」又は社会的相当性の範囲を逸脱していない「実行行為」を設定した場合、彼はこの犯罪に関して法的に否認されている危険を全く創出していないが故に、罰されることはない。しかし、その場合、問題は実行行為の概念ではなくて、未遂の有用性 (Tauglichkeit des Versuchs) である。

2. 「実行行為に直接的に先行する行為」の概念もまた、主観的な基準に基づいてのみ、すなわち行為者の具体的な犯行計画に基づいて決定されることになる (ブルクスタラー、フォレグガー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マイエルホーファー＝リーダー、ブラッツグンマー、ライシイヒ＝クンスト、OGH JBI 1980, 607)。

例えば、銃の標的を人に向けることは致命的な射撃に直接的に先行する行為なのか又は準備的な照準訓練行為を現すのかは、行為者の計画そのものに関係するのである。窃盗の故意をもって、もっとも都合のよい侵入口を探して家に「こっそり忍び込む (schleichen)」者は、自分の計画がこの機会に気付いた後直ちに家に侵入するというものであったときにはじめて、窃盗の実行に直接的に先行する行為を設定したものである。

その場合、15条2項により実行行為に直接的に先行する行為が必ず問題になるのであって、この行為は結果発生に直接的に先行する行為でもある必要はないのである (OGH JBI 1980, 607=EvBI 1980/220 ; JBI 1978, 324)。これは、すでに法規の文言から明らかになり、さらに、すでに実行行為自体とそれによって発生した結果の間に長い時間又は第三者の行為が存在する可能性があるためによく理解できるのである。

行為が実行行為に直接的に先行するものであるかどうかを判断する場合、通説によれば、様々な基準が考慮されている。それらがすべて存在するときにかぎって、15条2項のこのメルクマールが肯定されることになる。

一 実行行為及びこれに直接的に先行する行為は、行為者の犯行計画によれ

ば、中間的な活動 (Zwischenakte) により切り離してはならない (ブルクスタラー、フォレッガー、OGH EvBI 1978/115)。この点で、ロイカウフ＝シュタイニンガーとキーナップフェルは「行動的な (aktionsmäßig)」関係を主張する。この点には、特に、実行行為への場所的な接近性が示されている。

- 直接的に先行する行為は、実行行為への時間的な接近性を示していなければならない (ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、OGH EvBI 1979/6; フォレッガー)。
- 行為者は、「所為を実行する前に決定的な抑制段階 (entscheidende Hemmstufe) を克服してしまった」ものでなければならない。ただし、その場合、問題になるのは、行為者の主観的な体験ではなくて、行為者が自分の犯行計画を客観的な第三者を通じて判断する場合に実行行為に直接的に先行するこの行為により決定的な抑制の限度をすでに克服していたかどうかである (同旨として、ブルクスタラー、フォレッガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガー、OGH EvBI 1975/283, 1981/192, 1981/241; JBI 1983, 495; 同旨としてすでにノヴァコフスキー)。

通説によれば、この第三の基準が必要である。何故なら、行為経過ははつりとそれぞれ識別可能な行為 (in deutlich voneinander abgrenzbaren Schritten) に必ずしも生じていないからである。これによって実行行為以前の最後の行為を正確に確定することは容易ではない場合がある。むしろ、所為事象はたいていの場合「非常に異なった方法で具体的な活動に分解される」のである (ブルクスタラー)。これは、例えば、「特に、経済刑法上の諸構成要件の場合のように、外部的には一様であるが継ぎ目なく交錯し合っている事象経過が固有の構成要件行為に先行する」事案に言えることである (エーサー)。この種の事案においては、直接的に先行するものを「純粋に自然主義的に理解するのではなくて、一定の意味関連で裏付ける」ことが必要であると実証されるのである (ブルクスタラー*)。

＊ 改訂版では、「この種の事案においては、直接に先行するものを純粹に自然主義的に理解するのではなくて、その意味内容において犯行計画に基づいて理解することが必要である」と改訂している。

最高裁判所は、所為を実行するための行動的・時間的連関を未遂段階に侵入するための「客観的な」前提条件と呼ぶが、決定的な抑制段階の克服をその「主観的な」前提条件と呼んでいるのである（例えば、St 50/2；EvBI 1981/104）。しかし、この違いは、実行への行動的・時間的な接近もまた必ず具体的な犯行計画にのみ基づき、この点で同じように「主観的に」突き止められることになるということと全く同じである（最高裁判所もまた犯行計画に照準を合わせている、EvBI 1981/104；1980/220；JBI 1980, 108）。最高裁判所は、3つのあげた基準（行動的な連関と時間的な連関及び決定的な抑制段階の克服という基準）すべてをも「主観的な」前提条件として次のように散発的に要約している。曰く、「しかもまた客観的にはすでに所為像を実現するための直接的な前段階（im unmittelbaren Vorfeld）に達し、時間的のみならず場所的及び犯罪類型的にもこれに接近する態様だけが未遂として罰されることになる」（EvBI 1981/192）と。この命題は誤解を招きやすい。何故なら通説のいう実行への時間的且場所的な接近については犯行計画だけが問題になるからである。「犯罪類型的に接近した態様」を用いて所為像の実現に関して特別な危険性を検討することになったために、この問題は実行への接近ではなくて未遂の有用性の問題である。

通説によれば、3つの基準すべてを考慮してはじめて、すべての事案に対して刑事政策的に満足いく、15条2項のいう実行行為に直接的に先行する行為の概念の解釈を行うことに成功することになる。

3. 要約すれば、不可罰的な予備と可罰的な未遂との識別は、次の事案により明らかにすることができる。

未だ装填していない銃をもって被害者の出現を期待する者は、被害者が出現する前日に装填し安全装置を外した銃をすでに一定の地点にはっきりと狙いをつけているものと同じように、不可罰的予備を実行したものである。しかし、

後者の態様は、被害者を後になってごく短時間でも待ち受けているとき、未遂として罰されることになる。その場合、犯行計画すなわち行為者の表象がいかに決定的な問題になるかは、被害者が待ち受けられたのより遅くなつてはじめて現れたか又は一般に現れなかったにせよ、後者の場合には未遂の可罰性に全く変更はないということから明らかになる（同旨として、ブルクスター）。可罰性については、行為者は誤って装填されているはずだと思っていたピストルを携帯して被害者を待ち伏せていたかどうかともまた問題ではない。何故かという、銃の射撃準備に関するこの錯誤は、それ以外の不可罰的予備行為を可罰的未遂との境目よりも上方に高めるのである。この事案の可罰的な変形すべてにおいて、行為者は「客観的な視座からして所為を実行する前に決定的な抑制段階をすでに克服した」結果、彼の態度は「意図されている所為（mit der vorgesehenen Tat）とすでに… 具体的な関係」にあることになる（OGH EvBI 1981/241）。この前提条件が充足されるのは、強盗の意図をもって特定の人を待ち伏せし、かれが出現した後、紛糾なくあるいは時間的に遅れることなくこれが可能であるとき、まだ垣根の柵の一枚の板を武器として取り壊わそうと意図したときでもある（OGH EvBI 1981/241；限界線については EvBI 1981/104）*）。

- * 改訂版では、「強盗の意図をもって特定の人を待ち伏せし、彼が現れた後にはじめて武器として垣根の板一枚を取り壊そうともくろんだ場合もまた、この前提条件は充足されるのである。何故かという、実行がなければ引き延ばしたりやっかいなものにすることもまだできると信じているからである」と改訂している。

4. 未遂犯と企行犯（Versuchs- und Unternehmensdelikte）

刑法各則の若干の規定のなかには、所為像に該当する態様について、行為者が一定の結果の招来を企てたということだけが前提とされている場合がある。この種の事案について、結果を招来せしめるすべての未遂は、すでに所為像の実現を完成させているのである。このような規定は一般的な未遂規定の特別法（leges speciales）である。この点で、この犯罪の未遂は15条に関連して別個

に罰されるものではない（ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、マウニック、ノヴァコフスキー）。むしろ、結果犯の場合にすでに実行行為に直接的に先行すると思われる行為は、それを企行することにより所為像が実現されるのである。

未遂犯は、例えば、263条1項後段及び2項後段の「選挙又は国民投票の際の欺罔」及び283条2項後段の形式における使囑（Verhetzung）である。未遂犯の特別な事案は、242条の内乱（Hochverrat）のような企行犯である。

通説によれば、一定の特別な類型的な予備行為が独立した構成要件に規定されている「予備罪（Vorbereitungsdelikten）」の場合、（未遂犯の場合とは異なって）未遂が成立する可能性がある。

II. 未遂の種類

1. 危険性（有用性）に基づいた分類

危険性に基づいて分類することは、具体的な事案のなかで未遂行為の性質により所為像の実現を期待すべき蓋然性に向けられる。この蓋然性が大きければ大きいほど、それだけ早く「未遂の有用性（tauglichen Versuch）」が主張されることになる。この場合、未遂行為はすべてその有用性と関係なく処罰されるべきかどうかを立法者は決定しなければならない。オーストリアでは、15条3項で、「…いかなる事情の下においてもその所為の既遂が不可能であった場合には」、行為者は罰されないと規定している。したがって、絶対的不能未遂は刑を免除する（die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs）と規定しているのに対し、「有用（taugliche）」未遂や「相対的不能（relative untaugliche）」未遂は15条1項と2項により罰されるのである（EBRV 1971, 85 f；キーナップフェル、フォレッガー＝セリーニ、ライシツヒ＝クンスト、ブルクスター）。

以上と異なった用語法によれば、15条1項と2項にいうすべての可罰的な未遂は「有用な（taugliche）」未遂であり、15条3項に該当する未遂はすべて

「不能」未遂である（ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー）。この二分類は用語上単純且十分なるものと考えられるにもかかわらず、次のように伝統的な三分類が維持されている。その三分類は、ドイツ語圏においては、一般に定着しており、可罰的な未遂と不可罰的な未遂との限界線を引く場合に手助けを示してくれるからである。

(1) 判断基準 — 事前考察方法 (ex-ante-Betrachtung)*)

