

"<紹介>クラウス・ロクシン「未遂の処罰根拠について」(「西原春夫先生古稀祝賀論文集 第5巻」
1998年150頁以下)

著者	振津 隆行
雑誌名	金沢法学 = Kanazawa law review
巻	41
号	1
ページ	173-183
発行年	1996-12-28
URL	http://hdl.handle.net/2297/18133

《紹介》

クラウス・ロクシン

「未遂の処罰根拠について」

Claus Roxin, *Über den Strafgrund des Versuchs*; in: *Festschrift für Haruo Nischihara zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 157 ff. (＝『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第五卷』一九九八年一五〇頁以下)

はしがき

振津隆行

筆者クラウス・ロクシンはドイツにおいて傑出した刑法学者であり、わが国でも周知の如くその令名は高い。したがって、ロクシン自身を紹介する必要は全くないといえよう。

さて、ロクシンは本稿において、一九八八年九月にケルン大学で催された独・日刑法コロキウムで議論の中心であった未遂の処罰根拠および不能未遂の可罰性という重要なテーマにつき（このコロキウムを纏めたものとして、Hirsch/Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989がある）、再度ドイツ人の目から見ても、一〇年前のケルンでの議論を再検討し、この会議での議論の継続として本稿が書かれたものとされている。したがって、日本における問題状況とは異なるドイツの法状況を提示し、独・日両国の争点の相違がどこにあるかを探る意味でも極めて重要な論策といえよう。

では、以下順次本論文を紹介する。

一九八八年九月にケルン大学で催され、被祝賀者である西原春夫が開会講演を行なった独・日刑法コロキウムは、全ての出席者に忘れられないものである。本会議の刑法ドグマーテイクの議論の中心テーマは、刑法が主観的尺度よりも客観的尺度で方向づけられるべきかどうかということが問題であった。ドイツの学説は主観的であるが、日本ではむしろ客観的傾向が支配している。その会議で、三つの報告（平野、中、ヴァイゲン）が詳細に論ぜられ、かつ意見交換でも重要な役割を演じたのは、未遂の処罰根拠および不能犯の可罰性の問題性であった。そこで、ドイツ人の目から見て、一〇年前にケルンでの意見交換の継続として本稿が書かれたものである。未遂の処罰根拠は、なぜ立法者が未遂を処罰するのかの問題である。以下では、まず自説を略述し、続いて、最も重要な異説との論争の中で深化したいと思う。

I 構成要件に近接した危殆化、あるいは構成要件に近接した法動搖的な規範違反としての未遂（統合説）

本説によれば、未遂の処罰根拠は、通常は故意の構成要件に近接した (atbestandsnahe) 危殆化、例外的には構成要件に近接する行為の中で表明される法動搖的な規範違反 (Normbruch) に由来する一般子防もしくは特別子防的な要罰性 (Strafbedürfnis) の中に存するとする。

本説の特色は、未遂の処罰根拠を二つの異なる根源に還元されることにあり、一次的には有能未遂 (tauglicher Versuch) の中にある構成要件に近接した危殆化を目指し、二次的には不能未遂を特徴づける構成要件に近接した法動搖的な規範違反である。その際、有能未遂を担なう危殆化原理の優位は、四つの理由から正当化される。

まず第一に、未遂は既遂よりも軽く罰せられること (§ 23 II) であり、*Unvollendet* は、危殆化思想 (Gefährdungs-

gedanke)が基礎づけられている。危殆化が侵害との関係において、いくらか軽いものであろうということは、われわれの刑法に浸透している思想である。これに対し、「規範違反」の思想が表面に出るなら、未遂と既遂は原則に同様に処罰することが首尾一貫しており、すなわち、犯罪意思に関しては既遂も未遂も区別がないからである。

第二に、未遂処罰に関する危殆化思想を優先させた場合、構成要件の充足を指すが全く危険でない場合、すなわち、著しく無知な未遂(§ 32 III)および不可罰の迷信犯のように、軽い程度または不可罰ということが妥当とされよう。これに対し、規範違反によれば、主観的成分の中に、未遂の処罰根拠があることになり、広範囲にわたる可罰性が存在することになる。

第三に、結果に至るのはほど遠いものであるにもかかわらず、立法者は予備行為を特に危険なものと考えているということ明らかにする。しかし、予備行為の処罰について、危殆化思想が表面化されるなら、未遂の処罰根拠にとって全く違ったものが妥当するとすれば、それは評価矛盾であろう。

