

タイトル	未遂犯と中止犯(5)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 48(2): 237-280
発行日	2012-09-30

未遂犯と中止犯 (5)

吉 田 敏 雄

未遂犯と中止犯 (5)

- 第一章 未遂犯
 - 一 未遂犯の意義
 - 1 ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
 - A 法規定
 - B 学説の状況
 - 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
 - B 学説の状況
 - 3 スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
 - A 法規定
 - B 学説の状況
 - 二 未遂犯の処罰根拠
 - 4 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況
 - A 学説の状況
 - a (純粹)主観的未遂論
 - b 客観的未遂論
 - a a 行為無価値論的客観的未遂論
 - b b 結果無価値論的客観的未遂論
 - B 未遂犯の処罰根拠の検討
- 三 構成要件
 - 1 主観的構成要件
 - a 犯行計画
 - b 決意
 - c 故意
 - 2 客観的構成要件

(以上第47巻第1号)

- A ドイツ語圏刑法学・判例の状況
 - a 形式的客観説（構成要件説）
 - b 実質的客観説
 - c 主観説
 - d 主観的客観説（個人に応じた客観説）
 - e 最近の判例の動向
 - f 部分行為説の具体化（ロクスライン説）
- B 我が国の学説
 - a 主観説
 - b 客観説
 - a a 形式的客観説（構成要件基準説）
 - b b 行為無価値論的実質的客観説
 - c c 結果無価値論的実質的客観説
 - c 折衷説
 - a a 主観的客観説
 - b b 客観的主観説
- C 未遂行為（予備と未遂の区別）
 - a 実行行為
 - b 実行行為に接着する先行行為
 - c 犯罪行為態様別の検討（以上第47巻第314号）
- D 間接正犯
 - a ドイツ語圏刑法学説
 - a a 厳格説（全体解決策）
 - b b 影響力行使説
 - c c 修正影響力行使説
 - d d 区別説
 - e e 一般説
 - b 我が国の刑法学説
 - a a 利用者説
 - b b 修正利用者説
 - c c 被利用者説

- 四 違法性
 - 五 責任
 - 一 不能未遂
 - 1 不能未遂の可罰性の規準
 - 1 ドイツ語圏刑法学説
 - ① 主観説
 - ② 客観説
 - ③ 構成要件欠如の理論
 - ④ 折衷的主観的客観説（印象説）
 - 2 ドイツ語圏の法規定
 - a ドイツ
 - b オーストリア
 - c スイス
 - 3 我が国の刑法学説
 - ① 純主観説
 - ② 主観的危険説（抽象的危険説）
 - 二 不能未遂
 - 3 客観的帰属
 - A 行為の帰属
 - B 経験的行為危険
 - b a 規範的行為危険
 - a 結果の帰属
 - b 経験的結果危険
 - c 規範的結果危険
 - c 仮定的適法代替行為
- 三 個別化説
 - d 個別化説
 - e 要約
 - E 結果的加重犯における未遂
 - a 基本犯が未遂にとどまり、この未遂から重い結果が発生した場合
 - b 重い結果が故意に含まれているが、重い結果は発生しなかった場合

（以上第48巻第1号）

- ③ 具体的危険説 (新しい客観説)
 - ④ 客観的危険説 (古い客観説、絶対的不能・相対的不能説)
 - ⑤ 定型の危険説
- 二 不能性の概念
- 1 不能性の意義
 - 2 絶対的不能と相対的不能の区別
- 三 不能未遂の原因
- 1 手段の不能と客体の不能
 - ① 手段(行為)の不能
 - ② 客体の不能
 - 2 主体の不能
- 四 判例
- (1) 手段の不能
 - a 手段の効果について錯誤があった場合
 - b 手段の作用について錯誤があった場合
 - (2) 客体の不能
 - ① 存在しない構成要件(禁止規範)の違反
 - ② 存在する構成要件(禁止規範)の拡張(包摂の錯誤の裏返し)
 - ③ 正当化事由の誤解(正当化事由の錯誤の裏返し)
- (以上本号)

第二章 不能未遂

一 不能未遂の可罰性の規準

不能未遂(単に不能犯といわれることもある)というのは、構成要件の実現を目指す行為者の行為が事実的又は法的理由から既遂には到り得ない場合のことを云う。未遂の開始時点において既に既遂にはいたり得ないことが確定であるところには不能未遂の特徴がある。行為者はそれにもかかわらず行為が既遂に至りうると考えている。行為者が不能であることを認識しているとき、既遂意思がなく、したがって、(不能)未遂も存在しない¹。不能未遂は、一般に、行為(手段)の不能(不能の手段を用いた未遂)、客体の不能(不能の客体への未遂)及び主体の不能に分けられる。不能未遂の可罰性の規準は未遂犯理論、なかならず、未遂処罰の根拠と連動して論じられてきたのであり、その状況は今日においても変わらない。未遂犯の処罰根拠に関する学説の検討は既に第一章二で行なわれたので、以下

説では、先ず、不能未遂に焦点を合わせた、学説の簡潔な概観から始めることにする。

論

1 ドイツ語圏刑法学説

この問題はドイツ語圏刑法学では古くから未遂の処罰根拠と関連して論じられているので、先ず、これを一瞥しておこう。なお、ドイツ語圏刑法学においては、如何なる規準に基づいて、可罰的不能未遂と不可罰的不能未遂を分けるのが論点となる。

① **主観説** ドイツ刑法学における主観説は既に触れたので、ここでは、オーストリア刑法学における主観説を概観する。ノヴァコフスキー^②によれば、可罰的未遂が成立するためには、犯罪の既遂に向けられた故意が行為において表されるだけで足りる。所為の客観的所為面において、未遂と既遂の間に何等の関係も要しない。未遂においても故意は構成要件該当の不法に向けられていなければならない。未遂は、定型的に違法でないにせよ、それでも定型的に有責である。これで定型刑法、**法的安定性**には十分である。

ノヴァコフスキーによれば、未遂刑の存在根拠は行為の危険性にあるのではない。危殆化結果でなく、侵害故意が（侵害犯において）未遂刑の支柱となる。但し、一部の主観説の主張とは異なつて、行為者の危険性が支柱となるのではない。つまり、法敵対的意思を芽のうちに摘み取り、国の防衛線をできる限り前に進めることが目論まれているのではない。行為者の責任が未遂刑の支柱となる。等しい責任が実証される行為はすべて等しく可罰的であらねばならない。したがって、未遂と既遂は基本的に等しく処罰される。

犯罪と刑罰の意味連関が主観主義を支える。刑罰は行為者に働きかける(特別予防)。刑罰は、外的結果発生という偶然ではなく、犯罪意思が実証されたことに焦点を合わせることによって、一般の人々に働きかけなければならない。今日の応報は、結果指向でなく、責任指向である。正義もこれと関連する。不能未遂とか構成要件の欠如を不処罰とするなら、それは正義に反する。等しい責任には等しい刑罰を！この要請は正義感にばかりでなく、論理的にも根拠付けられる。刑罰目的は心理的過誤行為に注目するように指示するのであって、結果にはない、そして、刑罰がその本質上行為者への働きかけにあるとき、その人の中にある事情だけが処罰のために本質的たりうる。

ノヴァコフスキーによると、行為によって努力して得ようされる結果が、ふさわしい手段や客体が欠如しているため、如何なる場合でも生じえなかったという場合であつても、可罰的未遂が成立する。例えば、女性が懐胎していると誤信しているとか、使用する堕胎薬がまったく無害であるとか、実際には一四歳に達してゐる女性であるのに、それ未満であると誤信して性的関係をもつ男性とか、塩で毒殺できると誤信してそれをコーヒーに混ぜて飲ませるといった場合である。⁽³⁾

② 客観説 客観説は、行為から保護される行為客体に現実の危険が発生したことを要求する。本説は、所為の当罰性の本来的根拠としての結果不法から出立するので、結果不法への途上にあることが行為から窺えることを要求する。

古い客観説⁽¹⁾は、絶対的不能未遂と相対的不能未遂を区別し、判決を下す裁判官の事後的判断が規準となる。絶対的

不能未遂（不処罰）としては、非懐胎者に墮胎を試みる場合が、相対的不能未遂（可罰的）としては、効果を出すには少なすぎる量の薬物で墮胎を試みる場合が挙げられる。しかし、本説に対しては、絶対的不能なのか相対的不能なのかの区別が容易でない場合が多い、例えば、行為客体が存在するものの、行為者の予期に反して犯行現場にはない場合が指摘されている。^⑤ 本説は今日、支持を失った学説である。^⑥

新しい客観説^⑦は、古い客観説とは異なつて、行為の危険性の判断に当たつて、所為時の識見のある、専門的知識のある観察者にとつて（事前に）認識可能なすべての事情を、行為者の特別の因果知識を含めて、基礎におく（相当因果関係説の考察方法に対応する）。本説に対しては、有能性の程度はすべての危険犯におけるのと同様に当罰性に重要であるにせよ、未遂の処罰根拠がほぼ行為の危険性に尽きるのではないとして批判される。規準となるべきは、行為規範に対抗する意思と所為の危険性が人々に与える印象である。^⑧

③ 構成要件欠如の理論 客観説のように経験的危険の観点から未遂を捉えるのではなく、規範的観点から未遂を捉えるのが構成要件欠如の理論である。オーストリア刑法学におけるその代表的論者であるリットラー^⑨によると、可罰的未遂は、行為がその外形的性質から既遂との近接した関係を示す場合に限定される。未遂も既遂も構成要件該当でなければならぬが、もとより、両者の構成要件該当性が同一というわけではない。「未遂では、構成要件該当性が完全に充足されることなく、構成要件の末端、つまり、結果が欠如する。結果が欠如していることは別として、未遂と呼ばれるべきなら、構成要件該当の客体であるうと、構成要件該当の手段であるうと、構成要件該当の主体であるうと、構成要件が前提とする場所的又は時間的状況であるうと、これら全部の構成要件要素が充足されていなければな

らない。……特に、行為も構成要件該当、しかも、直接的構成要件該当でなければならない、すなわち、それ自体として考察すると、客観的構成要件の叙述に相応しなければならぬ」。未遂から区別されるのが構成要件欠如である。「この場合、結果だけが欠如するのではなく、いずれにせよ、構成要件を基礎付ける要素も欠如する。未遂では、行為者は未来のことに關して、その行為の因果關係に關して誤信するが、構成要件欠如においては、行為者は現在のことに関して誤信している、つまり、行為時点に既に存在しているものであつて、この行為に因つて初めて招来させようとするのではない事情に關して誤信している。例えば、行為者が黄昏の中で自分の敵と間違つて木の切り株を銃撃する場合、構成要件該当の客体である「人」が欠如している¹⁹⁾。行為者が、砂の入っている容器をエクランサイトが詰まっていると誤信して投げつける場合、爆発物取締法第四条が手段として前提とする「爆発物」が欠如している。「行為者の得ようとする類の結果がそもそも実現できないような類の手段」を用いるとき、構成要件該当の行為にふさわしい手段が欠如するため、不処罰である。例えば、殺害の意図で砂糖水で毒殺しようとするとき、殺人未遂は成立しない。これに対して、行為者が不十分な手段を使用するとき、例えば、致死量に足りない毒物を使用するとき、可罰的未遂が成立する。但し、不十分であることがまったくばかかっているときは別である。自分の妻が既に死亡しているのを知らず、まだ生きていると思ひながら、別人と婚姻する者には、重婚罪が前提とする「婚姻者」という属性が欠如している。

