

中央大学博士（法学）論文

# 『未遂犯論の諸問題』

原口伸夫

要約

## はじめに

博士論文『未遂犯論の諸問題』（成文堂、2018年）は、私が大学院以来取り組んできた未遂犯論に関する既発表の論文を一書にまとめたものである。本書は、その全体を3部に分け、第1部に実行の着手論（刑法43条本文の解釈）、第2部に中止未遂論（43条ただし書の解釈）、第3部に不能犯論に関する論文を収録している。そして、各部の最初にそれぞれの「現状と課題」（第1章、第6章、第11章）を加え、私見に対して批判も向けられてきた「間接正犯者の実行の着手時期」の問題に関して、「間接正犯者の実行の着手時期——その後の動向」（第2章補節）を加え、各論稿発表後の状況を踏まえて分析・検討した。

刑法は既遂犯の形式で犯罪構成要件を規定している。しかし、法益保護の観点からは、犯罪行為が既遂に至る前に刑法が介入することが必要で合理的な場合もある。そのような場合に既遂に至る前に処罰を可能にする立法技術が未遂犯の形式での処罰である。「未遂」とは「未だ遂げざる」場合であるが、刑法は、未だ遂げざる場合のすべてを「未遂犯（罪）」として処罰してはいない。「未遂犯」という形式で、既遂犯の処罰時点をどこまで前倒しして処罰すべきか、また、それが許されるか、行為の性質等から既遂に至りえない場合にもなお「未遂犯」として処罰することが可能か、可能だとすればどの場合に処罰すべきか、等が議論されてきた。処罰時点（刑法の介入時期）の早期化は法益保護の要請にかなう一方で、行動の自由の制約等につながりかねない。刑法の謙抑主義・補充性の原理等も十分に考慮しなければならないのである。「その国の文化の程度と社会の要求に応じてどこにバランスを求めらるか、それが未遂論の課題だ」といわれてきたところである。未遂犯論は、このような刑法の介入時期・範囲・程度にかかわるため、わが国の刑法学において、背景事情や議論状況を変えつつも、つねに論争の場となってきた。

本書は、なお論争が続く未遂犯論の諸問題について、学説・判例のそれぞれの現状を正確に描き出し、その解釈・判断基準を提示しようと試みたものである。本書の考察は、全体を通じて、実行行為を中核とした（伝統的な）犯罪論・未遂犯論を維持し、必要な範囲での補正を施したうえで、それを前提とした解釈を展開するのが妥当であるとの立場からなされている。また、「未遂」は、遂げるべき対象たる既遂に関係づけられた（既遂を基準点とした）概念であるという認識が出発点となる認識の1つを形づくっている。つまり、「未遂」という概念は、上記のように、「未だ遂げざる」場合を示す概念であり、その概念から、未遂犯において、「遂げるべき対象」がまず措定され、その後でその不充足が考えられることになるのである。そして、本書では、各問題の解決にあたり、現実の社会のなかで起こった具体的なケースに対する判断として重みをもつ、「生きた法」としての判例も重視し、それらの分析も踏まえたうえで、各問題点の説得的な具体的な解決を目指したものである。

## 第1章 実行の着手論の現状と課題

実行の着手に関して、現在、構成要件実現（構成要件的结果発生）の現実的（客観的）危険性に焦点をあてて実行の着手時期を判断する「実質的客観説」が幅広い支持を集めている。しかし、この「実質的客観説」とまとめられる見解は、そのなかに未遂の構造に関して理解を大きく異にする2つの見解を含んでいる。1つは、「実行の着手」とは、行為者が構成要件において規定する実行行為・密接行為に取りかかることであるという伝統的な理解を前提としたうえで、その「実行行為」を「構成要件実現の危険」という観点から規定する見解（行為重視型実質的客観説）である。もう1つは、「危険」が（狭義の）行為とは切り離された、外界に生じた有害な事態として、因果関係判断の両極の1つとして考えられるべき「結果」であるとする見解（結果犯説）である。近時、後者の1バリエーションとして、構成要件実現の一般的（類型的）危険性をもつ行為に取りかかることを意味する「実行の着手」に加えて、未遂犯の処罰時期を画するところの構成要件実現の具体的危険（危険結果）の発生を要求する見解（「実行の着手+危険結果」説）も有力に主張されてきている。これに対して、現在主張されている形式的客観説は行為重視型実質的客観説に近いといえる。

このような学説の現状のなかで、結果犯説には次の理由から疑問が残らざるをえない。すなわち、①「結果」は、狭義の行為から区別される、外界に生じた事態であるから、理論的には、行為=実行の着手が先行し、結果（発生）がそれに続くことになる。したがって、「実行の着手+危険結果」説の構成によれば、「実行の着手時点は常に予備段階」となり、「実行の着手」はもはや「予備と未遂罪を分かち機能」を果たしえなくなる。②「未遂犯の処罰時期を画する時間的概念」として「実行の着手」を理解する構成では、「実行の着手後の予備罪」という場合は生じない。しかし、(ア) 43条の文言（「着手し」）との不調和・不整合、(イ) 43条の「実行」と60条・61条の「実行」との関係が問題となる。そして、なによりも、結果犯説の場合、構成要件において規定されている行為態様、構成要件の評価の対象とされるべき行為を不当に切り詰め、構成要件を純粋な惹起カテゴリーに変えてしまうことが問題である。構成要件で規定された行為態様（への近接）といった「文言による制約」（罪刑法定主義の要請）は軽視できない観点であり、構成要件的行為（実行行為）との関係を考えようとして実質的要素を考慮した判断（行為の発展段階に関係づけられた実質的判断）が妥当である。

いずれの立場を妥当なものとするにせよ、わが国の実行の着手論において、実行行為・密接行為に焦点を合わせて未遂の成否を判断する議論状況それ自体が変化しつつあり、実行行為を柱として組み立てられてきたわが国の伝統的な着手論の構想そのものの是非が問われている状況にある。このような現状において、現行法の解釈として適切な「未遂の構造」を解明することが重要な課題であると考えられる。

実行の着手に関する近時の判例、とりわけクロロホルム判例（これについては、第3章の要約も参照）以降の判決の判示の仕方は、3つに大別できる。第1は、3要素を用いた判断

