

ミッターマイヤーの不能犯論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 振津, 隆行 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/39606

ミッターマイヤーの不能犯論

振 津 隆 行

I.

フォイエルバッハに続いて、彼と密接な関係にあるミッターマイヤーの不能犯論につき考察・検討しておこう⁽¹⁾。

さて、カール・ヨーゼフ・アントン・ミッターマイヤー (Carl Josef Anton Mittermaier, 1787年-1867年) については、その経歴・業績等につき様々のことが語られてきた⁽²⁾。フォイエルバッハとの関係については、以下のラートブルフの記述が簡潔に活写されているように思われる。すなわち、「一八〇九年以来、ランズフートは二人の若い法学の私講師ウンテルホルツネル(Unterholzner)とミッテルマイエルを擁していた。サヴィニーはその一人をのみり豊か

-
- (1) フォイエルバッハとミッターマイヤーとは、同時代人である。フォイエルバッハは1775年に生れた。ミッターマイヤーは、たった12年後の1787年に生まれたのであり、フォイエルバッハは1833年に死に、ミッターマイヤーは1867年に死んだ。両者の友好な関係は1807年に始まり、30年間に及んだ。
- (2) 私が散見したかぎりでも、以下のような文献がある。Allgemeine Deutsche Biographie, Bd.22, 1885 (Neudruck 1970), S.25 ff.: L. Stegmeier, Die Bedeutung Karl Joseph Anton Mittermaiers für die Entwicklung des reformierten Strafprozesses, 1948: K. v. Lilienthal und Wolfgang Mittermaier, Karl Joseph Anton Mittermaier als Gelehrter und Politiker, 1922: 瀧川幸辰編『刑事法学辞典(増補版)』(有斐閣 1966年) 828頁: 川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論(一)(二・完)」(法学雑誌第25巻第2号 1978年 179頁以下、同第25巻第3・4号 1979年 416頁以下): E. Schmidt, Einführung in Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S.285 ff.: クラインハイヤー・シュレーダー編小林孝輔監訳『ドイツ法学者事典』(学陽書房 1983年) 187頁以下等枚挙にいとまがないが、最も詳細なものとしてはミッターマイヤー生誕200年記念としてハイデルベルクで行なわれたシンポジウムをまとめた、Wilfried Küper (Hrsg.), Carl Joseph Anton Mittermaier. Symposium 1987 in Heidelberg. Vorträge und Materialien, 1988が最も詳細なものと思われる。

な徹底性、もう一人を多面的な受容性と特徴づけた。しかし、サヴィニーが一八一三年十一月十九日附のハイゼあての手紙のなかで『ミッテルマイエルはものにならないかもしれない』と予言しているのは、ひどい間違いであった。ミッテルマイエルは大学教育終了後、ミュンヘンで実務についていたが、一八〇七年から八年にかけて冬にフォイエルバハに招聘されて、彼の近代諸語への深い造詣をもってフランスおよびイタリアの法律の抜粋を作って刑法草案の準備を助けたのであった。結局は、ボンとハイデルベルク大学の講壇にのぼり、当時のドイツの全法律家のなかでも国際的にもっとも有名になったひとであったが、こうして彼の生涯の発端をフォイエルバハに負うたのであり、そのあとも彼と生涯親交を結んだ。これこそ根本的に異質な人間の結びつきであり、まさに火と水との結びつきであった。フォイエルバハの死後、ミッテルマイエルはフォイエルバハの刑法教科書の改訂版をだした。この改訂版には沢山の材料が注意深く集められ広範囲にわたる注のためにフォイエルバハの原文の簡潔な形式美が葬られ、窒息させられている。このことは二人の人柄の相異をあざやかにえがきだすものである。この相異は、後年イエーリングとコーレルとの相異と同じで、一方は簡単な文体、他方は広くはあるが、しばしば制御のしようもない素材のゆたかさとの相異である。イエーリングとコーレルとの対立が忌まわしい憎悪にまで悪化したのにたいし、フォイエルバハとミッテルマイエルは、このような対立にもかかわらず、彼らの仕事の提携が長続したことを彼らはともに名誉としていた⁽³⁾と表現されている。

II.

さて、ミッターマイヤーは共同創刊した『*Neues Archiv des Criminalrechts*』誌上に多数の諸論文を公表したが⁽⁴⁾、その1818年第I巻第2号に「犯罪未遂の

(3) ラートブルフ著菊池榮一・宮澤浩一訳『一法律家の生涯——P. J. アンゼルス・フォイエルバハ伝』(東京大学出版会 1963年) 142頁以下。

(4) Vgl. *Allgemeine Deutsche Biographie* [Fn.2], S.31.

理論への寄与」⁽⁵⁾なる論考で彼の未遂論が出発したのである。本稿では、未遂のメルクマールとして、第1に目的が存在すること、第2に行為が存在すること、第3に結果の不発生の3つであるということから出発し⁽⁶⁾、第3節の未遂の処罰根拠につき、「1)未遂の処罰根拠は現実に行われた不法の存在の中のみ、すなわち現存の法規違反の中に存するということ；2)未遂は一定の犯罪行為をなすべからずという法律の禁止は、この行為の単なる企行をも含むものであるということでのみ処罰される；3)しかし、処罰は行為がそれがそうであらねばならず、かくしてもってそれが一定の犯罪を禁止する法規の意味において、法律違反的なものと名づけられるような属性をもつかぎりでのみ生じうるということ⁽⁷⁾」だとする。そしてその客観的処罰条件として、例えば対象として子供、しかも生きて子供が嬰兒殺に属し、墮胎には対象としての胎児、かくして墮胎手段を講ずるところのその人の妊娠が属し、近親姦には近親者が属し、姦通では姦通へと駆り立てる者が、その者と結婚していない他人が属するのであって、かような客観的な対象の存在によって処罰は条件づけられるとする⁽⁸⁾。また手段については、「殺人には凶器、すなわち殺人を招来しうるような性質をもつ手段が属する：毒殺には毒が属し、墮胎には墮胎手段が属する」とし、かような手段がなければ未遂にもならない。未遂犯にあつては、その本質上その犯罪行為は既遂犯におけると同一のものであらねばならないから、「それが可罰的たるべきときには、因果関係に立つ犯罪的手段(das im Causalzusammenhange stehende verbrecherische Mittel)が未遂に属するのである⁽⁹⁾」と。そして続いて5. 犯罪未遂の構成要件(Thatbestand)では、主観説の主張内容を批判し、その主張は刑法とモラルとの混同をもたらすものだと徹底的に

(5) C. J. A. Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, in Neues Archiv des Criminalrechts, Bd.1, 2. Heft, 1816, S.163 ff.