④ 折衷的主観的客観説(印象説) 本説は、未遂の可罰性の規準となるのは行為者の法敵対的意思であると捉えるが(主観説)、この意思は個人の現象としてではなく、意思の社会への影響という点で理解される。重大な犯罪を真剣にもくろみ、実行に移した者が処罰されないなら、社会生活を客観的に形成する力としての法秩序の通用性への一般

の人々の信頼が揺り動かされる。行為者が重大な障害を見過ごしたために、既遂には至らなかつた行為といえども、このような効果を有するのは、行為者が犯罪を犯す能力のあることを証明したからである。有能未遂によつても不能未遂によつても招来される社会的損害は法的平和が確保されているとの感情が毀損されるところにある。有能未遂ではこれに保護される行為客体の危殆化が加わる。刑法の任務としての一般予防から導出されるこの理論は今日通説と目される。¹¹⁾

2 ドイツ語圏の法規定

a ドイツ ドイツ刑法第二三条第三項は、「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つ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、刑を減輕することができ(第四九条第二項)」と定めているので、不能未遂の原則的可罰性を前提として、「著しい無知」から行なわれた不能未遂にのみ刑の免除又は減輕を認める。「著しい無知」とは、行為者に誰もが有する自然法則的連関の知識が欠如していることを意味する。行為者が魔術の効果を信頼するとき、不処罰の未遂がある(いわゆる非現実的又は迷信的未遂)¹²⁾。不能未遂が原則的に可罰的であることは、第二二条の未遂の概念規定からも明らかである。「所為についての行為者の表象」が未遂の判断基底となっているからである。行為者が、計画した所為によつて結果が発生すると誤信しても、未遂が成立するのである。したがつて、ドイツ刑法第二二条、同第二三条第三項が客観説と相容れないことは明らかである。¹³⁾ 現行法の解釈論として不能未遂の可罰性を限定する承認関係侵害理論(ツァチュク)や真正の主観・客観未遂論(ヒルシュ)は現行法の規定と相容れない

(第一章1e、a a、b b、c c 参照)。オーストリアでは通説である未遂の処罰を法的平和の持続的動搖に基礎付ける印象説は、ドイツでも通説と目されているが、しかし、「著しい無知」から行なわれた不能未遂を処罰するドイツ法に印象説が適合するかは疑問である¹⁴⁾。

b オーストリア オーストリア刑法第一五条第三項は、「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として一身の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」と定め、ドイツ刑法とは異なり、絶対的不能未遂はおよそ不可罰としている。オーストリア刑法第一条第三項はドイツ刑法とは異なり客観的理解を受け入れる余地はあるが、しかし、未遂の定義を限定する構成要件欠如の理論は一般的に受け入れられていない。その理由として次の諸点が挙げられる。如何なる未遂でも、可罰的未遂であっても、客観的構成要件が欠如しているが、客観的構成要件が充足されていないか、完全には充足されていないということが未遂の本質的要素である。とりわけ、この理論は事物論理的構造で挫折する。ある行為が**実行行為に直接的に先行する**か否かの問題は行為者の行為計画を考慮に入れなければ意味のある答えが得られない。なるほど、実行行為については、リットラーの主張するように¹⁵⁾、客観的規準によって判断することができないわけではない。実行行為を、保護法益に対する、事前の考察から、社会的不相当の危険な行為と定義できるからである。短刀が人をかすめて飛んでいったという場合、それが傷害未遂なのか、殺人未遂なのか、はたまた技量を証明する行為だったのが問題となるが、如何なる短刀の投擲でもそれが人をかすめるとき、殺人の実行行為と見て、しかし、その内的所為面は単に技量を証明する場合には充足されないと理解することは可能である。しかし、実行行為に直接的に先行する行為の場合、この説明ではうまくい

かない。この先行行為は、それ自体危険ではないが、その法的意味を、計画されたが、まだ存在しない実行行為との意味連関からしか得られないからである。それ故、構成要件欠如の理論は、可罰的未遂を実行行為に限定する未遂規定とは相性があるが、しかし、可罰的未遂を先行行為に伸ばす未遂規定を説明することができない。オーストリアの未遂規定では、未遂行為は行為者の行為計画を基礎にしてしか判断できない⁽¹⁶⁾。

c スイス スイス刑法第二二条第三項は、「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」と定め、不能未遂の特殊の場合を定めている。不能未遂の可罰性は未遂の処罰根拠から導出され、第二二条第二項はこれを前提とした規定と解されている。本規定は著しい無知から出た行為だけを不処罰とする特別の規定ということになる。スイス刑法は主体の不能に関しては明文化していないが、身分の無い者は規範の名宛人たりえず、したがって、結果無価値はおろか、行為無価値も存在しないという理由から、一般に幻覚犯の一種として不処罰と解されている⁽¹⁷⁾。

3 我が国の刑法学説

我が国でも未遂犯の処罰根拠と関連して、誰が(判断主体)何時(判断時点)如何なる事情を基に(判断基底)如何なる基準(判断基準)によって危険判断を下すかに関して、様々な見解が見られる。大別して、次のように分類できよう。なお、我が国では、不能未遂を可罰的不能未遂と不可罰的不能未遂に分けるのではなく、未遂犯(可罰)と不能犯(不可罰)に分ける基準が論点となっている。

① 純主観説。本説は意思の危険性を規準とし、犯意が外部に表現されたとき実行の着手を認めるので、基本的に不能犯の存在は否定される。但し、例外的に、「迷信犯」だけは、性格の危険性がないとして不可罰とされる。¹⁸⁾ 今日、本説を主張する論者は見あたらぬ。

② 主観的危険説(抽象的危険説)。本説は、行為者の犯罪的意思を出発点とし、その犯罪意思において行為者が行為のとき、事前に認識した事情を基礎とし、その事情の下に行為がなされたならば一般的見地において結果発生(抽象的)危険があつたか否かを判断し、危険があるときは未遂、危険がないときは不能犯とする。本説は、行為者の意思の危険性を一般人の観点から判断する点で、純主観説と異なる。例えば、行為者が、丑の刻詣りをして人を殺そうとしても、それによつて人を殺すことは一般的見地においては不可能であるから、不能犯である。砂糖で殺せると思つてそれを利用する場合も同様に不能犯である。死者を生者と信じて殺害行為をしたり、砂糖を誤つて毒物と取り違えて毒物と誤信して殺意をもつて他人に飲ませた場合は、「行為者の認識した事情の下において行為がなされたならば、すべて、客観的に結果発生(抽象的)危険があるから未遂」である。¹⁹⁾ しかし、本説は、砂糖を毒物と取り違えて毒物と誤信して殺意をもつて他人に飲ませた場合までも未遂の成立を首肯するが、しかし、一般の人なら容易に砂糖だと分かる場合にまで、規範違反行為を認めるべきでない。²⁰⁾

本説は、主体に関する事実の欠缺は不処罰であると論ずる。純正身分犯は社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担する地位であり、その義務に関し、身分のない者が義務ありと信じてても義務主体たりえず、且つ、存在しない義務を存在すると考えることは幻覚犯だと論ずる。²¹⁾

③ 具体的危険説(新しい客観説)。本説は、行為の当時、行為者が特に認識していた事情、及び、一般人が認識しえたであろう事情を基礎とし、客観的見地から具体的危険の存在(未遂犯)、不存在(不能犯)を事前的に判断する。例えば、死体を生きている人だと誤信して短刀で突き刺した場合、行為者以外の社会における一般人にもその死体が生きた人と考えられたであろうときは殺人未遂であるが、一般人には死体であることが明らかであったとみられるときは不能犯と解する。同様に、行為者が砂糖を青酸カリと誤信してこれを飲ませた場合、一般人も砂糖を青酸カリと誤認するような状況があるときにのみ、殺人未遂を肯定する²²⁾。

具体的危険説は実際の適用においては抽象的危険説とあまり変わりなく、不能犯を認める範囲が狭すぎるのではないかとの批判²³⁾に対する対応には様々な見解がある。その一つは、構成要件の欠如理論を併用する見解である²⁴⁾。その二は、構成要件の結果発生²⁵⁾の現実的危険性が認められても、実質的な違法性の判断においてその可罰的違法性が認められない場合もある、例えば、想像妊娠の婦女に対する墮胎や主体の不能のように、事後的に観察すれば法益侵害の危険性はまったく認められないような場合には違法性が阻却される²⁶⁾との見解である。しかし、この見解は、構成要件該当性は事前判断であり、違法性は事後判断であるとして分断することになるのみならず、そもそも具体的危険説を採用した意味を失っている点に問題がある²⁶⁾。

さらに、結果無価値論の立場から、修正具体的危険説を唱える者も現れた。その一は、「客観説に立つ以上、行為およびその外部的事情を基礎として法益侵害の危険性を判断しなければならない。外形的に危険が感じられないかぎり、処罰を放棄するという方向に向かうべき」と論じて、事前判断の立場を維持しながら、危険判断の基底から行為者が

認識していた事情を除外する見解である。⁽²⁷⁾ 本説によると、青酸カリで毒殺しようとしたが、砂糖を青酸カリと取り違えて服用させたときは不能犯となるが、行為とその外部的事情からだけでは毒薬と分らない毒薬を服用させたときは不能犯として不可罰ということになる。⁽²⁸⁾

その二は、行為者の意思や計画に言及することなく、一般人の見地から結果発生 of 具体的危険性の存否を問うとも、部分的に事後的判断を取り入れる見解である。例えば、警察官の携帯する拳銃を奪取して、これを人に向けて発砲するが、拳銃には弾が装填されていなかったという場合、未遂罪が成立するが、人が就寝していると誤信して空寝台へ拳銃を発射した場合には、「理論的には、行為者がベッドに向ってピストルを発射する時点に立って、いわゆる *ex ante* に、ベッドのなかに人が寝ていると思われる状況かどうかを判断すべきであろうが、あとになって、ベッドがカラであったことはわかったとき『なーんだ』という安堵感が、犯罪の成否に全然影響がないとはいえないように思われる」と論じて、事後的判断から未遂犯の成立が否定される余地のあることが示唆される。さらに、戸棚に入れておいた毒薬を、取り出すときに間違つて隣にあつた瓶を取り出して飲ませたという場合、飲ませる過程は全く正常であつて、それ自体に客観的な異常さは全くないので、未遂犯とするのは適当でないと論じられる。この設例でも、実際に毒薬入りの瓶を取り出して飲ませる場合もその過程は客観的には正常に見えることから分かるように、飲み物が毒薬入りでなく、普通の飲み物であることが前提とされている、つまり、事後的分析結果に基づく事後的判断が取り入れられている。⁽²⁹⁾ しかし、事前の判断と未遂犯では故意は主観的不法要素であるとの立場が基本的に維持される限り、このような見解の具体的危険説との整合性が問題とされざるを得ない。⁽³¹⁾

④ 客観的危険説（古い客観説、絶対的不能・相対的不能説）。本説は、結果無価値論から出立して、結果発生の際を、行為者の意思や計画を全く考慮せず、しかも、事後的に判明した行為時の客観的事情も考慮に入れて、事後的な立場から危険性を客観的・外部的に判断する。本説によれば、殺人の被害者が既に死亡していた場合（客体の絶対的不能）や、砂糖を毒物と誤信して投与した場合（方法の絶対的不能）に不能犯（不処罰）が認められるように、不能犯の認められる余地が広がる。本説は、具体的危険説の台頭とともに一旦表舞台から退いたが、近時、物的違法論の立場から再び支持者が増えている⁽³²⁾。