方法をほぼ踏襲する判決であり、第 2 は、密接な行為という形式的観点と客観的な危険性という実質的観点の双方に言及して実行の着手を判断する判決であり、第 3 は、「客観的な危険性」という観点にのみ言及して判断を示す判決である。とくにこの第 3 の場合の理解が問題になるところ、まず、これらの判例で用いられる「客観的な危険性」は、行為者の犯罪計画も考慮に入れたうえで判断されるものである。そして、この「客観的な危険性」は、問題の行為と構成要件実現の間にやや時間的または場所的な間隔があると思われる場合に実行の着手を判断するための、別の言い方をすれば、処罰時期の前倒しの可否を判断するための「キーワード」として用いられており、実質的には、「事象経過の無障害性」に相応する判断を行っていると考えられる。すなわち、①自動車に女性を引き入れた後姦淫行為までの（最決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁）、②海中に投下された覚せい剤を回収し接岸し陸揚げするまでの（最判平成 20 年 3 月 4 日刑集 62 卷 3 号 123 頁）、そして、③荷物に検査済みシールを貼付し運送委託し航空機にその荷物を積載するまでの（最判平成 26 年 11 月 7 日刑集 68 卷 9 号 963 頁）可能性の大小、つまり「事象経過の無障害性」の程度が判断されているといえよう。したがって、クロロホルム判例以降の判決も、クロロホルム判例も含めた従来の判例と基本的に同様の立場に立つものといえる。

## 第 2 章 間接正犯者の実行の着手時期

間接正犯とは、間接正犯者自らが直接に構成要件において記述されている行為態様（実行行為）を遂行するのではなく、直接的にはかかる「実行行為」を行う道具を介して構成要件を実現する遂行態様であり、この道具の行動が行為支配に基づき間接正犯者に（いわば自己の手足の延長として）自らの行為として帰属する（行為帰属論）。実行の着手は、間接正犯者の行為と、間接正犯者の行為として間接正犯者に帰属する道具の行動からなる全体的行為を基準として判断される。この全体的行為が構成要件を直接実現することになる場合、もしくは犯罪実現プロセスにおいて特段の障害なく構成要件実現へと経過することになっている場合に実行の着手が認められる。

実行の「着手」（未遂の開始時期）だけを問題にするのであれば、事象経過の無障害性（自動性）の観点から、「実行行為」に先行する直前行為（利用者の誘致行為）にこれを認めることが可能な場合もあろう（それは個別化説の帰結でもある）。しかし、行為帰属論は、そのような場合の「着手」後になされる道具による「実行行為」、または、誘致行為後によく「実行の着手」が認められる場合の道具による「実行行為」を問題にし、間接正犯者への帰属が考えられないとすれば、構成要件において規定されている行為態様の評価として十分ではなく、また適切な罪責の認定ができないであろう、ということの問題にしている。利用者の誘致行為が構成要件該当行為への「着手」であるといえるかどうかだけでなく、そ

の場合の「構成要件該当行為」が被利用者の誘致行為に「尽きる」といってよいのかどうか、を問題にしているのである。具体的な事例を用いて考えれば、Xが12歳の養女Yを連れて四国を巡礼中、日頃から自分の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押し付けたりする暴行を加えて自己に従わせていたYに窃盗を命じ、これを行わせたという事案（最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁）を少し変更し、Yに窃盗を命じ、また、もし被害者が抵抗するようならば暴力を行使してでも取ってこいと命じたと仮定した場合、その後Yが財物を（窃取もしくは強取して）もってきた場合、Xは窃盗（既遂）罪の責任を負うのであろうか、強盗（既遂）罪の責任を負うのであろうか。このような場合、道具Yの行動を因果経過・結果としてではなく、Xに帰属する行為態様、つまり、窃取行為、または強取行為として考慮しなければ、Xの適切な刑事責任を判断できないであろう。

また、刑事未成年者を利用した間接正犯は一般に認められているところ、刑事未成年者の行為であっても、一定の年齢以上の者である場合には、その行為は構成要件に該当し、違法な行為であると考えられる。この場合の間接正犯者の構成要件該当行為を誘致行為のみに求めるのであれば、同一の財物に対する窃取行為が、その未成年者と間接正犯者とで異なるということにもなる。相手の無知や錯覚に乗り、相手を欺罔し、その了解していない種類・内容の文書に署名・捺印させる場合に、文書偽造罪の間接正犯を認めるのであれば、実行行為として誘致行為のみを問題にする場合、偽造行為、すなわち、名義の冒用行為も誘致行為に求めるということになるのであろうか。

「間接正犯者の実行行為」として誘致行為「のみ」に焦点をあてる見解は、構成要件において規定されている行為態様、構成要件的評価の対象とされるべき行為を不当に切り詰め、構成要件を純粋な惹起カテゴリーに変えてしまうことになろう。結果ではなく、行為の段階に関係づけられた実質的判断を可能とする行為帰属論が妥当である。

### **第3章 実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現**

(1) クロロホルム事件とは、妻とその共犯者が、夫Aを事故を装って殺害し、保険金を詐取した事件である。被告人らの行為計画は、Aにクロロホルムを嗅がせ、失神したAを車に乗せて車ごと海中に転落させ、Aを溺死させるというものであったが、Aがクロロホルム摂取により死亡したのか、溺死であったのかは確定できなかった。このような事実に関して、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁は、実行の着手の判断、および、早すぎた構成要件の実現の問題に関して、重要な判断を示した。

(2) 実行の着手に関して、クロロホルム判例は、従来の判例の流れのなかに位置づけられるものの、①必要不可欠性（確実化のための準備行為性）、事象経過の無障害性、時間的場所的近接性という3つの要素をあげて密接行為性を判断したこと、②実行の着手を判断

する際に、密接行為という形式的観点と構成要件実現の危険性という実質的観点の双方を考慮すべきことを示したこと、そして、③行為者の行為計画を考慮する必要があることを最高裁として明確にしたことにおいてきわめて重要な判断といえる。

最高裁決定の示した前述の3つの要素の相互関係を分析・整理すれば、必要不可欠性の要素は、3要素のなかで最初にあげられてはいるものの、いわば「準備行為性」を特徴づけているにすぎず、事象経過の無障害性の要素の判断のなかで考慮できるものであり、それを超えるような独自で不可欠の要素としてあげる意義に乏しいこと、実行の着手の判断は、犯罪の実現、行為の発展段階のなかで、既遂、構成要件実現に対する「近さ」を問題にして行為の段階的な区切り、つまり、時間軸上の区切りを問うものであり、構成要件実現の「可能性」の大小よりも、構成要件実現の「近接性・切迫性」が問題にされるべきであることから、第1次的に、問題の行為と実行行為との時間的・場所的近接性が問われ、構成要件実現まで時間的または場所的に多少の隔たりがあるように思える場合に、補充的に、障害除去行為によりその後の犯罪実現のプロセスにおいて特段の障害なく構成要件実現へと経過していくであろうと考えられる場合に実行の着手が肯定されうる、と考えることができる。

