

## 構成要件の欠缺と可罰未遂の限界 (二)

大 沼 邦 弘

- 一 問題の所在
- 二 構成要件欠缺の理論の変遷 (一)まで前号、三まで本号)
- 三 構成要件欠缺の理論の機能的意味 (以下次号)
- 四 構成要件の欠缺と可罰未遂の限界

(四) 1 可罰未遂の限界を、未遂の実質的処罰根拠とは一応独立に、構成要件を軸として形式的に画定せんとする構成要件欠缺の理論は、今世紀初頭のドイツにおいて、フランクとグラーフ・ツウ・ドーナによって基礎づけられ、その後、ベリングからメツガーへの構成要件論の発展に対応して、その理論構成と具体的帰結も変遷を重ねてきた。その概略は前述のとおりである。<sup>(1)</sup>

そして、ドイツにおける構成要件欠缺論の変遷の検討をとおして、われわれは、この理論には、可罰未遂の形式的画定の方法と適用領域について各種のヴァリエーションがあるが、可罰未遂の限界づけに形式的基準を設定せんとする志向においては一貫していたこと、しかし、その実体を吟味するならば、形式的画定を徹底しえず、実質的

判断によつて補充せざるをえなかつたこと、を知ることができるのである。

すなわち、まず、構成要件論が確立される以前の構成要件欠缺の理論は、結果と因果關係に立つ事情と、因果の外にある事情を区別し、前者を欠く場合が可罰未遂であり、後者を欠く場合が不可罰の事実の欠缺であるとした。

ここでは、形式的画定の方法を、「抽象の手續」(ある事情を抽象して結果との間に因果的可能性があるかを問う手續)に抛らしめたことによつて、すでに実質的判断が先行しているし、形式的画定の範圍から、手段(法定手段を除いた)、あるいは、客体(予期したところに存在しなかつた場合の)を排除したことによつて限定的であつた。<sup>(2)</sup>

つぎに、構成要件を「客観的で記述的な行為の型ないし粹」として把握する立場における構成要件欠缺の理論は、可罰未遂と不可罰の構成要件欠缺の差異を、結果を欠くか、それ以外の構成要件要素を欠くかによつて決定せんとしたものである。ここでは、形式的画定はよく維持される。画定の方法は、「客観的で記述的な行為の型ないし粹」としての構成要件へのあてはめに抛っているし、その範圍も、結果を除いた一切の構成要件要素に及んでゐるからである。ただし、この立場も、手段については、絶対不能でないこと、すなわち、結果發生に相当なものであることを構成要件要素としており、相当性についての判断が先行しているのである。実質的判断によつて補充されてゐたといえよう。<sup>(3)</sup>

さらに、構成要件を「違法行為の類型」として把握する立場における構成要件欠缺の理論は、違法行為類型へのあてはめの方法をとるが、そのあてはめ自体、結果發生の危険の存否を問う実質的判断によつて裏打ちされており、内容的にはすでに、実質的画定に転化してしまつてゐるといえるのである。そして、この立場では、可罰未遂の範圍を、形式的判断と実質的判断との段階的方式によつて画定せんとするために、形式的画定の及ぶ範圍は限定的であつたのである。<sup>(4)</sup>

(2) 本稿(一) || 成城法学 一号三一五頁以下参照。

(3) 本稿(一) || 成城法学 一号三二三頁以下参照。

(4) 本稿(一) || 成城法学 一号三三五頁以下参照。

2 ところで、ドイツにおける未遂・不能犯論は、未遂の処罰根拠を、結果発生の危険に求める客観説と犯罪的意思に求める主観説の厳しい対立の中で発展した。一九世紀前半は、フォイエルバッハ、ミッテルマイヤー等によって唱えられた絶対不能・相對不能を基準とする客観説が優位にあった。そこでは、可罰未遂の成立範囲はすぐれて限定的であった。だが、一九世紀後半に至って、ブーリと彼によって指導されたライヒ裁判所は、全条件等価性の理論に立脚して、不能犯を否認した。可罰未遂の成立範囲は拡大され、わずかに迷信犯がその範囲から除外されるにすぎなかった。以後、主観説は、判例をリードし、学説上も、客観主義の主観化傾向と相俟って、支配的地位を獲得し、ついには、ドイツ新刑法典二三条も、主観説に拠る規定を置くに至るのである。<sup>(1)</sup>これに対し、客観説は、可罰未遂の客観的画定を維持せんとして理論的努力を重ねた。構成要件欠缺の理論も、その一つの方角として捉えることができる。すなわち、構成要件欠缺の理論は、可罰未遂の限界づけに形式的安定性を附与し、それによって同時に、主観説による処罰範囲の拡大を抑制する狙いをもって展開されてきたといつてよい。<sup>(2)</sup>

しかし、構成要件欠缺の理論による可罰未遂の形式的限界づけも、前述のように、実質的な危険判断によって補充されざるをえないこと、また、未遂・不能犯論に関して主観説が支配的であるドイツにおいて、とくに、その具体的帰結が妥当でないとされて、大方の支持を獲得するに至らず、現在では、わずかに、主体の欠缺について、幻覚犯類似のものとして不可罰だとする見解がみられるにすぎないのである。<sup>(3)</sup>

ここで、構成要件欠缺の理論に対する批判の展開をみておこう。

主観説からの批判は、「全構成要件要素の等価性」という考え方と、ドイツ(旧)刑法五九条の反対解釈に、そ

の根拠が求められていた。すなわち、ドイツ（旧）刑法五九条は、「可罰的行為を行うに際し、法定の構成要件に属する事情……の存在を認識しなかったときは、これらの事情につき責任を問われない」と規定しているが、これを反対に解釈して、構成要件に属する要素は、すべて等価値であるから、構成要件欠缺の理論のように、結果と因果関係に立つ要素と、因果の外にある要素を区別することはできず、因果の外にある要素の存在を誤信して行爲した場合も可罰的である、<sup>(4)(5)</sup>というのである。かくして、主観説は、主体の欠缺の場合についても、可罰未遂の成立を認めるに至るのである。<sup>(6)</sup>

