



# 予備と未遂の限界：特に実行の著手の意義について

著者	大谷 実
雑誌名	同志社法學
巻	13
号	3
ページ	96-107
発行年	1961-11-30
権利	同志社法學會
URL	<a href="http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009398">http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009398</a>

## 予備と未遂の限界

——特に実行の著手の意義について——

大谷 実

### 目次

- 一、はしがき
- 二、学説の概観
- 三、純主観説の提案（ポツケルマンの見解）
- 四、わたくしの見解
- 一、はしがき

犯罪は犯意の実現である。行為者は何らかの動機から犯罪を  
 決意し、決意を実行するために準備行為をなし、最後に実行す  
 ることにより初期の意図を完了する。このように犯罪は意思決  
 定から遂行まで一步一步前進するのであって、この過程には数  
 種の段階的類型が考えられる。刑法の課題としては、行為がど  
 こまで発展した場合に処罰の対象となるかが問題となる。現行  
 刑法は、予備と未遂、既遂の段階的類型を規定する。未遂と既  
 遂の区別については、問題は少いが、予備と未遂の限界基準の  
 設定については、従来、主観説と客観説の争いが続いている。  
 未遂は原則として罰せられるが、予備の罰せられる例は少

ない。予備と未遂の限界を曖昧にすることは、罰してはならな  
 いものを罰し、罰すべきものを罰しない不当な結果を生む。こ  
 の限界線をできるだけ合理的に引こうとするのが本稿の目的で  
 ある。

### 一、学説の概観

(1) 中世心情刑法は、未遂と既遂を同一視していた。従って未遂  
 としての独立の犯罪類型は存在しなかった。近代的未遂概念は、  
 十九世紀初期の個人主義、自由主義に基く罪刑法定主義を背景  
 として形成された。未遂論の発展は、古代ローマ法、中世教会  
 法とは無縁のものである。近代的未遂概念は一八一〇年のナポ  
 レオン刑法典によって確立した。その第二条は、予備と未遂の  
 区別を「実行の開始」(commencement d'exécution)を標  
 準としてなすべきであるとした。やがてドイツ刑法もこれに従  
 い「Anfang der Ausführung」(第四三条)の観念を用い、ド  
 イツ刑法を導入したわが現行法も「犯罪ノ実行ニ著手シ」(第  
 四三条)として犯罪の実行に著手することをもって未遂概念の  
 標識としたのである。かくて、予備と未遂の概念的区別が実  
 行の著手を標準としてなされるべきであるとの原則は確立した  
 が、実行著手の概念をいかに構成するかによって、予備と未遂  
 の限界は変動する。このため、今日に至るまで、予備と未遂を  
 区別する基準は、ドイツにおいては勿論、わが国においても固  
 定していなかった。ヒッペルもいうように、此の問題は、未遂  
 と不能犯の限界をめぐる問題と併せて、全刑法理論の最も紛争

多きものであった。<sup>①</sup>

一九世紀から二十世紀にかけての、いわば自由主義的刑法学者は、客観説を提唱した。客観説はその思想的基礎をフォイエールバッフに求め、未遂の本質を結果発生に対する行為の因果的可能性・危険性に置いたのであるが、予備と未遂の限界については、種々の説が提唱された。例えばビンディングは「われわれの日常経験からは殺人は殺人として定型的行為が存在すると判断されるから、犯罪構成要件の一部が行われたときに実行の著手がある」と考えた。リストやベーリングも全く同様な立場にあった。<sup>②</sup> 彼等は定型的な構成要件をもって実行著手の概念を論定せんとしたのである。

ところで、構成要件に規定される犯罪的動詞（例えば「盗ム」とか「殺ス」の如し）は、日常経験的に多種多様の形態をもって発現する。従って、如何なる行為をもって構成要件の一部に該当したといえるかは、必ずしも明らかにならない。のみならず従来から「著手とは何か、という問題は、いかなる点において犯罪構成要件の一部が充足せられはじめたか、というのに対して、犯罪の構成要件の一部に著手したときにしかり、というのでは、問に答えるのに問をもってするものに外ならぬ」と批判されている。部分説は妥当性を欠くものと考えられた。そこで、いかなる場合に構成要件に該当したといえるかの問題が究明せられた。フィンガーは「犯罪の完成に必要な行為がなされたときに実行の著手がある」と説明した。<sup>④</sup> これは、構成要件該当性を実質的に把握した点で部分説より進歩したといえようが、