(3) 早すぎた構成要件の実現の問題に関して、故意の問題に言及し、本件事案のような場合に故意既遂犯（殺人既遂罪）が成立することを示したものとして、その理論的・実務的意義はきわめて大きい。人間の認識能力・事象のコントロール能力には限界があるのであるから、故意が認められれば実行の着手が肯定されうる程に犯罪事象を進捗させた段階で、その実行の着手にあると評価される行為を行っていることの認識があり、それに密接にひき続く行為により構成要件を実現することの予見があれば、故意の認識的側面は充たされている。実行の着手段階以降の自分の行為の有効性についての錯誤は、因果関係の錯誤と同様に重要な錯誤ではない。意思的側面では、実行の着手が認められるという判断には、実質上の最終決断も含む実現意思が実行の着手により示されているということも含んでいる。このような認識・意思に基づく構成要件実現が行為者の犯罪計画の実現であると評価できる場合には、故意既遂犯を認めてよい。クロロホルム判例が結論的に故意既遂犯（殺人既遂罪）を認めたのは妥当である。

#### **第4章 事後強盗罪の実行行為と実行の着手時期**

事後強盗罪は、身分犯ではなく、窃取行為と（238条所定の目的での）暴行・脅迫行為とを結合した犯罪類型（結合犯）と解するのが妥当である。その理由は、①事後強盗罪の未遂・既遂が窃盗の点の未遂・既遂を基準とするとされていること、つまり、窃取行為および暴行・脅迫行為の完全な充足をもって事後強盗罪の構成要件充足＝既遂になるとされていること、②事後強盗罪を真正身分犯と解する場合には、暴行・脅迫にのみ関与した者を（とくに窃盗

が未遂の場合にも) 事後強盗罪の共同正犯とすることになるが、それはその関与者の行為の評価としていくぶん厳しすぎると考えられること、③不真正身分犯と解する場合には、事後強盗罪の「通常の刑」(65条2項)を暴行罪・脅迫罪に求め、したがって、事後強盗罪をいわば加重暴行罪・加重脅迫罪のように理解することになるが、それはその罪質の理解に根本的な疑問があること、そして、この立場では、財物強取の手段ではない事後強盗罪の暴行・脅迫は、窃盗犯人による暴行・脅迫であればよい、または所定の目的を達するに足りる程度の暴行・脅迫であればよいとならざるをえないことである。したがって、事後強盗罪は窃盗および暴行を実行行為とする結合犯と解すべきであるが、これに対しては、事後強盗の目的をもって窃盗に着手した場合、事後強盗の未遂を認めるべきではないかとの批判が向けられてきた。しかし、以下のように考えるべきであり、その批判はあたらない。

結合犯も、大別すれば、強盗罪型の結合犯(手段目的型結合犯)と、事後強盗罪型の結合犯(加算的結合犯)にわけることができ、後者の場合、すなわち、2つ(以上)の行為が手段・目的の関係にはないが、同一の機会に行われることの多さ、その機会を利用する行為の悪質性・抑止の必要性の高さ等に鑑みて結合されて1つの犯罪類型とされ、そのような犯罪類型の特徴から、故意に関して一般原則と異なり、当初先行行為(たとえば、強盗や窃盗)だけの故意で先行行為を遂行し、その後で、後行行為(強制性交等、一定の目的での暴行・脅迫)の故意を生じて後行行為を遂行した場合にも当該結合犯(強盗・強制性交等罪、事後強盗罪)が成立するような、先行行為に事後的に別の故意行為が加わることによってその刑が加重される犯罪類型、いわば加算型(ないしは累積型)結合犯の場合には、先行行為も当該結合犯の不法(行為不法、法益侵害)を基礎づける(広義の)実行行為であるが、その犯罪類型の特徴から、43条本文の意味での「実行」にあたる行為を限定的に解釈することが必要であり、かつ、それは可能である。すなわち、実行の着手を判断する際に行為者の故意の考慮が不可欠であり、また、そもそも問題となる犯罪行為(全体)についての故意のない時点でその実行の着手を認めることができないにもかかわらず、先行行為の段階で後行行為の故意がないのが一般であると考えられる犯罪類型が設けられたということから立法者の意思を推測すれば、そのような犯罪類型について先行行為の段階でその未遂犯の成立(43条の意味での実行の着手)を予定していないということを合理的に推論してよく、したがって、そのような結論を導きうる解釈が考えられてよいからである。

したがって、このような加算型結合犯の場合は、その犯罪類型の特徴から、先行行為も当該結合犯の不法(行為不法・法益侵害)を基礎づけるという意味で(広義の)実行行為であるとしつつ、43条の意味での実行行為は後行行為に限定されると解するのが合理的である。そして、このように解することにより、事後強盗罪のような加算型結合犯に関しても、実行の着手に関して妥当なものと考えられるところの、(全)構成要件実現の切迫性という観点も1判断要素として考慮したうえで実行行為・密接行為の判断をすることができる。

## 第5章 規制薬物輸入罪の既遂時期・未遂時期

規制薬物の濫用が個人・社会に深刻な害悪をもたらし、また、その密売利益が犯罪組織の大きな資金源となっており、薬物事犯の取締りが、国内的にも、国際的にもきわめて重要な課題であることは多言を要しない。また、周囲を海洋に囲まれたわが国にあっては水際での規制対象物の搬入阻止が重要であることも繰り返し指摘されてきたところである。したがって、覚せい剤取締法等の各薬物規制法規の「輸入罪」が薬物事犯取締りの要の1つとなるところ、昭和の終わりころ以降、輸入罪の既遂時期、未遂時期の解釈にかかわる最高裁判所の重要な判断がいくつか下され、これらをめぐる議論にも——通信技術の発達等による密輸の容易化・巧妙化、国際的な取締りの連携・強化の要請なども相まって——新たな動きがみられる。そこで、本章では、規制薬物輸入罪の既遂時期・未遂時期を検討した。

(1) 最判昭和58年9月29日刑集37巻7号1110頁、最決平成13年11月14日刑集55巻6号763頁、最判平成20年3月4日刑集62巻3号123頁の各最高裁の判断により、規制薬物の輸入罪の既遂時期は、保税地域等を経由する場合か否かを問わず、海路か、空路かを問わず、陸揚げ説で固まった。