また、客観説に立つ者の中からも、その理論構成と具体的帰結に対して、およそつぎのような批判が加えられている。すなわち、構成要件欠缺の理論の基本型は、可罰未遂と不可罰の構成要件欠缺とを、結果のみを欠くか、それ以外の他の構成要件要素を欠くかによって区別せんとするものであって、これは、もっぱら、「結果の不発生」という契機に着目し、いわゆる事後的立場に立つものであるが、しかし、構成要件要素中、結果と他の要素を区別して取り扱う実定法上の根拠はないし、<sup>(7)</sup>そもそも未遂の問題は、事前的立場から決定されるべきである。<sup>(8)</sup>そして、構成要件欠缺の理論が、客体の欠缺の場合をもすべて不可罰とするのであれば、それは、一般の法感情に反し、刑事政策的考慮から妥当性を欠くのではないか、とするのである。<sup>(9)</sup>

そこで、ドイツにおける構成要件欠缺の理論は、右のような批判にも答えて、可罰未遂の限界画定につき、事前的立場との統合をはかり、また、具体的帰結における妥当性を獲得すべく自らを「修正」するかたちで変遷したのである。すなわち、結果以外の構成要件要素のうち、ある部分が欠けてもなお可罰未遂が成立しうる、と解する方向へと向つたのである。それは、「結果の不発生」という契機とともに、「実行の着手」という契機にも着目し、したがってまた、事後的立場とともに事前的立場をとるのであって、可罰未遂の限界画定につき、〈形式的判断—実質的判断〉という二元的・段階的方式をとるものであった。<sup>(10)</sup>

その具体的帰結における「修正」は客体の欠缺の場合に顕著である。すなわち、客体がまったく存在していないときは（例えば、死体に対する発砲）、構成要件の欠缺として不可罰であるが、客体が単に行爲者の予期したところに存在しなかったにすぎないときは（例えば、被害者が偶々不在で空であったベッドへの発砲）、可罰未遂が成立しうる、とするのである。その理由についてはつぎのように説かれた。すなわち、客体が単に行爲者の予期したところに存在しなかったにすぎない場合は、時間的・場所的關係の欠缺であるにすぎないし、<sup>(11)</sup>あるいは、手段の不能であつて、不可罰の客体の欠缺ではない、と。<sup>(12)</sup>だがしかし、例えば、死体に対する発砲と、空のベッドに対する発砲とを区別して論じることが困難である。「人」という客体が存在しないという点ではまったく異ならないからである。<sup>(13)</sup>右のような区別の背後には、実は、なんらかの実質的判断がすでにひそんでいるといつてよいであろう。かくして、具体的帰結における妥当性を獲得すべく形式的画定の適用領域を限定せんとする試みも、可罰未遂の画定に形式的安定性を附与し、処罰範囲の拡大を抑制せんとする構成要件欠缺の理論の本来的機能を弱化せしめ、その存在意義について疑念を招くことになったのである。<sup>(14)</sup>

- (1) Dazu J. Baumann, *Strafrecht, Allg. Teil*, 7. Aufl., 1975, S. 489ff.; P. Albrecht, *Der unaufgähliche Versuch*, 1973. なお、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（昭和四九年）六三頁以下参照。
- (2) 構成要件欠缺の理論の刑法史的意義については、小野清一郎・犯罪構成要件の理論（昭和二八年）九四頁以下参照。
- (3) H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 194f.; J. Baumann, a. a. O., S. 520; Kohlrausch-Lange, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 43. Aufl., 1961, § 43 Anm. VI; E. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2. Aufl., 1975, S. 618; u. s. w.
- (4) RGSt. Bd. 42, S. 92. このライヒ裁判所の判決は「保険金請求権が存在することを知らないで、欺罔によって保険金を得ようとした者を詐欺未遂として処罰したものである。また、RGSt. Bd. 72, S. 109 は「ドイツ人が自分をユダヤ人であると誤信して、ドイツ娘と情交を結んだ者を、民族の血を汚す罪（Rassenschande）——「ドイツ人の血と名

譽の保護に関する法律」二条五条(一)項(Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre §§ 2, 5 Abs. 2—Gesetz vom 15. Sep. 1935, RGBL. I, S. 1146—)——の未遂といふ訳語だ。

(5) レーノ(四)刑法五九条の反解をいふに、G. Spengel, Der sog. Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW. Bd. 69 (1957), S. 441ff. を参照。

(6) J. v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl., 1942, § 43 Anm. 6a; Schönte-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl., 1978, § 22 Anm. 76; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1971, S. 513; H.-J. Bruns, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955, S. 27ff. u. s. w.

(7) F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl., 1919, S. 192; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 431ff.

(8) 未遂における事前的立場を強調する見地からするラーベルの批判は重要である。彼は「犯罪構成要件の実現を防止するため、立法者は、既遂になつてからではなく、それに先んじてついで未遂の時点を処罰するのである。」「未遂に属するのは、主観的には、既遂におけると同様に故意、客観的には、実行の着手(時間的限界を明確に確定するもの)と既遂に至らなかつた(その理由のなさを問はず)のみである。」「故に、不能な未遂といふ、これは概念的に異なる構成要件の欠缺にすぎない」(R. v. Hippel, a. a. O., S. 433.)。Vgl. auch C. H. Treplin, Der Versuch, Grundzüge des Wesens und der Handlung, ZStW. 76 (1964), S. 441ff.; G. Spengel, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Festschr. für Ulrich Stock, 1966, S. 100ff.

