

中止犯論の歴史的展開 (4)

日独の比較法的考察

野 澤 充

序 論

第一章 中止犯の歴史研究の意義その一 制度の存在由来

第二章 中止犯の歴史研究の意義その二 日本における議論の混乱の整理

第一部 日本における中止犯論の歴史的展開

第一章 明治13年刑法典と明治40年刑法典の中止規定

第二章 明治13年刑法典の中止規定

第三章 明治40年刑法典の中止規定

第四章 日本における中止犯論の歴史的特徴 (以上280号から282号まで)

第二部 ドイツにおける中止犯論の歴史的展開

第一章 ローマ古代法時代から中世期に至るまで

第二章 継受法時代以降, 16世紀から18世紀まで

第三章 19世紀, ライヒ刑法典制定まで(領邦国家法時代)

第一節 バイエルンとヴェルテンベルク 南ドイツの変転 (以上本号)

第二節 ヘッセン 限定主観説の固持

第三節 ザクセン, ハノーバー, バーデン 未終了未遂への限定

第四節 その他のドイツ領邦国家における一般的な傾向

第五節 プロイセン フランス型の未遂犯形式の採用

第六節 ライヒ刑法典制定まで

第四章 ライヒ刑法典制定以後

結 論

第二部 ドイツにおける中止犯論の歴史的展開

第一章 ローマ古代法時代から中世期に至るまで¹⁾

第一節 ローマ刑法およびゲルマン刑法

現在のドイツ法は, 元々のゲルマン法と, それに対するローマ法などの

継受によって完成したものであるとされている²⁾。このため、ドイツ法のある制度についての淵源を検討する際には、このローマ刑法³⁾、およびゲルマン刑法から検討を始める必要がある⁴⁾。

紀元前２世紀から紀元後１世紀頃までのローマにおける古代法においては、結果刑法および結果責任主義がその理念を支配していた。これにより結果を生じない未遂犯は当然に不処罰となるものであり、未遂犯概念というものは存在すらしていなかった⁵⁾。未遂犯概念が存在しない以上、その処罰を否定するための中止概念も存在しなかった⁶⁾。例えば、ラインによれば「本来ローマにおいては未完成犯罪は処罰されず」、すなわち「私的犯罪においては法を侵害するような客観的な結果なしには処罰はなし得なかったが故に、未遂は処罰され得なかったのであり、公的犯罪においては当時の刑法の実質的な性格に従うならばまさにわずかにしか（処罰する）蓋然性が無かった」のである⁷⁾。またバウムガルテンも、ローマ法においては「未遂概念の学問上の創出にまでは」至らなかった⁸⁾とし、モムゼンもローマ法においては、未遂についての法技術的な単語としての概念が欠けていた、とした⁹⁾。既遂に対する形態としての未遂概念が存在しない以上、そのようなもの（すなわちある犯罪結果を目指したものの、その結果が生じなかった場合）は総じて不処罰とされていたのである。

その後、紀元後１世紀以降のローマ古典法時代において、未遂犯処罰がその危険性に基づいて個別的な法規によって、既遂犯罪の例外として取り扱われ、処罰された¹⁰⁾。しかしこれは現在の行為態様の分類において「未遂犯」の類型に入るものを、個別的に独立した危険行為として処罰規定が設けられたものであり、およそ現在のような「既遂」という概念に対するものとしての「未遂」概念が存在していたわけではなかった¹¹⁾。そのような未遂犯罪は、あくまでも既遂犯の一類型として規定されていたのである。未遂概念が存在しない以上、それに対応する形での中止犯に関する一般的概念も存在しなかった¹²⁾。唯一中止犯に関して特筆すべき点としては、中止犯に関する規定として、最も古い記述が学説彙纂（*Digesta*）¹³⁾の中に存

在していたことである¹⁴⁾。しかしこれもあくまでも通貨偽造に関する限りの独立した、個別的な規定であり、一般的な中止概念とは程遠いものであった¹⁵⁾。

行為完成後の後悔(Reue)も、ローマ法においては何ら可罰性に影響するものではなかった¹⁶⁾。ツァハリエは、既に犯罪構成要件に属することが生じた、ないしは刑罰が規定されている行為が行われた場合には、行為者の意思変更は、仮にそれが意図された侵害の防止ないしは損害回復において明らかにされたとしても、一旦発生した可罰性を廃棄するものではない、とした¹⁷⁾。モムゼンも、「行為後の悔悟が出来事を起こらなかったことにすることはない、ということは自明である¹⁸⁾」としていた。また学説彙纂にも、やはり前述の通貨偽造に関する規定と同様に、個別的な規定ではあるものの、損害回復行為が可罰性に事後的に影響することはない旨の規定があった¹⁹⁾。モムゼンによれば、心情犯罪(Gesinnungsverbrechen)、特に宗教上の領域における犯罪においては、有罪判決を受けた者には、刑の執行までに「中止」が許容され、その際に不処罰が期待されることがあったが、これは、有罪判決の前に生じる必要のある現在中止とは程遠いものであり、むしろ「条件付きの恩赦」と考えられるべきものといえる²⁰⁾。

ゲルマン法²¹⁾においてはローマ古代法と同様に結果刑法の考え方が広まっており、同じく未遂犯は不処罰である²²⁾ことから当然に中止も問題とならなかった、とされた。例えばエバハルト・シュミットは、「原則的に侵害結果の発生が不法の反作用の種類と量に関して決定的であるような法は、悪行が未遂の段階にとどまり、したがって明白な侵害が発生しなかった場合には、責任根拠を所与のものとしては認めないであろう」として、この立場がゲルマン法の立場であった、とする²³⁾。ゲルマンの法思考は、「未遂」というような抽象化を行う能力がなかった、としたのである²⁴⁾。コンラートは、ゲルマン法は犯罪行為の評価の際には、その外部的な結果を出発点としていた、とした。「刑法上の評価は、行為の外部的に知覚可

能な結果に向けられていた」とするのである²⁵⁾。そして「それ故、未遂行為は処罰されないままであった。未遂が、それによって法的平和が侵害されるような知覚可能な結果を持った場合には、処罰は外部的に知覚可能なものに対して科されたのであって、意図されたものに対して科されたのではなかった」²⁶⁾とする。ミッタイス・リーベリッヒは、「不法の効果は常に行為それ自身に、すなわち侵害を惹起する行為の客観的な違法性に結び付けられていた……最古の法は、結果惹起のみを問題とし、主観的責任を問題とはしなかったのである。その後の刑法もなお長い間、行為の客観的な結果をよりどころとしている（「結果刑法」）」として、このことから「それ故に未遂の不処罰」が導かれる、とした²⁷⁾。リュウピングは、「最初の時期は外部的に目に見える不法行為のみを考慮に入れ、答責のためには結果を顧慮した（結果刑法）」ことを前提にして、「共犯と未遂は不処罰のままである」、とした²⁸⁾。以上のようにゲルマン刑法においては、結果刑法の考え方から、結果の生じない未遂は処罰されず、このことから当然に、中止の概念は全く必要性のないものだったのである。

第二節 フランク時代以降

およそ紀元後500年から900年ごろまでのフランク王国時代以降において最も重要な法文献は、いわゆる部族法である²⁹⁾。これは民族大移動後に開始された、ゲルマン部族の慣習法を書きとめたものである³⁰⁾。これらの部族法などを法源とするフランク王国時代においても、依然として結果刑法の考え方が支配的であった³¹⁾。このことから、未遂も同様に不処罰のままであった³²⁾。ただし、結果刑法の考え方から、その未遂行為が外部的に知覚可能な結果をもたらした場合にのみ、可罰的なものとされた³³⁾。しかしこの処罰も、外部的に知覚可能な結果に対する刑罰が科されたのであって、意図された犯罪に対するものとして刑罰が科されたわけではなかった³⁴⁾。

このような未遂の不処罰という原則に対して、二つの例外が存在した³⁵⁾。すなわち、「未遂犯罪（Die Versuchsverbrechen）」と、「現行犯（Die

handhafte Tat)』の場合である。それらの場合には、法律上の制裁が科された。

「未遂犯罪」とは、それが実際意図されていたかどうかを考慮することなく、典型的にある犯罪の意図された実行を推論させ得るような、外部的に認識可能な行為である³⁶⁾。この「未遂犯罪」においては、今日の意味における未遂行為も予備行為も、独立した犯罪として取り扱われた³⁷⁾。このような規定としては、他者に生命の危険をもたらすようなものが多く、抜刀・抜剣行為や橋または岸からの水への突き落とし³⁸⁾、他人の庭への侵入、ならびに女性の性的名誉への特定の攻撃³⁹⁾などが規定されていた⁴⁰⁾。いくつかの部族法は、ときおり偶然から、未遂にとって決定的な観点、すなわち「行為完成の意思」を目指して手探りで進むことに成功した⁴¹⁾。しかしこれは個別のものであって、体系全体にはわずかにしか影響しなかった。

「現行犯」とは、ある犯罪行為が、何人かの人間、たいていは被害者またはその他の者の叫び声に基づく氏族の仲間ないしは隣人であったが、それらの者によって、行為者の犯行現場を押さえられる、もしくは行為者を逮捕することで明白にされた場合のことである⁴²⁾。既にある人間、ないしはその財産への攻撃となっているような未遂行為は、その行為者を法の保護の下から外し、そのことによってその行為者に対して何ら贖金を支払うことなく制裁（撲殺）をその場で加えることが許されたのである⁴³⁾。この結果として現行犯の場合には、事実上、既遂犯に対するのと同様の法律効果が生じることになった⁴⁴⁾。

以上のように徐々に、個別的な形での未遂犯の独立の処罰規定が、部族法典の中にあられていくことになる。しかしそれらはあくまでその行為態様の危険性に基づいて、結果発生の直前の行為態様を直接に処罰しようとするものであって、主観的に結果に向けられた意思が存在していること、および客観的に結果が発生しなかったことの二つに基づいて処罰するという、(既遂概念に対置する形での)未遂概念とはかけ離れたものであった。したがって身体傷害の段階にとどまったような殺人未遂の場合には、殺人

未遂としてではなく、身体傷害により処罰されたのである⁴⁵⁾。そしてミュラーによれば、その限りにおいては既遂犯罪しか成立しなかったのであり、おのずから中止未遂という概念はもはや存在しなかったのである⁴⁶⁾。

第三節 中世中期以降

中世中期に入っても、当初はやはり未遂概念はそのようなものとしては存在しなかった⁴⁷⁾。エバハルト・シュミットによれば、「未遂問題の取り扱い、さしあたりそれ以前の時代におけるのと同様なまま」であり、「固定的な未遂犯罪類型に固執され、そして実行行為の際に追求された結果に関する犯罪意思は、なお一般的には設定されなかった」のである⁴⁸⁾。またヒスも、「フランク時代が一般的な未遂概念を認識していなかったように、中世の最初の数百年においても、なおこの概念の形成には至らなかった」とする⁴⁹⁾。結果責任の考え方が依然として支配的であり⁵⁰⁾、あくまでも行為の外部的な知覚可能性に左右された形式で、個別の未遂犯罪の規定によって処罰が行われたのである。「未遂概念」という抽象的な概念を用いる代わりに、類型化された、危険性のある知覚可能な態度様式が個々に考察の対象とされたのである⁵¹⁾。このような「未遂犯罪」は、現在のように既遂に向けられた意思の存在と結果の不発生を前提として処罰するようなものではなく、独立した犯罪を構成するような危険な行為を理由として処罰するものであった⁵²⁾。それゆえミュラーによれば、それらの「未遂犯罪」は、いずれも既遂犯罪として法文に規定されていたのであり、それらについての中止未遂は、おのずから排除されることになった⁵³⁾。また行為による悔悟も認められていなかった⁵⁴⁾。

現在と同じような内容をもつ未遂概念の発生は、この点に関して顕著な進歩を描き出した14世紀および15世紀の都市立法および判例において、初めて発生した⁵⁵⁾。「今やあらゆる個々の場合において、行為者の意図に関して調べられ、そして量刑の際には意図された犯罪の刑罰が基礎に置かれた」⁵⁶⁾のである。

このような考え方は、最初にイタリア法学者によって理論構成がなされ、展開されたものであった。ハイニッツによれば、行為者が「できなかったので (quia non potuit)」行為を完成しなかったのか、もしくは「欲しなかったので (quia non voluit)」行為を完成しなかったのかという区別は、12-13世紀の注釈学者アックルシウス (Accursius) の注釈 (Glossa) において展開された⁵⁷⁾。そしてオドフレドゥス (Odofredus) は犯罪行為の任意的な中止と偶然の阻止を区別した⁵⁸⁾。ツアハリエによれば、注釈学者の見解に関して、「ローマ法に関する一般的注釈書においても、そして特別な刑法の文献においても、既遂を望まない者の不処罰が、全く意見が一致して認められているのがわかる⁵⁹⁾」としつつ、しかし中には中止犯を処罰消滅事由としてではなく、処罰減輕事由として扱う者もいた⁶⁰⁾、としている。そしてアルベルトゥス・ガンディヌス (Albertus de Gandinus) は、前述のオドフレドゥスを引用して、その区別をさらに掘り下げた⁶¹⁾。彼において既に、その後多くの規則に引き継がれることになる、不任意な中止の可罰性に対する「その者により〔犯罪の不完成が〕もたらされたものではないが故に (quia per eum non stetit)」という理由づけが見出されている⁶²⁾。さらにガンディヌスは犯罪において原則的に結果よりもむしろ行為者の意思を考慮に入れたので、未遂は可罰的であるが、それに対して任意的な未遂の中止は不処罰にとどまるとしたとされている⁶³⁾。このように、中世イタリア法学においては「行為者がさらに行為し得なかった場合のみ、未遂が処罰されるべきものとされた⁶⁴⁾」のであり、このことから、さらに行為し得たのに結果を発生させなかった者、すなわち「任意的に行為を中止した者は、既に侵害が発生し特別な構成要件が実現された場合は別として、不処罰にとどまった⁶⁵⁾」のである。中止において、未遂は「そのようなものとして」のみ、不処罰にとどまったのである⁶⁶⁾。このような中止犯の概念は現在のそれにかかなり近いものであり、また加重的未遂の場合に関してその内部に含まれた既遂犯としての処罰の可能性も示唆されている点が注目される⁶⁷⁾。また、「さらに行為し得なかった場合にのみ未遂が

処罰される」という未遂犯の成立形式に鑑みると、これは後の1532年カリリナ刑事法典や1810年フランス刑法典において採用されたような、いわゆるフランス型の中止犯の規定形式の前提となる未遂犯の考え方が存在しているといえる。すなわち「行為者の意思に反して結果が発生となった」場合のみを未遂犯として処罰するのであるから、それ以外の場合、すなわち「行為者の意思により結果が発生となった」場合は、そもそも処罰の対象となる未遂犯からは除外されることになるのである。そして学説だけでなく、実務においても、未遂の処罰は「不任意的な不成功」の場合に限定されており、これは学説において任意的な未遂の中止が許容されていることにならうものであった⁶⁸⁾。

以上のような中世イタリア法学者・注釈学者の未遂に関する研究・分析を前提にして、14世紀および15世紀の都市立法および判例において、現在と同様の、主観的に結果に向けられた意思が存在していること、および客観的に結果が発生しなかったことの二つに基づいて処罰するという、（既遂概念に対置する形で）未遂概念が明らかにされていくのである⁶⁹⁾。そのような都市法の例としては、例えばリガの刑法において、「溺死殺（Wassertauche）」の未遂が規定されており⁷⁰⁾、行為者がその被害者に手をかして再び水の中から出してやった場合には、その処罰は軽くなったのである⁷¹⁾。学問上においても、14、15世紀の継受（ドイツ実務におけるローマ・北部イタリア法の研究）の時期に、注釈者により、全体的な未遂問題の準備的な浸透が生じたのである⁷²⁾。例えば1425年にシュヴェービッシュ・ハルにおいて作成されたクラークシュピーゲル（Klagspiegel）⁷³⁾は、犯罪行為における複数の実現段階を出発点としていた⁷⁴⁾。そこには以下のように書かれている。すなわち、ある者が、犯罪を「思索し、そしてあえてそれを行ない／そしてやはりそれを完成しなかった（gedenckt vnd sichs vndersteet zuthun/ vnd volendt es doch nit）」場合には、以下の場合が区別されなければならない。すなわち、「彼が為すことを望まず／そしてしかしそれを為し得る／ないしは為すことを望み／そしてそれを完成さ

