

不能犯の理論

西山, 富夫

<https://doi.org/10.15017/1284>

出版情報 : 法政研究. 21 (1), pp.71-104, 1953-10-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



不能犯の理論

西山富夫

一 学説の系統

(一) 客觀説 未遂と不能犯を區別する學説は、啓蒙期のフオイエルバッハに始まる。彼は「既遂犯の招來に意識的に向けられた外的行爲は次の場合それ自体既に違法であり罰せられる。(1)完成が単に外的障壁により、自由な意思變更によらず妨げられた場合、(2)行爲がその外的事情に於て意圖した犯罪と因果關係にあり、客觀的に危険な場合に^(一)」と規定した。しかし、「結果の原因なりというためには、その結果發生に必要な總ての條件(その條件が存するためすべての場合において結果が豫期する通りに到來するもの)の存在することを要する。しかるにすべて未遂は豫期する結果の不到來を特徴とする故、豫期された結果の發生に必要な因果關係連鎖の條件として存在しなければなら^(二)ないすべての條件が存在しなかつたのである^(三)」。それ故、ミツテルマイヤーは、「意圖した犯罪と因果關係にない行爲は不可罰であるとする規定は一般に不適當である^(三)」と考え、手段について抽象的不能と具体的不能を區別するに至つた。すなはち、彼は行爲が結果を發生せしめない原因は、行爲を構成する要素に缺陷があるからと考える。そもそも因果關係の不存在、結果の不發生というものは等しくその客体、或は手段の物理的適格の欠缺が原因である。かくて彼においては、刑法上等しく結果不發生の行爲の中から未遂と不能犯を區別するには、その標準を客体又は手段が行爲の因果的進行の齟齬に及ぼす程度の強弱に求めねばならなかつた。そこで、如何なる事情の下に於ても意圖した

結果を招來し得ない手段による場合が抽象的不能であり、それ自体意圖した結果招來に適當な手段たるにも拘らず、具体的場合に不十分である場合が具体的不能である。^(四)彼は手段についてのみこの區別を行つたが、ベルナーは「この區別は犯罪の客体についても手段のそれと同様によく適用される」^(五)となし、手段と客体を絶對的不能と相對的不能に區別する學說が生じた。しかし、ミツテルマイヤーやベルナーの苦心にも拘らずブーリの出現は客觀說を危機に陥れた。ブーリの攻撃は一八六七年から八一年にかけて、彼の一連の論文から知られるが要約すると次の如くなる。「一定の行爲は目的とした結果の招來に相當であるか不相當であるかのどちらかである。すなはち原因であるか否かのどちらかであつて、多分に原因があり或は比較的少いという區別はない。未遂が完成に役立つ時には未遂はない。未遂の本質は違法な意思の實證 *Betätigung* にある」。この思考を根據に純主觀說は發展する。純主觀說は結果に對する原因はすべて同程度、同價値とみる條件說である。それによつて、危険性を事實的な或は物理的な可能性と考える從來の客觀說は、全くその根底を奪はれたことになる。しかし、この頃からイエーリング等により危険概念が社會的意味をもつて法律學にとり入れられるようになった。^(七)この社會的危険概念は刑法にも採用され、所謂危険說が未遂論の中心となつた。危険說の系統も、ブーリの條件說を支持しつつ、その未遂論としての行過ぎを修正せんとする傾向と、行爲になほ法益侵害の絶對に不可能なものと同可能なものとの區別が存在し得るといふ觀點に立ち、その區別を社會的經驗則による危険性を標準にしてなさんとする傾向である。前者にはリスト・フンガー等が従い、^(八)後者にはハーゲマン、バウムガルテン、ローランド、ビルクマイヤー等^(九)が従う。客觀的な法益侵害の危険性を未遂犯處罰の根據とする客觀說は寧ろ後者により受繼がれたといえる。蓋し、人間の判斷を仲介とする社會的經驗則上の評價は、自然的現象において必然的なるものも、一を必然と感じ他を偶然と感ずる。従つて、結果を缺く未遂行爲は自然的因果律においては等しく結果の原因性を缺くが、社會的評價においては原因性の程度に差を區別し得る。しかし、これ等學說の生命

は比較的短い。それは、これら學説があくまで未遂處罰の根據を法益侵害の危険性におき、しかも危険性を手段或は客体の面のみから論ぜんとしたからである。^(一〇)ここに、未遂における危険性を否定し、條件説をとりつつ主觀説に反對し、「未遂の本質を行爲と結果の連結の欠缺のみ」と規定するフランクの構成要件欠缺説が生ずる。フランクの出発點は未遂の右の本質から、刑法上不可罰な行爲は結果以外の他のすべての一般構成要件の要素の欠缺の場合であると考える。ドイツにおける客觀説は寧ろ構成要件欠缺論に従つた。しかし、フランクの理論は行爲の不可罰を決定するに余りに形式的なもので、實質的な説明を缺く。それによれば法規に特定の手段の規定がない以上、迷信犯をも未遂とせねばならぬ。フランクは迷信犯の場合故意を缺くものとして不可罰とするが、^(一一)少くとも迷信犯に違法性を認めることになる。その後構成要件欠缺論者の中でもドーナの如きは不可罰の理由を實質的に説明せんとした。^(一二)しかし、ドーナの説にはそれ自体矛盾を含む。^(一三)近代における未遂の本質は、(1)結果の欠缺と、(2)實行に着手する行爲である。實行の着手行爲が如何なるものであるかは、未遂の實質的な問題である。かくて客觀説に要求されるものは、形式と實質を共に包含する理論の出現である。これはベーリングに創る特別構成要件を中心とした犯罪理論がよくその役割を果す。ベーリングは廣い意味でなほ構成要件欠缺論者に入れられるが、フランク、ドーナ等のそれとは明確な一線を劃しうる。フランク、ドーナ等においては、その構成要件は一般構成要件の意味で、未だ特別構成要件理論の採用はなかつたと思はれる。^(一四)特別構成要件は「成法上一定の型で表はされた犯罪の類型」を意味する。この「類型的な構成要件該當の行爲のみが犯罪といはれうる」。^(一五)かくて、フランク等と同様、客体、主体、特定の手段、時間、場所的關係等の要素を缺く場合不可罰である。しかし、その理由は異なる。すなはち、「その欠缺は常にその場合類型性がない、それ故可罰的行爲とは言えない」。^(一六)そこから更に手段に特定の規定がなくとも、絶對的不能な行爲は、「非類型的であり、法律上存在する犯罪類型に屬しないものであり、概念的に既遂でも未遂でもない刑法上の無であり、幻

覺犯又は誤想犯である^(一九)とする。特別構成要件はその後、M・E・マイヤー、ザウエル、メツガー等の努力により違法類型を意味するに至る。かくて構成要件の内容は反社會的危険行爲である。これにおいて、ベーリングが絶対的不能行爲を類型性から排除したことが、不能犯において社會的觀點からの危険説を内部に包含したことになる。かくて、古典的客觀説は社會的危険説に受け繼がれ、それは更に構成要件理論に基づく類型説に採用された。しかして、危険性はなほ不能犯解決の重要な標準たるの地位を保つ。

- (一) Feuerbuch, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Feinlichen Rechts, 4 Aufl. (1808) S. 42
- (二) Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit in Begriffe des Verbrechenversuches, (1879) S. 5
- (三) Mittermaier, N. Arch. Crim. 4 S. 103 (Schüler, Der Mangel am Tatbestand, S. 15 Anm. 30)
- (四) Schüler, a. a. O. S. 15—16
- (五) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1 Aufl. (1857) S. 137, 6 Aufl. (1872) S. 154, 11 Aufl. (1881) S. 157
 尙「ムルナーが最初に客体の絶対的不能・相對的不能を區別した」とみとめるのは「ムルナーとテラキーである。Schüler, a. a. O. S. 15 Anm. 33; Delaquis, Der untaugliche Versuch, S. 79
- (六) Buri, Die Lehre vom Versuche (Gerichtssaal 19. 1867 S. 60 ff.) Derselbe, Der Versuch des Verbrechen mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten (Gerichtssaal 20. 1868 S. 325 ff.) Derselbe, Über Causalität und deren Verantwortung (1873) S. 1 ff.
- Derselbe, Versuch und Causalität (Gerichtssaal 32. 1880 S. 321 ff.) Derselbe, Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen (Zeitschrift. 1. 1881 S. 185 ff.)
- (七) Jhering, Der Zweck im Recht, (1884) 1 Bd. 2 Aufl. S. 490—491
- (八) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5 Aufl. (1892) S. 127—131, S. 200, S. 210—212

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1 Bd. (1904) S. 294—306

(六) Hagemann, Goldt. Arch. 32 (Schüler, a. a. O. S. 38)

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, (1888) S. 419 ff.

Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 2 Aufl. (1888) S. 80 ff.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2 Aufl. (1904) S. 1116 ff.

(一〇) ヘーゲマンは彼の論文では主として不相當な客体に對する未遂の可罰性について論じ、目的とする法益の危険性が招來されなから不可罰とする。Hagemann, a. a. O. S. 221 ff.