事後に判明した具体的事実に基づいて客観的な事後判断を下すとなると、未遂はすべて不能犯となりかねない⁽³³⁾。これは刑事政策的に耐え難い結論である。そこで、事後的判断の立場からも一般化（抽象化）考察をした上での危険判断が提唱される。その一つである「仮定的事実説」によれば、具体的危険の判断は、①結果が発生しなかった原因を解明し、事実がいかなるものであったら、結果の発生がありえたかを科学的に明らかにする、②こうした結果惹起をもたらしすべき（仮定的）事実が（現実には存在しなかったのであるが）存在してたかが判断される（仮定的事実の存在可能性）。①においては一般人の認識可能性は無関係であるが、②においては、一般人が事後的にそれを「ありえたことだ」と考えるかを基準として判断される（一般人の事後的な危険感）。方法の不能の場合、例えば、勤務中の警察官の拳銃を奪取し、これを人に向けて発射したが、弾が装填されていなかったとき、警察官の勤務中携帯する拳銃には弾丸がこめられていることは十分ありえたので、具体的危険の発生は肯定される。これに対して、客体の不能の場合、例えば、暗闇の中、寝台に向けて拳銃を発射したが、その寝台は空だったとか、すりの目的で被害者の右ポケットに手を差し入れたらところ、その中からはからだだったという場合、具体的被害法益に対する「現実的な」危険の発

生がなかったとして、不能犯とされる。ただし、空ポケットの場合、右ポケットは空だったが、左ポケットの中には金品が入っていたという場合には、この左ポケットの中の財物に対する危険をを根拠として窃盗未遂を認められる。⁽³⁴⁾このように、本説は、方法の不能と客体の不能を異なった扱いをすることによって、部分的に客観的危険説に具体的危険の事前判断を接木するところに、理論的一貫性が欠如しているのみならず、客体の不能の例に見られるように、未遂犯か不能犯かの判断が偶然の事情に左右されるところに問題がある。⁽³⁵⁾

その二は、立法者は行為時の一定の危険だけを処罰しようとする政策決定をしているから、「政策的に未遂として事前に処罰する必要のある場合」は、行為時を基準とした危険性判断が必要となると説く「**科学的事後予測**」である。これによると、危険性の有無は、実行行為時に存在した客観的事情を基に、実行時を基準に、裁判官が一般人の視点で科学的合理的に判断する（行為時から見た「合理的（科学的）な結果発生確率の判断」）。客体の不能の場合、実行時の客観的・類型的事情から裁判官が判断して、およそ客体が存在する可能性がない場合は未遂とはなりえないが、行為時にたまたま客体が存在しなくても、客観的に客体が存在しうる可能性が一定程度以上存在すれば未遂となりうる。例えば、死体を突き刺すとき、死亡直後の生死の限界の微妙な時間帯については未遂の成立が認められる。手段の不能の場合、行為時を基準とした客観的事後予測判断が必須である。警察官の拳銃を奪取して殺害に用いたが、弾丸が装填されていなかったため目的を遂げなかった場合は、勤務中の警察官の拳銃には弾丸が込められている確率はかなり高く、警察官の所持する拳銃一般として抽象化すれば危険性がある。⁽³⁶⁾本説には、客体の不能につき、「およそ客体が存在する可能性」の有無の基準が不明確であるのみならず、方法の不能につき、「客観的事情」を基に危険性を判断するとしながら、実際には事実を抽象化して判断しているところに問題がある。

その三は、事前の判断と事後の判断を分ける二元的危険予測説である。事前の判断として、科学的一般人の認識可能性および行為者本人の認識を基礎として、客観的に、**具体的危険の発生の可能性が問われる（事前の具体的危険判断）**。事後の判断としての仮定的因果予測では、行為者の行為の因果的経過に沿って、実行行為の以前からの全体的な事象の流れを考慮して、実行行為時における結果の発生**の客観的蓋然性が、**どれほど大きいかによって判断される。

そのような結果発生の客観的蓋然性が高い場合には実行行為時には、**具体的危険状態が存在し、未遂が肯定され、極めて低い場合には不能犯となる。**例えば、誰が見ても人が眠っているように見える空寝台に拳銃を撃つ行為には事前の判断からは**具体的危険の発生が認められるが（具体的危険説と結論が同じ）、**事後の仮定的判断からは、射撃時点以前に、被害者がその寝台に寝ていたが、たまたまその時に隣室に行っていたという場合には客観的蓋然性は否定できないものの、被害者が一月前から海外旅行に出かけていたという場合には客観的蓋然性は**なく、不能犯である**³⁷⁾。本説は客観的危険説の一種として、事後判断において「仮定的因果予測判断」を要求しているので、ほとんどの場合**具体的危険説と結論を同じくする。**本説は、客観的因果予測判断からの結果発生の客観的蓋然性判断に当たつての基準が明確とは云えず、設例に見られるように、結論が偶然に左右される。

その四は、結果無価値論を徹底させる立場から**科学的に不確実性を根拠に未遂犯の成立のありうることを首肯する見解である。**拳銃の弾丸が頭の横を通りそのために死ななかつた場合、銃口の方向をできるだけ明確にしたうえで「科学的に不確実性の範囲」を明らかにする、つまり、「行為時の条件に依じて許容されるズレの範囲」が「客観的危険の範囲」であり、この範囲内にある限り未遂犯の成立はありうる。本説は、銃口の方向が一ミリずれていたという事実を考慮から外して、すなわち、「抽象化」して「客観的危険性」を判断するので、危険判断において事実の「抽象化」を

認める。しかし、本説も、客体の不能、例えば、現実に存在しない客体（死体や人形）については法益侵害（生命侵害）の可能性がおよそないとして不能犯を認める³⁸。

⑤ 定型的危険説。本説は、構成要件要素の中には、それを欠くことによつて構成要件の定型を失わせる本質的要素（例えば、公務員という身分、鎮火妨害の「火災の際」と、そうでない非本質的要素があるということから出立する。かかる本質的構成要件要素が欠如するとき、未遂を罰する規定があつても、実行行為としての定型性が認められず、未遂も成立しない。本説はこれを構成要件の欠缺（事実の欠如）と呼ぶ。結果の発生が定型的に不能であるような方法による行為、例えば、「丑の刻参り」のような迷信犯の場合、実行行為の定型性を欠き、構成要件該当性を有せず、未遂犯にならない。本説は、このような行為を不能犯又は不能未遂と呼ぶ。したがつて、実行行為の定型性の問題としては、構成要件の欠缺と不能犯との間に理論的区別はないことになる。実行行為の定型性を判断するに際して次の標準が考慮される。①定型的に不能といえるためには、科学的見地と社会通念との双方からみて結果発生 of 危険がない場合でなければならない。構成要件の定型性は社会心理的基礎を有するから、常識的に結果の発生が可能と考えられているような行為は、たとい科学的に見て不能であつても、構成要件の定型性は否定できない。②危険の有無は、具体的状況を基礎に判断されるが、その具体的状況は、一方で、通常人の認識・予見することのできたであろう事実、及び、行為者が現に認識・予見していた特別の事実、他方で、その外観上、通常人が受け取つたであろうような事実として考えられる。③危険の有無は行為時の判断である³⁹。

本説は、本来の構成要件欠缺の理論とは異なり、行為の目的物を欠いた場合についても未遂犯の成立を肯定する。

懐中無一物に通行人に対する強盗やスリは強盗罪ないし窃盗罪を構成する。但し、自己の財物に対する窃盗行為が未遂罪とならないのは、窃盗罪の定型性を欠くからである。結局、本説はその帰結においてほぼ具体的危険説に帰着する。

二 不能性の概念

1 不能性の意義

刑法第四三条「犯罪の実行に着手しこれを遂げなかつた者は、その刑を減輕することができる」は未遂犯（障害未遂）を定めた規定であり、不能未遂（不能犯）を含まないというのが一般の見解である。しかし、未遂には障害（有能）未遂（tauglicher Versuch）と不能未遂（untauglicher Versuch）の二種類があり、刑法第四三条は双方を区別することなく、すなわち、両形態の未遂を規定したのであるが、しかし、不能未遂の一部については刑法理論的に考察すると実行の着手が欠如しているために、その可罰性が排除されると理解するのが法文に即した解釈と云える。⁽¹⁰⁾

不能性というのは、言語上も概念上も、未遂に結果の発生への適性が欠如しているということを意味する。不能性を検証する前に、先ず、相対的不能性であっても、概念上、有能性は排除されるべきである。有能性は、現象が通常の流れであれば、未遂が客観的判断によると結果発生につながるどころだが、結果がまったく偶然に生じなかつたという場合である（例えば、警察官が現れたとか、行為者の技量不足とか、異常な因果関係をたどつたという場合）。未遂の大部分はこのようなものである。これに対して、不能性というのは、偶然に結果が発生しなかつたというのでは

なく、主体、客体、行為の性質に初めから組み込まれた法的又は事実上の理由から結果が発生しない、つまり、所為が既遂に到り得ない場合である。失敗が初めから必然的結果として伴うものでない場合、未遂は障害(有能)未遂である。例えば、被害者が、地上から15メートルの高さにある窓から突き落とされたが、落下地点に偶々柔らかな廃棄物があったためにこれが緩衝材となって助かったという場合、当該行為にはない性質から偶然に助かったのであるから、不能性は認められない。この有能性検証の基礎にあるのは事後の客観的認識である(事後における厳格な客観的初期予測)。有能性が確認されると、相対的不能という問題も生じない。⁽⁴⁾

2 絶対的不能と相対的不能の区別

未遂が不能であるということが確認されると、次に、それが相対的不能なのか絶対的不能なのか問題となる。具体的事後的考察から出立して判断するのが妥当でないことは、事後的に判明したすべての要因を考慮すると、いかなる未遂であっても行為が既遂に達するのは不可能だということになり、すべての未遂は絶対的不能となることから明らかである。⁽⁴⁾そこで、一般化事後的考察から判断する見解が現れる。⁽⁴⁾これによると、一般化観点からも、つまり、個別事例の具体的性質を度外視して考察し、結果の発生が一般的な不可能な場合が絶対的不能であり、これに対して、個別的な事案において、既遂が偶然に不可能であったに過ぎないとき、この未遂は相対的不能である。この説は、考察においてどの程度一般化されるべきかの明確な規準を与えておらず、同種の事案の扱いを異にするところに問題がある。例えば、殺害の意図で寝台に向けて拳銃を発射するが、被害者が直前にその場から離れていた場合、行為は事後の観点からそれ自体危険であり、被害者がそこに居合わせなかったのは偶然であるから、相対的不能とされるが、これに対して、殺害の意図で寝台に向けて拳銃を発射するが、被害者がその直前に心臓麻痺で死亡していたという場合、

行為は事後的観点からそれ自体危険ではない、つまり、「死体」を殺すのはどんな場合でも不可能であるから、絶対的不能未遂（不処罰）とされる。しかし、このような「偶然」に支配される法的結果は刑事政策的に望ましくない。⁽⁴⁴⁾

純客観的判断基準に基づき、有能未遂と不能未遂の区別がなされた後で、不能未遂が相対的か絶対的なのかの区別がなされる。未遂の処罰根拠としての客観化された主観説（印象説）に拠れば、その区別は、行為者の犯行計画を知っており、行為者の特別の知識を有する客観的観察者が、具体的所為事情と因果法則に基づいた所為の既遂可能性について有する印象によって判断されるべきである。すなわち、客観的には結果の発生に至る見込みのない未遂ではあるが、結果が発生する蓋然性がある、つまり、どうやらありえたとの印象を行為者に代わる観察者に与えたにちがいないかったか否かによって判断されるべきである（事前の客観化された主観的不能性予測⁽⁴⁵⁾）。前者の場合、客観的観察者の視点からは、結果の不発生は偶然にすぎず、障害（有能）未遂と同じである。外見上、所為は有能であるから、行為者は処罰に値する。これは相対的不能未遂と呼ばれる。後者の場合、行為者には法秩序に対する反抗心が既遂に劣らず見られるのであるが、具体的状況の下で思慮分別のある人なら行為者と同じ行為をしなかったであろうと云え、この種の未遂は、「精神的力としての法の現実性を侵害する」こともないし、「法的安定性の意識を動揺させる」こともなく、まったくばかっている。結果発生のも主観的思い込みだけでは処罰に値しないのである。⁽⁴⁶⁾これは絶対的不能未遂と呼ばれる。この種の未遂を処罰することは全く無意味である。⁽⁴⁷⁾絶対的不能未遂が原理的に不処罰とされるべきなのは、故意行為に結果招来への抽象的、潜在的經驗的危険が認められないため、行為の客観的帰属が否定されるからである。⁽⁴⁸⁾

