

不能犯（再論）

大 谷 実

- 一 問題の所在
- 二 科学法則と危険性
- 三 具体的適用

一 問題の所在

一 不能犯論は、多くの学説が提唱されていることでも分かるように、困難な問題である。また、この学説の対立は、多かれ少なかれ犯罪の本質ないし刑法の機能に関する考え方の相違と関連しているだけに問題の根は深い。しかし、ここでは、このような根本問題に立ち入って不能犯論を展開しようとするのではない。最近、不能犯論にかなりの動きが目立つので多少の考察を試みようと思うだけである。⁽¹⁾

もっとも、学説としては、主観説、抽象的危険説、具体的危険説、絶対的不能・相対的不能説など多様に分かれているが、実際には、主としてあとの三つが対立しているにすぎず、しかも、具体的危険説が圧倒的に優位にあるといつてよいから、あるいは「解決済み」⁽²⁾なのかもしれない。また、判例は、絶対的不能・相対的不能説によっていると

されるのが通常だが、近年では、むしろ具体的危険説に大きく傾いたともいわれており、いよいよこの説の地位が安定するばかりである。

では、具体的危険説とは何か。行為の性質上およそ結果発生の可能性がない場合、犯罪意思の存在が明白であつても未遂にも予備にもならない。これが不能犯ないし不能未遂であると考えられている。この場合、結果発生の可能性があるかないかが、可罰未遂と不能犯の分かれ目になる。具体的危険説は、この可能性は、物理的ないし科学法則上の可能性を指すのでなく、「行為の時に行為者が現に認識した事情（主観的事情）および一般人に認識可能な事情（客観的事情）を基準とし、その場合の具体的事情に即して、一般人がその事情のもとにおいて事実実現の危険を感じるか否か」⁽³⁾を基準として判断するという。ここで注意しなければならないことは、第一に、具体的危険説では、行為者の意図を前提として行為時の危険性を判断するのであつて、行為後に判明した事情を考慮しない点である。第二に、この説では、一般人の抱くであろう危険感ないし印象が可能性判断の基準となるが、その場合具体的情況に即して判断すべきだとする。

二 具体的危険説は、わが国では、抽象的危険説や絶対的不能・相対的不能説を批判しながら、その地歩を固めてきた。前者は、行為者が認識したことがそのまま事実であるとすれば、結果発生の可能性があるかという判断の枠組を立てる。したがつて、胃腸薬を青酸加里と思つて飲ませた場合、その薬が、通常ならまちがえることはありえない状況に置かれ、あるいは全くちがった外観を呈していたとしても未遂犯となる。もし、青酸加里であれば、人を殺すことができるからである。英米や西ドイツでは、判例だけでなく、学説もこの立場が支配している。⁽⁴⁾この説は、主観主義刑法理論によるものだとされ、わが国では、新派理論が衰退するにつれて影をひそめてきた。しかし、犯罪意思

を現実化する行為がとられた場合、その犯意が消えないかぎり、次の行為がとられがちであり、現に有名な硫黄殺人事件⁽⁵⁾でも、硫黄では殺せなかったので絞殺したというものであった。したがって犯罪抑止の点からみると、犯意が行為によって現実化されている以上処罰の必要性があると考えるのは、一面合理的であり、英米や西ドイツでこの説が支配しているのも、主としてこの根拠からである。

このように、抽象的危険説は、犯意が何らかの行為で現実化した以上、行為者が次の機会には犯罪を実行するであろうという危険を前提とする。これを行為者の危険性ないし意思の危険性という。もっとも「主観説は、法秩序を、国民の生活を形成する精神的な力と考える。この精神力の現実性と妥当性は、行為者みずからが実行行為だと考えて行為する意思によって侵害される。この場合、行為者は、単なる予備でなく、直接、犯罪を実現しようとしている。そのような行為は、すでに秩序を形成する力としての法秩序にとって耐えがたいものである⁽⁶⁾」ともいわれる。わが国でも同様な主張をする人がいるが、⁽⁷⁾ここでは、法秩序に敵対する行動自体、犯罪として処罰する必要があると考えるのである。要するに、法秩序に対する抽象的危険が処罰の根拠と考えられているのだから、結局、法益侵害の危険性という結果の違法性（結果無価値）よりも、行為自体の反規範性（行為無価値）に重点が置かれることになる。あるいは、これを行為無価値論の当然の結論だといってもよい。行為無価値論に立てば、主観説に至るはずだといわれるのもこの意味からである。⁽⁸⁾

具体的危険説は、これを批判して、そもそも不能犯は客観的な行為の問題であるのに、抽象的危険説では、もっぱら犯意を刑法的評価の対象にしている。これは、行為刑法の体系に矛盾するという。もっとも、犯意の現実化としての不能な行為は、抽象的に危険な行為だと解されるのだから、行為刑法の体系に矛盾するとはいえないかもしれない。

しかし、具体的危険説を採用する人は、将来の犯行の危険性を予測して処罰するのは、いぜん行為原則に反するし、法秩序に敵対する意思が処罰の根拠だとすれば、心情刑法につながると批判する。英米や西ドイツで、抽象的危険説がないし、より主観的な考え方が採用されているところを見ると、この立場をただちに不当とはいいきれないであろう。しばしばいわれるように、行為がどの時点に達したとき処罰するかは、政策の問題だともいえる。「その国の文化の程度と社会の要求に応じてどこにバランスを求めるか、それが未遂論の課題だ」とされるゆえんである。その意味では、ただちに英米や西ドイツの立場を批判できないが、これらの国ぐにでも、主観的な考え方に対しては重大な批判が出てい⁽¹⁰⁾ることもあり、具体的危険説からの批判は妥当であると思う。