(9) Vgl. R. v. Hippel, a. a. O., S. 435f.

(10) Vgl. E. Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 395ff. など、この点については、本稿(1)＝成城法學一巻三三七頁以下を参照。

(11) E. Mezger, a. a. O., S. 397. など、本稿(1)＝成城法學一巻三三七頁以下を参照。

(12) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 309ff. など、本稿(1)＝成城法學一巻三三四頁以下を参照。その点については、ラーベルの「主観的・主観的・主観的」の点・A・P・ヤーディの点・A・P・Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8. Aufl., 1912, S. 71f.; Graf zu Dohna,

Der Mangel am Tatbestand, Festgabe für K. Gitterbock, 1910, S. 61ff.; M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 360ff. など、本稿(一)＝成城法学一三〇頁、三三〇頁、三三二頁参照。

(13) なお、R. v. Hippel, a. a. O., S. 436f. は、例えば、空のヘッドを射撃したり、空のポケットに手をかけるなどの場合には、客体が別の場所にあるから不可罰だとする考え方をとれば、未遂の可罰性を、行為と責任によってではなく、その時々<sup>(1)</sup>の客観的な諸条件によって決することになってしまふ、という。

(14) Vgl. R. v. Hippel, a. a. O., S. 436.

## 二 わが国における理論の展開

(一) これまでみたように、構成要件欠缺の理論は、未遂・不能犯論に関して主観説が支配的であるドイツにおいては、大方の支持を得られなかった。わが国においても、これを独立に論じることには否定的な態度を示す見解が有力であるが、一定の限度でこれを採用する者も多い。<sup>(2)</sup>とくに、未遂に関する形式的客観説の立場からは積極的であった。<sup>(3)</sup>最近でも、基本的には実質的客観説に立脚しつつ、可罰未遂の明確な限界画定のためには、構成要件を軸とした形式的判断も必要だとして、この理論に一定の評価を与えようとする立場がある。<sup>(4)</sup>以下では、わが国における構成要件欠缺の理論の展開を検討しよう。

(1) 構成要件の欠缺とされる場合も、不能犯か未遂であって、その区別は、実質的基準によってなせばよいのである。牧野英一「未遂と事実の欠缺」同・刑法研究三卷(大正一〇年)一頁以下、坂本英雄「事実の欠缺について」法律論叢一三卷五号(昭和九年)三八六頁以下、木村亀二「不能犯及び事実の欠缺」刑事法講座二卷(昭和二十七年)四二二頁以下、西原春夫「事実の欠缺」福田平二大塚仁編・演習刑法総論(昭和四六年)一九八頁以下、平野竜一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)三二二頁、等。

(2) 平場安治「構成要件欠缺の理論」(一)・(二)完」法学論叢五三卷五二六号(昭和三二年)二六四頁以下・同誌五四卷一〇二号(昭和三三年)三八頁以下・同誌五四卷三二四号(昭和三三年)八五頁以下、同・刑法総論講義(昭和三六年)

一二三頁以下、等。なお、佐伯千仞・刑法講義（総論）（昭和四三年）三〇二頁以下。

なお、古く、大場茂馬「不能犯を論ず」法律評論三卷一九二〇号（大正二年）三六一頁以下は、絶対不能・相對不能説と結合した構成要件欠缺の理論を主張していたし、さらに、滝川幸辰・犯罪論序説（改訂版、昭和二二年）一九七頁以下には、構成要件の欠缺は違法性の欠缺であると解するM・E・マイヤー流の主張がみられる。

(3) 小野清一郎・新訂刑法講義総論（昭和二三年）一九二頁以下、団藤重光・刑法綱要総論（昭和三二年）一一二頁以下、等。

(4) 中山研一・刑法総論の基本問題Ⅱ（昭和四八年）七八頁以下、内田文昭・刑法Ⅰ（総論）（昭和五二年）一四四頁以下。

(二) 1 わが国における構成要件欠缺の理論は、ドイツにおける理論の展開を撰取しつつ、さらに、それを「修正」する方向で、独自の展開をみせている。

その「修正」は、実行の着手時における未遂の構成要件の規制を問ひ直すことによってたらされた。それは、「犯罪ノ実行ニ著手シテ之ヲ遂ケサル者」（刑法四三条）という未遂犯の一般的形式から、「実行の着手」に着眼して、構成要件欠缺の理論を再編成せんとするものである。すなわち、実行の着手が、結果の発生、不発生に時間的に先行する点に着目して、実行の着手に、すでに必要とされる構成要件要素の存在することを認め、それが欠けているとき、そもそも実行の着手はありえず、したがって、未遂は成立しない、と解するものである。

ここでは、未遂の構成要件をいかに考えるか、未遂の構成要件要素にいかなる内容を考えるか、が問題となる。

2 さて、構成要件該当性を犯罪成立の一般的概念要素とするとき、未遂犯も構成要件に該当するものでなければならぬ。ベリングは、未遂犯は、構成要件の開始（*Tatbestandsanfang*）あることによって、類型性Ⅱ構成要件の実現がある、と考えた。<sup>(1)</sup> M・E・マイヤーは、未遂犯は、処罰拡張事由によって、構成要件該当性が与えられる、とした。<sup>(2)</sup> ただ、両者とも、「特別構成要件」を、刑法各本条において規定された「独立なる」構成要件のみに



