

客観的未遂論の原像：ドイツ普通法における不能犯 の立法、判例、学説

宗岡， 嗣郎
九州大学法学部：助手

<https://doi.org/10.15017/16177>

出版情報：法政研究. 48 (2), pp.297-366, 1981-02-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

客観的未遂論の原像

——ドイツ普通法における不能犯の立法、判例、学説——

宗岡嗣郎

△目次▽

- 一 はじめに
- 二 ドイツ普通法における不能犯立法と判例
- 三 フォイエルバッハによる近代的未遂論の提起
- 四 普通法的主観主義の概観
- 五 ミッテルマイヤー、ツアハリエによるフォイエルバッハの継承と修正
- 六 客観的未遂論の展開
- 七 むすびにかえて

一 はじめに

論 説

一 未遂論は刑法解釈学において最も議論され研究された領域のひとつであるといえる。特に、吾国では、旧派と新派の理論的対立において、かつては好んで題材とされた領域であった。しかし、いわゆる「学派の争い」が刑法解釈学の前面から後退したのち未遂論における対立も尖鋭性を消失し、いわゆる主観的未遂論によるも、いわゆる客観的未遂論によるも、結論において大差なきものであると指摘され、対立は急速に収斂していった。いま、中止犯の問

題を別とすれば、このことは、「実行の着手」の問題では主観的客観説が、「不能犯」の問題では（リスト流の）具体的危険説が多数説を形成していることにおいて、解釈学的に現象している。両者に共通する「行為者主観の顧慮」（主観的違法要素）が、客観主義と主観主義の対立を止揚（別の認識からは曖昧化）したのである。⁽²⁾しかし、近時、違法論における結果無価値と行為無価値の問題が深化するに伴い、主観的違法要素論に媒介された客観的未遂論と主観的未遂論の止揚（又は曖昧化）の状態に対し、「結果無価値」論の立場から批判が提起されるに至った。⁽³⁾この批判の未遂論への反映は、まず、主観的違法要素を要求するリスト流の具体的危険説批判（具体的危険説の客観的再構成）として、次に、いわゆる「古い客観説」（絶対不能・相対不能区別説）の再評価として、あらわれている。前者の立場から大沼邦弘助教授が、⁽⁴⁾後者の立場から大谷実教授が、「不能犯論」における危険判断の構造問題に関して、各々の論理を展開された。⁽⁵⁾危険判断の構造を規定する「判断基底」の構成に関し、大沼助教授は、行為者主観および事後的に判断した事実を判断基底に加えることを否定され、大谷教授はその両方を判断基底に加えられた。しかし、そのどちらの立場も、結果無価値論を徹底する物的違法観（中山教授）からはなお不十分なものと思われるのである。大谷教授に對しては「主観的違法要素」をめぐる未遂論上の諸問題を提起せねばならないであろうし、⁽⁷⁾大沼助教授に對しては、事後的に判明した事実（例えば行為の時点ですでに死亡していたという事実）が判断基底に加えられない⁽⁸⁾（従って「外観的」な殺人行為が考えられる）ため、「死者」に對する殺人未遂が肯定される点で、問題を含むものと思われるからである。このことは、結果無価値論の側からの未遂論の客観的再構成も、未だ明確な地点に到達していない、進行中の作業であることを示す。かかる状況に對して、客観的未遂論が、理論的原初形態において、如何ようなものであったかを知ることが、少なからぬ意味を持つであろう。吾々が本稿において客観的未遂論の「原像」ともいふべきものを示そうとするのはそのためである。従って、本稿での考察は、フョイエルバッハが客観的未遂論を提起した

のちの、普通法後期の未遂論を対象とし、就中、特に不能犯論に重点がおかれる。けだし、フォリエルバッハの客観的未遂論は、不能犯論をめぐって完成したといつても過言ではなく、彼の敵対者も後継者も、不能犯論において自らの思想を表明したと思われるからである。

- (1) 草野豹一郎「刑法要論」一〇二頁。井上正治「刑法学総則」一八八頁。
- (2) 宗岡嗣郎「客観的未遂論と故意の体系的地位」九法三六号六九頁以下参照。
- (3) 中山研一「口述刑法総論」三六四頁以下、「刑法総論の基本問題」（第二分冊）六三頁以下、七三頁以下参照。
- (4) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上法一八卷一号六三頁以下。
- (5) 大谷実「不能犯」論争刑法一三一頁以下。
- (6) 山口厚「危険犯の考察」(1) (5)法協九七卷一〇号一頁以下、一二号一頁以下、九八卷二号九三頁以下、三号一一七頁以下五号一頁以下参照。
- (7) 客観的未遂論が主観的違法要素論を媒介に主観的未遂論に転化する点に関しては宗岡「前掲」参照。
- (8) 大沼「別冊ジュリスト」五七号一六四頁。
- (9) フォリエルバッハ以前の未遂論に関しては、野村稔「未遂犯の歴史的展開」法研八号一五五頁以下。

二 ドイツ普通法の未遂論は、すでに西山富夫教授の浩瀚な研究の中に概観されている。⁽¹⁾しかし、西山教授の研究は、いわばローマ法から現代にまで至る未遂論の全史を対象とした大規模なものであり、そのかぎりでは普通法時代の未遂論の考察に大きなスペースが割かれているものではない。例えば、フォリエルバッハ、ミッテルマイヤーの未遂論は客観的未遂論の「原型」を考察するうえで最も重要なものでありながら、その詳細はあきらかにされず、結論的部分の要約的揭示にとどまっている。そこで吾々は、ドイツ普通法における客観的未遂論と主観的未遂論の各々の理論を、その原型において示したうえで、若干の考察を加え、そこから各々の基本思想を抽出し、その基本思想が解釈

学的にどのような理論構成において表現しえたかを考察しようと思う。吾々は、次章において、この時代の不能犯の立法および判例を概観することからそれを始める。

(1) 西山富夫「ドイツ刑法思想の發展と未遂不能犯」名城法学四卷二号、三四合併号、五卷一号。

二 ドイツ普通法における不能犯立法と判例

一 近代ドイツの刑事立法に新時代を画したのは、一八一三年のバイエルン王国刑法典であった。⁽¹⁾ 吾々は、本章において、それ以後の普通法時代における主要ラントの不能犯立法と若干の判例を概観する。⁽²⁾ その際、まず、主観主義の原則的立場（後に詳述するとおり、これが伝統的な普通法的立場であるといえる）を採るラント、次に、いわゆる絶対的不能犯のうち迷信犯を可罰未遂の領域から排除しようとする立場を採るラント、最後に、客観主義的な立場を表明したラントの各々の立法例を右の順序で考察することとする。

(1) Wächter, *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrechts*, Bd. 1, Stuttgart, 1877, S. 151f. (以下 *Beilagen* と略記)。

(2) 判例は正式な判例集を渉猟しえなかつたため、当時の法律雑誌に報告されたものに拠らざるをえなかつた。そのため、具體的な事実関係および理論構成の詳細において不備な点を克服しえなかつた。

(3) 当時のドイツ社会に対する歴史的、政治的研究の諸成果に基き、当時の社会状況の法的反映を分析する能力は、現在の筆者にはない。将来の課題としたい。

二 フォイエルバッハの論敵であったスチューベルやティットマンが刑事立法作業に参加していた⁽¹⁾ 一八三八年のザクセン王国刑法典は、不能犯を詳細に規定し⁽²⁾ (二六条)、手段に関する総ての不能犯の可罰性を肯定し、さらに客体

に關する不能犯の可罰性をも明確に規定していた（二七条⁵⁾。また、一八三九年のヴェルテンベルガー王国刑法典は、七二条に不能犯の規定を置き、総ての不能犯の可罰性をあきらかにし、さらに、一八四〇年のブラウンシュバイク公国刑法典も総ての不能犯の可罰性を規定した（三六条⁶⁾）。

一八一三年のバイエルン王国刑法典では、五七条に未遂の一般規定をおくにとどまり、不能犯の規定をみることはできないが、次節に示すとおり、実務は主観主義の原則的立場を維持していたのであり、またバイエルンの「不能犯」規定をめぐる立法作業が、一八〇八年のフォイエルバッハ草案六〇条⁷⁾を斥けたことは、あきらかに客観的未遂論の否定を意味するものであった。これらの諸ラントにおいては、バイエルンを除き、いわゆる絶対的不能犯の可罰性が規定されており（それは量刑事実としかならなかつた）、迷信犯をも可罰未遂の中に包摂する可能性を残したのである⁸⁾。

(1) Zacharia, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Bd. I, 1836, Göttingen, S. 262.

(2) ザクセン刑法二六条「……意図された犯罪の実行のため、誤つて又は理解の欠缺から、全く不能な手段を選び、もしくは選ばれた可能な手段が不十分な又は非合目的な様式で用いられた場合、既遂に対して減刑された刑罰が認められねばならぬ」(法文原典未見。Schüler, Der Mangel am Tatbestand, Breslau, 1914, S. 23f. による)。

(3) ザクセン刑法二七条「違法行為の向けられていた客体に対して法侵害が実行されえない場合、行為者はあきらかにされた悪性の程度に応じて四年以下の懲役に処さねばならぬ」(同右。Schüler, a a O., S. 24)。なお Vgl. Mittermayer, Feuerbach—Mittermayer, S. 77, N., IX.

(4) ヴェルテンベルガー刑法七二条「行為者が誤つて不能な手段を用いたが、可能な手段を用いていると信じた場合、もしくは意図した犯罪が実行しえないような属性を誤つてある人又は物に想定した場合、終了未遂においては可能な手段をもつた着手未遂の刑に、着手未遂においては可能な手段をもつた着手未遂の少なくとも半分の刑に処す」(Hufnagel, Das

Stratgesetzbuch für das königreich Württemberg und damit in Verbindung stehenden Gesetze, Stuttgart, 1839, S.

174ff.)。なお、ヴュルテンベルガーの刑事司法に関する概略については Wächter, Beilagen, S. 16ff.

(5) ブラウンシュバイク刑法三六条「行為者があらゆる状況の下で全く不能な手段を用いたとしても、彼は予備の刑に従って処罰されねばならぬ」(法文原典未見。Baumgarten, a a O., S. 276, Anm. 142 に参照)。

(6) 一八一三年バイエルン刑法五七条「ある意圖で犯罪を行なうものが、その犯罪の遂行または準備に向けられた外面的行為に着手するときは、未遂である」(中川祐夫訳「一八一三年バイエルン刑法典(I)」竜谷法学二巻二・三・四合併号一三三頁)。

(7) 一八〇八年フォイエルバッハ草案六〇条「未遂は、外部的行為がそれによって意圖された犯罪といかなる関連にも立たないとき、つまり、犯罪が自然的経過に従って、そこからは絶対に発生することがないときには不可罰にとどまる」(草案原文未見。Baumgarten, a a O., S. 275 f. に参照)。

(8) ブラウンシュバイク刑法では迷信犯の可罰性があきらかにされており(Baumgarten, a a O., S. 277)、「ザクセンやヴュルテンベルガーでも、迷信犯の可罰性を肯定していたとのことである(Schüler, a a O., SS. 25, 22)。

三 右のように、バイエルンでは不能犯の特別な規定を持たなかった。従って不能犯問題の処理は、政府の『バイエルン王国刑法典註釈』を基準としておこなわれた。実務は、後述するように、ゲンナーの主観主義に拠っていたのである。(一)墮胎のために妊婦がある薬物の墮胎効果を信じ、実は全く無効なものを飲用したという事例において、一八一三年刑法五七条が**犯罪的意思**を**決定的理由**としていることから、右の妊婦の可罰性を肯定しており(一八五四・四・二八判)、(二)妊娠していないものの墮胎企行が可罰未遂とされている(一八五八・四・九判)⁽¹⁾。判決理由によれば、「婦人が実際に妊娠していたか否かは重要ではない。……妊娠していると信じておこなったことの確定で足る。……五七条は、未遂の概念に関して、犯罪を实行する意圖とその遂行又は予備に向けられた**外的行為**を要求するにすぎない。——この条文から、未遂行為が既遂に適したものであるということは、すでに不必要である。なぜならば、

犯罪の意図をもって着手されたのならば、既遂の可能性を欠く行為であっても、犯罪の既遂に向けられた行為であると、少なくとも、いえるからである⁽²⁾として、主観的未遂論の原則的立場を表明している。ただ、いわゆる「客体の不能」の事例に関しては、右のような判例の立場にそぐわないものがある。(三)不意に産気づいたため立脚姿勢で分娩した被告人が、胎盤付近で臍緒が切断したため落下した嬰兒の頭蓋骨骨折を知らず、その生存を信じつつ殺意をもって嬰兒を布で包み、壺の中に放置した事例を、バイエルン最高裁は、原審判決（嬰兒殺）の破棄のうえに、「過失致死」としている（一八一五・一一・一七判）。この判例に関し、「最高裁判所の判決理由は公刊されていないが、嬰兒殺の破棄に関しては、ただ不能な客体への未遂の不可罰性という原則からのみ可能なことである⁽³⁾」という解説が報告されていることから明らかなように、主観的未遂論に立脚する判例とあいられないものを含んでいる。ザクセンでは、(四)出身学校の秘書室（常時二〇乃至二五ターラーが保管されていた）に侵入し、銀貨を窃取しようとしたが、被告人の侵入した部屋は部屋の移動により管理人の寝室に変更していたという事例において、第一審裁判所は窃盜未遂としたが、ドレスデンのザクセン最高裁判所は、いわゆる客体の不能を規定した二七条を適用し、減刑を認めている。また、(五)係争中、路上に転倒した（その時点で死亡）者を杖で打擲した事件で、第一審裁判所が右の二七条による謀殺（不能）未遂を認めたのに対し、ザクセン最高裁は過失殺とした事例がある。しかし、過失殺とした理由は、主観的側面（故意）の否定にもとづくものであり、未遂（不能）犯の問題に関しては、第一審の認識を肯定している。第一審裁判所は「被害者の死が被告人の意思や行為から独立した転倒によって惹起されたものであり、また、その後に加えられた暴行は路上の死体に向けられていたにすぎないという想定から出発するとしても、被告人の行為は不可罰なものではありえず、行為の根底にあった意図との関連において未遂の範囲内にある」とした。最高裁判所は、二七条の解釈において、右の認識を全く否定していない⁽⁶⁾。最後に、(六)ヴェルテンベルガーの事例として、近親相

姦に関するものがある。父親と非嫡出子たる娘の近親相姦未遂が審理された事例であるが、娘は相手を自分の父親と信じていたが、父親は娘を自分の本当の子供とは思っていなかった。ヴュルテンベルガーの最高裁判所は、娘は父親との関係を単に可能的なものとしてではなく現存するものであると思っていたが、父親は単に未必の故意があったにすぎず、「七二条の規定は、行為者がそれなくしては犯罪の実行の不能であった人的特性を単に可能なものとしてではなく現実のものとして想定していた、即ち直接的故意のケースにのみ関連しうるのである」として、原審判決（兩者とも七二条により近親相姦未遂）を破棄し、娘を近親相姦未遂とし、父親を無罪とした（一八四一・一一・一七判⁶）。右の六例の判決は、第三例を除いて、あきらかに主観的未遂論の原則を表明するものである。犯罪的意図、即ち故意の表明に未遂犯成立の第一次的根拠を認めている。しかし、第五例からうかがえるように、「故意」の認定は、ルーズなものではなかったと思われる。第五例は、未遂犯の「要件」としては故意の表明というやや無限定とも思われるものを掲げながら、故意の立証という側面において、結果として、未遂犯の無限定な成立の制約を示しているようにおもわれるのである。同様に、第六例も、故意の問題を不能犯と関連づけ、未遂犯の成立を制約している。第六例において、ヴュルテンベルガーの最高裁は、次のように述べている。即ち「七二条という、いづれにしても特異な規定の拡大解釈は許されないで、未必の故意が要件となった本件の如き場合は、血縁関係が積極的に証明されねばならない」と。親子関係について確定的故意が必要であるということは、客体の法的性質に関する問題であり、不能犯論のカテゴリに含まれるか否かは問題のあるところかもしれない。しかし、右のようなヴュルテンベルガー最高裁の立場が、結果的に、主観的未遂論にもとづく未遂犯成立の範囲を、より狭く限定する機能を持っていたことは事実である。⁸

- (1) Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern, Bd. 2 (1854) S. 229.
- (2) A. a. O., Bd. 5 (1859), S. 161ff.
- (3) Temme (Hrsg.), Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands, Erster Band, Erlangen, 1854, S. 223 (以下 Temmes Archiv と略記)。
- (4) Temmes Archiv, S. 239f, vgl. S. 241.
- (5) Temmes Archiv, S. 218ff.
- (6) Temmes Archiv, S. 235ff.
- (7) Temmes Archiv, S. 237.
- (8) ブラウンシュバイクの判例を参照しえなかつた。

四 一方、総ての不能犯の原則的可罰性を肯定しながら、絶対的不能犯のうちいわゆる迷信犯を可罰未遂の領域から排除しようとする規定を見ることができらる。

一八四〇年のハノーバー王国刑法典は、いわゆる絶対的不能と相対的不能との区別を量刑事由として承認しながらも、不能犯を総て可罰未遂としている（四〇条）。しかし、同法三四条が迷信から超自然的効果の帰される全く非現実的な行為（迷信犯）の不可罰性を示していることから、ハノーバー刑法の註釈者レオンハルトは、两条文の間の解釈学上の矛盾を指摘し、絶対的不能犯の不可罰性を主張した。「手段に関する不能犯の可罰性は、その手段の使用がある偶然性の中に不能性の根拠を持っていた場合にのみ採用すべきである。ただそのような場合にのみ、総ての未遂が制約されているところの真の犯罪的意図について語りうる」からであり、三四条から演繹される、迷信犯不可罰の根拠は、四〇条においても妥当せねばならないのである。同様の規定は、チューリンゲン刑法二三条やヘッセン大公国刑法六七条において認められる。迷信犯のみを唯一の不可罰未遂としながら、絶対的不能と相対的不能との区

別をつけることなく、⁽⁸⁾総ての不能犯の可罰性を肯定したのであった。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾一八四一年のヘッセン大公国刑法六七条は、規定中いくつかの客観的屬性を掲げているが、しかし、ヘッセン大公国の註釈者ブライデンバッハがいうように、未遂が可罰的であるためには客観的にみて危険な行為が存在せねばならないことを意味したのではない。⁽¹²⁾規定の客観的屬性は、総て未遂の成立を妨げないという点において意味を持つにすぎず、可罰未遂の客観的制約をめざすものでないことはあきらかである。ブライデンバッハ自身の認識も、明白に主観主義に立脚するものであった。人が一旦失望したのち、目的適合的な態度を採らぬように、(全く損害を生じえぬ行為にまで) 刑罰による威嚇がなければならぬ。それゆえ、未遂の可罰性に関しては、フォイエルバッハの流れをひく理論(ツアハリエ)に賛成すべきでないことは明白である。⁽¹³⁾と。

(1) ハノーバー刑法四〇条「行為者がその目的のために不能な手段を用いても、不可罰未遂ではない。ただ、この情況にもつき、量刑的には必要な考慮がされねばならず、特に、選択された手段が即向目的に完全に不能なものであったのか、或は、特別な諸関係の下でのみ、および、その使用様式により有害な効果を持ちえなかったのかが考察されねばならない」(Leonhart, *Commentar über das Criminal = Gesetzbuch für das Königreich Hannover*, Erster Band, Hannover, 1846, S. 191)。

(2) Leonhart, a. a. O., Art. 34.