(6) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.163 ff.

(7) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.170.

(8) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.171.

(9) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.172.

批判しているのである⁽¹⁰⁾。

次いで第6節可罰未遂の概念と拡張のもとで、ミッターマイヤーは以下のよう述べている。すなわち、「今まで挙げられたメルクマールによれば、犯罪の可罰未遂はそれにあつてはしかし犯罪がその法律上の概念によれば完全には終了していないところの犯罪の実行のための手段として、外部的に法規違反の、故意をもって行われた行為と挙げられうるであろう⁽¹¹⁾」(傍点原文隔字体)とされているのである。その直後から共犯の問題が論ぜられているが、これは割愛する。

さらに第7節では、可罰的未遂の諸事例として、I) 総説では、外観上の未遂行為の不処罰性は1)未遂一般に属するところの§2)、2)可罰未遂を根拠づけるところのそのメルクマールが存在しない(§4)や否や、生ずるものである：とする。そして第8節の2)悪しき意図が欠如するときでは、過失の未遂は存在しないということ、そしてその意図はなるほど許されずかつ非道徳的ではあるが犯罪的ではない場合として、2つの例が挙げられているが1例のみを紹介すると、主人に惚れこんだ、はした女がその夫と妻に夫婦の間の不和を引き起こし、そしてその男を自分に惚れこますために一定の(それ自体無害の)物質を食事の中に混入するといった事例では、可罰的未遂は問題とはならない。ただしここでは何らの犯罪的意図はないからであるとする⁽¹²⁾。

第9節は3)未遂をなす者が、全く非合理的な手段を選択したときというタイトルのもと、「手段の不能」が問題とされている⁽¹³⁾。

そこでは、例えば他人を殺害するための読経とか、毒薬のかわりに砂糖を盛るようなケースが挙げられ、そこではなるほど行為者の意図によれば未遂が存在するが処罰条件が欠如しているので、かような未遂を処罰されない(straflos)

(10) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.173 ff.

(11) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.176 f.

(12) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.183.

(13) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.183 ff.

未遂と名づけるのである。すなわち、例えば毒殺のためには毒が、墮胎のためには墮胎薬が必要であって、これらは刑罰適用の条件である。だれかが、その仇敵を毒殺しようとして毒のかわりに砂糖を用いた場合は、毒殺犯罪の構成要件は欠如する。なぜなら毒殺犯罪のためには、本当の毒が属し砂糖は属さないからである。また、砂糖を投与するだけの者は、砂糖=投与の中に何らの不法も無いのであって、ただ毒を投与しようとする意欲(Gift=Geben=Wollen)があるだけにすぎず、意図のみでは処罰されないのである。また、強姦と意思に反するわいせつ行為とは区別されているが、前者については暴行が後者については少女が自ら防衛しえない状態の単なる利用を法律が要求しているとすれば、これらが欠如すれば未遂もないことになる。さらに、例えば危険な窃盗には忍び込むことが、武装窃盗には武器の使用が属性であるとすれば、危険でなくまた武装していない窃盗の場合には刑罰を適用しうるものではないのである。以上のように毒のかわりに砂糖を投与して殺害しようとしたり、またAがその隣人の家を焼燬しようとして祈禱やまじないをする場合とか、Bが美しい隣人(女)を肉体的に凌辱しようとして、そのためにあわれむべき手段を使用し、Cが彼の仇敵を祈り殺そうとする場合には、Aは放火しようとした、Bは強姦しようとした、Cは殺害しようとしたといえるであろうか。以上のような場合に、これらを処罰しようとするならば単に自白にのみ刑罰を依らしめるものであって、確固たる証拠理論に違反するか、もしくは不処罰に至ることを容認しなければならない。手段の属性は重要であって、例えば妊婦に対して彼女を犯罪から思い止まらせようとした医者が(単に砂糖だけが含まれている)スプーン2杯の粉末を墮胎薬だと云って飲ませて、信頼して服用した妊婦が健康な子供を分娩したといったその妊娠した娘とか、空のさやだけをもって家屋に侵入する者を持凶器窃盗のかどで、さらに軽蔑から官吏の前で帽子を脱がない者を公務員の名誉毀損のかどで、あるいは裁判官に金の代りに砂をつめた袋を与える者を贈賄等に問うことはまさに不可能であって、処罰可能ではないのである。

一般に手段の合目的性を顧慮しない見解は「警察的観点」と「刑法上の観点」とを混同しているのである。そこでは様々の諸事例が挙げられているが、総括的にはミッターマイヤーによれば「そこから全く何も、いかなる事情のもとでも企図的な犯罪が生じえないところの行為のみが処罰されず、そしてそれ故なるほど合目的でない不処罰の行為から、それ自体合目的であるが、具体的に結果を招来しなかったところの不十分な行為とを区別しなければならない。この後者の行為は常に可罰的である。というのも、それにあつては法律によって不法なものとして明らかにされた行為がそこにあつたが、しかし犯罪の既遂を阻止した諸事情が加わったからである⁽¹⁴⁾」(傍点原文隔字体)とされ、ここにミッターマイヤーの絶対不能および相対不能区別説が見出されるのである。