問題は、具体的危険説の側に、右の批判が当たる要因はないかという点である。この説だと、行為当時、行為者が認識した具体的事情のほか、一般人が認識できる事情を基礎として、構成要件的結果発生⁽⁹⁾の危険を一般人が感ずるか⁽⁹⁾どうか判断の基準となる。ここでは、一般人が現実⁽⁹⁾に危険感や印象を抱いたことが要件とならないこと無論である。例えば、性交したところのある婦人が妊娠したと思ひ込み、その者に無理に墮胎を試みた事例を考えてみよう。抽象的危険説では、妊娠したと考えた以上、可罰未遂だとする。これに対し具体的危険説では、妊娠とまちがうような徴候、脹満による腹部肥大といった事実が表われないかぎり、不能犯だとする。一般人は、腹部肥大という事情によって妊娠と考えるであろうから、当該行為は墮胎の危険を感じさせる行為だとするのである。しかし、行為者は、何らかの徴候がないかぎり、妊娠していると思ひ込むことはあるまい。いかえると、行為者が、結果を引き起こせると認識した事情は、一般人においても認識できる事情にほかならないということである。しばしば、砂糖を青酸加里と思つて食物に入れた事例が引き合いに出され、抽象的危険説では可罰未遂になるといわれるが、このような事例が現実⁽⁹⁾

あるとは思われなし、あつても発覚することはないのであろう。したがって、この事例を除いて、これら二つの説の間に解決の違いが生ずる場合は、ほとんどないといってよい。「具体的危険説では行為者の認識した事情を一般人の認識し得た事情で制限するというのでなければ、前述の抽象的危険説に対しての批判にならないであろう」といわれるが、はたして通説の立場からこのような制限ができるであろうか。「行為當時に認識した事情を基準とした具体的危険説は、きわめて主観説に近い⁽¹²⁾」と評されるゆえんである。したがって、抽象的危険説に対する批判は、ある程度、具体的危険説にも妥当することに思いを致すべきである。

三 では、絶対的不能・相対的不能説に対して、通説はどのような批判をしているのであろうか。この説は、もともと法益侵害の事実上の可能性がない場合は不能犯だとする考え方をとる。行為ないし手段が自然科学的・因果的に観察して結果発生 of 危険性を備えていたかどうか、その基準となる。この立場にも多くの見解があるが、その説くところは、要するに、行為後に判明した事情をも考慮し、客体または手段が、一般的には犯罪の完成に適した行為であるが、具体的な場合に偶然の事情が介在したため結果が発生しなかった場合が相対的不能であり、いかなる場合にも、その行為では結果が発生し終わるときは、絶対的不能として不能犯とする趣旨である。

もっとも、この説も理解の仕方によって、かなりの結論の違いがあらわれる。問題を、具体的な客体に限定して考えると、スリが所持金の入っていないポケットに手を入れる行為は不能犯ということになる。これでは、いかにも不合理である。問題は、方法の不能にもある。例えば、当該の客体にとっては、致死量に達しない毒薬を飲ませた場合、それがかなりの量であっても殺人行為としては不能だということになる。こうして、既述のように、行為の性質上、どのように条件を変えても結果が発生しない場合を不能犯とし、偶然の事情によって不発生の結果に至ったときは、

相対的不能として可罰未遂とする考え方がとられているのである。

この立場に対しては、一様に、絶対的・相対的という区別の基準があいまいだとする批判が向けられる。しかし、はたしてそうであろうか。たしかに、個々の客体と手段の可能的な因果関係を前提とすれば、結果が発生しない以上障害未遂に当たる事例はすべて不能犯となるのであって、相対的不能と絶対的不能の区別はできない。主観説は、この点を出発点として行為の危険性といった外形的判断でなく犯意を基礎としたのである。だが、この可能性は、因果則ないし経験則を前提とするものであるから、構成のしかたによってかなり明確にできると思われる。もっとも、具体的危険説では、不能犯となる事例はきわめて稀であるから、基準ははっきりしているともいえるので、これと比較するとこの基準はあいまいであるかもしれない。しかし、事後的に判断して、科学法則ないし経験則上不能な場合にまで処罰を広げるのは妥当ではあるまい。

具体的危険説を支持しながら可罰未遂を限定しようとする人も、何が一般人の立場から見ても危険な行為といえるかはきわめて不明確であるということ⁽¹³⁾を自認している。事実上の可能性を判断することは不可能であるという理由で、一般人の危険感という基準に抽象化してしまうのだから、何が、可罰未遂を支える要件かを軽視することになる。科学法則ないし経験的事実を基礎とする絶対的不能・相対的不能説も、かなり基準が漠然としているが、これを修正すれば「使用不能というほど不明確ではない」と思われる。

四 筆者は、先に、このような問題状況に促されて具体的危険説に対する批判を試みてみた⁽¹⁴⁾。その骨子は、要するに、この立場も結局は抽象的危険説と同様に行為無価値を前提とするものであり、未遂概念を不当に規範化しすぎているので、法益侵害を軸とする絶対的不能・相対的不能説を見なおすべきだとするものである。その意味で、まさに、

絶対的不能・相対的不能説の「失地回復を狙う」ものであるが、先の論稿は、「論争」という形式を採ったため、やや対立を誇張するきらいがあった。他方、拙稿とあい前後して、具体的危険説に立ちながら、その適用について疑問を示す見解があらわれるとともに、絶対的不能・相対的不能説を修正しながらこれを支持する見解も出た。⁽¹⁵⁾要するに前者は、危険性判断の中に事後的に判明した資料を入れるべきであるとし、後者は、「自然科学的・因果的に、『およそ』法益侵害の可能性が認められないときは」、これを不能犯となすが「不能犯とすることを法感情が徹底的に拒否する場合に限り、行為当時の一般人の危険感に訴えるべきである」とされる。この論旨はもう一つ明快ではないが、科学法則を重視する見解として注目してよい。いずれにせよ、これらの見解は、具体的危険説の結論を、ある程度限定する意図にもとづいている点で共通している。

こうした若干の新しい動きを前提として、ここでは、前稿を補足ないし修正する意図をもって私見を述べてみたい。「不能犯(再論)」と題したゆえんである。

(注)(1) 問題の発端は、平野竜一「刑法の基礎・不能犯」法学セミナー二二九号(昭和四二年)にある。その後、中山研一『刑法総論の基本問題』(昭和四九年)、大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠―不能犯論の予備的作業―」上智法学論集一八巻一号(昭和四九年)、中・大谷「不能犯」中編『論争刑法』(昭和五一年)、井上祐司「不能犯」法学セミナー二五九号(昭和五一年)などがある。

(2) 大沼、前出六三ページ。

(3) 植松正『再訂刑法概論―総論』(昭和四九年)三四二ページ。

(4) Smith & Hogan, *Criminal Law*, 3. ed., 1963, pp. 198, Goldstein, Darschowitz, Schwartz, *Criminal Law, Theory and Process*, 1974, pp. 877, Schönke-Schröder, StGB-Komm., 18. Aufl., 1976, § 43.