(3) Leonhart, a. a. O., S. 196.

(4) Leonhart, a. a. O., S. 197.

(5) チューリンゲン刑法二三条「犯罪者が犯罪の実行のために可能な手段を選択したが、不十分な、或は目的不適合的様式で用いたため、意図した結果が発生しなかったとき、また、犯罪者が意図した犯罪の実行のために可能な手段を用いていると信じたが、それにもかかわらず、錯誤や取違いやその他の偶然から、不能な手段を用いたときにも、ある故意犯の実行が開始されたが既遂とならなかつた行為は、その犯罪の未遂として処罰される」(法文原典未見。Schüler, a. a. O.,

S. 2824ff.)。

(3) 一八四五年のバーデン刑法典もこの系譜に属するといわれている (Schüler, a. a. O., S. 27)。

(7) Breidenbach, Commentar über das Großherzoglich Hessische Strafgesetzbuch, Erster Band, Darmstadt, 1844, S. 147, insbes, 160ff.

(8) Breidenbach, a. a. O., S. 159.

(9) ヘッセン大公国刑法六七条「性質上、通常の状況の下では意図した犯罪の実行に至るが、現存の特殊事情の下では、あるいは、その使用様式、強度、属性によれば、重罪又は軽罪の実行を生じえないような手段の選択は、次の場合と同様、未遂の処罰を妨げるものではない。即ち、行為者が思慮いや錯誤から不能な手段を用いたが、彼は即向自的に可能な手段を用いていると信じた場合、又は、それなくしては、意図した犯罪が生じえないところの特性を、誤ってその人又は物に仮定した場合と同様に。それに対して、無知又は迷信的妄想から、いかなる状況の下でも実行に役立たない手段を用いた場合には、可罰未遂は存在しない」(Breidenbach, a. a. O., S. 147)。

(10) 一八二四年草案(五〇条)等、一八四一年刑法の立法過程中、比較的客観主義的色彩の濃いものがある (Vgl. Breidenbach, a. a. O., S. 147—153)。

(11) クッセンの立法に関する概略については、vgl. Wächter, Beilagen, S. 171f.

(12) Breidenbach, a. a. O., S. 153f.

(13) Breidenbach, a. a. O., S. 154ff.

五 クールIIヘッセンの実務も、「客体の欠缺」および「手段の絶対的不能性」が可罰未遂を排除するものではないという見解であった。⁽¹⁾ (一)非嫡出子をみごもった被告人が、妊娠を夫にかくして密かに出産した。自白によれば、すでに出産後に嬰兒を殺害することを決意しており、臍緒の切断後それを結紮しないうまに放置し、出血多量による殺害を企図して、嬰兒を部屋に残したまま部屋に施錠した。鑑定では、正常出産であったか死産であったかを確実に認定できなかつたため、第一審裁判所は嬰兒殺未遂とした。被告人は、客体の不能による不可罰未遂を理由に上告した

説論が、最高裁判所は第一審判決を確定させている（一八三八・七・二二判⁽²⁾）。(二)ヘッセン大公国では、以前から整理ダ
ンスの中に金員が保管されていたことを知っていた被告人が、そこから金員を窃取しようとし、それをこじあけた
が、中に何もなかったため自己の意思を達成しえなかったという事例において、ダルムシュタットの破棄院（Cass.
Hof）は次の様に述べている（一八五二・七・二二⁽³⁾）。すなわち、刑法六四条は意図した犯罪の実行を始める行為が
おこなわれたとき可罰未遂が存在すること、六七条、六九条では、無知又は迷信的妄想から、いかなる状況の下でも
意図した犯罪の実行に役立ちえない手段が用いられたとき、および中止犯の二個の除外例が示されているにすぎず、
本件がそこに該当するケースでないことはあきらかである。吾刑法は、既遂が考えられないような場合、当該行為
が単に主観的に危険な性格を持つにすぎず、従って処罰根拠は存在していないという理論を採用しておらず、六七条
が未遂概念にとってあるものが、外的行為により、市民社会に対し、危険な主体であることを明らかにすれば、足るとい
場の表明であることは刑法草案に関する委員会報告からあきらかである⁽⁴⁾と。

シュローラーは、ヘッセン大公国の不能犯規定を「厳格な主観説を表明した唯一のドイツ刑法典である」と評価した⁽⁵⁾
が、実務の立場も主観主義の原則的見解の表明であることが理解されう⁽⁶⁾る。

(1) Kersting, Das Strafrecht und das Strafverfahren in Kurlhessen, Erster Abtheilung, Das Strofrecht, Bd. I, Rinteln, 1855, S. 258f.

(2) Tennes' Archiv, S. 224ff, vgl. S. 230ff.

(3) ヴィッセン大公国刑法六四条「それによつて意図した犯罪の実行が始められるような行為は、この犯罪の未遂として可罰的
である」(Tennes' Archiv, a. a. O., S. 237)。

(4) Tennes' Archiv, S. 237ff.

(5) Schuler, a. a. O., S. 26.

(6) ただ、判例(口)は、破棄判決例であり、下級審の起訴部(Anklagekammer)が、整理ダンスの中には金員も、それに相応するものもなかったため、可罰未遂はありえず、さらに、可罰未遂を構成するには意図した犯罪の遂行が現存状況の下で可能である必要があるので、本件はいかなる訴追にも該当しないという認識(Tennes' Archiv, S. 238)に対するものであったことを軽視しえない。起訴部の考慮の中にはあきらかに客観的未遂論の影響があらわれているからである。

(7) ハノーバーおよびチューリンゲンの判例を参照することができなかった。

六 以上の如き、普通法の諸規定は、「外的行為に存在する総ての犯罪的意思の任意的外化を未遂とする」⁽¹⁾見解に立脚するものであり、吾々が第四章において考察せねばならない「普通法的な主観主義」にその基盤を持つものである。⁽²⁾しかし、地方特別法の立法の時代はフォイエルバッハの理論がある程度の勢力を持ちえた(唯一の)時代であり、彼の理論が、多かれ少なかれ諸ラントの立法過程に影響を与え、また実務にも影響を与えたであろうことは、想像に難くない。このことは、「証明されえぬ仮説」であるとしても、すでにこの時期オーストリア⁽³⁾では、「最良の法律家たちの学問的業績によって」一八〇三年の刑法典解釈において、客観的理解が勢力をもち、一八五二年の刑法典の解釈においては、実務も客観主義の見地に立つに至ったといわれる。⁽⁴⁾本稿の考察においてオーストリアを一応別論としても、客観主義的な色彩を帯びた未遂論から、不能犯問題の解決を試みた立法例としてバイエルンおよびプロイセンの刑法典がある。⁽⁵⁾

(1) Schaffstein, Die allgemeine Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts, 1930, S. 166.

(2) ただ、それを一概に主観的未遂論にもとづくものであるにしても、各々の諸規定の間には微妙なニュアンスの差がある、と指摘するのはバウムガルテン⁽⁶⁾ (Baumgarten, a. a. O., S. 276)。

(3) オーストリアでは、一七六八年のテレシヤナ刑法典、一七八七年のヨセフィーナ刑法典を経て、一八〇三年の刑法典に至るが、右の各法典には、一八〇四年のフォイエルバッハの理論に始まる不能犯は意識されておらず、不能犯の規定は存在しない(Vgl. Schlier, a. a. O., S. 50ff.)。ヨセフィーナ刑法典に関しては、足立昌勝『「ヨセフィーナ刑法典」試訳(下)』法経論集第四一号、四二号参照。

(4) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, beidem es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit nuttauglichen Mitteln, geprüft, GS., 1859 (以下、Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen と略記) S. 419f.

(5) Frank, Vollendung und Versuch, V. D. A. V. S. 256f. 但し、「一般的には」という留保がつけられている。なお、オーストリアの一八五二年刑法の改正作業において、グラーセル (Glaser) は、一八七四年一月七日の帝国議会で次の如く述べたといわれる。「存在しない客体、又は意図した犯罪の構成要件に該当しない客体への侵害に認められる幻覚犯は、結局、目的の達成のために完全かつ無条件に不十分な手段で着手された行為であり、それは、オーストリアの實務及び理論の、支配的にして、ほぼ統一的な見解に従ってそうであるように、将来もまた未遂の概念から排除されるべきものである」と (Baumgarten, a. a. O., S. 274 による)。また、オーストリアの主観主義者ヤンカ (Janka) も次のように告白したという。「オーストリアの司法は理論においても、實務においても、徹底した一致において客観的未遂論に立っている」と (Das österreichische Strafgesetz und der subjektive Versuch, 1882. — 但し未見。Germann, Über den Grund des Strafbarkeit des Versuchs, Aarau, 1914, S. 111 Anm. 124 による)。この点についてはミッチルマイヤーの研究によれば、一部は、すでに一八〇三年の刑法の下で、不能犯の不可罰性という認識に至っていたことである (Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 420)。

(6) 西山「前掲書」名城法学四卷三・四合併号三六頁。

七 一八一三年のバイエルン刑法典は、「かの啓蒙思想の嫡出子、近代刑法学の創始者アンゼラム・フォン・フォイエルバッハの起草にかかる畢生の業績として」「近代刑法史の黎明を画する金字塔⁽¹⁾」であったが、フォイエルバッハの強い影響を受けながらも、その五七条の未遂規定は、主観主義に親しむ規定であった⁽²⁾。フォイエルバッハは、す

で示した一八〇八年草案六〇条における、自己の不能犯論の立法化をめざしたが、結局、実定法に容れられるところとはならなかった。かくて、前述の如くバイエルンの実務は一八一三年の刑法に従い、不能犯の可罰性を承認したのであるが、そのような実務傾向に対し最も決定的な要因になったと思われるのが、同法典の『註釈書』である。一八一三年一〇月一九日の勅令は、「『総ての官吏と民間の学者に』註釈書の出版を禁じ、総ての註釈書は三巻からなる政府の『バイエルン王国刑法典註釈』にとつてかわられ」、しかも、「残念ながらフォイエルバッハは、この『註釈』の作成を許されず、それはゲンナーの筆に依つた」のである。ゲンナーは、手段および客体の不適性は、未遂に對しいかなる影響もない、とした。⁽⁴⁾ 『註釈書』はいう。「外的行為は常に犯罪を實行する意図で着手されねばならない。すなわち、それは、犯罪に對する行為者の意図の中で、目的に對する手段の關係に立たねばならないのである。犯罪者が正当なる手段を選択したか否かは、未遂の概念においては重要ではない」と。フォイエルバッハ草案六〇条が斥けられた理由は、その実定法化が「生起しうる乱用のゆえに危険である」ことにあり、また「刑法上の問題は、行為者の意図に従えば、行為が目的に對する手段の關係にあるということのみである」という認識にあつた。ミッテルマイヤーによれば、「立法審議に参加した人々の間には、多大な不明があつたのであり、吾々がここでとりあつてゐる問題（手段の不能性―筆者補）に關しても、多くの委員は古い見解から免れることができなかったし、特に不能な手段をもつた未遂の不可罰性の規定が法典化されるときに乱用の危険をおそれた」のである。⁽⁵⁾ バイエルンにおいて、不能犯の問題が客観的な未遂論の見地から処理されるのは、一八六一年のバイエルン刑法典以降のことである。一八六一年のバイエルン刑法典四七条一項が、始めて客観的未遂論に実定法的根拠を与えたのである。⁽⁶⁾ バイエルン一八六一年刑法四七条一項は、可罰未遂の要件として、第一に「犯罪を犯さんとする意図」、第二に「実行の着手」、第三に「行為者の意思によらない外部的事情による中止」の三個の要件を掲げている。⁽⁷⁾ 本条が一八

一三年刑法と決定的に異なり、「実行の着手を含む行為」を要求することから、バイスは、「現行法は主観的側面と客観的側面」の充足を要求し、その客観的側面としての「実行の着手」を、「行為者の意図ではなく、行為の客観的性格に従ってきめることを要求しているのである」とし、不能犯論を客観的理解に従って解決せねばならないと主張した。¹³ バイスによれば、「実行の着手」は、事実審裁判官による個別的事情の詳細な評価において認定されねばならないが、これは実行の着手時期が「絶対的にではなく、具体的に答えられねばならない」ことを示し、「必然的に手段の絶対不能と相対不能の区別に至る」べきものであった。¹⁴ 「裁判官や陪審員の詳細な事実評価」において、「行為者が、その意図した結果の惹起のために、あらゆる事情の下で不能な手段を選択した」とされるときには、「その犯罪の実行の着手を含んでいるとはいえない」のである。¹⁵ 本条の解釈として、バイスに先立ち、ホーヘダーもほぼ同様の見解を展開していた。¹⁷

他方、ステンクラインは、「立法者は、いかなる行為が実行の着手を含むかを、一般的にも特殊的にもあきらかにしていない」という認識¹⁸から、「行為者の理解していた行為が、法的属性すなわち既遂に必要な構成要件を形成すると考えていたのなら、実行の着手がある」とし、ドルマンも「未遂概念は、行為者の活動と意思に関して立てられたものであるが、その客観的結果を視野から除いている点で、本質的に主観的なものであるから、現行法の文言を行為者の意識と推測 (Sinn und Voraussetzung) に関連づけることも許されねばならない」が故に、「実行の着手を含む行為を」行為者の意図と想定 (Meinung und Unterstellung) に従属させたのであった。このような四七条一項の主観的解釈は、その実定法的根拠を、右に掲げた本条の第三の要件に求め、いわゆる不能犯の状況は「任意の中止以外で妨げられた総ての未遂において生起せざるをえない状況に符合する」とし、さらに、「刑罰の対象は犯罪者の反法的意思である」²²とする基本思想から、「絶対的不能と相対的不能の区別は、法の文言上も事物の本性からも基礎づけ

うるものではない」として、客観的見解の批判を導き出した。その論理は、行為の客観的性格の顧慮は、客観的不能性に帰着するという点において、総ての未遂に共通であり、かくて相対的不能と絶対的不能の区別を廃棄せざるをえない⁽²³⁾、というものであった。バイスは、前者に対して、「法律は行為者の自由意思的中止の結果として既遂に至らなかつたときのみ不可罰未遂があるとはいっていない⁽²⁴⁾」と反論を試みたが、後者に対しては沈黙している。行為の客観的性格(危険性)と絶対不能、相対不能の区別の両立不可能性の批判は、主観主義から常に提起されている論点であるが、同時に、後述の如く、客観主義の一部からも提起されている(本稿ではリスト以降の具体的危険説を指すのではない)。従って、ドルマンやステンクラインが主観的未遂論から「迷信犯」の不可罰性を論証したことに伴う「衆知の」問題性と供に、各々の検討を後述するところに委ねるのが適切であろう。吾々は、客観的未遂論の観点から、絶対的不能、相対的不能という不明確な基準をとることなく、行為の「客観的危険性」⁽²⁵⁾において、未遂犯と不能犯とを区別した学説を知るのであるが、その点も後述するところに譲り、本節では、一八六一年刑法四七条一項は「実行の着手」という要件を導入したが、それによつても、不能犯の解釈学的対立を止揚しえなかつたことのみを確認することとどめる⁽²⁶⁾。

(1) 中川「前掲」一〇九頁。

(2) 一八二三年のバイエルン刑法典は、フォイエルバッハの法哲学の実践的表明であるが、彼の意思に反する修正があつたことは、すでに論者によつて指摘されるところである。Z. B. Vgl. Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß, Tübingen, 1859, S. 246, Zacharia. Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Teil, Göttingen, 1836, S. 262.

(3) Eb. Schmidt, Einführung in Geschichte Deutschen Strafrechtspflege, 3A, Göttingen, 1965, § 250.

(4) Zacharia, a. a. O., S. 262.

