

# ドイツ刑法学における印象説の通説への道程

Der Weg der Eindruckstheorie zur herrschenden Lehre  
in der deutschen Strafrechtswissenschaft

四條 北斗

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2009年9月15日 受理

1. はじめに
2. 客観的未遂論と主観的未遂論の源流
3. Buriによる主観的未遂論の基礎付け
4. ライヒ裁判所および連邦通常裁判所による主観的未遂論の継受
5. 学説における議論の展開
6. 印象説の通説化
7. おわりに

## 1. はじめに

我が国では、未遂の処罰根拠は、主観主義の衰退をうけて主観的未遂論もまた衰退したこともあり、一般に客観的未遂論の立場から理解されているといえる。しかし、その内部で、具体的危険説と客観的危険説が、それぞれの依拠する違法論の相違を反映しつつ、いまなお対立している。また、それぞれの立場からニュアンスの異なる個別の見解も主張されるようになり、未遂の処罰根拠をめぐる議論状況は混沌としている<sup>(1)</sup>。

この点、我が国の刑法学が長らく範としてきたドイツ刑法学においては、印象説が通説的地位を確立しているといえよう<sup>(2)</sup>。しかし、ドイツにおいても古くは Feuerbach などに

より客観的危険説が有力に主張されたこともあったし、その後は Buri の大きな影響の下で判例が主観的未遂論を採用した時期もあった。その裁判所の立場に対しては、当初、学説は批判的であったが、次第に主観的未遂論が支持されるようになり、ついには印象説が通説となるに至った。では、どのような過程をたどって、ドイツ刑法学は客観主義と主観主義さらには判例と学説という対立状況から脱し、印象説が通説的地位を獲得したのであろうか。本稿では、ドイツにおける印象説の通説化への道程をたどり、その理論モデルを探り、我が国の刑法学への示唆を得たいと思う。

## 2. 客観的未遂論と主観的未遂論の源流

未遂行為やそれ固有の不法に関する学問的な探究は、19世紀の初期に不能未遂をめぐる論争によって始まったとされる。「未遂の可罰性の根拠と限界は、それが刑法の不法論に関係するので、何十年にもわたって最も論争のなされてきた総論の解釈論上のテーマの一つである。ここよりも強く主観的犯罪論と客観的犯罪論の対立が影響を及ぼすとこ

ろはない。」<sup>(3)</sup>とされ、その議論の出発点に Feuerbach が位置づけられている。

Feuerbach は、行為客体の危殆化を未遂の可罰性の不可欠な要件とした。それは、「市民的な可罰性は、権利に反する行為なくしてはありえず、行為は、それが権利を侵害しあるいは危殆化する場合にのみ（客観的に）違法であるからである。違法な意図だけでは、行為に違法性のメルクマールを与えることはない。」と理由付けられる。未遂行為の特徴は、犯罪の実行に向けられた行為が外部的な障碍によって結果を生じさせないということにあるのである。また、犯罪行為と意図された犯罪結果の間には、惹起連関が存在していなければならないとされる。そのような場合にのみ、行為は客観的に危険で、未遂行為として処罰されうるというのである<sup>(4)</sup>。ドイツにおける客観的未遂論の源流をここに見出すことができる<sup>(5)</sup>。

この Feuerbach の立場の対極に立つのが、Grolmann と Tittmann であった。Tittmann 曰く、「実行のために選ばれた手段を実際に行使するための行為がなされたときに、すでに、未遂は可罰的になる」。そして、「未遂はある特定の手段をある特定の目的に向けること以外は何にも要求していない」とされる<sup>(6)</sup>。つまり、行為者が、法律に記述された不法を実現する意図で活動することが決定的なのである。また、Grolmann も、「重罪という概念に含まれる行為は法侵害にのみ向けられている必要がある。法侵害が実際にその行為から生じたこと、あるいは、その行為にしか法侵害の存在の不可欠な条件が見出せないことは要求されていない。」という<sup>(7)</sup>。ここでも、客観化された事態ではなく、当該行為をおこなう際の行為者の主観が決定的なものとして見られているのである。ここに、ドイツにおける主観的未遂論の源流を見出すことができる。

未遂の処罰根拠をめぐる考察は、その後、刑法理論においては Mittermaier が Feuerbach の理論をさらに展開させ、実務

においてもプロイセン上級裁判所の判例が未遂解釈において危殆化思考を採用したこともあり、客観的未遂論の立場が優勢になっていった。

### 3. Buri による主観的未遂論の基礎付け

Buri の登場により、未遂処罰根拠をめぐる考察は転換点をむかえた。彼によって主観的未遂論にそれまで欠けていた理論的根拠が提供され、主観的未遂論は学問的に基礎付けられたのである。

Buri の見解の出発点は、未遂犯の特徴は、既遂犯の客観的構成要件から少なくとも一つのメルクマールが欠如しているが、その主観的構成要件は完全に存在しているという点にある、という解釈である。そして、「既遂犯の客観的な構成要件からごく僅かな要素が欠けても、完全な客観的な存在性は全く意味を持たなくなる。」<sup>(8)</sup>とされる。