ローランドは絶對的、相對的不能にかはる必然的、偶然的不能を以て區別せんとするが、その區別も主体又は手段或は客体の性質により決定せんとする Rohland, a. a. O. S. 113

ビルクマイヤーも「未遂犯として罰すべき不能犯は……行爲實行の瞬間に存する總ての事情によればその行爲はわれわれの理性的經驗に従えば攻撃せらるる法益に對し危険ありとなすべきときに未遂犯として處罰する」としてなお法益に對する危険を根據とする。Birkmeyer, a. a. O. S. 116 ff.

(一一) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1 Aufl. (1897) S. 51

(一二) Frank, a. a. O. S. 51

(一三) Graf zu Dohna, Der Mangel am Tatbestand (Festgabe für K. Güterbock), 1910 S. 38—61

(一四) この點について牧野・未遂と事實の欠缺(研究二卷)三三頁以下、平場・構成要件欠缺の理論(論叢五四卷一、二號)四〇頁以下参照。

(一五) 小野博士によれば構成要件理論はフランク、リスト・シュミットの教科書が採用して以來ドイツの通説となつたとされる。しかもそれは一九二〇年以後の事とされる。小野・構成要件概念の訴訟的意義(牧野論文集)四一一頁。フランクが一九

二一年に著した註釋書一五版からは構成要件欠缺論もドーナと類似した見解をすてて、ベールリングの見解に従っている。ドーナの刑法体系はビンディングの價值的行爲論の立場に近いと思はれる。

(一六) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, (1906) S. 23

(一七) Beling, a. a. O. S. 24

(一八) Beling, a. a. O. S. 328

(一九) Beling, a. a. O. S. 330.

(二) 主觀說 主觀説はフオイエルバッハと同時代に、テイツマンやマイステルにおいても唱えられていたが、

今日の意味の主觀説はブーリに出發するといえよう。ブーリは古典的客觀説の因果關係を攻撃し、未遂の客觀的基礎付けが不可能なる點を論證した。かくて彼は、主觀的な觀點からのみ未遂の基礎付けが可能であれば、不能犯の場合も當然可罰未遂を認めねばならなかつた。しかし、主觀説も迷信犯を可罰未遂から除外せんとする。その理由は、

「問題とすべき力 *Kräfte* の存在が論證されず、單に信仰・迷信や觀念・空想に屬することが明らかになるだけである。それは科學的認識や生活經驗においても證明され得ず、裁判官によつても現實的効果の原因とみとめられ得ず、法律上の關係において相當な手段とも相對的・絶對的不相當な手段とも、即ち、事實の世界において事物の變化を招來する手段とみることが出來ない」^(三)ためである。このことは、未遂の基礎をなす意思に實行力というような何らかの性格を與えんとするものである。しかし、これは主觀説本來の趣旨からはなれるものである。意思に何らかの性格を付與せんとする點ではむしろ抽象的危險説が優る。抽象的(主觀的)危險説の端緒はリストに由來するといえる。リストは判斷の對象を「一般に認められた事情」及び「行爲者のみに認められた事情」とし、兩者を綜合判斷して危險を認定しようとした。^(三)リストはなほ「客觀的事情」と「主觀的事情」を併列的において判斷せんとした。ところが、

フィンガー、コーラ等は次第に客觀的事情の面を輕視して、主觀的事情のみに重きをおくに至つた。^(四)遂にワッヘンフエルトは未遂處罰の根據は「抽象的危險即ち法律秩序に對する危險」にありとし、「かゝる法律秩序に對する危險は、若し行爲者の計劃通りに實行されたならばその攻撃の客体を侵害するに至つたに違いない、というごときものである場合に於て存在する」となすに至つた。^(五)かくて、所謂抽象的危險說においてはすべての客觀的事情が捨象され、主觀的事情即ち行爲者の認識内容のみが判斷の對象となる。それは結局、客觀說が行爲を處罰するに反し、主觀說は意思又は行爲者を處罰するからである。しかし抽象的危險說で處罰せんとする意思是、單なる目的を達せんとする意圖では不十分であり、目的が達せられるだけの確定的なものでなければならぬ。従つて、それは犯人の認識した通りに若し客觀的事情が発生したら、當然目的を達したであろうと思はれる程度に高まつた意思でなければならぬ。何故か。それは、刑法の目的が社會防衛である點から説明される。^(六)蓋し社會防衛上犯人を處罰するには、犯人が客觀的行爲により現實に法益を危胎ならしめることを必要とせず、犯人の意思又は性格の危險が推測されればよい。しかし、犯人の危險性の徵表たる意思又は性格は、防衛に必要な程度の確定的なものであることが必要であるから。かくて、主觀說でもつとも論理の通つた學說は抽象的（主觀的）危險說であるといえる。

(一) Titmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1 Teil. (1806) S. 266ff. ; Meister, Urteile und Gutachten in peinlichen und anderen Straffällen, (1808) S. 404ff.

(二) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, 33 Bd. S. 321ff.

(三) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5 Aufl. S. 212, 12.13 Aufl. S. 211, 23 Aufl. S. 209

(四) フィンガーは未遂即ち企てるという言葉の意義が主觀的動機を示すことを主張し、未遂行爲の相當、不相當を、未遂行爲が結果の惹起に不適當であるという點で區別することを無意義とし、未遂行爲が不相當であることは、唯行爲者の行爲表象の意

味においてみちびかれるものそれ自体が結果の惹起に不適當であることであるという。しかしてかゝる行爲には社會的重要性が殆んど歸せられない、従つて不可罰とする。Finger, a. a. O. S. 303

コーラーも亦未遂と不能犯の區別を意思において解決せんとする。しかも危険を解して法益に對する危険としてでなく、法律秩序に對する危険とする。この法律秩序に對する危険は個別化された、客觀化された意思が自然的因果法則に適合し、それ故、原因意思である時に存する。従つてコーラーにおいては計劃の相當性が前提となる。Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I (1890) S. 7 ff.; Derselbe, a. a. O. S. 161; noch cf. Delaquis, a. a. O. S. 95 ff.

(五) Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, (1914) S. 179

(六) 「社會防衛」という言葉と同じ意味で「社會的重要性」soziale Bedeutung や「刑事政策的」「目的的豫防」zweckgenüsse Prävention と同じ言葉が使用される。Finger, a. a. O. S. 303, cf. Delaquis, a. a. O. S. 97—99, S. 105, 107, 109

二 不能犯と刑法規定

わが現行刑法典では不能犯の規定はない。しかし、規定がない故に不能犯を認めない趣旨ではない。不能犯概念に争があり、妥當な決定が得られないため立法上規定することなく、學說判例にその解釋は委ねられている。しかし學說判例が解釋する場合、條文を無視した勝手な解釋は許されぬ。結局、未遂犯の規定を根據にして、その未遂概念を確定することにより、その概念にあてはまらないものを不能犯とする以外に方法はない。未遂犯は、「犯罪の實行に着手し之を遂げざる者は、其の刑を減輕することを得」とだけ規定される。ところがこの未遂犯の規定は客觀主義によるも、主觀主義によるも妥當な解釋がなされうるのであり、兩者を折衷せんとした妥協的規定なのである。従つて不能犯論における客觀説と主觀説の對立を決定することは出來ない。⁽¹¹⁾「實行の着手」という用語は勿論一八一〇年の

フランス刑法二條に由來するが、わが舊刑法一一二條は「罪を犯さんとして己に其事を行ふと雖も」と規定されている。「實行の着手」という用語が始めてわが法規に使用されたのは、明治二四年に國會に提出された第一次刑法草案においてである。その一〇二條は、「罪を犯さんとして己に其の實行に着手すと雖も犯人意外の障礙若くは舛錯に因り遂げざるものは未遂犯と爲す」というのである。更に明治三四年の改正草案五五條において、「犯罪の實行に着手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得」に改められた。この草案の規定がそのまま明治四一年施行の現行刑法典四三條の條文になつてゐる。この刑法典は大正一〇年頃より改正の氣運にさらされた。昭和二年には改正豫備草案が制定され、更に昭和一五年には改正刑法假案が發表された。しかし、豫備草案二二條も、假案二一條も未遂犯の規定は「犯罪の實行に着手し之を遂げざる者は其の刑を減輕することを得」にかはりはなかつた。現在においても同様である。しかし、未遂概念ひいては實行着手の概念自体は主觀主義と客觀主義が對立して、かなりのはげしい論争を経て來た。その間にあつて、未遂の規定が終始同一の文言を保ち得たのは、全く文言の形式そのものが主觀説にも客觀説にもあてはまるものであつたからである。ところが豫備草案と假案では不能犯が規定されたため、未遂の規定自体にも問題が生じた。そもそも、不能犯を規定することは、その未遂規定が客觀主義的であるのが普通である。蓋し主觀主義である以上不能犯の成立は認められ得ないから。しかし、不能犯を規定する場合にも二つの立場がある。その一は、未遂犯の規定が客觀主義に立つ結果、その趣旨を更に徹底するため不能犯を規定する場合^(四)。その二は、未遂犯の規定が主觀主義的立場に偏してゐる結果、それを緩和するため一部の不能犯を處罰から除かんとする場合^(五)。従つて、不能犯の規定が直ちに未遂犯の規定の客觀主義的立法趣旨を表はすものではないが、不能犯の規定の仕方から未遂犯規定の立場が推測され得る。豫備草案や假案についても、不能犯の規定をめぐつて未遂立法の趣旨が争はれた。豫備草案二三條は、「結果の發生すること不能なるに拘はらず自然法則の著しき無智に因り犯罪を實行せむとしたる