犯罪の完成に必要な行為は、予備行為についてもいえるのである。未遂を予備から区別する基準としては、明確を欠くものというべきである。そこで、「日常の経験から犯罪に一般の行為がなされたとき、実行の著手がある」という見解が客観説から提唱された。アルフェルドによって代表せられる。<sup>⑤</sup> 此の立場は、構成要件を嚴格に解することを止め、未遂の領域を拡大する結果を生む。しかし、犯罪に一般な行為とは、結局、定型的行為を意味している。従って、これは、形式説に属すべきものであり、単なるニュアンスの相違に過ぎない。しかし、構成要件の全体的考察から、実行の著手を概念規定した点、形式説よりの前進を窺うことができる。

ところで、構成要件を軸として実行の著手を概念構成することを放棄し、実質的な標準を求めることが一方において考えられた。例えばビルクマヤーは「法益に対する第一の侵害行為があったときに著手がある」とした。<sup>⑥</sup> だが、法益侵害の第一行為があったことを行為自体から客観的に決定することは不可能であり、従って妥当でないという批判がなされた。此の思想は、未遂の本質が行為の法益侵害性・危険性にあるという前提に導かれており、予備と未遂を実質的に限界づけんとした点で、正しい方向にあるといえるであろう。しかし、このことは、法益説に組みする理由とはならない。法益侵害の第一行為といっても、例えば、侵入窃盗について、家屋に侵入したときにそれがあるのか、物色したときにあるのかは、必ずしも明らかではないのである。そこでM・Eマイヤーは、構成要件の定型的役割を再

び認め、行為が構成要件の一部に該当し且つ法益侵害の最初の行為があったときに実行の著手がある<sup>⑧</sup>とするのであるが、これは最早いかなる解決の方策をも提供していない。問題は、構成要件の動詞を実質的に把握し、いかなる場合にその一部を實現したといひ得るかに存する筈であった。これに気付いてフランクは、有名ないわゆる彼の形式を樹立した。//実行の著手とは、構成要件に該当する行為と必然的な関係を有するため、自然的観察からすると構成要件の行為の一部と見られる行為である<sup>⑨</sup>という提言は、構成要件該当性の領域を拡大し、構成要件の行為に必然的な関係を有する行為をも実行行為の裡に含ませる。ところでフランクは、予備と未遂は、法律問題として概念的に区別すべき性質のものか否かという疑問から出発している。すなわち、実行行為を予備行為に対立させて概念的に限界づけることは不可能であり、単に個々の事実につき評価することの範囲を出ないという前提をとる。併し、問題は生起事実の確定でなく、その法的評価である。いかなる場合に実行の著手が存するかは、行為者の實現した具体的事実と、行為者の意思、全体的企図等を確定し、しかるのちに法的評価がなされて、はじめて決定される。法的評価の前提は、法的概念である。実行行為と予備の区別を事実問題であるとするフランク及びドイツ大審院の見解には反対せざるを得ない。しかしながら、フランクが、結局、構成要件の機能を未遂論に関して大巾に修正せざるを得なかったことに、われわれは、多大な関心を持つのである。というのは、未遂論に関する限り構成要件の動詞は、明

確に規定され得ないこと、従って、構成要件の概念を結局拡大せざるを得ないことに彼が著目したからである。ここにわれわれは、客観説の動搖の根拠を窺うことができるのであるし、また、予備と未遂の区別は事実問題に過ぎぬとした理由も納得できるのである。

フランクの形式は、その後通説となり、判例にも採用せられたが、更にヒッペルによって修正を受けた。彼は、構成要件の概念を用いず//実行の著手とは、犯罪行為と直接的關係に立つ行為をも含む<sup>⑩</sup>と解した。そこで、そもそも「構成要件と必然的な関係を有する行為」といい、また「直接的關係に立つ」とすることの実体は、何を指すのであろうか。メルケルは、それをば結果發生の可能性であると説明している。またラリーも、此の見解は、結果發生に対する因果的可能性を前提としている、と指摘している<sup>⑪</sup>。もしそうとすれば、構成要件を軸とし、その周辺にある行為をも構成要件該当の行為であるとするフランクの形式は、根本的な批判を受けなければならない。けだし、結果發生の可能性乃至客観的危険性が存在するが故に、構成要件に該当するとするならば、その場合、構成要件の概念は、無用のものとなる、といえるからである。構成要件の概念を未遂と既遂につき統一的に適用せんとするには無理があるように思われる。客観主義刑法理論を展開するブーリやメツガーが、未遂論に関するかぎり、主観的未遂論を唱道したのは、その当否は兎も角、理由があるとしなければならない<sup>⑫</sup>。

