

# ドイツ刑法における幻覚犯について

江 藤 隆 之

## 目次

- I ドイツ刑法における幻覚犯論スケッチの目的
- II 通説としての裏返しの錯誤論
- III 規範的構成要件要素の錯誤
  - 1) 裏返しの錯誤論による可罰説
  - 2) ヘルツベルクによる可罰説
  - 3) ブルクハルトによる不可罰説
  - 4) ロクシンによる区別説
  - 5) 小括
- IV 主体の錯誤
  - 1) 困難な問題の抽出
  - 2) 未遂犯説
  - 3) 幻覚犯説
  - 4) 小括
- V むすびにかえて

キーワード：ドイツ刑法，幻覚犯，不能未遂，規範的構成要件要素の錯誤，主体の不能

## I ドイツ刑法における幻覚犯論スケッチの目的

ドイツ刑法においては，行為者の表象によれば直接的に構成要件の実現を開始した場合を未遂犯（Versuch）と呼び<sup>(1)</sup>，現実的客観的観点から結果発生が不能である不能未遂（untauglicher Versuch）の場合でも原則として

可罰的である。<sup>(2)</sup>この可罰性は、23条3項の反対解釈により、<sup>(3)</sup>著しい無知にもとづく不能未遂 (untauglicher Versuch aus grobem Unverstand) の場合においても——例外的に未遂犯の可罰性を有しないとされる迷信犯 (abergläubiger Versuch) を除いては——完全に欠落することはないと考えられている。<sup>(4)</sup>これに対して、存在しない刑罰規範を存在すると誤信し、それに反する行為を行った場合を幻覚犯 (Wahndelikt/Wahnverbrechen) と呼び、その不可罰性は一般に承認されている。<sup>(5)</sup>たとえば、行為者が不倫、同性愛、<sup>(6)</sup>自殺未遂など刑罰構成要件の存在しない行為を可罰的であると信じて行為したとしても、それは罪刑法定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) の観点から当然に——22条に該当しない理由として所為決意 (Tatentschluss) 要件の欠落を理由とする説明もある<sup>(9)</sup>——不可罰となる。

不能未遂と幻覚犯の概念は、1830年のヘフターによるパラレルな理解の試み<sup>(10)</sup>——彼自身はこの段階でこれらの概念名称を明確に呼称したのではなかったが、ミンツ<sup>(11)</sup>によれば実質的に1830年のヘフターが不能未遂を幻覚犯とパラレルに定義した最初の論者と見られるべきであるという——以降、その関係が常に議論の対象となってきた。<sup>(12)</sup>

この議論の出発点は、もちろん、1930年頃まで——1880年にはすでにRGが主観説に基づいて不能未遂の可罰性を肯定していたの<sup>(13)</sup>と対照的に——不能未遂の不可罰性を肯定する客観説が圧倒的に通説的地位を占めていたこと<sup>(14)</sup>と無関係には理解できない (ヘフター自身も客観説の主張者である)。客観説によれば、不能未遂も幻覚犯もともに現実的観点からは構成要件を実現する危険のない行為として不可罰の結論を導くため、客観説に立脚する論者から両概念が親和的なものとして理解されていった<sup>(15)</sup>ことは自然な成り行きであった。たとえば、日本においても、主体の不能の不可罰性を導く立場が、幻覚犯概念をしばしば援用しようとする<sup>(15)</sup>ことは知られている。

ところが、不能未遂を幻覚犯として理解し、その不可罰性を導く手法は、今日のドイツにおいては、ほとんど採用する余地がない。というのも、1975年の現行総則規定下においては、未遂要件のひとつとして行為者の表象

によることを明文で肯定している22条および著しい無知による不能未遂の可罰性を肯定している23条3項により、不能未遂を不可罰とする客観説の維持が困難になったからである。<sup>(16)</sup>そのため、可罰的な不能未遂と不可罰的な幻覚犯とを同視することは、もはやおよそ不可能となった。それにかわって、むしろ、可罰的な不能未遂と不可罰的な幻覚犯とを明確に区別しなければならないという問題が生じているのである。<sup>(17)</sup>現に、BGHは（もちろん主観説に立つRGも同様であるが）、「不能未遂であるか幻覚犯であるかの問いは重要である」と言及するに至っている。<sup>(18)</sup>

両概念の区別は、その基本思想の段階においては容易である。<sup>(19)</sup>ロクシンは、「行為に際して、行為者が、その存在が構成要件を充足する状況について錯誤している場合、不能未遂である。これに対して、行為者がすべての状況を正確に把握しているものの、その行為が刑法的な禁止を踏み越えるものであると誤って認識している場合、不処罰の幻覚犯である」<sup>(20)</sup>と定義し、「夕闇の中で人であると思って木の幹を撃った者は、故殺未遂罪となる。これに対して、自身の所有する森の中で木の幹を木の幹であると認識しつつ、それが可罰的であると考えて撃った場合、幻覚犯である」<sup>(21)</sup>と具体例を挙げて説明する。そして、「幻覚犯の不可罰性は、法律なければ犯罪なしの原則（基本法103条2項）から生ずる。すなわち、刑罰構成要件のないところには、既遂であろうと未遂であろうとありえないのである。行為者の法敵対的な意思だけでは、可罰性を基礎づけることはできない」<sup>(22)</sup>という。