せ得ない (eintweder er wolts nit thun/ vnd möcht es doch thun/ oder wolts thun/ vnd möcht es nit volenden)」。その者がそれを望み、「そしてそれを完成し得ない (vnd möcht es nit volbringen)」場合にのみ、「その者は処罰される (würdt er gestrafft)」。というも、その理由づけが述べているように、「犯罪かつ害悪行為的な / 観点において、人はその意思により処罰されるのであって、結果により処罰されるのではない (in malefitzen vnd übeltaten/ sicht man an den willen vnnd nit den außgang)」からである。だがその者がそれを「することを望まなかった (nit hat thun wöllen)」場合には、「その者は贖われるに値する (so ist er abloß würdig)」。しかしながらその者が犯罪の実行に関してのみ「思索し、そしてあえて行わなかった、そしてそれを完成もさせなかった場合には、……その者はその時には処罰されない (gedacht vnd hat sich es nit vnderstanden zuthun/ vnd hat es auch nit volendet. . . so würdt er als dann nit gestrafft)」⁷⁵⁾。この「思索し、そしてあえてそれを行ない」つつ、それを「することを望まなかった」場合こそが、中止犯とされたのである。結果刑法に基づいて単純に生じた結果を処罰するのではなく、その行為者の意思に着目することによって、「結果」と「意思」の両方が存在する形式としての「既遂」概念に対置して、「意思」はあるが「結果」のない形式としての「未遂」概念が発生したのである。そしてこれにより初めて、「結果」がなく、また「意思」も失われた状態として、「中止犯」概念が想定されるようになってきたわけである。

第四節 ま と め

以上のように、初期のローマ法およびゲルマン刑法においては結果刑法の考え方が全体にあったため、そもそも未遂概念は存在せず、今日で概念で述べられるところの「未遂」は、処罰規定が存在しないが故に、当然に不処罰となるものであった。このように未遂がそもそも不処罰である以上、中止犯の概念を用いてそのような未遂の不処罰を根拠づける意義は全く存

在しなかったので、中止の概念も存在しなかった。未遂犯概念なくして中止犯概念はありえなかったのである⁷⁶⁾。

そして時代が進むにつれて、徐々にサリカ法典などの部族法に独立した危険行為が個別的に多く規定されてくるようになるものの、しかしやはりそれらは既遂概念と対置した形で「未遂」というものではなかった⁷⁷⁾。

「既遂」概念に対置するものとしての「未遂」概念の一般的形成は、中世イタリア法学によって初めて為されることになる⁷⁸⁾。すなわち犯罪の要素をその主観要件と客観要件とに分離させ、その内の主観要件は存在するが客観要件が存在しない場合を、「未遂」としたのである。そしてこの中世イタリア法学において、「企行（conatus）」⁷⁹⁾を罰するのは行為者が行為をさらに続けることが不可能であった場合のみであり、自由にその行為を廃止した場合にはこれを罰すべきものではないと考えられたのである⁸⁰⁾。まさにここに、中止犯が後にフランス法などにおいて未遂犯の消極的概念要素として考えられたことの萌芽が見受けられると言える。このような北イタリア法学の学問的洞察を継承し、立法の形として表したものが、1507年のバンベルク刑事法典と1532年のカロリナ刑事法典である⁸¹⁾。

- 1) この時代のドイツにおける未遂犯概念の形成史についての詳細な日本語文献として、野村稔『未遂犯の研究』（1984年）3頁以下、中野正剛「未遂犯思想の形成史」国学院法政論叢第15輯（1994年）149頁以下、西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と未遂・不能犯（二）」名城法学4巻3・4号（1954年）26頁以下などを参照。
- 2) Heinrich Mitteis/ Heinz Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 17. Aufl., 1985, S. 4ff. u. S. 309ff.
- 3) ローマ刑法に関する基本文献として, Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899; Wilhelm Rein, Das Kriminalrecht der Römer, 1844. またローマ法全体を扱う文献の中で刑法について触れるものとしては, Wolfgang Kunkel/ Martin Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl., 2001, S. 41ff. u. S. 81ff.; Gerhard Dulckeit/ Fritz Schwarz/ Wolfgang Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, 9. Aufl., 1995, S. 66ff.
- 4) なおドイツにおける中止犯論の歴史について扱った文献としては, Michael Peter Müller, Die geschichtliche Entwicklung des Rücktritts vom Versuch bis zum Inkrafttreten des neuen StGB-AT 1975, 1995; Reinhold Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889, S. 11-69; Karl Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte tätige Reue, 1897, S. 17-36 u. s. w..

- 5) 通説としてはこのように考えられている。Vgl. Müller, a. a. O., S. 23; Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S. 271f. ただし, ケストリンはローマ時代においてこのような未遂概念が存在したか否か, そしてそれが刑事処罰の対象に含まれていたか否かなどについては, 確実には突き止められていないものとしていた。Vgl. Christian Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I. Abteilung, 1855, S. 214ff.
- 6) Vgl. Müller, a. a. O., S. 26.
- 7) Rein, a. a. O., S. 123.
- 8) J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S. 26.
- 9) Mommsen, a. a. O., S. 95. またヒッペルもモムゼンに依拠しつつ, ローマ刑法においては犯罪の予備, 未遂そして既遂の区別が欠けており, 私的犯罪 (delicta privata) においては発生した損害が処罰され, 公的犯罪においては刑罰は行為に表れた決意に結び付けられていた, とした。Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, I. Band., 1925, S. 71.
- 10) Müller, a. a. O., S. 23; Hinrich Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 1998, S. 4. (なおこのリュウピングの著作の初版本の日本語訳として, H. リューピング著, 川端博・曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』(1984年)参照。)例えば「コルネリア法 (lex Cornelia)」においては, 殺人の意図で武器を運搬した者が殺人として, 既遂犯と同じ刑により処罰された。Vgl. Rein, a. a. O., S. 124; Carl Ludwig von Bar, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien (以下「Geschichte」と略す), 1882, S. 36 Fn. 169. また中野・前掲論文153頁以下も参照。
- 11) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 72f.; Müller, a. a. O., S. 23; Rein, a. a. O., S. 124f.; Zachariä, a. a. O., S. 271.
- 12) なお, そのように未遂行為が既遂犯の一部として規定されていたものの, そのような犯罪に対して, 現在の既遂犯に対するような行為による悔悟 (Tätige Reue) のようなものが可能であったかどうかは, 明らかではない。Vgl. Müller, a. a. O., S. 25.
- 13) 学説彙纂については, Dulceit/ Schwarz/ Waldstein, a. a. O., S. 313ff. を参照。その47巻と48巻が刑法に関する部分であった。Vgl. Dulceit/ Schwarz/ Waldstein, a. a. O., S. 314f.
- 14) この記述は, パウルス (Paulus) による, 学説彙纂48巻10章19法文前文である。その記述は以下のとおり。

“Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolvuntur”.

「偽造通貨の作成者が, 意図的に, まさにその貨幣の鑄造の完成を中止した場合には, 法に合致した悔悟により, 全ての刑罰から解放される。」

ツェハリエはこの記述から中止の不処罰が導かれるわけではない, とした。なぜなら通貨偽造の未遂がそれ自体として可罰的でなくてはならないが, 原則的に未遂は不処罰とされていたからである。「ローマ刑法は未遂がそのようなものとして刑事上可罰的であるという規則について何も知らず, そしてそれゆえに未遂が行為者の悔悟によって不処罰となるという法則へと至り得るといふことも不可能だった」とするのである。Zachariä, a. a. O.,

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

- S. 271f. 同様の考えとして、ヘルシュナー、ゼーゲルなど。Vgl. Hugo Hälschner, Das preußische Strafrecht, 2. Teil, 1858, S. 201; Hermann Seeger, Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869, S. 11. これに対して、この記述を中止に関するものとする見解としては、以下のとおり。リスト・シュミットは「ローマ法は個別的な法源の設定により任意的な中止の意味内容を明文をもって承認していた」として、この記述を引用する。Franz v. Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 316. ラインも「法において犯罪とされる行為を完全にすることなく、未遂行為の間に任意に中止した」場合に、刑罰が消滅するものとしている。Rein, a. a. O., S. 129f.。モムゼンは通貨偽造においてこのような任意的な中止が規定されているとした上で、「しかしまさにそれによって一般的に（中止が）適用されるものとしては示されない」（Mommsen, a. a. O., S. 98.）のであり、「その刑罰は、通貨偽造におけるように、法律がこれを規定していた場合にのみ、存在しなくなった」（Mommsen, a. a. O., S. 1044.）としている。ミュラーは、この学説彙纂48巻10章19法文前文の存在から逆に、通貨偽造未遂の任意的でない中止者は、未遂犯不処罰の原則の例外として、可罰的なままでなければならなかった、とする。Müller, a. a. O., S. 25f.
- 15) バウムガルテンは、この学説彙纂48巻10章19法文前文から中止の効果に関しての一般原則を導こうとする見解について、「個々の法律規定の一般化によって、古い法律体系に近代的な解釈をなすりつける」（J. Baumgarten, a. a. O., S. 52.）ものである、とした。ヘルシュナーは、ローマ法が未遂行為を、その行為がそもそも可罰的なものとされている限りにおいて、既遂犯として考察したことを前提にして、「中止により生じる未遂行為の不処罰は、首尾一貫して認められない」（Hälschner, a. a. O., S. 201.）とした。
- 16) Rein, a. a. O., S. 129.
- 17) Zachariä, a. a. O., S. 270ff.
- 18) Mommsen, a. a. O., S. 98 Fn. 2.
- 19) この規定は、学説彙纂47巻8章5法文である。その規定は以下のとおり。
「暴力によって強奪を行なった者にとって、その者が強奪した物を手続の開始前に返還したとしても、刑罰の回避のためには全く何も役立たない。」
- 20) Mommsen, a. a. O., S. 1044; Müller, a. a. O., S. 27.
- 21) ゲルマン法研究においては、法制史上の成果内容そのものが未だ流動的であり、そこから得られる理解は慎重に取り扱われるべきである。この原因としては、まず第一に文献研究という観点から、文献の内容そのものについての信頼性が乏しく、また実際には後の時代の文献がゲルマン古代のものとして考察されていた場合があり、ゲルマン古代の内容と思われたものが実は中世期のものでしかないということが時々明らかにされたということ、そして第二に19世紀から20世紀初頭のドイツ系の学者がその政治的態度決定の点から、「未開の、ローマの秩序を破壊するようなかつてのゲルマンのイメージ」に対抗して、「ゲルマンの美德と自由を賞賛するような」（Müller, a. a. O., S. 21.）イメージを形成しようとしたことが挙げられる。Müller, a. a. O., S. 21. Vgl. auch Gerhard Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1996, S. 66ff.; Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 17ff.
- 22) これについてツァハリエは、そもそもゲルマン法においては「未遂と既遂の間の区別を

何ら認識していなかった」とする。すなわち「ゲルマン法が、我々の概念によるならば単に未遂であるような行為に刑罰を科した場合には、そのゲルマン法はそのような行為を完全に既遂犯罪のように取り扱うのである」と指摘するのである。このため、やはり未遂概念が存在しない以上、中止に関する研究も存在せず、「意思変更によってもたらされるべき不処罰について、どこにも徴候は見出されない」としている。Zacharia, a. a. O., S. 282 Fn. 2.

- 23) E. Schmidt, a. a. O., S. 33.
- 24) E. Schmidt, a. a. O., S. 34.
- 25) Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 2. Aufl., 1962, S. 49.
- 26) Conrad, a. a. O., S. 49.
- 27) Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 40. その上でミッタイス・リーベリッヒは、その後には強盗の待ち伏せ(Wegelagererei)や抜刀(Schwertzücken)などの「独立した未遂犯罪(eigene Versuchsdelikte)」が現れたことを指摘しつつ、「行為、行為者および責任の類型的な評価づけから、これらの個別的な評価づけへの移行は、はるか後の、正義がその導きの星となるような真の刑法に向けての進歩の時代になって初めて存在した」と述べる。Vgl. Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 40f.
- 28) Hinrich Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 1998, S. 6.
- 29) Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 84ff.
- 30) Müller, a. a. O., S. 28.
- 31) Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 96; von Hippel, a. a. O., S. 97; Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1962, S. 54ff.
- 32) E. Schmidt, a. a. O., S. 72; von Hippel, a. a. O., S. 97.
- 33) Conrad, a. a. O., S. 173; von Hippel, a. a. O., S. 97. なお、各部族法におけるこれらの未遂行為に対する処罰規定をまとめたものとして、Wilhelm Eduard Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842, S. 598ff.
- 34) ケストリンも、未遂は「より大きな犯罪の惹起に向けられたものであるが、しかし失敗したものである意図が、それが実際により小さい法侵害へと至った限りにおいてのみ、価値を認められるのであり、そしてそれは今やそのようなものとして処罰される」ものであり、「部族法の多くの規定においても、未遂の概念は既に明白に書かれているのが見出されるが、その際に未遂にはほとんど常に、既遂犯に向けられるよりもはるかにより小さな刑罰が規定された」とした。すなわち行為者の意思に左右されることなく、実質的な法侵害のみが可罰性にとって決定的であったのであり、未遂行為はそれが何らかの侵害を目に見える形でもたらした限りで、その目に見える侵害を理由として処罰されたのであるから、はるかに軽く処罰されたのである。これは現在のような未遂概念がまだ存在していなかったことを示すものと言える。Köstlin, a. a. O., S. 217.
- 35) Müller, a. a. O., S. 29ff.; Rudolf His, Deutsches Strafrecht bis zur Karolina (以下「bis zur Karolina」と略す), 1928, S. 31f.
- 36) Müller, a. a. O., S. 29; His, bis zur Karolina (a. a. O.), S. 32. Vgl. Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 40f.

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

- 37) Müller, a. a. O., S. 29f.; His, bis zur Karolina (a. a. O.), S. 31ff.; von Hippel, a. a. O., S. 97; Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 157f.
- 38) Lex Baiuvariorum（バイエルン部族法）第４章第17条〔岸より突き落とされたる者について〕参照。世良晃志郎訳『バイエルン部族法典』（復刊版，1977年）216頁以下。
- 39) Lex Baiuvariorum 第８章第３条〔もし情欲の故に手を置きたるときは〕，第４条〔もし衣服を膝の上までまくり上げたときは〕，第５条〔取り去られたる髪飾りについて〕参照。世良訳・前掲書244頁以下。Vgl. auch His, bis zur Karolina (a. a. O.), S. 32.
- 40) これらの「未遂犯罪」の具体例に関して，詳細には His, bis zur Karolina (a. a. O.), S. 32を参照。
- 41) E. Schmidt, a. a. O., S. 34; Müller, a. a. O., S. 30. 例えば，ランゴバルド法典やサリカ法典などにおいて。ヒスによれば，ランゴバルド法は他者の生命に対する暗殺計画を，それが行為によって示された限りにおいて，「consilium mortis（殺人計画）」として示した。したがってランゴバルド法は，このような consilium（計画）という文言において，我々の未遂概念に近づく一般的な表現を既に使用しているのである。His, bis zur Karolina (a. a. O.), S. 32; von Hippel, a. a. O., S. 118. サリカ法典における規定については，Lex Salica 第17章「傷害について」，第19章「魔術について」（ただし処罰対象とされている規定内容は毒殺に関するものである）などを参照。久保正幡訳『サリカ法典』（1949年）82頁以下。ただしこれらの「未遂犯罪」の処罰は，全ての犯罪に対しての一般化ではなく，殺人などについてのみ的一般化にとどまった。
- 42) Müller, a. a. O., S. 31. また，Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 37 u. S. 93f.（当該箇所に対応する日本語訳としてミッターイス＝リーベリッヒ著・世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説改訂版』（1971年）56頁以下および153頁以下）も参照。
- 43) 例えば，「たいまつを手にした放火犯に出くわし，『まさに家の屋根ないしは壁を炎が広がっていた』場合には，贖金を支払うことなくその者を殺害することが許された」のである。Vgl. E. Schmidt, a. a. O., S. 34.
- 44) E. Schmidt, a. a. O., S. 34.
- 45) Müller, a. a. O., S. 32.
- 46) Müller, a. a. O., S. 32. ミュラーによれば，現在の「行為による悔悟（Tätige Reue）」のような概念も存在しなかったとする。その理由について，意思変更によりもたらされるべき不処罰の根拠がそもそもどこにも見出されないからである，とする。
- 47) Müller, a. a. O., S. 33.
- 48) E. Schmidt, a. a. O., S. 72.
- 49) Rudolf His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters（以下「Mittelalters」と略す），I. Teil, 1920, S. 167. またコンラートも，「フランク時代において存在した可罰的未遂の概念の形成のための萌芽は，さしあたりさらなる発展を経験しなかった」としている。Conrad, a. a. O., S. 444.
- 50) Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 1999, S. 76f.
- 51) Müller, a. a. O., S. 33f. u. S. 37.

