

# 未遂の可罰性の基準

## —— 一般的考察 ——

野村 稔

- 一 はじめに
- 二 未遂の可罰性の範囲
- 三 未遂の成立可能性
- 四 おわりに

### 一 はじめに

今次の刑法改正作業の過程で作成された諸草案においては、現行刑法と比較して多くの改正点があるが、未遂処罰規定にもかなりの変化がみられる。今、現行刑法と法制審議会の改正刑法草案<sup>(1)</sup>とを比較してみると、例えば、一方において、強盗傷人罪（草案第三二七条前段）の未遂を削除したのに対し、他方においては、内乱罪の單純関与の未遂を可罰的としたこと（草案第一一八条）、私戦罪の規定を新設するとともにその未遂を可罰的としたこと（草案第一二六条）、放火罪の未遂処罰範囲を拡大したこと（草案第一八一一条）、墳墓発掘による死体損壊等の未遂を可罰的としたこと

と(草案第二四三条三項)などを指摘することができる。しかし、このように未遂処罰規定が拡大されたのにもかかわらず、どのような原理によってそうなったのかは、その審議経過をみても必ずしも明らかであるとはいえない。

ところで、いかなる範囲の犯罪についてその未遂を処罰するか、ということは、未遂を処罰する根拠を何に求めるかによって異なってくるであろう。未遂の処罰根拠を主観的に把握して、行為者の犯意、社会的危険性に求めるとすれば、原則としてすべての犯罪の未遂を処罰することになる。これに反し、客観的に把握して、行為のもつ法益侵害の危険性という点にそれを求めるならば、未遂は例外的に処罰されることになる。しかし、このようにいっても、具体的にいかなる犯罪の未遂を処罰すべきかの基準は明らかではない。これが明らかになってはじめて、現行刑法を含めて未遂処罰規定要否の立法論的検討が可能となるであろう。

そこで、本稿では、未遂の処罰根拠を行為の法益侵害に対する客観的危険性に求めながらも、その可罰性の基準を明らかにしようとするものである。その基準は二つに分けて考えることができるであろう。すなわち、ある種の犯罪に未遂がそもそも成立するか、という一般的・理論的基準と、それを満たしたとしても、その未遂を処罰する具体的な必要性があるか、という未遂処罰の要否の基準である。まず本稿では、紙幅の都合上、前者について考察しようとするものである。

(1) 法務省・法制審議会改正刑法草案附同説明書(刑法改正資料内昭四九)がある(以下、草案と略称する)。

(2) Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1913; 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上智法学論集一八巻(昭四九)一号六三頁以下参照。

## 二 未遂の可罰性の範圍

一 比較法的考察 さて、前述したように、いかなる犯罪の未遂を処罰するかは、未遂を処罰する根拠や各国の政治体制の在り方・法律政策に左右されるが、この問題を考察するにあたって、まず、未遂の可罰性の範圍についての最近の主要な諸外国の立法例と我が国の立法的推移を概観しよう。

(1) 未遂の可罰性の範圍につき、諸外国の立法例は多様の規制をしているが、大別すると、次の三つに分類できる。<sup>(3)</sup>

(i) すべての犯罪の未遂を処罰するもの この部類に属するものも二つに分かれる。第一は、オーストリア刑法第一五條、ポーランド刑法第一一條第一項、イリノイ州刑法第八條—四C およびニューヨーク州刑法第一一〇・〇〇條、一一〇・〇五條である。これらはいずれも犯罪を重罪と軽罪とに分類しながらも（オーストリア刑法第一七條、ポーランド刑法第五條、イリノイ州刑法二一七、一一條、ニューヨーク州刑法第五・〇五條）、すべての故意犯の未遂を処罰する。第二は、ロシア共和国刑法第一五條やチェコスロバキア社会主義共和国刑法第八條のように、犯罪の三分類はみとめないが、同じように、すべての故意犯の未遂を処罰するものである。

(ii) 比較的重い犯罪の未遂のみを処罰するもの この部類に属するものにも、犯罪の三分類はみとめないものと、犯罪を二つまたは三つに分類して規定するものがある。前者に属するものは法定刑の特定の重さによって区別するのが一般である。すなわち、デンマーク刑法は拘留以上の<sup>(10)</sup>（第二一條第三項）、ユーゴスラヴィア社会主義共和国刑法は五年の重懲役以上の（第一六條）故意犯の未遂を処罰する。これに対し、後者に属するものには、(a) 犯罪を重罪

・軽罪および違警罪の三つに分け、重罪・軽罪のすべての未遂を処罰するスイス刑法<sup>(12)</sup>第二一条、(b)重罪のすべてと、軽罪のうち特別の規定のある場合にのみ処罰するフランス刑法<sup>(13)</sup>第二条とドイツ刑法<sup>(14)</sup>第二三条第一項、(c)例えば、スペイン刑法<sup>(15)</sup>のように、犯罪を、フランス刑法やドイツ刑法の重罪と軽罪とを含む犯罪(delitus)と違警罪(ta-las)とに二分し、前者の未遂はすべて処罰し(第三條)、後者のそれは不可罰とする(第五條)ものとがある。さらに、これに属するものに、イギリスのCOMMON・ローやアメリカ法律協会の模範刑法典がある。イギリスにおいて、COMMON・ローによれば、犯罪は正式起訴犯罪(indictable offence)と略式手続犯罪(summary offence)とに分けられ、前者についてのみ未遂(attempt)がみとめられる。模範刑法典<sup>(17)</sup>も、犯罪を実質犯罪(crime)と秩序違反行為(violation)とに区別し、さらに、前者を重罪(felony)・軽罪(misdemeanor)および微軽罪(petty misdemeanor)に分けて、実質犯罪のすべてについて未遂をみとめる(第五・〇一條)。

(iii)。法規が明文で規定する場合のみ未遂を処罰するもの、この部類に属するものに、現行刑法第四四條、スウェーデン刑法<sup>(18)</sup>第三章第一條のほか、犯罪を重罪・軽罪(第一條)と違警罪(第四條)とに区別しながら、明文で規定している場合にかぎって故意犯の未遂を処罰するドイツ民主共和国刑法<sup>(19)</sup>第二一條第一項がある。

(1) 未遂一般を比較法的に考察するものとして、Eberhard Franzius, Versuch und Vorbereitungshandlungen, Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Bd., 1954, Rechtsgleichen Arbeiten, I Allgemeiner Teil, S. 309 ff. 邦訳として、法務資料三七六号『ドイツ刑法改正資料第二卷Ⅰ(下)』(昭三八)三頁以下がある。なお、未遂についての詳細な比較法的考察は別稿にゆずる。