なるほど、たしかに原則となる考え方は明快であり、かつ単純な事例においては、両概念の区別はロクシンの指摘するとおり、「容易 (einfach)」<sup>(23)</sup>そうである。しかし、いくつかの事例群、たとえば規範的構成要件要素に錯誤がある場合<sup>(24)</sup>などにおいては、ロクシン自身が「とても困難 (sehr schwierig)」<sup>(25)</sup>であると認めるように、その区別は「そんなに簡単なものではない (nicht so leicht)」<sup>(26)</sup>く、それどころか「かなりの困難 (erhebliche Schwierigkeiten)」<sup>(27)</sup>となるだろう。たとえば、検察官の前で虚偽宣誓を行った者について、彼は構成要件要素（「宣誓を聴取すべき権限を有する地位」）について錯誤が

あるため、虚偽宣誓罪の未遂となるのだろうか。それとも、何ら罰に値しない振る舞い(宣誓を聴取すべき権限のない検察官の前での誓い)を可罰的であると誤って考えていたのであるから不可罰の幻覚犯なのであろうか。<sup>(28)</sup>一筋縄ではいかなそうだ(というのも、当初から構成要件がまったくない場合については、不可罰の幻覚犯であることは簡単に導き出せるが、一応該当するような構成要件はあるもののその規範的要素に錯誤がある場合の処理は簡単ではないからである<sup>(29)</sup>)。

そこで、本稿は、ドイツにおける幻覚犯をめぐる議論をスケッチすることにした。日本においては、不能犯は、法規上は明文の規定がないものの客観的未遂論に立脚する圧倒的多数により——ドイツとは対照的に——理論的に不可罰と解されている。ところが、不能犯論における通説である具体的危険説を採用した場合、主体の不能の不可罰性を導き出すのは理論的に困難であると考えられており、その不可罰性を担保するために、しばしば幻覚犯概念が援用される。つまり、日本においては、客観的未遂犯論の立場から、不能未遂の不可罰性を主体の不能の場合にも担保するために幻覚犯概念が利用されることがあるのである。そのため、ドイツ刑法における幻覚犯概念を不能未遂との関係で整理・分析して提示することは、日本不能犯論の発展に資するところがあると思われる。本稿の直接の目的は、ドイツ幻覚犯論のスケッチであるが、日本不能犯論の発展に貢献することを同時に間接的な目的とするものである。

## II 通説としての裏返しの錯誤論

不能未遂は、事実に関して行為者の——不利益な方に(zu Ungunsten)——錯誤のある場合である。不能未遂においては、行為者は構成要件実現の障害が存在しているにもかかわらず、その存在を認識しておらず、構成要件実現が事実的に可能であると誤信している。たとえば、射殺の意図で人に向けて拳銃の引き金を引いたが、偶然拳銃に弾丸が込められていなかったため、これを遂げなかった場合が典型例である。これに対して、幻覚犯

は、刑法規範について行為者に——やはり行為者の不利益な方に——錯誤のある場合である。幻覚犯においては、事実上錯誤があるのではなく、規範について錯誤があることによって不能犯と区別される。

ここで、行為者の利益な方に錯誤がある場合との対比によってアプローチする考えが生じてくる。構成要件的事実の認識に錯誤がある場合、それは（当然に）構成要件的事実の錯誤である。たとえば、拳銃に弾丸が込められていないと誤信して、実際は弾丸が装填されているピストルの引き金を人に向けて引いたとき、行為者は錯誤に陥っている。このとき、行為者は「事実、弾丸が装填されている拳銃」を「弾丸が装填されていない拳銃」と行為者にとって有利な方に誤信している。すると、不能未遂は、誤信の方向性が逆を向いている「裏返しの構成要件の錯誤（umgekehrter Tatbestandsirrtum）」と見ることができよう。

禁止の錯誤は、事実の認識に欠けるところはないものの、禁止規範があるにもかかわらず、これをないと誤信した——すなわち行為者にとって有利な方に誤信した——場合である。となれば、幻覚犯は「裏返しの禁止の錯誤（umgekehrter Verbotsirrtum）」として理解することができる<sup>(30)</sup>。このように、構成要件の錯誤が裏返されたものを不能未遂、禁止の錯誤が裏返されたものを幻覚犯として捉える見解を裏返しの錯誤論と呼ぶことにする<sup>(31)</sup>。