(5) 大判大正六年九月一〇日刑録二三輯九九九ページ。

不能犯(再論)

- (9) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 192 f.
- (7) 莊子邦雄『刑法総論』(昭和四三年)六二九ページは、違法な意思の客観化が可罰未遂を基礎づけるとする。
- (8) 平野、前出四七ページ。西原教授は、行為無価値論から抽象的危険説を支持されたが、最近、それを改められ具体的危険説を採用するに至っている。西原春夫『刑法総論』(昭和四三年)二二一～二二二ページ、同『刑法総論』(昭和五二年)三〇一ページ。
- (9) 平野、前出四二ページ。
- (10) Spendel, "Kritik der subjektive Versuchstheorie," NJW, 1965, S. 1882; Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, *Festschr. für U. Stock*, 1966, SS. 99, P. English, "Did he think it would be the trick?" (1970) *Crim. L. R.*, pp. 15.
- (11) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』(昭和四〇年)一四〇ページ。
- (12) 莊子、前出六二七ページ。なお西原前出書(昭和五二年)三〇一ページ。
- (13) 平野竜一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三二六ページ。
- (14) 大谷、前出「不能犯」。
- (15) 内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』(昭和五二年)二五三ページ。

二 科学法則と危険性

一 不能犯論の核心は、いうまでもなく「結果発生の可能性」をどのように構成するかである。改正刑法草案は「行為が、その性質上、結果を発生させることのおよそ不能なものであったときは、未遂犯としてこれを罰しない」(二五条)としている。不能犯規定を新設する必要があるかどうかは別として、立法を試みる⁽¹⁾ときには、結局、この規定に落ちつくであろう。この場合「性質上」「およそ不能」という文言が、物理的、自然科学的な可能性を基礎と

していることは明らかである。⁽²⁾ 少なくとも、これらの文言が行為の社会的危険性、行為者の危険性、さらには一般人の危険感を前提としているとはいえない。

実際、不能犯論は、結果ないし法益侵害の事実上の可能性を出発点として展開されてきた。犯罪の本質を法益侵害だとすると、未遂の可罰根拠は、意思活動による行為の法益侵害の危険に求めるほかはない。この危険は、客観的に危険があったかどうかで決めざるをえない。つまり、当該行為ないし手段によって、目指した法益侵害を可能にしえたかどうかで可罰未遂の基準を定める。この可能性判断は、行為ないし手段の物理的性質を確定して、例えば、硫黄で行為の対象となった人が殺せるか、少量の空気を注射して殺せるかという判断を基礎とする。弾丸の装填されていない銃では人を殺せないし、所持物のない人にスリ行為を行っても窃盗ではない。自然的条件が変われば結果が発生しうるときにのみ可罰未遂となる。フォエルバッハは、こう考えたのである。⁽³⁾

行為の客体が存在しないときは、すべて不能犯である。また、自然的条件を変えても結果発生の可能性がない場合も不能犯である。要するに具体的な客体との関係で科学法則上およそ結果が発生しないときは、すべて不能犯となる。これが、古い客観説とよばれるフォィエルバッハのテストであった。法益侵害説の一つの結論であることは無論である。

しかし、個々の客体・手段との関係で因果的可能性を判断するとすれば、法益侵害の抽象的危険がある行為も不能犯とならざるをえないであろう。ここから、因果的可能性の抽象化・類型化の努力が開始される。ミッテルマイヤーやベルナーなどが、相対的不能と絶対理不能とに分けたのも、その一つの試みにほかならない。⁽⁴⁾ その後、古い客観説は、様々に提唱された。ある説は、客体の不能と手段の不能とを分け、客体が存在しない場合には、どのように解し

ても因果的可能性はないから絶対的不能とし、手段の不能についてのみ両者の区別を認めようとするが、他の説は、双方に関して相対的・絶対的の区別を認める、というようにである。前者については、おそらく、客体と手段を分ける実質的根拠に乏しいという批判が妥当するであろうし、後者については、客体について相対的不能を認めるとき、もはや、事実上の可能性という純粹の物理的判断の枠組は、大きく後退したといわざるをえない。

二 たしかに、従来の客観説、とくに古い客観説といわれるものには、矛盾も多いし、判断基準もあいまいである。だが、行為の性質から、科学的・物理的に結果発生の可能性ないし蓋然性を判断しようとする考え方には、基本的に正しいものがあるように思う。

そもそも、不能未遂の問題は、未遂論とりわけ未遂の処罰根拠と不可分の関係に立つ。では、なぜ未遂は既遂と同じように処罰されるのであろうか。かつて主観説は、意思ないし性格の危険性が未遂の処罰根拠であるから、犯罪の基本的形態は未遂にあり、結果の発生は、一種の客観的処罰条件にすぎないとした。この考え方に立てば、既遂と未遂は原則として同じ処罰を受けるべきだということになる。しかし、今日では、この説を支持する人はいないであろう。他方、定型的行为をとった以上、結果発生の危険性とは関係なく、国家道義上非難に値するから処罰するのだという人もいる。未遂は、まさに抽象的危険犯だとするのである。⁽⁵⁾ 行為無価値論の結論だといってよい。この場合、定型的行为というものを、通常、その行為の段階に至れば結果発生の可能性が切迫してくる、つまり具体的な危険をとまなう行為と解するのであれば正しい。しかし、ここでは、それ以上の「規範的」判断を要求している。

ところでフォイエルバッハに始まる古い客観説は、いわゆる法益侵害説を起点とすること、すでにふれたとおりである。そうして、私も現代社会での刑事制裁の妥当性と限界は、この法益侵害を基点として確定すべきであると考