- 52) Müller, a. a. O., S. 34; von Hippel, a. a. O., S. 148. この頃の独立した個別の未遂犯罪類型の具体例・実際の規定例に関して, 詳細には His, *Mittelalters* (a. a. O.), S. 168ff. を参照。
- 53) Müller, a. a. O., S. 34.
- 54) Müller, a. a. O., S. 34.
- 55) His, *Mittelalters* (a. a. O.), S. 192; ders., *bis zur Karolina* (a. a. O.), S. 34; von Hippel, a. a. O., S. 148; Conrad, a. a. O., S. 444; E. Schmidt, a. a. O., S. 72f.; Müller, a. a. O., S. 34. ヒスによれば, これは「おそらくローマ・カノン法の影響」(*bis zur Karolina* (a. a. O.), S. 34) によるものだとされている。ゼーゲルも「理路整然とした未遂理論の全体的形成は, 中世のローマ・カノン法の論者と密接な関係がある」と指摘している。Seeger, a. a. O., S. 8.
- 56) His, *bis zur Karolina* (a. a. O.), S. 34.
- 57) Ernst Heinitz, *Streitfragen der Versuchslehre*, JR 1956, S. 249; Ernst Eisenmann, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs*, ZStW Bd. 13, 1893, S. 496; Emil Brunnenmeister, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, S. 174; Zachariä, a. a. O., S. 283; Müller, a. a. O., S. 35. アックルシウス(1183-1263年)はボローニャ大学の教授であり, 注釈学者である。その膨大な注釈により, 「ローマ法の継受は大部分においてアックルシウスの継受となった」(unten Mitteis/ Lieberich)とまで言われた。Vgl. Köbler, a. a. O., S. 106f.; Rüping, a. a. O., S. 13; Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 312.
- 58) Heinitz, a. a. O., S. 249. このオドフレドゥス(1265年死去)こそが, 当時の注釈学者と, 後の未遂概念の理論形成者との橋渡しを行なったのであり(unten J. Baumgarten), すなわち, 理路整然とした未遂理論を体系的な形で示した最初の人物だった(unten Seeger)のである。J. Baumgarten, a. a. O., S. 72; Seeger, a. a. O., S. 8; Brunnenmeister, a. a. O., S. 174. なお, 彼の未遂理論の詳細については, J. Baumgarten, a. a. O., S. 72; Seeger, a. a. O., S. 13f.; Georg Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, S. 190f., さらには野村・前掲書24頁などを参照。
- 59) Zachariä, a. a. O., S. 283.
- 60) Zachariä, a. a. O., S. 284f. すなわち, 例えばユリウス・クラルス(Julius Clarus)は「未遂犯罪においても悔悟を, 処罰消滅事由ではなく, 減輕事由としてのみ見なされるものとしようとした」(Zachariä, a. a. O., S. 285)のである。しかしツァハリエは, このような見解は「法律上の根拠づけを何ら与えることなしに」述べられている, と批判した。Vgl. Zachariä, a. a. O., S. 285. またツァハリエは, メノキウス(Jacobus Menochius)も「悔悟の有効性を完全に排除していたように思われる」とし, 悔悟は一部の犯罪についてのみ有効なものとなり得るということを彼が明言もしていた点を指摘している。Vgl. Zachariä, a. a. O., S. 286.
- 61) Heinitz, a. a. O., S. 249; Müller, a. a. O., S. 36. アルベルトゥス・ガンディヌス(約1245-1311年頃)は裁判官として, イタリア各地を転々としながら活動した。Vgl. von Hippel, a. a. O., S. 93 Fn. 1. ガンディヌスについて詳しくは, Vgl. Hermann U. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, I. Band, 1907; Werner Beyer, *Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albertus Gandinus*, 1931.
- 62) Heinitz, a. a. O., S. 249; Müller, a. a. O., S. 36.

- 63) Beyer, a. a. O., S. 9.
- 64) Dahm, a. a. O., S. 196.
- 65) Dahm, a. a. O., S. 196.
- 66) Dahm, a. a. O., S. 196.
- 67) Müller, a. a. O., S. 40.
- 68) Dahm, a. a. O., S. 198.
- 69) von Hippel, a. a. O., S. 97, S. 148 u. S. 206.
- 70) この「溺死殺の未遂」とは、水の中に放り込まれた者が、自ら再びその水の中から這い出てきた場合をさす。Franz Schulenburg, Dasmittelalterliche Strafrecht der Stadt Riga, 1933, S. 24, zitiert nach Müller, a. a. O., S. 38.
- 71) Schulenburg, a. a. O., S. 24, zitiert nach Müller, a. a. O., S. 38.
- 72) Müller, a. a. O., S. 39.
- 73) このクラークシュピーゲルは、ローマ法の知識の普及のための通俗的文献として作成されたものであり、学識のない裁判官および参審裁判官のための法律書であった。Vgl. Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 316; Müller, a. a. O., S. 39. また、ローマ法に関するドイツ語で書かれた最古の詳細な解説書であるともされている。ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲書450頁および455頁参照。
- 74) W. Sellert/ P. Oestmann, Versuch, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 36. Lieferung, Spalte 837.
- 75) Kap. De penis, fol. CXXX, CXXXI, zitiert nach Sellert/ Oestmann, a. a. O., 36. Lieferung, Spalte 837-838.
- 76) このような点から、「たとえ結果が発生した場合であっても、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行なったときにはなお中止未遂として取り扱うべきである」というような牧野英一の見解（前述立命館法学282号（2002年）146頁注96参照）は、中止犯論における学説としては全く成り立ち得ないものであり、根拠のないものと言わざるを得ない。既遂後の場合には「行為による悔悟」などの別の理論が検討されるべきなのであり、また中止犯論において何らかの学説を採用した場合に、「結果発生した場合でも中止未遂として扱われることになるのではないか」と批判されることがあるが、このような批判は全般的な外れなものと言ってよい。
- 77) 前述第二部第一章第一節から第三節までを参照。また中野・前掲論文160頁以下も参照。
- 78) E. Schmidt, a. a. O., S. 119; Schaffstein, a. a. O., S. 158. 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（1953年）296頁、西山・前掲論文27頁以下も参照。
- 79) この「企行（conatus）」とは、予備行為と実行行為を区別せずに内包する概念であり、18世紀に至るまでこの区別は為されなかった。この区別が「実行の着手（commencement d'exécution）」という概念をもって法文上に明確に現れるのは、1810年フランス刑法典においてである。小野・前掲書263頁、296頁。
- 80) Dahm, a. a. O., S. 196. 小野・前掲書296頁も参照。
- 81) Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 316; Müller, a. a. O., S. 41.

第二章 継受法時代以降, 16世紀から18世紀まで¹⁾

ローマ法の継受はヨーロッパ法史上の歴史的事実である²⁾。このようなローマ法の継受に基づいて, 他の刑法解釈論における多くの基本概念と同様に, 中世イタリア法学における未遂概念がドイツ刑法学に導入され, 理論ないし立法において次第に確立していくことになった³⁾。

立法に関しては, バンベルクにおける司教区裁判所の首席裁判官であったヨハン・フライヘル・シュヴァルツェンベルク⁴⁾によって作成された1507年のバンベルク刑事裁判令, およびそれをもとにして作成された1532年のカロリナ刑事法典が, ドイツにおける近代的な未遂の考察にとっての出発点であるとされ⁵⁾, ラートブルフにより「当時の立法上の職人芸 (eine gesetzgeberische Meisterleistung)」と称された⁶⁾。すなわちこの二つの法典は, 既遂に対するものとしての未遂の一般的概念を法文上最初に明確にしたものなのである。この両者の未遂犯に関する一般規定⁷⁾の文言は綴りなどの若干の点において異なるが, その規定している未遂の一般的な概念の部分に関しては, 基本的には同一の内容を持つものである。そのカロリナ刑事法典の未遂に関する規定の文言は次のようなものであった⁸⁾。

Straff vnderstandner missetat; 178. Jtem so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen sceynlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen, vndersteht, vnnd doch an volnbringung der selben missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauß etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, Aber inn eynem fall herter dann inn dem andern angesehen gelegenheit vnd gestalt der sacht, darumb sollen solcher straff halben die vrtheyler, wie hernach steht, radts pflegen, wie die an leib oder leben zu thun gebürt.

(企行せられたる非行に関する刑罰。178条 さらに, 何者かが, ある

非行を、その非行の完遂に役立つ若干の外観しうる所業をもって企行するも、当該非行の完遂につきては、他の邪魔が入りたるために、彼の意思に反して妨げらるるときは、若干の所業が上述のごとくに現出するに至りたる基たる悪しき意思が、刑事刑をもって罰せらるべし。されど、その事件の状況および形態によりて、ある場合には、しかる場合に比し一層峻厳たることあるがゆえに、かかる刑罰を課するためには、判決発見人たちは、身体または生命に刑罰を科するにはいかにせば相当なりやにつきて、後述のごとくに〔＝第219条〕訴訟記録送付による鑑定を求むべし。〕⁹⁾

すなわちこの規定において未遂犯は、「現出するに至りたる基たる悪しき意思」をもって処罰されることとされ、未遂犯処罰とは結果を欠いた場合に残された主観的部分を対象とした処罰であることが示されたのである¹⁰⁾。

そしてこの規定は中止犯に関しても一般的規定を設けたものであると考えられている¹¹⁾。すなわちそれは、「他の邪魔が入りたるために、彼の意思に反して」既遂を妨げられた場合には可罰的である、という要素を捉えてのことである。ツァハリエはこのことから逆に、任意的な放棄は必然的な不処罰をもたらすという結論を演繹したのである¹²⁾。またシャフシュタインやブラームストは、カリナ刑事法典178条は中止を未遂の消極的概念徴表として含んでいたと主張した¹³⁾。すなわち、未遂犯が成立するための要素として「結果の不発生が自発的でなかったこと」が要求されるので、そのことから任意的な中止が処罰を消滅させる効果を持つとしたのである。パールも、未遂の任意的な中止が未遂を不処罰とすることはカリナ刑事法典178条においても明白な方法で明らかにされている、とする。彼によればそれは、この規定において行為者の意思に反した既遂の阻止が未遂の処罰の積極的な要件へと作り変えられたからである、としている¹⁴⁾。またカリナ刑事法典の規定の文言上においては、中止犯が成立するためには、悔悟などの内面的事情変更は要件とはされなかった。後悔から行なわなかったか、処罰に対する恐れから行なわなかったかを区別しなかったので

ある¹⁵⁾。ただし、この規定における中止犯の法律効果については、中止犯の処分について正面からその法律効果を明文化したものでなかったが故に、処罰減輕とする説と処罰消滅とする説が対立していた¹⁶⁾。普通法の法律学は、イタリア法律学のように、任意的な中止未遂を「悔悟」¹⁷⁾の観点の下で考察していた。これにならって、当初は処罰減輕説の主張者は、この規定は不処罰を一般的に根拠づけるものではないとして、一定限度での減輕のみを命令すべきであると主張していた。例えばベーマーは中止犯を単に可罰性が減少したものとして評価し、あくまでもこれを「低い段階の可罰的未遂 (ein geringer strafbarer Versuch)」としてしか評価しなかった¹⁸⁾。不処罰の法律効果を彼は認めなかったのである。カルプツォフは個々の犯罪類型ごとに、行為完成前の中止、ないしは行為完成後の悔悟に対して処罰減輕を認めた¹⁹⁾が、放火については中止未遂の場合には不処罰となるものとした²⁰⁾。このような処罰減輕のみを認める学説に対して、やがて処罰消滅を主張する見解が優勢となり、学説の主流となっていった²¹⁾。

以上のように、ドイツにおける最初一般的な中止犯規定は、中止犯を未遂の消極的要素とすることにより初めて現れることとなった。これは、中世イタリア法学において「結果」と「意思」の両方が存在する既遂概念に対置する形で、「意思」はあるが「結果」が存在しない「未遂」の概念が生まれ、そしてそこから、「意思」も結局無くなったもの、すなわち「中止」は「未遂」ですらもないことになる、という考え方が生じてきたことを受け継いだものといえる。この考え方からは、「意思」が残されたままであること、すなわち中止犯ではないことが、未遂犯成立の要件とされることになるのである。そしてその際には、中止犯は未遂犯ですらもない以上、処罰するための規定が存在しないことになり、当然に不処罰とされたのである²²⁾。しかしこのカロリナ刑事法典における未遂犯・中止犯の規定形式および法律効果はそのままそれ以降のドイツにおける法律に受け継がれていったわけではない。確かにこのような「中止犯を未遂犯の範疇からはずす」形式での中止犯の規定形式はいくつか見られるものの、その

際に中止犯に対して何らの制裁的処遇をも予定しないという規定形式は、この当時のドイツにおいても例外的なものであった。

例えば1794年のプロイセン一般ラント法²³⁾においては、未遂犯の成立要件の中に「中止犯ではないこと」は要求されなかったものの、「単なる偶然」によって効果（犯罪結果）が阻止されたことが要求された²⁴⁾。その上で、中止犯はその第2部第20章第43条に独立の規定を持つことになった。そしてそのプロイセン一般ラント法における中止犯規定は、次のようなものであった²⁵⁾。

§ 43 Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabey solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen, und ihres Vorhabens, die Ausführung desselben hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

（第43条 自己の活動で犯罪の実行を中止し、その際に違法な効果が何ら起こり得ないように措置を講じる者、ならびに共犯者および計画の時宜を得た暴露により犯罪の実行を阻止する者は、恩赦を請求することができる。）²⁶⁾

このようにプロイセン一般ラント法では、中止犯であることは犯罪の成立や処罰の成立そのものに関わるのではなく、あくまでも事後的な「恩赦」にのみ関わる制度であったのである。この点につきツァハリエは、その任意的な未遂の中止者の不処罰は既に（その条文上の）法的根拠から導かれる²⁷⁾が故に、不処罰は単に「恩赦という贈り物」としてのみ規定されるべきものではない、と批判した²⁸⁾。

その一方で、バイエルンにおいては啓蒙化そのものが遅れ、18世紀の中期においてなお時代遅れの感があった²⁹⁾。1751年のヴィグレウス・クサファー・アロイジウス・クライトマイヤーの手によるバヴァリキー刑法典³⁰⁾は、その「後向き」³¹⁾で「その成立時に既に古くさくなっていた」³²⁾と言われる刑法典の性格にも現れているとおり、一般的未遂規定を持たず、

また中止犯はその22条と23条において、それぞれ「自首 (Selbstanzeige) 』³³⁾と「行為による悔悟³⁴⁾ (Tätige Reue) 』³⁵⁾に関するものとして規定され、それらの法律効果も酌量減輕事由とされるだけにとどまっていた³⁶⁾。同様に1802年に作成された「プファルツ選帝侯国バイエルン刑法草案」、いわゆるクラインシュロート草案³⁷⁾の58条³⁸⁾における中止犯の法律効果も、「裁判官により戒告 (Verweis) を受ける」という特異かつ前時代的なものであった³⁹⁾。

このような古い気質が残されていたバイエルンは、『クラインシュロート草案批判』(1804年)によりバイエルンに招かれたパウル・ヨハン・アンゼラム・フォン・フォイエルバッハによって、ドイツ地域の先頭を行くことになった⁴⁰⁾。バイエルンに招かれたフォイエルバッハは早速、刑法典草案の起草に着手し、1810年に「バイエルン王国における重罪と軽罪に関する法典草案」が完成した。その1810年バイエルン草案は次のようなものであった⁴¹⁾。

§ 60 Ein Versuch ist vorhanden, wenn eine Person in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, äusserliche Handlungen vorgenommen hat, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet sind.

Der Versuch ist jedoch von aller Strafe frei: . wenn die äussere Handlung mit dem dadurch beabsichtigten Verbrechen in gar keinem Zusammenhange war, so, daß dieses nach dem Laufe der Natur schlechterdings nicht daraus entstehen konnte; . wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht blos durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches letztere jedoch nicht vermuthet wird.

Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer anderen

Person, oder auf andere Art die Uebertretung auszuführen, ist eben so zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden.

