HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	未遂犯と中止犯（1）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，47(1)：1-47
発行日	2011-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

未遂犯と中止犯(1)

吉田敏雄

第一章　未遂犯

一　未遂犯の意義

故意犯は理念的には行為者の思考（着想）から始まり、計画、決意、予備行為、実行行為、実行行為の終了、そして結果の発生という経過をたどる。しかし、何らかの事情から、故意犯が既遂に至らないことがある。刑法は既遂の処罰を原則としている。未遂は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」（刑法第四三条第一項）場合に成立する。但し、未遂犯の処罰はその旨の特別の規定を要する（刑法第四四条）。「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」（刑法第四三条ただし書）は中止犯（中止未遂）である。刑法は、重大犯罪に限って刑事政策上の理由から予備行為も

各則の規定をもって処罰の対象としている。

二　未遂犯の処罰根拠

刑法の基本的構成要件は通常、既遂犯を予定して定められているので、罪刑法定主義の要請から、未遂犯処罰は明文の規定を要する。未遂犯処罰根拠と限界の問題は、それがまさに不法論と関係するので、刑法学の厳しい一大論争主題となっている。今日、大まかに見ると、客観説、主観説及び折衷説の対立がある。この対立は、立法論、解釈論、特に、未遂の成立時期、必要的あるいは任意的未遂減軽の妥当性、不能未遂の（不）可罰性等に影響を及ぼす。

1　ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の論争状況

A　法規定

一九七五年のドイツ刑法はその第二二条ないし第二四条に未遂犯規定を定めている。

第二二条（概念規定）

所為についての自己の表象により、構成要件の実現を直接に開始した者は、犯罪行為をしようとして未遂に終わったものである。

第二三条（未遂の可罰性）

① 重罪の未遂は常に、軽罪の未遂は法律が明文をもって規定している場合に限り、これを罰する。

② 未遂犯は、その既遂よりも軽く罰することができる（第四九条第一項）。

③　犯人が、著しい無知により、それに対して行為が遂行された対象又はそれを用いて行為を遂行した手段の性質上、およそ既遂に達しえないことにつき誤った判断を下したときは、裁判所は、刑を免除し、又はその裁量により、刑を軽減することができる（第四九条第二項）。

第二四条（中止犯）

①　任意に行為の以後の遂行を放棄し、又はその既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。行為が中止者の関与がなくても既遂に達しなかった場合、中止者が任意に且つ真摯に所為の既遂を妨げるように努めたときは不処罰である。

②　数人の者が所為に関与しているときは、任意に既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。ただし、行為が、その者の関与がなくとも既遂に達しなったとき、又はその者の以前の行為への加功とは関係なく遂行されたときは、所為の既遂を妨げるための任意かつ真摯な努力があればその不処罰にとって充分である。

ドイツ刑法第二二条は、一方で、未遂の概念規定において、所為の直接の開始がみられたか否かについて、行為者の表象が規準となることを定める。他方で、第二三条第三項は、「著しい無知」に基づいて結果の生じなかった未遂を処罰しているので、不能未遂の可罰性も当然肯定される。未遂犯の刑は減軽されうる(任意減軽)。したがって、立法者は明らかに主観主義的未遂観から出立しているといえる。[1]

B　学説　未遂の処罰根拠は、犯罪が既遂の場合にだけ処罰しうるとするのは法政策的に耐え難いというところにあるが、刑法史上、その刑事政策的出立点において客観説と主観説という二つの異なった見解がある。

a　客観的未遂理論。客観説といっても、様々な学説が展開された。客観的未遂理論は二〇世紀初頭のドイツ刑法学の通説だったのだが、それは、一八七一年の刑法典が不能未遂の可罰性を未決のままにしていたことに一因があった。ドイツ現行刑法は不能未遂をすべて可罰的としているので、どの客観説によっても現行法の遺漏なき説明はできない。

aa　旧客観説。本説[2]は、ドイツ刑法学において一八七〇年前の通説であり、その後も広く支持された学説である。本説は（不処罰の）絶対的不能未遂と（可罰の）相対的不能未遂に分ける。初めから既遂には達し得ない未遂が絶対的不能であり、それ自体としては有能な手段がただ具体的使用において不能と分かった場合（少なすぎた毒物、射程距離の十分でない銃器）、それは相対的不能である。本説には、この区別が難しいこと、少なくとも納得のいくものでないと批判される。例えば、睡眠剤一錠使用して殺害しようとするのは、二〇錠なら致死量であるという理由から相対的不能にすぎず、それ故危険だということになるのだろうか[3]と。

bb　新客観説。F・フォン・リストを魁とし、フォン・ヒッペルによって展開された新客観説（危険性説[4]）は、二〇世紀初頭の客観的不法観を反映して、危険な未遂だけを可罰的とみる見解である。未遂が危険と見られるのは、行為時点において、行為者の目的とその特別の知識を知っている分別のある平均的観察者が結果の発生を事前の見地から真剣にありうると考えざるを得ない場合である。可視的に言うと、この第三者は、行為者に向かって危険な未遂にあっては「止めろ」と言うだろうし、危険でない未遂にあっては「お前、馬鹿」と言うであろう[5]。本説は、近時の客観的帰属論の構成要件論とも合致するところに長所が見られるものの、しかし、行為者の行為の有能性に着目する

他のすべての客観的未遂説と同じく、本説の弱点は、その危険概念によっては未遂と不処罰の予備の区別の規準が提供されないところにあるとして批判される。予備も結果に至るまで継続的に高まる危険を含んでいるからである。なるほど、具体的危険に着目することで限定はできる。しかし、すべての有能未遂が今日理解されている意味での具体的危険であるわけではない。それ故、構成要件に近接した危険、したがって、特殊の危険という表現をするべきだと。[6]

cc　構成要件欠如の理論。ビンディング、ベーリング、フランクそしてドーナによって展開され、[7]一九三〇年頃に風靡したのが構成要件欠如の理論である。本説によれば、未遂というのは、「構成要件の最後の断片」である外的結果が生じなかった場合、例えば、殺害の意図で撃った弾丸が標的に当たらなかった場合に限られる。それに対して、その他の構成要件欠如は不処罰に繋がる。これらは、結果とは異なり、可罰性に属さないからである。その他の所為事情がそろわないとき、例えば、窃盗の目的で奪った物が「他人」の物でなかったとか、刑法第二二四条第一項一号の定める行為のための手段が「毒物」で無かったとか、殺害目的で撃った標的が「人」でなかったという場合、こういった「構成要件欠如」は初めから不処罰である。しかし、本説は、構成要件要素はすべて可罰性に対する意義において、「法的に等しく必要であり、内容的に等しく重要」であるとして批判されるのである。さらに、構成要件要素を結果の構成要素として理解するのか、結果とは独立した規準と理解するのかが恣意的に判断されるという点も批判される。例えば、「物」の窃取を窃盗行為の結果としてみることも、「他人の物」の窃取を窃盗行為の結果としてみることもできる。さらに、本説の結論も納得のいくものではない。なぜ、不能の客体（胎児という要素が欠如している）への堕胎が不処罰となるが、これに対して、結果だけが発生しない不能の手段による堕胎が可罰となるのか、納得のいく説明がない。別の例を挙げると、無害の物質を毒物だと思い違いをした行為者は、「毒物」が構成要件要素である

