

タイトル	未遂犯と中止犯（2）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，47(2)：169-200
発行日	2011-09-30

未遂犯と中止犯 (2)

吉田敏雄

第一章 未遂犯	
二 未遂犯の意義	
1 ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	A
2 オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	B
3 スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	A
4 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況	B
	(以上第47巻第1号)
三 構成要件	
1 主観的構成要件	A
2 客観的構成要件	B
3 結果無価値論的客観的未遂論	a
4 行為無価値論的客観的未遂論	b
5 未遂犯の処罰根拠の検討	a
6 結果無価値論的客観的未遂論	b
7 客観的構成要件	c
8 ドイツ語圏刑法学・判例の状況	A

- a 形式的客観説 (構成要件説)
 b 実質的客観説
 c 主観説
 d 主観的客観説 (個人に応じた客観説)
 e 最近の判例の動向
 f 部分行為説の具体化 (ロクスーン説)
 B 我が国の学説
 a 主観説

- b 客観説
 a a 形式的客観説 (構成要件説)
 b b 行為無価値論的実質的客観説
 c c 結果無価値論的実質的客観説
 c 折衷説
 a a 主観的客観説 (個人に応じた客観説)
 b b 客観的主観説
 (以上本号)

4 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況

A 学説の状況 ドイツ刑法 (絶対的不能未遂は基本的に可罰的) には、オーストリア刑法 (絶対的不能未遂は不処罰) に比して、主観説を許容する余地が非常に大きい。日本の刑法はその第四三条で、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができ。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と規定し、わずか一か条だけ未遂犯規定を設けており、しかも、簡潔な規定振りから、ドイツ刑法やオーストリア刑法にもまして様々な見解を許容する可能性を有している。したがって、論者の立脚する「あるべき刑法」という刑事政策・刑法原理論的視点からの未遂犯処罰根拠論が展開される余地が広く残されている。

我が国の学説はドイツ語圏刑法学の影響を受けながら展開されている。それを大まかに捉えると、次のように説明できよう。

a (純粹) 主觀的未遂論 (純粹) 主觀的未遂論は未遂犯処罰の根拠を行為者の危険な性格を示す犯罪的意思が外

部の行為となつて表れるところに求める。なぜなら、それは社会にとつて危険であり、社会防衛のために、特別予防的観点からの刑法的反作用(刑罰)を要するからである。「行為者の主觀的な或るものが既遂と未遂とに通じ同一なものとして考えられ、それが重要視されている……犯罪は、侵害的事実を発生せしめたものとして処罰せられるのである、侵害的事実を発生せしめるであらうものとして処罰せられる……ここに、犯罪における主觀的な或るものが重要な意義を有つ⁽⁵⁸⁾」とか、「主觀主義の刑法学に在つては、刑法が特別に客觀的危険の発生を要件としてゐる場合(例、刑、一〇九Ⅱ、一一〇)を除いては、専らこれ(危険―筆者注)を主觀的、抽象的に解する。即ち行為を客觀から切り離し、主觀を中心としてその危険を抽象的に考える。従つて主觀主義の刑法学に在つては、未遂罪の危険は性格に基づく実行反覆の危険を意味する⁽⁵⁹⁾」と論じられる。しかし、本説には、特別予防的観点だから刑罰を正当化することには疑問があること、処罰時期が早くなりすぎ、個人の行動の自由に対する過度の介入に繋がると批判された⁽⁶⁰⁾。

b 客觀的未遂論 行為の客觀面を重視する客觀的未遂論は、大別すると、行為無価値論的客觀的未遂論と結果無価値論的客觀的未遂論に分かれる。

a a 行為無価値論的客觀的未遂論 本説は、刑法の任務を行為規範の効力の確保を通しての一般予防に求め、未遂犯においても、法益保護の見地から否定的に評価され、禁止されるべき規範違反行為が行なわれたことに未遂の処罰根拠を求める。本説によれば、純然たる行為不法のみを処罰の理由とする犯罪として未遂犯を捉えることも、又、これに加えて、一定の結果無価値要素(結果発生の実質的・客觀的危険)が付加されて違法性が強まり可罰的となる

と考えることもできる⁽⁶¹⁾。

b b 結果無価値論的客観的未遂論

本説は、未遂犯の処罰根拠を既遂結果発生の危険性に求めるが、既遂結果発生の危険を、未遂犯の「結果」として、具体的危険（切迫した危険）と理解する。この立場からは、刑法第四三条の「実行の着手」の「実行」を構成要件に該当する行為と理解するとき、そのなかに「結果」が不可欠の要素として含まれており、したがって、「実行の着手」の判断対象も結果を含む広義の行為概念として理解し、「結果としての危険」（具体的危険）の惹起も「実行の着手」のなかで判断できるし、また判断すべきであると論ずる⁽⁶²⁾。

B 未遂犯の処罰根拠の検討

未遂罪の性質を考える上で重要なこととして、第一に、一定の行為が未遂として理解されるか否かは、外に現れた事象からだけでは捉えられないのであって、行為者の意欲と関連付けることによって初めて可能となることである。換言すると、どんな行為であれ未遂と判断するためには、行為意思を基礎とするしかない。故意を考慮することなしには、そもそも犯罪を実現する意思があったのか否か、いかなる犯罪の未遂なのかの判断ができない。例えば、甲の投げつけた刃物が乙の体の側を飛んでいくとき、傷害未遂（暴行罪）なのか殺人未遂なのか、単に器用さを誇示するためだけだったのかは、専ら行為意思に依存する。未遂というのは概念的に行為者の具体的行為意思を考慮することなしには理解できないのである⁽⁶³⁾。

第二に、現行刑法が未遂罪の任意的減輕を定めていることは、主観的出立点を支持しているように見える。なるほど、次のような理解は我が国の刑法にも妥当するように思われる。すなわち、立法者が未遂の処罰根拠を侵害される

法益の危殆化に見ていたのなら、未遂の法定刑は既遂に比して必要的に減軽されなければならないだろう。法定刑の違いによって、法益の侵害と危殆化の間の無価値差異を示さなければならなかったろう。しかし、現行刑法はそうなっていない。未遂犯も既遂犯も既遂故意の点で一致している。ここに見られる主観的行為無価値に未遂犯の主たる処罰根拠を見るなら、未遂犯の任意的減軽が無理なく説明できる。⁽⁶⁴⁾しかし、このような理解では、行為無価値だけが不法要素であって、結果無価値は不法判断には関係がなくなる。未遂が犯罪の基本型となってしまうのである。行為無価値と結果無価値は同価値の不法要素である。未遂の場合も、事前の判断からの結果発生の危殆化が客観的不法要素である。未遂処罰が任意減軽にとどまるのは、未遂であっても危殆化の程度によっては既遂と同様の不法があることを意味する。⁽⁶⁵⁾

第三に、未遂犯の処罰根拠を保護される行為客体への具体的危険に求める客観的未遂理論は支持できない。この理論では、未遂犯は具体的危険犯の構造を有することになり、未遂の「結果」というのは攻撃客体に具体的危険を惹起したと捉えられることとなる。しかし、侵害犯以外に危険犯についても未遂犯の処罰規定（刑法第一一二条「現住建造物等放火未遂罪」、刑法第二二八条「汽車・電車・艦船の往来危険未遂罪」等）があり、そうすると、侵害犯の未遂を結果の具体的危険の発生と捉えることはできるものの、危険犯については意味を成さないという批判が可能である。具体的危険犯では具体的危険の発生が既遂の要件であり、抽象的危険犯では何らかの法益危険の発生を考慮することなく既遂が認められるからである。⁽⁶⁶⁾もっとも、これに対しては、法益「侵害」という「既遂結果」発生、法益侵害の「危険」という「既遂結果」発生、「切迫した危険」に未遂犯の処罰根拠を求め、「切迫した危険」を具体的危険と呼ぶかどうかは言葉の問題に過ぎないという反論がある。⁽⁶⁷⁾たしかに、「切迫した危険」という用語で統一的説明が可能な