- (5) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche zu Art. 57. (但し、原典未見。Weis, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Nordlingen, 1863, S. 143 以下)。
- (6) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 406.
- (7) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 406f.
- (8) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 408.
- (9) 一八二三年刑法の改正作業に關して、概括的には、Vgl. Wachter, Belagen, S. 152ff. なお、最近、山中敬一助教授によつて翻訳されたフォイエルバッハの「一八二四年草案」は、フォイエルバッハのこの時点での思想を知るうえで貴重である。
- (10) 一八六一年バイエルン刑法四七条一項「犯罪の未遂は、犯罪を犯さんとする意図をもって犯罪の実行の着手とみなされる行為をなし、その完了が行爲者の意思によらない外部的事實により中止されたときに存する」(Weis, a. a. O., S. 139)。
- (11) Hocheder, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Erster Band, A. T, München, 1862, S. 197.
- (12) Weis, a. a. O., S. 143f.
- (13) Weis, a. a. O., S. 147.
- (14) Weis, a. a. O., S. 146.
- (15) Weis, a. a. O., S. 148. なお、ホーヒェダーも言っている。「意図した行為の実行の着手がいつ存在するのかという問題に關して、行為者の考えは基準にならない。この問題の解答は」「偏に、問題になっている行為それ自体の客観性のみ懸つてゐるのである」(Hocheder, aa. a. O., S. 209) 云。
- (16) Weisは、いわゆる相対的不能犯のみを可罰的とするが、その区別を事實問題の評価に關わらしており、区別のための一般則の提起をあきらめてゐる(Weis, a. a. O., S. 148)。
- (17) Hocheder, a. a. O., S. 198ff, insbes, S. 208ff. 絶対的に不能な手段を用いた場合であっても、「人は正當にも、行為者がその行為によつて犯罪的意図を二義を許さぬ形で外部に表明したのであると言ひうる。しかし、かかる場合には、可罰未遂に關して不可欠に必要とされている客観的要請、すなわち意図した可罰行為の実行の着手を欠くのである。この

場合、企行（*unternommene Handlung*）は、その客観的性格上、意図した行為の実行（*Verübung der beabsichtigten That*）と、¹⁾かななる現実的な因果的連関に立たな²⁾（*in gar keinem wirklichen Causalzusammenhange... steht*）から「*factum*」（*a. a. O.*, S. 209）と³⁾

(18) Vgl. Dollmann (Hrsg.) — Arndts, Bayer, Brater und Andern, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II mit Erläuterungen, Dritter Teil, Strafrecht und Strafprozeß, Viertes Band, 1868, S. 231.

(19) Stenglein, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern und das Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches und Polizei—Straf—Gesetzbuches, Erster Teil, München, 1861, S. 477.

(20) Dollmann, *a. a. O.*, S. 233.

(21) Stenglein, *a. a. O.*, S. 479.

(22) Stenglein, *a. a. O.*, S. 474.

(23) Dollmann, *a. a. O.*, S. 234, Stenglein, *a. a. O.*, S. 479.

(24) Weis, *a. a. O.*, S. 145.

(25) Dollmann, *a. a. O.*, S. 235 Anm. 33.

(26) ただし、未遂論の学説史上、言葉の真の意味において、行為の「客観的」危険性を貫徹しえた理論があったかは、疑問が残るかもしれない。本稿「むすびにかえて」註(4)参照。

(27) バイエレン一八六一年刑法のもとでの、バイエルンの実務を参照しえなかった。

八 右のバイエルン一八六一年刑法四七条に最も大きな影響を与えたのが、プロイセン⁽¹⁾の一八五一年刑法三一条である。プロイセンでは、一七九一年以降、プロイセン一般ラント法⁽²⁾のもとにあったが、ここでは当然のことながら不能犯の固有の規定を欠いている。不能犯の問題は、プロイセンが民商法をも含んだ一般ラント法から独立した固有の刑法典の立法作業をすすめる中であらわれた。即ち、一八二七年のプロイセン法律改正委員会で論議されて以来、一八二七年草案、一八三〇年草案、一八三三年草案、一八三六年草案、一八四三年草案等々において論じられた。⁽³⁾これ

らの諸草案は、他の諸ラントの立法（草案）と同様、不能犯に関する明示的規定を含むものであったが、しかし一八四五年草案において、その規定（不能犯規定）は突然抹消された。⁽⁶⁾ その間の経緯を示すのが『一八四三年刑法草案省察 Revision des Entwurfs des StGB von 1843』の叙述である。⁽⁷⁾ 「絶対的に不能な手段において、客観的に犯罪をうけつけない客体において、犯罪の構成要件は欠落している。それゆえ、実行の着手に関して問題はありえない」と。不能犯に関する特別の規定を、フランス刑法に由来する「実行の着手」⁽⁸⁾の解釈に委ねることによって、プロイセン刑法三一条が創出されたといえよう。三一条は規定する。「未遂は、行為が実行の着手により表明され、行為者の意思によらざる外部的事情により妨げられ、または結果を欠く場合、処罰される」と。⁽⁹⁾ このプロイセン刑法三一条は、北ドイツ同盟刑法典⁽¹⁰⁾を経て、一八八六年の帝国刑法典に継受されるという意味においても特に重要なものである。プロイセン刑法について問題とされた諸点が帝国刑法典四三条の解釈学にうけつがれた。一八五九年、ミッテルマイヤーは、「立法において不能犯規定を採用せず、むしろ問題を裁判所や陪審員の裁量に委ね、学説の進歩の影響に個別的事例の決定を委ねる新しい立法は、目的適合的処置として是認されねばならない」と述べているが、しかしそれゆえにこそプロイセン刑法の解釈において、主観的未遂論と客観的未遂論の対立が止揚されず、そのまま帝国刑法典四三条の解釈にもちこまれたのである。

この時期、本条の解釈学として、ゴルトダムマーは、絶対的不能と相対的不能との区別基準に関し若干の留保を残しながらも、いわゆる絶対的不能犯の不可罰性を主張し、ヘルシュナーは、さらにより主観主義的な見解を採った。⁽¹³⁾ 他方、テンメは、「実行の着手」をあらゆる事情の下で完全な犯罪を直接的に確立するであろう行為の開始と理解し、⁽¹⁴⁾ 「実際に用いられた手段が、使用されたような形式では全く既遂となりえないような総ての事例において不能」犯を肯定することにより、⁽¹⁵⁾ いわゆる絶対的不能、相対的不能区別説とは異なる観点から客観的未遂論の展開に至り、ベルナ

一は、同じく客観主義的な見地に立ちつつも、テンメとは反対に、相対的不能、絶対的不能区別説を主張したのであつた。⁽¹⁶⁾テンメ、ベルナー、ヘルシュナー等の諸理論の検討は、各々、適切な場所において後述するところに委ね、吾は、次にプロイセンの実務を概観しておかねばならない。

- (1) プロイセンの刑事立法の概略としては、Wächter, *Beilagen*, S. 175ff.
- (2) プロイセン一般ラント法の未遂規定および法的意味に関してはGoldammer, *Die Materien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, Erster Teil*, Berlin, 1851, S. 244f.
- (3) 但し、カズイステマッシュに不能犯の可罰性にふれる規定は存在してゐる。この点に関して、西山「前掲②」三六頁参照。
- (4) ハノーバー刑法草案四七条に触発されたといわれる。Goldammer, a. a. O., S. 246.
- (5) Goldammer, a. a. O., S. 272.
- (6) Goldammer, a. a. O., S. 272.
- (7) Goldammer, a. a. O., S. 273 Schüler, a. a. O., S. 30 Anm. 10 Nr. 6°
- (8) 革命暦四年九月二二日の法律。なお法文は、Senf, *Vorbereitung und Versuch*, GS. 67, S. 252 参照。
- (9) 西山教授の訳による（西山「前掲②」三七頁）。
- (10) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für ein Norddeutsches Staatsgebiet, S. 34f.
- (11) Mitternatter, *Der Versuch vom Verbrechen*, S. 439.
- (12) Goldammer, a. a. O., S. 274.
- (13) Hälschner, *Das Preussische Strafrechts, Zweiter Teil*, Bonn, 1858, S. 183ff.
- (14) Temme, *Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, Berlin, 1853, S. 274f.
- (15) Temme, a. a. O., S. 287.
- (16) Berner, *Lehrbuch Deutschen Strafrechts*, 6 Aufl., Leipzig, 1872, S. 170ff.

九 プロイセンの最高裁は、(一)強姦未遂事例において、被告人の行為が「意図した犯罪、即ち、性欲の満足に向け

られた猥褻行為の暴力的遂行又はかかる行為の受忍の強要をあきらかにしたことを示さない⁽¹⁾として、実行の着手の解釈において原審の有罪判決を破棄し(一八五五・九・一四)、また(二)反乱未遂の事例においては、陪審表決は被告人が故意の実行の開始を含んだ行為に着手したということだけを認定しにすぎず、意図した犯罪それ自体の実行の開始はその中に含まれていない⁽²⁾、という理由で原審判決を破棄している(一八五六・二・一五)。右の二例から、少なくともプロイセンの実務が主観的未遂論を採用するものではないことがあきらかである。むしろ後述のミッテルマイヤーの未遂論に影響をうけていたと思われる。それを明確に示す判例は、(三)一八五四年一月一六日の最高裁判決である。被告人に対する毒殺未遂の起訴に関し、第一審裁判所は、被告人が妻に対し一時的な不快感を惹起させようとして、六乃至八グレインの酢酸塩をスープに混入して摂取させたが、酢酸塩は鉱物性毒物(Mineralischen Gifte)であり、八乃至一〇グレインの摂取量でようやく一時的な腹痛や嘔吐を惹起するにすぎないものであったため、彼女には何の不都合も生じなかった、と事実認定したうえで、傷害罪の成立を認めたのである。第一審裁判所の理論構成それ自体には不明な点があるが、ともあれ被告人は「傷害すなわちプロイセン刑法一九七条の意味における健康侵害の惹起に対し全く不適當な量が用いられたのであり、不能な手段の使用は絶対的不能と相対的不能とを問わず、可罰未遂の概念を排除する」として、未遂論、とりわけ客観的未遂論に上告理由を求めた事案であった。プロイセン最高裁判所は、これに対して、「絶対的に不能な手段の使用において可罰未遂は生じないとしても、それ自体は可能であったが量的に不十分な手段の使用は可罰未遂の存在を排除するものではない」という考慮で上告を棄却している⁽³⁾。最高裁の論理は、本件を相対的不能の例とする点で、ミッテルマイヤーの後述の認識と同じものである。プロイセンの最高裁は、主観的未遂論を採用するものではないが、さればとて、後述のルーパー等の客観的未遂論(上告理由の立場)を採用するものでもなかった。いわゆる客体的不能の事例に関しては、四ライ表を窃取するために穀物倉に侵入したが、そこに

はめざすライ麦はなく、スコップや干草用のフォークがあったにすぎなかったという事例に関し、「三一条によれば、窃取の実行の開始は全く考えられない。特定の対象に向けられている窃盗は……客体の不存在の場合……いかなる開始ともみなしえないからである」とし（一八五四・二・二二）、(四)パンの窃取の意図で侵入した部屋にパンがなかったという同様の事例に関しても、「彼の犯罪的意図の実行に適した客体はなかったのであり、その未遂行為は不可罰にとどまる」「刑法三一条の意味における実行の開始、つまり可罰未遂は、この事例において認めるべきではない」として、右の例の判例の立場を継承したのである。(五)

(1) Archiv für Preussisches Strafrecht (GA) Bd. 3. S. 672.

(2) GA. Bd. 4. S. 365.

(3) GA. Bd. 2. S. 823 f.

(4) GA. Bd. 2. S. 404, S. 548.

(5) GA. Bd. 2. S. 822 f.

(6) しかし、このような立場は、後に変更され、可罰的と解する見解をとるに至る。すなわち、窃盗の意図での侵入は常に実行の開始を含む (GA. Bd. 7. S. 708) となる。

三 フォイエルバッハによる近代的未遂論の提起

一 右のような諸ラントにおける不能犯立法は、当然のことながら、学説における「不能犯論」に対する立法的対応であった。吾々は、次に、不能犯立法および判例に影響を与えた、当時の学説状況を検討せねばならない。

不能犯論は、一八〇四年、フォイエルバッハによって著わされた『クラインシュロート草案批判』^(一)によって、刑法上の問題として登場した。^(二)従って、吾々は、この時点（一八〇四年）におけるフォイエルバッハの「不能犯論」を知

ることからはじめねばならない。

バイエルンの啓蒙的な自由主義的君主マキシミリアン・ヨーゼフがクラインシュロートに刑法改正草案を委任して生まれた『クラインシュロート草案』は、エーベルハルト・シュミットの研究によれば、「プロイセン一般ラント法と同様に、啓蒙主義的絶対主義と警察国家の典型的刑法を示し、心配症的予防精神が支配的であった」といわれる。フォイエルバッハは、すでに一七九九年の『実体刑法の原理および根本概念の省察』第一巻にあきらかにしていた「市民的可罰性」の原理に抛り、クラインシュロート草案が「犯罪者を外的法の違反者としていたのではなく、不道徳な心情を持つものとして、つみびと (Sunder) としている」⁽⁵⁾点に批判を向けた。フォイエルバッハは、その例として、草案一四五七条の姦通罪を挙げているが、そこで不能犯に関する論及がなされたのであった。草案一四五七条は、「あるものが無効の婚姻をし、それを善意で有効なものと思っていたのなら、他人と性交する場合、姦通罪として有罪である」と規定していた。フォイエルバッハは、例えば、獣姦や男色におけると同様、道徳的罰 (moralische Strafe) と市民的可罰性の混同を、この規定の中に見出した。フォイエルバッハはいう。「無効な婚姻という前提の下では、一四五二条による姦通はありえず、それゆえ姦通罪は既遂になら⁽⁶⁾ず、さらに、「未遂は犯罪者とその犯罪を實行するための外的行為の遂行を要求する」⁽⁷⁾ため、右のような場合には、既遂罪も未遂罪も成立することはない、と。クラインシュロート草案批判にあらわされた、かかる思考は、四年後の『教科書』第四版(一八〇八年)に結実する客観的未遂論の公式に対する関連で、重要な意味をもつことを否定しえないが、クラインシュロート草案批判における「不能犯」の記述は、刑法体系との関連で(未遂論一般として)説かれたわけではなく、その意味ではこの時期(一八〇四年)の不能犯論は、いまだ体系的な位置を持たず、断片的、カズイスティッシュ⁽⁸⁾なものであるといわざるをえない。

さらに、一八〇四年段階の、フォイエルバッハの「不能犯論」を示す資料が、最近、西ドイツのダルムシュタット地方裁判所判事キッパの研究の中に示されている。⁹⁾キッパは、『アンゼラム・フォイエルバッハ―思想家、立法者および裁判官としてのその生涯』において、一八〇四年二月五日、フォイエルバッハが毒殺未遂事件につき刑事判決を作成したことをあきらかにした。¹⁰⁾ 事案は、被告人が硝酸を毒物であると信じ、まず、硝酸液一〇滴を父親のビールに添加し（父親は悪臭のためビールを吐きだしている）、次に、やはり一〇滴の硝酸液をくんせい肉に添加した（父親は悪臭に気づきながらも、それを現に食べている）が目的を遂げることができず、最後に、七、八滴の硝酸液をコーヒーに添加した（父親は悪臭のため、それを飲まなかった）、というものであった。フォイエルバッハは被告人の行為を「愚劣であり幼稚である¹¹⁾」としながらも、尊族殺の「目的のために、同人は、現実に死をもたらずものと信ずる手段をわざと選んだ」のであると認定し、「毒物使用という犯罪は、その法概念からいうと、殺人と傷害の目的に使われている物質が、ひそかに身体傷害もしくは死をもたらしうるものであれば足り、それ以上のことがらには要件ではない」ので、「使われた毒物の分量のいかん、つまり、それが身体傷害や死に必要な分量であったかどうかは、量刑には影響があっても行為の概念には影響がな¹²⁾く、従って、「本件には毒殺未遂がある」としたのである。すでに示したように、本判決に先立って執筆された『クラインシュロート草案批判』で、フォイエルバッハは、姦通に関し、一種の構成要件欠缺の理論に至ったともいえるが、本件（事実的不能）では、キール大学医学部の鑑定にもかわらず、手段の不能性は単に量刑問題として論じられたにとどまる。「……本件行為にはある重大な点が欠けているからである。すなわち、そこに既遂犯罪の完全な概念が存在するためには、これを企図する行為には、罰則によって阻止されるべき現実の危険が存在しなければならぬ。ところが本件には、その危険が全く存在しなかった。硝酸そのものは毒物であるが、使われた分量と溶度が、医学部の鑑定によれば生命にも健康にもいささかの害もあり

えないものであった。このように所為に危険がないとすれば、単純な死刑から無期懲役に減ずるのではなく、さらに一等を減じて二〇年の自由刑に処するのが適當とも思われよう⁽¹³⁾と。あきらかに、後のフォイエルバッハの到達した「不能犯論」からは若干の疑問点を指摘しうる（手段の不能性は単なる量刑問題ではなく、未遂の成立にかかわる「要件」の問題である）事例であった⁽¹⁴⁾。この点に関して、本件判決の八ヶ月後に公刊された『教科書』第三版（一八〇四年一〇月）の改訂が興味深い。第一版（一八〇一年）では、毒殺の論評について、フォイエルバッハは、「毒殺の目的で無害のものを使用することは謀殺未遂でなく、従って行為者は不可罰である」と説いたカロリナの註釈家ベームーの見解を「奇妙なものであるといっていた⁽¹⁵⁾」が、第三版ではその部分が削除されているとのことである⁽¹⁶⁾。この時期、不能犯論に関して、フォイエルバッハに、相当の理論的葛藤があったことを推測することができよう。フォイエルバッハが、「終生完全に正しいものとして保持した」『教科書』第四版（一八〇八年）における、不能犯論への一般的回答は、さらに四年後にまたねばならなかった。

