

# 未遂論における危険概念の 客観的構成の限界について

Zur Grenze an der objektiven Gestaltung  
des Gefahrbegriffs in der Versuchslehre

四條 北斗

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2006年9月12日 受理

## 目次

1. はじめに
2. 危険概念の客観的構成の検討
  - 2.1. 純客観説の検討
  - 2.2. 修正された客観的危険説の検討
  - 2.3. 修正された具体的危険説の検討
  - 2.4. 規範的客観説の検討
3. 私見の展開
  - 3.1. 既遂到達に向けられた既遂到達の危険性のある手段
  - 3.2. 危険判断の基礎
  - 3.3. 危険判断の基準
4. まとめ

## 1. はじめに

犯罪の処罰は既遂が原則である。未遂は既遂に対する処罰拡張事由であり、その処罰は例外である。ここで問われるのはその処罰根拠であるが、従来その処罰根拠は法益侵害の危険に求められてきた。しかし、この処罰根拠としての危険を如何に捉え判断するかをめぐり、各々の論者の依拠する違法論を色濃く反映しながら、様々な学説が提唱されてきた。もっとも、現在の我国においては客観的未遂

論が定説化しており、論争の対象は、その内部において危険を「行為の属性としての危険」として捉えるのか、それとも「結果としての危険」と捉えるのかという基本的な対立と、その判断構造をめぐる具体的危険説と客観的危険説の対立にある。現在、具体的危険説が多数説にあるといえようが、近時、一方で客観的危険説の立場から従来の判断構造に何らかの修正を加えることにより危険判断の客観的な構成を試みる見解が主張され、他方で具体的危険説の立場からも従来の判断構造をより客観的に構成しようと試みる見解が主張されている。また、近時の刑罰論における積極的一般予防の思想の展開をうけ、そのような規範的考慮に基づいた危険概念の再構成もなされている。

しかしながら、そこにおいて展開されている危険概念およびその判断構造には、当該行為の違法性を基礎付けるものとして十分なものであるのか疑問が残る。そこで、本稿では、この未遂の処罰根拠としての「危険」という概念をめぐる論争にあって、近時、一つの潮流をなしている「未遂の処罰根拠の客観化」の限界を明らかにし、私見を展開する。

## 2. 危険概念の客観化の傾向

### 2.1. 純客観説の検討

客観的危険説の基本的な主張は、従来「絶対的不能・相対的不能説」と呼ばれてきたものである。それは、行為の客体、手段の性質からみて、結果がおよそ発生しない場合と当該具体的場合における特別の事情から結果が発生しない場合とを区別し、前者を不能犯、後者を未遂犯とするというものである<sup>(1)</sup>。この見解の特色は、「行為の危険性の判断に際して行為者の主観的な意思や認識を一切考慮しないという『客観的』性格と事前ではなく『事後的』な見地からの判断であるという点」<sup>(2)</sup>にあるとされる。しかし、この見解に対しては、絶対的不能と相対的不能の区別が曖昧であり、事後的判断に拠れば未遂は結果が発生しなかった以上は全て不能犯となるのではないかという批判がなされてきた。このような批判を回避するために、その事後的・客観的判断を貫徹しようとする立場と、基本的にこのような立場に拠りながら、何らかの修正を加えることで未遂犯と不能犯との区別の基準を明確にし、危険判断の客観的構成を試みようとする見解が主張されるようになった。

事後的・客観的判断を貫徹しようとするもの<sup>(3)</sup>として、中山研一博士及び村井邦敏教授に代表される純客観説がある。中山博士は、「事後的判断に立つことは、行為の客観的危険の科学的で具体的な判断を安定的なものとするための基本的要請である」<sup>(4)</sup>とされる。そして、「客観的危険説は科学的な因果法則を基準としながらも、結果発生にいたる客観的危険に程度の差を設けることによって、可罰的な未遂と不可罰的な不能犯とを区別しようとするものであるとし、事後的な事情を検討した後にはじめて『ずれ』の質と量を事実即して判断しうる」<sup>(5)</sup>と説き、「事後的判断によっても、あるいは、事後的判断によってのみ、客観的危険の存否と程度を事実即

して判断しうるものというべきである」<sup>(6)</sup>とされるのである。村井教授もまた、「違法性判断は事象の客観的評価であるという態度を徹底する限り、法益侵害の危険性判断は、客観的・事後的判断を是とするのが論理的である。また、そもそも未遂犯処罰は例外であって、既遂犯との関係において処罰の必要がこれに準ずるほどに高いと考えられる場合に限定されるべきであるという態度が望ましいとするならば、結果発生危険性は科学的・物理的見地から確定すべきであろう」<sup>(7)</sup>とされる。そして、事実を事後的・客観的に確定した上で、「科学的に不確実性の範囲を明らかにしようとするのが、客観的危険説の純粋形態である」<sup>(8)</sup>とされるのである。

しかし、この見解には次のような批判が可能である。第一に、Aを狙ってピストルを撃ったが、弾丸はAをかすめただけであったという場合に、「銃口の方向が当たらない方向に向いていたことは、当たらなかったことにより証明されているのに、科学的に不確実であると証明するのは矛盾である」<sup>(9)</sup>。第二に、「すべての結果に科学的原因があると考ええる以上、『科学的に不確実性』とは、原因をすべて明らかに出来ていないことを示しているのにすぎないのであって、そのような事実解明の不完全さをなぜ未遂の危険として被告人に帰責してよいのかは明らかではない」<sup>(10)</sup>。第三に、「方法についてはなぜ行為時の条件に応じて許容されるズレの範囲があり、客体についてはなぜそのようなズレが許容されないのかも不明である」<sup>(11)</sup>。さらに、「ズレ」＝科学的に不確実性というものが、いかなる範囲のことをいうのか、明確にされていない。ピストルの銃口が照準から1mmずれていたならば、それは「ズレ」に入るのか、はたまた10mmずれていたとしたらそれは如何に判断されるのであろうか。判断の基準として恣意的になる虞がある。結局、純客観的に事実を確定し科学的な判断をするという危険概念の構成は維持し得ないものであると思われる。