ように見える。しかし、本来、具体的危険（＝切迫した危険）には支配可能性の欠如、つまり、偶然の要素が内在しているのである。終了未遂にはこれが認められるが、未終了未遂の場合、行為者の表象によれば、行為者はなお事象を掌中から手放していないのである⁶⁸。そのみならず、侵害犯を具体的危険犯と捉えるなら、不能未遂はすべて不可罰ということになろう。これは刑事政策上耐え難い帰結である。

第四に、現行刑法が未遂犯の処罰根拠に関して主観説を出立点としていることは、行為者の危険性を取り上げていくわけではないということである。行為者の危険性を未遂の処罰根拠とするなら、過去の未遂行為ではなく、将来の行為の危険性が処罰根拠となってしまう。これは個別行為刑法の原理に矛盾する⁶⁹。

結局、未遂の処罰根拠は、既遂の意思（主観）が危険な行為となつて現れ（客観）、しかも、遵法心のある人々の法秩序の通用性への信頼感を動揺させる、つまり、法的平和を攪乱するところにある（客観化された主観説又は印象説）。したがって、未遂を基礎付ける行為は法益の具体的危険化を惹起するのに適した行為、つまり、法益の抽象的危険を発生させる行為である必要があるが、法益の具体的危険を発生させる行為である必要はない。未遂の場合、遵法心のある人々の法秩序に対する意識が既遂の場合ほどには損なわれることがないため、法的平和を恢復するために、既遂犯に値するのと同様の反作用を要しないことが多い。それ故、未遂罪に任意減輕の規定が設けられているのである。予備行為は、未遂行為（構成要件該当行為又はこれに接する行為）と比較すると、法的平和を攪乱しないか、それほど攪乱しない。そこに予備行為の処罰規定が少なく、しかも刑が軽い理由がある⁷⁰。

三 構成要件

未遂犯の特徴は、主観的構成要件は充足されているが、既遂犯の客観的構成要件が充足されておらず、行為が既遂には至っていないというところにある。未遂犯においては、故意は、既遂犯とは異なり、客観的構成要件の鏡像ではなく、これを超えているのである。行為者が可罰的行為をした可能性があるのか否か、如何なる構成要件を充足する可能性があったのかは行為者の故意を知らずして認定できない。したがって、既遂犯とは逆に、主観的構成要件が客観的構成要件に先立って検証されるべきである。なお、既遂犯とは異なり、構成要件該当行為に接する行為が可罰性検証の結節点になるところにも未遂犯の特徴がある。

1 主観的構成要件

未遂犯の主観的構成要件はそれに対応する既遂犯の主観的構成要件と異ならない。一般的主観的構成要件要素としての故意のほかに、特殊的主観的構成要件要素が要求されることもある。例えば、行為者が、他人の物を窃取しようとしても、それを損壊するとか、捨てるときのときは、窃盗罪における不法領得の意思が欠如し、窃盗未遂罪は成立しないし、^① 絵画の技量を磨くために紙幣を偽造している者にも、行使の目的が無ければ通貨偽造未遂罪は成立しない。過失の未遂というのは存在しない。過失犯の未遂というものが考えられるとしても、現行法上は不可罰である。

a 犯行計画 故意犯では、**犯行計画**が先行するのが普通である。犯行計画は行為者の犯罪実行に関する表象を含んでいる。犯行計画は、具体的遂行方法、特に、何らかの目的を達成し、起こりうる障害を除去する手段・方法を含

む。犯行計画は刑法上重要な事柄に関係するが、刑法上重要ではない事柄も含んでいる。例えば、都合の極めてよい機会を探すとか、情報収集するとか、犯行の遂行方法や犯跡湮滅方法に複数ある場合の衡量、それに完璧に犯罪を遂行するための詳細な計画がそれである⁽⁷²⁾。

b 決意 犯行計画を立てた者がそれだけで直ちにそれを実行に移す決意をしたことにはならない。計画を立てた後、「結果発生の見込み」を繰り返し考えた後ようやくその計画を実行に移すのが普通である。未遂罪の成立には、行為者が犯行計画を今、現実を実現するという**決意**をしたことが必要である。行為者が単に犯罪計画を遂行するの⁽⁷³⁾に傾いているというのでは足りない。行為者が構成要件実現を可能だと思ったが、その最終的決断を下していない場合、**たんなる所為の傾き**があるに過ぎない。例えば、行為者が所為の機会の可能性とか、盗品対象物の存在の可能性を探索するが、「まあ様子を見よう」ということで窃盗の実行をするかどうかの決断をまだ留保している場合（主観的「停止的」行為意思）、たんなる所為の傾きがあるに過ぎない。これに対して、決意が見られるのは、**不確実な事実基礎を認識した上での所為決意**と云われる場合である。例えば、甲（夫）が別居生活中の乙（妻）を訪れ、仲直りの話を断られたなら殺すつもり⁽⁷⁴⁾のとき、決意が見られる。甲は最終的決意をしており、その実現は外的条件に依存しているに過ぎない。どんな決意でも程度の差はあっても仮定的基礎に基づきなされるのであり、したがって、その実現に当たっては何らかの外的条件に依存しているものである。したがって、決意というのは、「取り消しがきかない」、「揺るぎない」という意味で理解されるべきではない⁽⁷⁵⁾。「犯罪の実現へと駆り立てる動機が起こりうる抑制に対して明白に優越した段階に達した」とき、すでに決意があると云える⁽⁷⁶⁾。例えば、工場の侵入者が侵入時点で既に何らかの物品を窃取するつもりであったとき、所為決意が見られるが、侵入時点では、物品が工場内にあるのかどうか見て、その後で窃取

するか否かを決意するつもりとき、侵入時点で、誘惑に逆らいがたく、窃取することになる可能性があっても、所為決意は見られない。さらに、行為者に、特定の事実が生ずると決意の実行を止めるという**中止の留保付き決意**と云われる場合にも、決意が見られる。例えば、家事手伝い人が、家人の茶箋筒の上に置き忘れた紙幣を盗るつもりでその背後に落としておき、戻ってきた家人が紙幣を置き忘れたことに気づいたときには、その発見を装うつもりとか、行為者は殺人の決意をするが、万一被害者が泣いたら、構成要件実現を断念することを折込済みの場合である。ここには、決意は見られるのであり、行為者が実際に犯行の途中で構成要件実現を止めるとき、中止犯の成否が問題となる。¹⁶⁾

c **故意** 故意は犯行計画からも所為決意からも区別される。**故意**というのは、具体的やり方のすべての要素を含んでいるわけではなく、専ら、自然主義的行為経路に関係しているわけでもない。故意は、事象経路の一部分、つまり、構成要件要素にのみ関係している。場合によっては杜撰なこともある犯行計画を立て、所為決意をすることが当然ながら先行するのであるが、故意の存在の基準時点は行為自体の時点である。法が特別の形態の故意を要求していない限り、**未必の故意**で足りる。すなわち、行為の遂行に当たって、構成要件実現を意欲する者、すなわち、結果の発生を少なくとも真剣に可能だと考え、それを甘受する者に故意が認められる。¹⁷⁾

既遂犯におけるのと同様に、故意は既遂に向けられねばならない(いわゆる**既遂意思**)。未遂と既遂は主観的には区別できず、構成要件該当結果の発生の有無で区別されるにすぎないからである。行為者が初めから未遂に止めておくつमरりの場合、故意が欠如するので、未遂犯も成立しない。例えば、不倫に走る夫に、寝たきりにしてそれを阻止しようとして毒薬を飲ませるが、運悪く夫がそれが原因で死亡した場合、その妻には殺人の故意がなく、殺人未遂罪

は成立せず、過失致死罪が成立する。もつとも、行為者が「あたるかどうかもあやってみよう」という意思で標的めがけて撃つ場合には、未必の故意の形態の既遂意思が認められる。⁽⁷⁸⁾

未遂の故意と既遂の故意というものが別個にあるのではなく、故意は既遂の故意しか認められない。したがって、故意は、行為者が事象を手放して初めて、つまり、終了未遂の段階で初めて存在するという見解は適切でない。例えば、甲は一〇回に小分けした毒を服用させて乙を殺害するつもりであったが、乙は五回目の服用で死亡したという場合、既遂の故意が存在しないので、殺人未遂と過失致死の観念的競合が成立するというのである。⁽⁷⁹⁾しかし、行為の客観的帰属が可能であり、行為の危険性が結果となって実現しているのであるから、結果の帰属も可能であり、構成要件実現の認識と意欲もあるものであり、又、故意は因果関係の経路に関する認識を要しないのであるから、殺人既遂の成立を否定する理由はない。⁽⁸⁰⁾