限るとしたために、未遂犯は、その「独立なる」構成要件を、修正ないし拡張したもの、としたのである。

これに対し、小野博士は、刑法の各本条の中に既遂犯とは別個の「独立なる」未遂犯の構成要件が存在すると解されたのである。すなわち、刑法各本条の基本的構成要件を、刑法四三条によって修正した「独立なる」未遂犯の構成要件が、「……ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」という規定を根拠にして、各則中に存在すると考えたのである。かくして、小野博士はいう。「既遂犯に於ては各本條の構成要件が單純に充足された場合であり、未遂犯は其の修正された形式に於て充足されるといふだけのことである」<sup>(3)</sup>。「惟ふに未遂犯は一定の特別構成要件を充足しない場合なので、其の意味で本來すべての構成要件に對する事實の欠缺 (Mangel am Tatbestand) であると謂へる。しかし、それは今問題でない。未遂犯はその修正された構成要件を充足することによつて、未遂犯として處罰されるのである」<sup>(4)</sup>と。

このようにして、未遂犯の構成要件が、基本的構成要件の修正形式であることから、つぎのような帰結が導かれるのである。基本的構成要件の中で、それを欠くときは未遂犯としての構成要件をも「充足」しえないと考えられるものが存し、そのような要素が欠けている場合には、未遂犯としての構成要件に對する「事實の欠缺」あるものとして不可罰である、と<sup>(5)</sup>。かかる見解は、実行の着手にとつて、すでに必要とされる構成要件要素の存在することを認め、それが欠けているとき、未遂の構成要件に該当しない、と解するものといえるのである<sup>(6)</sup>。修正された、しかし、それ自体独立した、未遂の構成要件該当性が問われているのである。

佐伯博士も、未遂を段階的類型として把握されて<sup>(7)</sup>、基本的には同様の思维形式をとられる。未遂は、既遂類型を基礎として、それに独自の修正変形を加えて作られた別個の犯罪類型である、とされるのである<sup>(8)</sup>。したがって、可罰未遂の成立範囲の問題では、まず、かかる未遂類型に該当するかが問われることになる<sup>(9)</sup>。

(1) E. Beimg, Grundzüge des Strafrechts, 8. u. 9. Aufl., 1925, S. 84. なお、本稿(1)＝成城法学一号三三四頁以下参照。

(2) M. E. Mayer, a. a. O., S. 341. なお、本稿(1)＝成城法学一号三二九頁参照。

(3) 小野清一郎「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」加藤先生還暦祝賀論文集(昭和二十八年)＝同・犯罪構成要件の理論(昭和二十八年)二五五頁。小野博士は、修正された構成要件という点についてさらにつぎのように説かれる。「ベールリングが嘗て修正せられたる構成要件該當性を説いたのは、……特殊の『現象形式』に於て其の構成要件に對する該當性が擴張 *erweitern* された意味に於て認められるといふ意味であつたやうである。即ち其處には一種の擬制的な意味が含まれてゐたと思ふ。之に反して私は構成要件の修正形式を考へる」と(小野・犯罪構成要件の理論二五六頁)。

(4) 小野・新訂刑法講義総論一九二頁。

(5) 小野・新訂刑法講義総論一九一頁以下。

(6) 小野・犯罪構成要件の理論九五頁は、未遂犯は、実行の着手という修正形式によってその可罰性を附与されるものだ、という。

(7) 佐伯・前掲書二九七頁。

(8) 佐伯・前掲書二九八頁。

(9) 佐伯・前掲書三〇二頁以下。

### 3 つぎに、修正された未遂の構成要件、ないし未遂類型に、いかなる要素を予定するかが問題となる。

小野博士は、基本的構成要件中、未遂犯としてもなお必要とされる要素に、まず、主体、時間的・場所的關係をあげられる。客体についてはつぎのように區別して、客体の存在することが必要な場合と不必要な場合とがあるとされる。(1)具体的状況上、構成要件に該当する行為、すなわち犯罪の実行があるとみとめられない場合は未遂犯は成立しない。例えば、保険会社の勧誘員を公務員であると信じて暴行または脅迫を加えても公務執行妨害罪にはならない。これに對して、(2)具体的状況上、なおその行為を一定の罪の実行行為とみるべき場合は、未遂の成立をみ

とめるべきである。例えば、何ら懷中物を所持していない通行人に暴行を加え、それを奪取しようとするのは強盜罪の未遂となる。通行人が懷中物を所持するのは通常のことであり、当該場合に被害者が何ら懷中物を所持しないために強盜罪の完成に至ることがないとしても、その行為自体は一般的にその危険のある定型の行為であり、強盜罪の構成要件に該当する強盜の実行であるから、と。<sup>(1)</sup> 小野博士は、このように、未遂の成立に客体の存在する必要があるかどうかについては、「具体的状況上」構成要件に該当する行為<sup>(2)</sup> 実行行為といえるかを問うことによつて區別して考えられるのである。客体の欠缺の場合には、実行行為といえるかという判断が先行しているのである。これに対し、主体と時間的・場所的關係の欠缺の場合は、「具体的状況」を問うことなく、ただちに、「事実の欠缺」ありとするのである。結局は、客体の存在は未遂に必要な構成要件要素ではない、と解する方向を示されているといつてよいであろう。

客体は未遂の構成要件要素でない、とする立場は、佐伯博士と平場教授に明らかである。

佐伯博士はつぎのように説かれる。身分(主体)、時間的・場所的關係、結合犯における手段たる行為(例えば、強盜罪における暴行・脅迫)は、既遂類型に従属的であり、したがつて未遂類型の要素でもある。これに対し、客体、手段は、既遂類型に従属せず、したがつて未遂類型の要素ではない、と。<sup>(2)</sup> 佐伯博士のいう「未遂類型」は、既遂類型から、客体、手段を除くというかたちで、修正変形されているのである。

