

不能犯中「行為規範與制裁規範的結合」*

高橋則夫**著
蔡孟兼***譯

- 1 · 序言
- 2 · 從規範論所見的不能犯
- 3 · 不能犯作為制裁規範的問題
- 4 · 「佯裝受騙作戰」中「受領財物之人」的罪責——以不能犯為中心
 - (1) 因果關係的問題
 - (2) 不能犯的問題
- 5 · 結語

* 本文為 2017 年 10 月 26、27 日於德國 Buttenheim 舉辦「Normentheorie - Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik」國際研討會中，以發表「Verhaltensnorm und Sanktionsnorm beim untauglichen Versuch」的報告為基礎加以增補。此外，有關「佯裝受騙作戰」中受領金錢之人的罪責為前述規範論報告中所割愛的部分。

** 早稻田大學法學部教授。

*** 貴州民族大學法學院副教授。



1 · 序言

所謂不能犯，是指行為人雖打算著手於犯罪實行，但因無法發生結果而不遂的情形。不能犯雖然又稱為不能未遂，在德國法中存在著「應處罰的不能犯」的概念，但相對於此，我國刑法（譯註：日本刑法，下同）因不能犯無法作為未遂犯加以處罰而不成立犯罪。本文認為這反映出了「未遂犯的處罰根據論」的差異。亦即，雖然我國刑法是以較客觀的方式掌握危險概念，而在判例·學說上為有力見解，但在德國法中，是以較主觀的方式掌握危險概念，在德國的判例·學說上為有力見解。

如同前述，這種危險判斷的差異是基於「未遂犯的規定」所導致。亦即，德國刑法第 22 條（概念規定）為「有關行為依循其本身的表象，直接開始實現構成要件者，為犯罪行為的未遂」，從「依循行為本身的表象」的文義來看，不得不認為是以主觀的危險概念為基礎。相對德國刑法的規定，我國刑法第 43 條本文規定為「著手於犯罪之實行而不遂者，得減輕其刑」，從這個文義來看，可能會構成比較多樣化的未遂概念，最後主張客觀危險概念的論者取得通說的地位，本文認為判例·裁判例也有這樣的傾向¹。

然而，儘管有前述條文上與理論上的差異，但兩國圍繞在不能犯的爭議是共通的。不能犯是以一定行為不發生結果（法益侵害·危險）為前提，儘管如此，仍應追究該行為是否有對法益造成危險的可能性。亦即，有關沒有發生結果（法益的侵害·危險）可能性的行為，在探究「基於什麼根據還有要件不認為成立犯罪呢？」這種規範上的疑問中，兩國皆有共通的問題，本文認為此際透過規範論加以分析應有其用處。

¹ 關於此點，參照平野龍一「日本刑法から見たドイツ刑法学」警察研究 61 卷 4 号（1990 年）5 頁。



2 · 從規範論所見的不能犯

如同已經反覆討論過的內容²，犯罪論的構造為「行為規範與制裁規範的結合」，行為規範的正當化依據是求之於法益保護，而制裁規範的正當化依據是求之於刑罰目的。在這種的情形中，不能犯究竟應屬於哪一種規範呢？

具體的「行為義務」雖然是由行為規範推導而來，但其內容對解釋規定構成要件要素及其他內容的條文觀點上，與三階層犯罪論體系（構成要件該當性·違法性·責任）相同。然而，透過行為規範的存在可以各自實行適法行為，行為適法或違法的評價必然取決於行為的時點。就其歸結而言，是否發生結果已不再重要。亦即不存在禁止惹起一定結果的行為規範，僅存在禁止發生結果危險的行為規範。從而，行為義務的違反在未遂犯與既遂犯當中皆為同一，另一方面，構成要件結果（法益侵害·危險）因構成制裁規範的一部分，未遂犯即居於制裁規範的問題。舉例而言，構成要件結果在三階層犯罪論體系中雖然居於客觀構成要件要素，但在規範論中，其地位居於制裁規範中，而實行行為在三階層犯罪論體系中，雖然一般皆認為居於構成要件要素中，但在規範論上，卻居於行為規範。總而言之，作為犯罪本質論的「規範論」與犯罪構成理論的「三階層犯罪論體系」，其中的交錯顯得十分重要。

如上所述，若未遂犯為制裁規範的問題，在其內部當中，不能犯亦為制裁規範的問題，相對於未遂犯與不能犯皆為事後判斷，實行行為（著手實行）則是以事前判斷的方式，判斷抽象危險的行為規範上的問題。從而，著手於實行行為亦有可能演變為不能犯的情形³。若是如此，不能犯在行為規範的層次中，由事前判斷肯定一般的·抽象的