- (2) 野村稔「明治維新以後の刑法制定史と未遂規定」早稻田法学会誌二四卷(昭四九)七七頁以下参照。
- (3) 草野豹一郎「未遂犯」刑法改正上の重要問題(昭二五)二四二—三頁、前掲・法務資料三七六号二—二頁。
- (4) 法務資料四二三号『一九七四年オーストリア刑法典』(昭五〇)がある。この成立の経過の概要および犯罪論規定につき、内藤謙・刑法改正と犯罪論上(昭四九)九二頁以下参照。
- (5) 中山研一・石原明「ポーランドの新刑法典(1)(2)——一九六九年四月一九日採択、一九七〇年一月一日施行(資料)」神戸学院法学三卷(昭四七)一号一—六頁以下、二二三号一五〇頁以下がある。
- (6) 法務資料四〇〇号『一九六七年ニューヨーク州刑法典』(昭四二)がある。
- (7) 法務資料三八六号『一九六一年イリノイ州刑法典』(昭三九)がある。
- (8) 法務資料三八〇号『ロシア共和国刑法典』(昭三七)がある。ロシア共和国刑法における未遂につき、中山研一・増補ソビエト刑法(昭四七)一二三頁以下、北山茂「予備・未遂の可罰性の基礎——ソヴェトにおける——」創価法学一卷(昭四七)二号一頁以下など参照。
- (9) 法務資料三八〇号『チェコスロバキア社会主義共和国刑法典』(昭四〇)がある。
- (10) The Danish Criminal Code, 1938.
- (11) Franzius, a. a. O. S. 328. 前掲・法務資料三七六号四三—四頁による。
- (12) 法務資料三八五号『スイス刑法典』(昭三九)がある。
- (13) 法務資料三九四号『フランス刑法典』(昭四一)がある。フランス刑法における未遂につき、下村康正「フランス刑法における未遂犯罪を中心として」法学新報五八卷(昭二六)一二号一—五頁以下、米田泰邦「フランスにおける未遂理論」司法研修所報二四(昭三五)一九頁以下など参照。
- (14) Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 4.7.1969 (BG Bl. 1717). この新刑法総則の成立過程とその犯罪論規定については、内藤・前掲書四七頁以下参照。
- (15) 法務資料三八三号『スペイン刑法典』(昭三八)がある。

未遂の可罰性の基準

(16) Kenny-Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th. ed., 1966 p. 101. イギリスの未遂理論については、中武靖夫「英米刑法における未遂理論」阪大法学七号(昭二八)七八頁以下、八号(同)六九頁以下、大谷実・刑法改正とイギリス刑法法(昭五〇)四七頁以下など参照。なお、'indictable offence'はfelonyとmisdemeanorとに分類されるが、the Criminal Law Act, 1967によつて、その区別が廃止された(同法第一条)。

(17) 刑事基本法令改正資料八号『アメリカ法律協会模範刑法典(一九六二年)』(昭三九)がある。なお、これは立法例ではないが、アメリカの各州の刑法改正においては、立法者によつて文字通り「模範」とされる(同書三頁)べきものであるので、本文に掲記した。この未遂犯罪の規定につき、同書五―六頁掲載の文献参照。

(18) 法務資料四〇六号『一九六五年スウェーデン刑法典』(昭四三)がある。

(19) 真鍋毅仮訳「ドイツ民主共和国刑法典(総則)」佐賀大経済論集二卷(昭四四)一号七九頁以下がある。

二 法制史的考察 次に、我が国における立法的推移であるが、明治初年の御定書百箇条や仮刑律による暫定的立法の時代、それに引続く新律綱領・改定律例の時代には、未遂を処罰する場合は各犯罪について個別的・具体的に規定されていた。このような態度は、一般的規定を設けず個別的・具体的規定を設ける律系統の刑法一般のカズイステイックな方法によつたものであるが、より根本的には、犯罪実現の段階の認識から進んで一般的に未遂概念が形成されていなかったことによるのである。

しかし、旧刑法の制定過程において現われ、近代刑法の時代への扉を開けた『日本帝国刑法初案<sup>(1)</sup>』において、はじめ、未遂について一般的規定を設け(第三十四条以下)、フランス刑法にならつて、犯罪を重罪・軽罪および違警罪に分け(第一条)、重罪はすべての場合(第三五条)、軽罪は各本条で定める場合(第三六条)にそれらの未遂を処罰することとした。違警罪については規定がなかったが、その未遂は処罰されない趣旨であつた。このような規定方法は、そ

の後の諸草案を経て、旧刑法にも踏襲された(第一条、第一一三条<sup>(2)</sup>)。やがて旧刑法の改正事業が始まったのであるが、明治二四年草案においても右の規定方法がそのまま採用されていた(第一条、第二〇三条)。

ところが、右の規定方法は、仏法系から独法系への転換がなされ現行刑法の形態が整えられたといわれる<sup>(3)</sup>、明治三四年草案にいたって、放棄された。この草案は、犯罪を重罪と軽罪とに二分しながらも(第一条、なお第一〇条)、未遂を処罰するのは、特別の規定のある場合にかぎるとした(第五六条)。このような規定方法は、その後、明治三五年草案(第五六条、なお、重罪・軽罪の区別は廃止されている)、同四〇年草案(第四四条)を経て、現行刑法第四四条に踏襲されている。この点の改正は、未遂の処罰について任意的減軽か必要的減軽かの論争が激しかったために、あまり審議されることなく実現したのであり、その改正の理由とされたのは、旧刑法によれば重罪の未遂はすべて処罰するが、重罪中には未遂の成立しないものもあり、またそれでは広すぎる、というのであった。<sup>(4)</sup>

右に述べた規定方法は今次の刑法改正作業において作成された諸草案にも踏襲されている<sup>(5)</sup>。ただ、それについてはあまり論じられることがなかった。以下のことが論じられたにすぎない。<sup>(6)</sup>すなわち、第一に、主観主義の立場から原則としてすべての犯罪の未遂を処罰することの当否、第二に、重罪・軽罪の区別によって未遂の可罰性の範囲を定める立法例にしたがって、特定の重さの法定刑以上の罪、例えば、死刑・無期または長期三年(または五年)以上の罪について原則として未遂を処罰し、その他の罪については明文の規定がある場合にかぎって処罰することの当否、第三に、未遂を処罰する方が処罰しない場合より多いのであるから、逆に未遂を処罰しない場合を各本条で規定すべきことの当否の三点である。第一については、その基本的立場に疑問があること、第二については、未遂を処罰すべき

か否かは、法定刑の輕重によるべきでなく、構成要件の形態またはそれぞれの犯罪の性質によって決めるべきで、偽証罪や公務執行妨害罪などはその適例であること、また、我が国では重罪・輕罪という考え方をすでに脱脚したはずであること、第三については、未遂の処罰は例外であり、また各則のみならず特別法全体をも検討しなければならぬことになること、犯罪の性質上未遂が処罰されない場合について解釈上の問題を惹起すること、などの理由から、いずれも右の問題は否定的に解された。

(1) 野村・前掲論文一〇〇頁以下参照。ちなみに、この草案を含む、旧刑法制定過程關係の資料、鶴田皓旧蔵・刑法草案按會議筆記(明一四)などが『早稲田大学圖書館資料叢刊』の第一号として近いうちに公刊される予定である。

(2) このような規定方法の理由を旧刑法第一一三条について論じたものに、例えば、野中勝良・刑法彙論總則之部(明三二)四八〇頁以下がある。

(3) 石井良助・明治文化史2法制編(昭二九)四九三頁。

(4) 松宮次郎編輯・改正刑法草案理由書(明三四)六三頁、高田俊雄編輯・刑法草案參考書(明三五)六九頁、倉富勇三郎Ⅱ平沼麒一郎Ⅱ花井卓蔵・刑法沿革綜覧(大一二)二一四八頁。