者は未遂犯として罰することを得ず」と規定し假案二三條では、「結果の發生すること不能なる場合に於て其の行爲危険なるものに非ざるときは之を罰せず」と規定する。不能犯の範圍は前者よりも後者が擴張されている。わが國の如き國內秩序の事情に大した變化もなく、又未遂犯規定の包括性にかんがみ、前者が先づ不能犯をみとめる端緒として注意的規定をなし、引續き後者においてそれを明確ならしめたものとみることにより、わが刑法改正事業において未遂は終始客觀主義に支配されたとも云える。この意見に反對するわが學者は、豫備草案はドイツ一九二五年の草案の規定に影響され、假案はドイツ一九二七年案に影響されたものと見る。^(六)ドイツ一九二五年草案はその規定の形式においても、理由書の説明からも主觀主義的であることは明瞭である。それに反し、一九二七年案は未遂犯の規定において客觀主義的傾向が濃厚である。^(七)ところが不能犯の規定については若干の見方の相違がある。二五年草案「行爲者が自然法則の著しき無智に因り其の實行を遂ぐることを能はざるが如き客體に對し又は方法を以て行爲を企てたるものなるときは其の未遂行爲は之を罰せず(二三條四項)」は、不能犯の不處罰を謳つてゐる。それに反し二七年案「未遂行爲が行爲者の撰擇したる方法又は客體の性質上到底既遂に至ること能はざるものなりしときは、裁判所は自由裁量により其の刑を減輕することを得。其の情特に輕き場合は刑を免除することを得(二六條三項)」は、原則として不能犯處罰を規定したものである。従つて、二五年草案は未遂規定は主觀説、不能犯は不處罰、二七年案は未遂規定は客觀主義的傾向強く、不能犯は原則として處罰されるも不能犯をみとめる範圍は廣い。この法文の特色から、不能犯の規定は兩草案とも一方主觀主義的、他方客體主義的傾向の緩和を意味する規定とみる。そこで、二七年案も二五年草案の趣旨と同一に解すべきであり、従つて兩案を通じ抽象的危険説が立法者の豫定するところと考ふる學者もいる。^(八)又これを以て立法の傾向が主觀主義を是認する方向にあるとする學者もいる。^(八)従つてドイツ刑法改正事業について右の如き主張をもつわが學者は、わが豫備草案も假案も共にドイツ兩草案と同様、不能犯の規定を主觀説又は抽象

的危険説によつて解釋すべしとなす。⁽¹⁰⁾これに反し、不能犯の規定それ自体客観主義に由來するものであるとの見地から、未遂犯自体については主観主義的ではあるが、理由書の例示する範圍の不能犯をみとめる規定を謳つた二五年草案は實質的には客観主義的であり、二七年案は更に未遂犯そのものの規定が客観主義的傾向であるところから、立法傾向の客観化を主張する學者もいる。⁽¹¹⁾しかし不能犯規定の趣旨は前述せる如く二つの意味をもつものであり、ドイツ草案の傾向についての兩者の争は、いづれが妥當かにはかに決し難い。⁽¹²⁾しかし、ドイツ兩草案とわが兩草案の關係は、ドイツ二五年案とわが豫備草案とでは文言の使用の點で類似性をもつが、ドイツ二七年案とわが假案とでは明瞭に異なる。わが假案は危険ならざる行爲について一般に不能犯の不處罰をみとめている。これはわが獨自の見解に立つたものといえる。⁽¹³⁾しかし、わが兩草案もドイツ兩草案も遂に施行を見なかつた。従つて現在においては不能犯の規定をもたない、包括性のある未遂規定のみの刑法典がわが國にもドイツにも施行されている。これら刑法典の下で、裁判所の見解はドイツにては主観主義であるに反し、わが國では客観主義である。従つて裁判所のかゝる立場から、わが國では刑法四三條の趣旨を客観主義と解する學者もいる。⁽¹⁴⁾しかしこれには根據が薄弱である。結局現行の法規によつては、主観説と客観説の妥當性を決定することは不可能である。

(一) 牧野・日本刑法(昭七)二七七頁。同・刑法改正の諸問題一五八頁。

(二) このため法規自体からはなれて、未遂概念の根據をなすイデオロギーによつて決定せんとする試みもあらはれる。小野・刑法總則草案に於ける未遂犯及び不能犯・法協記念論文集三六一頁。

(三) 小野博士は「苟くも明文を以て可罰ならざる不能犯を認むるということは、それ自身において客観主義への傾向を示すものと解される」とされる。小野・前掲書三一九頁。

(四) わがボアソナード草案一二八條の規定がそうである。

- (五) ドイツ一九二五年草案二三條四項の規定がそうである。
- (六) 草野・未遂犯(刑法改正上の重要問題) 二二一—二二四頁
- (七) ドイツ一九二五年案が未遂規定において主觀主義的であり、一九二七年案は客觀主義的傾向にあるとするわが國の學者は、小野・前掲書・三三一頁。牧野・刑法改正の諸問題二四五頁、同重點の變遷九頁。草野・前掲書二〇三頁。
- なお坂本判事のみは二七年案も主觀主義的とされる。坂本・事實の欠缺について・法律論叢一三卷五號七二頁
- (八) 草野・前掲書二二二頁—二二四頁
- (九) 坂本・前掲書七二頁
- (一〇) 草野・前掲書二二二頁
- (一一) 小野・前掲書三二八頁—三三二頁、三七二頁
- (一二) 牧野博士は二五年の不能犯規定は主觀主義、二七年の不能犯規定は客觀主義であるが(改正刑法假案とナチス刑法綱領一〇一—一〇四頁)未遂犯の規定をも考え合はせると全体的に妥協的規定であり(刑法における重點の變遷九—一〇頁)かくて、わが草案においては、客觀説を好むものは客觀説によつて理解すべし、主觀説に従はんとする者は主觀説に基いてこれを運用すべしとの趣旨であるとされる(刑法改正の諸問題二四七頁)
- (一三) この點牧野博士も認められる。(牧野・改正刑法假案とナチス刑法綱領一〇一頁)
- (一四) 坂本・前掲書六九頁

三 不能犯と危険性

(一) 客觀説と主觀説の對立要素 右に述べた如く客觀説と主觀説はその概念構成及び法規の解釋をめぐり、かなりの對立を示している。結局不能犯の概念の相異がその原因をなす。より直接的には危険性の概念把握に由來する。

そもそも危険性には先づ次の三つの問題が解決されねばならぬ。第一は、危険を判断する主体は何か。第二は、危険とは何に對する危険か。第三は、危険は何が危険なのか、即ち危険と判断される對象は何か。第一の問題に對する答は、主觀説も客觀説も行爲者の判断でなく、客觀的第三者の判断である點は一致する。但し、客觀的第三者が何であるかについては、(1)一般通俗人か、(2)指導的文化層の人か、(3)専門的鑑定人かに分かれ争われる。第二の問題については、主觀説は法律秩序に對する危険であるに反し、客觀説は法益に對する危険であるとしてかなり對立する。第三の問題については、主觀説は意思乃至行爲者の危険を考えるに反し、客觀説は客觀的行爲の危険を考える。一般に意思乃至行爲者の危険を問題にせんとすれば、意思状態乃至性格状態が、如何に一定の法律秩序から見て好ましからざるものであるか、問はれねばならぬ。蓋し、行爲の媒介なしには法益が危殆におちいることはあり得ないから。一方行爲の危険とは、行爲の結果に對する原因性、可能性を意味するとすれば、當然法益に對する危険でなければならぬ。この點主觀説が意思—法律秩序と結ぶ理論は正しい。又客觀説が行爲の危険を行爲の結果發生の可能性とする場合、行爲—法益と結ぶ理論も一貫性をもつ。但し、主觀説が意思—法律秩序の結びつきで危険性を判断する場合、具体的客觀的な事象が一切捨象され、危険性は一般的觀念的危険を意味する。従つてその場合の判断者は一般通俗人にも判断が可能であるという程度で、必ず通俗人でなければならぬことはない。必ず通俗人の判断を優先させるところに、主觀説の未遂不能犯に對する處罰擴張の傾向がうかゞはれる。これに反し客觀説は客觀的具体的事象たる行爲の能力の認定評價である。これは一般通俗人には不向きであり、指導的文化層の良識或は鑑定人の意見を参考に判断する方が合理的であり、眞理的である。これは、通俗人の觀念と指導的文化層の人との觀念が相異する僅くまれな場合に生ずる問題である。しかし、主觀説が眞に危険な意思乃至性格を標準にするのであれば、低級な通俗人の智識によるあいまいな危険性の判断より、高級な良識によるより確實な危険性の判断を採用すべきである。この點危険性の要素は