第10節は、4)侵害の特定の対象が存在しないときとのタイトルのもとで「客体の不能」が問題とされているのである。本節は以下のように書かれている。「第9節において挙げられた事例と類似のやり方で、それについて犯罪がその法律上の概念によれば、行われるべき対象が意図した犯罪の構成要件(Thatbestand)に必要な属性をもって存在しないときには、不可罰な未遂が生ずるのである；かくして、例えばだれかが彼の仇敵を殺しようとするが、そしてこの者が既に以前、殺人者がそれを知ることなしに死んでいたとき；だれかが盗もうとし、そして偶然によって彼自らの物を取ったとき；他人の婦人と同衾するものと信じた夫が、彼自らの妻と交接するとき。これら3つの諸事例において、殺人、窃盗、姦通の可罰的な未遂は何ら存しない。その主張の真実性は、人が以下のことを考慮するときに明らかとなる：1)刑法の全体系によれば、すべての犯罪はそれが脅威しそして侵害する権利(Recht)に従って区別され、段階づけられており、そこで殺人の犯罪は生命に対する権利の侵害として、窃盗は他人の財産権の侵害等として現われるのである。それ故に殺人の犯罪で有責たるべき者は、それに対して彼の犯罪が向けられている対象をもたねばならない；この対象は、犯罪によって侵害されるべき権利をもなおもたねばなら

(14) Mittermaier, Beiträge [Fn.5], S.194.

い。というのも人は侵害の対象としてなお存在し、そして侵害されうるところのもののみを侵害しうるからである。さて、死体に対して突き刺す者は彼の行為にあってはもはや何らの対象をもたず、彼は決して以下のように述べえないからである：すなわち、彼は殺害しようと試みた、そしてAが既に死んでいったということで生命に対する権利を脅威するものではない。というのも死体は何らのものももたず、そして人は以下のように述べえないからである：すなわち彼は殺害しようと試みた、そしてAが既に死んでいったということで生命に対するAの権利を危険ならしめた、と。人は非人に名誉毀損をほとんど犯しえないように、自らの妻と交接する者は姦通の未遂をほとんど犯すものではない。それ故に人は犯罪の段階づけに際して、権利の侵害を全く考慮に入れてはならないのか、もしくは存在しない権利に対して向けられているところの未遂の不処罰を承認しなければならない。2)ここでもまた、国家は現実に行われた外部的に認識可能な不法のみを処罰するという命題が妥当し、その存在はなるほど死体を突き刺す人間にあっては主張されうるものではなく、特に3)その意図だけが処罰されうるものではないということを忘れないときはそうである；死体を突き刺す場合、自己の物を盗むといった場合の行為は、法的に全くどうでもよいことである。……（中略）……4)然るときには人は構成要件の全理論をくつがえすことになるということを忘却している。一切の犯罪の構成要件のために、法律は固有のメルクマールおよび一定の対象を要求しており、例えば窃盗のためには他人の物、殺人のためには生きている人間を要求している；しかし、人もし既に死んだ者を殺害しようとし、もしくは自己の物を取ろうとする者をも最近接未遂(nächster Versuch)のかどで処罰しようとするならば、人はそれによって二重の構成要件を要求することになり、そして以下のように言わなければならない；殺人の構成要件には生きている人間が属し、殺人未遂の構成要件には生命なき形象も属し、そして人は、姦通の構成要件に自己の妻をも算入しなければならない。5)人がその不処罰を否定しようとするならば、その帰結から極めて啻うべき主張へと至らねばならないであろう；然る

ときには、彼が妊娠していると考えたが、それはそうではなかった娘に墮胎薬を与えた者を、墮胎未遂の責に問うことになろう；人は単に人造の木製義手である他人の腕を刺す者を傷害のかどで処罰しなければならないであろう；既に船乗りである者を、行為者がそのことを知らずに船乗りとして売り飛ばそうとする者を、人さらいのかどで処罰しなければならないだろう；自らの近親者と同衾しようとして、暗闇で家畜小屋の下女と通ずる者を近親相姦の未遂として処罰しなければならないだろう。……（中略）……；ある婦人と結婚し、そして彼の妻が生きていようと信ずるAでは、重婚の未遂を承認しなければならないであろう。他方で結局のところ最初の妻が、彼が第2の妻と結婚するより以前に既に死亡していても；官吏だと見せかけようとしただけの人間に対して抵抗したときには、Bを官吏に対する反抗のかどで処罰しなければならないであろう。……（中略）……しかし、人が自白だけで構成しようとするならば、

8) 自白による構成要件の証明の諸原則となお矛盾するということが示される。たいていの立法によれば単なる自白によって構成要件が証明されうるものではないということが主張されねばならない一方で、人は例えばだれかが既に死亡している者を殺そうとする等の事例において、ここではその不法は単に意図の中のみ存するのであるから、自白のみを証明手段として承認しなければならず、そしてこのことは犯罪者が自白しようとしなければ証明されるべきものではない。論者によって主張されている上で挙げられた未遂の可罰性は、ここでもまた犯罪上の観点と警察上の観点との混同のみから生じているのであり、人は犯罪者の危険性を認識し、そして恐怖から処罰することになるのである。

結局、人がこれらの諸事例においてなしてきた一定の区別はまた是認されうるものではないと考えられ、警察活動もそれにはなるほど大いになわなないところの無条件の不処罰の主張のみが、刑事司法(*Strafgerechtigkeit*)の性格に相即するものである⁽¹⁵⁾。」(傍点原文隔字体)と、ミッターマイヤーは述べているの

(15) *Mittermaier, Beiträge* [Fn.5], S.194–199.

である。

以上の引用から明らかなように、ミッターマイヤーは「客体の不能」（「主体の不能」も含めて）は全て不可罰の不能犯になるということを雄弁に述べているのである。

なお、最後の第11節は「任意的な不作為の事例において⁽¹⁶⁾」というタイトルのもとで、中止未遂の問題が取り扱われているが、本稿の目的から外れるのでこの部分は割愛することにする。

すなわち、1816年の本稿では、ミッターマイヤーはフォイエルバッハの見解をかなり忠実に敷衍した客観的危険説が展開されているのである。そのかぎりで、宗岡教授とともに、「かかるミッテルマイヤーの認識は、理念的には、ベッカーラー-ホンメル-フォイエルバッハと継承されてきた自由主義的刑法原理としての『行為主義』の再認識であり、フォイエルバッハの客観的未遂論の理念を基本的に継承しようとしたもの⁽¹⁷⁾」と総括してもよいであろう。

Ⅲ.

