

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——

奥村正雄

- I はじめに
- II 未遂犯と不能犯
- III 不能犯の危険判断の基準
- IV むすび

I はじめに

こんにち、客観主義刑法理論が支配しているわが国においては、未遂犯・不能犯論についても客観的未遂論が支配し、未遂犯と不能犯の限界を結果発生の客観的危険性の有無に求める点で争いがみられない。

しかし、違法性の本質に関わる行為無価値論と結果無価値論との激しい対立が未遂犯・不能犯論に反映し、客観的

危険性の概念をめぐる論争に発展した。ところで、不能犯における危険概念について、一般に、結果無価値論の立場は、未遂の処罰根拠を法益侵害の危険に求めるところから、「結果としての危険」を問題とし、客観的危険説を採用することになる。これに対し、違法二元論の立場は、未遂の処罰根拠を法益侵害を惹起する行為自体の客観的危険性に求めるところから、「行為の属性としての危険」を問題とし、具体的危険説を採用することになる。両者は、それぞれの違法観に基づき、未遂犯と不能犯の限界画定基準について鋭い理論的対立状況を呈している。そして、近時、結果無価値一元論が有力化するに伴い、客観的危険説ないしその修正説が次第に具体的危険説の通説的地位を脅かし始めつつある。

未遂犯と不能犯の限界を画定する危険概念が理論的明確性を有するとともに、その理論的帰結が実際の妥当性を備えていることが必要である。問題は、どのような危険概念がその要請に応えうるかにある。以下では、不能犯における危険判断の構造と基準に関する理論的検討を行い、未遂犯と不能犯の限界画定基準の捉え方を考えたい。

II 未遂犯と不能犯

一・実行の着手と不能犯

従来、一般に、不能犯は結果発生の現実的危険性がおよそない行為であり実行行為性を欠く以上、実行の着手も認められないというように解されてきた。ところが、近時、実行の着手と不能犯の成否を切り離して論ずる見解¹が有力に展開されるようになっていいる。それによると、実行の着手と法益侵害の具体的危険の発生は概念的に異なり、前者

は法益侵害の一般的危険性を有する行為がいつ開始されたかの問題（事前判断による「行為の危険」）であり、後者は未遂犯固有の違法要素であるので違法性段階で判断すべき問題（事後判断による「結果としての危険」）であることとなる。そして、不能犯は法益侵害の一般的危険性のある行為の開始により未遂犯の修正された構成要件に該当するが、法益侵害の具体的危険がおよそ発生しないので違法性がなく、未遂犯が成立しないと解する。この見解は、構成要件を違法性・責任と完全に区別された単なる行為類型とみる立場を前提として立論されており、実質的・具体的な価値判断を構成要件段階に持ち込むべきではないとする点で注目される。

たしかに、構成要件は可罰的な行為を類型化した一つの形式であるので、行為が構成要件に該当するかどうかの判断は、価値に関係するとはいえず、類型的な事実判断であり、事実に対する実質的・具体的で非類型的な無価値判断である違法性とは区別すべきである。^② 構成要件段階では、未遂行為の実行行為性の判断に際して、その行為が結果発生
の具体的危険を発生させるおそれがあるか否かが問題となり、危険があると判断される場合は原則として可罰性が認められる。しかし、個別具体的にみて、当該未遂行為が可罰性を欠き処罰に値しないかどうかの判断は違法性段階における可罰的違法性の問題である。

また、実行の着手は、どの段階で結果発生の現実的危険性があり未遂犯として刑事的介入が許されるかの問題であり、およそ結果発生の可能性のない不能犯の問題とは同様ではないようにみえなくはない。しかし、実行行為概念を構成要件の結果発生の現実的危険性のある行為であると捉える限り、その危険性の全くない行為は不能犯として実行行為性を欠き、したがって同時に実行の着手も認められないと解するべきである。^③

二・未遂犯・不能犯における危険性の意義

客観的未遂論に立つ限り、未遂処罰は、将来の再犯抑止のためではなく、既遂犯と同様、結果発生の現実的危険性という過去の法益危殆化に対する応報的対応に求められることになる。そこで、結果発生の現実的危険性の内容が問題となる。

この問題に関して、最近、特に結果無価値論の立場は、法益侵害の具体的危険の発生を要する犯罪である点で、未遂犯を具体的危険犯であると解するようになってきている。問題は、両者の危険概念を同一のものと捉えることが可能か否かにある。たしかに、侵害犯の未遂は侵害結果が発生しなかったが危険結果（「結果としての危険」）が発生しており、未遂犯の構造は具体的危険犯のそれと極めて類似している。しかし、両者を同一視することには問題があるだろう。その理由は、第一に、具体的危険犯は危険結果が発生すると直ちに既遂となるが、法益侵害の具体的危険がないとして危険犯の成立が否定される場合、未遂犯を具体的危険犯と捉えると、具体的危険犯の未遂が論理的にありえなくなり、さらに抽象的危険犯の未遂も説明できなくなるからである。未遂犯は、侵害犯、具体的危険犯、抽象的危険犯に共通のメルクマールである。第二に、具体的危険犯における具体的危険は保護法益に対する直接的な危険であるのに対して、未遂犯における危険は既遂犯の構成要件の実現、すなわち危険結果に至る現実的危険であるからである。両者の危険は、程度の相違にあるのではない。危険結果の現実の発生と危険結果の発生可能性とは異なる概念であり、未遂犯については後者の危険が認められることが必要であり、かつそれで足りるのである。

また、未遂犯の危険の内容について、それは結果を惹起しうる「行為の危険」であるか、それとも処罰すべき事態

が発生したという「結果としての危険」であるかが問題となる。この点は、既述のように、客観説内部でも見解が一致していない。違法二元論の立場は、具体的状況下での結果発生の実質的危険性があつたか否かを問う点で「結果としての危険」を重視しているが、実行行為と実行の着手を不可分の関係にあると捉える観点から、未遂犯の危険を基本的に「行為の危険」と捉えている。これに対し、結果無価値論の立場は、未遂犯を具体的危険犯であるとみなす以上、禁圧の対象となる既遂結果発生の具体的危険（危険結果）が発生した段階で未遂処罰が可能になると解するため、未遂犯の危険を基本的に「結果としての危険（結果犯）」と捉えている。このような未遂犯の危険の捉え方の相違が、後に検討するように、不能犯の危険判断に影響を与えることになる。

Ⅲ 不能犯の危険判断の基準

一・判例

未遂犯と不能犯との限界が問題となった事例について、従来の判例がどのような判断を示したのかをみておこう。

(1) 方法の不能

第一に、手段の効果に関する錯誤の事例として、①硫黄投与により殺害可能と思い殺意をもって硫黄粉末を服用させた事案について、大判大正六年九月一〇日⁵⁾は、「殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶対ニ不能ニシテ、単々他人ヲ傷害シタルニ止マリ」と判示して殺人の不能犯（傷害罪の成立）を認めた。もともと、行為者は、硫黄では予期の効果を奏しなかつたため、翌日被害者を絞殺している。本判決は、現行刑法の施行後初めて不能犯が問題となった事例であ