一八〇八年、フォイエルバッハは、可罰未遂の成立要件を次のように規定し、不能犯論に対し、はじめて、体系的、包括的な回答を与えた。重罪の惹起に意図的に向けられた外的行為は、次のときには、それ自体としてすでに違法であり、処罰される。(一)自由な意思の変更からでなく、単に外的な妨害によつてのみ既遂とならない場合、(二)行為それ自体がその外的特性に従つて(間接的にせよ直接的にせよ、また多かれ少なかれ)意思した犯罪と因果関係に立⁽¹⁷⁾ (Mit beabsichtigten Verbrechen in Ursachlichem Zusammenhange steht) — 即ち、客観的に危険 (objektiv gefahrlich) である場合⁽¹⁸⁾と。吾々は、この公式の理論的意味をあきらかにせねばならない。そのためには、『実定刑法の原理および基本概念の省察』第二卷（一八〇〇年）にまでさかのぼる必要がある。

- (1) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur = Pfalz = Bayrischen Staaten, Gießen, 1804.
- (2) シュラーの研究によれば、このとき不能犯論は、いまだ「回答が与えられぬままに」はじまったとされる（Schüler, a. a. O., S. 14）。
- (3) ただし、本文に記したように、一八〇四年段階のフォイエルバッハの不能犯論は、未遂論としての体系的体裁を整えていない。そして断片的、カズイスティッシュな記述は、すでにフォイエルバッハ以前に見られる。その意味では、一八〇六年にあらわされたティットマンの体系書（Titmann, Handbuch des Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtskunde, Erster Teil, Halle, 1806, S. 266 ff.）におおむね「不能犯論」が始まるという解釈もまた充分に成立している（Vgl. Rubo, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln od. an untauglichen Objekten, GS. (1865) 17, S. 3 ff.）のことはあきらかである。「不能犯論」の始祖であるかという点については、本稿での考察の対象とはなさない。
- (4) Ed. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3A, Göttingen, 1965, § 248.
- (5) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs, S. 55.
- (6) Feuerbach, a. a. O., S. 56 ff.
- (7) Feuerbach, a. a. O., S. 57.
- (8) 各本条につき（例えば毒殺罪）、カズイスティッシュに不能犯にふれることは、フォイエルバッハ以前に認められる、とのごとくである。シュラーはいう。「ただ個々の犯罪においてのみ、すなわち、毒殺や墮胎のように、後に不能犯の概念に組みこまれるところの、しばしばあらわれるケースにおいてのみ、カズイスティッシュに、その可罰性が研究された」（Schüler, a. a. O., S. 11）である。
- (9) Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach, Sein Leben als Denken, Gesetzgeber und Richter. 西村克彦訳「フォイエルマン伝」
- (10) キッパー「フォイエルマン伝」三二頁以下。
- (11) キッパー「前掲書」三五頁。

- (12) キッパ―「前掲」三六頁。
- (13) キッパ―「前掲」三七頁。
- (14) 「不能」を可罰未遂の成立要件とせず、「量刑」問題とするのは主観主義からのアプローチのひとつである。
- (15) Schüler, a. a. O., S. 13f.
- (16) Schüler, a. a. O., S. 14.
- (17) Schüler, a. a. O., S. 15.
- (18) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 14 A, (Herg. v. Mittermaier), Gießen 1847 (以下では「Feuerbach—Mittermaier」と略記) S. 71.

二 フォイエルバッハは、行為の客観的側面を考察し、客体 (Object) をめざす行為のあり方、すなわち、その客体への危険を基礎づけるあり方が問題であることをあきらかにし、⁽¹⁾ 刑法の対象としての「行為」を、他人の権利侵害行為であるに至った。⁽²⁾ フォイエルバッハは、この他人の権利侵害行為を、その態様において、直接的活動 (正犯) と間接的活動 (共犯) に分かち、⁽³⁾ さらに、直接的活動を、その効果において、既遂 (delictum consummatum) と未遂 (conatus delinquendi) に分けた⁽⁴⁾ (従って、共犯に未遂を考えていない⁽⁵⁾)。問題は、未遂を「権利侵害行為」とする理由である。フォイエルバッハは、あらゆる可罰性の根拠を「法的状態」の維持 (Erhaltung des rechtlichen Zustand) にもとめた。⁽⁶⁾ 現実的な権利侵害は、直接的にこの根拠に矛盾するのであり、未遂は間接的に矛盾するのである。すなわち未遂は権利侵害それ自体を含まず、現実的権利侵害の単なる蓋然的原因 (wahrscheinliche Ursache) にすぎない。従って、可罰性の程度は、常に、既遂よりも低いものである。⁽⁷⁾ しかし、未遂が刑罰の特別な対象であるかぎり、すなわち、可罰的なものであるかぎり、その行為が特定の違法な結果の惹起に直接向けられたものでなければならぬ⁽⁸⁾ のはいうまでもない。そこから、未遂は権利侵害に対する危険を前提にすることが確認されるのである。

かくて、未遂は現実的権利侵害の危険を基礎づけるがゆえに、未遂行為に対する刑罰威嚇の必然性の根拠を持つのである。⁽⁹⁾ こうしてフォイエルバッハは、行為の、権利侵害に対する危険が大きければ大きいほど、より可罰的であるという結論に至り、次のようにあらわす。即ち、「(一)既遂を対象とする犯罪が重大であればあるほど、またその権利が重要であればあるほど、それに対する未遂は一層可罰的である。(二)未遂は、そこに含まれた犯罪の既遂の蓋然性が大きければ大きいほど重いものである⁽¹¹⁾」と。フォイエルバッハによれば、既遂の蓋然性の程度が可罰性の程度を規定しているので、行為が犯罪の現実的完成に接近するほど、既遂の蓋然性は高度なものとなり、かくて、未遂が既遂に接近するほど、既遂と未遂の間に存する、違法な結果の現実的惹起へと至るために必要な介在的行為 (Zwischenhandlung) が減少し、可罰性の程度が高揚するのである。⁽¹²⁾

右にあきらかなように、権利侵害の可能性、蓋然性に、未遂の犯罪性を認めようとする見解がフォイエルバッハに明白である。このようなフォイエルバッハの見解は、レガリテートとモラリテートを厳格に区別したカントの思想を自己のものとし、そこから俊敏な感覚をもって、刑法理論の構築を試みたことによるものである。フォイエルバッハは、「自らの法思想の基礎におかれたカントの法と道徳の完全な分離を無条件に貫徹した⁽¹³⁾」のであった。従って、国家(法)は、「総ての市民の相互的自由、あるいは換言すれば、総てのものがその権利を完全に行使し、そして侵害から(それは人格的領域の妨害を意味する)保護されている状態⁽¹⁴⁾」の維持を目的とするものであり、それゆえ、国家(法)は、「権利保護機関」となる。これが、「啓蒙絶対主義的警察国家に独特な法思想からの訣別⁽¹⁵⁾」を意味しているのはあきらかであろう。フォイエルバッハの法治国思想によれば、「国家はただ外面的行為の合法性と違法性とを問題にしうるだけであり、行為者の心情の不道徳性を問えず」「法と道徳の分離を明確にすることにより、国家的刑罰の前提が人格の領域に侵入することは許されない⁽¹⁶⁾」のである。「市民的可罰性は、外的な法に反する行為なくして

はありえないので、行為は、それが法を侵害し又は危殆化するときのみ違法である。違法な意図それ自体は、いかなる行為にも違法性のメルクマールを与えるものではない。「死体の故殺未遂について語るものは道徳と法を混同するものであり、治安警察の根拠を刑罰権と混同しているのである」というフイエエルバッハ⁽¹⁷⁾によって提起された客観的未遂論の原則的立場は、右のような認識に帰するものである。

- (1) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Zweiter Teil, Chemnitz, 1800 (以下 Revision II 七番記) S. 243f.
- (2) Feuerbach, Revision II S. 244.
- (3) Feuerbach, Revision II S. 244f.
- (4) Feuerbach, Revision II S. 246.
- (5) Feuerbach, Revision II S. 247.
- (6) Feuerbach, Revision II S. 248.
- (7) Feuerbach, Revision II S. 249.
- (8) Feuerbach, Revision II S. 266f.
- (9) フォイエルバッハの一般予防的観点からは、現実の犯罪を防止するためには、単に犯罪の既遂を威嚇して抑止させるのみならず、未遂をも威嚇する必要がある、という認識が導かれる (Feuerbach, Revision II. S. 249)。しかし、このことは、未遂の概念内容の問題と直接かかわるものではない。
- (10) Feuerbach, Revision II. S. 267 f.
- (11) Feuerbach, Revision II. S. 270 f.
- (12) Feuerbach, Revision II. S. 271.
- (13) Eb. Schmidt, a. a. O., § 227.
- (14) Eb. Schmidt, a. a. O., § 225.

- (15) Eb. Schmidt, a. a. O., § 225.
- (16) Eb. Schmidt, a. a. O., § 234
- (17) Feuerbach, Feuerbach—Mittermaier, S. 71. Anm. 3.

四 普通法的主観主義の概観

一 フォイエルバッハの到達した、右のような客観的未遂論は、吾々がすでに二章で概観した地方特別法における不能犯諸規定および若干の判例と全く異質のものである。フォイエルバッハの未遂論は、不可罰的不能犯の範囲を著しく拡大する結果となるが、地方特別法における立法と判例は、少数の例外を除いて、むしろ不能犯の処罰に傾斜していたことが理解されるからである。犯罪的な心情、あるいは「不法な意思」を基礎づける主観的危険性が、不能犯立法の主要な原理となっていた。⁽¹⁾吾国において不能犯論をもっとも深く研究された西山富夫教授は、「ローマ法より中世イタリア法学さらには歴史法学にまで類を及ぼす、いやしくも犯罪をなさんとする意図のあるものは不処罰ではすまされぬという普通法一般の思想が背景をなしている」と指摘された。⁽²⁾吾々は、西山教授のいう、このような思想を「普通法的主観主義」と規定し、その基盤を抽出せねばならない。それによって、フォイエルバッハの客観的未遂論が、いかなる認識と対決したのかをより明らかにしうるからである。

- (1) フォイエルバッハは、このような原理にもとづく立法を「怪奇なる幻想」と呼び、「刑法典が空虚なる構成物」に化すと批判した。Vgl. Hartmann, P. J. A. Feuerbachs Politische und strafrechtliche Grundanschauungen, Berlin, 1961, S. 76 f.
- (2) 西山「前掲」名城法学四卷三・四合併号三一頁。
- (3) 後に、ブリー、ランマッシュにより、因果理論および規範理論から理論的に洗練された「主観的未遂論」、さらに、リ

ストの理論を経て、今日の支配説たる具体的危険説に至る「主観的未遂論」と區別する意味で「普通法的主観主義」とした。ただ、具体的危険説を「主観的」未遂論に数えることは市民権を得たものではない。従つて、吾々は、具体的危険説の理論的承譜を検討することによって、その論証をせねばならないが、それは本稿の課題とした範囲を超える。ただ、本稿では客観的未遂論の歴史的な最少の基本要件が抽出されるが、それは、間接的に具体的危険説が客観的未遂論にあらざることを示すであらう。

二 吾々は、まず、フォイエルバッハと同様、カント哲学に立脚しながらも、⁽¹⁾ 広く犯罪論、刑罰論の各分野においてフォイエルバッハに対立した、グロールマンの未遂論にふれる必要がある。グロールマンにとつても犯罪は単なる悪しき心情ではなく、「侵害を惹起するもの」⁽²⁾であつた。「侵害が現実⁽³⁾に生じたなら既遂犯が、生じなかつたとしても、力 (die Kraft) が外的に活動化したときには未遂」があり、「未遂は固有の損害を惹起しないが、損害への危難を創出する (setzt in Noth)⁽³⁾」のである。一方、グロールマンが、フォイエルバッハの一般予防論に対して、スチューベルに抛り、特別予防論を展開したことは、⁽⁴⁾ 周知のところである。グロールマンにとつて、市民的刑罰の目的は、「犯罪の既遂を威嚇して中止させ、または、それを不可能にすること」⁽⁵⁾であつた。「あるべきでない」犯罪を予防するために刑罰が正当化されるのである。⁽⁶⁾かくて、右に示された未遂犯の要件としての「損害への危難」は、「あるものによる将来の侵害が惧れられていることを、明示的黙示的に認識させること」で足るのである。犯罪は「未遂であれ既遂であれ」黙示的な将来の威嚇を含む。なぜならば、犯罪者は、自らの行為によって、彼が理性的人物 (Wesen) として、法の遵守を決めておらず、むしろ享樂の原則に従つて、自らの主観的最大限度において、たとえ法を破つてでも、享樂の貫徹を決心していることを認識せしめるからである。彼は開始された犯罪により、そのことを認識せしめるのである。⁽⁷⁾と。このような形で、将来の侵害の脅威が示されたとき、国家はその脅威の実現を阻止す

べく、働きかけねばならず、それゆえ、国家刑罰権の発動は、少なくとも「市民が未遂によって危難の状態におかれたとき」に存在しうるのである。⁽⁸⁾

右のようなグロールマンの未遂に関する基本見解は、その理論内部に固有の「不能犯論」展開へのいかなる契機をも含みえないことはあきらかである。ただ「迷信犯」のみが、「刑罰は必要かつ合目的でなければならぬ」という理由によって、科刑対象からはずされたにすぎない。⁽⁹⁾これが、グロールマンの『綱要』第一版（一七九八年）における未遂論の大略であるが、それは、フォイエルバッハによって「不能犯論」が提起された後も維持されている。これに対して、ティットマンは、未遂を、特定の意図によって企画されたが達成されなかった行為であると規定し、その達成されなかった原因は行為主体においても、達成のために選択された手段においても、あるいはその客体に対してもありうるであろうが、それらは未遂の本質とは関りのないものであると強調した。⁽¹⁰⁾未遂の本質は、意図そのものによって規定されているので、未遂の肯定のためには、「ある手段のある特定の目的への方向以上のものは必要でなく（例えば、拳銃の使用、客体に照準を定めること）、手段の不充分性（装填されていない拳銃）は未遂の概念を廃棄せず、また、その無器用な（ungeschickt）使用においても（例えば、拳銃をあらぬ方向に向ける）欠落するものではない」と。⁽¹¹⁾ティットマンにおいて、グロールマンと同様未遂の本質を行為者主観に求めながら（従って、不能犯の可罰性如何ということが問題になる余地がなかったにもかかわらず）、「不能犯論」を意識しつつ、即ち、不能犯論を「体系的」に未遂論の中に位置づけることによって、その当然の可罰性を確認しているのを認めうるのである。しかし、グロールマンは、二〇年後の『綱要』第三版（一八一八年）においても、犯罪行為は「法侵害にのみ向けられている必要があるが、法侵害が、現実にはそこから生じること、または、その存在の必然的条件がそこに存在することは必要でない」と再確認するにとどまっている。そして、カロリナ一三〇条（毒殺）の解釈として、錯誤にも

とづく無害な物質の投与を、殺意を前提に未遂とすることに、フォイエルバッハの理論に答えたのであった。「フォイエルバッハはかかる行為を誤って不可罰にしている」と。⁽¹³⁾

(1) 両者のカント理解の相違の法理学的分析能力を筆者は有たない。この問題は保留しておかねばならない。

(2) Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, Gießen, 1798, S. 3.

(3) Grolman, a. a. O., S. 4.

(4) 山口邦夫「一九世紀ドイツ刑法学研究」(昭五四年)五九頁以下参照。なお、グロールマンは次のように言っている。

「刑罰の目的は犯罪者を改善させることではない。というのは、国家権力は、貴族の家庭教師と比較すべきものではないから」(Grolman, a. a. O., S. 50)と。じつゆる近代的特別予防論との相違がそこにある。

(5) Grolman, a. a. O., S. 49.

(6) Grolman, a. a. O., S. 10.

(7) Grolman, a. a. O., S. 6.

(8) Grolman, a. a. O., S. 44.

(9) Grolman, a. a. O., S. 12.

(10) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1 Teil, Halle, 1806, S. 268.

(11) Tittmann, a. a. O., S. 267.

(12) Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3A, Gießen, 1818, S. 28.

(13) Grolman, a. a. O., S. 286 Anm. b.