主觀主義においては余り重要性がないかに思はれる。計劃の危険性の如きは單なる論理的技術にすぎないのではないか。一方危険性の判断の對象がすべての客觀的要素を捨象し、犯人の主觀的認識内容のみを對象として判断することが果して妥當かどうか。主觀説はこの點で最も非難をうけねばならぬ。結論的に言えば、主觀説はこの點で不能犯を否定する結果となる。又一方客觀説は行爲の危険性を標準にする點は主觀説に優るが、行爲の危険性を行爲—法益の關係に結びつけ、法益侵害の可能性とする點は非難されねばならぬ。論理的にいつて、未遂犯には法益侵害の可能性は存在しない。ようやく社會觀念に従うことにより、なほ法益侵害の可能性を維持せんとする。しかし、社會觀念に従うとも、法益侵害の可能性が存在しないという事實に變りはない。それを存在すると假定せねばならぬところに論理的弱さをもつ。それを補ふためには行爲—法益の關係下ではなく、行爲—法律秩序の關係から危険性を論ぜねばならぬ。若しそれが可能であれば、主觀説と客觀説の對立も、判断の對象の點を除いては全く同一の危険性概念となる。判断の對象が意思か行爲かの問題は、單に不能犯論における問題でなく、深く刑法學自体の問題である。

(一) この立場は牧野博士である。牧野・刑法研究二卷九五頁以下

(二) 小野博士はこの立場である。小野・前掲書三九〇頁、四三三頁以下

(三) 瀧川博士はこの立場である。瀧川・刑法の諸問題一四四頁以下

(四) フィンガーは行爲の相當性(即危険性)を區別する場合、結果招來に適當か否かの點で區別する事を無意味とし、Finger, a. a. O. S. 303. ホーラー、ワッペンフェルトは明らかに法律秩序に對する危険とする。Kohler, a. a. O. S. 161; Wachenfeld, a. a. O. S. 179; Delaguis, a. a. O. S. 95 ff.

(五) ヘーゲマン、バウムガルテン、ローランド、ビルクマイヤ等の危険説は行爲の可能性、法益侵害の危険性を意味する。

(二) 危険性の概念 危険という言葉は普通用語としては、本來客觀的なもので「害惡の發生する可能状態」を云

う。或は主觀的に「害惡發生の憂慮」を意味する。^(一)この二つの意味においては、抽象的危險説はもとより、一般社會人の判斷にもとづく客觀的危險説も、後者の主觀的意味の傾向が強化されて來ている。しかし、更に危險の概念は次の要素から構成される。(1)出來事の蓋然性と、(2)好ましからざるその性質から。蓋し、出來事の發生が不可能である場合も、それが又確定的である場合にも危險とは言えぬ。なほ又、出來事がわれわれの利益と完全に一致する場合も、それが又全く無關係な場合も危險は考えられぬ。^(二)危險性が「害惡發生の可能性」或は「法益侵害の可能性」という場合には、その「害惡」又は「法益」は我々の利害に關係のある性質を含めた事件の可能性を意味する。しかし、危險の二つの要素の中で、主觀説と客觀説ではそのウエイトの點で差がある。主觀説では「好ましからざる性質」の面にウエイトをおき、客觀説では「侵害の可能性状態」にウエイトをおく。すなはち、主觀説では遠き將來に侵害の可能状態は生ずるにしても現在直接未遂處罰の根據となるのは、法律秩序から見て好ましからざる危險な意思自体である。客觀説は、法益は一般にわれわれの利益に關係あるものではあるが、直接處罰の根據になるのはその侵害の可能性である。すなはち、フオイエルバッハは客觀的可能性の存在を必要とし、更にミツテルマイヤー、ベルナーによりその可能性は、手段、客体の物理的性質を標準とした自然的物理的可能性なる事が明らかにされた。その後主觀説の攻撃により、自然科学的な危險性(可能性)の意味をすてて、それを主觀化した社會觀念上の危險性(可能性)に改められた。しかし、主觀化した場合にも、法益侵害の可能性を可罰の標準におくことは變えられなかつた。すなはち、未遂は社會經驗則上法益侵害の可能性ある行爲であるが故に處罰される。しかし、あくまで法益侵害の可能性を固持すると、特に客体の存在しない場合の未遂犯を理由付けることに苦しまざるを得ない。たまたま不在中の室内へ向け發砲した場合や、空ポケットに手を入れたスリが未遂として處罰されることは、學說判例共に認めるところである。^(三)しかし、この場合、生命や財物侵害の可能性は全く存在しない。この場合社會觀念上客体の存在が肯定されると

假定するところに論理的困難が生ずる。その非難は客觀說が「侵害の可能性」に危険の重點をおくところに存する。

(一) 小島昌太郎・保險本質論二一八、二一九頁

(11) Rohland, a. a. O. S. 1ff.

(三) この場合學說が未遂を認めるのは近代では通說である。客体の不存在の場合わが判例においては未遂をみとめるのが普通で

ある。大三、七、二四判決・錄二〇輯一五四六頁、大五、八、二八判決・錄二二輯一三三二頁、大六、六、二八判決・錄二三輯七七三頁、昭一三、七、八判決・刑集一七卷五五五頁、昭二一、一一、二七判決・刑集二五卷五五五頁、昭二三、八、五判決・最高判例集二卷一一三四頁、昭二六、五、八判決・最高判例集・五卷一〇〇四頁。

そもそも、危険性の概念は刑法上重要な意義をもつ。刑法上危険性が構成要件要素とされているものに、所謂危険犯と稱されるものにおける危険性と、常習犯・職業犯・累犯等における犯人の危険性がある。犯人の危険性なるものは、危険の一般概念を「社會的危険性」と「犯罪的危険性」に分け、前者は犯罪前におけるそれ故豫防警察に屬すべきもの、後者は犯罪後におけるそれ故刑事鎮壓に屬すべき再犯の危険性と解した。すなはち、後者は行為者による犯罪の存在を必須條件とし、その犯罪を通じて、またはその犯罪により徴表せられた行為者の危険なる意思乃至性格を指すことになる。この行為者の危険なる意思乃至性格は、同一犯人による犯罪反復(累犯)の可能性または蓋然性への期待であり、將來的犯罪の反復的徴候への豫測である。すなはち、再犯の危険性ということになる。^(二)しかし、この犯人の危険性とは直接には犯人の意思乃至性格の法律秩序に對する危険なのである。これに對し、所謂危険犯といはれるものは、客觀的行爲の危険性又は外部的危険状態をいひ、根源的には法益に對する危険を豫定している。刑法法規中危険犯と稱されるものは次の如きものである。偽證罪、騷擾罪、放火・失火罪、溢水・水利罪、往來妨害罪、決斗罪、遺棄罪、信書開披罪、名譽毀損罪、それに又賭博罪も財産に對する危険犯と考^(三)えられている。これら危険犯を

見ると、偽證罪、騷擾罪をのぞき發生的には個人権利の保護にあつたと思はれる。個人権利の保護は啓蒙思想に發した個人尊重の影響により重大性を増したと思はれる。かゝる重大な個人の権利は實害發生に至らずとも、危険の段階で保護しようとする傾向を生ずる。しかるに、現在では危険犯の大部分が個人権利の保護を包めた社會的利益の保護の觀念に移つてゐる。こゝに、個人の権利という特定の法益から社會全体の利益へという法益概念の變遷を見うける。危険犯は具体的危険犯と抽象的危険犯に分れる。前者においてはなほ危険が具体的に發生することを必要とするが、後者においては行爲の型態自体に抽象的に危険性が包含され、豫定される。未遂犯も危険犯の一種である。しかし、いづれの危険犯に屬するであろうか。勿論、具体的危険犯と抽象的危険犯の區別は、不能犯論における具体的危険説と抽象的危険説の區別とは意味を異にする。不能犯においては、ともに客觀的に危険の有無を判斷する點では一種の具体的危険犯ともいえる。何故不能犯論で具体的、抽象的の區別があるかといへば、判斷する場合の對象を具體的客觀的なものとするか否かによる。^(三)さて、危険を判例學説は如何に解したであろうか。放火・失火罪の公共危険犯については、「物に延焼せんとする状態、又はその他一般不定の多數人をして生命身体及び財産に對して危険を感ぜしむるについて相當の理由ある状態が發生したこと」と解する。^(四)もつとも、その場合にも客觀的狀態に重きをおくか、一般不定の多數人の恐怖感情に重きをおくかで異なる。すなはち、具体的危険犯の中でも、その危険が具體的客觀的危険か、抽象的主觀的危険でよいかの區別が存する。^(五)未遂は具体的危険犯か抽象的危険犯かの問題について、例えばリストの如きは前者に屬せしめたのではなからうか。しかもその場合の危険を抽象的主觀的意味の危険をとる。すなはち、リストは未遂犯における危険性を危険犯における危険と同様結果^(六)（外界の變化）と考へる。しかも危険は法共同体構成員の心理的恐怖の印象とする。^(七)しかし未遂犯は危険犯と異なり、過去において多くの場合ひそかに行はれた事に對する事後判斷である。行爲の行はれた瞬間には一般人の心理的變化を探究することは不可能である。そ