また、未遂行為の場合に客体の危殆化を要求する客観的未遂論に対して、Buri は因果関係論——古典的な等価説——をもって反論した。客観的未遂論の立場からは、客観的な未遂構成要件としての行為客体の危殆化は、犯罪行為と意図された犯罪結果の間に、犯行が中断されなければ既遂になったことが確実性をもって認められうる程度の因果連関が存在する場合にのみ、認められうることになる。しかしながら、犯行が中断されることがなければ既遂になったということの裏づけはできないとされる。つまり、そのことは、多かれ少なかれ犯行が成功したであろうという蓋然性によって、推定されるにすぎないというのである。そのような単なる可能性は、「同時にその反対の可能性もその中に取り込むことになり、それゆえ、未遂の現実的な意義は、同じ犯行の一面が中断された活動を継続していた場合にその効果によって同じ構成要素が埋め合わされたであろうという可能性のみならず、その不可能性によっても推論されることになるであろうから」、刑法においては

正統な要素ではないとするのである<sup>(9)</sup>。このことと相応して、不能な手段や不能な客体による未遂はその他のものと同様に未遂の犯行であるとされる<sup>(10)</sup>。法律に対する意図的な反抗が処罰されうることになるのである。「……可罰性は、この場合、単に意思の悪さに求められるべきである。悪意を認識させるような表明された法律に対する敵意が処罰されるべきであり、それは抽象的な犯罪の概念を具体化していなくてもかまわない」とされる<sup>(11)</sup>。このようにして、Buriは主観的未遂論を学問的に基礎付け、広く認められていた客観的未遂論に対するアンチテーゼを打ち立てたのである。

#### 4. ライヒ裁判所および連邦通常裁判所による主観的未遂論の継受

##### 4.1 ライヒ裁判所による主観的未遂論の継受

主観的未遂論は、Buri自身がライヒ裁判所（以下、RGとする）の判事になっていたこともあり、RGによって採用されるに至った。RGがはじめて主観的未遂論の立場を明確にしたのは、その設置の約半年後——1880年5月24日——のことであった<sup>(12)</sup>。

RGSt 1, 439では、被告人は妊婦に濃い色をした苦い液体を、墮胎のために、繰り返し毎日飲むように申し付けて渡したが、失敗に終わった。その手段が妊娠中絶にそもそも適したものであったのかは、明らかにできなかった。このような事案について、原審は、妊婦を墮胎未遂で、被告人を墮胎未遂の教唆で、有罪判決を下した。この判決に対して、被告人側は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に鑑みれば、犯行の手段が妊娠中絶の実行にとって不適格であったということが前提にされるのであり、不能未遂であって不可罰なのではないか、と上告した。

RGは、1871年当時の刑法典の規定からは不能未遂の問題を解決するための根拠を見出せないとし、未遂の可罰性の限界に関する決定は、「もっぱら可罰性の内在的な根拠から

しかそもそも引き出されえないであろうし、またそうしなければならない」<sup>(13)</sup>とすした。そのうえでRGが示した可罰性の根拠は、「未遂の場合には、犯罪的な意思がまさに刑法の向けられている現象であり、それに対して、既遂の場合には、明らかになっている犯罪的な意思から引き起こされた違法な結果が刑法の向けられている現象である、ということについて疑いは生じえない。」<sup>(14)</sup>という文に表されている。当時の学説の大部分は客観的未遂論の側に立っていたし、プロイセン上級裁判所もまたこのような原則にしたがって判断をしていたが、RGは可罰性の根拠が犯罪的な意思にあることを明示したのである。

当時の学説において有力であった客観的未遂論は、犯罪行為と意図された結果の間に因果連関を要求した。それによれば、行為者の意思に依拠しない独立した事情によって中断されなければ、既遂結果を生じさせたであろう場合にのみ、行為客体の危殆化が存在するのであって、そのような場合にのみ、客観的な見解によれば未遂行為は可罰的である。しかし、これに対して、RGは、「何も生じなかったということが示しているのは、まさに行為が因果的でなかったということである」<sup>(15)</sup>と反駁し、行為が生じなかった結果にとって因果的であるということは決してないという見解を示した。また、客観的な危殆化の創出を未遂行為の可罰性の不可欠な条件とすることに対して、ごく簡潔に、「学問がこのような理論の根拠のないことを説得的に証明した」<sup>(16)</sup>とした。そこで意味されている「学問」がBuriの等価説であることは、ここで示された論拠をみれば明らかである。

また、RGは、個々の事案において結果を発生させなかった行為はすべて絶対的に不能であったと証明されたのであり、「絶対的に不能な手段による行為と相対的にのみ不能な手段による行為の区別に基づいて、未遂の可罰性あるいは不可罰性を基礎づけることはできない」<sup>(17)</sup>とする。つまり、もっぱら絶対的に不能未遂しか存在しないのであり、それ