三 チュールリヒの刑法学者エシエルは、右に示したグロールマン、ティットマンの予防理論が、すでに吾々のみたバイエルン一八一三年刑法『註釈書』の立場(ゲンナーの理論)に至るものであることを示した。⁽¹⁴⁾そしてエシエル自身も予防理論への立脚を表明する。「吾々は威嚇による予防という主要目的」および「法の否認により不法に行

為し、危険性を示した個々の主体に対し、社会を保全することが刑事司法の許された目的である⁽²⁾と考える。と。「予防」と「社会保全」とが関連的に把握され、刑事司法の目的として前面にでることによって、個人が外的行為によって法的安全 (Rechtssicherheit) の阻害を示す場合、そこに犯罪を認定するのは自明のことであり、まさしく、予防こそが悪しき心情を表示したものに刑法を適用するための合理的目的といわねばならないのである。かくて、エシエールは、未遂犯の例外なき可罰性を、心情すなわち反法的意思にもとづいて認めたのであった⁽⁴⁾。ヘンケもまた、未遂の処罰を一般的に肯定する以上、それは反法的意思の処罰にほかならず、右のエシエールの理論と同様、外部的行為は反法的意思の認定資料にとどまり、「可罰性の最高基準は心情の反法性にある⁽⁵⁾」と主張した。ヘンケは、ここから、フォイエルバッハの理解した「市民的可罰性」の客観的構成に批判を向けた。違法な意思のみでは市民的可罰性を基礎づけないという命題は、一般的なものにすぎないが、個別的事件においては、「一般的な可罰性ではなく、特定の主体の可罰性について論じられるのである。行為主体の表象の中には、行為と違法な結果の間に関係性が存在したのであり、それゆえ、この観点からは、犯罪惹起の意図で行為に着手したとき、国家が未遂の処罰を見い出すことは疑いない⁽⁷⁾」ものである、と。行為者の表象の中に因果関係があれば足る、という思考は、後述するように、主観的未遂論の有力な理論的支柱となるものである。かくして、ヘンケは、現実に使用された行為と意図された犯罪結果との間の（潜在的）因果関係―客観的危険性―の要求を否定し、フォイエルバッハとの対決をあきらかにしたのである。

ルーデンもまた、カロリナー七八条の解釈学において、フォイエルバッハのいわゆる「潜在的因果関係」説の否定をあきらかにし、ヘンケと共に、それを主体の表象中のみ認め、一九世紀中葉に、相当厳格な主観的未遂論を積極的に展開したのであった。ルーデンは、未遂の可罰性を犯罪的意図に求め、行為に本質的意義を認めない。行為は、

犯罪的意思の認定資料にすぎず、「それ自体単独で犯罪の存在と因果関係に立つ必要はない」⁽¹²⁾のである。行為の客観的危険性を要求する理論は、(少なくとも絶対的) 不能犯の不可罰性を論じるが、しかし総ての未遂犯が行為の目的非適合性においてのみ存在しうるものである以上、その理論の貫徹は、可罰未遂概念の全否定に至らざるをえない。「不能な」手段と「不十分な」手段との区別は、後者も前者と同様、客観的には危険でない以上、無意味なことである⁽¹³⁾。かくて、ルーデンに従えば、刑法において意味を持ちうる危険性は、ただ主観的側面のみ由来しうるのである。たとえ、行為者が犯罪結果に対し目的非適合的の行為を選択したとしても、それを「目的適合的なものと評価していた」⁽¹⁴⁾以上、その行為はカロリナー一七八条にいう「*dieneich*」なものであり、危険なものなのである。⁽¹⁵⁾重要なことは、その行為が行為者の目的適合的手段の使用意図を示したということではない。このようなルーデンの未遂理論は、「一度行為者が既遂犯を惹起しようとする意思を有っていたのならば、彼はその不能な手段の使用において形成された経験に従い、以後は、可能な手段を採るだろう」という「心配症的な」(エ・シュミット) 予防主義への立脚を明瞭に示している。総ての未遂行為の原則的可罰性があきらかにされたのであった。ルーデンは、いわゆる「迷信犯」の場合のみを、行為者の目的適合的手段の使用意図の認定不能性のゆえに、可罰未遂領域からの例外としたにすぎない。

(1) Escher, Vier Abhandlungen über Gegenstände der Strafrechtswissenschaft, Zürich, 1822, S. 166.

(2) Escher, a. a. O., S. 167.

(3) Escher, a. a. O., S. 169.

(4) エシチェールは、社会防衛の強調から、いわゆる「迷信犯」の処罰(遠き未遂として)さえも目的適合的であると解した(Escher, a. a. O., S. 167)。

- (5) Henke, Beiträge zur Criminalgesetzgebung, in einer vergleichenden Uebersicht der neuesten Strafgesetze = Bücher und Entwürfe, Regensburg, 1813, S. 177.
- (6) Henke, a. a. O., S. 175.
- (7) Henke, a. a. O., S. 179 f.
- (8) German, a. a. O., S. 13 ff.
- (9) Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts, Jena, 1847, S. 389 ff.
- (10) Luden, a. a. O., S. 394.
- (11) Luden, a. a. O., S. 399 f.
- (12) Luden, a. a. O., S. 400 f.
- (13) Luden, a. a. O., S. 402 ff. カロリナー一七八条は「犯罪の完成に役立つべき (die zur Vollbringung der Missethat dienlich sein mögen) 何らかの外部的行為 (scheinliche Werke) をもつて犯罪をなし、その犯罪の完了が他の方法のため意思に反して妨げられた場合には、その何らかの行為を来したる悪意は刑事上罰すべきものとす」(西山「前掲」名城法学四卷三・四合併号二一八頁の訳による)と規定していた。ナイーブな解釈において、本条は、客観的に理解しうるであらうが、ルーデンによれば、„scheinlich“ という語は、単なる内的思考に対立する „äußerlich“ と同義ではなからず、「それは、行為者が既遂の意思を有したことを『証明する』或は『示す』という意味を持つ。かくて、未遂が可罰的である唯一の根拠がかような意思であれば、この意思を証明する総ての行為は未遂とみなされねばならぬ」(Luden, a. a. O., S. 401) のべきことである。
- (14) Luden, a. a. O., S. 401.
- (15) Luden, a. a. O., S. 404.

四 上述の論者達は、迷信犯に対するニュアンスの差を別とすれば、いわゆる「絶対的不能犯」を可罰未遂の中に包摂するという主観主義的原則を貫徹させている。しかし、これらの理論は、いかにも意図そのもの (nuda

(cogitatio) の処罰への接近を示すものであった。このことは客観的未遂論からの批判的影響とともに、主観的未遂論の内部において、主観主義の原則と絶対的不能に基く不可罰領域の拡大との調和をはかるべく理論修正を迫る契機となった。このようなうごきは、その方向性(可罰未遂の制約)において観れば、すでに一八〇八年に示されていたマイスターの見解¹⁾にまでも遡及しうるかもしれないが、右のような調和の試みを、理論的体系的に基礎づけたのは、ヘーゲル主義者、ケストリンの見解であった。²⁾

ケストリンは、その他のヘーゲル主義者と同様、行為概念を理論の中核に据え、未遂の諸問題の解決を試みた。未遂犯において、行為は、意思の不完全な現象として示され、それゆえに、意思の考慮を通じてのみ妥当な解決に至りうるのである、と³⁾かくて、ケストリンは、行為者主観の強調から、手段に関する不能や客体に関する不能が問題となる総ての事例において、可罰未遂を肯定するに至る。⁴⁾しかしながら、このようなケストリンの結論は、吾々が前二節において概観したような心情刑法の基盤からの直接的な演繹によるものではなく、「錯誤論」との関連性において演繹された点に特殊なものを含み、⁵⁾そのかぎりで、ケストリンにおいて可罰性の肯定される「不能犯」の領域は、従来の主観的未遂論と相当異なるものとなっている。ただし、不能犯の問題を行為概念(責任概念)において解決しようとしたケストリンは、「可罰未遂」と「不可罰未遂」の限界を、不能犯に必然的に伴う「錯誤」がその「行為性」を欠落させる程度のものであったか否かという点に懸らしめたからである。ケストリンはいう。「意識されざる行為の犯罪的特性が適法に行為を遂行していると信じた錯誤者に帰属されないのと同様に、その行為の予想されざる幸運な結果もまた彼に帰属する(有利に考えられる)ものではない」⁶⁾のである。未遂において、「事実的側面の意義は副次的なものでしかなく、意思に従属したものであ」るため、結果惹起の可能性をもつ活動屬性が「最少限、行為者の省察の中におかれていること」で足る。なぜならば、行為に移行された犯罪的意思のみが常に存在するものであり、

それが未遂としての資格を与えているから」である。それゆえ、「犯罪は単にイデアルなものとしてではなく（たとえ錯誤があるとしても）現実的な可能性として、すなわち未遂としてその意思の中に存在した」⁽⁷⁾のである、と。行為者の表象の中に想定された因果性が全く非現実的なものである場合（例えば全くの無知にもとづく行為効果—砂糖の殺害能力—の想定）、そのような表象（錯誤）にもとづく活動は犯罪としての「行為性」を欠くのである。かく解することによって、ケストリンは、総ての未遂の廃棄か、又は恣意的な可罰未遂の限定かにゆきつかざるをえない（これはいうまでもなく主観主義からの理解である）客観的未遂論を採ることなく、さらに、犯罪的意思の過度の重視による「意思の処罰」という主観主義への非難をも回避しえた⁽⁸⁾と解し、「未遂の法侵害的性格は外界にあらわされた *colus* においてのみ存在しうる」という命題の中に、主観主義の原則の妥当な貫徹を認め、現実的な危険性を要求したフォイエルバッハの理論と全面的に対決しようとしたのであった。⁽⁹⁾

右のようなケストリンの理論と同様、錯誤論との関連性から、主観的未遂論の原則といわゆる絶対的不能犯の不可罰性を調和させようとする試みは、ヘルシュナーに継承された。ヘルシュナーによれば、未遂は行為の本質に属する総ての要素を含むものであり、それ自体として常に特定の結果を有するところのある結末へと至る行為であるが、未遂犯は行為者の犯罪的意図が偶々完全な惹起にまで至らなかつた行為にすぎないため、未遂においては、本質的に、結果をそれ自体として考察するのではなく、その中に示され、かつ、それを越える行為者の意図との関連において、考察せねばならない、とされた。⁽⁹⁾ ヘルシュナーは、そこから、可罰未遂の存在のためには、まず、犯罪的意思図の存在、次に、経験上、意図された結果と原因連関にあるが、所与のケースにおいては、既遂に至らなかつた故意行為の存在、最後に、意図した犯罪の構成要件がそれ自体の中で認識可能な方法において示される活動の各々の存在が要求されると解した。⁽¹⁰⁾そして、右の第二の要素において、いわゆる絶対的不能犯の不可罰性があきらかにされると共に、

ケストリンとの連続性が示されたのである。ヘルシュナーはいう。「かくて、次のような場合にはその犯罪的意図にもかかわらず未遂は存在しない。すなわち、その行為が何らの妨碍もなく、故意に応じて展開し、具体化した結果が、現実的には、おこなわれた活動と意図した結果との間にいかなる原因連関も生じなかったがゆえに結果が発生しなかった場合、換言すれば、行為者の錯誤がある現実的因果連関を惹起する要素に關連するのではなく、生じることのない因果連関の想定に關連している場合には未遂は存在しないのである」と。⁽¹¹⁾もし、砂糖で毒殺しようと信じて砂糖を投与した場合、「事象はあらゆる点において故意に相應して展開するにもかかわらず、生じることのない因果連関の誤った想定ゆえに、結果は生じない」のであり、可罰未遂を肯定しえないが、砒素で毒殺しようとしたにもかかわらず、誤って砂糖を与えたような場合であれば、「現実の未遂行為」が存在するのである。⁽¹²⁾ヘルシュナーのこのような見解は、錯誤が行為の本質をも廃棄してしまふ場合にのみ可罰未遂の成立を否定する点で、ケストリンの理論との連続性を示すものである。⁽¹⁴⁾

不能犯の問題領域において、可罰未遂の存在のためには、結果惹起の客観的・現実的可能性をもつ活動屬性が、最少限、行為者主観の中に存在すれば足りるといふ、ケストリン、ヘルシュナーによって基礎づけられた新しい主観主義的方法論は、主観的未遂論の枠内にとどまりながらも、法と道徳の混同という主観主義への批判を回避する試みとして、多くの論者の承認を得たのであった。例えば、バルターは、「行為者の省察の中におかれ、彼の意図した行為が、その客観的性格に従って、問題の(既遂)犯罪の惹起のために可能なものでなければならぬ」とし、行為者が用いようとした手段が現実的に犯罪惹起に対し不能であった場合や、その客体が不能であった場合の不可罰性を演繹し、⁽¹⁶⁾ヘーバリンもまた、「行為者によって意図された行為は、その行為と意図された結果との間に因果関係がある、すなわち、行為者によって意図されたような方法でその行為が現実に行なわれたときに、犯罪を惹起するに完全

に適した性質をもつ場合には、その中に、無条件に実行の開始を見い出さねばならない⁽¹⁷⁾として、ケストリン、ヘルシュナーの見解に従うことをあきらかにしている。また、特に、このような立場は、後のコーラーの見解につながり、フィンガー（リスト）を経て、現代にまで至る、主観的未遂論の主流の「原型」を形成するものであるともいえるのである。

(1) Meister, *Urteile und Gutachten in Peinlichen und andern Straffällen*, Frankfurt, 1808. マイスターは、不能犯の可罰性を肯定する点、基本的には主観説に立脚するが、しかし、手段の不能性が量刑に関して、減刑事由になると考えた。マイスターは、不能な手段による毒殺未遂事件に関して、右の結論を導きだしたが (a. a. O., S. 404 ff.)、しかし、その理由はかならずしもあきらかにされておらず (vgl. S. 409 ff.)、⁽¹⁸⁾「不能犯」に関していえば、⁽¹⁹⁾「普通法的なヘル（問題のカズイステイッシュな解決）にとどまっているとと思われる。ただ、吾々がすでにみたように、普通法時代の「立法」には、不能犯を量刑の軽減事由とする主観主義の規定が多くみられ、すでに一八〇八年にその結論を示していたマイスターの見解が当時の立法に対して何らかの影響力を持っていたことは推測しうる。

(2) ケストリンは、いうまでもなくヘーゲル哲学を刑法に導入した第一人者である。特に、本稿でも用いた彼の、⁽²⁰⁾「Neue Revision」はヘーゲル哲学を単に刑罰論にとどまることなく、⁽²¹⁾刑法解釈学全体に敷衍したものであるとされている（山口「前掲書」）。しかし、本稿ではケストリンの理論を法理学的基本的省察においてとらえかえすことはできない。Vgl. Eb. Schmidt, *Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 3A., 1965, § 268.

(3) Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, 1 Abt., Tübingen, 1855, S. 214.

(4) Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriff des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, S. 356 ff.

(5) Köstlin, *System*, S. 224 ff.

(6) Köstlin, *System*, S. 224.

(7) Köstlin, *System*, S. 228.

(8) Köstlin, *System*, S. 225 ff.

- (9) Halschner, System des Preussischen Strafrechts. Th. I, Bonn, 1858, S. 173.
 (10) Halschner, a. a. O., S. 182 f.
 (11) Halschner, a. a. O., S. 183.
 (12) Halschner, a. a. O., S. 189.
 (13) Halschner, a. a. O., S. 187.
 (14) 一八五八年の當時、ヘルシュナーの見解には、ケストリンと比較して、相対的に、客観主義からの影響を認めることができた。そのかきりで、客観主義との対決姿勢もケストリンほど強固なものではなかったように思われる (Vgl. Halschner a. a. O., S. 184 ff.)。しかし、一八八一年の、Das gemeine deutsche Strafrecht, Erster Band, Bonn” に於いて、ヘルシュナーは主観主義の色采を強めてゐる (S. 331 ff., 335 ff., 347 ff.)。
 (15) Walther, Zur Literatur des Criminalrechts. Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen in neuester Zeit, in: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 5, München, 1863, S. 34.
 (16) Walther, a. a. O., S. 53.
 (17) Haberin, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Object, GS. 16, 1864, S. 232.

五 不能犯論への意識的対応を自らのうちに含んだ主観的未遂論は、その創始者ティットマンの理論からケストリン、ヘルシュナーに至るまで、客観主義との対応において、外観的には、各々相應の理論的変遷をみせていることがあきらかにされた。その契機を与えたのは、最も極端な事例としての迷信犯を含む、いわゆる絶対的不能犯の処罰をめぐる認識であった。この時代、ドイツ刑法学において、「意思そのもの」の処罰の不当性は、主観主義と客観主義の共通の前提になりつつあったため、主観的未遂論にとって、意思の処罰という批判の克服は最も重要な理論的課題であった。これは、特にケストリンの理論にあきらかであった。ケストリンによれば、すでに示した如く、行為がま

さしく想定されたものとして犯罪的意図の中に存在しているのであり、主観的未遂論といえども「意思それ自体」の処罰を認めるものではない。従って、行為に移行された意思が問題なのであり、そのかぎりでは法と倫理の混同を冒すものではないとされたのであった。¹⁾このことは、すでに吾々が引用したところからもあきらかなように、ケストリン以前の主観主義者においてもみられる（例えばヘンケの理論）ところであるが、行為と想定された結果との関連（潜在的可能的関連—危険性）を行為者主観の中に設定すべきことを体系的に示したところにケストリンの業績があり、それによってフォイエルバッハの客観的未遂論（客観的危険性の要求）との、解釈学的に現象する対立点が明確になりえたのである。しかしながら、吾々は次のように問わねばならない。「では、ケストリンの理論によって、主観主義に対する *nuda cogitatio* 処罰の批判が回避されたのか」と。さらに「*nuda cogitatio* 処罰に対する批判の意味は何であったのか」と。もとより、ケストリン（およびヘルシュナー）の不能犯論に解釈学的基盤を与えた「錯誤論」に対する疑問を抑えることはできないが、コーラー、フィンガーを経て、後の主観的未遂にひきつがれた、「原型」という観点からみれば、右の問題がケストリンの理論に内在する最も重要な点であるといつてよいように思える。ケストリンは、行為が、少なくとも、その想定された性格に従えば、自然法則上、意図された外的結果の惹起にふさわしいことを要求する。²⁾そのことによって、たしかに「意図そのもの」は処罰の対象でなくなる。しかし、後の計画の危険性説と同様、行為者の計画（意図）が結果惹起の可能性を有する場合、現実の行為がいかに無害なものであっても、その計画のゆえに処罰されるのであり、そのかぎりでは未遂犯において罰されるものは「意図」であることもまた事実である。結局、いわば「理性的現実的な犯罪的意図」が未遂の可罰根拠となるが、そうであれば、すでに早くグロルマンが「刑罰は合目的でなければならぬ」という理由から、迷信犯の不処罰をあきらかにしたところと、体系的にはともかく、本質的にさほどかわるものではないといわねばならない。問題は、「意図そのもの」

の処罰か「理性的な計画」の処罰かにあるのではなく、可罰未遂成立のメルクマールとして、何故、行為者主観が強調されねばならないのかという点にこそある。そうして吾々は、そこに秩序維持の思考をみることができるのである。意思の強調は、何をしたのかではなく、何をするのか、という点に犯罪をみる。法敵対的（犯罪的）意図にあらわされた法秩序の将来の危殆化が先取されて科刑されるという点で、「予防」思想（特別予防）と未遂処罰の関連が認識されている。この点において、吾々が本章において概観した主観的未遂論は、解釈学的理論的な変遷にもかかわらず、予防（特別予防）思想、保安思想に一貫されていることを認めうるのである。

(1) Vgl. Köstlin, a. a. O., S. 225 f.