(5) 刑法改正準備会改正刑法準備草案(昭三六・一二、以下準備草案と略称する)第二二条第二項、草案第二三条第二項。

(6) 刑法改正準備会・改正刑法準備草案附理由書(昭三六、以下理由書と略称する)一〇八―九頁、法制審議會刑事法特別部會・改正刑法草案附說明書(刑法改正資料四四七、以下說明書と略称する)一一五頁、法制審議會刑事法特別部會第一小委員會議事要録(二)五二頁(以下、一小議事要録(二)五二頁の要領で略称する)、前掲刑法改正資料(六)一一八―九頁

三 現行刑法における考察 右にみてきたように現行刑法は未遂の処罰を明文で規定する場合に限っているが、未遂処罰はあくまでも犯罪を未完成の段階で処罰する立法技術の一つにほかならない。それには、未遂処罰のほかに、



目的犯または危険犯として独立の犯罪を設けて処罰すること、および未遂形態にあたる行為を独立の犯罪として処罰することなどの方法がある。<sup>(1)</sup> いずれの方法によるかは、保護しようとする法益の性質や重要性、行為の性格などによって決められるであろう。したがって、未遂の可罰性を考えるにあたっては、たんに、未遂の処罰規定がある場合のみでなく、実質的に他の方法で未遂形態を処罰しているか、ということ考慮に入れなくてはならない。かような観点から、現行刑法を概観してみよう。

(i) まず、未遂処罰規定を欠く場合は、①広く予備行為をも含めて未遂行為を独立の企行犯の犯罪類型とするもの（例えば、第二二三条）、②未遂行為が既遂とともに同一の条文に規定されているもの（例えば、収賄罪における賄賂の要求、約束と收受、贈賄罪における賄賂の申込と供与）、③未遂行為が他の犯罪で処罰されるもの（例えば、騒擾罪と不散罪、傷害罪・逮捕・監禁罪と暴行罪）に分けられる。

(ii) 次に、未遂処罰規定がある場合は、その特徴によって、①故意犯に対して、過失犯の未遂を処罰していると考える余地のあるもの（例えば、第二四三条、第二四〇条、二四一条後段）、②作為犯に対して「真正」不作為犯の未遂を処罰していると考えられるもの（例えば、第二二二条、第二三〇条前段）、③結果犯に対して、挙動犯の未遂を処罰しているもの（例えば、第一三二条、第一三〇条前段）、④実害犯に対して、具体的危険犯の未遂を処罰しているもの（例えば、第一一二条、第二〇九条一項）、⑤抽象的危険犯の未遂を処罰しているもの（例えば、第一一二条、第一〇八条）に分けられる。

以上によると、現行刑法は、他の犯罪で犯罪の未完成の段階をカバーするか、あるいは、未遂処罰規定を設けてい

場合でも、それは、法定刑についてみると罰金刑から死刑までの犯罪におよび、また、犯罪の性質・態様についてみると、多様な種類の犯罪にわたっていることがわかる。

次には項を改めて犯罪の態様による未遂の成立の余地を検討してみよう。ちなみに、故意犯たる被害犯や具体的危険犯に未遂が成立しうることについては多言を要しないであろう。

(1) 藤木英雄・刑法講義総論(昭五〇)二五五頁参照。

(2) 作為犯であるとするものに、金沢文雄「不作為の因果関係」政経論叢一五卷(昭四〇)四号五五頁注(一一a)がある。

### 三 未遂の成立可能性

一 過失犯・結果的加重犯の未遂 (1)さて、前述したように、現行刑法は、第二四三条で、第二四〇条および第二四一条の未遂、すなわち、結果的加重犯の未遂を処罰していると一応考えられるのである。結果的加重犯については、今日、責任主義の徹底という観点から、故意犯たる基本犯と過失犯たる重い結果との結合犯であって、その重い結果のゆえに刑が加重される犯罪とされているのであるから、結局、結果的加重犯の未遂の成否は、重い結果たる過失犯の未遂の成否によることになるのである。<sup>(2)</sup>すなわち、過失犯の未遂が肯定されるならば、例えば、右の刑法第二四三条は、実定法上過失犯の未遂を処罰した規定と解することができるのである。<sup>(3)</sup>したがって、以下に、過失犯の未遂の成否をみることにしよう。<sup>(4)</sup>

(2)ところで、過失犯の未遂の成否をめぐって、学説は複雑な対立を示しているが、結局、その対立は、未遂概念が故意犯を前提とするものであり、過失犯には未遂の成立する余地がないものかどうか、また、過失犯にとって結果は

本質的属性かどうか、換言すれば、結果発生以前に過失犯の実行行為が個別化されて実行の着手が特定できるかどうかについての考え方の相違に由来するように思われる。<sup>(6)</sup>したがって、過失犯の未遂の成否を論じるにあたつてまず第一に、未遂概念は故意犯を前提とするものであるかどうかについて考察することにしよう。そのためには、未遂概念の成立過程<sup>(7)</sup>と法制史的考察<sup>(8)</sup>を必要とするであろう。

(i)さて、未遂概念が故意犯を前提とするものであるとの主張はかなり古くからみられ、ドイツ刑法第四三条の未遂の定義とあいまって現在も一般的である(新刑法総則第二三条の下においても事情は同じである)。例えば、カロリナ刑法典第一七八条が未遂概念のメルクマールの一つとして『悪意(böser will, cogitare)<sup>(9)</sup>を必要としたことに言及しながら、それ以来実定法的に過失犯の未遂は存在しなかったとするツァハリエ<sup>(9)</sup>、過失犯を処罰するためには、客観的には結果の発生が必要とされ、未遂は主観的には概念上故意を必要とするものであり、したがって論理的に、過失犯の未遂は不可能とする、ヒツペル<sup>(10)</sup>、過失犯においては、すべて故意が欠如している。したがって、そこには、ドイツ刑法第四三条の意味における決意(Entschluss)は存在しない。それゆえ、過失犯の未遂は概念的にも排除されるべきである、とするバウマン<sup>(11)</sup>などであり、我が国においても、例えば、「未遂罪ハ(中略)故意犯ニ付テノミ成立スルモノニシテ過失犯ニ付テ之ヲ存スルコトナシ蓋罪ト為ル可キ行為ヲ為スノ計画ナキニ拘ラス之方実行着手ノ觀念ヲ認ムルハ寧口失当ナルヲ以テナリ」とする泉二新熊博士<sup>(12)</sup>がある。

(ii)ところで、未遂概念はローマ法においても、古代ゲルマン法においても存在しなかった。それは、前者が未遂をも一般的に処罰したためであり、後者が未遂を一般的に処罰しなかったためである。未遂概念形成の萌芽となった