平場教授は、実行の着手時における未遂の構成要件の規制を問い直し、客体の存在は実行の着手時の要素ではない、とした。つぎのように説かれる。実行の着手には構成要件該当の行為を必要とするが、実行の着手が結果の発生、不発生に時間的に先行している点を考えれば、それは実行だと事前に判断される行為を開始することである。従来の構成要件欠缺論のように、事後から判断して、実行があつたか否かを決すべきでない。かかる見地からは、結果発生の可能性があれば足りるので、現実性あることは必要でない。客体は、結果要素であり、実行の着手時に

においてはその可能的な存在をもって足りる。故に、行為客体は、未遂の構成要件要素ではない。これに対し、行為主体、手段、時間的・場所的關係、主観的違法要素は行為要素であつて、実行の着手時にすでに必要であり、未遂の構成要件要素である、と。<sup>(3)</sup>

このようにして、平場教授においては、客体は未遂の構成要件要素から除かれ、また、構成要件欠缺論と事前的立場の融合がなされたのである。「事前的立場に立つ構成要件欠缺論」とも呼ぶことができる。<sup>(4)</sup>だが、ここでいわれている「事前的立場」は、その本来の意味とは異なつて用いられていることに注意しなければならない。可罰未遂の画定における事前的立場とは、結果發生の可能性を事前的に問うということである。これに対し、平場教授は、実行行為といえるか、を事前的に判断するのである。その際、客体以外の要素は、行為の要素であるから、それが存在するとき実行行為といえる、という論理に立つて、その現実的存在の存否が事前的に問われているのである。結果發生の可能性を問うという事前的立場ではない。このような見解は、構成要件を「行為類型」として把握する思考を基礎としている。この点について、平場教授はつぎのようにいう。「構成要件は招來された結果狀態の型に止まるものでなく、一定の仕方によつて、招來された結果狀態の型である。それは結果時を標準とした現在ではなく、現在完了である。法は犯罪類型の實現への普通の仕方(相等性)を以て足れりとせず時に特定の仕方を要求して居る場合がある。この場合はかゝる特定の仕方に当嵌まつた場合にのみ實行の着手があり、未遂であると謂い得る」<sup>(5)</sup>。と。未遂の構成要件は、「結果類型」<sup>(6)</sup>としてではなく、「行為類型」<sup>(7)</sup>として把握され、この行為類型にあてはまるかという判断が、事前になされるとするわけである。なお、かかる見解は、平場教授においては、未遂の實質的規定をなす内実を、「社会侵害的態度」に求める思想によつて裏打ちされていることに注意しておかなければならない。<sup>(7)</sup>

かくして、平場教授は、行為客体を欠く場合には構成要件の欠缺を生じないが、主体、手段、時間的・場所的關

係、主観的違法要素を法が規定している場合、これを欠くものは構成要件欠缺である、とされたのである。そして、手段について規定がない場合は、不能犯の問題が生じるが、リトラー同様、概念的には不能犯も構成要件欠缺の問題であるとして、<sup>(8)</sup> 構成要件動詞（例えば、「殺す」、「焼燬する」）へのあてはめによって処理される。ただし、平場教授も、この場合には、結果発生の可能性を問うという意味での事前的判断が先行せざるをえないことを認められているのである。<sup>(9)</sup>

- (1) 小野・新訂刑法講義総論一九三頁以下。
- (2) 佐伯・前掲書三〇三頁以下。この点はすでに、佐伯千仞・刑法総論（昭和一九年）二八四頁以下に明らかにされている。なお、佐伯博士は、未遂の処罰根拠については、当初、法の妥当性に対する侵害、法の權威に対する反抗に求める見解に傾いていたが（刑法総論三〇九頁）、その後、見解を改め、法益に対する具体的危険に求められるようになっている（刑法講義（総論）三一九頁）。
- (3) 平場・前掲誌五四卷三〇四号九三頁以下、同・前掲書一二九頁以下。
- (4) 吉川経夫「不能犯と事実の欠缺」法学セミナー九一号（昭和二八年）六五頁以下参照。
- (5) 平場・前掲誌五四卷三〇四号九二頁。この点について、平場・前掲書一二三頁はさらに詳しく説く。「客観説は更に結果を除く一切の構成要件要素をすべて充足しなければ未遂はなく、その何れか一つを欠く場合は不可罰の構成要件欠缺だとしている。この思想の背後には未遂には結果発生のお客観的危険がなければならないとの考えがひそんでいる。……しかし、実行の着手なる言葉はその語義から言っても人間の行為と離れてはありえない」と。
- (6) 結果発生のお危険を未遂犯における「結果」だと解することによって、未遂の構成要件を「結果類型」として把握することができよう。この点につき、なお、平野竜一「刑法の基礎」法学セミナー一三九号（昭和四二年）四四頁参照。
- (7) 平場・前掲誌五四卷三〇四号八八頁参照。
- (8) 本稿（一）成城法学一号三四二頁参照。
- (9) 平場・前掲誌五四卷三〇四号九五頁。

(三) 右にみたように、わが国における構成要件欠缺の理論は、修正されたそれ自体独立の未遂の構成要件を設定

することによって新たな展開をみ、具体的適用においては、客体の欠缺の場合を一切形式的画定の領域から排除するに至ったのである。

ところで、修正された未遂の構成要件ないし未遂類型を考えることによって、可罰未遂の形式的画定的方式は、二つの異なった方向で展開されうることを知らなければならない。一は、構成要件欠缺論ないし未遂類型論と不能犯論による二元的・段階的画定的方式であり、他は、構成要件欠缺論による一元的画定的方式である。