危険な傷害罪（刑法第二二四条一号）では未遂が否定され、「毒物」が構成要件要素ではない謀殺罪（刑法第二一一条）では未遂が肯定されるのか、納得のいく説明がない。[8]

ｄｄ　新・新客観説。最近でも客観説を支持する学説が散見される。自らを「荒野の孤独な叫び人」と呼ぶシュペンデル[9]は、危険な未遂を認定するための「事前の考察」を、未来を指し示す、法益侵害への一定の客観的傾向を有する行為にだけ関連付けることが許され、行為者とは関係なく存在する現在のその他の事情に、特に、所為客体に関連付けることは許されないと論ずる。本説によると、無害の切り傷を加えたことですでに被害者を殺すことができると思っている行為者には、その行為が被害者の認識できない血液の性質のために事後的にやはり危険だと判明すると、有能殺人未遂が成立する。これに対しては、もしそういうことになれば、雷雨事件の場合、雨の中を送り出される者が実際に雷に打たれて死ぬ場合ですら、既遂の殺人罪が成立せざるを得なくなるとして批判される。シュペンデルの例は、不能未遂の例にすぎず、刑法第二三条第三項の「著しい無知」の適用が議論されてもおかしくない例である。他方で、シュペンデルは、女性が堕胎に適した薬物を服用するが、実は、経験豊かな専門医の診断に反して、後に妊娠していなかったことが分かったとき、不能未遂とする。しかし、こういった行為は、他の理由から未遂に終わった場合と同じく危険である（現行法では自己堕胎未遂はどのみち不処罰にせよ）であると批判される。[10]

ｂ　主観的未遂理論。

ａａ　純粋主観説。本説は未遂の処罰根拠を、行為の危険性とは関係なく、行為者の**法敵対的意思の表動**に求める

説である。当初からライヒ裁判所[11]が採る説であり、連邦裁判所[12]の採る説でもある。主観説は一般に一九七五年の現行刑法の未遂関連規定の基本思想でもあると見られており、有力学説[13]でもある。

一八八〇年に、ライヒ裁判所連合刑事部は、不能の堕胎剤を用いた事案につき堕胎未遂の成立を肯定した判決において、主観説の二つの論拠を説示している。その一は、「未遂においては犯罪意思というものが刑法の向けられる現象であるが、これに対して、既遂では**犯罪意思**に由来する違法な結果が表れているという違いに疑問はない。それ自体として、未遂に対立するものとしての既遂へ関係付けることは一切為されるべきでなく、犯罪意思が外部行為に表れたということ以上のことを要求してはならない[14]」というものである。その二は、危険な未遂と危険でない未遂を区別することはできない、なぜなら、どの未遂にも結果への因果関係が欠如しているからというものである。未遂はどれも危険でない。「というのは、行為は具体的事例において法益を侵害していない。このことから不可避的に分かることは、行為が法益を具体的事例において侵害し得なかったこと、そのことが不可能だったということである。かくして行為によって法益は客観的には危険な状態には無かった[15]」と。

主観説に対しては、その根拠に説得力がなく、しかも、現行法が基本的に不能未遂はすべて可罰的としていても、これを支える思想としても援用できないとの批判がなされる。先ず、未遂処罰根拠としての犯罪意思の表動に関して、次の三点の批判がなされる。第一に、未遂が一部の事例でしか処罰されず、その場合でも普通は既遂よりも軽く処罰されること、「著しい無知」の場合には更に軽く、場合によっては免除すらされうること(ドイツ刑法第二三条第三項)、迷信犯は処罰されないことの理由が説明できない。法敵対的意思の表動は上記のすべて事例で等しく存在するので

あって、可罰性の差異は危険性の差でしか説明できない。第二に、主観説は、同じく法敵対的意思が表れている予備行為が原則的に不処罰であることの説明ができない。ライヒ裁判所は実際に未遂の成立時期を早めすぎたのである。一九七五年の刑法改正はこれを「直接」（第二二条）条項によって修正しようとしたのである。予備は通常は不処罰であるのだが、それは危険性がいっそう低いという点から説明されるべきである。第三に、未遂は既遂と完全に対立しており、処罰根拠は未遂では意思に、既遂では結果にあるというのも適切でない。未遂というのは、既遂への通過段階、前段階であり、したがって、危殆化という形ではあるものの、現実の法益毀損である。未遂と既遂を対立して捉えるのは未遂を構成要件から解き放ち、刑法体系を二つの結びつきのない部分に引き裂くものである。このことはドイツ刑法の理論的基礎に対応するものではない。(16)

結果の不発生は常に行為者行為の非危険性を証明している、したがって、この理由から危険な行為者行為と危険でない行為者行為の区別はできないというライヒ裁判所の第二の論拠にも批判がなされる。このような考えはフォン・ブーリの等価説、因果関係以外の違いは存在しないという自然主義の誤推論に基づいている。相当因果関係説も客観的帰属論も以前からそうしているように、事前の観点から危険な行為と危険でない行為の区別はできるのである。立法者も、内容は同じとはいえないが、様々な関連で危険という概念を使用している。このことは区別のできることを前提としている。主観説は、フォン・ヒッペルの辛らつな批判に晒される。「フォン・ブーリやライヒ裁判所によれば、帰還兵士は皆何等の危険にも遭わなかったことになる。兵士は皆なるほど危険だと思っていたが、それは誤りだったということである。危険な目に遭ったのは倒れた者だけである！というのは、因果経路が客観的に必要であり、生き残った者は事実、危険な状態には無かったからである！」。(17)

ｂｂ　行為者理論。結局、従来の主観説はそのままでは維持できないし、現行法と矛盾すると評価されるので、主観説の亜型として、行為者理論と規範違反表現説が提唱されることとなった。**行為者理論**は考え抜かれた形で展開された理論ではないが、**行為者の危険性**に依拠する特別予防指向の学説である。E・R・v・リスト[18]は、未遂の処罰根拠を「一旦証明された、十中八九まで今後も続く悪意」、「これがなお何千もの新しい危険な行為を生み出しかねない」、それ故、悪意が作用し続けることに対して、「法益保護」としての刑法の任務の「予防的側面」を呼び出す必要があると主張する。ランゲ[19]も、行為によって法益の「危険な侵害者としての行為者が顕になる」ときに、可罰的未遂を肯定する。ボッケルマン[20]は、「犯罪故意が危機的状況の厳しい試練に合格した」場合に初めて未遂を認める。

この理論の積極的側面は、未遂処罰の**特別予防**的要素を認識している点にある。本説は、「意思」に着目する純粋の主観説よりも、単なる予備の不処罰と「著しい無知」の未遂の減軽をうまく説明できる。というのは、犯罪を犯す能力があるか否か、「危険な侵害者」であるか否かは、その者が、自分の表象に基づき、未遂への敷居を越えたときに初めて分かる。「著しい無知」の行為者の危険性が低いことも説得力がある。しかし、未遂の処罰を専ら行為者の危険性で根拠付けることに対しては、行為刑法という観点からすると、そういった大きな危険性があるからといってそれだけで処罰の根拠とするには足りないという批判がなされる。さらに、特別予防からの処罰の必要性は既遂犯ですら常に存在するわけではないことも知られている。不能未遂では、なおいっそう特別予防からの処罰の必要性の無いことがある。そうすると、未遂処罰を正当化するためには依然として客観的危殆化か、少なくとも行為者が惹き起こした平和撹乱に依拠しなければならない[21]。