実行行為に接着する行為の場合の故意は、行為者がそれに直接的に後続して実行行為を行なう決意をしている場合にのみ認められる。

2 客観的構成要件

実行行為があれば未遂犯の成立することは当然であるが、実行行為に接着する行為がある場合にも未遂犯の成立を認めるのがドイツ語圏刑法である。日本刑法は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」(第四三条)と定めるだ

けなので、解釈の余地が広く残されている。ドイツ語圏刑法学・判例では、実行行為に接する行為の判断基準については、主観的側面（行為者の表像）と客観的側面（構成要件の実現）にどの程度の重きを置くかによって諸説が分かれる。以下では、先ず、ドイツ語圏の学説・判例を、次いで、日本の学説・判例を検討しよう。

A ドイツ語圏刑法学・判例の状況

a 形式的客観説（構成要件説） 本説は、行為者の厳格な意味での客観的構成要件該当行為の開始をもってようやく実行の着手を認める⁽⁸³⁾。本説によれば、行為被拘束犯罪、例えば、窃盗罪の場合、他人の物をその占有から離脱させる行為があつて初めて未遂が認められる。非行為被拘束犯罪、つまり、殺人罪のように行為態様の限定されていない犯罪においても、例えば、拳銃を抜いたり、構えたりするだけではまだ未遂ではなく、拳銃を発射したときに初めて未遂が成立することになる。そうすると、未遂と既遂が実際には一致することになる。未遂が成立するのは、拳銃の弾が被害者に当たつたが、死ななかつたという場合に限定されることになろう。いずれにせよ、可罰性の領域が極めて限定されることになって、法益の予防的保護の観点から望ましくない。ドイツでは、今日、純粋な形式的客観説が主張されることはない。ドイツ刑法第二二条は、構成要件の部分的実現を要求しておらず、構成要件実現の開始を要求するにすぎないからである⁽⁸⁴⁾。

最近の学説で本説に近いのがフオーグラ―説⁽⁸⁵⁾である。ドイツ刑法第二二条の意味での開始は、「行為不法それ自体を既に実現しているわけではないが、―それでも各構成要件の行為不法に特徴的である行為をする」ときに認められる。予備と未遂の区別の問題は「構成要件的特徴の問題である」。すなわち、この区別は、「一般化して判断するにそぐわ

ない構成要件解釈の問題」である。未遂というのは、「許容される解釈によって言語的に且つ実質に即して各構成要件に含められうる」行為である。但し、「可能な語義」への拘束は緩められうる。「判断されるべき行為が構成要件に内在する禁止の意味によって実質的に含められる」ということで十分である。問題となっているのは、「形式的構成要件実現にはまだ達していないが、事柄に即してみると既に具体的所為の不法の構成部分」である事象であると。しかし、本説に対しては、未遂というのは、構成要件及びその「可能な語義」に限定されず、可罰性は構成要件の限界を超えて拡張されるから、構成要件解釈だけでは不十分であり、しかも、非行為が被拘束犯罪のように行為態様が記述されていない構成要件では、構成要件解釈によって予備と未遂を区別することはできないと批判される⁽⁸⁴⁾。

b 実質的客観説

本説は、「自然的理解からすると構成要件該当行為との必要の一体性のためにその構成要素と見られる」行為はすべて未遂であると説く（フランクの公式⁽⁸⁵⁾）。本説は「自然的理解」を必要の一体性の判断規準とするため、殺意をもって、拳銃を抜き、安全装置をはずし、狙いをつけ、引き金を手をかけ、撃つという一連の行為の中で、如何なる範囲で必要の一体性が認められるかが必ずしも判然としない。ドイツでは、一九七五年の刑法改正により第二二条に「行為者の表象によれば」という文言が入ったことから、これにあわせて、行為に直接的開始が認められるのは、「行為が所為行為と空間的及び時間的に接していて、所為行為が実行される場合にはこれと一体をなすが故に、行為者の計画からすると、行為が所為行為と必要の一体性があるため所為行為の構成要素と見られる」場合であるとする判例が現れた⁽⁸⁶⁾。本説によって、部分的にも構成要件該当行為とすらいえないが、それでも行為客体に危険な行為も未遂と扱うことができるようになった。拳銃の場合で言えば、発射しなくとも、引き金を手かければ未遂となる。

c 主観説

形式的客観説と実質的客観説と対照的なのが主観説である。本説によると、行為者の表象像が未遂成否の規準である。行為者が「さあ今やるぞ」と考えるとき、例えば、強盗目的で「被害者が来るのを今か今かと待っている」とき、未遂が成立する。⁽⁸⁷⁾ 本説の欠点は、着手時期を行為者の表象を規準とすることで、着手と構成要件要素の実現の間の関連を消してしまっているところにある。行為者の表象に依じて、可罰的未遂の範囲が狭くもなり広くもなる。それ故、個別行為者の表象を基に、規範的判断が加えられなければならない。⁽⁸⁸⁾

d 主観的客観説（個人に応じた客観説）

本説は主観説と客観説を混合した説であり、今日の通説と目せられる。行為者の全体計画からする「所為についての表象」によれば（主観面）、行為者の行為が構成要件該当行為と密接に結びついていて（フランク）、物事が妨害されずに進行すれば直接的に構成要件全体の実現に至るとき（客観的要素の時間的側面）、未遂が成立する。構成要件該当行為が行なわれたことを要しない。密接性、直接性の徴表となるのが行為者の視点から見た侵害客体の具体的危殆化である（客観的要素の危殆化側面）。危殆化の判断にあたっては、計画の時点における行為者の表象ではなく、所為実行の時点における表象が規準となる。行為者が所為実行の時点で、侵害客体を直接的に危殆化しようと考えるときに初めて「直接的開始」が認められる。本説によれば、未遂行為は、構成要件該当行為である必要は無いものの、構成要件の実現に引き寄せられた時点で認められる。⁽⁸⁹⁾

e 最近の判例の動向

戦後の判例には、直接的危殆化の観点から未遂を論ずる判例が見られた。「行為者の全体計画によると、当該構成要件の保護客体の危殆化に直接繋がる行為の中に犯罪意思が明確に現れたとき」、直接的危殆化が認められる。⁽⁹⁰⁾ しかし、直接的危殆化とフランクの公式を結びつける判例も多く見られる。決定的に重要なことは、

「同じ目的に役立つ様々な行為が、**自然的理解**からすると——つまり、第三者の観察からすると——行為が所為行為との必要の一体性の故に既に構成要件の構成部分をなしているか否か、すなわち、このように一括された個別行為がその全体性において、法益をこれにより既に危殆化させ、直接的に連接する最終結果の招来を差し迫らせるような種類の、保護法益への**直接的侵害**を含んでいるか否かである (RGSt 51, 342; 54, 254; 69, 329)」。すぐさま利用しようとしてウインチを持ち出すことによって、直接的に保護法益が危殆化されている⁽⁹¹⁾。一九七五年の刑法改正後は、判例は、「局外的観察者の自然的見解」という表現は使わず、行為者の犯行計画に言及することになった⁽⁹²⁾。これにより、フランクの公式は修正された形で利用されるようになったのである⁽⁹³⁾。

最近の判例では、上記とは異なる基準を用いる判例が支配的になっている。①妨害されることなく進行すれば直接的に構成要件実現に繋がる行為⁽⁹⁴⁾、②構成要件行為に直接的に通じる行為⁽⁹⁵⁾、あるいは、③構成要件行為と密接な（又は直接的な）空間時間的關係にある行為があれば、未遂が認定される。さらに、④行為者が閾を超えて「さあ今やるぞ」ということで、最後の「決心」をする時点で未遂の開始を認める見解⁽⁹⁷⁾、⑤本来の構成要件行為の前の最後の部分行為、すなわち、未遂の段階に入ると、その後「介在行為」が続くことはなく、次の行為が結果を惹起する行為の場合に未遂の開始を認める見解（部分行為説又は介在行為説⁽⁹⁸⁾）がある。判例にはこれらの規準を組み合わせて使用するものが多い⁽⁹⁹⁾。