(2)客観説は、形式説から実質説に変化したのが、その後、主観説

と結合してRGに採用せられることになった。そこでしばらく、主観説の動向を眺望してみたい。

客観説が十九世紀の個人主義、自由主義の理念を背景として中世的心情刑法を駆逐することを出発点としたのに対して、主観説は近代学派の抬頭により、未遂の可罰的根拠を行為者の犯罪的意思乃至性格の危険性に置く。それで、この立場によれば、行為は、意思表示動であるが故に、予備と未遂の区別は、行為に表動された犯意の程度によるべきであると主張する。ブーリ、ラマシユ、ゲルマンによって代表される。<sup>⑩</sup>ゲルマンは、法治国家から文化国家への発展を理念とし、刑罰目的を前面に押し出すことによって、犯罪意思決定の可罰性を強調する。曰く「犯罪意思が前面にできることによって、既遂よりも未遂の方がまず可罰的であり、既遂は第二次的に未遂の特殊な場合として可罰的である」と。かくて、犯罪的意思の強弱によって、予備と未遂の区別を試みるが、しかし、予備の段階における犯罪的意思のエネルギーは、未遂のそれより弱いとは限らず、却って強い場合がある、のみならず、意思の強弱は、そもそもいかなる資料をもとにして判断するのであろうか。主観説は妥当性を欠くものと考えられた。これに対して、主観説をその理論的背景にしつつ、「主観説と客観説を結合するのが正しい道標である」とする見解が提唱された。シェンケは、未遂の可罰根拠が行為者の企図と意思に置かれるべきことを理念としつつ、行為の法益侵害の危険性を加味することによって客観説との巧妙な妥協を企てる。すなわち「行為者の全体的企図に従って判断して、

構成要件の保護法益を、直接に侵害する危険性を有する行為において、行為者の犯罪的意思が明らかにせられた時に、実行の著手がある」とした。そこで具体的には、行為者の犯罪的意思において認識した事情のもとに、客観的に直接法益侵害の危険がある行為をなした場合に実行の著手がある、というのである。ところで、この立場は、予備と未遂の区別を行為の法益侵害の危険性という客観的基準に求めんとするところから、客観(個別的客観説)説の一類型に過ぎないとされている。しかし、いわゆる行為の危険性は、行為の外形的性質のみでなく、行為者の全体的企図乃至計画から判断して得られるところの評価なのであって、そこから未遂行為における故意は、主観的違法要素であるとの結論を導くのである。従って、理論的には客観説と本質的に性格を異にするものとすべきであろう。此の問題は一応措くとして、右の主観的客観説の最大の難点は、次の点にある。すなわち、この見解は、そもそも行為者の意思乃至性格の危険性の徴表をもって未遂の本質とするのであった。してみると、行為者の犯罪的意思が、客観的に法益に対する直接の侵害危険性を有する行為にのみ発現することが、科学的に実証されねばならない。行為者の犯罪的意思は予備行為の段階においても明確に発現しているのである。かくて、その根本基盤と矛盾することになると解される。此の間において、主観的客観説と同一の結論を採用しつつ、別な視角に立つウェルツェルの見解は、注目に価する。<sup>⑪</sup>彼は、個別行為の危険性、違法性における重点の変遷を、外部的惹起に対する目的々支配の次元の優越の

観点からとらえ、未遂の危険性においても、主観的側面を決定  
 的要素と解するのである。かような前提に立ちつつ、彼は、予  
 備と未遂の限界をば、主観的客観説からなそうとするのである。  
 しかし、目的的行為支配とは、行為者が構成要件を実現するに  
 適当であると考えた方法・手段により、因果関係を支配・統制  
 する実現意思をもって、行為者において支配・統制の可能な外  
 部的行為をすることを意味するのであるから、客観的に法益侵  
 害の危険性が存するか否かは、実行行為の概念にとつて基本的  
 標識となり得ないとするポッケルマンの批判には、理由がある。<sup>⑩</sup>  
 (3) 扱て、ドイツにおける学説の流れを簡単にスケッチしたので、  
 ここで、ドイツ大審院の判例及び最近の連邦最高裁判所の判例  
 が、右のわれわれの課題につき如何なる態度をとっているかを、  
 若干ふりかえつて見よう。

RGの判例は周知のごとく、客観説によつていのである。  
 すなわち、行為が構成要件の一部に該当し且つ法益侵害の危  
 険性が現出するばあい実行行為があるとした。その場合、構  
 成要件的行為の意義については、フランクと同一の立場にある  
 のである。つまり、構成要件的行為と必然的な関係があると、  
 自然的観察 (natürliche Auffassung) から認められるとき、  
 とした。他方、更にもう一つの判断を加え、行為者の全体的企  
 図から判断して、法益侵害の危険性が存することを必要とする<sup>⑪</sup>  
 とする。従つて、ドイツのRGの立場は、フランクの形式と、  
 主観的客観説の形式を折衷したものといふことができる。しか  
 しその後、例えば、他人の飼犬の鎖をほどこき、夜になって邪魔