裏返しの錯誤論は、ドイツにおいて判例の採用するところであり<sup>(32)</sup>、学説においては通説的地位を占めている<sup>(33)</sup>。そこで、この裏返しの錯誤論が、不能未遂と幻覚犯の区別における難問、すなわち規範的構成要件要素の錯誤と主体の錯誤の場合に、いかなる結論を導くかに着目しながら、さらに描写していこう。

### Ⅲ 規範的構成要件要素の錯誤

#### 1) 裏返しの錯誤論による可罰説

規範的構成要件要素に錯誤がある場合、構成要件に関する錯誤であると

解するのか、それとも規範の射程に関する錯誤であると解するのかによって結論が異なってくる。規範的構成要件要素の錯誤においては、単に禁止の錯誤 (Verbotsirrtum) が裏返されているのではなく、構成要件要素についての規範的なあてはめ (包摂) の錯誤 (Subsumtionsirrtum) が裏返されているのである。

まず、規範的構成要件要素に錯誤がある事例を確認しておきたい。ドイツ刑法246条1項<sup>(34)</sup> (横領罪/Unterschlagung) における「他人の (fremd)」に関する錯誤、たとえば、自己の物を他人の物と誤信して横領の意図で領得した場合や、154条1項<sup>(35)</sup> (虚偽宣誓罪/Meineid) における「権限ある地位 (zuständige Stelle)」に関する錯誤、たとえば——すでに先に例に挙げたように——宣誓の聴取の権限のない検察官の面前において、検察官を宣誓の聴取に権限ある者と誤信し、虚偽宣誓の故意をもって虚偽宣誓をした場合などがこれである。

通説的な裏返しの錯誤論は、ドイツ刑法16条1項前段<sup>(37)</sup>の適用を裏返すことで、これらの事案を可罰的な不能未遂であると解する<sup>(38)</sup>。ドイツ刑法16条1項前段は、「行為遂行時に法定の構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したのではない」と定めているが、通説は、まさにその裏返しと考えることによって規範的構成要件要素の錯誤の可罰性を肯定する。ある錯誤が16条1項前段によって行為者を解放するのであれば、その逆の錯誤によっては、行為者は解放されない。他人の物を自分の物と誤信して横領した場合、16条1項前段によって、故意犯の成立が否定されるというのであれば、その逆の誤信である場合、結果として未遂犯の成立が肯定される<sup>(39)</sup>というのである。

バウマン＝ヴェーバー＝ミッチュ＝アイゼレの教科書 (ミッチュ執筆頁) は、次のような2つの事案を対比させて、単純に幻覚犯とされる場合と可罰的な未遂犯とされる規範的構成要件の錯誤の場合との区別を浮き上がらせている。「Xは、自殺の意図で睡眠薬を摂取したが、彼はこの所為を可罰的な謀殺未遂であると考えていた」という事例について、ミッチュは、自殺に適用される刑罰構成要件が現行刑法にはないため、不可罰的な幻覚

犯であるとするが、「Yは、Xの自殺の試みが失敗した後、Xを処罰から逃れられるため、Xの所為の痕跡を隠滅した」という事例については、Yは、ドイツ刑法258条1項および4項によって処罰妨害の未遂(versuchte Strafreitelung)として可罰的であるという。なぜなら、YはXの行為が刑罰に値する所為(犯行)であると考えていたのであり、258条の文脈においては、Yは犯行という規範的な要素を正しく認識していたといえるからである。キュールは、裏返しの錯誤論を次のようにまとめている。「行為者が事実のレベルで所為状況の意味を誤っていたというのであれば、不能未遂となる」と。

## 2) ヘルツベルクによる可罰説

ヘルツベルクは、規範的構成要件の錯誤事例においては、行為者の錯誤は、構成要件ではなく、その前段階(Vorfeld)にある「参照領域(Verweisungsberich)」に生じているという。<sup>(44)</sup>横領罪規定における「他人の」という文言の意味の確定については民法を参照すべきであり、<sup>(45)</sup>虚偽宣誓罪規定における「宣誓を聴取する権限ある地位」の如何は、「刑事手続法の規定」にかかっているが、<sup>(46)</sup>たとえこれらに法的変更があったとしても刑罰構成要件の文言やその基本的意義には影響を及ぼさない。たとえば、民法が改正されて所有権に関するルールが変わることによって「他人の」の範囲が拡大されても縮小されても、横領罪の構成要件の文言が必然的に変更されるというわけではなく、また「他人の物を横領してはならない」という横領罪の基本的意義はまったく変わらない。もちろん、「宣誓を聴取する権限」の範囲を刑事手続法が拡大しようと縮小しようと、やはり虚偽宣誓罪の構成要件の文言にも存在意義にも影響を与えない。したがって、これらの領域に関する錯誤は、構成要件に関する錯誤ではなく、その前段階の参照領域の錯誤であるというのである。