² 參照高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（2007年）1頁以下、同作者『刑法總論〔第3版〕』（2016年）7頁以下。

³ 參照前掲高橋『刑法總論』398頁。



危險後，在制裁規範的層次中即為問題所在，在這當中，會有由事後判斷肯定或否定具體危險的構造。

有關未遂犯與不能犯的區別，現在的學說上正處於具體危險理論與客觀危險理論的對立局面。

具體危險說是在行為當時，以一般人的認識與行為人的特別認識（與客觀事實一致的情形）為判斷基礎，從一般人的立場若感受不到危險則為不能犯，反之則為未遂犯⁴。從而，即便在注射未達致死量的空氣進入體內，亦即科學上不存在發生結果的危險，從一般人的立場如能感受到危險，認為仍應成立未遂犯。傳統學說上雖然以具體危險說為通說，但在行為當時的事前判斷中，有對以一般人的危險感為基礎的判斷方式加以批判而採取事後判斷，從已判明的事實中判斷結果發生可能性的客觀危險說，為在此之後的有力主張。根據具體危險說，甲基於殺害 X 的意思，因誤認稻田裡的稻草人為 X 而朝其開槍，如在一般人見到該稻草人亦會認為是 X 的情形下，儘管只是毀損稻草人，但甲仍會成立殺人未遂罪，此即為基於事前判斷將重點置於行為規範的想法。

客觀危險說基於科學上的因果法則，對法益侵害可能性進行物理上·客觀上的判斷。然而，若是貫徹這種見解，現在不發生既遂結果亦屬必然，所有結果不發生的情形皆為不能犯，進而沒有存在未遂犯的可能範疇。在此，客觀危險說亦因不得已而修正其見解。另一方面，具體危險說這一方面，亦有主張如加入事後判斷或使判斷者居於

⁴ 採取具體危險說的見解者，請參照團藤重光『刑法綱要總論〔第3版〕』（1990年）168頁、福田平『全訂刑法總論〕〔第5版〕（2011年）243頁以下、大塚仁『刑法概說（總論〕〔第4版〕（2008年）269頁以下、西原春夫『刑法總論（上卷）（改訂版〕』（1993年）351頁、藤木英雄『刑法講義總論〕』（1975年）268頁、大谷實『刑法講義總論〔新版第4版〕』（2012年）376頁以下、川端博『刑法總論講義〔第3版〕』（2013年）510頁、野村稔『刑法總論（補訂版〕』（1998年）349頁以下、伊東研祐『刑法講義總論〕』（2010年）322頁、佐久間修『刑法總論〕』（2009年）325頁等。



科學上一般人的立場這種修正想法⁵，但無論修正具體危險說與修正客觀危險說的哪一種修正，在判斷「具體危險」的情形時，在事實關係中考慮與法益的關聯性則顯得十分重要。關於此點，縱使是否有具體危險為危險結果的問題，但若依照個人見解認為具體危險是發動制裁規範的要件，（修正的）客觀危險說基本上為妥當⁶。如依照（修正的）客觀危險說，①首先，釐清結果不發生的原因，無論是怎樣的事實，應由科學上的觀點闡明結果發生的可能性，②其次，判斷會招致惹起結果的（假定的）事實是否有可能存在（假定事實的存在可能性）⁷。這種「（修正的）客觀危險說」在後述中，可說是將不能犯居於制裁規範的問題。

另一方面，在德國刑法當中，從德國刑法第 22 條及第 23 條第 3 項來看，由是否存在客觀危險以判斷不能犯的想法並未被採用。但是有關著手實行的判斷採用重視行為人主觀的立場，在有關不能犯的判斷中，本文認為可以進行更客觀的危險判斷。復又，居於通說見解的

5 舉例而言，中野次雄『刑法總論概要〔第 3 版補訂版〕』（1997 年）87 頁以下認為，以具有最深思熟慮的高度認識能力之人為基準，判斷危險性的基礎事實即為前述之人置於行為人的立場時可得認識的事實，平野龍一『刑法總論 II』（1975 年）325 頁以下認為，導入部分的事後判斷以修正事前判斷。

6 參照山口厚『刑法總論〔第 3 版〕』（2016 年）290 頁、西田典之『刑法總論〔第 2 版〕』（2010 年）310 頁（稱為假設的蓋然性說）等。此外，有關客觀危險說的內部爭議，由於與規範論的關係並非特別重要，故本文予以割愛。

