

# 英米刑法における不能未遂の可罰性判断 (二・完)

——客観説の分析を中心として——

澁谷 洋平

## 目次

- 一 序
- 二 不能未遂の可罰性判断の構造
  - (一) 主観説の判断構造
  - (二) 客観説の判断構造
    - 1 フレッチャーの見解
    - 2 ダフの見解(以上二七卷三号)
    - 3 スチュワートの見解
  - (三) 小 括
- 三 不能未遂の可罰性判断における問題点
  - (一) 可罰性判断の基礎
  - (二) 可罰性判断の基準
  - (三) 小 括
- 四 結 語——今後の課題と展望——(以上本号)

## 二 不能未遂の可罰性判断の構造

### (二) 客観説の判断構造

3 スチュワートの見解 イギリスやアメリカ合衆国と同様、英米法系に属するカナダにおいても、客観説の判断構造を支持する論者が存在している。スチュワート(H. Stewart)は、私的な心理状態のみに向けられた刑罰の不当性を指摘し、自由主義的見地から、刑事責任の重要な基礎となる「行為要件」の重要性を説いている<sup>(78)</sup>。彼は、未遂論の基本的対立点は侵害予防に着目する「侵害志向的(harm-oriented)」理論と、自由かつ平等な個人的関係の構築に着目する「行為志向的(agency-oriented)」理論との見解の相違にあるとして、この二つの理論を折衷的に捉える立場から、未遂犯の処罰根拠を「危険性」に求めている<sup>(79)</sup>。そして、客観的要件を判断する場合、「合理的人物の視点に従うことが適切である」として、未遂罪の可罰性判断に関して、「合理的に明白な犯罪性(reasonably manifest criminality)」理論を提唱している<sup>(80)</sup>。この理論によれば、「事実的諸事象に関する認識を有するが、行為者の意図・確信に関する証拠を与えられない合理的人物の視点から観察して、その行為が犯罪意図・目的を明白にしているか否か」が判断される。つまり、可罰性判断の第一段階として、「客観的行為」の犯罪性が肯定されてはじめて、第二段階として、行為者の主観面に関する分析へと移行することが認められるのである。このような見解は、客観的行為に関する分析が行為者の主観面に関する分析に先行するという点で、先に検討したフレッチャーの見解と類似するものである。

スチュワートの見解では、明確性や一義性ではなく「合理的な明白性」が基準とされており、サーモンドやフレッチャーの見解と比較して、客観的行為の犯罪性を認めるための要件が若干緩和されている。しかしながら、客観的行

為の可罰性判断において主観面の考慮を完全に排除するという見解に対しては、行為の犯罪性を判断するためには主観面の考慮が不可欠であるという批判が従来から加えられている。<sup>(82)</sup> そこで、スチュワートは、行為の客観的分析という基本姿勢を維持しつつ、犯罪の個別化という観点から、「意図の暗黙的な帰属 (Tacit attribution of intent)」の必要性を認めている。つまり、客観的判断において問題とされる「犯罪性」を特定するために、行為者の犯罪意図が暗黙的に考慮されるのである。<sup>(83)</sup>

この理論は、不能未遂に対しても同様に適用される。スチュワートは、客観的な可罰性判断の導入により、不可罰的な不能未遂の領域を理論的に維持しようとする。<sup>(84)</sup> 彼は、不能未遂を①犯罪客体の事実的状态に関する錯誤(死体に向けて発砲する行為、空ポケットに手を入れる行為)、②犯罪客体の法的状态に関する錯誤(財物の他人性・盗品性が欠ける場合)、③行為の經驗的效果 (empirical effects of behaviour) に関する錯誤(無害粉末にコカイン精製処理を加える行為、蠟人形に釘を刺す行為) という三つの類型に区別し、<sup>(85)</sup> 以下のように分析している。

まず、類型①・②のような事例においては、通常の未遂犯の事例と同様に、行為者の主観面以外のあらゆる諸事実を認識する第三者の視点から行為の客観的分析が行われ、「合理的に明白な犯罪性」の存否が判断される。ここで、彼の可罰性判断の特徴は、個別事例における客観的諸事実を基礎とした合理的人物の「事実・具体的な予測 (fact-specific contemplation)<sup>(86)</sup>」であるという点に注意しなければならない。したがって、可罰性判断の結果は、個別事例の具体的諸事実に依拠することになる。例えば、法定年齢未満であると誤信して現実には一九歳の女性と性交渉を行ったという事例(類型②)においては、強姦未遂罪の成否が問題となるが、彼の見解によれば、「当該女性の容姿、二人が出会った時の状況」などのさらなる諸事実が重要な意味をもつ。<sup>(87)</sup> そして、たとえ現実には一九歳の女性であったとしても、その女性が法定年齢未満であると意思表示していた場合や、その外見や行動がきわめて幼く、合理的人物の視点から

も法定年齢未満であると認識され得る場合には、少なくとも行為時には法定年齢未満の女性との性交渉の危険性が認められるため、可罰的な不能未遂としての行為要件が充足されるのである。

この見解は、当該行為に先行する具体的諸事実をも考慮して、第三者の視点による合理的な認識可能性を判断するというものである。そこでは、不能未遂の可罰性判断における事実の抽象化の必要性が意識されており、とりわけ行為記述に関するダフの見解と同様のものと考えられる。