前の立場は、佐伯博士に窺われる。すなわち、既遂類型が一定の、主体、時間的・場所的關係、結合犯における手段たる行為を必要としている場合は、これらの要素は未遂類型にも必要であるから、これらを欠けば未遂にもならないが、これに対し、客体、手段は未遂類型に必要な要素でないから、これらを欠いても未遂になりうる、とされたのである。可罰未遂の限界画定につき、未遂類型に該当するかという形式的判断と不能犯論による実質的判断という二元的・段階的方式がとられているといつてよい。<sup>(1)</sup>ただ、佐伯博士も、その「犯罪類型」<sup>(2)</sup>を「可罰的違法類型」<sup>(3)</sup>として把握され、また、違法の実質を法益の侵害またはその危険に求められている。<sup>(4)</sup>したがって、形式的に、未遂類型に該当しないとされる場合にも、法益侵害の危険がないからという実質的判断が前提されているといわざるをえないのである。

後の立場は、小野博士に窺われ、平場教授に明らかである。

小野博士は、主体、時間的・場所的關係については、その欠缺は、「事実の欠缺」であり未遂の構成要件を充足しないとして、ただちに可罰未遂の範囲から排除する。客体については、それが欠けるととき、実行行為といえるかという判断を先行させて、未遂の成否を問う。手段については、結果発生の一般的危険ある行為かどうかを基準にして実行行為の有無を判断し、未遂の成否を決するのである。結局、可罰未遂の成否は、当該行為が、構成要件該当行為<sup>II</sup>実行行為といえるかどうかによって決定されているといつてよい。ところで、構成要件に該当する行為か

どうかの判断は何によってなされているのか。小野博士によれば、その判断は、単なる因果的可能性または蓋然性、すなわち危険性の問題ではなく、違法な行為の「定型的評価」の問題であるとされるが、他方で、刑法における構成要件上の行為は、構成要件の結果発生の一般的危険ある行為であるとされている。<sup>(6)</sup> 結局、構成要件に該当する行為かどうかは、結果発生の一般的危険を基準にして判断されているといつてよい。可罰未遂の画定は、形式的には、構成要件に該当する行為かどうか、実質的には、結果発生一般的危険があるかどうか、を問うことによってなされているのである。小野博士は、この点をさらに明らかにしてつぎのようについて、未遂犯と不能犯の区別も、「形式的に區別されなければならぬ問題であると同時に、亦其の形式的區別は實質的な差異を基本とするものである。……不能犯とは、行為者が主観的に法益の侵害を目的とし、且つ其の遂行的行為あるに拘らず、客観的観察上實行行為と見るべきものなき場合を謂ふべきである。其の意味で形式的に區別される。しかし、其の實行行為ありや否は類型的な反文化性の有無に依り判断されなければならぬ。例へば呪咀に依り人を殺さんとする行為は現代に於ては類型的反文化性を欠く……故に不能犯である。此の意味に於て實質的な差異に基くものである」と。<sup>(7)</sup> かくして、小野博士においては、可罰未遂の範囲は、右のような意味で、構成要件該当性（構成要件欠缺）の問題として、一元的に画定されているといつてよいであろう。ただ、その際、なお、構成要件該当判断の容易なもの（主体、時間的・場所的關係）が、形式的にただちに可罰未遂の範囲から排除され、その判断の困難なもの（客体、手段）が、実質的判断を経て可罰未遂の範囲から排除されるという方式がとられていることに注意しておかなければならない。

可罰未遂の画定を、構成要件該当性の問題として一元的に取り扱う立場は、平場教授において、さらに明確である。それは、手段の不能についても、端的に、構成要件の動詞へのあてはめによって処理されているところ（8）に示されている。<sup>(8)</sup> 手段の不能の問題は、小野博士においても、構成要件に該当するかというかたちで解決されていたが、そこでは、危険判断が先行し、手段と結果との間の相当性が問われていた。これに対し、平場教授は、危険判断を

介在させずに、目的と手段との間の相当性を問うのである。<sup>(9)</sup>ここでは、未遂行為を、結果発生の可能性の問題としてではなく、むしろ行為の類型性を中心に考える方向が示されているのである。そして、結果発生危険とは切り離された「行為類型」を考へることと、<sup>(10)</sup>未遂の実質的規定をなす内実を「法侵害の態度」に求める思想とが、平場教授において、密接に結びついていることを指摘しておかなければならない。<sup>(11)</sup>このようにみると、平場教授における可罰未遂の形式的画定の背後には、「法侵害の態度」があるかという実質的判断がひそんでいること、すなわち、その構成要件欠缺の理論は、未遂の実質的処罰根拠を「法侵害の態度」に求める行為無価値論的思想と結びついていることを知りうるのである。<sup>(12)(13)</sup>平場教授の構成要件欠缺論による可罰未遂の形式的画定は、その方法において、あてはめによったこと、その範囲に手段を取り込んだことによって、すぐれて徹底したものといえるが、それが行為無価値論と結びついてなされている点で、検討されるべき問題を残しているといえよう。

- (1) 佐伯・刑法講義(総論) 三〇二頁以下。
- (2) 佐伯・刑法講義(総論) 一一一頁以下。
- (3) 佐伯・刑法講義(総論) 一二五頁。
- (4) 佐伯・刑法講義(総論) 一七〇頁以下。
- (5) 小野・新訂刑法講義総論一九〇頁以下。
- (6) 小野・新訂刑法講義総論一九二頁以下。
- (7) 小野・「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」同・犯罪構成要件の理論二六七頁。
- (8) 平場・刑法総論講義一三三頁。
- (9) 平場・刑法総論講義一三三頁はつぎのようである。「未遂の場合には結果が発生していないから、既遂の場合の如く手段と結果の相当関係は問題とならず、もっぱら行為者の目的と手段の相当関係が問題となる」と。かかる見地から、さらに、平場教授は、行為者の故意が行為の適法違法ないし類型性に決定的な影響をもつとして、故意を未遂における主観的違法要素と認めるに至るのである。したがってまた、客観的にはまだ危険と認められなくとも、すでに実行の