7 佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016 年）83 頁以下認為，立足於（修正的）客觀危險說，採用以假設的事實替換現實的事實，並將這種假設的事實限定在「行為人的犯行計畫所包含的情況」這種見解。然而，根據本文的見解，行為人的犯行計畫已經在行為時的事前判斷加以考慮，根據這樣的觀點，在肯定著手實行（實行行為性）的情形中以此為前提，從事後判斷的世界中追究「假設事實的存在可能性」的理由，再度考慮行為人的犯行計畫本身，本文認為會混淆事前判斷與事後判斷。在事前判斷中考慮行為人的犯行計畫（以及一般人的認識可能性）為行為危險性的外框，在這個框架內，因考慮到事後發生的危險，其判斷對象已經不同。舉例而言，行為人計劃以氰酸鉀殺人卻誤取砂糖的情形，若依照佐藤說的見解，雖然肯定殺人未遂的成立，但假設以氰酸鉀取代砂糖的這種想法，不外乎是抽象危險說的手法。如依照（修正的）客觀危險說，依據周圍的狀況進行砂糖為氰酸鉀的蓋然性之規範判斷，只不過是將一般人（包含行為人）加入到這種規範判斷當中，而在此所稱一般人的判斷是具有經驗法則上的判斷意義。



「印象說」認為，被歸為原因的意思表示在解釋上僅限於動搖一般人對法秩序通用性的信賴，進而毀損法平和的情形⁸，對此由於一般預防的觀點居於基礎的地位，的確屬於刑罰目的論的觀點，其地位或許亦有可能居於制裁規範的問題。

3 · 不能犯作為制裁規範的問題

刑罰這種制裁規範是依照刑罰目的而正當化。如前所述，儘管行為規範是在事前對一般人（包含行為人）的命令禁止，但制裁規範是針對行為人違反行為規範後的一種反作用意義。從而，刑罰具有回復行為規範違反的機能。回復刑法上的行為規範不外乎是為了回復因犯罪所侵害的法平和。所謂的法平和，是指被害人、加害人、社群三者之間在規範上的聯繫，故可將刑罰解釋為回復這種規範聯繫的最終手段。這種想法可居於「積極的一般預防理論」的地位⁹。

不能犯與未遂犯的區別若是屬於在制裁規範範疇上的問題，則必須透過檢討與刑罰目的關聯性加以確定「對法益的具體危險」的意義及內涵¹⁰。

第一，若考慮到刑罰目的為應報的見解¹¹，由以行為所造成的惡害為出發點回顧性地以賦科刑罰為志向，會與客觀危險說相當密切。但若貫徹這種見解，在不發生結果（「法益侵害」或「結果危險（具體危險）」的情形中，因不存在惡害的緣故，未遂犯很有可能基於嚴格的客觀危險說而為不能犯。或者與此相反，如依照康德的應報思想，解

⁸ 有關印象說，參照 Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., 2015, S. 379 f., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, S. 346 f. [(翻譯) クラウス・ロクシン (山中敬一監訳) 『刑法総論』(第2卷) [翻譯第1分冊] (2011年) 442頁以下]。

⁹ 參照高橋・前掲『刑法総論』12頁以下。

¹⁰ 從刑罰目的論考察未遂犯的不法，參照 Matthias Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, 2015。

¹¹ Wachter, a.a.O., S. 97 ff., 100 ff. 基本上是由應報思想開展未遂犯理論。



釋上因惡害是針對「一般人（包含行為人）」而言，而在國家對行為人的關係中置於核心的地位，在此主要為是否有必要介入對市民享有的「自由」並加以限制的問題。其結果為了使國家刑罰介入正當化，很可能在形成「對法益的抽象危險」時即已充足其介入正當化的結論。復又，對行為人應報而言，如何決定其妥當的標準，雖然最終不得不根據應報的「非難（責任）高低」，但不論是不能犯或未遂犯皆為違法階層的問題，如作為責任階層的問題似乎並不妥當。

第二，如考慮刑罰目的為特別預防的見解，與應報理論相同，雖然在國家對行為人的關係中階為核心地位，但在以行為人的改善、更生為志向的觀點上與應報理論不同。形成特別預防理論的基礎者為是否存在行為人的危險性及其程度。從而，依照這個立場將行為解釋成「行為人危險意思的表徵」，或許也有可能接近主觀說或抽象危險說。