* 改訂版では、「判断基準 — 事前考察方法か事後考察方法か (ex-ante- oder ex-post-Betrachtung ?)」と改訂されている。

危険性は、様々な基準に基づいて判断されている。

危険性に対しては、もともと事後的な考察方法 (ex-post-Betrachtung) が基礎とされていた。けれども、具体的な事案に関連して、この基準は実際にはほとんど目的を達成することはできないものと考えられた。何故なら「後になってよく知られた要因すべてでもまた関係させる考察方法については、あらゆる未遂において所為の既遂は考えられ得ない」からである（ブルクスター）。これに関して、一般的なものとなった事後的な考察方法は有望なものであった。この基準によれば、未遂は、「一般的なものとなった考察方法の場合もまた、すなわち具体的な事案の特殊性に関係なく、ほとんど未遂は既遂となることができたと考えることはできなかった」場合、絶対的な不能未遂になる（EBRV 1971, 85 r Sp; 同旨として OGH SSt 50/2, 51/38; ZVR 1981/102; EvBI 1976/265）。この基準の欠点は、考察方法においてどの程度まで一般的なものとなるのかということに対する正確な基準が存在しないという点にある（ブルクスター、マイエルホーファー＝リーダー、OGH JBI 1983, 103）。

以上の欠陥は、刑事政策的に不十分な同種の事案を区別して取り扱うことになる*)。例えば、所為を行うちょっと前に被害者が離れてしまったベッドを狙って撃った場合、一般的なものとなった事後的な考察方法によれば可罰的な未遂が存在することになる。何故なら被害者が居合わせなかったことはむしろ「偶然なもの」と考えられるからである。これに対して、射撃態勢に入るちょっと

前に被害者がベッドで心臓マヒで死亡した場合、この視座からすれば絶対的不能未遂となり、したがって不可罰的未遂が存在することになる。何故なら「いかなる事情の下においても」死体は（もはや）殺害されないからである（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

* 改訂版では、ここで改行せずに前の文に続けて、「例えば、この基準の欠陥は、同じ種類の事案を別々に取り扱うことになる」という文に改訂している。

それ故に、学説と判例は次第に事前のという基準（ex-ante-Maßstab）を危険性の判断の基礎にした（ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、シュタイニンガー、OGH JBI 1979, 100；EvBI 1983/16＝JBI 1983, 50；ZVR 1983/86）*）。したがって、未遂の可罰性に対して決定的なものは、犯行計画を知っている客観的な第三者の見解によれば、行為者の態様は法定の所為像を実現するために「とても成功の見込みはないもの」と考えることは決してできない」ということである（OGH JBI 1983, 103；同旨としてブルクスタラー）。例えば、外部的な諸事情の変更がごく些細なものであるということが客観的には可能な範囲内に存在し、それによって行為者の態度が目標に到達することができるといえる場合に、行動様式（Vorgehensweise）は見込みがないものとはいえないのである（OGH JBI 1983, 103（104））。

* 改訂版では、「判例と学説は」という個所を「有力説は」に改訂している。

そして、（OGH JBI 1983, 103（104））の後に、改行して、次の文を新たに挿入している。「けれども、この統一性は、1986年、最高裁判所によって放棄された（SSt 57/81）。けれども、最高裁判所が（一般的な）事後考察方法へ転回したことにより、この基準に対する諸反論が取り除かれたわけではない」。

この基準は、有用性を判断するために一般的な客観的帰属性の基準を役立てる可能性がある（トゥリフテラー、シュモラー）*）。すなわち、一般的な客観的帰属性の範囲内においてもまた、所為像を実現するためのその有用性に関して行為が判断の対象となる、つまり経験的な基準と規範的な基準に基づいて判

断されるのである。したがって、すでに事物的には類似の問題点を統一的に解決し、また同一の犯罪要素の内部で解決するために、一般的な客観的帰属性と未遂犯における検討対象たる有用性との間のパラレルな関係を考慮しないわけにはいかない**）。

* 改訂版では、「この基準は」というのが、「事前のという基準（ex-ante-MaCstab）（印象説 = Eindruckstheorie）は」に改訂されている。

** 改訂版では、次の文が新たに挿入されている。「この出発点に対してフックスが提起した批判（ÖJZ 1986, 257 ff）は、すでに別の個所でそれが誤りであることを証明している」。

（2）絶対的不能性と相対的不能性

絶対的不能未遂は、当該行為を着手する場合に所為像の実現が行為者の立場からすれば客観的に予見可能ではなかった場合又は行為が社会的相当性の領域を出ていなかった場合には、必ず認められるべきものである。二つの事案において、一般的な客観的帰属性が存在しないのである（トゥリフテラー）。

さらに、客観的帰属性を用いて絶対的不能未遂と相対的不能未遂とをこのように識別することは、実行行為の場合だけでなく実行行為に直接的に先行する行為の場合もまた適用されるのである。その場合、有用性を判断するためには、行為者の犯行計画だけが「特別な知識（Sonderwissen）」として考慮されねばならない（シュモラー）。

それに対して、一般的な客観的帰属可能な行為は所為像を実現するための法的に否認された危険を創り出し、それによって必ず（可罰的な）相対的不能未遂か有用未遂（ein tauglicher Versuch）になる。

相対的不能未遂は、例えば、この偽の「合い言葉」を申し立てて金を引き下ろそうと、最後のページに文字が記入されている偶然手にいれた預金通帳を提出する場合である。すなわち、彼の努力は最初から見込みがなかったとはいえないのである（OGH JBI 1983, 50）。それに対して、絶対的不能未遂は、パスポートに新しい旅券写真だけが貼り換えられた場合に考えられる。何故ならその場合まったく表面的に考察する場合にもまた刻印機のミスは見逃すことが

できないからである (OGH ZVR 1983/86)。したがって、「法律上の取引において偽造の幼稚性の故に、真正らしき外観又は生粋のものであるかの外観を生ぜしめるのに全くふさわしくない」場合には、文書偽造は必ず絶対的不能未遂になると考えられるのである (OGH EvBI 1982/148)。

(3) 有用性と(相対性)不能性 (Tauglichkeit und (relative) Untauglichkeit)

(相対的な) 不能未遂と有用な未遂を識別することは第二次的な意味をもつのである。この識別もまた事前考察に基づいて行われるのである。ただしその場合、未遂行為の時点に現実存在し且突き止めることができる要因すべては、これらが行為者について認識可能なものであったか又は行為者の立場に立つ客観的な第三者について認識可能なものであったかに関係なく、これを考慮しなければならない。

この考察方法による場合、行為者は自分及び行為者の立場に立つ客観的な第三者が認識することのできない諸事情に基づいて自らの行動を所為像を実現するための有用な努力 (taugliches Bemühen zur Verwirklichung des Tatbildes) と考えることができるのである。有用なものとしてのこの客観的な現象を通じて、未遂は絶対的不能未遂とはならないのである。そこで、この態様が現実的に存在する諸事情すべてを基礎としてすなわち行為者の立場において客観的に認識することのできない諸事情をも基礎として判断される場合、それでもなお行為者の努力は最初から既遂に達することができなかった、ということが明らかになる。この場合に、未遂はたしかに不能未遂であるが、客観的な第三者が行為者の立場に立つならば所為像を実現するために行為は有効ではないということを経験することができるときに限って、未遂は絶対的不能未遂となるため、相対的不能未遂になるに過ぎない。

以上の観点下で、具体的な事案においてすでに所為像に該当する諸事情のメルクマール (例えば、主体たる資格又は行為の外部的事情)、所為像に該当する客体又は所為像に該当する結果を招来するための有効な手段を欠いているために、所為像を実現させることは全くできないということが判明するとき、未

遂には有用性を欠いていることになる（エーサー、イエシュック、ウエッセルス）。これに対して、所為像に該当する事情、それに相当する客体及び有効な手段が存在するにもかかわらず、所為像の実現は生じていない場合、有用未遂が存在する。何故なら所為像の実現は実行行為に直接的に先行する行為の段階を超えていないか、（結果犯の場合に）実行行為が存在するにもかかわらず「非定型的な因果経過」が結果の発生を阻止するか又はそれ以外の諸事情が（発生した）結果の帰属性を排除するかのいずれかを理由とするからである*）。

* 改訂版では、「何故か」といって、所為像の実現は実行行為に直接的に先行する行為の段階を超えていないか、（結果犯の場合に）実行行為が存在するにもかかわらず何かが結果発生を阻止するか、あるいは例えば『非定型的な因果経過』が（発生した）結果の帰属性を排除するかのいずれかである」と改訂している。

以前、「不能未遂」の事案は、部分的には完全に未遂概念から排除されていた。何故なら未遂については少なくとも「所為像に該当する行為」が存在する必要があると考えられていたからである。しかし、このような行為は、これが所為像に該当する事情のなかでは行われなかった場合、いかなる所為像に該当する客体も存在しなかった場合又は行為者が有効な手段を全く使用しなかった場合には存在しないのである。したがって、この種の事案において問題になるのは「未遂」ではなくて、「構成要件の欠缺（Mangel am Tatbestand）」である（特に、リットラー）。

この見解は15条3項によって使いものにならなくなっている。すなわち、この規定は、「この規定によって理解されている事案は、上であげた学説とは反対に、原則的には未遂概念に算入され」、「また、それを理由にはっきりと罰してはならないと宣言されて」いるということを悟らせるものである（ブルクスター）。

（4）未遂と幻覚犯（Versuch und Wahndelikt）

幻覚犯の場合、行為者の表象はその実現が現存する所為像と全く一致しない事実関係に向けられるのである。表象された事象経過が現実界に転化されてい

ない場合、幻覚犯の「未遂」(ein versuchtes Wahndelikt)になり、それであれば幻覚犯の「既遂」(ein vollendetes Wahndelikt)になる。二つの事案において、刑法との結びつきは、行為者は自分の行為方法は法定の所為像と一致するということを信じ、また、その結果として行為者は実際には刑法上中立的なものである自分の態度を禁止され且罰されるものと考えたことによるのみ、創り出されるのである。行為者の表象は、実際には不法の意識ではなくてある種の「可逆的な禁止の錯誤 (umgekehrter Verbotsirrtum)」(9条の意味での法律の錯誤)である態度の違法性の意識になる。行為者は、幻覚犯の場合には不法の意識を「十分に (zu viel)」持っているのに対し、法律の錯誤の場合には「ほとんど」持って「いない (zu wenig)」である。

法律の試験の準備を怠ったならば1月以下の自由刑又は60日以下の罰金刑が科されると確信した者は、たとえ彼があらゆる準備を怠って敢えて試験を受けたとしても、彼は未遂を実行したものではなくて、幻覚犯を実行したものである。何故なら表象された所為像は存在しないからである。同じことは、叔父と姪は近親姦 (Blutschande) を行うことができると信じている場合にもいえるのである。

以上のことと比較して、未遂は「可逆的な構成要件の錯誤」と呼ばれる場合がある (イエシェック、ウエッセルス)。何故かということ、未遂の場合、故意は、故意が所為に転換される場合に所為像のメルクマールすべてを充足すると考えられる態様に及ぶからである。しかし、行為者が与えられたものと考えた所為事情が欠けるということを理由としてはじめて、これを充足するというのではない。