のは、フランク時代にあらわれた生命危殆化 (Lebensgefährdung, seolandefa) の一般的未遂犯罪である。すなわち、サリカ法典によれば、殺人の意図をもってする打ち損じおよび射損じ (Fehlschlag und Fehlschuß mit Tötungsabsicht) 人が寝ている家の放火 (Anzünden eines Hauses, wo Menschen schlafen) 国王への誣告 (falsche Anklage vor dem König) 毒物供与 (Giftgeben) のような行為は、これまで単に行為者の意思とは無関係に、今日の意味における未遂行為を、外形的に把握して処罰していた未遂犯罪とちがって、行為者の意図―殺害―によって生命という具体的な個別的な法益に対する危険な行為として類型化されて、生命危殆化犯罪という一般的未遂犯罪に綜合されたのである。この場合には、行為者の意図が実際に殺害に向けられていたかどうかが問題となり、目標 (殺害) の特定性に、行為の不特定性が対立することになって、ここに、「未遂犯罪という刻印をもって、無害におわった犯罪意思が刑法の中に入りこんだ」<sup>(13)</sup>のである。このような契機を経て、中世末期に至って、ローマ・カノン法の影響の下に、都市法や判決の中に今日の意味における未遂概念が成立したのである。中世末のイタリアでは、未遂処罰規定は個々の犯罪構成要件を定めた規定に添えられており、すべての犯罪に適用される一般的未遂概念ではなかったが、その文言中には、「欲する (velle)」 企行する (conari, conatus)」「企て (temperare, attentare)」 敢えてする (praesumere)」 という表現が用いられていた。しかし、このような古代ゲルマン法以来の感覚的・現象的見解は後期註釈法学者 (Postglossatoren) のローマ法の研究によって駆逐され、統一的未遂概念が成立したのである。すなわち、ローマ法では、公的犯罪と私的犯罪とが区別され、前者の場合には、犯罪が何らかの形で示されれば責任を問うのに十分であるとされたのに対し、後者の場合には、犯意の完全な実現が必要とされたが、このような

外部的事態と内部的事態との不均衡に注目することによって、後期註釈法学者は犯罪の外部的構成要件と内部的構成要件との關係を分析し、結局、「犯意があり、行為があつて、しかも犯罪の完成がない場合（*cogitat, et agit, et non perficit*）」を未遂と定義したのであり、これがローマ法が継受される過程でドイツに導入され、前述したカロリナ刑法典第一七八条に明文化されたのである。このように、未遂概念が成立するためには、その概念要素として『悪意』（犯意・故意）を必要としたのであつた。すなわち、未遂概念が成立するためには、『悪意』という主観的要素がその概念要素となるという意味での主観化を経なければならなかつたのである。<sup>(14)</sup>右のカロリナ刑法典第一七八条によって成立した未遂概念は、その後、ラント法時代の刑法典にも引きつがれ、また、諸国の近代刑法典にも導入されたものであり、いずれも未遂の成立を故意犯に限定しているのである。<sup>(15)</sup>

(iii)さて、我が国においても、前述の日本帝国刑法初案が、「重罪輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂サル者ハ未遂犯罪ト為ス」（第三十四条―傍点筆者）として、未遂の成立を故意犯に限定していたが、このような態度は、その後の諸草案を経て旧刑法にも踏襲されている。すなわち旧刑法は、「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖……」（第一二条―傍点筆者）と規定しているのである。しかるに旧刑法の改正過程において作成された明治三四年刑法改正草案が「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者……」（第五五条）と規定したのははじめ、現行刑法も右と同様の規定を設け、文言の上では、未遂は過失犯をも前提とすると解釈される余地を残すことになった。しかし、右の明治三四年草案の改正理由によれば、前述のように改正されたのは、旧刑法第一一二条が「未タ遂ケ」ない場合を「意外ノ障礙若クハ舛錯」の二つに分けていたのを、これを区別しないこととしたことによるものであり、他に旧刑法第一一二条を実質的

に変更するものでないことがえるのである。<sup>(16)</sup>したがって、現行刑法第四三条も、やはり、未遂を故意犯に限定しているといつてよいであらう。<sup>(17)</sup>

以上に考察した未遂概念の成立過程と法制史的考察から、未遂概念は故意犯を前提とするものであることを知ったのである。

(3) 第二に考察しなければならないのは、過去犯においては結果が本質的属性であるか、ということである。

(i) まず当然のことながら、過失犯の未遂を否定する論者は、結果は過失犯の本質的属性であると主張する。ドイツにおいては、例えば、前にも言及した、ツァハリエやヒッペル、<sup>(18)</sup>「過失犯においては未遂を観念することはできない。なぜなら、行為の違法な性格は(中略)行為の違法な結果からはじめて認識されるからである。」<sup>(20)</sup>とするアイゼンマンなどにみられる。他方、我が国においても、「今日の過失概念において『発生した結果』は単なる処罰の条件ではなく、犯罪の本質を構成する要素とゆわねばならない。(中略)過失概念の現代の発展段階において過失犯の未遂なるものは存しない。」<sup>(21)</sup>とする滝川幸辰博士や、過失行為の独自性を強調されながらも、「過失行為が個別化するのは結果の発生によってのみであって、この意味で結果は過失の属性である。結果が発生しなければいかなる過失犯も存しない。」<sup>(22)</sup>とする井上正治博士、「過失犯は結果の発生をまって規制される。いわば事後的評価をまって確定される。」<sup>(23)</sup>とする香川達夫教授などにみられる。これに反し、過失犯の未遂を肯定する論者は、結果は過失犯の本質的属性でなく、結果の発生をまたずに過失行為は個別化されると主張する。とくに、目的的行為論を契機として、過失犯が単に過失という心理的態度と結果、および両者の間の因果関係から成立するという考え方から、過失行為そのものの独自

性をみとめるようになってからは、ほとんどの論者は、過失犯にも、故意犯と同様に、実行行為と結果とが考えられるとし、「過失行為には実行の著手があり得るから過失犯の未遂もまた思惟可能である<sup>(24)</sup>」とし、「過失犯においても、実行行為としての過失行為の存在がみとめられる以上、実行行為があり結果不発生のはあいは未遂といわざるをえない<sup>(25)</sup>」とし、その個別化は、「一定の結果を予想すること<sup>(26)</sup>」によってまた「不注意な行為のもつ『危険性』の強弱・大小<sup>(27)</sup>」によって達成されるとするのである。

(ii)ところで、過失行為の個別化が可能か、ということについては、周知のように我が国では、いくつかの事例をめぐって争われている<sup>(28)</sup>。論者は、前述したように、「不注意な行為のもつ『危険性』の強弱・大小」によって過失行為の個別化が達成されうとするが、『危険性』という概念は、可能性概念に基礎をおくものであり、本来的に抽象的概念であって、可能性判断自体の客観性・確実性ということはいえても、その強弱・大小ということはいえないのはなからうか。ただ、特定の対象に対して特定の事象が発生する可能性、したがって危険性の強弱・大小ということがいえるように思われる。まさに、論者もいうように、「一定の結果を予想すること」によってのみ危険性の個別化はなしうるといえよう。しかし、いまだ発生していない結果を予想することが許されるであろうか。また、例えば、よく引用されるものであるが、「他人ノ面前ニ於テ猟銃ノ装弾シアルコトヲ知ラスシテ不用意ニ掃除ヲ為ス<sup>(30)</sup>」という場合、何らの結果も発生しなかったときは、どのような結果を予想するのであろうか。それは、例えば、人間の死、負傷またはガラスの破損などであろうか。いずれでも予想しうるのはないであろうか。なるほど、人間は、経験的知識から、一定の危険な行為に行為の段階で一定の結果を予測するであろう。例えば、「自動車を不注意に運転する