らすべてに共通している固有の要素は、行為者の「法秩序に対する反抗」なのであり、犯行が不能な客体にあるいは不能な手段でなされたのかは、どうでもよいことになるのである。

RGは、この判決のわずか16日後——1880年6月10日——に、死体に対する殺人未遂はなしえないと認めて被告人に無罪を言い渡した原判決を、破棄した<sup>(18)</sup>。RGはRGSt 1, 439を引き合いに出して、検察の上告を認めたのである。この判決以降、このような簡潔なRGSt 1, 439の指摘は慣行になり、RGの主観的未遂論の立場は確立されたものとなった。

その後、RGは、1900年に、迷信的な振る舞いに関して態度決定をした<sup>(19)</sup>。迷信的な振る舞いの場合に行為者が用いようとしている力は、「科学的な洞察や生活経験では基礎付けられていないとして、裁判官によって、現実的な効果の根源とは認められえない」という理由から、迷信的な振る舞いは未遂行為の範囲から除外して考えられた<sup>(20)</sup>。RGによれば、迷信的な手段は適格でも不適格でもなく、それはそもそも手段でないのである。

主体の不能の問題に関するRGの立場は、1938年まで明確ではなかったが、RGは、主観的未遂論を適用し、非身分者にも客観的正犯的な構成要件要素を、行為者の表象によって代替可能であると言明した<sup>(21)</sup>。

#### 4.2 連邦通常裁判所による主観的未遂論の継受

連邦通常裁判所（以下、BGHとする）は、1951年にはじめて、不能未遂について判断を下した<sup>(22)</sup>。被告人は開示宣誓をするにあたって、財産目録を完全なものと宣言した。しかし、財産目録の中には、実際には存在しない売掛金が、貸し方に記帳されていた。この記帳はもっぱら帳簿の改ざんのためのものであった。被告人は、宣誓をするにあたって、改ざん目的で資産として記載されている売掛金も偽りのないものとして宣誓することにな

ることをわかっていて、このような事案において、原審は、行為者に偽証罪で有罪判決を下した。

しかし、BGHはこの原判決を破棄した。「開示宣誓の際の債務者の義務は現存する財産の開示にしか関係していないことが前提であり、それゆえ、被告人によって改ざんされた売掛金は履行された開示宣誓の対象ではなく、偽証の既遂ではないとしたのである<sup>(23)</sup>。しかし、原審の認定した事実によれば、被告人は意図的に虚偽の記帳を偽りのないものと宣誓したのであり、その際、彼は、誤解により、財産目録の中の改ざんされた売掛金に関する情報も開示宣誓の対象になると表象していたのである。BGHはこのことを、旧ドイツ刑法典59条の裏返された行為状況の錯誤として評価し、被告人の振る舞いを偽証の不能未遂とみなした<sup>(24)</sup>。そして、BGHは、未遂の可罰性の根拠と限界について長い間なされてきた考察にはこだわらずに、「したがって、被告人はライヒ裁判所によって展開されてきたいわゆる未遂の主観説によれば、そしてそれを当裁判所の立場とするが、偽証未遂によって処罰されるべきである。」と結論をのべた<sup>(25)</sup>。この「当裁判所の立場とする」という文言によって、BGHの態度が決定されたのである。

#### 5. 学説における議論の展開

主観的未遂論がBuriによって学問的に基礎付けられ、RGにより採用され、さらにBGHにそれが継受された一方で、ドイツ刑法学は客観的な不法概念に依拠し、客観的未遂論の立場から、判例の立場に対して批判的であった。その一つの要因として、BindingやBelingの自由主義的な、法益保護に厳格に基づく刑法の理解が挙げられよう。外界の出来事によって規定された客観的な不法概念に依拠する刑法学にとって、主観的な未遂概念は異物であり、採用することはできなかったのである。客観的な不法と主観的で心

理的な責任という古典的な犯罪行為体系においては、未遂行為は、外界の変動が欠けているので、責任の内容しか示しておらず、不法の要素を示すものではなかった。出来事の不法は責任の確定のための不可欠な前提であるので、このような解釈は不可能だったのである。

しかし、ドイツ刑法学における状況は次第に変化していった。1953年に、Spendelが「刑法における客観主義の必要性について」<sup>(26)</sup>を著したときにはすでに、主観的未遂論が有力になり、客観的未遂論は劣勢になっていた。一体、何がこのような根本的な思考の転換を引き起こしたのであろうか。

このような転換に影響を与えたと考えられる一つの要因は、意思刑法の理論とそれのナチス刑法思想への発展である<sup>(27)</sup>。いわゆるキール学派によって特徴付けられる意思刑法は、法益侵害に対する応報としての国家刑罰権の行使の原理から離れ、行為者の義務違反を中核に置いた。行為者は自らの振る舞いによって犯罪的な心情を表明し、国民共同体に対する自らの義務を履行しなかったとされるのである。このような法思想からは、未遂行為の判断に関して、未遂と予備の区別、未遂行為の減刑、そして不能未遂の当罰性といった問題に困難はなかった。