幻覚犯が存在するといえるためには、行為者の誤った「不法の意識」はいかなる種類の「可逆的な禁止の錯誤」に由来するののかということは本質的なものではない。例えば、姦通 (Ehebruch) と並んで以前の刑罰法規525条の「婚姻の妨害 (Ehestörung)」もまた刑法典に引き継がれていると考えていたために、一般的に規範化されていない所為像が現に存在すると行為者が信じている場合がある。類似の事案が存在するのは、ある人が実際に現存しない「事実」(例

えば、事故当時、行為者は犯行現場に居なかったという事実）を確認して、自分では223条のいう偽造文書を作成したと信じた場合である。何故かというところ、文字上の虚偽（die schriftliche Lüge）は法定の所為像を充足しないからである。

しかし、錯誤は、例えば、行為者がオーストリア国有鉄道から発行された証明書を231条のいう「官庁の証明書」と考えた場合、あるいは、新聞の気象予報を偽造し、それによって223条のいう文書偽造を行ったと信じた場合、現実には存在する構成要件のメルクマールの一つに事実関係を包摂することにも関係する場合がある。231条又は74条7号のいう有効な行為客体を欠いているのである。これらすべての事案において、「可逆的な第一次的禁止の錯誤（umgekehrter direkter Verbotsirrtum）」が存在する。例えば、正当防衛は身体的完全性に対する侵害だけが許されており、財産に対する侵害は許されていないと行為者が信じていた場合、「可逆的な二次的禁止の錯誤（umgekehrter indirekter Verbotsirrtum）」もまた考えることができる（詳細はエーサー、ウエッセルスを参照）。

絶対的不能未遂と幻覚犯を識別することは必ずしも単純なものではない。このことは、特に、規範的構成要件のメルクマールの領域についていえるのである。イエシェックによれば、いずれに整序するのかということに対して決定的なことは、「錯誤が事実関係に関係するのか（不能未遂）規範の領域に関係するのか（幻覚犯）」である。

絶対的不能未遂と幻覚犯との間の解釈論的な差異があるにもかかわらず、法的効果は同じなのである。両者は処罰されないのである。

2. 着手未遂、実行未遂および失敗に終わった未遂（Unbeendeter, beendeter und fehlgeschlagener bzw. mißlungener Versuch）

着手未遂、実行未遂および失敗に終わった未遂との間をそれぞれ区別することは、主として刑を免除する中止未遂は可能かどうか、また、それに対してはいかなる前提条件が充足されねばならないのかを確認するのに役立つだけであ

る。行為者は、16条1項前段により、実行と所為の決意を任意に放棄することにより着手未遂を撤回することができるのに対し、刑を免除する中止未遂については、16条1項後段により、行為者は結果を回避するために行動的にならなければならないのである*)。この唯一の機能に関して、3つの概念すべてをどのように識別するかはこれからの帰結によって構成されるのである。

* 改訂版では、この文の後に「これに対して、失敗に終わった未遂 (fehlgeschlagenen Versuch) を撤回したとしても、刑を免除されるものではない」という文を挿入している。

(1) 未遂は(まだ)終了していないか (unbeendet) あるいは(すでに)終了したか (beendet) を判断するためには、客観的な事情又は行為者の表象が前提とされている。16条2項は、行為者の表象に向けられた主観的な基準を採用している。すなわち、この規定によれば、結果は行為者の助力なしには生じなかったという事案において、刑を免除する中止未遂については、結果の回避に向けられた真摯な努力および自分はこの結果をまだ回避することができるとの誤った表象で足りるのである。次に、「実行行為に直接的に先行する行為」の概念は、すでに15条2項において行為者の表象に基づいてすなわち主観的な基準に基づいて定められている。それ故、この概念は16条の範囲内においてもまた同じように解釈されねばならないのである(同旨としてブルクスタラー)。したがって、通説のいう未遂は、行為者が(自ら意図的に)所為像を実現するために必要なものすべてをまだ行ってはいないと信じている限り、着手未遂である。それに対して、自分はすでにすべてを行っただけであり、所為像はすでに実現されているか又は少なくとも以降の行為がなくても実現されるだろうと信じた場合、実行未遂が存在する(ブルクスタラー、キーナップフェル、OGH EVBI 1981/77=RZ1980/66, またロイカウフ=シュタイニンガーも同じである。西ドイツについては、エーサー、客観的基準を採るのにフォレグラー=セリーニ、同旨としてリットラー)。

起爆装置のスイッチが入れられていない時限爆弾をAがセットした場合、行

為者がこれを知っていたとき、着手未遂が成立する。それに対して、行為者が（誤って）自分はすでに起爆装置のスイッチを入れたと思っていたとき、実行未遂が成立する。

行為者が起爆装置のスイッチを入れた場合、彼がこれを知っていたとき、実行未遂が成立し、行為者が（誤って）自分はまだ起爆装置のスイッチを入れていないと思ったときには着手未遂が成立する。

この主観的基準は、刑を免除する中止未遂の可能性を生み出すのに十分である。この主観的な基準と、その場合すでに着手未遂は結果を発生させ得るということは矛盾しないからである。すなわち所為像が実現された場合、着手未遂が成立したか実行未遂が成立したかは重要ではない。その場合に決定的なことは、所為の既遂はこれを行為者に客観的に帰属させることができるかどうかだけである（OGH EvBI 1981/140； JBI 1984, 326）。

多行為犯の場合に主観的基準を基礎を置くか客観的基準に基礎を置くかに関係なく、未遂は、少なくとも最初の行為に関してのみ行為が為された場合にはまだ着手未遂である（OGH EvBI 1983/140）。

行為者の表象はどの時点において突き止められていけばよいのか、不明である。特に、例えば、その有効性はそれが着手された後にはじめて正当に評価することができる発砲行為（Schüssen）又は殴打行為（Schlägen）のような犯行の場合には困難である。この種の事案について争いがあるのは、行為者の表象が決定的なものといえるのは「直接的には未遂行為自体を設定する際に」（ブルクスタラー、同旨としてヤコプス、パウマン＝ウェーバー）か「最後の実行行為を終結させる場合若しくはこれを終始する場合」若しくは「その中止未遂の時点において」（キーナップフェル、マウラッハ＝ゲーセル＝ツィツプ、ルドルフィー）かである。

まず最初に自分の行為は所為像を実現するのに十分ではないと思っていたがこれを着手した後に所為像は自分が続けて行為しなくても実現されるであろうと気付いた行為者は実行未遂を行った者である、ということについては見解の一致をみる。すなわち、行為者が結果を回避するために積極的に行動的になっ

たときに限って、刑は免除されるのである。この見解の一致は、基本的には未遂行為の開始時において行為者の表象を考慮する論者もまた、この事案に対してはある一つの例外をなすということに基づいている（例えば、ブルクスタラー）。

しかし、行為者がまず最初に所為像は特定の行為によってのみ実現されると思った（少なくとも真摯に可能と考え且これに満足した）が、その後この行為だけでは不十分であると知った事案については、以上と異なった見解が存在する。ここで未遂の開始時点を検討するならば、もはや刑を免除する中止になり得ない実行（失敗に終わった）未遂が成立する。これに対して、未遂行為若しくは中止未遂の終結時点を決定的なものとする場合、未遂が失敗に終わるとの認識をもっておれば再び着手未遂が成立することになる。その着手未遂から（まだ以降の行為が本来的な犯行計画の範囲内において一般的に可能なものである限り）以降の実行行為を単に放棄するだけで刑を免除する中止未遂になる場合がある。

実行未遂が成立するためには、行為者は自分がそれを着手する時点で有効な既遂であると考えた行為を設定したということだけで足りるという見解が優れている。何故かという、ある人が自分は所為像を実現するために繰り返し行為する必要があることを可能と考えたが、すでに最初の行為が所為像を実現したことに満足したとしても、彼が引き続いて行動しないままでいることはそれだけで刑を免除されるわけではないからである。そうでなければ、行為者には所為像を実現するためのまだ以降の行為が残されており、またこの行為をもくろんだために、行為者は特権を与えられることになるからである。したがって、ブルクスタラーが着手未遂を認めるのは、行為者が自らの評価により以降の中間的行動なくしても所為像を実現することができることに満足した行為はまだどんなものでも設定しなかった場合だけである。この見解の結論は、例えば、殺人の故意をもって実行された、行為者が命中しないことを知っている「的を外れた射撃（Fehlschuß）」は、行為者が一度だけ発砲しようと欲し且発砲することができたか又は必要な場合に限って発砲しようと欲し且発砲するこ

とができたかに関係なく、刑を免除する中止未遂すべての成立を阻止することになる(以上と異なった考察方法については、ルドルフィー)。

(2)「失敗に終わった(fehlgeschlagener)」若しくは「不成功の(mißlungener)」未遂という名称に関して、これまでオーストリアでも西ドイツでも統一的な限界線は引かれていなかった。

最高裁判所やロイカウフ＝シュタイニンガーは二つの概念を同一視すると同時に、「行為者は結果発生に対する前提条件すべてを生ぜしめたが、この結果は発生せず、具体的な行為者の行為からも全く発生することができなかった」という事案を指示する(RZ 1980/66)。

キーナップフェルはこの客観的な基準を主観的傾向のある定義と対置する。これによれば、「行為者が自分の目標をもはや達成することができないか又はせいぜい新たな試みに基づいて達成することができると認識したとき」、失敗に終わった未遂を「主張する」のである*)。したがって、客観的な不成功だけでなく、補充的にこの客観的な前提条件の認識もまた問題になるのである。これと異なった出発点を前提とするのはマウラッハ＝ゲーセル＝ツィツプである。彼らは失敗に終わった未遂を純消極的に中止未遂はどんなものでももはや考えられない未遂として規定する**)

* 改訂版では、「これによれば、『行為者が自分の目標をもはや達成することができないか、又はせいぜい新たな試みに基づいて達成することができると認識するかあるいは少なくともこれを信じるとき』、未遂は失敗したものになる」と改訂している。

** 改訂版では、マウラッハ＝ゲーセル＝ツィツプの見解が削除されている。

失敗に終わった未遂を異なって定義することは、特に、概念規定はその都度中止未遂の様々な観点に合わせて手が加えられているということにある。このような様々な出発点の故、西ドイツでは「失敗に終わった未遂」という概念の有用性(Verwertbarkeit)が時折疑われているのである。これを基礎づけるために指摘されていることは、「この概念を用いる論者はほとんどすべてそれぞれの事実関係ごとに特徴づけ、(また、)判例もまたこの概念を統一的に用い