り、「絶対二不能」という文言を使っているが、その意義を明示したものではない。その内容を明確にしたのは、②猫イラズを羊糞に塗布して毒殺しようとして致死量不足であったため殺害目的を遂げなかったという事案について、大判昭和二年一月六日⁶が、致死量以下でも「服用者ノ体質其ノ他ノ事情ニ因リテ往々死ノ結果ヲ惹起スルコトハ明白ナリ」と説示して、可罰未遂を認めて以来のことである。この説示によれば、判例のいう絶対的不能とは、いかなる客体の身体的条件の変化によっても結果発生の可能性がないといえる場合をいうことになる。⁷この考え方は、後の判例にも適用される。③遺伝梅毒の疾病を有する者に少量の空気（三〇ccないし四〇cc）を注射し殺そうとしたが致死量不足で目的を遂げなかったという事案について、最判昭和三七年三月二三日⁸は、「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生の危険が絶対にならないとはいえない」から殺人未遂罪が成立するとした。⁹原審の東京高判昭和三六年七月一八日¹⁰も、通常、「三〇cc乃至四〇ccの空気を注入したのみでは、通常人を死に致すことはできない」ことを認めつつも、「人体の静脈に空気を注射することはその量の多少に拘らず人を死に致すに足る極めて危険な行為であるとするのが社会通念であつたといふべきである……医学的科学的に見て人の死を来すことができなものであつたからといって直ちに被告人等の行為を以つて不能犯であるといふことはできない」とするとともに、「そればかりでなく、静脈内に注射した空気の量が致死量以下であつたとしても注射された相手方の健康状態の如何によつては、死亡することもあり得る」と判示して殺人未遂罪の成立を認めた。原審は、条件の変化次第で客観的に結果発生がありうるとする相対的不能の判断を示し、従来の判例の態度を踏襲しつつも、人体の静脈への空気注射は量の多少に関係なく死に至る危険な行為とするのが社会通念であるとして一般人の危険感を基準とする具体的危

險説に類似した判断を併せ示し、不能犯の主張に限定を加えていることが注目される。このような判断は、④天然ガスである都市ガスを室内に充満させて殺害しようとした事案について判断した岐阜地判昭和六二年一〇月一五日の判示にもみられる。同判決は、「天然ガスには一酸化炭素が含まれていないから、これによる中毒死のおそれはない」とが認められるけれども、……約四時間五〇分にわたって都市ガスが漏出させられて室内に充満した本件においては、ガス爆発事故や酸素欠乏症により室内における人の死の結果発生の危険が十分生じうるものであることは明らかである。」「一般人はそれが天然ガスの場合であっても、都市ガスを判示のような態様をもって漏出させることは、その室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると評価されているものと解するのが相当である」と判示して、不能犯の主張を斥けた。ここでも、条件の変化次第による客観的危険の存在と一般人の危険感が併存した論理がみられる。

第二に、手段の作用に関する錯誤の事例として、手段それ自体は危険であるが、科学的に危険が失われている類型について、不能犯が認められたものが幾つかある。⑤地中に長く埋没して変質し爆弾本来の機能を欠いていた手榴弾の安全装置を外し、殺意をもって人に投げつけたという事案について、東京高判昭和二十九年六月一六日は、「目的とした危険状態を発生する虞はない」として不能犯を認めた。また、⑥覚せい剤の製造に用いた主原料が真正の原料でなかった事案について、東京高判昭和三十七年四月二四日は、「結果発生の危険は絶対に存しない」として覚せい剤製造未遂罪の成立を否定した。さらに、⑦拾得した一般線引小切手に裏書をして、それを銀行窓口で呈示したが金員を騙取できなかったという事案について、東京地判昭和四七年一月七日は、「支払人の取引先」にのみ支払われる

「一般線引小切手の正当権限者たることを装う詐欺手段としては、単に裏書をし小切手の正当権限者たることを装うだけでは支払人を欺罔することが定型的に不能である」と判示して、詐欺未遂罪の成立を否定した。

これに対し、不能犯を否定したものととして、⑧勤務中の警察官の拳銃を奪い同人に向け殺意をもって引き金を引いたが、その警察官が弾丸の装てんを忘れていたため弾丸が発射されず殺害できなかったという事案について、福岡高判昭和二八年一月一〇日¹⁵⁾は、警察官が着装している拳銃には「常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることであるから……殺害の結果を発生する可能性を有」しているとして、殺人未遂罪の成立を認めた。さらに、⑨手製爆弾の雷管と導火線とが接着剤で固定されていたため導火線の黒色火薬が湿り、導火線の燃焼が途中で中断したことにより、投てきしたが爆発しなかったという事案について、最判昭和五一年三月一六日¹⁶⁾は、本件爆弾は爆発すべき基本的構造・性質を有すること、接着剤の使用が導火線への点火による爆発を常に不可能にするわけではないこと、行為当時、被告人は確実に爆発させうると信じ、一般人もそのように信じるのが当然の状況であったことを前提として、本件爆弾の欠陥は使用上の欠陥にとどまり、「導火線に点火して投げつけるという方法による爆発を惹起する高度の危険性を有する」として、爆発物取締罰則一条の使用罪が成立するとした。

このように、第二の類型について、不能犯を認めた⑤と⑥では客観的な科学的危険の判断を行い、⑧では一般人の観点からの危険判断を、⑨ではその両者の判断を、それぞれ行っている。なお、⑦については、銀行の窓口職員一般を前提とすれば、絶対不能・相対不能説でも具体的危険説のいずれの立場からも不能犯を認めることが可能な事案である。

(2) 客体の不能

客体の不能については、幾つか問題となつた事例があるが、傍論において不能犯の成立可能性を認めたものが一件あるにすぎない。¹⁷⁾それ以外は、すべて不能犯は否定されている。¹⁸⁾⑩ 通行人を引き倒して懷中物を奪取しようとしたが懷中物を所持していなかつたという事案について、大判大正三年七月二四日は、「通行人が懷中物ヲ所持スルカ如キハ普通予想シ得ヘキ事実ナレハ之ヲ奪取セントスル行為ハ其結果ヲ發生スル可能性ヲ有スル」として強盜未遂罪の成立を認めた。また、⑪ 銃撃を受けて上向きに倒れている人の止めを刺そうと殺意をもつて胸部等を日本刀で突き刺したが、既に被害者は死亡していたという事案について、広島高判昭和三六年七月一〇日は、行為者が「加害当時被害者の生存を信じていたという丈けでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかつたであろうこと、従つて又被告人の……加害行為によりAが死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然」として、殺人未遂罪の成立を認めた。

このように、客体の不能について、判例は、科学的危険というよりもむしろ一般人の立場から不能犯の成否を判断しており、具体的危険説に近い判断基準をとっているといえるであろう。

二・学説

(1) 客観的危険説

客観的未遂論の原理を維持しようとする立場は、判断基底に行爲者の主観は入れず、行爲後に判明した客観的事情

のみを資料として、事後的に科学的見地から結果発生危険性を判断する見解をとり、結果無価値論を徹底する立場から展開されている。この説には、次の二つの見解があるが、いずれも行為の客体や方法の性質からみて、いかなる事情の下でも当該犯罪の遂行が全く不可能な場合は「絶対的不能」で不可罰となり、たまたま結果が発生しなかった場合が「相対的不能」で可罰未遂となるとする、フォイエルバッハの絶対不能・相対不能説を基本的に継承している。

もつとも、この説に対しては、従来から、客体や方法の性質について事実の抽象化の基準が明確ではないため、絶対不能と相対不能の区別が曖昧であり、事後判断に従えば結果の不発生は必然となってしまう、未遂犯はすべて不能犯とならざるをえないという常套的批判が繰り返されてきた。そこで、事後的な科学的因果法則に基づく危険判断により、未遂犯と不能犯との限界を明確に画定しうる基準を示し、絶対不能・相対不能説の再興を図ろうとしている。