されることなく盗みとることができるよう戸外に結びつけた  
 行為をもって窃盗の未遂罪が成立するとし、また、窃盗の目的  
 で屋根裏に忍び込むこと、更に、窃盗の目的で窓にロウを塗る  
 行為も、すべて窃盗の未遂罪が成立するとなした。RGの見解  
 は、右の諸例からも理解し得るように、構成要件的行為の自然  
 的把握に力点を置くのではなく、行為の法益侵害の危険性に重  
 点を置くのであり、他方、行為者の全体的企図に関する判断は、  
 主観的客観説のごとく、行為者の犯罪的意思の存否に関するも  
 のでなく、まさに、行為の実質的危険性を確定する資料に外な  
 らない。かくて、RGの立場は、実質的客観説であるといえよ  
 う。このことは、他人の家の一室に、窃盗の目的で賃貸借契約  
 を締結する行為は、窃盗未遂罪を構成するとした判例によつて、  
 最も端的に示されるのである。かくのごとく、RGは、形式説  
 から更に実質説への動揺を示すのであるが、われわれは、戦後、  
 連邦最高裁判所が、右のRGの立場を更に修正せんとしている  
 ことに注目せねばならない。すなわち、例えば、強盗の実行の  
 著手を認めるにつき、被害者が自己の意思で財物を提供したば  
 あいも、行為者の意思と全体的計画から判断して強盗の故意が  
 あると認められれば十分であるとしている。更に Kuppeler に  
 ついては、構成要件の充足にとつて必要な事実を開始したとき  
 実行行為があるとした。此れ等BGHの見解は、明らかに主観  
 説への転向を意味するといわなければならない。<sup>⑫</sup>

ドイツ大審院は、すでに未遂と不能犯の区別に関して主観説  
 に立脚したことは、周知の事実である。そうして、他方、予備

と未遂の限界については、客観説を採用したことには矛盾がある。かかる矛盾の止揚として、連邦最高裁判所が未遂と予備を主観的に限界づけ統一的に実行行為の概念を構成したのは、当然のことであった。

(4) 扱て、最後にわれわれは、眼をわが国に転じて、簡単に学説の動向を眺めてみよう。

客観説は、滝川(幸)小野両博士によって、明確に打ちだされたが、前者の見解はフランクの形式によるのであるし、後者の主張は、ドイツ大審院の見解と異巧同曲である。<sup>⑮</sup>此の間において、旧刑法下においては岡田博士が、また現行法の解釈としては泉二博士が主張するところの「構成要件の一部又は、これに近接密接する行為を行うとき」<sup>⑯</sup>実行の著手があるとするのは、わが国独自のものである。<sup>⑰</sup>しかし、構成要件該当の行為をもつて実行行為と解する立場から、「密接近接する行為」をも実行行為とするには、不合理があるとせねばならない。賛成することはできない。しかし、わが大審院、及び最高裁の判例は、一貫して此の立場にある。

客観説が通説となったが、一方、主観説が有力に提唱されていることは、周知のことである。牧野博士は「その外部行為があるために、行為者の犯罪的意思が二義を許さず、取消が不可能なやうな確実性を示す行為のあった場合に著手があるとする<sup>⑱</sup>」とせられ、宮本博士は、「犯意の飛躍的表動<sup>⑲</sup>」をもって実行の著手があるとなした。木村博士、<sup>⑳</sup>市川教授がこれに賛成していられる。しかし、「遂行的行為」といい「犯意の飛躍的表

動」といっても、結局客観的类型を予定せざるを得ないことから、実質は、ドイツにおける、所謂、主観的客観説に他ならぬいと批判されている。

ところで、わが国における対立する右の両説は、徐ろに接近しつつあるようである。以下に二つの見解を引用することによって、此のことは明らかである。すなわち、平場教授は客観説の立場から「実行の著手とは既遂の故意が構成要件該当の行為に表動すること、または構成要件該当の行為支配の開始である<sup>㉑</sup>」としている。一方主観説から木村博士は「当該構成要件の保護客体に対して直接危殆化に至るところの行為の中に犯罪的意思が明確に表現された時に実行の著手がある<sup>㉒</sup>」とするのである。

① 此の部分に関しては、Rälis, Der Begriff und die Strafbarkeit des Versuchs Z. St. w. Bd. 62, S. 1 ff. に詳しく。

② List-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht 25 Auf. 1927. S. 295, Belling, Grundzüge des Strafrechts, 11 Auf. 1930. S. 56. Binding. Normen III. S. 504 ff.