ていない」ということである（マウラッハ＝ゲーセル＝ツイツプ、ヤコプス）。

統一的に概念を構成するために、（少なくともオーストリアについては）モースの提案がその手助けとなる。モースの提案によれば、「失敗に終わった」未遂は主観的に決定しなければならない、すなわち行為者は「自分の実行行為は結果を導かないだろうということを知っている場合又は単にこれを誤認したにすぎない場合」である。「行為者の認識に関係なく所為の客観的な不成功」が「不成功の」未遂と呼ばれるのである。この概念構成を基礎とすれば、「不成功」の未遂の場合、16条1項のいう中止未遂を排除する。これによれば、「失敗に終わった」未遂が成立する場合、中止未遂はありえないのが一般的である。

3. 直接正犯の未遂、規制正犯の未遂および寄与正犯の未遂 — 未遂への関与

15条1項では、未遂への関与が規定されている。2項では最初に未遂が定義づけられている。けれども、本書では体系的な理由から未遂を概念的に規定することからはじめる。

(1) 15条2項によれば、ある人が「所為を実行する決意を…行為に現した場合だけでなく、彼が「他人をそれへ（所為の実行へ）と規制する決意…を行為に現した」場合もまた、所為は未遂となる。

直接正犯の未遂（遂行未遂（Ausführungsversuch）— 15条2項前段）を実行するものは、所為像を実現することなく、直接正犯者として行為する者である。

「遂行未遂」という概念は、特に、ロイカウフ＝シュタイニンガーによって用いられている（同旨としてフォレッガー＝セリーニ）が、刑法典の基礎となっている機能的な統一的正犯者の体系では、あまり都合のよいものではない。何故かというと、12条により関与者各人は正犯者として所為像を実現するので、関与者各人は犯罪行為を実行するものである（トゥリフテラー）。それにもかかわらず、15条2項のいう「所為を…実行する」という定義は専ら直接正犯だけに関係する（EBRV 1971, 83 r Sp）。

規制正犯の未遂（規制未遂（Bestimmungsversuch））は、行為者が、「他人

を…規制する(12条)決意を実行行為に直接的に先行する行為を通じて行為に現した」とき(15条2項後段)、直ちに成立する。15条2項のこの選択枝の場合、「実行すること」とは第三者が規制されるべき態様である。したがって、規制の未遂の可罰性は、行為者が規制行為に直接的に先行する行為を設定したとき直ちに始まる(ブルクスタラー、マイエルホーフアー＝リーダー、フォレツガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガー、トゥリフテラー)。

直接的に先行する行為の概念は、有力説によれば、規制の未遂の場合、可罰性を極端に前に移すことを避けるために、直接正犯の未遂の場合よりも限縮的に解釈しなければならないという(ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ツィツプ)。実行行為に直接的に先行する行為を規制の未遂の場合と直接正犯の未遂の場合とにこのように区別して取り扱うことは、法規自体にかなる土台を見いだすことができない。しかし、かかる取扱いは、それ自体実行行為が実質的な法益侵害からまだ比較的隔たっている事案において、未遂の可罰性の開始をあまりにも早く決定しないようにしようとの努力とも一致する。これは予備罪の未遂の場合にも同じようにいえることである(シュモラー)。

15条2項では、寄与正犯の「未遂」は触れられていない。このことから、この場合には15条の未遂の規定からは捉えられず、それ故(反対解釈により(argumento e contrario))罰されない、と推論しなければならない。

したがって、寄与行為は、直接正犯者が15条2項にいう所為を試みたことによつてはじめて、可罰的なものとなる。その場合にはじめて15条1項にいう可罰的な「未遂への関与」が成立する。それ故、寄与正犯は、寄与行為が「結果」をもたらしたとき、すなわち寄与行為が直接正犯者に身体的あるいは精神的に影響を及ぼしたときに限って、可罰的なものとなる(詳細は、トゥリフテラー、関与理論35頁以下参照)。

(2) 15条1項では、未遂と未遂へのあらゆる関与が同一視されている。両者は等しく「犯罪への未遂(Versuch des Delikts)」として処罰されるのである(例えば、OGH EvBI 1982/98, 1980/6 参照)。

機能的な統一的正犯者の体系では関与者各人は固有の不法を実現するのは確

かではあるが、所為像が実現されたときに限って、関与者全員は既遂犯を理由に処罰されることになるので、直接正犯者の所為が未遂段階にはっきりと入り込んでしまったとき、規制正犯者や寄与正犯者もまた犯罪行為の未遂だけを実行したものになる（トウリフテラー）。

Ⅲ. 16条、刑を免除する中止未遂

16条1項によれば、未遂犯又は未遂への関与の故をもって、「ある人が任意に実行を放棄した場合、… 又は彼が任意に結果を回避した場合には、彼を罰しない」。この規定は、未遂への関与について言えることであり、また、基本的には数人の協働（Zusammenwirken mehrerer Personen）の場合にも言えることである。

16条2項によれば、行為者は、「自分の関与なしに実行行為又は結果が生じなかったにもかかわらず、自分がこのことを知らずに任意にかつ真摯に実行行為を阻止し又は結果を回避するよう努力した場合にも、罰しない」。

1. 中止未遂の基礎及び解釈論的な位置づけ

16条の規定に対する基礎については争いがある。

行為者には「逃げ道（goldene Brücke）」がつくられていなければならない、すなわち「所為をもう一度よく考えて既遂に達するのを放棄するよう動機づけられている」ということが本来的に認められていた（EBRV 1971, 86 r Sp; 同旨としてフォレッガー）。刑事政策的研究の新しい認識によれば、行為者が実行行為の際に自分はどのようにしたら刑を免除させることができるかという衡量に左右されなくてもいいために、この理由づけはそれだけで十分であるとはいえない。したがって、今日、16条の基礎は任意に中止した行為者には「報酬を与えるべきだ」という考え方である、という見解がしばしば主張されている（「報奨説（Prämientheorie）」— 例えば、キーナップフェル、プラッツグンマー、イエシェック）。積極的な態度に対しては報奨を与えるべきだということは実体刑法と矛盾するとの反論は、はっきりしたものではない。何故かと

いうと、形式を緩和したものであるにせよ、この考え方はそれでもなお34条2号の特別な減輕事由の範囲内での刑の量定および同条15号から17号にいう刑の量定において本質的な役割を果たしていないからである。第三の見解によれば、中止未遂の規定は、中止することによって行為者の犯罪的エネルギーは所為を完成させるために強く働かなかったということに対する証明になるという考え方に基づいている（「衰弱説（Infirmitätstheorie）」— EBRV 1971, 86 r Sp）。しかし、この学説は、行為者が結果を回避しようと試みたが効果がなかったという場合もまた処罰しなければならないことになるが、その理由を説明できないのである。何故かという、この場合、行為者により些細なものであれ犯罪的エネルギーを証明したのだからである（ブルクスタラー）。

解釈論的には、刑を免除する中止未遂は、（人的）刑罰消滅事由（（persönlicher）Strafaufhebungsgrund）として段階づけられる。すなわち、すでに発生した可罰性は行為者の態度に相当する態度を通じて事後的に排除される、つまり「相殺される（aufgehoben）」のである（EBRV 1971, 86 f；通説である—ブルクスタラー、フォレッガー＝セリーニ、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マイエルホーファー＝リーダー、ライシッヒ＝クンスト）。

旧刑法では、中止未遂に対する不処罰は明白に規定されていなかった。それは旧刑法8条における未遂の定義から消極的に生じてしたのである。したがって、中止犯は、時折、未遂犯の「消極的な概念要素（negatives Begriffsmerkmal des Versuches）」と考えられていた（例えば、マラニウク、ロエーダー）。最高裁判所もまだ1974年には、中止未遂は「刑罰阻却事由も刑罰消滅事由も構成せず、むしろ構成要件自体に関係する」ということを前提としている（EvBI 1975/11）。これに対して、有力説はすでに旧刑法において刑罰消滅事由を支持していた（ノヴァコフスキー、リットラー、プラッツグンマー）。

免責事由として位置づけること（ルドルフィー）もまた説得力がない。（違法性と同じように）責任は行為に関係づけられるが故に、行為の時点に存在しなければならない。このように位置づけることは、期待可能性を衡量すること

によって一度も正当化されるものではない。何故ならこの位置づけに対してもまた所為の時点が問題になるのであって、期待可能性の衡量が問題になるのでは決してないからである。

2. 法律上の選択可能な段落 (gesetzlichen Alternativen) の前提条件とその識別

(1) 16条1項による中止

16条1項では、刑を免除する中止に対して3つの段落の選択可能性 (drei alternative Möglichkeiten) が規定されている。

- 任意に実行を放棄した場合
- 「数人がこれに関与したときは」任意に実行を阻止した場合
- 任意に結果を回避した場合

ただし、その場合、実行を阻止するということは、数人が所為に関与した場合について前段を具体化したに過ぎない。任意に結果を回避したということについては、この種の具体化は必要ではなかった。何故なら、すでに結果を回避したということ自体は、関与者のうち自分以外の者でさえ所為像を完成させることが出来なかったということを内容として含んでいるからである。

1. 実行の単なる放棄、すなわち引き続いて行為することを中止することは、16条1項の機能によれば、行為者が自分の表象に基づいて自分の以降の助力がなくても所為像を実現することができるはずの行為をまだ設定していなかったときに限って、刑が免除されることになる。したがって、16条1項前段は着手未遂 (unbeendeten Versuch) と結びつくのである。

① 実行を放棄するとは、行為者が本来的に計画した未遂をさらに実行することを止める (die ursprünglich geplante Weiterführung des Versuch unterläßt) ということを用いる。すなわち、行為者は、自分の見解に基づいて犯罪を完成させるために必要と考えたことをもはや何一つ行ってはならないのである*)。

* 改訂版では、「すなわち、行為者は自ら意図的に実行に接近したこと（Ausführungsnähe）から実行を行いあるいは犯罪を完成させるために必要と考えたことをもはや何一つ行っていないのである」と改訂している。

しかし、活動しないままにいるということそれだけで、法的平和を脅かすことはまだ完全に排除されてはいない。それ故、行為者は同時にすでに可罰的未遂の段階に生じ所為を完成させる決意を最終的に放棄することを補充的に要求しなければならない（同旨としてキーナツプフェル）。

例えば、その時より容易にかつ天候に制約されて損害を受ける危険なしに盗品を運ばなければならないために、自分は好天であればまた戻って来ればよいと考えて、窃盗未遂を中止した者は、瞬間的に実行を放棄したことは確かであるが、最終的に放棄したものではない。その結果、彼はすでに刑を免除する中止の着手未遂（strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten Versuch）に対する第一の前提条件を充足しているとはいえないのである。