ｃｃ　規範違反顕示説。主観説のいまひとつの亜形であるヤコプス[22]の主張する**規範違反顕示説**によれば、「未遂の処罰根拠は規範違反が強く表われる」ところにある。こういった規範違反が欠如するのは迷信犯の未遂である。「現に存する規範が破られないというのは、行為者が故意を生み出すにあたって、特に、手段を選択する場合に、コミュニケーション的には重要でない世界形成から出立する場合である」。

本説は、規範違反の顕示度に関連付けることで未遂の客観的側面も考慮することによって、不能の危険でない未遂の可罰性をうまく説明しているし、結果指向の既遂と意思に担われた未遂の厳格な分離という判例の採用する主観説も避けている。というのは、本説は、犯罪を第一次的には「財を侵害すること」ではなく、「規範通用性の侵害」と理解するので、未遂にも既遂にも等しく「規範通用性への完全な侵害[23]」を見ているからである。

しかし、本説は、従来の主観的未遂理論に共振していた、犯罪意思の表動によって撹乱された法的平和の恢復という思想を**積極的一般予防**という現代言語を用いて翻案し、主観的理論の特別予防的側面を補充しているが、未遂の不法を十分に説明できていないと批判される。既遂の所為とあらゆる種類の未遂の間に不法に関して何等の差異も認めないとき、未遂が不法の原型になってしまうとして批判される。本説が、犯罪の中に「先ずもって法益への侵害作用」を見るのではなく、「規範通用性の侵害」を見るとき[24]、行為刑法の客観的基礎から離れて、心情刑法に近い主観化へと進んでいる。こういった行為態様のすべてが同じ「規範通用性への完全な攻撃」を含んでいるとき、既遂、未遂それに「著しい無知」の未遂の間の可罰性の段階付けがもはや説明できなくなる。もとより、ヤコプスは、予備行為も「表現的規範違反」として一般的に処罰しかねないところ、「構成要件近接の」規範違反を要求することによってこれを避

けている。[25] しかし、このそれ自体として正当な限定もその理論構想そのものから導出することはできない。構成要件で保護される法益侵害が不法にはまったく重要でないとき、規範違反が「構成要件近接」でなければならない理由が判然としない。[26]

c　印象理論。L・v・バールに遡り、[27] 今日、様々な色彩を帯びて主張されてはいるものの、ほぼ通説の感のある印象理論の共通点は、行為者の行為が惹き起こす法を動揺させる印象に未遂の処罰根拠を求めるところにある。結果が発生しなくとも、行為者の行為は処罰を要求する社会的平和の撹乱を惹起する。意思表動が当罰的になるのは、「所為へ向けられる意思表示が一般の人々の法秩序の通用性への信頼を動揺させ、法的安定性感、したがって、法的平和が毀損されうる場合に限られる」。[28] すなわち、印象理論は、犯罪意思の表動のみならず、これが一般の人々の法秩序の通用性に関して動揺を与えること、法的安定性感、したがって又、法的平和を毀損することも処罰への契機と捉えることによって、しかし、すべての未遂に存在するわけではない危殆化を要求しないものの、主観と客観、意思不法と危殆化不法の間の中庸を保っている。本説によって、既遂、通常の未遂、「著しい無知」の未遂及び迷信未遂の間の可罰性の差異をうまく説明できる。法を動揺させる印象、したがって又、処罰の必要性はこの順番で減少する。同様に、予備行為は法を動揺させる印象を呼び起こさないか、その印象が一過的で、可罰性を必要としないことから、予備行為の不処罰もうまく説明できる。

しかし、本説も近時様々な批判に晒されている。本説によれば、行為者の行為によって、あらゆる外的、内的事実を知っている平均的観察者に法を動揺させる印象を与えるか否かが決定的に重要である。つまり、これは価値判断で

ある。しかし、この価値判断は漠然としており、法の当罰性判断の言い換え以上のものではない。更に、この構想は既遂を含む犯罪行為のすべての現象形態に適合すること、つまり、未遂に特有のことの説明が無いこと、しかも、あらゆる可罰的行為を、他でもなく一定形態の不能未遂に合わせている一つの観点に還元しているとして批判される。「著しい無知」の未遂の刑の減軽（ドイツ刑法第二三条第三項）を法を動揺させる印象の僅少性に帰するなら、この僅少性は「著しい無知」の未遂の非危険性の帰結であることが看過されてしまう。次に、「法を動揺させる印象」を持ち出すことによって、未遂を予備から正確に区別することはできないと批判される。というのは、決意して予備行為にでることは法的安定性の一般的感情を不安定にするのに適しているからである。なるほど、法を動揺させる印象は既遂に近づくとともにますます持続的になるが、しかし、不処罰と可罰性の境界をどこに引くかは、印象規準からではなく、現行刑法の法治国基盤指向の構成要件的近接という視点からしか解決できない。最後に、一見して単一的な印象規準をもってしても、未遂処罰可能性を基礎付ける法を動揺させる印象というものが、一部は客観的危殆化から、しかし、一部は規範違反によって惹起される平和撹乱からしか導出できないのだという事情に変わりはないと批判される。実質的には避けがたい未遂根拠付けの二軌道は印象理論によっても克服できないと。[29]

d　統合説（構成要件に近接した危殆化として未遂、又は構成要件に近接した、法を動揺させる規範違反としての未遂[30]）。ロクスィーンの主張にかかる統合説によれば、未遂の処罰根拠は一般予防又は特別予防上の要罰性にあり、この要罰性は故意の構成要件に近接した危殆化から導出されるのが通例であるが、例外的に、構成要件に近接した行為に顕現される法を動揺させる規範違反からも導出される。本説の特徴は、未遂の処罰根拠を二つの異なった根源から導出しているところにある。本説は、第一次的には、有能（可能）未遂と、それから危険な不能未遂も、したがって、

大多数の未遂の特徴である構成要件に近接した危殆化に着目する。というのは、未遂の危険性は事前にしか判断できないのであるから――事後判断からするとどの未遂も危険ではないことが分かる――行為者の目的を知っていて、且つ、行為者の特別の認識を有する分別ある第三者の判断では、結果の招来を予期せざるを得ないかぎり、不能未遂も危険である。例えば、何者かが事前に弾丸を抜いていたことを知らずに殺人の意図で拳銃を引鉄する行為は、不能の手段で遂行されているものの、危険な未遂である。

これに対して、分別のある第三者の事前判断からすると、不能未遂が結果の発生にはいたり得ない場合に初めて、当該不能未遂は危険でない。例えば、「毒殺」に際して、一般の人の認識からすると無害な薬品を使用するとか、「殺人」に際して、強度の近視の行為者が、普通の視力の持ち主には容易に認識できる紙人形を狙う場合である。刑法第二二条は、行為者の主観的表象にのみ触れており、それどころか、刑法第二三条第三項は「著しい無知」から出た未遂も基本的には可罰的としているところから判明するように、現行法上、危険でない不能未遂も可罰的である。そうすると、この可罰性はもはや危殆化思想からは説明できず、立法者は、行為者が犯罪の決意を、危険でなかろうと、実行に移すとき、多かれ少なかれ当罰的だと考えているということからしか説明できない。立法者はここに法を動揺させる規範違反を見ることで、場合によっては可罰的未遂と判断している。