そこで、ヘルツベルクは、幻覚犯と可罰的な不能未遂とを次のように区別する。すなわち、立法者は、どのような行為を犯罪として処罰するかについての基本決定(Grundentscheidung)を行っているが、錯誤がこの基本

決定に関する場合には、不処罰な幻覚犯であり、これに対して、単に参照領域における法的判断に誤りがあり、立法者の基本決定に関して錯誤がない場合——換言すれば基本決定に対して正しく敵対的である場合——は、可罰的な未遂となる<sup>(49)</sup>。したがって、たとえば、自己の物を他人の物であると誤信した横領については、単に構成要件の前段階の参照領域において錯誤があったにすぎず、結局のところ他人の物を横領してはならないという立法者の基本決定に反したのだから、可罰的であるとする。

ヘルツベルクの見解によれば、本稿で例に挙げられている規範的構成要件の錯誤は、すべて参照領域の錯誤にすぎないとして、可罰的であるとされる。

### 3) ブルクハルトによる不可罰説

ブルクハルトは、ヘルツベルクと正反対の見解を主張する。

法がある行為を禁止するとき、それを構成要件に規定するのか前段階とするのかは、ほとんどの場合単に技術的な問題であるとブルクハルトはい<sup>(50)</sup>う。立法者は、他の法領域を参照させるかわりに、構成要件に立法者が禁止したい行為を列挙することもできる。たとえば、虚偽宣誓を処罰したいのであれば、それを「権限のある地位」などを書いて刑事手続法の規則を参照させるのではなく、宣誓の聴取に権限のある地位をすべて列挙することによっても可能である。そして、その方が明確性に資するのであるから、むしろ好ましいということになろう<sup>(51)</sup>。

構成要件要素は、結局のところ、構成要件要素を指示する法規範にかかっているとブルクハルトはい<sup>(52)</sup>う。ヘルツベルクは、前段階と構成要件要素とを峻別してみせたが、ブルクハルトによれば、前段階に属する規範がまさに構成要件要素を決定づけるのであるから、前段階における規範の錯誤は、構成要件適用範囲に関する錯誤なのである。

したがって、ブルクハルトによれば、規範的構成要件要素の錯誤は、すべて幻覚犯として不処罰になるという結論に至る。

## 4) ロクシンによる区別説

ロクシンは、通説である裏返しの錯誤論を、「未遂と幻覚犯とを区別することができないものである」と批判する<sup>(53)</sup>。ロクシンによれば、裏返しの錯誤論は、構成要件の錯誤においては故意が欠けるが、不能未遂の際には故意が要求されること、幻覚犯においては構成要件の故意が欠けるが、禁止の錯誤の場合には構成要件の故意が認められるといったトリビアルな意味においてのみ正当性を有するにすぎない<sup>(54)</sup>。「裏返しの構成要件の錯誤（つまり、不知が故意を阻却する状況を誤信していること）は、必ず可罰性を根拠づけるとはいえないばかりか、未遂すらも基礎づけたりはしない<sup>(55)</sup>」のである。

というのも、構成要件の錯誤と可罰的不能未遂は、必然的な論理関係として逆の関係にあるわけではない。未遂は、錯誤の逆であるから16条の逆として処罰されるのではなく、立法者が、未遂の可罰性を認めてはじめて処罰されるのである。したがって、未遂の可罰性は目的論的観点から決定されるのであって、処罰されないものの逆であるからといった論理関係によるものではない<sup>(56)</sup>。

ロクシンは、ヘルツベルクとブルクハルトの中間的見解を主張する。ロクシンによれば、前段階に位置づけられる要素には、異なるものが含まれている。

ひとつは、様々なものを総称した——「総称概念 (Sammelbegriff)」——である。たとえば、虚偽宣誓罪構成要件における「権限のある地位」は、権限のある諸地位の総称として使われている。また、258条（処罰妨害罪）にある「違法な所為 (rechtswidrige Tat)」は、各犯罪構成要件の総称である。このような対象物の総称は、ロクシンによれば、構成要件要素に他ならない<sup>(57)</sup>。したがって、検察官の前での偽証、犯罪構成要件に該当しない行為への処罰妨害の故意で行った行為については、不可罰となる。

これに対して、「他人の物」というときの「他人性 (Fremdheit)」は、何かの総称ではない。したがって、財産を規律する規範は財産犯の構成要件に属するものではない。行為者が、財産概念を正しく理解しているなら

ば、その規範の誤認識は、未遂犯の成立を何ら妨げるものではない。<sup>(58)</sup>

このように、ロクシンは、前段階に属する要素のうち、総称概念の錯誤については、それは本来列挙される構成要件要素の錯誤であるため不処罰を導き、それ以外の前段階における規範の錯誤に過ぎない場合には、可罰的未遂犯を成立させるというのである。<sup>(59)</sup>