以上Ⅱ. で見たように、ミッターマイヤーはフォイエルバッハ説のかなり忠実な継承を示していたが、そのたった4年後の1820年の論考「ドイツにおける刑法学の最近の状況について⁽¹⁸⁾」の中で、「1800年からの刑法の文献を考察するならば、圧倒的な数の諸文献は刑法の原則の探究に限定されており、そして個々の理論に関係する学問上の労作においてすら、われわれはほとんど哲学的な論述のみを見出すのである⁽¹⁹⁾」としたうえで、かような傾向を批判しつつ「この哲学は、その他のすべてのイデーから法的イデーを峻別すること、すなわち法と道徳との絶対的対置から出発し、法学の最高の独立性を確保するとい

(16) *Mittermaier*, Beiträge [Fn.5], S.199–202.

(17) 宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（成文堂 1990年）75頁。

(18) *Mittermaier*, Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland, in Neues Archiv des Criminalrechts, Bd.4, 1. Heft, 1820, S.76 ff.

(19) *Mittermaier*, Zustand [Fn.18], S.77.

う誘惑的な約束のもとでエルステッド(Oersted)が正当にも注目したように、法の任務はその内容ならびにそれが還元される根拠、およびその手助けをもって解決されねばならないような手段を顧慮して、すべての宗教的および道徳的な表象および動機に依存せしめないようにすることであった。法律および刑罰の強制、外部的な怖れがその効果のうで人が刑法を構築するところの動輪であった。すべての道徳的および宗教的なイデオロギイからの露出およびむき出しにするというこの時期において、帰責の領域から自由を追放するという試みが発芽したのである⁽²⁰⁾。」とし、その時代はその当時の法律規定において作用した古い時代の多くの表象にとって意味を全く失わせたとしつつ、他面で1816年の「寄与」論文に反し、未遂論につき主観説を主張したのである。「——未遂の理論は多様な取り扱いを保持してきた。本稿の筆者も多くの寄稿をそのために提供し、そして実に未遂の概念およびその可罰性の根拠について、未遂行為の可罰性の出発点について提供してきた。悪しき意思をもって行為を遂行したにもかかわらず、全く企図した犯罪と因果関係に立たないであろう者は処罰されないという著者によって提立された見解は、ザルヒョウ(Salcho)ならびにエルステッドによって克服せられ、そして著者自身自ら法学者を非難した誤りは、それを誤った方向、すなわち一般化の誤りを呈示したということで今や喜んで告白する⁽²¹⁾。」として、主観説に転向したのである。そして彼が提立していた一般化は、ローマ法が提立し、部分的にはオーストリアの法典が、そしてよりよくフランス法が未遂を考察している意味で考察するなら、ミッターマイヤーが以前提立した一般性は不当であるとして、大略以下のように述べるのである。すなわち「犯罪の未遂は、つまり悪しき故意が外部的な行為によって、および犯罪それ自体の実行の開始の中で明るみに出、そして結果が偶然の行為者の意思に依存しない諸事情によってのみ挫折せられるときには刑罰のもとにあるという命題を提立するならば、行為者の企行が企図にかかるものの実行の開

(20) Mittermaier, Zustand [Fn.18], S.80.

(21) Mittermaier, Zustand [Fn.18], S.103 f.

始を含んでおり、そして犯罪それ自体の形態を担っているや否や、犯罪者がその行為の際に使用した手段を顧慮することなく刑法のもとに包摂されうであろうことについては、何らの疑念も存しないのである。毒を与えようと欲して、偶然手にした砂糖を毒だと思い彼の仇敵の食事の中に混入しはじめる者は可罰的な未遂を犯したのである」とする。そして彼は、あわれむべき手段で無害化されたり、祈り殺そうとした者を不能犯として不処罰にしたのは著者の誤りであったと明言するに至ったのである⁽²²⁾。

すなわち、ここでミッターマイヤーは砂糖を毒だと思って毒殺しようとした場合や、仇敵を祈り殺そうとした場合等に可罰的な殺人未遂を肯定したのである。

ここでは、後に見るように、一時的とはいえフォイエルバッハ説に離反し客観的危険説を否定して、主観説に傾斜したのである。この期のミッターマイヤーは、1819年に新設のボン大学の招聘に応じ、その短い滞在期間中の論考の一つであったが(1821年にはハイデルブルク大学に移った)、おそらくは、ボン大学におけるプロイセン王の個人的な激しい思想統制のために客観説を意に反して捨て、主観説を主張すべく強いられたものと思われる⁽²³⁾。

(22) *Mittermaier, Zustand* [Fn.18], S.105.

(23) ミッターマイヤーのこの主観説への転向については、以下のような記述が参考となる。すなわち、ミッターマイヤーは1812年に彼の友人で同僚の有名な外科医であるヴァルターの妹と結婚した——もともと、戦争の数年はたとえ大学が彼を3度引き続いて学長に選んだということによって、その若い同僚を尊重したとしても十分重荷がもたらされたのである。そこに彼の義兄であるヴァルターが既に先に赴任していた新設のボン大学招聘にミッターマイヤーは1819年に応じた。刑法、ドイツ私法及び訴訟法に関して彼は既に当時最も顕名な論客であり、教師のひとりと評価されていたのである。しかしボンにおける彼の短い滞在は、そこに集まった顕名な学者グループとの親密な関係にもかかわらずあまり喜ばしいものではなかった。彼は臨時に大学行政者の職を執行しなければならず、そしてまさにこの期間に大きなデマゴギー狩りにあたり、それはプロイセンにおけるほどにどこでもそんなに激しくなされたところはなく、そして王の個人的なボン教授グループに対する敵意によって、そこでは特にひどいものとなった。このような諸状況のもとで、ミッターマイヤーは1821年ハイデルベルク大学への招聘を

IV.