③ 佐伯博士「刑法総論」第二八一頁、牧野博士「刑法改正の諸問題」第二三六頁

④ Finger. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904. S. 313.

⑤ Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. Aufl. allge. Teil 1934. S. 193.

⑥ Birkmeyer, Das Strafrecht. 2. Aufl. 1912. S. 1115 f.

- ⑦ M. E. Meyer. Allg. Teil 1915. S. 354 ff.
- ⑧ Frank. Das Strafgesetzbuch. 18. Auf. 1931. S. 87.
- ⑨
- ⑩ Rälis, a. a. O. S. 35 f.
- ⑪ Mezger, Lehrbuch S. 193.
- ⑫ Germann. Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs. 1914. S. 183 ff.
- ⑬ Schönke-Schröder S. 189~195.
- ⑭ Welzel. Dtsch. Strafrecht. 7 Auf. 1953 S. 142.
- ⑮ Bockelmann. Untersuchungen. S. 150 ff.
- ⑯ RGSt. Bd. 53. S. 218. 最近の判例については Bockelmann a. a. O. S. 135~138. 以下詳しうのび、それを参照した。
- ⑰ B. G. H. Bd. 1. S. 115. 4. S. 270.
- ⑱ 滝川(幸)博士、犯罪論序説第二四四頁、小野博士、刑法講義第一九三頁
- ⑲ 泉二博士「日本刑法論」総論第五一八頁
- ⑳ 牧野博士、日本刑法上巻 第五一頁
- ㉑ 宮本博士 刑法大綱 第一七九頁
- ㉒ 木村博士 刑法総論 第三四三頁
- ㉓ 市川教授 前掲書 第三七九頁
- ㉔ 平場教授 刑法総論講義 第一二六頁
- ㉕ 木村博士 前掲書 第三四三頁

### 三、純主観説の提案

右においてわれわれは、予備と未遂の限界に関する諸説を検討したのであるが、ここにおいて注目すべきは、この問題の解決に当り、主観説も客観説も、ともに自己の犯罪理論体系に忠実ならんとして、無理な概念構成を企図していることである。かくて、従来の学説は、ことごとく自己の所論のうちに、矛盾を包蔵していることをわれわれは承認したのであった。だが、未遂概念は、しかく犯罪理論の体系になだらかに溶解し得るものであろうか。また、かくすべきものであろうか。このような正当な疑問に対して真向から解答を提供せんとしたのは、ポツケルマンである<sup>①</sup>。

彼は、未遂を罰すべきか、また如何に処罰すべきかの問題は、他の刑法理論から先行するという前提から出発する。従って、実定法は未遂の可罰性を独自に解決せんとする。そこで未遂行為の独自性が明らかにされる。すなわち、未遂は故意の実現であり、特別構成要件の結果に対する目的的实现である。かくて、未遂犯において故意は、主観的違法要素として行為の無価値を決定する。此の立場は明らかに目的的行為論に結合することになるのだが、ポツケルマンによれば、既遂犯における違法概念は、結果の無価値にあることは明らかなので、もし故意を未遂と既遂につき主観的違法要素であるとして統一的に把握するならば、行為の無価値は、結果の発生において新しい違法のアクセントと結合することにより消滅することになるから、目的



行為論には反対せざるを得ない。のみならず、既遂の構成要件について故意を主観的違法要素と解さないことは罪刑法定主義にもよく合致する、と主張する。

ところで、未遂概念を独自に構成するという命題に立つとしても、現行法がいかなる視点に立つかの問題を明らかにしない限り、実行行為の概念を構成することはできない。かくて、現行法が客観的未遂論に立つか、主観的未遂論に立つかを究明せねばならぬ。いうまでもなく、客観説からは未遂の刑罰は既遂に比較して軽くなければならない。他方、主観説からは、未遂刑の減刑は一般に容認されない筈である。ドイツ刑法第四四條は、単に減刑することを得としていることから、いずれの説に立つか、四四條からは確定しがたい。ところが第四六條は中止未遂に關し刑罰を阻却している。客観説からすれば刑罰阻却事由と解されるし、主観説は此の規定で満足するだろう。このように論じつつボツケルマンは、しかし、中止未遂については、中止が成功した場合のみ刑罰が免除されるが故に、一八七一年の立法者は客観的未遂論によっていたと断ずる。<sup>②</sup>ところで、ドイツ刑法の改正草案は一九〇九年案以来、一貫して主観化への傾向を辿っているのみならず、判例も同様の方向にあり、今や主観説は慣習法化しているので、主観的未遂論によるべきだといふのである。かくては現行法の基礎を主観的未遂論に置く。そこで、実行行為の意義に關しては、行為者の人格と客観的に実現したものとの心理的関係によって規定する。未遂において、違法の本質は、法益の侵害又は危険では十分でない。未遂