る。この立場では、未遂の可罰根拠を、法益侵害の可能性に求めざるをえない。しかし、この可能性は、二つの面から理論的に限定を受ける。一つは、現行法は予備を処罰するのであり、この場合も結果発生の可能性が根拠となっているから、これと区別する基準が必要となる。他方、既述のように、未遂の処罰は、裁量的減刑にすぎないのだから、少なくとも既遂と同等の原因力となる行為が要求される。結局、行為者の意思活動から判断して、その段階に達すれば通常結果が発生するとみられるとき、実行の着手といえる。未遂犯は、具体的危険犯なのであり、予備との区別は、結果発生の可能性の程度によるべきだとする見解が妥当であり、これが、前稿での私の基本的な出发点である。

問題は、この結果発生の可能性の程度を、どう確定するかである。ここでいう可能性は、いうまでもなく「事実的可能性」である。したがって「無限の程度を包含する概念」であるから、「刑法の目的、其の道義的な文化維持及び社会保全の目的によって其の限界を劃する外ない」というのにも一理ある。⁽⁷⁾しかし、事実的可能性のうち、刑法的規制の対象とすべき危険な行為を確定するのが、それほど困難であろうか。結果発生が切迫している段階は、たしかに、純粹の物理的判断では確定できないであろう。しかし、結果実現に向けられた意思活動の強度、手段、方法の適性、客体の性質、具体的な行為状況を総合したうえで、行為自体の客観的性質から経験上その段階まで至れば法益侵害の可能性が生ずるといふ判断は、それほど困難ではないはずである。

三　ところで、未遂の可罰根拠を法益侵害の客観的危険性に求めながら、いぜん具体的危険説を基本的に支持する立場がある。平野教授は、未遂における危険概念は「純粹の物理的な判断ではなく、一般人の立場からする判断」⁽⁸⁾とする。しかし、結果無価値論を前提として「行為の持つ法益侵害の客観的な危険性」「その危険が、切迫したものであるところに、未遂が予備から区別される実質的な理由がある」と述べられるとき、人は、平野教授が、行為の事

実上ないし経験上の法益侵害の可能性を前提としているように思うであろう。⁽⁸⁾

それはともかく、犯罪の本質を法益侵害に置くとしても、物理的な可能性に可罰未遂の限界を認めるのは不可能だとするのだが、この主張の根拠である。そこで、具体的状況のもとで一般の人が結果発生危険を感じるかどうかを基準にせざるをえないという。もっとも、この危険性判断については、従来の具体的危険説とかなりちがった方法を用いていることに注意しなければならない。例えば「毒薬を買ってきて戸棚に入れておいたが、取り出すときにびんをまちがえ、となりにあったびんをとり出して飲ませた場合」、おそらく通説では可罰未遂となろうが「ふつうの飲水を飲ませたにすぎない場合」、未遂犯とするのは適当でないとされる。⁽⁹⁾ 同じような考えを他の個所でも述べているところを見ると、⁽¹⁰⁾ 同教授は、おそらく、事後に判明した事情をも考慮に入れてその方法手段を用いた場合に一般の人は、具体的状況のもとで危険を感じずであろうかということ判断の基準とする趣旨と思われる。ここに、具体的危険説と客観説との一つの折衷が見られる。

次の見解も一つの折衷といつてよいであろう。藤木博士は、不能犯の問題は「自然科学的観点からみたとき、その具体的事情のもとでは結果の発生の可能性が絶無でない」と認められる場合に、法律家がどう対処すべきかという問題である。⁽¹¹⁾ そこで「科学上、条件さえ整えば行為者の意図した結果が生ずる可能性があり、一般人の科学水準で、そのような行為に対して被害惹起の脅威を覚え、犯人の処罰を要求する程度の危惧感を生ずる」場合が可罰未遂だとする。この見解では、科学法則上の可能性が強調されている。したがって、明らかではないが、⁽¹²⁾ 事後的に判明した事情をも考慮に入れ、当該の手段・方法では科学上絶対に結果が発生しない場合、および、可能性があっても、一般人の科学的知識からみて、脅威を覚える程度に達しない場合には不能犯と解する趣旨であろう。

前者は、具体的危険説の適用を、事後的判断をいくらかとり入れることで制限しようとしている。これに対し、後者は、判例が相対的不能として可罰未遂を認める場合、あらゆる条件を想定して可能性を判断する傾向があるので、これを一般の危惧感で限定しようとしているように思われる。したがって、これらの見解にあっては、従来の学説の対立、とくに事後的判断の可否については、大幅に止揚されつつあるといってよいであろう。

四 問題は、この場合に危険とは何かである。多くの場合、危険とは可能性とくに事実上の可能性を指す。未遂では、結果発生の可能性ないし法益侵害の可能性が、まさに危険なのである。「危険性は事実的可能性」⁽¹⁴⁾にほかならないといわれるゆえんである。

では、危険感とは何か。一般人が合理的判断にもとづいて危険と感ずるのは、その行為によって、人を殺したり、だますことができるから危険と感ずるのである。いいかえると、事実上の可能性がなければ人は危険とは感じないであろうし、その可能性が稀有の場合には危険感を生じないのであるから、通常、科学的可能性と危険感は一致する。もっとも、俗信では危険と感じられていても、科学法則上可能性がない場合もある。硫黄殺人事件や空気注射事件は、その一つの場合である。⁽¹⁵⁾ 具体的危険説では、鑑定の結果、方法において事実上の可能性が否定されても、いぜん俗信の危険感に道をゆずるべきだという。ここで事実上不能なものに対して未遂を適用する意味はどこにあるのだろうか。結局「一般の人は硫黄を飲ませたと聞いて、死ぬかもしれないという危険を感じ」⁽¹⁶⁾ずるから、ということになろう。このような危険感それ自体が保護法益だとする趣旨である。具体的危険説は、多分に行爲無価値論と関連しているとする指摘は、すでにしばしば試みたところであるが、結果違法を強調する論者が、ここで、いぜん危険感自体の保護を目指すのは、理解に苦しむところである。

刑事判決は、多かれ少なかれ、一般予防効果を生む。その場合、当該手段、方法では、結果を生じさせることは不可能であるけれども、一般の人は危険だと感じているように考えられるから、これを未遂として処罰し、当該行為の禁止を予告すると述べるのは、いかにも奇妙であり、一般の人を納得させるだけの説得力をもたないのではないか。危険性という概念は、ほんらい事実ないし経験上の可能性を前提としたものだと考えるべきなのである。