## 2.2. 修正された客観的危険説の検討

事後的・客観的判断が貫徹し得ないものとし、客観的危険説の判断構造に何らかの修正を加えることで危険判断の客観的構成を試みようとする見解として、仮定的事実の存在可能性を問題にして危険を判断しようとする見解が挙げられる。

この見解の主唱者である山口厚教授は、「危険も、法益侵害と同様、刑法がその発生を防止しようとする『結果』として」<sup>(12)</sup> 捉えるべきであり、「その判断は、論理的には法益侵害の場合とパラレルに、即ち、行為とは区別して行われることになる」<sup>(13)</sup> とされる。その危険は、法益侵害が発生した場合には、「そもそも、法益侵害それ自体、可能性100%の危険であると考えることができ」、そして、その直前の段階には、「必ず『正に侵害が発生しようとしている段階』が存在すると考えられる」が、法益侵害が発生しない場合には、「危険は純客観的な立場の『緩和』、換言すれば事実の『抽象化』を認めることによって、その発生を肯定することができることになるのである」とされる<sup>(14)</sup>。ここでの問題は、純客観的な立場から出発して、どの範囲の『緩和』・『抽象化』を認めることによって、どの範囲までを危険と認めるかということであるが、それは、「現実に存在した事実を仮定的な事実置き換えて、その存在の可能性を問うことによって具体的に判断されるべきであり、また、そうせざるをえない」<sup>(15)</sup> とされる。そして、「仮定的事実の存在可能性」の判断は、「いわば、『単なる一般人の立場』からではなく、『科学的一般人』の立場から、当該の具体的事情を考慮して、できるだけ事実即してなされるべきなのである」<sup>(16)</sup> とされるのである。ただし、「仮定的事実の存在可能性」の判断は、客体の不能の場合には適用されない。その理由は、「被害法益が現実には存在しなかったときには、正しく具体的な『被害者』はいないのであり、『被害』の現実性に欠ける」<sup>(17)</sup> ということに求めら

れている。

したがって、危険判断は次のようになされることになる。まず、結果不発生の原因を解明し、事実がいかなるものであったら結果の発生がありえたかを、一般人の認識可能性とは無関係に科学的に明らかにし、その結果を惹起しうる仮定的事実が判断の基礎に置かれる。次に、この仮定的事実の存在可能性が一般人の事後的な危険感を基準に判断されることになる<sup>(18)</sup>。そして、このような判断により、「客観的には結果は発生しなかったのであるが、たまたまそうただただで、結果を発生させたことも十分ありえたと考えられる場合に、危険が肯定されることになる」<sup>(19)</sup> とされるのである。

この見解による具体的帰結は以下のようになる。方法の不能の場合、勤務中の警察官から拳銃を奪い、その引き金を引いたが、弾丸が装填されていなかった場合<sup>(20)</sup>に、勤務中の警察官が携帯する拳銃には弾丸が込められていることは十分ありえたとして、未遂犯が肯定される<sup>(21)</sup>。他方で、客体の不能の場合、個別具体的な法益が現実には存在せず、現実の個別具体的な法益に対する侵害の現実的危険を認めることはできないことになる。例えば死体に対する殺人未遂は否定される<sup>(22)</sup>。ただし、行為者が通行人の右のポケットに手を差し入れ金品をすり取ろうとしたが、通行人は右のポケットではなく左のポケットに金品を入れていた場合、この左のポケットの財物に対する危険を根拠に未遂犯の成立を認めることができるとされるのである<sup>(23)</sup>。

この見解は、判断の基礎に仮定的事実を置き、その存在可能性を科学的一般人を基準にして問うことにより、事後的・科学的判断の立場から危険判断を構成するものである。たしかにこの見解に拠れば、従来、客観的危険説に加えられていた批判を回避しうると思われる。しかしながら、この見解に対しては次の点が問題にされてきた。第一に、「仮定的事実の存在可能性」の判断は事前判断に近く、具体的危険説による判断との異同が曖昧であ

る点<sup>(24)</sup>、第二に、仮定的事実は無数に想定できる点<sup>(25)</sup>、第三に、「仮定的事実の存在可能性」をどの程度まで遡及して考慮してよいのかが明確でない点<sup>(26)</sup>、第四に、手段について「ありえた手段」を問題とするのであれば「ありえた客体」も問題にすべきではないかという点である<sup>(27)</sup>。