予備と未遂の限界

行為の違法性は、人格的性質を有する法的情操の類落の現実化を意味する。法的情操の類落は、行為者がそれを行為において具体化したか、或は、行為者が行為によって構成要件を実現せんとしたとき当罰的である。実行の著手の基本的標識は、第一に主観的に構成要件に該当する行為の存在することである。<sup>③</sup>すなわち、行為者が自己の表象に従って構成要件の結果の實現が可能であると信じた行為を、具体的に実行した場合に、実行の著手があると解する。<sup>④</sup>此の見解は、古い主観説としてのゲルマンの見解に近似するが、人格的違法概念を基礎とする点で根本的に異なる。それで、主観的未遂論を背景とする主観的客観説が、法益侵害の危険性を実行行為のメルクマールとすることによって、自己の基盤と矛盾する結論に達したのに対し、純粹に主観説を貫いている点、理論的に統一されている。だが、現実に、果してこの説によって予備と未遂が明確に識別され得るか疑問である。すなわち、この説によると、情操類落の実体化は、甚しく広範において認め得るのであって、予備・陰謀もその領域に入るといわなければならない。われわれは、此の見解にも賛成しかねるのである。

しかし、未遂を独自に構成し、犯罪理論の体系から分離して規定せんとした努力と勇氣に意義を認めたいのである。われわれは、此の点を顧慮しつつ、検討をすすめたいと思う。

- ① Bockelmann. Strafrechtliche Untersuchungen S. 134f.
- ② Bockelmann. a. a. O. S. 153~154.
- ③ Bockelmann. a. a. O. S. 156~157.

④ Bockelmann. a. a. O. S. 146.

#### 四、私の見解

わたくしは、実行の著手を概念構成する際に、構成要件的行為の実現に達する具体的現実的危険性があつたか否かという点に求めることによって、最も明確な解答がえられ、しかも、この解答は現行法における未遂概念の本質に、最もよく則し得るものと考ええる。以下のようになる。

従来、実行の著手の概念規定は、主観的未遂論に立つか客観的未遂論に立つかによって異つてくるのであつた。しかして、その著しい相違は、未遂の可罰性の根拠を、行為の危険性か行為者の危険性か、という対立命題に置くことであつた。しかるに、新しい未遂論の展開においては、行為の危険性と行為者の危険性を総合的に可罰根拠として認めんとする。例えば、ウェルツェルは、個別行為に関連する目的支配を強調することによって、両者の総合を企図した。ラリーは、更に端的に、「未遂の可罰性の理論的構造は、純粹に主観的なものでもなく、また、個別的客観的なものでもない。また、故意の存在から危険性を導き出すこともできない。ここでは更に高次の危険性の形式が重要であり、主観・客観を包摂する全体的事実が惹起したところの危険性概念こそ、重要なのである」と提唱する。このように、未遂の可罰性の根拠を、総合的危険性 *der Synthetische Gefährbegriffe* に置くことによつて、わたくしは、初めて実行行為の概念を納得のゆくように規定し得るものと考ええる。

尤も、先に検討したように、主観説と客観説は歩みよりを見せ、客観説も亦、主観説の所謂、行為者の意思・計画を、多少なりとも導入しているのであるし、主観説は、行為の法益侵害性・類型性を認めざるを得なかつたのであつて、小野博士も批判されているように、此の点を争う実益はそれ程ないといえよう。けれども、両説が結局接近せざるを得なかつた理由について、われわれは考える必要がある。すなわち、確かに、現行法が行為類型を基本的なものとする行為主義に依拠している事實は否定することができない。だが、それを未遂概念にも適用し得るか否か。かくて、未遂の可罰性の根拠について考える必要がある、と思われる。

扱て、ラリーも指摘するように、従来、客観的未遂論者は、概念の構成を先験的にのみなそうとし、その可罰性の問題を視野から逸する傾向があり、そのため、法感情に甚しく矛盾する結論に達したのに対し、主観的未遂論者は、その可罰性を強調するに急であり、その結果、現行法に矛盾することになつたのである。そこで、われわれは、現行法がいかなる根拠をもつて可罰性の評価を未遂に対して認めるかを、只管、実定法に則して、いわば刑法の諸規定から出発して問題を考えてみよう。

先ず、刑法第四十三条の本文「犯罪の実行に著手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得」としている規定の趣旨から検討してみよう。問題は減輕することを得としている点にある。客観的未遂論からは、未遂は既遂に比較して、その違法性の段階において少量であり、従つて障礙未遂に関しては、必要的減