(2) 実行の着手時期に関しては、未遂判断の基準となるべき既遂時点が定まれば、それに実行の着手「総論」の基準が適用されるべきことになる。輸入罪の実行の着手に関する判例は、現実的（客観的）危険性という観点も考慮しながら、直接的に既遂に至らしめる行為（陸揚げ）との密接性という観点から着手時点を判断しているといえる。具体的には、判例は、(A) 保税地域等を経由する場合、(A-1) 空路の（通関線突破により既遂となる関税法違反の）場合、機内預託手荷物であれば、空港作業員をして旅具検査場に搬入させ、携帯手荷物であれば、携帯して上陸審査を受けた時点で実行の着手を認め、(A-2) 海路の場合、規制薬物を陸揚げするために岸壁に接岸し、船舶内から運び出しはじめ、または、陸揚げの態勢を整え、薬物を引き渡す者と連絡を取り、陸揚げの機をうかがうような場合に実行の着手を認めてきた。(B) 保税地域等を経由しない場合、密輸船が規制薬物を陸揚げすべく、その後の障害が特段予想されない状況で、いよいよ接岸に向けた行為の最終局面に入ったとき、実行の着手を認めるものといえる。

このようにまとめることのできる判例の立場は、行為計画を考慮に入れ、行為経過の無障害性等の観点から、直接的に既遂をもたらす行為の前段階に位置する行為に実行の着手を認めるクロロホルム事件最高裁決定などの近時の実行の着手に関する判例とも整合的なものといえ、妥当なものといえよう。

また、近時では、「形式的基準と実質的基準とは、相互補完的關係にある」、「形式的な基準によって限界設定を行うことの意義を無視できない」との理解が広く共有されつつあるところ、このような理解は規制薬物輸入罪の關係ではとくに実践的に重要な意味をもってくる。この点で、規制薬物の輸入罪に関する判例が、密接性という観点から、着手時点の過度の前置化に歯止めをかけてきたと考えられ、支持しうるものである。



## 第6章 中止未遂論の現状と課題

本章では、中止未遂論の現状と課題について分析し、以下の点を指摘した。①中止未遂の認められる実質的な根拠に関して、行為者に中止を奨励する「純然たる政策的規定である」との理解や、一般予防・特別予防の必要性という刑罰目的からみた処罰の必要性の減少を重視する見解の増加傾向、それに伴う議論の多様化がみられ、それに伴い、中止未遂の根拠を論ずる意味や、それと中止未遂の体系的位置づけとの関係について、改めて整理し直す必要も生じてきている。②任意性の要件に関して、学説において、現在、主観説が相対的に優位にあるといえるが、主観説に対しても、(ア) AがBを射殺しようと拳銃の狙いをつけたところ、警察官が近づいてきたという状況で、Aは「逮捕を覚悟すればBを射殺できる。」と考えたが、逮捕されなくなかったので発砲することをやめ逃走したという場合、主観説によれば「殺害しようと思えばできたが、やらなかった」場合ではないか、(イ) 殺害にとりかかったCが(致命的ではない) 傷害を負い痛がるDをみて「かわいそうでこれ以上とてもできない。」と考えると、それ以上の行為を遂行しなかった場合、主観説によれば、「やろうと思ってもできなかった」場合ではないか、ということが問題になる。判断(基準)の客観性を要求し、外部的表象に伴う行為者の受けとり方を客観的に評価する、主観的表象に基づく動機形成過程を客観的に判断するなど考えるならば、その「主観説」と客観説との距離は狭まる。抽象的なレベルでの批判にとどまらず、具体的なケースでの結論の異同等の分析が必要である。判例に関して、最決昭和32年9月10日刑集11巻9号2202頁以降の下級審判決は必ずしも統一的ではなく、「判例」の評価は難しい。任意性に関する判例の位置づけ・評価が今後の重要な課題である。③中止行為の要件に関しては、事態に関して錯誤している場合に要求される中止行為、着手未遂の中止はつねに不作為で足りるのか、積極的な(作為態様の)中止行為の具体的内容に関して、今後その判断基準の一層の明確化が必要である。④予備罪の中止に関しては、判例は消極説に立ってきたのに対し、通説は積極説に立ち、判例と対立してきた。予備罪の中止の問題は「論じ尽された」といわれることもあったが、情状による刑の免除を規定する予備罪と規定しないものがあることは、「免除」に関して立法者が意識的に区別したと考えるべきではないか、また、未遂犯と比べて法益侵害の危険性が切迫していない予備段階においては中止奨励の必要性は高くはないなどの理由から、近時、消極説の支持者がやや増加している。163条の4(支払用カード電磁的記録不正作出準備罪)のように「情状による減軽・免除」がなく、しかもその未遂処罰規定(163条の5)をも有する近時の立法もあり、さらなる検討が必要である。⑤共犯と中止未遂の議論は大きな動きはないといえるが、共犯からの離脱は、最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁などの新たな判例もあり、議論に進展がみられる。さらに、⑥裁判員裁判が実施され、中止未遂の関係でも、『「やろうと思えばやれたが、やらなかった」場合、被告人は自発的に殺人・放火を中止したものと認められるが』、『「やろうと思っても、やれなかった」場合には自発性が認められない』と判示する判決(大阪地判平成23年3月22日判例タイムズ1361

号 244 頁) も現れている。前述のように、任意性に関する「判例」が必ずしもはっきりせず、主観説に親近性のあると考えられる判決があるのも確かであるが、「主観説が判例である」とまではいえず、ましてフランクの公式を基準として明示し、事案にあてはめた判決は公刊物ではみられない。そうだとすると、この判決は、これまでの判決よりも踏み込んだ判断を示したものの評価もありえよう。かかる判決に至る過程で、当該事案での裁判員への説明のしやすさ、わかりやすさという観点から、フランクの公式に依拠する判断が、当事者の合意のうえで選択されたのだとすれば、裁判員制度が中止未遂の解釈に及ぼしたともいえよう。今後、その是非も含め十分な検討がなされなければならない。また、判例の動向への注視も必要であろう。

## 第7章 刑法43条ただし書における「中止した」の解釈について

中止未遂の認められる根拠については、これまで、中止未遂の法的性格とも関係づけられて多く論じられてきた。本書は、刑罰目的からみた処罰の必要性の減少に求めるべきであると考え。なぜなら、犯罪の実行に着手した後で中止行為をしたとしても、すでに行われた違法で有責な行為は「なかったもの」にならず、現在の犯罪論体系のもとでは、刑罰目的に関連づけて考えるのが、相対的に問題が少ないと考えるからである。