私見によれば、このような批判もさることながら、問題は判断の基礎を現実の当該行為ではなく、仮定的事実に求める点それ自体にあるように思われる。正当にも、奥村正雄教授によって指摘されているように、「危険判断は現実になされた当該行為について行われる必要があり、他行為の仮定の付け加えは禁止すべき」<sup>(28)</sup>である。しかしながら、仮定の付け加えの禁止は他行為のみに限られる必要はない。むしろ、あらゆる事実について、仮定的事実の付け加えはなされてはならないと考える。当該行為の意味は、現実の（行為者の認識していた）事実との関係においてのみ正しく理解されうるのではなからうか。仮定的事実を判断の基礎に置く場合、その判断は行為者にとって認識の及ばないフィクションであり、そのような判断によって肯定された違法性は、行為者にとって理解し得るものではないであろう。自らの認識の及ばない—さらには現実に存在しない—仮定的事実に基づいて肯定された違法性は、行為者自身それを振り返り故意に基づく非難を受け入れることもできない。その場合に要求可能であるのは、せいぜい他者に認識できた事情を自らも注意を働かせることにより認識することができ、そしてそのような注意を働かせて結果を回避すべきであったことについての非難を受け入れることだけであろう。しかしながら、実定法上、未遂は故意行為にだけ成立するのであり、それ故、その判断の基礎に仮定的事実を置く見解には疑問が残るのである<sup>(29)</sup>。

### 2.3. 修正された具体的危険説の検討

具体的危険説の基本的な主張は、「行為時において、一般人が認識し得た事情、およ

び行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人の立場より、結果発生の可能性があると判断される場合には、未遂犯を認め、これがないと判断される場合には不能犯を肯定する」<sup>(30)</sup>というものである。それは、「絶対不能・相対不能と異なり、行為の持つ結果発生の可能性を具体的事情の下で、しかも、一般人の事前の立場より判断する点に特徴がある」<sup>(31)</sup>とされる。この見解に対しては、主に、事前の一般人の危険感を基準にすると科学的に結果発生のない場合にまで危険性が肯定される点や、行為者が特に認識していた事情を基礎に置く場合には処罰の相対化が起きる等の批判がなされてきた<sup>(32)</sup>。このような理論状況にあって、近時、基本的に具体的危険説を支持しつつも、よりその判断を客観的に構成しようとする見解が主張されている。代表的見解として、井田良教授の見解が挙げられる。

井田教授は、刑法の任務を、規範を手段とする一般予防にあるとし、「違法実質論の根底にあるのは、罪刑法定主義と規範を手段とする一般予防の思想であり、違法概念の中心的意味は、行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという行為規範の提示・告知機能にある」<sup>(33)</sup>とされる。そして、「一般予防の中心的重要性を否定できない限り、行為無価値が違法の基本であり、それがあれば処罰は基礎づけられるし、それがなければ処罰はできない」のであるが、「刑罰論において現在でも応報的側面を無視することはできず、一定の結果が発生してはじめて当罰性が肯定できる場合もある」ことから、「付加的要素として、または処罰の限定のため、結果無価値が要求される場合もある」とされるのである<sup>(34)</sup>。

このような違法論を前提にして、処罰根拠としての危険の判断に関しては、基本的に具体的危険説を支持される<sup>(35)</sup>。しかし、井田教授によれば、具体的危険説は「あくまでも未遂犯として処罰するために必要なミニマムな危険を明らかにしようとする」ものであっ

て<sup>(36)</sup>、「真に危険な（危険結果を伴う）未遂と、一般人の見地から危険なものにとどまる未遂」とをはっきりと区別するためにより客観的な危険判断の方法もあわせて必要になるとされる<sup>(37)</sup>。そして、そのように客観化された危険概念は、正当防衛や緊急非難の前提要件としても必要不可欠であるとされるのである<sup>(38)</sup>。

このような立場から、危険判断の基礎については次のように説明される。即ち、「あくまでも現実に行われた具体的な行為が危険であったかどうかの問題」<sup>(39)</sup>であり、したがって、まず客観的な事態の確定がなされ、結果の不発生に関係する全事情を明らかにした上で、それぞれの事情のうち一般人に認識可能であった事情、そうでなければ少なくとも行為者が認識していた事情が危険判断の基礎に置かれることになるとされるのである<sup>(40)</sup>。一方で、判断の基準については、従来の具体的危険説に一定の修正が加えられる。より客観的な危険判断を行うために、科学的知識が危険判断の基準として用いられるのである<sup>(41)</sup>。そのような修正は、「刑法は、無知な人々のレベルに降りていくのではなく、むしろ人々の啓蒙をはかるべきである。将来、科学的知識が普及すれば無罪とされるであろう行為を処罰すべきではない（さもないければ、『魔女狩り』につながる恐れがある）」<sup>(42)</sup>という論拠によりなされているのである。

この見解は、従来の具体的危険説が一般人を判断の基準にしていたのに代えて、科学的知識を判断の基準に用いることにより、危険判断をより客観的に構成しようとするものである。たしかに、科学的知識を基準に用いることにより、従来の具体的危険説より危険判断は明確になるであろう。しかしながら、この点について、判断の基礎と判断の基準という両者の間の関連性が見失われているといわなければならない。即ち、「危険判断の基礎となる事情は、法則的知識の適用の対象ないし前提となるものであり、後者の観点からの取捨選択が必然的に施されることになる」

から、「事前の一般人に認識可能な事情を基本的に基礎として危険を判断する場合には、高度の専門的知識などはおよそ定番がない」のである<sup>(43)</sup>。判断の基準として科学的知識を採るのであれば、その判断の対象も科学的な事実であるべきである。一般人にそのような科学的な事実の認識を要求することは不可能である以上、事前の一般人の認識を基本とする具体的危険説からは、科学的知識を基準とすることは断念されなければならないと思われる。また、井田教授は、そのようなより客観化された危険概念が正当防衛や緊急非難の前提要件としても必要不可欠であるとされるのであるが、正当防衛や緊急避難の場合の前提要件として、そのような科学的な基準による判断を求めるのであれば、およそ社会一般人には緊急行為はなしえないことにならないであろうか。それは法の意図するところではないように思われる。このようにして、判断の基準を科学的知識に求めることによる具体的危険説の客観的再構成もまた、その正当性を保つことはできないと思われるのである。