(2) Köstlin, a. a. O., S. 228.

(3) Grolmann, a. a. O., S. 12.

五 ミッテルマイヤー、ツアハリエによるフォイエルバッハの継承と修正

一 吾々は、不能犯論の黎明期における主観的未遂論の核心的な部分を概観した。普通法的主観主義は将来の法侵害の可能性から国家を防衛しようとする「予防主義」を前面におしだしている。未遂概念は予防的保安的観点から構成され、必然的に内心に対する国家的干渉へと道を拓くものとして構成された。吾々がすでにみたフォイエルバッハの未遂論は、まさしくこのような普通法的主観主義の心情刑法との対決において形成されたものであった。フォイエルバッハが、「立法者はただ権利侵害に対してのみ、即ち外的に認識可能な行為にのみ制約されている」として、心情刑法の立法的基盤を否定し、未遂の可罰根拠としての危険性を外的行為の中に見出したことは、すでにのべたところである。⁽²⁾危険性が因果的に考察されることによって、ベッカー・アーホンメルによって示された「行為主義

「Taupnzipp」にもとづく未遂概念の構成が試みられたのである。⁽³⁾ 吾々は、普通法的主観主義の絶対的警察国家的思想と対決したフォイエルバッハの未遂論が、文字通りの絶対主義諸国家（ラント）の中で、どのように展開したかをみなければならぬ。そして、それはフォイエルバッハ以後の客観的未遂論の展開を示すことにほかならない。

吾々がこの展開に目を移すとき、フォイエルバッハ以後の客観的未遂論は、フォイエルバッハの理論の継承と修正という二面性を含むことを理解しうる。この「継承」と「修正」は、一八一六年、ミッテルマイヤーによって示された「絶対的不能、相対的不能区別説」に由来するものである。吾々は、いま、この理論潮流を概観し、その具体的な検討に移らねばならないが、本章第三節の叙述からあきらかなように、ミッテルマイヤーは、一八五三年の論文に至るまで、理論の一貫した形式的維持にもかかわらず、重要な点において相当の変化を自らの理論内容に与えている。後述のように、主観的未遂論を肯定した時期すらあったのである。そのため、ミッテルマイヤーの未遂論に対する分析視角を確保するためにも、まず、一八三六年、ミッテルマイヤーとの連続性を自らあきらかにしたツアハリエの未遂論を概観する必要がある。

(1) Feuerbach, Revision II, S. 12.

(2) Vgl. Feuerbach, Revision II, S. 210 ff.

(3) Hartmann, a. a. O., S. 177.

二 ツアハリエは、一八三六年、未遂法に関連した刑罰権力の制約に「国家が高度の文化程度に達したときに始めて生まれる⁽¹⁾」という評価を与え、未遂の可罰性を論じた⁽²⁾が、その際、刑罰の重さは法的状態に対する行為の危険性の程度に相応するという実質的制約、および、未遂行為が事前に法律に規定されているという形式的制約から出発する⁽³⁾。

「法律なければ刑罰なしという命題を不可欠の制限であるとすれば、行為は、法に規定された行為として立法者に提示されており、あるいは少なくとも正当な類推に従い共に規定されたものであるとみなされうる性格を有つかぎりでのみ、市民的可罰性があるといふる」と。⁽⁵⁾刑罰が法律違反に対する効果としての「法的応報」であることが示され、未遂もそれが刑法上の犯罪である以上、その刑罰は単なる「道徳的応報」ではありえないとされたのである。ツアハリエは言う。「刑罰を道徳的応報として、即ち定言的命令による道徳律の侵害のゆえに犯罪者に加えられねばならないユーベルとし、それゆえ外的行為をただ不道徳的心情の表明としてのみ観るならば、総ての重罪の未遂は、すでに道徳律の完全な侵害を示すが故に、既遂犯と全く同様に処罰されねばならない。しかし、刑罰を人間の法的自由において、侵害を均等化するための法的応報と考えれば、損害はただ現実の侵害においてのみ存在するのであり、それゆえ未遂は原則的に不可罰となる」と。⁽⁶⁾また、侵害された法の回復のために犯罪を止揚するという観点からは、刑罰はもはや悪ではありえないが、かかる思想はそれ自体として根拠の弱いものであるとされた。⁽⁷⁾かくて、ツアハリエは、犯罪防止機能に刑罰の意義をみいだそうとする予防主義による総ての未遂処罰に対決し、未遂犯の「実質的処罰根拠」を未遂行為の危険性に求めたのであった。「現実的一般的に危険な行為のみが可罰的」である。⁽⁸⁾このことは、刑法を法的応報と解し、国家の刑罰権乱用に対する保障を臣民に与えようとする立場からの結論である。⁽¹⁰⁾

ツアハリエの未遂論における決定的基準は、「行為の客観的危険性」であった。そして、ツアハリエは、これをまさしく不能犯論の問題として扱えたのである。ツアハリエは、行為の客観的危険性の下に、いわゆる「手段の不能性」と「客体の不能性」の問題を設定し、⁽¹¹⁾客観的未遂論、およびそれに対立した普通法学者の見解を概観したのち、手段に関する不能犯を不可罰とすることは、市民刑法の一般的基本原理において維持されねばならないとの結論に至る。⁽¹²⁾ここにいう「不能」は、ミッテルマイヤーのいわゆる「絶対的不能」である。⁽¹³⁾従つて、ツアハリエによる、絶対

的不能犯不可罰性の認識が、ツアハリエのミッテルマイヤー理解をあらわすことになる。ツアハリエは言う。「刑罰の法的根拠ないしは目的を、理性からあらわれるところの国家的法秩序維持の必然性に設定するとき、吾々は、手段の絶対的不能の場合の不可罰性を主張しなくてはならない。なぜならば、国家がいかなる行為を可罰的とみなすべきかという問題の回答に関する原則は、法的状態を危殆化する行為のみが処罰されうとする以外にありえない」¹⁴からである。「吾々が刑法によって保護されている法的状態を考え、裁判官の身になって手段の絶対的不能性を考えてみれば次のような考慮が導びかれねばならない。つまり、刑事立法が現実には危険な行為に対してのみ向けられており、法的状態および法的自由の制限規定としての法律は、その外的性格に従って法律に違反する行為によってのみ侵害され、違反されうる」と。たしかに、不能犯として不可罰とされる諸事例の中には、その多様性において、しばしば疑問ある場合がありうるかもしれない。しかし、そのことはブルジョワ刑法の原理をくつがえすほどの力をもちえない。また、不能犯を不可罰とすれば、偶然的な事実（例えば偶々無害な薬物を与た）によって、可罰的未遂となり、不可罰的不能犯となったりすることとなり、「ブルジョワ的可罰性は偶然的要素に従属せしめられる」ことになるといふ主観主義的異論に対しては、「偶然性を完全に追放しようとするブルジョワ刑法などは不可能なことである」¹⁵と答えたのである。不能犯の事例において市民的刑罰の許容を主張するものは、「法的見地から隔絶したものであり、市民的可罰性の基本原理に反する道德的感情に導びかれているのである。吾々は刑法に倫理的土台を与えることを非難しようとは思わないが、行為の単なる反倫理性は、刑罰を決して基礎づけうるものではなく、また犯罪的意思表出は単に警察処分に関してのみ可能であり、刑罰に対してではないことは確実であり、永遠の真実でもある」と。

ツアハリエは、右のような未遂の可罰性に関する基本的認識をさらに「実行の着手」の解釈学において、再び詳論

するのである。実行の着手に対する合理的の様式は、実行の可能性を前提とする。実行の不能なところにその着手を考へることはできない⁽¹⁸⁾。と。ブルジョワ裁判官は、人の内心を裁くことができず、「ただ専制君主のみが内心に侵透しようとし、また人間の意思それ自体を束縛しようとする⁽¹⁹⁾」という認識から、ツアハリエは、実行の着手は「法に規定されている行為の現実的要素とみなされる行為が開始されたとき」にのみありうるとし、事実問題としてのその確定のために裁判官に期待されることは、「一对の健康な目と耳でしかない⁽²⁰⁾」という。一貫した予防主義者は（ツアハリエは、ゲンナーを想定している）総ての犯罪的意思の外化の処罰という結論に至るが、それによって、ブルジョワ可罰性の限界は霧消する⁽²²⁾。このような結論を許す思想には、重大な「政策的疑念」があるといわねばならない⁽²³⁾。かくて、ツアハリエは、「かかる原理が実定法的な承認に至ることが絶対にならないように」望むものであることを表明したのであった⁽²⁴⁾。

このように、ツアハリエは、「市民的可罰性」の原理をほぼフォイエルバッハの基本線の継承において展開し、客観的な未遂理論を示したのであった。ミッテルマイヤーの理論をフォイエルバッハの客観的未遂論の継承と理解し、そして、自らミッテルマイヤーの理論に依拠することにより、フォイエルバッハ、ミッテルマイヤー、ツアハリエという客観主義の理論潮流をあきらかにしようとしたのであった。ミッテルマイヤーは、フォイエルバッハの『教科書』において、「それ自体として不能な手段およびその性格上絶対に実行に役立ちえない手段を、具体的に不充分であったにすぎない手段から区別せねばならない⁽²⁵⁾」として、手段に関する抽象的不能と具体的不能の区別をあきらかにし、前者を不可罰未遂、後者を可罰未遂と解したのであった。これが、ツアハリ、ベルナーによって継承発展した、絶対的不能、相対的不能区別説である。しかしながら、このような「絶対的不能、相対的不能区別説はツアハリエの展開した「客観的未遂論」の基本思想と調和するものであろうか。吾々は、客観的未遂論に関するツアハリエの認識を完

全に正当なものであると考えている。しかし、吾々は絶対不能、相対不能区別説は、少なくともその創始者ミッテルマイヤーの理論をみるかぎり、可罰未遂成立の基準としては、不十分なものであり、不当なものと考えているのである。ここに、吾々が次節でミッテルマイヤーの理論を検討せねばならない理由がある。

- (1) Zachariä, a. a. O., S. 79.
- (2) これは、牧野博士をはじめ、主観的未遂論が自説の優越性を主張するために用いられる常套句である。
- (3) Zachariä, a. a. O., S. 77 ff.
- (4) Zachariä, a. a. O., S. 80.
- (5) Zachariä, a. a. O., S. 82.
- (6) Zachariä, a. a. O., S. 84.
- (7) Zachariä, a. a. O., S. 84 f.
- (8) Zachariä, a. a. O., S. 86 f.
- (9) Zachariä, a. a. O., S. 88.
- (10) Zachariä, a. a. O., SS. 80 ff., 84 ff.
- (11) Zachariä, a. a. O., S. 233.
- (12) Zachariä, a. a. O., S. 239 ff.
- (13) Zachariä, a. a. O., S. 239.
- (14) Zachariä, a. a. O., S. 344 f.
- (15) Zachariä, a. a. O., S. 245 f.
- (16) Zachariä, a. a. O., S. 246.
- (17) Zachariä, a. a. O., S. 250.
- (18) Zachariä, a. a. O., S. 247.

- (19) Zachariä, a. a. O., S. 182.
 (20) Zachariä, a. a. O., S. 203 f.
 (21) Zachariä, a. a. O., S. 205.
 (22) Zachariä, a. a. O., S. 207.
 (23) Zachariä, a. a. O., S. 209.
 (24) Zachariä, a. a. O., S. 210.
 (25) Zachariä, a. a. O., S. 236.
 (26) Mittermaier, Feuerbach-Mittermaier, S. 76. N. VIII.

三 ミッテルマイヤーの未遂論があきらかにされたのは、一八一六年の『刑事未遂論への寄与』⁽¹⁾においてである。ここで、ミッテルマイヤーは、未遂犯の処罰根拠を行為の客観的な法律違反(Gesetzübertretung)においてとらえた。刑罰は、「法律違反のメルクマルが実行行為中に存在するとき、即ち行為が外的に、明白かつ二義を許さず犯罪的なものとしてあらわれたとき」⁽²⁾に制約された。「未遂の処罰根拠は、現実に行為された不法がそこに存在することにおいてのみ、すなわち、現存する法律違反においてのみ存在する」⁽³⁾のであり、「単なる悪しき意思のゆえに処罰されることはなく、また危険性のゆえに処罰されるのではなく、その未遂の中に真正の法律違反が存在するときのみ、そして、そのような形で現存するがゆえにのみ処罰される」⁽⁴⁾のである、と。従って、ミッテルマイヤーの未遂定義に従えば、現実遂行された遂行的「行為」が不可欠の要件であり、「犯罪を決意したものが外的行為に未だ着手していない場合には不可罰」にとどまらずにいない。⁽⁵⁾ここにいう「実行の着手」は、ツアハリエの理論と同様、予備行為と実行行為の限定要素として最も重要な意味を持つものであるが、同時に、不能犯論の最も重要な基準でもあった。ただ一八五九年に著わされた『客体の欠缺および手段に関する不能犯の理論』⁽⁷⁾では、この点が一層明確にされ、

不能犯論と実行の着手の問題とが体系的統一的に把握されるが、地方特別法に「実行の着手」という文言があらわれない一八一六年段階では、ミッテルマイヤーの未遂論は、不能犯論を個々の条文の「特別な構成要件」の解釈の中でいわば各則的にとりあつかうものであった。そして、このような個別的な対処方法が、ミッテルマイヤーによる、フォイエルバッハ理論の継承と批判という二個の相反する結論の遠因となっていたのである。

ミッテルマイヤーの一八一六年の論文は、吾々が以下に考察するように、一方においてフォイエルバッハの客観的未遂論の継承を強調しており、他方において、フォイエルバッハの客観的未遂論への方法論的批判の萌芽を含むものであった。吾々は、以下で、ミッテルマイヤーの「未遂論」における、(一)フォイエルバッハとの連続性、(二)フォイエルバッハとの訣別を示し、次いで、(三)ミッテルマイヤーの理論的動揺を具体的不能・相対的不能区別説との関連で考察した後、(四)ミッテルマイヤーの理論をフォイエルバッハとの関連で位置づけようと思う。

(一) まず、ミッテルマイヤーによる不能犯論の個別的な取扱いという志向にもかかわらず、単にカズイステイツェに不能犯論をとりあつかったにすぎない普通法学者から、彼の理論を明確に区別せねばならない。仇敵の死を祈念するものや、その他の精神感応的な手段 (sympathetische Mittel) を用いて犯罪を企てる場合は、「行為者の意思に従えば未遂が存在することになるが、しかし、そこでは可罰条件が欠缺しており、それゆえ、かかる企行は不可罰未遂とせねばならない。国家は、行為者による犯罪実行の蓋然性の徴表により未遂を処罰するのではなく、すでに現実的に不法が実行されているがゆえにのみ処罰しうるのである。国家は、刑法の対象とする犯罪行為のみを処罰しうるが、それは、行為それ自体の中に犯罪的属性を持つものでなければならぬ」ことを示す。「この特別な構成要件の存在が科刑条件である。ある犯罪の未遂を処罰するためには、この特別な構成要件がなければならぬ。あるものが敵対者を毒殺しようとして砂糖を投与したとしても、毒殺の構成要件は欠落している」のである。「行為者の表

象を基準とすれば未遂が存在するにもかかわらず、科刑条件として法典中に規定されているところの構成要件が欠けているがゆえに、国家は処罰しえない」と説いた。ミッテルマイヤーの基本思想が「未遂犯の処罰根拠を将来の悪行にもとめ、将来法秩序を脅やかすことになるであろうところの危険を予防しようとする希望」の表明である予防主義的刑法観に対する批判的認識にあったことはあきらかであろう。死の祈念や精神感応的手段の使用の場合に可罰未遂を肯定するものは、「犯罪を實行しようとし、そのために何らかの手段を選んだものは犯罪者である」という認識によらざるをえないが、ミッテルマイヤーは、そのような認識に対し、警察（処分）的観点と刑法的観点との混同以外の何ものでもないという厳しい批判を下したのであった。「手段の目的適合性を考慮しない見解は、警察的観点と刑法的観点の混同から生じたものである。毒物を与えていると思つて、砂糖を与えたものの処罰を認めるとき、そこでは将来に対する危険が考慮されている。つまり、行為者が自らの錯誤に気づいた場合、新たに目的適合的な確実な手段を選択し、決意を遂げるであろうことをおそれている。しかし、将来の危険は、処罰根拠ではないといわねばならない」と。かかるミッテルマイヤーの認識は、理念的には、ベッカーアーホンメル―フォイエルバッハと継承された自由主義的刑法原理としての「行為主義」の再確認であり、フォイエルバッハの客観的未遂論の原則を基本的に継承しようとしたものであるといつてよいようにおもえる。

(二) 他方、ミッテルマイヤーによる不能犯論の個別的とりあつかいは、彼の刑法解釈方法論上の認識にその根拠を持つ。この認識が自覚的に展開されるのは、三年後の一八一九年に著わした『刑法のとりあつかいにおける基本的誤謬』においてであるが、ミッテルマイヤーはその中で、刑法上の諸問題のとりあつかいにおける「一般化」(的)思考方法)の誤りを論難したのであった。ここでは、不能犯論に固有の問題は直接とりあげられていないが、そこで確認された「一般化」(的)思考方法)の誤謬は、翌一八二〇年の『ドイツ刑法学の今日的状況』の中で、不能犯論に適用