三 不能未遂の原因

1 手段の不能と客体の不能

不能未遂は一般に、手段の不能、客体の不能及び主体の不能の三種類に分けられる。行為の不能と客体の不能の区別は常に明確にできるといわけではないが、客観化された主観説からは、そのことよって問題が生ずるわけではない。行為者の視点からの事前の蓋然性判断を許容する経験的危険概念が重要な意味を有するからである。⁽⁴⁹⁾

① 手段（行為）の不能 行為の潜在的経験的危険が認められても、当該行為が社会的相当であるため、その規範的危険が否定されるとき、行為の客観的帰属が否定され、未遂の検証は不要であり、したがって又、不能性の検証も不要となる。⁽⁵⁰⁾ 規範的危険が肯定され、行為の性質から既遂にいたりえない場合に行為の不能が問題となる。手段を取り違えた場合、例えば、殺害の意図で砂糖を三酸化砒素と誤信して盛るとか、手段の作用について錯誤がある場合、例えば、弾の装填されていないあるいは射程距離の十分でない拳銃で撃つとか、手段の効果について錯誤がある場合、例えば、致死量に足りない毒を盛るとか、高空を飛行する航空機を狙って空気銃で撃つといった場合、行為者の犯行計画を基礎として、第三者の下す事前判断からしても結果発生の危険があると思われるとき、この未遂は相対的不能である。⁽⁵¹⁾ これに対して、魔術、呪術などの人知の及ばない超自然的力を利用する（例えば、丑の時参り）場合（非現実的未遂とか迷信的未遂と呼ばれる）とか、無害の下剤で殺そうとするのは絶対的不能である。このような行為が法的安定性の意識を動揺させることはなく、行為者に対する「哀れみの情」呼び起こすに過ぎない。⁽⁵²⁾

② **客体の不能** 行為の対象の性質から既遂にいたりえない場合が客体の不能である。例えば、死体への射撃、つまり、客体の不能の場合、次のように判断される。行為者の行為は初めから結果の発生には繋がらないのであり、結果の不生は初めから必然的結果として伴うものであるから、これは不能未遂である。次に、客観的観察者が、行為時点において行為者と同じく、行為客体は眠っているという印象をもつなら、未遂は相対的不能である。これに対して、客観的観察者が客体はどうやら既に死んでいると考えるなら、未遂は絶対的不能である。この場合、射撃行為は行為者に行為不法として帰属させることはできない⁽³³⁾。殺害の意図で被害者の寝室に発砲したが、その時、たまたま被害者がそこにいなかった場合は相対的不能である。行為の不能と客体の不能の組み合わせた場合もありうる。例えば、弾丸が装填されていると誤信して生きていると誤信された死体に発砲する場合である。

2 主体の不能

法が行為者において前提とする人的属性、状況が欠如しているために、所為が既遂になりえない場合が主体の不能と呼ばれる。主体の不能というのは**特別犯(身分犯)**においてのみ問題となる。まず、構成要件の定める正犯者概念の誤った拡張解釈をして、自分もこれに包摂されると考える者(裏返しの**包摂の錯誤**)、例えば、背任罪に関して(刑法第二四七条)、公官庁に派遣された民間清掃会社の清掃人が自分を公務員だと思つて「公務員犯罪」を犯すとか、非事務処理者が自己を事務処理者と誤信し、「背任行為」を行なう場合である。これは不可罰である。かかる構成要件では、「内部の者」にのみ義務が課せられ、「外部の者」は規範の名宛人ではなく、この者には義務は課せられない。未遂の形態であっても、規範の侵害というのはいない。したがって、外部の者は、その行為によつて一般の法意識を腐敗させることも、法的平和を危殆化することもない⁽³⁵⁾。

次に、主体の不能が客体の不能の反射に過ぎない場合は可罰的未遂である。例えば、他人の子を自分の子と誤信しながらこれを救助しない父親は、実際に危難に瀕している他人の子の生命を救う保障人ではないから、不作為による殺人に関して不能の主体である。しかし、この場合、保障人の地位の誤信は行為客体との人的関係に由来する、つまり、主体の不能は危険に瀕している子が自分の子ではなく、したがって、不能の客体であることに由来する。したがって、客体の不能ともいえる。客観的観察者が、行為時点において行為者と同じく、行為が既遂に至りうると考えるとき、父親には不作為による殺人未遂罪が成立する⁽⁵⁶⁾。

最後に、上記の裏返ししの包摂の錯誤でもなく、又、客体の不能との関連での主体の不能でもないが、それでも主体の不能が問題となる場合がある⁽⁵⁷⁾。これは二つの場合に区別されるべきである。危険源責任や先行行為に基づく保障人の地位の場合、一般に当該状況にある誰にでも結果回避義務（一般義務）が課せられる。例えば、通行人を襲っている犬が自分の飼い犬だと誤信する者が、殺意を抱いてそれを呼び戻さないとか、被害者を轢いて重傷を負わせたと誤信した者が殺意を抱いて救助行為に出ないとき、客観的観察者も行為主体が回避義務者であり、そのまま放置すれば既遂になると考えるだろうとき、殺人未遂罪が成立する。これに対して、公務員という地位にある者にだけ課せられる義務（地位義務）が問題となるとき、例えば、解雇された公務員が解雇された事実を知らずに「公務員犯罪」を犯すとき、当該非公務員は公務員の義務を課せられていないのであり、公務員規範の名宛人たりえず、したがって、未遂の形態であっても当該規範を侵害することはできない。公務員という地位に基づく義務の誤信が何に基づくかとは関係なく常に幻覚犯である。その他、公官庁から送付されてきた文書を公務員採用辞令と誤信して、公務員犯罪を犯しても、不処罰の幻覚犯である⁽⁵⁸⁾。

四 判例

大審院の判例には古い客観説を採用したものが見られ（大判明治四四・一〇・一二刑録一七輯一六七二頁（放火未遂罪）、大判大正六・九・一〇刑録二三輯九九九頁「硫黄殺人事件」、大判昭和一二・一二・二二刑集一六卷一六九〇頁（放火未遂罪）等）、最高裁判所もそれを踏襲しているようである（最判昭和二三・八・五刑集二卷九号一二三四頁、最判昭和二五・八・三一刑集四卷九号一五九三頁（被告人に被害者殺害の意思あることを熟知する被害者が、何とかしてその証拠を集めようとして自ら進んで被告人を誘導して犯行に及ぼせたという事案。殺人未遂罪）、「いわゆる不能犯とは犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指す」、最判昭和二四・一・二〇刑集三卷一号四七頁（殺人の目的で青酸カリを米を仕込んだ炊飯釜中へ投入したという事案）、「青酸加里を入れて炊いた米飯が黄色を呈し臭気を放っているからといって何人もこれを食べることは絶対にないと断定することは実験則上これを首肯し得ない」、最判昭和二四・一・二〇刑集三卷一号四七頁（鮎の味噌煮へストリキニーネを混入したという事案）、「苦味を呈しているから人がこれを食べる虞は少ないとしても、右行為は不能犯とはいえない」。下級審にも古い客観説に立つ判例が見られる（高松高判昭和二八・一一・一九判特三六号二五頁（殺人未遂罪）、東京高判昭和三七・四・二四高刑集一五卷四号二一〇頁「覚せい剤の主原料が真正の原料でなかったため、覚せい剤を製造することができなかった場合は、結果発生の危険は絶対に存しない」から、覚せい剤製造未遂罪は不成立）。

しかし、大審院時代に既に**具体的危険説**の説示をする判例が見られたし（大判大正三・七・二四刑録二〇輯一五四六頁（金員を強取する目的で通行中の被害者を引き倒してその懐中物を奪取しようとしたが、手を入れた箇所懐中物が入っていないなかったため、目的を遂げなかった行為につき、強盗未遂罪）、「通行人力懐中物ヲ所持スルカ如キハ普通

予想シ得ヘキ事実ナレハ之ヲ奪取セントスル行為ハ其結果ヲ発生スル可能性ヲ有スル」、大判大正一一・二・二四刑集一巻七六頁「懐中のがま口に入れて携帯する小さな小刀で人を殺そうとした行為につき殺人未遂罪が成立」、大判昭和三・九・一七刑集七巻五七八頁「詐欺の目的で人を欺く行為をしたが、特殊の事情によって相手方がこれを看破して錯誤に陥らなかつた場合でも詐欺未遂罪は成立する」、大判昭和二一・一一・二七刑集二五巻五五頁「窃盜の目的で物置内を物色したが、目的物が存在しなかつたため窃取に至らなかつたという事案につき窃盜未遂罪」、戦後の最高裁判所、下級審にも具体的危険説に立つた判例が見られる（最判昭和五一・三・一六刑集三〇巻二号一四六頁「ピース缶爆弾事件」⁵⁹、東京高判昭和二六・八・一四判特二二号一七〇頁「詐欺未遂罪」、広島高判昭和三六・七・一〇高刑集一四巻五号三一〇頁「死体殺人事件」）。

(1) 手段の不能

a 手段の効果について錯誤があつた場合。大判大正六・九・一〇刑録二三巻九九九頁「硫黄殺人事件」は、被告人甲、乙が硫黄粉末五匁を汁鍋中に投じ、これを被害者丙に食べさせ、次いでその三日後、甲が硫黄粉末の混入した水薬を丙に飲ませたがいずれも予期に結果が生じなかつたので、翌日、甲は丙を絞殺したという事案で、「被告両名ハ殺害ノ意思ヲ以テ二回硫黄粉末を飲食物中ニ混和シコレヲ乙ノ内縁ノ夫タル丙ニ服用セシメコレヲ毒殺セント経シタルモ其ノ方法カ絶対ニ殺害ノ結果ヲ惹起スルニ足ラス目的ヲ達スル能ハサルニ因リ……原判決ニ於テ最初二回ニ連続シテ硫黄粉末ヲ施用シ丙を殺害セントシタルモ其方法絶対不能ニ属シ単タコレヲ傷害シタルに止リタル事実ヲ認め……殺人未遂罪ト為サス別ニ其ノ結果タル傷害罪ノ事実ニ対シテ刑法第二百四条……ヲ適用処断シタルハ相当」と判

示して、行為者や一般人が危険と感じたか否かを問題とすることなく、古い客観説の見地から殺人未遂罪の成立を否定し、傷害罪の成立に止めた。⁽⁶⁾

最決昭和三五・一〇・一八刑集一四卷一二号一五五九頁「覚せい剤製造事件①」は、覚せい剤の製造に当たって触媒として使用したある薬品の量が不足したため成品を得るに至らなかつたという事案で、「いやしくも覚せい剤の製造を企て、それに用いた方法が科学的根拠を有し、当該薬品を使用し、当該工程を実施すれば本来覚せい剤の製造が可能であるが、ただその工程中において使用せる或る種の薬品の量が必要量以下であつたため成品を得るに至らず、もしこれを二倍量ないし三倍量用うれば覚せい剤の製造が可能であつたと認められる場合には、被告人の所為は覚せい剤製造の未遂犯をもつて論ずべく、不能犯と解すべきでない」と説示して、覚せい剤製造未遂罪の成立を肯定した。