しかし、これらの規準も十分な言明力がないと批判される。先ず、判例では、法文の中心概念である「直接性」が単に繰り返されるだけで、解釈がなされていない。「危殆化」という規準も——不能未遂では觀念上の危殆化があるに過

ぎないが―直接性の解釈には役立たない。予備行為も、法文上の「開始」にあたらないものの、危殆化を既に含んでいるからである。又、抽象的危険犯や具体的危険犯の標識も使えないのは、ある種の危殆化は既に既遂犯を成立させるからである。さらに、行為が妨害されることなく続行されると構成要件実現に繋がるとか、これにいたるという規準も使えないのは、予備行為についても云えるからである。例えば、行為者が犯行現場に出発するとき、切れ目なく実行行為として既遂に移行しうるからである。構成要件充足との空間的及び時間的連関ということも、最終結果を目指す予備にも当てはまる⁽¹⁰⁾。

法文から最も離れた「今やるぞ」という主観的規準も批判される。行為者の計画を基底にするにせよ、客観的規準によって定められるべき予備と未遂の区別を行為者の「熟慮」(「さあ今やるぞ」)に依存させるべきでない。通常は欠如しているこの種の熟慮ではなく実行行為に取り掛かる決意という形態での「決心」を要求するとしても、この種の主観的現象は予備の段階にも見られることが多い。例えば、被害者の食べる汁物に毒を注ぐ者は、致死量の毒物の製造を始めるとき、「さあ今やるぞ」(つまり、今仕事に取り掛かり、計画を実現に移す)と自分に言うが、それでも予備にとどまる⁽¹¹⁾。

予備と未遂の区別をする規準としてフランクの公式とこれを発展させた部分行為説が相対的にすぐれているものの、これらの基準の弱点も指摘される。フランクの公式は、実態に即すると構成要件行為に属さないが、「自然的理解」によればその一部と見られる行為を未遂と捉えるが、そうになると、構成要件の前にある如何なる行為が未遂を構成するのかという問題が感情判断に委ねられてしまう。最近の判例に見られるように、「自然的理解」を「行為者計画」で

置き換えると、客観的限界付けが完全に放棄されてしまう。⁽¹⁰⁾

フランクの公式の曖昧さを、本来の構成要件行為の前の最後の部分行為に照準を合わせるにより克服しようとした部分行為説にも批判が向けられる。本説は、個々の独立した身体の動きを「部分行為」に分けることで、精密な限界付けを可能にする。例えば、拳銃を構えるのはその引き金を引く前の最後の部分行為として未遂となるが、拳銃を抜くだけでは、それと発射することの間に別の行為が存在するから、予備である。盗もうとする客体に腕を伸ばすのは未遂だが、物の入っている箱をこじ開けるのは、窃取の前にまだ部分行為があるから、予備である。しかし、このように、行為者が攻撃客体に向けて行なう各行為を独立した部分行為と見て、最後の一步でようやく未遂と見るのは狭すぎる。限界付けが外的行為のありようという偶然に支配されるからである。このような見解によれば、前部座席にある物を取ろうとして、自動車の開いている窓から手を伸ばす行為は未遂だが、後部座席にある財布を吊り上げようとして、先ず前部座席にある散歩用杖をつかむ行為は予備ということになる。この行為は最後の部分行為の前だからである。⁽¹¹⁾

部分行為をこのように細分化することに、判例自体も「拳銃を持ち上げ、構える行為を介在行為と見るのは、身体の動きに応じた、分割しすぎる考察である」と注意を喚起している。学説も、未遂の開始と本来の所為行為の間に「別の本質的部分行為がない」ことを要求する。⁽¹²⁾しかし、如何なる部分行為が「本質的」なのかは評価の問題であるため、明確性に欠けることが指摘される。そのため、部分行為説のさらなる具体化が要請されることになる。⁽¹³⁾

f 部分行為説の具体化(ロクスイーン説) ロクスイーン⁽¹⁰⁾は、未終了未遂と終了未遂に分けて論ずる。前者は、行為者が、その犯行計画に従って犯罪を既遂にするのに必要なすべてのことをまだしているわけではない事態をさす。例えば、拳銃を抜くとか財物に手を伸ばすのは未終了未遂である。行為者は結果を生じさせるためにはなお引き金を引くとか財物をつかまなければならないからである。後者は、行為者が、その表象によれば、結果の発生に必要なこととはすべてやり遂げた事態をさす。例えば、時限爆弾を仕掛けるとか、毒物入りの汁物を提供するのとは終了未遂である。行為者の表象によれば、それ以上の行為がなくとも、結果は発生するからである。この区別は中止犯において重要な意味を有するが、未遂と予備の区別においても重要である。未終了未遂と終了未遂は異なった構造を有しているからである。ドイツ刑法第二二条は未終了未遂に合わせた規定であり、実務上も、未終了未遂の事例の方が多い。「開始した」という概念は行為者が行為をまだ終えていないことを暗示する。間接正犯や共同正犯では、誰が「開始した」のが規準となるのかは、法文からは読み取れない。したがって、単独正犯者の未終了未遂が法律の念頭にある基本形態である。

未終了未遂では、最後の部分的行為というのは、「密接な時間的連関」と「被害者領域ないし構成要件領域への影響」という二つの補助概念を用いて判断されるべきである。例えば、車上荒しの場合、開けっ放しになっている自動車の窓から手をつ突っ込んで物を奪う場合、今まさに奪おうと手をつ突っ込んでいるのであるから、密接な時間的連関もあるし、被害者の占有領域にすでに入り込んでいるのであるから、被害者領域への影響もある。これに対して、車上荒しの目的があっても、被害車両の前に佇立している段階では、密接な時間的連関は見られるものの、被害者領域への影響はまだ無いので、窃盗未遂は成立しない。被害者領域が存在しないときは構成要件領域への影響の有無で判断され

る。例えば、通貨偽造の場合、遅滞無く偽造行為に移るために偽造行為に適した原版、型、印刷用活字等を用意するときに未遂が成立する。

終了未遂は二つの形態に分けて論じられる。例えば、妻がその夫を殺害する意図で、毒入りの汁物を用意して台所の保温板の上に置く。夫は勤務先から帰宅すると、自分でその汁物を取り出して食べるのが習慣である。①妻は夫の帰宅時に家におり、夫の行動を見ている。この場合、行為者はお最後まで事態の成り行きを掌握している点で、構造の上で終了未遂に似ている。したがって、密接な時間的連関と被害者領域への影響という概念を用いて、未遂の成否が判断される。この事例では、妻の考えでは、被害者が直接危険に晒されるとき、つまり、夫が汁鍋に触ろうとするときに未遂が成立する。②妻は夫の帰宅前に外出した。妻は数時間後に戻るつもりで、その時、夫が死んでいるのを期待する。この場合、構造の上で終了未遂との共通性はない。妻は、外出することによって、それ以後の出来事を支配しておらず、出来事を手放している。妻が外出した時点で未遂が成立する。なぜなら、この時点で、夫がまだ勤務先にいるので、密接な時間的連関も被害者領域への影響も見られないが、妻は、その計画では邪魔されることなく結果に繋がる以後の因果経路の支配を放棄したからである。

未終了未遂と終了未遂に分けることは、事態に適した分析を可能にする点に長所があるし、その解決策も妥当である。しかし、未終了未遂と終了未遂という概念を用いることは、本来、根拠付けられるべき未遂の成立を、すでに成立しているものと思わせるので適切とはいえない。むしろ、未終了未遂として論ぜられる対象は実行行為接着性の問題として扱い、終了未遂として論ぜられる対象は実行行為の問題として扱われるべきである。