もちろん、犯罪論体系との関係でいえば、中止未遂を一身的処罰阻却事由と考えるところの黄金の橋の理論の意味での刑事政策説は、その限りでは問題ないともいえる。しかし、黄金の橋の理論は、その主張する中止を動機づける効果の点で疑問であるといわざるをえない。なぜなら、これまで再三指摘されてきたように、多くの人は中止未遂規定を知らず、知らない者を動機づけるというのは背理であるということのほか、仮に動機づけ効果があると仮定した場合にも、42条の自首規定の存在が中止奨励効果を減殺してしまうだろうと考えられるからである。つまり、唐律以来の伝統といわれる自首制度と、明治以降に導入された中止未遂制度では、わが国におけるそれぞれの歴史の違いもあり、前者の方が認知度が格段に高いといえ、「刑が軽くなる」という誘因だけに着目するならば、なにも未遂段階で引き返さなくても、ことを既遂に至らせた後で自首をすればよいとの考えを促すことになりそうだからである。もとより、減輕のために中止するといった打算的な動機づけ効果それ自体が、やはり疑問といわざるをえない。

そこで、本書は、事後的であれ自ら法の要求にかなう行為を行ったことにより、積極的一般予防上働きかける必要性が減少・消滅し、また、そのような行為者に対して特別予防上働きかける必要性も減少・消滅し、刑の減免にふさわしくなると考える。そして、このような中止減免の理由を中止行為の要件に落とし込み、定式化すれば、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような措置、つまり、「人並みの」法益尊

重意思を示す行為が必要であり、かつ、それで十分である、ということになる。

このような中止行為を考える際に、留意すべき点が2つある。1つは、法益尊重意思の具体化は既遂の阻止との関係で考えられるべきであるということである。43条ただし書は、自首規定とは異なる趣旨・要件の規定であり、「犯罪を中止」すればよく、また、着手未遂の中止行為について自己の意思によりそれ以上の実行の継続をやめれば足りると解されており、それ以上に、たとえば、改悛の情や恭順の意思を示すことなどは求められていない。実行未遂の中止行為、そのなかでも他人の助力を受ける場合についてだけ、既遂の阻止との関係を超えた要件を課すのは、43条ただし書のなかでの解釈を考えてもバランスを失していよう。もう1つは、とるべき中止行為の内容を一般化し、客観的に固定化して考えるべきではないということである。中止行為が行われる状況は、一般に時間的に余裕のない状況であり、中止者の心理状態も十分な冷静さをもちえないことも考えられるからである。したがって、行為者の置かれた当該具体的な状況、とりわけ行為者の制約された能力も十分に考慮に入れなければならない。このような観点からは、中止行為を否定した東京高判平成7年10月24日判例時報1596号125頁には疑問が残る。

法益尊重意思の具体化としての中止行為の理解は、中止時点での客観的な状態と、それについての行為者の認識に食い違いがある場合に、なされるべき中止行為の理解にも影響を及ぼすことになる。すなわち、本書の理解からは、客観的な事態そのものが重要なのではなく、その事態の主観面への反映、「人並みの法益尊重意思の現れ」の評価が重要となることから、中止行為の内容を考える場合には、中止時点での行為者の認識内容を基礎として、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような行為を考えることになる。具体的には、第1に、実際には軽傷の被害者に致命傷を負わせたと考え、それ以上行為しなかった場合、「重傷を負わせた」との行為者の認識を基礎とし、この場合に積極的な中止行為が要求され、それが欠け中止未遂が否定されることになる。第2に、実際には軽傷の被害者に致命傷を負わせたと考え、被害者を病院に搬送した場合には、行為者の認識に対応して求められる積極的な措置を行っていることから中止行為の要件が充たされることになる。もし客観的な事態に対応した中止行為を求めるならば、いずれの場合も、客観的には結果発生の可能な状態に至っていないことから、不作為態様の中止で足りるといことになる。しかし、後者の場合に、大は小を含む式に不作為を超える積極的な「防止」行為を行ったと考えることはできるとしても、不作為態様の中止を問題とするのであれば、主観面として行為の続行の必要性および可能性の認識、客観面として行為の継続可能性が問われ、それらのいずれかが欠ければ中止未遂の成立が否定されることになってしまおう。また、そもそも、このような場合に「不作為態様の中止行為」の想定すること自体が実態に合っているか疑問が残らざるをえない。

以上述べてきたことから、本書は、行為者の認識を基礎として、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような行為がとられたのか否かを判断すべきであると考ええる。

## 第8章 実行未遂の中止行為

実行未遂の中止行為に関する大審院時代の当初の判例の立場は必ずしも明らかではなかったが、大判昭和12年6月25日刑集16巻998頁（よろしく頼む事例判決）が、「結果発生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人單獨ニテ之ニ當ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ拂フノ要アルモノトス」と判示し、それ以降は、この判断に基本的に依拠している。判決の表現をみると、①自ら防止したのと同視するに足る努力、②自ら防止したのと同視するに足る程度の真摯な努力、さらに、③単に真摯な努力を要する、との表現に大別できる。このような基準のもと、判例は、具体的には、殺傷事件においては救急車を呼び医療措置を手配し、放火事件においては消防車を呼びもしくは近隣の人の助力を求めるといった、既遂を阻止するための、この意味で適切な措置の重要な切っ掛けをつくったことに加えて、止血などの応急措置や、救急車が到着するまでまたは病院への被害者への付き添い、消火活動への自らの関与など、必ずしも客観的には最善な措置ではないにせよ、行為者の置かれた当該状況・行為者の能力等を考慮したうえで、行為者として可能な範囲内でのできるだけの努力を要求している。

学説において、従来の通説は判例の立場を支持してきた（真剣な努力説）が、近時では、結果発生防止に適切な努力であればよいとの見解（適切な努力説）や、中止行為と結果不発生もしくは危険消滅との間に因果関係があればよいとする見解（因果関係必要説）も有力に主張されてきており、学説の状況は多様化してきている。