② ただし、実行を単に放棄しただけでは、着手未遂の場合、数人が所為に関与したとき刑を免除するのに十分でない。むしろその場合には、気持ちよく中止する者（Rücktrittswillige）は、補充的にある一人の関与者又は（それ以外の）関与者による所為の実行（すなわち既遂）を阻止しなければならない。実行は自主的に又は第三者の助けにより阻止することができる。その場合、少なくとも既遂が阻止されている限り、関与者の一人によって放棄された後別の関与者が引き続いてまだ行為したのかどうかは全く重要ではない。

この規定は、数人が所為に関与した場合に、犯罪的エネルギーが累積され、この作用が個々人を単に切り離しただけでは相殺されない、という経験に基づいている。中止する行為者の危険性や犯罪的エネルギーがこのような継続的に作用することによって、刑を免除する中止犯に対する機能的な前提条件が欠けるのである。行為者は、自ら一括して所為像の実現を阻止したときに限って、自分が参加者と共同して行動したこの種の「団体責任（Kollektivhaftung）」から免除されるのである。

数人が関与した場合の実行を阻止する義務は、中止の時点で他の関与者全員

がそれぞれの関与行為をすでに終了してしまい、ただ犯罪の実現はまだそこで気持ちよく中止した者もまた自らの共働行為を終了したことだけにまだ関係するとき、独立した意味は何も獲得することができない。この場合に、気持ちよく中止した者は、実際に自分が共働行為を終了させていないことによって、実行を一括して「阻止した」者である。例えば、合い鍵を調達した者は、窃盗への自分の寄与行為を完了したものである。そこで直接行為者が着手未遂を中止した場合、すでに合い鍵が家宅侵入に利用されたとしても、少なくとも窃盗に対するこの直接的な効果において、家宅侵入に影響を与えた間接的な寄与だけを自動的に阻止したものである。この種の事案について、直接行為者は刑を免除する中止犯であることは確かである。しかし、寄与正犯者は未遂への関与により罰されるのである。犯罪行為を実行しその実行を任意に放棄するよう金員を用いて第三者により規制された者もまた、規制正犯者自身を通してこれが実行されたということを危惧すべきではない。したがって、そこで規制正犯者が自ら所為を実行するか又は金額を変更して同一の所為を実行するために第三者を誘い込んだとき、これに対する責任を彼に負わせることはできないのである。

③ 中止は、①と②以下で述べた事案において、実行の放棄若しくは実行の阻止が任意に生じたときに限って、刑が免除されるのである。ただし、任意性を判断するためにいかなる基準が決定的なものでなければならないかは、争いがある。

一般的なフランクの公式によれば、行為者が「自分はまだ成し遂げることができるにもかかわらず、もはやそれを欲しない」というとき、中止は任意のものである（同旨、EBRV 1971, 86 r Sp; フォレグガー＝セリーニ、キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、リットラー）。この公式の欠点は、この公式の裏返し（「私はもはや成し遂げることができない（ich kann nicht mehr）」）は非任意性（Unfreiwilligkeit）を適切に規定することができない、という点にある。何故かという、もはや成し遂げることができない者は、すでに選択可能な行為を全く有しておらず、この点で全く放棄することができないからである。したがって、任意性の概念が実行を放棄することと並んでその

独立した意味を失っていないとすれば、この概念にこの公式を超えた演繹内容(Aussagegehalt)を認めなければならない。西ドイツの通説を手本として、とくに、ブルクスタラーはこのことを指摘したのである。

このような傾向の出発点を示しているのは、ライシッヒ＝クンストと判例が行っているこの公式を精密化することである。これによれば、行為者が「犯行計画に相当する完成はまだ可能であった」というときに限って、中止は任意のものである。ただし、このような具体化は、中止が任意なものではないと考えられるために、まだ可能と考えられる既遂が本来的な犯行計画からいかなる範囲で外れていなければならないのか、という決定的な問題を未解決のままにしているのである。

一般的な用語例からすれば、任意性の概念は、まず第一に、主観的には行為者の精神に向けなければならない。したがって、任意性に関して「犯罪者の理性(Verbrechervernunft)」を基礎にして引き続いて行為することが重要なかどうかを前提とする見解(例えば、ロクシン)は、『純粹に規範的な解釈として「任意に」という法規上の表現の言葉を考えられ得る意味とまだ調和させ得る』かどうかともまた問題になると考えられる(ノヴァコフスキー)。

外部的な誘因があるにもかかわらず中止が任意なものと思なされるのはいつかという問題に解決を与えるために、ブルクスタラーは、(再度西ドイツの通説を手本にして)心理学的な基準と規範的な基準の組み合わせを提案した。これによれば、外部的な諸事情はそれらの諸事情の「その時その時の有効な動機づけの強度」に基づいて心理学的に判断されることになる。規範的な基準として要求されるのは、中止は「行為者の内心的な方向転換(eine innere Umkehr des Täters)すなわち適法性への復帰(eine Rückkehr in die Legalität)を予告しなければならない」ということである。したがって、要約すれば次のことが言えるのである。

- 一 任意性の判断が一般に問題となるのは、行為者が自分はまだ犯罪を完成させるつもりだと考えている場合である。何故かというと、選択可能な行為を全く気づいていない者はすでに放棄したりあるいは阻止したりす

ることが全くないといえるからである。

- 行為者が自分はまださらに行為することができると考えた場合、彼が状況に関係なく中止したか又は状況に制約されて中止したかにより区別しなければならない。
- 状況に関係ない中止は行為者の自主的な動機に基づいている。このようなものが成立するのは、例えば、行為者がその間に豊富な単純な方途に気づいていたために、あるいは有効期限切れにするつもりはなかった芝居の切符を犯行時に所持していることを忘れていたために、行為者が後悔からそれ以降の実行を放棄した場合である。この種の事案において、中止は常に任意になされたといえる。この種の動機づけ、特に、動機づけが「倫理的にすぐれていた」かどうかは問題でない（同旨として、ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、OGH EvBI 1977/184）。
- ただ外部的な状況に制約された誘因が行為者を中止に動機づけた事案だけは問題である。すなわち非任意性は外部的な誘因を前提にする。しかし、このような誘因があるにもかかわらず、なお行為者への心的な影響力および本来的な犯行計画からの逸脱が必然的な理由からではなくて、ただ中止に対して誘発となった要因だけを認めるべきだというような些細なものであるとき、中止は任意になされたことになる（詳細にはクラウス）。

13日の金曜日に暗い室内に侵入し、懐中電灯で偶然にカレンダーを照らしたところ、そこで自分はすでに一度13日の金曜日に可罰的行為により「捕らえられた」ことがあるとじっくり考えた者は、この所為を14日にしようとしただけでなく、最終的には放棄しようとしたとき、それでもなお任意に行為したものである。しかし、行為者が、自分の教養からしてカレンダーを照らしたときに非常に驚いて犯行現場から逃げるように立ち去る程非常に迷信深い者であるとき、彼の中止は任意になされたとはいえない。

例えば、被害者が自分を気の毒に思ったために（OGH EvBI 1977/184）、

あるいは自分が恥じたために（BGHSt 9, 48）、強姦未遂を中止した者は任意に行為したものである。それに対して、まだ追いつくことができたにもかかわらず、逃走する被害者を追わなかった者は任意に行為したのではない（OGH JBI 1977, 327）。ただ後の時点で被害者を任意に引き渡す約束をしたことを理由にしのみ、行為者が中止した場合、彼は任意に行為したものである（BGHSt 7, 296 = MDR 1955, 561）。

これに対して、被害者が期待に反して単独で犯行現場に現れなかった場合、中止は任意になされたものとはいえないのが普通である（OGH JBI 1981, 108）。

発覚と処罰を恐れただけでは任意性を排除しない（OGH ÖJZ-LSK 1977/290；EvBI 1981/241）。予期しなかった犬の鳴き声、観察される感情又は犯行現場に多数人が居合わせることは、通常、中止を非任意的なものと考えないのである（SSSt 48/28 および 49/26；EvBI 1978/197）。行為者がすでに発覚したのと考えた場合、彼が任意に中止したとはいわないのが普通である（OGH ÖJZ-LSK 1978/325）。ただし、行為者が、例えば親密な親族関係により、発見者からいかなる指示をも期待していなかったという事案については、例外がある。

いずれの事案においても、問題は阻止すべき諸事情が現実存在するというのではなくて、行為者は阻止すべき諸事情を主観的に与えられたものと考えたということだけである（ロイカウフ＝シュタイニンガー；OGH EvBI 1976/98, 1978/197）。

2. 結果を回避することによる中止という選択段落（die Alternative）は、行為者が引き続いて行動していないのに結果が発生したという場合に、現実的なものになる。16条1項のこの段落が前提とするのは、まず第一に、（そうであれば16条1項前段が介入するために）実行未遂が存在するということ、そして第二に、この未遂は、直ちに発生することはできなかったであろう結果が回避されていないために、有用な未遂にはなるが（客観的な）不成功の未遂にはならないのである。

現実的に結果を回避することは、刑を免除するための絶対的な前提条件であ

る。何故なら、結果が発生した場合に所為は既遂に達し、これによって基礎づけられた可罰性は「有効な悔悟 (tätige Reue)」による例外的な場合に限って脱落するからである (例えば、167条)。それ故に、結果を回避しようと努力したにもかかわらず結果が発生する危険性は、これを行為者が必ず負うのである。例えば、行為者が被害者に毒を与え、そこで後悔から自分の計画を断念しようと努力した場合、彼を処罰するかどうかは、被害者をまだ間に合ううちに医師の治療を受けさせるのに成功したかどうかだけに関係する*)。

* 改訂版では、「けれども、行為者の相当な努力に対して被害者の抵抗に効果があつたために、結果の発生が被害者に客観的に帰属させられない場合、目的論的な解釈により16条2項が適用されることになろう。何故かという、行為者の努力により結果はもはや『彼の作品 (sein Werk)』とはいえないからである」という文を新たに付け加えている。

結果を回避するための前提条件は、それに第三者を利用した者もまたこれを充足するのである。このことは、たとえ行為者が結果それ自体を回避する状態にあったといえることは確かであるが、発見されないように第三者を全く利用しなかったとしても、当てはまるのである*)。