（第60条 ある者が重罪を実行する意図で、その行為の既遂ないしは予備へと向けられた外部的な行為を行なった場合には、未遂が存在する。

しかしながら、次のような場合にはその未遂は全ての刑罰を免れる。

・外部的な行為がそれにより意図された重罪と全くもって関連がなくなつたが故に、この重罪が自然の経過に従つては全くもってそれからは発生し得なかつた場合、
・行為者がその遂行に関して、単に外部的妨害のためや、もしくは無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によつても、その実行を見合わせた場合。但し後者に挙げた内面的事情は推定されない。

確かにその遂行に関して任意に、しかし他の時間に、他の場所で、他の者に関して、ないしは他の手段で犯罪を実行するために、故意に断念した者は、その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰され得る。）

すなわち、既にこの1810年草案の段階で中止犯も未遂の概念の中にも含みつつ、「良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によつても」といった形式で、要求される任意性の内容を限定する規定を採用していたのである。そしてこの草案を元にして、やがて1813年のバイエルン刑法典が成立し、ドイツの刑法理論や立法規定の先進を行くものとされたのである。

そしてこの1813年のバイエルン刑法典以降、各領邦国家において独自の刑法典が編纂され、それぞれに検討を重ね立法上の発展を遂げることになる。次に1813年バイエルン刑法典以降の、それらの領邦国家法における未遂犯・中止犯規定の流れを検討する。

- 1) この時代のドイツにおける未遂犯概念の形成史についての詳細な日本語文献として、野村・前掲書26頁以下、中野・前掲論文178頁以下などを参照。

- 2) Mitteis/ Lieberich, a. a. O., S. 309.
- 3) Schaffstein, a. a. O., S. 158.
- 4) ヨハン・フライヘル・シュヴァルツェンベルク (Johann Freiherr zu Schwarzenberg) については, Willy Scheel, Johann Freiherr zu Schwarzenberg, 1905 を参照。特に未遂犯に関しては Vgl. Scheel, a. a. O., S. 180f.
- 5) Müller, a. a. O., S. 41, Rüping, a. a. O., S. 38. ラオフスは, 「一般的な刑法の概念が, 個々の構成要件から確かに部分的にのみ引き剥がされることになったものの, しかし『総則(規定)』へと至るための重要かつ洞察力の鋭い端緒が見られる」とした上で, その例としてこのカロリナ刑事法典の未遂犯規定である178条を挙げる。Adolf Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. Aufl., 1996, S. 135.
- 6) Herausgegeben u. erläutert von Gustav Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 6. durchgesehene Aufl. (Reclam 2990), herausgegeben von Arthur Kaufmann, 1984, S. 148; Müller, a. a. O., S. 41.
- 7) バンベルグ刑事法典における204条, カロリナ刑事法典における178条が, 未遂に関する一般的規定である。
- 8) 法文の原文は Arno Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 163 による。なお, 1507年バンベルグ刑事法典の規定は以下のとおり(法文の原文は Buschmann, a. a. O., S. 79 による)。

Straff vnderstandner misstat; 204. Item So sich yemant einer misstat mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der misstat dienstlich sein mögen, vnderstet vnd doch an volbringung derselbigen misstat durch andere mittel wider seinen willen verhindert wirdt: solicher böser will, darauss etliche wercke, als obstet, volgen, ist peynlich zu straffen, Aber in einem fall herter dann in dem andern, angesehen gelegenheyt vnd gestalt der sach: darumb sollen, söllicher straff halb, die vrteyler Rats pflegen, wie die an leyb oder leben geschen sol.

(企行せられたる非行に関する刑罰。204条 さらに, 何者かが, ある非行を, その非行の完遂に役立つ若干の外観しうる所業をもって企行するも, 当該非行の完遂につきては, 他の邪魔が入りたるために, 彼の意思に反して妨げらるるときは, 若干の所業が上述のごとくに現出するに至りたる基たる悪しき意思が, 刑事刑をもって罰せらるべし。されど, その事件の状況および形態によりて, ある場合には, しがらざる場合に比し一層峻厳たることあるがゆえに, かかる刑罰を課するためには, 判決発見人たちは, 刑罰は身体または生命にいかにかせらるべきやにつきて, 鑑定を依頼すべし。)(日本語訳は場浩「バンベルグ刑事裁判令(バンベルゲンシス)」『フランス・ドイツ刑事法史』(1992年)所収309頁以下による。)

なお本論文においては, 条文の原文を引用する際には, できる限りその典拠とした条文の綴り・単語の区切り方等を, そのままの形で表記することとしたので, 留意していただきたい。
- 9) 日本語訳は場浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」『フランス・ドイツ刑事法史』(1992年)所収220頁による。

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

- 10) E. Schmidt, a. a. O., S. 119f. においても、「悪意が行為実行と結果惹起に向けられ、そして外部的に顕著な実行行為において、しかし外部的な事情の結果として目的に達し得ないであろうことが具体化した場合」が「可罰的な未遂」とされた、としており、このように典型的な未遂犯罪がこの一般の規範を伴うことにより、古い法における法適用の不等等と不確実性が伴う「奇妙な状態（Seltsamkeiten）」が排除された、とする。
- 11) Zachariä, a. a. O., S. 290. 同様に中止犯を規定したものとするのは、Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, S. 74, Note V des Mittermaiers; Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), S. 148.
- 12) Zachariä, a. a. O., S. 290.
- 13) Schaffstein, a. a. O., S. 168; Claus Brahmst, Das hamburgische Strafrecht im 17. Jahrhundert, 1958, S. 51. ブラムストは、中止犯や「行為による悔悟」についてのハンブルクの当時の刑法における取り扱いが、「未遂の本質についてのカロリナ刑事法典の解釈に、全く以って合致するものであった」と指摘している。
- 14) Carl Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform (以下「Gesetz」と略す), Band , Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, S. 547.
- 15) Müller, a. a. O., S. 43.
- 16) Müller, a. a. O., S. 43.
- 17) ここでの「悔悟」とは、古い量刑規定または量刑概念において、「悔悟していること」が処罰減輕事由として扱われたことに由来するものである。後の法律制度としての「行為による悔悟（Tätige Reue）」との関係を含めてこの制度の詳細な検討は、別稿に譲る。
- 18) Gottfried Boldt, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 485. ボルトによれば、「行為による悔悟は処罰減輕事由の観点の下で考察され、そして体系上、行為者の悔悟（poenitentia）の結果として結果が発生しなかった未遂はそのより軽い段階のものとして評価された」（Boldt, a. a. O., S. 485）のである。
- 19) Müller, a. a. O., S. 43. 例えば行為完成後の悔悟の例としては、放火（Benedict Carpzov, Practicae Novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium, 1635, Pars , Quaestio , S. 311, Nr. 5f.）、窃盗後の盗品の返還（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio C , S. 442, Nr. 58）が、また行為完成前の中止の例としては文書偽造（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio , S. 290, Nr. 35）、妖術（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio L , S. 429, Nr. 71f.）、神への冒瀆（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio L , S. 386f., Nr. 66f.）、公務犯罪（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio L , S. 390, Nr. 53f.）、そして強盗（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio C , S. 442, Nr. 58ff.）および故殺（Carpzov, a. a. O., Pars , Quaestio , S. 290, Nr. 22）が挙げられている（ただし最後の故殺に関しては、ミュラーの記述に引用されているカルプツォフの原典中からは、それに対応する記述を発見できなかった）。なおこの Benedict Carpzov, Practicae Novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium, 1635 の Quaestio までのドイツ語訳および文献解題として、

Vgl. Dietrich Oehler, Benedict Carpvov, Strafrecht nach neuer Kurfürstlich-Sächsischer Praxis, 1.Teil, 2000.

- 20) Carpvov, a. a. O., Pars , Quaestio , S. 310f., Nr. 4.
- 21) Zachariä, a. a. O., S. 290; v. Bar, Gesetz, Band , S. 547f.
- 22) ただしこのような規定形式からは、加重的未遂の場合に、中止犯の内部に含まれた既遂犯の処罰は認めやすいことになる。中止犯についてはそもそも犯罪の成立がない以上、侵害が生じて別の構成要件が満たされた限りで、その既遂犯の成立を認め得るからである。
- 23) なお1794年プロイセン一般ラント法の刑法の部分に関する詳細な検討を行うものとして、足立昌勝「近代初期刑法の基本構造 オーストリア・プロイセンを素材として」静岡大学法経短期大学部法経論集69・70号(1993年)23頁以下(同・『近代刑法の実像』(2000年)所収)などを参照。
- 24) 未遂犯の一般規定に関する1794年プロイセン一般ラント法第2部第20章第40条および第41条の条文は以下のとおり(法文の原文は Buschmann, a. a. O., S. 277 による)。

§ 40 Hat der Thäter zu Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen bloßen Zufall verhindert worden; so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt.

§ 41 Die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen bloßen Zufall an der letzten, zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde.

(第40条 行為者が犯罪の遂行のためにその者の側において全てのことを行なったが、可罰的な行為の本質にとって必要不可欠な効果が単なる偶然によって阻止された場合には、その者は通常の刑罰に最も近い刑罰を科せられる。

第41条 この通常の刑罰に最も近い刑罰は、単なる偶然によって、犯罪の実行のために必要不可欠な最後の行為を阻止された者に適用される。)
- 25) 法文の原文は Buschmann, a. a. O., S. 277 による。
- 26) プロイセン一般ラント法の日本語訳については、足立昌勝「プロイセン一般ラント法第2部第20章(刑法)試訳1」静岡大学法経短期大学部法経論集51号(1983年)12頁を参考にした。
- 27) すなわち、そもそも第40条の未遂犯の成立要件として「単なる偶然によって」結果が発生しなかったことが要求されている以上、自己の意思による(偶然ではない)中止犯の場合には、未遂犯の成立もなかったことになるのである。そもそも未遂犯の成立もない以上、さらに恩赦の請求を認めることは、規定上のつじつまが合わないことになる。
- 28) Zachariä, a. a. O., S. 311.
- 29) Rüping, a. a. O., S. 71.
- 30) 1751年バヴァリキー刑法典の成立過程については、Albert Friedrich Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867(以下「Strafgesetzgebung」と略す), S. 1ff. を参照。なお1751年バヴァリキー刑法典に関する詳細な検討を行う日本語文献として、前田朗「クライトマイアの刑事立法」東京刑事法研究

会編『啓蒙思想と刑事法 風早八十二先生追悼論文集』（1995年）137頁以下、高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典（一七五一年） 啓蒙と伝統との交錯の中で」同志社法学47巻6号（1996年）429頁以下、同・「マクシミリアン三世ヨーゼフの内政改革 バイエルン刑事法典（一七五一年）編纂の背景」同志社法学50巻1号（1998年）340頁以下などを参照。

- 31) Rüping, a. a. O., S. 71.
- 32) Edwin Baumgarten, Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 und Anselm v. Feuerbach, GS, Bd. 81, S. 110.
- 33) 「自首」に関する1751年バヴァリキー刑法典22条の条文は以下のとおり（法文の原文は CODEX JURIS BAVARICI CRIMINALIS DE ANNO MDCCLI, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988 による。なお、Buschmann, a. a. O., S. 185 も参照）。
- § 22 Wann die freywillige Angebung vor der Denunciation oder Special-Inquisition, entweder von dem Thäter selbst aus Reümuthigkeit, oder von dessen leiblichen Eltern, mittels desselben gerichtlicher Überlieferung, von freyer That beschiehet; so ist es zwar ein milderender Umstand, welcher jedoch in Capital-Verbrechen nur von der härteren Todes-Straff, oder dem Zusatz liberiret. Wird aber allenfalls durch eine solch freywillig und aufrichtige Angab dem gemeinen Weesen, oder dem Fisco ein erprießlicher Dienst geleistet, oder unbekante gefährliche Complices entdeckt; so ist der Angeber nicht nur der Milde, sondern gar einer Belohnung würdig.
- （第22条 密告ないしは特別の尋問以前における任意的な申告が、改悛に基づき行為者自身により、ないしはその実の両親により、その裁判上の慣習を用いて、任意的な行為で行われた場合には、確かにそれは減輕する事情ではあるが、しかし財産犯罪においては、より過酷な死刑、ないしは付加刑からのみ自由にする。しかし万一そのような任意かつ誠実な申告によって、公共組織ないしは国庫に賞賛されるような働きが達成された、ないしは知られていない危険な共犯者を明らかにした場合には、申告者は減輕のみならず、報酬にも全く以って値する。）
- ただしこの自首に関する規定は、改悛に基づいて行為者が任意に「犯罪を中止すること」ではなくて、任意に「申告」をすることが要件とされているため、これは明らかに現在でいうところの「中止」の概念からは外れる。むしろ現在の中止概念に近いのは、次の23条の「行為による悔悟」の規定であると言えよう（ただし、これも現在の中止概念とは大きくずれている）。
- 34) この「Tätige Reue」という語の訳について、「有効な悔悟」という訳が当てられる場合も多いが、とりあえず仮の訳として本論文では直訳的に「行為による悔悟」と訳出した。「Tätige Reue」に関する検討（ドイツにおける議論状況およびその日本での導入可能性・必要性）については、別稿に譲ることにする（Morten Blöcker, Die Tätige Reue, 2000 なども参照）。
- 35) 「行為による悔悟」に関する1751年バヴァリキー刑法典23条の条文は以下のとおり（法文の原文は CODEX JURIS BAVARICI CRIMINALIS DE ANNO MDCCLI, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988 による。なお、Buschmann, a. a. O., S. 185 も参

照)

§ 23 Blosser Reumüthigkeit würcket mehr nicht, als daß das genus mortis einigermaßen abgeändert werden mag. Welches jedoch so leichterdinge nicht geschehen soll, sonderbar wann es der Inquisit zu lang damit anstehen läßt, und seine wahre Reu nicht gleich anfänglich bey dem ersten gütlichen Constituto, mittels einer aufrichtiger Bekantnuß, zu Tage legt.

(第23条 単なる改悛はもはや効果を持たない, ただし殺人に関する罪はある程度は修正され得る。しかしそのようなことは, 奇妙にも審問がそれによりあまりに長期に遅滞させられ, そしてその者の真の悔悟が最初の平和的な裁判の際に, 最初の誠実な告白により, まず最初に明らかにされなかった場合には, 容易に行われるべきものではない。)

36) Müller, a. a. O., S. 46; Buschmann, a. a. O., S. 185.

37) 中止未遂に関するクラインシュロートの刑法理論については, 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)」法学(東北大学)63巻(1999年)667頁以下を参照。

38) 1802年クラインシュロート草案の58条の条文は以下のとおり(法文の原文は Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, Verfaßt v. Gallus Alois Kleinschrod, 1802 による。なお Müller, a. a. O., S. 47 も参照)。

§ 58 Hat jemand ein Verbrechen angefangen, aber dessen Vollendung freywillig unterlassen, so ist ihm wegen des nächsten Versuches vom Richter vor versammeltem Gerichte ein Verweis zu ertheilen.

(第58条 ある者が犯罪を着手したが, その既遂を任意に行わないままにする場合には, その者は近い未遂を理由として, 集められた裁判において裁判官により戒告を受ける。)なお, この1802年クラインシュロート草案における未遂犯に関する規定として, 57条に次のような規定があった(法文の原文は Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, Verfaßt v. Gallus Alois Kleinschrod, 1802 による)。

§ 57 Wenn aber in der Folge dieses Gesetzbuches die Strafe des Versuches bestimmt wird, so ist dieß nur von jenem Versuche zu verstehen, welcher gegen den Willen des Urhebers unvollendet blieb.

(第57条 しかしこの法典の条文において未遂の刑罰が規定されている場合には, これは起因者(Urheber)の意思に反して既遂とならなかった未遂のみと理解されるべきである。)

この57条の規定によれば, 「起因者の意思に反して既遂とならなかった未遂のみ」が処罰の対象となる未遂として規定されていることになるので, その場合には1532年のカロリナ刑事法典178条と同様の, いわゆるフランス型の「未遂犯の消極的要素」として中止犯が規定されていることになる。すなわち, 中止犯の場合を未遂犯の場合から排除しつつ, その中止犯の場合には「戒告(Verweis)」という特殊な法律効果がもたらされるものとされていたわけである。

39) Müller, a. a. O., S. 47.

40) Rüping, a. a. O., S. 71.

41) 法文の原文は Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das

Königreich Baiern, 1810 による。

第三章 19世紀, ライヒ刑法典制定まで (領邦国家法時代)

第一節 バイエルンとヴュルテンベルク 南ドイツの変転

(1) バイエルン

フォイエルバッハにより起草された1813年バイエルン刑法典は当時のドイツにおいて最も先進的な刑法典であった¹⁾。その未遂犯規定は、未遂を「近い未遂 (nächster Versuch)」(60条, 61条)と「遠い未遂 (entfernter Versuch)」(62条)に分類した。前者が現在の未遂犯であり、後者は現在の予備にあたる²⁾。そしてその中止犯規定は次のようなものであった³⁾。

§ 58 Der Versuch ist von aller Strafe frei: wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches letztere jedoch nicht vermuthet wird.

Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer andern Person, oder auf andere Art die Uebertretung auszuführen, ist eben so zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden.