(ア) 実在的危险説

この見解は、事後判断を徹底して「実在的危险」を問題とし、未遂犯は「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」成立し、反対に、「結果発生の必要条件が当該行為の因果系列の中になかった場合、すなわち、その因果系列において結果の不発生が必然的であった場合に、可罰未遂の存在が問題となる余地は全くない」から不能犯になると主張する立場²⁰⁾である。この説は、事実の抽象化を一切否定し、可罰未遂の成立には、現実の科学的・物理的危险の存在を必要とする見解である。それによると、客体の不存在は法益に対する実在的危险がなく常に不能犯となるが、方法の不能は個別

具体的な行為の法益侵害に対する因果的傾向性を問い、不能犯となるか否かを判断する。

この説は、純客観的事情を判断基底として科学的・物理的危険の存否を判断する点において結果無価値論を徹底する見解として注目し値する。しかし、因果系列を切り離して考えることは恣意的であり、その内容も明確であるとは言いがたいほか、救助的因果系列の偶然的介入の判断方法が不明である等の点で、結果無価値論の立場からも批判がみられる。⁽²¹⁾

(イ) 純客観説

この見解は、事後判断に基づく科学的因果法則を基準として、結果発生の客観的危険性を問い、科学的不確実性の範囲内でのみ危険を肯定して未遂犯の成立を認める立場である⁽²²⁾。この説によると、例えば、人に銃口を向けて発砲した弾丸が相手をかすめたような場合や、致死量不足の毒物投与等には「行為時の条件に応じて許容されるズレの範囲」であり、科学的に結果発生⁽²³⁾の客観的危険性があるとして、未遂犯が成立することになる。これに対し、判例が不能犯を認めた事例のほか、上掲判例⑧の空ピストルによる発砲事例や⑩の空ポケットへのスリ事例等は、科学的に確実に結果発生⁽²⁴⁾の危険性がないとして不能犯が認められることになる。

しかし、この説の論理に従う限り、未遂犯と不能犯の限界は恣意的にならざるを得ないという批判をかわすことは出来ないであろう。なぜなら、弾丸がかすめた事例では科学的に銃口⁽²⁵⁾の方向が発砲時に別の方向に向いていたことが原因で弾丸が当たらなかったことにより証明されたのであり、また、致死量不足の毒物投与も死亡結果が発生しない以上、科学的に当該分量では死なないことが明らかであることになり、不能犯を認めざるをえないからである⁽²⁶⁾。さら

に、この説に従うと、例えば、六連発銃に一発だけ弾丸を込めて適当に弾倉を回転させ、人に向け引き金を一回引いたが弾丸が発射されなかったというような場合、科学的確実性から六分の一の確率で発射の可能性があるといえ、それは事前判断を認めることになる。事後判断によれば、個別具体的にみて弾丸が発射されなかった以上必然的に科学的に結果発生は不可能であるから、不能犯を認めざるをえない²⁴。しかし、この場合に不能犯を認めるのは、結果無価値論の立場からも、おそらく受け入れがたい帰結であろう。こうして、事実の抽象化を否定し、結果発生²⁵の確率論に従い、純粹に事後的な科学的・物理的な危険の程度を問うことにより問題解決を図ろうとすると、果てしのない科学論争に陥るおそれがある。

このような帰結を回避するためには、一定程度の事実の抽象化を図る必要がある。そこで、結果無価値論の立場から、事後判断を基礎としつつ、客観的危険説の危険判断の基礎事情を修正する以下の諸見解が登場することになる。

(2) 修正された客観的危険説

(ア) 仮定的事実説

この見解は、現実²⁶に存在した事実を仮定的事実²⁷に置き換えて、その存在可能性を科学的一般人の立場から問うことにより結果発生²⁸の具体的危険性を判断する立場である。すなわち、個別具体的事案について既遂に到達しなかった原因につき鑑定を用いて科学的に究明し、いかなる事情が存在していたならば既遂に到達しえたかを、純粹な科学的・物理的観点ではなく、「科学的判断の枠内における一般人」の観点から事後的に判断することにより、客観的危険説

と具体的危険説の問題点を克服しようとする点に、この説の論理の特徴があり、注目される。ただし、「仮定的事実の存在可能性」の判断は、方法の不能の事例には適用されるが、客体の不能の事例に適用されないのが原則である。その根拠は、現実の法益に対する危険を超えてありえた法益に対する危険までを処罰対象に含むべきではないからであるという点に求められている²⁶⁾。

この説を適用すると、方法の不能については、判例が不能犯を認めた事例は基本的に不能犯が認められる。一方、判例⑧の空ピストルの事例のように、勤務中の警察官の着装する拳銃の場合は弾丸が込められていることは十分ありえたので具体的危険があり未遂犯となる。これに対し、拳銃が家の応接間に飾られている場合や銃砲店の陳列棚に展示されている場合等は実弾が込められていることは十分ありえたとはいえないので結果発生 of 具体的危険がなく不能犯が認められる。他方、客体の不能については、基本的に、現実の法益に対する現実の危険がないとして一般に不能犯が認められる。その根拠は、客体の不能の場合、具体的な被害者・財物等が現実存在しないときはそれらが現実存在するときと比較して、危険の現実性・切迫性において評価に質的相違があるという点に求められる。それゆえ、例えば、空ポケットへのスリ行為については、行為者が手を入れた被害者の右ポケットではなく左ポケットに金品が入っていた場合にはこれに対する危険が認められることになるが、懐中無一物の場合は不能犯が認められる。

仮定的事実説に対する疑問点は、次の二点にある。第一に、「仮定的事実の存在可能性」は程度概念であり、現実の危険が生ずる可能性を意味することから、この可能性判断は事前判断に近く、そのため具体的危険説との異同が曖昧であるという批判がある²⁷⁾。これに対し、論者は、「仮定的事実の存在可能性」は、事後的に行う科学的判断の枠内

に収めるといふ点で、具体的危険説とは決定的に重要な相違があると反論されている。⁽²⁸⁾しかし、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であろう。⁽²⁹⁾ そうだとすると、事後的に明らかになった行為当時の存在しなかった事実について存在しえたという仮定はかなり限定的なものになるはずであるが、複数の仮定的事実（例えば、投与した毒物の量、被害者の健康状態等）をどのように限定するのが、必ずしも明確ではないように思われる。⁽³⁰⁾

第二に、「ありえた手段」を問題にするのであれば、「ありえた客体」も問題にすべきではないかという批判⁽³¹⁾がある。もつとも、この点について、論者は、論理的には「ありえた客体」も問題になりうるが、具体的な被害者に対する現実的な危険を要求することにより未遂処罰の謙抑的行使の意義があると指摘される。⁽³²⁾ たしかに、結果無価値論に立てば、方法の不能と異なり、客体の存在可能性は結果不発生に終わった因果経過の可能性ではないから、現存する客体に対する現実的危険性の発生が必要であるという論理は成り立ちうる。もつとも、同説は、「ありえた客体」を問題としていないわけではない。例えば、空ベッドへの発砲事例では、被害者が直前に死亡していたときは殺人の問題となるが、直前にベッドを離れていたときは、ベッドにいるときに発砲可能であれば未遂犯になるとされる。⁽³³⁾ ただ、これは「ありえた客体」の場合といえよう。そうだとすると、現実には客体は存在しなかったが、たまたま存在しなかっただけで存在可能性があった場合とどのように区別できるのかが疑問であるように思われる。また、他行為の仮定の付け加えは禁止すべきであるとする、空ポケットへのスリの事例について、手を入れた右ポケットの中の客体に関してのみ危険性が問題になるはずである。そうではなく、被害者が現に財物を所持していたという点が重要で

あるならば、ジャケットのポケットに限らずボンのポケットでも鞆の中にでも存在すればよいことになる。財物が現に存在した左ポケットへの危険性は、行為者が左ポケットにも手を入れる可能性が高いといえる場合に初めて危険性が肯定できるように思われる。