次に、類型③の分析において、スチュワートは注目すべき見解を提示している。彼は、「外界の経験的作用に関する現代的知識および確信 (contemporary knowledge and belief)<sup>(88)</sup>」に従って考察すれば類型③における結果不発生という事実は必然的であるとして、判断基準として適用されるべき法則的知識の問題について次のように言及している。すなわち、行為者の知識を基準とすれば、全ての不能未遂事例において行為要件が充足される結果となり妥当でないが、その一方で、合理的人物の知識を基準にしても、そのような人物に付与される知識のさらなる明確化が必要である。たしかに、魔法による殺人行為のような迷信犯の場合、合理的に明白な犯罪性が全く認められないため、行為要件の充足性が否定され、不可罰という結論が容易に導かれる<sup>(89)</sup>。しかし、例えばコカイン精製行為の可罰性が問題となる場合に、化学的な専門知識をもたない合理的人物の視点からその可罰性を判断することは、およそ不可能であろう。なぜなら、ダフのように「一般的知能、および外界に関する基本的知識」を判断基準とする場合、行為の客観的性質や行為と外界との客観的關係は、正確には分析され得ないからである。したがって、合理的人物というのは、行為記述において事実を抽象化するための客観的視点としては適切であるが、そのようにして確定された諸事実の下で行為の可罰性・危険性を判断するための基準としては、なお十分なものとは言えないのである。刑事訴訟における鑑定人制度の趣旨に鑑みても、判断基準として適用される法則的知識は、「専門家の証言 (expert evidence)」によって補

足されるべきである<sup>(80)</sup>。と。このような判断基準によれば、前述のコカイン精製事例においては、化学的知識に従って当該精製行為の客観的性質が分析される。そして、その方法を少し変更すればコカインが精製され得たであろうような場合には、可罰的な不能未遂としての行為要件が充足されることになる<sup>(81)</sup>。こうして、スチュワートは、判断基準としての合理性概念の限界を正当に指摘するのである。

このように、スチュワートの見解は、不能未遂の可罰性判断において、フレッチャーと同様の枠組を前提としつつ、合理的人物の視点から客観的事実を抽象化し、専門的知識を基礎とした判断基準に従って行為の客観的分析を行うというものである。そのような判断方法の背景には、可罰性判断の客観性・明確性を可能な限り確保することにより、刑罰権の恣意的な行使を排除し、危険性を根拠とした刑法的介入の正当性を示すという自由主義的要請が看取される<sup>(82)</sup>。さらに、彼の見解は、判断基準としての専門的知識の必要性を指摘したという点において、行為の客観的性質の分析をより正確に行うための契機を含んでおり、注目されるべきものであるように思われる。

(78) H. Stewart, *The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts*, 51 U. Toronto L. J. 399 (2001).

(79) *Id.*, at 400-401. スチュワートによれば、前者の理論は「侵害予防」の重視により処罰範囲をきわめて広く認めるものであり、後者の理論は他者に対する「侵害行為」の重視により処罰範囲を限定するものとされる。しかし、彼の言う危険性が具体的に何を意味するかについては、必ずしも明らかでない。

(80) *Id.*, at 399-400.

(81) *Id.*, at 401-402.

(82) 主観説に依拠するG・ウィリアムズのみならず、客観説に依拠するダフも、行為の客観面と主観面との「概念的切断」については批判的である。Williams, *supra* note (17), at 630; Duff, *supra* note (54), at 50-53, 198.

- (83) ただし、スチュワートは、行為要件の充足性が肯定された後に行為者の主観面に対する事実的分析が行われ、犯罪意図の存在が否定されることもあるという点を強調している。Stewart, *supra* note (78), at 407-408.
- (84) *Id.*, at 411.
- (85) *Id.*; at 412. なお、無害粉末によるコカイン精製事例が「行為の経験的效果に関する錯誤」に分類されている点には、若干の疑問が残る。
- (86) *Id.*, at 417.
- (87) *Id.*, at 418-419.
- (88) *Id.*, at 419.
- (89) *Id.*, at 419-420.
- (90) *Id.*, at 420.
- (91) *Id.*, at 421.
- (92) スチュワートは、自由主義概念の多義性を自認しつつ、「心理状態のみに基礎づけられた刑罰に対する嫌悪感」という点で一致するものと論じている。 *Id.*, at 422-423.

### (三) 小括

本章では、英米刑法における不能未遂の可罰性判断の構造について分析してきた。そこでは、個人的自由の保障、私的・自律的領域の保護、あるいは思想処罰の禁止といった自由主義思想を背景として、判例・通説の依拠する主観的未遂論の問題性が指摘され、可罰性判断において行為の客観的分析を行うという客観的未遂論の展開が試みられていた。フレッチャヤーやスチュワートの見解のように、客観説の判断構造には若干の問題点も認められたが、その一方で、行為記述に関するダフの見解は、攻撃概念を中心として理論的に展開されたものであり、保護されるべき法的諸

利益との具体的関連性を志向するという点で妥当なものであった<sup>(93)</sup>。実際に、主観説を採用する論者も、主観的諸原理の論理的帰結を積極的に認めようとしておらず、<sup>(94)</sup> そのような直観的判断にも、主観的未遂論の限界が現れているように思われる。

本章における客観説の分析から、次の二点が明らかになった。まず、第一に、可罰性判断の基礎となる行為を記述する場合、行為者の認識のみに依拠するのではなく、行為者と同一状況におかれた合理的人物の視点が重要であるという点である。<sup>(95)</sup> そこでは、個別事例における客観的諸事実が重要な前提とされながらも、可罰性判断に不可欠となる「事実の抽象化の必要性」が明らかにされていた。そして、第二に、可罰性判断の基準としては、行為記述の場合と同様に合理的人物の知識の適用が主張される一方で、合理性概念の限界が指摘され、専門的知識の採用という方向性が示唆されたという点である。この点は、「現実世界における行為の客観的性質」を分析するという客観説の基本思想にとつて、きわめて重要な意義を有するものと考えられる。

そこで、次章では、以上の分析結果を基礎として、我が国の理論状況をも可能な限り視野に入れつつ、不能未遂の可罰性判断における問題点について、若干の検討を加えることにしたい。

(93) ただし、その理論的根拠や侵害犯以外の未遂犯への適用可能性など、攻撃概念にも様々な問題が残されている。

(94) Duff, *supra* note (54), at 162-165, 235. 例えば、G・ウィリアムズは、同様の錯誤の可能性や侵害性が存在していないことを理由として、女性の年齢を誤信して（現実には法定同意年齢の女性との）性行為に及んだ行為者を強姦未遂罪で起訴することは不合理であると主張する。しかし、その当否は別として、主観説からこのような結論を論理的に導くことは困難であろう。Williams, *supra* note (76), at 42.