着手は可能である、と解されるのである（平場・刑法総論講義一三三頁）。

(10) 平場・刑法総論講義一三三頁は、この「行為類型」は、日常生活の社会的行為類型を示すものだという。

(11) 平場・前掲誌五四卷三〇四号八八頁。

(12) 平場教授は、違法の実質を行為無価値に求める目的的行為論の立場に立つ。この点につき、平場安治・刑法における行為概念の研究（昭和三六年）一六五頁参照。

(13) 同様の見解を示すものとして、西山富夫「不能犯問題の現状とその解決」名城法学一一卷二二三号（昭和三六年）一頁以下。

(四) ところで、未遂の構成要件の規制を問い直す方向で展開された構成要件欠缺の理論は、不能犯論自体の体系的位置づけにも新たな構成をもたらしすことになった。不能犯論は、未遂の問題ではなく、構成要件該当性プロパーの問題である、とするのがそれである。このような立場は、団藤博士に明らかである。つぎのように説かれる。

「不能犯は、実は、実行があるとはいえないばあいであるから、これは未遂の一態様ではなくて、はじめから未遂になりうる要件を全然欠いている」<sup>(1)(2)</sup>と。不能犯論は、可罰未遂の画定とは理論的には一応切り離されているわけである。しかし、このような立場でも、「はじめから未遂になりうる要件を全然欠いている」という点で、可罰未遂

の成立範囲を、いわば側面から形式的に画定する機能を果しているもの、といってよいであらう。

さて、団藤博士は、不能犯も、「事実の欠缺」も理論的には同一であって、共に、構成要件該当性、実行行為の「定型性」の問題である、とされる。<sup>(3)</sup>そして、実行行為の定型性の問題としての不能犯論と事実の欠缺論はつぎのように展開される。

(1) 構成要件要素の中には、それを欠くことによって構成要件の定型そのものが失われるような本質的なものと、そうでない非本質的なものがある。本質的な要素を欠く場合は未遂にもならない。例えば、収賄罪においては行為者が公務員という身分を有することが本質的であって、非公務員が賄賂を收受しても収賄罪としての定型性を

もたず、実行行為があつたとはいえない。また、火災の際でないのに、鎮火用の物を損壊しても鎮火妨害罪の定型性をもたない。また自己の物に対する窃取行為も定型性を具備しない。これに対し、非本質的な要素を欠くにすぎない場合には未遂犯が成立する。例えば、懷中無一物の通行人に対する強盜やスリは、強盜罪、窃盜罪の実行行為としての定型性をもつ。<sup>(4)</sup>

(2) 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は、やはり実質的にみて実行行為の定型性を欠き、構成要件該当性をもたないから、未遂犯にもならない。例えば、「丑の刻参り」のような迷信犯が典型的である。このようにして、不能犯もまた構成要件該当性の問題である。当の行為が、例えば、「殺す」行為、「墮胎する」行為といえるかという個々の構成要件の解釈・適用の問題に帰着する。「殺す」行為、「墮胎する」行為にあたるとすれば、結果の発生が不能でも、殺人罪、墮胎罪の未遂となるが、あたるといえないければ未遂にもならない。<sup>(5)</sup>

(3) 定型性の存否判断は、第一に、科学的見地と社会観念によってなされる。構成要件の定型性は、一般に、社会心理的基礎をもつ。第二に、行為の具体的な状況を基礎とする。しかもその具体的状況は、一方では行為時ににおいて通常人の認識・予見することのできたであろう事実および行為者が現に認識・予見した特別の事実の範囲で、他方では、その外観上、通常人が受け取ったであろうような事実として、考えられるべきである。行為の定型性を判断するには、行為者の主観も考慮に入れなければならない。第三に、行為時に立つ判断でなければならない。このようにして定型的危険の有無を判断すれば、例えば、薬品棚に置かれている青酸カリの瓶から青酸カリ類<sup>(6)</sup>の粉末を取り出してこれを毒殺の用に供したときは、たといそれが全然無害な物質であつたとしても、その使用は殺人罪の定型性を帯びる。いったん装填した銃器で人を狙って引き金を引いたときは、その直前に誰かが弾丸を抜き取っていたとしても、殺人未遂である。同様にして、死体に対する殺人、妊娠していない者に対する墮胎も、具体的事情によつては、未遂犯となりうる。<sup>(6)</sup>

このようにして、団藤博士は、事実の欠缺も不能犯も、構成要件の定型性の問題とされた。かくして、可罰未遂の限界は、側面から、構成要件に該当するかという形式的判断によって画定されることになる。だがしかし、この形式的判断は、実質的な判断によって支えられている。定型性による判断も、結局は、結果発生の有無によってなされているといつてよいからである。ただ、スリの例で定型性ありとし、自己の物の窃取の例において定型性なし、とされているが、後者も、行為時、すなわち事前的立場に立つかぎり、「定型的危険」ありとしていいのではないか、との疑問がある。その点はともかく、定型的危険という観念を持ち出すことによって、形式的画定を維持しようとされるが、この「定型性」判断は、すでに実質的判断（危険判断）によって支えられているのであって、可罰未遂の限界づけに関するかぎり、形式的安定性を失っているように思われるのである。<sup>(7)</sup>「定型性を欠く」から構成要件に該当しない、未遂が成立するためには、「定型的な行為」がなされる必要がある、といわれるとき、「定型性」は、「構成要件該当性」を超えて、「行為の通常性ないし歴史性」というような実質的な内容をもつものと考えられるからである。<sup>(8)</sup>