ことで一般人に代つて判断者を行爲の行はれた瞬間に立戻らせ、行爲當時存在した事情のみからその當時の心理的變化を見ようとするのである。^(八)しかし、未遂犯は抽象的危険犯ではなからうか。^(九)失火の場合の延焼の可能性と、空ポケットに手を入れたスリの場合の財物奪取の可能性とは、現實的客觀的に法益侵害の可能性の點で、同一範疇には考えられぬ。それでも、通行人とスリと挿入行爲という一つの行爲の態様それ自体は財物奪取の危険性を包含している。それは、抽象的危険犯が、具体的に法益侵害の危険があろうとなかろうと、一定の行爲を行えば直ちに犯罪となるのと同様の系統にある。もつとも、未遂犯には危険犯の如く法規に豫定された行爲の規定がないかに見える。しかし、未遂犯の「實行の着手」といふ規定はそれのみでは意味がなく、窃盜の實行着手、殺人の實行着手というように修正された規定において意味がある。そこで、窃盜の實行の着手行爲を行えばそれだけで窃盜未遂である。では如何なる行爲が實行の着手行爲か。それは、社會的類型判断により、又刑事學的統計方法により定型的な行爲が實行の着手行爲である。妊婦に妊娠したと思はれる動機があり、身体が妊婦に類似し、墮胎行爲の着手があれば例え實際には妊娠していなくとも、墮胎未遂である。所謂具體的危険犯の如く、危険の有無の認定により始めて可罰性を根據づけるのでなく、行爲の態様乃至類型自体が可罰性を根據づけるのである。

(一) 熊倉武・近代刑法思想の發展二〇二頁

(二) Liszt, a. a. O. 5 Aufl. S. 131

(三) 牧野・具體的危険と抽象的危険・研究八卷二〇一頁参照

(四) 大五、九、一判決・録二二輯一三六一頁

(五) 牧野・前掲書・二〇一頁以下参照。同・研究二卷二二五頁以下参照

(六) Liszt, a. a. O. S. 130

(七) Liszt, a. a. O. S. 211

(八) Liszt, a. a. O. S. 212

(九) 小野博士も未遂犯は抽象的危険犯とされる。同・講義(昭二七)一八四頁

危険は他の面から見ると、結果(法益侵害)不發生の事實が偶然なる場合である。従つて結果不發生の事實が偶然な場合未遂犯は成立し、結果不發生が必然の場合不能犯となる。なほ、結果發生が確定的である場合即ち必然の場合には危険の概念自体存在しない。そもそも、必然と偶然は對立概念であり、偶然ならざるものが必然であり、必然ならざるものが偶然である。しかして、客觀の世界それ自体、自然法則的意味においては偶然もなく必然もない。従つて、偶然も必然も或ることの存在若くは發生と、人間のこれに對する知得との關係である。「或ることの存在若くは發生」とは、こゝでは結果不發生という事實の存在若くは發生である。必然とは結果不發生の事實を知得するに至るまでの経路が、立證的方法を以て説明し得るときであり、偶然とは立證的方法を以て説明し得ないときである。^(一)立證的方法とは、苟も普通の理性を有する人々に對しては、何人にも理論を以て理解せしめ得る方法である。従つて、未遂犯か不能犯かを争う場合には、不能犯を主張する側からは、裁判官が結果不發生の事實を知得するに至るための立證的事實を擧げることになる。その事實が、客体の不能(例えば死体)、手段の絶對的不能(例えば砂糖)なることを示せば、裁判官は極めて容易に結果不發生を知得しうる。こゝに古典學說の有力な根據がある。たゞ、客体が死体であつたこと、毒殺の手段が砂糖であつたことの知得が行爲の瞬間において不明であり、しかもその場合行爲者又は一般人の目からはなほ生きた人、毒藥として知得されたときには問題がある。リストはこゝにおいて、事前的立場を要求するが、リストと同一の刑法体系をとらない法益危険論者には、未遂は事前的立場に立つ判断でなければならぬという合理的根據はない。しかも、結果不發生の知得が單に手段又は客体の一方のみの立證で行はれる場合、その

判断は極めて不正確である。例えば、手段が一枚の半紙であり、又は砂糖である場合、果してすべての行爲は必然的に結果不發生であろうか。すなはち、その場合攻撃される相手方が熟睡中の幼児であり、糖尿病患者であつたとすれば、なほ危険性は存する。従つて結果不發生の知得即ち危険性の判断は、全体的行爲を對象に判断せねばならぬ。^(三)未遂の可罰性の根據は、結果不發生が必然であつたか偶然であつたかの點に重點があるのでなく、實行の着手行爲があつたか否かが重要なのである。従つて、實行に着手した場合の行爲の態様自体が類型的觀察に従つて評價されねばならぬ。古典學説は實行の着手自体の説明にも、なほ結果發生の點から理由付けしようとした。すなはち、「絶対的不相當な手段や不能な客体の場合は實行着手は存在しない。蓋し、客觀的に實行不能なものは實行に着手することも出来ないから」^(四)というのである。これは具体的に結果發生がないことが明らかである場合、實行の着手行爲がないということである。しかし、論理過程としては逆コースであり、又實行着手行爲は結果發生又は不發生の概念の背景なしに認定する事は出來得る。例えば、保險において、個々の場合の事件の發生・不發生が豫知出來ないものであつても、不特定に多數の場合を集合し、大數的現象として觀察し、統計や蓋然率論の應用によつて、事件の發生・不發生が豫知出來る。刑法においてもわれわれの行爲は、社會の經驗則により類型的に觀察し、社會學や刑事學の力を借りてそれが構成要件に要求する實行行爲に相當であるか否か判定され、その判定の結果逆にその行爲が結果發生が可能か否か推測される。しかし右の保險における大數的現象は大數的現象内においてのみ結果の發生・不發生を立證しうるだけであつて、個々具体的にいつ發生するか否かは立證し得ない。^(五)刑法においても、類型的觀察に従つて一定の行爲がある類型にあてはまつたとしても、具体的に實際結果を發生せしむるか否かは不明であろう。従つて行爲を結果から上に向つて見るのではなく、行爲の進行に従つて觀察すれば、たとえ社會經驗上結果發生又は不發生に必然的行爲であつても、すべて結果不發生に偶然な行爲即ち危険な行爲といはねばならぬ。従つて未遂の根據を現實的結果發生の可

能性におくとしても、行爲の進行に従つた判断（事前的判断）によれば、すべての行爲が危険なものとして處罰されねばならぬという、主觀説の攻撃とは全く逆の歸結をうる。^(六)しかし、構成要件上要求される實行行爲とは、所謂社會經驗則上より觀察された反社會的類型行爲で足りると考えられている。^(七)とすると、構成要件上要求される危険な行爲とは、結果發生（法益侵害）の可能性に重點をおく意味の危険というのではなく、法律秩序から見た好ましからざる性質の行爲という意味の危険でなければならぬ。蓋し、その行爲は類型的觀察方法や社會學・刑事學の應用で即ち立證的方法を以て、必然的に結果發生又は不發生が知得されうるから。刑法上危険な行爲といはれる場合普通は、結果發生が必然的行爲即ち法益侵害の可能性ある場合に使はれるが、それは法益侵害という事實が發生するであろうか否かの危惧の念というよりも、その様な行爲が社會上或は法律秩序上放置し得ない好ましからざるものとする態度からの危険感情が實體なわけではなからうか。

(一) 小島・前掲書四二九頁

(二) リストは犯罪は必ず意思とその媒介たる意思表動（行爲）と結果よりなると考え（自然的行爲論）。しかして未遂の場合には危険が結果となる。すなはち法的構成員の恐怖の印象は心理的變化としてなお外界の變化の一つである。未遂犯の場合行爲自体に意味はない。それは結果に比較的近き位置にあるという特質のみ要求され、未遂犯の本質をなすはその行爲の傾向性である。この傾向性を判断するにはあらゆる事情が平等に取上げられる。この事情が多ければ多い程判断の眞理性が大である。ところが傾向性は時々刻々に變化する。この傾向性が判断者に危険の印象を起させた場合に未遂は犯罪性を完了する。従つて判断者は結果に比較的近き位置に居てこの傾向性を判断しなければならぬ。即ち事前的立場はこの故に要求される。Liszt, Lehrbuch. 5 Aufl. S. 127—131, S. 200, S. 210—212; Dasselbe, 12^{te}/13 Aufl. S. 124—126, S. 202—203, S. 210—212; Dasselbe, 23 Aufl. S. 123—126, S. 201—202, S. 208—209.