不能犯の問題は、実行行為の認定にかかわる。したがって、できるだけ、はっきりとした基準を立てる必要がある。これが不能犯論の第一の眼目である。第二に、その限界は、未遂犯の処罰根拠に裏づけられたものでなければならぬ。具体的危険説は、行為後に判明した事情をも考慮に入れて、行為の客観的危険性をいくらか確実なものにしようとする面からの修正を受けつつあるが、最終的には事実的可能性の確定を拒否する。そのため、同じ具体的危険説に立ちながら、たとえば硫黄殺人事件や空気注射事件の論評において、かなり違った結論が生まれるというように、一般人の危険感の認定は、恣意的になりやすいのである。

他方、具体的危険説の可罰根拠は、究極では行為無価値ないし社会の危険感にあること既述のとおりである。最近では、法益保護の必要上、危険感を保護しなければならぬとする人もいる⁽¹⁸⁾。しかし、ここで危険感といわれる場合、法益保護との実質的関連が明らかにされているわけではない。行為者が、実行行為と信じて行った行為がまさに科学的に不能である場合に、人は危険感を抱くであろうか。それにもかかわらず具体的な危険があると判断される場合がありうることをこの説は承認しているように思う。また、法益保護の必要性を説く者は、一般の人に危険感を抱かすような行為は危険であるから処罰するという予防効果を考えているのであろうが、すでに判決では、科学的に不能であることが判明しているのであるから、同様の行為を違法と宣言し、処罰する旨を予告したところで、法益保護の機

能はもちえない。結局、意思の危険性に対する処罰と変わりはないことになる。

こうして、わたくしは、いぜんとして行為の法益侵害の可能性が不能犯と未遂犯の限界基準だと考える。この場合、いくつかの点で注意を要する。第一に、この可能性判断を、行為の目的となった客体に対する結果発生の可能性に限定する必要はない。問題なのは、構成要件的结果の発生を可能な状態にしたかどうかである。したがって空のポケットに手を入れて財物を窃取した場合も、原則として未遂犯が成立することになる。第二に、判例は、しばしば、当該手段で結果発生の可能性が絶対にならないとはいえないというテストで可罰未遂を認める場合が多いが、判例では、その行為で人を殺す可能性が現実にあるかという形での経験則を基準にしているのではない。要するに、その手段が条件となって結果が発生することはありうるという点まで広げている。因果関係における条件説の一つの応用である。したがってここでの判断基準は、「絶対にならないとはいえない」という経験則であるから、場合によっては、砂糖で人を殺せるという点まで抽象化することも可能になる。⁽¹⁹⁾条件の置き方によって、いかようにも判断できるのではないかと批判されるのもそのためである。⁽²⁰⁾したがって、条件の変化は、当該行為の客体の状況の変化に限定する必要がある。第三に、この可能性は、通常実行行為と見なされる行為についていうのであって、その前段階の結果発生の可能性ではない。具体的危険説では、ややもすると、予備段階をも含めて危険性判断をしがちであるが、これは、未遂概念の不当な拡大である。たとえば、人を殺す意思で農薬を隠しておいたが、暗がりのためとりちがえ、胃腸薬を混入したので変色した米飯が炊けた場合、経験則からは、農薬が米飯に入れられる可能性があるといえるが、この可能性は、いぜん予備の段階にとどまる。要するに、実行行為に相当する行為の危険性が、ここでの判断の内容となるという趣旨である。したがって、実行行為としては不能であっても、予備罪が成立することはありうる。

こうして、可罰未遂の限界は、外形上実行行為に相当する行為が、法益侵害に適した行為であるかどうかを、因果則、経験則から判断して確定すべきだという結論になる。

- (1) 内藤謙『刑法改正と犯罪論』（昭和四九年）一九ページ、大谷「不能犯規定新設の是非」竹田・植田還曆論集『刑法改正の諸問題』（昭和四二年）四九ページ以下。
- (2) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（昭和二八年）三二二ページ以下。
- (3) Feuerbach, *Lehrbuch der gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl. 1808, SS. 42, 大沼、前出六八～七〇ページ参照。
- (4) Mittermair, *Über den neuesten Zustand der Kriminalrechtswissenschaft in Deutschland*, NAK., Bd. 4, 1820, SS. 103, Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1863, SS. 137.
- (5) 小野清一郎『刑法講義』一九一ページ。
- (6) 大谷、前出「不能犯」一一六ページ。
- (7) 小野、前出『講義』一九五ページ。
- (8) 平野、前出『刑法』三三三ページおよび三三六ページ。
- (9) 平野、前出三二八ページ。
- (10) 平野、前出法学セミナー三九号四九ページ。
- (11) 藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）二六七～二六九ページ。
- (12) もっとも藤木博士は、一方で発火装置の例で発火が可能かどうかを確認する必要があるとして科学法則上の可能性を強調されるが、他方、客体の欠缺の場合には、具体的危険説を支持する。藤木『新版刑法演習講座』（昭和四五年）一八九ページ。
- (13) 。
- (14) 小野、前出『講義』一九一ページ。
- (15) 植松、前出三四七ページ。
- (16) 平野、前出『刑法』三二七ページ。

(17) 例えば、植松博士はこれを不能犯とすべきだとする。前出三四七ページ。

(18) 大沼、前出一一二ページ。

(19) 西山富夫「不能犯・事実の欠如」大塚仁編『判例コメンタール8 刑法I』（昭和五十一年）四三九ページ。

(20) 平野、前出三二五ページ。

三 具体的適用

一 不能犯の問題は、これを行為者の主観の面から眺めると、結局、錯誤の問題に帰着する。客体の存否に関する錯誤が客体の不能であり、手段の効果および手段として使う物の錯誤は、あわせて方法の不能とよぶ。さらに、主体が構成要件上必要となる身分を備えていないのに、犯罪の主体となりうると錯覚した場合が主体の不能である。このように、不能犯に関する事例は、錯誤を基礎とするが、すでに犯意の存在が立証されたうえで、行為の客観的危険性の存否が問題となるのであるから、この錯誤は、故意の認定上重要とならない。ただ、行為の危険性を判断するうえで、錯誤の程度が問題となる場合もあり、主観説ないし具体的危険説では、この錯誤の程度によって危険性判断を行う面があるので、一応の注意が必要である。⁽¹⁾

