

# 各国立法例にあらわれた未遂罪概念の本質と中止犯の取扱

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2013-05-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 鈴木, 享子 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/15652">http://hdl.handle.net/10291/15652</a>

## 各国立法例にあらわれた未遂 罪概念の本質と中止犯の取扱

鈴木 享 子

### The Substance of Criminal Attempt and the Treatment of Voluntary Abandonment in Various Provisions

Kyoko Suzuki

未遂犯概念の生成は、行為のもつ客観的危険性に対する著眼と同時に、行為者の主観的要素への重視にある。客観的な結果責任のみを追求する法制の下では考えられなかった概念である。ここに刑法における主観的要素の研究の一環として、未遂犯における主観的要素の取扱いについて考察しようとするものである。

まず未遂犯の概念としての構成要件の立て方は、大別して客観的なものと主観的なものに分けられる。たとえば、我国の現行刑法のように「実行に著手しこれを遂げざる」という客観的な行為への著手が要件となっているものに反して、米国の代表例として上げられるニューヨーク州刑法2条では「犯罪をなす意図をもってなされた行為の結果が発生すべくして発生しなかった場合に」と、主観に重点をおく規定の仕方になっている。独刑法43条では「重罪または軽罪の実行の著手を含む行為によって、この重罪または軽罪を犯す決意を示したものは、その意図されている重罪または軽罪が既遂の域に達しないときは」となって一応は客観的な実行の著手を前面に押し出している。しかしこれが独1960年草案26条Iになると「実行の著手をなす行為またはその者の行為事情に関する表象によれば実行の著手となるような行為によって行為を完成しようとする故意を拳動にあらわしたが、完成にいたらなかった者は」となって、主観化している。

このような主観的な規定の仕方によると、未遂の成立する時期は早くなり、予備と実行の著手とを分かつ時点が問題となる。未遂犯につき主観的な規定をした米国模範刑法典においても、この点につき行為遂行の実質的な段階となる場合を列挙して、これを意図して行為した時に、実行の著手になると規定せざるを得ないし(5.01条)、さきの独草案26条IIでも「行為者が、

それによって構成要件の実現を開始し、または直接これに接する行為」が、実行の著手であると規定をおいている。また一面において、構成要件の主観化の結果は、不能犯をも未遂の領域にとり入れることになる。独の草案、米国模範刑法典がそうである。ただニューヨーク刑法は発生すべくして発生しなかったという点で、不能犯は除かれる。このように立法の趨勢として構成要件の主観化がみられる。このような未遂概念の問題とは別に、さらに未遂犯処罰の根拠をどこにおくかという本質的問題においても、客観的見地と主観的見地がある。

行為者の犯罪の意図を重視する法制では、未遂は全く既遂と同視されるか、任意減刑とされる。ここには、意思にウエイトをおく国家絶対主義の思想がみられる。これに対して、結果を重視する客観的見地からは、全く未遂を罰しないか、必要的減刑とする。ここには、主観主義を緩和した自由主義思想がみられる。

我国旧刑法112条は、必要的減刑であったが、現行法では任意的減刑になって、この点で主観的見地に立っている。仏においては、革命直後の自由主義刑法を改めた1810年以来の現行刑法2条3条は、既遂と同じに処罰(軽罪は規定のあるときのみ)することとしている。独においても、1871年刑法では必要的減刑であったが、1943年の現行法から46条において任意減刑となった。このように主観を重視する法制に立つ時は、中止する意思が実行する意思に対立するものとして顧慮されねばならぬ。我国は中止犯につき必要的減輕または刑の免除を規定し、未遂につき任意減刑を規定するスイス刑法21条22条も中止につき任意減輕または免除とする。しかし一歩進めて中止をこのように未遂として扱わない法制もある。すなわち独では未遂として

罰しないし、仏では犯罪不成立である。

以上に反し、英のコモンローは、古くは既遂と同一に論じられ主観的見地に立っていたが、19世紀に入って自由主義思想の下に重罪軽罪の未遂は軽罪とするとされ、主観主義の緩和が行なわれた。このように客観的見地に重点をおく時は、中止する意思是重要性をもたない。コモンローを継受した米法においても、犯罪目的を放棄する意思が免責の抗弁になるか否かは争われつつも、未遂を原則として減刑する法制の下では、中止犯の概念はみられなかった。ところが、模範刑法典5.05条は未遂を原則として既遂と同じに処罰することとし、例外的に死刑に該る罪、第一級重罪の未遂は

第二級重罪とすると構想し、主観化の傾向をみせた。そして5.01条(4)は犯罪目的の完全で任意な放棄は、または犯罪目的の放棄を示す事情の下における犯行の阻止は、積極的な免責の抗弁となると構想するにいたったのである。

このようにみてくると、未遂の本質の変遷は、大陸では、仏の権威主義を除いては、結果責任主義から脱皮して主観化傾向が一般化していることがわかる。そして英米においても、英国の自由主義化が、さらに米国にいたって主観化の大陸的趨勢に変容しようとしていることがわかる。