B 我が国の学説 我が国においては、未遂犯の処罰根拠、人的不法論と物的違法論の対立とも絡んで、実行の着手をめぐる論争が未だに収束を見ないのが現状である。

a 主観説 本説は、未遂犯の処罰根拠を「行為者の危険性」に求める立場から出立して、それを徴表する故意の存在が確定的に認定できる時点をもって実行の着手とする。「主観主義においては、犯罪を犯意の表現として理解する……従って、着手は、行為が犯罪者においてその犯意を遂行するの状態に達したとき……言い換えれば、犯意の成立がその遂行的行動に因って確定的に認められるとき、ここに着手の成立がある」⁽⁹⁸⁾、「犯罪の実行の着手は完成力ある犯意の表動であるとし、又た斯かる犯意の表動は飛躍的表動（詳言すれば、一段の飛躍的緊張を為した犯意の表動）である」⁽⁹⁹⁾、さらに、「行為者の犯罪的意思が二義を許さず、取消が不可能なような確実性を示す行為のあった場合に著手がある」と論じられる。ドイツ語圏の主観説に対する批判がそのまま我が国の主観説に対しても妥当する。今日、本説はほとんど支持者を見出せない。

b 客観説 本説は、客観的未遂論から出立するが、その内部で「形式的客観説」と「実質的客観説」に分かれ、後者はさらに行為無価値論的実質的客観説と結果無価値論的実質的客観説に分かれる。

a a 形式的客観説（構成要件説） 本説は、構成要件を基準にして法益侵害の危険性を形式的に把握するもので、構成要件の一部の実現があった時点、又は、全体として見て定型的に構成要件の内容を為すと解される行為があった時点で実行の着手を認める。「犯罪の『実行』とは、私の見解では構成要件に該当する行為である。また其の『著手』

とは犯罪構成事実を実現する意思を以てその実行を開始することを謂う⁽¹¹⁾とか、「基本的構成要件に該当する行為の少なくとも一部分が行なわれたことが必要であり、かつ、それで充分である」、「もつとも、それ自体が構成要件的特徴を示さなくても、全体としてみて定型的に構成要件の内容をなすと解される行為であれば、これを実行の着手と解してさしつかえない」と論じられる。

本説は、ドイツ語圏刑法学の形式的客観説に対するのと同じ批判が妥当する。すなわち、実行行為の着手時期が遅くなりすぎるのである。そこで、構成要件該当行為では狭すぎるとして、「構成要件該当行為と直接関連あるため自然的観察のもとにその一部分として理解せられるべき行為」とか、「構成要件の全部または一部の事実またはそれに密接した事実を実現すること」と論じ、その根拠として、構成要件の「一部実現とするとすでに明確を欠くものがあることは否定できない。『一部』ということを考えるには、どうしても、そこに合目的な解釈の作用が介入せざるをえないからである。それならば、『密接する』という一句を加えた方が、かえって正確に内容を表現することになる」ということが挙げられる。この主張は、ドイツ語圏刑法学の実質的客観説に相当するのであるが、これによって、形式的客観説は実質的に放棄されたことになる。

bb 行為無価値論的実質的客観説 本説は、構成要件を実現する現実的危険性ないし客観的危険性をもつ行為の開始をもつて実行の着手とする。構成要件理論を基礎とする立場においては、「犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始することが実行の着手であると解すべきである。単に犯罪構成要件に密接する行為が行われただけでは足りない⁽¹²⁾」とか、「実行行為はその行為をとると経験則上当該構成要件が予定している法益侵害の現実的危険

性を惹起する行為」であり、「しかも、未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし結果発生の現実的危険の惹起に求める以上、実行の着手はその現実的危険を惹起せしめたことをいう」⁽¹¹⁾とか、「実行の着手 (Anfang der Ausführung……)」とは、実行行為、すなわち構成要件に属する行為が開始された段階をいうが、実質的には、結果発生の現実的脅威が認められる行為で、実行行為自体あるいは実行ときわめて接着した段階にある行為がなされたときには、実行の着手がある……個々の犯罪ごとに、具体的な犯行の態様に即して、実行の着手の有無を検討すべきであるが、結果発生の具体的な客観的危険性と、行為者の意思の強固さとを総合して、実質的に判断すべき⁽¹²⁾と主張される。

c c 結果無価値論的実質的客観説 本説は、法益侵害の結果が発生する**具体的危険**が切迫した時点で実行の着手を認める。「未遂犯を処罰するのは、その行為が結果発生の**具体的危険性**を持っているからである。この危険性とは、行為者の性格の(主観的な)危険性ではなく、行為の持つ法益侵害の客観的危険性である。未遂犯は抽象的危険犯ではなく**具体的危険犯**である。その危険が、切迫したものであるところに、未遂が予備から区別される実質的理由がある。……もつとも、切迫した危険といっても、その程度にはかなりの幅がある。したがって、これを明確にするためには、形式的ないし時間的な限定が必要である。しかし、それは必ずしも構成要件的特徴を持つ行為そのものである必要はない。我が国の判例が、『構成要件に該当する行為またはこれに接着した行為』であることを要件としているのは、この意味で妥当⁽¹³⁾と主張される。同様の趣旨で、法文の「**実行の着手**」における「**実行**」とは構成要件該当行為を意味し、実行の「**着手**」とは「**実行**」と外形的に一体となつて「**実行**」にとりかかること、すなわち、「**実行**」に接着するという意味で「**密接な行為**」も含むと解することで形式的限定的解釈を行い、さらに、未遂犯は既遂結果発生の「切迫した危険」という結果の発生を必要とする**結果犯**と解して、**実質的限定**を図る見解が見られる⁽¹⁴⁾。

行為の危険性の判断に当たって、行為者の主観を考慮すべきか否かをめぐって、本説内部でも争いがある。未遂の場合、行為者の主観を考慮に入れないでは、いかなる構成要件の未遂なのか判別できない、「故意（結果の認識）は主観的違法要素だといわれるのは、まさに故意を考慮に入れて、行為の客観的危険性を判断すべき」と論じて肯定する説と、「客観的」危険の切迫性を故意とは無関係に判断する説とがある。

c 折衷説 本説は主観説と客観説をいずれも一面的であると批判し、行為者の主観面と行為の客観面を総合的に考慮して、実行の着手時期を定める。主観説を基礎とする主観的客観説と客観説を基礎とする客観的主観説がある。

a a 主観的客観説（個人に応じた客観説） 本説は、「行為者の『全体的企図』（Gesamtplan）」を基礎として当該構成要件の保護客体に対して直接危殆化に至るところの行為の中に犯罪的意思が明確に表現せられた時に実行の着手がある」と説く。本説の主張者によると、主観説と主観的客観説の相違は、前者が行為者の犯罪意思において認識した事情の下に行行為者の見解において構成要件の実現に至ると考えられる行為を為した場合に実行の着手があるとするのに対して、後者は行為者の犯罪的意思において認識した事情の下に、行為者の見解においてでなく、客観的に直接法益侵害の危険がある行為をなした場合に実行の着手があるとする点にある。主観的客観説には、未遂の本質的要素たる危険概念が加味されていると^⑩。例えば、殺人罪にあつては、行為者が、ピストルの安全機を外し、狙いを定め、人を殺す意思で、ポケットからピストルを取り出したときに殺人罪の着手があり、引き金を引くところまで行く必要がないし、窃盗罪にあつては、部屋の中に入り財物を窃取する意思をもって家屋内に入り、部屋の前に立ったときに実行の着手がある。「直接の危殆化（unmittelbare Gefährdung）」というのは、行為が必ずしも行為の結果に対して時

間的・場所的に近接することを要しないから、恐喝文書を郵送に付する行為をすれば恐喝罪の実行の着手がある。⁽¹⁴⁾

b b 客観的主観説

本説は、未遂犯の処罰根拠が、行為の法益侵害に対する客観的危険性にあることから成立して、「犯罪の実行」とは構成要件該当行為のことであり、「行為者の計画全体に照らし法益侵害の危険が切迫したことをもって着手」とする。⁽¹⁵⁾ 本説は、実行の着手の認定のためには行為者の主観面を考慮せざるをえないことの理由として、「危険性の認定は元來客観的状况を基準にしてなすべきものであるが、危険が切迫したような客観的状况があつても、行為者が犯意を持たないことが被害者あるいは第三者に明らかであれば、実行の着手はないとすべき」だと主張する。例えば、相手方が胸元に銃を構え、引き金に指をかける行為は、行為者に殺意があれば当然実行の着手が認められ、殺人未遂が成立するが、単なる冗談であれば犯罪にもならないと。⁽¹⁶⁾

(つづく)

注

(58) 牧野英一『刑法総論下巻』(全訂版)一九五九年・六二三頁。

(59) 宮本英脩『刑法大綱』(第四版)一九三五年・一八〇頁。

(60) 内藤謙『刑法講義総論』(下)Ⅱ「オンデマンド版」二〇〇六年・一二七頁。井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・三九三頁以下。

(61) 井田(注60)三九五頁。

(62) 内藤(注60)一二一八頁以下。同頁、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三六四頁。

(63) Burskuller, (Fn. 41), 114.