統合説によれば、この**二元論的構想**にもかかわらず、次の様々な理由から危殆化原理に優先性が認められる。しかし、そうだからと云って、危険でない未遂を、法を動揺させる規範違反という観点から、基本的に可罰的と宣言する立法者の権利に異論を唱える必要性はまだない。

第一に、未遂が既遂に比して減軽される（第二三条第二項）ということは、未遂の基礎に危殆化思想があることを意味する。危殆化が侵害に比して軽いというのは現行刑法の全体を貫く思想である。例えば、それは、故意の危険犯はそれに対応する侵害犯に比して軽く処罰されるし、過失の危険犯は不処罰であるところから分かる。仮に「規範違反」を処罰利益の正面に出すと、その帰結は未遂も既遂も基本的には同等に処罰するということになろう。というのは、犯罪意思という点で、既遂も未遂も変わらないからである。

第二に、構成要件実現を目指すが、まったく危険でない行為は、「著しい無知」の未遂（第二三条第三項）や迷信未遂に見られるように、思い切って軽く処罰されるか、およそ処罰されないことも危殆化思想の優先的意義を証明している。行為者の表象によれば、犯罪の実行行為はこの場合にも認められる。仮に、（規範違反における）主観的要素に未遂の本質的処罰根拠があるとすれば、それは現行刑法の可罰性に関する控えめな姿勢と矛盾することになろう。

第三に、予備罪の処罰は、結果の発生から遠く離れているにも関わらず、特に危険であるということからしか説明できない。例えば、重罪の協定（第三〇条第二項）が、単独正犯者の予備行為そのものに顕現される犯罪決意とは反対に、可罰的であることは、義務を負うこと、つまり、意思拘束から生ずる特別の危険にその根拠がある。犯罪意思と実行行為の近接性の点で、両者に違いがないのであり、そうすると、この事から法的処理の違いを説明することはできない。予備行為の処罰の基礎には危殆化思想が正面にあることは明らかであるとすれば、未遂の処罰根拠にこれとは異なったことを援用するなら、それは矛盾といえよう。

第四に、危険な未遂の可罰性だけが現行刑法の法治国的、法理論的基礎と合致するのであり、危険でない未遂は法理論的特殊性として追加的正当化を要する。ドイツ犯罪法は構成要件刑法である。有能未遂も危険な不能未遂もその範囲内にある。というのは、有能未遂はほぼ・構成要件充足であり、具体的危険犯に類似の特殊の危険犯であり、したがって承認されている犯罪類型の一つだからである。これに相応して、有能未遂というのは危殆化と同様に既遂にいたる必要的通過段階である。危険な不能未遂は依然として抽象的危険犯に類似しているのは、事前の判断からすると、構成要件の実現が真剣に可能だと思わざるを得なかったからである。構成要件関連性がなく、危険でなく、何も生じさせ得ない危険でない未遂では、こういったすべての要件が欠如している。許されない危険を創出する危険な未遂だけが客観的帰属の理論に適合するのであって、危険のない未遂には許されない危険がまさに欠如している。

他方、統合説によれば、危険でない未遂は危険な未遂と多くの共通点を有しており、欠損した性質を有する危険でない未遂を可罰的とする現行法の態度にもそれなりの正当な理由がある。分別のある第三者の判断からすれば当初から危険でない未遂を行なう者の意思責任は、この者がその犯罪計画の既遂可能性から出立しているのであるから、他のどの未遂行為者の意思責任とも合致している。特別予防の観点でも、その者の態度が、危険な未遂行為者の態度に比して、制裁の必要性が劣るというものでもない。というのは、行為者は（自分の表象の中だけであっても）実行段階に移行していることで、自分の計画した犯罪の実行能力と実行意思を証明しているからである。この限りでは、危険でない未遂の処罰が心情刑法に帰着するというものでもない。というのは、行為者は悪意を証明したばかりか、これを実行行為に移したからである。

危険な未遂と危険でない未遂の重要な差異は一般予防の必要性の側面にしかない。構成要件に近接した危険創出の危険性が法益保護の観点の下で制裁を直ちに正当化しうるが、危険でない未遂にあってはこのような理由付けはできない。しかし、主観的にしか完全でない犯罪実行行為を構成要件的に具体化された平和撹乱（「法を動揺させる規範違反」）として基本的に可罰的と宣言することは、危険性の欠如を法律効果の面で配慮する限り（第四六条第二項、第二三条第三項）、立法者の裁量の範囲内にある。

危険でない未遂をすべて刑法第二三条第三項の意味での「著しい無知」から出たものと見ることはできない。強度の近視の者が殺害の意図で人と間違えて紙人形を撃つとき、第三者の目から一見してそれが人の模造品と分かる限り、それは危険でない未遂である。しかし、行為者の錯誤を「著しい無知」に帰することはできない。被害者を毒殺しようとする者が、あわてて取り違えて、第三者にはまったく無害だと認識できる薬物を被害者のスープに混入する場合も、「著しい無知」から出たとはいえない。こういった場合に、未遂に危険性がないというのは量刑で考慮される（刑法第四六条第二項は量刑要素として「行為の影響」を挙げている）。

もとより、これに対して、危険でない未遂が自然法則連関の誤認に基づくとき、例えば、カミルレ茶で堕胎をしようとか、砂糖水で殺害しようとするという極端な事例では、危険でない未遂が著しい無知から出たといえるだろうし、刑法第二三条第三項により刑の免除か刑の減軽の適用がある。したがって、こういった未遂の危険性が無いということに関してかなりの程度まで考慮され、それ故、危殆化思想がここでも相対化されるものの、意味がなくなるわけではない。

しかし、統合説を主唱するロクスィーン自身が認めるように、この二元論的説明は、未遂の唯一の処罰根拠を危殆化に見た一九三〇年頃のドイツ学説、及び現在の諸外国の法制を見れば分かるように、それほど自明の理と云えるものではない。ドイツの学説が長い間不能未遂の当罰性、あるいは少なくとも危険でない未遂や無知からでた未遂の当罰性を極めて稀にしか問題として取り上げなかったのは、二〇世紀における不法の主観化の傾向と関係している。この傾向は客観的帰属論によってようやく修正されようとしている。不能未遂においては、そのすべての現象形態において行為者の犯罪意思が有能未遂の場合のそれと同じであるから、不能未遂の当罰性が疑問視されなかったのである。その際見過ごされたのは、未遂でもそれに固有の特殊の結果無価値があり、これは非常に異なった重さを有しうるのであり、当罰性にかなりの影響を及ぼしうるということである。

そこで、危険でない、あるいは、少なくとも「著しい無知」から出た未遂を不処罰とするべきだということにも十分の理由がある。有能の、極めて危険な犯罪計画を立てたが、未遂の段階に移る寸前で失敗した者が不処罰にとどまるのに、事前の判断から、どの第三者にも認識できる危険でない未遂が本当に処罰を要するとすることには疑問がある。それに加えて、危険でない未遂というのはほとんどの場合、犯罪定型的とはいえない形態で犯され（毒殺を決意した者が誤って砂糖をコーヒーに入れる）、ほとんど探知されえないのであって、この理由からも処罰されないのが普通であることからすると、処罰の必要性に疑問が生じうる。不能未遂のすべての形態が現行法上基本的に可罰的であるということは、ドイツ刑法でも圧倒的に基準となる、構成要件近接の危殆化という処罰根拠から生じてくるのではなく、補充的な立法者の判断を要するのだが、しかし、この判断は可能とはいえ、決してそうあらねばならないというものではないと。