また、その具体的適用においても、問題がある。それは、構成要件要素を、本質的な要素と非本質的な要素（客体も含まれる）とに分けて、後者の欠如は定型性を失わせないとして未遂の成立を認める点である。本質的要素と非本質的要素を区別する基準は必ずしも明らかでないし、このような区別自体の根拠を求めることが困難なことも、すでに指摘されているところである。<sup>(9)</sup>

なお、団藤博士が、未遂犯が成立するためには、「定型的な行為」がなされる必要があるとき、その根底には、構成要件を、少なくとも未遂に関するかぎり、「結果類型」としてではなく、「行為類型」として把握せんとする考え方がひそんでいると思われる。そして、団藤博士は、違法の実質を、「法秩序の基底となっている社会倫理的な規範に反すること」に求められ、<sup>(10)</sup>少なくとも未遂に関するかぎり、行為自体の違法を重視する行為無価

値論の側に立たれているといつてよいであろう。<sup>(1)</sup> 団藤博士においては、未遂の構成要件を「行為類型」として把握すること、行為無価値論が結びついているのではなからうか。未遂の構成要件をいかに考えるかが、ここでも、検討されるべき問題ということになる。

- (1) 団藤重光「未遂犯および不能犯」刑法基本問題37講(昭和三八年)二〇七頁。
- (2) 不能犯問題を、構成要件該当性の問題とする立場は、すでに、小野博士、平場教授にも窺われていた(前出六七頁、六九頁以下、七二頁以下参照)。なお、井上正治「事実の錯誤と不能犯論の関連とは何か」法学新報五八巻一二号(昭和六年)一二六頁以下、中武靖夫「英米刑法における未遂理論(三)」阪大法學八号(昭和二八年)七〇頁参照。
- (3) 団藤・刑法綱要総論一二二頁以下。同頁、大塚仁「事実の欠缺」同・刑法論集(昭和五一年)九二頁。
- (4) 団藤・刑法綱要総論一二三頁。
- (5) 団藤・刑法綱要総論一一四頁以下。
- (6) 団藤・刑法綱要総論一一八頁以下。
- (7) なお、桜木澄和「事実の欠缺」刑法の判例第二版(ジュリスト増刊号)(昭和四八年)一〇〇頁以下参照。
- (8) 平野・刑法総論I(昭和四七年)一〇一頁以下参照。
- (9) 金沢文雄「事実の欠缺と不能犯」法学セミナー三二号(昭和三三年)四四頁以下参照。
- (10) 団藤・刑法綱要総論一三一頁。
- (11) 団藤・刑法綱要総論九〇頁。

(四) 以上、わが国における構成要件欠缺の理論の展開を検討した。

わが国の構成要件欠缺論は、実行の着手時における未遂の構成要件の規制を問ひ直す方向で展開された。それは、実行の着手にすでに必要とされる構成要件要素の存在すること認め、それが欠けるとき、そもそも実行の着手はありえず、したがって、未遂は成立しない、と解するものであった。ここでは、客体は着手時に必要な要素ではないとして、形式的画定の範囲から排除された。

このような見解は、修正された未遂の構成要件を充足するかを問うものであり、構成要件に該当する行為が開始されたとき実行の着手ありとする未遂論における形式的客観説に対応する。だが、何が構成要件該当の行為であるかという判断においては、なんらかの實質的判断が前提されているはずである。しかしまた、實質的判断が表面に出てくれば形式的安定性が失われざるをえないというジレンマがある。そこで、結果要素は未遂の構成要件ではないという点に着眼し、未遂の構成要件を、「結果類型」としてではなく、「行為類型」として把握し、この「行為類型」へのあてはめによって形式的画定を維持せんとする立場も生じた。ここでは、手段についても、「行為類型」へのあてはめによって処理され、形式的画定の範囲に取り込まれる。だが、この立場は、未遂における違法の實質を「反法的態度」に求める行為無価値論に結びつくものであり、未遂犯の処罰根拠を犯罪的意思に求める主観説に接近するのである。その点はともかく、この立場における可罰未遂の形式的画定の背後には、やはり、「反法的態度」といえるかという實質的判断がひそんでいるのである。そしてまた、いわゆる「定型説」も、結局は、實質的判断によって支えられているのである。

このように、わが国において展開されてきた構成要件欠缺の理論による可罰未遂の形式的画定も、なんらかの實質の見地によって補充されていることを知りうるのである。

### 三 まとめ

以上において、ドイツおよびわが国において展開されてきた構成要件欠缺の理論を検討した。

われわれは、構成要件欠缺の理論による可罰未遂の限界づけも、窮極的には、實質的な危険判断に依拠していること、言い換えるならば、この理論のみによつては可罰未遂の限界づけが不可能であることを、知りえたといえるよい。

だがしがし、われわれは、さらに進んで、構成要件欠缺の理論の可能なる方向をなお探らなければならないであ

ろう。実質的な危険判断は、それ自体不安定であるし、そのみでは可罰未遂の明確な限界設定が困難な場合がある<sup>(1)</sup>からである。

構成要件欠缺の理論は、可罰未遂の限界画定における実質的画定の「代用 (Ersatz)」たりえなくとも、必要にして有効な「補完 (Ergänzung)」的機能を果しえないであろうか。<sup>(2)</sup> あらためて検討される必要がある。

(1) 中山研一・前掲書二二三頁参照。なお、内田文昭・前掲書一四四頁参照。

(2) Vgl. P. Albrecht, a. a. O., S. 19f. ただし、アルブレヒト自身は、構成要件欠缺の理論をとらない。

(おおぬま・くにひろ) 本学専任講師