因果関係必要説は、その結論において、よろしく頼む事例、毒事例、事情によっては病院事例の場合のように、相当因果関係が認められる限りで緩やかに中止行為を肯定する一方で、非因果的中止の場合に中止行為を認めない限りで中止行為を限定しすぎている。中止行為をする段階でおごなりの措置であれ、心身を労さない措置であれ、「ともかくなんらかの中止措置をとることが重要であり、結果的に既遂阻止結果と相当因果関係が認められればよい」とするよりも、中止行為をする段階で「ある程度既遂阻止結果の見込まれる措置」や「法益尊重意思を具体化する措置」をとる必要があるとの法解釈・法適用を周知徹底する方が、具体的な被害者の保護、少なくとも多くの事例が積み重ねられるなかでより多くの被害者の保護・救助の観点から有意義であるように思われ、因果関係必要説は被害者保護の観点から考えても疑問である。中止未遂規定の動機づけ効果に関しては、それを仮定したとしても、わが国の刑法の場合、自首制度（42条）によってその動機づけ効果を減殺してしまう効果にも留意する必要もあろう。このようなことから、因果関係必要説は支持しえない。適切な努力説は、少なくともその表現からは、行為者の置かれた当該状況や、とりわけ行為者の能力も考慮に十分に考慮に入れることができない点に難点がある。以上のこと、そして、中止未遂の認められる実質的な根拠を踏まえれば、中止行為は法益尊重意思の具体化として理解すべきである（第7章要約も参照）。

## 第9章 共犯者の中止未遂

共犯者の中止未遂の要件について、ドイツ刑法 24 条 2 項は、その規定施行以前の法状態に比べて、その要件を厳格化した。次のように規定する。「行為に複数の者が関与する場合、任意にその既遂を阻止する者は未遂としては処罰されない。行為が彼の阻止的行為がなくても既遂にいたらず、もしくは行為が彼のそれ以前の寄与にかかわりなく遂行される場合には、彼が不処罰となるためには、その行為の既遂を阻止しようと任意かつ真剣に努力することで十分である」。この 24 条 2 項 1 文では、共犯者が犯罪行為の既遂を阻止するという中止未遂規定適用の原則的な場合を規定している。既遂の阻止は、共犯者が彼の中止措置によって既遂の阻止に何らかの寄与をした（共働した）場合に認められ、共犯者の中止措置のみが原因である必要はない。第三者による助力を受けてもよい。たとえば、被害者の毒殺を謀った共犯者が、自ら被害者に解毒剤を飲ませたのであれ、彼が医者を呼んだのであれ、正犯者を説得して正犯者をして中止措置をとらせたのであれ、既遂の阻止の原因が共犯者の中止措置に（も）帰せられればよい。被害者に警告し、あるいは警察に通報し、そのことによって既遂が妨げられたのでもよい。既遂を阻止するために、通常は共犯者の積極的な中止措置が必要であるが、事情によっては不作為でも十分である。共犯者の阻止的行為がなくても、行為が既遂にいたらない場合、たとえば、共犯者の阻止的行為と関係なく、第三者の介入や被害者自身の防衛行為によって既遂が妨げられる場合、正犯者や他の共犯者の中止行為によって既遂が妨げられる場合、さらに、不能未遂であることから既遂にいたらない場合には、中止意思のある共犯者の中止阻止は既遂の阻止に対して因果性をもちえないが、このような場合に、24 条 2 項 2 文第 1 選択肢は、既遂を阻止しようと任意かつ真剣に努力する共犯者に、中止未遂による不処罰を認めるものである。2 文第 2 選択肢は、共犯者の寄与が、確かに未遂に対しては因果関係があるが、既遂に対しては因果関係の認められない事例にかかわる。たとえば、共犯者が（一旦）関与した犯罪事象が既遂にいたる場合でも、共犯者が未遂段階で自分の寄与の因果的効果を解消し、かつ、効果がなかったにせよ既遂を阻止しようと真剣に努力した場合には、中止未遂による不処罰が認められる。「それ以前の寄与にかかわりなく遂行された」とは、中止者の寄与が犯罪行為の既遂に対してもはや因果的ではなかったということの意味する。共犯者が提供した道具を取り返すなどして、自分の寄与を自ら解消する場合だけでなく、その共犯者の寄与（たとえば、提供された道具）が、残りの共犯者によって利用されず、その結果、中止意思のある共犯者の寄与が、既遂に対して因果関係が認められなかったという場合でもよい。24 条 2 項の施行前は、共犯者は、行為が既遂にいたる前に自分の寄与を解消すれば、不処罰となることのできたのに対して、この規定により、自分の寄与を解消する場合であっても、さらに、行為の既遂を阻止しようと真剣に努力しなければならない、というように共犯者の中止未遂の要件が加重されたのである。

この規定による要件の厳格化を説明するために、複数の行為者が関与する行為の危険性は高く、個々の寄与の取り消しによって、このような高い危険性は帳消しにされていないと

の説明、心理的効果が残存する可能性があるとの指摘、中止の認められる根拠に関する刑事政策説（黄金の橋の理論）に基づく説明、印象説に基づく説明などがなされてきたが、いずれも説得的な理由を提示するものではない。これらの議論も踏まえれば、わが国の43条ただし書のもとでの共犯者の中止未遂の要件は次のように考えるべきである。すなわち、共犯者が自分の寄与を解消したならば、その寄与は、他の共犯者によってひき続き継続される行為および結果との因果関係は認められず、その共犯者の責任は未遂にとどまり、（自己の関与した）既遂事実不発生という要件は充たされている。その場合、自己の意思によりその中止行為、すなわち、寄与の解消を行っていけば、43条ただし書が準用されるべきである。

## 第10章 共犯からの離脱、共犯関係の解消

共犯からの離脱の問題に関して因果性遮断説（判例・通説）が妥当である。すなわち、①犯罪行為に一旦関与した共犯者が、その犯罪が既遂にいたる（場合によっては、それを超えて、一連の犯罪行為が終了する）前に翻意して犯罪事象から離れ去る場合、その共犯者は、自分の寄与の因果的効果を解消すれば、その犯罪事象の段階を問わず、他の共犯者による以後の行為および結果について責任を問われない。②自分の寄与を十分に解消できなかったとしても、共犯者が離脱することによって、とりわけ他の共犯者への説得や阻止的行動等の働きかけによって、当初関与した犯罪行為と後に他の共犯者によって再開された犯罪事象とが別個独立の新たな共犯関係であると評価されうるならば、その共犯者は、自分が関与した具体的な犯行を阻止したということができ、他の共犯者によって新たに始められた犯罪事象について責任を問われない。たとえば、共犯者の働きかけによって正犯者もしくは共同正犯者が一旦犯意を（真意で）放棄するにいたったが、その後新たに決意して、もしくは新たな共謀に基づき犯罪行為を再開する場合、共犯者の離脱によって犯罪計画を大幅に変更せざるをえなくなった場合や、離脱により当面の犯罪の実行を頓挫させ時間的な延期を強いるような場合に、別個独立の新たな共犯関係であると評価されよう。さらに、③自分の寄与を解消することができず、また、犯罪事象の同一性が認められる範囲内での他の共犯者の行為を阻止することができなかったとしても、当初共同正犯的に共働し、あるいは、自分に割り当てられた寄与を計画どおりなしたとすれば共同正犯の責任を負うような者は、意思連絡の断絶前に自分に割り当てられた寄与をすべてなしおえていた場合や、他の者によっては代替できないような不可欠な寄与を既になしており、その寄与がなければそれ以降の事象も行われえなかったであろうような場合を除けば、犯意を放棄して意思連絡を断ち犯罪事象から離れ去ることによって、それ以降の事象に対しては教唆犯もしくは従犯の責任にとどまる。