(64) Burskuller, (Fn. 41), 114.

- (65) 参照、井田(注60)三九四頁。
- (66) 滝川幸辰『犯罪論序説』[改訂版]一九四七年・一八六頁。U. Bierz, Grundlagen des Versuchsbegins, JA 1984, 511 ff., 513.
- (67) 内藤(注60)一二二五頁。
- (68) P. Cramer, Schöke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Aufl., 1991, vor § 306 Rn 5; Bierz, (Fn. 66), 513.
- (69) Bursgatter, (Fn. 41), 114.
- (70) Vgl. Bursgatter, (Fn. 41), 114; O. Triffler, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1994, 15. Kap Rn 6; Kienappell/Höpfel, (Fn. 44), Z 21 Rn 16; H.-H. Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts AT, 2. Aufl., 1972, 388, C. Roxin, Täterschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, Jus 1979, 1 ff.; Vogler, (Fn. 28), Vor § 22 Rn 51 ff.; Esner, (Fn. 28), Vorben § 22 Rn 22 「なるほど法益客體ではないが、保護される法益が未遂に顕現した通用性侵害によって危殆化される点」不能未遂においてすら法益関連性が問題となる」Groß, (Fn. 28), § 9 Rn. 48. なお「フロイントは、未遂と既遂の処罰根拠は同一であり、「いずれにおいても、規範通用性を害する危険を除去するための行為規範違反への適切な反作用が問題となる」と論ずる。G. Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 8 Rn 11.

なお、未遂犯は、実行の着手以後の段階である点で、まだその段階に至らない予備、陰謀と区別される。予備とは、後の実行行為を可能にしたり、行ないやすくしたり、あるいは、犯罪隠蔽策を講じたりする準備行為を云う。予備は、原則として処罰されず、止むを得ない刑事政策上の要請から、例外的に一定の重大犯罪についてのみ処罰される。現行刑法の定める予備罪には、内乱予備罪(第七八条)、外患予備罪(第八八条)、私戦予備罪(第九三条)、放火予備罪(第一一三条)、通貨偽造準備罪(第一五三条)、支払い用カード電磁的記録不正作出準備罪(第一六三条の四)、殺人予備罪(第二〇一条)、身代金目的の拐取予備罪(第二二八条の三)、強盗予備罪(第二三七条)がある。予備行為は、物的準備行為に限られないので、犯罪の実行方法を具体的に取り決めるための話し合いも含む。特別刑法には、「爆発物取締罰則」第三条(爆発物使用準備の処罰)、「破壊活動防止法」第三九条(政治目的の放火・爆発物破壊・汽車転覆等・殺人・強盗の各予備・陰謀の処罰)、同法第四〇条「政治目的の騒乱の予備・陰謀の処罰」、「組織的犯罪処罰法」第六条(組織的な殺人予備の刑の加重、組織的な営利目的拐取予備の処罰)、「航空機強取等処罰法」第三条(航空機強取等予備の処罰)、「サリン等防止法」第五条第三項(サリン等発散予備の処罰)の諸規定がある。「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」第三条、第四条、第一六条は、特殊開錠用具の所持・携帯を処罰しているが、これは住居侵入窃盗の予備を処罰するものである。予備罪は、私戦予備罪を除くと、その前提に目的とする犯罪の既遂類型があるので、その犯罪の実現を目的とする「目的犯」として規定されてい

る(修正された構成要件)。したがって、予備行為者は自分自身がその目的とする犯罪を実現する目的で準備をしたことが必要である。予備罪は、他人の犯罪を実現するための準備行為(他人予備行為)を含まず、自己予備行為に限定されるべきである。大判大五・一二・二一刑録二二・一九二五(通貨偽造準備罪は他人予備も含む)。

殺人予備罪のように具体的準備行為の列挙されていない「包括的予備罪」においては、予備行為は物的準備行為に限られない。例えば、殺人予備では、殺人目的で、凶器、毒物を調達するといった物的準備が典型的予備行為であるが、犯行現場に行く、犯行現場にとどまる、犯行現場を下見する、犯行の機会を作るといった行為も普通は予備行為である。予備の処罰は未遂の例外的処罰のさらにその例外的処罰なのであるから、予備行為は「実行の着手」に移れる準備の整ったときに限定されるべきである。浅田(注62)三八八頁。東京地判昭和三九・五・三〇下刑集六巻五〇六号六九四頁「各犯罪類型に応じ、その実現に『重要な意義をもつ』あるいは『直接に役立つ』と客観的にも認められる物的その他の準備が整えられたとき、すなわち、その犯罪の実行に著手しようと思えばいつでもそれを利用して実行に著手しようる程度の準備が整えられたときに、予備罪が成立する」。

陰謀とは、予備の程度に至らない、犯罪を実行しようとする二人以上の者の謀議、合意形成を云う。現行刑法の定める陰謀罪には、内乱陰謀罪(第七八条)、外患陰謀罪(第八八条)、私戦陰謀罪(第九三条)がある。陰謀についても、予備と同様、限定的解釈が要求される。東京地判昭和三九・五・三〇下刑集六巻五〇六号六九四頁「破防法第三十九条、第四十条の殺人および騒擾の陰謀とは、二人以上のものが、これらの罪を実行する目的で、その実現の場所、時期、手段、方法等について具体的な内容をもった合意に達し、かつこれにつき明白かつ、現在の危険が認められる場合をいうと解するが、明白かつ現在の危険を伴う陰謀とは、その目的とする犯罪が、すでに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、または移されようような緊迫した状況にあるときと解される」。予備罪については、斉藤誠二『予備罪の研究』一九七一年参照。

特別法には、「共謀」、「そのかし」、「あおり」やこれらの行為の「企て」を独立に処罰する規定がある。例えば、国家公務員法第一一〇条第一項第一七号、地方公務員法第六一条第四号。目的とされる行為が処罰されないにもかかわらず、そのはるか前の段階の行為を処罰することは刑事立法の本来の在り方からすると異例である。非現業地方公務員に関する最大判昭和四四・四・二刑集二三・巻五号三〇五頁(都教組事件)、非現業国家公務員に関する最大判昭和四四・四・二刑集二三・巻五号三〇五頁(全司法仙台事件)は「あおり」の成立要件としてあおり行為自体とその目的としての争議行為に強度の違法性を要求する「二重の絞り論」を採用し、あおり罪の処罰範囲を限定したが、四年後の最大判昭和四八・四・二五刑集二七巻四号五四七頁(全農林警職法事件)はこれらの判例を変更した。最大判昭和五一・五・二一刑集三〇巻五号一七八頁(岩手県教組事件)。