(95) なお、「第三者の合理性」という判断基準は、従来から主張されていた。See Sayre, *supra* note (12), at 848; Hall, *supra* note

(12), at 837. セイヤ、ホールの所説については、中武「英米刑法における未遂理論(二)」(前掲註(13))八五頁以下も参照。

### 三 不能未遂の可罰性判断における問題点

#### (一) 可罰性判断の基礎

我が国においては、不能犯の危険判断に関して、判断基底と判断基準という二点が問題とされており、具体的危険説と客観的危険説<sup>(96)</sup>が対立している。さらに、いずれかの立場を基礎としつつ、その判断方法に修正を加える見解も主張<sup>(98)</sup>されており、不能犯論は錯綜した様相を呈している<sup>(99)</sup>。不能未遂の可罰性判断については、前章で検討したように、英米刑法においても、判断の基礎となる「行為の記述方法」の問題と可罰性判断の基準となる「法則的知識」の問題とを区別して考察することが可能であった。その点では、英米法系諸国も我が国と共通の課題を抱えているものと考えられる。すなわち、判断の基礎となる諸事実を確定し、あるいは行為を記述する場合の「事実の抽象化の要否・方法」、および判断基準として適用されるべき「法則的知識とその内容の明確化」という課題である。

そこでまず、可罰性判断の基礎に関する問題について検討することにした。この点につき、我が国においては、「一般人の認識可能な事情および行為者の特に認識していた事情」を基礎とする具体的危険説と、「客観的に存在した全事情」を判断の基礎とする客観的危険説とが基本的に対立しており、未だ見解の一致はみられない。

他方で、英米における客観説によれば、客観的事実の抽象化の必要性を認めるといふ点では一致しており、客観的観察者・合理的人物の視点から、可罰性判断の基礎となる行為が記述される。行為記述の方法に関しては、フレッチ



ヤーが、行為の客観的分析が行為者の主観面に対する分析に先行すべきであるという基本的認識から「客観面と主観面との概念的切断」を強調するにとどまったのに対して、ダフは、主観的要件の分析結果を前提とする伝統的立場を維持しつつ、「行為者に帰責されるべき行為の記述方法」という観点から、客観的事実の抽象化の「過程」を明らかにした。後者の見解は、結果発生を可能にする事実の存在を行為者が誤信した点に注目し、一般的な認識能力を有する第三者の視点から、行為者の誤信の「合理性」を判断するというものであった。そこでは、当該行為に先行する具体的諸事情や行為経過、行為者の情報収集の過程などを総合的に考慮した上で、行為者と同一状況におかれた第三者の視点から観察して、結果の発生を可能にする事実の存在が行為者のみならず第三者にとっても合理的に認識され得る場合、その錯誤的・仮定的事実が判断の基礎となる行為記述に含まれることになる。こうして、可罰性判断の基礎となる行為を記述する場合、個別事例における客観的諸事実の「一部」が抽象化されるのである。このような行為記述の方法は、一般人の認識能力に従って判断の基礎となる行為時の諸事実を確定するという点で、我が国における具体的危険説と類似するものと考えられる<sup>(10)</sup>。

ここで、このような行為記述の方法や具体的危険説による判断基底の確定方法は、我が国の客観的危険説と同様、事後的に判明した客観的諸事実を前提とするということに注意すべきである<sup>(11)</sup>。これらの見解においても、個別事例における客観的諸事実の重要性は正しく認識されているのである。この点は、具体的危険説に依拠する論者の主張のみならず、前章で検討したダフやスチュワートの見解にも明示されているように思われる。例えば、ダフの見解によれば、木に向けて拳銃を発砲するという行為の可罰性を判断する場合、行為者が被害者の存在を誤信するに至った具体的事情や被害者が現実には存在していなかったという事実など、当該行為に先行する行為経過を含めた諸事実を前提として、第三者の視点から行為者の錯誤の「合理性」を問うことにより、判断の基礎となる行為が記述される。この

ような判断を行うためには、客観的諸事実の確定が不可欠である。したがって、死体への発砲行為<sup>(105)</sup>や死体との性行為<sup>(106)</sup>などの可罰性も、当該客体を「生体」であると誤信した経過などのあらゆる諸事実を前提として、一般人の認識能力に従って確定された具体的状況の下で判断されることになる<sup>(107)</sup>。同様に、スチュワートの見解においても、法定年齢未満であると誤信して現実には一九歳の女性と性交渉を行うという行為の可罰性は、当該女性の意思表示や外見・行動などの諸事実<sup>(108)</sup>に依拠する<sup>(109)</sup>ということが示されていた。このように、いずれの見解においても、個別事例における客観的諸事実の確定は、可罰性判断の「前提」としてきわめて重要なものとなるのである。

もっとも、以上のような見解に対しては、事実を抽象化するための視点として提示される合理性概念は不明確であるとの批判が向けられている<sup>(110)</sup>。たしかに、我が国における客観的危険説、とりわけ純客観的な危険判断を追求する立場から主張されているように、客観的諸事実のみを判断基底とする見解によれば、事実の抽象化手続それ自体が不要であり、抽象化の過程・程度を明確化するという困難な問題も喚起されないであろう<sup>(111)</sup>。しかしながら、現在では、危険判断において事実の抽象化を一切否定すれば結果発生<sup>(112)</sup>の危険性を認める余地がなくなるという基本的理解が広く受け入れられ、客観的危険説の論者によっても事実の抽象化の必要性が認められつつあり、その過程・程度の明確化が議論されている<sup>(113)</sup>。