(第58条 行為者はその遂行に関して、外部的妨害のためや、もしくは無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によっても、その実行を見合わせた場合には、その未遂は全ての刑罰を免れる。但し後者に挙げた内心的事情は推定されない。

確かにその遂行を任意に、しかし他の時間に、他の場所で、他の者に関して、ないしは他の手段で犯罪を実行する意図で断念した者は、

その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰され得る。)

この1813年バイエルン刑法典の中止犯規定は、その後の多くのドイツの領邦国家にも強い影響を与える⁴⁾、三つの大きな特徴を持っていた。

その一つが、未遂犯の範囲を「実行の着手を含む全ての行為」として処罰した上で、その未遂犯の成立を前提にして、中止犯規定をそれとは別個に規定するという「未遂犯成立を前提とする中止犯概念の規定化」である。すなわち、当時の1810年フランス刑法典2条が採用していたような、未遂犯の消極的要素として中止犯を規定するのではなく⁵⁾、また1751年のバヴァリヤ刑法典に見られるように単なる量刑規定として規定するのではなく、中止犯も未遂犯の範疇に入れた上で、中止犯の場合を別個に中止未遂として規定する、という法律形式が採用されたことである。この「未遂犯成立を前提とした中止犯の規定化」は、その後のドイツの領邦国家の刑法典に急速に広まっていった。

そしてこの1813年バイエルン刑法典の中止犯規定の二つめの特徴として、中止犯が認められた際の法律効果が「不処罰となる」とされたことが挙げられる。それまでの中止犯に対する法律効果としては、未遂犯の消極的要素とされるか、もしくは単なる処罰減輕にとどまったり、何らかの形で他の制裁に代えるにとどまったりするものばかりであった。個別的規定ではなくて一般規定において、未遂犯の成立を前提とした上で中止犯の成立を問題とし、しかもその法律効果を不処罰にしたのは、実定法の中ではこの1813年バイエルン刑法典が最初のもと考えられるのである。

しかしこのような「不処罰」という大きな法律効果に対して、単純にそれまでよりも中止犯は優遇されていた、と評価することはできない。というのも、この中止未遂の「不処罰」という法律効果は、1813年バイエルン刑法典においては二つの例外により、制約を受けていたからである。すなわちその一つが59条の警察監視の場合であり、もう一つが63条の加重的未遂の場合である。

まず、1813年バイエルン刑法典の59条においては、次のような規定が置かれていた⁶⁾。

§ 59 Straflose Versuche solcher Verbrechen, worauf Todes- oder Kettenstrafe, Zucht- oder Arbeitshaus gesetzt ist, haben gleichwohl die Anordnung besonderer persönlicher Polizeiaufsicht zur Folge.

（第59条 死刑ないしは鎖刑，懲役施設ないしは矯正施設が科せられるような犯罪の不処罰となるような未遂は，それにもかかわらず特別な一身の警察監視の命令を，結果として伴う。）

すなわち，仮に中止未遂として不処罰とされたとしても，必ず警察監視に付されることになったのである⁷⁾。ツァハリエはこのような規定に対して，任意に中止した者に対してさらなる犯罪防止のために警察監視にかけるとは，既に刑法による予防が効果的に示された以上，不必要なことであり，かつこの規定により中止の不処罰が形骸化されるとして，批判した⁸⁾。

そして「不処罰」という中止未遂の法律効果に対するもう一つの制約が，1813年バイエルン刑法典の63条における，加重的未遂に関する以下のような規定であった。

§ 63 Enthält der Versuch selbst schon ein vollendetes Verbrechen, so sind die vorhin bestimmten Strafen des Versuches mit Schärfung anzuwenden, wenn nicht die Strafe des in dem Versuche enthaltenen vollendeten Verbrechens schwerer ist, in welchem Falle die letztere nebst Schärfung in Anwendung kommt.

（第63条 未遂それ自身が既に既遂の犯罪を含んでいる場合に，未遂の中に含まれる既遂の犯罪の刑罰がより重くないときには，先に規定された未遂の刑罰が加重して適用されるべきである。そのような場合には，既遂犯罪の刑罰は加重された未遂の刑罰とともに適用される。）

この規定は，「未遂犯が成立している（通常の）加重的未遂」の場合，すなわち例えば一つの殺害行為を行なった結果，殺人の障礙未遂と傷害既遂が（現在の法理論ならば後者が前者に包括されて評価されるような形で）

両方とも成立しているという場合⁹⁾に、もし未遂犯規定に基づいて減輕された殺人の障礙未遂の刑罰が内部に含まれている傷害既遂の刑罰よりも重くなる時には、未遂犯規定に基づいて減輕された殺人の障礙未遂の刑罰¹⁰⁾に対して加重処理がなされて¹¹⁾適用されるべきであり、そしてそのような場合は傷害既遂の刑罰(= die leztere)は加重された殺人の障礙未遂の刑罰と共に適用される、という規定である。このことから、「未遂犯が(中止未遂となること等により)不処罰となる加重的未遂」の場合には、不処罰となる殺人の中止未遂と傷害既遂が両方とも成立すると考える¹²⁾のであれば、殺人の中止未遂の刑罰が内部に含まれている傷害罪の刑罰よりも軽くなる以上、傷害罪の刑罰が適用されるべきことになる。このように、1813年バイエルン刑法典においては、加重的未遂が中止犯となった場合における内部に含まれた既遂犯の処罰¹³⁾は、未遂犯に対する処罰減輕の処理と、罪数論に基づく処罰の加重の処理とが交錯するような形式で条文上もたらされたものだったのである。

そしてこの1813年バイエルン刑法典の中止犯規定におけるもう一つの大きな特徴は、中止犯の要件として任意性における限定を行うことである。すなわち、任意性の要件が一方では否定的な例示(「外部的妨害のためや、もしくは無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして」)により、また一方では肯定的な例示(「任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって」)により規定され¹⁴⁾、そして中止犯が成立するための任意性の内容を「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」に限定したのである。任意性の内容に限定を施して限定主観説を採用し、なおかつそのような中止犯を一般規定として定めた立法形式としては、最初のものといえる¹⁵⁾。

以上の点から1813年バイエルン刑法典は、それまでの刑法典の中止犯規定に見られない特徴をもつ、画期的かつ独特の中止犯規定を持つことになったと言える。すなわち未遂犯の成立を前提とした「中止未遂」の概念が生まれ、またそのような中止未遂を認めるための要件としての任意性の内容を限定し、そして中止未遂が認められた際には(必ず警察監視を伴い、

また加重的未遂の場合に罰せられる可能性があるものの）不処罰であるとされたのである。

これらの1813年バイエルン刑法典58条の中止犯規定の内容のほとんどは、その中心的起草者であるフォイエルバッハの刑法理論に基づくものであった¹⁶⁾。すなわちフォイエルバッハは、1802年クラインシュロート草案の中止犯規定である58条に対して「任意に完成されないままとはされなかった未遂のみを刑罰に服する¹⁷⁾という、既にカリリナ刑事法典が承認していた規定にしようとしたことは、非常に以って安易すぎるものである¹⁸⁾と批判したのである。そしてさらにフォイエルバッハは、「国家が刑法によって犯罪を未然に防ぐべきなのであれば、国家は刑罰威嚇によって、確かにまだ犯罪それ自身ではないが、しかしやはり予備ないしは犯罪の着手であるような行為を、抑止もしなければならない。国家はそれによりいわば、犯罪者に（正義の）道へと誘導することを試みるのである¹⁹⁾とした上で、「国家が未遂を予防するために、犯罪それ自身を促進しようとするのをしない場合には、国家は特定の条件の下に刑罰威嚇を完全にあきらめることをしなければならない。これは次のような場合である。すなわち、犯罪者が任意にその不法の道から正義の道へと立ち返る場合、そして行為が犯罪者の意思に反して未完成のままであったのではなくて、すなわち刑罰に対する恐れから、ないしは同情の気持ちから、ないしはよみがえった良心のために、そしてその他の内心的原因のために²⁰⁾未完成のままであった場合、である²¹⁾として、1813年バイエルン刑法典の58条の内容とほぼ同じ内容の場合に対して、国家は刑罰を科さないようにしなければならない、と主張しているのである。このように、フォイエルバッハが単なる悔悟的な「同情」「良心」だけでなく、「刑罰に対する恐れ」によって犯罪結果を発生させなかった場合も中止犯に含めた点は、彼の主張する心理強制説にも合致するものであったといえる。そのような「刑罰に対する恐れ」から中止した者こそ、彼の心理強制説からすれば刑罰による威嚇の成功例なのであり、もはや処罰の必要のないものとされたのである²²⁾。そしてさらに

フォイエルバッハは前述のような考え方を前提にしつつ、「しかしながら国家は、やはり任意的に不完成となった未遂の際に、全く何もしない必要があるわけではな²³⁾く、「そのような者が特別な警察の注意の下におかれることも、不当なものとは見なされ得ない²⁴⁾」として、警察監視の制度の必要性について主張している。これは1813年バイエルン刑法59条の警察監視の規定と符合するものである。

このようにフォイエルバッハによる最新の刑法理論が投影されたはずの1813年バイエルン刑法典ではあったが、この先進的かつ理論的な刑法典は実務から遊離するという弊害を伴いやすく、「その体系がより首尾一貫して施行されたにもかかわらず」、「むしろまさにこの体系を理由として²⁵⁾」、実務においては認められなかった。「1813年から1818年までの期間において、信頼すべき解釈および修正命令が、公的な解釈手段として法的効力を伴って発表されたその刑法典への注釈書がある²⁶⁾」にもかかわらず、次から次へと連続して出された²⁷⁾のである。このような多くの修正命令の存在や、フォイエルバッハにより基礎づけられた刑法理論が維持できないものであるという認識、そして1818年のバイエルン憲法において、バイエルン国内全体において同一の立法が適用されるべきであるという原則があったにもかかわらず、1813年の刑法典がライン川の手前側に存在する七つの管区においてのみ有効なものとされ、ラインプファルツにおいてはフランス刑法がほとんど変更のない規定で有効なものとされたことなどから²⁸⁾、1819年にはバイエルン政府は新刑法の作成を決定し²⁹⁾、1822年にはバイエルン王室枢密院の協力の下で、ゲンナーの手による草案が公表されることになった。その中止犯規定は以下のとおりである³⁰⁾。

§ 96 Der Versuch wird straflos, wenn die Vollendung des bezielten Verbrechens nicht durch Zufall, Unvermögenheit oder äußere Hindernisse unterblieben, sondern der Thäter von dem Unternehmen freiwillig, es sey aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe, abgestanden ist.

（第96条 目指された犯罪の完成が、偶然の事情、無能力、ないしは外部的障害によって起こらなかったのではなくて、行為者がその実行を任意に、すなわち良心、同情、ないしは処罰に対する恐怖から取りやめた場合には、その未遂は不処罰となる。）

この規定の文言において、中止犯が未遂犯の成立を前提とすること、要件となる任意性の内容を「良心、同情、ないしは処罰に対する恐怖」に限定すること、そして中止未遂となった場合の法律効果を「警察監視を伴う³¹⁾不処罰（ただし加重的未遂の場合に関する例外あり³²⁾）」としたことから、この規定は1813年バイエルン刑法典と何ら変わらない内容をもつものであったようにも見える。しかしこの1822年のゲンナー草案の中止犯規定には、1813年バイエルン刑法典の中止犯規定と決定的に大きく異なる点があった。それは、中止犯規定を未遂犯規定³³⁾の中に置くことをせずに、「行為による悔悟（thätige Reue）」とした上で、単なる「可罰性の消滅（Erlöschung der Strafbarkeit）」事由として規定した³⁴⁾、という点である。この結果として中止は未遂概念とは全く切り離されてしまい、単なる量刑事由として扱われたも同然となってしまった。このように1822年ゲンナー草案は全体的に1813年バイエルン刑法典を換骨奪胎したに過ぎないものであり³⁵⁾、エルステッドやミッターマイヤーなどからも厳しく批判されることになった³⁶⁾。そしてフォイエルバッハをよく知るツェントナーが1823年に司法大臣に就任したことから、1824年に再び刑法草案作成の作業がフォイエルバッハに委嘱されることになる。

再びフォイエルバッハの手によって起草された³⁷⁾1824年草案において、その中止犯規定である27条、およびその条文中に挙げられた26条の文言は、以下のようなものであった³⁸⁾。

§ 27 Wenn die Vollendung des Verbrechens nicht bloß durch Untauglichkeit der gebrauchten Mittel und Werkzeuge oder durch Zufall, Gewalt und andere äusere Ursachen verhindert oder vereitelt wird, sondern der Verbrecher aus eigenem Antriebe, aus Mitleid, Reue

oder auch Furcht vor Strafe sein Unternehmen aufgibt, so ist derselbe, außer im Falle des Art. 26 keiner Strafe unterworfen.

(第27条 犯罪の完成が、使用された手段や武器が役に立たなくなったことによって、ないしは偶然の事情、暴行、そしてその他の外部的原因によって、単に阻止され若しくは挫折したのではなくて、犯罪者が自らの動機から、同情、悔悟、処罰に対する恐怖から、その実行を放棄した場合には、26条の場合を除いては、その者は処罰を受けない。)

§ 26 Enthält der Versuch selbst schon ein vollendetes Verbrechen, so sind die vorhin bestimmten Strafen mit Schärfung anzuwenden, wenn nicht die Strafe des in dem Versuche enthaltenen vollendeten Verbrechens schwerer ist, in welchem Falle die letztere nebst Schärfung in Anwendung kommt.

(第26条 未遂それ自身が既に既遂の犯罪を含んでいる場合に、未遂の中に含まれる既遂の犯罪の刑罰がより重くないときには、先に規定された刑罰が加重して適用されるべきである。そのような場合には、既遂犯罪の刑罰は加重された(未遂の)刑罰とともに適用される。)

この1824年のバイエルン刑法草案における最も重要な変更点としては、まず1813年バイエルン刑法典に比べて、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯を処罰することが、法律の文言においてもより明確にされた点である。すなわち中止犯規定である27条の文言中に、加重的未遂の場合に関する「26条の場合を除いては」という文言が挿入され、そしてさらに中止犯である場合の法律効果が、1813年バイエルン刑法典の「その未遂は全ての刑罰を免れる(Der Versuch ist von aller Strafe frei)」ではなくて、「処罰を受けない(keiner Strafe unterworfen)」に変更されたのである。このことにより、1813年バイエルン刑法典58条では、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯に対する刑罰までもが不処罰となるかのような表現であったのが、1824年バイエルン刑法草案では、このような不処罰という法効果

が加重的未遂の場合を除くものであることが明確にされたのである。

そしてもう一つの変更点としては、警察監視の規定が削除された。これは前述のように、画一的に警察監視をもたらすという法律効果が、中止未遂の刑事政策的な効果を減殺することになるとされたためと考えられる。すなわちたとえ中止したとしても必ず警察監視に付されるのであれば、結局として刑罰が科されているのと変わらない効果をもたらしてしまうため、自止の奨励としての効果が薄れてしまうのである。また、中止犯の任意性の内容の限定について「良心（Gewissensregung）」が「悔悟（Reue）」に変更されたり、58条2項の「犯罪の単なる後日延期の場合」に関する規定が削除されたりなどしている。

しかしこの1824年のフォイエルバッハ草案は、フォイエルバッハが不快感からその草案作成の作業を自ら中止したために、結局バイエルンの公的な草案となることなく³⁹⁾、フォイエルバッハの手元に置かれて、長い間明らかになれないままとされた。1822年草案に続くバイエルンの公的な刑法草案としては、まず1827年バイエルン刑法典修正草案⁴⁰⁾が挙げられるが、この草案の中止犯規定は1822年バイエルン刑法典の内容を踏襲するにとどまるものであった。やがて1831年バイエルン刑法典草案に至って、ようやく再び中止犯規定は未遂犯規定の中に置かれるようになった⁴¹⁾。しかしその成立要件・法律効果は1813年バイエルン刑法典と変わらず、任意性は限定され、警察監視を伴う不処罰をその法律効果としていた。

そしてこのような改正作業の中で、1848年8月に、当時まだ施行されていた1813年バイエルン刑法典の中止犯規定に文言上の改正が加えられることになる。改正後の規定は以下ようになった⁴²⁾。

§ 58 Der Versuch ist von aller Strafe frei : wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist.

Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer anderen Person, oder auf andere Art die Uebertretung auszuführen, ist ebenso zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden.