判例も、最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁、最決平成21年6月30日刑集

63 卷 5 号 475 頁など、基本的にこの因果性遮断説に立っていると見える。さらに、承継的共同正犯に関する最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁もこれと表裏の関係にあるといえよう。

本書では、共謀の射程の議論の進展などを踏まえ、②の点を検討し、①の因果性の遮断の判断とは別に、共犯関係の解消（新たな共犯関係の形成）が問題とされるべきことを論じた。すなわち、共犯（関係）からの「離脱」を考えるためには、離脱すべき対象、つまり、どこから、いかなる共犯関係からの離脱が問われるのか、ということも問題とされなければならない。離脱すべき共犯関係が存在しなければ、そもそも「離脱」も問題になりえない。ある共犯者が犯罪とかかわりを持ち、その後それと距離を置いた後、他の共犯者がそれに関連して犯罪を行った場合、離脱前後の犯罪（の共犯関係）の同一性がなければ、離脱後の犯罪は、離脱者がかかわっていない（共犯関係のない）犯罪と評価されることになる。つまり、因果性の遮断とは異なる観点として、離脱の対象たるべき共犯関係（の範囲）も問われなければならないのである。

どのような場合に、新たな共犯関係が形成されたものと評価されるのかが問題になる。当該の具体的な共謀（意思連絡）の内容（犯行の動機、予定された客体・行為態様、役割分担・共犯者の中で占める地位など。計画遂行の障害や状況の変化に応じて予定されまたは許容されうる計画変更の程度なども）をその出発点とし、その当初の共謀内容に照らして、前後の犯罪事象の異同（当初の共謀からの逸脱の程度）、時間的・場所的隔たりの有無・程度、犯意・動機の継続性の有無・程度、離脱の際にとった措置などを総合的に判断し、離脱者を除いた犯罪遂行がなお「当初の共犯関係に基づくものといえる」のか否か（当初の共謀内容に照らして犯罪がなお同一といえるか否か、または、犯行の枠組みが組み直されたと評価すべき場合か否か）が判断されるべきこととなろう。

具体的な判断においては、共犯関係の同一性が問題になったと考えられる裁判例との比較が有益である。裁判例を分析すると、第 1 に、時の経過により共犯関係がいわば自然消滅した場合、第 2 に、ある共犯者の行為が当初の共謀の範囲を超え、共謀の及んでいないものと考えられる場合、第 3 に、共犯者から殴られ気絶した後共犯者が犯行を続行した場合のように、いわば共犯関係から排除された場合、第 4 に、離脱意思の表明とその了承によって新たな共犯関係が形成されたと考えられる場合に類型化できよう。また、共同の防衛行為後に一部の者が過剰防衛に及んだ最判平成 6 年 12 月 6 日刑集 48 卷 8 号 509 頁の事案も、不正な侵害の排除目的で形成されたところの、防衛行為についての意思連絡が、侵害終了後の追撃行為にまで及んでおらず、追撃行為が当初の意思連絡の射程の及ばない別個の新たな違法行為と考えられる事案であり、犯罪行為の同一性の判断を考える比較事例として参考になる裁判例といえる。

## 第 11 章 不能犯論の現状と課題

わが国の不能犯論における学説の対立軸は、現在、仮定的蓋然性と具体的危険説に対立ある。仮定的蓋然性については、第 1 に、仮定的な事実の置き換えの許容される範囲、言葉を換えれば、事実の置き換えのために事態を遡りうる範囲、第 2 に、仮定的な事実の存在可能性の程度、第 3 に、客体の不能の取扱い、さらに、第 4 に、客体の不能のなかでも、窃盗罪・強盗罪などの財産犯の場合の客体の不能の取扱いについて疑問を抱かざるをえない。第 1 の点について、論者は、置き換えのために遡りうる範囲に理論的に限界はないと論じており、第 2 の点について、その程度は、仮定的蓋然性説の支持者の間でも見解が分かれているように思われる。実務的には、仮定的事実の存在可能性の証明の問題も重要であろう。仮定的蓋然性説の判断の「手順」それ自体は明確といえるが、具体的な結論を導くための判断基準には、かなり不明確な部分が残っているといわざるをえない。また、仮定的事実の存在可能性を問うことによって、「現実中存在する個別的な客体に対する現実の危険」はもはや問われておらず、そこで非難の対象の実体を形づくっているのは、結局のところ、「仮定の世界において侵害可能性をもつと評価される」ところの「現実に行われた行為」である。すなわち、仮定的蓋然性説の立場から問題とされている「結果としての危険」ないしは危険結果の実体は、実は外界に生じた事態ではなく、一定の可能性を有すると評価される「行為」を評価しているといえよう。

一方で、具体的危険説に対しても批判が向けられてきた。すなわち、判断基底にかかわる批判として、第 1 に、一般人が行為時にその状況に置かれたとしたら認識しえたであろう事実と行為者がとくに認識していた事実との関係が不明確である。第 2 に、具体的危険説のいう判断基底を設定するためには「事後判断」を行わざるをえず、それは「事前判断」を主張する具体的危険説の基本的立場に矛盾する。そして、判断基準にかかわる批判として、第 3 に、一般人を基準とし、いわばその「危険感」により未遂犯の成立が基礎づけられるのであれば、裁判での厳密な事実の認定、鑑定等が不要となってしまうかねず、それは刑事裁判の実態に合わない。第 4 に、一般人を基準とした判断は不明確である、といった批判である。しかし、いずれも理由のあるものではない。具体的危険説は行為の実行行為性を判断するものであり、そこでは、「行為のもっている結果発生の可能性」を判断する枠組み、つまり、行為者の認識事実と一般人の認識可能な事実を基礎に行為時からその後の経過を予測し、いわば行為の結果発生適性を評価する判断枠組みを設定し、それを判断しようとするものにすぎず、それを超えて、「行為時に判明する事実だけを用いてかかる可能性判断をすべきだ」とか、「行為時に行為の違法性を確定すべきだ」といった主張をするものではないからである。また、一般人基準は使用不可能なほど不明確なものとはいえず、社会の人々の意識を踏まえ、それを当罰性判断のなかに組み入れて構成要件的行為を評価する具体的危険説、ないしは定型説・印象説などそれに類似する見解が妥当であると考えられる。