しかしながら、ミッターマイヤーは以上の一時的なフォイエルバッハ説の難反にもかかわらず、後に再び初期の見解、すなわちフォイエルバッハ説への回帰を示す重要な論考を、1859年に公表したのである。本稿は「犯罪の必要な対象を欠く犯罪の未遂と不能な手段をもってする未遂が検討される⁽²⁴⁾」という長い表題をもつ論考である。

本稿では法史学観点および比較法的観点からこの問題を論じ、殊に1808年のバイエルンのフォイエルバッハ草案はその第60条で不能犯規定を提案していたが（ミッターマイヤーはフォイエルバッハの助手をつとめていた）、1813年のバイエルン刑法典はこれを採用しなかった（1813年バイエルン刑法典第57条参照⁽²⁵⁾）。それは、委員会における草案の審議に際し、若干の委員がそのような規定の濫用を惧れたためであった。そして、ミッターマイヤーはこれを批判しているのである⁽²⁶⁾。すなわち、刑法においては悪しき意思の表示、そして危険性のみが問題であるということ承認するかぎりですり論、防衛論および威嚇論が法律家によって弁護され、そして既に一切の予備行為が可罰未遂を根拠づけるであろうという見解を信奉するかぎりですり、不能な手段をもってする未遂の可罰性に関する判断において、何らの明確性にも至りえないと批判しているのである。このことは、例えばヴェルテンベルク、ハノーファー、ヘッセン、

非常に喜んで受け入れ、そこで彼はそれ以来彼の死に至るまで活動を中断することなく止まったのである(Allgemeine Biographie, Bd.22 [Fn.2], S.26)。すなわち、ボン大学時代に書かれた主観説を主張したこの期の本論文は以上のようなプロイセン王の思想統制下の産物そのものであり、ミッターマイヤーの本心から出たものと解するには疑念が残るのである。

(24) *Mittermaier*, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft, in *GS*, Bd.11, 1859, S.403 ff.

(25) 中川祐夫訳「一八一三年のバイエルン刑法典（Ⅰ）」(『龍谷法学』第二巻第二・三・四合併号 1970年) 243頁参照。

(26) *Mittermaier*, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.406 ff.

ザクセンの刑法典の立法審査においてもバイエルン刑法典の未遂に関する誤った見解の影響が妥当し、他方で漸次的であるが未遂論がより良き学問の見解の対象となり、とりわけ未遂は「実行の開始」を含むときに始めて可罰的となるという見解がますます勝利を得たとしているのである。そしてミッターマイヤー自身もバーデン刑法典の草案審議に際し、「全く不能な手段の使用の不処罰」を要求する提案を行ったのである⁽²⁷⁾。そして立法は別として、判例実務は客体の欠陥の場合と全く同じく全く不能な手段の使用にあっても、絶対的及び相対的な不能な手段の区別に至り、そしてそれ故不十分な手段をもってする未遂は不処罰であろうという原則に至っているようにみえるが、法典ではそのような規定を作成すべきではないという見解が今や支配的であるとする。そしてベルギー、オランダの状況が紹介されその状況はドイツと変わらないとしている。フランスではこの問題に関する何らの規定もないが、学説・判例では不能な手段ならびに客体に対してなされた未遂は不処罰とする点で一致しており、現に1848年12月8日のアーゲン(Agen)裁判所は、彼によって装填されたが、彼の知らないうちに他の者によって弾丸が抜きとられた猟銃で、殺害しようとした事例につき刑を言渡したが、この判決は一般的にフランスで非難されたのである。これに対して、モンペリエ裁判所は、行為者が被害者Aがその室の中にいるものと信じて発砲したが、Aが不在であったというAへの射撃が問題となった事例につき可罰未遂を否定したのである。フランスの学説は、不能な手段をもってするもしくは必要なメルクマールをもたなかった客体に対して行われた未遂は不可罰であるとする見解で一致している。だが、その原則の適用につき「絶対的に不能な手段」が用いられたときには不処罰とするが、「相対的に偶然的な無効性」にはそうではないのである。もっとも、後者の事例がどのような場合なのかは再び分裂しているのである、とする。その後、イギリス、イタリアの状況等が紹介されているのである。

本稿では様々な諸国およびその当時の判例等が長々と挙げられており、そし

(27) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.409 f.

てここで重要なのは、プロイセンの判例が絶対的に不能ではなく、相対的に不適切なものであった場合には可罰的だとし、盗人が盗もうとした対象だけが存しなかったといった場合に可罰性を承認したことであり⁽²⁸⁾、しかし学説では「不能な手段をもってする及び欠如する客観的諸前提において、その未遂の不処罰を承認する者が増大して」いるのである。この問題は、「明敏にも、ヘルシュナー、オットー、クルーク、パールによって議論されている」のであり、彼らが一切の不能な手段をもってする、あるいは欠如する客体において行われた未遂を原則的に可罰的としようとするようなやり方で一般化しようとしていないということは明らかである⁽²⁹⁾。

また、「立法者が刑罰を引き出すはずである行為を詳細に規定しようとするれば、彼はまたそれが可罰的であるときに行為それ自体が担わねばならない一定のメルクマールを表示するのである；彼は窃盗のために、行為者が他人の物を利欲的に自己のものにするということを必要とする；彼は、毒殺を毒が与えられるということを表示する；彼は胎児の墮胎犯罪を、妊婦において早期の分娩もしくは胎児の死を惹き起こしうる手段が適用されるということによって特色づけるのである。立法者がこれらの犯罪の未遂もまた処罰されるべきであると述べるや否や、一切の思慮ある人間がそれにおいて刑法がそれに関わるところの行為が法律によって要求されているメルクマールをもって始められたような諸事例にのみ関係づけようとするものであることを前提としなければならない。それ故に墮胎がその者に試みられた人間は妊婦であったということ、および使用された手段が適切なものであったということが胎児の墮胎に属するのである。もし法律上のメルクマールそれ自体を担っていない一切の未遂をも、行為者が犯罪を行おうとする意思をもっていたということだけで処罰することを、立法者が裁判官をして可能ならしめようとするのであろうということ承認しようとするならば、法律の正しい解釈のすべての原則と矛盾し、そして恐

(28) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.421.