また、そもそも、具体的危険説は判断の基礎に置かれる事情を、「行為の時点で一般人・通常人が認識したであろう事情を基礎として危険性の有無を判断するが、一般人が知ることのできない特殊な事情……を行為者が特に知っていた場合は、それが真実である限り判断の基礎とする」<sup>(44)</sup>のであるが、一般人が認識し得た以上、行為者が認識していない事情も判断の基礎に取り込まれることになるというのであれば、そのような事実に基づく危険判断（違法判断）もまた、仮定的事実の考慮と同様、行為者にとってはフィクションでしかない。さらに、具体的危険説が行為者の特に認識していた事情を危険判断の基礎にするのは如何なる根拠に基づくのであろうか。「一般人を名宛人とする行為規範（評価規範）として刑法を捉えると、一般人の見地および行為時の事情がきわめて重要な意味をもち、結果発生の違法性も行為時の事情を基礎にし

て判断されるべきであることになる」<sup>(45)</sup> という論拠からは、一般人の認識可能性という基準は導けても、行為者の特に認識していた事情という基準は、危険判断の基礎を確定する基準として必然的に導かれるものではないように思われる。具体的事案において妥当な結論を導くための付加的要素であるように思われるが、このような付加的要素を付け加えなければならないということは、一般人の認識可能性ではなく、あくまでも危険判断の基礎は行為者の認識を出発点として考えなくてはならないということを示唆しているように思われる。

## 2.4. 規範的客観説の検討

林幹人教授は、「刑法の目的は、法益保護のための一般予防にある」という基本的な立場から<sup>(46)</sup>、「未遂犯（あるいは危険犯一般）の成立要件としての危険の内容は、刑法の目的から規定されなければならない。刑法の目的を法益保護のための一般予防にあると考える立場からは、未遂犯は、侵害犯の場合と基本的に同じように、許されない程度に危険な行為によって結果としての危険を発生させることを不法内容とするものといえる」<sup>(47)</sup>とされる。この見解によれば、未遂犯の成立要件としての危険は、「許されない程度に危険な行為」とそのような行為によって惹起された「結果としての危険」が要求される。では、このような危険判断はどのようにしてなされるのか。

まず、実行行為の内容をなす危険、即ち許されない程度の危険については、「実行行為の内容をなす危険とは、侵害犯の場合と同じように、行為の時点で最も思慮深い人間の判断する法益侵害の可能性」であるが、「未遂犯は故意犯であり、行為に有用性がないことが多いから、ある程度の法益侵害の可能性があるとときには、そのような行為はなすべきではないということになる。」とされる<sup>(48)</sup>。このような観点から、硫黄による殺人事例では、行為自体が殺人罪の実行行為としては違法で

ないことになるが、空気注射事例は行為自体許されない程度に危険だということになるとされる<sup>(49)</sup>。

一方、結果としての危険については、「その判断は、裁判時に立ってなされる事後的な判断ではあるが、問題の事実そのものについての科学的判断ではなく、また、一般人の判断でもない。結果としての危険は、将来同一の状況（最も思慮深い人間にとって認識可能な事実が同一の状況）に置かれた行為者が法益を侵害しようとして行為するならば、今度は法益侵害に必要な要素が加わり、法益侵害を引き起こしてしまう可能性が高いと判断される場合に認められる」<sup>(50)</sup>とされる。つまり、結果としての危険の判断は「問題の事実を基礎としてなされる、将来についての科学的な判断」ということになるのである<sup>(51)</sup>。空気注射事例、空ポケットからのスリ事例、空ベッド射撃事例などでは、この意味での結果としての危険も認めることができるのに対し、硫黄殺人事例や主体の不能の場合は、結果としての危険が発生しているとはいえないとされる<sup>(52)</sup>。

この見解によれば、結果としての危険の判断は「将来についての科学的な判断」であるが、林教授も依拠される客観主義の犯罪理論を採る限り、「未遂行為者もまた、『将来行われるかもしれないこと』を理由としてではなく、『現になされたこと』ないし『引き起こされた実害』に対してその反動としての刑罰を受けるものでなければならない」<sup>(53)</sup>のではなかろうか。「次にまたやったら成功する危険がある」から処罰すべきだという論理は、もはや当該行為についての判断—客観的危険説からすれば「結果としての危険」—ではなく、将来の可能性というリスクを根拠に処罰しているにすぎない<sup>(54)</sup>。このような見解は、犯罪の発生をリスクとして捉え、その将来の可能な出来事としてのリスクに対して、現在において決定し対処する、未来志向的刑法といえるものである。犯罪をリスクとして捉えるコンテキストからはありうる対応であるか

もしれない。しかし、現代社会の抱える新たな問題—環境や生命倫理—のみならず、古典的犯罪（しかも故意犯）への対応までも変化を求められているのであろうか。原則として、犯罪行為は当該行為の惹起した、将来ではなく当該行為遂行時の、リスクではなく危険を問題にするべきではなからうか。また、「今度は法益侵害に必要な要素が加わり、法益侵害を引き起こしてしまう可能性」を問うということは、仮定的事実を問題にしているともいえるが、そのような危険判断が妥当でないことは既述した通りである。違法性の限界付けという解釈論的問題は、一般予防という政策論的な外在事由ではなしえないのではなからうか。