## 5) 小括

以上のスケッチから、次のことが明らかになった。

- ① 規範的構成要件要素の錯誤について通説は裏返しの錯誤論から一律に処理する。
- ② 規範的構成要件要素の錯誤は構成要件の前段階の錯誤であるとして可罰性を認める見解がある。
- ③ 構成要件の前段階の錯誤は結局のところ構成要件に関する錯誤であるとして不可罰を導く見解がある。
- ④ 構成要件の前段階の錯誤は構成要件に関する錯誤である場合とそうでない場合とがあるので両者を区別すべきであるとの見解がある。

次にもう一つの困難な問題、主体の錯誤に関する議論状況をスケッチしよう。

## IV 主体の錯誤

### 1) 困難な問題の抽出

構成要件の主体の不能性につき錯誤がある場合、解決困難な問題とそうでない問題がある。まず、議論のないところを確認することによって、解決困難な問題を抽出することしよう。

主体の不能が実は客体の不能に由来している場合、幻覚犯ではないということについて学説はほぼ一致している。<sup>(60)</sup>たとえば、妊娠していない妊婦

が自らに対して中絶未遂をした場合がそれである（ただし、現行法では218条4項後段の規定により中絶の未遂は妊婦については不処罰である<sup>(61)</sup>）。このような場合、主体が不能なのではなく、実際は、胎児という客体が不存在であるが故の不能なのである。となれば、これは幻覚犯の問題ではなく、未遂犯の地平で論じられるべき問題である。そして、客体の不能未遂の可罰性を肯定するドイツ未遂犯ドグマーティクにおいては、これを問題なく可罰的であると捉えるのが圧倒的であるといえる。

それでは、被告人が裁判官によって許されない宣誓をさせられた虚偽宣誓の場合<sup>(63)</sup>や153条の宣誓によらない偽証罪に当たると思い偽証した場合<sup>(64)</sup>、軍人でない連邦軍の民間従事者が自分を兵士であると思い込み、職務怠慢によって軍刑法16条<sup>(65)</sup>の逃亡罪を行ったと誤信していた場合など、<sup>(66)</sup>客体の錯誤ではなく主体について錯誤がある場合はどのように考えるべきだろうか。

この場合、主体の不能性を2つのパターンに分ける必要があるだろう。まず、単純に構成要件の解釈を誤っているにすぎない場合、——たとえばよくある教壇事例だが、市役所を掃除する民間の掃除業者が自らを公務員であると誤信した場合——これは存在しない構成要件への違反であるため、当然に不可罰の幻覚犯となる<sup>(67)</sup>。この結論に異論はない。

問題は、主体にまつわる特別な義務を基礎づける事情（Umstände）に錯誤がある場合である。たとえば、裁判官としての任命が無効であるにもかかわらず有効であると誤信して、刑法339条<sup>(68)</sup>の裁判官による枉法罪を行ったと思っている行為者や、自らが免職になったことを知らない行為者が、自らをいまだ公務員だと思い、刑法332条1項<sup>(69)</sup>の収賄罪に当たりうる行為をしたときがそれである。この場合における先ほどの事例との違いは、事実の認識の正確さにある。先ほどの掃除業者事例の場合、行為者はすべて事実を正しく認識しており、ただ単に純粹に自己の地位に関する法的評価を誤っているにすぎない。これに対して、任命が無効な裁判官事例や免職に気づいていない公務員事例の場合は、法的評価を基礎づける事情について誤認があるのである。その所為は未遂犯としての可罰性を有するのだろうか、それとも幻覚犯として不可罰なのだろうか。学説の状況を見てみよ

う。

## 2) 未遂犯説

通説によれば、特別な義務を基礎づける事情に錯誤がある場合、未遂犯である。行為者の身分は、真正な構成要件要素であり、他の構成要件要素と異なって取り扱う理由はない<sup>(71)</sup>とすれば、その錯誤は裏返された構成要件の錯誤に他ならないので、未遂であると考えられるという。あとは、未遂犯の処罰根拠論から、未遂犯の可罰性を充たすか否かを検討すれば良いことになる。もちろん、主観的未遂犯論が通説的な現在のドイツにおいては、可罰的であるとする結論に至る見解が多い。

なお、本稿では、ここから先の危険論的アプローチの詳細に立ち入ることなく、——主体の不能への危険論的アプローチについては、すでに塩見淳による詳細な先行研究があるのでそちらを参照——<sup>(73)</sup>幻覚犯か未遂犯かの区別に留まることにする。

## 3) 幻覚犯説

反対説は、このような場合を不処罰の幻覚犯であると結論づける。反対説の論者によれば、行為者に特徴づけられる構成要件要素は、規範の名宛人の範囲を決定づけており、この規範の名宛人の外枠は、行為者の錯誤によって拡大されたりはしない<sup>(74)</sup>というのである。