第三，若考慮刑罰目的為消極一般預防的見解，因以潛在行為人（一般人）為志向，在社群（一般人）的階層中刑罰的意義即為問題所在。此際，對於社群（一般人）而言，行為是否造成危險或許會是問題。若是如此，以一般人的危險感為核心，或許會接近以事前判斷為基礎的具體危險說。

最後，如依照本文見解從回復法平和（積極的一般預防）掌握刑罰目的，刑罰是以再生、回復被害人、加害人、社群為志向，特別是與其他刑罰目的不同之處，在於「被害人」這種觀點開始登場。亦即，往「被害人領域」介入的程度將成為問題，而這個問題將由是否有「回復被害的必要性」及其程度決定之。這種事後判斷「回復被害的必要性」為發動刑罰的要件之一，但在此所謂回復被害，是指規範上的判斷而言，並非事實上的判斷。然而被害人是「承擔法益之人」，在對法益造成具體危險的階段為被評價為有介入「被害人領域」的理由。前述若考慮到刑罰目的為法平和回復（積極一般預防），屬於制裁規範範疇的「未遂犯與不能犯之區別」，是從事後的立場判斷是否造成



具體危險，亦即會是以「(修正的)客觀危險說」進行危險判斷。

就我國判例的傾向而言，有關危險的判斷，並非由一般人所見的事前危險判斷，而是事後、客觀的判斷結果發生可能性，基本上是立於「(修正的)客觀危險說」的立場¹²。

4. 「佯裝受騙作戰」中「受領財物之人」 的罪責——以不能犯為中心

在最近的特殊詐欺中，從被害人手中直接接收的現金交付型、利用快遞與包裹等寄送現金的寄送現金型等方法逐漸增加，此際參與受領詐騙金錢之人的罪責即為問題。在最初共謀時接受扮演「受領財物之人」的角色，雖然在成立詐欺罪共謀共同正犯時不成問題，但在受領詐騙金錢時，與「實行詐術之人」共謀後參與犯罪的「受領財物之人」，以有共謀以及有故意等為前提能否成立承繼共同正犯即為問題。

縱然在這些情形中，在警察主導進行的「佯裝受騙作戰」當中（被害人已知被詐騙後通報警察，繼續佯裝受騙上當，以準備好的假鈔與「受領財物之人」接觸後，在現場向埋伏的警察檢舉「受領財物之人」的作戰）已確定為詐欺未遂後，因干預「受領財物之人」而使受領行為與詐欺未遂之間是否具有因果關係，以及有關尚未達到既遂程度的未遂之犯罪參與是否為不能犯等問題隨即而生¹³。

¹² 在我國下級審中，多傾向採取具體危險說的判斷。然而，具體危險說基本上為事前判斷，而實務並不堅持事前判斷，雖然亦可採用事後判斷的具體危險說，但已非具體危險說。在實務的危險判斷基礎中有客觀危險說，可評價為一種修正具體危險說的研究。這個典型案例即為岐阜地判昭和 62・10・15 判夕 654 号 261 頁（瓦斯中毒死亡事件），首先由事後判斷，判斷因洩漏都市瓦斯而造成瓦斯中毒死亡的危險，其次由事前判斷進行一般人的判斷。本文認為這是一種（修正的）客觀危險說的模式。最高裁基本上可說是採用（修正的）客觀危險說。附帶一提，根據本文見解，有關前述「瓦斯中毒死亡事件」，依照事前判斷，因為一般皆肯定有瓦斯中毒死亡的危險，故認為有實行行為性，而在這個框架中，依照事後判斷，對行為客體而言因認為有爆炸死亡、缺氧死亡等其他危險為理由，應肯定殺人未遂罪的成立。