また、未遂犯の成立要件としての危険には、「許されない程度に危険な行為」によって惹起されたことも必要とされているが、この「許されない程度の危険」が「許された危険 (Erlaubtes Risiko)」と表裏の関係にあるのだとすれば、ここでもまた、危険がリスクと同視されており、犯罪がリスクの問題として捉えられていることになる。また、このような危険の捉え方を前提にしても、如何なる程度の危険が許され、また許されないのかが明確ではない。さらに、—結果無価値論の立場からは特に—根本的な問題として、この「許された危険」という考え方自体、「行為が『許される』となぜ法益侵害の惹起も『許される』ことになるのか」<sup>(55)</sup>という疑問が残るのである。

### 3. 私見の展開

#### 3.1. 既遂到達に向けられた既遂到達の危険性のある手段

前項では、我国においてひとつの潮流をなしている危険概念の客観的構成を試みる主要な見解の検討をしてきた。しかしながら、そこで提示された危険の判断構造は、既述したように、疑問が残るものであった。そこで、以下では前項での検討をもとに若干の私見を

展開したい。

可罰的な未遂犯と不可罰とされる不能犯との限界を画する未遂の処罰根拠としての「危険」という概念は、何が何故に罰せられるのかという違法性の本質を問うものである。違法性は、それを基礎づける要件の充足と、それを阻却する事由の不存在を通して認められる。実定法上、前者は主に刑法各論に規定されている個々の犯罪構成要件であり、後者は刑法 35 条、36 条および 37 条の違法性阻却事由である。したがって、形式的には、構成要件に該当し違法性阻却事由の存在しない行為が違法な行為ということになる。しかし、その実質的内容は、刑法典にその概念の規定がないので、違法性阻却事由の反面解釈によって導かれなければならないことになる。

そこで、刑法の目的は法益保護であり、それを侵害する行為が違法であるという行為無価値・結果無価値二元論に立ち、違法性阻却事由について、「正当化原理は、結果価値・無価値を目的において、行為価値・無価値を手段において、更に、その手段と目的をその目的のためのその手段たらしめるために、その媒体として正当化根拠を考慮する新目的説」<sup>(56)</sup>、つまり、「正しい目的のための正しい手段との正当化基準による違法・適法の判断」<sup>(57)</sup>に拠るならば、行為（手段）も結果（目的）も共に正しいものである場合のみが適法であり、それ以外の場合は違法ということになる<sup>(58)</sup>。

処罰拡張事由である未遂犯においては、この違法性阻却事由における正当化原理をさらに反面解釈することによって、その処罰範囲が限界付けられることになる。というのは、違法性阻却事由の場面では、正当化根拠を媒体として目的・手段の「正当性」を導いて消極的に無価値判断がなされるのに対して、処罰拡張事由である未遂犯の場面では、上げられた違法の枠内に当該行為が含まれるか否かという積極的な無価値判断がなされるのであり、両者は違法性の限界の両極となっていると解することができ、違法性の範囲はその限

界を導く解釈原理が同一であることにより明確に基礎付けられることになると考えられるからである。それ故、未遂の処罰には、当該行為が「不正な目的のための不正な手段」、つまり「既遂到達に向けられた既遂到達の危険性のある手段」といえることが要求される。したがって、行為者が、本来的に犯罪の既遂に到達する危険性を含んでいない行為によって、犯罪を実現しようとする場合は不能犯であり、不可罰である。このような立場からは、未遂犯の違法性判断にとって決定的であるのは、目的実現に向けられた「手段の性質」である。というのは、実定法上、過失の未遂はありえず、未遂が問題となる場合は常に、その目的は結果無価値つまり既遂到達に向けられているからである。

### 3.2. 危険判断の基礎

危険判断の基礎に事後的に明らかになった客観的に存在した全事情のみを置く場合、未遂犯は全て不能犯になってしまうことになる。そこで、客観的危険説の修正を試みる山口教授は、結果不発生の原因を解明し、事実がいかなるものであったら結果の発生がありえたかを、一般人の認識可能性とは無関係に科学的に明らかにし、その結果を惹起しうる仮定的事実を判断の基礎に置かれたのであった。しかし、既述したように、その判断は行為者にとっては正にフィクションに基づく判断であり、そのような判断によって肯定された違法性は行為者にとって理解し得るものではないのである。したがって、判断の基礎をそのような仮定的事実を求めることはできない。

同じく客観的危険説の修正を試みる前田雅英教授は、「危険性の有無は、実行行為時に存在した客観的の事情を基に、実行時を基準に、裁判官が一般人の視点で科学的合理的に判断する」、「合理的（科学的な）結果発生の確率の判断」<sup>(59)</sup>であるとされ、事前判断を採り入れることによって危険概念の客観的構成を主張される。しかし、そこには問題があると

いなければならない。この見解はある程度の事実の抽象化を認める<sup>(60)</sup>が、その基準は明確ではない<sup>(61)</sup>。勤務中の警察官の拳銃を奪い殺害に用いたが、弾丸が装填されていなかった場合、「勤務中の警官の弾丸が入っていない銃」（結果発生の確率無し）を「勤務中の警官の銃」（結果発生の確率あり）まで事実を抽象化されるのであるが、では、なぜ、雷管が使用されていないダイナマイトの導火線に着火して投げつける場合、「雷管の使用されていないダイナマイト」（結果発生の確率無し）を「ダイナマイト」（結果発生の確率有り）まで抽象化せずに、危険性を否定するのであろうか<sup>(62)</sup>。また、空ピストル事例で、「勤務中の警察官の銃に弾丸が込められている確率」を求めて、それを基礎に危険性判断をする<sup>(63)</sup>が、ここでは既に「行為時に存在した客観的の事情」を基にした判断は放棄され、仮定的事実の判断がなされているように思われる。このような仮定的事実に基づく危険判断が妥当でないことは既述した通りである。