(29) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.421.

ろしい裁判官の恣意の体系を設定することにもなろう⁽³⁰⁾。」とするのである。

立法者が更に前進し、「法律上犯罪の可罰性のために必要なメルクマールなしに、すなわち本質的な犯罪の存在のために必要な対象なしに行われた行為を未遂として可罰的たるべきであると明言するならば、彼は犯罪未遂の本質を破壊するのである；けだしだれかが一定の犯罪を犯そうとする目的をもって、法律上一定のメルクマールで表示された行為を開始するということが未遂の本質に属するからである。それ故未遂は既遂から、前者にあつては行為は法律がこれを既遂の承認のために要求しているほどに広く及ぶものではないということによつてのみ、既遂から区別されるのである。ある法律家が、例えばだれかが生命のない像を射つが、他方彼はそれが仇敵であると信じているようなときとか、あるいは彼はそうではない妊娠していない人に墮胎薬と考えるものを使用するときのように、なるほど犯罪的意図をもっているが全く許された行為に可罰未遂を考えようとするならば、彼はそれによつて一般的な言語の慣用を侵害し、そこから例えば彼が自然法則の進行における干渉に対して胎児を保護しようとするので、立法者が一定の行為を犯罪として明言している原則と彼の見解とは矛盾するのである⁽³¹⁾。」と。

また「不能な手段をもって行われた、あるいは法律上の前提がそれに欠けている対象に行われた行為を犯罪の未遂として処罰しようとしたような法律は、賢明な刑事立法が基づかねばならない原則から全く離れた立法を作り出すことになるであろう。一方で賢明な立法者は、国家生活もしくは市民の共同生活もしくは一定の利益、制度もしくは権利といった一定の重要な基礎を刑罰の制裁によつて保護するために刑罰権力を使用し、そして攻撃の一定の種類を含んだ一定のメルクマールをもって法律上表示された行為が行われるときのみ、刑罰を生じさせるのである。全く不能な手段の適用において、および対象の欠缺においても可罰未遂を承認するような立法者は、犯罪を行おうとする何

(30) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.422 f.

(31) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.423.

かある種の外部的な意思のみに基づいて処罰し、そして行為の属性を何ら顧慮することなく、これに基づけばそれがまたどうでもよい、また全く許された行為でも刑を言渡すかどうかは、責任ありとされる者が犯罪を犯そうとする意思を表明したということで、それに依拠する裁判官の恣意にのみ支配させる刑事立法を導入するものである⁽³²⁾。」と。

さらに「一切の犯罪は先ず公けの利益および法秩序の侵害として処罰されるということ、だれも否認しえない；また同じく、たいていの犯罪は例えば殺人、窃盗、強姦のように犯罪によって侵害される個々人の一定の権利に向けられているということもほとんど誤認されうるものではない。例えば、殺されるはずの者が既に死亡していたとか、使用された手段がそれによって企図された侵害が決して起こりえないであろうようなものであるということ、それに対して行為が向けられている権利が個別事例で存在しないところでは権利侵害の発生の可能性に属する前提が脱落し、そしてこのやり方でそれにもかかわらず処罰しようとするを立法は是認されないのである⁽³³⁾。」と。

以上、長々とミッターマイヤー論文の引用をしてきたが、以下の部分が彼の主張の骨旨と云ってよからう。すなわち「未遂はその中に企図された犯罪の実行の開始が存するときに始めて可罰的となるという原則を立てている一切の立法は、行為者が遂行するところの行為の中に企図した犯罪の実行の真の開始が存するときにのみ、未遂が処罰されうるということを承認しなければなら⁽³⁴⁾」ない。したがって、毒殺未遂には真の毒が、墮胎では墮胎手段が与えられるべく試みられるときに、法律によれば企図した犯罪の可罰性に属するメルクマールそれ自体を担っているからであるとする。このことはそこから立法者が未遂を行為の中に、実行の開始が存するところで始めて処罰するという根拠から生ずるのである⁽³⁵⁾。

(32) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.423 f.

(33) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.424.

(34) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.424 f.

(35) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.425.

また例を挙げるなら、Aを殺害するために3000歩の距離からAに向けて射撃しようとする人間や、彼の仇敵Bを毒殺するために純粹の砂糖を投与するときに、それぞれ「実行を開始」したといえるであろうか。そのような諸事例で実行の不可能性が現われるような状況では、行為者の馬鹿気た行いを嗤うであろうし、あるいは同情だけしか残らない⁽³⁶⁾。そして不能なやり方で行為した者が次にはその犯罪をより賢明に遂行するであろうという危惧から刑罰を正当化しようとするならば、「予防処分」と「刑罰」とを混同するものである⁽³⁷⁾。

そこで、不能な手段が用いられた場合もしくは客体が欠ける場合には、「絶対的不能」と「相対的不能」の区別がなされるべきであって、これを無視して処罰するのは根拠のないことである⁽³⁸⁾。

「われわれの理論においては、相対的に不能もしくは不完全な手段の使用に対して、絶対的に不能な手段をもってする企行の学説および判例において提立されている区別が最も重要である。本稿の筆者もまた、既に1816年にこれがまた他の論者によっても行われているように、この区別を正当化しようと試みた。その指導的な顧慮は、人がそれでもって判決において処罰されない未遂の理論を実行の不可能性においてしばしば適用し、そしてそこでその原理が適合しない多くの行為の不処罰として反作用しようということであった。現実に処罰されない諸事例と外観上同じような諸事例との間の限界線を引くという試みが、絶対的に不能な手段と相対的に不能な手段との間に区別を引き起こしたのである⁽³⁹⁾。」と。

以上のような考慮から、ミッターマイヤーは以下の諸原則によって処罰されない企行を当罰的な未遂から区別しようとする。すなわち「I. それなくしては犯罪が生じえない一定の属性が法律上要求されている対象が、企図された犯

(36) *Mittermaier*, *Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.428.

(37) *Mittermaier*, *Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.429.