第四に、有能未遂の可罰性が刑法の法治国家的かつドグマテーシユな基礎と一致するなら、他方で、不能未遂はドグマテーシユな特殊性として、補足的な正当化を必要とするだろう。有能未遂は、危殆化のように既遂への通過段階であり、これに対し、構成要件的に重要でない、危険でもない不能未遂では欠如するのである。また、構成要件を構成する客観的帰属論には、有能未遂のみが適合し、その実現が既遂を特徴づける許されない危険の創設 (Schaffung) がある。しかし、不能未遂では、何らの危険もないのである。

だが、他方、不能未遂は有能未遂と同様多くの類似性がある。まず、不能未遂は、特別予防的な刑罰の必要性の観点では同様である。有能未遂並びに不能未遂の行為者は、彼が犯罪の挙行のための能力があり、かつ意思があることが示される。したがって、不能未遂の処罰は心情刑法であるとはいえない。けだし、行為者はただに彼

の悪しき意思を示すものではなく、これを（彼の表象に従うとはいえ）、実行行為に転換するからである。

構成要件の側面および客観的視点また一般予防的な視点では、二つの未遂の種類は、相互に同一ではない。けだし、有能未遂は構成要件の範囲にかかわり、そしてその中にある危殆化の故に、法秩序に手向かう一方で、不能未遂の場合は、構成要件に近接する危険は行為者の表象の中にだけ存在するにすぎない。不能未遂は客観的に無であらうということの意味するなら、その処罰は正当化され難いであらう。だが、不能未遂は平和の攪乱 (Friedensstörung) を基礎づける。すなわち、それは公衆の法的安全感情を害し、それによって「法攪乱的印象」を呼び起こすのである。例えば、だれかが、行為者に知られていない構造上の欠陥のために元来爆発しえない爆弾を投げるとすれば、公衆の中にある不安、そして国家的な制裁的干渉に対する要求が喚起されよう。不能未遂は、現実的な危殆化のない、平和攪乱犯 (Friedensstörungsdelikt) である。

有能未遂と不能未遂は——§23IIIを度外視して——同一の刑罰枠のもとに置かれるのはどうしてかという問題が提起される。刑罰がまず方向づけられている責任は、不能未遂並びに有能未遂の行為者には同一であり、そして、特別予防的な要罰性は、多くの場合区別されないのである。不能未遂の客観的重点は、所与の結果を顧慮した場合に (§46II)、減輕的に妥当せしめられるのである。

他方、不能未遂の主観的な行為者の危険性と客観的な法攪乱的印象という二つの要素への還元は、著しい無知者 (§23III) の減輕、および迷信犯の不処罰を明らかにする。けだし、著しく無知な平和攪乱的作用は本質的に軽いものであり、著しく無知な未遂は不安よりも笑いを引き起こし、それ故減輕しうるか処罰しえないのである。最後に、迷信犯は、彼の社会的作用が重要でないということで、全く不可罰に止まりうるのである。

ここで展開されている構想は、統合説 (Vereinungstheorie) である。つまり、本説は、「客観的な」危険性説、主観的な「行為者説」および「印象説」を相互に結合するものである。本説は、有能未遂を新しい危険説で明らか

かにし、不能未遂の可罰性を主観的視点において行為者説と客観的視点において印象説でもって根拠づけるのである。かくして、本説は主観的もしくは客観的見解に圧倒的に位置づけるのではなく、未遂の数多くの主観的および客観的要素を総合 (Synthese) へともたらずものである。本説は、すでにコールラウシュランゲが展開した理論、彼らのいう「統合説」を継承するものである。彼らは以下のように述べる。「行為が、攻撃された法益にとつて危険であり、あるいはさもなければ行為者を法益の危険な攻撃者として示されるときに、可罰的な未遂が存在するのである。」と。ここでも、所為 (Tat) の客観的危険性と行為者の主観的な危険性という二つの根源が明確に区別される。

ここで未遂が、二重の根源——一次的に構成要件に近接する危殆化および二次的に構成要件に近接した法攪乱的規範違反——から引き出されるとするなら、不能未遂の可罰性は、ドイツでたいてい受けいれられている程に自明なことではないということに対して、その理解を強化すべきである。一九三〇年頃はほとんど全ドイツの学説は、危殆化の中に未遂の唯一の処罰根拠を見出していた。今日でも、外国法では (例えば、オーストリア、イタリア、オランダ、アメリカ、日本)、不能未遂は処罰されないのである。ドイツの学説が今日、不能未遂の当罰性を認めるのは、理論的には目的的行為論によって浸透した人的不法の承認と関連している。すなわち、不能未遂は有能未遂と同一の行為無価値が認められるのであるから、その当罰性には疑念がない。だが、その際、未遂にも特別の結果無価値 (危険性、平和の攪乱) が適合するということは、看過されてはならない。