(イ) 科学的事後予測説

この見解は、「政策的に未遂として事前に処罰の必要がある場合」には実行行為時に存在した客観的全事情を基にして、行為時を基準に、裁判官が科学的一般人の視点で「科学的な結果発生確率の判断」によって未遂犯と不能犯の限界を画定すると解する立場である。この説によると、客体の不能については、「死んだ人」を「生きている」と誤信して殺害しようとする行為は明白な死体であれば不能犯となるが、生死の限界が微妙である「灰色の部分」が存在する場合は危険性を認め、死体に対する殺人行為につき未遂犯を認めた上掲判例①を支持している。一方、方法の不能については、客観的事後予測判断が正面から問題になるとして、判例⑧の空ピストルの事例の場合は勤務中の警察官の着装する拳銃には弾丸が込められている確率が高いから未遂犯となるが、これに対し、雷管が外されているダイナマイトの導火線に着火し投げつけ殺害しようとするような行為は、一般人からみれば爆発の不安感があつても、雷管が使用されていない限り爆発は不可能であるため不能犯になるとする。これは、科学的確率論からみて結果発生確率が極めて低い場合は、社会の一般人が結果発生の危惧感を抱いても、危惧感を保護する必要はないという論理である。

この説に対する疑問点は、第一に、危険性の判断基底を実行行為時の客観的全事情に求める点において、これは

事後判断になるはずであるが、判例⑧のように事案によつては事前判断が採用され、判断基底となる事情の抽象化の基準が曖昧なことである。⁽³⁵⁾判例⑧において拳銃の弾丸が装てんされていなかったという行為時の事実が存在する以上、この事実を客観的全事情から排除することはできないであろう。第二に、科学的な確率論による危険判断については、確率何パーセントで未遂犯になり不能犯になるのかは解決困難な問題である。第三に、確率論による判断を未遂犯としての処罰の必要性という政策的判断による絞りをかけると、結果発生 of 具体的危険性が政策論で決まることになり疑問である。⁽³⁶⁾

(ウ) 仮定的事実置換説

この見解は、仮定的事実説を基本としつつ、判断基底に入る事実の置き換えを全人類の認識能力を基準として行うことで判断基底をより明確にしよつとする立場である。⁽³⁷⁾問題は、どの範囲で事実の置き換えを許すかにある。この説によると、それは仮定的事実の抽象化の問題であり、「一定の可能な代替事実」の範囲は「人間のコントロール不能」な範囲に限定されるとする。「人間のコントロール不能」な事情は、①事後に判明した事情を加えた全人類の認識能力を基準としても認識できない事情、②認識可能でも、人間の制御能力が及ばない外界事情、③認識した外界事情に対応した自己の行為の制御が不可能な事情であるとされる。そして、結果不発生に至つた事象経過のうち、「人間のコントロール不能」な事情は、行為時・行為後を問わず、他の「ありうる事情」に仮定的に置き換えた事例群を設定し、その場合に法則性に基つき結果発生に至りうると判断されたときは危険が存在し、未遂処罰が可能であるとするとする。これにより、判例③の空気注射事例や⑧の空ピストル発砲事例、さらに使用道具の取り違いによる砂糖

の投与による殺人行為等について、一連の動作の中で結果を発生しうる行為を行いえた場合はその範囲で事実の置き換えが可能であるとして未遂犯を認める。

しかし、事後的に、全人類の認識能力を基準に判断するのであれば、これらの事例は「人間のコントロール不可能」な事情であるとはいいい難く、すなわち因果経過は仮定的ではなく現実に生じた進行になり、それゆえ危険性が否定されることになるはずである点で、仮定的事実の置換の基準が不明確であるという批判を免れえないであろう。

(エ) 一般的危険感説

この見解は、既述のように、実行の着手論と不能犯論では危険概念が異なるとして、両者を切り離し、不能犯の成否は違法性段階における判断事項であるとする前提に立ち、危険判断は事後に判明した客観的事情を基礎とした事実的可能性判断であるが、危険概念が価値的・評価的要素を含んでいることから、純粹の科学的判断ではなく、科学的一般人を基準に、社会経験則上一般に危険を感じる場合が未遂犯、危険を感じない場合が不能犯となると解する立場³⁹⁾である。この説によると、方法の不能については、科学的一般人の観点から、判例③の空気注射事例のような致死量不足の事例では、被害者の「身体的条件その他の事情」により結果発生の可能性があるとして未遂犯となるが、判例⑧の空ピストル発砲事例では本物の拳銃であり一般人の不安感があっても危険はなく不能犯であるとする。一方、客体の不能は、原則的に不能犯となるが、空ポケットへのスリ事例で他のポケットに財物があれば危険性が認められることになる。しかし、これは仮定的条件を付け加えた論理であり、別途、他の箇所への危険性を判断する必要がある。

この説は、事後に判明した客観的事実を抽象化せずに判断基底に置く点で客観的危険説により近い見解である。た

だ、判断基底に入る事実の抽象化を行わないだけに、結果不発生は当然のこととなるという客観的危険説が有する問題点を共有することになる。この問題点が、科学的一般人を基準とすることにより解消されるわけではない。また、実行の着手と不能犯の問題を切り離して理論構成する点でも、既述の疑問がある。

(オ) 二元的危険予測説

この見解は、未遂の処罰根拠としての「潜在的実行行為」と「具体的危険状態」の発生の判断の二要件に対応して、事前の危険予測と事後の仮定的危険予測の二つの基準により判断する立場である。この説によると、第一の「潜在的実行行為」を判断する段階では、具体的危険説と同様の基準により、潜在的実行行為性の有無を判断し、これにより危険性が認められないものは潜在的実行行為性が否定され不能犯となる。しかし、第一段階で危険性があると認められる場合は、さらに第二の「具体的危険状態」を判断する段階で、事後の仮定的危険予測により、実行行為の直前の状況から結果不発生の確定の直前までの因果経過において、一般に「偶然」とみなされるような事案につき、経験則上、蓋然的に変更可能な条件を変更して（論者によると、例えば、銃口をもう少し上に向けておればというような）、行為態様の微細な「ずれ」、因果経過のダイナミクス、客体の時間的・場所的「ずれ」等）、結果発生の高い可能性が肯定されるかどうかを問い、これが肯定されれば未遂犯、否定されれば不能犯とする。

この説によると、方法の不能については、判例⑧の空気ピストル発砲事例では事前の危険予測によると危険性があるが、事後の仮定的危険予測では実行の着手以前の段階ですでに実弾が込められていないことが明白であるため不能犯となる。また、判例③の空気注射事件のような行為手段が量的な不十分さによる結果不発生の場合は、その状況の

「ずれ」が経験則上仮定されるか否かにより判断される。すなわち、致死量三〇〇ccの空気量につき、現実には三〇ccないし四〇ccの注入では「ずれ」は経験則上予測できないから不能犯となるが、その量でも被注射者の身体的条件等により危険が絶対ないとはいえない場合には不能犯は認められない。客体の不能については、時間的・場所的「ずれ」により、経験則上「ずれ」が微妙な場合は結果発生相当な蓋然性が仮定されるとし、空ポケットへのスリや空ベツドへの発砲行為につき未遂犯の成立余地を認める。さらに、主体の不能については、二元的危険予測説は、実行の着手以前の状況から、仮定的には主体の要件が備わっていた可能性があり、事後的・客観的にもこの仮定的可能性の蓋然性が高いときが未遂犯の成立余地があるとす⁽⁴⁾。