(38) *Mittermaier*, *Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.430.

(39) *Mittermaier*, *Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.437.

罪の本質に属するところではどこでも、あるいは手段の一定の性質およびその使用の一定の属性が犯罪のために必要であり、そこでそれなくしてそれは犯罪の完遂のために不可能であるようなところではどこでも犯罪を犯そうとする目的をもっているにもかかわらず、開始された企行は法律上要求されている対象の属性を欠き、もしくは使用された手段もしくはその使用の性質がこの犯罪を完遂するための可能性を排除するときには、処罰されない。

Ⅱ. それに対して、犯罪の終了もしくは行為者の目的の達成の発見および回避が容易であり、もしくはその終了が行為者の実行の性質により欠陥のある不手際な、不完全なもしくはあまりに微量な量において行われたそれ自体有効な手段の使用によって、あるいは欲せられたものの一定の現存する属性および状態によって、あるいは違反者の行為ののちに付け加わった事情のゆえに個々の事例における終了が不可能となったということによって阻止されたというように、犯罪の終了の発生が実行の不手際で挫折するときにはどこでも、可罰未遂が存在するのである⁽⁴⁰⁾。」と。

ここで明確に「絶対不能」は不可罰であるが「相対不能」は可罰的であるとす「絶対不能」「相対不能」区別説が主張されているのである。

以上の区別に従って、個々の犯罪の解決方法が以下で示されているのである。

先ず①重婚罪では、その婚姻が未だ継続していると考えた既婚者が、第2の婚姻を締結しようとし、そのために必要な処置を行なうが、一方で第1の婚姻が行為者が知ることなしに解消されていたといった場合、法律上必要な客観的メルクマールの前提を欠くために処罰されない未遂の事例が生ずるのである。ここでは、その不処罰は第2の婚姻の同意の時点では、なお存続する第1の婚姻の存在が欠けているということの不処罰が正当化されるのである⁽⁴¹⁾。②偽罔罪では、だれかが真のものと考えた遺言書を隠そうとするが、他方その隠され

(40) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.439.

(41) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.441.

た遺言書は偽のものであるという場合には、不処罰となる。というのも犯罪に属する客体、すなわち真の遺言書が欠けているということで正当化される。また他人を偽囚する目的で、例えば手形を作成するがそれによってだれも偽囚されず、また損害が与えられないような方法で、例えば偽造手形において公称上の手形振出人のところに架空の名前が書かれており、そこで手形支払人はその手形を引き受けるべく動機づけられえないとき、あるいはその偽造がその適時の発見が極度に蓋然的であり、そして犯罪目的の達成が挫折されるというほどに不器用なやり方で行われたといった場合には、この種の諸事例では可罰的な未遂が存在する。なぜなら偽造の犯罪を根拠づける行為が行われたのであり、それ故に実行の真の開始が存在し、その挙行が不十分なものであっても、未経験のあるいは軽率な人間が欺罔されるときには、犯罪目的達成のための絶対不能が存在したとは云えないからである⁽⁴²⁾。③窃盗罪については、だれかが盗む目的で彼が他人の物と思って領得しようとしたが、実は自分の物を奪取したということが明らかになった場合には、不処罰となる。なぜなら、法律は窃盗のために他人の物を本質的なものとしているからである。しかしながら盗人が盗みうるものと信じた場所に盗まれうるべき物が存在しないといった場合、客体の欠缺により不処罰になるものではない。例えばスリが盗もうとして行為するが、その他人が何も持っていないくても、彼の行為は実行の開始を含んでいるのであって可罰的な未遂なのである。他方で不能な手段を考慮すれば、盗人がはしごで盗もうとして登ろうとするが、そのはしごが短く侵入しえないといった場合でも可罰未遂となる。なぜなら窃盗の実行の開始が存在しているかぎり、選択された手段それ自体有効であるからである。ただし、具体的な諸事情から忍び込むのが絶対的に不能な場合には、意思の真摯性が疑われるようなときにのみ無罪となろう⁽⁴³⁾。④墮胎罪に関しては妊婦であるという確実性が欠如するかぎり、不可罰である。なぜなら、妊娠しているという確実性がこの犯罪

(42) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.441 f.

(43) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.442 f.

に本質的に属する前提だからである。また、いかなる状況のもとでも犯罪を犯すために適していない手段が用いられるときにも不処罰が正当化される。もっとも、例えば医者が事情によっては墮胎を惹き起こすに適した手段を教えたような場合には、可罰未遂が成立する。⑤殺人罪については、行為者が誤って人間と思って人形や丸太を射撃した場合とか、殺害しようとした者が行為時に死亡していたような場合は、不可罰となる。同じことは装填されていない銃で射殺しようとした場合とか、行為者が射殺しようとした場所にその人がいなかったといった場合にも不処罰となる。もっとも行為者が当てられるはずであった者から、その射撃がかの者に達しえないほどに離れていた場合には不処罰が認められるが、それには制限があり、その射撃はそれ自体有効な手段であってその使用方法が個々の事例で不十分であった場合などは、可罰的である⁽⁴⁴⁾。⑥毒殺犯罪については、以下の状況に依存するとする。すなわち「1)あらゆる諸状況のもとで一切の人間において死もしくは健康の毀損を招来するような毒というものは存しないということ、かえってある物質が一定の方法である人の身体の中あるいは身体に付着されたときに、その移行および器官におけるその容易な拡張のために毒が投与された人間の健康が重大な動揺を引き起こされ、また死すら引き起こしうる物質が使用されたかどうかということのみが問題であること。2)従って、それが投与された毒の量に依存し、身体の中にもたらされるはずである身体の一部に依存し、投与の種類に依存し、他の物質との併合に依存し、使用の時間および投毒される者の個別性に依存するかぎり、毒の効果は相対的なものであるにすぎない。3)物質は、それがまた諸条件および一定の諸前提のもとでのみ毒として作用するときには、その可能な方法と適合においてその物質が毒として有効となりうるような性質のものであるや否や、悪しき目的をもってかような物質を使用する者は正にそれにあっては行為者がまた悪しき結果の発生をまた可能なものとして認識しなければならないところの相対的な毒の性質の故に、一切の可能な結果にさらされるからである⁽⁴⁵⁾」といった

(44) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.445 f.