東京高判昭和三七・四・二四高刑集一五卷四号二一〇頁「覚せい剤製造事件②」は、覚せい剤の主原料が真正なものでなかつたため、その製造工程を施したが、覚せい剤を製造しえなかつたという事案で、「右4個の事実については、一応所定の製造工程を経て製品を製造したけれども、これに用いた原末が真のフェニルメチルプロパン、又はフェニルメチルアミノプロパンを含有していなかつたので、その製品前部を廃棄したことがうかがわれ、記録に現れた爾余の証拠をもつてしても、覚せい剤を製造したとの事実を認めるに足りない。しかも右のように覚せい剤の主原料が真正の原料でなかつたため、覚せい剤を製造することができなかつた場合は、結果発生の危険は絶対に存在しないのであるから、覚せい剤製造の未遂罪をも構成しないものというべきである」と説示して、覚せい剤製造の未遂罪の成立を否定した。古い客観説の見地から、「覚せい剤製造事件①」は相対的不能が、「覚せい剤製造事件②」は絶対的不能

と判断されたと解される。

最判昭和三七・三・二三刑集一六卷三号三〇五頁「**空気注射事件**」は、被告人甲が被告人乙に被害者丙の腕を持たせた上、注射器で丙の両腕の静脈内に一回ずつ蒸留水五ccとともに空気合計三〇ccないし四〇ccを注射したが、致死量に至らなかったため、殺害の目的を遂げなかったという事案において、「所論は、人体に空気を注射し、いわゆる空気栓塞による殺人は絶対不可能であるというが、原判決並びにその是認する第一審判決は、本件のように注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生危険が絶対ないとはいえない」と判示しており、右判断は、原判示挙示の各鑑定書に照らし首肯するに十分」として、**古い客観説**に立つて、原判決の結論を支持した（原審東京高判昭和三六・七・一八高刑集一四卷四号二五〇頁は、医学的には、空気を七〇ccないし三〇〇cc静脈に注射すれば空気栓塞による致死の結果が生ずるとしても、「医師ではない一般人は人の血管内に少しでも空気を注射すればその人は死亡するに至るものと観念」していたと判示して、**具体的危険説**を採用した⁽⁶⁾）。

東京高判昭和五八・八・二三判時一一〇六号一五八頁「**懐炉灰放火事件**」は、懐炉灰三本を針金に結わえて、これに点火したうえ、喫茶店の便所の内壁の壁穴から外壁との間の隙間に差し入れて吊るしたという事案で、「喫茶店『ルミエール』の便所の内壁と外壁の間は、密閉された状態で、通風の悪い構造であったため、同判示の方法で火を放つても、これらの壁の内側を構成する木材等の可燃物に延焼する可能性が殆んど存在しなかったことは……明らかなどころである。しかしながら、被告人は同判示の行為に及ぶ際、右の事情には気づかず、懐炉灰の火が可燃物に延焼し

て焼燬の結果を発生させるものと信じており、また、一般人を被告人が同判示行為の際におかれた立場に立たせてみて、やはり、右の事情の存在には気づかず、同判示の方法によって、懐炉灰の火が右の壁の内側を構成する木材等の可燃物に延焼し、焼燬の結果を発生する危険性があるものと認識するのが当然、と考えられる状況にあったと認められる。このような事情を前提として考えると、同判示の行為は、現住建造物焼燬の結果を発生する危険性があるものといふべきである。したがって、被告人がいやしくも同判示の行為に及んだ以上、それは、現住建造物等放火罪の実行の着手に当たるといわざるをえず、たとえ、同所がたまたま前記のように密閉された状態で、通風の悪い構造となっていたことから、懐炉灰の火が、右の壁の内側を構成する木材等の可燃物に延焼する可能性がなかったことから、焼燬の結果を生じなかったとしても、それは「同未遂罪の成立を否定すべき事由とはならない」と判示して、**具体的危険説**を採用した。

b 手段の作用について**錯誤**があった場合。福岡高判昭和二八・一一・一〇高裁判判特二六号五八頁〔空拳銃事件〕は、甲が、警察官乙により緊急逮捕されるに際し、乙が腰に装着していた拳銃を奪取し、乙の脇腹に銃口を当て引鉄を引いたが、偶々弾丸が装填されていなかったため、殺害の目的を達しなかったという事案において、「案ずるに、制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまたま装填されているべきものであることは一般社会に認められていることであるから、勤務中の警察官から右拳銃を奪取し、苟しくも殺害の目的で、これを人に向けて発射するためその引鉄を引く行為は、その殺害の結果を発生する可能性を有するものであって、実害を生ずる危険があるので右行為の当時、たまたまその拳銃にたまたま装填されていなかったとしても、殺人未遂罪の成立に影響なく、これを以って不能犯ということはできない」と判示して、**具体的危険説**に立っている。

東京高判昭和二九・六・一六東時五卷六号二三六頁「手榴弾投擲事件」は、手榴弾の中に爆発可能な爆薬は入っていたが、地中に埋没させておいたために雷管と導火線の結合が悪くなつていものを、殺人の目的で投げつけたという事案で、「右記録によれば右手榴弾なるものは元陸軍の兵器で九一式曳火手榴弾と称せられるもので原審相被告人甲が昭和二〇年一月頃横浜市内に於いて四個買い受けたが、その後人に見られるのを恐れ箱につめて永らく地中に埋没しておいたところ、偶々本件乙との間の險悪な空気に備え、昭和二四年一月二〇日頃地中より掘り出していたのであるが……その円筒内主爆薬たるピクリン酸は格別変質してはいなかつたけれど点火雷管と導火線との結合も悪く又導火線自体が湿気を吸収して質的变化を起しそのため手榴弾本来の性能を欠いており、たとえ安全装置を外して撃針に衝撃を与えても爆発力を誘起し得ないもので、これを爆発せしめるは工場用の巨大なハンマーを使用し急激な摩擦を与えるか或は摂氏二〇〇度以上の熱を加えるに非ざれば到底不可能であると認められる。してみればそれは鉄筒の内部にピクリン酸を包蔵し、強烈な爆発力を秘めている一個の爆発物には相違ないが、本来の手榴弾としての構造を失っている以上、人力で投げたりした位では、これを爆発させることはできない」と判示して、爆発物取締罰則第一条（爆発物使用罪）及び殺人未遂罪は成立せず、爆発物所持罪の成立だけを認めた。本判決は、行為者や一般人の危険感に全く言及していないので、古い客観説に立ったものと見られる。しかし、手榴弾がぼろぼろになつていても爆発をしない印象を与える場合、未遂罪は否定されるが、本件のように外見上通常の手榴弾の形をしている以上、未遂罪の成立を認めるべきだった。

(2) 客体の不能

大判大正三・七・二四刑録二〇輯一五四六頁「懷中無一物事件」は、通行中の被害者から金員を強奪しようとした

が、手を入れた箇所に懐中物が入ってなかつたという事案で、「通行人カ懐中物ヲ所持スルカ如キハ普通予想シ得ヘキ事實ナレハ之ヲ奪取セントスル行為ハ其結果ヲ発生スル可能性ヲ有スルモノニシテ実害ヲ生スル危険アルヲ以テ行為ノ当時偶々被害者カ懐中物ヲ所持セサリシカ為メ犯人カ其奪取ノ目的ヲ達スル能ハサリシトスルモ开ハ犯人意外ノ障害ニ因リ其着手シタル行為カ予想ノ結果ヲ生セサリシニ過キスシテ未遂犯ヲ以テ処断スルニ妨ケナキモノナルヲ以テ本件ニ於テ被害者甲カ懐中物ヲ所持シ居リタルト否トハ強盜未遂罪ノ構成ニ何等影響ヲ及ホスモノニ非ス」と判示して、行為者も一般人も懐中物が存在すると予想しうる場合には未遂罪の成立を肯定している。本判決は**具体的危険説**を採用したものと解される。

大判昭和七・三・二五新聞三四〇二号一〇頁「ポケット無一物事件」も、現金を窃取する目的で、被害者の着用する洋服のポケット内に手を差し入れたが、現金がなかつたという事案で、「洋服着用者カポケット内ニ金銭ヲ所持スルコトハ通常的事例ナレハ」と判示して、**具体的危険説**の見地から窃盜未遂罪の成立を認めた。

広島高判昭和三六・七・一〇高刑集一四卷五号三一〇頁「死体殺人事件」は、拳銃で撃たれた被害者をその場で殺意をもって日本刀で突き刺したという事案で、被害者の「生死については専門家の間においても見解が岐かれる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから、単に被告人甲が加害当時被害者の生存を信じていたというだけでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかつたであろうこと、したがってまた被告人甲の前記のような加害行為により乙が死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然と見做すべく、かかる場合において被告人甲の加害行為の寸前に乙が死亡していたとしても、それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかつたに止り、

行為の性質上結果発生
の危険がないとは言えないから、同被告人の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪を以て論ずるのが相当」と判示して、**具体的危険説**に立っている。⁽⁶²⁾

五 幻覚犯

不能未遂から区別されるべきなのがいわゆる不処罰の**幻覚犯**(誤想犯)(Wahndelikt)である。これは罪刑法定主義と密接な関連のある、又、ある程度まで禁止の錯誤に似ている独自の錯誤である。禁止の錯誤は不法に影響を与えることはないが、行為者の法的状況判断に誤りがあったため、責任減少事由となる。幻覚犯では、行為者は、空をつかむ、つまり、法的判断を誤って禁止されていると思っており、もしその判断が正しいならば、この判断は行為者に不利益な影響を与えるところだったが、しかし、そもそも不法が存在せず、したがって、「不法」の意識の存在というのは重要な意味をもたない。「不法」という思い込みだけで「不法」が生ずるものではない。行為者は不能未遂を犯しているわけではない。換言すると、禁止の錯誤では「過少の」不法意識、幻覚犯では「過剰の」不法意識(いわば**禁止の錯誤の裏返し**)がある。誤った不法の意識が如何なる「裏返し」の禁止の錯誤」に起因するかは重要でない。行為者の表象した事象が実現しなかったときは「未遂」の幻覚犯、実現したときは「既遂」の幻覚犯であるが、いずれの場合も不処罰である。⁽⁶³⁾

三種類の幻覚犯が考えられる。⁽⁶⁴⁾

① **存在しない構成要件(禁止規範)の違反**。行為者が、自分の行為が実際には存在しないあるいは過去には存在したが、今は廃止された構成要件を充足していると思っている場合。例えば、既婚女性が夫以外の愛人男性と性的関

係を結ぶ場合（姦通罪は廃止されている）とか禁止規範の存在しない同性愛行為。これらの場合、構成要件がそもそも存在しないのであるから、誤った表象をもった「行為者」を処罰することは罪刑法定主義に反する。⁽⁶⁵⁾

② 存在する構成要件（禁止規範）の拡張（包摂の錯誤の裏返し）。これは規範的構成要件要素との関連で生ずることが多いが、記述的構成要件要素や特別犯との関連でも生じうる（上記、主体の不能参照）。例えば、匿名の書面を作成する者が、自分の行為が文書偽造罪に該当すると思っている場合（名義人の特定できない書面は文書とはいえない）⁽⁶⁶⁾とか、不真正不作為犯において、行為者が自分の把握している事情からは保障人義務が生じないのに、生ずると誤信した場合がある。⁽⁶⁷⁾ こういった錯誤によって、直接的に、相応の構成要件要素が過度に伸ばされるだけでなく、間接的に、規範の範囲も突破され、その限界が超えられ、不処罰となるのである。これらの場合、未遂犯の構成要件該当性が否定される。すなわち、可罰行為の範囲は常に規範の客観的射程距離によって定まる。その際、故意は規範が禁止している範囲内になければならない。⁽⁶⁸⁾

③ 正当化事由の誤解（正当化事由の錯誤の裏返し）。これは、行為者が、正当化事由があるにもかかわらず、誤解して自分の防衛行為を不法だと考える場合である。例えば、酔っ払いに突然襲われた者が防衛行為に出たが、酔っ払いに反撃することは許されなれと思っていた場合とか、財物に対する侵害には正当防衛は許されていないと思っていた場合である。この場合は違法性が阻却される。⁽⁶⁹⁾ なお、その他の処罰障害事由（免責事由、一身の処罰阻却事由、客観的処罰条件）の誤認も幻覚犯である。⁽⁷⁰⁾

（つづく）

注

(1) Th. Hienkamp, Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, § 22 Rn 179; RGSt 17, 377, 378.