このような観点からすれば、英米における客観説、とりわけダフやスチュワートの見解は、可罰性判断の前提として行為記述に必要となる事実の抽象化の一方法を示すものであり、一定の明確性を有するものであるように思われる。さらに、抽象化の基準として「一般人の認識能力」を措定することは、刑法の任務を「行動準則の定立による諸利益の保護」に求めるといふ論者の基本的立場<sup>(114)</sup>とも整合的であり、具体的状況下での行為の客観的性質を問うという点から見ても、可罰性判断の第一段階として穏当なものと考えられる。

- (96) 大沼・前掲註(1)一二二頁以下、平野龍一『刑法総論II』(一九七五年)三二〇頁以下、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(一九八一年)三〇九頁、野村・前掲註(6)三三二頁以下、中義勝『刑法上の諸問題』(一九九一年)二三七頁、振津隆行『不能犯——具体的危険説と客観的危険説との対抗——』『中義勝先生古稀祝賀刑法理論の探求』(一九九二年)二五九頁以下、川端博『刑法講義総論』(一九九五年)四七四頁以下、佐久間修『刑法講義(総論)』(一九九八年)三一六頁以下、同『不能犯論——具体的危険説の立場から——』現代刑事法二卷九号(二〇〇〇年)四三頁以下、日高義博『不能犯論における危険判断』『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二卷 刑法理論の現代的展開』(二〇〇〇年)四一三頁以下、大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇一年)三九五頁以下など参照。なお、団藤重光『刑法綱要総論』(第三版・一九九〇年)一六八頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版・一九九七年)二五四頁以下、福田平『全訂刑法総論』(第三版・二〇〇一年)二三四頁以下参照。
- (97) 宗岡・前掲註(4)一頁以下、村井敏邦『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』(一九九〇年)一六五頁以下、中山・前掲註(43)二二八頁以下、前田雅英『刑法総論講義』(第三版・一九九八年)一五三頁以下、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』(一九九八年)三七七頁以下、内田文昭『刑法概要(中)』(一九九九年)三七四頁以下、内山良雄『不能犯論——客観的危険説の立場から——』現代刑事法二卷九号(二〇〇〇年)五〇頁以下、佐伯仁志『不能犯』刑法の争点(第三版・二〇〇〇年)九〇頁以下、曾根威彦『刑法総論』(第三版・二〇〇三年)二四三頁以下、山口・前掲註(5)一五〇頁以下、同『刑法総論』(二〇〇一年)二三五頁以下、内藤・前掲註(6)二二五〇頁以下など参照。
- (98) 名和鐵郎『犯罪論における危険概念について——総合的危険説の立場から——』『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷 刑法の理論』(一九九七年)二二九頁以下、山中敬一『刑法総論II』(一九九九年)六九〇頁以下、同『不能犯論における危険判断の構造——二元的危険予測説の提唱——』現代刑事法二卷九号(二〇〇〇年)五七頁以下、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)三六三頁以下、堀内捷三『刑法総論』(二〇〇〇年)二二八頁以下、井田良『不能犯論と危険概念』現代刑事法三卷三号(二〇〇一年)一〇〇頁以下など参照。
- (99) 前掲註(6)参照。
- (100) 具体的危険説の判断構造については、渡邊眞男『不能犯論における危険性の概念——ドイツにおける学説の概観——』法学政治学論究九号(一九九一年)一六五頁以下、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)三五三頁以下など参照。なお、同説に対する批判的検討として、内山良雄『具体的危険説の危険判断とその適用

上の問題——可罰未遂の限界との関連で——」早稲田大学大学院法研論集八九号（一九九九年）七九頁以下も参照。

- (101) このような具体的危険説の判断方法に対しては、「事前判断性」と矛盾するとの批判が向けられている。内山良雄「未遂犯における危険判断と故意」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』（一九九八年）四五七頁以下、佐伯・前掲註(97)九〇頁、内藤・前掲註(6)一二六〇頁など参照。さらに、「事前判断」それ自体に対する批判として、中山研一「違法性の判断とその時期——行為規範論に基づく事前判断説の批判——」『刑事実体法と裁判手続——法学博士井上正治先生追悼論集——』（二〇〇三年）一五頁以下参照。

- (102) これに対して、具体的危険説の論者は、事前判断とは「現実が存在しているも行為の時点で認識不可能な事情は違法性の有無・程度に影響させないという限度においてである」と反論している。つまり、客観的諸事実を前提とする点では、客観的危険説と同様なのである。この点については、日高・前掲註(96)四二二頁、佐久間「不能犯論」(前掲註(96))四五頁、井田・前掲註(98)一〇四頁など参照。このような対立は、「事前判断・事後判断」という概念に関する統一的理解が存在しないことに起因しているものと考えられるが、本稿では問題点の指摘にとどめることにする。

- (103) *People v. Dlugash*, 363 N.E. 2d 1155 (1977).

- (104) *United States v. Thomas*, 13 U. S. C. M. A 278 (1962).

- (105) Duff, *supra* note (54), at 222-232.

- (106) Stewart, *supra* note (78), at 417.

- (107) 例えば、内藤・前掲註(6)一二六一頁以下参照。

- (108) 村井・前掲註(97)一七六頁以下、中山・前掲註(43)一五六頁以下など参照。

- (109) なお、このような「固い決定論的ドグマ」の克服により、客観的判断の徹底を試みる見解として、鈴木茂嗣「刑法における危険概念」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集下巻』（二〇〇一年）一〇〇一頁以下、同『刑法総論〔犯罪論〕』（二〇〇一年）一六九頁以下など参照。

- (110) 例えば、山口厚教授によれば、結果発生に必要な「仮定的事実の存在可能性」が判断される。山口・前掲註(5)一六四頁以下、同・前掲註(97)二三八頁以下参照。また、前田雅英教授によれば、判断基底は行為時に存在する客観的事情に限定される。前田・前掲註(97)一五七頁以下参照。

(11) この点につき、林陽一教授は、「人間の外界コントロール能力」という観点から、抽象化可能な諸事実の範囲の明確化を試みられている。林陽一・前掲註(97)三八九頁以下参照。

(12) Duff, *supra* note (54), at 201.