行為と小児用の三輪車を不注意に運転する行為とを比較する」場合<sup>(32)</sup>には、そこに類型的差異を看取することができるであろう。しかし、あくまでそれが類型的差異にとどまるかぎり、現実の問題の解決に十分に資するとはいえない。なぜなら、現実には不注意に自動車運転しても何らの結果も発生しない場合には、具体的に当該不注意な行為に適用されるべき法条は特定されないからである。やはり、過失犯は開かれた構成要件であって、結果の発生をまつて、事後的にその性質が定まると考えるべきであろう。

(iii) かくて、未遂概念からも、過失概念からも過失犯に未遂はないという結論がえられた。このような結論は、過失犯処罰と未遂犯処罰とをそれぞれ例外的な場合とする現行刑法典（第三八条一項、四四条）の趣旨にも合致するものである。したがって、現行刑法第二四三条は、過失犯の未遂を罰する規定とは解されず、それは立法の過誤<sup>(33)</sup>か、そうでないとすれば故意犯たる基本犯が未遂におわった場合を処罰するもの<sup>(34)</sup>か、または現行刑法第二四〇条は重い結果につき故意ある場合をも含むものであって、その点の未遂を処罰するもの<sup>(35)</sup>ということになろう。今次の刑法改正作業においては、例えば、草案では、後者の立場によって現行刑法第二四〇条、二四一条については未遂処罰規定をおかず、重い結果につき故意ある場合を独立の一ケ条として、それに未遂処罰規定を設けたのである<sup>(36)</sup>。ただし、妥当といえよう。

(1) 結果的加重犯の本質につき、例えば、下村康正「結果的加重犯の未遂」法学新報六五巻（昭三三）四号二頁以下、香川達夫「結果的加重犯の本質」法律時報三五巻（昭三八）九号六四頁以下、同「結果的加重犯」刑法講座三巻（昭三八）一五三頁以下、森井暉「結果的加重犯」法学論叢六九巻（昭三六）二号六七頁以下、福田平「結果的加重犯と因果關係」目的的行為論と犯罪理論（昭三九）三九頁以下、Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW., Bd. 69, S.



503頁。など参照。

- (2) 草野・前掲論文二一一頁、同「結果的加重犯と未遂罪」刑事判例研究卷五(昭一五)二九一頁、下村・前掲論文三二頁、同「結果的加重犯及びその未遂」犯罪論の基本的思想(昭三五)一五五頁、香川「結果的加重犯の未遂」学習院大学法学部研究年報(昭四〇)一〇頁。なお、これに反対するものに、正田満三郎・刑法における犯罪論の批判的考察(昭三七)一九三頁がある。

- (3) 下村・前掲論文三二頁、同・前掲書一五五頁、香川・前掲論文一二頁、団藤重光・刑法綱要総論(昭五〇)二六六頁など。これに反対するものに、牧野英一「結果的加重犯と未遂」刑法研究八卷(昭一四)三五四頁がある。

- (4) この点について、現在もつとも多くの学説に言及するものに、斉藤誠二「過失犯の未遂」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(1)』(昭四一)がある。文献もそこに網羅されている。

- (5) 斉藤・前掲論文一五四頁以下が詳細である。

- (6) なお、過失犯のうち、認識ある過失と認識なき過失とに分けて論じるものに、青柳文雄・テキスト刑法(昭三九)一〇二頁がある。また、過失犯を事実性に関する過失と内容とするものと違法性に関する過失と内容とするものとに分けて、後者の場合に未遂の成立をみとめるものも多数存在する(例えば、大場茂馬・刑法総論下巻(六七)七九五—六頁、Frank, Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., S. 85; derselbe, Vollendung und Versuch, VDA, V. Bd., 1908, S. 190)。この点の学説については、斉藤・前掲論文一六九—一七一頁参照。

- (7) 野村「未遂犯の歴史的展開——一般的未遂概念成立史——」早稲田大学大学院法研論集八号(昭四八)一五五頁以下がある。

- (8) さしあたって、西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と未遂」不能犯(一三)「名城法学四卷(昭二九)二号一頁以下、三—四号二六頁以下、五卷(昭三〇)一号一五頁以下」German, a. a. O. SS. 89-116参照。

- (9) Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Bd. I, 1836, S. 40. など、野村・前掲論文一八二頁以下参照。

- (10) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 408.

未遂の可罰性の基準

- (11) Bumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1968, S. 449. 452; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, S. 468; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 10. Aufl., 1967, S. 182; H. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, S. 141; 井上正治「過失犯における注意義務の構造——過失犯とその未遂」過失犯の構造(昭三三)一〇六頁。
- (12) 泉二新熊・日本刑法論上巻(昭五)五一九頁。
- (13) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. II, 1906, S. 537.
- (14) 以上のことにつき、野村・前掲論文一五六頁以下がくわしい。
- (15) ラント法時代の刑法典のなかで、例えば、一八一三年バイエルン刑法典五七条(同法典の邦訳に、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典(Ⅰ・Ⅴ・完)」龍谷法学二巻二二三—二四(昭四五)、『三巻(同)一、二(昭四六)』三三四(同)、『四巻一号(同)がある)、『一八三八年ザクセン刑法典二六条、『一八五二年オーストリア刑法典八条、『一八六一年バイエルン刑法典四七条などがある。この点につき、西山・前掲「ドイツ刑法思想の発展と未遂・不能犯」三三五頁以下、Germann, a. a. O., S. 103 ff.; 齊藤・前掲論文一五四頁註(九)参照。さらに、『最近の立法例については、『前出二三—二四頁参照。
- (16) 松宮・前掲書六二頁。ちなみに、『同理由書の中では、『「犯罪ノ実行ニ著手シ」と「罪ヲ犯サントシテ其事ヲ行ヒ」とを同じ意味で用いている。なお、『高田・前掲書六八頁。
- (17) 反対するものに、『齊藤・前掲論文一八二頁註(二)がある。
- (18) Zachariae, a. a. O. S. 40.
- (19) Hippel, a. a. O. S. 408.
- (20) Eisenmann, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs*, ZStW, Bd. 13, 1893, S. 460.
- (21) 滝川幸辰・犯罪論序説(昭二二)一三七頁。
- (22) 井上・刑法学(総則・昭二六)一九〇頁、なお、『同・判例にあらわれた過失犯の理論(昭三四)四三頁。
- (23) 香川・前掲論文一三頁。なお、『植松正・再訂刑法概論Ⅰ総論(昭四九)三一八頁。
- (24) 木村亀二・刑法総論(昭三四)三四二頁。