- (71) *Triffterer*, (Fn. 70), 1985, 15. Kap Rn 10.
- (72) *Triffterer*, (Fn. 70), 15. Kap Rn 8.
- (73) *W. Schmid*, „Bedingter Handlungswille“ beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorberейungshandlungen, ZStW 74 (1962), 48 ff.; *Triffterer*, (Fn. 70), 15. Kap Rn 9.
- (74) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 5.; *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 18-19.; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 15 Rn 36.
- (75) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 88.; *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 18.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 5.; *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 36-37.
- (76) *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 32.; *Schmid*, (Fn. 73), 54 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 49 III 1.
- (77) *Triffterer*, (Fn. 70), 15. Kap Rn 10.
- (78) *Burgstaller*, (Fn. 41), 118.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 22 Rn 8.
- (79) *Gropp*, (Fn. 28), § 9 Rn 62 ff.
- (80) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 67.
- (81) RGSt 70, 151, 157 「未遂は実行行為から始まる’つまり’概念上既に構成要件に該当するものとして犯罪の構成要件に包摂される行為者の行為から始まる……これに対して’構成要件行為に先行し’その実現を可能にし又は容易にするが’しかしそれ自体としてそれでもまだ可罰構成要件に包摂されない行為は予備行為と見られるべきである’」° *E. Beising*, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, 57 f.; *v. Hippel*, (Fn. 2), 398 ff.; *F. v. Liszt, E. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, 182, 305; *A. Gropp zu Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenstheorie, 3. Aufl., 1947, 17 f.
- (82) *Gropp*, (Fn. 28), § 9 Rn 31; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 105.
- (83) *Vogler*, (Fn. 28), § 22 Rn 23 ff.; *ders.*, Der Beginn des Versuchs, Stree/Wessels-FS, 1993, 285 ff.
- (84) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 108 f.
- (85) *Frank*, (Fn. 7), § 43 II b.; RGSt 77, 162.
- (86) BGH NJW 1980, 1759 f.; BGHSt 2, 380 (381); 4, 273.
- (87) Vgl. BGH 4 StR 274/54; BGHSt 6, 302.
- (88) *Gropp*, (Fn. 28), § 9 Rn 35. ストースの主観説論者であるグルマンは次のように説く (*Germann* (Fn. 54), 186 f.) 「可罰的なのは……意欲をもって’成し遂げようとしない’すなわち’何よりも先ず可罰的なのは未遂であって’既遂でない’。「既遂・行為意思の段階

- から出立して、そこでは、一般に意思の将来の危険性(犯罪意思を変更しないこと)がその最大値に達しているが、未遂の様々な段階に対する刑量はそこに現れた犯罪意思の危険性(強度)に対応して相対的に定まる。しかし、予備と未遂を区別する規準は意思の強度でなく、「決然とした態度、変更できないこと」「一般の完成力」である。O.A. Gernunn, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, 66 ff. 予備と未遂を区別する規準は「犯罪決意を取り消せないこと」である。
- (89) *Groph*, (Fn. 79), § 9 Rn 36; *H. Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 191 「重要なことは常に、実行の開始の判断は個別の行為者計画を基礎にするということであって、個人に応じた客観説、犯罪計画を知らない仮定的目撃者の立場から行なわれる(一般的客観説)のではないということである。というのは、犯罪実現への方法は限定がないほど多様であるから、実行の開始は常に個別の行為者計画にも左右される」。
- (90) OLG Celle NJW 1972, 1823. その他、戦前の判例に、RGSt 54, 254 f. 戦後の判例に、BGHSt 2, 380; 3, 297, 299; 4, 333, 334等。
- (91) BGHSt 22, 380 [甲らは繊維会社に侵入し、出格子をウインチで曲げるつもりだった。甲らはこういったウインチを調達し、犯行現場に持って行き、これを建物と建物の前に置かれていた鉄製の桁の間に隠した。三日後、甲らは、出格子を開けるために、ウインチを隠し場所から取り出した。甲らは警備員に妨害され、逃走した]。
- (92) BGHSt 26, 203.
- (93) ロクスイーンは、未遂と予備の区別につき、判例が主観的判断基底に基づきながらも客観的基準に従うべきことを認識していないこと、判例は、危殆化思想に触れないことの理由として、刑法第二二条が保護法益の直接的危殆化に触れていないという形式的理由で満足しているが、実質的理由付けが必要だと批判する。Roxin, (Fn. 3), § 29 Rn 125.
- (94) BGHSt 26, 203; 31, 178; BGH NSZ 1981, 99; 1983, 364; 1987, 20.
- (95) BGH NSZ 1983, 462; 1987, 20; 1989, 473; 1993, 77; BGH StV 1994, 240.
- (96) BGH NSZ 1989, 473; 1993, 77; 133; BGH StV 1994, 240.
- (97) BGHSt 28, 163; BGH NSZ 1989, 473; 1993, 77; BGH StV 1994, 240.
- (98) BGHSt 26, 203; 28, 163; 35, 8 f.; 36, 250; 37, 297 f.; BGH NSZ 1996, 38; 1997, 31; 1997, 83.
- (99) BGHSt 26, 201 [被告人らはガソリンスタンドの給油係員から強奪しようとし、その玄関扉の前でストックング覆面をした。それから、共犯者甲は呼び鈴を鳴らした。甲は拳銃を手持っていた。被告人らは呼び鈴に应えてガソリンスタンドの給油係員か別の人が現れると思っていた。甲は家人が現れたらすぐに脅迫し、縛り上げるつもりだったが、誰も現れなかった。強盗未遂罪が成立]「(行

為者らは)マスクをして、拳銃を手に持ち今にも強奪できる態勢にある。行為者らは主観的には関を越えて『さあ今やるぞ』という段階に達し、客観的には構成要件該当の攻撃行為を開始した、なぜなら、行為者らは、その作為によって介在行為なくして(現れた者を拳銃で脅迫するという)構成要件実現しようとしたからである」。BGHSt 28, 162(「行為者は自動車三台用の合鍵を作製していた。行為者はいつでも自動車の戸を開け、盗むことができる状態にあった。窃盗未遂罪は成立しない」)「未遂の段階は、……妨害されずに続行されると直接に構成要件充足に繋がるはずの行為、又は、これと直接の空間的又は時間的連関のある行為に拡張される。……この事が云えるのは、行為者が主観的には関を越えて『さあ今やるぞ』という段階にいたり、客観的には構成要件該当の攻撃行為を開始し、その結果、その作為が介在行為なしに構成要件充足に移行する場合である」。この二つの要件が充足されておらないのは、行為者が実行行為に向けた行為すらまだしていなかったからである。

(100) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 10; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 129.

(101) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 132.

(102) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 135.

(103) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 137.

(104) BGHSt 26, 201.

(105) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 13; *Krull*, (Fn. 74), § 15 Rn 60 「ごわめる部分行為説(又は『介在行為説』)の適用に当たって注意すべきは、行為者の全体行為を技巧的に分割しないようにすることである。拳銃を抜いて殺害の意図をもって被害者に近づく者は、致命傷となりうる弾丸を発射する前に、拳銃を持ち上げ、構えるとか、引き金に指を掛けることがまだ残っているからといってまだ予備の段階にあるとはいえない。こういった『スローモーション』—刑法を部分行為説が主張しているのではない。というのは、拳銃を持ち上げ、構えるといったような**非本質的介在行為**はこの説の意味での独立した部分行為でないからである」。

(106) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 138.

その他の学説として、二つの学説を紹介しておく。その一はツアチュック説(*Zaczyk*, (Fn. 34), 311)である。それによれば、行為者が構成要件該当の行為をした場合は勿論、法益を制御できるような優越的地位にたつとき、構成要件実現に接した行為があり、未遂が成立する。優越性の存否は具体的事案で衡量されるべき多くの要素に左右されると。しかし、優越性というのは、予備の段階でも見られる。例えば、甲が乙を殺害するつもりで、乙と約束した一目のつかない場所にポケットに拳銃を忍ばせて現れたとき、乙は初めから甲に身を委ねられている。しかし、この段階ではまだ予備である。逆に、攻撃が強力な被害者によって難なく撃退される

場合には、被害者の劣位性というようなことは問題外であるが、それでも未遂は成立する。Roxin, (Fn. 3), § 29 Rn 187.; Rudolphi, (Fn. 28), § 22 Rn 12 a.

その二は、フェーリング説 (K. H. Veling, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991, 131) である。それによれば、構成要件実現が生じないという規範的に裏付けられた期待が、社会的地位及びこれに伴う役割によって、この役割は社会的交流の危険への期待されるべき対処を説明しているのだが、最早基礎付けられない時点から未遂不法が始まる。これは、行為者が自分の役割不相当行為によって法的に是認されない危険を冒した場合、及び、行為者が犯した不相当な危険が志向された構成要件実現を徴表するときに認められると。この説は、危険という漸増概念を使用しているため、予備と未遂の区別ができないと批判される。Roxin, (Fn. 3), § 29 Rn 189.; Rudolphi, (Fn. 28), § 22 Rn 12b.