わが国の判例についてみると、とりわけ昭和 30 年代以降の判例は、実質的には具体的危



険説ないし定型説を基調としていると考える。確かに、昭和 30 年代までの判例の基本的立場が絶対的不能・相対的不能説に立っていたということができ、その後、明確な判例変更は行われていない。しかし、第 1 に、その時代までの大審院・最高裁判例のなかに、「被害者……カ懷中物ヲ所持シ居リタルト否トハ強盜未遂犯ノ構成ニ何等影響ヲ及ホスルモノニ非ス」と判示する、具体的危険説と親和性のあるところの、強・窃盗罪の客体の不能に関する一連の判例もある。第 2 に、具体的事案で判例が示してきた結論は、仮定的蓋然性説を支持する論者の結論とは大きな隔たりがあり、むしろ、その結論は具体的危険説に近いものと考えられる。個々のケースでいえば、たとえば、毒を混入された食べ物の臭いや外観から被害者がそれを食べなかったという事案において、判例は殺人未遂罪を認めてきたところ、仮定的蓋然性説からは不能犯という結論になるように思われる。第 3 に、不能犯に関する「判例」の立場を考える場合、(ア) 昭和 20 年代の終り頃まで判例、(イ) それ以降の判例の動向、とりわけ (ウ) 最判昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 146 頁以降の動向というように、判例の変遷に十分に留意することが必要であり、とくに昭和 30 年代以降の動向は具体的危険説に親和性のある立場に重点が移ってきているといえよう。近時、特殊詐欺の事案において「だまされたふり作戦」が実施された場合に関して、一連の下級審判決が、不能犯の関係で、具体的危険説の考え方に依拠して事案の解決を図っているのも注目すべき動向といえる。

## 第 12 章 不能犯論についての若干の覚え書

明治以降わが国の刑法学に影響を及ぼしてきた諸外国の不能犯論は、わが国とは異なっており、「主観説が有力である」とか、「ドイツ、英米では、不能犯はすべて未遂犯として処罰されるというのが原則である」といった指摘がなされてきた。このような指摘はその通りであるが、内容面につき少し立ち入った検討も必要である。

未遂犯論全体についてみると、①未遂を処罰する範囲（重罪の場合など一定の犯罪に限定するのか否か）、②未遂の場合に科される刑の程度（既遂犯の刑を減輕するのか否か、減輕する場合にはその程度）、③（可罰的な）未遂と（原則的に不可罰な）予備行為との区別基準、といった問題を考えた場合、諸外国もこれらすべての問題について、純粋な主観説から導かれる諸帰結をすべて採っているわけではない。諸外国においても、「純粋な」主観説ではなく、「限定された」主観説が判例・通説であるというべきである。

不能犯論に関しては、不能犯の定義の違いに留意する必要がある。すなわち、わが国の不能犯論においては、「不能犯は不可罰な場合（未遂・企て）である」ということを前提とし、不能か否かの観点から不可罰とすべき未遂を「不能犯」と呼ぶ。この場合、「不能犯＝不可罰」ということが固定化され、「不能犯」の中身が変わることになる。それに対して、「不能

未遂」にあたる場合を想定（固定化）し、そのなかで「可罰的な不能未遂」と「不可罰な不能未遂」とを区別するという概念の用い方がある。不能未遂の事案を絶対的（事實的）不能と相対的（法律的）不能とに区別し、「相対的（事實的）な不能未遂は可罰的である」と考えるのは、このような語法である。用いている用語法の違いに留意したうえでの比較が必要である。

また、「不能未遂は原則的に可罰的である」と考える諸外国においても、幻覚犯・迷信犯（非現実的な手段での未遂）は不処罰だと考えられており、その限りでは、手段の不適切さ等の観点から不可罰とすべき未遂の問題は依然として残っている。

翻って、わが国の議論状況を見ると、（イ）わが国の判例は、客体の絶対的不能の典型的な場合である死体に対する殺人の企てを殺人未遂罪として、手段の絶対的不能である空ピストルでの殺人の企てを殺人未遂罪として処罰している。（ロ）判例において不能犯と判断されたものは多くないうえ、不能犯と判断したことで有名な硫黄での殺人を企行では、その後被害者は絞殺され、硫黄での殺人の企てが不能犯（傷害罪）とされたことで、かえって被告人の刑が重くなっている点に注意を要する。（ハ）不能犯を肯定した判例に関していえば、それらは不能犯の肯定にもかかわらず「すべて有罪判決」であり、「公訴事実全部に不能犯が肯定されたことは、一度としてない」との指摘もなされている。（ニ）判例の立場につき実質的には具体的危険説的な立場を採っているとの分析が有力であるところ、「行為者の誤信と一般人の誤信とは、行為者の誤信が迷信犯の場合のように荒唐無稽なものでないかぎり、一致するであろうから、〔具体的危険説によれば〕不能犯が成立する余地はほとんどない」との指摘もなされてきた。このようにみえてくると、わが国の判例の事案の処理は、その結論においては、（限定）主観説を基調とする諸外国の処理と「著しく」相違するとまではいえないようにも思われる。

もちろん、不能犯論が不起訴判断に及ぼす影響について過小評価はできないし、諸外国でしばしば問題になってきた不能な墮胎の企てや、（諸外国の事例ではときにおとり捜査が関係する）盗品でない物を盗品と誤信してのその処分への関与の企てに関しては、わが国ではそれらの未遂を処罰しておらず、未遂規定そのものからしてより謙抑的である。そして、判例が「客観説」に立ってきたことも否定することはできない。このような点に決定的な相違がみいだされるとするならば、諸外国の不能犯論との比較において、わが国の判例や、通説とされてきた具体的危険説ないしはそれに類似する見解の処罰範囲が広すぎるとか、過度の社会防衛的関心を示すものであるとはいえない、ということができよう。なお、刑事司法過程全体のなかでのこの種の事案の処理の比較検討が、今後の重要な課題の 1 つであると考えられる。

以上