行為時の具体的事情を前提に一般人に認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情に限定する具体的危険説も、既述したように、一般人が認識し得た以上、行為者が認識していない事情も判断の基礎に採り込まれることになることを意味するのであれば、そのような事実もまた行為者にとってはフィクションでしかなく妥当でない。また、この見解が、行為者の特に認識した事情を危険判断の基礎に採り入れることも理論的に十分な根拠をもっているものではないように思われる。このような付加的要素を加えなければならないということは、一般人の認識可能性ではなく、あくまでも危険判断の基礎は行為者の認識を出発点として考えなくてはならないということを示唆しているように思われる。

したがって、危険判断の基礎には、第一義的に、行為者の認識していた事情が置かれなければならないことになる。しかしながら、行為者の主観面を全面的に判断の基礎に置く場合、行為者の著しい誤認に基づく本来的に



既遂到達の危険性を含まない行為を処罰することになりかねない。そこで行為者の認識した事実は行為時に実在した客観的事実と対照し、行為者の認識が客観的事実を超過する場合には、そのような誤認が行為者の主観的性情および行為時の客観的性情をもとにしてあり得るか否かを一般人の認識可能性に基づいて判断し、あり得ると認められたものが判断の基礎に置かれるべきであろう。一般人の認識可能性というメルクマールは、行為者の認識が客観的事実を超過した場合に、行為者の誤認があり得たか否かという判断の場面においてのみ用いられるべきである。

### 3.3. 危険判断の基準

危険判断の基準は、客観的危険説であれば科学的知識を基準にし、具体的危険説であれば一般人・通常人を基準にするという相関関係をもって主張されるのが一般的であるが、それは「危険判断の基礎事情とはレベルの違う問題」であり、「別個問題として区別されるべき」であるとされることもある<sup>(64)</sup>。井田教授は具体的危険説に拠りながら、科学的知識を基準として用いることにより、より客観的な危険判断の構成を試みられた。しかしながら、既述したように、判断の基準として科学的知識を採るのであれば、その判断の対象も科学的な事実であるべきであって、一般人にそのような科学的な事実の認識を要求することは不可能である以上、事前の一般人の認識を基本とする具体的危険説からは、科学的知識を基準とすることは断念されなければならないと思われるのである。この逆もまた然りである。およそ事後的・客観的に判断の基礎を設定しておきながら、(科学的)一般人を基準にして、科学的危険感を問うこともできない。したがって、基本的に客観的危険説に拠りながらも、判断の基準を抽象化し、科学的一般人を基準として、社会経験則上一般に危険を感じるか否かを問題にして、未遂犯と不能犯の限界を画する見解<sup>(65)</sup>も支持しえない。一般人を前にして、科学的な基礎は

全く意味をなさないであろう。

危険判断の基準を考えるにあたって留意しなければならないのは、犯罪は社会的な事象であるということである。当該行為は、他者・社会との関係において、その持つ意味が決まると思われる。いかに科学的に追求することで何らかの危険性が証明されうとしても、それが社会一般に受け入れられるものでなければ、そのような危険をもとに犯罪の成立を認めるべきではないように思われる。そのような場合、当該行為は当該社会において無害な行為であったのであり、およそ「法益の安全に対する信頼の動揺」<sup>(66)</sup>は生じさせないと思われるからである。また逆に、科学的に突き詰めれば何ら危険性のない行為であっても、当該行為が社会一般の人に対し「法益の安全に対する信頼の動揺」を生じさせるものであるのならば、危険を認めなければならないと思われる。危険判断の基準は他者、つまり社会一般の人が既遂到達への危険感を抱くか否かに求めるべきである。

このような印象による判断に対しては、いわゆる印象説が通説であるドイツにおいても、「印象説の基準の場合、その時々々の気分次第でお望みの結論を引き出すことができる空虚な公式が問題となっている」と批判されている<sup>(67)</sup>。そのような批判に拠れば、「実際に、刑法において可罰的な行為と不可罰的な行為の限界付けが問題となるあらゆる場面で一既遂の場合も一印象という基準は一般的な観点として用いられうる」ものであって、「未遂に特有の性質ではない観点」だとされる<sup>(68)</sup>。確かにその通りである。しかし、印象というものは未遂に固有のものではないが、既遂の場合には、その印象にさらに具体的結果が要求されているのであり、「印象+侵害結果」が処罰根拠となるのに対して、未遂犯の場合は「印象だけ」で処罰が基礎づけられるところまで、処罰要件が緩和されていると考えることができる。そして、このように考えることによって、既遂と未遂を犯罪として統一的に捉えることができると思われる。ま

た、「いったい、法秩序の妥当性に対する公共の信頼を動揺させる適性とは如何なるものをいうのか」が問われ、特に、不能未遂の場合や、外見的に価値中立的な行為態様の場合が問われている<sup>(69)</sup>。もっとも、ドイツにおいては不能未遂も原則として可罰的であるので、我国における議論において同様に扱うことはできない。しかし、外見的に価値中立的な行為態様によって故意に既遂結果が惹起された場合に、当該行為と結果との間に因果関係が認められるならば、外見的に価値中立的であるからといって違法ではないとはすることはできないであろう。外見的に価値中立的な行為態様であっても、不正な目的に向けられた主観面によって支えられた行為に出ているのだから、結果が発生しなかったという点を除いて、特に既遂と異なって扱う必要はないと思われるのである。