輕主義が採用せられねばならない。滝川（幸）博士が、未遂の処罰の原則として「未遂を罰する場合にはその刑を既遂の刑より減輕する原則」<sup>②</sup>を認めるのは、右の趣旨による。一方、主観的未遂論からすれば、未遂と既遂は、可罰性の評価に関しては、相等的である。現行法が未遂刑を既遂刑と同視している点で、主観的未遂論に有力な根拠を提供してきたのであるが、しからば、特に、四十三条において減輕することを得としているのは、いかなる理由によるものであろうか。宮本博士は、「一般社会観念を斟酌した結果である」<sup>③</sup>と説明されるが、納得できない。たしかに、右の規定は、主観主義的であるが、更に、同条但書によって、客観主義の要素が入っていることに注目しなければならぬ。すなわち第四十三条但書は「自己の意思に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除す」として、中止未遂における刑罰の必要的減輕又は免除は、中止行為により結果を不發生に終らせたことを要件とする（通説）のである。此れは、明らかに客観主義に立脚するといえよう。のみならず、第四十四条は「未遂罪を罰する場合は各本条に於て之を定む」としていることは、未遂を既遂と同一視する見解に矛盾するといふべきである。かくて、現行法は、未遂の処罰について、主観的未遂論と客観的未遂論の両原理を混在せしめているということができるのである。そこでわれわれは、現行法上、その可罰性の根拠をば、行為の危険性とか、行為者の意思乃至性格の危険性という対立命題に置くのではなく、両者を綜合して理解すべきであると解したのである。かくて、はじめて、刑事政策的

予備と未遂の限界

要請に合致するところの、また、客観主義の要請にも応え得る未遂概念が構成できると考える。

では、かかる立場から、実行の著手は、いかに構成されるべきであるか。

既述のごとく、実行の著手、従って予備と未遂の限界は、構成要件の結果の發生に対し具体的危険を齎らす行為をもって、その基本的メルクマールとする、というのが、わたくしの主張である。ここで問題は危険といふことの意義にある。従来、客観説は、実行の著手に在っては、法益侵害の危険性、又は、構成要件の結果發生の危険性をもって本質的なものと解してきた。ところで、法益侵害の危険性という観念では、法益を侵害することが既遂、危険にすることが未遂ということになるが、此の見解は、侵害犯には妥当するが、危険犯について意味をなさない。従って、後者の見解が妥当であるが、此の場合、危険とは、客観的情況に対する判断であった。例えば、小野博士は、「客観的にその行為が一般的に犯罪構成事実を実現する（抽象的）危険」<sup>④</sup>であるとしている。しかし、危険性の観念は、しかく客観的にのみ限局され得るのであろうか。例えばレクシヤスはいふ。「危険性は、客観的および主観的の両要素に依存する」と確かに危険性は、客観的メルクマールのみに依存しているのではない。<sup>⑤</sup>われわれが行為を前面に押し出す客観説の方式に従うとしても、その危険性は、客観的、主観的の要素から把握されねばならないのである。それ故に、危険性の判断においては、行為者の意思乃至性格の反規範的人格態度が反映するところの

行為の全体的評価が重要になる。

では、かかる全体的評価としての危険性は、いかなる評価対象を含むのであろうか。

わたくしは、先に具体的危険の観念を用いた。これは、行為者の実現した事実と、行為者の意思、その人格態度を綜合し、行為の發展を阻止する事情が介入しないかぎり、当然、構成要件的結果を発生すると考える、評価である。そこで、先ず、行為の客観的側面については、行為の方法、手段、客体との時間的、場所的關係、行為と構成要件の結果との因果的可能性等が、評価の対象として考慮されねばならない。次に、主観的側面としては、行為者の犯罪的意思、全体的計画、錯誤、因果關係の認識その人格態度等が顧慮されるであろう。かくして、かかる行為の主観、客観の諸要素は、孤立的に評価対象となるのではなく、行為の危険性の観点から、全体的、綜合的に評価を受けるのであり、従って、行為によって実現された犯罪的結果発生へのエネルギー、及び行為によって現実化された行為者の反規範的人格態度との關係において、評価される。

かくして、実行著手の概念は、単に、行為自体の表現する客観的危険性のみならず、その判断に当っては、行為者の意図、全体的計画の内容を検討しつつ、そこに実体化せられた行為者の反規範的人格態度をもその要素として含む、といえよう。未遂行為の危険性、従ってその違法性は、意思、計画、更に行為者の人格的特性によって、色彩を与えられるものであって、その意味で、それ等は、すべて主観的違法要素として把握するこ