(第58条 行為者がその遂行に関して、外部的妨害のためや、もしくは無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を見合わせた場合には、その未遂は全ての刑罰を免れる。

確かにその遂行に関して任意に、しかし他の時間に、他の場所で、他の者に関して、ないしは他の手段で犯罪を実行するために、故意に断念した者は、その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰され得る。)

すなわち第58条1項の末尾の「但し後者に挙げた内的事実情は推定されない(welches letztere jedoch nicht vermuthet wird)」という文言が、「刑典の第1部のいくつかの規定の変更に関する1848年8月29日の法律」第8条2項によって、削除されたのである⁴³⁾。この結果として、任意性があったと認められるためには、それまでは「良心、同情ないしは処罰に対する恐怖」があったことを、必ず被告人の側が積極的に立証しなければならなかったのが、1848年の改正でその立証責任が撤廃されたために、このような被告人の側の立証責任の負担が軽減されることになったのである。

そして1854年に、バイエルン王国における重罪と軽罪に関する法典草案が出された⁴⁴⁾。その中止犯規定は、未遂犯規定と同じ条文の第2項として、以下のように規定された⁴⁵⁾。

§ 37 Wer in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, eine Handlung vorgenommen hat, welche schon einen Anfang der Ausführung desselben enthält, soll, wenn das Verbrechen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs dieses Verbrechens bestraft werden.

Ist jedoch der Thäter von der Vollführung der beabsichtigten That freiwillig und gänzlich abgestanden, so bleibt der Versuch straflos.

（第37条 犯罪を行う意図で、既にその犯罪の実行の着手を含む行為を行なった者は、その犯罪が既遂に至らなかった場合には、この犯罪の未遂として処罰される。

しかし行為者が意図した行為の遂行を任意に、そして完全に取りやめた場合には、未遂は不処罰なままである。）

ここで、バイエルンにおいては1813年以来初めて、任意性における限定的な列挙が取り扱われた中止犯規定の案が出されたのである。ただ、なぜこのような形で限定主観説が採用されなくなったのかについては、その理由書においても明らかではない⁴⁶⁾。また、未遂犯の成立を前提とした中止犯（中止未遂）という概念はなおも維持されているようではあるものの、中止犯の規定が未遂犯と同じ条文に規定されることになった。そして単なる実行延期に過ぎないような場合に関しては、「完全に取りやめた」という文言から導かれるもの、とされていた⁴⁷⁾。ただ、加重的未遂についての規定は削除されたようであり、未遂犯規定の部分にも量刑規定の部分にも発見できなかった⁴⁸⁾。

そして1860年にバイエルン刑法典草案が出され、これが1861年に成立してバイエルン王国刑法となった⁴⁹⁾。その規定はいずれも次のような同じ文言であった⁵⁰⁾。

§ 47 Der Versuch eines Verbrechens ist vorhanden, wenn Jemand in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, eine Handlung vorgenommen hat, welche schon den Anfang zur Ausführung des Verbrechens enthält, und die Vollendung des letzteren nur wegen äußerer, vom Willen des Thäters unabhängiger Umstände unterblieben ist.

Die Bestimmung des Absatzes 1. findet auch auf Vergehen und Uebertretungen entsprechende Anwendung.

（第47条 ある者が重罪を実行する意図で、既に重罪の実行の着手を

含んだ行為を試み、そしてその行為の既遂が、外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ為されないままとなった場合には、重罪の未遂が存在する。

第1項の規定は軽罪や違警罪にも適用される。))

すなわちこの規定により、1813年バイエルン刑法典で採用された「未遂犯の成立を前提とする中止犯概念」は放棄され、1532年カロリナ刑事法典や1810年フランス刑法典に見られたような、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする規定形式が採用されたのである。これは1813年バイエルン刑法典の未遂犯規定の最大の特徴ともいべき「中止未遂」の概念が、その本拠地・発祥地であるバイエルンにおいてさえも、フランス型の「中止犯」概念に取って代わられた瞬間でもあった。なぜ、中止犯の規定形式に関するこのような一大転換がなされたのであろうか。だが1860年バイエルン刑法典草案の理由書においては、中止犯について何ら語られるところが無い⁵¹⁾。

この点について、まずステンクラインは、「未遂において犯罪意思が可罰的な対象を形成するという前提からの最後の帰結は、その意思が変更され、そしてその結果として行為者が未遂を放棄した場合には、可罰的な対象はそもそもはや与えられていないということである⁵²⁾」とした上で、「任意的な未遂の放棄は、全ての立法によれば既に存在している未遂行為の可罰性を破壊するもの」であり、「1813年の刑法典によればこれは独立した条項において述べられていた」が、「1861年の刑法典はフランス刑法典の例に従って、消極的な表現方法によってその結果へと至った。すなわち『犯罪の既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってなされないままとなった場合』である」と述べている⁵³⁾。そして任意性の内容の限定を行わなくなった点については、「放棄の動機、すなわち悔悟、恐れ、同情なのかどうかは、どうでもよい。任意的な放棄と外部的妨害事由が競合する場合には、それでも不処罰が発生する。というのは、法律は『のみ』と述べているからである」としている⁵⁴⁾。すなわち、それらの任意性

を限定する要件が、条文上の要件としても、また解釈論の学説上の要件としても要求されなくなり、この結果、中止犯の成立範囲はそれ以前に比べて、任意性の要件が軽減された分、かなり広がったことになるのである。また単なる実行延期の場合については、「単に行為が放棄されるだけではなく、意思が変更されなければならない、すなわち未遂を為した者が、犯罪が実行されないことを望まなければならない。その者が行為のみを放棄したが、しかし意思は存在したままであった場合には、これは刑法の下に従うことでも、存続している意思が直ちに再び新しい未遂行為を呼び起こすものではないという保証でもない。したがって未遂行為を不処罰にするためには、未遂は完全かつ永久に放棄されなければならない」としており⁵⁵⁾、1813年バイエルン刑法典58条2項が明文として存在した場合と、解釈論上同様に考えるべきである、としている⁵⁶⁾。そして最後にステンクラインは、1861年バイエルン刑法典の中止犯に関する記述において、「陪審裁判事件における未遂に関する処罰規定の適用の際に、どの程度に未遂の不処罰の事由が確認されなければならないか、とりわけ任意的な放棄が存在しないかどうかということについては、あいまいであるように思われる。」「1813年の刑法典によれば、任意的な放棄は、それ自体可罰的な未遂に対する抗弁であった。今や任意的な放棄は未遂の概念を消滅させる事情として取り扱われているので、その問題設定に不処罰の事由はいずれにせよなじむものでなければならない」という、注目すべき指摘を行なっている。すなわち1813年刑法典では「中止犯であること」は未遂に対する抗弁事由であったが、現在の1861年刑法典の下ではそうではない、と述べているのである。

さらに、ヴァイスは1861年バイエルン刑法典の中止犯に関して、「法律が可罰的な未遂の構成要件に要求する第三の要素は、意図された犯罪の既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみなされないままとなった場合」であるとした上で、「この関連においてもまた、新しい刑法典は全く以て本質的に、1813年刑法典とは区別される。後者（1813年刑法

典)によれば、重罪を実行する意図において、この犯罪の既遂ないしは予備に向けられた外部的な行為が行われたことは、可罰的構成要件に十分である」と述べて、1861年バイエルン刑法典と1813年バイエルン刑法典の対比を行なっている⁵⁷⁾。そして1813年の規定について、「上記の58条は、刑事被告人に抗弁ないしは免責を許容するだけのものであり、被告人が既遂を、外部的な阻止、無能力、ないしは偶然の事情によって阻止されたのではなくて、任意に、良心、同情、ないしは処罰の恐れから、実行を放棄した場合に、その被告人に不処罰を確約するものなのである。単なる抗弁ないしは免責としてのこの規定の特徴を、法律は、あらゆる疑いを排除するために、後者のもの、すなわち行為者が実行を任意に放棄したことは、推定されないという補足、すなわち行為者がこれを証明しなければならないという補足により、なおより明確に示した」として、1813年バイエルン刑法典58条1項の末尾に1848年まで存在していた「但し後者に挙げた内的事実事情は推定されない(welches letztere jedoch nicht vermuthet wird)」という文言により、「単なる抗弁ないしは免責」としての中止犯の規定の特徴が明確に示されていた、と指摘するのである⁵⁸⁾。そしてヴァイスは1861年バイエルン刑法典の規定について、「既に、新しい法典においてはもはや抗弁にかかわる問題ではなく、言及された事情が今や可罰的な未遂の構成要件に必要とされているということにおいて、これまでの法律とは非常に本質的な相違点が存在している。被告人にはこの点において今や、立証責任はもはや存在せず、検察側が、一般的に可罰的行為の構成要件に必要とされるあらゆる事情のように、犯罪の既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ為されないままとなったこともまた立証しなければならないのである。この点において疑問が存在する場合には、古い法(筆者注：1813年刑法典)によれば被告人がその抗弁を完全には証明できる立場にはなかった場合には、その抗弁が顧慮されないままであったのに対して、(1861年刑法典では)その疑問は被告人の有利になるように解されねばならないのである。陪審裁判所に向けられるべき場合において、今

問題になっている事情は明らかに陪審員の所に置かれるべき問題において受け入れられ、そしてこの点について、それによって有罪判決が生じ得ることが肯定されなければならない、そしてその他の場合においても、このような事情の存在は、判決においてとにかくある方法で疑いもなく立証されなければならないのである」と述べているのである⁵⁹⁾。すなわち1861年バイエルン刑法典のようなフランス型の中止犯の規定形式を採用した場合には、検察官が未遂犯の立証の際に「中止犯ではないこと」をも立証する必要があり、もしこの立証が疑わしく思われる場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の考えにより、被告人にとって有利になるよう解されねばならない、としたのである。このように、1813年バイエルン刑法典の中止犯形式と、1810年フランス刑法典の中止犯形式（すなわち1861年バイエルン刑法典の中止犯形式）とでは、中止犯を「単なる被告人の側からの抗弁」として捉えるか、もしくは「未遂犯成立のためにその不存在を検察官が積極的に立証せねばならない事実」として捉えるかという、非常に大きな違いが生じていたのである。

そしてヴァイスは任意性に関しても、1813年バイエルン刑法典と1861年バイエルン刑法典の対比を行なっている。すなわち「後者（1813年刑法典の規定）は不処罰を、行為者が良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を任意に見合わせた場合に対してのみ、確約した。したがってその他の全ての場合において、刑罰が生じた。このことは、とりわけ行為者の任意的な放棄と外部的な阻止が相互に競合している場合に、実際そのとおりであった。それに対して新しい法律によれば、この場合において常に不処罰が発生する、なぜなら、その法律は可罰的な未遂の構成要件として、既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ為されないままとなったことを要求しており、したがって既遂が一部にはそのような事情によって、一部には任意的な放棄によってなされないままとなった場合には、構成要件は存在しないからである」⁶⁰⁾として、ステンクラインと同様に、任意的な放棄と外部的な阻止の競合の場合に、1813年刑

法典では中止犯は認められなかったが、1861年刑法典では中止犯が認められるとしたのである⁶¹⁾。

最後にヴァイスは単なる実行延期の場合について、1813年刑法典には58条2項の規定が存在したことを指摘しつつ、「1813年の刑法典の体系においてこのような規定は根拠づけられ得るが、新しい法典の体系とその規定はまさに相容れないものと思われる。行為者が着手された行為の継続を任意に中断した場合には、犯罪の既遂は外部的な、行為者の意思によらない事情によってではなくして、他の理由から為されないままとなっており、したがって可罰的な未遂の構成要件のために必要な要素が欠けており、すなわち可罰的な未遂は存在せず、そして行為者はそのような未遂としては処罰され得ないのである。どのような理由から既遂が為されないままとなったのかは、この場合においては全く重要ではないように思われる、したがって行為者がその犯罪活動を放棄したときに、どのような意図をその行為者がもっていたのかということもまた、重要ではないのである」と述べている⁶²⁾。すなわち、単なる実行延期の場合であっても、「行為者の意思によらない事情によって」結果が発生しなかったわけではないので、可罰的な未遂の要素が欠けている以上、不処罰となる、と指摘し、この点について1813年刑法典の58条2項と同様の考え方を1861年刑法典においても維持したステンクラインに対して、「彼(=ステンクライン)の誤りの理由は、明らかに彼が、そもそもこの理論全体におけるように、とりわけこの点について新しい法と古い法の本質的な区別を十分には明確にしなかったことに存在する」と批判した⁶³⁾のである。

以上のように、1813年バイエルン刑法典から1861年バイエルン刑法典への中止犯規定の形式の移行は、その中止犯の内容に重大な影響をもたらすものだったのである。すなわち、1813年刑法典では中止犯は「単なる被告人の側からの抗弁」として捉えられていたのに対し、1861年刑法典では中止犯は「未遂犯成立のためにその不存在を検察官が積極的に立証せねばならない事実」として捉えられることになり、中止犯に関する事実の立証責

任が被告人側から、検察側へと完全に移行することになった。しかも未遂犯で訴追する場合には検察官は常にこの事実の不存在を積極的に立証せねばならないのである⁶⁴⁾。また任意性の内容に関する限定規定が消滅したことで、どのような動機から中止したとしても、ヴァイスによれば、たとえ単なる犯罪の後日延期の場合であっても、「外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ」結果が発生でなかったのではない限り、未遂犯として処罰できず、不処罰となったのである。これらの二つの結果として、1861年刑法典においては、1813年刑法典に比べて、中止犯の成立範囲は著しく拡大することになったといえると考えられる。そしてこのようなフランス型の、「中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする」未遂犯の規定形式への移行は、バイエルンのみならず、他の主要な領邦国家
 具体的にはヴュルテンベルク、そしてプロイセンにおいても、19世紀中頃にみられる現象なのであった。

(2) ヴュルテンベルク

ヴュルテンベルクにおいても19世紀の初めに、現在に近い刑法典によって普通法を補う必要性が感じられたため⁶⁵⁾、刑法典の草案が作成されることとなった⁶⁶⁾。そしてこのヴュルテンベルクの刑法草案においては、ほぼバイエルンと同様の内容をもつ中止犯規定がおかれることとなった。まず1823年のヴュルテンベルク刑法草案の中止犯規定は、以下のような文言である⁶⁷⁾。

§ 41 Der Versuch, sofern er kein eigenes vollendetes Verbrechen oder Vergehen enthält (Art. 46), ist straflos: wenn der Handelnde an der Vollbringung erweislich nicht durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, sey es aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe, von dem Unternehmen abstand.

Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze

aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer anderen Person, oder auf andere Art die That auszuführen, ist ebenso zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre gehindert worden. (第41条 行為者がその遂行を明らかに外部的な妨害, 無能力または偶然によって阻止されたのではなくて, 任意に, すなわち良心, 同情ないしは処罰に対する恐怖からその実行を見合わせた場合には, 未遂は, その未遂が固有の既遂の重罪ないし軽罪を含んでいない限りにおいて(46条), 不処罰となる。

確かにその遂行を任意に, しかし他の時間に, 他の場所で, 他者に関して, ないしは他の手段で行為を実行する意図で断念した者は, その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰される。)

すなわちまず 「外部的な行為」に基づく未遂犯の一般的な成立⁶⁸⁾を前提にした上で, そのような「未遂犯成立を前提とする中止犯概念の規定化」が行なわれた点, 中止犯の法律効果を「不処罰(straflos)」としつつ, その場合にも警察監視⁶⁹⁾に付されたり, 加重的未遂の場合⁷⁰⁾にはその内部に含まれた既遂犯の刑罰が科されたりした点, そして 中止犯の成立要件として, 任意性における内容の限定(「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」)を行なっている点, さらには 単なる実行の延期の場合に中止未遂の成立を排除する明文規定があった点から, この1823年ヴェルテンベルク刑法草案の中止犯規定は, 1813年バイエルン刑法典の中止犯規定の内容をほぼ踏襲する形になっていると言えるのである。

その後, 1832年に再び刑法草案が作成された。その中止犯規定は次のような文言であった⁷¹⁾。

§ 58 Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sey es aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist.

Enthält aber ein solcher Versuch ein für sich bestehendes Verbrechen oder Vergehen; so trifft den Thäter nur die durch letztere verwirkte Strafe.