## (二) 可罰性判断の基準

次に、判断基準として適用されるべき法則的知識の問題について検討することにした。この点につき、我が国においては、一般人の知識を基準とする見解<sup>(13)</sup>と科学的知識を基準とする見解<sup>(14)</sup>とが基本的に対立している。さらに、判断基底の問題との論理的関係に対する考え方も論者によって様々であり、<sup>(15)</sup>具体的危険説・客観的危険説のいずれを採用するにせよ、単純な図式化は困難である。しかし、判断の基礎となる諸事実とともに、適用される法則的知識の内容によって結論が変化することになるため、判断基準の問題は、可罰性判断の構造を考察する上で重要なものとなる。

判断基準に関して、フレッチャーやダフは、行為記述の場面と同様に客観的観察者・合理的人物の知識を適用していた。そして、そのような第三者とは、他人の諸利益・諸権利に対して適切に配慮し、「一般的知能、および外界に関する基本的知識を有する」人物であるとして、その知識の内容が具体化されていた。<sup>(16)</sup> たしかに、このような見解は、一般的・常識的知識のみを判断基準とするものであり、合理的人物の視点により可罰性判断の「客観性」を維持するという論者自身の基本構想と合致するものと言える。しかし、およそ行為の可罰性・危険性というのは、そのような一般的・常識的知識に従って、正確に判断され得るであろうか。フレッチャーやダフの議論においては、拳銃発砲や毒物投与など、生命に対する明白な危険性を有する未遂行為の分析が中心とされており、専門的知識の導入の必要性がほとんど認識されていなかった。このような見解に対しては、次のような疑問がある。すなわち、刑法の任務を「重

要な諸利益の保護」に求め、行為の客観的性質を分析すべきであるという立場において、行為に対する一般人の感覚的判断のみによって、未遂罪としての可罰性が十分に基礎づけられ得るのかという疑問である<sup>(17)</sup>。さらに、科学的知識が高度に発達した現代社会において、科学的には結果発生の可能性が全くないような行為を未遂処罰の対象とすべきか否かも問題となるであろう。このような観点からは、合理的人物の有する法則的知識の限界性が明らかになる。したがって、殺人目的で投与された毒物の致死量、詐欺目的で用いられた手段の効果、麻薬製造目的で施された精製行為の適切性など、行為の可罰性・危険性をより正確かつ客観的に判断するためには、我々の常識的・経験的知識を超える専門的知識の導入が必要であるように思われる。

おそらく以上のような問題意識から、スチュワートは、合理的人物の視点に依拠した可罰性判断の方法を基本的に支持ながらも、刑事訴訟における鑑定人制度の趣旨に着目して、専門家の証拠によって補足された可罰性判断の必要性を主張したのである<sup>(18)</sup>。このような見解は、我が国においても従来から主張されており、具体的危険説の立場と基本的に矛盾するものではない<sup>(19)</sup>。むしろ、専門的知識の導入によってはじめて、行為の客観的性質が明らかにされるものと考えられる。また、我が国における判例の立場も、例えば硫黄粉末の投与による殺人未遂行為<sup>(20)</sup>や拾得した一般線引小切手の換金行為<sup>(21)</sup>などの危険性を判断する際に、専門的知識を基礎とした判断を行っているものと解される<sup>(22)</sup>。それゆえ、このような判断基準は、判例における判断方法とも合致しているように思われる<sup>(23)</sup>。

このように、可罰性判断の基準としては、専門的知識に依拠することが適切である。しかし、その場合、専門的知識の程度というさらに困難な問題が喚起される。客観的な危険判断の貫徹という見地から、裁判時における最高の科学・物理的知識を判断基準とすべきであるとする見解も存在し得る<sup>(24)</sup>が、そのような立場にも若干の問題点がある。たしかに、現代社会においては、ほとんどの場合、行為から結果へと至る因果的機序が科学的に解明され得るであろう

から、刑法の任務を法益保護に求める客観的未遂論に立脚する以上、科学・物理的法則から見て犯罪結果へと到達し得るような行為のみを処罰の対象とすべきであり、一般人が危険なものと考える全ての行為を未遂罪として処罰する必要はないように思われる。その意味では、科学・物理的知識などの専門的知識が可罰性判断の中心的基準とされるべきである<sup>(125)</sup>。しかしながら、結果不発生の原因を科学・物理的見地から解明することは、現実的な事象経過の単なる「説明」にとどまり、行為の可罰性判断の積極的な基準とはなり得ないのではなからうか。とりわけ事実の抽象化を完全に否定し、判断基準として純粹な専門的知識を適用するという立場によれば、結果発生の可能性・危険性が常に否定されることになりかねない。例えば、我が国の空気注射事件<sup>(126)</sup>について、注射された空気の量、被害者の行為時の健康状態など、客観的に存在した全事情を基礎として、空気栓塞の致死量に関する医学的知識に従って当該行為の危険性を判断すれば、当該行為の危険性は否定されるはずである。なぜなら、現実には被害者の健康状態は良好であり、三〇ccないし四〇ccの空気を静脈に注射する行為は、当該被害者との関係においては、死という結果に到達する危険性を有していなかったからである。こうして、事実の抽象化の必要性を否定し、純粹な専門的知識を厳格に適用するならば、結果の不発生は常に必然的であるとされ、全ての未遂行為の可罰性が否定されるという「超法規的帰結」<sup>(127)</sup>へと至り得る。不能未遂の可罰性判断が刑法上の判断である以上、その判断に内包される規範的・評価的性質を完全に否定することはできず、純粹な専門的知識の適用は、可罰性判断の基準として適切でない<sup>(128)</sup>。専門的知識と常識的知識との「総合的判断」という限りにおいて、「科学的一般人」という概念は、なお一定の意義を有するものと考えられる<sup>(129)</sup>。