勿論、これに対する反対説もあり、犯罪的でない形態で始められた不能未遂 (例・毒殺を決意した者が、手遣いから砂糖をコーヒーに混入する) であるというところで、処罰の必要性を疑問とし、不処罰となしうるであろう。かくして、不能未遂が処罰されるということは、直ちに全ての諸事例において統一的な未遂の処罰根拠が生ずるのではなく、有能未遂の処罰根拠をとくに拡張し、立法者の補足的決定を要し、立法者の決定は十分可能である

が、決して強制的なものではない。

II 客観的未遂論

有能未遂の通常の事例にとつて、今日ドイツにおいて全く圧倒的な見解に対して、未遂の処罰根拠を正しく表示する客観説は、以前ドイツでは支配的なものであつた。明らかに一八七一年の刑法典は、不能未遂の可罰性を未決定なものとしたのである。だが、現行法によつて疑念のない不能未遂の可罰性のために、本説は最早未遂の可罰性の十分な解明に適していない。にもかかわらず、有能未遂のためのその意義故に、依然として論及を必要とする。けだし、その長所は独自の見解の枠内において評価されよう。そして、一部は以前の議論を決定した有能および不能未遂の限界づけという困難な問題は、決して詳細な取り扱いを必要としない。というのも、不能未遂の可罰性のために、問題とならないからである。

本説を「客観的」と表示するのは、誤り導びくものである。けだし、一切の「客観」説は、主観的要素を受け入れており、故意と行為計画は、一切の客観説にとつて、未遂の規定にとり重要である。かくして、危殆化説もしくはもっぱら客観説と述べる方がよいと思われるが、ここでは、理解を困難ならしめないために、伝統的な術語を用いることにする。

客観説の正しい形態として、(新しい)危険説(ヒッベル)を顧慮しなければならない。これによれば、慎重な平均的観察者、補足的に行爲者の知見を基底として、結果を事前的に真摯なものとして考えられるときに、未遂

は危険である（したがって、有能である）。仮定的観察者が、行為者に以下のように叫ぶだろう。すなわち、有能未遂の場合「止めなさい！」これに対し、不能未遂の場合、「お前は馬鹿だ」と。

危険性説は、まずリストによって主張され、その後、ヒツベルによってみごとに改良されたものである。本説の長所は、客観的帰属の理論と危険概念とを一致させ、それでもって、構成要件論のドグマテーシユな基礎をつぎめなく接合するからである。それに対し、その短所は、危険性の概念は不可罰な予備から未遂を限界づける何らの尺度もない点である。だが本説は、構成要件に近接する危険とか、独自の危険 (*Gefahr sui generis*) と言うほうがよいだろう。

III 主観的未遂論

主観説によれば、未遂の処罰根拠は行為者による法敵対的な意思の確証にある。本説は、かつてからライヒ裁判所 (RG) によって主張され、連邦裁判所 (BGH) にも継承されており、学説上も、少なからざる依拠者もいるのである。

主観説の根拠づけは、ライヒ裁判所刑事部の判断に含まれている二つの論拠に基づく。第一に、未遂においては、犯罪的意思が、刑法が向けられているその現象であるということ。第二に、犯罪意思の強調と並んで、危険なおよび危険でない未遂の間を区別しえないとする主張である。

現行法上、不能未遂の原則的な可罰性から出発する場合でも、まず第一に、確証された犯罪意思を未遂の可罰性の基礎とすれば、三つのことが述べられる。第一に、なぜ未遂が諸事例の一部しか罰せられず、原則上既遂より軽減されるのか、またなぜに、著しく無知な未遂が刑の軽減または刑が免除されるのか、さらに、なぜに迷信

犯が不可罰となるのかを明らかにしていない。第二に、主観説からは、なぜに予備行為が原則的に不可罰のかも理解できない。けだし、予備であっても法敵対的意思が明らかとなるからである。最後に、未遂の処罰根拠は意思の中に、既遂の場合は結果の中にある。

結果の欠如は、行為者の行為の非危険性を示し、既にこの理由から、危険なおよび危険でない行為は区別しえないとするライヒ裁判所の第二の論拠は、今日明白に否定され、ほとんど主張されないものである。それは、プーリの等価説に基づき、因果的に区別できないとする自然主義的な誤った帰結に基づくのである。既に、v・ヒツベルはいやみにも、適切に以下のように述べた。「v・プーリとライヒ裁判所によれば、われわれの全ての本国へ帰還する参戦者は、いかなる危険の中にも陥らなかった。彼らはこのことをなるほど考えた……がしかし、それは……錯誤であった。戦死者のみが危険の中に陥った！けだし、因果経過は客観的に必然的であり、生存者は危険の中に陥らなかったのだ！」と。