（第58条 行為者が行為の遂行を、偶然の、その行為者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を見合わせた場合には、その未遂は不処罰となる。

しかしその未遂がそれ自体として存在している重罪ないし軽罪を含んでいる場合には、後者により実現される刑罰のみが行為者に科せられる。）

すなわち1823年の草案に比べて、⁷²⁾および の特徴については変更がないものの、 に関して、警察監視の制度が削除され、さらに加重的未遂の場合の規定が第2項に移されている。また に関して、単なる実行延期の場合に中止未遂の成立を排除する旨の明文規定が削除された。このような修正の方向性は、奇しくも1824年のバイエルンのフォイエルバッハ草案の修正の方向性と軌を一にするものであった。すなわち、刑事政策的な効果を減殺することになりかねない警察監視制度の廃止や、単なる実行延期の明文規定の削除などは、1824年のフォイエルバッハによるバイエルン刑法草案において行なわれた修正と重なる部分が多かったのである。このことは、1824年のフォイエルバッハ草案が公開されたものではない⁷³⁾ことから、当時の学問的議論においても、そのような方向での中止犯規定の立法が望ましいものであるとされたことを示すと考えられる。

そしてこの1832年のヴュルテンベルク刑法草案の内容はチュービンゲン大学の法学部に伝えられ、その評価を受けた⁷⁴⁾。そしてその評価に基づいて草案は作り直され、1835年に理由書とともに公表されて、間もなく議会にも提出された⁷⁵⁾。これが1835年ヴュルテンベルク刑法草案である。その中止犯規定は、1832年ヴュルテンベルク草案の規定内容とほぼ同じ内容のものであった⁷⁶⁾。

そして1837年に代表者議会の委員会はその報告を完成させ、1838年10月19日まで両議院の審議が行なわれ、草案が新しく編集された⁷⁷⁾。この新しい草案が、1838年ヴェルテンベルク刑法草案である。その後、その新しい草案は、1838年10月21日の通達によって王室の裁可を受け、そして1839年3月1日に法律として発表された⁷⁸⁾。これが、1839年のヴェルテンベルク刑法典である⁷⁹⁾。この1838年の刑法草案と1839年の刑法典における中止犯規定は、条文の番号が異なるものの⁸⁰⁾、文言は全く同じものである。それは以下のようなものであった⁸¹⁾。

§ 73 Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sey es aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe, von dem Unternehmen abgestanden ist.

Ist ein Verbrechen ausnahmsweise schon in seinen Vorbereitungs-handlungen mit Strafe bedroht (Art. 63), so kommt hinsichtlich solcher Handlungen vorstehende Bestimmung gleichfalls zur Anwendung.

Enthält der Versuch oder die Vorbereitungshandlung ein für sich bestehendes Verbrechen, so trifft den Thäter die hiedurch verwirkte Strafe.

(第73条 行為者が行為の遂行を、偶然の、その行為者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を見合わせた場合には、その未遂は不処罰となる。

犯罪が例外的に既にその予備行為を処罰している場合(63条)には、その予備行為に関して、上述の規定は同様に適用される。

未遂ないし予備行為がそれ自体として存在している犯罪を含んでいる場合には、これにより実現される刑罰は行為者に科せられる。)

すなわち、前述の「未遂犯成立を前提とする中止犯概念の規定化」⁸²⁾や

任意性における内容の限定（「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」）は結局として維持されたままであったが、⁸³ に関して1832年草案、1835年草案と同様に警察監視の制度が削除され、また⁸⁴ に関して、これまた同様に単なる実行延期の場合に中止未遂の成立を排除する旨の明文規定が置かれなかった。1835年草案との比較の点では、予備罪に関する規定が2項に追加されたこと（予備罪の中止を認める明文規定）が目立つ。このように、1839年ヴュルテンベルク刑法典の中止犯規定は、警察監視の規定や実行延期の際の明文規定の点においては異なるものの、その基本的構造に関して言えば、1813年バイエルン刑法典に非常に近い形式の内容を持っていたものといえる。実際、この1839年ヴュルテンベルク刑法典は、その大部分を1813年バイエルン刑法典に依拠していたのであり、また例えばその理由書においてもフォイエルバッハによって主張された心理強制説が、決定的ではないとしても、特に有効なものとして認められていたのである⁸³。そしてこのような1839年ヴュルテンベルク刑法典の中止犯規定について、フフナーゲルは「任意的に放棄された未遂の不処罰は、法的根拠に基づくものではなく、単に政策的な根拠に基づくものであるということ」、「そのような未遂は法律上は完全に処罰され得るものであろうこと」、そして「そのような未遂はむしろ、犯罪者を既遂に至らせないようにして、後戻りする気にさせるためにのみ不処罰なものとして解釈されるということ」は、ヴュルテンベルクの議会においても認められた、と指摘している⁸⁴。

このように1839年ヴュルテンベルク刑法典の中止犯規定は1813年バイエルン刑法典と同様の考え方を前提にするものであったが、そのヴュルテンベルクの未遂犯・中止犯規定においても、やがてフランス法の影響が現れることになる。すなわち、1849年8月13日の法律の、以下のような規定により、1839年ヴュルテンベルク刑法典の未遂犯に関する規定は、全面的に差し替えられることになったのである⁸⁵。

§ 10 Die gesetzliche Strafdrohung begreift auch, vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen, die Strafe des Versuchs, sofern die

Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Täters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat.

Die Strafe wird nach dem Grade, in welchem sich der Versuch der Vollendung nähert, ausgemessen.

……

§ 12 Die Art. 62-73. des Strafgesetzbuches und die im Art. 107. Abs. 2. des Polizeistrafgesetzes enthaltenen Ausnahmebestimmungen sind aufgehoben.

(第10条 法律上の法定刑は、法律において規定された特別規定を前提として、意図された重罪の実行が着手され、なおかつ偶然の、ないしは行為者の意思によらない事情によってのみ阻止された、またはその効果が失敗した限りにおいて、未遂の刑罰をも含む。

その刑罰は、未遂が既遂に近づく段階に応じて、量刑される。

[第10条第3項、および第11条は省略]

第12条 刑法典の62条から73条までの規定(筆者注:未遂犯に関する規定全部である)、および違警罪法の107条2項において含まれている特別規定は、廃止される。)

この法律変更によって、未遂の刑罰は「偶然」の事情、ないしは「行為者の意思によらない」事情により結果が発生しなかった場合のみ、法律上処罰され得ることになったので、「行為者の意思による」事情により結果が発生した場合、すなわち中止犯の場合には、そもそも可罰的な未遂が存在しないものとされたのである。なぜ1849年の法律によってこのようなフランス型の未遂犯規定⁸⁶⁾への改正が行われたのかは、定かではない⁸⁷⁾。しかし、前述のようなバイエルンにおける、1813年刑法典から1861年刑法典への規定の変更を考え合わせれば、ヴュルテンベルクの方が10年以上も早い変更ではあるものの、同じような考え方により変更が行われたものと考えられる。すなわち、1839年ヴュルテンベルク刑法典では、1813年バイエル

ン刑法典の58条1項に置かれていたような「但し後者に挙げた内心的事情は推定されない（welches letztere jedoch nicht vermuthet wird）」という明確な被告人側の立証責任規定の文言は存在しないものの、中止犯であることはあくまでも「被告人の側からの抗弁事由」だったのである。これに対して、1849年の法律による改正によって、中止犯は未遂犯の範疇から除外されることになり、このことから未遂犯の訴追の際には、検察官は「偶然の」事情によるものであること、ないしは「行為者の意思によらない」事情によるものであることを積極的に立証しなければならず、検察官の側の立証責任の負担が拡大されたと考えられるのである。そしてもう一つ、任意性の内容に関する限定規定（「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」）が消滅したことにより、どのような動機から中止したとしても、「偶然の、ないしは行為者の意思によらない事情によってのみ」結果が不発生であったのではない限り、未遂犯として処罰することはできず、不処罰となったのである。この結果、中止犯とされる範囲は大きく拡大することになったのである。

以上のように、バイエルンだけでなく、ヴュルテンベルクにおいても、未遂犯の成立を前提にした中止犯の規定形式から、未遂犯の成立要件として中止犯ではないことを要求する（フランス型の）規定形式への変転が見られるのである。そしてそれは、中止犯であることの立証責任の検察側への転換と、任意性における限定規定の排除による中止犯の範囲の拡大という、重大な変化をもたらすものであった。そしてこのようなフランス型の規定形式への変転は、当時のドイツにおける大国であったプロイセンの立法過程においても見られる現象である。その一方で、以上に述べたような1813年バイエルン刑法典の中止犯の規定形式を維持しつづけた領邦国家もあった。それがヘッセンである。次節ではこのヘッセンにおける中止犯規定の変遷を追うことにする。

1) Hinrich Rüping, a. a. O., S. 71. なお、この1813年バイエルン刑法典の制定経緯等について詳しくは、Vgl. Berner, Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 78ff.; Edwin Baumgarten, Das

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

1831, S. 24; Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1823, S. 19. これらの法律の全てにおいて、さらに同時に任意性の内容の限定が行われている。

8) Zachariä, a. a. O., S. 314f. すなわちツァハリエは、一方では「新しい犯罪の予防のために、その者自身が犯罪の実行を妨げ、そしてその者において刑法の予防的力を既に十分なものとして証明したような者を、圧迫的な警察監視に服させることは、必要不可欠なものとはされない」(S. 314f.)であろうし、他方では「このような、行為者に対する不信任を表明するような規定によって、一般生活において刑罰と保安手段とがそれほど厳格には区別されず、そして重荷になるような警察監視がわずかな刑罰と同様に手痛いものであり得るといことが考慮される場合には、確約された不処罰によって期待された効果は、非常に損なわれる」(S. 315)と指摘するのである。

9) 当時の罪数論の考え方については検討がまだ不十分な点があり、今後の課題としたい。なお1813年バイエルン刑法典には110条以下のような規定があった。

§ 110 Wird ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen, so sind die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige That zu rechnen, doch als beschwerender Umstand unter den Einschränkungen des Art. 95. bei Ausmessung der Strafe zu berücksichtigen.

Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat, so soll nur die Strafe der schwersten Uebertretung in Anwendung gebracht werden, vorbehaltlich dessen, was in dem Art. 95. Nr. 2. verordnet ist.

(第110条 同じ客体に対する犯罪、ないしは同一の人間に対する犯罪が複数回実行された場合には、その犯罪を継続するような異なった行為は単一の行為として数えられるべきであり、加重するような事情として95条(筆者注：量刑における裁判官の権限の限界に関する規定)の限定の下で量刑の際に考慮されるべきである。

犯罪者が同一行為において同時に複数の犯罪を実行した場合には、最も重い違反の刑罰のみが適用されるべきである。ただし95条2項(筆者注：量刑における裁判官の権限の限界に関して、とりわけ裁判官に与えられた権限についての規定)において指示されたことはこの限りではない。)

この規定の第2項における「同一行為において同時に複数の犯罪を実行した場合」として、現在の観念的競合の場合だけでなく、まさに本文中で述べたような殺人未遂と傷害既遂に両方とも該当するような場合も想定されていたようである。すなわち Protokollen des königlichen geheimen Raths, Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, I. Band, 1813, S. 188 における63条の規定の解説において、「加重的未遂は二重の考慮において可罰的である、第一に行為の中において既遂となって存在している犯罪として、それからもう一つの既遂とならなかった犯罪の未遂として。犯罪の競合(Zusammenfluß)に関する一般的な原則(108条から110条まで)でさえも、このような場合に加重を伴う、より厳しい刑罰が適用されるということが、示されている」と記述されているのである。この点から、当時は殺人未遂と傷害既遂の罪数関係に関して、現在のような法条競合の関係ではなく、両方が成立して110条2項により観念的競合同様の扱いを受けたものと考

えられる。そして加重的未遂に関する63条の規定(およびその解説)も、このような考え方を踏まえたものであったといえる。

- 10) 未遂犯,すなわち「近い未遂(nächster Versuch)」および「遠い未遂(entfernter Versuch)」に対する処罰減輕の程度に関する規定は,それぞれ60条および62条であり,それぞれその既遂の刑罰に比べて,刑種やその刑期に関してより軽い刑罰が定められていた。詳しくは,中川・前掲「一八一三年のバイエルン刑法典()」龍谷法学2巻2・3・4号(1970年)124頁の日本語訳を参照。
- 11) ここでの加重(Schärfung)処理とは,例えば1813年バイエルン刑法典5条の死刑に対する加重としての6条,10条の重懲役刑に対する加重としての14条,15条の懲役刑に対する加重としての17条,27条の軽懲役刑に対する加重としての29条のような規定における処理をさす。すなわち60条および62条において定められた未遂犯の刑罰について,これらの加重処理がなされて適用される,ということを63条の前半部分は示しているのである。そしてこのような加重事由として,実際に1813年バイエルン刑法典107条2項において,「犯罪の競合(der Zusammenfluß von Verbrechen),そして既に処罰された犯罪の累犯」の二種類が挙げられているのである。この63条の規定は,通常の加重的未遂の場合には未遂罪も内部に含まれる既遂罪も両方成立していることを前提にしつつ(前述したProtokollen des königlichen geheimen Raths, Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, 1. Band, 1813, S. 188における63条の規定の解説を参照),107条,110条2項および95条2項2号に基づいて上述の加重処理を行うこととし,その際に未遂罪の刑罰が内部に含まれている既遂罪の刑罰よりも重い場合には,やはりより重い未遂罪の刑罰を基準として加重処理を行う,ということを明確化した規定なのである。以上の点から,この「加重的未遂(qualifizierter Versuch)」という呼称は,このような加重処理が行われるべき,「その中に既遂犯罪を含んでいる未遂犯罪」を指すものとして生じたものと考えられる。よってこれを「加重的未遂」と呼ぶ呼び方は,このような加重処理が(罪数論としてはともかく)刑罰制度上はもはや存在せず,また前提としている罪数論も異にしている現在では,まさに「あまり適切なものではない(wenig glücklich)」(Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl., 1989, S. 88)といえよう。
- 12) このような場合は現在では法条競合として処理されるものであろうが,注9で述べたように,当時はこのような場合は観念的競合の一種として処理されたものと考えられる。
- 13) このような加重的未遂が中止犯となった場合に内部に含まれた既遂犯を処罰するような結論は,現在においては,現行ドイツ刑法典24条の中止犯規定の「未遂としては罰しない(Wegen Versuchs wird nicht bestraft)」という文言の反対解釈として導かれている。すなわち「未遂としては」処罰しないのであるから,「(内部に含まれた)既遂犯としては」処罰できる,と解するのである。Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 549; Adolf Schönke/Horst Schröder/Albin Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 24 Rn. 109; Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Aufl., 1997, § 24 Rn. 23; Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl., 1999, § 24 Rn. 18;

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, S. 291; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000, S. 589 u. s. w.. また、現行ドイツ刑法典の前に施行されていた1871年ドイツライヒ刑法典も、「未遂としては不処罰である（als solcher bleibt straflos）」として、同様に黙示的に加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯を処罰することを認めており、学説においてもそのように解するものがほとんどであった。Vgl. Karl Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 138; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Band., 1930, S. 412; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 100; Franz v. Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 319; Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1934, S. 203; Edmund Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 407; Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 298; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 199 u. s. w.. この点を考慮した上で1813年バイエルン刑法典58条の文言のみを考える場合には、その法律効果は、現在のドイツの中止犯規定とは全く異なるものといえる。すなわち、もし現在の一般的な法理論を前提にした上で、1813年バイエルン刑法典のように中止犯の場合には「未遂は全ての刑罰を免れる（Der Versuch ist von aller Strafe frei）」と規定すると、第一部でも触れたような加重的未遂の場合、例えば殺人を実行しようとして斬りつけ、傷害を負わせてからその殺害を中止したような場合に、殺人未遂罪のみが成立して、それと法条競合関係にある傷害罪は全く成立せず、しかもその成立した殺人未遂罪は中止によって「不処罰」となってしまうことになるのである。これに対して現行ドイツ刑法24条のように「未遂としては罰しない」という法律効果の場合には、その「未遂」としてではなければ処罰できる、という反対解釈がその中止犯規定の文言上からも可能になるために、このような場合には内部に含まれていた「既遂」犯、すなわち傷害罪として処罰できる、と解されるのである。注9においても検討したように、1813年バイエルン刑法典58条のような中止犯規定の法律効果は、罪数論（とりわけ法条競合の場合）に関する現在とは異なる考え方を前提にしていたものと考えざるを得ない。なおこの点に関する現在の議論状況について、前述第三章第一節注11も参照。

- 14) Müller, a. a. O., S. 51.
- 15) なお草案も含めるならば、この1813年バイエルン刑法典のもととなった前述の1810年の「バイエルン王国における重罪と軽罪に関する法典草案」が最初となる。この1810年草案の60条2項2号と3項が、それぞれ1813年草案の58条1項、2項と全く同じ文言である。Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810, S. 25.
- 16) 中止未遂に関するフォイエルバッハの理論については、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について（一）」法学（東北大学）63巻（1999年）662頁以下を参照。
- 17) 前述のように、1802年クラインシュロート草案は58条が前述のように中止犯に関する規定であったのだが、57条には「起因者の意思に反して既遂とならなかった未遂のみ」が処罰の対象となる未遂として規定されていたので、そのような規定の場合には、1532年のカトリナ刑事法典178条と同様の、いわゆるフランス型の「未遂犯の消極的要素」として中