ただし、科学的一般人というのはいわば包括的な基準であり、その内容を可能な限り明確にする必要がある。そこで、前章で分析したダフの見解に着目したい。彼は、判断基準について言及する際に二つの詐欺未遂事例を挙げ、それらを次のように分析していた。すなわち、支払限度額一〇ドルの小切手の額面を二ドル五〇セントから一二ドル五

○セントに書き換えて銀行窓口に表示するという行為は、小切手の呈示を受けた銀行の業務が非常に多忙であった場合や、窓口業務を行った銀行員が不注意・無能な人物であった場合などを想定すれば、誤った現金化の「可能性」が完全に否定されるわけではない。その一方で、小切手の金額を八桁も付け加えた小切手を銀行窓口に表示するという行為は、合理的人物の有する最低限の知識から判断しても、現金化の可能性が認められない<sup>⑩</sup>と。既に指摘したように、ここでは、小切手呈示行為から詐欺目的の実現という結果に至る可能性を判断するにあたり、客体の状態・性質に一定の幅が認められ、行為の相手方である銀行の業務状態や銀行員の注意能力などが相対的に低く想定されているのである。これらの事例において、小切手の現金化などの銀行業務に詳しい専門家の知識に従って判断するならば、後者の事例のみならず、前者の事例においても、小切手の支払限度額を超過しているため現金化は不可能であるという事実が発覚するであろうから、詐欺の危険性が否定される可能性がある。そこで、詐欺行為や致死量不足の毒物投与行為など、行為が客体との「相互作用」を媒介して結果へと到達する性質を有するような場合には、「客体の状態・性質の抽象化」という点をも視野に入れた判断方法が有効であるように思われる<sup>⑪</sup>。ダフの分析は一般的・常識的知識を基準とする立場から行われていたが、このような考え方は専門的知識を基準とする立場からも十分に支持され得るであろう。

例えば、前述の空気注射事件では、被害者の健康状態には「一定の幅」があり得ることを想定し、医学的知識を基準として三〇ccないし四〇ccの注射行為から死の結果が発生する可能性が判断される。そして、予想され得る健康状態の範囲内で、当該行為に死の結果へと到達する可能性が認められる場合には、殺人未遂としての可罰性が肯定されることになる。同様に、拾得した一般線引小切手による詐欺未遂事件においても、銀行業務に詳しい専門家から見て、銀行員の注意能力に一定の幅を認めてもなお犯罪結果へと至り得ないものであった場合には、当該行為の「作用可能



性」が存在しないため、その可罰性が否定されるのである。

このような「客体の状態・性質の抽象化」という視点は、判断基底の問題とすることも可能であるが、本稿では、専門的知識を基準とした行為の客観的判断の問題として理解することにした。つまり、確定された諸事実を基礎として、行為の相手方の状態・性質に一定の幅を想定しつつ、当該行為の「作用可能性」を専門的知識に従って判断するのである。<sup>(113)</sup>これは、純客観的な諸事実の一部を離れた仮定的判断ではあるが、「過去になされた行為に対する非難的  
反作用の賦課」という応報的枠組を外れるものとは言えず、可罰性判断の方法として妥当なものと考えられる。

それでは、不能未遂の可罰性判断において、健康状態や注意能力など、客体の状態・性質に一定の幅を認めるべき実質的な根拠は何であろうか。我々はここで、未遂犯処罰の本質に立ち戻るべきであろう。前述のように、「公正な行動準則を定立し、その遵守を要請することにより、重要な諸利益を保護する」という基本的立場からは、未遂犯の実質的な処罰根拠は、応報とともに、一般予防に基礎づけられ得る。<sup>(114)</sup>すなわち、たとえ「当該」状況下では結果を惹起し得ない行為であったとしても、将来的に見て、結果発生を可能にする事実が加わることにより、行為者同一状況におかれた人物が犯罪的結果を惹起し得るものと考えられるような場合には、可罰的な未遂行為として処罰すべきであるという見解である。このような立場からは、行為客体の様々な状態を想定した上で、利用された行為の「作用可能性」に着目し、専門家の有する法則的知識に従って行為の可罰性を判断することが適切であるように思われる。<sup>(115)</sup>

(113) 団藤・前掲註(96)一七一頁、大塚・前掲註(96)二五五頁以下、福田・前掲註(96)二二六頁、大谷・前掲註(96)四〇〇頁など参照。そこでは、構成要件的行為は社会通念を基礎とし、社会心理的基礎をもって定型化されているという理由から、一般人基準の採用が主張されている。