そこで、前の節で提唱した立場を前提に、適用上の問題点を明らかにしておきたい。

二 先ず、客体の不能から検討しよう。ここでは、構成要件上、行為の客体について必要とされているものが欠けているのに、行為者がそれを存在するものと錯覚して行為した場合に未遂犯が成立するか、が課題となる。しばしば、絶対的不能・相対的不能の区別に従うならば、客体が欠けているときは、不能犯になるはずだといわれる。しかし、この区別を基準とする判例も、客体の不存在を理由に不能犯としたケースは一つもない。だから逆に、判例は、もと

もと、客体の不能については、具体的危険説を採用していると見る見方もあらわれており、そう考えるのが妥当であろう。⁽²⁾

では、私見のような客観説では、どのように解決すべきであろうか。解決のポイントは、行為の性質および過程を事後的に判断して、法益侵害の可能性があったかどうかにある。したがって、保護法益ないし客体が全く存在しない場合には、不能犯になると考えざるをえない。「墮胎罪の成立するためには、墮胎手術を施したる当時において、胎児が生活力を保有せることを要し、被告人主張の如く、胎児がすでに死亡しありたりとすれば、墮胎罪の対象たるを得ず、之に墮胎手術を施すも、犯罪を構成せざるや論なし」⁽³⁾とする判決があるが、この意味で妥当である。もっともこの判旨は、傍論として述べられたものにすぎず、しかもこの事例では、胎児が生存していたのであるから、先例としての意味をもつかどうか疑問だとする見解もあるが、⁽⁴⁾論旨は、きわめて明快であり、いぜん、一定の意義をもつ判決といつてよい。判例が、客体の欠缺について、すべて可罰未遂とする趣旨かどうかは、明確ではないのである。

人身犯罪では、通常、行為の目的とする客体が特定されているので、客体の欠缺は、同時に保護されるべき法益の不存在を意味する。したがって客体の不存在は、すべて不能犯とすべきなのである。例えば一四歳以上の少女を一三歳以下と錯覚して姦淫した場合、いかにそれらしく見えても保護法益がないから不能犯となる。

その限界で問題となるのは、今では有名となった広島高裁判決である。事案は、被告人甲が、被害者を殺す意図で拳銃を発射し、三発命中させたが、この発射音を聞いた被告人乙は、甲を応援加勢するため、日本刀でとどめを刺すつもりで、上向きに倒れている被害者の胸など三個所を突き刺したというものである。同判決は、被害者が、乙の加害行為寸前に死亡していたとしても「行為の性質上結果発生危険がないとはいえない」として殺人未遂罪を適用し

た。この判決は、具体的危険説を正面から採用したものと一般に支持されているが、筆者は、前稿でこの結論を不当と考えた。要するにこの場合、死体にだけ攻撃が向けられている以上生命に対する危険はありえないと考えたからである。この結論は、死体に刃物を突き刺すのは殺人未遂だというより、はるかに常識に合致するように思われる。先の事例では、特定の客体について攻撃が向けられているにすぎず、手段も他の生命の危険をとまわらないために行為の客観的危険性が否定されるにすぎないから、あらゆる場合に客体の欠缺が不能となるのではない。同様の事例で死体を直接の行為客体として攻撃した場合でも、例えばピストルを発射し、客体以外の人に命中する可能性がある場合は、故意の成否はともかく、殺人未遂となろう。たしかに、一般の人が、まだ生きていると思うような状況のもとで刃物を突きさす行為は、一般人に「高度の危険」を感じさせるであろうが、生命侵害の可能性がない以上、可罰未遂とする必要はない。しばしば、防弾チョッキを着用している人に発砲する事例が引用され、相対的不能か絶対的不能かが問われるが、⁽⁶⁾この場合は客体の欠缺でなく、行為客体は存在しているのであり、保護法益があること無論である。

最近、再び論議を生んでいる次の設例も同じように解決すべきであろう。すなわち、かねてよりの仇敵を射殺しようとして寝室に忍び込み、相手が就寝中と思ってベッドに向って発砲したが、実は外出中であつたという場合、文字どおり被害の可能性がないのだから不能犯とせざるをえないであろう。この考え方に対しては「謙抑性において十分であっても、法益保護の要請を十分に満足させることはできない」とする批判がある。⁽⁷⁾しかし、人がいないのに殺人未遂として処罰せよとする市民の要請があるとは思われない。

財産犯の問題に移ろう。わが国の判例は、財産犯における客体の欠缺については、不能犯を認めないとするのが一

般の理解である。しかし、保護の客体が全く存在しないのに未遂犯が成立するとしているのか不明である。思うに財産犯では、行為の客体は特定されない場合が多く、かりに特定されていても、当該行為によって構成要件上の客体である「財物」に対する侵害の可能性は現実に生ずる。このため、客体の欠缺が不能犯となる例は、きわめて稀であるといつてよい。しかし、構成要件上の客体を全く欠く場合には不能犯とすべきである。例えば、使用されていない土蔵を損壊して窃盗目的で侵入する行為、無一物の人に対するスリないし強盗行為は、不能犯となるであろう。なお、目的物が明確に特定している場合、その物の存在の可能性を基準とすべきだとする見解もあるが、⁽⁸⁾むしろ、財物の存在が基準となるべきである。

三 次に、方法の不能をみよう。ここでは、第一に手段の効果について錯誤がある場合、第二に手段として用いる用具自体の作用について錯誤がある場合、第三に、用具自体を錯誤によって取りちがえた場合の三つの類型に分けることができる。⁽⁹⁾

解決の基準は、当該方法によって客観的に法益侵害の可能性があったかどうかにある。したがって、第一に、用いられた方法が、それ自体、目的達成にとって有効なものでなければならぬ。この手段の有効性についての錯誤に関するものとしては、判例上多くの事例がある。

最高裁判所は、既述のように、医学的には、空気を七〇ccないし三〇〇cc静脈に注射すれば空気栓塞による致死の結果が生ずる場合、三〇ccないし四〇cc注射して殺そうとしたときも殺人未遂犯が成立するとした。⁽¹⁰⁾原審の東京高裁は、「医師でない一般人は人の血管内に少しでも空気を注入すればその人は死亡するに至るものと観念」していたことは「被告人等四名が同様観念した事実」から明らかであり「右の行為が医学的、科学的に見て人の死を来