- (5) *F. Nouakowski*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 87 ff.; *ders.*, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der Verbrechenauffassungen, ÖJZ 1953, 596 ff. ヌノウスキの主観説について 参照 内田文昭『刑法概要 中巻』一九九九年・三七四頁以下。
- (6) 行為者に身分が欠如している場合の主体の不能については、主観説内部でも見解が異なる。ノヴァコフスキーは可罰的未遂を肯定す。 *Nouakowski*, (Fn. 1. Grundzüge), 90; *ders.*, Literatur (H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958), JZ 1958, 416. ノーダーは可罰的未遂を否定し、不処罰の幻覚犯だとす。 *H. Roeder*, Der Allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzentwurfes in der Fassung des Ministerialentwurfes von 1964, Kritische Bemerkungen, 1965, 35. 迷信未遂についても見解が異なる。ノヴァコフスキーは一般にこれを不処罰とする。犯罪を行なうべき世の手の届く範囲内に必要な犯罪エネルギーが実証されない。行為者は、自己答責の行為を嫌がって避けるのだから、まさにそれ故超世俗的力を動かさうとする。それ故、不処罰は主観的立場から根拠付けられる。 *Nouakowski*, (Fn. 1. Grundzüge), 91. ノーダーは、行為者が今まで使った手段が無意味であることに気づいた後、効果のある手段を用いることや、人々が予期するに及ばないことなど、不処罰とす。 *H. Roeder*, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie, 1953, 20; *ders.*, (Fn. 2. Bemerkungen), 36.
- (7) *J. P. A. R. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9. Aufl., 1826, 43 [未遂の処罰根拠が客観的危险性にもとづくから出立する。毒物と誤信した物を盛るとか、死体を殺す等の行為は違法とはなりえない。]。 *C. J. A. Mittermaier*, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, I, 1917, 163 ff., 167 ff. Vgl. *H.-H. Jeschek*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 2. Aufl., 1972, § 50 I.
- (8) 客観説論者のシュンペンベルは、すりの不能未遂について、被害者が財布を別のポケットの入れていた場合は不能未遂、それもお金を所持してゐなかつた場合を不処罰とす。 *G. Spendel*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Stock-FS, 1966, 89 ff., 107.
- (9) *Jeschek*, (Fn. 4), § 50 I a.
- (10) *F. v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., 1905, 210; *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. aufl., 1931, § 43 Anm. III.; *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, 425 ff.
- (11) *Jeschek*, (Fn. 4), § 50 I. b. シュンペンベルは、事前の考察を行為にのみ限定し、事後的考察を行為客体と関連付ける。 *Spendel*, (Fn. 5), 105 ff.

- (9) Th. Ritter, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts* AT, 1954, 255 ff.
- (10) リットラーの立場からは、攻撃時に客体が存在しないと、例えば、行為者が窃盗の意図で空ポケットに手を突っ込むとき、当然構成要件欠如ということになる。しかし、マラニウクはこの結論は理論的には首尾一貫しているが、法感情にあわぬ結論を避けるため、「行為者の選り出す攻撃客体が、犯行現場に存在せずとも、さもかも存在する」として、「可罰的未遂を肯定する」。W. Malanuk, *Lehrbuch des Strafrechts*, Band 1, 1947, 223.
- (11) A. Eszér, Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*, 27. Aufl., 2006, § 22 Rn 65「未遂というのは——個別事例の有能性に限りなく——法敵対的意思の活動によって法秩序への攻撃の印象を呼び起こし、かくして、法共同体の法的平和への信頼を動揺させるから、そしてその限りで、可罰的である。……これに応じて、『不能』未遂と『有能』未遂が区別されるのは、前者では普通法益の危殆化だけがあり、これに対して、後者では具体的法益客体が加わる限りでのことである。」Jeschek, (Fn. 4), § 50 I. 4.; E. Mezger, H. Bieri, *Strafrecht I* AT, 14. Aufl., 1970, 249 f.; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, II. Aufl., 1969, 186.
- (12) K. Kühl, *Strafrecht* AT, 6. Aufl., 2008, § 15 Rn 92 f.
 「著しい無視の行為者」と「迷信犯」は、抽象的には、自然法則の誤認か人の働きかけの及ばない力を信頼したかによって区別されるが、しかし、具体的にはその区別が困難であるという理由から、ドイツ刑法第二三条第三項を迷信犯にも適用すべきという説もある。H. Otto, *Grundkurs Strafrecht* AT, 7. Aufl., 2004, § 18 Rn 62 f.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht* AT, 5. Aufl., 2004, § 11 Rn 57 ff.
- (13) 参照 内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』一九七七年・六七頁以下。
- (14) Hillenkamp, (Fn. 1), § 22 Rn 188.
- (15) Ritter, (Fn. 9), 105.
- (16) Fuchs, *Österreichisches Strafrecht* AT, 7. Aufl., 2008, 30. Kap Rn 11.
- (17) A. Donatsch, B. Tag, *Strafrecht* I, 8. Aufl., 2006, § 12 2.1, 2.3; F. Riklin, *Schweizerisches Strafrecht* AT I, 2. Aufl., 2002, § 7 Rn 26; K. Seelmann, *Strafrecht* AT, 4. Aufl., 2009, 122.
- (18) 宮本英脩『刑法大綱』一九三五年・一九二頁「迷信犯は行為者の性格が怯懦であって他の自然的方法を採るに堪えない者である。……斯かる行為者に在っては性格的に何等現実な手段を行ふ危険もなく、従って斯かる性格に基く行為も亦た何等抽象的な危険もない訳であるから、又たその行為は違法でもあり得ないのである。」

- (19) 木村竜二『刑法総論』〔増補版〕一九七八年・三五六頁以下、阿部純二『刑法総論』一九九七年・二一八頁以下、牧野英一『刑法総論 下巻』一九五九年・六六五頁。
- 主観的危険説の内部でも、危険性の判断主体については、刑事訴訟法に鑑定人の制度があることから、教養の低い一般人ではなく、「科学的一般人」とする見解(木村・三五七頁以下)と「通常の一般人」とする見解(阿部・二一八頁以下)に分かれる。
- (20) 井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・四一一頁。
- (21) 木村(注19)三五七頁。後に改説、同『犯罪論の新構造(下)』一九六八年・二七頁以下(構成要件要素を差別的に扱うべきでなく、一般の不能犯として取り扱うべき)。
- (22) 野村稔『未遂犯の研究』一九八四年・三五二頁、同『不能犯と事実の欠缺』(阿部純二他編『刑法基本講座第四巻』所収・一九九二年)三頁以下、一四頁、大塚仁『刑法概説(総論)』〔第四版〕二〇〇八年・二七〇頁、植松正『刑法概論Ⅰ 総論』〔再訂版〕一九七四年・三四五頁、香川達夫『刑法講義総論』〔第三版〕一九九五年・三二六頁、藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・二六八頁、内田(注2)三四四頁以下、川端博『刑法総論講義』〔第二版〕二〇〇六年・四八九頁以下、大谷実『刑法総論』〔第三版〕二〇〇六年・二一七頁〔改説〕、伊東研祐『刑法講義総論』二〇一〇年・三二〇頁以下、井田(注20)四二二頁、佐久間修『刑法総論』二〇〇九年・三二五頁。
- なお、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』〔オランダマンド版〕二〇〇六年・一二五八頁は、「具体的危険説」は、危険を一般人の認識しえた事情を基礎に判断することによって、危険判断においてかなり強度の抽象化を行なっているので「具体的危険説」という名称は適切でないことを指摘する。
- (23) 中山研一『刑法総論』一九八二年・四二四頁以下。
- (24) 佐伯千奴『四訂刑法講義(総論)』一九八一年・三〇三頁以下。
- (25) 大谷(注22)二二〇頁。
- (26) 参照、山中敬一『刑法総論』〔第二版〕二〇〇八年・七三三頁。
- (27) 大沼邦弘『未遂犯の実質的処罰根拠』上智法学論集一八巻一号(一九七四年)一一一頁。
- (28) 参照、内藤(注22)一二六五頁以下、前田雅英『刑法の基礎 総論』一九九三年・七九頁。
- (29) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五年・三二五頁以下、同『刑法の基礎②』法学セミナー一三九号(一九六七年)四九頁。
- (30) 内藤(注22)一二六五頁。

- (31) 中山研一『口述刑法総論』[新版]二〇〇三年・二五三四頁。
- (32) 内藤(注22)一二五〇頁以下、中山(注23)四二五頁以下、同(注31)二五四頁、曾根威彦『刑法の重要問題 総論』[第二版]二〇〇五年・二六〇頁以下、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三八一頁以下、高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・三七四頁以下、大谷實『刑法講義総論』一九八八年・三八七頁以下「旧説」、内山良雄「未遂犯における危険判断と故意」(『西原春夫先生古稀祝賀論文集』)所収・一九九八年)四四七頁以下。
- なお、シュトレングは、客観的危険説が、必ずしも権威的支配層の道具(権威的刑法モデル)でもないし、市民の価値指向に繋がる(民主主義的刑法モデル)わけでもなく、必要とされる国の犯罪統制に規準を設ける刑法モデル(技術万能主義的刑法モデル)によつて最も適切に説明できると主張する。技術万能主義的刑法モデルでは、刑法体系において市民の価値指向はまったく又はほとんど顧慮されることなく、客観的考察、つまり、行為不法よりも結果不法、法益保護が前面に押し出される。これに対して、民主主義的刑法モデルでは、価値秩序の内面化が重視され、社会的法秩序に対する反抗という主観面が不法の本質的要素となり、結果不法は背景に退き、刑法に具体化された価値秩序の侵害に対抗する規範の確認、つまり、価値の明確化が前面に押し出される。F. Streng, *Stim und Grenzen der Strafrechtsvergleichung · die deutsche Sicht*, 2011.
- (33) 参照、中義勝『講述犯罪総論』一九八〇年・一九九頁、平野龍一「結果無価値と行為無価値」法学教室三七号(一九八三年)三二頁、山中(注26)七三四頁。
- (34) 山口厚『危険犯の研究』一九八二年・一六七頁以下、同『刑法総論』[第二版]二〇〇九年・二七五頁以下。ほぼ同旨、西田典之『刑法総論』二〇〇八年・二八八頁以下(空寝台事例は、そこに人がいた蓋然性があった場合)被害者がたまたまトイレに行っていた場合)には可罰的未遂を肯定する、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室三〇四号(二〇〇六年)一二七頁。
- (35) 参照、井田(注20)四一五頁、中山(注31)二五四頁、川端(注22)四九四頁。
- (36) 前田(注28)一五三頁以下。
- (37) 山中(注26)七三七頁以下。林幹人『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・三六二頁以下も、刑法の目的が法益保護のための一般予防にあるとの基本的立場から、未遂犯とは許されない程度に危険な行為によつて、結果としての危険を発生させることを不法内容とするものだとして、**実行行為の内容をなす危険と結果としての危険の内容に分けて論ずる**。前者は、行為の時点で最も思慮深い人間の判断する法益侵害の可能性であり、後者は、裁判時点の事後的判断であるが、将来同一の状況(最も思慮深い人間にとって認識可能な事実が同一の状況)におかれた行為者が法益を侵害しようとして行為するならば、今度は法益侵害に必要な要素が加わり、法益侵害