たしかに、そのかぎりでは、ナチス刑法思想は主観的未遂論を特徴付けることができる。しかしながら、第三帝国の崩壊後も、BGHによって主観的未遂論が採用され、また、ドイツ刑法学においても、行為者主観を考慮に入れた見解が広く主張されていることに鑑みると、別の理論的な要因を考慮しなければならないであろう。その意味で影響を与えたのは、命令説、目的的行為論および人格的不法論である。

### 5.1 命令説と決定規範論

Bindingは、行為者が法律に違反する、法律を侵害する、あるいは法律に背いた態度をとる、という表現を批判する<sup>(28)</sup>。彼によれば、

このような表現は、それによって犯行が評価されるところの刑法の条文を、行為者が違反する規範と同一視するという誤った結論を含んでいるのである。行為者はまさに、彼が厳密に、刑法が各別の犯罪構成要件に記述しているように振舞ったという理由でのみ、処罰されうるとする<sup>(29)</sup>。

Bindingによれば、犯人が実際に違反する規則は、論理的に刑法に先行する<sup>(30)</sup>。彼はこの法命題を、「規範」と名づけた。「行為者は彼に自らの態度の基準を指示する命題しか違反することができず」<sup>(31)</sup>、そして規範だけが基準足りうるのである。この規範は、成文律の中に求められてはならないという。それにもかかわらず、規範は単に倫理の命令というだけでなく、それは不文律、より厳密には不文の公法に属するものであって、刑法には属さないものであるという<sup>(32)</sup>。そして、そのような規範の存在は、間接的に刑法の存在から推論されうるというのである。刑法は、「xする者は、処罰される」と規定しており、この条件文の前段から、「汝、xするなかれ！」という禁止規範の命令が引き出されうるとされる。そして、刑法中の規範の違反が法律効果によって威嚇されている場合には、その基礎を成している禁止規範もまた法の特徴もっているはずであるから、この命令に法的性質があることは明白であるとされる<sup>(33)</sup>。Bindingによれば、規範の原理的な使命は、「作為あるいは不作為に関する自然人の一身専属的な義務を基礎づけること」であり、その際に問題になるのは、遵法ないし服従の義務であるとされる<sup>(34)</sup>。

同様に、犯罪の中核を義務とそれの違反という観点から基礎付けたのが、Ferneckであった。彼の法理論の根底にあるのは、人間は「本質的に利己的な衝動のみに支配される生き物」であり、快楽を得ようと努めるものである、という人間観である<sup>(35)</sup>。そして、客観的な倫理的な力としての法は、個人の利益を相互に守るという使命もっているとされる<sup>(36)</sup>。このような目的のために、法は個

人に一定の義務を課さなければならないとされ、それゆえ義務概念が法体系の中心とされる<sup>(37)</sup>。法がそのような義務を課する場合、それに背くことは義務に反するのであり、違法であるという。それゆえ、犯罪とは、「あらゆる義務違反行為のように、抽象的な利益の侵害」であるとされたのであった<sup>(38)</sup>。

しかし、このような不法論は、Ferneckの未遂論には貫徹されていない。未遂行為に関しては、保護された利益の危殆化を不可欠なものとし、「実現意欲は、法的には、犯罪が一般にそれが既遂に至りうる性質である場合にかぎり、未遂を形成する」とするのである<sup>(39)</sup>。主観的な義務違反に基づく不法論にもかかわらず、Ferneckは不能未遂の可罰性に、したがって、主観的未遂論に反対したのである。

たしかにBindingもFerneckも主観的未遂論の主張者ではない。しかし、彼らの規範論によって、規範違反性ないし義務違反性に焦点があてられ、それによって、法理論的に基礎付けられた可罰性の根拠が提供されたのである。もっとも、当時のドイツ刑法学においては不法を物的・客観的にとらえる見解が一般的であり、行為者主観を重視する未遂の理解は体系的に順応するものではなかった。行為者の主観を、不法を構成する要素として理解し、それによって、体系的に矛盾なく、未遂論にも行為者主観を取り込むことは、Welzelの目的的行為論によって引き起こされた不法論の革新によってはじめて成功したのである。

## 5.2 目的的行為論と人格的不法論

主観的未遂論が学説においても体系的な矛盾なく受け入れられるためには、客観的な段階としての不法と主観的な段階としての責任という古典的な二分法を克服する必要があった。その過程においてまず、Heglerによって、客観的な事態と関連付ける必要のない行為者心情が、超過的内心傾向という構成要件要素としてみとめられた<sup>(40)</sup>。そこからさらに、

未遂の場合も、旧43条が犯行の決意つまり行為者の心理的な要素にも焦点を合わせていることから、主観面が客観面を超過しているという類似性が見出されたのである<sup>(41)</sup>。