されたのであった。ミッテルマイヤーはいう。「……意図した犯罪といかなる因果関係にも立たない行為の不可罰性という原則は、かかる一般化において不当で」あり、⁽¹⁹⁾「悪しき意図を持っていたとはいいながら、意図した犯罪といかなる因果関係にも立たない行為に着手したものは不可罰であるという筆者（ミッテルマイヤー）によって採用されてきた見解は、ザルヒョウやエルステットにより批判されており、今では筆者もまた、右の結論は……一般化の誤りを冒していたというのを喜んで告白する」⁽²⁰⁾と。かくて、一八一六年の論文において不可罰性が承認された右の事例（偶然彼に手渡された砂糖を毒物と思って仇敵の食事の中に混入させた事例）の可罰性が、一八二〇年の論文において肯定されるに至り、⁽²¹⁾フォイエルバッハの理論からの訣別をあきらかにしたのである。

(三) しかし、ミッテルマイヤーは、後に再び初期の見解（フォイエルバッハの立場と連続性をもつ見解）への回帰を試みており、一八五九年の論文においても、客観主義的な（少なくとも基本的認識において）未遂論が構成されている。吾々は、このようなミッテルマイヤーの理論的動搖の分析をせねばならない。それは、ミッテルマイヤーがその間（一八一六年以来）一貫して保持しつづけた、⁽²²⁾かの「絶対的不能―相対的不能區別説」との関連でおこなわれる。従って、吾々はまず、「絶対的不能―相対的不能區別説」を概観しておく必要がある。

ミッテルマイヤーは、現実的に不可罰な事例および、それと外観的に類似するにすぎない事例との限界設定の試みを「絶対的に不能な」手段と「相対的に不能な」手段との區別において、最も適切な形で限界づけうると考えた。⁽²³⁾「その行為からは、いかなる事情の下でも意図した犯罪が発生しえない場合が不可罰である。それゆえ、それ自体としては目的適格的であったにもかかわらず、具体的には結果を惹起しなかったという単なる不充分的な行為を目的不適格的な不可罰的行為から区別しなければならぬ。前者の場合、法によって不法とされている行為がすでに存在するために、常に可罰的なのである」⁽²⁴⁾と。一八一六年に示された、この區別は一八五九年の論文においても再確認されて

いる。さらに、一八五九年の論文では、一八一六年以来提起されてきた「區別説」批判に対して反批判が試みられたことが重要であると思われる。吾々がすでに示したように、主観的未遂論からの「區別説」批判は、絶対的不能と相對的不能との區別が根拠なきものであるとするところにあつた。その無根拠性に基く、區別の不明瞭性、恣意性が批判の対象となつたのである。ミッテルマイヤーは、判例の中に、このような區別の不明瞭性にもづく多様性のあることを一応は肯定しながらも、「その多様性の根拠は、完全な限定の不可能性にあるのではなく、理論がしばしば明確に理解されてきたことの中にあり、また多くの裁判所が不能な手段を用いた未遂の不可罰性という命題の一貫した適用による余りの寛大さに対する非難を回避しようとする努力の中にあつた」⁽²⁵⁾のであるとして、批判が「絶対的不能—相對的不能區別説」を学理的に批判するものではなく、むしろ実務における法適用の不明性に帰すものであることをあきらかにしようとした。しかし、ミッテルマイヤーの弁明にもかかわらず、絶対的不能と相對的不能の區別が刑事実務における「認定」の問題として、不明確なものを有していたということは、無視しえぬ点であると思われる。当時の裁判制度（陪審制）の中で、「區別説」が結論の動揺を示したのであるならば、そしてなによりもミッテルマイヤーがその事実を部分的にもせよ肯定している以上、「區別説」に重大な欠陥のあることを、そのかぎりでは認せねばならないであろう。ミッテルマイヤーは、「陪審判決において、陪審員は個々の事件のささいな事情をも正確に顧慮することによって、行為が當罰的であると思われる場合には、正しく有罪の判決を下していることは全くあきらかである」⁽²⁶⁾といっているが、かくいうことが自説の欠陥に対する抗弁になりえていないことはあきらかである。むしろ、のちに、フォン・パールによって主張される「印象説」⁽²⁷⁾との相違が問われる雑駁な論議とさえいいうるよう

に思われるのである。

四 右のような、絶対的不能と相對的不能との區別根拠の不明瞭性は、おそらくミッテルマイヤーの理論の致命的

欠陥であるといわねばならない。では、このような不明瞭性は一体、彼の理論構成のどこに由来するものなのか。

すでに示した一八二〇年の論文において、行為者の表象を顧慮することによって、主観的未遂論を（部分的にもせよ）承認したことは、彼の以後の研究からみてあきらかに一時的な逸脱にすぎないとしても、また、ミッテルマイヤーが、未遂の一般論的認識において客観的未遂論の基本的立場から主観主義の原則的誤謬性をきびしく批判していた点を高く評価せざるをえぬとしても、吾々が彼の理論を「印象説」と同視せざるをえなかったのは、ミッテルマイヤーが「行為の絶対的不能性」の判断の「基準」(Maßstab)と「基底」(Basis)とを明確にしえなかった点に求められるとおもわれる。特に、クリースやエンギッシュを知っている吾々は、「判断基底」の重要性を指摘しうるのである。では、ミッテルマイヤーは、この点をどのように解決しているのであろうか。吾々は、ミッテルマイヤーが可罰未遂の成立する事例を次のように述べていることから、それを知ることができる。「犯罪の既遂の発生が実行の不在の際において挫折する次のような場合に、可罰未遂は存在する。即ち、……既遂が行為者の実行の様式によって、すなわち、誤った、不手際な、不備な遂行様式により妨げられたとき、あるいは、即自的には可能な手段があまりにも少ない量で用いられることにより妨げられたとき、あるいは、意欲されているものの現存する何らかの特性及び状態により妨げられたとき、あるいは、違反行為の後につけ加った状態のために、個別事例において既遂が不可能になっ

てしまったことにより妨げられたときには可罰未遂が存在するのである」と。⁽²⁸⁾この引用文から理解しうることは、ミッテルマイヤーは、少なくとも行為の時点に客観的に存在した全事情を考慮しているわけではない、ということである。⁽²⁹⁾しかし、別の文脈では、ミッテルマイヤーは、右の引用文とはあきらかに矛盾する叙述を加えている。即ち、「個別的事例において、即自的に可能な手段が量的に不充分であったときに、未遂が可罰的であるということについてはドイツにおいて見解はほぼ一致しているが、反面、例えば個別的事例において、毒物が他の物質と混合すること

により中和された形で投与された場合に、不可罰性の原則の拡大が問題となる。学説・判例において、見解は多岐に分かれている。多くの法律家は、この場合、即自的に可能な手段の使用によって、すでに意図された犯罪の一部が存在するという理由により、あるいは、この場合、悪しき意思は絶対的に不能な手段の使用による場合よりも一層特定のかつ危険なものとして表明されたという理由により、刑罰の正当化を試みるのである。しかし、この場合を手段の即自的不能性の場合と同様にとりあつかうために、右の理由は、実行が部分的に開始されたという疑問ある前提にもとづいているのだということが出来る。なぜならば、毒を、それによって毒でなくなるものに混入させるや否や、いかなる毒物も投与されていないということになってしまうからである。彼が毒物を用いるために、真の毒物を投入する以前のもは、何ら実行の着手を構成するものではないからである」と。(30)と。毒物を投与することによって、その時点で、客観的に存在した有毒物が逆に中和され、無害のものに変化した場合の不可罰性が導かれている。ここでは、その行為の実行の時点における「客観的事実」が判断基底に加えられている。しかるに、非常に少量の即自的な有毒物投与の場合を可罰未遂と解するときには、あきらかに、その行為の実行の時点における「客観的事実」(即ち、少量の有毒物―致死能力の欠缺)は、判断基底に加えられていない。前者の場合、無害性は質的なものであったが、後者の場合、それは、量的なものにすぎないという解釈は、ほとんど何の意味をも持たないであろう。無害性という属性は、常に量によって規定される質である。絶対的不能と相対的不能の区別は、ミッテルマイヤーにおいて「判断基底」構成の問題の自覚を欠いたがゆえに、不明瞭なものにとどまらざるをえなかったのである。この点に関しては、次章で再度ふれるが、結局、ミッテルマイヤーは、フォイエルバッハの客観的未遂論を思想的に継承しようとし、同時に時代の法意識との妥協を計るためにフォイエルバッハの客観的未遂論の修正を試みたにもかかわらず、不能犯の理論的核心である「判断基底」の問題を理解しえなかったため、彼の区別説は、感覺的、直観的、恣意的なものにと

とまり、以後の客観的未遂論に無用の混乱をもたらさずにはいなかったたのである。

- (1) Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen (以下 Beitrage と略記) Neues Archiv des Kriminalrechts (=NAK) Bd. I, S. 163 ff., Halle, 1816.
- (2) Mittermaier, Beiträge, S. 168.
- (3) Mittermaier, Beiträge, S. 170.
- (4) Mittermaier, Beiträge, S. 168 f.
- (5) Mittermaier, Beiträge, 180.
- (6) この所註のシムルスマイヤの「予備と実行の限定の理論に關して」を Vgl. Über den Unterschied vollendeten und versuchten Verbrechen und über die Grade des Versuchs, NAK. Bd 4, S. 1 ff.
- (7) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen.
- (8) Vgl. Mittermaier, Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, GS. 11, 1859, S. 197.
- (9) スーリンク以降の「特別構成要件」は、違法、有責と並ぶところの、犯罪メルクマールの一要素であり、本文でいう犯罪メルクマールとしての「構成要件」と意味を異にする。そこで、本稿では、「特別な構成要件」という訳語を用いた。
- (10) Mittermaier, Beiträge, S. 184.
- (11) Mittermaier, Beiträge, S. 185.
- (12) Mittermaier, Beiträge, S. 167.
- (13) 予防主義が単なる刑法イデオロギーではなく、警察処分と刑罰とを区別しない法的「制度」があったことの理論的反映であるところも考えうる。しかし、この問題を実証的に指摘するだけの準備は、今は、ない。
- (14) Mittermaier, Beiträge, S. 190.
- (15) Mittermaier, Beiträge, S. 187.
- (16) Vgl. Hartmann, a. a. O.
- (17) Mittermaier, Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern, 1819,

- in: Paul Johann Anselm Feuerbach und Carl Joseph Anton Mittermaier, Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts-Einführung von Klaus Lüderssen, 1968.
- (18) 未遂に関しては、「近き未遂」と「遠き未遂」および「未遂の相対的可罰性」といった問題がとりあつかわれている (a. a. O., S. 109 ff., 114 ff.)。
- (19) Mittermaier, Über den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland, NAK, Bd 4, S. 104.
- (20) Mittermaier, a. a. O., S. 103f.
- (21) Mittermaier, a. a. O., S. 105.
- (22) もっとも一八二〇年の論文では微妙であることはいうまでもない。
- (23) シッテルマイヤーは、一八一六年の論文では、「犯罪が遂行されるはずであった客体が意図した犯罪の構成要件に必要な属性を欠くときは不可罰なものとされている。「犯罪が遂行されるはずであった客体が意図した外的に認識可能な不法のみを処罰するのであり、死體をつき刺すものの行為にその不法を主張しえない」という命題は、ここでも妥当する」(S. 196)。「死體を突刺するのは、まず、生命に対する他人の権利を脅やかしていないので、殺人未遂を遂行したとはいえないし、またAはすでに死んでいたのであるから、生命に対するAの権利を脅かしたということもできないのである」(S. 195)と。また、一八五九年の論文でも、この考え方は変わっていない。「ある種の特性が法的に要求されており、それなくしては犯罪が生じえないような対象が意図した犯罪のために必要なところでは、或は、ある種の手段やその用法のある性格が犯罪の存在のために必要なところでは、それゆえ、それなくしては犯罪の完成が不可能であるところでは、対象の法的に要求されている特性を欠く」(Der Versuch vom Verbrechen, S. 439)と。
- (24) Mittermaier, Beiträge, S. 194.
- (25) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 438.
- (26) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 438.
- (27) Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Berlin, 1907, S. 532.
- (28) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 439.

- (29) ルーボによれば、本文引用句中傍点部「意欲されているもの (des zu Wollenden)」は誤植であり、「zu」を省かねばならないと云つてゐる (Rubo, a. a. O., S. 42)。
- (30) Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 440.

六 客観的未遂論の展開

一 ミッテルマイヤーの未遂論は、基本的認識としても、一時期主観的未遂論の認識を肯定しており、未遂論の解釈学的構成（結論）に関しても振幅をもつものであることがあきらかにされた。ただ、吾々は、ミッテルマイヤーが一時期主観的未遂論を肯定したことを針小棒大する意図を持つものではない。それは基本的認識としては、あきらかに一時的逸脱であり、ミッテルマイヤーがその時期をのぞいて終始主張してやまなかつた客観的未遂論の基本思想の意味を減ずるものではないからである。そのかぎりでは、後の学説の大多数がミッテルマイヤーの理論を「客観的未遂論」とすることは、誤りではない。しかし、ミッテルマイヤーの未遂論（絶対的不能、相対的不能区別説）が、解釈学的に彼の「客観的未遂論」の基本認識を表現しえたものであったか否かは別論であり、吾々がみたように、ミッテルマイヤーは、その点で、不明確なものを含む。彼の「絶対的不能・相対的不能」区別説は、区別のための「判断基底」の構成に明確性を欠くため、可罰未遂の成立が恣意的なもの（判断者の印象に流れる）となる惧れがあるといわねばならなかつた。ツアハリエの未遂論も、ミッテルマイヤーの解釈学的構成に依拠したかぎりでは同様の評価が妥当する。ミッテルマイヤーを継承したツアハリエは、自らの「正当な」客観的未遂論の認識を、未遂の解釈学的理論構成において表現しえず、そのかぎりでは、主観主義の立場からの批判に耐えうるか否かに疑問を残さずにはいない。

では、ミッテルマイヤーおよびツアハリエが正当に継承した客観的未遂論の基本認識は、理論史上どのような理論構成において、最も明白かつ適確に表現されたのであろうか。この点が本章における考察の対象となる。そして吾々は、当時の客観的未遂論の論者達の理論の検討を通じて、それをおこなう。さらに付言すれば、この考察において、歴史的な客観的未遂論の最も基本的なメルクマルが抽出されることとなる。

二 フォイエルバッハは、グロールマンを「最も誠実な道德的刑法学者」と呼び、その他の刑法学者を「悪しき道徳主義者」と断言した。¹⁾ 普通法的主観主義がフォイエルバッハのこのことばにあらわされるとすれば、内的心情の領域を法の領域から放逐しようとしたロースヒルトの未遂論は、フォイエルバッハの客観的未遂論との関連で語らるべきものであろう。ロースヒルトは、「裁判官は純粹な思考の領域を自己の活動分野からきりはなさねばならない」として、可罰未遂認定のための本質的メルクマルに、原因と結果との間の客観的関連性を設定した。²⁾ 未遂行為は、「本犯行為の目的に対して、事実的関連 *reelle Beziehung* に立た」ねばならず、選択された手段が犯罪の実行に役立ちえない場合にはその犯罪の未遂はありえない、とした。ここに「事実的関連」とは、自然的な事物の経過において行為の目標に至るべき属性をいい、フォイエルバッハのいわゆる「潜在的因果性」とほぼ同様の思考から不能犯の原則的不可罰性が演繹された。ただ、ロースヒルトは、フォイエルバッハとは異なり、行為の「危険性」に関し多くの考慮を払わなかったため、右のような「事実的関連性」を有する行為の存在が（ただそれだけで）、未遂犯の完全な成立をすでに根拠づけているという結論に至り、予備行為の一部が可罰未遂の領域にくみ込まれ、未遂領域が比較的広く肯定されることになった。

オーゼンブリッケンもまた客観的な観点から不能犯論を解決しようとしている。オーゼンブリッケンは、意図の表明 (*manifestirt*) と客観化 (*objectirt*) を嚴格に区別し、未遂は意図の客観化を要するが、意図は選択された行為に

より「客観化される」という。⁽⁶⁾従って、意図の客観化は、選択された行為の属性に規制されており、選択された手段が不能なものであれば、その行為は客観化された意図とはいえず、未遂は存在しないことになるのである。⁽⁷⁾しかし、オーゼンブリッケンにおいて、右の「不能」は、いわゆる「絶対的不能」（もちろん彼はこのような用語を用いているのではないが）を意味しており、犯罪の実現に対し即目的には不能でないが目的適合的に用いられなかった行為による場合は、意図は客観化されたのであり、未遂が存在する（少量の毒の投与等）という。⁽⁸⁾この場合、法侵害は具体的に発生しなかったが、意図と目的の間の道程上にある行為が存在したからである、と解するからである。

吾々は、客観主義的な観点から不能犯論を解決しようとした論者として、さらにクレンツェやアベックを挙げることができる。クレンツェは、カロリナ一七八条の解釈学において、未遂の可罰性の条件として、外的活動、悪しき意図の継続、客観的危険性をあげることにより、⁽⁹⁾客観的未遂論の採用をあきらかにするが、理論の詳細は全く不明であり、⁽¹⁰⁾アベックも、カロリナ一七八条の解釈学において、可罰未遂の成立のためには、犯罪的企行と予見された結果の間の「（潜在的）因果関係」が必要であるという観点から、「継続された活動において、結果の発生が可能なものでなければならず、非発生の根拠が行為それ自体の中にあつてはならない」という認識に至り、いわゆる「不能犯」は未遂の固有の開始点に至らず、⁽¹¹⁾刑法的意味における未遂ではありえないと主張することによって、⁽¹²⁾フォイエルバッハの理論に近い（右の「（潜在的）因果性」の要求においてもそのことを確認しうる）立場をあきらかにしたが、クレンツェの理論と同様、そのあまりに簡潔な叙述からは、理論の詳細を知ることができない。