を惹き起こしてしまいう可能性が高いと判断される場合に認められると論ずる。例えば、40 ccの空気を注射して殺そうとするとか、生きていたかどうか分からない状況下でとどめをさす場合、前者の危険も後者の危険も首肯される。本説はその結論において具体的危険説にほぼ一致する。

(38) 村井敏邦「不能犯(下)」法学セミナー四一〇号(一九八九年)八八頁、内藤(注22)二二六九頁以下。

客観説の中でも、事後判断を維持し、事実の抽象化を一切否定して上で、危険性判断を行なう見解がある。宗岡嗣郎『客観的未遂の基本構造』一九九〇年・二二頁「可罰未遂(実在的危険性)は、結果発生の必要条件を備えていたにもかかわらず、別の因果系列(救助の因果系列)の偶然的介入によって、その充分性を欠落させたときにのみ存在し、反対に、結果発生の必要条件が当該行為の因果系列の中になかった場合、すなわち、その因果系列において結果の不発生が必然的であった場合に、可罰未遂の存在が問題となる余地は全くない。例えば、甲が拳銃で乙を狙って撃つたが、弾丸が乙の頭の横を通りあたらなかった場合、甲の狙いは精確だったが、発射直後に乙が横に移動したり、弾道に突然強風が吹いたため、弾丸が当たらなかったときは、「別の因果系列」が偶然的に介入したことにより未遂犯が肯定されるが、甲の狙いははじめから少しでも狂っていたときには、結果発生の必要条件が拳銃の発射行為の因果系列の中になかったとして、不能犯ということになる。参照、内藤(注22)二二七二頁以下。

(39) 團藤重光『刑法綱要総論』[第三版]一九九〇年・一六五頁以下、小野清一郎『新訂刑法講義総論』[第六版]一九五二年・一九三頁以下。

なお、構成要件(事実)の欠如という観念を用いることに疑問を投げかけるのが、大塚(注22)二六七頁「事実の欠如の場合が不可罰であるかどうかについても、単に犯罪の主体、客体、手段、行為の状況などの構成要件要素が欠けるといふ形式的な点だけでなく、実質的に、それらの要素の不存在によって、犯罪実現への現実的危険性が欠如し、構成要件に該当する実行行為性が否定されるか否かが問題とされることを要する。そして、犯罪の主体、手段、および行為の状況に関する事実の欠如に関して、当該構成要件上、これらの要素がとくに必要とされている場合には、これを欠いた状態ではなかった行為に構成要件該当性を認めえないのが一般であろうが、客体に関する事実の欠如については、未遂犯と解すべき場合もないではあるまい……こうして、いわゆる事実の欠如が不可罰とされる理由は、その行為が構成要件該当性を欠くことにおいて、不能犯と異なる。それ故、事実の欠如という観念を用いることは別段差支えないにしても、不能犯と区別して、あえてこのような観念を用いる実質的理由は存しないであろう。同旨、福田平『刑法総論』[全訂四版]二〇〇四年・二四四頁。

(40) 曾根威彦『刑法総論』一九八七年・二四一頁は未遂犯の成否につき、実行の着手(構成要件該当性)と可罰的違法性(違法性)と

を分けて論じ、不能犯においても、先ず、実行の着手の存否を、「行為」の有する法益侵害への危険性の事前判断によって判断し（具体的危険説）、次いで、「結果」としての危険の具体的発生を判断する（客観的危険説）。例えば、死体に対する殺人行為の場合、殺人の実行の着手はあるが、可罰的違法性が欠けるので、不処罰とされる。しかし、この考えは刑法の規定と合わないといえよう。参照、野村（注22）・九頁。

- (41) *D. Kienmpfel, F. Höpfl, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 24 Rn 2; R. Moos, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 27; ders. Amalie und der Kräuterkör, in: Hrs. v. D. Kienmpfel, Fälle und Lösungen zum Strafrecht, 1982, 54, 24.*
 なお、砂糖を入を殺すとして、大量の砂糖を重症糖尿病患者に摂取させたが、適宜の治療のため辛くも一命を取り留めたという場合は、事後の客観的考察からは不能性ではなく、有能性の事例である。当該行為による結果の発生が一般的生活経験からは事前の観点において客観的に予見可能でないという場合であっても、行為者に被害者が重症糖尿病患者であることを知っていたとき、これも危険性予測の基礎となる。法益保護は危険な行為を禁止することによってしか実現できないのであり、客観的危険性の判断には行為者の特別の知識も考慮されることは当然のことである。Vgl. Steininger, Vorbem zu § 2 Rn 70.

- (42) *M. Burgstaller, Der Versuch nach § 15 StGB, JBl 1976, 113 ff., 121; O. Triffler, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1994, 15. Kap Rn 24; RGSt 1, 439 (442).*

- (43) OGH, EBRV 1971, 85.

- (44) *Burgstaller, (Fn. 42), 125; Triffler, (Fn. 42), Kap 15 Rn 24; R. Moos, Briefmarkensammler auf Abwegen, in: Hrs. v. D. Kienmpfel, Fälle und Lösungen zum Strafrecht, 2. Aufl., 1989, 129 ff., 139 f; H. Steininger, Die moderne Strafrechtsdogmatik und ihr Einfluß auf die Rechtsprechung, ÖJZ 1981, 365 ff., 373; Kienmpfel/Höpfl, (Fn. 41), Z 24 Rn 17; H.-H. Jeschek, Th. Weigand, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 50 I 4.*
 近時「客観的不能論」の唱道するものがフックス (Fn. 16), 30. Kap Rn 24 ff.) である。それによると、主体の不能は不処罰である。未遂行為の時点における実情によって純客観的に判断されなければならない。身分犯の未遂は、行為者（と思われる者）に当該構成要件が行為者のために前提とする属性又は事情が実際には欠如しているとき、不処罰である。非公務員が自分（まだ）公務員だと思っても、公務員犯罪を犯しえない。客体の不能の判断に当たっては、所為の対象から出立し、対象の「性質」は構成要件との関連で明確にされなければならない。③客体が、当該構成要件の前提とする、それ故、刑罰規定に当てはまる属性を、行為者の考えと

は違つて、全く有していない場合。これらに該当するか否かの判断に当たつては、未遂行為時の実情によつて、たとえそれが後に判明したとしても、客観的に判断されるべきである。例えば、樹幹を人と思つて撃つとか、盗品と誤信しながら購入するとか、一四歳未満の者と誤信しながら性的関係をもつ場合、絶対的不能未遂として不処罰である。行為(手段)の不能は次の二類型に分けられる。(1) 法律が可罰性を明確に特定の行為手段(閉ざされた手段の法定された)犯罪又は特定の行為態様に限定しているとき、この手段又は行為態様は実際に(客観的に)も存在しなければならぬ。そうでない場合、未遂は絶対的不能である。例えば、実際には全く権限のない人によつて尋問されているにすぎないのに、法廷で偽証をしたと思つている人は絶対的不能未遂として不処罰である。(2) 法律が任意の手段、任意の行為態様でかまわないとして、使用される手段及び行為は事前の客観的危険性判断を要する。これは行為時点で実際に存在する静的実情に基づく判断であり、この実情が行為者(又は随行的観察者)に認識されていないしかも認識されえないということは重要ではない。そうすると、①行為者が未遂段階に入った後、賢明な平均的観察者が将来の事象経路の不確実性に基づき、このようなやり方で所為が既遂に至ることは可能との判断を下すとき、未遂は有能であり、可罰的である。例えば、殺意を持つて至近距離から射撃するが、撃ち損ねたという場合、発射後どのように(力動的に)進展するかは、人々に静的実情の認識があつても、偶然にも左右される。しかし、行為時の事前判断によれば、射撃は危険な行為である。これに対して、②(実際に客観的な)観察者が既遂にはなりえないとの判断にどの時点でもいたるとき、未遂は不処罰である。例えば、行為者が被害者に無水亜砒酸に代わつて砂糖を服用させる場合、次のように分けて考察される。行為者が初めから無害の物質としか関係していないとき、例えば、犯罪に関わりたくなかつた薬剤師が行為者の要求する毒物に代わつて砂糖を渡していた場合、未遂段階の行為は客観的に危険でなく、不処罰である。これに対して、行為者が所為の最後の瞬間に用意していた無水亜砒酸入れを砂糖入れと取り違えるとき、未遂段階における不確実性の故に危険な行為が認められ、可罰的未遂が成立する。

(45) この客観説によると、空ポケットに手をつ込んだとか、盗むに値する品物のない地下室に侵入した場合、窃盗未遂は成立せず、行為者の知らぬ間に弾丸の抜かれていた拳銃で撃つとか、致死量に全く足りない毒薬を服用させるとかしても殺人未遂は成立しない。未遂の成立事例が極端に狭まる。Vgl. M. Bungsäcker, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, JBl 1998, 397 ff., 399 (Anm.). 結果の発生が「とうやら不可能」と考えた場合を絶対的不能とする見解に対して、同じ印象説の立場から、結果の発生が「まったく考えられない(geradezu denkmöglich)」ことを絶対的不能とする見解がある(Kienappel/Höpfel, (Fn. 41), Z 24 Rn 13.)。そうになると、思慮分別のある第三者を規準にして、「考えられない」か否かが判断されるので、厳格に適用されるほど、絶対的不能したがつて、不処罰とされる事例が少なくなる。印象説は本来、蓋然性の程度を重視して、蓋然性を漸増概念と捉えるのであるから、

- 「考えられなく」は過大な要件ではなく。Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 28; ders., (Fn. 44), 140 Fn 31.
- (46) Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 28; Moos, (Fn. 44), 140; Burgstaller, (Fn. 42), 122; Kienapfel/Höpfl, (Fn. 41), Z 24 Rn 7, 10.
- (47) Vgl. R. Blop, Grob unverständiger Versuch, ZStW 113 (2001), 76 ff., 97 f.; W. Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 9 Rn 43.
- (48) Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 17, 26, 28.
- (49) エーストリムの判例は「行為の不能についてはおおむね印象説に従い事前の判断によるが、客体の不能については客観説に従った判断が上ねられる」ともいっているが「批判的検討を加える必要がある」ともいっている。M. Burgstaller, Strafbarer oder strafloser Versuch?, JBl 1986, 76 ff.; Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 26.
- (50) Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 29.
- (51) Burgstaller, (Fn. 42), 124; Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 28.
- (52) Kienapfel/Höpfl, (Fn. 41), Z 24 Rn 13; Kühn, (Fn. 12), § 15 Rn 93. 非現実的未遂(迷信的未遂)の不処罰を根拠付けるのに印象説は代わりの J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., 2011, Rn 620) もしくは印象説と見做す (Jeschek/Weigend, (Fn. 44), 532; Esler, (Fn. 11), § 23 Rn 13a) 故意の不存在が指摘される。超自然的力を投入しようとする者は「単に「願望」を抱いているに過ぎず、犯罪実現意思を有しているなら「起った力と呼び起こすことは人的行為不法たり得なく」。H. Frister, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, 23. Kap Rn 22.; G. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 25. Abschn Rn 22.; Hillenkamp, (Fn. 1), § 22 Rn 190 u. § 23 Rn 50.; Begr. zu 27 III E 1962.; Seelmann, (Fn. 17), 121.
- シトラー・ナッシュ・ヘルム・ナーレン (Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. 12), § 11 Rn 61) は「ドイツ刑法第二三条第三項の適用につき超自然的「現実の存在界に属さない力を信用したことと、著しい無知から出たものであれ、存在法則を誤信した場合との間に微妙な区別をして、後者に適用を限定する通説に代わって、行為者が所為実行をするにあたって一般に知られている因果連関に関する全くの外れの表象から出立しているので、未遂が危険でないことが平均的経験認識を有する誰にでも明らかである、一目瞭然としか言いようがない場合に適用すべきと主張し、迷信犯にも適用にも適用があること、但し、刑は常に免除されるべきだとする。
- (53) Moos, (Fn. 41), § 75 Rn 28.
- (54) Burgstaller, (Fn. 42), 125.
- (55) Kienapfel/Höpfl, (Fn. 41), Z 24 Rn 13; C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 29 Rn 351, 356.
- 我が国では「主体の不能は一般に不処罰と解されている。塩見淳「主体の不能について(一)」法学論叢一三〇巻六号(一九九二年)