さらに、Mezgerは、刑法がいくつかのケースで、外部的な行為の単純な意欲ではなく、「外部的な行為の意味に満ちた意欲」を要求していることを強調し、そのようなケースを目的犯、表現犯および傾向犯に分類した。そのような意味に満ちた意欲は、不法を特徴づけ、それゆえ主観的不法要素であるとしたのである<sup>(42)</sup>。

もっとも、HeglerやMezgerにおいては、まだ故意は不法の要素ではなく、責任の要素であった。不法構成要素としての故意の承認にとって決定的な影響を与えたのは、Welzelの目的的行為論および人格的不法論である。

Welzelによれば、人間のあらゆる行為は目的的活動の実践であり、それゆえ行為はつねに目的的であって、単に因果的な事象ではない<sup>(43)</sup>。Welzelは、単なる因果関係が現実の事象を規定するという客観的な不法論の原理を非難し、むしろ、決定的であるのは、行為の目的性であるとする。自然法則的な惹起連関ではなく、目的をもった行為が刑法的な評価の存在論的な基礎であるとしたのである<sup>(44)</sup>。人間の行為は、目的の設定とその実現に向けた計画的な実行であるとされ、目標に合わせて因果経過を操縦する意思が行為の中核であるとされた<sup>(45)</sup>。特に刑法解釈論にとっての重要な帰結は、行為は構成要件の要素であり、したがって不法の構成要素である、というものである。目的的な実現意思が行為の本質的な構成要素であるならば、さらにこの実現意思そして犯行の故意は、構成要件の、したがって不法の一部であることになる<sup>(46)</sup>。ここに至って、HeglerとMezger以来認められてきた主観的不法要素に加えて、犯行の故意が主観的構成要件の要素であるとされ、したがって不法を構成する要素であるとされたのである<sup>(47)</sup>。

かくして、Welzelの目的的行為論によっ

て、新たな不法概念「人格的不法論」が形成された。このような人格的、客観的そして主観的な要素を結合する不法論によって、ドイツ刑法学は、はじめて、体系的な矛盾なく、主観的未遂論を認めることができる基盤ができたのである。つまり、人格的不法論に固有の行為無価値によって、当罰性と処罰の必要性の観点を超えて、刑法解釈学的に、なぜ未遂の場合にもっぱら実行に移された法敵対的意思が問題となって、客観的な危殆化結果が問題にならないのかを、基礎づけることができたのであり、主観説に拠る場合にしか重要性が与えられなかった犯行の故意が、不法を基礎づけることができるようになったのである<sup>(48)</sup>。古典的な客観的不法論によれば、未遂行為も、それが不法を構成できるという場合には、(危殆化)結果を生じさせなければならなかったが、人格的不法論によれば、実行に移された法敵対的意思が行為無価値の本質的部分を形成するのであり、この行為無価値は不能未遂の場合にも存在するので、不能未遂もまた当罰的なのである<sup>(49)</sup>。

## 6. 印象説の通説化

客観的未遂論は、第三帝国時代に意思刑法へ傾斜したこともあり、刑法学上も衰退していった。しかし、ナチズムの終焉も客観的未遂論の復興にはつながらなかった。そこには、不法論における根本的な変化の大きな影響があったといえよう。人格的不法論が提唱されたことにより、不法論と未遂論の関係も体系的に調和がとれるようになったのである。このような状況において、1950年代初頭から60年代の末まで、主観的未遂論が支配的な見解になったのである。

しかしながら、主観的未遂論に対する批判がなくなることはなかった。一方では、判例による主観的未遂論の適用が、未遂段階を前倒しする拡張を導いていた。他方で、主観的未遂論によって、「絶対的に不能な」未遂もまた不法であると理解された。このような主

観的未遂論の主張に対して、主観的未遂論では、迷信的な態度には不法が欠けることを基礎づけられないのではないか、という疑念が拡大していったのである。そして、そのような批判は、主観的未遂論を印象説へと修正させ、おそくとも刑法典の総論の改正以来、印象説が「支配的見解」という評価をうけるようになったのである<sup>(50)</sup>。

印象説は、Hornによって客観的未遂論と主観的未遂論の二分法に対するものとして基礎づけられ、Barによってさらに展開された。

Hornは、客観的未遂論に対しては、いかなる前提の下で未遂行為は危険であると表現されるのかという問題を指摘した。犯行が失敗に終わった場合には、当該行為および行為の際の諸状況が結果惹起に適していなかったということ、したがって犯行が具体的に危険ではなかったということを事象の経過が証明しているのであり、それゆえ、犯行の客観的な危険性は当罰的な未遂の基準として問題にならないとした<sup>(51)</sup>。他方で、Buriの主観説は、未遂行為の判断に悪しき意思(dolus malus)でしかないものを取り込んでいるのであって、行き過ぎであるという<sup>(52)</sup>。当罰的な未遂の基準となるのは、Hornによれば、「犯行自体が失敗した後でももたらされる直接的で根本的な印象、すなわち、もしそれが成功しえたならばという省察に基づく不安な印象」なのである<sup>(53)</sup>。つまり、一般人は、「法的安定性の感覚や法的平穩を妨げる不安な思い」によって動揺するのであり、そのような不安を惹起したことが当罰性を限界づけるとされたのである。