することができないものであつても」不能犯であるとはいえないとした。この判決は、明らかに具体的危険説を採用したものであるが、最高裁は、右判決理由の中で「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生の危険が絶対にはいえない」という理由で原判決を支持したのである。判旨にいう「その他の事情」は、はっきりしないが、この判決の判断枠組は、おそらく条件の変化を行為客体に特定し、およそ三〇ccないし四〇ccの空気を注射して人が殺せるか、という点まで抽象化していないと考えるべきであろう。もっとも、この場合、結果発生の可能性については、医学的判断を厳密には行なっていない点に特色があるとされ、この点から、右判旨が、実質的に具体的危険説と同一であると評される。だが、判旨は、原審が鑑定の結果「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如何によつては、死亡することもあり得る」と認定した点を基礎としているのだから、ある程度、医学的判断を考慮したものであつたといえよう。⁽¹⁾この場合、どのような身体の変化を想定し、どの程度の量が致死の結果を招くかは、いちいち厳密に吟味する必要がない。要するにその手段が結果発生に適しているかぎり、人体に有毒に作用する量に達した以上、未遂犯が成立すると考えるべきである。あらゆる条件の変化を想定して不能を論ずるならば、絶対的不能はありえなくなる。したがって、科学法則上、目的達成に適したものでどうかを、手段自体の有効性から判断し、次いで、それが人体に有毒に作用したかどうかで法益侵害の可能性を判断すべきである。その点では、例えば、殺す意思で小さな刃物で身体の一部を切りつけ、治療一週間の切創を負わした場合でも殺人未遂犯になるのと同じである。空気注射事件の場合、人体への影響は設定されておらず、また、技術的に致死量の空気を注射するのは困難だとされるのであるから、あるいは不能犯とするのが妥当であつたかもしれない。硫黄殺人事件や、青酸加里などの毒物の量が致死量に達していなかった場合も、同様な方法で解決す

べきである。前者が不能未遂とされるのは、硫黄は、殺人の手段としての性質を欠くからであり、後者の場合には、人体に健康状態の変更をもたらしたとき初めて未遂犯が成立する。

では、手段として用いた物の作用について錯誤がある場合、いいかえると、用具そのものは、外形的に危険であるが、物理的に不能である事例の解決はどうか。ピストルの引き金を引いたが、たまたま弾丸が装填されていなかった事例⁽¹²⁾、手榴弾の中に爆発可能な爆薬が入っているが、点火装置が破損し、また導火線も機能しないものを、安全装置をはずして人に投げつけた事例⁽¹³⁾、拾得した一般線引小切手に裏書きをし、小切手を提示し、支払人を欺罔した事例⁽¹⁴⁾などがある。いずれも、下級審判決の事例であるが、はじめの事案では殺人未遂犯、あとの二つの場合には不能犯とされている。判例は、「事後判断の要件を捨てている⁽¹⁵⁾」という見解もあるが、この二つの場合には、明らかに事後判断が不能犯とする決め手になっている。そうして、私見でも同じ結論となることは無論である。

さて、第一の事例は、勤務中の警察官からピストルを奪取して、人に向けて引き金を引いたが弾丸がはいっていなかったというものであった。判例は「制服を着用している警察官が勤務中右腰に着用している拳銃には常時たまたが装填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、勤務中の警察官から右拳銃を奪取し、苟くも殺害の目的で、これを人に向けて発射するための引鉄を引く行為は、その殺害の結果を発生する可能性を有する」として殺人未遂犯とした。たしかに、行為の外形からは危険が感じられるであろうから、具体的危険説で可罰未遂とすべき典型的事例であろう。もっとも、この判旨を吟味してみると、拳銃を発射しようとして引き金を引いたが、弾丸の装填をたまたま忘れていたという事例と本件とでは、いくぶん、ちがった扱いをしているように思われる。ここでは「勤務中右腰に着用している拳銃」であることが、「結果を発生する可能性」を認める一つの要因とな

っているからである。したがって、先の空気注射事件東京高裁判決のように、具体的危険説の判断方法をストレイトにとっているわけではない。

しかし、この場合、事後判断は完全に否定されている。要するに警察官のピストルを奪って、それを発射しようとして引き金を引く行為は、人を殺す可能性があるとしたにすぎない。やはり、具体的危険説と同じだといわざるをえないだろう。そうして、私見と結論を異にするのは無論である。もっとも、この事例を不能犯とする見解は、きわめて稀である。⁽¹⁶⁾多くの人は、かりに物理的可能性説をとるにしても、これを不能犯とするのは常識に反すると批判する。なるほど、行為時の判断からすれば、危険であろう。しかし、裁判の時点では、弾丸が入っていない拳銃であること⁽¹⁷⁾を確定したうえでその可罰性が問われるのだから、たとえば、後述の手段として使う物を取りちがえた場合と同様の扱いをしても不当とは思われない。もっとも、右の事例で無罪となるのは法感情に即さない面もあるが、いずれにせよ他の犯罪が成立するであろうから、処罰の要求に答えられないわけではない。

右の事例は、古い客観説の結論が、法感情に合致しない場合の一例としてしばしば指摘されるものである。原則としては、因果則・経験則に従って判断すべきであるが、例外的に法感情の要求に従うべきだとする見解⁽¹⁷⁾があるのも、このような事例を想定して未遂犯の成立を認めたいためであろう。実際、理論を抜きにすれば、これを未遂としても不都合はない。しかし、この場合にだけ具体的危険説によるのも妥当ではないであろう。そうして、この態度決定は、ただちに、第三の類型、すなわち、犯罪の手段として使う用具を、錯誤によって取りちがえた場合の解決に直接影響をあたえる。