(45) Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen [Fn.24], S.447.

条件のもとで、ミッターマイヤーは投毒犯罪の可罰・不可罰を区別するのである。a)使用された物質がいかなる状況のもとでも上述の意味における毒に算入されず、あるいは一定の異常な諸状況のもとでその物質が健康を毀損しうるが、しかし個々の事例で行為者の行為態様によれば、この状況が根拠づけられるということが示されないような場合には投毒の未遂は処罰されない。b)毒が行為者によってそれにより不溶性のものとなり、もしくは毒の効果が中和される結合が示されるような他の物質と混合されるときにもまた、不処罰性が正当化される。けだしかような諸事例においてそれが加えられたときにはその物質はもはや毒ではないからである。c)ある物質はそれがより多量に与えられるときには毒として作用する物質が、個別事例において作用しえないほどに少量しか与えられないときには、同じことが生ずるのである（すなわち不処罰）。しかしそれがしばしば繰り返された場合に毒として作用しうるような場合は、既に「実行の開始」が認められ可罰的となる。d)毒としての物質の有効性は身体の部分にも依存する。すなわち単に毒が表皮に付着されただけの場合に、毒の吸収が阻止される場合は不可罰である。だが表皮が無傷ではなく、もしくはその毒が表皮それ自体を化学的に溶解するに適しているような場合には、その毒の効果の不可能性が排除されないということで、そのような事例では不可罰性は疑問とされなければならない。e)毒が他の物質との混合によっておよび長期間外気との混和に曝されることによって、その毒性が弱められるということが専門家によって証明されないときには、可罰的である。f)そこから使用された手段が意図した結果をもちえなかった根拠が、α)それによって毒の効果が阻止された被害者の個性もしくはその状態の中にあるような場合（例えば、多量のアヘンを使用したり、塗装用の毒物を自己使用しているような場合）には、投毒の未遂は可罰的となる。β)例えば行為者が毒を大部分こぼしてしまったために、毒の作用が阻止されるような場合も可罰的である。γ)その毒が、投毒されるべき者にへどが出るような悪臭のために直ちに毒の存在を推定してその毒の飲食物を摂取しなかったといった場合にも、可罰的未遂である。なぜなら今

挙げられた全ての諸事例は、毒が有効とならなかった理由が犯罪者の活動とは無関係の原因によるのであって、可罰性が避けられないのであり、これらの諸事例は全て「有効な手段」だからである⁽⁴⁶⁾。

V.

以上によって、ミッターマイヤーの「絶対不能」「相対不能」区別説が、極めて明確に呈示されたものと云えよう。一時期の主観説への傾斜にもかかわらず、不可罰な絶対不能と可罰的な相対不能との区別が単に抽象的にその主張を展開するのではなく、個々の具体的な犯罪類型に当たってそれぞれの解決方法を呈示した点は極めて重要であると云えよう。以上がミッターマイヤーの説いた「絶対不能」「相対不能」区別説の全貌であり、これをもって旧客観説（古い客観説）と称されるものが提示されたのである。これにより、フォイエルバッハの不能犯論のいわば素朴な思想を体系化し、それを継承しつつも実務に目を向けその指針を呈示しようとした努力の産物と云えよう。この点、キッパによれば「のちにバイエルン司法省でフォイエルバッハの協力者となり、また1825年以降は彼の教科書の補注を加えたミッターマイヤーは、客観的危険性の厳格な解釈をすると、未遂としては罰せられない場合が非常に多くなってしまふという正当な認識に基づいて、フォイエルバッハ説をさらに修正して、絶対的不能なもしくは不十分な手段と、相対的に不能なもしくは不十分な手段とを区別した。それによると、いかなる事情のもとでも意図した結果をもたらさないものが絶対的に不能な手段であり、それに対してそれ自体はかの結果を生じさせるに適していたが、具体的な場合には不十分なものとして明らかとなるもの（少量すぎる毒）は、相対的に不能な手段であるという。後者の諸事例なら可罰的とすべきであるというのである⁽⁴⁷⁾。」と述べられているが、ミッター

(46) *Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen* [Fn.24], S.446–450.

(47) *Eberhard Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, 2. unveränderte Auflage, 1989, S.46 f. なお、本書の訳書、E・キッパ著西村克彦訳『近代刑法学の父 フォイエルバッハ伝』（良書普及会 1979年）42頁参照。

マイヤー自身は手段のみならず、客体についても論じているのであってその射程は広範に及ぶものである。

もっとも、ミッターマイヤーのこの区別説に対し、宗岡教授は以下のような批判をなされている。すなわち「絶対不能と相対不能の区別は、ミッテルマイヤーにおいて『判断基底』構成に関する問題の自覚を欠いたがために、不明瞭なものにとどまらざるをえなかったのである。……ミッテルマイヤーは、フォイエルバッハの客観的未遂論を理念的に継承しようとし、同時に時代の法意識との妥協を計るためにフォイエルバッハの客観的未遂論の修正を試みたにもかかわらず、不能犯の理論的核心である『判断基底』の問題を理解しえなかったため、彼の区別説は、感覺的、直感的、恣意的なものにとどまり、以後の客観的未遂論に無用の混乱をもたらさずにはいなかった⁽⁴⁸⁾」という辛口の批判をされているが、けだし妥当な批判と云えよう（なお、この当時には「判断基底」と「判断尺度」の問題が未だ意識されておらず、後代になって初めて明らかとなったものであるので時代的制約があったと云わざるをえない）が、この区別説（旧客観説）を一応確立した点は極めて重要な意義をもちうるものとして評価してもよいであろう。

そこで、今後のわれわれの課題としては、この旧客観説（区別説）の感覺的・直感的・恣意的ではない「判断基底」と「判断尺度」の問題を明確に意識した理論構成を提示することにあるといえよう。

（2014年1月28日稿）

(48) 宗岡・前掲注(17)79頁。