* 改訂版では、「第三者を利用する者が、発見されないように、固有の可能性をまったく利用できないとしても、当てはまるのである」と改訂している。

16条1項後段の場合もまた、結果が任意に回避されたときに限って、刑を免除すべき効果が現れるのである。

(2) 16条2項による中止

16条2項の規定は、数人が関与した場合に実行行為を阻止したことおよび16条1項後段にいう結果の回避による中止に関係する。この規定は、時には、「誤想中止犯 (Putativrücktritt)」とも呼ばれる。何故なら1項の意味での真正な中止状態は全く存在しないからである。すなわち中止しなくても構成要件は実現されないからである。それにもかかわらず立法者の意思によれば、16条1項にいう効果と同じ効果をもつ中止が存在するのである。

1. 16条2項の前段の事例グループは着手未遂に該当する。ただし所為に数人が関与した場合だけである。これによれば、「彼（行為者）の関与なしに実行行為が生じなかったにもかかわらず、行為者がこのことを知らずに任意にかつ真摯に実行行為…を阻止するよう努力した場合」、刑が免除されるのである。

この事案が生ずるのは、例えば、他の関与者が自ら中止したか、又は、気持ちよく中止する者がそれを知らないうちに、治安当局によって実行行為を阻止された場合である。この場合に、16条2項により、他の関与者の実行行為を阻止しようとの任意でかつ真摯な努力で足りるのである。

2. 2項の後段の事例グループは実行未遂に該当するが、着手未遂又は（客観的な）不成功の未遂にも該当する。これによれば、「行為者の関与なしに…結果が生じなかったにもかかわらず、行為者がこのことを知らずに任意にかつ真摯に…結果を回避するよう努力した場合には」、行為者は罰されないのである。

例えば、殺人の故意をもって、十分でない量の毒を十分な量であると誤認してBに与えたところ、後になって任意にかつ真摯に結果を回避しようと努力したとき、この努力は決して成功しなかったという場合である。何故かという、結果は直ちに発生するとはいえないからである。それにもかかわらず、この種の事案においてもまた、行為者は罰されないことになる。すなわち、同じように努力したが、前もって不十分な量の毒ではなくて致死量の毒を与えた行為者よりも悪く処遇されるのは不公平になる。そのことは、Aが時限爆弾をセットし起爆装置をもセットしたが、爆弾が発見され信管がはずされた場合にも当てはまる。

不能若しくは未遂の不成功が知られていなかったという点で、行為者は16条2項により中止したものである。これに対して、（例えば、自分は的をはずしたと気づいていたために）彼がこの事実を知っていた場合、未遂は（主観的に）失敗に終わった未遂でもある。そして、1項の中止も2項の中止ももはや問題にならない。

3. 1と2で述べた二つの事案において、刑を免除すべき効果が生ずるため

に、その都度任意でかつ真摯な努力を必要とする。

任意性については、上の(1) 1③で述べたことが当てはまる。

「自己の信念によれば、結果を回避するために必要なものすべてを行った」行為者は真摯に努力したものである(エーサー、ルドルフィー)。行為者が必要だと考える限り、彼は「自分の権限内にある努力すべてを行う」必要がある(OGH EvBI 1981/201)、すなわち彼は自由に裁量できる力すべてを傾注し、また、達成され得るすべての手段を傾注して阻止して行かなければならないのである。その場合、彼は、必要とあれば第三者の助けをも利用し、また、事情によってはさらに治安当局に通報しなければならない。ただし、彼には自ら立ち向かうことが期待されているわけではない。彼は匿名でも通報することができるのである。

誤想中止犯については、行為者が所為を行わないよう自分の共犯者(Komp-lizen)に勧めるだけでは不十分である。少なくとも共犯者は犯行計画を放棄してしまったという(主観的な)確信を得るまで努力しなければならないのである。例えば、すでに犯行を実行するための武器を用立ててしまった場合、彼はこの武器の返還を要求しなければならない(OGH EvBI 1981/201)。

純粋な主観的基準は、現実にも所為像の実現をどのようにして阻止すべきかを全く憂慮しなかったか又はほとんど憂慮しなかった行為者に特権を付与することになる。したがって、分別のある第三者が行為者の立場においてこの努力の結果を絶対的なものとして排除した、すなわち率直に考えることのできないものと考えていたところ、真摯に努力することに対する限界線が引かれることになる。

だから、例えば、行為者が新生児用肌着をあてることによって背中に負わせた刺し傷だけを手当てした事案において、この努力は死を妨げるのではないかと期待したとしても、真摯性は否定されていないのである。したがって、具体的な事案において原則的に主観的な基準によるにもかかわらず、行為者は少なくとも理性的な評価に際して第三者を自分の立場におくことによって必要なものと考えていることになったものを行ったかどうかが問題になるのである。

3. 特別な中止の状況*)

* 改訂版では、具体的に、「3. 特別な中止の状況」という表題が、「3. 『加重された未遂』の中止(Rücktritt vom “qualifizierten Versuch”)」と改訂されている。

(1) 「加重された未遂」の中止(Rücktritt vom qualifizierten Versuch)

未遂によってすでに別の犯罪が既遂に至ったとき、すなわち殺人未遂によって傷害が既遂に至ったとき、未遂は必ず「加重される」のである。

例えば、行為者が殺人の故意をもって被害者を無意識に殴打したが、その場合に固有の殺人行為を断念した場合(着手未遂)若しくは殺人の目的をもって人をねらって撃ったが、これが傷害に過ぎなかったという場合(実行未遂)、実行未遂も着手未遂も加重されたものになる*)。

* 改訂版では、この文の後に、(1)として「一個の行為犯の場合」という表題をつけて、整理されている。従って、文頭の(1)「加重された未遂」の中止は、本節の表題に移された。

一般的な規定によれば、未遂が既遂犯を通じて加重されたとしても、未遂それ自体は中止されているのである。しかし、このような中止の効果は、必ず未遂それ自体だけを対象としているのである。中止の効果が未遂行為と同時に既遂犯の故により行為者を不処罰にしてはならないというのが自然である。この点で、未遂犯はこれに含まれている既遂犯を排除することになるというとき、未遂を理由とする可罰性が中止により脱落する場合、既遂犯による可罰性が再び復活するのである。

(2) 多行為犯および結合犯における中止

多行為犯および結合犯の場合もまた16条が当てはまる*)。ただし、この場合、故意が関係してそれ自体として見れば未遂段階に至った所為像の一部に対する中止は、これを別々に判断しなければならない。したがって、中止は、中止によって相殺される無価値内容に関してのみ必ず不処罰を与えるのである。これによれば、まだ独立犯、未遂犯又は既遂犯のいずれかが存在する場合、これら

は加重未遂の場合と同じように別々に処罰されることになる**)。

* 改訂版では、「多行為犯及び結合犯の場合には、中止の状況は特に頻繁に現れる」と改訂されている。

** 改訂版では、「これによれば、まだ独立犯、未遂犯あるいは既遂犯のいずれかが存在する場合、これらは別々に処罰されることになる」と改訂されている。

強盗を試みたが、暴力を行使した後に被害者から当該物を奪取するのを断念した者は、事情によっては105条の強要の未遂又はその既遂を実現したものであり、場合によってはそれに故意の傷害又は過失傷害を実現したものである。173条の意味で公共の危険 (eine Gemeingefahr) を招来させる故意をもって爆薬を爆発させたが、その場合に適切な措置をしたために公共の危険を防止した者は、せいぜい爆発物取締法規 (Schieß- und SprengmittelG) により処罰されることになる。

類似のことは、さらに、故意が一ヶ月を超える期間継続して自由を剥奪する自由剥奪の事案にも当てはまる。被害者がすでに一週間後に釈放された場合、行為者は99条1項により処罰されるだけであって、15条、99条2項により処罰されるのではない。

第2節 犯罪構成について

15条によれば、未遂犯は独立して処罰されるが故に、独自に検討しなければならない。未遂犯の可罰性は所為が既遂に至らなかったということに関係するので、未遂犯のあらゆる検討は、犯罪は決して既遂には至らなかったということの確認を前提とする。この場合に限って、「未遂犯の特別な問題 (spezifischen Versuchsprobleme)」に詳細に立ち入ることになる (ノヴァコフスキー)。

未遂犯を検討するための構成は、基本的には図表6 (連載中の本資料では図表1) で描いた既遂犯に対する犯罪構成に従う。その結果、ここでは相違点だけを指摘すれば足りる。

未遂犯や既遂犯に対して同種の犯罪構成は、しばしば主張されている、犯行

決意すなわち主観的構成要件からとりかかり、引き続いて最初に「15条2項の意味での行為を通じて犯行決意を行為に現しているかどうか」が検討される未遂に対する特別な構成（例えば、キーナツプフェル）に比べて、優れているのである。特別な犯罪構成は、考え方を一新する必要はないが、未遂犯に対して客観的構成要件と主観的構成要件が逆の順序で検討されねばならないのは何故なのか、特に説明していないのである。さらに、同種の犯罪構成は、故意犯すべてにおける未遂犯は既遂犯の場合のことさらに処罰しなくてもよい必然的な通過段階であるということを明らかにする。

このような等置に対して、未遂犯の場合には犯行決意に基づいてのみいかなる犯罪が行為者によって計画されていたかが確認されるのだ、という考えられ得る反論は説得力がない。何故かという、殺人既遂の場合にもまた故意に基づいてのみ検討すべきは75条か80条かが確認されるからである。しかし、犯行決意を知ることなしに行為が実行行為に直接先行したものかどうかを決定することはできないのではないかと、という反論がまだ重要である。けれども、この反論に対しては、犯行計画、犯行決意及び故意を区別すればよいと弁解することができる（トゥリフテラー）。

図表6（連載中の本資料では図表1）にいう基本的なシェーマと比べた相違点は、次の図表15（連載中の本資料では図表10）から推測することができる。

図 表 10
I 構 成 要 件

1. 客観的構成要件	2. 主観的構成要件
未遂行為	1) 所為像のメルクマール すべてに関する故意
— 実行行為又は 実行行為に直接的に先行する行為	— 所為像に該当する行為
—	— 結 果
— 一般的な客観的帰属性 (絶対的不可能性はない)	— 行為と結果の結合
	2) 特別な主観的メルクマール

予備的検討

可罰性に対する結合点は、未遂犯を検討する場合もまた意思に支配された態度又は意思に支配可能な態度だけである。

I. 構成要件該当性

未遂犯は、所為像は確かに充足してはいないが、主観的構成要件は十分に充足している、したがって犯罪は既遂に至っていないということによって特徴づけられる。それ故に、未遂犯の場合「客観的構成要件」の存在によってこれを主張することができないという点で、客観的構成要件は法定の所為像と一致しないのである。したがって、(既遂犯の場合と異なって) 未遂犯の場合、故意は客観的構成要件の映像ではなくて、客観的構成要件を超えたものである。ただし、既遂犯の客観的構成要件に比べて、未遂犯の客観的構成要件では実行行為に直接的に先行する行為の存在というような補充的なメルクマールを検討しなければならないことになる*)。