- (114) 植松正『再訂刑法概論I総論』(一九七四年)三四七頁、村井・前掲註(97)一八二頁以下、中山・前掲註(43)一五九頁以下、前田・前掲註(97)一五七頁以下、山口・前掲註(5)二二七頁、井田・前掲註(98)一〇七頁以下、内藤・前掲註(6)一二六頁以下など参照。
- (115) 両者の論理必然的な関係性を否定する立場として、對馬・前掲註(6)二〇〇頁、井田・前掲註(98)一〇七頁など参照。一方、両者を密接不可分なものと捉える立場として、山口・前掲註(5)六六頁、佐藤・前掲註(100)三七一頁など参照。
- (116) Duff, *supra* note (54), at 226.
- (117) 山口・前掲註(5)六七頁以下、内藤・前掲註(6)一二六頁以下など参照。これに対して、齋藤信治教授は、説得的かつ明確な基準が提示されていないとして、危険感ないし高度な社会心理的衝撃に着目されている。齋藤信治「不能犯(3)」刑法判例百選I総論(第五版・二〇〇三年)一三六頁以下、同『刑法総論』(第五版・二〇〇三年)二三六頁以下など参照。なお、具体的危険説は「基礎事情とその評価」を区別するものであり、一般人の不安感に着目する見解ではないとの指摘もある。この点については、佐久間「不能犯論」(前掲註(96))四五頁以下参照。
- (118) Stewart, *supra* note (78), at 419-421.
- (119) 植松・前掲註(114)三四七頁、木村亀二「阿部純二増補『刑法総論』(一九七八年)三五七頁以下、柏木千秋「不能犯について——実行行為性の欠如——」研修三六三号(一九七八年)八頁以下、高窪・前掲註(6)一三八頁以下、奥村・前掲註(6)一一〇頁以下など参照(ただし、木村博士は抽象的危険説を採用されている)。なお、井田・前掲註(98)一〇七頁以下も参照。
- (120) 大審院大正六年九月一〇日判決(刑録二三輯九九八頁)。
- (121) 東京地裁昭和四七年一月七日判決(刑事裁判月報四卷一一号一八一七頁)。
- (122) 実務的には、科学的知識と一般的知識とを併せた「総合的判断」が行われている。この点については、三好幹夫「不能犯・事実の欠如」大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第4巻』(第二版・一九九九年)三九頁以下参照。
- (123) なお、判例においては、訴訟詐欺、手形・小切手による取引、爆発物製造といった場面ごとに「一般人」が個別化され、「分野別の一般人」が想定されているとの指摘もある。この点については、塩見淳「不能犯」法学教室二〇二号(一九九七年)三六頁以下、川端博「日高義博」塩見淳「鼎談 未遂犯論・不能犯論の現在」現代刑事法二巻九号(二〇〇〇年)二二頁など参照。
- (124) 例えば、村井・前掲註(97)一八二頁以下参照。

- (125) 一般的知識と専門的知識との間に齟齬が存在する場合、基本的に後者の基準を優先させるべきである。それゆえ、硫黄による殺人未遂行為は、未遂処罰の対象とされるべきではないであろう。
- (126) 最高裁昭和三七年三月二三日判決(刑集一六卷三号三〇五頁)。
- (127) 中義勝「不能犯」同編『論争刑法』(一九七六年)一二〇頁参照。
- (128) この点につき、客観的危険説に依拠し、判断基底の確定において事実の抽象化を完全に否定される曾根威彦教授は、判断基準を「(科学的)一般」に求めることにより、この問題の解決を図られている。曾根・前掲註(97)二五〇頁、同『刑法の重要問題』[総論] (補訂版・一九九六年)二五六頁以下など参照。
- (129) なお、一般人という「表現」に対しては、危険判断自体が不明確になるとの鋭い批判が向けられている。佐伯・前掲註(97)九一頁参照(ただし、佐伯仁志教授も、危険判断の規範的性格は認められる)。その一方で、裁判員制度の将来的導入をも視野に入れ、一般人と裁判官との「複合的判断」として、一般人判断の復権の可能性を示唆する見解もある。この点については、松澤伸「違法性の判断形式と犯罪抑止」早稲田法学七八卷三号(二〇〇三年)二三五頁以下、特に二五三頁参照。
- (130) Duff, *supra* note (54), at 231. もっとも、ダフの分析では、小切手現金化の過程が「行為者と銀行員」という二者間での取引として描かれているが、現実の銀行業務では複数のチェックシステムが予定されているものと考えられる。それゆえ、彼の議論はきわめて単純化されたものであるという点を付言しておきたい。
- (131) なお、借金の支払義務を逃れるために返済領収書を変造し、それを裁判所に提出したという事案(大審院昭和二年六月二〇日判決(刑集六卷二一六頁))や、罰金一萬円の略式命令に関する納付告知書の記載額を一〇〇〇円に改竄し、一〇〇〇円を同封して罰金徴収係官に送付したという事案(水戸地裁昭和四二年六月六日判決(下刑集九卷六号八三六頁))など、同種の事案が我が国にも少なからず存在する。これらの事案については、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 刑法の理論と実践』(二〇〇二年)一九一頁以下参照。さらに、不能犯事例の総合的分析として、野村・前掲註(6)三七八頁以下、同「不能犯」西原春夫Ⅱ宮澤浩一Ⅱ阿部純二Ⅱ板倉宏Ⅱ大谷實Ⅱ芝原邦爾編『判例刑法研究4 未遂・共犯・罪数』(一九八一年)七三頁以下、三好・前掲註(122)五五頁以下なども参照。
- (132) このような視点は、既に山口厚教授の研究の中で明らかにされていた。山口教授は、これを判断基底の問題として捉えられ、客観的状态を「あらゆる事態」にまで抽象化すればその「予防的考慮」は具体的危険説を超えるとして、抽象化の範囲を「十分にあ

りえたと考えられる事実」に限定すべきであると主張されている。本稿の立場からも、この指摘はきわめて重要なものと考えられる。この点については、山口・前掲註(5)一三五頁以下、一七〇頁以下など参照。さらに、人間の認識能力・制御能力などの「外界コントロール能力」に着目される林陽一教授も、「人の健康状態は相当程度変動する可能性がある」として、空気注射事件における危険性を肯定されている。林陽一・前掲註(97)四〇〇頁以下参照。なお、「相手方の抽象化」に関する問題点について、中・前掲註(96)二四六頁以下参照。

(133) したがって、この視点は、空ポケット事例や空ベッド事例で問題となる「客体の存在」に関する抽象化とは異質のものである。つまり、行為記述・判断基底の問題として客体の存否を問うのではなく、「客体の存在」を前提としつつ、行為の「作用可能性」を判断する場合には、客体の状態・性質に「一定の幅」を想定するのである。もともと、このような考え方は可罰性判断の「内容にすぎず、判断基底を確定する際の「一般人の視点による事実の抽象化」との理論的区別が可能かという問題も残されている。この点については、他日の研究に期したい。