一頁以下、二六頁「主体要素をとくに危殆化しやすい地位と理解し、未遂の処罰根拠を法益侵害の危険と捉える立場において最も整合性をもって基礎づけられる。なぜなら、その場合には、主体要素は―実行の着手と並んで―立法者により先行して下される未遂の危険判断を示すところの構成要件要素と理解されるからである」。内藤(注22)二七六頁。

具体的危険説からは、身分犯の違法要素は法益侵害の危険性と義務違反性の両者に求めるべきであり、主体の欠缺の場合には、法益侵害の危険性は肯定されるが、義務違反性が否定されることにより、可罰的違法性が欠け、未遂犯は成立しないと論じられる。野村(注22・不能犯)一五頁。中義勝「不能犯―具体的危険説の立場から」(中義勝編『論争刑法』一九七六年所収)一一四頁以下、一七二頁(主体の不能については、「構成要件の錯誤は故意を阻却し(原則として不可罰)、その裏返された錯誤は不可罰というルールの適用をみる。しかし、具体的危険説の一部からは、背任罪(刑法第二四七条)における事務処理者でない者が自己を事務処理者と誤信して「任務違背」行為をした場合、「客体の不能および方法の不能の場合と同じように、一般人の立場から、その行為が特定の身分犯を實現する現実の危険があると感じられる以上は実行行為性を認めとめるべき」と主張される。大谷(注22)二一九頁。

山中(注26)七四四頁は、「実行の着手以前の状況から、仮定的には、主体の要件が備わっていた可能性があるから、原則として、他の構成要件要素の欠缺の場合と同じく、未遂が成立しうる、したがって、事後的・客観的にもこの仮定的可能性の蓋然性が高い場合には未遂が成立しうる」と論ずる。

(56) *Bungstaller*, (Fn. 42), 126; *Roxin*, (Fn. 55), § 29 Rn 353.

(57) 可罰的不能未遂肯定説。H.-J. Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, 1955, 18 ff.; *ders.*, *Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts*, GA 1979, 161 ff. (所為事情の中で行為者の表象によって補充される要素とどういふ要素を区別するところをめぐり、すべての構成要件要素は等しく重要であり、等価値である)。Eszer, (Fn. 11), § 22 Rn 75 f. 可罰的不能未遂否定説。J. Baumann, *U. Weber*, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 1985, § 33 IV 3a (未遂処罰は行為者による規範違反を前提とするが、行為をする者がそもそも規範の名犯人ではないこと、規範違反が欠如すること、主体の誤信は不可罰である)。H. Foth, *Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahneverbrechens*, JR 1965, 371 (本来の特別犯罪では、錯誤に陥つていて可能と考える不能行為者の犯罪未遂はいわゆる迷信的、非現実的未遂の事例におけると同様に、当罰的不法の領域から排除される)。R. Zaczek, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1990, 68 ff. (人格的法益の場合、属性の具備により初めて法益侵害が可能な場合も、不真正不作為犯のように一定の状況において初めて行為者の属性が生ずる場合も、一定の関係の存在が法益の構成化の前提条件であるから、こういった属性の客観的欠如

には未遂不法が欠如する。G. Stratenwerth, Zum Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-FS, 1978, 59 ff., 68 f. (未遂も可罰的であるためには違法でなければならぬ、未遂が違法であるのは、行為者が侵害するつもりや命令又は禁止が現に存在する場合に限られる。例えば、交通事故が発生しなかったとき、その現場にとどまる義務は誰にも無い。事故を起こしたと誤信した者は第一四二条(事故現場離脱罪)の未遂で処罰されることは無い。如何なる未遂もその前提に、法律に対する、単に誤信したのではない、現実の違反行為に見られる行為無価値がある。Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. 12), § 11 Rn 66; V. Krey, Deutsches Strafrecht AT, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, Rn 447.

- (58) Vgl. Th. Vogler, Leipziger Kommentar StGB, 10. Aufl., 1985, § 22 Rn 153 f. (公務員、医師等のように正犯者資格が法律行為を前提としているときは幻覚犯、先行行為から生ずる結果回避義務のように、正犯者資格が状況の具体化の帰結として発生する場合は可罰的不能未遂)。B. Schinowann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1986, 318 (非公務員が自分を公務員と誤信するときは不処罰だが、通行人を襲っている犬が自分の飼いたたと誤信しながら放置する²⁰⁰⁸、この者の行為に²⁰⁰⁹一般の人々の安全感が動揺せられるので、不作為による危険傷害罪の可罰的未遂が成立する)。Jakobs, (Fn. 52), 25; Abschn Rn 43 ff. (特別犯罪では、行為をする者が自分が特別犯罪(身分犯)の有能主体であると誤信しても、それは常に幻覚犯である。行為をする者の錯誤によって、規範の名宛人の範囲が広がることは無いからである。特別犯罪か否かの区別は、「当該規範の義務により、行為者の攻撃客体との関係が完全に規定されているのか、それとも、義務が既に義務とは無関係に存在する関係を刑法上保障しているのにすぎないのか」によってなされ、後者の場合のみ特別犯罪が肯認される。作為犯では、行為者の攻撃客体への関係は純粹に消極的であるとき(例えば、殺人罪では、他人を殺さないこと、これ以上のことは要求されない)、特別犯罪ではないが、しかし、積極的關係が保障されるべきとき(公務犯罪の主体としての公務員は不可買取性によっては十分に定義されない)、これは特別犯罪である。同じことは不作為犯についても云える。組織管轄に基づく保障人義務(例えば、先行行為)は、財の積極的維持に余すところなく尽きているが、制度管轄に基づく保障人義務では、財維持によって積極的關係を保障させようとする。例えば、両親は、未成年の子を飢えて死にさせないということによっては十分に定義されない)。以上の学説の紹介・分析として、Roxin, (Fn. 55), § 29 Rn 356 ff. 塩見(注55)、同「主体の不能について(二)」法學論叢一三〇巻二号(一九九一年)一頁以下。

これに対して、行為者が真実を正しく認識しているが、特別の義務地位の法的評価に誤認があるとき、例えば、民間会社から役所に派遣された清掃人が自分を公務員だと誤信しているとき、その「洗職」行為は幻覚犯であるが、存在する場合には構成要件の要求

- する公務員等の主体の性質を基礎付ける事情が実際に存在すると誤信するとき、例えば、免職されたことをまだ知らされていない公務員の「洗職」行為は可罰的不能未遂であると論ずるのが、*Krhl*, (Fn. 12), § 15 Rn 104 f. Vgl. *Hillenkamp*, (Fn. 1), § 22 Rn 236 f. (59) 本事案では、未遂犯の成否が問題となったのではなく、爆発物取締罰則第一条にいう「爆発物の使用」の意義が問題となった。被告人自ら製造したピース缶爆弾の一個の導火線に点火して、これを機動隊の庁舎正門前に投げつけたが不発に終わったという事案で、導火線を雷管に接続するために用いた接着剤が導火線内の黒色火薬にしみ込み、その部分の黒色火薬が湿りあるいは固化して燃焼しなくなつたため、点火しても燃焼が中断して雷管を起爆させることのできない手製爆弾につき、最高裁判所は、「爆発物の使用」に該当するかどうかは、「単に物理的な爆発可能性の観点のみから判断されるべきでなく、……本件爆弾の構造上、性質上の危険性と導火線に点火して投げつける行為の危険性の両面から、法的な意味において右構成要件を実現する危険性があつたと評価できるかどうかを判断せねければならない」、その際、被告人は「導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾であると信じており、また、一般人においてもそのように信ずるのが当然であると認められる状況にあつた」と判示して、具体的危険説の危険判断方法を採用した。
- (60) 木村(注19)三五八頁は、「行為者の危険説の見地から、科学的一般人の判断を標準とすれば、硫黄を施用して人を殺そうとしたのは不能犯であると論ずる。」
- (61) 中山(注31)二五七頁は、「客観的危険説の見地から、致死量以下であっても身体的状況の如何では致死の危険性があるという形での量的な「相対化」という意味で相対的不能と云えようが、致死量(七〇ccないし三〇〇cc)よりはるかに低く、まして空気血栓による殺人が絶対不可能というのであれば、不能犯になると論ずる。」
- (62) 中山(注32)四二九頁注1は、「死体への殺人は、事前の一般的危険感からすればきわめて高度の場合であるが、事後的な客観的判断としては、結果発生の際の絶対的不可可能場合であると論ずる。」
- (63) *Triffner*, (Fn. 42), 15. Kap Rn 32.; *R. Moos*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: Hrsg. v. *R. Leiner*, Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1997, 101 ff., 118 f.; *Kienapfel/Höppel*, (Fn. 41), Z 24 Rn 20.
- (64) *Roxin*, (Fn. 55), § 29 Rn 380 ff.; *Kienapfel/Höppel*, (Fn. 41), Z 24 Rn 20-20c.; *Triffner*, (Fn. 42), Kap 15. Rn 34.; *Gropp*, (Fn. 47), § 9 Rn 25.
- (65) *Kienapfel/Höppel*, (Fn. 41), Z 24 Rn 20a; *Triffner*, (Fn. 42), 15. Kap Rn 34.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 52), Rn 622; *Roxin*, (Fn. 55), § 29 Rn 381; *Eser*, (Fn. 11), § 22 Rn 79.

- (66) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 41), Z 24 Rn 20b; *Triffener*, (Fn. 42), 15. Kap Rn 34; *Wessels/Beulke*, (Fn. 52), Rn 622; *Roxin*, (Fn. 55), § 29 Rn 383. 「被告人が表象したものは客観的に見て文書偽造を基礎付けない。それ故「客観的構成要件に相應する故意が欠如している。自口の表象内容に基づく」と文書偽造でないものを文書偽造だと思ふ者は不処罰たることをえなう」。BGHSt 13, 235.
- (67) BGHSt 16, 155, 160.
- (68) *E. Steininger*, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 1 Rn 152; *ders.*, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, JBl 1987, 287 ff., 303.
- (69) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 41), Z 24 Rn 20c; *Triffener*, (Fn. 42), 15. Kap Rn 34; *Wessels/Beulke*, (Fn. 52), Rn 622; *Eser*, (Fn. 11), § 22 Rn 80.
- (70) *Roxin*, (Fn. 55), § 29 Rn 382; *Wessels/Beulke*, (Fn. 52), Rn 623.