* 改訂版では、「既遂犯の場合と異なって、未遂犯の客観的構成要件では、可罰性を検討するための結合点として実行に直接に先行する行為が問題になるということもまた異なるのである」と改訂している。

(1) 客観的構成要件

1. 未遂犯を検討する場合、行為の領域では、「実行行為」が存在するか「実行行為に直接的に先行する行為」が存在するかにより区別しなければならない。いずれの場合にも、判断の対象は行為者の犯行計画である。

その時その時の既遂犯の所為像は特定の行為状況(時、場所又は主体性)を定めているという点で、これもまた客観的には存在しない場合がある。未遂犯については、行為者が特定の行為状況を主観的に与えられたものと考えたときには、それで十分である。詳細に表示されている行為様相それ自体は、行為者の表象に基づいて計画され直接的に接続する実行行為だけが行為様相と一致するといえる場合、「実行行為に直接的に先行する行為」で足りるという点で、

存在する必要はない。

2. 所為像のメルクマールはこれを客観的に検討する必要はない。したがって、結果犯の領域では常に結果発生を検討しなくてもよいのである。未遂犯の場合の客観的構成要件は特定の行為の着手で生ずるので、この点で、犯罪構成は単純行為犯の場合の犯罪構成に従う。

3. 未遂犯すべてにおいて、当該行為の一般的な客観的帰属可能性が可罰性に対する前提条件である。社会的相当な行為を行う者すなわち客観的な注意に適った態度をとる者は、既遂犯でも未遂犯でも処罰されることはない。

このような状況は、例えば、頻繁に引用されている「エルボンケル事件（Erbonkel - Fall）」で与えられている。叔父は墜落するだろうと「確信して」、金持ちの叔父を説得してチャーター機により飛行させた者は、可罰的な謀殺未遂を実行したものではない。何故かというと、叔父が「偶然に」実際に墜落したとしても、謀殺の既遂が存在するとはいえないからである。この種の社会的相当な態様はこれを未遂犯で処罰することはできないんだということを、立法者は「絶対的不能未遂」の不処罰により15条3項ではっきりと説明しているのである。

単純行為犯の場合と同じように未遂犯の場合に、特別な客観的帰属性は、すでに結果は発生する必要がなかったために、問題にならないのである。しかし、結果が発生し一般的にも客観的に帰属可能なものであるとき、特別な客観的帰属性が否認される場合にはまだなお未遂犯が問題になる。例えば、ある者が殺人の目的をもって一発発射したが、被害者を傷つけただけに終わったため、被害者を病院に運ぶ途中、被害者は交通事故で命を落としたという場合、被害者の死はこれを行為者に客観的に帰属させることはできない。だから謀殺未遂によって処罰されるに止まる。

（2）主観的構成要件

未遂犯の構成要件は、既遂犯に相当する犯罪の主観的構成要件となにもものによっても区別されない。したがって、故意と並んでさらに（127条の窃盗にいう拡大故意のような）主観的構成要件のメルクマールが法規に予定されている

限り、未遂犯で処罰されるためには、このメルクマールもまた存在しなければならない。

既遂犯における故意を責任で検討する論者もまた、未遂犯における故意を主観的構成要件の一つに数える（例えば、キーナップフェル）。このような筋の通らない点に通説の見解に対する論拠の一つがあるとすれば、故意は構成要件の一つに数えることになる。

未遂犯における故意が既遂犯における故意となにもものによっても区別されないもので、未遂犯における故意は既遂を対象としなければならない。例えば、他人に可罰的行為を実行させようと欲し又は実行させようとしたが、同時に所為の既遂を、例えば、（特に、アジャン・プロヴォカトエールのように）警察官に通報することによって阻止しようとした者は、故意に相当するものを欠いているために、（規制正犯者としての）未遂を全く実行してはいないのである。

未遂が「実行行為に直接的に先行する行為」に存する場合、行為者がすでに直接的にその後に実行行為をもはっきりと設定しようと決意したときに限って、故意を与えることになる。この要件は、行為者が可罰的行為を実行しようとの「決意」を行為に現そうとしたことによって、はっきりと15条2項で強調されている。このような「決意」が欠けるとき、故意ではなくて、せいぜい刑法上注目に値しない「条件付き行為意思」が存在するだけである。

未遂犯の特別の客観的なメルクマールが存在し、主観的構成要件が充足されたとき、未遂犯の場合もまた違法性が徴表される。正当化事由を適用することができるかどうかについては、既遂犯の場合と同一の前提条件が当てはまる。その場合、個々の事案においてさらに独立した所為像の実現が正当なものといえる場合には必ず、この犯罪の未遂もまた違法とはならないということが前提である。何故かというと、既遂に達するといえるとき、未遂は必然的に既遂に含まれるといえるからである。

したがって、正当防衛の状況のなかでさらに侵害者の殺人が正当なものといえる場合、殺人の故意をもって撃ったが目標を外した防禦者は違法な謀殺未遂

を実行したものとはいえない。

Ⅲ. 責 任

個々の責任のメルクマールに関しては、既遂犯に比べて、特別な問題はなにもない。ただし、これらのメルクマールは特別な未遂状況に適合させる必要がある。このことは、特に、実行行為に直接的に先行する行為による未遂に当てはまる。その場合、帰責能力や不法の意識は確かにこの時点に存在しなければならない。しかし、それらと関連する点は所為の実行行為である。

第3節 特別な問題

I. （単純）行為犯における未遂

（単純）行為犯の場合、結果犯の場合と同じように、未遂はあらゆる点で考えられ得るのが原則である。その都度所為像のメルクマールの（客観的な）実現は欠ける。ただし既遂は不足した結果で失敗したという事案の状況だけは、単純行為犯の場合にも存在しない。

したがって、行為犯の未遂は、行為者が実行行為に直接的に先行する行為を設定してしまったら直ちに存在するか、または、行為者は確かに実行行為を行ったが、客観的には所為像のメルクマール（例えば、所為像に該当する状況、行為様相又は特別な客体性）が欠けていた場合に存在する。

さらに、単純行為犯の場合には、結果犯の場合と同じように、必ず一般的な客観的帰属性を検討しなければならない。これが否認されたとき、絶対的不能未遂が成立する。例えば、ある人が事情聴取する警官を予審判事と思い偽証した場合である（288条）。

Ⅱ. 不作為犯における未遂

原則上、故意の不作為犯すべてにおいてもまた未遂は考えることができる。

(1) 不真正不作為犯について、未遂は一般に認められる（例えば、ノヴァコ

フスキー、キーナツプフェル、反対説はフォレグー＝セリーニ)。不真正不作為犯の未遂は、特に、行為者が行動化しなければならないと考えた時期に故意をもって行動化せず、結果が第三者の介入によって又は偶然に起こらなかったという場合に存在する。

この犯罪類型にの場合、特別な困難性は未遂の開始時期をどのようにして決定するかである。不作為犯すべてにおいて、「実行行為に直接的に先行する行為」は未遂の可罰性に対する結合点として除外される。すなわち、行為者は、自ら行動化すべき義務が発生する前に、不作為によって罰されることはないのである。しかし、この義務が存在するならば、この義務の発生以降のすべての不作為は犯罪の「実行行為」を意味することになる。

ただし、この行動化すべき義務すなわち構成要件に該当する不作為つまり未遂段階はいつはじまるのか、争いがある。ある学説は結果を回避するための最初の可能性を基準とし、また別の学説はその最後の可能性を基準としている。通説によれば、「構成要件に該当する状況が存在し、引き続いて静観する者（weiteres Wuwarten）は行為義務を通じて防止しようにも防止しにくくなっている」ということを問題にする（ノヴァコフスキー）。すなわち、未遂は、「保護法益が行動しないことによって危険にさらされるか若しくはすでに存在する危険を増加させたといえるとき」、はじまるのである（エーサー）*）。

* 改訂版では、「この犯罪類型の場合、… はじまるのである」という15行にわたる文が、次のように改訂されて(1)の文の前に置かれている。

「不作為犯すべてにおいて、『実行に直接に先行する行為』は未遂の可罰性に対する結合点として問題にならない。すなわち、行為者は、自分に行動化のための義務が発生する前に、不作為によって処罰されるものではない。しかし、この義務が存在するならば、あらゆる以降の不作為はすでに犯罪の『実行』を現しているのである。

ただし、行動化へのこの義務すなわち構成要件に該当する不作為であると同時に未遂段階はいつなのか、争いがある。一部は結果を回避するための最初の可能性に照準を定め、一部はこの後の可能性に定める（ノヴァコフスキー、エーサーの紹介がある）。通説によれば、問題は、『構成要件に該当する事情が存在し、引き続いて静観すること自体（weiteres Zuwarten）が行為義務による回避を妨げていることになる』といえるかどうかであるとする。』

(2) 真正不作為犯に関して、真正不作為犯の場合に未遂が一般に問題になるのかどうか、争いがある。

学説の一部はこの可能性を一般に否認する（フォレグー＝セリーニ、ウェークシャイダー、マラニック）。それに対して、リットラーは、「義務者が危機的な時点より前に悪意で（*dolo malo*）自分の行為義務の履行を不可能にする」という事例に対する例外を認める*）。

* 改訂版では、「学説の一部はこの可能性を一般に否認する。何故かという、この犯罪は基本的にはすでに構成要件に該当する不作為によって既遂に達してるからである（例えば、ウェークシャイダー、マラニック）。これに対して、リットラーは、『義務者が危機的な時点より前に悪意で（*dolo malo*）自分の行為義務の履行を不可能にする』という事例に対する例外を認めるのである。フォレグー＝セリーニによれば、真正不作為犯の未遂は『実践的には問題にならない』という」と改訂している。

けれども、真正不作為犯の場合に未遂を一般的に除外することは、未遂を一般的に客観的構成要件が主観的構成要件の後塵を拝するものと理解するとき、（もはや）支持されていないのである。何故かという、その場合、少なくとも真正不作為犯の（相対的な）不能未遂は可能だからである。