止犯が規定されつつ、その法律効果が「戒告」とされていたことになる。

- 18) Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur = Pfalz = Bayrischen Staaten, 2. Teil, 1804, S. 103.
- 19) Feuerbach, a. a. O., S. 101f.
- 20) この部分の記述に関して、従来、1813年バイエルン刑法典58条は「任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によつても」と任意性の内容をあえて列挙していることから、任意性が認められるのはこのような「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」の場合に「限定」される、という点で、この規定は「限定主観説」を採用していると言われてきた。すなわち最初の「任意に」は「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」のみを指し、これらが制限列挙されているものと解されてきたわけである。実際に、1822年ゲンナー草案や1827年修正草案第90条、1831年草案第45条、さらにはヴュルテンベルクの1823年草案第41条、1832年草案第58条、1835年草案第67条、1838年草案第67条、1839年刑法典第73条においてはこの点を明確化するように、「任意に」と列挙事由との間に「すなわち(es sey, または sey es)」という文言が挿入されている。しかし『クラインシュロート草案批判』のこの部分の記述を見ると、「その他の内心的原因(anderer innern Ursachen)のために」中止した場合にも中止犯として認められることになる。この場合には悪い動機から、例えば近年ドイツで問題となった構成要件外の目的達成の場合(前述序論第二章注40, 立命館法学280号(2001年)48頁参照)に中止したとしても、それが内心的原因によるものであるとされる限りにおいて中止犯として認められることになるのであり、もしそのようにフォイエルバッハが考えていたとするならば、1813年バイエルン刑法典58条の「良心」「同情」「処罰に対する恐怖」の文言は制限列挙ではなく、例示列挙であった可能性が高くなる。しかしこのことを積極的に裏づける記述も、また積極的に否定する記述も発見できなかった。今後の課題としたい。
- 21) Feuerbach, a. a. O., S. 102f.
- 22) 金澤・前掲論文662頁以下参照。
- 23) Feuerbach, a. a. O., S. 104.
- 24) Feuerbach, a. a. O., S. 104.
- 25) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Bayern, Vorbemerkung.
- 26) すなわちこれは、Protokollen des königlichen geheimen Raths, Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, in 3 Bänden, 1813-14 のことを指す。1813年バイエルン刑法典は解釈についても公権的解釈のみを認めようとし、1813年10月19日の王室出版許可書は「全ての国家公務員および私的学者」に注釈書の出版を禁じた。前述の公式の注釈書以外の注釈書の出版は禁止されたのである。E. Schmidt, a. a. O., S. 267.
- 27) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Bayern, Vorbemerkung.
- 28) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Bayern, Vorbemerkung.
- 29) シューベルト著・山中敬一訳・前掲書の解説81頁(山中敬一執筆部分)参照。
- 30) 法文の原文は Entwurf des Strafgesetzbuchs, 1822, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988 による。
- 31) この1822年バイエルン刑法草案において、未遂犯が不処罰となった際の警察監視に関する

る規定は、第100条に規定されている。

- 32) この1822年バイエルン刑法草案における、加重的未遂の場合に関する規定は、90条および91条である。
- 33) 1822年バイエルン刑法草案の未遂犯規定は、46条から48条に規定されていた。
- 34) このような「可罰性の消滅事由」としては、他には違法行為者（Uebertreter）の死亡（103条）、時効（104条、105条）などが規定されていた。
- 35) シューベルト著・山中敬一訳・前掲書の解説81頁（山中敬一執筆部分）参照。
- 36) Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 325.
- 37) このような1824年刑法草案起草までの経緯、および1813年刑法定制までの経緯について詳しくはシューベルト著・山中敬一訳・前掲書の解説78頁以下（山中敬一執筆部分）参照。
- 38) 法文の原文は Müller, a. a. O., S. 53f. による。
- 39) Müller, a. a. O., S. 54. この経緯について、詳しくは Eberhard Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 2., unveränderte Aufl., 1989, S. 143f（その日本語訳としてE・キッパー著、西村克彦訳『近代刑法学の父フョエルパッハ伝』（1979年）171頁以下）、シューベルト著・山中敬一訳・前掲書の解説82頁以下（山中敬一執筆部分）参照。
- 40) 中止に関する1827年バイエルン刑法定修正草案第90条の条文は以下のとおり（法文の原文は Revidierter Entwurf des Straf-Gesetzbuches, 1827, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988 による）。

§ 90 Der Versuch wird straflos, wenn die Vollendung der bezielten That nicht durch Zufall, Unvermögenheit oder äußere Hindernisse unterblieben, sondern der Täter von dem Unternehmen freywillig, es sey aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe, abgestanden ist.

（第90条 目指された行為の完成が、偶然の事情、無能力、ないしは外部的障害によって起こらなかったのではなくて、行為者がその実行を任意に、すなわち良心、同情ないしは処罰に対する恐怖から取りやめた場合には、その未遂は不処罰となる。）

この1827年バイエルン刑法定修正草案の規定においても、1822年ゲンナー草案と同様に、中止は「行為による悔悟」による「可罰性の消滅事由」とされ、未遂犯規定（第38条から第40条）とは切り離されて規定されていた。

- 41) 中止に関する1831年バイエルン刑法定草案第45条の条文は以下のとおり（法文の原文は Entwurf des Strafgesetzbuches, 1831, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988 による）。
- § 45 Ist jedoch in dem vorbemerkten Falle die Vollführung der beabsichtigten That nicht aus Zufall oder wegen äußerer Hindernisse unterblieben, sondern der Handelnde freywillig, es sey aus Gewissensregung, aus Mitleid oder aus Furcht vor der Strafe, von dem Unternehmen abgestanden, so findet Strafe nicht, wohl aber Stellung unter besondere Polizeiaufsicht statt.
- （第45条 前述の状況（筆者注：犯罪行為の未遂の際）において意図された行為の実行が、偶然の事情から、ないしはその他の障蔽のために発生しなかったのではなくて、行為者が任意に、すなわち良心、同情ないしは処罰に対する恐怖からその計画を放棄した

- 場合には、刑罰は行われないが、しかし特別な警察監視の下に置かれる。) このように未遂犯規定内に中止犯規定が再び置かれることによって、中止犯規定は単なる量刑規定ではなくて、未遂に特有の処罰消滅事由であるということが示されたのである。
- 42) 法文の原文は Eduard Rottmann, Das bayerische Strafrecht in seiner gegenwärtigen Gestaltung, 1. Teil, 1851, S. 20f. による。
- 43) Rottmann, a. a. O., S. 21, Art. 58. Anmerkung.
- 44) なお, Karl Binding, Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher, 2. Aufl., 1877 (以下「Strafgesetzbücher」と略す)によれば, 1851年にもバイエルンの重罪と軽罪に関する法典草案が出されているようであるが, 発見できなかった。Vgl. Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 10 u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches).
- 45) 法文の原文は Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern mit Motiven, 1854, S. 18 による。
- 46) 1854年バイエルン王国における重罪と軽罪に関する法典草案の理由書においても, 「第37条第2項において草案が, 行為者の任意的な放棄により根拠づけられた未遂の不処罰に関して規定していることは, 1813年のバイエルン刑法典の規定にもフランス刑法のこの規定にも対応するものであり, そして刑事政策の根拠によって十分に正当化されるものである」と述べるにとどまる。Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern mit Motiven, 1854, Motive zu dem Entwurfe des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, S. 225. また, Julius Friedrich Heinrich Abegg, Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854, 1854 においても, 中止犯に関する記述は特に見られない。
- 47) Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern mit Motiven, 1854, Motive zu dem Entwurfe des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, S. 225.
- 48) Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern mit Motiven, 1854, S. 18 u. S. 39ff.
- 49) 1861年バイエルン刑法典の成立過程・制定経緯等について詳しくは, Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 324ff. を参照。
- 50) 法文の原文は Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern, 1860, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1989, S. 30f.; Melchior Stenglein, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1861 (以下「Kommentar Bayern」と略す), S. 471f. による。なお1860年草案ではこの規定は48条となっている。
- 51) Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern, 1860 (a. a. O.), S. 181.
- 52) Stenglein, Kommentar Bayern (a. a. O.), S. 480.
- 53) Stenglein, Kommentar Bayern (a. a. O.), S. 481.
- 54) Stenglein, Kommentar Bayern (a. a. O.), S. 481.
- 55) Stenglein, Kommentar Bayern (a. a. O.), S. 480f.
- 56) ステンクラインは, 1861年刑法典の条文規定において, 「未遂において犯罪意思が可罰

的な対象を形成するという前提」から、「犯罪意思の変更」こそを中止犯の重要な要素と考え、このような帰結を導き出しているのである。

- 57) Ludwig Weis, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern sammt dem Gesetze vom 10. November 1861, 1.Band, 1863, S. 148f.
- 58) Weis, a. a. O., S. 149.
- 59) Weis, a. a. O., S. 149.
- 60) Weis, a. a. O., S. 149f.
- 61) しかしこのことから、ヴァイスはステンクラインが「1861年の刑法典はフランス刑法典の例に従って、消極的な表現方法によってその（1813年刑法典と同様の）結果へと至った」と述べている点を、「完全には正しいものではない」と指摘し、「むしろ本質的に異なる結果、すなわち新しい法によれば、古い法によればそのような未遂が疑いもなく認められるに違いなかった多くの場合において、可罰的な未遂が認められ得ないという結果へと至ったのである」と明確に述べる。Vgl. Weis, a. a. O., S. 150.
- 62) Weis, a. a. O., S. 151.
- 63) Weis, a. a. O., S. 151 Fn. 1.
- 64) この点を考えるならば、前述の1848年の刑法改正は、1813年刑法典から1861年刑法典への移行の過渡期の状態を示すものとも考えられる。すなわち、1813年刑法典58条では、その1項の末尾に「但し後者に挙げた内的事情は推定されない」という文言が存在したため、中止犯であることは必ず被告人の側が、推定されない内的事情について積極的に立証を行わねばならなかった。だが1848年の刑法改正によりこの文言が削除されたため、被告人の側における立証責任の負担はこの分だけ軽減されたことになるのである。そしてこの1848年の改正でも、中止犯かどうかの事実についての立証責任に関して、被告人の側にも検察の側にも、特にそれをいずれかに負担させるような内容の明文規定は置かれなかったが、1861年刑法典の成立により、未遂犯としての訴追の際には「中止犯ではないこと」を積極的に立証しなければならぬものとされたのである。このことから、中止犯に関する立証責任が、被告人の側から検察官の側へと、徐々に段階的に移動していったことが示されていると言えるのである。
- 65) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . . . Württemberg, Einleitung, S. 3. なお、本来は「Württemberg」が正しい表記であるが、原文の綴りに従う。
- 66) 当初はヴュルテンベルクのラント法に追加する形での刑法典の作成を計画していたが、結局としてこの計画はつぶれ、独立に刑法典を作成することになったようである。Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . . . Württemberg, Einleitung, S. 3.
- 67) 法文の原文は Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1823, neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989 による。
- 68) 1823年ヴュルテンベルク刑法草案の未遂犯の一般規定は、第40条である。
- 69) 1823年ヴュルテンベルク刑法草案の警察監視の規定は、第42条である。
- 70) 1823年ヴュルテンベルク刑法草案の加重的未遂に関する規定は、第46条である。この46条1項は1813年バイエルン刑法典63条の規定とほぼ同内容のものであるが、その46条2項において、以下のような規定が置かれていた。

Bei freiwilliger Abstehtung von dem Unternehmen (Artikel 41. §. 1.) tritt jedoch die Strafe des in demselben enthaltenen vollendeten Verbrechens ohne Schärfung ein.

(しかし実行の任意的な中止(41条1項)の際に、その実行の中に含まれている既遂犯の刑罰は、加重を伴うことなく生じる。)

すなわち中止を念頭においた加重的未遂の場合の規定が、既に置かれていたわけである。

- 71) 法文の原文は Entwurf eines Straf-Gesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1832, neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989 による。
- 72) 1832年ヴュルテンベルク刑法草案の未遂犯の一般規定は、第50条である。
- 73) シューベルト著・山中敬一訳・前掲書の解説84頁以下(山中敬一執筆部分)参照。
- 74) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, Einleitung, S. 3.
- 75) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, Einleitung, S. 3.
- 76) 1835年ヴュルテンベルク刑法草案の中止犯規定である67条の条文は以下のとおり(法文の原文は Entwurf eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg, 1835 による。なお1835年ヴュルテンベルク刑法草案の未遂犯の一般規定は、第56条である)。

§ 67 Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sey es aus Gewissens-Regung, Mitleid oder Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist.

Enthält aber ein solcher Versuch ein für sich bestehendes Verbrechen, so trifft den Thäter die hiedurch verwirkte Strafe.

(第67条 行為者が行為の遂行を、偶然の、その行為者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を見合わせた場合には、その未遂は不処罰となる。

しかしその未遂がそれ自体として存在している犯罪を含んでいる場合には、これにより実現される刑罰は行為者に科せられる。)

この規定に関して、理由書(Motive zu dem Entwurfe eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg 1835, 1836, S. 47f.)においては、このような中止犯制度の存在理由が、「一部にはその者が行為による悔悟によって寛大な処置を受けるにふさわしいからであり、また一部には犯罪をその発生において阻止することは国家にとって重要であり、そして確約された不処罰は、犯罪人に対して、その者の良心の声に従い、かつ自ら未遂の任意的な中止によって不処罰を獲得するための強い動機となるからである」と述べられている。その一方で、1832年草案の段階で既に明文上削除されたはずの「単なる実行延期の場合に中止未遂の成立を排除する考え方」が、この1835年草案においても維持されているようである。前掲理由書47頁参照。またこの1835年ヴュルテンベルク草案に関する文献としては Hermann Knapp, Beiträge zur Straf-Gesetzgebung durch Erörterungen über den Entwurf eines Straf-Gesetzbuches für das Königreich Württemberg vom Jahr 1835, 1836 があるが、これにおいては中止犯規定に関して特に何も述べられていない。

- 77) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, Einleitung, S. 4.
- 78) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, Einleitung, S. 4.

中止犯論の歴史的展開（４）（野澤）

- 79) このような1839年ヴュルテンベルク刑法典の成立過程・制定経緯等について詳しくは、Berners, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 107ff. も参照。
- 80) 1838年ヴュルテンベルク刑法草案の中止犯規定は67条であり、1839年ヴュルテンベルク刑法典の中止犯規定は73条である。またそれぞれの条文中において予備行為処罰の条文番号が引用されているが、前者のそれは57条であり、後者のそれは63条である。
- 81) 法文の原文は Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg, Stuttgart 1838, Neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989; Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, S. 36; Ferdinand Carl Theodor Hepp, Commentar über das neue württembergische Straf = Gesetzbuch, nach seinen authentischen Quellen, den Vorlagen der Staats = Regierung, und den ständischen Verhandlungen des Jahres 1838, 1. Band, 1839 による。なお、引用には1839年の刑法典の条文を使用した。
- 82) 1838年ヴュルテンベルク刑法草案の未遂犯の一般規定は、第56条（終了未遂については58条）であり、1839年ヴュルテンベルク刑法典の未遂犯の一般規定は、第62条（終了未遂については64条）である。
- 83) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, Einleitung, S. 4.
- 84) Carl Friedrich von Hufnagel, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, 1. Band, 1840, S. 147.
- 85) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., . Württemberg, S. 35 Fn. 34 による。
- 86) Berners, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 130 においても、この1849年の法律による規定の変更が、「フランス法とより親密な」(oben Berners) 規定への変更であったことが指摘されている。なおミッターマイヤーは、この法律による未遂犯に関する重要な改良点として、「個別の刑罰が科されている終了未遂と未終了未遂というこれまでの段階づけを廃止し、刑罰が未遂が既遂に近づく段階に応じて、量刑されるべきであるということの規定することどまったこと」を挙げ、それ以前の法律のような、「未遂の段階が法律において提示され、そしてあらゆる段階に個別的な刑罰が規定されている」、等級化された未遂犯規定に対し、「陪審裁判所と、そのような等級化は相容れないものなのである」と指摘し、フランス型の規定形式の方が陪審裁判所制度になじむものであるとしている。Vgl. Carl Joseph Anton Mittermaier, Die Umgestaltung der neuern Strafgesetzbücher nach den Bedürfnissen der Schwurgerichte, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Jahrg. 1850, S. 357f.
- 87) この1849年8月13日の法律によるヴュルテンベルク刑法典の修正に関して、その改正理由が記述されていると思われる文献については、Berners, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 134 を参照。しかしそこに挙げられている文献は参照することができなかった。Berners, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 129 においても、この1849年の法律による改正の理由については「法典の欠缺も急速に認識され、そして改正への願望が間もなく目覚めることにな」り、その願望は「手続の改革が同様に要求されたときに」、「大規模に生じた」とされるにとどまる。なおこの1849年8月13日の法律による刑法典の修正は、未遂犯の領域にとどまるものではなく、死刑の廃止やそれに伴う法定刑の調整、剥奪された公民権の回復に関する規定の挿入、身体的懲罰刑の廃止、共犯規定の修正などにも及ぶものであった。詳しくは Mittermaier, a. a. O., S. 351ff. などを参照。