¹³ 有關「佯裝詐騙作戰」中「受領財物之人的罪責」，參照橋爪隆「特殊詐欺の『受け



（1）因果關係的問題

有關受領行為與詐欺未遂之間是否具有因果關係的問題，否定有因果關係者如名古屋地判平成 28 年 3 月 23 日 LEX/DB25544184 判決。亦即已知受騙的被害人在「佯裝受騙作戰」中委託投遞詐騙金錢後，被告接受受領財物的委託，「在這個時間點，詐欺既遂的現實上危險可說是已經消失。據此，詐欺既遂的現實上危險在本案詐欺未遂的結果已經發生之後，從被告參與犯罪的情況來看，被告當日的行為與本件詐欺既遂結果之間不具有因果關係，在此點上，被告不應承擔詐欺未遂共同正犯的責任」。除此之外，福岡地判平成 28 年 9 月 12 日判決 LEX/DB25543872 亦認為，「從追究本案被告的詐欺未遂罪責來說，……基於發生結果的危險性的觀點應認為具有可罰性依據。據此，在本案中作為後行為人的被告就有關發生結果的危險性的觀點，是否具有任何因果性（有參與）即為問題核心」、「在本案中，B 雖然是基於 D 的欺罔行為一時陷入錯誤，但之後意識到被騙以後已經脫離錯誤的狀態，故寄送本案物品並非基於欺罔所引起的錯誤，而是特別以協助警察逮捕犯人的意圖而為之，因而由此切斷成立詐欺罪所必須的因果關係已十分清楚。從而，被告受領本案物品的行為並非該當詐欺構成要件的行為（實行行為）」、「本件中不成立詐欺罪的本質上理由為，D 的欺罔行為與 B 寄送（交付）物品的行為之間不存在因果關係，與本案寄送的物品中是否有現金毫無關係（即使本件中寄送的物品為現金，亦不成立詐欺罪）¹⁴。」

首先，就前提問題而言，有受領行為是否為詐欺罪中的實行行為之問題。名古屋高判平成 28 年 9 月 21 日判決 LEX/DB25544184 認

子』の罪責について」研修 827 号（2017 年）3 頁以下、高橋康明「オレオレ詐欺事案における受け子の犯罪の成否について」警察学論集 70 卷 3 号（2017 年）150 頁以下。

¹⁴ 有關本案，參照前田雅英「いわゆる GPS 捜査の合憲性（最大判平成 29 年 3 月 15 日（WJ）」捜査研究 66 卷 3 号（2017 年）39 頁。



為，就「受領詐騙金錢的行為是否為本案詐欺的實行行為的確是一個問題」而言，其結論仍有所保留。相對於此，前揭福岡地裁平成 28 年判決認為，基於欺罔行為所生的錯誤而交付財物的情形，亦即限於與欺罔行為之間具有因果關係的情形，受領行為亦會被認為是實行行為（在本案中，因不具有因果關係，判斷上受領行為並非實行行為）。針對此點，福岡高判平成 28 年 12 月 20 日判時 2338 号 112 頁明確地表示，受領行為是指「構成詐欺罪所必要不可欠缺的犯罪行為」，很清楚地將受領行為掌握在實行行為的概念中¹⁵。

由於沒有受領行為即不成立詐欺罪，或許有將受領行為解釋成實行行為的餘地。然而即使如此，將詐欺罪理解成欺罔行為與受領行為這種結合犯的犯罪構造是否較為妥當亦有問題存在，在第 2 項的詐欺情形中，可能會是與不需要受領行為存在的整合上問題。針對此點，受領行為並非加害人的實行行為，亦有可能解釋成因被害人的交付行為所造成的結果。若依照這種解釋，受領財物之人的受領行為是否由實行詐術之人的欺罔行為承繼詐欺未遂，亦即因承繼的共犯（共同正犯・幫助）以決定是否具有可罰性。關於此點，在「佯裝受騙作戰」中，詐欺未遂的結果已經發生，而在之後的參與為所謂的「事後共犯」，並非沒有解釋為不可罰的餘地。然而，即使在這種情形中還會留下承繼可能性的問題，從而無論如何都會產生受領行為是否為不能犯的問題。亦即，即便否定因果關係，之後的問題應會是能否成立不能犯。在這個情形中，如受領行為並非實行行為，可能會是有關幫助行為能否成立不能犯的問題^{16、17}。

¹⁵ 有關本案，參照安田拓人「騙されたふり作戦が実行された特殊詐欺への受け子としての承継の関与と共同正犯の成否（福岡高判平成 28・12・20）」法学教室 441 号（2017 年）126 頁、中嶋伸明・研修 825 号（2017 年）59 頁、小泉健介「〈実務刑事判例評釈・case270〉福岡高判平 28.12.20」警察公論 72 卷 9 号 86 頁。

¹⁶ 但是，假設縱使不是不能犯，即使確定施詐術之人的詐欺未遂，先行行為人的欺罔行為喪失其效果的階段而參與，本文認為已不能說是促進犯罪，而是有能否認為是承繼的幫助這樣的疑問存在。

¹⁷ 再者，有關在「佯裝受騙作戰」中「受領財物之人」的罪責，有與共謀詐欺與故意有