さらに、Barは可罰性を限界づける基準として印象説を説明した。彼によれば、刑法は法敵対的意思に対して向けられているとされる<sup>(54)</sup>。この点で、Barの主張が主観的未遂論の路線にあることは明らかである。しかし、「犯行がその外部的な発現のなかに、犯罪が犯されているという印象を絶対に引き起こさず、むしろ、悪しき意思が外界にそのよう

な感情を引き起こしていることが、厳密な調査によって確定される場合」には、刑罰は要求されないとする<sup>(55)</sup>。したがって、「犯行の印象が未遂の可罰性を限界づける」ことになるのである<sup>(56)</sup>。このような Bar の主張が、印象説の基本命題となった。

Gemmingen は、効果違反性 (Geltungswidrigkeit) という概念によって違法性を理解した。効果違反性とは、「被害者の側では、彼らが信頼の対価つまり法秩序により与えられた保護が裏切られたと思うことによって、侵害者の側では、不服従に対する彼らの畏怖が、悪い例によって次第に崩されることによって」、生じることになる犯行の有害な作用により高められた違法性の型であり、その程度は、その犯罪の行為者と一般の人々への作用の程度に依拠するとされる<sup>(57)</sup>。この効果違反性は未遂行為の場合にも認められ、したがって、未遂もまた効果違反性として理解されるようになったのである<sup>(58)</sup>。そして、このような理解から、迷信的な振る舞いについては、「熟慮すれば、今日では迷信的な振る舞いは人々を不安にさせることはない。彼らは、そのような振る舞いにおいては、原因も効果も信じていないからである。」として、論理的にその不可罰性を説明したのである。

さらに、法益の危殆化を処罰根拠とする客観的未遂論の立場からも、Mezger によって印象説が主張された。彼は、原則的には法益の危殆化が処罰の根拠であるが、「刑法の一般予防の目的においては、行為の『印象』によって、他者に法益の安全の動揺が生じることで十分である」としたのである<sup>(59)</sup>。Bar のように主観的未遂論を基礎とした印象説が、「印象」要素によって、処罰範囲を制限していったのに対し、客観的未遂論を基礎とする印象説では、「印象」要素は、法益の危殆化を抽象化する方向で、したがって、原則的な処罰根拠を超えて処罰範囲を設定する働きをしているといえよう。それゆえ、後者では、十分な危殆化が存在する場合とそうで

ない場合で処罰根拠が二元化することになる<sup>(60)</sup>。

このように、処罰の限界を理論的に基礎付けることのできない主観的未遂論と実際的ではない処罰の間隙を残す客観的未遂論の間をいく見解として、印象説が確立されることになったのである。また、このように、初期の印象説において、一般予防的な要素からの主観的未遂論の弊害の制限という観点を見出しうる。そして、それは今日における印象説においても、維持されているといえることができる。

今日でも、たとえば Jescheck / Weigend によって、「未遂の処罰根拠は行為規範に反して実行に移された意思であるが、犯行に向けられた行為の当罰性が肯定されるのは、それによって一般人の法秩序の妥当性への信頼が動揺し、法的安定性の感覚つまり法的平穩が侵害されうる場合に限られる」と説明されている<sup>(61)</sup>。この表現に明らかになっているように、①法敵対的意思、②法敵対的意思の実行、③法敵対的意思の実行が、一般人の法秩序の妥当性への信頼を動揺させ法的平穩を侵害することへの適性、という三つの要素を印象説の要素として挙げることができる。このうち、①と②の要素は行為規範違反を意味するものとして理解でき、これらを求めるのは主観的未遂論と共通している。しかし、主観的未遂論が①と②の要素すなわち行為規範に対する反抗を処罰の十分条件であるとしたのに対し、印象説では、それは当罰性の必要条件でしかないのである。

印象説は、その源流が現行ドイツ刑法典の総則が施行されるよりもずっと前に見出されるのであるが、現行ドイツ刑法典 22 条および 23 条を合理的に説明することができる。このことが、ドイツにおいて印象説が通説化したことの要因の一つであるといえよう。また、主観的未遂論ではもっぱら行為者が行為規範に反したのみに焦点が当てられたが、印象説によって、未遂行為も社会におけるその持つ意味という視点から評価されるように



なった。しかし、印象説が通説的地位を獲得し、それに代わりうるだけの見解がまだ現れていないということが、印象説の完全性を意味しているわけではない<sup>(62)</sup>。とりわけ「印象」という要素が体系的にどのように位置づけられるのかが不明確なままであることが指摘されている。それは構成要件要素として位置づけられるのか、あるいは客観的処罰条件なのか。この点を明確にしなければ、主観的未遂論の客観的な修正の試みが成功したとは言い切れないとされるのである<sup>(63)</sup>。