二元論の説明をする統合説に対する批判[31]として、先ず、これが立法者の考え及び評価にそぐわないことが指摘される。（危険でない）不能未遂を補充的にしか処罰しない、しかも正当性において疑問のある処罰というようなことは、立法者の意思からすると問題外である。むしろ、主観的処罰根拠論を徹底させると、有能未遂と不能未遂に等しく適する、主観的行為者危険を証明している行為無価値、及び、同様に、その都度対象となる法益の「理念的」妥当性価値と尊重要求への侵害という点で全く異ならずに基礎付けられる法的平和の撹乱ということに対比して、大なり小なり偶然である危殆化結果を無視するということになる。このことから、基本的に、有能で「危険な」未遂も「危険でない」不能未遂も基本的に等しく処罰すること、両者に許される既遂の刑も正当化される。それ故、未遂の基礎には先ず危殆化思想がある、したがって、不能未遂はこの犯罪範疇のたんなる「欠損種」だというようなことは立法者の関知しない評価である。そうすると、それほど重くないと云われる危険でない不能未遂に対して、危殆化の欠如を相殺するものとして「法を動揺させる印象」というものを持ち出すことは必要でもないし、役にも立たない。というのは、一方で、有能未遂にも等しく伴うこういった印象は、危殆化の欠如を相殺するものとはなりえないからである。他方で、この印象に頼る説明は、印象説に対して向けられるすべての批判が統合説にも当てはまる。最後に、統合説は、その名称とは異なり、個々の問題をばらばらに処理し、法の統一性を壊しかねないと批判される。例えば、不能未遂の任意減軽を通例としかねないし、さらに、法を動揺させる印象というのは危殆化の前に既に生じているから、不能未遂においては未遂の時期を早まらせることも可能となると批判されるのである。

e　近時の未遂可罰性限定の理論

ａａ　二元的（未遂志向的未遂と危険な未遂の）理論。シュミットホイザーとその門下のアルヴァート[32]によって展開された二元的未遂理論は、上記の統合説と同じく未遂の一元的根拠付けを放棄して、不法内実において異なる二つの未遂形態に分け、可罰的未遂は構成要件現実化の意図によって担われるか、客観的危殆化に至るものでなければならないと論ずる。意図的未遂の根拠は構成要件該当の無価値事態の意図的追求、つまり、特別の目的無価値にある。これに対して、危険な未遂の根拠は、事後的考察からして、構成要件該当の無価値事態の生ずる危険にある。この実践的帰結は、不能未遂が目的的（意図的）行為の場合にだけ可罰であり、直接的故意や未必の故意の場合には不可罰である。さもなければ、法治国上許されない純粋な心情刑法になると。

本説は、拳銃の所有者から勇気ある犯行をしたらお金をくれると約束されたために、ことによると弾丸が装填されていると考え、眠っている人の頭に発砲する者は、実際には弾丸が装填されていなかったばあいには不処罰であり、確実に被害者を殺害できると思っていた場合ですら不処罰だとする。しかし、これは現行法とは相容れないとして批判される。こういった場合に、行為者が危険な行為をしていないと主張することは自然的観察に反する。行為者にかかる行為を刑罰をもって禁止することは法律意思、立法者意思であるばかりか、客観的には空拳銃であっても、人間の生命を保護する上で非常に意味がある。シュミットホイザーの「純粋心情刑法」批判は当たらない。かえって、シュミットホイザーが可罰的不能未遂を目的的故意に限定することの方が「心情刑法」批判を呼び起こすのである。不能未遂であっても、可罰性には、目的的故意ばかりでなく、確定的故意、未必の故意であっても十分である。不能未遂の可罰性が目的的故意に限定されるべきとの法規定は存在しない[33]。

ｂｂ　承認関係侵害理論。ツァチュクは、カント、フィヒテといったドイツ観念論哲学に依拠して、承認関係侵害

理論を展開する。法の基礎には個人の間の承認関係がある。この関係は実際的・正しい外部的行為によって基礎付けられる。**既遂の不法**というのは、個々人や社会の法益が被害を蒙っている限り、実際に、法共同体によって承認された具体的自由が抑圧されたことを意味する。自由が侵害されることによって、承認された平等関係が破壊されている。**未遂の不法**というのも、既遂の不法と同じく、自由且つ平等に結びついている法共同体の構成員の承認関係を破壊することを意味する。承認関係の存在しないところに侵害も存在しない。この一般的命題を具体的に未遂に適用すると次のようになる。不能の客体の場合、承認関係の規準を客観化し、未遂の処罰を著しく限定する。生きていると思った死体を撃つことは殺人未遂ではない(不処罰)。この場合、信頼の侵害ということが生じ得ないし、それ故、それを企てることもできない。「人」であると思って樹幹を撃つ場合、それを誰か知らない人だと思っていたときと、特定の狙っていた人だと思っていたときに分け、前者は不処罰、後者は可罰的未遂である。他人の外套と誤認して自分の外套を掴む場合も、複数の外套の中から選んで掴んだときは窃盗の可罰的未遂、外套一着しかなかったときは不処罰である。ここには具体的承認関係の侵害が見られるか否かが規準となっている。[34]

しかし、本説も不能未遂を基本的に可罰的としている現行法と相容れないばかりか、立法論としても不適切と批判される。ひょっとして死んでいるかもしれない、じっと動くことなく横たわっている「人」に向け「ともかくも」発砲した者に、裁判官が事実解明ができなかったことを理由に無罪を言い渡してはならない。ここに、個人の生命を保護する刑罰規定は（ひょっとして）既に死亡している者への殺人未遂にあっても適用されねばならことが明らかになると。[35]

cc　真正の主観・客観未遂理論。

ヒルシュは、危険な不能未遂と危険でない不能未遂を区別し、前者だけを処罰

に値すると論ずる。危険な未遂というのは、「新客観説」と同じく、行為者の犯行計画を知っている、理解力のある第三者の事前の観点から、構成要件実現の具体的危険がある場合である。これに対して、危険でない不能未遂を処罰すべきでないのは、当該行為が「不法中立的」であり、その処罰が心情刑法に帰着し、現行行為刑法と相容れないからである。例えば、寝台に発砲するが、事後にそこに人はいなかったことが判明した場合（危険な未遂）と、明らかに射程距離の外側にいる人めがけて散弾銃を発砲する（危険でない未遂）場合が挙げられる。[36]

しかし、本説も、傾聴に値するが、説得力に乏しいし、現行刑法にも反するとして批判される。所為観察者は上記のいずれの事例でも不安を感じうる。後者の事例でも、「具体的危険」が否定されるのは、所為観察者が実情を知っている、つまり、武器の性状、散弾銃の飛距離を知っている場合に限られるのであり、その際、一般的「理解」を規準とすることはできない。寝台に人がいると考えた者も、射程距離の足りない散弾銃で標的を狙えると思った者よりも（たいていの人は散弾銃であることすら認識しないものである）理解が足りないということはありうる。さらに、刑法第二二条は分別のある第三者の視点を基準としているのではなく、専ら行為者の表象を基準としている。刑法第二三条第三項は、第三者の事前の視点からはまったく危険でなく、しかも「著しい無知」から出た未遂あっても基本的に可罰的としている。[37]