たとえば、ヴェルツェルは、このような主体の不能を、幻覚犯の下位事例として位置づけて次のようにいう。「公務員としての義務侵害およびそれによる公務犯罪は、その公務員としての義務が現実に義務づけられているときにのみ犯すことができるのであって、それが事実的な錯誤に起因するものであろうと法的な錯誤に起因するものであろうとも、単に錯誤によって義務があると思っていたときには犯すことができない<sup>(75)</sup>」と。

フリスターは、誤った表象を抱えている人であっても真正身分犯の未遂の所為決意を有することを認めながらも、特別な主体に向けられている規範は、そのような主体でない者の行為によって、その妥当性が動揺させら

れることはないという。そのため、彼は、特別な犯罪については、それが未遂の場合であっても、特別な関係が客観的に存在することが要求されるため、主体の不能は不処罰の幻覚犯となると解している。<sup>(76)</sup>

#### 4) 小括

以上のスケッチから、次のことが明らかになった。

- ① 主体に関する錯誤（主体の不能）といっても、単純に主体の評価に関する錯誤がある場合と、主体の特別な義務を基礎づける事情についての錯誤がある場合とがある。
- ② 主体の特別な義務を基礎づける事情についての錯誤がある場合、通説的な未遂犯としてのアプローチをとると、主観的未遂犯論を基礎とするドイツ刑法学においては可罰的未遂が成立する。
- ③ 身分犯を規範の名宛人の問題であると解し、未遂犯アプローチを採らずに、主体の特別な義務を基礎づける事情についての錯誤の場合でも不処罰を導くアプローチもありうる。

## V むすびにかえて

以上のように、ドイツ刑法における幻覚犯をめぐる議論を見てきた。議論のまとめ自体はすでにここまでの叙述によってなされているので、ここでは、本稿によって得られた示唆を明確にしておきたい。

日本刑法学において、幻覚犯はさほど重要な論点として扱われていないように思われる。主体の不能の不可罰性を説明するためにしばしば援用されるにとどまるといえるだろう。

しかし、本稿によって「主体の不能は幻覚犯であるがゆえに不可罰である」との説明だけでは説明になっていないことが、以下の3つの観点から示された。

第1に、規範的構成要件要素の錯誤の議論を見ることによって、幻覚犯

をどのように理解するかについて——基本原則においては争いのないものの——限界事例の解決はまだほとんどなされていないことが明らかにされた。したがって、「幻覚犯であるから」といっても、幻覚犯が何であるかを示せなければ、何も根拠づけたことにはならないことになる。その際、構成要件要素の錯誤か前段階の錯誤かという視点は、重要な役割を果たすと期待される。日本においても、幻覚犯概念を使用するならば、その概念の限界事例における区別を明確に提示する必要がある。

第2に、主体の錯誤をめぐる議論の前提を確認することによって、主体の不能というテーマを、単に主体そのものの解釈を誤っている場合と主体に関する特別な義務を基礎づける事情について誤信がある場合とに分類する必要性が示唆された。固い客観的危険説を採用して主体の錯誤を一律不処罰とするなら別論、ある程度事実の抽象化を認める議論に賛同するならば、形式的に主体が欠ける場合と、具体的な事情によっては行為者が主体でありえた場合との区別は——それがどのような結論を導くのかの検討は別稿に譲るが——重要な区別となりうるだろう。たとえば、自らを何らの理由なく公務員であると誤信した者と、現に公務員たりうる客観的な蓋然性があったにもかかわらず何らかの事由により偶然行為当時公務員でなかった者との区別は重要であろう。日本においては、賄賂罪に関する未遂処罰規定はないが、このような典型例の検討が、各種身分犯の主体の不能の解決の基本指針を示すことにつながる。もしかしたら、ロクシンが規範的構成要件要素の錯誤でそうするように、主体の不能の場合においても、一律の解決ではなく、構成要件ごとにその主体がどのような性質のものであるのか検討する必要があるのかもしれない（するとそれは危険論的アプローチに近づいてくるだろう）。

第3に、仮に主体の不能を幻覚犯であると捉えるとしても、なぜ主体は他の構成要件要素と異なる取り扱いを受けるのかを説明できなければならないことが示唆された。ヴェルツェルやフリスターのような説明が、なお日本における未遂犯の処罰根拠論の中でも有効であるか、あるいは説明に修正を加える必要があるか、検討する余地がある。

ところで、ドイツの文献においては、幻覚犯を単なる不可罰の未遂として描写しているようなものが見受けられた。たとえば、不能な方法にもとづく迷信犯も幻覚犯と解しようとするものがそれである。しかしやはり、<sup>(77)</sup>未遂犯アプローチによる不処罰の根拠づけ（ドイツの通説においては法動搖の印象の不発生、日本のそれにおいては危険の不発生）と、幻覚犯による不処罰の根拠づけ（規範の不存在）はなお、区別されるべきでないかと私には思われることを付言しておく。