とを得よう。では、かかる具体的危険性の判断は、いかなる評価方法によるのか。

行為と行為者の総合的危険概念は、行為の構成要件の結果發生の具体的、現実的危険性の観念を用いることによって、合理的に、未遂がまず犯罪行為の一態様であるとする現行刑法の下に結合し得るのである。従って、われわれも亦、実行著手の概念規定に関しては、行為を第一義的なものと解するのである。未遂論におけるマグナカルタ的思想は、決して破壊されていない。ところで、「社会生活を規律するものとしての刑法規範は、一般的社会生活をその前提に置く」<sup>④</sup>。それ故、具体的危険性の存否の判断もまた、社会生活の一般性を離れては成立し得ない。刑事政策的合目的性の原理によって、裁判官の判断によるのではなく、一般的社会生活的經驗から得られるところの判断、ということになる。

かくて、具体的、現実的危険性の判断は、行為者の犯罪的意思と全体的計画のもとに認識した事情、及び、彼の人格態度を基礎とし、行為者の見解においてでなく、一般的に、行為時において、当然構成要件を充足するに至ると解される行為が存するとき、実行の著手がある、ということになる。

右の如く、実行の著手を規定すると、予備と未遂の本質的差異は、奈辺にあるのであろうか。

未遂の本質は、一応、構成要件の結果の發生に対する具体的危険性をもつ行為を開始し、しかも、結果を発生しない行為を意味する。此れに反し、予備は、実行行為に至らない一切の行

為を謂う。予備は、確かに日常的用語例における準備行為として、定型性を有つといえる。しかし、「行為者が音のしないように侵入する目的のもとに兩戸に蠟を塗る行為」は概念的には、予備に外ならない。また、日常的用語例においても、しかりとせねばならない。しかるに、あらゆる形式説の主張者は、これをもって実行の著手だとするのである。けだし、国民の法感情に矛盾するところがあるからである。かくて、われわれは、典型的観点から予備と未遂の本質的相違を認めがたい。そこで、若し、行為の側面から本質的相違を追究するならば、その主観的側面、特に故意の特殊性にある。すなわち、未遂行為の故意は構成要件の事実の表象、認容にあるのに対し、予備のそれは、準備行為に対する表象であり、構成要件の結果の発生に対する表象は、未だ潜在的なものとして停まるに過ぎない。けれども、その故意の相違によって、直ちに予備と未遂を区別することはできず、かかる故意の下に発生した外界的事実等の諸要素を加味して具体的現実的危険性の存否の判断がされるのである。その故に、行為の發展段階から眺めて、何故に予備が罰せられるか、すなわち、予備の可罰的根拠をどの点に求めるか、此の可罰性の面にこそ、両者の本質的差異があるとせねばならない。端的にいなうらば、準備行為の可罰性は、犯罪的結果発生に対する一般的蓋然性を齊らすからに外ならない。人を殺す目的で凶器を持ち歩く行為が、結果発生蓋然性をもつと判断されるためには、行為と行為者を綜合して評価されねばならない。

以上、わたくしは、実行著手の概念を、行為者と行為を綜合

予備と未遂の限界

的に評価する立場から規定したが、そうした前提を既遂犯に迄拡張する意図は毛頭ない。もとより、それに関しては「理論的一貫性に欠ける」<sup>⑤</sup>との批判が成り立つ。しかし借問す。現行法の規定をいかに解するかと。問題は、理論的一貫性を重んずることにあるのでなく、現行法の解釈如何である。ポツケルマンやメッガーの思考形式に賛成せざるを得ない。さらに、わたくしは、実行著手をば、純粹に実質的に考えたので、具体的危険とは、結局、構成要件の結果発生の可能性を指すから、予備と未遂の限界基準として、形式性を欠くとの批難が予想されるが、形式的標準に依存するかぎり、先の如き不当な結論に達するの右の批判はなりたたない。

もっとも、右の若干の試論において、実行著手の概念を明瞭にし得たなどと、思いあがっているわけではない。原因において自由な行為の実行の著手、離隔犯、間接正犯等に関する問題等放置したままになっている。研究を進めて、他日を期することとしたい。

① Rälis, Der Ber Begriff und die Strafbarkeit des Versuchs, Z. Stw. Bd. 61. S. 50. 私の考えは、ラーリーの見解に示唆されたものである。

② 滝川(幸)博士 犯罪論序説 第二四四頁

③ 宮本博士 刑法大綱 第一七九頁

④ Rälis, a. a. O. S. 50.

⑤ 中山研一助教授ソヴェト刑法第一九四頁