ｄｄ　不能未遂処罰憲法違反論。ボトケは、刑法第二二条が不能未遂を可罰的としているが、これは憲法違反だと主張する。不能未遂は「刑罰無能力」である。というのは、刑法第二二条内で有能未遂から不能未遂に移行するとき、「財の交換」が行なわれるからである。例えば、殺人の有能未遂の場合、「憲法財・犯行財」である人間の生命が侵害されるけれども、殺人の不能未遂の場合、それよりもはるかに価値の低い「刑法財」、つまり、「法的平和と一般の法

への信頼」が脅かされるにすぎない。未遂の両形態を等しい重さで処罰することは、等しくないものを等しく評価することを意味し、これは憲法の比例原則、法定原則に違反すると。[38]

本説も、不能未遂が有能未遂ほど当罰的でないことは確かだが、両形態の類似性からすると、不能未遂を処罰することが憲法違反とまではいえないと批判される。殺人の不能未遂を処罰することが「法的平和」への配慮から来ているとしても、それが処罰の必要性を弱めるものではない。そもそもボトケの前提が間違いである。既遂であれ、有能未遂であれ、不能未遂であれ、刑事罰は生命、所有権等の「犯行財」を保護するという目的に仕える。不能未遂の無価値内実が低いということは量刑において、とりわけ、刑法第二三条第三項において考慮されている。[39]

ｅｅ　哲学的未遂不法否定論。ケーラーは、ヘーゲル、フィヒテに依拠して、不能未遂の処罰に反対する。「客観的現実化条件が……経験的確実性をもって排除されているか全く非蓋然的であるとき」、「未遂不法」が存在しない。「むしろ、事前の客観的判断から……侵害の可能性が明らかでなければならない」。さもなければ、「刑不法」は存在しない。しかし、論者も認めるように、これは哲学的に基礎付けられた絶対的法理論の言明である。「不能未遂が可罰的たりえないという実態に即した基本命題」は哲学的に基礎付けから導出されるが、現行法と相容れない。ケーラーは、最後には、法、不法及び可罰性を決めるのは法律であって、哲学ではないという理由から、哲学的には断固として否定するものの、法律的意味で「刑不法」を肯定する。[40]

2　オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況

ａ　法規定　オーストリア刑法はその第一五条及び第一六条に未遂規定を定めている。

第一五条（未遂犯の可罰性）

① 故意の行為に対する法定刑は、既遂の所為に対してのみならず、その未遂に対しても、又未遂への各関与行為に対しても効力を有する。

② 行為者が、所為を実行する又は他人を所為の実行へと勧める（第一二条）決意を、その実行行為に直接的に先行する行為を通して行為に表したときは、直ちに、その所為は未遂となる。

③ 未遂及び未遂への関与行為は、行為者について法規が前提している一身的な資格若しくは状況が欠如しているため、又は行為の性質上若しくは所為がなされた対象の性質上、如何なる事情の下においてもその所為の既遂が不可能であった場合には、これを罰しない。

第一六条（中止犯）

① 行為者が任意に実行を放棄した場合、又は数人がこれに関与したときは任意に実行を阻止した場合、又は行為者が任意に結果を回避した場合には、行為者は、未遂犯又は未遂への関与行為の故をもっては罰しない。

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

オーストリア刑法第一五条第一項は、未遂犯は過失犯を除くすべての故意犯で可能であることを定める。この点で、ドイツ刑法第二三条第一項が重罪の未遂は一般的に可罰的とし、軽罪の未遂については個別の規定を要求するのとは異なる。未遂罪の法定刑は既遂罪と同じであり、未遂は刑の減軽事由にすぎない（第三四条第一三号）。ドイツ刑法第二二条第一項は、未遂を「その行為についての表象に従って、構成要件の実現を直接に開始した」と定義するのに対

して、オーストリア刑法第一五条第二項は、未遂を、「所為を実行する……決意を、その実行行為に直接的に先行する行為を通して行為に表したとき」と定義するので、オーストリア刑法の規定自体から主観説、客観説が直ちに導かれるわけではない。ドイツ刑法第二三条第三項は絶対的不能未遂を基本的に可罰的と見ているが、オーストリア刑法は絶対的不能未遂はおよそ不可罰としている。[41]

b　学説の状況　旧刑法の時代には、純粋客観説と主観説が対立していた。**客観説**は専ら外に向けて現れた「所為の危険性」に未遂の処罰根拠を求める。リットラー[42]は、構成要件によって保護された行為客体に対する具体的危険（主要な結果無価値）と最後の断片だけが欠如している、犯罪構成要件の部分実現に未遂の処罰根拠を見た。これに対して、**主観説**は、専ら「行為者の危険性」から出立し、未遂の処罰根拠を専ら法敵対的心情（犯罪意思の表動）に見た。ノヴァコフスキーによれば、行為者が犯罪故意を行為に表すときには常に価値結合の欠如が見られ、ここに責任が認められる。犯罪が既遂に達したか、未遂にとどまったかは、行為者の責任に影響を及ぼすものではない。同じ責任は同じ刑罰に値する。主観説だけがこれを可能にする。未遂というのは本来的犯罪である。「既遂を未遂から区別するものは、本説からすると、客観的処罰条件に過ぎない[43]」。

客観説も主観説も現行刑法にはそぐわない。客観説は現行刑法第一五条第一項が未遂と既遂を基本的に等しく扱っていることにそぐわない。主観説も現行刑法にそぐわない。現行刑法第一五条第三項は絶対的不能未遂を不可罰としているし、同第一五条第二項は実行行為ないし実行行為に接着した行為という客観的不法成分を要求しているからである。[44]

現行刑法に適合するのが、主観的出立点を客観的側面と結びつけ、刑罰目的によって方向付けられる折衷説だと一般に考えられている。この説は印象理論(Eindruckstheorie)とも呼ばれる。本説によれば、未遂の処罰根拠は、既遂の意思（主観的発端）が所為事象に表れ（客観的成分）、これを黙視することが一般の人々に否定的印象を残し、一般的法意識の堕落に、したがって、法的平和の危殆化に繋がるというところにある。(45)

3　スイス刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況

a　法規定

第二二条　未遂の可罰性

①　行為者が、重罪又は軽罪の実行に着手した後、可罰的行為を終えなかったとき、又は、所為の既遂に属する結果が生じないか、結果が生じえ得ないとき、裁判所は刑を減軽できる。

②　行為者が、所為が実行の対象又は実行の手段の性質上、およそ既遂に到り得ないことを著しい無知から認識しないとき、不処罰とする。

第二三条　中止犯と行為による悔悟

①　行為者が自発的に可罰的行為を終えないか、所為の既遂を阻止するための寄与をするとき、裁判所は刑を減軽又は刑を免除できる。

②　複数の正犯者又は共犯者が一つの所為に関与するとき、裁判所は、所為が既遂に至るのを阻止するために自発的に寄与する者に対する刑を減軽又は刑を免除できる。

③　正犯者又は共犯者の中止が所為の既遂を阻止するところだったが、別の理由から既遂に至らなかったときも、

裁判所は刑を減軽又は刑を免除できる。

④　複数の正犯者又は共犯者の一人が、自発的に、所為が既遂に至るのを阻止する真摯な努力をするとき、所為がこの者の所為寄与と関係なく行なわれるとき、裁判所は刑を減軽又は刑を免除することができる。