(三) 小野・法協記念論文集三九三頁

(四) Schiler, a. a. O. S. 37

(五) 小島・前掲書四三六頁

(六) プーリヤラマシユ等の攻撃は結果から上へ向つて見た場合であり、未遂には客觀的法益侵害の可能性はないから、その意味ではすべて不能犯とする。

(七) 小野・講義(昭二七)九二、九九頁

客觀說の危険性の意味が法律秩序に對する危険ということは、なほ積極的基礎付けが必要である。客觀說において法益侵害の危険性が固執される所以は、結果主義的應報思想の殘滓の面も考えられるが、犯罪の限定として政策的意味をもつ。しかし、同じ生命の侵害や財産の侵害にも法規は多様の規定をなす。これら犯罪の説明や限定には法益によるよりも、行爲の態様自体による限定の方が優る。^(二) それにしても、犯罪は法益の侵害又は危胎であるという命題はすでに犯罪論における原則である。しかし、その法益を侵害行爲に對し對象的に或は客體的にとらえることには疑問が生じている。現に未遂犯においては、客體的な法益侵害の可能性は存在しない。強いて可能性(危険性)を問うなら、抽象的な可能性(危険性)しか存在しない。^(三) 抽象的危険とは現實の或は客體的な法益の侵害の可能性を問うことなく、行爲自体の定型乃至態様がそのまま問題となるのである。犯罪||法益の侵害又は危胎という命題をあえて否定する必要はないが、法益概念自体が變遷されねばならぬ。法益論の變遷はすでに二つの面で進歩をとげた。從來法益とは個人主義的な、そして物質的、少くとも客體的なものであつた。それがイェーリンクやビンデンク以後個人主義的な面が捨てられて、社會的價值として把握されるに至つた。^(四) 又一方物質的な面が次第に精神化され、ホーニッヒやシユヴェンゲルによつて法益を客體的に把握することの不可能性が認められ、ガラスに至り法益は侵害の客體でなく評價の尺度となつた。^(四) かくて、法益とは行爲と對象的に存在するのでなく、行爲の後からそれを評價するものである。

法益の侵害とは、行爲が法の客觀的な評價機能に反するということに外ならない^(五)。あながち法益を経験的實在としての侵害の客体とすれば、具体的に法益侵害の危険のない未遂行爲は、すべて違法とはいえなくなる。かくて法益とは文化規範なり、國家的條理なり、又は當爲なりという如く規範的なものそれ自体を意味する。あえてそれを法律秩序といつても大差ないのである。従つて行爲の態様自体が客體的な法益の概念によらずして、違法なり可罰性なりの根據となる。すなはち、かゝる規範的なもの或は法律秩序に對して好ましからざる行爲のあり方自体が違法乃至危険と判断され、可罰的なものとなりうる。かくて、行爲の危険とは法益に對する危険を根源的にもつているとしても、なほ可罰性の標準は法律秩序に對する危険から、すなはち行爲の態様如何が決定的なものとなる。

(一) すなはち同じ生命の侵害でも、殺人と過失致死、傷害致死、自殺に關與する場合、又は同じ財物侵害でも窃盜、横領、詐欺等を同一の法益である生命、財産で限定することは不可能であり、故意なり行爲の態様により區別しなければならぬ。

(二) 小野博士は構成要件自体實質的には法益の侵害又は危険の實現という性質をもつたものとされながら、とくに未遂においては危険は抽象的意味での危険であるとされる。小野・法協記念論文集三八四以下、特に三八九頁

(三) イェリングは法益を「社会の生活諸條件」と考える。Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1 Bd. 2 Aufl. (1884) S. 490ff. *Binding, Normen*, 1 Bd. 3 Aufl. S. 353, S. 358

(四) ホーニツヒは法益を「法的思惟が刑罰法規の意味及び目的を把握するため用いられる範疇的綜合」であるとす。Honig,

Die Einwilligung der Verletzten, 1 Teil. (1919) S. 94

シニウイングは法益を「個々の刑罰法規の中にみとめられた、もつとも簡単な形式による目的」であると考える。Schwinge,

Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930 S. 22

Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung (im Gegenwartstragen der Strafrechts-*

(五) 平野・故意について(二)法協六七卷四號七二頁

(三) 客觀説と主觀説の妥當性 客觀説も危険性は規範的なもの乃至法律秩序に對する危険がその本質であるとするれば、何に對する危険かという意味での兩學説の對立は解消する。しかし、何が危険かという場合の對立は残る。もつとも、可罰性の根據を意思におくか、行爲におくかの問題は、不能犯という限られた範圍の問題でなく、刑法体系自体の問題である。従つて、この點の妥當性は廣く刑法全般に關係してのべられねばならぬ。そもそも、刑法には二つの機能が考えられる。その一は個人の自由保障的機能であり、その二は社會の安全保障的機能である。前者の面では客觀主義に合理的なものが見出され、後者の面では主觀主義が優る。しかし、主觀主義も個人の自由保障の面を無視することが不當なところから、そのための種々の理論構成が考えられている。不能犯論において抽象的(主觀的)危険説が、純主觀説の如く單なる意思を處罰せず、確定的な具体的意思を處罰の要件とするのもこのあらはれである。しかし、抽象的危険説の論者も、社會の安全と個人の自由が同時に同一程度にその保障を要求する時は、當然社會保障の面が重んぜられるであろう。ひるがえつて、迷信犯をみると、行爲者の反社會的性格は一般犯人のそれよりも強固なもの存在することが實證的に^(二)べられうる。この點については、牧野博士や純主觀説論者の宮本博士も亦自覺されている。^(三)されば、社會防衛の目的からはむしろ意思の危険のない迷信犯は處罰しなければならぬ。迷信的手段をもつて殺人を企てた者の中には、或は性格怯懦なためかゝる手段しか選び得ない者もいるが、それが殺人可能な手段と信じて行ふ者もいる。後者の場合その手段が殺人に不能と覺つたときは、容易に他の手段にかえうる。従つて迷信犯のすべてが社會防衛上危険でないとはいへぬ。抽象的危険論者は云うであろう。「意思を處罰するといつても、徴表された限度で處罰する。従つて故意に危険な行爲の認識ある場合にのみ未遂犯は成立する^(三)」と。しかし、何故故意

に危険な行爲の認識ある場合、即ち計劃の危険性ある場合直ちに未遂が處罰されうるかといえ、社會防衛の目的が根據にあるからである。社會防衛の目的からは迷信犯は處罰さるべき筈であつた。しかし、抽象的危険説には今一つの逃道がある。迷信犯には故意の存在がない^(四)。従つて責任がないということである。そもそも、社會防衛論者、犯罪徴表主義者においては、責任とは行爲者の性格の認定につき^(五)。この行爲者の性格認定は、行爲者の認識した事實から推定される。それ故故意は存在事實の認識で足りる。故意の内容が危険な存在事實の認識であれば、行爲者の危険な性格が認定される。そこには責任に非難という評價が全く無視されている。いやしくも、刑法上責任ありとして刑罰を科する場合は、その行爲乃至人格が非難されてのみわれわれの社會感情を満足せしめうる。しかるに徴表主義によれば、危険な事實を認識すれば危険な性格の具有者として直ちに刑罰を科する。まことに感情のない自動機械がボタンの番號さえ合はせれば右から左へ刑罰を科する如く、事務的なものに終る^(六)。この點純主觀説の方が責任ということではより刑法的である。また純主觀説の目的意思であれ、抽象的危険説の危険な事實の認識であれ、それが内面的なものである點では科學的認定乃至裁判官の推測における困難又は專斷等に差異はない。何故抽象的危険説が故意に危険な事實の認識の程度まで要求するのか。それは徴表主義者が個人自由の保障を考慮しているという一點につきるのであろう。かくては、危険な事實の認識乃至計劃の危険性ということも一つの論理的テクニクにすぎない。

主觀主義のかゝる缺陷は、犯罪の鎮壓、社會の防衛という面で優に補はれるであろうか。社會防衛理論から犯罪の鎮壓というために次の二點が推測される。その一は、犯罪を法益侵害という外部的結果の發生以前に豫防的に、主觀的段階で把握し處分する。その二は、刑期満了して社會に復歸する場合、行爲者が從來のままの状態であれば再び犯罪の種を社會に播くようなものであるから、犯人の性格を改善するため犯人の教育を重視する。まことに社會防衛上から見れば合理的理論である。しかし、右の理論が合理的効果をもつには、社會と個人の對立が全く調和された、高度の文化國家の存在を前提とせねばならぬ^(七)。かゝる國家では犯罪者を罪を犯し

た憎むべき者と見ないで、社會調和の性格に缺けた者と見る。そこで、社會教育のため刑罰や保安処分を科せようと考える。しかし、現在の社會が若し文化國家を目標としていても、現實の状態は監獄制度や冤囚を迎える社會感情や生産機構において強くその合理性をはばむ。資本主義が獨占段階に入り、階級の對立がますます顯著となり、しかも犯罪者の多くが經濟的に弱者である現狀では、行刑において保障されるよりそれ以前の段階で強く保障されることを望む。しかも、主觀的教育刑論者が行刑の司法化、受刑者の自由保障を論ずること自体が、現行の法律制度では論理的根據がないとさえ疑はれている。^(八)文化國家を前提として理想主義刑法を唱えることにも確かに意義がある。しかし、實際に運用される刑法は、深く現實の社會現象に根ざしたものでなければ運用に無理がある。かゝる運用上の無理は刑法に關する限り、理想に向う過渡的現象としてしのばねばならぬという事は決して出來ない。それは、刑法が個人の人權に深く關係するからである。刑法上は例外を例外として切すてられない。刑法は現實を超越した理想の立場から引ばれるのでなく、現實を一步一步改善する漸進主義でなければならぬ。主觀主義は目的とする社會防衛、理想とする教育刑のため刑罰制度の改革を叫ぶ。しかし、セーリンやルーシエによれば、刑罰制度の變遷や變遷過程における刑罰方法の意義を刑法學説上から理由付けることを強く否定する。^(九)そして、「刑罰はその法律概念ならびに社會的目的の何れとも關係なく、一つの社會現象として理解されねばならぬ。又その方法の變化は犯罪に對する鬭争の必要が變化することのみからは説明されえない。軍隊制度の歴史が軍隊のもつ不變の目的から演繹されえないのと同様である」とさえいつている。又、牧野博士の所謂文化國家は近來いちぢるしく福祉國家の思想に接近を示している。その接近の理由は、兩者が全体と個人との調和の促進維持のため積極的に國家が個人の福祉に干渉することを任務とする點にある。そして第二次大戰終了後の現在、イギリス、アメリカにおいても支配的思想であることを強調される。^(一〇)しかし、われわれは批判の目を先進資本制社會たるアメリカ、イギリスよりも、後進國として共通の經濟事情をもつドイツに向けねばならぬ。そこで、第一次大戰後、ワイマル憲法の下に誕生したドイツ共和國の推移が目にかぶ。社會民主主義の新たな社會政策理論の指導の下に、ドイツ資本家階級の社會的讓歩と、労働者階級の保護の結果、労働者階級の國家に對する積極的地位がみとめられた。かくて、國家と労働者階級、全体と個の間には國家体制には内部的對立はも早存在しないと考えられた。しかし、このことはドイツ