この見解に対する疑問は、仮定的危険予測の判断が恣意的・流動的になるおそれがあることである⁽⁵⁾。現実の因果経過に「ずれ」がどの程度あれば危険性が肯定されるかの判断が曖昧であり、その点で純客観説と同様の問題点を有しているように思われる。

(カ) 規範的客観説

この見解は、「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」、その判断は「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である」と解する立場である⁽⁶⁾。この説は、法益保護のための一般予防の観点から、科学的な危険判断を行い、将来の行為者の可能的な法益侵害行為の抑止効果という刑法の目的を考慮する点に特徴がある。

この説によると、例えば、判例③の空気注射事例や④の死体に対する殺人行為の他、空ポケットへのスリや空ベッドへの発砲行為も、将来同一の状況に置かれれば法益侵害を引き起こす可能性が高いので危険が認められ未遂犯が成立することになる。これに対し、判例①の硫黄投与事例や主体の不能は、実行行為として「行為自体許されない程度」の危険も、結果としての危険も認められないとする。

この見解は、結果としての危険を事後的な客観的判断に求めているものの、危険惹起の判断を、応報原理によってではなく、一般予防に基づく抑止効果の観点から捉えている点に特色があり、注目される。しかし、この論理は、今回は失敗したが次回は成し遂げる蓋然性が高いと判断されれば危険を認めるものであり、危険を展望的に捉えているが、再犯の実現可能性が法益侵害の科学的判断にどのように影響を与えるのかが明らかではないように思われる。

(キ) 総合的危険説

この見解は、未遂犯の成立には「行為の危険」と「結果としての危険」を必要とし、第一条件として、行為時に存在する純客観的事情を基礎に事後的に判断し定型的・類型的な「行為の危険」の存在を認める必要があり、第二条件として、事後的に確定された客観的事情を基礎として判断された「結果としての危険」の存在が必要であり、さらに第三条件として、実行行為と危険結果との間の因果関係の存在が必要であるという「総合的危険」を前提にして、定型的・類型的な「行為の危険」の存否によって未遂犯と不能犯の限界を画定し、「結果としての危険」が存在して当該行為が不能犯でない場合も、「結果としての危険」が欠ければ不可罰未遂となると解する立場である。⁽⁴⁾ただし、未遂犯と不能犯の限界の画定基準は基本的に絶対不能・相対不能説のそれに従う点で、総合的危険説は前節の客観的危

險説に分類すべきであるかもしれないが、絶対不能でも危険結果を欠き未遂犯が成立しないとする点で修正が加えられていることに特徴がある。

総合的危険説によると、結果不発生の客観的原因には必然的事情と偶然的事情があるとしつつ、絶対不能とは行為時の客観的事情からみて結果発生の抽象的危険が認められず、結果不発生が必然的な場合（例えば、空ベッドへの発砲事例、空ピストルの発砲事例等）であり、絶対不能とは結果発生の抽象的危険が認められ、結果不発生が偶然的な場合（例えば、発砲したベッドの隣に人が現存した場合、致死量不足の毒物を投与した場合等）である。しかし、絶対不能は未遂犯が成立するという結論を導くわけではなく、危険結果が欠ける場合（例えば、人が現存する部屋に爆弾を仕掛けたが、その後外出して不在になった場合）は未遂犯が成立しないことになる。

この説は、「行為の危険」の有無で未遂犯と不能犯の限界を画定し、「行為の危険」が認められても、「結果としての危険」を欠く場合は未遂犯の成立を否定するという二段構えの論理をとる点で独自の見解である。しかし、この説に対しては、第一に、絶対不能・絶対不能説が抱える両者の区別が明確性に欠けるという問題点を解消していない点、第二に、結果不発生の原因を必然的事情と偶然的事情に分けつつ、死体に対する殺人行為、空ピストルの発砲行為、空ポケットへのスリ行為等の事例につき結果不発生の必然的原因を当然の前提として絶対不能を認めているが、事後的に観察してこれらの事例でも結果不発生は偶然的原因による場合もありうる点を考慮しないなど、疑問点が少なくない。⁽⁴⁵⁾

(3) 事後判断の問題

結果無価値論の立場からは、「結果としての危険」にポイントがあるため、事後的に判明した行為時の客観的事情を判断基底に入れて、結果発生危険性を科学的に科学的に一般人の観点から判断するという方法論をとることになる。ただ、客観的危険説によれば理論的不明確さに加え、未遂犯の成立余地がほとんどなくなり受け入れがたい帰結を導く。そのため、多くの修正説が台頭し、未遂犯と不能犯の限界を合理的に画定しようとしている。もつとも、修正説には種々のバリエーションがみられるように、事後の事情を考慮した未遂犯と不能犯の限界基準は必ずしも明確ではなく、未遂処罰に関する論者の政策的観点の相違も反映して、些か恣意的な基準も少なくない。

かつて、私見も結果無価値論の立場から未遂犯・不能犯における危険概念の構築を検討した⁽⁴⁶⁾。しかし、第一に、事後判断に基づく危険判断が明確ではないこと、第二に、結果発生危険性は客観的事情だけではなく、主観的事情も含めて判断せざるをえないこと⁽⁴⁷⁾、第三に、不能犯の範囲が広がりすぎることから、事後判断に基づく危険概念の構築は困難であり、違法二元論に基づく危険概念の構築が必要であると考え、それに適う見解であると思われる具体的危険説に改説した⁽⁴⁸⁾。

(4) 具体的危険説

(ア) この見解は、行為当時において一般人が認識できた事情および行為者が特に認識した事情を判断基底において、一般人の観点から事後予測として構成要件の結果発生現実的危険性を判断する立場⁽⁴⁹⁾であり、リストの提唱した

具体的危険説を基本的に継承している。その特徴は、判断基底を行為当時の事情に限定し、行為後に初めて発覚する事情を考慮してはならないとする事前判断を強調する点にある。その根拠は、第一に、危険判断は行為の構成要件該当性判断向けられた当該行為についての判断である必要があること、第二に、刑法の行為規範性から、刑法が禁圧すべき行為は一般人の立場からみた結果発生の実質的危険性があると感じられる行為であることに求められている。

この説によると、方法の不能については、判例が科学的危険性を重視して不能犯を認めた⑤の点火装置の破損した手榴弾の投てき行為や、⑥の不真正な原料による覚せい剤製造行為等は、一般人が結果発生を感ずるか否かにより、未遂犯にも不能犯にもなる。また、判例⑦の一般線引小切手の事例では、被欺罔者が銀行員であるため、銀行員一般が錯誤に陥るか否かにより、結論が分かれる。客体の不能についても、判例⑩の空ポケットへのスリや⑪の死体に対する殺人行為等も未遂犯か不能犯かは、一般人の観点から懐中物が存在しえた、まだ生きていると思われたという場合に未遂犯が認められる。

具体的危険説に対しては、以下の批判が加えられている。主な批判は、第一に、行為者の主観的事情を判断資料として加える点で抽象的危険説の判断構造とほとんど変わらないことになり、その結果、同説とほぼ同様の帰結をもたらす。第二に、事前の一般人の危険感を基準とすると、科学的に結果発生のない場合まで危険性が肯定される。第三に、一般に不可罰とされる主体の不能について、具体的危険説の公式をあてはまると危険性が肯定され未遂犯の成立に至る論理を導く。こうして、第四に、未遂処罰の範囲が不当に拡大されるという点にある。これらの批判を受けて、後述するように、修正説の展開もみられる。