クレンツェとアベックの理論はともかくとして、吾々は、ロースヒルトとオーゼンブリッケンの不能犯論を簡単に検討しておく必要がある。ロースヒルトは、毒殺の意図で毒物を投与するが、毒物の混入による毒性の中和というケースにおいて、可罰未遂を肯定する。ロースヒルトによれば、毒殺の意図による毒物の購入（予備ノである）それ自

体がすでに未遂（毒物の購入は毒殺の結果に対し—遠い—客観的関連性を持つため）なのであり、かくて一度未遂行為が肯定されたのちに、混入による毒性中和を理由に未遂としての性格が欠落することはない、⁽¹⁴⁾とされたからである。この事例において、吾々は、まず、ロースヒルトの論理に疑問を禁じえない。毒物の購入は毒殺結果に対して、「客観的関連性」を持つか。この肯定は、謀殺の意図を媒介することによってのみ可能であろう。しかし、そうであれば、行為は行為それ自体としてではなく、（悪しき）意思の表出と考えられることになり、彼の客観主義的な出発点に矛盾することになる。次に、ロースヒルトの結論に問題を提起することができる。行為者は毒物を投与しようとしたが、彼によって投与された物質は、実際にはいかなる毒性をも示していないのである。事象を客観的に判断すれば、その行為は、毒殺結果に対し、いかなる客観的関連にも立っていないのである。同じことは、オーゼンブリッケンの結論に対しても妥当する。あまりにも少量の毒物の投与は、それが人体に対し客観的に無害（少量の毒物はしばしば有益な効果すらもつ）であるかぎり、意図の「客観化」はないといわざるをえない（オーゼンブリッケンの用語に従えば、殺意の「表明」はあったかもしれないが）。「即自的に不能な手段の使用」と「即自的には可能であるが目的不適合的に用いられた手段の使用」とを区別するオーゼンブリッケンの理論は、前章に検討したミッテルマイヤーの理論と同様、主観主義者が正当にも批判した如く、全く恣意的なものといわざるをえない。

ロースヒルトおよびオーゼンブリッケンの未遂論は、ミッテルマイヤー・ツアハリエの理論と同様フォイエルバッハ流の客観的未遂論への志向性という点に正当な意義を有しつつも、理論的無自覚性のゆえに、不能犯論の解釈学的構成において、客観的未遂論の基本思想の貫徹に成功しえなかつたといわざるをえない。

(1) Feuerbach, Revision II, S. 359. 山口「前掲書」八一頁注二七。

(2) Roghirt, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts, Leipzig, 1828, S. 304.

- (3) Rohhirt, a. a. O., S. 309ff.
- (4) Rohhirt, a. a. O., S. 311.
- (5) Rohhirt, a. a. O., S. 309.
- (6) Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, Bd. I, Erlangen, 1857, S. 35.
- (7) Osenbrüggen, a. a. O., S. 38f.
- (8) Osenbrüggen, a. a. O., S. 42.
- (9) Osenbrüggen, a. a. O., S. 42.
- (10) Klenze, Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, Berlin, 1833, S. 47.
- (11) シテラーに於ては、クレンツはフォイエルマンに從つての (Schüler, a. a. O., S. 16)。しかしクレンツの叙述をみるかぎり、詳細は全く不明である。
- (12) Abergg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt a. d. Orla, 1836, S. 155.
- (13) Abergg, a. a. O., S. 154.
- (14) Rohhirt, a. a. O., S. 311.

三 他方、不能犯の解釈学において、客観的未遂論の基本思想をやや自覚的に敷衍し、徹底した論理性をもって表現したのは、ベルリンの裁判官ルーボとプロイセンの刑法学者テンメであった。吾々は、次に、両者の不能犯論の解釈学的に本質的な部分を示し、それに若干の検討を加えることにより、不能犯の解釈学史にあらわれた客観的未遂論のメルクマールを抽出せねばならない。

ルーボは、国家の刑事裁判権の行使が国家的法秩序の侵害を前提とすべきものであるため、原則として既遂犯の処罰のみが可能であり、侵害結果の不発生（未遂）の場合、刑事裁判権は公的法秩序の確実性の危殆化の限度においてのみ基礎づけられようとした。ルーボは、右の危殆化を法侵害の可能性と理解したので、結局、未遂犯は「侵害が可

能であつたにもかかわらず發生しなかつた」場合と解され、必然的に、不能犯の総ての事例を不可罰としたのであつた。²⁾その際、手段に関する不能と客体に関する不能は區別されることなく、また吾々がすでにみたようなバイエルンの刑法学者バイスやホーヒェダーの、いわゆる絶対的不能と相対的不能の區別も否定され、およそ結果發生の可能性が存在しない総ての事例において、不能犯(不可罰性)の結論を導いたのであつた。「絶対的に不能な手段と相対的に不能な手段との區別は、本質的に無意味なものと思われる。個別的な事例の區別において、特定の事例の判断のみが重要なのであり、原則として理解される見解の確定が重要なのではない。有毒性の存在如何という問題において、客観的観点からは、有毒物が欠缺していたのか、又は、量的に毒性を發揮しえなかつたのかということとは、區別されえない」のであり、「不十分な手段をもつた総ての未遂は、概念適合的に、個別的な事例において意図された犯罪が惹起されえない行為を含むがゆえに、すでにその時点で可罰未遂でない」といわざるをえない。³⁾なぜならば、「意図した結果の惹起に対しては、裁判官が判決せねばならない個々の事例において、概念適合的に、不十分な手段もまた不能であるからである」と。⁴⁾このようにして、ルーボは、絶対的不能と相対的不能を區別することなしに、総ての不能犯を不可罰とするが、しかしその結論は、主観主義者が指摘した如く総ての未遂の不可罰性へと帰結するものでないことは、いふまでもない。ルーボによれば、このことは「不能犯と未遂犯との間を支配する相違」からあきらかである。すなわち、「不能犯において、選ばれた手段または対象は、即向自的に意図の実現を不可能ならしめるのであるが、未遂行為においては、手段および対象は完全に適したものなのであり、ただ外部から強い力が加わることによつてのみ意図の遂行が挫折させられる」(傍点筆者)のである。と。かくて、可罰未遂と不可罰未遂(不能犯)の限定基準があきらかになつたと解されたのである。

テンメは、フォイエルバッハ以来、その未遂論を意識的に継承しようとする客観的未遂論の諸理論にみられる客観

主義の基本メルクマールを「行為の危険性」と「実行の着手」に認めた。⁽⁶⁾しかし、テンメ自身は、特に「実行の着手」を未遂論の中心に据えることにより、一方において主観主義を否定し、他方において「無自覚的な」客観主義を排除したのであった。ルーデン、ケストリンの主観主義に対しては、その実定法的根拠の欠落を指摘し、⁽⁸⁾「客観的に危険な行為のみが可罰的である」という（実質的）客観主義の見解に対しては、「客観的危険性はどこに存在し、どこに始まるのか」と反問した。⁽⁹⁾結局、可罰未遂の問題は、既遂構成要件に対する行為の一部を形成し、一貫した継続においては既遂となつたであろう外的行為の存在、すなわち「実行の着手」の解釈学においてのみ唯一の正当な解決に至りうるという。かくて、テンメによれば、不能な客体に対する企行は、「実行の着手」がありえないため不可罰とされ、不能な手段による企行も、現実に用いられた手段が使用された形式では絶対に既遂になりえないがゆえに、「実行の着手」を欠くとして、不可罰とされたのである。⁽¹⁰⁾ルーボと同様、総ての不能犯の不可罰性が示される。「通常の見解が単に即自的に不能な手段に制約しようとしているならば、その点は不当である。そのかぎりで首尾一貫性の欠缺が正当に非難として提起される。不十分な手段も、即自的に不能な手段と同様、意図した結果を惹起しえないからである。飲料水を飲むものが、毒に関するわずかな感覚も自らの健康状態に知覚しえなかったほど少量の現実の毒物を飲料水の中に混入させたものは、主観的にも客観的にも、多量の毒物を混入する意図で多量の砂糖を混入させたものより以上の何事をも遂行していないのである。かくてのみ、命題は透明な大衆の法意識に一致する。大衆の法意識は、自分の妻を妻以外の女性と思つて抱擁するものを姦通未遂とし、毒の代りに砂糖を提供するものを毒殺未遂として処罰しはしないのである」⁽¹¹⁾と。

吾々は、前節において、ロースヒルト、オーゼンブリッケンの不能犯論に対し、それらは客観的未遂論としては不十分なものであるとし、客観的未遂論の基本思想を不能犯論に貫徹することに成功しなかった、という評価を加え

た。ロースヒルトにあつては、行為者主観（意図）を完全に考慮の外におきえなかつたという点において、オーゼンブリッケンにあつては、即自的不能性と目的不適合的使用様式による不能性の区別の不明確性（恣意性）という点において、客観的未遂論の基本思想が破綻せざるをえなかつたのであつた。オーゼンブリッケン、ロースヒルトは、基本思想としてはあきらかに客観主義を志向しながら、理論構成において、何故、客観的未遂論を表現しえなかつたのであろうか。すでに前章でみたように、「判断基底」構成の問題が本質的な回答を与えるであろう。もとより、この時期の論者たちは、クリース以後といわれる近代的「危険概念」を知るよしはないが、しかし、あるいは「潜在的因果性」であれ、あるいは「実行の着手」であれ、あるいは「相対的不能性」であれ、各々の概念メルクマールの存否が判断されねばならないとき、その「判断基底」をいかに構成せねばならないかという問題は残らざるをえない。ロースヒルト、オーゼンブリッケンとルーボ、テンメとの不能犯論の理論構成上の相違は、各自の概念メルクマールの判断において、少なくとも実行の時点に客観的に存在した全事情をもって「判断基底」を構成したか否かにある。換言すれば、ロースヒルト、オーゼンブリッケンは、「判断基底」の構成において、自らの基本思想を破綻させたのであつた。このことは、客観的未遂論の基本思想を不能犯の解釈学において貫徹しうるか否かが、偏に「判断基底」の構成如何に懸つてゐることを意味してゐる。¹²もちろん、クリース以前のルーボやテンメが、客観的未遂論の要諦が「判断基底」の構成にあるということを理解してゐたとはおもえない。そのことは、ルーボがロースヒルトの理論を自己の認識と基本的に同一であることとみなしていることからもうかがえる。¹³しかし、両者において、少なくとも実行の時点に客観的に存在した全事情を、事後的に判明したものをも含めて、事後予測するという立場が鮮明にあらわされたことはあきらかである。かくてのち、はじめに、「不十分な手段」「目的不適合的に用られた手段」の不能性（不可罰性）が演繹されえたのである。ルーボはいふ。「『あまりにもわずかな量で用いられた即自的には可能な手段』

というほとんど慣用化した用語定式はただ混乱を示すのみである。それは、意図された犯罪の既遂に対して、不能なる手段の表現を含む。ただ、それは、その手段が―特定の変化の下では可能であるという理由において―現在もまた可能であるかの如き外観を許しているにすぎない」と¹⁴と。このような認識において、理論史上フォイエルバッハの「行為主義」を不能犯の解釈学に貫徹する途が拓かれたといわねばならない。

(1) ルーボは可能性を次のように定義する。「理性的根拠が事情によってはありうるその発生について語り、その目前に追った存在が、原因的な理由により、現在から推論されるようなもののみが可能なものである」と (Rubo, a. a. O., S. 8)。

- (2) Rubo, a. a. O., S. 7 ff.
- (3) Rubo, a. a. O., S. 23 f.
- (4) Rubo, a. a. O., S. 29.
- (5) Rubo, a. a. O., S. 30 f.
- (6) Temme, a. a. O., S. 283 f.
- (7) Temme, a. a. O., S. 274 f.
- (8) Temme, a. a. O., S. 284 ff.
- (9) Temme, a. a. O., S. 286.
- (10) Temme, a. a. O., S. 286 f.
- (11) Temme, a. a. O., S. 287.
- (12) 井上祐司「不能犯」法ゼニ五九号一〇五頁。
- (13) Rubo, a. a. O., S. 10, Amn. 25.
- (14) Rubo, a. a. O., S. 41 f.

七 　むすびにかえて

吾々は、フォイエルバッハに始まる不能犯論を中心に、普通法時代に展開された客観的未遂論と主観的未遂論の各々の基本的認識とその解釈学的な理論化（公式化）とを概観した。そこで、各々の未遂論の基本的認識があきらかにされたが、要約すれば、「この時代」、主観的未遂論は、倫理的主観主義と秩序維持思想のどちらかに帰し、客観的未遂論は、フォイエルバッハのいわゆる「行為主義」を根幹としている。本稿は、客観的未遂論の基本的認識の正当性を、フォイエルバッハ、ミッテルマイヤー、ツアハリエの思想を中心にあきらかにしたが、同時に、未遂論の基本的認識の内容とその解釈学的理論構成との齟齬を示し、ミッテルマイヤー、ツアハリエの未遂論は各々の「正当な」基本的認識の解釈学的構成に成功していない点を指摘した。客観的未遂論の基本思想を解釈学貫徹するには、まず、「潜在的因果性」「実行の着手」「相対的不能性」「客観的危険」等々、その用語はともあれ、各々の要素の存否の判断における、いわゆる「判断基底」の構成において、行為者の主観を排除することであり、次に、少なくとも実行の着手時期に客観的に存在した全事情を、その手段に直接関連するものは事後にはじめてあきらかになつた事実をも加えて、「判断基底」に組込む必要がある。この二個の最少の要請を充たすことが客観的未遂論の基本思想を解釈学的に表現する唯一の方法であつたと思われるが、吾々が概観したと通り、右のような要請を充たした学説は少数である。このことは、普通法時代以後、帝国刑法典を経て今日にまで至る約二〇〇年間を通じて、そうである。むしろ、客観的未遂論は、ミッテルマイヤー、ツアハリエの「絶対的不能―相対的不能區別説」やリストの「具体的危険説」において、各々のバリエーションをもって主張されてきた。しかし、一方、ミッテルマイヤー流の區別説は、右にあげた判断基底の問題が意識されないかぎりで、「區別」が恣意に流れ、印象説との径庭が問われかねないことは

すでに示したとおりであり、また吾判例の一部にみられるように、行為の性質に注目した不当な「一般化」がおこなわれている点に問題を含むといえる。他方、リスト流の具体的危険説も、いわゆる主観的違法要素論を媒介として、「主観化」しており、主観的危険説との結論の相違はもはやないといつてよい。具体的危険説の、結論における主観説との合致は、すでにリスト自身の是認していたところであるが、未遂論のような重大な理論分野において、基本的認識の相違にもかかわらず結論を等しくするということは、「奇妙なこと」といわざるをえないであろう。近年、わが国では、いわゆる客観的未遂論の側で、「具体的危険説」および「絶対的不能—相対的不能區別説」の理論的な再構成が試みられていることはすでに本稿の冒頭に示したとおりであるが、現代市民刑法の解釈学として、吾々に課せられた課題は、まず客観的未遂論の基本認識をどのように理解するかという点であり、次に、その基本認識が解釈学的にどのように構成されねばならないかという点である。吾々は、客観的未遂論の原初形態を知ることによって、そのための最少の視座を獲得することができた。次にせねばならないことは、この視座から、フィンガー、リストに始まる抽象的危険説と具体的危険説を批判的に検討し、現在の未遂論において、圧倒的な優勢を保つ「危険説」の本質をあきらかにすることであろう。⁽⁵⁾

(1) Vgl. Mittermaier, Der Versuch vom Verbrechen, S. 425 ff.

(2) 当為として、「唯一の方法である」とは思わない。この点に関しては、本節注(5)参照。

(3) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22 Aufl., S. 200.

(4) 本稿で、示したような客観的未遂論の基本構造は、学説史的な評価の相違を一応別論とすれば、奥村正雄「不能犯論の予備的考察」(同志社法学一六五号九八頁以下)において展開された論理に最も親近性を持つ。特に、奥村講師が基本的に大谷教授の前掲論文に依拠されながら、判断基底から主観的事情を排除された点は客観的未遂論の再構成の途を一步すすめたものといえよう。

(5) 本稿で示したような歴史的な客観的未遂論の基本構造から、実定法の解釈において、論理をさらに進めて、「行為時」に客観的に存在した全事情にとどまらず、「行為後」に存在した事情をも判断基底に加えるかという問題がある。これに關しては、事後の事情をも総て判断基底に加えれば、危険概念の成立余地を失う（山口厚「前掲」九八卷三号一三七頁以下）という危険概念に本質的であるとされている論理から、未遂論の学説史上、このような立場を徹底した見解は見い出しえない。しかし、井上祐司教授が右のような方向性を示唆されていることに注意する必要がある（井上「前掲」一〇五頁）。判断基底に加えるべき事情を、客観的に「行為時」に存在したものに制限することは、「行為後」の事情が捨象されるかぎり、結果無価値論からの一步の後退を自覚せねばならないからである。従って、行為後の事情を判断基底に組み込む論理と伝統的危険概念とが両立しないことを単に示すにとどまることは不徹底であり、吾々は、学説史の中で確認してきた客観的未遂論の歴史的な基本構造を、更に自覚的に展開するという課題を負わされるのである。そこでは当然伝統的危険概念それ自体への批判が問題となろう。なお、クリース理論の再評価、再構成が進められているが（振津隆之「クリースの『客観的可能性』の概念とその若干の適用について」刑法雑誌二二卷三・四合併号一〇一頁以下）、基本的にクリースの理論との訣別の方向性を探究する必要があるともおもわれるのである。