#### 4. まとめ

本稿では、近時、我国において有力に主張されている、未遂論における処罰根拠としての危険の客観的構成について主要な見解を検討してきた。そこから導かれた結論は以下の通りである。違法性の有無の判断にあたっては、当該行為の「目的と手段」が決定的な意味を持つ。未遂の処罰根拠としての危険を肯定するには、当該行為が、「不正な目的のための不正な手段」、つまり「既遂到達に向けられた既遂到達の危険性のある手段」でなければならない。その危険性の判断の基礎には、第一義的に、行為者の認識していた事情が置かれ、他者つまり社会一般の人が既遂到達への危険感を抱くか否かを基準にしてなされることになる。しかし、行為者の認識が客観的事実を超過する場合には、そのような誤認が行為者の主観的事実および行為時の客観的事実をもとにしてあり得るか否かを一般人の認識可能性に基づいて判断し、あり得ると認められたものが判断の基礎に置かれることになる。というのは、誰から見てもあり得ないよ

うな著しい誤認に基づく行為からは、「法益の安全に対する信頼の動揺」は生じないからである。

#### 注

- (1) 判例は、不能犯を「いわゆる不能犯とは犯罪行為の性質上結果発生の危険性を絶対に不能ならしめるものをさす」(最判昭和25・8・31刑集4巻9号1593頁。)と定義しており、かねてからこの見解を採用しているとされてきた。(参照、西山富夫「近代刑法理論の形成期における不能犯の学説および判例史」名城法学19巻3・4号(1970)1頁以下、野村稔『未遂犯の研究』(1984)378頁以下、塩見淳「不能犯」法学教室No.202(1997)36頁以下、内山良雄「判例に現れた不能犯肯定事例の検討」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』(2002)193頁。)
- (2) 中山研一『刑法の論争問題』(1991)156頁。
- (3) このような見解として、純客観説のほか、宗岡嗣郎教授の提唱されておられる実在的危険説も挙げられる。この見解は、「結果発生の必要条件を備えていたにもかかわらず、別の因果系列(救助的因果系列)の偶然的介入によって、その充分性を欠落させたときのみ」未遂犯は成立し、その因果系列において結果の発生が必然的であった場合は不能犯であるとされる(宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』(1990)18頁以下、345頁以下。)。しかし、救助的因果系列の偶然的介入の判断方法が不明確である等の批判がなされている。
- (4) 中山研一『刑法総論』(1982)427頁。
- (5) 中山・『論争問題』159頁、同「不能犯における危険—客観的危険説の立場から—」Law School No.39(1981)16頁。
- (6) 中山研一『概説刑法I〔第2版〕』(2000)240頁。
- (7) 村井邦敏「不能犯」芝原邦爾=堀内捷三=町野朔=西田典之編『刑法理論の現代的展開(総論II)』(1990)175頁。
- (8) 村井・「不能犯」183頁。
- (9) 山中敬一「不能犯論における危険判断の構造—二元的予測説の提唱—」現代刑事法No.17(2000)58頁。
- (10) 佐伯仁志「不能犯」西田典之=山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』(2000)91頁。
- (11) 佐伯・「不能犯」91頁。
- (12) 山口厚『危険犯の研究』(1982)150頁。
- (13) 山口・「危険犯」122頁。

- (14) 山口・『危険犯』150頁。
- (15) 山口・『危険犯』165頁。基本的にこの見解を支持するものとして、佐伯・「不能犯」90頁以下、同「未遂犯論」法学教室No.304(2006)120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)188頁以下。
- (16) 山口・『危険犯』166頁。
- (17) 山口・『危険犯』167頁。
- (18) 山口厚『刑法総論』(2001)239頁。この点について、仮定的事実説を採る佐伯仁志教授も仮定的事実の存在可能性の判断は科学的判断であるべきだとされている(参照、佐伯仁志「未遂犯論」127頁。)
- (19) 山口・『総論』239頁。
- (20) 福岡高判昭28・11・10判特26号58頁。被告人が巡査Aに緊急逮捕されるに際し、同巡査が腰に装着していた拳銃を奪いAの脇腹に銃口をあてて引き金を引いたが、その拳銃に弾丸が装填されていなかったため、殺害の目的を達しなかったという事案において、福岡高裁は、「警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは社会一般に認められている」として、不能犯を否定した。
- (21) 山口・『危険犯』171頁。
- (22) 山口・『危険犯』168頁。
- (23) 山口・『危険犯』169頁。
- (24) 中山・『論争問題』162頁、野村・『未遂犯』362頁、宗岡・『基本構造』12頁、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌33巻2号(1993)229頁、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57巻6号(2006)121頁、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕増補版』(1996)257頁、井田良「危険犯の理論」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(2001)186頁。
- (25) 松生建「具体的危険犯における『危険』の意義」九大法学49号(1985)50頁。
- (26) 佐藤拓磨「不能犯に関する一考察—客観的危険説の検討—」法学政治学論究58号(2003年)342頁、359頁。もっとも、佐藤拓磨講師は、遡及の範囲も危険の程度という実質的な基準で画されなければならないが、その限りで不明確になるが、そもそも危険の判断は可能性判断であるから、この程度の不明確性は許容されるべきであろうとされている。
- (27) 奥村・「未遂犯における危険概念」227頁、同・「不能犯論における危険概念の構造」122頁、井田・「危険犯の理論」186頁。この点について、仮定的事実説を採る論者からも批判がある(佐伯・「不能犯」91頁。)
- (28) 奥村・「不能犯論における危険概念の構造」122頁。仮定的事実説からこの点を指摘するものとして、和田・「未遂犯」201頁。
- (29) 各々の論者により、具体的な判断構造はバリエーションに富むが、仮定的事実を判断に採り入れるものとして以下のものが挙げられる。林陽一「不能犯について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(1998)390頁、山中・「不能犯論における危険判断の構造」58頁、同・『刑法総論Ⅱ』(1999)700頁以下、松澤伸「違法性の判断形式と犯罪抑止」早稲田法学78巻3号(2003)235頁以下、佐藤・「不能犯に関する一考察—客観的危険説の検討—」358頁以下。
- (30) 野村稔『刑法総論 補訂版』(1998)344頁。
- (31) 野村・『総論』344頁。
- (32) 近時、行為無価値論の立場から、具体的危険説について詳細な検討を加えているものとして、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)353頁以下がある。その他に、奥村・「不能犯論における危険概念の構造」130頁以下も参照。
- (33) 井田良「違法性阻却の構造とその実質的原理」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(2001)58頁。
- (34) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005)13頁以下。
- (35) 井田・『理論構造』268頁。
- (36) 井田・『理論構造』269頁。
- (37) 井田・『理論構造』269頁。ドイツにおいて、ヒルシュが具体的危険説の立場から、同様に、真に危険な未遂と一般人の見地から危険なものにとどまる未遂の区別を主張している。vgl. Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Schünemann u.a., 2001, Berlin, S.711ff. S.725
- (38) 井田・『理論構造』296頁。
- (39) 井田・『理論構造』268頁。
- (40) 井田・『理論構造』268頁。
- (41) 井田・『理論構造』269頁、274頁。
- (42) 井田・『理論構造』268頁。
- (43) 山口厚「コメント①」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(2001)199頁以下。
- (44) 井田・『理論構造』267頁。
- (45) 川端博『刑法総論講義 第2版』(2006)489