第二二条第一項は刑の任意的減軽を定めているのは、未遂にとどまった犯罪であっても既遂の刑が適切と思われる場合、つまり、結果が発生していなくても一般的刑の加重事由がある場合があるからである。[46] 一九九七年一月一日改正刑法施行前の旧法第二三条は「通常の」不能未遂と「無知からでた」不能未遂を明文で区別していたが、新法は、この区別を廃止したので、この両者を区別する実践的意義は無くなった。第二二条第二項は、不能未遂について、著しい無知からでた全く危険のない未遂を不処罰としている。本項の未遂とは、普通の考える人によって直ちに認識されうるし、行為者によって全く特別の愚かさから誤認された不能未遂のことを云うと解される。[47] かかる未遂は法秩序を危うくせず、一笑に付される。不処罰の理由としてはこれで十分であるとされる。第二二条第二項は、客体の不能と手段の不能について定めているが、主体の不能については定めていない。非公務員が自分を公務員だと思って公務員犯罪を犯すとき、この未遂は危険でなく、したがって、不処罰とされるべきだというのが通説である。[48]

b　学説の状況　スイス刑法学説の出立点にフォイエルバッハの学説がある。[49] フォイエルバッハは、未遂を、「客観的に危険」でなければならない「犯罪の惹起に向けられた意図的な外的行為」と定義した。この背景にあるのは、啓蒙思想の特徴である法と道徳の分離、「法を侵害するか危険にする」行為だけが違法たりうること、「違法の意図」だけでは「行為に違法性の要素をあたえない」といった思想である。[50] 犯行に向けられた意思が外に現れた行為によっ

て表されたというだけでは足りない。むしろ、行為は法秩序に矛盾する、法秩序を侵害する又は危険にする一定の性質を有するべきだとされた。フォイエルバッハは、「犯罪者が既に主要行為（Haupthandlung）、つまり、それを終えることによって、法律に違反する結果を直接的に惹起させようとし且つ惹起できた行為に着手したとき」に未遂の成立を認める。主要行為の着手によって（不処罰の）予備行為との区別がなされる。フォイエルバッハは、未遂行為が意思によって「生じさせようとした」ばかりでなく、実際に生じさせることが「できた」ことを規準とすることによって、主観的要素と客観的要素を結合したのである。

この立場がその後の諸客観説の基本となった。一九世紀前半の自由主義思想に相応して、犯罪の重点を法的に保護された財又は利益の外的侵害に見るとなると、決して法益を侵害しない未遂の可罰性は初めから例外とされる。未遂処罰の根拠は、侵害意思に担われた行為が、状況に応じて、ともかくも本当に危険をもたらしうること、そして、この事だけでも法秩序に反するというところに求められる。ここから、危険（有能）な未遂（可罰的）と危険でない（不能の）未遂（不処罰）を区別する事情を精密化することが必要となる。スイス刑法学説もこの見解に組した。[51]

これに対して、二〇世紀に変わる頃、近代学派の影響の下に、主観的未遂論が支配的となった。既にシュトースは主観説を支持して、「違法な故意で」不能の手段を応用するか、不能の客体を攻撃する者は「違法な意思を表動した」と論じていた。[52]これに多くの学説[53]、諸予備草案が従った。ゲルマンは、「犯罪の意思決意――そこに規範違反、刑罰警告の無視、刑罰前提要件、犯罪構成要件の充足がある」と論じて、主観説を明確に擁護した。[54]この立場からは、刑法上重要な不法というのは、意思の中だけでとまでは云わないまでも、ともかくも、保護された規範に対する違反行為

それ自体の中に、行為者自らが自分の視点から見て法の禁止・命令を無視する行為の中に見出されなければならない。これに対して、具体的法益侵害の発生又はその発生の危険すらも重要でない。

このような犯罪を純粋に客観的又は主観的に理解する学説は批判に晒され、今日、実践的意義を失ったが、このことは未遂の処罰根拠にも当てはまり、諸見解の違いは微細な点に見られるに過ぎなくなった。さらに、改正前の刑法第二三条は、なるほど、主観的未遂論に立っているというのが通説であるが、しかし、不能未遂に関する特別の規定からすると、客観的未遂論とも折り合いをつけているとも指摘される。

シュトラーテンヴェルトによると、未遂というのは法によって保護される秩序への重大な侵害を与えるように見えるということ、そこにのみ未遂の処罰根拠がある。相応の社会的規範をはっきりと侵害する行為態様だけが未遂とされるべきである。この観点から、未遂は予備から区別される。しかし、不法結果を目指す行為によって法的禁止又は命令違反があったというだけでは十分でない。純粋な主観説は可罰性を広げすぎる。なるほど、未遂は、個別事例において実際に法益が危殆化されたことを前提としない。暗闇の中で錯視から動く影を人だと誤信して発砲する者は、完全に真剣に受け止められるべき殺人未遂を犯している。この点で、客観説の要求する法益危殆化は厳格に過ぎる。しかし、いわゆる迷信犯のような初めから誰をも危殆化しえない犯罪未遂は不処罰とすべきである。こういった未遂は明らかに不適切な手段が用いられており、それ故、法的に保護された規範の通用力を侵害しないからである。(55)

ノルとトレクセルも次のように論ずる。主観的には、未遂行為者は刑法上重要な故意を抱き、それを実行に移す。

未遂行為者は犯罪意思を形成したばかりか、それを明白に外に示した。未遂行為者は非難に値し、処罰に値する。客観的には、その行為は脅威でもある。未遂行為者が明白に外に示したことは危険な働きを有し、恐れを惹起し、したがって、法的平和を害する。ここに、刑罰目的から見て、未遂行為者の「再社会化」を試みる理由がある。法的平和の撹乱は、一方で、法の通用力とその貫徹への信頼を強め、他方で、当該行為者に再犯しないように、その他の者に「未遂」しないように威嚇する反作用を呼び起こす。未遂の刑が減軽されうる理由は次の通りである。なるほど、客観的には、未遂は脅威であり、法的平和を害する。しかし、発砲したが当たらなかったか、発砲して殺害したかは極めて大きな違いである。終了有能未遂の場合には、刑の減軽の主観面における説明が難しいのであるが、それでも、深層心理学的説明が可能である。「しくじり行為」としての未遂にとどまったのは、行為者の中にある無意識の法に誠実な努力が同人の意識的犯罪意図を妨げることに起因すると説明できる場合もある。[56]

現行刑法の未遂処罰根拠について、リクリンは、主観的面において、未遂犯者は犯罪意思を形成したばかりか、それを外に向けて表したこと、極めて執拗な犯罪意思を示す未遂犯罪構成要件が考えられること、行為者の責任が直ちに軽減するとはいえないこと、客観面において法益が脅かされ、危殆化されること、未遂にとどまるか既遂に至るかは偶然に左右されることが多いこと、偶然に結果が生じなかったにすぎないとき、行為者は処罰に値することを挙げる。リクリンは、刑の減軽根拠については、客観的には結果が発生しておらず、それ故、応報要求が低下すること、主観的には、未遂にとどまった事情が内的抵抗力、確固とした意思の欠如、あるいは下手だったことの結果でありうることを挙げる。[57]

注

(1) *Th. Weigend*, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: *H.J. Hirsch, Th. Weigend* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 113 ff., 115 f.; *Th. Hillenkamp*, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2007, Vor § 32 Rn 62.

(2) 旧客観説という名称はヒッペルによって名付けられたものである。*R.v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, 417.

(3) *C. Roxin*, Strafrecht AT., Bd. II, 2003, § 29 Rn 29.