例えば、事前に（*ex ante*）理解できた錯誤の結果、行為義務に相当する義務が基礎づけられているけれども、（自分の立場から必要な）行為を行わない諸事情を認めた者は、相対的不能未遂のすべてのメルクマールを充足しているのである。何故かという、すでに錯誤が事前には理解されていたという事実は、最新の見解によれば、罰しない絶対的不能未遂の成立を排除するからである。それ故、例えば、自分は傷害を引き起こした、そして自ら意図的に必要な救助を行っていないと誤認した者は、94条（被害者の放置）の未遂により罰されることになる（同旨としてキーナツプフェル）。もちろん、この結論は、本書とおなじく通説のいう相対的不能未遂と絶対的不能未遂を事前考察により識別することを前提とする（それ故、以前は見解が異なっていた、すなわち絶対的不能未遂として位置づけていた、例えば、ノヴァコフスキー、ウェークシャ

イダー)。

真正不作為犯の場合に有用未遂は存在するかどうか(真正不作為犯の場合、実行行為に直接的に先行する行為だけが存在するのか、又はそれだけでは行為者の、以降の行動性が欠けるために既遂に至らなかった実行行為が存在するのか)が問題になる。しかし、このような、既遂に時間的に先行する未遂段階に対してあげられた論拠はしっかりしたものではない。

ノヴァコフスキーによれば、94条と95条におけるこのような未遂段階は、「不利益を妨げたり又はそれを減少させるのに即座に救助する必要はなかったが、行為義務者が必要な救助を行わないという故意をすでに行為に現したとき、—例えば、行為義務者がもとに戻すことはできないと決意して事故現場から立ち去ったために」、成立するのである。その後行為者が事故現場に戻ってきて、今や必要な救助を行った場合、彼には中止未遂が役に立つことになる。ただし、この種の事案において、即座の救助が必要であり、その結果この時点からはじめて(行為者は事態を正しく認識していたということを前提として)未遂が問題になるというときにはじめて、救助義務を組み入れることができるというのが正しいと考える。この場合に必要な救助がなされなかったならば、犯罪は未遂段階に入り込むと同時に既遂にも達し、その結果、(論理的な一刻を別にして)固有の未遂は決して成立しないことになる(同旨としてキーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、ウェークシャイダー)。行為者が最初から救助が実情でないのに救助が直ちに必要であるということを前提としていた場合に限って、未遂が成立する。この場合、行為者がまた戻ってきて救助しかつ救助することをも認識することができるにもかかわらず、後になって救助が実際に必要になった場合、そこで、彼は既遂犯も実現したものになる。しかし、この種の事案において、彼は既遂に至る有用未遂を実現したのではなくて、まず最初に独立した(相対的)不能未遂だけを実現したのである。したがって、以上のことから、行為者は、後になって戻ってきて救助を行った場合、それだけで刑を免除する中止になるのではない。

ロイカウフ=シュタイニンガーが真正不作為犯における未遂段階を認めるの

は、構成要件が「命じられた行為を行うことに対して命じられた所為を行う最初の可能性ではじまりこれを行う最後の可能性で終了する時期に至り、この場合、犯罪は最後の可能性が経過した後にはじめて既遂に至る」場合である。しかし、実際にこのような期間が法規に予定されている限り、刑法上の行為義務はこの期間の経過によってはじめて存在する、すなわち命じられた行為を行うための最後の可能性によってはじめて存在するのである。この行為が遅くともこの時点で設定されていないとすれば、犯罪は「未遂」と同時にまた既遂にもなる。ロイカウフ＝シュタイニンガーが基礎づけるためにあげている286条の事例は、以上の結論を全く修正するものではなかろうか。何故かという、この犯罪の場合、命じられた行為を行うための期間は何ら予定されていないからである。第三者の可罰的行為が「目前に迫っている」ということを知っている者は、直ちに行動化しなければならない(ウェークシャイダー)。さらに、この犯罪における有用未遂は、阻止すべき犯罪行為がその側で未遂段階に達したときはじめて可罰性が入り込むために、実際に問題にならないのである。しかし、この時点でもって286条は争いなく既遂に達する。ロイカウフ＝シュタイニンガーが自分達の見解を裏付けるためにリットラーやOGHを引用する限り、関係する態度表明が出された刑罰法規212条は結果犯であったが故に、本書で主張している概念規定によれば、せいぜい不真正不作為犯として実行することができたにすぎないということを見落としてはならないだろう。しかし、現行刑法286条は真正不作為犯であり、おまけに刑罰法規212条と反対に、可罰性の客観的条件を含んでいるのである*)。

* 改訂版では、「さらに、…」という以下9行の文が次のように整理されて、「さらに、この犯罪における有用未遂は、すでに阻止すべき犯罪行為がその側で未遂段階に達したときにはじめて286条による可罰性が入り込むために、処罰されないものである。しかしながら、その場合、286条はすでに既遂に至っているのが常である。したがって、ロイカウフ＝シュタイニンガーは自らの見解をその間にはっきりと放棄したのである」と改訂されている。

(3) 真正不作為犯や不真正不作為犯への規制の未遂を概念的に決定すること

については、トゥリフテラーの関与理論89頁以下参照。

Ⅲ. 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7条2項にいう特別な結果が発生したときに、既遂になる。結果的加重犯の場合に、未遂は二つの異なった事案の状況において考えることができる。

- 基本犯だけが試みられ、この未遂によって特別な結果が発生したといえる場合である。
- 特別な結果が故意に包摂されているが、その結果は発生しなかったという場合である（そして、基本犯は未遂に終わったか既遂に至ったという場合である。）

二つのグループは異なっており、結果的加重犯すべてに対して等しく取り扱われるものではない。

(1) 特別な結果が発生したが、基本犯は未遂に終わったにすぎないとき、結果的加重犯の可罰的未遂の可能性を認めるのが原則である（ブルクスタラー、キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュモラー、フォレッガー＝セリーニ）。ただし、この判断は、特別な結果の招来が基本犯の単純な未遂に客観的に帰属され得るということを前提とする。

このことは、通常、特別な結果がすでに法規の文言により犯行と結びつけられ、基本犯の未遂は遂行行為によって実行されていたとき、肯定されるのである。このような特別な事例の状況は、143条後段（§ 143 Satz 3）若しくは201条2項のいう死という結果を伴う強盗や強姦の場合に存在し得る。例えば、武器を使用して過失により被害者の死を招来させた場合である。これに対して、86条にいう死という結果を伴う傷害の場合のように、特別な結果が「基本犯の結果」を構成するとき、普通、客観的帰属性はやっかいになる（イエシェック）。しかし、ここでもまた、例えば、AがBにより窮地に陥れられ、一撃をかわし、まさしくこの一撃をかわすことによって命を落としたという場合、未遂を考えることができる。

(2) 故意は特別な結果に確かに及んだが、この特別な結果は発生しなかったという第二の事例のグループは、争いがある。

ただし、このグループは本質的には殆ど実践的な意味をもたない。何故なら、この種の事案においては別の構成要件が介入するのが普通だからである。例えば、傷害を実行する場合に被害者が死んでもよいと考えた場合、これによって15条と関連する86条により「傷害致死」の未遂を実行したのかどうかという問題は余計なことである。何故かということ、行為者は謀殺未遂の責任を負うからである。これに対して、傷害の未遂に止まっているが、行為者は24日を超えて継続する健康上の加害又は就労不能(eine länger als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit)を故意の中に加えていたとき、特に84条1項のいう重い傷害の場合には実践的な意味をもつ。すなわち、重い傷害は、行為者が重い結果に関して5条2項のいう目的のある行動をおこなった(absichtlich iS §5 Abs 2 gehandelt hat)ときに限って、独立した犯罪を構成するのである(87条)。

この事例グループにおいて、通説は結果的加重犯の未遂により処罰することを認めない(OGH EvBI 1977/163; RZ 1977/130; ブルクスタラー、フォレッガー＝セリーニ、キーナップフェル)。

最高裁判所は、その理由として、今日の結果的加重犯を主として(高められた)可罰性の客観的条件として構成していた旧刑法後の法律状態との比較を根拠とする。可罰性の客観的条件の単なる未遂は高い法定刑を科す必要はないということは、「旧刑法の(高められた)可罰性の客観的条件について決して疑われていなかった」のである。「現行刑法が7条2項で可罰性の条件を旧刑法に比べて、まだ行為者が可罰性を高める法益侵害を少なくとも過失で招来しなければならないというように制限したことによって、事情は全く変わらない」(OGH EvBI 1977/163)。ブルクスタラーは、このようにあらゆる場合に刑事政策的に望みどおりの結果だけを収めるのことになるということを補足的に指摘する。何故かということ、例えば、強姦の場合に被害者が妊娠するのを真摯に可能と考えかつこれに満足した者は、201条2項のいう結果的加重犯の未遂で

処罰するというわけにはいかないからである*)。

* 改訂版では、ブルクスタラーの引用文が削除されている。

反対意見は、84条にいう重い傷害の未遂だけに終わった場合、84条の未遂を罰する可能性がなく、所為の実現された不法内容および責任内容は必ずしも適切に考慮しなくてもよいという点に根拠を求める（ロイカウフ＝シュタイニンガー、ライヒ）。

例えば、24日を超えて継続する健康上の加害を故意のひとつに入れた者は、（83条にいう）単純傷害（の未遂又は既遂）で処罰されるだけでなく、（15条と関連する84条にいう）重い傷害の未遂で処罰されるはずである。7条2項はこのことと矛盾しない。何故かという、「少なくとも過失で（wenigstens fahrlässig）」という規定は、特別な結果に関して故意を排除しないからである。むしろこの規定は、15条1項のいう「故意の行動に対する（gegen vorsätzliches Handeln）」法定刑を表しており、したがってそうでなくても同じように未遂が問題になるのである。

最近、シュモラーは通説の論拠を補足し提起された反論に対して対策を構じた。結論において、シュモラーは、未遂規定の適用可能性は故意の行動それだけに向けられた法定刑に制限すべきことを弁護する。7条2項にいう結果的加重犯の場合の高められた法定刑は故意の態度にも過失の態度にも当てはまるので、15条は適用することができないのである。

この場合に本質的な論拠と考えられるのは、立法者が故意の態度と過失の態度を同一に刑の範囲で威嚇する場合に、立法者は主観的な無価値に第二次的な意味だけを認めるということである。何故かという、そうでなければ故意の態度と過失の態度の違いが法定刑に影響を及ぼさなければならないからである。しかし、この種の事案において未遂の可罰性を理由づけるために主観的な無価値を考慮しようとするほど重要な意味を主観的な無価値に認める場合、立法者のかかる評価を考慮しなくてもかまわない*)。

* 改訂版では、以下の文が新たに付け加えられている。

「解釈論的な衡量からも刑事政策的な衡量からみて、この見解には従うことができない。それ故に、結論において、結果的加重犯の未遂を理由とする可罰性が支持されるのは、故意が実現されていない特別な結果に向けらなかった場合である。」

（以下次号）