設例としては、次のような場合があるとされる。⁽¹⁸⁾「(a) Aという毒薬で殺そうと思い、薬屋に買いにいったが、薬の

名前をまちがえてBという栄養剤を買い、これを飲ませた場合、あるいは、(b)毒薬を買ってきて戸棚に入れておいたが、取り出すときにびんをまちがえて、とりにあったびんをとり出して飲ませた場合」である。このような例は、現実に発覚することはないであろうから、判例にもあらわれてこないし、この事例を用いて不能犯を論ずるのは意味がないとする主張もある。さて、(a)の事例では、薬の名前をまちがえるというのは、實際上稀有のことであるから、そのような行為には一般人も危険は感じないということになり、具体的危険説でも不能犯となるのであろう。この場合に、薬剤師がまちがえても同じ結論になろう。他方、(b)では、薬びんの取りちがえは、殺害目的という特殊状況下ではありうることであるから、この錯誤は一般にありうるから結果発生の可能性があったとみてよい、とすることもできる。しかし、このように、実行行為の枠を越えて、目的達成のための一連の行為について危険性を判断するのは、まさに未遂概念を否定することになる。その結果、どのような錯誤が重要であるかも不明となるであろう。(a)の事例でも、見方によっては人を殺す目的で薬を購入し、それを食物に入れた以上、危険感が生じるといえなくもないからである。したがって、判断の対象は、外形的に実行行為といえる行為、つまり実行の着手段階であり、この時点に、法益侵害の危険があったかどうかで未遂犯の成否を決めるべきである。右の設例では、いずれもこの段階では、用具自体に科学法則上結果発生の可能性が認められないのだから、不能犯となる。

三 最後に主体の欠缺についてふれておこう。例えば公務員でない者が公務員であると思つて収賄した場合、あるいは、法律によって宣誓した証人でない者が、偽証の意思で偽証した場合、今日では、いずれも不可罰とすることである。学説は一致しているが、その理由づけではきびしい対立がある。一つの見解は、構成要件欠缺の理論によるものである。真正身分犯では、身分は、構成要件の本質的要素であるから、これの欠如は、行為の定型性を欠くことになり構

成要件該当性そのものを阻却するという⁽¹⁹⁾。しかし、例えば委員会規則によって宣誓した証人が、みずからも偽証罪の主体と信じており、客観的にもそう見える場合、具体的危険説では、可罰未遂とすべきではないか。同じことは、自己の物を他人の物と誤認して窃取した場合でもいえる。これらを不可罰とするには事後判断を入れなければならぬ。構成要件欠缺の理論は、構成要件の主体は本質的要素であるから、その欠缺は危険判断を経ないですでに定型性が無いとして事後判断を回避しようとしたが、この解決方法は、妥当でないとする批判がある⁽²⁰⁾。構成要件の要素の中で、本質的なものと非本質的なものを区別し、主体は本質的であって、客体や行為の因果関係は非本質的だとするのは、あまりに恣意的ではないかというのである。先の事例で、窃盗の目的物が不存在の場合は未遂犯であり、自己の物を窃取した場合には客体の欠缺で構成要件該当性がないとしているのも、恣意性の一つのあらわれである。このように、構成要件要素は、主体、客体、行為事情などすべて同価値のはずであるから、主体の欠如の場合に欠缺の理論が適用され、客体の欠缺では、事前判断にもとづく具体的危険説が採用されるのは、論理的に一貫していないといえよう。

では、具体的危険説に立った場合、主体の欠如はどのように扱われるのであろうか。構成要件欠缺の理論を否定した場合、事前判断による具体的危険の存否が基準となるが、かりに既述の設例について危険性が認められるとしても、事後判断をいれて不能犯とするのであろう。しかし、これは明らかに矛盾である。そこで、錯誤理論の適用により、公務員でない者が公務員と思ったのは、「構成要件概念への裏返されたあてはめの錯誤⁽²¹⁾」であるから故意を阻却し、不可罰であるとする理論構成が試みられる。この場合、法律上公務員とされているかどうかの錯誤が、ただちに事実の錯誤といえるか疑問である。もっとも、論者は、そもそも、主体の不能では危険感が生じないから不可罰となるという。

いずれにせよ、主体の欠缺では、事後的に判明した事情を考慮に入れざるをえない。このことを前提にして考えると、やはり法益侵害の可能性を判断基準にすべきであろう。要するに、主体が欠如している場合、その身分に特定されている法益侵害の可能性がないために不能犯とされるにすぎない。

- (1) 主観説では、錯誤が合理的根拠にもとづくかどうかで、可罰性を確定することになる。G. Williams, *Criminal Attempts*, A Reply [1962] *Crim. L. R.*, p. 300.
- (2) 西山、前出四四〇ページ。
- (3) 大判昭和二年六月一七日刑集六卷二〇八ページ。
- (4) 平野、前出三二九ページ。
- (5) 広島高判昭和三六年七月一〇日高刑集一四卷五号三一〇ページ。
- (6) 竹田直平「不能犯」日本刑法学会編『刑法講座4』四六ページ。
- (7) 大沼、前出一一二ページ。
- (8) 平野、前出三三〇ページ、なお、最判昭和二三年四月一七日刑集二卷三九九ページ。
- (9) 平野、前出三二七ページ以下の分類を参照。
- (10) 最判昭和三七年三月二三日刑集一六卷三号三〇五ページ。
- (11) 西山「不能犯(1)」平野編『刑法判例百選』(昭和五三年)一六〇ページおよび井上祐司、前出一〇四ページ。
- (12) 福岡高判昭和二八年一月一六日特報二六号五八ページ。
- (13) 東京高判昭和二九年六月一六日東京時報五卷二三六ページ。
- (14) 東京地判昭和四七年一月七日判例タイムズ二二八号三〇三ページ。
- (15) 井上祐司、前出一〇四ページ。
- (16) 井上教授だけが私見と同旨、前出一〇四ページ。
- (17) 内田文昭、前出二五三ページ。なお、斉藤(信)「不能犯とその基準」「迷信犯」藤木編『刑法の争点』(昭和五二年)

- 一〇二七—一〇五ページは、事後判断も認めたくえで「社会心理的衝撃性」を基準にすべきだとする。
- (18) 平野、前出三二八ページの事例を参照。
- (19) 団藤重光、増補『刑法綱要総論』(昭和四七年)一一三ページ。なお、この理論を再評価しようとするものに大沼邦弘「構成要件の欠缺と可罰未遂の限界(一)」成城法学Ⅰ(昭和五三年)三一三ページ以下がある。
- (20) 大塚仁「事実の欠缺」『刑法論集(1)』(昭和五二年)九五ページ。
- (21) 中、前出一二七ページ。