勞働者階級を勞働組合を通じてブルジョア國家体制に結合・緊縛しようとする企圖に外ならなかつた。かくて、事實上組織された經濟民主主義体制と目標とされた全体主義体制とは、イデオロギーにおいては對蹠的性質でありながら、國家獨占資本主義への共通の歴史的役割を擔う結果となつた。^(一一)かくて、完全なる文化國家、全体と個の矛盾なき調和は一つの理想であり、それ故に歴史的には空虚である。われわれの歴史上知り得たことは、權威主義全体主義への逆轉以外にない。かくて、理想主義的な理論というものは、根本的な空虚さの故にどの政治權力にも利用されうる。

客觀主義が個人の自由保障の面で合理的な所以は、根本とする罪刑法定主義による。罪刑法定主義は歴史上人類の血と汗で獲得された思想である。それ故強固なものであり、現實的である。罪刑法定主義は社會的弱者保護の思想^(一二)というものがその歴史的意義である。眞に客觀主義は一九世紀初頭罪刑法定主義の旗印の下に、政治的弱者保護の爲闘つた。かくて、現代においては政治的自由平等は全く確立されてしまつた。しかし、その後確立した資本制社會は社會内部に經濟的弱者を生んだ。されば、社會内部に強者と弱者の對立ある限り、罪刑法定主義は必要性をもち、客觀主義の眞實性はみとめられるであらう。しかし、客觀主義がその合理性をかゝる意味の罪刑法定主義のみに求めるときは、その眞理性も限界をもつ。從來の罪刑法定主義が弱者保護にのみ合理性を求むれば、經濟的、社會的原因による犯罪には強く影響する。しかし、病理的原因の犯罪には弱い。不能犯はM・E・マイヤーの言の如く、殺人・放火・墮胎等の病理的犯人により行はれる犯罪に多く認められる。従つて主觀説の主張も不能犯にとつてはなお強い合理的根據をもつ。しかし、主觀主義にとつてはこれら犯人は處罰を免かれるのでなく、處罰されねばならぬ。かくて、主觀説にとつては不能犯は必然的に否定されねばならぬ。又、客觀主義が罪刑法定主義を裁判官に對する司法的抑制と考へるにしても、純自然犯について裁判官の専恣が働くことはまれであらう。それに反し、法定犯については法律があるが故に裁判官もそれに従うのである。かゝる意味では罪刑法定主義は司法的抑制よりも立法的抑制に作用せねば

ならぬ。そこでは、刑法上の罪刑法定主義は意味をなくして、法律に關係あるものの主觀的レジスタンスとして残るのみである。客觀主義の中にも、つとに罪刑法定主義からはなれて、主觀主義とは別途のヘーゲルの國家調和の理論をとるものもある。^(一四)しかし、主觀的レジスタンスとしての罪刑法定主義は、立法においても、既成法規の解釋方法論を確立する場合にも、論者にとつて支柱とならねばならぬ。

- (一) 例えば、飯塚・丑の刻詣りと不能犯學說・法曹會雜誌九卷八號一七頁以下
- (二) 牧野・改正刑法假案とナチス刑法綱領一〇三頁、宮本・殺傷可能性を有する器具と殺人不能・論叢九卷二號二三七頁以下
- (三) 牧野・日本刑法（昭七）七八頁、二九六頁、同・刑法總論（昭二三）三七九頁
- (四) 牧野・日本刑法（昭七）二九七頁、同・刑法總論（昭二三）三七九頁
- (五) 瀧川・刑法雜筆八頁
- (六) この點が主觀主義に好意をもつ學者によつても主觀主義が非難される大きな缺陷である。團藤・刑法講座・新報七四六號二四頁、井上・刑法學二六五、二六六頁
- (七) 牧野・刑法と文化國家理念・刑法の三十年二〇九頁以下、同・「法律的消極主義」と「文化國家論」・日本法的精神の比較法的自覺一九一頁以下
- (八) 井上・前掲書二六三—二七一頁
- (九) Georg Rusehe and Otto Kirchheimer, Punishment and Social Structure, P. 3—7 (in introduction)
- (一〇) 牧野・法律文化の二十世紀二三頁以下
- (一一) 服部英太郎・ドイツ社會政策論史（上）一頁以下参照
- (一二) 瀧川・前掲書三七四頁
- (一三) M. E. Mayer, Der allgemeinen Teil, S. 355 もつともマイヤーはこれら犯罪につきるとは考えていない。しかし

判例や學說の設例とされるものは主としてこれに限られる。

(一四) 小野・日本法理の自覺的展開参照

四 不能犯の諸問題

(一) 不能犯論の地位 犯罪は構成要件該當の、違法、有責の行爲である。このことは、犯罪認識の順序をいつたものではないことは明らかである。具体的事件の認識においては三つの段階は殆んど同時に行はれるであろう。それは犯罪概念を分析して論理的に構成する場合の段階である。この場合、構成要件は、第一に犯罪行爲と非犯罪行爲とを分離する機能をもつ。第二に構成要件は、三つの段階の概念の統轄的機能をもつ。即ち、構成要件は違法性の存在根據であり、有責性の存在根據であるということとを理由づける場合である。第三に構成要件は、犯罪相互間の個別化的機能をもつ。犯罪相互間の區別は、行爲の類型性の面のみでなく、違法性の點でも、有責性の點でも區別される。すなはち、二つ以上の犯罪行爲が類型的あてはめにおいても、違法的評價においても區別出来ない場合は、人格的非難性の評價で區別される。例えば、共有物をひそかに自分のものにした場合は、普通窃盜とされている。^(二)しかし、ここでは窃盜と横領が擇一關係に立つ。行爲の類型面、價值面では決定的差異は少い。この場合の決定的根據は非難性にあると思はれる。すなわち、共有者は財物を自己が所有又は占有しているが故に、それを自己の物にせんとする誘惑状態におかれている。かかる心理的に弱い立場にある者の非難性は犯罪間の區別に重大な意義をもつ。^(三)しかし、不能犯論が論理構成の面での段階に屬するかはすでに明らかである。蓋し、不能犯と未遂犯との區別は、非犯罪的行爲と犯罪的行爲の區別であるから。すなはち、構成要件の第一の機能による。しかも、それは行爲の類型性の面で區別されねばならぬ。具体的行爲は先づ構成要件という門を通つて始めて刑法的な關係をもつ。門の外にある行爲事實

は未だ刑法上何の意味もない。不能犯か未遂犯かの問題は門を通るか通らないかの問題である。従つて未だ違法性の評價も責任性の評價も関係しない。もつとも、それは犯罪の論理構成の點においてである。しかし、構成要件は違法類型であり、責任類型である。こゝから犯罪成立について二つの概念の流れがある。その一は、構成要件が違法、有責行為の類型である以上、構成要件該當行為があれば、違法阻却、責任阻却のない限り犯罪は成立する。その種の概念では違法性に關係のないそれ以前の構成要件の類型行為は考へる必要がない。その二は、構成要件が違法有責行為の類型であるから、更に實質的に違法性、有責性の評價を必要とする。この種の概念では少くとも違法性の前に構成要件の類型行為を考へねばならぬ。前者では法實證主義的傾向を有し、後者は倫理的道義的意義が重要性をもつ。犯罪概念の具体的説明においては、後者の方がより流動的であり目的性をもつ。しかし、それ故かえつて人權の保障の點では判断者の恣意を許す危険がある。従つて構成要件該當、違法、有責の敘述の段階を犯罪の認定の場合にも固守する必要がある。しかし、實際上三者の順序が守られることは皆無であり、不必要でもあろう。従つて、問題は具體的な事象から犯罪を認定する場合、いづれの點に重點をおけば比較的判断者の恣意を防ぎ得るかということである。それには構成要件に該當するか否か、すなはち行為の類型面に重點をおく方が一番無難のように思はれる。従つて、不能犯論で必要な事は、不能犯の問題は構成要件該當か否かの行為の類型面、すなはち犯罪概念の形式的な面のみに限ることであらう。