- (25) 福田・刑法総論(昭四〇)一八二頁。
- (26) 平野竜一「過失についての覚書」警察研究二四卷(昭二八)三三〇頁。なお、同・刑法総論I(昭四七)一九九―二〇〇頁。
- (27) 内田文昭・刑法における過失共働の理論(昭四八)二九〇頁。なお、二四八―九頁参照。
- (28) 宮本英脩・刑法学粹(昭七)三七一頁註(二)と草野・前掲「過失犯と未遂罪」二七九―二八〇頁、井上・前掲判例にあらわれた過失犯の理論四二頁註(一)、正田・前掲書二九頁註(28)、下村・前掲書一五四―五頁、および齊藤・前掲論文一八二頁、内田「過失の競合」前掲過失犯(一)三〇三頁以下、同・前掲書二四七頁以下と西村克彦・犯罪形態論序説(昭四二)二二九頁註(一四)、などである。
- (29) 宮内裕「危険概念について」滝川先生還暦記念『現代刑法学の課題下』(昭三〇)七三三頁以下参照。
- (30) 宮本・前掲書三七一頁註(二)。
- (31) 宮本博士はこれを過失傷害の実行未遂とする(前掲書三七一頁註(二))のに対し、牧野博士は過失致死の未遂とする(牧野「著手と過失犯」刑法研究八卷(昭一四)二五一頁)。その場合の実行の着手時期につき、吉田常次郎・刑法上の諸問題(昭三七)五三頁、牧野「過失犯と故意犯」前掲書一一〇頁参照。
- (32) 内田・前掲書二四七頁、二八九頁。
- (33) 草野・前掲「結果的加重犯と未遂罪」二九一頁。なお、香川・前掲論文二〇頁註(一)参照。
- (34) 滝川・刑法各論(昭四三)一三三頁、香川・前掲論文二五頁。
- (35) 木村「結果的加重犯の未遂」刑法雑誌七卷(昭三二)一号一八頁、同「未遂犯」法学セミナー九〇号(昭三八)二七頁。なお、この点につき、注釈刑法(6)(昭四一)「藤木英雄執筆」一二五頁、香川・前掲論文一四頁以下参照。
- (36) この間の事情につき、五小議事要録(一一五―六頁、内五五六、五七九頁参照。なお、強盗傷人の場合の未遂処罰規定が削除されているが、現行法の解釈として、この未遂処罰を肯定するものに、大塚仁・刑法概説(各論)(昭四九)一九六頁註(五)がある。

二 不作為犯の未遂<sup>(1)</sup> (1)ところで、現行法上、不真正不作為犯の処罰については、不作為が作為とはその存在構造を異にし、不真正不作為犯の処罰は作為犯の構成要件の類推適用にほかならず、罪刑法定主義に反するとの異論<sup>(2)</sup>もあるが、一定の場合に肯定されている<sup>(3)</sup>。また、真正不作為犯についても若干の規定をおいている（刑法第一〇七条、一三〇条後段、二二八条後段）。

右のいずれの場合でも、その実行行為としての不作為というのは、無為、すなわち何もしないということではなくて、法益の侵害または危険を回避するために、刑法規範上要求された「何か」をしないという人間の態度である<sup>(4)</sup>。したがって、刑法規範上一定の作為を要求されている（作為義務がある）にもかかわらず、それに反して要求されている作為に出ないという決意（不作為意思<sup>(5)</sup>故意）をもって、作為に出ない場合は、まさに不作為という実行行為に着手したといえるであろう<sup>(6)</sup>。そして、作為義務者には、通常その作為をなすべき一定の時間的間隔が与えられているのである<sup>(6)</sup>。すなわち、それは、作為義務の開始時点と作為義務の遂行が可能な最後の時点とに区切られた間隔であった<sup>(6)</sup>。その間是不作為の実行行為が継続していると考えなければならない。なぜなら、作為義務に違反する態度があつても、その作為義務を遂行するのに要する時間およびそれが可能の間は既遂に達するとは考えられないからである<sup>(7)</sup>。この理は不真正不作為犯だと真正不作為犯だとを問わずに妥当する。すなわち、不真正不作為犯の場合、作為義務が発生しているにもかかわらず、あえて作為に出ないという時が実行の着手であり、作為義務を遂行する可能性のある最後の時点を経過しても、結果が発生しない場合は、不作為の実行行為は終了したが結果は発生しない場合であつて、前者は着手未遂、後者は実行未遂と呼ばれるものである<sup>(8)</sup>。また、真正不作為犯においても、事は右と同じであ

るが、結果が排除されているから実行未遂の観念を容れる余地がない<sup>(9)</sup>という点に差異があるにすぎない。かようなわけで、不作為犯についても、それが故意犯である以上、未遂の成立することが肯定されるのである。はたせるかな、不真正不作為犯においては、不作為によって遂行される故意犯たる犯罪の未遂を処罰する場合には、不真正不作為犯の未遂を肯定するのがドイツにおいても、我が国においても一般的にみとめられているのである。<sup>(11)</sup>しかし、不真正不作為犯の未遂が肯定されるにしても、いかなる場合が可罰的なのであろうか。<sup>(12)</sup>前述したように、未遂犯の処罰根拠は、法益に対する具体的危険の発生にあるところからには、「保障者の不作為が、客観的に、それにより保護されるべき法益への何らの危険―それがどんなに僅少の危険の昂揚という形態であるにせよ―も惹起しない不作為の未遂は、すべて不可罰である。なぜなら、そこにおいては、外部的に表示された不作為の結果無価値がことごとく欠如しているからである。(中略)これに反し、不真正不作為犯の未遂は、保障者の不作為が、それにより保護されるべき法益に対する具体的危険を惹起した場合、(13)とのルードルフィの言が妥当するであろう。したがって、ルードルフィが不真正不作為犯の未遂が考えられるとした五つの場合のうち、彼自らも指摘しているように、①父親が、その子供を第三者が殺意をもって射撃しようとしているのを阻止しない場合のように、「保障者が、それにより保護されるべき法益に対する第三者の作為の未遂を阻止しない」場合で、その作為犯の未遂がそれ自体危険な、しかも実行未遂の場合と、<sup>(15)</sup>②母親が、その子を餓死させる目的で、それに食物を与えることを怠っていたところ、その子供が餓死する直前に隣人に助けられたという場合のように、不真正不作為犯の実行未遂の場合が可罰的とされるであろう。

(2)以上に反し、真正不作為犯の場合には、その未遂の成立について争いがある<sup>(17)</sup>。真正不作為犯の未遂を否定する論者は、前述した、作為義務を遂行するための時間的範囲内で不作為の実行行為が継続することを否定し、不作為は「それがなされるべき時は、すでに経過してしまっているか、そうでなければ、それはいまだ到来していない」のであって、「前者にあっては、不作為はすでに完了しているし、また後者にあっては、当該規定（作為を命ずる規定——筆者註）の不遵守を決意したとしても、現実の不作為により、その違法な意思はじめて外面的に認識されるようになるのであるから、その未遂は、いまだこれを云々しえないと思われる」とするツァハリエヤ<sup>(18)</sup>、「不作為の可能性が一度基礎づけられた場合には、当該犯罪はすでに既遂に達してしまっている」として、作為義務の開始時点において真正不作為犯は既遂に達するとするメツガー<sup>(19)</sup>、「命令の侵犯、すなわちいわゆる真正不作為犯においてはその未遂は不可能である。なぜなら、そこにおいては、その行為は無為にあるのであるから、（中略）当該作為の可能性の最後の瞬間の経過により、その無為が確定した場合には、当該命令の侵犯はすでに既遂に達するからである」として、作為義務遂行の可能性の最後の時点で真正不作為犯は実行の着手と同時に既遂になるとするアイゼンマンなどである<sup>(20)</sup>。しかし、この場合も、前述したように、作為義務を遂行するのに要する時間内とその可能な間は不作為の実行行為が継続していると解すべきであるから、真正不作為犯においてもその未遂をみとめることができる。したがって、現行刑法第一三二条が不退去罪（第一三〇条）の未遂を処罰しているの一応考えられるのは、右の一例である。そして、それは、「退去を要求せられた者が退去に必要な時間の経過以前に突き出された場合<sup>(21)</sup>」であらう。