(107) Roxin, (Fn. 3), § 29 Rn 139 ff., 195.; ders., (Fn. 70), 4 f., 9 f.

BGHSt 43, 177 (パッサオの薬剤師毒物医事件) (薬剤師甲の家が不法侵入者によって荒らされた。侵入者らは様々な瓶酒を飲み干し、様々な品物を屋根裏部屋に運んだ。知らせを受けた警察は、犯人らが数日内に運搬の準備のできている物品を取りにまた来ると考えた。犯人らを逮捕するために、三月八日から九日にかけての夜、警察官四人が見張った。侵入されたことに怒りを感じた甲はその前の三月八日の午後に、一階の玄関に陶磁器の瓶に「真正のハイケのバイエルンの森ベアヴルツ」と貼付して、毒物を混入した焼酎を置いた。甲は、犯人らがこれを見つけて、飲んで死ぬだろうと考えた。甲はこのことを当初、警察に告げなかったが、後に告げたので、その瓶は取り除けられた。連邦通常裁判所は甲の殺人未遂の成立を否定した。甲の犯行計画によると、被害者の協働がどうしても必要となるが、被害者が現れるか否かについては、甲は確信をもてない。甲の行為が邪魔されることなく構成要件の実現に直接的に繋がらうる程度に、被害者が所為手段、つまり、毒物の罌の作用領域に近づいた時点で未遂が成立する。本件はそういう事案ではなかったと)。本事案について、ロクスィン (Roxin, (Fn. 3), § 29 Rn 214) は殺人未遂の成立を否定する。戻ってこなかった不法侵入者の直接的危殆化ということなど問題外である。甲が事態の支配を手放したということもいえない。なぜなら、不法侵入者が夜に再来することだけが予期されたのであって、不法侵入者が現に再来したなら、警察官が不法侵入者を取り押さえ、焼酎の飲用を妨げたといえるからである。警察官がその瓶の内容を事前に知らなかったとしても同じことが云える。Vgl. Gröpp, (Fn. 28), § 9 Rn 37e.

(108) 牧野英一『刑法総論上巻』[全訂版] 一九五八年・三五九頁、同『日本刑法上巻』[重訂版] 一九三七年・二五四頁。

(109) 宮本 (注 59) 一七九頁。

(110) 木村竜二『新刑法読本』[新全訂版]一九六七年・二五五頁。

(111) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』[増補版]一九五〇年・一八二頁。本説は、「未遂を罰する立法上の理由は、根本的にはその反道義性にあるが、政策的には一定の構成要件を充足するに至らない行為でも、その危険のある行為に対してすでに可罰性を認めることを必要とするといふだけのことである」(一八〇頁)、「客観的に、その行為が犯罪構成事実を実現する危険(抽象的危険性)のあるものであること。その危険性の有無は社会的事実の定型的観察によって定べき」(一八三頁)、「未遂犯は本来侵害犯である犯罪形式を修正して一種の(抽象的)危殆犯とするものである」(一八四頁)と論じていることからすると、構成要件の結果発生 of 抽象的危険を未遂犯の処罰根拠と捉えているといえよう。

(112) 團藤重光『刑法綱要総論』[第三版]一九九〇年・三五五頁(本文及び注四)。

(113) 滝川幸辰『犯罪論序説』[改訂版]一九四七年・一八五頁。

(114) 植松正『刑法概論Ⅰ 総論』[再訂版]一九七四年・三一五頁。

(115) 植松(注114)三一五頁。

(116) 大塚仁『刑法概説(総論)』[第四版]二〇〇八年・一七一頁

(117) 大谷實『刑法総論』[第三版]二〇〇八年・二〇四頁。

(118) 藤木英雄『刑法講義総論』一九七七年・二五七頁。

(119) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五年・三一三頁。

(120) 内藤(注60)一二二四頁。結果犯説からは、「実行に着手して」(刑法第四三条本文)もまだ未遂は成立せず、結果としての具体的危険の発生を待つて初めて未遂が成立するとするので、実行の着手と未遂犯の成立時期の関係が問題となる。①事後の遡及評価説(山中敬一『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・七一三頁以下)は、潜在的実行行為(事前判断によって「危険」とされた行為)が、事後判断によって「具体的危険」が発生したときに、遡及して、真の「実行行為」に転化すると説明する。しかし、本説は、正当にも、後の事情の変化によって前の行為の性質が代わることはありえないと批判される(林幹人『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・三四頁以下)。②「これを遂げなかった」=「具体的危険発生説」(名和鉄郎「未遂犯の論理構造」福田・大塚古希祝賀『刑事法学の総合的研究(下)」一九九三年・四〇七頁以下、四二二頁)は、未遂の成立には、「行為の危険」と「結果としての危険」が必要であるとし、結果としての危険の発生は、実行の着手とは切り離された、「これを遂げなかった」という要件の中に根拠付けられると説明する。斉野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤古希祝賀『刑事法学の現代状況』一九九四年七九頁以下も、結果の危険性の判断は、「実行の

着手」の問題ではなく、「これを遂げなかった」(刑法第四三条本文)の問題であつて、法益侵害に対する具体的危険の発生があつた場合、その危険発生に因果連関をもつ行為を「実行の着手」と事後的に評価すると説明する。しかし、本説は、「これを遂げなかった」という法文は既遂結果の発生に至らなかつたことを意味するが、そこに具体的危険の発生まで読み込むことは困難であると批判される(内藤(注62)一二一九頁)。なお、斉野説の云う事後の評価が事後の遡及評価を意味するなら、事後の遡及説に対する批判がここにも妥当する。③**具体的危険違法要素説**(曾根威彦『刑法の重要問題』[第二版]二〇〇五年・二五七頁以下)は、刑法第四三条には、構成要件該当性の問題として、実行の着手(行為の危険性)と既遂結果の不発生だけが定められているが、未遂犯固有の違法要素として具体的危険の発生(結果としての危険)が必要である、不法を積極的に基礎付ける構成要件要素は明文化されることが望ましいが、違法要素は、超法規的違法阻却事由の存在からも分かるように、常に法文化されているわけではないと論ずる。本説は、具体的危険の発生を構成要件要素とせず、違法要素としているため、具体的危険の発生が、本来、構成要件要素であつて、違法性評価の対象であることを看過している(参照、山中(注120)七一三頁)。④**「実行」＝具体的危険包含説**(内藤(注60)一二一九頁)は、「実行の着手」の判断対象は、結果を含む広義の行為概念であり、「結果としての危険」(具体的危険(切迫危険))の惹起も「実行の着手」の中で判断できると説明する。同旨、山口・二七一頁。結果犯説の中では、本説が最も無理のない解釈と思われるが、しかし、未遂犯を具体的危険犯と捉えるところに原則的問題があるのみならず、仮に未遂犯を具体的危険犯と捉えたところで、危険という概念は漸増概念であるので、そこから予備と未遂を区別する明確な規程が得られるわけではない。

(121) 平野(注119)三一四頁、林(注120)三五〇頁。

(122) 中山研一『刑法総論』一九八二年・四一一頁。内藤(注60)一二二八頁。

(123) 木村亀二『刑法総論』[増補版]一九七八年・三四五頁。

(124) 木村(注123)三四六頁(注四)。vgl. Weizel, Fm. 89, 190 f.

(125) 西原春夫『刑法総論』一九七七年・二七七頁。

(126) 西原(注125)二七九頁。高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・三六六頁。

(127) 西原(注125)二八二頁。野村稔『未遂犯の研究』一九八四年・二九九頁「行為自体の違法性の実体は行為のもつ法益に対する危険性である。そして、行為の危険性を判断するには行為の行われる実態に着目する必要がある。人間が行為をする場合には、一定の客観的状況の下で、行為に特定の意義を賦与しながらその行為を行うのである。したがって、このような行為が法益に対して危険かどうかを判断するには、たんに行為の外形的部分からのみでなく、広く行為者が行為を行う際に持っていた主観的意図をも考慮しなけ

ればならない。……行為の危険性、行為自体の違法性を判断するには行為者の主観面を必ず考慮しなければならない、犯罪の故意のみならず、その具体的な形態での所為計画も主観的違法要素である。川端博『刑法総論講義』〔第二版〕二〇〇六年・四五九頁以下。