- (一) 大八、四、五判決・録二五輯四八九頁、大一二、六、九判決・刑集二卷五〇八頁、昭元、一二、二五判決・刑集五卷六〇三頁、昭一二、三、一〇判決・刑集一六卷二九〇頁、昭一三、八、三判決・刑集一七卷六二四頁、昭二五、六、六判決・最高判例集四卷九二八頁等。草野・研究四卷一九七頁以下、瀧川・共同保管の侵害と窃盜・民商法六卷一號一六四頁、竹田・通信事務員と窃盜罪の成立・法と一五卷六號一二〇頁

(二) 小野博士がこの場合を横領とされるのはこの非難性にもとづく區別を考えられたものと思われる。小野・窃盜と横領との限界としての「占有」・刑評三卷三七四頁以下

(三) 小野・構成要件の理論・刑事法講座Ⅰ一五六頁以下参照

(二) 不能犯論の適用 われわれの社會は歴史的過程において、多くの現象が同一行為の反復、或は同種行為の累積によつて、或る現象に對する行為はその形態、性質、條件等について同一性をもつ。この同一性はわれわれの社會生活を通して經驗的に認識されうる。われわれは現在行はれた行為について、未だ結果に至らずとも、その行為の形態、その行為を意味づける條件等を過去に行はれた同一又は同種の形態、條件等と比較することによつて、現在の行為の特質（結果發生に相當か否か）を經驗的に認識しうる。判例學説が「經驗則に従えば結果發生の可能性ある」という時、かゝる過去事實と現在事實の同一性、類型性を意味している。構成要件はかゝる類型を基礎として出來上つたものである。従つて、現在の行為と過去の現象の同一性を判断する事は、構成要件該當性の判断である。かゝる判断は、現在事實の一つ一つの構成條件を過去事實の構成條件と比較して行はれることは少く、多くの場合經驗的直觀により、直接行為の目的に對し行為が相當か否かという形で判断されるだろう。この故に判断者は社會的經驗と良識を有する人である事が必要である。従つて、判断者は一般通俗人でなく指導的文化層の人でなければならぬ。しかし、いかに經驗と良識を持つた人でも複雑なる社會現象のすべてを知ることとは不可能である。例えば、密輸出罪や藥物を使用する犯罪等は、裁判官が造船學や海洋氣象學、藥學に通曉しない限り、専門の鑑定家を必要とする。しかし、専門家の鑑定は、行為の相當性同一性を判断するための、判断の對象・條件の事情を明らかにするにすぎない。條件や對象が不明である限り、裁判官は行為の判断のしようがない。従つて、科學的審査はその條件や對象自体の事情を明らかにするために必要である。^(二)しかし、鑑定家が行為の判断者というのではない。鑑定家の意見は必ずしも眞

實とは限らない。鑑定家の明らかにした対象は参考にして、行爲の相當性の最終の決定を下すのは裁判官である。かくて、社會的觀察と科學的觀察は對立するのではなく、決定の立場は前者であるが、後者も亦その補助的役割を果すものである以上全然排除されるべきでない。

次に問題となるのは、判断の対象となるものは何かということである。それが行爲者乃至意思でなく、具体的行爲であることは明らかである。しかし、問題はその行爲の判断が如何なる種類・範圍の條件を基として判断されるかである。より直接的に言えば、故意と客体を如何に取扱うかである。そもそも故意は犯罪相互間の區別に役立つ。例えば、殺人罪と傷害致死罪は故意により區別される。しかるに、未遂犯では犯罪行爲と非犯罪行爲の區別に役立つ。例えば小僧が自分と主人の財布の共に這入つて引出しに手を懸けた場合、未遂犯となるのは彼の故意が主人のものを取ろうとした場合だけである。従つて、未遂行爲の定型性の評價は故意（結果表象）に對する手段の相當性の評價と考えられるに至つた。^(三)結果表象は當然客体の表象をとまなう。問題は客体の表象と現實の存在が不一致の場合に生じる。論者は未遂行爲の評價は未遂行爲自体の定型性の評價であり、従つて結果は含まざる事前的判断であるとす。かくて、客体は結果要素であり、行爲要素でないところから、行爲定型の評價においては客体を必要としない。結局客体は行爲者の表象のみで足れるということになる。その根據には、構成要件においては、既遂は行爲結果の關係であるが、未遂は結果に到達する以前の段階を規定する修正形式であるからとの考えがひそむ。しかし、砂糖を人にすゝめる行爲も、客体が糖尿病患者であれば違つた意味をもつ。同様に、人に向つてピストルを發射する行爲も、人が千米先に立つて居る場合殺人未遂行爲の定型性はうすらぐ。かくて、客体の状況如何は定型行爲の決定的要素となる場合もある。^(三)それだからといつて、客体は行爲者の表象したそのまゝのものを考慮しようとするれば、何故客体のみが行爲者の表象で足り、手段等は客觀的事實でなければならぬかを説明しえない。手段も行爲者の表象で足りると

する抽象的危険説がより論理的である。構成要件の修正形式とは判断が事前的というのでなく、實行行爲あれば可罰未遂であるということである。^(四) 構成要件は法律概念である。従つて構成要件該當の判断は法律判断である。それは規範的な行爲の評価を本質とする。^(五) 行爲の定型自体規範的なものである。それは赤裸々な事實や表象により構成された行爲とは異なる。従つて、構成要件要素自体も規範的评价を必要とする。行爲を主観・客観の全体として把握する場合においても、その主観面、客観面は共に社會觀念による評價を必要とする。客体の存在の如きも、社會觀念に従つて誰しもその存在を疑はない場合、定型行爲の要素となる。^(六) ところが、構成要件の定型行爲にとつては、必ずしも客体の存在を必要としない場合も存する。例えば、白晝盲人が山案子を人と思つて斬付けた場合である。白晝盲人が山案子を人と思つた事が無理からぬ場合、盲人の立場に立てば客体の存在性はあることになる。しかし、一般通常人が白晝眼前の山案子を人と思うことは先づない。客体の存在性を決定する立場が、盲人であるか一般人であるか。社會全体からいえば盲人はなお特種人である。従つて、盲人の觀念が社會通念となる事はない。^(七) とすると、客体は抽象的にも不存在である。しかし、盲人の行爲自体を考えると、一般人が暗夜に立木に斬付ける行爲と大差はない。後者の場合客体の存在性があるから未遂、前者は客体が存在しないから不能犯と區別するだけの價値は全くない。従つて、客体の存在性の外に、客体の必要性が生じて来る。かゝる要素の必要性は構成要件の内實的特質に従う外はない。構成要件行爲の内實は反文化的、反規範的行爲、即ち規範的なものよりみたましからざる行爲である。従つて、危険性、違法性がその内實をなす。それ故、行爲の定型判断の決定的標準はなお危険性、違法性に存する。しかし、それは概念構成においてはそうであるといふのであつて、不能犯の具体的實際的認定の場合はいくまで構成要件の類型性において決定せねばならぬ。結局違法的、價值的評價によらず、定型行爲の内實的區別をなさんとすれば、刑事學的社會學的考察にもとづかねばならぬ。構成要件行爲の刑事學的定型化はすでに平野助教教授が赃物罪においてすぐれた意見

を發表された^(八)。別に一例を擧ぐれば賭博行爲についてである。同じ賭博行爲であつても、賭博仲間のそれと、詐欺師仲間のそれとは刑事學上全く異類型をなす。前者は純然たる賭博行爲であるが、後者は詐欺行爲の一手段にすぎぬ。両者は組織、規模、方法、意識の點で全く異なる^(九)。従つて實行の着手も亦異なる。前者は相手を決めて賭博行爲に着手しなければならぬが、後者は第三者に對し欺罔に着手すれば賭博行爲に至らずとも未遂の定型性を有する。かゝる考察からは、盲人の行爲も暗夜の一般人の行爲も全く同一の類型として考えられる。後者が未遂である限り、前者も未遂である。かくて、行爲の定型性の判斷が對象の不存在等のため不明な場合、刑事學上それと同一の類型にある行爲を考へ、若し同一類型行爲が未遂の定型を有する限り、本件行爲も未遂である。

- (一) この點、昭二五、九、二八の最高裁判決(判例集四卷一八二〇頁)で鑑定人の意見を参考にした判例の立場はゆるされる
- (二) 平場・刑法理論學二〇三頁、同刑法總論講義一三一頁以下、井上・刑法學二〇六頁
- (三) 井上・平場兩教授も結局は可能的存在を必要とされる。井上・前掲書二一〇頁、平場・理論學一九九頁
- (四) 小野・講義(昭二七)一九二頁、同・加藤記念論文集三〇六頁
- (五) 小野・法協記念論文集三八六頁
- (六) 小野・刑評八卷二三九頁
- (七) 秋山・刑法解釋における社會通念の意義・同志社法學一四號九二頁
- (八) 平野・小野記念論文集(一)五四三頁
- (九) 尾佐竹猛・賭博について。法曹記事二三卷三號三四頁

追記、紙數制限による無理な壓縮のため説明不十分な點を深く謝す。