しかし、それを可罰的とすべきかは別箇の問題である。未遂犯は本来結果犯（実質的には侵害犯）につき生成した

ものであり、未遂の中でも、犯罪の完成（結果の発生）がいまだ行為者の手中に握られている場合（着手未遂）とそれが行為者の手から離れてしまった場合（実行未遂）とでは、未遂の処罰根拠を法益侵害の危殆化と考えることとあいまって、前者の方が後者より可罰性の程度が低いといわざるをえない。<sup>(22)</sup>さらに、結果が元来排除されている挙動犯の場合、それは挙動そのものの処罰を目的としているのであり、したがって、後述するようにその未遂が考えられるからといっても、その処罰は例外的であるべきであり、挙動犯の未遂と同じ性質をもつ真正不作為犯の未遂（着手未遂）についても同じことがあてはまるであろう。また、同じ真正不作為犯でも、不解散罪（刑法第一〇七条）には、同じようにその未遂を考えることができるにもかかわらず、未遂処罰規定がないこととの均衡からいっても不退去罪の未遂を処罰すべきではないであろう。<sup>(24)</sup>それに、不解散罪では解散命令について法文上規定があるのに対し、不退去罪の場合にはたんに「退去ノ要求」とあるのみで、「明示的な要求であることもくりかえされることも必要でない」とされており、あまつさえ、社会的相当性の範囲を逸脱したものとみとめられる場合に不退去罪が成立するということになる、きわめて実行の着手時期があいまいとなり、未遂を処罰することによる事前の規制をみとめるのは妥当とはいえないであろう。最後に、はじめから不法な目的をもって積極的に侵入した場合―多くは他の犯罪を行う意図をももっているであろう―と、はじめ適法に立ち入った場合または故意なしに立ち入った場合とでは、可罰性の程度に差があるのではないか、ということである。<sup>(28)</sup>したがって、右のような事例の不退去罪の未遂を処罰することは、それ自体、法益侵害の危険の時間・程度などが少ないこととあいまって、未遂処罰による事後的規制という観点から妥当とはいえないであろう。実際問題としても、不退去罪の未遂といった事例はあまりないであろう。ちなみに、今

次の草案においても法文上、不退去罪の未遂を処罰する余地が残されている（第三〇八条）。これは、「不退去罪にも未遂犯を認める学説もあり、これを封ずるような規定にすることは好ましくない<sup>(29)</sup>」とされたことが一つの理由であった。しかし、前述したような理由から、不退去罪の未遂処罰規定を削除すべきであったと考える。

- (1) 齊藤「真正不作為犯の未遂」政治経済論叢一七卷（昭四三）三〇四号一九七頁以下、同「不真正不作為犯の未遂」成蹊大学政治経済論叢終刊記念論文集上巻（昭四三）二六二頁以下がもっとも詳細である。
- (2) 金沢「不真正不作為犯の問題性」佐伯千仟博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（昭四三）二五三頁。なお、同「不作為の構造」政経論叢一五卷（昭四〇）一四四三頁以下、二四一頁以下、飯田忠雄「不真正不作為犯の刑事責任の限界」前掲犯罪と刑罰（上）二〇八頁以下参照。
- (3) 例えば、注釈刑法(2)の1（昭四三）〔内藤執筆〕三五—四五頁参照。
- (4) なお、不作為の意義につき、西原春夫・刑法総論（昭四三）一一頁以下、平野・前掲刑法総論I一四七頁以下参照。
- (5) 西原・前掲書一八一—二頁参照。
- (6) Hippel, a. a. O. S. 409; Maihofer, Der Versuch der Unterlassung, GA, 1958, S. 294. なお、齊藤・前掲「真正不作為犯の未遂」二二九頁註（七八）同・前掲「不真正不作為犯の未遂」三〇〇頁註（三五）参照。
- (7) 木村・前掲書三七頁。
- (8) 草野「不作為犯と未遂罪」刑事判例研究卷五（昭一五）二六三頁、その例として、例えば、大場・前掲書七九頁、牧野・重訂日本刑法上巻（昭一二）三一七頁註二七参照。なお、齊藤・前掲「不真正不作為犯の未遂」二八〇頁以下参照。
- (9) 大場・前掲書は、「不作為ノ中純正不作為犯ハ形式犯ニシテ結果ノ発生ヲ以テ其要件ト為スモノニ非サレハ終了未遂ノ觀念ヲ容ルヘキ余地ナシ」（七九八頁）とされる。なお、Hippel, a. a. O. S. 409. ちなみに、西ドイツの軍刑法（Wehrstrafgesetz）第四一条一項（一九六九年九月一日現在）6条文 BGBl. I 1502; III 452-2; Dreher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 34. Aufl., 1974, S. 1632）は、一定の不作為を構成要件上予定しながらも、具体的危険の発生を要件としている。した



がって、この場合は実行未遂の観念を容れる余地がある。もっとも、一般にこれはドイツでは結果回避命令を前提とするもので、不真正不作為犯と呼ばれている。この点につき、平野・前掲書一四七頁、齊藤・前掲「真正不作為犯の未遂」五七六頁註(二)、『同「真正不作為犯の未遂」二六五—二六七頁参照。

(10) 草野・前掲「未遂犯」二二二頁。

(11) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1972, S. 483; 齊藤・前掲「不真正不作為犯の未遂」二七一頁。なお、『同論文二七三頁註(五)』二七六頁註(六)参照。

(12) Rudolphi, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktcs, MDR, 1967, S. 1 ff. 齊藤・前掲「真正不作為犯の未遂」三〇六頁以下参照。

(13) Rudolphi, a. a. O. S. 6; 齊藤・前掲論文三二四頁註(六一)の邦訳を参考にした。

(14) Rudolphi, a. a. O. S. 1 ff; 齊藤・前掲論文三一〇頁以下参照。

(15) Rudolphi, a. a. O. S. 4; 齊藤・前掲論文三一二頁『三二三頁註(五五)』。

(16) Rudolphi, a. a. O. S. 4; 齊藤・前掲論文三一二—三三四頁。

(17) 齊藤・前掲「真正不作為犯の未遂」二〇三頁以下参照。

(18) Zachariae, a. a. O. S. 69.

(19) Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 377.

(20) Eisenmann, a. a. O. S. 460.