私はかつて、主体の不能の解決について、具体的危険説の立場から解決の方向性を（きわめて不十分に）示すにとどめ、詳細な検討については保留したことがある。<sup>(78)</sup>本稿は、その保留を解除する第1歩である。

（了）

#### 注

- （1） StGB §22: Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.
- （2） Claus Roxin, Der Strafgrund beim untauglichen und tauglichen Versuch, GA 2017, S. 656 ff.
- （3） StGB §23-3: Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, dass der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern
- （4） Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 656 f; ただし、例外として迷信犯（*aber-gläubiger Versuch*）は不可罰であると解されている。Dazu sieh Luis C. Rey-Sanz, Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn, 2006, S. 267.
- （5） OLG Koblenz NJW 2001, 1364; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT., 5. Aufl., S. 532; Hans Kudlich/Jan C. Schuhr, in Satzger/Schluckebier-Kommentar, 3. Aufl., 2016, §22 Rn 28; Rainer Zaczyk, in Kindhäuser/Neumann/Paefgen-Nomos Kommentar, 5. Aufl., 2017, §22 Rn 40; Günther Jakobs, Strafrecht AT., 2. Aufl., 1991, §25 Rn 37; Frank Zieschang, Strafrecht AT., 5. Aufl., 2017, Rn. 467.
- （6） Claus Roxin, Strafrecht AT. Bd. II, 2003, §29 Rn 382; Helmut Frister,

- Strafrecht AT., 4. Aufl., 2009, §23 Rn 18.
- (7) Kristian Kühl, Strafrecht AT., 8. Aufl., 2017, §15, Rn 96; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., 2013, §28 Rn 42; Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), §29 Rn 382.
- (8) Wolfgang Mitsch, Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht AT., 12. Aufl., 2016, §22 Rn 49.
- (9) Walter Gropp, Strafrecht, AT., 3. Aufl., 2005, §9 Rn 24; Georg Freund, Strafrecht AT., 2. Aufl., 2009, §8 Rn 34ff. Auch in Österreich Einhard Steininger, Strafrecht AT. Bd. II, 2012, Kap 20 Rz 18.
- (10) August Wilhelm Heffter, Die strafrechtliche Lehre von Ignorantia und Error, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 12. Teil. 2. 1830, S. 253ff.
- (11) Sandra-Jakobea Mintz Die Entwicklung des sogenannten untauglichen Versuchs im 19. Jahrhundert unter dem besonderen Aspekt der Einordnung als Wahnverbrechen, 1994, S. 6f.
- (12) Vgl. Mintz, a. a. O. (Anm. 11), S. 1 ff.
- (13) RGSt 1,439.
- (14) Roxin, GA, a. a. O. (Anm. 2), S. 656.
- (15) z. B. Heinrich Albert Zachriä, Die Lehre vom Versuche des Verbrechen, 1. Teil. 1836.
- (16) Helmut Satzger, Der irrealer Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden, Jura 2013, S. 1024; Benjamin Theis, Unbeendeter Versuch und strafbare Vorbereitungshandlung, Zur Strafbarkeit von nach Tätervorstellung nicht vollständig vollzogenen Handlungen, 2015, S. 44f; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 5), S. 513; ただし、客観的見解もお主張されている。たとえば Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in Roxin-70. FS, 2001, S. 711 ff.
- (17) Kühl, a. a. O. (Anm. 7), §15 Rn 96ff; Rudolf Rengier, Strafrecht AT., 9. Aufl., 2017, §35 Rn 15; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht AT., 47. Aufl., 2017, Rn. 863f, usw.
- (18) BGHSt 15, 345.
- (19) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), §29 Rn 378; スイスにおいても同様である。シュトラーテンヴェルトは „So klar das im Prinzip ist, so schwierig kann die Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt freilich in bestimmten Fällen werden.“ と述べている。vgl. Günter Stratenwerth, Schweizerisches