(イ) 第一点の行為者主観の考慮について、同説がそれを判断基底の中に考慮の対象に入れる理由は、一般人が知れない特殊事情を行為者が特に知っていた場合は結果発生に影響を与えうるからであり、これは因果関係論における折衷の相当因果関係説と同様の根拠に基づいている。また、常に結果が発生しない未遂犯においては、行為者の主観的事情を考慮しないと実行為の認定が困難となり、実行の着手が判断できないことに求められる。これらの点で、具体的危険説は、事前の一般人の危険感を基準とする点では共通するが、行為者の主観的事情のみを判断基底とする抽象的危険説とは異なることは明らかである。問題は、行為者の認識した事情と一般人の認識しえた事情との間にズレが生じた場合、そのいずれを優越させるかにある。両者はほぼ重なることが多いものの、ズレがある場合は後者を優越させることになる。⁽³⁰⁾

もつとも、第一の批判を考慮して、結果無価値論の立場から具体的危険説を採用しつつ、その判断基底から行為者主観を排除する修正説⁽³¹⁾もある。しかし、結果無価値論の立場からも、少なくとも未遂犯については行為者主観が危険性判断に影響を与えることを認める立場が展開されるようになっていくように、行為者主観が主観的違法要素として危険性判断に不可欠の機能を果たすことを認める見解⁽³²⁾が有力になりつつある。

(ウ) 第二点は、特殊な薬品等の有する危険性が問題となり、科学的専門知識が必要とされる場合、一般人では危険判断が行えないため、具体的危険説では判断不能になるのではないかという批判⁽³³⁾である。ここでは、具体的危険説の判断構造に関する次の二つの点が問題となる。第一は、同説による危険判断の主体である一般人の意義に関わる問題であり、第二は鑑定等の考慮は事後判断を意味するかの問題である。

第一の問題については、その批判を受けて、科学的判断が要求される場合、法則的知識に関して一般人は基準となりにえないから、具体的危険説の立場からも科学的知識をもった科学的一般人を基準にすべきであるとする見解がある。たしかに、一般人の危険感が裸のままの印象で足りるとすると、およそ非科学的な知識でも基準となり、結果発生者の危険性判断の客観性が担保しえなくなるであろう。科学法則上危険が全くないような場合であれば一般人も危険を感じることはなく、その意味で科学的危険性の認定は重要である。しかし、刑法の行為規範性からみて、社会通念を基礎に可罰的行為を類型化している構成要件における結果発生の実現的危険の判断は、科学的・物理的危険ではなく、社会一般の通常人が感ずる危険性を基準にすべきであることになる。

次に、第二の問題については、科学的危険性が問題となる場合、それは事後の鑑定等により危険性の有無が明らかにされることが多い。具体的危険説による危険判断においても、個別具体的な当該行為の客観的事情を判断基底に置くべきであり、使用した手段の毒性や致死量、客体が死体か生体か等につき裁判所の慎重な認定が必要であるため、結果不発生に至った原因について事後の鑑定等により明らかにすることは重要な作業である。これに対し、鑑定結果は事後に初めて判明する事情であるから、その考慮は事後判断になるとする批判がある。しかし、事後の鑑定等の考慮は具体的危険説の事前判断と矛盾するものではない。なるほど、未遂犯の処罰根拠を結果発生の実現的危険性に求める以上、具体的危険説の基本的立場からも、現実に行われた個別具体的な当該行為による当該具体的な法益に対する危険性がなければならず、その意味で「結果としての危険」は重要である。しかし、未遂犯における危険は、結果無価値論の立場が理解するような事後において明らかになった客観的事情を判断基底に置いて判断する現実的危険性

ではなく、行為時において犯罪の実現に向けられた法益侵害の危険化を惹起する現実的危険性を意味する。それゆえ、具体的な行為の危険性は、単なる「行為の属性としての危険」ではなく、「結果としての危険」と結び付いたものである。この危険性は、行為時に立ち戻り、結果不発生に至った原因が一般人の認識可能性の範囲内であったか否かを判断し、現実存在した結果不発生の客観的事情が行為時に認識できない場合には判断基底から排除されて、判断されることになる。⁵⁷⁾これが事後予測の意味である。事前判断の必要性は、ラードブルッフが指摘したように、危険性・可能性の判断の客観性は、全条件を判断基底に置く場合には与えられず、事情を部分的に認識している場合、すなわち、事情を完全に認識しているが、個々の事実を捨象して、条件を部分的に把握しているにすぎない場合に与えられるという認識に基づいているのである。

(エ) 第三の主体の不能に関する問題点については、例えば、背任罪における事務処理者の範囲に関する見解の相違があるため、事務処理者でない者が事務処理者と誤信して、一般人の観点からみてもそのような誤信が相当であれば、具体的危険説に従えば、背任未遂罪が成立する可能性がある。しかし、このような場合に未遂罪で処罰されることはないであろう。そこで、同説の立場から主体の不能の不可罰性を根拠づける理論として、事実の欠如説、幻覚犯説、危殆化地位説等の諸見解が展開されている。

事実の欠如説は、構成要件欠缺論により構成要件要素のうち因果関係に属する部分とその他の部分とを価値的に區別し前者のみを刑法上本質的要素とみて重視し、非本質的要素である主体につき、その欠如は構成要件の定型性を欠くことになり不可罰とする見解である。⁵⁸⁾これに対しては、一般に指摘されているように、構成要件要素はすべ

と同価値であり、主体のみ特別扱いする合理的根拠はないという批判があてはまる。

幻覚犯説は、前提として真正身分犯を義務犯と捉え、義務のない者は義務違反を犯しえないと解することにより、主体の不能を不可罰とする見解である。⁽⁶⁰⁾しかし、構成要件要素の中で主体のみを特別扱いする点や、真正身分を具備しないのに具備すると誤信する場合を一律に幻覚犯と解する点で疑問がある。

危殆化地位説は、構成要件要素の中で主体要素が特に法益を危殆化しやすい地位と理解すると、その欠如は法益危殆化の欠如を意味することになるので未遂犯は成立しないと解する見解である。⁽⁶¹⁾しかし、法益危殆化の容易な地位という理由で主体のみを構成要件要素の中で特別扱いできるのかは疑問である。⁽⁶²⁾

(オ) 第四の批判は、具体的危険説を適用すると、例えば、精巧なモデルガンを本物の拳銃と誤信して殺害しようとしたような場合や、人と思つて撃つたら人形であった場合等、処罰価値がなく一笑に付しうるような事例まで未遂犯の成立を認めざるをえないことになり、不当な処罰の拡大に至るといふ点である。たしかに、同説に従い事前の一般人の危険感を基準に判断すると、以上のような事例につき、一般人が本物の拳銃であるとか人が存在した蓋然性が高いと判断した場合には危険性が肯定され未遂犯の構成要件該当性を否定することが困難な場合もあり、処罰拡大は否めないようにもみえる。もつとも、例えば、人と思つて撃つたら人形であった場合でも、人が実在した可能性が高い場合には一笑に付しえず、危険性が高く当罰性がある事例もあり、一律に不可罰となるわけではない。

IV むすび

未遂犯と不能犯との限界基準について、当該法益に対する結果発生 of 具体的危険に求めることで見解の一致がありながら、以上の検討からも明らかのように、明確かつ合理性のある危険概念の構築は困難であり、客観説内部で鋭い見解の対立がみられる。

不能犯は構成要件該当性の問題であり、そこでは行為の類型的な危険性の有無が問われる。刑法の行為規範性を裁判規範性よりも重視し第一次規範として位置づけるべきであると考える立場からは、事前判断により実行行為の危険性を問題にする必要があるが、その点で具体的危険説を採用することが最も相応しいことになる。