- 頁。
- (46) 林幹人『刑法総論』(2000) 13 頁。
- (47) 林・『総論』371 頁。結論として林幹人教授と同様の見解にいたるものとして、松澤・「違法性の判断形式と犯罪抑止」235 頁以下。松澤伸助教授は「将来についての科学的判断」は仮定的事実の存在可能性を問うことによってなされるとされる (250 頁)。また、同様に、規範的客観説の方向性を妥当なものであるとして、その具体的な判断基準を、結果惹起をもたらしべき仮定的事情に置き換わる可能性を問うことに求めるものとして、佐藤「不能犯に関する一考察—客観的危険説の検討—」357 頁以下。
- (48) 林・『総論』371 頁。
- (49) 林・『総論』371 頁以下。
- (50) 林・『総論』372 頁。
- (51) 林・『総論』372 頁。
- (52) 林・『総論』372 頁。
- (53) 井田・『理論構造』263 頁。
- (54) リスクという用語は、一般的に「未来の被害の現在における予期」、より厳密には「現在においては未来の被害のことがまだわからず、知ることでもできないがゆえに、不確実性を伴う未来の被害の現在における予期」という意味で理解される (参照、アルミン・ナセヒ (庄司信訳)「リスク回避と時間処理—近代社会における時間のパラドクス」土方透=アルミン・ナセヒ編著『リスク—制御のパラドクス』(2002) 20 頁以下。) 我国の刑法学において、これまで危険 (Gefahr) とリスク (Risiko) を明確に区別して論じられてきたようには思われないが、両者は明確に区別して論じられていくべきであるように思われる。リスク社会との関係で刑法について論じたものとして、金尚均『危険社会と刑法』(2001) がある。
- (55) 山口厚『問題探究 刑法総論』(1998) 185 頁。
- (56) 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(1992) 346 頁。
- (57) 吉田・前掲書 344 頁。
- (58) 吉田・前掲書 345 頁。
- (59) 前田雅英『刑法総論講義 [第 3 版]』(1998) 159 頁。
- (60) 前田・『総論』159 頁。
- (61) 山中・『総論Ⅱ』699 頁、同・「不能犯論における危険判断の構造」59 頁。内山良雄「不能犯論—客観的危険説の立場から—」現代刑事法 No.17 (2000) 54 頁、佐藤・「不能犯に関する一考察—客観的危険説の検討—」343 頁、奥村・「不能犯論における危険概念の構造」124 頁。
- (62) 前田・『総論』162 頁。
- (63) 前田・『総論』162 頁。
- (64) 井田・『理論構造』274 頁。また、抽象的危険説の立場からも木村亀二博士が科学的一般人を判断基準に採用されていた (参照、木村亀二『犯罪論の新構造 (下)』(1968) 35 頁。)
- (65) 曾根・『重要問題 [総論]』257 頁、同・「不能犯」植松正 = 川端博 = 曾根威彦 = 日高義博著『現代刑法論争 I [第 2 版]』(1997) 280 頁、同・『刑法総論 [第 3 版]』(2000) 250 頁、内山・「不能犯論」54 頁以下。
- (66) 「法益侵害」を「社会に生じた、法益の安全に対する信頼の動揺」と理解する見解として、塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理 (上) (下)」法学教室 No.265 (2002) 81 頁以下、266 (2002) 102 頁以下を参照。このような理解は、私見の枠内においても考慮しうると思われる。つまり、およそ「正しい目的のための正しい手段」といえないような行為が法益の安全に対する信頼の動揺を社会に生じさせると考えられる。
- (67) Hirsch, a.a.O., S.714.; Thomas Maier, Die Objektivierung des Versuchsunrechts - Eine strafrechtliche Analyse de lege lata -, 2005, S.267
- (68) Hirsch, a.a.O., S.714.
- (69) Hirsch, a.a.O., S.714.