かくして、主観説は、その従来の形態において支持しがたく、現行法とも矛盾する。そこで、「主観主義的未遂論の支流」は、「行為者の危険性への特別予防的な方向づけ」に従うものである（行為者説。E・v・リスト、ラング、ボツケルマン）。

本説は、純主観的な「意思」を指す理論よりもより良く、単なる予備の不処罰および著しく無知な未遂の減輕処罰を明らかにしうるのである。しかし、未遂処罰の正統化のために、常に客観的危険化、もしくは少なくとも行為者によって生じた平和の攪乱に依拠しなければならないであろう。

主観説のもう一つのバリエーションとして、ヤーコプスの見解をも問題としうるのであり、これによれば「未遂の処罰根拠は、規範違反の表出」である。かような規範違反は、迷信犯には欠如する。また、既遂の所為と不能未遂との間に、不法に関連して何らの相違も存在しないとすれば、このことはまさに不法の原型となる。ヤーコプ

スは、犯罪の中に「諸財の侵害の一次的作用ではなく」、「規範通用の侵害」を見ることを通して、彼は心情刑法に近い主観化のために、行為刑法の客観的基礎を開放するのである。

構成要件の中で保護されている財の侵害が、不法にとって全く問題とならないときには、なぜに規範違反が「構成要件に近接している」のか？ 当罰的な不法は刑法的に保護された社会的価値に対する積極的な反抗の中にあるとすれば、予備と未遂の間の限界線引きにとつての理論的に根拠づけ可能な尺度を欠くのではなく、予備行為が一般に可罰性から排除されているという事実にとつての解明を欠くのである。

IV 印象説

以前はまばらに、そして今日では様々の強調の違いはあるものしげば主張されている理論は、未遂の処罰根拠を行為者の行為が喚起した法動揺的印象で根拠づける。たとい結果が欠落するとしても、行為者の態度は、処罰を要求する社会的平和の攪乱を根拠づける。この理論は、主観と客観との間の、すなわち意思不法と危殆化不法の間を保持するのである。すなわち、本説はただに確証された犯罪的意思のみならず、公衆に対する印象をも処罰への誘因とするものである。本説はまた、まさしく十分に、既遂、通常の、著しく無知なおよび迷信的未遂の間に可罰性の相違を明らかにするものであり、予備行為は全く不可罰だとするのである。

本説が今日ほとんど支配的なものであるにもかかわらず、新たな公刊物において断固たる矛盾を経験してきた。「法動揺的印象」は實際上、何ものかを明らかにしうるほどに交換可能で不明確であるという異論は適切ではない。行為者の行為が、すべての外部的かつ内部的な事実を知っている思考上の平均的観察者に、法動揺的印象を喚起するに適しているかどうかが決定的たらねばならない。かくて、価値判断が問題となるが、この基礎上に

止まっている疑念もまた存在する。

まず、この構想は、既遂を含めて犯罪的態度の全現象形態に適合し、かくして本来未遂に特有なものを何ら含んでいず、まさに不能未遂だけが切断される観点に、すべての可罰的行為を環元するということは、批判すべきである。

つぎに、「法動搖的印象」に関連して、未遂は予備から非常に不正確にしか限界づけられない。けだし、決意した予備行動も、法的安全性の一般的感情を害するに適している。不可罰と可罰との間の限界が生ずるところでは、印象の尺度でなく、刑法の法治国家的基礎に方向づけられた構成要件近接の観点からのみ推定されるのである。最後に、外観上統一的な法動搖的印象は、一部では客観的危殆化から、また一部では規範違反によって喚起された平和の動搖からのみ引き出されるということは何ら変更するものではない。實際上回避できない未遂の根拠づけの複線性はまた、印象説の公式妥協によってもまた、實際上克服されないものである。

あとがき

わが国では、未遂・不能犯論については、伝統的な「主観説」と「客観説」との対立を経て、客観説が通説化した。したが、その内部で、例えば、不能犯論については「具体的危険説」か「客観的危険説」かの対立（もつと言えば、結果無価値論か行為無価値論か）が論争の主戦場になっている。

それに対して、ドイツでは現行刑法典第二三条三項に不能犯規定が存在するので、日本とドイツの判例・学説とは異なった状況にあるといえよう。尤も、これら両国の状況の相違にもかかわらず、本稿で、ロクシンはドイツの状況を提示し、その論拠を詳細に論じたことは、逆に、わが国の将来あるべき理論的方向性を模索するため

の重要な誘因を提供するものといえよう。いずれにせよ、平野龍一博士が一〇年前のケルンでの日・独コロキウムで報告されたように、ドイツの理論は主観的であり、その意味で（刑法の主観化を避けるためにも）、本稿は反面教師たりうるであろう。

（一九九八年八月二〇日）