しかし、具体的危険説に従うと、主体の不能の処理や案山子に対する射撃のように処罰価値のない事例の処理について未遂犯の成立可能性があるため、不当な処罰拡大に至るおそれがないような理論構成が要求される。そこで、処罰の拡大を違法論で解決する理論構成が提唱されており、私見もこれに属する⁽⁶⁾。この立場は、未遂犯の構成要件該当性判断に加え、当該行為の実質的違法性判断を問題とすることにより、具体的危険説の欠点を補い可罰未遂の限界を慎重に判断できる。すなわち、構成要件該当性判断は、価値に関係するとはいえ類型的事実判断であるから、事前の一般人の危険感の観点から、結果発生 of 現実的危険性がある否かを判断すべきである。そして、結果発生 of 現実的危険性があると判断された行為は未遂犯の構成要件に該当し、構成要件は違法類型であるから、原則として違法性が認められることになる。しかし、構成要件に該当する行為でも、可罰的違法性の欠ける行為は例外的に違法性が阻却され処罰されない。違法性判断は非類型的・実質的な判断であり、裁判時に明らかになった事情を考慮して事後的に行

われることになる。問題は実質的違法性の判断基準であるが、この点について、絶対不能・相対不能説を採用する見解と事後的な法益侵害の危険性判断を行う見解⁽⁶⁴⁾がある。もつとも、これらの見解が違法性段階では事後判断による危険性判断を行う趣旨であるとすれば、客観的危険説ないし修正された客観的危険説が有する事後判断の不明確性の問題が生ずるおそれがある。

これに対し、私見は、構成要件段階では、具体的危険説に従い、仮に結果発生の実質的危険性があり不能犯が認められないような場合でも、処罰価値のない事例は、当該行為が法益保護、事案の軽微性、抑止の必要性等を総合的に考慮して、未遂犯としての可罰的違法性が欠けると判断される場合には違法性が阻却されるという解決をとるものであり、違法性段階で実質的な危険判断を行う論理ではない。これに対し、未遂犯の構成要件該当性を認めたと上で、例外的に可罰性を否定しようとすることは具体的危険説の危険判断が機能不全に陥っていることを示すものであるとする批判⁽⁶⁵⁾が加えられている。たしかに、具体的危険説に従う限り、主体の不能の事例や一笑に付しうるような事例について一律に不能犯を認める論理を導くことは困難である。しかし、事後的にみれば処罰価値のないこれらの事例でも、そもそも空ベッドへの発砲行為等のように構成要件該当性の類型的な事実判断においては、一般人が危険を感じ、以上実行行為性を否定すべきではない場合もあり、一律に不能犯を認めることは相当ではないのである。その上で、事後的にみて処罰価値がない場合は例外的に未遂犯の可罰的違法性を阻却することになる。このように、具体的危険説は、これらの事例の処理も含め、構成要件段階における法益侵害の類型的危険判断を合理的に行える理論として機能する価値は些かも失われていないのである。

- (1) 曾根成彦『刑法総論第三版』(弘文堂、二〇〇〇年)二五〇頁、同『刑法の重要問題(総論)補訂版』(成文堂、一九九六年)二五七頁、同「不能犯」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅰ第二版』(勁草書房、一九九七年)二八〇頁、内山良雄「具体的危険説の危険判断とその適用上の問題」早稲田大学大学院法研論集八九号(一九九九年)七九頁、同「不能犯論」現代刑事法二七号(二〇〇〇年)五四頁。
- (2) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、一九八三年)一九六頁。
- (3) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五年)三二〇頁、野村稔「不能犯と事実の欠缺」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷』(法学書院、一九九二年)七頁以下、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三卷二号(一九九三年)二二二頁、佐久間修「不能犯論」現代刑事法二七号(二〇〇〇年)四三頁、井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂、二〇〇五年)二六二頁。
- (4) 岡本勝「抽象的危険犯」の問題性」法学三八卷二号(一九七四年)一七五頁、同「危険犯」をめぐる諸問題」Law School三九号(一九八一年)三七頁、福田平「大塚仁」対談刑法総論(下)』(有斐閣、一九八六年)二二六頁、塩見淳「実行の着手について(三・完)」法学論叢二二卷六号(一九八六年)一五頁、川端博「刑法総論二五講」(青林書院、一九九〇年)二五九頁、奥村・前注(3)二〇一頁、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』(山岩波書店、二〇〇一年)一七四頁等。
- (5) 刑録二三輯九九九頁。
- (6) 新聞二七九一号一三頁。
- (7) 奥村正雄「不能犯論の予備的考察」同志社法学三三卷五号(一九八一年)二二八頁。
- (8) 刑集一六卷三号三〇五頁。なお、致死量不足の猫イラズによる殺人行為について、その量が致死量の六分の一ないし三〇分の一という少量であること、猫イラズが青酸カリほど毒性が強くないことは一般の認識であること、被告人も猫イラズの毒性がその量の場合にかかわらず人命に影響するとの認識がなかったことを理由として、無罪とした事例がある。秋田地裁大館支判昭和四二年七月二九日判時五〇七号七八頁。
- (9) 最高裁は、通常人であれば服用しないような事例についても、同様に、「何人もこれを食べることは絶対にないと断定することは

- 実験則上これを肯認し得ない」として、不能犯を認めない。最判昭和二四年一月二〇日刑集一九卷六八九頁、最判昭和二六年七月一七日刑集五卷八号一四四八頁。
- (10) 高刑集一四卷四号二五〇頁。
 - (11) 判タ六五四号二六一頁。
 - (12) 東京高刑時報五卷六号二三六頁。
 - (13) 高刑集一五卷四号二二〇頁。
 - (14) 刑裁月報四卷二号一八一七頁。類似事案として、水戸地判昭和四二年六月六日判時四九五号八九頁。
 - (15) 判特二六号五八頁。
 - (16) 刑集三〇卷二号一四六頁。同様に、乾電池の電流値が低いため現実に爆発する可能性のない電気雷管付ダイナマイトの投てき行為について爆発物使用罪の成立を認めたものとして、東京高判昭和五三年四月六日判時九〇八号二二二頁。
 - (17) 大判昭和二年六月一七日刑集六卷二〇八頁は、「墮胎罪ノ成立スルニハ墮胎手段ヲ施シタル当時ニ於テ胎児ガ生活力ヲ保有セルコトヲ要シ、…之ニ墮胎手術ヲ施スモ犯罪ヲ構成セザルヤ論ナシ」と判示した。
 - (18) 刑録二〇輯一五四六頁。
 - (19) 高刑集一四卷五号三二〇頁。
 - (20) 宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（成文堂、一九九〇年）一八頁以下。
 - (21) 山口厚『問題探求刑法総論』（有斐閣、一九九八年）二二六頁、林陽一「不能犯について」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、一九九八年）三八八頁、和田俊憲「未遂犯」山口厚編『クローブアップ刑法総論』（成文堂、二〇〇三年）一九六頁。
 - (22) 村井敏邦「不能犯」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』（勁草書房、一九九〇年）一八二頁、中山研一『刑法の論争問題』（成文堂、一九九一年）一五九頁以下、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、二〇〇五年）三八三頁等。
 - (23) 山口・前注(21)二二六頁、山中敬一「不能犯論における危険判断の構造」現代刑事法一七号(二〇〇〇年)五八頁、井田・前