(21) 木村・前掲書三七二頁。大塚・前掲書一〇八—九頁。植松・前掲書三一—九頁。

(22) ちなみに、この両者に処罰上異なった取扱いをしていたものとして、日本帝国刑法草案第一百十二条、百十三条、刑法審査修正案第一稿第一百五條、百十六條などがある(この点につき、野村・前掲「明治維新以後の刑法制定史と未遂規定」一〇三頁、一〇七—九頁参照)。

(23) 植松・刑法総論(昭三二)二二—六頁参照。

- (24) 宮本・刑法大綱(昭一〇)四一五頁、佐伯千仞・刑法総論(昭三〇)一七四頁。
- (25) 注釈刑法(3)(昭四〇)「団藤執筆」一五九頁以下参照。
- (26) 注釈刑法(3)(同)「福田執筆」二四八頁。
- (27) 注釈刑法(3)(同)「福田執筆」二四八頁。
- (28) 青柳・刑法通論Ⅱ(昭四〇)四〇三頁註(2)参照。ちなみに、フランス刑法は不退去罪を処罰せず(一八四条)、ブルガリア刑法は住居侵入罪よりも軽く処罰する(一六二条、平場Ⅱ平野編・刑法改正の研究(2)各則(昭四八)「森下忠執筆」三五〇頁による)。
- (29) 五小議事要録(四)四一五頁。

三 挙動犯の未遂 ここに挙動犯というのは、結果犯と対立するものであって、例えば、住居侵入罪(第一三〇条)、阿片煙等所持罪(第一四〇条)、偽証罪(第一六九条)、公然猥褻罪(第一七四条)および暴行罪(第二〇八条)のように、構成要件上、犯罪の完成に一定の結果の発生を必要とせず、一定の行為がなされればそれで足りる犯罪をいう。<sup>(1)</sup>ところで挙動犯においては、行為者の一定の身体的活動のみがあればただちに既遂となるのであるから、一般に未遂は考えられないとされる。<sup>(2)</sup>しかし、挙動犯においても、その挙動、すなわち、意思活動としての行為がその着手をもってすでに完了するのではなく、一定の時間的間隔(einen gewissen Zeitraum)を必要とする場合には、着手未遂の形態<sup>(3)</sup>における未遂が肯定されるであろう。<sup>(4)</sup>なぜなら、挙動犯の場合、はじめから結果が排除されているので、実行未遂の観念を容れる余地がないからである。例えば、住居侵入罪における住居侵入行為、内乱罪における暴動行為には、一定の時間的間隔が考えられるであろうが、偽証罪や暴行罪などの場合には、それが考えられないであろう。横領罪に

においても、自己の占有する他人の財物に対する不法領得の意思の実現行為には右の時間的間隔はないであろう。<sup>(5)</sup>したがって、前者については未遂の成立する余地はあるが、後者については未遂の成立する余地はないであろう。現行刑法も前者については未遂の処罰規定をおき、後者においていないのもこのためである。しかし、未遂の成立する余地のあることと、それを可罰的とすべきかどうか、ということは別箇の問題である。その詳細は次稿にゆずるが、挙動犯は未遂の成立する余地がある場合にも、多く危険犯または目的犯であって、それはまさに犯罪の未完成の段階の処罰形式の一つにほかならないのであるから、例外的に、法益の性質上、危険犯としてしか構成できないような、そして重大な犯罪にかぎりその未遂処罰を考えるべきであろう。

(1) 西原・前掲書二一頁。ちなみに、牧野・前掲重訂日本刑法上巻一一八—一九頁参照。

(2) 福田・前掲書一八二頁、大塚・前掲書一七一頁。

(3) Jescheck, a. a. O. S. 395; イェシュェックは、その例として、ドイツ刑法第一五四条の偽誓罪 (Meineid) をあげる。なお、それにうづつは、Dreher, a. a. O. S. 680 参照。

(4) 故意犯にかぎられることはいうまでもない。ただし、關稅法第一一六条、兒童福祉法第六〇条三項のような過失の挙動犯については、西村前掲書二一九頁以下参照。

(5) 藤木・前掲書二五七頁、植松・前掲書三一九頁。なお、仮案は、横領罪の未遂を処罰していたが、その趣旨については、法務資料別冊二三号『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』(昭三二) 四四〇—四四一頁参照。

(6) 藤木・前掲書二五五頁。ちなみに、住居侵入罪は、実害犯とされているが(木村編・刑法総論(上)(昭三三))〔森下忠執筆〕、平野・前掲刑法総論 I 一一九頁)、危険犯と解すべきであろう(西原・犯罪各論(昭四九) 一六八頁)。

#### 四 おわりに

一 以上の考察から明らかなことは、現行刑法においては、第一に、未遂の処罰は構成要件の形態上決せられるべきとされているながらも、多様な種類の犯罪に未遂処罰規定がおかれていること、第二に、学説上一般に、未遂の処罰は、刑法の客観主義および謙抑主義から、例外的に重大な犯罪に限られているといわれるが、法定刑の低い犯罪の未遂も処罰されていること、第三に、未遂処罰規定を欠く場合にも、他の独立な犯罪の処罰でカバーしていること、などである。しかし、我々の考察によれば、これらに対しては次のように答えることができる。第一点については、未遂の成立は故意犯に限られ、したがって、過失犯の未遂は処罰されるべきではなく、故意犯であるかぎり、不作為犯においても未遂が成立し、処罰されること、ただ、真正不作為犯においては未遂が成立する余地はあるが、可罰的とされるべきでないこと、挙動犯についても未遂の成立する余地はあるが、その処罰は重大な犯罪に限るべきこと、そして、抽象的危険犯の未遂は原則として処罰すべきでないこと、第二については、比較法的にみてもある程度重い犯罪に未遂処罰を限るべきこと、第三については、他の犯罪の処罰でカバーできるならば未遂処罰規定は必ずしも必要がなく、また、未遂として処罰することが不可能もしくは不適切な場合、必要があれば、独立の犯罪として処罰する方法によること、などである。

二 右のような一般的基準を満たしても、さらに、その処罰の必要性・妥当性が検討されなければならない。それについて考慮すべきことは、第一に、刑罰は社会倫理を維持するものか、法益を保護するものか、<sup>(2)</sup>ということであ

る。前者であるとする、未遂の処罰も拡大されることになるであろう。第二に、未遂処罰は事前の規制と事後の規制の両面の機能をもつことである。とくに、未遂処罰規定があれば、現行犯逮捕によって、実害の発生前に抑止できることである。<sup>(3)</sup>したがって、犯罪の性質上、事前抑止的要請の強い場合には、実行の着手が外形的に明白に認識しやすく立証容易な犯罪について未遂処罰の要否を考えるべきであろう。第三に比較法的立場より当該犯罪の未遂処罰に必要性和妥当性があるかということである。そして、第四に、現実に、未遂処罰の必要性があるかという統計的観点からの検討である。

右のような点を考慮しながら、刑法改作業に現われた未遂処罰規定の要否を立法論的に検討するのが次稿の任務である。<sup>(4)</sup>

- (1) 西原・刑法総論講義案(昭四三)一六九頁。なお、福田・前掲書一七六頁。
- (2) 平野・前掲刑法総論I四三頁。なお、同「現代における刑法の機能」刑法の基礎(昭四四)九三頁以下参照。
- (3) 結果犯においては、実行に着手しただけでは、未遂処罰規定がないかぎり、現行犯逮捕は許されない(注解刑事訴訟法中巻(昭四九)「高田卓爾執筆」一一二頁)。挙動犯において、その挙動が完了するまで一定の時間的間隔を必要とする場合も同じである。
- (4) 包括的に検討するものに、東京弁護士会・刑法の全面的改正に対する意見(続編)(昭五〇)七二頁以下、とくに八二頁以下があるにすぎない。