- Strafrecht AT., 3. Aufl., 2005, § 12 Rn 20.
- (20) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 378; Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Anm. 17), Rn. 864a は典型例として自殺幫助の例を挙げる。自殺関与を不可罰とするドイツ刑法においてはきわめてわかりやすい例であるといえるだろう。
- (21) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 378.
- (22) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 378.
- (23) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 378.
- (24) Vgl. Konstantina Pathanasiou, *Irrtümer über normative Tatbestandsmerkmale*, 2014.
- (25) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 379.
- (26) Kühl, a. a. O. (Anm. 7), § 15, Rn 97.
- (27) Murmann, a. a. O. (Anm. 7), § 28 Rn 50.
- (28) Vgl. Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 379.
- (29) この区別につき vgl. Rolf Schmidt, *Strafrecht AT.*, 6. Aufl., Rn 660f.
- (30) Albin Eser, in Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, 28. Aufl., 2010, § 22 Rn 78; „umgekehrter Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum“ Kühl, a. a. O. (Anm. 7), § 15, Rn 96; sieh auch Ingeborg Puppe, *Strafrecht AT.*, 2. Aufl., 2011, § 20 Rn 1 ff.
- (31) Vgl. auch Thomas Heidingsfelder, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, 1991, S. 92ff.
- (32) RG 42, 94; 66, 126; 72, 112; BGHSt 13, 345.
- (33) Urs *Kindhäuser*, LP-Kommentar, 3. Aufl., 2006, vor § 22-24 Rn 10; Murmann, a. a. O. (Anm. 7), § 28 Rn 42; Mitsch, a. a. O. (Anm. 8), § 22 Rn 49; Kühl, a. a. O. (Anm. 7), § 15 Rn 96; Frister, a. a. O. (Anm. 6), § 23 Rn 19; Kai Ambos, in Dölling/Duttge/König/Rössner-Gesamtes Strafrecht Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 23 Rn 10.
- (34) StGB246-1: Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.
- (35) StGB § 154-1: Wer vor Gericht oder vor einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch schwört, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.
- (36) RGSt 60, 25; RGSt 65, 206.

- (37) StGB § 16-1: Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.
- (38) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 33), vor § 22-24 Rn 14.
- (39) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 33), vor § 22-24 Rn 14.
- (40) StGB § 258-1: Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (41) StGB § 258-4: Der Versuch ist strafbar.
- (42) Mitsch, a. a. O. (Anm. 8), § 22 Rn 49 f.
- (43) Kühl, a. a. O. (Anm. 7), § 15, Rn 98.
- (44) Rolf Dietrich Herzberg, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, Jus, 1980, S. 469 ff.
- (45) この概念自体はブライによって基礎づけられたものである。Hermann Blei, Das Wahnverbrechen, JA, 1973, S. 604; vlg. auch Zaczyk, a. a. O. (Anm. 5), § 22 Rn 46 und Rengier, a. a. O. (Anm. 17), § 35 Rn 17 ff.
- (46) Herzberg, a. a. O. (Anm. 44), S. 477.
- (47) Herzberg, a. a. O. (Anm. 44), S. 472.
- (48) Herzberg, a. a. O. (Anm. 44), S. 475.
- (49) Herzberg, a. a. O. (Anm. 44), S. 473, 477 f.
- (50) Björn Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ, 1981, S. 687.
- (51) Burkhardt, a. a. O. (Anm. 50), S. 681 ff; sieh auch Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 397.
- (52) Burkhardt, a. a. O. (Anm. 50), S. 686.
- (53) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 404.
- (54) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 404.
- (55) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 404.
- (56) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 405.
- (57) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 409.
- (58) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 411.
- (59) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 411; sieh auch Christian Jäger, Strafrecht AT., 4. Aufl., 2009, § 7 Rn 291.
- (60) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 5), S. 535; Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), § 29 Rn 352.

- (61) StGB §218-4: Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.
- (62) RGSt8, 198.
- (63) BGHSt 10, 8.
- (64) Freund, a. a. O. (Anm. 9), §8 Rn 36.
- (65) WStG §16-1: Wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verlässt oder ihr fernbleibt, um sich der Verpflichtung zum Wehrdienst dauernd oder für die Zeit eines bewaffneten Einsatzes zu entziehen oder die Beendigung des Wehrdienstverhältnisses zu erreichen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.
- (66) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 33), vor §22-24 Rn 19.
- (67) Roxin, AT, a. a. O. (Anm. 6), §29 Rn 351.
- (68) StGB §339; Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.
- (69) StGB §332-1: Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar.
- (70) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 33), vor §22-24 Rn 17; Kühl, a. a. O. (Anm. 7), §15 Rn 105.
- (71) RG JW 1938, 738; RG 72, 110; BGH 8, 321; Ambos, a. a. O. (Anm. 33), §23 Rn 11.
- (72) Vgl. Jescheck/Weigend. a. a. O. (Anm. 5), S. 535.
- (73) 塩見淳「主体の不能について (1) (2・完)」法学論叢130巻2号・6号 (1991年, 1991年), 1頁以下, 1頁以下に詳細な検討がされている。ここでは, 危険論的アプローチによれば, 主体の不能を一律に基礎づけることは困難であることが指摘される。
- (74) Jakobs, a. a. O. (Anm. 5), §25 Rn 43; sieh auch Günter Stratenwerth/

Lothar Kuhlen, Strafrecht AT., 6. Aufl., 2011, § 11 Rn 66.

(75) Hans Welzel. Deutsches Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 194; Jakobs, a. a. O. (Anm. 5), § 25 Rn 43.

(76) Frister, a. a. O. (Anm. 6), § 23 Rn 23.

(77) z. B. Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht AT., 4. Aufl., 2011, § 43 Rn 1254.

(78) 江藤隆之「不能犯における危険の概念（3・完）」宮崎産業経営大学法学論集18巻1号（2008年）130頁以下。