- 注（４）一八五頁。
- (24) 奥村・前注（７）二二六頁。
- (25) 山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、一九八二年）一六四頁以下、同・前注（21）二二七頁。基本的に同説を支持する立場として、佐伯仁志「不能犯」刑法の争点『第三版』（二〇〇〇年）九〇頁、和田・前注（21）一九八頁。
- (26) 山口・前注（25）一六六頁。
- (27) 中山・前注（22）一六二頁、野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、一九八四年）三六二頁、曾根・前注（1）重要問題二五七頁、井田・前注（4）一八六頁、奥村・前注（3）二二九頁。
- (28) 山口・前注（21）二二七頁。
- (29) この点は、仮定的事実説の立場からも指摘されている。和田・前注（21）二〇一頁。
- (30) この点について、さもなくば仮定的事実は無数に想定できることになるとする批判として、松生健「具体的危険犯における『危険』の意義（二・完）」九大法学四九号（一九八五年）五〇頁。同旨のものとして、内山・前注（1）現代刑事法一七号五四頁。
- (31) 奥村・前注（3）二二七頁、井田・前注（4）一八六頁。また、仮定的事実説を採用する佐伯・前注（25）九一頁も批判的である。
- (32) 『INTERVIEW』問題探求刑法総論』山口厚先生に聞く』法学セミナー二四一号（二〇〇〇年）六九頁参照。
- (33) 山口・前注（25）一六九頁、一八三頁注（22）。
- (34) 前田雅英『刑法総論講義第三版』（東京大学出版会、一九九八年）一五九頁、木村光江『刑法第二版』（東京大学出版会、二〇〇二年）四八頁。
- (35) 山中・前注（23）五九頁、同『刑法総論Ⅱ』（成文堂、一九九九年）六九九頁、内山・前注（1）現代刑事法一七号五四頁、佐藤拓磨「不能犯に関する一考察―客観的危険説の検討―」法学政治学論究五八号（二〇〇三年）三四三頁。
- (36) 奥村・前注（3）二二八頁、一三〇頁注（107）。
- (37) 林・前注（21）三九〇頁。

- (38) 山中・前注(23) 六〇頁、佐藤・前注(35) 三四七頁。
- (39) 曾根・前注(1) 刑法総論二五〇頁、同・前注(1) 重要問題二五七頁、内山・前注(1) 現代刑事法一七号五五頁。
- (40) 山中・前注(23) 六〇頁、同・前注(35) 七〇〇頁以下。
- (41) 山中・前注(35) 七〇七頁。
- (42) 山中・前注(23) 六二頁、佐藤・前注(35) 三四五頁。
- (43) 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年) 三七二頁。この説を基本的に支持する立場として、佐藤・前注(35) 三四八頁。
- (44) 名和鐵朗「未遂犯の論理構造」『福田平博士Ⅱ大塚仁博士古稀祝賀刑事法学の総合的検討(下)』(有斐閣、一九九三年) 四〇七頁、同「犯罪論における危険概念について」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷刑法の理論』(成文堂、一九九七年) 二二九頁以下。
- (45) 総合的危険説に対する批判的検討として、奥村正雄「名和鐵朗『未遂犯の論理構造』」法律時報六七卷三号(一九九五年) 九三頁以下。
- (46) 奥村・前注(7) 九八頁以下。
- (47) 結果無価値論の立場からも、未遂犯の故意を主観的違法要素と解する見解として、平野・前注(3) 三二四頁、林・前注(43) 三六三頁等。未遂犯の故意ではなく行為意思は結果発生の危険性に影響するとして主観的違法要素と認める見解として、山口厚『刑法総論「補訂版」』(有斐閣、二〇〇五年) 二三四頁。
- (48) 奥村正雄「イギリス刑法からみた不能犯論」刑法雑誌二七卷四号(一九八七年) 八七九頁以下(同『イギリス刑事法の動向』(成文堂、一九九六年) 一九四頁所収)。
- (49) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(創文社、一九九〇年) 一二二頁、大塚仁『刑法概説(総論) 第三版』(有斐閣、一九九七年) 二五四頁、福田平『全訂刑法総論第四版』(有斐閣、二〇〇四年) 一三九頁、中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣、一九八〇年) 一九七頁、西原春夫『刑法総論』(成文堂、一九七七年) 三〇一頁、大谷實『新版刑法講義総論「追補版」』(成文堂、二〇〇五年) 三九九頁。

頁、川端博『刑法総論講義』(成文堂、一九九五年)四七九頁、野村稔『刑法総論補訂版』(成文堂、一九九八年)三四九頁、日高義博『違法性の基礎理論』(イウス出版、二〇〇五年)一七四頁、井田・前注(3)二六二頁以下、佐久間・前注(3)四三頁以下等。

(50) 行為者主観を考慮する点で具体的危険説が批判を受ける背景として、リスト自身が行為者の認識した事情と一般人の認識しえた事情のいずれを優越させるか明確にせず、彼の後継者が前者を優越する立場と後者を優越する立場に分かれ、やがて前者から抽象的危険説が誕生したことがある。List-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., 1921, S. 209. 奥村・前注(7)一〇四頁以下参照。

(51) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上智法学論集一八卷一号(一九七四年)一一一頁以下。

(52) 前注(47)の論者の見解。

(53) 山口・前注(32)七〇頁。

(54) 井田・前注(3)二七四頁。

(55) 佐伯・前注(25)九〇頁、内山・前注(1)現代刑事法一七号五一頁。

(56) 具体的危険説には具体的法益との関連性を希薄化する立場と、その関連性を重視する立場があるとする指摘があるが、違法二元論の立場からも結果無価値を基本軸に考える以上、後者の立場をとる必要がある。その指摘として、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否」岡山大学法学会雑誌五一卷四号(二〇〇二年)七九四頁。

(57) 日高・前注(49)一六五頁、井田・前注(3)二六八頁、佐藤拓磨「不能犯に関する一考察―具体的危険説の再検討―」法学政治学論究五四号(二〇〇二年)三七〇頁。

(58) G. Radbruch, *Die Lehre von adäquaten Verursachung*, 1902, S. 11.

(59) 団藤・前注(49)一六五頁、大塚・前注(49)二五九頁、大沼邦弘「未遂犯の成立範囲の画定」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三卷』(有斐閣、一九八四年)九一頁等。

(60) 川端・前注(49)四八六頁、日高・前注(49)一八〇頁等。なお、幻覚犯説と類似の見解として、可逆原理説がある。これは、

あてはめの錯誤は違法性の錯誤で可罰性があるが、その裏返しの錯誤は違法でないのに違法であると誤信した場合であるから不可罰となり、主体の不能は「裏返されたあてはめの錯誤」であるから不可罰であると解する立場である。中・前注(49)二〇八頁。この見解の検討として、奥村・前注(7)一〇八頁。

(61) 塩見淳「主体の不能について(一)、(二・完)」法学論叢一三〇巻二号(一九九二年)一頁以下、同六号(一九九二年)一頁以下。

(62) 和田・前注(21)二〇五頁は、違法身分については未遂の危険性を肯定する。

(63) 奥村・前注(3)二二二頁以下。なお、曾根説は、不能犯論を違法性段階の問題として位置づけ、構成要件段階では行為の一般的危険性を判断し、構成要件段階では未遂犯に該当しても、違法性段階において客観的危険説の判断に従い不能犯の成否を検討する見解である点で、類似している。しかし、既述のように、曾根説は実行の着手の問題と不能犯の問題を完全に区別する点で、両者を統一的に考える立場と異なる。前注(1)の曾根論文参照。

(64) 西山富夫「未遂犯の違法性と責任」『井上正治博士還暦祝賀刑事法学の諸相(上)』(有斐閣、一九八一年)七三頁以下。

(65) 大谷實『刑法総論の重要問題』(立花書房、一九九〇年)三四四頁以下、同・前注(49)四〇六頁。

(66) 日高・前注(49)一六八頁。