(4) *F. v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., 1919, 200.; *v. Hippel*, (Fn. 2), 19430. 403 ff.; *R. Schmidt*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1931, 147 ff.

(5) *v. Hippel*, (Fn. 2), 428.

(6) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 28.; *Weigend*, (Fn. 1), 113.

(7) *K. Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, 691 ff., *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, 1918, 401 ff.; *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 49, Anm I.; *G. zu Dohna*, Der Mangel am Tatbestand, in: Güterbock-FS, 1910, 33 ff.

(8) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 30.

(9) *G. Spendel*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Stock-FS, 1966, 89 ff.

(10) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 31.

(11) RG v. 24. 5. 1880, RGSt 1, 439 ff.

(12) BGHSt 2, 74 (76) NJW 1952, 150.

(13) *H. Otto* Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 18 Rn 3「未遂の処罰根拠は犯罪意思が一定の外的行為に現れたこと、つまり、顕現したことにある」。*K. Lackner, K. Kühl*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 22 Rn 11「未遂の処罰根拠は法敵対的意思が外に現れたこと、つまり、外部世界に表れる行為によって、顕現した犯罪故意にある」。*Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 55-75.

(14) RGSt 1, 439, 441 f.; v. Buri, Versuch und Kausalität, GS 32 [1880] 321 ff., 322.

(15) RGSt 1, 441.; *L.v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907, 492, 525.

(16) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 35–37.; *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 49 II 2.
(17) *v. Hippel*, (Fn. 2), 1930, 422.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 38.
(18) *E. R. v. Liszt*, Die Lehre vom Versuch, ZStW 25 (1905), 24, 27, 36. これに対して、F・v・リストは特別予防の構想を推進したが、刑罰目的論からする処罰拡張傾向に対しては法治国の観点から処罰条件の客観的解釈で対抗し、客観的未遂論を唱えた。*F. v. Liszt*, (Fn. 4), 1919, § 47. Vgl. *Weigend*, (Fn. 1), 118.
(19) *E. Kohlrausch, R. Lange*, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, Vor § 43, Anm. III 3.
(20) *P. Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, 146.
(21) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 42.
(22) *G. Jakobs*, Strafrecht AT 2, 1991, 25/21.
(23) *Jakobs*, (Fn. 22), 25/17.
(24) *Jakobs*, (Fn. 22), 25/15.
(25) *Jakobs*, (Fn. 22), 25/21.
(26) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 44–45.; *Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 67, 82.
(27) v. Bar. (Fn. 15), 490 f., 527 ff.
(28) *Th. Vogler*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1985, Vor § 22 Rn 52.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 49 II 3.; *A. Eser*, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Rn 17, 22.; *H.J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 1993, Vor § 22 Rn 13 u. 14; *H. Tröndle, Th. Fischer*, Strafgesetz und Nebengesetze, 50. Aufl., 2000, § 22 Rn 49; *R. Maurach, K.H. Gössel u. H. Zipf*, Strafrecht AT, Bd. 2, 7. Aufl., 1989, § 40 Rn 40 f.; *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl., 2009, Rn 594.; W. *Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 9 Rn 48 f.; *G. Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 8 Rn 9 ff.; *G. Grünwald*, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, in: Welzel-FS, 1974, 701 ff., 712.
(29) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 47–50.
(30) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 10–24.
(31) *Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 84–85.
(32) *Eb. Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, 11/16 f.; *H. Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, 122 ff.

(33) *R.D. Herzberg*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 22 Rn 56.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 51.; *Rudolphi*, (Fn. 28), Vor § 22 Rn 15 a.; *Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 86 f.

(34) *R. Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 255 f., 327 f.

(35) *Herzberg*, (Fn. 33), § 22 Rn 11 f.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 52.; *Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 88.
ラート（*J. Rath*, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, 1106 ff.）もツァーチュクと似た見解を主張する。「被害者が不能を即座に認識するか又は法益の担い手が最早存在しないとき」、行為者と被害者の間に「権利関係の破壊」が見られず、未遂の不法がないと(1112)。これも現行法と相容れないし、立法論としても問題があると批判される。引き金に手を掛け、人を射殺する次の瞬間を待つ者は、その実情がどのようなものであれ処罰に値する。寝台にいる死体を寝ていると誤認して発砲する者も処罰に値するし、あるいは、不安を抱いていた被害者が事前に密かに弾を抜いていた拳銃を使って、被害者めがけて発砲する者も、被害者が当該行為の不能であることを知っていても処罰に値する。*Herzberg*, (Fn. 33), § 22 Rn 51. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 55.

(36) *H.J. Hirsch*, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Roxin-FS, 2001, 711 ff.

(37) *Herzberg*, (Fn. 33), § 22 Rn 53.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 57.; *Hillenkamp*, (Fn. 1), Vor § 22 Rn 92.

(38) *W. Bottke*, Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, 135 ff.

(39) *Herzberg*, (Fn. 33), § 22 Rn 58.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 56.

(40) *M. Köhler*, Strafrecht AT, 1997, 451 ff. Vgl. *Herzberg*, (Fn. 33), § 22 Rn 59.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 53.

(41) Vgl. *M. Burgstaller*, Der Versuch nach § 15, JB 1976, 113 ff.

(42) *Th. Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts AT, 2. Aufl., 1954, 255.

(43) *F. Nowakowski*, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der Verbrechensauffassungen, ÖJZ 1953, 596, 599.; *ders.*, Zur Systematik der Lehre von den Erscheinugsformen des Verbrechens nach der subjektiven Auffassung, Zeitschr. f. österr. R. 1946, 22, 27.; *ders.*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 87 ff.

(44) *D. Kienapfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 21 Rn 15.

(45) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 21 Rn 16.; *Burgstaller*, (Fn. 41), 114. これに対して、フックス（*H. Fuchs*, Österreichsches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 28. Kap Rn 42）は、客観説といえども未遂犯の成立に故意の必要であることを否定するものではない

こと、故意に加えて客観面を重視すべきとして、客観説に組して、現行法上、未遂が基本的に既遂と同じ法定刑であることについては、行為無価値と結果無価値が不法の同価値の要素であることから出立して、未遂が既遂に客観的内実においても大いに似ていなければならず、その結果、法定刑を異にする必要がないのだと論ずる。

(46) *G. Stratenwerth, W. Wohlers*, Schweizerisches Strafrecht. Handkommentar, 2007, § 22 Rn 5.

(47) BGE 70 IV 50.

(48) *Stratenwerth/ Wohlers*, (Fn. 46), § 22 Rn 7.

(49) 以下の記述はシュトラテンヴェルトに拠る。*G. Stratenwert*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 1982, § 12 Rn 12 ff.

(50) *P.J.A.R. v. Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 9. Aufl., 1826, 42 ff.

(51) *J.D.H. Temme*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1855, 176 f.; *H. Pfffninger*, Das Strafrecht der Schweiz, 1890, 773 ff.

(52) *C. Stoos*, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Bd. I, 1892, 218.

(53) *E. Delaquis*, Der untaugliche Versuch: Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung, 1904, 173 ff.; *E. Zürcher*, Erläuterungen zum Vorentwurf 1908, 1914, 59 f.

(54) *O.A. Germann*, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914, 145 FN 76.

(55) *Stratenwerth*, (Fn. 49), § 12 Rn 17.

(56) *S. Trechsel, P. Noll*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., 1994, 154 f.

(57) *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 2. Aufl., 2002, § 17 Rn 37 ff.

（つづく）