## 7. おわりに

さて、ここまで、行為者の法敵対的意思という行為者主観を処罰根拠にとりこむ印象説がどのようにして定着するようになったのかという観点から、ドイツ刑法学における未遂処罰根拠論の変遷をたどってきた。その過程において決定的な役割を果たしたのは、行為規範論と人格的不法論であったといえよう。これによって、客観的な不法の理解に主観的な未遂の処罰根拠の理解がそぐわないという問題は解消されたのである。

もっとも、既に述べたように、印象説が通説化しているとはいえ、「印象」要素の体系的な位置付けの問題が残っている。本稿は、もっぱらドイツにおける印象説の通説化への道程を振り返り、その理論モデルを探究することが意図されたものであり、ここでこの問題に対する答えや、我が国の未遂処罰根拠論ないし不能犯論に新たなものを提供することはできない。しかし、犯罪の性質として行為規範違反性を考慮に入れるのであれば、行為時における行為者の意思を度外視して行為規範違反性を認めることはできないであろう。また、犯罪はあくまでも社会的な現象であること、そして、未遂の場合には可視的ないし物的な危殆化結果が必ずしも生じるわけではないことに鑑みると、第三者の視点による何らかの価値的な評価が介在せざるをえないと思われる。

### (註)

- (1) 未遂処罰根拠論および不能犯論をめぐる近時の我が国の議論状況については、伊東研祐「未遂犯論」ジュリスト No.1348 (2008年) 40頁以下、内山良雄「未遂犯総説」曾根威彦=松原芳博編『重点課題 刑法総論』(2008年) 187頁以下、江藤隆之「不能犯における危険の概念(2)」宮崎産業経営大学法学論集第17巻第1・2号(2008年) 33頁以下、奥村正雄「不能犯における危険判断」西原春夫編『危険判と危険概念』(2005年) 80頁以下、同「不能犯論における危険概念の構造——客観的危険説と具体的危険説」同志社法学 311号(2006年) 1735頁以下、佐藤拓磨「不能犯についての一考察——具体的危険説の再検討」法学政治学論究 54号(2002年) 353頁以下、「不能犯についての一考察——客観的危険説の検討」法学政治学論究 54号(2003年) 335頁以下、振津隆行「刑事不法論の展開」(2004年) 173頁以下、森住信人『未遂処罰の理論的構造』(2007年) 13頁以下、78頁以下、和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ 刑法総論』(2003年) 188頁以下、特集「未遂・不能犯論」現代刑事法 17号(2000年)、等参照。
- (2) Herzberg は、印象説による処罰根拠の説明が今日支配的であるとしている(Herzberg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, S.838, Fn.25)。ドイツにおける未遂処罰根拠論をめぐるのは、客観化を徹底するものや新たな未遂の解釈を試みるものがあるが、紙幅の都合もあり本稿では言及しえない。これらは別の機会に紹介・検討する予定である。なお、それらの一部については以下の文献においてすでに紹介・検討されている。江藤隆之「不能犯における危険の概念(1)」宮崎産業経営大学法学論集第16巻第1・2号(2007年) 33頁以下、塩見淳「ドイツにおける未遂論の客観化傾向について(一)(二・完)」法学論叢第137巻第1号(1995年) 30頁以下、第2号(1995年) 1頁以下、二本柳誠「ドイツにおける未遂処罰限定の試み」早稲田大学大学院法研論集 第115号(2005年) 160頁以下、参照。
- (3) Stratenwerth / Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2004, § 11, Rn.16.
- (4) Vgl. Paul Johann Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland

- gültigen Peinlichen Rechts, 11. Auflage, 1832, § 42.
- (5) ドイツにおける客観的未遂論の生成・展開の詳細については、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』(1990年) 29頁以下、参照。
- (6) Vgl. Carl August Tittmann, Handbuch der Strafwissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Band, 2. Auflage, 1822, § 96.
- (7) Vgl. Karl von Grolmann, Grundzüge der Criminalrechtswissenschaft, 4. Auflage, 1825, § 31.
- (8) Maximilian von Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862, S.54.
- (9) Buri, a.a.O., S.55. なお、危険を客観的可能性概念として理解した論者として Kries がいる。Kries の見解についての詳細、および、その後のドイツにおける危険概念をめぐる議論の詳細な研究として、振津隆行『刑事不法論の研究』(1996年) 67頁以下、103頁以下、参照。
- (10) Buri, a.a.O., S.55.
- (11) Maximilian von Buri, Versuch und Causalität, GS 32(1880), S.322.
- (12) RGSt 1, 439
- (13) RGSt 1, 439 (S.441).
- (14) RGSt 1, 439 (S.441).
- (15) RGSt 1, 439 (S.442).
- (16) RGSt 1, 439 (S.442).
- (17) RGSt 1, 439 (S.442).
- (18) RGSt 1, 451.
- (19) RGSt 33, 321.
- (20) RGSt 33, 321 (S.323).
- (21) RGSt 72, 109.
- (22) BGHSt 2, 74.
- (23) BGHSt 2, 74 (S.75).
- (24) BGHSt 2, 74 (S.76).
- (25) BGHSt 2, 74 (S.76).
- (26) Günter Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 (1953), S.519ff. Vgl. ders., Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, S.1881ff.
- (27) 未遂論の文脈におけるナチス刑法および心情刑法については、Hans Joachim Hirsch, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin – zur Abgrenzung von Tat- und Gesinnungsstrafrecht –, in: Sergio Seminaro / Hans Joachim Hirsch, Zur strafrechtlichen Versuchslehre im 19. und 20. Jahrhundert (2008), S.63ff. (Erstveröffentlichung in: JZ 2007, 494ff.).
- (28) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 1, Normen und Strafgesetz, 4. Auflage, 1922, S.3. なお、Binding の犯罪観については、福田平『目的的行為論と犯罪理論』(復刻版、1999年) 8頁以下、参照。
- (29) Binding, a.a.O., S.4.
- (30) Binding, a.a.O., S.122.
- (31) Binding, a.a.O., S.7.
- (32) Binding, a.a.O., S.6. なお、Binding は厳格に刑法を公法から区別していた (Binding, a.a.O., S.89, 97.)。
- (33) Binding, a.a.O., S.42f.
- (34) Binding, a.a.O., S.96.
- (35) Alexander Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrichkeit, Erster Band. Der Begriff der Rechtswidrigkeit 1903, S.35.
- (36) Ferneck, a.a.O., S.35f.
- (37) Ferneck, a.a.O., S.94.
- (38) Ferneck, a.a.O., S.126.
- (39) Alexander Hold-Ferneck, Der Versuch. Eine rechtphilosophische Betrachtung zum deutschen Strafgesetzentwurf, 1922, S.13.
- (40) August Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1916), S.31. なお、ドイツにおける主観的違法要素の理論の発展過程については、日高義博『違法性の基礎理論』(2005年) 41頁以下、参照。
- (41) Hegler, a.a.O., S.31.
- (42) Edmund Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: FS-Traeger, 1926, S.199f. 参照、日高・前掲書 46頁以下。
- (43) Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Auflage, 1962, S.1; ders., Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S.703ff. なお、目的的行為論の詳細については、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(1995年) 1頁以下、福田・前掲書 59頁以下、参照。
- (44) Welzel, a.a.O., Das neue Bild, S.1.
- (45) Welzel, a.a.O., Das neue Bild, S.1.
- (46) Welzel, a.a.O., Das neue Bild, S.8.
- (47) Welzel, a.a.O., Das neue Bild, S.28f.
- (48) Weigend は、人的不法論によって、主観的未遂論は、「刑事政策的にしか基礎づけられていなかった急場しのぎの解決策から、刑法解釈学的な理論構成の全体を構成す

- る要素への変容」に成功した、としている (Thomas Weigend, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, hrsg. Von Hans Joachim Hirsch und Thomas Weigend, 1989, S.119)。なお、人的不法論に対する批判的な検討として、松原芳博「人的不法論における行為無価値と結果無価値」早稲田法学第78巻3号(2003年)263頁以下、参照。
- (49) Vgl. Thomas Maier, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S.136f.
- (50) もっとも、1980年代以降、一方では客観的危険説の復興を、他方では未遂解釈の新たな考察を試みる見解が増えているが、それらが、印象説に代わって、多くの支持を集めるにはまだ至っていないといえよう。
- (51) Arnold Horn, Der Versuch, NStZ 20 (1900), S.313ff.
- (52) Horn, a.a.O., S.312f.
- (53) Horn, a.a.O., S.342.
- (54) Ludwig v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, 1907, S.488.
- (55) Bar, a.a.O., S.490.
- (56) Bar, a.a.O., S.491.
- (57) Hans Dieter Freiherr v. Geminngen, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, 1932, S.38.
- (58) Geminngen, a.a.O., S.160.
- (59) Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Auflage, 1949, S.397.
- (60) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, S.335ff. なお、Roxinの見解についての詳細は、江藤・前傾註(2)50頁以下、森住・前掲書59頁以下、参照。
- (61) Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, § 49, II. (なお、Weigend自身は、新しい客観説の支持者である。)他に印象説を支持するものとして、Mauraach / Gösssel / Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, 1989, § 40, Rn.40ff.; Theo Vogler, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Auflage, Vor § 22, Rn.52.; Wessels / Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. neu bearbeitete Auflage, 2007, § 14, Rn.594. 等。
- (62) 参照、江藤・前傾註(2)42頁以下。
- (63) Maier, a.a.O.(Anm.49), S.166f.