(134) Duff, *supra* note (54), at 201; Stewart, *supra* note (78), at 424. 英米刑法における未遂概念の根底には、犯罪予防思想が存在している。例えば、スチュワートは、「状況がわずかに異なっていればまさに刑法的侵害を惹起し得るような行為」は処罰されるべきであると主張している。なお、我が国における同様の見解として、林幹人・前掲註(98)三一頁以下、三七七頁以下、井田・前掲註(98)一〇四頁以下、松澤・前掲註(129)二四八頁以下など参照。

(135) 不能犯の危険判断と同様、因果関係の相当性判断も「一般予防と自由保障の調整」という観点から議論されているとの指摘がある。林陽一・前掲註(94)三七九頁参照。なお、このような一般予防論を具体的に展開するものとして、林幹人「相当因果関係と一般予防」上智法学論集四〇巻四号(一九九七年)二二頁以下参照。

### (三) 小括

本章では、不能未遂の可罰性判断における問題点として、判断の基礎となる諸事実の確定方法に関する問題と判断基準となる法則的知識に関する問題について考察してきた。ここで、英米刑法における不能未遂論に対する分析から

得られた結果を基礎として、可罰性判断に関する私見の基本的な方向性を示しておきたい。まず、第一に、可罰性判断の基礎となる諸事実は、個別事例における客観的諸事実の存在を前提としつつ、行為者が仮定的事実の存在を誤信した点につき、一般人の視点からその「合理性」を問うことによつて確定されるべきである。将来的に行為者同一の状況に直面するのは一般人であろうから、一般人の認識能力を基準として一定の行動準則を定立しておくことは、重要であるように思われる。第二に、可罰性判断の基準としては、一般人の有する常識的な知識ではなく、専門的知識の適用が不可欠であり、行為者や一般人の知識とは無関係の判断が行われるべきである。その場合には、純物理・科学的な法則的知識ではなく、一般予防の観点から「客体の状態・性質の幅」を想定した上で、利用された行為の「作用可能性」が判断される。ここでは、法益保護という最終的な目的を実現するために、行為者の利用した因果法則が具体的状況下で現実に作用し得るものであつたか否かが専門的知識に従つて客観的に判断されるのである。そして、そのような専門的知識に照らして、利用された行為の有する因果法則がなお十分に作用し得るものである場合には、当該行為の可罰性が認められることになる。このような可罰性判断を行うことによつてはじめて、具体的状況下でなされた当該行為の客観的性質が正確に分析されるものと考えられる。

もつとも、近代刑法における客観主義の基本理念は、個人的自由の保障に存する<sup>(16)</sup>。したがつて、未遂犯の処罰根拠として一般予防的観点のみを過度に強調することにより、最大限に尊重されるべき個人的自由が不当に侵害されてはならず、また個別事例における事実的基礎を離れた抽象的判断を行うことも妥当でない<sup>(17)</sup>。不能未遂の可罰性判断においては、以上の諸点に十分留意しなければならない。そこで、先に示した可罰性判断の方法につき批判的に検討してみると、未遂罪が故意犯に限定されるという点や、「行為の作用可能性」が専門的知識を基準として客観的に判断される点などを考慮すれば、行為者同一状況におかれた一般人の行動に適度な制約を加えることも、個人的自由の「不

当な「侵害に直結するものではないように思われる<sup>(136)</sup>。それゆえ、このような可罰性判断の方法は、客観主義に立脚する我が国においても、なお支持され得るものと考えられるのである。

(136) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(一九八三年)四七頁以下参照。同様に、客観的未遂論の原点も「市民的自由の確保と謙抑主義」に存する。この点については、大沼・前掲註(1)一〇八頁以下参照。

(137) 内藤・前掲註(6)一二六三頁参照。

(138) 林幹人・前掲註(98)三七一頁参照。

#### 四 結 語 — 今後の課題と展望 —

本稿では、英米刑法における不能未遂の可罰性判断の構造について、客観説の判断方法を中心として分析を試みてきた。英米刑法においても、主観的未遂論が批判的に考察され、刑事責任の本質論や未遂犯の処罰根拠論から客観的未遂論の原理的な構築が標榜されている。そこでは、行為記述という観点から可罰性判断の基礎となる諸事実の確定方法が明らかにされるとともに、判断基準として専門的知識の適用の必要性が主張されており、危険判断に関して判断基底および判断基準という二点が問題となる我が国の不能犯論と同様の議論が展開されていた。そして、英米刑法における客観説の可罰性判断の方法が我が国でも支持され得るという点の一端を示すことができたように思われる。ただし、前述のように、英米刑法においては不能未遂の原則的な可罰性が認められており、我が国とはその理論的

前提が異なっているという点に注意しなければならない<sup>(139)</sup>。法体系や法律制度などの前提状況が異なる英米の不能未遂論を我が国の不能犯論に安易に架橋することはできない<sup>(140)</sup>。したがって、本稿の分析結果を我が国でどのように展開するかという点は、今後のきわめて重要な課題である<sup>(141)</sup>。

なお、英米刑法においては、未遂罪の客観的要件の解釈や不能未遂の可罰性判断の方法のみならず、主観的要件の解釈や中止未遂の問題なども活発に議論されている。また、本稿では言及し得なかった「主体の不能」の問題、未遂犯の実質的な処罪根拠などについても、我が国の議論とのさらなる比較・分析が必要であるように思われる。これらの点に関する研究を今後の課題として、本稿を閉じることとする。

(139) 前掲註(10)参照。

(140) 可罰未遂の限界は、最終的には「いくつもの対立する世界観、政策、宗教観、国民の欲求等の妥協点としてのみ確定しうる」ものとされる。大沼・前掲註(1)一一一頁参照。

(141) とりわけ「行為の属性としての危険」と「結果としての危険」というように、不能犯が違法性の本質をめぐる対立の一投影として議論される我が国の理論的枠組において本稿の結果をどのように位置づけるかが、きわめて重要な問題である。